תוכן עניינים

[מבוא 2](#_Toc43800806)

[חוקה 3](#_Toc43800807)

[ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל- הרקע למהפכה החוקתית 4](#_Toc43800808)

[המהפכה החוקתית – 1992 6](#_Toc43800809)

[שלוש גישות לפרשנות חקיקה 7](#_Toc43800810)

[הבדלים בין שני חוקי היסוד 8](#_Toc43800811)

[המהפכה החוקתית בבית המשפט 9](#_Toc43800812)

[המצב החוקתי כיום, מאז בנק המזרחי- התפתחות הפסיקה 12](#_Toc43800813)

[המצב החוקתי כיום, מאז בנק המזרחי- ההתפתחות בכנסת 14](#_Toc43800814)

[ביקורת שיפוטית 16](#_Toc43800815)

[עילות סף 17](#_Toc43800816)

[זכות העמידה 18](#_Toc43800817)

[שפיטות 20](#_Toc43800818)

[בשלות 24](#_Toc43800819)

[ביקורת שיפוטית חוקתית סובסטנטיבית (תוכנית) 29](#_Toc43800820)

[תורת שלושת השלבים 29](#_Toc43800821)

[רציונאליים 29](#_Toc43800822)

[1. שאלת הפגיעה 30](#_Toc43800823)

[2. חוקתיות הפגיעה – פסקת ההגבלה 36](#_Toc43800824)

[3. הסעד: תוצאות אי החוקתיות 48](#_Toc43800825)

[ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה - פרוצדוראלית 49](#_Toc43800826)

[ארבעת העקרונות הבסיסיים של הליך החקיקה: 50](#_Toc43800827)

[סיכום ביקורת שיפוטית 54](#_Toc43800828)

[המשפט החוקתי המוסדי 54](#_Toc43800829)

[מבוא: הפרדת רשויות 54](#_Toc43800830)

[הכנסת – הרשות המחוקקת 55](#_Toc43800831)

[הבחירות לכנסת 55](#_Toc43800832)

# מבוא

**שיעור 1-**

מרכיבי הציון בקורס:

80% מבחן סופי

20% עבודה סופית (מוגשת ב2 שלבים)

עד 5 נק' מיטיב על השתתפות התורמת לשיעור

\*קריאת רשות – אין ציפייה לדעת, פסקי דין שלא משמעותיים כבר מבחינת הלכה אך הם חשובים להבנת השתלשלות הפסיקה, מאמרים שיכולים רלוונטים לנו להמשך.

המשפט החוקתי:

* ההיבט המוסדי- תחום משפט שמסדיר את פעולותיהם של מוסדות השלטון. (למשל: מי יכול לחוקק? רק הכנסת ולא רה"מ בלבד, האם ביהמ"ש יכול להורות לרה"מ לבצע דבר מסוים?..).
* זכויות הפרט כלפי השלטון- ההגבלות שמוטלות על השלטון בבואו להפעיל את הכוח שהופקד בידיו ע"י העם.
* עוסק ביחסים בין המדינה ומוסדותיה לבין הפרט (**לא אזרח, אלא פרט**. יש זכויות שהן אוטומטית מגיעות לכל פרט באשר הוא אדם).

ישנן שתי הנחות יסוד שמונחות בבסיס המשפט החוקתי:

1. פיצול בין הריבון במדינה לבין השלטון- **פעם** הגישה הייתה שהריבון הוא המלך, והאזרחים הם הנתינים, הרכוש שלו, וכך גם השטח שנמצא במדינה. **לאחר** ביסוס החוקה האמריקאית (החוקה המהפכנית הראשונה בעולם המודרני)- התפיסה היא שהריבון הוא העם. מכיוון שאנחנו לא חיים באתונה העתיקה שבה היה דמוקרטיה ישירה, ישנה הפרדה בין הריבון (העם), לבין השלטון עצמו. העם נתן את המנדט לרה"מ ולממשלה, ולכן ישנה "בעיית הנציג"- האם אנחנו יכולים להיות בטוחים שהנציגים שלנו יעבדו לטובת העם ולא לטובת האינטרסים האישיים שלהם? **הסיבה שצריך משפט חוקתי-** הסדרת היחסים בין העם לבין השלטון. הבטחת הגשמת המטרה שהנציגים אכן ייצגו את הריבון כראוי. (אכן ישנן מדינות שיש בהן יותר קריטריונים של דמוקרטיה ישירה, כמו שוויץ, שיש בהם הרבה משאלי עם. בנוסף, מדינות מסוימות בארה"ב פועלות במודל זה. בישראל אנחנו פועלים בצורה של דמוקרטיה עקיפה לחלוטין).

\*\*בהרבה חוקות בעולם ישנה הגבלה של העלאת שכר הח"כים (לדוג': העלאת השכר תחול רק מהכנסת הבאה), אצלנו אין דבר כזה.

1. שלטון מוגבל- לכאורה זה דבר לא יעיל (לדוג': בצפון קוראיה השליט מחליט על דבר מסוים, מוציא החלטה ופותר את הבעיה). (לדוגמה לא לצאת מהבית בגלל הקורונה). שלטון יכול להיות מסוכן לריבון, לכן אנחנו משלמים מחיר מסוים באפקטיביות בשביל להגביל אותו. גם אם האדם נבחר באופן דמוקרטי (ולא שילטון עריץ), עדיין יש לו הגבלות כדי לשמור על כך שהוא יפעל לטובת הריבון. ההגבלה היא לא רק על הפרלמנט, אלא על כל רשות מדינית (השופטת, המשטרה- גופים שלא נבחרים בצורה דמוקרטית, ולכן הם עלולים להוות סכנה רבה יותר מאשר הכנסת).

מכוח שתי הנחות האלה, וע"מ לממש אותן, התפתחה התפיסה החוקתית. יש לנו 2 אמצעים למימושם (2 ההיבטים המרכזיים של המשפט החוקתי):

1. ההיבט המוסדי- הדוגמה הקלאסית היא "**הפרדת רשויות"**- "כוח משחית, וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט". הסכנה היא שאדם שיקבל כוח רק ישתמש בכוחו בצורה מושחתת שתפגע אנושות בריבון. לכן יש לנו 3 גופים שונים: הרשות השופטת, המבצעת והמחוקקת. אנחנו משלמים מחיר מסוים באפקטיביות וביעילות של השלטון ע"מ לוודא שהדמוקרטיה נשמרת. ישנו עיקרון משלים לשיטת הפרדת הרשויות הנקרא **"איזונים ובלמים"-** לא רוצים שיהיה לכל רשות תחום אחד שיוכל לבצע בו מה שהוא רוצה והאחרים לא יכולים להתערב, אלא כל רשות יכולה לזלוג מעט ולהתערב באחריות של האחרים (גוף שיכול לבקר ולהשפיע על הרשויות האחרות, ע"מ לשמור על הדמוקרטיה).
2. ההיבט של זכויות האדם- ישנה מגילה של זכויות שהשלטון לא יכול לפגוע בהם (התפיסה החוקתית הישראלית היא שעצם זה שיש זכויות לא אומר שהשלטון **לא יכול לפגוע בהם בכלל**. מצד אחד השלטון צריך להיות מסוגל לפגוע בזכויות מסיבות מידתיות כלשהן, אך מצד שני יש חשיבות לשמירה על זכויות האדם והאזרח).

## חוקה

משפט חוקתי מורכב מהמילה "חוקה", אך האם יש לנו חוקה? זו שאלה מורכבת במדינת ישראל. יש להבין את השאלה לפי שאלות שונות: מהי חוקה? ממה מורכבת חוקה?

חוקה= צירוף הכללים או העקרונות הבסיסיים אשר עליהם מושתת המדינה.

בהגדרה המינימאלית ביותר מדובר בכללים ובעקרונות שקובעים את מוסדות השלטון וקובעים את הפעולות שלהם (מבנה השלטון, ההגבלות, הסמכויות..).

לכל מדינה **בהכרח** יש חוקה, גם היא לא כתובה בצורה מפורשת (עקרונות ונורמות בלתי כתובות).

החוקה הפורמאלית= חוקה שכתובה במסמך אחד ברור (כמו בארה"ב). – זו החוקה שלרוב מדברים עליה כאשר מציינים את המילה "חוקה".

החוקה המטריאלית= אגד עקרונות שבתוכן שלהם הם מהווים את החוקה המדינית (כמו באנגליה בעבר ובישראל כיום).

תוכן החוקה- המינימום- ההיבט המוסדי. לרוב- הכוונה גם למרכיב של זכויות האדם.

החוקה האמריקאית הייתה במקור חוקה פורמאלית אשר כללה אך ורק את ההיבט המוסדי (מי יכול לחוקק ולשפוט..). מגילת זכויות האדם התווספה אליה לאחר מכן ולא נכחה שם במקור (באחד התיקונים).

\*\*תוספות שונות שנמצאות בחוקות- נקודות שעוסקות בזהות המדינה, ערכי יסוד וזכויות המדינה (כמו בישראל: חוק הלאום, ההגדרה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).

נוקשות- ע"מ לשנות את החוקה נדרשת פרוצדורה מיוחדת, ששונה ולרוב מורכבת ותובענית יותר משינוי חקיקה רגיל (המטרה- שלא יהיה ניתן לשנות ולבטל בקלות את החוקה).

לדוג': בחוקה האמריקאית לא מספיק שכל הקונגרס יתמוך בשינוי. צריך ש2/3 מבתי הקונגרס יתמכו בשינוי + ממדינות ארה"ב יתמכו בשינוי.

\*\*כאשר מקבלים שינוי בחוקה היינו רוצים שיילקחו בחשבון שיקולים שאינם מגזריים, מפלגתיים או רגעיים שהממשלה זקוקה להם ע"מ לחוקק או לשנות דבר ספציפי וקטן.

ישנן מספר בעיות הנובעות מנוקשות החוקה- האם זה לגיטימי וכיצד ייתכן שהדור הראשון שקבע את החוקה "ישלוט" על הדורות הבאים, ויהיה קשה מאוד לשנות אותה? הערכים הרי משתנים בין התקופות והזמנים (למשל: איסור על נשים ושחורים להצביע...). כשקובעים מנגנון נוקשות נדרש מנגנון איזון בין חוקה שאינה מאפשרת שינוי כלל ומתקבעת בנקודות עתיקות ולא רלוונטיות, לבין הרציונאל שהחוקה לא תשתנה כל שני וחמישי. (נקודה מעניינת- יש חוקות בעולם שיש בהם סעיפים נצחיים שלא ניתנים לשינוי לעולם, נוקשות מוחלטת. לדוג': החוקה הגרמנית- בעקבות עליית הנאציזם בעבר, רוצים למנוע את האפשרות שדבר שכזה יתרחש בשנית, וע"כ חוקי זכויות האדם קבועים לנצח בחוקה הגרמנית).

עליונות- לחוקה יש מעמד עליון, היא עומדת מעל כל שאר החוקים והנורמות אשר נקבעו במדינה (פירמידת הנורמות של קלזן).

ככל שהנורמה נמצאת במקום גבוה יותר בפירמידה: 1)היא גוברת על נורמות נמוכות יותר. 2)הגוף/המוסד צריך להיות גוף בעל מנדט ישיר יותר מהריבון (העם). 3)היא מפורטת פחות ותמציתית יותר (השלבים שנמצאים תחתיה בפירמידה יפרטו אותה).

\*חלק מהבעיה שנוצרה בישראל היא מכיוון שהכנסת היא גם חלק מהרשות המחוקקת וגם המוסד המכונן

## ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל- הרקע למהפכה החוקתית

במגילת העצמאות נקבע שלמדינת ישראל צריכה להיות חוקה (אם מסתכלים אפילו יותר אחורה, ניתן לראות כי בתוכנית החלוקה ניתנו מספר תנאים ודרישות ע"י האו"ם. אחד מהם היה כינון חוקה). בנוסף, נאמר שם כי תיקבע אסיפה מכוננת אשר תקבע ותבסס את החוקה. היו בחירות לאסיפה המכוננת, אשר המנדט שלה לא היה אמור להיות כאסיפה מחוקקת אלא רק אסיפה מכוננת. מועצת המדינה הזמנית הייתה אמורה להיות הרשות המחוקקת, ולכן עד היום יש לנו חוקים אשר נקראים בשם "פקודות" (כמו פקודת הנזיקין). מכיוון שהאסיפה המכוננת נקבעה בצורה דמוקרטית, הוחלט להעביר להם גם את המנדט של הרשות המחוקקת ("פקודת המעבר"), שהיה עד אז נתון בידי מועצת המדינה הזמנית. וכך, היא בסופו של יום הפכה להיות הכנסת הראשונה.

במהלך השנים היו מספר ניסיונות לחקיקת חוקה בישראל (ראש המתנגדים- בן גוריון. אחד מהתומכים הגדולים, עד שעלה לשלטון בעצמו- בגין), אך הם לא התקדמו מכל מיני סיבות. בשנת 1950 נקבעה **"החלטת הררי"-** לא הוצהר שלא תתקבל חוקה, אלא החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, שכל חוק בה יהיה חוק יסודי בפני עצמו. כל הפרקים יחדיו יתאחדו לחוקת המדינה. מפה נולד הטיעון כי חוקי היסוד נמצאים במעמד של חוקה, אך זה לא כ"כ פשוט. ניתן להבין את החלטת הררי בשני אופנים שונים- ניתן להבינה גם כי בינתיים מבצעים ומחוקקים את הפרקים האלה, שיש בהם הסכמה מדינית. רק כאשר יסיימו לבצע ולחוקק אותם – יאגדו ויכתבו על סמך החוקים האלה חוקה שתעמוד בפני עצמה. מכיוון שבכנסת הראשונה לא הצליחו לקבוע חוקה, הועברה הסמכות המכוננת והמחוקקת לכנסת השנייה ע"י "פקודת המעבר לכנסת השנייה". מכיוון שהמנדט הועבר הלאה, ברק ושמגר טוענים בפס"ד בנק המזרחי שלכל כנסת שנבחרת (עד כה) יש את אותן הסמכויות, מתוך הרציונאל של "עקרון ההמשכיות", לעומתם- חשין היה בדעת מיעוט וטען כי ע"מ שהכנסת תקבל את המנדט של חקיקת חוקה, עלייה להבחר מחדש ע"י העם לתפקיד זה בכל פעם מחדש.

גם לפני המהפכה החוקתית (שנת 92') התקבלו חוקי יסוד- 9 חוקי יסוד משטריים, שהראשון שבהם היה "חוק יסוד הכנסת". היוצא דופן בחוק יסוד זה הוא שיש בו סעיף שריון אשר מקנה לו נוקשות, ניתן לבטלו רק ברוב של מעל 91 ח"כים (ס' 4 העוסק בשיטת הבחירות לכנסת). חוקים אלו נגעו בהיבט המוסדי בלבד ולא בהיבט של זכויות האדם. התבטלו אך ורק 4 חוקים עד למהפכה החוקתית, אשר ביטולם התבסס רק על הסעיף המשוריין. חוץ מסעיף זה, התפיסה הייתה כמו באנגליה העתיקה- הכנסת היא כל יכולה ובלתי מוגבלת. לא הייתה מגילת זכויות אדם חוקתית.

קריאה לשיעור הבא:

* פס"ד בנק המזרחי
* חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
* חוק יסוד: חופש העיסוק

# המהפכה החוקתית – 1992

**שיעור 2**

בשיעור המבוא דיברנו על הקושי והפער בין הריבון (אנחנו, העם) לבין השלטון (הנציגים שלנו). עלולות להיות בעיות של "חשש הנציג", ולכן יש את הרציונאל של משפט חוקתי- שלטון מוגבל ע"י שני היבטים שדיברנו עליהם.

**\*\*הקורונה בישראל:** השלטון מגביל את חופש העיסוק וחופש התנועה. בימים האחרונים נוספו היבטים נוספים חמורים יותר- ההחלטה לאפשר שימוש בכלים אלקטרונים (ששימשו עד כה רק למעקב אחר הטרור) ע"מ לעקוב אחרי חולים. הרציונאל הוא ברור- מניעת הידבקות המונית. מנגד- פגיעה חמורה בפרט, באמצעים שעד כה היו שמורים רק לשב"כ נגד המלחמה בטרור. אנחנו נמצאים בבעיה, כי אין לנו שלטון (כנסת) ואין לנו ועדות שיפקחו על ההחלטות של הממשלה- האם האמצעים הם מידתיים? האם זה מקובל?.

אנחנו נמצאים במצב חוקתי מאתגר בעקבות הסיטואציה של הקורונה ובעקבות העובדה שיש לנו ממשלת מעבר זמנית.

תקנות לשעת חירום שקבעה הממשלה- יש להן מעמד עליון בפירמידה הנורמטיבית, כמו חוקים ממשלתיים רגילים. כעיקרון החלטות של ועדות שרים בממשלה הן כמו החלטות ממשלה, השוני הוא שניתן להגיש אליהן ערער.

המהפכה החוקתית 1992-

בעקבות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק. בנוסף, תיקנו את חוק יסוד הממשלה- הייתה תקופה קצרה שעשו בחירות ישירות לראשות הממשלה (יש כאלה שחשבו שזו המהפכה הגדולה, אך מאז תיקון זה כבר בוטל).

רקע: בשנת 1990 הייתה **הצעת חוק ממשלתית** זכויות של דן מרידור- שר המשפטים (מהליכוד) בוועדת שרים לחקיקה, אך אז בוצע ה"תרגיל המסריח" והוקמה ממשלה צרה של הליכוד. אמנון רובינשטיין ממפלגת העבודה (האופוזיציה) מעתיק אחת לאחת את הצעת החוק של דן מרידור כ"הצעת חוק פרטית" ומציע אותה. היא עברה קריאה טרומית, אך נתקעה לאחר מכן. הוא הבין שכנראה הצעת חוק היסוד המלאה לא תעבור בשלמותה, ולכן הרעיון שלו היה לחלק את חוק היסוד ל4 חלקים ולהעביר כל אחד מהם בנפרד (שניים מהחלקים שכן עברו הם – חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד חופש העיסוק). היו שני חוקים כאמור שלא עברו, ובחוקים שכן עברו, הוצאו חלקים שהיוו כר פורה לחלוקות- שוויון (היה חשש שישפיע על ענייני דת ומדינה) וחופש התנועה (באותה התקופה היה דיון על האם מותר לחסום את כביש בר אילן בשבת). **העבירו יחד את החוק 4 שחקנים** משמעותיים מרכזיים- אמנון רובינשטיין מהאופוזיציה (כיום מרצ), דן מרידור (שר המשפטים מהליכוד), אוריאל לין (יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט מטעם הליכוד), יצחק לוי (יו"ר המפד"ל). **המתנגדים** בעיקר היו המפלגות החרדיות. היה פחות דיכוטומיה בזמנים הללו על כך שזכויות כבוד האדם שייכות לשמאל ולא לימין, ולכן נוצר שיתוף פעולה שכזה.

האם הממשלה אכן התכוונה לקבל מהפכה חוקתית? ישנה מחלוקת.

* **הגרסה של הכנסת ומקדמי החוק היסוד-** מבחינה מהותית הם הבינו מה המשמעות של החוק והתכוונו לכך. זה שהם התווכחו על פסקת הקבלה, מעיד שהם באמת התכוונו לכך שתהיה ביקורת שיפוטית. והטענה שלהם מדוע הפעם זה הצליח לעבור לעומת פעמים אחרות בעבר היא בעקבות הפשרות והפרטים הקטנים ששונו (נמחקו הנקודות שנוגעות לשוויון לדוגמא). יש מי שטוען ש"התרגיל המסריח" הביא לייאוש מפוליטיקה רגילה, ויש דברים שצריכים לעלות לחוקים חוקתיים. (יש ביקורת לגבי השימוש של ברק במושג "מהפיכה חוקתית", אך לגבי המהות יש הסכמה).
* **טעות המתנגדים** (בעיקר מיקי איתן ואריה דרעי)- החוק עבר בגלל חוסר מודעות של ח"כים, שלא הבינו. ישנה טענה אף קיצונית יותר שטוענת כי ליוזמי החוק היה "נוח" שיהיו ח"כים שלא יבינו את המשמעות, ורוב חברי הכנסת לא טרחו להיות נוכחים בהצבעה השנייה והשלישית (הייתה נוכחות מצומצמת ביחס לחוק שיהיה ישיר לחוקה).

## שלוש גישות לפרשנות חקיקה

גישת כוונת המחוקק-למה התכוונו ח"כים הספציפיים שרצו להעביר את החוק, ומה הבינו ח"כים האחרים שהבינו והצביעו בעד החוק (או אפילו לא הגיעו להצבעה כי חשבו שלא מדובר בחוק חשוב).

גישה תכליתית- יותר חשוב לנתח את החוק עצמו ולהבין מהי הייתה המטרה של החקיקה, ולא רק להתייחס למה הייתה כוונת המחוקק (למשל כאן: האם התכוונו למהפכה החוקתית או לא). דעתו של השופט ברק.

גישת הטקסטואליזם- אין להתעניין באינדיקציות חיצונית, יש להסתכל על מה בדיוק אומר הטקסט. הטענה של התומכים בגישה זו היא כי מה שחברי הכנסת מצביעים עליו זה הטקסט של החוק, ולא כוונת הח"כים שמנסים להעביר את החוק.

**עליונות נורמטיבית- מעמד "על חוקי"**

האם חברי הכנסת אכן התכוונו להעניק לחוקי יסוד אלו מעמד של חוקה? כיצד ניתן להבחין כי מדובר בחוקים שיש להם "עליונות נורמטיבית"- מעמד "על חוקי"? נבחן זאת בכל אחד משני החוקים הנ"ל.

חוק יסוד: חופש העיסוק-

ס' 4- פגיעה בחופש העיסוק- ישנן מגבלות ספציפיות ומוגדרות מתי ואיך ניתן לפגוע בחופש העיסוק, לעומת המצב ששרר לפני חקיקת חוק זה (בעבר: המחוקק יכול היה להצר/להגביל/לפגוע בחופש העיסוק ללא מגבלה).

ס' 5- תחולה (היום מכונה "פיסקת הכיבוד")- עד אז התפיסה הייתה שלכנסת יש רשות לפגוע בזכויות של חופש העיסוק, אך הרשות המבצעת לא יכולה לפגוע בו. בעקבות חקיקת החוק נקבע כי כל הרשויות מנועות מפגיעה בחופש זה.

ס' 6- יציבות- גם בשעת חירום אין לפגוע בחוק זה.

ס' 7- נוקשות ושריון של החוק (רק ברוב של 61 ח"כים)- נוקשות מלמדת על עליונות. חידוש של 1992- אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד- מלמד על מעמד נורמטיבי גבוה יותר.

ס' 8- מגבלה של חקיקת חוק נוגד במודעות- **פסקת ההתגברות-** אם הכנסת רוצה לחוקק חוק שסותר את הזכות הזו, עלייה לציין בצורה מפורשת בחוק שהוא אכן נחקק בניגוד אליו. הוראת החוק הסותרת תהיה תקפה ל4 שנים בלבד, אא"כ נאמר אחרת בחוק.

**שיעור 3 ו4-**

תקנות לשעת חירום= מאפשרות לממשלה להעביר תקנה שמעמדה כמו חוק במקרים שאין אפשרות שהכנסת תעביר אותם.

\*\*

המשך לשיעור הקודם- מה "מסגיר" כי לחוק היסוד יש מעמד נורמטיבי עליון?

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

ס' 1א- המטרה להגן על כבוד האדם בעיגון בחוק יסוד.

(ס' 2- כשלעצמו לא מראה על עליונות נורמטיבית. הוא מראה על סגנון של כתיבה חוקתית- כתיבה מצומצמת ותמציתית.)

ס' 8- פסקת ההגבלה. העליונות לא נובעת מן הנוקשות, אלא מן השוויון המהותי/תוכני. התפיסה החוקית שהייתה קיימת עד 92' היא שאין פוגעים בזכויות אלא בחוק (כל חוק). פסקת ההגבלה אומרת שניתן להתגבר על חוק יסוד בחקיקה שהולמת את ערכיה של מד"י, לתכלית ראויה ובצורה מידתית.

ס' 10- סעיף שמירת הדינים. מעצם זה שאנחנו רואים שאין בתוקפו של החוק לפגוע בחוק שהיה קיים כבר, אנחנו מבינים שחוק חדש לא יכול לסתור את חוק זה. התוקף של כל החוקים החדשים יהיה כפוף לחוקים האלו. סעיף זה מראה שחברי הכנסת מבינים את המשמעות של החוק, והשינוי שיבוא בעקבותיו. זו הייתה פשרה שהמטרה הייתה בשביל לקבל את החוק, בעיקר בשביל להגן על חוקים בעניין דת ומדינה.

ס' 11- סעיף הכיבוד. על כל הרשויות לכבד את הזכויות לפי חוק זה (לאחר המהפכה החוקתית- גם הכנסת הפכה להיות כפופה לחוקי היסוד).

ס' 12- סעיף היציבות. לא ניתן לפגוע בכוח החוק.

## הבדלים בין שני חוקי היסוד

פסקת ההתגברות

מופיעה רק בחוק היסוד חופש העיסוק! נכון להיום, לא נמצאת באף חוק אחר. מצד אחד היא בעייתית כי היא מחלישה את ההגנה על חוק היסוד. מצד שני- היא סממן אחר לעליונות נורמטיבית. יוצרים תנאים פרוצדוראלים למגבלה. מקור ההשראה המרכזי לגבי מודל זכויות האדם שיש לנו במדינה הוא קנדה. מטרת פסקה זו היא להגן על אינטרס ציבורי-כללי, תוך פגיעה בזכות הפרט.

ישנם דיונים היום על האם להחיל את פסקת ההתגברות (מאפשר להגביל את הזכות גם בצורה לא מידתית, שלא הולמת את ערכיה של מד"י ולתכלית לא ראויה). גם על חוק היסוד כבוד האדם וחירותו. המתנגדים- נתפס כהרבה יותר מסוכן ובעייתי מפסקת ההתגברות של חופש העיסוק.

השתלשלות היסטורית: בראשית, לא הייתה פסקת התגברות באף אחד משני חוקי היסוד הללו. השינוי המשמעותי התרחש בתיקונים שנערכו בשני חוקי היסוד בשנת 1994. בפעם הזו, לא היה אף ח"כ שטען כי המהלך היה לא ידוע. פרשת מיתראל (הראשון. אח"כ עתרו שוב לבג"צ)- איסור על יבוא בשר לא כשר. ש"ס ביקשו לתקן את חוק היסוד כי הבינו כי הוא עלול להוביל לשינוי במצב השורר כיום בפוליטיקה בנושאי דת ומדינה. במקביל, הם חוקקו חוק על ייבוא בשר קפוא לא כשר שעומד בפסקת ההתגברות (במקום לבטל את חוק היסוד). מי שייעץ בזמנו לכנסת על הפתרון הנ"ל היה אהרון ברק, מה שמעלה שאלות על מי יכול לייעץ לכנסת (האם שופט מכהן בעליון יכול לעשות זאת?).

סעיף הנוקשות והשיריון

הבדל נוסף שקיים בין שני חוקי היסוד הוא "סעיף הנוקשות והשריון" (אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של 61). זה דבר משמעותי, כי העיקר של מגילת זכויות האדם הוא בחוק כבוד האדם וחירותו ולא בחופש העיסוק. עניין זה יכול ליצור מצב בעייתי מאוד, כי תיאורטית, ניתן להעביר חוק שיסתור אותו ברוב של 1:0. מצב זה מערער מאוד את היציבות של החוק.

השתלשלות היסטורית: בראשית, היה בשני החוקים את סעיף הנוקשות והשיריון. המפלגות החרדיות הגישו הסתייגות לגבי סעיף זה בחוק כבוד האדם וחירותו- לבטל את סעיף הנוקשות והשריון. בקריאה השנייה הצביעו על ההצעה של הסיעות החרדיות, ויצא תיקו (כשיש תיקו בכנסת, ההצעה לא מתקבל. ההצעות יכולות להתקבל רק במקרה של רוב). מיד לאחר שהסתיימה ההצבעה, ח"כ צ'ארלי ביטון (שמאל קומוניסטי, מוכר מ"הפנתרים השחורים") ביקש לשנות את הצבעתו ולבצע הצבעה חוזרת. ע"כ, על חודו של קול, עברה הצעתם של הסיעות החרדיות.

## המהפכה החוקתית בבית המשפט

פס"ד בנק המזרחי (1995)-

רקע: בניגוד להרבה מפסקי הדין שנראה בסילבוס, מדובר בערעור אזרחי ולא בבג"צ. היה משבר כלכלי קשה להתיישבות (בעיקר למושבים ולקיבוצים), והתקבל חוק שנקרא "חוק גל". חוק זה אמור היה לעזור להם בחובות שהיה להם לנושים ולבנקים. במסגרת ההליכים האזרחיים הגיעו הנושים והבנקים וטענו כי פוגעים להם בזכות החוקתית לקניין. אחד התיקים שהגיעו כערעור אזרחי בבנק המזרחי, ביהמ"ש המחוזי ביטל את חוק גל (פעם ראשונה שביטלו חוק במסגרת בתי המשפט, וזה היה בערכאה נמוכה). ביהמ"ש העליון הפך לאחר מכן את הפס"ד, וקבע כי החוק הוא כן חוקתי.

תוכן: חלק מהביקורת (והאנטיגוניזם) שעלתה בפס"ד ובמהלך שביצע ביהמ"ש היא על דרך ההתנסחות וההתבטאות של הנשיא ברק ברטוריקה של "**המהפכה** החוקתית". חברי הכנסת שטוענים כי הם הבינו את המהלך שביצעו בחקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם, טוענים כי היה מדובר בתהליך המשכי ולא מהפכה חדה לחלוטין. לימים, כאשר הבין כי ייתכן שהשפה הגרנדיוזית הייתה בעוכריו, טען השופט ברק כי פרופ' לחוקתי בשם קלוד קליין היה הראשון שהשתמש במושג המהפיכה ולא הוא.

שופטים: הפס"ד העיקרי נכתב ע"י השופטים שמגר וברק שהגיעו למסקנה זהה בדרכים שונות מעט. מנגד- דעת מיעוט של השופט חשין.

\*\*העשרה מומלצת: לקרא את הפס"ד של זמיר בנושא. הוא כותב פס"ד קצר וטוען כי לא מדובר במהפיכה, אלא בהמשכיות שהייתה בפס"ד ברגמן. בנק המזרחי הוא צעד קטן והתקדמות לעבר זכויות האדם, ולא שינוי מהותי ודראסטי בפני עצמו.

שאלות שעולות מתוך הפס"ד

* מעמדם הנורמאטיבי של חוקי היסוד: חוקי היסוד הם במעמד חוקתי על-חוקי, כמו חוקה (בראש הפירמידה). גם חוקי היסוד שאין להם סעיף של נוקשות.
* מהו דינו של חוק שסותר (משנה או פוגע) חוק יסוד? אחד החידושים של בנק המזרחי זה שהוא מבהיר שיש הבדל בין שני מצבים של סתירה- שינוי ופגיעה:
1. שינוי- משהו שמביא לשינוי הנורמה החוקתית עצמה. כלומר, לאחר השינוי הנורמה החוקתית שונה בצורה עקרונית- הטקסט החוקתי נראה אחרת

**לדוג':** **שינוי מפורש מילולי-** בשנת 1994 הוסיפו בחוק יסוד חופש העיסוק פסקת התגברות. זה יכול לבוא לידי ביטוי ע"י ביטול, הרחבה, הוספה, צמצום וכ'ו.. ניתן לבצע זאת בשינוי ישיר (תיקון מפורש בחוק היסוד עצמו) או בשינוי עקיף (תיקון מפורש בחוק יסוד אחד, אשר משפיע על חוקי יסוד נוספים).

**דוג' לשינוי עקיף/משתמע**: מצב היפותאטי שבו לח"כים נמאס לנסוע לכנסת בירושלים, ולכן הם בוחרים לשנות את חוק יסוד: הכנסת ולכתוב בו "הכנסת תשב בת"א", אך השינוי עצמו לא נכתב בחוק יסוד: ירושלים (שהוא מגדיר שהיא בירת ישראל והמוסדות הרשמיים יושבים בה).

**דוג' למצב שמשתמע כפגיעה אך בעצם מדובר בשינוי**: מצב היפותאטי שבו קיבלו תקנות חירום שמורת למדינה לעקוב אחרי כל מה שאנחנו אומרים או כותבים, אך לא תיקנו את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. האם זוהי פגיעה או שינוי? לכאורה זוהי פגיעה ולא שינוי, אבל יכול להיות שזה מגיע לכדי שינוי בגלל שהנורמה החברתית השתנתה. במקרה שהנורמה נפגעת בצורה ממש משמעותית, בצורה נרחבת ועם השלכות מהותית שזהו נקרא פגיעה.

1. פגיעה- פגיעה היא פחות חמורה משינוי. סטייה מהנורמה לעניין מסוים. לא מביא לביטול או שינוי הנורמה החוקתית עצמה, אלא הגבלה מסוימת של היישום שלה בצורה נקודתית ומתוחמת.

**דוג' אקטואלית**: התקנות שתוקנו עכשיו לאישור שימוש אמצעים טכנולוגים למעקב אחרי אזרחים חשודים במחלת קורונה. תקנה זו סותרת את ס' 7 בחוק כבוד האדם וחירותו, סעיף הפרטיות. דוגמה זו היא פגיעה ולא סתירה, כי היא ממוקדת לעניין הקורונה ולא מוחקת את פרטיות האזרח באופן גורף. אם היו רוצים לעשות שינוי, היו משנים את חוק היסוד וכותבים למשל: "הזכות לפרטיות לא חלה בתקופות של מצב בריאותי מסוכן לציבור".

**הדוג' שנותן השופט ברק בפס"ד**: אם רוצים לגרום לכך שהבחירות יהיו אזוריות ולא ארציות, זה היה נקרא שינוי ולא פגיעה (היה צריך לקבוע תקנה ולשנות את חוק היסוד הכנסת). בפרשת ברגמן הכנסת קיבלה חוק של מימון בחירות- החליטו דרך מסוימת שבה יתקבל מימון, הוא לא יינתן לכולם בצורה שוויונית. כאן מדובר בפגיעה ולא שינוי- הבחירות במדינה עדיין שוויוניות, רק בהקשר ספציפי של מימון המפלגות בבחירות ישנה פגיעה בשוויון הבחירות. הנרומה עדיין קיימת, סטו ממנה רק בהקשר מסוים ונקודתי.

**\*\***למה זה משנה?- בחוקי היסוד של 92 נוצרה הבחנה עם חקיקת החוקים, ובעקבות זאת נוצרה הבחנה בפס"ד, השאלה האם מדובר בשינוי או פגיעה חשובה כדי להבין האם ואיך אפשר לקבל את זה.

* באילו תנאים ניתן לשנות חוק יסוד? רק בחוק יסוד (בגלל פירמידת הנורמות) שעובר ברוב (יכול להיות גם רוב רגיל- 1:0, אא"כ יש בו הוראת שיריון, ואז צריך לעמוד גם בתנאי פרוצדוראלי זה).
* באילו תנאים ניתן לפגוע בחוק יסוד? אפשר לעשות זאת בחוק רגיל, בכל רוב שהוא (גם לא רוב מוחלט). **הסייג** הוא שהתיקון צריך לעמוד בפסקת ההגבלה. **המקרה הפשוט-** מצב שבו ישנו רצון לפגוע בזכות שמועגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו או חוק יסוד חופש העיסוק, ניתן לפגוע בו רק בעזרת פסקת ההגבלה או – רק בחופש העיסוק, ישנו "מסלול עוקף"- פסקת ההתגברות (=חוק שהתקבל מעל 61 ח"כים, חוק שתקף ל4 שנים ומציון בו בפירוש שהוא פוגע בחוק יסוד זה ביודעין. **המקרה המורכב-** האם וכיצד ניתן לפגוע בזכות שמעוגנת בחוק יסוד, שלא מצוין בו כיצד ניתן לפגוע בו (מצב שבו אין בחוק פסקת הגבלה או התגברות)- "חוקי יסוד שותקים". בפס"ד בנק המזרחי השאירו שאלה זו בצריך עיון. בפסיקה מאוחרת יותר, נראה שהעמדה שהתגבשה היא שישנה "פסקת הגבלה משתמעת" (ברק) או לעיתים מכונה גם "פסקת הגבלה שיפוטית"- למרות שאין בהם פסקת הגבלה (למשל: חוק יסוד הכנסת/כל חוק שנוגע בעניינים פרוצדוראלים שחוקק לפני 92), כשביהמ"ש צריך להכריע האם ניתן לפגוע בזכות או לא- הם יחילו את מבחן פסקת ההגבלה.
* האם הכנסת יכולה להגביל את עצמה ולקבל חוקה- פרדוקס: אם הכנסת היא כל-יכולה, כיצד ניתן להגביל את הכנסת? מנגד- כל המשמעות של הסעיפים הללו הם שהכנסת יכולה וצריכה להגביל את עצמה. מאיפה שואבת הכנסת את הזכות להגביל את עצמה? **שמגר-** הכנסת היא כל יכולה, ולכן היא יכולה לקבוע חוקי יסוד. **ברק -** "תיאוריית שני הכובעים". כאשר הכנסת מחוקקת חוקי יסוד היא פועל מהכובע של הרשות המכוננת. אין פרדוקס מכיוון שהכנסת לא מגבילה את עצמה, אלא הכנסת בכובע ה"רשות המכוננת" מגבילה את ה"רשות המחוקקת". שני נשיאי ביהמ"ש שמים דגש על היסטוריית החקיקה הישראלית- מועצת המדינה הזמנית קבעה כי תהיה חוקה. נבחרה מועצה מכוננת בצורה דמוקרטית, ולאחר מכן הם העבירו את הסמכות שלהם לרשות המחוקקת. הסמכות לשאר הכנסות שיגיעו אחריה נקבעה ב"החלטת הררי". גם בפרקטיקה: הכנסת חוקקה חוקי יסוד לפני 92' וקימה ועדת חוק, חוקה ומשפט. התיאוריה האופרטיבית שלהם שונה, אך מגיעים לתוצאה זהה- לכנסת יש סמכות מכוננת- חוקי היסוד הם במעמד נורמטיבי עליון כמו חוקה. **חשין (בדעת מיעוט):** לכנסת הראשונה הייתה סמכות מכוננת, אך לא הייתה לה סמכות להעביר את הזכות שלהם הלאה. מכאן נגזר כי אין לכנסת הנוכחית סמכות לחוקק חוקה- אין לה יכולת וזכות לכבול את עצמה. המשמעויות האופרטיביות של דעתו הן: 1.לחוקי יסוד אין מעמד של חוקה. 2. כל חוק שדורש רוב מעל 61 - הדרישה לא תקפה.
* האם לבית המשפט יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד? התשובה לפי הפס"ד היא כן. מעצם העבודה שחוק שסותר חוק יסוד בטל, יש לביהמ"ש זכות לביקורת שיפוטית לפסול חוק שנקבע ע"י הכנסת.

לסיכום: פס"ד זה עורר ביקורת רבה, הוא אחד מפסקי הדין המכוננים בישראל, והוא שנוי מאוד במחלוקת. מצד אחד- נטען כי מדובר בפרשנות לגיטימית ונכונה. מצד שני- מכיוון שאין בחוקי היסוד סעיף מפורש שאומר שחוקים אלה הם עליונים או שלביהמ"ש יש סמכות לביקורת שיפוטית (העשרה: ברוב החוקות המודרניות יש סעיף שמאפשר ביקורת שיפוטית) - מדובר במהלך פרשני לא הכרחי ולא לגיטימי.

אחד המבקרים הגדולים של הפס"ד הוא הנשיא לשעבר לנדוי. ישנה עמדת ביניים שלישית כלפי הפס"ד- השופט זמיר, שטוענת כי הביקורת היא פחות על הפרשנות האופרטיבית (כיוון שהיא החלה כבר בפס"ד ברגמן), אלא על האמירות הפומפוזיות של ברק ושמגר- אין צורך בהכרזת "מהפכה חוקתית".

**שיעור 5**

## המצב החוקתי כיום, מאז בנק המזרחי- התפתחות הפסיקה

מבחינה פורמאלית, למרות שפס"ד בנק המזרחי היה ארוך מאוד, הוא אוביטר. העליון הפך את החלטת המחוזי וטען כי במקרה הספציפי הזה החוק אכן פוגע בקניין, אך הוא עומד בפסקת ההגבלה. הדעות הפכו להיות הבסיס המוסכם והפכו להיות הלכה מחייבת. עד לתקופה שלנו, לא היו ניסיונות לבטל את הפסיקות שנקבעו בבנק המזרחי, אלא רק נמתחה עליהם ביקורת.

1. **אימוץ, אישרור ויישום הקביעות של פס"ד המזרחי ע"י ביהמ"ש.** מאז בנק המזרחי יושמה הלכה זו ("העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד") ואושררה בכך שבוטלו 18 חוקים ע"י ביהמ"ש העליון. ניתן לומר שאם משווים את העניין לבתי משפט מסביב לעולם, לא מדובר במספר גבוה. אך מנגד- לא ניתן להתכחש לכך שמדובר במספר משמעותי. אין ספק שזוהי ההלכה כיום (גם הש' חשין בהמשך הודה בכך).
2. **אכיפת סעיפי העליונות והנוקשות בפס"ד בנק המזרחי.** בנק המזרחי הביא את ההיבטים של העליונות והנוקשות והיו אמורים להיחקק בחוק יסוד של החקיקה. זה בא לידי ביטוי בזה שכמה פסקי דין הם במדרגה נורמטיבית גבוהה יותר, בימה"ש יישם את זה. כמה דוגמות (לא צריך לדעת): בג"ץ אבני בעניין חוק יסוד הממשלה, בג"צ חירות בעניין חוק יסוד השפיטה, ערעור בחירות מופז בעניין חוק יסוד הכנסת, לרבות סעיפים לא משוריינים בחוק. דוגמאות: חוק יסוד: הממשלה- בג"צ אבני. חוק יסוד: השפיטה- בג"צ חירות. חוק יסוד: הכנסת- ערעור בחירות מופז (גם לגבי סעיפים לא משוריינים).
3. **השלמת מגילת הזכויות החוקתיות הבלתי מנויות.** התפתחות זו היא הכי שנויה במחלוקת. ביהמ"ש התחילו בסדרת פסקי דין להכיר גם בזכויות שאין מנויות במפורש (לדוג': שוויון, חופש הביטוי, תנאי קיום מינימאלי בכבוד..). הדרך שבה נקטו ע"מ לעשות זאת הייתה בכך שהם פירשו את הזכות המנויה כ"זכות סל"/אגד של זכויות שנגזרות מכבוד האדם ע"מ שיכירו גם בהן. לדוג': פס"ד אליס מילר- הטענה הייתה כי ישנה פגיעה בשוויון. הש' דורנר אומרת שאין זכות מנויה לשוויון, אך היא טענה שלעיתים כאשר מפלים מישהו- משפילים אותו. השפלה היא פגיעה בכבוד האדם, ולכן גם היא פגיעה בזכות החקיקתית לכבוד. המתנגדים- הרחבת יתר של בית המשפט העליון. ניסו בכנסת פעמים רבות להעביר את חוק זכויות האדם המלא והמקיף, אך זה לא צלח (רובינשטיין הצליח להעביר רק 2 מתוך 4 החוקים). כלומר, ניתן לומר כי ביהמ"ש עקפו את סמכות המחוקק. הכנסת **במכוון** לא הכניסו את המילה "שיווין" לחוק. \*\*מעניין לציין בהקשר הזה- ישנם ח"כים שטענו כי אין להכניס את המילה "שוויון" מכיוון שהיא כבר מוכרת כזכות חוקתית מתוך ח"י כבוד האדם וחירותו. התומכים- ישנם מקרים שפגיעה בשוויון היא אכן משפילה ומבזה. בנוסף- טוב שביהמ"ש ממלא את החסר בזכויות, ובזכותם יש לנו זכויות חוקתיות לשוויון.
4. **האם יכולה להיות ביקורת שיפוטית על חוק יסוד?** כלומר, האם ביהמ"ש יכול לבטל זכות יסוד. פסק דין שבו הכירו במגבלות הכנסת, מדובר בפס"ד מרחיק לכת ומשמעותי מאוד- בג"צ המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל 8260/16 – בפסק הדין נסוב סביב חוק יסוד תקציב המדינה- הוראת שעה. ישנו חוק יסוד קבוע במדינה שנקרא "חוק יסוד: משק המדינה"- פעם בשנה הממשלה צריכה להביא את התקציב השנתי שלה בפני הכנסת. הדיון על התקציב הוא אחד הכלים החשובים ביותר שיש כביקורת פרלמנטרית על הממשלה (בעת ההצבעה על התקציב מתבצעת סחיטה של כל מפלגה של כספים עבור מגזר המצבעים שלהם, באיום שהם יצביעו כנגד התקציב- ובכך יפילו את הממשלה). משרד האוצר הוא שמציע את התקציב, אך מי שצריכים לאשר את התקציב הם הכנסת כולה. מכל מיני סיבות הממשלה רצתה לסטות מחוק יסוד זה, אך לא רצו להציע הצעת חוק לתקציבים דו-שנתיים. לכן הם עשו "טריק" וביקשו לבצע "הוראת שעה"- חיה מיוחדת שהופכת את ברירת המחדל, קבלת חוק יסוד זמני שתקף לשנים המוגדרות בחוק (למשל: לשנים 2009-2010). בהתחלה הממשלה ביקשה מהכנסת עזרה בהעברת ח"י זה בעקבות המצב המדיני המורכב (משבר כלכלי עולמי של שנת 2008), ולכן הסכימו שלא לקבל תיקון לחוק היסוד, אלא רק "הוראת שעה" חד"פ לשנה אחת. הממשלה ראתה "כי טוב", והמשיכו להאריך את הוראת השעה לחוק היסוד עד השנים 2017-2018 (החל משנת 2009!).הייתה עתירה חוקתית **מוקדמת** כנגד הוראת השעה המתמשכת, הש' דורנר הסכימה כי מדובר בדבר בעייתי, אך לא קיבלה את העתירה. בשנת 2017 עתרו לבג"צ בפעם השנייה ותקפו את הארכת הוראת השעה. ביהמ"ש במותב מורחב של 7 שופטים קיבלו את העתירה בצורה חלקית. טענו כי מכיוון ומדובר בפעם ה5 שבה משתמשיםבחוק יסוד כדי לעקוף שימוש לרעה בחקיקת יסוד, מדובר במעשה בעייתי. העניין הרציני בפס"ד זה הוא כי עלול להיות ביטול פעם ראשונה של חוק יסוד ע"י ביהמ"ש. קביעת ביהמ"ש העלון הייתה כי מבחינת הניתוח העקרוני, חוק היסוד הוא לא חוקתי. נתנו סעד "התראת בטלות"- לא מתערבים בפעם הזו, אך הם מציינים כי מבחינת המצב החוקתי, לא יוכלו לתקן עוד את חוק יסוד תקציב המדינה. מזהירים כי בפעם הבאה שיתקנו אותו- ביהמ"ש עלול להתערב ולבטל אותו.

**מתוך פסק הדין יצאו 2 נקודות מהותיות וחשובות- מרחיבות לכת:**

* 1. מכיר ברעיון שיכולות להיות מגבלות על הסמכות המכוננת- הכנסת להשתמש בחוקי היסוד מכוח דוקטרינת השימוש לרעה.
	2. הכרה בסמכות בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד ואף להכריז במקרי הצורך על חוק יסוד כלא חוקתי.

**האם פסק הדין הוא אכן מהפכני לחלוטין כפי שנטען?**

הייתה לביהמ"ש אפשרות פעולה שונה בקביעת פסק הדין- להשתמש בדוקטרינת סתירת עקרונות יסוד. חוק יסוד שסותר עקרונות יסוד אוניברסליים יכול להתבטל. דוקטרינה זו שנויה מאוד במחלוקת, ולכן בפס"ד לא השתמשו בדוקטרינה זו. לא הכריעו חד-משמעית, אך טענו כי בשלב זה, דוקטרינה זו אינה מתקבלת.

ישנה טענה כי ביהמ"ש לא "הלך עד הסוף" בהגבלת המחוקק בפס"ד זה. הסיבות לכך:

1. **הדגש בפס"ד.** הדגש במקרה זה היה על שימוש לרעה בהוראת שעה ולא על כך שחוק היסוד סותר עקרונות יסוד.
2. **סעד של ביטול החוק.** ביהמ"ש לא נתן סעד אופרטיבי של ביטול חוק היסוד, אלא נתן "צו אזהרה".

**שיעור 6-**

## המצב החוקתי כיום, מאז בנק המזרחי- ההתפתחות בכנסת

* כבר ב1994 תיקנו את 2 חוקי היסוד שנוגעים לזכויות האדם, והוסיפו את פסקת ההתגברות. בשנה זו המהלך נעשה בהסכמה רחבה של ח"כים. (פסקת התגברות בח"י חופש העיסוק- השתמשו בו פעם אחת בלבד).
* היה ניסון לגבש חוקה כוללת. ועדת חוק, חוקה ומשפט גיבשה טיוטה מלאה שהתגבשה במשך שנתיים, הוגשה על שולחן הכנסת, יו"ר הכנסת- רובי ריבלין טען כי יתמוך בכך. אך כאשר הייתה אמורה לעלות – התפזרה הכנסת.
* הוגשה הצעה לחוק יסוד: החקיקה. חוק זה היה צריך לאשרר את הסמכות של הכנסת כרשות מכוננת, ?? לאשרר את הנוקשות של חוקי יסוד שע"מ לתקנם יש צורך ברוב מיוחס, אישרור של סמכות ביקורת שיפוטית חוקתית רק לעליון ובהרכב מורחב. דבר נוסף שרצו לקבוע בחוק יסוד זה היה הוספת פסקת התגברות לכל חוקי היסוד.
* **בפועל:** עד היום- כל הקביעות העקרוניות של בנק המזרחי לא אושררו ע"י הכנסת בחוק יסוד.
* במרץ 2012 משרד המשפטים (שר המשפטים היה יעקב נאמן) הפיץ תסקיר לחוק יסוד: החקיקה. אם ח"י זה היה מתקבל, הוא היה סוגר ומעגן סופית את המהלך החוקתי, את כל ההיבטים שנקבעו ברמה העקרונית בבנק המזרחי.
* בדצמבר 2017 שרת המשפטים איילת שקד ציינה כי ברצונה להעביר ח"י זה, אך עניין זה לא התקדם.
* **השלמת חוקי היסוד מאז:**
* ב2014 נחקק חוק יסוד: משאל עם (על החזרת שטחים שנמצאים בריבונות ישראלית)
* ב2018 נחקק חוק יסוד: מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי

יש כאלה שמפרשים את חקיקת חוקים אלו כהתקבלות המהפכה החקיקתית ע"י הימין. אמנם חוקי היסוד של 92 נקבעו בממשלה ימנית צרה, אך הם מייצגים ערכים של השמאל הליברלי-דמוקרטי, והחוקים של 2014 ו2018 מייצגים את הערכים הימניים-שמרנים-לאומיים שדוגלים במדינת ישראל כמדינת העם היהודי.

האם ישנן אינדיקציות שהכנסת קיבלה את המהפכה החקיקתית? האם הכנסת מגבילה את עצמה בחוקי היסוד? התשובה היא בהחלט כן! השיח החוקתי נכנס לשיח הפרלמנטרי, וישנה פרוצדורה חוקתית שנבחנת בהתאם לחוקים חדשים שנחקקים (יש אינדיקציות שהכנסת הפנימה את העליונות הנורמטיבית גם לפני בנק המזרחי, אך יש על כך עדיין מחלוקת).

נראה שבשנים הראשונות שלאחר בנק המזרחי לא הייתה התנגדות עזה מצד הכנסת למגבלות שהציב להם ביהמ"ש ??

1. חוקי ההסתננות- בוטל שלוש פעמים ונחקק שלוש פעמים

2. גיוס בחורי ישיבות- בוטל פעמיים ונחקק פעמיים

שני מקרים שבהם הכנסת חוקקה מחדש חוק לאחר ביטולו ע"י העליון. ישנם קולות בכנסת (למשל: יריב לוין) שכופרים במהפכה החוקתית.

לסיכום:

המפכה החוקתית השתרשה בפסיקה (גם שופטים שמרנים היום לא יהפכו את בנק המזרחי). מה שרואים זה נסיגות קטנות – נסיגה של חלק מהשופטים מאקטיביזם שיפוטי.

נכון להיום גם הכנסת לא רצתה לגמרי לבטל את המהפכה החוקתית – לא ביטלו את ח"י של 92. הימין הבין כי המהפכה החוקתית קיימת ולכן בחרו להצטרף אליה ולחוקק חוקים שמתאימים להשקפתם. מהלך נוסף שניסו לייצר (בעיקר איילת שקד כשרת המשפטים) הוא ניסיון ומוטיבציה להביא לשינוי המטוטלת של הרקע הפוליטי, הערכים והתפיסות של השופטים מבלי "לשבור את הכלים" – בתוך המציאות שנוצרה.

**שיעור 7**-

מה עשינו עד כה? סיימנו את היחידה שעסקה במהפכה החוקתית. אנחנו עוברים במעבר טבעי לנושא הביקורת שיפוטית (מכיוון שאחת מן הקביעות של בנק המזרחי הייתה שלביהמ"ש יש זכות לביקורת שיפוטית). נדבר על הבעתיות, ההצדקות, ועל עילות הסף.

# ביקורת שיפוטית

ביקורת שיפוטית - הגדרה

מצב שמאפשר לבית המשפט העליון להעביר ביקורת על חקיקה ראשית. מתוך פס"ד המזרחי נגזרה הסמכות של ביהמ"ש לטחון את תוקף החוק, לבטל חוק של הכנסת (בניגוד לביקורת מנהלתית). יש לנו שני סוגים של ביקורת שיפוטית:

1. **ביקורת שיפוטית תוכנית-חוקתית (סובסטנטיבית):** ביהמ"ש בוחן את חוקתיות החוק. קורא את החוק ובודק אם תוכנו סותר זכויות מסוימות/חוק יסוד. במקרה שישנה סתירה – ישנה סמכות לביהמ"ש לטעון כי הוא אינו חוקתי ולבטל אותו.
2. **ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:** ביהמש לא מתמקד בתוכן החוק, אלא בהליך לחקיקתו, והאם הוא התנהל בצורה תקינה או לא, האם קיבלו אותו ע"פ הפרוצדורה הראויה (לדוג': על מנת שחוק יעבור, הוא צריך לעבור שלוש קריאות. אם הוא עבר רק שתי קריאות ואז נקבע שהוא עובר כחוק – מדובר בהליך לא תקין וניתן לבטל את החוק.

הבעתיות מביקורת שיפוטית

1. **אין הסמכה מפורשת בחוקי היסוד לאפשר ביקורת שיפוטית-** היא נגזרת מפסק דין המזרחי.
2. **סטייה מהתפיסה של "הכנסת היא הריבון"-** התפיסה החוקתית המקורית בישראל, שהושפעה מהמודל הבריטי הקלאסי, היא שאין לנו חוקה. הכנסת היא הריבון והיא כל יכולה.
3. **הפרדת רשויות-** התפיסה הקלאסית של הפרדת רשויות אומרת שישנה רשות מחוקקת והיא הכנסת בלבד! ברגע שביהמש מעביר תחת שבט ביקורתו חוקים ומאפשר את ביטולם – הוא מחלחל ופולש לתפקיד הכנסת, וכך נפגעת הפרדת הרשויות.
4. **הקושי האנטי-רובני/אנטי דמוקרטי-** ביהמש אינו גוף שנבחר ע"י הציבור, בניגוד לפרלמנט שנבחר ע"י בחירות דמוקרטיות. איך יכול להיות שגוף שלא נבחר מתערב/פוסל את החלטות הגוף הנבחר והמייצג את העם. לא מתיישב עם תפיסה דמוקרטית.

גישות השופטים בדבר הטעמים לביקורת שיפוטית – הצדקות

בנק המזרחי- **ברק-** אמנם חוקי היסוד שותקים בנוגע לביקורת שיפוטית, אך הטיעון שלו מתחברת למסורת המשפטית (לפני פסד מזרחי, בעקבות פרשת ברגמן, היו 4 חוקים שבוטלו ע"י ביהמ"ש).

* **שלטון החוק הוא החוקה – עליונות החוקה:** התפיסה היא שכדי לקיים את עליונות החוקה על המחוקק, נדרש להכפיף את הכנסת על החוקה, כדי שאם הם מחוקקים חוק שנוגד אותה, ביהמש יוכל לבטל אותו. המעבר בתפיסות היה שהכנסת אינה כל יכולה, ישנה עליונות החוקה, וגם הכנסת מוגבלת אליה.
* **גוף חיצוני לכנסת:** מתייחס לטענה שביקורת שיפוטית סותרת את מודל "הפרדת הרשויות נוקשה", אך היא משתלבת עם גישת ה"איזונים ובלמים"- כל רשות צריכה להתערב במידה מסוימת בתפקידן של רשויות אחרות ע"מ ליצור מצב מאוזן במדינה. ברק טוען כי אי אפשר להעניק לכנסת להיות ה"שוטר" של עצמה. מכיוון שביהמש לא עומד לבחירות והוא חיצוני למשחק הפוליטי, הוא יכול להיות זה שמוודא שהכנסת פועלת בהתאם לחוק.
* **ביקורת שיפוטית מגשימה את עקרון הכרעת הרוב:** דמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה פורמאלית (הצבעת הפרלמנט), אלא לצד זה, ישנו גם ההיבט הדמוקרטי הסוסטנטיבי-מהותי – הגנה על זכויות אדם ומיעוטים שאינם פופולארים.

פרשת התנועה למען איכות השלטון 6427/02- עוסקת בעניין גיוס חרדים- **גרוניס** **(בדעת מיעוט)**- מקבל את הביקורת השיפוטית רק בשני מקרים, רק שתי הצדקות לביקורת שיפוטית:

1. **הגנה על יחידים או מיעוטים מפני עריצות הרוב**
2. **הגנה מפני מפגיעה בעקרונות הדמוקרטים** (לדוג': ביטול בחירות דמוקרטיות).

בפס"ד זה, טען גרוניס כי עניין גיוס חרדים אינו נופל בגדר ההצדקה הראשונה של ביקורת שיפוטית, כי הרוב בוחר להעניק להם את הפטור הצבאי, ולכן אין סיבה מהותית לביהמ"ש להתערב כאן בחוק. השופט ברק מנגד מפסק דינו של גרוניס, וטוען כי הש' גרוניס מצמצם מאוד את היכולת לביקורת שיפוטית, וזו תפיסה צרה של דמוקרטיה (למרות שלכאורה, גם התפיסה של גרוניס איננה מצמצמת לגמרי, אלא יחסית רחבה).

## עילות סף

עילות סף – הגדרה

עילות הסף אינן עוסקות מתי להשתמש בביקורת השיפוטית, אלא עוסקות בסוגיה האם יש על ביהמש לדון בסוגיה מסוימת לגופה, או שיש לדחותה על הסף. ביהמש פיתח שורה של דרישות, מעין סלקטור בשער בית המשפט ע"מ למנוע עומס מיותר. עילות אלו הן בעצם השלב המקדמי כדי שביהמש יסכים לדון בעניין, מבלי לברר כל עניין לגופו.

בחוק יסוד: השפיטה, ס' 15 דן בתפקידו של ביהמ"ש העליון, גבולות הסמכות כתובות בצורה מאוד רחבה ומעורפלת, ואפשרו לשופטים להחליט בעצם מהי המגבלה עליהם:

15(ג): "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".

15(ד): מבלי לפגוע בכלליות ההוראה הנ"ל מוסמך בג"ץ, בין היתר, "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

* סעיפים אלה מעניקים לשופטים סמכות רחבה מאוד, לכאורה אין מגבלה פורמאלית על ביהמ"ש לדון בסוגיות. ניתן לומר בזהירות כי מאז שנות ה70 בג"ץ טוען כי כמעט הכול שפיט, אך הם מבחינים בין הזכות שלהם "להתערב" ולבצע ביקורת שיפוטית, לבין נטילת זכות זו בפועל. הבחנות והבדלים אלו הן בעצם דרישות הסף.

הרציונאליים לדרישות הסף

* **כלי להתמודדות עם העומס העצום על בתי המשפט**
* **מנגנון לריסון אקטיביזם שיפוטי-** ביהמש רוצה להגביל את האפשרות ש"יגררו" אותו בכוח למשחק הפוליטי.מי שמפסיד לעיתים במשחק הפוליטי "רץ לגננת" – ביהמ"ש.

עילות הסף שבהן נדון

ישנן עילות סף רבות, אך אנחנו נעסוק בשלושת העיקריות:

* **זכות העמידה-** עוסקת בשאלה מי יכול להביא את המקרה מול ביהמ"ש
* **שפיטות-** עוסקת בשאלה מהם המקרים המתאימים להכרעה שיפוטית
* **בשלות-** עוסקת בשאלה מהו המועד הראוי להכרעה שיפוטית

### זכות העמידה

**השתלשלות:**

נקודת המוצא: השאלה אינה האם הטיעון לגופו של עניין הוא מוצדק, אלא האם האדם הספציפי מתאים להגיש את העתירה.

הגישה המסורתית: שלטה בשנות ה50, ובמידה מסוימת עד שנות ה80 של המאה ה20. העותר היה צריך להראות שיש לו אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה, וביהמ"ש התייחס לדרישות אלה בדווקנות (לדוג': אם רוצים להרוס בית ע"מ לבנות כביש מהיר, זה צריך היה להיות הבית שלי שקשור אליי בקשר אישי, ממשי וישיר).

התגמשות הדרישות: התחילה להתרחש בבגץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים-

**שמגר (דעת רוב):** נסיבות בהן בימ"ש יפתח דלתו גם בפני מי שאינו בעל אינטרס אישי, ממשי וישיר:

* 1. העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי ממשי ונוגע נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק.
	2. אין בנמצא עותר אחר, אשר לו אינטרס ישיר וממשי – אם העתירה תידחה, לא תהיה אופציה להתנגד להחלטה.
	3. העדר נפקות לעובדה שהעותרים הם חברי כנסת – לכאורה ניתן לומר כי לחברי כנסת יש אפשרויות אחרות לפעול (שאילתות, העברת חוקים..), ולכן הם לא כאחד האדם, לא זקוקים לזכות העמידה. בפס"ד זה נקבע כי אין הבדל בין ח"כ למי שאינו ח"כ, ויש לו אפשרות להגיש עתירה כמו כל אזרח אחר. (חשוב לומר- חברי הכנסת מכל גווני הקשת הפוליטית עותרים המוןןןן לבג"ץ, אין להם מגבלות מיוחדות).

**השופט אלון (בדעת מיעוט)-** רצה להתיר בצורה קצת יותר שמרנית את זכות העמידה המסורתית. התנגד למגמה של הרחבת יתר. מסכים שיש להגמיש מעט את הדרישות הדווקניות הקיימות, אך אין צורך ללכת לקיצון של ברק:

* 1. הנושא בעל אופי חוקתי מובהק, נוגע בציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי של חברתנו (כולל שחיתות)
	2. פגיעה בשלטון החוק או טעות בשיקול-דעת- לא די- זה ההבדל בין גישתו לבין גישתו של ברק. צריכה להיות פגיעה רצינית וקיצונית.

ההתפתחות החשובה ביותר בדיני העתירה הייתה הכרה במעמדו של העותר הציבורי- אנשים שמייצגים את הציבור. בתקשורת לעיתים ישנה טענה כי מאז עידן ברק (תחילת שנות ה90) דרישת זכות העמידה בוטלה לגמרי, אין בכלל זכות עמידה. המרצה טוען כי זו טענה מעט קיצונית, אך אין ספק כי דרישת זכות העמידה הורחבה מאוד בתקופה זו.

\*\*הקריאה לשיעור הבא:

פס"ד לירון 14-19

רסלר

צ'רצ'בסקי

**שיעור 8-** (המשך זכות עמידה)

בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה:

עותר פנה בעתירה ציבורית, רצה למנוע את עצם קיום הליך השימוע נגד הנשיא קצב. העותר רצה להגן על חסינות נשיא המדינה. בעיקרון, רק לנשיא קצב יש אינטרס אישי, ממשי וישיר – והוא חפץ בשימוע שרצו לערוך לו.

**הש' פרוצק'ה:**

דוחה את העתירה על הסף, בין היתר בטענה כי אין זכות עמידה.

•**הכלל: זכות העמידה של העותר הציבורי-** בעניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידומו של שלטון החוק, לאכיפת עקרונות חוקתיים, ולתיקון פגמים מהותיים בפעולת המינהל הציבורי.

•**חריג:** בית המשפט לא ייעתר לעתירה ציבורית כאשר קיים נפגע ישיר מהפעולה שלטונית, והוא עצמו אינו פונה בבקשת סעד לבית המשפט.

•**חריג לחריג:** ישנם מצבים שבהם ביהמ"ש כן ייעתר לעתירה ציבורית גם כאשר הנפגע הישיר אינו פונה לבקשת סעד מביהמש. זה יקרה במקרים שבהם הסוגיה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם.

פס"ד זה מדגים בצורה טובה את מעמדו של העותר הציבורי והרחבתה- גם אם יש נפגע ישיר שבוחר לא לגשת לביה"ש, לא תמיד זה ידחה את העתירה הציבורית על הסף. מדגיש גם את העניין שזה לא נכון לומר שאין דבר כזה זכות עמידה מוגבלת- עובדה שבפס"ד זה העתירה נדחתה על הסף.

המשך השתלשלות- שובה של זכות העמידה? בשנים האחרונות, ישנה מגמה שטוענת כי הייתה הרחבת יתר של זכות העמידה, ויש לעמוד עליה מחדש ואולי לצמצמה. **הש' סולברג** ושופטים נוספים שותפים לעמדתו.

דוגמאות לפסקי דין שכאלה מהשנים האחרונות:

בג"ץ 4244/17 ‏ ‏ משה הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (אפריל 2018)

היה איזשהו נושא הקשור למיסוי מקרקעין (״הסדר קבלנים״). מגיע אדם שקוראים לו משה הר שמש והוא מציג עצמו כעותר ציבורי המייצג בין היתר את הקבלנים ואומר שההסדר לא ראוי וצריך לשנותו. ביהמ״ש דוחה את עתירתו על הסף, בטענה שלא הצליח למצוא ולו עותר פרטי אחד הטוען שנפגע מהחלתו של הסדר הקבלנים לגביו.

**הש' סולברג**: חוזר על חשיבות זכות העמידה, וטוען כי מוטב לביהמש לא לחרוג מהכלל שלפיו לא ייתער לעתירה ציבורית במקרה שבו העותר הפרטי מחליט שלא לפנות לבית המשפט. נימוקיו (חוזר על חלק מנימוקיו של אלון):

* אין תוחלת לדיון בפסק דין שכזה, העותר הציבורי לא מכיר את כל העובדות
* הוא לא צירף לעתירתו עותרים רלוונטים לנושא, כלל לא בטוח שהאנשים הרלוונטים מעוניינים ברפורמה זו.
* בזבוז משאבים שיפוטיים יקרים בכך שאדם רב את ריבו של אדם אחר

בג"ץ 6882/17 ח"כ יואל רזבוזוב נ' משרד הבינוי והשיכון (יוני 2018)

העותרים טענו בנושא של סיוע בשכ"ד (דיור ציבורי). הם טוענים כי המדיניות הקיימת מפלה לרעה עולים חדשים, והם מבקשים להגדיל את הסיוע באופן משמעותי. ביהמש דוחה את העתירה.

**הש' מזוז-** לא למותר לציין כי העותר יואל רזבוזוב הוא ח"כ, ואם הוא רוצה, יש לו את הכלים הפרלמנטריים ליזום דיונים ברשות המחוקקת. זה מגיע בניגוד לפס"ד שהזכרנו בשיעור הקודם, שבו נטען כי אין להתייחס לעובדה כי עותר כלשהו הוא ח"כ, וזה לא צריך להיות נימוק בדחיית עתירה.

בג"ץ 2723/19 עמותת עיר עמים נ' מפקד מחוז ירושלים (מאי 2019)

יש את מצעד "ריקוד הדגלים" בירושלים ביום העצמאות. נטען כי התאריך נופל ברמאדן וזה פוגע באוכלוסייה המוסלמית שרוצה לעבור ברובע המוסלמי. העמותה "עיר עמים" מבקשת לעתור כנגד החלטת המשטרה לאפשר לריקוד הדגלים לעבור דרך הרובע המוסלמי בתקופה הרגישה הזו. השאלה שנשאלה מטעם השופטים הייתה מדוע מגיעה זכות עמידה לעמותה, אם אין בפס"ד אף עותר ישיר. בא כוח העותרים טען כי הם ניסו למצוא עותרים ישירים, אך הם לא מצאו כאלה שמעוניינים להיות חלק מהעתירה. לטענתם- כי תושבי הרובע המוסלמי חוששים לפנות לביהמ"ש. בנוסף, הם טוענים כי יש להם תקדימים לפסקי דין בעבר, שגם בהם לא היו להם עותרים ישירים, ובכל זאת התקבלה זכות העמידה שלהם.

**הש' סולברג**: בעתירתם של "עיר עמים" נטען על רבבות תושבים שלכאורה נפגעים מהחלטה זו, אך לא נמצא אף אדם שרוצה להיות חלק ממנה. הטענה שלהם מהחשש לפנות לביהמש אינה חזקה מספיק, מכיוון שהם דנים יום ביומו בעתירות של תושבי העיר המוסלמית העתיקה בירושלים.

\*לפי הרציונאליים שמציג ביהמ״ש בפסקי הדין לדרישה זו, אם מביאים את האדם שהנושא באמת נוגע בו, יש יותר סיכוי שהוא יוכל לתת את התשתית העובדתית הרלוונטית.

בג"צ דירה שלישית- רצו לבטל את המס על דירה שלישית. העותרים הראשונים שם היו אנשים בעלי אינטרס אישי

### שפיטות

השאלה של זכות עמידה עסקה בעניין של מיהו הטוען. הסוגיה של שפיטות עוסקת במהות העתירה, האם היא שפיטה או לא. מדובר באחד הנושאים שהייתה בהם הכי הרבה אי-הבנה, תמיד בתקשורת מציינים כי ברק טוען כי "הכול שפיט", אך הם לא עושים הפרדה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית.

בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון:

הסוגיה בפס"ד היא גיוס חרדים. העותר הוא רס"ן "משוגע לעניין" – מפריע לו שאין שוויון בנטל. פנה פעמים רבות לביהמ"ש (הייתה שורה של עתירות עוד משנת 1970), וכל פעם הן נדחו על הסף מכיוון שהנושא "אינו שפיט" והוא פוליטי (השופטים טענו כי יש לפנות לכנסת או לממשלה). פסד זה מדגיש את ההבדל בין ביהמש של שנות ה80, שהיה נחשב אקטיביסט פחות בנוגע לעילות הסף – גישת ריסון עצמי. מול המגמה ההולכת וגוברת לאחר מכן, של התערבות גדולה יותר והרחבת עילות הסף, גישה שמתערבת יותר ופחות דוחה עתירות על הסף.

**הש' ברק:** מבחין בתיאוריה שלו של השפיטות בין שני סוגים:

שפיטות נורמטיבית= האם ישנו חוק/נורמה להכרעה בסכסוך, האם לשופטים יש אמות מידה משפטיות (שאינן כלים פוליטיים) להכרעה בסכסוך? מבחינה זו טוען ברק כי הכול שפיט נורמטיבית- אין דבר כזה שהמשפט לא יכול לתת מענה לסוגיה כלשהי, זו מערכת של איסורים והתרים. העובדה כי אין חוק בסוגיה מסוימת לא אומרת כי המשפט לא נוקט בעמדה בנושא זה – ברירת המחדל בנושאים שאין לגביהם הכרעה, משמע הוא מותר. "הכול מותר לפרט אלא אם כן הוא נאסר עליו". ברק אומר שקונספטואלית אין מצב כזה שישנה סוגיה שהמשפט לא יכול להכריע בה- אם הנורמה קיימת, משמע קיימים גם כלי מידה משפטיים. למשל השאלה של יציאה למלחמה - אכן מדובר בסוגיה פוליטית-ביטחונית-מדיניות, אך גם בהן ביהמש רשאי לדון במי הוא האורגן האחראי/מוסמך לקביעת יציאה למלחמה. עד כה, דעתו של ברק אינה מעוררת ביקורת גבוהה כל כך – **שאלת הסמכות**. הנקודה בפסק דינו שמעוררת ביקורת גבוהה היא **שאלת הסבירות**. הוא מוסיף שהמשפט לא נותן פתרון לכל החלטות השלטון רק בשאלה מי מוסמך, אלא יש גם נורמה כללית- חובת הסבירות לפיה כל החלטה שהשלטון מקבל צריכה לא רק להיות בסמכות אלא גם להיעשות בסבירות- האם נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים וניתן להם המשקל הנכון.

העמדה של ברק חשובה שכן מכך שקובע שיש נורמה כללית של חובת סבירות, המסקנה הלוגית היא שלא יכולה להתקבל אף החלטה שלטונית שתהיה לא שפיטה (שכן תמיד ניתן לבחון את סבירות ההחלטה, בנוסף לכך שנבחן את הסמכות לקבל אותה). לכן לא יכול להיות מקרה שהוא לא שפיט נורמטיבית.

שפיטות מוסדית= עצם זה שיש את הכלים המשפטיים להכריע האם מבחינה משפטית העתירה צריכה להתקבל או להידחות זה לא מספיק, אלא צריך גם לשאול האם ביהמ״ש הוא המוסד הראוי להכרעה, או שאולי ראוי שיוכרע ע״י רשות אחרת כמו הרשות המחוקקת או המבצעת. על כך אומר ברק שיכולים להיות מקרים שתהיה שפיטות נורמטיבית אך תדחה השפיטות המוסדית. ״דוקטרינה זו פרובלמטית יותר ויש לגשת אליה רק במקרים מיוחדים שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפגיעה באמון הציבור במשפט...״.

תפיסת עולם של יותר על שאלות הפרדת רשויות ודמוקרטיה. לפי ברק השפיטות המוסדית קובעת שהכרעה בסכסוכים מסוימים כל עוד יש להם אופי פוליטי צריכה להיעשות ע״י הגופים הפוליטיים ולא ע״י הרשות השופטת. הנימוק הוא שזה פוגע בשלושה היבטים: הפרדת רשויות, דמוקרטיה, אמון הציבור במערכת בתי המשפט (לטענת ברק הם כשופטים מסוגלים לשים את העמדות הפוליטיות בצד, אך הציבור עלול לחשוב בטעות שפוסקים משיקולים שהם לא משפטיים ונוקטים עמדה פוליטית).

לסיכום- לגישת ברק: שפיטות נורמטיבית הכל שפיט; שפיטות מוסדית: לא הכל שפיט ישנם מקרים שלא נתערב.

בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה

הביקורת של **הש' אלון** על דעתו של ברק ברסלר.

בביקורת זו ״מנצל״ אלון את ההזדמנות להתנגח חזיתית בתפיסתו של ברק בכל הקשור לעניין השפיטות.

בשלב ראשון מבקר אלון את עצם ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית, ואף מבקר בתוך כל אחת מהן:

שפיטות נורמטיבית- לא מקבל את הטענה שהכל שפיט מבחינה נורמטיבית, אלא יש נושאים בהם המשפט לא עוסק. לפי אלון ישנם תחומים כמו תחומי המוסר או הנורמות החברתיות שבהם יותר נכון לומר שהמשפט לא עוסק בהם. לטענתו, ״עולם המשפט הוא עולם מצומצם במודע ובכוונה מראש לפעולות שהן בעלות משמעות משפטית נורמטיבית בלבד...״. בכך ממש ״כופר״ בגישתו של ברק לפיה הכל שפיט נורמטיבית.

הביקורת של אלון על שאלה הסבירות- בניגוד לברק, טוען אלון שאין כלים משפטיים להעריך סבירות של החלטות פוליטיות, מדיניות, צבאיות- שבמובהק זהו הרכיב המרכזי שלהן (למשל האם לרכוש מטוסים, האם לצאת למלחמה וכו׳). בהחלטות מסוג זה אמות המידה להכריע הן לא משפטיות. ברק בתגובה אומר שהוא מכיר בכך שישנן החלטות בהן יש מרכיב מאוד חזק של שיקול דעת, הוא מכיר בכך אך הוא נותן מתחם מידתיות מאוד נרחב. על כן, כל החלטה כמעט שתתקבל היא בסדר והם לא יתערבו, אלא עניינם הוא רק לבחון האם לא חרגו באופן קיצוני.

שפיטות מוסדית-ראשית, חשוב להדגיש כי שני השופטים מסכימים שלעיתים יהיו מקרים של אי שפיטות מוסדית. אך לעומת ברק (שמצמצם את מקרים אלה), אלון אומר שצריך להשתמש יותר בשאלות של השפיטות המוסדית, וזאת בטענה שיש דברים שצריך להשאיר למשפט הציבור, למבקר המדינה, לתקשורת וכו׳- ולא הכל ביהמ״ש. לא צריך לחשוב שאם ביהמ״ש לא יתערב אז לא יהיה שום מענה. לעיתים צריך להשאיר את המענה לזירות אחרות.

חלק מהוויכוח הוא לגבי פן מרכזי בתפיסה של ברק והיא היכולת של שופט להיות אובייקטיבי ולשים בצד את כל השקפות עולמו אף בעיסוק בסוגיה מאוד פוליטית/ ערכית. אלון בתגובה טוען שהוא לא רוצה בכלל להגיע למצבים כאלה שהוא עלול חלילה לשפוט לפי השקפותיו והדרך להימנע מכך לדעתו היא להימנע מלכתחילה מעיסוק בשאלות מסוג זה בהן הרכיב המשפטי פחות ברור.

איזו גישה התקבלה?

במשך שנים היה נראה שלפחות מבחינת ההלכה הגישה של ברק התקבלה, מה שאומר שהעמדה המקובלת בפסיקה בשנים שאחרי רסלר וז׳רז׳בסקי הייתה שהשפיטות הנורמטיבית היא מוחלטת, ובנוסף הגישה לגבי השפיטות המוסדית הייתה יחסית מצמצמת (לא היו הרבה מקרים שטענו שזה לא שפיט מוסדית). עולה השאלה האם זה בא לידי ביטוי בפסיקות שבפועל התארכו יותר? יש נושאים שבערך עד שנות ה-80 התייחסו אליהם כלא שפיטים ולאחר שנות ה-80 הפכו להיות שפיטים והחלו להתערב בהם (כמו גיוס בני ישיבות). יש לציין כי בהרבה מאוד נושאים הנתפסים כרגישים פוליטית ומדינית ביהמ״ש ממשיך לדחות אותם על הסף רק מבלי להשתמש במילה שפיטות.

בג״ץ פולארד נ׳ ממשלת ישראל- בג״ץ התערב ביחסים עם ארה״ב ובחן האם זה היה נכון לנצל ביקור של ראש הממשלה בארה״ב על מנת להביא לשחרורו של פולארד. ביהמ״ש דוחה את פס״ד ששם השופטת פרוקצ׳יה אומרת שיכול להיות שיש גישה שתאמר שהסוגיה הזאת היא פשוט סוגיית מדיניות חוץ ועל כן לא שפיטה מוסדית, ויכולה להיות גישה לפיה זה אומנם תיאורטית שפיט אבל ביהמ״ש ייטה שלא להתערב. השופטת אומרת שהיא לא צריכה להכריע בין הגישות שכן יגיעו לאותה תוצאה שדוחים את העתירה.

במקרה של ועדת ההתנתקות- לא היה פס״ד אלא היה חוק שעבר בכנסת ותקפו את החוקתיות של החוק. ביהמ״ש דן בנושא ובסופו של דבר קיבל את העתירה בדברים יחסים קטנים- לא מנע את עצם תכנית ההתנתקות אלא התערב בסעיפים קטנים בחוק שלא הגנו מספיק על זכויות הקניין של המפונים מבחינת הזכות לפיצויים. עניין זה הוביל לביקורת איפה היה ביהמ״ש כשהיה צריך התערבות במחלוקת קריטית.

לקריאה:

לפחות להסתכל על בגץ סבח, הרוב שם רשות

**שיעור 9-**

אנחנו עדיין ב"שפיטות".

שובה של דרישת השפיטות

נראה שבשנים האחרונות יש חזרה לתפיסות שקדמו להרחבות בעידן שמגר וברק. מוקדם לומר מסקנות מרחיקות לכת, אך להבין כי ייתכן וישנה מגמה בפסקי דין אחרונים.

* בגץ 2940/18 יואב הס נ' הרמטכ"ל, רב אלוף גדי איזנקוט (אפריל 2018)- מדובר על ההפגנות בעזה על הגדר, עתירה של פעיל לזכויות אדם. הוא מבקש שיורו לחיילי צהל שלא לירות באש חיה באוכלוסיית האזרחים המפגינים על הגדר, כי ההוראות לא חוקיות ונוגדות את הדין הבינלאומי (ישנן הנחיות של פתיחה באש חיה). ביהמש דוחה את העתירה על הסף ממגוון עילות. הש' סולברג מעלה כי ישנה שאלה אם זו סוגיה שהיא שפיטה, אם ביהמש יכול לדון בה מבחינת שפיטות או לא.
* בג"ץ 6882/17 ח"כ יואל רזבוזוב נ' משרד הבינוי והשיכון (יוני 2018)- ח"כ שעתר ביחס למדיניות של דיור ציבורי לנזקקים. עתר על הזכויות של עולים חדשים מול אוכלוסיות נזקקות. מה שרלוונטי לעניינינו זה מה שהש' מזוז אמר בתחילת הפסד: מדובר בשאלה מובהקת של מדיניות חברתית-תקציבית. בלי לומר את המילה שפיטות במפורש, הוא אומר שזו שאלה של מדיניות, נושאים שהממשלה והכנסת צריכות להכריע בהם. הוא לא מצדיק את התערבות בהימש.
* בגץ 5470/17 באסמה אחמד סאלם חג' מוחמד נ' שר הביטחון (אוקטובר 2018)- עתירות שנגעו להקמת ישוב עמיחי באיו"ש (אמור לקלוט את תושבי עמונה המפונים). הש' חיות התייחסה לטענות הכלליות: בהקשר זה נפסק ע"י ביהמש כי הסוגיה של חוקיות קיום ההתנחלויות היא לא סוגיה שביהמש נדרש אליה. יש כאן **אי שפיטות מוסדית,** לא עניינם להכריע בהן, אלא הגופים הפוליטיים צריכים להכריע בהן.
* בגץ 8542/18 אקרמן נ' ממשלת ישראל (דצמבר 2018)- העברת כספים שמקורם בקטאר לחמאס בעזה. הש' שטיין דוחה את העתירה על הסף (בהסכמת השופטים האחרים). הוא טוען כי מדיניות הלוחמה בטרור נמצא בליבת שיקול הדעת המדיני-מבצעי של הממשלה והכנסת. נושא זה בלתי שפיט, בגץ לא יתערב בהם, אין הוא ניתן להיבדק על ידי קנה מידה משפטי. הוא טוען כי ישנן שאלות שהן **לא שפיטות נורמטיבית**, אמירה מהפכנית! הוא מצטט את אלון מפסקי דין ישנים.

התפתחויות אחרונות - אקטואליה

\*היה פסד בנושא חוק הפקדון – ביטול של סעיף חוק נוסף.

\*יצא פסד משמעותי של ביהמש והלך על ביקורת שיפוטית מוסדית, לא אמרו שמעכב אחרי אזרחים הוא לא חוקתי, אלא שההחלטה צריכה להתקבל ע"י כלל חברי הכנסת.

\*ביהמש דוחה את רוב העתירות כנגד הקורונה, מציינים כי הם מאפשרים למדינה לעשות הרבה מעבר למה שהיו מאשרים במצב נורמטיבי. אם בגץ כן מתערב, נראה שזה יותר בשאלות המוסדיות (כמו בבגץ אדלשטיין) ולא מכריע לגופו של עניין על החלטות שונות.

\*אתמול והיום- דיונים על האם ח"כ שיש נגדו כתבי אישום על שחיתות יכול להקים ממשלה + על ההסכם שבין כחול לבן והליכוד, ההסכם הקואליציוני. אלון קבע כי הסכמים אלו הם אכן שפיטים, אבל בעיקר אם זה נוגע בהיבט של שחיתות ולא היבט פוליטי.

**שיעור 10-**

### בשלות

כאשר ישנם קשים פוליטיים ובעייתיים, ביהמש דוחה את העתירה ע"י עילת הסף בשלות.

בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי נ' שר האוצר:

**מסמל את תחילת מגמת הבשלות.** העתירה עוסקת בתיקון מס' 40 לחוק יסודות התקציב (מכונה "חוק הנכבה"). התיקון נועד לומר שאם יש גוף שמקבל תקציב מהמדינה והוא משתמש בתקציב כדי להשתמש ביום העצמאות כציון יום הנכבה (התייחסות ליום העצמאות כיום אבל)– שר האוצר יכול לקחת לו את התקציב. העותרים טענו כי החוק פוגע בחופש הביטוי. התיקון מצנן את הזכות להביע את עמדתך. בנוסף, טענו כי התיקון נוגד גם את חופש העיסוק (יגרום לפיטורין של מורים..).

ביהמש, בהובלת **הנשיאה נאור**, דחה את העתירה על הסף (כלומר, לא עסקו בטענות לגופן כלל) מטענה של חוסר בשלות. טענה כי אין תשתית עובדתית קונקרטית לדיון בסוגיה – סעיפי החוק שמבקשים לבטל לא הופעלו עדיין ע"י שר האוצר. אין לדעת מתי ובאילו נסיבות השר יעשה שימוש בהם. בנוסף, נראה כי השר צריך לקבל את עמדתם של גורמים שונים ולעבור אישורים רבים. כרגע, טענת צינון חופש הביטוי היא בגדר ספקולציה בלבד. אחד הקשיים בפס"ד זה שאין פירוט באילו נסיבות יהיה חריג (שיגבה מחיר כבד מדי) והמקרה יהיה בשל – משאיר לביהמש שיקול דעת נרחב. השיקול המרכזי לדחיית העתירות על חוסר בשלות הוא שהחוק לא יושם ואין תשתית להכרעה. לא נדרוש מהעותר להמתין עד שתבשיל אם זה יצרוך ממנו מחיר כבד מדי, טרם הובהר מהו המחיר.

המקור לטענת הבשלות הוא מהפסיקה האמריקאית – שם, בדר"כ יש התייחסות לסנקציה פלילית כאפקט מצנן (צ'ילינג אפקט) לכלל הבשלות. הרציונאל הוא שלא רוצים להעמיד אדם במצב שהוא יורתע יתר על המידה לנקוט בפעולות מותרות.

דוג' אקטואלית: בתקופת הקורונה יש סנקציה של 5,000 שח אם מישהו מפר את ההנחיות. אך ישנה דילמה, האם מותר לממש את הזכות החוקתית להפגין? רוב האנשים יעדיפו לא ללכת להפגין מהחשש לקבל קנס, ולא יפגינו, ואם יקבלו קנס – יפנו לביהמש ע"מ לבטלו.

בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל:

מדובר על חוק אכיפה מנהלית (נועד להגביר את האכיפה. נועד להגן על ציבור המשקיעים). עד לחקיקת חוק זה היו מקובלים שני הסדרים: הראשון, רכישת ביטוח בשוק ההון- מי שרוצה לעבוד בתחום הזה יכול לרכוש ביטוח, ואם ימצאו שהוא רשלן ויקנסו אותו – הוא לא יצטרך לשלם מכספו. השני, הסדר שיפוי- החברה המעסיקה את יועץ ההשקעות היא זו שתשפה את הכסף (כלומר אם המדינה תמצא שהוא רשלן החברה תשלם). בדיני תאגידים ישנה בעיה אינהרנטית, בעיית OPM- חשש שאנשים שמנהלים את הכספים של כולנו לא ישמרו עליו במידה מספקת, לא שומרים עליו כאילו הוא כספם שלהם. מה האינטרס שלהם לפעול בצורה תקינה, אם הם יודעים שיש להם דרך "להתחמק" מהקנס? מסיבה זו, יצרו מנגנון אכיפה מנהלית חדש (יש מגמה בישראל לפנות להליכי אכיפה מנהלית ולא רק הליך שמוביל לסנקציות פליליות). **טענת המדינה** בחקיקת החוק הייתה כי יש להגביל את הסכמי השיפוי והביטוח מהסיבות הנ"ל. **העותרים** טענו כי זה פוגע להם בחופש העיסוק- אם מצד אחד יש אפשרות להטיל סנקציות כספיות חריגות על רשלנות, ומנגד- אין להם אפשרות להתגונן מפניהן בעזרת ביטוח – זה ירתיע אנשים עתידיים לעסוק במקצוע.

**הש' ריבלין** דחה את עתירה על הסף בגלל חוסר בשלות – לא יישמו עדיין את החוק, ולכן הפגיעה היא ספקולטיבית ועתידית בלבד. הוא קובע כי דרך המלך צריכה להיות לתקוף את חוקיות החוק רק אם האדם נפגע ממנו בפועל, אם הוטלו עליו סנקציות. כלומר, יישום תורת הבשלות צריך להתרחש רק במקרים שבהם הפגיעה היא אמיתית וריאלית. ראוי כי בעל דין יתקוף חוקיותו של חוק רק במקרה שבו הוא נפגע.

ריבלין עוסק בפס"ד זה בבשלות, כשהוא אומר מה הרציונליים והא מדבר על הצדקות כלליות לריסון שפיטות (שהן כל ההצדקות שברק דחה בפס"ד רסלר). הבשלות משמשת את ביהמ"ש כדוקטרינת שפיטות. הבשלות משמשת את ביהמש לפעמים כדוקטרינה מ"הדלת האחורית".

ביקורת על הפס"ד: אם אנשים גם ככה לא ירצו לעסוק במקצוע לא יהיה מי שיקבל קנס. בנוסף, אי אפשר לעשות ביטוח בדיעבד, אין מה לחכות שיטילו את הסנקציה ויצרכו לעשות בה שימוש. פסד זה מדגים בצורה טובה את עקרון הבשלות וכן את הביקורת על עילה זו, הקשורה לסוגיית השפיטות.

בג"ץ אורי סבח נ' הכנסת – "חוק ועדות קבלה" (השתלשלות של פרשת קעדן). ישובים קהילתיים/מושבים/קיבוצים מרגישים שיש להם את הזכות להחליט מי יכול לגור שם או לא, והם מעדיפים לקבל יהודים, אשכנזים, מעמד סוציו-אקונומי ומשפחות "נורמטיביות", ולא משפחות ערביות/מזרחיות/משפחות חד הוריות ועוד.. כעיקרון החוק קובע רשימה של עילות שבעטיין ועדות הקבלה רשאיות לפסול מועמד לקהילה, ישנן 2 עילות שנויות במחלוקת: 1. ? 2. חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי-קהילתי. בחלק מהדיונים שהתקיימו בהליך החקיקה היו כאלה שטענו כי המטרה היא להפוך את פס"ד קעדן, אך החוק קבע גם סעיף כללי שקבע מהן עילות האפליה האסורות (לא יכולה לסרב לקבל מועמד מסיבות של: גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית) – לכאורה החוק נשמע נפלא. החשש הוא שהם ישתמשו בסיבת "חוסר התאמה למרקם החברתי" כטיעון "מכובס" במקום לומר גזענות. מכיל קריטריונים עמומים שיכולים לשמש כסות להפליה. העותרים לא חיכו שהחוק יפורסם ברשומות, ויום לאחר שהוא נחקק – הם עתרו כנגדו (לא היו שום ראיות שהוא יביא לתוצאות הללו).

**הנשיא גרוניס (רוב)** דחה את העתירה ופיתח בצורה משמעותית את מבחן הבשלות להכרעה שיפוטית – מבחן דו-שלבי:

1. **אם העתירה מעוררת שאלה משפטית ולא עובדתית, אין צורך להמתין לכך שהעובדות יתרחשו בפועל, ניתן לדון בעתירה.** גרוניס מביא דוגמא מפסיקה קודמת הממחישה את טיעונו: פרשת הפרטת בתי הסוהר. הסיפור הוא שהמדינה החליטה לאפשר הקמת בית סוהר פרטי שיופעל ע"י יזם פרטי והייתה עתירה לבג"ץ. אחת העילות הייתה שהעברת האסירים לידיים פרטיות שכל מה שמעניין אותו הוא כסף, מדובר בשלילת הזכויות. דעת הרוב מפי הנשיאה בייניש אמרה שם כי אין לחכות ולראות מה יהיה היחס לאסירים, יש פגיעה עקרונית ומהותית בכבוד האדם שכן היחס יהיה אמצעי למטרות כלכליות. דעת מיעוט: בואו נחכה ונראה מה יהיה היחס. ומנגד יש מקרים שבהם ביהמ"ש מבין שיש דברים שנדרש לחכות ולראות מה יקרה. כלומר, יש מקרים בהם הנזק כה גדול ולכן לא נצטרך לחכות ליישומו ומנגד מקרים בהם נצטרך יישום כדי לדעת מה יהיה והחוק שלעצמו (ניסוחו) אינו מספיק.
2. **יש לבחון האם ישנו אינטרס ממשי המחייב את בירור העתירה בעת הזו.** לאחר שנבחנה הסוגיה הראשונה (גם אם הוכרע כי במקרה הנבחן יש צורך בתשתית עובדתית שלא קיימת עדיין), יש לבחון את השאלה השנייה. מקרים בהם אין תשתית עובדתית אך נדון בהם בכל זאת הם מקרים שבהם אם נשאיר את החקיקה כפי שהיא, זה יגרום לאנשים להרתעה מפני החשש לאכיפת החוק, מהסנקציה. במקרים כאלה עצם הסמכות להטיל סנקציה על אדם המממש את זכויותיו מהווה פגיעה כשלעצמה ולכן נדרש לדון בכך (זהו האפקט המצנן). הוא מוסיף שיקולים נוספים מעבר לאפקט המצנן- מצבים בהם לא ידחו את העתירה על הסף בטענת בשלות: אם בעקבות דחיית הדיון יהיו בשטח **מצבים שמהם לא ניתן לחזור** (עובדות בלתי הפיכות בשטח); כמו כן אם זה **מסוג המקרים שאין נק' זמן בה העתירה תהיה בשלה**- כלומר מקרים בהם טיבו של העניין יכול להיות מאוחר מדי או מוקדם מדי. גרוניס מוסיף שיקול אחרון, מעבר לשיקולים הקונקרטיים והוא **אם יש אינטרס ציבורי ממשי** בבירור העתירה כבר עכשיו (למשל פגיעה בשלטון החוק, דחיית ההחלטה תוביל לפגיעה בוודאות המשפטית- המרכזיים). שיקול זה מבטל את הבשלות- כלומר ידונו בעתירה בכל מקרה.

מן הכלל אל הפרט

שלב הבדיקה הראשון- גרוניס טוען שבמקרה הקונקרטי הזה, השאלה היא יותר עובדתית מאשר משפטית, ואין לנו במקרה זה תשתית ראייתית מספקת לדון בסוגיה. *"בעתירות שלפנינו, היריעה שנגולה...היתה עשירה בהלכה ועניה בעובדות".* סוג הטענות הן תוצאתיות באופיין (מה עלולות להיות תוצאות החוק.. עלול לגרום לפגיעה חוקתית...). חוסר החוקיות הנטען **לא מגיע מלשון החוק**, להפך! לשון החוק נוגדת גזענות במפורש. בטענה היא שיש עילות אחרות שעלולות להיות כסות להפליה, בפועל יגרמו להפליה. מצד שני- לא מדובר בסוג המקרים שניתן לשלול על הסף את המקרה ולטעון כי תיקון החוק לא יפגע כלל בזכויות חוקתיות. יש להמתין לתשתית עובדתית ע"מ לבדוק את ההשלכות, ההכרעה תקום ותיפול על יישום לשון החוק.

שלב הבדיקה השני- טוען כי במקרה הנ"ל אין חשש לאפקט הצינון, להפך, ייתכן כי החוק משפר מעט את המצב לעומת המצב הקיים. אף אחד מן החריגים שהוא ציין לא מתקיים במקרה זה (בנוסף, מציין כי אין שום אדם קונקרטי שטוען כי הוא נפגע).

**הש' ג'ובראן (מיעוט)** מסכים עם גרוניס כי לא תמיד יהיה ניתן לבחון עתירה, אך לא מקבל את ניתוחו הסופי, נותן נימוק מעט אחר – מציע מבחנים אחרים לבחינת עילת הבשלות:

1. **אי מיצוי הליכים**- עילה שבגינה פעמים רבות דוחים על הסף אך מחשיבים זאת פעמים רבות כעילה נפרדת מהבשלות. משמעות אי מיצוי ההליכים היא שאין לעתור ישירות לבג"ץ אלא לנסות לפעול בהליכים אחרים, למצות את כל האפשרויות האחרות לפתירת הסכסוך/סוגיה (מנגנונים אחרים, ערעורים לרשות הרלוונטית, ועוד..). רק במקרה שבו ההליכים המקובלים לא פתרו את הבעיה – ניתן לפנות לבג"ץ.
2. **חזקת חוקתיות-** יש לבחון האם החקיקה הראשית של הכנסת עולה בקנה מידה אחד עם תיקון החוק (זוהי נקודת המוצא שלנו, שהכנסת פועלת כחוק).
3. **חוסר בתשתית עובדתית**- ישנם מצבים שבהם יש מחסור בנתונים קונקרטיים שיאפשרו את הבחינה של ביהמש.

ישנם שני שיקולים שיש לקחת בחשבון לטענתו:

1. עוצמת הפגיעה לפרט אם הסוגיה לא תבורר על ידי ביהמש
2. האם ישנו הליך חלופי יעיל יותר לבירור הטענות

הקושי בגישתו: שני המבחנים הראשונים שהוא מציין הם לא בדיוק חלק מעילת הבשלות, אלא עילות סף אחרות. גישה זו יכולה לגרום לחוסר גישה לערכאות (דבר האסור לפי החוק).

**שיעור 11-**

**הש' הנדל (מיעוט) – מודל הביניים: בשלות חלקית**

מציע דוקרטינה של בשלות חלקית. הרוב המוחלט של השאלות המרכזיות בעתירה אינן בשלות לדיון עכשיו (חושב כאן כמו גרוניס), אך מסכים עם הש' ג'ובראן כי ישנה סוגיה אחת שניתנת לדיון כעת, והיא הרכב ועדות הקבלה - יש בה פגם בעייתי חוקתית, ובו ניתן לדון כעת (מזדהה כאן עם גישתו של ג'ובראן). השיקולים המרכזיים לקבלת דוקטרינת הבשלות החלקית:

* **התנאי הראשון -** מציע אפשרות שבה נושאים מסוימים בשלים להכרעה ואחרים לא, ולכן ניתן לבצע בהם הפרדה, ניתוח העתירה לנושאים שונים. ההפרדה תיעשה ע"י מבחנו של גרוניס.
* **התנאי השני –** פירוט 4 שיקולים מצטברים מתי ניתן יהיה להכיר בבשלות חלקית:
1. באיזו מידה ברור כי השאלה הספציפית המתעוררת אינה מצריכה יישום קונקרטי לצורך הכרעה חוקתית? ככל שהשאלה מחייבת יישום קונקרטי, נשאיר את ההכרעה לעתיד לבוא. – הולם את השלב הראשון של גרוניס.
2. מידת ההתאמה של העתירה לפיצול הדיון בה (נלקח מהפסיקה האמריקאית). כלומר, כמה אפשר בצורה שתאפשר את המשך קיום החוק להפריד בין מרכיביו השונים. לרוב חוק מקיים הסדר שלם, יש לבדוק האם ניתן להפריד את השאלה הספציפית הבשלה משאר החוק, או שהדיון בסוגיה זו תמוטט/תביא לקריסת החוק (כמו מגדל קלפים, לא רוצים לשלוף את הקלף שיגרום לקריסת כל המגדל. אם זה קלף שנמצא למעלה – ניתן לדון ולשלוף את הסוגיה הספציפית הזו ללא "פירוק" של כל החוק).
3. טיובה של ההכרעה השיפוטית. בהתאם לשיקול השלישי- גם אם מסתבר כי הסוגיה אינה החלק הדומיננטי בחוק שימוטט אותו, יש לבדוק האם הוא מספיק חשוב ע"מ להכריע בו.
4. האם הפיצול יצמיח תועלת לציבור? תפיסה של "מאזן הנוחות". מציג את השאלה: האם עצם הדיון בשאלה שבשלה להכרעה יצמיח תועלת לציבור/מניעת נזק עתידי בעקבות הדיון? כלומר, למה בכל זאת לדון לפעמים בעתירות למרות התשתית החלקית (למשל: אם זה עניין של תוצאות בלתי הפיכות, החוק יגרום לאפקט מצנן..).

הנדל לא חולק על גרוניס על צורת ניתוח בשלות, אך מציין כי בשלות לא חייבת להיות "או הכול או כלום", אפשר לנתח חלק מהעתירה לגישתו.

מקרים שיושמו בפועל את הלכת גרוניס בסבח:

בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועמ"ש – עתירות חוקתיות נגד העלאת אחוז החסימה. במשך שנים היה אחוז חסימה נמוך. בחוק המשילות העלו את אחוז החסימה. נטען כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בשני מרכיבים בס' 4 לח"י: הכנסת: 1. פוגעת בעקרון הייצוג. 2. הבעייתיות היא שלא יהיה ייצוג למיעוטים בכנסת (גרם לאיחוד הרשמיות הערביות לרשימה אחת גדולה, שעברה לחלוטין את אחוז החסימה). אם מסתכלים על הדיונים והמניעים, ניתן לראות שזאת הייתה הכוונה ככל הנראה (נועד להדיר את המפלגות העבריות מהכנסת).

**גרוניס:** רק עכשיו שינו את דיני הבחירות ולא יודעים מה תהיה התוצאה (אם קבוצות מיעוט לא יקבלו בכלל ייצוג בכנסת או לא). הדין- לבטל את העתירה על בשלות, כי כרגע על פניו לא ניתן לומר שהתוצאה הלא חוקתית אכן תתרחש. בהמשך, ע"פ התוצאה, ניתן יהיה לדון בעתירות דומות. אם היה מדובר ברף גבוה מאוד, למשל 10%, היה מקבל את העתירה, אך כעת – הסכנה אינה ככ ממשית (3.25%).

ביקורת על גישתו: עלול להיות נזק בלתי הפיך! אם הייתה התוצאה הזו, לא היו מבטלים רטרואקטיבית את תוצאות הבחירות. במבחן התוצאה גרוניס צדק כי המפלגות הערביות התאחדו.

**ג'ובראן (במיעוט):** העתירה בשלה, והתוצאה מבחינת הסוגיה היא כי העלאת אחוז החסימה אינו חוקתי. ניתן לבחון את המנדטים שקיבלו קבוצות מיעוט בבחירות האחרונות, ולראות כי ישנה סכנה שקבוצות מיעוט לא יקבלו ייצוג.

**ישנם שופטים נוספים** שטוענים כי הסוגיה אכן בשלה לדיון, אך הכרעתם שונה משל גרוניס – העלאת אחוז החסימה הוא מהלך חוקתי.

בג"ץ 2487/20 ברי נ' היועמ"ש – האם ניתן להעניק מנדט למי שנאשם בפלילים? היו שלוש עתירות שונות לפני הבחירות השלישיות, זו העתירה השלישית מביניהן. הם ביקשו מבגץ 2 דברים: 1.שיבהירו את המצב המשפטי, האם מי שיש נגדו כתב אישום יכול להרכיב ממשלה? 2. ??. בגץ כל פעם דחו את העתירה על הסף (לא ידוע מה יהיו תוצאות הבחירות, מי יקבל את מלאכת הרכבת הממשלה) בפעם השלישית היה צריך להבהיר את המצב המשפטי. ב12.4 ביהמש דחו את העתירה כי לא ברור אם זה יתמשש, ריבלין לא הטיל עדיין על ביבי את מלאכת הרכבת הממשלה.

**הש' שטיין:** (חשוב לומר ששופטי העליון השונים השתמשו בטענת הבשלות כדי להמנע מלדון בסוגיות מורכבות פוליטית, גם חיות טענה כך בעתירה הקודמת, והשופטים שהיו עם שטיין בפס"ד הסכימו איתו).

נקבע כי מדובר בסוגייה מורכבת מאוד פוליטית, יש לפעול בריסון בנוגע לעתירות פוליטיות רגישות – ועל כן היא נדחית בעקבות טענת הבשלות.

בג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש (6.5.2020)- שתי עתירות: 1.האם אדם בעל כתב אישום יכול לכהן כרה"מ? 2.האם ההסכם הקואליציוני ראוי? לעומת כל שאר העתירות- עתירה לא נדחתה על הסף, אלא דנו בה לגופו של עניין ולא קיבלו אותה. מה שמעניין הוא שחלק מהמרכיבים בעתירה השנייה, של ההסכם הקואליציוני, היו בעלי אופי של בשלות (הסכמים שעוסקים בחקיקה עתידית) – לא מתערבים כי זה טרם בא לעולם. אם וכאשר יחוקקו, תיאורטית ניתן יהיה לדון על כך. לגבי סעיפים 22-26 בהסכם: הם מעוררים קושי לא מבוטל, אבל טרם התקבלה הוועדה המסדרת – אין מקום לחרוג מהכלל שאין להתערב בהסכמים שטרם התרחשו בפועל.

מה שבעצם מתרחש בפס"ד זה סוג של גישת הנדל של דרך הביניים. השופטים דנים בעתירה לגופה, אך לגבי חלק מהמרכיבים טוענים כי אין בהם עדיין בשלות מספקת לדיון.

**סיכום של עילת הבשלות**

פעם נראה היה כי עילה זו אינה מרכזית ואינהרטית ביחס לעילות הסף האחרות (כמו שפיטות). אך כעת, נראה כי מגמת הפסיקה היא נסיגה מהאקטיביזם השיפוטי, וניסיון להשתמש ב"מנגנון ההתחמקות" של בשלות (כדי לא להגיד "זה לא שפיט", אבל גם לא להתערב בעניינים שהם פוליטיים מובהקים ורגישים). מצד שני- לא חוסם את סוג העתירות לגמרי, אלא זה משאיר את הדלת פתוחה לעתירות עתידיות.

# ביקורת שיפוטית חוקתית סובסטנטיבית (תוכנית)

איך ביהמש משתמש בפועל בביקורת השיפוטית, איך הוא בוחן את חוקתיות החוק. ע"מ לעשות זאת, הם פיתחו את תורת שלושת השלבים.

## תורת שלושת השלבים

נציין אותם כאן בקצרה, ובהמשך נפרט לגבי כל שלב בנפרד, ועל השאלות המסועפות שיוצאות ממנו. בעיקרון יש לעשות את המבחן בצורה מתודית, כל שלב מוביל לשלב הבא. ברגע שהשלב הראשון נדחה, לכאורה אין צורך לבדוק את השלב השני. בפועל (וגם אנחנו צריכים לעשות ככה במבחן) – צריך לעשות את הניתוח המלא (לדוג': השלב הראשון לא מתקבל ולכן יש לדחות את העתירה, אך למען הסר ספק נבחן את שאר השלבים).

1. **שאלת הפגיעה -** האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעונגת בחוקי היסוד?
2. **חוקתיות הפגיעה -** האם הפגיעה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה? (האם ישנה פגיעה שהיא בכל זאת חוקתית?)
3. **הסעד: תוצאות אי החוקתיות –** מה הסעד הראוי על אי החוקתיות?

### רציונאליים

* אמצעי לשם בהירות הניתוח ודיוק המחשבה- לנסות שהביקורת וההכרעה תהיה כמה שיותר מתודית, אנליטית ומובנית, ולא תלויית שופט (לא תלויה יותר מדי בשיקול דעת פר שופט).
* משקפת תפיסה שכל הזכויות הן יחסיות ומוגבלות (להביל מתפיסה של זכויות מוחלטות, למשל: בגרמניה- הזכות לחיים ולכבוד האדם. מלחמת העולם השנייה גרמה להם לייסד חוקה מרחיקת לכת כמו זו). גם אם הגענו למסקנה שהחוק נגוע באי-חוקתיות לא משקף בוודאות שהחוק צריך להתבטל.
* מבהיר את הבחנה בין היקף הזכות החוקתית לעומת מידת ההגנה על הזכות החוקתית (מידת הגשמתה בפועל).

**שיעור 12-**

החלוקה לתורת שלושת השלבים משליכה פרקטית להתנהלות בפועל של הנטל הראייתי. בשלב הניתוח הראשון הנטל הוא על העותרים, כיוון שתמיד הנחת העבודה היא שהחוק הוא חוקתי. מי שרוצה לטעון אחרת – הנטל מונח עליו. בשלב הניתוח השני, הנטל עובר למדינה – להראות שהפגיעה היא מוצדקת (תכלית ראויה, עומדת בפסקת ההגבלה). כלומר, יש חזקת חוקתיות (נטל גבוה על העותרים להוכחת הפגיעה) ומצד שני – אם השלטון פוגע בנו, על המדינה להוכיח שהפגיעה מוצדקת ושהיא לא שרירותית. תורה זו יוצרת מעין איזון – הפרדת רשויות וכיבוד הכנסת אך יחד עם זאת גם כיבוד האזרחים וזכויות אדם.

ננתח כל אחד מן השלבים בעזרת תתי-שאלות ופסקי דין:

### 1. שאלת הפגיעה

האם קיימת זכות?

* **מהי זכות?**

זכות היא אינטרס מוגן ע"י המשפט. המשמעות של זכות היא שהמשפט מכיר באינטרס שלי כזכאית להגנה, ופועלה של הזכות שהיא מטילה חובה על אחרים. כלומר, זכות במהותה מטילה על אחרים חובה להמנע מלפעול בצורה מסוימת, ואולי אף לפעול ע"מ להגן על הזכות שלי.

דוגמאות: אם אני מכורה לקפה, האם יש לי זכות שהמדינה תספק לי כוס קפה בבוקר? האם יש לי זכות לשלוח את הילדים שלי ללמוד לימודים בסיסיים בחינם?

\*\*יכולות להיות זכויות שמקורן אינן בחוקה/חוקי היסוד, אלא זכויות שהוכרו בפסיקה. לא מדובר בזכות מוסרית/טבעית. היו מקרים שבהם המשפט הכיר בזכויות טבעיות כזכויות משפטיות, אך זה נבע מתוך פס"ד/הלכה.

* **זכויות שליליות מול זכויות חיוביות – "הטרילוגיה החוקתית":**

רקע: זכות שלילית= נקראת "חירות". המדינה צריכה להמנע מלהפריע לי לנהוג כבת חורין, לא לעשות פעילות אקטיבית. דוג': חופש התנועה מגבילה את המדינה לומר לי להיות סגורה בבית בגלל הקורונה. זכות חיובית= מטילה על המדינה חובה לפעול ע"מ לממש את הזכות שלי. דוג': הזכות לקיום בכבוד. יש תפיסה של המדינה שאומרת שהמדינה צריכה להבטיח לי מינימום של תנאים סוציאליים כדי שאוכל להתקיים בכבוד. אם אדם מגיע לחרפת רעב, המדינה מחויבת להעניק לו רשת ביטחון מינימאלית.

ההבחנה לא קלה כמו שהיא נשמעת, ולעיתים ישנן זכויות שמתבטאות בשני האופנים. לדוג': זכות הביטוי – חיובית או שלילית? אינטיאוטיבית, זו זכות שלילית. המדינה לא יכולה "לסתום לי את הפה". מנגד- יש לי את חופש ההפגנה בתוך חופש הביטוי. האם המדינה צריכה פיזית לאפשר לי לבצע אותה, כלומר לספק הגנה? יש חובה אקטיבית למדינה להקצות כוחות ביטחון? הגישה שהתגבשה בפסיקה היא כן. לחופש הביטוי יש גם היבט חיובי. \*\*הדוגמא הקלאסית היא פס"ד קול העם.

קושי זה הוביל לטענה שאין זכויות שהן רק שליליות או חיוביות, אלא לתפיסה שברק הגדיר בכתיבה האקדמית שלו כ**"הטרילוגיה החוקתית**" - הזכויות החוקתיות של הפרט כלפי המדינה מכילות שלושה היבטים שונים, אילו סוגי חובות עומדות למדינה מול הזכות של הפרט.

1. **הזכות להוקרה (respect).** ההיבט השלילי של החוק. כלומר, מטיל על המדינה את אי-הפעילות, להמנע מלפגוע בזכויות.הרובד הבסיסי ביותר. יש הסכמה שלכל הזכויות החוקתיות בישראל יש לפחות את ההיבט המינימאלי הזה (גם חוקים שלא מוגדרים על דרך השלילה).

לדוג': חוק יסוד: כבדה"א וחירותו, ס' 2: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."; ס' 8: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא..."

1. **הזכות להגשמה (fulfill).** ההיבט החיובי, מטיל חובה על המדינה להגשים את הזכות החוקתית.על המדינה למצוא תשתית נורמטיבית ולנקוט באמצעים אקטיביים כדי שהזכות החוקתית תמומש. ישנה שאלה האם הזכות להגשמה חלה גם על זכויות שאין להן ביטוי מפורש בס'4 ל"י כבדה"א וחירותו (על החיים, גוף וכבוד), או לא (למשל, האם הזכות חלה גם על קניין)? ברק בכתיבתו האקדמית סבור שלא.הפסיקה לא הכריעה עד היום בעניין זה בצורה סופית.

לדוג': חוק יסוד: כבדה"א וחירותו, ס' 4: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

1. **הזכות להגנה (protect).** היבט חיובי, החובה על המדינה לפעול להגנתנו מפני צדדים שלישיים. לפי גישה זו, אין הרשות השלטונית יוצאת ידי חובתה שלא לפגוע בזכות החוקתית, אם היא יודעת או צריכה לדעת שתתרחש פגיעה עלייה מצד שלישי.

1. המדינה יודעת שמשפחת פשע X הולכת לחסל אדם ממשפחת פשע Y. האם על המדינה להתערב? היא לא פוגעת בזכות שלו. אך הזכות להגנה אומרת שאם המדינה יודעת שצד שלישי הולך לפגוע באדם, עלייה להתערב.

2. בג"ץ אדוארדו נ' שר הביטחון- עתירות של תושבי שדרות וישובים נוספים בעוטף עזה. הם טענו שלמדינה יש חובה למגן את מוסדות החינוך בעוטף מפני פגיעת רקטות קסאם. משרד הביטחון החליטו שהם לא מתכוונים למגן את כיתות האם של תלמידי כיתות ד-יב. הטענה הייתה שזה לא באמת מספק את ההגנה כי הילדים לא מספיקים להגיע למרחבים המוגנים. השאלה הייתה האם על המדינה יש חובה לפעול להגנת החיים של ילדי תושבי עוטף עזה, למרות שזה מגיע מצד שלישי. **הש' בייניש:** המדינה אמרה שהיא הייתה שמחה להגן על כל אזרח, אך זה נושא עמו עלות תקציבית גבוהה מאוד. המדינה חייבת לתת מענה בטחוני סביר לתלמידי בתי הספר שחשופים לאיום. המדינה צריכה לעשות איזון בין שיקולים שונים בדר"כ, אך במקרה זה ביהמש הטיל חובה אקטיבית למיגון. זאת לא פסיקה רגילה, זה פסד אקטיביסטי מאוד! מדובר במקרה נדיר מאוד, מכיוון שלפי דעת בימהש, החובה למגן חורגת ממתחם הסבירות.

האם החובה להגן חלה על זכויות מעבר לשלוש הזכויות המנויות בס'4 בח"י כבדהא וחירותו? לדעתו של ברק זה נובע מההיבט השלילי של כל הזכויות. לא מספיק שהמדינה לא פוגעת לנו בזכות ע"י התנהגות עצמית שלה, אלא עלייה ליצור תשתית כלשהי (באמצעים סבירים) שתגן על האזרח שאף אחד לא יוכל לפגוע בו. כלומר, המסקנה היא שהזכות הזו חלה על כל הזכויות (כמו הזכות להוקרה), ולא רק אלה המנויות בס'4 (כמו בזכות להגשמה).

3. בג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל- הקביעה הייתה כי המדינה צריכה לא רק לאפשר להפגין, אלא עליה לדאוג לאמצעים שיאפשרו לאזרחים להפגין ללא להיפגע – לדאוג למשטרה, אמבולנסים ועוד.. חשוב לזכור כאן שהזכויות אינן מוחלטות אלא יחסיות, המדינה לעיתים תטיל את האחריות להגנה על האזרח עצמו, אך יש עליה חובה לשקול את ההגנה על מי שרוצה לממש זכות חוקתית מפני צד שלישי. עד איזה רמה ואיזו מידה – על זה נושא זה נדון ב'היקף הזכות'.

* **זכויות אדם מול זכויות אזרח**

דוגמאות:

* **ח"י כבוד האדם וחירותו**, סעיף 6, מדגיש את ההבדל. ס'6(א) מבטא זכות אדם (-שייכת לכל אדם באשר הוא אדם. גם אם האדם הוא תייר או שב"ח) – "כל אדם חופשי לצאת מישראל". ס'6(ב) מבטא זכות אזרח – "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל".
* **ח"י חופש העיסוק** – בג"ץ בז'רנו- חשין האב קבע כי חופש העיסוק הוא זכות אדם ולא אזרח, לכל אדם יש את הזכות לפרנס את משפחתו. נוצר דיסוננס. הזכות החוקתית חלה רק על אזרח ותושב, הזכות הפסיקתית לחופש העיסוק חלה על כל אדם. האם ישנן בעצם שתי קטגוריות שונות? או שמא הזכות הפסיקתית מתבטלת כיוון שהיא נקבעה טרם נחקק חה"י? ההשלכה האופרטיבית היא שאם מדובר בזכות חוקתית, לא ניתן לקבוע חוק שסותר את הזכות הזו, רק אם הוא עומד בפסקת ההגבלה (לעומת זכות פסיקתית, שניתן לסתור אותה אפילו בתקנה, לא רק בחוק).

בהנחה שהזכות קיימת, האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד?

איך ניתן לדעת?

1. הזכויות המנויות – כתובות בצורה מפורשת בח"י
2. הזכויות הבלתי מנויות – לא כתובות בצורה מפורשת בח"י. לדוג': ביהמש הכיר בכבוד האדם כאגד זכויות, שמהסל הזה ניתן להסיק זכויות נגזרות.

ישנן 3 גישות להכרה בזכויות המנויות הנגזרות מכבוד האדם:

1. **הגישה המצומצמת**. מבחן ההשפלה= האם הפגיעה בזכות הבלתי מנויה המסוימת הזו מהווה השפלה?

זוהי גישת דורנר בבג"ץ אליס מילר. מסבירה כי המחוקק נמנע מכתיבת המילה "שוויון" בח"י, אך טוענת שבמינימום ההגנה על כבוד האדם היא כי החוק יגן מפני פגיעה בהשפלה. כלומר, ח"י מגן מפני פגיעות בשוויון כאשר הפגיעה בשוויון מהווה גם השפלה (כי זו פגיעה בכבוד). לא כל פגיעה בשוויון עולה לכדי השפלה, ולכן לא כל פגיעה בשוויון היא פגיעה בכבוד. מתי כן? פגיעה על רקע גזע או מין. מדוע? זה יוצא מנקודת הנחה שהגזע/המין/ הזה נחות, וזה משפיל. היא מזכירה במילה בפס"ד שלה גם את הדוגמא לגזע, מעבר למין, אך ייתכן שישנן קבוצות נוספות שבפגיעה בשוויון שלהן תהווה השפלה (למשל דת). דורנר מציינת כי מבחן זה עלול להיות מסוכן, כי בגלל דעות קדומות וסטריאוטיפים נחשוב שקבוצות מסוימות לא מתאימות לעבודות/פעולות כלשהן.

1. **גישת הביניים**. יש קשר ענייני הדוק לכבוד על כל מובניו, לרבות אוטונומית. זוהי גישת ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת- מסכים עם דורנר שכבוד האדם כולל בתוכו את איסור ההשפלה, זה ב"גרעין" של הזכות. אך כבוד האדם כולל יותר מזה! כבוד האדם הוא גם האוטונומיה שלו לבחור ולבצע פעולות חופשיות. לא מצמצם את הגזירה של הזכויות הבלתי מנויות לכבוד במובן הצר של ההשפלה, אלא גם כאשר הכבוד נפגע במובן של אוטונומיה. טוען שהוא לא משתמש בכבוד האדם כדי להגן על כל זכות בלתי מנויה (הגישה המרחיבה), אלא העותרים צריכים להוכיח שישנו קשר ענייני הדוק בין הזכות הבלתי מנויה שלטענתם נפגעה לבין הכבוד, גם במובן הרחב של אוטונומיה.

הביקורת על גישתו: התוספת עושה הבדל גדול מאוד, ברק מרחיב מאוד את התפיסה. ברק מציג כאילו יש גם את הגישה המרחיבה, אך בעצם זו "טענת קש". אין אף איש משפט שטוען שיש לנקוט בגישה המרחיבה, אז הגישה שלו לא באמת "גישת ביניים".

להגנתו של ברק: בבג"ץ אדם טבע ודין ברק מדגים כי גישת הביניים שלו אכן צרה יותר מהגישה המרחיבה. הוא טוען שם כי הזכות לחיים בסביבה ראויה (איכות הסביבה) אינה נכללת בתוך הזכות לכבוד.

1. **הגישה המרחיבה**. כלומר, זכות כבוד האדם וחירותו היא מקור לכל הזכויות.

**שיעור 13-**

ביקורת על הכרה בזכויות בלתי מנויות: מאיפה ביהמ"ש גוזר את הזכויות הללו? העובדה כי המחוקק/מכונן לא כלל את הזכויות האלה אינה מקרית (הדוגמא הקלאסית: שווין). הכנסת בחרה שלא להכניס אותן, רשימת הזכויות היא רשימה סגורה (הסדר שלילי). איך יכול להיות שהכנסת כמכוננת בחרה לא להכניס, אך ביהמש "הכניס מהדלת האחורית" את הזכויות הללו?

מה היקפה של הזכות?

מה שנמצא ב"גרעין" הזכות. כלומר, מה נכנס בגדר הזכות עצמה. למשל: אם יש לי רכב והמדינה מחרימה לי אותו ברור שמדובר בפגיעה בזכות הקניין. לעומת זאת, אם השקעתי את כל כספי בבורסה בשל מחשבה כי המדיניות תישמר אך הוחלט לשנותה ועל כן המניות ירדו. האם הדבר פוגע בזכות החוקתית? שעל המדינה לא לשנות מדיניות כלכלית? לא. לכל זכות יש הגדרה של מה נכנס להיקפה. לפעמים ההבחנה קלה מאוד (למשל: השפלת אדם, גזילת הקניין שלו..) ולעיתים מציאת הגבול הוא עניין בעייתי ומבלבל.

בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים:

מדובר בפס"ד מורכב מאוד, כיוון שהעליון היו בו חלוקים, התחלק חצי-חצי. מחנה אחד בראשות הנשיא ברק- החוק לא חוקתי ויש לבטלו. מחנה שני בראשות חשין – החוק כן חוקתי ולכן צריך לדחות את העתירה. אדמונד לוי היה לשון המאזניים – הסכים עם ברק לגבי הניתוח החוקתי, אבל פסק כמו חשין במבחן התוצאה כי מדובר בהוראת שעה, והאמין כי הכנסת תבטל אותו בהמשך (בדיעבד – הוא עדיין קיים היום, היה סיבוב שני לחוק). מדובר על פסק דין בעניין חוק האזרחות, שלא מאפשר לאזרח ישראלי להתגורר יחד עם בן זוגו, שמגיע ממדינת אויב, במדינת ישראל --- "פרשת איחוד משפחות". הטענה של העותרים הייתה שזה פוגע בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה. השאלה הייתה האם הזכות לחיי משפחה, שאינה מעוגנת בזכות לכבוד, נגזרת ממנה?

**ברק –** כבוד האדם כולל בתוכו גם את האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו (עם מי יתחתן, היכן יגור..). לכן, כשפוגעים בזכות למשפחה, כלומר כשאומרים למישהו שהוא לא יכול להתחתן עם אדם X, פוגעים בזכות החוקתית שלו לאוטונומיה, שהיא חלק מכבוד האדם שלו.

מבחינת היקף הזכות: היא אינה מתמצה בזכות להנשא ולהוליד ילדים (זה הגרעין), אלא זכותם היא גם להתגורר יחד (התרחקות מהגרעין מעט), ולא סתם במקום נייטרלי, אלא במדינתו שלו – ישראל. טוען כי זכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה נפגעת, וכאן נכפית עליו הבחירה בין הגירה עם בן זוגו או להתגורר בלעדיו במדינתו, יחד עם משפחתו המורחבת, חבריו..

**חשין –** לא חולק על כך שיש זכות חוקתית לחיי משפחה והיא נגזרת מכבוד האדם. הוא חולק על היקף הזכות (מה הזכות כוללת?). טוען כי עניינה של הזכות הוא בין תושבי הקבע של ישראל ואזרחיה. כלומר, כל ישראלי וישראלית יכולים לבחור עם מי להתחתן מישראל. ההיקף לא מתפרס על הזכות להתחתן עם תושב זר (לא רק פלסטיני, אלא גם ברזילאי..). המדינה לא יכולה לאסור על חתונה עם אדם שאינו אזרח ישראל, אך כן יכולה לומר לאזרח ישראלי שאין לו זכות שבן הזוג הזר שלו יהגר יחד עמו לישראל והם יחיו כאן יחד. לחלופין טוען שגם אם הייתה הזכות הזו לכל אזרח זר, אפשר לעשות כאן עוד הבחנה – אדם שמתחתן עם אדם שמגיע ממדינה זרה ניאטרליית לבין אזרח זר שמגיע ממדינה/יישות שיש לה עימות עם ישראל (מדינת אויב). מגיע למסקנה שהחוק לא פוגע בזכויות חוקתיות, כי זה לא חלק מהיקף הזכות.

חלק משמעותי מהויכוח בין ברק לחשין בשאלה של היקף הזכות הוא בניתוח של המתודולוגיה של הזכות החוקתית. כלומר, מהו המקום הראוי לערוך איזון בין הזכות החוקתית לבין זכויות ואינטרסים סותרים?

**ברק –** צריך להרחיב בהגדרת הזכויות ובקביעת ההתפרסות שלהם (אפשר "להיות נדיבים"), זה לא המקום לשקול את השיקולים האחרים (של איך נאזן בין הזכות לבית אינטרסים סותרים) שאינם נוגעים לגופו של עניין. המקום לעשות זאת הוא בשיטת שלושת השלבים – בפסקת ההגבלה.

**חשין –** יוצא עקרונית נגד גישת ברק. כשמגדירים את היקף הזכות יש לקחת בחשבון גם את השיקולים האחרים, האינטרסים הסותרים (למשל כאן: פיגועי טרור, ביטחון המדינה. שיקולים ביטחוניים משמעותיים).

חופש הביטוי זו הזכות שבה ביהמש הלך "הכי רחוק" בעניין של היקף הזכות. חשוב להדגיש כי גם אם אמירה/מעשה נכנס בתוך היקף הזכות, אפשר לדחות את העתירה בשלב הבא. כלומר הכול הוא חלק מחופש הביטוי, אך ניתן להגביל אותו בהמשך ניתוח העבירה, בעת שקילת שיקולים ואינטרסים נוגדים.

1. **איך מביעים את הביטוי?** מילים או מעשים (דחיפת דגל ישראל לישבן, שריפת דגל..)
2. **איזה סוג ביטוי?** פרסום ספר/כתבה/שיר/פרסומת/פורנו/לשון הרע/גזענות. האם כל אלה הם חלק מחופש הביטוי?

ביהמש קבע כי:

* ע"א 751/10 פלוני נ' אילנה דיין- תביעת לשון הרע, **פרשת סר"ן ר'**. *"חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי אשר יהיה, יהיה תוכנו אשר יהיה, תהיה השפעתו אשר תהה".* הכול נכנס בתוך חופש הביטוי!
* *"אין בודקים אם הוא אמת או שקר, אין בודקים את תוכנו, אין בודקים את תוצאותיו"*
* חל גם על ביטוי מסחרי (קידום חברת הכנה לפסיכו "לך תצטיין").
* גם אם הביטוי פוגעני/צורם/שקרי – הפרשה על הסרט ג'נין ג'נין, שמציג שחיילי צהל מבצעים פשעי מלחמה בשטחים.
* כמה פס"דים של כהנא, שהיו בהם ביטויים גזעניים קשים – חייבו את רשות השידור לשדר את דבריו כי זה חלק מחופש הביטוי
* בגץ סנש נ' רשות השידור – הערוץ הראשון עשו דוקו על פרשת קסנטר. הוא טען כי גם חנה סנש נשברה בחקירה והסגירה את חבריה, למרות שאין שום הוכחות לכך שהדבר נכון! אין חולק שהדבר הוא שקר, ושהוא פוגע במשפחה, אך למרות זאת קבעו כי זה נכנס לתוך ההיקף.

כלומר, משאירים את שלב הניתוח ושקילת שיקולים אחרים לא נלקחים בחשבון בשאלת היקף הזכות, אלא בשלב השני של ניתוח פסקת ההגבלה. חופש הביטוי הוא הדוגמא המובהקת ביותר, אך גם הקיצונית ביותר ל**גישה ה"ברקית"**! אפילו בעידן ברק זה לא היה כך לגבי אף אחת מן הזכויות האחרות – קניין/חופש העיסוק.. (ההרחבה הקיצונית הזו).

**שיעור 14-**

מעבר לשאלה עד כמה גישת ברק הייתה מרחיבה ב"עידן ברק", אחת ההתפתחויות המעניינות ב"עידן הנשיא גרוניס" היא שהוא הוביל גישה שדומה יותר לתפיסתו של חשין בבג"צ עדאלה, המנוגדת לגישת ברק ומצמצמת יותר.

בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות

רקע: פעם היו מכונות ממכר אוטומטיות לסיגריות. ב2013 התקבל חוק שאומר שהחל משנת 2014 יהיה אסור להעמיד מכונות אוטומטיות לממכר טבק. בפסד זה הנשיא גרוניס מביע עמדה ל'עד כמה' צריך להתייחס להיקף הזכות בשלב הניתוח הראשון.

**גרוניס:**

*"הגבלת הזכות נעשית הן בשלב הראשון... והן בשלב השני" –* כלומר, לא רק בשלב של פסקת ההגבלה, אלא גם בשלב הראשון. זו האמירה העקרונית שלו שמתקרבת לעמדת חשין ולא לעמדת ברק. הנשיא גרוניס דוחה את העתירה כבר בשלב הניתוח הראשון (את הטענות כנגד חופש הקניין). משווקי הסיגריות טענו כי החוק פוגע להם בזכות הקניין: היה להם מכונות, הם קנו אותן והשתמשו בהן, עכשיו שמוציאים את המכונות משימוש – זה מוריד את ההשקעה הכספית שלהם לטמיון. גרוניס משיב: *"הכרה בטענתם של העותרים לפיה הירידה בערכן של המכונות מהווה פגיעה בקניין, עלולה להביא להרחבת יתר של המונח "קניין" כמשמעו בחוק היסוד, ולהחלשת המשמעות החוקתית של זכות הקניין" –* לא כל שינוי של מדיניות רגולטורית הוא פגיעה בקניין! זה לא נוגע ב"ליבה/גרעין" של היקף הזכות.

בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת

רקע: לאדם שמחליטים לעצור אותו יש זכות ערעור (ערר) למחוזי – ערעור בזכות. אם הוא רוצה ערער שני, לעליון – בעבר הייתה זכות מוקנית לעצור (שיבדקו את הזכות לעצור אותו ב2 ערעורים). תיקון חוק זה קבע כי הערר למחוזי הוא בזכות, אך לעליון הוא ברשות (יש להם שק"ד אם לקבל את עצם הבקשה לדון בערר או לדחות אותו על הסף מבלי לבחון אותו לגופו של עניין). טענת העותרים (שטנגר) הייתה כי זה פוגע בזכות החוקתית לחירות.

חוץ מהאמירה העקרונית, אם מסתכלים על ההשלכות בפועל – הזכות לחירות כוללת בליבה שלה ??? הרחבת יתר של הזכות החוקתית לחירות. הדחייה היא כבר בשלב ה"הרחבת יתר". זה לא שגרוניס מצמצם מאוד את ההיקף של הזכות.

**גרוניס:**

*"לטעמי, מוטב שלא לדלג על השלב הראשון בניתוח החוקתי.. גם אם ההכרעה בשלב זה אינה קלה.. "*- יש כאן ביקורת שהפרקטיקה שנוצרה בשיטה של ברק היא מקלה מדי, ושמה את כל הדגש על השלב השני – פסקת ההגבלה. *"פרשנותה של הזכות בשלב הראשון.. תסייע בחיזוק היקפן של הזכויות החוקתיות.."*- זה תורם לכך שביהמש לא יוצף בטענות על חוסר חוקתיות של חוקים רבים (יש חשש שתיטען טענה כי כל דבר פוגע בזכויות). לטענתו, גישתו תימנע זילות בדילול של הזכויות החוקתיות והתרופפות ההגנה הניתן להן.

כלומר, לכאורה ניתן לחשוב כי גישתו של ברק מגנה יותר על הזכויות מגישתו של חשין ושלו, אך בעצם, לדעתו זה ההיפך! זה עלול להעביר את המסר שכמעט כל פגיעה בזכות עומדת בפסקת ההגבלה.

ביקורת על גישה זו: יש מחירים לכך! יהיו מקרים שבהם יפגעו בזכויות של עותרים בלי לומר למדינה כי עלייה להוכיח כי הפגיעה היא לתכלית ראויה ומידתית.

האם החוק פוגע בזכות?

בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר- בעבר ישראל הייתה מדינת רווחה בצורה יותר מובהקת. טענת העותרים הייתה כי החוק שמצמצם את הקצבאות פוגע בכבוד האדם- במינימום האמצעים שמאפשרים לו להתקיים בהתחשב למקום בו הוא חי. ביהמש טוענים בשאלת ההיקף כי הזכות לכבוד כוללת גם את הזכות לקיום בכבוד. אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו לחיות בכבוד – כלומר, שלא יגיעו לחרפת רעב. לאחר שלב ניתוח זה (זכות חוקתית לקיום מינימאלי בכבוד), הם דוחים את העתירה בשלב השני. טוענים כי העותרים לא הצליחו להוכיח שהפחתת שיעורי הגמלאות הביאה לכך שאנשים נזקקים הגיעו מתחת לאותו הרף של מינימום אמצעים לקיום בכבוד.

פס"ד זה ממחיש בצורה טובה את עניין נטל ההוכחה בשלושת השלבים. בשלב הניתוח הראשון – נטל ההוכחה הוא על העותרים ולא על המדינה, ולכן הם צריכים להוכיח שעכשיו, אחרי תיקון החוק, נותרו בישראל אנשים שהם כ"כ נזקקים, שהם ירדו מתחת לרף הקיום המינימאלי.

\*\*בפסד זה ברק מוביל את דעת הרוב, ואדמונד לוי כתב דעת מיעוט. הוא התנגד לכך שהעבירו את נטל ההוכחה וההגדרה של מהו הרף המינימאלי ע"מ לא להגיע לחרפת רעב על העותרים ולא על המדינה (בשונה ממה שקבעה השופטת דורנר בשלב הראשון של "צו על תנאי" כשהיא הייתה השופטת התורנית באותה העת, בהרכב המקורי).

בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות

דיברנו על הפסד בשאלה הקודמת. במישור אחד גרוניס דחה את העתירה כי הטענה שלהם אינה חלק מהיקף הזכות. בנוסף, ברובד השני, הוא טען כי: *"לכל היותר מדובר בטענה, שלא הוכחה, בדבר ירידת ערכן של המכונות, שייתכן ומביאה להפסד כספי לעותרים"-* עליהם להוכיח שבאמת נגרם להם הפסד כלכלי, שהם באמת נפגעו (אולי הם יכולים למכור ממתקים ולהרוויח יותר מאשר ממכר סיגריות?).

### 2. חוקתיות הפגיעה – פסקת ההגבלה

לפסקת ההגבלה מספר רציונאלים:

1. פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכויות בתנאים מסוימים. מדגישה את העניין כי אף זכות אינה מוחלטת במשפט הישראלי, אלא יחסית. כלומר, **ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות בנסיבות מסוימות.**
2. מגבילה את הדרך שבה הכנסת יכולה לפגוע בזכויות "ככל העולה על רוחה" – רק בהתקיימות התנאים בפסקת ההגבלה.

לפני המהפכה החוקתית, הזכויות הגבילו את הרשות המבצעת אבל לא את הכנסת! פסקת ההגבלה משקפת את העובדה כי יש מגבלות על הכנסת, היא אינה "כל יכולה". היא מציבה את אופן האיזון הראוי בין הזכויות החוקתיות לבין התכליות הראויות שהמדינה רוצה לקדם והאינטרסים הציבוריים.

\*\*אימצנו את פסקת ההגבלה מהמודל הקנדי.

פסקת ההגבלה מופיעה במפורש בח"י כבוד האדם וחירותו (ס' 8) ובח"י חופש העיסוק (ס' 4). השאלה היא מה קורה לגבי חוקי יסוד אחרים כמו ח"י הכנסת/הממשלה (כל חוקי היסוד המשטריים/מוסדיים)? הגישה שהופעלה בפסיקה היא להפעיל את פסקת ההגבלה גם על כל ההסדרים החוקתיים בחוקי היסוד האחרים, גם אם לא מופיעה בהם מפורשות. זו גישה פרשנית שנקראת "פסקת הגבלה משתמעת" או "פסקת הגבלה שיפוטית".

**פסקת ההגבלה מונה 4 תנאים מצטברים:**

1. אלא בחוק (או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת")
2. הולם את ערכיה של מדינת ישראל
3. לתכלית ראויה
4. במידה שאינה עולה על הנדרש - מידתי

בפועל, תמיד צריך לעשות את הניתוח המלא, למרות שתיאורטית אם הוא לא עומד באחד מהתנאים זה מספיק כדי לדחות את החוק. הפסיקה פרשה ופירטה את כל אחת מה הדרישות, אנחנו נעמוד עליהם כעת, כל דרישה בנפרד.

1) אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת

בנוסח המקורי לא היה את הסיפה, הוסיפו אותו ב94'. עשו זאת כדי להבהיר שזה לא אפשרי שכל עניין שיש בו היבט של פגיעה בזכות יתבצע בחקיקה בכנסת (הרי יש הרבה יותר תקנות מחוקים). כלומר הסיפה יוצרת איזון בין ההבנה שאי אפשר שהכול יעשה ע"י הכנסת, אך מנגד – יש להגביל את מחוקק המשנה בפגיעה בזכויות.

הרציונאליים: דרישת החוקיות

1. **הרציונאל הדמוקרטי-** מי שנבחר ע"י העם ויש לו את הלגיטימציה הדמוקרטית והחברתית לקבוע דברים היא הכנסת ולא הפקיד/מנכ"ל משרד הבריאות/שר.., ולכן רק היא יכולה להחליט על פגיעה בזכויות. "הסדרים ראשוניים" – המדיניות העקרונית והחשובה תיקבע ע"י בית הנבחרים, שהם נבחרו ע"י הריבון (=העם).
2. **הרציונאל המוסדי-** הליכי החקיקה בכנסת הם הליכים פומביים-ציבוריים-רב שלביים (הציבור יכול להחשף אליהם). בנוסף, מכיוון שההליך הוא מסורבל יותר (שלוש קריאות, דיון ברציונאליים, שמיעת דעות שונות..) מהליך קביעת תקנות/חוזר מנכ"ל/החלטות של פקידים הוא מהווה *"ערובה מוסדית מסוימת שזכויות היסוד לא יפגעו אלא כאשר הדבר דרוש*".

**"בחוק" – כיצד נפרש מהו חוק?**

כשאנחנו חושבים על חוק, וזו הגישה הרווחת אנחנו חושבים על חוקים שנקבעו ע"י הכנסת, ולא תקנות/צווים/חקיקת משנה/דין... קיימת גישה פרשנית מנוגדת (שברק תומך בה בספרות) שאומרת שגם חקיקה שיפוטית/פיתוח חקיקה שיפוטית בפסיקה (כלומר הלכות) גם נחשבים לחוקים (למרות שלרוב חקיקה שיפוטית נקראית "דין"). חשוב לציין כי ברק לא "המציא" את העמדה הזאת, זו עמדה שמבוססת על פסקת ההגבלה ההקנדית, שבה עמדה זו מוסדרת כ common law.

דוגמא לכך שניתן לעתור על החלטה של בית משפט- בג"צ 'יומני המתלוננת' – מתלוננת שהתלוננה על עבירת אונס. הסניגור אמר שכדי שהוא יוכל להתכונן למשפט הוא דורש לקבל את היומנים של המתלוננת שכתבה לאורך השנים. דרישה זו פוגעת בזכות לפרטיות. למרות זאת, ביהמש קבע כי יש להעניק לסנגור את היומנים. המתלוננת עתרה לבגצ, ודורנר קבעה שם שאי אפשר להטיל עלייה את החובה להעניק לו את היומנים רק כי הוא "רוצה לבדוק אם אולי ימצא שם עיגון". אם הייתה לו סיבה קונקרטית, ייתכן וזה היה מתקבל, יש לדון את העניין לגופו.

האם עצם זה שהחוק פורסם ברשומות ונקרא "חוק" זה מספיק? המינימום הוא שהחוק עבר שלוש קריאות ופורסם ברשומות. האם ישנן דרישות נוספות? שאלה זו נדונה ע"י ביניש בבג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש. היא טענה כי לא מספיק שהחוק פורסם ברשומות ועבר 3 קריאות, אלא הוא צריך לקיים גם את 5 התנאים הבאים ע"מ להחשב כחוק:

1. פומביות – מה אם קובעים חוק אך טוענים כי הוא יהיה שמור בגנזך המדינה? "אין עונשין אלא מזהירין".
2. נגישות – הדוגמא הקלאסית מהאימפריה הרומית: פרסום בכתב קטן מאוד, במקום שאנשים לא יחפשו בו, אף אחד לא יכול להבין למה הכוונה..
3. כלליות
4. חוסר עמימות
5. העדר שרירותיות – קבוע, לא מתחלף "כל שני וחמישי".

האמירה נאמרה כאוביטר באותו הפס"ד, אך היא חזרה על עצמה בפסיקות אחרות מתקדמות יותר. למרות זאת, אין תקדים בישראל שחוק בוטל מחמת אחת מהסיבות הנ"ל (במדינות אחרות זה כן קרה).

**שיעור 15-**

המשך- אנחנו נמצאים בקריטריון הראשון של פסקת ההגבלה (מתוך 4). ניתחנו מה המשמעות של "בחוק", עכשיו נדון על לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו"

**"לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו"**

כמה מפורטת ומפורשת צריכה להיות ההסמכה?

שאלה זו התעוררה בבג"ץ המפקד הלאומי (שכבר דיברנו עליו). בפסד זה עומדת הנשיאה ביניש על הדרישה הזו. אם הופכים את הדרישה למקלה מדי פוגעים בעקרון החוקיות וברציונלים שלו ובסופו של דבר פגענו בהגנה על הזכויות. מצד שני אם עושים את הדרישה יותר מדי מפורטת ותובענית היכולת של המחוקק להאציל סמכויות על הרשות המבצעת מבלי שייתן את דעתו על כל פרט קטן תפגע.

על כן מציעה הנשיאה בייניש גישת מאזנת לפיה אין מבחן קבוע. מידת הספציפיות של הסמכה (כמה מפורטת צריכה להיות ההסמכה) תהיה תלויה בנסיבות המקרה. הנסיבה החשובה ביותר היא באיזה זכות מדובר וכמה נחשבת לזכות מרכזית במשפט החוקתי שלנו. היא מציעה כמה שיקולים לגבי נסיבות אלה:

1. טיב הזכות שנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, האם הזכות קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם וחירותו ובעלת חשיבות חברתית גבוהה. במידה וכן, נפרש ביתר קפדנות את דרישת ההסמכה המפורשת בנסיבות של המקרה הספציפי. כלומר, ככל שהזכות חשובה יותר, אז כדי לפגוע בה ולהראות בה דרישה שאין לפגוע אלא לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת, נרצה שהמחוקק יהיה יותר מעורב ונדרוש הסמכה מפורשת.
2. עוצמת הפגיעה בזכות- ככל שעוצמת הפגיעה בזכות גבוהה ומקיפה יותר, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת ההסמכה המפורשת. ״בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת המשנה.. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ובהקשר הדברים...״

הערת רקע לגבי מוטיב שנראה גם בשלבים הבאים: המבחן הזה וגם ממבחנים אחרים של פסקת הגבלה- מצד אחד הם נכונים לכל ניתוח חוקתי של פגיעה בזכויות, מצד שני נראה שהמידה שבה ביהמ״ש מתייחס בצורה תובענית לדרישות האלה (יעלה או ינמיך את הרף) תלויה בשאלה באיזה זכות מדובר. אנחנו נראה שבמשפט הישראלי לא כל הזכויות הן שוות- יש כאלה אשר מקבלות מעמד גבוה יותר (כמו כבוד האדם, חופש הביטוי- בעיקר פוליטי) ובהתאם לכך הגנה גבוהה יותר (המשמעות היא שכשמפרשים את הדרישות השונות של פסקת ההגבלה עושים זאת בצורה תובענית יותר) מצד שני, יש זכויות שביהמ״ש נותן להן מעמד נמוך יותר (כמו הזכות לקניין וחופש העיסוק- זכויות כלכליות) ולכן ההגנה מעט חלשה יותר.

יישום על המקרה: בפרשה זו דובר על איסור שידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה, האיסור נקבע בחקיקת משנה (כללי רשות השידור והרשות השנייה) וההסמכה שניתנה בחוק הסמיכה את הרשות לקבוע את אותם הכללים בדבר איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת. לדעת בייניש כיוון שמדובר בפגיעה קשה בחופש הביטוי הפוליטי, שזו זכות בעלת מעמד מיוחד, ובגלל שמדובר באיסור גורף רחב היקף (מונע כל פרסום תשדיר פוליטי), לכן לא די בהסמכה הכללית הזאת, אלא נדרשת לשון ברורה בחוק הקובעת את אמות המידה העקרוניות לעניין האיסור צריכות להיקבע על ידי המחוקק. ליישום במקרה הספציפי הזה הש׳ בייניש הייתה בדעת מיעוט, ודעת הרוב הייתה של הש׳ נאור שסברה כי במקרה זה ההסמכה מספקת. אך את הגישה העקרונית של בייניש אימצו והיא התקבלה כהלכה.

2.הולם את ערכיה של מדינת ישראל

ערכים המפורטים בפסקת המטרה של חוקי היסוד- ערכיה כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית (יש המוסיפים את העקרונות המופיעים בסעיף העקרונות- ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין). מדובר על דרישות מצטברות- מספיק שזה לא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית או כדמוקרטית.

כיצד פירשו בפסיקה מהי יהודית ומהי דמוקרטית?

בג״ץ 466/07 גלאון נ׳ היועץ המשפטי לממשלה- פרשת איחוד משפחות והתיקון לחוק האזרחות (דיברנו בהקשר בג״ץ עדאללה). בו נפרסה היריעה הרחבה ביותר שניתנה עד היום לגבי מהי מדינה יהודית ומהי דמוקרטית. לפי פס״ד:

**מהו המושג מדינה יהודית?** לפי הש׳ אדמונד לוי- מתייחס באורח קונקרטי לזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, כמו גם ליכולתו להגן על עצמו מפני הקמים עליו מבחוץ (המדינה היא מעין מקלט לעם היהודי), כולל תפיסות יסוד של ציונות, היסטוריה, תרבות, מסורת ישראל ולשון עברית כמו גם רוב יהודי מקרב אוכלוסיית המדינה הם רק חלק ממגוון החלקים המרכיבים את הצלע היהודית. הוא מוסיף שלזהות העם היהודי יש פנים רבות.. הוא אומר שאפשר להבין את הממד היהודי של מדינת ישראל גם במובן של סולידריות, לכך יש כמה נגזרות- חלקן סמליות וחלקן סמליות אך גם יותר ממשיות מסמל. למשל סמל המדינה, המנון המדינה, חגי המדינה- בעלי פן יהודי.

על השאלה מהי יהודית היא מאוד מורכבת- אפשר לחשוב בהיבט הדתי, הלאומי וכו׳.

ניתן לראות כי הפסיקה שמה דגש בעיקר על הממד הלאומי (פחות הדתי) -מדינת העם היהודי, זכותה להגן על עצמה, חגי היהדות וכו'. נותנים מקום גם להיבטים של ההיסטוריה היהודית, הלשון העברית, המורשת היהודית אך אין היבט שמדבר על מדינת הלכה אלא יותר מדינת הלאום היהודי. השופט אדמונד לוי בפס״ד מסכם את הדעה הרווחת בפסיקה למהי מדינה יהודית.

**מהי מדינה דמוקרטית?** הש׳ אדמונד לוי: ״במסגרת דמוקרטית מחויבת המדינה לתפיסה מהותית של חירות ושוויון, לקיום זכויות יסוד של הפרט ובכלל זה של בני קבוצות המיעוט ולמנגנונים פתוחים ונגישים של שיח ושל הכרעה... אין בקרבנו מחלוקת כי מדינת ישראל היא לא רק דמוקרטיה פורמלית המסתפקת בבחירת מוסדות יציגים ובראשם הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מדי שנים אחדות... מדינת ישראל היא דמוקרטיה מהותית שבה כל המוסדות היציגים מונחים ע״י ערכי יסוד ובמרכזם כבוד האדם וחירותו במטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם״

לפי הש׳ אדמונד לוי על התפיסה של מהי דמוקרטיה **כולם מסכימים** שיש לה שני היבטים: דמוקרטיה פורמלית- יש בחירות למוסדות יציגים, והיבט נוסף של דמוקרטיה מהותית לפיה על המוסדות הציבוריים צריכים לכבד ערכי יסוד דמוקרטים כמו כבוד האדם וחירותו וצריכים להיות מונחים במטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם ולכבד תפיסות יסודיות של דמוקרטיה כמו חירות ושוויון והגנה על מיעוטים.

הוא מדגיש שדמוקרטיה היא גם פורמלית (העם הריבון מיוצג ע״י נבחריו, קיום בחירות וכו׳) אך אי אפשר להסתפק רק בכך אלא יש גם את הפן של הגנה על ערכים דמוקרטים בסיסיים. השופטים בביהמ״ש העליון מסכימים איתו.

הש׳ אדמונד לוי הוא היחיד עד היום שרצה לצקת תוכן אמיתי ומשמעותי יותר לרכיב הזה כולל ליישם אותו כדי לבטל חוק של הכנסת. מדוע זה כל כך נדיר? נסביר באמצעות הביקורת.

תגובתו של הש׳ ג׳ובראן- מסכים עם אדמונד לוי שצריך לבטל את החוק ושהוא לא חוקתי, אך הוא לא מסכים אתו שהמקום הנכון לשים את הדגש בניתוח ולהגיד שבגלל הרכיב הזה פוסלים את החוק הוא הרכיב השני של פסקת ההגבלה- שהולם את ערכיה של מדינת ישראל, מאחר ומדובר בדבר יותר עמום, ובניגוד למבחנים אחרים (כמו מידתיות) שבהם יש הרבה פסיקה, משפט משווה וכו׳, כאן מדובר במבחן שעד היום לא התעמקו בו בפסיקה, ומעולם לא השתמשו בו על מנת לפסול חוק ולכן עדיף לא להיכנס לזה ולהשאיר את רכיב ״הולם את ערכיה של מדינת ישראל״ כתנאי סף ברמת הפשטה.

לסיכום, פס״ד זה מדגים את הגישה הכללית בפסיקה. על הדרישה של הולם את ערכיה של מדינת ישראל- כולם מסכימים שצריך להלום את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. הפרשנות של אדמונד לוי משקפת נכון את מה שאומרת הפסיקה, אך הפסיקה מאוד נזהרת בלהשתמש ברכיב זה על מנת לפסול חוק, שכן יש חשש שמדובר במבחן מאוד בטוח ועמום ויש בו רכיב ערכי מאוד משמעותי ואולי אף אידיאולוגי. לכן, הפסיקה שמה דגש הרבה יותר גדול על מבחני המשנה האחרים בעיקר מידתיות, ולעומת זאת את הדרישה הזו פחות פיתחה ואף הזניחה.

אדמונד לוי הוא החריג והתקדימי שקרא לבטל חוק כי אינו הולם את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, שכן שאר השופטים נזהרו בכך.

3.החוק נועד לתכלית ראויה

**דרישה המתמקדת במטרה של החקיקה הפוגעת בזכויות חוקתיות**

השאלה המקדמית היא איך יודעים מהי תכלית החוק? לעיתים ואף לרוב זה יהיה מאוד ברור, אך לפעמים צריך לנתח את החוק, את הדיונים ברקע שלו ואת ההסדרים הספציפיים על מנת להבין את תכליתו. לאחר הניתוח, יכולים להיות מקרים שנגיד שיש יותר מתכלית אחת. אם כל התכליות הן ראויות- זה לא נורא, אך מה קורה במצב בו יש שתי תכליות ואחת התכליות עומדת בדרישה של תכלית ראויה והשנייה היא אסורה.

לפי ביהמ״ש, במקרה זה יש להתמקד בתכלית שהיא הדומיננטית אפילו אם יש טענה שהייתה עוד תכלית שהיא פסולה.

בפרשת איחוד המשפחות ( פס״ד עדאללה ויותר מאוחר גלאון) הטענה הפורמלית של המדינה הייתה **שהתכלית היא ביטחון-** יש חשש שבאמצעות איחוד משפחות יחדרו מחבלים למדינת ישראל וינצלו את אישור המעבר (נוצר כהוראת שעה בשיא האינתיפאדה). המבקרים טענו שהתכלית האמיתית היא **דמוגרפית-** לא רצו להגדיל את האוכלוסייה. מבחינת ביהמ״ש התכלית היא ביטחונית- וברור שהיא ראויה ולכן אין צורך לדון בשאלה הלא פשוטה האם התכלית היא הדמוגרפית הייתה ראויה או לא.

**שיעור 16-**

המשך 3. תכלית ראויה

הרעיון הוא שלא סתם תכלית שהיא לגיטימית לחקיקה, אלא תכלית שהיא מספיק ראויה שיכולה להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות- זכויות אדם.

ההגדרה שנקבעה בפסיקה: *תכליתו של חוק תחשב ראויה אם נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה חברתית או ציבורית חשובה* *העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה.*

העוצמה של דרישת התכלית (כמה חזק צריך להיות האינטרס הציבורי או כמה חיונית צריכה להיות המטרה החברתית) תלויה במהות הזכות שנפגעת ובעוצמת הפגיעה- מדובר במוטיב חוזר בכל הרכיבים של פסקת ההגבלה. יש את המבחן הכללי שנכון לכל סוגי החוקים שפוגעים בכל סוגי הזכויות, אך לעיתים הדרישה הרלוונטית לפסקת ההגבלה- למשל דרישה לתכלית ראויה תפורש בצורה תובענית יותר והדרישה תהיה גבוהה יותר לפי סוג הזכות ועוצמת הפגיעה. מה שנפסק בהקשר התכלית הראויה זה שככל שהזכות שנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה.

מהי רמת נחיצות גבוהה יותר? לפי הפסיקה תכליתו של החוק הפוגע תצדיק את הפגיעה במקרה כזה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ. כלומר אין זה מספיק שזו מטרה לגיטימית חשובה.

לסיכום- המבחן הכללי הוא שככל שהזכות שנפגעת מרכזית יותר (כמו כבוד האדם), וככל שהפגיעה חזקה יותר נדרוש שהמטרה החברתית או הציבורית תהיה חשובה וחיונית יותר.

בג״ץ 7146/12 אדם נ׳ הכנסת- ״פרשת המסתננים״- חוק המסתננים לפיו על מי שמסתנן למדינה יוטלו סנקציות. הסנקציה הרלוונטית בזמנו הייתה שגם מכניסים אותם לכלא במדבר ללא משפט במשך 3 שנים עם אופציה להארכה בלתי נגמרת. הרקע: הייתה מחלוקת בין התומכים בחוק למתנגדים לגבי אותם מסתננים- האם הם מבקשי מקלט ואז לפי המשפט הבינ״ל הם זכאים לזכויות ומעמד או הם פשוט מהגרי עבודה בלתי חוקיים ואז הם זכאים לפחות הגנות ויש אף אפשרות לגרשם. מה שמחמיר את הסיטואציה הוא שאפילו אם מדובר במהגרי עבודה, לפי המשפט הבינ״ל אסור לגרש אותם לארץ שבה הם יהיו בסכנה וצריך למצוא מדינה שלישית שתסכים לקבלם. עד אז המדינה לא יכולה לגרש אותם וחייבת לאפשר להם להישאר. הקושי הוא שהנוכחות שלהם גורמת קושי מאוד גדול לאוכלוסייה המקומית (בשיא היה מדובר ב-55,000 מהגרים שרובם התרכזו בדרום ת״א). העתירה לבג״ץ הייתה כנגד הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות לחירות (זכות אדם לא זכות אזרח). לפי המשפט בינ״ל וגם הישראלי מותר לשים אדם במתקן כליאה אך רק אם יש אופק גירוש. עלתה השאלה מה התכלית של החוק והאם זו תכלית ראויה לכלוא אותם אך ורק לאור ה״מטרד״ לאוכלוסייה.

הש׳ ארבל שכתבה את פס״ד עוסקת בכך שלחוק יש 2 תכליות:

התכלית הראשונה היא למנוע את ההשלכות החברתיות הבעייתיות כתוצאה מתופעת ההסתננות (לעזור לתושבי דרום ת״א ולהקל על הפגיעה בהם) בית המשפט מסכים שהתכלית ראויה.

התכלית השנייה היא תכלית הרתעתית- ההנחה היא שהמטרה לא להרתיע את המסתננים שבישראל, אלא שאם ניקח את המסתננים ונעביר אותם לכלא, המסר יעבור למדינתם ואחרים לא ירצו לנסות להסתנן. הש׳ ארבל אומרת כי זה מעלה קושי- שמים אדם במעצר לא כי הוא באופן אישי פשע או מהווה סיכון מסוים אלא כדי להרתיע אחרים. מתייחסים אליו לא כמטרה בפני עצמה אלא כאמצעי. התפיסה במשפט החוקתי הישראלי היא שזה מהווה פגיעה בכבוד האדם. **התפיסה הקנטיאנית-** ״כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים״. כלומר, תפיסה של כבוד האדם שאומרת שהאדם הוא תמיד תכלית וערך בפני עצמו ואף פעם לא אמצעי או מוצר שאפשר להשתמש בו כדי להשיג מטרות אחרות. כך גם במקרה זה, אם מכניסים מסתננים לכלא ללא משפט ל-3 עם פוטנציאל הארכה לא בשל מסוכנותם או משהו שעשו, אלא רק לצורך הרתעה של אחרים, זה מהווה פגיעה בכבוד האדם ולכן התכלית לא ראויה.

לאחר שהשופטת ארבל סוקרת בהרחבה את תפיסת כבוד האדם, היא מוכנה להניח שהתכלית ראויה והיא תבחן לפי המידתיות. פס״ד מדגים את הנטייה של הפסיקה לשים את מירב המשקל בניתוח על המידתיות.

4.ובמידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות)

דרישה המתמקדת באמצעי. העיקרון המרכזי הוא שהמטרה לא מקדשת את כל האמצעים. עצם זה שאמרנו שהתכלית ראויה לא אומר שניתן לעשות כל דבר. למשל: התכלית להפחית תאונות דרכים ראויה, אך אמצעי כמו איסור על נהיגה לכלל האזרחים ומי שיפר יוצא להורג הוא אינו מידתי וקיצוני מדי. התפיסה היא שבמשפט החוקתי אפילו מטרות שהן ראויות וחשובות לא יכולות לקדש כל אמצעי. לכן לא די בכך שהתכלית תהיה ראויה אלא גם האמצעים להגשמתה צריכים להיות ראויים (מידתיים). מבחן זה הפך למרכזי בפסיקה הישראלית ובדרך כלל הניתוח מתמקד בשלב זה. הפסיקה פיתחה 3 מבחני משנה מרכזיים ומצטברים לדרישת המידתיות:

1. **מבחן ההתאמה (קשר רציונאלי)-** האם האמצעי שנבחר מתאים למטרה שרוצים להגשים. האם יש ביניהם קשר רציונאלי? הפסיקה לא דורשת ודאות מוחלטת שהאמצעי ישיג את המטרה, שכן לא ניתן לדעת זאת. מצד שני, אסור להסתפק בסיכוי קלוש ותיאורטי. לכן צריך הסתברות סבירה- תלוי באיזו זכות מדובר ומה מידת הפגיעה בה. אם מדובר בזכות מרכזית ועוצמת הפגיעה בה משמעותית, נדרוש הסתברות גבוהה יותר שהאמצעי יגשים את המטרה, ולהיפך. בדרך כלל מספיק להסתכל על ניסיון החיים והשכל הישר כדי לוודא שהחקיקה היא לא שרירותית ומופרכת אלא מבוססת על שיקולים רציונליים וסביר שזה אמצעי שבאמת יכול להגשים את המטרה. לעיתים זה לא מספיק ונצטרך תמיכה לכך מתשתית עובדתית ונתונים מהשטח אותם ייבחן ביהמ״ש.

בג״ץ אדם- אם נחזור לתכלית הראשונה שהש׳ ארבל קבעה שהיא בוודאות תכלית ראויה- מניעת חלק ניכר מההשלכות השליליות שקובעת מהשתקעות המסתננים בעיקר בדרום ת״א. התכלית אכן ראויה. אך האם מעצר בנגב הוא מתאים? יש קשר רציונאלי? תיאורטית היינו אומרים שאם נוציא אותם אכן ייעלם הקושי, אך אם נסתכל על הנתונים והעובדות נבין שהאמצעי שנבחר לא מתאים (לוקחים 1750 מתוך אלפים וזו רק ״טיפה בים״ שלא תפטור באמת את המצב). זוהי דוגמא למקרה שלפעמים ביהמ״ש צריך את הנתונים עצמם ויבדוק את העובדות בשטח על מנת לבחון האם האמצעי שעל פניו אינו מופרך מתאים להגשמת המטרה במקרה הקונקרטי.

מדוע רוצים שיהיה גורם חיצוני לממשלה או לכנסת שיבדוק האם הם שקלו כמו שצריך את מבחן ההתאמה:

כפי שאמרנו, יכול להיות כדי לראות שזה לא שרירותי או מופרך לגמרי, יכולים להיות מקרים המניעים לא ראויים ורק מסתירים את זה ומבחן ההתאמה יכול לחשוף זאת, אך יכולה להיות גם אופציה נוספת: חשש שהמדינה גם אם לא בכוונה פעלה מסטריאוטיפים או הנחות לא מבוססות שעלולות לפגוע בזכויות. הרציונל הוא שכאשר פוגעים בזכויות חוקתיות, רוצים לבקש מהמדינה שתראה שעשתה זאת על בסיס הליך קבלת החלטות רציונאליות ולא רק אינטואיציות.

1. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** – או שניתן להגשים את התכלית באמצעים פוגעים פחות. לפי מבחן זה, מבין האמצעים שיכולים להיות מתאימים (מהשלב הקודם), יש לבחור את האמצעי שפוגע בצורה פחותה יותר בזכות, והנחת המוצא היא שהרבה פעמים במציאות הרבה אמצעים שונים יכולים לעמוד במבחן ההתאמה. למשל: לטובת הגנת הציבור מפני הקורונה ישנם הרבה אמצעים רציונליים שיכולים להתאים. בשלב זה נבחן איזה מבין האמצעים פוגע פחות בזכות החוקתית, ולפי מבחן זה נדרוש שהחוק הפוגע לא יפגע בזכות מעבר לנדרש כדי להשיג את התכלית הראויה. הפסיקה משתמשת פעמים רבות במשל הסולם: המחוקק מטפס על השלבים בסולם, וישנם הרבה שלבים בסולם ששם כבר ניתן להשיג את התכלית. כלומר, תטפס בסולם וברגע שהגעת לשלבים שבהם כבר אפשר להגשים את המטרה, תבחר באמצעי שפוגע פחות. בתוך שלבים אלה, לא נדרש שהכנסת תבחר בכל תנאי ובכל מחיר באמצעי שמאפשר את השגת התכלית בכלל בלי לפגוע בזכות או לפגוע באופן מינימלי ביותר. החובה אם כן מכירה בכך שיכול להיות מתחם מידתיות- יש רצף של שלבים שמשיגים את המטרה וכולם לגיטימיים, והבחירה ביניהם היא כבר לשיקול דעת המחוקק. ביהמ״ש יתערב בהכרעה של המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון והוא בלתי מידתי באופן ברור.

כיצד ביהמ״ש עושה זאת פרקטית? הוא בודק האם אפשר היה להגשים את **אותה תכלית** בדיוק אבל באמצעים אחרים ובעצם דן באפשרויות אחרות. לעיתים גם המדינה או הליך החקיקה מספק מידע על האמצעים הנוספים שיכולים להיות מתאימים אבל בצורה משמעותית הפגיעה שלהם פחותה. כך גם בבג״ץ אדם האמצעי שנבחר הוא 3 שנות מאסר למסתננים ללא משפט- נתפס כלא מידתי. וביהמ״ש קבע שישנם אמצעים פחות פוגעניים שיכולים להגשים את התכלית של בלימת השפעות ההסתננות. באותה תקופה, בניית גדר בגבול עם מצרים הייתה לקראת סיום, והיו נתונים עובדתיים שההסתננות ירדה דרמטית.

\*האם נשקלים גם שיקולים כמו עלויות? במידה מסוימת. לגיטימי לבחור את זה שעולה פחות ודורש פחות משאבים כל עוד הוא עדיין בתוך מתחם המידתיות.

יש מוטיב חוזר נוסף בפסיקה של התייחסות להסדרים ואמצעים גורפים. מוטיב זה בא לידי ביטוי בבג״ץ עדאלה ובג״ץ חסן. כלומר, הדרך של המדינה להתמודד עם משהו, היא באמצעות קביעת הסדר גורף (למשל סגר מוחלט בקורונה). לפי הפסיקה, ברגע שקובעים הסדר גורף הוא חשוד בכך שאינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה וצריך לעשות ניתוח אילו אלטרנטיבות פוגעות פחות (כמו הטלת הגבלות על התקהלות, חבישת מסכות, הוצאת חריגים וכו׳).

אז מה עושה ביהמ״ש בסיטואציות כאלה? הוא לרוב יגלה ריסון שיפוטי מאוד גדול.

* בג״ץ עדאלה- (התיקון לחוק האזרחות)- התכלית היא ביטחונית למנוע מאלו שיקבלו היתר לבצע פיגועים. האמצעי שנבחר הוא איסור גורף- כל מי שהוא פלסטיני מהשטחים לא יכול להשתתף באיחוד משפחות (הסדר גורף- לא תלוי בשום דבר) כלומר, ישנה הנחה שכל מי שעושה איחוד משפחות ובא מהשטחים הוא מחבל בפוטנציה. לעומת זאת, ישנו אמצעי שפוגע פחות לפיו לפני שמחליטים יש לבצע בדיקת שב״כ על מנת להעריך את המסוכנות. זוהי דוגמא לשימוש באמת מידה פרטנית אינדיבידואלית להבדיל מהסדר גורף או הכללה גורפת. בדרך כלל כשיש הסדר גורף תהיה חלופה של בדיקה פרטנית-אינדיבידואלית. במקרה זה- בדיקת סיכון בטחוני. **בדרך כלל הגבלה גורפת של זכות שלא מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית היא אמצעי שחשוד בחוסר מידתיות.** אפילו אם לא ניתן לבצע בדיקה פרטנית, עדיין יכול להיות שיש אמצעי שהוא לא הסדר גורף- והוא הבדיקה האם יש מקום לחריגים. יישום בעדאלה:

ההסדר הנבחר- הפוגע

הסדר גורף לפיו מניחים על כולם שעלולים לבצע פיגוע טרור

מאסיבית בזכות

הכרה בחריגים הומניטריים- כמו מקרים רפואיים

בחינת חריגים במידה

ולא ניתן לבדוק פרטנית

בדיקה אינדיבידואלית ותישלל הזכות רק למי שיש לגביו אינדיקציות שעלול לבצע פיגועים

האמצעי הפוגע פחות

במקרה של עדאלה, ביהמ״ש כן קיבל את טענת המדינה שבדיקה אינדיבידואלית לא תוכל להגשים את התכלית הביטחונית באותה המידה כפי שיעשה הסדר גורף. ביהמ״ש קבע שאמנם הסדר גורף חשוד כלא עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, אך יהיו מקרים בהם אין את היכולות לעשות הערכת מסוכנות לכולם וזה לא ימנע באותה מידה ואותה רמת ודאות את הסיכון לביצוע פיגועי טרור. לכן במקרה זה, לא הייתה חובה לקבל את החלופה של בדיקות פרטניות לרמת מסוכנות וזה היה בסדר לקבל את ההסדר הגורף, כיוון **שכדי לקבל את האמצעי האחר שפגיעתו פחותה צריך להיות אמצעי שיכול להגשים את המטרה באותה המידה.**

בג״ץ חסן נ׳ המוסד לביטוח לאומי- היה סעיף בחוק הבטחת הכנסה שקבע חזקה חלוטה שלפיה רואים כל מי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה ולכן נשללת זכאותו לקבלת גמלה. הייתה עתירה של אנשים נזקקים- ואחת מהן היא אם חד הורים נזקקת שגרה בישוב מרוחק ונאלצת להשתמש ברכב של אמה על מנת להגיע לעבודה- ועל כן תישלל זכותה. הבעיה היא שהחוק קבע חזקה חלוטה (הנחה שלא ניתנת לסתירה באף ראיה, לא משנה איזה יביא). הנשיאה בייניש פסקה שהוראה זו לא עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מאחר ומאוד קל למצוא על אפשרויות סבירות אחרות שיכולות להגשים את התכלית החקיקתית תוך פגיעה מועטה יותר ואולי אף ללא פגיעה בכלל בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד (כמו חזקה לא חלוטה). היא מוסיפה שהמקרה ממחיש את הקושי שגלום בהסדרים גורפים במקרים שבהם נשללת זכות מסוימת מאחר והסדרים גורפים מטבעם לא מתחשבים במצב הפרטני של כל אדם ואדם אלא מבצעים הערכה גסה לגבי כולם.

לכן הגישה בפסיקה היא שכאשר רואים הסדר גורף זה מיד חשוד כלא עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ואופן הניתוח הקלאסי הוא לבדוק האם ניתן לבצע פגיעות אינדיבידואליות ואם לא האם יש אמצעים אחרים כמו מקום לחריגים. יש לזכור שמדובר במבחן עזר ורק הופך את ההסדר לחשוד, ועדיין יכולה להיות סיטואציה (כמו בעדאלה) שהמדינה תשכנע שזוהי הייתה הדרך היחידה.

**שיעור 17-**

המשך- אנחנו בתוך "תורת שלושת השלבים", השלב השני, 4 המבחנים של פסקת ההגבלה.

4) ובמידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות)

בשיעורים הקודמים דיברנו עלשני המבחנים הראשונים של המידתיות. כעת נדון במבחן השלישי הנגזר ממנו.

**ג. מידתיות במובן הצר: יחס ראוי בין תועלת ונזק** (מכונה לעיתים "מבחן היחסיות").

בהתקיים שני התנאים הקודמים, השאלה בשלב השלישי היא מה היחס בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית לבין הפגיעה שהיא גורמת לתכלית, והאם היחס ראוי? יכולים להיות מקרים שבהם נגיד שהפגיעה היא חמורה ככ, שהתועלת לא מצדיקה את הנזק שיגרם. נבדוק עד כמה הזכות הזו היא מרכזית וחשובה ועד כמה הפגיעה בה היא חריפה. ככל שהזכות חשובה/מרכזית/יסודית יותר יותר והיקף הפגיעה רחב יותר- נדרוש משקל כבד יותר לשיקולים שמצדיקים את הפגיעה. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר ומידת התועלת היא גדולה יותר – זה יכול להצדיק פגיעה בזכות (רוצים לוודא שאכן מדובר באינטרס משמעותי מאוד לפני שפוגעים בזכות). מדובר **במבחן של עלות תועלת**.

מבחן משנה שהתווסף בפסיקה (שיקול עזר) – היחס בין התועלת השולית לעלות השולית

בג"ץ בית סוריק- עסק בעניין גדר ההפרדה. מד"י החליטה לבנות גדר הפרדה בין תחומי הקו הירוק ע"מ לצבע מחסום שימנע את חדירת המחבלים לישראל ע"מ לבצע פיגועים. לא היה ספק שמדובר בתכלית ראויה. הסוגיה הייתה האם ישנו אמצעי בפגיעתו פחותה? הבעיה שנוצרה מהגדר היא כי היא עברה בתוך השדות של בית סוריק, וע"כ הם לא יכולים לגשת לשטחים החקלאיים שלהם (מצמצם להם גם את אפשרויות הפרנסה). הם ביקשו שתאווי הגדר ישונה מעט. המדינה טענה כי כל שינוי קטן בתוואי הגדר – יהפוך אותה לפחות אפקטיבית. כלומר, כל תוואי שונה של גדר לא יעמוד באפקטיביות הנדרשת. לכן ביהמ"ש הסכים כי המדינה בעצם עמדה במבחן האפקטיביות. המבחן שהתווסף הוא **היחס בין התועלת השולית לעלות השולית**- אם נוכיח כי ישנו אמצעי חלופי שאמנם לא משיג את התכלית באותה המידה, אבל במובן הפרופורציונאלי, הוא פוגע בצורה פחותה משמעותית בזכות – האמצעי החלופי יתקבל. כלומר בפס"ד זה: אמצעי טיפה פחות אפקטיבי מבחינה בטחונית, 97% ביטחון ולא 100%, אבל זה יביא להפחתה מאוד משמעותית בעוצמת הפגיעה בזכות של המתגוררים בבית סוריק – רק 20% מהזכות שלהם תיפגע במקום 100% מהזכות – אפשר לומר כי לפי המובן הזה, יש לשנות את תוואי הגדר.

**ההבדל בין מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה לבין המידתיות במובן הצר**

במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה בודקים רק אמצעים שממשים את אותה המטרה בדיוק, במידתיות במובן הצר בודקים גם אמצעים שלא מגשימים את אותה התכלית ב100%, אלא גם במעט אחוזים פחות.

7052/03 עדאלה נ' שר הפנים – בפס"ד של ברק, בג"ץ קיבל את הטענה של האמצעי שפגיעתו פחותה, אך נדרשו גם לבדוק בשלב הבא גם את מבחן המידתיות במובן הצר. הטענה של העותרים הייתה כי ניתן להשתמש באמצעי שפוגע פחות בזכות – בדיקה אינדיווידואלית לעומת ההסדר הגורף (לעשות בדיקה אינדיווידואלית של כל אדם שנכנס מהשטחים, ולא להחיל איסור לכל אדם שמגיע משם להתאחד עם בן זוגו המתגורר בישראל). ברק שואל: *"האם תוספת הביטחון (המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית לאיסור הגורף) עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם (הנגרמת בשל מעבר זה)?"*. תשובתו היא כי מקרה זה אינו עומד במבחן מידתיות במובן הצר. במעבר לבחינה האינדיווידואלית, הפגיעה בביטחון ישראל תהיה מזערית לעומת הפחתת הפגיעה בצורה דראסטית בפגיעה בכבוד האדם (לעומת הגישה של חשין). בסופו של דבר דחו את העתירה והשאירו את החוק על כנו (כי אדמונד לוי היה כף המאזניים).

בישראל, את עיקר הדגש ועיקר הניתוח שמים במידתיות במובן הצר. בדר"כ בניתוח דיי מקלים בשני המבחנים הראשונים מכיוון שיודעים שנראה יבטלו את החוק במבחן השלישי. יש ארצות (למשל בקנדה) שבגלל הביקורת הגדולה על המבחן הזה, לא משתמשים בו כמעט בכלל.

**פסקת ההתגברות**

קיימת רק בחוק יסוד: חופש העיסוק- ס' 8(א): הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 [פסקת ההגבלה], אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

* התווספה לחוק בתיקון (לא הייתה קיימת ב92 בחוק המקורי) ובדיון רחב בכנסת.

4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל- הפס"ד היחיד שעסק בפסקת ההתגברות שנוגע בצורה עקיפה לח"י כבוד האדם וחירותו. הטענה של העותרים הייתה שאפילו אם הפגיעה בחופש העיסוק מתקבל בגלל פסקת ההתגברות, זה עדיין פוגע בכבוד האדם וחירותו, שבחוק זה אין פסקת התגברות. יש שלושה תנאים מצטברים שאם כולם יתקיימו, נעניק הגנה לחוק החורג מהפגיעה בכבוד האדם וחירותו:

1. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק.
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית.
3. הפגיעה בזכויות האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית.

השאלה בפס"ד היא כיצד מתמודדים עם הטענה שחוק שמתקבל מכיוון שהוא עומד בתנאי פסקת ההתגברות, פוגע גם בזכויות אחרות, שלא נכללות בתוך חופש העיסוק?

**מצד אחד -** לא רוצים לתת לעותרים את האפשרות לטעון כי חוק פוגע בזכויות אחרות שאינן נכנסות בתוך חופש העיסוק, לא רוצים לרוקן מתוכן את פסקת ההתגברות.

**מצד שני –** לא רוצים שהמדינה תחסן את עצמה מפני ביקורת שיפוטית אם החוק פוגע גם בזכויות אחרות.

**שיעור 18-**

השלב השלישי של תורת שלושת השלבים יצא מהסילבוס, המרצה משלים אותו כדי שתהיה לנו התמונה המלאה, אבל זה לא יהיה במבחן!

### 3. הסעד: תוצאות אי החוקתיות

לאחר שביהמש הגיע למסקנה כי החוק אינו חוקתי ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה או פסקת ההתגברות, עליו להחליט מהו הסעד. התפיסה המסורתית במשפט החוקתי (למשל במשפט החוקתי האמריקאי המסורתי) היא שאין לדון כלל בשלב זה, כיוון שחוק בלתי חוקתי אוטומטית בטל ומבוטל, גם רטרואקטיבית (מתייחסים אליו כאילו מעולם לא נחקק, גם אם נחקק לפני שנים רבות). עניין זה יוצר קושי לא פשוט, כיוון שמתוקף הביטול, מבוטלות גם התקנות והחוקים שנקבעו בעקבותו.

כנגד הגישה המסורתית התפתחה גישה אחרת, הגישה שישנה כיום בישראל. ישנן 2 דוקטרינות מרכזיות המשמשות אותנו ע"מ לרכך את תוצאת אי חוקתיות החוק (אין בעיה לשלב בין 2 הדוקטרינות):

1. **דוקטרינת הבטלות היחסית**:

מעניקה לביהמש שיקול דעת רחב בקביעת כל מקרה לגופו וע"פ נסיבותיו מה יהיה הסעד המתאים ביותר. ביהמש יכול לבחור ברמה התיאורטית מענד רחב של תוצאות. יכול למשל לקבוע כי:

1. למרות שהחוק אינו חוקתי, הוא לא יבוטל, יתייחסו אליו כאילו עדיין תקף.
2. החוק יבוטל לגבי אנשים/נושאים/הליכים מסוימים, אבל יתקיים לגבי אנשים/נושאים/הליכים אחרים.
3. החוק יבוטל לחלוטין.

בנוסף, יכול ביהמש לקבוע את תחולת הזמן של הזמן, כלומר:

1. אם החוק יבוטל רטרואקטיבית/רטרוספקטיבית (יבוטל גם אחורה, בדיעבד)
2. החוק יבוטל פרוספקטיבית (יבוטל מכאן ולהבא).
* ע"פ ס'15 בחוק יסוד: השפיטה – ביהמש יכול לתת כל סעד שהוא רואה לנכון למען הצדק.

שני שיקולים המונחים על הכף כאשר ביהמש מפעיל את שיקול הדעת שלו:

1. מהות האי חוקתיות- כמה האי חוקתיות היא מהותית וקשה. (ביקורת- לכאורה פתחנו את הסוגיה הזו בשלבים הקודמים. למה לדון בכך שוב?)
2. נסיבות העניין - מידת הנזק שעלולה להגרם מביטול החוק, גם לצדדים שלישיים
3. **השעיית הכרזת הבטלות**:

השאלה כאן אינה האם הבטלות תהיה חלקית, אלא ממתי הכרזת הבטלות תהיה תקפה. כלומר, הם קובעים פס"ד בתאריך Y אבל מציינים כי במועד X ההכרזה על הסעד תיכנס לתוקף. זה מאפשר גם לצדדים שלישיים להערך בהתאם להמשך. נועד גם ע"מ לאפשר למחוקק להערך למצב החדש, לחוקק חוק חדש במקום (זה מה שנעשה למשל בבגץ חוק טל).

בבג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים – נקבע ע"י השופטים כי בישראל הדוקטרינה המובילה והמשמשת לקביעת סעד לחוק לא חוקתי היא דוקטרינת הבטלות היחסית. למרות זאת, מבחינה אמפירית בפרקטיקה – משתמשים בעיקר בהשעיית הכרזת הבטלות.

# ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה - פרוצדוראלית

מודל של ביקורת שיפוטית, הסמכות של ביהמש לבחון חוק של הכנסת ולקבוע האם הוא חוקתי או לא. ההבדל הוא שהביקורת הזו לא מתייחסת לתוכן החוק, אלא מתייחסת לאופן שבו הוא נחקק – **האם עמד בדרישות הפרוצדוראליות?** (למשל: חוק חייב לעבור שלוש קריאות. אם חוק עבר ללא שלוש קריאות, מדובר בפגם פרוצדוראלי).

חשוב! אנו עוסקים כאן בביקורת על הליך החקיקה ולא על הליכים פרלמנטאריים או החלטות אחרות (למשל: חסינות ח"כים/החלטות מעין-שיפוטיות).

הפסיקה הרלוונטית התחילה בסוף שנות ה80-תחילת שנות ה90:

975/89 נמרודי נ' יו"ר הכנסת- פעם ראשונה שנקבע כי לביהמ"ש יש את הסמכות לבטל חוק בעקבות פגם בהליך החקיקה. פס"ד זה התרחש **טרם** המהפכה החוקתית של בנק המזרחי. ביהמש (הש' ברק) מסביר כי שלבי החקיקה הבסיסיים קבועים בתקנון הכנסת. אם היה פגם פרוצדוראלי בחקיקת החוק – זה נחשב כאילו הוא לא חוקק מלכתחילה.

המורכבות: ברק הוסיף בפס"ד: *"שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך"* – האם ניתן להבין את נמרודי כי הפגמים הפרוצדוראליים הם רק אלה שחרוטים בתקנון הכנסת, או שמא ייתכן כי ישנם פגמים פרוצדוראליים נוספים שאינם מנויים בחוק? שאלה זו עלתה לדיון בבג"ץ מגדלי העופות.

הביקורת של אריאל בנדור: עלולים לתת משמעות בעייתית לבג"ץ נמרודי, כי עלול להשתמע שנותנים מעמד על-חוקתי לתקנון הכנסת, שהוא חקיקת משנה בכלל ולא חקיקה ראשית. ביהמש אומרים שחוק שנחקק בצורה שלא עמדה בתקנון הכנסת מבוטל, אך יש פה בעיה בהיררכיה של מעמד חקיקת המשנה מול חקיקה ראשית.

* דרך אחת ליישוב הקושי: בציטוט *"ע"פ חוק יסוד הכנסת נקבע תקנון הכנסת"-* כלומר הסיבה שברק אומר שהחוק יבוטל היא לא כי התקנון הוא במעמד נורמטיבי עליון אלא בגלל שחוק יסוד הכנסת, שכן נמצא במעמד נורמטיבי עליון, הוא מקור הסמכות ולא התקנון. בח"י הכנסת יש **הפנייה לתקנון**. כלומר היאחזות בס' 19 לח"י הכנסת.
* דרך שניייה לישוב הקושי: הצעת חוק אינה חוק! היא צריכה לעמוד בדרישות המינימום- שלוש קריאות ודיון בוועדה, ולכן היא לא מהווה נורמה חוקתיות עליונה על תקנון הכנסת (שהוא חקיקת משנה ולא חקיקה ראשית).

4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל- במשך שנים היו עתירות לביהמ"ש בפגמים בהליך החקיקה היורד לשורש ההליך, וביהמש קבע כל פעם מחדש כי לא מדובר בהליכים בעיתיים משמעותית מספיק. הפעם הראשונה שהעניין נדון הוא בפס"ד זה.

רקע: חוק ההסדרים הוא מנגנון חקיקה שסוטה מהליך החקיקה הרגיל – במקום שחוק יעסוק רק בנושא אחד, בחוק ההסדרים מדובר בהצעת חוק ממשלתית מטעם משרד האוצר. בו מכניסים המון רפורמות ועניינים שונים שלא קשורים אחד לשני כ"חוקי סל" במקשה אחת שבה יש משמעת קואליציונית חזקה (כמו בהצעת חוק התקציב, שמי שמתנגד אליה כאילו שמעלה הצעת אי-אמון בכנסת). הטענה הייתה כי הליך הדיון היה מזורז מאוד שגורם לבעיות רבות.

טענת העותרים: יש פגם היורד לשורש ההליך באיגוד כל החוקים האלה יחד ובהעברתם דרך חוק ההסדרים.

טענת המדינה: זה לא בסדר ולא ראוי, אבל לא בלתי חוקי – לא סותר שום סעיף בתקנון (יש שלוש קריאות, דיונים בוועדה...), הכול בהתאם לסמכויות. אין שום עילה להתערבות משפטית/שיפוטית כיוון שלא הפרו שום סעיף פורמאלי.

שאלת פסק הדין: האם הביקורת השיפוטית שבודקת האם נפל פגם בהליך החקיקה מצטמצמת רק ל"האם נפל פגם בתקנון" או אפשר להתייחס גם לפגם שיורד לשורש ההליך שאינו מנוי בתקנון הכנסת?

ביניש: השאלה היא לא אם הפרו סעיף תקנון או לא, אלא האם יש פגיעה קשה וניכרת בעקרונות. זו לא רק הרחבה של המבחן, אלא החלפה של המבחן – התנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הינו האם יש פגם שיורד לשורש ההליך, כשהמבחן החדש הוא האם יש פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.

נקודת המוצא של מהי פגיעה קשה וניכרת.

## ארבעת העקרונות הבסיסיים של הליך החקיקה:

1. **עקרון הכרעת הרוב** – עקרון בסיסי מאוד, אין כאן שום חידוש. זו דרישה שכתובה במפורש בח"י הכנסת.
2. **עקרון השוויון הפורמאלי –** קול אחד לכל אחד. כלומר, לא משנה מאיזו מפלגה או צד פוליטי אתה במפה, הקול שלך כח"כ שווה לקול אחד.

רציונאליים:

1. משלים הכרחי לעקרון הכרעת הרוב.
2. קול אחד לכל אחד הוא גם לאזרחים הפשוטים בעת ההצבעה לכנסת. זה ירוקן מתוכן את עקרון השוויון הפורמאלי של הבוחרים, הח"כים מייצגים את הבוחרים שלהם שהם הריבון בדמוקרטיה.
3. **עקרון הפומביות –** גם הוא מנוי בח"י הכנסת, אין להתעכב עליו.
4. **עקרון ההשתתפות –** המהלך המהפכני של ביניש, הוא לא מנוי בחוקי יסוד בישראל (היא מביאה השוואות ממשפט משווה). עקרון זה מציין כי יש לתת לכל אחד מחברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה.

רציונאליים:

1. עקרון יסוד דמוקרטי שבלעדיו מרוקנים מתוכן את עקרון הכרעת הרוב.
2. נובע מהזכויות של הבוחרים – הזכות להצבעה לכנסת היא זכות לכלל אזרחי המדינה מעל גיל 18. מזה נובע שלכל נציג בכנסת אמורה להיות הזכות לממש את תפקידם ולהשתתף בתהליך החקיקה.

**ביניש** עשתה מהלך מאוד אקטיביסטי, טענה כי יש עקרונות בלתי כתובים שביהמש קובע אותם. מצד שני – היא אומרת שכאשר יכירו בעקרונות יסוד, יצמצמו את עצמם לעקרונות היסודות שבלעדיהם אין מדובר בהליך הצבעה דמוקרטי. לכן היא עשתה את המהלך המדורג.

היקף:

1. נוכחות פיזית בהצבעה
2. לאפשר לח"כים לדעת על מה הם מצביעים (שפה מובנת, מהי כמות החומר, האם היה זמן לשאילת שאלות ודיון לשקילת השיקולים השונים).

**מסקנה:** רק כשמדובר בפגיעה קשה וניכרת, המגיעה לרמה שהיקף הצעת החוק היה כל כך גדול ומהירות ההצבעה הייתה קיצונית שבהם לא הייתה לח"כים כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. ביהמש יתערב רק במקרים קיצוניים מאוד מאוד, שהיא מקווה שלא יתקיימו מעולם בישראל. תפקיד ביהמש הוא להגן על הזכויות הבסיסיות ביותר של הח"כים להשתתף ולהצביע, אבל לא להטיל עליהם חובה כזו. תפקידם אינו להבטיח דיון ראוי והליך חקיקה נאות – זה עניין למשפט הציבור ולא למשפט הציבורי.

**כלומר,** ישנם שלושה מבחנים אופציונאליים, ביניש וביהמש בוחרים בדרך האמצע:

1. גישה מצמצמת - האם הפרו סעיף בתקנון הכנסת או לא?
2. גישת ביניים - האם הייתה פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה?
3. גישה מרחיבה – האם התקיים הליך חקיקה נאות ודיון ראוי?

 מאז מגדלי העופות לא השתמשו בהלכה זו, ולא בוטל חוק בעקבות פגם בהליך החקיקה, עד לבג"ץ קוונטינסקי.

**שיעור 19-**

בג"ץ 20042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל –

רקע: "מס דירה שלישית"/"מס ריבוי דירות". רצו להעביר אותו בחוק ההסדרים ונתנו לח"כ שלוש שעות בלבד לעיין בו לפני שהיו אמורים להצביע עליו, תוך כדי שהיו באמצע להצביע על "הפרקים הקודמים" של החוק (היועצת המשפטית של הועדה קיבלה אותו חצי שעה לפניהם, גם היא לא הספיקה לעיין בו מראש. גם היא סברה שההליך לא ראוי ואין מספיק זמן לדון בחוק). התלונה שלא היה מספיק זמן לברר את פשר החוק ולהבין אותו לעומק (לא הייתה אפשרות מעשית לגבש עמדה אמיתית לגבי הנושא), כלומר שהליך החקיקה של החוק עובר בצורה לא הגיוניץ. הטענה "חצתה" מגזרים – גם חברי האופוזיציה התנגדו וגם חברי כנסת מהקואליציה, ביניהם בצלאל סמוטריץ'. הוא טען שבגלל שהוא אישית מתנגד מאוד לביקורת שיפוטית הוא לא יגיש בג"ץ בנושא, אבל אם מתישהו חוק צריך להתבטל בגלל שאין מספיק זמן לדיון לח"כים לגבש עמדה על מה הם מצביעים – זו הפעם הזו (כלומר מה שביניש אמרה בארגון מגדלי העופות, שהיא מקווה שלא יקרה – קורה עכשיו). דוד ביטן (יו"ר הקואליציה) טען שההליך לא היה פגום, וגם ח"כים נוספים. חלק מחברי האופוזיציה עזבו בזעם את הישיבה. למרות זאת, נערך דיון של 7 שעות בנושא באותו היום. היועץ המשפטי לכנסת (אייל ינון) כתב מכתב שטען כי נפל פגם בהליך (בהמשך התרחש סוג של ניגוד עניינים, כי העותרים השתמשו במכתב שלו בעתירה, למרות שבבגץ הוא ניסה לטעון שהוא עומד מאחורי החוק ואין לקבל **בסעד** את העתירה, אלא להעניק "התרעת בטלות"). יו"ר הכנסת, יולי אדלשטיין דרש גם הוא לחזור שנית על הדיון בחוק, אך יו"ר הועדה לא הסכים – אמר שאולי ההליך לא אופטימאלי, אבל היה דיון וזה מספיק.

\*\*בג"ץ קוונטיסקי לא היה על כל חוק ההסדרים של 400 עמ', אלא רק על הנושא הקונקרטי של מס דירה שלישית, בגלל הפגמים שהסברנו כאן.

בג"ץ: הציעו שבמקום שיאצלו לבטל את החוק לפי פגם בהליך – שיחזרו רק על הדיון הספציפי הזה שעסק במס דירה שלישית.

הניתוח של הפס"ד מראה שגם בתוך הרכב השופטים היה ויכוח על סיבת התערבות ביהמש – האם הנסיבות הספציפיות הן אלה שהביאו לפסד זה, או לא?:

1. שופטי הרוב בראשות הנשיאה נאור, חיות והנדל – מאז מגדלי העופות נהגו בריסון שיפוטי גדול ואולי זה יצר מצב שנראה היה כי אין שום "קווים אדומים". אין כאן שינוי של ההלכה במגדלי העופות, אלא במקרה זה "נחצו כל הקווים האדומים" וע"כ יש להתערב כאן. אלו המקרים שביניש קיוותה שלעולם לא יקרו.
2. דעת מיעוט חזקה של השופט מזוז – היו מקרים קיצוניים הרבה יותר מקוונטינסקי. זה עלול להביא להתערבויות קיצוניות יותר בהמשך. ההתערבות היא פריצה מהגבולות וסטייה ממהלכה.
3. השופט סולברג – **כתב את הפס"ד הראשי, הוא דעת הרוב**. לא מסכים עם מזוז אך גם לא עם שופטי הרוב ב100%. טוען כי קשה לדמיין במציאות מקרה שבו חברי הכנסת לא יודעים בכלל בכלל על מה הם מצביעים. זה מציג קושי על קביעת מבחנים למקרים שכאלה.

ננתח את דעת סולברג יותר לעומק, כיוון שהיא ההלכה כיום:

סולברג טוען כי עברו 13 שנים מאז מגדלי העופות, צברנו ניסיון, הבנו לעומק את המקרים, ולכן יש ללטש את ההלכה, אך לא להרחיב אותה.

1. **לא רק האפשרות המינימאלית לדעת על מה מצביעים, אלא הח"כים אמורים להיות זכאים לגבש עמדה בנושא.** אם היינו מבינים שמגדלי העופות אומר שכל מה שצריך זה שהח"כים יבינו באופן פאסיבי על מה הם מצביעים – זה מרוקן מתוכן את המשמעות האמיתית את הזכות שלהם להשתתפות בהליך החקיקה. ע"מ לאפשר להם את ההשתתפות בצורה אמיתית, יש לאפשר להם מהלך עצמאי מסוים, עיבוד של המידע.
2. **כדי שחברי הכנסת יוכלו לגבש עמדה, צריך לאפשר להם תנאים לנהל דיון מינימאלי, לשאול שאלות, לעלות טיעונים**.. רק אם נשללה אפשרות מעשית לגבש עמדה, כלומר נשללה האפשרות לנהל דיון מינימאלי. זה לא אומר כמובן שאם חברי הכנסת יכלו לבצע דיון אך בחרו שלא לעשות כך – ביהמ"ש יכפה עליהם לעשותו.
3. **כדי לדעת האם ניתנה לח"כים האפשרות לקיים דיון מינימאלי, ישנה רשימה** (שאינה ממצה ואינה מחייבת):
4. משך הדיון האם היה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, למורכבותה, ולהיקף השלכותיה;
5. השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחהּ, על תוכנה;
6. תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק;
7. פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק, ולמצער עיקרי הסדריה או מרביתם, לעיון חברי הכנסת, עד למועד הדיון.

הביקורת של מזוז על סולברג:

1. טוען כי סולברג לא ליטש את ההלכה אלא ממש פרץ אותה. טוען כי בפועל, סולברג הולך לגישת הליך החקיקה הנאות- דן באיכות הדיון. מעביר את הדגש לשאלה של האם הליך החקיקה היה נאות ולא נשאר בגישת הביניים של הליך ההשתתפות.
2. שיקולים של הפרדת רשויות וריסון שיפוטי – לא חולק על הלגיטימיות של בג"ץ להפעיל את הלכת מגדלי העופות, אבל צריך להשאיר את זה רק במקרים קיצוניים מאוד. הוא טוען כי זה עלול לסתור את המציאות הפרלמנטרית היום, של טבע המציאות הקואליציונית היום.

ההכרעה: התוצאה הסופית של הפס"ד היא שהם קיבלו את העתירה. המיסוי על שלוש דירות לא תקף.

ביקורת על ההלכה: הלכת קוונטינסקי עלולה לספק "כלי משחק" לאופוזיציה לבטל חקיקה עתידית.

לקרא:

* ס' 4 לח"י הכנסת
* רשות: ברגמן + מרכז השלטון המקומי
* חובה: גוטמן

**שיעור 20-**

## סיכום ביקורת שיפוטית

דיברנו על ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה וסיימנו לדבר על בגץ קוונטינסקי במבחן ה"מלוטש" של סולברג שמרחיב ומלטש את מגדלי העופות. ראינו שיש מתח וסתירה בין הסמכויות – מצד אחד: כבר אחרי נמרודי, ולאחר מכן במגדלי העופות, מכירים בשיקול דעת רחב מאוד לביהמש בעניין (מבחן של "האם יש פגיעה קשה וניכרת בעקרונות יסוד של הליך). מצד שני: הפער בין התיאוריה לבין הפרקטיקה, LAW ON THE BOOKS V. LAW IN PRACTICE . בפועל – במשך השנים היו עשרות עתירות, וביהמש מעולם לא ביטל חוק לפי פגם בהליך החקיקה (היססו מאוד להשתמש בכך). רק יחסית לאחרונה, בקוונטינסקי, בוטל חוק בשל פגם בהליך החקיקה. עוד מוקדם לדעת אם זאת תחילת מגמת שינוי או שזה באמת חד פעמי וייחודי מאוד (נכון לעכשיו, נראה שזו לא באמת מגמת שינוי. כרגע, עדיין תלויה התנגדות לפס"ד).

# המשפט החוקתי המוסדי

## מבוא: הפרדת רשויות

תכלית העקרון

בעיית הנציג = החשש שהשלטון לא באמת ידאג לאינטרס של הריבון. הפיצול אמור למנוע מצב שגוף/סמכות אחת משתלטת על כל הרשויות. זה לא הכי יעיל (קשה יותר להעביר חוקים, יש מנגנונים מסורבלים) אבל הרעיון הבסיסי בדמוקרטיה חוקתית היא שלעיתים אנחנו מסכימים לשלם מחיר של שלטון קצת פחות אפקטיבי כדי להימנע ממצב של רודנות.

שתי תפיסות של הפרדת רשויות

* **התפיסה המסורתית –** הפרדה הרמטית מוחלטת בין הרשויות. כל רשות אחראית לתחומים שלה בלבד, ולא "תפלוש" לתחומי הרשויות האחרות (למשל: רק הרשות המחוקקת יכולה לחוקק).
* **התפיסה המודרנית: איזונים ובלמים –** התחילה בחוקת ארה"ב. דווקא בגלל הרציונאל והתכלית של עקרון הפרדת הרשויות, אנחנו לא רוצים הפרדה מוחלטת ונוקשה לגמרי, זה עלול להוביל למצב של רודנות (למשל: בארה"ב, גם הנשיא מעורב בהליך החקיקה. כדי להתגבר על הוטו שלו צריך הסכמה של 2/3 מבתי הסנאט). יש גם טעמים פרקטיים של יעילות – אי אפשר באמת לעשות הפרדה הרמטית של התפקידים (למשל: תחומי פעילות מעין-שיפוטיים בכנסת), זה לא ריאלי. בישראל וברוב הדמוקרטיות, רוב הסמכויות נמצאות בידי הרשות המבצעת (לא בידי הכנסת, אלא בידי הרשויות שנגזרות ממנה, כי יש המון פרטים קטנים שצריך לקבוע ולדון בהם).
* רשויות נוספות שבהן לא נתמקד בקורס: המעמד או המקום של היועמש/היועץ המשפטי לכנסת/התקשורת/העם

מעמדו החוקתי של עקרון הפרדת הרשויות

כלומר, האם יש לו מעמד על-חוקתי מחייב? האם אפשר לפסול חוק כי הוא נוגד את עקרון הפרדת הרשויות? הוא הרי לא מעוגן בחוקה כלשהי/בחוקי היסוד, אלא הוא משתמע:

* מתוך כך שיש לנו שלושה חוקי יסוד שונים: ח"י הכנסת, ח"י הממשלה, ח"י השפיטה.
* מקום נוסף שניתן לשאוב ממנו את ההפרדה כעיקרון מחייב היא העובדה כי קיימת פסקת התגברות (מוכיח שהרשות המבצעת לא יכולה לפגוע בזכויות חוקתיות, רק הרשות המחוקקת יכולה לעשות את זה. ואם הרשות המבצעת רוצה לעשות זאת – היא צריכה לקבל אישור מהרשות המחוקקת).

השאלה הזו לא הוכרעה ע"י ביהמ"ש. הפס"ד שהיה הקרוב ביותר לדיון בכך הוא הפס"ד בעניין הפרטת בתי הסוהר (התייחסנו אליו בעבר בקורס). הייתה בו טענה שהחוק פוגע בעקרון הפרדת הרשויות בהיבט המוסדי-חוקתי. לפי ח"י הממשלה סמכויות הביצוע של הממשלה הם בידי הרשות המבצעת (הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה), וע"כ הכנסת לא יכולה לקחת סמכות אינהרנטית שיש לממשלה ולהעביר אותה לידיים פרטיות. כלומר, החוק לא חוקתי כי הוא פוגע בסמכויות הממשלה. העליון (בראשות ביניש) בחר בצורה מובהק לא לצעוד בהיבט המוסדי אלא לנתח את החוק במישור של זכויות האדם – כל הניתוח מתמקד בזה. עדיין אין לנו שום פס"ד שהמתמקד בהיבט הזה וקובע לעניין הפרדת הרשויות. כן השתמשו בזה כדי להגביל סמכויות של הרשות המבצעת.

## הכנסת – הרשות המחוקקת

### הבחירות לכנסת

ס' 4 לח"י הכנסת: שיטת הבחירות

הוא היחיד שהיה משוריין. לאורו, עוד לפני המהפכה החוקתית, היו 4 פס"דים שביטלו חוקים מכיוון שהם לא עמדו בו.

4. הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

ננתח את כל הדרישות:

* **כלליות –** כל אזרחי המדינה משתתפים וזכאים להצביע (להבדיל מקבוצה מסוימת באוכלוסייה- פריימריז, הסתדרות..)
* **ארציות –** כל המדינה היא איזור אחד (לעומת המודל האמריקאי). רציונל: התפיסה היא שהנבחרים לא אמורים להיות מחויבים לאינטרסים של איזור אחד, אלא אמורים לראות לנגד עיניהם את האינטרסים הרחבים של כל המדינה. כנגד, הרציונאל של בחירות אזוריות: הנבחרים יהיו מחויבים יותר לבוחרים מהאיזור שלהם - נאבקים להשיג עבורם תקציבים , אפשר לכתוב להם מכתב..
* **ישירות –** האזרחים בוחרים את חברי הכנסת באופן ישיר, להבדיל מהמודל המסורתי האמריקאי לנשיא, שהיה מתבצע ע"י בחירת אלקטורים. או לעומת בחירת רה"מ בישראל – אנחנו בוחרים נציגים שמחליטים בעצמם מי יהיה רה"מ (אלו בחירות עקיפות ולא ישירות).
* **חשאיות –** כשאנחנו הולכים להצביע, מצביעים מאחורי פרגוד בתוך מעטפה סגורה. אף אחד לא יכול לדעת למי הצבענו בלי שנשתף (בבחירות האחרונות עלתה השאלה האם "חוק המצלמות" פוגע בעקרון החשאיות? האם זה רק מאחורי הפרגוד או בכל מתחם הקלפי. הפך מעקרון שלא דיברו עליו יותר מדי לעקרון "אקטואלי").

**שיעור 21-**

* **יחסיות –** במובן הבסיסי ביותר – המושבים בכנסת מתחלקים באותו יחס שבו מתחלקים הקולות (ולא WINNER TAKES ALL כמו בארה"ב) נפרט בשיעור הבא בהרחבה. המטרה: ייצוג נרחב יותר בכנסת.

בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועמ"ש:

רקע: בחוק המשילות העלו את אחוז החסימה ל3.25% (בערך 4 מנדטים) לעומת המצב שהיה קודם, 2%. (זה לא 100% בחירות יחסיות כי יש הסכמי עודפים). הפס"ד הראשון שבו ביהמש יצק תוכן למושג "יחסיות". הפס"ד הראשי של גרוניס דחה את העתירה הראשית על בשלות, אבל למרות זאת הוא ניתח למעלה מן הצורך לגופו של עניין את עניין היחסיות.

**גישתו של גרוניס:**

מעיקרון היחסיות בבחירות המעוגן בס' 4 נובע עיקרון הייצוג. עקרונות אלה משמשים כעיקרונות מנחים הקובעים את שיטת הבחירות. במקרה הקונקרטי הזה – איזה אחוז חסימה יהיה חוקתי ואיזה לא, ייגזר מעקרון הייצוג. עקרון הייצוג בצורה הכי הבסיסית = לעם (הריבון) יש נציגים שהוא עצמו בוחר בבית הנבחרים

* עיקרון הייצוג במובן הפורמאלי/מספרי – נמדד במידה שבה קולות הבוחרים מתורגמים במדויק למושבים בפרלמנט. (לדוג': מפלגה קיבלה 40% מהקולות, האם היא קיבלה גם 40% מהמושבים בפרלמנט?).
* עיקרון הייצוג במובן המהותי – משקף שאיפה שהפרלמנט יהיה בבחינת "צילום של החברה", כלומר – ייתן ביטוי לקבוצות השונות המרכיבות את החברה, לרבות קבוצות מיעוט. ניתן לחשוב על שני מאפיינים שיש להביא בחשבון:
	+ 1. "ייצוג רעיונות" – עקרון הייצוג דורש שהאידאולוגיות והרעיונות השונים שקיימים בחברה מסוימת יבואו לידי ביטוי בבית הנבחרים (לדוג': ל20% מהחברה חשובה לגליזציה, אז 20% מהנציגים גם צריכים לסבור כך).
		2. "נציגות כנוכחות" - מאפיינים אינדיווידואלים-גנריים, כמו: מגדר/גזע/נטייה מינית (לדוג': אחוז הנשים בחברה לעומת אחוז הנשים בכנסת). מאפיינים קבוצתיים, כמו: שפה/תרבות/השתייכות אתנית-לאומית (לדוג': כמה אחוז חרדים יש בחברה לעומת בכנסת).

גרוניס טוען כי דרוש איזון בין שני המובנים, אבל לגישתו – ליבו של עיקרון הייצוג אינו בפן הרעיוני אלא הדגש הוא על "ייצוג כנוכחות". הנשיא עושה הבחנה בין שני העקרונות. "ייצוג רעיונות" - האם יש להטיל חובה על המדינה שתטיל אחוז חסימה שלא יהיה שום אידאולוגיה/רעיון שלא יקבל ייצוג בפרלמנט? כנראה שלא, קשה לטעון שזה מקים חובה חוקתית. להבדיל מהשאלה הנפרדת – מתי אפשר לפסול מפלגה/רשימה בגלל האידאולוגיות/רעיונות שלהם. כאמור, הדגש הוא על "נציגות כנוכחות" - צריך להבטיח שיטת בחירות שתאפשר הגנה על מיעוטים. קשה לקבוע מיהם המיעוטים שזכאים להגנה בכנסת, אבל כולל לפחות את המיעוט הערבי והחרדי.

השלב הוא **מהו הרף?** מהו מספר הנציגים שחריגה ממנו כלפי מטה תפר את האינטרס (הרי אף זכות אינה מוחלטת, צריך לאזן אותה עם אינטרסים ציבוריים מתחרים)? האינטרס המרכזי של המדינה בבג"ץ גוטמן הוא **הגברת המשילות –** הקטנת מספר המפלגות הקטנות (שלרוב מייצגות אינטרס צר מאוד) שנכנסות לכנסת כיוון שהן מקשות על הרכבת קואליציה, עלולות להביא לסחטנות פוליטית, עלולות להקשות על הממשלה למשול ולתפקד. כלומר, השאלה הנגזרת מכאן היא באילו נסיבות ביהמש יקבע כי אחוז החסימה פוגע בעקרון הייצוג באופן שיצדיק התערבות שיפוטית? במקרה זה, לפני שהחוק יושם אי אפשר לדעת אם הוא יפגע בעקרון הייצוג או לא (אם הרף היה 20% אז אפשר היה לומר מראש שהוא לא חוקתי, אבל כאן זה מאוד חמקמק – צריך לספור גם חברי כנסת ערבים במפלגות לא ערביות? איך נמדוד? מאוד בעייתי ומורכב) ולכן גרוניס בוחר לבטל את העתירה על בשלות.

הש' ג'ובראן היה בדעת מיעוט, טען כי אין צורך לחכות לנתונים חדשים, אלא אפשר לנתח את אחוזי ההצבעה של השנים הקודמות. ניתן לראות כי 2 מפלגות ערביות לא יעברו את אחוז החסימה, והשלישית תהיה ממש על הסף – ולכן הסכנה גדולה וממשית וזה לא חוקתי. מה שקרה בפועל – התאחדות של כל המפלגות ל"רשימה המשותפת".

* **שוות –** בג”צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר (לפי המהפיכה החוקתית – הוא הקלאסי-היסטורי, אבל גוטמן מסכם את הנושא:

רקע: מדובר על התקופה טרם המפכה החוקתית. חברי הכנסת המכהנים בכנסת הנוכחית הם המחליטים כמה מימון בחירות תקבל כל מפלגה בבחירות לכנסת הבאה. הם הרבה פעמים עושים שיטות שלא הכי הוגנות, ובוחרים בשיטות שיעזרו למפלגות השולטות כרגע. בחוק זה – חברי הכנסת החליטו שיהיה מימון ציבורי, אך המימון ילך רק למפלגות קיימות ולא למפלגות חדשות.

דעת העותרים: העתירה כנגד הייתה כי החוק נוגד את ס' 4 – בחירות שוות.

דעת היועמ"ש והמשיבים: בחירות שוות אומרות כי הקולות של כל אחד מהמצביעים שווה אותו דבר, ויש לפרש את העקרון הזה בצורה מצומצמת.

ביהמ"ש לא קיבלו את הגישה הזאת, וקבעו 3 הרחבות נגזרות מתוך עקרון זה:

* עיקרון השווין בבחירות חל גם על הזכות לבחור וגם על הזכות להבחר
* שוויון הסיכויים של רשימות המועמדים המתחרות בבחירות לכנסת – צריך להבטיח שלא יהיו דיני בחירות שמראש מפרות את כללי המשחק בצורה שתיצור אי-שוויון בסיכויים להכנס לכנסת.
* שוויון פורמאלי מול שוויון מהותי – פורמאלי = התייחסות זהה לכולם לא משנה מה (לדוג': התייחסות זהה לכל המפלגות ולכל הבוחרים). מהותי = מותר ואפילו צריך להתחשב בהבדלים רלוונטים (כלומר, ניתן לתת יחס זהה לזהים ושונה לשונים- רשימה גדולה מול קטנה, מכהנת מול לא מפלגה חדשה). בפסיקה, השתרשה הדרישה לשיוון מהותי ולא פורמאלי, כל עוד השוני הוא פרופורציונאלי (לדוג': השוני בגודל המלגות יקבע גובה המימון שתקבל המפלגה).

תוצאה: פסלו את החוק.

**שיעור 22-**

בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה: (דיברנו עליו שיעור קודם בהקשר של בחירות יחסיות. הפעם נדבר עליו בהקשר של בחירות שוות).

**הנשיא גרוניס** מוסיף בפס"ד מבחן עזר נוסף לבחינת הפגיעה בשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים המתחרות בבחירות לכנסת: "ראוי להידרש לשאלה אם ההסדר שנקבע הוא ניטראלי, היינו, יוצר כלל זהה לגבי כל הרשימות, או שמא יש בו, על פני הדברים, משום מתן יתרון בלתי הוגן לרשימות מסוימות בלבד שממנו לא נהנו קודם לכן" – גישתו מתיישבת עם שוויון פורמאלי ולא מהותי.

לדעת המרצה, נשמע כי גרוניס מעט מבלבל את המושגים. הוא מסכם את הפסיקה ואומר שבעיקרון נקבע כי יש לשים את הדגש על השוויון המהותי ולא הפורמאלי, אבל המבחן שלו מתיישב עם פורמאלי ולא מהותי. איך ניתן ליישב את המתח? גרוניס מתייחס לזה כמבחן עזר (חזקה) שאחריו יש לבחון את השוויון המהותי.

הכרעת הרוב (גרוניס): ביהמש דחו את העתירה על בשלות. אם עושים בחינה ראשונית מופשטת מדובר לכאורה בכלל ניטראלי (חל על כל המפלגות, אמור להשפיע על כולם בצורה זהה) ולא מקנה יתרון לרשימה X על רשימה Y. העובדה שיש מפלגות שייתכן והעלאת אחוז החסימה לא תפגע בהן לא נובעת מהחוק עצמו, אלא מהעובדות בשטח – הן מייצגות ציבור בוחרים גדול יותר/פופולאריות יותר/רעיונות כללים יותר במדינה. גרוניס מדגיש שאם היה מדובר באחוז חסימה גדול יותר (15% לדוג'), כנראה שהתוצאה שהם היו מגיעים אליה הייתה שונה.

**פוגלמן (יחיד):** יוצא ב2 קביעות משמעותיות, השונות מדרך הפרשנות של גרוניס. הם מגיעים בסוף לאותה ההכרעה:

* **בנוגע למבחן העזר של גרוניס על ניטראליות.** חוק שנראה ניטראלי הוא לאו דווקא כזה הלכה למעשה. יש להיזהר בעיקר בדיני בחירות ובמקרים שבהם יש סכנה לפגיעה במיעוטים, כיוון שמי שקובע את החוקים הוא מי שיש בידיו את הכוח באותה עת (הכנסת המכהנת קובעת עבור הכנסת הבאה), יש לו אינטרס מוצהר לקבוע את כללי המשחק בצורה שתעניק לו יתרון.
* **לא צריך לדחות על בשלות.** ברגע שהכנסת עצמה כמשיבה מודה שייתכן ויש בעיה בהעלאת אחוז החסימה - אי אפשר לדחות את העתירה על בשלות. יש לדון בה לגופו של עניין ולהגיע להכרעה האם החוק עומד במבחנים של ס' 4 - פסקת ההגבלה.

בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת:

רקע: מדובר על תיקון של חוק חסינות חברי הכנסת. עד 1995 ח"כ יכול היה לכהן במקביל גם כראש עיר/רשות מסוימת, התיקון אסר על כך. הבעיה בעתירה הייתה **הוראת מעבר** שטענה כי החוק בעצם לא מוחל רטרואקטיבית, כלומר – אם יש מישהו בכנסת הנוכחית שהוא ראש עיר וגם ח"כ, הוא לא צריך להתפטר מתפקידו כראש עיר כדי להמשיך גם לכנסת הבאה.

העותרים טענו: החוק פוגע בשוויון בבחירות לכנסת. המשמעות המעשית של החוק שנבחר ציבור לא יוכל להתמודד בבחירות לכנסת היא שהאדם בעצם מכריז על עצמו שהוא מעדיף להיות ח"כ ולא ראש עיר. הטענה היא שזה יפגע באמינות שלו בעיניי בוחריו מהעיר (שלפני לא זמן רב הצביעו לו להיות ראש עיר, ו"בהזדמנות הראשונה" שנקרית לפניו הוא מעדיף "לנטוש" את העיר ולעבור לכנסת). בנוסף, טענו שזה יכול לפגוע להם בסיכויים בפריימריז (אם מישהו מאוד רוצה שהוא ימשיך להיות ראש עיר, אז הוא לא יצביע לו במקום גבוה בפריימריז).

גולדברג: דוחה את העתירה (טוען שאכן עולה ניחוח רע מהחוק, אבל הוא לא צריך להכריע לפי "טעם וריח" או אסתטיקה, אלא ע"פ כללים משפטיים). מסביר כי ס' 4 לח"י הכנסת מחייב שוויון בין הרשימות אך לא מחייב שוויון בין מועמדים. בישראל שיטת הבחירות היא לרשימות ולא שיטת בחירות אישית, בניגוד לארצות אחרות. אם הוא לא חל על מועמדים בכנסת, קל וחומר שהוא לא חל על מועמדים ברשימות לפריימריז.

זמיר: לעומת גולדברג, מוכן להניח לצורך העניין שהסעיף מחייב שוויון בין רשימות וגם בין מועמדים. ובנוסף, שהוא מחייב שוויון גם למועמדים בפריימריז. בכל אופן, הוא לא חושב שבמקרה הקונקרטי הזה יש פגיעה ישירה למועמדים שרצים בפריימריז. בנוסף, טוען שההיקף צריך לתת לכל חברי הכנסת סיכויי הזדמנויות שווים בבחירות לכנסת ותו לא, אין להרחיב את ההיקף! מצטרף בתוצאה לגולדברג אך לא בדרך הניתוח.

חשין: טוען כי עקרון השוויון חל גם על רשימות וגם על מועמדים, גם בבחירות לכנסת וגם בבחירות מפלגתיות (פריימריז). כלומר – דעת הרוב בפסד בנוגע לשוויון בין המועמדים היא שהוא חל ע"פ החוק (בניגוד לעמדת גולדברג). בנוגע להיקף הזכות לשוויון, זמיר וחשין חלוקים בדעתם. חשין סבור כי כל היבט אפשרי וראוי של שוויון נכנס לתחולה של ס' 4 (מצב מפלה ולא הוגן, אבל הוא לא באמת פוגע בצורה ישירה בסיכויים להבחר).

לסיכום, הפסד מעלה שלוש שאלות בנוגע לעקרון השוויון בס' 4:

1. האם מדובר בשוויון בין רשימות או גם בין מועמדים? **ע"פ זמיר וחשין – גם למועמדים.**
2. האם מדובר בשוויון בבחירות לכנסת או גם בבחירות מפלגתיות? **ע"פ זמיר וחשין – גם למפלגתיות.**
3. האם מדובר על שוויון הסיכויים וההזדמנויות בבחירות לכנסת או גם לכל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות? **המסקנה בפס"ד היא היקף מצומצם (בניגוד לדעת חשין).**

**הקשר בין שוויון בבחירות מכוח ח"י: הכנסת לבין שוויון מכוח ח"י: כבוד האדם וחירותו**

ישנן 3 אפשרויות ליישוב הסוגיה:

1. **חל ההסדר הספציפי** מכוח ח"י: הכנסת. כלומר – נורמה ספציפית עדיפה על נורמה כללית.
2. **שתי ההוראות יחולו באופן מצטבר**. צריך לעמוד גם בס' 4 לח"י: הכנסת וגם בח"י: כבדה"א וחירותו. כלומר – צריך לנתח פעמיים.
3. **שתי הדרישות הן דרישות חלופיות**. צריך לקיים או את מבחני הפגיעה בס' 4 של ח"י: הכנסת או את מבחני הפגיעה של ח"י: כבדה"א וחירותו. כלומר – או או (לדוג' מנושא אחר: או לעמוד בתנאים של פסקת ההגבלה או של פסקת ההתגברות).

העותרים במרכז השלטון המקומי העלו גם את הטענה שזה פוגע להם גם בזכות החוקתית לשוויון מתוך כבוד האדם וחירותו. איזה הסדר יחול, של ח"י הכנסת או של כבוה"א? איך ינתחו את העתירה? ע"פ שניהם יחד, כל אחד בנפרד? הבג"ץ מדגים את השאלה, אך לא ניתנה הכרעה במקרה הזה ע"י השופטים.

בפרשת גוטמן גרוניס מאמץ בצורה ברורה ומפורשת את הגישה הראשונה – תחולת ההסדר הספציפי, ונותן לכך מספר נימוקים.

1. יש הסדר ספציפי למקרה הזה ולכן יש להחיל אותו.
2. השוויון בס' 4 בח"י הכנסת מעוגן בפורש ולעומת זאת בכבוד האדם הוא לא מפורש.
3. הנטל להוכיח פגיעה בשוויון במובן של ח"י הכנסת נמוך יותר מלהוכיח פגיעה לפי כבוד האדם וחירותו (ששם צריך להוכיח גם פגיעה בכבוד). מכאן – אם מוכיחים שזה לא פוגע בשוויון לפי ח"י הכנסת, זה גם לא פוגע לפי כבודה"א.

שאר השופטים בבג"ץ זה לא מתייחסים לשאלה הזו בפסד, מעדיפים "לא לקבוע מסמרות". הנדל: תיאורטית יכולים להיות מקרים עתידיים שתהיה פגיעה מכוח שני החוקים.

הנפקות הפרקטית מכל אחת מהגישות: איך מנתחים פגיעה לפי ס' 4 לח"י הכנסת? האם מנתחים את ההסדר פעם אחת או פעמיים? עד כמה זה יוביל לניתוח שונה (למשל- מבחן פסקת ההגבלה)? כעת נדון בשאלה זו.

**במבחן:** בגלל שאין הכרעה, צריך להציג את שלוש החלופות ולנתח לפי כל אחת מהאופציות!

**פגיעה מול שינוי בס' 4 לח"י: הכנסת**

* **הלכת ברגמן** (ופסיקה עד 92): התייחסו **לפגיעה ולשינוי אותו דבר**, בוחנים אם התקיימה דרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת ---- אם היה רוב של 61 ב3 קריאות (אם לא – הפגיעה לא תקפה).
* הבעיה: יצר מתח בין ההבנה החוקתית עד המהפכה החוקתית/בנק המזרחי. בבנק המזרחי הרי יצרו הבחנה ברורה בין פגיעה לשינוי. התעוררה השאלה מה קורה בח"י שותק/שאין בו פסקת הגבלה? למדנו זאת, פסקת הגבלה משתמעת/שיפוטית. אבל ס' 4 הוא לא ח"י שותק! יש בו את הדרישה של רוב מיוחס. האם יש להחיל את הגישה החדשה גם כאן?
* ג'ובראן (+נאור, רובינשטיין, חיות, מלצר) **בבג"ץ גוטמן** (+ברק בכתיבה אקדמית אחרי פרישתו)**:**.
	+ **שינוי:** דרישת הרוב המיוחס (61+ עבר ב3 קריאות) שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, כפי שהיה לפני בנק המזרחי.
	+ **פגיעה:** פסקת ההגבלה השיפוטית.

זוהי הגישה המסתמנת מהפס"ד, כי רוב השופטים לא התווכחו עם התפיסה הזו, אך גם לא הכריעו בה.

ביקורת הכנסת: לא מדובר בח"י שותק, הכנסת קבעה הסדר אחר בחוק. פסקת ההגבלה השיפוטית מנוגדת ללשון חוק היסוד. כל עוד הכנסת לא בחרה לאמץ פסקת הגבלה בחוק, אין סיבה שביהמ"ש יחיל אותה כפסקת הגבלה שיפוטית. ב"כ הכנסת הציע בעתירה- יש להתייחס לכך ל2 דרישות חלופיות (פסקת התגברות או פסקת הגבלה).

תגובת ג'ובראן:

1. **פרשנות טקסטואלית**. "אין **לשנות** חוק זה, אלא ברוב של חברי כנסת" – הטקסט החוקתי מדבר על שינוי ולא פגיעה. אמנם ביהמש סוטה מהגישה שהייתה לו עד לפני בנק המזרחי, אבל המהפכה החוקתית שינתה את התפיסה (אולי פעם הם טעו שלא הבחינו בין שינוי לפגיעה, אבל זה לא המצב כיום).
2. **הרמוניה חוקתית**. הפסיקה קבעה שבכל חוקי היסוד תהיה פסקת הגבלה משתמעת, יש חשיבות לאחידות ולהרמוניה ושלא יהיו מבחנים שונים בחוקי יסוד.

**ס' 5 לחו"י הכנסת: הזכות לבחור**

5. כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק; חוק הבחירות יקבע את המועד שבו ייחשב אדם בן שמונה עשרה שנה לענין השימוש בזכות הבחירה לכנסת.

אחת הזכויות החשובות ביותר בדמוקרטיה. החוק קובע 2 תנאים לזכות זו:

1. אזרח. תוספת של חוק הבחירות לכנסת: לא מספיק להיות אזרח, צריך להיות גם תושב. מה שכן – לא שללו מעולם זכות הצבעה מאף קבוצה את זכות ההצבעה (אסירים, נשים, לוקים בשכלם..).
2. גיל 18 ומעלה. תוספת של חוק הבחירות לכנסת: כל מי שיום הולדתו ה18 חל לא יאוחר מיום הבחירות.

**ס' 6 לחו"י הכנסת: הזכות להיבחר**

6. (א) כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק או שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, ואם הורשע בעבירת טרור חמורה או עבירת ביטחון חמורה, כפי שייקבע בחוק, נידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שבע שנות מאסר, וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו 14 שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון.

מי יכול? כל אזרח ישראלי מעל גיל 21.

3 אפשרויות חלופיות לשלילת הזכות להיבחר:

1. זולת אם ביהמ"ש שלל
2. נידון לפסק דין סופי ל3 חודשים בפועל מיום הגשת המועמדים וטרם עבדו 7 שנים מהיום שסיים לרצות את המאסר בפועל.
3. אם הורשע בעבירת טרור/ביטחון חמורה, נשפט לפחות ל7 שנים ולא עברו 14 שנים מהיום שסיים לרצות את המאסר בפועל --- תיקון של 2018
* **חריג:** אלא אם כן קבע יו"ר ועדת הבחירות שאין עם העבירה קלון. כלומר, הח"כ יכול לבקש הקלה של תקופת הצינון אם לא נטען כי יש עם העבירה שלו קלון (חשוב! שאלת הקלון רלוונטית רק לחריג ולא לשאר הדרישות!).

בג"ץ 797/20 סילבר נ' יו"ר ועדת הבחירות – מייסד טלגראס ניסה לרוץ לכנסת, יור ועדת הבחירות פסל אותו. הוא ניסה לטעון שאין קלון בעבירה שלו. מזוז: צריך להתייחס לעניין הקלון.

בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות:

רקע: אדם שרץ לכנסת צריך לחתום על מסמך/להגיש הצהרה שהוא מכיר את הדרישות האלה, ושהוא לא מנוע מלרוץ. החתימה על התצהיר שהאדם לא הורשע צריכה להתבצע עד יום ההגשה הסופית של הרשימות לכנסת. אם כן הורשע ליותר מ3 חודשים – צריך להצהיר שאמנם הורשע אך לבקש מיו"ר ועדת הבחירות המרכזית להכריז שאין עם עבירתו קלון והוא מאפשר לו לרוץ. פייגלין רץ ברשימת הליכוד, אך הוא לא הצהיר שהייתה לו הרשעה של עבירת המרדה בעבר, שהוא ריצה עבורה תקופת מאסר של חצי שנה, ושלא עברו 7 שנים מאז ("תקופת הצינון" הנדרשת). כמובן שמתוך כך שהוא הסתיר את המידע, הוא גם לא ביקש מהיו"ר בקשה שיטען שאין עם העבירה שלו קלון. הוגשו עתירות נגד המועמדות של פייגלין. יו"ר ועדת הבחירות: קיבל את העתירות וקבע כי יש להסיר את שמו של פייגלין מרשימת הליכוד ממספר מניעים: 1. מחמת האיחור למירוק שמו (לא ביקש מספיק בזמן שיור הבחירות יטען שאין עם העבירה שלו קלון). 2. העלמת עובדות (לא גילה שהוא כן הורשע). 3. למעלה מן הצורך, לגופו של עניין - יש קלון עם העבירה שלו. פייגלין הגיש בג"ץ על כך.

שלמה לוין (רוב): האיחור והעלמת העובדות די בהן כדי לפסול את המועמדות של פייגלין. בנימוק שלו הוא מדגיש את חשיבות ההקפדה על לוח הזמנים של המועדים בבחירות כדי שמערכת הבחירות כולה לא תשתבש. טוען שבנסיבות האלה הם לא צריכים לדון במירוק שמו של פייגלין או לא.

אדמונד לוי (מיעוט): סבר כי יש לקבל את העתירה של פייגלין. אין לשלול לו את הזכות להיבחר – "מנפשת אפה של הדמוקרטיה", היא מהזכויות החשובות ביותר במדינה דמוקרטית! יש חשש במיוחד כשמדובר בקבוצות מיעוט, ויש כאן הצדקה להתערבות שיפוטית משמעותית. טוען כי תמיד צריך לתת פרשנות שמאפשרת את הזכות להבחר, ולכן בוחר לפרש את הס' בצורה מאוד יצירתית: בעיקרון הנטל להגיש את הבקשה היא על מי שמבקש למרק את שמו ולרוץ במפלגה, ואין ספק שפייגלין לא עשה את זה. אבל – ברקע שאחרים הגישו נגדו עתירות ורצו לומר שיש נגדו קלון, זה "פתח את הדלת" לבחון גם בדיעבד אם יש קלון או אין בעבירה שלו. אסור שהשאלה הנוכחית תישפט כמו עילות הסף, אלא צריך להוסיף ולבחון את שאלת הקלון לגופו של עניין.

לקרא:

* פייגלין
* סילבר
* ועדת הבחירות המרכזית נ' כסיף

**שיעור 23-**

יהיה שיעור תרגול עם אחד המתרגלים. יבחרו מראש מועד משנה קודמת ונפתור ביחד. בלי קשר – בשיעור האחרון איתי ייתן לנו דגשים למבחן.

המשך ס' 6 לח"י הכנסת

בג"ץ פייגלין - **האם יש עם העבירה קלון?**

* **אין לדון לגופו של עניין.** ש' לוין (ידוע כשופט מאוד פרוצדוראלי, לכן שם דגש משמעותי על לוח הזמנים). כל השופטים האחרים (חוץ מלוי כאמור, שהוא במיעוט) הצטרפו לפס"ד של ש' לוין בדחיית העתירה בנימוק שפייגלין לא גילה את העובדות ואיחר. אך לעומתו, דנו בשאלה לגופו של עניין (למעלה מן הצורך).
* **תמיד אין עימה קלון.** א' לוי קובע כי יש לבחון את המקרה לגופו ולקבוע אם היה קלון או לא, לדעתו במקרה דנן לא היה קלון. עבירת ההמרדה היא אחת העבירות של חופש ביטוי ובשל כך היא שנויה במחלוקת במדינה דמוקרטית, לכן אין להתייחס אליה כעבירה שיש עמה קלון.
* **תמיד יש עימה קלון.** שטרסברג-כהן, פרוקצ'ה וברק- בעבירות של פייגלין דבק קלון. מחלק מהנימוקים שלהם נראה שהם מתייחסים לעבירת ההמרדה בדיוק ההפך מהצורה שבה שא' לוי מתייחס אליה, ככלל – היא תחשב כעבירה שיש עימה קלון. מדובר בעבירות המרדה שניסו להכתיב מהלכי שלטון תוך כדי הפרת החוק, יציאה נגד הסדר החברתי הדמוקרטי. **טיעון נוסף** – אפשר לעשות היקש מס' 7(א) לח"י הכנסת – אפשר לפסול מועמד להתמודד בכנסת אם הוא קורא במעשיו (באמצעים אלימים ולא חוקיים) להתנגדות הריבונות. קל וחומר ניתן לפסול מועמד אם הוא הורשע ונשלח למאסר מעל שלושה חודשים על כך.
* **יכול להיות עימה קלון, אבל במקרה הקונקרטי - אין קלון.** דורנר וטירקל

**מהו קלון?**

זוהי הכרעה ערכית-מוסרית. מזוז בסילבר: מדובר במושג עמום בעל רקמה פתוחה שיכול לשאת משמעויות שונות בהקשרים שונים. הפסיקה עסקה בהגדרות אפשריות של קלון במהלך השנים: כלל מוסרי שמעיד על בעליו שאין הוא ראוי לשמש כאיש ציבור.

**סיכום של הפסיקה: איך קובעים האם יש קלון?**

(אפשר לראות את זה בסילבר, פסיקה עדכנית).

1. **נסיבות העבירה** – החשוב ביותר, יכול להטות את הכף. יכולה להיות עבירה מסוימת בנסיבות מסוימות שיש עמה קלון, אבל בנסיבות מקלות לא יהיה קלון. לדוג': סילבר – האם מדובר בביצוע חוזר ונשנה, באופן שמראה שהאדם לא מקבל את מרות החוק.
2. **תכלית החקיקה אשר במסגרתה מופיע דבר עבירה שיש עימה קלון-**
3. האם העבירות שנעברו קשורות לתפקיד הספציפי שהאדם רוצה להתמנות אליו? יש הרבה מאוד חוקים שעוסקים בעבירות שיש עמם קלון (למשל- לעו"ד). לדוג' בסילבר: הפרות בנייה בתפקידים מסוימים היא לא קריטית. אבל אם אדם רוצה להיות בדירקטוריון של גוף בניה חשוב – יש לזה חשיבות. דוג' נוספת: אם לאדם יש עבירות תנועה רבות והוא רוצה להתמנות לתפקיד שעוסק בזהירות בדרכים.
4. ככל שמדובר בתפקיד בכיר יותר שמשפיע על ציבור רחב יותר, נתייחס לכל עבירה יותר ברצינות ונדרוש רף גבוה יותר.
5. **אופי העבירה-** אם מדובר בעבירות של אחריות מוחלטת (שלא נדרש בהן יסוד נפשי או א"פ) – מטבען נגיד שאין עימן קלון. מצד שני, יש עבירות שמטבע הווייתן נגיד ככלל שיש עימן קלון: אונס, שוחד, גניבה. בפסיקה: יש הסכמה מרמה, יש שאלה לגבי המרדה ועדות שקר.

797/20 בג"ץ סילבר נ' יו"ר ועדת הבחירות

רקע: עמוס סילבר (מייסד טלגראס) רצה לרוץ לכנסת. הוא הודה בזמן (לפי הלו"ז הפרוצדוראלי) שהורשע, ישב בכלא מעל 3 חודשים ולא עברה תקופת הצינון של 7 שנים (לא הייתה כאן הבעיה הפרוצדוראלית כמו בפסד פייגלין, שהוא לא חשף בזמן). סילבר ביקש מיו"ר הכנסת לקבוע שאין קלון עם העבירות שלו כדי שיוכל להתמודד. יו"ר הכנסת דחה את הבקשה שלו, אז סילבר עתר לבג"ץ.

ביהמ"ש: **מזוז (רוב).** מדובר בפסק דין שמבהיר בצורה טובה מהו קלון ומתי יתקבל. הפסיקה אומרת שהדבר החשוב ביותר הוא הנסיבות ולאו דווקא סוג העבירה. "קלון פונקציונאלי" – מפרט לגבי פסילה לכהונה ציבורית/נבחר ציבור. תכליתה המרכזית היא לשמור על אמון הציבור – הצד האתי-ציבורי. שיקולים נוספים הם בכירות נושא המשרה והאם העבירות נעברו תו"כ שנשא במשרה (לדוג': אדם היה מנכל משרד הפנים ולקח שוחד, ועכשיו רוצה לחזור להיות שוב מנכ"ל משרד הפנים). סילבר טוען שאולי תהיה לגליזציה במדינה ולכן לא צריך להיות קלון עם העבירה שלו. מזוז לא מקבל את הטענה הזאת, מדובר בעבירות חוזרות ונשנות, זאת היתממות, הוא לא הואשם בשימוש לצורך עצמי. חתר תחת חוקי המדינה.

בנוסף, **מזוז** מסביר על הרציונאלים של ס' 6 – ניתן לבחון אותו כקובע חזקה סטטוטורית (לא חלוטה, אלא בלתי חלוטה – יכול לטעון נגד יו"ר הועדה שאין קלון). **מינץ' וברק-ארז –** מצטרפים לכל הניתוח של מזוז, אבל מסתייגים מלקבוע את הכלל של החזקה הסטטוטורית.

לא צריך לדעת, העשרה:

6א. סייג מועמדות ח"כ שפרש מסיעתו. רצו למנוע מקרים שהיו בעבר שחכים עקרו מסיעה לסיעה כדי לקבל תפקיד. קבעו סנקציות על חכים כאלה, אא"כ אם התפלגו (אם 1/3 סיעה מתפלג). כמו אורלי לוי-אבקסיס. לא יכלה להצטרף למפלגה קיימת בסבב הראשון של 2019. בשונה מכך: לבוגי יעלון לא הייתה בעיה, כי הוא התפטר מהכנסת מיד.

* קבעו כל מיני סנקציות בכנסת על תקציבי בחירות – אם פורשים, לא יקבלו את כל תקציבי הבחירות אם הם פחות מ1/3.

7. "מי לא יהיה מועמד": רשימת בעלי תפקידים שמנועים מלהיות מועמדים לכנסת (נשיא המדינה, שופטים ועוד הרבה..). בחוק נקבעה "תקופת הצינון" למי שהיה לו תפקיד במשטרה/צה"ל/גוף ציבורי אחר (זה גם תלוי בבכירות הדרג – שלוש שנים לדרג בכיר, 100 ימים לדרג נמוך). השאלה לגבי טל רוסו: האם שלוש שנות הצינון מתחילות מהפרישה שלו מהצבא, או מילואים תנאי קבע נספר גם (יש כאן פרצה בחוק)?

**ס' 7א לחו"י הכנסת: שלילת הזכות להשתתף בבחירות:**

7א. (א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

גם בגרמניה יש הגבלות – "דמוקרטיה מתגוננת". פעם בישראל לא היה סעיף כזה, אך בהמשך נקבע החוק לא רק למפלגות אלא גם למועמדים ספציפים. יש שלוש עילות (בעצם 4, כי בתנאי הראשון זה גם שלילה של מדינה יהודית או שלילה של דמוקרטית).

... (ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.

ניתן להגיש ערעור בחירות (ע"ב) לביהמ"ש על החלטת ועדת הבחירות בנוגע ל**פסילת רשימה** מלהשתתף בבחירות. לעומת זאת, כאשר ועדת הבחירות מחליטה לפסול **מועמד** מלהשתתף בבחירות, יש צורך באישור של בית משפט העליון (א"ב).

הפסיקה פירשה את שלוש העילות בסעיף א', וקבעה אמות מידה להפעלתן (מתי נפסוק לאורן), עליהן נדון בשיעור הבא. הפס"ד העדכני לעניין זה הוא כסיף, אפשר לקרא גם את טיבי.

**שיעור 24-**

א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה21 נ' כסיף (2019)-

המגמה השלטת הייתה לנקוט בגישה מרוסנת בכל הקשור לפסילת מועמדים, מכיוון שהזכות לבחור ולהבחר היא זכות מאוד משמעותית במדינה דמוקרטית. מסיבה זו הפסיקה אימצה גישה מצמצמת וזהירה לפירוש הסעיפים:

א. הפרשנות היחסית זהירה ומצרה שנתנה הפסיקה לעילות

1. שלילת קיומה של מד"י כמדינה יהודית ו/או דמוקרטית – מספיק שהמועמד או הרשימה מתנגדים לאחד מהמרכבים של מדינת ישראל (יהודית/דמוקרטית). ההכרעה הייתה כי יש להתמקד רק ב"מאפיינים הגרעיניים המינימאליים" של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (יכול להיות שהפרשנות קצת שונה מ"יהודית ודמוקרטית" של פסקת ההגבלה שדיברנו עליה בעבר, כיוון שהקונטקסט כאן שונה).

**המאפיינים של ישראל כמדינה יהודית:**

* זכותו של כל יהודי לעלות לא"י שבה יהיה רוב יהודי
* עברית – השפה הרשמית מרכזית של המדינה
* חגיה וסמליה של המדינה משקפים בעיקרם את המורשת היהודית
* מורשת ישראל – דתית ולאומית (יותר במובן של מדינת לאום יהודי ולא דת יהודית).

--- השאלה שהתעוררה בפסיקה (בעיקר לגבי סיעת בל"ד): מה קורה עם מפלגות/מועמדים שמקדמים גישה של "מדינת כל אזרחיה"? אם הכוונה אם הכוונה היא לכך שהמדינה תקנה שוויון זכויות מוחלט לכל האזרחים – אין בעיה, לגיטימי. אם המטרה היא לפרק את תפיסת מדינת הלאום של ישראל, להגיד שישראל היא מדינה דו-לאומית או מדינה שאין לה מאפיינים של מדינה יהודית – יש בעייתיות, זו עילה לפסילת הרשימה.

 **המאפיינים של ישראל מדינה דמוקרטית:**

* הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות
* הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהם כבוד ושוויון
* קיום הפרדת רשויות שלטון החוק, ורשות שופטת עצמאית.

--- על פי גישה זו, רשימה ששוללת את זכות הבחירה לכנסת על בסיס לאומי-אתני מסוים - לא תורשה להתמודד בבחירות, מראה על כך שהיא פוגעת ברעיון הדמוקרטיה. בנוסף, רשימת מועמדים שתומכת בשימוש באלימות כדי להביא בשינוי במשטר לא יכולה להשתתף בהליך הדמוקרטי כי הרציונל הוא דמוקרטיה מגוננת – שלא יהיה שימוש באמצעים הדמוקרטיים כדי לפגוע בדמוקרטיה עצמה. מפלגה שכזו שוללת את היסודות הדמוקרטיים של המשטר בישראל. הפן של דמוקרטית אותגר בעיקר ע"י מפלגת "כך" של כהנא.

1. הסתה לגזענות - גם בנוגע לסוגיה זו קבעה הפסיקה כי יש לפרש בצמצום היסודות הגרעיניים. ציטוט משמגר מ"פרשת כך":
* "שמטרותיה או מעשיה של הרשימה הם באופן ברור גזעניים, ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסיה מוגדרים המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני, ולהשפלתם באופן הדומה להחריד לגרועות שבדוגמאות בהן התנסה העם היהודי".

--- יש הרבה דיונים בפסיקה האם לאור הניסיון היהודי ומה שקרה בגרמניה צריכה להיות רגישות ספציפית לנושא ההסתה לגזענות. המודל פה זה רשימת ״כך״ שהיא היחידה שאי פעם נפסלה על עילה זו. ישנן מפלגות אשר נראה שעומדות בעילה זו אך בדרך כלל לא יפסלו בגלל שלב אמות המידה. בעילה זו התעוררה השאלה האם זה חייב להיות מיעוט אתני או שיכול להיות גם קבוצת מיעוט באוכלוסייה (למשל כנגד נשים)- מדובר בשאלה פרשנית אשר אין עליה תשובה חד משמעית.

---זו הגדרה יחסית צרה וזו המגמה הכללית בכל העילות האלה, ויכול להיות מצב שמישהו הורשע בהסתה לגזענות ובכ"ז לא ישללו ממנו את היכולת לרוץ לכנסת, כי הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות יסוד בסיסית.

1. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל – בכללי, העילה הזו מבוססת על ההצדקה הקלאסית של דמוקרטיה מתגוננת – הגנה מאדם שמבקש לשלול את עצם קיומה של המדינה או לפגוע ביסודות קיומה בדרך של מאבק מזויין על ידי ניצול של התהליך הדמוקרטי על מנת לפגוע במדינה. ניתן למנוע את ההשתתפות רשימה או מועמדים שלא נוטלים בעצמם חלק מהמאבק, אלא תומכים במאבק או מעודדים אותו – למשל אם התמיכה היא חומרית ברור שניתן לפסול את המועמד (למשל אם הוא תורם כסף לארגון טרור), אך היא יכולה להיות גם תמיכה פוליטית – למשל נתינת לגיטימציה למאבק מזוין מול המדינה. הפסיקה קבעה:
* תמיכה **במאבק מזיון** כנגד ישראל ולא סתם מאבק - ניתן למנוע השתתפות בבחירות אם הן בעצם חלק ממאבק מזוין נגד המדינה. לא מספיק שתהיה תמיכה בארגון טרור, אלא תמיכה במאבק מזוין.
* ארגון טרור או מדינת אויב – כלומר, תמיכה בבריטניה לא נחשב לדוגמא. שאלה זו התעוררה בפרשת המשט לעזה עם חנין זועבי. בזמנו, חמאס לא הוכר כארגון טרור ולכן היא לכאורה היא לא תמכה במאבק מזוין לארגון טרור.
* ע"פ ס' 7א(א1) לח"י הכנסת – אם אדם שהה שלא כדין במשך 7 שנים במדינה אויבת, יש חזקה שהוא תומך בטרור. נטל ההוכחה להוכיח שהוא לא תומך במאבק מזוין כנגד ישראל מוטל עליו (ז"א שיש כאן היפוך הנטל, בשונה מבדר"כ).

ב..פיתוח אמות מידה- מה נדרש להוכיח כדי לבסס את התקיימות אחת העילות

אין מדובר כאן על השאלה איך מפרשים מהי מדינה יהודית או דמוקרטית, אלא בהנחה שזו הפרשנות- מה נדרש מי שמבקש לפסול להוכיח- מהו הרף שנדרש לעבור? מהי תוחמות את האפשרות לפסול רשימה או מועמד רק למקרים קיצוניים בלבד. אמות מידה אלא נקבעו בפס״ד טיבי אך ניתן לראות אותן גם בפס״ד כסיף שהוא יותר עדכני.

* + 1. התמקדות במאפיינים הדומיננטיים של השאיפות של הרשימה או המועמד. כדי להכריע האם אחת מן העילות מתקיימות במטרותיהם ומעשיהם של הרשימה או המועמד צריך להראות שמדובר במטרות שהן חלק מהמאפיינים הדומיננטיים והמרכזיים של השאיפות של הרשימה/ המועמד. לא מספיק אם מסתכלים על ההתבטאויות של המועמד ועולה מדבריו שאולי יש לו תכלית כזו- אלא צריך תכלית שבאופן ברור היא מרכזית ודומיננטית- למשל לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.
		2. הצהרות מפורשות- צריך ללמוד את המטרות המרכזיות האלו מהצהרות מפורשות ומהיגדים ישירים של המועמדים. במידה ולא אומרים זאת במפורש, לפי הפסיקה ניתן להסיק זאת גם כמסקנות מסתברות ומשתמעות אך שמשמעותן ברורה וחד משמעית.
		3. אקטיביות- הרשימה או המועמד פועלים באופן אקטיבי להגשמת המטרות האמורות, וכי נעשתה פעילות שאינה ספורדית להוצאתן מן הכוח אל הפועל. אין די במטרות בעלות אופי תיאורטי בלבד כמו משאלת לב אלא צריך להצביע על פעילות שיטתית חוזרת ונשנית אשר צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה. למשל: מועמד שאומר הלוואי כשיגיע המשיח מדינת ישראל לא תהיה דמוקרטית אלא תהיה מדינת הלכה שרק יהודים יחיו בה. אם מדובר במשאלת לב אין עדיין עילה לפסילה אלא יש לבחון האם מעוניין לפעול/ פעל על מנת להוציא לפועל את שאיפה זו המקיימת את עילת הפסילה.
		4. הראיות- הראיות המבססות את המעשים או המטרות שיש בהם כדי למנוע את התמודדות בבחירות לכנסת. לגבי זה אמרה הפסיקה שהן צריכות להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות. בהמשך נקבע שנדרשת מסה קריטית של ראיות בעלות אמינות גבוהה להצדקת הפסילה. בהליכים שונים נדרש רף ראיות שונה. כאן צריך אמצע בין הרף הנדרש הליך פלילי לבין הנדרש באזרחי- לא צריך מעבר לכל ספק סביר כמו ברף הפלילי אבל צריך משהו הרבה יותר מאשר הליך אזרחי רגיל. בנוסף, נטל הראיה בעניין זה חל על הטוען לפסילת הרשימה/ המועמד וספק שמתעורר לגבי דיות הראיות יפעל נגד הפסילה. יש לזכור שיש חריג של תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור- יש תת סעיף שבהתקיימות תנאים מסוימים הופך את נטל ההוכחה.

\*בדרך כלל השאלה של הפסילה או לא פחות תהיה בשאלות פרשניות כמו איך מפרשים יהודית או דמוקרטית, אלא יותר קם ונופל על אמות המידה ובעיקר השאלה של ראיות.

**הערה לניתוח במבחן:** פסקת הגבלה כיום רלוונטית לכל חוק שסותר סעיף בחוק יסוד, ובמקרה הספציפי של החלטה של ועדת בחירות המרכזית לפסול/לא לפסול מועמד או רשימה עוברת להליך שונה של פיקוח שיפוטי שהוא לא ההליך הבג״צי הרגיל אלא ההליך של ערעור בחירות או אישור בחירות ושם דרך הניתוח היא אחרת- אין לנתח לפי פסקת הגבלה ותורת שלושת השלבים אלא ניתוח לפי הפרשנות שניתנה בפסיקה לעילות הרלוונטיות ואמות המידה.