

האם יש בישראל וודאות משפטית?

מאת

ורד דשא*

א. מבוא

עיקרון הוודאות המשפטית הוא פרי יצירה של תורת המשפט והוא איננו מעוגן בכללים החוקתיים. אף על פי כן מבחינה מהותית, הוא עדיין אחד העקרונות של שלטון החוק. זהו עיקרון שמצוי במודעות המשפטית הקולקטיבית ומוכר במרבית שיטות המשפט. במשפט האירופאי הוא נתפס בשעתו כערך משפטי והיווה מושא למחקר בשדה התיאוריה והפילוסופיה המשפטית, אט אט ובהדרגה הוא הוכר והוענק לו מעמד פורמלי עד שבסופו של דבר הפך לנורמה משפטית מוכרת.¹ בית הדין האירופי לזכויות אדם ובמיוחד בית הדין האירופי לצדק, הכירו בעיקרון זה והם מיישמים אותו בפסיקתם. כתוצאה מכך הדעה המקובלת בקרב מלומדי משפט אירופאים היא שמדובר בעיקרון משפטי אוניברסאלי שמעוגן באופן רשמי. ההתייחסות אליו כאחד העקרונות של שלטון החוק העלתה את מעמדו והפכה אותו לעיקרון שמחייב שופטים ומחוקקים.²

עיקרון הוודאות המשפטית הוא רב פנים, מגוון, גמיש ומכתיב דרישות ספציפיות מכל מערכת משפט. הוא מעוגן בהצהרת זכויות האדם והאזרח של צרפת משנת 1789, שם הוא מוגדר כ"ביטחון" ומופיע באותו מדרג עם חירות וזכות הקניין.³ בתור שכזה, הוא מוכר שם כיום כאחד העקרונות החוקתיים המהווים בסיס לשלטון החוק. היו שסברו אמנם כי המילה ביטחון נועדה

* הכותבת היא מחברת הספר **מערכת המשפט בישראל** (הוצאת "נבו" 2019).

¹ Martin NADEAU, PERSPECTIVES POUR UN PRINCIPE: DE SÉCURITÉ JURIDIQUE EN DROIT CANADIEN LES PISTES DU DROIT EUROPÉEN, 40 R.D.U.S. (2009-10).

² NADEAU, שם בעמ' 512. על הוודאות המשפטית ושלטון החוק ראו גם Maxeiner, James R., *Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law*, HOUSTON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 31, No. 1, pp. 27-46, 2008; University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2009-11. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1230457> גם מלומדי משפט ישראלים מקשרים בין וודאות משפטית ושלטון החוק, ראו ורד דשא, **מערכת המשפט בישראל**, הדיון בשער השלישי (פרק 11) בנושא שלטון החוק, ראו שם עמדתו של פרופ' רובינשטיין באזכורים המובאים בהערה 16. כן ראו הדיון שם בפרק 11(ב) אשר סוקר את המובן התורתי של שלטון החוק ובהמשך את היישום בפרק 11(ג) אשר עוסק בשאלה האם שלטון החוק מתקיים בישראל?

³ סעיף 2 להצהרת זכויות האדם והאזרח (צרפת 1789) (The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (French: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), עוסק בזכויות האדם הטבעיות והבלתי ניתנות להעברה שהן חירות, זכות הקניין, הביטחון וההתנגדות לדיכוי. בעבר נטען כי המונח "ביטחון" מתייחס לביטחון האישי, כיום הוא מפורש ככזה שמתייחס לביטחון המשפטי שהוא הוודאות המשפטית. מסקנה זו היא תוצאה של שילוב סעיפים 2, 7 ו-16 להצהרה. ראו להצהרה. Regis Lanneau, What is Legal Certainty? A Theoretical or essay, (November 30, 2013). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2361630> , ראו שם בעמ' 1. כן ראו François Luchaire, הוודאות המשפטית במשפט החוקתי הצרפתי, כתב העת של המועצה החוקתית הצרפתית, גיליון מס' 11, דצמבר 2001. (בשפת המקור: François LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique) - décembre 2001 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-securite-juridique-en-droit-constitutionnel-francais.52119.html>

להגן על חייהם של אנשים ועל רכושם. כיום, מוסכם כי ערך ה"ביטחון", המצוין שם מתייחס לביטחון בהגנה על זכויות שהוא "ביטחון משפטי" או הבטחת הוודאות המשפטית.⁴

בעידן בן זמננו, מקבל עיקרון הוודאות המשפטית משנה חשיבות. העלייה המשמעותית בתפקידה של מערכת המשפט בחברה; הצמיחה העצומה במספר הפניות של אזרחים לבתי המשפט לקבלת פיתרון משפטי לסוגיות שונות; המורכבות ההולכת וגדלה של החוק; פיתוח מקורות חדשים של המשפט; האבולוציה של החברה והופעה של תחומי חקיקה חדשים שבעבר לא ראינו – כל אלה ועוד מקנים לעיקרון הוודאות המשפטית חשיבות עליונה.

וודאות משפטית יש בה אלמנט של ביטחון. כאשר המצב המשפטי ברור, יש לו לאדם הבנה ברורה של חובותיו מצד אחד וביטחון בזכויותיו מצד שני. מן הצד הראשון החוק – על המותר והאסור בו – ברור לו, אך מצד שני – יש לו גם ביטחון ביכולתו לקבל את זכויותיו ולשמור עליהם. כאשר החוק ברור, כאשר הדין ידוע, יכול האדם לכלכל את מעשיו בהתאם, לדעת את ההשלכות המשפטיות של מעשיו ואף לנבא במידה מסוימת את התוצאה המשפטית כל שהוא מצוי במחלוקת משפטית מסוימת. וודאות וביטחון במערכת יחסים בין אישית; וודאות במערכת היחסים בין האדם והמדינה; וביטחון ביחסים חוזיים – גם הם תוצאה של וודאות משפטית. וודאות משפטית מקנה אם כן ביטחון. משום כך היא מכונה גם ביטחון משפטי.⁵

מן הצד השני, המשפט איננו יכול לספק וביטחון וודאות אבסולוטיים. אין בו אחדות מוחלטת ומטבעו, הוא חייב מידה מסוימת של גמישות. המשפט אינו כלי טכני-מכני בלבד שבמסגרתו ממיין השופט מקרים עובדתיים על פי מערכת כללים מוכנים מראש, אלא הוא מנגנון אשר מעניק לשופט שיקול דעת. אותו שיקול דעת, עשוי להוביל לכך ששופטים שונים מגיעים לתוצאות שונות - כולן ב"מתחם של סבירות שיפוטית", אך הן שונות האחת מהשנייה – לעיתים אף שינוי תהומי.⁶

מהי אם כן בדיוק הוודאות המשפטית והאם היא קיימת במערכת המשפט שלנו? בכך עוסק מאמר זה.

ב. וודאות משפטית: מהי?

1. כללי

בכל מדינה שמכבדת את שלטון החוק ויש בה חוקה – עומדת החוקה במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר. היא קובעת את הכללים הבסיסיים על פיהם יתנהל שלטון החוק במדינה. החקיקה

⁴ Lanneau, שם.

⁵ Ion Predescu, The Principle of Legal Certainty, Basis for the Rule of Law Landmark Case-law, <http://www.ccr.ro/ccrold/publications/buletin/8/predescuen.pdf>

⁶ אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (תשס"ד) עמ' 39; אהרן ברק, פרשנות במשפט, פרשנות החקיקה (תשנ"ג) שער ו: חזקות בדבר תכלית החקיקה - פרק 7: חזקות המשקפות ביטחון, ודאות והרמוניה במשפט, 583; מנחם מאוטנר, "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", משפט וממשל ט' 223, 244.

שמתחיתה חייבת לעלות בקנה אחד עם רוח החוקה וכך גם כלל ההוראות הנורמטיביות האחרות. זוהי חובה כללית אשר מוטלת על כל הנושאים הקשורים למערכת המשפט. זוהי חובה שחלה גם על הרשות המחוקקת אשר מחובתה לדאוג כי כל דברי החקיקה שיוצאים תחת ידה יהלמו את חוקי היסוד של המדינה ובו בזמן להקפיד על איכות החוקים. חובה זו חלה גם על הרשות השופטת אשר מוציאה תחת ידה החלטות שמהוות אף הם את ה"דין". יש לכך סיבה. החוק חייב להיות ידוע, ברור, מובן וקוהרנטי כדי לספק וודאות משפטית לציבור האזרחים המשתמשים בו. עיקרון זה, בשילוב עם עיקרון החוקיות הכללי - שהוא עיקרון חוקתי, מקים את עיקרון הודאות המשפטית.

עקרונות משפטיים רבים נראים לעיתים ברורים למדי, אולם כאשר מנסים להגדיר אותם ואת משמעותם, הם מתבררים כמורכבים מאוד. עיקרון הודאות המשפטית הוא בהחלט אחד מאלה. אין לו הגדרה אבסולוטית וממשית, והוא אינו מהווה לכאורה עיקרון יסודי. אף על פי כן הוא נהפך על ידי החוק והפסיקה לקונספט גלובלי רב-תכליתי. קונספט זה מוגדר על ידי כמה רכיבים, ביניהם: חקיקה מסודרת שנבחנת בקיומם של חוקים וגם באיכותם; אי תחולה טרואקטיבית; נגישות; בהירות ומובנות של החוק (ויש הטוענים אף דיוק וחד-משמעיות); יציבות ועקביות של החוק והפסיקה; והצורך בהליכי מעבר להתמודדות עם חוסר יציבות או מצבים משפטיים לא צפויים לצמצום הפגיעה בעיקרון ההסתמכות ובציפיות הסבירות של האזרחים.

2. וודאות משפטית ושלטון החוק

וודאות משפטית לעיתים קרובות נתפסת כאחד המאפיינים של חוק טוב ושל מערכת משפט טובה. למעשה, המאפיינים שלה ושל שלטון החוק הם אקוויוולנטיים – מה שהופך למעשה את הוודאות המשפטית ואת שלטון החוק לשני מושגים זהים מבחינת המאפיינים שלהם.⁷

הפילוסוף המשפטי האמריקאי הידוע לון פולר⁸, מונה שמונה נתיבים שבהם מערכת משפט יכולה להיכשל. שמונת הנתיבים הללו, מבטאים שמונה עקרונות שמקיימים הן את שלטון החוק והן את הוודאות המשפטית, ואשר בהעדרם, סובלת מערכת משפט מחוסר וודאות משפטית,⁹ ואלו הם:

- א. חוסר בחקיקה ראשית אשר מוביל לפסיקה אד-הוק בלתי עקבית ;
- ב. אי ידיעה של כללי המשפט בשל אי פרסום ;

⁷ Lanneau, לעיל הערה 3 בעמ' 4. תפיסה זו הוצעה גם על ידי הארט, ראו שם בעמ' 5.
⁸ לון פולר היה פרופסור ידוע למשפטים באוניברסיטת הארווארד אשר חיבר את הספר המוסריות של החוק (ראו להלן בהערה הבאה). פולר היה ידוע בתרומתו לדיני החוזים וכן בשל ויכוח שניהל עם הארט על גבי Harvard Law Review (vol. 71), הממחישה את ההבדלים בין הפוזיטיביזם המשפטי למשפט הטבעי. הארט שדוגל בפוזיטיביזם, טוען שהמוסר והחוק הם שני ערכים נפרדים. פולר לעומתו טוען כי המוסר הוא מקור מחייב של החוק. פולר ידוע גם בשל השפעתו על רונלד דבורקין, שהיה אחד מתלמידיו.

⁹ Lon Fuller, *THE MORALITY OF LAW*, 1964, Yale University Press, pp. 33-38

- ג. חקיקה מעורפלת או בלתי ברורה;
- ד. חקיקה למפרע;
- ה. סתירות בחקיקה;
- ו. דרישות שאינן ניתנות לביצוע;
- ז. חוסר יציבות בחקיקה (שינויים תכופים);
- ח. אי התאמה בין השפיטה לחקיקה לשפיטה או בין ההוראות המנהליות לחקיקה.

חוק נועד בראש ובראשונה לכוון ולהכווין התנהגות אנושית עתידית. משום כך הוא חשוב כשלעצמו, משום כך חשוב שיהיה פומבי וידוע, משום כך חשוב שהכללים בו יחולו מעתה והלאה ולא רטרואקטיבית; ומשום כך חשוב שיהיה ברור, שיהיה יציב, שלא יתוקן לעיתים תכופות מידי ושלא יעמוד בסתירה לנורמות אחרות.

בהירות החוק וה"מובנות" שלו היא חיונית: עליו להיות מנוסח באופן שיאפשר לאזרחים להבין את משמעותו ואת ההנחיה ההתנהגותית המתחייבת ממנו. חוק המנוסח בחוסר בהירות עלול להטעות את הציבור שאמור לפעול על פיו. הפומביות חשובה גם על מנת שהציבור יהיה מודע לכללים אך יש לכך סיבה נוספת: כאשר חקיקה אינה מתפרסמת או שהיא מעורפלת ולא ברורה, ניתן ליישמה בסלקטיביות או לפי האינטרסים של השלטון, להסתירה או שלא להפעילה כשאינן זה נוח.¹⁰ **האיסור על חקיקה למפרע** אף הוא קשור לוודאות המשפטית. התרחיש שלפיו אדם יפעל תוך הסתמכות בתום לב על המצב החוקי הקיים, אך בבוקר שלמחרת ימצא את עצמו נפגע אם המצב החוקי השתנה - נתפסת כבלתי הוגנת, בלתי צודקת, שרירותית ומייצרת חוסר וודאות.¹¹ אשר **ליציבות החוק** - חוק המשתנה לעיתים תכופות מקשה על האזרח להדריך את עצמו על פיו ויוצר לכך, קושי לציית לו. **סתירות** בין נורמות משפטיות פוגעות גם הן כמובן בוודאות המשפטית ובשלטון החוק. כאשר אדם כפוף לנורמות סותרות, הוא אינו יודע איך להתנהג, הוודאות המשפטית נפגעת, הוא אינו מסוגל לכלכל את צעדיו כאדם שומר חוק, שלטון החוק נפגע וכך גם אמון הציבור בשיטה המשפטית.¹²

3. המשל אודות המלך Rex.

פולר מסביר את הדברים באמצעות משל על אודות המלך רקס, אשר זה עתה עלה לשלטון ומבקש לשפר את מערכת המשפט שלו באמצעות רפורמה חדשה. הוא חש שהכישלון הגדול ביותר של אבותיו חל במערכת המשפט. במשך שנים רבות לא עברה המערכת אף לא רפורמה בסיסית, הפרוצדורה המשפטית מסורבלת, החוקים מנוסחים בשפה ארכאית, הצדק יקר,

¹⁰ נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס, **מדריך למחוקק**, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2015) עמ' 50.
¹¹ יניב רוזנאי, "רטרוואקטיביות – יותר מאשר רק עניין של זמן!" מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס", **משפט ועסקים** ט' (2008) 395, 398-397.
¹² מרדכי קרמניצר ופוקס, לעיל הערה 10, בעמ' 50-82.

השופטים אינם טובים ונדרש שינוי.¹³ האקט הראשון שהוא מבצע הוא דרמטי מאוד: מאחר שהוא זקוק ל"דף חלק" כדי לבצע את הרפורמה שלו – הוא מודיע לנתינים על ביטול כל החוקים הקיימים, ונערך לביצוע הרפורמה. בסיכומו של דבר רקס נכשל בשאיפתו מאחר שהוא מבצע שמונה טעויות משמעותיות:

- א. המלך רקס, מגלה שחקיקת חוקים כלליים היא משימה קשה, ולכן מחליט ליישב את הסכסוכים בממלכתו על בסיס אד-הוק, כלומר: כל מקרה לגופו. במערכת המשפט שלו אין חקיקה כללית, יש רק חוקים ספציפיים ולכן החוק אינו יכול לשמש כמנחה את פעולותיו של הפרט. כך, אין גם כללים שמעגנים את החובה לכבד את התקדים המחייב ואף לא כללים המעגנים עקביות במערכת השיפוט. במהרה מתברר לו כי בלא במערכת זו אין יכולת לספק וודאות משפטית.
- ב. כישלון הרפורמה מאלץ את המלך רקס לאמץ חוקים כלליים אולם הוא מסרב לפרסם אותם. רקס שואף לאכוף את החוקים שהונחו, אך הציבור אינו מודע להם ולכן הוא אינו יכול להתנהל על פיהם. פעם נוספת וודאות משפטית איננה מושגת משום שהחוקים אינם ידועים, וללא פרסומם – הם אינם יכולים להיות ידועים.
- ג. רקס מבין שעליו לפרסם את החוקים אולם הוא מחליט לשפוט קודם לכן את כל המקרים שהונחו בפניו ולפרסם את החוקים החדשים בסוף כל שנה. כעת מתעוררת בעיית החקיקה הרטרואקטיבית. החוקים מיושמים בטרם פורסמו. האזרחים אינם יכולים להסתמך על החוק או להתנהל על פיו. החוק איננו מהווה אמצעי שמדריך את האזרח, את בחירותיו, פעולותיו והתנהגותו.
- ד. בתגובה לקושי שהתעורר, מחליט רקס לפרסם קוד. אלא שסעיפי הקוד והקשר ביניהם אינם בהירים, החוק מעורפל ואינו ברור. האזרחים מקבלים קוד אשר לכאורה מספק כללים, אך הכללים אינם ברורים ולא ניתן להשתמש בהם כדי לשנות את התנהגותם. שוב, הדין אינו ברור ואין בנמצא וודאות משפטית.
- ה. כדי לשפר את בהירות החוק מחליט המלך רקס לשכתב את החוק שפורסם אך זכה לביקורת. אולם השכתוב לוקה בחוסר עקביות והוראותיו סותרות כללים אחרים.
- ו. נוכח הביקורת החדשה, מחליט רקס להיפטר מהקוד רווי הסתירות, אולם הוא נתקל בבעיה חדשה: החוקים שמיסד, כופים התנהגויות אשר הציבור אינו יכול לעמוד בהן. הנתינים מבינים את החוק, הם יודעים מה עליהם לעשות אולם אין באפשרותם ליישם

¹³ Fuller, לעיל הערה 9. הניתוח של פולר נעשה באופן מופשט מבלי להיכנס להשלכות האפשריות של שיקולים חיצוניים והשפעות כלכליות. הוא מרחיב את הסיבות שבעזרתן ניתן להשיג את שלטון החוק ומוזהא את המאפיינים של מערכת יעילה ואפקטיבית שמניעה את החברה. Lanneau, לעיל הערה 3 בעמ' 5.

אותם. כאשר החוק כולל איסורים וגזירות שלא ניתן לעמוד בהם, אין הציבור יכול "להתיישר" לעמדה משפטית מסוימת ולכן שוב אין מושגת וודאות משפטית.

ז. רקס מחליט לגייס לעזרתו מומחה בשאיפה ליצור את הקוד הטוב ביותר האפשרי. שאיפתו לשלמות מביאה אותו לשנות את החוק לאחר שפורסם. החוק משתנה ו"מתפתח" שוב ושוב, ואין שום ביטחון שהנוסח שפורסם אתמול – לא ישונה שוב מחר. השינויים התכופים של החוק מתבררים כעת כפרמטר שאינו מאפשר וודאות משפטית.

ח. לבסוף, תוהה רקס כיצד יוכל להימנע מן השינויים התכופים של החוק שאינו אופטימאלי. לפיכך הוא מחליט להשאיר בידיו שיקול דעת מתי ליישם את החוק ומתי לא ליישם אותו. כך, דבר אינו מבטיח שהחוק ייושם על ידי המדינה, ואם כן – באלו מצבים ייושם. התוצאה היא שוב – חוסר וודאות משפטית.

פולר איננו מגדיר אם כן את עיקרון הוודאות המשפטית, אולם הוא מציג רשימה של רכיבים אשר מבהירים וודאות משפטית מהי, מה משמעותה, ומהן ההשלכות כאשר היא איננה קיימת.

4. וודאות משפטית כביטוי להסתמכות על ציפיות לגיטימיות

תפיסה אחרת, מתייחסת אל הוודאות המשפטית כביטוי של עיקרון ההסתמכות בכל הקשור לציפיות לגיטימיות של הפרט. זוהי למשל גישתו של פרידריך האייק.¹⁴ על פי תפיסה זו, הוודאות המשפטית יש לה תפקיד חברתי שדומה למנגנון תיאום ציפיות. היא נועדה לידע את האזרח על התוצאות האפשריות של מעשיו והתנהלותו, והיא באה להקל על הפרט ולתאם בין ציפיותיו לבין סיכויי ההצלחה של תכניותיו. כאשר אין וודאות משפטית, מתנהל הפרט בעיקר על בסיס הנחות, השערות וסברות. חוק ברור, מהווה מעין מערכת של כללים קולקטיביים על פיהם יודע הפרט כיצד לתכנן את מהלכיו ולצפות במידה רבה של הצלחה את ההשלכות שלהם – לטוב ולרע. הידיעה שבכל מקום ינהגו לפי כללים מסוימים יש לה משמעות על פעולותיו וצורות פעולותיו של היחיד. החוק מהווה מעין מערכת של יחסי סיבה ותוצאה מעשה-אדם, שאותה יכול הפרט לנצל לכל מטרה שירצה בה. הודות לידיעתו את אלה יכול הוא לחזות מראש את תוצאות מעשיו, והדבר מסייע לו לעבד תכניות בבטחה.¹⁵

וודאות משפטית כמובן אינה מוחלטת והיא איננה יכולה להינתן בכל מקרה ומקרה. חברה היא דבר מורכב. שום פרט בה אינו יכול לבקש וודאות מכסימלית לכל ציפיותיו ולכן לא ניתן לדרוש שחוקים יספקו וודאות לכל הציפיות. יש לאזן בין ציפיותיו של הפרט לביטחון משפטי מסוים,

¹⁴ פרידריך פון האייק (Hayek) – משפטן, כלכלן ואיש מדעי החברה אוסטרי ידוע, עיקר עבודתו בתחום הכלכלה והחברה, חתן פרס נובל לכלכלה לשנת 1974.
¹⁵ פרידריך האייק, **חוקת החירות** (הוצאת שלם 2013) עמ' 149-150, Lanneau; לעיל הערה 3 בעמ' 6-7.

לבין הצורך במידה מסוימת של גמישות, שכן חוסר גמישות גדול מידי מונע מן החברה להתפתח. משום כך לא כל הציפיות ראויות להגנה ממשלתית אלא רק "ציפיות לגיטימיות". הרעיון של ציפיות לגיטימיות מגלם את האיזון בין שני אילוצים אלה.

סביב עיקרון הציפיות הלגיטימיות מתפתחים תנאים נוספים: כך למשל החוק צריך לאפשר לפרט לדעת כיצד המדינה מתכוונת לאכוף את חוקיה, והציבור צריך לדעת על החוקים עוד טרם כניסתם לתוקף. תנאים בסיסים אלה מבטא את עיקרון הפומביות, את איסור חקיקה למפרע ואת עיקרון ה"מובנות" של החוק.¹⁶ חוק חייב להיות שלם וברור, הוראותיו חייבות להיות מנוסחות באופן ברור ומדויק, ללא עמימות ומבלי שהוא מתיר בשוליים תחומים בלתי מוסדרים. ואקום כזה אינו רצוי שכן הוא מאפשר מצד אחד כר נרחב מידי לפסיקה אד-הוק ומן הצד השני עשוי להותיר את אותם תחומים שלא הובהרו מפורשות לשיפוט בלעדי של הרשות המבצעת או אף הפרלמנט.¹⁷ חוק גם צריך להיות מובן. השאיפה היא שהציבור יוכל לדעת מה מותר לו ומה אסור לו מתוך קריאת הטקסט ועל בסיס זה יוכל לתכנן את מהלכיו ולהגשים את ציפיותיו. חוק צריך להיות יציב. שלילת היכולת מהאזרח לפעול על פי כללים ברורים וידועים פוגעת בציפיות הראויות של לתכנן את מהלכיו מראש וכן לתכנן את מהלכיו לטווח הארוך. חקיקה שמשנתנה לעיתים קרובות יש לה גם משמעות כלכלית שכן היא מבטלת את יכולת הניבוי של השחקנים שהיא חיונית לפעילות הכלכלית.¹⁸

זאת ועוד, מאחר שאנו עוסקים בהתאמת הציפיות של האזרח כמנגנון ליצירת וודאות, היציבות במצב המשפטי דורשת שהחוקים לא יסתרו אחד את השני, נדרש שהפסיקה לא תהיה מנוגדת לחוק ושהנחיות מינהליות יעלו בקנה אחד עם החוק – גם במובן הלוגי וגם במובן זה שמערכת הפעולות שהחוק מתיר לא תוביל לקונפליקט. בעיקר נדרש שאדם יוכל לתכנן את מהלכיו ומעשיו ולצפות את תוצאותיהם - במישור האישי, הביני-אישי, העסקי וכו'.¹⁹

¹⁶ Lanneau, שם בעמ' 7

¹⁷ François Luchaire, לעיל הערה 3, המועצה החוקתית הצרפתית סבורה כי הנגישות והמובנות של החוק הם בעלי מעמד חוקתי. ראו שם.

¹⁸ מרדכי, קרמניצר ופוקס, לעיל הערה 10 בעמ' 69-70

¹⁹ עיקרון הציפיות הלגיטימיות מוכר גם על ידי המועצה החוקתית הצרפתית. המועצה החוקתית איננה עושה אמנם שימוש במונח "ודאות משפטית" אולם היא מכירה באותם רכיבים אשר עליהם מושתת עיקרון זה. לשיטתה, יש להבטיח לאדם סביבה משפטית הוגנת ויציבה, מובנת ושלווה. ראו Luchaire, שם. לקריאה נוספת בנושא עיקרון הודאות המשפטית ראו, Alexy, Robert, *Legal Certainty and Correctness* (December 2015). *RATIO JURIS*, Vol. 28, Issue 4, pp. 441-451, 2015. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2691762> or <http://dx.doi.org/10.1111/raju.12096>; כן ראו Maxeiner, James R., *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?* (2007). *TULANE JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW*, Vol. 15, No. 2, p. 541, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1150522>; Braithwaite, John Bradford, *Rules and Principles: A Theory*; וכן <http://ssrn.com/abstract=1150522>; *of Legal Certainty*. *AUSTRALIAN JOURNAL OF LEGAL PHILOSOPHY*, Vol. 27, pp. 47-82, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=329400> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.329400>; Gribnau, Hans, *Legal Certainty: A Matter of Principle* (2013). *Retroactivity of Tax Legislation*, May 2013; *TILBURG LAW SCHOOL RESEARCH PAPER* No. 12/2014. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2447386>. המאמר עוסק אמנם בחקיקה רטרואקטיבית בענייני מס אולם חלק גדול מן התובנות שמועלות שם נכונות לגבי עיקרון הודאות המשפטית בכלל. כן ראו Berteau, Stefano, *How Non-Positivism Can Accommodate Legal Certainty*. G. Pavlakos (ed.), *LAW, RIGHTS AND DISCOURSE*:

ג. האם יש בישראל וודאות משפטית

1. העדר חוקה

בישראל אין חוקה.²⁰ בהעדרה, אין כללים שמנחים את המחוקק בעשיית חוקים. בהעדרה, אין גם כללים שמגדירים בבירור את מעמדן של שלושת הרשויות וסמכויותיהם. מצב דברים כזה – מייצר תשתית שאינה אופטימאלית בהקשר של הודאות המשפטית וזאת בלשון המעטה. מצד אחד, הרשות המחוקקת רשאית לחוקק חוקים על פי שיקול דעתה, ללא קווים מנחים המוגדרים בחוקה. יש בנמצא אמנם אוסף של עקרונות יסוד שמוסדו על ידי בית המשפט העליון ולצידם כמה חוקי יסוד, אך עדיין, אין מדובר בחוקה כתובה שלמה. מצד שני רשאית הרשות השופטת לבטל דברי חקיקה על פי שיקול דעתה היא. החלטה על ביטול חוק אינה נעשית אמנם בשרירות, אך עדיין – שיקול הדעת נתון לרשות השופטת והחלטותיה בעניין זה מבוצעות על סמך פרשנות ושיקול דעת. כך או כך, שני המצבים מעוררים סימני שאלה לגבי איכות החוקים ויציבותם. למעשה, כל שופט בישראל יכול כיום לבטל חוק, תהא אשר תהא דרגתו או הערכאה בה הוא יושב.²¹ הדברים כמובן אינם עולים בקנה אחד עם עיקרון הודאות המשפטית.

2. חקיקה חסרה וסתירות בחקיקה

את מצב החקיקה סקרנו לעיל במסגרת הדיון בנושא מאפייני המשפט הישראלי.²² בישראל, כפי שאוזכר שם, אין קודקס משפטי שלם וסדור. הסביבה המשפטית מאופיינת באוסף של דברי חקיקה שאין ביניהם הרמוניה וגם לא אידיאולוגיה אחידה; הניסוח שלהם אינו אחיד והפתרונות

THEMES FROM THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY, Oxford: Hart, 2007, 69-82. Available at Tang, : SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2112960> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2112960> Stephen and Foley, Tony, *The Practice of Law and the Intolerance of Certainty* (2014). UNIVERSITY OF NEW SOUTH WALES LAW JOURNAL, Vol. 37, No. 3, 2014, 1198-1225; ANU College of Law Research Paper No. 14-44. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2542033> Portuguese, Aurelien and Gough, Orla and Tanega, Joseph Atangan, *The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency* (2013). EUROPEAN JOURNAL OF LEGAL STUDIES, Forthcoming; U. of Westminster School of Law Research Paper No. 13-13. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2332016> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2332016>

ראו הדיון בפרק 7(ג) הנושא את הכותרת "העדר חוקה".²⁰
 ראו למשל פסק דינו של השופט דוד רוזן בת"פ 4696/01 **מדינת ישראל נ' משה הנדלמן** (2003) [פורסם בנבו], אשר ביטל סעיף בפקודת מס הכנסה בהיותו שופט שלום; כן ראו פסק דינה של השופטת שטיין בבית המשפט המחוזי בתל אביב בת"א 2252/91 **שירותי אשראי מסחרי נ' גבעת יואב – מושב עובדים**, (1994) [פורסם בנבו], שבו קבעה כי חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון) אינו חוקתי ודינו בטלות. כן ראו עו"ד צבי נוח, "איך זה ששופט אחד מעז", **גלובס** 29.4.2003 <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=684254>. ראו גם משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט", **משפט וממשל** ג (תשנ"ו) 697, 708. ראו שם תת הפרק הנושא את הכותרת "רק בית-המשפט העליון או כל בתי-המשפט?". לנדוי טוען שם כי בפסק הדין בעניין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4)221) שבו כידוע העניק בית המשפט העליון לעצמו סמכות לבטל חוקים של הכנסת - "אף אחד מהשופטים (חוץ מהשופט חשין בחוות דעתו החולקת), לא התייחס לשאלה אם רק בית המשפט העליון יהיה מוסמך לפקח על חוקתיות החוקים או אם סמכות זו תהיה נתונה לכל ערכאות השיפוט".²¹

ראו דשא, לעיל הערה 2, הדיון בפרק 8(ב) העוסק בחסרוננו של קודקס משפטי וראו גם הדיון בשער השלישי בנושא שלטון החוק, ראו שם פרק 11(ג) שעניינו האם שלטון החוק מתקיים בישראל?²²

כל הזכויות שמורות לורד דשא © עו"ד

אין באמור כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או כל ייעוץ אחר והוא אינו מהווה תחליף לייעוץ משפטי ספציפי. אין להעתיק, לשדר, לצטט, להציג, לשכפל או ליצור מאמרים או עבודות נגזרות תוך שימוש במידע הכלול באתר אלא בכפוף לכללי השימוש ההוגן: איזכור שם המחברת, שם המאמר וכתובת אתר זה.

אינם משתלבים תמיד זה בזה.²³ החקיקה הישראלית מאופיינת כזכור גם במיקס של מקורות משפטיים²⁴ ויש בה לא מעט דברי חקיקה ותיקים - לעיתים מיושנים, מלאים סתירות ובעיות חוקתיות,²⁵ שלא תמיד ניתן לפעול על פיהם,²⁶ או שנערכו בהם במשך השנים טלאים ותיקונים רבים.²⁷ התוצאה היא היווצרותו של הסדר חקיקתי לא אחיד ובלתי קוהרנטי.

המשפט הישראלי מאופיין כזכור גם בחוסרים מהותיים בחקיקה אשר בעטיים השתרשה מציאות של ריבוי הנחיות מינהליות. חקיקה ראשית, נועדה על מנת "שאזרח יוכל למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר, ושלא יהיה תלוי בנדון זה בשיקול דעתו של השלטון המבצע".²⁸ על המחוקק לקבוע בחוק את ההוראות הכלליות לפיהם תפעל הרשות המבצעת, כאשר תפקידה של האחרונה להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל.²⁹

בניגוד לרציונל זה, במשפט הישראלי מוסדרים ענפים שלמים באמצעות הנחיות מינהליות שיוצאות תחת ידן של זרועות הביצוע ומשתנות חדשות לבקרים.³⁰ מלומדים בכירים עמדו לא פעם על השלכות שיקול הדעת הרחב מידי המוענק לרשויות הציבורית ואשר יש בו לדעתם כדי לפגוע בשלטון החוק³¹, על אף זאת, זוהי עדיין המציאות המשפטית הנוהגת במקומותינו.

לסיכום האמור לעיל – החקיקה בישראל מאופיינת בחוסרים, בחוסר אחידות, בסתירות, בחקיקת משנה והנחיות מינהליות רבות מידי אשר מאופיינות בשינויים תכופים מידי. אם כן גם בפרמטר זה אין הלימה בין מציאות משפטית זו לבין עיקרון הוודאות משפטית.

3. פסיקה אד-הוק

במערכת המשפט הישראלית, שבו מצד אחד אין חוקה, מצד שני אין קודקס משפטי והחקיקה הקיימת חסרה ומאופיינת בקשיים כאמור לעיל, הפכה ההלכה הפסוקה - או בשמותיה האחרים – "התקדים המחייב" או "החקיקה השיפוטית" - לחלק גדול מן הדין. סביבה משפטית זו מזמנת דין משפטי שנקבע בעיקר על ידי שיקול דעתו של השופט ומייצר פסיקה אד-הוק – מה

²³ אהרון ברק, "מבוא להצעת הקודקס האזרחי הישראלי", משפטים לו, תשס"ו, 1, בעמ' vii; דברי המבוא להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 <http://www.knesset.gov.il/Laws/Data/BillGovernment/595/595.pdf>

²⁴ ראו דשא, לעיל הערה 2, הדיון בפרק 7(ז)3 העוסק בהשלכות המיקס המשפטי

²⁵ דשא, שם, הדיון בפרק 8(ג)3 העוסק בפקודות מנדטוריות ארכאיות בעידן משפטי מודרני

²⁶ ראו בג"ץ 8213/14 התנועה למדינה יהודית נ' השר לשיירותי דת (החלטה מיום 1.7.2016) [פורסם בנבו]. השאלה

המשפטית עליה נסבה העתירה היא כיצד יפורש סעיף 13(א) לחוק הדיינים, תשס"ו-1995, שבו נקבע כי למשרת

מנהל בתי הדין יכול להתמנות אחד הדיינים או אדם הכשיר להיבחר רב עיר, כאשר כידוע בשעה זו אין אישה

העומדת בתנאים אלה, כאשר החוק אינו עולה בקנה אחד עם עיקרון השוויון ועם חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951

²⁷ דשא, לעיל הערה 2, הדוגמאות המובאות בפרק 8(ג)2

²⁸ בג"ץ 113/52 ליזי זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 692, 702

²⁹ שם, שם.

³⁰ ראו דשא, לעיל הערה 2, הדיון בפרק 8(ו) בשער 2 לעיל, אשר נושא את הכותרת "חקיקה". התחום הבולט ביותר

בעניין זה הוא החלטות מועצת מקרקעי ישראל אשר מהוות את הדין ביחס ל- 93% ממקרקעי המדינה, החלטות

שמתקבלות ללא יד מכוונת של המחוקק, מסדירות את אחד המשאבים היקרים ביותר של המדינה ומשתנות

חדשות לבקרים.

³¹ י.ה. קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (1993) 105, 109. על שיקול

הדעת הרחב של "הפקיד שאחריו אין להרהר" ראו גם א.י. בלומברג, "מבעיות שלטון החוק בישראל", הפרקליט

יד, 143 (תשי"ח). יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך א' (תשנ"ו), עמ' 238-235 והאזכורים שם בהערות 24-28.

שאינו מאפשר וודאות משפטית.³² זאת ועוד, המשפט הישראלי נשען על מקורות משפטיים מגוונים ורבים מספור, שמאפשרים לשופטים ליישם גישות שונות, לעיתים הפוכות לחלוטין אחת מן השנייה.

ההכרעה השיפוטית מושפעת באופן עמוק מהשקפותיו ומתפיסות עולמו הסובייקטיביות של השופט, מאירועים אותם חווה במהלך חייו, מעמדותיו הנורמטיביות, מאישיותו ומאופיו, מניסיון החיים שלו.³³ עובדה זו, יש בה כמוכן "לתרום" נוספת לחוסר הוודאות וחוסר היציבות המשפטית המאפיין ממילא את החקיקה השיפוטית.³⁴

שיקול הדעת הנרחב של השופטים אינו ניכר רק בפרשנות חוקים וביצירת חקיקה שיפוטית, הוא אף מוביל להתערבות וערעור היציבות והוודאות ביחסים בין-אישיים. כזה הוא למשל המצב המשפטי בנושא פרשנות חוזים. סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כזכור כי פרשנות החוזה תבוצע בשני שלבים: תחילה יש לבדוק את לשון החוזה ולאחר מכן, אם הדבר נדרש, את הנסיבות החיצוניות. בפסק הדין הידוע בעניין אפרופים³⁵, קבע בית המשפט העליון כי הוראת סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אינה מחייבת פרשנות כאמור, אלא היא ניתנת לביצוע באופן חד שלבי שתכליתו בירור אומד דעת הצדדים, באמצעות בדיקת לשון החוזה והנסיבות החיצוניות גם יחד.

בנוגע לנושא הדיון דכאן, יוצרת הלכה זו קושי בשניים: ראשית היא מפתיעה, נוכח לשונו הברורה של סעיף 25 לחוק החוזים שקובע אחרת, ולמעשה, היא מנוגדת ללשון החוק; שנית, היא מערערת את הוודאות המשפטית:³⁶ היא מתעלמת מלשון החוזה גם אם היא ברורה; מתערבת בעיקרון חופש החוזים שהוא עיקרון על; מאפשרת לצדדים לחוזה להשתחרר מהתחייבותיהם החוזיות;³⁷ מקשה על עורכי דין ליתן חוות-דעת מבוססת ללקוחותיהם, שכן לא ניתן לצפות כיצד יכריע בית-המשפט במחלוקת שנתגלעה בעניין חוזה שהם צד לו על-אף

³² על ההשפעה של פסיקה אד-הוק על הוודאות המשפטית ראו גם המשל אודות המלך Rex, שהובא לעיל. וראו גם Lon L. Fuller, *Eight Ways To Fail To Make Law*, (From Lon Fuller, *The Morality of Law* (1964), reprinted in *Philosophy of Law*, Sixth Edition, Feinberg & Coleman, eds. USA: Wadsworth/Thompson Learning. 2000. P. 91-94.

³³ ראו מנחם מאוטנר, "קודקס של המשפט המקובל", **משפטים** לו 199, (תשס"ז), עמ' 228 והאזכורים המובאים שם בהערה 71 ועמ' 230; מנחם מאוטנר, "שכל ישר, לגיטימציה, כפיה: על שופטים כמספרי סיפורים" **פלילים** ז' 11, בעמ' 50-54. כן ראו הדיון בפרק 8(ד) שופטים כיוצרי משפט.

³⁴ ראו גם מאוטנר, לעיל הערה 6; וראו גם עו"ד מאיר שריקי, עוד על אי הוודאות המשפטית בעידן של מינו (2015) פורסם בנבו.

³⁵ ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ. אפרופים שיכון ויזום** (1991) בע"מ, פ"ד מט (2), 265.
³⁶ ראו למשל ישראל צינגלאוב, פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים, **הפרקליט** (1), דצמבר 2008; יורם דנציגר וצביקה מצקין, האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מסי' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, **משפט ועסקים** ט"ו, 2012, דנציגר ומצקין שם בעמ' 37. על השפעתו הבעייתית של פסק הדין בעניין **אפרופים** ראו שם בעמ' 33-34 והסקסט הנלווה שם להערה 19.

מילותיו הברורות והמוכנות לחלוטין של החוזה³⁸; ומעניקה שיקול דעת רחב מידי לבית המשפט.

למעשה, אחד המאפיינים הבולטים של מערכת המשפט בישראל כיום היא חוסר הוודאות המשפטית או הפגיעה בביטחון המשפטי³⁹: לכאורה אחד היתרונות (התיאורטיים) של עיקרון התקדים המחייב הוא הגברת הוודאות המשפטית. בפועל, במבנה המשפטי הנוכחי השיפוט הוא סובייקטיבי, בלתי אחיד ובלתי יציב, ובמידה לא מבוטלת גם אקראי. הפרט, איננו יכול כיום כמעט לצפות ברמה סבירה את התוצאות המשפטיות של פעולתו. נראה אם כן שיש כאן היפוך יוצרות. דווקא אותה תפיסה של שופטים כיוצרי משפט, שאמורה להוביל לוודאות משפטית, יצרה חוסר וודאות משפטית.

4. בהירות ומוכנות החוק

השאלה האם החוק בישראל ברור וניתן להבנה אינה חד משמעית. בחקיקה הישראלית יש לא מעט הוראות חוק מעורפלות ולא ברורות שמעניקות כר נרחב מידי לפרשנות. תופעה זו בעייתית במיוחד כאשר מדובר בדין הפלילי אשר עיקרון העל בו הוא עיקרון החוקיות שלפיו "אין עונשין אם אין מזהירין תחילה"⁴⁰ - שהוא כידוע עיקרון יסודי חוקתי במשפט הישראלי ובשיטות משפט רבות נוספות.

אחת העבירות הפליליות אשר לוקה ב"עמימות" ובחוסר בהירות היא עבירת "הפרת האמונים" הקבועה בסעיף 284 לחוק העונשין. מאחר שהמחוקק לא הגדיר באופן ברור את המושג "הפרת אמונים", את משמעותו ואת גבולותיו,⁴¹ פותחה עבירה זו על ידי ההלכה הפסוקה וגבולותיה והגדרתה נקבעו הלכה למעשה בפסקי הדין שעסקו בה.⁴² כך, הפכה עבירה זו אט אט לעבירת

³⁸ דנציגר ומצקין, שם. עמדתו של דנציגר – אשר לימים מונה לשופט עליון קיבלה ביטוי מאוחר יותר בפסק הדין בע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (2008) פורסם בנבו. בפסק הדין קבע השופט דנציגר כי "על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד-משמעית, כגון המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם". על אותם הדברים חזר דנציגר גם בע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו-סכסון (2008) פורסם בנבו, ומאוחר יותר גם ברע"א 4797/08 ציון לוי קבלנים בע"מ נ' גיא ושות' עו"ד (2008) פורסם בנבו. על המחלוקת בין דנציגר לפרופ' ברק ראו גם אלה לוי-וינריב, "אהרן ברק ליוזם דנציגר: דברי דברי הבל ואתה שולף מהמותן", גלובס 1.6.2010 <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000563661>

³⁹ ראו דשא, לעיל הערה 2 הדיון בפרק (ז)3, "השלכות המיקס המשפטיות והדיון בפרק (ד)8 "שופטים כיוצרי משפט"

⁴⁰ מרדכי, קרמניצר ופוקס, לעיל הערה 9 בעמ' 79. עיקרון החוקיות מצא את ביטויו בסעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), אשר קובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"⁴¹ זה לשונו של סעיף 284 לחוק העונשין: "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מירמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים". העבירה מתייחסת לשתי חלופות – מרמה והפרת אמונים. החלופה שלך מרמה אינה מעוררת בעיות פרשניות, הדילמות הפרשניות שהתעוררו בפסיקה מתמקדות בחלופה של הפרת אמונים. ראו מרים גור אריה, "אחריות פלילית במצב של ניגוד עניינים - אימתי מוצדקת! על העברה של הפרת אמונים בעקבות הדיון הנוסף בפרשת שבס", ניגוד עניינים במרחב הציבורי, משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (תשס"ט) 545

⁴² בג"ץ 7074/93 מאיר סויסא נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2)749 (1994); מאוחר יותר זכתה העבירה של הפרת אמונים להזדהות תקשורתית בשנת 1997 בעקבות הניסיון למנות את רוני בר-און לכהונת היועץ המשפטי לממשלה. בהמשך עמדה העבירה במוקד הדיון של פרשה חשובה נוספת היא פרשת דיניץ: ע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' שמחה בן יוסף דיניץ, פ"ד נא(5)97. בהמשך התעורר סביבה דיון בעקבות פסק הדין בעניין שבס אשר נחשב לאחד מפסקי הדין שעיצבו את הגדרת העבירה: ראו ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שמעון שבס (2003) [פורסם בנבו] וכן דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס (2004) [פורסם בנבו]; ראינו לנכון לאזכר את שני

סל⁴³ שגבולותיה עמומים ומתרחבים לפי הצורך. העבירה של הפרת אמונים כפי שהיא מוגדרת כעת, לוקה בחסר בכל הנוגע ליסוד העובדתי. המונח הפרת האמונים אינו מוגדר במדויק בחוק, ולכן לא תמיד ברור מראש מהי התנהגות המהווה הפרת אמונים. בכך, יש כמובן בעיה חוקתית שכן בהעדר הגדרה ברורה, לא ניתנת לעושה אזהרה מדויקת מראש, כנדרש משלטון החוק המהותי ומעקרון החוקיות במשפט הפלילי.⁴⁴ כאשר האיסור הקבוע בחוק הוא עמום ולא ברור, כי אז ניתן להפליל את ההתנהגות בדרך של פרשנות שיפוטית – דבר שאינו עולה בקנה אחד עם עיקרון החוקיות. זאת ועוד, בעבירת הפרת אמונים, חוסים עקרונות אתיים תחת כנפי שלטון המשפט, מבלי ששיטת המשפט מציבה בפני השופטים אמות מידה לפסיקתם. התוצאה היא הכרעה על פי הגישה הסובייקטיבית והפילוסופיה השיפוטית של היושבים לדין – פילוסופיה המושפעת מחינוכם ומאישיותם.⁴⁵

הביקורת על עמימות הוראת חוק זו, הובילה להגשת כמה וכמה הצעות חוק שנועדו לתקן את הנוסח הנוכחי ולהגדיר את העבירה בצורה ברורה ומפורשת יותר.⁴⁶ עד כה טרם באו ההצעות לכלל מימוש.

עבירות פליליות נוספות אשר סובלות מעמימות בהגדרה הן למשל עבירת התקלה הציבורית ועבירת ההמרדה.⁴⁷ דוגמא נוספת לעמימות של הוראת חוק אשר מקנה שיקול דעת רחב מאוד לבית המשפט הן הוראות חוק המסמיכות בעלי תפקידים ברשות המבצעת⁴⁸: חלק מסעיפי ההסמכה הללו הם רחבים וסובייקטיביים למדי. סעיפים רחבים כאלה יוצרים קושי בכמה מובנים: הם מקנים שיקול דעת רחב מאוד לרשות המבצעת ללא הגדרות ברורות; הם מקשים

פסקי הדין בעניין שבס מאחר שהוצעו בהם פרשנויות שונות לעבירת הפרת האמונים. הפרשנות שנקבעה בדין הנוסף היא מרחיבה יותר ויש הטוענים כי היא עומדת בסתירה לתכליות המשפט הפלילי ולעקרונות שביסודו. ראו מרים גור אריה, לעיל הערה 41 בעמ' 547. אישי ציבור נוספים שהורשעו בעבירה זו הם אריה דרעי ואהוד אולמרט. כן ראו מרים גור-אריה, "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי-האם עבירה פלילית?", **פלילים** 253 (1999) בעמ' 253-254; וראו גם יובל קרניאל, "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור - הלכה למעשה", **פלילים** ח' (תש"ס), 273. וכן יובל קרניאל, "הפרת אמונים של עובדי-ציבור - הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על ידי העבירה", **משפט וממשל** ז' 415, (תשס"ד).

⁴³ ראו למשל מרים גור-אריה, "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי", **משפט ועסקים** י' 447 (תשע"ד). עוד על הבעייתיות בהגדרתה של עבירה זו ראו מרדכי קרמניצר, דורות נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס וגיא ורטהיים, **מרמה והפרת אמונים: בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, (2008).

⁴⁴ קרניאל, "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור", לעיל הערה 42 בעמ' 275-276. ראו גם קנת מן "איוושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות", **עינוי משפט** י' (תשמ"ה) 5; זאב סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק - עם פרשת בר און ובעקבותיה" **משפט וממשל** ד', (תשנ"ח) 587, 620; מרדכי קרמניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" **משפטים** יג (תשמ"ח), 275, 294.

⁴⁵ זאב סגל, "משפט ואתיקה - בין תרבות השלטון לשלטון המשפט", **הפרקליט** מח (תשס"ו) 244, 249.

⁴⁶ ראו הצעת חוק העונשין (תיקון - מרמה והפרת אמונים), התשס"ז - 2007 של חברי הכנסת עמיחי אילון ואבישי ברורמן; כן ראו תזכיר חוק העונשין (תיקון-מרמה והפרת אמונים), התשס"ט 2009, שבא בעקבות דוח ועדת קרמניצר; וראו גם הצעת חוק העונשין (תיקון - מרמה והפרת אמונים), התש"ע-2010 של חברי הכנסת יוחנן פלסנר ויריב לויין.

⁴⁷ סעיף 198 וסעיף 136 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 בהתאמה.

⁴⁸ דוגמאות להוראות מסוג כזה הן למשל סעיף 3 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 אשר קובע כי "לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לשם פעולה חיונית". "פעולה חיונית" מוגדרת בסעיף 1 לאותו חוק אולם באופן רחב מאוד. הוראת חוק רחבה וסובייקטיבית נוספת מופיעה בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 שם נקבע כי שר רשאי להתקין תקנות שעת חירום "ככל אשר יראה לו ולטובת המדינה בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים".

על האזרח להבין בדיוק את גבולות ההוראה וגדריה; והם מקשים על בית המשפט בכובעו כמפקח על מעשי המינהל.⁴⁹

עמימות וחוסר בהירות נראית גם בחקיקה הנוגעת לתשלומי חובה לרשויות מקומיות;⁵⁰ היא קיימת לעיתים גם במונחים שהשתרשו בעגה המשפטית, כסעיפים שאינם ברורים דיים או בהגדרות בחוקים מסוימים;⁵¹ והיא ניכרת גם בנורמות מינהליות, שהן למעשה סמכויות חקיקה שהואצלו לרשות המינהלית.⁵²

5. איסור על חקיקה למפרע

האיסור על חקיקה למפרע, גם הוא נושא שקיים בו קושי: במישור הפלילי קיים אמנם איסור מפורש על חקיקה למפרע.⁵³ במישור האזרחי לעומת זאת, בישראל, בניגוד לקיים במדינות מסוימות, אין איסור חוקתי ישיר לחקיקה רטרואקטיבית.⁵⁴ בהתאם לכך, המחוקק רשאי - אם זה רצונו - להעניק לחוק תחולה למפרע, וככל שהחוק פוגע בזכויות יסוד מוגנות, ייבחנו הוראותיו במסגרת המגבלות של חוקי היסוד הקיימים. כך אנו עשויים להימצא מעת לעת עומדים בפני חקיקה למפרע שאף צולחת את הביקורת השיפוטית של בית המשפט.⁵⁵

⁴⁹ ראו אהרן ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה", הפרקליט כא (תשכ"א) 463, 469.
⁵⁰ ראו למשל עדי מוסקוביץ, "מסים ותשלומי חובה לרשויות מקומיות", ARNONA מגזין מיסוי ונדל"ן, גיליון 9, (2000) <http://arnona.co.il/magazine/vol-09/moskovich.html>.

⁵¹ כזה הוא למשל המונח הידוע "תקנת הציבור". זהו מונח ערטילאי לחלוטין בהגדרתו מצד אחד, אך כזה אשר יש בכוחו להוביל לבטלות חוזה, לבטלות צוואה וכדומה מצד שני. בפסק הדין בדנג"ץ 4191/97 אפרים רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5)330 (2000), הגדיר בית המשפט העליון את המונח כערטילאי ובר שינויים. מושג "עומם" נוסף הוא מושג ה"מידתיות", ראו למשל פרופי אברהם דיסקין, "מידתיות עמומה ומפוקפקת", ישראל היום 12.8.2015 <http://www.israelhayom.co.il/article/305471>. הוראת חוק מעורפלת נוספת היא הוראת סעיף 34 לחוק המכר. בבג"ץ 2274/99 איריס שפיר נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד נו(1)673 נאמר עליה כי היא "הוראת-חוק מעורפלת היא, ולא-מעט קשיים זורעת היא על דרכם של המבקשים לפרשה ולהציב את גבולה". ראו שם פסקה 64 לפסק הדין בעתירה. הוראת חוק אחרת שאינה מוגדרת דיה היא הוראת סעיף 34 לחוק הירשעה, תשכ"ה-1965: "הוראת צוואה שביצועה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי - בטלה". אף שמדובר בהוראה משמעותית שעשויה להוביל לבטלות צוואה, התשובה לשאלה מהו "בלתי מוסרי", אינה ברורה. ראו גם סעיף 38 לאותו חוק. ביטויים עמומים שיוצרים חוסר וודאות באשר למצב המשפטי במספר סוגיות קיימים גם בחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007: סעיף 35(א) קובע כי סוגיית הבעלות בזכות יוצרים ביצירה שנוצרה על-פי הזמנה תלויה בשאלה אם קיים הסכם "משתמע" ביחס אליה בין היוצר לבין המזמין. סעיף 50(א) לחוק קובע כי פעולה הפוגעת בזכות המוסרית מותרת אם היא "סבירה". דוגמא נוספת מכיוון אחר לגמרי היא הגדרת תוצרת אורגנית בחוק להסדרת תוצרת אורגנית, תשס"ה-2005, אשר מוגדרת שם כ: "תוצרת חקלאית שיוצרה וטופלה לפי הוראות חוק זה".

⁵² ראו למשל מיכל טמיר, "עילת חוסר הוודאות במשפט הציבורי", משפט וממשל ה' 497, והדוגמאות המובאות שם למשל בעמ' 500 ואילך.

⁵³ סעיף 3 לחוק העונשין נושא את הכותר הברורה "אין עונשין למפרע" וקובע כי: "חקיקה היוצרת עבירה לא יחול על מעשה שנעשה יום לפני פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר".

⁵⁴ יניב רוזנאי, לעיל הערה 199 בעמ' 396 ובעמ' 398.

⁵⁵ ראו למשל ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי חנוך שפסלס, פ"ד כ(1) 401 שם נקבע כי סעיף 1א לחוק הגנת השכר תחולתו רטרואקטיבית; ע"פ 290/63 עאצם נאשף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 570 שם נקבע שניתן להחיל את הוראותיו של החוק לתיקון פקודת מס הכנסה, תשי"ז-1957 למפרע; בג"ץ 334/85 אברהם גל נ' מנהל בתי המשפט, פ"ד מ(3) 729, שם אושרה תחולתם של תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), תשמ"ה-1985 אשר הוחלו על תובענות שהוגשו עוד קודם כניסת התקנות לתוקפן. ע"א 730/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלברט אלקוני, פ"ד לט(3) 169 שם אושר כי סעיף 94(א) לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963, כפי שתוקן בחוק מס שבח מקרקעין (תיקון מס' 12), תשמ"ב-1982, חל על עסקאות שנערכו לפני תחילתו של האחרון; בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241. באותו מקרה אושר תוקפו של סעיף 20 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון), ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות), תשס"א-2001 (להלן - חוק ההסדרים) אשר השעה את תוקפו של חוק הלוואות לדיר (תיקון מס' 5), תשס"א-2001 ושלל בכך זכות לקבלת מענקים כספיים לסובלים ממצוקת דיר שהיו זכאים לכך על פי חוק ההלוואות לדיר ה"ל; רע"א 7028/00 אי. בי. אי ניהול קרנות נאמנות נ' אלסינט (2006) [פורסם בנבו], שם אושרה תחולתן בזמן של הוראות חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 על הליכים בקשר לאישור תביעה כתובענה

הדברים נכונים לא רק לחקיקה אלא גם לתחולה רטרואקטיבית של הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון, שאף היא בבחינת דין מחייב.⁵⁶

ד. הפער בין הרטוריקה לפרקטיקה

התשובה לשאלה האם יש בישראל וודאות משפטית עולה מבין שורות הדיון שהובא לעיל. גם כאן, ניכר הפער בין הרטוריקה של בית המשפט העליון לבין הפרקטיקה.⁵⁷ החשיבות הטמונה בכיטחון ובוודאות משפטית מודגשת לא אחת.⁵⁸ בפועל, בחינת הערוצים והפרמטרים השונים שבאמצעותם נבחנת הוודאות המשפטית - מגלה תמונה אחרת.

ייצוגית אשר היו תלויים ועומדים בערכאות עובר לפרסום החוק; דנג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון** (2009) [פורסם בנבו] שם אושרה חקיקת משנה רטרואקטיבית אשר קבעה הוראת הצמדה רטרואקטיבית בשל קיומה של הסמכה שנקבעה בפקודת העיריות ובחוק הביוב, המאפשרת את חקיקת המשנה הרטרואקטיבית; ת"א 1179-02 **רנצ'ר נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (2010) [פורסם בנבו], שם נדחתה טענת המבקש כי התקנתן של תקנות רטרואקטיביות המסדירות גביית עמלה כפולה בכרטיסי בזק-כרט נעשו בחוסר סמכות והן בלתי סבירות.

⁵⁶ ראו בהקשר זה למשל דנ"א 3993/07 **פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ** (2011) פורסם בנבו. פסק הדין קבע כי ההלכה החדשה שנפסקה בע"א 5954/04 **פקיד שומה ירושלים 1 נ' משה סמי** (2007) פורסם בנבו, תחולתה לעתיד והן לעבר (אם כי בסייגים מסוימים לגבי התחולה לעבר).

⁵⁷ על הפער בין הרטוריקה והפרקטיקה ראו גם דשא, לעיל הערה 2 בפרק 12(ג) ובפרק 13(ג)6).

⁵⁸ אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, פרשנות החקיקה (תשנ"ג) שער ו: חזקות בדבר תכלית החקיקה - פרק 7: חזקות המשקפות ביטחון, ודאות והרמוניה במשפט, עמ' 583