**תוכן עניינים**

**פרק ראשון: מבוא למשפט חוקתי**

**1.1 חוקה – אפיונים וטיעונים בעד ונגד עמ' 3**

**1.2.1 המהלך החוקתי 1948 – 1992 עמ' 5**

**1.2.2 המהלך החוקתי 1992 ואילך עמ' 8**

**1.2.3 המהלך החוקתי – השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים עמ' 10**

**1.2.4 המהלך החוקתי – ביקורת שיפוטית תוכנית, הליכית ומשולבת עמ' 12**

**1.2.5 חוקי היסוד כחוקה עמ' 12**

**פרק שני: מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות**

**2.1.1 הבחירות לכנסת עמ' 16**

**2.1.2 מוסדות הכנסת והליך החקיקה עמ' 17**

**2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת עמ' 19**

**2.1.4 תקנון הכנסת ומעמדו עמ' 20**

**2.1.5 חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה עמ' 21**

**2.1.6 חסינות חברי כנסת עמ' 22**

**2.1.7 הדחת חבר כנסת מכהן עמ' 23**

**2.2.1 בחירות עמ' 24**

**2.2.2 הסכמים קואליציוניים עמ' 25**

**2.2.3 סמכויות הממשלה השרים והאצלתן עמ' 26**

**2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר עמ' 27**

**2.3 בתי המשפט עמ' 29**

**2.4 נשיא המדינה עמ' 31**

**2.5.1 היועץ המשפטי לממשלה עמ' 31**

**2.5.2 ביקורת המדינה עמ' 32**

**2.5.3 וועדות חקירה עמ' 33**

**פרק שלישי: זכויות האזרח**

**3.1.1 מידתיות ונוסחאות איזון אחרות עמ' 33**

**3.1.2 דרישת ההסמכה עמ' 36**

**3.1.3 הלימה לערכי המדינה עמ' 37**

**3.1.4 תכלית ראויה עמ' 37**

**3.1.5 שאלות נוספות עמ' 38**

**3.1.6 תוצאות הפגם החוקתי עמ' 39**

**3.2 זכויות אזרח במשפט הפרטי עמ' 41**

**3.3 כבוד האדם עמ' 43**

**3.4 זכויות חברתיות עמ' 46**

**3.5.1 חופש העיסוק, היסטוריה, רציונל ומגמה עמ' 49**

**3.5.3 היקף עמ' 51**

**3.5.4 פסקת ההתגברות עמ' 51**

**3.6.1 שוויון, השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו עמ' 53**

**3.6.2 מעמד עמ' 55**

**3.6.3 סיווגים חשודים עמ' 56**

**3.7.1 חופש הדת וחופש מדת, רציונל עמ' 57**

**3.7.2 היקף ומשקל עמ' 58**

**3.8.1 חופש הביטוי, רציונל ומעמד עמ' 60**

**3.8.2 היקף עמ' 61**

**3.8.3 איך פוגעים בזכות? עמ' 62**

**3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור עמ' 62**

**3.8.5 חופש הביטוי מול ערכים אחרים עמ' 63**

**3.8.6 יחסי פרט-תקשורת ציבורית עמ' 64**

**3.8.7 חופש הביטוי המסחרי עמ' 65**

**פרק רביעי: סמכויות חירום**

**4.1 הכרזה על מצב חירום עמ' 66**

**4.2 תקנות ההגנה עמ' 66**

**4.3 תקנות שעת חירום עמ' 67**

**4.4 חקיקת חירום תלוית הכרזה עמ' 68**

**4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה עמ' 69**

**פרק חמישי: מדינה יהודית ודמוקרטית**

**5.1 הגירה ומרשם עמ' 70**

**5.2 בחירות ומפלגות עמ' 74**

**"לחרטט בביטחון זו הגדולה של סטודנטים למשפטים"**

 **(1) מבוא למשפט חוקתי**

**1.1 חוקה – אפיונים וטיעונים בעד ונגד**

**גדעון ספיר, שלושה מודלים של חוקה**:

מאפייני החוקה:

1. **עליונות** – בעלת מעמד גבוה יותר מחקיקה רגילה. במקרה של התנגשות בין חקיקה רגילה לחוקה – ידה של החוקה על העליונה. בעלת התוקף הנורמטיבי הגבוה ביותר בפירמידת הנורמות. כששתי נורמות באותו המדרג – המאוחרת תגבר, הספציפית תגבר.
2. **נוקשות** – קיומו של מנגנון מיוחד לשינוי החוקה. מדובר במנגנון נוקשה יותר שמטרתו הינה להגן על עליונותה של החוקה. היעדרה של נוקשות מחלישה פורמלית את עליונותה של החוקה.
* **שריון מוחלט** –קיצוני. לא ניתן בשום אופן (למעט מהפכה ) לשנות ס' מסוים בחוקה.
* **שריון יחסי** – נפוץ. דרישה של רוב מיוחד/מיוחס כתנאי לשינוי. הצבת רף גבוה יותר ביחס לזה המוצב בחקיקה רגילה.
* **שריון זמני** – נדיר. שריון זמני של ס' אשר בחלוף הזמן פרק הזמן ניתן יהיה לשנותם.
* **שריון מותנה** – התרחשות אירוע מסוים כתנאי לשינוי בחוקה.
1. **סגנון** – תמציתי וקצר יותר מחקיקה רגילה. עוסק בעקרונות יסוד מופשטים.
2. **תוכן** – קובע את כללי המשחק בחברה. כולל את מבנה המשטר והזכויות.
3. **דרך קבלה** – נוצרת ע"י גוף מכונן. בישראל – הכנסת. חסרון בכינון חוקה ע"י הגוף המחוקק – אינטרס מובנה כנגד החוקה מאחר וזו תחליש אותו, בדר"כ מכוננים חוקה ברגעי משבר אך בישראל טרם נעשה כך.

תכליות החוקה:

1. עיגון החוקה כדי שכללי המשחק יהיו **קבועים ויציבים**. כיצד משיגים יציבות – שריון העליונות.
2. עיגון הזכויות **בשל החשש מטבעו של האדם** – ובכך החוקה מגנה על עצמה מפני עצמנו.

**שתי גישות למתן ביקורת שיפוטית, גדעון ספיר, המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד**.

1. **מודל ריכוזי** – משפט אזרחי, רק בימ"ש לחוקה יוכל לבצע ביקורת שיפוטית.
2. **מודל ביזורי** – משפט מקובל, כל ביהמ"ש יוכל לדון בענייני חוקה.
* בישראל – **בג"ץ** מבצע ביקורת שיפוטית – מאפיין של המודל ה**ריכוזי**.
* מאפיין של המודל הביזורי – בתקיפה עקיפה, כל בימ"ש יכול לדון.

**הרציונאליים לאימוץ אסטרטגיה חוקתית – למה צריך חוקה?:**

1. **הגנה על ערכי יסוד** – שכרות למול פיכחון. הגנה על החוקה מטבעו של האדם לשנותה במצבי חולשה בהם מתערער שיקול הדעת. החוקה כמבוגר אחראי שנותר פיכח גם בעת שיכרון.
2. **יציבות וקביעות** השיטה הקיימת. שימור כללי המשחק הקיימים.
3. **הגנה על המבנה הדמוקרטי**- הגנה על עקרונות שנועדו לשרת ולשמר את המשטר הדמוקרטי (חופש הביטוי, הזכות להצביע וכו').
4. **להבטיח שעניינים מהותיים יקבלו את תשומת הלב הראויה ויוכרעו ע"י המערכת הפוליטית לאחר שיקול דעת מעמיק**. ההבדל בין הנימוק הראשון לשלישי הוא שבעוד שעל פי הטיעון הראשון החוקה יוצרת כללי משחק יציבים, הנימוק השלישי מדבר יותר על החשיבות שביצירת כללי משחק שבסיסם הם דמוקרטיים.

**3 המודלים החוקתיים:**

1. **המודל הקלאסי** – המודל הנפוץ ביותר וגם זה שקיים בישראל. נגזר מהרציונל של **הגנה על ערכי היסוד** (1). מודל זה מבוסס על 3 עקרונות יסוד: **עליונות, נוקשות ומנגנון אכיפה המקנה לביהמ"ש סמכות לפסול חקיקה הסותרת את החוקה.**

**טענות כנגד החוקה:**

1. **אי הסכמה בשאלת הערכים** – החברה הפלורליסטית מאופיינת בריבוי דעות, ספק אם ניתן להתגבר על מחסום אי ההסכמה ובאמת לאמץ חוקה.
2. **מתח עם העיקרון הדמוקרטי וכפועל יוצא פגיעה במעמדו של ביהמ"ש** – העברת הסמכות לביהמ"ש. הפיכת ביהמ"ש לשחקן מרכזי במשחק הפוליטי הערכי.

בעיה ראשונה – ההחלטה מתקבלת ע"י השופט ולא ע"י העם.

בעיה שניה – הפיכתו של ביהמ"ש לשחקן פוליטי בתוך מערכת קבלת ההחלטות שבהתנגשויות בין ערכי יסוד.

1. **קיבעון מוסרי וכבילת הדור הנוכחי לערכי העבר** – לגיטימי שתפיסת עולם משתנה בחלוף הזמן. רכיבי חוקה שבעבר היו לגיטימיים וכעת לא ולהיפך – כבולים בעיגונם בחוקה. מתח בין דעת הרוב בעבר לבין דעת הרוב בהווה.
2. **קיבעון מחשבתי ודלדול השיח הדמוקרטי** – הורדת המוטיבציה של הציבור לעסוק בסוגיות ערכיות ולהשתתף בתהליכי הכרעה. שיח ציבורי הינו מרכיב חשוב בדמוקרטיה. אי הבעת עמדת וגישה ע"י העם מביא לאיבוד קרנה של הדמוקרטיה.
3. **ספק לגבי האפקטיביות** – לאורך ההיסטוריה ניתן לראות שביהמ"ש הולך עם הרוב המתלהם גם ברגעי משבר ומשכך מטרתה של החוקה יורדת לטמיון. שופטים בתוך עמם הם יושבים –ברגע שהעם 'מתחרפן' כך עשויים גם השופטים.

**פתרונות:**

1. **הגבלת היקף הביקורת השיפוטית (מינימליזם)** – השופט החוקתי אינו חייב להשתמש בשיקול דעת ערכי עצמאי.

**Ely** – ביהמ"ש יתערב רק לצורך הבטחת שמירה על האופי הדמוקרטי של ההליך הפוליטי. הבעייתיות – השיטה אינה כוללת התערבות ביהמ"ש ברכיבי זכויות אדם ואזרח. בנוסף, הגישה תלויה במידה רבה ברצונו הטוב של ביהמ"ש לבצע את הפרשנות הפוליטית – תלות בהשקפת עולמם של השופטים. צמצום הביקורת למקרים שבהם מתקיימת פגיעה במיעוט. במקרה של פגיעה ברוב – ביהמ"ש לא יתערב.

1. **מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי** – מנגנון בחירה וקציבת זמן כהונה. נועד לשני דברים - שיהיה מתאם בין מה שאומרים השופטים לבין מה שחושב הרוב, ושיהיה מתאם בין מה שאומרים השופטים לבין מה שחושב הרוב היום. כלומר, מינוי השופטים יתבצע באופן דמוקרטי ע"י הרשות המבצעת והרשות המחוקקת יחד, וכך מייצג את דעת הרוב. בנוסף, קיים זמן קצוב לכהונת השופטים, ע"מ שתהיה תחלופה גבוהה ושהשופטים ייצגו את הדור הנוכחי.

המנגנון פותר את בעיית המתח בין בית המשפט לעקרון הדמוקרטי ואת בעיית הכבילה לערכי הדור הקודם.

1. **הורדת רף השריון** – מרפא את המחלה אך הורג את החולה. אמנם נפתרת בעיית הקיבעון המוסרי אך בעיית ההגנה על ערכי היסוד נותרת בעינה – מחוקק שיכור עלול לפגוע בערכי היסוד בקלות יחסית.
2. **תורת פרשנות** – קביעת עקרונות פרשניים שצריכים להנחות את השופטים. שתי גישות על בתורת הפרשנות:
* אוריג'נליזם – פרשנות בהתאם לכוונה המקורית של מנסחי החוק ובהתאם למשמעות האובייקטיבית והמקורית של הטקסט. הרצון הוא בצמצום סמכותו של השופט בפירוש השיפוטי. נותן מענה למתח עם העיקרון הדמוקרטי אך מעצים את כבילת הדור הנוכחי לערכי הדור הקודם**. אם החוקה ברורה ומפורטת**, עדיין החוקה לא מסוגלת לתת תשובה ברורה שבולמת את שיקול הדעת והפרשנות של השופט.

נונ-אוריג'נליזם – **טענה כי חוקה צריכה להיות חיה ומתפתחת בהתאם לחברה-**פרשנות העולה בקנה אחד עם תפיסת ערכית מסוימת. הבעיות – אי הסכמה בשאלת הערכים, ריכוז הכוח הפרשני והקושי לחלץ הנחיות ברורות מעקרונות אבסטרקטיים.

* **הגישה השולטת בישראל – הפרשנות התכליתית** – לשיטתו של ברק, הפרשנות צריכה להיות כזו שתרה אחר התכלית האובייקטיבית שהנורמה נועדה להשיג. פרשנות תכליתית אינה פרשנות לאור כוונת המחוקק. כוונת המחוקק הינה עניין פסיכולוגי - סובייקטיבי, ואילו התכלית היא עניין נורמטיבי אובייקטיבי השונה מן הכוונה האנושית של המחוקק המסוים, השיטה מורכבת משלושה רכיבים מרכזיים:
1. התחשבות בכוונת המחוקק.
2. סוג ההסדר המשפטי – ישליך במידה מסוימת על דרך הפרשנות.
3. המבנה החוקתי של השיטה ועקרונות היסוד שלה – פירוש לאור המבנה החוקתי של השיטה ולאור עקרונות היסוד שלה. הבעייתיות – מהן עקרונות היסוד ומי קובע אותן? תיאוריה כללית שמותירה מרחב תמרון רחב לפרשן.

 ברק הוא נון אוריג'ינליסט שמנסה להסוות זאת על ידי זה שהוא יטען שהפרשנות שהוא מציע היא אובייקטיבית.

**משה לנדוי, חוקה כחוק עליו למדינת ישראל?**

לנדוי סבור שהגיעה העת בה נדרש לקבל הכרעות מפורשות על שאלות כמו מה מעמדם ותוקפם של חוקי היסוד, ובמיוחד אלו המשוריינים שביניהם, לעומת מעמדם של החוקי הכנסת הרגילים. גישתו של לנדוי גורסת כי **יש צורך בחוקה בכל הקשור לכללי המשחק הדמוקרטיים**, ללא הכללת זכויות האדם. היעדרה של חוקה הכוללת רכיבים אלה עשויה להביא לפגיעה במוסד השיפוטי ובאמון הציבור בו. אימוץ כללים שיצמצמו את היקף שיקול דעת-השופטים. שתי פרשנויות:

א. פרשנות סובייקטיבית- מה הייתה הכוונה המקורית של המנסח? יש לה שני חסרונות- הראשון הוא שלא ניתן לדעת בוודאות למה התכוונו המנסחים, והשני הוא שפרשנות סובייקטיבית ספציפית עלולה להחמיר את בעיית הקיבעון ולפגוע בדור הבא.

ב. פרשנות ע"פ תפיסת עולם עכשווית- לפי דבורקין בהתאם לערך כבוד האדם, לפי ביקל בהתאם לתפיסת העולם של רוב הציבור.

**ניר קדר, המהפכה הפרשנית : עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית**:.

**הפרשנות התכליתית:** ראויה כל עוד נופלת ב"מתחם הפרשני הנתפס ע"י הקהילה הפרשנית כלגיטימי" + אמת מידה מהותית ערכית: א. פרשנות שמצליחה לשלוף משמעות משפטית מתוך הלשונית בכל המקרים.ב. המשמעות הלשונית המפורשת מגשימה בצורה הטובה ביותר את ייעודה של הפרשנות במשפט תוך התחשבות בשיקולים שונים.מזוהה עם ברק והיא השיטה המובילה בארץ, היא מאפשרת התערבות בחיים החברתיים ומסייעת למשפט להציג עצמו כהליך ניטרלי. (נונ- אוריג'ינליזם) **תכלית הנורמה + שק"ד** (הנורמה גמישה מאוד):1. כוונת המחוקק (סובייקטיבי + אובייקטיבי של החוק). 2. סוג ההסדר המשפטי. 3. המבנה החוקתי ועקרונות היסוד של השיטה. 4. מידע רלוונטי נוסף כמו רקע ומקרים דומים.

**ביקורת:** התכלית התכליתית היא פשרה בין תלות המשפט בהיסטוריה לבין השאיפה לוודאות. ולכן מולידה וודאות מזויפת- מי קבע? עמומה, פתוחה, שק"ד רחב לשופטים תוך "הסוואה" של כבוד למחוקק ושמירה על שלטון החוק, פגיעה ביציבות ובשלטון החוק. **מסקנה**: אין הרבה שעוסקים בנושא, אולם פרשנות תכליתית (מחפשת את מטרת המחוקק בחקיקה ולא כוונה כשלעצמה) מעוררת בעיות.

**בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת:**

**עתירה נגד חוק גיוס ישיבות בפעם הראשונה.**

העובדות: עתירה על כך שחוק טל פוגע בעקרון השוויון.

**גרוניס** – נוהג בשיטה של Ely וטוען שאין להתערב בחוק טל משום שהדמוקרטיה בעצמה קבעה אותו ע"פ שלטון הרוב. לשופטים אין צורך להתערב מאחר ותפקידם הוא רק לדאוג **לתקינותו של ההליך הפוליטי ולשמור על זכויות המיעוט**.

**ברק** – גורס שגישתו של גרוניס מצמצמת מידי ולא מאמין בצמצום ההתערבות. לדידו, זוהי תפיסה צרה ובלתי ראויה של הדמוקרטיה אשר טומנת בחובה יותר מאשר הגנה על מיעוטים בלבד.

**העתירה נדחית מאחר ומדובר בהוראת שעה.**

**1.2 המצב בישראל**

**1.2.1 המהלך החוקתי 1948-1992**

**רות גביזון המפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה**?

**הכרזת העצמאות:**

* נקבע כי יקום גוף מכונן אשר יצור חוקה עד לתאריך 1.10.1948. עד אז תפעל **מועצת העם כמחוקק הזמני והגופים של היישוב כממשלה זמנית.**
* האסיפה המכוננת תחוקק חוקה ומיד לאחר מכן תתפזר.
* ההכרזה כללה הכרעה בעד כינון חוקה פורמלית, עליונה ונוקשה הכוללת מגילת זכויות מקיפה ומלאה וגם מנגנון ביקורת שיפוטית, בתוך 4.5 וחודשים מקום המדינה.
* **בבג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק** – עתירה כנגד כוונת המדינה לתפוס דירה במטרה לשכן פקיד בכיר בטענה שנפגעה זכות הקניין המעוגנת במגילת העצמאות המשמשת כחוקה. **זהו ניסיון ראשון לפסוק כנגד חקיקה ראשית באמצעות מגילת העצמאות**. **העתירה נדחית בנימוק שמגילת העצמאות אינה מסמך חוקתי או אפילו מסמך המשמש כחוק כלשהו**.

פקודת המעבר לאספה מכוננת:

* בזמן הבחירות לאסיפה המכוננת, מועצת המדינה הזמנית מחוקקת חוק **פקודת המעבר לאסיפה מכוננת**. החוק קובע שברגע שהאספה המכוננת תיבחר, מועצת המדינה הזמנית תחדל מלהתקיים **וכל סמכויותיה (בתור מחוקק) תועברנה לאסיפה המכוננת**.
* בשורה התחתונה – **האסיפה המכוננת הופכת מיד עם היוולדה גם לרשות המחוקקת – הכנסת**.

מדוע לא כוננה חוקה ? (השניים הראשונים המרכזיים)

1. **התנגדותו של בן גוריון** – החוקה מחלישה את מפלגת השלטון. ראה בחוקה איום על שיטת החבירות והיכולת שלו ושל מפלגתו להמשיך ולעמוד בשלטון.
2. **נימוק מוסדי** – הפיכתה של האסיפה המכוננת לרשות מחוקקת.
3. **התנגדות הדתיים** – החוקה היחידה שצריכה להנהיג את עם ישראל היא חוקת התורה.
4. **שעת חירום/מלחמה** – אין זהו הזמן הנכון לכינון חוקה מאחר והמדינה נמצאת במצב חירום.
5. **לא נכון שקבוצה יחסית תיקבע את כללי המשחק בעבור רבים שעתידים לעלות למדינה**.

**החלטת הררי (1950):**

* ח"כ יזהר הררי העלה הצעה שהכנסת תטיל על ועדת חוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה **פרקים פרקים** באופן שבו כל פרק יהווה חוק יסוד בפני עצמו.
* רות גביזון טוענת שהעובדה שחוק היסוד הראשון חוק יסוד: הכנסת נחקק רק בשנת 1958 מעידה על כך שלמרות החלטת הררי לא באמת הושקעו מאמצים לכינון פרקי חוקה.
* עד שנת 1992 חוקקו כ-9 חוקי יסוד אשר המשותף לכולם הוא עיסוקם **ביסודות המבניים השלטוניים**- "כללי המשחק" ולא בזכויות אדם. הסבר סביר לכך הוא שיש הסכמה רבה יותר על חקיקה בנושאים אלה מאשר בנושאי זכויות אדם.

**שאלת מעמדם של זכויות אדם בהיעדר חוקה**

למרות שאין חוקי יסוד שעוסקים בזכויות אדם, ביהמ"ש מגן בצורה אפקטיבית על זכויות אדם בכמה דרכים:

**בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה**: הכרה במעמדן וקיומן של זכויות אדם בין אם מעוגנות בחוקה או לא -מעמד עליון.

העובדות: נאסר על מאעכרים להגיש טפסים בעבור נהגים במשרד הרישוי. טוענים לפגיעה בחופש העיסוק.

**חשין**: זכותו הטבעית של כל אדם לעסוק בכל משלח יד כל עוד החוק אינו אוסר זאת. הכרה בקיומן של זכויות אדם (חרף היעדר עיגון חוקי/חוקתי) – כזכות טבעית. כמו"כ ניתן להגביל את הזכות רק באמצעות חקיקה ראשית או בחקיקת משנה ע"י הסמכה מפורשת מהמחוקק הראשי. **העתירה מתקבלת.**

**בג"ץ 337/81 מיטראני נ' שר התחבורה**: **פגיעה בזכויות צריכה להיות ע"י הסמכה** – רק המחוקק או הרשות המבצעת שקיבלו הסמכה **מפורשת** רשאים לפגוע.

העובדות: דומה לפס"ד בז'רנו רק כ-30 שנה מאוחר יותר.

**שמגר**: מדובר בחקיקת משנה. הרשות המבצעת רשאית לפגוע בזכויות יסוד **רק אם הוסכמה לכך בצורה מפורשת** ע"י המחוקק. הציפייה היא שבחקיקה ראשית ייאמר במפורש שיש סמכות למחוקק המשנה להתקין תקנות שפוגעות בזכויות.

**בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**: **החידוש**: קריאה מצומצמת של חוקים – **חזקה פרשנית** – חקיקה תפורש באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות אדם.

העובדות: בעל ואישה שנישאו ברומניה ולאחר כישלון הנישואין הבעל מעוניין להתגרש אך האישה מסרבת.

השאלה המשפטית: היחס בין הפטור מעבירת הביגמיה ליהודים לבין הפטור שהחוק נותן לבני דתות אחרות.

**חיים כהן**: פירוש רחב של ס' 5 יפגע **בעיקרון השוויון על רקע דתי**. יש לבחור בפרשנות שאינה פוגעת בזכויות אדם.

שורה תחתונה: **ביהמ"ש מוכן לפרש חוק בצורה כמעט לא הגיונית במטרה להגן על זכויות אדם**. שפגט פרשני.

**בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים**: **החידוש : בחינת שיקול הדעת המנהלי**.

העובדות: החלטת שר הפנים לסגור את העיתון הקומוניסטי 'קול העם' בעקבות גינויו את מדיניות ממשלת ישראל בתמיכתה במלחמה האמריקאית בקוריאה.

טענת השר: פגיעה בשלום הציבור ובמדינת ישראל, ישנה הסמכה מפורשת ע"פ פקודת העיתונות.

**אגרנט**: **מאמץ את מבחן הוודאות הקרובה ובכך מקבע סטנדרט גבוה של הגנה על חופש הביטוי**. במקרה הנוכחי שיקול הדעת של שר הפנים היה מוטעה מאחר ואין קרבה וודאית לפגיעה בשלום הציבור – **החלטת שר הפנים מבוטלת**.

סיכום: למרות התקיימותה של הסמכה מפורשת, שר הפנים פעל שלא בשיקול דעת בהגבילו את חופש הביטוי ולכן החלטתו מבוטלת.

**סיכום המהלך**: על אף היעדרה של חוקה, ביהמ"ש **עדיין אינו מוכן לפסול חקיקה ראשית**, גם כאשר מצא שלפגיעה בזכויות אין הצדקה, אלא רק למתוח חוקים מבחינה פרשנית לכיוונים בהם יגיע להכרעה בסוגיות של התנגשות בין ערכים. ביהמ"ש מפתח מנגנונים די מתקדמים להגנה על זכויות אדם וגם מתערב בהחלטות של הרשות המבצעת – לא עניין של מה בכך בתקופה של שלטון ריכוזי.

**שאלת מעמדם של חוקי יסוד בהיעדר חוקה**

**בג"ץ 98/69 ברגמן** (עו"ד) **ה' שר האוצר (1969)**: פסילה ראשונה של חקיקה ראשית?

העובדות: **חוק מימון מפלגות** קובע שרק מפלגות שהיו בכנסת ה-6 זכאיות למימון בחירות לכנסת ה-7. **ברגמן** טוען שהחוק סותר את **ס' 4 לחוק יסוד: הכנסת** (בחירות שוויוניות) שהוא ס' משוריין פורמלית לכן על חוק מימון מפלגות להתבטל.

המדינה: אין פגיעה בשוויון. יכלה לטעון כי גם אם יש פגיעה בשוויון הרי שלביהמ"ש אין הסמכות לפסול חוקים.

ניתן היה לדחות את התביעה בנימוק שאין שינוי בס' 4 לחו"י אלא רק פגיעה בעקרון שנמצא בו.

ביהמ"ש: רואה בחוק פגיעה משמעותית בחו"י הכנסת ולכן מבחינתו זהו **שינוי עקיף/משתמע.**

**לנדוי**: **מותיר לשר האוצר שתי חלופות**: לנסח מחדש את החוק כך שלא יפגע בעקרון השוויון או לחוקק אותו שוב ברוב של 61 ח"כים (המקורי התקבל ב-24 למול 2).

שורה תחתונה: לנדוי לכאורה אינו פוסל את חוק מימון מפלגות אך הברירות שהוא מותיר למדינה היא כמו פסילת החוק הלכה למעשה. בנוסף, המדינה בשתיקתה נותנת סמכות לביהמ"ש לפסול בעתיד חוקים.

**החידוש: ביהמ"ש מבצע לראשונה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת**. לא ניתן להבין מפס"ד זה אודות **סמכות ביהמ"ש** לבצע ביקורת שיפוטית ועל **מעמדו של חוק היסוד** אך בכל זאת מבוצעת ביקורת שיפוטית.

**קרמצ'ר טוען כי ניתן להסביר את ברגמן לפי 3 פרשנויות**:

1. **חוק יסוד נהנה מעליונות** – החוק נפסל מאחר והתנגש עם חוק יסוד. **חוק יסוד גובר על חוק רגיל.**
2. **חוק יסוד משוריין נהנה מעליונות** – החוק נפסל לא כי התנגש בחוק יסוד אלא כי התנגש בחוק יסוד משוריין. ס' 4 המשוריין מקנה מעמד עליונות לחוק היסוד. לפי גישה זו, הלכת ברגמן מצומצמת מאוד כי כמעט אין חו"י משוריינים.
3. **הכנסת יכולה לכבול את עצמה בחקיקה ראשית רגילה** – העדפת ביהמ"ש את ס' 4 אינה בגלל שהוא בחוק יסוד אלא בגלל שהוא משוריין. כלומר הכנסת יכולה לשריין גם חוק רגיל. לפי גישה זו, לחו"י אין שום עליונות על פני חוק רגיל, **הכל תלוי בשריון**.

**בחינת הגישה הרווחת מבין 3 הגישות של קרמצ'ר**:

**ע"פ 107/73 נגב נ' מדינת ישראל (1973)**:

העובדות: תחנת דלק המוכרת דלקים באיכות נמוכה מהתקן הנדרש. התקינה נקבעה ע"י הממונה על התקינה.

המערערים: הסמכות להתקין תקנות בידי השר בלבד וע"פ **חוק יסוד: הממשלה** הוא אינו רשאי להאציל סמכות זו.

המדינה: **חוק התקנים** ספציפי ומאפשר לשר התחבורה להאציל הסמכות להתקין תקנות.

**ברנדון**: **חוק ספציפי גובר על חו"י כללי** שאינו משוריין ומכאן שאין מעמד גבוה יותר לחו"י מאשר לחקיקה רגילה.

שורה תחתונה: הפסיקה אינה עולה בקנה אחד עם אפשרות 1 של קרמצ'ר – לא כל חו"י נהנה מעליונות. **העתירה נדחית**.

**בג"ץ 148/73 קניאל** (פרופ' מתמט') **נ' שר המשפטים (1973)**:

העובדות: חוק באדר עופר הינו תיקון **לחוק הבחירות** בדבר עודפי קולות המפלה לטובה מפלגות גדולות על חשבון הסיעות הקטנות. החוק התקבל ברוב של 61 ח"כים.

**קניאל** עתר כנגד החוק בטענה שהחוק נוגד את **ס' 4 לחוק יסוד הכנסת** שאומר קול אחד לכל אחד ולכן הוא בטל.

קניאל טוען שכדי לפגוע בס' בחו"י משוריין יש לעשות זאת רק ע"י חו"י.

**אגרנט**: **אין הוראה בחוק הבחירות הקובעת שחו"י ניתן לשנות רק ע"י חו"י אחר**. הכנסת הגבילה עצמה לרוב בחו"י וכך עשתה כאשר חוקקה את חוק הבחירות ברוב של 61 ח"כים. **העתירה נדחית**.

ביהמ"ש מתייחס להבדל בין שינוי לפגיעה – **מדובר בפגיעה ולא בשינוי**, **חקיקה ראשית ברוב מיוחס יכולה לפגוע בחו"י.**

שורה תחתונה: ביהמ"ש שולל את האפשרות השנייה של קרמצ'ר – אין לחוק יסוד משוריין עליונות על חוקים רגילים.

**העמדה שהתקבלה** – למרות שלכאורה האופציה היחידה שנשארה היא 3, עם השנים התפתחה תפיסה שהלכת ברגמן דיברה על אופציה 2 – **הכנסת יכולה לעשות חוקה משוריינת אך ניתן להתגבר עליה אם עוברים את השריון**.

דוגמאות לביסוס תפיסה זו – פס"ד רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת + לאו"ר נ' יו"ר הכנסת.

**מה שניתן להסיק מ3 פסקי הדין הנ"ל (ברגמן, נגב וקניאל) שלפחות בשנת 1992 נק' מבטו של ביהמ"ש היא שאין לחוקי היסוד כשלעצמם שום יתרון על פני חקיקה ראשית רגילה.**

**בג"ץ 142/89 לאו"ר נ' יו"ר הכנסת (1989)**: הניסיונות שכשלו והסבלנות שפקעה.

העובדות: **תיקון חוק המפלגות** לאחר הכנסת ה-12 כך שבאופן רטרואקטיבי תוגדל יחידת המימון לכל מנדט.

הטענה: 1.נוגד את **ס' 4 לחו"י הכנסת** – לא עבר ברוב הנדרש של 61 ח"כים (בקריאה הטרומית). 2. סתירה לעקרון השוויון.

**אלון ומלץ (דעת הרוב)**: התיקון לא עבר את הרוב הנדרש של 61 ח"כים בקריאה הטרומית ולכן עתיד העתירה להתקבל.

**ברק (דעת מיעוט)**: **ביהמ"ש יכול בעתיד לפסול חקיקה ראשית של הכנסת אם זאת נוגדת עקרונות יסוד גם אם אינם מעוגנים בחוק יסוד ולא משוריינים.**

**גידי:** **אוביטר** **חשוב מאוד של ברק, סוג של קריאת השכמה לכנסת בדבר כינון חוקה או שמא ביהמ"ש ייאלץ לעקוף אותו. ברק מכין את הציבור לפעם הבאה שבא כבר יפסול חקיקה ראשית.**

**החידושים של ברק**:

1. ניתן סמכות לפסול חקיקה ראשית כשהיא מתנגשת עם עקרונות היסוד גם אינם מעוגנים בחוקה. **לא צריך חוקה כדי לפסול חקיקה ראשית**.
2. "שטר ושוברו בצידו" - **אפשר לפסול חוק גם אם אינו סותר את החוקה (אם ההגנה לעקרונות היסוד שהיא נותנת אינה מספקת)**. גם כשיש חוקה, מה שהיא קובעת, כמו עניין עיקרון השוויון בתחום הבחירות, אינו סוף פסוק. אם ההגנה שנותנת החוקה אינה מספקת, יש את הסמכות למקם את ההגנה איפה שהיא צריכה להיות. (חידוש גדול יותר).

**חידוש 2 היה אמרת אגב של השופט ברק, מטרתה:**

1. כדי להשתמש בזה בעתיד.
2. אמרת האגב משפיעה על דעת הציבור. לגייס את הציבור.
3. איתות לכנסת, או שתחוקק חוקי יסוד בעניין זכויות אדם או שהוא ייצר מגילת זכויות יסוד אדם חוקתית בעצמו.

**1.2.2 המהלך החוקתי 1992 ואילך**

**אז מה קורה ב1992?** (חשוב להדגיש שאת המהפכה החוקתית לא חוללה הכנסת, אלה חולל בית המשפט).

שני חו"י מתקבלים בהשתתפות זעומה של חברי כנסת. באחד יש הוראת שריון (חופש העיסוק) ובשני (כהאו"ח) אין.

**הדרך לפשרה/הסיבות לפריצת הדרך ב-1992 בדבר חקיקת חוקי יסוד בנושאי זכויות אדם:**

1. **רקע היסטורי -משבר אמון ציבורי**: ההצלחה היא תוצאה משבר אמון חסר תקדים בין הציבור למערכת הפוליטית (התרגיל המסריח). הציבור מחליט להעביר את הסמכות מידי הכנסת לביהמ"ש. במהלך מודע, המערכת הפוליטית מעבירה חלק מהכוח לביהמ"ש כדי שיפקח עליהם מאחר והם אינם מסוגלים לעשות זאת.

חולשתה של הטענה: מעורבותם הנמוכה של הח"כים במהלך. לא באמת הבינו שמדובר ברגע היסטורי ולא באמת הבינו על מה הם מצביעים (מעט ח"כים הצביעו על חוקי היסוד).

1. **הפשרה**: הטקטיקה שנקטו בה יוזמי החוק:
2. פירוק זכויות האדם לפלחים קטנים עליהם יש הסכמה לאומית והוצאת המרכיבים הבעייתיים (**רובינשטיין**).
3. פשרה עם המחנה הדתי – המחנה הדתי מבין שכדאי לשחק עם קלפיו ברשות המחוקקת מאשר בביהמ"ש העליון שם הרוב המוחלט של השופטים הם חילוניים ועשויים לפסוק נגדם.
4. **טענת ההטעיה**: יוזמי החוק ורובינשטיין בראשם הרדימו את המתנגדים המסורתיים, הטעו ובלבלו אותם ובאמצעות תרגילי התחמקות והסוואה הצליחו להעביר את חוקי היסוד.

חיזוק לטענה: ההשתתפות היחסית דלה של הח"כים בכל תהליך החקיקה של חוקי היסוד.

חולשתה של הטענה: יוצאת מנקודת הנחה שחברי הכנסת הדתיים לא היו חכמים במיוחד.

1. **מהלך מודע ומשותף של אליטות ישנות – פעולת הצלה**: נבעה משני שינויים במציאות הפוליטית:
2. אובדן ההגמוניה של העבודה וחוסר וודאות בנוגע לזהותה של הקואליציה בעתיד – החליש את התנגדותה של הקואליציה. בצעד מודע מחלישים את המחוקק אבל מעבירים את מרכז הכובד לביהמ"ש שם יש סיכוי גבוה שיעגן את מערכת הערכים שלהם.
3. התחזקותם של גורמים שוליים (חרדים, ערבים, עולי ברה"מ) שאיימו על ההגמוניה החילונית מרכז הוותיקה – נטרל את העניין המוסדי. הגוף ההגמוני הזה רוצה לשמור על הערכים שלו ולכן הוא מעביר את כל הכוח לביהמ"ש שמורכב מאותה הגמוניה בעצמו.

ההסברים לא בהכרח סותרים זה את זה, וישנה האפשרות שאפילו מצטברים זה עם זה לתוצאה הסופית.

1. **גם אלו שקידמו את חוקי היסוד לא העלו בדעתם מה עשוי להתפתח מהם.**

**ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי (1995)**: חוק גל

העובדות: בעקבות משבר חקלאי חמור שפוקד את המדינה החקלאים נקלעים למצוקה פיננסית בעקבות צבירת חובות לבנקים. המדינה מחוקקת את חוק גל שמשמיט חובות של המשקים לבנקים – ביניהם חובות לבנק המזרחי.

טענת בנק המזרחי: החוק פוגע **בזכות הקניין** כפי שמעוגנת ב-**ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. החוק אינו עומד **בפסקת ההגבלה** של ס' 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

החלטת ביהמ"ש: החוק תקף מאחר והפגיעה בזכות לקניין עומדת בארבעת מבחני פסקת ההגבלה.

1. **שאלת הסמכות:**

**שמגר**: **תורת הריבונות הבלתי מוגבלת** - הכנסת היא כל יכולה, לא בירושה. היא עליונה ובלתי מוגבלת בסמכותה – המחוקק יכול לייצר חוקה.

**ברק**: **תיאוריית שני הכובעים**: הכנסת כרשות **מכוננת** והכנסת כרשות **מחוקקת**. אם הכנסת רשמה חוק יסוד לפני החוק – אזי כוננה חוקה. ברק מבסס את התיאוריה ע"ב 3 מודלים – רציפות חוקתית (הסמכות המכוננת מצויה ברציפות בידיה של הכנסת), כלל ההכרה (נקבע ע"י ביהמ"ש – לכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת), מודל הפרשנות ההיסטורית (טביעתה של התפיסה בתודעה החברתית והמשפטית שהכנסת מוסמכת ליתן חוקה).

**תיאוריית הירושה** – הכנסת ירשה סמכותה ממגילת העצמאות. לכנסת הראשונה הייתה סמכות ולכן לכולן יש.

**חשין**(מיעוט): **לכנסת אין סמכות לכונן חוקה**. עם התפזרות הכנסת ה-1 פקעה סמכותה של הכנסת לכונן חוקה ונותרה בידיה רק הסמכות לחוקק חוקים רגילים. ייעודה של האסיפה המכוננת היה **אישי וחד פעמי** ואין לראות סמכות זו כזכות קניין הניתנת להעברה. מציין שלא ראוי ולא כדאי שהכנסת תכונן חוקה כי חוקה אמורה להתקבל בהסכמה.

1. **מעמד חוקי היסוד:** מעתה ואילך כל חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית (ברק).

**ברק**: מבצע הבחנה בין שני סוגי שריונים:

* **שריון פורמאלי** – טכני, צורני. נדרש **רוב של 61 ח"כים** כדי לשנות חו"י.
* **שריון מהותי** – **פסקת ההגבלה.** ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחו"י באמצעות חוק רגיל שמקיים דרישה של מהות – קיום אמות מידה הקבועות בחוקה (פסקת ההגבלה).

**שמגר**: אין להבחין בין שריון מהותי לפורמאלי. עם זאת, הכבילה איננה מוגבלת.

**היעדר שריון פורמאלי אינו גורע ממעמדו העליון של חוק יסוד**.

1. **ניתן לשנות חו"י רק באמצעות חו"י אחר** – או אם מצוינת הוראה מפורשת (חופש העיסוק: שינוי 61 ח"כים, פגיעה פסקת הגבלה). ניתן לשנות חוק יסוד באמצעות חוק רגיל רק אם חוק היסוד קובע זאת **במפורש**.
* **שינוי**: (ברק ושמגר) חו"י שותק: רק באמצעות חוק יסוד אחר (מאמצים את ההיגיון בפרשת קניאל).
* **פגיעה**: בחוק יסוד לא שותק – אפשר באמצעות חוק רגיל שיעמוד בפסקת ההגבלה.



**שמגר:** ע"פ דרישת השריון

**ברק טוען שהתרחשה מהפכה חוקתית שלא רק יצרה 2 חו"י חדשים אלא שידרגה את חוקי היסוד הישנים.**

**משה לנדוי, מתן חוקה לישראל דרך פסיקת בית המשפט**:

פס"ד המזרחי העלה את ביהמ"ש העליון מעל הכנסת, כשותף בכיר בחקיקת החוקים למדינה. מתחבר לדעתו של חשין דבר אי סמכותה של הכנסת לכונן חוקה לישראל.

הפגמים המולדים בחו"י: **חסרות זכויות אדם קלאסיות** (חופש הביטוי ומצפון). ברק הכניס מהחלון את מה שהמחוקק הוציא מהדלת. לא התרחשה באמת מהפכה חוקתית מכמה סיבות:

1. **היעדר חגיגיות** – רק כמחצית מחברי הכנסת נכחו בעת ההצבעה על החוק.
2. **היעדרן של זכויות אדם קלאסיות**.
3. **ס' 10 שמירת הדינים** – מחליש את מעמדו של חוק היסוד.
4. **משבר לגיטימיות** – דרושה אמירה מפורשת בחוקה עצמה הקובעת שהיא עליונה על פני חוקים רגילים. חוקה אינה נעשית כמחטף על גבו של הציבור – צריכה להיעשות בגלוי ולעיני הציבור.

**פיקוח שיפוטי**: בבחינת העיקרון ישראל שונה בכך שביהמ"ש רשאי לפסול חוק אך אין בסמכותו להטיל ספק בחוק שנחוקק ע"י הכנסת כדין.

**על הכנסת לחוקק חוקה קשיחה עם פיקוח שיפוטי בכל הנוגע למסגרת השלטון במדינה**. מביע אכזבה מכך שבחוקי היסוד החדשים אין שריון פורמאלי – מאפשר לביהמ"ש לבצע פרשנות סובייקטיבית ע"ב השקפה עולמית אישית (מביא כדוגמה את פס"ד המזרחי בה לכל אחד מ-9 השופטים היו דעות שונות).

בעיות מעשיות הנובעות מביקורת שיפוטית:

1. **ייחוד סמכות הביקורת השיפוטית לביהמ"ש העליון בלבד**.
2. **הליך חוקתי ארוך** – כל תיק יעבור מסע בדרך חתחתים עד שיגיע לביהמ"ש העליון – עלול להימשך שנים.
3. **טענת אי חוקתיות במשפט פלילי** – עיכוב ההליך המשפטי במשפט פלילי בטענה שחוק לוקה באי חוקתיות.
4. **היעדר לגיטימציה** – אין הסכמה מפורשת של הרשות המחוקקת שביהמ"ש העליון יבצע פיקוח שיפוטי.

פתרונות אפשריים:

1. **מתן סמכות לביהמ"ש העליון בלבד כבית משפט לחוקה**.
2. **מתן סמכות לכל הערכאות** באופן מלא או בסייגים עם הרשות לערער מכל ערכאה לבית משפט עליון לחוקה.
3. **טענה בדבר אי חוקתיות של חוק שנטענה בערכאה הנמוכה תועבר לביהמ"ש לחוקה**.
4. מתן סמכות בלעדית בהחלטה על אי חוקתיות **לבית משפט חדש ונפרד לחוקה**.

**כיצד הפך האוביטר של המזרחי לרציו:**

**בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**: חו"י חופש העיסוק – מהן ההגבלות שניתן להטיל על חו"י למען טובת הכלל?

העובדות: הכנסת חוקקה את **חוק תיקי השקעות** במטרה להסדיר את העיסוק בניהול תיקי השקעות.

העותרים: החוק פוגע **בחו"י: חופש העיסוק** בכך שאינו מידתי.(כל מי שעוסק במקצוע פחות מ-7 שנים חייב לעבור בחינות)

**ברק**: פסקת ההגבלה היא הכלי לאיזון בין חופש העיסוק לאינטרס הכלל. מונה את מבחניה המצטברים של פסקת ההגבלה ומרחיב אודות **3 מבחני המידתיות**.

כאשר ביהמ"ש מפעיל ביקורת שיפוטית הוא בוחן את חוקתיות החוק, ולא את תבונתו – לא האם החוק מוצדק או יעיל אלא האם עומד במבחן החוקתיות.

ע"פ ברק החוק עומד בשלושת מבחניה הראשונים של פסקת ההגבלה אך מזהה כי הדרישה למבחני רישוי לעוסקים בתחום פחות מ-7 שנים אינה **מידתית** ע"פ מבחן המידתיות **השני** (ניתן היה לצמצם מ-7 שנים ל-5). הדרישה אינה מתחשבת בניסיון החיים ובאינטרס ההסתמכות של העוסקים הישנים.

* **זוהי הפעם הראשונה בה ביהמ"ש פוסל חקיקה ראשית של הכנסת מכוח חוק יסוד חופש העיסוק.**
* **העיפרון הכחול** – ביהמ"ש רשאי לערוך ניתוח בגוף החוק ולהפריד בין החלק התקף לחלק הבטל בחוק. ניתן לעשות זאת רק אם החלקים השונים ניתנים להפרדה ובתנאי שהחלק התקף ממשיך להגשים את התכלית החקיקתית.
* ברק עשה בפס"ד **פסילה פרוספקטיבית** – הוראות המעבר מבוטלות כל עוד לא תתוקן המידתיות ע"י המחוקק.

**חשיבות**: הראשון אחרי המהפכה החוקתית שביהמ"ש תוך שימוש בנוסח מדויק ומפורט אומר שיש סתירה בין חוק לחוק יסוד שיש לו מעמד חוקתי ובשל הסתירה פוסל את החוק.

**גידי:** לביהמ"ש יש אסטרטגיה להגדיל את סמכותה לבצע ביקורת שיפוטית ולחדור לתוך הליך החקיקה. ברק בוחר לתקוף חוק שולי במטרה לעגן לעצמו סמכות עתידית.

**בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון (1999)**: חו"י כהאו"ח – פסילת חוק והענקת עליונות לחוק לא משוריין פורמאלית אלא רק מהותית – פעם ראשונה. **עיגון מעמדו החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

העובדות: חייל שנעצר והוחזק במשך 5 ימים במעצר טרם הובא בפני שופט. מדובר **בתיקון מיטיב** לחוק השפיטה הצבאי מ-1956. לפני התיקון, ניתן היה להחזיק עד 7 ימים במעצר. התיקון האחרון מתיר עד 96 שעות.

טענת העותרים: **ס' 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי** עומד בסתירה **לס' 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

בחו"י כבוד האדם וחירותו יש ס' שמירת דינים אך זמיר רואה בתיקון לחוק כמו חוק חדש ולכן ייבדק לאור חוק היסוד. בנוסף, העובדה שהחוק הוא חוק מיטיב אינה מחסנת אותו מפני ביקרות שיפוטית בהתאם לחוק היסוד.

המדינה: מסכימה שניתן להוריד את משך המעצר ל-48 שעות אך מעלה קשיים של **כסף וזמן** בביצוע.

**זמיר**: **זכויות אדם עולות כסף**. מכניס את הכסף למשוואת התועלת למול הנזק והוא נימוק מצטבר בהחלטה הסופית. לא משתכנע שמדובר בהוצאה כספית דרמטית וגישתו שהצבא גורר רגליים. מחליט על **פסילה פרוספקטיבית** ובכך נותן לרשות המחוקקת אפשרות לתקן את הס' בתוך תקופת זמן מוגדרת של שישה חודשים בה נותר החוק על כנו.

**קדמי** (מיעוט): בעניין ס' שמירת הדינים – לכל חוק לפני 92 יש שריון ע"פ הס' ולכן לא ניתן לפגוע בו.

**חידוש יותר גדול לאוביטר של מזרחי מאשר מנהלי ההשקעות כי כאן מדובר על חוק שאינו משוריין פורמלית אלא מהותית ובכל זאת פוסלים על פיו חקיקה.**

**בג"ץ 212/03 חרות נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 (2003)**: הפעם הראשונה בה נפסל חוק רגיל בגלל סתירה לחו"י לא משוריין בכלל!

העובדות: יו"ר ועדת הבחירות חשין פוסל ג'ינגל של מפלגת חרות בטענה שפוגע בכבוד הדגל וההמנון הלאומי ומבזה אותם.

המדינה: לבג"ץ אין סמכות לדון בהחלטת הוועדה מתוקף **ס' 137 לחוק הבחירות** הקובע כי החלטת הוועדה היא סופית.

**ברק**: סמכותו של בג"ץ היא מכוח **ס' 15 לחוק יסוד: השפיטה** – סמכות המעוגנת בהוראה חוקתית על חוקית. לבג"ץ סמכות בכל תחום שאינו נופל לתחומי בתי משפט אחרים ולכן חקיקה רגילה כדוגמת ס' 137 לחוק הבחירות אינו יכול לשלול את סמכותו של בג"ץ. מדובר בהוראה לא חוקתית ולכן היא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בג"ץ.

**פרשנות** – ברק מציע בנוסף דרך אחרת לפרש את ס' 137 – על דרך **הצמצום**, כשאמרו שום בימ"ש, לא התכוונו לבג"ץ.

**החידוש: הפעם הראשונה בה חו"י לא משוריין גובר על חוק רגיל**. כל חו"י (לרבות כזה שאינו משוריין) זוכה למעמד עליון וע"כ תמיד יגבר על חוק רגיל במקרה של התנגשות. **היפוך הלכת נגב**!

**1.2.3 המהלך החוקתי – השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים**

**הלל סומר, הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית**

\*אלו הן הזכויות שלא נכנסו בחו"י כחלק מתהליך הפשרה.

\*לפי ברק בפס"ד מזרחי, זכויות אדם שלא מעוגנות בחו"י ממשיכות להתקיים על פי מעמדן עד כה. המשמעות המעשית – אי אפשר לפסול חוק בשל הפגיעה בהן. למרות זאת, שופטי העליון התחילו להציע פרשנות ולהכליל את הזכויות הללו אל תוך חו"י. ניתן לראות זאת כניסיון להשלים את פעולות הכנסת לא באמצעות חקיקה אלא באמצעות פרשנות.

\*לפי הלל סומר, **ישנן 3 תיזות שניתן להכניס זכויות בלתי מנויות לחו"י:**

1. נכניסן דרך ס' 1 לחו"י כהאו"ח. הביקורת – ס' המטרה לא נועד לקבוע נורמות משפטיות ועל כן לא יכול להוות מקור עצמאי לעיגון.

2. עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק מהמושג כבה"א. ניתן להגיד שזה תואם את ההיסטוריה החקיקתית. הביקורת – יש לפרש בצמצום ולהכניסן רק כאשר יש פגיעות רציניות ומשפילות.

3. עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק ממגילת העצמאות.

המודל העצמאי של ברק – יש לכלול את הזכויות הבלתי מנויות בעיקר כי כוונת המחוקק אינה ברורה. סומר מתנגד לכל זה ומצביע על ההבדל בין חו"י כהאו"ח לחו"י חופש העיסוק שבו יש פסקת התגברות ומדובר רק על אזרח/תושב. בכוונה השאירו דברים מסוימים מחוץ לכהאו"ח כדי לא ליצור אנטגוניזם. זמנן של הזכויות הבלתי מנויות עוד יגיע. הכנסתן בכוח תגרום להקפאת ההליך החוקתי, איבוד לגיטימציה של ביהמ"ש ולביטול חוקים קיימים.

הדוקטרינה המקובלת היא טענתו של ברק לפיה בין הזכויות בחו"י כהאו"ח מופיעה הזכות לכבוד. ברק מציע שהזכות לכבוד ניתנת להבנה כזכות פרטיקולארית או כזכות מסגרת, שכוללת את זכויות האדם האחרות.

נימוקים פרשניים נגד:

א. באותה תקופה הזכות לכבוד הייתה פרטיקולארית וספציפית.

ב. ההיסטוריה החקיקתית, כחלק מתהליך הפשרה ניתן להבין כי כוונת המחוקק הייתה לזכות לכבוד בלבד.

 נימוקים עקרוניים נגד:

א. היו הסכמות בין חברי הכנסת לגבי כינון חו"י ולכן אין לתת לביהמ"ש לפרש את חוק היסוד בצורה שונה.

ב. אין זה ראוי לשנות את כוונת המחוקק.

נימוקים פרשניים בעד:

א. "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם", כבודו בא מגופו וגופו בה מחייו.

ב. בזכות לכבוד מצוינות זכויות נוספות, מה שמלמד שהמחוקק רצה לציין זכויות פרטיקולאריות שנוספות על כבה"א.

כוונת ביהמ"ש מאוחרי התזה: לפי ברק, ביהמ"ש מרגיש שהחוקה תקועה ויש לבנות את החסר. טיעון נגד – האם לחץ ביהמ"ש הוא זה שמעכב את כינון חוקי היסוד הנוספים?

**בג"ץ 6298/07 רסלר נ' הכנסת (2012)**: פעם ראשונה שנפסל חוק מכוח זכות שאינה מנויה (שוויון) בחו"י כהאו"ח.

העובדות: **חוק טל** בדבר דחיית שירות לבני ישיבות עומד שוב בפני מבחן בג"ץ. לאחר שבפס"ד הקודם מצא השופט ברק שהחוק פוגע בשוויון, זכות המעוגנת בכבוד ומכאן שגם מעוגנת בחו"י כבוד האדם וחירותו. ברק מדגיש כי אחת התכליות של החוק הינה **צמצום הדרגתי של הפגיעה בשוויון**. ברק מוצא את החוק כפוגע בשוויון ע"פ מבחן המידתיות הראשון אך עם זאת מחליט לתת לחוק הזדמנות של כ-5 שנים לנסות ולהוכיח את עצמו.

**בייניש**: **פוסלת סופית את החוק** בטענה כי האמצעים בחוק אינם מגשימים את תכליתו (מבחן 1). הטענה העיקרית היא לפגיעה בשוויון בכך שהחוק יוצר אפליה בין אלה שמתגייסים לאלו שלא. אימוץ של מודל הביניים שלפיו אפליה מהווה פגיעה בעקרון השוויון. כאן מדובר על אפליה קשה ביותר – על החיים עצמם.

**החידוש:** ביהמ"ש פוסל חקיקה ראשית על סמך הקביעה שהחוק פוגע בזכות בלתי מנויה (זכות אזרחית) באחד מחו"י. ביהמ"ש אחרי שלושה סבבים פסל את החוק (10 שנים).

**בג"ץ 10662/04 חסן ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי**:פסילת חקיקה ראשית ע"ב פגיעה בזכויות חברתיות שביהמ"ש קרא לתוך חוקי היסוד.

העובדות: **ס' 9א לחוק הבטחת הכנסה** קובע שמי שבבעלותו רכב נשללת ממנו הזכות לקצבת הבטחת הכנסה מהביטוח הלאומי. העותרים טוענים לפגיעה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד.

**בייניש**: זכותו של אדם לכבוד ע"פ החוק היא בעלת 2 פנים: **חיובי** (יש להגן על זכויות) **ושלילי** (להימנע מלפגוע בזכויות). **כבוד האדם במובנו החוקתי מקיף וכולל בתוכו גם את הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד**.

בייניש טוענת כי זכות זו אינה נגזרת מכבוד האדם אלא מהווה ביטוי ממשי שלו.

מחליטה לפסול את החוק ע"פ מבחן 2 **אמצעי שמידת פגיעתו פחותה** – שלילה מוחלטת של הבטחת הכנסה בעבור מי שמחזיק ברכב אינה מידתית.

**החידוש:** התקדמות בנק' מבטו של ביהמ"ש אשר קורא לתוך חו"י זכות חברתית וע"ב פגיעה **בזכות חברתית** זו פוסל חקיקה ראשית.

**גידי:** ריטואל חוזר של ביהמ"ש בדבר פסילת חקיקה ראשית של הכנסת ע"ב זכויות בלתי מנויות.

בתוך משפחת הזכויות 2 קבוצות:

1. **זכויות אזרחיות ופוליטיות** – מעוגנות בדר"כ ומייחסים להן חשיבות (רסלר - שוויון).
2. **זכויות חברתיות** (בענייני רווחה) – בדר"כ לא מעוגנות וגם אם כן נדרסות (חסן- קיום מינימלי בכבוד).

**מפס"ד הנ"ל ניתן ללמוד שהתהליך הוא תהליך של מגמת התרחבות. מה שלא נכנס דרך הדלת, נכנס דרך החלון.**

**1.2.4 המהלך החוקתי – ביקורת שיפוטית תוכנית, הליכית ומשולבת**

חוק ההסדרים: מנגנון שנולד באמצע שנות ה-80. תחילה היה מדובר בחוק שמלווה את חוק התקציב השנתי. חוק אחד שיש בו הרבה תיקונים לחוק התקציב. המדינה הבינה שאפשר להשתמש באותו מנגנון בהקשר של חוקים נוספים – במקום לבצע עשרות תיקוני חקיקה לעשרות חוקים במקביל – אפשר לקבץ את כולם פנימה לחוק אחד.

**ביקורת הליכית**

1. **בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל**:פגם היורד לשורש העניין בהליך החקיקתי (חוק ההסדרים)

העובדות: עתירה של ארגון מגדלי העופות כנגד **חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל** בטענה שאינו חוקתי. טענת העותרים היא שהסדרי החקיקה בחוק ההסדרים בעייתיים.

**בייניש**: ביהמ"ש מתערב ב**הליך החקיקתי** בריסון ובזהירות רק במקרים בהם ישנו **פגם היורד לשורש העניין** – פוגע בערכים המהותיים ו/או הבסיסיים של המשטר החוקתי. מצביעה על הבעייתיות שבחוק ההסדרים כהליך חקיקה מזורז אך אומרת שלמרות שהוא בעייתי כשלעצמו אינו יכול להביא להכרזה על בטלות חוק.

**4 עקרונות היסוד של הליך החקיקה** – הכרעת הרוב, עקרון השוויון, עקרון הפומביות, עקרון **ההשתתפות**.

שלושה רכיבים לעקרון ההשתתפות:

1. הזכות להשתתף בהצבעה.
2. לדעת על מה מצביעים – להבין את תוכן החוק העומד להצבעה.
3. לגבש עמדה לגבי החוק.

עושה הבחנה בין הליך חקיקה נאות לבין הזכות להשתתף בהצבעה. בוחרת להתעסק בתנאי הסף המינימאליים ביותר הנדרשים ע"מ שח"כ יוכל לדעת על מה הוא מצביע ולגבש עמדה בנושא. **לא מוצאת פגם היורד לשורש העניין** בהליך החקיקתי ו**העתירה נדחית**.

ההלכה: המבחן הוא לא רק אם הייתה הפרה בהוראות התקנון אלא גם אם הפגם הנטען פוגע בעקרונות היסוד המהותיים של הליך החקיקה.

1. **בג"ץ 1139/06 ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים**:

העובדות: עתירה כנגד הליכי ההצבעה בוועדת הכספים שקדמו לאישורן של תקנות הטעונות את אישורה.

העותרים: פגיעה בזכות לקחת חלק בהליך החוקתי = פגם היורד לשורש הליך החקיקה. על ביהמ"ש להתערב ולבטל החלטת הוועדה.

**ברק**: המקרה **לא נופל בגדר המקרים החריגים** שמצדיקים התערבות ביהמ"ש. אין פגיעה בערכים המהותיים של המשטר החוקתי. יש להעדיף את עצמאות הרשות המחוקקת ולהימנע מהתערבות בהליכים הפנים-פרלמנטריים.

1. **בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' הכנסת**:פעם ראשונה שביהמ"ש מבטל חוק ע"ב ההליך הפרוצדוראלי ולא ע"ב התוכני.

העובדות: **חוק מס' דירה שלישית** נכלל בחוק ההסדרים. הטענה היא **לפגם שנפל בהליך החקיקה** בעת הקריאה השנייה והשלישית. הנוסח העדכני הופץ ב21:02 ההצבעה הייתה לקראת חצות – לא היה זמן ללמוד אותה כמו שצריך להצבעה. לאחר קבלת הצעת החוק ביקש יו"ר הכנסת מיו"ר ועדת הכספים לכנס מחדש את הוועדה אך האחרון סירב.

**סולברג**: **הביקורת השיפוטית היא לא נגד הכנסת אלא בעדה**. ביקורת שיפוטית על הליך חקיקה מחזקת את הכנסת ומהווה משקולת מאזנת כנגד הרשות המבצעת. בזכות לדעת על מה מצביעים (עקרון ההשתתפות) –אין חריגה. הפגם העיקרי הוא בשלב הדיון בוועדה שם לא התבצע דיון מעמיק ורציני ולא הייתה אפשרות מעשית לגבש עמדה וע"כ יש לפסול. הפגם ממוקד רק בשלב הדיון ולכן אין הצדקה לבטל את כל ההליך אלא רק את הדיון בוועדה.

**מזוז**: אפשר לפסול גם במקרה של פגיעה בנורמות לא כתובות בהליך החקיקה – אבל רק במקרים חריגים ונדירים.

נורמות שקשורות לזכויות אדם וערכים – מנוסחות בשפה כללית שמחייבת פרשנות מתאימה לנסיבות המקרה.

נורמות מוסדיות-דיוניות (כללי המשחק של הדמוקרטיה) **– פרשנות מצומצמת**. השימוש בפרשנות מוגבל שבמוגבלים.

ביקורת חוקתית על פגיעה בערכי יסוד לא כתובים כשמדובר בנורמות מוסדיות-דיוניות – **מצומצמת**. לדעת מזוז הפגמים אינם עונים על המבחן המחמיר כפי שנקבע במגדלי העופות ופסילת החוק תהיה פגיעה בהלכת מגדלי העופות.

**1.2.5 חוקי היסוד כחוקה**

1. **איך מזהים חוקה**?
2. **בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי**:

**שמגר (צורני)** – נבחן האם זה חו"י מבחינה צורנית- נבחן את **הכותרת, נוקשות, שריון מהותי, תהליך ייחודי** – אלמנטים צורניים.

**ברק (מהותי)** – יש לבחון האם חוק היסוד מתאים להיות חוק יסוד מבחינה מהותית. בטענתו הוא שואל שתי שאלות ומשאיר אותן בצריך עיון:

1. האם כל חוק שהכנסת תשים לו כותרת "חוק יסוד" הוא אכן חלק מהחוקה?
2. האם חוק שמבחינה מהותית חשוב להיות חוק יסוד אבל אינו תואם לכלל הצורני הוא חוק יסוד? (למשל החוקים שקדמו להחלטת הררי-שקדמו לכינון חוקי היסוד).

**שניהם מעלים את השאלה האם אפשר לראות בחוקים מסוימים בעלי אופי חוקתי**. משאירים את השאלה בצריך עיון.

1. **בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל**: המבחן לזיהוי חוק יסוד – מהותי, צורני או משולב?

העובדות: הכנסת מחוקקת **חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראת שעה)** במטרה להעביר תקציב דו שנתי.

למה היא עושה זאת? הכנסת לא יודעת האם ביהמ"ש יראה בחוק **כשינוי או פגיעה** בחוק יסוד: תקציב המדינה ולכן מחוקקת חוק יסוד שיאפשר את שניהם במקרה וביהמ"ש יצטרך לדון בסוגיה ולהכריע בה.

**בייניש**: בודקת האם מדובר בחוק חוקתי ע"י שימוש בשני מבחנים – **צורני ומהותי**.

* **מבחן צורני** – חוק שנשא את הכותרת חוק יסוד נחשב לחוקה מחוקתה המתהווה של המדינה (במזרחי נקבע מבחן זה כמבחן איתו מזהים חוקי יסוד). במקרה שלנו – נושא את השם 'חוק יסוד'.
* **מבחן מהותי** – חוקים שמבחינת תוכנם מתאימים וראויים להיכלל בחוקה.

חוקים מתאימים לא נכללו בגלל מבחן צורני וחוקים שרק בגלל המבחן הצורני נכללו אבל מהותית ספק אם היו נכללים בחוקה. במקרה שלנו – החוק עוסק בתקציב המדינה שהוסדר בחו"י תקציב המדינה והוכר כחלק מהחוקה.

**יצירת מתח בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת** – האחרונה זו שתקבע בסופו של דבר.

**מבחן משולב**: **הכללת המילים 'חוק יסוד' כתנאי ראשוני אך לא מספיק.**

* יתרונות: מבחן מהותי מסייע להתגבר על הבעייתיות של המבחן הצורני – לא ייעשה שימוש לרעה בכותרת 'חו"י'.
* חסרונות: **האם חקיקה קיימת ועתידית הינה חלק מהחוקה**?

משאירה בצריך עיון את השאלה האם יש להחיל את במבחן המשולב. עם זאת טוענת ששימוש במבחן המשולב גם היה מוביל למסקנה שחוק היסוד: הוראת שעה הוא חוק יסוד.

1. **מה בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו**?
2. **בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל**: פגיעה בעקרון היסודי **בס' 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל**.

העובדות: **תיקון 7 לחוק מקרקעי ישראל** מאפשר העברת בעלות בקרקע עירונית **פוגע בעיקרון היסודי** **בס' 1 לחוק היסוד: מקרקעי** ישראל המורה כי בעלות במקרקעי ישראל לא תועבר.

הטענה: תיקון 7 מחולל שינוי בחוק היסוד והוא נעשה באמצעות חוק רגיל.

**בייניש**: מחייב פרשנות העקרונות המרכזיים שהתוו במסגרת חו"י מקרקעי ישראל – התחקות אחר לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית שלו ותכליותיו. **ההיסטוריה החקיקתית** מלמדת שחוק היסוד קבע עיקרון של בעלות לאומית על הקרקע עם אפשרות לחרוג ממנו בחקיקה ראשית של הכנסת (חוק מקרקעי ישראל קובע על מה לא יחול איסור המכירה).

**תיקון 7 אינו שינוי מאחר והעיקרון הבסיסי נשמר**. כמו כן זוהי לא פגיעה מאחר וס' 2 לחוק היסוד מאפשר זאת.

לפי הלכת המזרחי:

* **שינוי** הוא כאשר ישנה **סטייה מהותית** עד לרמה שבה החוק מכוון לשנות מעיקרו את ההסדר החוקתי.
* **פגיעה** – אינה משנה את הנורמה החוקתית מעיקרה אלא **סוטה ממנה לעניין מסוים בלבד**.

חקיקה שנותנת תוקף לחריג שבס' 2 ואין בה כדי לפגוע בעקרון הכללי – אינה מהווה פגיעה בחוק היסוד. ס' 2 סוג של פסקת הגבלה לחוק היסוד.

**גידי:** כן פגיעה אבל כזו שעומדת בס' 2 לחו"י. מבחינה מושגית, הטענה באשר לפגיעה אינה משכנעת, הטענה השנייה בנוגע לפסקת הגבלה מקומית – כן.

**אוביטר של ברק במזרחי**: ניתן לפגוע בחו"י בחוק רגיל רק אם חוק היסוד אומר זאת במפורש.

באשר להתנגשות עם הלכת ברגמן והתיישבות של **הלכת המזרחי** עם ההלכה החדשה – ברק אומר כי יש לראות בפס"ד ברגמן כפגיעה ולא כשינוי בשיטת הבחירות.

1. **שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים**:

אפשרויות לפגיעה בחוק יסוד שותק:

1. אין פסקת הגבלה - **אפשר לפגוע בלי תנאים**.
2. אפשר לפגוע ובלבד **שהכנסת תעשה זאת במפורש** (הכנסת תגיד – על אף האמור בחוק יסוד פלוני). העדפת **ברק**
3. אין פסקת הגבלה - **אי אפשר לפגוע בשום תנאי** (אלא באמצעות פרוצדורת 'שינוי' – בחוק יסוד אחר). **שמגר**
4. ייבוא **פסקת הגבלה שיפוטית** – בעקבות פס"ד הופנונג.
5. **ע"א 6821/93 בנק המזרחי**:

**הנשיא ברק טוען, כמו השופט שמגר, כי אין לשנות חו"י אלא בחו"י** (או אם חוק היסוד מאפשר אחרת, אמרת אגב שלא התפתחה).

**פגיעה –** לפי **השופט שמגר** 3 אפשרויות לפגיעה:

1. ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל.
2. ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל בתנאי שתהא בחוק הרגיל אמירה מפורשת (על אף האמור בחו"י..)
3. אי אפשר לפגוע בחו"י אלא רק באמצעות פרוצדורה של שינוי.

**השופט שמגר** נוטה לאפשרות השלישית. **השופט ברק** נוטה לאפשרות השנייה, לפיה מצד אחד ניתן כבוד לחו"י ומצד שני יש הבחנה בין חו"י משוריינים לכאלה שאינם. הוא משאיר זאת בצריך עיון כי חו"י כבוד האדם וחירותו משוריין (פסקת ההגבלה).

**בפס"ד חירות נ' יו"ר וועדת הבחירות לכנסת ה16 (2003),** יש התייחסות לאפשרות השלישית ע"פ ברק, שם נקבע כי אין לפגוע בחו"י אלא אם חו"י מתיר זאת בפסקת ההגבלה.

1. **בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת**: פיתוח פסקת הגבלה שיפוטית – אפשרות רביעית לפגיעה

העובדות: **תיקון 18 לחוק מימון מפלגות** **פוגע בעקרון השוויון** כפי שמעוגן **בס' 4 לחוק יסוד: הכנסת**.

**זמיר**: השוויון החוקתי רלוונטי רק במקרים מסוימים. הוא מבחין בין שוויון פורמאלי לשוויון מהותי. הוא טוען שחוק היסוד צריך להגן על השוויון המהותי. איך נדע מתי הפגיעה היא במהותי או בפורמאלי? לדבריו, לפי מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה. הוא מציע לקחת את פסקת ההגבלה ולשתול אותה בס' 4 לחוק יסוד הכנסת ככלי שבעזרתו נדע אם יש פגיעה בזכות ולא האם הפגיעה מוצדקת.

**ברק**: מסכים שאפשר לקחת את מבחני המידתיות לעניין זה, אך לא רק כדי להגיד אם יש פגיעה אלא גם אם היא מוצדקת.

במקרה זה נקבע שיש פגיעה, אבל היא מזערית ועומדת במבחני פסקת ההגבלה ולכן החוק חוקתי. **העתירה נדחית.**

**גידי:** זמיר מפספס בדבר אחד, הוא משתמש בפסקת ההגבלה אם בכלל הזכות נפגעה (שלב קודם), ברק מתנגד אליו ואומר שפסקת ההגבלה תעזור לנו להחליט האם בנסיבות ניתן להצדיק את הפגיעה.

1. **ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**: מורשת הופנונג ככלי משפט מקובל.

העובדות: ועדת הבחירות פסלה את מועמדתו של מופז מהתמודדות בבחירות מאחר ולא עמד בתקופת הצינון (6 חודשים).

הטענה: ההבחנה בין קצינים עד דרגת אלוף ומדרגת אלוף אינה שוויונית ולכן **חוק הצינון** **פוגע בעקרון השוויון** של **ס' 4** **לחו"י הכנסת.**

**מצא**: פסקת ההגבלה השיפוטית היא עקרון קיים וע"כ ניתן לייבא מבחני המידתיות גם לחו"י שותקים שאין בהם פסקת הגבלה. **אין בעיה להחיל את פסקת ההגבלה גם במקרה הזה**.

מדבר על הצורך להבטיח את אופיים הבלתי תלוי של מערכות השירות הציבורי אשר גובר על רצונו של האזרח להתמודד. הבחנתם לחומרה של בכירים אינה עולה עד כדי פגיעה בשוויון. **ההבחנה היא מוצדקת כשהיא נועדה להשגת מטרה שלשמה היא מיושמת**. **העתירה נדחית.**

1. **בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועמ"ש**: ס' 4 לחו"י הכנסת הוא לכאורה שותק – לא אומר איך ניתן לפגוע בו.

העובדות: **תיקון 62 לחוק הבחירות לכנסת** העלה את אחוז החסימה מ-2% ל-3.25%.

הטענה: החוק פוגע **בעקרון היחסיות** המעוגן **בס' 4 לחו"י הכנסת**. **יחסיות** = כל רשימה מקבלת כיסאות שתואמים באופן יחסי את שיעור התמיכה בה. יש לבדוק האם החוק עומד בפסה"ג השיפוטית כמו שעשה ביהמ"ש במופז ובהופנונג.

הכנסת: אין להחיל את פסקת ההגבלה, החוק התקבל ברוב מיוחס בשלוש קריאות ועומד בהוראת השריון הפורמאלית של ס' 4 לחו"י הכנסת.

**חיות**: **גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס עדיין נדרש שההוראה תצלח את פסקת ההגבלה השיפוטית.**

הדרישה לרוב של 61 ח"כים אינה מספיקה – **כאשר מדובר בפגיעה נדרש אך ורק שיעמוד בתנאי פסקת ההגבלה**.

**התיקון עומד במבחני פסקת ההגבלה ולכן העתירה נדחית**.

1. **בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמאי למשפט ועסקים נ' שר האוצר**:

העובדות: **תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר** קובע שיוקם לראשונה **בית סוהר פרטי** שינוהל ע"י תאגיד פרטי ולא ע"י המדינה.

הטענה: הדבר יביא לפגיעה בזכויות האדם של האסירים, פגיעה בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם. פגיעה מוסדית – המדינה היא הרשות המבצעת של המדינה לפי **ס' 1 לחו"י: הממשלה** ולכן רק היא יכולה להפעיל בתי סוהר.

**שני מסלולים לפסילת החוק:** מסלול מוסדי ומסלול זכויות האדם. **רוב השופטים בחרו לפסול ע"ב מסלול זכויות האדם**.

**בייניש**: ס' 1 לחו"י הממשלה מעגן ברמה החוקתית **גרעין קשה** של סמכויות שלטוניות המוטלות באופן בלעדי על הרשות המבצעת –ביניהן גם **הסמכות בכליאת אסירים**.

**לוי** (מיעוט): מכוחו של **היקש** ניתן **לייבא** פסקת הגבלה שיפוטית גם לחוקי יסוד שלא עוסקים בזכויות הפרט. עקרון זה יוחל על ערכים הקשורים לזכויות אדם.

**החידוש בפס"ד זה הוא בדיון בשאלה האם רעיון הוספת פסקת הגבלה לחו"י שותק מוגבל רק לחו"י בדבר זכויות אדם או שניתן לקיים אותו גם בחו"י בעלי אופי משטרי-מוסדי.** יש נטייה של ביהמ"ש לעשות שימוש או לייצר פסקת הגבלה שיפוטית (פסקת ההגבלה המוכרת מחו״י כבוד האדם וחרותו) ולהשתיל על חו״י שותק. לעומת זאת, יש הסבורים שכשמדובר בזכויות יש לייצר פסקת הגבלה אך כאשר מדובר בעקרונות חוקתיים - יש לבחון כל מקרה לגופו ולבחון האם יש לייבא פסקת הגבלה. **העתירה התקבלה**.

1. **שינוי חוקתי לא חוקתי**?
2. **בג"ץ 4908/10 בר-און נ' הכנסת**: דוקטרינת תיקון חוקי בלתי חוקתי מצטמצמת בישראל בהיעדר חוקה רשמית.

העובדות: **חו"י: הוראת השעה** קובע **שתקציב המדינה יהיה דו-שנתי** בניגוד **לחו"י: משק המדינה** שקובע תקציב שנתי.

הטענה: חו"י הוראת שעה מפר את האיזון החוקתי שבין הרשות המבצעת למחוקקת. נטען כי עיגון מנגנון תקציב דו שנתי במתכונת של תיקון חו"י: משק המדינה בהוראת שעה מהווה **שימוש לרעה** בחו"י הזמני.

**בייניש**: האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם? השופטת בייניש אומרת שיש חוקות הכתובות בהן פסקאות נצחיות=כלומר שריון מוחלט. היא טוענת כי מצד אחד, יש מדינות שבחוקתן פסקאות נצחיות ולכן ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים, מצד שני יש מדינות שבחוקתן אין פסקאות נצחיות אך ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים.
לפיה תיקון חוקתי לא חוקתי נפסל אם:
1. התיקון סותר את החוקה –כלומר, נוגד סעיפים שמשוריינים באופן מוחלט.
2. התיקון סותר עקרונות יסוד – עקרונות שמעוגנים בחוקה או שאינם מעוגנים בה(חיצוניים) אבל מרחפים מעליה. במקרה כזה יידרש ביהמ"ש להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות הבסיסיים של המדינה.

**העתירה מתקבלת**.

**גידי:** אין הבדל רחוק בין שימוש לרעה לסתירת חוקי יסוד. דוקטרינת השימוש לרעה כוללת לא רק פגמים טכניים אלא גם פגמים מהותיים. תיקון חוקתי לא חוקתי מדבר על פגמים מהותיים. ולכן הוא שואל בשביל מה צריך את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי.

1. **בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמאי למשפט ועסקים נ' הכנסת**: ביהמ"ש אומר – בפעם הבאה שזה יקרה נפסול חו"י.

העובדות: **חוק יסוד: תקציב המדינה 2017-18** מתקן זמנית את **חוק יסוד: משק המדינה** כך שהתקציב יהיה דו שנתי.

**פוגלמן**: עד כה ביהמ"ש **נהג בריסון** בכל המקרים שהכנסת עשתה שימוש בחו"י הוראת השעה והותיר את החו"י על כנו.

מדובר במקרה החמישי והדבר מהווה **כרסום במעמד החוקתי** של חו"י: משק המדינה. מדובר בתיקון העולה כדי שימוש לרעה ע"פ המבחנים שנקבעו בפרשת בר-און.

**דוקטרינת התיקון שאינו חוקתי**: לא חוקתי מבחינה מהותית, התוכן הוא בעייתי (עקרון על בשיטה שהתוכן בחו"י סותר).

**דוקטרינת שימוש לרעה במכשיר חוקתי**: פסילה מטעמים טכניים. לקיחת כלי בדמות חו"י ועשיית שימוש לרעה בו.

סיכום: ביהמ"ש מזהיר את הכנסת שאם תעשה שוב שימוש במנגנון הוא יפסול את חו"י: הוראת השעה. ביהמ"ש מנחה את הכנסת שאם היא רוצה לבצע שינוי, שתשנה את חו"י: משק המדינה. **ביהמ"ש מוציא 'כרטיס אדום' לכנסת**.

**גידי:** מתנגד לדוקטרינת התיקון שאינו חוקתי מאחר וביהמ"ש לוקח על עצמו יותר מידי ממה שהוא צריך בענייני מהות.

**בדוקטרינת שימוש לרעה בחו"י ביהמ"ש עשה שימוש, ואילו בדוקטרינת תיקון חוקתי לא חוקתי עוד לא נעשה שימוש.**

1. **בג"ץ 5744/16 ג'בארין נ' הכנסת**:

העובדות: **חו"י: הכנסת** וחוק הכנסת מסמיכים את הכנסת להדיח ח"כ בטענה של הסתה לגזענות/תמיכה במאבק אלים נגד המדינה.

הטענה: התיקון לא חוקתי מאחר ופוגע בזכות לבחור ולהיבחר המעוגן **בחוק יסוד: הכנסת**.

**מזוז**: אומר שיש שימוש בעייתי בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי מכיוון שמדינת ישראל בתהליך בניית חוקה שלא הושלם. למרות זאת, ביהמ"ש יכול להעביר ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי כאשר יש פגיעה מהותית בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי. על ההתערבות להיות מצומצמת ע"פ מזוז ויש להימנע ממנה אלא אם מדובר במקרה קיצון של פגיעה.

**(2) מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות**

**2.1 הכנסת**

**2.1.1 הבחירות לכנסת (לימוד עצמי)**

1. **רובינשטיין ומדינה, פרק 8א-ד**:

הבחירות לכנסת הן הביטוי הרם ביותר לאופיו הדמוקרטי של המשטר בישראל. מהווה יישום של כלל ההכרעה ע"פ עמדת הרוב. השיטה הראויה היא זו שמשיגה איזון הולם בין **משילות** (הבטחת יעילות פעילותו של בית המחוקקים) **וייצוגיות** (ייצוג למגוון רחב ככל האפשר של העמדות בציבור). קיימת **חשיבות לעגן בחוקה** את שיטת הבחירה ועקרונותיה במטרה למנוע מבית המחוקקים לקבוע את החקיקה על הבחירות, במיוחד כאשר הכנסת היא גם הרשות המחוקקת וגם המכוננת. הכלי המרכזי לעשות זאת הוא ע"י **ס' 4 של חו"י יסוד הכנסת** אשר עליו גם מתבסס ביהמ"ש בהחלת ביקרות שיפוטית. **העקרונות** שעומדים בבסיס דיני עריכת הבחירות הם:

1. **הבטחת חופש הבחירות:** כל בוחר יוכל להצביע בהתאם למצפונו ושיפוטו ללא השפעה בלתי הוגנת ואיומים.
2. **הבטחת שוויון הזדמנויות**: הגינות הבחירות והקטנת גורמים כדוגמת עושר על סיכויי הבחירה (הגבלה על תקציבים).
3. **תוצאות הבחירות ישקפו את דעת הציבור**: הקטנת החשש מזיופים בתהליך ההצבעה וספירת הקולות.
4. **הבטחת ודאות ביחס לתוצאות הבחירות**.
5. **שמירה על טוהר הבחירות ואמון הציבור בקיומו של הליך בחירות הוגן.**
6. **שמירה על ערכי יסוד של המשטר של מדינת ישראל**.

הכנסת מכהנת 4 שנים ע"פ הלוח העברי. ס' 9א(א) קובע כי הכנסת מוסמכת להאריך כהונתה רק בנסיבות יוצאות דופן הצדיקות זאת (ובחוק ברוב של 80 ח"כים) ולכן ביהמ"ש מוסמך לתת ביקורת שיפוטית על החלטותיה. 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. **הערת הכותבים – יש לקבוע בחו"י את קיום מועד הבחירות במקרה של קבלת חוק של התפזרות הכנסת**.

מצבים נוספים בהם הכנסת מתפזרת לא לפי חוק:

1. לא מצליחים להרכיב ממשלה (אם בעקבות בחירתה של כנסת חדשה או בעקבות הבעת אי אמון בממשלה).
2. הקדמת הבחירות כתוצאה מאי קבלתו של חוק תקציב תוך 3 חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים.
3. החלטת רה"מ לפזר את הכנסת אם זו מונעת אפשרות פעילה של הממשלה, לפי ס' 29 לחו"י. קיימים סייגים רבים.

4 גורמים המופקדים על **ניהול הבחירות** לפי חוק הבחירות לכנסת:

1. ועדת הקלפי – פיקוח על ההצבעה וספירת קולות.
2. ועדות הבחירות האזוריות – פיקוח על ההצבעה וספירת קולות.
3. ועדת הבחירות המרכזית – ניהולן החוקי של הבחירות. מוסמכת לאשר רשימה וגם למנוע השתתפות בבחירות.
4. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (שופט מביהמ"ש העליון).

בעייתיות בוועדת הבחירות המרכזית – הענקת סמכויות שיפוטיות רחבות לגוף פוליטי. הדבר לא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות. ראוי להעביר את הסמכות להכריע בפסילת רשימות ומועמדים לגוף שיפוטי.

**החשש הוא מפני הכרעות ע"ב שיקולים פוליטיים, ופגיעה בשק"ל העצמאי**. הסדרים להתמודדות עם הבעיה:

1. הקניית סמכויות מסוימת רק ליו"ר הוועדה: קביעה האם יש בעברה משום קלון, אי אישור השתתפות בבחירות.
2. החלת פיקוח שיפוטי על החלטות הוועדה – החלטה למנוע השתתפות מועמד בבחירות טעונה אישור ביהמ"ש העליון.

צמצום הביקורת השיפוטית: כשמדובר בהחלטות הנוגעות **לפגיעה בזכויות יסוד** – ביקרות רחבה. כשנוגע **לניהול הבחירות** – מוגבל ומצומצם יחסית. פרשת פייגלין – דחיית עתירה כי לא הוגשה בזמן, המטרה היא לשמור על ניהול הבחירות כתיקונן. פרשת הלפרין – התערבות ביהמ"ש רק במקום בו נגרמה פגיעה קשה ובלתי מוצדקת בזכות יסוד.

**אבן יסוד בדמוקרטיה היא הזכות והחופש לבחור**: עקרון כלליות הבחירות מעוגן בס' 4 לחו"י הכנסת. הגבלות על הזכות:

1. **שלילת אזרחות** ע"י שר הפנים משום הפרת אמונים למדינת ישראל (ס' 11ב לחוק האזרחות).
2. **הגבלת גיל** – מגיל 18 ומעלה. מי שיש לו יום הולדת ביום הבחירות – זכאי להצביע.
3. **הגבלות מנהליות**: רישום בפנקס בוחרים, במרשם תושבים, שימוש בת"ז לצורך ההצבעה.
4. **הצבעה רק בקלפי בה רשום הבוחר**: קשיים – מניעה מישראלים בחו"ל (רק עובדי מדינה יכולים) או חולים לבחור.
5. **ידיעת השפה העברית**: מי שאינו דובר עברית עלול שלא לזהות את הפתק שמייצג את רשימתו המועדפת. פתרון חלקי ומאזן בין שימור השפה העברית והבעיה - תרגום לערבית.

**חשאיות הצבעה**: אינה בגדר זכות אלא חובה שאין להשתחרר ממנה. עקרון הכלליות גובר במקרים מסוימים על עקרון החשאיות (על המעטפה שאיתה מצביע חייל כתוב שמו ופרטיו). רצון חופשי – אסור לשחד, לאיים, פיטורים ואיום לפיטורים, שידול.

**הזכות להיבחר**: עד כה ביהמ"ש נמנע מלהכיר בזכות זו כנגזרת מן הזכות לכבוד וכזו המעוגנת בחו"י: כבוד האדם וחירותו אך הדבר לא מנע החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכות להיבחר. היקפה של הביקורת מוגבל לאור פסקת ההגבלה בס' 4 – רוב של 61 ח"כים. כאשר יש הגבלה שפוגעת בעקרונות יסוד של המשטר החוקתי – ביהמ"ש יתערב.

**2.1.2 מוסדות הכנסת והליך החקיקה (לימוד עצמי)**

1. **רובינשטיין ומדינה, פרק 10ג-ד**:
2. **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 ח"כ. מליאת הכנסת מתכנסת בימים ב' ג' וד', ובאישור ועדת הכנסת ניתן לקבוע יום נוסף.

**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.הצבעה חשאית אינה רצויה מאחר ומונעת פיקוח ציבורי על ח"כ. **הצבעה חוזרת** לא תיערך זולת מקרים מיוחדים בהם מוקנית ליו"ר הישיבה סמכות לערוך הצבעה חוזרת (הצעת חוק שהתקבלה ברוב אך לא יודעים את המס' המדויק).

**יו"ר הכנסת**: קובע את סדר היום השבועי ומאשר העלאה לדיון של הצעה לסדר היום שמגיש ח"כ. כדי לשמור אי-תלות יו"ר הכנסת וסגניו אינם חברים בוועדות אך יכולים להשתתף ולהצביע. אינו מוסמך להשעות כניסה לתוקף של חוק גם אם הוא סבור שנפל פגם בהליך החקיקה. מ"מ הנשיא.

**וועדות הכנסת**: שם מתקיימים הדיונים העיקריים והמהותיים באשר לנוסחן של הצעות חוק וביקורת על פעילות הממשלה. 12 ועדות קבועות. ועדה קבועה רשאית לבחור ועדות משנה ולהעביר אליהן סמכויות (בהחלטה של רוב 2/3) פרט לסמכויות שיוחדו בחוק. הרכב הוועדות – ייצוג לפי גודלן היחסי של הסיעות. חבר ממשלה ושר לא יכולים להיות יו"ר ועדה. יו"ר ועדה קבועה נבחר ע"י חברי הוועדה לפי המלצת ועדת הכנסת, והוא יכול להטיל סנקציות נגד חברים בוועדה ולקבוע את סדר היום שלה. סמכויות – דיון בהצעות חוק ואף ליזום הצעות חוק. החלטות הוועדה בתחומים בהם לא הוסכמה מכוח חוק לפעול אינן מחייבות את הממשלה. וועדות לא חייבות להיות פומביות, אך כיום הן כן בדר"כ.

**ראש האופוזיציה**: תפקיד מרכזי בפיקוח על עבודת הממשלה. ח"כ מהסיעה הגדולה ביותר מהאופוזיציה. על רה"מ מוטל לעדכן את ראש האופוזיציה בענייני המדינה לפחות אחת לחודש וראש האופוזיציה רשאי לנאום במליאה מיד לאחר רה"מ.

**היועמ"ש לכנסת**: במשך זמן רב היועמ"ש לממשלה שימש גם היועמ"ש לכנסת והתגבשה ההבנה שהדבר אינו נכון וכי יש לנתק את הזיקה בין הממשלה לכנסת. ההבדלים בין היועמ"ש לממשלה ליועמ"ש לכנסת: א) חוו"ד היועמ"ש לממשלה – **מחייבת** את הממשלה. החוו"ד של היועמ"ש לכנסת אינו מחייב. הוא רק **מייעץ** באשר למצב המשפטי. 2) הליך הבחירה: יועמ"ש לכנסת מתמנה ע"י יו"ר הכנסת באישור ועדת הכנסת לאחר המלצה על מועמדים של וועדה חיצונית (מתוך 7 חברים רק 3 ח"כים). 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.

**נציב הדורות הבאים**: אחראי להזכיר לכנסת את הדורות הבאים ע"מ שתתייחס להשלכות של מעשיה לא רק לטווח המידי והקרוב אלא גם לטווח הזמן הרחוק.

1. **הליכי החקיקה**:

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. ביהמ"ש אינו נוהג להורות לכנסת להימנע מהמשך הליך חקיקה בעניין כלשהו ואינו נוהג להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה בטרם הושלם תהליכה. הליכי החקיקה מוסדרים בתקנון הכנסת – חוק שלא התקבל בהתאם לפרוצדורה אינו תקף. היקף הביקורת השיפוטית ביחס לתוכנה של חקיקה עשוי להיות מושפע מאופיו של הליך החקיקה – ככל שהליך החקיקה מעמיק יותר כך תגבר הנטייה של ביהמ"ש להימנע מהכרזה על בטלותה של החקיקה.

**הזכות להציע הצעות חוק:** ע"י הממשלה בהצעה לסדר היום, ע"י וועדות הכנסת וע"י ח"כ שאינו שר או סגן שר – הצעת חוק פרטית. הצעת חוק פרטית שלא נתמכת ע"י הממשלה טעונה רוב של 50 ח"כים בשלוש הקריאות. שני שלבים מוקדמים שעוברת הצעת חוק פרטית טרם הבאתה לקריאה ראשונה ופרסומה כהצעת חוק: אישור יו"ר הכנסת והצבעה במליאה בדיון מקדים. **דעת כותבי המאמר**: נהיגה בריסון רב גם בהפעלת סמכות לא לאשר הצעות חוק מפאת התוכן. סמכות הפסילה תתבצע רק במקרים של הצעת חוק גזענית במהותה המציעה החלת סדרים של רדיפה, ביזוי, גילוי איבה ואלימות.

**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 לוועדה להתאמה. ההצבעה היא ע"י הח"כים.

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

**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.

מקור החוק

ח"כ שאינו שר/סגן שר
"הצעת חוק פרטית"

ועדת כנסת

ממשלה

ההצעה עוברת אישור מקדמי **בשני שלבים** טרם הנחתה על שולחן הכנסת

**פרסום הצעת החוק והנחתה על שולחן הכנסת**

**מועבר לועדה הכנסת להכנה לקריאה ראשונה**

**שלב א'**
אישור נשיאות הכנסת- צורה וסגנון +
[ס' 134 (ג)]

לתקנון (שתי עילות פסילה- גזענות ושלילת אופי יהודי)

**העברה לקריאה ראשונה**

**הצעה להסיר מסדר היום**

**קריאה ראשונה**

**פסילה**

**אישור**

**פרסום הצעת החוק והנחתה על שולחן הכנסת**

**פרסום ברשומות**(היעדר פרסום שולל תוקף החוק)

**חתימה**(היעדרה אינו שולל תוקף החוק)

הממשלה רשאית לחזור בה כל עוד נתקבל החוק בקריאה שלישית

**קריאה שלישית**

**קריאה שנייה**הצבעה על סעיפי החוק והצגת ההסתייגויות

ח"כ רשאי לחזור בו מהצעת חוק פרטית רק עד גמר הדיון בועדה לאחר קריאה 1

**דיון בועדה**הכנת נוסח חוק לקריאה שנייה, הגשת הסתייגיויות ייעשה בשלב זה

**פסילה-** הסרה מסדר היום

**שלב ב'**
דיון מוקדם במליאה

**אישור**

**2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת**

האם ועד כמה ביהמ"ש העליון ובג"ץ מוכנים להתערב בפעילות הכנסת? **הכנסת בתפקידיה**: 1) מחוקקת 2) כעין שופטת 3) מנהלת את ענייניה הפנימיים.

**המהלך**: נכונות גוברת של ביהמ"ש להתערב בפעילותה של הכנסת כאשר היא משתמשת בסמכות השפיטה שלה וגם כאשר היא מנהלת את ענייניה הפנימיים.

1. **בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים**: ביהמ"ש מפגין כבוד למחוקק. **עקרון ריבונות הכנסת**, גם טעות רצינית בחוק – תקף.

העובדות: חקיקת **חוק איסור גידול חזיר** ב-1962. אסור לגדל חזיר פרט ל-9 מקומות אשר מפות שלהם שנטען שהונחו בעת חקיקת החוק הונחו רק לאחריו. בין המקומות שמותר – הכפר ריינה המוסלמי שבגליל.

הטענה: ס' 2 לחוק איסור גידול החזיר לא תקף כי קבע תמונת מצב עובדתית שגויה.

**זילברג**: ברגע שניתן החוק – יש להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחריו. קביעה עובדתית גם אם שגויה תקפה לכל דבר. יש לראות את המפות כאילו הונחו במשרדי הממונים בזמן.

**ברנזון**: גם אם היה בכוחו של ביהמ"ש לפסול חוק עליו לעשות כל מאמץ כדי למנוע זאת. הכנסת ריבונית בחקיקה חוקים וביהמ"ש יכול רק לפרש חוק אך לא לפסול אותו.

משל היין: הכנסת נוסכת את יינה לתוך קנקן החוק, וביהמ"ש רק יכול לומר בדרך של פירוש חוק, מהו טעמו של היין.

**שורה תחתונה:** גישה שמבטיחה ביטוי נכון וחזק של הפרדה בין שלוש הרשויות – נתינת כבוד ראוי למחוקק. עקרון ריבונות הכנסת מוביל לתוצאה שבה גם אם יש טעות רצינית בחוק – הוא עדיין תקף.

1. **בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' וועדת הכנסת (1981)**: דיון בהחלטה של הכנסת בעלת אופי שיפוטי.

העובדות: ח"כ שרון הורשע בשתי עבירות ונגזר עליו עונש מאסר בפועל של 9 חודשים. שרון הגיש ערעור אך בטרם נשמע החליטה ועדת הכנסת ע"פ **ס' 42ב(א) לחו"י: הכנסת** להשעותו מכהונתו כח"כ עד להכרעה בפסק הדין.

הטענה: הכנסת חרגה מסמכותה מאחר וניתן להשעות רק אם עונש המאסר הוא שנה ומעלה.

השאלה המשפטית: האם בג"ץ מוסמך להתערב בהחלטתה של הוועדה?

**כהן** (רוב): **בג"ץ מוסמך** מכוח **ס' 15 לחו"י השפיטה** לבחון את חוקיות פעולות וועדת הכנסת. 2 תנאים מצטברים שמגדירים נושא שפיט: פעילות מעין שיפוטית של הכנסת, כשהפעולה לא נעשית בסמכות. **אם היה פגם בשיקול דעת – לא להתערב**.

**לנדוי** (מיעוט): שאין בהכרח סמכות להתערב. אולם סעיף 7ב(2) נותן סמכות שיפוטית בפעילות הכנסת, אך **כמו שאין להתערב בחקיקות הכנסת, אין להתערב בפעולות בעלות אופי שיפוטי.**

**גידי:** ביהמ"ש לא מרחיק לכת, הוא קובע שני תנאים להתערבות בהליכי הכנסת (מעין שיפוטי + חוסר סמכות).

**העתירה התקבלה**.

**החידוש:** פעם ראשונה שמכירים בסמכות ביהמ"ש עליון לפקח על פעילות הכנסת.

**בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת (1981)**: מבחן שריד – בינתיים רק בגדר **אוביטר**. פנים פרלמנטרי + שק"ד.

העובדות: דיון בהצעת אי אמון בממשלה נדחה ע"י יו"ר הכנסת משעה 11 לשעה 17. **ס' 36(א) לחו"י הכנסת** קובע ב-11.

הטענה: יו"ר הכנסת דחה את הישיבה כדי לאפשר לח"כים בממשלה להספיק לחזור מחו"ל ולהשתתף בהצבעה.

**ברק**: **אוביטר:** האם עניין זה הוא פנימי או שפיט? מתי ביהמ"ש יכול להתערב? מצד אחד, השופט ברק אומר כי זו סמכות בג"צ לדון בעתירה בהתבסס על סעיף 7ב(2) לחוק בתי המשפט. מצד שני יו"ר הכנסת לא חרג מסמכותו, **ברק בוחן האם הייתה חריגה משיקול הדעת –** **מבחן שריד:**

1. **מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים**, כלומר לעשות בלאגן בכנסת.
2. **מידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי**, כלומר פגיעה בעקרונות הדמוקרטיים.

כשהפגיעה ניכרת והיא בערכים המהותיים של המשטר החוקתי גובר השיקול להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול.

שורה תחתונה: ברק קבע **באוביטר** מבחן גמיש המותיר שק"ד רחב בפני ביהמ"ש להחליט האם מדובר בפגיעה קשה או קלה. ביהמ"ש מתערב גם בעניינים פנים פרלמנטריים וגם בעניין שק"ד. **העתירה נדחתה** (כי לא הייתה חריגה משק"ד).

**בג"ץ 73/85 כך נ' יו"ר הכנסת**: שימוש במבחן שריד אך קבלת העתירה בגלל חריגה מסמכות ולא שק"ד –**מאוביטר לרציו.**

העובדות: סיעת היחיד כך הגישה הצעת אי אמון בממשלה אך יו"ר הכנסת דחה אותה בטענה שסיעת יחיד מנועה מלהגיש הצעת אי אמון לאור תקנון הכנסת. העתירה היא כנגד החלטת יו"ר הכנסת – כל סיעה רשאית להציע הצעת אי אמון.

המדינה: **מבחן הסמכות הפונקציונאלית** – רק כאשר הכנסת מחליטה דברים שהיא לא אמורה להחליט בתור כנסת רק אז יכול להתערב ביהמ"ש.

**ברק**: ע"פ **ס' 36(א) לתקנון הכנסת** **גם סיעת יחידה יכולה להגיש הצעת אי אמון בממשלה** – פרשנות הוועדה הייתה שגויה. אין בכוחה של הכנסת לקבל החלטות שעומדות בניגוד לתקנון הכנסת – חריגה מסמכות. מפעיל את **מבחן שריד** ובודק האם החלטת יו"ר הכנסת מהווה פגיעה קלה או מהותית ומגיעה למסקנה שמדובר **בפגיעה מהותית** (שלילת מוחלטת של כלי שמהווה שיא הפיקוח של הכנסת על הממשלה = פגיעה בערכיה המהותיים של המשטר החוקתי).

מתנגד למבחן שהמדינה הציעה ומציע **מבחן מרקם חיים פרלמנטרי** – במקרים בהם יש פגם בשק"ד ביהמ"ש צריך להתערב גם אם הכנסת לא חרגה מסמכותה וכתוצאה מההחלטה יש פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים באופן מהותי.

**בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' יו"ר הכנסת**: בהליך מעין שיפוטי דין הכנסת כדין כל בית משפט, חשופה לביקורת מלאה.

העובדות: הכנסת החליטה להסיר את חסינותו של ח"כ פנחסי לבקשת היועמ"ש לממשלה כדי שיגיש נגדו כתב אישום.

הטענה: נפלו פגמים מהותיים ודיוניים בהחלטת הכנסת ולא ניתן ליטול חסינות מהותית.

**ברק**: החלטת הכנסת להסיר חסינות של ח"כ היא החלטה מעין שיפוטית. כאשר מדובר בהליך מעין שיפוטי **דין הכנסת כדין כל ביהמ"ש והיא חשופה לביקורת מלאה של ביהמ"ש.** הביקורת מכוונת כלפי חוקיות הנטילה ונועדה להבטיח את יכולתה של הכנסת לקבל החלטות כעין שיפוטיות.

**העתירה התקבלה** בשל היעדר תשתית עובדתית מינימלית, הסרת החסינות מבוטלת.

**גידי:** **הפיכה של פס"ד פלטו שרון – היקף ביקורת ביהמ"ש הוא גם על הפעלת שק"ד.**

סגירת מעגל: **בעניינים מעין שיפוטיים** – אין ריסון של ביהמ"ש והוא יכול להתערב גם אם **הפגיעה קלה**.

**בעניינים פנים פרלמנטריים** – ביהמ"ש מרסן את עצמו ע"י מבחן מרקם החיים הפרלמנטריים – רק כאשר הפגיעה קשה.

**בג"ץ 12002/04 מח'ול נ' הכנסת**: הבחנה בין החלטה של ועדת האתיקה לעומת החלטה על הסרת חסינות.

**ברק**: החלטות ועדת האתיקה של הכנסת כפופה לביקורת שיפוטית. עם זאת, ההתערבות צריכה להיות פחותה. החלטות ועדת האתיקה פוגעות פחות בח"כ והן מתעסקות ב**סטנדרטיים התנהגותיים**. מבחינה מהותית ההשפעה של ועדת האתיקה על הח"כ מחוץ למשכן היא שולית. לעומת זאת, **הסרת חסינות שונה בתכלית ונוגעת כבר לעקרון השוויון** ולכן הביקורת השיפוטית מוגברת. בפעילות ועדת האתיקה אין פגיעה בעקרון השוויון מאחר ומדבור בכללים החלים על ח"כים בלבד ולא בזכויות יתר הניתנות להם מכוח היותם ח"כים.

**בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון ישראל נ' ועדת הכנסת**: ביהמ"ש יכול להתערב בחקיקת משנה של הכנסת.

העובדות: **ועדת הכנסת** החליטה שמי שכיהן בכנסת ה-14 אך לא נבחר ל-15 יקבל גמלה כאילו כיהן 4 שנים למרות התפזרותה של הכנסת לאחר 3 שנים בלבד וזאת בניגוד להמלצתה של ועדת אלוני החוץ פרלמנטרית לשנות את המצב.

המשמעות – ח"כים זוכים לקצבה שכלל לא היו זכאים לה וח"כים ותיקים זוכים לקצבה גבוהה יותר ממה שהיו אמורים.

**ריבלין:** ביהמ"ש יכול להתערב בחקיקת משנה של הכנסת בדיוק כפי שהוא מתערב בחקיקת משנה של הרשות המבצעת.

חקיקת משנה שלא הושלמה – מתערבים כמו בעניינים פנים פרלמנטריים – בריסון.

חקיקת משנה שהושלמה – ניתן לפסול אותה אם לא הייתה סמכות/אם החוק לא סביר.

חקיקת משנה של הכנסת חזקה עליה גם כשרותה (בדומה לחקיקה ראשית). חקיקת משנה לא משנה של מי היא – יש לתת לה אותו מעמד כמו של חקיקת משנה של הרשות המבצעת. **העתירה התקבלה**.

**2.1.4 תקנון הכנסת ומעמדו**

1. **בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת**: כהנא 1 – תוכן הצעת החוק נפסל בשל כשל טכני.

העובדות: יו"ר הכנסת החליט שלא לאשר 2 הצעות חוק של כהנא בטענה שהן כוללות דברי גזענות שיש בהם עלבון ופגיעה בערכים שעליהם מושתת מדינת ישראל.

המדינה: מכוח **ס' 134 לתקנון הכנסת** רשאית נשיאות הכנסת לא לאשר הצעת חוק פרטית וזוהי **סמכות שבשיקול דעת**.

השאלה המשפטית: האם מוסמכת נשיאות הכנסת למנוע הבאת הצעות חוק לשולחן הכנסת גם מטעמים תוכניים?

**ברק**: הבחנה בין הצעת חוק ממשלתית להצעת חוק פרטית:

* **בהצעת חוק ממשלתית** – סמכות נשיאות הכנסת לאשר הצעת חוק היא **חובה**.
* **הצעת חוק פרטית** – סמכות נשיאות הכנסת באישור הצעת החוק היא **שבשיקול דעת**, מתוקף ניסוחה והקשרה.

היקף שיקול הדעת: לא מוחלטת. נדרשת הגינות, סבירות, תום לב וללא הפליה ושרירות.

מעבר לבחינה הצורנית, יו"ר הכנסת מוסמך לבחון את **תוכן** את הצעת החוק ולבדוק שאין בה דברי גידופין, בלע ועלבון. עם זאת, **אין לה סמכות לבחון את אופיה הפוליטי של הצעת החוק** וע"ב זה לפסול אותה. זוהי פגיעה בערכים דמוקרטיים כי ברגע שלמפלגה אושר להשתתף בבחירות, יו"ר הכנסת לא יכול למנוע ממנה הגשת הצעות חוק שנועדו להגשים את מצעה. ביהמ"ש קבע כי יו"ר הכנסת והסגנים אינם מהווים "חוקה חיה", **כל עוד אין לנו חוקה אין אפשרות שנשיאות הכנסת תהיה זו שמוסמכת לפסול חוק בעקבות תוכן ולבצע ביקורת על הצעת החוק. העתירה התקבלה.**

1. **בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת**: כהנא 2. **העתירה נדחתה**.

העובדות: בעקבות פרשת כהנא 1 הוסף **ס' 134 ג' לתקנון הכנסת** המאפשר ליו"ר הכנסת לפסול הצעת חוק אם היו גזענית או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. יו"ר הכנסת פסל 2 הצעות חוק של כהנא בטענה שהן גזעניות.

הטענה: יש לעגן בחוקה הוראה המגבילה הצעות חוק פרטיות ולא בתקנון הכנסת.

הכנסת: הנושא אינו שפיט לאור עקרון הפרדת הרשויות ולא נעשתה חריגה מהסמכות הפונקציונאלית.

**שמגר**: **רק בנסיבות קיצוניות** באופיין שבהן יש בהוראת תקנון הכנסת **פגם מהותי** הפוגע בעקרונות היסוד של המשפט החוקתי יתערב ביהמ"ש. במקרה זה לא התגלה פגם. הזכות להניח הצעת חוק פרטית היא לא מוקנית אלא תוצאה של התקנון. אין פגם בעצם העובדה שתקנון הכנסת מגביל את הזכות של ח"כ להניח הצעת חוק פרטית מתוקף התוכן.

1. **בג"ץ 975/89 נמרודי נ' הכנסת**: הליך חקיקה לקוי ע"פ תקנון הכנסת עשוי להביא לבטלות חוק.

העובדות: **חוק ניירות ערך** מחיל הנחיות רטרואקטיביות הפוגעות בחברת נמרודי.

הטענה: נפל פגם בהליך החקיקה מאחר וועדת הכספים לא זימנה אותם לטעון את טענותיהם במסגרת הליך החקיקה.

**ס' 106 לתקנון** הכנסת שקובע כי וועדה **רשאית** לזמן אנשים שעלולים להיפגע כתוצאה מחיקוק החוק הוא **חובה** ומאחר והדבר לא התבצע - על החוק להתבטל.

השאלה המשפטית: האם ניתן לפסול חוק מאחר והיה בו הליך לא תקין מבחינת תקנון הכנסת?

**ברק**: במקרה בו נפל פגם בהליך החקיקה ניתן להכריז על בטלותו של החוק. לו הייתה קיימת חובה כזו הדבר היה עשוי להוביל לפסילת ההליך. במקרה הנוכחי לא נפל פגם ולכן **העתירה נדחית**.

השורה התחתונה/החידוש: באופן עקרוני במקרה של הפרת הוראות התקנון הדבר עלול להוביל להכרזה של ביהמ"ש על בטלות החוק.

ההבדל בין נמרודי לקוונטינסקי: כאן מדובר בהפרה של תקנון הכנסת, בקוונטינסקי פגם שפוגע בעקרונות יסוד השיטה.

1. **אריאל בנדור, המעמד החוקתי של תקנון הכנסת**: במציאות כיום שהתערבות בסוף ההליך היא מכוח התקנון, כשהתקנון מובא כתירוץ, בעייתי שמתערבים בסוך ההליך ולא בתחילתו או במהלכו.
* **ביקרות שיפוטית א-פריורית**: ביקורת שיפוטית **תוך כדי** ההליכים.
* **ביקורת שיפוטית א-פוסטריורית**: ביקור **בסוף** הליך החקיקה.

**הביקורת הא-פריורית** פחות אנטי דמוקרטית מאחר ולא פוסלים חוק אלא מונעים ממנו לסיים את ההליך – הפלה ולא הריגה של התינוק.

האבסורד – התקנון הופך להיות קובץ חוקים בעלי מעמד עליונות גבוה. **ס' 19 לחו"י הכנסת** קובע כי את ההסדרים קובעים בחקיקה או בתקנון. פסילת הסדרים כאלו לא יכול להיות ממקום של תוכן. לכן, הדבר מאוד בעייתי שכן מדבור בהתערבות ברוטאלית בהתנהלות הכנסת.

דעתו של בנדור: על ביהמ"ש העליון לדון בחוקים א-פריורית (לפני קבלת החוק) ולא א-פוסטריורית (לאחר קבלת החוק) מאחר וזו תהיה פגיעה בריבונות המחוקק. אם הצעת חוק התקבלה ע"י רוב בכנסת יש להניח שהכנסת ביקשה לחוקק את החוק ולפיכך אין לבטלו, גם אם נפלו פגמים בהליכי עשייתו. גישה זו הפוכה מהגישה המקובלת בפסיקה.

**2.1.5 חלוקת העבודה בין הכנסת והממשלה**

1. **בג"ץ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הביטחון (1998)**: כלל ההסדרים הראשוניים. **העתירה התקבלה**.

העובדות: לתלמידי ישיבות ניתנת דחיית שירות צבאי ע"פ סמכותו של שר הביטחון **לפי ס' 36 לחוק שירות ביטחון**.

הטענה: מס' הנהנים מהסדר הדחייה גדל במהלך העשור האחרון באופן משמעותי והגיע לכדי 8% מכלל מחזור הגיוס. החוק אינו שוויוני, בלתי סביר ולא מידתי.

**ברק**: **הסדר בעל אופי ראשוני** ראוי שיתקבל ע"י המחוקק בחקיקה ראשית ולא ע"י שר הביטחון. כלל ההסדרים הראשוניים התחזק משמעותית מאז 'המהפכה החוקתית' ולפניה כלל זה היה פרשני בלבד מאחר ומדרג הנורמטיביות לא באמת היה קיים כפי שהוא היום. מציין שבהיעדרן של חו"י לזכויות אדם המחוקק היה רשאי לתת לרשות המבצעת לחוקק הסדר ראשני בחקיקת משנה. לאחר המהפכה – אי אפשר שהסדר ראשוני שיגיע בחקיקת משנה יפגע בזכויות אדם.

שר הביטחון רשאי לתת פטורים בצורה פרטנית ונקודתית ולא בצורה גורפת – הכנסת צריכה לחוקק חוק.

**גידי:** ביהמ"ש **לא קבע הלכה** שכלל ההסדרים הראשוניים הוא כלל חוקתי – משתמש בכלי זה **כחזקה פרשנית** ונותן לחזקה המשפטית הזו חיזוק. ברק בדרך גאונית בוחר לפסול החלטה של שר הביטחון ע"ב **סמכות** ולא ע"ב שיקול דעת ע"א שב-90% מדבריו מתייחס לשיקול הדעת וטוען מדוע לא היה תקין – אך לבסוף בוחר לבסס עמדתו על חריגה מסמכות.

המהפכה החוקתית חיזקה את מעמדה של החקיקה הראשית. השאלה שנשאלת היא בכמה היא חיזקה את הכלל? האם עדיין מדובר בחזקה הניתנת לסתירה או שזו חזקה חלוטה, כזו שאי אפשר לסתור? ברק אומר שהסדרים ראשוניים שעוסקים בזכויות אדם צריכים להיות חזקה חלוטה, מזה אפשר להסיק שהסדרים ראשוניים שלא עוסקים בזכויות אדם עדיין ניתנים לסתירה. הדעה ההפוכה תטען שאם הסמכות לקביעת הסדר ראשוני לא מופיעה במפורש בחוק אז יש לראותה כחזקה שניתנת לסתירה.

1. **בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמאי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל**: מעמד חוקתי לכלל ההסדרים הראשוניים?

העובדות: ממשלת ישראל מאמצת את החלטת הועדה בנוגע למדיניות משק הגז הטבעי ויצוא הגז.

הטענה: ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות **וצריכה להיות מעוגנת בהסדר ראשוני** בחקיקה ראשית ע"י הכנסת.

**גרוניס**: לא מכריע בשאלת מעמד ההסדרים הראשוניים, אבל מביא את דעתו של ברק שלכלל ההסדרים הראשוניים יש מעמד חוקתי. בנוגע **לזכויות אדם** יש חזקה "חלוטה" (כלומר, לא ניתן לסטות מכלל ההסדרים הראשוניים) ובנוגע לשאר הדברים, ניתן לקבוע הסדרים ראשוניים גם בחקיקת משנה אם יש הסמכה מפורשת. אין הכרעה של גרוניס אם לכלל ההסדרים הראשוניים יש מעמד חוקתי, אך הוא מביא את דעת ברק שסובר שכן.

נק' חשובה: יש הטוענים שנקבעה כאן הלכה לפיה הכנסת לא רשאית להאציל סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים לרשות המבצעת – רובינשטיין לא קבע כלל חוקתי אלא רק חזקה פרשנית שהשתדרגה מאז המהפכה החוקתית.

המצב היום: **כלל ההסדרים הראשוניים השתדרג אך הסטאטוס שלו עדיין לא ברור מבחינה חוקתית**.

1. **בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל**: הסדר ראשוני – גם הכנסת צריכה לקחת חלק אמיתי.

העובדות: **חוק ההסדרים להבראת כלכלת ישראל** המנהיג רפורמות בהסדרתם של כמה ענפי חקלאות.

**בייניש**: חוקים כמו חוק ההסדרים לא נחקקים בצורה רגילה, הם נחקקים בהליך מהיר וכוללים נושאים רבים. שימוש במנגנון של חוק ההסדרים מצוי במתח פוטנציאלי ואפילו מפר את כלל ההסדרים הראשוניים כיוון שבדרך כלל חברי הכנסת לא יהיו מעורבים כל כך בחקיקה שלו כי הם לא יצליחו לגבש דעה על נושאים רבים בהליך כזה מהיר. נוצר מצב שהכנסת מקבלת חוק שהוא למעשה חוק של הרשות המבצעת (הממשלה) וחותמת על ההסדר. אך בפועל זוהי החלטה של הרשות המבצעת, ההסדר ראשוני לא באמת נקבע ע"י הרשות המחוקקת.

המסר: בייניש מראה אקטיביזם בנוגע להרגעת הממשלה והשבת **כוח לכנסת** לטובת **איזון** הנובע מעקרון הפרדת הרשויות.

**2.1.6 חסינות חברי הכנסת**

* ס' 17 לחו"י הכנסת קובע כי לח"כ תהיה חסינות ופרטים יקבעו בחוק.
* **חסינות מהותית/עניינית:** מוגדר **בס' 1 לחוק חסינות חברי הכנסת**. חסינות שלא ניתן להסיר אותה. גם כשהח"כ מחוץ לכנסת וגם לאחר שסיים את תפקידו לא ניתן להעמידו לדין. הבעייתיות בה היא שמתירה לחבר כנסת לבצע עבירות. התשובה לבעיה זו היא שהחוק לא מניח שהתנהגותו של חבר כנסת יסתמך על פעולות אסורות. החוק מניח כי בין הפעולה האסורה לבין תפקידו, קיימת זיקה כלשהי ולכן יש להגן עליהם. גם ע"פ החוק מעשים מסוימים לא יזכו לחסינות זו. תכלית החסינות העניינית היא לתת לחבר הכנסת להגשים את תפקידו ללא חשש.
* **חסינות דיונית:** **ס' 13 לחוק חסינות חברי הכנסת**. מנגנון הגנה על פעולותיו הפרטיות של הח"כ, שאינן קשורות בפעילותו בכנסת. החסינות ניתנת לביטול בתנאים מסוימים. ח"כ צריך לבקש להשתמש בה. הוא רשאי לבקש להשתמש בה כשכתב האישום עוסק בעבירה שנעשתה בזמן מילוי תפקידו בכנסת בלבד. עד 2005 היה בתוקף ס' 4 שקבע כי ח"כ לא יובא לדין פלילי בפעולות שביצע בזמן או לפני שהיה ח"כ אלא אם נטלו ממנו את החסינות.
1. **בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**: פרשת גורולובסקי. **העתירה התקבלה**.

העובדות: ח"כ גורולובסקי הצביע בהצבעה אלקטרונית במקומו של ח"כ ארדן. ועדת האתיקה החליטה להרחיקו ל-4.5 חודשים. היועמ"ש העביר בקשה לנטילת חסינותו, היא הועברה לוועדת הכנסת שהחליטה שלא להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו של גורולובסקי.

הטענה: נפל פגם בהחלטת ועדת הכנסת הגורר את ביטולה והסרת החסינות של גורולובסקי.

**ברק**: שלוש אפשרויות למהו שיקול הדעת של ועדת הכנסת:

* **אפשרות רחבה**: רשאית לשקול כל שיקול, כולל חוקיות שק"ד היועמ"ש. **לא מקובלת על ברק**.
* **אפשרות ביניים**: הוועדה רשאית לשקול יותר מאשר את תום הלב של היועמ"ש, אבל היא לא רשאית לשקול כל שיקול שקשור לאישום. **אין הצדקה מאחר ולח"כ אין פריבילגיה על פני אזרח רגיל**.
* **אפשרות צרה**: מוסמכת לבדוק רק האם ההחלטה להגיש כתב אישום מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהחלטות פוליטיות. **ברק תומך רק באפשרות הזו**.

העבירות בהן מואשם גורולובסקי חמורות ומהוות פגיעה חמורה בדמוקרטיה וסכנה ממשית לקיומה. **לא נפל פגם** בשק"ד של היועמ"ש והחלטת וועדת הכנסת חורגת במידה רבה ממתחם שיקול דעתה ולכן **בטלה**. הפעלת שק"ד ראויה של הוועדה הייתה צריכה להביא אותה להמליץ למליאה על נטילת חסינותו הדיונית של גורולובסקי.

בהמשך לפס"ד הוחלט ב2005 על תנאים חדשים בחוק החסינות הדיונית סעיף 4(א)(3):
לפיו , היועמ"ש מגיש כתב אישום, אלא אם חבר הכנסת מגיש בקשה לחסינות תוך 30 יום לועדת הכנסת. במידה ויגיש, הועדה תחליט אם לדחות את הבקשה או להמליץ לקבל חסינות. אם קבעה הועדה כי אין להטיל חסינות, לא יכול היועמ"ש לבקש שוב את נטילת חסינותו של ח"כ באותה כהונת הכנסת, אלא רק אם יש שינוי בנסיבות שמצדיקות עיון מחודש של הכנסת בעניין. משמע – היום יותר קשה לקבל חסינות דיונית מאשר בעבר.
מה הם השיקולים של הכנסת בהחלטה?
א. העבירה שבה מואשם נעשתה למען מילוי תפקידו- יש חסינות מהותית.
ב. כתב האישום הוגש שלא בתום לב או תוך הפליה.
ג. אם מדובר על עבירה שנעשתה בתוך כותלי הכנסת, אז הכנסת תוכל לנהל את הנעשה- נועד לשמור על כבוד הרשות המחוקקת בעניינים פנימיים.
ד. האם ההליך המשפטי נגד חבר הכנסת עלול לפגוע באינטרס הציבורי? תנאי זה נועד לשמור על הפעילות של הכנסת.

ההבדלים במצב לפני התיקון ואחרי התיקון

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מעמד היועמ"ש** | **בעבר**, היועמ"ש היה צריך לבקש אישור- להגיש בקשה להסרת חסינות ולקבל החלטה שמסירה את החסינות וזה שימש תנאי להגשת כתב אישום. | **היום**, היועץ המשפטי נדרש רק להודיע (אין צורך לקבל אישור) שהוא מגיש כתב אישום ואז לח"כ 2 אפשרויות: 1. לשתוק וההליכים יימשכו בלא שהכנסת מעורבת בעניין. 2. ללחוץ על מתג החסינות ולבקש דיון. **מחליש את החסינות הדיונית ביחס למה שהיה בעבר**. |
| **מעמד הוועדה** | **בעבר**, הוועדה רק המליצה להסיר וההחלטה הסופית הייתה עוברת לכנסת.  | **היום**, אם הוועדה מחליטה להסיר, החלטתה סופית.אם דעתה היא שאין להסיר, העניין יגיע למליאת הכנסת. **מחליש את החסינות הדיונית ביחס למה שהיה בעבר**. |
| **קביעת העילות להסרת חסינות** | **בעבר**, החוק עצמו לא תחם את העילות שרשאים ח"כ לשקול כטעם להחלטה לא להסיר חסינות. | **היום**, נקבעו עילות מפורשות שרק הן יכולות לעמוד לח"כ. מגיעים למסקנה **שנבחרה אופציית הביניים בגרסה רחבה למדי שלה.** |

1. **בג"ץ 12002/04 מח'ול נ' הכנסת (2005)**: וועדת האתיקה למול חסינות עניינית על דברי ח"כ שנאמרו בכנסת.

העובדות: ועדת האתיקה שללה מח"כ מח'ול את זכות הדיבור במליאה ובוועדות הכנסת למשך 10 ימי ישיבות.

הטענה: לוועדת האתיקה אין סמכות להטיל עונשים בגין **התבטאות הנופלת בגדר החסינות העניינית** המוענקת לח"כ.

**ברק**: כל פעולה בעלת אופי שיפוטי של הכנסת נתונה לביקורת שיפוטית, כך גם החלטות של וועדת האתיקה. עם זאת, לדבריו יש לצמצם את התערבות בית המשפט בעניינים של וועדת האתיקה, ההשפעה שלהם מזערית. החסינות העניינית לא שוללת מהכנסת את האפשרות לנקוט פעולה משמעתית נגד ח"כ שעבר על הכללים הנ"ל. החסינות העניינית לא מגנה מפני הליכי שיפוט פנימיים. **העתירה נדחית.**

1. **בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת**: הלכת מח'ול – תופסת גם מחוץ למשכן הכנסת.

העובדות: ועדת האתיקה החליטה להרחיק את ח"כ זועבי מישיבות מליאת הכנסת וועדותיה (למעט הצבעות) לחצי שנה בעקבות הפרתה את כלל 1א לכללי האתיקה כאשר אמרה דברים קשים על חטיפת 3 הנערים ופרסמה מאמר מסית נגד המדינה במהלך 'צוק איתן'.

הטענה: דברי זועבי הם פוליטיים טהורים וכן נאמרו מחוץ לכנסת – לכן יש לבצע הבחנה מהלכת מח'ול ולכן לוועדת האתיקה אין סמכות כנגד זועבי.

**נאור**: **החסינות העניינית לא משמשת מגן מפני שיפוטה של ועדת האתיקה**. הלכת מח'ול תקפה גם להתבטאויות של ח"כים מחוץ למשכן. הדברים שנאמרו ע"י זועבי לא היו פוליטיים טהורים. אם ח"כ לא מתנהג כראוי בין אם בתוך כנסת ובין אם מחוצה לה, יש לכנסת סמכות לבצע נגדו הליכים משפטיים. **העתירה נדחתה**.

**ההלכה מ-2 פסה"ד הנ"ל: חסינות עניינית מגנה מפני הליכים משפטיים , אך אינה מונעת הליכים שיפוטיים במסגרת הכנסת (למשל ע"י וועדת האתיקה).**

**2.1.7 הדחת חבר כנסת מכהן**

1. **חוק יסוד: הכנסת, סעיף 42א(ג)**:
2. **בג"ץ 5744/16 ג'בארין נ' הכנסת**: חוק ההדחה – אינו משנה היקפן של זכויות חוקתיות. **העתירה נדחית**.

עובדות: ועדת החוקה , חוק ומשפט יזמה תיקון ל**חוק יסוד הכנסת- סעיף 42א(ג)** ואת **חוק הכנסת**, המסמיכים את הכנסת להחליט על הפסקת כהונתו של חבר הכנסת אם קבעה שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל.

הטענה: חוק ההדחה אינו חוקתי ויוצר פגיעה בעקרונות יסוד דמוקרטיים: קביעת הרכב הכנסת בבחירות, הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות לשוויון וחופש הביטוי הפוליטי ובעקרון הפרדת הרשויות.

בית המשפט: דן בחוסר הבשלות- האם יש לדון בחוק זה למרות שהינו תיקון חדש שהכנסת טרם הפעילה?

**חיות:** על העתירה להידחות, גם אם התיקון פוגע בזכויות חוקתיות, הפגיעה לא שוללת את עקרונות העל של השיטה המשפטית. במקרה שלפנינו לא מתקיימת דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי ולכן דין העתירה להידחות.

**סולברג:** התיקון אינו משנה באופן מהותי את היקפן של הזכויות החוקתיות שקיימות בשיטתנו המשפטית. בניגוד לשופטת חיות, הוא חושב שהתיקון לא פוגע בזכויות חוקתיות, אלא נועד לשנות את היקפן. לכן אין צורך לבחון את גבולות הגזרה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי.
האם תוכנו של חוק ההדחה יוצר שינוי?
מבחינה מהותית החוק עומד בקנה מידה אחד עם סעיף 7א, כך שאינו משנה את היקפה של הזכות החוקתית. מבחינה פרוצדורלית , חוק ההדחה פוגע בחברי הכנסת המכהנים אך זה לא שינוי בהיקפה של הזכות החוקתית.

**2.2 הממשלה**

**2.2.1 בחירות**

**ההבדלים בין השיטה הפרלמנטרית לשיטה הנשיאותית:**

|  |  |
| --- | --- |
| **פרלמנטרי (ישראל, גמישות)** | **נשיאותי (ארה"ב, יציבות)** |
| ראש הממשלה נבחר ע"י הפרלמנט | הראש נבחר ע"י ציבור בוחרים |
| הרשות המבצעת תלויה באמון המחוקק | מינוי קבוע לתקופה קבועה |
| הממשלה מכהנת כ"קבוצה" , ראש הממשלה הוא "ראשון בין שווים". | אדם אחד אוחז בכל הסמכויות, והאחרים פועלים בשמו ועבורו. |
| חבר ממשלה יכול להיות חבר ברשות המחוקקת. | חבר בממשלה לא יכול להיות חבר גם ברשות המחוקקת. |
| משרה ייצוגית נוספת לראש הממשלה- הנשיא. | אין משרה ייצוגית נוספת חוץ מהנשיא. |

**מאפייני המודל הנשיאותי**

1. יציבות (יתרון המודל)- הנשיא נבחר אחת ל-4 שנים, כל עוד אין נסיבות מיוחדת. מה שיוצר יציבות.
2. אין גמישות- נוצר מצב של כביש ללא מוצא, במשרת הנשיאות אוחז אדם שמשתייך למחנה פוליטי אחד, והמחוקק משתייך למחנה פוליטי אחר. בשונה מהמודל הפרלמנטרי.
3. הנשיא אוחז בכל הסמכויות. הנשיא מביא עמו מומחים משלו לתוך הרשות המבצעת. האם באמת צריך להפקיד את כל הכוח אצל אדם אחד?
4. במערכת נשיאותית, ההתמקדות היא בנשיא עצמו ובמצעו ולא במפלגה היוצא ממנה. השיקולים לבחירת הנשיא יכולים להיות שיקולים לא רלוונטיים בהכרח, למשל אישיות האדם וכריזמטיות.

**התפתחות שיטת הבחירות בישראל:**

* עד 1992 שיטה פרלמנטרית נקייה - מצביעים **בפתק אחד**.
* באותה תקופה מתקבל תיקון **לחו"י הממשלה** שקובע שרה"מ ייבחר ברשימות כלליות ב-**2 פתקים**.
* ב-2003 שונה שוב חו"י הממשלה – חוזרים להצביע ב**פתק אחד**. הסיבה לחזרה: התוצאה הייתה הפוכה ליעד שרצו להגיע – הגדלת כוחן של המפלגות הגדולות. המפלגות הגדולות דווקא איבדו מכוחן בצורה משמעותית.
* החזרה לשיטה הקודמת ב-2003 לא הייתה זהה לחלוטין לזו שהייתה עד 1992 **ונוספו מס' רכיבים חדשים בחו"י:**
1. **אי אמון קונסטרוקטיבי** – קובע שהמחוקק יכול להפיל ממשלה מכהונתה רק אם בו זמנית, כשהוא מביע אי אמון בממשלה המכהנת הוא מביע אמון בממשלה חלופית (המודל קיים בגרמניה וספרד). בישראל חוק הבחירה הישירה אימץ סוג של מודל ביניים – **אי אמון קונסטרוקטיבי** **חלקי** – מי שיצביע אי אמון בממשלה יהיה צריך להמליץ על מועמד אחר (ניתן להצביע למועמד פיקטיבי רק בשביל לעמוד בתנאי החוק לפיזור הממשלה). בשנת 2014 תוקן חו"י הממשלה והתקבל **אי אמון קונסטרוקטיבי** **מלא** לפיו יש להביע אמון בממשלה חלופית מלאה ולא רק בראש שלה. מה שחיזק את מעמד הממשלה.
2. **החלטה על בחירות מוקדמת רק בחוק ע"פ רוב של 61 ח"כים**.
3. **סמכות לרוה"מ לפזר את הכנסת**: 'שוט' בידי רוה"מ. במידה ולא רוצה לעבוד יותר מול הכנסת הנוכחית – יכול להחליט לפזר אותה. הכוח – לא תמיד נוח לח"כים ללכת לבחירות (שיקולי מנדטים).
4. **נוספו עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת:** אי אישור תקציב (**סעיף 36(א) לחו"י הכנסת**). אם לא מאושר תקציב , הכנסת מתפזרת. **סעיף 11 לחו"י הממשלה**- אם ניסיונות חוזרים להרכבת ממשלה לא צולחים יתקיימו בחירות חדשות. הרציונל מאחורי הסעיף הוא שחברי הכנסת לא ירצו לעמוד בפני בחירות נוספות כיוון שיהיה להם חשוב לשמור על מעמדם.

**חיזוק הכנסת במודל הפרלמנטרי:** ניתן להגיד שמצד אחד חיזקנו את ראש הממשלה ואת הממשלה, מצד שני נוספו סעיפים שמחזקים את הכנסת מול הממשלה. לממשלה יש רוב במחוקק, ולכן למחוקק אין יכולת רבה להגביל את הממשלה. משום כך הוגברה יכולת הפיקוח של הכנסת באמצעות סעיפים שונים. לדוגמא:

-ניתנה סמכות לכנסת לחייב את ראש ממשלה או את אחד משרי הממשלה להגיע לדיון ולהופיע בו.

-בידי הכנסת הסמכות לפקח על חקיקת משנה, תקנות מסוימות יצטרכו לקבל את אישור ועדת הכנסת.

-הממשלה צריכה לבקש מהכנסת אישור מיוחד להארכת תוקפו של "מצב החירום" במדינה.

-חובתה של הממשלה למסור לידי הכנסת וועדותיה מידע ע"פ דרישתן.

**מתי מרכיבים ממשלה:**

1. **בחירות לכנסת במועדן** – כל 4 שנים ע"פ **ס' 9 לחו"י הכנסת.**
2. **הקדמת הבחירות לכנסת**: החלטת הכנסת להתפזר, אי קבלת התקציב, רוה"מ מפזר, אי הצלחה להרכיב ממשלה.
3. **התפטרות הממשלה**: התפטרות רוה"מ, מוות או נבצרות רוה"מ, הרשעה של רוה"מ, הצבעת אי אמון בממשלה.

**2.2.2 הסכמים קואליציוניים**

יש מחלוקת בין המלומדים בשאלה האם הסכם פוליטי בכלל והסכם קואליציוני בפרט הוא בעל תוקף משפטי (פרטי ו/או ציבורי)? מהפסיקות השונות נובע, שגם אם יש להסכמים הפוליטיים תוקף, הם אינם בעלי משמעות רבה, וגם אם אין להם תוקף בית המשפט ידון בהם.

**הלכת ההשתחררות:** כאשר מדובר בהסכם בין המדינה לגורמים פרטיים, מותר למדינה לא לכבד את ההתחייבויות שלה

אם צרכי הציבור מצדיקים זאת. זהו יתרון שניתן למדינה ולא ניתן לשחקן פרטי מאחר והיא מייצגת את **האינטרס הציבורי**. הלכת ההשתחררות חלה גם ביחס להסכמים פוליטיים ובאופן ספציפי גם להסכמים קואליציוניים.

מהי הסנקציה במקרה של השתחררות לא לגיטימית (הפרה)? ביהמ"ש – לא אכיפה ולא פיצויים. לכל היותר סעד הצהרתי.

בפרשת ז'רז'בסקי טוען אלון שחלה הלכת ההשתחררות קל וחומר מאחר ומדובר בין שני גורמים מדיניים. הסיבה הנוספת קשורה לאופי ההסכם הפוליטי – פוליטיקה היא עניין נזיל ולכן גם הצדדים להסכם מבינים שיכולות להיות נסיבות המצדיקות גמישות והתאמה.

1. **בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**: הסכם פוליטי – שפיט או לא? מהו? האם תקף משפטית?

העובדות: הסכם שנחתם בין סיעת הליכוד לסיעה לקידום הרעיון הציוני בישראל ובו הסדר בין שני הגופים הפוליטיים.

הטענה: ההסכם פסול מאחר והוא בלתי חוקי ונוגד את תקנת הציבור בגלל 4 פגמים: כבילת שיקול דעת סטטוטורי, בס' הבוררות, מתן טובות הנאה כספיות ושריון מקומות בכנסת ה-13.

**אלון**: הסכם פוליטי אינו שפיט אך הוא תקף ומחייב מבחינה משפטית. הסכמים פוליטיים מחייבים, אבל ניתן להשתחרר משום שתפקידה של סיעה כנאמנה לציבור **עדיפה** על פני כל הסכם. הציבור ונציגיו מתכוונים לתת תוקף משפטי מחייב להסכם הפוליטי. הוא נשלט על ידי המשפט הציבורי אבל לא ע"י כל עקרונותיו. החובה המיוחדת של הסכמים פוליטיים היא להביאם לידיעת הציבור. הסכם פוליטי בלתי חוקי או שנוגד את תקנת הציבור – בטל. הסעד שינתן על ידי בית המשפט בהתערבות בהסכם פוליטי – הצהרתי בלבד. הביקורת העיקרית תבוא מהציבור.

**ברק**: חוק החוזים לא חל על הסכם פוליטי, הסכם פוליטי נשלט ע"י המשפט הציבורי. זה מה שמבטיח שרשויות שלטוניות ינהגו ביניהן ביושר. על בית המשפט לבחון האם ההסכם בטל באמצעות מבחן שריד- מבחן להתערבות בהליכים פנים פרלמנטריים. לטעמו הסעד המתאים הוא הכרזה על הפרת ההסכם. במקרים בהם בית המשפט לא מקבל את הלכת ההשתחררות מההסכם הפוליטי, הסעד המקסימלי יהיה הצהרתי בלבד.

1. **בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית**: שינוי הלכה פסוקה דרך חקיקה בהסכם קואליציוני.

העובדות: הסכם קואליציוני בין העבודה לש"ס שקובע שאם יופר הסטאטוס קוו ע"י בג"ץ יחקקו חקיקה חדשה מתאימה.

הטענה: ס' 3 בהסכם הקואליציוני לא חוקי ונועד לעקוף את בג"ץ והחלטותיו.

**ברק** (מיעוט): **הסכמה מראש לשינוי ההלכה השיפוטית משמיטה את הקרקע מתחת לתפקידו המוסדי של ביהמ"ש**. ההסכם פוגע ב-3 דרכים:

1. פגיעה בעצמאות השופט: השופט יודע שכל פסיקה שתפגע בסטאטוס קוו תבוטל ולכן מלכתחילה מכוון את החלטותיו ע"פ קריטריון זה.
2. פגיעה באמון הציבור בביהמ"ש: הציבור לא ימצא טעם לערער כי ביהמ"ש ייתפס כמי שחושש להחליט.
3. פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות: פירוק השותפות בין הרשויות במפעל החקיקה ובניית חומה המחוקקת לשופטת.

**ההסכם אינו שפיט אך אי שפיטותו לא מחסנת מפני הכרזת בטלותו. נוגד את תקנת הציבור ופוגע בדמוקרטיה ולכן בטל.**

**גולדברג** (יחיד): חושש שקבלת העתירה ע"י ביהמ"ש תיחשב ע"י הציבור כחציית קו אדום של הרשות השופטת ויביא עליה **ביקורת ציבורית**. סומך על כך שהח"כים ידעו ביום פקודה להצביע נ' הצעת חוק 'מתקנת בג"ץ'.

**חשין** (רוב):אם נתנו למפלגה להיבחר לכנסת, לגיטימי לתת לה להגשים את מצעה ע"י הסכם קואליציוני. מצע מפלגתי שמכיל התחייבות כמו זו אין לפסול התמודדותה של המפלגה בבחירות. סומך גם הוא על הח"כים ומאמין בתבונה שלהם. למרות קביעתו שההסכם הוא לא שפיט, הוא בכל זאת דן בכך שהסעיף אינו ראוי.

ברק עונה לחשין: זה שנתנו למפלגה להיבחר לכנסת לא אומר בהכרח שניתן לתת לה לפעול ע"פ עקרונותיה אם הם לא תואמים עקרונות דמוקרטיים. מעדיף לאשר מפלגה ואז לפסול את ההסכמים שלה מאשר לפסול אותה מראש ע"פ מצעה.

**2.2.3 סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן**

לפי **ס'1 לחוק יסוד הממשלה**: הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. הכוונה היא לממשלה במובן הצר (רה"מ והשרים) ולא הרחב (כל רשויות השלטון שמשתייכות לרשות המבצעת), ניתן להבין זאת מס'4.
**לממשלה 4 מקורות לסמכותה-**
א) הממשלה קיבלה את סמכויותיה מהמנדט הבריטי (**סעיף 14 לפקודת סדרי שלטון ומשפט**).
ב) באמצעות **החקיקה הראשית** נקבעות סמכויות הממשלה הספציפיות.
ג) לממשלה סמכות שליטה על השרים ופעולותיהם, מכוח **ס'31(ב) לחוק יסוד הממשלה**.
ד) לממשלה יש סמכות שיורית **מכוח ס'32**. אם אף גוף לא קיבל סמכות בנוגע לנושא מסוים, אז לממשלה יש סמכות לגביו. סייגים על הסמכות השיורית- 1.בכפוף לכל דין. 2.כל עוד אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

1. **בג"ץ 2918/93, 4235 עיריית קריית-גת נ' מדינת ישראל**:

העובדות: הממשלה מחליטה לסווג מחדש ערים ע"ב **ס' 1 לחוק ערי ואזורי פיתוח** מכוח הסמכות שב**ס' 29 לחו"י הממשלה (32 היום)** ובכך לתת להם הטבות. החוק קבע שוועדת שרים תסווג אך לרוב ההחלטות נקבעו ע"י ועדות שרים שונות ללא מדיניות אחידה ומוגדרת. הממשלה החליטה שוועדת מנכ"לים היא זו שתסווג וקיבלה את המלצותיה.

הטענה: לממשלה לא הייתה סמכות לעשות זאת אלא רק לוועדת השרים כפי שמצוין בחוק שמסדיר את העניין. אין לממשלה סמכות מתוקף **ס' 29 לחו"י הממשלה (בעבר, היום 32)** כי יש חוק בנושא.בנוסף החלטת הממשלה אינה שוויונית, מפני שאין קריטריונים ברורים, ולכן נוצרת הפליה בין ישובים.

**לס' 32 לחו"י הממשלה** שתי מגבלות:

1. בכפוף לכל דין - **דורנר**.
2. כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת - **גולדברג**.

**גולדברג**: הממשלה פעלה בניגוד למגבלה 2 מאחר והתעלמה מהחוק הקיים ובחרה הסדר חלופי לפי ס' 32. **סמכות שיורית לא ניתנת להפעלה במקום בו קיים כבר חוק שמסדיר את הנושא**. לכן בוחר לקבל את העתירה מהסיבה השנייה.

**דורנר**: בכפוף לכל דין – גם הלכה פסוקה. הסמכות השיורית לא קיימת במקום שבו הממשלה פוגעת בזכויות אדם.

דרך נוספת להגיע לאותה תוצאה: פגיעה בזכויות אדם אפשרית רק כאשר יש הוראה מפורשת בחוק. סמכות שיורית לא.

**גידי:** גולדברג טען טענה נכונה אך הלך על הנמקה לא נכונה – ההגבלה השנייה. **העתירה התקבלה**.

1. **בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**: פגיעה בזכויות הפרט – רק דרך חוק מפורש.

העובדות: שב"כ עושה שימוש באמצעים להפעלת לחץ פיזי על נחקרים מכוח הנחיות שניתנו לו והיתר לכך כאשר הדבר דרוש באופן מיידי להצלת חיי אדם.

הטענה: השב"כ אינו מוסמך כלל לערוך חקירות, האמצעים הפיזיים אסורים ע"פ המשפט הבינ"ל ופוגעים בכבוד האדם.

המדינה: לשב"כ סמכות לחקור מכוח הסמכות השיורית של הממשלה וכן מכוח **ס' 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית**.

**ברק**: אין חוק שמסמיך את שב"כ לחקור. עד שהמדינה לא תסדיר את הנושא בצורה מסודרת השב''כ אינו רשאי להפעיל את שיטות החקירה המדוברות. נדרשת הסמכה מפורשת בחוק או בחקיקת משנה ובנוסף שהחקיקה תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. מכוח סמכויות שיוריות של הממשלה בס' 40 לחו"י הממשלה לא ניתן לשאוב הסמכה לפגיעה בחירויות הפרט. **העתירה התקבלה.** בית המשפט נותן תוקף למגבלה של בכפוף לכל דין (בכפוף לזכויות שהוכרו ע"י ביהמ"ש העליון).

1. **דנג"ץ 5361/00 פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה**: האצלת סמכויות היא שאלה פתוחה ותלוית מקרה.

העובדות: בהרכב וועדה מחוזית לתכנון ובניה נקבע שהנציגים של הרשויות המקומיות יבחרו ע"י שר הפנים. היועמ"ש הנחה לממשלה שהנציגים יהיו עובדי ציבור ולכן שר הפנים פסל 4 נציגים פרטיים מטעם עיריית י-ם לכהן בוועדה. בג"ץ דחה עתירת 4 הנציגים וקבע שיש לפרש את ס' 7(א) בצורה שבה הרשות המקומית חייבת לבחור נציגיה מקרב עובדיה.

ארבעה טעמים שמנתה **דורנר** להצדקת העמדה השוללת מינוי של נציגים חיצוניים ושלילת **מצא (רוב)** אותם:

1. **היעדר בקיאות עם הרשות ומדיניותה התכנונית**: גם עובד ציבור יכול להיות לא בקיא. שר הפנים ממנה ע"פ המלצת הרשות המקומית שכנראה מצאה בהם ראויים לייצגה אם בחרה בהם.
2. **מחויבות נמוכה לאינטרסים של הרשות המקומית**: עניין עובדתי שטעון בירור נקודתי לכל אחד מון המועמדים. דווקא נבחר ציבור עשוי לגלות פחות מחויבות מאחר שיפעל למען האינטרסים של ציבור בוחריו ולא של הרשות.
3. **הרשות מוגבלת ביכולתה לפקח על פעולות של אותם הנציגים**: אמנם לא כפופים לכללי האתיקה והמשמעת החלים על עובדי הרשות אך בעקרון אין הבדל בבחינת אופן הפיקוח הניתן להפעיל על נציגים פרטיים לעומת נציגי ציבור.
4. **ניגוד עניינים**: לא מצדיק שלילה גורפת של כל המועמדים הרלוונטיים. יש לוודא שמי שנבחר אינו נגוע בניגוד עניינים. ישנו דווקא יתרון במינוי נציגים פרטיים מאחר והדבר **עשוי לשפר את רמת המקצועיות של הוועדה**.

**שורה תחתונה:** כל מקרה לגופו. השאלה האם ניתן להאציל סמכויות שלטונות היא פתוחה. במקרה הנוכחי ניתן להאציל סמכויות בניגוד לחטיבת זכויות האדם שם קבע ביהמ"ש שאי אפשר להאציל סמכויות שלטוניות של כליאת אסירים.

1. **בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**: לא ניתן להאציל סמכויות כליאה לגוף פרטי.

העובדות: **תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר** מסמיך תאגיד פרטי לנהל בית כלא.

**בייניש**: מעורר את השאלה האם ניתן להפקיד את הכוח לשלילת החירות בידי גורם הפועל מאינטרס פרטי.

התיקון אינו חוקתי משום שפוגע בזכויות חוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם שמעוגנת בחו"י: כבוד האדם וחירותו.

העברת סמכויות כליאה לידי רשות פרטית **תפגע עוד יותר** בחירות של האסיר הנפגעת בעת כליאתו.

**נשאר בצ.ע (אוביטר):** **ס' 1 לחו"י הממשלה** קובע 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות שאותן הממשלה לא יכולה להאציל לידי גורמים פרטיים. כליאת אסירים נכללת בגרעין הקשה.

שורה תחתונה: יש מקרים בהם ניתן להאציל סמכויות ומקרים שלא. כרגע אין כללים בעניין שמבוססים על שאלת הסמכות והקריטריון הוא של איזון בשק"ד.

**סיכומון:**

האם סמכויות הנמצאות בידי הממשלה ניתנות לעברה לגופים פרטיים?

**הצד המתנגד:** לא ניתן כלל להעביר לגופים פרטיים (יש שלוקחים זאת עד הקצה שאי אפשר בשום מצב) - **נכון להיום הכיוון הזה לא התקבל**, ובעיקר מסיבות פרקטיות ומהעובדה שיש יתרונות גדולים בהעברה לגופים פרטיים.

(פרשת 'פלק' – יש אפשרות להאציל על גופים פרטיים סמכות , פרשת "הפרטת בתי הסוהר" – ההגבלה על גופים פרטיים לא נבע מהמסלול המוסדי אלא מהמסלול בפגיעה בזכויות אדם). \*משתמע או שקיימת בעיה מצד המסלול המוסדי לאפשר הסמכה לגופים פרטיים.

למה לא הלכו על המסלול המוסדי בפרשת "הפרטת בתי הסוהר" – **טעמים לשיטת גידי**?

**1.** הליכה במסלול המוסדי שהממשלה היא הרשות המבצעת ואין אחרת בעיתי – הוא יגרום גם לפסילת חוק הכליאה אבל גם לביטול אפשרות ההאצלת סמכויות באופן כללי (והרי יש הרבה סמכויות שהואצלו על גופים פרטיים ולא היו תלונות).

\*קריאה מדוקדקת של הסע' המדובר תגרום לאיסור האצלת סמכויות לא רק על גופיים פרטיים אלא גם על שאר רשויות השלטון האחרות (והרי גם לכנסת ולבהמ"ש יש סמכויות ביצוע ואיש לא מערער עליהן).

**2.** במקרה שלנו **לא ניתן להימנע מהצגת טיעון ערכי** גם במסלול המוסדי – **מה שמבטל את ייתרונו.**

תומכי המסלול המוסדי יטענו: העקרון בחוק אינו מוחלט ופשוט ישנם מקרים בהם יש לרשות המבצעת את סמכות להעביר אותן כיוון שהם ליבת העשייה שלה (כך גם פוסקת בייניש).

בעיה בשיטתם: משתמע שאין מניע עקרוני להאציל סמכות לגורמים פרטיים, במקרה של מטרה ראויה. ועכשיו איך נסביר את סמכות הכליאה שגם היא למטרה ראויה? הטיעון ידרוש הכרעה בשיקול דעת ערכי – מה שמבטל את היתרון של המסלול המוסדי שהיה אמור להיות נטרלי מדיונים ערכיים סובייקטיביים.

**2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר**

**ס' 22-23 + 26-27 לחו"י הממשלה + ס' 2 לחוק הממשלה** עוסקים בהפסקת כהונתו של שר או סגן שר.

**ע"פ ס' 22 לחו"י הממשלה** רה"מ רשאי להעביר שר מכהונתו.

האם יש מקרים בהם חייב רה"מ לפטר שר?

1. **בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**: **דרעי 1** – הפעלת סמכות בכתב אישום.

העובדות: רבין התחייב לדרעי במו"מ קואליציוני שלא יפטר אותו במקרה שיוגש נגדו כתב אישום אם יהיה שר בממשלתו.

כנגד דרעי הוגש כתב אישום על לקיחת שוחד ושימוש לרעה במשרות שלטוניות אך הוא לא השעה את עצמו ורבין לא השעה אותו בטענה שהפעלת ס' 21א נתונה לשק"ד אישי.

הטענה: רה"מ היה צריך להפעיל את סמכותו לפי **ס' 21א לחו"י הממשלה** ולהפסיק את כהונתו של דרעי.

**שמגר**: קובע כי **ההחלטה היא לא סבירה באופן קיצוני ושיקול הדעת לא סביר**. אם פעולת רה"מ בעניין זה גובלת בחוסר תו"ל, בחוסר סבירות או בשרירותיות, דינה בטלות. יש מקרים בהם (למשל-כאשר מוגש כתב אישום) הופכת הסמכות שבשיקול הדעת לסמכות שחובה להפעילה. הוא מחייב את רה"מ לפטר את השר. **במקרים כאלה הסמכות הופכת לחובה**. העבירות שמיוחסות לדרעי חמורות וההחלטה לא להפעיל את הסמכות ע"פ ס' 21א היא בלתי סבירה באופן קיצוני. יש לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון בישראל ופגיעה באמון הציבור. **העתירה התקבלה**.

**מתחם הסבירות:** אפשר להכניס שיקולים פוליטיים לגיטימיים אבל ככל שהאישומים חמורים יותר הלגיטימיות יורדת ונדרש לבחון את סבירות שיקול הדעת.

**האם התקבעה הלכה ולפיה במקרה של הגשת כתב אישום חמור חייב רה"מ להפעיל הסמכות? לא ברור.**

1. **בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל**: **פנחסי** – עובד ציבור למול נבחר ציבור

העובדות: הוגש כתב אישום כנגד **ח"כ** שתפקידו הוא **סגן שר** (פנחסי). לפנחסי מיוחסות עבירות של קלון שקשורות לבחירות. היועמ"ש מבקש להסיר את חסינותו הדיונית, אך מליאת הכנסת הצביעה נגד ומכאן העתירה.
השאלה המשפטית: היא האם הוא יכול להמשיך לכהן כסגן שר, והאם רה"מ חייב לפטרו? (בשם **ס' 36 לחו"י הממשלה**- שמעניק לרה"מ סמכות להעביר סגן שר מכהונתו). רוה"מ התייחס **להבחנה בין עובד ציבור לנבחר ציבור**, וטען שנבחר ציבור עומד לשיפוט העם.

**ברק:** גם נבחר ציבור וגם עובד ציבור צריכים להיות נתונים לדין המשפט ולא רק לדין העם. עצם היותו נבחר מחייבת אותו להתנהגות ראויה. סגן שר אמנם ח"כ אבל תפקידו הוא של עובד ציבור מטעם הממשלה. ברק קובע כי לאור חוסר האפשרות לברר את העניין בביהמ"ש (המלצת הכנסת לא להסיר את חסינותו) **נפגע אמון הציבור ומתחזקת החובה של רה"מ לפטרו**. שאלה צדדית שמתעוררת בפס"ד זה היא מה קורה כשאי אפשר להעמיד את השר/סגנו לדין?

שיקולים כנגד הפסקת הכהונה: אמון הציבור במערכת השלטון, הכנסת לא נטלה חסינותו של פנחסי, כתב אישום ולא הרשעה, לא נטל כספים לכיסו האישי ולא ביקש להשיג טובות הנאה לעצמו.

דמיון בין מקרה דרעי לפנחסי: בעלי משרות שלטוניות רמות ברשות המבצעת, חשד לעבירות חמורות, המשך הכהונה יוצר פגם באמון הציבור.

הבדלים בין שני המקרים: האישומים נגד דרעי חמורים יותר, אין להמתין לנטילת החסינות עד להפעלת הסמכות מאחר והכנסת כבר סירבה שלא ליטול את חסינות של פנחסי.

**לבסוף העתירה התקבלה ופנחסי הודח**.

**ההלכה: מרגע שמוגש כתב אישום בעבירה חמורה ראש הממשלה מחויב לפטר את השר או את סגן השר.** הכנסת תיקנה את **חו"י הממשלה** בעקבות הפרשות וכיום יש את **ס'23 ב' ו27** שקובעים כי הרשעה שיש עמה קלון מפסיקה כהונה (בלי שק"ד רה"מ). בנוסף, בשונה ממה שנפסק בביהמ"ש, התיקונים מקלים את הנסיבות- גישה מצומצמת יותר.

**האם ההלכה הזו תקפה גם היום לאחר חוקי היסוד? התוספת – אם שר הורשע בהוראה שיש עמה קלון הכהונה נפסקת.**

1. **בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**: **הנגבי 1–** כתב אישום בפני עצמו לא מספיק.

העובדות: עתירה כנגד מינויו של צחי הנגבי לשר לביטחון פנים בעקבות מעורבותו ב-4 פרשיות (תגרה, תובענה אזרחית, פרשת בר און- בה הומלץ להעמידו לדין בשל מרמה והפרת אמונים ובפרשת דרך צלחה -שקיבל טובות הנאה ושכר).

**חשין**: לא מסכים עם הלכת דרעי לפיה מספיק כתב אישום. כתב אישום כשפני עצמו גם אם הוא בעבירות חמורות לא מוביל ישר לפיטורי שר. יש לראות בכתב אישום כמסמך שמקבץ את הראיות שאספה המשטרה –נתינת משקל מעבר לזה היא בבחינת פגיעה בעיקרי יסוד של הגינות משפט וצדק. נדרשים:

* **ראיות שמקימות עילות להרשעה.**
* **אישומים שיש בהם כדי הרשעה על קלון.**

**שורה תחתונה:** רוה"מ אכן חייב לפטר אבל השר יכול לעתור ובמידה וביהמ"ש יגיע למסקנה שחוות הדעת של המומחה של משכנעת אותו הוא יקבע כי לא הייתה חובה לפטר.

**מגבלות על מינוי שרים – ס' 6 לחו"י הממשלה קובע כי כל עוד יש הרשעה על עבירה עם קלון ואדם נידון למאסר – יש תקופת צינון של 7 שנים עד שהוא יוכל לחזור להיות שר.**

1. **בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ**: **הנגבי 2** – הפסקת כהונה בהרשעה עם קלון אך ללא מאסר.

העובדות: עתירה כנגד מיניו של הנגבי לסגן שר החוץ כי הורשע טרם מינויו בפלילים אשר ביהמ"ש קבע שיש עמם **קלון**.

הטענה: השק"ד שהופעל היה בלתי סביר מאחר והרשעת הנגבי פוגעת בטוהר המידות ובאמון הציבור. **ההלכה היא שאם מפסיקים כהונה כאשר יש כתב אישום חמור אז קל וחומר כאשר מדובר בהרשעה.**

**גרוניס**: כיום אין חלל חקיקתי וחו"י הכנסת כולל הוראות מפורטות בנוגע למינוי והפסקת כהונת שר. במקרה הנגבי הורשע אך לא הוטל עליו עונש מאסר בפועל ואין הוראה בחו"י שחובה להפסיק את כהונתו. אין צורך להשתמש **בעילת הסבירות** (ראי פס"ד 1 לעיל) אך בוחר להשאיר זאת בצ.ע. **העתירה נדחית**.

**עמית**: מסכים כללית עם גרוניס אך חושב שמבקרים מסוימים עדיין יש להידרש לעילת הסבירות. עילת הסבירות יש בה כדי להגן על אינטרס ניקיון הכפיים בשירות הציבורי אך משאיר בצ.ע.

1. **בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' רוה"מ (2015)**: **דרעי 2** – מתחם שק"ד רב לרוה"מ במינוי שר

העובדות: עתירה כנגד מינויו של דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל נוכח עברו הפלילי **העשיר** (כולל מאסר בפועל).

היועמ"ש העביר לרוה"מ חוו"ד לפיו אין מניעה משפטית למנות את דרעי והוא עומד בתנאי הכשירות של חו"י הממשלה. **עם זאת סייג את דבריו** והצביע על עברו הפלילי של דרעי ועל כך שהדבר עשוי לפגוע באמון הציבור ובטוהר המידות.

הטענה: על רוה"מ להפעיל סמכות לפי **ס' 22(ב) לחו"י הממשלה** ולהורות על העברתו של דרעי מתפקידו כשר.

**חיות**: **דרעי עומד בתנאי הכשירות לחו"י הממשלה אך זהו לא סוף פסוק** – נדרש לבחון האם עובר את **מבחן הסבירות**.

לגבי השאלה מהו פרק הזמן הנדרש למינויו של אדם שהורשע בפלילים בעבירה עם קלון – **ראוי שתוכרע ע"י הגורם הממנה בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה**. **לרוה"מ קיים מרחב שק"ד רחב בהקשר למינוי שרים** ועל אף שמינוי דרעי לשר מצוי על גבול מתחם הסבירות ביהמ"ש לא מצא מקום להתערב בהחלטה.

**מלצר**: במקרה גבולי יש לכבד את מתחם שק"ד הנתון לרשות הציבורית ואין להתערב בהחלטתה. המינוי נעשה ע"י מי שהרכיב את הממשלה **וזכה לאמון הכנסת**. **העתירה נדחתה**.

1. **בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה**: רה"מ רשאי להעביר שר מכהונתו בנסיבות מסוימות ע"פ שק"ד.

העובדות: שרון פיטר 2 שרים מתפקידם טרם הצבעה כדי למנוע התנגדותם להצבעה על תכנית ההתנתקות.

הטענה: רוה"מ לא יכול להעביר תפקיד ע"ב החלטה פוליטית מדינית, **החלטתו נגועה בחוסר סבירות קיצוני**. הוא פיטר כדי להשיג רוב בהצבעה, זה מהלך לא דמוקרטי.

**ברק:** גם סמכות של שיקול דעת שנתונה לרוה"מ תיעשה בסבירות ובתו"ל, אחרת היא תהיה נתונה לביקורת שיפוטית. **מתי ההחלטה של רוה"מ היא בלתי סבירה?** יש לבצע איזון בין שני אינטרסים- 1. **שמירה על הדמוקרטיה** מתוך הבנה שכל שר הוא נציג מפלגה שמייצגת ציבור. 2. ההבנה שצריך לאפשר לרוה"מ לבצע עבודתו ולעצב את הממשלה באופן **שיתאים למדיניותה ולתהליכים שהוא מוביל אליהם** – שיקולים פוליטיים. האיזון הראוי הוא שרוה"מ יפטר שר רק אם יש בכך כדי לקדם את פעילות הממשלה. השיקול העיקרי הוא האינטרס הציבורי. אז האם רוה"מ יכול לפטר שר בשל השקפה פוליטית או התנגדות למהלך מדיני שרוה"מ מוביל? רק אם הפיטור נועד לקדם ולהיטיב עם הממשלה, בין אם זה לפני או אחרי הצבעה.
**לוי:** רואה את הבעייתיות לפיה שר שדעתו שונה יפוטר. ולמרות זאת החוק מנוסח באופן רחב כדי לאפשר שיקול דעת רחב לרוה"מ ומשום כך אין להתערב בהחלטתו. לפי דעתו ניסוח החוק לא טוב.
**פרוקצ'יה:** עוצמתו של הצורך לפטר שר צריכה להיות ייחודית ובעלת משקל גדול. צורך זה התקיים כאן כי רה"מ רוצה לקיים **החלטה מדינית בדבר גורלי**. פיטורי השרים אינו חורג מאמת המידה. לכן הוא לא חרג כאן מסמכותו ועמד **במבחן הסבירות**. **העתירה נדחית.**

**גידי:** אומר כי אם רה"מ מחליט לשנות קווי מדיניות, יש לקיים דיון בממשלה ואף ללכת להצבעת אמון הכנסת. גידי אומר הפוך מפרוקצ'יה, ככל שהדבר נוגע יותר לקווי היסוד של הממשלה העניין מצדיק את הטעם באי פיטורי שר.

* אין לנו משטר נשיאותי. רה"מ ראשון בין שווים אבל סמכות הפיטורים הזאתי נותנת לו סמכות בלתי נסבלת והיא גם משמשת שוט בידי רוה"מ על השרים.
* לוי נותן דוגמא לשימוש בסמכות ההכרזה על המלחמה. בששת הימים היה לאשכול רוב קטן בממשלה ולצאת למלחמה – והוא יצא למלחמה רק לאחר שהוא השיג רוב מספיק גדול.
* ברק טוען שאין לכבול את רמ"ה לקווי המדיניות. אבל איש לא טען כך – על רה"מ לשכנע את חבריו לממשלה שיש צורך לשנות וזו הדרך הדמוקרטית.

**2.3 בתי המשפט**

**חוק יסוד השפיטה ס' 4**: שופטים ממונים ע"י ועדה בת 9 חברים: 3 שופטי עליון (ביניהם הנשיא), 2 שרים (ביניהם המשפטים), 2 נציגי לשכת עורכי הדין ו-2 חברי כנסת.

**גידי**: המציאות בישראל חריגה בצורה מובהקת ביחס לשאר מדינות העולם המערבי, שם מנגנון מינוי השופטים הוא פוליטי לגמרי. שופטי ביהמ"ש העליון, כמו השרים ונציגי לשכת עו"ד מגיעים מאוחדים בדעתם. יש לגבש מודל אחר לבחירת שופטים והמודל הנוכחי ראוי שיעבור מן העולם. המציאות כיום היא שלביהמ"ש העליון יש **וטו** במינוי שופטים.

1. **בג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים**: מינוי שופטים בתקופת ממשלת מעבר.

העובדות: שופטי העליון סירבו להשתתף בישיבות הוועדה ולא למנות שופטים בזמן ממשלת מעבר עד כינונה של ממשלה חדשה. שר המשפטים התנגד אך הסכים לא לכנס את הועדה מפאת כבוד.

הטענה: אין מניעה לכנס את הוועדה בזמן ממשלת מעבר ויש צורך חיוני במינוי שופטים.

4 מאפיינים ייחודיים של הוועדה למינוי שופטים: אופייה המקצועי, שופט אינו נבחר ציבור וכפוף לדין בלבד, שק"ד עצמאי נתון לנציגי הכנסת והממשלה החברים בוועדה, הרכבה של הוועדה לא נועד לשקף את יחסי הכוחות הפוליטיים.

**ריבלין**: ההחלטה נופלת במתחם הסבירות. מאפייניה המיוחדים של הוועדה הם שהופכים אותה לבלתי תלויה במערכת הפוליטית. עמדת שר המשפטים שלא לכנס את הוועדה מבליטה הרצון לכבד עמדת חברי הוועדה. מינוי שופטים נמצא בלב מחלוקת ציבורית-פוליטית המתחזקת בזמן ממשלת מעבר. **ההחלטה לא לעשות היא פחות דרמטית מהחלטה כן לעשות** ולכן התערבות בימ"ש משמעותית פחות.

גידי: הטיעון של לא לעשות לעומת כן לעשות הגיוני, אך מדובר במהלך מפוקפק בכך שהרצון לא למנות באותו הזמן הגיע מבית המשפט שדחה את התביעה. **העתירה נדחית**.

**איזו ערכאה רשאית לדון בבטלותו של חוק?**

* **מודל ביזורי** (ארה"ב) - ניתן לביצוע בכל ערכאה שיפוטית.
* **מודל ריכוזי** (קונטיננטאלי) – רק ביהמ"ש שמוסמך לדון בטענות נגד חוקתיותו של חוק.

**בישראל** – לכאורה **ביניים**. הבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה.

* **תקיפה ישירה** (ריכוזי) – באמצעות פנייה לבג"ץ. התוצאה: הכרעה תקפה לגבי כולם.
* **תקיפה עקיפה** (ביזורי) – תקיפת חקיקה ראשית בערכאה נמוכה. מוקד הדיון הוא אחר אבל הדיון מביא לדיון בשאלת החוקתיות של החוק. התוצאה: ההכרעה רלוונטית רק ביחס לצדדים ולא יותר מזה.

לפי גידי – המהלך: ביהמ"ש דוחף למודל ביזורי ומאפשר לקחת מקרה שבמהותו הוא תקיפה ישירה ולעטוף אותו במעטפת שתשווה לו את האופי של תקיפה עקיפה.

1. **בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה:** תקיפה ישירה למול תקיפה עקיפה – אפשר גם עקיפה.

העובדות: **חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל** מחיל שינויים בתחום הזכויות הפיננסיות ומונע מההתאחדות לתעשיינים לקיים חלקה בהסכם עם ההסתדרות. התאחדות התעשיינים טוענת שאילולא החוק הייתה ממשיכה בהסכם. ההסתדרות פונה לביה"ד לעבודה ושם **טוענת המדינה שלביה"ד אין סמכות לדון בתקיפת חוקתיותו של חוק אלא רק לבג"ץ.** ביה"ד לעבודה דחה את הטענה של המדינה ומכאן העתירה.

**אור**: משנקבע שלביה"ד יש סמכות לדון בעניין אין לבטל את החלטתו. ההסתדרות הייתה רשאית לפנות לביה"ד הארצי לעבודה שיצהיר על תקפות ההסכמים. גם אם כתוצאה מכך היה צריך ביה"ד לדון ולהכריע בשאלת תקפותו של החוק המתקן, זהו חלק **מסמכותו הנגררת**.

**לוי** (מיעוט):**ס' 25(1)** קובע שני תנאים מצטברים כדי לפנות לביה"ד לעבודה:

1. **זהות הצדדים**: המדינה אינה ארגון עובדים ואינה ארגון מעבידים ולכן לא יכולה לקחת צד בביה"ד.
2. **מהות התביעה, נדרש שיהיה סכסוך**: לא קיים סכסוך אמיתי בין ההסתדרות להתאחדות התעשיינים.

ההסתדרות הייתה צריכה ללכת בדרך המלך ולהסיר המכשלה שיצר החוק רק דרך **תקיפה ישירה** של החוק בפני בג"ץ.

**גידי:** להסתדרות היה יותר נכון לפנות לביה"ד לעבודה בתקיפה עקיפה מאשר לבג"ץ בתקיפה ישירה כי ביה"ד מזוהה עם אידיאולוגיה מטיבה עם העובדים.

1. **בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר**: בימה"ש- לא תמיד לפנות בפניה ישירה לבג"ץ

העובדות: **חוק יסודות התקציב** מסמיך את שר האוצר להפחית תקציבים של גופים מתוקצבים שהוציאו הוצאה שבמהותה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.

הטענה: החוק פוגע בזיכרון ההיסטורי של המיעוט הערבי תוך שימוש בכוחו של הרוב כדי להשכיח ולדכא הנרטיב הערבי.

**נאור**: דוחה את העתירה משתי סיבות: **היעדר בשלות** (החוק טרם הופעל לא ברור מה יהיו תוצאותיו) **וסעד חלופי** – במסגרת חוק יסודות התקציב תוקן חוק בימ"ש לעניינים מנהליים, שמסמיך את **ביהמ"ש המנהליים לדון בעתירות בעניין הפחתת הכספים**. ההלכה הפסוקה היא שבג"צ יכול לדון, אבל הדרך הנכונה היא לעתור לביהמ"ש לעניינים מנהליים. כך תבוצע מעין **תקיפה עקיפה של החוק.**

אז למה ביהמ"ש דוחף להרחבת הסמכות של בתי משפט אחרים? נכון לחשוב שיוקרתו של ביהמ"ש מתחזקת כשיש לו סמכות בלעדית. נכון היה לצפות דווקא שביהמ"ש ישמור לעצמו את הסמכות.

הצעה לפתרון גידי:

* **ברמה המקצועית** – שאלות חוקתיות הן מורכבות ודווקא הבירור שלהן מלמטה יבשיל אותן וכאשר יגיעו לבג"ץ יתאפשר דיון אמיתי ומעמיק.
* **שיקול אסטרטגי** – ביהמ"ש העליון חוטף את כל האש כי רק הוא פוסל חקיקה. פיזור סמכות = פיזור האש. פיזור הביקורת מחזק דווקא את מוסד הביקורת השיפוטית. החלטה שנוגדת חוקיות של חוק בערכאה נמוכה תביא להחלטת ביהמ"ש העליון דווקא לפסוק הפוך ובכך לחזק את מעמדו הציבורי.

**2.4 נשיא המדינה (לימוד עצמי)**

**רובינשטיין ומדינה, פרק 20**:

**ס' 1 לחו"י נשיא המדינה** 'בראש המדינה עומד הנשיא' – תפקידו של הנשיא ייצוגי, טקסי וסמלי בעיקר ו**סמכויותיו מעטות ביותר**: מתן חנינה והפחתת עונשים, הטלת תפקיד הרכב הממשלה והסכמה לפיזור הכנסת והקדמת הבחירות.

הנשיא נבחר ע"י הכנסת בבחירות חשאיות **לתקופת כהונה אחת בת 7 שנים** (בעבר 5 עם יכולת לנוספת אך היה חשש שאי בחירתו מחדש תתפרש כהדחה). העברת הנשיא מתפקידו מחייבת **רוב של 3/4** בוועדת הכנסת ואז במליאת הכנסת. יו"ר הכנסת הוא ממלא מקומו בפועל של הנשיא, אך לפי הנוהג נמנע מהפעלת הסמכויות בהיעדר הנשיא. כאשר שוהה בחו"ל יפסיק זמנית למלא את תפקידו.

הנשיא אינו רשאי לכהן כמועמד לבחירות לכנסת ואם היה ח"כ בעת בחירתו – חדל מלהיות ח"כ. לנשיא חסינות **דיונית** ו**מהותית** גם לאחר סיום הכהונה. **היקף הביקורת השיפוטית** על החלטות הנשיא הוא **מצומצם** מאוד לאור מעמדו ונוגע בעיקר למהות החלטותיו בנושאי החנינה וכינון ממשלה או פיזור הכנסת.

**סמכות החנינה** – **ס' 11(ב)**. סמכות שבשק"ד. הסמכות לתת חנינה לעבריינים יחידים ולא חנינה כללית (מעוגנת בחוק).

מכוח ס' 11(ב) מוסמך גם להפחית עונשים או להמירם. הנשיא לא מוסמך להורות על דחיית ביצוע גזר דין. חנינה של הנשיא מוחקת גם רישום פלילי ולעניין זה כאילו לא הורשע הניחן מעולם. בפרשת **ברזילי** נקבע שהנשיא מוסמך להעניק חנינה גם למי שעבר עבירה אך טרם הועמד עליה לדין וטרם הורשע. עם זאת, הדבר ייעשה רק בנסיבות חריגות ונדירות שבהם כמו אינטרס ציבורי. **דעת כותבי המאמר** – לא ראוי שהנשיא יחון חשודים והדבר מסור ליועמ"ש. החנינה היא עניין שבשק"ד של הנשיא ולכן נתונה **לביקורת שיפוטית** בהתאם למשפט הציבורי. עם זאת, השק"ד של הנשיא רחב ולכן היקף הביקורת מצומצם בהתאם, לחריגה מסמכות או למרמה (שעבדו עליו בפרטים), ולא מופעלת על טעות של הנשיא בשק"ד. **לדעת כותבי המאמר**, הנוהג שהנשיא לא מנמק את החלטתו בדבר חנינה צריך להשתנות ועליו לפרסם נימוקיו ברבים כדי למנוע חשד לחסור תום לב. רובינשטיין טוען שגם אם הנשיא חושב שבית המשפט טעה ולכן נתן חנינה, זה בסדר כי ההקלה בעונש לא מבטלת את עצם הקלון הנלווה לעבירה.

הנוהג הוא שקודם **שר המשפטים** בוחן בקשת חנינה ואם ממליץ על חנינה מעבר את הבקשה להכרעת הנשיא. הנשיא יכול להתחשב בדעתו של שר המשפטים במקרים מסוימים אך נתון לו שק"ד רחב ועצמאי והשר לא יכול לחייבו להעניק חנינה, אך השר כן צריך לאשר את החנינה. הענקת חנינה ע"י הנשיא היא עניין שנוי במחלוקת ויש לכאורה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות מאחר והסמכות בעניינים פליליים נתונה בידי הרשות השופטת וקיים חשש מיצירת פגיעה בשוויון בפני החוק. אולם התפיסה המקובלת היא שיש לשמור את מוסד החנינה בידי הנשיא לצד המערכת השיפוטית. **לדעת כותבי המאמר** ניתן להחיל את סמכות החנינה גם למקרים בהם הדבר נועד לתיקון '**עיוות דין**' ולא רק כמידת רחמים.

**2.5 מנגנוני פיקוח**

**2.5.1 היועץ המשפטי לממשלה**

**איך ממנים יועמ"ש?**
עד לפני כ20 שנה היה מקובל שהממשלה תמנה את היועץ בהתאם לרצונה. דרך המינוי הייתה על פי חוק שירות הביטחון והוראות הממשלה. הממשלה הייתה ממנה לפי המלצת שר המשפטים.
**לפי החוק החדש** שחוקק בעקבות פרשת בר-און תוקם ועדת איתור קבועה שתסנן מועמדים לתפקיד היועמ"ש ותכהן 4 שנים. חבריה יהיו נשיא בית המשפט העליון, שר משפטים לשעבר/ יועץ משפטי לשעבר שימונה ע"י הממשלה, ח"כ שימונה ע"י ועדת החוקה חוק ומשפט, איש אקדמיה מתחום המשפטים, עו"ד מלשכת עו"ד.
**תנאי הכשירות –** מי שכשיר להיות שופט בעליון כשיר להיות יועמ"ש. היועמ"ש יכהן 6 שנים. ניתן להדיחו בנסיבות ועילות ספציפיות. הוועדה תיתן את חוות דעתה על הדחתו לממשלה.
**סמכויות היועמ"ש** – **ראש מערכת התביעה הכללית של הממשלה ;ייעוץ וייצוג הממשלה.**
הסמכות לייצג את הממשלה בהליכים פנימיים ובחיצוניים, אך ייצוג היועמ"ש אינו בלעדי. המקובל הוא שהיועץ משמיע את עמדת הממשלה, עם הזמן השתנתה התפיסה לפיה ליועמ"ש יש בלעדיות על ייצוג הממשלה. היועמ"ש יציג את דעתו כדעת המדינה.

1. **בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**: דרעי 1

העובדות: דרעי מכהן כשר. בשלב מסוים הוחלט להגיש כתב אישום נגדו. לדעת היועמ"ש על ראש הממשלה לפטר את השר מתפקידו, רה"מ מתנגד לכך וסותר את חוות-דעתו המשפטית המחייבת של היועץ המשפטי.

**מצא:** רואה את חוות דעתו של היועמ"ש כמחייבת. כאשר יש מחלוקת בין רה"מ ליועץ המשפטי שלו, אין לרה"מ את הזכות והיכולת להביע את עמדתו שלו.

**גידי:** היה ראוי שבמידה ואין הסכמה בין היועץ לרה"מ שהיועץ יזוז ממקומו ושלממשלה הייתה אפשרות לבחור ייצוג אחר במקומו.

1. **בג”צ 4267/93 אמיתי נ' יצחק רבין**: פנחסי

העובדות: **רה"מ** ביקש מהיועמ"ש להציג את עמדתו בנושא העברת הסגן שר פנחסי מתפקידו בפניי ביהמ"ש, לפיה אין חובה להעבירו. היועמ"ש ענה שלא יוכל לומר בביהמ"ש כי עמדת רה"מ מקובלת עליו, עם זאת יציג אותה בפניהם.
הטענה: **העותר** טוען כי פרקליטות המדינה אינה רשאית לייצג גם את רה"מ וגם את היועמ"ש כאשר עמדותיהם סותרות וזאת ע"פ כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין.
**ברק:** יש טעות בהבנת העותר. הפרקליטות מייצגת רק את רה"מ. ע"פ העמדה שגובשה בועדת ארגנט 1962, היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. תפקידו של היועמ"ש לא מוגדר בחוק. **חוות דעתו של היועמ"ש היא המשקפת לממשלה את המצב המשפטי, וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקה את פעולות הרשות**. היועמ"ש יכול לבחור לא לייצג את הממשלה אם לדעתו היא לא פועלת כראוי. יש על הממשלה ביקורת שיפוטית במקרה והיא תעשה כך. **העתירה נדחית.**

**הקשר בין ייעוץ לייצוג**

* מבחינה מנהלית, יש בישראל הפרדה בין מתן ייעוץ לממשלה לבין ייצוגה. במשרדי הממשלה יש יועצים והם מייעצים למשרדים, מחלקת ייעוץ וחקיקה מייעצת לכל הממשלה – **והפרקליטות היא המייעץ את הממשלה.**
* בפועל היועץ המשפטי לממשלה ממונה על הכל, ואין הפרדה בין הסמכות.
* בפרשת אמיתי – **ביהמ"ש עשה את החיבור והחליט שזה הוא תפקידו מלכתחילה.**

האם ניתן להצביע על שינוי מגמה?

1. **שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל 2016**

העובדות: עתירה נגד מדיניות איכפת חוק איסור הונאה בכשרות שמבצעת הרבנות הראשית לישראל. הרבנים הראשיים רצו להציג עמדה מסוימת אך היועמ''ש סרב והתעקש להציג בשמם עמדה המנוגדת לעמדתם האותנטית.

השופטים: בזמן הדיון בבג''ץ אמרו השופטים לבא כוח המדינה שהציג את עמדת היועמ''ש, שנודע להם מכלי התקשורת כי לרבנות עמדה שונה מזו שהוא מציג בשמה. בא כוח המדינה טען שעמדתה המשפטית של הרבנות היא עמדת היועץ ואין נפקא מינה (נפקא-יצא מינה-ממנה. משמע לא משנה) מהי עמדתה האותנטית.

**השופטים עצרו את הדין והורו על דיון חדש שבו היועמ''ש של הרבנות יציג בפניהם את עמדתם האותנטית של הרבנים הראשיים בעוד מי שהופיע כבא כוח "המדינה" יציג בפניהם במקביל את עמדת היועמ''ש.**

1. **בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה**

העובדות: **שר המדע** סירב למנות את פרופ' אמיתי לחבר במועצת נגידי גרמניה-ישראל, בגלל שתמכה בסטודנטים המסרבים לשרת בשטחים. דעת השר היא כנגד דעת היועמ"ש. האם היועמ"ש מוסמך להחליט לא להגן על החלטת שר הממשלה ולא לאפשר לאותו שר להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי שיגן על החלטתו?
**שטיין:** האם השר נפגע מכך? לפי ועדת שמגר היועץ המשפטי לממשלה בוודאי אינו מחויב לטעון לפני בית משפט טענות שאינו מאמין בנכונותן. עליו לאפשר לרשות להציג את עמדתה באמצעות עורך דין אחר, מטעמו או שלא מטעמו. וזאת במטרה שעמדת השר תגיע לדיון בית המשפט. ייצוג של אדם או רשות שלטונית בביהמ"ש הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך השיפוטי.
**קרא:** סובר שהעובדה שהשר לא קיבל ייצוג של עו"ד פרטי בגלל שהיועמ"ש לא הסכים לייצגו הינה בעייתית מאחר שההלכה קובעת שעמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש. השופט שטיין חולק על השופט קרא, לדעתו זו לא הלכה מחייבת שהמדינה תהיה מיוצגת רק ע"י היועמ"ש.

**2.5.2 ביקורת המדינה (לימוד עצמי)**

**רובינשטיין ומדינה, פרק 10ה2**:

אמצעי פיקוח חשוב שמפעילה הכנסת ופועל בשמה. מוסדר **בחוק יסוד: מבקר המדינה**. זהו גוף עצמאי ולא פוליטי ועליו ועל עובדיו מוטלות מגבלות חמורות ביחס לעיסוק הכהונה ואף לאחריה. מבקר המדינה מבקר לא רק את משרדי הממשלה או רשויות מקומיות ומוסדות מדינה אלא גם גופים הנתמכים ע"י המדינה. משך הכהונה 7 שנים. יש לו סמכויות חקירה- רשאי לחייב כל אדם להעיד בפניו.

היקף הביקורת של מבקר המדינה – **רחב מאוד** ומשתרע על תחומים רבים.

חלוקת העבודה בין הביקורת השיפוטית לביקורת המדינה – השיפוטית אמונה על בירור חוקיות פעילותן של רשויות השלטון בעוד ביקורת המדינה כוללת אוסף רחב של פעולות.

מתוקף סמכותו רשאי לדרוש מגופים אותם הוא מבקר דו"חות, מידע וגם לחקור אותם. בסיום ביקורת אודות גוף מפרסם **דו"ח מבקר המדינה** אשר נידון בוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת ומוסר גם לרה"מ שעליו להגיב עד 10 שבועות אחרי. במקרה של חשש להליך הפלילי הדו"ח מופנה גם ליועמ"ש לממשלה.

היקף הביקורת השיפוטית על מבקר המדינה – **כמעט ולא קיימת**. ביהמ"ש נמנע מכך.

נציב תלונות הציבור – 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.

**2.5.2 וועדות חקירה (לימוד עצמי)**

**רובינשטיין ומדינה, פרק 19**:

**ועדת בדיקה** – בודקת ואוספת מידע על נושא מסוים מכוח סמכותה הכללית של הממשלה. עוזרת לממשלה להפעיל שק"ד ובמקרה שיש סמכות אף חוקרת. ועדה פנימית שעובדת בתוך הממשלה לצרכיה הפנימיים. הפעולה – כלפי פנים.

**ועדת חקירה ממלכתית** – מוקמת מכוח **חוק ועדות חקירה** מסמכות הממשלה. גם ועדת ביקרות המדינה יכולה להקים ועדת חקירה ע"י נשיא ביהמ"ש העליון ע"מ להבטיח אמון הציבור במקצועיות. בראשה יעמוד שופט עליון או מחוזי. רובינשטיין אומר שאם מונה מישהו לוועדה שמלכתחילה היה עם דעות קדומות על נושא החקירה, נראה שניתן ליו"ר להוציאו מלהיות בוועדה. המלצות הוועדה מחייבות את הממשלה, אולם הממשלה יכולה להפעיל שק"ד בעצמה בקבלת ההחלטה אך לרוב תקבל הממשלה את המלצות הוועדה. לוועדה מעמד של ערכאה שיפוטית אך אינה כפופה לכל סדרי הדין האזרחיים. כלפי חוץ.

ועדת חקירה ממלכתית כפופה ל:

1. **כתב מינוי** – מפורט וכזה המספק לוועדה שק"ד וסמכויות.
2. **נושאי החקירה** – פרשה זמנית, עניין ציבורי זמני ולא סוגיה רחבת היקף. נושאי הוועדה יתעסקו רק בנושאים בהם רשאית הממשלה לעסוק ולא בעניינים של הרשות המחוקקת.

**תפקיד הוועדה לחקור נושא ולהכין בסיס עובדתי שישמש את הממשלה בפעולה מסוימת**.

הוועדה הממלכתית חוקרת עניין ציבורי ולא חשודים פליליים פוטנציאליים **ולא לוקחת את תפקיד הרשות השופטת**. לאחר פרסום ממצאי הוועדה ניתן לחקור נושא משרה ציבורית במידה וצריך לפתוח נגדו בהליך פלילי.

וועדת חקירה לא תוקם על נושא שכבר עבר הליך שיפוטי. הוועדה מוקמת ע"י הממשלה ולכן אסור לפגוע בח"כים אך היא יכולה לדון במעשיהם של ח"כים כאשר הנסיבות קשורות לנושא הוועדה.

לעיתים סמכות הממשלה להקים וועדת חקירה היא בגדר **חובה** אך הביקורת השיפוטית על החלטת ממשלה בעניין זה היא מוגבלת. המשתתפים בוועדה צריכים להיות אובייקטיבים ומבחינת דעה אישית לעמוד במבחן סבירות.

מאפייני הוועדה:

* **סמכויות חקירה רחבות** – רשאית לזמן אדם לחקרה, להטיל צו חיפוש ולעשות כל דבר שישמש אותה בחקר הנושא שלשמה הוקמה.
* **פומביות הדיונים** - דיוני הוועדה וממצאיה מפורסמים לציבור זולת מקרה בו קיים צורך של ביטחון המדינה. פרסום של ממצאי וועדה צריך להיות מבוא בפני אדם שעשוי להיפגע כתוצאה ממנו וזה רשאי להופיע בפני הוועדה ולשפוך טיעוניו ולזמן עדים לקירה נגדית.

עד היום ביהמ"ש נמנע מלהעביר ביקרות שיפוטית על ממצאי וועדת החקירה. **לדעת כותבי המאמר** יש להעביר ביקורת שיפוטית כאשר היא מפרה את כללי המשפט המנהלי.

**ועדת חקירה פרלמנטרית** – ממונות ע"י הכנסת. ועדות מקצועיות וענייניות עם מעמד נחות משל הממלכתיות. אין להן סמכויות של וועדות חקירה ממלכתיות כמו למשל זימון עדים. שלושה שלבים להקמת וועדת חקירה פרלמנטרית: 1. המלצת המליאה להקים וועדת חקירה עוברת לוועדת הכנסת. 2. וועדת הכנסת דנה בהצעה וממליצה להקימה תוך פירוט סמכויותיה. 3. אישור ההצעה ע"י מליאת הכנסת. המשתתפים בוועדה לפי ייצוג הסיעות בכנסת.

**(3) זכויות האזרח**

**3.1 מבוא**

**3.1.1 מידתיות ונוסחאות איזון אחרות**

****

עד שנת 1992 היה מקובל להשתמש בשתי נוסחאות איזון:

* **איזון אופקי** – בין ערכים שווי מעמד, בדר"כ 2 זכויות. **איזון שהוביל לפשרה** (כל אחד וויתר וקיבל קצת).
* **איזון אנכי** – בין ערכים במעמד שונה. בדר"כ בין זכות לאינטרס ציבורי. **איזון שהוביל להכרעה** (צד אחד לוקח הכל).

הדוגמה הקלאסית: חופש הביטוי למול ביטחון המדינה. כדי שהאינטרס יגבר על הזכות צריך שיתקיימו 2 אלמנטים:

**עוצמת הפגיעה והסתברות הפגיעה**. האיזון האנכי מציב את האינטרס מעל הזכות. ככל שמציבים רף גבוה יותר בשני האלמנטים כך ניתנת עדיפות לזכות למול האינטרס. בפועל ביהמ"ש העליון נתן מקום גבוה יותר לזכות למול האינטרס, **בהציבו רף גבוה** מאוד לפגיעה והסתברות הפגיעה באינטרס הציבורי.

מה עדיף לזכות: **איזון אנכי או איזון אופקי?**

בניגוד לאינטואיציה הראשונית, האיזון האנכי **מיטיב** עם זכויות האדם, שכן נוסחת האיזון נותנת עליונות לאינטרס הציבורי על פני זכות האדם **רק כאשר ההתנגשות מתרחשת ברמה של נקודת האיזון**. בכל מקרה אחר, התוצאה היא עליונות של זכות האדם.

לעומת זאת, בחירה בנוסחת איזון אופקית, מחלישה את הזכות, שכן היא מחייבת **תמיד** פשרה בין הזכות לבין שיקולים ענייניים אחרים.

**מהי הבעייתיות במבחני האיזון הישנים?**

* גם אם הערכים המתמודדים אינם שווי מעמד, עדיין שניהם מוכרים וראויים. לכן, אין כל הגיון להעדיף באופן א-פריורי אחד מהם, ואם אפשר להגן על שניהם במידה מסוימת תוך ויתור סביר מצד כל אחד מהם, יש לפחות לשקול אפשרות זאת ולא לדחותה על הסף.
* אם המאמצים לקיום משותף אינם עולים יפה, העדפת אחד הערכים היא בלתי נמנעת, גם אם מדובר בערכים שווי משקל.

אחרי שנת 1992 החל ביהמ"ש להשתמש במבחני המידתיות של פסקת ההגבלה כמבחן איזון. המבחנים הם מתוחכמים יותר ומיישמים אלמנטים של שני האיזונים:

1. **קשר אמצעי מטרה**: בחירה באמצעי שמידת פגיעתה בזכות היא הפחותה: איזון אופקי חלקי. ההתייחסות לאינטרס כקבוע. המדינה מגדירה מה היא רוצה להשיג ולפי זה בוחנים כיצד ניתן לפגוע כמה שפחות בזכות מבלי לסטות ממה שהגדירה המדינה כאינטרס.

גידי – יש מקום להסתכל על שני הצדדים כמשתנים ולנסות לחפש את 'העסקה הכי טובה'.

1. **התועלת עולה על הנזק**: איזון משולב. עדיין אפשרות לנוקאאוט מאחר והאינטרס לא שווה למחיר הפגיעה. רק אם התברר שהפשרה הכי טובה לא מספיק טובה תגבר הזכות (נוקאאוט).
2. **בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**: קיום הפגנה מול בית הרב עובדיה יוסף. התייחסות ברק למבחני האיזון:

העובדות: הפגנה מול בית הרב עובדיה יוסף נמנעת ע"י המשטרה משיקולי הגנת פרטיות ומניעת חדירה לרשות היחיד.

הטענה: פגיעה בחופש הביטוי והפליה מצד המשטרה שבעבר התירה קיום הפגנות מול בתיהם של אישי ציבור.

**ברק**: ניסיון לתת הגנה מלאה לזכות אחת תמיד יפגע באחרת. על כן, נדרש לבצע איזון. האיזון צריך להביא לשמירה על הזכויות החוקתיות והאינטרס הציבורי. יש להבחין בין "איזון אנכי" לבין "איזון אופקי":

 **איזון אנכי** (הכרעה) – בין **חופש הביטוי** **לאינטרס שלום הציבור**. האינטרס יגבר אם יתקיימו שני תנאים מצטברים:

* **הסתברות הפגיעה באינטרס**: **מבחן הקרבה לוודאות** – מה ההסתברות שייגרם נזק **לאינטרס**?
* **עוצמת הפגיעה באינטרס**: **מבחן הפגיעה הממשית** – מה עוצמת הפגיעה שתגרם **לאינטרס**?

אם התנאים אכן מתקיימים האינטרס הציבורי יגבר על הזכות. אם אחד מהתנאים לא מתקיים, הזכות תגבר. נעדיף את הסדר הציבורי על פני הזכות אם נסבור שללא הגבלת הזכות קיימת קרבה לוודאות שיגרם נזק ממשי.

**איזון אופקי** (פשרה) – **זכות מול זכות**. הזכויות המתנגשות הן ערכים שווי מעמד. **הזכות להפגין והזכות לפרטיות** הן זכויות שוות מעמד ולפיכך צריך לבצע בניהן איזון אופקי, כלומר, ויתור הדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה כדי לאפשר את קיומן של השתיים יחד.
חופש הביטוי וההפגנה אין פירושם מתן היתר לחדור לרשות היחיד של איש הממלא תפקיד ציבורי ולהטריד אותו. **העתירה נדחית.**

**גידי:** נוסחת האיזון האנכי דווקא מטיבה עם הזכות – כל עוד לא הגענו לנקודת ההיפוך תמיד נעדיף את הזכות.

1. **בג"ץ 450/97 תנופה נ' שר העבודה**: מבחני המידתיות לא דווקניים אלא גמישים – נדרשים לעמוד במתחם הסבירות.

העובדות: **חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם** מחייב קבלן כ"א ברישוי שאחד מתנאיו הוא המצאת ערבות בנקאית למילוי חובותיו של המעסיק כלפי העובד. תחילה נקבע סכום אך לאחר עתירה ראשונה הורד ל150 אלף ₪.

הטענה: החוק אינו חוקתי מאחר ופוגע בחופש העיסוק ע"פ **מבחן המידתיות**.

**דורנר**: החוק עומד ב-3 מתוך 4 מבחני פסקת ההגבלה. בקשר למידתיות, לאור הנסיבות, אי אפשר להגיד שהוא עומד במבחן המידתיות השני. אפשר להשיג את תכלית חוק – הגנה על עובדי הקבלן, בשימוש באמצעי שיפגע פחות. מבחני המידתיות הם גמישים ומופעל שיקול דעת ביישומם.

**תורת המדרגות** (משאירה בצ.ע): על הרשות לפעול באופן שבו האמצעי שתבחר לצורך הגשמת התכלית יהיה בדרגה הנמוכה ביותר בסולם האמצעים האפשריים להשגת התכלית. **לרדת עד השלב שבו יש פגיעה מינימאלית בזכות.**

די שהפגיעה בזכות תימצא במסגרת **מתחם המידתיות** כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות.

**\*מבחן קשר אמצעי מטרה (1)** – כשמדובר בזכות כבדת משקל נדרשת **ודאות קרובה** ואולי מוחלטת לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות את התכלית.

במקרה הנוכחי מאחר שהחוק נועד עבור זכות סוציאלית לעובדים, נבחן באופן פחות דווקני האם האמצעי הנבחר הוא האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר. כתוצאה מכך- נקבע כי החוק עומד בפסקת ההגבלה **והעתירה נדחית**.

1. **בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה:** חופש התנועה למול פגיעה רגשות הדתיים. **ברק כן מגיע לפשרה**

העובדות: שר התחבורה הורה על סגירת רחוב בר אילן בי-ם לתנועת כלי רכב בשעות מסוימות בשבתות ובחגים.

הטענה: **תושבים חילוניים** – ההחלטה פוגעת בחופש התנועה. **דתיים** – פתיחת הכביש פגיעה ברגשות הדתיים.

השאלה המשפטית: מה היחס בין חופש התנועה לבין פגיעה ברגשות הדתיים וכיצד מאזנים?

**ברק**: פקודת התעבורה נהנית מ**ס' שמירת דינים** אך אפשר לפרשו ברוח הוראות פסקת ההגבלה. מדוע?

1. מעמדו של חו"י מקרין על כל חלקי המשפט.
2. קיים קשר טבעי בין פסקת ההגבלה לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי (מעבר נקי ומהיר).

ברק הולך כאן לפי מבחני המידתיות כדי להגיע לפשרה. הוא אומר שזה מה שמקובל היום לבחינת חוקתיות חוק. אם יש פגיעה שנובעת מחקיקה ישנה כמו זו, יחולו עליה מבחני המידתיות. למרות שהוא מציג את המצב כאיזון אנכי הוא משתמש בסופו של דבר בפסקת ההגבלה.

**גידי:** בעבר במקרה של התנגשות בין זכות לאינטרס הפעילו את מבחן האיזון האנכי. היום אמורים להפעיל את מבחני המידתיות, בפועל שופטים ממשיכים להשתמש לעיתים במבחני האיזון השונים והשימוש הזה שלהם הוא בעייתי.

1. **בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**: **גישת ברק במבחן המשנה ה-3 הופכת להלכה המקובלת**.

העובדות: בהתאם להחלטת הממשלה מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית הוציא צו תפיסה על שטחים ביו"ש במטרה להקים את גדר הביטחון.

הטענה: העותרים הם בעלי קרקע ותושבי בית סוריק שטוענים שהגדר פוגעת קשות בזכות הקניין ובחופש התנועה בצורה קשה בה. היא משבשבת לחלוטין את אורחות חייהם ויכולתם לעבד אדמותיהם – ללא כל הסמכה לכך בדין.

**ברק**: ההתמקדות במבחני המשנה כאשר ישנה פגיעה בזכויות טבעיות היא **במבחן המשנה השלישי - תועלת למול נזק**. החלטת רשות שלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט. ברק הופך את מבחן המידתיות ה3 למבחן המורכב **משני חלקים**-

1) **בחינה מוחלטת** – תועלת כללית מול נזק כללי. בחינה שמקבלת אפשרות מסוימת כנתונה ומכריעה האם לקבלה או לדחותה על בסיס דירוג בין הערכים המתנגשים.

2) **בחינה יחסית** – תוספת תועלת מול תוספת נזק. בחינה שאינה מניחה קיומה של אפשרות אחת לאיזון בין הערכים המתנגשים, אלא בוחנת אלטרנטיבות שונות ומבקשת לברר האם זו שנבחרה מפשרת בצורה המיטבית בין הערכים המתנגשים.

הוחלט כי יש לשקול את מיקום הגדר רחוק יותר מהכפר היהודי, גם אם זה ישיג את התכלית (ביטחון) פחות. יש לבחון את התועלת מול הנזק, ואם הזזת הגדר תפגע פחות בזכות לקניין- זה עדיף. **אולי הגשמת התכלית תהיה פחותה אבל גם הפגיעה בזכות תהיה פחותה, וצריך להעדיף אותה.** במלים אחרות, ההסדר שקבעה המדינה נפסל משום שלא נבחרה הפשרה האופטימלית ולכן **העתירה מתקבלת**.

בחירתו של ברק, למקם את בחינת האפשרות לפשרה במסגרת מבחן המידתיות השלישי הפכה לגישה המקובלת בפסיקת בית המשפט.עם זאת, היו מקרים שבהם העדיפו שופטים להכניס את בדיקת הפשרה במבחן המידתיות השני – גם **גידי**.

1. **בג"ץ 7146/12 א.ס.ף נ' הכנסת**: ארבל ממקמת פשרה במבחן המידתיות השני.

העובדות: **תיקון 3 לחוק למניעת הסתננות** מאפשר כליאה של עד 3 שנים למסתננים שהוצא נגדם צו גירוש ע"י שר הבטחון.

הטענה: החוק עומד בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ביהמ"ש החליט על ביטול הס' לאחר שקבע שהוא פוגע בזכויות לחירות ולכבוד מאחר והאמצעי שהוחלט עליו אינו מידתי.

**ארבל**: קובעת שכליאת המסתננים לא מוצדקת כיוון שקיים **אמצעי חלופי להגשמת התכלית שיפגע פחות** **בזכויות אדם** – גדר. ארבל מתייחסת לטענה שהגדר **לא תגשים במידה זהה** את המטרה כמו האמצעי שנבחר על ידי הכנסת. במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי ופוגעני פחות. **גם אם אמצעי זה לא יביא את אותה התועלת.** בפס"ד זה אנו רואים שארבל אכן פעלה בגישתו של גידי והכניסה את מבחן המשנה-תוספת תועלת מול תוספת נזק למבחן המידתיות השני- בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה.

**רכיב ההסתברות**:המונח הסתברות לא מופיע במבחני המידתיות, יש להוסיף למידתיות את שאלת ההסתברות. במידה ויש אמצעי שנועד להגשים אינטרס ציבורי, האם מבחינה סבירה ללא האמצעי (החוק) תהיה פגיעה באינטרס הציבורי? האם באופן סביר החוק יתרום לשינוי במידה סבירה שעולה על הנזק שעלול להיווצר? ההסתברות נתונה לשיקול דעת ביהמ"ש.

1. **בג"צ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת**:

העובדות: עתירה נגד **חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם**. חוק שהטיל אחריות נזיקית כנגד מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית על הטלת חרם על ישראל.

**עמית:** בבואנו לבחון את הפגיעה אנו מאזנים את התועלת אל מול הנזק. יש לבחון את רכיב העצמה עם רכיב ההסתברות (הן באינטרס והן בזכות). "בכף הזכות של המאזניים אנו מניחים את מידת התועלת **וההסתברות** להגשמתה, ובכף החובה של המאזניים את חשיבות הזכות, עוצמת הפגיעה **והסתברותה**".

**3.1.2 דרישת ההסמכה**

האם פגיעה בזכויות ע"י הרשויות תהיה כרוכה בהסמכה מפורשת בחוק?

בעקבות השילוב שבין פס"ד בז'רנו ופס"ד מיטרני- תנאי לפגיעה ע"י הרשות המבצעת הוא הסמכה מפורשת מהמחוקק.

1. **בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה**: דרישת ההסמכה חייבת להיות **מפורשת**.

העובדות: דומה מאוד למקרה בז'רנו – הנחיות משרד התחבורה אוסרות להגיש בקשות לחידוש מסמכים ובדיקות רכב.

הטענה: פגיעה בחופש העיסוק.

**שמגר**: ההסמכה חייבת להיות מפורשת בצורה שבה המחוקק אומר באופן ברור ומפורש שהוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על חופש העיסוק (כלומר פגיעה בזכויות). **אי אפשר להסתמך על הוראת חוק כללית או על הסמכה כללית וסתמית**. במקרה כזה טבעי שתתפרש ככזו ששוללת הקניית סמכות לפגוע בזכויות יסוד.

תקנת משנה לא יכולה לסתור חוק או לחרוג מהגבולות שהותוו בחקיקה ראשית. ניגוד כזה יביא לביטול חקיקת המשנה ומבטל גם תוקף חקיקת המשנה לגבי כל התחומים שבהם לא הוענקה סמכות למחוקק המשנה. פעילות בהיעדר הסמכה= פגיעה בשלטון החוק. פס"ד זה הוא דוגמא לכך שהייתה דרישת הסמכה לפגיעה **עוד לפני חוקי היסוד.**

1. **בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש**:

העובדות: הרשות השנייה מחליטה לא לשדר תשדיר של חברה פרטית בטענה שמדובר בנושא פוליטי שנוי במחלוקת.

הטענה: פגיעה בחופש הביטוי.

השאלה המשפטית: האם זה פוגע בחופש הביטוי הפוליטי באופן לא חוקתי?

**בייניש** (מיעוט): 3 תנאים מצטברים לפגיעה בזכויות ע"י חקיקת משנה:

1. ההסמכה תהיה **בחקיקה ראשית**.
2. על ההסמכה להיות **מפורשת**.
3. על ההסמכה לעמוד בדרישותיה המהותיות של **פסקת ההגבלה**.

ההסמכה צריכה להיות בהתאם להקשר הדברים ומכלול נסיבות העניין:

**פגיעה קשה** – ככל **שהזכות הנפגעת מרכזית ובעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בה רבה ומקיפה**, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך. המחוקק ייתן את דעתו על העניין – המחוקק צריך להסדיר את הנסיבות הספציפיות והשיקולים.

**פגיעה קלה** – גישת תכלית החוק: **די בכך שמתכלית החוק המסמיך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה**, גם בהיעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית. כלומר, נסתפק בהסמכה כללית יותר.

סיכום: כשהפגיעה אינה יסודית ניתן לשאוב **ההסמכה מתכלית החוק**, אם הפגיעה עקרונית צריך **הסמכה ברורה** **ומפורשת**. בייניש קבעה שדרישת ההסמכה הינה **גמישה**. זוהי גם ההלכה – כל מקרה לגופו.

1. **אורן גזל, פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'**:

לפי גזל, **לשון** חוק היסוד מחייבת **הסמכה מפורשת**, אולם בעבר הסתפק בית המשפט גם בפחות מכך. **גזל מציע לנקוט בגישה פחות מחמירה גם לאחר חקיקת חוק היסוד** - להנמיך את הרף כשמדובר בהחלטה שלטונית, ולהסתפק במקרה כזה בכך שההחלטה תתבקש מתכלית החוק. במקרה של חקיקת משנה – יש להתעקש על הסמכה מפורשת.

במאמרו הוא מציג 3 גישות- מתי מחוקק המשנה רשאי לפגוע בזכות יסוד:

א) **גישת ההסמכה המפורשת** – צריך הסמכה ספציפית ופרטנית מחקיקה ראשית. כל הסמכה תפורש בצמצום- כמה שפחות לפגוע בזכויות יסוד.

ב) **גישת תכלית החוק** – גם ללא הסמכה מפורשת וספציפית הפגיעה מותרת אם מתחייבת כדי להשיג את התכלית הפרטיקולרית של החוק, כלומר ההסמכה לפגוע בזכות הינה מתבקשת ממטרות 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.

ג) **גישת ההסמכה הכללית** – לא צריך הסמכה פורמלית לפגיעה, והפגיעה תותר אם הופעלו שיקולים ענייניים של סבירות ומידתיות. בגישה זו בניגוד לגישה השנייה יש פחות הסתכלות על זכות יסוד כערך עליון, ומבחן הסבירות הוא העיקרי.

קובע ש**אין הלכה אחידה באשר לצורת ההסמכה הנדרשת לשם פגיעה בזכות יסוד**.

**יש להבחין בין:** 1) החלטה פרטנית של הרשות המבצעת , 2) תקנה של הרשות המנהלית (של שר מהממשלה). תקנה היא בעלת פוטנציאל רחב לפגיעה בזכויות. גזל מציע לבחון אם הפגיעה היא מכוח תקנה של שר ואז נדרוש הסמכה מפורשת יותר. אם הפגיעה היא מכוח חקיקת משנה אז גישת ההסמכה ע"פ תכלית החוק מספיקה.

**לסיכום:** מחוקק משנה יכול לפגוע בזכויות יסוד בתקנות רק בהתקיים שני תנאים מצטברים:

* קיומה של הסמכה להתקנת תקנות מן הסוג הנידון.
* קיומה של הסמכה מפורשת לפגוע בזכויות היסוד באותן התקנות.

**3.1.3 הלימה לערכי המדינה**

1. **בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת**: חוק שעות עבודה ומנוחה כהולם את ערכיה של ישראל.

העובדות: דיזיין 22 מעסיקה עובדים יהודים בשבת בניגוד **לחוק שעות עבודה ומנוחה**.

הטענה: האיסור נוגד את חופש העיסוק.

**ברק**: הפרשן החוקתי צריך לעשות מאמץ פרשני להביא להשלמה ולהרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. בין שני אלה ראוי שישררו הרמוניה והתאמה ועל השופטים לעשות הכל כדי לקיים זאת.

ניתן להסיק מהם ערכיה של המדינה מפסקת המטרה: יהודית ודמוקרטית.

* **יהודית**: שני היבטים – ציוני ומורשתי-הלכתי. איסור על העבדה ביום המנוחה שהוא שבת ליהודים וראשון למי שלא יהודי. נותן ביטוי מגוון.
* **דמוקרטית**: מבוסס על שלטון העם ועל ערכים דמוקרטיים שמבססים את שלטון העם. הצורך החברתי סוציאלי להבטיח יום מנוחה לעובד כדי לאפשר פעילות משפחתית משותפת ותוך בחירת שעות המנוחה על רקע שיקולים דתיים-לאומיים הולם את ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטית.

סיכום**: תפקיד החוק הוא הוא צורך חברתי-סוציאלי** ולכן החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית וכדמוקרטית

1. **בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009)**: נדרשת פגיעה קשה במיוחד כדי לענות על ההגדרה הזו!

העובדות: עתירה כנגד חוקיות התיקון לפקודת בתי הסוהר שקובעת לראשונה שניתן להקים בית סוהר פרטי.

הטענה: אחת מטענות העותרים היא שהתיקון לא עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

**בייניש**: ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל כוללים גם את הפרדת הרשויות, אך העותרים לא התמקדו בטענה הזו וגם לא ניתן לראות במקרה הנוכחי דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן. על מנת לבטל חוק בשל עילה שכזו (**הלימה לערכי המדינה**) יש צורך **בפגיעה חמורה ומובהקת**. וזה לא המקרה פה.

**3.1.4 תכלית ראויה**

כאשר חוק יוצר פגיעה בזכות נבחן האם תכליתו ראויה. תכלית ראויה הינו אחד התנאים של פסקת ההגבלה. לעיתים ביהמ"ש עושה שימוש בתנאי התכלית הראויה **כתנאי מכריע, שלאחריו לא ממשיכים בבחינת התנאים הבאים.**

1. **בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**: הגדרתה של תכלית ראויה.

העובדות: בפס"ד רובינשטיין נקבע ששר הביטחון הפעיל סמכותו שלא כדין. נחקק "**חוק דחיית שירות לתלמידי הישיבות"**.

**ברק**: כדי לענות על השאלה האם תכליתה של חקיקה מצדיקה פגיעה בזכויות אדם יש לענות על 2 שאלות משנה:

* 1. **מהם מאפייני התכלית,** המצדיקים פגיעה בזכות האדם?האם המטרה החברתית עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה.
	2. **מה מידת הצורך בהגשמתה**, האם הצורך מצדיק את הפגיעה בזכויות האדם? (שאלה זו נבחנת בדר"כ במבחני המידתיות)

תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים **מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל**, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל.

ברק אומר שעוצמת התכלית הראויה משתנה לאור מהותה של הזכות הנפגעת. מאמץ למעשה מודל אמריקאי שעושה הבדל/ דיפרנטציה בין זכויות אדם שונות בהקשר משקלם. עצם הניסיון לבצע הבחנה ולשכלל בין הזכות הנפגעת לבין האינטרס אותו רוצים לקדם זוהי בדיוק העבודה שנדרשת בשלבים המאוחרים יותר.

**גידי:** מבין מאיפה נובעים דבריו של ברק אך הם עקומים ולא ניתנים לביצוע. הדברים לא עולים בקנה אחת עם מבחני פסקת ההגבלה.

1. **בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפכ"ל**: איזון אנכי בתוך מבחן התכלית הראויה.

העובדות: צו סגירה לבית קפה ל-15 יום בנימוק שהמקום משמש כמקום פעולה של ארגון טרוריסטי.

**ברק**: בחינת הצו בשני מישורים מבחינת התכלית הראויה:

1. **איזון ראוי בין אינטרס ציבורי לזכויות אדם** – כולל בחובו **מבחן הסתברותי של** **ודאות קרובה**. האינטרס – בטחון המדינה ושלום הציבור. הזכות – לשמור ולכבד את זכויות הפרט. **התכלית הראויה מחייבת קיומו של סיכון הנשקף מעצם הפעילות במקום.** הצו אינו נועד למטרות ענישה או הרתעה אלא למקרים שבהם לאור ראיות ברורות ומשכנעות באמת אם לא ייסגר המקום תישקף סכנה לשלום הציבור.
2. **הצורך בהגשמת התכלית חשוב לערכיה של החברה והמדינה**. עד כדי חשובה שתצדיק פגיעה בזכות מרכזית.

במקרה שלנו– נועד לקדם **מטרה חברתית מהותית וצורך חברתי לוחץ** של התמודדות עם ארגונים טרוריסטים וכלן התכלית ראויה.

**איזון אנכי בתוך מבחן התכלית הראויה:** כאן ברק מכניס את מבחן האיזון האנכי לתנאי התכלית הראויה של פסקת ההגבלה. **ברק בודק את ההסתברות והעוצמה לבדיקת התכלית הראויה**. ברק מציג לפנינו שתי אפשרויות:

1) אין הסתברות ועוצמה מספיקים כדי להצדיק פגיעה בזכות- ההכרעה היא לטובת הזכות. כאשר ההכרעה היא לטובת הזכות, אין צורך להמשיך ולבחון את הפגיעה במבחני המידתיות.

2) אם מתברר כי יש הסתברות ועוצמה מספיקים לטובת האינטרס הציבורי, צריך להמשיך ולבחון את הפגיעה בזכות במבחן המידתיות של פסקת ההגבלה. לא ניתן לשלול את הזכות, ולכן באמצעות מבחני המידתיות נבחן האם ניתן לייצר הסדר שישיג את האינטרס הציבורי (אפילו אם ישיג אותו באופן מופחת) במחיר יותר נמוך של פגיעה בזכות.

**גידי:** אין להסתפק באפשרות הראשונה ולהחליט על "הכרעה". מהותית יש להמשיך ולבחון במבחן המידתיות על מנת לנסות וליצור "פשרה".

**3.1.5 שאלות נוספות**

* **התנגשות בין זכויות (או עקרונות חוקתיים)**:

מה עושים כאשר יש התנגשות בין שתי זכויות? האם נוהגים ע"פ מבחני פסקת ההגבלה או שמא ע"פ המבחנים הישנים?

**פרוקצ'יה**: אפשר להשתמש בפסקת ההגבלה. צריך לשים לב שמחפשים איזון של פשרה ולא נוקאאוט.

1. **בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת**: ברק – בין זכויות נדרשת לעשות פשרה.

העובדות: הטרדה מינית שבוצעה ע"י עובד משרד ממשלתי. נקבע שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות. המתלוננת מבקשת שהדיון יהיה פומבי ושתוכל לנכוח בו.

ההתנגשות: **עקרון הפומביות למול הזכות לפרטיות** (שניהם נהנים ממעמד חוקתי). **ס' 3 לחוק השפיטה** לא מחשיב את בתי הדין המיוחדים בכל הקשור לעקרון הפומביות.

**דורנר**: עקרון הפומביות מוחל על כל מערכת המשפט וע"כ החלטת ביה"ד למשמעת לא הייתה לגיטימית.

אילו היה מדובר בדיון שמתקיים בביהמ"ש היינו משתמשים **בכלי פרשני** ולכן עקרון הפומביות היה גובר על הזכות לפרטיות מאחר ומדובר **בנורמה ספציפית והיא גוברת על נורמה כללית** שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

באופן עקרוני, כל עוד לא נקבע אחרת בחוק – נותנים עדיפות לנורמה ספציפית על פני נורמה כללית. נק' ההנחה היא שהמחוקק ער לזה.

**ברק**: כאשר מדובר בעימות בין 2 נורמות חוקתיות לא משתמשים בשיטה הזו אלא צריך **לאזן ביניהם** תוך התחשבות בהיקף הנתונים שעל הפרק. ההצעה של דורנר מובילה לתיחום בין שתי הנורמות. בנסיבות מסוימות עקרון הפרטיות דווקא יכול לגבור על עקרון הפומביות. אם נקבע אחרת – נדלל את הזכות האחרת. **איזון אופקי** והגעה לפשרה!

**גידי:** מסכים עם ברק.

* **שמירת דינים ומעמדה**:
* האם היא חלה על **תיקונים חדשים** בתוך **חוקים ישנים**?

במידה ומדובר **בהוספת פרק חדש לחוק ישן**, בנושא שלא נכלל שאותו חוק – **התשובה היא שלילית**. הוא חשוף לביקורת שיפוטית ע"י פסקת ההגבלה.

במידה ומדובר **בהליך טכני שאינו כרוך בשינוי החוק** (נוסח משולב של חוקים שונים בהתקבלו בעבר) – **התשובה היא חיובית**. הם מקבלים הגנה של פסקת ההגבלה.

**בפס"ד מני** ביהמ"ש העליון דן בטענה כנגד חוקתיותו של חוק שפוטר נשים שאינן עובדות מתשלום לביטוח ופטור דומה לא ניתן לגברים שהם 'עקרי בית'. החוק הותקף בטענה ש**הוא עמד בסתירה לחוק השוויון ומפלה לרעה גברים**. ביהמ"ש דחה את העתירה וזאת בעקבות הנוסח המשולב של חוק הביטוח הלאומי שנחקק ב1995 ובו לא נעשה אף שינוי בחוק ולכן יש חסינות מפני הגנה ותקיפה. כלומר, **נוסח משולב= מוגן בשמירת הדינים**.

* האם שמירת הדינים חלה על חוקים חדשים מטיבים?

**שמירת הדינים לא חלה על חוקים חדשים מיטיבים, המשפרים את כיבוד הזכות לעומת המצב הקודם!**

האם הועבדה שהוא משפר את המצב מספקת לו סוג של חסינות? **התשובה היא לא**.

**פס"ד צמח**: האם אפשר לומר שחוק מיטיב שמקצר את משך המעצר מ35 ימים ל-4 ימים, ניתן לומר עליו שהוא פוגע בזכות לחירות שקבועה בחו"י כבוד האדם וחירותו? **שופטי הרוב בעליון**, טענו שזו פגיעה. זה חוק אחר, אף על פי שהוא מיטיב. **השופט קדמי, בדעת מיעוט**, אומר שאין פגיעה כי זה מיטיב ולכן בתיקון מיטיב אסור לגעת (כלומר נשאר תחת שמירת דינים). בנוסף טען כי תשובה שלילית תמנע מהכנסת לחוקק תיקונים. השופטים לא מתחשבים בשיקול זה.

* האם שמירת דינים מגינה בפני פרשנות חדשה לחקיקה ישנה?

**שמירת הדינים לא מגנה מפני פרשנות חדשה לחקיקה!**

האם הפרשנות שניתנה לחוק גם היא מוגנת או שמא רק לשון החוק? שאלה זו עולה **בגנימאת**:

1. **דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל**:

העובדות: גנימאת מואשם בגניבת כלי רכב ונעצר עד תום ההליכים המשפטיים. ערעור למחוזי נדחה ומכאן הערעור לעליון.

השאלה המשפטית: מה השלכותיו של **חו"י: כבוד האדם וחירותו** על דרך פרשנות של **הוראות המעצר שבחוק הסד"פ**?

**ברק** (רוב): **יש לפרש את הדינים הישנים ברוח חו"י**- מעמדו החוקתי של חו"י מקרין עצמו על כל חלקי המשפט כולל דינים ישנים. ברק ביחד עם דורנר סבר כי ההגנה היא רק על הלשון בעוד חשין טוען שזה גם תקף לפרשנות.

**חשין** (מיעוט): כמו שלא ניתן לפסול חוק שנהנה משמירת דינים כך גם אי אפשר לפסול פרשנות. כשאומרים דין- מתכוונים לא רק ללשון החוק אלא גם לפרשנות שניתנה לחוק ולהלכות שקיימות בגלל החוק. אחר כך חשין קצת סותר את עצמו, ואין הבדל מהותי בין דעתו לבין דעת שופטי הרוב – הוא אומר כי אם חוק בעל מספר פרשנויות שונות, יכול ורשאי ביהמ"ש לשנות דרכו – כך היה יכול לעשות לפני שמירת הדינים ולכן כך אפשר גם אחרי.

**גידי:** מסכים עם ברק ודורנר. **פרשנות היא דבר דינאמי** ויש לפעול לפי עקרון החזקה הפרשנית – לפרש בהתאם לכיבוד זכויות. יוצאים מנק' הנחה שהמחוקק הישראלי לא מתכוון לפגוע בזכויות אדם אלא לכבד זכויות אדם ולכן השופטים חייבים לפרש את החוקים באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם. אומר שהבעיה היא שהטיעון של ברק נובע מפסקת **הוראת השעה, סעיף 9, בחו"י חופש העיסוק** "**פירוש של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראת חו"י זה**". אך אין זה נקבע בס' שמירת הדינים **בחו"י כבוד האדם וחירותו**: 1) למחוקק הייתה כוונה מסוימת מאחורי הבחירה לקבוע את משפט זה בחופש העיסוק ולא בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. 2) ישנו הגיון מאחורי זה, מטרת שמירת הדינים היא לשמר את הסטטוס קוו שנקבע בעבר, כנגד הוראת השעה שנועדה להתאים את הכללים לחוק היסוד.

1. **בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים**: ביהמ"ש מייתר את ס' שמירת הדינים דרך דרישה לחקיקה בהסדר ראשוני.

העובדות: תושבי מז' י-ם נהנים ממעמד תושבי קבע אך לא אזרחי המדינה. חלקם נבחרו לפרלמנט חמאס בגדה המערבית. לשר הפנים יש סמכות לשלול תושבות לפי שק"ד. זהו חוק שנכלל בשמירת הדינים והוא החליט לשלול את התושבות.

**פוגלמן:** **חוק הכניסה לישראל** מסדיר כניסת זרים לישראל ולא את הכניסה של מי שנולד והתגורר בה עוד לפני תחילת החוק. לדעת ביהמ"ש מדובר בסוגיה שצריכה להיות מוסדרת בהסדר ראשוני. לשון החוק אומרת "**לפי שק"ד**" (של השר), וזוהי הסמכה עמומה מאוד. **בעצם מרוקן מתוכן את ס' שמירת הדינים בכך שדורש הסדרה בחקיקה ראשית**.

**הנדל** (מיעוט): אומר כי **ס' 11(א) לחוק הכניסה לישראל** מסמיך את שר הפנים לבטל רישיונות ישיבה. **ס' זה בגדר חוק ישן ומוגן ע"י פסקת שמירת הדינים**. **אין להורות על ביטול החוק המוגן אלא לפרשו ברוח חוקי היסוד**.

מסקנה אופרטיבית: אם המדינה מעוניינת לשלול תושבות מאנשי החמאס היא צריכה לחוקק חוק חדש שמסמיך את השר לעשות את זה באופן מפורש. לכאורה – הכרעה מינורית שלא קובעת הלכה אמיתית אלא מעבירה את ההחלטה לידי הכנסת. זוהי פרשנות שמרוקנת מתוקף את החוק הקיים ע"מ לעקוף את שמירת הדינים.

מעשית – מכריח את המחוקק לחוקק חוק חדש שלא נהנה מס' שמירת דינים ואפשר לתקוף אותו. השופט הנדל לא חשב שמדובר בקונספירציה, בדעת מיעוט שלו הוא אמר שלא ניתן לפגוע בתוקף ההסדר הישן אלא רק לפרש אותו.

**3.1.6 תוצאת הפגם החוקתי**

* **בטלות רטרוספקטיבית**: אחורה למועד חקיקת החוק. חוק בטל ואף פעם לא היה קיים.
* **בטלות אקטיבית**: מעכשיו והלאה.
* **בטלות פרוספקטיבית**: מנקודת זמן מסוימת בעתיד.
1. **בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**:

העובדות: עוסק בתקופה בין תיקון **חו"י חופש העיסוק** לבין **פקיעת תוקפו של ס' שמירת הדינים בחוק, בה לא היה תוקף לס' שמירת הדינים.** ולכן פקעו חיקוקים שעמדו בסתירה לחוק יסוד. בעתירה הזו – **פקודת העיתונות** **ותקנה 94**.

**התיקון לס' שמירת הדינים הוחל רטרואקטיבית על התקופה שבה פקע החוק**.

הטענה: בפרקי הזמן שבהם לא חל ס' שמירת הדינים בוטלו מאליהן הוראות הדין המפורטות בעתירה. תיקון לחוק יסוד שנעשה באופן רטרואקטיבי לא תופס.

**גולדברג**: ביהמ"ש מציע 3 מודלים לבחינת מעמדו של חוק שפוגע לא כדין בזכות אדם מוגנת:

* **הבטלות המוחלטת (VOID)**: החוק שנוגד לחוק היסוד בטל ומבוטל. מעולם לא היה לו תוקף והוא בטל מאליו. בטלות רטרוספקטיבית.
* החריג האמריקאי – מקרים בהם הבטלות תביא לפגיעה בזכויות אשר נקנו מכוח החוק לא החוקתי.
* החריג הקנדי – מקרים בהם עלול להיפגע שלטון החוק כתוצאה מהחלת מודל בטלות מוחלטת.
* **הנפסדות (VOIDABLE)**: החוק תקף כל עוד ביהמ"ש לא אמר אחרת. פעולה קונסטיטוטיבית. ע"פ גישה זו ביהמ"ש המבטל חוק מוסמך לקבוע את תוצאת הביטול – יכול להיות רטרוספקטיבי, אקטיבי ופרוספקטיבי.
* **הבטלות היחסית**: מודל ביניים. מודל גמיש שבודק כל מקרה לגופו ובהתאם לנסיבות מחליט על אופי הבטלות:
1. **בטלות מוחלטת ונפסדת**: תלוי בעוצמת הפגיעה ובחומרתה – יכול להיות בטל גם ללא צורך בהכרזה שיפוטית.
2. **תלוי בנסיבות**: נדרשת פעולת ביטול כדי לסיים את תוקפו. לפי גישה זו ייתכן וביהמ"ש יכריז על חוק כבטל למען מערכת עובדות אחרת, אך יוכר כתקף למערכת נסיבות אחרת.

במשפט המשווה מודל הבטלות לובש צורות רבות בשיטות משפט שונות ונראה שאף מערכת משפט המיישמת מודל זה לא באמת משתמשת בו במובנו הטהור ולכל אחת יש חריגים (דוגמת החריג האמריקאי והחריג הקנדי).

**בנוגע למקרה שלנו**: מלשון ס' שמירת הדינים עולה כוונה **רטרוספקטיבית** של המחוקק אשר מוצאת עצמה בתחום החריגים. המחוקק הביע את רצונו המפורש שאין לשנות חקיקה שחוקקה לפני חקיקת חוק היסוד ומכך נובע שתיקון חוקה מאוחר יכול להחיות חקיקה רגילה העומדת בניגוד לחוקה. **לכן העתירה נדחית.**

**זמיר**: יש להעדיף את מודל הבטלות היחסית. מביא דוגמאות לכך שבמשפט המשווה מדינות שבחרו לאמץ את מודל הבטלות המוחלטת נאלצו לזנוח אותו ולכן מוטב שבישראל יאמצו מלכתחילה את מודל הבטלות היחסית. מדובר במודל **גמיש** המאפשר לבחור בכל מקרה ומקרה את הצואה המתאימה ביותר לנסיבות המקרה – **מבטלות מלאה ועד תוקף מלא**.

סיכום: ביהמ"ש מחליט להשאיר את החקיקה בתוקף - המשמעות היא שלביהמ"ש יש גמישות מקסימאלית.

1. **בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**: ביהמ"ש יכל היה להשתמש בבטלות יחסית אך בחר שלא

העובדות: רצון המדינה לעודד אנשים לגור בי-ם הביאה אותה להעניק הטבות כספיות למרחיבי דירות ע"פ תיקון 5 ס' 6ב' **לחוק הלוואות לדיור**. לאחר כמה שבועות המדינה מבינה שזה יקר לה מידי ומחליטה לבטל את התיקון בתחולה **רטרואקטיבית** ע"י ס' 20 בחוק ההסדרים.

הטענה: היו זכאי הטבות שהסתמכו על החוק וציפו להטבה הכספית ולכן זכאים לקבל את המענק. יש לבצע הבחנה בין מי שהסתמך על החוק לבין מי שלא ולהעניק לו את ההטבה הכספית. הטענה היא לפגיעה **בזכות הקניין**.

**חשין** (רוב): שני פירושים חלופיים לס' 20: **פירוש מילולי ופירוש תכליתי** (בוחן את הרקע ההיסטורי לחקיקה).

מציע להפעיל את **עקרון העיפרון הכחול** המאפשר מחיקת החלק הפגום של החוק והשארת החלק התקין – לקרוא את הסעיף המבטל כנוגע רק ביחס למי שלא הסתמך על החיקוק המעניק. חשין לא פוסל את החוק אלא רק קורא אותו אחרת.

שופטי המיעוט **מצא, ריבלין וטירקל** טוענים שלא ניתן לבצע את מה שחשין מציע כי זוהי חקיקה שיפוטית ולפרשנות אין עיגון לשוני – כלומר מחיקה של הס' וכתיבתו מחדש ע"י ביהמ"ש. חשין עונה שגם ביטול חוק זוהי פעולת חקיקה שיפוטית ושאין לפחד ממה יגידו ואסור שהדבר יטיל מורא על פעילות ביהמ"ש בקבלתה החלטותיו.

**ברק** (רוב) מצטרף לחשין אבל בוחר שלא להתייחס לעקרון העיפרון הכחול ומשתמש בכלים פרשניים אחרים. ברק מנסה לאנוס את החוק מתוך כללי פרשנות.

**גידי:** הם לא נקטו בגישת הבטלות היחסית. על אף שמודל זה מתאים לשימוש בפס"ד. מי שהסתמך על החוק – התיקון יהיה בטל לגביהם.

**האם השופטים יכולים להשתמש בכלי אחר להשגת המטרה?**

**1) צו לחוקק –אפשרות של ביהמ"ש היא הוצאת צו שיורה לכנסת לחוקק חוק- עוד לא קרה. האפשרות נידונה בגרמניה(משפט משווה) ובמאמרו של השופט ברק.**

**2) אפשרות של ביהמ"ש לקבוע פיצויים על מהלך מדיני שלא הגן על זכויות האדם. פיצויים על נורמה שפגעה באזרח וגרמה לו נזק. מדובר על עילת פיצוי נוספת לעילת הפיצוי בנזיקין: "הפרת חובה חקוקה".**

**3) צו לתיקון חוק:**

1. **בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל**: הפעם הראשונה בה ביהמ"ש עשה שימוש בסעד החוקתי של קריאה/הרחבה לתוך החוק כדי לרפא פגיעה – במקרה הזה פגיעה בשוויון. התוצאה- הכנסת תתקן את החוק ולא תבטל אותו.

העובדות: **ס' 11(ב) לפקודת מס הכנסה** קובע רשימת יישובים הקרובים לגבולות הארץ שזכאים להטבות מס ללא קריטריונים קבועים. ברשימה לא הוכנסו יישובים ערבים/דרוזים שאעפ"י קרבתם לישובים יהודים לא קיבלו הטבת מס.

הטענה: פגיעה בשוויון.

**בייניש**: למרות שאין קריטריון מוגדר המדינה הודתה שהקריטריון 9 ק"מ מהגבול (בפועל ניתן גם ליותר מ-10 ק"מ). **ההפליה בעניינם של 3 היישובים בולטת במיוחד**. הפתרון הראוי הוא קיבעת קריטריון קשיח וברור ע"י המחוקק. מאחר והמדינה לא תיקנה את העיוות על ביהמ"ש לקבוע שיש לתת הטבות גם ל3 היישובים ע"פ **דוקטרינת הרחבת ההסדר**: **בעת פגיעה בשוויון יש אפשרות לבצע קריאה אל תוך החוק ולהרחיב אותו כך שיחול על עוד קבוצות**.

**הסיגים להרחבה הם**: 1. מה מידת ההרחבה הנדרשת. 2. האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע. 3. מה תהא עלותה. 4. האם ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהא בה התערבות יצירה במרקם החקיקה.

הסעד שניתן: מתן הטבות מס לשלושת היישובים, נגזר באופן ישיר מהזכות לשוויון וממעמדה החוקתי בשיטתנו המשפטית. ביהמ"ש מוציא 5 ישובים יהודיים מהרשימה ומכניס 3 ישובים ערביים.

1. **בג"ץ 5771/12 ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**: חיות מבקשת להרחיב תכולת החוק ולא רק להוסיף פרטים.

העובדות: **חוק תרומות ביציות** לא מאפשר לבנות זוג שרוצות לבצע הפריה בדרך של נשיאת עוברים ע"י לקיחת ביצית והפרייתה והשתלתה באחרת. **חוק הפונדקאות** מכיר בזוג רק כגבר ואישה ולכן הן לא יכולות לבצע פונדקאות בארץ.

**חיות** (מיעוט): החוק פוגע באופן לא חוקתי בזכויות היסוד של העותרות ושל זוגות אחרות אך **אין הדבר שדין החוק הוא בטלות**. הסעד המתאים הוא זה שיצמצם כמה שניתן את הפגיעה שיש לרפא. במקרה הנוכחי אין צורך לבטל את החוק מאחר והדבר ייצור חלל חקיקתי שיגרום ליותר נזק מאשר תועלת. הפתרון הוא **בקריאה אל תוך החוק** של הוראות שיסירו את אי החוקיות וימנעו את הצורך בביטול – במקרה הזה **מנגנון ועדת חריגים** שתוסמך ליתן אישור לתרומת ביציות.

מצביעה על כך שבמקרה הזה קריאה אל תוך חוק אינה כרוכה בעלויות נוספות והתוספת המוצעת אינה שינוי משמעותי של הוראות החוק.

**נראה כי פס"ד משה חריג יותר מנסר – כיוון שדעת המיעוט של חיות מבקשת להרחיב את החוק יותר מגבולותיו הקבועים בחוק, לעומת נסר שבו רק הסדירו את הפרטים והקריטריונים שהחוק בעצמו קבע.**

**\*הרחבת תכולת החוק לעומת התאמתו למציאות ללא חריגה מהחוק עצמו.**

1. **בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' רה"מ**: סעד נוסף – התראת בטלות

**רובינשטיין:** מוסד של סגן שר בעל סמכות מלאה של שר זה מוסד שקרוב להגיע לקצה גבול האפשר. ניתנת אזהרה לפני ביטול המשרה הזו.

* בחלק מהמקרים לא דובר בסעד הניתן לאחר קביעה שהפעולה השלטונית אינה חוקתית, אלא בסעד צופה פני עתיד. - דומה **לביטול פרוספקטיבי.**
* למשל, במקרה שלנו, בית המשפט העליון קבע כי אמנם הפעלתו של שיקול הדעת הנתון לרשות הייתה בעייתית, "על גבול הסבירות", אך לא כזאת המצדיקה קביעה של בטלות ההחלטה, אך אם הפעלתו של שיקול הדעת תוסיף ותיעשה באותה הדרך, ישקול בית המשפט סעד של בטלות ממש.
* עם זאת**, במקרה אחר בית המשפט בחר להוציא התראת בטלות למרות שמצא שהרשות פגעה בעקרון חוקתי, מכיוון שהיה מדובר במקרה תקדימי**. ראו בג"צ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (2017).

**לסיכום, הסעדים שביהמ"ש יכול להעניק כשיש פגם חוקתי:**

1. **ביטול** (אגודה לזכויות, גניס).
2. **תיקון חוק** (נסר)**.**
3. **קריאה לתוך החוק – פרשנות** (נסר, חיות במשה).
4. **פיצויים.**
5. **התראת בטלות** (ההסתדרות הרפואית).

**3.2 זכויות אזרח במשפט הפרטי**

הנחת המוצא הסמויה בעבר **הייתה שהזכויות לא חלות בצורה אופקית בין פרטים שונים בחברה אלא בצורה אנכית בין הפרט לשלטון.** כביכול – למדינה אסור להפלות אבל לגוף פרטי כן. ההיגיון שעומד מאחורי ההנחה הזו היא שבין הפרט לשלטון קיימים פערי כוחות ולכן הזכויות הן כלי למנוע מהחזק לפגוע בחלש אך בחברה כל הפרטים שווי כוחות.

בעידן המודרני מוסדות ציבוריים מחויבים לנהוג בזכות החוקתית לשוויון.

**בעבר – המדינה כשומרת לילה**: תפקידה המרכזי של המדינה כמבטיחת ביטחון הפנים וביטחון החוץ. במטרה לספק את המטרה הזו היא זקוקה למערכות אכיפה, צבא ומשטרה. כדי להחזיק את המערכת הזו היא צרכיה מקור מימון, כלומר גביית מיסים. המשמעות היא שחיי החברה והמשק הוא תחום שהמדינה לא מתערבת בו. הנחת המוצא היא **תועלתנית למול הנחה ערכית** – מבחינה תועלתנית עדיף שהמדינה לא תתערב. מבחינה ערכית – אי ההתערבות הוא הדבר הנכון. כל אדם רשאי לעשות כל העולה על רוחו כל עוד לא פוגע באחרים. על התערבות מצד המדינה מגבילה את הפרט.

מנגד, התפתחה **גישה נגדית** שתפקיד המדינה הוא **לספק מערכת שלמה של שירותים וזכויות**. הנחת המוצא של גישה זו היא שהמדינה התחזקה והפכה למוקד הכוח החזק ביותר ומשכך עליה לספק שירותי רווחה תושבים.

כיום, המדינה נוטה יותר לכיוון של הפרטה: כבר לא מספקת מקומות העיסוק אלא מעסיקה קבלן שיעסיק את הפרט. **מבנה זה גורם להיחלשות המדינה** משום שגורמים מסוימים בתוך החברה מתחזקים. למדינה כבר אין מונופול אלא היא נותנת לגורמים מסוימים את האפשרות להיות בעלי שירותי מונופול ובכך מרכזת את הכוח בידי הפרטים.

בכדי לשבור את הדיכוטומיה אפשר ללכת בשני דרכים:

1. **ביטול האבחנה בין אנכי לאופקי, החלה של חובות גם על שחקנים פרטיים**: ביטול ההבחנה המסורתית של התחום הפרטי והציבורי. הנורמות החוקתיות יחולו גם במערכות יחסים פרטיות וגם במערכות יחסים בין הפרט לשלטון. שתי אופציות לביטול האבחנה:
* **תחולה ישירה**: לא נבחר בשום מדינה עד היום. ע"פ דגם זה הזכות לשוויון חלה גם במערכת יחסים בין פרטים.
* **תחולה עקיפה**: ע"י **מושגי שסתום** שקיימים במשפט הפרטי והם רחבים מאוד ועמומים ודרכם מכניסים את העקרונות החוקתיים. למשל תביעה על הפרה מסוימת בתהליך של מו"מ בכריתת חוזה כאשר התרופות לתנאים בו ע"פ דיני החוזים. עניין של פרשנות ושימוש במושגי שסתום כגון תום לב, תקנת הציבור.
1. **שמירת האבחנה**, **הזזת קו הגבול**: זכויות אדם חלות וימשיכו לחול רק אנכית (בין הפרט לשלטון), לצד הרחבת מונח השלטון והכללה בו של גופים פרטיים גדולים. לפי דוקטרינה זו **הדואליות הנורמטיבית** תחול גם על גופים דו מהותיים. אין זה אומר שנתייחס לגוף דו מהותי בדיוק כמו לגוף שלטוני, אך במובנים מסוימים היחס אליו יהיה דומה לזה שהייתה זוכה לו המדינה. מצד אחד הוא משמר את התחולה האנכית, אך מצד שני מרחיב את מושג "השלטון" ומחיל אותו כל גופים נוספים.

דוגמאות לתקיפה עקיפה במסגרת עמעום ההבחנה בין אנכי לאופקי + החלת זכויות אדם בגופים דו מהותיים:

**גוף דו מהותי** – מצד אחד אפיונים של שחקן פרטי ומצד שני אפיונים של גוף ציבורי. **משחק בשני צידי המגרש – הפרטי והציבורי**. לכן על גופים כאלה חלה דואליות נורמטיבית. חלים עליהם גם כללי המשפט הפרטי וגם כללי המשפט הציבורי.

**פס"ד מיקרודף**: קביעת תקדים בשאלת גוף דו מהותי.

העובדות: חברת חשמל החליטה להתקשר עם חברה אחרת מבלי שיצאה במכרז ועל כך מוגשת העתירה.

השאלה המשפטית: איזה משפט צריך להחיל על המקרה – הפרטי או הציבורי?

**ברק**: על אף שחברת החשמל הוא גוף שמתאגד במשפט הפרטי יש לה מס' מאפיינים שהופכים אותה **לגוף דו מהותי**:

1. **סמכויות שלטוניות** (סמכות סטטוטורית) – רשאית לקבוע תעריפים.
2. **בלעדיות (מונופול)** – היחידה שמספקת חשמל.
3. **שליטה על אמצעי שירות חיוני** – שליטה על חשמל.

לנוכח מאפיינים אלו סבור שחברת חשמל היא **גוף דו מהותי** שיש להחיל עליו נורמה ציבורית.

1. **ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות'**: ברק מנסה להחדיר משפט ציבורי לפרטי דרך מושגי שסתום – תו"ל.

העובדות: חברת בית יולס מחזיקה בתי אבות בחיפה והיא פרסמה בעיתונים מכרז להקמת בית אבות חדש שבו נכתב שאינה מחויבת להיענות לאף הצעה ורשאית לבחור את ההצעה המתאימה עבורה. מבין 3 חברות דווקא **רסקו** החברה הציבורית שהתמודדה לא עמדה באחד התנאים אך בית יולס החליטה למרות זאת שהיא מעדיפה אותה.

החברות המפסידות תבעו פיצויים בגין הרווחים הצפויים ולחילופין בגין הוצאות מהשתתפות במכרז.

**במחוזי** – דוחה את טענת החברות הפרטיות. **בעליון** – מתקבל בחלקו ברוב דעות. **בד"נ** – ההחלטה מתהפכת ועמדתה של בית יולס מתקבל ברוב דעות כנגד דעתם החולקת של ברק ושמגר.

השאלה המשפטית: **האם החובה לנהוג בשוויון בין משתתפים במכרז ציבורי חלה גם במכרז פרטי?**

**אלון** (דעת הרוב): אין חובה להטיל חובת שוויון במשפטי הפרטי. הטלה של חובה כזו על גוף פרטי מהווה פטרנליזם שיפוטי לא מוצדק והגבלה לא ראויה של חופש החוזים. במקרה הנוכחי לא נוצרה אצל המשתתפים כל ציפייה שבעל המכרז ינהיג תחרות בתנאי שוויון בעבור המשתתפים במכרז כמקובל במכרזים ציבוריים. ביהמ"ש לא יכול לכפות על הצדדים לנהוג בשוויון אם לא העלו בכלל רצון שכזה בכתב או בע"פ בטענה שזוהי ציפייתם הסבירה. **בדר"כ תחרות הוגנת אין פירושה תחרות שוויונית ותום לב אין פירושו שוויון**.

**ברק** (מיעוט): חובת השוויון חלה גם במכרז פרטי. גם השלב הטרום חוזי הוא משפטי וחלה עליו **חובת תום הלב** ע"פ ס' 12 לחוה"ח. אין זהות בין עקרון תום הלב לעקרון השוויון אך הם לא עקרונות נגדיים. תום לב יכול להתבטא בדרישה לשוויון ופעולה מפלה עשויה להיחשב כפעולה שלא בתום לב. במקרים מסוימים תום הלב יחייב פעולה לא שוויונית ובמקרים אחרים כן.

שוויון כתום לב – מעצם ניהול המו"מ במכרז מתבקשת המסקנה שבעל המכרז חייב להפעיל את השק"ד בדרך של שוויון. רמת ההתנהגות הבסיסית המצופה מהצדדים היא שהליכי מכרז יתנהלו מתוך שוויון בין משתתפים. **אפקט ציבורי** – זוהי ציפיית הציבור והיא גם נועדה להבטיח את אמון הציבור בשיטת המכרזים ולמנוע אפליה וקיפוח (מכרזים תפורים).

**שורה תחתונה:** ניסיון של ברק להחדיר רעיונות של המשפט הציבורי אל המשפט הפרטי בדרך של **תחולה עקיפה**. אלו **מושגי שסתום** – החובה לנהוג בתום לב בהקשר המכרזי כוללת את החובה לנהוג בשוויון בין המציעים השונים.

1. **ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א 'קבילת ירושלים' נ' קסטנבאום**: **תחולה עקיפה** דרך מושגי שסתום

העובדות: אשתו של קסטנבאום נפטרה ובהסכם עליו חתם על חברה קדישא הוא מנוע מלכרות אותיות לועזיות ותאריך גרגוריאני על קבר אשתו. קסטנבאום פנה לחברה קדישא בבקשה שיאשרו בקשתו אך אלה סירבו. המחוזי קיבל העתירה.

השאלה המשפטית: כיצד להתייחס לסירוב של חברה קדישא לא לאפשר כיתוב שאינו עברי על המצווה של קסטנבאום.

בביהמ"ש המחוזי: דן באספקלריה של דיני החוזים וקבע שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד.

העליון: שלושת השופטים מסכימים שחברת קדישא היא **גוף דו מהותי** שחייב לכבד זכויות אדם.

**שמגר** (מיעוט): יש את כל התנאים של גוף דו מהותי (מיקרודף) ולכן חברה קדישא גוף דו מהותי.

**אלון** (רוב): לא בעלת אופי מונופוליסטי.

**ברק** (מיעוט): מסכים עם אלון שאין מעמד מונופוליסטי אבל מתמקד ברכיב הראשון של הסמכויות השלטוניות. לא מסביר האם לדעתו סמכויות שלטוניות מהוות תנאי הכרחי (צ.ע). נכון להפעיל את דיני המשפט הציבורי על גוף דו מהותי רק לאותם תפקידים ביצועיים שהם סטטוטוריים.

כמה דרכים להגיע לאותה התוצאה:

1. **דוקטרינה חוזית** – תנאי מקפח בחוזה אחיד (הבעת תמיכה בשופט זיילר מביהמ"ש המחוזי).
2. **גוף דו מהותי** – החלת המשפט הציבורי על גוף דו מהותי במקרים בהם פועל בתפקידים ביצועיים סטטוטוריים.
3. **תקנת הציבור** – דרך מושג שסתום. גם אם היו גוף פרטי ולא מדובר היה בחוזה אחיד – ההתניה על כיתוב בעברית בלבד נוגדת את תקנת הציבור.
4. **רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות**: עקרון השוויון כחריג במשפט הפרטי.

העובדות: החברה מפעילה מועדון וכחלק ממדיניותה מותירה גיל הכניסה המינימום לבנים – שנתון 82, לנשים 84.

הטענה: החברה מבצעת הפליה פסולה בין גברים לנשים על רקע גילם במקום ציבורי.

**דנצינגר**: **מסתייג מתחולה עקיפה**. זכות השוויון הוחלה גם על גופים פרטיים הממלאים תפקיד ציבורי ושמעמדם ציבורי או מעין ציבורי. במשפט הפרטי השוויון אינו ערך יסוד – עקרון החירות הוא הכלל ועקרון השוויון הוא החריג. **עקרון המוצא עליו מושתת המשפט הפרטי הוא עקרון החירות**. שכשהשלטון פועל במשפט הפרטי, גם עליו חלה דואליות נורמטיבית ועל השלטון לפעול לפי המשפט הפרטי. בגופים פרטיים, **עקרון השוויון** צריך לחול רק על פי **חוק מפורש**. **העתירה התקבלה.**

**סיכום המהלך**:

* מודל היעדר תחולה- הזכויות החוקתיות הן בין אדם למדינה בלבד וללא תחולה ביחסים בין פרט לפרט. **אלון** בפס"ד בית יולס.
* מודל תחולה ישירה**-** זכויות יסוד חלות גם במשפט הפרטי, **ע"י הגדרת גוף כגוף דו-מהותי**.
* מודל תחולה עקיפה- המודל המועדף על **ברק** (בית יולס, קסטנבאום). הזכויות חלות ביחסים בין הפרטים ע"י **מושגי שסתום.**

**3.3 כבוד האדם**

הזכות לכבוד מעוגנת **בסעיפים 2 ו-4 בחו"י כהאו"ח** ב-2 ממדים: ס' 2 תפקידו להגן מפני פגיעה (שלילי) וס' 4 לפעול למען הגנה (חיובי).

בדר"כ מזהים את מושג כבוד האדם ככזה המטיל חובות שליליות כלפי אדם אחר, לעיתים גם חובות חיוביות.

את המושג כבוד האדם ניתן לצמצם או להרחיב:

* **צמצום**: נוגע רק למניעת השפלה. **כבוד האדם כיחס לא משפיל**. השפלה = חדריה לגופו של האדם, ביזוי שלו.
* **הרחבה**: כבוד במובן הקנטיאני – **לראות את האדם כתכלית ולא כאמצעי בלבד**. החובה היא לא לפגוע באוטונומיה של הפרט. מכוח יכולתו של האדם לקבל החלטות הוא יכול לשנות את גורלו. כבוד האדם = הימנעות מפגיעה בעיצוב חייו של האדם כפי שהוא חפץ.

**הטענות כנגד הטיעון הקנטיאני**:

1. טיעון טקסטואלי – חו"י כבוד האדם וחירותו מכיל זכויות נוספות (קניין). כבוד היא זכות פרטיקולרית ולא מסגרת.
2. היסטוריה חקיקתית – כוונת המחוקק הייתה פשרה, לא התכוון שיכניסו זכויות לתוך הכבוד.
3. משמעות מקורית (אוריג'נליסטי) – משמעות המושג לפי כוונת המחוקק, לפני 92 – המובן המצומצם.

**גידי**: לא נכון לשים את האוטונומיה במעמד חו"י כי זה יוביל להרחבה בלתי אפשרית של הזכויות. טענת הנגד – זה לא יכבול את ביהמ"ש כי הוא יוכל לדחות את העתירה בתירוץ התכלית, כלומר לפעמים כן אפשר לפגוע באוטונומיה.

מדוע לא לעגן את האוטונומיה במעמד של זכות יסוד:

1. **פגיעה בדמוקרטיה**: ביהמ"ש יקבל כוח עליון ויהפוך לשליט על ללא מגבלות על כוחו ובאופן פוטנציאלי יש לו הסמכות להכריע בכל דבר ועניין מאחר וכל החלטה כמעט תעבור דרך ביהמ"ש והוא יכריע האם היא עומדת בפסקת ההגבלה.
2. **יוביל בסופו שלדבר לפגיעה בזכויות אדם**: אם כל רצון קטנטן של האדם יקבל מעמד חוקתי, מתעורר החשש שלא נוכל להבחין בין רצונות חשובים יותר לחשובים פחות. אם הכל חשוב = שום דבר לא באמת חשוב.
3. **דני סטטמן, שני מושגים של כבוד**: קיימים שימושים רבים למושג כבוד מתוך מחלץ ומציג סטטמן שניים:
4. **כבוד כיחס מוסרי** (כבוד = אוטונומיה). כל התנהגות בלתי מוסרית כלפי האדם היא בבחינת פגיעה בכבודו. האוטונומיה כיסוד לערך הפנימי של הטבע והאנושות.

הבעייתיות: כל דבר עשוי להתפרש כפגיעה באוטונומיה. הדבר עשוי לבטל את כל המשמעות של זכויות אדם מאחר וכל דיון בביהמ"ש עשוי להפוך לדיון חוקתי.

1. **כבוד כיחס לא משפיל**: המשותף להתנהגויות הוא הורדת ערכו של האדם בעיני עצמו ובעיני זולתו. לא כל הגבלה שמטילה המדינה מביאה לפגיעה כבוד גם אם היא מעוררת כעס באזרחים. השימוש הצר במובן של כבוד מאפשר הגנה מוצלחת יותר מהשימוש הרחב. **זוהי הגישה המועדפת ע"י סטטמן** מכמה סיבות:
* **יעילות**: מצביע באילו סיטואציות ההתנהגות אסורה והוא לא עמום כמו יחס לא מוסרי (אוטונומיה).
* **עליונות**: כבוד כיחס מוסרי הוא מושג על וכבוד כמניעת השפלה הוא שיקול מוסרי אחד מיני רבים.
* **התנגשות ואיזונים**: כאוטונומיה לא יכול עקרונית להתנגש במושגים מוסריים אחרים מאחר והוא לא מצוי איתם באותו המישור. כבוד כמניעת השפלה עשוי להתנגש בשיקולים מוסריים אחרים וכך הוא מאוזן עם זכויות אחרות.
* **הכרעה**: כאוטונומיה = בלתי מנוצח. כהשפלה = לא נשגב ולא מוחלט וע"כ לפעמים יידחה כנגד זכויות אחרות.

**בפועל העמדה של סטטמן לא מקובלת על ביהמ"ש – קבעו כי הזכות לכבוד היא הזכות לאוטונומיה + מניעת השפלה:**

1. **בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירותי בתי סוהר**: כבוד במובן של מניעת השפלה. פלישה לגופו של אדם – השפלה

העובדות: שב"ס מבצע בדיקות חוקן באסירים ששבים מחופשות במטרה לאתר הברחת סמים.

השאלה המשפטית: האם אפשר לבצע או לא לבצע חוקן לאסירים החוזרים מחופשה ללא הסכמתם?

ביהמ"ש אומר כי ביצוע חוקן כזה פוגע בשלמותו הגופנית ופוגע בכבוד האדם של העציר – פגיעה באמצעות השפלה.

**כהן**: לא רק שלא הייתה סמכות בחוק כי הוא מציין שמותר לעשות חוקן אלא מציע גם לכנסת לחוקק את החוק שיתיר זאת רק כאשר יודעים באופן וודאי שיש בליעת סמים ובשום מקרה אחר אין לעשות חוקן.

**לנדוי**: לא חושב שצריך להדריך את הכנסת איך לחוקק. הח"כים יודעים לבד מהי פגיעה בכבוד והם יכולים לחוקק לבד.

משנת 1992 ואילך ביהמ"ש יפרש בדר"כ ע"פ הדרך השנייה – **ע"ב האוטונומיה האנושית של הפרט** (ברק בפרשת חורב).

**פרשנות המושג כבוד כאוטונומיה**

לפי הצעתו של ברק , הזכות לכבוד היא "צינור קליטה" לזכויות בלתי מנויות. ולכן צריך לפרש את הזכות לכבוד בצורה מרחיבה, פרשנות הכבוד כאוטונומיה. דרך האוטונומיה קל יותר להכניס זכויות נוספות מאשר דרך השפלה. ישנה בעייתיות בפרשנות זו:

1. **ביקרות מקומית:**

א. הכללת הזכות מרתיעה את המכונן, הכנסת, מלהשלים את משימתה בגיבוש החוקה באופן דמוקרטי.

ב. הזכות לכבוד מופיעה בצמוד לשלילת הפגיעה בגוף ובנפש. כוונת המחוקק הייתה להתייחס לזכות לכבוד כזכות פרטיקולרית(ספציפית) ולא כזכות מסגרת.

ג. דבר נוסף הוא שהחוק הוא תוצאה של פשרה ואין להתעלם מההיסטוריה החקיקתית. הפירוש המצמצם עולה בקנה אחד עם הפירוש שהיה ערב חקיקת חוקי היסוד.

1. **ביקורת עקרונית:** הבעיה שנעוצה בפרשנות כבוד כאוטונומיה היא ברוחב הבלתי-אפשרי של הזכות הזו. המשמעות היא שכל פנייה לביהמ"ש תוכל להתבסס על הפגיעה בכבוד וכל קייס כזה יהפוך לפגיעה בזכות אדם חוקתית. **אולם, ביקורת זו מתעלמת מהעובדה שהמשפט החוקתי הוא דו שלבי: האחד, לבדוק אם יש פגיעה. השני, מה עוצמת הפגיעה.**

לדעת פרופ' ספיר, התשובה מתעלמת מ-2 בעיות:

א. **חשש מאירוע חוקתי**: אם כבוד מתפרש כאוטונומיה, כל פגיעה שלטונית הופכת לעילה שפיטה בעניין חוקתי. כל מקרה יעבור דרך ביהמ"ש. זה לא סביר ומפר את האיזון בין רשויות השלטון. לדעת ברק, זה דווקא יכול לאזן בין הרשויות.

ב. **ההרחבה תוביל לפגיעה בזכויות האדם:** אם כל רצון אנושי ייהנה ממעמד של זכות , ההבחנה בין גחמה לבין פעולות שמשרתות ערך או אינטרס חשוב תיהפך למטושטשת. קיימת סכנה שלא נדע להבחין בין רצונות חשובים יותר לרצונות חשובים פחות. הזכות לכבוד לאוטונומיה יכולה "לבלוע" זכויות אחרות.

**הדרך לפתור זאת היא נתינת פרשנות מצומצמת לזכות לאוטונומיה. שופטי העליון מודעים לכך ומנסים לעשות זאת.**

1. **ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל**: כבוד במובן של אוטונומיה. פלישה לגופו של האדם – הפעם אוטונומיה

העובדות: גב' דעקה צריכה לעבור ניתוח ומחתימים אותה על כתב הסכמה כאשר היא הייתה מעורפלת. בעקבות הניתוח כתפה הפסיקה לתפקד.

ביהמ"ש: אי קבלת ההסכמה פגעה בזכות היסודית של דעקה לאוטונומיה שמעוגנת בזכות לכבוד.

**אור**: יש כאן **תחולה עקיפה** – ביה"ח הוא גוף פרטי, אבל דרך דיני הנזיקין והרשלנות חייב לכבד את האוטונומיה שלה.

**הרשלנות לא הייתה בביצוע הניתוח** – הרשלנות הייתה כי לא שאלו אותה – **וזו בעצם הפגיעה באוטונומיה**. הנזק הוא לא הכתף הפגועה אלא הפגיעה באוטונומיה.

**גידי:** בדומה לקטלן, גם פה יש פלישה לגוף האדם, רק שפה ביהמ"ש מחליט לראות בה כפגיעה באוטונומיה של הפרט, בניגוד להחלטת בקטלן שם זו הייתה השפלה. חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו היא אכן פגיעה באוטונומיה אבל היא לפני הכל השפלה ולכן הדבר גורם לטשטוש בין הזכויות.

1. **בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה**: ניסיון תיחום/צמצום של כבוד.

העובדות: **תקנות שירות המדינה** קובעות שמי שיש לו רישיון עיסוק (למשל עו"ד, רו"ח) והוא עוסק במקצוע אחר לא יציג עצמו במסגרת תפקידו כבעל תואר/הכשרה בו, כלומר לא להציג את עצמו כעו"ד או רו"ח.

הטענה: לשכת עורכי הדין טוענת לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק.

**אדמונד לוי**: אין פגיעה בחופש העיסוק. אם יש פגיעה בזכות אז זוהי **הזכות לכבוד**. הדברים מתייחסים בעיקר להביט האוטונומי של חופש הביטוי, כצורך אנושי בסיסי – כתכלית ולא כאמצעי. טוען שהתואר עו"ד/רו"ח מעידים על תדמיתו של אדם וזהו דבר שהשיג בכבוד. העיסוק שאדם בחר בו **מרכיב את זהותו** – מקור גאווה והגשמה עצמית.

במקרה הנוכחי: **הפגיעה אינה כרוכה בהשפלה או ביזוי**. **לכן העתירה נדחית.**

**גידי:** לא פגיעה באוטונומיה, יותר לכיוון של השפלה אבל לא טהורה.

**שורה תחתונה:** גם אם הרחבנו בתוך הזכות לכבוד לא רק את האיסור להשפיל אדם אלא גם את החובה לכבד את האוטונומיה שלו, הרי שכל עוד לא מדובר בהגבלה על חופש הבחירה שהיא כשלעצמה מהווה פגיעה בכבוד בגרעין הקשה שלו, אז הסיבה לפגיעה כפי שתיבחן בפסקת ההגבלה צריכה להיות חזקה פחות. פגיעה חזקה פחות = הצדקה חזקה פחות לפגיעה בזכות.

1. **בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה**: ניסיון צמצום/הסתייגות של כבוד כפגיעה באוטונומיה – ארבל.

העובדות: **תיקון לחוק הביטוח הלאומי** קובע הפחתת קצבת ילדים מביטוח לאומי במידה וההורים לא חיסנו את הילד.

הטענה: פגיעה באוטונומיה ובזכות להורות (אוטונומיה-הורות).

**ארבל**: אומרת **שהזכות לאוטונומיה היא זכות חוקתית שמוגנת על ידי חוק היסוד כחלק מהזכות לכבוד**, אך **לא כל פגיעה באוטונומיה או באוטונומיה ההורית היא פגיעה חוקתית שצריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.** היא מתייחסת לשני פרמטרים על מנת להכריע האם יש פגיעה חוקתית:

1. **מהות הבחירה שנשללת מהפרט:** ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת בדברים שקשורים בביטוי האישי והמימוש העצמי של אדם, כך תגבר הנטייה לראות בזה פגיעה בזכות חוקתית.
2. **מידת הכפייה ושלילת הרצון:** מידת הכפייה היא כמה כופים על הפרט ומתערבים בבחירה החופשית שלו. ככל שהכפייה הינה יותר משמעותית ניתן לומר שיש פגיעה באוטונומיה.

יש פגיעה באוטונומיה אבל יש **גרעין קשה** בתוך הזכות שרק הוא יקבל הגנה חוקתית. מנסה לצמצם את הזכות החוקתית לאוטונומיה. ארבל קובעת כי הפרמטר השני לא מתקיים. לטעמה, התיקון אינו יוצר חובה לחסן את הילדים וההפחתה הכספית היא מידתית. מדובר בסנקציה לא משמעותית שלא מהווה פגיעה באוטונומיה.

**גידי:** בפס"ד זה ארבל נותנת בסיס לאוטונומיה כרציונל שעומד בבסיס כל זכות וזכות. ברגע שכל הזכויות מבוססות על רציונל האוטונומיה קיים חשש שיבלעו הרציונליים האחרים, מה שיטשטש את ההבדל בין פגיעה בזכות אחת לאחרת ובין פגיעה קלה לחמורה.

1. **בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**: חשין מצמצם את האוטונומיה רק לפגיעה באוטונומיה האישית של הפרט.

העובדות: **חוק טל** – חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבה שתורתם אומנותם.

השופט **חשין** אומר שלדעת ברק מדובר בפגיעה כה קשה בעיקרון כבוד האדם אך האם בכלל מתקיימת פה פגיעה בכבוד?

חשין אומר שקודם כל צריך **לשרטט את גבולות 'כבוד האדם'** בעזרת 2 שאלות:

1. מהם גבולות כבוד האדם – מסכים עם **דרך הביניים של ברק**: אפליה ללא השפלה, חופש בחירה וחופש פעולה ולמעשה כל זכות שקשורה בצורה ישירה לביטוי הרצון הפרטי של האדם העשוי להתפרש כביטוי לכבוד.
2. מתי מתרחשת פגיעה בכבוד האדם המזכה סעד? פגיעה מתחרשת רק כאשר חוק של הכנסת פוגע באוטונומיה האישית. לכן קשה להבין איך הזכות לאוטונומיה של בני הישיבות הבוחרים לא להתגייס פוגעת בזכות האוטונומיה של אלו שכן בוחרים להתגייס. **במקרה הנוכחי לא התרחשה פגיעה בכבוד האדם**.

**חשין בעד ביטול החוק אך לא מסיבה של פגיעה בכבוד האדם, אלא מכיוון שנוגד עקרונות על-חוקתיים.**

**3.4 זכויות חברתיות**

**זכויות אזרחיות-פוליטיות מול זכויות חברתיות:** מקובל לחלק את זכויות האדם ל-2 קבוצות:

1. זכויות אזרחיות/פוליטיות (עיסוק/קניין..) – מנוסחות בחוקה בבירור. מי שרואה עצמו נפגע רשאי לעתור לביהמ"ש ולבקש ממנו סעד.
2. זכויות חברתיות (בריאות/דיור/חינוך..) – זכויות אלו חדשות יחסית בשיח. הן הולכות וקונות לעצמן מקום בחלק מהחוקות של הדמוקרטיות הליברליות. זכויות אלו מנוסחות כשאיפה/כהנחיה כללית. בחלק מהמקרים אינן ניתנות לאכיפה בדרך עתירות פרטיות אלא מיושמות ע"י המחוקק והרשות המבצעת וזה אחרי שעוגנו במסגרת תקציבית הולמת. התקציב מראה על הכרעת המחוקק.

הזכויות במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים:גם במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים ניתן לראות הבדל בין 2 הקבוצות. הזכויות מנוסחות בשתי אמנות שונות, אמנה לזכויות חברתיות ואמנה לזכויות אזרחיות.

1. בדבר זכויות אזרחיות – אמנה זו כוללת **מנגנון אכיפה** שמאפשר למי שרואה עצמו נפגע להגיש תלונה כנגד המדינות החתומות על הפרוטוקול. וטענתו תשמע בפני הגוף הרלוונטי שאמור לאכוף את האמנה. הניסוח מטיל על המדינות החתומות חובה מידית לכבד ולהבטיח את קיום הזכויות האזרחיות.
2. זכויות חברתיות – אמנה זו נטולת שיניים. כוללת בעיקר מנגנון דיווח תקופתי שכל מדינה שחברה בה צריכה להגיש.

**סייגים לזכויות החברתיות:** באמנה מהסוג השני, כיבוד הזכויות החברתיות בעל 2 סייגים: **האחד**, כמות המשאבים שעומדת לרשות המדינה - ההגשמה אמורה להיעשות באופן הדרגתי. **השני**, האמנה משאירה לשיקול דעת המדינות החברות באילו אמצעים לנקוט, כל מדינה יכולה להחליט באילו אמצעים לנקוט כדי להגשים את יעדי האמנה.

**מאמרו של גיא מונדלק-"זכויות חברתיות"- ממה נובע ההבדל בין הזכויות?**

1. **היסטורית** - אין הבדל ענייני בין 2 הקבוצות. זה הכל עניין של זמן. הן חדשות יותר בשיח הזכויות הבינלאומי. ככל שההסבר מדויק יש להניח שככל שיחלוף הזמן נראה שינוי וחיזוק מעמד הזכויות החברתיות.
2. **עקרונית** - ההבדל עקרוני ומתבקש מ-2 מניעים:
	1. אינטרסים חברתיים לא מתאימים למסגרת של זכות חוקתית. זכויות אזרחיות ופוליטיות אינן שנויות במחלוקת ואילו זכויות חברתיות כן שנויות. אם מעגנים אינטרס מסוים, מוציאים אותו החוצה מהמשחק הפוליטי הרגיל. אם הטלת החובה על המדינה לממש את האינטרס שנויה במחלוקת ערכית, אין לגביה קונצנזוס, לא ניתן להכניסה לחוקה.
	2. זכויות חברתיות שונות במהותן מזכויות אזרחיות ופוליטיות כיוון שהן דורשות דברים שונים מהמדינה. זכויות אזרחיות ופוליטיות דורשות מהמדינה לא להתערב**. זכויות אלו הן שליליות, "לא תעשה". לעומת זאת זכויות חברתיות הן זכויות חיוביות "עשה"**.
3. **זכויות חברתיות לא מתאימות לאכיפה שיפוטית.**
	1. כדי להכריע בסוגיות חברתיות הקשורות בהקצאת משאבים יש צורך לראות תמונה רחבה של משמעויות והשלכות ההחלטה. לביהמ"ש אין את המומחיות הנדרשת ואין לו את היכולת/הזמן/הכלים לבצע את ההערכה הנדרשת.
	2. יש עוגת רווחה, יש תקציב מוגבל. דיון שמתבצע בבימ"ש הוא דיון שבאופיו מי שמיוצג הוא קבוצת אזרחים שנפגעת. לא ניצבים בפני ביהמ"ש כל הגורמים שעלולים להיפגע אם ישנו את התקציב לטובת קבוצה אחת. תפקיד המחוקק הוא להחליט על התקציב של כל זכות חברתית.

לטענת מונדלק, לא קיימת דיכוטומיה בין זכויות חברתיות לפוליטיות. שולל את ההנחה לפיה זכויות חברתיות יוצרות בעיות משפטיות המחייבות התייחסות מיוחדת.

מדרג בן 3 רמות של כיבוד הזכות החברתית:

1. **כיבוד הזכות** – לא לפגוע במקורות מחייה קיימים ללא אלטרנטיבה.
2. **הגנה על הזכות** – חלה על המדינה ביחס לגורמים פרטיים המנסים לפגוע במקורות מחייה.
3. **מימוש הזכות** – דורשת מהמדינה לנקוט צעדים אקטיביים כדי לקדם רמת מחיה של אזרחים.

העמימות של היקף הזכות גדלה ככל שהחובה המוטלת על המדינה קשה יותר. בכל הנוגע לחובה לכבד את הזכות חובת המדינה יחסית ברורה וניתנת לבחינה וליישום.

ההכרה בזכויות חברתיות לא מחייבת הפיכת ביהמ"ש לזירה פוליטית בה מעצבים מדיניות חברתית. ביהמ"ש לא מתקצב תיקון זכויות. הוא רשאי לשקול את השאלה התקציבית אך בחינתו מתמקדת באופן התקצוב והשיקולים העומדים מאחוריו. **שיקול תקציבי הוא רלוונטי אך לא יכול להוות מחסום קשיח בפני בחינה מהותית של כיבוד זכויות**.

**הזכויות החברתיות במדינת ישראל:** ההכרה בזכויות החברתיות נעשתה בכמה שלבים.

1. הסירוב להכיר במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות. (הגישה הייתה, לאור עמדת ברק לא לקרוא לחוק היסוד את הזכויות החברתיות). אהרון ברק מציג 3 גישות אפשריות לזכות לכבוד:

א. גישה מצמצמת – זכות פרטיקולרית למניעת השפלה.

ב. גישה מרחיבה – כוללת את כל זכויות האדם (אזרחיות ופוליטיות וכן חברתיות).

ג. **גישת ביניים – כוללת את הזכויות האזרחיות ופוליטיות אך לא את הזכויות החברתיות. ברק בוחר בגישת הביניים.**

1. הכרה ללא "שיניים" – בשיח האקדמי, לאחר המהפכה החוקתית, הייתה ביקורת נוקבת נגד ביהמ"ש. הם טענו לנטייתו של ביהמ"ש להגן על זכויות העשירים ולהתעלם מזכויות העניים. כלומר נטייתו להבטיח את האינטרסים של השכבה השלטת. **בסוף שנות ה-90 ברק משנה דעתו. ומביע בשורה של פסקי דין את הדעה של זכויות חברתיות מסוימות הנכללות בזכות לכבוד. הוא מכליל את הזכות לקיום אנושי מינימאלי. עם זאת, ביהמ"ש הכיר בזכויות אך לא ביצע אכיפה לגביהן**.
2. בשנים האחרונות יש סימנים ראשונים להתפתחות נוספת במסגרתה ביהמ"ש לא רק מקבע את מעמד הזכויות החברתיות אלא גם מביא ליישומן, ונותן לכך ביטוי מעשי בפסיקותיו. ביהמ"ש מכיר בהן ונותן סעד על פגיעה בהן.

**השלב הראשון**: מקרה ראשון בו ביהמ"ש מסרב להעניק מעמד של זכות מנויה חברתית בתוך חו"י כבוד האדם וחירותו:

**פס"ד עמותת שוחרי גיל"ת** – הזכות לחינוך. המדינה תומכת בעמותה שמנסה להבטיח נק' התחלה שווה לכל הילדים. בשלב מסוים המדינה מפסיקה את תמיכה והעותרים טוענים שההחלטה **פוגעת בזכות הילדים לחינוך** בטענה שהזכות לחינוך מהווה תנאי לקיום זכויות אחרות – חופש העיסוק וכו'.

**השופט אור**: מצד אחד מכבד את הזכות לחינוך ואת תפקידה החברתי אך מצד שני אין בדברים אלה כדי לומר שחו"י כבוד האדם וחירותו מעגן בתוכו את הזכות לחינוך ולכן אין לומר שהזכות לחינוך היא חוקתית. כלומר לא מאמץ את המודל הרחב של ברק.

**גידי:** חשוב וקל יותר להכניס את הזכויות החברתיות לתוך חו"י מאחר והן מונעות השפלה. אך כאן העמותה תקפה החלטה מנהלית ולא חקיקה ראשית, לביטולה לא היו העותרים זקוקים כלל לעיגון הזכות לחינוך בחו"י כמו שאור עשה.

**השלב השני: הכרה ללא "שיניים"** – בסוף שנות ה-90 ברק משנה דעתו ומביע בשורה של פסקי דין את הדעה של זכויות חברתיות מסוימות הנכללות בזכות לכבוד. הוא מכליל את **הזכות לקיום אנושי מינימאלי** (סימנים של הכרה). ברק סייג את עצמו שהיקפן של הזכויות החברתיות הלא מנויות בזכות לכבוד מצומצמות ביחס אם היו נכללות בחוקה כזכויות עצמאיות. **ביקורת** – היו שטענו שביהמ"ש נוטה להגן על זכויות של עשירים ולהתעלם מהחלשים. נטען ששופטי העליון אוחזים בהשקפת עולם ליברלית ושבא לידי ביטוי בפסיקותיהם.

1. **רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו**:

העובדות: גמזו נתבע ע"י אשתו ובתו לשלם חוב מזונות בהוצאה לפועל, לאחר שהתחמק ממילוי חובתו במשך שנים.

הטענה: הנתבע ביקש לקצוב את התשלום כך שלא יפגע בזכותו לתנאי מחייה מינימליים.

**ברק:** אומר כי **הזכות של כל אדם לקיום מינימאלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית שמעניק חו"י כבוד האדם וחירותו**. מה שעומד על הפרק זה המופע השלילי של הזכות לקיום מינימאלי. הוא טוען שאם יגבו את כל החוב הוא יישאר חסר יכולת. יש **2 אלמנטים שמפחיתים מהמהלך של ביהמ"ש**:

1. כשמדברים על הכללת הזכויות החברתיות מדברים בעיקר על המופע החיובי של הזכות, כאן עוסקים במובן השלילי.
2. הזכות של האישה והבת נפגעת. כשהמדינה מתירה לא לגבות את החוב זה בא על חשבון זה שחייבים לו.
3. **פס"ד מנור**: העותרים טוענים כנגד קיצוץ בקצבאות זקנה, הבאות מתוקף חוק הביטוח הלאומי.

הטענה שזה מביא את הזקנים אל מתחת לסף של קיום מינימאלי.

**ביהמ"ש** דוחה את העתירה. הוא אומר **שהזכות לתנאי מחייה מינימאליים נהנית ממעמד חוקתי**. אך יש לקחת בחשבון את כל מנגנוני העברה הקיימים (מהמדינה לאזרח או מאזרח לאזרח). צריך לבחון את הדרכים שבאמצעותן המדינה מזרימה כסף, אחרי השקלול הכולל נוכל לבדוק האם הקיצוץ בקצבת הזקנה הוריד אל מתחת לסף הקיום המינימאלי.

1. **בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**: תנאי מחייה מינימליים.

העובדות: **בחוק ההסדרים במשק המדינה** נכללו תיקונים **לחוק הבטחת הכנסה** שצמצמו את הגמלאות המוקנות מכוחו.

הטענה: התיקון מפחית שיעור הגמלאות מתחת לסף מינימאלי הכרחי כך שנפגעת זכות מקבלי הגמלאות לקיום בכבוד.

המדינה: גם לאחר התיקון והקיצוץ אנשים מצליחים לעמוד מעל לקו העוני. מטרת הקיצוץ היא לעודד יציאה לעבודה.

**דורנר:** מבקשת מהמדינה להגדיר בפני בית המשפט מה הוא סטנדרט הקיום המינימאלי. המדינה לא מצליחה לתת תשובה ברורה. הכנסת הוציאה הודעה כי עלול להיות משבר חוקתי מהתערבות זו של ביהמ"ש.

**ברק:** (תופס את מקומה של דורנר שפרשה) פוטר את המדינה מדרישתה של דורנר ומחליט לדחות את העתירה. לטעמו הזכות לתנאי מחייה מינימליים היא זכות חוקתית, אך הפגיעה בה צריכה להסתמך על נתונים מלאים. העותרים לא הביאו מספיק ראיות לביסוס הטענה שלהם. יש צורך בהוכחה קונקרטית של כל עותר- כל מקרה יבחן לגופו. כך שלא הוכחה פגיעה בזכות. הבעיה שהוכחה פרטנית של כל אדם לא תוכיח פגיעה בחוק הביטוח לאומי ויהיה סעד של ביטול, הסעד שיקבל יהיה כלפי עצמו בלבד ולא כלפי אחרים.

**לוי** (מיעוט): אינו מסכים עם השופט ברק כי אין פגיעה בזכות לקיום מינימלי, התחשבות בקבוצות השונות הינה הכרחית להגשמת תכלית החוק. למרות הכרת ביהמ"ש העליון בזכויות חברתיות לא ברור עד כמה הוא באמת מחויב לאכיפתן.

**הביקורת הנמתחת על ביהמ"ש:** למרות שהוא מכיר באופן עקרוני בזכות הוא הופך במידה רבה לכתובת לא רלוונטית להגנה על הזכות לקיום מינימאלי בכבוד וזו בגלל הדרך הפרטנית שקובע ביהמ"ש להוכחת הפגיעה בזכות בו.

**השלב השלישי – סימנים ראשונים של נכונות מצד ביהמ"ש לתת לזכויות החברתיות 'שיניים':**

1. **בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**: פעם ראשונה ביהמ"ש פוסל חקיקה ראשית שפגעה בזכות חברתית.

העבודות: **ס' 9 לחוק הבטחת הכנסה** קובע חזקה חלוטה לפיה כל מי שמחזיק ברכב לא זכאי לגמלת הבטחת הכנסה.

הטענה: החזקה החלוטה פוגעת פגיעה בלתי חוקתית בזכות לקיום מינימאלי בכבוד.

המדינה: 1. מדובר במדיניות כלכלית טהורה של המחוקק. 2. מעורבות ביהמ"ש בזכות חברתית צריכה שתהיה מצומצמת.

**בייניש**: מדברת על תכלית החוק ומטרתו ושהוא נועד לסייע לתושבי המדינה שנקלעים למצב ואינם יכולים לספק לעצמם את צרכיהם וזהו סיוע זמני בלבד. החוק שואף שיהיה מדובר בתקופה זמנית שבסופה יחזור מקבל הגמלה לשוק העבודה.

לגבי הטענה הראשונה – יש פגיעה מאחר והקצבה נלקחת ממי שזקוק לה. לגמלת הבטחת ההכנסה אין תחליף ולכן הפגיעה היא גם קשה.

לגבי הטענה השנייה - **אין שום סיבה להבחין בין זכות חוקתית אזרחית ופוליטית לבין זכות חוקתית חברתית** ואותה הבדיקה שנעשית לזכות אזרחית צריכה להיעשות גם לזכות.

ביהמ"ש מגיע למסקנה כי הפגיעה לא עומדת **במבחן המידתיות השני – ניתן היה לפגוע בדרך שבה הזכות תיפגע פחות**. החיסכון במשאבי המדינה לא שווה את הנזק שנגרם לאזרח. במדינה כדוגמת ישראל בה נשמרת יחסיותן של זכויות אדם אין לקבל טענות בדבר אילוצים תקציביים ואינטרסים נוגדים. בייניש רואה את הזכות לקיום מינימלי כגרעין חשוב מהזכות לכבוד ומכאן נובעת חשיבותה.

**החידוש:** פעם ראשונה ביהמ"ש פוסל חקיקה ראשית בגלל שפוגעת בזכות חברתית ובכך מבטל את הלכת עמותת מחויבות לשלום שאומרת שצריך בדיקה פרטנית. **יש קושי בהסדרים גורפים מאחר ואינם מתחשבים במצבו הפרטני של כל אדם**!

1. **בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת**: נקיטת ריסון מיוחד ע"י ביהמ"ש כשזה נוגע לזכויות חברתיות.

העובדות: במסגרת **חוק מוסדות חינוך תרבותיים מיוחדים** מוענק פטור לימודי ליבה באוכלוסייה החרדית בכיתות ט-יב.

הטענה: יש לבטל את החוק מאחר ופוגע בכבודם של התלמידים בעתיד כשינסו להשתלב בחברה.

**גרוניס**: על ביהמ"ש לנקוט בריסון מיוחד בהפעילו ביקורת שיפוטית שעניינה פגיעה בזכויות חברתיות חיוביות בגלל:

1. **היעדר מומחיות כלכלית של ביהמ"ש**: מלווה בהטלת נטל תקציבי על המדינה ואלו הם עניינים שבמומחיות כלכלית ומסורים לרשות המחוקקת והמבצעת והתערבות ביהמ"ש בהם צריכה להיות מרוסנת.
2. **הבדלת במידת התערבות ביהמ"ש (עשה ואל תעשה)**: כאשר מדובר בתעשה יש יותר התערבות מאשר בלא תעשה.
3. **סוגיה במחלוקת ראוי שהמחוקק יעסוק בה** – שיקולים פוליטיים וחברתיים.

**סיכום של גידי:** כאשר מדברים על זכויות חברתיות הדבר מרחיק לכת. יש סימן שאלה על האפקטיביות של ביהמ"ש כדי באמת לסייע לאלו שנמצאים במקומות הנמוכים לחיות חיים בכבוד. ביהמ"ש אקטיביסטי ככל שיהיה לא יכול באמת לתת מענה הולם ומספק לעוולות שקיימות ולמציאות שבה יש אנשים בחברה שנאבקים על יכולתם להתקיים.

ניתן לראות שביהמ"ש מדבר הרבה על הזכויות ההלו אבל ברגע האמת לא נותן סעד ולא מתערב במדיניות הכללית של המדינה.

**התהליך**:

**בשלב א – לא נכללו**: ברק בספרו ואור בפס"ד עמותת גיל"ת.

**בשלב ב – נכללו אך לא נאכפו**: עמותת מחויבות לשלום.

**בשלב ג – החלת אכיפה**: חסן

**3.5 חופש העיסוק**

**3.5.1 היסטוריה**

**חו"י חופש העיסוק משוריין** גם פורמאלית וגם מהותית. אין בו הוראת שמירת דינים וע"כ הוא חל לא רק קדימה אלא גם אחורה. אלו הם **ביטויים לעוצמתה של הזכות לחופש העיסוק**. זוהי ככל הנראה תוצאה של העובדה שבתהליך החקיקה של חוק היסוד לא התעוררו קשיים והוא לא התנגש עם ערכים או אינטרסים אחרים.

ס' 3 מגדיר שכל אזרח נכלל תחת חופש העיסוק והוא רשאי לעסוק בכל עיסוק.

ההבדלים ביו חו"י חופש העיסוק לחו"י כבוד האדם וחירותו:

* **פסקת התגברות**: מאפשרת לכנסת לחוקק חוק שפוגע בצורה לא מידתית בחופש העיסוק באמצעות החוקה (תקף ל4)
* **פסקת הנוקשות**: חו"י חופש העיסוק משוריין גם פורמאלית וגם מהותית לעומת כבוד האדם וחירותו שרק מהותית.
* **פסקת שמירת הדינים**: כיום, שמירת הדינים מופיעה בחו"י כבוד האדם וחירותו ולא בחופש העיסוק (התבטל ב2002)
* **ס' 9 לחו"י כבוד האדם וחירותו**: פסקת הגבלה מיוחדת לפגיעה באנשי כוחות הביטחון.
* **חו"י חופש העיסוק מתייחס לכל אזרח**: חו"י כבו"ה מתייחס לכל אדם באשר הוא אדם. מחליש את חופש העיסוק.

**3.5.1 רציונל ומגמה**

לכל זכות יש רציונליים שעומדים בבסיסה, בעזרת הרציונליים ניתן לקבוע את היקף הזכות.
יש 3 רציונאליים בחופש העיסוק:
1. **פרנסה** (פס"ד בז'רנו-הזכות לחופש העיסוק מקבלת הכרה של בית המשפט כזכות יסוד לראשונה). "זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (חשין).
2. **מימוש עצמי** = **אוטונומיה** (פס"ד איגלו). "הרציונליים בבסיס הזכות לחופש העיסוק הם הרצון של האדם להתפרנס ולהגשים את הכישרון שלו, האישיות שלו והשאיפות שלו. העיסוק של האדם מאפשר לו להתקיים". דורנר אומרת שחופש העיסוק הוא חלק מזכויות האזרח שמבטיחות לפרט את חירותו.
3. **תחרות חופשית, רציונל חברתי**. פס"ד כלל ומגדל(לא בסילבוס): השופט דב לוין (דעת מיעוט) מדגיש את הרציונל של חופש העיסוק ליצירת תחרות חופשית (שווה) בין פרטים.

**גידי:** אולי ההתפתחות הפנימית בין שני הרציונלים הראשונים סללה את הדרך להופעת הגישה התחרותית, באופן הבא:

* אם הדגש הוא על **רציונל הפרנסה**, **רציונל התחרות החופשית יעלה בקנה אחד עם רציונל הפרנסה** רק אם נטען שתחרות תביא לרווחה כלכלית לכולם, טיעון שלא קל לבסס.
* כשמרכז הכובד עובר **למימוש עצמי**, הוא **מתיישב היטב עם רציונל התחרות**. הטענה תהיה שפגיעה בחופש התחרות יכולה בצדק להיחשב כפגיעה ביכולת המימוש העצמי.
* בין הרציונל של הפרנסה לתחרות חופשית קיים מתח. מימוש עצמי קל יותר לחבר לתחרות חופשית מאחר והוא עולה בקנה אחד עם המימוש העצמי (תן לאדם להתחרות ולנצח).

האם יש נפקא מינא בין פרנסה ומימוש עצמי לבין תחרות חופשי?

* **גרוס** במאמרו טוען שכן. עיסוק התנדבותי – עשוי שלא להיחשב עיסוק, אם חופש העיסוק מבוסס על רציונל הפרנסה. חלופת קצבה – נניח שהמדינה מגבילה את האפשרות להתעסק, אבל משלמת קצבה לאלה שהוגבלו. אם הרציונל הוא פרנסה, ניתן לטעון שאין פגיעה.
* פרנסה ומימוש עצמי הם רציונליים אישיים ולא חברתיים, ולא ניתן לייחס אותם לתאגידים (בניגוד לשיטתו של דב לוין שטוען שכן).
1. **בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה**: רציונל של פרנסה. **העתירה התקבלה**.

**חשין**: **רציונל הפרנסה** -הבסיסי ביותר בחופש העיסוק, התפיסה האישית בז'רנואית–על הפקיד להוכיח שהאיסור מוצדק.

הזכות לעסוק במשלח יד – זכות קנויה של כל אדם. זוהי זכות טבעית שלפיה אדם יעסוק בכל משלח יד כל אין חוק שאוסר זאת עליו. אין הגבלה לרצונו של אדם לשמש כשליח שכר. לכל אדם יש זכות טבעית לחופש העיסוק והגבלתה תהייה רק לפי הסמכה מפורשת בחוק.

מגנים על הערך מ-2 סיבות: או כי הוא חשוב או כי הוא פגיע (על הפרנסה מגנים מאחר וזה חשוב להתפרנס).

1. **בג"ץ 1452/93 איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה**: רציונל של פרנסה + הגשמה עצמית.

העובדות: איסור ייבוא חומרי בניין מרוסיה בטענה שלא מאפשרים ייבוא ממדינה שמטילה מגבלות ייבוא על ישראל.

הטענה: פגיעה בחופש העיסוק שמעוגן בחו"י. למרות שלא חלפה שמירת הדינים יש לפרש את **צו יבוא חופשי** ברוח חו"י.

**דורנר**: הרציונליים העומדים בבסיס חופש העיסוק:

* **אוטונומיה** – עניינו של האדם להתפרנס ולהגשים את כישרונותיו, אישיותו ומאווייו.
* **חברתיים כלליים** – מבטיחים שמירה על חירות האדם = הזכות לפרנסה והגשמה עצמית.

בהתנגשות בין חופש העיסוק לאינטרס אחר נאזן ביניהם לפי משקלם הסגולי – מידת הפגיעה ועוצמת הפגיעה.

כאשר הרציונל הוא **פרנסה** ולעומתו **קידום כלכלת המדינה** – מבחן האפשרות הסבירה – מבחן מקל לפגיעה בחופש העיסוק של הפרט.

כאשר הרציונל **בעל חשיבות מיוחדת בהיקף חופש הביטוי** (עיסוק תקשורתי) מבחן מחמיר וודאות קרובה לסכנה חמורה – מבחן מחמיר לפגיעה בחופש העיסוק של הפרט.

**בפס"ד מנהלי ההשקעות** (פעם ראשונה שפסלו חקיקה ראשית כי פוגעת בחופש העיסוק) הדגש היה על **מימוש עצמי**. **ברק** טוען שחופש העיסוק הוא ביטוי לאוטונומיה של האדם ולמימוש העצמי שלו.

**בפס"ד כלל ומגדל** הרציונאל הוא **חיזוק התחרות החופשית לתועלת המשק**.

העובדות: 2 חברות ביטוח שרוצות לפעול בתחום קרנות הפנסיה אך משרד האוצר לא מעונין בקרנות חדשות מחשש לפגיעה בישנות. משרד האוצר יוזם חקיקה מקבילה שלא מאפשרת להם להיכנס. מגדל וכלל עותרות בטענה לפגיעה בחופש העיסוק. ביהמ"ש מקבל את הטענה אבל 2 מתוך 3 שופטים קובעי כי הפגיעה כן עומדת בפסקת ההגבלה. **השופט דב לוין** **בדעת המיעוט** מדגיש את הרציונל של חופש התחרות בין הפרטים.

1. **איל גרוס, כיצד הייתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית**?

התפתחות חופש העיסוק בזכות חוקתית:

1. **התפיסה האישית – בז'רנואית**: פוטנציאל להצדקת תפיסה רחבה של הגנה על זכויות עובדים כנובע מחופש העיסוק. אם ההצדקה לזכות היא פרנסה ומחיה אז על המדינה גם להבטיח תנאים שיאפשרו מציאת עבודה ויבטיחו מימוש הרעיון של מציאת מחיה ופרנסה. עיקר התעסקות ביהמ"ש אחרי בז'רנו הייתה בסירוב הרשויות להעניק רישיונות לעיסוק במקצועות שונים. התפיסה האישית מתמקדת בכניסה למקצוע.
2. **התפיסה התחרותית**: הצדקת חופש העיסוק בנימוקים של הבטחת התחרות החופשית. לא רק הבטחת הכניסה לעיסוק אלא גם לפעול במקצוע בלא הגבלות ובלי רגולציה כלשהי.
* לפני חוק היסוד: בג"ץ 125/57 אניות מיכל נ' שר האוצר חשין נימק בין היתר על סמך עקרון 'חופש המסחר והיוזמה האישית'. בבג"ץ 4/74 ברמן קבע ביהמ"ש שהגבלת עיסוק של אדם לאחר פרישתו הייתה סבירה מתוך מקום שבהגבלתה היה הצורך לשמור על סחר חופשי ועל תחרות חופשית במשק ובעבודה.
* לאחר חוק היסוד: הידוק הזיקה בין עקרון התחרות החופשית לבין הזכות לחופש העיסוק. בבג"ץ 239/92 אגד נ' יצחק משיח אחת ההנמקות שניתנות היא ע"ב התפיסה האישית והשנייה ע"ב התפיסה התחרותית. בבג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות גולדברג דוחה הטענה שהחופש לעסוק באחד מתחומי העיסוק הוא הגרעין הבסיסי של חופש העיסוק ומצויים בו הביטים חשובים נוספים כמו חופש התחרות ושוויון ההזדמנויות.

סיכום: **הכרה של ביהמ"ש בתפיסה התחרותית כחלק מהזכות החוקתית לחופש העיסוק**.

מהו המעמד של זכות סוציאליות של העובד מול המעביד?

הנחת היסוד הבסיסית של ביהמ"ש היא שחופש העיסוק לא מקנה חובה לאחר להעסיק אדם. גרוס טוען שהמגמה מלהימנע ליטול חובות על המעסיק זולגת גם לתחום הזכויות הסוציאליות של העובד. בפס"ד **תנופה** אומר ברק שהחובה להפקיד ערובה ע"י חברות כוח האדם היא הגיונית. הוא טוען שחקיקה סוציאלית פוגעת בחופש העיסוק למרות שהיא נעשית לתכלית ראויה. גרוס – יש מקום להפעיל שיקולים חלוקתיים. את מערכת היחסים בין המעביד לעובד צריך לראות כחופש העיסוק. גרוס בגדול רוצה לקחת את חופש העיסוק למרחק רב יותר. שאיפתו היא להפוך את חופש העיסוק לזכות חברתית וככזאת אולי להפוך אותה לזכות חיובית.

**גידי:** הדבר אינו עולה בקנה אחד עם השקפת ביהמ"ש החל מקום המדינה. הניסיון של גרוס להפוך את חופש העיסוק לזכות חברתית חיובית מעט מופרז.

**בג"ץ 1030/98 אורון נ' הכנסת**: ביהמ"ש פוסל חוק שנטען כי פוגע בשוויון דווקא ע"ב טענה שפוגע בחופש העיסוק.

העובדות: ב-1998 **תיקון חוק הבזק** והוספת ס' שמי שהפעיל במשך 5 שנים רצופות תחנת שידור שנקלטה במרבית שטחי ישראל מקבל זיכיון להפעיל תחנת שידור (ללא מכרז). החוק נחקק ע"י הימין כדי להסדיר את פעילותו של ערוץ 7.

הטענה: מרצ הגישה עתירה בטענה שהחוק פוגע בעקרון השוויון.

ביהמ"ש בוחר בעילת חופש העיסוק דרך התחרות החופשית. חופש העיסוק מעוגן בחוק יסוד ולכן קל יותר לפסול על בסיסו חקיקה ראשית לעומת ע"ב עקרון השוויון. ביהמ"ש טוען שהחוק פוגע **בתחרות החופשית בחופש העיסוק בכך שהוא מעניק זיכיון ורישיון שלא ע"י מכרז**.

**גידי:** בחירת ביהמ"ש היא לא טבעית/אינטואיטיבית אבל זוהי דרך של ביהמ"ש לפסול חוק בצורה לגיטימית מבחינתו.

הבנות אפשריות לחופש העיסוק: כל צד ינהג לפי תפיסת עולמו הכלכלית חברתית. צד שמאל כלכלי מול צד ימני כלכלי.



1. **עלי זלצברגר וסנדי קדר, המהפכה השקטה**:

דן ראשית בפס"ד מנהלי ההשקעות ומסביר שחקיקת החוק דווקא הייתה דבר חיובי מובהק שבא להגן על הצרכנים חסרי הידע והניסיון בתחום ההשקעות. טוען שביהמ"ש דילג על שלב חשוב של **דיון מעמיק בהיקף הפגיעה בזכות** ומיד עבר לפסקת ההגבלה. עצם הצבת המבחן הייתה בעייתית מאחר ותכליתו של החוק הייתה להסדיר את המצב דווקא בעקבות פעולתם של העוסקים הישנים ולא של החדשים = היה מקום לחייב דווקא את כלל העוסקים לעבור בחינות רישוי.

ביהמ"ש **פלש לתחומי פעילותה של הכנסת** כאשר קובע מה לדעתו מידתי ומה לא בהקשר למס' השנים שמצוין בחוק. התערבות ביהמ"ש הייתה צריכה להיות דווקא לטובת המשקיעים.

מציין שדווקא מפסק דינה של **דורנר** עולה חוסר נחת מדרך ההנמקה של ברק.

ביהמ"ש ביצע מהלך מחושב שמטרתו העיקרית היא ביסוס סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית. מקרה מנהלי ההשקעות היה בבחינתו **כמקרה קל ושולי** שלא יעורר ביקורת ציבורית והתנגדות מצד הרשות המבצעת והמחוקקת ולכן הוא זה שנבחר.

במקרה זה החלטת ביהמ"ש באה דווקא על חשבונם של מי שזקוק להגנתו ולכן הבחירה שלו לא הייתה מוצלחת.

**3.5.3 היקף**

1. **בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך**: אבחון כעיסוק לגיטימי ולא פונקציה שלטונית.

העובדות: מאבחנים דידקטיים שהכשרתם עודדה ע"י מ. החינוך וניתנו להם רישיונות ע"י מ. החינוך ומ. החינוך גם הכיר באבחונים שלהם מחליט להפסיק זאת ולהכיר רק באבחונים של פסיכולוג חינוכי מומחה.

**דורנר**: הפגיעה לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, כי אין הסמכה ואינה הולמת את ערכי המדינה, כמו כן לא נעשה הוראות מעבר – **הפגיעה היא מהותית**. **יש** **לבחון את הפגיעה בחופש העיסוק באופן מהותי ולא פורמלי**- רשות שהיא מעסיקה בלעדית בתחום מהווה מעין **מונופול**.

**ברק**: חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק – יש מצבים בהם חופש העיסוק הופך להיות הזכות לעיסוק ברגע שהמדינה היא המקום היחיד לאותו עיסוק. **במקרה כזה סירוב המדינה להעסיק הוא כמניעת העיסוק עצמו**.

חופש העיסוק נפגע אם נקבעים תנאים לכניסה לעיסוק – חוזר המנכ"ל אינו קובע דרישות לעיסוק באבחון בליקויי למידה.

**שורה תחתונה:** הגורם היחיד שזקוק לאבחונים הוא משרד החינוך. הוא מהווה מונופול צרכני בעניין זה. במקרה שבו הרשות היא הצרכן הבלעדי החלטותיה עשוית להשפיע על חופש העיסוק. **העתירה מתקבלת.**

**3.5.4 פסקת ההתגברות**

על פסקת ההתגברות אפשר להסתכל ב-2 אופנים:

* **כזו המאפשרת לעקוף את החוקה**. במקום לבטל מחלישים טיפה.
* **מכשיר שנועד לקדם דיאלוג** – לאפשר למחוקק לחשוב פעם נוספת ולתת פרשנות חלופית להוראות החוקה במקרים.
1. **בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' הכנסת**:

העובדות: ממשלת ישראל במשך שנים החזיקה במונופול על יבוא בשר קפוא לארץ. המדינה מייבאת רק בשר קפוא כשר. בתחילת שנות ה90 ממשלת רבין מחליטה להפריט את היבוא. יש כאלה שרוצים לייבא בשר קפוא לא כשר. מפלגת ש"ס מתנגדת לכך ואומרת שזה יפר את הסטטוס קוו. המדינה חוזרת בה, ומלאימה זאת. חברת מיטראל מגישה עתירה לבג"צ ואומרת שיש כאן פגיעה בחופש העיסוק.

**ברק:** מציע להכניס לחו"י חופש העיסוק פסקת התגברות (סעיף8). כלומר ניתן לגבור על פסקת ההגבלה (סעיף 4) באמצעות **פסקת ההתגברות [חקיקה ברוב של 61 ח"כים, אמירה שזה נעשה על אף חוק היסוד, והתוקף לכל היותר ל-4 שנים (אם התוקף אינו פחות מ-4 שנים לא צריך להיכתב)].**

נחקק בהתאם לפסקת ההתגברות **החוק ליבוא בשר קפוא**. חברת מיטראל עותרת שוב לבג"צ בטענה כי: 1) פסקת ההתגברות יכולה לעקוף רק את פסקת ההגבלה. ואומרת כי החוק אינו עומד בפסקאות המטרה וערכי היסוד וכי אלו במובן רחב יותר מהלימה לערכי המדינה, כפי התנאי בסעיף 4 – פסקת ההגבלה. 2)ישנה פגיעה בזכות לכבוד האדם, ובחו"י כהאו"ח אין פסקת התגברות ולכן יש לפסול את החוק.
**ברק:** לגבי הטענה הראשונה אומר כי יש **עקרונות יסוד של השיטה שעומדים גם מעל החוקה**. נזכר בפרשת לאו"ר – החידוש בפרשה היה שניתן לפסול חוק גם אם הוא עומד בדרישות החוקה, הוא יכול להיפסל כי הפגיעה בעקרונות היסוד חריפה. אך זה לא המקרה כאן, בפרשת מיטראל. **הפגיעה בחופש העיסוק מוגבלת ואינה מגיעה לכדי פגיעה בעקרונות המשטר החוקתי, כלומר גם אם יש פגיעה היא לא דרמטית**. לגבי הטענה השנייה ברק אומר כי אינם טועים לגמרי. יש 2 שיקולים שתוחמים את גבולות הגזרה: מצד אחד **פסקת ההתגברות נמצאת רק בחו"י חופש העיסוק ואינה נמצאת בחו"י כהאו"ח** וצריך לתת לכך ערך. מצד שני בדר"כ הפגיעה בזכויות אינה בודדת, אלא זה כלל, לא חריג, כשזכות אחת נפגעת היא גוררת פגיעה בזכויות אחרות. אם נגיד שפסקת ההתגברות מכסה רק פגיעה בחופש העיסוק המשמעות תהיה ריקון פסקת ההתגברות מתוכן. ולכן צריך ליצור מצב שבו מצד אחד פסקת ההתגברות תהיה אפקטיבית ומצד שני לא תכסה יותר ממה שהמחוקק התכוון לעשות. **מציע מבחן של 3 תנאים מצטברים שאם יתקיימו נכשיר את החוק שפוגע באמצעות פסקת ההתגברות** (גם אם עבר את המבחן הטכני):

1. הפגיעה בזכויות אחרות הינה **תוצאת לוואי מתבקשת** באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק.
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא **פגיעה דומיננטית** והפגיעה בזכות השנייה היא מינורית!
3. הפגיעה בזכות האחרת היא **לא משמעותית** – זניחה.

ברק בוחן את החוק למול 3 התנאים ומחליט שחוק יבוא בשר קפוא עומד בכולם ולכן הוא לא בטל. **העתירה נדחית.**

**גידי:** ברק לא מוכן שפסקת ההתגברות תהפוך למכשיר שייתן למחוקק את זכות המילה האחרונה, במקרה הנוכחי ברק אמנם פוסק לטובת המדינה/המחוקק אך הוא זה שאומר את המילה האחרונה.

**\*אז איך נבדוק חוק (בקייס)?** בתחילה, נבדוק אם הוא עמד בפסקת ההגבלה. אם לא, נבדוק אם הוא עמד בפסקת ההתגברות, תוך שאנו מיישמים את המבחנים שנקבעו על ידי ברק בפרשת מיטראל.

1. **ספיר, ההליך החוקתי** – מאמר העוסק ביתרונות פסקת ההתגברות כתשובה למתנגדים לה:

פסקת ההתגברות מחייבת את מי שמשתמש בה לומר "אני פושע". הדבר מחמיץ את הרציונל שעומד מאחורי פסקת ההתגברות. הרציונל הוא שיכולה להיות מחלוקת ערכית, ופסקת ההתגברות היא לא אמצעי להתגבר על החוקה אלא אמצעי להתגבר על הפרשנות שנותן בית המשפט. זה נעשה מתוך הכרה בכך שיכולה להיות מחלוקת ולגיטימי לא לקבל את הפרשנות שנותן בית המשפט. יש שרואים את פסקת ההתגברות כ**כלי לפגיעה במעמד החוקה**, אך ספיר חולק על כך ורואה את זה בתור **כלי בו המחוקק מפרש את חו''י בצורה שונה מביהמ"ש**.

יתרונות של פסקת ההתגברות:

**1. אפשר ליהנות מ2 העולמות**- ביקורת שיפוטית יחד עם ביקורת של הציבור והמחוקק.

**2. עניינים חוקתיים נשארים על סדר היום הציבורי-** תקף רק ל-4 שנים, ומכריח את העניין לצוף מחדש.

**דיפטרמנטליזם** - הפקדת פרשנות החוקה האמריקאית בידי זרועות שונות בו נשמרת לכל זרוע המילה האחרונה בתחומה. כך הכוח הפרשני לא מרוכז בידי גוף אחד ולא משאיר את המילה האחרונה בידי גוף אחד.

**השוני ממנגנון ההתגברות**: המנגנון אינו כולל חלוקת תחומים אלא שיתוף בין רשויות השלטון בהליך הפרשנות. המנגנון מפקיד את משימת פרשנות החוקה בידי שני הגופים יחד (הרשות השופטת והרשות המחוקקת) באופן המספק דרך ביניים.

העובדה שעד היום לא נעשה שימוש בפסקת ההתגברות מעיד על הבעייתיות: ברק הציע להוסיף פסקאות התגברות לכל החוקים.

גידי מציע מודל אחר – **המודל הדיאולוגי** – דיון ביהמ"ש בסוגיה מסוימת נועד לחזק את הדיון בסוגיות ערכיות מהותיות. ולא נועד ל"הגנה על עצמנו מפני עצמנו". מודל זה מותנה בקיומו של דיון רציני. כתגובה לדיון ביהמ"ש, המחוקק יכול לנהוג ב2 דרכים: 1) התעלמות מביהמ"ש ומדעותיו. 2) יישור קו עם ביהמ"ש מרצונו (אינו מחויב לכך).

ככל שהמודל קרוב יותר לעליונות המחוקק יש חשש גדול יותר למימוש האפשרות הראשונה. ככל שהמודל קרוב לעליונות ביהמ"ש מתגבר החשש של היכנעות אליו, או הסכמה אתו שלא מרצון ובכך תתממש האפשרות השנייה. לפי ספיר חשש ההתיישרות עם ביהמ"ש הינו מסוכן יותר ואין זה נכון שביהמ"ש יהיה הפרשן המוסמך של החוקה. לפי הצעתו של גידי, החוקה צריכה להיות מנוסחת באופן עמום. זאת על מנת שביהמ"ש יוכל להציע עמדה והציבור יוכל להציע עמדה שונה באמצעות המחוקק.

פסקת ההתגברות מול המודל הדיאולוגי-

* הרציונל של פסקת ההתגברות היא התגברות על החוקה. לאור זאת פסקת ההתגברות שונה מהמודל הדיאולוגי שנועד להתמודד עם פרשנות ביהמ"ש.
* -לפי גידי דיון רציני בביהמ"ש הינו הכרחי. לא ניתן להשתמש בפסקת ההתגברות לפני שביהמ"ש אמר את דברו ולפני שהתקיים דיאלוג.
* המושג דיאלוג מופיע לא אחת בפסיקות בית המשפט. אך כאשר ביהמ"ש קובע למחוקק מה לעשות, אין זה דיאלוג אמיתי.

**3.6 שוויון**

**הזכות לשוויון**
כולנו שווים, כולנו נברנו בצלם האל. הזכות לשוויון היא זכות נרחבת כאין כמוה. היא כוללת את חופש הביטוי, חופש הדת. היא כוללת זכויות מסגרת כמו הזכות לכבוד. לעומת זאת יש הטוענים כי **שוויון מקנה זכות במקום שבו לולא השוויון לא הייתה זכות**. כלומר נורמה התנהגותית כלפי אדם אחר מחייבת להעניק את אותה התנהגות גם לאדם נוסף (בשם הזכויות לשוויון). אולם, יש שטוענים כי מדובר על רטוריקה בלבד, הטענה שלהם, בניסוחו של פיטר ווטסן, היא **ששוויון הוא רטוריקה ריקה או טאוטולוגיה**. אדם זכאי לקבל זכות לא בשם השוויון (בינו לבין אדם אחר) אלא מפני שהוא זכאי אליה. במילים אחרות, השוויון לא מעניק לי משהו שלא הגיע לי קודם. אם לי ופלוני יש זכות למשהו מסוים, הדבר מחייב ששנינו נקבל את אותו הדבר. אבל, אני לא אקבל כי הוא קיבל, אלא כי מגיע לי. לעומת זאת, יש הטוענים **שלשוויון יש קיום עצמאי**: העובדה שאדם מסוים בעל נתונים זהים לשלי קיבל יחס מסוים יוצרת בפני עצמה טעם טוב לתביעתי שגם אני אקבל את אותו היחס.

סוגי השוויון:

1. **שוויון אריסטוטלי** – יחס שווה לשווים. השוני שצריך להצדיק את הפגיעה בשוויון צריך להיות אמפירי.
2. **שוויון הזדמנויות** – לא משנה מה התוצאה הסופית כל עוד שניהם יצאו לדרך בנק' מוצא שווה. המדינה אחראית על כך שכולם יתחילו מקו שווה.
3. **שוויון בתוצאה (מהותי)** – לא מקובל ששניים יצאו לדרך באותה הנקודה יסיימו בשתי נקודות שונות.

**3.6.2 השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו**

האם לטענת השוויון יש ערך עצמאי, במובן שהיא יכולה להצמיח זכות גם אם במקור לא הייתה זכות?

1. **בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר**: השוויון לא עומד באופן עצמאי להצמחת זכות.

העובדות: עמותת חוקה למדינת ישראל מבקשת ממשרד האוצר **להכיר בה כמוסד ציבורי** ולהקנות לה פטור מס הכנסה וזיכוי מס לגופים ולאנשים שתורמים לה. בקשתה נדחתה שלוש פעמים בעוד שאחרים כן מקבלים.

הטענה: אפליה, שכן בעבר הוכרו גופים שפעילותם דומה לזו של העותרת כגופים הפועלים למטרה ציבורית.

**ברק**: נק' המוצא שעקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו חרף העובדה שאינו מהווה חלק מחוקה כתובה. מחלק את הנושא ל-3 מקרים:

1. זכות הקיימת בדין לפלוני – הזכות מוענקת לאחרים ולו לא. זו בהחלט הפליה. הוא יקבל כי זה מגיע לו ע"פ דין ולא כי זה לא שוויוני.
2. הדין אוסר על מתן טובת ההנאה, היא מעניקה את ההטבה בכל זאת לאלמוני, לכן פלוני יטען שהוא זכאי להטבה גם כיוון שהוא שווה לו. יש כאן התנגשות בין 2 עקרונות יסוד: עקרון החוקיות (הדין אוסר את טובת ההנאה) מול עיקרון השוויון. לפי ביהמ"ש עיקרון השוויון לא גובר עיקרון החוקיות ולכן במקרה זה הבקשה תדחה.
3. הדין לא אוסר אך גם לא מעניק טובת הנאה. ההענקה היא בהתאם לשיקול דעתה של המדינה. ברק מאבחן כאן בין 2 מצבי משנה:

**א.** הרשות מעניקה טובת הנאה בהתאם למדיניות כלשהי, פלוני המשתייך לאותה קבוצה לא מקבל. במקרה זה יש לקבל את העתירה בשם עקרון השוויון.

**ב.** טובת ההנאה ניתנת רק בעמידה בתנאים מסוימים, פלוני לא מקיים את התנאים ולכן הוא לא זכאי לקבלה. למרות זאת, הרשות כן העניקה את טובת ההנאה לאחרים שגם לא עומדים בתנאים- היא צריכה להתיישר.

**לפי ברק, במקרה שלפנינו מתרחש ס'3(ב).** חוקה לישראל לא קיימה את התנאים ולכן על המדינה להתיישר ולא לחרוג מהמדיניות שהגדירה.

**שורה תחתונה:** 1. הפסקת ההטבה צריכה להיות גם למי שניתן לו בעבר. 2. פיקוח שיפוטי לאורך זמן – אם יוכח לאורך זמן סביר כי המדינה לא עומדת במדיניות אז חוקה לישראל יזכו גם בהטבה. חוקה לישראל תקבל כי מגיע לה (לא כי היא הופלתה). **העתירה נדחית**, אלא אם יוכח כי המדינה לא התיישרה.

-בפרשה זו הזכות לא צומחת על סמך עיקרון השוויון אלא כזכות עצמאית מכוח המדיניות האמיתית של המדינה.

1. **בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע**: שוויון אריסטוטלי. אכיפה בררנית הינה בגדר הפליה ופגיעה בשוויון. **שוויון כיוצר זכויות**.

העובדות: דיירי בניין תלו כרזות כנגד ראש העיר על ההזנחה בשכונתם. העירייה אוכפת את **חוק העזר העירוני** (תליית כרזות לפי היתר) בצורה בררנית –מורידה רק כרזות שפוגעות בראש העיר.

**זמיר**: **אכיפה בררנית** – פוגעת בשוויון מאחר ומבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר או שרירות גרידא. כל רשות מנהלית מחויבת לנהוג בשוויון וטענה על אכיפה בררנית היא טענה לפגיעה בשוויון. פקחי העירייה הסירו כרזות כדי להפעיל צנזורה כנגד ביקורת על ראש העיר וזהו שיקול זר לחוק העזר ולכן החלטת העירייה לא חוקית ובטלה. הפגיעה בשוויון היא מנורמה התנהגותית במקרה זה, הפקחים מקנים חסינות ביחס הפעלת החוק כלפי קבוצה מסוימת.

השוויון האריסטוטלי וחולשותיו: **יחס שווה בין שווים ושוני בין שונים**.

אריסטו דורש יחס שווה לשווים. פגיעה בשוויון מתרחשת במקרה בו התייחסתי באופן שונה לאנשים שווים. יש כאן קושי, כיוון שכל בני האדם שווים במהותם. אולם, ניתן לטעון כי כל אדם הוא שונה, אנחנו לא שווים. לכל אדם תביעת אצבע שונה. התשובה לפתרון בעיה זו היא הגדרת המושג "שווים". "שווים"- שווים במובן הרלוונטי.

לפי גידי, המודל האריסטוטלי בודק האם קיים **שוני רלוונטי**.

**גידי:** ביחס לשוויון על פניו נראה שאם התכלית היא ראויה ואם יש קשר בין האמצעי למטרה אז אין בכלל פגיעה בשוויון. יחס שונה לשונים איננו פגיעה מוצדקת בשוויון – זוהי לא פגיעה בכלל. שוויון שונה מכל שאר הזכויות: בכל שאר הזכויות אנו שואלים: האם הייתה פגיעה בזכות – ואם כן אנו מתחילים לבדוק האם הפגיעה היא חוקתית (תכלית ראויה, קשר אמצעי מטרה) בשוויון זה לא כך!

כדי לדעת אם בכלל יש פגיעה בשוויון אנחנו צריכים להתקדם לפחות למבחן של תכלית ראויה – כי אם אין תכלית ראויה-יש פגיעה! אם יש תכלית ראויה ויש קשר אמצעי מטרה -> אין לנו פגיעה בשוויון!

-יש רק שתי אופציות: או אין פגיעה בשוויון ואז גם לא צריך להצדיק אותה! או שיש פגיעה בשוויון ואז אי אפשר להצדיק אותה! – זה אפילו לא מוביל אותנו לאיזונים!

**למבחן**: לציין את ההערה של גידי לגבי בדיקת התכלית אבל לכתוב שביהמ"ש עדיין לא חושב ככה ויש להמשיך בבדיקה.

דורנר במילר החליטה להראות כי למרות שהמצב של שוויון הוא כזה, יכול להיות מצב שהתכלית תהיה ראויה, יהיה קשר אמצעי מטרה ועדיין תהיה פגיעה בשוויון:

דורנר במילר - יכול להיות מצב שהתכלית תהיה ראויה, יהיה קשר אמצעי מטרה **ועדיין תהיה פגיעה בשוויון**:

1. **בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון**:

העובדות: מילר מבקשת להתנדב לשירות טיס אך מסורבת ע"י צה"ל בנימוק שלא משבצים נשים במקצועות לחימה.

הטענה: עמדת הצבא מפרה את הזכות לשוויון בין המינים. מדובר במדיניות מפלה שיישומה פוגע בזכותן של נשים לשוויון.

המדינה: הצבא ביסס את סירובו לקלוט נשים בקורס טיס בעיקר על שיקולים תכנוניים. הטענה הייתה כי ההשקעה האדירה בהכשרת טייסים מבוססת על תחזית ארוכת טווח, בנסיבות שונות קשה לסמוך עליה כשמדובר בנשים.

לכאורה, שונות רלוונטית וסיבות כלכליות – **התכלית**: חסכון בכסף. **קשר אמצעי מטרה**: יש.

**מצא**: טענת הצבא מבוססת על הערכה ולא על נתונים מדויקים. אין ודאות שיש באמת פגיעה באינטרס הכספי של הצבא. יש יסוד להניח שנחשוד באובייקטיביות של השערת הצבא. מצא חושב שההשערה נובעת **מדעות קדומות על נשים**, ולכן מבקש לקבל ראיות חזקות ומוצדקות שיוכיחו שוני רלוונטי. **לא הוכח שיש אמצעי מטרה**.

**דורנר**: הנזק שבסגירת קורס טיס לנשים עולה על הנזק שנגרם לחיל האוויר:

* **סגירת קורס הטיס בפני נשים משפילה אותן**. גוררת את הטענה למסגרת כבוד האדם. ע"פ הטענה אין פגיעה בשוויון האריסטוטלי.
* **בזבוז פוטנציאל** – גם לנשים פוטנציאל להיות טייסות טובות. אם יוצאים מנק' הנחה שהפוטנציאל נחלק באופן שווה בין נשים וגברים אזי שברגע ששוללים מנשים להיות טייסות – הצבא מכשיר על חשבונן פחות טייסים. ע"פ טענה זו כן **יש פגיעה בשוויון האריסטוטלי**.

**שטרסברג-כהן:** פגיעה בשוויון ההזדמנויות. אם ניתנה אפשרות לגברים להיות טייסים בחיל האוויר, יש לתת גם לנשים הזדמנות להיות טייסות. נק' הפתיחה צריכה להיות שווה. **הגנה על הזכות לשוויון כרוכה גם בהוצאות כספיות**.

**גידי:** שוויון הזדמנויות נועד להצדיק שוויון בתוצאה (סוג שלישי של שוויון שאומר שכולם צריכים להיות בסוף שווים, סוציאליזם). אם יש אופציות הסגורות לקבוצה מסוימת מראש, הקבוצה אוטומטית נעמדת במקום נחות יותר. שוויון הזדמנויות נועד לבטל את הממד השרירותי בחוסר השוויון בתוצאה.

1. **בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**:

העובדות: הסכם קיבוצי בין דיילי אוויר לחברת אל על. ההסכם מטיל חובה על דיילי אוויר לפרוש בגיל 60 לעומת דיילי קרקע שפורשים רק בגיל 65.

אל על: דיילי האוויר אמורים להיראות טוב + בעלי יכולת כושר פיזי גבוהה בניגוד לדיילי הקרקע.

**זמיר**: מדובר באפליה פסולה. **אפליה מבחינה משפטית היא יחס שונה כלפי שווים**. ההפליה נוצרת מאחר שהדיילים חולקו לקבוצות משנה. קיים שוני רלוונטי ובכל זאת נדרש לשלם מחיר כדי לשמר את השוויון. יחס לאנשים מבוגרים צריך להיות אותו היחס לאנשים צעירים. אל על רוצה דיילים צעירים, ההבחנה הזו היא סטריאוטיפית ולא כלכלית ולכן היא לא מקובלת. אל על לא הוכיחה שנגרם לה נזק כספי.

**3.6.3 מעמד**

מהו המעמד של הזכות לשוויון? האם היא זכות יסוד? אם כן האם היא נכללת בחו"י כבוד האדם וחירותו(יש כמה עמדות):

1. **נגזרת מחו"י כהאו"ח** –ברק באל על נ' דנילוביץ–מעוגנת בדין הישראלי החקוק, מהכרזת העצמאות ועד חו"י כהאו"ח.
2. **יש להתחשב בכוונת המחוקק** הוא לא רצה שיכניסו את השוויון לתוך חו"י כהאו"ח אז הוא לא חלק (דורנר בפרשת מילר).

אבל יש גם מקרים של סיווגים חשודים: פגיעות בשוויון יוצרות פגיעה בזכות בחו"י כהאו"ח, למשל הזכות לכבוד (כאשר מפלים נשים, מיעוטים, ואז כתוצאה מהפגיעה בשוויון יש פגיעה בזכות חוקתית שהיא כבוד).

שוויון לא נכנס בתוך חו"י כהאו"ח אבל בנסיבות כאלה או אחרות הוא יכול לגרום לפגיעה בחוק היסוד.

1. **רק בסיווגים חשודים הזכות לשוויון תהנה ממעמד חוקתי** – זמיר באגודה לזכויות האזרח. זמיר עושה הבחנה בין **שוויון מנהלי** (פקיד העדיף את פלוני על פני אלמוני) לבין **שוויון חוקתי** (סיווגים חשודים). זמיר מבקש לשים הדגש על הפגיעה הקבוצתית שהיא הסבירה ביותר בהקשר של הפגיעה בשוויון.
2. **כשכרוך בהשפלה או בפגיעה באוטונומיה** – מודל ביניים של ברק תנועה לאיכות השלטון.

ההבדל העיקרי בין דורנר לזמיר: מבחינת תוצאה, הם מסכימים. אך מבחינת דורנר זה בדיעבד ומבחינת זמיר זה מלכתחילה.

1. **בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ**: הזכות לשוויון מעוגנת בדין הישראלי החקוק.

העובדות: חברת אל על מעניקה פעם בשנה כרטיס טיסה לעובדיה ולבני/בנות זוגם. דנילוביץ הוא הומוסקסואל שחי עם בן זוגו במשך מס' שנים ומנהל איתו משק בית. אל על החליטה שלא להעניק לבן זוגו כרטיס טיסה. דנילוביץ עתר לביה"ד לעבודה שקבע שזו אפליה אסורה לפי **חוק שוויון זכויות בעבודה** ומכאן העתירה של אל על.

**ברק**: הוראת החוק בהסכם הקיבוצי המפלה ע"ב נטייה מינית של בן הזוג היא **אפליה**. הזכות לשוויון **מעוגנת** בדין הישראלי החקוק, **החל מהכרזת העצמאות** ועד חקיקת **חוק יסוד כבוד האדם וחירותו**.

**גידי:** מכיוון שהחוק אוסר במפורש אפליה על רק נטייה מינית בתנאי עבודה לא היה צריך בכלל לדון במעמד הזכות לשוויון כזכות חוקתית, **אבל ברק מנצל את ההזדמנות כדי לומר שהשוויון כלול בכבוד האדם.**

1. **בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון**: אפליה ע"ר קבוצתי כפגיעה בכבוד ע"י השפלה (סיווגים חשודים).

גם בפס"ד זה מכיוון שהדיון הוא בהחלטה של הצבא ולא בחקיקה ראשית של הכנסת אין צורך לדון בשאלה האם השוויון כלול בחו"י כבוד האדם וחירותו אך דורנר טוענת שלאחר שהמחוקק בחר שלא להכניס את השוויון לתוך חוק היסוד, לא ראוי להשיבו לשם. היא קושרת בכבוד רק אפליה לרעה על רק קבוצתי (סיווגים חשודים), **משום שיש בה השפלה**. לא כל פגיעה בשוויון מגיעה לכדי השפלה, אבל כשכן – חוסר השוויון נכנס לתוך חו"י כהאו"ח. כמו במקרה הזה.

1. **בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**: שוויון במובן הצר (דת, גזע, לאום).

העובדות: במועצת מקרקעי ישראל 27 חברים מתוכם 6 נציגי ציבור מטעם הממשלה אשר אף אחד מהם לא ערבי. הדרישה היא לבטל מינויים של חלק מהנציגים ולמנות במקומם ערבים במטרה ליצור ייצוג הולם התואם חלקם באוכלוסייה.

**זמיר** מסכים עם דורנר בפס"ד מילר, אבל אומר שזאת לא תוצאה של האילוץ שהמחוקק לא הכניס את השוויון לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מבחינת דורנר, יש לכלול בחוקה את השוויון, אך היא מכילה רק את הסיווגים החשודים בגלל אילוץ (ההיסטוריה החוקתית). מבחינת זמיר, אין לכלול את השוויון בחוקה, והמצב הראוי הוא שיש לכלול רק את הפגיעה בשוויון בנסיבות של **סיווגים חשודים**. זמיר בעצם אומר שבמקרים של סיווגים חשודים יש יותר סיכוי לפגיעות, ואת זה צריך למגר. **השוויון לדעתו עומד בעינו רק בנגזרת מצומצמת של עילות שוויון גנריות ולא כזכות הנגזרת מהחלק לכבוד.**

1. **בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**: ברק מביע עמדה מתונה יותר מזו שהתחיל איתה.

העובדות: **חוק טל** – דחיית שירות צבאי לחרדים. הם פשוט דוחים כל הזמן את השירות עד שהם מגיעים לפטור צבאי.

**ברק**: **החוק פוגע בשוויון**. השירות הצבאי הוא חובה משפטית ומוסרית. הדחיה יוצרת אפליה ללא שוני רלוונטי המצדיק זאת. כדי לברר האם השוויון נכלל **בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו** יש לגשת **לפרשנות תכליתית** לחוק היסוד:

1. **מודל מצומצם**: רק פגיעות מובהקות הקשורות לאנושיות של האדם יכללו בזכות.
2. **מודל רחב**: הזכות לכבוד האדם מכלילה בתוכה את כל הזכויות.
3. **מודל ביניים**: זכויות אשר קשורות לכבוד בקשר ענייני הדוק יכללו בזכות זו.

ברק מביעה עמדה מתונה יותר: הזכות לשוויון נכללת בזכות לכבוד רק אם היא כרוכה בהיעדר השפלה או באוטונומיה. כלומר, אם מדובר על פגיעה בשוויון שכרוכה בהשפלה או באוטונומיה, הפגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד. יש פגיעה בשוויון במובן החוקתי. **פסק דין זה הוא העתירה הראשונה נגד חוק טל. בפועל, ברק מפעיל את הזכות לשוויון במקום שבכלל לא ברור שהוא קשור להשפלה או לאוטונומיה** **(כפי שמבקר אותו חשין בפס"ד).**

**3.6.4 סיווגים חשודים**

1. **חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א – 2000 ס' 3(א):**

מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי לא יפלה מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות.

1. **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח -1988, סעיף 2:**

חוק מסגרת **שאוסר על אפליה של בעלי מוגבלויות בתעסוקה**. מגדיר אפליה על **התאמות מקום העבודה** (רמפה, שירותים) וגם **דרישות העבודה** (תפוקה נמוכה יותר, פחות שעות עבודה). מי שלא מבצע התאמות אלו נחשב לכזה שמפלה.

**גידי:** מרכיב שוויון ההזדמנויות מסביר מהו חוסר ההגינות במצב הקיים – מטיל חובה מוסרית שעלינו להפוך לחובה חוקתית.

למה מחמירים בנסיבות של סיווגים חשודים?

1. גזע, מין, דת וכו' כמעט ואין להם זיקה לתכלית לגיטימית כלשהי.
2. באפליה על רקע השיוך הקבוצתי יש גם השפלה. כך אמרה דורנר במילר.
3. בפגיעה בנסיבות סיווגים חשודים, גם אם התכלית לגיטימית (שוני רלוונטי) יש נזק נוסף שנגרם והיא **שימור הסטיגמה ביחס לאותן קבוצות**. גם אם יש הצדקה זה מעמיק את ההסתכלות הסטיגמטית ביחס לאותה קבוצה. גם זה טיעון שדורנר העלתה במילר.

מהי המשמעות האופרטיבית של הפליה בנסיבות סיווגים חשודים:

לשיטת זמיר רק בנסיבות כאלה יש **פגיעה בשוויון החוקתי**.

לשיטת כולם: תהיה החמרה בדרישות למבחני פסקת ההגבלה כאשר מדובר בנסיבות של סיווגים חשודים. באיזה מובן ההחמרה?

* **במבחן המידתיות הראשון** – תידרש הוכחה ברור יותר מהרגיל לקיום קשר אמצעי מטרה (מצא במילר).
* **במבחן המידתיות השני** נפעיל מבחן מחמיר יותר. אם יהיו קיימים אמצעים חלופיים נעדיף אותם גם אם יקרים יותר ויעלים פחות. נהיה מכונים לשלם מחיר גבוה יותר.
* **מבחן המידתיות השלישי** – נשקול בכובד ראש אם התועלת עולה על הנזק – והנזק כאמור נעוץ בחיזוק הסטיגמה (דורנר במילר).
1. **רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי**: אפליה גם במקרה שהפגיעה היא בקבוצה החזקה (הגברים).

טענת המועדון: רעיון החוק היה להגן על קבוצות חלשות הסובלות מהפליה היסטורית (נשים) ושההפליה שלהם כרוכה גם בהשפלה ובפגיעה באוטונומיה, לא על קבוצות חזקות כמו גברים.

**דנצינגר**: אינו משתכנע. כוונת המחוקק הייתה הגנה על כלל הקבוצות. האפליה לטובה כלפי נשים מבוססת על סטריאוטיפ/סטיגמה שנשים חלשות יותר מגברים ולכן היא בעייתית.

**החידוש:** ביהמ"ש ישקול/יתייחס בחשדנות להבחנה בין קבוצות, גם במקרה שבו האפליה שננקטת היא לא כלפי קבוצה שנתפסת באופן היסטורי ככזו שנפגעת, אלא גם בקבוצה שהיא כביכול פריבילגית.

האם ביהמ"ש יכול להתערב גם כשההבחנה לא התבססה על קבוצת השתייכות מסוימת (לא על רקע סיווגים חשודים)?

1. **בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (2012)**: סיווג חשוד – לאום.

העובדות: **ס' 11(ב)** לפקודת מס הכנסה קובע רשימה פרטנית של יישובים שזכאים להנחות מס. ההטבות ניתנו לתושבי יישובים יהודים אך לא לשכניהם הערבים. **הטענה היא** **להפליה על רקע קבוצתי**.

השאלה המשפטית: האם הרשימה הקבועה בפקודה נגועה בהפליה בלתי חוקתית? ואם כן, מה נפקות אי-חוקתיות זו?

**בייניש**: הסעיף נוקט יחס שונה לשווים **ללא כל שונות רלוונטית**. זוהי אפליה שנמנית עם האפליות המובהקות שישנן. תוצאתה לוקה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר– על בסיס לאום, אשר גוררת עמה באופן מובנה **פגיעה בכבוד** ומעמידה אותם בעמדה נחותה. אפליה ע"ב לאום גוררת עמה באופן מובנה פגיעה בכבוד של תושבי שלושת היישובים ומעמידה אותם בעמדה נחותה.

**גידי:** נראה תמוה מאחר ואין פגיעה באוטונומיה או בהשפלה אם הפגיעה אינה על רקע סיווגים חשודים. כביכול ביהמ"ש לוקח את השוויון האריסטוטלי ומכניס אותו גם כשאין פגיעה באוטונומיה ובהשפלה.

1. **בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב נ' ראש הממשלה**: בחינת האפליה לפי תוצאותיה!

העובדות: העתירה הופנתה כנגד החלטת הממשלה לסווג אזורי עדיפות לאומית ובמסגרתם להעניק הטבות בתחומים שונים, ובהם בתחום החינוך.

הטענה: אפליה גיאוגרפית ע"ב לאום. רק 3 יישובים ערבים נכללים בסיווג כאשר קיימים עוד המון בסביבה.

**החידוש:** **ברק** בוחן את השוויון מבחינת תוצאותיה. **התוצאה המפלה מספיקה להפוך נורמה לאי שוויונית** (למרות שהשוני היה רלוונטי ולתכלית ראויה) **גם אם לא הייתה כוונה ליצור נורמה להפלות**. כלומר – תוצאה נשארת מפלה גם אם יש שוני רלוונטי.

**גידי מפרש את ברק:** ברגע שיש תוצאה מפלה הדבר מהווה אינדיקציה שמלכתחילה הייתה כוונה לבצע הבחנה בין יהודים ערבים.

**3.7 חופש הדת וחופש מדת**

**3.7.1 רציונל**

**הרציונאליים של הזכות לחופש דת:**

1. **הגנה על מצפונו של האדם**: חופש דת כנגזרת של תרבות ומצפון. כשמחייבם אדם לפעול כנגד מצפונו הדבר גורם לו לכאב ולסבל. החברה רוכשת כבוד ל'מצפוניסטים'.
* מניעת כאב וסבל – להכריח אדם לעשות מעשה שהוא סבור שאסור לו עלול לגרום לו לכאב וסבל רב. יש לחסוך מהאדם כאב וסבל.
* כבוד ל"מצפוניסטים" – נכבד ונעריך אדם שנכון לשלם מחיר כבד על סירובו או שמירה על מצפונו.
* תועלת בקיומם, נימוק תועלתני – לחברה צומחת תועלת מקיומם של אנשים מצפוניים. לרוב האנשים אין עקרונות ואנו מעריכים חיים המבוססים על עקרונות, ייתכן והחברה כולה תפיק תועלת מהם.

בעייתיות: הנימוק שבהגנה על מצפונו של האדם מתקשה להסביר מדוע הפגיעה במצפון מתרחשת כאשר פוגעים בחופש הדת. היא זקוקה להגנה גדולה יותר מאשר הפגיעה במצפון במקרים אחרים, שאינם קשורים לדת.

**גידי:** האם המצפון החילוני פגיע יותר מזה הדתי? גידי מאמין שיש להגן על המצפון החילוני והדתי כאחד ובאותה המידה, שניהם חשובים ופגיעים באותה מידה.

1. **הזכות לתרבות**: תאוריה חדשה יותר. ההגנה החוקתית תינתן תוך העדפת קבוצות מיעוט. הדת היא דוגמה מבוהקת לתרבות מקיפה שלהגנה עליה יש חשיבות עבור חברי התרבות (שפה, הרגלי לבוש, לוח שנה, מטבח ומנהגים).

מדוע היא חשובה?

* מרכיב חשוב מאוד בזהות שלנו.
* שימור התרבות/קיומה של התרבות חיוני למימוש הזכות לאוטונומיה – הזכות לבחור במקצוע הקשור לתרבות (מוהל) נובעת לעיתים מהתרבות עצמה. ללא אותה תרבות, הבחירה במקצוע לא הייתה אפשרית.
* אם מבקשים להגן על תרבות, מבקשים להגן על כל תרבות, וכיוצא מך תרבות דתית והגנה על חופש דת.

**הטענה של ספיר היא כי חופש המצפון היא טענה חזקה יותר בעוד שחופש התרבות היא טענה רחבה יותר.**

הדיון החוקתי הוא דו שלבי:

1. האם יש פגיעה בזכות? הכניסה לביהמ"ש.
2. האם יש הצדקה לפגיעה? כרטיס הניצחון.

המשקל של חופש הדת מבחינת מצפון גדול יותר מתרבות - יש חוסר עקביות בדרך שבה מפרש ביהמ"ש את הזכות לחופש דת.

איפה עומד ביהמ"ש ביחס לשני הרציונאליים?

**חופש דת** – כמעט ואין דיון מסודר בשאלת הבסיס לחרות זו. ניתן להסיק ממקצת הדיונים שהתקיימו בנושא שחופש הדת קרוב לחופש המצפון. ההגנה על חופש הדת איננה אלא נגזרת של ההגנה על הזכות לחופש מצפון.

בשנים האחרונות ניתן למצוא סימנים ראשונים להכרה בזכות לתרבות גם בהקשר הדתי אבל עדיין אין חיבור ברור של הזכות הזו לחופש הדת.

**הכיוון הכללי** – להכיר בזכות לתרבות בלי עדיין לעשות את השיוך לחופש הדת.

1. **דני סטטמן וגדעון ספיר, חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים**: הרציונלים של הזכות לחופש דת:
2. **תרומת הדת לפרט (למאמיניה)**: שביעות רצון מהחיים, יציבות לפרט, וודאות וקהילה תומכת.

הבעייתיות: הדת משיגה יציבות וביטחון על חשבון האוטונומיה (הפרט לא ממש את רצונו), הפרטים החלשים בדת משלמים את המחיר (אפליית נשים, דעות קדומות).

1. **תרומה של הדת לחברה**: **חיזוק הדמוקרטיה** (איזון כוח ע"י ארגונים או קהילות שיש להם כוח)**, תרומה ללכידות** (מרכיב גדול שלש ומרי דת כמרכיב לכידות)**, יכולה לספק השראה** (בעולם סיפוקים מהירים, הדת עוסקת ברוחניות ומספקת תשובות עמוקות, וגם אם לא מוצאת, עצם העיסוק של זה בחברה תורם לה). **נכונות להתנדב** (דתיים מוכנים להתנדב לעומת חילונים והדבר מחזק את ההון החברתי).

הבעייתיות: הדת יוצרת הרבה אנשים קיצוניים ולא סובלניים (גידי לא מסכים), לגבי לכידות – לא תמיד הכל ורוד, במדינות בהן יש ריבוי דתות דווקא נוצרים סכסוכים.

1. **הדת כמצפון**: האמונות העמוקות ביותר שיש לאדם, בנוגע למה מותר או אסור לעשות. רציונל זה מצמצם את חופש הדת. פעולה כנגד המצפון גורמת לסבל.

בעייתיות: חופש הדת כזכות נפרדת יוצרת לדתיים הגנה כפולה (דת + מצפון) לעומת חילונים (קר מצפון).

1. **דת כתרבות**: נגזרות: **הזכות לחירות, והזכות לזהות**. בדרך הזו חופש הדת רחב יותר, אך רוב לא יכול לטעון לפגיעה.
2. **ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני**: **שמגר**: "היבטיו השונים של חופש הדת והמצפון כוללים, בנוסף לחופש המחשבה והאמונה גם את "הזכות להגשים את צווי המצפון בדרך של פעולות"
3. **בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**: תקיפת חוק טל לראשונה.

תכלית החוק ראויה אבל לא מידתית. ביהמ"ש נמנע מלפסול את החוק שכן העדיף לתת ארכה ולבחון את ההשפעה שלו.

**ברק:** מתאר את התכליות שעמדו בבסיס החוק. ישנה הכרה בתרבות אך זו לא מתוארת במפורש כזכות ולא משויכת לחופש הדת. מניח תשתית רחבה וביחס לדת היא במקביל אליה ולא מהווה בסיס בשבילה.

1. **4124/00 בג"צ יקותיאלי נ' השר לענייני דתות**:

הסדר מסוים בתשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים שלומדים בכולל פוגע בשוויון. נקבע כי הסעיף שקובע את ההסדר לא ייכלל בחוק התקציב הבא.

**בייניש:** התרבות מתוארת כחלק מהזכות לאוטונומיה אבל לא נעשה קישור בינה לבין חופש הדת.

**3.7.2 היקף ומשקל**

מהו ההיקף והמשקל של חופש הדת?

ההיקף במונחי מצפון מצומצם יותר במונחי ההיקף של תרבות. במונחי משקל, חופש הדת במקרה של פגיעה במצפון כבד יותר מאשר מקרה של פגיעה בתרבות. התרבות כוללת הרבה אלמנטים בעוד חופש המצפון הוא עמוק יותר ונוגע למה חייב ומה אסור. ההגנה על התרבות רחבה יותר כי גם התרבות רחבה יותר.

**יותר עתירות יפלו במסגרת חופש הדת אם נלך במסלול של תרבות מאשר במצפון ביחס להיקף**. ביחס למשקל הדבר הפוך – מי שהמצפון שלו נפגע זקוק להגנה קשה יותר ממי שהתרבות שלו התערערה. תרבות יכולה להיות מאוימת בכל מיני צורות, והמדינה יכולה להתגמש בסוגיה אחת ולא באחרת. במצפון – יש נוקאאוט – הכל או כלום.

**משקל**: חופש דת כתרבות < **חופש דת כמצפון**

**היקף**: **חופש דת כתרבות** > חופש דת כמצפון

1. **בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה**: דת כחופש מצפון. ביהמ"ש לא מכיר עדיין בזכות לתרבות ולא מקשר אותה.

העובדות: סגירת כביש בר אילן בירושלים בשבתות ובחגים.

טענת הדתיים: אי סגירת הכביש פוגעת בחופש הדת.

**ברק**: אין פגיעה בחופש הדת. **הפגיעה אינה בחופש המצפון** – הדתיים אינם מחויבים לנסוע בשבת ובטח שאינם מחויבים שלא לשמור שבת. אם יש פגיעה היא לכל היותר ב**רגשות הדתיים**.

**שורה תחתונה:** ביהמ"ש לא הכיר בטיעון כמבוסס על חופש הדת. הוא נתן תיאור שיכול לבסס רציונל של תרבות אך בשלב זה עדיין לא הכיר בזכות לתרבות ולכן לא נתן משקל של זכות למה שתיאר.

1. **בג"ץ 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גשח"א ראשון לציון**:

העובדות: מחלוקת לגבי כיתוב לועזי על מצבות – הדתיים אומרים שתהיה פגיעה בחופש הדת אם יהיה כיתוב בלועזית.

**ברק**: אין פגיעה בחופש הדת. מסרב להכיר באינטרס של חברה קדישא ככזה הנופל בתוך תחומי חופש הדת, תוך שהוא מפרש את הפירוש המצומצם. **חברה קדישא לא מחויבת בעצמה לחרוט על המצבות ולכן הם אינם מפרים כל חובה דתית**.

**אנגלרד** (מיעוט): השאלה הגדולה שניצבת היא שאלת היחס בין חופש הדת מצד אחד(של חברה קדישא) לבין הזכות לחירות של משפחת המנוחה. אומר כי **כפייה לנהוג בניגוד לדין הדתי שעליו הגוף אמון מהווה פגיעה חמורה בחופש הדת**.

**גידי:** אם חברה קדישא היו טוענים שבעצם העובדה שמונעים למנוע חילול השם יש פגיעה במצפון אזי היה ניתן להגיד שכל מה שהחילוניים עושים מהווה פגיעה במצפון של הדתיים. **האם ניתן היה לטעון לפגיעה בזכות לתרבות**? לדעת גידי לא שהרי כדי לטעון לתרבות אתה צריך להיות מיעוט ודווקא בבתי קברות לדתיים יש רוב ולחילונים יש מיעוט!

1. **בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה**:

העבודות: שידור סרט תיעודי על חייהם והשקפותיהם של דתיים בשבת.

**ברק**: אין פגיעה בחופש הדת. שידור הסרט **אינו כרוך בחילול שבת בפועל** ע"י מי שנמצאים בסרט. אף אחד לא הפריע לדתיים לקיים את הלכת השבת. מדובר **בפגיעה ברגשות** לכל היותר.

**דורנר** (מיעוט): פגיעה ברגשות לא מצדיקה קבלת העתירה אבל כאן יש פגיעה בחופש הדת גם ע"י צד ג' (הרב) ומבחינתם זה מחייב. אמות המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, לא הולמות איזון בין זכות לזכות. אם אין אפשרות לקיום בצוותא של הזכויות המתחרות (חופש הביטוי וחופש ודת) תגבר הזכות שתוצאת הפגיעה בה לפרט חמורה יותר.

**העתירה נדחתה.**

**המכנה המשותף למקרים עד כה**: פרשנות מצמצת לחופש הדת. תופסת אותו במונחי ההגנה על המצפון. העמדה שברק הציג מתיישבת עם מצפון אך מתיישבת פחות עם הרציונל של תרבות.

1. **בג"ץ 1031/93 פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים**: זכות לתרבות.

העובדות: ברזילאית בת הדת הספיריטואליסטית שהגיעה לארץ והתגיירה בגיור לא אורתודוקסי, נישאה לישראלי ומבקשת לקבל אזרחות ותעודת עולה מכוח חוק השבות ולהירשם כיהודית במרשם האוכלוסין. פנייתה נדחית.

**שמגר**: חופש המרת הדת מוגן במסגרת חופש הדת ולכן החלטה של תושב או אזרח להמיר את דת צריכה להיות חופשית מהתערבות ומהסדרה של המדינה. **השלילה של הזכות להירשם כיהודי ממי שעבר גיור לא אורתודוקסי מהווה פגיעה בחופש הדת**. צריך להתייחס לפקודת ההמרה במובנה הצר- יש פגיעה בתרבות של הקבוצות הרפורמיות כי הן מיעוט בישראל.

**טל** (מיעוט): התנאת הרישום כיהודי ע"פ חוק המרשם והעמקה של מעמד עולה ע"פ חוק השבות לא פוגעת בחופש הדת של המתגייר.

**סיכום ביניים:** שאלנו מה **הרציונליים** של חופש הדת – זכות לתרבות או חופש מצפון. **היקף** - הזכות לתרבות רחב יותר מחופש המצפון. **משקל** – פגיעה במובן של חופש המצפון קשה יותר מזכות לתרבות. ראינו שיש **סימנים** של בהמ"ש להכיר בזכות לתרבות. אבל בקשר שלה לחופש הדת ראינו שברק לא מכיר בחיבור הזה **מנגד**, פס"ד פסרו-גולשטיין ראינו ששמגר מפרש את חופש הדת במובן הרב (בהמשך גם ברק בנעמת כך). כלומר, יש כאן חוסר עקביות מצידו של ברק.

**חופש מדת:** רציונאלים והיקף – דין רצוי

התפיסה שמופיעה בשורה של פסקי דין, היא שחופש מדת הוא נגזרת מובנת מאליה של חופש הדת, כ"תאומים סיאמיים". אבל, זו טענה לא נכונה או משכנעת. היא נובעת מתחושת **הסימטריה** שאנחנו אוהבים. לכן אנחנו מניחים שאם יש לנו את הזכות למשהו, יש לנו את הזכות להיפך. אם יש זכות למשהו זה לא אומר שיש גם זכות להימנעות מהזכות הזו.

הזכות לחופש דת לא מבוססת רק על הערך של האוטונומיה האישית, אלא גם על מצפון ותרבות, אין בסיס להניח שזה יפעל גם כלפי חופש מדת. זה לא מובן מאליו שיש חופש מדת. **יש לבחון אם הוא קיים דרך שני הרציונלים של חופש הדת:**

**תרבות**- הזכות עומדת לקבוצות תרבותיות קטנות שהקיום שלהן מאוים. היא לא עומדת לקבוצות גדולות שהקיום שלהן לא מאוים. הן לא זקוקות להגנה. כל עוד הדת היא המיעוט וחילוניות היא הרוב, להגיד שהחילוניות צריכה הגנה זה לא דבר משכנע.

**מצפון**- (לפי גידי, לא לפי הפסיקה, דין ראוי) יש לפרש את החופש מדת, כמו את חופש הדת, בצמצום. לא ברור מה תהיה הטענה, מתי אדם יגיד שיש פגיעה במצפון שלו בנוגע לחופש מדת?

1. חוק שנחקק מנימוקים דתיים.
2. חיוב להשתתף בריטואלים דתיים(כמו: חתונה).

האם הנ"ל מהווים פגיעה בחופש המצפון של החילונים?

**לדעת גידי,**

1. חקיקה מנימוקים דתיים(סגירת כבישים בשבת וכו') אינה כרוכה בפגיעה במצפון מפני שהמדינה כופה/אוסרת על האזרחים דברים רבים גם כן.
2. החובה להשתתף בריטואלים דתיים יש בה אלמנטים של פגיעה במצפון כי העיקרון הבסיסי של החילוני הוא שהוא חי לפי ההבנה האוטונומית שלו. על עקרון זה הוא נאלץ לוותר כאשר כופים עליו בשיקול דתי.

זה ששיקולים דתיים נבדלים משיקולים חילוניים, זה כשלעצמו אינה הנחה ברורה. **לדעת גידי** היא לא משכנעת. שופטי העליון כנראה כן קיבלו אותה וקבעו שחקיקה מנימוקים דתיים מהווה פגיעה בחופש מדת.

מהי עמדת ביהמ"ש הישראלי?

1. **פס"ד מדינת ישראל נ' קפלן (1987, בימ"ש השלום):**

מדובר בבית קולנוע בירושלים שפועל בשבת בניגוד לחוק העזר.

**פרוקצ'יה:** פוסלת את חוק העזר, כי היא אומרת שאין שיקולים סוציאליים, המטרה היא רק דתית. אין פגיעה בדת, אלא רק ברגשות. אם זה מבוסס רק על שיקולים דתיים, חוק העזר לא תקף. מהחשש שילכו אחריה ויפסלו חוקי עזר עירוניים, מתקנים את פקודת העיריות ומוסיפים סעיף שקובע שניתן לקבוע הוראות שמבוססות על הדת.

1. **בג"צ 10907/04 סולדוך נ' עיריית רחובות**:

העובדות: עתירה של תושבים "חילוניים" כנגד הקצאת מגרש באזור מגוריהם, לצורך הקמת מדרש תורני במקום.

הטענה: ההקצאה האמורה פוגעת בחופש מדת.

**פרוקצ'יה:** כוללת את החופש לאמונה דתית תחת הזכות לכבוד כאוטונומיית הרצון הפרטי, לא כחופש מדת. ובמקביל היא קובעת כי לחופש האמונה והמצפון של האדם פן נוסף. בצד חופש הדת מוכרת זכותו של האדם לחופש דת. זכותו של האדם החילוני **ל"חופש דת" הינה חלק מזכותו לכבוד אנושי, ולחופש מפני כפייה דתית.**

**3.8 חופש הביטוי**

**3.8.1 רציונל ומעמד**

**הרציונליים לחופש הביטוי (לפי מה שנדון בכיתה ולפי מאמרה של אילנה דיין-אורבך)**:

1. **גילוי האמת**: חופש הביטוי הכרחי לגילוי האמת. הדרך היחידה לגילוי האמת היא באמצעות היכולת לתת לכולם להגיד את האמת שלהם ואז להכריע מהי האמת 'האמיתית'.
* השתקת האמת: אין טעם להשתיק את האמת כי בסופו של דבר היא תצוץ ותתגלה.
* יש מקום גם לשקר להיאמר: כדי שהאמת תהיה חזקה עליה להתמודד עם טענות כזב.
* דעות סותרות מתבררות כמשלימות אחת את השנייה: חייבים לתת לשתיהן להישמע.

**בעייתיות**:

* מה ההבדל בין דיבור להתנהגות? אם נותנים לכולם לדבר אז למה שלא נגלה את האמת דרך מעשים? רחב מידי.
* שוק חופשי – טיעון חקר האמת השפיע במאה ה-19 על השוק החופשי. תנו להם להתווכח – הממשלה חייבת להתערב.
* תועלת מול נזק – החובה להשתיק דעה מסוימת כי אולי לטווח הארוך היא אמת אבל בטווח הקצר כולם יאמינו לשקר.
1. **קידום הדמוקרטיה**: דמוקרטיה נתפסת כעקרון הממשל העצמי של האזרחים מחייבת את האזרחים בהיחשפות של כמה שיותר דעות, עובדות ונתונים כדי שכל אחד יוכל לגבש את דעתו.

החולשה: הרציונל הזה מחייב הגנה חזקה רק על חופש הביטוי הפוליטי ולא סוגי חופש ביטוי אחרים.

בתגובה, ניתן לטעון שאכן יש להעניק מידה רבה יותר של הגנה דווקא לביטוי הפוליטי, מהסיבות הבאות:

1. הגבלת הביטוי הפוליטי מונעת או פוגעת במנגנוני השינוי. אם קיימת הגבלה על חופש הביטוי המסחרי ניתן עדיין להתבטא בגנות המגבלה ולנסות לשנותה. **אם קיימת הגבלה על הביטוי הפוליטי, לא ניתן יהיה לשנות דבר.**
2. כפי שהסברנו, הענקת מעמד חוקתי לאינטרס מבוססת על שני פרמטרים: חשיבות ופגיעות. בהתאם, ההגנה על חופש הביטוי ראויה להיות מרבית במקומות בהן סביר שתוגבל. היסטורית והגיונית הביטוי הפוליטי הוא סוג הביטוי לגביו עלול הממשל להיות כופה ומגביל.
3. **מימוש האוטונומיה של הפרט**: חופש הביטוי הוא חלק מתהליך המימוש של האדם. אדם ממש את האוטונומיה שלו בעזרת חופש הביטוי.

הביקורת: האדם מממש את עצמו באמצעות דרכים רבות. כתוצאה מהרחבה גדולה מידי של מושג האוטונומיה אנו למעשה מרדדים אותו.

**מעמד חופש הביטוי**: חופש הביטוי מלכתחילה אפילו לא נכנס לתוך הדיון על חו"י כהאו"ח, אבל בימ"ש קורא אותו בזכות לכבוד.

1. **בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים**: ביהמ"ש מציב את חופש הביטוי בתור זכות.

**אגרנט**: חופש העיתונות הוא צורה ספציפית של חופש הביטוי. עקרון חופש הביטוי קשור עם ההליך הדמוקרטי. הזכות לחופש הביטוי היא בעלת חשיבות מכרעת למימושן של חירויות אחרות.

1. **בג"ץ 4463/94 גולן נ' שירותי בתי הסוהר**:

העובדות: אסיר שביקש משב"ס להתיר לו לפרסם במקומון טור אישי או סדרת כתבות על חיי בית הסוהר אך מסורב.

**מצא**: חופש הביטוי מעוגן בתוך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בגלל רציונל האוטונומיה של הפרט.

**דורנר**: מתייחסת לחופש הביטוי כמו שהתייחסה לשוויון בפרשת מילר – יש מקרים בהם פגיעה בחופש הביטוי תהיה בממד של **השפלה** ואז תפגע בכבוד ותקבל הגנה מתוקף חו"י כהאו"ח. רואה בפגיעה בהגשמה עצמית (אוטונומיה) כפגיעה בכבוד במובן של השפלה. השפלה תוכל שתבוא במקרים שבהם מונעים מאדם **מימוש עצמי** (חיזוק רציונל האומנות).

**גידי:** כל הדיון היה סוג של **אוביטר** כי הדיון לא היה אם לפסול או לא לפסול את החוק ולכן לא באמת היה רלוונטי.

1. **בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל**:

**ברק:** לא כל היבטיה של הזכות לחופש הביטוי נתפסים תחת כבוד האדם, אלא רק ההיבטים שנגזרים מכבוד האדם. זכויות לא מנויות נכללות ככל שהן רלוונטיות בהיבטים של אוטונומיה.

1. **בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (2015)**: פגיעה בחופש הביטוי במובנו בכבוד האדם.

העובדות: עתירה לביטול **חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם**. ס' 2 לחוק קבע כי פרסום קריאה להטלת חרם על ישראל מהווה עוולה נזיקית. בנוסף, מי שביצע עוולה כזו בזדון, ביהמ"ש רשאי לחייבו בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק.

הטענה: החוק פוגע בזכויות חוקתיות שונות ביניהן חופש הביטוי ולא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

**מלצר**: טוען שאכן ניתן להצביע על פגיעה בחופש הביטוי במובנו החוקתי אך עם זאת אין פגיעה במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי מאחר וההגבלה היא רק על השתתפות ופרסום להשתתפות לחרם על ישראל. מציע הבחנה בין 2 סוגי ביטוי:

1. **ביטוי מטרתו לשכנע** 2. **ביטוי שמטרתו לכפות**.

במקרה הנוכחי קריאות לחרם אינן עולות על התכלית הקלאסית של חופש הביטוי. הן אינן מיועדות לייצר דיאלוג אלא לכפות על מדינת ישראל התנהגות מסוימת. בכל מקרה, אומר שיש פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי ולכן מקבל חלק מהעתירה ופוסל את קביעת הפיצויים העונשיים. פיצוי עונשי יקרב את זה לתחום הפלילי וזה ירתיע הרתעת יתר.

**3.8.2 היקף**

מהו היקפו של חופש הביטוי?

בישראל הנטייה אותה ביסס השופט ברק היא **להרחיב את תחום הכיסוי העקרוני של חופש הביטוי** באופן כזה שהזכות תכלול את כל סוגי הביטוי. השופט ריבלין קבע במפורש **ברע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר** *"תפישה המוציאה קטגוריות שלמות של ביטוי מגדרה של ההגנה החוקתית זרה לשיטתנו.. החרגה כזו מסכלת כל אפשרות לקבוע באורח חופשי והגיוני היכן תוצב נקודת האיזון".*

**הסתה**:

**ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל**: ביטוי גזעני מסית לא נכלל בחופש הביטוי. **הערעור נדחה**.

העובדות: הרב אלבה הורשע בבימ"ש מחוזי בעבירה של הסתה לגזענות לפי ס' 144ב בעקבות מאמר שפרסם בנוגע להלכות הריגת גוי. נקבע שמטרת המאמר הייתה להסית לגזענות ולשכנע שמותרת פגיעה בערבים. אלבה ערער לעליון.

**ברק**: אומר ש**צריך 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.

**דורנר וברק:** חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי- גם הגזענות נכללת בתוך חופש הביטוי. **נפגע בחופש הביטוי רק אם יש הסתה לגזענות**.

**מצא** (רוב): הביטוי הגזעני הוא מחוץ להגדרה של שיטת המשטר הדמוקרטי ושערי חופש הביטוי מעולים בפניו.

**לשון הרע**:

**ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא**: לשון הרע נכנס בתוך חופש הביטוי.

העובדות: אבנרי כתב ספר 'הגביר' אודות שפירא שהיה ראש אגודת ישראל, ח"כ ויו"ר ועדת הכספים שלה. שפירא מבקש מאבנרי שייתן לו לעיין בספר טרם פרסומו אך הוא מסרב. שפירא טוען ללשון הרע ולאחר הסירוב ביהמ"ש מוציא צו מניעה לפרסום הספר. אבנרי מערער לעליון וגם זוכה.

**ברק**: פרסום שיש בו לשון הרע נכלל בתוך חופש הביטוי. מאותה סיבה של מניעה מוקדמת וסנקציה מאוחרת: אי אפשר לדעת מראש שהדבר יהווה לשון הרע ויפגע בשם הטוב ולכן לא נעניש מראש ולא נגביל את חופש הביטוי.

מתי כן ניתן להוציא צו מניעה זמני? אם קיימת עוולה אזרחית בוודאות גבוהה, או כשהתובע הוכיח שקיימת עבירה.

**פס"ד כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור (1985):**

העובדות: ניסיון להגביל את הביטוי הגזעני של כהנא. לא לשדר או לסקר אמירות שלו.

**ברק:** השיקולים: **חקר האמת**- קשה לראות כיצד דיבור גזעני ישמש את חקר האמת. גם לא ברור איך זה יסייע להגשמה עצמית. ביטוי גזעני פוגע בהגשמה עצמית של קבוצות מסוימות בישראל. בנוגע לטיעון הדמוקרטי, גם היא עשויה לתמוך בהוקעת הדיבור הגזעני. למרות כל זאת, **ברק אומר כי כל שלושת הרציונלים מתקיימים גם בביטוי הגזעני**.

**גידי:** ההבדל בין כהנא לאבנרי הוא שברק מתבסס על טענה 2 בכהנא- אם הוכחה עבירה ניתן למנוע את הביטוי.

שני פסקי דין אלה נכתבו **לפני** חקיקת חו"י כבוד האדם וחירות: בחו"י זה **נכללת הזכות לשם טוב של האדם** (במובן הצר). בפרשת גנימאת למדנו **שצריך לקרוא חוקים לאור חו"י** ולכן לדעת גידי כיום אמורה להיות לזכות לשם טוב מעמד גבוה יותר מאשר לחופש הביטוי שלא כלולה בחו"י זה באופן מפורש. בפועל לא נראה שבפסיקה חל שינוי .

סיכום: הגישה השולטת היא **שכל סוגי הדיבור**, כולל המאוסים, נופלים בגדר חופש הביטוי, לצד ההשלכות שנובעות מכך.

**3.8.3 איך פוגעים בזכות?**

1. **בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות**:

העובדות: 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** (מיעוט): מניעת תמיכה בפסטיבל במוזיקה כנסייתית בגלל התוכן פוגעת בחופש הביטוי.

**קיסטר**: לגבי חופש הדיבור (הביטוי), כל אמרגן יכול לבצע כל יצירה שהוא רוצה. **השאלה היא אם זה ראוי שמשלם המיסים הישראלי יתמוך במימון של זה**. אין מקום לצוות על המשיבים להקציב כספים לעותרת ועל ידי כך לקפח מוסדות שאולי ראויים יותר מבחינת צרכי המדינה לתמיכה. **אין פגיעה בחופש הביטוי, העתירה נדחית.**

1. **בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר**:

העובדות: **חוק יסודות התקציב** מסמיך את שר האוצר להפחית תקציבים של גופים מתוקצבים שהוציאו הוצאה שבמהותה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.

הטענה: פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, האמנותי והאקדמי. האיסור על רקע תוכן בלבד לא מתיישב עם **מבחן הוודאות הקרובה** שהתקבל בפסיקה.

המדינה: אין פגיעה בחופש הביטוי. לעותרת יש חירות לבצע פעולה העומדת בניגוד לחוק, אולם החוק מאפשר לשר האוצר להחליט שהמדינה לא תממן את זה.

**נאור**: דוחה את העתירה **מחוסר בשלות**. החוק טרם הופעל ואין לדעת מתי ובאילו נסיבות יעשה שר האוצר שימוש בסמכותו, וההחלטה שלו תתקבל רק אחרי חוות דעת של היועמ"ש למשרד האוצר והמלצה של צוות מקצועי. בעצם ביהמ"ש לא הכריע האם שלילת תמיכה מהווה פגיעה בחופש הביטוי.

1. **בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת**: חוק החרם. ביטול ס' מחקיקה ראשית מאחר ופוגע בחופש הביטוי.

**מלצר**: אומר שיש פגיעה בחופש הביטוי כי הסעיף קובע סנקציות אזרחיות ומנהליות בגלל ביטוי פוליטי. החוק מגביל את החירות הפוליטית. עם זאת, הפגיעה בחופש הביטוי לא מאוד משמעותית. סע' 1 לחוק החרם אומר שרק קריאות לחרם שיכולות להיחשב "חרם על מדינת ישראל" יאפשרו הפעלת הסנקציה שבחוק. קביעת מידותיו של הכניסה לס' זה היא **מלאכה פרשנית**. יש להתייחס ללשון החוק אך גם לתכלית החוק ולהידרש לעקרונות היסוד של השיטה וההגנה על זכויות האדם.

**דנצינגר**: במשפט האמריקאי ההגנה על חופש הביטוי היא רחבה יותר ואין ליישם את הכללים האמריקאים אצלנו כמו שהם אבל העקרונות ודרכי הניתוח של המשפט האמריקאי הן רלוונטיות. אולם בסופו של דבר ההכרעה היא "תוצרת הארץ" ורק כללי המשפט הישראלי הם העומדים בבסיס ההכרעה.

**3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור**

היחס של חופש הביטוי למול אינטרס הציבור – **איזון אנכי**:

1. **בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים**: **מבחן הוודאות הקרובה** לפגיעה בביטחון המדינה.

העובדות: החלטת שר הפנים לסגור את העיתון הקומוניסטי 'קול העם' בעקבות גינויו את מדיניות ממשלת ישראל בתמיכתה במלחמה האמריקאית בקוריאה.

פסק הדין מורכב מ-4 חלקים:

1. **ביצור 2 עקרונות יסוד חשובים – חופש הביטוי** והאופי הדמוקרטי של המשטר. הכרה במעמד של חופש הביטוי כזכות יסוד מכוח המדינה הדמוקרטית שלנו. חופש הביטוי הוא פועל יוצא של היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית.
2. **חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת ולכן יש לאזן אותה עם ערכים אחרים**.
3. **עיצוב נוסחת האיזון**: מציין כי המחוקק אומר לנו איך לאזן אבל יש מקרים כמו המקרה שלנו שזה לא מספיק מפורש – כי יש את המילה **עלול** שהיא מופשטת אז ביהמ"ש יאזן. **אגרנט** קובע את **מבחן הוודאות הקרובה** – האם יש הסתברות גבוהה שהאינטרס ייפגע? כך אגרנט נותן הגנה יותר חזקה לחופש הביטוי.
4. **יישום המבחן על המקרה**: אין וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה ולכן שר הפנים צריך לחזור בו מהחלטתו.

**פרשת קול העם הופכת לדוגמת המופת באופן בו מתמודדים בנסיבות של פגיעה בזכות. ביהמ"ש העליון בפרשה מאוחרת יותר אומר שהמבחן של פרשת קול העם יחול גם כשלא מדובר במילה הספציפית "עלול", הוא משקף גישה עקרונית לאיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור.** (השופט ברק בפרשת שניצר).

1. **בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20**:

העובדות: מפלגת ישראל ביתנו רוצה לחלק בחינם עלונים של המגזין הצרפתי 'שרלי הבדו' כחלק מקמפיין המפלגה.

התקיפה כנגד **ס' 8 לחוק דרכי התעמולה** שקובע שאסור לתת מתנה במהלך תעמולת בחירות.

**סולברג**: חושב שלא צריך להיצמד לגישה דווקנית של המושג מתנה. המבחן שצריך להפעיל הוא **מבחן מהותי** – האם החפץ שמחלקים לבוחר הוא קליפה או תוכן. האם העיקר הוא בערך הכלכלי ואז הוא מתנה או שהעיקר הוא בכושר השכנוע שלו. הגיליון המיוחד שהמפלגה מחלקת היא אינה מתנה **אלא היא עצמה התעמולה**. היא לא משפיעה על הבוחר ואינה טובת הנאה שמטרתה לשכנע. בחלוקת הגיליון לא מתקיימת **ודאות קרובה וגם לא סבירה** או ממשית בטוהר הבחירות. **מניעת חלוקתו תפגע בחופש הביטוי במידה העולה על הנדרש**.

סיכום: ביהמ"ש קובע שלא מדובר במתנה ולכן מותר לחלק אותו במסגרת הקמפיין הפוליטי של המפלגה.

1. **בג"צ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל**:

העובדות: בתוכנית הרדיו יומן השבוע נכלל ראיון עם הרב חיים מילר, סגן ראש עריית י-ם וממלא מקומו. הרב כינה בראיון את **דגל המדינה "מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו".**

העותר ביקש מהיועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה משטרתית בעניין התבטאותו, על מנת שאם יימצא כי אמירתו פגעה בכבוד הדגל והמדינה, הוא יועמד לדין על עבירה לפי **סעיף 5 לחוק הדגל והסמל**.

היועץ המשפטי החליט כי אין מקום לנקוט הליכים פליליים נגד המשיב.

**חשין:** לכאורה עולה מדבריו של המשיב כדי עבירה בכבוד דגל המדינה. המשיב טוען כי הוא התנצל על דבריו, וכי דבריו הוצאו מהקשרם. קשה לקבל טענה זו, שכן כיצד כינוי הדגל כ"סמרטוט" יכול להתקבל בכל הקשר שהוא, לא כביטוי של פגיעה? יתר-על-כן, לא נמצא שדבריו הוצאו מהקשרם אלא הפוך- הקשר הדברים מחזק את המסר שביקש להעביר. מיד לאחר שפורסמו דבריו, ראש עריית ירושלים הודיע שיפטר את המשיב אם לא יכתוב מכתב התנצלות חד משמעי. במכתבו כתב כי "דברי פורשו בניגוד לכוונתי". התנצלותו אינה התנצלות. התנצלות פירושה בקשת סליחה ללא סייג וללא תנאי. המשיב לא התנצל על אמירתו הבוטה, ולטענתו דבריו פורשו בניגוד לכוונתו, כאילו הם ניתנים לפירוש אחר. גם מי שאינו מאינו מקרב עצמו למנעמי-שלטון אסור לו שיכנה את הדגל כפי שכינה המשיב, קל וחומר המשיב שהוא משרת את הציבור, ומילא את תפקידו של ראש עיריית ירושלים.

**לבסוף חשין מצטרף לשופטי הרוב ודוחה את העתירה משום שני טעמים**: הראשון כי דבריו של המשיב לא נאמרו בכוונת זדון לפגוע ולבזות. השני, כי אין זה ראוי שביהמ"ש ייתן את שיקול דעתו תחת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אלא במקרים יוצאי-דופן, וענייננו אינו מן המקרים הללו.

**גידי:** חשין מעביר את מרכז הכובד מחשיבות הסמל עבור המדינה לחשיבותו עבור אזרחיה כפרטים. תחת פרשנותו החוק הופך למקרה ספציפי של פגיעה ברגשות ולא של פגיעה במדינה. האם זו באמת הכוונתו המקורית של החוק? לטעמו של גידי, התשובה היא לא. **החוק נועד למנוע ביזוי של סמלי המדינה, לא פגיעה ברגשות הציבור**. אם כך, מדוע חשין מפרש כך? כדי לשמור בכל זאת על רגשות הציבור.

**3.8.5 חופש הביטוי ערכים אחרים**

כיצד מתמודד ביהמ"ש בסיטואציות של התנגשות בין חופש הביטוי לזכויות אדם אחרות?

הזכויות המרכזיות שמתנגשות עם חופש הביטוי – **הזכות לשם טוב** (חוק לשון הרע) **והזכות לפרטיות** (חוק הגנת הפרטיות). בשניהם נקבעו הגדרות רחבות לנסיבות בהן ייחשב ביטוי בלשון הרע או פגיעה בפרטיות.

לביהמ"ש עדיין נותר מקום של שק"ד – במקרים בהם המחוקק נוקט לשון עמומה או במקרה שהמחוקק העניק שק"ד.

בפרשת חברת חשמל נ' עיתון הארץ 1977 **שמגר** סבר צריך **להעדיף את הזכות לחופש הביטוי** על פני הזכות לשם טוב. בד"נ החלטתו נדחתה אך בפסיקה מאוחרת דעתו שבה והתקבלה – חופש הביטוי מקבל עדיפות.

בע"א 751/10 פלוני נ' דיין אורבך אומר **ריבלין** שעמדתו של שמגר אומצה בפסיקה – **בתחרות שוות משקל תמיד תגבר הזכות לחופש** **הביטוי**.

1. **ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא**: לשון הרע נכנס בתוך חופש הביטוי. במקרה של ספק – חופש הביטוי גובר!

העובדות: אבנרי הוא עיתונאי, שפירא הוא ח"כ במפלגת 'אגודת ישראל' ויו"ר ועדת הכספים. אבנרי עמד לפרסם ספר אודות שפירא בשם 'הגביר' אשר תוכנו אינו מחמיא לשפירא.

**ברק**: למרות שהמחוקק קבע את האיזונים **בחוק לשון הרע**, לפעמים לביהמ"ש יש בכל זאת **סמכות לאזן**:

1. כשהפירוש של המחוקק לא ברור בדיוק – לשון עמומה.
2. כשהוראות החוק המאזנת מעניקה באופן מפורש ומשתמע הענקת סמכות לביהמ"ש.

נותן עדיפות לחופש הביטוי כיוון שפה הוא **מבוסס על דמוקרטיה**- הזכות לשם טוב היא מראש פחות חשובה.

ביהמ"ש שולל כמעט לחלוטין את האפשרות למניעה מוקדמת בדרך של מתן צו גילוי מסמכים. במקרה של ספק – צריך לנטות לטובת חופש הביטוי.

**הלכת אבנרי:** מניעה מוקדמת של ביטוי, גם אם לצד השני עומדת הזכות לשם טוב, תעשה רק במקרה שבו נגיע למסקנה שקיימת **קרבה לוודאות סבירה** לפגיעה בשם טוב (**מבחן אנכי**). מעניק לחופש הביטוי **מעמד עליון** על פני זכויות אחרות.

האם העדפה של ברק לחופש הביטוי על פני זכות לשם טוב ממשיכה להיות לגיטימית גם אחרי שהזכות לשם טוב **שודרגה** במסגרת **חוק יסוד כבוד האדם וחירותו**?

1. **בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל:**

**ברק (אוביטר)** – המעמד החדש של הזכות לשם טוב (חלק מזכות כבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פרסומים שיש בהם פגיעה בשמו הטוב של האדם.

1. **רע"א 10771/04 רשת נ' אטינגר**: אין לייחס לחקיקת חו"י כהאו"ח שינוי במעמדו הדמוקרטי של חופש הביטוי נוכח מעמדו.

**בייניש**: האם חל כרסום בהלכת אבנרי בשל היות הזכות לשם טוב מעוגנת בחוק יסוד? בייניש לא מכריעה בעניין שכן אין זה נדרש להכרעת פסק הדין.

1. **ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית**: הזכות לפרטיות ושום טוב במישור הפרטי גוברת על חופש הביטוי

העבודות: מרצה באונ' העברית שפרסם 'אוטוביוגרפיה' ובה מתוארים בין היתר יחסים אינטימיים בינו לבין סטודנטית שלו. בביהמ"ש המחוזי זכתה פלונית.

עיקר הדיון נסב סביב השאלה מהו האיזון הראוי בין **חופש הביטוי** לבין **הזכות לפרטיות ושם טוב** מהצד השני.

**סולברג** דוחה את הערעור – כאשר מדובר בחופש הביטוי למול הזכות לשם טוב במישור הפרטי, לא צריך לתת לחופש הביטוי עדיפות. העדפה של חופש הביטוי מול שאר הזכויות, **כבר לא רלוונטית** לאחר חקיקת חו"י כבוד האדם.

איך אפוא יש לאזן? משיב סולברג – באמצעות **מבחן המידתיות השלישי** – תועלת מול נזק.

ואיך מאזנים בפועל? 3 אמות המידה: לחשיבותה של הזכות, להסתברות הפגיעה או הגשמתה של הזכות ולעוצמת הפגיעה או ההגשמה.

\*מה עושים היום בהתנגשות בין זכויות? באחד מפס"ד דורנר אומרת שמבחני פסקת ההגבלה לא מתאימים להתנגשות זו. הרי איזו זכות פוגעת איזו זכות? באופן עקרוני אין מניעה להשתמש **במבחני המידתיות גם בהתנגשות בין 2 זכויות** (בדגש על האפשרות לחפש אופציה של **פשרה** במבחן השלישי [ברק בבית סוריק]).

\*אין עדיפות בין זכויות לא מנויות למנויות.

שימו לב: נוסף על שינוי במעמדן היחסי של הזכויות, יש שינוי גם במנגנון האיזון (שימוש במונחים ממבחני המידתיות).

**3.8.6 יחסי פרט-תקשורת ציבורית**

1. **בג”צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור** :

העובדות: רשות השידור החליטה לבדוק ראיונות עם כהנא או ציטוט הצהרות מפיו ולהתיר לשידור רק ידיעות בעלות אופי חדשותי מובהק, במטרה להבטיח שכלי התקשורת הממלכתיים לא ישמשו במה להשמעת **דברי הסתה נגד אזרחים ולהצהרות הפוגעות במדינת ישראל והמנוגדות לעקרונות מגילת העצמאות.** בהתאם, מקום שאירועים הקשורים בעותרים היוו לדעת רשות השידור "ערך חדשותי מובהק" הם שודרו.

הטענות: העותרים טענו כי אי- שידור דעותיהם והשקפותיהם פוגע בחופש הביטוי שלהם ושל ציבור בוחריהם.

**המציאות הייחודית:** ביהמ"ש מבהיר כי מדובר כאן בשלטון אשר מבקש להגביל חופש ביטוי של אזרח, אולם מדובר כאן **ברשות שלטונית מיוחדת ואף גוף דו מהותי** משתי סיבות: 1) לרשות עצמה יש חופש ביטוי עליו ראוי להגן. 2) הרשות משמשת צינור באמצעותו ניתן להתבטא.

ההיבט הראשון משקיף על רשות השידור כעל דובר. ההיבט השני משקיף על רשות השידור כעל במה- ו**בעייתה הכללית של רשות השידור היא במציאת איזון בין זכותה לדובר לבין חובתה כבמה**.

* + למרות אזכור העובדה שלרשות השידור חופש ביטוי משלה, ביהמ"ש החיל את **מבחן קול העם**, וקבע כי זכותה להגביל את חופש הביטוי רק אם קיימת **וודאות קרובה** לסיכון ממשי לשלום הציבור, תוך שהוא מדגיש את חובת השלטון לאפשר גישה לאמצעי התקשורת, ובכך להגביר עוד יותר את חופש הביטוי.
	+ יש כאן ניגודים: כדובר- מרחיב את שיקול הדעת של רשות השידור להגביל את חופש הביטוי, כבמה- מצמצם את שיקול הדעת של רשות השידור להגביל את חופש הביטוי. **בסוף כהנא ניצח וזה מראה לנו כי זה לא משנה אם רשות הציבור היא דובר או לא.**
	+ מונח שזכה להדגשה הוא **חובת ההגינות**: בשל תפקידה כבמה, על רשות השידור להבטיח איזון בהצגת הדעות השונות.
	+ חובה זאת עוגנה **בחוק רשות השידור ס' 4**. "הרשות תבטיח כי בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה מהימנה".
	+ דברים דומים יש גם **בחוק הרשות השנייה** המחייב את הרשות השנייה בין היתר "לשידור מידע מהימן, הוגן ומאוזן".
1. **בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי**: בפרשת כהנא הובילה דוקטרינת ההגינות להטלת חובה להציג עמדה מסוימת. לעומת זאת, בפרשת המפקד הלאומי היא הובילה דווקא להצדקה של הטלת מגבלה על פרסום.

השאלה: האם האיסורים על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, הקבועים בכללי רשות השידור, בכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ובכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו הינם חוקתיים?

נאור: כתבה את חוו"ד העיקרית של הרוב שדחתה את העתירה. **במסגרת הדיון בשאלת התכלית היא הפנתה לדוקטרינת ההגינות** והסבירה כי: "נקודת המוצא של **דוקטרינת ההגינות** היא שבכל הקשור לחופש הביטוי באמצעי התקשרות האלקטרונים כדוגמת הרדיו והטלוויזיה "שוק הרעיונות איננו שוק חופשי ויעיל"... בעוד שלעיתים קרובות יושג השוויון על ידי הסרת חסמים בפני ביטויים בפורומים בהם הנגישות לקהל הביטוי היא גדולה והביטוי בהם הוא אפקטיבי, לעיתים, באופן פרדוקסלי לכאורה, תידרש דווקא פעולה מעולה מגבילה על מנת להבטיח את השוויון המהותי בין הביטויים הפוליטיים... **בהקשר זה, כאשר נוצר חשש שהאפשרות לרכוש זמן פרסום לצורך הפצת ביטויים פוליטיים עלולה לגרום לאפליה ביחס לאותם ביטויים שאינם זוכים לתמיכה כלכלית המאפשרת להם להיות מוצגים במסגרת הפרסומות, הרי שהסיכון לשמירת האיזון בין ההשקפות השונות בחברה הוא ברור. במצב כזה, הגבלה על ביטויים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת, כעולה מן הכללי, ככל שהיא מידתית בנסיבות העניין, מהווה דווקא גורם מחזק ולא מחליש**".

שורה תחתונה: ברגע שאתה מאפשר שוק חופשי בתקשורת – מי שבעל כיס עמוק יותר יוכל להתבטא יותר וזה לא הוגן.

**3.8.7 חופש הביטוי המסחרי**

1. **בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור**: בדיקה של עוצמת הפגיעה מול רגשות הציבור

העובדות: קידום מבקשים לשדר פרסומת ברדיו שאומרת "לך תצטיין". ביקשו לפסול את זה כי יש לזה קונוטציה שלילית וזה **פוגע ברגשות** המאזינים שלא יכולים להשתחרר מזה כי הם לא יודעים מתי תהיה הפרסומת.

**דורנר:** ביטוי מסחרי הוא איבר מאיברו של חופש הביטוי! היא בודקת את הרציונלים העומדים מאחורי הביטוי כדי לדעת מה מידת ההגנה שניתן לו**: לא כל הרציונלים של חופש הביטוי נכללים בביטוי המסחרי, לעומת זאת בביטוי פוליטי כל הרציונליים כן נכללים.** **אולם, הגבלה על חופש ביטוי מסחרי עדיין צריכה לעמוד במבחנים שנקבעו להגבלת חופש הביטוי ואין להבחין בין ביטוי מסחרי לביטוי אחר.** הטעם הטוב משתנה עם הזמן. בוחנת את הטעם הטוב עפ"י הציבור הנאור (מוציאה את המיעוטים והקיצוניים). כדי להגביל את חופש הביטוי צריך שהפגיעה בטעם הטוב תהיה חמורה במיוחד – במקרה שלנו אין סוג כזה של פגיעה.

**גידי:** דורנר אומרת דבר והיפוכו באותה נשימה: אומרת כי על הביטוי המסחרי יש את אותה הגנה כמו על כל ביטוי. לעומת זאת לא כל הרציונלים חלים בחופש ביטוי מסחרי, אין מניעה מלהגביל ביטוי מסחרי הפוגע ברגשות הציבור.

שורה תחתונה: הביטוי המסחרי מקבל פחות הגנה. הערעור מתקבל.

**חשין** (מיעוט): מציין כי הביטוי כן פוגע בטעם הטוב ולכן יש לדחות את הערעור.

בפס"ד מאוחר יותר מקידום שינתה דורנר את טעמה והסכימה כי **מידת ההגנה הראויה לביטוי מסחרי נמוכה מזו הניתנת לביטויים אחרים.**

**2 קביעות חשובות של דורנר:**

1. המציאות משתנה וכך גם משקלם של הזכויות של הטעם הטוב – שנבחנות ע"ב הציבור הנאור.

\*גידי מוסיף שטעם הציבור הנאור מושפע ממה שהוא נחשף – יש כאן מעגל.

1. "פגיעה ברגשות מספקת להגבלת חופש הביטוי חייבת להיות פגיעה קשה ומשמעותית. עוצמה זו נדרשת גם בפגיעה על ידי ביטוי מסחרי".

**מהו מעמד הרגשות בכלל?**

* הגישה העקרונית שננקטה בקידום ביחס לרגשות מאפיינת את הפסיקה באופן כללי בהתנגשות בין ביטוי לרגשות.
* בית המשפט מציין באורח קבע כי "מטבעו של ביטוי שהוא פוגע ברגשות, ואם כל פגיעה ברגשות תאפשר הגבלה של חופש הביטוי אז סופנו שלא נכיר בו כלל "(ברק בפרשת אינדור).

**(4) סמכויות חירום**

**4.1 הכרזה על מצב חירום**

התייחסות לנסיבות של מצב חירום. שינוי מההסדר המשפטי הרגיל. אירוע בודד או רצף של אירועים שמקושרים למצב חריג שמאיים על קיום המדינה: מלחמה, מרד, משבר כלכלי, אסון טבע. המשמעות היא שבמצבים כאלה עשויה להידרש העצמה של כוח הרשויות והגבלה של חירויות הפרט. הנחת המוצא היא שמצב החירום הוא זמני.

תמונת המצב המשפטית בישראל לא תואמת את הפרדיגמה (דוגמה מייצגת) הזו. מצב החירום בישראל אינו זמני- מהקמת המדינה ועד היום, ישראל פועלת תחת **הכרזה קבועה של מצב חירום**.בהתחלה הבסיס לכך היה **סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט** שאומר שאם יראה הדבר למועצת המדינה הזמנית היא רשאית היא להכריז כי קיים מצב חירום, וכך אכן עשתה ולא ביטלה מעולם.

בשנת 1992, נחקק **חו"י הממשלה**, שנכנס לתוקף רק ב1996, שביטל את ס' 9 אך קבע במקומו ס' אחר:

**ס' 38 לחו"י הממשלה**: הכנסת יכולה להכריז על מצב חירום. השינוי בס' זה: יש תוקף לכל הכרזת חירום של מקסימום שנה אחת (עם אפשרות להכריז שוב). כלומר, כעת **יש הגבלת זמן.**

**שינוי זה בעצם לא עשה שום הבדל משום שמאז ועד היום הכנסת מאריכה זאת כל שנה.**

**בג"צ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (2012)**

עתירה כנגד ההכרזה החוזרת על מצב חירום במדינת ישראל מאז הקמתה. לדעת העותרים אין הצדקה לכך.

**ביהמ"ש-** לאחר 13 שנים של דיון, העתירה נדחתה. מדינת ישראל עדיין לא הגיעה אל השקט ועומדים מולה איומים, אך עדיין לא נכון לנצל את הדבר שנקרא מצב חירום לצורכי חקיקה. יש התקדמות ושיפור בנושא ומעורבות בג"צ לא נדרשת עוד. **רובינשטיין:** בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה של הכנסת בנושאי ביטחון.

חלוקת מדינת ישראל ל-2 תקופות מבחינת מצבי החירום:

1. **50 השנים הראשונות להקמתה**- הכרזה על מצב חירום שימשה כבסיס הפורמלי והמהותי לחקיקת החירום שנהגה בישראל. פורמלית- התניית חקיקת חירום בהכרזה על קיום מצב חירום. מהותית- מצב החירום שימש הצדקה להסמכה לפגיעה בזכויות אדם.
2. **20 השנים האחרונות**- שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל.

זה קורה ב-3 אופנים: 1) מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית. 2) החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת. 3) החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

**ב-50 שנה הראשונות:**

1. 4.2 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון)
2. 4.3 תקנות שעת חירום (מכוח ס' 38-39 לחו"י הממשלה)
3. 4.4 חקיקת חירום של הכנסת תלוית הכרזה
	* 1. הארכת תקנות שעת חירום
		2. חקיקת חירום מקורית של הכנסת (חוק מפורט וחוק מסגרת).
		3. הוראות שעת חירום בחוקים רגילים

**חקיקת חירום ב-50 שנים הראשונות:**

**4.2 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945**- דין מנדטורי.

**תקנות במעמד חקיקה ראשית-דין מנדטורי**, מתקופת המנדט. נחקקו על רקע התרופפות השלטון המנדטורי. בניסיון להחזיר לעצמם את השליטה, העניקו לעצמם סמכויות מרחיקות לכת.
הוכרו כחקיקה ראשית במשפט הישראלי, מכוח:
**סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט**-המשפט שהיה קיים לפני קום המדינה יעמוד בתוקפו. מעניק לרשויות הצבא בשטחים שהוגדרו בשליטת מדינת ישראל- עדיפות על חקיקה ראשית של הכנסת במקרים של סתירה. סמכויות לקצינים צבאיים לפגיעה בזכויות הפרט, ע"י צווים (חקיקת משנה), שגוברים על חוק של הכנסת.

**בג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק**: עם הקמת המדינה ניסו לתקוף את תקנות שעת חירום בפס"ד גוברניק.

העובדות: גוברניק תפס דירה בבעלות פרטית של יובל ליון לשם שיכונו של היועמ"ש.

הטענה: 1) ההחלטה מתבססת על תקנות ההגנה שהישוב היהודי סבל מהן. 2) המטרה היא לא ביטחונית לשמה – החלטה שתכליתה לשרת את הנוחות האישית של בכירים.

השאלה המשפטית: ההמשכיות של המשטר המשפטי שנהג בישראל בתקופת המנדט.

ביהמ"ש: ביהמ"ש העליון מוסמך לפסול חוקים שאינם הולמים את רוח הערכים החדש. אבל- שינויים מהותיים במצב המשפטי- להבדיל מתיקונים טכניים- אמורים להיות רק בידי המחוקק. במקרה הנוכחי מדובר בשק"ד ולא שינויים טכניים.

**אוביטר**: **סמכויות החירום:** מצב חירום יכול להצדיק גם מצבים קיצוניים, ודמוקרטיה לא מחייבת להיצמד לנהוג בשגרה**.**

ביהמ"ש מפקח על פעולת תקנות ההגנה, ב-2 מישורים:

* פורמלי- האם נעשו בסמכות, בהליך נאות.
* מהותי- אם האיזון לא נכון ביהמ"ש יפסול את התקנה. בית המשפט בודק את שיקול הדעת לגופו- האם הופעל בתום לב בהתאם לשיקולים הרלוונטיים. ההתפתחות מגיעה לשיאה בפרשת שניצר.

התערבות לא רק בסמכות תקנות ההגנה אלא בשיקול הדעת שלהן:

**בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור ושר הביטחון**: ביהמ"ש החל לסטות מהמובן הפורמאלי – ציון דרך משמעותי.

העובדות: הצנזור הראשי פסל כתבה שדנה בראש המוסד (ביקורת על פעילותו, הוזכר עיתוי החלפתו). הצנזור טען שהאזכור של עיתוי הפרשיה הוא בעייתי מאחר וניתן יהיה לזהות מיהו מחוץ לישראל והדבר יהווה שסכנה ממשית לביטחונו.

**ברק**: נוסחת האיזון שצריך להפעיל ביחס לסמכות להפעיל את חופש הביטוי מכוח תקנות ההגנה צריכה להיות **זהה לנוסחה שמופעלת בהקשרים אחרים (איזון אנכי)** – **צריך לפרש בהתאם לעקרונות היסוד של המדינה היום**. וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. **העתירה מתקבלת.**

**4.3 תקנות שעת חירום**

**תקנות שעת חירום מכוח ס' 38-39 לחוק יסוד: הממשלה**:

מדובר בחקיקת משנה. בניגוד לתקנות אחרות הן מותקנות ע"י **הממשלה** ותוקפן מוגבל לשלושה חודשים לכל היותר.

הגרסה הנוכחית של חוק היסוד מ-2001 ס' 38 מעניק לכנסת סמכות להכריז על מצב חירום לשנה אחת בלבד. **ס' 39** מסמיך את הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום. ס' 39 הוסיף מס' סייגים **שלא** הופיעו **בחוק סדרי שלטון ומשפט**:

* **ס' 39(ה)** קובע שלא יותקנו תקנות שעת חירום אלא אם מצב החירום **מחייב זאת**.
* **ס' 39(ד)** קובע שהתקנות לשעת חירום **לא יוכלו למנוע פנייה לערכאות, לא יוכלו לקבוע ענישה למפרע ולא יכולות לפגוע בכבוד האדם**.
* **ס' 39(ו)** מסמיך את הכנסת להאריך את תוקפן של תקנות החירום **בדרך של חקיקה ראשית**. הכנסת עשתה זאת פעמים רבות.
* מצב החירום היה ברירת מחדל עד שמבוטל וכיום המצב הפוך: צריך להכריז אקטיבית. יש חובה לדון כל שנה.

ומה עם פיקוח שיפוטי?

**בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל**: אין להשתמש בסמכויות חירום אם ניתן להשתמש בחקיקה רגילה של הכנסת.

העובדות: מכוח **ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט** פרסמה הממשלה תקנות שעת חירום (תכניות חירום לבניית יחידות דיור) כאשר באותו זמן הייתה תלויה ועומדת לפני הכנסת הצעת חוק הליכי תכנון ובניה שנתקבלה כשבוע לאחר מכן. השלילה התבססה על כך שבמקביל התנהל בכנסת הליך חקיקה מזורז של חוק שקבע הסדר דומה לזה שבתקנות והושלם כשבוע לאחר כניסת התקנות לתוקף.

ביהמ"ש קבע שאין להשתמש בסמכויות חירום אם ניתן להשתמש בחקיקה רגילה של הכנסת.

**4.4 חקיקת חירום תלוית הכרזה**

**חקיקת חירום של הכנסת**: מחולקת לשלושה:

1. **חוקי הארכה של תקנות שעת חירום** מאריכה תוקף של תקנות שהותקנו ע"י הממשלה לתוקף של 3 חודשים.
2. **חקיקת חירום מקורית של הכנסת** – יצירה חדשה שהיא חקיקה ראשית, התוקף של החוק בתנאי שקיים מצב חירום. יש 2 סוגים:
* חוק מפורט: דוגמה **חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) 1979, חוק המאבק בטרור 2016.**
* חוק מסגרת: דוגמה **חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים 1957**. מסמיך את **הרשות המבצעת** להתקין תקנות ולפרסם צווים בתנאים שמפורטים בחוק. מעניק סמכויות מרחיקות לכת מבחינת היקפן. יתר על כן, צווים מכוח זה **לא מוגבלים בזמן**. עד 1990 תקנות אלה היו חזקות יותר מחקיקה ראשית סותרת של הכנסת.
1. **הוראות שעת חירום בחקיקה רגילה** – חוקים רגילים שמסדירים תחום בלי קשר למצב חירום אך יש בהם הוראות שמאפשרות לסטות מהעקרונות שקבועים בהם מכיוון שקיים מצב שעת חירום. למשל **חוק חופשה שנתית** – ניתנת לשר הרווחה הסמכות לדחות את החופשה בשעת חירום. ב-2006 תוקן החוק ואם שר סבור שיש מצב חירום למרות שאין הכרזה פורמאלית על מצב חירום הוא עדיין יכול לדחות.

**עמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל**: דוגמה **לחוק מפורט**. שימוש בצו מעצר מנהלי.

**פרוקצ'יה**: מעצר מנהלי פוגע בחירותו האישית של האדם ומוצדק רק בהתקיים תנאים חריגים המחייבים שימוש באמצעי קיצוני זה. המעצר המנהלי תקף כל עוד קיים מצב חירום במדינה.

תכליתו הכפולה של החוק: מחד – לשמור על ביטחון המדינה. מאידך – להגן על כבודו וחירותו של כל אדם.

התכלית המשולבת מצמצת את מרחב שק"ד של הרשות בעשיית שימוש באמצעי מעצר מנהלי והיא כופפת אותו למערך של גבולות, בקרה ופיקוח הדוקים. כלומר – **נדרש איזון בין כבודו וחירותו של האדם לבין בטחון המדינה**. האיזון הזה מעצם טיבו קשה ולעתים הוא בלתי נמנע בתנאי המציאות הביטחוניים של המדינה והחברה. מעצר מנהלי הוא מניעתי ולא עונשי והוא אמצעי אחרון ובלתי נמנע להגן על הביטחון מקום שאמצעים אחרים פחות קיצוניים כשלו. לכן השימוש הוא רק במקום של **סכנה ממשית** לביטחון המדינה.

במקרה הנוכחי – המעצר של פחימה היה בלתי נמנע והראיות הצביעו על סכנה מוחשית מיידית ושירה לביטחון המדינה. לכן **העתירה נדחית**.

**חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח – 1957:** מסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות ולפרסם צווים בתנאים שמפורים בחוק. מעניק סמכויות מרחיקות לכת מבחינת היקפן. יתר על כן, צווים מכוח זה **לא מוגבלים בזמן**. עד 1990 תקנות אלה היו חזקות יותר מחקיקה ראשית סותרת של הכנסת.

1. **בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים**: דוגמה לשימוש **בחוק מסגרת** – חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים.

העובדות: העיסוק ביהלומים כפוף לרישוי לפי **צו הפיקוח על היהלומים, יבואם ויצואם** שהותקן מכוח **חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים**. רישיונו של שנסי לעסוק ביהלומים הותלה לאחר שהורשע ברצח. לאחר ששוחרר ממאסר פנה למפקח על היהלומים וביקש לחדש את הרישיון או להעניק לו רישיון חדש אך סורב ומכאן העתירה.

**חשין**: משתמשים בחוק זה רק במקרים בהם כאשר יש צורך דחוף להסדיר את העניין. ראוי לחתור לפרש את החוק על **דרך פרשנות מצמצמת** ונכון יהיה להזריק לתוכו עקרונות יסוד המקובלים במשפט.

**חוק המאבק בטרור תשע"ו – 2016:** החלפת תקנות שהיו חלק מתקנות ההגנה (שעת חירום) מנדטורי, שהסדירו את המאבק בטרור של מערכת הביטחון.

**4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה**

**חקיקת חירום ב-20 השנים האחרונות**:

מאפיינים:

**בחקיקה ראשית**- מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית.
**בהסמכה פרטנית**- החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית לרשות המבצעת.
**בלתי תלויה במצב חירום**- החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

למה זה קורה?

1. **חוסר התאמה של דגם החירום למציאות של מצב חירום מתמשך**. כל עוד המצב זמני אפשר להבין. אך ברגע שמדובר במציאות קבועה בת עשרות שנים מתבקש שהדבר יוסדר בחקיקה ראשית שאינה מותנית בהכרזה על מצב חירום.
2. **התחזקות בהתנגדות השיפוטית להאצלה גורפת**. ביהמ"ש אומר שאם אין הסמכה מפורשת אין סמכות. אם לא נקבעו הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית אי אפשר לעשות זאת בחקיקת משנה. אמנם באגודה לזכויות האזרח ביהמ"ש דוחה את העתירה אך מנמק זאת בכך שמתנהל תהליך כפי שתואר. ביהמ"ש אומר למדינה שהיא חייבת לבצע רפורמה או שבעתיד הוא יבטל את מצב החירום.
3. **הרחבת ההתערבות השיפוטית בשק"ד בעניינים ביטחוניים**. ככל שביהמ"ש מוכן להתערב יותר כך גוברת הנטייה להסדיר את העניינים האלה בחקיקה ראשית. זה לא מספק מטריה מוחלטת אך הדבר מצמצם את היקף ההתערבות. דוגמה לכך היא **חוק כליאתם של לוחמים בלי חוקיים 2002**. נחקק לאחר דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון.

מה יוצא למדינה מזה? 1) גם אם ביהמ"ש מתערב יש להניח שביהמ"ש בכל זאת יתערב קצת פחות. 2) הכנסת הכניסה רכיב חדש: מכשיר של **הוראת שעה**. המטרה היא שכאשר מגיעה חקיקה בדמות הוראת שעה ביהמ"ש יתערב פחות.

**חקיקה רגילה ללא התנאה במצב חירום**: הכנסת מטפלת בסוגיות ביטחוניות באמצעות חקיקה שלא מותנית במצב חירום.

**חוק ללא מגבלת זמן** - **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב -2002**. לשר הביטחון אין סמכות להחזיק במעצר מנהלי אזרחים כקלפי מיקוח כשאזרחים אלה מהווים סיכון לביטחון המדינה. החוק נחקק לאחר שביהמ"ש העליון קבע בד"נ פלונים שלשר הביטחון אין סמכות להחזיק במעצר מנהלי אזרחים לבנונים כקלפי מיקוח. אפשר להחזיק במעצר מנהלי רק אם האנשים עצמם מסוכנים לביטחון המדינה.

1. **דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון**:

העובדות: אזרחים לבנונים המחוזקים במעצרי מנהלי מכוח **צווים** של שר הביטחון שהוצאו לפי **ס' 2 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)**. אין מחלוקת שהם לא מהווים סכנה לביטחון המדינה אלא מוחזקים כקלפי מיקוח.

הטענה: שר הביטחון אינו מוסמך להוציא צו מעצר מנהלי כאשר הטעם להוצאתו אינו סיכון ביטחוני אלא קלף מיקוח.

**ברק**: אין להרחיב את האפשרות של מעצר מנהלי למעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה רק קלף מיקוח. הפגיעה היא קשה ביותר בוודאי לאחר חקיקתו של חו"י כהאו"ח. בנוסף גם לא הובא לידי ביהמ"ש תשתיות עובדתית שתראה **וודאות קרובה או אפשרות סבירה** שהמשך המעצר המנהלי יביא לקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. את החוק עצמו לא ניתן לפסול מאחר והוא נהנה מס' שמירת הדינים של חו"י כהאו"ח (בעוד התקנה חוקקה בשנת 1979).

1. **ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל**: בחינת **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים החדש** לאור פסקת ההגבלה.

העובדות: המערערים הם 2 תושבי רצועת עזה שנעצרו במעצר מנהלי מכוח **צו מעצרים מנהליים** מכוח **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים** 2002.

**בייניש** טוענת שהחוק עומד בפסקת ההגבלה אבל מציינת 2 דברים בהקשר זה:

* מטרת החוק איננה להכשיר החזקת מחבלים כקלף מיקוח למרות שזה היה הרקע לחקיקה. תכליתו של החוק הינה להרחיק ממעגל הטרור את מי שנוטלים בכך חלק כנגד מדינת ישראל.
* לא באמת מכשירה את החוק. המערערים תקפו את ס' 7 לחוק שמייתר את הצורך להוכיח מסוכנות אינדיבידואלית של העצור. המערערים טוענים שזה לא עולה בקנה אחד עם עקרונות חוקתיים ומשפט בינ"ל. המדינה התנגדה ואמרה שהוכיחה באופן פרטני לגבי העצורים שהוכח שהם פעילי טרור. בייניש אומרת שמאחר שהמדינה נמנעה מלעשות שימוש בחזקה שנקבעה לה בחוק – לא הוכרע מעמדו של ס' 7.

לסיכום חקיקת חירום בלתי תלויה: ביהמ"ש פירש בצמצום את חוקי החירום (פלונים) ולא איך שהמחוקק רצה -> חקיקה ספציפית יותר (חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים) -> ביהמ"ש מיישר קו עם המחוקק (פלוני).

**(5) מדינה יהודית ודמוקרטית**

שני מאפיינים ייחודים של מדינת ישראל המשליכים על הסדר משפטי/ משפיעים על המבנה החוקתי של המדינה:

1. **נתונה במצב ביטחוני בו היא מאוימת במשך שנים רבות (מתח בין דמוקרטיה לביטחון)**: הדבר יוצר איום על המשטר הדמוקרטי. גם בהיבט זכויות אדם – נאלצים להגביל זכויות אדם בשל מצבי חירום.
2. **מוגדת כמדינת הלאום של העם היהודי (מתח פוטנציאלי בין דמוקרטיה ללאומיות)**:
* **יחסי רוב – מיעוט**: הרוב-מיעוט מאתגר את המבנה החוקתי. בנוסף, המיעוטים במדינה מצויים בקונפליקט דמים ארוך - מה שמחזק את השסע.
* **מתח בנוגע לאופי וזהות הלאום**: הלאום של המדינה קשור במהותו לדת- הלאום ותכניו מגיעים ממקום דתי, ולבעלי תפיסות דתיות יש שאיפות לגבי הלאום שקשורות לזהות והתנהגות דתית, מה שיוצר עוד שסע מדיני.

הדילמות העולות מכך:

* **דילמות במערכות היחסים שבתוך קבוצת הרוב היהודית**: עד כמה הדת צריכה להיות רכיב שנקלח בחשבון בתוך ההסדרים המשפטיים במדינה. איזו פרשנות של הדת יכולה או צריכה להיות זו המחייבת או הלגיטימית?
* **שאלות יחסי רוב ומיעוט**.

**ניתן לזהות שלוש גישות אפשריות**:

1. מנהיגות המיעוט הערבי וחלקים מצומצמים מקבוצת הרוב היהודי-ישראל לא יכולה להיות גם יהודית וגם דמוקרטית
2. ביהמ"ש העליון – מכחיש קיומו של המתח בין המאפיין היהודי לדמוקרטי. **גידי:** עמדה שמתעלמת מהמציאות.
3. מתח באפיון של המדינה כמדינת לאום לבין ערכי יסוד בסיסיים כמו שוויון – האם להגדרה של מדינת לאום יש בסיס מוסרי: אם כן, יש התנגשות הזכות של קבוצת המיעוט לשוויון לבין הזכות של קבוצת הרוב להגדרה משלו 🡨 יש לעשות איזון.

**5.1 הגירה ומרשם**

בנושא זה באים לידי ביטוי שני השסעים (הפנים יהודי והערבי יהודי). עם קום המדינה המייסדים לא מיהרו להגדיר מיהו יהודי.

**חוק השבות** נחקק ב-1950 ועד שנת 1970 לא הגדירו מיהו יהודי מאחר ולא חשבו שתהיה על כך מחלוקת. מאוחר יותר תיקנו את החוק אבל גם אז הגדירו כי יהודי=**בן לאם יהודייה/גיור** אבל לא הגדירו בבירור מהו גיור.

שנתיים אחרי חקיקתו נחקק **חוק האזרחות 1952** – חוק השבות קובע שכל יהודי זכאי לעלות לישראל וחוק האזרחות הקנה לכל יהודי אזרחות בישראל.

מחלקים את הזמן לשתי תקופת: האחת לפני 1970 שם לא הייתה הגדרה מיהו יהודי, והשנייה, לאחר ההגדרה:

**חוק מרשם האוכלוסין** - חוק פורמלי שרושם מידע על אנשים שנמצאים בארץ. בשנת 70 נוספה לחוק המרשם הגדרה של מיהו יהודי המפנה לחוק השבות.

* למרות שחוק השבות חילוני עדיין ההגדרה של יהודי נשארת בתוך המסגרת הדתית –**אין הגדרה חילונית ליהודי**.
* המחוקק בשינויו את החוק ב-1970 האציל את הסמכות לרשות המבצעת – כתב את המילה **נתגייר** וידע שהרשות המבצעת היא זו שתצטרך לפרש את זה.

מהר מאוד התברר שיש מחלוקת בשאלה מיהו יהודי וצריך להכריע בעניין – להלן סקירה לפי פסקי הדין:

**בג"ץ 72/62 רופאיזן נ' שר הפנים**:

העובדות: רופאיזן נולד בפולין להורים יהודים והתחנך כיהודי. הוסתר בתקופת השואה במנזר נוצרי והמיר דתו. הוא עלה לישראל וביקש להירשם כיהודי בתעודת הזהות שלו וכן לקבל תעודת עולה. טען שהמושג לאום ודת אינם זהים ושהוא יהודי מבחינת לאומו אך לא מבחינת דתו.

**זילבר** (רוב): מנק' מבט דתית טענתו צריכה להתקבל – הוא יהודי. המדיניות בישראל היא שממר דת עדיין יהודי ולכן לפי ההלכה זכאי הוא לאזרחות. **אבל** - מהי המשמעות הרגילה של השם יהודי? האם יהודי שהתנצר נתחשב עדיין יהודי? לדעתו לא! אסור להתכחש לדת.

**חיים כהן** (מיעוט): מציע מבחן סובייקטיבי – זכות השבות מוקנית לכל אדם אשר מצהיר שהוא יהודי אשר רוצה לשוב למולדתו ולהשתקע.

**בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים**: הילדים מקבלים אזרחות אך ישנה מחלוקת כיצד לרשום אותם במרשם.

העובדות: קצין בחיל הים שהיה בשליחות בסקוטלנד והתחתן עם סקוטית לא יהודייה והביא עמה 2 ילדים לעולם. מבקש לרשום את ילדיו תחת ס' הלאום כיהודים ותחת ס' הדת כחסרי דת. שליט טוען שילדיו נולדו בישראל, דוברי עברית ובבוא היום יתגייסו גם לצבא.

ביהמ"ש בהרכב חסר תקדים של 9 שופטים בראשות אגרנט דורש מהכנסת למחוק את ס' הלאום במרשם האוכלוסין. רצו להימנע מלהכריע בשאלה האידיאולוגית. הממשלה לא עושה כמבוקש וביהמ"ש נאלץ לפסוק ברוב של 5 נגד 4: לקבל את העתירה ולחייב את רישומם של הילדים כבני הלאום היהודי.

**זוסמן** (עמדת הרוב – 5): **למרשם האוכלוסין אין שום משמעות אופרטיבית** ונועד לאסוף חומר **סטטיסטי**. פקיד הרישום חייב לרשום בהתאם להודעתו של מוסר ההודעה ואין לו שיקול דעת בנושא. הודעת רישום על דת/לאום לא חייבות לעמוד במבחן האובייקטיבי, ולכן אין שום סיבה לא לקבל את בקשתם להירשם.

**קיסטר וזילברג (השופטים הדתיים)** (דעת מיעוט):משתמשים **במבחן ההלכה**. אין באמת הגדרה ברורה. ההגדרה המקובלת על רוב הציבור היא שיהודי הוא מי שנולד לאם יהודייה ע"פ ההלכה. **אי אפשר להפריד דת ולאום**.

**לנדוי ואגרנט** (מיעוט): דוחים את הטענה שלמרשם אין משמעות. **המרשם הוא סמל** ואם מתווכחים על הסמל סימן שיש לו משמעות. בנוסף, יש לו גם משמעות במובן שפסיקה של ביהמ"ש עשויה להשפיע על הלך הרוח בציבור, דבר שישנה בסופו שלדבר את התפיסה בו. לפסקי דין משמעות **מחנכת** על הציבור.

בסופו של דבר הוכרע כי המחוקק אמור להחליט בעניין כזה – וכי הם לא מתערבים בהחלטת משרד הפנים- הפקיד מוסמך.

**גידי:** גם לא להחליט זו החלטה. לנדוי אומר בעצם שכן יש החלטה על דרך המחדל.

בעקבות פרשת שליט ואיום המפד"ל לפרוש מהכנסת **חוק השבות** מתוקן ונוספים לו שני רכיבים:

1. הגדרת יהודי (מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר).
2. זכאים לשבות גם בני זוג של יהודים, ילדים של יהודים ובני זוגם, נכד של יהודי ובן זוגו.

**פס"ד סוזן מילר (1987)**: צעירה אמריקאית שהתגיירה בגיור לא אורתודוקסי ועולה לישראל. כשניגשה למשרד הפנים היא הציגה (בלא צורך) את תעודת הגיור הרפורמי שלה (לא נחשב). שר הפנים רוצה לרשום אותה כיהודייה **שהתגיירה**. בית המשפט קבע שרשם האוכלוסין לא רשאי להוסיף על הפרטים שקיבל. בית המשפט חייב את שר הפנים לרשום אותה כיהודייה.

**פס"ד ש"ס נ' מרשם האוכלוסין:** נקבע שחייבים לרשום מישהו כיהודי לצורך מרשם אם הוא עבר גיור כלשהו (רפו'/קונ') בחו"ל (הלכת מילר קיבלה תוקף).

**הלכת ש"ס מילר:** גיור של עולה יירשם במרשם האוכלוסין ע"פ הודעתו ויחד עם ההודעה יוגש אם יידרש מסמך המעיד על הגיור. מכאן יוצא שהודעה בליווי מסמך שמעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהו בחו"ל מספיק כדי לחייב רישום של אדם כיהודי.

**האם יש כאן הכרעה בעניין מעמד הגיורים הליברליים?** לא, משתי סיבות:

* בית המשפט ביסס את הכרעתו על הטענה שלמרשם אין כל משמעות ולכן אין צורך להכריע אם הגיורים תקפים. בשני המקרים לא עמדה על הפרק שאלת הזכאות לתעודת עולה לפי חוק השבות, שכן העותרים זכו בה בדרך זו או אחרת.
* מדובר בגיורים שהתבצעו בחו"ל, לכן, בכל מקרה אין כאן הכרעה לגבי מעמד גיורים שבוצעו בישראל.

**הלכת פונק שלזינגר:** פונק היא נוצרייה תושבת ישראל והיא נישאה לשלזינגר (יהודי) בנישואים אזרחיים. כשהגיעה להירשם במשרד הפנים כנשואה, היא סורבה.

**ביהמ"ש:** קיבל את העתירה.

הלכת פונק-שלזינגר הכשירה את הקרקע לרישומם של נישואין אזרחיים ואחר כך גם של נישואין קונסולריים. משני טעמים: **1.** הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות משמש למטרות סטטיסטיות בלבד, ואינו מהווה ראיה לכאורה לאמיתות האמור בו. **2.** לפקיד לא ניתנה הסמכות להכריע בעניין. שני הנימוקים מצטרפים זה לזה. אם היה מדובר בעניין שיש לו נפקויות מעשיות משמעותיות, לא ניתן היה להעביר את הנושא בקלות כזו בנימוק שהפקיד אינו רשאי להכריע. אם הפקיד אינו רשאי להכריע מן הדין שיעשה זאת בית המשפט, בדרך של פרשנות החוק.

**בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים**: גיור בארץ שונה מגיור בחו"ל, פקודת ההמרה לא חלה על חוק השבות

העובדות: ברזילאית בת הדת הספיריטואליסטית שהגיעה לארץ והתגיירה בגיור לא אורתודוקסי, נישאה לישראלי ומבקשת לקבל אזרחות ותעודת עולה מכוח **חוק השבות** ולהירשם כיהודיים במרשם האוכלוסין. פנייתה נדחית. היא רוצה להירשם מכוח חוק השבות כאזרחית ולא מכוח היותה נשואה ליהודי משום שזה תהליך יותר מהיר.

הלכה קודמת (בפס"ד ש"ס) הכריחה את משרד הפנים לרשום מישהו כיהודי במרשם למרות שהתגייר רפורמי (לצורכי מרשם).

משרד הפנים: יש הבדל בהלכות כי מדובר על גיור בחו"ל ובמקרה זה מדובר על **גיור בישראל**. **פקודת ההמרה** דורשת שכדי שגיור בארץ ייחשב יש לקבל אישור מראש העדה הדתית שאליה מבקש האדם להיכנס.

השאלה המשפטית: מהן הוראות החוק הנוגעות לרישום במרשם האוכלוסין של פרטי הדת והלאום של מי שהתגייר בארץ?

**שמגר**: פקודת ההמרה הדתית רלוונטית רק לחיקוקים דתיים בענייני מעמד אישי (נישואין וגירושין) וחוק המרשם וחוק השבות הם חיקוקים חילונים לכן היא לא רלוונטית! **העתירה נדחית**, וגולדשטיין לא מקבלת את מבוקשה.

**ברק**: הכרה בגיור בישראל לעניין חוק השבות ולעניין חוק המרשם אינה מותנית במילוי דרישותיה של פקודת ההמרה.

בעקבות הפרשה, המדינה מקימה ועדה בראשות יעקב נאמן: (**ועדת נאמן**) מנסים להגיע לפשרה בין כולם ע"י כך שיוקם **מוסד ממשלתי לגיור בארץ שיהיה מורכב משלושת הזרמים** (אור',קונ',רפור'), **אך כל העסק מתפוצץ והוועדה מתפרקת**.

**בג"ץ 5070/95 נעמת נ' שר הפנים**: חוק השבות מכיר בגיור לא אורתודוקסי שנערך בחו"ל – עדיין לא בארץ! כמו כן כל גיור בארץ מוכר לצורך מרשם אוכלוסין.

העובדות: 5 עתירות של אנשים שהתחילו גיור בארץ וסיימו בחו''ל. חלק מבקשים רק מרשם וחלק שבות+מרשם.

**ברק** (רוב): ברישום ראשוני אסור לפקיד רישום להתנגד לרשום מישהו כיהודי למרות שחושד בו, גם קונ' או רפור' זה בסדר. אדם שהתגייר ע"י גוף דתי שקיבל הכרה, בין אם בישראל ובין אם בחו"ל, ייחשב כיהודי שנתגייר לצורכי מרשם האוכלוסין.

**אנגלרד** (מיעוט): שאלת מיהו יהודי היא שאלה משמעותית שקובעת זכויות במסגרת חוק השבות.

**טירקל** (יחיד): פקיד הרישום צריך להשאיר את החלל ריק ולא לכתוב כל עוד לא יגדירו לו מה זה גר כי יש חלל חקיקתי.

מנסה להחזיר את תפוח האדמה הלוהט חזרה לכנסת – אך דעתו לא מתקבלת.

שורה תחתונה: פה נקבע מפורשות שלצרכי מרשם נדרש גיור מקהילה יהודית מחו"ל או בארץ ללא קשר לאיזה זרם משתייכים – מספיק לצורך רישום במרשם האוכלוסין היהודי.

סיכום: **חוק השבות מכיר בגיור לא אורתודוקסי שנערך בחו"ל**, מורד ס' הלאום מת.ז. ויכתבו רק בתעודת המרשם.

**בעקבות בג"צ נעמת נפסק שתושב ישראל שעבר גיור רפורמי וקונסרבטיבי בחו"ל יכול להירשם כיהודי בפרטי הדת והלאום. הפתרון - פריט הלאום ימשיך להיות רשום במרשם, אבל לא יירשם בתעודת הזהות.**

**זיהינו מס' גישות :**

* 1. יש להכריע מהותית. אין תשובות ברורות אך יש לתת החלטה. אלו שהכריעו הכריעו הלכתית. כיוון אורתודוקסי. (אנגלרד בנעמת, זילברג בשליט).
	2. גישת הרוב, אומרת שאין משמעות להחלטה ולכן יש לרשום. יש מונח יהודי ויש מונח גר אך אין הגדרה ברורה. מחפשים דרך להימנע מהחלטה. לא מקבלים החלטה בעניינים מהותיים. ולכן יש לרשום (כי רשום שם שכאמור אינו מהווה ראייה לעניינים אחרים).
	3. יש משמעות להחלטה ולא ראוי שביהמ"ש יכריע (לנדוי ואגרנט בשליט).
	4. טירקל, בפרשת נעמת, אומר שיש חלל חקיקתי בחוק המרשם ולא במקרה, לכן כל עוד אנו לא יודעים מה אומר המונח "התגייר" אין לרשום שום גיור, מכל סוג שהוא.

**בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים**: טושביים 1 – אנשים שעשו את הגיור בארץ אחרי שעלו ורצו להיות מוכרים מכוח חוק השבות. גם פה נוגע למרשם.

דיון לגבי משמעות גיור רפורמי/קונסרבטיבי. המדינה טוענת שמטרת חוק השבות לעודד עליית יהודים ובמקרה זה הגיור נעשה לאחר העלייה לכן הם לא זכאים להיות מוכרים כיהודים מכוח חוק השבות. עוסק בתיקים שהוסרו מנעמת – שמבקשים רישום+שבות (לא רק רישום). שוב ויכוח לגבי מעמד הקונ' + רפור' לגבי גיור.

השאלה המשפטית: מהו התוקף של גיור רפורמי בחוק השבות?

המדינה: **טענה חדשה** – לא קשור לאיזה זרם, מי שהיה בארץ ורק אז התגייר לא יקבל הכרה כיהודי מכוח חוק השבות. אם נאפשר זאת נהפוך למדינת מהגרים. תקף לגבי כל סוגי הגיור – גם מי שמתגייר בארץ לאחר שכבר היה בארץ לא זכאי לגיור שבות.

ביהמ"ש ברוב של 7 כנגד 4 פוסק מפיו של **ברק**: עלייה משמעותה השתכנות בארץ ישראל וזה לא משנה איפה היהודי עבר גיור, הבחנה בין אדם שהתגייר ועלה לבין אדם שעלה והתגייר תחשב **לאפליה פסולה**. נרשם רק במרשם ומבקש מהמדינה להכריע איזה גיור רלוונטי לחוק השבות.

**בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים**: טושביים 2 - אנשים שהתחילו את הגיור בארץ וסיימו אותו בחו"ל.

המדינה: חוק השבות מכיר בגיורים שנערכו בחו"ל ולא משנה מה הזרם אבל מוסיפים 2 טענות:

1. **אדם שמתגייר צריך באמת להצטרף לקהילה בה התגייר**. מדובר באנשים שנסעו לחו"ל, התגיירו וחזרו בחזרה. הגיור תקף למי שהתגייר ושהה בקהילה מוכרת. פה מדובר באנשים שהיו בארץ ורצו להיות יהודים אז נסעו להתגייר וחזרו.
2. **כל הגיורים שעשו בארץ – חייבים אישור** של הגוף האורתודוקסי. מי שהגיע ארצה לא יכול לעשות את הסיבוב הזה וחייב להתגייר בישראל. אם הוא מתגייר בישראל הוא חייב לעשות זאת בגיור אורתודוקסי.

**ברק**: מסכים שמי שהתגייר בחו"ל לא משנה באיזה זרם, יתקבל לחוק השבות.אבל לא מקבל את תנאי ההשתייכות לקהילה. **לגבי התנאי של גיור בארץ- לא מכריע אבל אומר שרק המחוקק יחליט ולא המדינה**. הוכרע - מרשם ירשם בכל מקרה ולגבי שבות- הוחלט עם גיורים בחו"ל (אורת/רפור/קונס) ולא בארץ (כרגע אורת').

**פרוקצ'יה** (מיעוט): מדינת ישראל הופכת למדינת הגירה נחשקת. במידה ולא נכיר **בקריטריונים קשיחים** המדינה תוצף.

**החידוש: מכירים בכל הגיורים שמתקיימים בחו"ל לצורך חוק השבות**.

סיכום שאלת השבות:

**השסע הפנים יהודי**- מיהו יהודי/מיהו גר לצרכי חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין.

**השסע היהודי - ערבי** – התיקון לחוק האזרחות.

פסרו גולדשטיין- המדינה טוענת לפקודת ההמרה וביהמ"ש לא מקבל אך לא מכריע ומעביר לכנסת.

נעמ"ת - לאור חוסר החלטה בפסרו עתירות נוספות- ביהמ"ש מכריע כל גיור בחו"ל ייחשב לצורכי חוק השבות והמרשם, גיור שבוצע בארץ ללא הכרעה.

טושביים 1- מי שלא מצטרף לעדה כשהוא כבר יהודי, לא יכול לקבל אשרת עולה. ביהמ"ש לא מקבל את זה, מנוגד לשוויון – החלטת ביהמ"ש במרשם בלבד.

טושביים 2- המדינה מסכימה להכיר בגיור בחו"ל אך עם 2 תנאים: בחו"ל להיכנס לקהילה ולהישאר ובארץ דרך הרבנות. ברק לא מקבל את התנאי הראשון (גם מי שהצטרף במעלה הזמן זכאי) ולגבי השני אינו מכריע.

לאחר פסקי הדין אנו רואים כי **מרשם ירשם בכל מקרה ולגבי שבות – הוחלט רק מה קורה עם גיורים בחו"ל ולא בארץ**.

ס' 4 בחוק השבות מציין כי יש הרחבה של חוק השבות גם לבני משפחה של יהודים, יש פה גם ביטוי לשסע הערבי יהודי.

**בג"ץ 7625/06 רוגצ'ובה נ' משרד הפנים**: הכרה בכל הקהילות האורתודוקסיות בארץ ולא רק בזו של הרבנות.

העובדות: עותרים ששוהים בישראל עוברים גיור בבית דין אורתודוקסי אבל הוא פרטי – כלומר לא גיור של הרבנות.

המדינה :מסרבת להכיר בגיור לצורך חוק השבות ומעלה 2 טענות:

1. זכאות לשבות לא חלה על מתגייר שכבר נמצא בישראל אלא רק על מי שמתגייר בחו"ל ואז מבקש להגר.
2. גם אם זה חל על מי שבארץ – הגוף היחיד התקף לגיורים אורתודוקסיים בישראל הוא זה שנעשה ע"י **הרבנות**.

**נאור**: הדבר מפלה בין יהודים מלידה לבין יהודים מכוח גיור. לגבי טענת הניצול לרעה – זה לא מספק מענה לחשש מפני ניצול לרעה. יש דרכים אחרות – אפשר לפקח על אותם אנשים ולוודא שהם חברים בקהילות לא יהודיות. **לגבי הטענה השנייה** – אימוץ מבחן הקהילה היהודית המוכרת כפי שנקבע בטושביים 2. עם זאת, לא מבקשת להכליל את כל הקהילות היהודיות המוכרות (כלומר אלו שהן לא אורתודוקסיות). כלומר יש להכיר בארץ **בכל הקהילות האורתודוקסיות המוכרות** (גם אם לא רבנות).

ומהו מעמדו של גיור לא אורתודוקסי בישראל?

**נטליה דאהן נ' שר הפנים:** בעקבות פס"ד בעניין טושביים הוגשו בנובמבר 2005 עתירות לבג"ץ הדורשות להכיר לעניין חוק השבות גם בגיור רפורמי הנערך כולו בארץ. **עד היום טרם ניתן פס"ד בעתירה.**

פס"דים בעניין ההגירה (הדילמה כשסע רוב-מיעוט):

**בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים**:

העובדות: עובדים זרים שנישאים ליהודים אזרחי ישראל ולכאורה כלולים בפרשנות **ס' 4 לחוק השבות** כזכאים לשבות כבני משפחה. נוגע לשאלה **מיהו בן משפחה של יהודי**.

השאלה: האם כל בן זוג של יהודי זכאי לשבות או לא?

**חשין**: שתי דרכים להתאזרח: 1) **חוק השבות** – הדרך המהירה. 2) **חוק האזרחות** – דרך מסובכת.

מציע שני שיקולים לפרשנות רחבה לחוק השבות:

* **שיקול של תכלית החוק** – (לא להפריד משפחות) תקף רק אם הם התחתנו בחו"ל ועולים ביחד לארץ. אם היהודי הוא כבר אזרח ישראל הוא מיצה את השבות שלו.
* **שיקול של אפליה** – למה שמשה מראש העין יוכל להקנות אזרחות לאשתו הלא יהודייה לעומת מוסא מכפר קאסם?

הנקודה המעניינת: עד עכשיו העיסוק היה במחלוקת **פנים יהודית**. סטמקה מחזיר לעובדה שמדובר **בחוק הגירה** ושכחוק כזה הא **מעניק יתרון ליהודים** על פני מי שאינם יהודים ובכך מייצר הפליה ולכן יש צורך בפירוש מצומצם של ס' 4 לחוק השבות.

**גידי:** לסיכום פירוש רחב של חוק השבות יוצר הפליה בין 2 סוגי האזרחים, ולכן נעדיף פירוש מצמצם לחוק השבות.

**כניסה לישראל**:

**חוק האזרחות** – מקל על הליכי אזרחות של בן זוג (שאינו יהודי) של יהודי שעולה לארץ. ההקלות הן ביחס לאנשים שמבקשים אזרחות והם לא בני זוג של יהודים. עם זה **חוק השבות** מותיר לשר הפנים סמכויות שק"ד בקביעת הקריטריונים. אחרי **הסכם אוסלו** ב93' חלה עלייה במספר הנישואין בין ערביי א"י לבין ערבים תושבי השטחים במסגרת **איחוד משפחות**. בין השנים 1994 ל-2002 120 אלף פלס' עברו לישראל כי נישאו לבעלי תעודת זהות כחולה. במרץ 2002 הקפיא שר הפנים את הליך איחוד המשפחות ממניעים של **ביטחון המדינה**. במאי 2002 עיגנה הכנסת החלטה זו ונחקק **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) 2003**. החוק הקפיא ההליכים שאפשרו הגירה לצורך נישואים של זרים משטחי יו"ש עם אזרחי המדינה ותושביה. שר הפנים מנוע מלתת אזרחות ושהייה למעט מקרים חריגים.

**בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים**: אישור חוק האזרחות. **העתירה נדחית ברוב של 6 מול 5**.

הטענה המרכזית: החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון מאחר ומונע איחוד משפחות.

שופטי המיעוט: סבורים שיש לקבל את העתירה. החוק פוגע **בזכות לחיי משפחה** של האזרח הישראלי (שלדעתם כלולה בכהאו"ח). בנוסף החוק פוגע בזכות לשוויון של האזרחים הערבים למרות שהחוק פוגע באופן שוויוני ביהודים ולא יהודים כאחד (לכולם אין זכות לאיחוד משפחות ממדינות אויב) כעת הם בודקים האם החוק עומד בדרישות פסקת ההגבלה.

לדעתם התכלית ראויה אך החוק **לא מידתי**: לא עומד במבחן המידתיות הצר (3) – תועלת למול נזק.

**פרוקצ'יה** (מיעוט): **תכלית החוק** – החוק דמוגרפי (ביחס בין יהודים ללא יהודים). ולא ביטחוני. מחזקת את הטענה בכך שהמדינה כן נותנת אישורי עבודה זמניים לתושבים מהשטחים: ברגע שיש חוסר מתאם בין התכלית המוצהרת של המדינה לבין התכלית המשתמעת כפי שהיא רואה אותה היא הופכת ללא ראויה. כלומר עצם **הסתרת התכלית** הופכת את התכלית ללא ראויה.

שופטי הרוב: **דוחים את העתירה**, החוק לדעתם לא מונע את עצם הנישואין. מי שרוצה להתחתן יכול ללכת למדינה אחרת ולכן זכות זו לא נפגעת. בנוסף גם אם יש פגיעה **היא מידתית**.

**חשין** (רוב): תכלית החוק היא ביטחונית ולא נדרשנו לדון בעניין הדמוגרפי. טוען **שבשל היעדר זכות חוקתית** אזרחי המדינה לא קנו זכות חוקתית שבני זוגם הזרים יהגרו לישראל עקב הנישואין ולכן אין חובה שמוטלת על המדינה להתיר כניסה כזו לישראל. בנוסף גם אם יש פגיעה עומדת בפסקת ההגבלה – התועלת שהחוק מביא לביטחונם ולחייהם של תושבי ישראל גוברת על הפגיעה במקצת אזרחי ישראל שנישאו לתושבי האזור.

לסיכום הטיעונים:

1. **טיעון המסוכנות הביטחונית**.
2. **טיעון ביטחוני** – **בינ"ל** (רובינשטיין).
3. **טיעון דמוגרפי** (רות גביזון) - לאור שיעור ההגירה המדובר ולאור ההנחה שהיותה של מדינה מדינת לאום. תנאי הכרחי לכך שזה יהיה מוצדק הוא שקבוצת הלאום תהיה רוב מוצק. אם יאבדו את הרוב המוצק אין להם זכות להיות מוגדרים כמדינת לאום.

לאחר פרסום פסק הדין ותיקון החוק ובו הוספת 5 חריגים (ריכוך החוק) מוגשת עתירה נוספת ע"י **ח"כ גלאון** ממר"צ בטענה שהתיקון לא מתקן את הפגמים בנוסח המקורי, גם עתירה זו נדחית ברוב של 5 למול 4.

**בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה**:

**לוי** (מיעוט): הנימוק הביטחוני הוא בעייתי. לא ברור האם זה שהמדינה לא מעלה את הנימוק הדמוגרפי מחזק את עמדת המדינה או מחליש אותה. בנוסף, מזכיר את גל ההגירה בין 1994-2002.

**גידי:** לוי לא קובע מסמרות. אבל הוא כן מזכיר את גל ההגירה. ניתן למצוא יותר מרמז לכך שהוא רואה בשיקול הדמוגרפי כלגיטימי, אבל הוא בוחן את טעם החוק רק ע"ב הטיעון הביטחוני.

**ריבלין**: דן ברציונל הביטחוני בלבד. גם מפני שהדמוגרפי לא הוצג כלל ע"י המדינה וגם כי לא מתאים כרגע לתכלית החוק. **גידי:** גם כאן ניתן להסיק מדבריו שתכלית דמוגרפית היא תכלית לגיטימית.

**מלצר**: לא דן בסוגיה הדמוגרפית אבל דיון כזה יבוא בעתיד. עם זאת מציין את **רות גביזון** בנוגע לטיעון הדמוגרפי – לאור שיעור ההגירה המודבר ולאור ההנחה שהיותה של ישראל מדינת לאום. תנאי הכרחי לכך שזה יהיה מוצדק הוא שקבוצת הלאום תהיה רוב מוצק. אם יאבדו את הרוב המוצק אין להם זכות להיות מוגדרים כמדינת לאום.

לסיכום 2 הפרשיות (**עדאלה** **וגלאון**):

בשתי הפרשיות ביהמ"ש נמנע מלבסס הכרעתו בעניין התיקון לחוק האזרחות ע"ב הטיעון הדמוגרפי. אך יחד עם זאת, בעוד שבפרשת עדאלה כל השופטים מרחיקים עצמם מטיעון זה בפרשת גלאון **חלק מהשופטים מדגישים שהם לא מסתמכים על הטיעון הדמוגרפי רק בגלל שהמדינה לא ציינה אותו**. באמרות אגב הם אומרים שאם החוק היה מוצדק בניסוחי הטיעון הדמוגרפי אז היה מקום לקחת את זה בחשבון ולקחת את זה בחיוב אולי.

**שאלת מדיניות ההגירה בישראל מעלה דילמות, חלק משתייכות לשסע הפנים יהודי וחלק לשסע היהודי ערבי**.

**5.2 בחירות ומפלגות**

**ס' 7 לחו"י הכנסת וס' 5 לחוק המפלגות** מעמידים תנאים שמונעים את המשחק הפוליטי ולכן מונעים את הכניסה לכנסת.

**לפני החקיקה הייתה נקודת מוצא כי ישנם ערכים שלמענם מותר להגביל את המשחק הדמוקרטי ולפסול מפלגות**.

העובדה שביהמ"ש ראה לנכון לפסול רשימות מלמדת שמושג הדמוקרטיה עשיר יותר ואפשר להגביל את מנגנון הכרעת הרוב.

המצב טרום חקיקת ס' 5 לחוק המפלגות וס' 7 לחוק יסוד: הכנסת:

**ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית**: ניתן לפסול רשימה אם מאיימת על קיום המדינה (גם בלי הסמכה מפורשת).

העובדות: ועדת הבחירות לכנסת מוסמכת מכוח **חוק הבחירות לכנסת** לפסול רשימת מועמדים שאינה עומדת שתנאים הפרוצדוראליים שנקבעו בו. ועדת הבחירות ה-6 פסלה את **מפלגת הסוציאליסטים**  בטענה שהם זרוע של ארגון אל-ארד אשר הוכרז ע"י שר הביטחון כארגון לא חוקי מאחר ומטרותיו הן לפגוע בקיום המדינה – שוללים את שלמות מדינת ישראל ועצם קיומה.

**זוסמן ואגרנט** (רוב): הסיבה לפסול את הרשימה כי הם מהווים סיכון בטחוני לקיומה של מדינת ישראל. המדינה לא תכיר במפלגה שחותרת תחת השלטון. יש להגן על המדינה גם באמצעים שאינם מובאים בחוק. **המפלגה נפסלה**.

**חיים כהן** (מיעוט): במדינה שבה שלטון החוק אין שוללים זכות מאדם, אלא בהתאם לחוק בלבד. אם אין חוק – אי אפשר לפסול מפלגה. בנוסף, גם אם היה חוק – **כל עוד אין סכנה ממשית** שבאמת תהיה פגיעה במדינה לא נפסול מפלגה. אם הייתה סכנה כזו – אולי היה מסכים לפסול. חיים כהן כביכול מפעיל **מבחן איזון**, לפיו ישנה סכנה אך היא לא ברמת סיכון גבוהה ולכן אין לפסול את המפלגה.

**הלכת ירדור:** לוועדת הבחירות לכנסת יש סמכות לפסול רשימות רק במקרים קיצוניים ביותר – שלילת **קיום** מדינת ישראל.

מה היה באמת החזון של אל ארד? לפי **רון חריס**:

* עושה הבחנה בין המפלגה הקומוניסטית לאל ארד: **המפלגה הקומוניסטית** מדברת על 2 מדינות ל-2 עמים או מדינה אחת דמוקרטית וחלונית ללא התייחסות לכך שהיהודים לא יתקיימו. **אל ארד** – דגלה בחיסול ישראל תוך שימוש בכוח.
* לפיכך, הרציונל הביטחוני המצומצם התקיים במקרה זה, גם אם המפלגה ניסתה להסוות את מניעיה, המניעים האמיתיים היו מבוססים על נאצר ומטרתה להשמיד את מדינת ישראל.

השופטים פירשו את **ירדור**  בצמצום – עמדת שופטי הרוב הייתה מבוססת על כך שהם חשבו שהרשימה הסוציאליסטית מהווה איום ביטחוני ותומכת במאבק טרוריסטי פיזי נגד המדינה. במאמר שפרסמה **רות גביזון**, היא דווקא טוענת שהנימוק לפסילה של הרשימה הסוציאליסטית לא היה רק איום פיזי אלא גם **מתח/סתירה בין יעדיה של הרשימה לבין הגדרות היסוד של מדינת ישראל** (איום רעיוני).

**ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**: **ניימן 1** – גם ביטוי רעיוני לשלילת קיומה של המדינה מהווה עילה לפסילת מפלגה – איך ביהמ"ש לא קיבל ברוב.

העובדות: ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את מפלגת 'כך' של כהנא ואת ה'רשימה המתקדמת לשלום' (שמאל).

כל חמשת השופטים מסכימים לבטל את החלטת הועדה ומאפשרית לשתי הרשימות להתמודד בבחירות – אימוץ הלכת ירדור לכן לא ניתן לפסול רשימה השוללת **אופייה** של המדינה אלא **רק את עצם קיומה** (הפרשנות המצומצמת).

**בן פורת** (**מיעוט**): כדעת השופט כהן בירדור. אין כלל סמכות פסילה בהיעדר סמכות מפורשת בחקיקה.

**אלון, בייסקי ושמגר**: כל עוד אין חוק לא ניתן להרחיב את עילת הפסילה גם לאיום רעיוני – אפשר לפסול רק לפי עילת הפגיעה בקיום המדינה.

**ברק**: מותר לפרש את זה **כאיום רעיוני**, כלומר להרחיב את עילת הפסילה גם לאיום רעיוני –פגיעה באופי המדינה כיהודית.

**נוסחת ההסתברות**: כשבוחנים סיבות לפסול מפלגה מתחשבים גם בשאלה האם היא בכלל תצליח להגשים את מצעה?

ברק ושמגר סבורים שיש להכניס רכיב של **הסתברות**.

**ברק:** כשיש הסתברות סבירה לפגיעה ניתן לפסול מפלגה- במקרה זה לא קיימת הסתברות שהמפלגות יפגעו. אם רשימה מבקשת להשמיד את המדינה זוהי לא עילה מספקת אלא צריך שתהיה לה אפשרות **סבירה** לכך שתצליח לבצע זאת.

**שמגר**: סבור שצריכה להיות **קרבה לוודאות** שהם יצליחו לממש.

**אלון ובייסקי**: לא רוצה להשתמש בהסתברות כי ביהמ"ש לא יכול הערך סיכויים. לביהמ"ש אין הכלים לזהות.

לגבי הרשימה המתקדמת – רצו לפסול אותה כי רצתה לפגוע בקיום המדינה פשוט **לא היו מספיק הוכחות**.

לגבי כך – לא איימה על המדינה מבחינה ביטחונית אלא רק ביקשה להפוך אותה **ללא דמוקרטית**. לא תואם את הלכת ירדור וכל עוד אין חוק שמאפשר לפסול ע"ב עילה זו – לא ניתן לפסול.

**הלכת ניימן 1:** גם ביטוי רעיוני לשלילת קיומה של המדינה מהווה עילת פסילה.

בשורה התחתונה בית המשפט הופך את החלטת ועדת הבחירות המרכזית והן מתמודדות לכנסת ואף נכנסות.

בשנת 1985 יש מסלול חדש בעקבות חקיקת **ס' 7א לחו"י הכנסת** ו**-ס' 5 לחוק המפלגות**:

**הוספו עילות פסילה**: שלילת אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל, הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. **החוק לא כולל מבחנים הסתברותיים! ביהמ"ש גם לא המשיך להכניס את ההסתברות לתוך הפרשנות שלו**.

**סיכום מקוצרר:**

טרם נחקק ס' 7א' לחוק יסוד הכנסת:

**הלכת ירדור (1965):** לוועדת הבחירות יש סמכות לפסול רשימות רק במקרים קיצוניים ביותר- שלילת קיום מדינת ישראל.

**ניימן 1 (1985):** ועדת הבחירות פוסלת את "כך" ו"הרשימה המתקדמת לשלום". דעת הרוב מאמצת את הלכת ירדור לכן לא ניתן לפסול רשימה השוללת את **אופייה** של המדינה אלא **רק את עצם קיומה**. (השופטת בן-פורת כדעת השופט כהן בירדור**).**

**מה היחס בין חוק יסוד הכנסת לבין חוק המפלגות?** לכאורה הניסוח נראה זהה.

**אפשרות אחת** היא שעושים אותה בדיקה פעמיים, למקרה שבו מפלגה תשנה את המצע או תהפוך להיות רדיקלית.

**אפשרות שניה**- ברק אומר שצריך להיות הבדל באופן שבו אנו מיישמים את המבחנים בשלב ב' (חו"י הכנסת) לשל אלה בשלב א' (חוק המפלגות)- שלב א' מקל עם המפלגה ושלב ב' מחמיר איתה. מדוע? כי הפגיעה בשלב ב' היא הרבה פחות חמורה מבחינה דמוקרטית:

**פסילה של מפלגות פוגעת בשורה של זכויות**: 1) זכות ההתאגדות 2) חופש הביטוי 3) הזכות לבחור ולהיבחר 4) שוויון

כלומר, מבחינת ברק הרף צריך תמיד לעלות, לכן הרף יהיה נמוך יותר ברישום עצמו, אבל בבחירות הרף יעלה.

חשין אומר שההבחנות של ברק לא נכונות ואין שום הבדל בפועל (בין דק לדקיק- פס"ד וולנר).

ברק רוצה לעבוד לפי שיטת המדרגות.

**עילות הפסילה**: 1. שלילת רעיון מדינה יהודית. 2.שלילת רעיון מדינה דמוקרטית. 3. הסתה לגזענות 4. תמיכה במאבק מזויין (נוסף לאחר 2002).

מס' פס"דים שבהם ביהמ"ש לא פסל את הרשימה הובילו ב-2002 לתקן את **סעיפים- 5 ו- 7א'**:

* 1. יצירת אפשרות פסילה פרטנית של מועמד מהרשימה: לא שוללים את זכות ההתאגדות אלא את זכותו של פלוני להיבחר.
	2. העלאת מידת הפיקוח של ביהמ"ש על הפסילות: להבדיל מפסילת רשימה שאיננה מחויבת באישור אלא אם הוגש ערעור לעליון, בפסילת מועמד בודד נדרש אוטומטית אישור מהעליון. בנוסף השתנה גם היקף הביקורת השיפוטית.
	3. הוספת עילת פסילה במקרה של "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל".

מה ההבדל בין ערעור לאישור? לומדים **מפס"ד טיבי**

**בערעור**- ביהמ"ש אינו יושב במקום הגוף המכריע. עליו לבדוק האם החלטת הגוף המכריע נופלת מתחם הסבירות.

**באישור**- דרישה מביהמ"ש לשים ההחלטה הקודמת בצד ולבחון הדברים מחדש. ביהמ"ש שותף להחלטה, לא רק מבקר.

**הסתה לגזענות:** לא די בכך שהמצע כולל גישה גזענית- מה שנדרש הוא להסתה לגזענות. לא הוגדר בחוק מה נחשב להסתה- בצריך עיון. משמעותו:רובינשטיין ומדינה מציעים להעתיק את ההגדרה מחוק העונשין.

**שורה תחתונה:** פסילת רשימה- ניתן לערער, פסילת מועמד הדבר נדרש אישור של ביהמ"ש.

מה מעמדה בפועל של עילת "שלילת קיומה של מד"י כמדינה יהודית ודמוקרטית"?

**א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**:

**שלמה לוין:** מסכים עם שטרסברג כהן שדבריו של בשארה מהווים קריאות לשלילת מהותה היהודית של מד"י. ואולםהפסילה היא בעיקר בגלל קריאותיו של בשארה למאבק מזוין- מספיק לבסס את עילת הפסילה על כך.

**ברק (רוב):** בעניין פסילת מפלגה בהקשר של שלילת המדינה כמדינה יהודית יש לבחון רק את המאפיינים המינימליים. ביטולם או שלילתם של מאפיינים אלה צריכה להיות: א. מרכזית ודומיננטית בשאיפותיהם ופעולותיהם ב. הם פועלים נמרצות להגשמת שאיפות אלה ג. ניתן להוכיח כל זאת בראיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות. דבר זה לא מתקיים בעניינם. בנוסף, יש לבדוק את עניין ההסתברות (בחזרה לאחר שחזר בו בעניין ניימן).

כדי לשלול מועמדות יש להביא בחשבון רק מאפיינים גרעיניים **בשלילת המדינה כמדינה יהודית** אשר כוללים: זכות כל יהודי לעלות ארצה; היהודים יהוו במדינה רוב; עברית והחגים כמעמד רשמי; מורשת ישראל כמרכיב מרכזי. הביטוי "כלל אזרחיה" לא שולל את המדינה אלא מצביע על שוויון. רק אם יש בביטוי מונח השולל את הבסיס של המדינה כיהודי אז נראהו כשולל מאפיין גרעיני.

**שלילת הדמוקרטיה** גם תתחלק למאפיינים גרעיניים אשר כוללים הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות שוות חופשיות והכרה בגרעין הזכויות, הפרדת הרשויות, שלטון החוק והרשות השופטת ותמיכה באמצעים פיזיים כאמצעי לשינוי משטר/שלילת מועמד על בסיס רקע אתני/גזעי.

גם **להסתה לגזענות** תתחלק למאפיינים גרעיניים אשר כוללים מרכיב כוונה, מרכיב ליבוי יצרים, קריאה לשלילה אלימה של זכויות. הדמוקרטיה רשאית להגן על עצמה גם ממפלגה **התומכת במאבק מזוין** כמו בירדור.

את מבחן ההסתברות ברק משאיר בצריך עיון.

**שטרסברג כהן:** חושבת שתמיכה במאבק מזוין לפי ס' 7א חייבת להתבטא בכוונה או במעשים דומיננטיים ויש להראות הוכחה ברורה ומשמעית לקיום המטרות.

**פרוקצ'יה:** מציינת כי ככל הנוגע לעילת הגזענות אין צורך לבחון הסתברות כי עילה זו ברורה וחד משמעית.

פסיקות לאחר חקיקת ס'7א לחוי הכנסת**:**

**ע"ב בן-שלום(1988):** ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את השתתפותה בבחירות של הרשימה המתקדמת לשלום. **דב לוין** קובע כי מי שמבקש להפוך את מד"י למדינת "כל אזרחיה" שולל את אופייה היהודי ולכן יש לפוסלו לפי 7א' (1). **שלמה לוין** חולק עליו משום שאין ראיות חד-משמעיות לכך שהם שוללים את הגדרת המינימום למדינה היהודית.

**אלון** סבור שיש לפרש את 7א' לפי הגדרה מצמצמת המתמקדת בחוק השבות.

בסופו של דבר כל שופטי ההרכב מסכימים ששלילת עקרון השבות אין בו כדי לפסול מפלגה.

**רע"א איזקסון (1995):** התנגדות לרישום התנועה הערבית לשינוי ע"פ חוק המפלגות מאחר ושוללת קיומה של מדינת ישראל. טען שטיבי מזוהה עם אש"ף- חשש לניגוד עניינים. ביהמ"ש פסק כי אין ראיות שלא עומדת בדרישות חוק המפלגות. הערעור בהגבלת זכויות יסוד ומכאן שנפרש **בצמצום**. האמירה "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לחסר מהיות המדינה מדינה יהודית.

**ע"ב ארליך:** המערער מבקש למנוע את השתתפות בל"ד בבחירות לאחר התבטאויות בשארה לפיהן ליהודים אין זכות.

**טירקל** קבע כי רק ביטויים חמורים וקיצוניים של ס' 7א' יצדיקו הפעלתו. שמתעורר ספק בכך פועל הספק לטובת הרשימה. **קדמי** למזלו של בשארה הוא פועל במדינה בה ערך הדמוקרטיה הוא חשוב עד שהיא מוכנה להתיר התבטאויות כה בוטות.

**ע"ב 561/09 בל"ד ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית ואח'**:

עובדות: ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את "בל"ד" - מתוך עילת הפסילה של האופי היהודי של המדינה. בית המשפט מקבל את העתירה ומחזיר את הרשימות להתמודד בבחירות.

**לוי (דעת מיעוט****):** סובר שיש לאשר את החלטת הועדה ולפסול את הרשימה של בל"ד. רשימה המבקשת לשלול את אופייה היהודי או הדמוקרטי של מדינת ישראל דינה להיפסל, ישנן ראיות לכך שמעבר לחזונם עומד הרצון לערער מיסודו את רעיון היותה של ישראל, לא רק מדינה דמוקרטית כי אם גם מדינה יהודית. תוצאתו המעשית, של חזון זה – שלמימושו פועלת המערערת והוא הבסיס לעשייתה הפרלמנטרית והחוץ-פרלמנטרית, היא אובדן הגדרתו הלאומית של העם היהודי במסגרת מדינית, והיטמעותו במה שמוצג, לכאורה, כאגד של נרטיבים לאומיים רבים ומגוונים, אך למעשה אינו אלא מסווה לכינונה של מדינת לאום ערבית בכל שטחה של ארץ-ישראל. לגישתו, עמדתו, לפיה אין להתיר בשל כך את השתתפותה של המערערת בבחירות, איננה ביטוי להשקפה פוליטית זו או אחרת. היא תוצאה מתחייבת של יישומה, המשפטי, של ההוראה החוקתית הקבועה ב[חוק יסוד: הכנסת](http://www.nevo.co.il/law/72242)

**גידי:** פסיקה זו היא מיתה חד משמעית של המושג "מדינה יהודית"- התבטאויותיהן של 2 המפלגות לא משתמעות לשני פנים. הם רוצים מדינת כלל אזרחיה, לא מדינת לאום של אף עם ובוודאי לא של היהודים.

ביהמ"ש מחק מספר החוקים את עילת הפסילה מכוח "מדינה יהודית"- ובכך מייתר את הסעיף בחו"י הכנסת הדורש זאת. הצדקות לפעולת השופטית:

1. **הצדקה עקרונית**- **קרצ'מר-** **כיוון פרקטי**- פסילת מפלגות הסותרת את מהותה היהודית של ישראל מהווה צעד מרחיק לכת יותר מאשר שריון חוקתי לאופייה היהודי של ישראל. הוצאה מ"המשחק הפוליטי" של מפלגות מסוימות מהווה צעד חריף הרבה יותר מחוק (שייפסל בשל חוסר חוקתיות ) בנושא.
2. **צידוק "תבוני"**- **גידי-** **כיוון מוסרי**- עדיף ל"הכיל" את הקיצוניים ולא לדחוק אותם לשוליים*.*

מה מהות עילת התמיכה בטרור?

**ברק בפרשת טיבי ובשארה:** "ברור לכל כי ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים- או מועמד בודד- אשר מהווים, הם עצמם, חלק מארגון המנהל מאבק מזויין נגד המדינה. כן ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים- או המועמד הבודד- אשר אינם נוטלים, הם עצמם, חלק פעיל במאבק מזויין, אך הם תומכים במאבק זה. תמיכה זו יכולה להיות חומרית, וכמוה כנטילת חלק במאבק עצמה. תמיכה זו יכולה להיות פוליטית, זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה כנגד תמיכה פוליטית זו. תמיכה פוליטית זו יכולה ללבוש צורות שונות, אשר מעניקות לגיטימציה למאבק מזויין נגד המדינה".

יש לציין כי בלשון החוק בחרה הכנסת בנוסח **ארגון טרור** ולא **מעשה טרור**. השופט **חשין**, שכיהן כיו"ר וועדת הבחירות המרכזית הסביר, שהתמיכה צריכה להיות בארגון טרור, ולא מעשי טרור "כך סתם".

**בפרשת טיבי ובשארה פסלה וועדת הבחירות המרכזית את מועמדותם של בשארה ומפלגתו גם בנימוק של תמכה במאבק מזוין של ארגון טרור. בית המשפט העליון הפך את החלטת וועדת החבירות המרכזית וביטל את פסילתם של בשארה וברק.** וכך אומר **ברק**: אין מספיק ראיות ברורות וחד מד משמעיות לתמיכה בפעילות הטרור. אמנם יש ספק, אבל ספק לא מספיק כדי לפסול במדינה שוחרת דמוקרטיה וכו'.

**רובינשטיין ומדינה, פרק 8ו, הזכות לבחור ולהיבחר**:

הסעיף 7א' מונה 3 יסודות אשר ניתן לפסול בגין התקיימות אחד מהם. **שלילת** קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, **הסתה לגזענות,** תמיכה **במאבק מזוין** של מדינת אויב או **ארגון טרור** נ' מדינת ישראל. הסעיף מחזק את נושא הדמוקרטיה המתגוננת. בפס"ד ירדור שללו את המפלגה גם אל מול חוסר בחקיקה. בפס"ד ניימן ההלכה צומצמה ונדרשה הסמכת חוק מפורשת. ולכן בשנת 85' תוקן החוק. בשנת 2002 הותאם ס' 7א לס' 5(1) לחוק המפלגות. התאפשרה פסילת מועמד ספציפי וכן כל מועמד חייב היה להצהיר נאמנות ומחויבות לא לפעול כנגד יסודות 7א. ועדת הבחירות המרכזית **מחליטה** אם לפסול מועמד. רשות הערעור נתונה רק ל**יועמ"ש, יו''ר ועדת הבחירות או רבע מן חברי הועדה.** נדרש אישור בית המשפט לפסילת מועמד מלכתחילה אך לא רשימה. הסמכות לפסילת רשימה מצומצמת ויש מבחנים להפעלת הסמכות בפסיקה. ההחלטה מסויגת ע"י 2 דרכים עיקריות. **הראשונה היא** הוכחת סיכויי התממשות הסיכון, דבר אשר נדרש לכל אורך הפסיקה החל מקול העם ועד ירדור וניימן. **והשנייה היא** מבחן ראייתי מחמיר למידת הסכנה הכרוכה באישור התמודדות. ע"פ התפיסה המקובלת החשש הוא לא רק עד כמה הרשימה תצליח להגשים מטרותיה אלא גם ההשלכות מעצם אישור המפלגה. ישנן **דרכים חלופיות** להימנע ממבחן סיכויי ההתממשות, ע"י הוכחה כי **המטרות והמעשים מצטיירים בבהירות** וכן כי **ניתן לקבוע כי הרשימה מתכוונת לממש כוונתה.** ההלכה היא כי מצע הרשימה הוא לא המקור היחידי לקביעת מטרות הרשימה, יש להראות פעילות פוליטית מעשית. שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית מוצאה בעקרון **הדמוקרטיה המתגוננת**. לדעת הכותבים יש להבחין בין 2 מובנים שונים של הדמוקרטיה המתגוננת. המובן הראשון הוא **אותם מאפייני יסוד** של המשטר הדמו' שראוי לשריין והמובן השני הוא **גם ההכרה בזכויות היסוד של האדם**. בפועל בפסיקה ננקט המושג הראשון אך גם השני תופס. גישה נוספת היא שלרשימה **אין יכולת** לשלול את האופי היהודי של המדינה אפילו בדרכי שלום. מפלגה אשר מכירה בזכות העמ"י אך רק מבקשת לצמצם זאת איננה מפלגה פסולה. שלילת חוק השבות **יכולה לעלות לכדי פסילה** אך יש לבחון בהתאם לנסיבות ולראות האם זה באמת שולל את קיום המדינה. **לדעת הכותבים** מבחן דומה יש להחיל בניסיונות לצמצום גבולות המדינה. לפי התפיסה המקובלת השאיפה לקיים **מדינת לאום ניטרלית** איננה לגיטימית. יש להבחין במקרים כאלו בין הרובד המעשי וההצהרתי. היה דיון שלם לגבי **ניסיונות שוויון עם המגזר** הערבי והאם **חוק יסוד: שוויון** **האוכלוסייה** **הערבית** הוא לגיטימי. נקבע שלא כי רשום שם מדינה דמוקרטית ורב תרבותית וזה **קורא תיגר על אופיינו היהודי**. המחברים לא מסכימים עם נקודה זו וחושבים שזה רובד הצהרתי בלבד. רשימה רשאית **לשאוף** לצמצום הזיקה בין מדינת ישראל לבין היהודים בתפוצות אך יתכן ושאיפה זו תקרא תיגר על מהות המדינה. חפירה שלמה על כך ששלילת זכות להיבחר יכולה בעצם לפגוע בנו כי יש לראות בנתינת הזכות להיבחר כלי אשר יכול לקרב את ערביי ישראל אל המדינה ולעורר בהם תחושת הזדהות חזקה ולכן לא כדאי למהר לפסול ויש לאפשר להם ליצור שיח בנוגע למה ראוי להיות אופיה של המדינה. רובינשטיין ומדינה דנים ב**יסודות** ס' 7א'. לעניין הסתה לגזענות **מסכימים עם פרוקצ'יה** בטיבי לגבי כך שאין צורך במבחן הודאות כי עניין הגזענות איננו עמום. לפי הנראה בפסיקה **כאשר מדובר בשאיפה/הטפה** להשגת הסדר גזעני במקצת, לא נשאף לפסילת המפלגה **אך כאשר מדובר בניסיון** להפעלת סמכות שלטונית חד צדדית המבטאת עוינות קשה נשאף לפסילה. **היסוד האחרון** של תמיכה במאבק מזוין מוגבלת עם מבחן תוצאתי **ויש על כך ביקורת** כי הדבר מצמצם את האפשרות להגביל זכות בחירה ע"י יסוד זה בשל הקושי להוכחה.