סיכומים במשפט חוקתי – יאיר אטינגר

**1.2.3**

**הלל סומר – הזכויות הבלתי מנויות**

ישנם שני חוקי יסוד שחוקקו בכנסת: כבוד האדם וחרותו וחופש העיסוק. ישנן שתי גישות בין השופטים בחוקי יסוד אלה. יש הטוענים שצריך להכניס לתוך חוקי היסוד האלה גם מה שלא כתוב בהם במפורש (חוקים בלתי מנויים), ויש גישה שאומרת שרק על מה שכתוב במפורש בחוקי היסוד יש להחיל כוח של חוק יסוד.

ב. הרקע לקבלת חוקי היסוד הקיימים:

**1) תהליך האטומיזציה (פירוק לגורמים) –** היה ניסיון שנים רבות ליצור חוקי יסוד שעוסקים בזכויות אדם. ח"כ רובינשטיין לקח את חוק יסוד זכויות אדם ופירק אותו לחוקי יסוד קטנים, כמו חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו שעברו בכנסת. עקרונות חופש הדת וחופש התנועה שהיו כלולים בחוק יסוד זכויות אדם המקורי לפני הפירוק לגורמים לא עברו, בגלל הסכמים קואליציוניים, והזכויות שלא עברו נכנסו ע"י שופטים רבים כחוקים בלתי מנויים בחוקי היסוד.

**2) חוק יסוד – תוצר של פשרה פוליטית –** הדתיים התנגדו לחלק מחוקי היסוד שהופיעו בחוק היסוד המקורי שניסו להעביר בכנסת - כבוד האדם וחירותו. בין הדברים שהם התנגדו היו חופש דת וחופש התנועה בתוך המדינה. לכן עשו פשרה ולא הכניסו את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו במלואו, כדי להכניס דברים שכן מוסכמים.

ג) הנפקויות של עיגון זכויות בלתי מנויות בחוקי היסוד החדשים:

1) חוקים של הכנסת לא יכולים לעבור אם סותרים את זכויות היסוד.

2) פרשנות נורמות משפטיות – בית המשפט יפרש חוק בצורה שלא תסתור חוק יסוד לפי פרשנותו. בנוסף, כשמאזנים בין ערכים חוק יסוד יקבל משקל גבוה יותר.

תזות לעיגונן של הזכויות הבלתי מנויות כזכויות יסוד:

**1)** עיגונו של חוק השוויון מכוח סעיף המטרה - בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מופיע שמטרתו להגן על ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אם הולכים לפי המטרה הזו צריך להרחיב את חוק היסוד לכל מה שהולם את המטרה, גם אם לא מופיע במפורש בחוק היסוד.

א) כותב המאמר חולק על טענה זו, משום שאם זה נכון, למה היה צריך לפרט בחוק היסוד מקרים ספציפיים. כמו כן, למה היה צריך ליצור חוק יסוד נוסף של חופש העיסוק. אלא ברור שכשכתוב את מטרת החוק, אין הכוונה שאפשר להכניס מה שרוצים לפי המטרה.

ב) מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. הכנסת השוויון לחוק היסוד היא לא נכונה, משום שיש ערכים שצריך לדון בהם ביחס בין השוויון לבין המדינה כמדינה יהודית.

**2) כבוד האדם כולל בתוכו את עיקרון השוויון –** כותב המאמר דוחה את זה, כי בסעיפים של חוק היסוד מוזכר כבוד האדם בהקשר של ממון וגוף. ומה שכתוב בחוק היסוד חירות זה בהקשר של חירות פיזית.

**3) עיגון חלקי של השוויון –** לא כל פגיעה בשוויון כלולה בחוק יסוד, אבל אפליה קבוצתית כמו למשל של אישה כלולה בחוק היסוד (דורנר). כותב המאמר אומר שזה נכון שכשיש פגיעה בשוויון משמעה הפרה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אבל זה לא נובע מהכנסה של השוויון כחוק יסוד, אלא כהסתכלות נקודתית אם היה במקרה פגיעה בחוק היסוד.

**4) עיגונו של עיקרון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות היסוד –** משמעות העניין שכל הדברים המנויים במפורש בחוק היסוד יכולים להתקיים רק אם יהיה בהם את ערכי השוויון, משום טמיעתו של השוויון בכל חוק וחוק. כותב המאמר אומר שלמרות זאת, אין זה אומר שלחוק השוויון יש מעמד של חוק יסוד, אלא רק שהערכים המנויים צריכים להיות תואמים לערכי השוויון.

**5) עקרון השוויון מכוח מגילת העצמאות –** בחוק היסוד מוזכר שהוא יכובד לפי עקרונות הכרזת העצמאות, ובהכרזת העצמאות מוזכר שוויון. כותב המאמר טוען שאין הפירוש שלמגילת העצמאות יש כוח משפטי של חוק יסוד, אלא שיש להשתמש בה כאמצעי פרשני. עוד יש לשים לב שהשוויון המוזכר בהכרזת העצמאות מדבר רק על דת, גזע ומין, ולא על שוויון במובן הכולל.

ו) טיעון כנגד הכנסת הזכויות הבלתי מנויות:

**1) ההיסטוריה החקיקתית – ההיבט העובדתי -** המחוקק לא רצה להכניס את הזכויות הבלתי מנויות כשחוקק את החוק (כפי שהוסבר לעיל).

**2) הכרה בתהליכי הפשרה –** חוקה אמורה לייצג דעת רוב. לכן יש להשאיר את הדברים שיש בהם מחלוקת מחוץ לחוקה.

**א)** חוקה יציבה נוצרת ע"י פשרה, ולכן אי לפגוע בפשרה שנוצרה ע"י חוקים שלא נכתבו בחוק היסוד.

**ב) תהליכי האטומיזציה –** יש חוק יסוד כבוד האדם וחרותו ויש חוק יסוד חופש העיסוק. אלמלא האטומיזציה והפיכת חוק יסוד חופש העיסוק לחוק עצמאי, הוא היה כלול בתוך כבוד האדם וחרותו במסגרת הפרשנות. חופש העיסוק חל למשל רק על אזרח או תושב, ואילו כבוד האדם וחרותו חל על כל אדם. יוצא שזכות שאינה מנויה ותיכלל בתוך חוק יסוד כבוד האדם וחרותו יכולה להיות יותר חזקה מחוק יסוד חופש העיסוק רק בגלל שהוא נכתב וצומצם. יש למנוע אבסורד זה בכך שלא נכניס דבר שלא כתוב לתוך חוק יסוד כבוד האדם וחרותו.

- בגלל תהליך האטומיזציה יש לראות כל עיקרון שאפשר לסווגו כנפרד (כגון חופש הביטוי או חופש דת ומצפון) מכבוד האדם וחרותו, כעיקרון נפרד שאין לכללו, זאת מאחר שאפשר להכניסם בהמשך כחוק יסוד נפרד.

**ג)** הסכנות בהתעלמות הרשות השופטת מתהליכי האטומיזציה והפשרה: הפסקת חקיקת חוקי יסוד, ביטול חוקי יסוד, איבוד לגיטימציה של מערכת המשפט. יש לזכור שתומכי החוק הבטיחו לדתיים שאם יום יבוא והשופטים ירחיבו את משמעות חוק היסוד, הכנסת תתקן את החוק שלא יהיה ניתן לפרשנות.

**3) ההיסטוריה החקיקתית – פרשנות תכליתית –** יש טיעון אחד שאומר שלא ניתן לברר מה כוונת המחוקק. טיעון שני אומר שאין להעניק משמעות לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק. על טענות אלה נענה, שיש להם משמעות בעיקר כשעוברות הרבה שנים מהחוק, וכן כשיש תמורות בהלך הרוח של העם. מאחר שכאן מדובר במעט שנים יש להתחשב בכוונה של המחוקק, ולכן לצמצם את משמעות החוק למה שכתוב.

**רסלר נ' הכנסת**

**לגבי חוק דחיית השירות** **–** התנועה לאיכות השלטון עתרה ב2009 כנגד חוק הגיוס בטענה שהוא פוגע בשוויון לפי חוק יסוד כבוד האדם וחרותו. בית המשפט קיבל טענה זו, ודן האם החוק עומד בפסקת ההגבלה; הולם את ערכי מדינת ישראל, נועד לתכלית הראויה ואינו פוגע יותר מהנדרש. בית המשפט קבע כי החוק הולם את ערכי המדינה, מאחר שנחקק כדי להגביר את מעורבות החרדים בציבור, אבל הוא לא מידתי, כי אין קשר רציונלי בין תכלית החוק לאמצעי להשגתו, מאחר שהחרדים לא מתגייסים לצבא. בית המשפט נתן כמה שנים לבחון אם הדברים יתקדמו בגיוס של החרדים, אבל לא הייתה התקדמות, ולכן יש לבחון אם יש לפסול את החוק.

**חסן ואחיו נ' הביטוח הלאומי**

**המקרה:** העותר מקבל קצבה מביטוח לאומי. הוא ביקש אישור להחזיק רכב כדי להסיע את ביתו העיוורת, מבלי שתישלל ממנו הזכות לקבל את הקצבה. בקשתו נדחתה על פי סעיף 9א (ב) לחוק הבטחת הכנסה, שקובע שמי שיש לו רכב לא יהיה זכאי לקצבה. העותר טוען שזו פגיעה שאינה חוקתית בזכות למינימום קיום אנושי בכבוד.

**השופטת בייניש –** הזכות לחיות במינימום של קיום אנושי היא לא פועל יוצא של חוק יסוד כבוד האדם וחרותו, אלא היא חלק ממש מחוק יסוד כבוד האדם וחרותו.

- בנידון דידן, במבחן השני של המידתיות, לעשות את הפגיעה הכי קטנה שאפשר, סעיף 9א (ב) לא עומד בדרישות, מאחר שהוא קובע שרירותית שמי שיש לו רכב לא זכאי לקצבה למרות שזקוק לרכב לצורך מחיה בכבוד, ואפשר למצוא פגיעה קלה יותר עם אפקטיביות דומה.

- בין היתר ניתן היה לבדוק כמה מקבל הקצבה משתמש ברכב ולפי זה לקבוע את שיעור הקצבה. אפשרות נוספת שעמדה בפני המחוקק היא לקבוע מדרג המביא בחשבון את שווי הרכב, כך שהגמלה תישלל רק ממי ששווי רכבו עולה על שיעור מסוים, שיחד עם הוצאות התחזוקה השוטפות יש בו כדי לשקף את מצבו הכלכלי של מקבל הגמלה. הקביעה השרירותית שלמי שיש רכב אין קצבה אינה מידתית.

- גם במבחן השלישי במידתיות של התועלת הכוללת מול הנזק הכולל, התועלת של חיסכון בכסף למדינה פחותה מהנזק שנגרם לאנשים הזקוקים לקצבה.

**התוצאה:** העתירה מתקבלת, ונקבע שסעיף 9א (ב) אינו חוקתי מאחר שפוגע בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. השופטת נתנה 6 חודשים לתקן את החוק.

**מרכז השילטון המקומי נ' הכנסת**

**המקרה-** סעיף 13א1 לחוק חסינות חברי הכנסת קובע שלחבר כנסת אסור לכהן בתפקיד ציבורי גם בהתנדבות במקביל לכהונתו בכנסת. סעיף 6 לחוק קובע שחברי כנסת שכיהנו כחברי הכנסת ה13 לפני חקיקתו של סעיף 13א1 יוכלו להמשיך לכהן בכנסת ה14 בתפקיד הציבורי שהיו (בהתנדבות) עד תום תפקידם בתפקיד הציבורי. העותרים טוענים שיש כאן פגיעה בשוויון לפי חוק כבוד האדם וחרותו, משום שח"כ שלא היו בכנסת ה13 ומכהנים בתפקיד ציבורי צריכים לעזוב את תפקידם ישר כשהכנסת ה14 נכנסת, זאת בניגוד לכאלה שכיהנו בכנסת ה13 ויכולים להמשיך בתפקידם הציבורי עד סיומו.

**השופט גולדברג –** מביא את טענת העותר שפגיעה זו איננה הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית; היא לא נעשתה לתכלית ראויה; וניתן היה להשיג אותה תכלית של הגנה על ציפייתו הלגיטימית של ציבור הבוחרים בראשי הרשויות המקומיות, על-ידי קביעת מועד תחולה אחיד לאיסור כפל משרה לכל ראשי הרשויות המקומיות המכהנים כיום במשרה זו.

בעתירה נוספת טען עותר אחר, שכל החוק אמור להיות בטל מאחר שלא עבר ברוב מיוחס (שנצרך כדי לבטל חוק יסוד של שוויון). עוד הוא טען שיש בחוק פגיעה בחוק יסוד חופש העיסוק, שכן זה מונע מנבחר ציבורי להתמודד לכנסת.

**השופט זמיר –** בית המשפט יכול לפסול חוק שסותר חוק יסוד, אבל צריך להיות ברור שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים.

גם זמיר וגם גולדברג דחו את העתירה.

**אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל**

**המקרה:** [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073), תשכ"ה-1965, כפי שתוקן, מקים ועדה ארצית לתכנון ולבנייה של תשתיות לאומיות ומעניק לה סמכויות באשר לתשתיות לאומיות. נקבעו, בין השאר, כללים באשר להכנת תסקיר השפעה על הסביבה ובאשר להגשת התנגדויות. **העותרים** טוענים שהחוק פוגע בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו, בכך שפוגע באיכות לסביבה נאותה.

**השופט ברק** - חלק מפגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו משמעה פגיעה במינימום קיום אנושי. במקרה שלנו אין פגיעה במינימום קיום אנושי, ויש להיזהר לא להרחיב את הגדרת חוק יסוד כבוד האדם וחרותו יותר מידי.

**התוצאה:** העתירה נדחית שכן החוק לא פוגע בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו.

1.2.4

א) ביקורת הליכית

**ארגון מגדלי העופות נ' מדינת ישראל**

רקע עובדתי - ב29.5.2003 חוקק חוק בהליך מזורז שנקרא חוק התוכנית החקלאית, ובו פרק החקלאות שבמסגרתו נקבעו שינויים רבים במועצות השונות של ענף החקלאות ובסמכותן.

טענת העותרים - עצם שינוי כזה מהותי בענף החקלאות לא יכול להתבצע בהליך מזורז כמו שהתבצע, אלא מצריך חשיבה ארוכה. דבר נוסף לגופו של החוק, הוא פוגע בחופש העיסוק, בזכות הייצוג, בחופש ההתאגדות, בשוויון ובכבוד האדם.

טענת המשיבה - אף אם נפלו פגמים כלשהם בהליך החקיקה אין בהם כדי להביא לבטלות החוק. לגבי עצם החוק, הוא לא פוגע בזכויות יסוד, ואף אם הוא פוגע הוא עומד בפסקת ההגבלה.

השופטת בייניש 16-25, 29-31 - בית המשפט מתערב בהליך החקיקה רק כשיש "פגם היורד לשורש ההליך", כלומר פגם מאוד גדול. גם כשבית המשפט מתערב בהליך חקיקה הוא לא בהכרח יפסול את החוק אלא יסתכל על התוצאה הנובעת מהפגם. את התוצאה הנובעת מהפגם אפשר לבדוק ע"י מודל הבטלות היחסית, שבית המשפט יבדוק מה הוא רואה לנכון לבטל מהחוק. כמו כן במסגרתו, בית המשפט בודק אם החוק היה עובר גם לולא הפגם בהליך החקיקה. במקרה שלנו התקיימו שלושת יסודות החשובים בהליך החקיקה: עקרון הכרעת הרוב, עקרון השוויון הפורמאלי (לכל אדם יש קול שווה) ועקרון הפומביות. עוד עיקרון חשוב זה עיקרון השתתפות שמאפשר לכל ח"כ להצביע, וגם לגבש דעתו ולהבין על מה הוא מצביע. במקרה שלנו היה הליך חקיקה מסוג הליך ההסדרים שלא מאפשר דיון מעמיק בגלל הזמן הקצר שיש לדון על כל נושא, ואעפ"כ כפי שכתבנו התערבות של בית משפט בהליך תהיה רק במקרים קיצוניים. כאן זה לא מספיק קיצוני כדי לבטל את החוק. גם לגבי עיקרון ההשתתפות, אם ניתנה לח"כים אפשרות להשתתף והם בחרו שלא לממשה, אין פגיעה בעיקרון הזה. רק נוסיף שהשופטת מותחת ביקורת על ההליך החקיקה המזורז, אבל אומרת שעדיין זה לא מספיק כדי להצדיק התערבותו של בית המשפט.

התוצאה - העתירה נגד החוק נדחתה.

ההלכה – אין פוסלים הליך בכנסת אלא במקרים קיצוניים "בפגם היורד לשורש ההליך".

**ארדן נגד יו"ר ועדת כספים**

המקרה: הכנסת חוקקה חוקים המסדירים היבטים שונים של פעילות שוק ההון בישראל. תקנות אלה דורשות את אישורה של וועדת הכספים. הוועדה אישרה את התקנות כאשר היו רק 4 ח"כ בוועדה בעת ההצבעה. העותר טוען שהליך האישור התבצע באופן לא תקין.

טענת העותרים: היו כמה פגמים בהליך החקיקה:

1) המשיב פתח את הישיבה ב10:28 ולא ב10:30 כפי שנקבע לפני.

2) במקור הדיון על התקנות היה אמור להיות אחרי דיון אחר, והמשיב הפך את הסדר ושם את הדיון על התקנות ראשון.

3) המשיב דאג לעשות הצבעה מייד כשהיו רק 4 ח"כ יחד איתו כדי להבטיח שהתקנות יאושרו.

4) המשיב לא ערך דיון מקדים להצבעה כמו שהתחייב לעותרים לפני.

5) המשיב יזם מייד לאחר ההצבעה דיון להצבעה חוזרת, כדי למנוע אופציה שתהיה הצבעה חוזרת בעת שיגיעו הח"כים שלא היו.

טענת המשיבים:

1) הישיבה נפתחה בזמן. 2) מותר ליו"ר הוועדה לשנות את סדר הדיונים. 3) זה שלא היו כל הח"כים לא אשמתו. 4) היה דיון מקדים. 5) כחלק מהמשחק הפוליטי אפשר לעשות הצבעה חוזרת בסמיכות להצבעה הראשונה, וכולם עושים את זה גם אם זה לא הכי יפה.

השופט ברק: אין לו לבית המשפט להתערב בהליך החוקתי אלא במקרה של "פגיעות קשות העולות כדי פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי". במקרה שלנו גם אם היה פגם הוא לא קיצוני.

התוצאה: העתירה נדחית, ונקבע שההצבעה שהתקיימה חוקית.

ההלכה - אין פוסלים הליך בכנסת אלא במקרים קיצוניים "בפגם היורד לשורש ההליך".

**קווטינסקי נ' הכנסת**

רקע - הכנסת חוקקה חוק להתייעלות כלכלית, שבמסגרתו בפרק יב נקבע מס על דירה שלישית. במקביל עלה לכנסת חוק התוכנית הכלכלית. שני החוקים יקראו על ידנו מעתה חוק ההסדרים. הדיון על החוק למס על דירה שלישית הועבר לוועדת הכספים ולהם ניתן זמן קצר לדון בחוק, כשח"כים העירו במהלך הדיון שהזמן שהביאו להם את החומרים הוא לא מספק כדי להעמיק בו.

טענת העותרים – הדיון הקצר לא נתן מספיק זמן ללמוד את החומרים, ולכן הייתה כאן פגיעה בעקרון ההשתתפות, שזה פגם היורד לשורש ההליך.

טענת המשיבים - גם אם ההליך לא היה מושלם היה דיון ענייני על החוק.

השופט סולברג – השופטת בייניש קבעה שכדי להגיד שלא היה את עיקרון ההשתתפות צריך לבדוק אחד מהדברים הבאים: 1) האם נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. 2) האם נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש עמדה בנוגע להצעת החוק.

באשר לקריטריון הראשון, הח"כים ידעו פחות או יותר על מה הם מצביעים ולכן אי אפשר להגיד שנשללה מהם אפשרות לדעת על מה הם מצביעים. באשר לעיקרון השני, התקיימה כאן פגיעה, שכן לא היה לח"כים אפשרות לגבש עמדה במסגרת הזמן המצומצם כל כך שקיבלו. השופט מעיר שהתערבות הרשות השופטת בהליך חקיקה היא לגיטימית לא פחות מהתערבות בתוכן ואולי אף יותר. עוד הוא מעיר שעל פי עיקרון הבטלות היחסית, אין לבטל את כל הליך החקיקה, אלא אפשר לדלג על הקריאה השלישית ישר לוועדת הכספים, ולקיים הליך חדש מהשלב הזה.

השופט מזוז – כשמבקרים חוק שסותר חוקי יסוד **שאינם מעוגנים במפורש** יש לבדוק שיש הפרה קיצונית של חוקי היסוד. בעוד בביקורת על פגיעה בערכים כמו זכויות אדם יש להפעיל פרשנות ולהתאים הפגיעה למציאות החיים, בביקורת על הליך חקיקה יש לברר אם היו פגיעות מפורשות וקונקרטיות שמפירות את כללי המשחק שכתובות בחוק, ופחות להפעיל פרשנות. לכן, כשבאים לפסול הליך חוקי על פגיעה בערכי יסוד שלא כתובים במפורש, האפשרות לעשות זאת מאוד מצומצמת ומוגבלת לערכי יסוד המוסכמים על כולם. לאור זאת, אומר השופט שהטענה שההליך היה חפוז לא מספיקה כדי לבקר הליך חקיקתי, ורק אם היתה פגיעה מפורשת בחוק או פגיעה מאוד קיצונית ניתן היה לבטל את ההליך.

התוצאה: העתירה התקבלה (בסייגים שכתבתי לעיל אצל סולברג שאין לבטל את כל הליך החקיקה), כנגד דעת מיעוט של השופט מזוז.

ב) ביקורת משולבת

**מועצה אזורית חוף עזה נ' הכנסת**

המקרה – הכנסת חוקקה את חוק יישום תוכנית ההתקנות, המסדיר את עניין הפינוי והפיצויים הכספיים.

טענת העותרות – תוכנית הפינוי וגם הוראות החוק בעניין הפיצויים אינם חוקיים.

השופטים – בדבר הטענה שהחוק פוגע בחוק היסוד בלי להגיד זאת במפורש, אומרים השופטים שהצורך להגיד שהחוק חוקק על אף האמור בחוק היסוד, הוא רק בחוק יסוד חופש העיסוק. בדבר הטענה שהחוק עבר בחוק רגיל (59 ח"כים), ופגיעה בחוק יסוד של זכויות אדם מצריכה רוב של 61, הטענה נדחית בגלל שהצורך ב61 הוא רק בחוק יסוד חופש העיסוק. על הטענה שאין לסמוך על טענת המומחים שהפינוי טוב לביטחון, וכן שיש מומחים רבים שאומרים שהפינוי מסוכן ביטחונית, כלל יש לבית המשפט שלא מתערב בעובדות ביטחוניות של האחראים על הצגתם, אלא אם יש ראיות חזקות לסתור דבריהם. השופטים קובעים שדרישת המידתיות התקיימה כאן.

התוצאה: העתירה נדחית. תוכנית ההתנקות חוקית.

**גורביץ נ' הכנסת**

ב29.4.14 עבר חוק השידור הציבורי במסגרתו תפורק רשות השידור, ויוקם תאגיד ציבורי חדש, יחד עם פיטורים של עובדים רבים.

טענות העתירה:

1) היה פגם בהליך קבלת החוק, שכן המדינה לא הפעילה שיקול דעת עצמאי בסוגייה אלא הסתמכה על גורמים אחרים. דבר נוסף טוענת העתירה שלא סופק מידע מספק לח"כים בטרם הצביעו.

2) אי חוקיות של החוק ביחס למעמדם של עובדי רשות השידור עקב פירוק הרשות.

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין – צריך לבחון את מבחן המידתיות של החוק. מבחן המידתיות מתחלק לכמה גורמים:

א) הקשר הרציונלי - האם החוק משמש את התכלית אשר לשמה חוקק – צריך להראות שהחקיקה אינה שרירותית, אלא עברה חשיבה רצינית, גם היא לא מגיעה לתכלית שלימה. במקרה הזה, יש קשר רציונלי בין החוק לבין התכלית שלשמו חוקק.

ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – הייתה עבודה רצינית למצוא את הפתרון הכי טוב, וניתן להגיד שעשו פתרון שמטרתו כמה שפחות לפגוע.

ג) היחס בין התועלת של החוק לבין הנזק שיוצר – לא היה צורך לקרוא.

1.2.5 / יאיר אטינגר

**א) איך מזהים חוקה?**

1. בנק המזרחי

שמגר 37-38 – חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק חוקקו ביחד ולכן יש ללמוד מהם אחד כלפי השני. בחופש העיסוק יש שריון פורמלי (סעיף 7) ולכבוד האדם וחירותו אין שריון, אך למרות זאת מאחר שכותרתו היא חוק יסוד הוא מתקשר להחלטת הררי וברור שמדובר בחוק יסוד. השאלה אם בהיעדר כותרת, ניתן לבדוק לפי נוסחו הספציפי של החוק את מעמדו.

חוקה נבדלת מחוק רגיל במספר אלמנטים: חוקה נותנת עקרונות מנחים לשאר החוקים. חוק יסוד צריך ללמד אותנו מנוסחו שהוא בעל מעמד מיוחד, בין אם ע"י שריון ובין אם ע"י קביעת תנאים לתקפותו של חוק שרוצה לשנותו. נוסחו גם יהיה תמציתי. חוק יסוד צריך להשתלב עם ערכי וחוקי היסוד של המדינה. במקרה שלנו, כבוד האדם וחירותו צריך להשתלב ספציפית עם חופש העיסוק בגלל שחוקקו יחד. הבנת מהות חוק היסוד, מצריכה התבוננות בכוונת המחוקק ובהיסטוריה של תהליך קבלת חוק היסוד.

ברק 55-58 – הכנסת בהיותה גם רשות מכוננת יכולה לייצר חוקה. כאשר הכנסת מתייחסת לחוק כחוק יסוד הוא יהיה חוק יסוד. בכל המקרים שחוקקו חוקי היסוד הייתה התייחסות אליהם כחוקי יסוד, וגם הייתה חגיגיות בחקיקתם. לא כותבים שנת חקיקה של חוק יסוד. עדיין צריך עיון מה מעמד חוק המעבר שחוקק לפני החלטת הררי ולכן לא כונה חוק יסוד (ברק נוטה להגיד שזה יהיה חוק יסוד). עוד יש לשאול מה יהיה מעמדם של חוקים רגילים שהכנסת תנצל לרעה, ותגדיר אותם חוקי יסוד למרות שהם לא כאלה במהותם? שתי השאלות נשארות בצ"ע.

בר-און נ' כנסת ישראל (בייניש 9-15)

רקע: ביום 22.6.2010 התקבל חוק יסוד הוראת שעה "תקציב המדינה" הקובע כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו-2012 יהיה **תקציב דו-שנתי** שיקבע בחוק אחד. חוק יסוד הוראת השעה שינה את ההוראות הקבועות **בחוק יסוד: משק המדינה**, לפיהן תקציב המדינה יקבע **לשנה אחת בלבד**. העותרים מבקשים מביהמ"ש להכריז על כך שחוק יסוד הוראת השעה חסר תוקף, ולחלופין, לבטלו בגלל שמפר חוק יסוד.

השופטת: ראשית יש לברר האם חוק יסוד של הוראת שעה נחשב חוק יסוד. במהלך הרבה שנים הסתכלו מבחינה צורנית על החוק, ואם לא היה מוזכר שנת חקיקתו והיה כתוב עליו שהוא חוק יסוד הוא היה נחשב חוק יסוד. כך גם קבע ברק בפרשת בנק המזרחי שהמבחן הצורני קובע אם מדובר בחוק יסוד. גישה אחרת אומרת שלא מספיק רק להסתכל על הכותרת, אלא צריך להסתכל גם על המהות, האם מדובר בחוקים בסיסיים שראויים להיקרא חוקי יסוד. הגישה המהותית עוזרת שלא יכנסו חוקים לא מתאימים לחוקי יסוד, אבל יש בה גם בעיות בגלל שהיא פחות מוגדרת, וגם נותנת לבית המשפט הרבה כוח לבטל חוקי יסוד. השופטת לא מכריעה האם יש לשלב את שני המבחנים יחד, אבל אומרת שבמקרה שלנו אין צורך להכריע, כי גם מבחינה צורנית[[1]](#footnote-1) (הוא נקרא חו"י) וגם מבחינה מהותית, חוק יסוד הוראת שעה נחשב כחוק יסוד.

**ב.** **מה בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו?**

תנועת דרור ישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (בייניש 10-11, 13, 25-42)

**רקע:** סעיף 1 ל"חוק יסוד מקרקעי ישראל" קובע, כי הבעלות על מקרקעי ישראל לא תועבר מידי המדינה. מנגד, סעיף 2 לחוק היסוד מתיר פגיעה בסעיף 1 לפי מה שכתוב בחוק מקרקעי ישראל. תיקון 7 לחוק מקרקעי ישראל מתיר העברת בעלות של קרקעות לא חקלאיות ובלבד שתוגבל ל100 אלף דונם. סעיף זה תוקן פעמיים והוגדלה בו כמות הקרקעות הניתנות להעברה. הייתה עתירה נגד תיקון 7 לחוק מנהל מקרקעי ישראל, בכך שהרחיב את האפשרות לבעלות על קרקע, לקרקע בלתי מפותחת ולא רק לדירות. הטענה הייתה שלא ניתן להוסיף בחקיקה רגילה עוד מקרים שעליהם חוק היסוד בסעיף 1 לא יחול.

**השופטת –** חוק יסוד מקרקעי ישראל חוקק יחד עם שני חוקים: חוק מקרקעי ישראל – שקבע איזה שטחים ניתן להעביר לבעלות פרטית (לפי ההיתר של סעיף 2 לחוק היסוד), וחוק מנהל קרקעי ישראל המורה על הקמת המנהל ועל סמכויותיו בניהול הקרקע בישראל.

ביהמ"ש (בייניש) קבע כי אין שינוי בחוק היסוד, מאחר שתיקון החוק לא משנה את העיקרון המרכזי שהותווה בחוק היסוד:

א. היקף הקרקע בתיקון 7 - עדיין חלק קטן מאוד מכלל הקרקעות במדינה (4%).

ב. סוג הקרקע – נקבע כי הקרקע עירונית, ומההיסטוריה החקיקתית עולה כי הייתה כוונה לשמירה דווקא על קרקעות חקלאיות.

ג. תיקון החוק – מדבר על 2 פעימות. רק אחרי יישום הראשונה, תגיע השנייה. (התיקון המגביל את העברת הבעלות ב800 אלף דונם מתבצע בשתי פעימות, ורק אחרי שיגמרו למכור 400 אלף דונם בצירוף 5 שנים לפחות שיעברו מהפעימה הראשונה, יוכלו למכור את 400 האלף הנותרים).

יוצא שאין שינוי כי היקף תיקון 7 מצומצם, ולא עוקר את חוק היסוד משורשו.

ביהמ"ש קובע שאין פגיעה, מפני שחו"י מקרקעי ישראל ייחודי בכך שמלכתחילה הוא מאפשר חריגה (לפי סעיף 2 בחו"י). כמו כן סעיף 2 הוא סוג של פסקת הגבלה והוא מאפשר פגיעה בחוק יסוד במקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא סטייה ממנה לעניין מסוים, כפי שהיה כאן.

**ג. שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים**

בנק המזרחי (שמגר - 27-28, 39; ברק – 59-61, 64-65)

שמגר – שינוי חוק יסוד ראוי שיקבע שניתן לשנותו רק ע"י חקיקת חוק יסוד אחר.

פגיעה בניגוד לשינוי, אינה מכוונת לשנות את תחומיו של חוק היסוד, היא נקודתית ובאה כדי לאפשר לחקיקה קיום, תוך פגיעה בהסדריו של חוק היסוד. למשל, בפרשת ברגמן חוק הבחירות שעסק במימון לא בא לשנות את סעיף 4 לחוק היסוד לכנסת שדורש שוויון בבחירות, אלא כתוצאה מחקיקתו הוא פגע בתחום מסוים בשוויון. בפרשת ברגמן החיל בית המשפט את הדרישה לשינוי חוק יסוד ברוב מיוחס גם על **פגיעה** בחוק היסוד ולא רק על **שינוי.** סעיף 4 לחו"י הכנסת בניגוד לסעיף 8 לחו"י חופש העיסוק מאפשר לפגוע בו ברוב מיוחס גם במשתמע ולא מחייב לציין שהוא חולק במפורש.

ברק –

שינוי חוק יסוד

בית המשפט קבע בעבר שניתן לשנות חו"י ע"י חוק רגיל. ברק חושב כמו שמגר שמעתה יש לקבוע שרק חו"י יכול לשנות חו"י אחר (אלא אם חוה"י אפשר אחרת). חו"י יכול לשנות חו"י אחר בין במשתמע ובין במישרין. (אם רוצים לאפשר שינוי חוק יסוד ע"י חוק רגיל, יש לקבוע זאת בחו"י במפורש, תוך קביעה שאין זה רק פגיעה בהסדריו, אלא שינוי של חוה"י).

פגיעה בחו"י

בית המשפט קבע שבהיעדר שריון, חוק רגיל יכול לפגוע בהסדריו של חו"י. ברק מציע עוד אפשרות, להגיד שבלי שריון, חוק רגיל יכול לפגוע בחו"י רק אם הפגיעה מפורשת. הוא לא מכריע בין האפשרויות. בכל אופן, לגבי פגיעה בהסדריו של חו"י (בניגוד לשינוי חו"י שאין הבדל בין משוריין ללא משוריין), יש הבדל בין חו"י משוריין שלא ניתן לפגוע בו בחוק רגיל, לבין חו"י לא משוריין שניתן לפגוע בו ע"י חוק רגיל.

- חוק רגיל לא יכול לפגוע בהסדרי חוק יסוד שהוא משוריין מהותית, אם הוא לא מקיים את תנאי המהות הנדרשים.

הופנונג נ' יו"ר הכנסת (זמיר – פסקה 12; ברק)

רקע (לא נצרך לדעת): תיקון 16 לחוק מימון המפלגות קבע שכל מפלגה תקבל כסף לפי מספר המנדטים שלה בכנסת היוצאת והנכנסת (יש שם חישוב של עוד דברים). בהתחלה נקבע שהשינוי יחול רק על הכנסת הבאה (ה15) כדי למנוע השפעה על תוצאות הבחירות. תיקון 18 אפשר גם למפלגות בכנסת ה14 להשתמש במימון מפלגות לפי תיקון 16. לטענת העותרים יש כאן פגיעה בשוויון לפי סעיף 4 לחו"י הכנסת, ולטענת המשיבים זו רק הקדמה של תיקון 16 שהוא הסדר קיים.

זמיר – סעיף 4 לחו"י הכנסת אוסר כל פגיעה בשוויון תהא התכלית אשר תהא. חו"י חופש העיסוק וחו"י כבוד האדם וחירותו מתירים פגיעה בשוויון אם הוא מקיים את פסקת ההגבלה (חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש). זמיר כדי ליצור הרמוניה בין החוקים, מעדיף לפרש שגם חו"י הכנסת מתיר לפגוע בשוויון כשעומד בפסקת ההגבלה, כמו ההיתר שמופיע בחו"י חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו, וזאת למרות שבחו"י הכנסת לא מוזכר שום היתר לפגוע בו. **זמיר בעצם מוסיף פסקת הגבלה שיפוטית משלו**.

זמיר מוסיף שכשבוחנים שוויון בחו"י הכנסת אין הכוונה שוויון פורמלי (כל מפלגה תקבל אותו כסף) אלא שוויון מהותי – חוסר הוגנות בחלוקה.

ברק – מסכים עם זמיר. הפגיעה בעיקרון השוויון אינה מהותית, ומאחר והפגיעה היא קלה ואף ארעית, לא נוצר הניגוד שיש בו כדי להביא להכרזה על בטלות החוק.

מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, (מצא – פסקאות 1-3, 15-17)

רקע: מופז היה רמטכ"ל. הוא לא הורשה להשתתף בבחירות לכנסת ה16 מטעם הליכוד, מאחר שלא עברו שישה חודשי צינון מזמן היותו רמטכ"ל, וסעיף 56 (א1) לחוק בחירות הכנסת דורש תקופת צינון של איש קבע בדרגתו באורך של שישה חודשים. מופז טען שהוראת ה"צינון" יוצרת אפליה בין הקצונה הבכירה (אלוף ומעלה) לעומת נושאי משרה אחרים (כמו רב ראשי, נשיא), ושמניעת האפשרות להתפטר לאלתר על מנת לעמוד בדרישות תקופת הצינון לקראת בחירות מוקדמות, שוללת ממנו (ולא רק מגבילה) את הזכות להשתתף בבחירות. שני הדברים האלה סותרים את חוק יסוד הכנסת לטענתו.

מצא: השופט דוחה את דברי מופז. בחוק היסוד מובא שבעלי תפקידים לא יכהנו בכנסת תוך כדי תפקידם כדי לשמור על המערכת אי-פוליטית. סעיף 56 שמבחין בתקופת הצינון בין תפקידים בחירים לזוטרים בא לאותה תכלית, כדי לשמור על המערכת אי-פוליטית. כאשר האפליה בין אנשים מגיעה עבור תכלית ראויה כמו במקרה שלנו, אין פגיעה בשוויון, וגם אם יש, הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה. חוק יסוד הכנסת אמנם איננו כולל פיסקת הגבלה, כדוגמת סעיף 8 לחו"י כבוד האדם וחירותו, אבל **ראוי להחיל את פסקת ההגבלה על כל חוקי היסוד.**

גוטמן נ' היועמ"ש (12.3.15) (חיות)

רקע: עתירה כנגד תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת, שהעלה את אחוז החסימה בבחירות לכנסת מ-2% ל-3.25%. לטענת העותרים העלאת אחוז החסימה תוביל להדרה מהכנסת של קבוצות באוכלוסייה, בדגש על המגזר הערבי, ופוגעת בחוק יסוד הכנסת. הכנסת טענה שהחוק עבר ברוב מיוחס בשלוש קריאות, ולכן זה מספיק כדי להתגבר על סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת.

חיות: השופטת אמרה שגם אם החוק עבר ברוב מיוחס הוא צריך לעמוד בפסקת ההגבלה השיפוטית. במקרה הזה אמרה השופטת שהחוק עמד בפסקת ההגבלה השיפוטית.

המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר

רקע: החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון 28) קובע שיוקם לראשונה בית כלא פרטי.

טענת העותרים: חשש שזכיין פרטי יפעל שלא לטובת האסירים, אלא למטרות רווח. פגיעה צפויה זו בזכויות יסוד חוקתיות, אינה עומדת לטענתם במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. טענה נוספת היא שתיקון 28 מהווה פגיעה בכלל החוקתי הקבוע [בסעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/73690/1) ל[חוק יסוד הממשלה](http://www.nevo.co.il/law/73690), שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". העותרים טוענים שעל החוק לעמוד בפסקת ההגבלה גם אם לא צויין בחו"י הממשלה פסקת הגבלה.

בייניש – השופטת קבעה שתיקון 28 אינו חוקתי משום שהוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם המוגנות בהתאם לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. הטענה נוספת של העותרים הייתה שכתוב בחו"י הממשלה שהממשלה היא הרשות המבצעת, ומשום כך אין לה להעביר את סמכויותיה לגוף פרטי. השופטת קובעת שמה שכתוב שהממשלה היא המבצעת, אפשר להגיד שזה עניין הצהרתי ולא קביעה שאסור לה להעביר סמכויות לארגון פרטי. יחד עם זאת, השופטת דוגלת בפרשנות מרחיבה להוראות בעלות מעמד חוקתי (חוקי יסוד), ולכן פירשה את סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה בכך שמחייב את הממשלה כרשות המבצעת של המדינה לבצע בעצמה כליאה. למרות מה שאמרה ציינה השופטת שאפשר להשאיר את השאלה כמה להרחיב את חו"י הממשלה בצ"ע, בגלל שכאן היא לא נצרכת, עקב זה שהיא כבר קבעה שתיקון 28 פוגע בחו"י כבוד האדם וחירותו. עוד היא מוספיה שבהיעדר פסקת הגבלה על חו"י הממשלה, יש לעיין אם אפשר להחיל עליו את פסקת הגבלה.

לוי – נכון לעשות שימוש במבחן פסקת הגבלה גם לגבי חוקי יסוד שאינם עוסקים בזכויות הפרט, אלא עוסקים באינטרס ציבורי. עוד הוא מוסיף שערכי היסוד לא יפגעו, כי לא כל אינטרס ציבורי יכנס כחוקה, אלא רק דברים מאוד חשובים.

1.2.5 ד + 2.1.3

**ד. שינוי חוקתי לא חוקתי**

בג"ץ 4908/10 בר-און (בייניש – פסקאות 31-34)

פסילה של חוקה כי היא עומדת בסתירה לעקרונות יסוד. קומה אחת מעל. עקרונות היסוד עומדים לא רק מעל חקיקה ראשית, אלא גם עליונים לחוקה. בייניש אומרת שיש חוקות שיש בהן פסקאות נצחיות, כלומר שריון מוחלט. היא טוענת כי יש מדינות בחוקתן פסקאות נצחיות ולכן ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים, מצד שני יש מדינות שבחוקתן אין פסקאות נצחיות אך ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים. בייניש אומרת כי תיקון חוקתי לא חוקתי נפסל כי התיקונים:

1. סותרים את החוקה - בניגוד לסעיפים משוריינים באופן מוחלט.

2. סותרים עקרונות יסוד - או שמעוגנים בחוקה או שאינם מעוגנים בה (חיצוניים) אבל מרחפים מעליה.

1.2.5 ד - שינוי חוקתי לא חוקתי?

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת (פוגלמן 1-3, 7, 9-11, 15)

רקע: נחקק בהוראת שעה חוק יסוד תקציב המדינה לשנים 2017 ו2018, שמתקן באופן זמני את חוק יסוד משק המדינה, שקובע שתקציב המדינה יהיה לשנה אחת בלבד ולא לשנתיים. העותרים טוענים שלא ניתן לחוקק חוק יסוד במסגרת הוראת שעה.

פוגלמן: הניסיון לעשות הוראת שעה של תקציב דו שנתי החל לראשונה ב2009. מאז המודל הזה המשיך כמה פעמים, אבל כשהוא הופעל היה דיון רציני לפני. במקרה שלנו השופט מסכים לדברי רובינשטיין, שמאחר שלא נעשה דיון רציני בטרם הפרו את חוק היסוד, וזה נעשה כנגד דעתם של אגף התקציבים (שלראשונה הביאו דעתם על הנושא של תקציב דו שנתי), אין לאשר את חוק היסוד, **מאחר שנעשה שימוש לרעה בתיקון לחוק היסוד**. השופט מוסיף שיש מושג שאומר "שינוי חוקתי בלתי חוקתי", שמשמעו שלא ניתן לשנות חוק יסוד אם יש פגיעה בעקרונות בסיסיים של המשפט. העותרים טענו שבמקרה הזה היה שינוי חוקתי לא חוקתי כי השינוי צמצם את כוח האופוזיציה להשפיע על התקציב, המשיבים ענו שאין כאן פגיעה בעקרונות יסוד. השופט לא נדרש להכריע כאן אם היה שינוי חוקתי בלתי חוקתי, אבל אומר שבאופן עקרוני יש להחיל את דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" במקרים רלוונטיים.

בג"צ 5744/16 ג'בארין נ' הכנסת (2018) (מזוז –8-12)

רקע (לא חובה): נקבעו תיקונים לחוק יסוד הכנסת ולחוק הכנסת, המאפשרים לכנסת להדיח מהכנסת מי שמסית לגזענות או פועל נגד המדינה. טענת העתירה, שהכנסת לקחה תפקיד של השופטים ולא שלה, ופגעה בהפרדת רשויות. עוד אחת מהטענות הייתה שהכנסת עשתה שימוש לרעה בכוחה כרשות מכוננת, בהפרתה הקיצונית של ערכים דמוקרטים.

מזוז: כל עוד לא נחקקה חוקה במדינה, עוד לא נקבע בפסיקה מתי יש להחיל את הדוקטרינה "תיקון חוקתי אינו חוקתי". אבל ניתן להגיד שהיא תהיה שמורה רק למצבים קיצוניים השוללים את המינימום של משטר דמוקרטי.

**מבנה המשטר ועקרונות השלטון**

2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת

בג”צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337 (זילברג - 1-4, 10; ברנזון - א)

זילברג: ב23.7.62 חוקק חוק שאוסר לגדל חזירים בישראל. בסעיף 2 לחוק נאמר שהחוק לא יחול על ישובים מסויימים, שהתחום שלהם נקבע במפה חתומה בידי שר הפנים, שעתקים שלה הונחו **(לשון עבר)** במחוזות של הישובים. התברר שבישוב רינה המפה של התחום נקבעה רק אחרי החוק של איסור גידול חזירים. הבעיה שבסעיף 2 היה כתוב שהמפות עם תחומי הישובים כבר היו קיימות לפני חקיקת החוק. השופט זילברג רצה לשלול את ההיתר לגידול חזירים לישוב רינה, וזאת משום שכוונת המחוקק הייתה שהוא יקבע את תחומי הישוב לעניין גידול חזירים לפני חקיקת החוק. דבר נוסף, אם המחוקק הפנה למפה קיימת והיא לא הייתה קיימת בעת הפנייתו, יוצא שהפנייתו למפה היא חסרת משמעות וממילא ההיתר מבוטל. למרות זאת השופט בסופו של דבר לא פסל את ההיתר, מאחר שאמר שאם המחוקק קבע שהמפות כבר הונחו במשרדים עלינו להניח שהן כן הונחו שם.

ברנזון: טוען שגם אם נראה שיש סתירה בין לשון החוק לעובדות לא נשלול אותו, וזאת מכמה סיבות (במה שהוא נתן לקרוא צריך לקרוא רק הסיבה הראשונה):

א) נראה להגיד שהרשות השופטת יכולה לפרשן את החוק אבל לא לעקור אותו, וגם אם יש בו קשיים עובדתיים יש לה להרכין ראש.

בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' וועדת הכנסת, (כהן - 1-5, 9-11; לנדוי – 134-136)

כהן: העותר היה ח"כ שהורשע בבית המשפט. בתיקון 7 לחוק יסוד הכנסת סעיף 42ב(א) נקבע, שהכנסת יכולה להשעות ע"י וועדה ח"כ שהורשע (ויש בזה פרטים כיצד עושים זאת). הכנסת השעתה את העותר, והוא ביקש מבית המשפט להוציא צו על תנאי נגד השעייתו. בית המשפט ביטל את השעיית הכנסת.

- ברור שבג"צ יכול לבחון חוקיות של דברים שוועדת הכנסת עושה, זאת לפי סעיף 7(ב)(2) לחוק יסוד שפיטה. השאלה היא מה היקף ההתערבות המתאפשרת. במקרה שלנו, **הוועדה בהשעייתה ח"כ מכהן שמייצג ציבור בוחרים פעלה כסמכות שיפוטית**, וברור שזו שאלה שבג"צ רשאי להתערב בה.

- מידת התערבות בית משפט תלויה גם מול מי הוא מתערב. **אם מדובר בוועדת כנסת, רק לעיתים נדירות, באי סבירות גדולה** **של שיקול דעת בית משפט יתערב**. במקרה שלנו הכנסת חרגה מסמכותה ולא רק טעתה בשיקול דעת, מאחר שסעיף 42ב(א) מתיר להשעות רק ח"כ שצפוי לקבל שנת מאסר אחת לפחות, וכאן זה לא היה המקרה[[2]](#footnote-2). לכן אפשר להתערב בהחלטתה.

לנדוי (מיעוט): הלכה היא שאין בית משפט מתערב לוועדה או לכנסת בתוקפו של חוק, אם ההליך התבצע בצורה דרושה. לנדוי טוען שהכנסת רשאית לזכות בחסינות מביקורת שיפוטית לא רק כלפי פעולות חקיקה, **אלא גם ביחס לפעולות שיפוטיות כגון להשעות ח"כ מכהן מהכנסת.**

בג”צ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 204

רקע: הוגשה הצעת אי אמון על הממשלה. יו"ר הכנסת (המשיב) דחה אותה למחרת לשעה 17:00. העותר טען שזה נוגד את סעיף 36(א) לתקנון הכנסת, שיש לדון בהצעת אי-אמון בישיבה הרגילה הקרובה של הכנסת, שתמיד מתקיימת בשעה 11:00 למחרת. הוא טוען שהמשיב דחה את הישיבה כדי לאפשר לח"כים המתנגדים להצעה לחזור מחו"ל. המשיב טען שהוא יכול לשנות את הזמנים לפי סעיף 27(ג) לתקנון הכנסת, והוא דחה את הישיבה משום שהייתה אזכרה לבן גוריון, וגם טען שזו לא סוגייה שיפוטית.

- בית המשפט העליון מצד אחד אמור להתערב במסגרת שלטון החוק בהוראות שמפרות את תקנות הכנסת. מצד שני, יש צד להגיד שאין לו לבית המשפט להתערב בהחלטות פנימיות של הכנסת כחלק מהפרדת רשויות. בית המשפט הכריע שצריך לאזן בין השיקולים, ומאחר שזו פגיעה קלה בהסדריו של תקנון הכנסת, שלא מנעה דיון באי אמון, אין לבית המשפט להתערב, ע"פ עקרון הפרדת הרשויות.

בג”צ 73/85 סיעת כך נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1, 3, 12, 14-23, 25-27)

רקע: העתירה היא סיעת יחיד, שביקשה להעלות הצעת אי אמון לממשלה, וסורבה מאחר שיש לה רק ח"כ 1. סיעת כך טענה שח"כ יחיד לא יכול להציע הצעת אי אמון, אבל סיעת יחיד כן יכולה להגיש הצעה, אבל יו"ר הכנסת סירב לטענה. מכאן הערעור.

השופט: בחוק יסוד הכנסת כתוב שממשלה מפסיקה לפעול כשיש בה אי אמון. בתקנון הכנסת מובאים הכללים להצבעת אי אמון. השופט קבע שהמשיב לא יכול להסתמך על פירוש וועדת הכנסת של סעיף 36 לתקנון הכנסת, כי היא פרשה אותו לא נכון, ואכן גם סיעת יחיד יכולה להציע אי אמון. המשיב טען שגם אם הוא טעה, אין לבית המשפט להתערב בעניינים פנימיים של הכנסת. בית המשפט קבע שאין משמעות המושג הפרדת רשויות שבית המשפט לא מתערב, אלא המשמעות שצריך איזון ובקרה מאופקים בין הרשויות. במקרה הזה יש פגיעה חמורה ע"י שמונעים סיעה להציע הצעת אי אמון, ולכן יש לבית המשפט להתערב. אכן יש חסרונות בגישה הזו, כי היא קצת מעורפלת, אבל יתרונותיה עולות על חסרונותיה. המשיב הציע לקבוע מבחן התערבות אחר של בית המשפט, שלפיו יתערב בית המשפט במקום שהכנסת חרגה מסמכותה הפונקציונאלית[[3]](#footnote-3), והוא לא יתערב במקום שהפעולה היא במסגרת הסמכות, אך בוצעה מתוך שיקול-דעת פסול. השופט אומר שהוא לא מקבל את הגישה הזו, כי התערבות בעניין מהותי היא הקריטריון הראוי להתערבות. כמו כן, גם ההגדרה מתי הכנסת חרגה מסמכותה הפונקציונאלית היא סבוכה. השופט מסיים בכך, שלפי גישת המשיב, אם תאורטית כל הסיעות יהיו סיעות יחיד, יצא שלא יהיה ניתן להציע הצעות אי אמון, וזו עוד סיבה לאפשר לסיעת יחיד להציע הצעת אי אמון.

התוצאה: ההעתירה התקבלה.

בג”צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (שמגר –1-2; אלון – 7-12)

רקע (הובא ע"י שמגר): ח"כ כהנא הגיש הצעות חוק, והן לא הונחו לדיון לפי החלטת יו"ר הכנסת וסגניו. טענתם הייתה שסעיף 134(ג) לתקנון הכנסת מאפשר להם לא לאשר הצעות חוק גזעניות או השוללות את קיום המדינה. כהנא טען שכדי להגביל זכויות ח"כ להגיש הצעות חוק, צריך לעגן זאת בחוק ולא מספיק תקנון.

אלון (מיעוט): טוען שכן יש ללכת אחר המבחן הפונקציונאלי (סמכותי), שמשמעו לבדוק האם הכנסת עברה על סמכות שיש לה, ולא לבדוק אם היה פגם בשיקול הדעת או היה חוסר הגינות בהחלטתה. הכנסת נבחרה ע"י העם ויש להשאיר לה את שיקול הדעת ולשמור על איזון בין הרשויות. אם תתקבל החלטה לא מוסרית העם יאמר את דברו בקלפי. גם במדינות אחרות אין ביקורת על שיקול דעת של מחוקקים. אם מכניסים בדיקה של שיקול דעת, אמנם מכניסים ביקורת שיפוטית שהיא חשובה, אבל המבחן לא יהיה אובייקטיבי אלא יהיה תלוי בשיקול דעת השופט, ויהיה חוסר בהירות בהחלטות. לכן השופט גם דוחה העתירה (מטעם אחר), כי היו"ר פעל במסגרת סמכותו.

התוצאה: העתירה נדחתה.

בג”צ 1843/93 פנחסי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מט(1) 661 (ברק - 1-2, 40)

רקע (הובא ע"י ברק): נגד פנחסי, ח"כ מש"ס, הוגש כתב אישום. וועדת הכנסת המליצה ליו"ר הכנסת להסיר את חסינותו, ומליאת הכנסת הסירה את חסינות הח"כ.

טענת העותר: א) יש לו חסינות מהותית מכתב האישום ואי אפשר להסיר זאת ממנו. ב) בהחלטות הוועדה והמליאה נפלו פגמים מהותיים שמבטלים את החלטותיהן. ג) נפלו פגמים דיוניים, ובין הפגמים; לא היה לפני מליאת הכנסת את החומר של כתב האישום בעת החלטתה.

ברק: השופטים דחו את שני הטיעונים הראשונים של העותר. לגבי הטיעון השלישי של העותר, הוחלט בדעת הרוב לקבל את טענתו שהיה פגם דיוני בכך שהחומר לא היה לפניהם, מאחר שזה מהווה חוסר בתשתית עובדתית מינימאלית לבטל חסינות. לכן החלטת המליאה מבוטלת.

- בישראל בניגוד לארה"ב בית המשפט מתערב בהחלטות שיפוטיות של המחוקק. הסרת חסינות של ח"כ זה הליך שיפוטי, ומטרת התערבות בהליך שיפוטי לשמור על הגינות בהליך הפרלמנט.

בג"צ 12002/04 מח'ול נ' הכנסת (2005) (ברק –6, 19)

רקע: ח"כ מח'ול נאם בפני מליאת הכנסת. ועדת האתיקה של הכנסת קבעה כי ח"כ מח'ול הפר את כללי האתיקה של חברי הכנסת בנאומו, ושללה ממנו את זכות הדיבור במליאה ובוועדות הכנסת למשך עשרה ימי ישיבות.

טענת העותר: יש לו חסינות לפי חוק חסינות חברי הכנסת מפני פעולה משפטית נגד התבטאות, ולוועדה אין סמכות לשלול אותה. עוד הוא טען שהוא לא הפר את כללי האתיקה.

ברק: גם החלטות וועדות עתיקה כפופות לביקורת שיפוטית, אבל בצורה פחותה הרבה יותר מאשר החלטות שיפוטיות כמו הסרת חסינות. החלטות וועדת עתיקה עוסקות בכללי התנהגות, והן יותר עניינים פנימיים של הכנסת. לעומת זאת הסרת חסינות זו החלטה משמעותית, שכן חסינות זה נושא מהותי שמונע ח"כ מלהישפט. עוד יש לחוש שהסרת חסינות תיעשה לא כדין, ובכך יפגעו עקרונות בשלטון החוק שנועדו לאפשר חופש פעולה לחברי הכנסת.

- לסיכום, החלטות וועדות עתיקה עוסקות בעניינים פנימיים, הסרת חסינות עוסקת בנושא שיש בו לח"כים זכויות יתר, ומשום כך היא משמעותית יותר והנטייה להתערב תהיה בה גדולה יותר.

בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (ריבלין 1-2, 5, 9-10)

רקע: ועדת הכנסת ה14 ע"פ הסמכות שנותן לה חוק הגמלאות, קבעה שח"כ שכיהן בכנסת ה14 3 שנים ולא נבחר לכנסת ה15, יקבל גמלה כאילו כיהן 4 שנים, וזאת נגד המלצת וועדה ציבורית. בכנסת ה15 הוועדה חזרה ואישרה החלטתה.

ריבלין: מסכים עם השופט חשין שהחלטת וועדת הכנסת לא ראויה. **3 פעולות הכנסת עושה:** מעשי חקיקה שהושלמו, הליכים פנים-פרלמנטריים והחלטות מעין-שיפוטיות. משהושלמו החוקים הם יוצאים מן הגדר של הליכים פנימיים, ופתוחים לביקורת שיפוטית על תוכנם.

- התערבות של מערכת המשפט בחוקים היא מדודה. גם לחוק וגם לחקיקת משנה יש חזקת כשרות. חקיקת משנה נמדדת לפי תוכנה ועליה לעמוד במבחן הסבירות. וועדת הכנסת קיבלה את החלטתה מתוקף הסמכות שהוענקה לכנסת בחוק הגמלאות, ובחקיקת משנה קבעה את גובה הגמלה. מאחר שהכנסת סיימה את החקיקה זה כבר לא עניין פנימי, ומערכת המשפט יכולה להתערב.

2.1.4+2.1.5+2.1.6

**2.1.4– תקנון הכנסת ומעמדו**

בג”צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (פסקאות 1-15)

רקע: ח"כ כהנא הגיש שתי הצעות חוק, ונשיאות הכנסת לא הסכימה להעלות אותן לשולחן הכנסת בגלל שהן גזעניות ופוגעניות. נשיאות הכנסת טענה שיש לה סמכות לא להעלות חוק פוגעני מתוקף סעיף 134(ב) לתקנון הכנסת, ושהיא פעלה ע"פ חוות דעת של היועמ"ש. עוד טענה המשיבה שהנושא לא שפיט, וגם אם הוא שפיט הנשיאות לא חרגה מסמכותה הפונקציונלית. העותר טען שנשיאות לא יכולה לא להעלות חוק בגלל תוכנו.

ברק: יש לדון כאן בשני עניינים. א) האם נשיאות הכנסת פעלה כדין. ב) האם בית המשפט יכול להתערב אם לא פעלה כדין. (במה שהוא נתן לקרוא השופט מתייחס רק לעניין הראשון).

**תקנון הכנסת מבחין בין הצעת חוק של ממשלה לבין הצעת חוק של ח"כ.** אצל הצעת חוק מטעם ממשלה כתוב שהיו"ר מניח את ההצעה על שולחן הממשלה – לשון חובה. אצל הצעת חוק של ח"כ כתוב שהיו"ר צריך לאשר את ההצעה. מכאן שיש ליו"ר שיקול דעת אם לאשר הצעה. כשרוצים לדעת מה מרחב שיקול הדעת, צריך ללכת למטרת החוק שנתן ליו"ר סמכות לא לאשר הצעה. השופט אומר שנראה שהשיקול דעת שיש ליו"ר הוא לפי מטרת החוק, ואינו בלתי מוגבל, אלא דורש הגינות ותום לב בשיקול הדעת. נראה להגיד שכשהחוק נתן ליו"ר שיקול דעת, המטרה הייתה לפקח על הצורניות – לבדוק שהחוק מנוסח היטב, ועל תוכן החוק – לבדוק שיש בחוק מסר והוא לא כולל דברי בלע. אין מטרת החוק לתת ליו"ר שיקול דעת ביחס לתוכן הפוליטי של הצעת החוק, ולכן אומר השופט שיו"ר הכנסת פעל לא כשורה.

בג”צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (שמגר - פסקאות 1-4)

רקע: ח"כ כהנא הגיש הצעות חוק, והן לא הונחו לדיון לפי החלטת יו"ר הכנסת וסגניו. טענתם הייתה שסעיף 134(ג) לתקנון הכנסת מאפשר להם לא לאשר הצעות חוק גזעניות או השוללות את קיום המדינה. כהנא טען שכדי להגביל זכויות ח"כ להגיש הצעות חוק, צריך לעגן זאת בחוק ולא מספיק תקנון.

שמגר: בסעיף 19 לחוק יסוד הכנסת נכתב שהכנסת תקבע את סדרי עבודתה, ובמידה והיא לא תקבע זאת בחוק הולכים לפי הכתוב בתקנון. אין התייחסות בתקנון הולכים לפי הנוהג המקובל. מאחר שאין חוק בדבר ייזום חקיקה, הולכים אחר הכתוב בתקנון כפי שנכתב בחוק היסוד.

- כשבית משפט רוצה לבקר הוראה של תקנון הכנסת הוא צריך להסתכל על שלושה דברים: א) האופי בו מתקבל התקנון – כל תיקון לתקנון הכנסת מתקבל ע"י הצבעה במליאת הכנסת אחר שוועדת הכנסת הביאה את ההצעה לתיקון, ולכן הוא דומה לחוק בצורת הבאתו. ב) בית משפט נוטה לא להתערב בעניינים פנימיים של הכנסת, אלא בנסיבות חריגות. ג) בניגוד לחוק, בתקנון הכנסת אפשר להביע ביקורת על תוכנו. בצירוף שלושת הדברים שאמרנו, רק כשיש פגם מהותי הפוגע בערכים הדמוקרטים בית המשפט יתערב בהוראת תקנון. במקרה שלנו התקנון הוא זה שמאפשר לח"כ יחיד ליזום הצעת חוק, ואין זו זכות יסוד שורשית שלא קשורה לתקנון. לכן, הכנסת יכולה להגדיר את היקף סמכותה למנוע מח"כ להציע חוק. למסקנה, במקרה שלנו אין עילה להתערב בשיקול דעת יו"ר הכנסת, והעתירה נדחית.

בג”צ 975/89 נמרודי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ"ד מה(3) 154

רקע: ב6.11.89 עלתה הצעת חוק "ניירות ערך" שעברה קריאה ראשונה ואח"כ לוועדה, ונתנה לבורסה סמכות לקבוע שבעלי מניות יסוד המחזיקים ב50% הצבעה בחברה, חייבים להיות בעלים של לפחות 25% מהון החברה[[4]](#footnote-4). העותרים שלא קיימו תנאי זה, עתרו לעליון לבטל את החוק, מאחר שסעיף 106 לתקנון הכנסת קובע, שוועדה רשאית לזמן כל אדם שחוק נוגע לעניינו, וכאן הוועדה לא קיימה את חובתה להזמין את העותרים. הם טוענים שהיה פגם משמעותי בחקיקה בשורש היורד לעניין. במקביל לדיון החוק עבר קריאה שלישית.

ברק: לכנסת בניגוד לרשות המבצעת אין חובת שמיעה אינדיווידואלית של כל גורם שרלוונטי לו העניין, אלא היא שומעת מעצם זה שיש דיונים בוועדות של אנשים עם השקפות שונות, וזה מספיק לכנסת בעניין חובת השמיעה. עוד אומר השופט, שסעיף 106 לתקנון הכנסת שהביאו העותרים לא **מחייב** להביא אדם שהחוק רלוונטי לו, אלא רק מאפשר להביא אותו לפי שיקול דעת.

התוצאה: העתירה נדחית.

**2.1.5 – חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה**

בג"צ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הביטחון (ברק 11, 17-19, 24, 27-42; חשין – 15)

רקע: סעיף 36 לחוק שירות ביטחון מאפשר לשר ביטחון לדחות שירות צבאי לתלמידי ישיבות. העותרים מבקשים לקבוע מכסה מקסימלית של דחיות גיוס, בגלל שמספר הדחיות גדל משמעותית. העתירה טוענת שיש פגיעה בשוויון וההחלטה לא מידתית. העתירה השנייה מבקשת לשלול משר הביטחון את הסמכות לדחות גיוס ע"י חקיקת משנה, ולאפשר לדחות גיוס רק ע"י חוק ראשי.

ברק: בפרשת רסלר בית המשפט קבע שדחיית הגיוס של בחורי הישיבות היא חוקית. מסקנה זו נגזרת מ3 החלטות ביניים שכל אחת מהן הכרחית. א) ניתן עקרונית לקבוע דחיית גיוס בחקיקת משנה, ואין חובה לעגן את הסדריה הראשונים בחקיקה ראשית. ב) סעיף 36 לחוק שירות ביטחון נותן מקור משפטי לדחייה, בכך שמאפשר לשר ביטחון לדחות גיוס מכל מיני טעמים. ג) ששיקול הדעת של שר הביטחון יהיה סביר. בית המשפט קבע שההחלטה היא פרי מציאות, ויש חשיבות למספר בחורי הישיבות שמקבלים דחייה. היום שמספר הדחיות גדל יש לבחון האם ניתן לאשר זאת ללא חקיקה ראשית. כלל משפטי קובע שראוי שמדיניות כללית (הסדרים ראשוניים) תעוגן בחקיקה ראשית. מחוקק משנה צריך לעסוק בהסדרים משניים. ככל שרמת הפגיעה בפרט גדולה יותר, נדרוש יותר שהחקיקה הראשית תתייחס לסוגייה, ולא חקיקת המשנה.

- עד חקיקת חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, הגישה הייתה שלמרות שמומלץ שהסדרים ראשוניים יקבעו ע"י חקיקה, בפועל הכנסת יכולה לתת לרשות המבצעת (מחוקק משנה) סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. במקרה של פגיעה בחופש הפרט היה צריך לתת סמכות מפורשת למחוקק המשנה לפגוע, אבל היא הייתה אפשרית. אחר חקיקת חוקי היסוד מעמד זכויות האדם קיבל תוקף חזק יותר. למרות זאת, במקרה שלנו החוק חוקק לפני חוקי היסוד אז לכאורה הם לא חלים עליו. אעפ"כ אומר ברק, הגישה היא ללכת לכלל הפרשני שלא תהיה סתירה בין חוקי היסוד לבין חקיקת המשנה. לכן אומר ברק, בעקבות השינוי המציאותי והחברתי של דחיית הגיוס מאז פרשת רסלר, ובעקבות כך שזו סוגייה חברתית חשובה, יש לדגול בפרשנות, ולהגיד שלשר הביטחון יש סמכות לדחות גיוס, רק לאחר ההכרעה החברתית שתיעשה ע"י המחוקק.

חשין: הוסכם שחקיקת משנה לא יכולה לתת לבחורי ישיבות דחיית גיוס. חשין משאיר בצ"ע, האם חוק ואפילו חוק יסוד יכול לאפשר דחיית גיוס לבחורי ישיבות.

בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (גרוניס - פסקאות 22–24)

רקע: ממשלת ישראל הקימה וועדה, והחליטה בעקבותיה על מדיניות מדינת ישראל ביחס לייצוא הגז. השאלה המשפטית, האם ההסמכה של הממשלה לעניין הגז היא להסדרים ראשוניים, או שצריך לעגן זאת בחקיקה.

גרוניס: לפני חקיקת חוקי היסוד לא ביטלו הסדרים ראשוניים שניתנו לרשות המבצעת בידי הכנסת. השאלה מה הדין אחר חקיקת חוקי היסוד. גרוניס אומר שזה לא הוכרע ויש בזה גישות שונות. יש כאלה שטוענים שהסדרים ראשוניים לא מחוייבים להיות בכנסת (גידי ספיר), ויש כאלה (ברק) שטוענים שלא ניתן לעשות הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה. השאלה הזו נשארת בצ"ע ולא נדרשת להכרעה כאן, כי העותרים לא טענו שהכנסת לא יכולה להעביר סמכות לרשות המבצעת, הם טענו רק שבמקרה הזה הרשות המבצעת לא הוסכמה לקבל החלטה בנוגע לגז.

בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל (בייניש – פסקאות 6-12)

רקע עובדתי - ב29.5.2003 חוקק חוק בהליך מזורז (מנגנון חקיקה של חוק ההסדרים) שנקרא חוק התוכנית החקלאית, ובו פרק החקלאות שבמסגרתו נקבעו שינויים רבים במועצות השונות של ענף החקלאות ובסמכותן.

טענת העותרים - עצם שינוי כזה מהותי בענף החקלאות לא יכול להתבצע בהליך מזורז כמו שהתבצע, אלא מצריך חשיבה ארוכה. דבר נוסף לגופו של החוק, הוא פוגע בחופש העיסוק, בזכות הייצוג, בחופש ההתאגדות, בשוויון ובכבוד האדם.

טענת המשיבה - אף אם נפלו פגמים כלשהם בהליך החקיקה, אין בהם כדי להביא לבטלות החוק. לגבי עצם החוק, הוא לא פוגע בזכויות יסוד, ואף אם הוא פוגע הוא עומד בפסקת ההגבלה.

בייניש: חוק ההסדרים הראשון נחקק במקור ב1985 כחלק מתוכנית חירום לייצוב המשק. כך גם בסעיף המטרה שלו נאמר שהוא שמור לשעות חירום. מאז הוא הפך לחוק מקובל גם לא לשעות חירום. חוק הסדרים מתאפיין במכלול נושאים, בהליכי חקיקה מהירים של מכלול הנושאים כמקשה אחת, ובכך שיוזמו הוא משרד האוצר. הצעת חוק הסדרים לא מפוצלת לוועדות אלא נידונת במלואה בוועדת הכספים. עם השנים, השתמשו בחוק הסדרים לא רק לשם התאמת החקיקה לתקציב, אלא אף לעריכת שינויים מבניים במשק.

- אחת מתכליות ההוראות בתקנון הכנסת היא לאפשר לח"כים לגבש דעתם בהליכי חקיקה. בחוק ההסדרים הדיונים מהירים על כל נושא, ויש כאן פגיעה בהליך קבלת ההחלטות. במהלך השנים מבקר המדינה ויועצים משפטיים מתחו על כך ביקורת. חוק ההסדרים עובר לוועדת כספים ולא מפוצל לוועדות ובכך יש לו משמעת קואליציונית. הוא מוצמד לחוק התקציב ובכך גם יש לו משמעת קואליציונית[[5]](#footnote-5) (וכאשר הצעת החוק אינה מוצמדת לדיוני התקציב, כפי שקרה במקרה שלפנינו, מודיעה הממשלה כי היא רואה בחוסר הצבעה על החוק הצבעת אי אמון בממשלה, ובכך מבטיחה משמעת קואליציונית). כל הדברים האלו עוזרים לחוק ההסדרים להימנע מביקורת אפקטיבית של הכנסת על החוק, ובכך יש כאן הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות בין הרשות המבצעת למחוקקת. שכן במשטר דמוקרטי החקיקה (הן המהותית והן הפורמלית) צריכה להתבצע ע"י הרשות המחוקקת, וכאן בחוק ההסדרים הממשלה מונעת ביקורת של הרשות המחוקקת על החוק - יש כאן פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. למרות היעילות בחוק הסדרים, עיקרון הפרדת הרשויות שמונע ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד, חשוב יותר, וראוי לצמצם את השימוש בחוק ההסדרים.

**2.1.6 – חסינות חברי כנסת**

בג"צ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (ברק 1-5; 36-45)

רקע: חבר-הכנסת גורולובסקי הצביע פעמיים במקום ח"כ אחר. וועדת האתיקה השעתה אותו. הוגש כתב אישום נגד הח"כ בעבירות של זיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות, מרמה והפרת אמונים. היועמ"ש פנה לוועדת הכנסת שתיטול חסינותו ע"מ שיהיה נגדו הליך פלילי, אבל הוועדה סרבה, מאחר שלטענתה ההליך הפנימי שנעשה כבר מול הח"כ מספיק. כמו כן טענה שבמקרים דומים היועמ"ש לא פעל בצורה כזו.

העתירה: אין לח"כ חסינות עניינית[[6]](#footnote-6). באשר לחסינות דיונית[[7]](#footnote-7), לוועדה יש לבדוק רק את תום הלב של היועמ"ש בבקשתו, ולא להכניס שיקולים זרים כמו שעשתה. אי העמדת הח"כ לדין פלילי על עבירות חמורות כאלה מהווה פגיעה קשה באמון העם.

ברק: חוק חסינות הכנסת נותן לוועדת הכנסת סמכות לשלול חסינות, והוא לא מפרט מה צריכים להיות שיקוליה. 3 גישות אפשריות בשיקולי הכנסת בנוגע להסרת חסינות:

**הגישה המרחיבה** - ועדת הכנסת רשאית לשקול כל שיקול הקשור לאישום; אם קיים חומר ראיות לאישום הפלילי, אם יש עניין לציבור במשפט, ואת חוקיות שיקולו של היועמ"ש. האפשרות נדחיתה.

**הגישה הצרה** – לבדוק רק אם שיקול דעתו של היועמ"ש מגיע משיקולים לא ענייניים-פוליטיים. זו גישת ברק.

**גישת ביניים** – וועדת הכנסת יכולה לבחון שיקולים שמעבר תום ליבו של היועמ"ש, אך לא כל שיקול. למשל, ניתן להגיד שוועדת הכנסת אינה רשאית לבחון את טיב הראיות, אך היא רשאית לקבוע כי במצבים מסוימים לפי נסיבות וגודל העבירה אין מקום להגשת אישום. וועדת הכנסת תמכה באופציה השנייה.

גם בחסינות העניינית וגם בדיונית (חסינות בפני דיון פלילי) תכלית החסינות היא הבטחת שלטון החוק, הפרדת רשויות, שוויון והבטחת אמון הציבור. **ישנה תכלית נוספת;** הבטחת פעילותו התקינה של הגוף המחוקק, שבה יש הבדל בין שני סוגי החסינות. לעניין החסינות העניינית, נועדה תכלית זו לאפשר את חופש הפעולה של חבר-הכנסת במילוי משימותיו הפרלמנטריות. לעניין החסינות הדיונית, נועדה תכלית זו למנוע התנכלות לחבר-הכנסת על-ידי הרשות המבצעת.

לפעמים יש התנגשויות בין התכליות ויש לאזן בניהן. בחסינות העניינית, האיזון יבדוק את מתחם העבירות האסורות המקנות חסינות. בחסינות דיונית, יש לקבוע את היקף שיקול הדעת של וועדת הכנסת. במקרה שלפנינו, לפי הגישה הצרה, היועמ"ש פעל משיקול ענייני, ולכן וועדת הכנסת הייתה צריכה לקבל את בקשתו. את גישת הביניים אי אפשר להפעיל כאן מאחר שזו עבירה חמורה שגישת הביניים לא חלה עליה, ולא מכניסים לעבירה מסוג כזה שיקולים נוספים.

בג"צ 12002/04 מח'ול נ' הכנסת (2005) (ברק – 6,8,14)

רקע: ח"כ מח'ול נאם בפני מליאת הכנסת. ועדת האתיקה של הכנסת קבעה כי ח"כ מח'ול הפר את כללי האתיקה של חברי הכנסת בנאומו, ושללה ממנו את זכות הדיבור במליאה ובוועדות הכנסת למשך עשרה ימי ישיבות.

טענת העותר: יש לו חסינות לפי חוק חסינות חברי הכנסת מפני פעולה משפטית נגד התבטאות, ולוועדה אין סמכות לשלול אותה. עוד הוא טען שהוא לא הפר את כללי האתיקה.

ברק: יש לנו שתי שאלות: א) האם וועדת האתיקה יכולה להטיל סנקציה על דברים שאמר ח"כ ויש לו חסינות עניינית עליהם. מצד אחד יש לח"כ חסינות לפי סעיף 1(א) לחוק יסוד הכנסת, מצד שני סעיף 13ד לחוק יסוד הכנסת מאפשר להטיל סנקציות ביחס לאותה חסינות. יש לברר האיזון. ב) מה היקף השיפוטיות על וועדת אתיקה. ברק אומר שוועדת האתיקה פעלה לפי הכללים הכתובים מתי מותר להטיל סנקציה על ח"כ. ברק מוסיף שחוק החסינות נועד למנוע התנכלויות לח"כ במילוי תפקידו מפני הרשות המבצעת, אבל אין הוא מונע הליכי טיפול פנימיים של הכנסת בדלת אמותיה.

בג"צ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת (2015) (נאור – פסקאות 1-3, 26)

וועדת האתיקה של הכנסת השעתה את ח"כ זועבי ל6 חודשים בעקבות דברים חמורים שאמרה. הח"כים עתרה לעליון נגד ההשעיה, אחר שלטענתה סעיף 1(א) לחוק החסינות נותן לה חסינות שיפוטית. העליון דחה העתירה ברוב דעות, וקבע שהחסינות העניינית היא כלפי משפט חיצוני, ונועדה להבטיח חופש ביטוי ללא חשש מהרשעה פלילית, וכמו כן נועדה למנוע התעמרות של הרשות המבצעת, אבל החסינות היא לא כלפי וועדת אתיקה שזה עניינים פנימיים של הכנסת, והעונש גם פחות בהם. העותרת טענה שמאחר שההתבטאות שלה היא פוליטית, אפשר לפרש שוועדת האתיקה לא יכולה להתערב בעניינה, כי זה כבר לא נושא שקשור ליחסים הפנימיים של הכנסת, אבל השופטים דחו טענה זו.

2.1.7-2.2.2

2.1.7 - הדחת חבר כנסת מכהן

בג"צ 5744/16 ג'בארין נ' הכנסת (2018) (נאור – פסקאות 1-4; סולברג – 1-12)

רקע: נעשו תיקונים לחוק יסוד הכנסת ולחוק הכנסת (מעתה יקראו חוק ההדחה), שמאפשרים לכנסת להדיח ח"כ המסית לגזענות והפועל נגד מדינת ישראל. החוק עבר בוועדה ואח"כ עבר שלוש קריאות במליאת הכנסת, כשבקריאה בראשונה לא היו 61 ח"כ (59).

טענת העותרים: א) החוק פוגע בעיקרון הפרדת רשויות כי הכנסת נתנה לעצמה סמכות שיפוטית. ב) החוק פוגע בסעיף 4 לחוה"י כאשר פוגע בזכות לבחור ולהיבחר, ולכן נדרש רוב ח"כ ב3 הקריאות כדי להעביר אותו. ג) בחוק יש ניצול לרעה של הכנסת כרשות מכוננת בהפרתה הקיצונית של הערכים הדמוקרטים.

סולברג: השופטת חיות פסלה את העתירה משום שלדעתה **אמנם הייתה פגיעה**, אבל לא ניתן להגיד שהיא מגיעה עד כדי "תיקון חוקתי בלתי חוקתי" (משמעות המושג, שינוי ערכים בסיסיים שמהווים את עקרונות העל של שיטתנו), ולכן חיות דוחה את העתירה. לדעת סולברג לא צריך להגיע לשלב השני של חיות ולבדוק אם היה תיקון חוקתי בלתי חוקתי. לדעתו ניתן להגיד שאפילו לא הייתה פגיעה בחוק היסוד, ולכן אין צורך לבדוק האם הפגיעה היא תיקון חוקתי בלתי חוקתי. השופט סולברג כותב שבסעיף 7 לחוק היסוד נאמר שהזכות לבחור ולהיבחר לא קיימת למי שהורשע בפלילים. לאור זאת קובע השופט, שהדחת ח"כ מאותה סיבה שלא הייתה מאפשרת לו להיבחר, אינה נחשבת שינוי מהותי של הזכות לבחור ולהיבחר הקבועה בחוק היסוד, ולכן אין צורך לדון בשאלה הבאה האם זה תיקון חוקתי בלתי חוקתי.

2.2.2 – הסכמים קואליציוניים

בג”צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה (העובדות בראציו; אלון - 18-20, 38; ברק – 4-5, 10-13)

עובדות בראציו: נחתם הסכם בין יצחק מודעי מהסיעה לקידום הרעיון הציוני בישראל לבין הליכוד. נקבע בהסכם המקומות לחברי הסיעה של מודעי בתוך מפלגת הליכוד, וחלוקת שרים לסיעתו. עוד נקבע שיצחק שמיר ראש הליכוד, לא יוכל להזיז אותם לתפקידים אחרים ע"פ סעיף 21א לחו"י הממשלה.

טענת העותר (מהליכוד): ההסכם פסול ונוגד את תקנת הציבור. העותר טוען לארבעה פגמים שנפלו בהסכם: פגמים בכבילת שיקול-דעת סטטוטורי, בסעיף הבוררות, במתן טובות הנאה כספיות ובשריון מקומות בכנסת השלוש-עשרה.

אלון: לדעת השופט ברק אין להסכמים פוליטיים תוקף של חוזים מתוקף המשפט הפרטי, אבל יש להם תוקף מהמשפט הציבורי שהם צריכים להיות נאמנים לציבור שלהם. משמעות העניין שיש לבדוק איזו סמכות יש להחיל על ההסכם, אבל החוזה לא תקף במישרין מחוק החוזים. ברק אומר שמערכת המשפט צריכה להסדיר את התוקף של הסכמים אלה. לדעת אלון יש להסכמים פוליטיים תוקף משפטי מחייב, מכוח עקרונות היושר של מורשת ישראל. להסכמים פוליטיים יש חובה מיוחדת להביא אותם לידיעת הציבור. אם ההסכמים יהיו סותרים את תקנת הציבור הם יהיו בטלים, אבל מצד שני החובה לתום לב לא תיבדק בהסכמים פוליטיים. הסעד שבית המשפט נותן בהסכמים כאלה הוא הצהרתי, אבל הוא לא יפעיל צו מניעה. עיקר הביקורת בהסכמים כאלה תבוא מהציבור, וככל שתהיה יותר ביקורת ציבורית בית המשפט יתערב פחות. לכן חשוב לחשוף את הציבור להסכמים.

ברק: חוקי החוזים לא חלים על הסכמים פוליטיים. הסיבה לכך שהם כפופים למשפט הציבורי. ארגונים פוליטיים כפופים למשפט הציבורי. ההסכמים שפיטים, ומעבר לביקורת הציבורית בית המשפט צריך לבחון האם הם קוימו. בחוזים בין פרטים קשה להשתחרר מחוזה, אבל בהסכמים פוליטיים כאשר ההגינות השלטונית מצדיקה זאת ניתן להשתחרר מחוזה. תוקפו של חוזה פוליטי הוא לא מתוקף חוק החוזים אלא מתוקף עקרונות יסוד של המשפט והמשטר. אותם עקרונות קובעים שאם החוזה סותר את תקנת הציבור הוא יהיה בטל. התרופות לא יופעלו לפי חוק החוזים. התרופה העיקרית תהיה שצד שנפגע מהפרת הסכם יוכל לבטלו. תרופת אכיפת חוזה קשה ליישום, ותיבדק במקרים מסוימים של מבחן הסבירות. לפעמים יהיו תרופות נוספות כמו הודעה לציבור שהייתה הפרת הסכם.

ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית (ברק –1-2, 4-11, 13-14, 29-35; גולדברג – 5-7; חשין)

רקע: היה הסכם קואליציוני בין ש"ס לעבודה. במסגרת ההסכם העבודה התחייבה לתקן את חו"י כבוד האדם וחירותו, ובמידה ויופר הסטטוס קוו, הצדדים מתחייבים לתקן זאת בחוק. העותרים טוענים שההסכם לא חוקי.

ברק: ההסכם הזה בטל שכן הוא נוגד את עקרונות היסוד של מדינתו. הוא פוגע במעמד של הרשות השופטת, ובעיקרון של הפרדת רשויות. ההסכם נוגד את תקנת הציבור.

- מותר לחוקק חוקים בעקבות פסיקה של בית משפט, אבל אין לקבוע מראש שכל פסיקה שבית המשפט יפסוק נחוקק חוק שיעקוף אותה. זה זלזול במערכת המשפטית וביטול סמכותה. החילוק כאן לא קשור אם ההסכם הוא לפני החלטת בית המשפט או אחריו, החילוק כאן קשור לשאלה האם נעשה דיון רציני אם צריך לחוקק חוק חדש, או שמחוקקים חוק רק לשם ביטול פסיקת בית המשפט. חקיקת חוק אוטומטית ללא מחשבה על פס"ד של בית המשפט מהווה ביטול של בית המשפט. ההסכם שהוסכם פוגע בעיקרון של עצמאות השופט בפסיקה, שכן באמירה לשופט שכל פסיקה שתפסוק על הסטטוס קוו נחוקק חוק חדש, יש אמירה שלא כדאי לו לפסוק נגד הסטטוס קוו. יש כאן גם פגיעה באמון הציבור, שכן הציבור לא ירצה ללכת לשופט כאשר הפסיקה שלו היא לחינם. דבר נוסף, הציבור יחשוב שהפסיקה שלו היא לא אמת, אלא רק נפסקה כדי שלא יחוקק חוק שיעקוף אותה. יש כאן הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות. העיקרון הזה אומר שלכל רשות יש את התפקיד שלה, ומצד שני שהרשויות צריכות לאזן אחת את השנייה. בחקיקה המחוקק מניח את החוק והשופט מפרש אותו כשמטרת החוק לעיניו. כשהמחוקק מחוקק חוק נגד פסיקה קיימת, הוא צריך להציב ולשקול את הפסיקה מול עיניו. בסעיף 3 להסכם הקואליציוני יש הפרה של עיקרון הפרדת הרשויות, כאשר המחוקק מתקן מיידית כל חוק בלי לעיין בפסיקה ובעקרונות שלה.

בסעיף 3 יש פגיעה מהותית היורדת לשורש העניין. יש בו פגיעה מהותית בתקנת הציבור. דינו של ההסכם להיות בטל. מפלגת העבודה טענה שההסכם לא אכיף כי אין סנקציה על הפרתו, ולכן אין להתערב בו, אבל ברק אומר שזה לא משנה, ועצם זה שיש הסכם כזה שעשוי להתממש מצריך תגובה משפטית לבטלו.

תגובת ברק לחוות דעתו של חשין: לדעת ברק אין בעיה להכניס הסכם קואליציוני של שמירת סטטוס קוו, הבעיה רק הייתה צורת ההסכם (כפי שפורט לעיל). בשאלה שמעלה חשין, האם מצע של מפלגה שקובע התחייבות מראש לבטל בדרך חקיקה כל פסק-דין של בית המשפט העליון המפר את הסטטוס קוו יהיה נוגד את סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת, אומר ברק שדעתו נוטה שכן, מאחר שהוא שולל את האופי הדמוקרטי של המדינה, אבל מצע כזה לא קיים אצל אף מפלגה. חשין קובע שהסכם פוליטי זה הסכם שהוא מחוץ למשפט. ברק חולק על כך. אכן הסכם פוליטי הוא לא חלק מהמשפט הפרטי, אבל הוא חלק מהמשפט הציבורי. ניתן להגיד עליו שהוא יוצר **התחייבות שאינה התחייבות**. כאשר ההסכם קיים הסיעות אמנם לא מחויבות עליו לחלוטין, אבל צריכות להתחשב בו. כאשר הוא מבוטל הן לא צריכות להתחשב בו. לדעת חשין יש להבדיל בין כאלה שבתפקידי שררה שמחויבים לציבור, לבין ראשי מפלגה שמחויבים רק למצביעיהם. ברק לא מסכים לחילוק, וגם סיעה או ח"כ מחויבים אמונים לציבור כולו. לאור זאת לדעת ברק הסכם קואליציוני הוא שפיט.

גולדברג: מסכים עם ברק שההסכם יוצר פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט ולכן בית המשפט היה צריך להתערב בו, אבל מאחר שאם בית המשפט יתערב, יש לו במקרה הזה נגיעה אישית והאמון של הציבור בבית המשפט ירד, לכן אין להתערב בגלל הטיעון של אמון הציבור במערכת המשפט. טיעון מכריע שגרם לו לא להתערב, הוא שמאחר שבמקרה הזה הח"כים יוכלו להפר את ההסכם ולשקול האם לחוקק חוק חדש, אין כאן בוודאות פגיעה ברשות השופטת, והוא סומך על הח"כים שישקלו את צעדיהם בעת שיחקקו ולא יפעלו בצורה אוטומטית.

חשין: אם הכשרנו מצע של מפלגה כדי להיבחר, אין לפסול הסכם קואליציוני של אותו מצע. לדעת חשין הסכם פוליטי אינו שיפוטי. למרות זאת הוא לא חסין לחלוטין, ואם ינגוד את תקנת הציבור באופן מהותי בית המשפט יוכל לבטלו. הסכם פוליטי לא מחייב צדדים במסגרת המשפטית. הסכם משפטי חייב להיות ברור והסכם פוליטי מטבעו הוא מעורפל וכללי, לכן הוא גם לא מגיע בעיקרון למערכת המשפט שעוסקת בהסכמים חותכים. הסכם פוליטי במהותו הוא דינמי ועשוי להשתנות מיום ליום. לאור זאת אין לפסול את ההסכם, כי הוא לא מחייב ואם יום יבוא ומפלגת העבודה תחשוב שלטובת בוחריה אין לקיימו היא תוכל להפר אותו. משמעות ההסכם היא **"התחייבות לכשארצה"**. לכאורה יש להקשות, שהרי יש בקיום ההסכם נאמנות כלפי הציבור? על זה אומר חשין שיש להבדיל בין נושאי תפקידי שררה כמו שרים שמחויבים לציבור, לבין מפלגה שמחויבת רק לאנשי מפלגתה. השופט חשין דוחה את העתירה.

2.3

בג"צ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים (פסקאות 1-3, 11-12)

רקע: ב29.1.2008 ראש הממשלה התפטר והממשלה הפכה לממשלת מעבר. 3 שופטים בעליון הודיעו לוועדה לבחירת שופטים שלא מומלץ לבחור שופטים בממשלת מעבר, והוחלט לא לבחור. ב27.10.2008 הודיע הנשיא שאין אפשרות להרכיב ממשלה, ושאמורות להיות בחירות בספטמבר 2009. נשיאת העליון שלחה המלצה לשר המשפטים שאין לכנס את הוועדה לבחירת שופטים עד הקמת ממשלה חדשה, וכך עשה השר.

טענת העותרת: א) יש צורך חיוני למינוי שופטים. ב) חוות דעת היועמ"ש שאפשר לכנס את הוועדה. ג) אם ממשלת מעבר רשאית לנהל משא ומתן לשחרור מחבלים, כל שכן שהיא רשאית למנות שופטים. ד) וועדה לבחירת שופטים באופייה היא מקצועית, אינה משקפת יחסי כוחות פוליטיים, ומאפשרת שיקול דעת עצמאי לאנשי הוועדה. ה) לפחות יש לבחור שופטים לבתי משפט מתחת העליון. ו) עמדת המשיבים פוגעת באמון הציבור.

השופט: היועמ"ש מסכים שהיום הנסיבות החדשות אינן מתאימות למינוי שופטים. שר המשפטים חשב שכן ראוי למנות שופטים, אבל כיבד את דעת שופטי העליון-חברי הוועדה, שסברו שלא מתאים לבחור שופטים, ויש לכבד את הכבוד ההדדי בין חברי הוועדה. יש להוסיף שמינוי שופטים זו סוגייה השנויה במחלוקת ציבורית, ובממשלת מעבר יש להיזהר בכך יותר. מידת ההתערבות של בית המשפט **באי מינויים** בממשלת מעבר, קטנה יותר ממידת התערבות **במינויים** בממשלת מעבר. **העתירה נדחית.**

בג"צ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נח(2) 943

רקע: היה הסכם קיבוצי בין ההסתדרות להתאחדות התעשיינים. בעקבות חקיקתו של **פרק יד לחוק התוכנית להבראת כלכלת ישראל**, נמנעה התאחדות התעשיינים לקיים את ההסכם הקיבוצי עם ההסתדרות בנוגע לפנסיה של עובדים.

ההסתדרות הגישה עתירה לביה"ד הארצי לעבודה. א) היא ביקשה לקיים את ההסכמים הקיבוציים בין ההסתדרות להתאחדות התעשיינים. ב) ביקשה מהמדינה שלא לפגוע ביישום ההסכמים הקיבוציים החלים על עמיתי קרנות הפנסיה. ג) ביקשה מביה"ד הארצי מכוח סמכות נגררת לבטל את החוק המתקן שמאפשר להתאחדות התעשיינים לא לכבד הסכמים קיבוציים. יש לציין שגם התאחדות התעשיינים מודה שלולא החוק היא הייתה מכבדת את ההסכמים.

העתירה: המדינה טוענת שסעיף 25(1) לא מאפשר לביה"ד הארצי לדון בעניין זה. עוד היא טוענת שמאחר שההסתדרות טענה לביטול החוק, לא היה לביה"ד הארצי לדון בתקפות החוק כסמכות נגררת, אלא היה לבית המשפט העליון לדון בכך. ביה"ד הארצי דחה את טענת המדינה שאין בסמכותו לדון, ומכאן העתירה לעליון.

דעת הרוב: עצם זה שיש כאן שאלה על קיום ההסכם הקיבוצי מאפשר לעתור לביה"ד הארצי כדי שידון בהסכם, וזאת למרות שדרך אגב הוא יצטרך לדון בעקיפין בתקפות החוק המתקן. הסמכות של ביה"ד הארצי **לפסול את החוק** היא רק לעניין ההסכם בין התאחדות התעשיינים להסתדרות, ולא כפסילה כללית של החוק, מאחר שהסמכות לפסול את החוק היא סמכות נגררת. **העתירה נדחית**, חוץ מהבקשה שלא לפגוע ביישום ההסכמים הקיבוציים החלים על עמיתי קרנות הפנסיה, שבית המשפט אמר שאינה בסמכות ביה"ד הארצי לדון בה.

א' לוי (מיעוט): משתי סיבות ביה"ד הארצי לא היה אמור לדון בנושא:

1) זהות מגישי התובענה: סעיף 25(1) שמאפשר לביה"ד הארצי לדון בהסכמים קיבוציים, דורש שהצדדים יהיו ארגון עובדים וארגון מעבידים, והמדינה איננה אף אחד מהם.

2) מהות התובענה שניתן להגיש: סעיף 25(1) דורש שיהיה סכסוך על ההסכם כדי שביה"ד הארצי ידון בו. במקרה שלנו לא היה סכסוך על עצם ההסכם, כל הסכסוך נוצר עקב החוק החדש, שזה כבר בסמכות לדיון של בית המשפט העליון.

בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה ואח' נ' שר האוצר ואח' (נאור 1, 34)

רקע: ב2011 התקבל חוק יסודות התקציב המאפשר לשר האוצר להפחית תקציב ממוסדות הקוראים לציין את יום העצמאות כיום אבל, והשוללים את מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. העותרים טוענים שהחוק לא חוקתי.

נאור: יש לדחות את העתירה משתי סיבות: **ראשית**, אין לה בשלות (לא ברור אם השר ישתמש בסמכות שלו אז יש להמתין עם העתירה). **שנית**, יש לעותרים סעד חלופי; לפנות לבית משפט מנהלי שיכול לדון בהחלטת השר להפחית מהתקציב, ובדרך עקיפה גם לדון בתקפות החוק. בית המשפט המנהלי יכול גם לתת סעד זמני של אי הפעלת הסנקציה. **העתירה נדחית.**

2.5.1 ו 3.1.1

**2.5.1 – היועץ המשפטי לממשלה**

בג”צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404

עתירה כנגד המשך כהונתו של דרעי כשר בממשלה לאחר הגשת כתב אישום נגדו על עבירות פליליות (גניבה, קבלת שוחד, הפרת אמונים), רבין מבטיח לדרעי שלא יעבירו מתפקיד.

מצא: רוה"מ רצה לחלוק היועמ"ש בנושא העברת שר מתפקידו, אבל הוא לא יכול כי היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך כלפי הרשות המבצעת.

בג”צ 4267/93 אמיתי, פ"ד מז(5) 441 (ברק – פסקאות 13, 42)

היועמ"ש אמר שהוא יציג בפני השופטים את עמדת ראש הממשלה, שלא מוכן להעביר את סגן השר פנחסי מתפקידו, למרות שהוא אישית לא מסכים עם עמדת ראש הממשלה.

העותר: טען שזה לא בסדר שפרקליטות המדינה מייצגת שתי דעות; גם של ראש הממשלה וגם של היועמ"ש.

ברק: יש טעות בהבנת העותר. הפרקליטות מייצגת רק את ראש הממשלה, וזאת ע"פ התפיסה המשפטית של היועמ"ש. חוות דעתו של היועמ"ש היא המשקפת לממשלה את המצב המשפטי, וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקות את פעולות הרשות. היועמ"ש יכול לבחור לא לייצג אם הממשלה אם לדעתו היא לא פועלת כראוי. יש עליו ביקורת שיפוטית. מסקנת הדברים שהיה כאן ייצוג דעה אחת, שהיא ההחלטה של היועמ"ש כיצד לייצג את ראש הממשלה. **העתירה נדחית**.

בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (שטיין – פסקאות 7-11, 20-21; קרא – פסקה 2)

רקע: שר המדע סירב למנות את פרופ' אמיתי לחברה במועצת נגידים גרמניה-ישראל, בגלל שתמכה בסטודנטים המסרבים לשרת בשטחים. דעתו היא כנגד דעת היועמ"ש.

שטיין: יש רבים שסוברים שאם היועמ"ש לא מוכן לייצג דעה של שר בממשלה, הוא גם יכול למנוע ייצוג של עו"ד פרטי עבור השר. שטיין חולק, וסובר שבמקרים שלא מדובר באי חוקיות ברורה, יש חשיבות שכמו שלאדם פרטי יהיה ייצוג כך גם לגוף ציבורי. זה מאפשר גם להגיע לחקר האמת במקרים מסובכים כשהשופטים שומעים דעות שונות.

- חולק על השופט קרא ולדעתו זו לא הלכה מחייבת שהמדינה תהיה מיוצגת רק ע"י היועמ"ש.

קרא: סובר שהעובדה שהשר לא קיבל ייצוג של עו"ד פרטי בגלל שהיועמ"ש לא הסכים לייצגו אינה בעייתית, מאחר שההלכה קובעת שעמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש.

**3.1.1 – מידתיות ונוסחאות איזון אחרות**

בג”צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (ברק - פסקאות 19-23)

רקע: העותר ביקש לקיים הפגנה מול ביתו של הרב עובדיה, ומפקד מחוז ירושלים שלל ממנו זאת.

ברק: למפקד מחוז ניתן שיקול דעת אם לאשר או לשלול אפשרות של הפגנה או תהלוכה. כשבאים לאשר או לשלול הפגנה יש ערכים מתנגשים של חופש התנועה מול חופש הקניין והפרטיות. כשבאים לבחון את הערכים המתנגשים יש לאזן בניהם. יש איזון אנכי שמשמעו שערך ציבורי אחד חשוב יותר מהשני, ואז במקרה שהערך הציבורי החשוב נפגע בהסתברות גבוהה, נעדיף את הערך החשוב. יש איזון אופקי שמשמעו ששתי זכויות האדם הסותרות שוות מעמד, ואז יש לאזן בפגיעה בניהן לפי העניין ולפי המטרות החברתיות העומדות ביסודן. לפעמים יש איזון חקיקתי שהמחוקק כבר עשה כגון פסקת ההגבלה, ולפעמים אין איזון, ואז יש לבית המשפט לייצר בעצמו איזון הלכתי. האיזון מתבצע לפי התפיסות של החברה.

בג"צ 450/97 תנופה נ' שר העבודה, פ"ד נב(2) 433 (דורנר)

רקע: חוקק חוק הקובע רישיון ע"מ להפעיל חברת כוח אדם. אחד מהתנאים לרישיון הוא להביא ערבות בנקאית למילוי תנאי החברה מול עובדיה. בחוק כתוב שהשר יקבע את סכום הערבות, והוא קבע ערובה של חודש שכר עבודה לכל עובד, ולא פחות מסכום של 300,000 ₪.

העותרים: טוענים כנגד החובה לשים ערובה וכנגד גובה הסכום שנקבע ע"י השר. לטענתם יש בחוק פגיעה בסעיף 3 ו4 לחו"י חופש העיסוק. לטענת העותרים החוק לא עומד בחלק הרביעי של פסקת ההגבלה; שהפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

דורנר: אחר תלונות העותרים, סכום הערבות הוקטן במחצית – סכום בגובה של שבועיים שכר עבודה לכל עובד במקום חודש שכר עבודה, וגם הסכום המינימלי של הערבות הוקטן במחצית. נוספו גם עוד הקלות. יכול להיות שהשר יכול היה למצוא פגיעה קטנה יותר, אבל מבחן המידתיות הוא לא דווקני, והשאלה כמה מקפידים שהפגיעה תהיה הכי פחותה תלויה בערך הנפגע. אם מדובר בזכות יסוד חשובה, נקפיד יותר שהאמצעי שנעשה הוא הכי פחות, אך אם מדובר כמו במקרה שלנו בזכות כלכלית שנפגעת, נחפש רק שנעשה אמצעי פגיעה מידתי ולא נדקדק יותר מידי בפגיעה. נוסף על כך, מאחר שהחוק נועד עבור זכות סוציאלית לעובדים, זו עוד סיבה פחות לדקדק שאמצעי הפגיעה יהיה הכי פחות. **העתירה נדחית**.

בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(1) 4 (ברק - פסקה 54)

ברק: מפקח התעבורה נתן צו לסגור חלקית את רחוב בר אילן בשבת. יש לבחון את הצו לפי פסקת ההגבלה. הצו שנתן המפקח הוא לפי סמכות פקודת התעבורה, שנהנית משמירת הדינים מאחר שחוקקה לפני חוקי היסוד. ברק אומר שאמנם אי אפשר לבטל חוק שחוקק לפני חוק יסוד, אבל יש לפרש אותו לפי ערכי חוקי היסוד, וזאת מאחר שגם הוא צריך להיות ברוח חוקי היסוד. בכך אנו שומרים גם על אחידות בשמירה על זכויות יסוד. פסקת ההגבלה חלה גם על זכויות אדם שאינן מכוסות (כתובות במפורש בחוקי היסוד).

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (ברק – פסקאות 59-62)

רקע: מפקד צבאי קבע תוואי גדר שמרחיק בין תושבי הכפרים בית ליקיא ובית אענן לבין אדמות המשמשות לפרנסתם.

ברק: צריך לבחון את המקרה לפי מבחן המידתיות במובן הצר – שהתועלת הכללית הביטחונית תעלה על הפגיעה בתושבים המקומיים. ברק אומר שבמקרה שלנו הנזק שנגרם לתושבים; התנתקות מהאדמות שלהם, מעבר גבול רק 3 פעמים ביום שמסרבל את האופציה להתפרנס ויוצר תורים ארוכים ואי העמדת קרקע חלופית לחקלאים, כל אלה יוצרים פגיעה חמורה בחופש הקניין והתנועה. היה צריך לתת פתרון אחר לטובת הביטחון, וזאת למרות שידוע שהיה פחות טוב ביטחונית, מאחר שהנזק בפגיעה בזכויות תושבי הכפר, עולה על התועלת הביטחונית בתוואי הגדר.

א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת (ארבל –100, 102-103)

ארבל: כולם מסכימים שהצד הנפגע מחוק צריך להוכיח שהייתה פגיעה. השאלה על מי מוטל להתייחס לפגיעה לפי פסקת ההגבלה. יש גישה שזה תפקיד הנפגע. יש גישה שזו תפקיד הרשות הציבורית (ברק). יש גישה שזה תפקיד הרשות הציבורית חוץ מהעניין של המידתיות שזה תפקיד הנפגע. יש עוד גישות שתולות את השאלה על מי להוכיח, לפי חזקת חוקיות החוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה והאינטרס הציבורי.

- במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה יש לטפס בסולם, וברגע שרואים שאפשר לפגוע פחות יש להמשיך לצמצם את הפגיעה. אמנם יש למחוקק מרחב תמרון והוא לא חייב לבחור באמצעי הפגיעה הכי נמוך. השופטת אומרת שכליאת המסתננים ל3 שנים אינה עומדת במבחן המידתיות של האמצעי שפגיעתו פחותה, מאחר שניתן היה להסתפק בהקמת גדר בין מצרים לישראל (בפרט שהמדינה הייתה צריכה להמתין כמה חודשים לראות אם זה מונע מספיק מסתננים), או להשתמש באמצעים אלקטרונים אחרים, ואף אם הפתרונות האחרים פחות יעילים או יקרים יותר, הזכות לחירות היא כה חשובה, שיש למצוא פגיעה חמורה פחות, גם אם לא תהיה לה את אותה התועלת.

**3.1.2 - דרישת ההסמכה**

בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה פ"ד לז(3) 337 (שמגר - פסקה 11)

רקע: העותרים עוסקים בהגשת בקשות לבדיקת ורישוי רכב מטעם בעלי רכבים. תקנה חדשה של שר התחבורה אסרה עליהם לעסוק בכך.

שמגר: ראוי שהסדרים ראשוניים וכן הסדרים שפוגעים בחוקי יסוד יקבעו ע"י המחוקק הראשי, והסדרים משניים יקבעו ע"י מחוקק המשנה וזאת מאחר שהמחוקק הראשי קיבל את אמונו מהציבור. כך ראוי, אבל אין חוק שאוסר על מחוקק משנה לקבוע הסדר ראשוני ולפגוע בחו"י, כל עוד קיבל הסמכה ממחוקק הראשי לכך (יש לציין שגם הסדרים משניים דורשים הסמכה מהמחוקק הראשי). כאשר מחוקק משנה פוגע בזכויות יסוד נדרוש שההסמכה תהיה מפורשת וברורה, ולא רק הסמכה כללית שניתן להבין ממנה הסמכה למחוקק המשנה. במצב של הסמכה כללית למחוקק המשנה, נפרש אותה שלא תפגע בחו"י. בנידון דידן, גם אם היינו אומרים שלא צריך הסמכה מפורשת ומספיק הסמכה כללית כדי לפגוע בחו"י, לא ניתן ללמוד מהחוק ששר התחבורה יכול היה להתקין תקנות כדי לפגוע בחופש העיסוק.

בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש, פ"ד סב(4) 715 (ביניש – פסקאות 10-13)

פגיעה של חקיקת משנה בזכויות יסוד דורשת הסמכה מפורשת מהמחוקק הראשי ועמידה בפסקת ההגבלה. עוד בטרם חוקקו חוקי היסוד, בית המשפט דרש הסמכה מהמחוקק הראשי למחוקק המשנה כדי לפגוע בערכי יסוד. עדיין היה הבדל, שבטרם חוקקו חוקי היסוד הייתה גישה שלא נדרשת הסמכה מפורשת, ומספיק שמשתמע בברור מהחוק הראשי שלמחוקק המשנה יש זכות לפגוע בזכות יסוד. אמרנו שצריך הסמכה מפורשת למחוקק המשנה כדי לפגוע בחו"י, אבל יש שתי גישות מה הכוונה הסמכה מפורשת. יש מסבירים שממש צריך לקבוע את תוכן והיקף הפגיעה, ויש גישה שאומרת שמספיק רק הסמכה כללית לפגוע בזכויות יסוד מוגנות. ההיגיון בגישה שדורשת הסמכה מפורשת יותר, הוא מאחר שהמחוקק הראשי קיבל את הסמכות והלגיטימיות מהעם, כחלק מעיקרון הפרדת הרשויות, אנו נוטים לפרש שהוא לא התכוון לתת הסדרים ראשוניים למחוקק המשנה, אלא אם כתב זאת בפירוש ובפירוט. הגישה שדורשת רק הסמכה כללית, טוענת שקשה לקבוע מראש את כל הפרטים בחקיקה הראשית במציאות המודרנית, והסמכה פרטנית תיצור סרבול לחוקק חוקים. כמו כן קשה לקבוע לפעמים מה מוגדר הסדר ראשוני. ביניש מכריעה בין הגישות, שככל שהזכות הנפגעת, טיב הפגיעה והחשיבות הציבורית גבוהים יותר, כך נדרוש שההסכמה המפורשת תהיה פרטנית יותר, וככל שהם נמוכים יותר, נסתפק בהסמכה מפורשת יותר כללית. היא מעירה לסיום, שצ"ע האם לאחר חקיקת חוקי היסוד ניתן להסמיך מחוקק משנה לפגוע בהם.

אורן גזל, פגיעה בזכויות יסוד "בחוק" או "לפי חוק", משפט וממשל ד 381 384-390, 396- 412

**ג. פגיעה בזכויות יסוד לפי הלכה פסוקה – כיצד?**

התנאים לפגיעה של רשות בזכויות יסוד בטרם חוקקו: 1) הרשות צריכה הסמכה לפעול ללא קשר אם היא פוגעת או לא. 2) כאשר היא פוגעת בזכות יסוד יתכן שהיא צריכה הסמכה מפורשת. יש שלוש גישות מתי המחוקק מאפשר למחוקק המשנה לפגוע בזכות יסוד: א) גישת ההסמכה המפורשת – צריך הסמכה ספציפית ופרטנית. ב) גישת תכלית החוק – גם ללא הסמכה מפורשת הפגיעה מותרת אם מתחייבת כדי להשיג את תכלית החוק. ג) גישת הכללים הרגילים – לא צריך הסמכה פורמלית לפגיעה, והפגיעה תותר אם הופעל בה שיקולים ענייניים של סבירות ומידתיות.

נדון בשלוש הגישות:

1) גישת ההסמכה המפורשת – הובאה בפס"ד מטירני לשופט שמגר. לפי גישה זו צריך שההסמכה תהיה בחקיקה ראשית, כל הסמכה תפורש בצמצום - כמה שפחות לפגוע בזכויות יסוד. צריך הסמכה ספציפית.

2) גישת תכלית החוק – נידונה בבג"ץ פורז. די שההסמכה לפגוע בזכות מתבקשת ממטרת החוק המסמיך. אם השגת מטרת החוק אפשרית ללא פגיעה בזכות יסוד לא ניתן לפגוע בזכות. גם אם מטרת החוק מצדיקה פגיעה בזכות יסוד, צריך לבדוק שיש איזון בין מטרת החוק לבין הפגיעה בזכויות אדם, ושהפגיעה עומדת בתנאים מהותיים של הגנה על זכויות אדם.

3) גישת הכללים הרגילים – לא צריך הסמכה פורמלית לביצוע מעשה. משמצאה הרשות המנהלית הסמכה לפעול די לה שהפגיעה תיעשה בסבירות ובצורה שאינה עולה על הנדרש. גישה זו דומה לגישה השנייה, שכן גם בה מובאים בחשבון מטרת החוק וערכי היסוד. ההבדל, שבגישה זו ניתן להכניס שיקולים נוספים שמרחיבים את פירוש מטרת החוק, מעבר למה שכתוב בו במפורש. בגישה זו בניגוד לגישה השנייה יש פחות הסתכלות על זכות יסוד כערך עליון, ומבחן הסבירות הוא העיקרי.

4) מסקנות – אין הלכה אחידה בין הגישות וישנן סתירות. ניתן ליישב קצת ולהגיד שאם הפגיעה אינה מידתית נדרשת הסמכה מפורשת, ואם היא מידתית מספיקה הסמכה כללית.

**ו. פגיעה בתקנות – הסמכה מפורשת**

1. מתי נדרשת הסמכה מפורשת?

הסמכה צריכה להיות מפורשת רק כאשר הפגיעה היא בתקנות, כלומר כשמחוקק משנה נותן לסמכות המנהלית סמכות לפעול, צריך לבדוק שהוא הוסמך לכך מפורשות בחוק. אבל אם רשות מנהלית פועלת לפי סמכות שקיבלה ישירות מחוק, היא אינה צריכה הסמכה מפורשת בחוק. מסקנה זו הגיע הכותב מ3 סיבות:

א) כתוב בפסקת ההגבלה "אין פוגעים בזכות.. אלא **בחוק**.. או **לפי חוק** כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". רואים מפסקת ההגבלה שכשהסמכות המנהלית פועלת ישירות מהחוק ("בחוק") לא כתוב שצריך הסמכה מפורשת, ורק כאשר היא פועלת "לפי חוק" (מוסמכת ע"י מחוקק משנה) היא צריכה הסמכה מפורשת. כשכתוב "בחוק" בפסקת ההגבלה, ברור שמדובר על סמכות מנהלית שפועלת, כי כל חוק חייב רשות מנהלית שתפעיל אותו.

ב) חוק הפרשנות קובע בסעיף 3 ש"חוק" משמעו חוק של הכנסת או פקודה. סעיף 9 קובע ש"לפי חוק" הכוונה מכוח תקנות שהותקנו מכוח החוק.

ג) היסטורית כשחוקק חו"י ב92 לא נכתבו המילים "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת", רק נכתב "בחוק". א"כ ברור שמתחילה לא התכוונו שסמכות שמגיעה מחוק צריכה הסמכה מפורשת, וההוספה של "לפי חוק" ב94 רק הרחיבה עוד דרך לפגוע, מכוח תקנות שצריכות הסכמה מפורשת.

נסכם – פסקת ההגבלה מופנית לשלושה נמענים: המחוקק שצריך לבדוק שהחוק עומד בפסקת ההגבלה, הרשות המנהלית (מפעילה סמכויות ביצוע) שצריכה לבדוק הסמכה בחוק או לפי חוק, מחוקק המשנה שצריך למצוא הסמכה מפורשת כדי לפגוע בחוקי יסוד.

2. הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה

מחוקק המשנה ראינו צריך הסמכה מפורשת. האם בהינתן הסמכה מפורשת הוא יכול לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכויות יסוד? פרופ' ברק מטיל בכך ספק. לדעת כותב המאמר לאחר תיקון חוק היסוד ב94 ברור שמחוקק המשנה יכול לקבוע הסדרים ראשוניים וזאת משום ש: א) אין בלשון חוק היסוד קביעה שלא ניתן לקבוע הסדרים ראשוניים. ב) מההיסטוריה החקיקתית רואים שהכנסת השמיטה את הנוסח שברק הציע בפסקת ההגבלה (שמשמעו היה להגביל את מחוקק המשנה רק להסדרים משניים), כדי לאפשר למחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשיים. ג) מבחינה מהותית יש לקבוע בחו"י חקיקה את מערכת היחסית בין הכנסת לרשות המבצעת. ד) פרקטית, בלתי אפשרי לקבוע בחקיקה ראשית את כל ההסדרים הראשיים ואף מדינה לא הולכת בגישה זו.

3. מהי הסמכה מפורשת?

לפי שמגר במיטרני מחוקק משנה צריך הסמכה ספציפית ולא כללית. אורן גזל חולק על כך, ואומר שמספיק גם שההסכמה תהא "מפורשת מכוח תכלית החוק". כלומר, אם ברור שלשם השגת תכלית החוק נדרשת פגיעה בזכות יסוד הרי ההסמכה מפורשת. הכותב הסתמך גם על פסיקה בקנדה. מה פירוש תכלית החוק? האם מדובר בתכלית ספציפית או מטרות כלליות שמניחים שהן נשמתו של כל חוק וחוק? המחבר כותב שנראה שהכוונה לתכלית ספציפית, שאם הכוונה הייתה לתכלית כללית מחוקק המשנה יכול היה לשקול כל שיקול שלא נחשב שיקול זר. אמנם, המחבר מוסיף סייג, שאם מחוקק המשנה קיבל סמכות להתקין תקנות, הוא יכול לשקול צורך להגן על זכויות יסוד של אנשים אחרים, גם אם לא ניתן למצוא בלשונו או מטרתו של החוק הסמכה מפורשת לכך.

לסיכום: מחוקק משנה רשאי להתקין תקנות רק אם קיבל סמכות לתקן תקנות מן הסוג הנידון, ורק בהינתן סמכות מפורשת לפגוע בזכו"י. סמכות תיחשב מפורשת רק כאשר לשון החוק ברורה - היתר לפגוע בזכויות, הפגיעה הכרחית עבור התכלית הספציפית של החוק, או כשהפגיעה נדרשת כדי שמחוקק המשנה יקיים חובתו לכבד זכויות יסוד.

**ז. הסמכה הנדרשת לפגיעה ע"י סמכויות ביצוע**

אמרנו שסמכות מנהלית שפועלת מכוח החוק לא צריכה הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות יסוד. השאלה מה מרחב התמרון שלה. כותב המאמר טוען שיש לאפשר לרשות גמישות סבירה להכיר גם במטרות הכלליות של החוק. כלומר, רשות מנהלית יכולה לשקול שיקולים של נוחות, היגיון, צדק ועקרונות מקובלים שהן תכליות כלליות, בנוסף לתכליות הספציפיות של החוק, וזאת מאחר שלכמעט כל פעולה שלטונית עשויה להיות השפעה על זכויות יסוד. כמובן שיש לבדוק שהפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה, ויש לתת משקל רב לזכויות אדם.

**3.1.3 - הלימה לערכי המדינה**

דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, (ברק - 14-18)

רקע: העותרת העסיקה יהודים בשבת בניגוד להוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, וקיבלה על כך קנס. טענתה שהחוק האוסר להעסיק יהודים בשבת מנוגד לחו"י חופש העיסוק ויש לבטלו.

ברק: הדרישה השנייה של פסקת ההגבלה שהחוק יהיה הולם את ערכי מדינת ישראל. מפסקת המטרה של חו"י חופש העיסוק אנו לומדים שערכי מדינת ישראל, הכוונה למדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. נבחן זאת ב3 דרכים: א) יהודית – האופי היהודי מרכזי במדינה. הוא כולל היבט מורשתי-הלכתי והיבט ציוני. במרכזיות שני היבטים אלה, העברית היא השפה הרשמית, כל יהודי יכול לעלות ארצה, והחגים והסמלים מסמלים את תקומתו של העם היהודי. ב) דמוקרטית – שכוללת: 1) הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות. 2) הכרה בזכויות אדם, שלטון החוק ושרשות שופטת אחת. שני ההיבטים הכרחיים לקיום מדינה דמוקרטית. ג) הפרשן צריך לאזן בין יהודית לדמוקרטית. בענייננו החוק הולם את שני הערכים. הוא הולם את הערך של יהודית בגלל החשיבות הדתית שלא להעסיק עובד ביום השבת ובגלל החשיבות הלאומית של השבת. הוא הולם את הערך הדמוקרטי בגלל החשיבות הסוציאלית לתת לכל עובד יום מנוחה פעם בשבוע ע"מ להגן על הצלם האנוש שבו, תוך קביעת יום מנוחה אחיד כדי לאפשר פעילות משפחתית משותפת.

בג"צ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009) (בייניש – פסקה 45)

רקע: עתירה כנגד חוקיות תיקון 28 לתיקון פקודת בתי הסוהר הקובע כי במדינת ישראל יוקם בית סוהר פרטי.

בייניש: התנאי השני של פסקת ההגבלה הוא שהחוק יהיה הולם את ערכי מדינת ישראל, ובפסקת המטרה, סעיף 1א לחו"י כבוד האדם וחירותו, מבואר לערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. העותרים טוענים שיש בחוק פגיעה במדינת ישראל כדמוקרטית בכך שפוגע בעיקרון הפרדת הרשויות. בייניש אומרת שהפרה של עיקרון הפרדת רשויות תתקבל רק בנסיבות חריגות, ובנידון דידן החוק עומד בתנאי השני של פסקת ההגבלה. התנאי השלישי בפסקת ההגבלה שהחוק יעשה לתכלית הראויה. הכוונה שהחוק נועד להגן על זכויות אדם או למטרה ציבורית חשובה. בייניש אומרת שאמנם יש בחוק תועלת כלכלית כפי שטענו העותרים, אבל אין בכך כלל גורף כדי לשלול את החוק אם נעשה בשביל תכלית ראויה לשיפור תנאיי האסירים. תכלית כלכלית לא נפסלת ישר ותיבחן לפי חשיבותה לאינטרס הציבורי ומידת הפגיעה בזכות החוקית. (בהמשך היא תדון האם במקרה הספציפי שלנו התכלית הכלכלית היא ראויה).

3.1.4

בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (ברק – פסקאות 50-53)

ברק: כשבודקים אם חוק נחקק לתכלית הראויה כשפוגע בחו"י יש לשאול שתי שאלות משנה: א) מהם מאפייני התכלית המצדיקים פגיעה. ב) מה מידת הצורך בתכלית החוק והאם יש בה כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם. **תשובה לשאלה א** – אין לומר שכל חוק נחקק לתכלית ראויה, וגם אין לומר שכל חוק שפוגע בזכויות אדם הוא לא חוקי, כי אז זה מייתר את הבחינה של התכלית הראויה. נראה להגיד שתכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות המתאימות לערכי מדינת ישראל, תוך כדי איזון ורגישות לזכויות שנפגעות. **תשובה לשאלה ב** – ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי גדול יותר כדי לפגוע בה. לא כל הזכויות שוות, ויש גם הבדל בין פגיעה גרעינית בזכות לבין פגיעה בשוליה. **במקרה שלנו יש לבדוק עד כמה מגשים חוק הגיוס מטרה חברתית מהותית בשביל לפגוע בכבוד**.

בג"צ 951/06 שטיין נ' המפכ"ל (2006) (ברק – פסקאות 1, 18-19)

רקע: תנועת כך ודומיה הוכרזו ע"י מדינת ישראל כארגון טרור. המפכ"ל (המשיב) מכוח סמכותו של סעיף 6א לפקודה למניעת טרור, לאחר שהוצגה בפניו תשתית ראייתית ש"קפה אינטרנט" מהווה מקום פעולה לארגון כך הטרוריסטי, הורה לסגור את המקום.

ברק: **ערכיה של מדינת ישראל** – הגנה מפני ארגון טרור, שמבטיחה את ביטחון הציבור מפני הטרור שהוא הרס הדמוקרטיה וודאי מתאימה לערכי מדינת ישראל. אמנם, פגיעה בחופש הפרט כמו אצלנו תהיה מותרת רק אם הסכנה לציבור תהיה קרובה לוודאי ונשקפת סכנה גדולה. **תכלית ראויה** – תכלית היא ראויה אם מתאימה לערכי המדינה ורגישה לזכויות אדם. נבחנת בשני מישורים: א) איזון בין אינטרס ציבורי לזכויות אדם – צריך הסתברות גבוהה לפגיעה בציבור. ב) הגשמת התכלית צריכה להיות חשובה לערכי המדינה, ונמדדת לפי הצורך בהגשמתה, הזכות הנפגעת ורמת הפגיעה.

בג"ץ 7146/12 א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת, (ארבל – פסקאות 84-86; פוגלמן – 17-18; הנדל – 2)

רקע: תוקן חוק שמאפשר לכלוא מסתננים ל3 שנים במתקני כליאה.

ארבל: שתי תכליות למדינה בתיקון לחוק למניעת הסתננות. א) למנוע ממהגרים להשתקע בארץ ובכך לפגוע בשכרם של אזרחי המדינה, ולצמצם משאבים השמורים למערכות הרווחה. השופטת קובעת שזו תכלית לגיטימית. ב) להרתיע מהגרים אחרים להגר לארץ. השופטת אומרת שזו לא תכלית ראויה, מאחר שאין להשתמש באדם כאמצעי להרתיע. זו פגיעה בכבוד האדם שתמיד צריך להיות תכלית ולא אמצעי.

פוגלמן: תכלית היא ראויה אם מתאימה לערכי המדינה ורגישה לזכויות אדם. למדינה יש שתי תכליות בחוק. א) בלימת הסתננות ע"י צמצום כניסה לארץ ומניעת תמריצים. ב) תכלית כלפי אלה שכבר בארץ, והיא למנוע מהם להשתקע בארץ עם ההשפעה הכלכלית על המשק. פוגלמן מעיר שכל תכלית אפשר להציג כתכלית ראויה אם מנסחים זאת טוב, ויש להסתכל על מהות התכלית ולא על הנוסח. עוד הוא מעיר שיש מחלוקת בפסיקה למאפייני הפגיעה בתוך התכלית הראויה.

הנדל: יש שתי תכליות לחוק: א) מניעת השתקעות המסתננים. ב) בלימת תופעת ההסתננות. לגבי א, כולם הסכימו שזה לגיטימי. לגבי התכלית השנייה ארבל טענה שזה לא לגיטימי להשתמש בבני אדם ככלי הרתעה. הנדל חולק ואומר שהרתעת מסתננים עתידית אינה תכלית עצמאית. זה רק שלב ביניים לתכלית מניעת ההסתננות שמזיקה כלכלית וביטחונית לאזרחים. זו סוגיה בלב ויכוח ציבורי ובית המשפט צריך להיזהר כשהוא מתערב. הוא מסיים שהיחס לגרים חשוב ביהדות, אבל יש גם כלל שעניי עירך קודמים, ויש למצוא איזון בין כבוד לגרים לבין היחס לעניי עירך.

3.1.5

בג"צ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת פ"ד נח(1) 529 (ברק – פסקאות 11-13; דורנר)

עתירה נגד בית הדין למשמעת לקיים הליך בדלתיים סגורות.

דורנר: יש חו"י שפיטה שמביא את עיקרון הפומביות. מולו יש את חו"י כבוד האדם שיש בו עיקרון פרטיות. חו"י שפיטה מדבר ספציפית על דיון, שבו הפומביות גוברת על פרטיות, והוא גובר על חו"י כבוד האדם שמדבר על פרטיות באופן כללי. העתירה מתקבלת.

ברק: לא חולק על ההכרעה של דורנר. חולק על מה שאמרה שזכות ספציפית גוברת על כללית, ואומר שגם במקרים כאלה יש לאזן בין שתי הזכויות.

דנ"פ 2316/95 גנימאת נ. מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (ברק - פסקאות 11-7; חשין 12-6)

ברק: גם חוקים שחוקקו לפי חו"י כבוד האדם ויש להם שמירת הדינים, יש לפרש את החוקים לאור חוקי היסוד.

חשין: ניתן לפרש לפי חו"י חוקים שנהנים משמירת הדינים, רק אם ניתן היה לפרש את החוק בצורה זו לפני חוה"י. אי אפשר לפרש חוק בצורה לא נכונה לאור חוקי היסוד.

בג"צ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר הפנים (2017) (ברון)

בג"ץ דחה עתירה התוקפת את חוק שיפוט בתי דין רבניים, ושעניינה רצונם של זוגות בני אותו מין להינשא בישראל. זאת נוכח סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו. ברון אומרת שיבוא יום ששמירת הדינים לא תוכל לעגן על ערכים של ימינו. העתירה נדחית.

בג"צ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (2017) (פוגלמן – פסקאות מבוא, 66-69; הנדל – 37)

שר הפנים מבטל תושבות לתושבים ממזרח ירושלים בגין הפרת אמונים מאחר שנבחרו לנציגי פרלמנט פלסטיני מטעם חמאס. יש לו סמכות לעשות זאת מתוקף חוק הכניסה לארץ המעניק לשר סמכות לשלול תושבות לפי שיקול דעתו, ונהנה משמירת הדינים.

פוגלמן: לפי שתי תכליות יש לפרש שהשר לא יכול בשיקול דעתו לשלול במקרה זה אזרחות:

**תכלית סובייקטיבית:** יוצרי החוק דיברו רק על כאלה שרוצים להיכנס, ולא על כאלה שגרים כאן.

**תכלית אובייקטיבית:** בגלל הזכויות הרבות שמופרות בגין ביטול תושבות, יש לפרש את סמכות השר בצמצום, וע"מ לבצע זאת יש לעשות זאת בחקיקה ראשית.

הנדל: אם יעשו חוק חדש זה ירוקן את שמירת הדינים מתוקף ולכן אין לעשות זאת.

3.1.6 / 3.2

**3.1.6 - תוצאת הפגם החוקתי**

בג"צ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים (גולדברג - פסקאות 6-9, 16-17, 28-39; זמיר)

רקע: פקודת העיתונות קובעת כל מיני הגבלות על בתי דפוס וחוקקה לפני חו"י חופש העיסוק. בסעיף 6 לחו"י חוה"ע שחוקק ב92 נקבע שחוק שחוקק לפני חו"י זה יהיה לו שמירת הדינים לשנתיים. ב94 שונה חוה"י ונקבע בו ששמירת הדינים תמשיך עוד שנתיים עד 96. ב96 תוקן שוב חוה"י והאריך את שמירת הדינים עד 98. בשורה התחתונה יצא ששמירת הדינים הוארכה רטרואקטיבית פעמיים.

טענת העותרים: פקודת העיתונות לא עומדת בפסקת ההגבלה וסותרת את חו"י חופש העיסוק. בזמן שלא היה שמירת הדינים על החוק הוא היה בטל ולא ניתן לתקנו רטרו. יש גם טענה לפגיעה בחו"י כבוד האדם וחירותו.

גולדברג: ברק מציע 3 מודלים של בטלות:

הבטלות המוחלטת – החוק כאילו לא היה קיים מעולם ובטל רטרו מיום חקיקתו.

הבטלות הנפסדת – החוק כן קיים, ובית המשפט יכול לקבוע את תוצאות הביטול, והאם הוא מבוטל למפרע או מבוטל מכאן ולהבא.

הבטלות היחסית – מודל ביניים; יש להתחשב במהות אי החוקיות ובנסיבות העניין. לעיתים אי חוקיות היא יסודית עד שאומרים כאילו לא הייתה, ולעיתים צריך לפעול לביטול רק מכאן ולהבא. ההחלטה נעשית תוך הסתכלות על הסתמכות אנשים על החוק, וניתן לקבוע שחוק בטל לנסיבות מסוימות וקיים לנסיבות אחרות.

גם לגישות שלא מאפשרות תיקון חוק הסותר חו"י רטרו, מצאנו חריגים אם נאמר או נרמז מפורשות שהתיקון לחוק ממשיך להחיות את החוק הקודם, ולא רק לחוקק אותו להבא. במקרה שלנו מובן מלשונו של החוק שהם התכוונו להחיות את החוק רטרו ולכן ניתן להגיד שזה חלק מהחריגים שהחוק לא בטל. יש עוד החרגה למודל הבטלות המוחלטת, מהמודל הקנדי, שאם בטלות מוחלטת של החוק תפגע בשלטון החוק אין להפעילה. במקרה שלנו בטלות מוחלטת תבטל את כל ההסדרים הפוגעים בחו"י חוה"ע ולחוסר וודאות של החוקים. בבטלות הנפסדת יוצאים מנקודת הנחה שהחוק קיים, ובמודל הבטלות היחסית יש לבחון כל מקרה לגופו. ברק אומר שלבית המשפט יש יכולת לבחור איזה סעד לתת לפי שני המודלים. גולדברג מכריע שלפי כל המודלים אין לבטל את החוק.

זמיר: מסכים עם גולדברג. רק מעיר שיש להעדיף את מודל הבטלות היחסית שמונע אי סדר, מאחר שהרבה צווים הסתמכו על החוק, ומודל הבטלות המוחלטת יצור לנו חוסר סדר מה מהם בטל. כ"כ בתחום המנהל בציבורי כבר הוחל המודל היחסי ויש להשוות את הנורמה הזו לכל עולם המשפט.

בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (חשין – 7, 14, 21, 27-28, 34-38; מצא, שתי הפסקאות הראשונות; ברק, 1-7; ריבלין, 3)

רקע: סעיף 6(ב) לחוק ההלוואות נותן הטבה כספית לרוכשי דירה בירושלים לאנשים שעומדים בקריטריונים מסוימים. סעיף 20 לחוק ההסדרים הגיע מאוחר יותר וקבע שבין תאריכים מסוימים חוק ההלוואות וההטבה הכספית הכרוה עימו לא יחולו למפרע.

חשין: יש שתי אופציות לפרש את חוק ההסדרים; א) להבין אותו ככתבו וכלשונו ואז המשמעות שחוק ההלוואות בטל לחלוטין למפרע. ב) לרדת לתכלית חוק ההסדרים והסיבה שנחקק, בלי להתעלם מהמילים. לגישה זו אפשר לא להחיל את החוק על מי שכבר הסתמך עליו ורכש דירה כי חשב שיש עליה הטבה כספית. חשין דוגל בגישה השנייה וממשיל אותה לקילוף בצל שמשאירים את הגלדים הבריאים. כך כאן ניתן להשאיר את החוק ולברור את החלקים הטובים בו.

מצא: לא מסכים עם חשין וטוען שהמשמעות הלשונית של חוק ההסדרים שהוא חל גם על מי שהסתמך על חוק ההלוואות וקנה דירה. לא ניתן לפרש פירוש לא נכון לחוק. יש לבחון את חוקיות חוק ההסדרים לפי פסקת ההגבלה ולקבוע את הסעד.

ברק: הולך בדרכו של חשין ואומר שניתן לפרש את לשון הטקסט במובן מצומצם יותר כדי להגשים את תכלית החוק שלא לפגוע במי שהסתמך על חוק ההלוואות. פרשן צריך להתייחס ללשון החוק אבל גם לתכלית של החוק.

ריבלין: הולך בדרכו של מצא. אכן לפעמים בית משפט יפרש חוק במובן צר או רחב, אבל במקרים כמו זה שלשון החוק חד משמעית לא ניתן לפרש אותה בצמצום.

בג"צ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (2012) (בייניש – פסקאות 60-56)

רקע: סעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה נתן הטבות מס הכנסה לישובים מסוימים בלי קריטריונים ברורים. יצא ששלושה ישובים ערביים לא קיבלו הטבות מס בניגוד לישובים אחרים.

בייניש: השופטת דוגלת בגישת "קריאה לתוך מילות החוק" שמשמעה הוספה על הטקסט הקיים במקרים של פגיעה בשוויון. לכן הסעד הוא שגם הישובים הערבים יקבלו את הטבות המס. השופטת דוחה את פס"ד בשנה כדי שהמחוקקים יקבעו קריטריונים ברורים להטבת מס.

בג"ץ 5771/12 ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (2014) (חיות - 35-38)

חיות: חוק תרומת ביציות פגע בזכויות יסוד של העותרות. חיות אומרת שבמקרה הזה אין לפסול את כל החוק מאחר שיש בו דברים טובים, וזה יצור חלל חקיקתי בנושא תרומת ביציות. לדידה יש להחיל את דוקטרינת "קריאה לתוך מילות החוק" ולהקים ועדת חריגים לתרומת ביציות. דוקטרינה זו באה במקרים שיש אפליה בחוק, ופותרת פסילה מלאה של החוק.

ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל - מנהלת סל"ע (2014) (נאור – פסקאות 20-28)

נאור: יש שאלה האם פעילות מנהלית של שלטון שפוגעת בזכויות של יחיד מזכה אותו במתן סעד. אם הרשות פעלה ברשלנות אז יש גישות שנותנות סעד, אבל עדיין זו לא הלכה מחייבת. גם אם רשות לא פעלה ברשלנות יש גישה בספרות שהיא תצטרך לתת סעד. הרעיון של הגישה הזו שהפרט לא צריך לסבול עבור החברה ויש לחלק את הנזק בשווה עם הציבור. הגישה שאומרת לא לפצות טוענת שזה ירתיע רשויות לפעול לטובת הציבור. במקרה של מפוני ההתנתקות הם טענו לפגיעה בחופש הקניין שלהם עקב פינוי עסקיהם. נאור נוטה להגיד שבמקרים של פגיעה בלתי מידתית בפרט, גם כשהרשות נהגה כהוגן הוא כן יקבל פיצוי, אבל כאן מאחר שהמפונים כבר מקבלים פיצוי אחר, אין לתת להם סעד זה ששמור רק למקרים שאין אף פיצוי אחר לפרט.

**3.2 - זכויות הפרט במשפט האזרחי**

ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, (אלון - פסקאות 1-5; ברק – 1-3, 9-12)

אלון: רשות ציבורית מעבר למשפט הפרטי גם חייבת לקיים את עיקרון המשפט הציבורי שזה אומר שוויון ונהיגה בתום לב. השאלה האם גוף פרטי חייב במשפט הציבורי, ולעניין שאנו עוסקים מכרזים, האם צריך להקפיד על שוויון. במקרה שלנו המשתתפים לא ציפו לשוויון במכרז. בעיקרון תום הלב עבור גופים פרטיים יש לנהוג בהוגנות וביושרה אבל אין חובה לשוויון. רק במקרים מסוימים שבית המשפט רואה שצד אחד חלש שכלית או כלכלית מול השני, הוא ידרוש שוויון כדי שלא יהיה ניצול (גישה פטרנליסטית). החובה לשוויון היא רק ברשות ציבורית שפועלת עבור הציבור ויש למנוע שימוש בשררה שבידה.

ברק: עקרונות תום הלב והשוויון הם עקרונות שונים שלפעמים שונים זה מזה ולפעמים פועלים יחד. לאדם פרטי אין חובה לפעול בשוויון. אדם שינהל משא ומתן פרטי יכול לבחור את מי לקבל גם אם יש בזה אי שוויון. אחרי שכבר גוף פרטי בחר לעשות מכרז, חובת השוויון קיימת בתוך תום הלב מאחר שזה האופי שחברתנו דורשת להליך של מכרז. הציפייה מגופים היא לתחרות הוגנת וזה מבטיח את אמון הציבור. בית המשפט קובע מה רמת תום הלב שהציבור דורש לפי הבנתו.

ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, (ברק – מבוא, 2-3; 18-29)

רקע: משפחה של נפטרת רצתה לכתוב על מצבתה כיתוב לא בעברית, וזה נוגד טופס רישום שחתמו שהכיתוב יהיה רק בעברית.

ברק: חברא קדישא זה גוף דו מהותי - פרטי וגם ציבורי. מה הופך אותו גם לציבורי? כמה דברים: הוא פועל לטובת הציבור, הוא מקבל רישיון מהשלטון, חותם על הסכם עם הביטוח הלאומי לתשלום ממנו עבור קבורת הנפטר, יכול לעשות כל פעולה סבירה עבור הנפטר, רשאי להטיל אגרה. כל הדברים האלה **ביחד** הופכים אותה גם לגוף ציבורי, שמחייב חובות מהמשפט הציבורי.

ברק אומר שניתן לפסול את התנאי שעשתה חברא קדישא גם מצד שהיא גוף ציבורי וגם מצד שזה חוזה אחיד מקפח, אבל אומר שכאן זה לא נדרש, מאחר שגם אם נגיד שהיא גוף פרטי, נוכל לפסול את ההסכם שלה, ולהחיל את עקרונות המשפט הציבורי של כבוד האדם על המשפט הפרטי. ברק אומר שעקרונות המשפט הציבורי חלים גם על המשפט הפרטי רק במידה פחותה יותר, וזאת מאחר שיש גם עיקרון של חופש החוזים שהוא גם חשוב לחברה שלנו. בתקנת הציבור צריך לבדוק מה יותר חשוב במקרה הנידון, חופש החוזים או עקרונות אחרים ולאזן בניהם. במקרה שלנו קובע ברק שהזכות של משפחת הנפטרת לכתוב על מצבתה לא בעברית היא כבוד האדם המת, וגוברת על חופש החוזים ועל חשיבות העברית. השקפה זו מתאימה לערכי הציבור הנאור בישראל.

פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות (דנציגר – 1, 17-19, 36 - מהמילים "נקודה נוספת")

רקע: מועדון קבע שכדי להיכנס אליו גברים צריכים להיות מבוגרים יותר מנשים. על זו העתירה.

דנציגר: עקרון השוויון קיבל מעמד של זכות יסוד במשפט הציבורי. במשפט הפרטי הוא גם לאט ולאט חלחל. וזאת בעיקר בגלל סעיפים 12, 30, ו39 בחוק החוזים שהוסיפו את עקרונות תום הלב ותקנת הציבור. נוספו גם חקיקות ספציפיות כמו חוק שוויון הזדמנויות במקומות עבודה וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. אבל חשוב לזכור שבמשפט הפרטי העיקרון של חופש החוזים גדול יותר מעיקרון השוויון, וזאת מאחר שאדם כורת חוזה מרצונו החופשי. לאור זאת, דווקא בארגונים שיש להם משמעות ציבורית או שפועלים כעין גוף ציבורי יש להחיל את עיקרון השוויון באיזון לעיקרון חופש החוזים, אבל אם מדובר בארגונים פרטיים לחלוטין, יש להחיל את עיקרון שוויון רק באמצעות חקיקה מפורשת. במקרה שלנו אין נפק"מ במחלוקת מאחר שיש חקיקה ספציפית שמחייבת את המשיבה בשוויון.

**3.3**

**כבוד האדם**

בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (כהן ולנדוי)

רקע: כדי למנוע הברחות סמים הוחלט על ביצוע חוקן בעצירים בהוראת מנהל בית הסוהר כשיש חשש להברחה.

כהן: לפי סעיף 113 לפקודה רשאי השר להתקין תקנות לעניינים רבים, אך לא לעניין החיפושים בגופם של אסירים. דברים כאלה צריך להתקין בחקיקה ראשית. גם אם היה ניתן ללמוד שיש לשר סמכות להתקין תקנות כאלה, כהן היה פוסל את התקנות מחוסר סבירות, בגלל שמדובר רק בחשש להברחת סם.

לנדוי: מסכים שיש להסדיר דברים כאלה בחקיקה ראשית ולא בהחלטות מנהליות, אבל אומר לכהן שלא נכון לייעץ למחוקקים כיצד להסדיר זאת בדיוק.

ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526 (אור – פסקאות 4, 11, 15-22)

אור: היה נדרש ניתוח בכתף כדי לגלות שאין סרטן שם. נאמר למטופלת שהולכים לעשות לה את זה, למרות שבמקור היא הייתה צריכה לעשות ניתוח אחר. ברור שגם אם היא לא ממש הבינה על מה היא חותמת היא הייתה מסכימה לניתוח כזה שמוודא שאין סרטן. למרות זאת אומר אור, שלאדם יש זכות לאוטונומיה הכלולה בחו"י כבוד האדם לעשות כרצונו, וזה שלא הודיעו לה על הניתוח זו פגיעה באוטונומיה. יש לה יכולת לתבוע תביעה נזיקית לא ממונית על פגיעה נפשית.

בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, (2008) (לוי – פסקאות 1-2, 6)

לוי: תקנון שירות המדינה קבע שעובדי מדינה לא יכולים להציג את עצמם בתואר מקצועי שלא קשור לעבודה שלהם במסמכים שחותמים עליהם. לשכת עוה"ד התלוננה על פגיעה בחופש הביטוי וחופש העיסוק שלהם. השופט לוי קבע שהפגיעה ביכולת שלהם לכתוב את התואר שלהם על המסמכים היא פגיעה באוטונומיה כחלק מהזכות לכבוד. אבל דוחה את העתירה משתי סיבות: א) לא מדובר בפגיעה בגרעין הקשה של זכות זו כי לא מדובר כאן בהשפלה או פגיעה גופנית, אלא רק בפגיעה בשולי הזכות, ופחות מקפידים על פגיעה כזו. ב) לא מונעים מעוה"ד להתהדר בתואר שלהם מול מכריהם.

בג"צ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (2013) (ארבל – פסקאות 1, 44-47)

ארבל: חוק התייעלות כלכלית מאפשר להפחית קצבאות למי שלא מחסנים את ילדיהם. העתירה היא לפגיעה באוטונומיה של ההורים על ילדיהם. אוטונומיה וכן אוטונומיה הורית נמצאות בתוך כבוד האדם וחירותו. הסיבה שיש להורים אוטונומיה רחבה על ילדיהם היא מ4 סיבות: א) קשר טבעי בניהם. ב) ההורים מקבלים את ההחלטות הטובות ביותר עבור ילדיהם. ג) יש סוגיות שאין עליהן קונצנזוס. ד) ההורים יתמודדו עם החלטותיהם.

לא כל פגיעה באוטונומיה נבדקת לפי פסקת ההגבלה. יש שני פרמטרים שבודקים אם מכירים בזכות לאוטונומיה בתוך חו"י: א) מהות הבחירה שנשללת – כמה היא חשובה. ב) מידת הכפייה ושלילת הרצון. במקרה הזה פרמטר ב' לא מתקיים כי בסה"כ שוללים כסף קטן, ולכן אין להכיר בפגיעה כזכות חוקתית.

בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (חשין – 35-38, 47, 60)

עתירה נגד חוק הגיוס שמאפשר לבני ישיבות לא להתגייס.

חשין: ברק טען שצריך לפרש את כבוד האדם לפי מודל הביניים לא רק להשפלה, אלא לכל פגיעה ברצון החופשי של האדם ובבחירה שלו. ולכן טען שהאפליה לטובת בחורי ישיבות פוגעת באוטונומיה של כאלה שמתגייסים. חשין לא מסכים שיש כאן פגיעה באוטונומיה בתוך כבוד האדם, כי לא מונעים או מכריחים מישהו לעשות משהו, אלא רק פוטרים מישהו אחר מלהתגייס. למרות זאת חשין אומר שיש לבטל את החוק, כי הוא פוגע בהישרדות של העם ובמדינה כמדינה יהודית.

 **3.4**

**זכויות חברתיות**

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (ברק – פסקאות 17-20)

ברק: בחוק הוצאה לפועל יש שתי תכליות פרטיות שלכל תכלית יש תכלית כללית:

1) תכלית פרטית של גבייה מהירה ויעילה של החוב. היא כלולה בתכלית כללית שעניינה הגנה על הקניין, הכלולה בתוך חו"י כבוד האדם. להגן על קניינו של אדם זה חלק מכבודו, וגם להביא מזונות לאישה שזכאית לדבר, זה דבר חשוב ששומר על כבודה למינימום קיום אנושי בכבוד.

2) תכלית פרטית של הגנה מגבייה על כאלה שלא יכולים לפרוע חוב. תכלית זו קיימת בתוך תכלית כללית של חו"י כבוד האדם, לשמור על מינימום קיום אנושי בכבוד.

בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (ברק – פסקאות 1-23; לוי – 2, 5-8, 12, 16-21, 24-26)

עתירה נגד חוק ההסדרים שצמצם את קצבאות הביטוח לאומי להבטחת הכנסה, ונטען שיש בזה פגיעה למינימום קיום אנושי בכבוד.

ברק: יש שני היבטים בחו"י כבוד האדם: היבט שלילי; לא לפגוע בזכות, והיבט חיובי; להגן על הזכות. העתירה היא לפגיעה בהיבט החיובי. כבוד האדם זה לא רק מניעת פגיעה בשמו הטוב, אלא אף לאפשר לאדם לחיות לפי רצונו בחברה שבה הוא חי. "לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל". במקרה הזה יש עוד קצבאות חוץ מהבטחת הכנסה, והעותרים לא הראו שיש פגיעה במינימום לחיים בכבוד.

לוי: המשיבים מאמצים רף המכונה בפיהם "מודל המחסור הקיומי", אשר על פיו רק "היעדר קורת-גג, רעב והיעדר כסות, יחשבו כפגיעה המחללת את כבודו של אדם". העותרים, לעומתם, טוענים למודל רחב יותר, הכולל "גם צרכים רוחניים וחברתיים" והמקיים זיקה "לצרכים המקובלים בחברה". לדעת לוי זכות למינימום אנושי לא מוגבלת רק לקיום אנושי נסבל. חולק על ברק ואומר שכן הייתה פגיעה בזכות זו. לוי אומר שלעניין אנשים שלא יכולים לעבוד הפגיעה לא עומדת בפסקת ההגבלה. לעניין כאלה שיכולים לעבוד, המדינה לא הביאה נתונים שיוכלו להראות שהפגיעה שלה עומדת בפסקת ההגבלה ולכן העתירה מתקבלת.

בג"צ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (לא פורסם, 22.6.14) (ברק-ארז)

רקע: עתירה לחייב את שר הבריאות להתקין תקנות שיתנו תנאים סוציאליים של ביטוח בריאות לעובדים זרים השוהים תקופה ארוכה בישראל.

ברק-ארז: מכירה במקרה הזה בזכות לבריאות כזכות עצמאית וכזכות נגזרת מחו"י כבוד האדם. ככל שהפגיעה בבריאות קשה יותר כך הפגיעה בזכות לבריאות חמורה יותר.

בג"צ 10662/04 חסן ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי (28.2.12) (בייניש – פסקאות 1, 6-8, 23, 25-42, 44-47, 62-69)

עתירה נגד חוק הבטחת הכנסה הקובע שלמי שיש רכב, לא זכאי באופן שרירותי להבטחת הכנסה. הטענה שיש כאן פגיעה במינימום לקיום אנושי בכבוד.

בייניש: הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד היא היא הזכות לכבוד. במקרה הזה קביעה שלכל מי שיש רכב אין זכאות לקצבה פוגעת בזכות. במבחן המידתיות השני צריך לבדוק אמצעי שפגיעתו פחותה, הכוונה לאו דווקא אמצעי הכי נמוך באופן מוחלט, אלא למצוא אמצעי נמוך ביותר. במקרה שלנו המדינה לא הביאה נתונים אם אפשר למצוא דרך אחרת שתפגע פחות ולכן העתירה מתקבלת.

בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (2014) (גרוניס – פסקאות 18-24)

גרוניס: הזכות לחינוך כוללת אופן שלילי; הזכות לבחור כיצד לחנך, כלומר שהמדינה לא תתערב בחינוך, וכוללת פן חיובי; שהמדינה תספק חינוך. העותרים טענו לחובה של המדינה לספק לימודי ליבה לחרדים. זה פן חיובי, ולכן יש לנהוג בריסון כשבאים לבחון אותו לפי פסקת ההגבלה, וזאת מכמה סיבות:

א) חיוב רשויות לנקוט פעולה חיובית מהווה נטל תקציבי על המדינה על חשבון דברים אחרים. ב) ביקורת על פגיעה בזכויות סוציאליות נכנסת לסוגיות שונות במחלוקת. ג) יש יותר התערבות לרשות כשאומרים להן לעשות משהו מאשר לא לעשות משהו. גרוניס כן אומר שיש להחיל ביקורת על זכות חיובית, רק שיש לעשותה בריסון. דוחה את העתירה.

בג"צ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (2013) (ברק-ארז – פסקה 36)

עתירה נגד חוק שהוריד קצבאות לילדים שלא התחסנו.

ברק-ארז: "הגם ששאלת היקפה של הזכות החוקתית לבריאות טרם הוכרעה, אין ספק שהחתירה להבטחת תנאים בסיסיים של בריאות טובה נופלת לגדרה של הזכות לכבוד האדם". בחקיקה הזו יש גם פן חיובי של דאגה לבריאות ילדים.

 **3.5**

**חופש העיסוק**

3.5.1 היסטוריה

בג"צ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (גולדברג - פסקאות 2-4)

גולדברג: ב92 נחקק חו"י חופש העיסוק ונאמר בו שיש שמירת הדינים למשך שנתיים לחוקים שחוקקו לפניו. ב94 חוקק שוב חופש העיסוק וניתנה שמירת הדינים למשך שנתיים, אבל נאמר שהחוקים שנהנים משמירת הדינים יפורשו ברוח חוה"י. ב96 האריכו את שמירת הדינים עד 98. ב98 האריכו את שמירת הדינים עד 2002.

3.5.2 רציונל ומגמה

בג”צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80

אסרו על המבקשים להביא מכוניות של אנשים למשרדי מחלקת התנועה למחוז תל אביב. ביהמ"ש קבע שלכל אדם יש זכות לעסוק במקצוע שרוצה ואין למנוע זאת ממנו שלא בחוק.

בג"צ 1452/93 איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשיה, פ"ד מז(5) 610 (דורנר - פסקאות 10-11)

"הראציונאלים העומדים בבסיס חופש העיסוק הם עניינו של האדם להתפרנס ולהגשים את כישרונותיו ואישיותו. העיסוק שבוחר האדם לפרנסתו מאפשר את קיומו הפיסי, הוא מקנה לו מעמד וקובע את איכות חייו. נראה לי כי כאשר הראציונאל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הוא, בעיקרו, עניינו של האדם להתפרנס, ולעומתו עומד הערך של קידום כלכלת המדינה, מן הראוי כי אין לשלול מעבריין רישיון רוכלות כל עוד אין ודאות רבה יותר מזו שלפנינו. לעומת זאת, כאשר ביסוד ההגנה על חופש העיסוק עומדים גם ראציונאלים אחרים, ובמיוחד ערכים בעלי חשיבות מיוחדת מבחינת המדינה והחברה, ייקבע היקף חופש העיסוק על-פי מבחן "מחמיר" יותר. על כן, אפשר כי כאשר הערכים המתמודדים יהיו קידום כלכלת המדינה מחד גיסא וחופש העיסוק במקצוע "תקשורתי" מאידך גיסא, ייערך האיזון על יסוד מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה".

3.5.3 היקף

בג"צ 5936/97 לם, פ"ד נג(4) 673 (דורנר וברק)

משרד החינוך קבע שרק פסיכולוגים חינוכיים יוכלו לאבחן תלמידים.

דורנר: פוסלת את זה משתי סיבות: א) יש כאן פגיעה בחופש העיסוק של מאבחנים שעברו הכשרה של משרד החינוך. למרות שלא אסרו עליהם לעבוד במקצוע, בפועל רק תלמידים צריכים אבחון. הפגיעה לא עומדת בפסקת ההגבלה כי היא לא לפי חוק, וגם לא נעשית לפי ערכי מדינת ישראל כדמוקרטית. ב) לא נתנו הוראת מעבר שתחלק בין מי שעבד כבר במקצוע הזה זמן רב, לבין מי שלא, אלא פסלו את כולם.

ברק: מסכים.

3.5.4 פסקת התגברות

בג”צ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15

ממשלת ישראל אוסרת על ייבוא בשר קפוא לא כשר. הם מחוקקים פסקת התגברות ברוב ח"כ שמאפשרת לפגוע בחופש העיסוק על אף האמור בו. העתירה של מיטראל היא ש:

1. פיסקת ההתגברות מגינה על חוק יבוא בשר קפוא מפני בחינה חוקתית על-פי פיסקת ההגבלה. פיסקת ההתגברות אינה מגינה על החוק מפני בחינה חוקתית על-פי עקרונות היסוד שבסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. שזה אומר לפרוץ את כל מסגרת חוה"י.

2. ישנה פגיעה בחו"י כבוד האדם שאין לו פסקת הגבלה. יש פגיעה בחופש הקניין, המצפון, הדת, והשוויון.

ברק אומר שיש 3 תנאים מצטברים המתירים עמידת חוק בפסקת ההתגברות תוך פגיעה בזכויות אדם אחרות:

1. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת מהפגיעה בחו"י חופש העיסוק.

2. הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית והפגיעה בזכויות האחרות היא משנית.

3. הפגיעה בזכויות האדם כשלעצמן אינה בעלת עוצמה ממשית.

ברק דוחה את העתירה.

**3.6.2**

**השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו**

בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (ברק – פסקאות 1, 11-24)

העותרת "חוקה למדינת ישראל" פועלת כדי להחיל חוקה בישראל. היא דרשה פטור ממס, והאוצר דחה זאת מאחר שהפטור מיועד רק למטרות חינוך, ודבר נוסף יש בפעילותה גוון פוליטי.

ברק: מבחין בין שלושה מצבים של אי שוויון:

1. זכות הקיימת בדין לפלוני. הזכות מוענקת לאחרים ולא לו. זו אפליה. הוא יקבל כי זה מגיע לו ע"פ דין.

2. הדין אוסר על מתן טובת ההנאה, היא מוענקת בכל זאת לפלוני, ואלמוני אומר שהוא שווה לו ומבקש גם. במקרה הזה הבקשה תדחה. אבל יש זכות למי שלא קיבל לעתור כנגד מה שקיבלו האחרים.

3. הרשות המנהלית לא חייבת לתת אך גם לא נאסר עליה לתת. השופט ברק מאבחן כאן בין 2 מצבים

א) אם הרשות אומרת שמפסיקה לתת לכולם אבל ממשיכה לתת לכאלה שקיבלו כבר, אז היא צריכה לתת לכולם, אלא א"כ אלא שכבר קיבלו הסתמכו על הכספים שהמדינה נתנה ולכן היא לא יכולה להפסיק לתת להם, ואז היא לא חייבת לתת לכולם.

ב) המדינה מפסיקה לתת מכאן ולהבא לכולם; מי שלא קיבל לא זכאי לפיצויים על האפליה בעבר.

במקרה שלנו צריך לבדוק האם המדינה ממשיכה לתת לארגונים מסוימים שלא זכאים בדין, ורק אם יוכיחו שזה כך, תוכל העמותה גם לקבל כסף. העתירה נדחית.

בג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע פ"ד נג(3) 289 (זמיר - פסקאות 1-2, 19-15)

העותרים תלו כרזות נגד ראש העיר וגם כרזות כלליות, ללא אישור על הבניין שלהם. פקחים הורידו רק את הכרזות נגד ראש העיר.

זמיר: בדר"כ חזקה על החלטה מנהלית שהיא לא בררנית, אבל במקרה הזה הוכיחו העותרים שנעשתה אכיפה מתוך שיקול זר ולכן יש להם סעד הצהרתי (העיריה כבר הורידה את הכרזות אז לא ניתן לתת סעד אחר).

בג”צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (מצא – פסקאות 1-2, 6-9, 11-12, 20-21; שטרסברג-כהן, 4-6, 11-15; דורנר, 6-7, 19-22)

העותרת רצתה להתקבל לקורס טיס, והצבא אמר לה שלא מקבלים טייסות לתפקידי לחימה.

מצא: החיילת טוענת לפגיעה בשוויון באמירה גורפת שאף אישה לא יכולה להתקבל. המשיבים טוענים שיש הבדלים בין אופי השירות של נשים לפי חוק במילואים ובסדיר, למשל הן משתחררות עקב הריון, ועלות ההכשרה של טייס היא יקרה. זה שוני רלוונטי ולכן אין פגיעה בשוויון. מצא אומר שיש לעשות ניסוי ולבדוק עם מספר מצומצם של נשים האם זה מצליח.

שטרסברג-כהן: יש שונות שלא ניתנת לנטרול, ואילו השונות שלנו זו שונות שניתנת לנטרול כדי להשיג שוויון, וראוי להפעיל זאת במחיר סביר. בענייננו הביטחון גובר על השוויון רק אם יש וודאות גבוהה לפגיעה ממשית בביטחון. גם אם הייתה פגיעה בהסתברות גבוהה צריך לבדוק אמצעים פחותים כדי לא לפגוע בשוויון. ולכן מציאה כמו מצא, לעשות פיילוט עם מעט חיילות לבדוק אם זה יכול לעבוד.

דורנר: צריך לבדוק האם שיקול המין הוא רלוונטי, והאם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין. המשיבים לא הראו שקליטת נשים תפגע בהסתברות גבוהה ובצורה ממשית בביטחון. כ"כ סגירת קורס טיס לנשים פוגעת בכבודן ומשפילה אותן. הנזק עולה על התועלת. זה לא עומד בפסקת ההגבלה ולכן העתירה מתקבלת.

בג"צ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (2013) (ברק-ארז - פסקאות 57-58)

עוסק בתקנה כי מי שלא יחסן את ילדיו לפי מערכת הבריאות לא יקבל הטבה מביטוח לאומי.

ברק-ארז: שואלת האם בכל מקרה שבו המשפט מבחין בין אנשים או קבוצות נכון לראות בהבחנה פגיעה בזכות לשוויון ואז לבחון אותה במבחני פסקת ההגבלה, או שמא יש הבחנות ראויות שמלכתחילה לא ייחשבו פגיעה בזכות לשוויון. היא עונה שאפשר לחמוק משאלה זו כי כאן מדובר על הבחנה שמשפיעה על אוטונומיה ולכן יש פגיעה בשוויון.

**3.6.3**

**מעמד**

בג”צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (ברק - פסקה 12)

הסכם קיבוצי נותן כרטיס טיסה אחת לשנה לבן זוג מהמין השני. העותר מבקש לתת כרטיס טיסה לבן זוגו.

ברק: ניתן לעגן את השוויון בתוך חו"י כבוד האדם וחירותו.

בג”צ 4541/94 מילר (דורנר - פסקה 4)

השפלת נשים כלולה בחו"י כבוד האדן וחירותו. השאלה האם שוויון כלול בחו"י באופן כללי. דורנר אומר שמההיסטוריה החקיקתית רואים שלא רצו להכליל את שוויון בחו"י. לכן היא עושה הבחנה שרק פגיעה בשוויון של השפלה כלולה בחו"י כבוד האדם, כגון אי שוויון על רקע מין או גזע.

בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15 (זמיר - פסקה 14)

המובן המקורי של עקרון השוויון, ודומה שהוא המדויק, הוא מובן צר. המתייחס לרשימה מוגבלת של עילות כמו הדת, הגזע, הלאום והמין: כל אדם זכאי לשוויון ללא הבדל דת, גזע, לאום או מין. עקרון השוויון במובן זה, להבדיל מן המובן הרחב, נחשב במדינות רבות, וראוי להיחשב, זכות חוקתית.

בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (ברק – פסקאות 26-43)

עתירה כנגד חוקתיות חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. לטענת העותרים, חוק טל פוגע בעקרון השוויון.

ברק: יש שלושה מודלים בהכרה בשוויון בתוך כבוד האדם וחירותו. **מודל מצומצם:** רק פגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם כמו השפלה. **מודל רחב:** כל זכויות האדם כלולות. **מודל ביניים:** לא רק פגיעות בגרעין כבוד האדם, אלא כל פגיעות הקשורות בקשר חזק לכבוד האדם. על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם אפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שתהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי. ברק דוגל במודל הביניים בגלל שצריך לפרש את כבוד האדם לאור מגילת העצמאות שם הוכר שוויון מעבר להשפלה. וסובר גם שכך ראוי לתפוס את המושג כבוד. לאור זאת פוסל את החוק שיש בו פגיעה בשוויון, בגלל התחושה של חוסר שוויון למי שמתגייס.

**3.7**

**היקף 3.7.3**

בג”צ 1031/93 פסחו גולדשטין נ' שר הפנים פ"ד מט(4) 661 (שמגר - פסקאות 1-3, 18-21; טל - ח1)

ברזילאית שעברה גיור לא אורתודוכסי בארץ. היא נישאה ליהודי בברזיל בעל אזרחות ישראלית. היא מבקשת לקבל מעמד של עולה, וכן שירשמו אותה כיהודייה במרשם האוכלוסין.

שמגר: העותרת טוענת לחוסר שוויון בכך שגיורים לא אורתודוכסים מוכרים לצורך רישום כיהודי אם נעשים בחו"ל, אבל אילו נעשים בארץ הם לא מוכרים. היא אומרת גם שיש בזה פגיעה בחופש הדת לעבור גיור אורתודוכסי בלבד כדי לקבל רישום כיהודי, ולפרש את פקודת ההמרה גם לרישום. שמגר אומר שיש לפרש את פקודת ההמרה להצריך גיור אורתודוכסי רק לענייני המעמד האישי ולא לעניין רישום אזרחי, זאת לאור עקרונות חופש הדת והמצפון.

טל: העותרת טענה שחיוב לגיור אורתודוכסי כדי לקבל אזרחות אוטומטית פוגע בשוויון. השופט אומר שזו לא פגיעה, כי גיור משמעו לקבל את הדת שאתה רוצה לבוא אליה. עוד היא טענה שחיוב לקבל עול מצוות כדי לקבל אזרחות פוגע במי שרוצה לחיות אחרת. טל עונה שא', המדינה מתנה אזרחות בלהיות יהודי, ורק ככה הופכים ליהודי. ב', היא לא רשאית לכפות על המדינה לתת לה אזרחות אם היא לא עומדת בתנאים. עוד היא טענה שהמדינה לא יכולה להפלות בין יהודי לבן מישהו מדת אחרת כדי לקבל אזרחות (תוקפת את חוק השבות). טל דוחה ואומר שכל מדינה יכולה לקבוע את הקריטריונים שלה לאזרחות.

 בג”צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4)1 (ברק - פסקה 73)

חרדים מבקשים לסגור את רח' בר אילן בירושלים לתנועה בשבתות וחגים. הם טוענים שתנועת המכוניות פוגעת בחופש הדת שלהם.

ברק: הפגיעה היא לא בזכות חוקית שלהם כי הם יכולים לקיים מצוות, אלא ברגשות הדתיים שלהם.

ע"א 6024/97 שביט נ' חברא קדישא גחש"א ראשון לציון פ"ד נג(3) 600 (ברק - פסקאות 1-6; אנגלרד - 18-21)

קרובי משפחה של מנוחה מבקשים לחרוט על המצבה אותיות לועזיות וספרות. חברת קדישא מתנגדת.

ברק: יש כאן התנגשות בין חופש הדת (הוראת המרא דאתרא לכתוב בעברית) הכלול בכבוד האדם (לדעת ברק זה יותר רגשות דת כי הם לא צריכים לכתוב בלועזית), לבין כבוד האדם לפעול לפי האוטונומיה של הרצון הפרטי.

אנגלרד: אומר שיש להעדיף את חופש הדת, כי מי שמגיע לחברא קדישא יודע שהם הולכים לפי ההלכה כפי שאומר להם המרא דאתרא. פגיעה חמורה בחופש דת צריכה הסמכה מפורשת לפי חוק.

בג"צ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלויזיה , פ"ד נה(4) 267 (ברק - פסקאות 1-3, 10-13; דורנר)

תוכנית של הרשות השנייה. פעם אחת תוכנית על צעירים ביישוב דתי. לאחר סיום הצילומים, הצעירים שאלו מתי זה ישודר ואמרו להם בשבת בעוד חודש. הצעירים אמרו שזה לא אפשרי, הם דתיים והם לא מעוניינים שישדרו בשבת כי זה מהווה פגיעה בחופש הדת ורגשות הדת שלהם.

ברק: הפגיעה כאן היא לא בדת כי הם יכולים לקיים את הדת, אלא ברגשות הדת. דוחה את העתירה.

דורנר: יש כאן פגיעה בדת ולא רק ברגשות. יש שתי זכויות שוות; הזכות לקניין וביטוי מול הזכות לדת. במבחן האופקי לא ניתן להתגמש בזכות של הדת, ואילו בזכות לקניין ולביטוי ניתן לפגוע קצת ולהזיז את השידור ליום אחר. המשיבים היו צריכים להודיע לעותרים שהתוכנית תשודר בשבת. מקבלת את העתירה.

3.8

 **3.8.1  רציונל ומעמד**

בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 873, 876-878

רקע: המשיב נתן צו נגד פעילות עיתון "קול העם" לעשרה ימים מכוח סעיף 19 לפקודת העיתונות.

אגרנט: משטר אוטוקרטי מבטא את המנהיג כעליון ומתיחת ביקורת עליו לא יכולה להיות בפומבי, אלא רק ישירות ובצורה מכובדת. משטר דמוקרטי מאידך רואה את אנשי הציבור כחלק משלטון העם ולכן ניתן לבקר אותם בפומבי. חופש הביטוי הוא רחב, למעט אולי דברי הסתה העלולים להביא לפגיעה בחיי המנהיג. חופש הביטוי מאפשר להגשים את ערכי הדמוקרטיה בכך שעוזר למנהיגים להבין מה העם רוצה ולהגיע לחקר אמת שזה ערך חברתי. יש גם ערך פרטי בחופש הביטוי שלכל אדם תהיה הזכות להוציא את אשר על ליבו, וזו גם מטרה בפני עצמה של המדינה. אבל חשוב להזכיר שאין חופש להפקרות שכולל חופש ביטוי בדברים פוגעניים כמו לשון הרע ופגיעה בביטחון המדינה.

בג"צ 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר (מצא - פסקה 14; חשין – 21; דורנר – 7-9)

רקע: אסיר ביקש לפרסם טור אישי על חייו בבית הכלא וסורב.

מצא: חופש הביטוי הושרש כזכות יסוד לפני חקיקת חו"י כבוד האדם וחירותו. אחרי חקיקתו הוא נכלל בחו"י גם אם לא כתוב בו, מאחר שלא ניתן לתאר כבוד האדם ללא חופש ביטוי.

חשין: אומר שההנחה של מצא שחופש הביטוי כלול בתוך חוה"י לא כזו ברורה וצ"ע בדבר.

דורנר: חולקת על מצא ואומרת שהיסטורית ניסו בעבר להכניס את חופש הביטוי כזכות יסוד נפרדת ולא הצליחו, סימן שזה לא כלול בחו"י כבוד האדם. אמנם מסייגת שיש מקרים שחופש הביטוי יהיה כלול בכבוד האדם וזה במקרה של השפלה. הגבלת תשדיר פרסום, או ידיעה תקשורתית איננה השפלה, אבל "סתימת פה" של אסיר נחשבת השפלה, משום שזה מייצג תפיסה שהוא אדם נחות.

**אבנרי נ' הכנסת** - עתירה לביטול החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם. החוק קובע בסעיף 2 שלו שפרסום קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל מהווה עוולה נזיקית ובנוסף שמי שעשה עוולה כזאת לפי החוק בזדון, בית המשפט רשאי לחייבו בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. בנוסף, נקבע בחוק בסעיפים 3-4 שלשר האוצר מוקנית סמכות בכפוף לתנאים שמובאים בחוק למנוע השתתפות במכרז והטבות שונות ממי שהשתתף בחרם או קורא להטלת חרם. יש כאן שני רכיבים – סנקציות מנהליות (שלילת הטבות) ורכיב נזיקי. ברכיב הנזיקי יש שני אלמנטים – 1. קביעה שמדובר בעוולה נזיקית 2. קביעה שבנסיבות מסוימות ניתן לחייב בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. העותרים טוענים שהחוק פוגע בזכויות חוקתיות שונות ביניהן חופש הביטוי, הזכות לשוויון, הזכות לחופש העיסוק ולא עומד בתנאי פסקאות ההגבלה. השופט **מלצר** קובע שאין פגיעה בגרעין של חופש הביטוי, הפגיעה היא רק על השתתפות ופרסום להשתתפות בחרם על ישראל. הוא מציע הבחנה בין שני סוגי ביטוי – ביטוי שמטרתו לשכנע וביטוי שמטרתו לכפות. הוא אומר שכאן המטרה היא לא לייצר דיאלוג אלא לכפות על מדינת ישראל התנהגות מסוימת. הוא מקבל חלק מהעתירה ופוסל את הפיצויים העונשיים (ללא הוכחת נזק). **לדבריו, יש פגיעה בחופש הביטוי, פגיעה במובנו ככבוד האדם.** הפגיעה הזו בהיבט מסוים שלה אינה עומדת במבחני המידתיות. פסק דין זה חשוב משום שבית המשפט פוסל לראשונה רכיב בחקיקה ראשית של הכנסת בגלל פגיעה בחופש הביטוי.

**3.8.2 היקף**

הסתה – ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (ברק - פסקה 4; דורנר – 2; מצא - 24)

ברק:מסכים עם מצא שהמאמר שנכתב הוא גזעני, חולק על העיקרון שמצא קבע. לדעת מצא האיסור של המפרסם דבר תלוי בכוונה של המפרסם ואם הוא מתכוון להסית לגזענות זה כבר מספיק כדי להרשיע אותו גם אם אין בתוכן גזענות. ברק חולק ואומר שצריך שהתוכן יובן כהסתה לגזענות ולא מספיק רק כוונת המסית וזאת מכמה סיבות: א) אין להעניש על דברים שבלב. ב) גם על הסתה לגזענות חל חופש הביטוי, ולפעמים פסקת ההגבלה לא מתירה לפגוע בהסתה. לדעת מצא אין חופש ביטוי על גזענות ולדעת ברק גם גזענות בודקים לפי חופש הביטוי.

דורנר: "כמו חברי, הנשיא ברק, סבורה גם אני כי עקרון חופש הביטוי משתרע גם על הביטוי הגזעני. עם זאת, הגדרת העבירה של הסתה לגזענות על-פי סעיף 144ב לחוק העונשין מבטיחה כי מידת הפגיעה בחופש הביטוי לא תעלה על הנדרש".

מצא: חופש הביטוי לא כולל הסתה לגזענות, והמבחן לוודאות קרובה לפגיעה בציבור לפי פסקת ההגבלה לא נבדק בעבירה התנהגותית זו.

לשון הרע - ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (ברק - פסקה 18)

ברק: גם על לשון הרע חל חופש הביטוי. זאת משום שהיא כוללת את הערך בחופש הביטוי של הגשמה עצמית, והחלפת דעות כדי להגיע לאמת. כמובן שהיא תיבדק מול ערכים אחרים.

 **3.8.3 איך פוגעים בזכות?**

בג"צ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה821 (2) (כהן – פסקה 6; קיסטר – עמ' 839 מהמלים "אשר לשאלת חופש הדיבור)

רקע: בקשתה של העותרת, המקיימת מפעל לאמנות המוסיקה, לקבלת תמיכה ממשרד החינוך והתרבות נדחתה מן הטעם "שאין זה מתפקיד משרד החינוך והתרבות לתמוך במוסד שמטרתו היא ביצוע מוסיקה כנסייתית".

כהן: לא ניתן לפסול כל מוזיקה כנסייתית, אבל במקרה הזה ניתן להציע שהמשיבים סירבו לתמוך כספית, בגלל שהעותרים עוסקים בסיפור השמצה המוקיע את היהודים על מנהיגיהם ומציגם כרוצחים נפשעים, ושמא זה כן שיקול פסילה לגיטימי.

קיסטר: אין שלילת חופש ביטוי, כי אין חובה לתקצב כל ארגון במסגרת זכות זו, אלא רק לא למנוע חופש ביטוי. יש ארגונים אחרים שנתמכים ע"י המדינה, ואם העותרת הייתה רוצה לקבל תקציב על חשבונם, היא הייתה צריכה להראות שחשיבותה למדינה לא פחותה מהארגונים הנתמכים שהם ציבוריים או מעין ציבוריים. לכן דוחה את העתירה.

בג"צ 3429/11 בוגרי התיכון האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (2012) (נאור – פסקאות 1, 7, 19, 28)

רקע: ב2011 התקבל חוק יסודות התקציב המאפשר לשר האוצר להפחית תקציב ממוסדות הקוראים לציין את יום העצמאות כיום אבל, והשוללים את מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. העותרים טוענים שהחוק לא חוקתי מאחר ששולל את חופש הביטוי הפוליטי, האומנותי והאקדמי. נטען כי החוק לא עובר במבחן הוודאות הקרובה בפסקת ההגבלה ושהפגיעה גורפת מידי מאחר שדיי במעשה בודד כדי לשלול תקציב. המשיבים טוענים שאין פגיעה בחופש הביטוי כי רק מונעים תקציב ולא ביטוי, וכ"כ הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה. זכות המדינה לבחור את הערכים שהיא רוצה לתקצב.

נאור: יש להפעיל כאן את דוקטרינת "הבעיה הבלתי בשלה", מאחר שהשר עוד לא השתמש בסמכות שלו לשלול כספים, וגם כשזה יקרה זה דורש הרבה מנגנונים שצריך לעבור כדי לשלול כספים. כ"כ שלילת התקציב מוגבלת לסכום שלא עולה על פי 3 מההוצאה.

בג"צ 5239/11 אבנרי (מלצר – פסקה 44; דנציגר – 20, 52)

מלצר: חוקק חוק שמאפשר לשר אוצר למנוע מחברה הקוראת לחרם על ישראל להשתתף במכרז. מלצר אומר שהחוק חוקי מאחר ששר האוצר צריך לקבל אישורים של וועדת הכנסת ושר המשפטים כדי לפעול. נוסף על כך הפגיעה כאן היא "במדרג שני", כי למדינה יש סמכות לתת צו לא לעבוד עם ספק ממדינה אחרת מטעמים מדיניים אז כ"ש שניתן לעגן זאת בחוק.

דנציגר: למדינה אכן יש שיקול עם מי להתקשר ובמי לתמוך אבל ברגע שהיא החליטה לתמוך היא לא יכולה לאפלות. הוא מכיר שהדין האמריקאי מרחיב יותר מהדין הישראלי את ההגנה על חופש הביטוי ולכן אפשר לקבל ממנו השראה לעקרונות אבל לא להסיק ממנו הלכה.

3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור

פס"ד קול העם

שר הפנים משתמש בסמכות שנתונה לו על פי חוק העיתונות וסוגר עיתון. מוגשת עתירה נגד הסגירה. **השופט אגרנט** קובע ששר הפנים הפעיל שיקול דעת שגוי ולכן פוסל את החלטתו לסגור את העיתון ומאפשר לו להתפרסם. בפסק דין זה אנו רואים נכונות של בית המשפט לבחון את שיקול הדעת של הרשות המבצעת. רואים כאן שלא רק שבית המשפט רשאי לבחון אם יש סמכות אלא גם אם ההפעלה שלה נכונה. היה צריך לבחון את חופש הביטוי מול הסיכון שבפרסום וניתן משקל גדול יותר ושגוי לסיכון ולכן ההחלטה בטלה.

בג"צ 979/15, מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 (סולברג - פסקאות 44-48).

רקע: יו"ר וועדת בחירות אוסר על חלוקת עיתון חינמי של מפלגה עבור תעמולת בחירות (בזמן בחירות) בגלל שנחשב מתנה.

סולברג: אומנם חוק המתנות מאפשר פגיעה בחופש הביטוי ע"י כך שמגביל חלוקת מתנות לצורך תעמולת בחירות, אבל עדיין צריך לבחון שהערך הנפגע מול חופש הביטוי יפגע בהסתברות גבוהה ובפגיעה קשה. במקרה שלנו אין וודאות קרובה לפגיעה קשה בחופש הבחירה של הבוחר, ולכן זה לא מצדיק איסור על חלוקת העיתון. לא עצם המתנה אסורה, אלא רק מתנה שהמסר העקרוני שלה לשכנע את הבוחר

יאיר אטינגר – לימוד עצמי

**הבחירות לכנסת 2.1.1**

**רובינשטיין ומדינה פרק 8 א-ד**

א. עקרונות יסוד

בבחירות יש מתח בין הרצון לתת ייצוגיות לבין הרצון ליציבות. חשוב לעגן את שיטת הבחירות בחוקה כדי למנוע את עריצות המפלגות הגדולות שינצלו את כוחן כדי לשנות שיטות בחירות לטובתן. עקרונות דיני הבחירות: א) חופש לבחור למי להצביע. ב) שוויון הזדמנויות בין מפלגות, ע"י מימון ציבורי למסע בחירות והגבלת הוצאות למפלגה. ג) דיני הבחירות נועדו למנוע זיופים. ד) שאיפה להבטיח ודאות ביחס לתוצאות הבחירות. ה) שמירה על טוהר הבחירות.

ב. קביעת מועד עריכת הבחירות לכנסת

כנסת פועלת 4 שנים, ולפי סעיף 9 לחו"י הכנסת, הבחירות יהיו ביום ג' השלישי לחודש חשוון של השנה שהכנסת סיימה את כהונתה. אם כנסת מתפזרת לפני, לפי חו"י הממשלה הנוכחי הכנסת הבאה מכהנת עד חשוון של השנה החמישית (מסתכלים כאילו הכנסת הבאה התחילה את כהונתה יותר מאוחר). הכנסת ה15 פוזרה לפני השנה הרביעית ובית המשפט קבע שם שמאחר שבאותה תקופה בחו"י הממשלה לא הוזכר שהכנסת הבאה מכהנת עד חשוון של השנה החמישית, הכנסת ה16 תכהן עד חשוון של השנה הרביעית בלבד. ס' 9א(א) מאפשר לכנסת להאריך את כהונתה מעל 4 שנים ברוב של 80 ח"כים ובנסיבות מיוחדות בלבד. ולכן יש על זה ביקורת שיפוטית. לכנסת יש יכולת לשנות את תקופת הכהונה **לכנסת הבאה** ברוב רגיל. אם הכנסת מחוקקת פיזור כנסת מוקדם, סעיף 35 קובע שמועד הבחירות צריך להתקיים חמישה חודשים מיום קבלת החוק. הכנסת יכולה להתפזר גם בלי חוק בשלושה מצבים: איש אינו מצליח להרכיב ממשלה, לא מתקבל חוק תקציב שלושה חודשים מתחילת שנת הכספים, החלטת ראש ממשלה שפועלת ע"פ צו נשיא. במקרים כאלה צריך לקיים את הבחירות ביום ג', תוך 90 יום מהכרזת הנשיא שאף ח"כ לא יכול להקים ממשלה.

ג. ניהול הבחירות

4 גורמים מנהלים את הבחירות: ועדות קלפי, ועדות הבחירות האזוריות, ועדת הבחירות המרכזית, יו"ד ועדת הבחירות המרכזית. ועדת הבחירות המרכזית מנהלת את כל הליך הבחירות ויש לה גם תפקיד לפסול מפלגות ולשפוט על מחדלים בנוגע הבחירות. היא מודיעה על תוצאות הבחירות. הקושי לתת לועדת הבחירות יכולת לפסול מפלגות, הוא כי היא מורכבת מגוף פוליטי. כדי להתמודד עם זה, חלק מהסמכויות המעין שיפוטיות (בנושא אכיפה) הועברו ליו"ר (שהוא שופט), הוחלט שבית המשפט העליון צריך לאשר פסילה של מועמד ואפשר לערער אצלם על פסילת מפלגה. בית המשפט מתערב יותר בעניינים של זכות להיבחר וחופש ביטוי, ופחות בעניינים טכניים כדי לא לעכב את הבחירות. נשאר בצ"ע האם ניתן לתקן רשימה לאחר מועד הגשת הרשימות אם התברר שהיה זיוף.

ד. הזכות והחופש לבחור

הזכות לבחור היא מגיל 18 לא יאוחר מיום ג' השלישי לחודש חשוון לאחר תחילת שנת הבוחרים (בפועל הכנסת קובעת חקיקה מיוחדת שמספיק להיות בן 18 ביום הבחירות). כדי לפסול זכות לבחור צריך לפסול אזרחות. יש דרישה שחייבים להצביע בקלפי מסוימת. כמה קשיים בדבר: א). מניעה מישראלים שבחו"ל להצביע. ב) אנשים שקשה להם להגיע (כדי לפתור זאת נקבע שחיילים או רופאים וכדומה יוכלו להצביע במקומם). אנשים מוגבלים בניידות (נקבע שחובה להקים קלפי עבור אנשים מוגבלים בכל ישוב כדי לפתור זאת) יש כאלה שגם לא יכולים לצאת מהבית. ג) צריך לדעת עברית (או ערבית כי אפשר להוסיף כיתוב בערבית בפתק). לעולים חדשים יש בעיה להבין מה כתוב בפתקים. פתק לבן לא נספר כקול לעניין חישוב המנדטים. חיילים מצביעים במעטפה עם הפרטים שלהם למרות שיש בזה פגיעה בחשאיות, כי עיקרון כלליות הבחירות גובר על החשאיות. אדם עם קושי לבצע הצבעה יכול לבוא עם מלווה, אבל הוא אינו יכול להיות מנהל בית האבות שלו.

**2.1.2 מוסדות הכנסת והליכי החקיקה**

**רובינשטיין ומדינה פרק 10 ג-ד**

ג. מוסדות הכנסת ומועדי עבודתה של הכנסת

הכנסת מוגבלת לשני כנסים שנמשכים לפחות שמונה חודשים. ושלא בתקופת כנסים, לכנס מיוחד לפי דרישת הממשלה לדיון בסדר יום או ע"י 25 חברי כנסת. מליאת הכנסת מתכנסת בימים ב' ג' וד'. ובאישור ועדת הכנסת ניתן לקבוע יום נוסף.

1. מליאת הכנסת

המליאה זו הכנסת. אין הגבלה לח"כים שצריכים להיות בדיון. ההצבעה מסיימת את הדיון. ההצבעה היא פומבית למעט הצבעה לתפקידים כמו נשיא או מבקר המדינה.

ד. יו"ר הכנסת והסגנים

יו"ר הכנסת וסגניו נבחרים ע"י הכנסת. ליו"ר יש סמכויות של ניהול הישיבות, סדרי ההצבעה, הענקת רשות דיבור, פירוש הוראה של תקנון ויכולת לא לאשר הצעת חוק בגלל תוכנה (בית המשפט נמנע מלהחיל ביקורת שיפוטית על זה). כדי ליצור אי תלות שלו הוא לא חבר באף וועדה בכסת אבל יכול להשתתף בדיונים. הוא משמש כממלא מקום הנשיא.

ה. ועדות הכנסת

הכנסת ממנה ועדות (12 קבועות וניתן להוסיף עליהן) לדון בחוקים ובנוסחם. הנציגים מורכבים לפי גודל הסיעה בכנסת. ועדה יכולה להתכנס בכל מספר חברים, אבל צריכה לדון מחדש בהחלטה שקיבלה אם לא כולם היו. יו"ר הועדה יכול להטיל סנקציות נגד חברים בוועדה ולקבוע את סדר היום בה. אם ועדה לא מסיימת לדון בזמן שנקצב לה לדון ניתן להעביר את הדיון לוועדה אחרת. אם יו"ר מעכב את הדיונים בכוונה, ניתן להחליף את חברי הועדה ע"י הכנסת ולבחור יו"ר אחר. ועדות לא חיבות להיות פומביות, אבל היום נהוג לעשות אותן פומבי בדר"כ. כ"כ חייבים להעביר את מסקנות הועדה לח"כים שיוכלו לעיין בהן. ועדה יכולה לפי חו"י הממשלה לזמן כל עובד ציבור למסור לה מידע. אין לוועדה חובה לזמן כל מי שהנושא קשור אליו והדבר עלול לפגוע בו, אבל ביהמ"ש אמר שיפה לעשות זאת. הועדה יכולה גם ליזום הצעות חוק.

4. ראש האופוזיציה

מגיע מהסיעה הגדולה ביותר. ראש הממשלה צריך לעדכן אותו פעם בחודש בענייני מדינה.

5. היועץ המשפטי לכנסת

מייעץ לכנסת בנושאי חוק ומשפט בנוגע לתפקידם ומייצג הכנסת בערכאות. העמדה של היועמ"ש מחייבת את הממשלה ואילו העמדה של היועמ"כ היא רק יעוץ אבל צריך להתחשב בה. הוא מתמנה ע"י יו"ר הכנסת באישור ועדת הכנסת מבין מועמדים שממליצה ועדה ציבורית. תנאים לבחירתו: א) לא היה חבר ב5 שנים שקדמו בתנועה פוליטית. ב) לא יכול בשנה שאחרי כהונתו להצטרף לתנועה פוליטית. יו"ר הכנסת יכול להסירו בהתאם לעילות שנקבעו בחוק, ומליאת יכולה להסירו גם ללא העילות ע"י רוב ח"כים ובהמלצת ועדת הכנסת.

6. נציב הדורות הבאים

הכנסת הרבה פעמים לא חושבת על העתיד אלא על מה יועיל עכשיו, ולכן יש את בעל התפקיד הזה שמיידע את הכנסת בנושאים שרלוונטיים לדורות הבאים, ומחווה את דעתו על הצעות חוק ביחס לדורות הבאים.

ד. הליכי חקיקה

1. עקרונות יסוד

הליכי החקיקה מוסדרים בתקנון. אם הם לא התבצעו כמו שצריך בפגם היורד לשורש העניין ביהמ"ש רשאי להכריז על בטלות חוק. במגדלי העופות נקבעו 4 עקרונות ביסוד הליך חקיקה שפגיעה בהם עשויה להוות פגם היורד לשורש: עקרון הכרעת הרוב, שוויון פורמלי; שלכל ח"כ יש קול 1, עקרון הפומביות, ועיקרון ההשתתפות; שכל ח"כ יכול להשתתף בהליך החקיקה. בית המשפט מתערב רק בהפרות קיצוניות של עקרונות אלו. בית המשפט לא נוהג לאכוף את חובת הכנסת לבסס את החלטותיה ע"י תשתית עובדתית נאותה, אבל זה תלוי כמה נושא חשוב.

2. הזכות להציע הצעות חוק

ח"כ יכול להגיש הצעת חוק והיא נקראת הצעת חוק פרטית. אם הממשלה מתנגדת להצעה נדרש תמיכה של 50 ח"כים בשלוש קריאות כדי להעלות את ההצעה. ועדת הכנסת לפי התקנון יכולה גם להגביל הצעות חוק פרטיות לפי סיעה. סגני שרים ושרים לא יכולים להעלות הצעות חוק פרטיות.

3. הסדרים מיוחדים לעניין הצעות חוק "פרטיות"

הצעות חוק של ממשלה או וועדה מובאות לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. הצעות חוק פרטיות צריכות לעבור שני שלבים: א. אישור יו"ר הוועדה שבודק את הצורניות של ההצעה והתאמתה לחוק. ב. הצבעה במליאה (דיון מוקדם) לאישור העברת ההצעה לוועדה להכנה לקריאה ראשונה. שם בודקים שההצעה לא גזענית או שוללת את קיומה של המדינה.

יש לנהוג בריסון לא לאשר הצעה בגלל תוכנה ולשמור זאת רק לגזענות, ופחות להצעה שנגד אופי היהודי והדמוקרטי במדינה. הצעת חוק פרטית עוברת גם הליך מקדמי של דיון מוקדם בכנסת ואישור של ההצעה שם. ההחלטה עוברת לוועדת הכנסת שממליצה האם לאשר את ההצעה או לא, והכנסת יכולה להחליט האם לקבל את ההמלצה. רק אז נכנסת הקריאה הראשונה של החוק. מגבלה נוספת על הצעה פרטית כדי למנוע בזבוז כספים ציבוריים לטובת מגזר מסוים, שכל הצעה כזו צריכה לכלול איפה מקצצים כנגד, או הטלת מס. עם זאת, אם יש רוב ח"כים להצעה אין מגבלה כזו ולוקחים את התקציב מרזרבות. לכן נוספה מגבלה נוספת בחו"י משק המדינה, שהצעה שעולה מעל 5 מיליון בשנה והממשלה מתנגדת לה צריכה 50 ח"כים לפחות. עוד הגבלות על הצעה פרטית שאם ח"כ שהציע אותה סיים תפקידו או מונה לשר לפני שקריאה ראשונה הסתיימה, ההצעה מורדת. הגבלה נוספת שאם הצעה הורדה ולא עבר 6 חודשים היא לא מועלת שוב (חוץ ממקרים מסוימים).

4. שלוש קריאות

קריאה ראשונה – היא כללית ומוצגת ע"י השר הנוגע בדבר, ואם יש לה רוב היא עוברת לוועדה המתאימה. ניתן להמשיך קריאה ראשונה בכנסת הבאה באישור הכנסת. הועדה יכולה להציע תיקונים בחוק שקשורים לחוק ולא להציע נושאים חדשים. הועדה מחליטה על הנוסח הסופי של החוק, וח"כים יכולים לתת הסתייגות על סעיפים. הממשלה בניגוד להצעה פרטית יכולה לבטל את ההצעה לפני קריאה שלישית.

קריאה שנייה – דנים בכל סעיף, ואם מתקבלות הסתייגויות ניתן להחזיר זאת לוועדה להתאמה להסתייגויות. ההצבעה היא ע"י הח"כים.

קריאה שלישית – מתקיימת לא דיון נוסף, אלא אם התקבלו הסתייגויות בקריאה השנייה.

5. חתימה על החוק, פרסומו ותיקון טעויות סופר

אחרי הקריאה השלישית נותר לחתום על החוק ע"י יו"ר הכנסת, רוה"מ, השר הממונה על הצעת החוק והנשיא (חוץ מדברים שנוגעים לגביו), ולפרסמו ברשומות תוך עשרה ימים (ללא פרסום, החוק לא קיים). הכנסת מוסמכת לתקן טעות טכנית בנוסח שנכתב. תיקונים אלה הם בעלי תחולה למפרע.

**2.4 נשיא המדינה**

**רובינשטיין ומדינה פרק 20**

תפקיד הנשיא הוא טקסי. יש שלוש סמכויות הכרוכות בשיקול דעת מסוים: חנינות והפחתת עונשים, הטלת הרכבת הממשלה על מועמד והסכמה לפיזור הכנסת לפי בקשת רוה"מ.

ב. בחירת נשיא וסיום כהונתו

נבחר בין 90 ל30 יום לפני גמר כהונת הנשיא לפניו. צריך עשרה ח"כים כדי להציע מועמד לנשיא. ההצבעה היא חשאית ולפי רוב הח"כים. נבחר ל7 שנים (בעבר נבחר ל5 שנים עם אופציה לקדנציה נוספת). ניתן להעביר אותו מתפקידו אם הוא פועל בצורה לא מתאימה, ברוב של 3/4 מחברי ועדת הכנסת וברוב כזה של חברי הכנסת.

ג. תפקידי הנשיא, סמכויותיו וחסינותו

הנשיא זוכה לחסינות אישית מהעמדה לדין פלילי או אזרחי על דברים שעושה במסגרת תפקידו. על דברים שלא במסגרת תפקידו (כמו שוחד) יש לו חסינות דיונית שחלה רק בתקופת כהונתו. לא ניתן לעתור משפטית נגד החלטה אישית של הנשיא. אבל ניתן לתקוף את המעשה (ולא את העושה) בצורה מצומצמת יותר. על חתימות של נשיא על מסמכים רשמיים מתווספות חתימות של השר הממונה, כי הוא הנושא באחריות הציבורית על ההחלטה ולא הנשיא. הנשיא יכול להביע את דעתו על נושאים ציבוריים.

ד. סמכות החנינה

הנשיא יכול לחנון מעונש וגם לתת חנינה מלאה שמבטלת את ההרשעה. אמנם הממשלה יכולה להחליט לא לקבל אדם שנמחקה לו ההרשעה לתפקיד ציבורי בגלל האינטרס הציבורי. נשיא יכול גם לתת חנינה לפני הרשעה עבור אינטרס ציבורי, אבל אין להשתמש בזה. ראוי שנשיא ינמק את החלטותיו לתת חנינה ולסרב לתת. שר המשפטים גם צריך לאשר את החנינה. רובינשטיין טוען שגם אם הנשיא חושב שבית המשפט טעה ולכן נתן חנינה, זה בסדר כי ההקלה בעונש לא מבטלת את עצם הקלון הנלווה לעבירה. הביקורת על חנינות הנשיא מצומצמת לחריגה מסמכות או למרמה (שעבדו עליו בפרטים), ולא מופעלות על טעות שלו בשיקול דעת.

**2.5.2 ביקורת המדינה**

**רובינשטיין ומדינה פרק 10 ה2**

2. ביקורת המדינה

הכנסת בוחרת את מבקר המדינה ורשאית לדרוש ממנו חוות דעת על כל תחום שבתפקידו. מבקר ארגונים ממשלתיים וגם כאלה שנתמכים ע"י המדינה. בודק את יעילות עבודת המבוקרים, את טוהר המידות שלהם ואת תקינות המנהל. הביקורת השיפוטית עוסקת בבירור חוקיות של רשויות שלטון תוך התמקדות בסוגיה ספציפית, ואילו ביקורת המדינה כוללת אוסף רחב של פעולות, תוך היזקקות לאמות מידה מתחום הניהול, הדיווח הכספי והאתיקה הציבורית. המבקר אמור לקבל דוחות שנתיים מהמבוקרים על עבודתם. הוא מעביר את הביקורת שלו השנתית לוועדה לענייני ביקורת של הכנסת, לרוה"מ ולמבוקרים. רוה"מ צריך להתייחס לביקורת. ביהמ"ש נמנע מביקורת שיפוטית על החלטת המבקר. להלכה הביקורת של המבקר לא מחייבת אבל חלו שינויים בזה בשנים האחרונות. לעניין מימון מפלגות יש חוק שההחלטה שלו מחייבת משפטית. ביהמ"ש קבע שמי שמבוקר חייב לתת נימוקים מאוד טובים למה הוא לא מיישם את הביקורת. המבקר גם משמש כנציב לתלונות הציבור על דברים שגופים מבוקרים פוגעים, והוא יכול לפעול גם בדברים שהולכים לביקורת שיפוטית. הנציב יכול לתת צו מניעה או פיצויים לטובת עובד ציבור שהתלונן על מעשה שחיתות מצד הממונים עליו, ויכול למשל לבטל פיטורים.

2.5.3 ועדות חקירה

**רובינשטיין ומדינה פרק 19**

**ועדות חקירה**

א. הקדמה

יש ועדות חקירה ממלכתיות שמוקמות ע"י רשות מבצעת ומשמשות אמצעי חשוב לבדיקת אופן הפעולה של הרשויות. בצד ועדות אלה יש ועדות חקירה פרלמנטריות שהחברים בהן הם חברי כנסת.

ב. כינונה של ועדת חקירה ממלכתית ואופן פעולתה

1. ההחלטה על כינון ועדת חקירה וקביעת נושא החקירה

כינון ועדת חקירה ממלכתית מוסדר בחוק ועדות חקירה. הסמכות היא לממשלה. הממשלה מגדירה לוועדה את תחום החקירה, אבל בפועל יש לה שיקול דעת רחב. הועדה מפרשת את כתב המינוי לפי תכלית המינוי. הוועדה בעיקרון אמורה לדון בחקירה של עובדות, אבל יש לאפשר לה גם לייעץ לממשלה במדיניות הרצויה. הועדה גם אמורה לפעול לפי עקרון הפרדת רשויות ולא להתעסק בבירור אחריות פלילית שזה תפקיד הרשות השופטת, אלא לברר את הבסיס העובדתי לפעולה של ממשלה. אין להקים ועדה שתבדוק הליך פלילי כי זה עשוי להשפיע על ההליך המשפטי, אלא אם היא עוסקת בדברים אחרים כגון אחריות ציבורית. אין חובה להקים ועדת חקירה. אם ממשלה מבטלת ועדת חקירה יהיה על זה ביקורת שיפוטית מדוקדקת. הסמכות להקים ועדת חקירה היא של הממשלה, אבל בתיקון שהתקבל ב95 נקבע כי ועדת ביקורת המדינה של הכנסת, בעקבות דין וחשבון של מבקר המדינה, רשאית להקים ועדת חקירה.

2. קביעת הרכב הוועדה

היו"ר מתמנה ע"י שופט בית המשפט העליון. ממונה שופט בעליון או המחוזי. רובינשטיין אומר שאם מונה מישהו לוועדה שמלכתחילה היה עם דעות קדומות על נושא החקירה, נראה שניתן ליו"ר להוציאו מלהיות בוועדה.

3. הליכי הדיון בוועדה

ועדה ממלכתית יכולה לזמן כל אדם להעיד בפניה ולהציג בפניה מסמכים, ולהטיל קנס על אדם שאינו מגיע. היא יכולה להזמין צו חיפוש. עדות שנמסרת לפני הועדה לא נחשבת ראיה בבית המשפט. הדיון שלה הוא פומבי, אבל היא רשאית לתת חיסיון אם יש צורך בדבר כגון שיקול של שלום האדם, או ענייני כלכלי חיוניים למדינה. הועדה צריכה להודיע לכל אדם שעשוי להיפגע ממנה במה הוא עשוי להיפגע, ולאפשר לו להשמיע דברו בפניה. אם יש צורך דחוף, הוועדה יכולה לפרסם את הדו"ח למרות שלא הודיעה למי שזה נוגע לו. ועדה פטורה מסדרי הדין של המשפט ודיני הראיות, לכן לא צריכה להביא לנאשם את חומר הראיות בחומר החקירה הרלוונטי, והנאשם לא זכאי להימנע ממסירת עדות. כ"כ אין דיני התיישנות על ראיות שיכולה להשתמש בהן.

ג. מעמדם של הממצאים של ועדת חקירה ממלכתית

הועדה מפרטת את העובדות ודרכי פעולה שצריך לנקוט בעתיד כגון העברת אדם מתפקיד, אבל אין לה חובה לתת המלצות. הממשלה צריכה לאמץ את עובדות הועדה. השאלה מה לגבי ההמלצות שלה. נראה שהממשלה צריכה לשקול בכובד ראש את המלצות הוועדה, אבל היא לא מחויבת ללכת לפי ההמלצות. הנוהג הוא כן ללכת אחר ההמלצות. בפועל בית המשפט אמר לקיים הליך פלילי בעקבות וועדות חקירה. בית המשפט עד היום נמנע מלבקר שיפוטית ועדה, אבל אין מחויבות להימנע מביקורת.

ד. ועדת חקירה פרלמנטרית

לצד ועדות ממלכתיות של הממשלה יש ועדות של הכנסת. הכנסת יכולה להקים ועדת חקירה אחרי דין וחשבון של מבקר המדינה, ובנושאים אחרים יכולה להקים ועדת חקירה פרלמנטרית לפי סעיף 22 לחו"י הכנסת, כדי לחקור דברים שהכנסת קבעה. סמכות ותפקיד הוועדה נקבע ע"י הכנסת. נראה כי אם ועדת החקירה אינה ועדה קבועה של הכנסת אין לה סמכות לזמן אנשים לחקירה. אופן הקמת הועדה מתבצע ב3 שלבים: א. החלטת המליאה להעביר הצעה להקים ועדת חקירה לוועדת הכנסת. ב. המלצה של ועדת הכנסת להקים את הוועדה תוך פירוט סמכויותיה ותפקידיה. ג. אישור ההצעה ע"י מליאת הכנסת. בכל וועדה כזו יהיה נציגים גם של סיעות שלא בממשלה.

1. למרות שכתוב בחוק יסוד זה תאריך תחולת החוק, אין בזה פגם, מאחר שלא כתוב תאריך חקיקת החוק. [↑](#footnote-ref-1)
2. הכנסת רצתה לטעון שמאחר שיש נגדו עוד האשמות, יכול להיות שבהמשך הוא יורשע בהן ויקבל שנת מאסר, אבל בית המשפט לא קיבל טיעון זה, מאחר שכל עוד הוא לא הורשע בעוד עבירות אין להתחשב בהן. [↑](#footnote-ref-2)
3. הכוונה להסתכל האם הכנסת פעלה לפי הסמכות הטכנית שקיבלה (הכללים היבשים), ולא להסתכל על המוסריות של החלטתה. [↑](#footnote-ref-3)
4. **לפני הצעת החוק**, הייתה עתירה לבית המשפט המחוזי שלא אישר לבורסה לקבוע את מה שקבעה, מאחר שזה לא היה בסמכותה. [↑](#footnote-ref-4)
5. אם התקציב לא מאושר הממשלה נופלת, וחיבור חוק ההסדרים לדיון על התקציב מחייב את הח"כים למשמעת קואליציונית כדי לא להפיל את הממשלה (ע"פ ויקיפדיה). [↑](#footnote-ref-5)
6. חסינות על חבר הכנסת בפני סנקציות פליליות, בגין פעולות שביצע במסגרת מילוי תפקידו כחבר הכנסת. [↑](#footnote-ref-6)
7. חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום, רשאי לפנות לוועדת הכנסת ולבקש שתעניק לו חסינות מנימוקים שונים. [↑](#footnote-ref-7)