

חבר הכנסת כ"נאמן הציבור"

מאת

סוזי נבות*

מאמר זה בוחן את האמירה לפיה "חבר הכנסת הוא נאמן הציבור", מקורותיה, משמעותה והיקפה, וכולל שלושה חלקים.

החלק הראשון חוקר את המקור הנורמטיבי להכרה העקרונית בחובת אמן של חבר הכנסת.

הנחת היסוד בדיון תהא כי המושג "נאמן הציבור" נועד לקשור ביחסים משפטיים בין חבר הכנסת לבין הציבור שבחר בו. חובת האמן נועדה לתאר את אופי ההתחייבות של צד למערכת יחסים משפטית. אם יוכח כי קיימים יחסים "משפטיים" בין חבר הכנסת לבין הציבור, אזי ניתן יהא לבסס על יחסים אלה חובות אמן.

בחיפוש אחר תשתית תיאורטית זו נבחנים המודלים השונים האפשריים להגדרת הייצוג הפוליטי בישראל: האם בישראל הייצוג הפוליטי הוא "ייצוג חופשי", על פיו מרגע היבחרו חופשי חבר הכנסת בפעולותיו ויכול להתנער מההתחייבויותיו כלפי הציבור, או שמא הייצוג הפוליטי מתנהל בהתאם למודל של "שליחות פרטית" או "מפלגתית", על פיו חבר הכנסת משמש "שליח" של מפלגתו.

חלקו הראשון של המאמר מנסה לספק הצדקה לקיומה של חובת אמן עקרונית על חבר הכנסת. בחלקו השני, נבחנת היקפה של חובה זו. הסיעון המוצע הוא כי היקפן של חובות האמן תלוי במהותם של היחסים המשפטיים שבין בעל החובה לבין הנתנה. הצורך בהסלת חובות אמן מתעורר דווקא מקום שמערכת היחסים היא בעלת מאפיינים "חופשיים". הסיעון מבוסס על התפתחותן של חובות האמן במשפט הפרטי דווקא, ומראה, כי מקום שנוצר יחס משפטי המוליד אמן, אולם חובות האמן לא נקבעו בחוק, פיתח בית המשפט את החובות בעצמו. יחסי אמן המבוססים על מערכת ברורה ומפורטת של חובות חקוקות, כגון חובות האמן הנובעות מיחסי נאמנות (trust) ושליחות, אינם דורשים פיתוח שיפוטי. אולם עיון בהתפתחות חובות האמן מלמד כי דווקא מקום שהיו בין הצדדים יחסים חופשיים מחובות שבחוק, שלא הוגדרו כנאמנות או שליחות, שם התפתחה דוקטרינת הנאמנות מרעיון ערטילאי ועד להפיכתו לעיקרון כללי וזה לתהליכים העוברים על העקרונות הכלליים בפסיקה הישראלית. אומר הנשיא ברק כי:

מרצה, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. תודתי נתונה לעמיתי בסמינר הסגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ובבית הספר למשפטים על הערותיהם המועילות. אני מודה גם ליוסי נתונתן ולתמיר שאנן על העזרה במחקר. תודה מיוחדת לדורית רובינשטיין ולשלומית ולרשטיין, עורכות משפטים, וכן לחברי המערכת, על הערותיהם המצוינות והמעשירות לסיוטת המאמר. השגיאות הן שלי בלבד.

"וזהו... 'גאונות' של התלכה הפסוקה... אשר מכירה בחובות מיוחדות הנתפסות במשך הזמן כביטוי לעקרון כללי, ממנו נגזרות חובות מיוחדות חדשות, הנתפסות כביטוי לעקרון כללי (יסן או חדש), ממנו נגזרות חובות מיוחדות חדשות, והחזר חלילה".

בסופו של הדיון התיאורטי, נבחנת המשמעות האופרטיבית של חובת האמון הפוליטית, תוך ניסיון לפרש בקצרה את סוגי החובות מהד ואת הסנקציות האפשריות-בגין הפרת חובת האמון מאידך. הנחת היסוד לדיון בחלק זה תהא כי דווקא משום המאפיינים המיוחדים של היחסים הפוליטיים, מן הראוי לנקוט מסנה זהירות בשלב יישומה של חובת האמון. מוצע להימנע מהטלת חובות "מושגיות" על חבר הכנסת, ולפתח את רשימת החובות באופן קונקרטי ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בסופו של הדיון, נבחן המעבר מן הרעיון של "חבר הכנסת כנאמן הציבור" לרעיון של "נאמנות חוקתית".

מבוא. א. מאפיינים משפטיים לחובות האמון. ב. סיווגו של הייצוג הפוליטי – התיאוריות הקלאסיות. 1. הנבחר כ"שלוח" (agent); 2. הנבחר כ"מייצג חופשי" – הייצוג הרפרונטיבי; (א) הגישה הקלאסית; (ב) פיתוחו של מודל הייצוג החופשי – הנבחר כ"ארגון" של המדינה; ג. המודל האלטרנטיבי לייצוג הפוליטי – ייצוג חופשי מוגבל. 1. התיאוריות בדבר השפעת המפלגה על מודל הייצוג; 2. הקשר המשפטי בין הצדדים לייצוג; (א) המפלגה והציבור – מודל של ייצוג חופשי; (ב) חבר הכנסת והציבור – מודל של ייצוג חופשי; (ג) חבר הכנסת – "מייצג חופשי" או "שלוח" של מפלגתו; ד. סיכום המקורות ליחסי האמון. ה. המסגרות ההיסטוריות. 1. התפתחות הדוקטרינה של האמון; 2. הנבחר כ"נאמן הציבור"; 3. המסגרות העיוניות. ז. המסגרות היישומיות. 1. החובות המנויות; (א) החובה להימנע מניגוד עניינים; 2. החובות הלא מנויות; (א) חובת הגילוי; (ב) Accountability; (ג) חובת ההגינות וחובת תום הלב; 3. על הפרת חובת האמון – סעדים ותרופות; (א) המישור הפלילי: העבירה של הפרת אמונים ותחילתה על חברי הכנסת; (ב) המישור המנהלי; (ג) המישור האזרחי והמשמעותי; ח. במקום סיכום: פיתוח רעיון האמון לקראת "נאמנות חוקתית".

מבוא

"איש ציבור הוא נאמן הציבור". קביעה זו של בית המשפט העליון כלולה בשורה ארוכה של פסקי דין¹. בבסיסה עומד הרעיון על פיו המדינה, השלטון והרשות המנהלית מופקדים על האינטרס הציבורי². כדבריו של פרופ' יצחק זמיר, חובת הנאמנות הציבורית היא "כל תורת המינהל הציבורי על רגל אחת":

1 ראו, למשל, בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78; בג"צ 1601/90 שליש נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 364; בג"צ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 841; בג"צ 6163/93 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 266; בג"צ 5364/94 ולגר נ' יושב ראש מפלגת העבודה, פ"ד מס(1) 758, 778.

2 "המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה תפקיד האינטרס הציבורי

כיום, במדינה דמוקרטית, כמו מדינת ישראל, המינהל הציבורי אינו משרת שליט, ובוודאי שאין הוא שלטון, כיוון שהעם הוא השולט בעצמו. המינהל הציבורי לא נועד כיום אלא לשרת את הציבור. הציבור הוא שהעניק למינהל את סמכויותיו... מכאן נובעת המסקנה כי המינהל הציבורי, וכל מי שפועל מטעמו, הינו בחזקת נאמן של הציבור.³

בהגדרה של "איש ציבור" כללה הפסיקה את עובדי הציבור,⁴ את הממשלה ושריה, את ראש הממשלה⁵ ואף "נבחרי הציבור"⁶ כגון ראשי הרשויות המקומיות.⁷ פסיקה קונקרטית יצרה לעתים הבחנה בין "עובד ציבור" כגון עובד מדינה לבין מי שהציבור בחר בו בפועל.⁸

במסגרת ההגדרה של "איש ציבור" נכלל, אם כי באופן מרומו ובמשתמע, גם הנבחר הפוליטי, קרי: חבר הכנסת.⁹

האמירה לפיה "חבר כנסת הוא נאמן הציבור" הוצגה על ידי בית המשפט כהלכה שהיא מן המפורסמות. המדובר, ככל הנראה, בעיקרון מובן מאליו עד שאין צורך להבהירו או אף להצדיקו. ייתכן שזו הסיבה לכך שבפסקי הדין שעסקו בעיקרון זה לא נמצאה התייחסות למקורותיה, למשמעותה ולהיקפה של חובת האמון שחב בה חבר הכנסת.

והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל". השופט ברק בבג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745.

3 י' זמיר, הסמכות המינהלית א (1996) 35.

4 ראו, למשל, בעש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 184, 191 מפיו של השופט זמיר: "עובד המדינה הינו נאמן הציבור. נאמנות זו מטילה על עובד המדינה חובה לקיים את הערכים הבסיסיים של הציבור ובכלל זה בחובה להקפיד על סדר המידות".

5 "אכן, הממשלה, ראש הממשלה וכל שר הם נאמני הציבור. משלהם אין להם ולא כלום. כל שיש להם, למען הציבור יש להם..." בג"צ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 461.

6 זמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 485.

7 שם, בעמ' 486. כן ראו את ההגדרה הרחבה של המונח "עובד ציבור" בסעיף 2 לחוק העונשין, תשל"ו-1977, שעל פיה עובד ציבור הוא "צווא משרה או תפקיד על פי חיקוק, בין במינור, בין בבחירה ובין בהסכם".

8 אמר השופט זמיר בעש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 4, שם:

"במקרה של עובד מדינה, העומד לדין משמעתי בעקבות הרשעה בעבירה פלילית, השיקולים שונים מן השיקולים במקרה של נבחר ציבור שמבקשים לפסול אותו לכהונה בשל הרשעה בעבירה. לגבי נבחר הציבור עשוי להיווצר ניגוד בין שני אינטרסים ציבוריים: אינטרס אחד הוא לאפשר לציבור להיות מיוצג כרצונו, על-ידי מי שזכה בבחירות לאמונו; אינטרס שני הוא לשמור על רמה מוסרית של נבחרי ציבור ועל תדמית הולמת של המוסדות הנבחרים. לעומת זאת, לגבי עובד מדינה אין ניגוד כזה".

9 דבריו של השופט ברק בבג"צ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, לעיל הערה 1, בעמ' 807, מתייחסים במפורש לחבר כנסת:

"חבר כנסת, המרכיב את הסיעה, אינו 'נציג' של מפלגה. הוא אורגן של המדינה... עליו לפעול כנאמן הציבור...".

העדרו של דיון במקורות העיקרון לא מנע את האפשרות לגזור ממנו מערכת של חובות¹⁰. יחסי האמון הקיימים כביכול בין חבר הכנסת לבין הציבור היוו בסיס נורמטיבי להטלת חובות עשה במישור המשפטי. לכאורה, נראה כי יחסי האמון נועדו לשמש מגל בידי בית המשפט לקצור בו את חופש הפעולה של חבר הכנסת. יתרה מכך: הפסיקה קבעה כי רשימת החובות שניתן לגזור מעיקרון "נאמנות" זה אינה סגורה¹¹. מאמר זה בוחן את הקביעה כי "חבר הכנסת הוא נאמן הציבור" ואת מקורותיה, משמעותה והיקפה, וכולל שלשה חלקים.

החלק הראשון חוקר את המקור הנורמטיבי להכרה העקרונית בחובת האמון של חבר הכנסת. הנחת היסוד בדיון תהא כי המושג "נאמן הציבור" נועד לקשור את חבר הכנסת אל הציבור שבו בו ביחסים משפטיים. הכרה בחובת אמון בעלת משמעות "משפטית" מחייבת, לדעתי, הכרה מקדמית בכך שבין הנבחר לבין הציבור קיימת מערכת יחסים מיוחדת, בעלת משמעות משפטית אף היא¹². חובת האמון נועדה לתאר את אופי

10 כך, למשל, הטיל בית המשפט על סיעה בכנסת ועל חבר הכנסת חובה לפרסם ברבים הסכמים קואליציוניים. את מקורה של חובה זו ביסס השופט ברק, בין היתר, על היותם של הסיעה בכנסת, המפלגה וחבר הכנסת "נאמנים של הציבור":

"...עתה ברצוני להפנות למקור נוסף לחובת הגילוי [של הסכמים קואליציוניים]. מקור זה נובע מתפקידים הציבוריים של הצדדים להסכם. סיעה בכנסת היא יחידה קונסטיטוציונית. מפלגה פוליטית, המשתתפת בבחירות לכנסת, ממלאת תפקיד חוקתי. לסיעה ולחבר הכנסת יש תפקיד ציבורי על פי דין. אין הם אך גופים מהמשפט הציבורי. סיעה פרלמנטרית או חבר כנסת, התוחמים על הסכם פוליטי, אינם פועלים לעצמם. הם משמשים נאמנים של הציבור..."

מחובת נאמנות זו שאיז הציבור נושא בה נגזרות חובות מספר, כגון החובה להימנע מניגוד עניינים, או החובה לפעול מתוך אתיקה ציבורית. מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי. מידע, המצוי אצל איש פרטי, יחויק לעצמו... לא כן איש הציבור. מידע המצוי עמו אינו "נכס" פרטי משלו. זהו "נכס" השייך לציבור, ועליו להביאו לידיעת הציבור... חובת הגילוי נגזרת מחובת האמון. אך למעלה מזה: סיעה פרלמנטרית או חבר כנסת בודד, המבצעים תפקידים ציבוריים בעלי אופי חוקתי, חבים בחובת ההגיונות. אף חובה זו נגזרת מהאופי הציבורי של פעולתם... הגיונותה של הפעילות הציבורית מחייבת חשיפתה לעין השמש, הבדוקת והמנוקה".

בג"צ שליט ג' פרס, לעיל הערה 1, בעמ' 364-365.

11 בבג"צ 1635/90 ז'רדבסקי ג' ראש הממשלה, לעיל הערה 1 בעמ' 841, אמר השופט ברק: "אכן, נאמנות מחייבת הגיונות והגיונות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגיונות אינה קפואה. כדרכם של עקרונות וערכים, הם יציבים מתד ומתפתחים מאידך. הם נטועים בנשמת העם ואינם מתכופפים כנגד רוחות שעה חולפות. הם מלאי חיות ומתפתחים כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות..."

12 כבר בשלב זה אדגיש, כי לדעתי "יחסי אמון" הוא מונח המחייב יחס משפטי בין הצדדים. ברוח זו גם מוצגת הנחת היסוד לדיון. כפי שנראה להלן, גם אם קשה להציב מכנה משותף לכלל יחסי האמון, עדיין המאפיין של "יחס משפטי" משותף לכולם. בע"א 230/80 פנידור ג' קסטנר, פ"ד

ההתחייבות של צד למערכת יחסים משפטית. אם יוכח כי קיימים יחסים "משפטיים" בין חבר הכנסת לבין הציבור, אזי ניתן יהא לבסס עליהם חובות אמון.

חובת האמון חלה במגוון רב של יחסים משפטיים. היא חלה ביחסי נאמן-נהנה; ביחסי שלוח-שולח; ביחסי אפוטרופוס-פסול דין; ביחסים שבין עובד הציבור והרשות הציבורית, וביחסים שבין מנהל לבין החברה בה הוא פועל¹³. עורך דין חב ללקוחו חובת אמון כשם שרופא או פסיכולוג חבים חובת אמון לנוקקים לשירותיהם¹⁴.

יחסי האמון הם שונים ומגוונים, וספק אם ניתן למצוא ביניהם מכנה משותף. אולם, רעיון האמון מבוסס על איתורו של אינטרס קיים שעל בעל החובה להגן עליו. הנחת היסוד בהטלת חובת אמון היא, כאמור, ההכרה ביחסים משפטיים בין בעל החובה לבין ה"נהנה" ממנה.

בחירת קיומם של יחסים משפטיים בין הנבחר לבין הציבור מחייבת דיון בשאלת מעמדו של חבר הכנסת. כך, למשל, אם ייקבע מעמדו כשל "שליח" של הציבור, הרי לך הבסיס המשפטי לקיומן של חובות האמון. דיני השליחות אכן יוצרים בין השולח לבין השלוח יחס משפטי שעליו ניתן לבסס חובות אמון. ברם, אם הקשר בין חבר הכנסת לבין הציבור אינו "משפטי" אלא פוליטי; אם הנבחר מרגע היבחרו אינו עוד כבול לציבור שבחר בו וחופשי לפעול כראות עיניו, אם הוא ישות עצמאית היכולה לנהוג כגוף "פרטי"

להו" (2) 713, 725, הציע השופט ברק (כתוארו אז) לבסס יחסי אמון על "יחס עובדתי", להבדיל מ"יחס משפטי". על דעה זו לא חזר השופט ברק בדיון הנוסף (ד"ג 7/81 פניד נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673). שלמה כרם בספרו חוק הנאמנות (מהדורה שלישית, 1995), 31-32, דחה את השימוש במאפיין של "יחס עובדתי" כבסיס ליצירת יחסי אמון, ואני מצטרפת לנימוקים שהציג. יחסי אמון הם קטגוריה גורמטיבית, היוצרת חובות במישור המשפטי, תוצאות משפטיות ואף סנקציות. על כן, קיומו של יחס משפטי הוא המכנה המשותף הבסיסי לכלל יחסי האמון. ראו דיון בנושא זה בחלקה הראשון של הרשימה.

13 א' ברק, שיקול שעת שיפוט (1987) 492.

14 הדיון במגוון היחסים המטילים חובות אמון חורג ממסגרת הרשימה. התוער המשפטי הקיים לגבי הסוגים השונים של יחסי האמון הוא רב במיוחד, והמתקד נעשה בהקשר של הדיון הספציפי שבמסגרתו קיימת חובת האמון (כגון שליחות, קניין, דיני משפחה, חברות, חוזים, עשיית עושר ולא במשפט ועוד). להרחבה על יחסי אמון באופן כללי ראו כרם, לעיל הערה 12, בעמ' 30 ואילך, והפסיקה המפורסמת שם. כן ראו א' ויגורוס, חברות ממשלתיות - תחולת המשפט המינהלי (1995) 95 ואילך; ד פרידמן, עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, 1998) 532-545; א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (1989) 334; J. Shepard, (1977); D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977); L. S. Sealy, "Fiduciary Relationship" 1962 *Cam. L.J.* 69; T. Frenkel, "Fiduciary Law," 71 *Calif. L. Rev.* (1983) 795; K.B. Davies, "Judicial Review of Fiduciary Decisionmaking - Some Theoretical Perspectives," 80 *Nw. U. L. Rev.* (1985) 1; R. Cooller & B.J. Freedman, "An Economic Model of the Fiduciary Duty of Loyalty," 10 *Tel Aviv U. Stud. L.* (1990) 297; J. Glover, *Commercial Equity - Fiduciary Relationship* (1995).

לכל דבר – אזי עולה השאלה אם גם אז ניתן לבסס בינו לבין הציבור יחסים "משפטיים" המולידים חובות אמון¹⁵.

ייתכן שהאמון הפוליטי אינו אלא מטפורה¹⁶ המטילה "חובה" כלפי הציבור במישור המוסרי בלבד, ויכול שהיחסים הפוליטיים מטבעם אינם יוצרים בסיס משפטי המצדיק הטלת חובות "משפטיות". על פי אפשרות זו, רעיון ה"אמון הפוליטי" ידמה לרעיון ה"אמנה החברתית". על רעיון האמנה החברתית נמתחה ביקורת בשל העובדה כי מבחינה משפטית טהורה הוא דמיוני, שהרי לא ניתן למצוא "חווה" קיים בין כל אחד מן הפרטים בחברה לבין ה"מדינה" שבה הם חיים. על כן, לא ברור אם ניתן לבסס חובה בעלת משמעות "משפטית" על רעיון ערטילאי ומופשט כמו "אמנה חברתית".

לאחרונה היה מוכן שופט בית המשפט העליון, בדעת יחיד, להטיל על הפרט חובה משפטית כלפי השלטון, המבוססת בין היתר על האמנה החברתית¹⁷. בדומה הטיל בית המשפט העליון על נבחרים פוליטיים חובות המבוססות על "חובת האמון" שהם חבים כלפי הציבור.

נכונותו של בית המשפט לגזור חובות במישור המשפטי מכוחם של רעיונות ה"אמנה חברתית" או ה"אמון הפוליטי" מחייבת, לדעתי, ביסוס תיאורטי לקיומה של מערכת יחסים בעלת משמעות משפטית בין בעל החובה לבין הנהגה ממנה.

בחיפוש אחר תשתית תיאורטית זו אבחן את המודלים השונים האפשריים להגדרת הייצוג הפוליטי בישראל. ראשית אבחן האם בישראל הייצוג הפוליטי הוא "ייצוג חופשי" – כלומר: מרגע היבחרו חופשי חבר הכנסת בפעולותיו ויכול להתנער מהתחייבויותיו כלפי הציבור – או שמא הייצוג הפוליטי מתנהל בהתאם למודל של "שליחות פרטית" או "מפלגתית", כלומר: חבר הכנסת משמש "שליח" של מפלגתו.

לשאלת הייצוג הפוליטי ומעמדו של חבר הכנסת יש משמעויות במישורים רבים. כך, למשל, האפשרות להעמיד לדין חבר כנסת בעבירה של "הפרת אמונים" מחייבת

15 ניסוח מעניין של שאלה זו הציג שי גיצן במאמרו "ניגוד עניינים של חברי כנסת" משפטים ב (תשנ"א) 462, 457.

"מדוע אין [חבר הכנסת] יכול לבוא ולומר: 'בי בחרתם, על כל חסרותי ויתרונותי. מעולם לא הבטחתי לכם דבר, ומה לכם כי תדרשו ממני דרישות יתר?'".

16 ח' בהן, "כשרותם של משרתי ציבור", משפט וממשל ב (תשנ"ד) 265, 288: "יכול וגם 'אמון הציבור' אינו אלא מטפורה. מאהוריה עומדת השאיפה לרמה ציבורית כללית של הגשמת מוסר ודמוקרטיה ושלטון-החוק".

17 השופט זמיר בבג"צ 164/97 קונטרס בע"מ ג' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289. בפסק דין זה אמר השופט זמיר, בפסקה 23 לפסק דינו:

"...היחסים בין האזרח לבין הרשות הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סטרניים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגנות של הרשות, נדרשת חובת ההגנות של האזרח. לדרישה זו יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה..."

להשקפות השונות אודות האמנה החברתית ויישומן בפרשת קונטרס ראו ק' קליין, "על האמנה החברתית בפני בג"צ", המשפט 9) 14.

התייחסות ל"חובת האמון" שהוא חב בה ולחופש הפעולה הניתן לו. היכולת של חבר כנסת להצביע "מטעמי מצפון" ובניגוד למשמעת קואליציונית מחייבת בחינה של מערך היחסים בין חבר הכנסת לבין מפלגתו. מערך הזכויות והחובות שביניהם נגזר ממהות היחסים המשפטיים ביניהם.

גם התשובה לשאלה האם ניתן להטיל על חבר כנסת חובות עשה במישור הציבורי תלויה בהגדרת מעמדו ביחס לציבור. בחינת המודלים השונים של הייצוג הפוליטי תאפשר הסקת מסקנות אודות מערכת היחסים הקיימת, לטענתי, בין חבר הכנסת לבין הציבור.

קיומם של יחסים משפטיים המולידים חובות אמון מחייב דיון גם בשאלת ה"נהנה" מתובה זו: מיהו "הציבור" שלו חב חבר הכנסת אמון? האם זהו "כלל הציבור"? האם חובת האמון שחבר הכנסת חב בה כביכול כלפי הציבור יכולה להיות מנותקת לחלוטין מהמפלגה שבאמצעותה הגיע לכנסת? במסגרת זו אטען כי אם קיימים יחסים משפטיים בין הנבחר לבין מפלגתו, ראוי לבחון את חובות האמון גם במערכת זו.

הקביעה בדבר קיומה של חובת אמון אינה סופו של תהליך, אלא אך תחילתו¹⁸. העברת עולם המושגים של חובות האמון, שמקורו במשפט הפרטי, אל המערכת הפוליטית, מעוררת קשיים רבים¹⁹. גם אם תימצא תשתית ליחסי האמון, הרי שקיומה של חובת אמון לחוד והיקפה של החובה לחוד. כפי שנראה, היקפן של חובות האמון תלוי במידה רבה בסוג הקשר המשפטי הקיים בין בעל החובה לבין הנהנה ממנה. על כן המסקנה מן החלק הראשון של הדיון – שעל פיה יש יחסים משפטיים בין חבר הכנסת לבין הציבור או בינו לבין המפלגה – אינה אומרת דבר וחצי דבר על מהותן והיקפן של חובות האמון ביניהם.

18 ברק, לעיל הערה 13. פרופ' ברק מביא מדבריו של השופט פרנקפורטר מתוך פסק הדין בעניין *Securities Comm'n v. Chancery Corp.* 318 U.S. 80, 85 (1942):

"...to say that a man has a fiduciary only begins analysis. It gives direction to further inquiry: To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from duty?"

19 היטיב להציג את הקושי השופט קאופמן בפסק הדין *Margiotta v. United States* 688 F. 2d בפסק הדין :108, 142 (2nd Cir., 1982)

"To transfer this complex, variable body of law [fiduciary relationships] to the political context, simply by mouthing the word fiduciary, makes the very mistake underlined by Mr. Justice Frankfurter in *Chenery*... For all one can find in the case law, no distinction is made between the fiduciary obligations of a civil servant, political appointee, elected official, candidate or partisan political leader... One searches in vain for even the vaguest contours of the legal obligations created beyond the obligation to conduct governmental affairs 'honestly' or 'impartially'..."

כאמור, בחלק הראשון של המאמר אנסה לספק הצדקה לקיומה של חובת אמון עקרונית על חבר הכנסת. בחלק השני אבחן את היקפה של חובה זו. לאחר הצגת המקור העיוני ליחסי האמון מתבקש דיון בשאלה האם קיומה של חובת אמון "מושגית" במסגרת הפוליטית הוא דבר רצוי. הכרה בתשתית עיונית ליחסי האמון תאפשר לבית המשפט להטיל על חברי הכנסת חובות הנובעות ממעמד הנאמנות. בכך ייווצר בסיס להתערבות בפעילות הפוליטית. על כן תיבחן גם השאלה האם ראוי לו – למשפט בכלל ולשופט בפרט – "לפלוג" לתוך העולם הפוליטי, או שמא ראוי שסכסוך פוליטי יוכרע על ידי האורגנים הפוליטיים. עירוב בית המשפט ביישום הכלל לפיו "חבר הכנסת הוא נאמן ציבור" עלול לפגוע בהפרדת הרשויות, במשטר הדמוקרטי ובאמון הציבור במערכת המשפט דווקא. מתבקש איזון בין עיקרון הפרדת הרשויות והחשש מפני התערבות בתי המשפט בפוליטיקה מחד גיסא, לבין הצורך בביסוס רעיון האמון כמקור אפשרי להטלת חובות על הנבחר הפוליטי מאידך גיסא.

בחלקו השני של המאמר אטען כי היקפן של חובות האמון תלוי במהותם של היחסים המשפטיים שבין בעל החובה לבין הנהגה. לכאורה, התחושה היא שככל שהיחס המשפטי בין חבר הכנסת לבין הציבור הוא "חופשי" יותר ו"רופף" יותר, כך ראוי שיהיה חופשי מהתערבותו של המשפט. אם מרגע היבחרו חופשי חבר הכנסת לפעול כרצונו, ללא כל חובה כלפי הציבור שבתורו, חופשי לעבור למחנה היריב או לחזור בו מהבטחותיו לבוחר ללא כל חשש מסנקציה משפטית, ייתכן שהמסקנה המתבקשת היא כי חופש זה צריך להיות מתורגם גם למינימום התערבות משפטית ושיפוטית. במאמר שכתב פרופ' ברק בנושא האקטיביזם השיפוטי ניתן אף למצוא תימוכין להשקפה זו, לפיה "מכסימום חופש פעולה מתורגם למינימום התערבות שיפוטית":

האין לומר, כי התרופה הראויה – למי שמבקש להעניק לרשויות הפוליטיות חופש פעולה – אינה בנעילת שערי בית המשפט ובהסכמה משתמעת להפרת החוק, אלא בשינוי המשפט המהותי, אשר יעניק חופש פעולה רחב יותר לרשויות הפוליטיות?²⁰

לדעתי, בכל הנוגע להיקפן של חובות האמון המוטלות על חבר הכנסת, "תחושה" זו מטעה. בחלק השני אטען כי הצורך בהטלת חובות אמון מתעורר דווקא כאשר מערכת היחסים היא בעלת מאפיינים "חופשיים". הטיעון מבוסס על התפתחותן של חובות האמון במשפט הפרטי דווקא. אראה, שכאשר נוצר יחס משפטי המוליד אמון, אולם חובות האמון לא נקבעו בחוק, פיתח בית המשפט את החובות בעצמו. לשיטתי, יחסי אמון המבוססים על מערכת כרוזה ומפורטת של חובות חקוקות, כגון חובות האמון הנובעות מיחסי נאמנות (trust) ושליחות, אינם דורשים פיתוח שיפוטי. אולם עיון בהתפתחותן של חובות האמון מלמד כי דווקא כאשר היו בין הצדדים יחסים חופשיים מחובות שבחוק,

20 א' ברק, "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, 486.

שלא הוגדרו כנאמנות או שליחות, שם התפתחה דוקטרינת האמון כדי להגביל את חופש פעולתו של אחד הצדדים. אטען, כי התפתחותן של חובות האמון במישור הפוליטי דומה להתפתחותן של חובות האמון במשפט הפרטי.

אטען, כי ככל שהיחס המשפטי יהיה בעל מאפיינים "חוזיים" או "שילוחים" יותר, כמו למשל היחס המשפטי הקיים בין חבר הכנסת לבין מפלגתו, כך יהא היקפן של חובות האמון מצומצם יותר. הרציונל מאחורי פונקציה זו הוא שכאשר הדין הקיים מסדיר את משמעות היחסים המשפטיים באמצעות הגדרת החובות בין הצדדים והסנקציות בגין הפרתן, הצורך בפיתוח שיפוט של חובות אמון הוא בהכרח שולי.

אטען כי גם היפוכו של דבר הוא נכון: ככל שהיחס המשפטי יהיה בעל מאפיינים "רופפים" יותר, שאינם נתונים למרות המשפט, כך יגבר הצורך בהטלת חובות אמון. ככל שהמשפט יעניק לחבר הכנסת חופש פעולה רחב יותר, כך יגבר הסיכון לשימוש לרעה בחופש זה. ככל שהקשר בין חבר הכנסת לבין הציבור יוגדר "חופשי" יותר, במובן זה שחבר הכנסת לא יהיה תלוי בבחוריו ויוכל לפעול כראות עיניו, כך יידרשו חובות אמון משמעותיות יותר להגבלת כוחו.

בסופו של הדיון התיאורטי אתמקד בבחינת המשמעות האופרטיבית של חובת האמון הפוליטית. אבחן את היקפה של חובת האמון הלכה למעשה, תוך ניסיון לפרט בקצרה את סוגי החובות מחד גיסא ואת הסנקציות האפשריות בגין הפרת חובת האמון מאידך גיסא. הנחת היסוד לדיון בחלק זה תהא כי דווקא משום המאפיינים המיוחדים של היחסים הפוליטיים ראוי לנקוט משנה זהירות בשלב יישומה של חובת האמון. אטען כי יש להימנע מהטלת חובות "מושגיות" על חבר הכנסת, וכי ראוי לפתח את רשימת החובות באופן קונקרטי ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

בהקשר לחובת הנאמנות אמר השופט חשין כי:

האמירה כי היחיד חב חובת הגינות (משפטית) כלפי השלטון – כשהיא לעצמה – אינה אלא תווית שעל קנקן, מסגרת משפטית-מושגית פורמלית. כל עוד לא ידענו מה הן אמות-המידה ליצירתה של אותה "חובת נאמנות", מה משקה ניצוק אל-תוכו של קנקן, מה הנוסחה ליצירתו של המשקה, כמו לא אמרנו ולא כלום.²¹

ברשימה זו אפתח את ה"קנקן" הנושא את התווית "חבר הכנסת הוא נאמן הציבור". אנסה לגלות את הנוסחה ליצירתו של המשקה – את הבסיס העיוני להטלת חובת אמון כלפי הציבור על חבר הכנסת. אבדוק את טיבו של המשקה עצמו – את היקפה של החובה ואת משמעותה מבחינת ההגבלות העשויות להיווצר על חופש הפעולה של חבר הכנסת הנבחר. לבסוף, ארשה לעצמי ללגום מעט מן המשקה ולהביע את דעתי על טעמו.

21 בג"צ 164/97, לעיל הערה 17, בעמ' 361 (ההדגשה הוספה).

חלק ראשון: המקור לקיומה של חובת האמון

א. מאפיינים משפטיים לחובות האמון

הספרות המשפטית מציגה דרכי מיון שונות ליחסי האמון ומאפיינים שונים לחובות הנובעות מהם. הניסיון ליצור הרמוניה בעקרונות המשפטיים המסדירים את סוגיית יחסי האמון העסיקה חוקרים רבים בשנים האחרונות.²² הגדרות כוללניות ליחסי אמון קבעו, בין היתר, כי אדם החב חובת אמון הוא:

...a person... who undertakes to act in the interest of another...²³

...a person on whom another must rely... for a particular service²⁴

...who receives a power of any type on condition that he also receive it with a duty to utilize that power in the best interests of another, and the recipient uses that power.²⁵

במאמרה המקיף על הנושא²⁶ הצביעה פרופ' תמר פרנקל על שני מאפיינים המשותפים לבעלי חובות האמון השונים. המאפיין הראשון הוא כי בעל חובת האמון משמש בדרך כלל "מחליפו" של האחר ("...the fiduciary serves as a substitute for the entrustor"). הסיבה להיותו של בעל החובה מחליפו של האחר שונה ממערכת אמון אחת לשנייה. כך, למשל, א' יכול לבקש מב' (בעל החובה) למלא את מקומו כי ב' הוא מומחה בתחום (כגון עורך-דין או רופא) או כי א' אינו יכול כלל לדאוג לעצמו (הוא קטין). מלומדים רבים חזרו על מאפיין זה, אם כי במינוחים שונים²⁷. אולם, לא כל אימת שאדם משמש

22 ראו, למשל, L.S. Sealy, "Some Principles of Fiduciary Obligation," 1963 *Cambridge L.J.* 119; P.D. Finn, *Fiduciary Obligation* (1977); E.J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation," 25 *U. Toronto L.J.* 1 (1975); J.C. Shepherd, "Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships" 97 *L. Q. Rev.* (1981) 51; R. Flannigan, "The Fiduciary Obligation," 9 *Oxford J. Legal Stud.* 285 (1989); D.A. DeMott, "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligations," 1988 *Duke L.J.* 879; R. Flannigan, "Fiduciary Obligation in the Supreme Court," 54 *Sask. L. Rev.* (1990) 45; T. Frenkel, *supra* note 14; K. Clark, "Do We Have Enough Ethics in Government Yet?: An Answer From Fiduciary Theory," *U. Ill. L. Rev.* (1996) 57; C. Feasby, "Fiduciary Obligations and Exculpatory Clauses," 36 *Alberta L. Rev.* (1998) 923; S. Fitzgibbon, "Fiduciary Relationships are not Contracts," 2 *Marquette L. Rev.* 303 (1999).

23 A.W. Scott, "The Fiduciary Principle," 37 *Cal. L. Rev.* (1949) 539

24 Frenkel, לעיל הערה 14, בעמ' 800.

25 Shepherd, לעיל הערה 22, בעמ' 75.

26 Frenkel, לעיל הערה 14, בעמ' 808.

27 כגון "זה שנוטל על עצמו לפעול למען אחר": "Who is a fiduciary? A fiduciary is a person"

"מחליפו" של אחר הדבר מוליד יחסי אמון. למשל, במקרה של מתן שירות על בסיס חוזי (כגון חשמלאי או טכנאי) משמש בעל המקצוע "מחליפו" של המזמין, אולם מערכת יחסים זו לא בהכרח מולידה יחסי אמון²⁸. קיימים גם מקרים של "מחליף" מכוח דיני סטטוס, כגון הורה המשמש מחליפו של ילדו הקטין. על כן, מאפיין זה לבדו אינו מבחין בין יחסי אמון לבין יחסים אחרים.

המאפיין השני לשיטתה של פרופ' פרנקל הוא מעבר ה"כוח" (delegation of power) אל בעל החובה²⁹. כשניתן בידי אדם כוח לנהל את ענייני זולתו, מוליד הדבר יחסי האמון. מטבע הדברים, הכוח שניתן בידי מחייב אמון בדרגה גבוהה. שיקול זה, בצירוף החשיבות שמייחסים למגיעת השימוש לרעה באותו כוח, הוא המחייב לראות חובות אמון בחובותיו של מי שהוסמך לנהל את ענייני הזולת³⁰. בתחום הציבורי תכלול קטגוריה זו את כל מי שניתנה לו סמכות לפעול בשם הרשות.

בספרו על דיני חברות³¹ התייחס פרופ' אוריאל פרוקצ'ה אף הוא לשני המאפיינים לעיל, וקבע כי "המשפט מכיר, ככלל, בחובות אמון כאשר פלוני מפקיד בידי זולתו את הכוח לשלוט ברכושו ולנהלו עבורו; כוח שאין עמו אחריות משול להפקרות"³².

שלמה כרם הבחין בין שלש קטגוריות: "חייבי אמינות", "חייבי נאמנות" ו"חייבי התחשבות"³³. גם בהבחנה זו המכנה המשותף בין שלש הקטגוריות הוא שלכל אחד מהחייבים יש "כוח"³⁴. למשל, נאמן העומד במרכזה של הקטגוריה שנייה הוא מי שניתנה

Sealy, "Fiduciary who undertakes to act in the interests of another person"

Relationships, לעיל הערה 14, בעמ' 76, וגם Glover, לעיל הערה 14, בעמ' 51.

28 Frenkel, לעיל הערה 14, בעמ' 808. המחברת טוענת כי במערכת חזוית כל אחד מהצדדים פועל לטובת האינטרס שלו, בעוד שמערכת המבוססת על אמון, בעל חובת האמון משמש מחליפו של אחר כדי לפעול לטובתו של האחרון. להבחנה בין מערכת אמון לבין מערכת חזוית ראו שם, בעמ' 799 ואילך.

29 שם, בעמ' 809, אומרת המחברת:

"The second central feature of the fiduciary relation is that the fiduciary obtains power from the entrustor or from a third party for the sole purpose of enabling the fiduciary to act effectively. The power that the fiduciary obtains is originally vested in someone else, and is delegated to the fiduciary not for his own use, but solely for the purpose of facilitating the performance of his functions."

במאמר שפרסמה המחברת בשנת 1993 היא חזרה על מאפיין הכוח כבסיס להפעלתן של חובות

אמון. ראו T. Frenkel, "Fiduciary Relationship in the United States" in *Equity, Fiduciaries and Trusts* (D.W.M. Donovan, 1993) 173, 177.

30 פרידמן, לעיל הערה 14, בעמ' 537.

31 א' פרוקצ'ה, לעיל הערה 14.

32 שם, בעמ' 350.

33 כרם, לעיל הערה 12, בעמ' 32.

34 שם, בעמ' 46. למרות שלמושג "כוח" משמעות שונה לגבי כל אחד מסוגי החייבים האלה,

לו שליטה בנכס³⁵. השליטה בנכס היא תנאי לפעולתו של נאמן; "כוחו" נובע משליטתו על נכסי הנאמנות. בקטגוריה זו דן חוק הנאמנות, תשל"ט-1969, היוצר נאמנות שהיא "קניינית" במהותה³⁶. מקרה אחר, שאינו נופל לקטגוריית "חייבי הנאמנות" אך מחייב אף הוא חובת אמון הנובעת מחובה חוזית ("חייבי אמינות"), הוא מקרה של חולה הנזקק לרופא או מקרה של אדם המייפה את כוחו של עורך-דין לפעול בשמו. במקרה כזה, טוען כרם, הכוח מתבטא במידת ההשפעה שיש לחייב האמינות על המסתמך עליו. על כן, למושג "כוח" משמעות שונה לגבי כל אחד מסוגי החייבים, אך הכוח עצמו הוא המאפיין את חובות האמון השונות ומהווה פונקציה של מידת האמון הקיים מצד המסתמך. כאמור, מאפיין ה"כוח" זכה להתייחסות נרחבת בספרות³⁷.

ד"ר אברהם ויינרוט³⁸, הסוקר בהרחבה את ההלכות שנקבעו באנגליה ובארצות-הברית בכל הנוגע ל"יחסי האמון", מסכם כי:

יחסי אמון משמעם, אפוא, יחסים שבהם פועל אדם עבור זולתו, ומופקדים בידיו נכסים של זולתו. בסיטואציה זו, התחילה הפסיקה חובות מסוימים – בהתאם לטיב היחסים – המקבילים לאלו החלים במוסד הנאמנות, כדי למנוע שימוש לרעה בכוחות אלו...³⁹.

בראשית דבריי ציינתי שהקביעה לפיה אדם חב חובת אמון מסמנת את תחילת הדיון יותר מאשר את סופו. המשימה הקשה תהא קביעת מסגרותיה ותוכנה של חובת האמון⁴⁰. אדגיש כבר בשלב זה שקיימת תמימות דעים בספרות המשפטית על כך שרמת ההתנהגות הנדרשת מכלל חייבי חובות האמון היא שונה. לדברי פרופ' פרידמן:

המדובר, לדעתי, ב"כוח" במובן ההופלדיאני, היינו: היכולת הקיימת בידי החייב לשנות את מעמדו המשפטי של האחר.

35 שם, בעמ' 47. ראו גם ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 13, בעמ' 492: "מי שבידו כוח לשלוט על רכושו של אחר, למען אחר, חב לו אמון".

36 א' ברק, חוק השליחות ב (1996) 1035. פרופ' ברק מבחין, למשל, בין חובת הנאמנות המוזכרת בחוק הנאמנות לבין זו המוזכרת בחוק השליחות.

37 ראו, למשל, Shepherd, לעיל הערה 22, בעמ' 68. כן ראו Glover, לעיל הערה 14, בעמ' 98, האומר כי:

"...the last characteristic of the fiduciary relation... provides that a fiduciary relation may exist where the party trusted has a power (or discretion) to change the legal or practical interests of the party trusting."

כן ראו זמיר, הסמכות המינהלית, לעיל הערה 3, בעמ' 35, המבסס את חובת האמון של המינהל הציבורי על כך כי הציבור הוא שהעניק למינהל את סמכויותיו, דהיינו: על מעבר כוח מן הציבור אל המינהל.

38 וינרוט, לעיל הערה 14, בעמ' 97 ואילך.

39 שם, בעמ' 102.

40 Sealy, "Fiduciary Relationships", לעיל הערה 14, בעמ' 73, קובע לעניין זה כי

"The word fiduciary... is not definitive of a single class of relationships to which a fixed set of rules and principles apply..."

כללים אלה (כללי ההתנהגות המיוחדים הנוגעים לנאמנים) מופעלים במלוא חומרתם בקטגוריה המרכזית של יחסי אמון, ואילו בקטגוריות אחרות עשויה רמת ההתנהגות להיקבע בהתאם לנסיבות. כך, למשל, אפשר להניח שרמת ההתנהגות הנדרשת מנאמן (במובן trustee) או שלוח תהיה גבוהה יותר מזו של מתווך גרידא (אף אם מניחים שאותו מתווך חב חובת אמון)⁴¹.

הערה זו חשובה לענייננו. גם אם המסקנה היא כי בין שניים קיימים יחסי אמון, הרי שהיקפן של חובות האמון משתנה בהתאם לטיב היחסים המשפטיים. באילו מקרים יוטלו חובות אמון "חמורות" ומתי יהיו אלה "קלות"? למרות קיומה של ספרות ענפה בנושא, אין הסכמה באשר ל"נוסחה" שלפיה ניתן יהא לקבוע בודאות שבהתקיים מאפיין זה או אחר ביחסי האמון, רמת ההתנהגות המוטלת תהא גבוהה, ובהתקיים מאפיין אחר היא תהא נמוכה. אזכיר כי דיני האמון התפתחו במקביל בשני מודלים שונים: האחד מתייחס לחובות אמון החלות על מי שמוגדר נאמן או שלוח, והאחר מתייחס למנהלים ולפקידים בחברות⁴². שני המודלים דורשים רמות התנהגות שונות, כפי שהדבר עולה מדבריו של פרופ' פרידמן לעיל: רמת ההתנהגות הנדרשת מנאמן או משלוח היא גבוהה יותר מזו הנדרשת ממנהל החברה⁴³. עם זאת, הסיבה להבחנה זו ברמת ההתנהגות אינה ברורה ומוצעים לה הסברים שונים⁴⁴.

גם בנושא הסנקציה המוטלת בגין הפרת החובה אין אחידות, ובפועל מכירה הפסיקה בקשת רחבה מאד של סעדים⁴⁵.

לצורך בחינת השאלה האם קיימת, עקרונית, חובת אמון במסגרת היחסים הפוליטיים שבין חבר הכנסת לבין הציבור, אבקש לאמץ את שני המאפיינים המרכזיים המשותפים לכלל יחסי האמון. אטען, שכדי להצדיק הכרה ב"יחסי אמון" בין הנבחר לבין הציבור שבחר בו יש להוכיח את קיומם של שני מאפיינים. הראשון הוא כי הנבחר הפוליטי משמש "מחליף" של מי שבחר בו, והשני הוא כי בעצם אקט הבחירה מעביר הבוחר את

41 פרידמן, דיני עשיית עושה, לעיל הערה 14, בעמ' 559.

42 H. Marsh Jr., "Are Directors Trustees?," 22 *Bus. Law.* (1966) 35; Shepherd, *supra* note 22 ; D.M. Lawrence, "Local Government Officials as Fiduciaries: The Appropriate Standard" *U. Det. Mercy L. Rev.* (1993) 1.

43 "The more rigorous model applied to trustees, agents, executors, and other fiduciaries is standard; the corporate director model is the exception" Lawrence, *supra* note 42, במאמרו שם, בעמ' 6. דיון מקיף על התפתחותן של חובות האמון של המינהל ראו במאמרו, שם, בעמ' 7-16. המחבר מנתח את הסיבות שהולידו את הדרישה לרמת התנהגות שונה מזו הנדרשת מנאמן או שלוח.

44 שם, בעמ' 6-8.

45 לפירוש והרחבה ראו Clark, לעיל הערה 22, בעמ' 72-73, והפסיקה המוזכרת בהערות השוליים שם.

"כוח" או את "האינטרס" שלו לנבחר⁴⁶. אם יוכח קיומם התיאורטי של שני מאפיינים אלה, ייווצר אז הבסיס המשפטי הנדרש להכרה ביתסי אמון בין הנבחר לבין הציבור⁴⁷. בסעיף הבא אבחן את משמעותו של הייצוג הפוליטי ואת השאלה האם ייצוג זה מקיים את שני המאפיינים המוזכרים.

ב. סיווגו של הייצוג הפוליטי – התיאוריות הקלסיות

סוגיית הייצוג (הרפרזנטציה) הפוליטי מתעוררת במשטרים פרלמנטריים המקיימים "דמוקרטיה ייצוגית". המשטר הפרלמנטרי נחשב מאז ומתמיד למשטר של "ייצוג" או משטר "רפרזנטטיבי"⁴⁸. הרעיון הטמון בו הוא כי אין אפשרות לקיים שלטון ישיר אלא יש צורך בייצוג⁴⁹. המונח ייצוג מניח את קיומם של שני אנשים לפחות: המייצג והמיוצג. המייצג, או ה"שלוח", מקבל מהמיוצג "כוח" לפעול בשמו של השולח. כוח זה מכונה "מנדט"⁵⁰.

46 ראו לעניין זה ברק, לעיל הערה 13, בעמ' 492: "מכאן הגישה ההלכתית כי מי שבידו הכוח לשלוט על רכושו של אחר, למען אחר, חב לו אמון".

47 ד"ר וינרוס בספרו חברות ממשלתיות, לעיל, הערה 14, בוחן את השאלה האם חבה חברה ממשלתית בחובות אמון כלפי הציבור. לשם בחינת השאלה הוּו מעמיד ד"ר וינרוס לכאורה בסיס אחר מזה המוצע על ידינו כאן. ד"ר וינרוס בוחן האם ניתן לומר על חברה ממשלתית כי "אין לה משלה ולא כלום, לנוכח האישיות המשפטית הנפרדת שבה ניהנה, שם, בעמ' 92. לשם כך מציע ד"ר וינרוס לבחון האם קיים מקור נורמטיבי להחלת חובות אמון אלטרואיסטיות על החברה כלפי הציבור הרחב. המבחן המוצע, לפיכך, הוא מבחן ה"מקור" או ה"בסיס המשפטי" כדבריו. אולם לגופה של הבדיקה, בוחן ד"ר וינרוס את השאלה האם מצוי בידי החברה הממשלתית "כוח", שם בעמ' 106, ו"האם פועלת החברה הממשלתית עבור וולתה", שם בעמ' 107. לפנינו, על כן, שימוש בשני המבחנים שהוצעו לעיל.

48 אומר על כך Carré de Malberg בספרו *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1962): 202.

"Le régime représentatif désigne, d'une façon devenue aujourd'hui traditionnelle, un système constitutionnel dans lequel le peuple se gouverne par ses élus..." במשטר דמוקרטי המקיים "דמוקרטיה ישירה", היינו: מצב שבו העם כולו, ללא מתווכים, מסדיר את ענייני השלטון, אין צורך בייצוג פוליטי. הדמוקרטיה הישירה במובן זה עברה מן העולם. כיום ניתן למצוא משטרים "סמייצוגיים" המשלבים דמוקרטיה ייצוגית עם מאפיינים של דמוקרטיה ישירה (כגון משאל עם או בחירה ישירה).

50 לדברי de Malberg, לעיל הערה 48, בעמ' 210 (בתרגום חופשי): "הרעיון המרכזי הוא כי הבחירה משמעה מעבר של כוחות, מן הבוחרים אל נבחריהם. המילה 'מנדט' עצמה מלמדת כי הנבחר ממלא את תפקידו כמי שנהנה מכוחותיו של הבוחר" (במקור: "...l'idée essentielle... c'est que l'élection s'analyse en une transmission de pouvoirs, des électeurs à leurs élus. Et en effet, le mot même de mandat implique que le représentant exerce sa fonction comme fondé de pouvoir du représenté...").

מבחינה עיונית, השלטון הרפרזנטטיבי מקיים לכאורה את שני המאפיינים העומדים בבסיסה של חובת האמון: הנבחר מקבל "כוח" לפעול "בשמו של" הבוחר. אולם, על שאלת מעמדו של הנבחר הפוליטי ועל מהות ה"מנדט" שהוא מקבל מהציבור אין תמימות דעים בספרות העולמית⁵¹. יש המתאייחסים לנבחר הפוליטי כאל "אורגן" של המדינה; אחרים סבורים כי מעמדו הוא כשל "שליח" של הבוחר; וגישה אחרת סוברת כי יש לראותו כמי ש"פועל בשמו" של הציבור, בדומה לפעילותו של עורך דין. השימוש במטבעות לשון שונות ובאנלוגיות לתיאור תפקידו של הנבחר הוא רחב במיוחד. המחברת Hanna F. Pitkin, שספרה הוא אחד החיבורים המודרניים המרכזיים אודות "עיקרון הייצוגיות"⁵², הטיבה להציג את ריבוי המינוחים הקיימים בספרות כדי לתאר את תפקיד הייצוג:

We have been using the basic expression 'acting for' another... 'in' or 'on behalf' of others, acting 'in their place' or 'stead' or 'instead of' them, 'supplying their place', acting 'in their name', 'on their authority', 'for their sake', 'in their interest', 'in accord with their desires'.... The representative has been variously linked to or defined as an actor, an agent, an ambassador, an attorney, a commissioner, a delegate, a deputy, an emissary, an envoy, a factor, a guardian... a proxy, a steward, a substitute, a trustee, a tutor, and a vicar.⁵³

הביטויים לעיל מניחים כולם מעבר של "כוח" מהשולח אל השלוח. אולם, מהות ה"כוח" או ה"מנדט" המועבר לפי כל אחד מן המינוחים היא שונה. על פי חלק מהמינוחים הנבחר הפוליטי מחויב לפעול בשמו ולמענו של הבוחר, בדומה לשליח במשפט הפרטי. במקרה זה אין לנבחר חופש פעולה והוא כפוף להחלטותיו של הבוחר. חלק אחר ממטבעות הלשון מניח חופש פעולה לנבחר לפעול כראות עיניו ולדאוג לאינטרסים של מי ששלח אותו באופן שהנבחר מבין אותם. ביטויים אלה מכירים מכללא בייצוג שהוא חופשי לחלוטין.

כאמור, מטרת הדיון היא לחפש תיאוריה שתוכל להסביר את התופעה של ייצוג

51 עיקרי החיבורים בנושא: H.F. Pitkin, *The Concept of Representation* (1972); G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation* (1960); C. de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, supra note 48; A.H. Birch, *Representation* (1971); D.K. Ryden, *Representation in Crisis* (1996). להתייחסות לנושא הייצוג הפוליטי בדין הישראלי ראו ק' קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" משפטים ה (תשל"ג) 308.

52 H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, שם.

53 שם, בעמ' 119.

פוליטי⁵⁴. עיון בספרות המשפטית העוסקת בייצוג הפוליטי מגלה שני מודלים קלסיים של ייצוג פוליטי, המציבים שתי קטגוריות לסיווג מעמדו של הנבחר⁵⁵. שתי הקטגוריות משקפות את השינויים שחלו מבחינה היסטורית בתורת המנדט מאז הולדתם של הפרלמנטים ועד לימינו.

הקטגוריה הראשונה, שהיא גם ראשונה בזמן, מתייחסת לנבחר על פי העיקרון הבסיסי של "מחליף" או "פועל בשמו", "בא במקומו של" או "שליח". ביטויים אלה מדגישים שהנבחר פועל בשמו של אחר ובעצם נשלח על ידי אחר. קטגוריה זו תידון להלן תחת הכותרת "שליחות".

הקטגוריה השנייה מבוססת על רעיון של האצלת סמכויות ותיקרא בשם "הייצוג החופשי". במסגרתה תידון גם הגישה הרואה בנבחר "אורגן", אדם שפעולתו נתפסת כפעולתו של השולח עצמו. במקרה זה רצונו של הנבחר הוא רצונו של הבוחר, והנבחר מפעיל את כוחו של הבוחר עצמו. גישה ה"אורגן" מקיימת אף היא את שני המאפיינים של הייצוג החופשי ומהווה פיתוח של מודל הייצוג.

שני המודלים – מודל השליחות ומודל הייצוג החופשי – הם כאמור מודלים קלסיים. המעבר ממודל הראשון למודל השני מבוסס היסטורית על שינויים קונספטואליים שחלו בעיקרון הייצוג בעקבות המהפכה הצרפתית.

בפתחו של האלף השלישי ובעקבות השינויים שחלו בפרלמנטריזם המודרני ראוי, לדעתי, לבחון אפשרות לבחינת היחסים הפוליטיים על פי מודל ייצוג שלישי⁵⁶. ארשה לעצמי להציע לדיון, בקווים כללים בלבד, מודל ייצוג נוסף המבוסס בעיקרו על רעיון הייצוג החופשי, אך מציע להכיר בכך שחופש הפעולה של הנבחר אינו בלתי מוגבל, וכי

54 שכן "התורה העיונית המונחת ביסוד מוסד משפטי היא המפתח להבנתו של המוסד" ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 327.

55 לדעתי, אין לסווג את הייצוג הפוליטי כמחייב נאמנות מכוח חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, או כמחייב אמון מכוח נציגות על פי דין. הנאמנות על פי חוק הנאמנות היא, כאמור, קניינית במהותה, ומתייחסת לחובה המוטלת על אדם שניתנה לו שליטה בנכס, כדי שיפעיל אותה להשגת פעולה מסוימת. היחס הקנייני הוא היוצר את המערכת המשפטית בין הנאמן לבין הנהנה. נאמנות זו אינה מתאימה להחלה על מערכת יחסים פוליטית, הנעדרת זיקה קניינית. אומר על כך ויגרוס בספרו, לעיל הערה 14, בעמ' 102 כי "מוסד [הנאמנות] מוגבל אם כן ליחסים המתמקדים בזיקה לגבס מסוים". כמו כן, לא ניתן לדעתי להתייחס לחבר כנסת כאל "נציג על פי דין". הנציגות על פי דין, כשמה כן היא, מקורה בדין ואינה נובעת מרצונו של השולח. החוק מטיל מנימוקים מיוחדים, כגון בין היתרם על פי חוק הכסרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962, יחסי נציגות, בלא להתחשב ברצון המיוצג. ראו ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 62.

56 אני מודעת למגבלה הקיימת, בעיקר מגבלת ההיקף, בהצגת מודל תיאורטי חדש ברשימה זו. יש בכונתי לפתח את המחקר בנושא הייצוג הפוליטי ותיאוריית המנדט המודרנית. ברשימה זו אתייחס רק לעקרונות הייצוג הנחוצים לבחינת הקשר המשפטי בין חבר הכנסת לבין הציבור בדין הישראלי. על כן לא אעסוק כאן בכל ההיבטים המתחייבים מהצעת המודל, ואסתפק בהצגת עיקר השינויים שחלו מאז המעבר לייצוג החופשי, לפני יותר מ-200 שנה.

יש להטיל עליו הגבלות הנובעות מרעיון השליחות. מודל זה יובא להלן בשם "ייצוג חופשי מוגבל".

הצגת המודלים תאפשר לבחון שתי שאלות. השאלה הראשונה היא האם המודלים מקיימים את המאפיינים של יחסי אמון, היינו: האם הם מכירים בקיומם של יחסים משפטיים בין הנבחר לבין הציבור שבחר בו. בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב, השאלה השנייה תהא מהו המודל הרצוי לתיאור מערכת היחסים הפוליטית, בהתחשב במאפיינים של הקשר בין הבוחר לנבחר וברמת האמון הנדרשת על פי כל אחד מהם.

1. הנבחר כ"שלוח" (agent)

מקורו של רעיון השליחות הוא במשפט הפרטי⁵⁷. במוסד השליחות, השלוח פועל בשמו ובמקומו של השולח, ובכך מביא לשינוי במצבו המשפטי של השולח⁵⁸. ייצוג פוליטי המבוסס על שליחות מניח מעבר של "כוח" מן השולח אל השלוח, אולם כוח זה מוגבל. הספרות מכנה מנדט מוגבל זה בשם "מנדט אימפרטיבי"⁵⁹.

מבחינה היסטורית, הפרלמנט באנגליה בימי הביניים פעל על פי עיקרון ייצוגיות המבוסס על שליחות כמשמעה במשפט הפרטי. הנציגים לפרלמנט היו נבחרים על ידי תושבי האזורים בהתאם לרעיון שהקהילות הן שמיוצגות⁶⁰. כך, למשל, בתקופת כהונתו של המלך אדוארד הראשון (1283–1297) דרש המלך כי נציגי הקהילות יהיו בעלי "סמכות מלאה" (plena potestas) לפעול בשמה של הקהילה, ובהתאם לכך הקהילה תהא מחויבת משפטית על ידי מעשיהם של הנציגים.

המאפיינים המשפטיים של המנדט האימפרטיבי יונקים ממוסד השליחות הפרטית. נבחר פוליטי המפעיל מנדט אימפרטיבי מבצע בפועל "שליחות" פרטית וכפוף לרצונו של השולח שבחר בו. כוח הייצוג של השלוח אינו מוחלט ואינו חופשי: הוא יונק את חיותו מהרשאת השולח⁶¹. נבחר הפועל כ"שלוח" חייב לפעול בגדר הרשאתו ומחויב לציית להוראות הבוחר, אינו מוסמך לתרוג מהן, ובמקרה שאין בידו הוראות לפעולה –

57 על ההתפתחות ההיסטורית של רעיון השליחות ראה: ג' פרוקצ'יה, "התפתחות היסטורית של רעיון השליחות", ספר זכרון לגואלטירו פרוקצ'יה – חיבורי משפט (בעריכת א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה ומ' א' ראבלו, תשנ"ו) 79.

58 ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 354, 375.

59 כאמור, מנדט זה מתייחס ל"כוח" המועבר מאישיות משפטית אחת לאישיות משפטית אחרת כדי שזו האחרונה תפעל במקומה של הראשונה. ראו J. Cadart, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* (2nd ed., 1979) 192.

60 E. Goodman, *Western Legal Traditions – from Thales to the Tudors* (1995) 278.

61 ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 332. כן ראו א' ברק, "תיאוריית השליחות וכוח הייצוג", ספר זכרון לגואלטירו פרוקצ'יה, לעיל הערה 57, בעמ' 351, 365.

עליו לדרוש אותן⁶². ההיסטוריה מלמדת שבפרלמנטים של ימי הביניים הקשר עם השולח היה הדוק עד כדי כך שהנבחר היה מתחייב בכספו לפצות את הבוחרים במקרה של חריגה ממסגרות המנדט⁶³.

בייצוג המבוסס על שליחות אימפרטיבית חייבים הנבחרים לכבד בדייקנות את התוכנית שנתנו להם הבוחרים. שינויים בתוכנית ההצבעה ניתן לעשות רק בתיאום עם הבוחרים. לייצוג האימפרטיבי יש גם תוצאות מעשיות. כך, למשל, הבוחר הוא המשלם לנבחר עבור פעילותו. הפעילות לא נתפסת כ"שליחות מוסרית" או "אידיאולוגית" אלא כשליחות פונקציונלית⁶⁴, ועל כן חייבת בשכר⁶⁵. "מנדט" המבוסס על שליחות ניתן לביטול בכל רגע על ידי הבוחר (ברומה לרעיון ה-Recall האמריקני⁶⁶), בדרך כלל על ידי רוב נתון של אורחים.

ייצוג פוליטי המבוסס על שליחות "פרטית" עבר מן העולם ואינו קיים במדינות מודרניות. מבחינה פרקטית, ניתן לקיים ייצוג אימפרטיבי כאשר האלקטורט מוגבל. ברור, שכאשר הזכות לבחור את הנציגים נתונה כמעט לכל, בפועל לא קיימת אפשרות "טכנית" לתת לנבחרים הוראות, לשמור עמם על קשר הדוק, לפצות את הבוחרים במקרה של חריגה מסמכות, וכיוצא באלה מאפיינים של המנדט הפרטי. אזכור לקיומו של מנדט אימפרטיבי ניתן עדיין לראות כיום במוסד ה-Recall האמריקני וב-Abberufungsrechts⁶⁷ בכמה קנטונים בשווייץ. שריד היסטורי נוסף ומעניין לרעיון

62 שם, בעמ' 187.

63 P. de Vega, "Significado Constitucional de la Representacion Politica" 44 *Revisita de Estudios Politicos* (1985) 25, 26 (בתרגום חופשי: המשמעות החוקתית של הייצוגיות הפוליטית).

64 השו ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 358.

65 de Vega, "Significado de la Representacion...", לעיל הערה 63, בעמ' 26.

66 מושג ה-Recall בארצות-הברית מתייחס לאפשרות הקיימת לתושבים בעיר להביא להפסקת כהונתם של נבחרים הציבור ברשויות המקומיות. הצידוק לקיומו של הליך ה-Recall, ברומה לצידוק היקיים לגבי ה-referendum, הוא כי יש לאפשר פיקוח הדוק על נבחרים הציבור: "The recall is based on the theory that the people must maintain a more direct and elastic control over their elected officials". ראו Swan, "The Use of the Recall in the United States," *The Initiative, Referendum and Recall* (1912). הציטוט מובא במאמר ביקורת על הליך ה-recall: E. Mack, "The Use and Abuse of Recall: A Proposal for Legislative Recall Reform," 67 *Neb. L. Rev.* (1988) 617.

67 ה-Abberufungsrecht פירושו כי מספר מוגדר – בחוק או בחוק – של בעלי זכות הצבעה יכול להדיח, בזמן הקדנציה, רשויות שנבחרו. בספרם של W. Haller & A. Koeltz, *Allgemeines Staatsrecht* (2nd ed., 1999) 83 מציגים המחברים כי ההליך מתקיים בשני שלבים: השלב הראשון הוא הגשת הבקשה, הדומה במהותו לייזום משאל-עם. השלב השני הוא הצבעה בפועל, הליך הדומה אף הוא למשאל-עם בעד או נגד המשך כהונתו של הנבחר. ההליך זה מוגדר כהבעת אי אמון של העם כנגד הרשויות. המחברים משווים את ה-Abberufungsrecht להבעת אי-אמון בממשלה במשטר פרלמנטרי. בשווייץ קיים הליך הן כנגד גוף והן כנגד בעל תפקיד, במספר

השליחות התקיים בברית-המועצות בתקופת לנין⁶⁸. שליחות אימפרטיבית קלסית קיימת גם בארגונים בינלאומיים שבהם המדינה היא המיוצגת, וברור כי הנציגים הם "שליחים" המקבלים הוראות ישירות ממדינותיהם.

כיום, תפיסת המנדט המודרנית אינה מכירה ב"שליחות" אימפרטיבית. הנבחרים השתחררו מהמנדט הפרטי והפכו אותו למנדט "חופשי". נאומו המפורסם של Edmund Burke לאלקטורים שלו בבריסטול⁶⁹ הוא ביטוי מובהק לשינוי זה ולגישה שלפיה הנבחר הפוליטי אינו כפוף ואינו קשור לבוחריו. כפי שנראה להלן, הרעיון של שליחות נזנח לטובת מודלים חדשים יותר המבוססים על ייצוג חופשי⁷⁰.

בתקופה המודרנית לא רק שלא ניתן למצוא פרלמנט שבו הייצוג הוא אימפרטיבי, אלא שחלק מחוקות העולם אף שוללות את רעיון השליחות ואת המנדט האימפרטיבי באופן מפורש⁷¹.

אשר לשאלה שהצבתי בתחילת הדיון לעניין הקשר הקיים בין הנבחר לבין הציבור,

קנסונים: ברן, לוצרן, אורי, ססין, טורגאו וסולטורן. אולם אינו קיים במישור הפדרלי. המחברים מציינים, שם, בעמ' 84, כי לא השתמשו בהליך מאז 1862, אולם למרות זאת יש לו "אפקט מונע". בארצות-הברית, הליך ה-Recall הקיים במספר מדינות דומה במהותו ל-Abberufungsrecht, וכאמור קיימת אפשרות להתוותו של נושא תפקיד. גם כאן הפרוצדורה מתחילה בבקשה המוגשת על-ידי מספר בוחרים, ובהמשך מתקיימות בחירות בהן רשאים להשתתף גם מועמדים אחרים פרט לאותו בעל תפקיד. להרחבה על שני ההליכים ראו הספרות המוזכרת בהערה 66. כן ראו M. Hauriou, *Precis de Droit Constitutionnel* (2nd ed., 1929) 185.

68 חוק מיום 2.12.1917, שעל פיו (בתרגום חופשי מספרדית) "כל מוסד נבחר או אסיפה ייצוגית יכולה להיחשב דמוקרטית לאמיתית ונתונה לרצון העם אם מכירים ומפעילים את זכותם של האלקטורים לבטל (to revoke) את בחירת הנציגים". ראו de Vega, לעיל הערה 63, בעמ' 26.

69 E. Burke, "Speech to the Electors of Bristol at the Conclusion of the Poll" (November 3, 1774) in *Representation* 3, לעיל הערה 51, בעמ' 175-176. נאומו של E. Burke עוסק בתפקידו של הנבחר:

"Parliament is not a congress of ambassadors from *different* and hostile interests, which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but Parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with one interest, that of the whole – where not local purposes, not local prejudices ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole. You choose a member, indeed; but when you have chosen him he is not a member of Bristol, but he is a member of *Parliament*..."

(ההדגשות במקור).

70 מעבר דומה משליחות לרעיון של ייצוג חופשי עבר על דיני החברות. פרופ' פרוקצ'יה טוען בספרו דיני חברות חדשים לישראל, לעיל הערה 31, בעמ' 191, כי גם לגבי האורגנים של החברה, כגון הדירקטורים, רווחה בעבר ההשקפה שהם חבר של שלוחים (agents). השקפה זו עברה מן העולם וכיום הדעה הרווחת היא שכל אחד מן האורגנים של החברה הוא אורגן עצמאי, שאינו נתון למרותם של האורגנים האחרים.

71 כמו, למשל, חוקות גרמניה, ספרד, צרפת ואיטליה.

הרי שמבחינה תיאורטית מודל השליחות מניח את קיומם של יחסים משפטיים ביניהם. השליחות עצמה היא שיוצרת את הקשר המשפטי ולכן קיימת תשתית להכרה בחובות אמון. עם זאת, ה"כוח" המועבר אל הנציג הוא מוגבל. מכאן נובע כי הצורך להטיל עליו חובות אמון מעבר לחובות הנובעות מממוסד השליחות עצמו, אינו משמעותי. שליחות מניחה "שליטה" של הבוחר על הנבחר. פועל יוצא משליטה זו הוא שה"כוחות" המופקדים אצל הנבחר – שבאו לו מן השולח – אינם רבים, והיכולת לעשות בהם שימוש לרעה היא מוגבלת. באופן תיאורטי ניתן להסיק, כי לו היו היחסים הפוליטיים מוגדרים כהסמכת של שליחות אימפרטיבית, היה היקפן של חובות האמון מצומצם במיוחד. ה"כוח" שניתן בידי הנבחר הוא המחייב אמון בדרגה גבוהה. כוח מוגבל, מבחינה זו שהדין מצייר בבירור את גבולותיו, מניח "אמון" מוגבל. בהתחשב בתחולתם של דיני השליחות הרי שלא קיים סיכון ממשי לשימוש לרעה בכוח זה. דיני השליחות הם שמסדירים את החובות והסנקציות המוטלות על השלוח, ועל כן לא מתעורר הצורך בפיתוחן של חובות אמון. יישומו של המודל האימפרטיבי על מערכת היחסים הפוליטיים אינו אפשרי ואף איננו רצוי. כאמור, הסממנים המשפטיים של המנדט האימפרטיבי אינם מתקיימים בייצוג הפוליטי המודרני, לא בעולם המערבי המודרני ואף לא בישראל. בדין הישראלי אומנם לא קיימת הוראה חוקתית מפורשת השוללת את המנדט האימפרטיבי, ולמרות זאת אינני סבורה כי חבר הכנסת הוא "נציג" של הציבור במובן של "שלוח".

ודוק: חבר הכנסת מתמנה לתקופת כהונתה של הכנסת. הציבור אינו יכול לבטל את השליחות ולחייב את חבר הכנסת להחזיר את "המנדט", והוא אינו יכול להורות לחבר הכנסת כיצד למלא את תפקידו. יתרה מכך: על פי חוק נהנה חבר הכנסת מחסינות בגין מעשיו במילוי תפקיד, אף בגין מעשים שיש בהם הפרה בוטה של מצעו ושל הבטחותיו לבוחר. חוקים שונים נחקקו כדי לצמצם את התופעה של "כלנתריזם" או "גניבת מנדט"⁷², ועצם קיומם מניח שחבר הכנסת "יכול" (במובן של כוח הופלדיאני) לפעול כראות עיניו, אפילו תוך הפרה של התחייבויותיו לבוחר.

בשלב זה ניתן לסכם ולומר כי חבר הכנסת איננו "שלוח" של הציבור, ומודל הייצוגיות הישראלי איננו מבוסס על מנדט אימפרטיבי⁷³ קלסי. במאמר מוסגר אציין, כי לדעתי ראוי היה להימנע משימוש במינוח המטעה של "שליח ציבור"⁷⁴ בכל הנוגע לחברי כנסת.

72 ראו להלן דיון מקיף בסוגיה זו.

73 הערות ברוח זו ניתן לראות בפסקי הדין בעניין ולנר, לעיל הערה 1, וכן בג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1. דיון מפורט במודל הייצוגיות הישראלי ראו להלן.

74 השימוש במטבע לשון "שליח ציבור" שגור בפסיקה הישראלית. ראו, למשל, הדברים שאמר השופט חשין: "נבחר ציבור הינו שליח הציבור, וכאילו שליח הציבור האומר להיות פה לקהל ומציג עצמו כעני ממצע, נרעש ונפחד, כן הוא נבחר הציבור: משלו אין לו ולא כלום וכל אשר ברשותו ובחוקתו – משל הקהל והקהילה הוא". בג"צ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 309, 326. נזכיר כי כאן ההתייחסות היא לנבחר של רשות מקומית. כן ראו במאמרו של השופט י' זמיר, "אתיקה בפוליטיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 251, 255: "נבחר ציבור בכנסת,

2. הנבחר כ"מייצג חופשי" – הייצוג הרפרזנטטיבי

(א) הגישה הקלסית

מקורו של הייצוג החופשי, הרפרזנטטיבי, בצרפת שלאחר המהפכה⁷⁵. הוא מבוסס על רעיון של "האצלת סמכויות" (delegation) או "מעבר" של כוחות משפטיים לנבחר. הייצוג החופשי מניח כי הנבחר, מרגע היבחרו, מייצג את כל העם גם אם נבחר כנציגו של אזור נתון⁷⁶. הנבחר אינו כפוף לשולחיו, אינו קשור אליהם משפטית ויכול לפעול כראות עיניו.

הולדתו של הייצוג החופשי ליוותה את המהפכה הצרפתית ואת המהפכה המשפטית של ה-Etats Generaux בשנת 1789. מאז 1791 התבסס המשטר הצרפתי על שני עקרונות היסוד: ריבונות העם ומשטר רפרזנטטיבי. העיקרון הראשון מבחין בין האומה לבין אזרחיה. האומה-העם (nation) נתפסת כבעלת הריבונות. אישיותה המשפטית של האומה היא נפרדת מאלה המרכיבים אותה. ריבונות זו מאופיינת בכך שהיא ייחודית, היא חלה על כל האנשים הנמצאים בטריטוריה והיא בלתי ניתנת לחלוקה⁷⁷. בהתאם לתיאוריה זו, ציבור הבוחרים ממלא רק "פונקציה" מסוימת כלפי האומה: מינוי האורגנים שלה. ה"אורגן" – האסיפה הכללית – פועל בשם האומה ובמקומה, שכן האומה אינה יכולה לפעול אלא בדרך של נציגים⁷⁸.

אשר לעיקרון השני קבעה החוקה הצרפתית משנת 1791 כי "החוקה הצרפתית היא ייצוגית: נבחריה הם הגוף המחוקק והמלך" (סעיף 2 חלק 3). משמעות הדבר היא שכל הסמכויות מופעלות רק בדרך רפרזנטטיבית. הפרלמנט הוא הגוף המוסמך לפעול בשמה של האומה והחלטתו שקולה כנגד החלטה של האומה כולה⁷⁹. האסיפה, הבעלים החדש של הריבונות, נכנסת לנעלי המלך (למרות שהמלך נותר בעל הסמכות המבצעת על אף שאינו נבחר) ותובעת לעצמה חופש פעולה מוחלט. חופש פעולה זה מתורגם מיידית לחופש הפעולה של הנבחרים, ומשנה את אופיו של המנדט. הנבחרים משתחררים עד מהרה מן המנדט ה"פרטי" שקיבלו, והופכים אותו למנדט ציבורי-רפרזנטטיבי במובן המודרני של המלה⁸⁰. הבסיס העיוני לייצוג החופשי מצוי בעובדה כי הנבחרים מפסיקים

בממשלה וברשויות המקומיות אינם אלא שליחי-ציבור, וכשליחים לא ניתנה להם סמכות מטעם הציבור אלא לבצע את החוק או לפעול כדי לשנותו".

75 הרון Mirabeau היטיב להציג את השינוי שחל בדוקטרינה הצרפתית בתקופה זו, בכל הנוגע לעיקרון הייצוגיות, באמרתו המפורסמת "לא נבחרתי בשל דעותיכם אלא בשל דעותיי". להרחבה ראו מאמרו של קליין, לעיל הערה 51, בעמ' 310.

76 ראו M. Prelot, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel* (11th ed. 1990) 438.

77 G. Burdeau, *Droit Constitutionnel et institutions politiques* (23rd ed., 1993) 288.

78 קליין, לעיל הערה 51, בעמ' 319.

79 שם, בעמ' 320 והערה 49. הכוונה כאן היא לבעלי הזכות לבחור, שהייתה מוגבלת באותה תקופה.

80 שם.

לייצג את הקבוצות שבחרו אותם, ועוברים לייצג את האומה כולה, בעלת הריבונות החדשה. האומה, ככזו, אינה יכולה לבטל את המנדט.

לעניין סוגיית הקשר בין הנבחר לציבור, הרי ששיטת משפט המבוססת על רעיון של "ייצוג חופשי" מכירה בקיומם של יחסים משפטיים בין הנבחר לבין הציבור המיוצג. כאמור, ייצוג מניח קיומם של שניים, האחד קודם לאחר. במקרה של ייצוג רפרזנטטיבי, העם או האומה, שאינם יכולים לשלוט בעצמם, חייבים ב"ייצוג". על כן, מודל זה מקיים את שתי הדרישות התיאורטיות של מעבר כוח ו"פעולה בשמו של" אחר.

במובנו התיאורטי, מודל של ייצוג חופשי מהווה תשתית עיונית שעליה ניתן לבסס יחסי אמון. מודל זה אף מרמז על היקפן של חובות האמון. הבוחרים מעבירים לנבחר כוח רב, היכולת להפעיל את הכוח אינה מוגבלת (במסגרת תקופת הכהונה), ופעולותיו של הנבחר מחייבות את ציבור הבוחרים אף אם פעל הנבחר בניגוד להצהרותיו לפני הבחירות. מכיוון שמודל הייצוג החופשי מניח חופש פעולה לנבחר, הרי שהטלת חובות אמון על הנבחר היא דרך משפטית יעילה להגביל את השימוש לרעה בכוח שקיבל מהבוחרים.

בעיקרון, מודל הייצוג החופשי הוא המודל המקובל על הפרלמנטריזם המודרני. עם זאת, השימוש בו לביסוסו של קשר משפטי בין הנבחר לבין הציבור מעורר קושי. אם אקט של ייצוג מניח את קיומם של שני רצונות (רצון המייצג ורצון המיוצג), יש צורך מקדמי להוכיח את רצונה של ה"אומה" כדי לאפשר את הייצוג. אם רצון זה אינו קיים נוצר בכך, לכאורה, כשל לוגי⁸¹. לדעתי, מדובר בכשל סמנטי בעיקרו. המלומדים שהיו ערים לבעיה זו הציעו לפתח את מודל הייצוג ולהחליף את הביטוי "ייצוג חופשי" במודל ה"אורגן". למודל האורגן אותם מאפיינים עיוניים כמו למודל הייצוג החופשי.

(ב) פיתוחו של מודל הייצוג החופשי – הנבחר כ"אורגן" של המדינה

בכתביו של Carré de Malberg⁸² נדון יישומו של מודל האורגן על הייצוגיות הפוליטית. de Malberg טוען, כי רצונה של המדינה אינו יכול להיווצר אלא באמצעות האורגנים שלה, שכן למדינה ככזו אין רצון אישי⁸³. לשיטתו, קיים הבדל בין המושג "מייצג" לבין המושג של "אורגן". מה שמאפיין את ה"מייצג" הוא היותו דובר בשמו של אדם אחר. הייצוג עצמו מניח, בהכרח, את קיומם של שני אנשים שאחד מהם (המיוצג) הוא קודם

81 Kelsen היה ער לקושי זה. ראו de Malberg, לעיל הערה 48.

82 שם. המלומד de Malberg הוא אחד החוקרים החשובים של מדע המדינה בצרפת, וכתביו משמשים בסיס תיאורטי בקונסטיטונס כולו.

83 לדיון זה קודם בסיס עיוני רחב אודות אישיותה המשפטית של המדינה. נושא זה נדון בהרחבה גם בדוקטרינה הגרמנית, ראו, למשל, G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1929); O. Mayer, "Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht," *Staatsrechtliche Abhandlungen Festgabe für Paul Laband* (1908); G. Jellinek, *Teoria del Estado* (2nd ed., 1929).

ואף עליון לשני (המייצג). המלה עצמה – "ייצוג" – מניחה קיומו של "רצון" קודם שאותו ניתן לייצג.

מצבו של אורגן הוא שונה לחלוטין. האורגן אינו מניח את קיומה המוקדם של אישיות משפטית או של רצון שאותו הוא צריך לייצג. האורגן עצמו הוא-הוא האמצעי היוצר את הרצון. בהתאם לכך, טוען de Malberg, הייצוג הפוליטי מתאים להגדרה של "אורגן". בשיטת משטר ייצוגית הגוף הנבחר אינו יכול להיחשב כ"מייצג" של האומה וגם לא של העם, שכן ייצוג אמיתי מניח תמיד מידה מסוימת של "הכנעה" מצידו של המייצג כלפי המיוצג. על כן – לשיטתו של de Malberg – יש לראות בנבחרים הפוליטיים "אורגנים" היוצרים בפועל את רצונה של האומה, שאינו מתקיים בלעדיהם.⁸⁴

פיתוח דומה של גישה זו נעשה בדוקטרינה הספרדית. המלומד הספרדי Anabitarte מבהיר בספרו⁸⁵ כי מבחינתה של החוקה הספרדית, העם הוא אורגן "ראשוני" שאינו יכול לגבש את רצונו אלא באמצעות "אורגן משני", ורצונו של האורגן המשני נתפס כרצונו של האורגן הראשוני.⁸⁶ העם הוא "אורגן יוצר" (כלשונו של Jellinek: Kreationorgan), היכול להביע את רצונו רק באמצעות אחד משלושה: בחירות, משאל עם או האורגן המשני, קרי: הפרלמנט. על פי גישה זו, בדומה לגישתם של de Malberg ו-Jellinek, אין להסביר את הפרלמנט במונחים של "ייצוג". המושג "אורגן" והמושג "ייצוג" סותרים זה את זה.⁸⁷ האורגן אינו "מייצג", אלא הוא-הוא המדינה.⁸⁸ בית הדין החוקתי בספרד דן במהות היחסים בין העם לנבחרים וקבע, בהתייחס לתיאוריה של Kelsen⁸⁹, כי (בתרגום חופשי):

"היחסים האורגניים ויחסי הייצוג מוציאים זה את זה, באופן כזה שהאורגן מעולם אינו מייצג, והמייצג, ככזה, אינו יכול להיחשב לאורגן ולכן הביטוי אינו אלא אבסורדי, אם כי ניתן להצדיק את השימוש שלו מנקודת מבט פוליטית".⁹⁰

84 לדבריו: "Les deputes en corps ne sont pas les representants, mais bien les auteurs de la volonté nationale: ils sont l'organe de formation d'une volonté, qui ne commence d'exister, qui ne prend naissance, que par eux". בעמ' 231.

85 A. Anabitarte, *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado* (1992) (בתרגום חופשי: חוקה ואישיותה המשפטית של המדינה).

86 שם, בעמ' 53.

87 דעה זו נשמעה גם מפיו של המלומד הגרמני Leibholz, לעיל הערה 51, בעמ' 135–136, הסוּען כי המינוח "אורגן מייצג" אינו אלא סתירה לוגית.

88 Jellinek טען בהקשר זה, בספרו (1934) *Organschaft und Juritische Person*, 2, כי אם מבטלים את האורגן, הרי שמאחוריו אין כלום, חלל משפטי. לעומת זאת, אם מבטלים את המייצג, עדיין נשאר המיוצג.

89 Anabitarte טוען כי ההפניה לכתביו של Kelsen על ידי בית הדין אינה מדויקת, והתייחסותו של בית הדין מושפעת דווקא מכתביהם של Leibholz ושל de Malberg. ראו בספרו, לעיל הערה 85, בעמ' 60.

90 STC 32/1985, Justicia Constitucional 11, p. 329. הציטוט מתוך ספרו של Anabitarte, שם, בעמ' 58, 59.

גם אם נתייחס לחבר הפרלמנט כאל "אורגן" היוצר את רצונה של המדינה, עולה לענייננו שאלת היחסים המשפטיים בינו לבין המדינה, היינו: האם ניתן לבסס יחס משפטי המוליד חובת אמון כאשר אין ייצוג? לשיטתם של המלומדים הגרמנים Jellinek ו-Gierke⁹¹, התשובה לכך שלילית. לדעתם, היחס בין העם לבין הפרלמנט אינו משפטי אלא אורגני: האורגן היוצר (העם) לא מעביר לפרלמנט כל זכות, אלא זה האחרון מקבל את זכויותיו ישירות מן החוקה.

בהעדרם של יחסים משפטיים לכאורה לא ניתן לבסס קיומה של חובת אמון לטובת הציבור. אם קיים רק גוף משפטי אחד – קרי: האורגן היוצר את רצון הציבור – הרי שלא יכול להיות קיים קשר משפטי בינו לבין הציבור. אין הכרה בקיומם התיאורטי של שני גופים אלא רק של אחד (האורגן), ועל כן אין מעבר של "כוח" מאחד לשני. כאמור, מטרתו של הדיון היא לחפש אחר קשר משפטי בין הבורח לבין הנבחר, שעליו ניתן יהא לבסס חובת אמון משפטית. לכאורה, מודל האורגן אינו מאפשר יצירתו של קשר זה.

אולם, ניתן להציג את מודל האורגן באופן המתאר את הנבחר כאורגן נפרד מאישיותה המשפטית של המדינה. מודל זה חייב להתבסס על קונסטרוקציה "דואלית", הדומה לזו הקיימת בדיני החברות. כדי ליצור מודל שבו ניתן יהיה להכיר במעבר של "כוח" בין שניים, יש לבחון האם למדינה, ככזו, יש אישיות משפטית⁹² נפרדת מזו של האורגנים המייצגים אותה. תשובה חיובית לכך תאפשר טיעון שעל פיו קיימים שני גופים בעלי אישיות משפטית שונה⁹³, ועל כן מעבר של "כוח" מאחד לשני.

בסיס עיוני נרחב לאישיותה המשפטית של המדינה ניתן למצוא בכתביו של Carre de Malberg. בפרק העוסק ב"תיאוריה אודות אישיותה של המדינה" סוקר de Malberg הגישות השונות הקיימות בספרות ומגיע למסקנה כי המדינה אינה אישיות "ריאלית" אלא אישיות "משפטית", השונה מאישיותם של סך כל אלה המרכיבים אותה⁹⁴. רצונה

91 שם, בעמ' 57.

92 הדיון במשמעות המושג "אישיות משפטית" חורג ממסגרת הדיון. להרחבה בנושא התורות השונות שתורמו להתפתחות המושג של האישיות משפטית ראו אצל ג' פרוקצ'יה, "מהות האישיות המשפטית", ספר זכרון לגואלטירו פרוקצ'יה (1996) 171.

93 זהו הבסיס העיוני בדיני החברות. על כך אומר פרופ' אוריאל פרוקצ'יה: "מאחר שהאישיות המשפטית המאוגדת היא נעדרת מרכז קוגניטיבי, אין רצונה יכול להיווצר אלא על ידי אחרים. הפונקציונר המייצר את הרצון המאוגד הוא אורגן החברה... לאורגן רצון משלו ולחברה רצון משלה, המיוצר עבורה על ידו". בסיס עיוני זה מתאים, לדעתי, גם לתיאור מערכת הרצונות הקיימת בין המדינה לבין האורגנים שלה.

94 I de Malberg, Contribution, לעיל הערה 48, בעמ' 27, תימוכין לגישה זו מצאתי גם בדבריו של פרופ' גואלטירו פרוקצ'יה, לעיל הערה 92, בעמ' 182. פרופ' פרוקצ'יה מציג את ההפרדה בין שני המושגים המתייחסים ל"אדם" המושג של אדם ושל אישיות משפטית. הוא מביא את דבריו של קלון, לפיהם: "That man and person are two entirely different concepts may be regarded as a generally accepted result of analytical jurisprudence".

של המדינה אינו יכול להיווצר – טוען de Malberg – אלא באמצעות האורגנים שלה, שכן למדינה ככזו אין רצון אישי. אישיותה המשפטית של המדינה אינה אלא פיקציה, אך פיקציה זו היא ביטוי של מציאות משפטית⁹⁵. על כן ניתן להציג מצב שבו יש מעבר של "כוח" מאישיות משפטית אחת לאישיות משפטית אחרת.

בספרות הישראלית הציג פרופ' זמיר בספרו⁹⁶ דעה זהה לגישתו של de Malberg. לשיטתו של פרופ' זמיר, "במובן המשפטי המדינה היא מושג שיש לו קיום נפרד מן הקיום של אנשים וגופים הנמצאים בגבולות המדינה". הקושי הוא כי קביעה זו מתייחסת, ככל הנראה, ל"מדינה" במובן של רשות מבצעת, להבדיל מ"אומה", שהיא כלל האנשים הנמצאים בגבולותיה⁹⁷.

אם למדינה, ככזו, יש מעמד משפטי ואישיות משפטית משל עצמה, ולאורגן של המדינה (קרי: הנבחר לרשות המחוקקת) יש אישיות משפטית אחרת, ניתן תיאורטית להכיר בקשר משפטי בין השניים. קשר משפטי זה יכול להוליד חובות אמון, בדומה לדין הקיים ביחס לדיקטטור של חברה, שאיננו נאמן או שלוח מבחינה מושגית אך חב בחובות אמון כלפי החברה⁹⁸. מודל האורגן בניסוחו ה"דואלי" מאפשר הכרה ביחסים משפטיים בין המדינה לבין הנבחר, ומכיר בחופש פעולתו של הנבחר. נבחר המהווה "אורגן" של המדינה חופשי לפעול כראות עיניו. הוא היוצר את רצונה של המדינה, ומבחינה עקרונית אין כל הגבלה מוקדמת על רצון זה, למעט אותן "מגבלות" בדמות המערכת היוצרת – התוקה והחוקים.

מבחינת התוצאה, מודל הייצוג החופשי ומודל ה"אורגן" הם זהים. שניהם מקימים מערכת של יחסים משפטיים בין הציבור לבין הנבחר. בכך לכאורה מאפשרים שניהם תשתית עיונית להטלת חובות אמון של הנבחר כלפי הציבור. אציין רק כי בישראל בית המשפט העליון העיר ש"חבר הכנסת... הוא אורגן של המדינה"⁹⁹, אולם משמעות האמירה ותוצאותיה לא נבחנו.

דמיון נוסף בין המודלים מתבטא במהות הכוח המועבר מהציבור אל הנבחר. בשניהם חופשי הנבחר לפעול כראות עיניו, אינו כפוף לבוחריו ואינו חייב להם דין וחשבון

95 גם הדוקטרינה הגרמנית עסקה רבות בפיתוח תורת האישיות המשפטית של המדינה. ראו, למשל, אצל המלומדים Otto Mayer, Georg Jellinek, בספרים והמאמרים המוזכרים בהערה 83. בהקשר זה נוסף כי המשפט האנגלי, לעומת המשפט הקונטיננטלי, אינו מכיר במדינה כאישיות משפטית אלא רק ב"כתר" Crown.

96 לעיל הערה 3, בעמ' 307.

97 זו דעתו של פרופ' זמיר כפי שהובאה שם, בעמ' 309: "אמנם שום חוק לא הצהיר בלשון מפורשת כי במועד מסוים קמה המדינה כאישיות משפטית, וירשה את מקום הממשלה, ועד היום אין חוק כזה. אולם סדרה של חוקים חדשים הבהירה כי האישיות המשפטית ניסלה מן הממשלה והוענקה למדינה... באחת, ברור כי במשפט ישראל המדינה היא אישיות משפטית בפני עצמה".

98 ראו פרוקצ'יה, לעיל הערה 31, בעמ' 335.

99 מפי המשנה לנשיא (כתוארו דאז) השופט ברק בולנר, לעיל הערה 1, בעמ' 807.

משפטי. על פי מודל הייצוג הנבחר הוא חופשי מרגע היבחרו ואינו עוד תלוי בבחוריו. גם על פי מודל האורגן חופשי הנבחר לפעול ללא תכתיבים¹⁰⁰.

ההבדל בין אורגן למייצג חופשי הוא, לדעתי, סמנטי בעיקרו. במודל האורגן אין לדבר על "ייצוג של" (הבוחרים או המדינה), אלא לומר שבפעולתו כ"אורגן של המדינה" פועל הנבחר "בתורת המדינה". מקובל לומר כי האורגן אינו מפעיל "כוח ייצוג" אלא את כוח התאגיד (ובמקרה שלנו: את כוח המדינה) עצמו¹⁰¹.

בראשית הדיון הצבתי את שאלת הקשר המשפטי בין הבוחר לבין הנבחר. התשובה המוצעת לשאלה זו היא ששני המודלים הקלסיים – הן מודל ה"שלוח" והן מודל "הייצוג החופשי" (לרבות הפיתוח של רעיון האורגן) – מכירים ביצירתו של קשר כזה, ולכן אימוצו של כל אחד מהם יאפשר, מבחינת תיאורטית, הטלת חובות אמון על הנבחר הפוליטי.

מודל הייצוג החופשי הוא המקובל כיום במשטרים הפרלמנטריים. למרות הקשיים הרבים ביישומו הלכה למעשה כיום¹⁰², לא ניכרת בעולם המערבי נסיגה ממנו. עם זאת, בשנים האחרונות גובר העיסוק באמצעים להגבלת הייצוג החופשי¹⁰³. חוקרים שונים מתריעים מפני התופעות השליליות של הייצוג החופשי וקוראים להגבלת חופש הפעולה של הנבחרים הפוליטיים.

חיפוש אחר מודל "ראוי" להצגת היחסים שבין הנבחר לבין הציבור מחייב, לדעתי, בחינה של התהליכים ההיסטוריים שגרמו למעברים השונים בין שני סוגי המנדט. בידוד הגורמים שהולידו מנדט מסוג "אחר" לזה שהיה קיים כימי הביניים, יאפשר את בחינת השאלה האם אין בנמצא כיום גורמים דומים המחייבים אף הם שינויי במודל הייצוג¹⁰⁴.

100 השווה לעניין זה את מעמדם של האורגנים בחברה. אמר על כך פרופ' אוריאל פרוקצ'ה: "אכן, בעבר רווחה ההשקפה שהדירקטוריון אינו אלא חבר שלוחים (agents) המתמנה לתפקידו על ידי בעלי המניות, ומופקד מטעמם על קידום ענייניהם, ולפיכך מורשים בעלי המניות – השולחים – להורות הוראות לדירקטורים, דהיינו, לשלוחיהם... אולם, השקפה זו נחשבת כמושגת והיא נעקרה מן השורש... כל אחד מן האורגנים הוא אורגן עצמאי, שאינו נתון למרותם של האורגנים האחרים... החברה זכאית לצפות לכך שהדירקטורים יפעלו אך ורק לקידום עניני החברה כפי שהם – בשיקול דעת עצמאי – מפרשים אותה". ראו פרוקצ'ה, לעיל הערה 31, בעמ' 191. יש לשים לב עד כמה רטוריקה זו דומה במהותה לזו שננקטה כדי להסביר את המעבר ממנדט "אימפרטיבי" למנדט "חופשי" במסגרת המוליסית.

101 ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 68.

102 בעיקר בעקבות המעבר ל"מדינת כפלגות" והצורך במשמעת קואליציונית. ראו דיון להלן.

103 למשל, מחקר שנעשה לאחרונה מציג את הקשיים בהפעלת המנדט הייצוגי במדינות שונות וזוהן פתרונות לצמצום התופעות ה"שליליות" של מנדט זה, כדוגמת ה"כלנתריום". ראו *El Debate sobre la crisis de la representacion politica* (A. Nadas ed., 1996) (בתרגום חופשי: הויכוח אודות משבר הייצוג הפוליטי) (להלן: משבר הייצוג הפוליטי). הספר כולל אוסף מאמרים המתייחסים לדיון הקונסטיטנטי וחלק מהממצאים יידון להלן.

104 כאמור, לא ארחיב כאן בנושא התיאוריה של המנדט בעידן המודרני, ואסתפק בהארת כמה ציוני דרך.

יש לזכור כי הייצוג החופשי בתקופתו של רוסו נתפס כמנגנון בעל אופי פוליטי, שדרכו התמזגו הנבחרים להיות "דוברי דעת הקהל". הנחת היסוד הייתה כי הנבחרים שיקפו מעין רצון פוליטי "אידיאלי" – במושגיו של Max Weber – שהתייחס לכלל האומה או העם.

התיאוריה של הייצוג החופשי כפי שהוצגה בתקופת המהפכה הצרפתית עברה במרוצת המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20 שינויים קונספטואליים סביב שני צירים שונים. ראשית, בכל הקשור ל-quantum, סך כל האזרחים המהווים את הגוף הבוחר; ושנית, סביב שיטת הבחירות הנהוגה. שני צירים אלה עברו תהפוכות היסטוריות רבות וגרמו לשינוי ברעיון הייצוג החופשי. במחצית השנייה של המאה ה-19 עלתה בעיית הייצוג היחסי על סדר היום הציבור באמצעות קבוצות מיעוט שלא זכו לייצוג בפרלמנט¹⁰⁵. מוסד הפרלמנט נולד סביב מסר בורגני, שאפשר אך למתי מעט ליטול חלק בקביעת הייצוג ה"אידיאלי", ולכן גדרשה התאמה למצב שבו כל האזרחים ייהנו מזכות הבחירה. גם המעבר לבחירות יחסיות ועליית כוחן של המפלגות היו גורמים מכריעים בבחינת מערכת היחסים הפוליטיים. דווקא החל מתחילת המאה ה-20, ולאחר שרעיון "מודינת המפלגות" הכה שורש, ניכרה בספרות נסיגה מהעיסוק בתורת הייצוג הפוליטי.

במקומה תפסה מערכת היחסים שבין הנבחר לבין המפלגה את מוקד הדיון, אולם מבלי שדיון זה הביא לשינויים כלשהם במהות המנדט החופשי¹⁰⁶. בשנות ה-80 החלה נשמעת רטוריקה חדשה סביב הייצוג הפוליטי, החל בביקורת כללית על המודל החופשי וכלה בקריאה לפיקוח הדוק יותר על הפוליטיקה. יש אפילו המשתמשים במונח "משבר הלגיטימיות" המיוחס ל-Habermas כדי לתאר את משבר האמון שבין הציבור לנבחרים, הנובע בעיקר מחוסר שקיפות, העדר פיקוח ודרישה ל-accountability מצדה של המערכת הפוליטית.

גורמים אלה ואחרים מחייבים, לדעתי, חשיבה חדשה על אודות המודל הקלסי של ייצוג חופשי והתאמה שלו למציאות של ימינו.

ג. המודל האלטרנטיבי לייצוג הפוליטי – ייצוג חופשי מוגבל

בחירתו של מודל ראוי לתיאור תורת הייצוג הפוליטי בישראל דורשת התייחסות מקדמית לשני גורמים עיקריים: הראשון הוא שיטת המשטר ושיטת הבחירות לכנסת, והשני הוא כי בין הבוחר לבין הנבחר לא קיים קשר "ישיר". המפלגה היא מתווך חוקתי בין הציבור לבין חברי הכנסת, ועל כן ראוי לבחון את השפעתה של המפלגה על הייצוג הפוליטי. בחינה של שני גורמים אלה והסקת מסקנות לגביהן תאפשר לבסס הנחות יסוד ברורות למודל הייצוג הפוליטי.

105 שהרי בשיטה הרובית יכולה קבוצה לזכות ב-49% מהקולות ועדיין להישאר ללא ייצוג.

106 ראו הרחבה במאמר המבוא בספר משבר הייצוג הפוליטי, לעיל הערה 103, בעמ' 11-14.

1. התיאוריות בדבר השפעת המפלגה על מודל הייצוג

במשטרים הפרלמנטריים בכלל, ובמדינת ישראל בפרט, לא ניתן להציג ייצוג "חופשי" כמובן התיאורטי הטהור, המתעלם מקיומה של "המפלגה" כמתווכת בין הציבור לבין חבר הכנסת. ממחקר שערכת¹⁰⁷ עולה כי המפלגה היא מרכיב אינהרנטי במשטר הפרלמנטרי. גם המשטר הפרלמנטרי החד-מפלגתי, שנעשה בו שימוש בדרך כלל כדי לייצב מצב פוליטי נתון, מכיר בקיומה של מפלגה. משמעות הדבר היא שאין בנמצא משטר רפרזנטטיבי טהור או שיטה פרלמנטרית המתעלמת לחלוטין ממושג המפלגה¹⁰⁸.

הדוקטרינה הגרמנית, שחקרה את השפעת המפלגה על המשטר הפרלמנטרי, מכנה את המדינה הפרלמנטרית המודרנית בשם "מדינת מפלגות" (Parteienstaat)¹⁰⁹. בספרות הגרמנית ניכרות שתי גישות באשר להשפעתן של המפלגות הפוליטיות על המשפט החוקתי¹¹⁰; היינו: באשר לשאלה האם ליתן למושג "מדינת המפלגות" משמעות משפטית או שמא להתייחס אליו כאל תופעה בעלת אופי פוליטי-חברתי¹¹¹ בלבד.

הגישה הראשונה, המיוצגת על ידי Carl Schmitt ו-Triepel¹¹¹, לא מייחסת למפלגה השפעה משפטית על שיטת המשטר. לשיטתם, התופעה של "מדינת מפלגות" קיימת

107 במסגרת עבודת הדוקטורט בנושא החסינות העניינית-מקצועית של חברי הכנסת (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, דצמבר 1997, האוניברסיטה העברית).

108 מחקר שנעשה לגבי 142 חוקות שהיו בתוקף בשנת 1978 מעלה, כי 93 מתוכן (65.5%) מתייחסות במסגרתן למפלגות הפוליטיות. המדובר במתן הכרה חוקתית למפלגה פוליטית, במסגרת המשפט הקונסטיטוציוני. ראו H. van Maarseven & G. van der Tang, *Written Constitution, a Computerized Comparative Study* (1978) 72.

109 ראו, באופן כללי, 32-39 (1976 1st ed. 1951) *Les Partis Politiques* M. Duverger; לעיל הערה 76, בעמ' 667-673, וכן G. Pelayo, *El Estado De Partidos* (1986). אבקש להדגיש כבר בשלב זה כי ארצות-ברית מהווה במובנים רבים, חריג במסגרת הדיון על מעמדה של המפלגה. עם זאת, לדעתי, חריג זה אינו פוגם במסקנות הניתוח התיאורטי, לאור אופיו הייחודי של המשטר האמריקני.

110 הופעתן של המפלגות בחיים הפוליטיים היא מוקדמת הרבה יותר. עם זאת, קיומן של מפלגות בתוך משטרים חוקתיים ומונרכיים, כמו צרפת במאה ה-19 למשל, נתפסה יותר כבעלת משמעות "חברתית" ופוליטית מאשר כבעלת משמעות משפטית. כך, למשל, בעבודותיו של O. Hintze, וביניהן "Das Verfassungsleben der heutigen Kulturenstaate", מתוך ספרו של G. Pelayo *El Estado de Partidos*, לעיל הערה 109, בעמ' 23. גם J.K. Bluntschli, *Charakter und Geist der politischen Parteien* (1869), סבור כי "המפלגות הפוליטיות אינן מוסד של המשפט הציבורי אלא מוסד פוליטי. אין הם חלק מהרשויות המרכיבות את המדינה, אלא הם קבוצות חברתיות..." Pelayo, שם, בעמ' 26.

111 C. Schmitt, *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, פורסם ב-1958 אך נכתב בין השנים 1939-1930; Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* (1928).

de facto, אך אין לתת לה כל משמעות משפטית¹¹². המפלגות שייכות למעגל חברתי, אולי אף פוליטי, והן הכרח במשטר דמוקרטי כדי לאפשר את קיומו התקין. עם זאת, הן אינן משנות את המבנה החוקתי של השלטון.

הגישה השנייה, המיוצגת על ידי Thoma, Kelsen ובעיקר על ידי Gustav Radbruch, סבורה כי יש להכיר במעמדן ובעיקר בהשפעתן של המפלגות על ההגדרות השונות במשפט החוקתי, בעיקר בהקשר של דמוקרטיה פרלמנטרית¹¹³. לשיטתם, יש לקיומן של המפלגות משמעות משפטית גרידא. Gustav Radbruch אף מתייחס במפורש לתיאוריית הייצוג הפוליטי:

הנבחר אינו חופשי, הוא אינו אישיות פרטית אלא חבר מפלגה. הנבחר אינו רק קשור למצפונו ופועל שלא על פי מנדט אימפרטיבי, אלא הוא חלק מתוך המפלגה...¹¹⁴

Radbruch הגיע לארבע מסקנות:

1. המשטר הדמוקרטי המודרני מתבטא במדינת מפלגות. ללא התיווך של המפלגות הפוליטיות בין הכלל לנציג הפרטי, לא ניתן היה ליצור דעה ורצון קבוצתי;
 2. בשיטה של בחירות יחסיות, הבוחר לא מצביע באופן פרטי עבור הנציגים האישיים, אלא הוא בוחר בין המפלגות השונות;
 3. מכיוון שהנבחר זכה להיבחר רק בשל היותו חלק ממפלגה, נוצרת naturalis obligatio שלו כלפי מפלגתו: רצונותיו הפרטיים חייבים להידחות מפני הרצונות הקבוצתיים. על כן, הנציג מייצג את האומה אך ורק אם הוא פועל על פי התכנית המפלגתית;
 4. הקבוצות המפלגתיות אינן עוד "קבוצות פוליטיות" בלבד, אלא אורגנים של הפרלמנט.
- בקשר לייצוג הפוליטי קבע Radbruch כי בפועל נוצר מנדט "אימפרטיבי" בין הנבחר למפלגתו, אך לשיטתו זוהי מציאות סוציולוגית ואין לה משמעות משפטית. לדעתו של Leibholz, המתייחס לנושא בשנת 1927¹¹⁵, הופעתן של המפלגות הפוליטיות יצרה קונפליקט בין המושגים הקלסיים של ייצוג רפרזנטטיבי. התופש של חברי הבית הפך לתלות מפלגתית, ובכך נפגע אחד מעקרונות היסוד של המנדט הרפרזנטטיבי הוא עיקרון העצמאות של הנבחר. לשיטתו של Leibholz, תם עידן הדמוקרטיה הפרלמנטרית שבה כל נבחר מייצג את "כל האומה", והחל עידן של דמוקרטיה שבה רצון העם מזדהה עם רצונה של הקבוצה-המפלגה.

112 ראו בהרחבה ניתוח הדעות של שני המלומדים אצל Pelayo, לעיל הערה 109, בעמ' 37-44.

113 שם, בעמ' 30.

114 שם, בעמ' 33.

115 Leibholz, לעיל הערה 51, בעמ' 98, מתוך ספרו של Pelayo, לעיל הערה 109, בעמ' 44.

פרופ' קליין, במאמרו¹¹⁶, קשר את הופעתה של המפלגה למעבר לשיטת בחירות יחסית-ארצית:

הארציות של השיטה היחסית הופכת את המפלגה למתווכת בין הפרלמנט ושוברת בצורה זו את הבלעדיות של הייצוג הפרלמנטרי. דבר זה נכון אמנם גם בשיטת הבחירות היחסית-איזורית – אך בשיטה היחסית ישנו שינוי איכותי ולא רק כמותי. ואמנם, הבלעדיות בייצוג נחשבה תמיד כאלמנט של המשטר הפרלמנטרי.

המסקנה העולה מהדיון היא שכיום, במשטרים המוגדרים "פרלמנטריים", אין להתעלם מקיומן של מפלגות שנועדו לייצג אינטרסים שונים או אידיאולוגיות שונות¹¹⁷. מפלגות אלה קיבלו בחלק מן המדינות מעמד חוקתי, והן משמשות "מתווך" בין האומה לנציגים בפרלמנט. על כן מחייב הדבר שינוי בתפיסה התיאורטית של הייצוג הפוליטי. השאלה המתעוררת היא האם הופעתה של המפלגה הפוליטית השפיעה – ואם כן, באיזו מידה – על התיאוריה הרפרזנטטיבית, היינו: האם למרות קיומה של מפלגה מתווכת בין הבוחר (העם) לבין הנבחר (הנציג) עדיין ניתן להציג את הנבחר כמקבל "מנדט חופשי". שתי גישות הוצגו בספרות בנושא זה. הגישה הראשונה גורסת כי למפלגה אין כל השפעה על התיאוריה הרפרזנטטיבית, שכן האינטרסים של המפלגה הם צרים, חלקיים וספציפיים, ואינם זהים לאינטרסים של כלל הציבור¹¹⁸. גישה זו דוגלת בכך שהנבחר יכול להשתחרר ולהתנתק ממהיבות מפלגתית כדי לפעול לטובת האינטרס הלאומי כפי שהוא רואה אותו¹¹⁹. כך, למשל, על פי הגישה האנגלית המסורתית:

Traditional representative democratic theory rests on two tenets.
First, the duty of Members of Parliament of whatever party is to

116 קליין, לעיל הערה 51, בעמ' 319 (ההדגשה במקור).

117 יתרה מכך: נדמה כי גם לגבי מעמדה של המפלגה מצויים אנו בתקופת מעבר. הופיעה לאחרונה במדינות שונות ספרות ענפה ומחקרים העוסקים ב"סקיעת המפלגות", ובתופעות השליליות הנובעות מההכרה החוקתית במדינת מפלגות. הספרות עוסקת בין היתר בבעיות ביישום כללי הדמוקרטיה הפנים-מפלגתית ובעיקר בתופעות הנלוות למימון המפלגות. למחקר הבוחן את תופעות השחיתות הנלוות למימון המפלגות בגרמניה, איסליה וספרד ראו מאמרו של R. Valdes, "Ley de Bronce, Patrios de Hojalata – Crisis de los Partidos y Legitimidad Democratica en la Frontera del Fin de Siglo," (בترגום חופשי: משבר המפלגות ולגיטימיות דמוקרטית בסוף המאה), בתוך משבר הייצוג הפוליטי, לעיל הערה 103, בעמ' 191. לדין הישראלי ראו מאמרו של ע' גוטמן, "מוות ראוי או צפוי: גורלן של המפלגות", בתוך ד' קורן, קץ המפלגות – הדמוקרטיה הישראלית במצוקה (1988) (להלן: קץ המפלגות). ספר זה, שהוא אוסף מאמרים בנושא, כולל גם דיון במצבן של המפלגות באירופה המערבית ובאנגליה.

118 ראו Pitkin, *The Concept of Representation*, לעיל הערה 51, בעמ' 148.

119 לאפשרות הנתונה לנציג מפלגה להצביע "על פי צו מצפוננו" יש חשיבות ביחס לטענה זו. ברור כי אם שיטה מפלגתית אינה מכירה כלל באפשרות זו, הרי שהגישה לעיל אינה ישימה.

represent independently their whole constituencies and to further the general public interests, rather than the interests of the Member's party, or a class of sponsoring organization...¹²⁰

התומכים בגישה זו מדגישים כי ההסדרים החוקתיים המפורשים הקיימים במדינות שונות אוסרים במפורש על קיומו של מנדט אימפרטיבי¹²¹ המבוסס על שליחות. בכך ניתן לראות תימוכין לגישה שעל פיה קיומה והכרתה החוקתית של המפלגה אינן משנות את מהות הייצוגיות הפוליטית¹²².

הגישה השנייה רואה את הנבחר, מרגע היבחרו, כנציג של מפלגה ולא כנציג האומה. למפלגה יש תפקיד פוליטי וקונסטיטוציוני, היא הופכת ל"מתווך" בין הדרישה האזורית (בשיטת בחירות אזוריות) או בין דרישות סקטוראליות לבין האינטרסים הלאומיים. המפלגה מקבצת בתוכה, באופן אימפרטיבי, את כל הנבחרים שנבחרו במסגרתה, בכפוף לשיטת הבחירות הנהוגה באותה מדינה¹²³. הבחור בוחר במפלגה, הוא אינו בוחר אישית באדם זה או אחר. על כן, הדוברים של הרצון הכללי הם המפלגות, יותר מאשר האישים המרכיבים אותן.

על פי גישה זו, מרגע שהבוחר הצביע עבור נציג מפלגה מסוימת, הוא מביע תמיכה באותה מפלגה בכל הנוגע לעמדתה בעניינים לאומיים. לפיכך, הנבחר כבול לתוכנית זו ואינו נהנה ממנדט "חופשי". הסיבה לכך היא ההתחייבות שנטל מכללא הן כלפי המפלגה והן כלפי הציבור¹²⁴.

היכולת הפונקציונלית של המשטר הפרלמנטרי מניחה, באופן כמעט קיומי, כי הקבוצות הפוליטיות יפעלו באופן קבוצתי ואחיד – אחרת לא הממשלה ולא האופוזיציה

J. Jowell & D. Oliver, *The Changing Constitution* (2nd ed., 1989) 122 120

121 כמו למשל בספרד, בגרמניה ובצרפת.

122 דוגמא מאלפת לגישה זו ראו בדבריו של הלורד דינג, בפסק הדין המפורסם *Bromley London Borough Council v. Greater London Council* [1982] 2 W.L.R. 62, 69

"A manifesto issued by a political party - in order to get votes - is not to be taken as gospel. It is not to be regarded as a bond, signed, sealed and delivered... When the party gets in power, it should consider any proposal or promise afresh - on its merits - without any feeling of being obliged to honor it or being committed to it".

פסק הדין זכה באנגליה לביקורת ציבורית קשה. ראו דיון בפסק הדין בספרו של וינרוס, לעיל הערה 14, בעמ' 111 ואילך.

123 Pelayo, לעיל הערה 109, בעמ' 93. המחבר טוען כי הרעיון של "שליטה" מפלגתית על הנבחרים הוא זה, גם אם שיטת הבחירות שונה בין מדינה ומדינה (ובלבד שהיא שיטה יחסית).

124 Pitkin, לעיל הערה 51, שם. זו גם דעתו של Schmitt (בספרו *Teoria de la Constitucion*), הטוען כי ברוב המדינות אין לראות בפרלמנט את מרכזה של הפעילות הפוליטית, והמפלגות והסיעות תפסו את מקומו.

יוכלו למלא את תפקידן¹²⁵. האמצעי להשגת "איחוד פונקציונלי" בתוך המפלגות הוא משמעת "קואליציונית", המלווה בסנקציות משמעתיות. פועל יוצא מתיאור מצב זה הוא שאם הנבחרים הם אכן "המייצגים של האומה", הרי זה בזכות היותם חלק ממפלגה, שבה ובאמצעותה בלבד ניתן לראות ייצוג ממשי לאומה.

גישה זו ניצבת בפני קושי עיוני: כיצד זה ניתן להצדיק את קיומן של הוראות חוקתיות השוללות במפורש את המנדט האימפרטיבי? נזכיר כי במקביל להתייחסות חוקתית חדשה למפלגות הפוליטיות¹²⁶ ממשיכות חוקות כמו גרמניה, ספרד, צרפת ואיטליה לקיים ולתבוע מפורשות את עיקרון הייצוג החופשי.

קיומה של "מדינת מפלגות" חוקתית יוצרת בעיה חדשה של התנגשות חזיתית בין הוראות חוקתיות: הכרה בקיומן של מפלגות בחיים הפוליטיים מחד גיסא, ושליטתו של המנדט האימפרטיבי המבוסס על רעיון השליחות מאידך גיסא.

הדוקטרינה ניסתה להתמודד עם סתירה זו. חלק מהמלומדים שהתייחסו לנושא טענו כי מדובר בסתירה לכאורה בלבד. זאת, משום שמדובר בסתירה בין מצב "משפטי" לבין מצב "פוליטי". כיוון שכך, הרי אין מדובר בהתנגשות באותו מישור ויד התוראות המשפטיות על העליונה. ברוח זו כותבים Kelsen, Georg Jellinek ו-Leibholz¹²⁷. כי לא ניתן לטעון לייצוג כללי של האומה במקום שבו תקף מנדט אימפרטיבי המבוסס על שליחות. זהו ההסבר המשפטי הנכון לחוקות האירופיות שאוזכרו לעיל.

לעומתם טוען המלומד Morstein-Marx, בצורה ציורית, כי התיאוריות של המנדט החופשי ותחולתן על דמוקרטיות פרלמנטריות מודרניות הן "שריד מוזיאוני מתקופת האבן"¹²⁸.

ניתן להניח כי הסיבה להכללתן של הוראות חוקתיות האוסרות על מנדט אימפרטיבי היא בעיקרה היסטורית. העיקרון הרפרזנטטיבי, המניח קיומו של חופש פעולה, היה לב-לבו של חופש הביטוי הפרלמנטרי, של חופש הוויכוח והרציונל למרכזיותו של הפרלמנט ביצירת ה"רצון הכללי". בהתאם לתיאוריות פרי תקופת המהפכה הצרפתית, הנציג הוא נציג האומה כולה, הוא מורם מעם, ועל כן אינו יכול לקבל הוראות מאיש¹²⁹.

125 Pelayo, לעיל הערה 107, בעמ' 94.

126 ראו, למשל, סעיף 21 לחוק היסוד הגרמני, סעיף 49 לחוקה האיטלקית, סעיף 4 לחוקה הצרפתית, סעיף 6 לחוקה הספרדית.

127 מתוך "Significado de la Representacion Politica", de Vega, לעיל הערה 63, בעמ' 36-37. ראו גם התייחסות לנושא זה בספרו של A. Anabitarte, *Constitucion y Personalidad Juridica del Estado* (1992).

128 Pelayo, לעיל הערה 109, בעמ' 99. הספרדי Garcia מצטט בספרו *La Inmunidad Parlamentaria y el Estado de Partidos* מדבריו של Morstein Marx, שאמר עוד בשנת 1926 כי (בתרגום חופשי) "מי שמעמיד עצמו בנציג של מפלגה, חייב לכבד התחייבות זו ממש כאילו ברת וזזה עם השטן...".

129 זו דעתו של Guizot, *Histoire parlementaire de France*, הנזכר בספרו של Pelayo, לעיל.

אולם, רעיונות אלה לא התייחסו כלל למושג המודרני של "מדינת מפלגות". כיום לא ניתן ליישב בין התיאוריות של "המנדט החופשי", על פי רעיון של ייצוג רפרזנטטיבי ליברלי (שהולדתו בסופה של המאה ה-18), לבין הוראות חוקתיות מודרניות המכירות de facto ב"מדינת מפלגות"¹³⁰.

לדעתי, ועם כל הכבוד, ההסבר שהוצע בדבר התנגשות בשני מישורים – המישור המשפטי מחד גיסא והמישור הפוליטי מאידך גיסא – אינו מספק. קיים צורך אמיתי בהתאמת רעיון הייצוגיות לשינויים שחלו בפרלמנטריות המודרנית.

כאמור, במחקרים הורים אין תמימות דעים בנוגע למעמדה של המפלגה ולהשפעתה על התיאוריה של המנדט¹³¹. הסתירה הקיימת ברורה: מחד גיסא לא ניתן להתעלם מהתאוריה של החוקות השוללות במפורש את קיומו של מנדט אימפרטיבי, ומאידך גיסא לא ניתן להתעלם מהשפעתה המשפטית (להבדיל מזו הפוליטית¹³²) של המפלגה כ"מתווכת" בין הציבור לבחורים. בדיון על הדין הישראלי אציג ניסיון ליישב סתירה זו באמצעות המודל המוצע: ייצוג חופשי מוגבל.

2. הקשר המשפטי בין הצדדים לייצוג

שלוש הנחות יסוד אציב בבסיס הדיון על תורת הייצוג בדיון הישראלי¹³³:

1. במשפט הישראלי המפלגה היא "יחידה חוקתית". סעיף 1 לחוק המפלגות קובע את עיקרון הייצוגיות למפלגה: מטרת ההתאגדות במפלגה היא להביא את המטרות או

הערה 109, בעמ' 98. בתרגום חופשי: "המנדט האימפרטיבי שולל את החופש של אלה המתווכחים.. ומשמעותו היא סופו של משטר חופשי".

130 התבססויות בנוסח זה ניתן למצוא בספרות הגרמנית מפיהם של המלומדים Leibholz ו-Triepel. ביטוי מובהק נוסף לרעיונות אלה, בדבר הקושי ליישב בין האיסור על מנדט אימפרטיבי לבין הרעיון של מדינת מפלגות, ניתן לראות בפסיקת בין הדין החוקתי הגרמני מיום 23 באוקטובר 1952 ומיום 17 באוגוסט 1956. בית הדין קבע, כי הסתירה הקיימת בין סעיף 38 לבין סעיף 21 לחוק היסוד הגרמני, מחייבת מתן משקל יתר לעיקרון של מדינת מפלגות. מתוך Garcia, לעיל הערה 128, בעמ' 111.

131 נעשו אף מחקרים אמפיריים רבים אודות צורות ההצבעה של גבחרים שונים, ונבדקו דעותיהם של הנבחרים עצמם בשאלה האם הם רואים עצמם "חופשיים" או כפופים למפלגה. החוקרת Pitkin, לעיל הערה 51, בעמ' 149, מסכמת את המחלוקת ואומרת:

"What is most striking about the mandate – independence controversy is how long it has continued without coming any nearer to a solution.... Some legislators pronounce themselves as most responsive to the demands of constituency, and some to those of party, while some maintain that they act on their own independent judgment of national interest."

132 נזכיר כי רוב המלומדים תמימי דעים בנקודה זו, שאכן ישנה השפעת למפלגות, אך זו השפעה "פוליטית" שאין לה משמעות משפטית בכל הנוגע לשינוי אופיו של המנדט.

133 כל אחת משלוש הנחות היסוד היא ראויה ומחייבת דיון מעמיק הורג ממסגרתה וממסורותיה של רשימה זו, ועל כן אסתפק בהצגתן בלבד.

המדיניות לידי ייצוג בכנסת. אין ייצוג בכנסת ללא מפלגה, ועל כן קיומה של מפלגה כמתווכת בין הבוחר לבין הנבחר מחייבת, לדעתי, התייחסות משפטית.

2. כעיקרון, המפלגה היא זו הבוחרת את המועמדים, בכפוף לשיטות בחירה פנימיות שונות. ה"אמון" שניתן לחבר הכנסת ניתן לו, באופן כללי, בשל היותו "דובר" של תנועה פוליטית. למרות העובדה שהמפלגה היא זו הבוחרת את המועמדים (בשיטה של רשימה סגורה, שעל פיה אין האזרח יכול לסמן מועמדים כרצונו), בישראל יש למועמד האישי משקל רב. על כן, יש לתת משמעות הן למפלגה והן למועמד האישי, ביחוד אם נבחר במסגרת בחירות פנים-מפלגתיות ("פריימריז").

3. שיטת הבחירות בישראל היא כללית: הזכות להשתתף בבחירות מוקנית, באופן עקרוני, לכלל הציבור. הבחירות הן ארציות, ועל כן גם רשימות המועמדים הן ארציות. הבחירות הן יחסיות, וחלוקת המקומות בכנסת נעשית לפי יחס הקולות שניתנו לכל מפלגה.¹³⁴

בהתחשב בכל אלה, בחינת מודל הייצוג בישראל מחייב התייחסות למערכת משולשת: ציבור – מפלגה – חבר כנסת. בהקשר זה מוצע מודל ייצוג המתייחס לשלוש הצלעות במערכת זו. המודל מכיר ביחסים משפטיים בין כל אחד משלושת הרכיבים, ועל כן יהווה בסיס להטלת חובות אמון שונות בכל אחת מהצלעות הנדונות: בין המפלגה לבין הציבור, בין הנבחר לבין הציבור ובין הנבחר לבין מפלגתו.

(א) המפלגה והציבור – מודל של ייצוג חופשי

כאמור, סעיף 1 לחוק המפלגות קובע את עיקרון הייצוגיות למפלגה. מטרת ההתאגדות במפלגה היא להביא את המטרות או המדיניות לידי ייצוג בכנסת. על פי התיאוריה הרפרזנטטיבית, מרגע שהמפלגה הפכה להיות המתווך בין הציבור לבין הנבחרים, היא באה בעצם במקומו של הנבחר והופכת להיות ה"נציג" האמיתי של האומה. המפלגה היא-היא האורגן שבאמצעותו מתגבש רצון האומה. היא הנבחר הישיר, מחליפתו של הציבור. בכך חל שינוי בתפיסה התיאורטית שבה הנציג מייצג את כלל האומה.¹³⁵ שינוי זה נובע ממעבר היסטורי מדמוקרטיה רפרזנטטיבית לדמוקרטיה מפלגתית. אולם, עצם היותה "מחליפתו" של הציבור אין פירושה כי המפלגה הופכת להיות "שלוח" של הציבור, במובנו של המנדט האימפרטיבי.¹³⁶

134 עם כינונו של חוק יסוד: הממשלה החדש שונתה שיטת המשטר בישראל. לשינוי זה משמעויות רבות, שהדין בהן חורג ממסגרת הרשימה. לעניינינו, ראש הממשלה מכהן כעת מכוח הבחירה הישירה ולא מכוח אמון הכנסת. יחד עם זאת, חלק מן השינוי שתוכנן בנושא שיטת הבחירות – המעבר מבחירות ארציות לסילוב עם בחירות אזוריות – לא יצא אל הפועל.

135 כפי שראינו בתיאוריה של de Malberg. מעניינת בהקשר זה דעתו של המלומד הספרדי: T. del Moral, "Crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos" 14 *Revista de Derecho Politico* (1982), הטוען כי המצע המפלגתי הפך להיות מעין "מחברת הוראות" (cahiers d'instructions) שהיה בימי הביניים אחד הסממנים של המנדט האימפרטיבי.

136 אין הציבור יכול לבטל את השליחות, ואין הציבור יכול להורות למפלגה כיצד לפעול. יתרה מכך:

עולה מן האמור כי המפלגה מקבלת מהציבור מנדט "חופשי". היא חייבת לראות לנגד עיניה את טובת הציבור כולו, את "האינטרס של האומה"¹³⁷. על כן רשאית מפלגה לשנות את מדיניותה באורח חופשי, ללא מורא וללא חשש מהציבור שבחר בה. העיקרון של המנדט החופשי מתבטא בחופש הפעולה שיש למפלגה ביחס לציבור.

במסקנה זו מובלעת ההנחה כי הבטחת חופש פעולתה של המפלגה הוא רצוי. אפשר לטעון, כי ראוי להגביל את חופש הפעולה של המפלגה: מדוע, למשל, לא ייקבע כי רשימה מחויבת – מבחינה משפטית – להבטחותיה במצעה כלפי הבוחר?

עוד ניתן לטעון כי דווקא שיטת המשטר שנוצרה בישראל בעקבות חוק הבחירה הישירה היא שמחייבת הטלת סייגים על כותה של מפלגה. השיטה החדשה אפשרה את הופעתן של מפלגות קטנות החורטות על דגלן מסר אחד¹³⁸ ואת הופעתן של מפלגות "סקטוראליות". במצב זה, מדוע תינתן למפלגה אפשרות "חופשית" להשתחרר ממצעה לבוחר, ואף לנהוג בהיפוך גמור להתחייבות הקשורה לאותו נושא ייחודי שהביאה לכנסת, או לאותו סקטור שבחר בה?

לטיעון זה אענה, כי דווקא במצב של פיצול יתר עולה חשיבותו של הערך הממלכתי והמאחד. דווקא מצב של ריבוי אינטרסים פרטיקולריים מחייב כי "טובת האומה" כעיקרון כללי תזכה ללגיטימציה בעיניה של המפלגה. על כן יש להבהיר את חשיבותו של המנדט החופשי.

מודל הייצוג החופשי מאפשר, עקרונית, הטלת סייגים על חופש הפעולה של המפלגה. מטרת הדיון בשלב זה היא להציג את סוג המנדט הקיים בין הציבור לבין המפלגה. אולם, כאמור, עצם קיומו של מנדט חופשי אינו מונע הטלת חובות על המפלגה; נהפוך הוא: המנדט החופשי מקיים את דרישת הקשר המשפטי בין הציבור לבין המפלגה.

אמרתי לעיל כי מבחינה עקרונית, ככל שהקשר בין הצדדים ליחסי האמון "חופשי" יותר במובן זה שלא קיימות הגבלות הנובעות מיחסים חוזיים או יחסי שליחות, כך יגבר הצורך בהטלת חובות אמון כדי להגביל את השימוש לרעה בכוח הייצוג. בשלב קביעת היקפן של חובות האמון אתייחס לשיקולים התומכים בהטלת חובות אמון מפלגתיות, וכן לשיקולים המחייבים הימנעות מהתערבות שיפוטית בחופש הפעולה המפלגתי.

בשלב זה מטרתי להראות כי המנדט שמקבלת המפלגה מן הציבור הוא "חופשי". לדעתי, הפסיקה בישראל נתנה ביטוי מפורש לחופש הפעולה של המפלגה. הפסיקה

קיים גם הכלל שעל פיו delegatus non potest delegare שיכול למנוע האצלת סמכות הייצוג (לו אכן הייתה כזו) מן המפלגה אל חבר הכנסת.

137 לדעה זו תימוכין רבים בספרות הקונסטיטוציונלית. ראו אצל de Vega, לעיל הערה 63, בעמ' 39, המזכיר את המלומדים Ambrosini, Hula, Adler, Morstein Marx, Radbruch ועוד. עם זאת, קיימים על המפלגה אילוצים "פוליטיים", ביחוד אם המדובר במפלגה סקטוראלית. למרות הערה זו, לדעתי אין בכל כדי לשנות מן העובדה כי מדובר בייצוג חופשי.

138 הבחירות לכנסת ה-15 הן דוגמא בולטת לכך. בבחירות התמודדו 30 מפלגות, שלחלקן מצע הנוגע לנושא אחד עיקרי (דוגמת הירוקים, עלה ירוק, עם אחד, הדרך השלישית, מפלגת הקונו ועוד). הכנסת ה-15 מונה חמש עשרה סיעות, מספר שיא בתולדותיה.

העוסקת ביכולתה של מפלגה להשתחרר מהסכם פוליטי מאפשרת להסיק – מקל וחומר – על היכולת להשתחרר מן המצע, שהוא מסמך פחות מחייב והרבה פחות קונקרטי. כך, למשל, נקבע, כי מצע המפלגה אינו יוצר חוזה בין המפלגה לבין הציבור. אמר על כך פרופ' רובינשטיין, ביחס לקשר בין הסכם פוליטי לבין התחייבות הכלולה במצע המפלגה:

קשה לראות הבדל של ממש בין התחייבות שבהסכם פוליטי – המופנית כלפי גורם פוליטי אחר – לבין התחייבות הכלולה במצע הבחירות או בהתחייבויות בעל פה, המיושמות במהלך מסע הבחירות. אלה כאלה מחייבות במישור הציבורי, אולם ספק רב אם יש ליתן להן תוקף משפטי מחייב¹³⁹.

ביחס להסכם קואליציוני קבע בית המשפט העליון כי הוא מצוי בתחום הפיקוח השיפוטי¹⁴⁰, אך מבחינה משפטית –

הסכם פוליטי" אינו 'הסכם משפטי' במשמעו במשפט הפרטי. אין זה הסכם שניתן לתבוע אכיפתו, או הסכם שניתן לתבוע פיצויים על הפרתו¹⁴¹.

נדמה, כי למרות הדקויות בגישות הקיימות ביחס להסכם פוליטי¹⁴², אין חולקים על כך שבין המפלגה לבין הציבור לא נוצרים יחסים חוזיים. על כן לא יכול מאן דהוא מן הציבור לתבוע סנקציה במישור החוזי על הפרת הבטחות שבמצע. פרופ' רובינשטיין סבור כי הסכמים פוליטיים אינם זיכים להגנתו המלאה של הדין, בין היתר בשל "הלכת ההשתחררות", שיסודה במשפט המנהלי ועניינה כוחה של הרשות שלא לכבד התחייבויותיה, אם צורכי הציבור מחייבים זאת. פרופ' רובינשטיין סבור כי הלכת ההשתחררות חלה, מקל וחומר, גם ביחס להסכמים פוליטיים¹⁴³.

דעה זו מעניינת במיוחד ומציגה בפועל מודל קלסי של ייצוג חופשי: הנבחר "יכול" להשתחרר מהתחייבויותיו ואינו כבול להן. היכולת להשתחרר ללא סנקציה היא-היא המאפיין הבסיסי של המנדט החופשי. כאמור, הפסיקה יצרה קשר בין התחייבויות הכלולות במצע של מפלגה לבין

139 א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 613.

140 ראו פרשת שליט, לעיל הערה 1; פרשת וירובסקי, לעיל הערה 1; פרשת ולגר, לעיל הערה 1.
141 השופט ברק פרשת ולגר, לעיל הערה 1, בעמ' 805. השופט ברק מכנה את ההסכם הפוליטי בשם "התחייבות שאינה התחייבות".

142 ראו לענין זה ג' שלו, "הסכמים פוליטיים", עיוני משפט 20 (תשנ"ב) 215; נ' כהן, "ההסכם הפוליטי" המשפט א (תשנ"ג) 59; I. Zamir, "Political Agreements" 26 Is. L. Rev. (1992); D. Kretzmer, "Political Agreements – A Critical Introduction" 26 Is. L. Rev. (1992) 407.

143 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, בעמ' 462.

התחייבויות הכלולות בהסכמים קואליציוניים¹⁴⁴. מקובלת עלי העמדה כי אין להבחין בין התחייבות שמקורה בהסכם פוליטי לבין התחייבות הכלולה במצע שהמפלגות נוהגות לפרסם ערב הבחירות¹⁴⁵. השופט חשין, שאינו מכיר עקרונית ביכולתו של הסכם פוליטי להקנות זכויות ולהטיל חובות במישור המשפטי, יצר "קשר" – בנימה אירונית משהו – בין הסכם פוליטי לבין מצע המפלגה:

שאלה: אם 'הסכם פוליטי' הוא בן שפיטה, מדוע לא יהיה אף מצע פוליטי – והוא 'הסכם פוליטי' בין חבר מפלגה לבין מפלגתו – מקור לזכויות וחובות? מדוע לא יהיה חבר מפלגה רשאי לתבוע את ראשיה לדין בבית-משפט של המדינה, בטענה כי טוטים הם 'שלא באורח סביר' מ'אמנה פוליטית' שכרתו עמו – והוא מצע המפלגה – ולבקש מבית המשפט, למצער, פסק המצהיר על כך?¹⁴⁶.

במובן זה, הסכם פוליטי כמוהו כמצע המפלגה. אי כיבוד התחייבות הכלולה בהסכם פוליטי אינה מהווה הפרה שלו ואינה גוררת סנקציה משפטית:

הסכם פוליטי, על פי עצם טיבו, כפוף הוא לטובת הבוחרים ולטובת המפלגה כפי שהן מעת לעת וכפי שמנהיגי המפלגה מפרשים אותה טובה. הסכם פוליטי אסור לו שיהפוך עניבת חנק על צווארה של מפלגה. וכשמגיעים מנהיגי המפלגה לכלל מסקנה, כי טובת המפלגה והבוחרים היא שלא לקיים הסכם פוליטי בנסיבות מסוימות, כי אז מוצדקים הם בהחלטתם זו¹⁴⁷.

הרציונל בדבריו של השופט חשין דומה לנימוקים שהובאו על ידי Mirabeau ו-Burke בטיעונם להכרתו של "המנדט התופשי", וממחישים את החשיבות שבחופש הפעולה של המפלגה. גם מדבריו של השופט חשין משתמעת הכרה במנדט חופשי ביחסים שבין המפלגה לציבור.

עולה מן האמור, כי במשטר הישראלי הציבור מעניק למפלגה "מנדט חופשי". המפלגה אינה כבולה, משפטית, להתחייבותה במצע כלפי הציבור. היא יכולה "להשתחרר" ממנה ולשנותה אם טובת המדינה מחייבת זאת. המדובר בחופש פעולה שניתן לבססו על ההכרה בייצוג חופשי או בתורת האורגן. אותה הנמקה שעליה התבסס

144 לעניין התובה לפרסם הסכמים קואליציוניים ראו פרשת שליט, לעיל הערה 1, בעמ' 363: "אכן, כשם שאזרחים צריכים לדעת את מצען של המפלגות, כך צריכים הם לדעת את תוכן ההסכמים הפוליטיים...".

145 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, בעמ' 612–613.

146 פרשת ולגר, לעיל הערה 1, בעמ' 823. אדגיש, כי לדעתו של השופט חשין הסכם פוליטי אינו "בן-שיפוט", כלשונו.

147 שם, בעמ' 829.

הקשר בין הנבחר לבין הציבור ביחס משפטי (על פי תורת המייצג או תורת האורגן) מאפשרת גם לקשור בין הציבור לבין המפלגה. בהתאם למאפיינים של הייצוג התופשי, הרי שקיים קשר משפטי בין המפלגה לבין הציבור, הנובע מהיותה של המפלגה "מחליפתו" של הציבור. הציבור מעביר את "כוחו" ואת "האינטרסים" שלו למפלגה, ועל כן קיימת, לדעתי, תשתית עיונית להטלת חובות אמון במערכת יחסים זו. כאמור, מסקנה זו אינה מלמדת דבר על היקפה של חובת האמון, שיידון בחלקה השני של רשימה זו.

(ב) חבר הכנסת והציבור – מודל של ייצוג חופשי

בהתחשב במעמדה של המפלגה כמתווכת בין הציבור לבין חברי הכנסת, עולה השאלה האם עדיין מקבל חבר הכנסת מהציבור "מנדט" תופשי? היינו: האם ביחס לציבור נהנה חבר הכנסת מחופש פעולה מוחלט? שאלה זו נדונה בדין הישראלי בפרשת ולנר¹⁴⁸. אגב דיון בתוקפו העקרוני של הכנסת פוליטי, נדרש בית המשפט העליון לשאלה למי חייב חבר הכנסת חובת אמון – לציבור, לסיעה, או למפלגה שבה הוא חבר. המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז) קובע כי חבר הכנסת חב חובות נאמנות לציבור:

חבר הכנסת... אינו 'נציג' של מפלגה. הוא אורגן של המדינה. הוא התחייב 'לשמור' אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותו בכנסת' (סעיף 14 לחוק יסוד: הכנסת). הוא אינו מתחייב לשמור אמונים למפלגתו ולמלא באמון את שליחותה בכנסת. כל חבר כנסת הוא 'נציג' של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור¹⁴⁹.

נדמה כי הערתו של המשנה לנשיא ברק מתייחסת במפורש למערכת היחסים שבין הנבחר לציבור. בהתאם לדעה זו, חב הנבחר חובות אמון כלפי הציבור. המקור המוזכר בחוות דעתו של השופט ברק חשוב לענייננו: השופט מפנה אל סעיף 14 לחוק יסוד: הכנסת (כנוסחו דאז), העוסק בהצהרת האמונים של חברי הכנסת:

14. משפתח זקן חברי הכנסת את ישיבתה הראשונה או משקיבל לידיו את הנהלתה, יצהיר את הצהרת האמונים של חברי הכנסת; ואלה דברי ההצהרה:

'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי בכנסת'.

משהצהיר זקן חברי הכנסת את הצהרת האמונים, ישוב ויקראנה באוזני חברי הכנסת, וכל אחד מחברי הכנסת יקום, בזה אחר זה, ויצהיר: 'מתחייב אני'.

148 ולנר, לעיל הערה 1.

149 שם, לעיל הערה 1, בעמ' 807.

סעיף 16 לחוק היסוד משלים את חובת הצהרת האמונים בקובעו כי אם לא יצהיר חבר הכנסת אמונים, לא ייהנה מזכויותיו כתבר כנסת. משמעותה של הצהרת האמונים לא נדונה לגופה בישראל¹⁵⁰. המשנה לנשיא ברק הזכיר, כאמור, בבג"צ 5364/94¹⁵¹ כדי לתמוך בדעתו כי חבר כנסת חב חובת אמונים לציבור כולו, ולא למפלגתו¹⁵².

יכול והמשנה לנשיא ברק רואה בסעיף 14 מקור חוקי מפורש ליצירת יחסי אמון בין חבר הכנסת לבין הציבור. העמדה המוצעת ברשימה זו, לפיה קיים קשר בעל משמעות משפטית בין הציבור לבין חבר הכנסת, תומכת בגישה זו. ביסוסו של הקשר המשפטי על חובת האמונים שחב בה חבר הכנסת מאפשר, כעניין טבעי, הטלת חובות הנובעות מרעיון האמון.

אציין בהערת אגב, כי בדין הישראלי החובה להצהיר אמונים מופיעה בחוקים רבים ביחס לאנשים הממלאים תפקידים ממלכתיים וציבוריים. החובה להצהיר אמונים היא חובה חוקתית, החקוקה בחוקי היסוד השונים המסדירים את רשויות המדינה. כך, למשל, חייבים נשיא המדינה, ראש הממשלה, שרי הממשלה, מבקר המדינה, שופטי ישראל וחברי הכנסת בהצהרת אמונים. בחינה שיטתית של הצהרות האמונים בחוקי היסוד השונים מעלה תופעה מעניינת. באופן כללי, נוסח הצהרות האמונים כולל גרעין משותף לכל בעלי התפקידים, והוא ההצהרה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה. הצהרת האמונים של חבר הכנסת אינה מתייחסת לחוקי המדינה אלא "למדינת ישראל" בלבד¹⁵³. רק חבר הכנסת "פטור" בעצם מחובתו לשמור אמונים לחוקיה של מדינת ישראל. מהי המשמעות שיש לתת להשמטה זו? האם פירושו של דבר כי חבר הכנסת אינו מחויב או אינו כפוף לחוקי מדינת ישראל?

בית המשפט העליון ענה על השאלה הזו בשלילה. המשנה לנשיא (כתוארה אז) השופטת בן-פורת בבג"צ 400/87 כהנא נ' י"ר הכנסת¹⁵⁴, אמרה את הדברים הבאים:

150 הסוגיה מהווה נושא למאמר נפרד פרי עטי שיראה אור בקרוב.

151 פרשת ולגר, לעיל הערה 1.

152 שם, בעמ' 807.

153 סעיף 9 לחוק יסוד: נשיא המדינה, קובע את הצהרת האמונים של נשיא המדינה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה...". נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט משה לנדוי אמר על סעיף זה כי "[הצהרת האמונים] מדגישה שמעמדו של הנשיא אינו פוסט אותו משלטון החוק, שכן הוא מתחייב לשמור אמונים למדינה ולחוקיה". ראו מ' לנדוי, חוק יסוד: נשיא המדינה (בעריכת י' זמיר, תשנ"ז) 21, פורסם ס"ח 1237 (תשמ"ח) עמ' 30, בסעיף 9. חוק יסוד: הממשלה, שהוחל מן הבחירות לכנסת ה-14 ואילך, מתייחס במפורש בסעיף 14 להצהרת האמונים של ראש הממשלה ושל שרי הממשלה. נוסח ההצהרה, בהקשר שאנו מבקשים לבחון, משותף לראש הממשלה ולחברי הממשלה: "אני... מתחייב... לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה...". מבקר המדינה ושופטי ישראל מתחייבים גם הם לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה. כאמור, משמעותה של חובת האמונים של חבר הכנסת לעומת נושאי תפקיד ברשויות אחרות, לרבות דיון בהיבט ההשוואתי הוא נושא למחקר נפרד.

154 פ"ד מא(2) 729, 737 (ההדגשה במקור).

אכן, זכותו של חבר כנסת דתי, ואולי אף חובתו לבוחריו, לעשות כמיטב יכולתו, כדי שירבו חוקים התואמים את אמונתו, אך אין בין זכות זו לבין חובת נאמנותו לחוקים כפי שנתקבלו ולא כלום.

המשנה לנשיא אף הפנתה לדבריו של השופט זילברג, "דרך ההיקש ובשינויים המחויבים", המתייחס לחובת השופטים לשמור אמונים לחוקי המדינה:

...לי נראה, כי כל שופט, ואפילו אם הוא דין, מושבע ועומד, מעצם תפקידו, לפסוק בהתאם לחוק. על כל פנים אנו, השופטים האזרחיים, ודאי ודאי חייבים לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה...

יש לשים לב להערה בדבר ההיקש שניתן לעשות, לדבריה של המשנה לנשיא, בין חובת האמונים המוטלת על שופט לבין חובת האמונים המוטלת על חבר כנסת. בפרשת מיעארי בחנה השופטת בן-פורת את האפשרות להגביל את החסינות העניינית של חבר הכנסת באמצעות העיקרון של "חובת הנאמנות למדינה", כפי שזה עולה הן ממעמדו כאזרח המדינה, והן מהצהרת האמונים:

...יש להימנע מהרחבת היריעה שעליה משתרעת [החסינות המהותית], כאשר הפעילות אינה מתיישרת עם חובת הנאמנות שהוא חב למדינת ישראל. כדבריו של הנשיא דאז אגרנט בע"ב 1/65 בעמ' 386: '...המעמד של אזרחות ישראלית מקפל בתוכו את חובת הנאמנות למדינת ישראל (סעיף 5ג) לחוק האמור'.

ללא אזרחות, אין תושב ישראל כשיר כלל להיבחר כחבר כנסת. מכאן, שעצם מועמדותו מותנית - במקרים רבים דרך תנאי ההתאזרחות - בחובת הנאמנות למדינת ישראל. על כך יש, כמובן, להוסיף את הצהרת האמונים, שכל חבר כנסת חייב בה, וזאת כביטוי לנאמנות בלתי מסויגת. בהצהרתו מתחייב חבר הכנסת ללא סייג לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותו בכנסת¹⁵⁵.

השופטת בן-פורת השתמשה בהצהרת האמונים כדי לצמצם את תחולתה של החסינות העניינית. אבקש להציג את פסיקתה של השופטת בן-פורת באופן הבא: הצהרת האמונים מטילה על חבר הכנסת חובה שאינה באה לידי ביטוי בנוסחו של החוק¹⁵⁶: חובה על חבר הכנסת במילוי תפקידו לפעול תוך שמירת אמונים למדינת ישראל. הפרת החובה גוררת "סנקציה": חבר כנסת שמפר את חובתו לא יהא חסין בגין פעילותו זו. הצגת הדברים באופן זה מאפשרת להציג את פסיקתה של השופטת בן-פורת כגזירת חובה אופרטיבית הנובעת מיחסי אמון, שמקורה בהצהרת האמונים כלפי הציבור.

155 בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 224 (ההדגשות במקור).

156 חוק חסינות חברי הכנסת לא מסיל בנוסחו כל הגבלה על פעילותו של חבר הכנסת במילוי תפקידו. החסינות חלה על כל מעשה, הצבעה או הבעת דעה, במילוי תפקיד או למען מילוי התפקיד.

עמדתו של השופט ברק בפרשת ולנר, לפיה חבר כנסת חב חובות נאמנות לציבור, קיבלה חיזוק גם בדעתו של השופט גולדברג באותו פסק דין:

...בהתנגשות בין הפעלת שיקול הדעת על ידי חבר הכנסת כיצד יצביע לבין התחייבות שנטלה על עצמה מפלגתו בהסכם הפוליטי הנדון, ידו של הראשונה חייבת להיות על העליונה¹⁵⁷.

דעה שונה במקצת הובעה על ידי השופט דב לוין בבג"צ 1583094/93. לדעתו:

חבר כנסת זוכה למעמדו מכוח האמון שנתן בו ציבור של בוחרים, כאשר ראה בו את מי שמייצג נאמנה את רחשי ליבו ואת השקפותיו – אם מבחינת דרכו המדינית ואם משום השקפותיו בענייני חברה וכלכלה וגישתו לעניינים שבאמונה וברוח.

משנבחר על ידי ציבור מסוים זה, אך טבעי הוא שיראה עצמו חב חובות נאמנות לבוחריו. אם יאכזבם חלילה, אם ייפגע האמון שרחשו לו, מטעם זה או אחר, הרי שבבוא העת יעמוד פוליטית לדין הבוחר.

השופט דב לוין בדבריו מתייחס לחובה שחב חבר הכנסת כלפי אותו חלק מהציבור שהצביע עבור המפלגה שעמה נמנה חבר הכנסת. נדמה כי "ציבור הבוחרים" שעליו מדבר השופט דב לוין מצומצם הרבה יוצר מאותו "ציבור" שעליו מדבר השופט ברק. השופט חשין רומז אף הוא לכיוון חובת אמון "מפלגתית" ולא "ציבורית". הוא אומר:

אנו מסכימים לאותה קונספציה של נאמנות כלפי הציבור ככל שמדובר הוא במי שמחזיק בשררת שלטון... המחזיק בשררת שלטון ובסמכויות על פי חוק, אינו אלא נאמן הציבור ונאמן החוק, ומחובתו לנהוג כנאמן. ואולם לא אסכים לקונספציה זו ככל שהמדובר הוא במנהיגי מפלגה בתורת שכאלה, לאמור במי שתותמים על הסכם קואליציוני בשם מפלגתם... לעניינינו של 'הסכם פוליטי' בתורת שכזה – בין לפני תתימה עליו, בין בעת תתימה עליו, בין לאחר תתימה עליו – אין התותמים עליו משמשים נאמנים ושליחים של הציבור כולו אלא אך ורק נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם. אלה שלחום למקום ששלחום, להם חייבים הם הסבר ותירוץ, בידיהם נשפטים הם יום-יום, לפנייהם עתידים הם ליתן דין וחשבון, וביום פקודה לפנייהם יתייצבו ולהם יסבירו מה עשו ומה לא עשו: מדוע למה וכיצד¹⁵⁹.

למרות השוני המרומז בין שתי הדעות, לדעתי ניתן להסביר שוני זה באמצעות תורת המנדט. שתי הגישות דוגלות בעיקרון של מנדט "תופשי" במערכת היחסים שבין חבר

157 פרשת ולנר, לעיל הערה 1, בעמ' 810.

158 התנועה למען איכות השלטון ב' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 426.

159 השופט חשין בפרשת ולנר, לעיל הערה 1, בעמ' 829 (ההדגשות במקור).

הכנסת לבין הציבור. השוני בין הדעות בא לידי ביטוי במערכת היחסים שבין הנבחר למפלגתו, ובכפופות למשמעת הסיעתית. בסוגיה זו, ובה בלבד, קיימת מחלוקת. השופט ברק אף מתדד ומבהיר באיזו מערכת יחסים הוא עוסק, באומרו:

אכן, טענות אלה מעוררות סבך שאלות הנוגעות לעצמאות שיקול דעתו של חבר הכנסת במשטר הפרלמנטרי כשלנו. כך למשל, עולה השאלה, האם הגישה המקובלת בפרלמנטים אחרים, ולפיה על חבר הפרלמנט מוטלת החובה להצביע על פי מצפונו שלו ולא על פי הוראות, וזאת מתוך לקיחה בחשבון של קיומה של משמעת סיעתית, תופסת גם אצלנו?¹⁶⁰

לגופו של עניין משאיר השופט ברק שאלה זו בצריך עיון. נראה כי השופט ברק עוסק במערכת היחסים שבין הנבחר למפלגתו, ובמסגרת זו הוא מבקש לתת "חופש פעולה" לנבחר. לעומתו, דוגלים השופטים דב לוין ושמגר במתן משמעות (משפטית?) לרעיון המשמעת הקואליציונית במערכת היחסים שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו. אשר למנדט שבין הנבחר לבין ציבור, נשוא הדיון בשלב זה, לדעתי מדובר ב"מנדט חופשי" על פי שתי הדעות גם יחד. תימוכין לגישה ניתן לראות בהעדרה של סנקציה משפטית מצד הציבור כלפי חבר הכנסת, אם ישנה את דעתו או יחליף את מחנהו. בדיון הישראלי יכול חבר הכנסת לשנות את דעתו ואף להחליף את מחנהו הפוליטי מבלי שתוטל עליו סנקציה חוקית כלשהי.

בהקשר זה אזכיר את המשבר הפוליטי שאירע בשנת 1990, שבמסגרתו פרשו חברי כנסת רבים מסיעותיהם, רובם תמורת טובות הנאה אישיות וללא כל סיבה אידיאולוגית. המתקן מצא לנכון להגביל "נדידה" זו בחוק (תיקון מס' 12 לחוק יסוד: הכנסת), והטיל סייגים על חבר כנסת שפרש מסיעתו ולא התפטר מכהונתו סמוך לפרישתו.

מבלי להיכנס לדיון במהות התיקון אדגיש כי עצם הצורך בתיקון החוק מניח מצב שלא יכול היה לבוא על פתרונו בדרך אחרת. היינו: החוק נועד לקבוע סייגים על תוצאת הפרישה של חבר הכנסת. המתקן הניח כי פרישה זו שנעשתה טרם החוק אינה ראויה ואולי אף "מבישה", אך היא לגיטימית. ודוק: הציבור, שנפגע מתופעה שכונתה בתקשורת בשם "גניבת מנדט", לא יכול היה לנקוט סנקציה משפטית כשלהי נגד חבר הכנסת הפורש. התרופה בגין מעשה זה איננה סנקציה במישור הפרטי. כדברי בית המשפט העליון, בהקשר דומה:

אין לשלול מהנבחר את החופש לשנות את נאמנותו המפלגתית אפילו מתוך מניעים פסולים. התרופה היא לבחור באנשים שאפשר לסמוך על יציבותם הפוליטית¹⁶¹.

160 שם, בעמ' 797.

161 בג"צ 4/67 צהר נ' ראש עיריית טבריה, פ"ד כא(1) 408, 414.

והנשיא שמגר בבג"צ 4031/94¹⁶²:

אין בשיטתנו כבילה של חבר הכנסת הבודד למסגרת פרלמנטרית מסוימת. חבר הכנסת יכול להינתק מן הרשימה אשר במסגרתה נבחר ולבקש לפעול כבודד...¹⁶³.

עולה מן האמור, כי מבחינת מערכת היחסים שבין ציבור הבוחרים לבין חבר הכנסת מקבל חבר הכנסת מנדט רפרזנטטיבי, חופשי. הוא מייצג את האומה, או המדינה, כיחידה בלתי ניתנת לחלוקה. אין הוא כפוף משפטית לבוחריו ואין הוא תלוי בהם מרגע היבחרו. הוא יכול לשנות את דעתו ואף להחליף מחנה, ולא תהיינה לכך תוצאות במישור המשפטי. למרות שנבחר במסגרת מצע מפלגתי נתון ועל ידי בוחרים של מפלגה נתונה, לא ניתן יהיה לחייבו להתזיר את המנדט. אין בדברים אלה משום קביעת עמדה בדבר הדין הרצוי; מטרתו היא לאפיין את סוג המנדט הקיים. המסקנה היא אפוא כי בדומה למפלגה, גם הנבחר מקבל מהציבור מנדט רפרזנטטיבי-חופשי.

כאן מתעורר קושי נוסף: הייתכן כי שניים הם בעלי אותו "מנדט" ממש? אם גם חבר הכנסת וגם המפלגה מקבלים שניהם מן האומה "מנדט חופשי", כיצד ניתן להסביר, עיונית, את כפל הכוחות? האם לשניהם אותו כוח? האם האחד משמש "מחליפו של" השני? האם חבר הכנסת הוא היוצר את רצונה של המפלגה, בא בנעליה, מייצג אותה או שלוחה?

פתרון הסוגיה טמון במערכת היחסים הקיימת בין חבר הכנסת לבין מפלגתו. אם חבר הכנסת הוא "שלוח" של המפלגה, אזי לא מתעורר קושי תיאורטי. הגוף היוצר את רצון האומה, קרי: "המפלגה", פועל באמצעות "שליחים" הכפופים לרצונו. אולם, אם בין המפלגה לבין חבר הכנסת קיים מעבר של כוח "חופשי", היינו: הנבחר הוא "אורגן" של מפלגתו או "מייצג חופשי" שלה, אזי הוא היוצר את רצונה של המפלגה והוא חופשי לפעול כראות עיניו, אף תוך הפרה של הוראות מפלגתו. במקרה זה, של התנגשות בין כוחות שונים, יגבר חופש הפעולה של הנבחר¹⁶⁴.

להלן אבחן את מערכת היחסים שבין המפלגה לבין חברי הכנסת הנבחרים במסגרתה.

162 פרשת ארגון "בצדק", לעיל הערה 73.

163 שם, בעמ' 23. השווה את שתי הקביעות האלה, עם קביעותיו של בית הדין התוקף בספרד (בהחלטה STC 5/1983, שעסקה בעקרון הייצוג הפוליטי). בית הדין התוקף קבע (בתרגום חופשי): "הזכות להשתתף נתונה לאזרחים, ולא למפלגות, הנבחרים מייצגים את האזרחים ולא את המפלגות, ותפקיד הייצוג לא יכול להיות תלוי ברצונן של המפלגות אלא ברצונם של האזרחים במסגרת הליך הבחירות". הביקורת על פסק הדין טוענת – למרבה האירוניה – כי יש בפסיקה זו כדי לעודד את התופעה של "גניבת המנדט". ראו משבר הייצוג הפוליטי, לעיל הערה 103, בעמ' 277.

164 כדבריו של השופט גולדברג: "...בהתנגשות בין הפעלת שיקול הדעת על ידי חבר הכנסת כיצד יצביע לבין התחייבות שנטלה על עצמה מפלגתו בהסכם הפוליטי הנדון, ידו של הראשונה חייבת להיות על העליונה". פרשת ולגר, לעיל הערה 1, בעמ' 810.

(ג) חבר הכנסת – "מייצג חופשי" או "שלוח" של מפלגתו

בחנית טיב המנדט הקיים בין הנבחר לבין מפלגתו וסיעתו בכנסת מחייבת התייחסות לכמה שאלות אודות תפקידה של המפלגה¹⁶⁵. ראשית, ראוי לבחון מי בוחר את נציגי המפלגה. אם המפלגה היא זו הממנה את חבריה ומרכיבה את רשימות המתמודדים, אזי המשקל שיש למפלגה עצמה גדול יותר. מסקנה זו מאפשרת לטעון כי מעמדו של הנבחר בא לו ישירות ממפלגתו. היא זו שבחרה בו, הוא אינו עומד בזכות עצמו ואינו "זכאי" לנהוג כאישיות פרטית, אלא חייב לראות את עצמו כחלק ממפלגתו¹⁶⁶.

חוק המפלגות עצמו שותק בנקודה זו של יחסים בין המפלגה לחבריה, אולי מתוך הנחה כי אין החוק עוסק כלל בדינים "פרלמנטריים" – במפלגות שנבחרו לכנסת – אלא בשלבים פרלימנטריים של רישום בלבד¹⁶⁷.

בראשית דבריי אמרתי כי ראוי להציג מודל ייצוג אחר, המבוסס בעיקרון על ייצוג חופשי אך "מוגבל". לדעתי, יש להכיר בכך שחופש הפעולה של חבר הכנסת איננו בלתי מוגבל, וכי יש להטיל עליו מגבלות הנובעות מרעיון של שליחות. הגבלת כוחו של חבר הכנסת תיעשה במסגרת היחסים שבינו לבין מפלגתו. לדעתי, בין המפלגה לבין חבר הכנסת ראוי להכיר ב"מנדט מפלגתי" (Parteigebundenes Mandat). מנדט מפלגתי זה הוא בעל סממנים אימפרטיביים, המבוססים על עיקרון של שליחות.

הדוקטרינה הזרה מתלבטת כיום באפשרות להכיר בקיומו של מנדט מעין-אימפרטיבי בין הנבחר לבין מפלגתו. התלבטות כזו קיימת אף בשיטה האנגלית, שהיא רפרזנטטיבית בעיקרה בהתאם למיטב המסורת של Burke. במבט ראשון נראה כי השיטה הפרלמנטרית האנגלית מתעלמת ממשמעויותיה של המפלגה ביחס לסוגיית המנדט; אולם עיון מדויק יותר מגלה כי קיימים ספקות אודות חופש הפעולה של חבר הפרלמנט בתקופה המודרנית.

המלומדים J. Jowell ו-D. Oliver¹⁶⁸ טוענים בהקשר זה:

While it is well established and generally accepted that pressure-groups and other sectional interest are not entitled to control an MP's performance of his parliamentary duties, it is far from clear whether an attempt by a constituency party or an organ of the

165 דיון מקיף בסוגיית המעמד החוקתי של מפלגה חורג ממסגרת הרשימה ומחייב דיון נפרד.

166 נסתייג מדברים אלה ביחס למפלגות קטנות, המעמידות אדם או שניים לבחירה באופן מעשי (למשל, דוגמת תנועת "כך" בראשותו של ח"כ כהנא בשנת 1984). במקרה זה ניתן לומר כי כמעט ולא קיים הבדל בין הנבחר למפלגתו, והנבחר הוא זה המקבל את המנדט ישירות מן הציבור.

167 תימוכין לגישתנו אנו מוצאים בחקיקתו של תיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת, הקובע סייג למועמדות חבר כנסת אשר פרש מסיעתו. יש לשים לב כי מיקומו הראוי של הסדר זה, שעוסק בחבר כנסת שפרש מסיעתו הוא, לדעת המחוקק, בחוק יסוד: הכנסת ולא בחוק המפלגות.

168 Jowell & Oliver, לעיל הערה 120, בעמ' 133.

central party to compel an MP to follow a particular course would similarly constitute a breach of parliamentary privilege or contempt of Parliament...

המחברים מבחינים בין מפלגות לבין קבוצות אינטרס אחרות, ולגבי מפלגות מוכנים הם להצדיק אפילו מתן הוראות לחבר פרלמנט. מכיוון שהמפלגות באנגליה מפרסמות לציבור את מצען ואת עמדותיהן בנושאים שונים, והבוחר מצביע עבור "מפלגה", מהווה הדבר צידוק לריכוך מה בגישה הרפרזנטטיבית:

This provides a justification for a 'principle of the mandate' which all political parties recognize in some degree - the principle that a party, if elected, is both authorized and bound to implement specific commitments included in its election manifesto.¹⁶⁹

יתרה מכך: השיטה האנגלית אף מבססת את ה"חובה" של חבר פרלמנט להישמע להוראות המפלגה על חובת אמון:

...the disciplined party system of our day is based on the loyalty of MP's who have stood before the electors as representatives of parties.¹⁷⁰

הפרקטיקה הפרלמנטרית מכירה de facto במצב דברים שבו הקבוצות הפוליטיות והמפלגות מתנות וקובעות באופן כמעט מוחלט את התנהגותם של הנבחרים¹⁷¹. אולם, כאמור, קיימת התלבטות אם יש לתת למצב דברים זה גושפנקה משפטית. לגבי הדין האנגלי ניתן לומר בוודאות כי למרות ההשפעה המפלגתית הרחבה, הרי שמבחינה משפטית טהורה חברי הפרלמנט רשאים לפעול כראות עיניהם ואף לעבור למפלגה היריבה¹⁷².

גם בספרד הגישה כיום היא כי חופש הפעולה של חבר הפרלמנט מוגן מבחינה משפטית. הספרדי Garcia Pelayo כותב:

169 שם.

170 C. Turpin, *British Government and the Constitution* (2nd ed., 1985) 536 (ההדגשה הוספה).

171 כך כותב, למשל, Rodney Brazier בספרו *Constitutional Reform – Reshaping the British Political System* (2nd ed., 1998) 59.

"While Burke's theory freed Members from any threat of being mandated by their constituents, it provided a political vacuum which the political parties have been delighted to fill."

172 לעניין זה ראו מאמרו של P. Cowley, "Crossing the floor": Representative Theory and Practice in Britain, 1996 *Public Law* 214 המתאר את מצבי ה"כלנתריום" הנוהגים באנגליה.

התפתחותה של חברה לא תמיד תואמת את התפתחותו של המשפט. לעתים עלול להיווצר מצב של "חוסר התאמה" ביניהם. ההסדרים החוקתיים האוסרים על מנדט אימפרטיבי מבטיחים, מבחינה משפטית, כי הנבחר חופשי בדעתו ובהצבעותיו. באיזו מידה יהיה הנבחר מוכן להשתמש בחופש זה, זו כבר החלטה אישית, התלויה במידת נאמנותו וערכיו, ובמחיר הפוליטי של החלטתו¹⁷³.

לדבריו של הצרפתי Cadart, במסגרת היחסים שבין הבוחר למפלגתו אין לקבל את התיאוריה הרפרונטטיבית, בצורתה ה"טהורה". הדבר יהיה "Une utopie irrealisable" "ou tres dangereuse"¹⁷⁴ (אוטופיה בלתי ניתנת לביצוע או מסוכנת ביותר). למרות אמרות אלה נראה כי עדיין רחוקה הדרך להכרה "משפטית" בשינוי מהותו של המנדט שמקבל הנבחר ממפלגתו. הגישה האנגלית ואף ההסדרים החוקתיים האירופיים שהוזכרו, אינם מתחשבים במצב המשפטי שנוצר עקב הופעתן של המפלגות¹⁷⁵, למרות שנשמעות הצעות שונות לשינוי השיטה ולהכרה בסממנים של מנדט אימפרטיבי¹⁷⁶. למיטב ידיעתי לא נעשה בדוקטרינה ניסיון ליישב בין הדרישה למנדט רפרונטטיבי לבין המשמעות המודרנית של מדינת מפלגות. פתרון יצירתי במיוחד נמצא בדין ההודי, שם נקבעו "חוקים נגד עריקים"¹⁷⁷ (פתרון הדומה במהותו לתיקון מס' 12 לחוק יסוד: הכנסת, שעליו ידובר להלן). על פי לחוקים אלה, חברי המפלגות ב-"Lok Sabha" הופכים לבלתי כשירים וחייבים לפנות את מקומם אם הם מוותרים על חברותם במפלגה או אם הם מצביעים בניגוד להוראות המפלגה¹⁷⁸.

173 בספרו *El Estado de Partidos*, לעיל הערה 109, בעמ' 100.

174 Cadart, לעיל הערה 59, בעמ' 189.

175 למרות שנהוג להבחין בין מצב *de jure* לבין מצב *de facto*. סוען Loveland בספרו, כי "In formal, legal terms, the Burkean position still exists today. MP's are not under any legal obligation to structure their voting behavior or the contents of their speeches in the Commons in accordance with anybody else's wishes. Yet in practice, the contemporary MP can defensibly be portrayed as a delegate; a delegate not of her constituents, but of her party," I. Loveland, *Constitutional Law – A Critical Introduction* (1996) 137.

176 ראו, למשל, הצעתו של R. Brazier, לעיל הערה 171, בעמ' 71, על פיה ראוי בדין האנגלי לאמץ רעיון של Recall לחברי פרלמנט. הוא מצדיק את הצעתו, אגב, ברעיון האמון:

"It is the notion of recall that is attractive, not in the sense of the people as a body taking back the powers of government and legislature, but as a recognition of the conditionality of the trust which electors in each constituency put in their Member of Parliament".

177 "anti-defection law". ראו Cowley, לעיל הערה 172, בעמ' 219.

178 S.C. Kashyap, *Our Parliament* (2nd Ed., 1992) 59-60, מתוך: Cowley, לעיל הערה 172, בעמ' 219.

החוקה הפורטוגזית משנת 1976 אימצה פתרון דומה וקבעה בסעיף 67 כי "יאבדו את המנדט חברי הפרלמנט אשר יצטרפו למפלגה אחרת מזו שבאמצעותה התמודדו בבחירות". בכך בא לידי ביטוי מודל של מנדט "מעין-אימפרטיבי" בין הנבחר לבין מפלגתו, שעל פיו יכולה המפלגה "לבטל" את המנדט. רעיון דומה הועלה אף בישראל אך לא התקבל, ונתייחס אליו בהמשך.

המלומדים מציעים הכרה במצב שנוצר de facto, בכך שבפועל הפרקטיקה הפרלמנטרית פועלת על פי תפיסה אימפרטיבית בכל הנוגע למערכת היחסים בין הנבחר למפלגתו¹⁷⁹. הדוקטרינה מזכירה כי בתי הדין החוקתיים בגרמניה ובספרד העדיפו, בהערות אגב, את עיקרון הייצוג החופשי על פני העיקרון המפלגתי. דעת הרוב בנושא זה היא כי ה"מנדט" שייך לנבחר גם במדינת המפלגות. כך, למשל, אם יוכח כי מפלגה היא בלתי חוקית¹⁸⁰, אזי היעלמותה של המפלגה אין פירושה היעלמותם של הנבחרים¹⁸¹. המלומד Santschy, שחקר את הדין הפרלמנטרי בשווייץ ובגרמניה¹⁸², טוען כי יש למצוא מודל ביניים המשלב בין התיאוריה של המנדט החופשי לבין ההכרה במדינת המפלגות. לשיטתו:

La regle du libre mandat est une loi imparfaite... Le libre mandat n'a jamais existe de maniere absolue¹⁸³

(הכלל של המנדט החופשי הוא: Lex imperfecta. המנדט החופשי מעולם לא התקיים בצורה מוחלטת).

Santschy סבור כי יש להכיר ב"כפל תפקידיו" של הנבחר – נציג האומה מחד גיסא ודובר תנועתו מאידך גיסא.

אפילו בארצות-הברית, שאינה מדינה "פרלמנטרית" במשמעות המשפטית של המלה, הוכרה חובת אמון "כפולה" של נציג מפלגתי: הן כלפי המפלגה והן כלפי הציבור¹⁸⁴. לדעתי, ראוי לתמוך בגישה זו ולתת משמעות משפטית שונה ל"כפל תפקידים" זה.

179 זו דעתם של Pelayo ו-Duverger, de Vega.

180 אפשרות סקיימת בגרמניה, ונחזור אליה בהמשך.

181 תזה נגדית מציע המלומד האיטלקי C. Rossano, *Partiti e Parlamento nello Stato Contemporaneo* (1927). לדעתו, פסילתה של מפלגה מחייבת "החזרת המנדט". תזה זו מחייבת הכרה בקשר "משפטי" בין המפלגה לבין הנבחר, שאם לא כן הרי היעלמותו של "המתווך" אין כל ערך. ראו גם de Vega, לעיל הערה 63, בעמ' 45.

182 A. Santschy, *Le Droit Parlementaire en Suisse et en Allemagne* (1982).

183 שם, בעמ' 116.

184 ראו פסק-הדין בעניין Margiotto, לעיל הערה 19, בעמ' 124, 125:

"...individuals who in reality or effect are the government owe a fiduciary duty to the citizenry... Margiotto argues that his fiduciary duty arises from his position as a party officer, would be impaired by a finding of a fiduciary duty to the citizenry requiring disinterested conduct... New York law supports the position

בישראל נוהגת השיטה ה"רשימתית"¹⁸⁵, המקנה עוצמה רבה מאוד למנגנוני המפלגה, בעיקר במפלגות הגדולות. ברור כי סיכוייו של המועמד להיבחר נקבעים בראש ובראשונה על ידי המפלגה, ורק לאחר מכן, ובאופן משני, על ידי הציבור. המפלגה ומנגנוניה הם המרכיבים את רשימת המועמדים שבמסגרתה נותן הבוחר מנדט למפלגה. הבוחר יכול להצביע או לא להצביע עבור הרשימה בכללותה, אך אין ביכולתו להכניס שינויים ברשימה ובכך להשפיע על הרכבה¹⁸⁶.

אחת הסוגיות המרכזיות שביקשו יוזמי חוק המפלגות להסדיר הייתה סוגיית הניהול התקין של המפלגה ואופן בחירת מועמדי המפלגה לכנסת. אולם, היוזמה לכלול בגדרו של החוק הוראה המחייב "דמוקרטיזציה" במפלגה לא צלחה¹⁸⁷.

על המצב המתייחס ל"שיטה הרשימתית הסגורה" אמר בית המשפט העליון כי:

לפי השיטה הנוהגת אצלנו, חבר הכנסת נבחר במסגרת רשימה המתחרה בבחירות. האזרח המצביע נותן קולו לרשימה ולא לחבר הכנסת הבודד. דיני הבחירות שלנו אינם מבטאים מגמה להעניק לחבר הכנסת שנבחר מעמד פוליטי-פרלמנטרי מנותק מסיעתו. לאור שיטת הבחירות, נוצרת ההנחה הסבירה כי אלמלא הכללתו של חבר הכנסת ברשימה פלוגית לא היה נבחר. אין בשיטת הבחירות שלנו משום הבעת אמון אישית במועמד פלוגי¹⁸⁸.

עולה מן האמור כי בשיטה זו הקשרים בין הנבחר למפלגתו הם הדוקים במיוחד, שכן

that a party officer, who owes a duty to his party and its followers, may owe certain minimum duties to the public as well, as a result of the other obligations he assumes..."

185 בעת כתיבת שורות אלה השיטה הרשימתית אינה אבסולוטית, שכן מפלגת העבודה מקיימת בחירות פנימיות בשיטת ה"כריזמטי".

186 ראו דיון אצל א' בריכסה, דמוקרטיה ובחירות (1977) 43. נזכיר בהקשר זה כי קיימת שיטה דומה, המכונה "פנשאז" (Panachage), על פיה רשאי הבוחר להרכיב לעצמו רשימה מבין המועמדים המוצגים על ידי המפלגה. בשיטה זו מתנתקת במקצת התלות של הנבחר בגורם המפלגתי. לסקירה מקיפה אודות השיטות לבחירת מועמדים במסגרת דמוקרטיה ראו ע' בר, "פריימריס", בחירות מקדימות ושיטות אחרות (1996) 35.

187 בהצעת החוק אף נכללו הוראות המחייבות משטר דמוקרטי מלא בתוך המפלגה, דוגמת המודל הגרמני. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, בעמ' 585. וכן ראו ד' אבנון, "חוק ודמוקרטיה בתוך המפלגות", בתוך בין מסגרת חוקית לסדר דמוקרטי (בעריכת ד' אבנון, תשנ"ג) 37, 48-51 (להלן: חוק המפלגות בישראל). ד"ר אבנון מעיר בהקשר זה כי "...גם מבחינות אחרות ניתן לפקפק בתרומת חוק המפלגות לחיזוק המשטר הדמוקרטי הפנימי של המפלגות בישראל... מהחוק שנתקבל נמחקו כל הסעיפים בהצעת החוק אשר חייבו מפלגה לקיים, ולו באופן סמלי, אורח חיים דמוקרטי", שם, בעמ' 48.

188 דברי הנשיא שמגר בפרשת ארגון "בצדק", לעיל הערה 73, בעמ' 23.

הנבחר חב את בחירתו למפלגתו¹⁸⁹. האמון שניתן לנבחר ניתן לו בשל היותו דובר מפלגתי.

סעיף 42א לחוק יסוד: הכנסת תומך בעיקרון זה וקובע כי אם מתפנה מקומו של חבר כנסת, בא במקומו במועמד הבא ברשימת המועמדים. רעיון זה משקף את חשיבותה של המפלגה על פני המועמד הבודד. לדעת, כפיפותו למנגנון המפלגתי, ובעיקר למנגנון ה"סיעתי", מחזקת בהתחשב בהוראות החוק שנועדו בפירוש לצמצם את חופש פעולתו של חבר הכנסת. בשנת 1991 נתקבל בכנסת תיקון מס' 12 לחוק יסוד: הכנסת, הקובע סייג למועמדותו של חבר כנסת שפרש מסיעתו¹⁹⁰. במסגרת התיקון נוסף סעיף 6א לחוק יסוד: הכנסת, ובו נקבע כי חבר כנסת ש"פרש" מסיעתו ולא התפטר מכהונתו כחבר כנסת "סמוך לפרישתו", לא ייכלל בבחירות לכנסת שלאחריה ברשימת מועמדים שהגישה סיעה של הכנסת היוצאת. הסעיף מוסיף כי "התפלגות סיעה" (להבדיל מפרישה ממנה) לא תגרור הגבלה כאמור¹⁹¹. תיקון 12 כולל סנקציות, ששולבו בחוקים שונים, כלפי חבר כנסת שפרש מסיעתו.

מעניין לציין כי בצד ההצעה שנתקבלה במסגרת תיקון 12 עמדה לדיון ולא התקבלה הצעתו של ח"כ דוד ליבאי, השוללת לחלוטין את האפשרות של חבר כנסת לפרוש מסיעתו, בכך שהיא קובעת כי מיום פרישתו רואים את חבר הכנסת כמתפטר מכהונתו בכנסת.

נימוקו של ח"כ ליבאי לגישתו היה כי:

מי שנבחר ברשימת מועמדים כנציג מפלגה חייב באופן אישי את מקומו בכנסת לבחורי אותה מפלגה... אם החליט לעשות דין לעצמו ויהיו הסיבות טובות ככל שיהיו, בעיניו, עליו לפרשו מסיעתו ועליו להחזיר את המנדט למפלגתו¹⁹².

גישתו של ח"כ ליבאי תומכת בהכרתו של מנדט בעל סממנים אימפרטיביים ברורים

189 שאלה מעניינת מתייחסת להשפעתה של שיטת ה"פריימריז" שהונהגה במפלגות הגדולות החל משנת 1992 על מהות המנדט בין חבר הכנסת למפלגתו. נוכח ביטולה של השיטה במפלגת הליכוד בשנת 1997 ולאור הקריאות לכסלה גם במפלגת העבודה. הדחבתי בנושא זה בעבודת המחקר, לעיל הערה 187, בעמ' 205-207. כן ראו את חוות דעתו של פרופ' יחזקאל דרור, התובע "להגביר את המשמעת במפלגות, על ידי הגברת סמכותם של גופי מפלגה מרכזיים". י' דרור, "מות המפלגה ועתיד הציונות" בתוך קץ המפלגות, לעיל הערה 117, בעמ' 62.

190 פורסם בס"ח תשנ"א 90.

191 ראו דיון נרחב על הדיבסים השונים שבתיקון זה אצל רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, בעמ' 513-519. כן ראו ר' הר-זהב, "תיקונים קונסטיטוציוניים – סקירה מהכנסת" המשפט א (תשנ"ג) 111.

192 ד"כ 120 (תשנ"א), 2173, כפי שהובאו בסקירתו של ר' הר-זהב, לעיל הערה 191, בעמ' 112.

בין הנבחר למפלגתו. המנדט החופשי, שייך – לשיטתו של ח"כ ליבאי – למפלגה עצמה. חבר הכנסת אינו אלא "שלוח" שלה וכפוף לה¹⁹³.

בית המשפט העליון דן בהרחבה במשמעות התיקון הנ"ל בפרשת ארגון בצדק¹⁹⁴. העתירה נסבה על ההתפתחויות בסיעת צומת, שממנה פרשו שלושה חברי כנסת והקימו את סיעת יעוד, על דרך של התפלגות סיעה. לענייננו מעניינת במיוחד ההבחנה שנוצרה בחוק, ופורשה על ידי בית המשפט העליון, בין "התפלגות סיעה" לבין "פרישה". נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט שמגר, התייחס למטרה הכללית שבתיקון 12 ואמר:

אין בשיטתנו כבילה של חבר הכנסת הבודד למסגרת פרלמנטרית מסוימת... חבר הכנסת יכול להינתק מן הרשימה אשר במסגרתה נבחר ולבקש לפעול כבודד או להתאגד עם אחרים מרשימתו המבקשים לפרוש בצוותא. הן פרישת חבר הכנסת הבודד והן התפלגות סיעה הן לגיטימיות... אולם, מאחר וחבר הכנסת נבחר במסגרת רשימה פלוגית אשר מצביעה הביאה לכנסת, מטיל המחוקק סייגים על התקשרויות והתאגדויותיו של חבר כנסת שפרש מסיעתו¹⁹⁵.

המוסיף הנשיא והבהיר כי המחוקק ביקש למנוע שינוי נאמנויות תמורת הבטחה של טובת הנאה, אולם –

הציבור לא ביקש לאסור על חבר-כנסת להיות נאמן לעצמו ולאמונות ולדעות שלו... התפלגות הסיעה היא לגיטימית. מי שמבקש לשנות את אשר הציג כמסגרתו הפוליטית בעת שעמד לבחירה, רצונו כבודד; אין פירושו של דבר שכל משרה פתוחה בפניו על אתר¹⁹⁶.

השופט גולדברג הסכים להערותיו של הנשיא והוסיף כי ישנם מקרים שבהם עלולה להתעורר מחלוקת של אמת, על רקע אידיאולוגי... אולם נקודת המוצא של החוק הייתה כי רוב הפרישות ה"רגילות" הן ממניעים תועלתניים¹⁹⁷.

193 אגב: דעה דומה לזו הביע גם מי שהיה יושב ראש הכנסת, הפרופ' שבת וייס, בספרו 'יומן פרלמנטרי' (1988) 107: "על פניו, יש כמעשה (של נסיחת סיעה ושימוש אוטונומי במנדט) מידה מגונה של גניבת דעת ושוד פרלמנטרי. כך נפגעות תוצאות הבחירות ומשתבש ייצוגו של רצון העם... במדינה בה פועלת סיעת בחירות יחסית – ארצית – רשימתית, הרי שחברי הכנסת אינם אלא שליחים של מפלגתם וכן נסישה מחייבת אותם, מוסרית, להחזיר את המנדט לשולחיהם". נעיר רק, כי דברים אלה מתייחסים למצב שהיה קיים בישראל לפני הנהגת שיטת הפריימריז במפלגת העבודה.

194 לעיל הערה 73. דיון מפורט בסוגיות השונות שנדונו בפסק הדין חורג ממסגרת הדיון. אבקש להתמקד אך באותן הערות אשר יש בהן כדי ללמד על מהות היחסים שבין חבר הכנסת לסיעתו. לניתוח מפורט של פסק הדין ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, בעמ' 516–519.

195 פרשת ארגון "בצדק", לעיל הערה 73, בעמ' 23.

196 שם, בעמודים 24, 25.

197 שם, בעמ' 27, 28. האבחנה שבין פרישה אידיאולוגית לבין פרישה תועלתנית אינה ברורה כלל

המונח "פרישה מסיעה" שבסעיף 6א(ב) מתייחס להצבעה במליאת הכנסת שלא בהתאם לעמדת הסיעה בעניין הבעת אמון בממשלה או אי אמון בה. הצבעה כזו לא תיחשב "פרישה" אם חבר הכנסת לא קיבל כל תמורה בעד הצבעתו. סיווג הצבעה שלא בהתאם לעמדת הסיעה כ"פרישה" מותנית בכך שחבר הכנסת קיבל "תמורה" בעד הצבעתו. זהו המבחן שאומץ כדי לאזן בין חופש הצבעה "מטעמי מצפון" לבין הרצון למנוע תופעות של סחר-מכר בקולותיהם של חברי הכנסת¹⁹⁸.

לדעתי, יש לתת משמעות משפטית נוספת להבחנה הנעוצה בבסיסו של תיקון 12 לחוק היסוד בין פרישה לבין התפלגות¹⁹⁹. מטרתו של התיקון "לכרוך כבלים סביב חופש התמרון, המיקוח והתגמול בכל הקשור להמרת נאמנויות בחיי הכנסת"²⁰⁰. היינו: המחוקק קבע כי חבר הכנסת "יכול" לפרוש מסיעתו, יש לו "כוח" משפטי לעשות כן, ומעשה הפרישה תופס מבחינה משפטית. אולם, המחוקק ביקש להבחין בין שני סוגים של "פרישה":

הסוג האחד הוא מעבר של חבר כנסת למחנהו של היריב ממניעים אידיאולוגיים. מעשה זה מותר ולגיטימי. חבר כנסת "רשאי" לעזוב את סיעתו, "שהרי אנו מכבדים את רצונו, דעותיו, אמונותיו... ואין לגזור על חבר כנסת גזרה שאינה מוטלת על אזרח מן השורה"²⁰¹. זוהי זכות במובן של חירות הופלדיאנית, ופירושה כי אין לחברי סיעתו המקורית "זכות במובן הצר" למנוע את פרישתו, על דרך של בקשה לצו מניעה, למשל. חבר הכנסת חופשי לשנות מחנהו. יתרה מזו: יש לו אף "כוח" לעשות כן. פרישתו "תופסת" במובן הפוליטי ובמובן המשפטי ועשויות להיות לה תוצאות מבחינת חלוקת הגושים בכנסת. המבחן לסיווגה של עזיבה כזו יהא מבחן "פונקציונלי" – אם לא מתלווים לעזיבה טובות הנאה. על חבר הכנסת להתמודד מחדש לבחירות ולנסות זכות באמון בקלפי ב"לבושו" החדש.

הסוג האחר הוא מעבר של חבר כנסת למחנהו של היריב משיקולים של טובות הנאה או משיקולים של "רווח והפסד" פוליטי ופרלמנטרי. גם בפרישה מעין זו רשאי חבר הכנסת לעזוב את סיעתו. שוב מדובר בזכות במובן של חירות, ופירושה כי אין לחברי סיעתו המקורית "זכות במובן הצר" למנוע את פרישתו. יש לחבר הכנסת הפוך אף "כוח" לעשות כן. פרישתו "תופסת" במובן הפוליטי ובמובן המשפטי. אולם, לדעתי, בפרישתו הוא מפר "חובה" המוטלת עליו כלפי מפלגתו. בפרישתו הוא מקים את הסייגים

ועיקר. ראו לעניין זה א' רובינשטיין ור' הר-זהב, חוק יסוד: הכנסת (בעריכת י' זמיר, תשנ"ג) 46.

198 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 139, בעמ' 514.

199 נוסף כי לדעת הרוב, הביטוי "פרש" חובק הן פרישה של חבר כנסת בודד והן מעשה של התפלגות: "מן התוק נובע כי הביטוי 'פרש' הוא ביטוי גג, המתאר את ההינתקות מסיעתו של חבר הכנסת, בו בומן שהצירוף התפלגות סיעה דן בהיווצרותה של מסגרת פרלמנטרית חדשה, המורכבת מחברי כנסת שפרשו מסיעתם הקודמת". פרשת ארגון "בצדק", לעיל הערה 73, בעמ' 22.

200 דברי הנשיא שמגר, שם, בעמ' 24.

201 הנשיא שמגר, שם.

האמורים בתיקון 12, יוטלו עליו הסנקציות אמורות בו, ולכן לא יהא זכאי ליהנות מפירות עזיבתו. מקורה של "חובה" זו הוא נורמטיבי, אולם המשמעות היא כי המחוקק רואה בפרישה זו הפרה של "חובה" כלפי המפלגה.

המודל העולה מחקיקתו של סעיף 12, אינו מודל של "חופש פעולה מוחלט". לדעתי, מדובר במנדט "חופשי" בעיקרו אך בעל סממנים אימפרטיביים לגבי חלק מהפעילויות של חבר הכנסת. ניתן לטעון, כי הדרישה למנדט רפרזנטטיבי²⁰² מעניקה לחבר הכנסת חרות (legal liberty) במובן ההופלדיאני. חירות שמולה אין זכות למפלגה להתערב בחירותו זו. אם בחירות עסקינן, הרי שיכול הנבחר לוותר על חירות זו, מרצון חופשי, ולכפוף את עצמו להתלטות המפלגתיות. כפיפה זו, למשל במסגרת חוזה בין הנבחר לבין מפלגתו, יכולה להיחשב כמצמיחה לנבחר חובה למלא, בתחומים מסוימים, אחר ההתחייבויות המפלגתיות. כך, למשל, ניתן לראות בבחירות לכנסת במסגרת מפלגה מסוימת משום יצירת חובה על חבר הכנסת להצביע בהתאם להוראותיה של מפלגתו. מול חובה זו עומדת זכותה של המפלגה לתבוע זאת ממנו.

בהתאם למודל ההופלדיאני, הנבחר יכול להפר את הוראותיה של מפלגתו. יש לו "כוח" לעשות כן, והחלטתו להצביע על פי מצפונו "תופסת" במובן המשפטי (המפלגה "כפופה" ומחויבת להצבעתו). תיקון 12 מדבר על כך כי מעשהו של חבר הכנסת "תופס" מבחינה משפטית, אף אם היו מניעיו פסולים לחלוטין. אולם, הצבעה במליאת הכנסת בתמורה לטובות הנאה, שלא בהתאם לעמדת הסיעה בעניין הבעת אי אמון בממשלה, יכולה להיחשב כהפרה של חובה במובן הצר שהייתה מוטלת עליו כלפי מפלגתו. בגין הפרת החובה החוק מטיל על חבר הכנסת סנקציות (תיקון 12). המפלגה יכולה גם להטיל עליו סנקציות במישור המשמעתי והאישי, אך לא במישור הציבורי-חוקתי. ניתן יהיה להענישו במישור של הפרת כללי המפלגה (אולי אף לקנסו) ועל פי הכללים האלה בלבד²⁰³. לא ניתן יהיה לקבל סעד "ציבורי" במובן של ביטול ההצבעה.

נמצאנו למדים כי ביחס לחופש ההצבעה – בין "כדין", ממניעים אידיאולוגיים, ובין "שלא כדין", משיקולים של טובות הנאה – נהנה חבר הכנסת ממנדט חופשי. אין הנבחר כפוף למפלגתו והוא יכול להצביע בניגוד להוראותיה. מנדט זה, כאמור, הוא חופשי בעיקרו, אולם החוק מטביע עליו סממנים של שליחות. תיקון 12 יוצר, במובן מסוים, מנדט "אימפרטיבי". במסגרתו, אין חבר הכנסת חופשי באופן מוחלט וניתן "להענישו" בגין הפרת חובותיו למפלגה.

התייחסות ישירה לשאלת חופש ההצבעה של נבחר ציבור נדונה בבית המשפט המחוזי; בה"פ 182/97 נשיא ג' ששון²⁰⁴. המקרה דן בחופש ההצבעה של מי שנבחר למועצת

202 שקימת כדרישה חוקתית בחוקות האירופאיות.

203 במסגרת זו לא אדון בשאלה האם תוכל המפלגה לממש זכות זו (זכות במובן הצר – כהגדרתנו) באמצעות בית המשפט, ולמנוע מחבר הכנסת להצביע נגדה, דהיינו: למנוע ממנו להפעיל את כוחו שלא כדין.

204 טרם פורסם (ניתן ביום 27.10.1998).

עירייה כחבר סיעה. במקרה זה עתרו המבקשים, חברי סיעת העבודה בעיריית חולון, לבית המשפט המחוזי בבקשה שיצהיר כי מפלגת העבודה ומוסדותיה אינם יכולים להורות להם להצביע על פי החלטות הסיעה, שכן בכך יימנע מהם להצביע על פי מצפונם וחובתם הציבורית. השופט קלינג, קבע כי אין פסול בכבילתו של נבחר ציבור באשר לשימוש שיעשה בשיקול הדעת:

אותה כבילה יכולה להיות בהסכם, אך יכולה היא להיות מכוח חברותו של הנבחר במפלגה. אין מניעה להכיר בכוחה של הסיעה להכתיב לנבחר את דרכו במועצה.²⁰⁵

השופט למד על כוחה של הסיעה כלפי חבר במועצה מסעיף 125א לפקודת העיריות, שהוסף בהמשך לתיקון מס' 12 לחוק יסוד: הכנסת, שנדון לעיל. בדברי ההסבר שנלוו להוספתו של סעיף 125א נאמר כי:

בתיקון מס' 12 לחוק יסוד: הכנסת, ביטא המחוקק את עמדתו הנחרצת כנגד נורמות פסולות שהשתרשו במהלך התקין של החיים הפרלמנטריים בישראל.

הצעת חוק זו מבקשת להחיל, בשינויים המחויבים, את ההסדר שחוקק ביתס לנורמות הפרלמנטריות גם על מישור השלטון המקומי בישראל.

פסק דינו של השופט קלינג מבטא, לדעתי, את הגישה הראויה באשר למערכת היחסים שבין נבחר לבין מפלגתו. מה שנאמר על חברי מועצת העיר טוב באותה מידה גם לחברי הכנסת. יש להכיר באופן עקרוני ברעיון שעל פיו חבר הכנסת הוא "שלוח" של מפלגתו.²⁰⁶ ראוי לקבוע כי בין הנבחר למפלגתו קיימת מערכת משפטית היוצרת זכויות וחובות, המגבילה בפועל את חופש הפעולה של חבר הכנסת. אני מציעה להכיר במנדט מעורב, מנדט חופשי-מוגבל. המנדט הוא חופשי בעיקרו, אך בעל סממנים של "מעין שליחות".²⁰⁷

205 שם, בעמ' 3 לפסק הדין, פסקה 4.

206 ראו לעניין זה דעתו של ניצן, לעיל הערה 15, בעמ' 466: "אנו חייבים לברר תחילה מיהו אותו שולח, שעובד הציבור חב לו נאמנות. במקרה של ח"כ – לשאלה זו אין תשובה חד-חד. ניתן לומר כי הוא שלוח הציבור כולו, אולם ניתן גם לומר כי הוא שלוחו של סקטור כלשהו".

207 ניתן אפילו לבחון את הקונסטרוקציה של שליחות במשפט הפרטי, הבאה להבטיח את זכותו של אדם אחר. אומר על כך פרופ' ברק בספרו חוק השליחות, לעיל הערה 36, בעמ' 1041: "שליחות זו שונה משליחות רגילה, שכן מטרתה העיקרית היא הבטחת האינטרס של השלוח או של אדם אחר ולא האינטרסים של השולח. מכאן, שחובת הנאמנות המוסלת על השלוח אינה יכולה לפעול במלוא היקפה בסוג זה של שליחות. אכן, בסוג מיוחד זה של שליחות, "במקרה של התנגשות אינטרסים בין השולח והמוטב גוברת חובת הנאמנות כלפי המוטב על חובת הנאמנות כלפי השולח". ולענייננו, במקרה של התנגשות אינטרסים בין האינטרס של המפלגה לבין האינטרס של הציבור כפי חבר הכנסת מבין אותו גוברת חובת הנאמנות כלפי המוטב (הציבור) על חובת הנאמנות כלפי השולח (המפלגה).

מקור ההגבלה על המנדט החופשי יכול להיות חוקתי. כזהו, למשל, תיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת. הגבלה נוספת יכול שתיווצר על ידי הכרה בחובות הצומחות מן היחסים החוזיים שבין הנבחר לבין מפלגתו. לבסוף אציע להגביל את המנדט החופשי של חבר הכנסת באמצעות חובות הנובעות מיחסי אמון שבין חבר הכנסת למפלגתו. אשר לשאלת הקשר המשפטי שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו, נשוא הדיון בפרק זה, הרי שמערכת יחסים המבוססת על שליחות מאפשרת הכרה ביחסים משפטיים בין הנבחר לבין מפלגתו. יחסים המבוססים על שליחות יוצרים בסיס לחובות אמון ביניהם. במסגרת הדיון על היקפן של חובות האמון אטען כי קיומן של יחסי אמון מאפשר להטיל חובות אמון על חבר הכנסת גם כלפי מפלגתו.

ד. סיכום המקורות ליחסי האמון

מודל הייצוג החופשי (לרבות ההתייחסות אל הנבחר כ"אורגן") מכיר במערכת יחסים משפטית בין הנבחר לבין הציבור. המודל מקיים את המאפיינים הנדרשים להכרה ביחסי אמון – רעיון הפעולה בשמו של אחר, ומעבר הכוח מן האחד אל השני. גם בהתחשב בקיומה של המפלגה כמתווך בין הציבור לבין הנבחר, עדיין נשמר המנדט החופשי ביחסים ביניהם. טענתי כי יש לתת משמעות משפטית לקיומה של המפלגה. בין הנבחר לבין מפלגתו הפוליטית קיימת מערכת יחסים משפטית. במובנים רבים, מהווה הנבחר "שלוח" של מפלגתו על פי מאפייניו של המנדט האימפרטיבי. בישראל, ניתן להסיק על קיומם של יחסי "שליחות" בין מפלגה לחבריה גם מהוראות תיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת. עם זאת, עדיין שומר חבר הכנסת על "כוחו" לפעול בניגוד להוראות מפלגתו. משהונחה התשתית להכרה ביחסי אמון בין חבר הכנסת לבין הציבור, ובין חבר הכנסת לבין המפלגה, אבחן להלן, בחלק השני של המאמר, את משמעותה ואת היקפה של חובת האמון. תחילה אתייחס למקורותיה ההיסטוריים של חובת האמון, מתוך מטרה להבין את תכליתה ואת גבולותיה האפשריים.

חלק שני: היקפה של חובת האמון

ה. המסגרות ההיסטוריות

1. התפתחות הדוקטרינה של האמון

מקורו של מושג ה"אמון" כמבטא יחס המוליד חובות נעוץ בדיני היושר ובמוסד הנאמנות האנגלי (Trust). בתי המשפט של יושר פיתחו את רעיון האמון במסגרת דיני הקניין²⁰⁸

208 ראו W.S. Holdsworth, *A History of English Law* (1924) 407-480.

עוד במהלך המאה ה-16. במהלך המאות ה-16 וה-17 הפך האמון כדרך כללי, הנובע מכללי היושר (equity), למוסד מוכר באנגליה בעיקר בתחומי המשפט הפרטי²⁰⁹. עד מהרה הורחב רעיון זה לקטגוריות רבות נוספות, שבהן לא קיימת נאמנות במובן Trust האנגלי. הרעיון הכללי זכה לשם "יחסי אמון" – fiduciary relationship. פרופ' פרידמן אומר בספרו כי:

למרבה הצער לא נמצא בשפה העברית מונח שיבחין בין השניים, כך שהמושגים 'נאמן, ו'נאמנות' משמשים בערבוביה, פעמים כדי לתאר ולרוב כדי לתאר fiduciary relationship²¹⁰.

בפועל נוצרה במשפט האנגלי הבחנה בין המונח "trust" לבין המונח "fiduciary", כאשר המונח trust התייחס לזיקה של אדם לנכס, ואילו המונח fiduciary התייחס לכל יחסי האמון, גם ללא קיומה של זיקה לנכס. הפסיקה האנגלית החילה באופן עקרוני את אותם סעדים שנקבעו למוסד הנאמנות גם על מערכות שבהן הוכרו יחסי אמון, תוך בחינת השאלה האם כל הסעדים של דיני הנאמנות ראויים ליישום על המערכות האחרות.

עד מהרה הפך מושג האמון בדין האנגלי לאמצעי להטלת נורמות התנהגות במקרים שבהם נדרש אדם לסמוך על שיקול דעתו של אחר²¹¹. את פיתוחו של רעיון האמון אפשר להפעיל גם על בעלי משרה בשירות הציבורי, שכן תפקידים אלה נתפסו כדומים לבעלות. Blackstone הדגים רעיון זה כאשר התייחס לעובדי השירות הציבורי כמחזיקים ב"בעלות" על משרתם ועל כן נתונים להגבלות. הגבלות אלה רמזו על קיומה של חובת אמון משתמעת²¹².

מאז המאה ה-18 הופיעו בעלי תפקידים שונים אשר זכו לכינוי "נאמנים" (fiduciaries). הופעתן של החברות ושותפויות בתחומי המסחר אפשרה את הרחבתן של חובות האמון גם על מנהלים ושותפים²¹³. כיום, כאמור, קיימות מערכות שונות ונבדלות של יחסים משפטיים, שנוהגים לכנותם "יחסי אמון".

209 ראו שם.

210 פרידמן, לעיל הערה 14, בעמ' 534.

211 R. Pearce & J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations* (2nd ed., 1998) 678 et seq.212 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1803) 36, 2, כן ראו פירוש ודוגמאות על פיתוח רעיון האמון באנגליה אצל M. Rogers & S.B. Young, "Public Office as a Public Trust: A Suggestion that Impeachment for High Crimes and Misdemeanours Implies a Fiduciary Standard," 63 *Georgetown L.J.* (1975) 1025.213 כך, למשל, הפכו רופאים ופסיכיאטרים בארצות הבית לבעלי חובות אמון. ראו, למשל, *Hammonds v. Aetna Casualty & Sur. Co.*, 237 F. Supp. 96, 102 (1965) המתייחס ליחסי תולה ורופא.

2. הנבחר כ"נאמן הציבור"

הרעיון של השלטון כ"נאמן" מקורו אף הוא באנגליה²¹⁴ ונקשר באופן כמעט מיידי עם ספרו של John Locke²¹⁵. עם זאת, מלומדים טוענים כי השימוש במושג הנאמנות היה קיים עוד לפני זמנו של לוק. כך, למשל, השימוש במונח "an office or place of trust" היה שגור כבר באנגליה של ימי הביניים, והתייחס לתפקיד מיוחד, שהכרת הוא כי האדם שנטל אותו יהיה אדם שניתן "לסמוך" עליו²¹⁶.

במאות ה-15 וה-16 לא ניתנה למושג האמון משמעות משפטית²¹⁷. אומר J. W. Gough:

...the passages just cited are most instructive as to the process of thought by which the political trust came to acquire its vogue. They do not exclude the possibility that it was a conscious legal metaphor, and indeed it did come to be that. But it seems at least equally possible that the idea arose, independently at first of the legal trust, as an extension of the general meaning of trust or confidence, with the cognate idea of duty and responsibility.²¹⁸

על פי התיאוריה המדינית של לוק, קיימת "אמנה חברתית" שעל פיה כל אזרחי המדינה מסכימים ליצור חברה פוליטית. הסכמה בסיסית זו היא שמאפשרת לאזרחים להקים את הרשות המחוקקת, שלה כפיפה הרשות המבצעת²¹⁹. לוק קובע את הערך בדבר "אמון" (trust) כעומד בבסיס מערכת היחסים בין השלטון לבין האזרחים. לשיטתו של לוק, האמון נועד להגביל את הכוחות השלטוניים. הרשות השלטונית נהנית רק מסמכות המבוססת על אמון²²⁰. הציבור מאציל את כוחותיו לנבחרים כדי שאלה יפעלו

214 למרות שקיים דמיון בין רעיון ה"trust" או "fideicommissus" בדין הרומי לבין רעיון ה"trust" האנגלי, הרי שדעת המלומדים היא כי ה"trust" האנגלי אין מקורו בדין הרומי. ראו לעניין זה Holdsworth, לעיל הערה 208, בעמ' 410, וכן דעתו של J.W. Gough, *John Locke's Political Philosophy* (2nd. ed., 1973) 189.

215 J. Locke, *Two Treatises on Government* (Cambridge University Press 2nd. ed., 1967) 215 (originally published: *Two Treatises of Civil Government* (1690)). הספר תורגם לעברית: המסכת השנייה על הממשל המדיני (מהדורה שנייה, מאגנס, תשנ"ז).

216 במונח האנגלי של הביטוי "a person who can be trusted", ראו Gough, לעיל הערה 215, בעמ' 155.

217 ראו סקירה מקיפה על השימוש במונח "trust" בתקופה שקדמה לכתביו של לוק, אצל Gough, בספרו סם, פרק 7, עמ' 154-192, המתייחס כולו להתפתחות המושג political trusteeship.

218 סם, בעמ' 161.

219 Locke, לעיל הערה 215, בעמ' 135.

220 "...the Legislative being only a Fiduciary Power to act for certain ends, there remains still in the People a Supream Power to remove or alter the Legislative, when they find

לטובת הכלל, ועל כן לא הרשות המחוקקת, ולא המבצעת, יכולות לחרוג מהגבולות שנקבעו על ידי האמון הציבורי.

החוקרים טוענים כי אצל לוק למושג "אמון" אין בהכרח משמעות משפטית. כך, למשל, בדברי המבוא למהדורת השנייה של ספרו *Two Treatises of Government*, Peter Lasslet כי לוק ניסה לבנות מערכת של אמון שאינה בנויה על "חווה" בין השלטון לאזרחים²²¹. לדבריו:

The concept [of trust] is obviously intended to make it clear that all actions of governors are limited to the end of government, which is the good of the governed, and to demonstrate, by contrast that there is no contract in it – a fiduciary relationship, that's all.²²²

בספרו על התיאוריה של לוק כתב J. W. Gough כי אמנם לוק ביסס את רעיון הנאמנות הפוליטית (political trust), אולם גם הוא עצמו הסכים לכך שאין המדובר בנאמנות בעלת משמעות משפטית:

...one wonders whether [John Locke] would not have admitted that the political trust was only a metaphor.²²²

J. W. Gough קושר בין תורת המנדט לבין תפיסת השלטון כנאמן, ומזכיר כי במאה ה-18 היו שני זרמי חשיבה אודות מעמדם וחובתם של חברי הפרלמנט:

Those who regarded them as delegates would be more apt to view their relationship with the electorate as being of the nature of an equitable trust, while others would be content with saying in a more general way that M.P's must possess the trust or confidence of their constituents.²²³

the Legislative act contrary to the trust reposed in them. For all Power given with trust for the attaining an end...".¹⁵⁰ בעמ' 150.

221 כתב Peter Lasslet, שם, בעמ' 113:

"...the relation between the government and governed is not contractual, for a trust is not a contract. If a contract is to be set up, it is necessary that the parties to it should each get something out of it, and applied to politics this would mean that the government got something out of governing which the subjects are bound to give. Now this is what Locke was most anxious to avoid."

222 א.שם.

222 Gough, לעיל הערה 215, בעמ' 164.

223 שם, בעמ' 186.

במאה ה-19 נתמך הרעיון על פיו הפרלמנט הוא "נאמן" של הציבור בכתביו של Austin:

...speaking accurately, the members of the Commons's house are merely trustees for the body by which they are elected.²²⁴

לעומתו שלל Dicey את רעיון האמון, וקבע כי:

...nothing is more certain than that no English judge ever conceded, or, under the present constitution, can concede, that Parliament is in any legal sense a 'trustee' for the electors.²²⁵

לשיטתו של Dicey, טעה אוסטין בכך שלא הבחין בין הרעיון הבסיסי של ריבונות הפרלמנט לבין הרעיון הפוליטי של ריבונות הבוחרים. אוסטין ניסה בפועל ליצור הגבלה על כוחם של הנבחרים, והגבלה זו נמצאה בגישה לפיה חברי הפרלמנט כפופים לאמון שהם חייבים לגוף הבוחר.

גם בכתביו של Maitland יש אזכור לרעיון האמון כחלק מן התיאוריה הפוליטית האנגלית. בתרגומו של Maitland לספרו של Otto Gierke²²⁶, מתייחס הראשון לחשיבות הרעיון של אמון וליישומו של המשפט הציבורי:

In the course of the eighteenth century it became a parliamentary commonplace that 'all political power is a trust.'²²⁷

Maitland טען עוד כי אין מדובר באמון שניתן לאכוף אותו, אלא במעין "חובה מוסרית", ועל כן השימוש במושג "נאמן הציבור" אינו אלא מטפורי:

...but, legal metaphors are worth study, especially when that have become political commonplaces, and it is not always easy to say where metaphor begins...²²⁸

הגישה האנגלית גותרה de jure, נאמנה לדברים שאמר Burke לאלקטורים שלו בבריסטול. חבר הפרלמנט באנגליה מקבל מן הציבור מנדט "חופשי", ולמרות שהוא

J. Austin, *Jurisprudence* (5th ed., 1885) 246 224

A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., 1959) 75 225

"Otto Gierke's Political Theories of the Middle Age" 226

שם, בעמ' 36. 227

ראו לעניין זה גם התייחסותו של Gough לכתביו של Maitland, בספרו, לעיל הערה 215, בעמ' 155. כן ראו הערתו של Holdsworth, לעיל הערה 214, בעמ' 478, האומר כי Maitland היה הראשון לציין את האפשרות ליישם את רעיון האמון לענפי משפט שונים כגון על כללי הדת, על המשפט המסחרי, על העולם החברתי ועל העולם הפוליטי. 228

נבחר במסגרת מפלגתית, חופש הפעולה שלו לפעול אף בניגוד לדעת מפלגתו ואף החופש "לעבור מחנה"²²⁹ מוגן במסגרת החסינות הפרלמנטרית. למרות ההתייחסות לרעיון ה"אמון" התוור בכתבים האנגליים, ולמרות הביקורת המושמעת על מודל הייצוג החופשי במשטר פרלמנטרי, לא נעשה שימוש משפטי באמון כמקור לגזירת חובות על חברי הפרלמנט²³⁰.

למרות האמור לעיל קבע בית הלורדים באנגליה בשנת 1982 כי הרשות הציבורית חבה חובת אמון כלפי הציבור²³¹. חובה זו נלמדת על דרך היקש מדיני הנאמנות האנגליים. נקבע, כי מי שהופקד בידי כוח לשמור על אינטרסים סותרים, חייב לעשות זאת בהגינות:

Just as a trustee is under a duty to hold an even hand between beneficiaries and not favour one above the other, so also is a public authority under a duty to hold the balance fairly between the competing interests under its care.²³²

הלכת Bromley מתייחסת לחובת אמון שחבה מועצה מקומית כלפי משלמי המסים, והיא אינה רק בגדר חובה "נגטיבית" להימנע מבזבוז הקופה הציבורית, אלא חובה אקטיבית ממש לחלק את המשאבים הציבוריים בדרך הטובה ביותר²³³. קביעה כללית זו לא הוחלה במפורש על חברי פרלמנט.

בארצות-הברית הושפעו מנסחי התוקה מכתביו של לוק²³⁴, ואימצו את רעיון האמון של עובדי ציבור כפי שזה התפתח באנגליה:

The English Whigs and the American framers embraced the private law concept of trust and extended its application even further in regulating public offices.²³⁵

229 בסרמיטולוגיה הבריטית מעשה זה מכונה: "crossing the floor".

230 הדבר נובע, בין היתר, גם ממרוץ הסמכויות שקיים באנגליה בנושאים הפנים-פרלמנטריים, ובעיקר בתחומי החסינות הפרלמנטרית. בית המשפט באנגליה אינו נוהג להתערב בהליכים הפנימיים של הפרלמנט. להרחבה בנושא זה ראו, E. May, *Parliamentary Practice* (22nd ed., 1997) 153; G.F. Lock, "Parliamentary Privilege and the Courts: The Avoidance of Conflict" 64 *Pub. L.* (1985) 87.

231 פסק הדין בעניין Bromley, לעיל הערה 122. גישה דומה ננקטה בבתי המשפט בסקוטלנד. ראו C. Brown, "The Fiduciary Duty of Government: An Alternate Accountability Mechanism or Wishful Thinking," 2 *Griffith L. Rev.* (1993) 161, 175.

232 שם, בעמ' 391.

233 שם, בעמ' 175.

234 G. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (1969) 15.

235 E. Rogers & S. Young, "Public Office as a Public Trust: A Suggestion that

מנסחי החוקה התייחסו לתפקידים מסוימים כתפקידי אמון כאשר הסדירו את ההליך ה-impeachment²³⁶. הפסיקה האמריקנית אף הכירה בחובות אמון של אישי ציבור, בעיקר של עובדי ציבור, בהעדר הסדר הוקי²³⁷. הגישה באוסטרליה היא הססנית יותר, ושם נפסק כי חובת האמון של אישי ציבור דומה ל-Political trust וככזו היא אינה ניתנת לאכיפה²³⁸.

עיון במגמות הדוקטרינה הזרה כיום מגלה כי קיימת הסתייגות מהטלת חובת אמון גורפת על הנבחרים הפוליטיים²³⁹. המחברת Hanna Pitkin, למשל, טוענת כי יש להפריד בין המושג של אמון לבין המושג של ייצוג, דווקא משום שרעיון האמון מניח כי הנבחר חייב לפעול לטובת הציבור, וזאת מבלי להיוועץ עמו או להיענות לבקשותיו²⁴⁰. במקוד הקושי עומד המתח התמידי הקיים בין הרצון לאפשר לנבחר חופש פעולה מחד גיסא, לבין הרצון למנוע שימוש לרעה בכוח השלטוני מאידך גיסא. ההנחה היא כי המתקן עצמו ידאג להסדיר את החובות הספציפיות הקיימות על חברי הפרלמנט, כגון כללי אתיקה, כפי שנעשה בפועל במדינות רבות. אולם כאן ניתן לטעון כי המחוקק מורכב מחברי הפרלמנט, ובעצם אנו מבקשים מהם להגביל את עצמם. מכשול נוסף העומד בפני בתי המשפט דווקא טמון בקושי להגדיר בצורה ברורה את האינטרסים של הציבור, ואת הדרך שבה ייערך איוון בין ריבוי האינטרסים המנוגדים²⁴¹. לכך מתווסף החשש והמתח התמידי בין שתי הרשויות, השופטת והמחוקקת: הטלת חובת אמון "שיפוטית" על נבחרים פוליטיים עלולה להתפרש כפגיעה בעצמאותה ובחופש פעולתה של הרשות המחוקקת, ועלולה להעלות לסדר היום הציבורי את בעיית השפיטות של המערכת הפוליטית. להלן אתייחס בקצרה לחששות אלה.

ו. המסגרות העיוניות

המאפיינים הבסיסיים ביחסי האמון, הפעולה בשמו של אחר ומעבר הכוח יוצרים סיכון של שימוש לרעה בכוח המועבר לנציג, עד כדי פגיעה ממשית במיוצג²⁴². בייצוג פוליטי, הסכנה לניצולו של כוח השלטון היא גדולה במיוחד. האמצעים הקיימים בענפי

Impeachment for High Crimes and Misdemeanours Implies a Fiduciary Standard" 63
Georgetown L.J. (1979) 1025, 1029.

236 לדיון נרחב ברעיון האמון כבסיס להליך ההדחה ראו שם.

237 Clark, לעיל הערה 22, בעמ' 73-74.

238 Tito v. Wardell [1977] 1 Ch. 106.

239 ראו את רשימת הספרות המפורטת בהערת שוליים 22.

240 Pitkin, לעיל הערה 51, בעמ' 130.

241 השוו עם הקסיים הקיימים לעניין חובת האמון של הממשל אצל Brown, לעיל הערה 231, בעמ' 161.

242 Frenkel, לעיל הערה 14, בעמ' 809.

משפט שונים כדי לצמצם את האפשרות לניצול של כוח הייצוג²⁴³ אינם קיימים במערכת היחסים שבין הבוחר לנבחר. כאמור לעיל, בישראל אין הבוחר יכול לבטל את המנדט²⁴⁴, לא קיימת סנקציה משפטית בגין הפרת התחייבות לבוחר, ולחבר הכנסת עומדת התסינות העניינית בגין מעשיו במילוי תפקידו. ה"דין" היחיד הקיים הוא "דין הבוחר", המופעל אחת לארבע שנים. פועל יוצא מכך הוא כי ה"תמריץ" לפעילות שיש בה כדי להיטיב עם חבר הכנסת בלבד ולא עם הציבור הוא גבוה במיוחד.

למרות זאת, הרעיון שעל פיו השלטון הוא "נאמן" מצא לא רק און קשבת בפרלמנטריות המודרני אלא אף ביטוי משפטי. התיאוריה המדינית של לוק חדרה למערכות השלטון במדינות השונות בלבד של חקיקה, כללי אתיקה, דוחות²⁴⁵ וכיו"ב, שמטרתם למנוע או להקטין את השימוש לרעה בכוח השלטוני. כפי שנראה להלן, הפתרונות הננקטים בפרלמנטים השונים דומים במהותם ומתרכזים סביב האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים.

ההכרה במעמד של "נאמן ציבור" פותחת פתח עיוני להטלת חובות גם על ידי בתי המשפט, מעבר לאלה המוסדרות בכללי האתיקה או בחקיקה.

הטיעון המרכזי ברשימה זו הוא כי הבסיס התיאורטי להטלת חובות על חבר הכנסת טמון בקיומם של יחסים משפטיים המולידים חובות אמון. כאשר התשתית העיונית קיימת, ניתן לגזור ממנה חובות אף מעבר לחובות המוטלות על חבר הכנסת מכוח חוק. אין עוד צורך בפנייה ל"עקרונות היסוד של השיטה" כמקור ליצירה השיפוטית²⁴⁶.

243 המדובר בהסדרים חוקיים שונים שנועדו להגביל את יכולתו של בעל תוכן האמון לנצל את כוחו, למשל הכוח לבטל את השליחות ועמה את יחסי האמון השמור בידי השולח על פי דיני השליחות, האפשרות להסדיר את יחסי האמון במסגרת חוזה ובה להסדיר את הסנקציות בגין הפרת החוזה, והאפשרות הקיימת לפיקוח ישיר על השלוח.

244 שהרי הייצוג הפוליטי אינו "אימפרטיבי", כפי שהוסבר לעיל.

245 למשל באוסטרליה: Report on the Review of Codes of Conduct of Public Officials, מתוך מאמרו של P. Finn, "Public Trust and Public Accountability," 3 Griffith L. Rev. (1994) 224, 228.

246 מתוך פרשת שליט, לעיל הערה 1. ראוי לזכור כי על הפניה לעקרונות היסוד של המשפט כמקור להטלת חובות מתח השופט אלון ביקורת חריפה בפרשת ורדיבסקי, לעיל הערה 1:

"מה אמר ומה אדבר מה אפשר הכל לעשות מכוחם ובכוחם של עקרונות היסוד של השיטה, "האני מאמין" של האומה, התפתחותו הטבעית של המשפט המקובל שלנו, ואמירות כיוצא באלה. בזכותם ובהשראתם של אלה לא חסר דבר במערכת המשפטית, הכל כלול וגלום בהם, וכל מה שאנו עושים אינו אלא "גילוי" כל מה שיש כבר ונמצא כבר באמירות ועקרונות אלה. עקרונות אלה, שלפי עצם מהותם צריך וישמשו כדוקורים ומכווני דרך, כוללים הם הכל, בכל, מכל כל, כאילו הכל כתוב ומפורש הוא, וכל מה שהשופט עושה אינו אלא הרמת המסך, כדי לחזות בכל הכללים והדינים, הערכים ומסודרים על עמדם, קיימים ועומדים, ואנו פשוט לא הבחנו בהם למקרא דברים אלה אתה עומד ותמה: אולי גם אין צורך בחוקים ובפסיקה? על שום מה לא די בעקרונות היסוד של השיטה, והאני מאמין

המטרה ברשימה זו היא להציב תשתית עיונית עצמאית להכרה ביחסי אמון במסגרת הפוליטית. מרגע שהונח הבסיס לקיומם של יחסי האמון, נפתח פתח להתערבותו של בית המשפט העליון בכל הנוגע לפיתוחה של החובה, לקביעת היקפה והמשמעויות הנובעות מהפרתה.

התפקיד המרכזי בריסון הכוח השלטוני מוטל בראש ובראשונה על המחוקק, אולם במשימה זו בית המשפט העליון הוא "שותף זוט"ר²⁴⁷, הממלא תפקיד חיוני בקביעת נורמות ההתנהגות ראויות בפוליטיקה הישראלית. מרגע שנקבע העיקרון לפיו "חבר הכנסת הוא נאמן הציבור" הונחה גם התשתית העיונית לביקורת שיפוטית על חוקיות פעולותיו. על בית המשפט לצעוד בתחום שהושאר לו על ידי המחוקק לשיקול דעת שיפוטי, ולפתח את חובות אמון. בדומה לפיתוח חובות האמון במסגרת המשפט הפרטי, ראוי לקדם פיתוח של חובות האמון במשפט הציבורי²⁴⁸.

יכול שייטען כי גישה זו מסכנת את עיקרון הפרדת הרשויות. לטיעון זה אענה כי התחום הפוליטי אינו מחוץ לחוק או מעליו. ביקורת שיפוטית על פעילותם של חברי הכנסת, מחוץ לגבולות המותר על פי דין, אינה שונה מביקורת שיפוטית על פעילות דומה של הרשות המבצעת או של כל רשות אחרת. החשש מהתערבות שיפוטית בהליכים פוליטיים ומ"פוליטיזציה של השפיטה"²⁴⁹ מלווה את המשפט הישראלי מזה שנות דור. בפרשת ז'רז'בסקי הציב המשנה לנשיא דאז, השופט אלון, שאלות קשות בהקשר הביקורת השיפוטית על המערכות הפוליטיות:

הנקל לתאר דמותו וכוחו של שלטון פוליטי, שכל פעולותיו והליכיו לקראת הקמתו והרכבתו יתלוו בפיקוח צמוד של הרשות השופטת, שכל שני וחמישי עשויה לעכב את הליכי הקמתו בצוים ובפסקי דין, ולפסול את ההליכים האמורים אף לאחר מעשה המרכבה?...
היעלה על הדעת שבית המשפט יבדוק סבירותה של התחייבות פוליטית להציב כך וכך אנשים במקומות מסוימים ברשימת המועמדים לכנסת או

שלה – נאמנות, הגינות, יושר וכיוצא בהם – ומהם ועל פיהם ניתן להסיק על כל דבר טוב ויפה, ולהלביש לו איצטלה של דבר חוק ומשפט?²⁵⁰

247 לשונו של ברק, לעיל הערה 20, בעמ' 496.

248 את דעתי לעניין תפקידו של בית המשפט בתיקון "קלקולים" של המערכת הפוליטית הצגתי לאחרונה במאמר המתייחס למינוי של ח"כ פנחסי לתפקיד יו"ר הכנסת. ראו ס' נבות, "מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי – על כשירות ושיקול דעת" המשפט (9) 32.

249 לא כאן המקום להרחיב בכל הסיעונים שהועלו נגד התערבות שיפוטית בהליכים הפוליטיים. די אם נפנה בשלב זה לדברים שאמר על כך המשנה לנשיא השופט אלון בפרשת ז'רז'בסקי. כן ראו להרחבה: D. Kretzmer, "Judicial Review of Knesset Decisions," 8 *Tel Aviv U. Stud.* (1988) 95; M. Shamgar, "Review of Knesset Decisions by the High Court of Justice," 28 *Is. L. Rev.* (1994) 43; ש' צמח, "בעיית אי-שפיות ההליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג (תשל"ג) 752; א' בנדור, "השפיות בבית המשפט הגבוה לצדק", משפטים יז (תשמ"ח) 592, 610 ואילך.

לרשות מקומית, או כמה שרים וסגני שרים יובטחו לכל אחת מהמפלגות
הבאות על ההסכם הפוליטי? האם יודקק בית המשפט לשאלה אם סביר
הוא להתחייב בהסכם הפוליטי על התחייבות פוליטית פלונית תמורת
התחייבות פוליטית אלמונית?...²⁵⁰

השופט אלון אף התייחס בעצמו לתשובה האפשרית, לפיה "ריבוי עתירות כגון זו
שבפנינו, יעמיסו על בתי המשפט מעמסה שלא יוכל לעמוד בה, ועלול הוא לכרוע
תחתיה...²⁵¹".

למרות הערתו האחרונה, נדמה כי דבריו של השופט אלון לא היו בגדר גבואה
שהגישה את עצמה. בשנים שמאז הוכרעה פרשת זרז'בסקי לא "מלוא כל בתי המשפט
פוליטיקה". עד כה קבע בית המשפט את גבולות ההתערבות שלו באיפוק ובריסון²⁵².
הוא פיתח את עקרונות המשפט הציבורי, גם בתחומים שלא הוסדרו על ידי המחוקק,
בזהירות רבה ותוך שמירה מרבית על חופש פעולתה של הרשות המחוקקת.

כאמור, התפקיד של קביעת כללי המותר והאסור במערכת הפוליטית מסודר בראש
ובראשונה למחוקק עצמו. עד כה, הטילה הכנסת על חברה שורה של חובות, שיידונו
להלן, אולם אין לראות בהן רשימה סגורה. שתיקתו של המחוקק ביחס למקרים אחרים
אינה בגדר "הסדר שלילי" ליכולת הפיתוח של בית המשפט.

הפתח שנפתח במסגרת יחסי האמון לביקורת שיפוטית אין משמעו כי הרשות השופטת
צריכה להחליף את שיקול דעתו של חבר הכנסת בשיקול דעתה שלה. הרשות השופטת
תבחן, כפי שעשתה בעבר, את חוקיות פעילותו. היותו של אדם נבחר ציבור מחייבת
אותו ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מזו המחייבת עובד ציבור "רגיל": "מי
שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו"²⁵³.
דרישה זו יכולה לעטות לבוש של נורמות התנהגות ההופכות לחלק מ"חובותיו" של נבחר
הציבור.

שעתו היפה של בית המשפט העליון הייתה, לדעתי, באותם מקרים שבהם קבע בעצמו
את נורמות ההתנהגות הראויות של אישי הציבור²⁵⁴:

על-כן, כאשר נתונה לרשות שלטונית סמכות הפסקת כהונה, עליה
לעשות בה שימוש כאשר בעל הכהונה פוגע באמון הציבור בשלטון, בין

250 פרשת זרז'בסקי, לעיל הערה 1, בעמ' 788.

251 שם, בעמ' 763.

252 לעתים אף ב"ריסון יתר", לדעתי, כפי שעולה מפסק הדין בעניין מינויו של ח"כ פנחסי לתפקיד
יו"ר ועדת הכנסת, בג"צ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד
נב(4) 574.

253 השופט ברק בבג"צ אמיתי, לעיל הערה 5, בעמ' 470.

254 כגון פרשת אייזנברג, לעיל הערה 1; פרשת פנחסי, בג"צ אמיתי, לעיל הערה 5 ופרשת דרעי:
בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404.

אם בעל הכתונה הוא נבחר (כגון חבר כנסת המכהן כסגן שר) ובין אם הוא עובד ציבור (כגון עובד מדינה ששר מוסמך לפטרו).

אולם גישתו של בית המשפט העליון לא הייתה עקבית. בבג"צ 7367/97²⁵⁵ התעוררה השאלה האם יכול ת"כ פנחסי, לאחר שהורשע בעבירות שיש עמן קלון, לכהן בראש ועדת הכנסת²⁵⁶. בית המשפט העליון, בהרכב 7 שופטים, יצר הבחנה בין פסקי הדין בעניין פנחסי²⁵⁷, דרעי²⁵⁸, וגינוסר²⁵⁹ לבין המקרה הנוכחי. השופט דורנר, שכתבה את פסק הדין, דנה באופן פורמלי בכשירותו של ת"כ פנחסי להמשיך ולכהן כחבר כנסת בהתחשב בהוראותיו של סעיף 42א(א) לחוק יסוד: הכנסת. מכיוון שח"כ פנחסי "כשיר" מבחינת החוק להמשיך ולכהן כחבר כנסת, הרי ש"אין להבחין בין כשירותו של המשיב לכהן כחבר כנסת... לבין כשירותו לשמש כיושב ראש ועדה מועדות הכנסת"²⁶⁰. השופט דורנר הוסיפה כי "אפשר שבחירה זו נושאת מסר סמלי שאינו רצוי. אך זהו עניין של טעם, הנתון לשיקול דעתה של ועדת הכנסת, ושיעמוד, מן הסתם, למבחנו של הציבור בבוא העת"²⁶¹.

פסק דין זה אינו ברור דיו. הנמקתו אינה מבהירה האם יש בו משום "מהפך" בגישתו של בית המשפט העליון, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשות דרעי, פנחסי וגינוסר. ניכרת כאן נסיגה הן ברמה הנורמטיבית והן בהנמקתו הפורמליסטית של פסק הדין²⁶². יכול שפסק הדין מבוסס על ההבחנה שבין התערבותו של בית המשפט בכתליי הרשות המבצעת לבין התערבותו בכתליי הרשות המחוקקת. אם זוהי הסיבה לתוצאתו של פסק הדין, הרי שהיא מעוררת קושי בכל הנוגע לרעיון האמון דווקא. בפסקי הדין המוקדמים נימק בית המשפט את החובה המוטלת על ראש הממשלה לפטר את השר דרעי ואת סגן-השר פנחסי על כך כי "אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית..."²⁶³.

החובה שהוטלה על ראש הממשלה לא הייתה כתובה בחוק. היא הוטלה מכוח עקרונות היסוד של השיטה, ובתוכם רעיון הנאמנות²⁶⁴. ייתכן שמן הראוי להבחין, לעניין הטלת חובות אמון, בין "נבחר" לבין "עובד" או "ממונה"²⁶⁵. אולם הפסיקה שיצרה חובות מכוח רעיון האמון על סיעה פוליטית ועל חבר כנסת לא פירטה את כללי הנאמנות הציבורית,

255 בג"צ התנועה למען איכות השלטון בישראל ג' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 252.

256 לדיון בפרשה זו ראו נבות, לעיל הערה 248.

257 בג"צ אמיתי, לעיל הערה 5.

258 בג"צ התנועה למען איכות השלטון ג' ממשלת ישראל, לעיל הערה 253.

259 בג"צ אייזנברג, לעיל הערה 1.

260 בג"צ התנועה למען איכות השלטון ג' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 252, בעמ' 558.

261 שם, בפסקה 11.

262 ראו לעניין זה מ' מאוסנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 13.

263 בג"צ אייזנברג, לעיל הערה 1, בעמ' 266.

264 השווה עם בג"צ שליט ג' פרס, לעיל הערה 1.

265 בהבחנה אפסרית זו עסקתי במאמרי, לעיל הערה 248.

מתי יחולו ועל מי. דווקא ההערה לפיה "מי שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם" נדמה ששומטת את הקרקע מתחת להבחנות אלה.

לשיטתי, הבחנות בין חובות אמון שיוטלו על שרים לבין אלה שיוטלו על חברי כנסת או בין חובות שיוטלו על אישי ציבור ממונים לבין אלה שיוטלו על אישי ציבור נבחרים, צריכות להיות מבוססות על בחינת שני השלבים המוצעים ברשימה זו: הראשון, האם קיים קשר המשפטי בין הנבחר/הממונה לבין הציבור (סוגיית המנדט), ואם כן – מה אופיו; השלב השני הוא מהי היקפה של חובת האמון הנובעת מהמסקנות שהתקבלו בשלב הראשון. הרושם הראשון, לפיו דווקא על ה"ממונים" או ה"עובדים" בשירות הציבורי יוטלו חובות בהיקף נרחב יותר, אינו בהכרח נכון. הדבר תלוי בסוג הכוח המועבר להם ובמידת התחולה של כללים משפטיים קיימים.

הגישה המוצעת ברשימה זו, לפיה חייב בית המשפט העליון לשקף ולאכוף את "הדין הרצוי" מבחינת ההתנהגות הציבורית וטוהר המידות, אינה זרה במדינות דמוקרטיות. בארצות-הברית הקדימו בתי המשפט את כללי האתיקה ואת ההסדרים החקיקתיים והכירו בחובות אמון של אישי ציבור ועובדי ציבור גם ללא חקיקה מפורשת²⁶⁶. לגבי נבחרים נקבע, למשל, כי מחוקק מפר את חובת האמון שלו אם הוא מייצג קבוצה פרטית בפני סוכנות ממשלתית²⁶⁷. בדוקטרינה האמריקנית אף גובר קולם של אלה הטוענים כי יש להימנע מחקיקת כללי אתיקה מסורבלים ולעבור למודל גמיש של "חובות אמון"²⁶⁸. אוסיף, כי הכנסת עצמה ביטאה, בחוק יסוד, את הרעיון לפיו חבר הכנסת חב חובות נאמנות למדינת ישראל²⁶⁹. סעיף זה מהווה מקור חוקתי לחובת האמון. על בית המשפט להגשים את רצון המחוקק ולמלא בתוכן עיקרון זה.

לדעתי, התשתית העיונית שהוצגה מאפשרת הטלת חובות על נבחר ציבור הנובעות מעיקרון הנאמנות. אמר השופט ברק כי:

אכן, נאמנות מחייבת הגינות והגינות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגינות אינה קפואה. כדרכם של עקרונות וערכים, הם יציבים מחד ומתפתחים מאידך. הם נטועים בנשמת העם ואינם מתכופפים כנגד רוחות שעה חולפות. הם מלאי חיות ומתפתחים כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות...²⁷⁰.

266 Clark, לעיל הערה 22, בעמ' 75. המחברת מפרסת את שורת החובות שנקבעו על ידי בתי המשפט בארצות-הברית והוחלו על עובדי ציבור בתפקידים שונים. הדוגמאות שם מתייחסות גם לראשי עיריות ולמחוקקים.

267 *United States v. Podell*, 436 F. Supp. 1039 (S.D.N.Y., 1977).

268 Clark, לעיל הערה 22, בעמ' 69 ואילך. המחברת טוענת כי סיווג הפעילות הממשלתית כמחייבת אמון, תצמיח תוצאות חיוביות יותר מאשר התקנת כללי אתיקה. הסיבה לכך נעוצה בגמישותם של הכללים, וכן במגוון הסעדים הקיימים בגין הפרת החובה.

269 כפי שעולה מנוסח הצהרת האמונים הקבועה בסעיף 14 לחוק יסוד: הכנסת.

270 השופט ברק בבג"צ ורדיבסקי, לעיל הערה 1, בעמ' 841.

ברוח הדברים האלה, ובהמשך לקביעה החוקתית בדבר הצהרת האמונים, על בית המשפט העליון ליטול חלק בפיתוח חובת האמון ואולי אף ביצירת נורמות להתנהגות ציבורית ראויה.

ז. המסגרות היישומיות

להלן אבחן את היקף החובות המוטלות על חבר הכנסת הנובעות ממעמד האמון, וכן את הסנקציות האפשריות בגין הפרת חובות האמון. בדיון זה שני חלקים: החלק הראשון מתייחס לחובות ה"מנויות"²⁷¹ או ה"חקוקות", והן המגבלות שהוטלו בחוק על חופש הפעולה של חבר הכנסת ובמרכזן החובה להימנע ממצב של ניגוד עניינים. בשלב פרשנותן של חובות אלה יכול בית המשפט להצדיק את קיומן, מבחינה תכליתית, ברעיון של אמון, אולם יכולתו לפתח את אותם נושאים שהוגדרו בחוק היא מטבעה מצומצמת. החלק השני בדיון מתייחס לרשימת החובות ה"לא מנויות". בחלק זה אבחן את האפשרות לגזור ממעמד הנאמנות חובות אמון שאינן מעוגנות בחקיקה. במסגרת הדיון בהיבט זה, תפקידו של בית המשפט הוא מכריע. לשיטתי, היקפן של חובות האמון הלא מנויות תלוי במידה רבה בסוג הקשר המשפטי הקיים בין הצדדים. מבחינה עיונית אבקש להציב שתי הנחות הנובעות מהמסקנות שהוסקו בחלקה הראשון של הרשימה, בנושא המנדט הקיים בכל אחת משלוש הצלעות של המערכת הפוליטית.

ההנחה הראשונה מתייחסת למערכת היחסים שבין חבר הכנסת (או המפלגה) לבין הציבור. מסקנתי הייתה כי במערכת זו קיים ייצוג "חופשי". משמעותו של הייצוג החופשי היא, בין היתר, כי הן הנבחר והן מפלגתו אינם כבולים להבטחותיהם, לא קיימת אפשרות להתחזר המנדט והם יכולים לפעול כראות עיניהם. חופש פעולה זה מובטח משום שמערכת המשפט אינה מתערבת בו. קשר "חופשי" פירושו מערכת יחסים "רופפת" מבחינה משפטית, שהרי אין מערכת המשפט מתערבת, במובן של הטלת חובות "חקוקות", ביחסים אלה.

על כן, לשיטתי, ככל שהיחס המשפטי הוא בעל מאפיינים "רופפים" יותר ושאינם נתונים למרות המשפט, כך גובר הצורך בהטלת חובות אמון "שיפוטיות". בהתאם למסקנה כי הציבור מעביר למפלגה ולחבר הכנסת "כוח" חופשי, נשאלת השאלה מהו האמצעי הקיים לצמצום האפשרות לשימוש לרעה בכוח זה – ואמצעי זה הוא "חובת האמון" השיפוטית.

271 המינוח "מנויות" ו"לא מנויות" מתייחס לזכויות אדם. הביטוי זכויות מנויות מכון לאותן זכויות שנכללו במפורש על ידי המחוקק בחוקי היסוד החדשים. בהתאם, המינוח "זכויות לא מנויות" מתייחס לכינוי רשימת זכויות האדם אשר לא נכללו במפורש בחוקי היסוד החדשים. אבקש לשאול מונחים אלה ולהביאם אל תוך השיח בדבר חובות האמון. ראו ה' סומר, "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257.

התשתית התיאורטית להטלת חובות אמון בוססה בחלקה הראשון של הרשימה. בין הצדדים קיים קשר משפטי המאפשר הטלת חובות אמון. כעת השאלה היא היקפן של אלה. אני סבורה כי היקפן של חובות אמון תהא רחבה יותר דווקא במערכת יחסים המבוססת על ייצוג חופשי. להלן אציג את האפשרויות לפיתוח חובות האמון במערכת זו. היקפן ייקבע תוך איזון בין האינטרס של שמירה על טוהר ה"מגרש" הפוליטי מחד גיסא, והאינטרס לשמירה על עצמאותם של ה"שחקנים" מאידך גיסא.

ההנחה השנייה מתייחסת למערכת היחסים שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו. טענתי כי יש להכיר במנדט חופשי-מוגבל ביניהם, בעל מאפיינים חזויים. על כן, הצורך בפיתוח חובות אמון מעבר לחובות הנובעות מן המערכת המעין-חזונית או מעין-שילוחית הוא מצומצם, שהרי המשפט כן מתערב במערכת זו ומאפשר, לשיטתי, להלביש את היחסים בלבוש משפטי²⁷².

ככל שהיחס המשפטי בין הצדדים הוא בעל מאפיינים "חזויים" או "שילוחיים" יותר, כך יהא היקפן של חובות האמון השיפוטיות מצומצם יותר. כאשר הדין מסדיר את משמעות היחסים המשפטיים באמצעות הגדרת החובות בין הצדדים והסנקציות בגין הפרתן, פוחת הצורך בפיתוח שיפוטי של חובות אמון. במקרה זה, כל שנותר הוא לבחון את האפשרות ללמוד מן המשפט הפרטי, בשינויים המחויבים, על היקפן של חובות האמון הראויות.

272 אבקש להסתמך על דעתו של השופט ברק בפרשת זרובסקי, לעיל הערה 1. השופט ברק בוחן את השאלה מהו הדין החל על הסכם פוליטי, ומגיע למסקנה כי אין גורמה שבדין המסדיר את הסוגיה. לשיטתו, קיימים עקרונות יסוד שמהם ניתן ללמוד על הפתרון הראוי, ועקרונות אלה משתלבים עם הפתרון הקיים בדין הפרטי הרלבנטי, הוא חוק החוזים. כדבריו שם ובעמ' 841-840:

"אכן, הסוגיה שלפנינו אינה שונה מסוגיות אחרות של המשפט בכלל, ושל המשפט הציבורי בפרט, אשר בהן נגזר הדין הספציפי מהעקרונות הכלליים. אמת, הדינים המיוחדים בדבר ההסכמים הפוליטיים הם עדיין מועטים ומכסים אך תחומים צרים, אך עקרונות היסוד והערכים הכלליים, מהם נגזרים דינים אלה, רבים הם ומגוונים, והם מכסים את מרבית התחומים. מעקרונות ומערכים כלליים אלה גזור בית המשפט את הכללים המיוחדים... בפעילותו זו רשאי בית המשפט ללמוד מהדין הפרטי, וראוי לו לגבש משפט ציבורי תוך לקיחה בחשבון של הסדרי הדין הפרטי. כך, למשל, ניתן להעזר בדינים הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי) בדבר פגמים בכריתת חוזה, לשם גיבוש הדין הציבורי בעניין פגמים בהסכמים ציבוריים. לימוד זה אינו מבוסס על חיוב 'סכני' להקיש מהדין האחד אל השני ואף לא על הפניה לחוק החוזים מכוח סעיף 61 לאותו חוק. לימוד זה מבוסס על הרצון להבטיח קוהרנטיות גורמטיבית והרמוניה שיטתית, ועל התפישה – המבוססת מצדה על עקרון השוויון – כי מצבים דומים יזכו לפתרון דומה..."

בסוגייה שלפנינו אותו הגיון מתבקש. מערכת החובות הקיימת בין חבר הכנסת לבין מפלגתו היא חלק מן המשפט הציבורי. אולם בהתחשב במאפיינים הנובעים ממערכת היחסים ביניהם, ניתן לסעון כי דיני החוזים, ואולי אף דיני השליחות, מהווים בסיס לקביעת היקף חובות האמון ביניהם.

1. החובות המנויות

(א) החובה להימנע מניגוד עניינים²⁷³

החובה לפעול מתוך אמון מחייבת להימנע מפעילות שיש בה ניגוד עניינים. כדברי השופט ברק:

נאמנות זו שחבר הכנסת חב בה בישראל, נגזרת ראשית החובה להימנע מניגוד עניינים, והחובה לפעול מתוך אתיקה ציבורית²⁷⁴.

הכלל בדבר ניגוד עניינים במילוי תפקיד קובע כי מי שמבצע פעולה או ממלא תפקיד עבור זולתו אסור לו להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד בין האינטרס של זה שלמענו הוא פועל לבין אינטרס אחר כלשהו²⁷⁵. הכלל חל על מי שמשרת את הציבור, ולדעתו של פרופ' ברק במאמרו²⁷⁶ "הוא חל, כמובן, במלא התוקף על כל מי שמשרת את הציבור, כגון חברי הרשות המחוקקת. הכלל אוסר על האדם להימצא במצב של ניגוד עניינים, ומטרתו למנוע את הרע בטרם יארע"²⁷⁷.

דעתו זו של פרופ' ברק מצאה את ביטוייה גם בפסיקה, ובבג"צ 278351/79 התייחס השופט ברק לשאלה האם הכלל האוסר ניגוד עניינים חל גם על נבחרי ציבור. תשובתו הייתה כזו:

עצם העובדה כי עניין לנו בגוף פוליטי נבחר אין בה כדי לשלול את תחולתם של הכללים בדבר ניגוד עניינים. כל משרתי הציבור חייבים להימנע מניגוד עניינים, ודבר זה חל במיוחד על נבחרי ציבור, החשופים לעין הציבור וחייבים לשמש דוגמא לציבור²⁷⁹.

פעילותו הפרלמנטרית של חבר הכנסת היא רחבה ביותר וכוללת, בין היתר, חקיקה, פיקוח על הממשלה והשתתפות בוועדות. חבר הכנסת יכול למלא פונקציה חקיקתית, ביצועית ומעין-שיפוטית. הוא יכול לכהן בתפקיד של שר או סגן שר, ויכול למלא תפקיד מעין שיפוטי בשבתו בוועדת הכנסת הדנה בהליך של הסרת חסינות דיונית²⁸⁰. כמות המקרים שבהם עלול להיווצר מצב של ניגוד עניינים ומגוון התחומים שבהם קיים חשש

273 לפירוש בנושא ראו ניצן, לעיל הערה 15.

274 השופט ברק בבג"צ שליש נ' פרס, לעיל הערה 1, בעמ' 365.

275 א' ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י (תש"מ) 11.

276 שם.

277 שם, בעמ' 12.

278 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566.

279 שם, בעמ' 579.

280 על פי סעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951.

זה הוא רב²⁸¹, וכל זאת מתוך הנחה שהוא פועל אך ורק במסגרת תפקידו כחבר כנסת²⁸². לכך יש להוסיף כי חבר הכנסת נבחר במסגרת מפלגה אשר לה מצע משלה, וכן אינטרסים פרטיקולריים או סקטוריאליים שעליהם היא התחייבה להגן. במקרה זה חובת האמון שחב בה חבר הכנסת כלפי "הציבור" וחובת האמון שהוא חב בה כלפי מפלגתו עלולות לעמוד בסתירה.

קיים קושי נוסף בטיעון כי חבר הכנסת "חייב" כביכול לראות לנגד עיניו אך את האינטרס הציבורי הכללי או את האינטרס המפלגתי. המערכת הפוליטית מניחה פעילות על פי אינטרסים אישיים²⁸³, ולכן עקרונית קשה לטעון כי כל פעילות שיש בה כדי לקדם את ענייניו האישיים של חבר הכנסת היא פעילות מתוך ניגוד עניינים.

פיתוח שיפוטי של רעיון ניגוד העניינים מעורר קשיים רבים. ברור שלא כל מקרה שבו יש לחבר כנסת אינטרס כלשהו בפעולה כגון הצבעה הוא מצב של ניגוד עניינים הגורר סנקציה. ניתן להציג פתרונות שונים למניעת מצב של ניגוד עניינים²⁸⁴. הפתרון הנפוץ הוא באמצעות הסדרי חקיקה או כללי אתיקה²⁸⁵. לדוגמא, אפשר לקבוע נורמה האוסרת על אדם להיבחר או לכהן כחבר כנסת אם הוא עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים²⁸⁶ או אם קיים "חשש סביר" שיימצא במצב כזה.

המחוקק הישראלי בחר בקביעת רשימה של איסורים על חברי הכנסת, המתייחסים

281 לפירוש ודוגמאות ראו ניצן, לעיל הערה 15, בעמ' 466 ואילך.

282 כמובן שעיסוקו הפרטי של חבר הכנסת גם הוא נושא חשש לניגוד אינטרסים, כגון שהוא משמש עורך דין פרטי. דיון במגוון האפשרויות של ניגוד אינטרסים נדון בהרחבה במאמרו של ניצן.

283 ולדעת אחדים, מצב זה הוא דווקא רצוי. ראו, למשל, דעתו של השופט קאופמן בפרשת Margiotta, לעיל הערה 184, בעמ' 143:

"Of course, we should all hope that public affairs are conducted honestly and on behalf of the entire citizenry. Nevertheless, we should recognize that a pluralistic political system assumes politically active persons will pursue power and self-interest. Participation in the political process is not limited to the pure of heart. Quite frankly, I shudder at the prospect of partisan political activists being indicted for failing to act 'impartially'..."

284 להרחבה ראו ניצן, לעיל הערה 15, בעמ' 471 ואילך.

285 Clark, לעיל הערה 22, בעמ' 62. המחברת מציינת ביחס למצב בארצות הברית כי דווקא לחקיקה המסיבית של כללי אתיקה יש השפעה שלילית על אמון הציבור:

"Adding more ethics regulation actually may be counterproductive. It distracts both government officials and the public from the general goal of protecting the public trust."

B. Nolan, "Regulating Government Ethics: When It's not Enough to גם לגישה דומה ראו גם

Just Say No," 58 Geo. Wash. L. Rev. (1990) 405.

286 זהו הפתרון החקיקתי שאומץ לגבי בעלי תפקידים שונים כגון נשיא המדינה, הרבנים הראשיים, מבקר המדינה, שופטים, עובדי מדינה בכירים ועוד, כפי שעולה מסעיפים 7 ו-42 לחוק יסוד: הכנסת.

למעשיהם מחוץ לכנסת ומיועדים למנוע מצב של ניגוד אינטרסים. כדוגמאות בלבד נזכיר את החקיקה הקובעת מגבלות המתייחסות לעיסוקים או תפקידים נוספים של חברי הכנסת²⁸⁷, כללי האתיקה לחברי כנסת²⁸⁸ ואף תיקון 12 לחוק: יסוד הכנסת, שנדון לעיל. במסגרת כללי האתיקה²⁸⁹ משנת 1983 נקבע עיקרון כללי, על פיו:

לא יהיה לח"כ במילוי תפקידו עניין אישי, ולא יהיה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו כח"כ לבין עניינו האישי. הח"כ לא ייוזם דבר שיש לו עניין אישי ולא יהיה שותף ליוזמה זו.

במקביל לאישור כללי זה קובע כלל 6 כי מוטלת על חבר הכנסת חובת גילוי אם יש לחבר הכנסת עניין אישי בדיון או בהצבעה.

פתרון חקיקתי נוסף למצב של ניגוד עניינים קיים בסעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951. סעיף זה קובע, בין היתר, איסור על עיסוק נוסף כלשהו אם יש בו אפשרות של ניגוד עניינים לתפקיד חבר הכנסת²⁹⁰.

המגבלה העיקרית של הפתרונות החקיקתיים לעיל היא בהיעדר סנקציה ממשית בגין הפרתם. סעיף 13(ד) לחוק החסינות מונה את רשימת הסנקציות בגין הפרת סעיף 13, וביניהן הערה, אזהרה, נזיפה, הרחקה משיבות מליאת הכנסת (לא כולל מהצבעות) ועוד. סנקציות אלה דומות לסנקציות הקבועות בכללי האתיקה, ואין בהן, לדעתי, משום הרתעה.

במקרה קיצוני במיוחד יכול מצב של ניגוד עניינים להוות עבירה פלילית של "הפרת אמונים"²⁹¹. מקובל עלי כי ניתן להחיל את חוק העונשין גם על הפרת הוראות כללי האתיקה וסעיף 13 לחוק החסינות. ניתן להעמיד לדין חבר כנסת אשר מעל בתפקידו ופעל בניגוד לאמור בסעיפים הנ"ל²⁹². אין להסתפק בסנקציות הפנימיות הקבועות בחוק

287 חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 5), התשמ"ח-1987, אשר הוסיף את סעיף 13א-ה לחוק החסינות.

288 החלטת ועדת הכנסת מיום 22.11.83 בדבר כללי אתיקה לחברי כנסת י"פ 842.

289 לדיון בכללי האתיקה של חברי הכנסת ובהחלטותיה של ועדת האתיקה ראו במאמרו של זמיר, לעיל הערה 74, בעמ' 269-274.

290 מעניין לציין כי כתביהעת האמריקני *George Washington Law Review* הקריש את חוברת 58 (מחודש פברואר 1990) למאמרים בתחום של "אתיקה בשלטון". ראוי לציון בהקשר הדיון מאמרה של A. McBride, המוקדש לנושא כללי אתיקה בקונגרס. המאמר כולל סדרה של הצעות קונגרסיות לתיקון ושיפור כללי האתיקה. ראו A. McBride, "Ethics in Congress: Agenda and Action" 58 *Geo. Wash. L. Rev.* (1990) 451.

291 בניגוד לסעיף 284 לחוק העונשין.

292 במקרה זה קיים מכשול בדכותה של החסינות העניינית העומדת לחבר כנסת "במילוי תפקידו" או "למען מילוי תפקידו". דיון בסוגיית החסינות תורג ממסגרת הרשימה. אדגיש רק כי לדעתי מכשול זה הינו בגדר "אסליה" בלבד, שכן סבורני שהחסינות העניינית לא נועדה להגן על מילוי התפקיד שיש בו משום הפרה של הכללים שנקבעו למילוי תפקיד זה על ידי המחוקק עצמו. להרחבה ראו נבות, לעיל הערה 107.

החסינות כאשר המעשה הוא קיצוני בנסיבותיו ומגיע לכדי עבירה פלילית. אולם, כפי שנראה להלן, החסינות העניינית המוענקת לחברי הכנסת במסגרת סעיף 1 לחוק החסינות עשויה להגן על חלק גדול מן המקרים שיסווגו כ"הפרת אמונים".

סבורני כי פתרון בדמות רשימת "איסורים" (ובכללם כללי האתיקה) מהווה איזון ראוי לבעיית ניגוד העניינים. פתרון זה מבהיר את גבולות האסור והמוותר בתחום זה, וכיוון שהכנסת עצמה קובעת את הסטנדרטים, אין בה משום "אפקט מקפיא" לפעולתו של חבר הכנסת.

במסגרת העיסוק באתיקה ציבורית ובניגוד עניינים ניתן להציג מקרים של ניגוד עניינים שאינם מוסדרים בחוק. פרופ' ברק, המכנה מקרים אלה "התחום האפור"²⁹³, הביא שתי דוגמאות. הראשונה היא מקרה של עובד ציבור המטפל בענייניו של פלוני. לימים פורש אותו עובד ציבור ועובר לעבוד בשירותו של אותו פלוני, תוך שהוא מייצג את פלוני בפני המוסד שבו שירת. תחושת הציבור לגבי מקרים כגון אלה הייתה – לדעת פרופ' ברק – שדרושה "תקופת צינון" בין ביצוע התפקיד לבין הייצוג הנדון. תופעה זו הפכה לימים לעבירה פלילית. הדוגמא השנייה היא זו של קבלת שוחד או מתנות, תופעה שהוגדרה כעבירה פלילית ולימים הורחבה אף לכללי אתיקה שונים. המאפיין המשותף בין דוגמאות אלה הוא כי תשובתו של המחוקק או מתקין הכללים לבעיה הייתה לאחר מעשה²⁹⁴. ראשית ההתנהגות הייתה בגדר "פגם אסתטי" שבהכרעתו האישית של הפועל. לימים, כאשר רגישותה של החברה לתופעות שליליות הולכת וגוברת, ו"ביטחונה העצמי מתחזק"²⁹⁵, רק אז מתקיימת החברה את כללי האתיקה או אף איסורים פליליים. אפשר לטעון כי ההמתנה לבשילותו של ה"פגם האסתטי" אינה מחייבת המציאות. דווקא התובה לפרסם הסכם קואליציוני, שכאמור נוצרה יש מאין ובין היתר נגזרה מחובת האמון, זכתה מאוחר יותר לעיגון חקיקתי²⁹⁶. "פגם אסתטי" שטרם עוגן בחקיקה יכול להוות הפרה של חובת האמון.

2. החובות הלא מנויות

(א) חובת הגילוי

החובה לגלות מידע היא אחת מהחובות הקונקרטיות שהוטלו על חבר כנסת בדין הישראלי, גם ללא הוראה מפורשת בחוק. ככזו, אתיחס אליה במסגרת החובות הלא

293 כלשונו של פרופ' ברק במאמרו על ניגוד עניינים, לעיל הערה 275, בעמ' 13.

294 ראו לעניין זה ס' שפניץ וז' לוסטהווי, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", ספר אורי ידן (תש"ן) 315, 314.

295 כלשונו של פרופ' ברק במאמרו על ניגוד עניינים, לעיל הערה 275 בעמ' 13.

296 כיום התובה לפרסם הסכם קואליציוני מופיעה בחוק יסוד: הממשלה. לפנינו דוגמא מובהקת לכך שבית המשפט העליון הוא שיצר את הנורמה מכוח דיני האמון, והמחוקק אימץ אותה בחקיקה.

מגויות²⁹⁷. חובה זו הוסקה מרעיון האמון. בפרשת שליט נ' פרס²⁹⁸ הטיל בית המשפט העליון על סיעה בכנסת חובה לפרסם הסכם קואליציוני, והרחיב חובה זו גם על הסכם "אופוזיציוני". על מקורותיה של חובת הגילוי אמר שם השופט ברק:

סיעה פרלמנטרית או חבר-כנסת, החותמים על הסכם פוליטי, אינם פועלים לעצמם. הם משמשים נאמנים של הציבור... מחובת נאמנות זו שאיש הציבור נושא בה נגזרות חובות מספר... מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי²⁹⁹.

חובת הגילוי המוטלת על חבר כנסת אינה חובת כללית וגורפת המוטלת עליו בכל תפקידיו וצעדיו. בפרשת שליט נקבע במפורש כי החובה חלה כאשר חבר הכנסת מבצע "תפקיד ציבורי בעל אופי חוקתי". חובת הגילוי גם היא אינה מוחלטת. אומר השופט ברק כי "קיימים שיקולים רבי חשיבות, שיש בהם כדי לצמצם חובה זו. אלה הם שיקולים של ביטחון ושל יחסי חוק ושל יחסים כלכליים וחברתיים"³⁰⁰. המבחן שהציע השופט ברק לאיזון בין חובת הגילוי לבין האינטרסים המתנגשים בה הוא מבחן הוודאות הקרובה³⁰¹. כיום, כאמור, ניתן יהיה לבסס חובות גילוי נוספות על חוק חופש המידע.

פסק הדין בעניין שליט משרטט, לדעתי, את תהליך ההתפתחות הטבעי של חובות האמון. מעיקרון כללי של אמון גזר בית המשפט חובה ספציפית, נקודתית. אין לראות את פסק הדין כיוצר חובת גילוי כללית על חברי הכנסת. בהמשך אטען כי הדרך שנקט בית המשפט בפרשה זו היא הדרך שראוי לנקוט ביחס לכלל החובות הנובעות מיחסי האמון. אני סבורה כי יש להימנע ככל האפשר מהטלת חובה גורפת. הקביעה לפיה חבר הכנסת הוא נאמן הציבור היא רחבה דיה וכוללנית דיה כדי לאפשר גזירת חובות חדשות לפי הצורך ובהתאם לנסיבות העניין. כך עשה בית המשפט בפרשת שליט, וכך ראוי שיעשה גם ביחס לחובת ההגינות וחובת תום הלב, שגם אותן ניתן לגזור מיחסי האמון.

Accountability (ב)

המונח accountability קשה להגדרה. הוא כולל חובת דיווח ואולי אף רעיון של "שקיפות". חובת הגילוי דומה במהותה לאחד מהיבטיו של רעיון ה-accountability.

297 כיום ניתן למצוא בחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק חופש המידע") מסגרת משפטית להרחבת חובת הגילוי. ההגדרה של "רשות ציבורית" בחוק זה כוללת גם את הכנסת. החלת העיקרון של חופש המידע גם על הכנסת יוצרת בסיס חוקי לגילוי מידע בעל אופי ציבורי, כגון הטבות הניתנות לחברי כנסת, או אף חובת גילוי של הסכמים המתייחסים לתקציב המדינה. להרחבה ראו ז' סגל, זכות הציבור לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס) 139.

298 לעיל הערה 1.

299 שם, בעמ' 365.

300 שם, בעמ' 366.

301 על כן אומר השופט ברק: "כך למשל, אין לגלות הסכם ציבורי, אם קרוב לוודאי, כי חשיפתו תפגע בביטחון המדינה או ביחסי החץ שלה". שם.

ככזו, חובת דיווח לא הוטלה בישראל על חברי הכנסת, אם כי ניתן לטעון כי היא מגולמת בחובת הגילוי.

Paul Finn במאמרו אומר כי:

The trust given our officials, elected and non-elected alike, is not without its corresponding burden accountability to the public is the obligation of all who hold office or employment in our governmental system.³⁰²

ראוי להכיר באופן עקרוני בחובתו של חבר הכנסת לתת דין וחשבון לציבור על פעילויותיו. בכך נממש את אחד הרכיבים של רעיון ה-accountability. חובתו של חבר הכנסת לדווח לציבור צריך שתבוא לידי ביטוי בפרוצדורה ברורה, במסגרת תקנון הכנסת. היא חייבת להיות מעניינה של הכנסת עצמה, ובספרות מוצעות דרכים שונות להטלתה³⁰³. נדמה כי דווקא החובה לתת דין וחשבון לבוחר היא מהחובות החשובות שראוי להטיל על חברי הכנסת. נראה, כי גם אלה הסבורים כי התחום הפוליטי צריך להישאר מחוץ לפתחו של בית המשפט, משום שזה עניין ל"דין הבוחר" ולא ל"דין המשפט", לא יתנגדו להטלת חובה מעין זו. הרי כדי לאפשר לציבור לגבש את דעתו ולהגיע ליום הבוחר ראוי להציג לעיניו את "...המידע על מערכות השלטון, מעשיהם של מרכיביו ופעלם של הנבחרים, כדי שהציבור יוכל לראות, לדעת ולשפוט"³⁰⁴. הטלת חובת דיווח על חבר הכנסת יש בה משום "טפול מונע", כלשונו של השופט אלון. גם לדעתו של השופט אלון, המתנגד עקרונית להתערבות של בית המשפט בשאלות פוליטיות, קיימת הצדקה עניינית להטלת חובת גילוי. מדבריו להלן עולה גם הצדקה להטלת חובת דיווח:

'הטפול המונע' שבחובת גילוי ההסכמים הפוליטיים, וחשיפתם של אלה למשפט הציבורי, יש בהם משום הכוונה ושקול נכבד בקביעת הנורמות מתחום המשפט הציבורי שעל בית המשפט ליישם, וטיבן של נורמות אלה, בבואו להיזקק ולדון בהסכם הפוליטי. וכן יש בה בחובת פרסום זו כדי לאפשר לבית המשפט, במידה ניכרת, להמנע מדיון במטריה שהיא

302 Finn, לעיל הערה 245, בעמ' 233.

303 כך, למשל, אומר Finn כי:

"There is no single path to be followed to achieve a satisfactory level of public accountability... [it] can require the obligation to provide information. It can require direct and periodic intrusion into the affairs of government for the purposes of scrutiny, investigation and review... It can require the adoption of procedures which themselves prescribe how officials or agencies can or must act..."

שם, בעמ' 235.

304 הנשיא שמגר בבג"צ שליט נ' פרס, לעיל הערה 1, בעמ' 361.

פוליטית במהותה ובאופיה, דיון שאין בית המשפט שש לעסוק בו מפאת סיבות וגורמים שונים שייחדנו להם דברים לעיל.³⁰⁵

הפסיקה, כאמור, טרם נדרשה לחובת הדיווח, אולם פסק הדין בעניין שליט יצר תשתית מספקת לקביעת חובה זו. לדעתי, הרציונלים שהוצגו כדי לבסס את חובת הגילוי של הסכם קואליציוני נכונים באותה מידה גם ביחס לחובתו של חבר כנסת ליתן דין וחשבון לבוחריו:

על בסיס מידע זה יוכל הציבור לגבש לעצמו עמדה באשר לנבחרי, ובאשר לעמדותיו הפוליטיות ותפקודם כבית הנבחרים. רק על רקע מידע זה יוכל הציבור להכריע, ביום הבחירות, לשבט או לחסד, ורק על בסיס מידע זה תוכל להתקיים החלפת דעות חופשית בין בחירות לבחירות... בצדק צוין, כי אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המגורה הוא השוטר היעיל ביותר... אכן, חשיפתם של ההסכמים הציבוריים תשפיע על חוקיות תוכנם. היא תאפשר ביקורת ציבורית ותגביר את אמון הציבור ברשויות השלטון ותחזק את מבנה המשטר והממשל.³⁰⁶

בדומה להצעתי בנוגע לכלל החובות הנובעות מאמון, קיומו או העדרו של חיקוק המסדיר דיווח או גילוי אינו צריך למנוע הטלת החובה במקרה קונקרטי על ידי בית המשפט.³⁰⁷

(ג) חובת ההגינות וחובת תום הלב

החובה לנהוג בהגינות אשר עליה מושתת המשפט הציבורי נובעת מן ההנחה כי לרשות הציבור אין משלה ולא כלום. אין לרשות אינטרס עצמי משלה ובידה הופקד האינטרס של זולתה...³⁰⁸

305 בג"צ זרד'בסקי, לעיל הערה 1, בעמ' 787-788.

306 בג"צ שליט נ' פרס, לעיל הערה 1, בעמ' 364.

307 ראו ביחס לדין האמריקני את פסק הדין 1347, 591 F.2d *United States v. Mandel*, (4th Cir., 1979), בעמ' 1363.

"It should be first noted that a duty to disclose material need not necessarily be based upon the existence of some statute or regulation prescribing such a duty. Rather, the duty to disclose may exist because of the relationship between the one possessing the material information and another... So far as relevant in this case, The Governor of the State of Maryland is trustee for the citizens and the State of Maryland and thus owes the normal fiduciary duties of a trustee..."

308 ברק, לעיל הערה 13, בעמ' 474. ראו גם ברוח דומה דבריו של השופט זוסמן בבג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד סז 2101, 2115: "...בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקדי של נאמן כלפי הציבור..."

הגנת היסוד שעליה מבוססת אמירה זו היא כי הרשות הציבורית לא נוצרה אלא כדי לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום. כל אשר יש לה הופקד בנאמנות למען הציבור.

חובת ההגנות הופעלה עקרונית גם על חברי הכנסת, ומגולמת משפטית במסגרת ההסדרים שנדונו לעיל העוסקים בניגוד עניינים. אמר פרופ' זמיר כי "הפוליטיקאי, כנבחר ציבור, חב חובת נאמנות לציבור. חובה זו דורשת ממנו, בין היתר, לפעול במסגרת הסמכות שהוענקה לו בחוק מתוך יושר והגנות"³⁰⁹.

חובת ההגנות נובעת מעיקרון הנאמנות. כאמור, הנאמנות מבוססת על ההנחה כי ה"נאמן" ידאג לאינטרסים של השולח ולא לאינטרסים של עצמו. השלוח נדרש לוותר על האינטרס האישי ועל הגשמתו, וחייב להעמיד בראש מעייניו את האינטרס של השולח (בבחירת "אדם לאדם – מלאך")³¹⁰. החובה להיות נאמן, הכורכת את חובת ההגנות, מחייבת רמת התנהגות גבוהה במיוחד. פרופ' ברק השווה בין חובת תום הלב וחובת הנאמנות ואמר:

חובת תום הלב... מבוססת על ההנחה כי בעל החוזה אינו פועל מתוך מניע אלטרואיסטי, אלא מבקש הוא לקדם את ענייניו שלו. חובת תום הלב באה לקבוע מערכת נורמטיבית שתבטיח הגשמה הוגנת של אינטרס עצמי זה. שונה הדבר לענין חובת האמון או חובת ההגנות. אלה אינן מבוססות על ההנחה של אינטרסים נוגדים שיש לאזן ביניהם...³¹¹

הטלת חובת ההגנות כללית וגורפת על חבר הכנסת, כנובעת מחובת האמון, פירושה כי נדרש ממנו להתניק כל אינטרס אישי ולפעול מתוך סטנדרט התנהגות גבוה יותר מזה הנדרש מאדם פרטי במסגרת חובת תום הלב. נפסק כבר כי חבר הכנסת חייב ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מזו של עובד ציבור "רגיל" – שהרי כאמור, "מי שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו"³¹². הקביעה לפיה חבר הכנסת חייב לנהוג בהגנות כלפי הציבור וכלפי מפלגתו אינה נראית לי מציאותית. היא אולי מבוססת על השאיפה לראות בנציגי העם אנשים ישרים והגונים, אולם לדעתי לא יהיה זה נכון להטיל חובת ההגנות כללית על חברי הכנסת, הדומה לחובת ההגנות המוטלת על השלטון כלפי האזרח. חובת כללית ומשפטית כזו אינה תואמת מערכת יחסים פוליטיים. בין התכליות המונחות ביסוד המשטר הפרלמנטרי עומד הרצון לאפשר חופש פעולה לחבר הכנסת. חופש פעולה זה נועד להבטיח את עיקרון עצמאותה של הרשות המחוקקת. מול תכלית זו עומד הרצון למנוע ניצול לרעה של כוח שלטוני. נקודת איזון בין תכליות אלה, המטילה על חבר הכנסת חובת ההגנות

309 זמיר, לעיל הערה 74, בעמ' 261.

310 א' ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 1037.

311 א' ברק, לעיל הערה 13, בעמ' 474-475.

312 השופט ברק בבג"צ אמיתי, לעיל הערה 5, בעמ' 470.

כללית, נראית לי קיצונית ועלולה לפגוע פגיעה קשה בתופש הפעולה הפוליטי. כדברי הנשיא ברק:

'הגינות' הוא מושג העטוי, מתוכו הוא, להשפיע על יצירתן של חובות...
הגינות הוא מושג נורמטיבי... הוא קובע רמת התנהגות. הוא 'קוד'
המפעיל חובות שונות של התנהגות ראויה.³¹³

בפרשת קונטרס שלל הנשיא ברק את השימוש במושג ההגינות כדי לתאר את מערכת היחסים שבין הפרט כלפי השלטון. לדעתו, חובת הפרט כלפי השלטון (להבדיל מחובת השלטון כלפי הפרט) צריכה להיקבע נקודתית על פי נסיבות המקרה, מבלי שעיקרון ההגינות, הנגזר מעיקרון הנאמנות, הוא הגורם המשותף לכל החובות. בהנמקתו אומר הנשיא:

ביחסים שבין השלטון לפרט – הנגזרים ממעמד הנאמנות של השלטון – משקפת הגינות רמה גבוהה ביותר של התנהגות ראויה. זו רמת התנהגות הנגזרת מהתפיסה שאין לשלטון אינטרס עצמי, וכל שיש לו הוא השאיפה להבטיח את טובת הכלל. חובה דומה (אך לא זהה) מוטלת במשפט הפרטי רק על אלה – כגון הנאמן, השלוח, הדירקטור, האפוטרופוס – המצויים במעמד של נאמנות.³¹⁴

ישאל השואל: וחבר הכנסת, לאיזה צד של המטבע הוא נופל? היש לראותו יותר כאדם "פרטי" ולכן לדרוש ממנו בפעולתו "חובות" נקודתיות על פי נסיבות המקרה, מבלי שאלה יהיו בהכרח נובעות מעיקרון ההגינות, או שמא חבר הכנסת כמוהו כ"שלטון" לכל דבר ועניין, או שמא דווקא נאמן ושלוח לפי כללי המשפט הפרטי? מחד גיסא חבר הכנסת ממלא "תפקיד ציבורי על פי דין": פעילותו כפופה, עקרונית, לכללי המשפט הציבורי. חובת ההגינות היא פועל יוצא מהגדרת אדם כ"נאמן". בהתחשב במסקנות מהפרק התיאורטי, הרי שלאחר שהונחה התשתית העיונית לכלל על פיו חבר הכנסת הוא "נאמן" ציבורי, ניתן להטיל עליו חובת הגינות "כללית". מאידך גיסא, הוא שונה מגוף ציבורי מובהק אשר "משלו אין לו כלום וכל אשר לו מופקד בנאמנות עבור הציבור הרחב". לחבר הכנסת יש גם יש אינטרסים פרטיים, והוא רשאי לדאוג להם. קיים קושי רב להחיל על פעילותו של חבר הכנסת את עיקרון ההגינות הנהוג במשפט הציבורי. מעמדו המיוחד של חבר הכנסת, והעובדה כי הוא תופשי בפעולותיו, אינו מקבל הוראות מהציבור ורשאי לפעול למען השגת אינטרסים "פרטיים", מקשים על הכרה בחובת הגינות כוללת.

לדעתי, מותר להניח כי חבר כנסת פועל מתוך אינטרסים אישיים ומפלגתיים. אלה אינם עולים תמיד בקנה אחד עם טובת הציבור. קיים חשש, כי אם נעמוד בעתיד בפני

313 פרשת קונטרס, בג"ץ 164/97, לעיל הערה 17, בעמ' 354.

314 שם.

בעיה אם חובה פלונית מוטלת על חבר הכנסת, השאלה שתישאל תהיה אם חובה כזו מתבקשת מעיקרון ההגינות³¹⁵. מטעמים אלה יש לאזן בין הדרישה להגינות, הנובעת מעיקרון הנאמנות, לבין הדרישה לשמר את חופש הפעולה של חבר הכנסת.

נראה לי כי נקודת האיזון הראויה היא זו שאומצה על ידי הנשיא ברק בדונו בחובת ההגינות שבין הפרט לבין השלטון. ניתן ליישם את נקודת האיזון גם ביחס לחובת ההגינות שבין חבר הכנסת לבין הציבור: חובת ההגינות המוטלת על חבר הכנסת צריכה להיות "נקודתית" ולהיקבע ממקרה למקרה. היא שונה מחובת ההגינות הקיימת במשפט הפרטי. היא איננה בגדר "עיקרון גג" החולש על כל המערכת הפוליטית. גישה זו תאפשר להתחשב בתפקידיו השונים של חבר הכנסת. אפשר לטעון כי רמת האמון הקיימת בכל אחד מתפקידיו היא שונה. אין דין היקפה של חובת האמון שחב בה חבר הכנסת כלפי הציבור בתפקידו ה"מכונן", כדין היקפה של חובת האמון בתפקידו כ"אישיות מפלגתית או פוליטית". זאת, למרות שבשני המקרים נהנה הוא ממנדט "חופשי" היוצר יחסי אמון. אין דין תפקיד בעל אופי חוקתי כדין תפקיד בעל אופי פוליטי.

חובת הגינות "נקודתית" תאפשר יצירת הבחנות אלה ואחרות, דבר שיבטיח איזון נאות בין חופש הפעולה הפוליטי מחד גיסא לבין דרישה להגינות במילוי התפקיד מאידך גיסא. נקודת האיזון בין האינטרסים תיקבע, "נקודתית", לפי נסיבות המקרה ואופי התפקיד שממלא חבר הכנסת.

בפרשת שליט ג' פרס אמר השופט ברק כי:

...סיעה פרלמנטרית או חבר כנסת בודד, המבצעים תפקידים בעלי אופי חוקתי, חבים בחובת ההגינות³¹⁶.

האם משתמע מאמרה זו כי מדובר בהטלת חובת הגינות כללית וגורפת על חברי הכנסת? לדעתי, התשובה לכך שלילית. יש לקרוא את דבריו של השופט ברק בהתייחס לפעילות הספציפית הנידונה, היינו: "כאשר הוא מבצע תפקיד בעל אופי חוקתי". ניתן ליישב אמרה זו של השופט ברק גם עם הרעיון של "חובת ההגינות הנקודתית", שכן התפקיד "החוקתי" של חבר הכנסת (הדורש לכשעצמו הגדרה) הוא אך אחד מתפקידיו הרבים. כאמור, חבר הכנסת מתפקד לא רק כחבר הגוף המחוקק או המכונן, אלא הוא גם אישיות פוליטית ומפלגתית. על כן, לא ניתן להטיל עליו חובת הגינות כללית בשלל תפקידיו, ויש להתייחס לחובת ההגינות המוזכרת בפרשת שליט כאל חובת הגינות "נקודתית", החלה על חבר הכנסת כאשר זה מבצע "תפקיד ציבורי בעל אופי חוקתי". גם חובת תום הלב, כחובה כללית, אינה נראית לי מתאימה ליישום על המערכת הפוליטית. נכון הוא כי חובת תום הלב במשפט הפרטי מבוססת על תפיסה של ניגוד עניינים, ונכון הוא גם כי החלתה על המערכת הפוליטית תהווה בסיס להטלת חובת גילוי,

315 שם, בעמ' 353 (הנשיא ברק).

316 פרשת שליט ג' פרס, לעיל הערה 1, בעמ' 365.

שעליה דיברתי לעיל. אולם, לדעתי, אין לקבוע חובה כללית של תום לב, שתחול בכל המסגרות הפוליטיות.

אמר הנשיא ברק בפרשת קונטרם:

בעניינים מסוימים חובות הפרט כלפי השלטון נופלות מחובות תום-הלב של הפרט כלפי פרט אחר במשפט הפרטי, ומצטמצמות לחובה שלא להטעות. בעניינים אחרים חובות הפרט זהות בהיקפן לחובות תום-הלב של הפרט כלפי רעהו.³¹⁷

אותה גישה אבקש לאמץ אשר לחובת תום הלב של חבר הכנסת. יהיו מקרים שבהם חובת תום הלב החוזית תוטל גם על המערכת הפוליטית, ואולי אף תהא חמורה יותר מזו המקובלת במשפט הפרטי. כך, למשל, בכל הנוגע לחובת הגילוי המוטלת על חבר הכנסת, שניתן להסיקה מחובת תום הלב. זו חובה חמורה יותר מהחובה המוטלת על אדם פרטי במסגרת סעיפים 12 או 39 לחוק החוזים (חלק כללי). אמר על כך השופט ברק:

אכן, מידע המצוי אצל איש פרטי, יחזיקו לעצמו. אין עליו חובה לגלותו, אלא אם כן חובת תום הלב מחייבת זאת. לא כן איש הציבור. מידע המצוי עמו אינו "נכס" פרטי שלו. זהו "נכס" השייך לציבור, ועליו להביאו לידיעת הציבור.³¹⁸

ניתן לטעון כי במסגרת היחסים שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו, יש משמעות עקרונית יותר לחובת תום הלב. כזכור, מערכת זו סווגה כמתנהלת בהתאם למנדט מעין-אימפרטיבי הדומה במהותו לשליחות פרטית. גם כאן יכול שתוטל חובה הנובעת מעיקרון תום הלב החוזי, ואף כחובה חוזית לכל דבר ועניין. אולם, במערכת היחסים שבין חבר הכנסת לבין הציבור אין לדרוש חובת תום לב כללית. נקודת האיזון בין חופש הפעולה הפוליטי לבין האתיקה הציבורית מחייב מתן משקל רב לאינטרס הראשון. נקודת האיזון המוצעת מכירה בסמכותם של בתי המשפט להטיל חובות נקודתיות.

גישה זו נובעת מאותה הנחה שהוצגה בראשית הדיון: חובת האמון חלה במגוון רב של יחסים משפטיים וספק אם ניתן למצוא ביניהם מכנה משותף. כך גם רמות האמון הנדרשות במערכות השונות.³¹⁹ על כן, רמת ההגיונות ורמת תום הלב הנדרשת מחבר כנסת חייבת להיות קונקרטי ולא מושגית ולהיקבע, כאמור, בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה.

פרופ' זמיר הציע להשוות את דרישת היושר וההגיונות לדרישת הסבירות³²⁰, ולקבוע כי קיים מתחם של יושר והגיונות שתריגה ממנו תהווה משום הפרה של חובת הנאמנות

317 פרשת קונטרם, לעיל הערה 17, בעמ' 350.

318 בג"צ שליט נ' פרס, לעיל הערה 1, בעמ' 365.

319 כדברי פרופ' פרידמן, לעיל הערה 14, בעמ' 559: "...אפשר להניח שרמת ההתנהגות שנדרשת מנאמן (כמובן trustee) או שלוח תהיה גבוהה יותר מזו של מתווך גרידא..."

320 זמיר, לעיל הערה 74, בעמ' 262.

כלפי הציבור. הייתי מקבלת אף גישה זו, למרות שיש בה כדי לקבוע "סטנדרט" או "עיקרון כללי" (דבר שהסתייגתי ממנו), ובתנאי שיהיה זה מתחם סבירות מינימלי. ניתן להציג באופן ציורי את רמות ההתנהגות כסולם ובו שלבים רבים: בתחתית הסולם עומד הרעיון של "אדם לאדם – זאב". בקצהו העליון נמצאת רמת ההתנהגות הגבוהה ביותר, התובענית והקפדנית, בבחינת "אדם לאדם – מלאך"³²¹. במקום טוב באמצע הסולם נמצא את רעיון תום הלב החזוי, בבחינת "אדם לאדם – אדם", ואילו חבר הכנסת מקפץ סביב אמצע הסולם, לעיתים עומד הוא על שלב תום הלב, לעיתים שלב אחד תחתיו ולעיתים שלב אחד מעליו, מקפץ וקורא: "פוליטיקאי לציבור – פוליטיקאי".

3. על הפרת חובת האמון – סעדים ותרופות

הטלת חובות על חברי הכנסת, אף אם הן חובות נקודתיות, מחייבת התייחסות לסוגיית הסעדים בשל הפרתן.

קיימת דעה לפיה החיובים המוטלים על חברי הכנסת, כפי שהוזכרו באמרות שונות בפסיקה³²², אינם חיובים משפטיים. למשל, אמר השופט חיים ה' כהן כי "אצלו [אצל חבר הכנסת] חיובים משפטיים אלה הם ערטילאיים, ללא סנקציה בצידם, חוץ מדין הבוחר בבחירות הבאות"³²³. דעה דומה הוצגה על ידי פרופ' יצחק זמיר במאמרו³²⁴, וזו גם הדעה המוצגת בדרך כלל בספרות הזרה. קיים קושי להטיל סנקציות בגין הפרת חובות אמון. עם זאת, ראינו לעיל כי התרופה בגין הפרת חובת האמון יכולה להיקבע מפורשות על ידי המחוקק. דוגמא טובה לכך היא חקיקתו של תיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת. מטרתו של התיקון יכולה להיחשב כ"מניעת רווח" אישי במקרה של הפרת חובת האמון מצדם של חברי כנסת³²⁵, ועל כן כמוה כסנקציה.

סבורני כי ראוי לרכך את הגישה המסוגלת את החיובים המוטלים על חבר הכנסת במסגרת חובות האמון כ"ערטילאיים וללא סנקציה". על כן, להלן אציע בקצרה דרכים שונות לבחון את תוצאותיה האפשריות של הפרת חובת האמון.

(א) המישור הפלילי: העבירה של הפרת אמונים ותחולתה על חברי הכנסת

חוק העונשין אוסר על עובד ציבור לעשות "במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור"³²⁶. הגדרת המונח "עובד ציבור" בחוק העונשין כוללת גם את

321 ברק, לעיל הערה 36, בעמ' 1043.

322 למשל, האמרה על פיה "חבר הכנסת חייב ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מזו של עובד ציבור 'רגיל'". מי שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו". השופט ברק בבג"צ אמיתי, לעיל הערה 5, בעמ' 470.

323 כהן, לעיל הערה 16, בעמ' 277.

324 זמיר, לעיל הערה 74, בעמ' 260.

325 ראו דיון נרחב בתיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת בבג"צ ארגון בצדק, לעיל הערה 73.

326 סעיף 284 לחוק העונשין.

חברי הכנסת. דיון מקיף בעבירה זו חורג ממסגרתה של הרשימה³²⁷; אציין רק כי השופט ברק³²⁸ הדגים את העבירה של הפרת אמונים באמצעות מצב של ניגוד עניינים. השופט חיים ה' כהן הסכים, ואמר לגבי ניגוד העניינים כי "זהו המקרה הקלסי של הפרת אמונים האסורה בחוק"³²⁹. ההתייחסות לעבירה של הפרת אמונים היא זהירה במיוחד, וקיימת נטייה להימנע מלקבוע קנה-מידה חמור לאחריותו הפלילית של נושא תפקיד³³⁰.

הבעיה הראשונה המתעוררת בשלב יישומו של סעיף זה על פעילות של חבר כנסת שיש בה משום ניגוד עניינים היא החסינות העניינית העומדת לו בשל מעשה במילוי תפקיד. נקודת המוצא שלי היא כי תהום העניינים שאינם מוגנים על ידי החסינות העניינית ויהיו עבירה של הפרת אמונים אינו רב. במקום אחר אמרתי כי מעשה מרמה מעצם הגדרתו אינו מוגן במסגרת החסינות העניינית³³¹. אולם, מעשים אחרים היכולים להיחשב "הפרת אמונים" – כגון מסירת מידע רשמי³³² – יהיו ברובם כאלה שהחסינות העניינית תגן עליהם. ייתכן שזו הסיבה לכך שב ישראל חברי כנסת לא הועמדו לדיון פלילי על הפרת אמונים בעבירה יחידה.

בהקשר זה ראוי להתייחס להיבט מסוים של פרשת בר-און. פרופ' סגל, במאמרו על הפרשה³³³, מזכיר את חוות הדעת שהגישה פרופ' גור-אריה לבקשת פרקליטו של ראש הממשלה. המחברת כתבה כי:

המחויבות להתמודד עם ולגנות את האופי הפסול של מינוי היועץ המשפטי היא בראש ובראשונה בידי הכנסת על ידי מנגנוני אי האמון השונים... הפלישה של הדין לזירה הפוליטית, כדי לגנות ולסכל כניעה ללחצים קואליציוניים בהליכי מינוי המסורים בידי הממשלה, היא פוגענית מדי ועלולה לסכן את ההליך הדמוקרטי...³³⁴.

327 לדיון בעבירה של הפרת אמונים ויישומה על נבחרי ציבורי ראו מ' גור-אריה, "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח (תש"ס) 253. לדיון בעבירה באופן כללי ראו ח' כהן, "הרהורים על טוהר-המידות" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 403; מ' קרמניצר, "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית", משפטים יג (תשמ"ד) 275; מ' גור-אריה וק' מן, "אי יוסר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות", עיוני משפט י (תשמ"ה) 505; ז' סגל, "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 587, 620–625. כן ראו ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405; ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' הוכמן, פ"ד נ(1) 2.

328 בע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405, 416–417.

329 כהן, לעיל הערה 327, בעמ' 423.

330 סגל, לעיל הערה 327, בעמ' 623.

331 נבות, לעיל הערה 107.

332 ברק, לעיל הערה 275, בעמ' 11.

333 סגל, לעיל הערה 327, בעמ' 622.

334 הציטוט מתוך מאמרו של ז' סגל, שם, בעמ' 626.

פרופ' גור-אריה שללה את השימוש בעבירה של הפרת אמונים בכלל ובתחום הפוליטי בפרט. לדבריה:

גם אם מעריכים כי כוחם של אמצעים חוק-משפטיים להילחם בשחיתות הפוליטית מוגבל במציאות הישראלית, חייבים להביא בחשבון את המחיר שיהיה לשימוש במשפט הפלילי כדי להתמודד בשחיתות הפוליטית באמצעות העבירה של הפרת אמונים. התוקף של המשפט הפלילי ככלי הגינוי החריף ביותר לתופעות אנטי-חברתיות ילך ויקטן. הגבול שבין העבירה הפלילית לבין פגמים אתיים ילך וייטשטש. השמת ההגנה על ארון הציבור במערכת השלטונית באמצעות העבירה של הפרת אמונים עלולה לפגוע בסופו של תהליך בארון הציבור בבתי המשפט.³³⁵

אני נוטה להסכים עם פרופ' גור-אריה בנקודה זו. השימוש במנגנון החוק הפלילי ראוי שייעשה במקרה של עבירות חדות וברורות, עבירות שהמחוקק תחם את תחומיהם, ולא בעבירה עמומה "שאין לה שיעור, לא למטה ולא למעלה ולא לצדדים"³³⁶. עבירות מסוג מרמה, תרמית, רישום כוזב³³⁷, זיוף או שוחד הן עבירות "ברורות". לדעתי, על רשימת העבירות האלה החסינות העניינית אינה מגינה³³⁸. על כן מציע לשלול את הגנת החסינות על עבירות אלה, ובכך לתת ביטוי מעשי לחובת האמון שחבר הכנסת חב בה כלפי הציבור. מחובת הנאמנות נגזרות חובות ספציפיות, בהתאם ללכוש הפלילי הניתן להן במדינה. מעשים מסוג מרמה, גניבה, שוחד או רישום כוזב מהווים הפרה של חובת הנאמנות של חבר הכנסת, והסנקציה הקבועה למעשים אלה בדין הפלילי היא ראויה. חבר הכנסת לא ייהנה מחסינות עניינית על עבירות אלה.

עם זאת, אבקש להסתייג מהשימוש האפשרי בעבירה של הפרת אמונים כדי להוקיע התנהגות פוליטית בלתי רצויה או ש"שיש בה כיעור"³³⁹. הגישה לפיה התנהגות בתחום הפוליטי יכולה לשמש בסיס לאישום בהפרת אמונים³⁴⁰ אינה נראית לי. הדרך להתמודדות עם התופעה הפסולה לא צריך שתהא באמצעות שימוש בעבירה שנויה במחלוקת, אלא, במידת האפשר, בהתערבות שיפוטית על דרך של ביטול הפעולה

335 גור-אריה, לעיל הערה 327, בעמ' 267.

336 סגל, לעיל הערה 327, בעמ' 620.

337 אלה עבירות שנידונו במפורש בבג"צ 1843/97 פנחסי נ' כנסת ישראל פ"ד מט(1) 661, 688: "גניח כי חבר כנסת הוא עובד ציבור לעניין עבירת השוחד. חבר כנסת נוטל כסף ותמורתו נואם בכנסת לטובת עמדה של חברה מסחרית. אם יסודות עבירת השוחד מתקיימים, לא תעמוד לו החסינות העניינית".

אני מסכימה עם מסקנתו של השופט ברק, אם כי מנימוקים אחרים.

338 נבות, לעיל הערה 107, בעמ' 354.

339 השופט חשין בבג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 252, בעמ' 562. השופט מתייחס לסיב ההחלטה של ועדת הכנסת למנות את ח"כ פנחסי ליו"ר הכנסת.

340 סגל, לעיל הערה 327, בעמ' 624.

שנעשתה בדרך פסולה³⁴¹. על כן אצטרף לעמדת המבקרים את נוסחה של עבירת "הפרת האמונים" בכלל, ובכל הנוגע להפעלתה על חברי כנסת בפרט³⁴². אבהיר, כי אין לראות בגישה זו "סלחנות" כלפי מעשי הפרת אמונים של חברי כנסת: כל שברצוני לומר הוא כי הדין הפלילי העמום אינו האמצעי היעיל ביותר לטפל בתופעה זו³⁴³.

(ב) המישור המנהלי

החלת חובות אמון על חבר הכנסת עשויה להגיב, לפחות מבחינה תיאורטית, שורה רחבה של סעדים. פרופ' De Mott כותבת כי:

The law of fiduciary obligation calculates damages from a very different perspective [than contract law...]. The fiduciary perspective dictates that the plaintiff is entitled to recover specific restitution of any benefit that the defendant obtained through his breach or, if specific restitution is not feasible, money damages that quantify the defendant's benefit. Even if the fiduciary's

341 הדוגמא של פרשת בריאון דווקא ממחישה היבט זה: מהד גיסא ניתן לסעון כי על היועץ המשפטי להעמיד לדין את המעורבים בדבר בעבירה של הפרת אמונים. דרך נוספת היא לסעון להתערבות בג"ץ בעצם המעשה שנעשה, על דרך פסילתו, היינו, לפסול את מינויו של בריאון בסענה שנעשה ממניעים פסולים. בכך מתבסס התפקיד של בג"ץ בקביעת נורמת ההתנהגות הראויה, מבלי שתתלווה לכך סנקציה פלילית.

342 לגישה התומכת באכיפת האיסור הפלילי על הפרת אמונים ראו "קרניאל, "מרמה והפרת אמונים של עובדי ציבור – הלכה למעשה", פלילים ח (תש"ס) 273.

343 בהקשר זה אעיר כי השימוש במנגנוני החוק הפלילי כתחליף לנורמות מן התחום הציבורי הוא נושא שהועלה לאחרונה לסדר היום הציבורי ולא רק בישראל. ביום 9 במרץ 1999 החליט בית הדין המיוחד בצרפת (La Cour de justice) על זיכוי של ראש ממשלת צרפת בשנות ה-80, Laurent Fabius, מאחריותו הפלילית בכל הנוגע לפרשה שהסעירה את צרפת בשנה האחרונה וכונתה בשם "פרשת הדם הנגוע". בפרשה זו הועמדו לדין פלילי (בעבירה של גרם מוות ברשלנות) שלושה שרים, ובתוכם ראש הממשלה לשעבר, על חלקם ה"אקסיבי" כביכול, בהפצת מנות דם נגועות באידס, תוך התעלמות והחרמה של בדיקה אמריקנית שהייתה קיימת אז ואפשרה גילוי של נגיף האיידס. הפרשה, שהסעירה את צרפת, העלתה לדיון שאלה רחבה הרבה יותר והיא האם ראוי כלל לנקוט הליכים פליליים מקום שצריכה להיות קיימת "אחריות" ציבורית ופוליטית. להרחבה ראו ספרו המרתק של Olivier Beaud על פרשת הדם הנגוע. הספר עצמו נקרא "Le sang contaminé" (הדם הנגוע), אולם הוא עוסק בעיקר בביקורת על עצם השימוש בהליך פלילי כתחליף לרעיון של "אחריות" (responsibility). להרחבה ראו O. Beaud, *Le sang contaminé – Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants* (1999). באופן כללי על נושא השימוש בחוק הפלילי במקרים של הפרת חובות אמון ראו J. Coffee, "From Tort to Crime: Some Reflections on the criminalization of fiduciary breaches and the Problematic line Between Law and Ethics," 19 *Am. Crim. L. Rev.* (1981) 117.

actions have not injured the beneficiary, and even if the beneficiary has in some sense gained as a result of the fiduciary's act, the fiduciary must account to the beneficiary for its profits.³⁴⁴

תפקידו של בית המשפט העליון הוא לא רק ביצירתה ובהטלתה של חובה הנובעת מיחסי האמון, אלא אף בהתאמתו של הסעד הראוי בגינה. עד כה עיקר תרומתו של בית המשפט העליון הייתה ביצירת החובות. הפסיקה הסתפקה בהטלת חובות עשה (כגון החובה לפרסם הסכם קואליציוני), או בפסילת מעשה שנעשה תוך הפרת אמון (כגון פסילת כהונתו של שר או סגן שר שנחשד בפלילים). במסגרת החלטות אלה של בג"ץ, מתעוררת שוב סוגיית החסינות של חברי הכנסת, שכן החסינות במילוי תפקיד עשויה להגן מפני אכיפת חובה שהוטלה במסגרת יחסי האמון.

טול את פרשת שליט ג' פרס, שבה הטיל בג"ץ חובת עשה על חברי הכנסת והורה על פרסומו של הסכם קואליציוני³⁴⁵. אמר הנשיא שמגר במקרה זה:

השאלה, מה הן, לאור האמור בסעיף 1 לחוק [החסינות], האפשרויות הפתוחות לפעולה משפטית, במקרה שחבר כנסת לא יקיים חובתו לפרסם ברבים הסכם ציבורי, אינה עולה לפנינו, כי אין בה, בכל מקרה, כדי להשליך על עצם היווצרותה וקיומה של הנורמה החזיונית ועל הצורך בהגדרתה ובהצהרה עליה. לשון אחרת, חבר כנסת שיבחר שלא לפרסם הסכם עם סיעה או עם חבר כנסת אחר, יזכה בחסינות, אך הגדרת מתדולו, כמנוגד לנורמות הרצויות והנכונות, תעמוד בעינה³⁴⁶.

הערתו זו של הנשיא שמגר חשובה במיוחד. בג"ץ הוא המוסמך להצהיר על קיומן של חובות נקודתיות. אם מוטלת חובה על חבר הכנסת, כגון זו המחייבת אותו לפרסם הסכם קואליציוני, היא מצטרפת למעגל תפקידיו של חבר הכנסת. אולם, אם יחליט חבר הכנסת להפר חובה זו, הוא ייחנה מחסינות. חסינות מפני מה? שהרי אין כאן עבירה פלילית או אחריות אזרחית. ייאמר, כפי שעולה מדבריו של הנשיא שמגר, כי זו חסינות מפני אכיפת החובה לפרסם את ההסכם באמצעות בג"ץ. המעשה של חבר הכנסת יישאר "מנוגד לנורמות הרצויות והנכונות", כפי שנקבעו על ידי בג"ץ, אולם חבר הכנסת יהא חסין מפני אכיפתן של הנורמות האלה על ידי בג"ץ עצמו.

אליה וקוץ בה: בג"ץ מוסמך להטיל חובות על חבר הכנסת מכוח יחסי האמון במקרים הקונקרטיים המחייבים זאת, אך הציות לחובות תלוי ברצונו הטוב של חבר הכנסת, שכן לא קיימת אפשרות לאכוף אותן. לכאורה ניתן לטעון כי הסנקציה המוסרית והציבורית באי קיום פסק דין של בג"ץ, דווקא מצדו של חבר כנסת, היא חמורה במיוחד. גם אם נסכים לטענה זו, דרך אפשרית להתמודד עם הקושי שנוצר הוא לאפשר עתירה לבג"ץ

344 De Mott, לעיל הערה 9, בעמ' 888.

345 בג"צ שליט ג' פרס, לעיל הערה 1.

346 שם, בעמ' 361-362.

במקרה של אי פרסום הסכם קואליציוני. הסנקציה שתופעל על יד בג"ץ יכולה להיות במישור שונה, כגון ביטולו של הסכם שלא פורסם, ושוב צו המכוון כנגד אלה האמורים לפעול על פיו.

(ג) המישור האזרחי והמשמעותי

אמרתי לעיל, כי חבר הכנסת חב בחובת אמון כלפי מפלגתו שבמסגרתה נבחר וכלפי סיעתו בכנסת. גם במישור זה ניתן לבחון סנקציות אפשריות בגין הפרת חובות האמון. כאמור, ניתן לטעון כי קיומו של מנדט בעל סממנים אימפרטיביים מצמיח מערכת של זכויות וחובות המבוססות על המסגרות ההזיות שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו, כגון על תקנון המפלגה.

סעיף 14 לחוק המפלגות קובע כי "למפלגה יהיה תקנון והיא תתנהל על פיו". תקנון המפלגה הוא מסמך יסודי, המגדיר את דרך ניהולה של המפלגה ומשטרה הפנימי³⁴⁷. חוק המפלגות שותק באשר למעמדו המשפטי של התקנון. בטרם נחקק חוק המפלגות נפסק, כי תקנון המפלגה (או "חוקת המפלגה") הוא "חוזה בין המפלגה לבין חבריה ובין החברים לבין עצמם"³⁴⁸. משמעותה של גישה זו היא כי הפרת התקנון כמוה כהפרת חוזה, ויחולו הסעדים הקיימים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970³⁴⁹.

גם אם הגישה הקיימת היום בכל הנוגע למעמדו המשפטי של התקנון אינה אחידה, ניתן ללמוד ממנו על קיום מערכת חוזית או מעין-חוזית בין המפלגה לבין חבריה. למרות הדעות השונות, נראה לי כי סעד האכיפה ניתן כדבר שבשגרה, למרות שביטולו של תקנון בשל הפרתו אינו נראה סעד נאות³⁵⁰. אפשר ליצור הבחנה בין התחייבות שאופייית "פוליטי", שאינה ניתנת לאכיפה, לבין התחייבות שאופייית "טכני" או נוגעת לחיים הפנים-מפלגתיים, שניתן יהא לאכוף אותה.

התקנון המפלגתי קושר בין הצדדים הנוטלים בו חלק, אם מבחינה חוזית טהורה ואם מבחינה מעין-חוזית. דווקא במישור יחסים אלה ניתן להחיל חובות נקודתיות, ואף את החובה לנהוג בתום לב. פירוש הדבר הוא כי על הפרת כללי המפלגה ניתן יהיה, עקרונית, לתבוע סנקציה. חוקות המפלגות כוללות, ברגיל, שורה של חובות המוטלות על חבר המפלגה. בחוקת מפלגת העבודה הישראלית נקבע כי חברי מפלגת העבודה

347 שם, בעמ' 585.

348 ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית נ' לוי, פ"ד לא(2) 265, 270. סקירה על פסק הדין ומשמעותו ראו אצל א' בנדור, "דיני מפלגות בפסיקת בתי המשפט בישראל" בתוך א' אבנון חוק המפלגות בישראל, לעיל הערה 187, בעמ' 63, 71-80. הר"ה מצוין כי התקנון הוא מסמך "דו מהותי", חלים עליו הן הוראות המשפט הפרטי והן הוראות המשפט הציבורי. ראו ר' הר"ה, "חוק המפלגות - מציאות חדשה", המשפט ב (תשנ"ה) 33, 49-50.

349 בנדור מדגיש כי זו הלכה "בעייתית" וכי ישנן אסמכתאות השוללות אותה בעקיפין. עם זאת, לדעתו, יש לאפשר לנפגע קבלת סעד של אכיפה במקרה של הפרת התקנון. ראו שם, בעמ' 72.

350 שם, בעמ' 73.

כפופים מכוח חברותם לבית הדין העליון³⁵¹. בית הדין רשאי לפסוק בדבר הוצאתו של חבר מהמפלגה אם, למשל, הפר ביודעין ובאופן ברור את משמעת המפלגה. גם בחוקת הליכוד נקבע הסדר דומה וחברי התנועה כפופים לשיפוט בפני בית הדין של התנועה³⁵². בין העונשים שבית הדין מוסמך לגזור מצויים התראה, נזיפה, השעיה מתפקיד, הדחה, הוצאה מן התנועה וקנס כספי לטובת התנועה³⁵³. עונשים אלה הם סנקציות במישור המשמעותי, המוטלים במקרה של הפרת חובה כלפי התנועה או סיעתה, או הפרת הכללים והחובות כפי שנקבעו בחוקת המפלגה.

שאלה מעניינת היא האם לא תחול החסינות העניינית על מעשה של הפרת כללי המפלגה, שהרי הוא נעשה "במילוי תפקידו של חבר הכנסת"³⁵⁴. כאמור, החסינות העניינית מגינה על חבר הכנסת במילוי תפקידו מפני "אחריות פלילית או אזרחית" ומפני "כל פעולה משפטית". לדעתי, החסינות אינה חלה על פעולות "פנימיות" של הכנסת, כגון הפעלת סמכויותיה של ועדת הכנסת מכוח סעיף 113 לחוק החסינות (הרחקה משיבת המליאה, שלילת שכר וכיו"ב)³⁵⁵. החסינות אף אינה מגינה מפני פעולות משמעותיות פנימיות מטעמה של המפלגה או הסיעה. ניתן, כאמור, להרחיק חבר כנסת ממפלגה³⁵⁶ כסנקציה משמעותית פנימית מטעם מוסדותיה. אם תתקבל גישתי – לפיה אין חסינות מפני סנקציות משמעותיות אלה – יהא בכך משום חיזוק מערכת היחסים שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו. הדבר יעלה בקנה אחד עם הדרישה להכרה במנדט מעין-אימפרטיבי ביניהם. חבר הכנסת אינו חופשי לפעול כראות עיניו ביחסיו עם המפלגה. הוא כפוף למשמעת קואליציונית ולכללי המפלגה³⁵⁷. בכך מורחב הבסיס המשפטי להטלת חובות מעין חוזיות במסגרת יחסים אלה.

מעבר לסנקציות המנויות בחוקת המפלגות ראוי להזכיר גם את הפתרון שנקט

351 סעיף 43 לחוקת מפלגת העבודה הישראלית.

352 פרק ט בחוקת הליכוד, סעיף 119 ואילך.

353 סעיף 128(א) לחוקת הליכוד קובע כי אם הנושא שהובא בפני בית הדין היה בעל אופי כלכלי או כספי, יהיה בית הדין רשאי לחייב צד בתשלום ובהוצאות, ואם הצדדים חתמו על הסכם בוררות כדן תהא לפסיקת בית הדין תוקף של פסק בוררות בהתאם לחוק הבוררות, תשכ"ה-1986.

354 כלשוננו של סעיף 1 לחוק החסינות.

355 ראו נבות, לעיל הערה 107, בעמ' 272-274.

356 השווה לעניין זה עם המצב באנגליה אצל Cowley, לעיל הערה 172, בעמ' 214-215.

357 למסקנה זו הגיעו גם חוקרים בדוקטרינה הספרדית. אציין כי תופעת ה"כלנתריזם" אינה ייחודית לישראל, וגם בספרד ניכרת בשנים האחרונות עלייה משמעותית במספר חברי הפרלמנט אשר החליפו את סיעתם ואף את המחנה האידיאולוגי שלהם, במהלך הכהונה. הכללים להתמודדות עם תופעה זו דומים לכללים המקובלים בישראל, וקיימת חקיקה הדומה במהותה לתיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת. במסגרת חקיקה זו מפתיע לגלות כי אף ההחלטות של בית הדין התוקף בספרד סביב חקיקה זו, מזכירות במיוחד את בג"צ בארגון ב"צדק". להרחבה ראו J.M. Vilamala, "Transfuguismo como estrategia politica" (ב"תרגום חופשי: ה"כלנתריזם" כאסטרטגיה פוליטית), משבר הייצוג הפוליטי, לעיל הערה 103.

המחוקק בתיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת. הצבעתו של חבר כנסת, בתמורה לטובת הנאה, שלא בהתאם לעמדת הסיעה בעניין הבעת אי אמון בממשלה יכולה להיחשב כהפרת חובה כלפי המפלגה, שבגינה ניתן להפעיל את הסנקציות האמורות לעיל באמצעות בית הדין של המפלגה. נוסף על כך צפוי חבר הכנסת אף לסנקציות במישור הציבורי, על פי האמור בתיקון 12 לחוק יסוד: הכנסת.

לסיכום נקודה זו, כאמור, לאחר קביעתה של חובת האמון מתבקשת תשובה לשאלת הסעד הראוי בגינה. עד כה הפסיקה הכתפקה בהטלת חובות עשה או בפסילת מעשה שנעשה תוך הפרת אמון. גישה זו מבטאת זהירות ראויה ונותנת משקל מיוחד לחופש הפעולה של חבר הכנסת.

עם זאת, הסעדים והתרופות הקיימים בחוק החוזים ובחוקות המפלגות אינם בגדר רשימה סגורה. אין פירושם "הסדר שלילי" לסמכותו של בית המשפט לפתח את יחסי האמון ובמקביל לעסוק בתוצאות הנובעות מהפרת חובות האמון. כשם שרשימת העקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה אלא מתפתחת "כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות"³⁵⁸, כך ראוי לנהוג בנוגע לרשימת הסעדים בגין הפרת החובה.

ח. במקום סיכום: פיתוח רעיון האמון לקראת "נאמנות חוקתית"

ברשימה זו נבחנו המקורות הנורמטיביים להחלת חובות אמון על חבר הכנסת. הנחת היסוד שהוצבה הייתה כי המושג "נאמן הציבור" נועד לקשור, ביחסים משפטיים, בין חבר הכנסת לבין הציבור שבחר בו. טענתי כי אם קיים בסיס משפטי ליצירת יחסים משפטיים בין חבר הכנסת לבין הציבור, ניתן יהא לבסס על יחסים אלה חובות אמון. התשתית התיאורטית לקיומם של יחסים משפטיים בין חבר הכנסת לבין הציבור הונחה באמצעות המודלים האפשריים להגדרת הייצוג הפוליטי בישראל.

שני מודלים – מודל השליחות ומודל הייצוג החופשי – מקיימים את המאפיינים הנדרשים להכרה ביחסי אמון: רעיון הפעולה בשמו של אחר, ומעבר הכוח מן האחד אל השני. כמו כן הוצג מודל נוסף, מודל של ייצוג חופשי-מוגבל, אשר לפי טענתי משקף את מערכת היחסים הקיימת כיום בין שלש הצלעות למשולש הפוליטי: הבוחר, המפלגה וחבר הכנסת. טענתי כי קיומה של המפלגה כמתווכת בין הציבור לבין חבר הכנסת אינה פוגמת במנדט החופשי שחבר הכנסת מקבל מן הציבור. לדעתי, בין חבר הכנסת לבין מפלגתו קיימים גם יחסים משפטיים. במובנים רבים, חבר הכנסת הוא "שלוח" של מפלגתו על פי מאפייניו של המנדט האימפרטיבי. על כן גם במישור יחסים זה ניתן לבסס חובות אמון.

358 השופט ברק בבג"צ זורובסקי, לעיל הערה 1, בעמ' 841.

במקום סיכום, אבקש לצעוד עם חובת האמון צעד נוסף, ולהעלות לדיון את הטענה לפיה רעיון האמון מאפשר יצירת הגבלות לא רק על חבר הכנסת הבודד, אלא על כוחה של הכנסת כולה.

הנחת היסוד שבוססה ברשימה זו, לפיה הנבחר הוא "נאמן" הציבור, מניחה כי כלל הגבתיים חייבים לפעול, אינהרנטית, לטובת "האומה"³⁵⁹ או העם. הריבון הישראלי הוא העם. העם פועל באמצעות נבחריו, בדמות הרשויות השונות. העם מעביר את כוחו לרשויות אלה, לפעול בשמו. גם אם המנדט שמקבלות הרשויות מן העם הוא מנדט "חופשי" בעיקרו, הרי שמנדט זה מקיים את הדרישות שעליהן ניתן להשתית יחסי אמון. טענתי היא כי הכוח המועבר לרשויות נועד לאפשר קיום בצוותא על פי עקרונות יסוד של משטר דמוקרטי. בצורתו הבסיסית וההיסטורית רעיון האמון נועד למטרה זו בדיוק: להגבלת כוחן של הרשויות³⁶⁰. החובה להיות "נאמן" לציבור מחייבת, לדעתי, הימנעות מפעולה שיש בה פגיעה בסיסית, שורשית וקשה באושריות המשטר ואף בזכויות היסוד של האדם. על כן, רעיון האמון מאפשר להגביל רעיונית את כוחה של הכנסת. בשיטת החוקתית במדינת ישראל בשנים האחרונות נתמך הרעיון של "כנסת מוגבלת" על יסודות תיאורטיים שונים³⁶¹. כך למשל, אומר פרופ' אדרעי:

כדי למנוע פגיעות של הרוב ביחיד ובמיעוט יש צורך במסגרת נורמטיבית שתמנע מאותם חברי בית המחוקקים לפעול בניגוד לעקרונות בסיסיים. לאור כל זאת ניתן לומר, כי מטרת החוקה היא לשרטט בבידור את תחומי סמכותה של הרשות המחוקקת; למנוע מהרוב לנצל את כוחו הרבני ולפגוע ביחיד ובמיעוט; למנוע מאירועים ארעיים לפגוע ב"אני מאמין" של החברה. זה תפקיד החוקה. לאמור, תפקיד החוקה הוא להגביל את חברי הכנסת; להבטיח כי פעולתם לא תושפע רק מאינטרסים קצרי טווח של פופוליוזם, שנועד לחלול את רצון הרוב על חשבון זכויות יסוד של המיעוט³⁶².

דעתו של פרופ' אדרעי מעניינת דווקא משום ההקבלה שהוא יוצר בין דמוקרטיה "מהותית", כדבריו, לבין השלטון כ"נאמן":

לדעתי, מעצם בחירתו של הציבור הישראלי בשיטת הממשל הדמוקרטית פועל הריבון הישראלי באמצעות שליחים שנועדו להגשים את רצונו. הרשות השופטת אף היא שליח, כמו הרשות המחוקקת. זו גם זו שואבת את כוחן מ"כתב שלחות" שניתן להן. על כן יתכן, שהרשות המחוקקת

359 כלשונו של de Malberg.

360 זו הייתה בעצם כוונתם של ג'ון לוק ורוסו. ראו לעיל, דיון בחלק השני.

361 למשל, על התיאוריה של הסמכות המכוננת, על רעיון הדמוקרטיה המהותית ועל עקרונות "על".

362 "אדרעי, 'מהפכה חוקתית: האמנם?' משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453, 467.

סוטה מכתב השליחות והרשות השופטת תיקרא לתקן את הפגם, גם בהיעדר חוקה ברורה ומפורשת³⁶³.

אני מסכימה עם התוצאה שאליה מכוון פרופ' אדרעי, אולם אבקש לחלוק על השימוש המשתמע במודל האימפרטיבי³⁶⁴. סבורני, כפי שניסיתי להראות ברשימה זו, כי מודל של "שליחות" אינו מתאים לתיאור מערכת היחסים שבין הציבור לבין הרשויות השונות. ניתן להגיע לתוצאה של הגבלת כוחה של הרשות המחוקקת מבלי להציב מודל של שליחות בין הציבור לרשות זו, אלא באמצעות הטלת יחסי אמון ביניהם.

יחסי אמון יוצרים חובות אמון. חובת האמון הקיימת אפילו במנדט חופשי היא המספקת את התשתית התיאורטית הנדרשת כדי להצדיק הגבלה עתידית על כוח החקיקה של הכנסת. הכנסת אינה ריבונית בחקיקתה ואינה "כל יכול" בהפעלת כוחותיה. הריבון, העם, הפקיד את כוח החקיקה בידי נבחריו העם, כמקובל בשיטה דמוקרטית ייצוגית. יכולתה של הכנסת לחוקק כראית עיניה, כפי שגובע מרעיון הייצוג החופשי, איננה בלתי מוגבלת. עצם הבחירה בשיטת ממשל של דמוקרטיה ייצוגית כובלת את כוח החקיקה של בית הנבחרים. זה איננו יכול לפגוע בסדרי הממשל הבסיסיים. עיקרון הייצוג החופשי איננו מאפשר לכנסת לשנות בחקיקה את ערכי היסוד של המשטר³⁶⁵.

במדינות חוקתיות רבות, התנאים לפגיעה בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, כגון בזכויות היסוד, מצויות בחוקה וב-Bill of Rights. מטרתם היא להגביל את כוחותיהם של המופקדים על החקיקה.

במדינת ישראל ההגבלה על כוח החקיקה של הכנסת מצויה בחוקי היסוד החדשים. אולם בחוקי היסוד הקיימים אין די. הם בגדר "חוקה נכה"³⁶⁶. הם אינם מונעים, בצורה ברורה ומפורשת, חקיקתו של חוק או חוק יסוד אשר יהא בו משום פגיעה חמורה בעקרונות הדמוקרטיים.

קבלת רעיון ה"אמון החוקתי" הקיים בין הרשות המחוקקת לבין העם שאותו הוא מייצג תאפשר ביקורת שיפוטית הן על חקיקה רגילה והן על חקיקה "חוקתית". אף שיטה דמוקרטית ייצוגית אינה חסינה מפני ניצול לרעה, ולבית המשפט חייב להיות תפקיד של תיקון "כשלים" במערכת השלטונית, למשל, כאשר נשקפת סכנה של רודנות או של פגיעה חמורה בחירויות היסוד. הגלומד האמריקני John Ely טען בספרו³⁶⁷ כי:

363 "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטיוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח (תשנ"א) 461.

364 השוו את השימוש במונח "כתב שליחות" לאחד מסממניו המרכזיים של המודל האימפרטיבי, הוא השימוש ב"מחברת הוראות" (cahiers d'instructions).

365 השוו ע"ב 1/65 ירדור ג' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365; בג"צ 142/89 לאור ג' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ג' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221; בג"צ 4676/94 מיטראל ג' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15.

366 כדברי נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק בהוצאתו בכנס יובל וחוקה של אוניברסיטת חיפה, מיום 17.6.98.

367 J. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

...courts should protect those who can't protect themselves politically.³⁶⁸

יכול שייטען כי גם כיום קיימת אפשרות לביקורת שיפוטית מעין זו. יש בפסיקה הישראלית שורה של אמרות שיפוטיות המכירות, באופן "תורתי", בסמכות לביקורת שיפוטית על החלטה או מעשה חקיקה הפוגע פגיעה חמורה בערכי הדמוקרטיה. התפיסה העקרונית שלפיה יש לבית המשפט כוח להצהיר על בטלותו של חוק הנוגד את ערכי היסוד של השיטה הנכרה על ידי השופט ברק עוד לפני המהפכה החוקתית³⁶⁹. גישה זו קיבלה חיזוק נוסף בבג"צ 4676/94 מיטראל ג' כנסת ישראל³⁷⁰, שם אמר הנשיא ברק:

גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ושאר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה.³⁷¹

בפרשת קונטרס הוסיף השופט זמיר כי:

מדינת ישראל היא דמוקרטיה מהותית, שבה כל המוסדות היציגים מונחים על ידי ערכי יסוד, ובמרכזם כבוד האדם וחירותו...³⁷²

דמוקרטיה מהותית היא בהכרח דמוקרטיה מוגבלת. הרעיון הגלום באסמכתאות אלה הוא כי המשטר הדמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם. "זכויות אלה לא באו לו לאדם מהשלטון, והן קודמות לשלטון"³⁷³. על כן ניתן באופן עקרוני להעמיד ערכי יסוד בסיסיים אף מעל לקביעותיהם של חוקים וחוקי יסוד³⁷⁴. כוחם של עקרונות אלה חזק עד

368 שם, בעמ' 152.

369 בפרשת ירדור, לעיל הערה 365, בעיקר בחוות דעתו של השופט זוסמן בעמ' 390, המדבר על "עיקרון על" של דמוקרטיה מתגוננת. כן ראו בג"צ 142/89 תנועת לאויר ג' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529. שם, בעמ' 554 אמר השופט ברק: "באופן תורתי-עקרוני קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה". גזכיר, כי בע"א 6821/93 בנק המזרחי ג' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 סבר גם השופט חשין, בדעה הדומה באופן מהותי לדעתו של השופט ברק בפרשת לאויר, כי ישנם "עקרונות על" המגבילים את כוח החקיקה של הכנסת (כוחות "נסתרים", כלשונו של השופט חשין).

370 פ"ד ג(5) 15.

371 שם, בעמ' 28.

372 בג"צ 164/97, לעיל הערה 17, בעמ' 340.

373 שם, בעמ' 346 (הנשיא ברק).

374 לעניין זה ראו דעתו של פרופ' קרצמר במאמרו "מכרזמן וקול העם לבנק המזרחי – הדרך לביקורת שיפוטית הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כח (תשנ"ז) 359. פרופ' קרצמר מציע לקיים ביקורת שיפוטית על בסיס "פורמלי", בעיקר משום שבמערכת המפעילה ביקורת שיפוטית על בסיס "משפט טבעי" או "משפט דמוקרטי", סאיגנה מעוגנת בחוקה או במעשה תחקיקה, המילה

כדי הפקדת סמכות בידי בית המשפט³⁷⁵ לביטולם של חוקים וחוקי היסוד הפוגעים בהם בצורה "מהותית וקשה"³⁷⁶. הצעתי היא לנער אמרות אלה מן המעמד המעורפל שלהן, ולהשתית את האפשרות לביקורת שיפוטית באופן פוזיטיבי וברור על רעיון האמון החוקתי.

הבסיס העיוני להגבלת הסמכות המחוקקת ואף המכוננת של הכנסת נמצא בהכרת מעמדה כנאמן הציבור. לא רק חברי הכנסת, כבודדים, הם נאמני הציבור: הכנסת עצמה, כרשות מרשויות השלטון, היא "נאמן הציבור". היא עומדת במבחנים שהוצעו להכרה במעמד של "נאמן"; היא מקבלת מן הציבור "כוח" לפעול "בשמו" ולמענו. זוהי תמצית של הדמוקרטיה.

גישתי זו, המטילה על הכנסת מגבלה חוקתית בדמות רעיון האמון החוקתי, אינה מבחינה בין סמכותה המכוננת של הכנסת לבין סמכותה המחוקקת. הסמכות המוצעת לבקר – ואולי אף לפסול – מעשה חקיקה הפוגע באמון החוקתי מתייחסת הן לחוק רגיל והן לחוק יסודי. כך, לדוגמא, אם יתקבל חוק המגביל קשות, ובניגוד לתנאי פסקת ההגבלה, את חירות התנועה של בני מיעוט כלשהו, ושכותרתו היא "חוק יסודי"³⁷⁷, ניתן יהיה לפסול בשל היותו נוגד באופן שורשי ויסודי את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי ואת חובת האמון החוקתי.

יכול שייטען עוד, כי אף אם תאומץ גישה זו, הרי שקיים קושי לסווג מתי פעולה או חוק יהיו בגדר "נוגד באופן שורשי את טובת הציבור או את עקרונות היסוד

האחרונה היא של בית המשפט. במקרה זה, טוען פרופ' קרצמר, "החלטתו העקרונית מחייבת את החברה ואין היא ניתנת לשינוי". אני מקבלת, עקרונית, את העמדה על פיה ביקורת "פורמלית" עדיפה על ביקורת המבוססת על "משפט טבעי", אולם בעיני ביקורת פורמלית ראויה מצאה ביטוי אך בחוקה הגרמנית, המאפשרת לבית המשפט החוקתי לבטל לא רק חוק אלא אף תוראה בחוקה, אם זו אינה מתיישבת עם ערכי הצדק. סעיף ברוח זו אינו כלול, וספק אם יהיה כלול, בחוקתה הנבנית של מדינת ישראל. על כן אין לשלול, לדעתי, את היכולת לביקורת שיפוטית "בלתי פורמלית" גם על מעשה חוקתי כגון חוק יסודי, במקרה חריג וקיצוני. אגב, גם פרופ' קרצמר סבור כי ניתן יהיה לפסול חוק במשטר דמוקרטי שבו אין חוקה או מגילת זכויות, אם החוק הוא כזה שלא ניתן, על פי נורמות של המשפט הבינלאומי, להצדיקו בשום משטר דמוקרטי, שם, בעמ' 384 והערה 48). דעתי בדעתו. אני מציעה לבסס פסילה זו על עילה של הפרת חובת האמון החוקתית.

375 הסוו לעניין זה את הוראותיה של חוקת גרמניה.

376 השופט חשין התייחס בפסק דינו מפורסמת להגבלות הנובעות מהאופי ה"דמוקרטי" של המשטר. לשיטתו, הכנסת מוגבלת בחקיקתה באותם מקרים בהם היא "מחוקקת לעצמה" חוקים אשר מספלים בחברי הכנסת עצמם, או כאשר היא מתיימרת להאריך את תקופת כהונתה מעבר למה שנקבע ערב הבחירות שעל-פיהן היא מכהנת. ראו בהקשר זה י' דותן, "חוקה למדינת ישראל?", משפטים כח (תשנ"ז) 149, 176.

377 דוגמא מעניינת שהציג דותן (במאמרו שם, בהערה בעמ' 185). לדעתי, פסק הדין בעניין בנק המזרחי פתח פתח ליוזמת חקיקה מכוג זה, שיסכנו את השיטה החוקתית שלנו. לדעתי, קבלת רעיון ה"נאמנות החוקתית" יאפשר פיקוח שיפוטי על חקיקה מעין זו.

הדמוקרטיים". לטעון זה אענה כי קיימים ערכים שהם כה בסיסיים וכה שורשיים בחברה, עד אשר פגיעה חמורה בהם לא יכולה להתקבל כמוצדקת. אני נכונה להשאיר את הסיווג למקרה קיצוני זה בידי בית המשפט. אין לחשוש מכך. יש להניח כי סמכות קיצונית זו תופעל אך במקרים קיצוניים ביותר, ויש לקוות כי לעולם לא. אולם המסר לכנסת חייב להיות ברור: הכנסת היא "נאמן הציבור" בהפעילה את כוחות החקיקה שלה. "כמו כל כוח", טוען פרופ' אדרעי, "גם סמכויות החקיקה גם סמכויות השיפוט כפופות ליחסי נאמנות"³⁷⁸.

תורת האמון מאפשרת לטעון כי מוטלת על הכנסת חובת אמון כלפי הציבור להימנע מחקיקה השוללת או מגבילה בצורה קיצונית וחמורה את זכויות היסוד של הפרט. גם בעשותה שימוש ב"כובע" המכונן שלה, חבה הכנסת בחובת אמון זו. אוסיף, כי התפיסה בדבר אמון חוקתי אינה חדשה. היא פותחה בעיקר בקנדה ובארצות הברית ומתייחסת לחובת האמון שחב בה השלטון כלפי האינדיאנים והאבוריג'ינים³⁷⁹. בקנדה, למשל, נטען כי מעמדה העליון של החוקה נובע מקיומו של אמון בסיסי אשר מנחה את פעילותן של רשויות השלטון:

At the most abstract level, the trust embodies the fundamental doctrine that governments do not possess unlimited powers but are constrained by their intrinsic mandate, which is to govern for the welfare of the people, both those now living and those to be born.³⁸⁰

רעיון זה אינו שונה במהותו מזה של ג'ון לוק. ברמת הכללה גבוהה, מדובר בניסיון של הדוקטרינה להניח תשתית עיונית כדי להצדיק את הגבלת כוח החקיקה של הריבון. התיאוריה בדבר האמון החוקתי שוללת את הגישה האנגלית של ריבונות הפרלמנט. בקנדה, למשל, ביסוד המבנה החוקתי עומדת דוקטרינת האמון. הלגיטימיות של החוקה (או העדר הלגיטימיות) נקבעת בהתאם למידת הכיבוד הניתנת לחובות האמון הטבועות בה³⁸¹.

גם בדוקטרינה האוסטרלית קיימת התלבטות בשאלת האמון, בשל אותו קושי בסיסי של ריבונות הפרלמנט. לשאלה החשובה שהציג Paul Finn יש משמעות גם מבחינת הדין הישראלי:

378 אדרעי, לעיל הערה 336, בעמ' 480.

379 ראו B. Slattery, "First Nations and the Constitution: A Question of Trust," 71 *Can. Bar Rev.* (1992) 261; R.H. Barlett, "The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians" 53 *Sask. L. Rev.* (1989) 301; J. Hurley, "The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guerin v. The Queen*" 30 *Mc. Gill L.J.* (1985) 559.

380 Slattery, לעיל הערה 379, בעמ' 270.

381 שם, בעמ' 277.

...the bleak and outstanding question is whether that trusteeship provides an outer limitation upon the uses to which official power can be put?... Does it, can it... limit Parliaments?³⁸²

בהתאמה אשאל ביחס לדין הישראלי: האם מכוח האמון שבו חייבים חברי הכנסת יכול בית המשפט להתערב במעשה חקיקה בטענה כי נעשה תוך הפרה של חובת האמון לציבור?³⁸³ לדעתי, ניתן יהיה לענות בחיוב על שאלה זו. האמון החוקתי יכול לשמש בסיס עיוני לביקורת שיפוטית גם על מעשה חקיקה.

האמנה החברתית, האמון החוקתי, הדמוקרטיה המהותית ועקרונות היסוד של השיטה – כל אלה הן ביטוי לאותו רעיון ממש, והוא היכולת העיונית והמעשית להגביל את הכוח הניתן לרשויות השלטון. במובן התוצאתי, הצעתי אינה שונה מהצעות שנשמעו בעבר ושנועדו לתמוך בקיומה של הגבלה זו. מטרתי להראות כי אפשר לבסס הגבלה זו, מבחינה תיאורטית, גם על דוקטרינת האמון. הרעיון של "נאמן הציבור" יש בו כדי למתוח קו לכוונתיה של הכנסת, שאין היא יכולה לחצות אותו. בית המשפט העליון הוא המופקד לשמור כי לא ייפגע האמון החוקתי, שכן "כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים"³⁸⁴.

פתחתי באמנה החברתית ואסיים בה.

אמר השופט זמיר בפרשת קונטרס כי "האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית ואף לא מסמך משפטי, אלא היא רעיון הנותן ביטוי לרמות הרצויה של החברה"³⁸⁵. בעיני, האמנה החברתית היא ביטוי נרדף לרעיון השלטון כנאמן. זה אינו דין רצוי; זוהי תמציתה של הדמוקרטיה המהותית. כדברי הנשיא ברק: "תפיסת האמנה החברתית המקובלת

382 Finn, לעיל הערה 245, בעמ' 232.

383 מכלול הנושאים ששאלה זו מעוררת, הבתייחסים לביקורת השיפוטית בכללותה ולמרחב הפעולה הפרשני תורגם ממטרות הרשימה. ראו התייחסות כללית בלבד לשאלות אלה אצל דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ו) 535, 569–579, בעיקר בהערה 69. כן ראו Ely, לעיל הערה 367; "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?," 101 Yale L.J. (1991) 3. דותן במאמרו סוקר מודלים שונים לביקורת שיפוטית של חקיקה, וביניהם הוא מונה מודל המאפשר התערבות שיפוטית במגמה לתקן כשלים באופן הפעולה של המערכת הפוליטית, לעיל, בעמ' 574. מודל זה מבוסס על הנחת היסוד לפיה הליך יצירת החוקים הוא תוצאה של אינטרקציה בין קבוצות אינטרס שונות בציבור כגון ארגונים ציבוריים, מפלגות, קבוצות לחץ, איגודים וכיו"ב. כאשר קבוצה מסוימת סובלת מתת-ייצוג בהליך החקיקה, יכול להיווצר "כשל" בהליך הדמוקרטי המצדיק התערבות מצד בית המשפט. דותן דוחה את השימוש במודל זה כבסיס להתערבות ולביקורת שיפוטית, בעיקר בשל העובדה כי הקביעה על פיה קיים "כשל" בהליך החקיקה בשל העובדה כי קבוצת מיעוט אינה מיוצגת, היא בעיקרה קביעה "ערכית" של בית המשפט.

384 בג"צ אייזנברג, לעיל הערה 1, בעמ' 266.

385 בג"צ קונטרס, לעיל הערה 17, בעמ' 340.

עלינו היא זו הקובעת ממשל מוגבל שסמכותו היא לשרת את האדם³⁸⁶. החובות המוטלות היום על השלטון אינן נובעות מדין רצוי. הן ביטוי לעיקרון כללי שקיים de jure, וניתן לבססו על תשתית עיונית ברורה. ייאמר שוב: הרשות המחוקקת, כחלק מן השלטון, היא נאמן הציבור.

התהליך שעבר עיקרון הנאמנות מרעיון ערטילאי ועד להפיכתו לעיקרון כללי זהה לתהליכים העוברים על העקרונות הכלליים בפסיקה הישראלית. אומר הנשיא ברק כי:

וזה... "גאוניותה" של ההלכה הפסוקה... אשר מכירה בחובות מיוחדות הנתפסות במשך הזמן כביטוי לעקרון כללי, ממנו נגזרות חובות מיוחדות חדשות, הנתפסות כביטוי לעקרון כללי (ישן או חדש), ממנו נגזרות חובות מיוחדות חדשות, ותוור חלילה.³⁸⁷

גם הפסיקה בסוגיית האמון מתפתחת באופן דומה: תחילה הוטלו החובות כלפי הרשות המנהלית, ולאחר מכן הוסק הכלל על פיו "רשות הציבור משלה אין לה ולא כלום". לגבי חברי הכנסת, הרי שתחילה הופיעה הפסיקה הקונקרטית, זו שקבעה חובות ספציפיות, כגון החובה לפרסם הסכם קואליציוני. אחר בא הכלל על פיו "כל חבר הכנסת הוא נציג של העם כולו. עליו לפעול כנאמן הציבור"³⁸⁸. כיום יש לראותו כעקרון כללי המהווה חלק מן המשפט החוקתי במדינת ישראל.

מטרתה של הרשימה להצהיר על הכלל החדש על פיו "חבר הכנסת הוא נאמן הציבור", לבסס את טעמיו ולתמוך בו עיונית. הבסיס העיוני קובע את דרכי התפתחותו של ההסדר³⁸⁹. בשלב גזירת החובות הנובעות מכלל זה חייב בית המשפט במידת זהירות רבה. יש להכיר בכך כי לחבר הכנסת יש אינטרסים פרטיים, אולי בניגוד לרשות השלטונית. רק אחדות מן החובות של המשפט הציבורי הן ברורות יישום על חבר הכנסת. לא ניתן יהיה להטיל עליו את מלוא החובות כפי שהן חלות על הרשות השלטונית במשפט הציבורי. נדרשת מלאכת איזון עדינה בין חופש הפעולה הפוליטי לבין טוהר המידות הציבורי. בדומה לגישתו של הנשיא ברק בפרשת קונטרס, על פיה "חובת הפרט כלפי השלטון צריכה להיקבע נקודתית על פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה"³⁹⁰, כך גם החובות על חברי הכנסת צריך שיקבעו נקודתית, ובהתאם לנסיבות.

מלאכת האיזון צריכה להיעשות בראש ובראשונה על ידי המחוקק. כללי האתיקה של חברי הכנסת והאיסורים אודות עיסוק נוסף הם דוגמאות טובות לאיזון ראוי. מעבר להסדרים אלה, נתונה מלאכת האיזון לבית המשפט. העיקרון לפיו "חבר הכנסת הוא נאמן הציבור" נועד להוות בסיס עיוני לפיתוח נורמות שיהא בהן כדי להעלות את רמת המוסר הציבורי.

386 שם, בעמ' 349.

387 שם, בעמ' 345.

388 בג"צ ולגר, לעיל הערה 1, בעמ' 807.

389 הנשיא ברק בבג"צ קונטרס, לעיל הערה 17, בעמ' 353.

390 שם.