**שיעור מבוא- חוקה**

חלקי קורס חוקתי:

1. תיאוריה והיסטוריה חוקתית
2. כללי המשחק הדמוקרטיים
3. ערכים וזכויות
4. ביטחון ומצבי חירום
5. מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

החוקה מכילה שני פרקים מרכזיים:

* כללי משחק- רשויות השלטון, סמכויות, מערכת היחסים ביניהן, מנגנוני שליטה ובקרה במערכת השלטונית.
* ערכים- רובם מתורגמים לזכויות אדם

במדינת ישראל יש שני מאפיינים ייחודיים, לא במובן שהיא המדינה היחידה שמאופיינת כך, כל מדינה דמוקרטית בנויה על פי אותם שני המאפיינים, אלא שבשני המקרים אנחנו דוגמת קצה.

1. העובדה שמדינת ישראל נמצאת מהקמתה ועד היום, במצב חירום. יש למצב זה השלכות על המבנה החוקתי חיזוק של הרשות המבצעת על הרשות המחוקקת וכן לגיטימציה של שלילת זכויות מסוימות.
2. בנוסף לעובדה זאת מדינת דמוקרטית הא גם יהודית, היא מכילה מאפיינם יהודים, מה שיוצר השלכה על המערכת החוקתית. כשמדינה מגדירה את עצמה מדינת הלאום היהודי, נוצר מתח בין אותן קבוצות מיעוט לאומיות לזהות ושייכות למדינה. בנוסף זיקה מסוימת בין לאום לדת, מעוררת מתח גם בקבוצת הרוב אשר מזדהה עם הלאום היהודי, המתח מעורר דילמות של דת ומדינה.

**מאפייני החוקה:**

לחוקה יש מספר מאפיינים, הצורך לדבר על מאפייני החוקה היא הבנת המשפט החוקתי. הצורך נובע מכך שזהו תחום אפור ללא הגדרות מדויקות. מאפייני החוקה לא קבועות אלא משתנות מאחת לשנייה. אך יש מספר מאפיינים מרכזיים:

**תוכן**

תוכן החוקה כולל בדרך כלל שני מאפיינים:  
1. רכיב מבני- הגדרה והסדרה של מבני השלטון במדינה, תיחום סמכויותיהם   
2. רכיב מהותי- ערכי יסוד אשר חלקם מתרגמים לזכויות

**סגנון**

בדרך כלל, חוקות עתיקות יותר הן קצרות יותר. החוקה כתובה באפן קצר ותכליתי בהשוואה לדברי חקיקה רגילה אשר מפורטת יותר. מה שנובע מכך שהחוקה אמורה להציע לנו רשימה של עקרונות, ואותם עקרונות אחר כך נפרדים לחוקים בדרך של חקיקה ראשית וחקיקת משנה.

**עליונות**

העליונות היא בדיוק הסיבה שבגללה יש מתחת לחוקה חקיקה ראשית שנולדת מהרשות המחוקקת, מתחת יש חקיקת משנה שנובעת מהרשות המבצעת . החוקה עליונה, היא בעלת מעמד גבוה יותר מסוגי החקיקה השונים. היא מבטאת את פירמידת הנורמות- שיוצרת מתחים בין סוגי חקיקה שונים. החוקה היא העליונה ביותר כך שכל חוק שיסתור אותה דינו להתבטל, כל החקיקה מתחתיה צריכים לחוקק לאורה של החוקה.

**צורת התקבלות**

בדרך כלל יש שני אלמנטים שאנו מזהים ביצירתן של חוקות. החוקות נוצרות בדרך כלל בסיטואציות משבריות (הקמת מדינה, מתחים ומשברים פנימיים), החוקות לא מתקבלות בתקופת רוגע ושלווה, אלא געשה ומשבר. יצירת החוקה בתקופת משבר יכולה לנבוע משתי סיבות עיקריות: האחת, רצון עז ליציבות בתקופה שהכל משתנה ואין דבר קבוע.  
השנייה, היכולת של כלל\ רוב האזרחים להגיע להסכמות רחבות ובעצם התגמשות וויתר על הדעה האישית של כל אחד במטרה להגיע להסכמה, יכולה לקרות בדרך כלל רק בתקופות משבר. יתרה מזאת, לאחר משבר יש רצון לצמיחה חדשה ופונות לכיוון שונה מאשר בו היו בעבר, כמו "שריפה"- לאחר שריפה, מה שהיה בעבר נמחק ועכשיו יש מקום ליצירת חיים חדשים שלא דומים לעבר.

1. קיומם של מאפייני דמוקרטיה ישירה- היא לא מתקבלת בהליך דמוקרטי רגיל, אלא בהליך ייחודי "סופר דמוקרטי" (משאלי עם וכו). בבסיס הרעיון הדמוקרטי עומד רעיון הכרעת הרוב. בעידן המודרני אין אפשרות לבצע דמוקרטיה ישירה, אלא מחייב דמוקרטיה עקיפה שהרוב מיוצג על ידי נציגים. בהליך סופר דמוקרטי יש השתתפות יותר אינטימית ויותר ישירה של האזרחים ביצירת החוקה. ההליך מחזיר אותנו ליסודות הדמוקרטיה הישירה.
2. דרישה להסכמה רחבה- הציפייה שהחוקה תתקבל לא סתם ברוב מזדמן, וגם לא רוב מוחלט. אלא, החוקה תתקבל בהסכמה ציבורית מאוד רחבה.

אחת הסיבות לדרישה למאפיינים סופר- דמוקרטיים בדרך יצירת החוקה, נובעת ממהות החוקה: החוקה בעצם מגבילה מרגע היווצרותה, מכאן והילך, את המשחק הפוליטי והדמוקרטי, האזרח הפשוט חייב להשתתף ביצירת המסגרת ותחילת המשחק הפוליטי. חוסר הסכמה רחבה או יכולת ההשפעה של כלל האזרחים על יצירת ההגבלות, תוביל לדה- לגיטימציה לחוקה ולעקרונות היסוד אותם היא מנסה להסדיר.

**נוקשות\ שיריון**

קיים קושי, לעיתים אפילו עד לרמת חוסר אפשרות לשינוי תוכן החוקה, בהשוואה לקלות היחסית של שינוי חקיקה ראשית. במטרה לשמר את עקרונות היסוד, יש צורך באימוץ השיריון, (שהוא כלי להבטחת העליונות). ללא שיריון ניתן לשנות בקלות את חלקי החוקה. מספר דוגמאות לשיריון של חוקה:

1. שיריון מוחלט- לא ניתן לשנות בשום צורה או בשום רוב את החוקה. לדוגמא, החוקה הגרמנית- חוק היסוד הגרמני קובע כי תיקונים לחוק היסוד יהיו בלתי אפשריים.
2. שיריון יחסי- נדרש רוב יחסי או פרוצדורה מיוחדת כתנאי לשינוי. יש קושי רב אך לא בלתי אפשרי. לדוגמא סעיף 96 לחוקה היפנית- רק הממשלה רשאית לשנות את החוקה, יש צורך להשיג רוב של לפחות שני-שליש מהבית התחתון ושני-שליש מהבית העליון. החוקה הופכת להיות נוקשה מאוד אך לא בלתי אפשרית.
3. שריון זמני- לא ניתן לשנות אלא לתקופת זמן מוגבלת.
4. שריון מותנה- מאפשר שינוי במידה ויתרחש אירוע מסוים.

**חוקה- בעד\ נגד**

נגד

בעד

1. יצירת בסיס יציב- יצירת מסגרת שעל בסיסה ניתן להמשיך ולקבוע החלטות פוליטיות וכך לנהל את ענייני המדינה. בכל סוג של משחק, אחד הדברים החשובים ביותר הם קביעת כללי המשחק, כלי הוגן ויציב. העליונות והנוקשות של החוקה מאפשרת את יציבות הכללים והגנה משינויים תכופים.
2. הגנה על חירויות יסוד- מסייעת בהגנה לעקרונות מסוימים תוך הגבלתו של עקרון הדמוקרטי (למשל, הגנה על הקניין הפרטי מפני עינויים וענישה אכזרית וכו') החשש כי הכרעת הרוב תפגע בזכויות המיעוט, ולפעמים זה גם במצב בו האוחזים ברסן השלטון מנסים לפגוע בזכויות הרוב- המיעוט שתפס את השלטון לא יוכל לרכז כוח בידיו.
3. הגנה על המבנה הדמוקרטי- הגנה לעקרונות שנועדו לשרת ולשמר את המשטר הדמוקרטי. יש כללי משחק שחשוב שיישארו יציבים וגם שימור ערכים וזכויות. בתוך המסגרת של הערכים יש רכיבים של כללי משחק, אך המטרה בעיקרון היא הגנה על הדמוקרטיה. (זכויות יסוד שלא רק חשובות כשלעצמן, אלא גם לשמירה על מהמערכת והכללים הדמוקרטיים)  
   להבנת העיקרון נדגים על ידי חופש הביטוי. אפשר להתייחס לחופש הביטוי בשני אופנים:  
   1. כזכות יסוד- חשש שהרוב ישלול מהמיעוט את היכולת לביטוי, ומהצד השני המיעוט שתופס את השלטון ימנע מהרוב את יכולת הביטוי. מונע ביקורת ויציאה כנגד הדעה הרווחת.  
   2. לא רק זכות של רבים אלא אחד מהמאפיינים של כללי המשחק הייחודיים שלנו, אחד מהתנאים הבסיסים לקיום שלטון דמוקרטי. צנזור הביטוי לא רק פוגע בזכות הבסיסית אלא גם פוגע באפשרות לקיום כללי משחק דמוקרטיים. שלילת חופש הביטוי לא תאפשר ייצוג של דעות רחבות וכך לא תאפשר הכרעת רוב וקיום השלטון הדמוקרטי.
4. אי הסכמה בשאלת הערכים- יש לא מעט אי הסכמות בחברה, גם בשאלות יסודיות, שאלות מפתח. איך ניתן להכריע ולהסדיר בחוקה כשהציבור מפולג באותה מחלוקת. (זכות בחירת האישה או הגנה על חיי העובר? זכות להגנה עצמית או שלילת היכולת להחזיק בנשק?). העובדה היא שיש מחלוקת על הערכים עצמם או על התנגשות של ערכים, כך האם יש יכולת להגיע להסכמה רחבה? וכיוצא מזה כינון חוקה. הפתרון הוא כתיבת החוקה כמתומצת ביותר ורק ברמה האבסטרקטית. אין באמת הכרעה על הדילמות הערכיות.
5. מתח עם העקרון הדמוקרטי- כתוצאה מכך שעקרונות היסוד כתובים בצורה מתומצתת, נוצר מצב בו בית המשפט מחויב לפרש את הכתוב ליצירת החלטות מעשיות. הוא בעצם עונה על הדילמות שאנחנו סירבנו להכריע בהם.  
   לכן עלול להיווצר מתח בין בית המשפט לציבור הרחב. בניגוד למצב בו החוקה שהתקבלה בהסכמה רחבה, (בסופו של דבר בגלל שהיא אבסטרקטית) ומעבירה את הסמכות לבית המשפט, אין הוא עומד עם דעת הרוב.
6. כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו- העולם משתנה כל הזמן. החשיבה המוסרית הקיימת היום, שונה לחלוטין לתפיסה המוסרית הקודמת. במצב בו החוקה מותאמת לעבר, אין היא מאפשרת מקום לשינוי וכובלת את הציבור לתפיסה מיושנת. החוקה יכולה ליצור מצב של חוסר התאמה במערכת הערכים הנוכחית שלנו למה שהחוק מחייב, מכיוון שהוא מייצג את דעות העבר.
7. דילול השיח הדמוקרטי- כשיש חוקה הדבר משפיע על מידת היכולת והמוטיבציה שלנו לשנות דברים. ראשית על היכולת. לחוקה יש מעמד לא רק במובן הפורמלי, זה מסמך משפטי אכיף על ידי בית משפט, יש לזה גם משמעות חינוכית הצהרתית. אנו תולים את החוקה על הקיר ומחייבים תלמידים לשנן חלקים ממנה. מה עלול לקרות? קיבעון מחשבתי. אני אקום ואגיד שמה שהחוקה אומרת לא מתאים יותר, שגוי, פסול? יש חשש שאנחנו נקטין את עצמנו אל מול החוקה. אבל יש גם חשש פרקטי- אם אני פוליטיקאית שמצליחה להשתחרר מהמטרייה המחשבתית שנקראת חוקה, אני מבינה שכדי לשנות אני צריכה שני שליש מכלל הציבור. זו משימה מאוד קשה. פוליטיקה זו אומנות האפשר, פוליטיקאים מציבים יעדים שניתן להשיג אותם ולכן הפוליטיקאית הממוצעת לא תנסה לעשות משהו כזה גם אם היא חושבת אחרת. לחוקה תהיה סוג של אפקט משתק על היכולת שלנו במובן הרעיוני מחשבתי או על המוטיבציה שלנו לשנות דברים.

* מצד שני, יש האומרים כי למרות הסיכוי לדילול השיח הדמוקרטי, זה שווה ביחס לסיכוי בו נמצא את עצמינו בשעת שיכרון.

1. ספק לפי האפקטיביות- כאשר בוחנים את ההיסטוריה החוקתית של אומות שונות ניתן לראות כי החוקה לא שימשה כלי יעיל למטרה שלשמה היא נועדה (שמירה על ערכים דמוקרטיים של האומה בעתות משבר). לדוג' מלחמת ויאטנם שבה כלאו את האוכלוסייה היפנית בארה"ב במחנות ריכוז. באותה תקופה לא היה אחד שקם ודיבר כנגד שלילת הזכויות הדמוקרטיות של היפנים.   
   הטענה היא שהציבור נמצא בתקופת שיכרון, אין סיבה להניח שבית המשפט ימצא גם הוא בשיכרון.

**הצעות לפתרון הבעיות**

(1)**הגבלה של היקף הביקורת השיפוטית (מינימליזם)**

ההצעה מנסה להתמודד עם המתח בין רצון הציבור, לדעות אשר מציג בית במשפט. הצעה זו מציעה כי יש צורך להגביל את היכולת של השופט להפעיל "ביקורת שיפוטית", בעצם בית המשפט צריך להתערב רק בסוג מסוים של סוגיות, אשר אותן ההצעה מגדירה.   
הוגה דעות בולט שדוגל בתפיסה זו הוא אילי. אילי ב1980, פרסם ספר: "דמוקרטיה וחוסר אמון". אילי דיבר בהקשר האמריקאי אך גם ברובד התיאורטי: הוא תופס כי בית המשפט צריך להשתמש בביקורת שיפוטית אך ורק על מנת להגן על כללי המשחק.   
לשיטתו של אילי אנחנו רוצים שבית המשפט יתערב רק במקרים: פגיעה בשיטת הבחירות, אולי בנסיבות בהם חופש הביטוי הנפגע כאשר הוא מעבר שכך הוא זכות בפניי עצמה אלא מאפשר לקיים משטר דמוקרטי (השמעת דעות להעברת מידע), במטרה להבטיח השמעה של דעות קבוצות המיעוט.   
ומנגד, אסור שבית המשפט יתערב במחלוקות מוסריות ערכיות (אשר מחלוקות אלו מופיעות בחלק לא מבוטל של המקרים), התנגשות בין שני ערכים, או התנגשויות בין מדיניות לזכויות מסוימות.

לצורך כך, ניקח את פרשת **"רובנשטיין"** בפרשה זו בית המשפט העליון הגיע צעד אחד לפני פסילת החוק אשר מאפשר דחיית שירות של בני ישיבות, כאשר במרוצת הזמן הוא פסל את החוק.   
העילה\ הנימוק לפסילת החוק (מובא על ידי ברק) הוא שהחוק פוגע בערך השיוויון (של אלו החייבים להתגייס- קבוצת הרוב מול אלו שלא- קבוצת המיעוט) בנסיבות המקרה שאינן מוצדקות.   
מנגד, מובא טיעון (אשר גרוניס מייצג אותו) שבעיקרו אומר כי בנסיבות המקרה הנדון אין לבית המשפט את הזכות להתערב (גם אם הדבר סותר את הערך שהחוקה מייצגת). ראשית מבהיר גרוניס כי במקרה הנדון יש רוב (חילוני, דתי וכו) מול המיעוט שהוא הציבור החרדי. הוא מוסיף שכאשר חוק עובר בכנסת אשר מקנה לקבוצת המיעוט זכות על קבוצת הרוב, מה שאומר שהרוב מצדיק ומסכים להעניק למיעוט זכויות יתר. כחלק מפשרה חברתית, הסכימה קבוצת הרוב כחלק להעניק למיעוט זכות יתר, אין הדבר מראה כי קבוצה אחת נפגעת והשנייה לא, אלא יש פה מקום למימוש אינטרסים של כל אחד מהצדדים כחלק מפשרה.   
כלומר, המסקנה היא שבמקרה אין פגיעה בקבוצת הרוב ולא בקבוצת המיעוט, ולא פגיעה באדם פרטי (אלא אם כבר בקבוצה). כך שעל פי התפיסה המינימליסטית, אשר בעיקרה שוללת התערבות בית המשפט שלא קשורה לפגיעה במנגנונים דמוקרטיים או שפגיעתו בקבוצת מיעוט. לכן המקרה הנוכחי לא דן בשתי הנסיבות הללו ולכן התערבות בית המשפט במקרה הנידון לא תהיה מוצדקת.

פרשה זו מראה כי יש שופטים בבית המשפט העליון אשר דוגלים בתפיסתו של אילי- תפיסת המינימליזם.

חולשות

למינימליזם יש שתי חולשות:

1. עובדתית- אם יש לנו חוקה והיא מגנה על קבוצה מסוימת של זכויות. כאשר שיש פגיעה באחת הזכויות יש פגיעה בהוראות החוקה, מה זה משנה אם זה פגיעה באדם ספציפי או בקבוצה? לכאורה יש כאן חוקה ויש צורך להשתמש במה שמופיע בחוקה, להשתמש בה ולאכוף אותה. ההצעה מזכירה את ההצעה כי החוקה תכלול רק פרקים הקשורים למבנה הדמוקרטיה. התפיסה מתעלמת מחלקי החוקה עצמה.
2. הבעיה היא שאם אנחנו חוששים מכוחו הרב של בית המשפט, מתעוררת פה בעיה. בסופו של דבר הכל נתון לשיקול הדעת של השופט- האם במקרה כך וכך- השאלה תיפתר על ידי שיקול דעתו של השופט, כך שאין אפשרות אמיתית לרסן את כוחו של בית המשפט.

**(2) מנגנוני שליטה על התוצר הסופי**

מטרתו ליצור התאמה בין דעת השופטים לדעת רוב הציבור.   
כלומר, מה הבעיה שלנו? יש הטוענים שיושב שופט והוא מפרש את החוקה בצורה מסוימת. עמדתו לא תואמת את עמדת הציבור. אם אנו חוששים מהתערבות חסרת רסן של השופטים בדברי חקיקה, נוכל ליצור שיטת בחירה שתאפשר לנו לסנן את המועמדים על פי סוג השופט שאנו רוצים לקבל. בעצם השופטים עצמם יבחרו על ידי מנגנוני בחירה דמוקרטיים.   
המנגנונים יהיו מקצועיים (הרשות השופטת בוחרת את שופטיה), דמוקרטיות (המחוקק בוחר את השופטים), או שילוב של השניים (המחוקק והרשות השופטת בוחרים את הנציגים יחד). אם אנחנו עובדים בשיטה זו דעת הרוב תותאם לעמדת השופטים. מנגנון בחירת שופטים באופן דמוקרטי כאשר יש תקווה שתוכל התאמה בין התפיסה המוסרית ערכית של הרוב לתפיסת השופט.   
אומנם, יש מצב בו תפיסות עולם משתנות אם זה בחברה או בשופט. יכול להיווצר מצב בו אנחנו חושבים אחרת מהדור הקודם, אבל אם אדם שיושב בבית המשפט הוא נשאר מייצג של דעת הרוב של הדור הקודם. הפתרון למקרה זה הוא שכהונת השופטים תוקצב בזמן. מצב זה מביא לכך שאנו ננסה להבטיח קציבה של הכהונה כדי לאפשר תחלופה בבית המשפט, על מנת שכשימונה שופט חדש הוא יוכל לייצג את הערכים השלטים במדינה ולא יהיה נאמן לערכים שהיו קיימים לפני שנים רבות וכבר אינם רלוונטיים יותר.  
 כך שעובר הזמן יש תחלופה של שופטים בהתאם לזמן, לתקופה ולדעת הרוב הנוכחית.

חולשות

* החולשה העיקרית קשורה לעובדה שאנחנו בעצם מתרחקים עוד שלב אחד מהעיקרון הדמוקרטי. (תשלימי מהסיכום האחר)
* במידה ואנחנו בוחרות שופטים נאבד הרעיון של איזונים ובלמים- השופטים משקפים את דעת הכנסת כך שאין באמת ביקורת וריסון של רשות אחת לשנייה.

המצב בישראל

בישראל ישנה שיטת בחירה של שופטים שמערבת וועדת מינוי שמורכבת מהרשות השופטת (3 שופטים מבית המשפט העליון, כאשר נשיא/ת בית המשפט העליון יהיה/תהיה בוועדה ), המחוקקת (שר המשפטים, שר נוסף מהממשלה ועוד שני נציגים מהכנסת) ואנשי המקצוע (2 נציגים מלשכת עורך הדין). עם זאת, קציבת משך הכהונה עומדת במצב ביניים. בעוד שיש שופטים שממונים בגיל צעיר כך שיכהנו שנים רבות בבית המשפט (השופט ברק בעבר, השופטת דפנה ברק-ארז שמונתה לא מזמן ואמורה לכהן 22 שנה).

**(3) הורדת רף השיריון**

כשפירטנו את הבעיות שבחוקה, דיברנו בין היתר גם על הקושי לשנות את החוקה בגלל עקרון העליונות והקשיחות שלה. הצעה זו באה לפתור את הקושי אשר בעייתיות החוקה באה בכך שהחוקה נוקשה ומקשה על שינוי פתרון שאפשר להציע לכך הוא להוריד את רף השריון הנדרש ובכך לאפשר גמישות רבה יותר לחוקה ולהקל על שינויה, הורדת רף השיריון בעצם מקלה על אפשרות לשינוי. אך ברגע שנקל את רף השיריון אנחנו לא בעצם מורידים את האפקטיביות של החוקה?   
הורדת רף השריון עלולה לפגוע במעמד החוקה "וביוקרתה". לא זאת אף זאת, החוקה נועדה כדי לשמור על המחוקק והעם מ"התחרפנות". כאשר אנחנו במצב שיכרון, נוכל יותר בקלות בעזרת הורדת רף השיריון, לשנות את החוקה ועקרונות היסוד שהיא מייצגת. אנחנו עלולים לאבד את היכולת להגן על עצמנו מלשנות את החוקה ולפגוע בערכים שעליהם החוקה התחייבה להגן.   
מצד אחד, הרווחנו שהחוקה עדכנית לדעות הדור הנוכחי, אך מצד שני, הגענו למצב שאנחנו מעמידים בסכנה את הערכים שאנחנו כן מאמינים בהם במצב שיכרון.

**תורות פרשנות**

פרשנות חוקה היא סוגיה מאוד משמעותית. יש צורך לפרש כל טקסט שמובא אלינו. בפרשנות של חוקה יש מלכתחילה שיקולים שונים. במה שונה תורת הפרשנות של החוקה מהפרשנות של החוקים?

* עובדתית- הערכים משתנים לאורך השנים, ערכים מתחדדים ומתקדמים לרמה הנדרשת מהם לאורך זמן. בנוסף, חוקות מאופיינות בעמימות עקב תוכן קצר ותמציתי ולכן יש יותר שטח אפור ועולה הצורך לפרש אותן, כתוצאה מכך, החוקה מאפשרת פרשנות חופשית יותר של השופטים, אם ירצו בכך. בעוד שיש שופטים שיבחרו להתנהל בצורה פסיבית יותר ולפרשן חוקים על פי ההיסטוריה החקיקתית שלהם, כוונת המחוקק והמצב כיום, ישנם שופטים שיבחרו לנהוג במידה רחבה יותר של שיקול דעת.  
  מהצד שני, חוקות שהן ותיקות מאוד, הפרשנות היא כלי חיוני לעדכון והתאמה של הערכים אותן החוקה מייצגת לדור הנוכחי.
* נורמטיבית- מעמדה של החוקה עליון יותר, כך היא משפיעה על כלל הפירמידה הנורמטיבית. פרשנות שלה משפיעה על כלל הפרשנויות של כלל החוקים. ובנוסף, השאלות שמובעות הן שאלות אשר בעלות אופי ערכי וסוגייה ציבורית חשובה, כך שפרשנות חוקה לא יכולה להיות פרשנות טכנית אלא פרשנות תיאורטית ועקרונית.   
  מעמדה העליון של החוקה והאופן שבו היא מגבילה את ההוצאה לפועל של רצון הרוב. העובדה שהיא מגבשת נורמות יסוד של החברה, ולכן הפעילות הפרשנית אינה טכנית גרידא.

**פרשנות חוקה**

על סוגיה זו דנו במהלך שנים רבות. כאשר ניתן לחלק את כלל הדעות לשתי תפיסות עקרוניות:

**אוריגינליסטים\ נון אורגינליסטים**

תורת הפרשנות- החוקה כמו כל מסמך, היא טעונה פרשנות. חוקות הן אבסטרקטיות. ישנן אסכולות שונות באשר לדרכים לפירוש החוקה. חוקה עוסקת בסוגיות מהותיות ויש לה השלכות רבות ערך וכתוצאה מכך המשמעות של פירוש חוקה עולה בחשיבות. לפי אפשרות זו, יש לקבוע עקרונות פרשניים שצריכים להנחות את השופט.

2 אסכולות מרכזיות לפרשנות:

אסכולת האוריג'ינליזם - מה הייתה המשמעות והכוונה המקורית של החוק. נובע מהניסיון להתמודד עם שלטון השופטים (חסרונות החקיקה). הרצון לצמצם את מרווח התמרון של השופטים בעת פירוש החוק, ובכך יכריעו בהתאם להכוונת החוקה ולא לפי תפיסת עולמם. פרשנות החוקה צריכה להלום את כוונתם המקורית של מנסחיה או את המשמעות **האובייקטיבית** והמקורית של הטקסט. נצמדים לטקסט ומנסים להבין למה התכוון מי שכתב את החוקה.

הפתרון- אנו רוצים למנוע משופט להכניס את דעתו האישית לפרשנות.

**הבעיות:** זה מחמיר את בעיית הקיבעון, ואת חוסר היכולת של הרוב הנוכחי לעצב את תפיסת עולמו: בגלל שהחוקה כ"כ אבסטרקטית במקום למנוע פרשנות אישית של השופט זה רק מגביר אותה. גם אם הפרשנות האורג'ינסליסטית פותרת את בעיית ריכוז הסמכות שבידי בית המשפט, היא אינה פותרת, ולמעשה מחמירה, את המתח בין החוקה לדמוקרטיה. בנוסף, קשה לעמוד על הכוונה או המשמעות המקורית ולעיתים כלל לא ברור אם הייתה כוונה ברורה אחת שאפשר להצביע עליה (למסמך החוקתי אבות רבים). אדרבא, גם אם אכן קיימת כוונה ברורה אחת, היא לא באמת יכולה לספק תשובה אחת חד משמעית.

לפי הגישה האורגינליסטית כאשר מפרשים את החוקה, יש צורך לפרשה עד כמה שניתן בהתאם לכוונת המחוקק. לעיתם הדגש אינו על כוונה המקורית של המחוקק, אלא כוונת הטקסט החוק.   
מנגד הנון אורגינליסטים אינם מכחישים את חשיבות הדווקטנות ללשון, אך הם מרחיבים את הפרשנות לכלים נוספים ולא רק ללשון. תפיסה זו באה לצמצם את הביקורת השיפוטית, בכך שהיא דורשת להיצמד לדברי המחוקק שהטקסט, המבנה וההקשר ההיסטורי של החוקה רלוונטיים לצרכי פרשנותה, אך לדעתם אלו אינם הכלים הלגיטימיים היחידים בתהליך פרשנות החוקה.   
עיקר המשיכה בגישה האוריג'ינליסטית, בעיני המצדדים בה, בצמצום אופציות הפרשנות של השופטים והכפפתם לפרשנות אובייקטיבית- ברגע שהעיקרון דורש שהשופט יצמד אל כוונת המחוקק זה מצמצם את מרחב התמרון של בית המשפט.

האסכולה הנון אוריג'ינליזם -לא מסתפקים במשמעות והכוונה המקורית אלא נותנים מקום לפרשנות באופן שיעלה בקנה אחד עם תפיסה ערכית מסויימת. **הבעיות**: אי הסכמה בשאלת הערכים, ריכוז הכוח הפרשני, הקושי לחלץ מעקרונות אבסטרקטיים הנחיות ברורות.

* **ברק מציין שיש פשרנות תכליתית** – **צריך לפרש באופן אובייקטיבי לאור יסודות השיטה, קצת כוונת המחוקק ולפי סוג ההסדר המשפטי!** פרשנות תכליתית אינה פרשנות לאור כוונת המחוקק, כוונת המחוקק הנה עניין פסיכולוגי סובייקטיבי. הכוונה של המחוקק אינה אובייקטיבית והיא אפילו אינה מעוגנת בכוונות ברורות.

החיסרון המשותף לכל הגישות הוא שאי אפשר להבטיח שבית המשפט יפעל לפי פתרון זה, ולא יפרש לפי העקרונות.

ובקצרה:

* נון אוריג'ינליסטים- זה חשוב מה היה ההקשר והמבנה של החוקה, אבל יש גם עוד כלים לגיטימיים שניתן להשתמש בהם כשמפרשים חוקה.
* אוריג'ינליסטים- החשיבות העיקרית שבגישה היא שהרצון להיצמד לעקרונות החוקה וכוונת המחוקק מצמצמים את היקף שיקול הדעת שניתן לשופט.

קשיים

אך האם בחירה כזו באמת מצמצת את היקף שיקול הדעת של בית המשפט ומכתיבה לו את התוצאה, שהתוצאה היא מה שהחוקה אומרת ולא כיצד בית המשפט מפרש את החוקה:

* איננה מגבילה בצורה מספקת את שיקול הדעת של בית המשפט- החוקה כתובה באופן עמום ומצומצם וכי חלק מהחוקה לא מוחלט או ברור (לעיתים אף בכוונה תחילה, כאשר בזמנו המחוקק אולי לא הצליח להגיע להסכמה על ערכי יסוד ברורים ומוגדרים שלא מותירים מקום לפרשנות, ולכן ניסח את העקרונות בצורה שניתן לפרשם בהרבה דרכים) זה יוצר מצב בו אין אפשרות כי החוקה תוכל להגיע לפתרון כלל הסוגיות והתנגשויות בין ערכים. השופט שצריך להכריע במקרה בו יש התנגשות, הוא איננו יכול להיצמד ללשון הטקסט בלבד. לכן, בית המשפט חייב לתת מקום לפרשנות על מנת לפתור סוגות המובאות לפניו. כלומר, היא איננה מגבילה את שיקול הדעת של בית המשפט- החלקים שלא מנוסחים בצורה ברורה בחוקה עדיין יותירו לפרשן מרחב מחשבה והחלטה גדול מאוד, גם אם ינסה להיצמד לגישה האוריג'ינליסטית. היצמדות ללשון החוק או לכוונת המחוקק בפירוש החוקה, אולי מצמצמת ומגבילה באופן זעיר את שיקול הדעת של בית המשפט, אך עדיין נשאר מרחב תימרון רחב, ומקום לפרשנות.
* מחמירה את בעיית הקיבעון וחוסר היכולת של הרוב הנוכחי לעצב את תפיסת עולמו- ברגע שמגבילים את פרשנות השופטים לחוקה, ונצמדים לכוונת המחוקק, אין אפשרות לתת מקום לשינוי חברתיים שקרו במהלך השנים ובעצם להתאים את החוקה לימינו. השינוי בתפישת העולם ביחס לעבר לא יתורגם לפרשנות החוקה אם המפרשן ייצמד אך ורק לכוונת המחוקק ולטקסט הכתוב. בכך, לא נראה התקדמות והתאמה של ערכים לעולם המודרני ואנו עלולים להחמיר את בעיית הקיבעון, שגם כך עלולה להיות נוכחת בגלל נוקשותה של החוקה.  
  ניקח לדוגמא את חוקי התורה, ברגע שאנחנו רואים טקסט מקודש ומפרשים אותו על פי הכתב בלבד, אין מקום לשינויים והתאמה של הטקסט לחיים עצמם של הדור הנוכחי, אלא נשארים עם תפיסות מיושנות אשר מייצגות את דעת הדור הקודם. אחת הדרכים להתאים טקסט מקודש וישן היא הפרשנות. במקרה זה אנחנו מחלישים בעיה אחת אך מגבירים בעיה אחרת.

**פרשנות תכליתית**

כל הנושא של פרשנות חוקה בישראל לא נדון בצורה מספקת. כשברק הוא היה המרכזי שדיבר ודן בסוגיה זו, לפי גרסתו: לטקסט המשפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט. 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.

איך קובעים את התכלית האובייקטיבית?

* כוונת המחוקק- כשהמחוקק כתב מה שכתב, למה הוא התכוון? אין אפשרות להתעלם מכוונת המחוקק אך היא לא מכרעת.
* סוג ההסדר המשפטי- כל סוג של הסדר משפטי הכללים שאנחנו נפעיל לגבי הפרשות של הטקסט, הם כללים שונים.
* המבנה החוקתי של השיטה ועקרונות היסוד שלה- כשאנחנו באים לפרש טקסט בכל סוגיה, אנחנו צריכים להתחשב גם בערכים היסודיים שבבסיס עקרונות היסוד שלה.

אומנם עולה השאלה, מי קובע מהם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית? הרי אין מסמך כתוב ומוסכם על אותם עקרונות שברק מציג. מי קובע מה העקרונות על פיהם נפרש? עקרונות היסוד הם גם בעיני המתבונן, אז על סמך אילו קריטריונים נבחר לפרש? הפרשנות התכליתית על פי שיטתו של ברק מאוד סובייקטיבית ומאפשרת לשופט להכניס את השקפת עולמו לפרשנות שלו.

בפסק הדין "התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים" השופט טוען כי במקרים מסוימים, השופטים לוקחים דבר חקיקה ומעקמים אותו ונותנים לו פרשנות שונה ומנוגדת לו אם היינו מתייחסים אליו ככוונת המחוקק.

* אז לאיזו אסכולה נשייך את ברק? ברק הוא נון אוריג'ינליסט שמנסה להסוות זאת על ידי זה שהוא יטען שהפרשנות שהוא מציע היא אובייקטיבית.

**גלגולי החוקה בישראל**

**הכרזות העצמאות**

מסענו מתחיל בהכרזת העצמאות, כאשר בהכרזה יש התייחסות לחוקה העתידית. ההתייחסות אל החוקה היא התייחסות אגבית- איך אנחנו שולטים עד להגעה למסלול המסודר. עומדים להתרחש בחירות לאסיפה המכוננת אשר תפקידה תהיה לכונן חוקה. תפקיד החוקה היא להסדיר את מנגנוני השלטון והיחסים ביניהן. רק שעד שתכונן חוקה, יתקיימו גופי שלטון זמניים עד לרגע הסדרת החוקה:

* מועצת העם- רשות מחוקקת
* מנהלת העם- רשות מבצעת

בנוסף, ניתן בהכרזה תאריך סף עד בו חייבת להתקיים חוקה, כ-ארבעה חודשים. ספיר מנסה להגיד שהדד ליין לא נרשם בצורה רצינית, אף אדם לא חשב שתכונן חוקה תוך ארבעה וחצי חודשים, כאשר אנחנו עדיין לא יודעים האם תתקיים מדינה. זה נשמע לא כל כך סביר.  
אז למה הם אומרים את זה? אזכור החוקה במגילת העצמאות אפשר שהיה מכוון גם לאומות המאוחדות, כדי שיתמכו בשאיפת הלאום היהודי מתוך ההבנה שיש עקרון דמוקרטי שהתחייבו עליו. הזמנים עליהם התחייבו לקבלת חוקה היו לא ריאליים, בעיקר בהתחשב בהבנה שתתכן ותהיה תגובה ערבית להכרזת העצמאות החד צדדית. הבטחה לכינון חוקה שיש אפילו תאריך יעד. החוקה אמורה כאמור לכונן על ידי האספה המכוננת, אשר זהו גוף שנבחר ומטרתו לכונן חוקה. מכוח החוקה שתקום, יקומו שלטונות סדירים, ומכך הגופים הזמניים יעבירו את סמכויותיהם לגופים הקבועים ויפסיקו להתקיים.

**בג"צ זיו נ' גוברניק**

לא הרבה זמן לאחר הכרזת העצמאות, בית המשפט נדרש להתמודד עם בעיה חוקתית:

לאדון זיו, יש דירה בתל אביב המשמשת לו כמשרד. מדינת ישראל קמה ובשלבים הראשונים מוסדות השלטון קמו בעיר תל אביב. ולכן פקידי הממשל הבכירים עברו להתגורר בתל אביב. באותה תקופה, אין מספיק דירות לגור בהם, ולכן המדינה משתמשת בתקנות ההגנה, תקנות שבאות מהתקופה המנדטורית. וכך הממשלה מופקדת להפקיד נכסים של אנשים פרטיים לשימוש פקיד ציבורי. זיו טוען כמה טענות:  
תקנות ההגנה עומדת בסתירה לאור הוראות הכרזת העצמאות. אשר שמה במרכז הגנה על זכויות אדם. במקרה זה נשללת זכותו הקניינית. זיו בעצם טוען לעליונות נורמטיבית. אומנם, טענה זו לא מתקבלת, ובית המשפט מצהיר כי הכרזת העצמאות היא לא במעמד חוקה.

**סדר פעולות בפועל**

מועצת המדינה הזמנית צריכה לפעול עד כתיבת חוקה ואז להתפרק במטרה לתת מקום למוסדות הראשיים. זה לא קורה, ומועצת העם הזמנית מעבירה את סמכויותיה לאספה המכוננת ברגע שהיא נבחרה. ברגע שהאספה המכוננת נולדה, היא הופכת לגוף שבעת ובעונה אחת המתפקד בשני תפקידים: מכוננת, תפקיד מקורי, ומחוקקת, סמכויות החקיקה של מועצת העם הזמנית.

למה מועצת המדינה הזמנית מעבירה את הסמכויות שלה לאספה המכוננת? ניתן לתת שתי תשובות:

1. האספה המכוננת היא הגוף הראשון שנבחר בצורה דמוקרטית, ונוצר מצב שמכיוון שמועצת העם לא נוצרה בידי בחירות דמוקרטיות, החברים במועצת המדינה הזמנית, הם חברים שלא נבחרו בידי העם ואין להם מקור סמכות, העדיפו לתת את הכוח לחוקק חוקים למי שנבחר באופן דמוקרטי.
2. סיבה נוספת, שניתן לומר כי לא הייתה לגופים השלטוניים בישראל ככלל, כוונה לחוקק חוקה, שכן היה מדובר בצעד עמוק ומשמעותי, שייצר ויגביל את כוחם השלטוני.

**דיונים ומחלוקת**

מרגע שהאספה המכוננת נבחרת, מתחילות להיווצר מחלוקות, בשתי רמות: ברמה אחת, סבורים כי אין צורך בחוקה וגם מחלוקת בתוכן החוקה וברמה השנייה יש מחלוקת ביחס לעיתוי של החוקה- המדינה במצב חירום ובנסיבות כאלו המדינה לא יכולה להבטיח לאזרחיה את מלוא ההגנה שמדינה אמורה לספק בעתות רגילות. ובנוסף, זה לא נכון לקבוע את התוכן והמהות לפני שחלק נכבד מיהדות העולם יגיע לכאן, עד שתתבצע שיבת ציון המלאה.   
היסטורית, למעשה מי שהפריע ליצירת החוקה היו בעיקר הדתיים. לדתיים היה סדר יום משלהם והם התנגדו לחלקים מסוימים למה שבתוכן החוקות. מה שתרפד את האפשרות לביצוע חוקה פורמאלית.   
אך, התברר שבמקרה הזה, זה לא ממש נכון. הסיבה המרכזית שבעיקרה לא נולדה חוקה בכנסת הראשונה, הייתה התנגדות של דוד בן גוריון. בגן גוריון אמר במפורשות כי הוא מתנגד לחוקה, אשר תגביל את חופש הפעולה של המערכת הפוליטית. בפשטות, חוקה, תגביל את כוחו לשלוט. כנראה אחת מהסיבות להתנגדות היא מעצם העובדה ששלטון מפאי לא היה תחת איום וסכנה- לא היה הפחד להיות בעבר השני, באופוזיציה, שם החוקה תגביל את שלטון הרוב ותגן על המיעוט.  
אפשר להוסיף עוד הסבר, אם האספה המכוננת היא רק האספה המכוננת ותפקידה הוא כתיבת חוקה, בסופו של דבר תיכתב חוקה. אך אם האספה מקבלת גם את תפקיד החקיקה, הכנסת תהיה עסוקה בראשית הדברים ובדברים הדחופים, ולכן חקיקת החוקה תזוז הצידה. לכנסת כולה יש אינטרס שלא לכתוב חוקה, אם הגוף הוא חזק אין אינטרס להחליש את הגוף. החוקה בעצם גם מגבילה את הכנסת- היא אומרת כי לא לכנסת יש מעמד עליון אלא לה. נראה כי כל מי שממליץ איך תכתב חוקה, ממליץ על גוף חיצוני שיעסוק רק בכתיבת החוקה ללא כל סמכויות ותפקידים אחרים.

**החלטת הררי** (1950)

החלטה שבבסיסה פתרון המחלוקת בדבר כינון החוקה. הררי מציע לפרוס את כינון החוקה בצורה של כינון **חוקי יסוד** באופן הדרגתי. ההחלטה התקבלה לבסוף כהצעת פשרה בין הגופים. בכל פעם שהוועדה תסיים את עבודתה ביחס לפרק מסוים וכל הפרקים יחדיו יהוו את החוקה. האם כאשר החלטת הררי מתקבלת, האם באמת התכוונו לעבוד בשיטה הזאת?   
לאחר החלטת הררי, חוק היסוד הראשון התקבל בשנת 1958, 8 שנים אחרי החלטת הררי, ועד 1992 התקבלו רק חוקי יסוד שעוסקים ברשויות השלטון ויחסים ביניהם. זה מראה כי הפוליטיקאים רצו להוריד את החוקה מסדר היום, ואחר כך כמו בפוליטיקה זה נשכח.

נשאלת השאלהלמה לא חוקקו חוקי יסוד בתחום הזכויות? ככל שזזים ומתרחקים מהחלטת הררי, מתרגלים למצב הקיים, והמחלוקות נשארו קיימות, כך שהדחיפות ביצירת חוקה הולכת ופוחתת. על תחום הזכויות יש מחלוקות קשות, והמחלוקת היא שמונעת את חקיקת החוק.

**המשך התפתחויות**

עד כאן, יש חוקי יסוד, אך נשאלת פה השאלה מהו מעמד של חוקי היסוד? החלטת הררי לא עונה על שאלה זו, ולכן התשובה תגיע על ידי פסקי הדין בבית המשפט.

**פס"ד ברגמן (1969)**

העובדות: ערב הבחירות לכנסת השביעית, והכנסת השישית העבירה חוק, אשר המדינה מתקצבת וממנת לא רק את העלות של הבחירות עצמן אלא גם את הכסף שהמפלגות צריכות להוציא על הקמפיין. הכנסת השישית מחוקקת חוק שאומר שתקצוב יבוא רק למפלגות שנבחרו והתקיימו בכנסת, ולא למפלגות חדשות שקמות. ברגמן מגיש בגץ בטענה שחוק נוגד את חוק היסוד, וכי יש סתירה בין הוראות חוק המימון להוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. ומכיוון שיש סתירה, שר האוצר צריך להימנע מתקצוב לפי חוק המימון.

בית המשפט מסכים עם העותר, וכי יש כאן פגיעה בעקרון השוויון ולכן לכנסת יש שתי אפשרויות: או שיחוקקו את החוק ברוב הדרוש או שיתקנו באופן שלא סותר את עקרון שבחוק היסוד.

ההלכה: מה ההלכה שנקבעה בפרשת ברגמן? איך בית המשפט העליון מבין את מעמד חוקי היסוד?

לפי המאמר של **קרצמר** יש שלוש אפשרויות:

1. מעמד ייחודי לחוקי היסוד, לחוק יסוד עדיפות נורמטיבית- בית המשפט סבור שלחוק יסוד יש מעמד נורמטיבי עליון ומעמד חוקתי, ולכן במידה ויש סתירה בין חוק יסוד לחוק רגיל, חוק היסוד יגבר.
2. לחוק היסוד משוריין עדיפות נורמטיבית- לא לכל חוק יסוד נהנה מעליונות, זה לא אוטומטי. רק לחוקי יסוד\ חלקים משוריינים בחוקי יסוד, רק במידה ויש לו גם רכיב של נוקשות, רק אז הוא יהנה מעליונות.
3. הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחס לחקיקה עתידית, גם בחקיקה רגילה- האפשרות המצמצמת ביותר, אם היא באמת תתקבל לא נוכל ללמוד בפסד זה, שום דבר לגבי עליונות החוק. כלומר, בדרך כלל על פי הכללים הרגילים, ברגע שנחקק חוק יש גם אפשרות לתקן אותו, על ידי אותה פרוצדורה לחקיקת חוק חדש. על פי הצעה זו ביחס לחוקים רגילים, החוק הזה חשוב ביותר ולכן היא יכולה לשריין אותה. אנחנו לא יודעים לפי הסבר זה האם לחוק יסוד יש מעמד עליון או לא. יכול להיות שהפסיקה הזו לא קשורה בכלל למעמד חוק היסוד.

חוק מימון המפלגות משנה בעקיפין את הנורמה שכתובה בהוראת החוק בסעיף 4.

**פס"ד נגב (1974)**

העובדות: הורשע במכירת דלק באוקטן נמוך מן התקן, בתיאור מסחרי כוזב, ובהעמדה למכירה של סחורה שייחדו לה סימן מסחרי כוזב.

הטענה: בסעיף 31 לחוק יסוד הממשלה נאמר, כי אם לשר יש סמכות חקיקתית, כך הוא לא יכול להאציל לאדם אחר. ולכן, לא היה השר רשאי להעביר את הסמכות להתקנתה לממונה על התקינה.

בית המשפט:

1. סעיף 21 לחוק התקנים מסמיך את השר להעביר לממונה על התקינה את סמכויותיו לפי החוק.
2. מתקיימת סתירה בין חוק היסוד לחוק התקנים.
3. מתן עדיפות לחוק המיוחד על פני חוק הכללי- יש כלל שבמידה ויש סתירה בין חוק כללי לחוק ספציפי, הספציפי יגבר. אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שהמחוקק לא מייצר סתירות בין חוקים ולכן אנחנו נסמכים על כך שהמחוקק חוקק חוק כללי והחוק הספציפי מהווה חריג.

סתירה בין הלכות פס"ד ברגמן

1. עליונות נורמטיבית לחוק היסוד- לחוק יסוד הממשלה, הוא חוק יסוד אך הוא לא משוריין, ולכן אם בית המשפט היה חושב שכל חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית, כך שבפרשת נגב בית המשפט יעדיף את חוק היסוד על פני חוק הרגיל, אומנם, בית המשפט **העדיף חוק רגיל על פני חוק יסוד** ולכן הוא נתן עדיפות נורמטיבית לחוק רגיל.
2. עליונות נורמטיבית לחוק יסוד משוריין- חוק יסוד הממשלה לא משוריין, כך שאנחנו לא יודעים איך בית המשפט היה מגיב כאשר חוק יסוד הממשלה לא היה משוריין.

**פס"ד קניאל (1973)**

הטענה: חוק לחלוקת עודפי קולות מעניק יתרון בולט לסיעות הגדולות על חשבון הסיעות הקטנות ובכך סותר את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, הקובע שהבחירות לכנסת תהיינה שוות, משום שעקרון זה נובע שיהיה קול אחד לכל אחד. התיקון התקבל ברוב הגדול מ-61 חברי כנסת כנדרש על פי הוראת השריון.

העובדות: החוק עבר ברוב קולות חברי הכנסת- מעל 61 קולות. כך שגם אם יש סתירה בין החוקים, חקיקת החוק עמדה בהוראות השריון.

מה אם כן טענת העותרים:

* השינוי לא נעשה בחוק יסוד אבל, דרישה כזאת לא קיימת. קניאל נשען על תיאוריה חוקתית- אם לחוקי היסוד יש מעמד חוקתי לא ניתן לסתור אותו על ידי חקיקה במעמד נמוך יותר. בכדי לשנות חוק יש צורך לחוקק חוק שנמצא באותה מדרגת הנורמות. כך, שאם חוק היסוד נהנה ממעמד חוקתי יש צורך לחוקק חוק יסוד חדש שיעמוד במדרגה.

בית המשפט קובע כי כל עוד עמדו בתנאים הכתובים, רוב של חברי הכנסת, וכך חוק יסוד משוריין יכול להיעשות גם בחוק רגיל.

בפס"ד זה, הלכת ברגמן הקובעת כי רק חוקי יסוד משוריינים נהנים מעליונות נורמטיבית, אופציה זו נדחית. חוק יסוד משוריין לא נהנה מעליונות וכך חוק יסוד הכנסת לא נהנה מעליונות. כך, אם הוא נהנה משיריון אז מה משמעות העליונות. כך שפסד זה נשען על אופציה שלישית, כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחס לחקיקה עתידית, גם בחקיקה רגילה.

כלומר, שפס"ד זה דוחה את עליונות חוקי היסוד ברמה הנורמטיבית.

**בתקופת הביניים, לחוקי היסוד אין מעמד עליון והם לא נבדלים מחקיקה ראשית.**

מה שקורה בפועל, זה שלמרות מה שיוצא לכאורה מקניאל, שאפשרות 2 אכן תופסת. רכיבים משוריינים בחוקי יסוד נהנים מעליונות. אך זהו לא משנה, עד לשנת 92' כמעט ולא היו סעיפים משוריינים.

**פס"ד לאור (1990)**

העבודות: תיקון של חוק המימון מעלה את ההקצבה פר מנדט.

הטענות:

1. נוגד את עקרון השוויון בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת ומכיוון שסעיף זה משוריין יש חובה שיעבור ברוב חברי הכנסת בכל אחד מהשלבים של החקיקה, אומנם, בשלב הקראה הטרומית הוא לא עבר על ידי 61 קולות ולכן דין התיקון להתבטל.
2. נוגד את עקרון השוויון הכללי ולכן דינו להתבטל.

בית המשפט:

* ברק (עמדת מיעוט)- עקרונית קיימת אפשרות שבית המשפט יפסול חוק, גם אם אין חוקה, שסותר את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי. הוא אומר כי מלכתחילה הכנסת מוגבלת, וריבונות המחוקק מוגבלת גם כן.   
  אך במקרה זה, אין בית המשפט יתערב בהחלטה הכנסת. משום שכרגע, התפיסה שבית המשפט יתערב בהחלטת המחוקק ללא חוקה, לא מצויה בציבור. אך כאשר תפיסת הציבור תשתנה, כך גם סמכות בית המשפט להתערב במצבים בהם יש סתירה בעקרונות היסוד. גם בת המשפט במהלך השנים, קבע כאשר ואין חוקה להסתמך עליה אין הוא יכול להתערב בחקיקת הכנסת.
* אלון (דעת הרוב)- הכלל שאנחנו אוחזים בו הוא שחוק שנחקק ומתקבלת בכנסת שאלת התוקף שלו לא באה בספק על ידי בית המשפט. אומנם, כאשר יש חוק יסוד משוריין אז ניתן לכבד את השריון. ויתר על כן, הדרישה לרוב גם נמצאת בקריאה הטרומית, מאחר והדרישה הזו לא התקיימה החוק לא התקבל כדין.

החידוש:

* **בית המשפט מוסמך לבטל חוק של הכנסת**, גם כאשר אין חוקה להתבסס עליה, מכוח המשטר הדמוקרטי.
* בית המשפט מוסמך לבטל חוק של הכנסת גם כאשר הוא עולה הקנה אחד עם החוקה, לפי הוראות השיטה הדמוקרטית. גם שהחוקה קובעת סטנדרט מסוים, ניתן בכל זאת להתגבר על עקרון זה אם רוב חברי הכנסת תמכו. אבל אפילו אם תעמוד בדרישות של סעיף 4, מאחר שהחוק פוגע וסותר עקרונות יסוד של המשטר עצמו, מכוח ומתוקף עקרונות אלו יש יכולת לבטל את החוק (למרות והוא עונה על דרישות החוקה).

**הגנה על זכויות בהיעדר חוקה**

מה מעמד הזכויות כאשר אין חוקה שמעגנת אותן? בית המשפט יצר מנגנון די אפקטיבי בהגנה על זכויות אדם. הוא עשה זאת על ידי מספר שלבים:

**הכרה במעמדם החוקתי של זכויות האדם (בזרנו) 1949**

עובדות: כותבי בקשות שמטה לחמם נחמס. המדינה קבעה כי עבודת מבקשי הבקשות (מגישי טפסים בירוקרטיים וכו') אינה חוקית יותר וכי במידה ויגיעו למשרדי המדינה יפונו. בז'רנו טען כי נפגמה לו זכות בסיסית ע"י המדינה באומרם לו שתפקידו אינו תקף יותר ועתר לבג"ץ.

בית המשפט:

1. זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא עצמו מלאכה המפרנסת על בעליה. אומר בית המשפט שהזכות קיימת, כאשר היום היינו קוראים לזה זכות לחופש העיסוק. אך מכוח מה היא נובעת? זה מכוח שהמקור של העקרונות של מערכת המשפט הוא משפט הטבע, כל אדם באשר הוא אדם יש לו זכות לעבוד בפרנסתו. ולכן, במקרה זה, לא הם צריכים להביא ראיה אלא המדינה צריכה להביא הוכחה, מקור לאיסור עבודתם.
2. ניתן להגביל את זכות האזרח רק על ידי הגבלה מפורשת בחוק.
3. בית המשפט לא מבהיר מה נדרש בכדי להביא לפועל את הגבלה זו. האם זאת חקיקת ראשית או משנה? כלומר אם את רוצה לפגוע בזכות אדם יש צורך לחוקק חקיקה ראשית, או חקיקת משנה כאשר הכנסת אומרת במפורש כי היא מאצילה את סמכותה לרשות המבצעת. (זה נקבע בפס"ד מאוחר יותר- הסמכה מפורשת)

**הגבלה של סמכות הרשות המבצעת לפגוע בזכויות:** **מיטרני:**

כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד.

**החשיבות:** הרשות המבצעת רשאית לפגוע בזכות יסוד רק מכוח **הסמכה מפורשת** בחקיקה ראשית.

החשיבות :

1. בית המשפט מכיר בזכויות האדם
2. הצבת מגבלה משמעותית לפגיעה בזכות אדם- היא שאם אנחנו רוצים לפגוע בזכות אדם זה צריך להתבצע או בחקיקה ראשית על ידי הכנסת או על ידי הרשות המבצעת, רק כאשר היא מראה במפורש שהכנסת מסמיכה אותה לפגוע בזכות.

**חזקה פרשנית לטובת הזכויות (פס"ד שטרייט) 1964**

עובדות: התרחשו נישואין אזרחיים בחול, אך לאחר תקופה הבעל מבקש להתגרש והאישה מסרבת- על פי החוק היהודי, אין יכולת לכפות עליה גירושין. מצד שני, אין לגבר יכולת להתחתן בפעם שניה מתוקף החוק שאוסר על ביגמיה. חוק האוסר על ריבוי נישואין מעניק פטור מעבירה על החוק על ידי היתר לפי בית הדין. ואכן, בית הדין נתן היתר, אך מנגד האישה תוקפת.

בית המשפט: עומד לצד האישה. סעיף 5 מדבר על היהודים וסעיף 6 מדבר על מי שאינם יהודים אשר התנאים שהוא קובע לריבוי נישואין הם רק באשר שני מקרים: או אישה חולת נפש או שאחד מבני הזוג נעדר מעל 7 שנים.

אם נגיד כי סעיף 5 נותן שיקול דעת נרחב לבית הדין הרבני יוצא מכך שיש הבדל משמעותי ליהודים ולא יהודים. כאשר למי שלא יהודי מתן היתר מצומצם מאוד ומנגד ליהודים יש מנעד יותר רחב. תפקיד בית המשפט הוא לפרש את החוק באופן שימנע פגיעה בזכות השוויון. ולכן, הוא אומר, כי ליהודים ניתן לתת היתר נישואין רק בשני המקרים הללו.

אומנם, פרשנות זו לא נראית כמספקת מאחר וזה שיש שני סעיפים מראה כי מראש נתנו הסדר שונה לשני המגזרים.

החשיבות: חזקה פרשנית- תמיד נעדיף לפרש את החוק באופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים, גם כאשר והפרשנות לא סבירה.

**ביקורת מהותית על שיקול הדעת המנהלי- קול העם**

העובדות: בשנות החמישים, ארצות הברית מסובכת מקדימון למלחמת ויאטנם, הצד הקומוניסטי מנסה לכבוש מאחזים בעולם בדרום מזרח אסיה, וארצות הברית מנגד מנסה לשמר את חזקתו ברחבי העולם. כך שנוצרו שני מחנות: מעורבות ישירה של הרוסים והכוחות נגד מתמיכה וסיוע של כוחות

אמריקאים. בישראל, שגריר האום מודיע כי במידה וארה"ב תצטרך עזרה מדינת ישראל תתגייס בשליחת כוחות. העיתון הקומוניסטי מגנה את ממשלת ישראל על מדיניותה.  
מתפרסם מאמר מערכת בו נאמר כי מדינת ישראל "מספסרת" בדם הנוער בישראלי- אנשים שאספו סחורות ומכרו אותן בשוק שחור בהעלאת מחירים. מה שגורם לשר הפנים לפרסם צו סגירה לעיתון על ידי הסמכות לסגור עיתונים בשל חשש שפרסום העיתון יפגע בציבור הרחב.   
העיתון עותר לבג"ץ, ובג"ץ נענה לעתירה.

בית המשפט" ביטל את החלטת שר הפנים, על ידי שימוש הבלשון החוק. בחוק "עלול", יש פה מאזן ההסתברויות, מה הסיכוי כי אכן העיתון עלול לפגוע בשלום הציבור? הוא קובע כי יש צורך בוודאות מוחלטת שזה יפגע בשלום הציבור ולא עלול. בית המשפט בעצם מנסה לאזן בין זכויות אדם לבין אינטרס ציבורי- שלום הציבור. במקרה שלנו הזכות היא חופש הביטוי והאינטרס הוא שלום הציבור. וכך, בית המשפט אומר שיש צורך לתת המון משקל לזכות וכי במקרה זה אין איזון ראוי בין הזכות לאינטרס הציבורי- נתתם משקל קל מאוד קל לאינטרס הציבורי בניגוד לזכות שמשקלה כבד.

**לסיכום**

**בית המשפט בעצם פיתח שיטה של כלים להגנת זכויות אדם:**

1. **יש למדינת ישראל עקרונות חוקתיים אף והם אינם מעוגנים בחוקה.**
2. **כדי שהרשות המבצעת תהיה מוסמכת לפגוע בזכויות יש צורך להראות כי יש הסמכה מפורשת מידי הרשות המחוקקת.**
3. **העדפה של פרשנות שתצמצם את הפגיעה בזכות. חקיקה פוגעת תפורש במידת האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות.**
4. **בית המשפט מוסמך לבקר את הפעולות של רשות המבצעת בהסתמך על עקרונות חוקתיים אלו, ולפסול פעולות לא רק בשל היעדר הסמכה בחוק לפגיעה בזכויות אלא גם בשל פגם בשיקול הדעת המבטא באיזון לא נכון בין ערכים מתנגשים.**

**אז למה צריך חוקה?**

היה דבר אחד שבית המשפט לא הסכים לעשות כל עוד אין עיגון בחוקה, וזה ביטול חוקים בחקיקה ראשית, גם אם הם פוגעים בזכויות אדם.

בשנות השישים זוג עותרים הגישו עתירה לבג"ץ, בטענה כי בתור זוג אתאיסטים חתונה המחייבת להתקיים על ידי הרבנות הראשית, פוגעת בזכות לחופש מדת. אך בג"צ בתגובה טען כי בשל החוק שנותן הסמכה לבית הדין הרבניים לחתן זוגות, לא ניתן לעתור כנגדו. החוק נותן מונופול לבתי הדין ולא מאפשר נישואין ציבוריים.

הצורך בחוקה מקנה לבית המשפט את הסמכות לבטל ולפסול חקיקה ראשית הפוגעת וסותרת את הוראות החוקה- כמו זכויות אדם. ללא עיגון בחוק יסוד, בית המשפט לא מוסמך לפסול את חוקים, למרות הפגיעה בזכויות האדם.

בעצם פסק דין לאור מכין את השטח לביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט גם ללא עיגון בחוקה: בפסק דין לאור ברק בעצם טוען כי בסמכות בית המשפט לבטל ולפסול חוקים אשר פוגעים ברמה עקרונית מהותית בזכויות אדם. אך, הוא מציין שבשל קונצנזוס ציבורי הסמכות לא תמומש בתקופה זו, אך ברגע שהאווירה הציבורית תאפשר, כך גם הסמכות תתממש.

**מהפכת מרץ 1992**

כמה שבועות לפני הבחירות לכנסת ה-13, הכנסת מעבירה שני חוקי יסוד חדשים אשר עוסקים בזכויות אדם (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק). מה שנבע עקב העמקת המחלוקות בין קבוצות ומגזרים בחברה. עיגון הזכויות והפיכתן לחוקתיות מקנה ומעניק סמכות לבית המשפט וביקורת שיפוטית יותר גבוהה.   
הדתיים סלדו מהחוקה עקב הגבלת האינטרסים של המגזר ונוגד את השקפותיו. החוקה תאפשר לבית המשפט לבטל את הסטטוס קוו שהתקבע במהלך השנים.   
אם כל השנים הכנסת לא הצליחה לחוקק חוקי יסוד בתחום הזכויות, אז מה קרה עכשיו?

שני חוקי היסוד התקבלו בהשתתפות זעומה (כ-32 חברי כנסת) של חברי הכנסת כאשר באחד מהחוקים יש הוראת שריון (חופש העיסוק) ובשני אין (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

איך זה קרה?

* רגע היסטורי (הבשלה)- במהלך שנות ה80 מתחילה ירידה באמון הציבור מן הרשויות הפוליטיות. הולכת וגוברת תחושת המיאוס של הציבור ממה שקורה במערכת הפוליטית. בנסיבות אלו ובזמן הזה, הציבור תומך ומחליט להעביר את המושכות לידי בית המשפט, שישחק כמבוגר האחראי. ולכן, המחוקק מוכן להעביר חלק מסמכויותיו לבית המשפט על ידי הגבלתו בידי חוקי יסוד. אומנם, זהו לא הסבר מספק, משום שהצורה בה החוקים נחקקו לא הייתה חגיגית ופורמאלית שתביע את הקונצנזוס להעברת סמכויות- כמו שנדרשת בכתיבת החוקה. אלא נראה שרוב זעום העביר את החוק, העיתונים לא פרסמו את הידיעה, מאמרים לא התפרסמו. לא היה הרגע של התרוממות הרוח וההסכמה הרחבה הנדרשת.
* דינמיקה של פשרה- לאחר בחינת ההיסטוריה של הרשות המחוקקת, נראה כי כאשר חברי הכנסת מנסים לחוקק חוק יסוד הכולל את כלל זכויות האדם, הצעת החוק נופלת והחוק לא עובר. זה הוביל למסקנה שיש לחלק את הזכויות למספר הצעות חוק נפרדות. בנוסף לחלוקה, מעגנים בחוק היסוד מספר דרכי מילוט של הרשות המחוקקת מהחובה לפעול לפי חוק היסוד- בעצם מספר דרכים להימלט מהמחויבות למימוש הזכויות ללא פגיעה בהן (כמו שמירת דינים, פסקת ההתגברות וכו').  
  המתנגדים המסורתיים- הדתיים, הסכימו להעברת הצעות החוק, רק לאחר הוצאתם של מרכיבים בעייתיים (כמו הזכות לשוויון) מההצעות. כשבאותו הזמן, קודמו רק רכיבים המקובלים על המגזר הדתי.
* טעות והטעיה- יש טענה שיוזמי הצעות החוק הרדימו את השטח- כלומר היוזמים פשוט הטעו את המתנגדים להצעות החוק. ניתן להציע את הסיפור בגרסה פחות קיצונית כאשר לא מדובר בהטעיה מכוונת, אלא בטעות של המתנגדים המסורתיים. מספר ראיות לטענה:  
  - שיעור השתתפות צנוע מאוד  
  - אמירות הרגעה של חלק מיוזמי החוק  
  - חוק היסוד אינו משוריין מה שמאפשר על פי הדוקטרינה המקובלת עם אותן אמירות מרגיעות.
* פעולת הצלה- בכל הנוגע לממשלה ההתנגדות הייתה נכונה ומקובלת עד שנת 1977 מפי מפלגת העבודה. למפלגת העבודה יש אינטרס להתנגד חוקה כל עוד היא בשלטון ולא נראה כי היא תוחלף, אך ברגע שהמפלגה לא בשלטון יש אינטרס לעידוד חוקה, הנובע מהרצון לשמירת הסטטוס שהמפלגה קבעה כשהיא בשלטון, וכן להגן על אינטרסים שלה מהממשלה החדשה. בית המשפט יכול לקבע את מערכת הערכים הישנה, כך שקבוצה הגמונית מסוימת שנתונה בסכנה תחליש את הכנסת ותעניק כוח רב לבית המשפט במטרה לקבע ולשמור על הסטטוס הישן. כך שזהו מהלך משולב של האליטות הישנות לשם הגנה על ההגמוניה הנתונה בסכנה.

כל זה מראה שהמהפכה החוקתית לא התרחשה בכנסת אלא בבית המשפט.

**פס"ד בנק המזרחי (1995)**

השופט חשין בפס"ד המזרחי: קשה להימנע מההתרשמות כי חסידי תורת שני- הכתרים והריבונות הבלתי מוגבלת כך הם אומרים: לכנסת סמכות לחוקק חוקה כי ראוי שתהיה בידיה סמכות זו(ההסכמה החברתית וכו'). לשון אחר: תורות אלו מזינות הן עצמן לא מעט ברצון עז ולוחץ להחדיר משפט רצוי אל בינות משפט מצוי, להזריק דוקטרינה(ראויה כשלעצמה) אל תוך ורידיה של שיטת המשפט הנוהגת. הערגה והכמיהה לחוקה פורמלית ונוקשה היא כה עמוקה וכה עזה, עד כי היפותיזה שמקורה במשאלת לב הופכת מעשה-קסם משפט מצוי-משאלת לב המגשימה את עצמה- בלא בקרה קפדנית על סמכויות הרשויות המרכזיות במדינה ועל הקצאת סמכויות לכל רשות ורשות. למותר לומר כי בשאיפה- שאיפת- האמת- לחוקה אין די לכינונה של סמכות ליתן חוקה. וההסכמה החברתית מנין לנו- לא ידעתי.

מוסר פוליטי?

חה"כ אוריאל לוין, יו"ר וועדת חוקה, חוק ומשפט: אנחנו לא מעבירים את החוקה לבית המשפט העליון. אין מקום לבית משפט לחוקה שמקבל כוח מיוחד לקבל חוקים.- אמירה מבלבלת ולא מובנת, שקשה להבין כיצד לפרשה.

כמעט כל האמור בפסק דין זה הינו בגדר אמירות אגב (אוביטר) חסרות כל תוקף מחייב:

השאלה המשפטית : האם הוראות החוק ההסדרים, ששומטות חלק מחובות החקלאים לבנקים, האם הן פוגעות בזכות הקניין של הבנקים? ואם כן, האם הן עומדות בהוראות פסקת ההגבלה?

כולם פה אחד, הסכימו לגבי עמידה בפסקת ההגבלה, ולכן החוק לא יבוטל. כתוצאה מכך, כל יתר השאלות שעלו במהלך פסק הדין לא היו זקוקות להכרעה. לפי הכללים המשפטיים הנהוגים בישראל, בפרשת בנק מזרחי לא נקבעה שום הלכה בכלל הסוגיות שדנו בהם.

שאלת הסמכות באה לדון בשאלה האם יש לכנסת את הסמכות לחוקק חוקה:

**חשין:**

האם יש מקרה בהם יש מחלוקות על השאלה האם יש סמכות לכונן חוקה? בכלל העולם המחלוקת היא על פרשנות אך לא לגבי סמכות יצירת החוקה. בוודאי שלא נשמע שהשאלה תענה ותוכרע על ידי בית המשפט. הסיטואציה שבה אנחנו מתווכחים על השאלה שלכנסת יש סמכות או אין סמכות, מעידה שלכנסת אין סמכות מעצם העובדה שאינו מוסכם. לא יכול להיות שבית המשפט הוא זה שיקבע האם מתקיימת הסמכות?   
חשין גם מטיל ספק בסמכות שהועברה מבחינה ההיסטורית. ומוסיף, המסכות לכונן היא זו שמגבילה את המחוקק. המחוקק קיבל מהעם את הסמכות לחוקק חוקים. כך שהאם יש כזאת אפשרות שהמחוקק גם יכונן חוקה שתגביל את עצמו וגם יחוקק חוקים?

**שמגר:**

גישת הכנסת הכל יכולה: הנחת היסוד של השיטה המוצגת כאן היא, כי המחוקק הראשי הוא מקור הסמכות העליון בתחום החקיקה והוא מוסמך לחוקק חוקים שדרגתם בהיררכיה של הסמכויות נבדלת זו מזו: הוא מוסמך לחוקק חקיקה חוקתית והוא מוסמך לחוקק חקיקה רגילה. הוא במישרין מקורה של כל חקיקה ראשית ובמקרים מעטים מסויימים, כפי שהראינו, גם של חקיקת משנה;בעקיפין, הוא מקורה של כל חקיקת המשנה. הסמכות ליצור חוקה היא בידי העם. קביעה זו נובעת מן האימוץ של התפיסה כי הריבונות שוכנת בעם החקיקה החוקתית היא פריה החלטתו של העם באמצעות נציגותו הנבחרת, היינו הכנסת הריבונית.

**ברק:**

תורת שני הכובעים- אבל היכן העם העניק לכנסת את הסמכות המכוננת?

טענתו של ברק היא שלמעשה לכל כנסת מהכנסות הקיימות יש גם סמכות מכוננת אשר כל כנסת מקבלת את הסמכות בירושה מחברתה. לכנסת הראשונה הייתה גם סמכות מכוננת וגם סמכות מכוננת. כשהכנסת הראשונה העבירה את סמכויותיה לכנסת השנייה וכן הלאה. הכנסת בשנת 1992, הכנסת ה13, קנתה את הסמכות לכונן חוקה בירושה שעברה מהכנסת הראשונה.

מוסר פוליטי: לא ראוי להסמיך את החוקה ללא ידיעת העם, ללא רצונם.  
תבונה פוליטית: האם הסמכת חוקה על העם משום מקום, תהיה יעילה?

**מעמד חוקי יסוד נטולי שריון פורמלי**

אם הייתה גישה שלפיה רק חוקי היסוד, משוריינים, נהנים ממעמד חוקתי ועליון. המציאות היא שמיעוט חוקי היסוד משוריינים ונוקשים.

'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' אינו כולל הוראת שריון. ניתן לשנותו ברוב רגיל. ברם, אף שאין לחוק שריון פורמלי, הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע, יש לו שריון מהותי, הדורש כי יהיה ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקיים דרישה של מהות. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת תנאים לשריון מהותי, כך שהפגיעה בחוק היסוד נעשית בחוק, אשר הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. מכוחה, בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד אין לפגוע על ידי חוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. הוראת שריון זו תופסת: היא חוקתית ושוללת מחקיקה רגילה, שאינה מקיימת את דרישות השריון, לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד.

חוק יסוד לא משוריין- כרשות מכוננת, הכנסת גם רשאית לכבול את כוחה לשנות את חוקי היסוד ובכך להקנות להוראותיה החוקתיות מעמד משוריין של "נוקשות". כוחה של הכנסת לכבול את עצמה ובכך ל"שריין" את הוראותיה נגזר מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמלית. בהיעדר הוראות הדנות ב"נוקשות" חוקי היסוד ניתן לשנות את חוקי היסוד בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל. היעדרה של הוראת כבילה שולל את "נוקשותו" של חוק היסוד לעומת חוקי היסוד האחרים ומאפשר לחוק יסוד מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, לשנותו או לפגוע בו. אין היעדר הכבילה הורדת מעמד חוק היסוד לדרגה של חוק רגיל. חוק יסוד שאינו נהנה מנוקשות הוא חוק יסוד. אין הוא חוק "רגיל" ואין לשנותו בחוק רגיל.

ברק- שריון מהותי[[1]](#footnote-1)- עד עכשיו אמרנו שבכדי שלחוק יסוד יהיה תוקף חוקתי הוא צריך להיות משוריין. מה שהתכוונו עד היום זהו שריון פורמאלי[[2]](#footnote-2) אבל קיים גם שיריון מהותי. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אומנם לא משוריין באופן פורמאלי אך הוא משוריין באופן מהותי, ולפיכך יש לחוק היסוד מעמד חוקתי. שיריון מהותי יש רק בחוקי יסוד שעוסקים בזכויות אדם. בפס"ד נגב, למדנו שרק חוק משוריין הוא בעל מעמד חוקתי וסתירה בין חוק יסוד לא משוריין לחוק רגיל תתקיים.

* שריון פורמלי- דרישות פורמליות כלשהן(צריך רוב כלשהו, נוסיף קריאה נוספת לחוק, וכו').
* שריון מהותי- ישנן דרישות של תוכן ומהות שנדרשות על מנת לשנות את החוק או לפגוע בזכות הקבועה בחוק (חוק שלא יפגע מעבר לנדרש בחוק היסוד והגבלות הנוגעות לתוכנו של החוק).

עמדות השופטים בזיקה לשלוש האפשרויות להבנת הלכת ברגמן:

* עבר- השופטים מבהירים שהלכת ברגמן השתנתה
* עתיד- ברק ושמגר מאמצים את הפרשנות המרחיבה- כל חוק יסוד נהנה מעליונות. מנגד, חשין מאמץ את הפרשנות המצמצמת- כבילה עצמית מותרת עד לרמה של רוב מוחלט (61 חברי כנסת) כבילה מהסוג המהותי תכובד, כל עוד הכנסת לא אמרה במפורש אחרת.

**האוביטר הופך לראציו[[3]](#footnote-3)- לשכת מנהלי השקעות (1997)**

התחום היה פרוץ, משלב חקיקת החוק והילך, נקבע כי חלים תנאים מסוימים על מנת לקבל רישיון לניהול תיק השקעות. העובדים יוצאים כנגד תיקון החוק, בטענה כי החוק פגע בחופש העיסוק, והפגיעה לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה העותרים טוענים שפרק הזמן של 7 שנים הוא ארוך מדי ויש להקטינו באופן משמעותי.

הפגיעה בזכות חייבת לעמוד בארבעה תנאים מצטברים:

* הפגיעה צריכה להיות מעוגנת בחוק ישיר או שבמידה והרשות המבצעת פוגעת בזכות יש צורך בהסמכה מפורשת של הרשות המחוקקת.
* הפגיעה צריכה לעלות בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל
* הפגיעה צריכה להיות לתכלית ראויה, בשם המטרה יש צורך להבטיח שהמטרה אכן תקינה.
* הפגיעה בתכלית ראויה נדרשת להיות במידה שאינה עולה לפגיעה בלתי סבירה- לא עולה על הנדרש.

מבחן מידתיות

הדרישה שאינה עולה על הנדרש מעלה את מבחן המידתיות. פירוש המונח מידתיות בהתאם לפירוש שניתן במדינות אחרות לשלושה מבחנים מצטברים: שלושת המבחנים צריכים להיענות בחיוב על מנת לקבוע שהחוק מידתי.

1. מבחן האמצעי המתאים והרציונאלי- בחירה באמצעי שתואם לתכלית הפגיעה.
2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה- על מנת להשיג מטרה מסוימת יש לשלם "מחיר", פגיעה בזכות במטרה להשיג תכלית חיובית. יש דרכים שהמחיר הוא גבוה יותר ויש כאלו שנמוכות יותר. על המחוקק לבחור בדרך הפוגעת במידה הנמוכה ביותר בזכות.
3. מבחן האמצעי המידתי- במידה ועדיין הדרך שנבחרה פוגעת במידה הכי נמוכה, אך הפגיעה עדיין גבוה. הדרישה היא שהתועלת תעלה על הנזק, אם הנזק כבד יותר מאשר התועלת, החוק אינו מידתי.

פטור חלקי והדרגתי לפי הוותק (כמה שיש יותר ניסיון, כך פטורים מיותר מבחנים, מ7 שנות ניסיון והלאה ניתן פטור מלא, היוצא מהכלל הוא הקורס באתיקה מקצועית).

תוצאה: הוראות המעבר שבסעיף 48 לחוק יסוד תיקי השקעות בכל הנוגע לחובת הבחינות אינן מידתיות, ועל כן בטלות. הצהרת הבטלות תיכנס לתוקפה ביום 1.1.1998 (פרוספקטיבי, כלומר עתידי). הבחירה בגישה הפרוספקטיבית נועדה על מנת לאפשר מילוי של ה"חור" הנוצר בהוראות חוק אחרות שיתייחסו לסעיפים המדוברים.

האם ההכרעה משכנעת? לא בדיוק, נקבע רף שרירותי מסוים שקשה להוציא מתוכו תוכן רלוונטי. המבחנים לפסקת ההגבלה מאוד סובייקטיביים והם תלויי השקפה.

האם זהו המקרה בו ראוי לבחור כתקדים הראשון לביטול חקיקה ראשית? בכלל לא בטוח. הביטול של הסעיף התייחס לסעיף מינורי בתוך חוק מינורי, שקשה להגדירו כנקודת שיא. יכול להיות שהסיבה לבחירה דווקא בסעיף שולי בחוק שולי כדי לבטל חקיקה ראשית הייתה במכוון תוך ניסיון לא לעורר מהומה, "נתחיל בקטן".

**חשיבות פסק הדין: המקרה הראשון בו ביטל בית המשפט הוראת חוק הסותרת חוק יסוד הדן בזכויות אדם.**

**האוביטר הופך לרציו- צמח (1999)**

העותרים טוענים כי סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי המשפטי המאפשר מעצר לפרק זמן של 96 שעות בטרם הבאה בפני שופט נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הוא פוגע באופן לא מידתי בחירותו של העצור.   
באיזה ממבחני המידתיות פוגע החוק לטענת העותרים?  
הם טוענים כי מעצר של חייל בידי שוטר צבאי לתקופה של 96 שעות אינו מתיישב עם מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי המתון. לטענתם, מעצר כזה פוגע בחירות האישית מעל המידה הנדרשת, שכן אפשר וודאי לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר.

מעמד חוק מתקן מיטיב

תיקון החוק הנוגע למחלוקת היה דווקא מיטיב, כלומר בעבר ניתן היה לעצור ל25 ימים. מה נעשה במקרה הזה? האם עדיין נקבע שהוא לא חוקתי? חוק מיטיב לא מונע ביקורת חוקתית.

"אני מוכן להסכים כי בית המשפט, שעה שהוא בודק את החוקיות של חוק לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ייחס משקל לעבודה שמדובר, אם מדובר, בחוק מיטיב, אך, כאמור, העובדה שמדובר בחוק מיטיב לא תמנע בדיקה של חוקיותו לאור חוק היסוד".

מה טענת המדינה?

המדינה טוענת שקיצור תקופת המעצר יפגע במשמעת הצבאית ועלול לגרום להתרחבות ההיעדרות מן השירות, בנוסף לגורמים נוספים שיכולים לפגוע בחירות ובאופי השירות הצבאי. המדינה מבקשת זמן ותקציב כדי לפתור את הקושי שעולה.

מה עונה בית המשפט בעניין המחיר?

המחיר והמשאבים הנדרשים לשינוי החוק סבירים. מחיר לא יכול לשמש טעם טוב לפגיעה בחירות האישית של חיילים כה רבים מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.   
**בית המשפט לא קובע שכל מחיר כלכלי שווה על מנת למנוע פגיעה בזכות**. הוא מנסה לאזן בין המחיר הכלכלי לפגיעה בזכויות, כאשר במקרה שלפנינו הוא פוסק שהעלות מוצדקת על מנת להקטין את הפגיעה בזכויות החיילים.

מה קובע בית המשפט בעניין הזמן?  
לצבא הייתה תקופה ארוכה לבחון את החוק ולתכנן חלופות ומנהלות על מנת לקצר את משך המעצר ללא הבאה בפני שופט. אין ראיות לכך שהוא עשה זאת עד כה, ועל כן בית המשפט יתערב.

מהו הסעד?  
הוראות חוק היסוד, הקובעת תקופת מעצר של 96 שעות טרם הבאה בפני שופט, פוגעת בחירות החיילים בצורה שאינה מידתית ולכן בטלה.

ומה במקום?  
המדינה עצמה כבר הציעה קיצור מ96 שעות ל48 שעות. זו נשמעת כמו חלופה הולמת, אבל כאשר היא תיקבע שומר לעצמו בית המשפט את הזכות להגיב גם לה.

ממתי?  
הצהרת הבטלות של החוק לא תהיה מיידית אלא פרוספקטיבית(עתידית). יינתן זמן למדינה להיערך לפסיקה וכך גם לצבא להיערך לוגיסטית לשינויים. לכן, החוק יהא בטל רק כחצי שנה לאחר הפסיקה, ובינתיים ההסדר הקיים ימשיך להתקיים.

**מה מוסיף צמח על לשכת מנהלי ההשקעות?**

**בלשכת מנהלי השקעות בוטל חוק בשל סתירה להוראות חו"י: חופש העיסוק שהינו משוריין. בצמח, בוטל חוק בשל סתירה להוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין שריון פורמלי אלא מהותי.**

ועוד משהו קטן בעניין בנק המזרחי חשין גרס שבמקרה של סתירה בין חוק רגיל לחוק יסוד המשוריין מהותית בלבד, די בכך שהכנסת תוסיף את הנוסח "על אף האמור בהוראות חוק היסוד" כדי לחסן את החוק מפני ביטול. חרף זאת, בעניין צמח הוא מצטרף לחבריו להרכב ואינו טורח לציית כי לכנסת שמורה הזכות לעשות שימוש בזכות זו.

**האוביטר הופך לרציו- חרות (2003)**

לשכת מנהלי ההשקעות, חרות, מה עדיין חסר?  
בשני פסקי הדין הללו בית המשפט הקנה מעמד חוקתי מלא לשני חוקי היסוד "החדשים" המשוריינים, אם בשריון פורמלי ומהותי(חו"י: חופש העיסוק) ואם בשריון מהותי בלבד(חו"י: כבוד האדם וחירותו). אולם, בעניין בנק המזרחי קבעו ברק ושמגר שגם חוקי היסוד "הישנים" שלא כללו כל "שריון"- לא שריון פורמלי ולא שריון מהותי- נהנים ממעמד חוקתי.   
אמרת אגב זו הפכה ל"חצי רציו" בפרשת חירות(חצי בלבד, כי בית המשפט מציג אלטרנטיבה, שמאפשרת לפרש את חוק הבחירות באופן שמתיישב עם חוק יסוד השפיטה). בית המשפט קובע **במפורש כי פגיעה בחוקי יסוד אפשרית רק בהתאם לפרוצדורה הקבועה בהם ובהיעדרה, רק בחוק יסוד.**

העתירה- כנגד החלטת יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לפסול לשידור תשדיר תעמולה מסויים של רשימת חירות.

הבעיה- סתירה בין שני חיקוקים  
סעד 137 לחוק הבחירות לכנסת(נוסח משולב) התשכ"ט 1969 (להלן- חוק הבחירות) קבע:"כל קובלנה בקשר למעשה או מחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הוועדה המרכזית. שום בית משפט לא יזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או מחדל כזה או בקשה להחלטה או להוראה של הוועדה המרכזית, של יושב ראש הוועדה וסגניו, של יושב ראש הוועדה, של ועדה אזורית או ועדת קלפי חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת".

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה קובע:

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בם בעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבחת משפט גבוה לצדק-

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין- להימנע מלפעול;

(3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות על פי דין- למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים- לדון בעניין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני, ולבטל דיון שנתקים או החלטה שניתנה שלא כדין.

ההכרעה: אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה. על כן, אין בכוחה של הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. על כן, עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת כי "שום בית משפט" לא יזקק לסעדים הקבועים באות הוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית המשפט הגבוה לצדק. היא תופסת כמובן לעניין כל בתי המשפט האחרים.

ככל שיש סתירה בין שתי הוראות, גם חוק יסוד שאין בו שיריון פורמאלי או מהותי, גובר על הוראת חוק רגילה. **בכך הושלמה המהפכה החוקתית, לאור מה שנקבע כל חוקי יסוד נהנים מעליונות, גם ללא שיריון פורמאלי או מהותי.**

**השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים**

המהפכה החוקתית המתגלגלת שמבוצעת על ידי בית המשפט. ראינו עד כה שבית המשפט משדרג את כלל חוקי היסוד, לא רק שיריון פורמאלי או מהותי וכל חוקי יסוד שלא משוריין בכלל. מהלך נוסף שמבצע בית משפט העליון על מנת להרחיב עוד יותר את המדרגה שחוקי היסוד עומדים עליהם.

חוקי היסוד לא כוללים בהם זכויות אדם משמעותיות. חלק מהזכויות שודרגו והפכו למעמד חוקתי על ידי חוקי היסוד, וחלקן נשארו בחוץ. מה הסטטוס של זכויות שלא עוגנו בחוקי היסוד? מצד אחד הן הוכרו בפסיקה, ומצד שני יש חוקי יסוד אבל הם לא כוללים בהם את הזכויות.

דעת ברק- בנק מזרחי- זכויות אדם אומנם לא מעוגנות בחוקה אך הן ממשיכות להתקיים על פי מעמדן עד כה, חזקת הפרשנות, דרישת הסמכה בפגיעה של הרשות המבצעת בזכות מסוימת, וכו.

הצעת ברק לא מספקת משום שלמרות שהזכויות נהנות ממעמד מסוים, אין יכולת לבטל חוק אשר פוגע באופן בלתי סביר באותן זכויות. אחרי בנק מזרחי שופטי העליון מציעים דרך חדשה לקריאת הזכויות החסרות, ניתן להשתמש בכלים פרשניים באמצעותן לטעון שהזכויות כן מופיעות בחוקי יסוד.

למה זה חשוב?

* על מנת שנוכל לפסול חקיקה ראשית אנחנו צריכים עיגון בתוך החוקה של הזכויות הנפגעות, אם הן לא בתוך החוקה, לא יהיה ניתן לפסול חקיקה ראשית בעת הצורך. ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית במקרה של פגיעה לא מוצדקת בזכויות הלא מנויות.
* מעמד החוקה הפרשנית ביחס לזכויות אלו- נכון שחלה החזקה פרשנית הקובעת כי יש לפרש באופן שעולה בקנה אחד עם קיום הזכויות, אך ניתן לתת לה תוקף חזק יותר ותוקף חלש יותר, עד כמה נעקם את החוק תלוי במעמד של הזכות. אם הזכות מעוגנת בתוך החוקה החזקה הפרשנית תהיה חזקה יותר. ככל שהזכויות במעמד גבוה יותר כך הדרישה שהחזקה הפרשנית תהיה גדולה יותר.
* משקל איזון- כמעט ואין מקרים שהמדינה בחוק או פעולה של הרצות המבצעת פוגעת בזכות באופן מודע ולא רציונלי. מה קורה בהתנגשות בין הזכות לבין האינטרס הציבורי, אולי שתהיה התנגשות בין הזכות שמעוגנת בחוקה תגבר על הזכות שלא מעוגנת, אך זה סותר את גישת בית המשפט באופן של חשיבות הזכויות במקרה מסוים.

**תזות לעיגון- איך עושים את זה? (ההצעה שהתקבלה- הצעה מספר 2, בה צידד הנשיא ברק) תזות איך המהפכה החוקתית התרחשה:**

* סעיף 1 לחוק יסוד-בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש לנו את סעיף 1א הקובע: חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם **כדי** לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ההגנה על כבוד האדם וחירותו הינה אמצעי להשגת תכלית רחבה יותר- עיגון ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. משמע, שמאז חקיקת החוק מעוגנים ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית בחוק יסוד. אין חולק ששוויון למשל הוא מערכי היסוד הדמוקרטיים. מכאן שנכלל במסגרת חוק היסוד.
* הזכות לכבוד האדם מעוגן בסעיפים 2 ו4 בחוק היסוד- כבוד האדם יכולה להיקרא בשתי צורות, מצמצת ומרחיבה: כבוד האדם בפרשנות מצומצמת- הזכות לכבוד היא הזכות שלא ניתן לפגוע ולהשפיל בן אדם. והמרחיבה- כל זכויות האדם נמצאים בכבוד האדם, כמו שיוויון הכרה באוטונומיה של הפרט- הזכות של כל אדם לקבוע את חייו לפי רצונו. גם תפיסה של האדם נברא בצלם וגם רעיון האוטונומיה, כך שפגיעה בשיוויון גם פגיעה בכבוד, ואם כבוד מופיע בחוק היסוד יוצא מכך שגם השיוויון נכלל כבר בחוק היסוד. ראוי לכלול זכויות נוספות. למשל שוויון, מיוסד על תפיסת היבראו של כל אדם בצלם אלוקים, או על עיקרון ההכרה בערך האוטונומיה של הפרט. שני ערכים אלה עומדים בבסיס הזכות לכבוד ולכן פגיעה בשוויון עשויה להיות גם פגיעה בכבוד. ולכן אם פגיעה בשוויון פוגעת בכבוד האדם אזי גם הזכות לשוויון נכללת תחת חוק יסוד זה.
* סעיף 1 לחוק היסוד (פסקת עקרונות היסוד)- הזכויות יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות, חוקי היסוד הפכו את הכרזת העצמאות למקור של זכויות אדם ולכן יש צורך לבחון את הזכויות לפי המגילה. מכאן תהיה המסקנה שזכויות הללו למרות שהן לא מופיעות בחוק היסוד, הן מופיעות בהכרזת העצמאות שחוק היסוד שאב את הזכויות המופיעות בו. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו **ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**  חוקי היסוד הפכו את מגילת העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם. לכן, לזכויות המפורטות בהכרזה יש מעמד חוקתי.

**חולשות וטענות נגד ספציפיות**

* פסקת המטרה לא נועדה לקבוע נורמות משפטיות אלא לכל היותר נועדה כלשמש כלי לפרשנות הוראה מהותית כאשר תימצא סתומה או דו משמעית, אם פסקת המטרה משמשת כמקור לכל הזכויות, למה יש צורך לפרט את זכויות האדם שנכנסות לחוקי היסוד? מדוע בחר המחוקק לפרט זכויות ספציפיות? ולכן, על פי כוונת המחוקקת אפשר להסיק כי פסקת המטרה תפקידה היחידי הוא לשמש כמקור לפרשנות.
* את כבוד האדם יש צורך לפרש באופן צר (עינויים, שם טוב, כבוד המת, חדירה לגוף ללא הסכמה), את הזכות הזאת יש צורך לפרש כזכות פרטיקולרית ולא מסגרת. הזכות כוללת מהמובן הפיזי ועד הרוחני זהו הפירוש הלשוני הטבעי והמתאים. הזכות לשוויון נפלה במסגרת ההצבעות על הצעת החוק, הזכויות הללו לא נכללו מלכתחילה לא נכנסו כתוצאה מפשרה פוליטית, יש צורך לבדוק מהי ההיסטוריה החקיקתית ולהתאים אותה לפיה. המובן של כבוד היה במובן של היפוכה של השפלה. הפרשנות המצמצמת שרואה את כבוד כזכות פרטיקולרית היא הפרשנות המשכנעת.
* פסקת עקרונות היסוד נועדה ככלי פרשני ולא במטרה לשאוב אל תוך חוק היסוד את כלל הזכויות שמופיעות במגילת העצמאות.

**טענות נגד עקרוניות וכלליות**

* אם הכנסת בחרה לעבוד באסטרטגיה או – חלוקת חוק יסוד כבוד האדם, ללקיחת חוק יסוד כבוד האדם מכיוון שלא ניתן להעביר את כולו, יעבירו את החוק כחלקים חלקים מטרה שיתקבל. זה לא ראוי לפעול בניגוד לרצון ולכוונת המחוקק, אלא גם משום שזה לא כדאי, התעלמות מצד בית המשפט עלולה לפגוע בחזרה בבית המשפט, כבומרנג- העברת חוקי היסוד כתוצר של פשרה, הצדדים הבינו על מה הם מסכימים נוצרו יחסי אמון ועל בסיסם העבירו את מה שניתן להסכים עליו, אם יתברר שההסכמה בכנסת ובית המשפט מפרש את הכתוב כרצונו, והדבר ישתק את פעולת הכנסת במישור החוקתי וגם יפגע באפשרות להגיע להסכמה ולפשרה פעם נוספת.
* שתי גישות לפרשנות משפטית. אין להתעלם מהכוונה המקורית, כי הטיעונים העקרוניים כנגד גישת הכוונה המקורית אינם תקפים- חוסר יכולת למצוא את כוונתו המקורית של המחוקק. כאן ניתן לזהות כוונה סובייקטיבית ואין קושי לבצע מחקר היסטורי.

מתי אוביטר הופך לרציו? (רציו כל דבר הכרחי שיש לציין) כאשר בימ״ש פוסל חקיקה ראשית משום שהיא כוללת זכויות לא מנויות, שמקומם לא תחת חוקי היסוד.

**השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים- דוגמאות**

**רסלר נ' הכנסת 2012- פעם ראשונה בה בית המשפט ביטל חוק בשל הפגיעה בשיוויון.**

רקע: בחוק טל משנת 2002, נקבע שתלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם" יוכלו לקבל מדי שנה דחייה מחובת השירות בצה"ל. לאחר ארבע שנים יוכלו לעזוב את הישיבה ל"שנת הכרעה" שבה יחליט כל אחד מהם בעניין עתידו: אם ירצה, יוכל לחזור ללימודים בישיבה ולא יגויס לצבא; אם יחליט לעזוב את הישיבה, יגויס לשירות צבאי או אזרחי מקוצר, ולאחר מכן יוכל לפנות לענייניו. תוקפו של החוק נקבע ל5 שנים מיום פרסומו, ולכנסת ניתנה הסמכות להאריך את תוקפו בחמש שנים נוספות.

סיבוב ראשון

סמוך לאחר חקיקת חוק דחיית השירות הוגשו נגדו כמה עתירות, שנשמעו לפני הרכב מורחב של 9 שופטים. העותרים טענו שחוק דחיית השירות פוגע בזכות לשוויון ושהפגיעה איננה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולכן החוק איננו חוקתי.   
**רוב השופטים קבעו כי הזכות לשוויון נכללת בזכות החוקתית לכבוד האדם המנויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** וכי הסדרי החוק פוגעים בזכות זו, בהפלותם בין מי שמשרת בצבא על פי הכללים הרגילים לבין תלמידי ישיבות, הזכאים לפטור ודחייה.

תכלית ראויה?

* הנשיא ברק, שכתב את חוות הדעת המקורית בתיק, קבע כי ביסוד חוק דחיית השירות מונחות מספר תכליות ראויות, ובכלל זה תמיכה בלימודים תורניים, מתוך הכרה בחשיבותם של לימודים אלה ובייחודיותה של החברה החרדית, והגברת השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, בהשוואה למצב הקיים שבו רוב רובם של החרדים אינם משרתים כלל.

מידתיות?

* + - * ברק קבע שהתמונה המצטיירת כשלוש שנים לאחר כניסת החוק לתוקף אינה תואמת את הציפיות שתלו בו מבחינת התכליות שצוינו לעיל, נתון שמעמיד בסימן שאלה את עמידתו של החוק בראשון משלוש מבחני המידתיות, הבוחן אם קיים קשר רציונלי בן תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר להגשמתה.
      * אולם הואיל ומדובר בחוק שנחקק מראש כהוראת שעה שמטרתה לבחון תהליכים על ציר הזמן, העדיף ברק שלא להכריע בעניין ולהמתין עד תום חמש השנים.
      * עם זאת הדגיש ברק כי "בצד החלטתנו כי העתירות נדחות, שכן לעת הזו לא נוכל להכריע באי חוקתיותו, הננו ממשיכים וקובעים כי אם תימשך המגמה ולא יהיה שינוי משמעותי במצב הדברים, קיים חשש כי חוק דחיית השירות יהפוך לבלתי חוקתי".

סיבוב שני

הכנסת האריכה את תוקף החוק בחמש שנים נוספות. מיד לאחר מכן הוגשו לבג"ץ מספר עתירות נגד החוק.  
בספטמבר 2009 החליט בית המשפט לדחות שוב את ההכרעה בעניין ב15 חודשים נוספים, והביע מורת רוח מהאיטיות ביישום החוק. בית המשפט קבע כי "טרם שנקבע עמדה סופית באשר לחוקיותו של חוק דחיית השירות ובאשר להארכת תוקפו למשל חמש שנים נוספות, יש לאפשר למנגנונים המיודעים ליישומו- שאך זה מקרוב קרמו עור וגידים והחלו לפעול- להוכיח את יעילותם או אי-יעילותם במבחן התוצאה למשך פרק זמן קצוב נוסף.

סיבוב שלישי ואחרון

* + - * בפברואר 2012 בית המשפט פסק בדעת רוב(שישה שופטים כנגד שלושה) שחוק דחיית השירות אינו חוקתי ולכן אין להאריכו מעבר למועד פקיעתו הצפוי, באוגוסט 2012.
      * שופטי הרוב, בראשותה של הנשיאה בייניש, קבעו כי מן הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט לא ניתן לבסס קשר בין האמצעים שקבועים בחוק לבין המטרה המוצהרת של הגברת השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה, ומכיוון שכך, לא ניתן להצדיק את הפגיעה בשוויון הגלומה בהסדרי החוק.
      * השופטת ארבל סברה בדעת מיעוט, שאליה הצטרף השופט ריבלין, כי יש לתת למופקדים על יישומו של החוק ארכה נוספת להוכחת הקשר האמור. ארבל גם הצביעה על כך שכבר בנתונים הנוכחיים יש ראיה לשינוי מגמה בכיוון הרצוי.
      * השופט גרוניס, בדעת מיעוט נוספת, חזר על עמדתו בפסיקות קודמות לפיה לאור העובדה שחוק דחיית השירות התקבל בהליך דמוקרטי מלא, בהסכמת חברי קבוצת הרוב החילוני במדינה, אין מקום להתערבות בג"צ. גרוניס הוסיף עוד שלדעתו "ההתעסקות החוזרת והנשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט".

גם בפסיקה הזו, האוביטר הופך לרציו.

**חסן נ' המוסד לביטוח לאומי 2012- ביטול חוק בשל הפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד**

רקע: מקובל להבחין בין שתי קבוצות של זכויות:

* + - * זכויות אזרחיות פוליטיות- כמו חופש דת, חופש ביטוי, חופש תנועה.
      * זכויות חברתיות- כמו הזכות לדיור, הזכות לחינוך, זכות לבריאות

ברוב החוקות בעולם הזכויות החברתיות לא מופיעות, ולכן אינן נהנות ממעמד חוקתי.

העובדות

חוק הבטחת הכנסה מבטיח למי שמשכורתו אינה מגיעה לסף מסוים הבטחת הכנסה עד לסף האמור.  
סעיף בחוק הבטחת הכנסה קובע שמי שבבעלותו או בשימוש כלי רכב רואים אותו כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה להבטחת הכנסה, ולפיכך נשללת ממנו וממשפחתו הזכאות לקצבה זו.

טענת העותרים- החזקה החלוטה[[4]](#footnote-4) שאותה קובע הסעיף פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות לקיום בכבוד.

תשובת המדינה

1. הסעיף האמור הוא בגדר מדיניות חברתית-כלכלית "טהורה" של המחוקק ולכן הוא אינו נופל כלל לגדריה המצומצמים של הזכות לקיום בכבוד.
2. יש להבחין בניתוח החוקתי בין זכויות אזרחיות פוליטיות לבין זכויות חברתיות ובכל הנוגע לזכויות החברתיות, יש לצמצם את מבחן המידתיות למבחן המשנה הראשון הבוחן אם קיים קשר רציונלי ובין האמצעי והמטרה.

בית המשפט:

* + - 1. המדינה מייחסת "משמעות מצומצמת וצרה לזכות".
      2. עצם העובדה שהזכות לקיום בכבוד היא זכות חברתית אין בה כדי להצדיק החלת מודל שיפוטי שונה לביקורת חוקתית.

בית המשפט עובר לבחון את החוק ומסקנתו שהסעיף של חזקה חלוטה אינו עומד במבחן המידתיות השני, שלפיו יש לנקוט באמצעי שזכותו פחותה. המחוקק רוצה ליצור מצב בו אנשים לא מרמים ומשתמשים בקופת המדינה לא לצורך, הוא יכל להשתמש באמצעי אחר בשביל אותה מטרה בדיוק. יש יכולת להביא במקום חזקה חלוטה, לחזקה הניתנת לסתירה.

החידוש

זוהי פעם ראשונה שבית המשפט פוסל חקיקה ראשית שפוגעת לא בזכות אזרחית- פוליטית אלא בפגיעה בזכות חברתית, בית המשפט שם את מדינת ישראל בחזית בהשוואה למדינות אחרות, שלפיהן זכויות חברתיות לא מופיעות בחוקה, פה בית המשפט בעזרת פרשנות רחבה מכניס את זכות לחיים בכבוד לתוך זכות לכבוד. זוהי הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון פסל חקיקה ראשית לאחר שמצא כי היא פוגעת ללא הצדקה בזכות **חברתית**.

**המהלך החוקתי- ביקורת שיפוטית הליכית**

ביקורת שיפוטית- ביקורת על התוכן של ההחלטה, בדיקה האם התוכן שעולה מן החוק יושב בקנה אחד עם חוקי יסוד.

ביקורת הליכית- בית המשפט בוחן את ההליך שבו התקבל החוק וקובע אם ההליך סותר עקרונות יסוד- איך אנחנו אמורים לייצר חוק? זהו לא בחינה של תוכן החוק, אלא בחינה של איך חוק התקבל מול איך היה אמור להתקבל.

התחום החוקתי במדינה פרוץ באופן יחסי, משום שאין בידינו חוק יסוד: חקיקה. אין לנו "פרוטוקול" שקובע איך מייצרים חוקה או חקיקה ראשית, ולכן עלול להיות בלבול כלשהו או כללים שאינם ברורים לגוף המחוקק. הדבר הקרוב ביותר לפרוטוקול חקיקה שיש לנו הוא תקנון הכנסת, שהוא אינו חוק אלא תקנון.   
לו היה לנו חוק יסוד החקיקה הוא היה קובע איך מייצרים חקיקה ואת הליכי החקיקה. העובדה שאין חוק יסוד חקיקה, לא עיגנו בחוק יסוד איך מייצרים חוק בחקיקה ראשית?

חלק ניכר ממה שקבעו הליכי החקיקה מעוגן במסמך משפטי הקרוי תקנון הכנסת, אך הוא לא חוק בחקיקה ראשית אלא בחקיקת משנה. אומנם, הכנסת היא זאת שאחראית לחקיקתו. בהוראות התקנון יכול להיות שיש עקרונות יסוד בלתי כתובים שנדון איך חוקי יסוד אמורים להתקבל.

**ארגון מגדלי העופות 2004**

בפסקי הדין הקודמים בית המשפט הוסמך לבטל חוק אם סתר את הוראות ייצור החוק לפי תקנון הכנסת. בית המשפט הולך עוד צעד וקובע שבית המשפט יכול עקרונית לבטל חוק בשל פגמים בהליך החקיקה גם אם החוק לא עבר על שום כלל פורמאלי בתקנון הכנסת, וגם אם הם בלתי כתובים.

רקע:

* + - * אמצעי סל- חוקים מסוגו של חוק ההסדרים במשק המדינה מתאפיינים בכך שהם מורכבים ממכלול של נושאי ומשמשים "אמצעי סל" לביצוע חקיקה ותיקוני חקיקה בתחומים רבים ומגוונים.
      * להשלים הליכי חקיקה חריגים- כך למשל, היוזמה לחקיקתם של החוקים הללו היא של משרד האוצר, להבדיל מהצעות חוק ממשלתיות רגילות בהן היוזמה לחקיקה היא בדרך כלל של השר שהחקיקה נוגעת לתחום סמכותו או של משרד המשפטים. הדיון בממשלה ובכנסת נעשה בדרך כלל על מכלול הנושאים הכלולים בהצעת החוק כמקשה אחת ובהליך מזורז ביותר. הצעת החוק מועברת על פי רוב במלואה לדיון בוועדת הכספים במקום פיצולה לוועדות הכנסת האחרות שהנושא נמצא בתחום טיפולן.
      * בראשיתם של שנות השמונים, ישראל חווה משבר כלכלי קשה מאוד ובכך נעשים הליכים במטרה לצמצם את הוצאות המדינה והוצאתה מהמשבר. אם המדינה מקצצת באופן רוחבי הדבר צריך להתבטא בביטול חוקים- ביצוע הליך חקיקה נפרד על מנת לתקן כל חוק. יש חובה לקחת את כלל החוקים ביחד, חוק התקציב נולד מחוק ההסדרים שבא להבטיח בין סך ההתחייבויות שהמדינה לוקחת על עצמה בספר החוקים מול ההוצאות שהמדינה מוציאה. חקיקה נפרדת של כל חוק וחוק מסורבלת וממושכת, לכן נולד מנגנון חוק ההסדרים: חקיקה מעין "סיטונאית". חוק ההסדרים נהפך לאורך זמן לפלטפורמה לכבילה של הכנסת למספר רב של חוקים, תוך דיון מועט, אם בכלל, בחלקם. החוק הצליח והתחילו לחוקק כלל חוקים שלא קשורים למדבר או למצב חירום שנמצאים, אלא בשל קיצור זמן של הליך חקיקה. זה מונע מהדיון להיות מעמיק ולכבול את ידיהם של מתנגדי החוק- משום שהליך החקיקה שיטחי ומהיר.
      * התרחבות השימוש במכשיר- עם השנים גבר השימוש בחוקי ההסדרים לא רק לשם תיקוני חקיקה הנדרשים לשם התאמת החקיקה לחוק התקציב, אלא כ"פלטפורמה" לחקיקה ולתיקוני חקיקה, לא פעם מהותיים ומרחיקי לכת, ובאמצעי לערכית שינויים מבניים במשק ובחבר, לרבות בנושאים שנויים במחלוקת שהממשלה הייתה מתקשה להעבירם בהליך חקיקה רגילה.

העותרים מבקשים לבטל את החוק בשל הפגמים בחקיקתו- באותה תקופה חוק ההסדרים פגע באינטרסים של מגדלי העופות ולכן עתרו לבג"צ.

בית המשפט

השופטת בייניש קובעת כי תנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הינו פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי. משפט זה דומה לדבריו של ברק בפרשת לאור, אך שם מדובר בביטול חוק עקב פגיעה בעקרונות יסוד תוכניים ולא בהליכים.

בין העקרונות בייניש מונה את:

1. עקרון הכרעת הרוב
2. עקרון השיוויון הפורמאלי- קול אחד לכל אחד מחברי הכנסת
3. עקרון הפומביות- הדיון בכנסת צריך להתקיים בפומבי
4. עקרון ההשתתפות- הזכות שניתנת לכל חברי הכנסת שמשתתף בהליך החקיקה

עקרון ההשתתפות

במובן הצר ביותר אם נמנעת מחבר הכנסת להשתמש בזכותו להצביע במליאת הכנסת ובהליכי החקיקה, החוק יכול להיפסל. או במובן הרחב, בו תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם ביחס להצעת חוק, חבר כנסת צריך להיות מסוגל לגבש עמדה בנוגע להצעת החוק.

שאלה משפטית: האם הליך החקיקה שלל מחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם ביחס להצעת החוק?

תגובת בית המשפט:

"במקרה דנן, נוכח הדיון שהתקיים בוועדות הכספים, מצומצם ככל שיהיה, וההסברים שניתנו שם מטעם הממשלה לחברי הכנסת, אין לומר כי לא ניתנה לחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים וכי נשללה מהם כל אפשרות לגבש עמדה ביחס לפרק החקלאות. לפיכך, ומשאמרנו עי על פי שיטתנו בית משפט זה לא יקיים ביקורת על קיומו של "הליך חקיקה נאות", לא נתקיימה עילה להתערבותנו בהליך החקיקה"(פסקה 30).

היא דורשת שלחברי הכנסת תהיה אפשרות מעשית לגבש דעה, אך במקרה זה, לא ניתן להגיד כי לא התקיימה אפשרות זו. בייניש בשלב יותר מוקדם אומרת כי יש להבחין בין הדבר הרצוי לבין המינימום, בית המשפט לא יפסול חוק אם לא התקיימו הליכי חקיקה נאותים. הוא יתערב כשנשלל המינימום מחברי הכנסת.

13 שנים מאז פרשת מגדלי העופות, לא נפסל חוק אחד בשל הליכי חקיקה, למרות שבפס"ד נוספו מספר כלים נוספים לביטול חוק בשל פגם בהליך. במשך 26 שנים מאז פרשת מרודי ושלוש עשרה שנים מאז פרשת מגדל העופות לא בוטל אפילו חוק אחד בשל פגמים בהליך חקיקתן, לאחר שבית המשפט דחה עתירות רבות שהוגשו נגד חוקי בטענה שהליך חקיקתם הפר דרישות הליכיות. בכל פסקי הדין האלו לא הייתה אפילו דעת מיעוט אחת שסברה שיש לבטל חוק מטעם של פגם בהליך. להלן דוגמא:

**ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים**

רקע: יו"ר ועדת הכספים עושה מניפולציה ומונע מאותם מתנגדים להיות ולהצביע בהצעה שבאה אישור הכנסת. בפרשה זו נדון מקרה דומה במידה רבה למקרה ההיפותטי הקיצוני שתיארה בייניש כדוגמא להליך פגום שיחייב התערבות ופסילה של חוק: יו"ר וועדת הכספים ביצע מניפולציה בסדר הדיון ובמועד ההצבעה כדי למנוע מחברי הוועדה המתנגדים לתקנות לנכוח בהצבעה. היו"ר הודה אך טען שפעל במסגרת סמכותו לפי התקנון, וכי "כל עוד אין חריגה מהוראות הדין המפורשות, יש לראות בפעולות אלו חלק מתכסיסים לגיטימיים של הזירה הפוליטית"(פסקה 4)

טענת יו"ר הוועדה להלכת מגדלי העופות לפיה המבחן אינו אם הייתה הפרה של הוראות התקנון, אלא אם הפגם פגע בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.

חרף זאת, ברק שכתב את פסק הדין דחה את העתירה בפסק דין קצרצר, שבו ציין כי מדובר "בתפקיד מנהלי-חקיקתי מובהק" הגורר ביקורת שיפוטית מוגבלת ומרוסנת(פסקה 5).פס"ד זה מראה כי למרות הקביעות התיאורטיות, בית המשפט במשך זמן רב לא עושה שימוש באותן הלכות.

**בג"צ קוונטינסקי**

רקע: הסדר מס ריבוי דירות(להלן: הסדר המס), שעוגן בפרק י"ב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו2018), הטיל מס ייעודי על בעלי מספר דירות. ההסדר נפסל ברוב של 4-1(מזוז במיעוט) בשל אי עמידתו בתנאי עקרון ההשתתפות. במהלך הדיון בוועדות הכספים לקריאה שנייה ושלישית. זוהי הפעם הראשונה שבה ביטל בית המשפט חוק מכוח המודל הפרוצדורלי.

זוהי הפעם הראשונה שבית המשפט מבטל חוק בשל פגם פרוצדורלי. מפסק הדין של השופטת בייניש בעניין מגדלי העופות, עולים שני מדדים לקיומה של ביקורת שיפוטית על בסיס עקרון ההשתתפות:

1. האם נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה מצביעים- אם אנחנו צריכים לתת תוכן לחוקים יש צורך במבחן ישים ואפקטיבי יותר
2. השני אם נשללה האפשרות כי חברי הכנסת יצליחו לגבש דעה בנושא ההצעה

על פי דעת הרוב של סולברג: איך נדע אם הכלל הופר?

בבואנו לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי, ניתן להיעזר בפרט או בפרטים מן הרשימה שלהלן, שלבטח אינו ממצה, גם אם אינה מחייבת:

* + - * משך הדיון- מידתי לאורך הצעת החוק והשלכותיה
      * השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, נוסחה, תוכנה
      * תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק
      * כמה זמן ניתן לחברי הכנסת להתכונן לקראת הדיון

הסעד

הדיון לא היה ממצה או רציני עד לכדי מספק. הבעייתיות שמתלווה לעניין הזה ולמרות זאת הוועדה המשיכה בדרכה. הסעד צריך להיות מותאם לפגם, איפה שנפל הפגם שם יינתן הסעד- יש צורך לחזור בחזרה בדיוק לנקודה בה נפל הפגם.

עם כל חומרתו של הפגם שנפל בהליך החקיקה, הרי שהוא ממוקד בשלב הדיון בוועדה לקראת קריאה שנייה וקריאה שלישית. ראוי גם הסעד שעליו נורה, שיהיה ממוקד, לצורך הטעון חקיקה, ולא מעבר לכך. אין צורך ולא הצדקה לבטל את הליך החקיקה כולו ולהתחיל מבראשית, מהלך שנזקו עולה על התועלת.

מזוז- מיעוט

(9) כפי שנקבע לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה, ביקורת חוקתית יכולה שתתבסס במקרים חריגים לא רק על הוראות מפורשות בחוקי היסוד, אלא גם על נורמות חוקתיות לא- כתובות המשתמעות מחוקי היסוד והמבטאות את "עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי". אלא שלכל הדעות אפשרות זו שמורהו מוגבלת למקרים קיצוניים חריגים.

(11) נוכח האמור, גם טענה לאי- חוקיותו של חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו, השייכת לקטגוריה של ביקורת חוקתית מוסדית-דיונית, אמורה להיבחן על פי התפיסה האמורה, היינו- להתבסס על הפרה של הוראה הקבועה בחוקי היסוד, או למצער(לכל הפחות) על פגיעה מהותית וקשה בערכי יסוד ועקרונות יסוד המשתמעים מחוקי היסוד, שכל המבנה החוקתי שלנו מושתת עליהם.

עם זאת, ראוי להעיר לעניין זה כי להבדיל מנורמות העוסקות בזכויות אדם, המנוסות ככלל ברמת הפשטה גבוהה המחייבת פרשנות, התאמה למציאות המשתנה וגזירת זכויות-משנה קונקרטיות מזכויות עקרוניות כלליות (כגון כבוד האדם), הרי שנורמות מוסדיות-דיוניות אמורות מטבע הדברים להיות קונקרטיות ומפורשות. נורמות חוקתיות מוסדיות ודיוניות הן למעשה "כללי המשחק" של הדמוקרטיה לפיהם מחויבות לפעול רשויות המשטר הדמוקרטי. כללים כאלה מטבעם צריכים להיות כתובים וברורים, ואין בהם בדרך כלל גם מקום לאיזונים. לכן, לדעתי, האפשרות של ביקורת חוקתית על יסוד פגיעה בערכי יסוד ובעקרונות יסוד לא- כתובים, כאשר מדובר בנורמות מוסדיות-דיוניות, היא יותר מצומצמת, ומוגבלת לערכי יסוד ועקרונות חסוד מובהקים, ברורים ומוסכמים על הכול, שהם מנשמת אפה של השיטה הדמוקרטית.

(16) לדעתי, הפגמים הנטענים בענייננו אינם עונים, אף לא בקירוב, על המבחן המחמיר שנקבע בעניין מגדלי העופות לפסילת חוק בשל פגם בהליכי חקיקתו.

הטענה של מזוז זו טענה עקרונית, גם אם ניתן לבצע ביקורת שיפוטית הליכית בהסתמך על עקרונות יסוד בלתי כתובים, מידת הנכונות לעשות זאת מצומצמת יותר כאשר מדובר בזכויות אדם בעקרונות מהותיים ערכיים. כשמדובר בכללי משחק והליך, נקודת המוצא שהדברים אמורים להיות ברורים ופחות פתוחים לפרשנות. ומכך, כאשר הכלל לא כתוב לא נסתמך עליו. מדובר בעניינים מוסדיים והליכים נבצע ביקורת הליכית רק במקרים חריגים ביותר.

במקרה זה, אין הוא מתקרב למקרים חריגים וגרועים יותר. הסיפור במקרה זה הוא לא כזה קיצוני שיכול להצדיק פסילה של חוק עקב פגם בהליך.

עקרונות היסוד המהותיים יש מקום לסוג של יצירתיות מצד בית המשפט בשל ההבנה כי יש זכויות לא כתובות וניתן להסתמך על "תורה שבעל פה".

**תשובת סולברג**

"בשל היעדרה של סמכות חוקתית על-חוקית מפורשת לבקר את הפן ההליכי של חקיקה ראשית, מתקשה מזוז בסמכות הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, להבדיל מביקורת שיפוטית על תוכנה. לכך אשיב בשניים:

הביקורת השיפוטית הליכית שבוצעה לא מתבסס עקרון דמיוני, לא על עקרון יסוד מובהק של שיטת המשטר של מדינת ישראל. העקרונות מעוגנים תחת עקרון הפרדת הרשויות. הרשות השופטת מחובתה לוודא כי התרחש תהליך חקיקה הוגן וראוי כתוצאה משמירה על איזונים ובלמים ברשות המחוקקת."

מנגד, מזוז קובע כי פגיעה בהליך החקיקה פוגע בריבונות הכנסת.

סולברג עונה כי יש חשש יותר גדול בפגיעה בריבונות הכנסת, הפגיעה תהיה חמורה יותר מאשר קובעים לכנסת איזה תוכן היא לא יכולה לקדם מאשר איזו בצורה היא לא יכולה לקדם. אמירה לכנסת איזו צורה היא נכונה זוהי לא פגיעה מהותית בריבונות הכנסת. ביקורת שיפוטית בשל פגם בהליכי החקיקה היא פחות מתערבת מאשר פגם בתוכן החקיקה.

סולברג יוכל לטעון אף יותר, ולומר שההתערבות של בית המשפט בהליך החקיקה אף מחזקת את הכנסת, משום שהיא מוודאת שהליכי החקיקה בוצעו בצורה תקינה ומסייעת לשמור על כוחה של הכנסת מול הממשלה. גם בעת פסילה של חוק בעת ההליך זה לא מחליש את הכנסת אלא מחזק אותה, במובן שאין אפשרות לממשלה לעקוף את סמכויות הכנסת ולדלג עליה, אלא זה מחייב את הממשלה לקיים דיון רציני בכנסת. זה רק שזה פחות חמור, זה אפילו כלי של פגיעה נקודתית בכנסת בתוך רצון להעלות ולחזק את ריבונות הכנסת.

סולברג קבע תקדים שיכול להתרחב ולהשתנות לגמרי ממה שכוונתו הייתה מלכתחילה.

התקדים של סולברג, מאידך, יוצר אוביטר שהופך לרציו: בפעם **הראשונה פוסל בית המשפט חוק בשל פגם בהליכי החקיקה על סמך עקרון יסוד שלא היה כתוב (זכות ההשתתפות)** . את אותו הרציו ניתן להרחיב הרבה מעבר לגבולות שניתן להניח שסולברג התכוון אליהם, ולהביא לפסילה של חוקים, בין אם בשל תוכן או הליך חקיקה, בגלל עקרונות שניתן יהיה להגדירם כ"עקרונות יסוד" לא כתובים.

ניתן לפסול חוק בגלל שלא עמד בדרישות הליכיות המעוגנות בחוקה- אך סולברג מכשיר כלי והלכה שקובעת כי ניתן לפסול חוק בשל פגיעות בהוראות הליכיות בלתי כתובות, ברגע שנקבעה הלכה כזו הוא נותן ביסוס ודין לדברי ברק בפרשת לאור. סולברג התכוון לעקרונות יסוד בלתי כתובים בהסתמך על הוראות הליכיות, אומנם פסילה של חוק בהתבסס על עיגון תחת עקרונות יסוד בלתי כתובים בהסתמך על הוראות תוכניות פוגע עוד יותר בריבונות הכנסת.

סולברג פסל בשל עקרון יסוד לא כתוב, אלא שפעם הבאה השופטים יכולים לבטל חוק על ידי הוראות תוכניות בלתי כתובות. סולברג נחשב בין השופטים השמרניים, אלא שהוא פתח חלון שמאפשר בעתיד לפסול חוק גם באשר למקרים אחרים. הוא העניק וייסד כלי אקטיביסטי ביותר שמרחיב ומגדיל את הביקורת השיפוטית.

**חוקי היסוד כחוקה**

**איך מזהים חוקה?**

**בנק מזרחי 1995**

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

**פרשת בר און 2010**

העובדות: ביום 22.6.2010 התקבל בקריאה שנייה ושלישית חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות)(הוראת שעה)(תיקון). חוק יסוד הוראת השעה קובע כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו2012 יהיה תקציב דו- שנתי שיקבע בחוק אחד. חוק יסוד הוראת השעה הוא המשך של חוק יסוד קודם שקבע, אף הוא בהוראת שעה, כי תקציב המדינה לשנים 2009 ו2010 יהיה תקציב דו- שנתי (להלן: הוראת השעה המקורית). חוק יסוד הוראת השעה, כהוראת השעה המקורית, משנה את ההוראות הקבועות בסעיפים 3(א)(2) ו3א' לחוק יסוד: משק המדינה, לפיהן תקציב המדינה ייקבע לשנה אחת בלבד.  
יש כאן חוק יסוד שותק, חוק יסוד משק המדינה שקובע כי צריך להיות תקציב חד שנתי. בכדי להבטיח שלא ניתן לפסול אותו, קבעו את החוק כחוק יסוד. השתמשו בכותרת חוק יסוד בכדי להבטיח שבית המשפט לא יפסול את המהלך.

השאלה המשפטית

ראשית, האם חוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד לכל דבר ועניין?.. בחינת שאלה זו מחייבת דיון בשתי שאלות משנה.

1. האם המבחן לזיהוי חוק כחוק יסוד הוא מבחן צורני, מבחן מהותי, או שילוב של שני המבחנים גם יחד?
2. האם השימוש בהוראת שעה פוגם בתוקפו או במעמדו של החוק כחוק יסוד?

"תכופות נשמעת הטענה כי יש מקום לשלב, לצד המבחן הצורני, גם מבחן מהותי, באופן שהכללת המילים "חוק יסוד" בכותרת החוק יהוו תיאור ראשוני, אך לא תיאור מספיק, להכרה בחוק כחוק יסוד.   
הצעה זו, של כינון מבחן משולב לזיהויו של חוק יסוד, היא הצעה שיש יתרונות וחסרונות בצידה. מחד גיסא, הצעה זו מאפשרת בחינה מקיפה של דבר חקיקה שעתיד להצטרף לחוקת המדינה. המבחן המהותי או המבחן המשולב מסייע להתגבר על הבעייתיות הטמונה במבחן הצורני, שעיקרו פורמלי, והוא מוודא שלא ייעשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" לשריון הסדרים שאינם מתאימים מבחינת תוכנם להיות חלק מחוקת המדינה. מאידך גיסא, השימוש במבחן מהותי או במבחן משולב כלשהו אינו חף מקשיים. טמונה בו, בראש ובראשונה, מידה לא מבוטלת של חוסר וודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית בשאלה אם מהווה היא חלק מן החוקה. טמון במבחן המהותי גם קושי ממשי אשר, כלשונו של הנשיא ברק, יורד "לשורש היחסים בין הסמכות המכוננת(של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)". בידיה תופקד הסמכות לקבוע אם דבר חקיקה, מבחינת תוכנו, מתאים להיכלל בחוקה.

אין הכרח להכריע בשאלת המבחן לזיהוי חוקי יסוד במקרה שלפנינו מאחר שגם שימוש במבחן המשולב מוביל למסקנה שחוק יסוד הוראת השעה הוא חוק יסוד.

האם המבחן לבחינת חוק יסוד הוא צורני בלבד, מהותי בלבד או שזהו מבחן משולב? שקובע כי חוק יסוד צריך שגם יקראו לו חוק יסוד וגם שתוכנו של החוק מתאים לחוק בעל מעמד על חוקי. מה שבייניש מקדמת זאת לא האפשרות שנזהה את חוק היסוד בהגדרה מצמצמת, התנאי הצורני זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק.

איזה בעיות יש בו? עד היום אנחנו יודעים שאחרי המהפכה החוקתית, אנחנו נתקלים בחוק יסוד אנחנו יודעים שזוהי חוקה, בכל פעם שנראה מסמך שכתוב עליו חוק יסוד איך נדע אם זה חוק יסוד?

בעצם מבחן זה נותן עוד כוח וסמכות לבית המשפט, הוא יכול לא רק לפסול חוק שפוגע בחוקי יסוד ולפרש את חוקי היסוד אלא גם קובע איזה חוק נכנס לחוקה ואילו עניינים לא יכולים להיכנס לחוקה, זה משנה את מערכת היחסים בין הכנסת כגוף מכונן לבית המשפט. אנחנו יודעים שבמקרה הנ"ל השימוש במבחן התוכני אין זהו משנה או משפיע על תוצאות פס"ד.

שאלה פתוחה זו זה השלב הכי מתקדם בקשר לקיום המבחן המשולב.

**בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו**

איך מבדילים בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו?

**בג"צ תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל**

רקע:

* סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת". לצד הוראה כללית זו נקבע, בסעיף 2 לחוק היסוד , כי סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי קרקעות שנקבעו לעניין זה בחוק. ב
* סעיף 2(7) לחוק מקרקעי ישראל (לא חוק יסוד!) נקבע חריג לאיסור המכירה, המאפשר הקניית בעלות במקום חכירה לדורות:
* (7) "העברת בעלות במקרקעי המינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרות פיתוח לא חקלאי, או העברת מקרקעין כאלה שהם קרקע עירונית, ולבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על מאה אלף דונם".

בעתירה מותקף התיקון השני לסעיף, משנת 2009, שהגדיל משמעותית את מסת הקרקעות העירוניות שניתן להעביר במכר.

טענת העותרים: התיקון משנה, ולמצער (לכל הפחות) פוגע בעיקרון היסוד המעוגן בהוראת סעיף 1 לחוק היסוד. נטען כי שינוי זה נעשה בחוק רגיל ולא על דרך של תיקון או שינוי חוק היסוד עצמו, והוא אינו בא בגדר החריגים המותרים על פי סעיף 2 לחוק היסוד. השינוי נעשה בחוק רגיל ולא בדרך של תיקון או שינוי חוק יסוד עצמו. יש כאן שינוי של העיקרון המחייב, שינוי של חוק היסוד. יש כאן שינוי ופגיעה בחוק היסוד ללא בדרך הכלים של שינוי ופגיעה.

נפסק: לאור האפשרות הקבועה בחוק היסוד לחרוג מהעקרון הקבוע בו- עצם הסטייה מעקרון הבעלות הלאומית אין בה כדי להוות שינוי של חוק היסוד, והשאלה היחידה היא האם תיקון 7 "חרג מגבולות החריג". כלומר, האם יש בו כדי לרוקן מתוכן את העקרון.   
זה לא שינוי של חוק היסוד, יש אפשרות לחרוג באמצעות חקיקה ראשית. השאלה האם התיקון חרג מגבולות החריג?

בית המשפט חוזר על האבחנה בין שינוי לפגיעה שנקבעה כבר בפרשת בנק המזרחי:

שינוי של חוק יסוד משמעו "צמצומה או הרחבה, הוספה עליה או ביטולה" של זכות המוגנת בחוק היסוד. חוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו בעניין המרכזי, עד כי נאמר שהחוק מכוון לשנות מעיקרו את ההסדר החוקתי. שינוי של חוק יסוד הוא למעשה קביעה של הסדר חדש תחת ההסדר הקבוע בחוק היסוד עצמו. לעומת השינוי, פגיעה בחוק יסוד תוכר מקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא אך סטייה ממנה לעניין מסוים. שינוי של חוק יסוד משמעו צמצומה או הרחבה או ביטולה של זכות המוגנת בחוק היסוד. שינוי הוא כאשר יש סטייה מהותית מחוק היסוד. אין כאן הנחיה בשאלה מי אנחנו יודעים שזה הסדר חדש, אלא יש קביעה ככל שהסטייה היא יותר גדולה, הסטייה לכיוון השינוי היא בהתאם לגודל הסטייה.

**אין שינוי**

הגם שנדמה כי אין מי שיחלוק על כך שהרפורמה שהוגשה בתיקון 7 מרחיבה באופן משמעותי את היקף הקרקעות שניתן להעביר בו בעלות, נראה כי אין הוא עולה כדי שינוי של העקרון המרכזי שראשותו בחוק היסוד. שלושה נתונים מרכזיים תומכים במסקנה זו.  
היקף הקרקע- הגם שגדל באופן משמעותי ומספיק לצורכי המדינה לשנים רבות- עודנו מהווה חלק קטן מאוד מכלל הקרקעות במדינה(4%).  
סוג הקרקע בה תותר העברת הבעלות, קרי, קרקע עירונית, תואמת את ההבחנה, שגם באה לידי ביטוי בהיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד, בין קרקע חקלאית וקרקע עירונית.  
תיקון 7 הגביל את העברת הבעלות ב800 אלף הדונם של קרקע עירונית לשתי פעימות.

**אין פגיעה**

לכאורה, אילו חוק היסוד היה כולל רק את סעיף 1 ובו ההצהרה החגיגית על הבעלות הלאומית על המקרקעין, הרי שכל חקיקה רגילה שהייתה מורה על העברת בעלות הייתה מהווה פגיעה בחוק היסוד(ובמקרים מסוימים, גם שינוי של חוק היסוד). אולם, כפי שעמדנו בהרחבה לעיל, חוק יסוד מקרקעי ישראל ייחודי במובן זה שהוא מאפשר חריגה מהעיקרון המרכזי הקבוע בו. חוק היסוד מלכתחילה מאפשר תחימה, על ידי חריגים הקבועים חקיקה, של עקרון הבעלות הלאומית בקרקע, משכך, חקיקה שנותנת תוקף לחריג שנקבע בסעיף 2, ואין בה כדי לפגוע בעיקרון הכללי, אינה מהווה פגיעה בחוק היסוד.

אולי יש פגיעה, בהתאם לפסקת ההגבלה.

מעבר לנדרש נציין כי אף אילו היינו סבורים שיש בתיקון 7 משום פגיעה בחוק היסוד, ייתכן כי ניתן היה לראות בסעיף 2 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל מעין פסקת הגבלה, המורה כי פגיעה בעקרון הכללי שנקבע בחוק היסוד תיעשה על ידי המחוקק בחוק, לעניין סוגים מסוימים של עסקאות ולעניין סוגים מסוימים של מקרקעין.

ובקיצור: פס"ד תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (2010)  
חוק יסוד מקרקעי ישראל קובע בסעיף 1 שהעברת הבעלות במקרקעי ישראל לא תועבר. סעיף 2 קובע שסעיף 1 לא יחול על סוגי עסקאות ומקרקעין שנקבעו בחוק. הכנסת מעבירה תיקון לס'7 לחוק ,ומגדילה באופן משמעותי את מסת הקרקעות העירוניות שניתן להעביר במכר. העותרים טוענים שהתיקון משנה או לכל הפחות פוגע בעקרון שנקבע בסעיף 1 שנקבע לחוק היסוד. אם זה שינוי, הוא שינוי שנעשה בחוק רגיל ולא בדרך של חוק יסוד כמו שהיה צריך. בפסק דין בנק המזרחי אומרים שחוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו. פגיעה היא יותר ספציפית ונקודתית, היא כרסום של העקרון. עם זאת, פגיעה יכולה להפוך לשינוי. בייניש- התיקון מרחיב את היקף הקרקעות , אך לא משנה את העקרון המרכזי שבחוק היסוד מהסיבות הבאות – 1. הקרקע היא חלק קטן מהמקרקעין של המדינה(4%). 2. סוג הקרקע – התיקון לחוק מרחיב את הקרקעות העירוניות ומלכתחילה הנטייה הייתה להדגיש את האיסור על קרקע חקלאית ופחות על קרקע עירונית. 3. התיקון מדבר על 2 פעימות – קודם 400 אלף וזה 800 אלף דונם. יתרה מזאת, בייניש אומרת שאין פגיעה מכיוון שחוק היסוד עצמו מאפשר פגיעה בו(ס'2 לחוק).

**איך ניתן לשנות חוק יסוד ואיך ניתן לפגוע בו?**- שינוי ופגיעה בחוקים שותקים

**בנק המזרחי**

ברק- שינוי

הכלל הוא ששינוי חוק יסוד יכול להתבצע רק באמצעות חוק יסוד אחר (עמדת קניאל), בנוסף הוא מציע כי יהיה ניתן לשנות חוק יסוד בחוק רגיל רק אם תמצא בחוק היסוד הסמכה במפורש. בנוסף, שינוי חוק יסוד יצטרך לשינוי בחוק יסוד אחר ואם תהיה עוד דרישה, אלו דרישות מצטברות.

איך ניתן ליישב תזה זו עם הנוסח של חוק יסוד הכנסת כי שינוי יבוצע על ידי רוב חברי הכנסת?

אם מדובר בפגיעה, אז הפגיעה צריכה להיעשות ברוב של 61. אבל אם מדובר בשינוי בחוק היסוד, יש צורך בחוק יסוד חדש שישנה את חוק היסוד, ובנוסף לדרישה בעמידה בשיריון.

ברק- פגיעה

חוק יסוד ללא פסקת הגבלה

"מקיומו של שריון לעניין הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, הסיק בית המשפט כי עומד כוחו של חוק רגיל לפגוע בהסדריו האחרים של חוק- יסוד מקום שחוק-היסוד אינו כולל שריון. שאם לא כן, יהא הסדר המעוגן בחוק-יסוד השותק בעניין שריונו, מוגן באופן חזק יותר מפני פגיעה על ידי חוק רגיל מהסדר המעוגן בחוק-יסוד הקובע בעניין זה הסדר מיוחד, ואשר נועד ללא ספק לחזק את ההגנה הניתנת לאותו הסדר ולא להחלישה.מסקנה זו היא אפשרית. אין היא הכרחית .

ניתן היה לפסוק כי בהיעדר הוראת שריון, ניתן לפגוע בהסדריו של חוק-יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהפגיעה תהא מפורשת. בכך ניתן היה, מחד גיסא, להמשיך ולהבליט את מעמדו הנורמטיבי העליון של חוק היסוד, ומאידך גיסא, ניתן היה לשמור על ההבחנה הראויה בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק יסוד השותק בעניין זה. מבקש אני להשאיר ענייו זה בצריך עיון, שכן חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראות שריון. אין זה שריון פורמלי הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע. זהו שריון מהותי, הדורש כי ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק יסוד בחוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקיים דרישה על מהות. "

השאלה מתעררת כאשר אין הסדר מפורש לפגיעה בחוק היסוד. מכוח זה שבסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת מתפרשת פגיעה בחוק, מכאן ניתן להבין כאשר אין שיריון בחוקי יסוד לא ניתן לפגוע בו, אך זה יוצר מצב משונה, שיריון נועד לחזק ולמנוע פגיעה בחוק היסוד, יוצא מנקודת הנחה זו שהשריון דווקא פוגע ומחליש את חוק היסוד המשוריין בניגוד לחוק יסוד שותק. לא סביר להגיד שחוק יסוד שותק לגבי אפשרות הפגיעה בו, לא ניתן לפגוע בו.

לכאורה יש שתי אפשרויות:

1. אם חוק יסוד לא אומר איך ניתן לפגוע בו- לא תוכל להתקיים פגיעה.
2. חוק יסוד שותק לגבי הפגיעה בו ניתן יהיה לפגוע בו על ידי חקיקה ראשית.
3. אפשרות האמצע- בהיעדר הוראת שיריון ניתן לפגוע בחוק יסוד בחוק רגיל, אך רק אם מתקיימת הסמכה מפורשת מהכנסת לפגיעה בחוק היסוד. מצד אחד זה מאפשר ומקיים את מעמדו הנורמטיבי העליון של חוקי יסוד, ומהצד השני לשמור על חוק יסוד משוריין חזק יותר מחוק יסוד שותק.

דורש להשאיר את חוק יסוד כבוד האדם בעיון, משום שיש בו שיריון, אך לא פורמאלי יש צורך לקבוע את מעמדו. אומנם לפס"ד זה, משום שאין הוא חוק יסוד שותק, ברק לא צריך לפתור ולענות על שאלה זו.

שמגר-שינוי

גישת שמגר יוצאת מנקודת הנחה שינוי או פגיעה שלא נובעת מפסקת ההגבלה תוכל להתבצע רק בחקיקת חוק יסוד חדש.

שמגר-פגיעה

שלוש אפשרויות:

1. ניתן לפגוע, באמצעות חוק רגיל, בדרך סתמי.
2. ניתן לפגוע באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהכנסת תעשה זאת באופן מפורש.
3. האפשרות אותה מאמץ: האפשרות השלישית מכירה בעליונות של חוק יסוד בתור שכזה ומחזקת אותו. לפי אפשרות זו, ה"פגיעה" כדין במגילת הזכויות הישראלית אפשרית רק תוך עמידה בדרישות התואמות את הפיסה בדבר המדרג הנורמטיבי. תזה זו יוצאת מנקודת מוצא אחדותית של מגילת זכויות היסוד, היינו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד: חופש העיסוק וחוקי יסוד אחרים, אשר יחוקק על ידי הכנסת בעתיד וידונו בזכויות היסוד. חוקי יסוד אלו יהיו מקשה אחת. הכנסת הביעה את רצונה באשר לסיווג הנורמטיבי של מגילת הזכויות הישראלית. היא הלבישה אותן בעקבות החלטת הררי בלבוש של חוק ייסוד. בכך קבעה להן מדרג נורמטיבי חוקתי. שינוי או פגיעה שלא במסגרת פסקת ההגבלה שאף הוא חלק מחוק היסוד, יכול רק שייעשה על ידי חקיקה באותו מדרג, היינו, באמצעות חוק יסוד, או על יסוד הסמכה שבחוק יסוד.

מה שמשתמע ששמגר מאמץ את האפשרות האחרונה- אם אין הסדר לגבי הפגיעה לא ניתן לפגוע. אלא בפרוצדורת שינוי.

1. אפשר- אם אין מגבלה ניתן לפגוע בחוק רגיל.
2. אי אפשר- אם אין פרוצדורה מוגדרת, לא ניתן לפגוע. אלא שהפגיעה תתבצע בפרוצדורת שינוי
3. אפשר עם סייג- אפשר יהיה לפגוע גם בחוק רגיל רק אם מתקיימת הסמכה מפורשת מהכנסת.

שינוי- גישת ברק, חוק יסוד ניתן לשנות על ידי חוק יסוד אחר.  
פגיעה- שמגר לא מאמץ את גישת ברק, אלא את הגישה השלישית.

בעצם ניתן להניח, שבפסק דין מזרחי, שמגר וברק מייצרים חוק יסוד חקיקה, שקובע איך מחוקקים ואיך מכוננים. ברגע שהם יצרו את השדרוג לחוקי היסוד, הם יצרו לעצמם בעיה, צריך לענות על השאלה, איך פוגעים ומשנים חוקי יסוד? שמגר, ברק והשופטים אחריהם מציירים באופן פרשני את חוק יסוד החקיקה.

**חירות**

בפס"ד חירות, משום שאין פסקת הגבלה בחוק יסוד השפיטה, לא ניתן לחרוג או לפגוע בחוק יסוד זה, ומכאן שבג"צ יכול לדון בעתירות. **אין** **בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחוק יסוד, רק במסגרת פסקת ההגבלה**.

**הופנונג- פגיעה**

אפשרות רביעית- **גרירת פסקת ההגבלה שבשני חוקי היסוד גם לחוק יסוד אחרים**.

זמיר: אמנם ההלכה קבעה כי פגיעה בשוויון, כמשמעותו בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, פוסלת חוק. אולם הלכה זו חלה רק על פגיעה בשוויון המהותי להבדיל מפגיעה בשוויון הפורמלית ההלכה אומרת כי השוויון המהותי הוא שוויון הסיכויים, אך היא לא השיבה מעבר לכך על השאלה מהו השוויון המהותי או מהי פגיעה בשוויון המהותי. שאלה זאת נותרה פתוחה. ייתכן, לכן, שיש מקום לומר כי פגיעה בשוויון המהותי, בהקשר של הבחירות הכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה ראויה, שהפרשן שואף אליה, בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים.

זמיר איננו מכליל את נוסחת האיזון כשלב נוסף לאחר ההכרעה בדבר פגיעה אלא הופך אותה למרכיב בהגדרת הפגיעה.

ברק מצביע על נקודה זו באומרו כי "בדרך כלל פסקת הגבלה אינה מגדירה את היקפה של הזכות הנפגעת, אלא את היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית". ברק עצמו מציע לפיכך לשקול אימוץ פסקת ההתגברות בשלב שלאחר זיהוי הפגיעה:

"**יש בהצעתו של חברי משום פיתוח פסקת הגבלה שיפוטית, מקום שחוק היסוד אינו קובע הוראה מפורשת בעניין זה**. בדרך דומה נקט בית המשפט העליון של ארצות הברית, הביל אוף רייטס האמריקני כולל מספר זכויות- כגטו חופש הביטוי וחופש הדת- המוגדרות במונחים מוחלטים, ואין בהן כל פסקת הגבלה. בית המשפט העליון לא היסס לפתח פסקאות הגבלה שיפוטיות, ובכך הפך את הזכויות המוחלטות לזכויות יחסיות.

* + - * אפשרות רביעית - גרירת פסקת ההגבלה שבשני חוקי היסוד גם לחוקי יסוד אחרים.   
        זמיר: אפשר להשתמש בפסקת ההגבלה גם לזכויות אחרות  
        ברק: פסקת ההגבלה אינה מגדירה עד כמה אפשר לפגוע בזכות מסוימת. אלא היא מגדירה את היקף ההגנה הניתן לחוק יסוד. ברק בעד להביא את פסקת ההגבלה גם לחוקי יסוד אחרים. גם בארה"ב יש מגילת זכויות ואין פסקת הגבלה. ובית המשפט האמריקאי פיתח סוג של פסקת הגבלה.

פסקת ההגבלה לא קובעת האם נפגעת זכות, אלא היא בודקת וקובעת מתי לגיטימי לפגוע בזכות. בעצם ברק יוצר מצב, שבחוק יסוד שותק פגיעה תתקיים רק אשר היא עונה על פסקת ההגבלה שבחוקי יסוד אחרים, או פסקת הגבלה שתיוצר במטרה לחוק יסוד זה.

**פגיעה- מופז נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית**

רקע: סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת קובע, כי נושאי המשרות ובעלי התפקידים שפורטו בסעיף מנועים מלהיות מועמדים בבחירות לכנסת. מסעיף 7 סיפא נובע, כי המניעה להצגת מועמדות, החלה על בעל משרה או תפקיד- מאלה שפורטו בסעיף- פוקעת אם המועמד חדל לכהן במשרתו או בתפקידו "לפני המועד להגשת הרשימות לכנסת", ואולם "אם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה", יפקע תוקפה של המניעות רק אם בעל המשרה או התפקיד חדל לכהן במשרתו או בתפקידו "לפני המועד האמור". יש תפקידים מסוימים בהם נקבעת תקופת צינון ארוכה יותר. ההיגיון הוא למנוע מצב כי האדם שמכהן בתפקיד בכיר א-פוליטי נתפס כאדם פוליטי.

בסעיף 56(א1), תשכ"ט 1969 נקבע שעל כל מי שהיה קצין צבא בשירות קבע תחול תקופת צינון.  
חוק הבחירות מבחין בין קציני צבא בדרגות "אלוף ומעלה", שלגביהם נדרשת תקופת צינון של שישה חודשים, לבין קציני צבא בדרגות נמוכות יותר, שלגביהם די בתקופת צינון של כמאה ימים.

שאול מופז מערער על החלטת יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לפסול את מועמדותו בגלל שלא סיים את תקופת הצינון הקבועה בחוק. הוא טוען בין היתר כי האבחנה בין קצינים בכירים לזוטרים פוגעת בזכות לשוויון שכלולה בחוק יסוד הכנסת ואינה עומדת במבחניו החוקתיים של חוק יסוד: הכנסת ועל כן דינה להתבטל.

נפסק: השופט מצא קובע כשאין כאן פגיעה בשוויון, אבל גם אם יש פגיעה, היא חוקתית משום שעומדת במבחני פסקת ההגבלה.

מה עניין פסקת ההגבלה לכאן?  
מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת ההגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו.

**מצא מאמץ את ההצעה של ברק(ההצעה הרביעית) מפרשת הופנונג.**

בית המשפט:

* + - * אין כאן פגיעה בשיוויון וגם משום היא עומדת בפסקת ההגבלה. אומנם, בחוק יסוד הכנסת אין פסקת הגבלה, כך שבמקרה זה השופט מייבא את פסקת ההגלה בחוקי יסוד אחרים משוריינים מהותית.
      * מבחני המידתיות הפכו לכלי חשוב בשיטה המשפטית, הוא בעצם מאמץ את גישת ברק בס"ד הופנונג.

**פגיעה- בג"צ 3166/14 גוטמן נ' היועמ"ש**

רקע: חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014 העלה את אחוז החסימה מ2% ל3.25%. החוק נחקק בהתאם לדרישות השוויון הפורמלי בסעיף 4, כלומר ברוב של יותר מ61 חברי כנסת בשלוש קריאות. החוק נחקק בהתאם לדרישת השיריון הפורמאלי בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת.

טענת העותרים: התיקון פוגע בעיקרון היחסיות שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. לטענתם, לא די בעמידה בדרישות הרוב, אלא יש לבחון האם הוראות תיקון 62 עומדות במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית. הם מסתמכים, בין היתר, על פסקי הדין בעניין **הופנונג ו**בעניין **מופז.**

נפסק(חיות)

השאלה אינה טעונה הכרעה בהליך הנוכחי, שכן, גם אם נניח שהתיקון חייב לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית, נראה כי הוא עומד בהם. עם זאת, בעניין זה חיות נוטה לדעה לפיה גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס עדיין נדרש כי ההוראה תצלח את מבחני פסקת ההגבלה השיפוטית.  
נראה שחיות(ומספר שופטים מצטרפים לדעתה) סבורה שלא מדובר בדרישות מצטברות, אלא שבמקרה של פגיעה תחול פסקת ההגבלה בלבד. פסקת הגבלה שיפוטית כללית: מידתית, תכלית ראויה, ערכיה לא פוגעים בערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית.  
האם ניתן להוסיף פסקאות הגבלה שיפוטיות גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות?

בגדול היא נוטה לעמדה העקרונית של העותרים- השיריון הפורמאלי לא מספיק, יש צורך לפגוע גם בשיריון מהותי.

* + - * נראה שחיות סבורה שלא מדובר בדרישות מצטברות, אלא שבמקרה של פגיעה תחול מפסקת ההגבלה בלבד ללא צורך בשיריון.

מצורפות שלוש הנחות:

1. שיריון מספיק לפגיעה בסעיפי חוק יסוד
2. שיריון לא מספיק ויש צורך גם בעמידה בפסקת ההגבלה
3. כאשר הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה, אין צורך לעמוד בדרישת השיריון.

העיקרון של מספקת ההגבלה היא במטרה לשמור על כוונת המחוקק, ולא למנוע פגיעה בו, אלא לאפשר.

למה כל השופטים הללו, קובעים לחוק יסוד שותקים מנגנון פגיעה בהם?  
פחות סבירה הדעה שלא ניתן לפגוע בחוקי יסוד בשום תנאי. בבסיס הדברים הייתה הנחה שעקרונות החוקים הם עקרונות יחסיים ולא מוחלטים. אולי הסיפור התפתח, עקרון השיוויון וגם עקרון היחסיות הם לא כללי משחק, אולי דווקא שם הגיוני להוסיף פסיקת הגבלה שתאפשר פגיעה באותם עקרונות.

**האם ניתן להוסיף פסקאות הגבלה שיפוטיות גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות?**

**בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים**

רקע ופסיקה: בית המשפט פסל, ברוב של שמונה נגד אחד, את התיקון לפקודת בתי הסוהר, שהסדיר את הפעלתו של בית כלא חדש בניהול פרטי. לרשות שופטי הרוב עמדו שני בסיסים אפשריים לפסילת ההפרטה של סמכות הכליאה

* + - * מסלול מוסדי- שירותי הכליאה הופקדו בידי הרשות המבצעת ואין לה סמכות להפריטם.
      * מסלול זכויות אדם- הפרטת שירותי הכליאה כורכים בפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם.

כל שופטי הרוב בחרו לפסול את החוק דרך מסלול זכויות האדם וזנחו את המסלול המוסדי. על מה יכל להתבסס המסלול המוסדי?

סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

הנשיאה בייניש:

העדרה של פסקת הגבלה מפורשת בחוק יסוד: הממשלה מעורר את השאלה כיצד יש לבחון את חוקתיותה של הוראת חקיקה רגילה] שנטען כי היא מנוגדת להוראה בחוק יסוד: הממשלה... בעניין שלפנינו, אין מתחייבת הכרעה בשאלת אופן הפעלת הביקורת השיפוטית ביחס לחקיקה רגילה הסותרת חוק יסוד משטרי כחוק יסוד :הממשלה.

השופט לוי:

כשלעצמי, הואיל וסבורני כי עקרון הכבילה משתרע על כל אות ערכים שהכנסת סברה כי ראוי להגן עליהם מפניו של רוב חולף, מחד גיסא, וכי שום עקרון אינו מוחלט כי אם יחסי, מאידך גיסא, לא ראיתי מקום לעריכתה של אבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי מהות אחרים. מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה יהא יפה בהתווית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור- גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין ענינו בזכויות.   
מניין באה האפשרות הזו?

אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 352

אכן, עם העמדתם של חוקי היסוד כולם- ולא רק אלה הדנים בזכויות אדם- על רמה חוקתית-על- חוקית, מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם.. כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו. כשיש סעיף שנוגע לזכויות אדם- צריך להוסיף פסקת הגבלה. כשאין סעיף כזה, אין סיבה להניח שצריך פסקת הגבלה אבל צריך להסתכל על כל מקרה לגופו.

לסיכום

בכל מקרה שבו חוקי היסוד מופיע סעיף שנוגע לזכויות אדם, יש צורך בפסקת הגבלה. אך בחוק שאין הוראות הנוגעות לזכויות אדם אלא למוסדות עצמם, לא מתקיימת פסקת הגבלה, ויש צורך לבחון כל מקרה לגופו.

עד היום לא ניתנה תשובה חד משמעית, בנוגע להחלת פסקת הגבלה להוראת חוק חוקתית שלא נוגעות לזכויות אדם.

**שינוי חוקתי או לא חוקתי**

**בר-און**

* + - * האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם? (עקרון חוקתי שאינו חוקתי)
      * בהנחה שחוק יסוד הוראת שעה הוא אכן חוק יסוד, האם יש מקום לפסול אותו? בהנחה שחוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד, האם יש מקום לפסול אותו משום שהוא משנה את מאזן הכוחות בין הכנסת והממשלה בהליך אישור תקציב? **האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם(תיקון חוקתי שאינו חוקתי).**

יש מדינות שחוקתן כוללת "פסקאות נצחיות"- אלה הן הוראות חוקתיות שאינן ניתנות לתיקון... יש מדינות, כדוגמת הודו, בהן החוקה אינה כוללת פסקאות נצחיות, אך למרות זאת בית המשפט פסל תיקונים לחוקה מן הטעם שהם פגעו ב"מבנה הבסיסי של החוקה", מעבר למבנים העקרוניים של החוקה יש מבנה יסוד בתוך החוקה.  
גם בישראל דנו בעיקרון זה אך לא הייתה קביעה מחייבת בנושא. דוקטרינה זו, המכירה בעקרונות על :נצחיים" בשינויים כאלה ואחרים, נזכרה גם במספר אמרות אגב בפסיקת בית משפט זה, אך טרם נעשה בה שימוש בישראל...   
יהיו מקרים של תיקון חוקתי לא חוקתי, במקרה כזה בית המשפט ידרש להכריע- אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה זה- ומוטב אם לא יתרחש לעולם- יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית . המקרה שלפנינו אינו מקרה כזה.

התנאי להגיד שינוי חוקתי לא חוקתי, צריך להיות שינוי בחוקה, אלא שינוי או פגיעה בעקרונות היסוד החיוניים למדינה. שינוי על ידי חוק יסוד שפוגע פגיעה קשה בחוק יסוד מהותי לבסיסה של המשטר הדמוקרטי, לא יכול לעבור.

**בג"צ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת**

רקע ופסיקה: בפרשת בר און, ביקשו העותרים מבית המשפט להכריז על בטלותה של הוראת השעה. העותרים טענו, בין היתר, שהשימוש במכשיר של הוראת שעה בהקשר של חוק ייסוד הנהנים ממעמד חוקתי, מהווים שימוש לרעה בכלי של חוקי יסוד, במובן זה שלא מדובר באמת בתיקון של החוקה אלא בניסיון לעקוף את הוראותיה. בית המשפט דחה את העתירה אך בה בעת קיבל את הטענה לפיה במקרים קיצוניים של שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד לא יהיה מנוס מפסילת החוק.

לאחר פסק הדין שבה הכנסת והשתמשה במכשיר של הוראת שעה שלוש פעמים נוספות, לצורך הכשרתם של שלושה תקציבים דו-שנתיים. בפעם האחרונה, בית המשפט החליט להתערב. בפסק הדין בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים- שהוכרעה בספטמבר 2017- בית המשפט אמנם לא פסל את חוק היסוד, אך הוא הוציא התראת בטלות שבה נקבע כי אם הכנסת תעשה שימוש פעם נוספת במנגנון זה, חוק היסוד ייפסל.

בית המשפט במקרה זה, לא פוסל את התיקון ה-5 ולא פוסל את התקציב, אלא מוציא התרעת בטלות- אם הכנסת תשנה את התיקון בפעם השישית ותשתמש לרעה בכלי של חוק יסוד, בית המשפט יפסול את התיקון.  
יש תיקון משמעותי בחוק היסוד- מתקציב חד שנתי לדו שנתי. קשה לקבל שהתיקון יעשה באופן זמני באמצעות חוקי יסוד, ללא דיון ציבורי נרחב, אם המחוקק במשך חמש פעמים רצופות עובר במתכונת של תקציב חד שנתי לדו שנתי, בפועל הוא שינה את ההסדר של חוק יסוד משק המדינה. השינוי הוא לא מפורש אלא משתמע.   
מה שעושה הכנסת לפי בית המשפט, במקום לעשות שינוי היא עושה החרגה חד פעמית, בפועל יש פער בין מה שנקבע בהוראת חוק יסוד משק המדינה. זהו שימוש לרעה בחוק יסוד.

אם נעשה שימוש לרעה לחוק יסוד במבחינה הצורנית שלו, האם יש הכרח לשנות את המבחן לשלב של פורמאלי ומהותי ממבחן פורמאלי? לכאורה היה צריך לבוא שלב נוסף, אם בית המשפט אומר כי נעשה שימוש רעה וזוהי לא חוקה, אז יש מעמד של חוק רגיל.  
יש צורך לדון בשאלה מה הסטטוס של חוק יסוד? בית המשפט שהוא משתמש בתיקון חוקתי לא חוקתי, הוא לא קובע כי התיקון במעמד חוק רגיל, אלא לא קובע סטטוס חדש לתיקון. ביהמ"ש טוען שיש שימוש לרעה, וכך אין תוקף חוקי לסעיף- הוא מבוטל.

לכאורה שתי הדוקטרינות אולי מביאות לתוצאה זהה- פסילת חוק היסוד. אך הנימוק לפסילה הוא שונה. משהו בתוכן של התיקון לא לגיטימי, במהות הוא בעייתי- כשהיה שימוש לרעה הדבר הוא תוצאה של נימוק טכני. יש קריאה של טקסט לחוק יסוד ונקרא בעל שעה, יש כאן נימוק פורמאלי. לכאורה יש כאן שתי דוקטרינות שונות. בין ההבחנה לשימוש רעה לתיקון חוקתי לא חוקתי, לא בטוח שיש הבדל גדול בין הדוקטרינות. כבית המשפט קובע שיש שימוש לרעה הוא מציין שהשימוש יכול לבוא ביצירת הוראת שעה במעמד חוק יסוד, ובכך מבטים את הוראת החוקה. כאן יש דיבור על תוכן ולא רק על צורה. המחוקק הכניס סעיפים לתוך החוקה שלא בעלי תוכן חוקתי, שדומה לתוכן לא חוקתי. ההבדל אולי מטשטש.

חשוב לציין, לפחות חלק מהשופטים די מערבבים בין שתי הדוקטרינות ומדברים עליהן ביחד.

**מכאן והילך, הדוקטרינה של שימוש לרעה נעשתה שימוש ודוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי לא נעשה שימוש.**

לבית המשפט יש זכות לביטול תוכן של חוקה בטענה כי הוא לא חוקתי. כשביהמ"ש יעשה שימוש בדוקטרינה זו, תתקיים מהפכה חוקתית חדשה- ביהמ"ש יקבע כי חוקי היסוד במעמד חוקה והסמכות לפסול תיקונים לחוקה קיימת. אם עד כה התייחסו אל ביהמ"ש כרשות החזקה אך מוגבלת, מנקודה זו ביהמ"ש תתנהג כרשות עצמאית בפני עצמה.

**מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות**

הכנסת פועלת בכמה מישורים:

1. התעסקנו במישור החוקתי של הכנסת- חקיקת חוקי יסוד, מעמדם והתערבות שיפוטית של ביהמ"ש.
2. הכנסת מנהלת את ענייניה הפנימיים- כל מה שקשור לאופן שבו הכנסת מתנהלת.
3. שפיטה- הכנסת גם שופטת ומצבעת הליך בעל אופי שיפוטי לחבריה (הסרת חסינות חברי הכנסת- באקט שלעצמו בעל אופי שיפוטי, ועדת אתיקה, הטלת סנקציות על חברי הכנסת).

התעסקנו עד כמה ביהמ"ש יכול להתערב במדיניות החקיקתית של הכנסת, ומעתה והלאה נתעסק בשני המישורים הבאים. שינוי במידת הנכונות של ביהמ"ש במישור החוקתי של הכנסת ולמדיניות הפנימית והשופטת של הכנסת.

**היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת**

**בצול נ' שר הפנים**

רקע: חוק איסור גידול חזיר בתחומי המדינה למעט אזורים מסוימים. מה שמאפיין את אזורים אלו הם האוכלוסייה הנוצרית. החוק ביקש להיות סלחני בקשר לאותה אוכלוסייה ולמנוע כפייה שלא קשורה אל החברה.

תחומם של חלק מהיישובים נקבע בחוק כתחום "המסומן לעניין חוק זה על מפה, חתומה בידי שר הפנים, שהעתקים ממנה ***הונחו*** במשרדי הממונים על המחוזות שבהם נמצאים יישובים אלה". העתקי המפות לא היו מונחים בעת חקיקת החוק, אלא הונחו כמעט כשנה לאחר שהתקבל.

טענת העותרים: ביטול צמצם התחולה ולכן החלת האיסור על היישובים הנקובים. העותרים שהיו מוסלמים התנגדו להקמת בתי הגידול בסביבתם, מעצם העובדה שנפלה טעות, זה יוביל לביטולו של הסעיף המחריג, והתוצאה היא צמצום התחולה.

נפסק: גם אם המחוקק מסתמך על הנחה מוטעית, היא תקפה. לא תפקיד ביהמ"ש לבדוק את ההנחות העובדתיות. בבית המשפט יש שתי מסורות:

* מסורת אנגלית- מסורת מרוסנת, עד כמה בית המשפט יכול להתערב, דעה זו מבטיחה יותר את החלוקה החדש בין שלוש הרשויות.
* מסורת אמריקאית- הסוברת כי עד כמה שהמחוקק מצטט עובדות, זהו לא חוק, ובתי המשפט אינם חייבם להכיר בהן.

הגישה המקובלת הייתה **שביהמ"ש לא מתערב בהחלטות הכנסת**. יש כאן הוכחה של עקרון ריבונות הכנסת- לא נזקקים לטענה בדבר טעות בעובדה בחוק כלשהו. זוהי הייתה התפיסה של ביהמ"ש בתחילת הדרך.

**פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת**

רקע: במערכת בחירות מסוימת שרון רץ לכנסת ואכן נבחר. הוא מורשע בבית משפט השלום בשתי עבירות לתשעה חודשים מאסר בפועל. הוא מגיש ערעור על פסק הדין שמורה על הרשעתו וגזר דינו. ועדת הכנסת מחליטה להשעות אותו מכהונתו למשך הזמן שנפסק דינו לא יהיה סופי.

הדיון נסב סביב השאלה האם לבג"ץ יש סמכות להתערב בהחלטתה של ועדת הכנסת ועל פירושו הנכון של סעיף 42 ב' לחוק יסוד: הכנסת.

נפסק:

* קיומה של סמכות לביקורת: מצויה בידי בית המשפט סמכות של ביקורת שיפוטית על מעשה ועדת הכנסת, משום שסעיף 7ב2 של חוק בתי המשפט, שהיום הוא סעיף 15ד'2 לחוק יסוד השפיטה, אומר שבית המשפט העליון ביושבו כבג"צ המסמיך ביקורת שיפוטית על מעשה וועדת הכנסת, שהרי אין כל הוראה בחוק, המוציאה את וועדות הכנסת מכלל הגופים, הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לצורכי סעיף 7(ב)(2).
* גם אם יש סמכות לדון, השאלה האם במקרה זה יש להשתמש בסמכות, שפיטות: מבחן סף יש מבחנים שכשמשתמשים בהם ההחלטה היא האם המקרה יכול לעבור את הסף של בית המשפט ולא. אחת העילות שמחליטה איזה מקרה ניתן לדון בו ואיזה לא היא עילת השפיטות.   
  שנדע האם שאלה שפיטה יש צורך להחליט שמתאימה להכרעה השיפוטית, היא צריכה להיות כזו שמעוררות עניין או סכסוך. האופי של ההליך השיפוטי הוא שביהמ"ש מברר בעניינים או סכסוכים. איך נדע?   
  חוש המומחיות של המשפטן- המשפטן מסגל לעצמו עם השנים חוש שמאפשר להכריע ולהבחין האם הנושא הנידון הוא עניין או סכסוך?
* החלטה מעין שיפוטית: במקרה דנן, הוא מקרה שפיט- ועדת הכנסת מתפקדת ומפעילה סמכות מעין שיפוטי מכאן שבמקרה זה יש עניין או סכסוך- אם הכנסת עשתה מה שביהמ"ש עושה לכן יש כאן מקרה שפיט שמצריך הכרעה בידי המשפט.
* חריגה מסמכות: אפשר לפסול החלטה מסוימת בטענה של חוסר סמכות או מתוך שיקול דעת שגוי. אם הבעיה הייתה בשיקול הדעת, ביהמ"ש לא היה מתערב, אך במקרה זה ועדת הכנסת פעלה בחוסר סמכות.

החשיבות: בית המשפט מכשיר ביקורת שיפוטית של החלטת הכנסת מתוך שני תנאים מצטברים:

* מדובר בהחלטה מעין שיפוטית
* מדובר בחריגה מסמכות

בית המשפט יוכל להתערב רק בהצטברות שני תנאים: כאשר תפקיד הכנסת הוא מעין שיפוטי וגם פעילותה חרגה מסמכות.

לנדוי (דעת מיעוט)- חולק על המסקנה משני טעמים, חוזר לשאלת סמכות ביהמ"ש.

* העניין לא נדון- היועץ המשפטי לא דן בעניין ולפיכך הוא לא יכל להגן על עצמו.
* ספק אם יש סמכות- לכאורה לפי הדברים שלכם, ביהמ"ש ראוי לתת הכרעות על גוף שיפוטי על פי דין ולכן יש אפשרות לדון במקרה כזה. אך כיוצא מזה, ביהמ"ש יוכל להכריע ולתת הוראות שמפעיל סמכות על פי דין. מכאן נובע שיש מגבלות על ביהמ"ש בפעילות הכנסת. עד שלא תהיה חוקה בית המשפט לא יוכל להתערב בפעילות שיפוטית.

**שריד נ' יו"ר הכנסת**

רקע: טוען שיו"ר הכנסת דחה מועד לדיון ולא קבע אותה לפי תקנון הכנסת. הוא דחה מתוך ספירת ראשים והבנה שהקואליציה יכולה להפסיד, ודחה את הישיבה כדי להציל את הקואליציה.   
יו"ר הכנסת טען שהוא פעל מתוך תקנון הכנסת, ודחה את הישיבה כתוצאה מפעילות חשובה- אזכרה של דוד בן גוריון.

השאלה המשפטית שהציג ברק: האם מן הראוי שבית המשפט ידון בעניין סמכויות יו"ר הכנסת לסדרי עבודתה של הכנסת? האם ראוי שביהמ"ש ידון ולא האם יש סמכות של ביהמ"ש משום שסמכות מעוגנת בחוק. השאלה ישר קופצת לשאלת השפיטות ולא לסמכות.  
מדוע יש ספק לשפיטות? מדובר על כללי המשחק הפנימיים בין הכנסת לממשלה, להיכנס ולדון במקרה זה, יש הפרה של ריבונות מתוך הכבוד ההדדי שיש בין הרשויות.

הכרעה: הרחבה של הלכת פלאטו שרון, ביהמ"ש מתערב לא רק בהליך מעין שיפוטי אלא גם במקרה של הליכים פנימיים של עבודת הכנסת, רק במקרה שבו מדובר בפגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטריים שיש השפעה מהותית על יסודות המבנה של המשטר החוקתי. כאשר הפגיעה הנטענת בהסדרים הפנים-פרלמנטריים היא קלה, ואין בה כדי להשפיע על יסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית, כי אז גובר השיקול של עצמאותה וייחודה של הכנסת על פי השיקול של שלטון החוק, ומוצדק הוא, שהרשות השופטת תמשוך ידיה מדיון שהוא פוליטי במהותו. לא כן כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי. במצב זה גובר השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר, כשם שצורך זה גובר, כאשר עניין לנו בפגיעה בזכות של חבר כנסת כפרט בדרך של הליך מעין-שיפוטי.

החשיבות:

* הרחבת הלכת פלאטו שרון- ביקורת גם על הליכים פנימיים הנוגעים לסדרי עבודת הכנסת.
* הרחבת היקף הביקורת השיפוטית ביחס להליכים פנימיים. לא רק חריגה מסמכות.
* קביעת אמת מידה להתערבות בהליכים פנימיים : ״ מתחשבת במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי״ .

זהו במעמד של הערת אגב.

**סיעת כך נ' יושב ראש הכנסת**

רקע: בסעיף 36(א) לתקנון הכנסת נאמר: "כל סיעה רשאית להציע לסדר היום סעיף על הבעת אי אמון לממשלה". יושב ראש הכנסת החליט, כי "סיעת יחיד מנועה מלהגיש הצעה להביע אי אמון לממשלה", משום שמיעוט סיעה הוא שניים. סיעת "כך" שהיא סיעת יחיד, עתירה לבית המשפט.

המדינה טענה:

1. מי הפרשן המוסמך- וועדת הכנסת, "מוסמכת לפרש את תקנון הכנסת ועניינים הנובעים ממנו", והיא צידדה בעמדת יו"ר הכנסת.
2. נוהג- זהו נוהג פרלמנטרי.
3. העניין אינו שפיט- הוא בעל אופי מינהלי ומהווה חלק מההליכים הפנים- פרלמנטריים וחלק מסדרי העבודה, שקובעת לעצמה הכנסת, או שקובע ה משיב מטעם הכנסת ועבורה.
4. גם אם העניין שפיט, המבחן צריך להיות אחר- גם אם יש להכיר בהתערבות שיפוטית בהליכי הכנסת, מבחן שריד מעורפל מדי. במקומו יש לאמץ מבחן של סמכות פונקציונלית, לפיו, בית המשפט יתערב רק אם ההליך הפנים- פרלמנטרי חרג מסמכותו הפונקציונלית של מבצעו.

נפסק:

* פרשנות: סיעה כוללת גם סיעת יחיד
* מי מוסמך לפרש? בית המשפט הוא הפרשן העליון וכאשר מחלוקת בין הכנסת לבית המשפט לשאלת פרשנות, ביהמ"ש הוא המכריע והקובע.
* נוהג? נוהג יכול להיכנס לפעולה במקרה שהסוגייה לא הוסדרה אחרת, אבל אם בתקנון הכנסת יש הסדר מסוים, הנוהג לא יכול להחליפו. במקרה כזה, הנוהג הוא מנוגד לחוק. עד כמה שוועדת הכנסת בהחלטותיה ביקשה לקבוע נורמה חקוקה חדשה, לא עלה הדבר בידה, שכן אין בכוחה של וועדת הכנסת לקבל החלטות, בסוג העניינים שבו אנו דנים, העומדות בניגוד לתקנון כנסת. הוא הדין בתקדימים, שאינם יכולים לסתור הוראה בתקנון הכנסת.
* האם המבחן לשפיטות מתאים: בית המשפט מדלג על שאלת הסמכות. המבחנים הם בעייתיים, עדיף מבחן גמיש שמאפשר להגיע לכל מקרה ומקרה. בית המשפט בהחלט התערב, יש במקרה פגיעה קשה ביסודות פרלמנטריים ולכן הוא משתמש במבחן שריד.

חשיבות: מבחן שריד הופך לראציו.

**פנחסי נ' כנסת ישראל**

רקע**:** היועמ"ש הגיש בקשה לנטילת חסינותו של ח"כ פנחסי. וועדת הכנסת דנה בבקשה והחליטה להציע לכנסת להסיר את חסינותו של פנחסי. הכנסת החליטה ליטול את חסינותו של פנחסי.

פנחסי עותר כנגד ההחלטה, בטענות הבאות:

1. הוא נהנה, לעניין המעשים הפליליים המיוחסים לו בכתב האישום מחסינות "מהותית". לכן הכנסת אינה מוסמכת ליטול ממנו חסינות זו.
2. בהחלטות וועדת הכנסת ומליאת הכנסת נפלו פגמים מהותיים אשר מביאים לבטלות ההחלטות.
3. בהחלטות וועדת הכנסת והמליאה נפלו פגמים דיוניים, בכך שהחלטת המליאה נעשתה בלא שהיה בפניה החומר שעל בסיסו התבקש הסרת החסינות.

נפסק: בית המשפט דחה את כל הטענות, למעט הטענה הדיונית בדבר דיותו של החומר שהיה בפני מליאת הכנסת בדיונה בנטילת החסינות. לעניין זה קבע בית המשפט ברוב דעות כי החלטתה של מליאת הכנסת בדבר נטילת חסינותו של פנחסי בטלה בשל העדר תשתית עובדתית מינימלית.

אמת המידה לביקורת על הליכים מעין שיפוטיים- (הריסון העצמי שנוקט בית המשפט), מוגבל הוא להליכים הפנים פרלמנטריים. בישראל לא חל ריסון עצמי זה לעניין החלטות מעין שיפוטיות של הכנסת והאורגנים שלה.

ההצדקה לאמת המידה- בנטילת חסינות דיונית יש פגיעה בזכויות חבר הכנסת. נטילת החסינות משפיעה לא רק על פעולתו של בית המחוקקים, אלא על פעולות רשויות השלטון האחרות, כגון בית המשפט ורשויות אכיפת החוק. נטילת החסינות נעשית על רק אמות מידה נורמטיביות החלות על כל פעולה כעין שיפוטית. כל אלה שוללות את הצורך בריסן עצמי מיוחד, ומאפשרת ביקורת שיפוטית מקובלת על החלטותיה המעין שיפוטיות של הכנסת.

חשיבות: אבחנה נחרצת בין ענייני ניהול פנימיים והליכים מעין שיפוטיים, בעיקר כשמדובר בהסרת חסינות.

**מחול נ' הכנסת**

אבחנה בין סוגים שונים של החלטות מעין שיפוטיות-החלטות ועדת האתיקה מצד אחד היא מפעילה סמכות מעין שיפוטית. אבל, אפילו אם היא מפעילה סמכות כזו, התערבות ביהמ"ש בהחלטותיה צריכה להיות מרוסנת ומצומצמת מתוך הנחה שהחלטות ועד האתיקה קשורה להתנהלות וניהול עניינים פנימיים של הכנסת. זה חלק מהאופן שהכנסת מתנהלת.

כשמדובר בפעילות מעין שיפוטית ביהמ"ש מתנהג ללא ריסון, בחריגה בפס"ד מחול, שבהליך מעין שיפוטי שקשור לעניינים פנים הכנסת ביהמ"ש ימנע מלהתערב.

ניתן לראות פער עצום בין ההכרעה וההלכה בפס"ד בצול ועד ההלכות שנקבעו לאחר מכן. מחוסר התערבות בחוק גם במקרה שהעובדות מוטעות, לסמכות מוחלטת להתערבות, גם בהליכים מעין שיפוטיים. עם זאת, כאשר מדובר בסנקציות שמפעילה וועדת האתיקה של הכנסת בית המשפט יהיה מרוסן יותר ולא יתערב למעט במקרים חריגים.

**תקנון הכנסת ומעמדו**

סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת: הכנסת תקבע את סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו חוק תקבעם הכנסת בתקנון ; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה.

**נמרודי**

טענת העותרים: יש מקרים בהם רשאי הופך לחייב, במקרה זה, חובת הועדה להזמין את העותרת מכיוון שהחוק שנחקק יפגע באותה עותרת. מכיוון שלא הוזמנה נפל פגם בהליכים ולכן דין החוק להתבטל. כשהולכת להתקבל החלטה שעומדת לפגוע באדם ספציפי, זכותו של האדם להשמיע את קולו לפי קבלת ההחלטה. הזכות היא קיימת גם בהחלטות המחוקק. כשהחוק הולך לפגוע בגורם פלוני ספציפי, על חברי הכנסת להזמין את אותו הגורם. טענה זו מעוגנת בסעיף 106 לתקנון הכנסת. החוק התקבל בצורה פגומה ולכן הוא מבוטל.

נפסק:

* העתירה נדחתה. על הכנסת לא מוטלת חובת שמיעה אינדיבידואלית של גורמים המעוניינים בהליכי החקיקה.
* נקבע פוזיטיבית כי ניתן לפסול חיקוק אשר הליכי קבלתו לא תאמו את דרישות התקנון. תוך כדי נשאלה השאלה הבאה, נגיד שפרשנות שהעותרת הציעה מתקבלת, מה המשמעות של זה? באופן עקרוני היינו יכולים לפסול את הוראת החוק בשל אי עמידתו בדרישות התקנון.

בעצם מה שיוצא, זה שתקנון הכנסת הוא לא חוק, תקנון מוביל לביטול של חוק מכאן שמעמד התקנון הוא עליון נורמטיבי מעל חקיקה ראשית. בית המשפט בוחר מקרה קיצון שמדגים את הקביעה.

חידוש: כביכול, תקנון עשוי במקרים מסוימים לגבור על החוק. כלומר, על החוק לעמוד גם בתנאי התקנון.

מתי תתקיים הביקורת? חוק נכנס לתוקף אחרי שעבר קריאה 3 להיחתם ולהתפרסם ברשומות, הפרסום הרשמי של מדינת ישראל. עד אז, הוא לא במעמד חוק. בדרך כלל הביקורת השיפוטית מובעת כאשר ההוראות במעמד חוק. אבל פה בפס"ד מוצעת גישה שונה, הקובעת כי הביקורת השיפוטית תתבצע לפני שהחוק במעמד חוק רשמי. במקרה שיש פגם בהליך חקיקת החוק, ביקורת השיפוטית תהיה לפני סיום כלל הליכי החקיקה. אומנם, רק במקרים יוצאים דופן. רק בפגם חמור שנופל בהליך החקיקה יש הצדקה לביקורת שיפוטית לפני חתימת החוק, בשל הרצון למנוע הטעיית הציבור.

הרחבה:

הליך חקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך "נורמטיבי", כלומר הליך ששלביו מוסדרים בדין. על פי חוק יסוד: הכנסת (סעיף 19), הליכי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. על מנת שיתקבל חוק", יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה- בכל הנוגע להצעת חוק מטעם הממשלה- עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה (לאחר הקריאה הראשונה וכהכנה לקריאה השנייה). אם אחד מהשלבים האלה נעדר- כגון שלא קויימו אחת הקריאות או שבהצעה לא קיבלו בהן רוב, או שלא התקיים דיון בוועדה, או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה , ובית משפט מוסמך- אם בתקיפה ישירה ואם בתקיפה עקיפה... להכריז על בטלות החוק.

מה ההבדל בין תקיפה ישירה לעקיפה? מתי תתקיים הביקורת?

לעיתים ניתן להקדים את שלב ההתערבות השיפוטית שלב הקודם לפרסום "החוק", וזאת כדי למנוע הטעיית הציבור על ידי פרסום ברשומות של מסמך המתייחס להיות חוק, אך שאינו חוק כיוון שהליכי החקיקה לא התקיימו כדין. "אין לנקוט בעניין זה אמת מידה נוקשה. יש לבחון כל מקרה לגופו. במרבית המצבים ניתן למצוא את האיזון הראוי בדחיית מועד הביקורת השיפוטית עד לתום סיום כל הליכי החקיקה. עם זאת, עשויים להיות מצבים יוצאי דופן, שבהם האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים עשוי להוביל למסקנה, כי יש להקדים את שלב הביקורת השיפוטית".

ביקורת שיפוטית אפריורית- מתערבים לפני שהחוק מתקבל. ברק אומר שלרוב לא ייעשה שימוש בכלי זה, אך יכולים להיות חריגים. גישה זו פחות מקובלת במדינות בהן מתקיימת ביקורת שיפוטית.

ביקורת שיפוטית א פוסטריורית- מתערבים רק לאחר שהחוק נתקבל.

**כהנא נ' יו"ר הכנסת (הראשון)**

רקע: יו"ר הכנסת והסגנים סירבו להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק שהגיש ח"כ כהנא. בסעיף 134 לתקנון הכנסת דאז נקבע כדלקמן:

1. כל חבר כנסת רשאי להציע הצעת חוק.
2. חבר הכנסת המציע הצעת חוק יגיש אותה ליושב-ראש הכנסת, ויושב-ראש הכנסת והסגנים, אחרי שאישור את ההצעה, יניחוה על שולחן הכנסת.

נפסק: "היקף שיקול הדעת- בהצעת החוק של חבר הכנסת סמכותם של יושב ראש הכנסת ושל הסגנים אינה מנוסחת בלשון חובה אלא בלשון אישור, ניסוח המעניק לה מימד של שיקול דעת... יהא היקפה של סמכות זו אשר יהא, אין היא כוללת בחובה את הכוח שלא לאשר הצעת חוק בשל הסתייגות, ולו העזה בותר, מהתוכן הפוליטי-חברתי של ההצעה. יושב- ראש הכנסת והסגנים אינן רשאים למנוע הגשתה לכנסת של הצעת חוק, הבאה להגשים את המצע הפוליטי של חבר- הכנסת. משניתן לרשימת מועמדים להשתתף בבחירות, ומיג מטעמה נבחר לכנסת, אין כל אפשרות למנוע ממנו, מכוח סמכות האישור הנתונה בסעיף 134(ב) לתקנון הכנסת, ליזום הצעת חוק ,אשר יגשימו את המטרות הפוליטיות , אשר לשם הגשמתן הוא נבחר לכנסת.. על כן יש להניח על שולחן הכנסת כל הצעת חוק, יהא תוכנה החברתי- פוליטי אשר יהא, ובלבד שהיא בנויה- מבחינת צורתה ותוכנה- כראוי להצעה אשר נועדה להיות חוק.

**ולעתיד לבוא-** בטרם נסיים סוגיה זו רצוננו לחזור ולהדגיש כי גישה זו שלנו מבוססת על הסדריו הקיימים של תקנון הכנסת, לפיו "כל חבר הכנסת רשאי להציע הצעת חוק"(סעיף 134(א). למותר לציין, כי הכנסת רשאית לשנות את הסדר זה ובכך להצר או להרחיב את כוחו של חבר הכנסת היחיד להניע את גלגלי החקיקה של הכנסת. בעניין אחרון זה אין אנו מביעים כל עמדה".

האם באמת לא הובעה כל עמדה? האם באמת לא ראוי שתובע כל עמדה?

יושב ראש- הכנסת והסגנים אינם מהווים מעין "חוקה חיה", המסננת מראש ודוחה כל הצעה, אשר אם תתקבל עלולה לעמוד בניגוד לעקרונותיה. סמכות כזו לא הוענקה לנשיאות הכנסת. היא לרוב אינה קיימת גם כשיש חוקה פורמלית ונוקשה. **ודאי שאין סמכות שכזו נתונה נשיאות הכנסת בהעדרה של חוקה פורמלית ונוקשה** ועל יסוד לשון כללית כמו זו הקבועה בסעיף 134(ב) לתקנון הכנסת.

**כהנא נ' יו"ר הכנסת (השני)**

רקע: לאור דברי בית המשפט בכהנא הראשון, תיקנה הכנסת את סעיף 134 לתקנון והוסיפה לו את סעיף קטן (ג) כדלקמן: "יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

כהנא עותר כנגד הסעיף.

נפסק: השיקולים- בבואו לקבוע את מידת הנכונות של בית משפט זה להעביר תחת שבט הביקורת הוראה כאמור, המעוגנת כדין בתקנון הכנסת, מן הראוי לתת את הדעת לשלושה מאפיינים בולטים של תקנון הכנסת:

1. יש להתחשב באופן שבו מתקבל התקנון ובפורום אשר קיבל אתו- דומה במהותו לאופן קבלת חוק. התקנון מתקבל בהצבעה של הכנסת, והדרך לקבלתו דומה לחקיקה ראשית.
2. בסוגיות שעניינן הדרים פנים- פרלמנטריים, וכאלה הן הוראות התקנון בדבר סדרי עבודת הכנסת, נטייתו של בית-משפט זה היא שלא להתערב בהחלטות של רשויות הכנסת אלא בנסיבות חריגות.
3. מן העבר השני: מעמדו הנורמטיבי של תקנון הכנסת בהיררכיה של המקורות המשפטיים אינו כשל דבר חקיקה ראשי, באשר אין הוא בגדר חוק, כעולה א, מסעיף 19 הנ"ל. כיוון שכך, לא חלה לגבי תקנון הכנסת הקביעה, כי חוקי הכנסת אינם נתונים לביקורת שיפוטית באשר לחוקיות תוכנם.

הכלל- רק בנסיבות קיצוניות באופיין, עת מתגלה בהוראת התקנון שנתקבלה במליאת הכנסת פגם מהותי, היורד לשורש עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי ושל תפיסותינו הדמוקרטיות (הלכת שריד), תיתכן הפעלת ביקורת שיפוטית על הוראה של התקנון, שנתקבלה כדין במליאת הכנסת.

החלה על המקרה- לא זה המקרה שלפנינו, כי לא נתגלה כאן פגם כמתואר. כל ההסדרים בדבר פעולתה של הכנסת לגבי הצעות חוק- לרבות זכותו של חבר הכנסת ליזום הצעת חוק- לידתם בתקנון הכנסת, כך הדבר גם לגבי הצעת חוק של הממשלה (סעיף 113 לתקנון).משמע, התקנון בלבד הוא שיוצר מעיקרו את זכותו של חבר הכנסת להיות יוזם של הצעת חוק, ובלעדי האמור בתקנון ניתן היה, למשל, להסיק, כי ניתן תחילתה של כל פעולה חקיקתית של הכנסת כמוסד מחוקק מתמצית רק ביוזמתה העצמית של הכנסת על- פי החלטותיהם הפנימיות של המוסדות השונים שהכנסת יוצרת בקרבה. אין גם דבר וחצי דבר בהוראותיו של החוק החרות או בהלכה המשפטית המקובלת בעניין חירויות הפרט, שיש בו כדי לבסס את התזה, לפיה יש בידי חבר כנסת יחיד זכות מוקנית ליזום הצעת חוק; כד שבא כאמור התקנון והקנה זכות כאמור.

**האם בית המשפט היה מקבל הוראה בתקנון שהייתה שוללת באופן גורף אפשרות להצגת הצעת חוק פרטית?**

**במקרה שלנו מפלים בין הצעת חוק אחת לשנייה, כשהנושא שעל הפרק אינו יכול לפסול את רשימה מלהתמודד. זו שאלת אחת לגמרי מהדוגמה שנותן בית המשפט!**

**חלוקת העבודה בין הרשות המחוקקת למבצעת**

**פרשת רובינשטיין**

במקביל לחובה של כלל האוכלוסיה להתגייס לצבא, יש אפשרות לתת פטורים לחלק מהאזרחים: תוך פטור תחת שיקול דעת ופטור מוחלט, כללי. סעיף 336 לחוק העניק לשר הביטחון מתן פטור בשיקול דעת. מכוחו של טעם זה שר הביטחון עשה שימוש ונהג לאורך השנים לתת ולדחות את שירותם הצבאי של בחורי ישיבות.

מהו הבסיס המשפטי לפסיקת בית המשפט העליון?

את פסיקות בית המשפט העליון ניתן לחלק לשתי קבוצות:

1. העניין איננו סביר- במקרה זה פריצת מתחם הסבירות כתוצאה מגידול הכמות. פגם בשיקול הדעת.
2. חוסר סמכות- במקרה זה השר פעל תחת חוסר סמכות.

מהו הנימוק שעליו הושתתה ההכרעה?

השופט ברק פוסל את החלטת שר הביטחון בשל חוסר סמכות, מכאן אין צורך לענות על חוסר שיקול דעת, משום שאם אין סמכות אין יכולת להפעיל שיקול דעת.

פירמידת הנורמות לא רק קובעת את ההיררכיה הנורמטיבית, אלא פירמידה גם קובעת כי בכל אחת מהרמות יש עיסוק אחר. כלומר, יכול להיות מצב בו יכניסו לתוך החוקה עניינים שלא ראויים להיות כלולים להיות בחוקה, משום שאינם הסדקים בעלי אופי חוקתי. ההלכה היא שבחוקה צריכים להיות עניינים יסודיים שקובעים בחוקה.  
כך ברמה התחתונה, יש הסדרים בעלי אופי ראשוני, שצריכים להיחקק בחקיקה ראשית. לא ראוי כי עניינים בעלי אופי ראשוני יוסדרו על ידי מחוקק המשנה, הרשות המבצעת.  
החלטה על מתן פטור גורס לבני ישיבות , זוהי החלטה בעלת אופי של הסדר ראשוני, ומכאן שהיא לא אמורה להתקבל על ידי שר הביטחון אלא על ידי הכנסת, תחת חקיקה ראשית.  
אך אם אלו הדברים? בעתירות קודמות אכן היה חוסר שימוש בהסדרים ראשוניים, למה בית המשפט לא נפסל היתר בעל אופי ראשוני?

תשובת ברק, בעבר הכלל היה קיים, אך המחוקק יכל להעביר את הסמכות וההחלטה לשר הביטחון. משנת 92' והילך עם חקיקתם של חוקי יסוד המעגנים זכויות חוקתיות, חוקים אלו חיזקו את כלל ההסדרים הראשוניים וקיבל משנה תוקף. אך מה בדיוק גרם לחיזוק זה? למה עובדה שחוקקו חוקי יסוד בדבר זכויות האדם השפיע על מעמד הכלל?

ברק לא מבהיר את הנקודה, אך עד שנת 1992 יש פירמידת נורמות אך בפועל הקומה העליונה לא מתקיימת, אין עקרונות יסוד שמעוגנים חוקתית. חלוקת העבודה בין ההיררכיות השונות לא הייתה נחרצת, העובדה היא חוסר חוקה. עם חקיקת חוקי היסוד שמעגנים זכויות, ההיררכיה נהייתה יותר נוקשה וחזקה כך שכעת יש הקפדה יתרה על המצב הרצוי- הקפדה על חקיקה שבאותה מדרגה, להלן כלל ההסדרים הראשוניים.

מכאן והילך, אף פעם לא יוכל להיות מצב שהרשות המבצעת תחוקק חקיקה בעלת אופי ראשוני? או שצריך הסדרה על ידי הכנסת? **האם הכלל הוא בחזקה חלוטה או חזקה הניתנת לסתירה?**

**המרכז אקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל**

רקע: עתירות שעיקרן בשאלה האם החלטת הממשלה בעניין "אימוץ עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל"(להלן, ההחלטה) ובכלל זה בסוגיית ייצוא הגז, התקבלה בסמכות. – השאלות שעסקה בהן הוועדה כללה חלוקת רווחים, מיסוי וכו'(רק הרחבה שלי של הנאמר בשיעור).

עיקר הדיון נס אודות הטענה כי הסוגיות שהוסדרו בהחלטה הן הסדר ראשוני, אשר צריך שיוסדר בחקיקה ראשית על ידי הכנסת וכי הממשלה כלל לא הוסמכה לקבל את ההחלטה.

אותנו מעניינת השאלה שבה דן השופט גרוניס בקצרה: האם כלל ההסדרים הראשוניים הוא חזקה הניתנת לסתירה או בלשונו: האם זהו כלל מנהלי( כללים שצריכים להיות מוסדרים בחקיקה ראשית אלא אם המחוקק הסמיך לכך את הרשות המחוקקת) או חוקתי?

לכאורה ניתן לטעון... כי לכלל ההסדרים הראשוניים יש ליתן מעמד חוקתי, היינו כי קיים "גרעין קשה" של סוגיות אשר הכנסת, כרשות המחוקקת של המדינה, חייבת להסדיר בעצמה בחקיקה ראשית ואין היא רשאית להאציל את הסמכות לקביעתן לממשלה. **זאת, בין אם מכוח חוקי היסוד בדבר זכויות האדם,** בין אם מכוח סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת.

ההליכים דנא(שבפנינו) אינם מהווים אכסניה ראויה להיכנס בעובי הקורה בסוגיה זו, אשר כלל לא נתלבנה לפיניו. העותרים לא העלו טענות חוקתיות הכפורות בסמכותה של הכנסת להעביר לרשות המבצעת (בגדר חוק הנפט) את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בנושא משק גז, וביתר פירוט בנוגע לכללים הנוגעים לייצוא גז טבעי מחוץ לישראל. טענותיהם היו, כזכור, כי הרשות המבצעת לא הוסמכה, בנסיבות המקרה דנא, לקבל את ההכרעה בעניין מדיניות ייצוא הגז הטבעי. היינו, טענות העותרים, התמקדו במעמד המינהלי המוכר של כלל ההסדרים הראשוניים, ולא במעמדו החוקתי (ככל שקיים).

נקודה נוספת שראויה לציון- גרוניס מסביר שתיתכן אבחנה בין האצלה לקביעת הסדרים ראשוניים בעניינים הפוגעים בזכויות אדם לבין האצלה של סמכויות שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות אדם (הוא מפנה לנשיא לשעבר ברק שבכתיבתו האקדמית עושה אבחנה כזאת).

**ארגון מגדלי העופות**

ניסיון לתקוף את מנגנון "חוק ההסדרים".

בארגון מגדלי העופות דנים בחוקי ההסדרים. בפס"ד זה לא נפל ההסדר. בייניש מקשרת את הבעייתיות בחוק ההסדרים לכלל ההסדרים הראשוניים. יש הפרה לא רק בזכות השתתפות של חברי הכנסת יש גם הפרה של כלל ההסדרים הראשוניים. מבחינה פורמאלית ההחלטה לא התקבלה בידי חברי הכנסת, הם לא באמת גיבשו החלטה בעניין אלא רק אישרה את ההחלטה שההמשלה קיבלה. החוק מתחזק, זה נראה החלטת הכנסת אבל בעצם זאת החלטה של הממשלה. בפועל, הועברה הסמכות לממשלה. חברי הכנסת לא באמת יכלו לגבש לעצמם דעה, אלא זאת הייתה החלטה פזיזה שנעה משיקול דעת של הממשלה.

ביניש מקשרת בין כלל ההסדרים הראשוניים לבין הבעייתיות שבחוק ההסדרים. היא טוענת ששימוש במנגנון חוק ההסדרים מפר את הדרישה שהמחוקק יקבע את ההסדרים הראשוניים. בשל ריבוי העניינים הנכללים בחוק ההסדרים, התוצאה היא שמבחינה פורמלית, הכנסת קיבלה את ההחלטה, אבל מבחינה מהותית היא לא באמת דנה והחליטה. יוצא, שההחלטה התקבלה על ידי הרשות המבצעת.

**חסינות חברי הכנסת**

**חסינות עניינית**

סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת: ח"כ לא יישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל הפעולה משפטית, בשל הצבעה, או הבעת דעה בעל פה או בכתב או בשל מעשה, בכנסת או מחוצה לה, אם היו במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת.  
סעיף קטן ג- החסינות תהיה גם אחרי שחדל להיות חבר כנסת.

החסינות העניינית מגינה על מעשים שעשו ח"כ בתפקידם. בג"צ קבע שתפקידם כולל רק מעשים חוקיים. איך יכול להיות שמעשים לא חוקיים יהיו חלק מפעילות הכנסת. הרי כל המטרה של החסינות היא להגן על חברי הכנסת מתביעה בשל מעשים בלתי חוקיים.

תשובת ברק- תוך כדי שחבר הכנסת הולך על השוליים אך נוגע כבר בתחום האסור. יש רצון לתת לחברי הכנסת ביטחון ולמנוע מתח של חבר הכנסת לפעול בסמכותו. אך, תחום זה לא תקף לחצייה משמעותית לתחום האסור. קיימת זיקה העושה את הפעולה האסורה לפעולה שהיא במילוי התפקיד או לעמנו. הפעולה האסורה לא נדרשת ולא אפשרית לתפקיד, אבל היא קרובה לתפקיד. יש לבחון את הקרבה בין הפעולה האסורה לתפקיד חבר הכנסת.

תכלית החסינות

לאפשר לח"כ להגשים את תפקידו, בל חשש שיחצה את הגבול. הבטחת עצמאות חבר הכנסת, ואי תלותן ברשויות השלטון האחרות, לרבות המחוקק עצמו. אכן, החסינות העניינית נועדה לאפשר לחבר הכנסת הבודד, להגשים את תפקידו כחבר הכנסת, בלא מוראו של החשש שמא חצה את הגבול בין מותר ואסור. היא באה להבטיח את עצמאותו של חבר הנסת. ואת אי- תלותו ברשויות השלטון האחרות, לרבות המחוקק עצמו.

**חסינות דיונית**

סעיף 4- לא ניתן להעמיד לדין ח"כ אלא אם כן נטלו את חסינותו. הכנסת רשאית ליטול את החסינות לגבי אשמה, וחסינות אחרת או זכות הנתונות לפי החוק, חוץ מחסינות או זכות לפי סעיף 1.

סעיף 4 לחוק חסינות חברי הכנסת, באופן כללי לא ניתן להעמיד לדין חברי כנסת אלא אם כן ניטלה החסינות. החסינות העניינית לא ניתנת להסרה בניגוד לחסינות דיונית שאותה ניתן להסיר. כל עבירה שלא הייתה במילוי תפקידו ניתן להעמיד לדין.

בכדי לקחת את חסינותו של חבר הכנסת עד 2005 היה צריך לעבור שתי משוכות:

סדר הדברים בשיטה הישנה היה כדלקמן:

1. היועמ"ש מגיש בקשה להסרת חסינות
2. וועדת הכנסת דנה. היא יכולה לקבל שתי החלטות:
3. לדחות את הבקשה, ואז ההליך הסתיים.
4. להמליץ לכנסת להסיר את החסינות ואז העניין עובר להכרעת הכנסת.

מה תכלית החסינות הדיונית?

**בגץ אבו חצירא נ' היועמ"ש:**

להבטיח את פעולתה התקינה של הכנסת כרשות מחוקקת, שחבריה לא יוטרדו מאיומיי שווא מטעמים פסולים ביוזמת הרשות הבצעת- השפעה לא כדין על חופש פעילות נבחרי העם ולשבש את הבעת רצונם החופשי.

יכול להיות מצב בו הממשלה, ש"בעלת הבית", תגרום לחברי הכנסת לא לפעול בניגוד לרצונה ובעצם לכפות עליהם את כוחה ותמנע את חופש פעולתם של חברי הכנסת, זהו בעצם ניסיון להרתיע את חברי הכנסת. מכאן, שהחסינות הדיונית תמנע מתרחישה האימים, שהממשלה תכפה ותרתיע את חברי הכנסת.

**היקף שיקול הדעת של הכנסת עד 2005**

**בג"צ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' וועדת הכנסת**

רקע: חבר כנסת הצביע בהצבעה אלקטרונית במקומו של חבר כנסת אחר. היועמ"ש הגיש ליושב ראש הכנסת בקשה ליטול את חסינותו של אותו חבר כנסת. הוא הואשם בזיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות ובמרמה והפרת אמונים. הבקשה הועברה לוועדת הכנסת. הוועדה החליטה שלא להציע למליאת הכנסת ליטול את חסינותו של חבר הכנסת. התנועה לאיכות השלטון תוקפת את ההחלטה.

דיון: שלוש אפשרויות לשיקול דעת של ועדת הכנסת להסרת חסינות הדיונית:

1. אפשרות רחבה- שקילת כל שיקול הקשור לאישום. בין השאר אם יש מספיק ראיות, עניין לציבור וכו. - וועדת הכנסת רשאית לשקול כל שיקול הקשור לאישום. במסגרת זו רשאית וועדת הכנסת לשקול, בין השאר, אם קיים חומר ראיות לכאורה לאישום הפלילי, והאם יש "עניין לציבור", במשפט. כן רשאית וועדת הכנסת לבחון את חוקיות שיקול דעתו של היועמ"ש. אפשרות זו נבחנה בעבר ונדחתה. אפשרות זו נדחתה בפסיקה.
2. אפשרות צרה- רק לבחון האם החלטת היועמ"ש מבוססת על טעמים פסולים. סמכותה של וועדת הכנסת מוגבלת לבחינת השאלה אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד חבר הכנסת מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהשפעות פוליטיות.
3. אפשרות ביניים- מעבר לבחינת תום ליבו של היועמ"ש. לא בוחנת את הראיות, אך רשאית לקבוע מצבים בהם אין מקום להגשת כתב אישום [למשל עניין לציבור]. הוועדה רשאית לשקול בשיקולים שמעבר לבחינת תם ליבו של היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, אין היא רשאית לשקול כל שיקול הרלוונטי לאישום. במסגרתה של אפשרו תזו ניתן למצוא גוני ביניים. כך, למשל, ניתן לגרוס כי וועדת הכנסת אמנם אינה רשאית לבחון את דיותן של הראיות, אין היא רשאית לקבוע את דיותן של הראיות, לא היא רשאית לקבוע כי במצבים מסויימים(כגון סוג העבירה, נסיבות ביצועה, השלכותיה המדיניות) אין מקום להגשת אישום נגד חבר כנסת.

נפסק: ברק דוחה את אפשרות הביניים. היא מבוססת על התפיסה שהצורך להבטיח פעילות תקינה של הכנסת מוביל למסקנה שיש להכיר בכוח ועדת הכנסת לשקול שיקולים שמעבר לבחינת חוקיות החלטת היועמ"ש. יש לאזן בין פעילותה התקינה של הכנסת לבין הבטחת שלטון החוק, הפרדת הרשויות. איזון זה מוביל למסקנה כי, אם בכלל, רק בעבירות קלות תוכל וועדת הכנסת לקחת שיקול זה בחשבון. בעברות שאינן קלות הנזק שנגרם לערכים הכלליים כבד, והתועלת לא עולה עליו.

חוסר התאמתה של אפשרות הביניים לנסיבות פרשת גורלובסקי

במקרה שלפנינו, העבירות בהן מואשם ח"כ גורלובסקי הן חמורות ביותר: ביצוען של עבירות אלה בהקשר של הצבעה כפולה במליאת הכנסת מקנה להן היבט חמר במיוחד.

"הנסיבות המקלות שהועלו בעניין זה בוועדת הכנסת- הצבעה בשעת לחלה מאוחרת , הסנקציה של וועדת האתיקה ההצבעות המרתוניות, העייפות המצטברת- הן שיקולים ליועץ המשפט לממשלה ולבית המשפט הפלילי. אכן, מקרה שלפנינו- אם יוכח כדין- הוא חמור, ובכל מקרה לא היה מקום להכניסו כלל לגדר אפשרות הביניים , גם אילו סברנו כי היא משקפת את הדין בישראל. כאמור, זו אינה דעתנו.

המשך הפרשה:

עוד לפני התיקו לחוק שב היועמ"ש ופונה לוועדת הכנסת וזו החליטה שוב לא להסיר חסינות. התנועה לאיכות השלטון שבה ו עתרה לבג"צ (5372/05). העתירה נדונה לאחר התיקון לחוק. בנסיבות אלה קבע בג"צ בהסכמת המשיבים השונים שהיועמ"ש רשאי לשוב ולהגיש כתב אישום והפעם הדבר יידון לאור החוק החדש.

**מה סדר הדברים של החוק החדש?**

13(א) הכנסת רשאית בהחלטה, לקבוע שלחבר הכנסת תהיה חסינות בפני הדין הפלילי לגבי האשמה שבכתב האישום כאמור בסעיף 4(א) וכי לא יועמד לדין בשל אתה אשמה בעת היותו חבר הכנסת, וכן ליטול ממנו חסינות אחרת או זכות הנתונות לו לפי חוק זה, חוץ מחסינות או זכות הנתונות לו לפי סעיף 1, אך הכנסת לא תחליט החלטה כזאת אלא לפי הצעת וועדת הכנסת עקב בקשה שהובאה לפני הוועדה.

סדר הדברים:

* היועמ"ש מגיש כתב אישום.
* חבר הכנסת צריך לעשות צעד אקטיבי, אשר הוא מבקש חסינות.
* ועדת הכנסת יכולה להחליט לא להעניק חסינות או להמליץ להעניק חסינות. אם היא מחליטה לא לתת חסינות העניין נגמר, אך אם היא אכן ממליצה להעניק חסינות זה עובר לכנסת.
* העניין עובר לכנסת שרשאית להחליט לתת חסינות.
* החוק קובע במפורש מה השיקולים שהכנסת צריכה לשקול.

סוף דבר:

היועמ"ש שב והגיש כתב אישום. גורלובסקי לא הגיש בקשה לוועדת הכנסת, נשפט, הורשע ונגזרו עליו חודשיים עבודות שירות. גורלובסקי לא ערער על ההרשעה.

האם היה בסיס להגשת בקשה לחסינות עבור גורלובסקי?

לכאורה, הוא יכול היה לעשות שימוש בסעיף קטן א(3)(א), שכן העבירה בוצעה במשכן הכנסת והוטלה עלי סנקציה בשל כך. נשארה רק השאלה אם ההימנעות תפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.

**חסינות עניינית וסנקציות מטעם ועדת האתיקה**

**מחול נ' הכנסת**

האם ועדת האתיקה יכולה להטיל סנקציות על דברי חבר הכנסת במליאה כשהוא תחת חסינות עניינית?

מצד אחד חוק יסוד הכנסת מעניק חסינות דיונית לכלל חברי הכנסת, מצד שני ח"י הכנסת מעגן את סדר עבודת הכנסת וחוק החסינות קובע את סמכות וועדת האתיקה להטיל סנקציות בגין מעשים הנכנסים בגדר החסינות העניינית.

התשובה:החסינות העניינית מגינה על ח"כ מפני נקיטת פעולות משפטיות כלפיו. עם זאת עוולה משפטית לא כוללת פעולות שהכנסת נוקטת כלפי עצמה. לכן החסינות לא מבטלת את סמכות וועדת האתיקה במקרים אלו.

**זועבי נגד ועדת האתיקה**

ניסיון לצמצם את היקף הלכת מחול: לפי הלכת מחול, החסינות לא מגינה מפעולות של וועדת האתיקה.

רקע: וועדת האתיקה של הכנסת החליטה להשעות מהכנסת ל6 חודשים את חברת הכנסת זועבי בגין התבטאויות פוליטיות קיצוניות שנשאה בתקשורת. זועבי עתרה לבג"צ לפי ההלכה הפסוקה, כפי שנקבעה בעניין מחו'ול, החסינות העניינית המוקנית לח"כ מכוח סעיף 1(א) לחוק החסינות אינה משמשת מגן מפני שיפוטה של וועדת האתיקה על חברי הכנסת.

מהי אפוא הטענה?

זועבי טוענת כי יש לפרש את הלכת מח'ול בצמצום, אך לנסיבת שעניינן התבטאויות שנאמרו בתוך משכן הכנסת, או התבטאויות מכפישות שיש בהן כדי להפריע לעבודתה התקינה של הכנסת או כדי לפגוע ביחסים בפנימיים בין חבריה. חסינות העניינית היא פועלת אל מול רשויות התביעה של המדינה ולא למול מערכות פנימיות של הכנסת.

הטענה נדחתה.

**הרשות המבצעת- הממשלה**

ישנם שני מודלים טהורים של מערכות שלטוניות:

|  |  |
| --- | --- |
| **נשיאותי (ארה"ב)** | **פרלמנטרי (ישראל)** |
| ראש הרשות המבצעת נבחר על ידי המצביעים. הרעיון הבסיסי הוא שראש הרשות המבצעת נבחר ישירות על ידי הציבור. | ראש הרשות המבצעת נבחר על ידי המחוקק. על מנת להציג ממשלה, מי שקיבל את הרכבת הממשלה מהנשיא צריך להשיג רוב בכנסת ועם השגת הרוב מוקמת ממשלה. |
| הרשות המבצעת נבחרת לתקופה קצובה מראש, הבחירות הבאות מתקיימות במועד מדויק ללא שינויים. רק בסיבות מאוד קיצוניות לא ניתן להדיח את הנשיא המכהן וגם אם הוא יודח, סגנו מחליפו ולא ניתן לצאת לבחירות. | הממשלה וראש הממשלה תלויים כל זמן כהונתם באמון המחוקק. ללא אמון לא מתקיימת כהונה. |
| ראש הממשלה אוחז בכל הסמכויות שמוענקות לרשות המבצעת. השרים הם רק יועצים. זה מבטא את העובדה שראש הרשות המבצעת בעל הבית- יכול למנות לפטר כרצונו את השרים. סמכויותיהם נגזרות מהנשיא. יש שלטון של אדם אחד הנעזר במערכת השלטונית. | הממשלה היא קבוצה וראש הממשלה הוא ראשון בין שווים. לראש הממשלה יש סמכויות שאין לשרים אך בגדול במערכת זו התפקוד הוא כזה שלכל שר יש את הסמכויות שלו. וכך יש מגבלות על ראש הממשלה ולא כל הסמכויות נובעות ממנו. |
| קיימת הפרדה נוקשה בין שתי הרשויות. השרים השונים וגם הנשיא אינם רשאים להיות חברים ברשות המחוקקת. | אין הפרדה מלאה ויש אף חפיפה. שר בממשלה הוא גם בדרך כלל חבר כנסת. |
| אין משרה נוספת של ראש מדינה. | בנוסף לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת יש משרה נוספת בעל אופי טקס כשאין לו סמכויות על פי חוק. |

יתרונות וחסרונות

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **נשיאותי** | **פרלמנטרי** |
| יתרון | יציבות- אחד מהכלים לשמירה על מערכת שלטונית היא יציבות שתמנע שינויים ותהפוכות. | גמישות- בשיטה הנשיאותית יכול לקרות מצב בו הוא לא שולט על בית הנבחרים (אין לו רוב) וכך נמנעת האפשרות לקידום האינטרסים והמדיניות שבגללה הוא נבחר.  במערכת הפרלמנטרית יש אפשרות להפיל את ההמשלה, לפזר את הכנסת ולצאת לבחירות. אבל הגמישות הזאת מאפשרת לצאת ממצבים בהם הצדדים תקועים ובפועל המדינה משותקת. |
| יתרון | הרשות המבצעת מדברת בקול אחד, ואם שר לא מתיישר עם המדיניות שהנשיא מאמץ ומעודד, לנשיא יש אפשרות לפטר אותו.  בניגוד לשיטה הפרלמנטרית אשר במקרה שבו ראש הממשלה מפטר שר זה יכול לגרום להפלת הממשלה כולה. ובנוסף הוא נתון כל הזמן לאינטרסים של מפלגות ואין החלטה אחת שרצים איתה. | החוכמה לא מצויה רק בידיו של אדם אחד, יש יכולת לקיים דיון שלכולם יש קול ויכולת לשכנע, מה שמייצר איזון פנימי והשמעה של ריבוי קולות. |
| חסרון | ריכוז כוח בידי גוף אחד הוא מעט בעייתי, והשאלה שעולה האם הנטל גדול מידי לגבי יכולותו של אדם אחד לנהל את כל המערכת. |  |

**השיטה בישראל**

עד שנת 1996 הממשלה נהג המודל הפרלמנטרי בחוק יסוד:

בשנת 1992 בשלהי כהונתה של הכנסת ה13 התקבל חוק יסוד חדש, שהחליף את חוק יסוד הממשלה שכונה חוק הבחירה החדשה.

חוק היסוד הזה נחקק על רק אירועי התרגיל המסריח- שמעון פרס מנהיג מפלגת העבודה יזם סוג של תרגיל שנועד להפר את ההסכם והאיזון מול הליכוד והבאה להדחת יצחק שמיר. לצורך כך הוא יצר קשר עם מפלגת ש"ס. בסוף התרגיל התפוצץ בפנים, והוא תרם גם לחקיקת חוקי יסוד בנוגע לזכויות אדם בשל המיאוס הציבורי בשיטה הנהוגה של הפוליטיקאים.

חוק היסוד נחקק מתוך רצון לבצר את מעמדה של הממשלה באופן כזה שלא תהיה תלויה באמון הכנסת ובמיוחד לא באמונן של מפלגות קטנות וסחטניות. מכוח היותן לשון מאזניים מחזיקות את המפלגות הגדולות והשותפות שלהן במקום רגי שמה שמאפשר להן לקבל כוח לא פרופורציונאלי לגודלן המועבר לידיהן. היה רצון שהיה שיקוף לרצון הקבוצות באוכלוסייה וגם שמירה על יציבות וייצוג דמוקרטי משקף.

בשביל זה היו שני אמצעים מרכזיים:

1. אימוץ השיטה הנשיאותית- לפיה כהונתו של ראש המדינה אינה תלויה כלל באמונו של בית המחוקקים.
2. שילוב- אימוץ מודל היברידי, במודל משלב בין הנשיאותית לפרלמנטרית, בה מכהנת הממשלה מכוח אמון הפרלמנט.

בהתאם, נקבע בחוק הבחירה הישירה כי ראש הממשלה מכהן מכוח היבחרו בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות וחשאיות, לפי חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (סעיף 3(ב)) וכי השרים ימונו על ידי ראש הממשלה (ג) ; מינויים אמנם טעון אישור הכנסת (ג) אולם אי מתן אישור מתפרש כהבעת אי אמון בראש הממשלה עצמו (ד).

המודל לא נחל הצלחה, שכן המפלגות הקטנות חיזקו את מעמדן לנוכח אפשרות פיצול הכוחות. (שתי המפלגות הגדולות קיבלו הרבה פחות כוח כי רק מועמדן לראשות הממשלה קיבל את הקולות, בעוד שאנשים בחרו על פי צו מצפונם בלבד את המפלגה שתקבל את קולם. המשילות נפגעת, כוחן של המפלגות הקטנות עולה).

בשנת 2001 תיקנה הכנסת שוב את חוק יסוד: הכנסת, מה שהחזיר במידה רבה את המצב לקדמותו. יש בכל זאת מספר הבדלים בין החוק הפרלמנטרי הישן לבין החוק הפרלמנטרי החדש. השינויים הללו חיזקו מצד אחד את הממשלה ואת העומד בראשה כלפי הכנסת, אך גם הפקידו בידי הכנסת מספר סמכויות שלא היו בידיה קודם לכן ביחס לראש הממשלה.

**חיזוק מעמדם של ראש הממשלה של ממשלתו הושג באמצעות המנגנונים:**

1. אי אמון קונסטרוקטיבי- סעיף 28 לחו"י הממשלה.

עם הקמתה של הרפובליקה הפדרלית של (מערב) גרמניה ב1949 אומץ בה הסדר הידוע בשם "אי אמון קונסטרוקטיבי". מקימי גרמניה החדשה היו ערים לבעייתיות הכרוכה בנפילה תכופה של ממשלות המאבדות את הרוב הקואליציוני וקבעו כי הבונדסטאג(הפרלמנט הגרמני לדעתי) יכול להפיל ממשלה מכהנת רק אם הוא מביע בו זמנית אמון בממשלה חדשה. הסדר זה הונהג גם בספרד לאחר חזרתה למשטר דמוקרטי ואומץ על ידי כמה מדינות נוספות.

בישראל הנהיג חוק יסוד: הממשלה השני, שהתקבל בשנת 2001, "אי אמון קונסטרוקטיבי חלקי". על פי הסדר זה מציעי אי אמון בממשלה צריכים להצביע על מועמד לראשות הממשלה שהנשיא יטיל עליו את תפקיד ההרכבה. הסדר זה לא הגשים את המטרה, רעיון אי האמון הקונסטרוקטיבי המקורי, שכן מציעי אי האמון יכלו לצרף למועמדם מועמד פיקטיבי לראש הממשלה אך רק כדי לעמוד בדרישות החוק.

בשנת 2014 הכנסת תיקנה את החוק, ועיגנה בו(סעיף 28) "אי אמון קונסטרוקטיבי מלא":

\* הכנסת רשאית להביע אי אמון בממשלה.

\* הבעת אי אמון בממשלה תיעשה בהחלטתה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים כאמור בסעיף 13(ד); הממשלה החדשה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם.

1. דרישה כי יוזמה לבחירת מוקדמות תתקבל ברוב של 61 חברי כנסת לפחות- סעיפים 34-36 לחו"י הכנסת.
2. מתן סמכות בידי ראש הממשלה לפזר את הכנסת ולכפות בחירות מוקדמות- סעי 29 לחו"י: הממשלה.
3. קביעת עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת במקרה שתקציב המדינה לא מאושר במועד (סעיף 36א לחו"י הכנסת), או במקרה שניסיונות חוזרים ונשנים להקים ממשלה לא צלחו (סעיף 11 לחו"י הממשלה). התקציב חייב לעבור עד ה31 למרץ בכל שנה. אם הוא לא עבר, הכנסת מתפזרת אוטומטית.

**חיזוק מעמד הכנסת הושג האמצעות מנגנונים אחרים** (שאת הסעיפים בהם הם מעוגנים לא נפרט):

* יכולתה לחייב ראש ממשלה להופיע בפניה;
* חובתה של הממשלה למסור לידי הכנסת וועדותיה מידע על פי דרישתן;
* יכולתה של הכנסת וכל אחת מוועדותיה לחייב שר להופיע בפניהן;
* הפקדת סמכויות בידי הכנסת בתחום הפיקוח על חקיקת משנה וסמכות להכריז על מצב חירום, אגב הגבלת כוחה של הממשלה בנדון.

**מתי מורכבת ממשלה?**

מתי מורכבת ממשלה?

1. **כל פעם שמתקיימות בחירות לכנסת**, כשהן מתקיימות במועדן אחת לארבע שנים.
2. **הקדמת בחירות לכנסת**- כשהבחירות מוקדמות כשהכנסת לא מצליחה לתפקד היא יוצאת לבחירות:
3. החלטת הכנסת להתפזר, 34-36 לחוק יסוד הכנסת. ההחלטה חייבת להתקבל במתכונת חוק, כשבמסגרתו נקבע מתי יתקיימו הבחירות לכנסת החדשה.
4. כשהתקיימו בחירות לכנסת והמועמדים שהנשיא הטיל עליהם את המשימה להרכבת הממשלה ולקבלת אמון מהכנסת- שווה לערך החלטת הכנסת להתפזר (סעיף 11 לחו"י הממשלה)
5. אי קבלת חוק תקציב על ידי הכנסת תוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת התקציב (36 א לחו"י הכנסת)
6. **התפטרות הממשלה: שוות ערך להתפטרות הממשלה כולה.**
7. ס' 18- הפסקת כהונת ראש הממשלה מחמת עבירה, בסעיף 18 לחוק יסוד הממשלה.
8. ס' 19- התפטרות ראש הממשלה
9. ס' 20- ראש הממשלה נפטר או נבצר ממנו לקיים ולמלא את תפקידו
10. ס' 21- ראש הממשלה חדל מלהיות חבר כנסת, אשר מדגים ומבטא את השיטה הפרלמנטרית- המקיימת חפיפה בין הרשות המחוקקת למבצעת.
11. ס' 28- הכנסת הביעה אי אמון בממשלה- לפחות 61 חברי כנסת הביעו חוסר אמון ובמקומה קמה ממשלה חדשה לכנסת.
12. **ראש הממשלה פיזר את הכנסת**- ס' 29 לחוק יסוד הממשלה, נוכח ראש הממשלה כי קיים בכנסת רוב המתנגד לממשלה, ושעקב כך נמנעת אפשרות לפעולה תקינה של הממשלה, רשאי הוא , **בהסכמת נשיא המדינה,** לפזר את הכנסת בצו שיפורסם ברשומות.

הרציונל מאחורי:

* הרציונל הוא שהכנסת לא תוכל להחזיק את ראש הממשלה כבן ערובה
* הצורך היה ברור בחוק הבחירה הישירה, בו יכול להיווצר מצב בו ראש הממשלה הוא במפלגה אחרת משל בית המחוקקים, ואז הוא צריך אפשרות לפזר את הכנסת, הוא פחות ברור בחוק החדש, אבל ההיגיון לא השתנה.
* הפיזור אינו מוביל אוטומטית לבחירות חדשות לכנסת. יש הזדמנות ליצור ממשלה חדשה , ליצור קואליציה חדשה על ידי הכנסת. אם אין כזו, הולכים לבחירות.
* על פניו, סמכות הנשיא לאשר היא 'סמכות בשיקול דעת'. נראה שמסגרת שיקול הדעת, הנשיא צריך לוודא שלראש הממשלה אין אלטרנטיבה.

**הסכמים קואליציוניים**

ההסכמות מעוגנות בהסכמים קואליציוניים שהם תחת ההסכמים הפוליטיים. הסכמים פוליטיים הם הסכמים בין מפלגות, תוך מפלגה, מועמדים למשרות ציבוריות הנוגעים למדיניות השלטון למבנהו ולדרכי הפעלתן של סמכויות שלטוניות.

האם יש תוקף להסכמים פוליטיים?

במהלך השנים נחלקו הדעות בקשר למעמד ההסכם הפוליטי והאם יש לו תוקף מחייב.   
השאלה המעניינת באופן תיאורטי היא מה משמעות ההסכם? מהן התוצאות הנובעות מההסכם? בפועל זה לא משנה בפועל האם להסכם יש תוקף מחייב, כתוצאה ממספר סיבות:

**(1) הלכת ההשתחררות**

זהו עיקרון, דין שלפיו הרשות, המדינה, יכולה לא לכבד את ההתחייבויות שלה ולהתנער מהם, בלי תוצאות והשלכות משפטיות, אך רק אם צרכי הציבור מצדיקים זאת. אם מתברר שהמשך קיום ההסכם יפגע פגיעה משמעותית בצרכי הציבור היא תוכל להשתחרר ממנו ללא השלכות משפטיות על המעשה.

הלכה זו, אם היא מצויה בחוזים עם פרטים, מובן מאליו שהלכה זו תחול במערכת יחסים של הסכמים פוליטיים. משום שיש שני טעמים לדבר:

שהצדדים בעצם חותמים על הסכמים פוליטיים, מטבעם של הדברים שההסכמים הם דינמיים והצדדים מבינים מלכתחילה מבינים כי יש צורך בגמישות עזה ובסיום האינטרס אין סיבה להמשיך לקיים את החוזה.

הסכם פוליטי הוא ההסכם ששני הצדדים טוענים לאינטרס ציבורי, ומשום כך כשאין אינטרס ציבורי הצדדים יכולים להשתחרר מההסכם. ואף הנסיבות להשתחררות מההסכם הן לא סיבות חריגות וחיוניות שבלעדיהן יש פגיעה קשה בציבור, בהסכם פוליטי הנסיבות הן מקלות ביותר.

גם אם לחוזה שלטוני יש תוקף משפטי, הלכת ההשתחררות מקלה מאוד על ההשתחררות ממנו, ואף הופכת אותה לקלה.

**(2) אין לכלול תניה בדבר בטחונות וערבויות**

בהסכם הפוליטי נשוא בג"צ ז'רז'בסקי נקבע כך (סעיף 14): " הצדדים מסכימים כי עו"ד אמנון גולדנברג שמש בורר ביניהם לעניין הסכם זה. הבורר יחליט מה הן הערובות והבטחונות לביצוע ההסכם ופסיקתו תהא סופית ללא זכות ערעור. הבורר יפסוק בכל מחלוקת בין הצדדים להסכם, ולפסיקתו יהא תוקף של פסק דין של בית משפט".

ברק הסביר כי " הוראה זו מעניקה לבורר את הסמכות לקבוע ערובות ובטחונות", ופסק כי "עד כמה שאלה הן בעלות אופי כספי, הרי הן נוגדות את תקנת הציבור, ועל כן בטלות ומבוטלות".  
כיום מעוגנת הלכה זאת באופן חלקי בלבד בהוראת סעיף 2 לחוק הממשלה, תשס"א 2001 (לפני כן סעיף 18 לחוק היסוד) קובע:

1. מקום שעל פי חוק נתונה סמכות להעביר אדם מתפקידו בכנסת, בממשלה , בשירות המדינה, בתאגיד שהוקם בחוק, בחברה ממשלתית או בכל גוף ציבור אחר- לא ייעשה הסכם ולא תינתן התחייבות בעניין אי- העברתו של אותו אדם מתפקידו.
2. לא תינתן ערבות במישרין או בעקיפין, בכסף, בשווה כסף, בשירו תאו בכל טובת הנאה אחרת, להבטחת ביצוע לש להסכם או של התחייבות כאמור בסעיף זה, ולא יהיה תוקף לערבות כאמור.

**(3) הסעדים יהיו מוגבלים מאוד בניגוד לסוגי הסכמים אחרים**

בית המשפט קבע גם אם הוחלט על סעדים לחוזה פוליטי, בית המשפט לא יורה על אכיפתו אלא על ביטול על ידי הצד הנפגע.

ברק בז'רז'בסקי: " כשלעצמי, רואה אני את התרופה העיקרית **בביטול ההסכם**. הצד הנפגע בהסכם פוליטי שהופר, רשאי לבטלו. לעומת זאת, אכיפתו של ההסכם הפוליטי על ידי בית המשפט נראית לי סבוכה הרבה יותר. אף כאן המבחן המכריע צריך להיות מבחן הסבירות. על פי מבן זה, בוודאי יהא גם מקרה חריג שבו תרופת האכיפה תראה כתרופה סבירה. **נראה כי התרופה הראויה היא זו המכריזה על הפרת ההסכם.** ניתן כמובן לחשוב על תרופות נוספות, המיוחדות להסכם הפוליטי, כגון **הודעה לציבור על דבר הפרת ההסכם, ההתנצלות** וכיוצא בהן פעולות שי שלהן אפקטיביות בתחום הציבורי.

אלון בז'רז'בסקי: "נוטה אני לומר, כי התרופות הקבועות בחוק האומר (בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה )) אינן הולמות הסכם פוליטי, והצדדים להסכם פוליטי לא גמרו בדעתם להתחייב באופן שהפרת ההתחייבות תזכה את הנפגע בתרופות המצויות בחוק האמור.. נראה בעיני, כי בדרך כלל, וברוב רובם של המקרים, גם מקום בו ימצא בית המשפט מקום להתערב בענייניו של הסכם פוליטי, הרי הסעד היחידי הראוי הוא **סעד הצהרתי."**

**(4) בית המשפט מוכן לדון בהסכמים פוליטיים בלי קשר לשאלה האם יש להם תוקף משפטי מחייב**

חשין בוולנר סבור כי להסכם פוליטי אין תוקף מחייב: "דעתי היא כי אין ההסכם הפוליטי אוצר כוח להקנות זכויות ולהטיל חובות בתחום המשפט בין הצדדים לו, והרי משכנו- כמכשיר ליצירת זכויות וחבויות בין בעלי ההסכם- אל מחוץ למחנה המשפט. (יתר על כן, למרת מספר אמרות אגב הפזורות בפסיקה) מעולם לא החליט בית המשפט העליון, בדרך מושכלת ומודעת לבעייתיות, כי "הסכם פוליטי" , באשר הוא , כי בו כדי לשמש מקור לזכויות ולחובות במשפט בין הצדדים לו, בינם לבין עצמם."

למרות זאת: בית המשפט לא ידיר עצמו מדיון בהסכם הפוליטי אך (רק) באשר הסכם פוליטי הוא , ובהקשר המתאים יוכל שיכריז עליו – בין במפורש בין במכללא- בהסכם בלתי חוקי או כהסכם הנוגד את תקנת הציבור.

לכן, מסביר חשין: לו הוכח לנו כי ההסכם הקואליציוני המיועד (ביתר דיוק: סעיף 3 בו), פוגע בערכי יסוד של שיטת המשפט, כי מכרסם הוא באורח מהותי בתקנת הציבור, כי אז לא הייתי מהסס, אני כחברי, להכריז על בטלותו.

**האם ניתן לכבול שיקול דעת סטטורי?**

**ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה**

רקע: שנת 92 מפלגת העבודה וש"ס חותמות על הסכם קואליציוני. אחרי שנים שבית המשפט היה נוהג להתערב בסטטוס קוו של דת ומדינה, ש"ס דורשת בהסכם הקואליציוני להגן על הסטטוס קוו מפני התערבות בית המשפט. לכן נקבע כי במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת, יש חובה לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה. עד לשנה זו בית המשפט יכול לעשות כל דבר חוץ מהסמכות לבטל חקיקה, משום כך, ש"ס דורשים לחוקק את מרכיבי הסטטוס קוו בחקיקה ראשית מה שימנע מבית המשפט להתערב.

כמה חודשים אחר כך, חוקקו חוקי יסוד בזכויות אדם וכיוצא מכך בית המשפט הפך להיות אקטיביסטי יותר ומכאן והילך יכול לפסול חוקים בחקיקה ראשית.

נפסק: בית המשפט העליון פוסק ברוב של שלושה נ' שניים לדחות את העתירה.

הנשיא שמגר: בשביל מה מפלגות רצות לבחירות לכנסת? בכדי לקדם את מצען וכמובן שמשבחים אותן על המשך פעולה ועידוד מצעה. ההסכם הקואליציוני המטרה שלו היא לקדם ולהבטיח שהיעדים האלה שהא הבטיחה והכריזה במצע שלה היא שבאמת תוכל לקדם אותן. כל מה שאפשר ולא פוסל רשימה שהיא רצה לבחירות לא יכול להיפסל כשהיא כבר נבחרה ורצה לבחירות. קבלת העתירה תמנע מהמפלגה לקיים את רצון הבוחרים שלה מה שנוגד את עקרונות הדמוקרטיה.

חשין: אומר אותם דברים כמו שמגר, פשוט "מפלפל" אותם עם דוגמה. החלק החשוב בדבריו :אכן, הסכם קואליציוני אינו אלא המשכו של מצע, הוצאתו לפועל של מצע. ואם המצע מותר הוא, כן יהי, על דרך העקרון, דינו של ההסכם הקואליציוני. בוודאי כך במקום שענייניו הוא בעיקרו של מצע.

ברק: מעודד את פסילת החוק. הסעיף של ההסכם הקואליציוני בטל משום שהוא נוגד את עקרונות היסוד ומנוגד לתקנת הציבור.

ראשית הוא פוגע במעמדה של הרשות השופטת: הצדדים אומרים כי לא משנה מה הפסיקה, הרשות המחוקקת תחוקק חוק חדש שיסתור את דעתה. מצב כזה גורם לפגיעה ברשות השופטת בדיאלוג ודו השיח שיש בינה לבין המערכת הפוליטית. זה פוגע בעצמאות השופט, השופט יודע כי אם יפסוק לפי דעתו המחוקק ישנה את החלטתו מה שיגרום לשופט לשקול פעמיים האם לקבל מחשבה עצמאית, וגם במקרים שחשבו באופן עצמאי וחשבו כי אין צורך להתערב, תהיה פגיעה באמון הציבור בשל מחשבה שהרשות השופטת פועלת לפי רצון הרשות המחוקקת.

שנית, הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. התפקיד הוא שהמערכת הפוליטית מקבלת החלטות ובית המשפט מבקר אותן, אם אומרים כי עוקפים את בית המשפט מלכתחילה בלי לשמוע אותו, הוא פוגע בחלוקת התפקידים.

תגובה לחשין: לפסול רשימה ומועמד לפני בחירה לכנסת, לא ניתנת האפשרות בכלל להשמיע את קול הבוחרים. אך, הגבלה על פעולותיו כשהוא שחקן בכנסת לא מהווה פגיעה משמעותית ופחות חמורה.   
אתה יצאת מנוקדת הנחה שתנועת ש"ס שמבקשת להשליט את דין התורה יכלה לרוץ בחירות לכנסת מה שמונע פסילה של סעיף בהסכם קואליציוני שמבקש לפסול את הסעיף שאותה היא רוצה לקדם. תשובתו אומרת שגם אם הוא מאפשר לרוץ לכנסת אין זה אומר שזה כרטיס חופשי שמאפשר לה לעשות כל רצונה.

השופט גולדברג: מסכים עם ברק שסעיף 3 להסכם זה צריך לבטל אותו משום שהוא פוגע בתקנת הציבור. מבחינת החוק היה צריך להתערב אך אינו מתערב בשל שיקולים משניים. מצב זה די חריג שהוא משקף ומציג את הדברים בצורה תלויה. אך, הבעייתיות בהסכם הקואליציוני הוא שהפגיעה היא בשופטים, קבלת הפגיעה מייצרת מצב בו יש ניגוד עניינים- הרשות השופטת מבקשת לפסול סעיף שנוגע אליה. במטרה להגן על הרשות השופטת זה יגרור לפגיעה באמון הציבור.

**סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן**

סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה: הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. הכוונה לממשלה במובן הצר ולא במובן הרחב הכולל את כל משרדי הממשלה, ובהם רשויות מנהליות רבות והרבה עובדי מדינה. ראייה לכך בקביעתו של סעיף 4(א) כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים"

**סמכויות מהמנדט**

יש סמכויות שהממשלה מחזיקה בהן מכוח ירושה, מתקופת המנדט הבריטי.

סעיף 14(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948:  
כל סמכות שהייתה על פי חוק בידי מלך בריטניה או אחד ממזכירי המדינה שלו, וכן כל סמכות שהייתה על פי החוק בידי הנציב העליון, הנציב העליון במועצתו או ממשלת ארץ ישראל, תהא מעתה נתונה לממשלה הזמנית, בלתי(אלא אם) ניתנה למועצת המדינה הזמנית על פי אחת הפקודות שלה.

**סמכויות לפי חוקים ישראלים**

למשל, סעיף 1 לחוק וועדות חקירה תשכ"ט: ראתה הממשלה שקיים עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור, רשאית היא להחליט על הקמת וועדת חקירה שתחקור בעניין ותמסור לה דין וחשבון.

חוק ועדות החקירה מתארת את סמכויות הועדה וכיוצא בזה חוק שמעניק סמכות לממשלה.

**סמכויות שליטה על שרים**

סעיף 31(ב) לחוק יסוד- הממשלה: הממשלה רשאית, באישור הכנסת, להעביר סמכות הנתונה על פי חוק לשר אחד, או חובה המוטלת עליו על פי חוק, כולה או מקצתה, לשר אחר.

יש סמכות משמעותית מאוד לממשלה, יש חוק פלוני המעביר סמכויות לשר בממשלה, המשמעות ששר אחר ירכוש את אותן סמכויות. סמכות לקחת סמכות אחת והעברתה לשר אחר.

**סמכות שיורית**

סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה. יש שני סייגים: למה שהיא יכולה לעשות בכפוף לכל דין, וסמכות שלא נתונה לרשות אחרת. הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. שני סייגים: בכפוף לכל דין, פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. יש היאמרו שהיא בולעת את כלל הסמכויות.

ההסבר להענקת הסמכות השיורית-מדוע ניתנה לממשלה הסמכות השיורית(מה שנשאר)?

**פדרמן נ' שר המשטרה**

אין דרך למנות כרוכל את כל התחומים שבהם הממשלה צריכה מעת לעת לפעול. סעיף 32 הוא בהכרח בא לגונן, חייבים בצד הסמכויות הניתנות לממשלה צריך לפתוח לה פתח לכל הפעולות הנדרשות על מנת להחלת מדיניות הממשלה. **אין אפשרות לכסות כל תחומי הפעולה האפשריים של הרשות המבצעת על ידי הוראה חקוקה.** חובתה של הממשלה כרשות מבצעת חובקת הרבה תחומי פעולה בהם נדרשת פעולתה , אף על פי שאין חוק מפורש המפרט סמכויותיה בתחום האמור.

מה משמעות הקביעה "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"?

אם המחוקק העניק את הסמכות לרשות אחרת, מאותו הרגע אין יותר צורך בסמכות השיורית והיא לא תקפה באותו תחום רלוונטי. הסמכות השיוריות ניתנה בשביל שלא יהיה חלל שאף אחד מהרשות המבצעת לא יכולה לפעול בתחום שהיא צריכה. מאחר והענקת הסמכות לרשות לא נוצר חלל ואין מקום לרשות המבצעת להתערב בסמכות שיורית.

**פס"ד עיריית קריית גת**

רקע:

* ועדת שרים היא חלק מהממשלה, אך כרגע יש התנגשות בין החלטת הממשלה כגוף לבין ועדת שרים שהרכבה נקבע בחוק וועדת השרים איננה זהה לכלל הממשלה.
* הממשלה קיבלה החלטה בדבר סיווג מחדש של ערי פיתוח ואזורי פיתוח לצורך מתן הטבות על ידי משרדי הממשלה וזאת על סמך סעיף 29 לחוק יסוד הממשלה ( היום 32).
* הסמכות לסווג ערי פיתוח ואזורי פיתוח הוקנתה כבר ל"וועדת שרים" על פי חוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988.
* העותרים טענו כי החלטת הממשלה לגבי סיווג ערי ואזורי פיתוח התקבלה בחוסר סמכות, מאחר שביצוע החוק הוטל על וועדת שרים. כיוון שסמכות הממשלה לפי סעיף 32 שיורית, לא היה בסמכות זאת כדי לאפשר לממשלה לעשות, במקרה זה, פעולה שעשייתה מוטלת בדין על רשות אחרת, קרי על וועדת שרים. הסמכות השיורית לא מאפשרת לממשלה לעשו את אותה פעולה משום שסמכותה מוטלת בדין על רשות אחרת, ועדת השרים.

נפסק: גולדברג

בית המשפט קיבל את העתירה וכך קבע השופט גולדברג: הסייג שבסעיף 29 כי הממשלה מוסמכת לפעול "בכפוף לכל דין", אינו מורה רק כי אסור למעשי הממשלה כי יסתרו או יפרו כל דין, אלא גם זאת כי משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנטיבי. אם היה חלל ריק משפטי, הרי שהוא היה קיים עד לחקיקת החוק שיצר את ההסדר. מכאן ואילך התמלא החלל בחוק ולא נותרה עוד סמכות שיורית לממשלה באותו עניין עצמו.

מה השגיאה? הוא מפנה לחלק הלא נכון באחד משני הסייגים. גולדברג תלה את פסק דינו על סעיף שלא קשור לסוגיה. מה השגיאה (לכאורה) בדברי השופט גולדברג? הפנה לסמכות הלא נכונה (בכפוף לכל דין)

מה היקף הקביעה "בכפוף לכל דין"?

דורנר

שיטתנו החוקתית מגנה על האדם מפני שרירות השלטון. עיקרון זה מחייב לראות בהלכות שנפסקו על ידי בית המשפט בנושא זכויות הפרט בישראל כ"דן" לעניין סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה. מכאן מתבקש, כי הסייג שבסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, המכפיף את סמכויותיה הכלליות של הממשלה, מונע אותה לא רק מלפעול בניגוד להוראה שבחוק, אלא גם אוסר עליה לפגוע בזכויות הפרט. לכאורה, הדבר נגזר גם מהעיקרון הכללי שגיבש בית המשפט בדבר התנאים הנדרשים להכשרת פגיעה. ואכן דורנר מציינת זאת:

"לאותה תוצאה אפשר להגיע גם על יסוד ההלכה המורה- כעניין של פרשנות. כי אין רשות מינהלית רשאית לפגוע בזכויות הפרט, זולת אם היא הוסמכה לעשות כן בלשון מפורשת.. בסעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה לא נאמר כי הממשלה מוסמכת לפגוע מכוחו בזכויות הפרט ; על כן, אין לפרש את האמור בסעיף, כי הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה :כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" כמתייחס גם לפעולות הפוגעות בזכויות אדם".

דורנר אומרת את הדברים הללו כשאין מודעות לאופן מלא לכך שזכויות האדם עוגנו בדין, חוקי היסוד שעוסקים בזכויות אדם. יש זכויות אדם שנקבעו מכוח הלכות ופסקי דין. התחום של זכויות הפרט הוא מוסדר לא באמצעות חקיקה או חוקה אלא באמצעות פסיקת בית המשפט.

דורנר קובעת כי כשהסמכות השיורית מוענקת לממשלה בכפוף לכל דין, לא רק לחקיקה אלא גם להלכות בית המשפט. מכאן שהממשלה לא יכולה לפעול בסמכות השיורית הפוגעת בזכויות האדם המעוגנות בפסיקה.

לכאורה הדבר נגזר גם מעקרון הכללי שגיבש בית המשפט בדבר התנאים הנדרשים להכשרת הפגיעה:

המסקנה של דורנר לפיה הסמכות השיורית לא יכולה לפגוע בזכויות אדם ניתן להגיע אליה גם בדרך נוספת. והיא הקביעה של בית המשפט בפרשת מיטרני במקרה בו השלטון מבקש לפגוע בזכויות אדם היא צריכה להצביע לא על מקור סמכות אלא על הסמכה מפורשת לפגוע בזכויות אדם. ניתן היה לטעון שסעיף 32 לא כולל הסמכה מפורשת כזו שניתן במסגרת הסמכות השיורית.

חוק יסוד הממשלה לא מסמיך באופן מפורש פגיעה בזכויות אדם מכאן שהסמכות השיורית לא מקנה סמכות כגוף לפגוע בזכויות אדם.

**בג"צ השב"כ**

המגבלה הזו היא בהחלט מגבלה עם שיניים גם בסוגיות משמעותיות.

רקע:

* בעבר, ההחלטה על האמצעים הפיזיים הננקטים במקרה מסוים נעשתה על פי נוהל, המחייב אישור דרגים שונים של השב"כ. הנוהל עצמו אושר על ידי ועדת שרים מיוחדת לעניין חקירות בשב"כ. ועדה זו קבעה, בין השאר, מגבלות באשר לדרג הרשאי לאשר אמצעי חקירה.
* העותרים תוקפים את הנוהל.

השיעורים הראשונים של הקמת המדינה, החלטה על שימוש בכלי חקירה פיזיים קיצוניים במקרה מסוים על פי נהלים מסוימים של השב"כ. הנוהל עצמו אושר בוועדת שרים מיוחדת לעניין חקירות בשב"כ. עם קביעת הגבלות שונות לדרג הרשאי לאשר אמצעי חקירה. הדבר עקרונית הוסדר.

העותרים תקפו את הנוהל, השואל מהו המקור עליו נשענת הסמכות לביצוע אמצעי חקירה כאלו?

המשיבים:

* מהו מקור הסמכות? סמכות שיורית מכוח סעיף 40 לחוק יסוד הממשלה (כיום 32), הסעיף עצמו לא השתנה.

נפסק: אמת, לממשלה "סמכות שיורית". זו הסמכה "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת(סעיף 40 לחו"י הממשלה). אין להסיק מהוראה זו סמכות לחקירה במובן בו אנו עוסקים בעתירות אלה. סמכות החקירה פוגעת בחירותו של הפרט. סמכותה ה"שיורית" של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה"שיורית" של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים "חלל מנהלי".. "חלל מנהלי" כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא "מולא" בעקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת.

הסמכות השיורית לא רלוונטית במקרה משום שכאמור בכפוף לכל דין, הכולל גם קיבוץ זכויות אדם. המקרה עובר באופן קשה על זכות האדם שמצריכה הסמכה מפורשת בחוק ולא הסתמכות על הסמכות השיורית.

סמכות חקירה- מכוח פקודת הפרוצדורלית הפלילית (עדות)?

הגנת צורך? סעיף 34 י'א לחוק העונשין: לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

הגנת הצורך היא פעולה שאדם עשה ללא סמכות, והשאלה האם יישא באחריות פלילית על מעשיו?

בית המשפט לא נכנס לפרטים הקטנים של שיטות החקירה אלא קובע כדבר עקרוני שאין מקור סמכות לשיטות החקירה המצויות. בית המשפט קובע כי במדינה דמוקרטית שומרת חוק, הסמכות חייבת להיות מעוגנת בחוק בחקיקה ראשית באופן מפורש. היום שיטות החקירה הוסדרו בחקיקה ראשית הנקראת חוק השב"כ. אומנם סמכויות השב"כ הוגבלו אך אין כבילה מהותית על סמכויותיו.

**נפסק: אין מקור סמכות.**

התוצאה: הממשלה הסדירה את עניין החקירות, יחד עם סמכויות השב"כ, ב"חוק השב"כ".

חשיבות: פסילה של פרקטיקה **משמעותית (**חקירות השב"כ) תוך סירוב לעגן אותה בעקרון הסמכות השיורית. **מדובר בפסילה של פרקטיקה משמעותית חשובה ונחוצה לכל הדעות ויחד עם זאת בית המשפט פוסל אותה על שמחוקק יעגן את הסמכות בחוק.**

**האצלת סמכויות**

**סעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה**

*(א)  סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים; סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי סעיף 32.*

*(ב)  סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור.*

*(ג)   סמכות שהממשלה אצלה לשר, למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצלה, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור אם הסמיכה אותו הממשלה לכך.*

בתוך הרשות המבצעת יש פרקטיקה של האצלת סמכויות. דהיינו לגורם אחד יש סמכות והוא מאציל אותה לגורם אחר. סעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה:

1. חוק יסוד מעניק לממשלה כגוף סמכויות מסוימות, היא לא רשאית להאציל אותה לגורמים אחרים. למעט בסמכות שיורית, סמכות שיורית היא סמכות שמוענקת בחוק היסוד ואותה היא כן רשאית להעביר לשר אחר.   
   הממשלה יכולה לקבוע כי שר מסוים ירכז בידיו את הסמכות בעניין זה. למעט סמכויות שהממשלה רוכשת מכוח חוק היסוד עצמו, אותן היא לא יכולה להאציל. למעט את הסמכות השיורית בתחום מסוים היא רשאית להאציל.
2. סמכות אשר שר רכש אותה באמצעות החלטת ממשלה שקבעה את האצלת הסמכויות, רשאי השר לאצול כולה או מקצתה לעובד ציבור. הוא רשאי להעביר את הסמכות להאציל לעובד ציבור. למעט סמכות לחקיקת תקנות.
3. כשהממשלה מאצילה את סמכות הממשלה המשותפת, להבדיל מסמכויות מקוריות שהייתה לממשלה פה יש סמכויות שהואצלו והוענקו מהממשלה, יכול להעביר ולהאציל את הסמכו לעובד ציבור רק אם הממשלה הסמיכה אותו לכך.

האם ניתן להאציל סמכויות שלטוניות גורמים "פרטיים"?

**האם ניתן להאציל סמכויות שלטוניות לגורמים פרטיים?**

**פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה**

רקע: מחוזית לתכנון ובנייה. הסעיף קובע כי בוועדה מחוזית יכהנו, בין היתר, חמישה נציגים של הרשויות המקומיות שבאותו מחוז.  
סעיף 7(א)(12) לחוק קובע כי נציגי הרשויות המקומיות בוועדה המחוזית ימונו על ידי שר הפנים על פי המלצותיהן של הרשויות המקומיות שבאותו מחוז. ארבעת העותרים, שאיש מהם איננו נבחר הציבור או עובד ציבור, כיהנו כנציגיה של עיריית ירושלים בוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, מחוז ירושלים.  
היועמ"ש פרסם הנחייה שבה נקבע ככלל מוגבלת הרשות המקומית, וכן אף שר הפנים, במינוי נציגי רשויות מקומיות לוועדה מחוזית מקרב נושאי משרה נבחרים או עובדים ברשות המקומית, וכי רק במקרים נדירים ובנסיבות חריגות יותר מינוי של מי שאינו נושא משרה או עובד ברשות. בהתאם, נפסל מינוים של העותרים לכהן כחברי הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז ירושלים.

בית המשפט העליון דחה עתירות נגד פסילתם של העותרים. נשיא בית המשפט העליון הורה על קיום דיון נוסף בפסק הדין.

השופט מצא: מה הנימוק לפסילת גורמים פרטיים, ומדוע הוא לא משכנע?

* אין סוגיה נורמטיבית, זאת שאלה עובדתית, מה מידת הבקיאות של נבחר או עובד. היכרותם המוגבלת של מי שאינם נבחריה או עובדיה של הרשות המקומית עם צורכי הרשות ועם מדיניותה התכנונית- מידת הבקיאות של נבחר או עובד, של מי שאינו נבחר או אובד של הרשות, אינה נושא נורמטיבי **אלא שאלה עובדתית.**
* מידת המחויבות הנמוכה לאינטרסים שלה- יש צורך לבדוק האם מועמד רלוונטי מחויב לאינטרסים של הרשות המקומית, וגם נבחרי ציבור לא פועלים לאינטרסים של הרשות המקומית ככלל אלא בחלק קטן ומסוים של הבוחרים, הבוחרים בו. גם זה נושא עובדתי הטעון בירור נקודתי בקשר לכל מועמד. כמו כן, דווקא נבחר ציבור עלול לגלות פחות מחויבות (ירצה להיטיב עם בוחריו).
* פיקוח- אם זה נבחר או עובד הרשות יכולה לפקח על אותו אדם, הם לא כפופים לכללי אתיקה ומשמעת שחלים על הרשויות המקומיות. טענה זו לא משכנעת משום שגם אדם פרט יכולים להחיל עליו את הכללים. יכולתה המוגבלת של הרשות לפקח על פעולותיהם ולהבטיח כי ייצגו כראוי את ענייניה- אמנם נכון כי נציגיה החיצוניים**.**
* ניגוד עניינים-קיום "מצבים אינהרנטים של ניגוד עניינים" בקרב מועמדים אלה אמנם ניתן להניח כי מינוי מועמדים פרטיים מקרב הפעילים בשוק המקרקעין ובעסקי בנייה עלול לעורר חשש ממשי לניגוד עניינים ; מינוי מועמדים כאלה, ככלל, אכן אינו רצוי, ומכל מקום הריהו מותנה בנקיטת אמצעי זהירות מיוחדים, אך גם במגזר הפרטי מצויים מועמדים מוכשרים רבין שאין מתעורר לגביהם הכרח חשש לקיומו של ניגוד עניינים.

השופט מצא: יש גם יתרון: מינויים לוועדות המחוזיות של אזרחים שאינם נבחריהן או עובדיהן של הרשויות המקומיות הנוגעות בדבר עשוי, כשלעצמו, לתרום לשיפור תפקודן ולהעלאת רמתן המקצועית של הוועדות. יש גם יתרון, הבאת אנשים בעלי ניסיון חיצוני לרשות מקנה מקצועיות והתמתחות בתחום המבוקש יורת טובה מאשר לעובדי הרשות.

**פס"ד עניין הפרטת בתי הסוהר**

רקע: יצא חוק בשנת 2004 בו נקבע כי מדינת ישראל הולכת לפיילוט שבמסגרתו יוקם בית סוהר אחד שינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא על ידי המדינה. ישראל וקם לראשונה בית סוהר (אחד) שיופעל וינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא ע"י המדינה.

בית המשפט קובע בדעת רוב כי האצלת סמכויות פוגעת בחירויות האדם שהמעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולכן הוא מבטל את החוק.

מדוע יש פגיעה בחירות וכבוד?

הנשיאה בייניש: "הפקדת סמכות הכליאה בידיים פרטיות מחמירה את הפגיעה בזכויות האסירים לחירות ולכבוד, גם אם מבחינה מעשית היחס שיקבלו מידי הגורם הפרטי יהיה זה ליחס שהיו מקבלים בכלא שמנהלת המדינה. ההפקדה של סמכות הכליאה בידיים פרטיות מחמירה את הפגיעה בזכויות לחירות ולכבוד של האסירים. בהגדרה וגם מבחינה מעשית היחס שהאסירים יקבלו מגורם פרטי, גם אם זה אותו יחס בדיוק עצם העובדה שהם אנשים פרטיים מגדיל את הפגיעה בזכות האסירים לחירות וכבוד.

**מדוע?**

"עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם"(פסקה 36). ? עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח, הגוף פועל מתוך אינטרסים כלכליים והרצון כי ההכנסות יעלו על ההוצאות, מבטא חוסר כבוד למעמד של האסירים כבני אדם.

האם ניתן לפסול נימוק מוסדי?

ניתן היה לטעון כי הפעולות הכרוכות בכליאה, סמכויות הנגזרות מהמסכות לכלוא, הן בהגדרתן סמכויות שלטוניות ולכן באופן עקרוני הן סמכויות של הממשלה ובאופן עקרוני לא ניתן להפקיד סמכויות הממשלה בידיים פרטיות. ניתן לטעון שהכליאה והפעולות הכרוכות בה הינן סמכויות שלטוניות, המקוטלגות כסמכויות ביצוע, ולכן באופן עקרוני הן אמורות להיות מופקדות בידי הרשות המבצעת ולא ניתן להפריטן.

היו שני מסלולים לפסילת החוק:

1. פגיעה לא לגיטימית בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אשר לא עומדות בפסקת ההגבלה.
2. מסלול הקובע כי סמכות, לא לפגיעה בזכויות אדם, אלא אין סמכות משום שהחוק עומד בסתירה לקביעה בחוק יסוד אשר לא מאפשר להאציל את הסמכות הזו. מדובר בסמכות ביצועית שהיא בלב הפעילות השלטונית ואת זה לא ניתן להעביר לידיים פרטיות.

למה היה מקום ללכת על המסלול המוסדי? מה היתרון?

שיח הזכויות כרוך באיזונים "ערכיים" שנתפסים כסובייקטיביים באופיים, ולכן השימוש בו במסגרת ביקורת שיפוטית על פעילות רשויות השלטון האחרות מעורר ביקורת ציבורית וגובה מחיר מבית המשפט. לעומת זאת, הטיעון המוסדי נראה על פניו ניטרלי ולכן השימוש בו 'עובר' בקלות רבה יותר את מבחן דעת הקהל. פגיעה בזכויות, הממשלה קובעת כי היא לא מצליחה לספק את כלל השירותים הדרושים ומכאן שיש פגיעה בזכויות האדם של האסירים. התועלת של כלא פרטי עולה על הנזק העכשווי של אי הפרטת בתי הכלא. שיח הזכויות כרוך באיזונים ערכים שלא פעם הם נתפסים כסובייקטיביים ולכן השימוש בו במסגרת ביקורת שיפוטית על פעילות רשויות השלטון האחרות מעורר ביקורת ציבורית וגובה מחיר מבית המשפט.

הטיעון המוסדי נראה על פניו ניטרלי, אלא יש קביעה והכרעה שיש דברים שהמדינה לא רשאית להאציל לידיים פרטיות. אין פה קביעה סובייקטיבית אלא שימוש בכללי המשחק.

למה השופטים בחרו בנתיב הזכויות ולא בטיעון המוסדי?

* הטיעון המוסדי צריך לתלות אותו על סעיף חוקתי, והמצב הקיים הוא שאין עיגון יציב ובסיס חוקתי לביקורת שיפוטית על החוק מטעמים מוסדיים. ההימנעות נובעת מהיעדר בסיס חוקתי יציב לביקורת שיפוטית על החוק מטעמים מוסדיים.

הפקדת סמכות הכליאה בידי גוף פרטי עוגנה בחקיקה ראשית וכדי לתקוף את ההסדר יש להכריז על בטלותו של החוק. בעניינו, העוגן החוקתי שבו הציעו העותרים לבת המשפט להשתמש לשם תקיפת החוק מצוי בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". ניתן היה לטעון שמכלל הן אתה שומע לאו, רוצה לומר, סמכויות ביצוע נתונו בידי הממשלה בלבד ולא ניתן להפקידן בידי גורם פרטי, כפי שנקבע בחוק.

אלא שטענה זו בעייתית, שהרי לפיה צריך היה לפסול לא רק את ההפקדה של סמכויות הכליאה בידי גורמים פרטיים, אלא כל האצלה של סמכויות ביצוע לידי גורם פרטי. והנה, כידוע, שורה שלמה של סמכויות בעלות אופי ביצועי הופרטו ואין פוצה פה ומצפצף. אלא שטענה זו היא בעייתית, אם בית המשפט הולך לכיוון זה נקבע כי כל האצלה לידיים פרטיות היא לא חוקית. המדינה לא תהיה רשאית להאציל את הסמכות לגורם פרטי. יש סמכויות רבות בעלות אופן ביצועי שהממשלה מאצילה לידיים פרטיות, כמו עבודות שירות.

השופט אדמונד לוי מביא בחוות דעתו את הדוגמאות הבאות: נשיאת מאסר אל דרך עבודת שירות (סימן ב'1 לחוק העונשין, התשל"ז 1977) שאינה נעשית בהכרח במוסדות המדינה אלא גם במוסדות פרטיים; ס' 9 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א 1991, המאפשר לפסיכיאטר מחוזי לאשפז חולי נפש בכפייה בבתי חולים פרטיים; הגבייה המינהלית שלפי פקודת המסים (גבייה), אשר מכוחה רשויות שונות רשאיות להיעזר בחברות גבייה פרטיות.

זאת ועוד, קריאה דווקנית של הסעיף הייתה צריכה לשלול לא רק את הפקדתן של סמכויות ביצוע בידי **גורמים פרטיים** אלא גם את הפקדתן בידי **רשויות השלטון האחרות**. כפי שציינו לעיל, גם למחוקק ולבית המשפט יש סמכויות ביצוע ואיש אינו מערער על הלגיטימיות של מצב עניינים זה. נימוק נוסף יכול לטעון כי יש להפריד בין האצלת סמכויות הממשלה לידיים פרטיות באופן כללי ולבין העברת סמכות לכליאה לידיים פרטיות. יש מקומות שצריך גמישות מוסדית אומנם, מקרים שהם בלב הפעילות השלטונית היחס יהיה הרבה יותר נוקשה.

* במקרה שלנו לא ניתן להימנע מהצגת טיעון ערכי גם במסגרת המסלול המוסדי, מה שמבטל את ייתרונו של מסלול זה.

תומכי הטיעון המוסדי יכולים להשיב שהעיקרון הקבוע בסעיף איננו מוחלט, במובן זה שבמקרים מסוימים הוא נסוג במפני עקרונות ואינטרסים מתנגשים. ועם זאת, את סמכות הכליאה לא ניתן להעביר שכן היא מצויה בליבת העיסוק של הרשות המבצעת.

בייניש: מסכימה כי יש סמכויות שניתן להאציל אך לא סמכות כזו.

" נוטים אנו לפרש את הוראות סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושאסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים. כעולה מן האמור לעיל, הסמכויות הכרוכות בכליאת אסירים ובהפעלת כוח מאורגן בשם המדינה אכן נכללות בגדר אותו 'גרעין קשה'**(פסקה 63)**

אלא שאם אין מניעה עקרונית להאציל סמכויות ביצוע לגורמים פרטיים, במקרה שבו הדבר משרת אינטרס ראוי, מצטרך להסביר מדוע דווקא את סמכות הכליאה לא ניתן הפריט, חרף העובדה שהדבר ישרת אינטרס ראוי. הטיעון יהיה כרוך בהפעלת שיקול דעת ערכי. אם אנחנו נדרשים ממילא לביצוע איזון ערכי, נעלם היתרון של הטיעון המוסדי וייתכן שאף עדיף לבצע איזון ערכי במסגרת שיח הזכויות, מקום שבו הוא מבוסס ומקובל.

בשני המסלולים יש צורך לביצוע איזון ערכי. באופן עקרוני ניתן להאציל סמכויות אך באופן ספציפי לא ניתן להאציל סמכות לידיים פרטיות. במקרים אלו יש צורך בשיקול דעת של ביהמ"ש והפעלת ביקורת שיפוטית. שקלול במהותו הוא סובייקטיבי ולכן אין המסלול שונה מזכויות אדם.

נכון להיום, יש הסתייגות מסוימות להעברת סמכויות שלטוניות לידיים פרטיות אך לא קיים איסור מפורש. עד היום בית המשפט לא הלך על המסלול המוסדי ופסל חקיקה תחת מסלול זה. יש הסתייגות מסוימת אך כל עניין נבחן לגופו ובינתיים לא נעשתה פסילה על יסוד המסלול המוסדי.

יש נטייה ומגמה שקובעת כי לא ניתן להאציל סמכויות שלטוניות אך נכון להיום הכיוון הזה לא מתקבל, גם מטעמים פרקטיים.

**הפסקת כהונת שר או סגן שר**

סעיף 22(ב) לחו"י הממשלה "ראש הממשלה, רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו ; כהונתו של שר נפסקת כעבור 48 שעות לאחר שכתב ההעברה מכהונה נמסר לידיו, זולת אם חזר בו ראש הממשלה קודם לכן."

ראש הממשלה רשאי לפטר את שריו. האם יתכנו מצבים בהם ראש הממשלה חייב לפטר אחד משריו? או שפיטור שר מהווה החלטה לא סבירה? בעילה של חוסר סבירות, "רשאי" הופך ל"חייב" ולהיפך.

למרות שלשון החוק אומרת רשאי אין זאת הכוונה. המונח רשאי מבטא שיקול דעת, אך בית משפט העליון קובע כי יש מצבים בהם בעל הסמכות הוא בעל שיקול הדעת, השיקולים השונים באותן הנסיבות מבילים לתוצאה אחת שהיא התוצאה הסבירה. הרשאי הופך לחייב, או שאסור לנקוט בסמכות.

האם יש מקרים בהם קימת חובה לפטר?

**התנועה לאיכות השלטון- דרעי**

* רקע: לאחר שקבע כי ההסכם בין רבין לדרעי בטל בהיותו נוגד את הוראות החוק, עבר בית המשפט לדון בהחלטתו של ראש הממשלה שלא להעביר את דרעי מתפקידו.
* במקרה היועץ המשפטי הוא זה שייעץ לרבין להכניס את הסעיף הקובע כי לא יפטר את דרעי מחשש לביטול ההתחייבות. אך בסוף מסתבר כי אותה הוראה שהיועץ המשפטי לממשלה קבע היא לא חוקית ויש לבחון אותה בבית המשפט.
* הנשיא שמגר מצא כי "העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן ואי- הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי סבירות קיצוני" ולפיכך פסל את החלטת ראש הממשלה.

מה תוכנה המדויק של הלכת דרעי?

השופט זמיר בבג"ץ 2533/98 התנועה למען איכות השלטון בישראל:

הנה כי כן, אפשר לסכם ולומר, על יסוד פרשת דרעי ופרשת פנחסי, כי הלכה היא, **שאם הוגש כתב אישור בעבירה חמורה נגד שר או סגן שר, קמה חובה על ראש הממשלה להעביר אוו שר או סגן שר מכהונתו.** סירוב של ראש הממשלה להעביר שר או סגן שר מכהונתו ייחשב, בנסיבות כאלה, חוסר סבירות קיצוני. לפיכך יכול בית המשפט, במקרה כזה, להורות לראש המשלה להפעיל את סמכותו כנדרש בנסיבות המקרה, כלומר להעביר את השר או סגן השר מכהונתו.

זה לא מספיק שזה חוסר סבירות אלא חוסר סבירות קיצונית בשביל שבית המשפט יתערב בהחלטת ראש הממשלה. השופט זמיר מציע את הפרשנות, שכאשר הוגש כתב אישום בעבירה חמורה יש חובה לפטר את אותו השר.

**בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**

לשופט חשין דעה מעט שונה :

נניח למשל כי שר המועמד להדחה אך בשל כתב אישום שהוגש נגדו בעבירות חמורות מבקש לטעון לפני בית המשפט כי נפלה טעות בהבנת הראיות שנאספו אל תיק המשטרה, וכי כתב האישום תלוי על בלימה. היעלה על הדעת כי בית המשפט לא ישמע לו וכי יפנה אותו להליך פלילי להעלות טענותיו? הכך היה רוכש בית המשפט את מקומו הראוי לו? יתר על כן, האעלתו של כתב האישום- באשר הוא- לדרגת מסמך מכריע בתהליך הדחתו של שר מכהונתו שקולה כנגד העברת שיקול הדעת מבית המשפט לפרקליט שחתם על כתב האישום, וכזאת לא יישעה ולא יישמע. בית משפט אסור הוא להתנצל את סמכותו לשפוט ולהכריע על פי ראיות שהונחו לפניו. שיקול הדעת בהליך השפיטה נתון בידי בית המשפט- בידיו בלבד- ועיקר שבעיקרים הוא כי בית המשפט לא יאצול את סמכות השפיטה לא ליועץ המשפטי לממשלה ולא לפרקליט מפרקליטי המדינה, וממילא לא יראה כתב אישון, באשר הוא ,כמסמך שאין אחריו ולא כלון. כתב אישום, כשהוא לעצמו, לא יכריע בגורלו של חבר ממשלה (פסקה 32).

חשין:

תנאי להגשת כתב אישום הוא כאשר קיים סיכוי סביר להרשאה. האם שר יפסיק את כהונתו רק בשל הגשת כתב אישום נגדו? הבעיה היא פגיעה בשיקול הדעת של ביהמ"ש. בעצם יוצא שהיועמ"ש ברגע שהוא מחליט להגיש כתב אישום, הוא בעצם מחליט כי השר יפוטר בתפקידו. עצם העובדה שהוגש כתב אישום לא יכריע בגורלו של חבר בממשלה.

השופטת דורנר חוזרת על טענתו של חשין, וקובעת כי הלכת דרעי-פנחסי תתקיים בשני תנאים: ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה ועבירה חמורה שיש עליה קלון. הלכת דרעי ופנחסי קובעות חובה לפיטורין בהתקיים שני תנאים, ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה ואישום בעבירה חמורה שיש עימה קלון.

מה סדר הדברים לדעת חשין ודורנר? האם רוה"מ חייב לפטר ובית המשפט יבחן לאור הראיות, אם השר יעתור, או שגם רוה"מ רשאי לשקול לאור חומר הראיות?

האם יש באמת הצדקה להפיכת הסמכות לפטר לחובה במקרה כלשהו? מדוע לא להשאיר לשיקול הדעת של רוה"מ?בפועל- נגד שר פלוני מוגש כתב אישום. מה קורה אז? האם ראש הממשלה חייב לפטר אותו והשר פונה אל ביהמ"ש להכרעה בחומר הראיות. או ראש הממשלה מחליט על חומר ראיות ואז הוא מפטר, וכתוצאה מכך פונים לביהמ"ש?

השאלה היא, מה סדר הדברים? מי זה שבוחן את חומר הראיות לפיטורים?

למה לא להשאיר את סמכות הפיטורים לשיקול ראש הממשלה?

**בג"צ אמיתי (העברת סגן שר מכוהנתו)**

* "השופט ברק: מקום רב הוקדש- הן במכתבו של ראש הממשלה והן בכתב התשובה של סגן השר פנחסי- להבחנה בין מבחר ציבור לבין עובד ציבור. על פי גישה זאת, נבחר ציבור מכהן במשרתו מכוח אמון הציבור אשר בחר בו בהליך דמוקרטי בידו הכוח והמסכות להעבירו בכהונתו באותה דרך. על כן, רק במקרים מיוחדים- כגון הרשעה שיש בה קלון- יש מקום להעבירו מכהונתו.
* אכן, מקובל עלינו כי לא הרי נבחר ציבור כהרי עובד ציבור. הראשון נבחר על ידי העם ועומד לשיפוטו. השני נבחר על ידי נבחרי העם ועומד לשיפוטם.
* אך שוני זה אין משמעותו כי נבחר העם עומד בפני דין הבוחר בלבד, ורק במקרים חריגים ויוצאי דופן הוא גם יעמוד לדין המשפט. דין הבוחר לא בא במקום דין המשפט, ואין הוא יכול להחליפו.
* אכן, דווקא היותו של אדם נבחר ציבור מחייב אותו ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר מעובד ציבור "רגיל". מי שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו.
* ען כן, כאשר נתונה לרשות שלטונית סמכות הפסקת כהונה עליה לעשות בה שימוש כאשר בעל הכהונה פוגע באמון הציבור בשלטון, בין אם בעל הכוה הוא נבחר( כגון חבר כנסת המכהן כסגן שר) ובין אם הוא עובד ציבור (כגון עובד מדינה ששר מוסמך לפטרו)."

קיים מנגנון פיקוח על פעילות הממשלה והוא הכנסת. מדוע לא לאפשר לכנסת לעשות מלאכתה? אם תרצה תוכל להביע אי אמון בממשלה.

הטיעון אומר כי עובד ציבור, צריך ברגע שהוגש כתב אישום לפטרו. אך סגן השר והשר שניהם נבחרי ציבור והם פועלים מכוח אמון הכנסת הפועלת מכוח הציבור. הציבור הוא זה שיחליט ויכריע האם הוא סבור אם אותו אדם צרך להמשיך כהונתו או לא. הראשון נבחר על ידי העם ועומד לשיפוטו מנגד עובד ציבור נבחר על ידי נציגי העם ועומד בשיפוטם.

בנוסף, נציג הציבור צריך לשמש מופת לעם, הגשת כתב האישום פוגע בחזית הנקייה וכך באמון הציבור. אומנם, אמון הציבור הוא מושג סובייקטיבי, יש לבחון אבל לא ניתן לקבוע מראש? האם במקרה של הגשת כתב האישום שלעצמה פוגעת באמון הציבור משום שיבור חושב כי האדם צריך להילחם על חפותו?

**חשין בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה:**

הכנסת מביעה אמן בממשלה כולה ועניינו של השר הספציפי נבלע בתוכה. כשהבעת אמון ואי אמון בממשלה כולה אינו שווה ערך לשר מסוים, האמון הוא כללי ולא שר לשר פלוני. לאור זה בבג"ץ אמיתי נקבע לא רק שההחלטה לא להסיר את החסינות לא ניתנת להתפרש כביטוי של אמון אלא כגורם המחזק את החוסן הציבורי במערכות השלטון. איך זה שהכנת החליטה לא להסיר אמון? כשהציבור כועס על כך? אומנם ניתן גם להבין את החלטת הכנסת ממקור של אמון הציבור- הציבור חושב כי לנציג יש זכות לטעון לחפות עד להרשעתו.

האם הטיעון משכנע? היעדר אפשרות להעמיד לדין(נניח שהכנסת החליטה לא ליטול את חסינותו של חבר כנסת שהוא גם שר/סגן שר)- להיכן הוא מטה את הכף?

הכנסת כשהיא מביעה אמון ואי אמון היא לא מביעה בשר ספציפי אלא בממשלה כולה. מכאן שלא ניתן להתבסס ולקבוע על אמון הכנסת והציבור.

סיכום קצר- הלכת דרעי פנחסי- הגשת כתב אישום יש לפטר את אותו שר פלוני.

הלכות דורנר וחשין- הגשת כתב האישום ופיטור השר יתקיים בשני תנאים: סיכוי סביר להרשעתו ועבירה עמה קלון. מביעים בעייתיות, יש לפרקליטות גם כוח להגשת כתב אישום וגם קביעה לסיום תפקידו הפוליטי של נציג הציבור. עצם העובדה שבית המשפט נכנס לחומר הראיות וקביעה כי יש סיכוי להרשעה זה שם את הנאשם במקום הרבה פחות טוב. ברגע שהקביעה היא במערכת השפיטה זה גורם ליכולת של האדם להגן על עצמו נפגעת.

העלינו ספקות לגבי הטיעון המרכזי עומד בבסיס דעת ברק- אמון הציבור

השאלה הולכת ומתחדדת במיוחד בהחלטה שלא להסיר חסינות- האם אמון הציבור הוא טיעון של פיקציה? האם הטיעון יכול להיטען דווקא לצד השני, האם ההחלטה פוגעת באמון ביהמ"ש?

האם חוק היסוד הפנים את הלכת דרעי ופנחסי?

בעבר לא היו חוק יסוד הממשלה שקבעו פוזיטיבית הפסקת כהונו של שר או סגן שר- רשאי. מצב זה השתנה. חוק היסוד הנוכחי קובע בסעיפים 23ב ו27 כי הרשעה בעבירה שיש עמה קלון מביאה להפסקת כהונה מיידית ללא מתן שיקול דעת לראש הממשלה. מכיוון שסוגיית הקלון איננה חדה מוטלת משימת הסיווג על ביהמ"ש

אימוץ הלכת דרעי ופנחסי ככל שהיא קיימת, הגשת כתב אישום עם עבירת קלון הכהונה מסתיימת. האם העובדה שחוק ה

היעדר אפשרות להעמיד לדין- להיכן הוא מטה את הכף?

**ברק (בג"צ אמיתי)**

לאור העבירות המיוחסות לו בכתב האישום שהון בעלות משמעות חמורה למי שנושא משרה רמה ברשות המבצעת- **ולאור חוסר האפשרות הדיונית לברר אותן בבית משפט**- נפגם אמון הציבור במוסדות השלטון באופן כה חריף, עד כי אין להמתין עוד עד לסיום "הטבעי" של הכהונה.  
אולם, לכאורה החלטת הכנסת עשויה לשמש דווקא כשיקול הפוך. גם ברק עצמו מודה בכך (פסקה 5):

השיקול בדבר אמון הציבור במערכות השלטון אינו השיקול היחיד שיש לקחתו בחשבון. יש להצביע על מספר שיקולים הפועלים כנגד הפסקת כהונתו ראשית, יש להתחשב בכך שמליאת הכנסת סירבה ליטול את חסינותו של ח"כ פנחסי. זהו ללא ספק שיקול הפועל "לטובתו של ח"כ פנחסי.

אך מייד הוא מתקן, ומסביר מדוע זהו לא שיקול חשוב: "יחד עם זאת, משקלו של שיקול זה הוא נמוך. הכנסת הביעה עתה כי אין להעמיד את ח"כ פנחסי לדין פלילי, הכנסת לא נקטה כל עמדה- ועניין זה לא עמד כלל לדיון לפניה- בשאלה אם ראוי סגן השר פנחסי להמשיך בתפקידו. שתי אלה- העמדה לדין והמשך כהונה- הן בעיות שונות ונפרדות. "

האם חוק היסוד הפנים את הלכת דרעי ופנחסי?

* בעבר לא היו בחו"י הממשלה סעיפים שקבעו פוזיטיבית הפסקת כהונתו של שר או סגן זר. מצב זה השתנה. חוק היסוד הנוכחי קבע, בסעיפים 23(ב) ו27, כי הרשעה בעבירה שיש עמה קלון מביאה להפסקת כהונה מיידית, ללא מתן שיקול דעת לראש הממשלה. מכיוון שסוגיית הקלון איננה חדה, מוטלת משימת הסיווג על בית המשפט המרשיע.
* דרעי פנחסי טרם הורשעו כשבית המשפט חייב פיטוריהם (למעשה, מדובר היה בשלם שטרם הגשת כתב אישום: אצל דרעי לפני הסרת חסינות ואצל פנחסי לאחר שהוברר שהחסינות לא תוסר).
* יוצא שהמחוקק לא הפנים לתוכו באופן מלא את הלכת דרעי ופנחסי, חוף העובדה שנחקק לאחר שהפכו להלכה מורשעת.

אם היעדר ההפנמה משנה את ההלכה? מייד נשיב על השאלה.

הלכת דרעי פנחסי: שר או סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום יש לשקול לחייב את ראש הממשלה לפטר, אפילו אם סמכות ראש הממשלה לא מורה לו על כך. "יכול" יכול להפוך ל"חייב" תוך שימוש ב"עילת הסבירות".

**מגבלות על מינוי שרים**

סעיף 6 לחו"י הממשלה:

1. לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון.
2. יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון.

האם הסעיף ממצה? כל עוד יש עבירה בה נקבע כי יש עמה קלון אז האדם נידון למאסר, יש תקופת צינון שעונה על7 שנים עד לחזרתו לכהונת שר.

**התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ**

רקע: התנועה לאיכות השלטון עתרה כנגד מינוי הנגבי לסגן שר החוץ. כל שבעת השופטים קבעו שלא ניתן לפסול את המינוי על בסיס חו"י הממשלה. אולם, העותרת טענה שגם אם המינוי תקין מבחינה פורמלית, ההחלטה למנות את הנגבי וההחלטה שלא לפטרו אינן סבירות מאחר שהוטל עליו קלון לאחר שהורשע בעדות ושבועת שקר ליו"ר וועדת הבחירות המרכזית. בחוק יסוד הממשלה אין סעיף עליו ניתן לפנות, אך אומרת התנעה לאיכות השלטון גם אם המינוי תקין מבחינה פורמאלית, אין זה תקין מאחר והוטל עליו קלון בקשר לעבירות שביצע.

נפסק: גרוניס: בהלכת דרעי פנחסי היה חוסר עיגון בחוקי היסוד לדיני כשירות נוכח ההרשעה. מתוך החלל הזה נכנס ביהמ"ש והתערב בביקורת שיפוטית. אומנם כיום לא קיים חלל חקיקתי, וספק אם ניתן לראות חסר. אם הוגש בעבירה כתב אישום שיש בה קלון- מבחן הסבירות. גרוניס קובע כי ברגע העניין מוסדר בחוק יסוד בסוגית כהונה נוכח כתב אישום, על פניו נראה כי הלכו דרעי ופנחסי לא רלוונטיות כי ן ניתנו במצב של חוסר הסדרה. אך כל זה באמרת אגב, עדיין ההחלטה לא לפטר את סגן השר הנגבי נופלת במתחם הסבירות.

**בג"צ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' רוה"מ**

* העותרים מבקשים מבית המשפט להורות לרוה"מ בנימין נתניהו לפטר את דרעי מתפקיד כשר הכלכלה בשל העבירות שבהן הורשע בעבר.
* כאמור, סעיף 6(ג) לחו"י הממשלה מחייב תקופת צינון של 8 שנים מיום סיום ריצוי העונש. במקרה של דרעי חלפו 13 שנים.
* בית המשפט קובע שההסדר הקבוע בחוק אינו מצה במובן ה שבהחלטה שלא לפטר עדיין חייבת לעמוד במבחני סבירות (פסקה 16). בפסקה 19 השופטת חיות קובעת כדלקמן:

"אף מהו פרק הזמן אשר נדרוש כי יחלוף בטרם ניתן יהיה למנות לכהונת שר אדם שהורשע בפלילים בעבירה שיש עמה קלון ובגינה אף ריצה עונש מאסר? שאלה זו מן הראוי כי תוכרע על ידי הגורם הממנה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה , אך אין ספק כי אחד הנתונים שעליו להביא בחשבון בהקשר זה הוא פרק הזמן בן 7 השנים שקבע המחוקק בסעיף 6(ג) לחו"י הממשלה כמגבלת כשירות בהקשר זה. "

בית המשפט קובע כי ההסדר איננו ממצה במובן שהחלטה לא לפטר חייבת לעמוד במבחני הסבירות. השופטת חיות קובעת: אין לקבוע מסמרות, יש מקרים בהם תקופת הצינון תספיק ויש כאלו שלא. חיות קובעת כי היא לא מתעלמת מחוק היסוד אלא יש מקום להתחשב וצריך לקחת בחשבון שהמכונן בחוק יסוד הממשלה קבע 7 שנים. הדברים נראים חתוכים לחלוטין- מה הכללים לקביעת התקופה המגבילה את כהונת השר? יש פה שימוש לרעה של בית המשפט לעבירה ולהתערבות שיפוטית על חוק היסוד, הכנסת קובעת הסדר חד וברור וגישת בית המשפט שיש מקרים בהם ניתן להתערב למרות ההוראה הברורה מהמכונן.

השופט מלצר: הטלת חובה לפטר אין בסיס בדין עלולה לפגוע במשילות ובמסירות החוקתית למנהל תקין. מלצר להבדיל מחיות לא מתלהב מפריצת המסגרת וקובע כי הרחבת החובה וקביעה כי ניתן להרחיב ולשקול שיקולים נוספים מלבד הקבועים בחוק, עלולה לפגועה במשילות ובמסירות לחוקה- יש חוקה וביהמ"ש לא אמור להתערב בה.

**פוקס נ' ראש הממשלה**

רקע: עתירה נגד פיטורי שרים, ליברמן ואילון בנוגע לסוגיית ההתנתקות. במקרה ראש הממשלה פיטר את השרים במטרה להגיע לרוב שיאפשר קיום של החלטה.

הנשיא ברק: המבחן- "ניתן לפטר שר מכהונתו רק אם ראש הממשלה משוכנע כי יש בכך כדי לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות המבצעת של המדינה ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה" (פסקה 23).

* אין פסול בהעברה מכהונה בטרם התקיימה הצבעה בממשלה במטרה להשיג רוב- שהרי תפקודה הראוי של הממשלה בא לידי ביטוי, בין היתר, ביכולתה לקבל החלטות המשקפות את יעדי המדיניות והאינטרסים הלאומיים. מה הטעם, בהתמתנה לראות כיצד ייפול דבר(פסקה 27).
* ראש הממשלה לא כבול לקווי היסוד של הממשלה- כבילת שיקול דעתו של ראש הממשלה לקווי היסוד משמעה עיקור של יכולתו לנווט את הממשלה כרשות המבצעת על פי הצרכים המשתנים.

מהו התנאי לכך האם ניתן לפטר שר? המבחן הוא שפיטור שר יכול לקרות רק כאשר תפקוד השר מונע להגשים את מדיניות הממשלה. לממשלה היו קווי מדינות מסוימים ועכשיו היא הולכת לשנות אותם. רשאי ראש הממשלה לפטר שרים לפני שמתקיים דיון מסוים.

יעדי המדיניות כל הזמן משתנים אז למה שיחכו כל הזמן לרוב?

השופט לוי:

לא מתערב בשל היקף הסמכות שמעניק כעת החוק, אולם סבור שראוי לתקן את החוק ולצמצם את היקף משום שמתן אפשרות לפטר לשם השגת רוב בממשלה נוגד את הראוי במשטר דמוקרטי. היום חוק היסוד לא מגביל את ראש הממשלה אך ראוי לשנתו.

אם ראש הממשלה רוצה לשנות מדיניות הוא רשאי, אך לפטר את השרים במטרה להשיג את הרוב הראוי, ולשנות מדיניות לפני דיון ממשלה לא ראוי. מן הראוי שגם יעשה מהכיוון ההפוך- פיטור שר ושינוי מדיניות צריך להשיג את אישור הכנסת. אם יש רצון להגיע למצב בו הממשלה נוהגת ומכהנת מכוח אמון הכנסת, בשינוי מדיניות, כשם שהיה צריך בסיבוב הראשון להשיג את אמון הכנסת, גם בשינוי מדיניות יש הצורך להציג ולהשיג את אמון הכנסת, בכך לאפשר דיון של הממשלה לפני ההחלטה.

לוי אומר משהו רחב יותר- זה לא רק בזיקה למקרה הקונקרטי, אלא באופן כללי לשרים המתנגדים למדיניות הממשלה, כשם שפיטורי שר צריכים להיות לאישור הכנסת כך גם שינוי מדיניות צריך להיות אישור לכנסת.

* מצביע על הקשר שראוי ליצור בין ההליך להצגת הממשלה בפני הכנסת וקבלת אמונה וכן הליך מינוי שר ספציפי, המותנה באישור הכנסת, לבין ההליך שראוי לבצע בפיטורי שרים אגב שינוי מדיניות:

"מינוי שרים היא החוליה האחרונה בתהליך הממושך של הרכבת הממשלה. הליך בזה בא לסופו רק כאשר הממשלה והעומד בראשה מתייצבים בפני הכנסת וזוכים לאמונה, לאחר שהניחו בפניה את קווי היסוד למדיניותם. תהליך דומה כרוך גם בצירוף שר חדש לממשלה, שאף הוא לא נכנס לתפקידו אלא שהכנסת אישר את הודעתו של ראש הממשלה על צירופו. ומכאן שהן הממשלה כגוף הן השר הבודד שואבים את סמכותם מהכנסת (סעיף 13(ד) לחוק היסוד).  
על רקע זה תהיתי אם לא ראוי היה לו לתהליך של העברת שרים מכהונתם כי ייעשה באותה דרך ובאותו כובד ראש, שהרי מדובר ב הפסקת כהונתם של מי שהכנסת הביעה בהם אמון, וההם חברים בגוף הביצוע המרכזי, שעל השפעתם המכרעת של החלטותיו על כל אחד מאתנו אין צורך להרבות מילים."

הרהורים

* אצלנו אין משטר נשיאותי. ראש הממשלה הוא ראשון בין שווים ואינו פוסק יחיד. מתן אפשרות לפטר שרים בשל עמדותיהם מוסרת בידי ראש הממשלה עוצמה בלתי נסבלת. היא גם משמץ (כפי שמציין השופט לוי) שוט בידי ראש הממשלה כנגד שרים סוררים אחרים. אין משטר נשיאותי, ראש הממשלה הוא חלק מהממשלה, מתן אפשרות לפטר שרים בשל עמדותיהם מוסרת לידי ראש הממשלה סמכות קיצונית, שנוגדת את מהות המשטר הפרלמנטרי.
* לוי נותן דוגמא בנוגע לשימוש בסמכות ההכרזה על מלחמה. הדוגמה איננה דמיונית (כפי שהוא עצמו מציין): במלחמת ששת הימים היה לאשכול רוב קטן בממשלה לצאת למלחמה. הוא לא עשה זאת עד שגיבש רוב מספיק גדול.
* ברק טוען שאין לכבול את ראש הממשלה לקווי המדיניות. אבל, איש לא טען כך: אדרבא, שינסה לשכנע את חבריו לממשלה שיש צורך לשנות כיוון. אם יעלה בידו הדבר, אין מניעה דמוקרטית לעשות זאת. אם לא יעשה זאת, הוא עדיין יכול לנסות להרכיב ממשלה חדשה בהרכב שונה. ברק אומר כי דעת לוי כובלת את ראש הממשלה לקווי המדיניות. לוי מתנגד וקובע כי על ראש הממשלה לשכנע את ממשלתו שיש צורך לשנות כיוון. אם לא יצליח לשכנע יש צורך בהרכבת ממשלה חדשה.

**בתי המשפט**

**מינוי שופטים**

סעיף 4 לחוק יסוד השפיטה

 (א)  שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים.

           (ב)  הועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הועדה.

סעיף 6א' לחוק בתי המשפט

(3א) לפחות אחד מנציגי שופטי בית המשפט העליון בוועדה, לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים;

6א.     חבר הועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בועדה.

7.    (א)  ראה שר המשפטים שיש למנות שופט, יודיע על כך ברשומות ויכנס את הועדה.

          (ב)  אלה רשאים להציע מועמדים:

(1)   שר המשפטים;

(2)   נשיא בית המשפט העליון;

(3)   שלושה חברי הועדה כאחד.

(תיקון מס' 55) תשס"ח-2008(יזם אותו ח"כ גדעון סער מהליכוד)

          (ג)   (1)   הצעת הועדה על מינויו של שופט תהיה על דעת רוב חבריה שהשתתפו בהצבעה;

(2)   על אף הוראות פסקה (1), הצעת הוועדה על מינוי של שופט לבית המשפט העליון תהיה על דעת שבעה מחברי הוועדה; פחת מספר המשתתפים בהצבעה מתשעה תהיה ההצבעה על דעת רוב המשתתפים שלא יפחת ממספר המשתתפים בהחסיר שניים.

**בג"צ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים**

רקע: שופטי העליון סירובו להשתתף ישיבות הוועדה בטענה שמדובר בממשלת מעבר. שר המשפטים התנגד אך לאור עמדת השופטים החליט שלא לכנס את הוועדה. העותרים תקופים את ההחלטה ודורשים לכינוס הוועדה. בממשלת מעבר אין לגיטימציה ציבורית מלאה, מאחר והחלטות פוליטית צריכות לבוא לצד לגיטימציה מהציבור יש להשהות את פעילות הוועדה.

טענת העותרים: הוועדה היא לא וועדה פוליטית אלא מקצועית, ומכאן שיש יכולת להפעיל בממשלת מעבר ואם לא זה נותן ויכוח של פוליטיזציה בוועדה.

"לשיטתה של העותרת, לוועדה למינוי שופטים יש מאפיינים "מיוחדים", שלאורם ניתן לכנס את הוועדה ולמנות שופטים גם בתקופה של ממשלת מעבר. בין המאפיינים האלו מונה העותרת את אופייה המקצועי של הוועדה; את העובדה כי השופט אינו נבחר ציבור וכפוף לדין בלבד; את שיקול העדת העצמאי הנתון לנציגי הממשלה והכנסת החברים בוועדה; ואת הרכבה של הוועדה שלא נועד לשקף את יחסי הכוחות הפוליטיים בכנסת וממשלה. העותרת... מציינת.. כי ממשלת המעבר מתבצעת בימים אלה מינויים אחרים אף שחיוניותם קאטנה יותר. בנוסף, נטען כי עמדתם של השופטים החברים בוועדה פוגעת באמון הציבור".

נפסק: לוועדה למיוני שופטים יש מאפיינים ייחודיים, אך לא מצאנו כי ניתן לומר שהמאפיינים הללו מחייבים את המסקנה כי ההחלטה שלא לכנס את הוועדה בעת הזו אינה סבירה.

* כבוד הדדי- עמדתו האמורה של השר והחלטתו שלא לכנס את הוועדה מבליטים את רצונו לכבד את עמדת חברי הועדה השונים המתנגדים לכינוסה. עמדה זו מבטאת גישה ראויה של כבוד הדדי בין חברי הוועדה ואין העותרת יכולה לבוא בטרוניה על כך.
* שפיטות? בנוסף, ניתן היה להביא בהקשר הנדון את העובדה שסוגיית מיוני השופטים החדשים מצויה במרכז מחלוקת ציבורית- פוליטית, אשר מקבלת משנה תוקף בתקופת ממשלת המעבר. סבורני כי הנקודות האמורות במקרבות את ענייננו אל אום המקרים שבהם, חרף האלמנטים המשפטיים שנתן למצוא בה, ספק אם מתאימים הם להכרעה בזירה המשפטית. שפיטות- יש מחלוקת ציבורית פוליטית וזה הזמן שנחזיר לחיים את מבחן הסף של חוסר השפיטות, מבחן שבעבר בית המשפט השתמש בו בכל ביקורת על החלטות הממשלה. אך במקרה זה, הוא הוחזר לשימוש. ההחלטה היא לא החלטה לעשות אלא החלטה לא לעשות ומכאן שמידת ההתערבות תהיה יותר נמוכה.
* ההחלטה על **אי**- מינוי- בנוסף, אך טבעי הוא כי מידת ההצדקה להתערב במקרים שבהם הוחלט על אי- ביצוע מינויים בתקופת ממשלת מעבר תהא קטנה יותר מזו הקיימת במקרים שבהם אכן בוצעו מיוניים לתפקידים ציבוריים חורף העבודה שהממשלה מכהנת כממשלת מעבר.

פס"ד זה מעניין משום שהוא מוכיח ומראה כי קיים פן פוליטי במערכת המשפט הקיימת.

**ביקורת שיפוטית ריכוזית או ביזורית?**

יש שני מודלים נקיים ומרכזיים ששל ביקורת שיפוטית:

1. ריכוזי- רק הסמכות המשפטית העליונה(כלומר, לענייננו בית המשפט העליון) יכולה לבצע ביקורת חוקתית על תוקף של חוק.  
   יש רק גוף אחד שמוסמך לבחון ולפסול חקיקה ראשית בטענה שהיא עומדת בסתירה להוראות החוקה. נניח שהשאלה הזו מתעוררת בדיון בערכאה נמוכה, הדיון נעצר ושופטי בית המשפט מעביר את השאלה להכרעת בית המשפט לחוקה. בית המשפט החוקתי מחזיר תשובה: האם בטל או לא בטל. אך ההחלטה הזו יכול לקבל רק בית משפט לחוקה. מכונה בדרך כלל המודל הקונטיננטלי שמצוי ביבשת אירופה.
2. מודל ביזורי- אפשר לתקוף חוק העומד בסתירה להוראות חוקה גם בבית משפט העוסק בעניינים כאלו אם ההכרעה בחוק נדרשת לצורך המקרה, לאו דווקא בסמכות העליונה.   
   באופן עקרוני לא רק תוך כדי דיון לעלות את הטענה החוקתית אלא גם בבתי משפט יעודיים לתקוף את הטענה. במערכת כזו יש היררכיה מכאן שההחלטה האחרונה תהיה בבית המשפט העליון. כל בית משפט יכול לתקוף ולדון בשאלת התוקף החוקתי. זוהי השיטה הביזורית.

במדינת ישראל יש מודל ביניים, אם מבקשים לתקוף את החוק בלבד בעתירה עושים זאת רק דרך בית המשפט העליון. לעומת זאת, אם שאלה מסוימת מתעוררת, בצורה עקיפה, בבית המשפט שהייתה לו הסמכות לדון בסוגייה העקרונית, אותו בית המשפט יכול לבחון גם את תוקף החוק. שאלת מודל הביניים נסמכת על מושג וסמכויות "התקיפה העקיפה", ולכן ייתכן שנראה עוד שינויים.

אדם שרוצה לתקוף את החוק הוא יכול לעשות רק בבית משט העליון כיושב לבית משפט גבוה לצדק. אומנם, תקיפה עקיפה שבאה לידי ביטוי בצורך אגבי ולא להכרעה ישירה על השאלה העקרונית, בית המשפט יוכל לבחון את תוקף טענת חוקיות החוק.

* תקיפה ישירה- רק בבג"ץ, טוען את המודל הריכוזי
* תקיפה עקיפה- גם בבתי משפט נמוכים התואם למודל הביזורי.

דעת שופטי בית המשפט העליון היא הרחבת התקיפה העקיפה וכך קירוב למודל הביזורי.

**בג"צ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה**

רקע:

* בין ההסתדרות הכללית לבין התאחדות התעשיינים קיימים הסכמים קיבוציים.
* ההסתדרות הגישה בקשת צד לדיון בסכסוך קיבוצי למתן שורה של סעדים על רקע חקיקת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו2004) התשס"ג 2003 (להלן- החוק המתקן), אשר עקב הוראות הכלולות בו התאחדות התעשיינים נמנעת מלקיים הוראות בהסכמים הקיבוציים הנוגעות לזכויות הפנסיה של העובדים.
* ההסתדרות ביקשה מבית הדין שיכריז כי ההסכמים הקיבוציים תקפים וכן יכריז כי הוראות החוק אינן תקפות מכוח סמכותו הנגררת(בית המשפט יכול להרחיב את סמכותו כדי להכריע בכל העניינים שעומדים על הפרק, ובלבד שהעתירה התחילה בנושא שיש לו סמכות לדון בו). המדינה שצורפה כצד לדון בבית הדין לעבודה, טענה, בין היתר, כי תקיפת חוק יש לעשות בבית המשפט הגבוה לצדק.
* הטענה נדחתה בבית הדין הארצי לעבודה. הוגשה עתירה לבג"צ.

התאחדות התעשיינים אומרת כי יש חוק, תוכנית להבראת כלכלת ישראל- חוק הסדרים. ובמסגרת החוק היו הוראות מסוימות שנגעו לזכויות הפנסיה של העובדים אשר פגעו באותן זכויות. החוק למעשה ביטל רכיבים מסוימים בהסכם. ההסתדרות ביקשה מבית הדין להכריז שההסכמים הקיבוציים והוראות החוק לא תקפות מכוח הסמכות הנגררת שלו- לעסוק גם בעניינים שבאופן עקרוני אינם בסמכותו. הוא קונה לעצמו גם בנושאים שאינם בסמכותו, לא נוגע רק לחוקתיות החוק, אלא גם סמכויות המאפשרות לבית המשפט לענות על כלל הדיונים שניתנים בפניו, בתנאי שהדיון הראשוני והמקורי נופל לתחום שיפוטו.

המדינה קובעת כי התקיפה של ההסתדרות היא בעצם תקיפה ישירה, שניתן לעלותה רק בבג"צ, לבית הדין בעבודה אין סמכות לעסוק בעניין. לאחר השתלשלות אירועים, מוגשת עתירה כנגד בית הדין הארצי לעבודה בבג"צ.

* נפסק: רוב השופטים דחו את העתירה. כפועל יוצא ניתן לכאורה להלביש כל שאלה בלבוש של תקיפה עקיפה.
* השופט לוי, בדעת מיעוט, קיבל את הטענה. לטענתו, בין ההסתדרות הכללית לבין התאחדות התעשיינים אין מחלוקת אמיתית כלשהי. התאחדות התעשיינים רואה עצמה מחויבת על פי ההסכמים, והיא הייתה מוסיפה לקיימם לולא מצוותו של החוק המתקן. במצב זה כל אשר היה על ההסתדרות הכללית לעשות הוא ללכת בדרך המלך ולנות לסלק מעל דרכה של התאחדות התעשיינים את המכשלה שאותה יצר החוק החדש. את זאת הייתה יכולה לעשות רק בדרך של תקיפה ישירה של החוק בפני בג"צ.השופט לוי מצמצם את קביעתו לשאלת סמכות בית הדין לעבודה, בהתבסס על ההנחה שהסמכות המוקנית לו מכוח חוק הסכים קיבוציים נועדה לאפשר ליישב ממחלוקות שנתגלעו בין הצדדים.

הסמכות היא נגררת ויש סמכות לדון בעתירה. הדיון העיקרי היא בסמכותו של חוק בלבוש של תקיפה עקיפה. הויכוח בין הצדדים היא בתוקף החוק, על פניו מדובר בתקיפה ישירה ולא עקיפה, אך בית המשפט קובע כי מדובר בתקיפה עקיפה כי הסתדרות התעשיינים ביקשו לכבד את ההסכם הנחתם.

מה האינטרס של ההסתדרות לבדוק את העבודה בבית הדין לעבודה? התשובה הפשוטה היא הנוחות, יותר נוח להסתדרות להגיש את התביעה ולערער על תוקף החוק בבתי הדין לעבודה. באופן המסורתי בתי הדין נוטים לצד העובדים מהצד של המעבידים. סיכוי ההסתדרות להצליח בתביעה יותר גבוהים בבית הדין לעבודה ולא בבג"צ.

לוי, בדעת מיעוט קובע: באופן עקרוני הטיעון הוא רחב יותר, כשמתברר שהמחלוקת האמיתית היא בתקיפה ישירה לא ניתן להלביש אותה בתקיפה עקיפה.

**בג"צ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודקסי בחיפה נ' שר האוצר**

רקע: עתירה כנגד חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א 2011 המסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופי מתוקצבים או נתמכים, במקום בו נמצא כי הגוף הוציא הוצאה שהיא במהותה: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.

העתירה נדחתה: עילת סף שפותחה בשנים האחרונות. לאור העובדה שהחוק טרם הופעל לכן קשה להעריך את שאלת חוקיותו. טענה זו יחסית מופרכת היות ובית המשפט חייב להכריע גם בסוגיה לא נעימה, ניתן להעריך באופן עקרוני ולא רק מעשי.

יש סעד חלופי- נאור:

* במסגרת החוק תוקן גם חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, כך שלתוספת הראשונה של החוק נוסף פרק 40 המעניק לבית המשפט לעניינים מנהליים סמכות לדון בעתירות שעניינן הפחתת סכומי תמיכה על פי החלטת שר האוצר. אכן, הלכה פסוקה היא כי הענקת סמכות לבית המשפט לעניינים מנהליים אינה שוללת את סמכותו של בית משפט זה... ואולם "דרך המלך" בה יש לנקוט היא בהגשת התירה לבית המשפט לעניינים מנהליים.
* כמובן שבמסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לעניינם מנהליים יוכלו העותרים להעלות גם את טענותיהם בדבר חוקתיות החוק. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בטענות בדבר אי חוקתיות אינה מונעת דיון בטענות בבית משפט "רגיל".
* לפיכך, בידי מי שיראה עצמו נפגע מהפעלת החוק תהיה פתוחה הדרך לפנות לבי המשפט לעניינים מנהליים בדרך של הגשת העתירה. במסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לעניינים מנהליים יוכלו מי שייפגע מהפעלת החוק להעלות, על דרך של "תקיפה עקיפה", טענות בדבר חוקתיות החוק.

איזה פסק דין מרחיק לכת יותר?

• מצד אחד, האחרון(הפחתת תמיכה) מוסיף על הראשון(בית הדין לעבודה). בראשון, העותרים נקטו תקיפה עקיפה ובית המשפט לא התנגד. באחרון, העותרים ביקשו לנקוט תקיפה ישירה ובית המשפט מורה להם לפעול בדרך של תקיפה עקיפה.

• מצד שני, בראשון לא הייתה מחלוקת אמיתי למעט השאלה החוקתית. באחרון, תיתכן מחלוקת אמיתי נוסף על שאלת חוקיותו של החוק- בשאלה אם התקיימה העילה להפחתת הכספים.

**איזה פס"ד מרחיק לכת יותר?**

מצד אחד, הפחתת התמיכה- בעניין של בית בדין לעבודה ההסתדרות הלכה בתקיפה עקיפה ובפרשה השנייה העותרים הלכו לבג"ץ בתקיפה ישירה ובג"ץ קובע שיפעלו בדרך של תקיפה עקיפה.

מצד אחד בראשון לא הייתה מחלוקת אמיתית למעט השאלה החוקתית, הצדדים הסכימו על ההסכם אך לא הסכימו להשפעת החוק לחוזה. התקיפה עקיפה לא קיימת ובמקרה יש רק תקיפה ישירה. באחרון הסיפור של הפחתת תמיכה בהחלט יכולה להיות מחלוקת כפולה: האם באמת התקיימה עילה להפחתת הכספים? ועם זאת החוק הוא לא חוקתי. התקיפה של העתירה יכולה גם להיות כתקיפה עקיפה כמו ישירה- יש שתי שאלות שניתנות לדיון.

בית המשפט יכול להיות שמנסה להשיג קביעה כי ביטול חוק לא יהיה רמה נדירה כמו במצב המציאותי. או שהתיק שכבר מגיעה לידי בית המשפט העליון כשהוא כבר מבושל, בית המשפט רק ישלים בצורה מועטה. בנוסף, שיטה ביזורית מאפשרת פלורליזם ויהיה בפניו את כל הספקטרום של הדעות ואז יקבע ויכריע לדעת אחת.

מהצד השני, פסילה של חוק היא אירוע דרמטי ואת זה מן הראוי שיוכל לעשות רק בית משפט לחוקה. אחת הטענות היא שרק בית משפט לחוקה משום שהרכב בית המשפט ממונה ונבחר בדרך פוליטית.

בישראל מתקיימת גישת הביניים אך לאיזה כיוון היא נוטה היא בשאלת התקיפה העקיפה. באפשור של מקרים מלאכותיים של תקיפה ישירה בלבוש של תקיפה עקיפה כך הכיוון יטה למנגנון הביזורי.

**היועץ המשפטי לממשלה**

היעוץ המשפטי לממשלה משמש כשתי פונקציות עיקריות:

1. ייצוג של הממשלה
2. ייעוץ לממשלה

איך הוא מתמנה?

בעבר- דרך המינוי הייתה על פי חוק שירות המדינה (מינויים) ועל פי הוראות הממשלה שפורסמו מכוח סעיף 5 לאותו חוק. לי הוראות אלה, **הממשלה היית עצמאית לחלוטין למנות את היועמ"ש** על פי המלצת בית המשפט. ועדת שמגר שפונתה בעקבות פרשת בר און המליצה (ב1998) **על שינוי דרך מינויו של היועמ"ש.** הממשלה אימצה את דוח הוועדה, וקבעה את דרך המינוי הבאה:

א. תוקם וועדת איתור קבועה אשר תסנן את המועמדים הראויים, ומתוכם תמנה הממשלה יועמ"ש. משך כהונתה של כל וועדה יהיה ארבע שנים.

ב.יו"ר הוועדה יהיה שופט בית המשפט העליון בדימוס, אשר ייבחר בידי נשיא בית המשפט העליון באישור שר הפנים.

ג.שאר חברי הוועדה יהיו: שר המשפטים לשעבר או יועץ משפטי לשעבר שימונה על ידי הממשלה; חבר כנסת שייבחר על ידי וועדת חוקה חוק ומשפט; איש אקדמיה מתחום המשפטים שימונה על ידי פורום שחברים בו גם דיקני הפקולטות למשפטים; עורך דין שייבחר על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין.

ד.רשאים להציע מועמדים: רה"מ, שר המשפטים וחבר הוועדה.

ה.תנאי כשירות- מי שכשיר להתמנות לשופט ביה"מ העליון.

ו.הוועדה תגיש המלצה קונקרטיות אך יכולה לתת יותר משם אחד.

ז.אורך הקדנציה של היועמ"ש יהיה שש שנים, ללא הארכה וללא קשר לכהונת הממשלה.

ח. הממשלה רשאית להעביר את היועץ מתפקידו גם בשל חילוקי דעות בין היועץ לבין הממשלה המונעים שיתוף פעולה יעיל. במקרה כזה תתכנס וועדת האיתור, תדון בעניין ותמסור למשלה את דעתה בכתב. אולם, דעת הוועדה אינה מחייבת והממשלה רשאית להחליט לפטר את היועץ גם נגד דעת הוועדה. ליועץ תהיה זכות שימוע הן מול הממשלה והן מול הוועדה.

סדרת היועצים האחרונים אכן התמנתה בדרך זו.

**מהם תפקידי היועץ?**

**ייצוג**

סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) התשי"ח 1958: בכל מקרה שהמדינה היא התובעת או הנתבעת, יועץ המשפטי לממשלה הוא זה שייצג את הממשלה. החוק אינו מפרט מה סמכותו כוללת ואינו מגדרי את היחסים בין היועץ לבין הממשלה.

סעיף 10: חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין אחר, והוא אינו חל על עניינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בוועדת ערעורים או עררים. תהליכים בבג"ץ- הסעיף שאומר כי המדינה מיוצגת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הסעיף אינו חל. היועץ לא ייצג את המדינה כשהדיון הוא בבג"ץ.

מה תוכן הייצוג?

בראשית שנותיה של המדינה, היועץ המשפטי היה חייב לייצג את המדינה בהתאם לעמדתה. עם הזמן השתלטה התפיסה המעניקה ליועץ המשפטי עצמאות בייצוג המדינה.

**פרשת אמיתי**

בעניין אמיתי (פרשת פנחסי) ביהמ"ש חייב את ראש הממשלה לפטר את סגן השר פנחסי על רקע הגשת כתב אישום נגדו. פנחסי טען כי פרקליטות המדינה ייצגה שני לקוחות שונים עם דעות שונות. ראש הממשלה לא רצה לפטר מול היועץ שדרש לפטר .

להלן תשובת השופט ברק: היועץ המשפטי לממשלה נעמד ומציג עמדה בפני ביהמ"ש ומציג את עמדת הממשלה. אך בסיטואציה בה יש חילוקי דעות והשקפות שונות בין הממשלה ליועמ"ש, בדיון שבפני בית המשפט, יועמ"ש ייצג את המקרה על פי תפיסתו.

אמת, עמדתו של היועמ"ש שונה הייתה מעמדתו של ראש הממשלה. הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועמ"ש לייצג לפנינו את ראש הממשלה על פי תפישתו של היועמ"ש(475).

בעניין דרעי כפה בית המשפט על ראש הממשלה לפטר את השר דרעי על רקע הגשת כתב אישום נגדו.

דברי השופט מצא: ראש הממשלה ביקש לחלוק על חוות דעתו של היועמ"ש בדבר עצם מהותה של הנורמה המשפטית החלה בנושא העברתו של שר מתפקידו. גישה זו מנוגדת לעיקרון החוקתי, המקובל בשיטתנו זה כבר, שמכוחו מוחזק היועמ"ש כפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת.. וראש הממשלה, בכל הכבוד, לא יכול היה להישמע בטעמים אלה כלל (425).

כנגזרת כשיבוא שלב העתירה, וראש הממשלה ייוצג על ידי היועמ"ש, ישמיע את עמדתו שהיא עמדת הממשלה שהרי הממשלה הייתה מחויבת להישמע אל דעתו של היועמ"ש. התוצאה היא כאשר יש מחלוקת בין הממשלה ליועמ"ש לראש הממשלה אין זכות ויכולת להציג את דעתו והתפיסה שלו.

למרות שהממשלה צריכה ליישר קו מול דעת היועמ"ש, במקרה ועדיין יש סתירות בין הצדדים, בהגעתם של הצדדים לביהמ"ש והיועץ לא מסכימים לייצג את הממשלה, קיימת האשרות כי הממשלה יכולה לבקש ייצוג אחר- פרקליטות או גורם חיצוני ששכרו את שירותיו.

התוצאה: כאשר יש מחלוקת בין ראש הממשלה לבין היועץ המשפטי שלו אין לראש הממשלה את הזכות והיכולת להביע את עמדתו שלו.

**ייעוץ**

לאחר מלחמת יום הכיפורים הוקמה ועדה שהוקמה שבאה לבחון את תוצאות ומסקנות המלחמה. ברקע, ןעדה זו קבעה כי: וועדת אגרנט משנת 1962 הציעה כך:

1. הסדר הטוב במדינה מחייב כי בדרך כלל תתייחס הממשלה לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמשקפת את החוק הקיים, כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת.
2. על אף האמור לעיל רשאית הממשלה להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים לפי שיקול דעתה שלה.

* למרות זאת, במאמר משנת 1986, שנכתב בעקבות פרשת קו 300, כתב היועמ"ש דאז, יצחק זמיר, כי וועדת אגרנט קבעה במסקנותיה שני כללים: הכלל האחד או שבשאלות משפטיות הממשלה כפופה לחוות דעתו של היועמ"ש, והכלל האחר הוא שרק היועמ"ש יכול לייצג את המדינה.
* בפרשת אמיתי השופט ברק אימץ את פרשנותו של זמיר וקבע כי חוות דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה.

הקשר בין ייעוץ לייצוג

* מבחינה מנהלית יש בישראל הפרדה בין מתן ייעוץ לממשלה לבין ייצוגה. היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה מייעצים למשרדיהם, מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים מייעצת לממשלה בכללותה, ואילו הפרקליטות, על מחלקותיה השונות, מייצגת את המדינה בערכאות השונות.
* בפועל היועמ"ש ממונה הן על מערך הייעוץ והן על מערך הייצוג ולאי ההפרדה ביו סמכות הייעוץ לבין סמכות הייצוג בישראל יש השפעה מכרעת על אופן ייצוגה של המדינה, כמפורט להלן:
* בפרשת אמיתי הסיק בית המשפט מן העובדה שהיועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק בעבור הממשלה את סמכותו להחליט לייצגה בבית המשפט גם כנגד עמדתה של הממשלה עצמה.

אי ההפרדה בין ייעוץ לייצוג ניכרת גם בתופעות אחרות אחרות. למשל, במסגרת נוהל שהתפתח במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה, אשר זכה לשם "קדם בג"צ". עותר יכול לפנות למחלקה בטענה כי נעשה לו עוול על ידי אחת מרשויות השלטון. המחלקה, שתפקידה המובהק הוא רק לייצג את המדינה בעתירות מסוג זה, שוקלת אם לקבל את "עתירתו" של המתלונן. אם היא מחליטה בחיוב, היא פונה לרשות ומייעצת לה (ייעוץ מחייב מכוח סמכותו של היועמ"ש) לשנות את עמדתה, מכיוון שתלונות מעין אלה הן לעתים צעד מקדמי לפני עתירת העותר לבג"צ. המחלקה יכולה להודיע לרשות כי אם תסרב לקבל את דעתה, היא לא תוכל להגן עליה בפני בית המשפט.

**האם ניתן לזהות שינוי מגמה?**

**שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (2016)**

עתירה נגד מדיניות אכיפת חוק איסור הונאה בכשרות שמבצעת הרבנות הראשית לישראל יש מחלוקת מסוימת בשאלת הפרשנות חוק איסור הנאה בכשרות, בית עסק לא יכול להציג את עסקו ככשר אלא אם קיבל תעודת כשרות מהרבנות הראשית. השאלה סובבת סביב האיסור ושאלת הכשרות גם ללא תעודה.

הרבנים הראשיים רצו להציג עמדה מסוימת אך היועמ"ש סירב והתעקש להציג בשמם עמדה המנוגדת לעמדתם האותנטית. במהלך הדיון השופטים פנו אל היועמ"ש כמייצג את דעתו כדעת הרבנות, נודע להם שהעמדה שמוצגת היא לא דעת הרבנות.

בא המדינה טען כי העמדה המשפטית היא עמדת היועץ ולא משנה מהי עמדת הרבנות.

השופטים עצרו את הדיון הורו על דיון חדש, בו היועץ המשפטי של הרבנות יציג את העמדה האותנטית של הרבנים הראשיים, ומי שבא כבא כוח המדינה, הרבנות, יציג את עמדת היועמ"ש מתוך רצון ששתי העמדות יוצגו בפניהם.

הפסיקה היא כי יש צורך לשמוע את הדעה האותנטית והאחרת ליועמ"ש.

**אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה**

בג"צ פסל את החלטת שר המדע שלא למנות את פרופ' יעל אמתי לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה- ישראל , בשל חתימתה בשנת 2002 על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים "המסרבים לשרת כחיילים בשטחים הכבושים.

במקרה זה השר לא התלונן ולא חלק על כך שהיועמ"ש לא הציג את דעתו אלא את דעת היועמ"ש, הוא הסתפק בבקשה להציג את עמדתו בהליך באופן אישי.השר לא השיג על החלטת היועמ"ש שלא לייצג את עמדתו, ולא ביקש להתיר לו ייצוג נפרד על ידי עורך דין פרטי- אלא הסתפק בבקשה להציג את עמדתו בהליך באופן אישי.  
במהלך הדיון נתנו השופטים (הנדל, שטיין ומינץ) לשר אקוניס להציג את עמדתו, בניגוד לדעת ראש מחלקת הבג"צים שהתנגד והוציאו החלטה שאומרת שהוא יכול להציג עמדה נפרדת. לאחר הדיון ההרכב השתנה- השופט קרא החליף את השופט מינץ.

השופט שטיין

אין חיוב ליועמ"ש להציג דעה אשר לא לדעתו ומנוגדת לחוק. כל סידור הוא לגיטימי ובלבד שביהמ"ש ישמע וידע בצורה ברורה את דעת הרשות השלטונית החולקת על עמדת יועמ"ש. ראוי כי עורך דין יציג את דעת השר באופן מיטבי ויגן עליה.

היעדר ייצוג של השר תשבש את ייצוג הממשלה באופן ראוי ומיטבי. ההנחה שלנו כי החלטה שלטונית היא תקינה עד שהוכח אחרת, אם לממשלה לא היה ייצוג נאות זה מחייב את חזקת התקינות לנטות לצד הממשלה מאחר והיא לא הוצגה כראוי.

"בדו"ח וועדת שמגר נאמר שהיועמ"ש אינו מחויב לטעון לפני בימ"ש טענות שאינו מאמין בנכונותן. אולם, כאשר אין באפשרות היועמ"ש לטעון טענות המצדיקות את מדת הרשות, עליו לאפשר לרשות להציג את עמדתה במיטבה באמצעות עורך דין אחר, מטעמו או שלא מטעמו, ובלבד שגם עמדתה החולקת של הרשות השלטונית הנוגעת בדבר תובע לידיעת ביהמ"ש".

ראוי היה שעורך דין מפרקליטות המדינה, או למצער עורך דין פרטי יציג את עמדתו של השר בהליך באפן מיטבי ויגן עליה. העדר ייצוג של השר, חרף היותו זכאי לכך, מחייבת להניח כי עמדתו לא הוצגה באופן מיטבי וכי הינתן היה להציגה טוב יותר מכפי שהוצגה. מאחר וזכותו של השר לקבלת ייצוג נאות "קופחה,, ייתכן "שהיה עולה בידו לשכנע את ביהמ"ש כי שיקול ההתאמה ערכית ללא השיקול הפלילי הוא זה שהיווה את הסיבה המכרעת להחלטתו". בנסיבות אלו, ניתן היה לתת לשר ליהנות מחזקת התקינות אשר חלה ברגיל על החלטות שלטוניות. לצד החשש שעמדת השר לא הוצגה במיטבה, יש לשקול את דבר השר שנאמרו לפני ביהמ"ש. אלה מאששים את המסקנה כי שיקול שגוי היה השיקול הדומיננטי בהחלטת השר, ולכן היא בטלה.

מה הייתה עמדת שני השופטים האחרים בשאלת בלעדיות הייצוג?

* השופט הנדל- אין מקום להידרש לסוגיית הייצוג שכן השר ביקש לייצג את עצמו ומבוקשי ניתן לו, כך שלא ניתנה הזדמנות לצדדים לטעון באופן מסודר בשאלת המונופול על הייצוג. הנדל קבע כי אין צורך להכניס לשאלת הייצוג מאחר וניתנה לשר אפשרות לטעון ולייצג את עצמו לפי מבוקשו.
* השופט קרא- עמדת השופט שטיין מנוגדת להלכה המושרשת לפיה עמדתן של הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על ידי היועץ המשפטי לממשלה. מתנגד לשטיין מאחר וההלכה הקיימת קובעת כי שאלות משפטיות נקבעות כעניין מוסדי על ידי היועמ"ש.

**זכויות- מבוא**

הפרק לא מתחיל בזכויות עצמן אלא באיזון ביניהן. הזכויות הן לא מוחלטות ועומדות בפני עצמן, אלא יש קשר ביניהן. המציאות היא שבעולם יש לרוב, כמעט תמיד, יש התנגשות בין ערכים. ויש חובת הכרעה, יש לאזן בין התועלת שצומחת לנזק שנגרם. יש מצבים של התנגשויות בין זכויות לזכויות וגם בין זכויות לאינטרסים ציבוריים.

**סיכום מתומצת מגידי:**

**פשרה והכרעה במבחני האיזון הישנים**

הנשיא ברק ***בבג"צ חורב***הגישה המקובלת והכללית של המשפט הציבורי שלנו הינה, כי בהתנגשות בין זכות אדם לאינטרס ציבורי, יש לערוך איזון (אנכי) בין השניים. לעומת זאת במקרים של התנגשות בין זכויות אדם שונות נוסחת האיזון אופקית.  
אכן, נוסחאות האיזון משתנות על-פי הערכים המתחרים, ובמסגרתם של ערכים נתונים, על-פי המטרות החברתיות ותפיסות היסוד החוקתיות. על-כן אנו מבחינים בין "איזון אנכי" לבין "איזון אופקי".

* באיזון "האנכי", ידו של ערך אחד - המתנגש עם ערך אחר - על העליונה. עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לעניין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה. כך, למשל, האינטרס הציבורי בשלום הציבור ובסדר הציבורי גובר על חופש הביטוי, ובלבד שקיימת "ודאות קרובה" כי ייגרם נזק מעשי לאינטרס הציבורי אם חופש הביטוי לא יוגבל.
* באיזון "האופקי" שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד. נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. כך, למשל, זכות התנועה וזכות התהלוכה הן שוות מעמד. נוסחת האיזון תקבע תנאים של מקום, זמן והיקף כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות.

**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.

**פשרה והכרעה במבחני איזון הישנים**

בהתנגשות בין שני ערכים, בדרך הכי אבסטרקטית יש שתי אפשרויות, שביהמ"ש בסוף צריך לקבוע:

1. הכרעה- ניצחון של ערך אחד על האחר
2. פשרה- מציאת איזון בין שני הערכים ופשרה ביניהם.

איך ביהמ"ש מעבר ועד הים מתמודד עם התנגשות הזכויות?

**עד שנת 92**

הדרך הכי טובה לראות את האיזון בין השניים נראה בדברי בג"צ חורב.

**בג"צ חורב**

בעבר היו שני מבחני איזון עיקריים:

* אנכי- מופעל בדרך כלל במקרים של התנגשות בין זכות לאינטרס. באופן עקרוני יש שני ערכים כשאחד גובר על השני, אך העליונות מתקיימת רק כאשר מתקיימת דרישת נוסחת האיזון, הקביעה של ערך אחד גובר על השני מותנית רק כאשר התקיימו שני מרכיבים: הסתברות הפגיעה ועוצמת הפגיעה. כלומר ביהמ"ש צריך להשתכנע כי אם לא נגביל ערך אחד- זכות, ההסתברות קרובה לוודאות כי יגרם נזק ממשי לערך השני-אינטרס הציבורי. רק אם יתקיימו שני התנאים הזכות נפסלת. אם יש הסתברות ברמה גבוהה אך הנזק הוא לא ממשי, או אם שני התנאים לא התמלאו, הזכות גוברת. זה משחק סכום אפס- יש מצבים בהם ניתנת הגנה מלאה לאינטרסים ציבוריים, ויהיו מצבים בהם לא נגביל בכלל את הזכות ולא תינתן שום הגנה לאינטרס הציבורי. בכל מקרה ומקרה הדרישות שבנוסחת האיזון משתנות בהתאם לצמד, יכול להיות שבזוגות אחרים יש דרישה לעוצמה גבוהה יותר או הסתברות גבוהה יותר, או מהצד השני, עוצמה והסתברות נמוכה יותר. או שהאינטרס מנצח או שהזכות מנצחת.
* אופקי- מופעל במקרים של התנגשות בין שתי זכויות. שני ערכים השווים במעמדם, יש צורך לאזן בין השניים, אין פגיעה מלאה בזכויות וכך גם אין הגנה מלאה לזכויות.

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

לכאורה נגיד איזון אופקי מאחר מאיזון אנכי הזכות מתבטלת ובאיזון אופקי היא מקבלת הגנה מסוימת, הזכות לא מתבטלת לחלוטין אלא מוגנת במינונים נמוכים. יש סיכוי שהאיזון האנכי יטיב עם זכויות האדם יותר, האיזון האנכי נותן הגנה ועליונות לאינטרס ציבורי יותר, אך זה רק במקרה כי יש קרבה לוודאות שמתן הגנה לזכות יוביל לנזק ממשי, אך במקרה ואין זה מתקיים הזכות לא מתבטל ולא תוותר על כלום.

השאלה תלויה באיזו נוסחת איזון בית המשפט יאמץ, ואכן נוסחת האיזון דורשת גם הסתברות גבוהה וגם נזק ממשי הם בגדר מקרים נדירים, אך ברוב מכריע של המקרים כשהזכות מופעלת לנוסחת איזון אנכית יוצא כי היא לא נפגעת בכלל, בניגוד לאיזון אופקי.

מה הבעייתיות במבחני איזון הישנים?

גם אם הערכים הם שווי מעמד, עדיין הם מוכרים וראויים, ולכן אן כל היגיון כי לפני שבדקנו את המקרה בפועל אין להעדיף נוסחה קבועה- מכיוון שאלו שני ערכים מוכרים ונרצה להגן עליהם למה להתחיל מיד בחלק מהמקרים שזכות ואינטרס נפגשים יהיה משחק סכום אפס? למה לא לרצות פשרה ביניהם?

מצד השני, ניתן לציין כי לא תמיד ניתן להגיע לפשרה. במקרים כאלו ביהמ"ש יצטרך להכריע חטובת אחד מהערכים. תמיד לכאורה ראוי להתחיל מאיזון אופקי אך לא תמיד אבל יהיו מקרים בהם נצטרך לפנות אל המבחן האנכי. המבחן לא צריך להיות בשאלה האם מובעת זכות כנגד אינטרס או זכות כנגד זכות.

**פשרה והכרעה במסגרת מבחני המידתיות**

**בית סוריק**

רקע: בית המשפט העליון פוסל חלקים משמעותיים בתוואי של גדר ביטחון מצפון לירושלים, נקבע תוואי כשהמפקד הצבאי לא איזון נכון לבין ביטחון המדינה לבין עוצמת הפגיעה בזכויות של תושבים פלשתינאים באיזור- זכות הקניין. גישה להשתמש באדמתם- גישה לקניינם.

בית המשפט מעמיד את צורכי הביטחון מול זכויות האדם.

נפסק: נקודת האיזון בין האינטרס לזכות לא ראויה, משום שניתן היה לבחון אמצעי שהיה מפחית במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות במחיר של הפחתה מינימלית במידת המימוש של התכלית. נגיד שהמצב הוא שהפגיעה מ0-10 בית המשפט אומר שגדר הביטחון נותנת הגנה ברמה של 9, היא פוגעת בזכות הקניין ברמה של 8, אבל הייתה אפשרות אחרת והאפשרות הייתה מיקום הגדר במקום אחר, מבחינת הביטחון התוצאה הייתה ברמה של 8 אך מהצד השני הפגיעה בזכות הקניין של התושבים הפלסטינים הייתה יורדת מ8 ל3. אמצעי זה היה יכול להפחית במידה ניכרת את הפגיעה והמחיר היה מצומצם עד לכדי רמה מינימאלית ולכן נוסחת האיזון לא מתקיימת. בית המשפט קבע כי לא נבחרה הפשרה האופיטמלית.

בית המשפט מכניס את האיזון במבחן השלישי של מבחני המידתיות. מבחן המידתיות השלישי יוצא בין שני מבחני משנה:

1. בחינה מוחלטת- הבחנה בין היתרון של הפעולה השלטונית לבין הנזק שיוצא ממנה, בחינה והכרעה על בסיס דירוג בין שני הערכים המתנגשים, תועלת מול נזק. בחירה באחד אך ויתור על השני.
2. בחינה יחסית- מבחן שמוסיף ברק בפס"ד זה, בחינה שאינה מניחה קיומה של אפשרות אחת לאיזון. כאמור מה שהשוו פה זה בין אופציה א' לאופציה ב', ביחס בין האופציות יש לבדוק את מידת המימוש של הביטחון והפער במידת הפגיעה בזכויות, כיוצא מזה נבחר האמצעי שמפשר בין הערכים המתנגשים. בהשוואה לאפשרות אחרת האם הבחירה באפשרות שבה בחרנו תוספת התועלת עולה על תוספת הנזק, אם זה ככה הבחירה היא לגיטימית אך אם יתברר כי תוספת התועלת קטנה יותר מתוספת הנזק יש לבחור בדרך חלופית.

**בחינה מוחלטת מול בחינה יחסית**

בית המשפט העליון פסל את מרבית תוואי גדר הביטחון מצפון לירושלים, לאחר שקבע כי בקביעת תוואי

הגדר המפקד הצבאי לא איזן כהלכה בין התרומה של תוואי זה לביטחון המדינה לבין עוצמת הפגיעה בזכויות של התושבים הפלשתינאים באזור. בית המשפט העמיד זה מול זה צורכי הביטחון, מן העבר האחד, וזכויות אדם, מן העבר השני. נקבע שנקודת האיזון שנבחרה בין התכלית לבין הזכויות הנפגעות איננה ראויה. ניתן היה לבחור אמצעי שיפחית במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות במחיר של הפחתה מינימאלית במידת המימוש של התכלית. במלים אחרות, ההסדר שקבעה המדינה נפסל משום שלא נבחרה הפשרה האופטימלית.

 יוצא, שמבחן המידתיות השלישי כולל שני מבחני משנה.

1. בחינה מוחלטת - "השוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה." - בחינה שמקבלת אלטרנטיבה מסוימת כנתונה **ומכריעה** האם לקבלה או לדחותה על בסיס דירוג בין הערכים המתנגשים. רואים את החלטת המדינה כנתון, המדינה רוצה לקבל מקסימום ביטחון, זה מקבלים כנתון אשר לא ניתן לשחק איתו. אם היו עוד אפשרויות בנוסף לזו שבחרה המדינה שהיו משיגות לנו מקסימום ביטחון אבל בפגיעה פחות חמורה זכות הקניין של הפלסטינים, המבחן הוא מבחן קשיח, מקבלים את משימת היעד שהמדינה הגדירה ובתוכו יש מבחן אשר לא משנה את הנתון, האם מקבלים ביטחון מקסימלי או לא.
2. בחינה יחסית - 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. אותו מהלך עוד נותנים פתח לתכלית גמישה יותר. בודקים עדיין האם התועלת עולה הנזק,

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 את מבחן המידתיות השני כזירת הבדיקה של אפשרות הפשרה.

***א.ס.ף***

כחלק ממאמצי הממשלה להתמודד עם תופעת ההסתננות חסרת התקדים של מהגרים מאפריקה לישראל, תיקנה הכנסת שנת 2012 את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, והוסיפה לו את סעיף 30א, אשר אִפשר להחזיק מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש במשמורת, לתקופה של עד שלוש שנים. בית המשפט ביטל את הסעיף, לאחר שקבע כי הוא פוגע בזכויות לחירות ולכבוד וכי האמצעי שנבחר להגשמת התכלית אינו מידתי.

נפסק: השופטת ארבל

במצב דברים בו הפגיעה בזכות לחירות היא כה קשה, דורש **מבחן המשנה השני** מהמדינה למצות ולבחון אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם אין ודאות ביכולתה להשיג את המטרה במידה דומה.

במצב דברים בו הפגיעה בזכות לחירות היא כה קשה, דורש **מבחן המשנה השני** (האמצעי שפגיעתו פחותה) מהמדינה למצות ולבחון אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם אין ודאות ביכולתה להשיג את המטרה במידה דומה. **לפי ארבל, גם רכיב התועלת וגם רכיב הנזק גמישים.**

לפי הצעתו של גידי מבחן המידתיות השני הופך למבחן אופקי, ומבחן המידתיות השלישי עלול להיות זה שיפסול את ההסדר המוצע גם אם הפשרה מאזנת כנדרש, כי ייתכן שההסדר כולו לא עומד בשיקולי עלות מול תועלת.

לפי גישת ברק, הדרישה לאמצעי שפחותה, רכיב הסעיף קבוע ולא ניתן לשחק איתו. לפי ברק לא משחקים עם הנתון על מנת לבחון אמצעי שהפגיעה היא פחותה, עושים זאת רק במבחן השלישי. ארבל אומרת שבמסגרת מבחן יש לבחון את שני הסעיפים, לבדוק מה מידת הפגיעה בזכות אך לבחון עוד אמצעים שלא מביאים בדיוק לאותה תוצאה בתכלית. שני האמצעים הם גמישים ולא קבועים. בעצם מה שברק רוצה לעשות במבחן מידתיות שלישי היא מציעה לעשות במבחן השני.

בעצם מה שיוצא שמבחן המידתיות השני גם בוחן פשרה בין הזכויות, אך במבחן המידתיות השלישי בוחנים את הפשרה האולטימטיבית- האם הפשרה שהוחלטה היא הפשרה הכי טובה שאפשר להשיג?

**היקף התפרסותה של המידתיות**

לכאורה מבחני המידתיות החליפו את מבחני האיזון הישנים. הסיפור בפרשת חורב הוא כזה, הדיון היה לגבי סגירת הכביש בשתות. ברק אמר שהוא יציב את הערכים התנגשים, וקבע כל עוד יש התנגשות בין חופש התנועה לבין האינטרס בדבר הגנה על רגשות הדתיים- לו היינו מפעילים את נוסחאות האיזון הישנות, היה זכויות בין אינטרס ולכן היה צריך לנקוט במבחני האיזון האופקיים, וכל הנוגע לרגשות הגישה המקובלת הייתה להעדיף לעולם את הזכות מעל הרגשות אלא אם כן יש פגיעה מהותית וקשה ברגשות הציבור הדתי. במקרה, אין פגיעה קשה ולכן פתיחת הכביש.

אבל, במבחני המידתיות יש אופציה לבצע פשרה- והתוצאה היא באמת שמה שנקבע הוא שהכביש יסגר בשעות התפילה בליל שבת וביתר הזמן הכביש יהיה פתוח. יש פה רעיון של פשרה- הגנה על הרגשות בשעות התפילה למול הגנה על הכביש הפתוח. הבחירה בנוסחת האיזון, המעבר בין הזכויות הישנות לנוסחה החדשה זה לא רק סמנטיקה אלא גם גורם הבדל במעשה.

מאז כוננה הכנסת את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אנו משתמשים באמות המידה הקבועות בהם לשם פירושן של הסמכויות השלטוניות אשר הוענקו בחקיקה (ראשית או משנית), וזאת בין שהחוק חוקק לפני חוקי יסוד אלה ובין חוק שחוקק אחריהם ; בין **לעניין הפגיעה בזכויות "המכוסות" בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובין לעניין הפגיעה בזכויות אדם שאינן "מכוסות" על ידי חוקי יסוד אלה**. מבחני המידתיות, למעשה, שינו את מבחני האיזון הישנים. במבחני האיזון הישנים, כנראה שבית המשפט היה מכריע כי הכביש המדובר לא פוגע ברגשות הציבור בצורה קשה מספיק כדי לבטל אותו(אינטרס מול זכות- זכות גוברת באופן מוחלט). לפי מבחני המידתיות, מגיעים לפשרה(מאזנים בין האינטרס לזכות- אין נסיעה בכביש בשעות מסוימות כדי להגן על רגשות הציבור).

* בהמשך נראה כי בצד אימוץ פסקת ההגבלה כנוסחת האיזון ממשיכים שופטים רבים לעשות שימוש בנוסחאות האיזון הישנות.

**מה מידת גמישותה של דרישת המידתיות? עד כמה הוא מוחלט?**

**תנופה**

מתחם המידתיות

מתחם המידתיות נקבע בהתחשב במהות של הזכות או של האינטרס הנפגעים, ובמידת החשיבות המיוחסת להם.

חשוב לזכור: המבחנים הראשון והשני לא "סתם" קיימים. קיימת מידת גמישות שנתאים לחשיבות הזכות הנפגעת. אם חשיבות הזכות גבוהה במיוחד, הבדיקה לפי מבחני המידתיות תהא "קשוחה" יותר.

המבחן הראשון: המבחן הראשון- מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש "וודאות קרובה", ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב"אפשרות סבירה" לקידומה של התכלית.

המבחן השני: בעצם לעיתים יש יותר משני פרמטרים שצריך לשקול. לדוגמא: עלות כספית. כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת. הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה, שלשם שמירתה לא תידרש המדינה לנקוט אמצעים העלולים לגרום להכבדה מיוחדת. דורנר קובעת השיקול הכספי, המשקל שניתן לא קשור לחשיבות הזכות ועוצמת הפגיעה בה.

המבחן השלישי: יופעל בהתחשב במהות הזכות שעל הפרק בטעמים שביסודה והערכים והאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי.

גם במבחן הראשון השני הנושא לשל השגת התכלית הוא קבוע, יש פה לפחות מידה מסוימת של גמישות. ככל שהפגיעה בזכות היא יותר משמעותית בהתאם נחייל את מידת ההקפדה בקשר לתנאי. במבחן הראשון אם יש פגיעה חשובה בזכות נדרוש מידה גבוה יותר של וודאות לשלם השגת התכלית בניגוד למקרים אחרים.

במבחן המידתיות השני מה שמשחק תפקיד הוא רכיב הכסף. נתעלם ממנו כשמדובר בזכות חשובה מאוד, אך בזכות שהיא פחות חשובה והגיעה היא זניחה, לא נהיה מוכנים להוציא כסף על זכות יותר פוגענית.

האם במסגרת מבחני המידתיות יש לבחון הסתברות?

במסגרת האיזון האנכי הותנתה העדפת האינטרס על פני הזכות בעמידה של האינטרס ברף כפול, של עוצמה ושל הסתברות. למשל, בטחון המדינה הועדף על פני חופש הביטוי אך זאת רק אם התברר שהעדפת הזכות לביטוי תוביל, ברמת הסתברות של קרבה לוודאות, לפגיעה בעוצמה ממשית בביטחון המדינה.

הכללת רכיב ההסתברות במסגרת פעולת האיזון בין ערכים מתנגשים הינה הגיונית ומתבקשת משום שהיא תואמת את האופן שבו אנו נוהגים להעריך חומרה של סיכונים: כמכפלה (או יחס מצטבר מסוג אחר) של עצמת הנזק הצפוי ומידת הסתברותו. חומרת הסכנה לפגיעה בעצמה פחותה מתחזק בענייניו ככל שמתגברת ההסתברות להתרחשותה, ובאופן מקביל, ככל שהסבירות להתרחשות הסכנה יורדת נפחית בהערכת חומרתה, גם אם הפגיעה הצפויה היא בעוצמה גבוהה. למשל, אם יש לי תכשיטים בערך גבוה מאוד ואני גר בשכונה מועדת לפריצות, אתאמץ ואפגע בערך הבית, למשל, אם שברתי קיר כדי להתקין בו כספת יקרה שתעלה לי כסף רב. אם התכשיטים בערך נמוך, לאו דווקא אעשה זאת.

מבחני פסקת ההגבלה שהחליפו את נוסחת האיזון האנכי אינם כוללים התייחסות מפורשת לרכיב ההסתברות. אם ברצוננו לקרוא את שאל ההסתברות אל תוך מבחני פסקת ההגבלה יש צורך לעשות שימוש בכלי הפרשנות. חומרת השקלול של ההסתברות שעוצמת הנזק זה המקום שאנחנו משתמשים בסיכונים. מבחני פסקת ההגבלה לא כוללים התייחסות מפורשת לרכיב ההסתברות

היכן אפשר וכדאי למקם את שאלת ההסתברות במסגרת מבחני המידתיות? כנראה בית המשפט מיקם את בחינת ההסתברות במבחני המידתיות השלישי.

**בג"צ 5329/11 אבנרי**

רקע: עתירה כנגד החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א 2011 המטיל אחריות נזיקית וקובע הגבלות מנהליות שונות כנגד מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל.

השופט עמית: בבחינת המידתיות במבחן המידתיות השלישי אנחנו מכניסים אלמנט של הסתברות ביחס לשני הצדדים של המשוואה. מבחן האיזון האנכי הכניס רכיב של הסתברות רק ביחס לאינטרס- לפגיעה באינטרס אם לא נגביל את הזכות. אך יש לבדוק את שאלת ההסתברות גם ביחס לזכות. סוגיית ההסתברות צריכה להיבחן לשני הצדדים של המשוואה והיא נעשית במבחן המידתיות השלישית. אנחנו בודקים לא רק תועלת מול נזק, לא רק עוצמה אלא גם הסתברות.

* בבואנו לבחון את מידתיות הפגיעה **בזכות(במובן הצר- כלומר מבחן המידתיות השלישי)** אנו מאזנים את התועלת הצומחת מהגשמת תכלית החוק מול הנזק הנובע מהפגיעה של החוק בזכות. בכף הזכות של המאזניים אנו מניחים את מידת התועלת **וההסתברות** להגשמתה, ובכך החובה של המאזניים את חשיבות הזכות, עוצמת ה הפגיעה **והסתברותה**.

בעצם אם מצמצמים קבענו, עד כה שני דברים:

1. מבחן המידתיות השלישי כולל שני מבחני משנה
2. יש להכניס את רכיב ההסתברות במבחן המידתיות השלישי

במסגרת מבחן המידתיות השלישי אנחנו בוחנים את כל אופציות הפשרה הקיימות, ויש פשרה יותר משתלמת. אך זה לא במנותק מתהליך מבחני המידתיות. מבחן המשנה השני בתוך מבחן השלישי בוחן אופציות של פשרה- איזון אופקי.

**דרישת ההסמכה**

עכשיו אנחנו מגיעים לעוד דרישה של פסקת ההתגברות. עד עכשיו דיברנו על תנאי המידתיות.

**עד לשנת 1992**

**מיטרני נ' שר התחבורה**

יש צורך להסמכה מהמחוקק הראשי למחוקק המשני לחוקק חקיקת משנה הפוגעת בזכויות. הסמכה מפורשת שתכלול פגיעה בזכות המסוימת.

זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על ידי המחוקק הראשי.

איזה נוסח של המחוקק הראשי יספק את דרישת ההסמכה?

שמגר: "כוונתי בכך אך ורק למקרה, בו אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקבועות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני".

האם גזל מסכים?

1. למעשה, היו שהסתפקו בכך שההסמכה לפגוע בזכות מתבקש ממטרת החוק המסמיך. היו מקרים בהם בית המשפט הסתפק בכך שההסמכה לפגוע בזכות היא משתמעת ומתבקשת ממטרת החוק המסמיך. אפילו שאין הסמכה זה עולה מתכלית החוק.
2. אפילו היו מקרים שבית המשפט טשטש את האבחנה בין חקיקת משנה הפוגעת בזכויות לחקיקה רגילה, במקרים בדקו את מתחם הסבירות ואם הפגיעה סבירה לא הייתה בחינה של קיום הסמכה מפורשת. היו שטשטשו לחלוטין את האבחנה בין חקיקת משנה הפוגעת בזכויות לחקיקת משנה רגילה, ובשני המקרים הסתפקו בהסמכה רגילה תוך בחינת חקיקת המשנה במשקפי מבחן הסבירות, כאשר מתחם הסבירות אף הוא לא מתפרש בצמצום מיוחד.

**המצב לאחר שנת 1992**

יש כאן מחלוקת מה קרה בעבר. אך מה קורה היום? לכאורה הפגיעה בזכויות היא תחת הסמכה מפורשת. מבין שלוש אפשרויות נבחרה המסורת שאומרת כי נדרשת הסמכה מפורשת כתנאי לכך שהרשות המבצעת תוכל לפגוע.

גזל פעל על מנת לצמצם את הגישה המחמירה של הסמכה מפורשת מהרשות המחוקקת, את הגישה המחמירה לצמצם רק למקרים בהם הפגיעה נעשית בחקיקת משנה: הרי הממשלה יכולה לפגוע בזכויות בשתי דרכים: מתקבלת החלטה קונקרטית שפוגעת בזכויות, או שמותקנת תקנה שפוגעת בזכויות. המקרה הראשון כבר במקרה קונקרטי נפגעה זכות, ובמקרה השני אולי בפועל השתמשו בתקנה.

הדרישה להסמכה מפורשת תהיה כאשר השר מתקין תקנות שפוגעות בזכויות, במקרה שההחלטה כבר פוגעת בזכויות לא אבקש הסמכה מפורשת.

מה היה המצב אחרי 92?

* לכאורה אומצה דעתו המחמירה של שמגר.
* גזל מבקש לצמצם את תחולת הסעיף למקרה בו הפגיעה נעשית בחקיקת משנה(הפעלה בסמכות חקיקה). שם חייב להופיע בחוק בלשון ברורה היתר לפגוע בזכויות.
* לעומת זאת, לדעת גזל, כאשר רשות מנהלית מפעילה סמכות הנתונה לה בהוראת חוק (הפעלת סמכות ביצוע), היא אינה כפופה לדרישת פסקת ההגבלה. די בכך שהמטרות אין זרות לחוק, ואין צורך לחפש הסמכה בלשון מפורשת כדי שהרשות תוכל להפעיל את הסמכות באופן הפוגע בזכות יסוד.

מדוע גזל מתאמץ לצמצם את היקף הדרישה?

הסיבה היא פשוטה- כורח המציאות. אין ברירה, המחוקק חייב להשאיר לרשויות המנהליות שיקול דעת בפגיעה בזכויות אדם. אם נדרוש הסמכה זה יפגע בפעילות הרשות המבצעת. הדרישה להסמכה מפורשת היא כבלים חזקים מידי על הרשות המבצעת. כורח המציאות מחייב את המחוקק להשאיר בידי רשויות המנהל שיקול דעת להחליט במקרים מסוימים כיצד לפעול ולאזן בין יעדי חקיקה שונים לבין זכויות האדם.

את האבחנה בין סמכויות חקיקה לביצוע, מסביר גזל בכך שפגיעה בהסתמך על חקיקה ראשית מצויה שלב אחד בלבד מהמחוקק הראשי בעוד שפגיעה מכוח חקיקת משנה מתרחקת שלב אחד נוסף. גזל אומר כי ככל שמתרחקים מהחקיקה הראשית מתקיים הצורך בהסמכה מפורשת- כאשר הרשות המבצעת פועלת על פי חוק קיים מהרשות המחוקקת אין מרחק ולכן אין צורך בהסמכה. אך כאשר הרשות המבצעת מתקינה תקנות, חקיקת המשנה מתרחקת מהחקיקה ראשית ולכן יש צורך בהסמכה מפורשת.

**המפקד הלאומי**

בייניש:

* הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק אינה נושאת משמעות קבועה והכרחית אחת. עליה להיות מופעלת מתוך רגישות להקשר הדברים ומכלול נסיבות העניין.
* בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה.
* לעומת זאת, כאשר טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה אינם משמעותיים, די מכך שמתכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמיך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת, אף בהעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית.

הנשיאה בייניש משאירה בידי בית המשפט את הסמכות לקבוע מתי נדרשת הסמכה מפורשת ומתי לא. גידי עומד על הבעייתיות במקרה ומדגיש שמידת חופש כזו ייתכן שהמחוקק לא התכוון להעניק ובית המשפט נטל לעצמו.

לפעמים מפורשת זה לא צריך להיות מפורשת. בייניש לא נכנסת להבחנה שהציע גזל לבחינה ישירה בשלב ראשון על ידי הרשות המבצעת ולשלב שני. אלא היא מייחסת הבדל בהתאם לעוצמה ולפגיעה בזכות. כשהפגיעה נמוכה אפשר גם הסמכה משתמעת. בעצם שיטה זו מקנה שיקול דעת לבית המשפט, אין פה החלטה ברורה וקבועה אלא זה נתון בהחלטת בית המשפט ופירושו של הכתוב. להשאיר בידי בית המשפט הבחירה זה נותן לבית המשפט מבחן גמישות גדול כשיש בידו כבר מתחם גדול.

יש חוק והשר מסתמך על החוק, הוא מפקיע, המחשבה היא שפגיעה בזכויות, כדי לאפשר קיום של אינטרס ציבורי.

**הלימה לערכי המדינה**

**דיזיין 22**

* נבחנה (בין היתר) החוקתיות של האיסור המוטל בחוק שעות עבודה ומנוחה על העסקת עובדים יהודים בימי שבת ומועד.
* העותרת: החוק פוגע בחופש העיסוק.
* הנשיא ברק בחן את השאלה מהם ערכי המדינה שאותם חייבים חוקים הפוגעים בזכויות אדם להלום. הוא קובע כי לצורך ניסוח ערכי המדינה צריך לעשות מאמץ. להביא להשלמה והרמוניה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית.

נבחנה החוקתיות של האיסור המעוגן בחוק שעות עבודה ומנוחה על העסקת עובדים יהודים בימי שבת ומועד. בפס"ד נשלחו פקחים וסגרו אותו על פי חוק משום שהועסקו עובדים יהודים בשבתות. בעל העסק עתר נגד החלטה הקונקרטית להטיל קנס וגם תקף את הוראת חוק שעות העבודה והמנוחה, היות והאיסור פוגע בחוק חופש העיסוק.

הנשיא ברק בחן את השאלה האם החוק עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית? הוא קובע כי לצורך ההבחנה יש ליצור איזון בין צרכי המדינה כיהודית לדמוקרטית. נקבע כי חוק שעות המנוחה והעבודה עולים בקנה אחד עם ערכי המדינה היהודית והדמוקרטית (חשיבות יהודית והגנה סוציאלית).

**חטיבת זכויות אדם**

הנשיאה בייניש

אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית כוללים גם את עקרון הפרדת הרשויות וייתכן שפגיעה קשה במיוחד בעקרון זה בחוק פלוני תצדיק קביעה בדבר אי חוקתיותו של אותו חוק, כיוון שאינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. עם זאת, טענות העותרים בעתירה שלפנינו לא התמקדו בשאלת קיומו של תנאי זה, **ואכן קשה לראות דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן.**

בייניש קובעת כי יש צורך לדלג על דרישת ערכי המדינה היהודית והדמוקרטית היות וכמעט לא ניתן לעתור על פי מבחן זה, היות ובית המשפט יפסול אותו רק במקרים חריגים ונדירים.

**תכלית ראויה**

ככל שנעלה את הרף בשלב התכלית תביא לפסילה מוקדמת של החוק והפעולה מנהלית, עוד לפני בחינה של מידתיות. ככל שנעלה את הרף משקל הכובד ייפול על שלב התכלית הראויה.

לכן, אנשי זכויות אדם מנסים להגביה את הרף בדרכים שונות, חלקן התקבלו וחלק לא. גם מבחני המידתיות הם מסננת ויש החשש שברגע שבו נתחיל לרדת מרף, ונתחיל לבדוק את מבחני המידתיות יש חשש שבסוף נסגור על איזושהי פשרה הפוגעת בזכות למטרת התכלית. אך יש רצון לתת הגנה מלאה לזכות, לאיזון האנכי- שברוב המקרים נפסל האינטרס הציבורי וניתנה הגנה מלאה על הזכות. בחינה של פשרה למרות שלפי המבחנים הישנים לא היו מקבלים אותה.

**התנועה לאיכות השלטון**

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

כיצד ניתן יהיה לבחון את מידת "הרגישות"?

1. עוצמת התכלית הראויה המספקת את דרישות הסף משתנה לאור מהותה של הזכות הנפגעת. גם אמירה זו משאירה מקום נרחב לפרשנות בית המשפט. עוצמת התכלית הראויה מגיעה בסוף בחינת דבר החקיקה(במבחן המשנה השני של המבחן השלישי בשאלת המידתיות אליבא דברק), ומקדימים את בחינתה "להתחלה" של בחינת דבר החקיקה ולא לסופה.

* במקרה הנדון נבחנה חוקתיותו של חוק טל (גיוס חרדים). לאחר שקבע כי החוק פוגע פגיעה **קשה** בכבוד האדם, ברק קובע כי "אמת המידה לבחינת השאלה עד כמה חשוב הוא הצורך להשיג את המטרות המונחות ביסוד חוק דחיית השירות, במחיר הפגיעה הקשה או (substantial) בכבוד, הינה אם חוק דחיית השירות **מגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ".**

כיצד ניתן יהיה לבחון את מידת הרגישות?

עצמת התכלית הראויה מספקת את דרישות הסף משתנה לאור מהותה של הזכות הנפגעת. עוצמת התכלית הראויה נבדקת על פי המבחן השלישי, ולא במבחן הראשון. היא נבחנת לאחר בחינת הסיכונים ובחירת הפשרה הכי סבירה של השגת התכלית מול הפגיעה בזכות. יותר הגיוני לבחון את העוצמה במבחן השלישי ולא בראשון.

במקרה הנדון, נבחנה חוקיות של חוק טל. לאחר שקבע כי החוק פוגע פגיעה קשה בכבוד האדם, זה לא מספיק שתהיה תכלית ראויה אלא גם מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ- הוא מרים את רף התכלית הראויה. על פניו המקום לבצע זאת היא על פי מבחני המידתיות. נראה זאת הדרך של פעילי זכויות אדם.

**שטיין**

ברק מכניס את מבחן האיזון האנכי לתוך מבחן התכלית הראויה. כדי שהתכלית תהיה ראויה יש צורך לבצע כבר בשלב הזה איזון אנכי, אם זה לא עומד בעוצמה, איזון ופגיעה כתנאי לפגיעה בזכות, הפעולה השלטונית נפסלת כבר בשלב זה.

אם כך איזה מקום נותר למבחני המידתיות?

התשובה ככל הנראה:

אם האיזון האנכי מורה על העדפה של הזכות על פני האינטרס, פירושו של דבר שהתכלית אינה ראויה, מה שגורר את פסילת האקט השלטוני, מבלי שמתעורר צורך להעבירו במבחני המידתיות. מבחנים אלו הופכים רלוונטיים רק במקרה שבו האיזון האנכי מורה על העדפה של האינטרס על פני הזכות.

קודם- נבדוק האם הזכות "מנצחת". אם היא "ניצחה", עוצרים ופוסלים את הפעולה השלטונית. אם האינטרס "מנצח", עוברים לבחינה של מידתיות

.בעבר, במקרה שבו האינטרס גבר על הזכות, תוצאת האיזון האנכי הייתה אישור של האקט השלטוני שעמד לבחינה. מבחני המידתיות מוסיפים עוד שלב להגנה על הזכות. בעבר אם הגענו למסקנה כי שלילת זכות נחוצה על מנת למנוע סכנה ברמה של קרובה לוודאות לפגיעה באינטרס ציבורי, התוצאה הייתה שלילה של הזכות. זה היה בעבר, עכשיו, כל מה שזה עושה, הוכחה כי יש תכלית ראויה ויש צורך לבחון את הפשרה ואת מידת הפגיעה- מבחני המידתיות בעצם לפי ברק הם מצמצמים בדרך נוספת את האפשרות שהאינטרס יגבר על הזכות. בשלב הראשון אנחנו בודקים נוקאאוט לטובת הזכות, ואז עוד צמצום של הפגיעה.

לפי גישת ברק, לאחר מבחני המידתיות, העדפת האינטרס על פני הזכות במסגרת האיזון האנכי (הכלול במבחן התכלית הראויה ) אינה מהווה סוף פסוק ויש להעביר את האקט השלטוני בשלושת מבחני המידתיות כדי לנסות למזער את ממדי הפגיעה בזכות, **גם אם הדבר כרוך במחיר של הגנה פחות טובה על האינטרס.**

האם גישת ברק משכנעת? גידי חושב שלא. בחינת התכלית הראויה מעדיפה את הצד של הזכות במופגן( אם היא "ניצחה" את האינטרס אז פסלנו את האקט השלטוני). אם פסלנו את הפעולה, עשינו זאת **לפני** בחינת המידתיות. לא בחנו אף אחד משלבי המידתיות, כלומר ביצענו פסילה בלי בחינה מהותית ומדוקדקת של מהותו של האינטרס ואיזונו מול הזכות. ואולי לפי מבחני המידתיות הגשמנו אינטרס מהותי וחשוב במחיר פגיעה מצומצמת בזכות? בית המשפט אליבא דברק כלל לא יבדוק זאת. פה טמון הקושי בעיני גידי. במילא הבחינה של הנוקאאוט של הזכות לעומת האינטרס היא מבחינת מבחן המידתיות השלישי- לאחר שבדקנו את כלל האפשרויות

גישתו של ברק אומצה בכמה פסקי דין אך לא באופן כולל. .

**התנגשות בין נורמות חוקתיות**

**פלונית**

רקע: תלונה על הטרדה מינית וביצוע מעשים מגונים שבגינם הוגש כתב אישום לבית הדין למשמעת של עובדי המדינה אשר קבע כי הדיון יתקיים בדלתיים סגורות. יש התנגשות בין שני ערכים חוקתיים: הזכות לפרטיות למול עקרון הפומביות בהליך משפטי.

השופטת דורנר קבעה שמדובר בעימות בין הזכות לפרטיות- המעוגנת בסעיף 7 לחו"י: כבוד האדם וחירותו: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"- לבין עקרון הפומביות ושני העקרונות נהנים ממעמד חוקתי.

המקרה שלנו אינו נכלל בעקרון הפומביות שבחוק יסוד השפיטה- שקובע בסעיף 3 כי : "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק"- משום שלא מדובר בבית משפט. עם זאת, עקרון הפומביות הוא עקרון חוקתי בשיטתנו המשפטית, ולכן צריך לאזנו מול הפרטיות ולתת לו מקום מסויים, מה שלא נעשה כאן.

דורנר קובעת **שאם היה מדובר בדיון בבית משפט**, הפומביות (שהפעם הייתה מעוגנת בחוק יסוד מפורש) הייתה צריכה לגבור משום שהיא נורמה ספציפית, שגוברת על הנורמה הכללית(ראי מקרה נגב, תוספת שלי ולא בטוח שנכונה) לפרטיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המקרה הספציפי לא נכלל בעקרון הפומביות היות והמקרה הוא בבית הדין לעובדי המדינה, שאומנם הוא גוף בעל סמכות שיפוטית אך לא מכלל המערכת המשפטית ולכן המושג בית משפט לא רלוונטי לגביו. אומנם, אם היה מדובר בדיון בבית משפט אז הפומביות שאז היא הייתה מעוגנת בחוק יסוד הייתה צריכה לגבור, מפני שיש שני דברי חקיקה באותה רמה- שני חוקי יסוד מתנגשים, במקרה זה יש כללי ברירה- נורמה כללית מול ספציפית הספציפית גוברת, כך שעקרון הפומביות בזיקה למשפט ורק שם צריך לגבור על הנורמה הכללית לפרטיות שבחוק היסוד.

ברק חולק וסבור כי בעימות בין נורמות חוקתיות אין להשתמש בכלל הפרשנות המקובל אלא לאזן תוך התחשבות במכלול הנתונים שעל הפרק: **היקף הפגיעה בכל אחד מהעקרונות, השאלה האם מדובר בלב הזכות או בשוליה וכיוצא בזה.** ברק מתנגד, בעימות בין נורמות חוקתיות אין להשתמש בכלל הפרשני, אין מקרה שבו אני קובע שנורמה חוקתית אחת גוברת על נורמה חוקתית אחרת, אין לקבוע באופן אוטומטי, יש צורך לבצע בין שניהם איזונים.

**שמירת דינים והוראת שעה**

סעיף 19 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כך: אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. הדתיים חששו שחקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו תביא לפגיעה בחוקים שעברו לפני חקיקת החוק בתחום הסטטוס קוו. המשמעות היא שחוקים שהתקבלו לפני חוק היסוד נשארים בתוקפם גם אם הם פוגעים בזכויות יסוד ולא עומדים בתנאי פסקת ההגבלה.

האם הפסקה חלק על תיקונים חדשים לחוקים שקדמו לחוק היסוד?

* התשובה שלילית, כשמדובר בהוספת פרק חדש לחוק ישן, בנושא שלא נכלל באותו חוק לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
* התשובה חיובית, כשמדובר בהליך טכני שאינו כרוך בשינוי החוק. למשל, כשהכנסת, אישרה לאחר חקיקת חוק היסוד נוסח משולב לחוקים שונים שהתקבלו בעבר.

אומנם, כשמדובר בהליך טכני שלא נדרש לשנות את החוק, למשל כשהכנסת מציעה חוק שמשלב מספר חוקים- נוסח משולב של חוקים ישנים שהתקבלו בעבר, במקרה כזה לא ניתן לתקוף אותם.

**מני נ' המוסד לביטוח לאומי מ-2010**

רקע: בית המשפט העליון דן בטענה נגד חוקתיות של חוק הפוטר נשים שאינן עובדות מחוץ למשק ביתן תשלומים לביטוח לאומי, ואינו נותן פטור דומה לגברים שהם "עקרי בית" .

נפסק: אליעזר ריבלין דחה את הטענה: ריבלין דחה את העתירה בטענה כי החוק נחקק לפני שנת 1995.

הנוסח המשולב... של חוק הביטוח הלאומי נחקק ב1995 (כלומר לאחר חקיקת חו"י כבוד האדם וחירותו), אך הוראותיו, ובפרט ההוראה המתייחסת לעקרת הבית, הופיעו גם בנוסחו הקודם של החוק.. במקרה כזה, חלה על החוק הוראת שמירת הדינים, המגנה על החוק מפני תקיפה חוקתית.

האם הפסיקה חלה על חוקים חדשים מיטיבים? האם היא חלה גם במקרה בו יש תיקון לחוק שנת 92, אבל אם התיקון משפר את המצב מנקודת מבט של זכויות אדם. כלומר החוק הוא פוגעני בניגוד לחוק החדש שבא לשמור על זכויות אדם.

**צמח**

רקע: עתירה כנגד תיקון לחוק השיפוט הצבאי, שהסמיך שוטר צבאי לעצור חייל, החשוד בביצוע עבירה, עד 96 שעות לפני הבאתו בפני שופט צבאי.

בית המשפט העליון קבע כי החוק אינו מקיים את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה. בית המשפט העליון קבע שהחוק לא עומד במבחן המידתיות השני של פסקת ההגבלה. אך לפני התיקון החוק התיר לעצור חייל לפני הבאה , כלומר התיקון שיפר את ההגנה של הזכות לחירות לפני הזכות הקודם. לפני התיקון התיר החוק לעצור חייל לפני הבאה בפני שופט לתקופה ארוכה יותר. כלומר, התיקון שחוקיותו הייתה שנויה במחלוקת שיפר את ההגנה על הזכות לחירות לעומת החוק הקודם. החוק המקורי נחקק לפני חו"י כבוד האדם וחירותו, ולכן, אם הכנסת לא הייתה מתקנת אותו- שמירת הדינים הייתה חלה.

התעוררה השאלה האם ניתן לומר שחוק מיטיבי, שקיצר את משך המעצר מ35 ימות לארבעה ימים, פוגע בזכות לחירות הקבוע בחו"י כבוד האדם וחירותו?

שופטי הרוב השיבו בחיוב וקבעו כי בכך שהחוק החדש אפשר מעצר לתקופה קצרה מהתקופה שאפשר החוק הקודם, אין כדי לומר שהחוק החדש לא פוגע גם הוא בזכות לחירות כמשמעותה בחוק היסוד. כל מעצר פוגע בזכות החוקתית לחירות. השאלה היא אם הפגיעה זכות היא כדין, ולא אם הייתה פגיעה בזכות.

השופט קדמי( בדעת מיעוט) הביע חשש מהקפאת החוק הישן: "פתיחת פתח לקיומה של ביקורת חוקתית של חוק מתקן "מיטיב" תרתיע את המחוקק מתיקון חוקים ישנים בהדרגה ותביא להקפאת החוק הישן כמו שהוא". לדעתו של השופט קדמי, "האינטרס הציבורי מחייב... להותיר פתח פתוח לרווחה: "להטבת" הוראות מכבידות של חוק "ישן" ולקירוב הוראותיו לאלו העומדות באמות המידה המתקדמות של חוק היסוד"

השורה התחתונה היא שגם חוק חדש מיטיב, הוא נתון לביקורת שיפוטית ולא מוגן משמירת דינים. האם שמירת דינים מגינה מפני פרשנות חדשה לחקיקה ישנה? האם בית המשפט יכול להציע פרשנות אחרת לחוק או האם השמירה על הדין כולל גם פרשנות על החוק שניתן לפני 92. האם אנחנו מגינים על הדין לחוק או על הפירוש ללשון החוק?

**גנימאת**

רקע: דין שניתן מספר ימים לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי. דיון נוסף שעורר מספר שאלות:

האם האשמת נאשם בעבירה שהפכה, עקב מאפייניה המיוחדים ונפיצותה היתרה, ל"מכת מדינה", יש בה, כשלעצמה, כדי להקים עילה למעצרו של הנאשם? האם פרשנות דיני המעצר, לצורך ההכרעה בשאלה זו, מושפעת- ואם כן, כיצד- מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

האם העובדה שמדובר בעבירה שהפכה להיות למכת מדינה, עבירה מאוד שכיחה, האם העובדה הזאת כשלעצמה יכולה לשמש תביעה למעצר של נאשם. האם ניתן לכלול את העובדה זו יכולה לגרום למעצר לפני תום הליכים?

האם פרשנות דיני מעצר מושפעת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו? ההנחה בעבר הייתה כי זה שעבירה הייתה מכת מדינה היתה שיקול להארכת מעצר של נאשם. עכשיו נשאלת, האם ההלכה הזו שנקבעה בעבר איך היא משפיעה על הדיון עכשיו?

חשין

מבחינת חשין מה שמוגן זה לא רק לשון החוק אלא גם הפירוש שניתן לו. לכאורה הוא אומר כי שמירת הדינים לא מגנה על הלשון של החוק אלא גם לפירוש שבית המשפט נתן בעבר. שינוי זה יפגע בתוקף של החוק ושמירת הדינים.

עם זאת עמדת חשין מבחינה מעשית אינה מביאה להבדל מעשי: אם היה ניתן לפרש את החוק גם כך וגם כך, חשין קובע כי גם בעבר בית המשפט יכל לשנות את הפרשנות שלו, אם ניתן לשנות את פירוש מסוים לדרכים שונים, בית משפט העליון לא כפוף להכרעות שלו הוא לא כפוף לפירוש. אם היום הוא יכול לשנות, אז גם היום הוא יכול לשנות את הפירוש הקבוע. אם ניתן הוא החוק הקודם לפירושים שונים, יכול ורשאי הוא בית המשפט לשנות מדרכו- כשם שהיה יכול לעשות כן בעבר- אך כך יעשה בהסתמך על החוק הקודם ועל תחומי פריסתו המקוריים, בתתו דעתו, כבעבר, לזכויות היסוד. בעשותו כן יפעל בית המשפט בגדרי סמכותו, תוך שהוא נוטל על עצמו אחריות למעשהו ובלא שינסה לתלות עצמו בפירוש הכפוי עליו, כביכול, בחוק היסוד.

חשין לא מחדש יותר מדי, מאחר וחשין מאפשר פרשנות של בית המשפט. כלומר, יש שמירת דינים מוחלטת אבל בית המשפט יכול לפרש לפי החוק הקודם ולהגיע לאותה התוצאה.

מה השוני? במה חשין חולק על דעת הרוב?

עמדת חשין אולי לא נסמכת על פירוש חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אלא מנסה לבסס דרך פרשנית אחרת שלא תלויה ועובדת על שמירת הדינים בחוק יסוד כבוד האדם. אבל, במעשה אין שום הבדל בין הדעות.

ברק: כשיש חוקי יסוד זה משפיע על כלל מערכת המשפט בישראל וגם על הדין הישן. בשאלה איך לפרש שמירת דינים לא שונה, ניתן לפרש את החוק בצורה אחרת וחדשה.

" מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. .. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני הביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגנה עליו, אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו."

מי משניהם משכנע?

גידי מציע דווקא את הפרשנות של חשין, ומנסה להביא לכך ראייה: בחוק יסוד: חופש העיסוק אין סעיף שכותרתו "שמירת דינים", אך עד לשנת 2002 היה בו סעיף שכותרתו "הוראת שעה": הוראות חיקוק שאלמלא חוק יסוד זה או חוק היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9(בוטל חוק יסוד חופש העיסוק שנתקבל ב1992), היו תקפות ערב תחילתו של חוק יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן התשס"ב(14.3.2002), אם לא בוטלו קודן לכן, **ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה.**

מה למדים אנו מזה? הפירוש לא מוגן(כמו שחשין הציע), הסעיף מוגן.

סעיף בלשון זו לא קיים בחו"י כבוד האדם וחירותו. למה? גידי טוען שמטרותיו שונות מחו"י חופש העיסוק, ומציע הסבר: לחו"י חופש העיסוק הדתיים לא התנגדו, ולכן לא הציעו שמירת דינים. עם זאת, המחוקק ביקש, באמצעות כלי הוראת השעה, לשמור על הדין הישן לתקופה מוגבלת כדי למנוע מבוכה ועתירות רבות נגד חוקים שפוגעים בחופש העיסוק, תוך שהוא מתקן את החוקים הבעייתיים אם יוגשו עתירות נקודתיות נגד חוקים.

בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אין בסעיף שמירת הדינים אין הוראה זו, ניתן לטעון שההבדל בניסוח אינו מקרי, אלא נובע ממטרתן השונה של שתי ההוראות: בחוק יסוד חופש העיסוק ביקשו להגן רק על לשון החוק, אך בכבוד האדם וחירותו ביקשו להגן גם על לשון החוק וגם על פרשנותו. ההבדל נעוץ במטרתם השונה של החוקים:

חופש העיסוק הדתיים לא הביעו חששות, אך בסופו של דבר חופש העיסוק בא כסעיף שפירק את הסטטוס קוו ובית המשפט התערב בכמה הסדרים שהיו קיימים. הוראת שעה באה מרצון הממשלה, יש רצון לתת מרווח נשימה בה זה ימנע חורים וביטול רב של חקיקה קודמת הסותרת את חוק היסוד, הממשלה רצתה לתת זמן לשנות ולתקן את כלל החוקים הפוגעים בחוק היסוד, וכשתפקע הוראת השעה לא יהיו חוקים רבים שנפסלים אלא רק הוראות ספציפיות.

ודוק: המטרה הייתה לספק הגנה זמנית על חוקים ישנים בשביל למנוע פסילה רחבה של חוקים.

בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו המטרה הייתה להגן על המצב המשפטי שהיה לפני חקיקת חוק היסוד. לצורך כך, יש הזדקקות להגנה לא רק על לשון החוק אלא גם לפרשנותו. וזה בא כראיה כי ההגנה מופיעה ביחס רק לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מביעה את רצון המחוקק לשמור על פרשנות החוק.

ראיה נוספת: בניסוח המקורי של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו נכללה הוראה דומה שמונעת את שינוי הפרשנות, אך היא הושמטה כשלא היה רוב מספק על מנת להעביר אותה.

בעצם גישת ברק סותרת את דרישת המחוקק ופגעת בתוקף שמירת הדינים.

**איך ניתן לעקוף את ס' שמירת הדינים?**

**אבו ערפה**

רקע: תושביה הערבים של מזרח ירושלים נהנים בישראל ממעמד של תושבי קבע- מעמד קבע נותן את כלל זכויות האזרח מלבד הזכות להצביע בכנסת.

תושביה הערבים של מזרח ירושלים נהנים בישראל ממעמד של תושבי קבע. מספר תושבים כאלה נבחרו ב2006 לפרלמנט של הרשות הפלסטינית מטעם ארגון הטרור חמאס. סעיף 11(ב) לחוק הכניסה לישראל קובע ששר הפנים מוסמך לשלול תושבות "על פי שיקול דעתו". שר הפנים החליט לעשות שימוש בסמכותו לשלול את התושבות של אותם אנשי חמאס. מדובר בחוק ישן משנת 1952, ועל כן הוא נהנה מחסותה של "שמירת הדינים".

פוגלמן:

"להשקפתי, בעייננו מוביל האיזון בין התכליות השונות למסקנה שלפי תיבה "לפי שיקול דעתו" אינה מעניקה סמכות לשר הפנים לשלול רישיון לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים מחמת הפרת אמונים".

המשמעות:

* אם המדינה מעוניינת לשלול תושבות לאנשי החמאס, עליה לחוקק חוק חדש, המסמיך את השר לעשות זאת באופן מפורש.
* חוק זה, לכשיחוקק, לא ייהנה משמירת הדינים, מה שיאפשר לבית המשפט להתערב בו באופן ישיר.

איזון נכון אומר שזו לא יכולה להיות עילה של שלילת תושבות של אנשי החמאס. אם המדינה רוצה לעשות זאת היא צריכה לחוקק חוק חדש שמסמיך במפורש סמכות להפקיע תושבות. אך החוק יהיה נתון תחת ביקורת שיפוטית ולא תחת שמירת הדינים.

פוגלמן בעצם נותן ביקורת על חלקים מהחוק ולא באופן מלא. פוגלמן משתמש בעיקרון של ברק ובעצם מרוקן מתוכן את ההסמכה הקיימת בחוק. הוא משתמש בטקטיקה של ברק אבל גם מרחיב אותה בצורה שמרוקנת את תוכן החוק.

הנדל בדעת מיעוט: סעיף 11(א) לחוק הוא בגדר חקיקה ישנה המסמיכה את השר, בצורה ברורה, לבטל רישיונות ישיבה. בתור חקיקה ישנה אין לפגוע בתוקפו ויש לפרש אותו ברוח חוקי היסוד. הוראה לפיה על הכנסת להסדיר את הסוגייה מחדש, היה ותתקבל, תביא לכך כי ההסדר החדש לא יהיה בגדר חוק ישן, אלא בגדר חוק חדש החשוף למבחנים הנוקשים יותר של פסקת ההגבלה. והרי, **פסקת שמירת הדינים כשמה כן היא. יש לשמור על הדין. אין להורות על ביטול החוק המוגן- אך גם פה זוהי התוצאה המעשית שנובעת מגישת חברי. סבורני שאין מקום ליצור מנגנון של העברת מלול באופן שנקבע כי חוק ישן בטל דה פקטו ונותר רק לחוקק חוק חדש.** בסופו של דבר פוגלמן מבטל את שמירת הדינים. לפי הכיוון שלך בעצם עקפת את סעיף שמירת הדין, דרשת לחקיקת חוק חדש וגם אותו אתה תבטל כי הוא תחת ביקורת שיפוטית.

**תוצאת הפגם החוקתי**

כשנמצא פגם חוקתי, מה התרופה? מה הן האפשרויות שעומדות בפני בית המשפט כשהוא קובע שהחוק או הפעולה של הרשויות לא חוקתי?

* בטלות רטרוספקטיבית(חוזרת אחורה)
* אקטיבית(מכאן ואילך)
* פרוספקטיבית(מתקופה מסויימת בעתיד).

**צמח**

השופט זמיר:

"הצהרה של בית המשפט על בטלות חוק, או הוראה בחוק, אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי. היא יכולה להיות עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת

* בטלות מוחלטת, נפסדות ובטלות יחסית

**האגודה לזכויות האזרח**

רקע: בסעיף 6 לחו"י חופש העיסוק, אשר התקבל בכנסת ביום 3.3.1992, נקבעה הוראת שעה, שעל פיה הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילת חוק היסוד, והן סותרות את הוראותיו, יעמדו בתוקפן עד שנתיים מיום תחילתו של חוק היסוד. גם כאשר הוחלף בשנת 1994 חוק היסוד בחוק יסוד: חופש העיסוק החדש, נקבעה בו הוראת השעה, ששמרה את תוקף הדיני הקיימים עד ל10.3.1996.

רק ביום 30.10.1996 התקבל בכנסת חוק יסוד: חפש העיסוק (תיקון), שבו הוארכה רטרואקטיבית תקופת שימור הדינים, עד ליום 10.3.1998

בשני המקרים היו חלונות זמן בהם לא הייתה הגנה לחקיקה ישנה.

* רטרואקטיבית תקופת שימור הדינים, עד ליום 10.3.1998

טענת העותרים: במהלך התקופה שבה לא הייתה הוראת שימור הדינים בתוקף פקעה מאליה שורה של חיקוקים העומדים בסתירה לחוק היסוד.

השופט גולדברג מציג שלושה מודלים של בטלות:

* על פי מודל הבטלות המוחלטת... דבר חקיקה הנוגד את החוקה, ובענייננו- הנוגד את חוק היסוד, הוא בטל ומבוטל (Void). לדבר החקיקה לא היה מעולם תוקף והוא בטל מאליו, כאשר הביטול השיפוטי של החוק פועל למפרע מרגע החקיקה. לפי גישה זו, כאשר בית המשפט קובע שחוק נוגד את החוקה, הוא רק מצהיר על מצב קיים. הוא אינו יוצר מציאות חדשה ופסק דינו הוא דקלרטיבי ולא קונסטיטוטיבי. החוק בעצם אף פעם לא היה בתוקף, כשהוא נולד הוא נולד מת. וכך אנחנו רק מצהירים את מה שקרה.
* על פי מודל הנפסדות חוק שחוקק על ידי המחוקק לעולם קבוע ותקף. אולם לאור אי חוקיותו הוא נפסד, כלומר ניתן לביטול על ידי קביעה של בית המשפט. כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו, דבר החקיקה תקף. כאשר בית המשפט מבטל חוק, זוהי פעולה קונסטיטוטיבית . הביטול יכול להיות רטרוספקטיבי, אקטיבי, או פרוספקטיבי- הכול כמוסדר בנורמות החוקתיות של שיטת המשפט. אם בית המשפט יכול והוא זה עושה הוא יכול להחליט מהו הביטול: האם מרגע זה והילך, או מנקודת זמן בעתיד?
* מודל הבטלות היחסית.. הינו מודל ביניים בין שני המדלים שהוזכרו. על פי מודל זה יש להתחשב במהותה של אי החוקיות ובנסיבות העניין. לעיתים אי החוקיות היא כה יסודית, עד כי ניתן לומר כי החוק אינו יותר מ"פיסת נייר", והוא יהא בטל ומבוטל גם ללא כל צורך בהכרזה שיפוטית. במקרים אחרים, בהם עשויה הבלטות להיות שנויה במחלוקת (וכך הוא במרבית המקרים), נדרשת פעולת ביטול כדי לסיים את תוקפו שהנורמטיבי של החוק. ביטול יכול להיות רטרוספקטיבי, אקטיבי, או פרוספקטיבי. ההחלטה תיעשה תוך התחשבות בהסתמכות על דבר החקיקה לא חוקתי ובהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר. **לפי גישה זו, ייתכן כי חוק יוכרז כבטל לצורך מערכת עובדות אחת, אך יוכר כתקף למערכת נסיבות אחרת** . לפעמים החוק הוא באמת בטלות מוחלטת, אך כאשר יש מחלוקת לגבי החוק זה לא כך, נדרשת פעולת ביטול רטרוספקטיבית, אקטיבית ופרוספקטיבית. הוא במובן שלפעמים זו בטלות מוחלטת- אחורה מרגע שנולד החוק, נפסדות- מעכשיו או מרגע בעתיד.

בית המשפט יכול להגיד לא רק ממתי החוק בטל, אלא גם בנוגע לאיזה מסכת עובדות החוק בטל- יכול להיות שהחוק יבוטל בנוגע לפלוני ולא לאלמוני. יכול לקרות אחד שבמובן אחד הוא בטל ובמובן שני הוא קיים. אם זה בטל זה מאז הולדת החוק אך אם זה נפסד יש לבית המשפט היכולת להחליט מתי הוא בטל ולאילו נסיבות.

גולדברג אינו נזקק להכרעה בשאלת המודל הראוי. הוא מוכן להניח לצורך העניין כי מודל הבטלות המוחלטת המחמיר ביותר הוא התקף, אך מסביר כי כאן מדובר בסיטואציה מיוחדת, שעשויה להוות חריג גם לפי מודל זה:

מנוסח החוק עולה החלה מפורשת של שימור הדינים, מיום תחילת החוק, דהיינו מיום ידוע בעבר ועד למועד עתידי כלשהו- ארבע שנים לאחר מכן. נוסח זה מעיד ללא ספק על כוונה רטרוספקטיבית... ומשהביע המחוקק את רצונו המפורש, לא לשנות חקיקה שחוקקה לפני חקיקת חוק היסוד (למעט מתם פרשנות שונה לחקיקה זו), יש ליתן משקל לכוונה זו בהליך פרשנות התיקון. לפיכך, דומני כי תיקון זה נכנס למסגרת החריג... לפיו תיקון חוקה מאוחר(בענייננו: חוק יסוד), יכול להחיות חקיקה רגילה העומדת בסתירה לחוקה (חוק היסוד) עובר לתיקונה.

מנוסח החוק עולה החלה מפורשת של שמירת הדינים, מיום תחילת החוק, דהיינו מיום ידוע בעבר ועד למועד עתידי כלשהו- ארבע שנים לאחר מכן. נוסח זה מעיד ללא ספק על כוונה רטרוספקטיבית.. משהביע המחוקק את רצונו המפורש, לא לשנות חקיקה שחוקקה לפני חקיקת חוק היסוד (למעט מתן פרשנות שונה לחקיקה זו), יש ליתן משקל לכוונה זו בהליך פרשנות התיקון.

המחוקק קובע כי אומנם פישל, אך הוא מתכוון ששמירת דינים מכסה גם את נקודת הזמן הפתוחה. גולדברג יכול להחיות את החוקים שעל פי הניתן שבתקופת החוק כביכול מתו, מתוך החריג לבטלות המוחלטת- גם במובן זה, אם נראה כי התכוונו בחוקה לחוקים שנפסלו, ניתן להחיות אותם.

השופט זמיר מקבל את מסקנתו של גולדברג ואת נימוקיו, אך מבקש להוסיף כי לדעתו המודל שראוי לאמץ הוא מודל הבטלות היחסית: נותן שני נימוקים לדעתו שצריך לאמץ את מודל הבטלות היחסית:

1. מי שמשתמש במודל הבטלות המוחלטת צריך להגדיר חריגים. למה ליצור חריגים אם ניתן יהיה להשתמש מלכתחילה במודל גמיש יותר והוא מודל הבטלות היחסית? בפועל מי במאמת את הבטלות המוחלטת נאלץ לקבוע חריגים שונים. ולכן למה לאמץ מודל במטרה לקבוע לו חריגים
2. במשפט מינהלי, שהוא "האח" של המשפט החוקתי, מקובל מודל הבטלות היחסית. הגיוני יהיה לאמץ את מודל הבטלות היחסית מאחר ותחומי משפט אלו דומים ביותר. הגישה המקובל היום לפסילה של פעולות רשויות מנהל היא פסילה של בטלות יחסית. ולכן ראוי לאמץ את מודל הבטלות היחסית.

בית המשפט מאמץ את מודל הבטלות היחסית.

**גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**

רקע: בשלב מסוים הממשלה רוצה לעודד אנשים לעבור ולגור דירה ירושלים. היא עושה זאת על ידי הענקת מענק לאדם שעובר לירושלים. אך נפלה הבנה כי המענקים יוצרים הוצאה כספית גדולה על מנת להוציא את זה לפועל. תקפה של חוק המבטל למפרע מענקים שהעניק החוק בגין קניית או הרחבת דירה בירושלים.

הממשלה החליטה בטל למפרע- מאז ומתמיד (רטרואקטיבית). מוגשת עתירה בטענה לפגיעה בזכות הקניין, שמוגנת בסעיף 3 לכבוד האדם וחירותו.

כל השופטים מסכימים כי הביטול הרטרואקטיבי פוגע באנשים שהסתמכו ועל רקע המענק קנו והרחיבו דירה בירושלים, פגעו בזכות הקניין שלו ולא עומד בפסקת ההגבלה. כל השופטים הסכימו שהביטול הרטרואקטיבי בנוגע למי שהסתמכו על הוראת החוק פוגע בזוכת הקניין ולא עומד בדרישת פסקת ההגבלה. המחלוקת נוגעת רק לדרך לאותה תוצאה- שופטי הרוב ברק, חשין , בייניש ופרוקצ'יה סברו שאפשר לסייג את התחולה ולהחריג את מי שהסתמכו, ואילו מצא, טירקל וריבלין סברו שאין אפשרות פרשנית לעשות זאת, ולכן אין מנוס מביטול החלק הרטרואקטיבי.

צד אחד, אומר כי בתוך החוק ניתן לפרש באופן כזה יוצא שמי שהסתמך אכן מקבל את המענק.

מהצד השני, אומרים כי החוק מאוד ברור ואין יכולת לשנותו בידי פרשנות ולכן יש לבטל חלק מהחוק.

השופט חשין מציע לקרוא את הסעיף המבטל כנוגע רק ביחס למי שלא הסתמך על החיקוק המעניק. כנגדו טוענים מצא, טירקל וריבלין שמדובר כאן בחקיקה שיפוטית משום שאין כל עיגון לשוני לפרשנות שמציע חשין.

חשין משיב שתי תשובות:

1. בית המשפט עוסק בחקיקה גם כאשר הוא מבטל חוק בשל סתירה להוראות החוקה וכן כאשר הוא דוחה את מועד הבטלות. בפסקה 37, חשין מתבטא בבוטות כשהוא מציין כי בית משפט יוצר נורמות ומחולל שינויים חברתיים מרחיקי לכת. גם אם הוא צודק, בתי משפט נוהגים להצניע תפקיד זה ולנסות להמעיט ממשקלו ואילו חשין מנסה להדוף את ביקורת חבריו בטענה שהכול קיים ומותר.
2. מדובר כאן בסוג של עפרון כחול. חשין מבין שבדרך כלל העפרון הכחול (לוקחים מפה קיימת ומציירים עליה את הגבולות) רלוונטי כאשר לשון החוק מאפשרת הפרדה, מה שאין כאן. עם זאת, הוא טוען שאין הבדל עקרוני. מושג שנלקח מתחום המשפט המנהלי, יש מפה חלק לגיטימי וחלק לא לגיטימי, העברת העיפרון הכחול תוחם מהו לגיטימי ומה לא. חשין מבין שבדרך כלל ניתן להשתמש בעקרון העיפרון הכחול כשניתן לעשות הפרדה בין חלקים שונים. חשין קובע כי אין הבדל עקרוני.

ברק מצטרף לחשין. אולם הוא, להבדיל מחשין, טורח לנסות לעגן את פרשנותו בכללים פרשניים, תוך ניסוח מדויק של כלל הפרשנות הרלוונטי. ברק מצטרף לחשין אך לעומתו הוא עושה מאמץ ולעגן את פרשנותו בכלים פרשניים ומציע את הדרך שבה הוא עשה בכלי שיוצר את ההבחנה ויוצא מכך שסעיף החוק הוא רק למי שלא הסתמך.

כנגדו, השופטים טירקל מצא וריבלין אינם מקבלים את גישת חשין. ריבלין קובע כדלקמן: אפשרות אחד זה לקחת את החוק ולפרש באופן בלתי אפשרי מתוך לשון החוק. האפשרות השנייה היא פשוט לבטל את הסעיף. השופטים קובעים כי הדרך שחשין בוחר היא יותר גרועה מהדרך לבטל, למרות שניסיון זה משאיר בחיים את הסעיף. כשבית המשפט פוסל חוק, הוא מבטא באופן ברור את הפעולה והבנה כי במקרה ספיציפי כזה לא יכול לקרות בעתיד. הסמכות לחוקק חוקים ולתקנם שמורה לרשות המחוקקת, בעוד שבית המשפט מפרש חוקים ומפקח על חוקתיותם. פרשנות אשר אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק- פגיעתה בסמכות הנתונה לגוף המחוקק עולה, לאין ערוך, על זו הכרוכה בהכרזה על בטלותו של חוק מטעמים חוקתיים. פרשנות הנעדרת אחיזה ראויה בלשון החוק עשויה להפר את איזון העדין שבין הרשויות. במובן מסוים יש בפרשנות עוקפת גם משום התנערות של בית המשפט מתפקידו שלו, להכריז בקול רם וברור איזהו חוק אשר ספר החוקים שלנו אינו יכול לשאתו.. הכרזה חוקתית ברורה היא תכופות צורך חיוני המציג בפני הגוף המחוקק ובפני הציבור הנחיה חוקתית הצופה גם פני עתיד.

הדרך של חשין אומנם פותרת את הבעיה המקומית אך לא מילאת את תפקידך- להבהיר לכולם למה שהכנסת עשתה הוא לא לגיטימי, והיא תמנע מכך בעתיד.

האם השופטים יכלו להשתמש בכלי אחר להשגת המטרה?

איך אפשר היה להגיע לאותה התוצאה? מודל הבטלות היחסית: לקבוע שהחוק תקף למי שהסתמך עליו ולא תקף למי שלא הסתמך עליו.ניתן היה להגיע לאותה תוצאה בעזרת בטלות יחסית- תקף בנסיבות מסוימות אך לא תקף בנסיבות אחרות. הסעיף לא עושה הבחנה אבל אז ניתן באמצעות הבטלות היחסית לקבוע כי אותם אנשים שהסתמכו על המענק, בשבילם מבוטל החוק, אך לאנשים שלא הסתמכו החוק נשאר בתוקף.

**צו למחוקק? - האם בית המשפט יכול להוציא צו שמצווה על הכנסת לחוקק חוק?**

שאלה שטרם נדונה האם בית המשפט רשאי להוציא צו שיצווה על הכנסת לחוקק חוק?

סעד כזה, המקובל למשל בגרמניה, רלוונטי במיוחד אם נקבע שהכנסת הפרה זכות חוקתית חיובית(שדורשת מהמדינה לעשות משהו), שהיא זכות לכך שהשלטון יפעל באופן מסוים ולא רק לכך שהשלטון יימנע מלפעול, שאותה מקנות זכויות חוקתיות המכונות שליליות(למדינה אסור לעשות). זה דבר שרלוונטי בעיקר בזכות חיובית, בדרך כלל מדובר כשהזכות היא זכות שקובעת ומונעת מהממשלה לעשות דבר מסוים. אך בית המשפט יכול להורות על ביצוע חוק שמחייב להעניק את מה שהיה צריך להעניק מהזכות החיובית.

זכות חיובית כזאת מעוגנת בישראל בסעיף 4 של חו"י כבוד האדם וחירותו, שבו נכתב כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו על גופו ועל כבודו". זאת בשונה מהזכות השלילית המקבילה הקבועה בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נכתב כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם." אם נקבע כי במקרים מסוימים המדינה מחויבת לספק הגנה אך בפועל זה לא קרה. האם בית המשפט יכול לחייב להורות על ביצוע חוק שמגן ומאפשר הגנה על האזרחים.

נשאלת השאלה: למה לא לבטל את החוק? התשובה: משאירה חלל חקיקתי ולא משאירה שיקול דעת לכנסת

**נסר נגד ממשלת ישראל (החלטת ביניים ולא פסק דין)**

רקע: חוק המעניק הטבות מס ליישובים סמוכים לגבול הצפון. נטען שרשימה זו היא בלתי שוויונית, בעיקר משום שלא נכללו בה ישובים ערביים כלשהו, כולל ישובים הסמוכים ליישובים הכלולים ברשימה.

בית המשפט העליון אפשר לממשלה לפעול לתיקון החוק- שאף לדעתו של היועמ"ש אינו חוקתי ויש לתקנו- אך ציין כי אם הדבר לא ייעשה עד מועד קרוב שנקבע בהחלטה, "לא יהיה מנוס מליתן צו מולט שיורה לממשלה למלא אחר חובת ולפעול לתיקון סעיף 11 לפקודך מס הכנסה, כך שיכלול קריטריונים אחידים ושוויוניים למתן הטבות מס הכנסה. על בסיס קריטריונים אלה יהי צורך לקבוע רשימה מעודכנת של יישובים הזכאים להטבות מס". למה הוא לא מבטל את החוק? לדעת גידי, השופטים חשבו שהחוק היה לתכלית ראויה ולכן אין לבטלו, רק לתקנו כדי להפכו לחוקתי.

**פיצויים?**

במקרים מסוימים, הסעד על הפרת חוק יסוד- ובמיוחד על הפרת זכות חוקתית- יכול להינתן במסגרת ענף משפטי אחר, החיצוני למשפט חוקתי. כדוגמת נזיקין. כשיש מצב לעוולה חוקתית- פעולה לא ראויה במסגרת דיני הנזיקין, יש בפקודת הנזיקין שני סעיפים שהם סעיפי סעד- רשלנות או כהפרת חובה חקוקה (הפרה של חובה המוטלת על פי החוק היא תחשב כעוולה), במקרה כזה שההוראה מעוגנת בחוקה היא יכולה לפעול במסגרת דיני הנזיקין.

למשל, רשות שלטונית שגרמה נזק לאדם על ידי כך שהפרה זכות חוקתית שלו עשויה להיות מחויבת בתשלום פיצויים לנפגע מכוח דיני הנזיקין. הפרת זכות חוקתית על ידי המדינה עשויה אם כך לגבש "עוולה חוקתית", שתיחשב, במונחים של פקודת הנזיקין, כרשלנות או כהפרת חובה חקוקה, ומכוח זאת יוקנה לנפגעים סעד של פיצויים.

שאלה מעניינת (שעדיין לא הוכרעה על ידי בית המשפט העליון), היא אם הפרת זכות חוקתית עשויה לגבש זכות לפיצויים גם שלא במסגרת פקודת הנזיקין.למה יש צורך בכך, אם אפשר להשתמש בפקודת הנזיקין?

פקודת הנזיקין מעניקה הגנות שונות, שספק אם הן הולמות הפרות של חוק יסוד. למשל, בפקודת הנזיקין קיימת הגנה לעובד ציבור ולמעבידו אם פעולתם הייתה בתום לב, מתוך אמונה כנה שפעולתם היא מכוח חוק תקף. אם נגביל עצמנו לכללי דיני הנזיקין, נוצר פתח לטענות שונות של המדינה, שאולי בית המשפט לא רוצה להתיר.

**תיקון חוק- קריאה לתוך החוק**

**נסר**

רקע: כאמור, בית המשפט קבע שהחוק בעייתי ואיים במתן צו מוחלט לתיקון החוק אם הממשלה והכנסת לא יפעלו עצמאית לתיקונו. משהכנסת לא ביצעה את התיקון, ניתן פסק דין ב22.5.2012 על ידי הרכב של שלושה שופטים, שכלל את הנשיאה היוצאת בייניש, הנשיא החדש גרוניס והמשנה לנשיא ריבלין.

נפסק: בית המשפט קבע כי הסדר זה פוגע בשוויון, ומכאן שגם בזכות החוקתית לכבוד האדם, וכי פגיעה זאת, שספק רב אם תכליתה ראויה, אינה מידתית. מכאן הסעדים של הוצאה מהחוק של חמישה יישובים שהוספו לרשימת היישובים הנהנים מהטבת המס והוספת שלושה יישובים ערבים לרשימת היישובים שתושביהם זכאים להטבת המס. בית המשפט לא השתמש באיום, אלא פשוט תיקן את החוק בעצמו, תיקון החוק באופן שירא את הפגיעה שהייתה בו.

**משה נ' הוועדה לאישור לנשיאת עוברים**

רקע: עתירה של בנות זוג המבקשות להביא לעולם צאצא בדרך של הפריית ביצית שתילקחי מגופה של העותרת 1 ותושתל ברחמה של העותרת 2, אשר תישא את ההיריון ותלד. חוק תרומת ביציות אינו מאפשר פרוצדורה זו.

נפסק: השופטת חיות סברה כי הדבר פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות היסוד של העותרים ושל אחרים.

השופטת חיות סברה כי בכך נפגעות באופן בלתי חוקתי זכויות יסוד של העותרות ושל אחרים דוגמתן. חיות קבעה כי אין פירושו של דבר בהכרח כי דינו של החוק- בטלות:

* "בענייננו, אין הצדקה להכריז על בטלותו של חוק תרומת ביציות כולו, או אף על בטלות סעיף 4(א) לחוק האוסר על ביצוע שאיבה והשתלת ביציות שלא על פי החוק, שכן מהליך זה ייצור "חלל חקיקתי" משמעותי אשר יותיר את תחום תרומת הביציות הפקר ויגרום בכך יותר נזק מתועלת  
  בנסיבות אלה, סבורני כי הפתרון הראוי מצוי במנגנון וועדת החריגים. לו תשמע דעתי נקרא אל תוך חוק תרומת ביציות סעיף משנה נוסף, אשר יבוא לאחר סעיף 20(א)(4)  
  ולפיו תוסמך וועדת החריגים ליתן אישור לתרומת ביציות "אם סברה כי בנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת".

חיות קבעה כי אין פירושו של דבר כי בהכרח החוק בטל. המסקנה שמדוברת כאן בפגיעה לא לגיטימית בזכות, לא גוררת פסילה של כל החוק ואפילו לא של הסעיף שהזכירו כרגע. משום שמהלך כזה יצור מצב שלא תהיה הסדרה של הסוגיה והגבלות על תרומת ביציות. ההסדרה של הנושא חיונית ומבטלים את הקביעה כי מה שקבוע על פי החוק אסור, אנחנו מרעים את המצב ולא משפרים אותתו.

חיות מוסיפה ומציינת, חיות יוצאת מנקודת הנחה כי ועדת החריגים וזה מקרה חריג שמצדיק מתן אישור לתרומת ביציות למרות שזה לא אחד מהתסריטים שהחוק מאפשר.

חיות הייתה בדעת מיעוט, שמוסיפה כי צריך להוסיף סעיף לחוק, שייצר ועדת חריגים שתאפשר את מה שהחוק אוסר.

האם פרשת משה יש בה חידוש לעומת פרשת נסר? מה מרחיק לכת יותר?

המהלך בפרשת משה , כפי שציינו הרוב חיות הייתה בדעת מיעוט, ועדת החריגים לא יכולים להעניק מה שהחוק לא מכיל, חיות רוצה להרחיב את תחולת החוק ולהוסיף פרטים שלא עולים בקנה אחד עם החוק. בפרשת נסר נקבע קריטריון ובחינה על פי, מגיעים למסקנה כי יש כאלו שלא אמורים להיכלל ברשימה ויש כאלו שכן, בית המשפט קרא לתוך החוק על פי קריטריון שהחוק קבע, בניגוד למשה, חיות רצתה להרחיב ולתת אפשרות מעבר למה שקובעים הכללים. המהלך כאן מרחיק לכת יותר מאשר במקרה הקודם, שכן כפי שציינו שופטי הרוב (חיות בדעת מיעוט), וועדת חריגים אינה יכולה להעניק מה שהחוק לא מאפשר להעניק. במלים אחרות, **חיות מבקשת להרחיב את תחולת החוק, לא רק להוסיף פרטים כמתבקש מהוראות החוק הקיימות.**

**התראת בטלות**

**בגצ ההסתדרות הרפואית**

מוגשת עתירה כנגד המציאות שבה יעקב ליצמן מכהן כסגן שר, אך בעצם אוחז בכל סמכויות השר.

* רובינשטיין: נראה כי המוסד של 'כאילו', של סגן שר הממלא את פונקציות השר עד קצה גבול היכולת כשהשר המכהן הוא ראש הממשלה, להבדיל מסגן שר במתכונתו הבסיסית, **הוא מוסד הקרב לתום דרכו.** על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית... מהווה תמרור לעתיד.

נפסק: המוסד הזה שהסגן השר ממלא את כל הפונקציות של השר, בית המשפט לא קובע כאן כי הוא מבטל את המוסד או שהוא פוסל את תפקודו של ליצמן כסגן שר ומורה כבר כעת למנות שר, או לחילופין לפטר את ליצמן, אלא יש פה תמרור אזהרה המאיים כי אם לא יעשה שינוי, אז בית המשפט יתערב.

בחלק מהמקרים לא דובר בסעד הניתן לאחר קביעה שהפעולה השלטונית אינה חוקתית, אלא בסעד צופה פני עתיד. 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.

מה קורה אם בית המשפט קובע אם מציאות מסוימת אינה חוקית? איזה כלים עומדים לרשות בית המשפט?

הדברים של רובינשטיין נאמרו בלי הקביעה כי זה אינו חוקתי, אלא בעתיד זה יהפוך להיות כלא חוקתי ואז בית המשפט יתערב. שיקול הדעת שהופעל במקרה זה הוא בעייתי, בית המשפט לא קבע שזה פסול ולא חוקתי, שיקול הדעת הוא על הגבול של חוקתי לא חוקתי, בית המשפט יתערב בעתיד. בית המשפט בבואו לפסוק אזהרה, יוצא מנקודת הנחה כי המקרה הוא תקדימי, יש פה דימיון מסוים לבטלות פרוסקטיבית.

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).

**זכויות אדם במשפט הפרטי**

השאלה הגדולה שננסה לברר היא האם החובה לכבד זכויות אדם חלה רק על המדינה או גם על שחקנים פרטיים?

הרעיון של מדינה במובן שאנחנו מכירים אותו הוא רעיון יחסית חדש. לפחות בראשית הדרך הדגל שעל פיו פעלו המדינות היו דגל שההקשר דובר עליו הוא כמדינה "שומר לילה"- המדינה עוסקת בעיקר באספקת שירותי ביטחון- פנים וחוץ, לצורך זה יש משטרה בתי משפט ויש צורך לגבות מיסים וכו. אומנם, בשאר הדברים המדינה לא מתערבת. מרחב גדול נשאר פנוי מהמדינה- כל השירותים האחרים האספקה שלהם תלויים ונבע למעשה מצירוף של שני עקרונות, הצומחים באותה תקופה:

1. חירות הפרט- בכל מקרה בו המדינה מתערבת היא מצמצת את חירות הפרט.
2. תפיסת השוק החופשי – תפיסה שעוסקת במה שראוי, עובר של התפיסה הכלכלית שהנחת המוצא הייתה שאם השוק יפעל בצורה חופשית ועצמאית, בלתי מפוקח, התוצאה תהיה מיטיבית לכולם- השוק יצליח לאזן את הפועלים בתוכו ויגיע למצב האידיאלי.

זה מצב ששני הצדדים זוכים, גם מנקודת מבט תועלתנית וגם תוך שמירה על זכויות אדם, יותר נכון שהמדינה לא תתערב, גם ראוי וגם כדאי. חרף העובדה שהמדינה בשלב הזה היא גוף מוגבל בסמכותיה, אך גם בתקופה זו למדינה יש מונופול על השימוש בכוח, משום שהעוצמה שנועדה להגן על האזרחים יכולה להשתמש על ידי השלטון ככלי לדיכוי הפרט. נוצרת מערכת הגנות של הפרט מול השלטון- כמו זכויות הפרט, במטרה להגבלת השלטון ומניעה משימוש כוחו בצורה לא הוגנת.

אולם הציפיות לא התממשו, בהקשר הזה המדינה שהמתירנית ביותר הייתה בריטניה- לא מתערבת בכוחות השוק והתוצאה היא ניצול מחפיר של העשירים מהעניים ולהעמקת הפערים החברתיים. אך למה זה שונה מכל תקופה בהיסטוריה כמו ימי הביניים? דווקא המציאות החברתית הביאו איתו מידה של הגנה- בימים האלו האציל ידע מה גבולות המשחק ומה סמכויותיו, הוא פעל מתוך שיקוליים מוסריים וכדאיות הוא הגן עליהם בצורה מסוימת. אך ברגע שהעסק נפתח לחלוטין, יש נדידה מהכפר אל העיר, נוצרת מציאות חדשה לחלוטין- כמו עבודת ילדים (עבודת פרך שגורמת לנכות ומוות) שהן תוצאה של משק קפיטלסיטי נטול חמלה. על רקע זה מתגבשת בבריטניה בסיבות סוף המאה ה19, מתפתחת תפיסה חדשה.

גישות המטילות על המדינה תפקיד יותר משמעותי- מודל מדינת הרווחה. המדינה אמורה לסייע והלגן על השכבות החלשות בחברה, את זה היא עושה בשני כלים:

1. חוקי מגן- מתערבת במערכות היחסים בין עובדים ומעבידים וקובעת סטנדרטים, כמו חוק שכר מינימום, עבודת נשים וילידים וכו. בעבר שני הצדדים קבעו הסכם עבודה ופה המדינה מתערבת בהם, המדינה מתערבת על מנת שהחיי האנשים החלשים יהיו סבירים יותר מהמצב הקודם.
2. אספקה של שירותים בסיסיים הניתנים לכל אזרח, אך מי שנהנה בעיקר הן השכבות החלשות.

כל זה מחייב הקמת מערכת בירוקרטית מורחבת- אספקת השירותים ופיקוח על עמידה בסטנדרטים שנקבעו. זה גורם למערכת מסובכת מה שגורם למשפטנים מסוימים הקובעים כי נוספת לשלושת הרשויות, רשות נוספת ורביעית- צורה שלטונית רביעית הנפרדת מהרשות המצבעת שהיא הרשות המנהלית, המדינה המנהלית. גם במודל הקודם הייתה למדינה כוח ועוצמה, מרכזת בידיה עוצמה אדירה, וכך גם כאן- היא קובעת סטנדרטים המשפיעים לטובה או לרעה על האזרחים, היא הופכת להיות מקור ישיר לעושר- היא גובה מיסים אך אחר כך מוציאה אותם, יותר אזרחים מוציאים את לחמם מהמדינה, ולא השירותים שמספקים. הם הופכים להיות ספקי שירותים או שהם הופכים להיות עובדי מדינה.

אם אנחנו מסתכלים על התהליך הזה ניתן לומר כי המדינות הותיקות שבהן ניתן לזהות את התהליך בין המעבר של המדינה כשומרת לילה למדינת רווחה, יש כאלו שעשו דרך מרחיקת לכת וכאלו שפחות. דגל שומרת הלילה- הקפיטליסיטי מצביעים על ארצות הברית.

בשנות השלושים של המאה העשרים- המשבר הגדול וול סטריט, בתקופת שלטונו של רווזוולט. המדינה עוברת מהפך, של שינוי דרמטי במידה ההתהוות של המדינה בשוק הפרטי ואספקת שירותים.

יש מדינות שקמות ונולדות לתוך הדגם של מדינת רווחה, כמו מדינת ישראל, כאשר הגורמים הדומיננטים בה הם גורמים סוציאליסטים, אשר קובעים שורה שלמה של חיקוקים שתכליתם הגנה על העובד והספקת שירותים. זה נמשך הרבה זמן עד לתחיל המאה 21. אך כיום, המדינה נעה לכיוון השוק הקפיטליסטי- תהליכי הפרטה מפחיתים את ההתערבות בשוק הכלכלי. גם כשהמדינה מתערבת מעט פחות היא עדיין מסדירה ומפקחת, עדיין יש בידיה עוצמה לא מבוטלת.

מדינה הדגם של מדינת הרווחה, שנולדת הזרוע המינהלית, זה יוצר מצב חדש גם במצב המשפטי- בתחום המנהלי. ברגע שהמדינה מתנהלת בתחום חדש גם כללי משפט מצטרפים אליה.

המשפט המנהלי, כבר בשלב הראשון אנחנו מייצרים עקרונות הממקומים בתוך המשפט החוקתי, המשפט המנהלי מוסיף מערכת של חוקים פרוצידורליים שמטרתם הסדרת אופן פעילות המדינה על מנת שלא תעשה שימוש לרעה באותן סמכויות בהן היא משתמשת.

עד כה תוארו המגבלות על ידי המדינה, אך לצד הכללים האלו צריך לזכור כי התפיסה של הפרט מל המדינה לא הייתה רק כאיום אלא גם כגורם חיובי- לפעול לטובת ותועלת הציבור. המשפט המנהלי יצר כלים משפטיים שהמטרה שלהם הייתה ליצור הגנה למדינה על מנת שתצליח לפעול ולקיים את מה שנועדה לעשות. כמו הסכמים קואלציוניים- בריחה מהסכמים שנחתמו, אין יותר כדאיות והציבור עלול להיפגע, המדינה יכולה להשתחרר מחוזה מול אדם פרטי. המדינה זכויה לחסיניות ולזכויות יתר שהשחקן הפרטי לא זוכה. אם אנחנו מסווגים גוף מסוים חלק מהמדינה יש שתי השלכות, משני כיוונים הפוכים. **מצד אחד זה מטיל על המדינה מערכת של חובות, מנהליות וחוקתיות, מצד השני זה מעניק למדינה פריוולגיות מסוימות שנובעות מהעובדה שהמדינה פועלת לטובת הכלל.**

במערכות יחסים בין פרטים נקודת המוצא שהשחקנים הם סבירים החושבים בהיגיון ופעולים בצורה שיווניות- באותו מעמד. אומנם זאת לא המציאות, במקרה שיש מעמד כוחות לא שווה, זה המקום שהמדינה נכנסת למשחק, אשר מבטיחה את זכויות והאינטרסים של הצד החלש. אבל, הנחת המוצא המבוססת על תפיסות ליברליות שהמדינה לא אמורה להחליף את שיקול הדעת של האדם הפרטי, אין לקבוע מה טוב ומב צודק במטרה למנוע מאנשים להתקשר.

ההצעה היא שצריכים להיות כללים שונים בנוגע למשפט הציבורי- מערכות היחסים בין הפרט למדינה, לבין המשפט הפרטי של מערכות יחסים בין פרטים. כל מה דובר עד עכשיו זה בנוגע למשפט הציבורי. אשר במשפט הפרטי מערכת הכללים המנהלית לא נכנסים. יש שלושה טיעונים שאם יתקבלו אם מערערים בעצם את ההבחנה החדה בין שני ענפי המשפט: **על הדיכוטומיה(חלוקה חדה) הזו קמו עוררין.**

1. **המדינה איננה שחקן העל היחיד במגרש הפעילות האנושי**- יוצאים מנקודת מוצא שהמדינה חזקה והיא יכולה להתמש בכוח על מנת לפגוע בפרט הקטן. אך אם המטרה של המדינה היא להגן על אזרחיה, הרעיון הוא להגן על הפרט הקטן בפני המדינה החזקה אז אולי צריך לספק הגנה לא רק בפני המדינה אלא גם מפרטים חזקים שמסכנים את הפרט. אם זה ככה, אולי חלק מעקרונות המשפט הציבורי צריכים לחול על המשפט הפרטי.
2. **על ההגנות החוקתיות ניתן להסתכל לא רק באופן אינסטרומנטלי** -עד עכשיו הזכויות נתפסו כמכשיר למניעת פגיעה בפרט, השלטון מאיים על הפרטים בעבירה על הזכויות. ניתן להתייחס לזכויות אדם לא רק ככלי שהמדינה יצרה, אלא כנכס שכל אדם זכאי לו. אם ככה זכויות הפרט לא יגרמו להסתכל על גורמים כמדינה או חזק, אם כל אדם נהנה מזכויות הפגיעה בזכות לא צריכה להיבחן להתשנות לפי הגורם אשר פגע- האם זו המדינה או פרט אחר. מדוע להגביל?
3. **בעשורים האחרונים המטוטלת נעה בחזרה מהלאמה להפרטה** המטוטלת- ממדינה שומרת לילה למדינת רווחה, המטוטלת חוזרת לכיוון של הפרטה, אשר המדינה מפחיתה את מידת ההתערבות, כשמפריטים זה לא נע לעבר כלל הפרטים אלא ההפרטות מגיעות לאותם כרישים- הפרט החזק במדינה, הצד הזה הופך להיות בעל של הנכסים ומשאבים מאוד גדולים, זה יוצר מצב שאומנם הם יותר קטנים מהמדינה אך הם הופכים להיות דומים לה יותר ויותר. חלק מהשירותים שהמדינה מספיקה לספק ויש כאלו שהמדינה ממשיכה לספק באמצעות מקורות חוץ- לא המדינה מספקת אלא שחקנים חיצוניים, שחקנים אלו מתפקדים כמו המדינה.

שתי דרכים עקרוניות:

1. הזזת קו הגבול- עדיין מקבלים את האבחנה אך נאמר כי עקרונות המשפט החוקתי והמנהלי מוטלים על המדינה. אך מי זו המדינה? מזיזים את קו הגבול, יש שחקנים שבאופן פורמאלי הם שחקנים פרטיים אך בשל מאפיינים שדומים למדינה, נחיל עליהם את העקרונות החוקתיים. נכיל על גופים דו מהותי ונטיל עליהם גם את המערכת המשפטית הפרטית וגם הציבורית. דואליות נורמטיבית. שתי מערכות נורמות- פרטי וציבורי. על גופים דן מהותיים נכיל דואליות נורמטיבית. תיאוריה זו עדיין מקבלת את ההבחנה בין המדינה לפרט אך מזיזה במעט את קו הגבול- חיפוש שחקנים פרטיים והחלת מערכת משפט ציבורי. החלה של ההדואליות הנורמטיבית זה לא הכל או כלום, זוהי לא החלה גורפת של כל המשפט הציבורי.
2. החלה של חובות גם על השחקנים פרטיים, שבירה וטשטוש בין השלטון לפרטים והחלה של חובות גם על הגוף הפרטי. ניתן לעשות זאת בשתי רמות:

* תחולה ישירה- לא אומצה בישראל, ניתן לתבוע שחקן פרטי ישירות על פגיעה בזכות. כמו שהאדם היה יכול לתבוע את המדינה ישירות על הפרת זכות חוקתית, האדם יכל לתובע גם לגוף פרטי על פגיעה בזכות.אז למה שיתנגדו לרעיון של תחולה ישירה? שתי סיבות:

1. כי במישור הפרטי, הפרט שנתבע אינו קשור בקשר שלטוני או כל קשר למדינה. גם לפרט שנתבע עומדות זכויות משלו, ואז אנו עוסקים בהתנגשות בין זכויות, וזה מסבך את כל העניין!.   
2 . אנו עוסקים במקום בו אין בסיס הנסמך על חוק (שהרי על זה נסמכת התחולה הישירה) אלא על חוקה, והדבר בעייתי! כאשר בכל זאת נחקק חוק המסדיר את הזכויות, נבחן אותו בחינה חוקתית ובכל מקרה עברנו לבחינה עקיפה כתוצאה מכך.

* תחולה עקיפה- היא זו שאומצה בישראל. ניתן לתבוע על הפרה של החוק, והתביעה תהיה על הפרה של החוק, אך החוק מתפרש כמחייב שמירה על הזכות החוקתית. ניתן לתבוע שחקן פרטי על הפרה של חוק, כשהחוק מתפרש ככולל את החובה לכבד את הזכות.

מה ההבדל בין השיטות? כדי שנוכל לתבוע על פי התקיפה העקיפה, יש צורך בחוק שניתן להישען עליו- כמו מערכת יחסים חוזית וכו, ושם נצטרך מושג שסתום- קריאת המושג והיותו רחב מסםיק בשביל לפרש ולהכניס את הזכות החוקתית. אם אדם עובר בדרך של חוק החוזים, הדברים עוברים דרך המסננת של חוק החוזים. משום כך שיש הבדל בין שתי הדרכים.

למה שמישהו יתנגד להחלת כללים ציבוריים על המשפט הפרטי? במערכת יחסים פרטית, לשני הצדדים יש זכויות חוקתיות- מצד אחד זכות לכבוד וכו, ומצד שני זכות לקניין. עד כה אכן הסתכלנו על הצד החלש, אך גם לצד השני יש זכויות חוקתיות. זה לא המקרה הקלאסי, המדינה לא יכולה להצביע על זכות שיש לה, אך במשפט הפרטי יש צורך במתן עליונות על ערכים מסוימים? למה שנחליט כי שיוויון גובר על קניין? וכו.

הדיון כרגע הוא ברמה החוקתית, אם מחר בבוקר המדינה תחוקק חוק ותקבע כי כל אדם שמספק שירות לציבור לא ניתן להפלות אדם. התביעה תהיה מכוח החוק, זו לא תהיה תביעה למימוש זכות חוקתית, אלא זכות שמעוגנת בחוק. הדיון שלנו זה במקום שאין חוק שניתן להישען עליו. מה קורה בנסיבות שאין חוק שמסדיר את העניין?

נציג פסקי דין המציגים דרך שמסכלת על גופים דו מהותיים והחלת דואליות נורמטיבית, וגם המסלול השני- החלה של הנורמות החוקתיות דרך המסלול של תחולה עקיפה:

**מיקורדף**

העובדות: כשלא היה אמצעים לאיחסון דיגיטלי של מידע היה ניתן למזער מסמכים, שעל סלילים ניתן באמצעות מכשיר להגדיל ולראות את המסמך. חברות גדולות, כמו חברת חשמל השתמשו באותם סלילים על ידי חברות שסיפקו את המוצר. העותרת ניסתה לתוקף בבג"צ את החלטתה של חברת החשמל להתקשר בחוזה ללא מכרז, תוך הפרת הנחיותיה הפנימיות.

בית המשפט: המשיך במגמה שהחל בה בפסיקה קודמת וקבע כי שאלות אלו ראוי שיידונו בבתי המשפט האזרחיים.

ברק וגולדברג: אולם השופט ברק נדרש גם לשאלת הדין שיחיל בית המשפט האזרחי בדונו בעניין.

חברת החשמל מתאגדת כחברה בתחום המשפט הפרטי, אולם לדברי השופט ברק :המייחד את חברת החשמל הוא, שהצטברו בה מספר תכונות המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה לתאגידים סטטוטוריים. **קיומן של סמכויות שלטוניות** (למשל, חברת החשמל יכולה לפגוע ברכוש פרטי של אדם אם הוא עלול לפגוע בקווי חשמל, בעוד שברור שגורם פרטי לא יוכל לעשות זאת ללא רשות), **הענקת זכיון בלעדי**(היום כבר לא בלעדי אבל אז כן) מהמדינה **והשליטה על אמצעי ייצור חיוני** (חשמל)"- **הלכה למעשה, מגדירים את חברת החשמל כגוף דו-מהותי.**

שלמה לוין: בחר שלא להכריע בשאלה בשלב זה.

חברת חשמל היא אכן חברה והיא מתאגדת בתחומי המשפט הפרטי, אבל היא גוף מיוחד, העובדה שיש לה סמכויות שלטוניות, עוצמה רבה והיא מחזיקה באמצעי ייצור חיוני- מספק מוצר חיוני. כל זה הופך את חברת החשמל כגוף דו מהותי ויש להחיל עליה גם את המשפט הציבורי. היא חברה ממשלתית שכל מניותיה מוחזקות בידי המדינה.

למה מלכתחילה בנו אותה בתור חברה? משום שחברת החשמל עושה עסקים מה שהמדינה לא יכולה לעשות. אם נשתמש במונח בתחום דיני החברות, אנחנו יכולים לעשות העברת מסך, ולקבוע כי בסופו של דבר חברת חשמל היא המדינה והיא הזרוע הארוכה של המדינה. ממקום זה ניתן לומר כי חברת החשמל מחויבת לפעול לפינורמות מסוימות.

אבל ברק לא אומר זאת, הוא לא קובע את ההכרעה בשל הסיבה שחברת החשמל היא בבעלות המדינה, אלא הוא מתייחס למאפיינים הקובעים כי לחברה יש סממנים ציבוריים ועל כן יש להחיל עליה נורמות ציבוריות. הטיעונים שברק נותן הם רחבים הרבה יותר. אז למה ברק לא הלך לכיוון זה?

השערה- אולם, הנמקתו של ברק איננה מבוססת על היותה חברה ממשלתית (דבר שהיה מאפשר ומצדיק מעין "הרמת מסך"), אלא על נתונים המקנים לה כוח במישור הציבורי. נתונים אלה יכולים להתקיים גם בתאגיד שאינו בבעלות ציבורית.מתוך הרצון להחיל נורמות ציבוריות גם על מקומות שהן לא בבעלות המדינה- הרחבת תחום הטלת נורמות צבוריות על המשפט הפרטי. וכן קל יותר להחיל ולקל את השינוי הגדול שברק עושה. ולהכיר בקלות יותר את דוקטרינת גופים דו מהותיים.   
גידי מציע, שברק החיל את הדוקטרינה הדואלית בהחלת העקרון הדו-מהותי מכיוון שהיה "קל" לציבור לעכל את יישום הדוקטרינה החדשה על חברה שברור לחלוטין שהיא ממשלתית. כלומר, ברק לא משתמש במעמדה של חברת החשמל כחברה ממשלתית, אבל "מחליק" את הדוקטרינה לציבור מאחר ומעמדה של חברת החשמל הוא כחברה ממשלתית. בהמשך נראה שההגדרה כגוף דואלי מורחבת גם כלפי גופים שמעמדם אינו ברור כשל חברת החשמל.

ברק הזכיר שלושה מאפיינים שבגללם מן הראוי להתייחס לחברת חשמל כגוף דו מהותי:

1. פורמאלי- או שיש סמכויות סטטוריות או שאין, או שיש בלעדיות מהמדינה או שאין. סמכויות סטטוטוריות או קיומו של זיכיון.
2. מהותיים- מדר על התוכן- שליטה על אמצעי ייצור חיוני. שליטה על אמצעי ייצור חיוני.
3. מעמד מונופולסטי

קשה יותר לקבוע מהם אותם שירותים חיוניים, זה נותן מקום לשיקול דעת רחב יותר של השופטים. קל יותר להסכים על יישום המבחנים הפורמאליים קשה יותר על מהותיים. קל יותר להסכים על יישום המבחנים הפורמליים, קשה יותר על המהותיים. מה ייחשב לשירות חיוני? האם העיתונות, למשל , מספקת שירות כזה? יש על כך וויכוח ובוודאי לא הסכמה כללית.

מהו היקף התחולה של הנורמות הציבוריות?

ברק מדגיש שאינו מתכוון להחלת המשפט הציבורי במלוא היקפו על חברת החשמל, אלא רק עקרונות יסוד, הגינות ,שוויון, סבירות, יושר ותום לב וכיוצא בהם עקרונות בסיסיים של מנהל ציבורי.

אולם, נראה שלמרות ההכרזה על הליכה בדרך ביניים, ברק דווקא נוקט הלכה למעשה בגישה מרחיבה. שהרי השאלה שעל הפרק היא עריכתו של מכרז, דרישה קונקרטית למדי. הגינות ושוויון ניתן לכאורה להשיג גם ללא קיומו של מכרז פורמלי. נראה, אם כן, שפסק הדין מרחיק לכת מעבר להבטחת עקרונות יסוד.

**קסטנבאום**

העובדות: תביעה כנגד החברה קדישא בשל סירובה לאפשר לזוגה של המנוחה להוסיף את שמה באותיות לטיניות ואת תאריכי לידה ופטירתה בספרות לפי הלוח הלועזי. החברה סברה שיש איסור הלכתי לעשות זאת, כאשר הדיון הראשוני התקיים בבית המשפט המחוזי. הסירוב של חברת קדישא נשען על העובדה, שהחתימה על החוזה מחזירה על האישור ולהסכמה על המגבלות.

בית המשפט: במחוזי נדון העניין באספקלריה של המשפט הפרטי. נקבע כי הסעיף בטופס של החברה קדישא, באוסר על כיתוב ותיארוך לועזי על גבי מצבה המוקמת לפי טופס זה, מהווה תאי מקפח בחוזה אחיד. בבית המשפט המחוזי דנו על פי עקרונות המשפט הפרטי- דיני החוזים. החוזה הוא חוזה אחיד, ותנאי מקפה בחוזה אחיד בטל. ולכן תנאי זה בחוזה מתבטל. חברת קדישא מערערת בעליון. בערעור, סמכו השופטים ידיהם על ההחלטה, אולם את עיקר דבריהם ייחדו לפן הציבורי של העניין.

נפסק: קבלת הכרעת בית המשפט המחוזי, אך הם לא נעצרים כאן. הם עוברים לדון בעובדה באספקטלריה של המשפט הציבורי: שלושת השופטים מסכימים כי חברת קדישא בעלת מאפיינים שצריך להתייחס אליה כגוף דו מהותי: כל השופטים ראו בחברה קדישא **גוף בעל מעמד ציבורי**, הגם שלא משיקולים זהים.

1. יש לה סמכויות סטטוריות, היא רשאית לגבות אגרות
2. יש לה מעמד מונופליסטי ברוב הערים
3. היא מספקת שירות חיוני- קבורה

שמגר:

מבסס את פסק דינו על משיקולים המצטברים של כל השיקולים שנזכרו במיקרודף: הסמכויות הסטטוטוריות של החברה קדישא(יכולה לגבות אגרות), מעמדה המונופוליסטי ברוב הערים, והמהות הציבורית של תפקידיה(מספקת שירות חיוני של קבורה).

אלון:

אלון חולק על שמגר במבינה עובדתית: אומנם קוראים לחברה חברת קדישא, אך כל הארגונים תחת החברה לא נחשבים באמת קדישא, יש לכל חברה סממנים שונים ומדיניות שונה. כך שלא ניתן לקבוע כי חברת קדישא זו מתנהגת כמונופל- ניתן ללכת לחברות אחרות.מתנגד עובדתית לזיהויה של החברה קדישא כבעלת אופי מונופוליסטי ומסתפק באופי התפקיד כבסיס להחלת המשפט הציבורי.

ברק:

אף הוא שולל את הקביעה בדבר המעמד המונופוליסטי ומסתפק בכך שהתאגיד בעל תפקיד סטטוטורי של ממש. ברק אינו מבהיר האם זהו גם תנאי הכרחי(ברור שאם יש סמכויות סטטוטוריות הגוף יוגדר כדו-מהותי, אך לא ברור אם ללא סמכות סטטוטורית גוף יוכר כדו-מהותי). ברק מצטרף לאלון בביקורת של שמגר לגבי המונופול. אך הוא הולך לסמכויות הסטטוריות, אשר במובן מסוים יותר יציב. ברק לא מדגיש האם הסמכות הסטטורית זה תנאי הכרחי, ברור כי זה תנאי מספיק- אם גוף בעל סמכויות סטטוריות הוא נחשב כגוף דו מהותי, אבל מה קורה אם אין לו?זה מה שקורה ביחס לשלושת השופטים שקובעים כי הגוף הוא בגדר גוף דו מהותי.

הויכוח מתרכז להחלת הערכים במקרה- אלון קובע כי דרך השפה העברית אמורה לגבור על כבוד האדם, בניגוד לשני השופטים. השאלה העקרונית היא מהי התוצאה של האיזון בין הזכות לחירות וכבוד למעמדה של השפה העברית.

בית המשפט מחיל על המקרה הזה נורמות ציבוריות- הזכות לכבוד מכוח מאפייני הגוף הדו מהותי, שמגר- שלושת המאפיינים, אלון- מונופול, ברק- סטטוריות.

לאורך השנים היו עוד פסקי דין אבל בגדול בית המשפט לא קבע מסמרות בצורה נחרצת. בחלק לא מבוטל מהמקרים בית המשפט העביר את ההכרעה לבית משפט מחוזי. לכאורה בית המשפט יכל לקבוע כי אלו הקריטריונים שעליהם צריך להכריע, אך הוא לא עשה זאת.

מהו היקף התחולה של הנורמות הציבוריות?

* בנסיבות העניין נבחנו חופש הביטוי חופש המצפון וכבוד האדם.

איך נדע לזהות גוף דו-מהותי?

• המגמה המצטיירת בפסיקות בית המשפט היא של "בריחה" מקביעת מבחנים ברורים כלשהם. הדבר מתבטא בהעברה של השאלות להכרעה של ערכאות נמוכות יותר, וזאת מבלי שלערכאה הנמוכה ניתנת הדרכה הברורה בשאלה מה עליו לחפש.

**בית יולס**

העובדות: חברת בית יולס, המחזיקה ומפעילה בתי אבות בחיפה, פרסמה בעיתונים מכרז להקמת בית אבות חדש. בין המציעות היו שתי חברות פרטיות ואחת ציבורית, רסקו, אשר לא עמדה בתנאי הערבות. חרף זאת החליטה בית יולס שהיא מעדיפה למסור העבודה לחברה ציבורית ובלבד שההצעה לא תעלה ביותר מ5% מהצעת רביב, שהייתה הזולה מבין ההצעות. התנהל משא ומתן עם רסקו, זו הוזילה את הצעתה וזכתה במכרז.

בית המשפט:רביב וארנסון פנו לבית המשפט המחוזי, שדחה תביעתם. ערעורם לעליון התקבל בחלקו ברוב דעות, ובית יולס חויבה בפיצויים בגין הוצאות ההשתתפות במכרז. בדיון נוסף בעליון שוב נהפכה ההחלטה. עתירת בית יולס נתקבלה ברוב דעות, כנגד דעתם החולקת של ברק ושמגר.   
השאלה המיידית שנדונה במקרה הייתה האם החובה לנהוג בשוויון בין המשתתפים במכרז ציבורי חלה גם במכרז הפרטי.

אלון: דעת הרוב  
אין להטיל חובת שוויון במכרז הפרטי. בהטלת חובה כזאת הוא רואה פטרנליזם שיפוטי(שביהמ"ש מתערב עבור הצדדים במשהו שלא התכוונו אליו) לא מוצדק, חקיקה שיפוטית והגבלה לא ראויה של חופש החוזים.

ברק (דעת מיעוט)

ברק קובע כי חובת השיוויון היא רלוונטית מכוח קונסטרוקציה חוזית של חוזה נספח- כשבית יולס יצאה במכרז היא עשתה שני דברים: הזמנה להציע הצעות, ולכן מי שמציע זה רק הצעה ולא נכרת חוזה, אך בצד זה המכרז עצמו הוא לא רק הזמנה להצעות אלא גם בגדר הצעה- מי שיציע הצעה במכרז בינו וביני יכרת חוזה, חוזה בו מצד אחד אדם הציע הצעה ומהצד השני אני נותן התחייבות לנהוג בשיוויון. כשאדם יוצא במכרז הוא לוקח על עצמו סטנדרטים של הוגנות. ברק בעצם אומר כי כשהציעו הצעת לבית יולס נכרת חוזה שבמסגרתו בית יולס התחייבתה לנהוג בשיוויון. בצד זה הוא מגיע לאותה מסקנה דרך קונטרוקצציה טרום חוזית, משא ומתן ל , סעיף 12 מדבר על חובת תום הלב במסגרת המשא ומתן לכריתת חוזה. חובת ההתנהגות כוללת את חובת השיוויון, חובת תום הלב מחייבת את חברת בית יולס לנהוג בשיוויון כלפי כל המציעים. יש כאן דוגמא לתחולה עקיפה- החובה לנהגו בשיוויון לא מוחלית ישירות אלא היא מוחלית בעקיפן, דר מושג שתסום- חובת תום הלב.

חובת השוויון חלה גם במכרז הפרטי. למסקנה זו הוא מגיע בשתי דרכים:  
קונסטרוקציה חוזית של חוזה נספח(פחות רלוונטית לשיעור שלנו, אבל בעיקרו של דבר כאשר חברות הגישו הצעה במכרז, הן ציפו שבית יולס תנהג בשוויון והיא התחייבה לכך גם אם הדבר לא נדון בין הצדדים).  
קונסטרוקציה טרום חוזית- חובת תום הלב, אשר מוטלת על צדדים למכרז לפי סעיפים 12 ו39 לחוה"ח, **כוללת לדעת ברק גם את החובה לנהוג בשוויון**. **ברק למעשה מחיל תחולה עקיפה(קורא את חובת השוויון לתוך תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בדיני החוזים לפי סעיפים 12 ו39).**

כאמור בית המשפט לא מקבל את דעת ברק.

**זה מחזיר לפרשת קסטנבאום**:

כאמור, שופטי הרוב אישרו את דעת בית המשפט המחוזי לפיה התנאי בחוזה האוסר על חריטת תאריך ושם לועזי הינו תנאי מקפח בחוזה אחיד, הניתן לביטול. בנוסף, נקבע כי חברה קדישא היא גוף דו-מהותי המצדיק החלת נורמות ציבוריות על פעולותיה.  
השופט ברק הוסיף נימוק נוסף. הוא מציין כי "משפטית ואינטלקטואלית" הניתוח דלעיל אינו שלם. לדעתו, ראוי היה להגיע למסקנה זהה אף אם היה מדובר בגוף פרטי שערך חוזה שאינו אחיד. התניה בעניין ייחודיות הכיתוב העברי ראויה הייתה להפסל בהיותה נוגדת את תקנת הציבור, ללא קשר למהות הגוף העורך את החוזה.

שופטי הרוב אישרו את דעת בית המשפט המחוזי על בסיס תנאי מקפח בחוזה אחיד.

קביעה של שלושת החוזים של חברת קדישא כגוף דו מהותי, והחלת נורמות ציבוריות עליה.

השופט ברק מוסיף עוד דרך- הגעה לאותה מסקנה גם אם היה מדובר בגוף פרטי וגם אם היה מדובר בחוזה רגיל ולא אחיד. התניה נגד הייחודיות של השימוש בתאריך והשפה העברית היא התניה שדינה להיפסל, משום שהיא נוגדת את תקנת הציבור. אותה פרנציפ שברק הציע להתמש בבו בפרשת בית יולס- שימוש במושג שסתום, במקרה זה תקנת הציבור, מבטל את התניה. בין היתר חוזה שנוגד את תקנת בציבור הוא חוזה שלא מאזן ולא נותן משקל לזכויות, במקרה זה בכבוד. בפעולת האיזון בין הערכים ברק מבצע בתוך המושג תקנת הציבור. התביעה היא לא תחולה ישירה אלא בתחולה עקיפה- הזרמת הזכות לכבוד לתוך מערכת היחסים דרך משפך, כעת זה נעשה דרך סעיף 30- חוזה נוגד את תקנת הציבור. שימוש בדוקטרינת תחולה עקיפה.

**מהו היקף התחולה?**

* התזה שמציע כאן ברק רחבה ומרחיקת לכת יותר מן התזה שהציע בפרשת בית יולס.
* בבית יולס ברק ניסה לקבוע תחולתו של עקרון השוויון בהליכי מכרז פרטי. כעשור אחר כך הציע תחולתם העקרונית במשפט הפרטי של כל עקרונות המשפט הציבורי, לרבות עקרון השוויון.
* הנשיא שמגר מסכים מפורשות לעמדה זו, ואילו המשנה לנשיא אלון, נאמן לגישתו, מתנגד לה נמרצות.
* גם כיום יש בין שופטי בית המשפט העליון המתנגדים להחלה גורפת של עקרונות המשפט הציבורי במערכות יחסים. להלן קטעים מחוות דעתו של השופט דנציגר בפרשת פרוז'אנסקי:

הגישה של ברק, לפיה זכויות אדם חלות גם בתחומי המשפט הפרטי בתחולה עקיפה, נתקבלה בפסיקה עם פרישתם של השופטים אלון ושמגר. ברק הופך לדעת רוב.

**פרוזאנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות**

עובדות: פסק הדין עוסק בלגיטימיות ההבחנה בין נשים לגברים באשר לגיל המינימום לכניסה למקומות בילוי.

דנציגר:להלן דברי פתיחה כלליים של השופט דנציגר:

"תחילה, בטרם אגש לבחינתן של ההוראות הרלוונטיות בחוק איסור אפליה, אבקש להקדים מספר מילים על תחולתו של עקרון השוויון במשפט הפרטי, אשר תשמשנה בסיס למלאכת פרשנות החוק.

זכות השוויון לא נותרה אך במישור המשפט הציבורי ובתהליך מתמשך חדרה גם אל תוככי המשפט הפרטי, ובפרט אל תוך דיני החוזים... תמורות אלה התאפשרו, בין היתר, נוכח הוראות סעיפים 12 ו39 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג 1973 אשר קלטו את דוקטרינת תום הלב למשפט הישראלי והוראת סעיף 30 לחוק החוזים המאפשרת להכריז על בטלות חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו מנוגדים ל"תקנת הציבור".

**עם זאת, ערך השוויון במשפט הפרטי איננו ערך יסוד.** נהפוך הוא, בספירה הפרטית החירות (כנראה שכוונתו לחופש החוזים, אם רוצים להיות יותר קונקרטיים, אבל חופש החוזים מהווה חלק מעקרון החירות "הגדול") היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו, חריג המוחל בדרך כלל כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי". כלומר, דנציגר מקבל שכשמדובר ברשות ציבורית או גוף דו-מהותי, היחס אליו אכן יעמיד באור שונה זכויות הפרט. כאשר מדובר ביחסים בין פרטים, עקרון חופש החוזים והחירות יגברו על עקרון השוויון, כמו בדעתו במקרה זה.

האם עמדתו של דנציגר היא המקובלת בפסיקה היום? כנראה שלא, ובכל מקרה הוא כבר אינו מכהן בבית המשפט.

חוק איסור הפליה שירותים במקומות ציבוריים. יש חקיקה והחקיקה אם היא קיימת הדיון צריך להיות לגבי פרשנות החקיקה. דנציגר קובע כי זה אל שאלות שתי נפרדות לגמרי: השאלה איך לפרש את חוקי הכנסת ועד כמה לפרש אותם בהרחבה במידה רבה זו שאלה של מדיניות, ושאלה זו היא עד כמה נכון להרחיב עקרונות חוקתיים במערכות יחסים בין פרטים. וזהו עקרון השיוויון. ההכרעה תבסס על הפרשנות שבית המשפט יתן לחוק איסור הפליה בשירותים וכניסה למקומות ציבוריים.

זכות השיוויון , עקרון השיוויון לדעת דנציגר הוא החריג ולא הכלל.

יש שופטים שדעתם אין להרחיב ולהחיל זכויות חוקתיות בין יחסים.

**זכות לכבוד האדם**

החובה להגן על כבוד האדם מעוגנת בתפיסה היהודית בכך שהאדם נראה כנברא בצלם האל. יש איסור המופיע בספר דברים, אם אדם מומת ואחר כך נתלה, לא הדרך שבה הרגו אותו אלא לאחר מותו תלו אותו, יש איסור להלין את גופתו של המת ולא להשאיר אותה. יש חובה לקבור את גופת המת עוד בלילה ולא להלין אותו. הנימוק שניתן הוא ארבע מילים: כי קיללה אלוהים תלוי. המדרש מפרש וקובע כי כאשר אנשים יראו את האדם התלוי זה יביא לביזיון האל. מכייוון שאדם נברא בצלם אלוהים, הדבר מהווה דימיון לאל. הרעיון הגלום בו זה מה שאמרנו כרגע, האדם דומה לאל וכתוצאה מכך יש הדרישה לכבד כל אדם באשר הוא אדם. יש פעילי זכויות אדם שקובעים כי בלי ההבחנה הזו כל תורת זכויות האדם נשמטת.

מוטלת חובה על האדם לכבד אדם אחר ולהיפך. מטרת החובו כפונקציה של זכויות המורה כנגד זכות מוטלת חובה. ניתן לראות את הזכויות והחובות כשהקשרים אחת של השנייה. נראה שברמה האישית ולא רק ברמה הפרטית, הטון הדומיננטי הוא החובה ולא הזכות. יש פה לא רק עניין של מה מתמקדים: זכות האדם או החובה של האדם, זה מוגשם גם להבדל מעשי.

למשל מה קורה לאדם הפוגע שכבודו שלו? לפי גישת הזכויות כל אדם רשאי לעשות כרצונו כל עוד אין פגיעה באחר.

אך לא לפי גישת החובה. לפי גישה זו האדם ממשש יותר כנאמן לעצמו מאשר אדון. אדם מחויב לנהוג בכבוד לעצמו, בגוף שלו באישיות שלו. ולכן לפי ההלכה אותם דינים בדיוק האוסרים לקלל אחרים, מתוך הכבוד של האדם האחר. הם אוסרים גם על האדם עצמו. על האדם לנהוג מנהג של כבוד גם בו עצמו.

אם אנחנו מדברים על כבוד כזכות יש אפשרויות שונות להבין מהי המשמעות המעשית של הרעיון? בבסיס מאמרו של דני סטטמן: הזכות לכבוד מתחלקת לשתי זכויות:

1. כבוד כהיפוכה של השפלה- לנהוג לאחר בכבוד אומר לא לבזות ולהשפיל את האחר.
2. כבוד במובן הקנטיאני- לנהוג אדם בכבוד זה לראות את האדם במהותו וכתכלית ולא כאמצעי בלבד. באיזה אופן אני רואה את האדם כתכלית ולא אמצעי? אם ננסה לזקק במובן זה את ערך הכבוד, הנחיה מעשית, היא תהיה קרובה לכבד ולא לפגוע באוטונומיה של האדם. איך כבוד כלפי אדם כתכלית נגזרת לכבד את האוטונמיה של האדם?   
   ההבדל של האדם מהטבע הוא תבונתו, הוא יכול להשתחרר מהדטרמיניזם הכובל בעולם הטבע- אדם בבחירותיו קובע את גורלו בכוחות עצמו ולא נע כדרך הטבע. האדם הוא בבעל כבוד במתוך ההזכות שלו לחיות חיי בחירה, חיים אוטונומים. וכך כבוד האדם היא הימנעות בפגיעה באוטונומיה של האדם- מניעה לפגוע ולמנוע מהאדם לחיות כפי שהוא חפץ.

באיזה שני מובנים פירש בית המשפט את הזכות לכבוד? העשורים הראשונים בית המשפט פירש כבוד כהיפוכה של השפלה.

**קטלן**

העובדות: אכיפת נוהל של ביצוע חוקן בעצורים עם חזרתם משהות מחוץ לכתלי בית המעצר. ללא כל רשות מן האסיר. העתירה הוגשה בטענה כי כבוד האדם נפגע בהחלטה זו. תקיפה של נוהל ביצוע חוקן בעצורים עם חזרתם משהות מחוץ לכותלי בית המעצר(מתוך חשש לנשיאת סמים בתוך גופם).

בית המשפט: נקבע כי "ביצוע חוקן בעצור ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו, ופוגע בכבוד האדם". המהות מאחורי ההחלטה הייתה מניעת התפשטות והברחת סמים לתוך בית הכלא. האסירים היו בולעים את הסמים ובכך מבריחים לכלא. חוקן מנע את ההברחה של אותם סמים.

בית המשפט בוחן מקורות שונים שהמדינה מנסה לבסס את הנוהל, ומוצא כי כל מקורות המדינה לבסס בסיס לא מוצדקים, והוא מקבל את העתירה בעילה של חוסר סמכות. אין הסמכה בכוח בית המשפט פוסל את הנוהל ומפנה למחוקק. בהיעדר הסמכה בחוק, הנוהל נפסל, תוך קביעה שעל המחוקק לתת את דעתו לעניין.יש כאן מחלוקת סגנונית בין שני שופטים:

חיים כהן: הוא לא רק מתבסס על העובדה כי אין בסיס הסמכתי, אלא גם הוא מייעץ לכנסת לא להסמיך אלא רק במקרה שיש סבירות וודאית כי האדם הבריח סמים בגופו. לא מסתפק בקביעה כי הפעולה נטולת אסמכתא חוקית אלא אף משיא עצה לכנסת שלא להתיר ביצוע חוקן אלא במקרה שבו קיימת ידיעה ודאית ולא רק חשד לבליעת סמים.

לנדוי:

"לדעתי ניטיב לעשות אם לא נתיימר להדריך את הכנסת כיצד תסדיר את הבעיה החשובה המעסיקה אותנו בעתירות ונשאיר לה את התפקיד הקשה להגדיר את התנאים שבהם מוצדק לערוך חיפוש בתוך גופו של אדם נגד רצונו, אחרי שהבעיה תיחקר כראוי ובאורח יסודי יותר מאשר ניתן לעשות כמסגרת עתירה לבית המשפט- וחזקה על חברי בית הנבחרים שגם הם ישימו את השמירה על כבוד האדם נר לרגליהם, שלא ייפגע אלא מטעמים הכרחיים ובתנאים מדויקים שייקבעו".

חולק על כהן, הדיון של כהן באפלה, איך ניתן בשלב כל כך מוקדם לקבוע כי האיזון הוא לא ראוי? בית המשפט הוא לא היחידי שלוקח בחשבון זכויות אדם, וגם בהנחה שבית המשפט יכול לבצע איזון הנכון גם אם בית המשפט היה שוקל את כלל הנתונים עדיין לכנסת יש יתרון לשמוע ולברר את הדברים באופן מקיף יותר הכולל את כל הנתונים הרלוונטיים.

החשיבות והשורה התחתונה היא שבפס"ד אכן מהווה דוגמא לשימוש בזכות לכבוד, כשהמובן שניתן לה הוא הימנעות מהשפלה, פלישה לגוף של אדם וביצוע חוקן מהווה השפלה לגוף האדם.

**בעשורים האחרונים,** בעיקר מאז המהפכה החוקתית, בית המשפט מפרש כבוד בדרך כלל במובן השני, **כאוטונומיה**. למשל, בפרשת כביש בר-אילן(פס"ד חורב), קבע השופט ברק כי:

"זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה להן, היא ביטוי **מובהק לאוטונומיה של הרצון החופשי.** העקרון החוקתי- הנגזר מכבוד האדם- בדבר פיתוח אישיותו של כל פרט, כולל בתוכו את חופש התנועה.

זכות התנועה נגזרת מהזכות של רצון חופשי- אוטונומיה. העיקרון של האוטונמיה שנגזר מכבוד האדם כולל בתוכו את חופש התנועה. המובן של כבוד האדם זה העניין של כבוד כאוטונומיה ולא כמניעת השפלה. הוא לא מתנגד לפרשנות הזכות לכבוד כהימנעות מהשפלה, אלא שם דגש על האטונומיה.

מכאן, שבהתחלה השתמשו בדוקטרינת הכבוד כיחס לא משפיל, וכיום עושים שימוש בדוקטרינת כבוד במובן הקנטיאני.

מה ההסבר לשינוי הדגש? השערה של גידי: מה ההסבר לשינוי תפיסת בית המשפט ומתן דגש לרעיון של רצון חופשי?

אולי הדבר נובע מהצורך להשתמש בכבוד כצינור לקליטה של הזכויות החסרות.(זכויות בלתי מנויות- ראה מאמרו של הלל סומר, למשל). אולי זה נובע מתוך השימוש של משפך- כצינור לקליטה של הזכויות החסרות. כבוד האדם כאוטונומיה רחב יותר בפרשנותו מאשר כבוד האדם כהימנעות מהשפלה, בית המשפט מנסה להשתמש כצינור והרחבת המתחם.

**ביקורת- מקומית ועקרונית**

ביקורת על הרחבת הזכות לכבוד לכדי פירושה כרצון חופשי:

ביקורת מקומית:

* הפרשנות המרחיבה מסכלת את כוונת המכונן הישראלי ובכך מרתיעה את המכונן מלהשלים את המשימה של גיבוש חוקה ישראל באופן דמוקרטי. ובאופן ספציפי:
* הפירוש המצמצם הוא הפירוש הלשוני הטבעי של מבנה המשפט בסעיפים האופרטיביים- בשני הסעיפים האופרטיביים מופיעה הזכות לכבוד בצמוד לשלילת הפגיעה בגוף ובנפש. לו היה הכבוד זכות מסגרת, הכוללת את כל הזכויות הבלתי מנויות ראוי היה לקבעה בסעיף אופרטיבי נפרד. סעיפים אופרטיבים- שני הסעיפים המדברים על כבוד במבחינה מילולית מצמצמים את המשמעוצ הלשונית- יש מדרגה מהכבד לקל שבסוף מגיע ליסוד ההשפלה. זה נובע מההיסטוריה החקיקתית, מתוך מחלוקת רבה ודעות שונות נבחר הפירוש המצמצם. כך שהחרבת הזכות נוגדת את כוונת המחוקק
* פירוש זה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית, בהיותו הולם את העובדה שחוק היסוד הינו בעליל תוצר של פשרה בין רצונות ושאיפות שונים. על נקוה זאת עמדנו כבר בהרחבה ולכן לא נפרט. הפירוש המצמצם יעגן את הזכות לכבוד במשמעות שנודעה לזכות זו כזכות יצירת פסיקה ערב חקיקת חוקי היסוד.

ביקורת עקרונית:

על פי הפירוש של כבוד כאוטונומיה, כמעט כל פנייה לבית המשפט תוכל להתבסס על פגיעה בכבוד. בכל מקרה שבו רשות כלשהי אסרה על אדם לעשות דבר מה, הוא יוכל לעתור לבג"צ יורה לרשות להתיר לו לעשות אותו דבר, מהטעם שעשיית הדבר ממלאת תפקיד חיוני בחייו כפי שהיה רוצה לעצבם. אם כך, נצטרך להעניק לדרישתו מעמד חוקתי, בשל הפגיעה בכבוד הכרוכה בדחייתה, מסקנה שאינה מתקבלת על בתשובה, עשוי הטוען לטעון שהביקורת מתעלמת מהעובדה שהשיח החוקתי מחולק לשני שלבים. בראשון, בודקים האם הזכות נפגעת ובשני, בוחנים האם הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין. ברוב המקרים בהם יתבקש סעד בשל פגיעה באוטונומיה, בית המשפט ידחה את העתירה- למרות שיכיר בקיומה של פגיעה- מן הטעם שמשקל האינטרס שבבסיס הפעולה השלטונית כבד, בנסיבות העניין, ממשקל הזכות הנפגעת. אם אלה פני הדברים, אין מניעה מלהכליל בגדרי הזכויות המוגנות גם את הזכות לכבוד.

התשובה האת מחמיצה את העיקר. היא מסבירה אמנם מדוע הכללת הזכות לאוטונומיה במסגרת הזכויות המוגות, חרף רחבה העצום, לא תגרום בהכרח לכבילת ידי המערכת הפוליטית, אולם היא מתעלמת לחלוטין משתי בעיות אחרות:

1. **הנזק הצפוי לדמוקרטיה מאימוץ הפרשנות המרחיבה-** אם נסכים כי כמעט כל החלטה שלטונית בהכרחה פוגעת באוטונומיה- כמעט כל החלטה שלטונית כרוכה בהגבלה של האוטונומיה. אם כבדו האדם מתפרש כאוטונומיה, כמעט כל החלטה שלטונית הופכת לסוגיה שפיטה בעילה חוקתית, כל החלטה ניתנת לביקורת ושיקול דעת. בכך הופך בית המשפט לפוסק על, בכל דבר ועניין.גם אם ניתן להצדיק באופן עקרוני את מוסד הביקורת השיפוטית, אין זה אומר שניתן להצדיק את הפיכה בית המשפט לגוף אומניפוטנטי(כל-יכול) שבסמכותו להתערב ולהכריע בכל דבר ועניין. הסכנה הנשקפת מאימוץ , היא פגיעה באיזון ובבלמים בין הרשויות.
2. **הסכנה הנשקפת מאימוץ הפרשנות המרחיבה להגנה על זכויות אדם-** לכאורה הרחבה של מסגרת הזכויות דווקא **מחזקת** את ההגנה על זכויות האדם. מה היסוד לחשש מפני **פגיעה** בהן?

אם כל גחמה אנושית נהנית ממעמד של זכות, מיטשטשת האבחנה בין גחמה כזאת לבין פעולות אנושיות המשרתות ערך או אינטרס חשוב. אם כל רצון אנושי נהנה ממעמד חוקתי, קיימת סכנה שלא נדע להבחין בין רצונות חשובים יותר לחשובים פחות, ונתיר פגיעה בראשונים לא פחות מאשר באחרונים. הפרשנות המרחיבה מסכנת הגנה על זכויות אדם. אם כל רצון אנושי ולא הביזארי ביותר והאקראי ביותר של האדם נהנת ממעמד של זכות, זה מטשטש את ההבחנה בין אותה גמחה לבין החלטה בעלת אינטרס חשוב ביותר. זה פוגע בחשובים יותר באותה רמה של החשובים פחות. קיימתסכנה שלא נדע להבחן בין הרצונות חשובים יותר לחשובים פחות.

נדמה ששופטי העליון מודעים לסכנה גם הם, ומנסים להציע פרשנות מצמצמת לאוטונומיה כזכות חוקתית.בית המשפט מבין את הסכנה העתידית.

**עדאלה נ' משרד הרווחה**

חוק התייעלות, הורדה והפחתה בקצבאות הילדים שלא קיבלו את החיסונים הנדרשים. חוק ההתייעלות הכלכלית, שנחקק ב2009, הורה על הפחתה בקצבאות הילדים המשולמות עבור ילדים אשר לא קיבלו את החיסונים הנדרשים על פי תוכנית החיסונים שעליה הורה מנכ"ל משרד הבריאות.

הטענות: העותרים העלו בטיעוניהם בין היתר את הפגיעה בזכות לאוטונומיה.

ארבל

השופטת ארבל דוחה:"איני סבורה כי כל פגיעה באוטונומיה או באוטונומיה ההורית תוכר כפגיעה חוקתית אשר דורשת פגיעה בתנאי פסקת ההגבלה. מובן כי ככל שמדובר בפגיעה הקרובה לליבת הזכות תגבר הנטייה להכיר כפגיעה חוקתית... דומני כי ניתן לבחון שני פרמטרים על מנת להכריע האם מדובר בפגיעה שתוכר כפגיעה חוקתית באוטונומיה או לאו.

שני המבחנים שמציעה ארבל: קובעת כבר בשלב הפגיעה ולא בשלב המידתיות, שלא כל פגיעה היא בפגיעה בזכות חוקתית. הפגייעה חוקתית תתרחש כאשר היא עומדת בשני פרמטרים:

1. מהות הבחירה הנשללת מהפרט. ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת בהיבטים שעניינם הביטוי האישי והמימוש העצמי של האדם, כך תגבר הנטייה לראות בה פגיעה בזכות חוקתית. אין דומה שלילת אפשרות מאזרחי המדינה לשאת את בן הזוג שאהבה נפשו, לשלילת אפשרות מאחר לבחור את סוג המתקנים שיותקנו בגינה הציבורית אשר ליד ביתו.
2. מידת הכפייה ושלילת הרצון. אין דומה איסור שבצידו סנקציה פלילית לשלילת הטבה כספית מועטה. אם מדובר בשלילה כספית מועטה זה לא נחשב פגיעה באוטונומיה, פגיעה תתרחש בהטלת סנקציה פלילית.

גם אם מדובר בהחלטה משמעותית, והפרמטר הראשון מתגשם, הפגיעה לא עומדת בתנאי משום שהפרמטר השני לא מתגשם.

"במקרה הנדון **לא שוכנעתי** כי מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית לאוטונומיה או לאוטונומיה הורית. גם אם אניח כי מתקיים הפרמטר הראשון בדבר מהות הבחירה הנשללת, לטעמי אין מתקיים הפרמטר בשני בדבר מידת הכפייה. התיקון אינו יוצר חובה לחסן את הילדים, ואף אינו מטיל סנקציה פלילית על אי חיסון. ההפחתה הכספית שנלווית לאי חיסון הילדים אינה גבוהה ויכולה לנוע בין 100 ₪ ל300 ₪ לחודש לכל היותר. גם אם איני מתעלמת מכך שעבור משפחה מסוימת מדובר בסכום משמעותי, הרי שכאמור לרוב מדובר בהפחתה של סכום שהוסף לקצבאות הילדים במסגרת התיקון לחוק הביטוח הלאומי. משכך איני סבורה שניתן לראות בהפחתה שבתיקון משום פגיעה באוטונומיה במובנה החוקתי".

**האם הצמצום של הזכות לאוטונומיה פותר את הבעיה?**

1. גם אם היינו מצליחים לתחם את היקף הזכות לאוטונומיה, הכללתה ברשימת הזכויות החוקתיות הייתה עדיין בעייתית. זאת, משום שבקונסטרוקציה המוצעת, אוטונומיה איננה הופכת רק לזכות מסגרת אלא גם לרציונל העומד בבסיס בכל זכות וזכות.
2. כידוע, לכל אחת מזכויות האדם המכורות יש רציונליים ייחודיים משלה. עוד ידוע, שלחשיפת הרציונלים נודעת חשיבות מעשית גדולה: היא מסייעת להגדיר את היקפה של הזכות ולקבוע את משקל הפגיעה בה, בכל מקרה ומקרה .

ברגע שכל הזכויות מבוססות (בין היתר) על האוטונומיה, קיים חשש שהרציונל מן האוטונומיה יבלע את הרציונלים האחרים, ובכך יטשטש את ההבדל בין פגיעה בזכות אחת לפגיעה בזכות אחרת, ובין פגיעה קלה לפגיעה חמורה באותה הזכות.

האוטונומיה הופכת לא רק לזכות מסגרת אלא גם לרציונל של הזכויות העומד בבסיס כל זכות. כידוע לכל זכות יש הצדקות מיוחדות בשבילה, לחשיפה של הרציונלים יש חשיבות מעשית גדולה: בכך שהיא מסייעת להגדיר את היקפה של הזכות ולקבוע את משקל הפגיעה בה, בכל מקרה ומקרה.

ברגע שבו כל הזכויות הופכות להיות מבוססות על האוטונומיה, שזה תהליך שמתרחש למשל למה להגן על חופש ביטוי ודת? מכיוון שזה פוגע באוטונומיה של האדדם, קיים חשש שהרציונל מן האוטונומיה יבלע את הרציונלים האחרים, מה שיטשטש את הפגיעה בזכות אחת לפגיעה בזכות אחרת, בין פגיעה קלה לקשה. אין את הכלים המאפשרים את הניתוח של כל רציונל והשפעתו על הזכות.

דוגמא לטשטוש כזה ניתן למצוא במקרה הבא:

**דעקה נ' בית החולים כרמל**

העובדות: גב' דעקה אושפזה בבית החולים לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים, ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, היא הוחתמה על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. בעקבות הניתוח נותרה הכתף שלה קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35 %.

יומיים לאחר החתימה היא מנותחת, כאשר מחתימים אותה על אישור לביופסיה בכתף. החתימה לא הייתה בעלת ערך משום שלא הייתה בצלילות לחתום- תחת טשטוש. בעקבות הניתוח הכתף נשארה קפואה ובעלת אחוזי נכות של 35%.

בית המשפט:

בית המשפט: בית המשפט דוחה את תביעתה הרגילה במסגרת עוולת הרשלנוץ, אך בית המשט לא מסיים את הדיון.

קיימת פגיעה היות ולא התתקבלה הסכמה לביופסיה מודעת אשר פגעה בזכותה היסודית של גב' דעקה לאוטונומיה המעוגנת בזכות לכבוד. בית המשפט לא נעצר כאן ומכפיף את הזכות לכבוד בכמניעת השפלה לזכות לכבוד כאוטונומיה.

חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו מהווה השפלה כתוצאה מפס"ד קטלן. וגם כאן, חדירה לגוף ללא הסכמה הופכת להיות חדירה לאוטונומיה, אך גם השפלה. אך השופט אור גורם לטשטוש באבחנה המתבקשת בין פגיעה סתם באוטונומיה לבין חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו. אין יכולת להבין מתי יש פגיעה קשה בזכות ומנתי קלה. זה מראה כי הפרשנות המרחיבה מכניסה לתוכה גם את הכבוד למניעת השפלה, וכך גם מבטלת את משקלה הכבד כזכות ייחודית.

בית המשפט דוחה את תביעתה הרגילה במסגרת עוולת הרשלנות. אך בכך בית המשפט עדיין לא מסיים את דיונו בתיק. בית המשפט מסביר כי אי-קבלת סכמה מדעת לביופסיה פגעה בזכותה היסודית של גב' דעקה לאוטונומיה, זכות המעוגנת בזכות לכבוד. בית המשפט איננו נעצר כאן, וללא קיומו של הכרח כלשהו, הוא מכפיף את הזכות לכבוד כמניעת השפלה לזכות לכבוד כאוטונומיה:

"הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף-פיזי-של **הזכות לאוטונומיה**, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו. מזכות זו, משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו".

* + - * כזכור, בפרשת קטלן קבע בית המשפט שחדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו משפילה אותו. לעומת זאת, בפרשת דעקה הופכת החדירה לגוף ללא הסכמה לפגיעה בזכותו לאוטונומיה. בכך, **מיטשטשת** האבחנה **המתבקשת** בין פגיעה "סתם" באוטונומיה לבין חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו.
      * זו דוגמא מצוינת למקרה שבו במהלך ההרחבה של הזכות לכבוד, מזכות **פרטיקולרית** למניעת השפלה לזכות **מסגרת** לאוטונומיה, הפרשנות המרחיבה בולעת את הפרשנות המצמצמת., ובכך גורעת מהייחודיות של הזכות למניעת השפלה וממשקלה הכבד, הראויים להגנה ייחודית.

**שובו של כבוד בהיפכה של השפלה?**

**לשכות עורכי הדין בישראל נ' נציבות**

רקע:עובדות הוראה בתקנון שירות המדינה (תקשי"ר) קובעת, כי עובד מדינה המחזיק בתואר מקצועי או רישיון מקצועי אשר אינו דרשו לשם כהונה במשרה בה הוא מועסק, לא יציג את עצמו במסגרת תפקידו כבעל תואר או רישיון זה.

טענות: לשכת עורכי הדין טענה שהפסקה פוגעת בחפש הביטוי וחופש העיסוק של עורכי הדין המועסקים בשירות המדינה אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה.

בית המשפט:אדמונד לוי(דעת רוב):

אין כאן פגיעה בחופש העיסוק, אך יש פגיעה בזכות לכבוד:

"היכולת להתהדר בתואר מקצועי הינה בראש ובראשונה חלק מזכות אחרת, היא זכותו של הפרט לכבוד. ביסוד של זכות זו, המעוגנת החוק יסוד, ניצבת "ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי ; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של אדם כיצור חופשי".

"דברים אלה מתקשרים גם לאינטרס של הפרט להצהיר על תאריו המקצועיים. בדרך זו מציג הפרט לא רק את כישוריו ואת העמל שהשקיע בהכשרתו, אלא מפגין גם את אישיותו ואת בחירותיו במישור המקצועי. אמת, לא ניתן להמעיט בחשיבות המקצוע בחייו של אדם. העיסוק שאדם בוחר בו הוא מרכיב בזהותו העצמית. אין לראות בו אמצעי פרנסה גרידא, שכן הוא עשוי להיות גם מקור לתחושות של סיפוק, גאווה והגשמה עצמית. תחושות אלה יכולות לבוא לידי ביטוי גם באמצעות הצהרתו של הפרט אודות כישוריו, השכלתו והתארים שרכש בעקבות הכשרה ממושכת".

חרף זאת, לוי ממעיט במשקל הפגיעה, בין היתר מהטעם הבא:

" אין מדובר בפגיעה בה כרוכים השפלה או ביזוי, פגיעה גופנית או נפשית. פגיעות כאלו הן הגרעין הקשה של הזכות לכבוד, והן המצויות בבסיס ההגנה של זכות יסוד זו. נכון הוא כי הפסיקה הרחיבה את היקף הגנתה של הזכות כך שהיא משתרעת על מגוון רחב של ענייניים, אולם פגיעות הקשורות לציפור נפשו של האדם היו ונותרו לביתה של הזכות. משכך, ניתן לקבוע כי אין בפנינו פגיעה מובהקת בכבוד, או פגיעה ב"גרעין הקשה" של זכות יסוד זו. והרי ידוע הוא כי היקף ההגנה שנעניק לזכות היסוד נגזרת מחומרת הפגיעה שנגרמה"

**ה. כבוד וגיוס בחורי ישיבות- גבולות הזכות לכבוד גם לפי הפירוש המרחיב**

\* בקיץ 2017 פסל בית המשפט העליון, שוב, את ההסדר שקבעה הכנסת בנושא גיוס בחורי ישיבות- על בסיס הקביעה שמדובר בפגיעה בשוויון שאיננה עומדת בדרישה לקיומו של קשר רציונלי בין האמצעי למטרה.

\* שופט המיעוט נעם סולברג התמקד אמנם בעילת המידתיות אבל התייחס בקיצור נמרץ גם לשאלת הפגיעה בזכות:

"באופן פרטני יש להקשות, האמנם אי גיוסם של בני הישיבות מוביל לפגיעה בכבוד האדם של יתר בני החברה?... בזמנו, תהה על כך המשנה לנשיא מ' חשין... ותשובתו נחרצת-לשלילה. בצדק העיר, כי "אלי מילר נפגעה בכבודה משסירבו הרשויות לרושמה לקורס יטיס אך באשר אה היא. לוי ייפגע בכבודו משתסרב הרשות לבקשתו לספחו ליחידה לוחמת אך בשל השתייכותו לעדה מסויימת או בגלל צבע עורו. ואולם קשה בעיניי לומר כי כבודו של ראובן ייפגע אך באשר משרת הוא בצה"ל בעוד אשר חברו שמעון פטור משירות. שהרי השירות בצה"ל הוא גם זכות גם חובה, וראובן מסיכם כי שומה עליו לקיים את חובתו ולשרת בצבא".. . יש מקום, אם כן , לטענה לפיה התייחסות להסדר הגיוס כפוגע בכבוד האדם מבוססת על תפיסה רחבה מדי של מושג זה.. באופן שעלול להוביל לזילות ערך כבוד האדם".  
ביקורתו של חשין בקטע שציטט סולברג, על הטענה לפגיעה בכבוד, התבססה על ההבנה של כבוד כמניעת השפלה. אבל, בפסקה קודמת, חשין מפקפק גם ברלוונטיות של כבוד כאוטונומיה:

"נעלם ממני כיצד זה שנפגעת "אוטונומיית הרצון הפרטי" של המתגייס לצבא באשר בני ישיבה שתורתם אומנותם אינם מתגייסים לצבא, ולא ידעתי מה טעם נאמר כי "חופש הבחירה" של המתגייס נפגע אך באשר מועמדים אחרים לגיוס שהם בני ישיבה שתורתם אומנותם, אינם מגוייסים לצבא."

יצויין, באגב, שמסקנתו של חשין לפיה חוק טל לא פוגע בכבוד האדם לא מובילה אותו למסקנה לפי החוק חוקתי .להפיך, חשין, בדעת מיעוט סבור ישיש לפסול את חוק טל בשל כך שאינו מתיישב עם עיקרי התשתית של המדינה- המשטר הדמוקרטי של המדינה (פסקה 48 לחוות דעתו). במלים אחרות, קביעתו של חשין אינה מבוססת על כך שהחוק סותר את חוקי היסוד אלא משום שהוא מנוגד לעקרונות על-חוקתיים. חשין פסק, כי גם אם אתם אומרים שזכות לכבוד כוללת זכות לשיוויון, זה לא נכון, כבוד מכיל בתוכו שתי זכויות- אוטונומיה ומניעת השפלה. שיוויון לא נכס ביניהן. ושתי הזכויות לא מוגשמות- נראה פה כי אין פגיעה באוטונומיה

סיכום קצרצר של השיעור: בתחילה בית המשפט סבר שכבוד מסווג כאי השפלה. לאחר מכן, בית המשפט שינה דעתו וסבר שכבוד יכול שיהיה פגיעה בזכות לאוטונומיה(כמו הפירוש לגישתו של קאנט).גידי עמד על הקושי בהרחבת עילת האוטונומיה לתוך הזכות לכבוד והקושי בגישתו של קאנט בימינו, שאף עשויה לפגוע במעמד הזכויות אם נקבע כי כל זכות חוסה תחת הגנת הפגיעה בזכות לאוטונומיה. ניתן לראות שגם השופטים רואים בכך קושי בימינו(ארבל בפרשת עדאלה מסרבת לסווג את הפגיעה באוטונומיה כפגיעה שצריכה לעמוד תחת פסקת ההגבלה, בעוד לוי בפרשת לשכת עורכי הדין מציע לחזור לפירוש שניתן לזכות לכבוד כמניעת השפלה).

ארבל מציעה שני מבחנים לפגיעה בזכות לאוטונומיה:

1. מהות הבחירה הנשללת מאדם(אין דין פגיעה בזכות אוטונומית מרכזית שמגדירה את הפרט כמו נישואים לאוטונומיה לבחור את המתקנים שיותקנו באתר ציבורי).
2. מידת הכפייה ושלילת הרצון(שלילת הטבה כספית מול סנקציה פלילית).

**זכויות חברתיות**

בשיח זכויות האדם הבינלאומי מקובל לחלק את הזכויות לשתי קבוצות:

1. זכויות פוליטיות- זכות לביטוי, זכות לתנועה, חירות, קניין, שיוויון וכו.זכויות אדם אזרחיות ופוליטיות (חופש הביטוי, דת, קניין, תנועה וכו'): זכויות אזרחיות ופוליטיות מנוסחות בחוקה בבירור. מי שרואה שזכות כזאת שלו נפגעה רשאי לעתור לבית המשפט ולבקש סעד.
2. זכויות חברתיות שנוגעות לענייני רווחה (כמו דיור, בריאות וחינוך): זכויות חברתיות- זכויות הנוגעות לענייני רווה כמו דיור, בריאות, חינוך וכו. האופי של הזכויות הן חיוב פעולה אקטיבית מצד המדינה לפעול לממען הגנתה והגשמתן.הזכויות החברתיות חדשות יחסית בשיח הזכויות. מדינות רבות בכלל לא כוללות זכויות אלה בחוקות שלהן. מסוף מלחמת העולם השנייה ואילך, הן הולכות וקונות לעצמן מקום בחלק מהדמוקרטיות הליברליות, אך עדיין יש הבחנה ביניהן. הזכויות האזרחיות מנוסחות בחוקה בבירור, ניתן לעתור לביהמ"ש לקבלת סעד. ואילו הזכויות החברתיות מנוסחות כשאיפה, כהנחיה כללית, ובחלק מהמקרים הן לא ניתנות לאכיפה כחלק מתביעות אינדיבידואליות. הן מיושמות על ידי המחוקק והרשות המבצעת באמצעות חקיקה שמפרטת אותן וזאת אחרי שהן עוגנו במסגרת תקציבית הולמת (שהרי מימוש הזכויות הללו גורר השלכות תקציביות, שביהמ"ש עצמו לא מוסמך לקבוע).

**איך אנחנו רואים את ההבחנה?**

זכויות אלו יחסית חדשות בשיח הזכויות, מדינות רבות לא עגנו את אותן זכויות בחוקה. אומנם, יש מדינות מאז מלחמת העולם השנייה המזכירות את זכויות אלו, אך הן מקיימות הבחנה בין שני סוגי הזכויות.  
הזכויות הפוליטיות מנוסחות בצורה ברורה מאוד. מנגד הזכויות החברתיות מנוסחות כמשאלה, שאיפה, בצורה מאוד עמומה. ובחלק מן המקרים הזכויות החברתיות לא יכולות לשמש כעילה לעתירה לבית המשפט, חוסר קבלת עתירות הדנות באופן ישיר בפגיעה בזכות חברתית.

**השוני ביניהן**- במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים, קבוצותהזכויות מנוסחות באמנות שונות. **האמנה שעוסקת בזכויות אזרחיות** כוללת גם **מנגנון אכיפה**. הוא מופיע בפרוטוקול, ומאפשר למי שרואה עצמו קורבן להפרה של זכויות אדם להגיש תלונה כנגד מדינות שחתומות על הפרוטוקול וטענתו תישמע על ידי הגוף הרלוונטי שאמור לאכוף את הוראות האמנה. לעומת זאת, **האמנה שעוסקת בזכויות חברתיות** היא חסרת שיניים, היא כוללת בעיקר **מנגנון דיווח** תקופתי שכל מדינה שחתומה צריכה להגיש ובזה זה מסתכם. מעבר לכך, בעוד שבאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות **הניסוח** הוא כזה שמחייב את המדינות החברות בצורה מידית **לכבד ולהבטיח** את זכויות האדם, החובה של המדינות שחתומות על האמנה לזכויות חברתיות, מוכפפת לשני סייגים **– הראשון** הוא שנקבע במפורש שכיבודן של הזכויות מותנה **בכמות המשאבים**(=הכסף) שעומדת לרשות המדינה. **הסייג השני** הוא שכל מדינה יכולה **להחליט בעצמה באילו אמצעים לנקוט** על מנת להתקדם ולהשיג את יעדי האמנה. השורה התחתונה היא **שיש הבדל ברור בין זכויות פוליטיות לזכויות חברתיות, גם ברמה הלאומית וגם ברמה הבינלאומית**. הזכויות האזרחיות פוליטיות זוכות להגנה משמעותית יותר מהזכויות החברתיות ועולה השאלה מדוע ההבחנה הזאת?

את ההבחנה בין הקבוצות ניתן לראות גם באמנות הבין לאומית. שני סוגי הזכויות מעונות בשתי אמנות שונות. הזכויות הפוליטיות כוללות בפרוטוקול של האמנה, המאפשר לקורבנות של זכויות האדם לעתור ולבקש פיצויים ואכיפה של אותן זכויות שנפגעו. מנגד, אמנת הזכויות החברתיות אין שיניים, האמנה מכילה מנגנון פיקוח זמני המתאר את מצב הזכויות החברתיות במדינה ללא כל יכולת לאכוף.  
בנוסף, האמנה של הזכויות הפוליטיות מכילה חובה ישירה והבטחה לכבד ולמנוע פגיעה בהן. מנגד, החברתיות מותנית בהגשמה של כמות המשאבים במדינה וההגשמה תהיה בשלבים ובאופן הדרגתי, היא מותירה בידי המדינות החברתות את ההחלטה באיזה אמצעים ובמשאבים לפעול על מנת להגשים את הזכויות.

**ממה נובע ההבדל?**

1. **ההבדל נובע מהזמן-** הזכויות הפוליטיות נכנסו לתודעה ולתפיסה המקובלת מוקדם יותר ולכן נמצאות בשלב מתקדם יותר של הגנה מאשר הזכויות החברתיות. אם זה הנימוק נראה בעוד מספר שנים התקדמות בהגנה והיקף האכיפה שלהן בעתיד.
2. **הבדל עקרוני-** הנובע משוי מהותי בין הקבוצות והוא זה שגרורר את התוצאה שזכויות חברתיות גם אם הן מוכרות, הן אינן נאכפות בצורה דומה של הזכויות פוליטיות ומעוגנות בצורה עמומה.

**ממה נובע ההבדל בין שתי הקבוצות? אפשר להצביע על 2 כיוונים:**

1. כיוון אחד אומר **שאין באמת הבדל ענייני** בין שתי הקבוצות, אז למה בכל זאת יש הבדל? עניין של זמן. **הן חדשות יותר בשיח הזכויות הבינלאומי ולכן עדיין נמצאות בתהליך של התעצבות וקניית מעמד.** אם הסבר זה מדויק, יש להניח שבעוד מספר שנים נראה שינוי וחיזוק במעמדן של הזכויות החברתיות ואולי אפילו השוואת מעמדן למעמד הזכויות החברתיות.
2. כיוון שני אומר **שיש הבדל עקרוני** ומתבקש שזכויות חברתיות לא יזכו לאותו מעמד של זכויות פוליטיות. **למה? משתי סיבות (לדעת גידי):**
3. **ספק אם אינטרסים חברתיים מתאימים למסגרת של זכות או זכות חוקתית**. זכויות אזרחיות ופוליטיות לא שנויות במחלוקות. זכויות חברתיות כן **שנויות במחלוקת** והדבר משתנה ע"פ תפיסות העולם השונות- בין שמאל וימין חברתי-כלכלי. אם מעגנים אינטרס מסוים ונותנים לו מעמד של זכות בחוקה, משמעות הדבר היא הוצאה שלו מהמשחק הפוליטי הרגיל. אם הערך הזה כשלעצמו, שמשמעותו הטלת חובה על המדינה לממש אותו, שנוי במחלוקת, אי אפשר להכניס אותו לתוך החוקה. בנוסף הזכויות החברתיות **עמומות**. הן מצוות לעשות, ויש קושי להגדיר מה בדיוק נדרש לעשות. בנוסף, **זכויות חברתיות שונות במהותן מזכויות אזרחיות ופוליטיות כי הן תובעות מהמדינה לפעול באופן אקטיבי**. הזכויות האזרחיות והפוליטיות אומרות למדינה לא להתערב, לא לעשות, כלומר זכויות שליליות. לעומת זאת, הזכויות החברתיות הן מצוות עשה, חיוביות.  **הטיעון אומר שבחוקה ראוי להכניס אלמנטים של הטלת איסורים על המדינה ולא אלמנטים של חובות עשייה.**
4. **ספק ביחס למידת ההתאמה או הלגיטימיות של אכיפתן באמצעות המערכת השיפוטית,** לא לגיטימי לכלול אותן בחוקה בגלל שמשמעות הדבר היא העברת הסמכות לאכוף אותן לידי בית המשפט. טענה **אחת** בהקשר זה אומרת שכדי להכריע בסוגיות חברתיות שקשורות בהקצאת משאבים, יש צורך לראות תמונה רחבה של המשמעויות וההשלכות שיש להחלטה כמה כסף צריך, מה הדרך הנכונה להשיג את היעד. **דווקא בגלל האופי החיובי שכרוך בהקצאה תקציבית, מדובר בסוגיות שמצריכות ידע מקצועי לא מבוטל.** לבית המשפט אין מומחיות מספיקה ורחבה כדי להיות מסוגל לבצע את ההערכה הנדרשת. **טענה שנייה** בהקשר זה היא שכשמדובר בזכויות חברתיות, בגלל ההוצאות התקציביות שנלוות, כל החלטה היא בעלת השלכות רחבות. **יש עוגה תקציבית קיימת, ואם לוקחים ממקום אחד, זה בא על חשבון מקום אחר.** קידום אינטרס מסוים, בהכרח יפגע באינטרס אחר. דיון שמתבצע בבית משפט הוא דיון שבמהותו מיוצגת קבוצת האזרחים הנפגעת והמדינה(בהקשר החוקתי) ויתכן שיחליטו שקבוצה אחת תקבל משהו וקבוצה אחרת תיפגע. איך ביהמ"ש יכול לדון בזה? ראוי שהמחוקק יתעסק בזה ולא בית המשפט.   
   **סיכום** – הן לא מתאימות להכרעה בבית המשפט כי אין לו מומחיות מספיקה, וגם כי מול בית המשפט לא ניצבים כל האינטרסים הנוגעים בדבר ואין דרך להביא לכך שכל האינטרסים יהיו מיוצגים.

מינוח: זכויות לא מנויות = זכויות יסוד. זכויות מנויות = זכויות חוקתיות. **הזכויות החברתיות לא מנויות בין הזכויות שבחוקי היסוד.** זכויות לא מנויות בד"כ לא פוסלות מכוחן חקיקה ראשית (אלא אם הולכים לפי ברק בלאו"ר שאפשר לפסול גם מעקרונות יסוד, וזכויות חקיקתיות כן).  
עם זאת, היעדרן של זכויות לא מנע מבית המשפט **לקרוא אותן אל תוך זכויות קיימות** כמו שראינו.

* ספק לגבי מידת ההתאמה של האינטרסים החברתיים- מאחורי כל זכות מסתתרים אינטרסים חברתיים, בזכויות חברתיות יש ספק האם האינטרסים החברתיים מתאימים למסגרת של זכויות חוקתיות. אחת הטענות היא שהזכויות הפוליטיות הן זכויות שליליות- הקבעות למדינה מה לא לעשות, מנגד הזכויות החברתיות הן זכויות חיוביות הדורשות מהמדינה מה לעשות, זה יוצר קושי באכיפתן- קושי בהבנת הכללים והדרך הפעולה שהמדינה נדרשת בניגוד להוראה הברורה של הזכויות השליליות- השאלה מהו הרף שהמדינה צריכה להגיע כתנאי למילוי החובה הוא עמום. כדי שבכלל ניתן לדון בזכות צריך להבין קודם ולהגדיר מהי כוללת. הקושי הוא לא רק בהגדרה מה תנאי הסף אלא גם מה נדרש מאותה זכות- הזכויות האזרחיות הםוליטיות מגלמות כללי משחק ניטרליים ואילו הזכויות החברתיות מאמצות מדיניות שנויה במחלוקת בשאלה של חלוקת העושר הצודקת. זכויות חברתיות משקפות להבדיל מזכויות פוליטיות משקפות נושא שנוי במחלוקת. ההכרעה תלויה בהשקפת העולם החברתית הכלכלית.
* ספק ביחס למידת התאמה או הלגיטימית של אכיפתן באמצעות המערכת השיפוטית- ספק במידת ההתאמה של בית המשפט ככלי לאכיפתן של הזכויות החברתיות. עומדת איזשהי סוגיה הכרוכה מצד אחד ביטחון הציבור מול זכות הקניין- ניתן בכל עמדה להביא מומחים ולקבוע על סמך עובדות את ההכרעה. כשמדובר במחלוקת הקשרות במיצוי של זכויות חברתיות, יש צורך בחישובים כלכליים מסובכים שלבית המשפט אין את הזמן והמומחיות המוחלטת לדון באותן זכויות. הזכויות החברתיות מחייבות את המדינה להוציא ולממן את אותן זכויות מתקציב המדינה, חיוב זכויות חברתיות יפגע בחלוקת המשאבים של כלל הצרכים במדינה. בקבלת החלטה איך לחלק את התקציב מן הראוי שלקראת החלטה, בדיונים ייצוגו כלל האכולוסיות והצרכים. הדיון לא יהיה שלם אם לא יהיה ייצוג לנציגי של כל אחד מהאינטרסים. המקום היחידי שיש מקום לייצוג כל האינטרסים זה הרשות המחוקקת, בניגוד לרשות השופטת.

**מה המצב בישראל?**

**שלב ראשון- חוסר הכרה**

הספר פרשנות חוקתית הנכתב בשנת 1994, דן אהרן ברק בשאלת הזכויות הלא מנויות, כחלק מדיונו בפרשנות הזכות לכבוד. ברק הציג שלוש אפשרויות:

* מצמצמת- פרשנות הזכות לכבוד כהיפוכה של השפלה
* מרחיבה- פרשנות זכות לכבד הכוללת את כל זכויות האדם: אזרחיות פוליטיות וגם חברתיות.
* ביניים- פרשנות זכות לכבוד הכוללת את הזכויות הפוליטיות ולא את הזכויות החברתיות.

ברק בחר בגישת הביניים, והנימוק שהפרשנות הרחבה היא רחבה מעבר למידה הראויה.

מדוע ברק מתאר את בחירתו כגישת ביניים? הגישה שמעגנת בחוק יסוד את כלל הזכויות הפוליטיות אזרחיות והפיכת הזכויות לחוקתיות, היא גם פרשנות מרחיבה ביותר, היות וכל הזכויות שלא מנויות בחוקי היסוד הושמטו בתוך כוונה תחילה של המחוקק.

**עמותת שוחרי גילת**

(לא היה ברשימת קריאה אבל היה בשיעור)- עמותה שמתעסקת עם ילדים שאובחנו כנורמטיביים אבל גדלו בסביבה משפחתית קשה. מטרת התוכנית היא להביא את הילדים בגיל 6-7 לנקודת פתיחה זהה לזו של ילדים אחרים. המדינה תומכת בפעילות העמותה במשך שנים ובשלב מסוים מחליטה להפסיק. העמותה עותרת לבג''צ. הם טוענים שהחלטת המדינה פוגעת בזכות היסוד לחינוך של הילדים לחינוך, שלטענתם מעוגנת מחו"י כבוה"א. השופט אור אומר שזכות חוקתית צריכה להיות מעוגנת במפורש. חוק היסוד כבוד האדם וחירותו לא מעגן במפורש את הזכות לחינוך. הטענה שהזכות לחינוך מעוגנת בזכות לכבוד, מחילה מודל רחב על פרשנות הזכות לכבוד, ולא ניתן לעשות זאת (לפי גישתו השנייה של ברק). השופטים טל ודורנר סבורים שעמדת משרד החינוך הייתה מידתית ולכן לא ראו צורך לקבוע קביעות בנוגע לשאלת הזכות לחינוך. על חוות דעתו של אור נמתחת ביקורת אקדמית. בעניין זה הייתה תקיפת החלטה של הממשלה- במקרה זה היה מספיק אם הזכות לחינוך הייתה מוכרת כזכות אדם ולא צריך להכיר בה בזכות במעוגנת בחו"י. ספיר מציין שגם לפני חקיקת חוקי היסוד, זכויות מסוימות נהנו ממעמד חוקתי. הן הוכרו על ידי הפסיקה מבלי להיות מעוגנות בחוקי יסוד. ההבדל היחיד הוא בשאלה האם ניתן מכוחן לפסול חקיקה ראשית של הכנסת. אם יש חוק שעומד בסתירה לזכות חוקתית שאיננה כלולה בתוך חוקי היסוד, אי אפשר לפסול את החוק. במקרה זה, ההבדל הזה לא רלוונטי. לא עמדה כאן על הפרק דרישה לפסול חוק. העותרים מבקשים לפסול החלטה מנהלית של משרד החינוך. כל מה שצריך להראות כדי לפסול החלטה מנהלית הוא להראות פגיעה בזכות חוקתית ללא הצדקה. אפשר לומר שהשופט אור התבלבל. הדיון שברק קיים לא היה בשאלה האם מוכרת בשיטתנו המשפטית זכות חוקתית לחינוך, אלא האם ניתן לקרוא את הזכות החוקתית לחינוך ככל שהיא קיימת אל תוך הזכות לכבוד שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אלו שאלות נפרדות. אור לוקח את הדיון של ברק והפך אותו לדיון בשאלה האם בכלל ניתן להכיר בשאלה שיש זכות חוקתית לחינוך. יוצא מצב שאור לא מכיר בזכות לחינוך גם כזכות יסוד. אור אמר דבר שעובדתית לא נכון – שכדי להכיר בזכות צריך שתהיה מעוגנת בחו"י. אבל עד 92' היו זכויות יסוד. דבר שני, אולי אומר שגם אם הן קיימות, הסטטוס שלהן נמוך יותר כי לא כלולות בחו"י – אבל גם אם המעמד שלהן נמוך יותר, זה מספיק לתקיפה של חקיקת משנה.

עובדות: עמותת שוחרי גיל"ת הפעילה תכנית העשרה חינוכית, עבור ילדים ממשפחות מצוקה שמטרתה הייתה להביא את הילדים המטופלים למצב שיאפשר להם השתלבות נורמטיבית בחברה, מן הבחינה החברתית ומן הבחינה האינטלקטואלית. במשך מספר שנים תמכה המדינה בפעילות העמותה. בשלב מסוים החליטה המדינה להפסיק את התמיכה.

טענות: העמותה עותרת לבג"צ וטענה בין היתר כי המדינה פוגעת בזכות היסוד לחינוך של הילדים, וביקשו לעגן זכות זו במקורות אחדים, ובכלל זה בחוק יסוד: כבוד יסוד האדם וחירותו.

בית המשפט: השופט אור

"החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו (אך) "אין באמור כדי לחייב את המסקנה כי קיימת במשפט הארץ זכות יסוד חוקתית לחינוך".

זכות חוקתית טעונה עיגון חוקתי. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך. טענה שקובעת כי במסגרת זכותו של אדם לכבוד כלולה גם הזכות לחינוך, מניחה "מודל רחב " בפרשנות הזכות לכבוד, המעורר קושי ניכר.. מכאן, שאין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך".

שני חברי ההרכב האחרים, השופטים טל ודורנר, הסבירו התנהגות משרד החינוך עמדה במתחם הסבירות, ולפיכך לא הכריעו בשאלת מעמד הזכות לחינוך.

שני ההרכבים האחרים טל ודורנר קובעים כי המדינה פעלה באופן סביר וההחלטה להפסקת המימון היא פעולה לגיטימית.

מה הכשל בעמדת השופט אור?

בעניין שוחרי גיל"ת לא עמדה על הפרק חקיקה ראשית אלא החלטה מנהלית. לביטולה, לא היו העותרים זקוקים כלל לעיגון הזכות לחינוך בחוק יסוד כלשהו(ואיך לפני 1992 החלטות? דרך הכרה בזכויות יסוד, כי לא היו חוקי יסוד. תקיפה של החלטה מנהלית יכול שתיעשה גם דרך טענה לפגיעה בזכות יסוד).

בעצם, השופט אור לא מוכן לקרוא את הזכות לחינוך לתוך כבוד האדם וגם מבקש להסיק שזו לא זכות יסוד מוכרת.

בעניין זה העותרים תקפו החלטה מניהלית ולא בחקיקה ראשית, מכאן שבהחלטה מניהלית לא מחייבת עיגון זכות בחקיקה. למשל, בפס"ד בזרנו, העותרים תקפו בעתירה זכות לא מנויה, שבית המשפט קיבל. בית המשפט הפעיל ביקורת שיפוטית הבודקת את שיקול הדעת של הממשלה. מכאן, שבפס"ד זה בית המשפט היה צריך להפעיל ביקורת שיפוטית בקשר לשיקול הדעת, ואין כל חובה לעיגון הזכות.

אור לא רק שמכון לקרוא את זכות לחינוך בתוך חוק יסוד האדם וחירותו, אלא הוא מבקש להסיק שזכות לחינוך היא חסרת הכרה משפטית.

**שלב שני- הכרה ללא שיניים- המדינות מכירות בזכויות החברתיות אך בפעול, בית המשפט לא מקנה כלי לאכיפתן:**

בנקודת זמן מסוימת, אי שם בסוף שנות התשעים, שינה ברק את דעתו. בשורה של פסקי דין הוא הביע באמרות אגב את הדעה שזכויות חברתיות מסוימות נכללות בזכות לכבוד. הזכות העיקרית שזכתה לשדרוג על ידי ברק הייתה הזכות לתנאי מחייה מינימליים. ברק אמנם הסביר שהיקפן של הזכויות החברתיות הכלולות בזכות לכבוד מצומצם מההיקף היה ניתן להן לו היו נכללות בחוקה כזכויות עצמאיות, אך סייג זה אין בו כדי לטשטש את השינוי הברור שחל בעמדתו של ברק בשאלת מעמדן של זכויות אלו.

**הביקורת**? היו שטענו שבית המשפט העליון נוטה להגן על זכויות של עשירים ולהתעלם מזכויות החלשים(השופט אדמונד הביע על כך ביקורת מפורשת על בית המשפט בפרשת "עמותת מחויבות") . נטען ששופטי בית המשפט העליון אחוזים בהשקפת עולם ליברטריאנית ושהדבר בא לידי ביטוי בפסיקותיהם.

בשיח האקדמי נשמעת ביקורת אקדמית נוקבת על בית המשפט העליון. מה טענת המבקרים? **הם מבקרים את בית המשפט על מה שהם מזהים כנטייתו להגן על זכויות של עשירים ולהתעלם מזכויות של חלשים**. אולי בעקבות זה, בסוף שנות ה-90, משנה ברק את דעתו. הוא מביע בשורה של פסקי דין דעה **שזכויות חברתיות מסוימות כן נכללות בזכות לכבוד**. מבין הזכויות החברתיות שברק מציין באמרותיו, הזכות העיקרית שמקבלת שדרוג היא **הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד.**

בהיבטים מסוימים של זכויות מסוימות, הזכויות מכילות גם זכויות חברתיות. אלו דברים שברק מציין כאן שלא אמר בספרו.

**מה גרם לברק לשנות את דעתו?**

היו שטוענים שהבדר נובע בשל הביקורת. בלשכת מנהלי השקעות אחת הטענות שהועלו, גם בהפעלת זכויות האדם ההפעלה פועלת לטובת החזקים ולא לחלשים- המהפכה החוקתית בישראל בעצם הונעה על ידי השכבות החזקות בישראל במטרה לעגן ולהקבע את האינטרסים הכלכלים שלהם. המהפכה החוקתית היא יוזמה של החלק העשיר בחברה הישראלית ותוך מרה לשמר את האינטרססים שלהם- שופטי בית המשפט חלק מאותה שכבה והביקורת באה נגדהם.

האם המהלך של השלב השני הוא שלב הצהרתי או מעשי?

**גמזו**

**פס''ד גמזו נ' ישעיהו-** הזכות של כל אדם לקיום מינימלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית של כבוד האדם וחירותו. אדם בשם גמזו, פרופסור, נתבע ע"י אשתו ובתו לשלם מזונות בהוצאה לפועל אחרי שהתחמק מהתשלום במשך שנים ארוכות. גמזו אומר שאין לו מאיפה. ברק אומר **כי הזכות הניתנת לאדם לקיום מינימלי נכללת בהגנה החוקתית המוענקת מתוך חו"י כבוד האדם וחרותו.** זה נטען בשני ההקשרים, גם עקב הזכות של משפחתו לקבל את המזונות, וגם עקב הזכות של גמזו, שאין לו מאין לשלם.ביהמ"ש מחליט כי צריך לקבוע את שיעור ההחזרים באופן שיאפשר לגמזו לחיות בתנאי מחייה מינימליים. בעצם הורה להפחית את שיעור התשלומים שגמזו צריך לשלם. **ספיר אומר שאין פה כל כך חידוש בפועל:** אחת הסיבות בגללן מתנגדים להכללת הזכויות החברתיות בחוקה היא ההבחנה בין זכות לשלילית לחיובית. יש בעיה להכליל בחוקה זכויות חיוביות. **מה שעומד בפרק זה ההיבט השלילי** ולא החיובי**. גמזו אמר שאם ייקחו ממנו את כל מה שהוא חייב לא יישאר לו כלום. מדובר על ההיבט השלילי.** בית המשפט מנע מהמדינה לפגוע בקיום המינימלי של גמזו, לכן זה שלילי. לעומת חיובי שזה היה לדרוש המדינה לעשות משהו בכדי להגן על זכותו לקיום מינימלי. השאלה האמיתית מתעוררת ביחס להיבט החיובי, כאן מדובר על ההיבט השלילי. זה ממתן כביכול את החידוש בפסק הדין.

העובדות: אדם שנתבע על ידי אשתו ובתו לשלם חוב מזונות בהוצאה לפועל, לאחר שהתחמק ממילוי חובתו במשך שנים ארוכות. העובדות: אדם שנתבע על ידי אשתו ובתו לשלם חוב מזונות בהוצאה לפועל, לאחר שהתחמק ממילוי חובתו במשך שנים ארוכות.

הטענות: הנתבע ביקש לקצוב את התשלום כך שלא יפגע בזכותו לתנאי מחייה מינימליים.

בית המשפט: הבקשה נתקבלה, לאחר שנקבע כי: "אכן, הזכות של כל אדם.. לקיום מינימלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית המוענקת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בית המשפט מקבל את הבקשה וקובע כי הזכות לקיום מינימלי היא חלק מההגנה החוקתית המוענקת בחוק יסוד כבוד האדם.

**האם המהלך הוא באמת יוצא דופן ומרחיק לכת?**

מצד אחד באמת בפעם הראושנה יש הכרה בזכות החוקתית לתנאי מחייה מינימליים. בית המשפט הגן כאן על המופע השלילי(אל תפגע) של הזכות לתנאי מחייה מינימליים ולא על המופע החיובי(תגן אקטיבית על הזכות)- למה? הוא פטר את גמזו מתשלום כל המזונות, לא חייב אותו לשלם אותן.

מצד שני, בית המשפט הגן על המופע השלילי של הזכות לתנאי מחייה מנימליים ולא על הצד החיובי שלה. בית המשפט מנע מן המדינה לקחת מגמזו כסף באופן שישאיר אותו חסר כל ובלי אמצעים לתנאי מחיה מינמליים, זה לא שבית המשפט חייב את המדינה לתת לגמזו אלא פעל באופן המונע פעולה.

* את מחיר ההגנה על זכותו של גמזו לתנאי מחייה מינימליים נאלצו לשלם אשתו ובתו, שתשלום המזונות אמור היה להבטיח את תנאי המחייה המינימליים שלהן.

**האם השינוי בעמדת בית ההמשפט משנה באופן מעשי?**

**פרשת מנור**

העובדות: תיקון לחוק שביצע קיצוץ בקצבאות הזקנה. כל אדם אחרי גיל פרישה מקבל מביטוח לאומי קצבאות זקנה.

**פס''ד מנור** - העותרים טוענים כנגד קיצוץ בקצבאות זקנה שנותן ביטוח לאומי. הקיצוץ לטענתם מביא את חלקם מתחת לסף של תנאי מחיה מינימליים. ביהמ"ש דוחה את העתירה. מצד אחד- הזכות נהנית ממעמד חוקתי. מצד שני- **הבחינה אם קיצוץ כלשהו פוגע בזכות לתנאי מחייה מינימליים צריך לעשות אחרי שלוקחים בחשבון את כל מנגנוני ההעברה הקיימים. ביהמ"ש יבחון באופן פרטני כל מקרה לגופו.** (מנגנונים המעבירים את הכסף מאנשים עשירים לעניים, אחד מהם, זו הבטחת הכנסה). המדינה נותנת לאנשים שהכנסתם נמוכה הנחות ופטורים, יש הרבה דרכים שבעזרתן המדינה מסייעת מבלי לתת כסף. קצבת הזקנה היא רק ערוץ אחד שמסייע. כששוקלים האם אדם שעותר טוען לפגיעה בזכות, צריך לפרוס בפני ביהמ"ש את כל הדרכים באמצעותן המדינה מזרימה לאזרחים כסף. ולכן אין לעותרים הוכחה לפגיעה בזכות לתנאי מחיה מינימלית. אחרי השקלול, נראה האם הקיצוץ הוריד את האדם מתחת לסף הקיום המינימלי. יש גם מנגנון שהוא מנגנון הבטחת הכנסה שמגן על מי שצריך והוא גלגל ההצלה. לא לקחו בחשבון מנגנונים נוספים שיכולים לטשטש את הפגיעה.

הטענות: העותרים טענו שהקיצוץ מביא חלק מציבור הקשישים אל מתחת לסף של תנאי מחיה מינימליים.

בית המשפט: דחה את העתירה.

הוא הניח אמנם שהזכות לתנאי מחייה מינימליים נהנית ממעמד **חוקתי**( היא לא רק זכות יסוד, אלא זכות יסוד שאינה מנויה בכבוד האדם כיוצא מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) אך קבע שאת הבחינה אם קיצוץ כלשהו פוגע בזכות לתנאי מחיה מינימליים יש לבצע לאחר שמביאים בחשבון את כל מנגנוני ההעברה הקיימים, ובפרט את קצבת הבטחת ההכנסה, קצבה שתפקידה המוצהר הוא להבטיח לכל אזרח רמת השתכרות מינימלית. מכיוון שהעותרים לא שקללו את כל הרכיבים הרלוונטיים, הם גם לא הוכיחו את טענתם שקיצוץ קצבאות הזקנה פוגע בזכות לתנאי מחיה מינימליים.

נכון שהזכות מוגנת תחת זכות החוקתית לכבוד האדם וחירותו, אך רק אחרי שלוקחים בחשבון את כל ממנגנוני ההעברה בחשבון ובפרט קצבת הבטחת הכנסה- הבטחה לכל אזרח רמת השתכרות מינמילית, המדינה מעניקה קצבה לאנשים שזוכים לשכבר מתחת המינימום. בית המשפט קובע שהבטחת ההכנסה היא הרשת הביטחון שהבטיחה המדינה במטרה למנוע תנאי מחיה מתחת לבסיס. היות והעותרים לא לקחו בחשבון בכלל הפרמטרים אין עילה לזכות.

בית המשפט מכיר את הזכות החוקתית לחיי מחיה הוגנים, אך בכדי לטעון לזכות זו, יש להוכיח את הפגיעה בה. כתוצאה מהעובדה שהעותרים לא לקחו בחשבון והוכיחו את הפגיעה מכלל אותם תנאים, לא הוכחה הפגיעה והעתירה נדחתה.

**עמותת מחויבת לשלום וצדק חברתי**

**פס''ד העמותה למחויבות לשלום וצדק חברתי** - עתירה נגד התיקון לחוק ביטוח לאומי שפוגע הפעם, בקצבאות הבטחת ההכנסה עצמן, שנאמר במנור שזה רשת ההצלה האחרונה. **טענתם העיקרית של העותרים** היא שהתיקון מפחית את שיעורן של גמלאות הבטחת ההכנסה אל מתחת לסף מינימלי הכרחי כך **שנפגעת זכותם של מקבלי הגמלאות לקיום בכבוד**.  
**ביהמ"ש- נכון זו זכות חוקתית**. **אבל היא לא נפגעה. דורנר** אומרת למדינה- אתם אומרים שהזכות לא נפגעה, מה הסף של תנאי מחייה מינימליים? המדינה מתקשה לענות. היא שולחת את המדינה לחשוב על זה ולתת תשובה- מה זה תנאי מחייה מינימליים. אם הם טוענים שאין פגיעה, היא רוצה לדעת מה נחשב למספיק. דבריה של דורנר מעוררים סערה פוליטית, לגבי היעדר סמכותה של הרשות השופטת, אלה דברים שבסמכות הרשות המחוקקת. בעוד העתירה תלויה ועומדת, דורנר יוצאת לגמלאות. **את מקומה תופס ברק,** והוא משתיק את הרוחות. הוא **דוחה את העתירה**. למה? הוא חוזר על מנור- **מצד אחד, הזכות חוקתית. מצד שני הפגיעה צריכה להסתמך על נתונים מלאים. העותרים לא הביאו מספיק ראיות לביסוס הטענה שלהם בדבר פגיעה**. **כדי שיתאפשר לבית המשפט לתת סעד, יש להניח לפניו תשתית עובדתית מלאה שממנה יהיה ניתן להסיק את הפגיעה בכבוד.** כך ייזקק בית המשפט לפירוט המבוסס בתיעוד מתאים, של מקורות ההכנסה ושל ההוצאות השוטפות והקבועות שבהן אותו אדם נושא. **השלב הראשון של הבחינה החוקתית נשלם אפוא במסקנה כי לא הוכחה פגיעה בזכות לכבוד. דין העתירה להידחות.** בדיוק כמו במנור על אף שהפעם מדובר בהבטחת הכנסה. המשמעות של דברי ברק – **יש צורך בהוכחה קונקרטית. כל מקרה נבחן לגופו. כל עותר יצטרך להוכיח שהוא עצמו נפגע אישית עד כדי כך שאינו יכול להתקיים בכבוד.** לכאורה זה משונה, כי העתירה פה היא לגבי הבטחת הכנסה, ומי שמקבל הבטחת הכנסה מקבל זאת ע"ס נתונים ברורים. כבר עבר פרוצדורה בנושא וזו אינדיקציה לכך שכבר נמצא מתחת לתנאי מחיה מינימליים. ולכן **היו שטענו שברק מרוקן את הזכות מתוכן, ושההכרה בזכות החברתית היא רק הצהרתית.** מכמה סיבות- יש פה חסמים פרוצדורליים בעייתיים המציבים **סף גבוה בפני עותרים**. הם צריכים להוכיח לביהמ"ש, הם צריכים "להתפשט" אל מול ביהמ"ש, ואז ביהמ"ש יחליט אם לקבל את העתירה או לא. וגם אם אדם מצליח להוכיח, המשמעות של הוכחה קונקרטית יוצרת מצב שהמקסימום שנוכל להשיג יהיה מתן סעד ספציפי לעותר הפרטני. אנשים שמגישים עתירה מגישים אותה בשם קבוצה של אנשים במצב דומה. ואם אין השלכות משמעותיות לעתירה, אף אחד לא באמת יעתור.  
 **לסיכום, אין באמת הגנה על הזכות לקיום מינימלי.**  
**יש דעת מיעוט של לוי, הוא שופט חברתי. הוא לא מסכים עם ברק שאין פגיעה בזכות.** לדעתו יש פגיעה בזכות, וכעת נטל ההוכחה למידתיות מוטל על המשיבים, ולא עמדו בכך.   
הביקורת על ביהמ"ש- עקרונית הוא מכיר במעמד החוקתי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, הוא הופך לכתובת לא רלוונטיות להגנה עליה כי הוא דורש הוכחות פרטניות. למרות שבימה"ש מכיר בזכויות חברתיות, לא ברור עד כמה באמת מדובר במחויבות אמיתית מצד ביהמ"ש לאכיפת הזכויות האלו.

העובדות: הפעם המדינה מקצצת באותה רשת הביטחון- הבטחת הכנסה. תיקון לחוק שקיצץ באופן משמעותי את קצבאות הבטחת ההכנסה.

הטענות: המדינה הכירה בחוקתיות הזכות לתנאי מחיה מינימליים, אך בטענה שבנסיבות העניין הזכות לא נפגעה.

בית המשפט:

בראש ההרכב המקורי שדן בעתירה ישבה השופטת דליה דורנר. דורנר הוציאה צו על תנאי ובו הורתה למדינה להשיב מהי, נכון למועד הדיון בעתירה, רמת ההכנסה הכוללת הנדרשת לשם כיבוד הזכות. לשון ההחלטה הייתה כדלקמן:

"על יסוד עתירות אלה שהובאו היום לפני בית משפט זה, מצווה בית המשפט כי ייצא מלפניו צו על תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן אטעם מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב בחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו(החלאה מ יום 5.1.04).

איזו הכנסה צריכה להיות לאדם כדי הוא יוכל לחיות תנאי מחיה מינימליים? המדינה לא נתנה תשובה לשאלת דורנר. כשהבינה שלא תקבל תשובה, דורנר הוציאה צו המחייב לספק מידע לשכר הסף של האדם שיחשב כתעל הוראה זו הייתה ביקורת ומחלוקת על אותה החלטה. נטען שבית המשפט מסיג את גבולו ומתערב בלא סמכות בעניינים המסורים לשיקול דעתה. ההוראה עוררה תרעומת רבה במערכת הפוליטית נטען שבית המשפט מסיג את גבולו ומתערב בלא סמכות בעניינים המסורים לשיקול דעתה של המערכת הפוליטית. כשבוע לאחר מתן הצו התקיים הדיון ובסופו אושרה ההודעה הבאה:

"הכנסת רואה בדרגה גלישת בית המשפט לנושאים שבמובהק הינם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת (...). הכנסת מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל. השופטת דורנר יוצאת לפנסיה, וברק לוקח את מקומה בהרכב פס"ד.

ברק ירד מן העץ שטיפסה דורנר, ופטר את המדינה מהחובה לנקוב מספרים ודחה את העתירה. ברק חוזר על ההכרה העקרונית בזכות לתנאי מחיה מינמליים אך גם חוזר על אותו עקרון שציין בפרשת מנור, הטענה לפגיעה בזכות חייבת להסתמך על בחינה מדוקדקת ופרטנית של מקורות המחיה של עותר ספיציפי. ברק קבע שגם הפעם לא הביאו העותרים די ראיות לבסס טענתם, אף שהעתירה כוונה כלפי קצבת הבטחת הכנסה- זו האינדיקציה הכי ברורה שבלי קצבה זו הוא חי תחת הסף לתנאי קיום מינמליים, הטענה בחוסר ראיות היא לא מקובלת- היות והפרוצדורה להבטחת הכנסה מלכתחילה מביאה את כלל הראיות שבלי אותה קצבה, האדם חי מתחת לתנאים סבירים.

* הוא גם חזר על העקרון שהציב בפרשה הקודמת, היינו שהטענה לפגיעה בזכות חייבת להסתמך על בחינה מדוקדקת ופרטנית של מקורות המחיה של עותר ספציפי.
* ברק קבע שגם הפעם לא הביאו העותרים די ראיות לביסוס טענתם, אף העתירה כוונה כלפי קצבת הבטחת ההכנסה, שהזכאות לה אמורה ממילא להיקבע לאחר שקלול מקורות ההכנסה של המקבל.

התוצאה, אפוא, שדין העתירות- על יסוד הסעדים שנתבקשו בהן- להידחות. זאת, מפני שלא שוכנענו שיש בתיקון לחוק הבטחת הכנסה, כשלעצמו (אף לא בביטול ההקלות הנלוות), כדי לפגוע בכבוד האדם (..) כדי להגיע למסקנה שיפוטית כזו, שבצדה הוראה למדינה לתקן את המעוות, זקוקים אנו לתשתית עובדתית ראויה. תשתית כזו לא הונחה לפנינו בעתירות האלה.

הסבר במילים שלי: בכל מקרה מחשבים בכל מקרה לגופו האם אדם, בהתחשב במקורות ההכנסה שלו, ראוי לקצבת הבטחת הכנסה. האם אין בכך מספיק ראיות כדי לקבוע האם הוא זכאי לקצבה או לא?

משמעות הדרישה להוכחה "קונקרטית" זו הייתה שכל מקרה יבחן לגופו, ועל כל עותר להוכיח כי הוא עצמו, באופן אישי, נפגע עד כדי כך, שאינו יכול להתקיים בכבוד. המשמעות של דברי ברק במקרה זה, הוא אומר שיש צורך בהוכחה קונקרטית- כל עותר יבחן לגופו, כל עותר ידרש להוכיח שהוא באופן ספיציפי נפגע מפעולת המדינה עד לכדי פגיעה משמעותית ובלתי יכולת לזכות לחיים בכבוד. בצעד זה, הזכות רוקנה מתוכן, ואין שום משמעות מעשית לזכות.

כל העותר יצטרך להביא לבית המשפט את כלל הראיות וההוצאות למחיה- דארישה לא פשוטה לכלל האנשים. וקביעה זו מובילה לכך שבית המשפט שגם בקביעה לפגיעה בזכות, המקסימום שהעתירה יכולה להשיג הוא סעד פרטני לכל אדם ספיציפי, ולא לשינוי החוק באופן רוחבי והשלכה על כלל הציבור הנפגע.

ההכרה במעמד של הזכות לקיום מינמליים לא הובילה ליצירת מנגנון הגנה על זכות זו. למרות ההזמנה של ברק לעתירת עתירות בטענה כזו, אף עתירה לא הוגשה. היו טענו שבכך רוקן פסק הדין את הזכות מתוכן:

הדרישה הציבה חסמים פרוצדורליים גבוהים בפני העותרים. מהדרישה להוכחה קונקרטית גם ייתכן והשתמע, כי אף עם יצליחו להתגבר על החסמים הללו ולהוכיח פגיעה בזכות לקיום בכבוד- ספק אם בית המשפט יוכל לפסול חוק בשל מקרה אישי זה, או שמא ייתן סעד לעותר הפרטני ותו לא. אכן, על אף הזמנתו של הנשיא ברק בחתימת פסק דינו להביא בפני בתי המשפט עתירות נוספות הנוגעות לדיותן של גמלאות הבטחת ההכנסה, בפועל עתירות כאלו לא הוגשו.

**שלב שלישי- אכיפת הזכות לתנאי מחיה מינימליים**

**פרשת חסן**

עובדות: העותרים טענו נגד חוקתיותו של סעיף בחוק הבטחת הכנסה, לפיו רואים במי שבבעלותו או בשימוש כלי רכב כמי ששי לו הכנסה בגובה הגמלה להבטחת הכנסה, ולפיכך נשללת ממנו וממשפחתו הזכאות לקצבה זו.

הטענות: העותרים טענו כי החזקה החלוטה שאותה קובע הסעיף פוגעת בפגיעה בלתי חוקתית בזכות לקיום בכבוד. בתשובתה לעתירה, העלתה המדינה שתי טענות מרכזיות:

**פס''ד חסן-** עתירה נגד חוק הבטחת הכנסה. הסעיף שעומד על הפרק הוא סעיף שלפיו רואים במי שבבעלותו או בשימוש רכב כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה להבטחת הכנסה ולכן אינו זקוק לה. **העותרים טוענים נגד החזקה החלוטה (לא מבחינה בין בעלי הרכב השונים) ואומרים שהיא פוגעת פגיעה לא חוקתית בזכות לתנאי מחייה מינימליים.** **המדינה משיבה** שתי תשובות לעתירה –

* 1. הסעיף הוא בגדר מדיניות חברתית-כלכלית טהורה שהסמכות להכריע בה היא של המחוקק והדבר לא נופל בגדרי הזכות לקיום אנושי מינימלי בכבוד.
  2. גם אם יש פגיעה חוקתית בזכות לתנאי מחיה מינימליים, כשמגיעים לשלב האיזונים(=פסקת ההגבלה), לאור העובדה שמתעסקים בזכויות חברתיות יש מקום להבחין ולא להפעיל את פסקת ההגבלה ביחס אליהן כמו שמפעילים אותה ביחס לזכויות הפוליטיות. תנאי המידתיות מתחלק ל-3 אמצעי משנה. **לטענת המדינה, כשמדובר בזכויות חברתיות, צריך לעצור אחרי מבחן המשנה הראשון- מבחן הקשר הרציונלי ולא לבחון את פעילות המדינה לפי שני המבחנים הנוספים.**

**בית המשפט דוחה את שתי הטענות**. הוא קובע שלגבי הטענה הראשונה, המדינה מייחסת משמעות מצומצמת וצרה לזכות לקיום מינימלי בכבוד ובוודאי שיש כאן פגיעה. בנוגע לטענה השנייה של ההבחנה בין זכויות חברתיות ופוליטיות בבחינה חוקתית, **בית המשפט אומר שההבחנה לא מצדיקה החלה של מודל שיפוטי שונה של ביקורת חוקתית, צריך להפעיל את אותו מודל גם כשמדובר בזכויות חברתיות.** לאור מסקנה זו, בית המשפט מחיל על נסיבות המקרה את מודל הבדיקה החוקתית הדו-שלבית המוכר ומדגיש ששאלת השיקולים התקציביים שתעלה על הפרק בעניין רלוונטית רק בשלב השני ולא בראשון (עצם קיומה של פגיעה בזכות). **בית המשפט מגיע למסקנה שהסעיף שעליו מדובר לא עומד במבחן המידתיות השני** – **בחירת האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה**. הסעיף לדברי בית המשפט קובע חזקה מבלי לתת אפשרות להוכיח את הזכאות לגמלה. גם אם ניתן להשתמש בחזקה, אפשר להשתמש בה רק ככלי עזר ולא כחזקה חלוטה. זהו אמצעי חמור להשגת מטרה זו. מה החידוש בפסק דין זה? **זאת הפעם הראשונה שבה בית המשפט פוסל חקיקה ראשית אחרי שהוא מוצא שהיא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית חוקתית.**

המגמה שונה מהותית מפסק דין מחויבות לשלום שם בית המשפט כן מחפש להסתכל בצורה פרטנית על העותרים, כאן הוא מסתפק בהסתכלות רוחבית עקרונית. **בנוגע לזכות לקיום מינימלי בכבוד, בית המשפט אומר שאין לראות בה זכות שנגזרת מכבוד האדם, אלא זכות שהיא ביטוי ממשי לזכות לכבוד האדם. זאת זכות שנמצאת בליבת הזכות לכבוד. ניתן להסיק מכך שבית המשפט מייחס חשיבות מיוחדת לזכות לתנאי מחיה מינימליים**. לאור רטוריקה זאת, מבינים שבית המשפט מתייחס לפגיעה כזאת במלוא החומרה. מאז ההכרעה בפרשת חסן, היה עוד מקרה שבו בית המשפט גילה נכונות לתת סעד אופרטיבי.

**האם אפשר לזהות מה המגמה?** ראינו שבית המשפט העליון מכיר בזכות לקיום מינימלי לכבוד בזכות חוקתית ופסל חקיקה שפוגעת בזכות זו. השאלה מה ההיקף של זכות הבת החוקתית הזאת. רוב שופטי ביהמ"ש העליון מפרשים אותה בהרחבה–   
**1.** העמדת הרף של קיום מינימלי בכבוד ברמה גבוהה יחסית  
**2.** באמצעות פירוש מרחיב של הזכות ככוללת רכיבים נוספים שכל אחד מהם כולל זכויות חברתיות נוספות. (בריאות, תזונה, דיור וכו').- הפרשנות שמאמץ בית המשפט לגבי הזכות לקיום מינימלי בכבוד היא פרשנות שאומרת שלפי זכות זו צריך לספק תנאים לאדם לממש דברים רבים. זוהי פרשנות מרחיבה.  
עם זאת, יש זכויות חברתיות שיהיה קשה להכניס דרך המשפך של הזכות לקיום מינימלי בכבוד. יש גם גישה מצומצמת יותר, היא לא הגישה הרווחת. מביא אותה השופט גרוניס.

הסעיף האמור הוא בגדר מדיניות חברתית כלכלית "טהורה" של המחוקק ולכן הוא אינו נופל כלל לגדריה המצומצמים של הזכות לקיום בכבוד.

יש להבחין בניתוח החוקתי בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לבין זכויות חברתיות ובכל הנוגע לזכויות החברתיות, יש לצמצם את מבחן המידתיות למבחן המשנה הראשון הבוחן אם קיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה.

בית המשפט:

דחה את שתי הטענות: המדינה מייחסת "משמעות מצומצמת וצרה לזכות". עצם העובדה שהזכות לקיום בכבוד היא זכות חברתית אין בה כדי להצדיק החלת מודל שיפוטי שונה לביקורת חוקתית.

נקבע כי הסעיף אינו עומד במבחן המידתיות השני, לפיו יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה. הקושי נעוץ בכף שהחזקה שקובע הסעיף היא חזקה חלוטה, המביאה לשלילה מלאה של הגמלה מבעלי הרכב או המשתמשים בו. בייניש אומרת שהחזקה החלוטה היא אמצעי שפגיעתו גוברת מדי ואינה פחותה כלל, היה צריך ליישם חזקה שאינה חלוטה וניתנת לסתירה.

החידוש/ העיקרי בפסק הדין הוא שזוהי הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון פסל חקיקה ראשית לאחר שמצא כי היא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית.

בית המשפט עשה זאת תוך שינוי מהותי של הקביעה בעניין "מחויבות לשלום וצדק חברתי"(פסיקת בג"צ, בה ברק אמר שכל עותר צריך לטעון לגבי עצמו שהקצבה לא תספיק) , לפיה ההוכחה של הפגיעה בכבוד צריכה להיות ממוקדת במקרים הספציפיים בלבד.

אחרי שבית המשפט קובע כי זה חלק מהזכות החוקתית לפגיעה בכבוד, הוא בוחן את הפגיעה לפי מבחני המידתיות. בית המשפט קובע כי זכות יסוד זו היא תחת זכות חוקתית, ובפעם הראשונה שבית המשפט פוסל חוק בחקיקה ראשית כי היא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית.

**רובינשטיין נ' הכנסת**

העובדות: עתירה כנגד חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים שמכוחו מעניקה המדינה מסודות חינוך חרדיים פרטיים מימון בסך 60% מהמימון הניתן לבתי ספר תיכון של המדינה, מבלי להתנות את המימון למוסדות אלו בכך שיכללו לימודי ליבה בתוכנית הלימודים שלהם.

**פס''ד רובינשטיין-** **מדובר על הזכות לחינוך**. העותרים מבקשים לבטל את חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, חוק שמכוחו המדינה מעניקה למוסדות חינוך חרדיים פרטיים מימון בסך 60% מהמימון שניתן לבתי ספר תיכון של המדינה וזאת בלי להתנות את המימון בכך שמוסדות אלה ילמדו לימודי ליבה. לטענת העותרים, זה יפגע בזכותם של החרדים לכבוד בעתיד. בית המשפט **דוחה את העתירה,** בעניין שלנו אומר **גרוניס** - **כשמדובר בזכות חיובית** (העותרים בעקיפין רוצים שהמדינה תוציא משאבים באקט פעיל להכנסת לימודי הליבה במוסדות החרדיים), **בית המשפט צריך לנקוט אקסטרה ריסון בכל ההיבטים של הביקורת.** מעבר לריסון הרגיל שננקט בביקורת השיפוטית הרגילה. **מדוע?** כי הוא חושש שיווצר מצב שבית המשפט מתערב בשיקולים של **קביעת מדיניות כלכלית,** ואין לביהמ"ש הידע הנחוץ בנוסף, אלו **נושאים פוליטיים-חברתיים** שביהמ"ש לא נוטה להתערב בהם. ולבסוף, והחלטה כזו **תגביל את חופש הפעולה של הרשות המבצעת ותטשטש את עקרון הפרדת הרשויות.** כל ביקורת שיפוטית מגבילה את שיקול הדעת של המחוקק או של הרשות המבצעת. לטענת גרוניס כשמונעים מעשה מרשות, זו פגיעה פחותה מאשר חיוב עשיה. **גישתו הכללית של גרוניס בנוגע לתפקיד השופט בכלל שמרנית יותר.**

אחת מטענות העותרים היא שהדבר פוגע בזכות החוקתית לחינוך.

בית המשפט: בית המשפט דוחה את העתירה מסיבות שונות כשהרוב קובע כי אין פגיעה, וגם אין קיימת היא עומדת במבחן פסקת ההגבלה, הדברים מוצגים מדעת גרוניס:

כשאנחנו מדברים על ביקורת שיפוטית בזכויות חיוביות, יש לנקוט ריסון מיוחד עוד יותר מהביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. מידת ההתערבות, בעצם כל אקט של בית המשפט הוא התערובת במערכת הפוליטית, של המחוקק או הרשות המבצעת. גרוניס קובע כי דרישת בית המשפט להימנע מפעולה פוגעת פחות מאשר הוראה המחייבת עשייה. בדרך כלל בזכויות חברתיות הסעד מבית המשפט יפעיל חובה על המערכת הפוליטית לפעול, סעד זה פוגע בצורה חריפה והתערבות מקיפה בפעולות הרשויות האחרות. גרוניס מבטא עמדה שמרנית לגבי תפקיד בית המשפט.

גרוניס הסביר כי" ענייננו בחובה המוטלת על המדינה, לשיטת העותרים, לאכוף על התלמיד החרדי את לימודי הליבה בכיתות אלו, על מנת לפגוע פגיעה עתידי בכבודו של התלמיד. זהו אספקט 'חיובי' של הזכות לחינוך או של הזכות לכבוד, שכן עניינו בהטלת חובה על רשויות השלטון לנקוט פעולות אקטיביות 'לטובת' הפרט"(פסקה 18). גרוניס גרס כי על בית המשפט לנקוט ריסון רב בהפעילו ביקורת שיפוטית שעניינה פגיעה בזכות חיובית- מעבר לריסון הרגיל שבו נוקט בית המשפט לגבי ביקורת שיפוטית על מעשה חקיקה- והציע מספר נימוקים לעמדתו זו, כדלקמן:

"ראשית, חיוב הרשות השלטונית להגן על זכות חיובית ולנקוט פעולה אקטיבית מלווה, בדרך כלל, בהטלת נטל תקציבי על המדינה. שיקולים של מדיניות תקציבית, המערבים לא אחת עניינים שבמומחיות כלכלית וסדרי עדיפויות חברתיים רחבים, הם עניין המסור לרשות המחוקקת והמבצעת, ועל ההתערבות השיפוטית בהם להיות מרוסנת.. שנית, לא אחת הביקורת השיפוטית הנעשית בשל טענה לפגיעה בזכויות סוציאליות, מערבת שיקולים חברתיים ואף פוליטיים שראוי שיותרו להכרעתו של המחוקק.. שלישית, דומה שבדרך כלל קיים הבדל במידת ההתערבות השיפוטית, בין מקרה שבו מורה בית המשפט לרשות להימנע מביצוע פעולה מסוימת (או להפסיק לבצעה), לבין מקרה שבו מורה בית המשפט לרשות לבצע פעולה מסוימת. ככלל, ניתן לומר שמתן צו שיפוטי שבו מחויבת הרשות השלטונית לנקוט צעד אקטיבי, מגביל יותר את חופש הפעולה של הרשות מאשר צו שיפוטי האוסר עליה לנקוט פעולה ספציפית" (פסקאות 20-22).

ניתן לראות שגרוניס, שידוע כשופט שמרן בשאלת התערבות בית המשפט, גורס שהתערבות בזכות אקטיבית של בית המשפט צריכה להיעשות אפילו יותר במצומצם מבדרך כלל משיקולים רבים ושונים דוגמת השאלה התקציבית, שאלת ההתערבות, חשש לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. בינתיים, ניתן לראות שחששו לא התממש. בית המשפט התייחס נקודתית אך ורק **לחזקה החלוטה** שנקבעה בפרשת חסן כשבחר להתערב בשאלת הקצבאות, הוא לא הציע הנחיות או חלק על גובה הקצבה, אלא רק עם דרך יישומה לעניין זה והקריטריונים שקבעה המדינה.

**האם יש ממש בחשש של גרוניס?**

פרשת **חסן** נחשבת לפורצת דרך בהשוואה לפרשת **עמותת מחוייבות** שקדמה לה, במובן זה שבפרשת חסן נפסל מרכיב בחוק הבטחת הכנסה, דבר שבית המשפט סירב לעשות בפרשת מחוייבות. אולם, אם נעיין היטב, נראה שההבדל בהתנהלות בית המשפט בשתי הפרשיות אינו כה חד. חסן- חסן נחשבת לפס"ד פורץ דרך, בית המשפט מבטל חוק בעילה לפגיעה בזכות חברתית, קביעה הנוגדת את ההלכה בפרשות אחרות. אומנם, אין הבדל דרמטי בהתנהלות בית המשפט בשני המקרים.

בפרשת עמותת מחוייבות, חלקו העותרים והמדינה בשאלת מיקומו הראוי של רף ההשתכרות המינימלי, המפעיל את הזכאות להבטחת הכנסה, ובית המשפט נמנע מלהתערב במחלוקת לעמת זאת, בפרשת חסן לא הייתה מחלוקת אמיתית בין העותרים למדינה בשאלת **היקף הזכות**, אלא רק בשאלת הלגיטימיות של הפעלת **חזקה חלוטה** לפיה שימוש ברכב, לרבות שימוש חלקי, שולל את הזכאות לקצבה, בשמשו אינדיקציה לכך שמצבו הכלכלי של המשמש ברכב טוב ממה שמצטייר מנתוני ההכנסה היבשים שלו. בפרשת עמותת מחוייבות השאלה הייתה איפה צריך למקם את רף ההשתכרות המינמלית, בית המשפט לא היה בפועל מוכן להתערב. בפרשת חסן, לא הייתה מחלוקת אמיתית בין העותרים למדינה בשאלת היקף הזכות- כמה צריך להיות בכדי להבטיח הכנסה, שאלה זו לא עלתה על הפרק. מה שעמד על הפרק בשאלה האם ניתן להפעיל מסננת של חזקה חלוטה הקובעת כי בעלות רכב מהווה אינדיקציה לכך שהאדם חי מעל תנאי מחיה בסיסיים. כל מה שעשה בית במשפט הוא בפסילת החזקה, ואין קביעה של כמה אדם צריך. נגון שהמדינה טענה כי כשבן אדם בעל רכב לא רק מהווה אינדיקציה להיות מעל הקו אלא שגם הרכב מהווה מותרות. העניין המרכזי שלא הייתה מחלוקת בשאלת תנאי הסף לתנאי מחיה מינמליים, אין פה מקרה שבית המשפט נותן למדינה הוראות אופרטיביות בעלות סעד חיובי. החשש של גרוניס שפרשת חסן תגרור ותשמש אינדיקציה לכך שזה יוביל להתערבות שיפוטית בקביעת המדיניות הכלכלית, זה לא קרה בפרשת חסן.

**ספיר – היש ממש בחשש של גרוניס, שיש פה התערבות מופרזת?** גם אם החשש של גרוניס מוצדק ספיר לא רואה איך זה יהווה השפעה מהותית במדינת ישראל.   
למרות גילויי האהדה של שופטים כלפי הזכויות החברתיות, **מידת ההתערבות בפועל בשם הזכויות החברתיות היא מעטה**. בפרשת חסן ראינו שיש מעין פריצת דרך – נפסל מרכיב בחוק הבטחת הכנסה בשם זכות חברתית, דבר שבית המשפט נמנע מלעשות בפסק דין עמותת מחויבות. עם זאת, נראה שהשינוי בעמדת בית המשפט לא כזה גדול. בפרשת **מחויבות** הייתה מחלוקת איפה צריך למקם את רף ההשתכרות המינימלית – המפעיל את הזכאות להבטחת ההכנסה. ביהמ"ש **לא התערב במחלוקת הזו.** לעומת זאת, בפרשת **חסן** לא הייתה מחלוקת אמיתית בין העותרים למדינה על **היקף** הזכויות. כל מה שהיה שנוי במחלוקת זה אם לגיטימי להפעיל חזקה חלוטה ששימוש ברכב שולל זכאות לקצבה. כל מה שעושה בית המשפט בפרשת חסן זה לפסול את החזקה הזו, ולא עונה על השאלה מה ההיקף שהאדם צריך לקיום מינימלי. **בשום מקום בפרשת חסן לא מתמודד בית המשפט ישירות עם השאלה מה היקף הזכות של קיום מינימלי בכבוד.** הוא לא קובע שום קביעה בחלוקת עוגת הרווחה התקציבית. מן האמור עולה **שככל שהסתייגותו של הנשיא גרוניס מהרחבת ההכרה במעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות מבוססת על חשש שהדבר יוביל להתערבות שיפוטית בקביעת המדיניות הכלכלית, פרשת חסן אינה מספקת יסוד ממשי לחשש זה.**   
פרשת חסן היא כן תקדים, כי יש פסילה של חקיקה ראשית מכוח זכות חברתית. אבל אם ההתנגדות למהלך הזה מגיעה מתוך חשש שזה יגרום לביהמ"ש לחלק הוראות אופרטיביות לגבי עוגת התקציב – חסן זה לא מה שיוכיח או לא.

כל מה שעשה בית המשפט בפרשת חסן הוא לפסול את החזקה האמורה. אמנם, בנסיונה לדחות את העתירה טענה המדינה גם ששימוש ברכב מהווה כשלעצמו סוג של מותרות, המעמיד את המשתמש מעל לרף התחתון, וטענה זו נדחתה על ידי בית המשפט. ואלם בשום מקום בפסק הדין בית המשפט לא התמודד ישירות עם שאלת ההיקף של הזכות לקיום מינימלי בכבוד ולא קבע ממצא כלשהו בעניין.

מן האמור עולה שככל שהסתייגותו של הנשיא גרוניס מהרחב ההכרה במעמדן החוקתי של הזכויות החברתיות מבוססת על חשש שהדבר יוביל להתערבות שיפוטית בקביעת המדיניות הכלכלית, פסיקת בג"צ בפרשת חסן אינה מספקת יסוד ממשי זה.

גרוניס הזהיר מכך שבית המשפט יקבע את המדיניות הסוציאלית בישראל, אך בפרשת חסן זה לא המקרה- את המדיניות הסוציאלית קבעה המדינה ובית המשפט לא התערב בה, הוא קבע רק כי המסננת לא מוצדקת, לא נותן הנחיות מבחינת התפיסה העקרונית של המדיניות. הויכוח הוא על מנגנון ולא על הקביעה המהותית. פרשת חסןלא מהווה חשש כמו שגרוניס הציג. פרשת חסן לא מביאה ראיה לחשש של גרוניס, אין זה קובע כי החשש לא יתממש בעתיד.

**חופש העיסוק**

מה עומד, האינטרס מאחורי חופש העיסוק כזכות חוקתית? פרשת איגלו- "הרציונליים העומדים בבסיס חופש העיסוק עם עניינו של האדם להתפרנס ולהגשים את כישרונותיו, אישיותו ומאווייו. העיסוק שבוחר האדם לפרנסתו מאפשר את קיומו הפיסי, הוא מקנה לו מעמד וקובע את איכות חייו". יש שני רציונליים נפרדים השלובים זה בזה, המעוגנים בפס"ד איגלו:

1. פרנסה- הזכות של האדם לפרנס את עצמו
2. מימוש עצמי- השלמת רצון הלב, מאווים וכו

היה איזשהו תהליך באופן שבית המשפט פירש והבין את חופש העיסוק, שבהתחלה הרציונל הדומיננטי והבלעדי היה פרנסה ולאחר מכן הפך לרציונל מימוש עצמי.

* פרשת בזרנו, הדגש הוא על האפשרות להתפרנס. בפרשת **בז'רנו**, הדגש הוא על אפשרות להתפרנס.
* בפרשת **לשכת יועצי ההשקעות** הדגש על מימוש עצמי: "חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצן הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למרקם החברתי".(פסקה 15 לפסק הדין).

בהמשך לתהליכים כללים שהתרחשו במדינת ישראל ובעולם שבמסגרתם עלה הדגש על האינדיבידואל, המימוש והרצון העצמי יש מעבר מבין הפרנסה למימוש העצמי. בהתחלה, הדגש והמשאב החיוני החשוב ביותר הייתה הפרנסה, הקושי להביא לחם הביתה ולעמוד על הרגליים היה הדבר החיוני ביותר בשנים המוקדמות בעולם, היום, העוני הוא יחסי, ממדי העוני קטנו עם התפתחות המדינות והרווחה, לאחר השלמה באופן יחסי של העני והבאת רוב האנשים למצב שהם לא נלחמים על קיומם הכלכלי, הדגש כבר הופך להיות למימוש עצמי.

**האם יש הבחנה בין רציונל המימוש העצמי לרציונל הפרנסה?**

עיסוק התנדבותי- אם הרציונל שעומד מאחורי חופש העיסוק הוא הפרנסה, העיסוק ההתנדבותי לא יחשב כעיסוק. עשוי שלא להיחשב לעיסוק, אם חופש העיסוק מבוסס על רציונל הפרנסה. אם המדובר במימוש עצמי, אז דווקא כן.

חלופת קצבה- אם המדינה מגבילה את האפשרות לחופש העיסוק אך מספקת קצבה לאותם אנשים שהגבילה. אם הרציונל הוא פרנסה, ניתן לטעון שאין כאן פגיעה. מתוך המימוש העצמי נפגעת הזכות, משום שיש הגבלה על הזכות להגשמת החלומות והמימוש העצמי של כל אדם הבא לידי ביטוי דרך העבודה. נניח שהמדינה מגבילה את האפשרות להתעסק, אבל משלמת קצבה לאלו שהוגבלו. אם הרציונל הוא פרנסה, ניתן לטעון שאין כאן פגיעה. אם המדובר במימוש עצמי, אז ניתן לטעון שנפגע חופש העיסוק.

**רציונל שלישי- הגנה וחיזוק של התחרות החופשית לתועלת המשק**

**פרשת כלל ומגדל**

העובדות: שתי חבורת הביטוח רצו לפעול בתחום קרנות הפנסיה. משרד האוצר, שלא היה מעוניין בהקמת קרנות פנסיה חדשות, יזם חקיקה מגבילה.

הטענות: העותרות טענו שהדבר פוגע בחופש העיסוק שלהן.

בית המשפט: מקבל את הטענות, יש פגיעה בחופש העיסוק אך הפגיעה היא מידתית, עומדת במבחני פסקת ההגבלה, היות והיא מגנה על שוק הפנסיה מפגיעה. קיבל את הטענה אולם שניים משלושת שופטי ההרכב סברו שהפגיעה נכנסת בגדר פסקת ההגבלה.

השופט דב לוין מדגיש רציונל חדש לחופש העיסוק, כשהגבלתם מישהו בלהתעסק בתחום, התוצאה היא פגיעה והגבלה בתחרות שבין גופים שונים. "עיקר חשוב בזכות היסוד הזו הוא ביכולת **התחרות החופשית** בין פרטים".

**אורון נ' הכנסת**

העובדות: תיקון לחוק הבזק, תשמ"ב 1982 באמצעות הוספת סעיף 3(7) חוק שמעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל. המשמעות העיקרית של התיקון לחוק היא כי מי שהתיקון חל עליו מקבל זיכיון להפעלת תחנת רדיו ללא צורך במכרז.

בית המשפט: עיקר הבסיס בזכות לחופש העיסוק המוגנת בחו"י: חופש העיסוק הוא חופש התחרות.

מכאן, שפגיעה בחופש התחרות על ידי התערבות בו בדרך של הענקת טובות הנאה לאחד המתחרים בלבד והעדפתו על אחרים פוגעת בחופש העיסוק. התיקון לחוק פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו ארציים בכך שהוא מעניק זיכיון ורישיון לשידורי רדיו ארציים-פרטיים לגוף משדר העומד בתנאי התיקון לחוק ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו.

בן האדם שהפעיל- בעצם מקבל יתרון, עוד ערוץ, כשלאחרים הדרך לבצע היא מכרז. יש פה פגיעה בחופש התחרות ולכן יש פגיעה בחופש העיסוק. יש כאן פגיעה בחופש העיסוק אבל בעצם האינטרס המוגדר חופש העיסוק זה אינטרס התחרות.

**האם ניתן להצביע על מגמה? תזוזה מפרנסה למימוש עצמי עם הוספת התחרות**

אולי ההתפתחות הפנימית בין שני הרציונליים הראשונים לבין הרציונל למימוש העצמי, היא זו שהעלתה וסללה 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 לבססו. רק אם נטען שהתחרות תביא להטבה של כלל האוכלוסייה, אך זהו לא טיעון פשוט. אם תחרות תגרום למצב שכל אדם מרוויח מכך, אך אם תחרות עלולה לקפח פרנסה של אנשים מסוימים, יש בין שני הרציונליים הללו מתח.
* כשמרכז הכובד עובר למימוש עצמי, הוא מתיישב היטב עם רציונל התחרות. הטענה תהיה שפגיעה בחופש התחרות יכולה בצדק להיחשב כפגיעה ביכולת המימוש העצמי. גידי טוען, שרציונל התחרות החופשית מתיישב טוב יותר עם רציונל המימוש העצמי. אם הדגש בין שני הרציונליים הראשונים, פרנסה מול מימוש עצמי, אם הדגש הוא המימוש העצמי הוא מתיישב היטב עם רציונל התחרות. אם המימוש העצמי בא באמצעות התחרות, רציונל התחרות מתחבר חלק יותר עם רציונל המימוש העצמי מאשר עם הפרנסה.

המעבר מרציונל הפרנסה למימוש העצמי, מאפשר מעבר חלק יותר או הוספה לרציונל של התחרות.

**מה היקפו של רציונל הפרנסה?**

גרוס מציע פרשנות מרחיבה לחופש העיסוק, כשהוא הופך במידה רבה את חופש העיסוק לזכות חברתית. דהיינו המדינה צריכה לספק פרנסה לאזרחיה, זכות חיובית המדברת על תנאי מחיה וכדומה מזה. אם בחרנו את הפרשנות שלו למה זה יוצר מתח בין רציונל הפרנסה לרציונל התחרות?

בפרשת כלל ומגדל מטרת ההגבלות הייתה להגן על שוק קרנות הפנסיה מהתמוטטות. בית המשפט קבע כי יש פגיעה אך הפגיעה היא לתכלית ראויה. גרוס מנגד, היה אומר כי כך לא היה מציב את המשוואה. המטרה להגן על קרנות הפנסיה מפני התמוטטות המטרה היא להגן על הפרנסה, להגן על חופש העיסוק. אנחנו פוגעים על חופש העיסוק בכדי להגן על אינטרס, גרוס אומר כי אולי אנחנו פוגעים בחופש העיסוק, אך אנחנו פוגעים בו ברציונל של פרנסה. אנחנו פוגעים בחלופה של העיסוק, שזה הרציונל מאחורי חופש העיסוק. אם היינו מאמצים את הרציונל התחרותי, בית המשפט לא היה פוגע באינטרס ראוי, אלא היה פוגע בחופש העיסוק כרציונל הפרנסה. שזהו לא רק מניעה בפגיעה בפרנסה אלא להבטיח הגנה ואף לספק פרנסה לאזרחים. מכאן, שנוצר מתח בין רציונל הפרנסה לבין רציונל התחרות החופשית, אם מאמצים את הפרשנות של גרוס.

* גרוס מציע פרשנות מרחיבה לרציונל הפרנסה, באופן שמעביר את חופש העיסוק למשפחת **הזכויות החברתיות (**טוען שהמדינה צריכה לפעול **אקטיבית** להבטיח פרנסתם של האזרחים- פרשנות סוציאלית מאוד).
* אם מאמצים את פרשנותו, נוצר מתח בין רציונל הפרנסה לרציונל התחרות, כמפורט להלן:
* בפרשת כלל ומגדל מטרת ההגבלות הייתה הגנה על שוק קרנות הפנסיה מפני התמוטטות.
* גרוס טוען שמטרה זו עולה בקנה אחד עם רציונל הפרנסה- הגנה על פרנסתם של בני אדם לאחר פרישתם.
* יוצא, שאם נאמץ את הרציונל התחרותי ונפסול את ההגבלות הדבר עלול לסכל את מימושו של רציונל הפרנסה.

**עוד דוגמא: תנופה נ' העבודה**

העובדות: חברות כוח אדם טוענות שהחובה להפקיד ערובה שנקבעה בחוק כתנאי לקבלת רישיון לעסוק כקבלן כוח אדם פוגעת שלא כדין בחופש העיסוק.

בית המשפט: הנשיא ברק קובע שהחוק אכן פוגע בחופש העיסוק, אך עומד במבחני פסקת ההגבלה. נמצא, שלפי דעת ברק חקיקה סוציאלית פוגעת בחופש העיסוק הגם שהיא נעשית לתכלית ראויה. החוק אכן פוגע בחופש העיסוק, אך הוא עומד בפסקת ההגבלה. יש תכלית ראויה והפגיעה היא מידתית, מכאן שלדעת ברק, גם חקיקה סוציאלית הנועדה בכדי להגן על העובדים היא פוגעת בחופש העיסוק.

גרוס טוען שלפי רציונל הפרנסה לחופש העיסוק, היה מקום להפעלת שיקולים חלוקתיים אשר יהפכו את החקיקה הסוציאלית בתחום יחסי העבודה **לחלק** מחופש העיסוק ולא רק לתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בו. לדעתו, **אין פה פגיעה בחופש העיסוק, אלא הגנה אקטיבית עליו.** מנגד, גרוס טוען כי לפי רציונל הפרנסה לחופש העיסוק, זו פעולה המבטיחה את חופש העיסוק ולא פגיעה בו, הדרישה לערובה כפגיעה בחופש העיסוק, ההפך, התנאי ההוא תנאי הכרחי בכדי להגן על חופש העיסוק. היה מקום להפעלת שיקולים חלוקתיים אשר יהפכו את החקיקה הסוציאלית בתחום יחסי העבודה לחלק מחופש העיסוק ולא רק לתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בה.

**האם פירושו המרחיב של גרוס מתקבל על הדעת?**

טענתו של גרוס מתחברת לטענה כללית יותר, לפיה בית המשפט **תומך בעקביות במעסיקים** מול עובדיהם, ובכך הופך את הזכות לחופש העיסוק לזכותם של המעבידים בלבד **ושולל את המשמעות שניתנה לה כזכות אדם בסיסית.**

הטענה היא שבית המשפט מבטא בכך אמדה ליברטריאנית(ימנית קפיטליסטית), בניגוד לרציונל הליברלי שראוי לשוות לפי הנטען לחופש העיסוק.

טענתו של גרוס מתחברת לטענה כללית יותר, לפיה בית המשפט העליון מגן על החזקים ולא החלשים, הוא תומך בעקביות במעסיקים מול עובדיהם, ובכך הופך את הזכות לחופש העיסוק לזכותם של המעבידים בלבד ושולל את המשמעות שניתנה לה כזכות אדם בסיסית.

הטענה היא שבית המשפט מבטא בכך עמדה ליברטינית מבוהקת, בניגוד לרציונל הליברלי שראוי להשוות לפי הנטען לחופש העיסוק.

דרך נוספת לסכם את האפשרויות השונות להבין את חופש העיסוק היא בהצבה של ארבע אפשרויות, משמאל לימין על הרצף האידיאולוגי החברתי-כלכלי:

1. לפי הפירוש הראשון, חופש העיסוק כולל את הזכות שלי לעבוד, ומחייב את המדינה או המעביד לספק עבודה במקום ובזמן שהאבטלה מקשה על השג עבודה בשוק החופשי.
2. חופש העיסוק כולל זכויות קונקרטיות במקום העבודה, הגנות על העובדים- זכות לשכר הוגן, תנאי עבודה הולמים וכו'.
3. חופש העיסוק כחופש- מחייב את המדינה מלהגביל את האפשרות של האדם לבחור לו עיסוק כראות עיניו.
4. חופש העיסוק כזכותם של יזמים ועצמאים בשוק החופשי לפעול בסביבה של רגולציה מינימלית.

באיזו מהאפשרויות בחר בית המשפט?

1. האפשרות הראשונה לא נדונה בפסיקה
2. לכאורה מפרשת תנופה, האפשרות השנייה נדחתה, היות ובית המשפט פירוש את אותן הגבלות על המעביד והגנה על העובד, כפגיעה בחופש העיסוק. אך יש אמרות אגב מהן עולה כי בית המשפט מתייחס אל תנאי העבודה סבירים והוגנים מהווים חלק מהזכות לחופש העיסוק.
3. אימוץ רציונל התחרות החופשית מלמד על בחירה באפשרות רביעית.
4. בפרשת בז'רנו נבחרה גם האפשרות השלישית, כך גם בפרשת לם: לא להגביל אך לא חייב את המדינה בכדי לפעול. נבחרה גם האפשרות השלישית(למדינה אסור לפגוע בפרנסה של אדם ללא סיבה מוצדקת). כך גם בפרשת **לם**:"חופש העיסוק הוא החופש של הפרט לעסוק(או לא לעסוק) במשלח יד הנראה לו ראוי. הוא במהותו זכות 'הגנתית', הפועלת כרגיל, כנגד פגיעה בה על ידי הרשות השלטונית. חופש העיסוק **אינו מעניק, כרגיל, זכות 'אקטיבית'** לפעולה מטעם הרשות השלטונית"(שם, עמוד 692).

לדעת גידי, מבין ארבע האפשרויות נבחרו האפשרות השלישית והרביעית:

חופש העיסוק הוא חופש של הפרט לעסוק, או לא לעסוק, במשלח יד הנראה לו ראוי. הוא במהותו זכות הגנתית הפועלת כרגיל, כנגד פגיעה בה על ידי רשות השלטונית. חופש העיסוק אינו מעניק כרגיל, זכות אקטיבית לפעולה מטעם הרשות השלטונית. מתוך הארבע האפשרויות מכלל נבחרו אפשרות שלוש וארבע- חופש העיסוק כחופש- מחייב את המדינה מלהגביל את האפשרות של האדם לבחור לו עיסוק כראות עיניו. חופש העיסוק כזכותם של יזמים ועצמאים בשוק החופשי לפעול בסביבה של רגולציה מינימלית.

**פרשת לם**

העובדות: החלטה לפיה רק אבחונים של פסיכולוגים חינוכיים יוכרו לצרכיו של משרד החינוך. החלטה לפיה רק אבחונים של פסיכולוגיים חינוכיים יזכרו לצרכיו של משרד החינוך לצרכי משרד החינוך, מעתה והלאה לא יתקבלו אבחוני של גרומים אחרים.

הטענות: המדינה טענה כי אין בהחלטתה כל פגיעה בחופש העיסוק, משום שאין הם אוסרים על העותרים או על אחרים להמשיך בעיסוקם.

בית המשפט: דוחה את הטענה: "השאלה, אם החלטה של רשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, **צריכה להיבחן בצורה מהותית ולא פורמלית**. פגיעה בחופש העיסוק אינה מתרחשת רק כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, למשל על ידי הטלת איסור על העיסוק או דרישת רישיון. גם שלילה בפועל של האפשרות לעסוק בעבודה או במשלח- יד מסוימים מהווה פגיעה בחופש העיסוק".

"רשות המהווה מונופול לעניין העסקתם של בעלי המקצועות או משלחי יד מסוימים, או שהיא צרכנית יחידה של תוצרי עבודתם, והמטילה הגבלות על העסקתם או על ההיזקקות לתוצרי עבודתם, פוגעת בכך בחופש העיסוק. המעמד המונופוליסטי הוא המאפשר לרשות לשלול את אפשרות העיסוק גם מבלי להטיל עליו איסור פורמלי.. לעומת זאת, אם הדרך לעיסוק פתוחה בפני אדם למרות סירוב רשות לקבל את תוצרי עיסוקו, לא ייחשב הסירוב כפגיעה בחופש העיסוק".

בית המשפט מחיל את הקביעה העקרונית על נסיבות המקרה וקובע כדלקמן:

"הגורם היחיד הנזקק לאבחונים, ואשר חולש בפועל על עיקור של תחום החינוך בארץ הוא משרד החינוך. המשרד נדרש לאבחונים כדי לקבוע מסגרות לימוד מיוחדות לתלמידים הסובלים מליקויי למידה, ובעיקר לשם קביעת הקלות בבחינות השונות ובכל לזה בבחינות הבגרות, הנחיותיו של משרד החינוך הן שמנחות א גם את האוניברסיטאות, הנדרשות אף הן לאבחונים לצורך מתן הקלות במסגרת הלימוד במבחנים. מכאן, שמשמעות אי-ההכרה של משרד החינוך באבחוניהם של העותרים הינה סגירת תחום עיסוק זה בפניהם, ופגיעה בחופש העיסוק שלהם. מבחינה מהותית אין הבדל של ממש בין אי-הכרה לבין קביעת תנאי, שלפיו יוכלו לעסוק באבחון של ליקויי למידה רק בעלי הכשרה בפסיכולוגיה חינוכית".

גם כשלא הטלת איסור או דרשת דרישות נוספות, אם בפועל גרמת לכך שהאדם לא יכול לעסוק באותו מקצוע, נפגעה הזכות לחופש העיסוק. יש צורך לבדוק האם הרשות היא מונופול או לא, משום שבפועל היא פוגעת ולא מאפשרת לעסוק באותו התחום.

בית המשפט מחיל את הקביעה העקרונית על נסיבות המקרה וקובע כל האבחונים נעשים במטרה שיהיה ניתן להשתמש בהם במשרד החינוך, אף אדם לא יבוא לעשות אבחון אם אין השפעה על מערכת החינוך, מכאן שלמעשה לא ניתנה אפשרות אמיתית לעסוק במקצוע והזכות נפגעה.

**מיטראל-** **לפני פסקת ההתגברות יש לבדוק את פסקת ההגבלה, ולבדוק את הפגיעה בזכויות האחרות על ידי פסקת ההגבלה והתנאים המצטברים.**

עובדות: שנת 1994, חברי הכנסת מבינים כי חקיקת חוקי היסוד מאפשרת לבתי המשפט לבטל חקיקה ראשית. במשך שנים ארוכות מדינת ישראל מייבאת רק בשר כשר, כשהיא היבואנית היחידה. ממשלת רבין מחליטה להפריט את שוק הבשר, מה שיפתח פתח לייבוא בשר לא כשר. המדינה בעצם מגלה שהיא גם לא יכולה לחזור בחזרה גם לשלב של האלמה. יש צורך בעיגון בלעדיות הבשר הכשר בחוק. בית המשפט רומז כי סביר להניח יפסול את החוק. בתגובה, מפלגת ש"ס מאיימת לפרק את הקואליציה. אהרן ברק מגיע עם הצעה: בקנדה יש מנגנון שנקרא מנגנון התגברות, אם התמלאו מספר תנאים שברגע שיוגשמו החוק יכול להיות בתוקף לפרק זמן מסוים, גם אם לא עומד בפסקת ההגבלה. ברק הציע לייבא את הפסקה לישראל.

פסקת ההתגברות- פגיעה שאיננה עומדת בדרישת פסקת ההגבלה, זה באם התמלאו התנאים: עמידה ב61 חברי כנסת לפחות, ושנאמר בו במפורש שחור ולגבי לבן שהוא תקף למרות הסתירה בחופש העיסוק, וכן התוקף יהיה לאורך ארבע שנים. מיד לאחר מכן, הכנסת קיבלה את חוק ייבוא הבשר. לכאורה המדינה הצליחה להחזיר את המצב לקדמותו.

שאלה משפטית: העותרים אומרים כי המנגנון שהמדינה יצרה הוא מאפשר לעקוף על פגיעה שלא עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, אבל בחוק יסוד חופש העיסוק יש עוד שני סעיפים מרכזיים: העקרונות והמטרות. להבדיל על חופש העיסוק שעליו ניתן להתגבר בפסקת ההתגברות, על שני סעיפים אלו לא ניתן להתגבר היות ופסקת ההתגברות לא מזכירה אותם. ההצעה לקרוא זכויות מנויות שלא נמצאות בחוקי היסוד, כשהתוצאה להשתמש בפסקת המטרה והעקרונות בשביל לעגן את אותן זכויות, פסקת ההתגברות יכולה לפגוע במעמדן.

העותרים אומרים כי חרף מנגנון ההתגברות וחרף שנעשה בו שימוש, צריכה להיות בו פסילה היות וחלה פגיעה על שני הסעיפים שלא ניתן להגבר עליהם בפסקת ההתגברות.

טענה נוספת: הרי במקרה שלנו יש כאן לא רק פגיעה בחופש העיסוק אלא גם בפגיעה בזכויות נוספות, כשזכויות אלו מעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שבחוק זה אין פסקת ההתגברות. בעצם הכנסת חוקקה חוק והוסיפה פסקת התגברות- הכשרה לא לגיטימית בחופש העיסוק, אך לא הכשירו את הפגיעה בזכויות המנויות בזכות האדם לכבוד וחירות. הדיון הראשון הפנה לערכים המופיעים בסעיף 1,2 בחופש העיסוק והיטעון השני מפנה לזכויות הנמצאות בחוק יסוד חופש העיסוק.

בית המשפט: לגבי השאלה הראשונה- יש צורך לדייק: ניתן לפסול חוק שעומד בסתירה לעקרונות יסוד גם אם החוק עומד בדרישות החוקה- בפרשת לאור הייתה פגיעה בשוויון אך היא התקבלה ברוב של 61 בחברי כנסת. במקרה שלנו, יש פגיעה בחופש העיסוק אך היא עמדה בפסקת ההתגברות, ברק מקבל שיש עקרונות יסוד שפסקת ההתגברות לא יכולה לפגוע בהם, אך זה רק במקרה שהפגיעה החוקתית קשה. ברק קובע כי אומנם יש רצון טוב למיטראל בשל הפגיעה הלא לגיטימית, אך להגיד שזו פגיעה מהותית וקשה בכל עקרונות היסוד שמדינת ישראל מושתת עליהם, זה קיצוני.

בית המשפט:

לגבי השאלה הראשונה:

* השאלה הראשונה- והיא המונחת ביסוד טענת העותרים- אם קיימת זהות בין "ערכיה של מדינת ישראל : הנזכרים בפסקת ההגבלה (סעיף 4 ) לבין עקרונות היסוד והערכים הנזכרים בפסקת עקרונות היסוד(סעיף 1 ) ופסקת המטרה (סעיף 2)
* שאלה זו יפה היא. עם זאת, הגענו לכלל מסקנה כי אין לנו צורך להכריע בה. אכן, גם אם נניח-בלא להכריע בדבר- כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, אשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה (השווה: ירדור, תנועת לאו"ר) שאם לא כן, מתרוקנת פסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה אינו המקרה שלפנינו. (שימו לב- ברק ממשיך להזכיר את התזה שדרכה ניתן לפסול חוקים גם אם הם עומדים בתנאים של חוקי היסוד, והפעם מתייחס לפסקת ההתגברות).
* הפגיעה בחופש העיסוק מוגבלת, שהרי פתוחה בפני העותרות האפשרות לעסוק ביבוא של בשר כשר, וזאת- בניגוד למצב שהיה לפני השינוי במדיניות הממשלה- בלא כל צורך ברישיונות יבוא. הפגיעה בקניין, בחופש המצפון ובשוויון- ככל שהיא חבויה בין קפליו של החוק- אין היא מגיעה כדי פגיעה באושיות מהמשטר החוקתי שלנו. מטעמים אלה דין טענתן הראשונה של העותרות להידחות.

2. לגבי השאלה השנייה:

\* נראה לנו כי פרשנות ראויה צריכה להעניק הגנה חוקתית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותן, אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים אלה(הבעיה- אנחנו לא רוצים לקבל כל חוק שיעמוד בפסקת ההתגברות ולאפשר פגיעה בלתי נסבלת במנגנון החוקתי ובעקרונות היסוד שלו, ומצד שני אנחנו לא רוצים למנוע מהמכונן שימוש במנגנון ההתגברות בצורה אפקטיבית. ברק בוחר במנגנון שיאפשר שימוש הולם במנגנון פסקת ההתגברות): **שלושה תנאים מצטברים!**

א- הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק;(זכויות בחופש העיסוק יכול שימצאו ביטוי גם בקונסטלציה אחרת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)

ב- הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית.

ג- הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית.

* בהתקיים שלושה תנאים אלה מתחייבת פרשנות - המשקיפה על ההוראות החוקתיות כאחדות, והמבקשת להבטיח הרמוניה חוקתית- המעניקה חוק חורג תוקף חוקתי מעבר לחוק יסוד: חופש העיסוק.
* כל גישה פרשנית אחרת תרוקן את פסקת ההתגברות מתוכנה ותמנע שימוש אפקטיבי בה. פרשנות ראויה חייבת למנוע תוצאה זו.
* עם זאת, הפרשנות המוצעת שומרת על גבולותיו הראויים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נותנת ביטוי לכך שאין בו פסקת התגברות, תך שמירה על זכויות האדם המעוגנת בו מפני פגיעה עיקרית הבאה אגב חקיקתו של החוק החורג.

אז איך נבדוק חוק? 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.

ברק למעשה ממשיך להתמשך בתזה כי יש מקרים בהם ניתן לפסול חקיקה ראשית גם אם היא עומדת בפסקת ההגבלה. ברק קובע שפסקת ההתגברות היא לא המילה האחרונה, ניתן לפסול חוק גם אם הוא עובר את פסקת ההתגברות.

טענה שנייה: בנוסף לפגיעה בחופש העיסוק יש פגיעה בקניין שמנויה בחוק יסוד לכבוד האדם וחירותו

ברק קובע כי לא ניתן לפסוק שמנגנון ההתגברות בחופש העיסוק תקף גם לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אפשרות שנייה להגיד שבכל מקרה בו יש פגיעה גם בזכות המנויה בחוק יסוד חופש העיסוק ולא עומדת בפסקת ההגבלה, יש לפסול. הכלל הוא שגם פגיעה בחופש העיסוק ויש פגיעה כבוד האדם וחירותו. מנגנון התגברות בעצם אף פעם לא יוכל לשמש כמגן, גם זה לא ניתן לבחור, היו והמכונן רצה לספק הגנה לחוקים הפוגעים בחופש העיסוק באמצעות מנגנון ההתגברות. ברק הולך על עמדת ביניים- ניתן להרחיב ולהגיד כי פסקת ההתגברות תהיה תקפה גם לכבוד האדם וחירותו, רק אם התקיימו שלושה תנאים:

1. יש מקרים שבהם הפגיעה בזכות אחת מייצרת תופעת לוואי לפגיעה בזכות אחרת. במקרים שהפגיעה לא מתוכננת אלא כתוצאת לוואי מתבקשת, הפגיעה תיכנס תחת כנפי פסקת ההתגברות
2. פגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית, עיקר הנזק היא החופש העיסוק כשהפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית.
3. הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה אינה בעלת עוצמה ממשית.

אן מוגשמים כל תנאים אלו, פסקת ההתגברות תגן בשל פגיעה לא לגיטימית בזכויות האחרות. כל גישה פרשנית אחרת תרוקן את פסקת ההתגברות מתוכנה.

העשרה:

שני מודלים אפשריים לחוקה(לקחת בערבון מוגבל! סיכמתי מההבנה שלי): 1. בית המשפט ימלא את תפקיד המערכת הפוליטית, שלא אוהבת לפתור סכסוכים בעצמה, ויפתור אותם עבורה(דרך התערבות שיפוטית בחוקים, פסילתם וכו'. יש שיאמרו אפילו שהמערכת הפוליטית אף יוצרת חקיקה מטעמים פוליטיים, שידוע שלא יעברו, בידיעה מלאה שבית המשפט יפסול עבורם את החוקים- דוגמה לכך היא חוקים לא חוקתיים שהיה ברור שזו מטרתם, ושנועדו "לשלהב" את בסיס התמיכה, אבל זו רק דוגמה שלי).

2. המערכת הפוליטית מחד תתחשב בבית המשפט, ומאידך תוכל לחלוק עליו ולגבור על הכרעותיו דרך כוח פוליטי שיינתן לה. חשוב לומר, יש שאומרים שאין כאן מחלוקת רעיונית על חוקי היסוד אלא על דרך פירושם, וכל שהמחוקק מבקש הוא זכות שווה להשתתף בהליך הפירוש של החוק.

**הזכות לשוויון**

היקף הזכות- הזכות לשוויון שונה בהיקף התחולה שלה בניגוד לשאר זכויות:

הזכות לשוויון שונה מזכויות אחרות בהיקף תחולתה הפוטנציאלי. בדרך כלל מסדירה כל אחת מזכויות האדם תחום פעילות מסוים: חופש הביטוי, העיסוק וכו'. בצד זכויות ספציפיות לאו יש גם זכויות בעלות תחולה כללית יותר שיש המכנים אותן זכויות מסגרת, כמו הזכות לכבוד, אך גם לזכויות אלו היקף התפרסות מוגדר, פחות או יותר.  
הזכות לשוויון, לעומת זאת, אינה תוחמת את ההתנהגות שאליה היא מתייחסת ורמת ההפשטה שלה כה גבוהה עד שהיא עשויה באופן עקרוני לחול גם בהיעדר זכות כלשהי. הזכות לשוויון חלה גם במקרים שאין באמת זכות כלשהי- צומחת זכות לשוויון בכל מקרה בו אדם אחר באותו המצב שלי מקבל דבר כשאני לא. בהיקפה מדובר בזכות רחבה מאוד. יש כאלו שיגידו שזכות לשוויון היא זכות רקע, שלא באמת קיימת.

אז מה הטיעון ? השוויון הוא מושג טאוטולוגי (שחוזר על עצמו סתם) ולכן ריק. יש החולקים על הטענה ששוויון מצמיח זכות גם בהיעדר זכות עצמאית. הטענה שלהם, בניסוחו של פיטר ווסטן (שטען כל במאמר מסוף שנות ה70) היא ששוויון הוא רטוריקה ריקה או טאוטולוגיה.

לטענתם, אם נבדוק את הטענה ששני אנשים בסיטואציה זהה זכאים ליחס זהה, נגלו שאנו משתמשים תחילה בכלל אחר הקבוע מי זכאי למה, שבהסתמך עליו אנו קובעים שהאנשים הם בסיטואציה זהה, אלא שכאשר אנחנו מציבים את הנתון הזה לתוך המשפט יוצאת לנו טאוטולוגיה. אם הם צודקים, נוצרת טאוטולוגיה, כי מה שאנו בעצם אומרים הוא ששני אנשים הזכאים באופן שווה לדבר מסוים זכאים בשווה לאותו דבר, וזו טאוטולוגיה.

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 הטועים 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. יש כאלה שיתנגדו ויאמרו כי האדם קיבל יחס מסוים זה נותן גם לי חס מסוים- השיוויון מקנה לי זכות גם כשלא קיימת זכות.

**חוקה לישראל**

העובדות: העותרת, עמותה, אשר הציבה כאחת ממטרותיה את כינונה של חוקה כתובה בישראל, ופעולותיה למען הגשמת מטרה זו ממומנות רובן ככולן מכספי תרומות. היא פנתה לנציבות מס הכנסה בבקשה להכיר בה כ"מוסד ציבורי" לצרכי פקוד מס הכנסה (נוסח חדש), הכרה שהייתה מקנה לה פטור מתשלום מס הכנסה וזיכוי מס לגופים לאנשים התורמים לה כספים.

הבקשה נדחתה, בטענה שמטרותיה אינן נכנסות בגדר סעיף 2(9) לפקודה, היינו, אינה מטרת חינוך, ואין להרחיב את רשימת המטרות הקיימת.

הטענות:

1. העותרת תקפה את הפרשנות המצמצמת שנתן מס הכנסה לסעיף.
2. העותרת העלתה טענה נוספת לפיה גופים שפעילותם זהה באופייה לזו של העותרת דווקא מקבלים את אותו הפטור(מתבססת על פגיעה בעקרון השוויון).

בית המשפט: בית המשפט דוחה את הטענה הראשונה- נכון שהייתה יכולה להיות פרשנות רחבה יותר שתכניס את האגודה תחת הדרישות. אך לא ניתן להתערב בפרשנות מס ההכנסה.

בנוגע לטענה 2: טענה עובדתית זו קיבל בית המשפט, אך הבחין בין שלושה מצבים עיקריים: אך בבואו לבחון את משמעויותיה המשפטיות הבחין, בעניין זה של קבלת טובת הנאה, בין שלושה מצבים עיקריים:

1. פלוני תובע דבר מן הרשות המנהלית, על סמך זכות שיש לו בדין לקבל את אותו דבר. הרשות המנהלית מעניקה את טובת ההנאה לאחרים אך שוללת אותו מן התובע. במקרה כזה עתירתו תתקבל, ללא כל קשר לעילת האפליה (אלא כי מגיע לו).
2. טובת הנאה מוענקת בניגוד לדין לאחרים ופלוני מבקש שטובת ההנאה תינתן גם לו. מעצב דברים זה מעמיד זה מול זה שני עקרונות יסוד, עקרון החוקיות מחד ועקרון השוויון מאידך. במקרה כזה עקרון השוויון נסוג בפני עקרון החוקיות.
3. טובת ההנאה ניתנת במסגרת שיקול הדעת של הרשות המנהלית. הדין אינו מחייב את הרשות המוסמכת להעניק טובת הנאה כלשהי למאן דהו ואף אינו אוסר עליה לעשות כן, אלא מסמיך אותה להחליט לחיוב או לשלילה באותו עניין. כאן יש שני מצבי משנה :
4. הרשות מעניקה טובות הנאה בהתאם למדיניותה הרגילה לסקטור מסוים של נהנים. פלוני משתייך לאותו סקטור אך אינו זוכה לטובת ההנאה. בית המשפט יקבל את עתירתו.
5. מדיניות הרשות היא שלא להעניק טובת הנאה אלא בהתקיים תנאים מסוימים. פלוני אינו מקיים את אותם התנאים אך הרשות העניקה בכל זאת את אותה טובת הנאה בניגוד למדיניותה המוצהרת לאחרים שאף הם אינה עומדים בתנאים.

לאיזה סוג משתייך המקרה של חוקה לישראל?

* לסוג השני שבמצב השלישי.
* הרשות טענה כי מכאן ואילך היא מבקשת לחדול מהחריגות מן המדיניות. בית המשפט היה מוכן לקבל את התשובה אך הוסיף לה שני סייגים:

1. הרשות המנהלית חייבת לא רק להימנע מלחלק את טובת ההנאה בניגוד למדיניותה מכאן ואילך, אלא שהיא חייבת להפסיק את מתן טובות ההנאה גם למי שכבר הוחלט להעניקן לו באופן מפלה בעבר (אם לא קיימת מניעה חוקית לעשות זאת) שהרי אחרת יש בכך להצביע על כך שהמדיניות של עד כאן ולא יותר אינה מדיניותה האמיתית של הרשות.
2. פיקוח שיפוטי לאורך זמן- "אם יוכח תוך זן סביר בעתיד כי ההפליה נמשכת, תוכל העותרת לעמוד על זכותה לקבל הכרה לפי המדיניות למעשה הננקטת על ידי המשיבים".

האם עקרון השוויון 'עושה כאן עבודה?'

על פניו, לא ! הזכות נובעת מכך שההענקה לאחרים באותו מצב מלמדת שהמדיניות האמיתית היא לתת, ולכן גם חוקה לישראל זכאית לקבל. על פניו עקרון השיוויון לא מקבל זכאות. אלא, הזכאות נובעת מכך שההענקה לאחרים באותו המצב מלמדת שהמדיניות האמיתית היא לתת, ולכן חוקה לישראל תקבל. היא לא תקבל כי הארגון האחר קיבל, אלא כי התברר שהמדיניות של מס הכנסה בפועל היא לתת. עקרון השיוויון במקרה לא עושה את העבודה.

**זקין נ' ראש עיריית באר-שבע**

העובדות: העותרים ודיירים אחרים בבניין תלו כרזות על קירות הבניין הפונים לרחוב, שעליהן נכתבו דברי ביקורת כלפי העירייה וראש העירייה.

למחרת הופיעו בבניין פקחי העירייה והסירו את כל הכרזות שהופנו באופן אישי כנגד ראש העירייה מן הבניין. בזאת בטענה שנתלו שלא כדין וללא רישיון הנדרש לשם כלך על פי חוק עזר לבאר שבע, הקובע כי :לא יציג אדם שלט, לא יפרסם מודעה, ולא ירש ולא יגרום להצגה או לפרסום של שילוט, אלא לפי רשיון מאת ראש העירייה..."   
לעומת זאת העירייה לא הסירה כרזות אחרת מן הבניין, לרבות כרזות שעסקו בתעמולת בחירות.

הטענות: העותרים טענו בין היתר לאפליה.

בית המשפט, מפי השופט זמיר, דן בסוגיית האכיפה הבררנית: "אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית, היא , בדרך כלל ההחלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או תוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. דך בכך ששיקול זה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלה החלטה לאכוף א החוק . אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עקרון זה".

אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המנהלית. כתוצאה עובר הנטל את הרשות המנהלית להראות כי האכיפה אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים בעניינים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה**, עשוי בית המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון, לפי נסיבות המקרה**

בית המשפט מציין שמדובר בשיקול זר, ולכן ציין כי לו הייתה העתירה נתונה לפני הסרת הכרזות ייתכן שבית המשפט היה אוסר על העירייה את האכיפה הבררנית.

האם עקרון השוויון 'עושה כאן עבודה' ?

* כן. אולי יש לשוויון מעמד עצמאי: פגיעה בשוויון יוצרת זכות שאיסור לא ייאכף. אולם, גם כאן, ניתן לטעון שעילת ההתערבות אינה פגיעה בשוויון, אלא שימוש בשיקול זר.   
  הפגיעה בשוויון לכאורה הצמיחה לי זכות, פגיעה בשוויון יוצרת זכות שהאיסור לא ייאכף. אבל ניתן לטעון כי הזכות צמחה כי יתברר שמה שהנחה את הפקחים היה שיקול זר. העילה לפסילת האקט של הרשות, לא נובעת מהפגיעה בשיוויון אלא הזכות רק משמשת כאינדיקציה שההחלטה נקבעה משיקולים זרים- זה שנאכף אצלי ולא אצל אחרים, מראה כי הרשות פעלה משיקולים זרים (האכיפה שנועדה כתוצאה מעבירה על החוק, לא נאכפה אצל אותם האנשים שתלו כרזות שלא קשורות לראש העיר). קניית הזכות להיעדר אכיפת החוק, לא נובע מהשיוויון אלא מהשיקול זר.

**שוויון- ההבנה האריסטוטלית**

הבה נניח כי רשות הרכבות והנמלים קובעת כללים לצורך קבלת עובדים חדשים, ומעלה כאפשרות אחד מן הכללים הבאים:

1. המשרות יאוישו בידי גברים בלבד.
2. המשרות יאוישו בידי אנשים שמשקלם מעל 70 קילוגרם.
3. המשרות יאוישו בידי אנשים שיש בידם תעודת בגרות מלאה לכל הפחות.
4. המשרות יאוישו בצורה של הגרלה.

במשמעות הפשוטה, כל אחד מכללי אלו הינו שוויוני, במובן זה שעל פי כל אחד מהם מולים על כל הפונים קריטריונים זהים. מאידך, כל אחד מכללים אינו שוויוני, בכך שמחלק מבני האדם תימנע הטבה שתוענק לאחרים.

נשאלת השאלה, איך נקבע אם כל אחד מהכללים לגיטימי?

ההגדרה האריסטוטלית לעקרון השוויון מתיימרת לפתור את הבעיה: נדרש יחס שווה לשווים. הגדרה זו רק מוסיפה לבלבול, משום שבני אדם שווים ושונים במספר בלתי מוגבל של מובנים. כך, למשל, מועמדים למשרה ברשות הרכבות שונים זה מזה בכך שחלקם גברים וחלקם נשים, אך שווים בכך שכולם חפצים לעבוד ברשות הרכבות.  
כדי לתת משמעות להגדרה האריסטוטלית עלינו לחדד את ההגדרה ולהוסיף כי יחס שונה יהיה מוצדק רק אם עומד בבסיסו שוני **רלוונטי**. שוני ייחשב לרלוונטי רק אם הוא קשור באופן אמפירי לתכלית הכלל, התקנה או החקיקה הנדונה. (יש להסביר למה הדבר רלוונטי לתכלית הנדונה)

לדוגמא: אמצעי מטרה- המטרה שלנו היא נניח לפתח איזשהו טיל בליסטי, ואנחנו קובעים כי בתנאי הקבלה נקבל רק אנשים שיש להם תואר בפיזיקה- התכלית ראויה (הגנת המדינה), האם הדרישה יש לה קשר למטרה- יש, אז אם מתקיימים קשר אמצעי מטרה, השוני הוא רלוונטי והתכלית היא ראויה, המסקנה שלנו שהפגיעה בשוויון מוצדקת? או שאין פגיעה בשוויון? הרי הדרישה היא מתן יחס שווה לשווים, היות ותאר ראשון לא שווה אלא שונה, והשוני הוא שוני רלוונטי- אז אין פגיעה בשוויון. כי מה שיתברר פה שהיחס השוני היא לא הפרה של הזכות לשוויון היות והשוני הוא הגיוני ורלוונטי.

השיוויון דורש כי שווים יקבלו יחס שווה, אם הוכחנו כי השוני הוא רלוונטי אין בכלל לטענה בפגיעה בשוויון.

הכשל שבמבחן השונות הרלוונטית האריסטוטלי:

לכאורה, מבחן השונות הרלוונטית מאפשר קיומם של שני מצבים בלבד. או שקיימת פגיעה בשוויון ואז היא גם לא לגיטימית או שלא קיימת פגיעה כלל. הדברים יובהרו אם נשתמש במבחני פסקת ההגבלה .  
בדרך כלל אנו קובעים קיומה של זכות, מוצאים שהזכות נפגעה ואז עוברים לבחון אם הפגיעה בזכות מוצדקת בנסיבות העניין.  
הצדקתה של הפגיעה נעשית תוך בחינת התכלית לשמה היא נעשית. אם התכלית ראויה אנו עוברים לבחון אם הפגיעה מידתית ואם התשובה חיובית הפגיעה תותר.   
כך ביחס לכל הזכויות, אולם בכל הנוגע לזכות לשוויון נדמה שאם התכלית ראויה ויש קשר בין האמצעי לבין המטרה (מבחן המידתיות הראשון) הדבר לא מצדיק את הפגיעה אלא מאיין לחלוטין את טענת הפגיעה- אם דבר עומד בתכלית ראויה ובאמצעי-מטרה, האם הפגיעה מוצדקת או שאין פגיעה כלל?   
זאת משום שמתברר שאלו שנטען לגביהם שהם שווים הם למעשה שונים ולכן היחס השונה הניתן להם אינו מהווה הפרה של הזכות לשוויון.  
אגב, השאלה במסגרת מבחן המידתיות הראשון לא תהיה "האם יש הצדקה לפגיעה בשוויון" אלא "האם יש כאן פגיעה בשוויון" .  
לסיכום: לפי הצעתנו, השוויון דורש רק ששווים יקבלו יחס זהה. ומכאן הטענה: אם הוכחנו שוני ענייני, לא קיימת כלל פגיעה בעילת השוויון.

**שוויון לאחר הוכחת שונות רלוונטית?**

**בג"צ אליס מילר**

העובדות: אליס מילר רוצה להתקבל לקורס טיס, אך הצבא מתנגד בטענה כי נשים לא יכולות להתגייס למסלול. הצבא ביסס את סירובו בעיקר על שיקולים תכנוניים- גברים משרתים לאורך זמן רב, מה שאצל נשים לא- כתוצאה מנישואין, כניסה להיריון וכו. הטענה כי ההשקעה האדירה בהכשרת טייסים מבוססת על תחזית ארוכת טווח, שמסיבות שונות- בין אם אידאולוגיות או לפי החוק, קשה לסמוך עליה כשמדובר בנשים. השוני לא נובע בשל שוני פיזי בין גברים לנשים, אלא מתוך שיקולים טכניים.

בית המשפט: לכאורה שונות רלוונטית המצדיקה יחס שונה. חרף זאת השופטים מקבלים העתירה.

השופט מצא

התבסס בעיקר על כך שטענת הצבא מבוססת על הערכה בלבד ולא על נתונים בדוקים.

אם נתרגם את דבריו לשפת האיזונים, הרי שלדעתו אין ודאות מספקת לכך שאכן תימצא פגיעה באינטרס שאותו הוא מוכן לקבל.

על פניו, ניתן לתאר את עמדתו כנופלת בתחומיו של עקרון השוויון האריסטוטלי. אם לא הוכח כי נשים ישרתו פחות הרי שלא הוכח שקיימת שונות רלוונטית המצדיקה את האבחנה. אולי יש שונות רלוונטית בתיאוריה, אבל במציאות בכלל לא בטוח שיש שונות לעניין לו טוענת המדינה, שהוא הזמן בו אפשר "ליהנות" מכישורי הטייסת.

במאמר מוסגר, יש לשאול, הלא בדרך כלל מוכנים להשתמש בהשערות לניבוי סיכויים כמדד לפעילות. מדוע לא לגיטימי לעשות זאת גם כאן? למה לא רוצים הסתברות אלא וודאות?

תשובה אפשרית: קיים חשד שהניבוי שלנו נובע מדעה קדומה, ואם כך אין מנוס מבדיקה האם האינטרס הציבורי באמת יוצא נשכר.

אין וודאות מוחלטת להשגת האינטרס. מצא נופל לתוך גדריו של השוויון האריסטוטלי- ברגע שלא הוכחתם שנשים משרתות פחות לא הצדקתם את השונות הרלוונטית המצדיקה את ההבחנה. האם זה באמת רלוונטי? יש רצון להוציא פחות כסף להכשרת טייסים, אך מי אמר ובאיזו הוכחה נשים משרתו פחות. כשאנחנו בודקים קשר אמצעי מטרה אנחנו בודקים אי ודאות או קצת פחות מזה? הרבה פעמים אנחנו משערים ועל בסיס ההשערה אנחנו בוחנים. למה השופט מצא מבקש וודאות כשבמקרים אחרים מסתפקים בפחות מזה?

מדוע לא לגיטימי לעשות זאת כאן?

תשובה אפשרית: בסופו של דבר אנחנו פועלים על בסיס הסתברויות, האם ההסתברות פה לוקה בדעות קדומות? נשים קשורות לבית, יותר אכפת מגידול ידים מאשר ביטחון המדינה? אנחנו מתבססים על כל מיני סטראוטיפים הצובעים את הנשים בצבעים שונים? אנחנו חוששים כי שיקול הדעת של הצבא הוא שיקול דעת נגוע, כשהוא בוחן את השיקולים הוא כביכול משקלל בפנים כל מיני השערות שגויות לגבי האופי הנשי. מה שיצא ממצא שהוא קבע שאין הוכחה של שוני המצדיק תכלית ראויה. השוני הוא רלוונטי, לא הוכחתם שאם יהיו נשים זה יעלה יותר, ולא הוכחתם הפוך. לא הוכחתם שהשוני הוא שוני רלוונטי?

דורנר

"הנזק שבסגירת קורס טיס בפני נשים עולה על התועלת שבשיקולים התכנוניים. ראשית, סגירת קורס טיס בפני נשים פוגעת בכבודן ומשפילה אותן. יש בה אף, אם לא במכוון, כדי לאשש את אימרת הכנף המשפילה : "הטובים לטיס והטובות לטייסים". שנית , הפוטנציאל שבמחצית מן האוכלוסייה אינו מנוצל, ובכך נפגעת החברה. "הטובות לטיס" אף הוא אינטרס חברתי, שהחלטת המשיבים פגעה בו".

הטיעון הראשון של דורנר הוא שחרף השונות הרלוונטית יש פגיעה בכבוד. את הטיעון הזה צריך לבסס, אבל בכל מקרה הפסילה לא מבוססת על פגיעה בשוויון **. שימו לב: דורנר פוסלת את עמדת הצבא בגלל פגיעה בכבוד האדם, לא שוויון.**

את הטיעון השני ניתן לתרגם לטענה כשבעצם אין שונות בפרמטר הרלוונטי- התחשיב הכספי שנעשה לא כלל את כל הנתונים הרלוונטיים(גודלן היחסי של הנשים, פסילה מוחלטת של טייסות מגביל את מספר המועמדים בצורה משמעותית, והסתברותית נקבל טייסים פחות מוכשרים)- ולכן השוויון האריסטוטלי עדיין נפגע.

יש היררכיה ברורה בין הגברים לנשים ומכאן שיש פגיעה בכבוד של הנשים.

הטיעון הראשון של דורנר הוא שלמרות שיש כאן שונות רלוונטית, יש כאן פגיעה בכבוד הנשים- את הטיעון צריך לבסס, כי לכאורה אם ניתן נימוק הגיוני שלא קשור למגדר, לזה שאת אישה, אלא שהנסיבות מלמדות כי סביר להניח שבממוצע אישה תשרת פחות מן הגבר. למה זה פוגע בכבוד האישה?

אבל גם בבסיס הטיעון וההוכחה כי יש פגיעה בכבוד, דורנר פוסלת לא בגלל פגיעה בשיוויון אלא פגיעה בכבוד- הטיעון הוא כתוצאה מפגיעה בכבוד. עדיין לא ראינו כיצד אחרי המסקנה שיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה, נפסול מסיבה אחרת של כבוד.

הטיעון השני- לצד החיסכון הכספי אתם משקרים לקליטת נשים- קליטה של הטייסים הטובים ביותר במחיר הנמוך ביותר. אם הצבא סבור אין הבדל מהותי בין נשים לגברים בכל מה שקשור לכישרון בטיס. אם הצבא לא יהיה מוכן לתת לנשים להתמודד לקורס טיס, יש סכנה שהגברים יהיו פחות טובים מאשר נשים. במילים אחרות, השיקול הכספי לא קלט את כלל השיקולים הרלוונטים, ולכן השוויון האריסטוטלי נפגע. השוני הוא לא לגמרי רלוונטי כי לצד החיסכון הכספי אתה מקבל תמורה פחות טובה.

בשני המהלכים אין המשך של עיסוק בשאלת השוויון אחרי הגעה למסקנה כי יש שוני רלוונטי בתכלית הראויה.

שטסברג- כהן

"שונות הגורמת לקשיים ענייניים ואמיתיים ביישום ערך השוויון, כגון קשיים פיזיים כלכליים, לוגיסטיים וכיוצא בזה היא שונות רלוונטית. אף על פי כן, באותם מקרים בהם היא ניתנת לנטרול במחיר סביר, ראוי לתקנה ולנטרלה על מנת להשיג שוויון".

שטרסברג אינה מסבירה מדוע גם לאחר שמצאנו שונות רלוונטית עדיין יש בהעדפת גברים משום פגיעה בשוויון.

**ככל הנראה, שטרסברג מדבר על מובן אחר של שוויון: שוויון הזדמנויות(התחלה שווה לכולם).**

אגב, יש סוג שלישי של שוויון: שוויון בתוצאה (במאמר מוסגר- אנחנו רוצים להביא את כולם לאותו המקום. מדובר בגישה קיצונית מאוד אך היא קיימת במקרים מסוימים. גישת השוויון בתוצאה מנוגדת לחלוטין לגישת השוויון האריסטוטלית).

היא אומרת כי יש שוני רלוונטי לתכלית ראויה אך עדיין יש צורך לנטרל את השוני להשגת השיוויון. יש חיים למושג השיוויון גם אחרי שמצאנו שוני רלוונטי. היא לא מסבירה למה יש שוני רלוונטי וזה אומר שי פגיעה בשוויון? הרי הם לא שווים בבסיסם- הם שונים, כלומר שהשוני הוא רלוונטי.

השופטת מדברת לא על שיוויון במובן זה אלא שיוויון במובן אחר הזדמנויות: דרישת השיוויון הזדמנויות היא דרישה קיימת גם לאחר עמידה בשיוויון האריסטוטלי. שוויון הזדמנויות אומרים לכולם להתחיל מאותה נקודה, מי שהיגע ראשון הוא המנצח- לכולם ניתנה אותה הזדמנות. יש כאלו שאומרים שלא מספיק שיוויון הזדמנויות אלא יש גם צורך שכולם יהיה אותו הדבר. בעניינים מסוימים נדרוש גם שיוויון בתוצאה, השונה במהותו מהשוויון האריסטוטלי.

בשיוויון האריסטוטלי יש לכאורה רק שתי אפשרויות:

שוני אריסטוטלי- לפי פסקת ההגבלה , מוכיחים תכלית ראויה וקיום מבחן מידתיות שהוא אמצעי-מטרה. כך, הפגיעה לא קיימת. או שיש פגיעה שאי אפשר להצדיק, או שאין פגיעה כלל.

מצא- אין שוני רלוונטי.

דורנר- יש פגיעה בכבוד כאי השפלה- פוגעים בקבוצת אוכלוסייה שלמה תוך שמשפילים אותה(לכן, נבחן את העניין בפסקת ההגבלה כולה)

אין שוני רלוונטי מכיוון שאין תכלית ראויה ( לא כללו את כישורן הפוטנציאלי של הנשים כטייסות מעולות והתכלית שהיא הגנה על המדינה, גם אם היא לא הוצהרה בהכרח).

שטרסברג כהן- יש שוויון אריסטוטלי אך אין שוויון הזדמנויות.

1. או שיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה ואז אין פגיעה בשוויון- לאחר המבחן המידתיות הראשון, והשוני הוא שוני רלוונטי המבחנים נעצרים פה. היות ואין פגיעה בשוויון.
2. אם התכלית לא ראויה ולא עמד במבחן המידתיות הראשון, אין יכולת להצדיק ומכאן שיש פגיעה בשיוויון הוא לא לגיטימית.

מה שראינו אצל השופטים:

1. לא השתכנע שהשוני הוא שוני רלוונטי
2. דורנר- או שהיא חשבה שהשוני לא רלוונטי , או פגיעה בזכות אחרת
3. שטסברג כהן- לאחר שמצאנו כי עמדנו בדרישות השוויון האריסטוטלי, הכניסה לתמונה סוג אחר של שיוויון, שיוויון הזדמנויות

מה הרציונל של שיוויון הזדמנויות?

שיוויון הזדמנויות מצדיק הבדל בתוצאה כי הוא בעצם מנטרל את אלמנט השרירות.

**מעמד השיוויון**

עקרון השוויון מעוגן בחיקוקים ספציפיים, ויש כאלה לא מעטים. כך למשל מחייב חוק שיווי זכויות האישה יחס שוויוני כלפי נשים בנגזרות מסוימות גם בתחום המשפט הפרטי, וכך עושה גם שחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ביחס למגזרים נוספים.

הזכות לשוויון מוזרמת למשפט הפרטי לא רק בחקיקה ספציפית אלא גם באמצעות דוקטרינות מתחום המשפט הפרטי כגון תקנת הציבור או חובת תום הלב. מעמדו של העקרון בחיקוקים אלה נקבע על פי מעמדם הנורמטיבי של החיקוקים.

השאלה שאנו מבקשים לברר שונה. האם יש לשוויון גם מעמד עצמאי מוכר כעקרון חוקתי כללי גם בהיעדר חקיקה תומכת?

לפני שאנחנו עוברים לרובד החוקתי, אנחנו צריכים להיות מודעים לכך שהשוויון מעוגן בלא מעט חיקוקים ספציפיים (חוק מעמד האישה-כך למשל מחייב חוק שיוויון זכויות אדם יחס שוויוני כלפי נשים.

הזכות לשוויון מוזרמת למשפט הפרטי לא מעוגנת רק על ידי חקיקה ספציפית אלא גם מדוקטרינות המשפט הפרטי- עקרון תום לב, תקנת הציבור. כשמעמד הזכות נקבע על פי מעמדם הנורמטיבי של החיקוקים.

האם לשוויון יש מעמד חוקתי עצמאי גם בהיעדר חקיקה תומכת? האם הזכות לא רק זכות יסוד אלא גם זכות חוקתית?

**ברק בדנילוביץ: שיוויון הוא זכות המעוגנת בחו"י כבוד האדם וחירותו**

עובדות: דנילוביץ', המועסק כדייל באל על, מקיים מערכת חיים יציבה ומתמשכת עם גבר אחר. על פי הסכם קיבוצי הנהוג באל על, מעניקה החברה לכל עובד קבוע, אחת לשנה, כרטיס טיסה ללא תשלום, בעבורו ובעבור "בן/בת זוגו(בעל/אשה).

דנילוביץ' פנה לעותרת בבקשה להכיר בשותפו לחיים כ"בן זוגו: לעניין קבלת כטיס טיסה שנתי, ובקשתו נדחתה.

בית המשפט: בית הדין הארצי לעבודה קבע, כי מדובר בהפליה פסולה על בסיס נטייה מינית מפרה את עקרון השוויון הקבוע בחוק שוועון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988, הקובע בסעיף 2, כפי שתוקן בשנת 1992, כי לא יפלה מעביד בין עובדיו לענייו תנאי העבודה, בין היתר, מחמת נטייתם המינית... על כן, זכאי דנילוביץ' לדרוש לעצמו את טובת ההנאה שמטעמים מפלים לא הוענקה לו.

יוצא שאין כל צורך להכריע במעמדו של השוויון, שכן יש חיקוק אשר אוסר במפורש אפליה על רקע נטייה מינית, כשבין הפרמטרים המנויים במסגרת איסור האפליה מוזכרים גם "תנאי העבודה". לפנינו אם כן מקרה פשוט וקל בו פועל מעסיק בניגוד לחוק. נקבע כי מדובר באפליה פסולה על בסיס נטייה מינית שמנוגד לשיוויון שבחוק שיוויון לעבודה. ולכן קבע בית הבדן לעבודה שדנילוביץ זכאי לטובת הנאה.

ברק מנצל את ההזדמנות וקובע כי "לשיאה הגיעה התפתחות זו עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עידן את השוויון כזכות חוקתית על חוקית בגדריו של כבוד האדם". שיוויון נכלל בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כלומר מדובר בזכות חוקתית. כפי שנראה ברק מסייג מעט את הדעה שלו. פה הוא אומר בגסות אך בהמשך יצמצמם את הקביעה.

**דורנר במילר- כשכרוך בהשפלה**

ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד, מלמדת, כי ההימנעות מלעגן בו את עקרון השוויון הכללי הייתה מכוונת.. על רקע זה ספק בעיניי אם ניתן- ועל כל פנים, אם ראוי- לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה החוקתית לעקרון השויוון הכללי.

עם זאת, לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד, כך שהשפלת של אד לא תיחשב כפוגעת בזכות.

אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד.. לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפלייה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן , השפלה עמוקה לקורבן ההפליה.. סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאשת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן.

דעתי היא אפוא, כי חוק היסוד מוגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה.

דורנר אומרת כי חוקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לא ניתן לפרש את הזכות לכבוד שתכלול את השוויון. משום שהדרך הראויה לפרש את החוק היא הדרך האורגינלסיטית. זה ברור שלפי ההיסטוריה החקיקתית, המחוקק לא רצה לעגן את הזכות לשוויון כזכות חוקתית, ספק אם ראוי להשתמש בכלי פרשנות בשביל לעגן את הזכות, הדבר לא ראוי ובפוגעת ברצון המחוקק.

היא לא נמנעת באופן מלא מהקביעה כי הזכות לשוויון נחשבת כזכות חוקתית מהעיגון בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אנחנו יודעים שיש הגנה לזכות למניעת השפלה- לא כל פעם שנוהגים בחוסר שיוויון משפילים אדם, אך לפעמים יש מקרים כאלו, במקרה כזה הזכות לשוויון נפגעת כתוצאה מפגיעה בזכות החוקתית למניעת השפלה. מה שאומרת דורנר הוא שלא כל פגיעה בשוויון נחשבת כפגיעה בהשפלה, אלא שרק במקרים של סיווגים חשודים- השתייכות קבוצתית- אפליה שנובעת מסטראוטיפים המייחסים תוכנות משפילות לקבוצות מסוימות הנחשב כהשפלה.

פגיעה בשוויון לא תיחשב כפגיעה ישירה, אלא כפגיעה עקיפה רק במקרים בהם מדובר בהשפלה- רק במקרים של פגיעה בהשתייכות קבוצתית.

**זמיר בבג"ץ- האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**

בעוד דורנר מאבחנת בין שוויון בהקשר של "סיווגים חשודים" לבין שוויון במובנו הרחב כתוצאה מאילוץ פרשני, השפט זיר נוקט בגישה עקרונית לפיה כך גם ראוי שיהיה. ואלו ודבריו:

"בית המשפט נתן מובן רחב לעקרון , במספר רב של פסקי דין, והחיל אותו כמעט על כל סוג של הבחנה בין בני אדם על יסוד שיקולים זרים. כך, לדוגמה הבחנה בין בני אדם שביקשו לקבל סובסידיה , לפי מקום המגורים או לפי מועד הבקשה, עשויה להיחשב הפרה של עקרון השוויון . אולם המובן המקורי של עקרון השוויון , ודומה שהוא גם המובן המדויק, הוא מובן צר יותר. במובן זה, המקובל במדינות חרות, עקרון השוויון ומתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות, שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלאסיות , והשופט חשין קורא להן עילות שוויון גנריות כאלה הן, לדוגמה , הדת, הגזע, האום והמין: כל אדם זכאי לשווין ללא הבדל דת, גזע, לאום או מין. עקרון השוויון במובן זה, להבדיל מן המובן הרחב, נחשב במדינות רבות, וראוי להיחשב, זכות חוקתית.

בניגוד לדורנר שתוספת כתוצאה מאילוץ פרשני, דורנר מוציאה את הזכות לשוויון בזכות לכבוד למניעת השפלה. דורנר תופסת כי כל היבטי השוויון היו צריכים להיות מעוגנים בחוקה, אך המציאות הפרשנית לא איפשרה זו.

זמיר לדעתו הזכות לשוויון בכל היקפו לא צריך להיות מעוגן בחוק יסוד, אלא רק בהיבט של סיווגים חשודים. זמיר יסכים אך לא בשל המציאות הייחודית, אלא משום שעיקרון השיוויון החוקתי שמעוגן בחוקה נועד להגן רק במקרים של סיווגים חשודים, כי היסטורית שם הייתה הפגיעה החמורה ביותר, בניגוד לשוויון המנהלי. אנחנו משדרגים את הזכויות בשל חשיבות ופגיעות. אפליה רגילה אין צורך לעגן בפניו בחוק יסוד, רק אפליה על רק קבוצתיות, שהיא פגיעה במיוחד יש צורך לעגן ברמה החוקתית.

לשיטת זמיר סיווגים חשודים לא רק מחמירים את הדריה בתוך מסגרת הדיון החוקתי, הם למעשה קובעי מתי קיימת עילה חוקתית. רק אפליה בנסיבות של סיווגים חשודים מהווה פגיעה בעקרון השוויון החוקתי.

**ברק בתנועה לאיכות השלטון- כשכרוך בפגיעה באוטונומיה**

ברק מציע את מודל הביניים- עיגון השיוויון דרך הזכות לכבוד: ברק מפרש את זכות לכבוד שלא רק כמניעת השפלה אלא גם בפגיעה אוטונומיה, כאשר פגיעה בשוויון מהווה פגיעה באוטונומיה, הפגיעה חוקתית.

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, נחתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עמה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.

בפועל, כלל לא ברור שברק נצמד להגדרת הביניים הזאת. כך, טוען חשין באותה פרשה (פסקה 37):

"נעלם ממני כיצד זה שנפגעת "אוטונומיית הרצון הפרטי " של המתגייס לצבא אך באשר בני ישיבה שתורתם אומנותם אינם מתגייסים לצבא, ולא ידעתי מה טעם נאמר כי "חופש הבחירה" של המתגייס נפגע אך (רק) באשר מועמדים אחרים לגוס שהם בני ישיבה שתורתם אומנותם, אינם מגויסים לצבא".

זה לא מספיק שיש פגיעה בשוויון, יש צורך בפגיעה בשוויון במובן החוקתי.

בפרשה, הזכות לשוויון לא נפגעת כתוצאה מהשפלה, אבל האם זה נובע מאוטונומיה? חשין לא מבין את הפרשנות של עקרון השיוויון כזכות חוקתית בצורה מצומצמת- רק במובן של פגיעה בכבוד במובן של השפלה או באוטונומיה. אך במקרה, ברק משתמש בזכות לשוויון בכלל היבטו ללא קשר של הפגיעה כנגזרת בזכות לכבוד.

**סיווגים חשודים**

איך נקבעים סיווגים אלו? מהי ההצדקה להגן עליהם יותר מאחרים?

ניתן לחשוב על מספר אפשרויות

1. למה אנחנו קוראים להם סיווגים חשודים? משום שגזע, מין, דת אין להם זיקה לתכלית לגיטימית כלשהי, כששם ההבחנה מלכתחילה נראית כחשודה. למה זה רלוונטי לתפקיד מדובר כגבר לאישה? כשזה משחק כפרמטר והבחנה זה נראה חשוד ביותר.
2. באפליה על רקע שיוך קבוצתי יש גם השפלה, היות ומייחסים לאדם תכונות שליליות הנובעות מסטראוטיפים (דורנר במילר)
3. גם אם התכלית לגיטימית, לכאורה לא עושים את ההבחנה ממקום פסול- ייחסו לקבוצה איזשהן תכונות שליליות, אז אבחנות המעורבות בשיוכיים קבוצתיים מעודדות יצירתה ושימורה של סטיגמה ביחס לחברי הקבוצה. כלומר יש מעגל קסמים. זהו טיעון שדורנר העלתה. ההבחנה מתחברת לאיזשהו מקום, בסוף זה מתחבר ומתלבש על סטראוטיפים, ששימוש בהם מעודד את תפיסתם במציאות.

מה המשמעות המעשית של אפליה בנסיבות של סיווגים חשודים? האם יש הבדל בין אפליה "רגילה" לסיווגים חשודים?

לשיטת זמיר רק בהם הפגיעה בשוויון נחשבת לפגיעה בזכות חוקתית.

לשיטת כולם החמרה- ניתן לחשוב על שלוש החמרות אפשריות, באופן החופף את שלושת מבחני המידתיות:

* המבחן השלישי- נשקול בכובד ראש האם התועלת עולה על הנזק- והנזק כאמור נעוץ בחיזוק הסטיגמה- האם הנזק הוא נקודתי או שמשליך ומשריש חזק יותר את הסטיגמה כי חברי הקבוצה נחותים יותר משאר הקבוצה הכללית? מתאים לדורנר בפרשת מילר.
* המבחן השני- קיומם של אמצעים חלופיים להשגת אותה מטרה אפילו אם הם יקרים פחות או יעילים פחות, ישלול את הלגיטימיות של האמצעי המפלה. אם יש אופציה שמשיגה קצת פחות את התכלית או יקרה יותר נעדיף אותה.
* המבחן הראשון- קשר רציונלי- תידרש הוכחה ברורה יותר מהרגיל לקיומה של קשר אמצעי לבין התכלית הראויה- במקרים אחרים אין צורך בהוכחה אך במקרה של סיווגים חשודים והחשש להטיה בצורת החשיבה, יש צורך בהוכחה חותכת בין האמצעי למטרה. נדרשת הוכחה לתכלית ראויה.

**האם סיווגים חשודים רלוונטים גם ביחס לקבוצות שאין להן היסטוריה של הפליה לרעה?**

**פרשת פרוז'אנסקי**

העובדות: מועדון קבע גיל כניסה מינימלי של מבקרים: לגברים- לילידי 1982 ולנשים- לילידות 1984. פלוני, יליד 1984. הגיע למועדון וכניסתו נמנעה בשל גילו. לפיכך, הגיש תביעה כספית על סך 30,000 ₪ לבית המשפט לתביעות קטנות בטענה כי ננקטה כלפיו הפליה פסולה בניגוד לחוק איסור הפליה. יש לשים לב שהפליה היא לא בהקשר החוקתי אלא תחת חוק למניעת הפליה בכניסה למועדונים.

הטענות: המועדון טוען בין היתר שהחוק לא נועד להגן על קבוצות חזקות שאינן סובלות מהפליה היסטורית ושלהפלייתן לא נלווים אלמנטים של השפלה ופגיעה באוטונומיה.

השופט דנציגר דוחה את הטענה. תחילה הוא בוחן את דברי ההסבר לחוק ומציין כי אלו מציינים אמנם כי "הפליה מחמת השתייכות לקבוצה לגביה היסטוריה של הפליה הינה פוגענית במיוחד", אך מצויין בהם גם כי פעליה של אדם "רק בשל השתייכותו לקבוצה" נושאת כשלעצמה פגיעה קשה בכבודו.

מכאן, דנציגר מסיק שהמחוקק לא התכוון להגביל את היקף התפרשותו של חוק איסור הפלייה רק להגנתן של אותן קבוצות אשר סבלו וסובלות מהפלייה מתמשכת.

יש רגליים לטענה שבכל זאת מדובר כאן בפגיעה בנשים, המתבטאת בחיזוק הסטיגמה לגביהן, גם אם במקרה הנדון הן גוררות הטבה לנשים ולא מלות אותן לרעה.

האם בית המשפט מוכן להתערב בטענת פגיעה בשוויון החוקתי גם במקרים שבהם האבחנה לא התבססה על השתייכות לקבוצה מובהקת?

בית המשפט: השופט דנציגר דוחה את הטענה. תחילה הוא בוחן את דברי ההסבר לחוק ומציין כי אלו מציינים אמנם כי "הפליה מחמת השתייכות לקבוצה לגביה היסטוריה של הפליה הינה פוגענית במיוחד", אך מצוין גם כי הפליה של אדם רק בשל השתייכותו לקבוצה נושאת כשלעצמה פגיעה קשה בכבוד. הפגיעה יכולה לנבוע גם מראייה סטראוטיפית, המהווה השפלה קשה לאדם וקבוצה.   
ובנוסף ניתן לראות את הפגיעה כאחד ההפכים של הפלה היא הסתכלות על האדם כמי שהוא. הסתכלות של האדם כחלק מקבוצה מפספס את האני הפנימי של האדם, בהשתייכות לקבוצה החברה לא רואה את האדם הספציפי אלא כהוא חלק מקבוצה. זהו ביטול של האינדיבידואל- זאת לא הסתכלות עליי אלא הסתכלות דרכי.

ניתן לראות שהקביעה של דנציגר מונעת עידוד של סטיגמות מגדריות שבסופו של דבר פוגעות בנשים. נכון שהעותר הופנה בשל אפליית הגברים, אלא שבסופו של דבר הפליית גברים נובעת מהפליית הנשים- יצירת ההבחנה בסופו של דבר פוגעת בצורה מוחלטת לנשים. יש האומרים שגישתו של דנציגר בעצם נועדה על הגנת על הנשים.

האם בית המשפט מוכן להתערב בטענת פגיעה בשוויון החוקתי גם במקרים שבהם האבחנה לא התבססה על השתייכות לקבוצה מובהקת?

**פרשת נסר**

גם הנשיאה בייניש מדגישה נקודה זו (פסקה 53):

"הפלייה זו של תושבה מזרעה, כיסרא ובית ג'אן נמנית עם ההפליות המובהקות שישנן. בתוצאתה היא לוקה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר- הבחנה על בסיס לאום. כזו, היא גוררת עימה באופן מובנה פגיעה בכבודם של תושבי שלושת היישובים מעמידה אותם בעמדה נחותה, לכאורה, ביחס לשכניהם היהודים".

אולם, מוקדם יותר(פסקה 46) בייניש מוצאת פגיעה בשוויון גם בלי היסוד הזה:

"אכן, התעלמות מן המאפיינים של תושבי רשויות מקומיות שעה שהכנסת מבקשת ליתן הטבות מס ליחידים, פוגת בכבודם של אותם יחידים הזכאים, על פני הדברים, לקבל טובת מס בדומה לשכניהם הדומים להם. התעלמות מן הדיון בין השניים- זה הנהנה מהטבת מס וזה שאמור ליהנות אך הודר מרשימת הזכאות- שוללת את האוטונומיה של האדם שהודר. הפליה כאמור מעבירה מסר חברת מקפח מובטל לכל אותם נישומים שהטבת המס דילגה מעל ראשיהם, ללא כל הצדקה או הבחנה עניינית".

בייניש אינה מסבירה כיצד בדיוק יש כאן פגיעה באוטונומיה של מי שהופלה לרעה.

העובדות: בפרשה זו ענו חלק מהעותרים שהבטות המס ניתנות תוך העדפה ברוכה של רשויות מקומיות יהודיות, כלומר, חלק מהטענה היא לאפליה על רקע קבוצתי.

בית המשפט: גם זה משתמע שהעילה הייתה על רק השתייכות קבוצתית- סיווגים חשודים. אך בייניש מוצאת פגיעה גם בלי היסוד הזה: בייניש לא יודעת להפריד את העילה של אוטונומיה והשפלה, אך היא אומרת בהרחבה שניתן להגיד שיש אלמנט של השפלה גם באלמנט של נשים מול גברים? בהתייחסות של האדם מול קבוצה זה מפספס את האדם עצמו ויכולותיו. זה יכול להיות גם במקרה של שני אנשים שלא רק שמשתייכים לשתי קבוצות שונות, אי ראיית האדם כתוצאה ממאפיינים סטראוטיפיים.

בפועל בית המשפט נותן אור של פגיעה בהשפלה ואוטונומיה בהכרה של הפליה ללא קשר לסיווגים חשודים.

**האם נדרשת כוונה להפלות?**

**ועדת המעקב**

העובדות: בפרשה זו נפסלה מפת אזורי עדיפות לאומית שנקבעה על ידי הממשלה.

בפתח דבריו (פסקה 17) אומר הנשיא ברק כי :

"כנקודת מוצא במסגרת בירורה של עתירה זו נכונים אנו להניח כי השיקול שעמד ביסוד הקביעה של איזור העדיפות הלאומית היה גיאוגרפי בעיקרו . הוא בא להבחין בין אזורים הקרויים גיאוגרפית למרכז ובין אזורי פריפריה המרוחקים ממנו. על פיו יש ליתן עדיפות בתחום החינוך לאותם יישובים המצויים באזורים המרוחקים. עמדה זו מצאה ביטוייה בתשובת המשיב (28.3.2004) ועל פיה, שיעורם היחסי הנמוך של היישובים הערביים באזורי העדיפות הלאומית נובע מן המיקום הגיאוגרפי של היישובי הערבים שאינם מצויים בגליל העליון או בדרום הנגב ולא מטעם אתני כלשהו".

"אכן, אפלייה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפלייה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפלייה, די בתוצאת המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות- שיכול שהתגבשה ללא כוונת הפלייה- גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפלייה אינה נקבעת אך על פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על פי האפקט שיש לה הלכה למעשה".

"לו היה נבחר קו גיאוגרפי שונה במקצת, שהיה מקיים עדיין את התכלית של "פיצוי" הפריפריה על הריחוק מן המרכז, יכלו להיכלל בקו זה יותר יישובים ערביים תוך השת תוצאה שוויונית יותר. כזאת לא נעשה. הקו הגיאוגרפי שנבחר מביא לתוצאה מפלה.

בית המשפט: פוסל את המפה.

מה היה הקריטריון? ריחוק גיאוגרפי מהמרכז, יש ישובים ערביים שנמצאים בעדיפות הלאומית רק שבמובהק יש עדיפות מספרית לישובים היהודים. הקריטריון שהופעל הוא הריחוק מהמרכז, ללא קשר ללאומניות או דתי. אך למרות זאת, אם בפועל קביעת הקו המסוים יוצר מצב בו יש הרבה יותר ישובים יהודי מאשר ערביים, למרות חוסר הכוונה להפליה, אם בתוצאה יוצא שיש עדיפות ברורה מתקיימת אפליה פסולה.

אם היה מזיזים את הקו הגיאוגרפי קצת, זה היה משנה את התמונה וכולל יותר ישובים ערביים המשיגים תוצאה שיווניות יותר, מה שלא קרה.

ל]חות במקרים מסוימים, גם אם אין כוונה להפליה- גם אם יש תכלית ראויה ולא התייחסה לפרמטר של בהשתייכות קבוצתית, אך התוצאה היא תוצאה מפלה היא תפסל בחמת הפליה.

**חופש הדת**

**רציונליים**

חופש הדת הוא נגזרת של זכות רחבה יותר והיא הזכות להגנה על המצפון. למה נבקש להגן על אמונות האדם? לפעול לפי צו מצפונו?

הגנה על המצפון :

חופש הדת הוא נגזרת של חופש המצפון ( מצפונו של אדם דתי מתבסס על האמונה שלו, למשל. גם כאשר לשיטתנו הוא טועה, עלינו לשמור על זכותו לפעול לפי צו המצפון שלו ולא לכפות עליו לפעול נגד אמונתו).

מדוע יש חשיבות כה רבה לכך שאדם יפעל על פי מצפונו? תיאוריות של גידי

* **מניעת כאב וסבל**- אם אנו מגנים פגיעה ומניעת סבל פיזי לאדם, אנו צריכים לגנות גם כאלה שגורמים כאב וסבל נפשי לאדם.
* **כבוד "למצפוניסטים"-** נכבד ונעריך אדם שנכון לשלם מחיר כבד על סירובו או שמירה על מצפונו.
* **תועלת בקיומם**- אדם מצפוני יכול "לעצור" פעולות בגופו לצורך שמירה על עקרונות. בעולם משתנה וגמיש, שבו לעקרונות יש פחות משמעות, ייתכן שהחברה כולה תפיק תועלת מעמידה מוחלטת על עקרונות של אדם, שיהיה נכון לשלם עליהם מחירים.

באופן כללי יש איסור או חובה שמוטלת על כלל הציבור, אלא יש אנשים שמצפונם עומד בניגוד לחובה הזו. לדוגמא: פציפיסט במלחמה.

מדוע יש חשיבות כה רבה לכך שאדם יפעל על פי צו- מצפונו?

* מניעת כאב וסבל- זה לא נכון לגרום סבל וכאב לאדם אחר, כשמדובר בעניין מצפוני במובן העמוק של המילה, אם אדם נמנע לפעול כנגד לצו מצפונו, זה גורם לאדם כאב וסבל במובן הנפשי אך יש גם השלכות פיזיות. אם החברה תוספת כי כאב וסבל זה דבר מגונה, הכלל תקף גם לכאב נפשי.
* כבוד למצפוניזם- יש פה סיטואציה מבלבלת בסוגיה של מצפוניזם. מצד אחד, התגובה האוטומטית של החברה היא לראות את האדם כפועל בצורה שגוי, אך המצד השני כמידה של הערכה- אדם שדבק בעקרונותיו בצורה עמוקה.
* תועלת בקיומם- אנחנו חיות בעולם שבו המושג גמישות קיבל מעמד גדול, אנחנו חיות בעולם שכל הזמן זורם והתפיסה הנדרשת היא הגמישות לפעול במצבים שונים. מצפון הוא ההפוך לגמישות, כשאנחנו חיות בעולם המנצל הזדמנויות, אנחנו חשות בחסרון של העיקרון- פעם הנחו את התנהגות על שמאל וימין, עכשיו נעלם, הכל הוא ניצול הזדמנויות ויש חשיבות רבה לעקרונות. לא רק שאנו חשות כבוד למצפוניסטים אלא יש גם צורך חיוני לאותם מצפוניסטים המזכירים ומשקפים לנו את מצבנו בעולם והצורך החשוב לחזור לעקרונות ולערכים.

חופש הדת הוא נגזרת של זכות חופש המצפון. גם האדם הדתי פעול על עקרונות מסוימים- איסורים וחובת שצריך לפעול על פיהם. הוא סומך על מצפונו.

האם המצפון הדתי ראוי להגנה חזקה יותר ממצפון שאינו דתי?

למה אנחנו נותנים לאינטרס מעמד חוקתי: חשיבות ופגיעות .

נשאל עצמנו: האם המצפון החילוני פגיע יותר מזה הדתי?

מחד, המצפון הדתי נמצא יותר במיעוט, וקבוצה שנמצאת במיעוט קמה עליה סכנה גדולה יותר לפגיעה בה. מאידך, את המצפון הדתי אפשר להבין בצורה ברורה יותר(שיקול אמוני). לעומתו, המצפון החילוני אולי פחות טריוואלי, ואולי לכן המצפון החילוני פגיע יותר.

גידי מאמין שיש להגן על המצפון החילוני והדתי כאחד ובאותה המידה, שניהם חשובים ופגיעים באותה המידה.

האם המצפון הדתי ראוי להגנה חזקה יותר ממצפון שאינו דתי?

זה מחזיר לשאלה למה נותנים לאינטרס מסוים מעמד חוקתי- חשיבות לאינטרס והפגיעות שלו. פה יש להסתכל על פי נקודת המבט של הפגיעות? האם הצו המצפוני של חילונית פגיע יותר? או הדתי?

המצפוניסט חילוני מדבר בשפה שיותר מובנת לנו, אולי מהכיוון הזה המצפוניסט הדתי נטוי לסכנה גדולה יותר. אולי מצד שני? יש מערכת של כללים המוכרים גם לציבור החילוני, ומשום כך אנחנו יותר מאמינים ומוכנים לכבד את התפיסות והצרכים המצפוניים שלו.

1. זכות לתרבות- ההנחה והמחשבה היא שלקבוצות תרבותיות, לכל אדם שמצוי באותה קבוצה, יש אינטרס חזק לשימור התרבות שלו. התפיסה בהגנה חוקתית היא מניעת פגיעה בתרבות המצויה תחת סכנה מתמדת לפגיעה, מיעוט שרוצה לשמור על דרכו. יש סכנה כי התרבות תימחק גדולה יותר במיעוט קטן יותר, ולכן נדרשת הגנה של המדינה. הזכות לתרבות קשורה למארג החיים השלם של האדם (לבוש, לוח שנה, אוכל) מארז סמיך של פעולות המכוננות ביחד את המושג תרבות. בעולם המודרני, הגדול תרבותי, יש מעט קבוצות שבמובהק נבדלות. השכיח ביותר שהרבוצות המובדלות נובעות מהיבט דתי.   
   העוצמה למשל האמריקאית מחלחלת לכלל העולם והתרבויות מושעות ומשתנות בעקבות התרבות הגדולה הזו.

למה כל כך חשוב לשמר את התרבות?

החשיבה הליברלית התחילה לדבר ולתפוס את החשיבות רק בזמן הקרוב, בחמישים שנה האחרונות. בעבר הליברלים תפסו שהתרבות היא זו שיוצרת גדר מהאינדיבידואל להתפתח והיא זו שחוסמת את האני ויוצרת עויינות בין האנשים.

אך עם התפתחות העולם הגלובלי, והצטמצמות המאפיינים הייחודים של כל תרבות, נוצרה תפיסה שבמרכזה מנסה לעודד ולשמור על הקבוצות התרבותיות. במידה רבה הפילוסופיה גם מציירת את המציאות וגם נולדת כתוצאה מהתבוננות במציאות. הפילוסופים רואים כי כלל שהאזור מחובר לעולם הכולל ומאבד מייחודיותו, יש ריאקציות המנסות לשמור על אותם מאפיינים, והייחודיות של הקבוצה. הפילוסופים מבינים כי יש חשיבות ויש צורך אנושי עמוק לשימור אותה תרבות. הם בונים את התפיסה על פי שני מאפיינים מרכזיים:

רק בעשורים האחרונים התחזקה התיאוריה לפיה יש להגן על התרבות(ראו: כור ההיתוך- רצון דווקא "לפרק" את ההבדלים התרבותיים בין עדות ומוצא). צורת החשיבה הליברלית התחזקה, ולפיה הפילוסופיה מחזקת את המציאות אך גם מושפעת ממנה. שימור אותם ערכים תרבותיים עולה בקנה אחד עם **כבודו של אדם והאוטונומיה שלו,** וכאן נעוצה החשיבות בשימורם.

התרבות נחוצה כדי לממש חיים אוטונומיים ובעלי משמעות- הזכות לבחור במקצוע הקשור לתרבות(מוהל) נובעת לעיתים מהתרבות עצמה. ללא אותה תרבות, הבחירה במקצוע לא הייתה אפשרית. התרבות מאפשרת לאדם לראות את העולם "במשקפיים" ייחודיות לתרבותו. לפי הגישה הליברלית, שמעלה על נס את האוטונומיה, פה נעוצה החשיבות בשמירה על התרבות.

התרבות נחוצה כביטוי לזהותו של היחיד- אדם מזהה עצמו עם תרבותו(למשל, דתי אורתודוקסי). פגיעה בה תפגע בו בצורה עמוקה ואולי גם במשמעות חייו.

אם אנחנו מבקשים להגן על תרבות, אנחנו מבקשים להגן על כל תרבות, וכיוצא ממנה תרבות דתית והגנה על חופש הדת.

1. אוטונומיה- התרבות נחוצה כדי שהאדם יוכל לממש חיים אוטונומיים בעלי משמעות. תרבות האדם מספקת לאדם שני דברים: אפשרויות שיוכל לבחור, משקפיים וכלים שבאמצעותם האדם בוחר ומחליט. אם למשל בחורה ישראלית בוחרת להיות מוהלת אז קודם כל לו הייתה חיה במדינה נוצרית המקצוע לא היה קיים היות והוא לא חלק מהמסגרת התרבותית, עצם האפשרות לבחור במקצוע הזה היא כשלעצמה נובעת מהתרבות. אך גם במעמד המקצוע- בחברה הדתית יש עוצמה לתפקיד, התרבות נותנת משמעות לבחירות השונות. זזה כשאדם קשור לתרבות מאפשר את הערך החושב ביותר- אוטונומיה
2. כבוד- התרבות של האדם היא חלק מהאדם שמגדיר את עצמו- התרבות נחוצה כביטוי לזהותו של היחיד. במקרה שהזהות הולכת ונחלשת זה פוגע בכבוד העצמי של האדם, כשהתרבות הופכת להיות שולית כך גם האדם.

גם במשפט הישראלי, הזכות לדת תשקף זכות רחבה יותר. דת הוא מארג שלם של סמלים והתנהגויות. נראה כי בית המשפט קורא את הזכות לדת וזכות למצפון כמקשה אחד, אך נראה גם בשנים האחרונות יש כאלו המכירים בזכות לתרבות.

**איזה רציונל בית המשפט מאמץ? מצפון או תרבות?**

**פלונים נ' אלמוני**

כשמדברים על חופש הדת אנו גוזרות אותו מהזכות למצפון. אך בשנים האחרונות יש סמנים ראשונים להכרה בזכות לתרבות גם בהקשר הדתי, אך עדיין לא מהווה לבסיס של חופש הדת.

"היבטיו השונים של חופש הדת והמצפון כוללים, בנוסף לחופש המחשבה והאמונה גם את "הזכות להגשים את צווי המצפון בדרך של פעולות"(שמגר, פסקה 4)

* בשנים האחרונות ניתן למצוא סימנים ראשונים להכרה בזכות לתרבות, גם בהקשר הדתי, אולם עדיין אין חיבור שלה אל חופש הדת. דוגמאות טובות- בג"צ חוק טל הראשון (התנועה לאיכות השלטון) ופרשת קצבאות האברכים (יקותיאלי).

**התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**

העובדות: בפרשה זו הותקף חוק טל לראשונה .

בית המשפט: מצא שהתכלית ראויה אך קיים ספק אם החוק עומד במבחן המידתיות הראשון- לא ברור האם יש קשר בין האמצעי למטרה- השתלבות החרדים בחברה הכללית.

חרף זאת, בית המשפט נמנע מלפסול את החוק והעדיף לתת אורכה לבחינת השפעתו. בדבריו, ברק מתאר את התכליות שעמדו בבסיס החוק:

"התכלית הראשונה משקפת הכרה בייחודיותה של החברה החרדית ובתרבותה, והכרה בערך הלימודים התורניים. היא מגה הבנה לצרכיה של "החברה החרדית, אשר אורח חייה שונה ונפרד ואשר עוסקת, על פי מורשת הסטורית של אלפים בשנים במסירות נפש, בלימוד התורה, מתוך ראיה אידאולוגית ומודעות דתית שיש בכך משום הכרח לקיומו של העם היהודי כולו"... היא מלה רגישות וסובלנותו למתכונתו הייחודית של עולם הישיבות וחברת הלומדים שהתפתחה סביבן. כן יש בה כדי לכבד את חופש הדת והמצפון של תלמידי הישיבות עצמן, את אורחות חייהם את רגשותיהם הדתיים"(ברק- פסקה 55).

האם ברק מכיר בזכות לתרבות ומה היחס בינה לחופש הדת? ברק מבחין בין הזכות לתרבות לחופש הדת, ומעניק תוקף לשתיהן.

ברק מתאר את התכליות שעמדו בבסיס לחוק: הוא מתאר בהתחלה כזכות לתרבות, כביכול יש חופש דת שהוא נגזרת של מצפון ותרבות.

בית המשפט מייחס חשיבות לאורח החיים החרדי והאינטרס לשמר את אותם החיים. הזכות לתרבות היא לא בסיס לחופש הדת אלא מעמדה כזכות נוספת.

**יקותיאלי נ' השר לענייני דתות**

עובדות: בג"צ קבע כי ההסדר לתשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים הלומדים בכולל פוגע בשוויון וכי הסעיף בחוק התקציב הקובע את ההסדר לא יכלל בחוק התקציב הבא.

בית המשפט: קבעה השופטת בייניש כדלקמן: "אין במסקנתנו זו כדי לקבוע שהמחוקק אינו יכול לתמוך בקבוצת אוכלוסייה ייחודית, באופן המאפשר לה לשמר את ייחודיותה. תמיכה כאמור מבטאת בחירה חברתית ערכית לאפשר לפרטים להשתייך לקהילה ולשמר את אורחות חייהם וערכיהם כקהילה- בהם גם רכים כמו עידוד הלימוד התורני. עמדתי על כך בפרשת אלעד וקבעתי כי לצורך הקצאת מקרקעין האפשרות להקצות דיור נפרד לקבוצות בעלות מאפיינים מיוחדים "משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת יום בקרב משפטנים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד- בין יתר זכויותיו- לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו" (פסקה 49)

בייניש מכירה בזכות לתרבות כחלק מהזכות לאוטונומיה, אך אין חיבור של הזכות לתרבות כחופש דת. האם בייניש מכירה בזכות לתרבות ומה היחס בינה לבין חופש דת? בייניש מכירה בזכות לתרבות כחלק מחופש הדת. כלומר, המגמה לא מוחלטת לכיוון אחד והשופטים חלוקים בשאלת ההפרדה בין הזכות לתרבות לחופש הדת, אך מכירים גם בזו וגם בזו.

**ההיקף**

אם אנחנו מסתכלים על חופש הדת כחופש המצפון, הפגיעה שיש להגן מפניה היא כפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד לאומנותיו הדתיות במעשה (חילול שבת) או במחדל (הימנעות מהנחת תפילין), כשהראשונה נוטה להיות חמורה יותר- הכאב והסבל של האדם לפעול בניגוד למצפונו יהיה גדול יותר מהימנעות מפעולה.

**כחופש המצפון:**

* הפגיעה שיש להגן מפניה היא כפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד לאמונותיו הדתיות במעשה (חילול שבת) או במחדל(הימנעות מהנחת תפילין),כשהראשונה נוטה להיות חמורה יותר.
* חופש הדת אינו יכול להעניק הגנה מפני פגיעה מצפונית, אם יש כזאת בכלל, הכרוכה בצפייה בעברות דתיות של הזולת או בידיעה עליהן.

**כזכות לתרבות:**

* תרבות היא תופעה רחבה ורבת פנים, ופעולות שונות של המדינה או של גופים פרטיים עלולים לכרסם בה או לערער אותה.
* לכן, ההיקף של מה שנדרש בשם הגנה על התרבות רחב ממה שנדרש בשם ההגנה על המצפון
* אם תרבות המיעוט זקוקה להגנה מפני ההגמוניה של תרבות הרוב, יש מקום להגבלות רבות יותר על הרוב ופטורים למיעוט מאשר אלה הנדרשים מתוקף הרצון להגן מפני פגיעה במצפונם של יחידים.
* יתר על כן, לעיתים, תידרש לא הימנעות מצד המדינה אלא גם פעולה אקטיבית. למשל, קשה להציג אי תמיכה במוסדות תמיכה דתיים(מעבר לתמיכה הרגילה שהמדינה מעניקה לכל בתי הספר) כפגיעה במצפונם של הדתיים אך ניתן לכאורה להציגה כפגיעה בזכות לתרבות, שכן בלא מערכת חינוך חזקה במיוחד יקשה על המיעוט להתחרות בתרבות הרוב בעיצוב פני הדור הבא.
* מטאפורית, "הדלת" לכניסה לבית המשפט דרך פגיעה בזכות לתרבות "פתוחה יותר" מזו של הפגיעה בחופש המצפון.

חופש הדת אינו יכול להעניק הגנה מצפונית- אם יש כזאת בכלל- הכרוכה בצפייה בעברות דתיות של הזולת אי בידיעה עליהן- הפגיעה במצפון יכולה להיות רק בקשר להתנהגויות העצמי ולא על הכלל.

כזכות לתרבות: חופש דת כתרבות ההיקף רחב יותר, ופעולות של המדינה עלולים לכרסם או לערער אותה. לכו ההיקף של מה שנדרש בשם ההגנה לתרבות רחב יותר בשם ההגנה למצפון.

אם תרבות המיעוט באמת זקוקה להגנה מפני ההגמוניה של תרבות הרוב, יש מקום להגבלות רבות יותר על הרוב ופטורים למיעוט מאשר אלה הנדרשים תוקף המצפון להגן מפני פגיעה במצפונם של יחידים. יש מקום להגבלות רבות יותר על הרוב מאשר כל הנוגע למצפון. הזכות לתרבות רחבה יותר מאשר חופש מצפון.

ועוד נקודה שזה בא לידי ביטוי- ההיקף הרחב של התרבות- לעיתים תידרש לא רק הימנעות מהמדינה (אל תעשי או אל תימנעי) אלא המדינה תידרש לעשייה אקטיבית וחיוביות. קשה לטעון שהחלטה של המדינה לא לתמוך במוסד דתי, היא פגיעה במצופנו של האדם. אלא יותר קל לטעון בטענה לפגיעה לתרבות- משום שהזכות לתרבות שברירית כל כך יש לחייב את המדינה לפעול למען הגנה על תרבות המיעוט מפני פגיע של הרוב- בלי סיוע של המדינה, הסיכון לפגיעה גבוה ביותר.- ולכן ניתן לטעון לפגיע בזכות התרבות שכן בלא מערכת חינוך חזקה המיוחד יקשה על המיעוט להתחרות בתרבות הרוב בעיצוב פני הדור הבא.

**משקל**

בדיון החוקתי יש שני שלבים: האם יש פגיעה בזכות, והאם בנסיבות העניין הפגיעה מוצדקת? במטרה לטעון לפגיעה בזכות בבית המשפט, הדלת לזכות לתרבות רחבה יותר מאשר דרך חופש המצפון. אך משקל הפגיעה כבד יותר בחופש המצפון מאשר התרבות- אומנם יותר קל להיכנס תחת תרבות אך יש יותר סיכוי לנצח תחת המצפון.

מי שמצפונו מאוים זקוק להגנה דחופה וחזקה יותר מאשר מי שתרבותו מעורערת או נחלשת. לכן, בדרך כלל לחופש הדת במובנו כחופש המצפון יש סיכוי טוב יותר לנצח בהתנגשות עם ערכים אחרים מאשר לחופש הדת במובנו כזכות לתרבות.

טעם נוסף לצורך לפרש את חופש הדת כזכות לתרבות באופן המעניק לו משקל קל יחסית קשור בפוטנציאל העצום שלה להטלת הגבלת על הציבור החילוני. מן ההכרח אפוא להעניק לזכות זו עדיפות רק במקרים שבהם הפגיעה בתרבות הינה משמעותית וישירה ומחיר ההתחשבות מבחינתו של הרוב אינו גבוה.

סיבה נוספת למשקל הרב שניתן לחופש המצפון לעומת המשקל המעט יחסית שניתן לחופש התרבות הוא, שבהקשר לחופש המצפון שהמשחק הוא "משחק סכום אפס": או שפגענו בחופש המצפון או שלא. לעומת זאת, כאשר המדובר בזכות לתרבות לרוב נוכל "לפצות" על הפגיעה במישורים אחרים(פחות תקצוב למוסדות תרבות, יותר למוסדות חינוך, למשל). יש כמה סיבות: טעם אחד נובע משיקול פרקט, הרי אמרנו שהיקף הזכות לתרבות מאוד רחב, מה שיוצא שראם במקרים האלו נעניק הגנה לזכות לתרבות, יוצא שהציבור החילוני יוגבל בהיקף רחב מאוד ופגיעה משמעותי בציבור החילוני. במטרה להימנע מכך, יש צורך לצמצם את המקרים בהם בית המשפט מקבל את העתירה בטענה הפגיעה בתרבות.

במציאות האקטואלית, מיעוטים דתיים החוששים מפני השפעתה של התרבות החילונית נוטים לצמצם למינימום האפשרי את המגע עם תרבות הרוב. במציאות זו של התבדלות (בצורה כזו או אחרת) לא יהיה בדרך כלל צידק להגביל את הרוב החילוני, בשם הזכות לתרבות של הדתיים, בתוך איזור המגורים והפעילות שלו, שהדתיים מנסים בלאו הכי להדיר ממנו את רגליהם. במציאות האקטואלית יהודים דתיים החוששים מפני השפעה של התרבות החילוני, נוטים למצמצם את המגע עם הציבור- אם זה אורחות החיים וכו'. במציאות הזו של התבדלות, הפגיעה תהיה פחות חמורה ולא נצדיק הגבלה על קבוצת הרוב בתוך אזורי המגורים והפעילות שלו

לסיכום, קל יותר לטעון לפגיעה בחופש התרבות, קל יותר לנצח בבית המשפט עם טענה לפגיעה בחופש המצפון.

**מהי עמדת בית המשפט בישראל? איך הוא מפרש את חופש הדת?**

**חורב**

העובדות: תביעה להגביל ואף לאסור תנועת כלי רכב בשבתות ובמועדי ישראל בכביש העובר בשכונה המאוכלסת בחרדים. העניין מתגלגל לבית המשפט, וברק מנסה לזהות מה עומד על הפרק.

בית המשפט: שופטי ההרכב, בראשות הנשיא ברק, סירבו לזהות את האינטרס החרדי כחלק מעקרון חופש הדת בנימוק שבני השכונה חופשיים לקיים את מצות הדת גם אם מכוניות עוברות ברחוב בשבת. ברק לא רואה את האינטרס החרדי כחלק מעיקרון חופש הדת- חילונים שנוסעים ברכב בכביש לא מחללת את השבת- הנסיעה לא מחללת ופוגעת ביכולת שלהאדם לפעול לפי מצפונו- בני השכונה חופשיים לקיים מצוות הדת גם אם מכוניות עוברות ברחוב בשבת.

האם עמדת בית המשפט משכנעת?

אין פגיעה במצפון, שכן הדתיים אינם מחויבים לחלל שבת שמירתה אינה נמנעת מהם. אם יש כאן פגיעה בחופש הדת, היא יכולה להיות רק פגיעה בחפש הדת במובנה כזכות לתרבות, ובמובן זה, הטענה לחפש דת נשמעת סבירה. האיל ורחוב בר אילן עובר באיזור המאכלס כמעט כולו בחרדים, הוא נתפס בעיניהם כחלק מה"בית" שלהם, כרשות הרבים של קהילתם, שזכותם לעצב אותה עולה על זכותם של אחרים.

ברק יכול להבין את הפגיעה בפגיעה ברגשות הדת, אפשר היה להבין את הפגיעה כזכות לתרבות, שם הטענה לפגיעה נשמעת סבירה. היות והכביש עובר בגדרי השכונה החרדית, הפגיעה היא בחופש הדת כתרבות החרדים. ולכן פגיעה בחופש הדת באה לידי ביטוי בתרבות ולא כמצפון.

**פרשת שביט**

עובדות: משפחת נפטרת התובעת לאפשר לה לרשום על מצבה את שנות לידתה ופטירתה בספרות על פי התאריך הלועזי. חברת קדישא מסרבת בנימוק שמעשה החקיקה במצבה המבוקש אסור על פי פסיקת ההלכה.

ברק(דעת הרוב): כמו בפרשת חורב, גם כאן סירב הנשיא ברק להכיר באינטרס של אנשי החברא קדישא כנפל במסגרת עקרן חופש הדת, אך תוך שהוא מאמץ פרשנות מצמצמת לעקרון:

"כשלעצמי ספק בעיני אם הפגיעה היא בחופש הדת איש אינו מחייב את אנשי חברה קדישא לחרוט על המצבה כיתוב שאינו בעברית. ממילא הם לא יפעלו בניגוד להוראת המרא דאתרא בעניין זה. הכיתוב נעשה על ידי אנשי מקצוע ולא על ידי אנשי מקצוע לא על ידי אנשי חברה קדישא. בדומה, איש אינו מעלה על דעתו כי על מצבתו של נפטר שומר מצוות ייחרט כיתוב שאינו בעברי, בניגוד להסכמתו או הסכמת קרוביו. הכיתוב הלא עברי נעשה רק על מצבה של נפטר, במקום שהוא (בחייו) או קרוביו (לאחר מותו) מבקשים זאת. על כן נראה לי כי חופש הדת אינו נפגע".

בבחינה של הזכות לתרבות, לא ניתן לומר שיש פגיעה. למה? כי דווקא אדם שרוצה לחרוט על מצבתו בלעז הוא המיעוט, ולכן נרצה להגן על זכותו. הציבור הדתי הוא דווקא הרוב לעניין זה.

אנגלרד(דעת מיעוט): שופט המיעוט, יצחק אנגלרד חולק. לגישתו, "השאלה הגדולה" הניצבת בפני בית המשפט בסוגיה זו היא "היחס בין עקרון חופש הדת של החברה קדישא ושל שומרי תרה ומצוות מבין קרובי הנפטרים- מחד גיסא, לבין עקרון החירות של קרובי הנפטר לנהוג על פי השקפת עולמם- מאידך גיסא".

מי משני השופטים משכנע יותר? ברק המלך.

גם אם הייתה כאן פגיעה בחופש הדת, ברק היה טוען לפגיעה בחופש מדת, וכנראה שהוא היה גובר.

בית המשפט:ברק (דעת הרוב)

כמו בפרשת חורב גם כאן ברק מסרב להכיר באינטרס של אנשי החברת קדישא כנופל במסגרת עקרון חופש הדת, אין פגיעה בחופש הדת, והוא מאמץ את הפרשנות המצמצמת לעקרון חופש הדת.

ברק מפרש את חופש הדת כנגזרת של חופש המצפון.

קשה לראות איך ניתן לטעון לפגיעה בתרבות, היות ותרבות הרוב הם אותם האנשים שקוברים לפי ההלכה היהודית, בניגוד לתרבות החילונים הקוברים בדרך אחרת. ולכן לא נראה כאן פגיעה בתרבות.

אנגלרד (דעת מיעוט)

השאלה הגדולה, הניצבת בסוגיה זו, אנגלרד אומר שיש כאן פגיעה בחופש הדת היות והאיסור ההלכתי לחיקוק על המצבה בספרות הלועזיות. הוא חולק על ברק בתפיסה שחופש הדת כמצפון בא לידי ביטוי רק בהתנהגויות האדם העצמו- שהאדם עצמו פועל בניגוד לאיסור הדתי- ואולי הסיבה להתנגדות לגישת ברק נובעת כביכול האחריות על המצבות היא בחברת קדישא ולכן האיסור נופל על החברה.

**גור אריה**

עובדות: מחלוקת בנוגע לשידור בשבת של סרט תיעודי אודות קהילה דתית.

בית המשפט: ברק דוחה את הטענה לפגיעה בחופש הדת וקובע שמדובר בפגיעה ברגשות בלבד, והוא נדבק לפרשנות המצמצמת- בחופש הדת כחופש המצפון, וקבע שהפגיעה היא ברגשות בלבד.

האם עמדת ברק משכנעת? ברק גרס גם בפרשות הקודמות שאת חופש הדת צריך לפרש כחופש המצפון ובצורה מצמצמת. האם הוא משכנע? כן, משום שגם לפי חופש הדת כזכות לתרבות העתירה הייתה נדחית- מי שצופים בטלוויזיה הם החילוניים, שזה כחלק מתרבותם, ולא פוגע ביכולת של הדתיים לשמור ולעצב את השבת שלהם.

**פסרו- גולדשטיין**

העובדות: חוק השבות קובע את ההנחיות וההוראות של איזה אדם יכול להתאזרח בשאלה מי הוא יהודי? חוק השבות קובע כי יהודי הוא אדם שאימו יהודייה או שהתגייר, אך אין הוראה ספציפית לאיזה גיור נכנס תחת ההוראה- שאלת תוקף הגיור הלא- אורתודוקסי הנערך בארץ. דיון בשאלת תוקפו של גיור לא אורתודוקסי הנערך בארץ לצורך הרישום במרשם האוכלוסין ולצורכי חוק השבות.

בית המשפט: חילוקי דעות בין הנשיא דאז שמגר לבין השופט טל.

שמגר: יש פגיעה בחופש הדת- לדעת הנשיא שמגר, חופש המרת הדת מוגן במסגרת חופש הדת המצפון, ומכאן שהחלטתו של התושב או האזרח להמיר את דתו צריכה להיות חופשית מהתערבות מהסדרה של המדינה.

טל: לדעת השופט טל, התנאת הרישום כיהודי על פי חוק המרשם והענקת מעמד כעולה לפי חוק השבות בקיומו של גיור מסוג מסוים אינן פוגעות בחופש הדת של המתגייר.

מי מהשופטים משכנע יותר?

יש קושי לקבוע כי מניעת המדינה להכיר בגיור של האדם, פוגעת בחופש מצפונו של האדם. אין פה איסור או חובה לבצע טקס אחר בניגוד לרצונו. שאלת הסמכות היא שאלה אחרת שלא קשורה לשאלות בחופש דת. אם אפשר היה ומפרשים את חופש הדת במובן הצר של חופש המצפון, דעת טל הייתה מתקיימת. אך אם היו מפרשים את הזכות לחופש הדת כתרבות, דעת שמגר הייתה מתקבלת- היות שתרבות הדת הלא אורתודוקסית היא תרבות מיעוט ויש להגן עליה. הבעיה היא שפס"ד אחר ברק מצטט את דעת שמגר, וכך לא פועל על פי פרשנותו של חופש המצפון כפרשנות מצמצמת.

מי משניהם משכנע? בפירוש לפי חופש הדת כזכות לתרבות, הצדק אולי יהיה עם שמגר(הזרמים הקונסרבטיביים הם קבוצות מיעוט, ואז אולי ניתן היה לטעון שיש להגן עליהם כדי לא לפגוע בתרבות המיעוט שלהם). בפירוש לפי חופש הדת כחופש המצפון ובצורה מצמצמת, גישתו של טל משכנעת יותר.

בפרשת נעמת, שהתרחשה אחרי פרשת פסרו, ברק מצטט בהסכמה את שמגר, מה שיוצר חוסר מתאם בין גישתו לפרשנות מצמצמת לפי פגיעה בחופש המצפון, לבין גישתו באותה הפרשה. ברק באותה הפרשה רואה את הפגיעה בזכות לתרבות ככזו שתצדיק פסילה של הסדר.

יש תחילה של הכרה בזכות לתרבות, אך גם אם ביהמ"ש לא מפרש באופן עקבי את הפגיעה כחופש הדת כחופש המצפון, יש יכולת גם לפרש את הזכות כתרבות.

**חופש מדת**

בהכרה שלנו בתוקף של זכויות מלמדת שיש משהו שתוכן של הזכויות מראה על פעילויות שיש להגן ולהצדיק מניעת פגיעה. ואין בסיס לחשוב שהטעמים לחשיבותן של פעילויות אלא מנמקים גם את החשיבות- ולכן הצורך המיוחד בהגנה- של הימנעות מהן.

במילים אחרות, הזכות למשהו לא אומרת שסימטרית, בגלל אותם נימוקים, יש את הזכות לא לעשות משהו. זה לא אוטומטי, ולכן יש לבחון את החופש מדת וההצדקות לו באופן עצמאי ובמנותק מההצדקות לחופש הדת).

בהתאם- חופש הדת אינו גורר את החופש מדת. הבסיס לחופש הדת, כמו גם לחירויות האחרות, איננו נעוץ בחשיבות האוטונומיה האישית בלבד, אלא בשיקולים מיוחדים (מצפון ותרבות), שבזכותם הדת ראויה להגנה מיוחדת. אין בסיס להניח מראש הם יחולו גם על ההגנה מפני הדת.

**תרבות?**

ההנחה היא שתרבות הרוב לא פגיעה ולכן לא צריכה מידת הגנה משמעותית. הזכות בתרבות לא עומדת לקבוצות תרבותיות גדולות משום שקיומן לא מאוים- גם אם היינו אומרים שלזכות החילונים לתרבות, זה היה משונה לתאר אותה כהגנה מפני הדת, גם התרבות היא בפני עצמה למה לתאר אותה כהגנה מפני הדת? הזכות לתרבות אינה עומדת לקבוצות תרבותיות גדולות, משום שקיומן אינו מאוים, והן'חשות בבית' במדינה גם בלא הגנה מיוחדת. אבל גם אילו הייתה לרוב החילוני זכות כזאת, היה מוזר לתאר אותה כזכות להגנה **מפני** הדת.

**מצפון?**

אם תאמר- העקרון היסודי המנחה את האדם החילוני הוא חיים לפי הבנתו הרציונלית והאוטונומית, ועל עיקרון זה הוא נתבע לוותר כאשר כופים עליו שיקולים דתיים?

טענה זו מבוססת על הנחת מוצא בעייתית בדבר נחיתותם האפיסטמית(ששייך או קשור לידע) של שיקולים דתיים.

עם זאת, לפחות במקרה אחד יש פגיעה במצפון: במקרים שבהם החילוני נדרש להשתתף בטקסים דתיים. הדבר עלול לעורר תחושת אבסורד וניכור עצמי. האפקט מתגבר ככל שהאדם החילוני נתבע להשתתף באופן פעיל יותר בריטואל הדתי.

דוגמאות- איסור על פתיחת עסקים בשבת לא ייכלל(אם הוא מבוסס על שיקולים דתיים). חובה להשתתף בתפילה, תיכלל.

**אבל**- הטענה שמצפונו של החילוני נפגע כל אימת שהוא נכפה להשתתף בטקסים דתיים לכאורה אינה מתיישבת עם השקפתם הגלויה של רוב החילונים, לפיה השתתפות בריטואל דתי- חבישת כיפה, אמירת ברכה, החזקת ספר תורה- אינה פסולה כשלעצמה, ואינה נחשבת בעיניהם להפרה של עקרונות שהם מחויבים להם עמוקות.

ואם תאמר כאן מרצון וכאן בכפייה? התהייה לא נפתרה, שכן כיצד ייתכן שכפייה לעשות מעשה שמצד עצמו אינו נוגד את עקרונותיו העמוקים של האדם תיחשב בכל זאת לפגיעה בעקרונות העמוקים של האדם וכהתקפה על מצפונו?

האם הדרישה לפעול לפי שיקולים דתיים פוגעת במצפונו של החילונים?

אם אומר כן, העיקרון היסודי שהפרט צריך לחיוב על פי השקפתו ומצפונו, לפעול לפי שיקולים דתיים פוגעת במצפונו של האדם. אך בשל כך, צריך לצאת מנקודת הנחה כי שיקולים דתיים נחותים יותר משיקולים חילוניים. בכדי להגיד ששיקולים דתיים פוגעים בהכרה של העקרון לחיים רציונליים, מהווה קביעה כי שיקולים דתיים הם לא רציונליים.

עם זאת, לפחות במקרה אחד יש פגיעה במצפון: במקרים שבהם החילוני נדרש להשתתף בטקסים דתיים, הדבר עלול להשריש תחושת אבסורד וניכור עצמי. האפקט מתגבר ככל שהאדם החילוני נדרש להשתתף באופן אקטיבי בטקס הדתי, מהווה פגיעה יותר חמורה מאשר פעולה פסיבית. ברגעים שצמתים משמעותיים של האדם במטרה להתחבר לאני העצמי, הימצאות תחת טקס דתי באירוע משמעותי מייצר דיסוננס מאוד גדול.

אבל הטענה שמצפונו של אדם נפגע רק בפעולתו בטקסים דתיים, הדבר לא מתאר את המציאות השכיחה בהם חילונים שהשתתפותם בריטואל דתי- חבישת כיפה, אמירת ברכה, החזקת ספר תורה- איננה פסולה כשלעצמה ואינה נחשבת בעיניהם להפרה של עקרונות שהם מחויבים להם עמוקות. נראה שזה עומד במתח- השתתפות בריטואלים דתיים יוצר תחושת ניכור, אך המציאות היא שהריטואל לא יוצר איזשהו ניכור- מה זה משנה אם מחייבים את האדם או שהוא עושה את זה באופן כופה? המצפוניסט האידיאלי לא יפעל בכל מה שקשור לניגוד לצו מצפונו- כך האדם החילוני תחת צו מצפונו לא היה פועל מרצונו בטקס דתי.

הפתרון- אם החוק יטיל על החילוני חובה להתפלל פעם בים, או אפילו פעם בשנה, הוא לא יוכל לראות בכך עזרה לחברים, והדרך היחידה הסבירה להמשיג זאת תהיה בתור ניסיון לכפות עליו התנהגות דתית. והטעם לכך שכפייה זו מטרידה במיוחד הוא שהיא מערערת על זהותו של החילוני. היא מבקשת להפוך את החילוני לדתי, ולו זמני וחלקי(בהערה מוסגרת: אולי זה כבר מתקרב לפגיעה בכבודו של אדם?)

אופי הפגיעה במקרים הנדונים שונה מהמקרה הטיפוסי של פגיעה במצפון כפי שהגדרנו אותה קודם. לפי הגדרה זו, פגיעה במצפון מתרחשת רק כאשר אדם נתבע לפעול תוך הפרת עקרונותיו הנורמטיביים העמוקים , ואילו בהקשר של השתתפות בטקסים דתיים אפיינו פגיעה במצפון כפגיעה בזהות וכיכר עצמי, בלא להזכיר את קיומם של עקרונות שהחילוני מחויב להם ובכל זאת נדרש להפר אותם.

ואם תאמרי- גם בפגיעה זו החילוני נתבע להפר עיקרון שהוא מחויב לו עמוקות: הדרישה שאדם יהיה אמיתי עם עצמו, שיהיה אותנטי. תגובה זו אפשרית, אולם יש בה בכל זאת משהו מאולץ. ברוב המקרים כפיית החילוני להשתתף בטקס דתי אינה מצמיחה תחושה של 'אני לא יכול לעשות דברים כאלה, הם מנוגדים לעקרונותיי', אלא זעם על גילוי חוסר הכבוד לזהותו של החילוני, המבוטא בניסיון הכפייה.

הסיפור פה אולי מהווה פחות טענה לזכות למצפון, אלא לזכות לכבוד.

**מהי עמדת המשפט בישראל?**

**פרשת קפלן**

השופטת פרוקצ'יה קובעת כי חוק עזר עירוני שאוסר על בהפעלת בתי עינוג בשבת, בטל. היא מציגה שלושה נימוקים למסקנתה, אשר השלישי הוא הרלוונטי:  
" נראה לי- מבלי שיש צורך לקבוע מסמרות בדבר- כי בעוד שהפעלת בתי עינוגים בשבת אינה פוגעת בתחום הפרט של האדם הדתי, אף כי היא פוגעת ברגשותיו הדתיים, הרי האיסור להפעילם כופה על אדם החילוני הימנעות מיציקת תכנים שונים ליום המנוחה שהוא רוצה בהם. בטווח של שנות חיים יש בכך משום ויתור והגבלה המגיעים כדי קיפוח זכותו של הציבור החילוני וכפייה עליו, בניגוד לרצונו ולהכרתו, לקיים אורח חיים שאינו חפץ בו" (עמ' 20).

**פרשת חורב**

מהי עמדתו של חשין? על פניו, יש בה סתירה פנימית. מצד אחד חשין מסביר שסגירת כביש מטעמים דתיים אינה פוגעת בחופש מדת. מצד שני הוא מסביר שהבעיה של פגיעה בחופש מדת היא ההסבר לכך ששימוש בשיקולים דתיים אסור אלא אם כן הדבר הותר בפירוש בחקיקה ראשית.  
 למה השימוש בשיקולים דתיים אסור אלא אם כן הוא מעוגן בחקיקה ראשית? היינו אומרים כי יש פגיעה בזכויות, כמו שנקבע עוד לנו שנת 92' הסמכה מפורשת גם במקרה הזה, יש כאן סוג של מתח.

בפרשת שביט, ברק דווקא בוחר בגישה הסימטרית: חופש הדת וחופש מדת הן זכויות סימטרית. גישת בית המשפט עד כה הייתה סימטרית: חופש הדת מעניק גם חופש מדת.

גם בפרשת שביט, ברק קבע כי אין פגיעה במצפון משום שאין פה איסור כלשהו, גם אם נגיד שיש איסור ונאמץ את גישת אנגלרד, אם נעשה את הדבר ההפוך נגיד שיש פגיעה בחופש מדת. ברק הולך בכיוון של סימטריה- מה שלפחות לגישת בית המשפט העליון הפרשנות שהם נותנים לחופש מדת רחבה יותר מהפרשנות שגידי נתן. נראה לפחות שהכיוון הכללי הוא כשיש חקיקה משיקולים דתיים, הדבר מהווה פגיעה מחופש מדת- מה נוגד לגידי, האומר ששיקולים דתיים לא פוגעים בחופש המצפון.

**מעמד חופש הדת**

**סולדוך נ' עיריית רחובות**

העובדות: בפרשת סולדוך נדונה עתירה של תושבים "חילוניים" כנגד הקצאת מגרש באזור מגוריהם, לצורך הקמת בית מדרש תורני במקום.

הטענות: אחת מטענות העותרים הייתה שההקצאה האמורה פגעת בחופש מדת.

בית המשפט: השופטת פרוקצ'יה קובעת כדלקמן: "הקשר בין כבוד האדם לאוטונומיה של הרצון הפרטי מוליד את ההכרה כי חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם, בהיות חפש זה קשור קשר הדוק לאישיותו של האדם, לתפיסת עולמו, לצו מצפונו, ולייחודו כפרט"(פסקה 72).

כוללת את החופש לאמונה דתית תחת הזכות לכבוד כאוטונומיית הרצון הפרטי, לא כחופש מדת.

ובמקביל היא קובעת: "לחופש האמונה המצפון של האדם פן נוסף. בצד חופש הדת מוכרת זכותו של האדם לחופש דת. זכותו של האדם החילוני ל"חופש הדת" הינה חלק מזכותו לכבוד אנושי, ולחופש מפני כפייה דתית"(פסקה 73).

השאלה של האדם חופש הדת הוכר כזכות יסוד האם הוא מוכר כזכות חוקתית? חופש האמונה הדתית היא כחלק מכבוד האדם, תחת מסגרת של כבוד כאוטונומיה. למרות שבקפלן הלכה השופטת על הפרשנות המרחיבה של חופש מדת, פה היא משתמשת בפרשנות מצמצמת.

נראה שלא היה ראציו שעיגן את זכות מהדת לזכות חוקתית, והיא נשארה כזכות יסוד.

**חופש הביטוי**

מה הרציונל לחופש הביטוי?

**גילוי האמת**- האמת, שקיומה מונח על פי אפשרות זאת, תיחשף רק אם נאפשר ויכוח חופשי בין הדעות השונות. הצידוק הזה שמיוחס בד"כ לג'ון סטיוארט מיל, מתואר בספרו של מיל בדרך שונה ומורכבת במקצת. מיל טוען שהגבלת חופש הביטוי מזיקה מהטעמים הבאים:

* הדעה שאינה מקבלת זכות לביטוי עשויה להיות אמיתית. ניסיון השתקתה ממילא לא יצלח לטווח הארוך. האמת דרכה לנצח, מה הטעם לכסותה?
* גם, ובמיוחד אם הדעה המדוכאת מוטעית, יש תועלת בהצגתה בשל השירות שהיא מעניקה לחיזוקה של האמת בליבות תומכיה.
* תפיסות שנראות לכאורה כנוגדות זו את זו עשויות להתברר כמשלימות זו את זו, דבר שיתאפשר רק אם נניח למחזיקים בהן להציגן.

מהו הרציונל לחופש הביטוי?

1. **גילוי האמת-** הדרך באמצעותה נוכל לגלות את האמת. נוכל לגלות את האמת רק אם נאפשר דיון חופשי בין דעות שונות. הצידוק מיוחס לסטיוארט מיל, אומר כי הגבלת חופש הביטוי מזיקה מהטעמים הבאים:

* ניסיון השתקת האמת לא יצליח לטווח הארוך, אם האמת תצא לאור מה הטעם להסתיר אותה?
* גם אם הדעה המדוכאת מוטעית, יש תועלת בהצגתה, משום שמעצם היותה של טענה שגויה ונחשפת, היא נטויה לביקורת מתמדת. בכך, היא מעניקה לחיזוקה של האמת.
* תפיסות שנראות שגויות, בדיון יותר מעמיק, הדברים לא עומדים בסתירה אחד לשני אלא בהשלמה. ניתן להגיע למסקנה רק אם נניח למחזיקים בהן להציגן.

חולשות?

אם חופש הביטוי ראוי להגנה בשל תפקידו בחקר האמת, מדוע שלא נעניק הגנה דומה להתנסויות שונות בדרך של התנהגות? למה אין את אותה הגנה לחופש הפעולה שבבסיסה גם היא מנסה להגיע לחקר האמת.

רעיון יעילותו של שוק הרעיונות הוא חלק מן התיאוריה הכללית יותר של שוק חופשי כדרך הטובה ביותר להשגת יעדים כלכליים. אולם גם חסידי תיאוריית השוק מודים בקיומם של כשלי שוק המחייבים פיקוח והסדרה ממשלתית. בדומה, ניתן לטעון גם ביחס לשוק הדעות לקיומם של עיוותים בדרכי העברתם של מסרים ולכן אולי גם להצדיק יצירתם של מנגנוני פיקוח ממשלתיים על שוק הדעות. מיל לקח את הרציונל לרעיון היעילות נובעת מהתפיסה הכלכלית לשוק החופשי- בבסיס האמונה ששוק חופשי גורם ליעילות בכך שאלו הפועלים בצורה נכונה יצליחו וישגשגו ואלו שלא, יפלו. גם פה, חופש הביטוי משחק באותה הדרך.

דרכה של האמת לנצח, אולם לעיתים ניצחונה מושג רק לאחר שחולף זמן רב ובדרך נגרמים נזקים חמורים. במילים אחרות, פתיחתו של שוק הדעות עשויה להיות הרסנית לפחות לטווח הקצר, וייצא שכרנו בהפסדנו.

1. **קידום הדמוקרטיה**- הדמוקרטיה הנתפסת כעקרון הממשל העצמי של האזרחים מחייבת שציבור האזרחים ייחשף למירב הדעות והנתונים על מנת שיוכל לקבוע את דעתו בצורה מושכלת. זה לא סתם שזכותו של כל אדם לבחור, אלא לקבל החלטה בצורה מושכלת, וזה מתאפשר רק בהשמעת דעות של כל הקשת הפוליטית. הדמוקרטיה הנתפסת כעקרון הממשלה העצמי של האדזר, על סמך המידע שאנחנו מקבלים אנחנו מבססים את הדעה, מכאן שרק על ידי שמיעה של כלל הדעות והעובדות, זה מה שיעזור בגיבוש הדעה בצורה מושכלת.

חולשות?

הצידוק הזה בכך מוגבלת לכאורה לסוגי ביטוי שיש להם השפעה ישירה על מערכת קבלת ההחלטות הפוליטית, ומשאיר סוגי ביטוי אחרים, ובעיקר הביטוי האומנותי, ללא הגנה רעיונית מספקת.

* בתגובה, ניתן לטעון שאכן יש להעניק מידה רבה יותר של הגנה דווקא לביטוי הפוליטי, מהסיבות הבאות:

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: אולי חופש הביטוי הפוליטי זכאי להגנה חזקה יותר מאשר חופש הביטוי בכללותו. אם מגבילים את חופש העיסוק, ניתן לשנות את ההחלטה , חופש הביטוי הפוליטי הוא גם זכות עצמאית וגם מחזקת את האפשרות להעניק הגנה לזכויות אחרות.   
הענקת מעמד חוקתי לאינטרס מבוססת על שני פרמטרים: חשיבות ופגיעות. כשחופש הביטוי הוא פגיע במיוחד. לדוגמא, שלטון מה שהכי מלחיץ אותו מהאופוזיציה הוא השיח הפוליטי, הדבר הראשון שהממשלה תעשה היא "סתימת הפיות" וביטול הזכות לחופש הביטוי.

1. **מימוש האוטונומיה של הפרט**- מימוש האוטונומיה של הפרט- אוטונומיה בא ידי ביטוי כמגוון רחב של דרכים: היכולת שלנו לחיות תבוא לידי ביטוי בכל המובנים.

חולשות? למה צריך בשם האוטונומיה לתת לגיטימציה של הביטוי?

* הפרט מממש את עצמו וחי באופן אוטונומי בדרכים שונות ומגוונות; הוא בוחר לו מקצוע, תחביבים וכיוצא בזה. ספק אם לביטוי יש בהקשר זה חשיבות רבה יותר. השימוש ברציונל שיכול לשרת פעילות אנושית בהיקף רחב פוגע במעמדה של חירות הביטוי. הניסיון לבסס זכות כלשהי על אוטונומיה זה גובה מחיר- טשטוש באינטרסים והרציונליים שמאוחרי הזויות.

**מה המעמד של חופש הביטוי? האם הוא זכות יסוד או חוקתית?**

**פרשת גולן**

השופט מצא

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את ההכרה ההלכתית במעמדו החוקתי של חופש הביטוי. אמנם חוק היסוד אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, בזכות יסוד. אך אין בכך כלום: אך ללא הוראה מפורשת כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2 ו4 לחוק היסוד. שכן אין משמעות לכבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו ; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו.

השופטת דורנר

"חופש הביטוי הוא זכות יסוד מרכזית, ואין אני סבורה כי בישראל אפשר לראותו מובלע בזכות לכבוד. ואכן, על דעת המחוקק הישראלי לא עלה להבליע את חופש הביטוי בזכות לכבוד. ההפך הוא הנכון.. ההסכמה הלאומית הדרושה לעיגונו של חופש הביטוי בחוק יסוד לא התגבשה לפי שעה, והצעת חוק יסוד: חופש הביטוי לא התקבלה עד היום. במצב עניינים זה ספק בעיני אם ניתן, ועל כל פנים אם ראוי, לתת מעמד על חוקי לחפש הביטוי הכללי על ידי עיגונו בזוכת לכבוד.

עם זאת, יש מקרים שבהם פגיעה בחופש ביטוי של האדם מהווה פגיעה בזכותו לכבוד, כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר שלילת חופש הביטוי משפילה את הרדם ופוגעת בכבודו באשר הוא אדם, אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד הקבועה בחוק היסוד כך שהשפלה זו לא תיחשב פוגעת בה... ואולם, לא כל פגיעה בחופש הביטוי כרוכה בהשפלה.

כך למשל, נפסק כי במסגרת חופש הביטוי כלול גם חופש הביטוי המסחרי. עם זאת, בדרך כלל פגיעה בחופש הביטוי המסחרי, למשל על דיי פסילת תשדיר פרסומת אינה כרוכה בהשפלה, ולכן אין היא בגדר פגיעה בזכות לכבוד כמשמעותה בחוק היסוד. גם פסילה של ידיעה עיתונאית, להבדילה מיצירה או מהבעת דעה, אינה פוגעת כרגיל בכבוד האדם.

בעניין זה יש מקום לבחון מה הטעם הדומיננטי העומד ביסוד חופש הביטוי בהקשרו של הביטוי המסוים שבו מדובר.. פעולה הפוגעת בחופש הביטוי תיחשב כפוגעת בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ,רק אם פגעת היא באופן מובהק בטעם "האישי" שביסוד חופש הביטוי, להבדילו מן הטעמים החברתיים שביסודו".

זכות מרכזית זה לא נכון שנפרש אותה כזכות מסגרת של זכות האדם לכבוד, במיוחד שהמחוקק נמנע בעיגון הזכות בחוק יסוד.

אומנם, היא מסתייגת ולא מבטלת לחלוטין את הזכות כחוקתית וקובעת רק במקרים שבהם חופש הביטוי כלומר שלילת הביטוי מהווה השפלה- כשהשלילה מכילה בתוכה סממן של השפלה, רק במקרים כאלו מתעוררת הפגיעה בזכות האדם לכבוד, וכך בזכות חוקתית.

הקביעה של דורנר יוצרת מצב בו חלה הגנה על הביטוי החברתי ולא הפוליטי.

**מטה הרוב נ' משטרת ישראל**

ברק- "לא כל היבטיה של הזכות לחופש הביטוי נתפסים תחת הזכות החוקתית לכבוד האדם, כי אם אותם היבטים שלה הנגזרים מכבוד האדם ואשר מקיימים קשר הדוק עם אותם 'זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי' או אותם היבטים 'החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם ' (פסקה 13)

**אבנרי נ' הכנסת**

העובדות: סעיף 2 לחוק למניעת חרם קבע שפרסום קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, מהווה עוולה נזיקית (סעיף 2א' לחוק). סעיף 2(ג) קבע כי מי שעשה עוולה לפי החוק- בזדון- רשאי בית המשפט לחייבו בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק. עוד נקבע כי לשר האוצר מוקנית הסמכות, בכפוף לתנאים המובאים שם, להגביל השתתפות במכרז (לפי חוק חובת המכרזים), או למנוע הטבות כלכליות, המפורטות בסעיף 4 לחוק- ממי שמפרסם קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, או ממי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור.

הטענות: העותרים טענו שהחוק פוגע בזכויות חוקתיות שונות (ביניהן: חופש הביטוי, הזכות לשוויון, זכות לחופש העיסוק) ואינו עומד בתנאי פסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק.

בית המשפט: מלצר (דעת רוב):

קבע די בלקוניות כי "קשה אפוא לחלוק על כך כי החוק למניעת חרם אכן פוגע בחופש הביטוי.. הקשור "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם"... יחד עם זאת אין מדובר פה בפגיעה במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי, אף שמדובר בהתבטאות פוליטית, שכן ההגבלה היא מצומצמת יחסית וחלק רק על קריאה לחרם נגד מדינת ישראל, כמשמעה בחוק בחוק, או על מי שהתחייב להשתתף כאמור, שזו כבר פעולה משפטית החורגת מן הדיבור".

מלצר מוסיף כי "הקריאה לחרם כנגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, אינן עונות לתכליתו **הקלאסית** של חופש הביטוי. בניגוד לעמדת העותרים לפיה הקריאות לחרם מקדמות "שיח פוליטי פתוח ומפרה", למעשה הקריאות הללו אינן מעוניינות בהכרעות פוליטיות על בסיס רצון חופשי, אלא מבקשות לכפות עמדות, וזאת באמצעות אמצעים כלכליים ואחרים".

למרות זאת, מלצר קיבל חלק מהעתירה ופסל את סעיף ג2 לאחר שקבע כי "השתת פיצויים עונשיים, תקרב מעבר למתחייב את עוולת החרם לתחום הפלילי ותרתיע, באופן העולה על הנדר, את המבקשים להתבטא". עמדתו התקבלה בדעת רוב.

פסק הדין חשוב מכיוון שזו הפעם הראשונה שנפסל חוק בשל פגיעה בחופש הביטוי.

אין פגיעה גרעינית בחופש הביטוי. גידי מתנגד ואומר כי אכן הפגיעה מצומצמת אך לא בגרעין הזכות.

קריאות לחרם לא מנסות לפעול באופן משכנע, אלא אלו קריאות בעלות סממן כופה- הן מבקשות לכפות עמדות על האחר ולא בצורה חופשית. עמדות כאלו לא מהוות חלק מהשיח הדמוקרטי.

למרות זאת, מלצר פסל את הסעיף השני שמדבר על עונש כספי. מלצר פוסל על סמך מבחני המידתיות- המבחן שאמצעי פחותה (לא עומד במבחן המידתיות השני).

מה שיצא מפס"ד זה פסילה של סעיף בחקיקה ראשית בשל הפגיעה בחופש הביטוי, מה שיוצר שהזכות לחופש הביטוי היא נגזרת של הזכות לכבוד, זה הופך לראציו.

**ההיקף**

בארצות הברית יש מספר סוגים שלא מעוגנים בחוקה: בארצות הברית פרסומי תועבה, ביטויים "תוקפניים"(מילים לוחמות), דברי הסתה או הוצאת דיבה אינם מכוסים כעיקרון על ידי הזכות החוקית לחופש הביטוי המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה.

בישראל, הנטייה שאותה ביסס ברק היא להרחיב את תחום הביטוי העקרוני של חופש הביטוי כך שתכלול את כל סוגי הביטוי. השופט ריבלין קבע במפורש בפרשת בן גביר(בן גביר נ' דנקנר, פסקה 12-13):

* "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".

בהתאם, סבר השופט ברק בפרשת אלבה כי פרסומו הסתה ראויים להיכלל בתחומי ההגנה העקרונית של חופש הביטוי. לדעת השופט ברק "חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי שיש בו מסר של מובן, יהא תכונו אשר יהא. גם הדיבור הגזעני הוא ביטוי. על כן חופש הביטוי משתרע עליו". השופטת דורנר הצטרפה לדבריו.

במעשה פועלים כך: קודם כל קובעים כי זה תחת הזכות לחופש הביטוי, ורק אחרי הקביעה יש לבחון את האיזון של הזכות. ככל שהזכות רחבה כך גם היא תוגבל במבחני המידתיות.

**כהנא**

הרשות השלטונית מבקשת להגביל את הדיבור הגזעני. קשה לראות כיצד ישמש דיבור זה לגילוי האמת, גם אלמנט ההגשמה העצמית מתערער שכן הדובר שולל את היסודות המאפשרים הגשמה עצמית: בשם ההגשמה העצמית של עצמו, הוא מנסה להגביל את ההגשמה העצמית של האחר. וגם הטיעון הדמוקרטי עשוי לתמוך עשוי לתמוך בגישה המוציאה את הדיבור הגזעני מהיקפו של חופש הביטוי שכן הדיבור הגזעני פוגע במשטר הדמוקרטי.

חרף זאת קבע בית המשפט כי שלושת האלמנטים מתקיימים בנסיבות המקרה:

"אין בשיקולים אלה כדי להכריע, ויש בהם תפיסה בלתי שלמה של טעמי חופש הביטוי. אכן, הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תצא לאור רק באותה התמודדות חופשית של רעיונות ודעות. מתוך התמודדות עם השקר שבגזענות על הבמה החופשית של דעות ורעיונות תוקעה הגזענות בכל כיעורה, ושוויון האדם וכבודו, יוגבר ויוחזק. הטיעון בדבר ההגשמה העצמית תומך בגישתי זו, שהרי לשם הגשמת עצמנו עלינו להקשיב וללמד ולהיות מודעים גם לדעות גזעניות. רק בדרך זו נדע להילחם נגדו. תוצאה זו מתבקשת גם מהטיעון הדמוקרטי. בדרך זו של החלפת הדעות והשקפות יוכל הציבור לגבש את עמדתו שלו באשר לדעה הגזענית, ולהביא לחיסולה או להחלשתה במאבק הפוליטי, המתבסס על סובלנות, התנהל בחברה דמוקרטית. ממאבק פתוח זה נגד הגזענות תצא הדמוקרטיה כשהיא מחוזקת ואיתנה יותר. על כן סבור אני, כי חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו "הפנימית", גם את החופש של הביטוי הגזעני.

האם יש דעות חולקות ומצמצמות?

* בפרשת אלבה השופט מצא הסביר כי "הביטוי הגזעני.. מצוי מחוץ לגדריה של תפיסת העולם הדמוקרטית, ושערי חפש הביטוי נעולים בפניו. לפיכך בקביעת היקפו של האיסור הפלילי של פרסום הסתה לגזענות אי ליחס כל משקל לחופש הביטוי".
* עמדה דומה ביטא השופט חשין בבג"צ ש.י.ן. לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, כשסבר שיש להוציא ממסגרת הזכות "פרסומי גזענות, פרסומי הסתה, פרסומי המרדה או פרסומים פורנוגרפיים".

**איך פוגעים בחופש הביטוי?**

המקרה המובהק של פגיעה בחופש היבטי הוא הטלת איסור פלילי על הביטוי, או כשהחוק מחייב קבלת רישיון כתנאי להתבטאות- כמו כהוצאת עיתון או קיום הפגנה. כפי שעולה מהפסיקה בעניין חוק החרם (אבנרי)

איך פוגעים בחופש הביטוי? באופן מובהק, עונש פלילי על התבטאות של אדם, או רישיון לקיום הפגנה, גם סנקציה במיושר הפרטי- נזיקין על חופש הביטוי.

אך מה קורה כשהמדינה מחליטה לתמוך כלכלית במוסדות בשל התבטאותם הפוליטית?

גם הטלת סנקציה במישור האזרחי מהווה פגיעה בחופש הביטוי.

מה לגבי מקרים שבהם המדינה שוללת תמיכה ציבורית מפעילויות מסוימות על בסיס תוכנן?

**בג"ץ אבו גוש**

השופט חיים כהן סבר בדעת מיעוט כי מניעת תמיכה מפסטיבל למוזיקה כנסייתית בשל תוכנו פוגע בחופש הדיבור(חופש הביטי האומנותי) ואסור, אלא אם נמנעת התמיכה בשל ביזוי ופגיעה בערכים לאומיים.

לעומת זאת, שופטי הרוב סברו כי אין לראות במניעת תמיכה פגיעה בחופש הביטוי:

"אשר לשאלת חופש הדיבור, הרי אין מניעה שכל אמרגן יבצע יצירו מכל סוג שהוא. השאלה היא רק אם חייב הוא לדאוג לכיסוי התקציב מהכנסות של צרכני האמנות ומנדיבים, ואם מן הראוי הוא לפסוק שמשלם המיסים הישראלי יתמוך בכך ויממן זאת. אין לשום אמרגן בין יחיד בין תאגיד זכות קנויה לתמיכה מתקציב המדינה. ייתכן מאוד שיש במדינה אמרגנים רבים שגם הם מפיצי אמנות ואינם מקבלים תמיכה מאת המדינה אלא המימון מתבצע מהתשלומים של צרכני האמנות ; וייתכן שלא עלה על דעתם לבוא ולתבוע מאת המדינה שתתמוך באמנותם. אם אין המשיבים רשאים לבחור במי לתמוך, הרי כל אמרגן בין יחיד בין תאגיד, בין מציג בשפה עברית בין בשפה זרה, יוכל לבוא ולטעון שאין לשלול את חלקו בתקציב המדינה עקב סוג המוסיקה או האמנות שהוא מפיץ, ואין אף להפחיתו עקב שפה זרה א כמו שאין להפלות את העותרת בשל התוכן הדתי. יכול אותו אמרגן אף לבוא בטענה כי יש להעדיפו על יצירות העותרת מבחינת תוכן הדברים. נראה לי אפוא כל מכל הטעמים האמורים אין מקום לצוות על המשיבים להקציב כספים לעותרת."

**התיכון האורתודוקסי**

העובדות: בשנת 2011 חוקק סעיף 3ב' במסגרת תיקון 40 לחוק סודות התקציב שכונה "חוק הנכבה". בסעיף זה נקבעה פרוצדורה להפחתת תקציב מגוף שקיבל תמיכה אך מציין את יום העצמאות כיום אבל או תומך בטרור, שולל את קיומה של המדינה כמדינה יהודית או דמוקרטית או מבזה את סמלי המדינה.  
הסעיף מתייחס לכל מי שמקבל תמיכה מהמדינה בלי להבחין בין קבלת תמיכה לתרבות, חינוך, בריאות, תחבורה או כל צורך אחר.

הטענות: בעתירה שהוגשה לפסלת החוק נטען כי פגיעה בתמיכות בגלל תכני פעילות של גוף נתמך פוגעת בחופש הביטוי.בתגובתם לעתירה טענו הממשלה והכנסת כי אין לראות בכך פגיעה בחופש הביטוי.

בית המשפט: בית המשפט נמנע מלהכריע האם שלילת תמיכה מהווה פגיעה בחופש הביטי ודחה את העתירה על הסף בעילה של חוסר בשלות מבלי לדון בעתירה לגופה.  
חוסר בשלות: אין מספיק מידע בשביל לדון, עוד לא עשו שימוש בחוק וצריך לבחון איך היה השימוש.

**אבנרי**

עובדות: בשנת 2011 נחקק "חוק החרם", הקובע כי גוף הקורא לחרם על מדינת ישראל יהיה חשוף לתביעה נזיקית מצד הנפגע, לרבות פיצויים עונשיים, וכן לסנקציות מנהליות:

בית המשפט: בית המשפט העליון קבע כי החוק פוגע בחירות הביטוי, באשר הוא "קובע סנקציות- אזרחיות ומינהליות- בשל התבטאות פוליטית". הטלת סנקציות נגד ביטוי יוצרת אפקט מצנן ובכך מקבילה את חירות הביטוי הפוליטית שמותרת רק במקרים חמורים. עם זאת, בכל הנוגע לשלילת תמיכות, השופט מלצר נטה להקל בעוצמת הפגיעה בזכות:

" הפגיעה ממניעת הטבות אותן מעניקה המדינה הינה באופן מובנה פגיעה במדרג שני (פחות חמורה), שכן שיקול הדעת המסור למדינה בבחירתה עם מי להתקשר ביחסים עסקיים, או במתן תמיכות כספיות הינו בעקרון רחב. כך, באשר לתמיכות כספיות, אשר מעניקה המדינה, נפסק לא פעם, כי אין לאדם, או לגוף, זכות קנויה לקבל מענקים מהמדינה".

**מה היחס בין אבנרי לאבו גוש?**

אין עדיין תשובה חד משמעית ברורה בשאלה האם שלילת תמיכות נתפסת כפגיעה בחופש הביטוי. השאלה מה מהווה פגיעה בחופש העיסוק בזיקה לתמיכות, אין תשובה ברורה וחד משמעית של בית המשפט- אחד אין, השני יש אבל במדרג נמוך והשלישי נמנעו מלהחליט. מה היחס בן הכרעות אלו לבין הלכת אבו גוש? בפסק דין אחד נקבע שיש פגיעה בחופש הביטוי, בשני שיש פגיעה בעוצמה נמוכה, ובשלישי נמנעו מלהכריע בשל חוסר בשלות.

**חופש הביטוי מול האינטרס הציבורי- האיזון האנכי**

**פרשת קול העם**

בשנות החמישים בזמן מלחמת קוריאה והחלוקה לדרומית וצפונית. ישראל, מקום המדינה לא תמכה פומבי באיזשהו גוש- ברית המועצות מול ארה"ב. בשלב מסוים שגריר ישראל באום מתבטא באופן פומבי בתמיכה בארה"ב. זה מעורר את זעמם של הגוש הקומוניסטי במדינה, המתבטאים כנד ההחלטה בעיתון. הממשלה מחליטה לסגור את העיתון.

פסק דין תקדימי זה שימש במשך שנים רבות הפרדיגמה של ההגנה על הזכות לחופש הביטוי, אף שימש פרדיגמה לאיזון אנכי. נתבונן בעיון , אם כן, בפסק דין זה:

מבנה פסק הדין

פסק הדין בנוי מארבעה פרקים:

1. דיון בחשיבותו התיאורטית של חופש הביטוי;
2. דיון בהנחיות ערכיות המתוות את היקף תחולתו במערכת המשפט;
3. דיון במבחנים הספציפיים להגבלתו של חופש הביטוי ;
4. יישום המבחנים על עובדות המקרה.

בפרק הראשון אגרנט מבצר שני עקרונות יסוד חשובים:

1. חופש הביטוי- החלטת בית המשפט הועמדה על בסיס עיוני רחב, ואינה מצומצמת אך לפירוש 'עלול' המופיע בפקודת העיתונות. היא מבוססת על ההכרה בקיומו של חופש הביטוי ועל תפיסתו כתנאי המוקדם למימושן של כמעט כל הזכויות האחרות.
2. האופי הדמוקרטי של המשטר- ההתבססות על אופייה הדמוקרטי של המדינה משמשת מקור השראה יצירת וטיפוחן של זכויות נוספות, כגון חופש ההתאגדות, כבוד האדם, חופש המצפון והדת, והשוויון . בנוסף, היא משמשת בסיס לעקרונות יסוד כמו הפרדת הרשויות ופועלת כעקרון פרשני לבירור תוכנם של חוקים.

בפרק השני מדגיש אגרנט את העובדה שעם כל חשיבותו של חופש הביטוי הוא אינו 'בן יחיד', ולפיכך יש צורך לבצע איזונים.

בפרק השלישי מעצב אגרנט את המבחן להגבלת חופש הביטוי (תוך שהוא קובע כי המבחנים השיפוטיים להגבלה זו יחולו רק במקום שהמחוקק לא קבע לה תנאים ברורים). שלב שלישי: מבחני האיזון- עלול מראה על קשר סיבתי, מה תנאי ההסתברות? אגרנט שוקל שני מבחנים שבמקור מארה"ב. הוא בוחר במבחן הסתברותי שיש וודאות קרובה. בהחלת הנסיבות של העניין נקבע כי אין התאמה לוודאות הקרובה.

באותו השלב, טובת הכלל עולה על פני זכויות אדם. הצעד של השופט מהווה צעד תקדימי. בפרשת קול העם מבחן הוודאות הקרובה מבוסס על הביטוי עלול. בפסיקה מאוחרת עיגנו את המבחן גם ללא הביטוי עלול בלשון. גם כשאין את העוגן הראשוני שלנ עלול, נכיל את המבחן ונדרוש קרבה לוודאות, שהיום זו פגיעה ממשית בזכות

מן הבחינה הטכנית מתמקד הדיון בסעיף 19 לפקודת העיתונות המעניק לשר הפנים כוח להפסיק פרסומו של עיתון מקום שהפרסום עלול לדעת שר הפנים לסכן את שלום הציבור הביטוי עלול מלמד על קיומו של קשר סיבתי בין הפרסום לבין הסכנה לשלום הציבור, אך אינו מגדיר את נוסחת הקשר המדויקת ומעניך לפיכך שיקול דעת לבית המשפט. הזדקקות לקשר סיבתי רחוק תגביר את כוחו של השר. הזדקקות לקשר סיבתי קרוב תגביר את חופש העיתונות. בית המשפט בוחן שני מבחנים:

1. הנטייה הרעה- די שהביטוי מגלה נטייה אפילו קלה או רחוקה לסכן את שלום הציבור.
2. הוודאות הקרובה- נדרש קשר סיבתי של 'קרוב לוודאי'.

אגרנט בוחר בנוסחת הקרוב לוודאי, הדורשת קשר סיבתי קרוב.

בפרקה הרביעי מחיל אגרנט את מבחן הוודאות הקרובה על הפרסומי נשוא העתירה, ומסיק כי בנסיבות העניין לא נתקיימה וודאות קרובה ששלום הציבור יופרע.

התרחבות הפרדיגמה של קול העם

* כאמור, העיגון הלשוני בחיקוק שהביא ליצירתו של מבחן הוודאות הקרובה היה הביטוי "עלול".
* הפסיקה מאוחרת בית המשפט מסביר כי המבחן יחול גם כשאין ביטוי כזה.
* למשל, בפרשת שניצר, הסביר כי "הגישה השיפוטית-פרשנית הנזכרת אינה מעוגנת אך בלשון "העלול" של תקנות ההגנה. היא משקפת גישה עקרונית למשקלם היחסי של ערכים בדבר ביטחון המדינה והסדר הציבור מזה וחופש הביטוי מזה, ולאיזון הראוי ביניהם".

**מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20**

העובדות: עתירה כנגד החלטת יו"ר וועדת הבחירות המרכזית האוסרת על חלוקה בחינם של גיליון המגזים הצרפתי "שרלי הבדו".

בית המשפט

הדיון התמקד בשאלה אם הגיליונות מהווים "מתנה" האסורה בחלוקה לפי סעיף 8 לחוק דרכי התעמולה("לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות").

נקבע שבמקרה הנדון מה שעומד לחלוקה הוא למעשה חופש הביטוי של העותרים, ולכן אין לנקוט גישה דווקנית בפרשנות האיסור על הענקת מתנה. גישה דווקנית תסתור את אמת המידה שאומצה החל בעניין קול העם לפיה חפש הביטוי ייסוג מפני ערך מוגן אחר (בענייננו- טוהר הבחירות ושוויון בין המפלגות) רק בהתקיים הסתברות "קרובה לוודאי" לפגיעה ממשית בו.

שימו לב: לא פסלו את החוק אלא פירשו בהתאם לאמות המידה שבקול העם, פסלו את מעמד הגיליון כמתנה.

לאור זאת נקבע שהאיסור נועד למנוע מתן מתנות שלגביהן קיימת ודאות קרובה למצער אפשרו תסבירה או ממשית לפגיעה ממשית או קשה בטוהר הבחירות, בשוווין בין המפלגות,

העובדות – מגזין ש"משפיל" את הנביא מוחמד מה שעורר את זעמם של המוסלמים והביא קיצוניים לטבח במשרדי העיתון. ישראל ביתנו רצו לחלק את העיתון בחינם בארץ בזמן מערכת בחירות, במטרה להראות על התנגדותם לקנאות דתית.

בית המשפט: לא נקבע כי החלטת ועדת הבחירות מהווה פגיעה קשה בחופש הביטוי, משום שאין פה שיקול דעת של הועדה, אלא ביצוע של החוק עצמו. בית המשפט נמנע גם מלפסול את החוק ופעל לפירוש המונח "מתנה" שמעוגן בחוק. בית המשפט קבע שחלוקת העיתונים לא מהווה מתנה לפי החוק. בית המשפט מביא למסקנה הזו שיש כאן פגיעה לא לגיטימית בחופש הביטוי- אנחנו לא רוצים מתנות משום שזה עלול להשפיע בצורה לא הוגנת על הבחורים לבחור למפלגה כלשהי, אך הוא תופס את ההחלטה כפוגעת בחופש הביטוי. ולכן בית המשפט לא פוסל את ההחלטה בנסיבות העניין אלא את המונח מתנה מנסיבות העניין ומכאן שההחלטה נפסלת.

**האם יש עילות נוספות להגבלת חופש הביטוי? חוץ מהגנה על הביטחון ושלום הציבור?**

האם יש נוסחאות איזון פחות מחמירות? האם יש עילות נוספות להגבלת חופש הביטוי?

הגנה על סמלי המדינה. סעיף 5 לחוק הדג, הסמל וההמנון תש"ט 1949: הפוגע בכבוד דג המדינה או גורם פגיעה לכבודו דינו מאסר או קנס או שניהם .

**הגנה על סמלי המדינה**

העובדות: בתוכנו הרדיו יומן השבוע נכלל ריאיון עם הרב חיים מילר, סגן ראש עיריית ירושלים וממלא מקומו. בין שאר דבריו אמר מילר:

ילד חרדי גודל בזה שהוא ציוני יותר מכל אחד אחר. הוא מתפלל 3 פעמים על ירושלים ביום, הוא מברך ברכת המזון – כל קטע שני מתחיל עם ציון. ציון וציון וציון. אז אין ספק שציונות אפשר לפרש אותה מה זה ציונות. יום השואה אפשר לפרש אותה מה זה יום השואה. הרי לעמוד דום בזמן שיש אזעקה זה לא מדינת ישראל קבעה את זה זה חוקות הגויים. בצפירה אומרים קדיש ואז הילדים אומרים אמן, וחושבים ומזכירים ואומרים את אל מלא רחמים לאותם מליוני נשמות שנספו בשואה. זה לא תוכן אחר, זה לא תוכן רוחני, זה לא הרבה יותר אמיתי מאשר לעמוד דקה, את הדקה הזאת, או הדגל שהוא סך הכל ביטוי של **מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו**?"

העותר ביקש לפתוח חקירה משטרתית בשל פגיעה בסמל לאומי: דגל מדינה. היועמ"ש מסרב בלפתוח חקירה בשל הטענה שפתיחת חקירה לא רק מהווה פגיעה בחופש הביטוי אלא תיצור סערה ומחלוקת ציבורית שתוביל לפגיעה ברגשות הציבור. אי הגשת כתב אישום תפגע פחות מאשר הגשת כתב אישום.

אומר השופט חשין:

"תיאור דגל ישראל כ"מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו" עולה, לכאורה, כדי עבירה של פגיעה בכבוד דגל המדינה".

"דגל ישראל אין הוא סך הכול ביטוי של מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו. דגל ישראל הוא אני ואתה ואת, הוא והיא, הם והן, אנחנו וילדינו. וגם מי שהלכו ולא ישובו אלינו. ואנו כולנו, אין אנו סמרטוט. הרב מילר עבר (לכאורה) עבירה שבין אדם לחברו. עבירות שבין אדם למקום, יום הכיפורים מכפר. עבירות שבין אדם לחברו אין יום הכיפורים מכפר עד שירצה את חברו: יבקש סליחה מחברו וחברו יתרצה ויסלח לו. הרב מילר לא ביקש סליחה ולא ריצה את זולתו".

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.

השיקול להגבלת חופש הביטוי מתוך שיקולים לאומיים. אלא שחשין טוען כי השיקול הוא מניעת פגיעה ברגשות. הוא מעביר מפרשנות של פגיעה במדינה לפגיעה ברגשות הפרט- מחשיבות הסמל עבור המדינה לחשיבותו עבור האזרחים כפרטים.

האם זו באמת כוונתו המקורית של החוק? לטעמו של גידי, התשובה היא לא. החוק נועד למנוע ביזוי של סמלי המדינה, לא פגיעה ברגשות הציבור.

אם לא, מדוע חשין מפרש כך? כדי לשמור על רגשות הציבור. בסופו של דבר חשין מצטרף לעמדת שני השופטים האחרים, מצא וברק, ודוחה את העתירה משני טעמים:

1. הרב מילר לא אמר דברים שאמר בכוונת זדון.
2. עלינו לא לחתור תחת שיקול דעת היועמ"ש אלא במקרים חריגים.

**חופש הביטוי מול זכויות אחרות**

דיברנו מקודם, על חופש הביטוי עם אינטרס ציבורי, עכשיו נדבר על התנגשות בין חופש הביטוי לזכויות ומה התפיסה היום?

יש מקרים בהם חופש הביטוי מתנגש עם זכויות אדם אחרות, באופן ספציפי ההתנגשות תהיה בדרך כלל בפגיעה בזכות השם טוב ובפרטיות. והשאלה איך נאזן במקרה כזה?

**חברת חשמל נ' הארץ**

שופט שמגר העלה טענה שלפיה במקרה של התנגשות בין חופש הביטוי לשם טוב, מן הראוי להעדיף את הזכות לחופש הביטוי. לאחר ערעור הדעה נמחקה ולאחר כמה זמן הדעה הועלתה שוב ובסופו של דבר הפכה להלכה.

**פלוני נ' דיין- אורבך**

כך למשל אמר השופט ריבלין: הזכות לחופש הביטוי גוברת על הזכות לשם-טוב, במיוחד שמדובר באנשי ציבור או בעל אינטרס ציבורי. הבסיס לדבריו נמצא בפרשת אבנרי נ' שפירא.

" עמדתו של השופט שמגר אומצה בפסיקה מאוחרת יותר שבמסגרתה הכיר בית המשפט הזה בצורך להקנות יתר משקל לחופש הביטוי לעומת הזכות לשם טוב; במיוחד כך מקום שבו מדובר בפרסומים בעניייני ציבור או בפרסומים העוסקים באישי ציבור.. בתחרות שוות- משקל תגבר תמיד חירות הביטוי(פסקה 77).

**אבנרי נ' שפירא**

העובדות: ספר אודות ח"כ לשעבר, שפירא, עמד להתפרסם. יומיים לפני הפרסום ביקש שפירא וקיבל צו זמני לאיסור פרסומו של הספר. בתביעה שהוגשה למחרת נטענה טענת לשון הרע, מבלי ששפירא ראה את הספר. בקשתו של שפירא לעיין בספר מכוח תקנות 114 117- לתקנות סדר הדין האזרחי נתקבלה על ידי בית המשפט, אולם אבנרי סירב בטענה שבעיון מוקדם יש משום צנזורה מוקדמת ופסולה של פרסום עתידי. בא כוחו של שפירא ביקש לעשות שימוש בתקנה 122 לסד"א המאפשרת למחוק כתב הגנה של בעל לדין שאינו מקיים צו לעיון. בית המשפט לא ראה דרך אחרת אלא למחוק את כתב ההגנה.

כשנמחק כתב ההגנה, ביקש שפירא שיינתן פסק דין לזכותו ואכן ניתן לו צו מניעה קבוע, האוסר את פרסום הספר. אבנרי ערער לבית המשפט. התביעה היא תביעה על בסיס המידע שנמסר לשפירא אודות מה שנמסר לגבי תחולת הספר.

בית המשפט: קיבל את הערעור.

יש התנגשות בין חופש הביטוי לשם טוב. לכאורה אומר ברק כי יש נוסחת איזון שהוא חוק לשון הרע, אז איפה בכלל נשאר מקום לשיקול דעת של בית המשפט? לפעולת איזון של בית המשפט להתנגשות?

יש התנגשות- "אכן, בין שמו הטוב של אדם לבין חופש הביטוי, קיים מתח בלתי פוסק. כאשר הפרסום פוגע בשמו הטוב של אדם, ש להכריע באשר לערך אשר ידו תהיה על העליונה. יש ליתן משקל לערכים השונין, ולאזן ביניהם בנקודת החיכוך".

לכאורה המחוקק כבר קבע נוסחת איזון? "ישאל השואל: משנקבע האיזון בין ערכי היסוד המתחרים על ידי המחוקק, היש עוד מקום לאיזון שיפוטי בין הערכים המתנגשים ? אכן, עד כמה שהבעיה המשפטי נפתרת על ידי האיזון בין הערכים המתחרים שנקבע על ידי המחוקק, על השופט לפעול על פי איזון זה. אין מקום לאיזון שיפוטי מתחרה או נוגד. אך רבות הן הבעיות המתעוררות, ואזר האיזון החקיקתי אין בו כדי להכריע בהן. במצבים אלה נדרש איזון שיפוטי. מצבים אלה מגוונים. במסגרת הערעור שלפנינו, יש לעמוד על שני מצבים טיפוסיים:

המצב הטיפוסי הראשון הוא זה, בו מתעוררת שאלה הקשורה בפירוש הוראה הקבועה בחוק איסור לשון הרע עצמו, או חיקוק אחר המסדיר את התחרות בין שם טוב לבין חופש הביטוי, כגון ההוראה בענייני ציוויים בפקודת הנזיקין או ההוראות בעניין גילוי מסמכים שבסדר הדין האזרחי."

מצב טיפוסי שני בו נדרש איזון שיפוטי בין הערכים המתנגשים, הוא מקום שהוראת החוק המאזנת בין הערכים המתנגשים מעניקה(במפורש או במשתמע) שיקול דעת לשופט (..) בענייננו, מתן ציווי לשעה לשם מניעתו המוקדמת של הפרסום, נתון לשיקול דעת שיפוטי, מתן צו לגילוי מסמכים, ניתן לשיקולו של בית המשפט".

פעולת האיזון תתאפשר גם במצב שהמחוקק הסדיר פעולה מסוימת או בשני מקרים נוספים המקנים שיקול דעת למרות הסדרה על ידי המחוקק:

1. יש הוראה בחוק או חיקוק המסדיר את האיזון בין הזכויות.
2. מצב טיפוסי של התנגשות בין ערכים מתנגשים, הוא מקום שנותן שיקול דעת משתמע או מפורש של ביהמ"ש.

איך באה לידי ביטוי ההעדפה של חופש הביטוי בפרשת אבנרי?

בית המשפט טעה בשלילה של האפשרות מוקדמת בדרך של מתן ציווי לשעה או בדרך של צו גילוי.

מהו הנימוק של ברק בהעדפה?

ברק חרד לקיומו של חופש הביטוי, זכות זו כל כך חשובה וחיונית ובמקרים כאלו יש לפעול לטובת חופש הביטוי ולא לרעתו. ברק מגלה עקביות מרשימה ולאורך כל הדרך, ברק מגן בחירוף נפש על הזכות לחופש הביטוי.

מניעה מוקדמת של ביטוי גם כשמהצד השני עומדת הזכות לשם טוב, לא אינטרס של המדינה, מניעה מוקדמת כזו תתקיים רק במקרה כזה של קרבה לוודאות לפגיעה חמורה בזכות לשם טוב.

נראה המעמד בשל חוסר שימוש במנגנון האופקי- כיאה למקרים בהם יש שני ערכים שווי מעמד, אלא בוצע שימוש במבחן האיזון האנכי שהוא מבחן של שני ערכים לא שווים- בית המשפט התייחס בזכות לחופש הביטוי כזכות חשובה יותר מהזכות לשם טוב- יש מדרג לזכויות השונות כשיש מדרג של חופש הביטוי מעל הזכויות האחרות.

מהי המשמעות של הלכת אבנרי?

ברק קבע כי מניעה מוקדמת של ביטוי, גם כאשר מן הצד השני עומדת הזכות לשם טוב (ולא אינטרס של המדינה כמו סדר ציבורי או ביטחון), תיעשה אך ורק במקרה של "וודאות קרובה לפגיעה חמורה" בזכות לשם טוב. (למעשה, הוא מפעיל איזון אנכי בין הזכויות כדי להעדיף את חופש הביטוי).

האם ההעדפה של חופש הביטוי ממשיכה להיות לגיטימית גם לאחר שדרוגה של הזכות לשם טוב במסגרת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו? לא ניתן לשנות את הדין הישן, אלא ניתן לפרש לאור חוקי היסוד החשובים.

**גנימאת נ' מדינת ישראל**

ברק- "המקרה השני שבו ניתן להצביע על השלכותיהם של חוק היסוד החדשים על הדין הישן, הוא זה הכרוך בהפעלת שיקול דעת שלטוני.. מן המפורסמות הוא כי שיקול דעת שלטוני צריך להגשים את תכלית החקיקה. העיון מחדש בתכלית החקיקה הישנה גורר אחריו אפוא גם הפעלה מחודשת של שיקול הדעת במסגרתו... בדומה, המעמד של הזכות לשם הטוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פרסומים שיש."

יכול להיות שהגיע הזמן לשנות את זה מכיוון שהזכות לשם טוב שודרגה מול חוסר שדרוג של חופש הביטוי. אולי השדרוג מצריך חשיבה מחודשת על דרך האיזון בין הזכויות.

**פלוני נ' פלונית**

העובדות: ערעור על פסק דין של המחוזי בו נתקבלה תביעת המשיבה למתן צו מניעה קבוע לפיו ייאסר על המערער לפרסם ולהפיץ ספר שכתב, המגולל את מערכת היחסים האינטימית שהתקיימה בין הצדדים.   
עיקר הדיון נס אודות שאלת האיזון הראוי בין הזכות לחופש הביטוי וחירות היצירה מזה ובכללה היצירה האוטוביוגרפית, מול הזכות לשם טוב.

בית המשפט: השאלה המתעוררת היא איך מאזנים בין חופש הביטוי וחירות היצירה לבין הזכות לשם טוב?

השופט סולברג דוחה את הערעור, מקבל את עמדת הגברת, ובהסכמת שאר השופטים הוא מצטט דבר השופט עמית בפרשה קודמת: העדפה של חופש הביטוי מול הזכות לשם טוב\ פרטיות, העדפה הזו כבר לא רלוונטית משעה שזכויות הללו שודרגו במובהק במסגרת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

איך יש לאזן?

" אין עסקינן בהשוואת משקלן של שתי הזכויות החוקתיות עצמן, קרי- משקלה של הזכות לפטריות מזה ומשקלו של חופש הביטוי מזה. שנה היא השאלה העומד להכרעתנו וממילא מצומצמת בהיקפה: האם משקלה של התועלת השולית שתצמח כתוצאה מהתממשות זכות אחת רב מהנזק השולי שייגרם לזכות האחרת(פסקה 120) "

דרך האיזון נשמעת כמו המבחן האיזון השלישי במידתיות: יש שימוש בטרמינולוגיה שלוקחת אותנו למבחני המידתיות, וזאת אולי ההזדמנות להגיד משהו על מה עושים היום כשיש התנגשות בין שתי זכויות?

באמת לאחר חקיקת חוקי היסוד וכניסת מבחני פסקת ההגבלה לסדר היום, היו שופטים ביניהן דורנר שטענו כי מבחני פסקת ההגבלה לא מתאימים לאיזון בין שתי זכויות משום שאין הבחנה בין הזכות לנפגעת לזו הפוגעת. בהכנסת מבחני המשנה למבחן המידתיות השלישי, הפכנו את מבחני המידתיות כמאפשרים איזון בין הזכויות.

ואיך מאזנים בפועל?

"בקביעת משקלן של הזכויות המונחות על כף המאזניים. יש להתייחס לשלוש אמות מידה: חשיבותה של הזכות; להסתברות הפגיעה או הגשמתה של הזכות ; ולעוצמת הפגיעה או ההגשמה(פסקה 122).

שימו לב: נוסף על השינוי במעמדן היחסי של הזכויות, יש שינוי גם במנגנון האיזון (שימוש במונחים ממבחני המידתיות).  
מטרת הבחינה היחסית המבחן האיזון השלישי(מידתיות) למצוא פשרה, ולאזן בין זכויות: זו ההצעה של גידי לעניין זה. כלומר, שאנחנו לא חייבים להכרח לאזן רק בין אינטרס לזכות, אלא שאפשר לאזן גם בין זכות לזכות.

**באופן עקרוני אין מניעה להשתמש במבחני המידתיות גם במקרה של התנגשות בין שתי זכויות.**

**תקשורת ציבורית- שלטון במה ודובר**

התקשורת הציבורית יש לה שלושה מאפיינים:

1. שלטון
2. במה- מקום שבו ניתן להתבטא
3. דובר- גם בפני עצמה יש לה זכויות של דובר

נצטרך לראות איך מתוך ריבוי הפנים של גוף התקשורת אנחנו מגיעות לאיזון הנכון בשאלות של חופש הביטוי.

**כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**

גופים מנסים לצמצם כה שיותר את החשיפה של כהנא לציבור.

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 דבר הסתה נגד אזרחים ולהצהרות הפוגעות במדינת ישראל והמנוגדות לעקרונות מגילת העצמאות.

בהתאם, מקם שאירועים הקשורים בעותרים היוו לדעת רשות השידור "ערך חדשותי מובהק" הם שודרו. לעומת זאת, בכל הנוגע לדעותיהם, השקפותיהם ועמדותיה הפוליטיות של העותרים לא שודרו. כמו כן, לעותרים לא התאפשר להגיב על דעותיהם, השקפותיהם ועמדותיהם של גופים פוליטיים אחרים, המתקיפים את עמדות העותרים.

הטענות: העותרים טענו כי אי- שידור דעותיהם והשקפותיהם פוגע בחופש הביטוי שלהם ושל ציבור בוחריהם.

**המציאות הייחודית:**

בית המשפט מבהיר כי מדובר כאן בשלטון, רשות השידור יש לה סמכויות שלטוניות, אשר מבקש להגביל חופש ביטוי של אזרח, כחבר הכנסת. אבל הרשות השידור בעלת סמכות מיוחדת:

* לרשות עצמה יש חופש ביטוי עליו ראוי להגן- יש לה את הסמכות להתבטא באופן שבו היא מבינה.
* הרשות משמשת צינור באמצעותו ניתן להתבטא.

רשות השידור נהנית מחופש הביטוי כמו כל אדם אחר המבקש להשמיע את דעות שלו. זהו חופש הביטוי של רשות השידור. אולם, רשות השידור חייבת להבטיח את חופש הביטוי של זולתה. זהו חופש הביטוי באמצעות רשות השידור. ההיבט הראשון משקיף על רשות השידור כעל דובר. ההיבט השני משקיף על רשות השידור כעל במה- מעין פינת רחוב אלקטרונית- שמעליה מוצא ביטוי חופש הביטוי של דוברים ושל שומעים, ובעייתה הכללית של רשות השידור היא במציאת איזון בין זכותה לדובר לבין חובתה כבמה.

התסריט הפשוט והרגיל זה כשאדם רוצה להתבטא, השלטון מגביל אותו. אך המקרה הייחודי משום שנוספים שני שיקולים, משום השלטון הוא דובר- יש לו את השיקול מה להשמיע ומה לא להשמיע וגם משמש כבמה. כדובר יש הרחבה של שיקול הדעת וכבמה יש צמצום של שיקול הדעת.

חרף אזכור העובדה שלרשות השידור חופש ביטוי משלה, בית המשפט 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. חופש הביטוי יוגבל רק אם קיימת ודאות קרובה לסיכון.

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. חופש הביטוי מכיל אולי גם את חופש הביטוי לומר וגם לא לאפשר לומר.

* מונח שזכה להדגש הוא **חובת** **ההגינות**: בשל תפקידה כבמה, על רשות השידור להבטיח איזון בהצגת הדעות השונות. חובת ההגינות - מכיוון שרשות הציבור היא במה, על הרשות להבטיח איזון בהצגת הדעות השונות. דוקרטינית ההגינות הטילה החובה לאזן בין דעות מסוימות.
* חובת זאת עוגנה בחוק רשות השדור במסגרת סעיף 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".
* אומנם, ניתן לטעון שדוקטרינת ההגינות יכולה להטיל מגבלה מסוימת על פרסום.

**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?

השופטת נאור כתבה את חוות הדעת העיקרית של הרוב שדחתה את העתירה. במסגרת הדיון בשאלת התכלית היא הפנתה לדוקטרינת ההגינות והסבירה כי: השופטת נאור דוחה את העתירה ומבססת את דבריה על חובת ההגינות. ברגע שבו אתה מאשר תשדירי פרסומת של דעות פוליטיות זה יוצר הטיה וחוסר איזון בתפיסות החברה, זה מהווה הפרה של הפלטפורמה לשמירה על ההגינות.

" נקודת המוצא של דוקטרינת ההגינות היא שבכל הקשור לחפש הביטוי באמצעי התקשרות האלקטרונים כדוגמת הרדיו והטלוויזיה "שוק הרעיונות איננו שוק חופשי ויעיל"(פסקה 43)... 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 תא השוויון המהותי בין הביטויים הפוליטיים (פסקה 44) 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 ".

**הביטוי המסחרי- אי תחולה של חלק מהרציונלים**

**קידום נ' רשות השידור**

פס"ד זה הפותח סדרה של פסקי דין בהם בית המשפט דן בהתנגשות בין חופש הביטוי המסחרי לבין הטעם הטוב.

העובדות: בפרשת קידום, ביקשה העותרת לפרסם תשדיר פרסומת ברדיו בו נכללה הסיסמה "לך תצטיין". מנהל הרדיו פסל לשידור את הסיסמה בהסתמכו על סעיף 6 לתקנון שהוצא על ידי רשות השידור, המסמיך אותו לפסול תשדיר שאינו עומד באמת מידה של "טעם טוב". לדעת רשות השידור הסיסמה "לך תצטיין" מעוררת קונוטציה לקללה הגסה "לך תזדיין", והיא פוגעת ברגשות המאזינים שהם "קהל שבוי".

בית המשפט: בית המשפט מפי השופטת דורנר, קבע כי הביטוי המסחרי נכלל בחופש הביטוי. עם זאת דורנר מציינת כדלקמן: הביטוי המסחרי הוא חלק מחופש הביטוי, אך לא כל הרציונליים מתקיימים בהיקף לסוג ביטוי זה, ולכן ההגנה עליו חופש הביטוי המסחרי צריכה להיות מושפעת מהיקף הרציונאליים שמתקיימים.

"לא כל הרציונלים האמורים מתקיימים לגבי כל סוגי הביטויים באותה עוצמה. כאשר מדובר בביטוי שלא "נתפש" על ידי כל הרציונלים לחופש הביטוי, אפשר שהדבר יתבטא בהיקף ההגנה המשפטית על אותו ביטוי".

"על ביטויים פוליטיים חלים במידה הרבה ביותר כל הרציונלים לחופש הביטוי. על כן, בדרך כלל, אין להגביל ביטוי פוליטי אך בשל פגיעתו ברגשות. הגבלה כזאת עלולה לפגוע באושיות הדמוקרטיה. לעומת זאת, לא כל הרציונלים של חופש הביטוי חלים על ביטוי מסחרי. כך, למשל , הרציונל בדבר השמירה על ההליך הדמוקרטי אינו חל לגבי ביטוי מסחרי, או, על כל פנים, תחולתו לגביו מוגבלת. על כן, אין מניעה עקרונית מלהגביל ביטוי מסחרי הפוגע ברגשות הציבור. ואולם, הגבלה זו צריכה לעמוד במבחנים שנקבעו להגבלת חופש הביטוי, ובעניין זה אין להבחין בין ביטויים מסוגים אחרים לבין הביטוי המסחרי".

מהי אם כן לדעת דורנר האבחנה המעשית בין הביטוי המסחרי לביטויים אחרים?

נאדה!- האבחנה היחידה שהיא מציעה היא בין ביטוי פוליטי לביטויים אחרים. ביטוי מסחרי שאיננו כולל את כל הרציונלים מקבל הגנה שווה. חופש הביטוי הפוליטי מגן על הדמוקרטיה ולכן זכאי להגנה חזקה יותר. הדבר היחידי שיוצא מדבריה, הוא הבחנה בין הביטוי הפוליטי למסחרי. ללא הבחנה מעשית בהגנה.

**יפאורה נ' הרשות השנייה**

בפסק דין מאוחר יותר, שינתה דורנר את טעמה והסכימה כי מידת ההגנה הראויה לביטוי מסחרי נמוכה מזו הניתנת לביטויים אחרים.

שתי קביעות חשובות של דורנר:

1. "טוב טעם" אינו מושג קבוע ועומד בעל משמעות זהה בכל החברות ובכל הזמנים. הוא משתנה מתקופה לתקופה באותה חברה והוא שונה בחברות שונות. **"טוב הטעם" המהווה ערך מתחרה לחופש הביטוי משקף את הקונצנזוס הרחב המקובל בחברה הנאורה בישראל. בעניין זה אין להביא בחשבון רגשות של מיעוט, בין של אניני טעם ובין של בעלי השקפות פוריטניות קיצוניות".** טוב טעם- זה דבר משתנה לאורך הזמן וכשאני באה לבחון מהו הטעם הטוב של היום, אנחנו מסתכלים על הציבור הנאור, שזה הרכב השופטים.
2. פגיעה ברגשות שמספקת להגבלת חופש הביטוי חייבת להיות פגיעה קשה ומשמעותית, גם באשר לחופש הביטוי המסחרי.

**השופט חשין (בדעת מיעוט):**

כשמדובר בפגיעה ברגשות אין צורך לדבר על הסתברות- יש תשובה ברורה וחד משמעית ולא נכנסים למה רמת ההסתברות, מה מכריע את הקו היא לעומת הפגיעה ברגשות ולא ההסתברות.

"ביטוי מסחרי נכלל בגדרי חופש הביטוי. אך בצאתנו אל הדרך, ובבואנו לבחון את התגוששות האינטרסים בזירת המאבק, נדע להבחין בין הנפילים לבין קטני ארץ, בין אינטרסים ראשונים במעלה לבין אינטרסים נחותים מהם.. כעוצמת האינטרס כן תהיה עוצמת ההגנה ולא נרחיק לכת בהגנה על הפרסומת המסחרית אך באשר אחיה ואחיותיה הבכירים זוכים בזכויות בכורה".

"זה רדיו זה"? שאל הגשש, ודומני ששאלה תמיהה זו עשויה לספק לנו מבחן ראוי. חופש דיבור אינו פרע דיבור ואינו הפקרות דיבור. ודוק: לא נפסול ביטוי פלוני אך משום שאין הוא מחנך לטעם טוב.. הביטוי נפסל משום שנופל הוא מרמה ראויה- בתשדיר של פרסומת- ועל כך לא ידעת כיצד נקפיד עם הרשות".

ישימותו של מבחן הוודאות הקרובה ביחס לפגיעה ברגשות. דורנר:

" מבחן הוודאות הקרובה קובע אמת מידה שעל פיה תוערך מידת ההסתברות לכך שהביטוי יגרום לנזק. שונה הדבר כאשר מדובר בפגיעה ברגשות. פגיעה כזאת אינה אירוע עתידי שיש לבחון את ההסתברות להתרחשותו". (אנחנו יודעים שיש פגיעה ברגשות, השאלה היא מה עוצמתה)

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 בעמ' 690).

מאז חקיקת חוקי היסוד, כל עוד נפגעת זכות בהחלטה של הרשות המנהלית/מבצעת ולא בחוק, בוחנים אותה בפסקת ההגבלה.

**חקיקת ביטחון וחירום**

**חקיקת בטחון וחירום**

במדינות רבות, כוללת החוקה התייחסות לנסיבות שבהן המדינה תימצא במצב חירום, דבר שיחייב שינוי מההסדר המשפטי הרגיל. הבדל אחד הוא סכנה לקיום המדינה מתחילת יום הקמתה ועד היום. מדינת ישראל עד היום בסכנה להמשך קיומה. מצבי חירום יכולים להיות תוצאות של תולדה מתופעות טבע ולא רק במצב של סיכון לביטחון המדינה. מצבי החירום מתאפיינים בצורך לקצב ומהירות גבוהה של הרשות המבצעת לפעול במצב, זה מתבטא בהרחבת סמכויותיה של הרשות המבצעת על הרשות המחוקקת. ויכולה להיות הצדקה של הגבלת זכויות האזרח על השלטון. זה משנה את המאזן בתחום כללי המשחק- מערכת היחסים בין הרשויות ושינוי בהסדרים החוקתיים הקיימים.

פעם המצב היה ייחודי למדינת ישראל לפחות בעצימות שלו, והיום זה רלוונטי לחלק ממדינות העולם על רקע אירועי פיגועי מגדלי התאומים- היה שינוי תודעתי בגישה של לחימה בטרור והגנה על אזרחי המדינה, מה שהוביל לקביעת כלים וסמכויות רחבות יותר של הרשות המבצעת על הרשות המחוקקת והאזרחים, במטרה להילחם באותם סיכונים ביטוחוניים.

ישראל הפכה להיות כבעלת איזון ראוי בין מצב החירום לשמירת הכללים וזכויות האזרחיות.

**מהו מצב חירום?**

נהוג לתאר מצב חירום כאירוע בודד או רצף של אירועים המקושרים למצב חריג, המאיים על קיום המדינה או על חוסנה. הדוגמאות המובהקות למצבי חירום הן מלחמה, מרד, משבר כלכלי ואסון טבע.

**מה נדרש במצב חירום?**

במצבים כאלה עשויה להידרש העצמת כוחן של הרשויות, תוך הגבלה של חירויות הפרט, כדי שהמדינה תוכל להתמודד עם המצב החריג.   
במצבי חירום יש צורך ב:

1. קביעת כללים- מתי משתמשים ואיך, וכולי.
2. מנגנון בקרה של בית המשפט וקיבעת ההיקף של הביקורת על מנגנוני והכלים המצויים בזמן מצבי חירום.

**כמה זמן נמשך מצב החירום?** הנחת היסוד היא שמצב החירום הוא זמני מטבעו ושעם תומו תחזור המדינה למשטר הרגיל של ימי שלום.

**ואיפה ישראל בסיפור הזה?**

תמונת המצב המשפטית בסוגייה זו בישראל אינה תואמת את הפרדיגמה האמורה, במובן זה שבדומה למדינות דמוקרטיות-ליברליות לא מעטות נוספות, מצב החירום בישראל אינו זמני. מאז הקמתה ועד היום המדינה פועלת תחת הכרזה קבועה של מצב חירום.

כבסיס לכך שימש תחילה סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט - שנחקקה מייד לאחר ההכרזה על הקמת המדינה - אשר קבע כדלקמן: אם ייראה הדבר למועצת המדינה הזמנית, רשאית היא להכריז כי קיים במדינה מצב של חרום.

ב19 במאי, סמוך לאחר חקיקתה של פקודת סדרי השלטון והמשפט, הכריזה מועצת המדינה הזמנית על קיומו של מצב חירום ומעולם לא ביטלה אותה.

בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: הממשלה, שנכנס לתוקף בשנת 1996. חוק היסוד ביטל את סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אך קבע במקומו את סעיף 38 לחוק היסוד, המסמיך את הכנסת להכריז על קיומו של מצב חירום, כשמשך כל הכרזה על מצב חירום יוגבל לתקופה שאינה עולה על שנה אחת, תוך מתן אפשרות לחזור ולהכריז.

**האם התיקון האמור שינה את המצב?**

המעבר ממנגנון הכרזה שאינו מוגבל לזמן למנגנון המגביל את תוקפה לשנה אחת לכל היותר לא הביא לשינוי בשטח, שכן מאז ועד היום מכריזה הכנסת מידי שנה על קיומו של מצב חירום.   
בשנת 1999 עתרה האגודה לזכויות האזרח בישראל לבג"צ בבקשה שיורה על ביטולו של מצב החירום, בטענה שהמשך קיומו של מצב חירום לאורך תקופה כה ארוכה איננו סביר.   
הדיון בעתירה התמשך, בהפסקות, על פני כ13 שנים ובסופו של דבר פרסם בית המשפט ב8 במאי 2012 את החלטתו לדחות את העתירה.

**האם לא חל כל שינוי במהלך השנים?**

ב50 השנים הראשונות לקיומה של המדינה שימשה ההכרזה על קיומו של מצב חירום כבסיס הפורמלי והמהותי לחקיקת החירום שנהגה בישראל. באופן פורמלי, התוקף של חלק נכבד מחקיקת החירום הותנה בהכרזה על קיומו של מצב החירום. באופן מהותי, מצב החירום שימש "הצדקה" לחיזוק הרשות המבצעת על חשבון המחוקק ולהסמכתה באופן גורף לפעול תוך הגבלה של זכויות אדם, וזאת, גם ביחס לדברי חקיקה שתוקפם לא הותנה באופן פורמלי בהכרזה על קיומו של מצב חירום.

החל מתחילת המאה ה-21 לערך **ניכר שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל**, המתבטא בעיקר בשלושה אלמנטים:

1. מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית של הכנסת,
2. החקיקה יורדת לפרטים ואינה מסתפקת בהסמכה כללית
3. החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום, להבדיל מהמצב שהיה עד לתחילת המאה ה21 כשהסדרי החירום היו מותנים בקיומם של מצבי חירום.

בשיעורים הבאים נתאר את המבנה של דיני החירום בישראל, ואת השינויים שחלו בו במהלך השנים, תוך התמקדות בדיני החירום המטפלים באיומים בטחוניים, חיצוניים ופנימיים. בנוסף, נתאר את תרומתו של בית המשפט העליון לעיצוב דיני החירום ולשינוי שחל בדרך ההסדרה של הנושא, ונבחן עד כמה השפיעה המהפכה החוקתית על שינויים אלו.

**א. היובל הראשון –הסדרים מנהליים המעוגנים בהכרזה על מצב חירום**

את חקיקת החירום בישראל נהוג היה לחלק בעבר לשלוש מסגרות בסיסיות:

1. תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (חקיקה מנדטורית).
2. תקנות שעת חירום המותקנות על ידי שרי ממשלה לתקופה של שלושה חודשים על פי סעיפים 38-39 לחוק יסוד הממשלה (חקיקה מנהלית).
3. חקיקת-חירום של הכנסת העשויה להיות מוגבלת בזמן או מותנית בהמשך קיומו של מצב חירום (חקיקה ראשית של המחוקק הישראלי)
4. **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**תקנות ההגנה מהוות ירושה מתקופת המנדט ועל-כן הן דין החירום הותיק ביותר בשיטתנו המשפטית. הן הותקנו בשנת 1945 על רקע התרופפות האחיזה בארץ-ישראל של שלטון המנדט הבריטי. בניסיון להחזיר לידיהם את השליטה בארץ, התקינו הבריטים קודקס מפורט המעניק לשלטונות המנדט סמכויות מרחיקות לכת. **הם יוצרים מערכת חקיקה הפוגעת בצורה קשה ומהותית בזכויות האדם. לקציני הצבא סמכויות נרחבות לפגוע בזכויות חופש הפרט.**התקנות מעניקות לרשות המבצעת, ובפרט למפקדים צבאיים, סמכויות מרחיקות לכת. סמכות המפקד הצבאי מופעלת באמצעות צווים אשר לפי הוראה מנדטורית אחרת שנותרה בתוקפה(**סעיף 6(4) לדבר המלך**) כוחם עדיף על חוק, לרבות חקיקת הכנסת. במילים אחרות, לקציני צבא ניתנת סמכות לפגוע פגיעות חמורות בחירויות הפרט אף אם הדבר כרוך בהפרה של חוקי הכנסת.

**ומה קרה אחרי קום המדינה?**חרף מקורן של התקנות מתקופת המנדט, וכשהותקנו נשמעה ביקרות חריפה על הפגיעה בזכויות הפרט, למרות זאת הן מואמצות והפוכות להיות חלק מהמערכת המשפטית של המדינה. חרף מקורן המנדטורי והביקורת החריפה שנמתחה עליהן עם התקנתן על-ידי היישוב היהודי בארץ ישראל, הוכרו התקנות עם קום המדינה, כדבר חקיקה ראשית, המהווה חלק אינטגרלי מן השיטה המשפטית הישראלית. זאת, מכוח מכוח הוראת המשכיות שנקבעה בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שנחקקה מייד לאחר קום המדינה:

המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה.

תקנות ההגנה לא רלוונטיות משום שהקומה מדינה דמוקרטית. התקנות הותקנו באופן דיקטטורי ולכן הן לא יכולות להיות כחלק מחוקי המדינה בשל היותן נוגדות את זהותה של מדינת ישראל.

***ליון נ' גוברניק***

מר ליון עתר לבית המשפט הגבוה לצדק כנגד ההחלטה (שהתבססה על תקנות ההגנה) להפקיע דירה שבבעלותו, לשם שיכונו של בעל משרה בכיר במדינת ישראל החדשה. פעולה זו נועדה לאפשר לבעל המשרה לגור בתל-אביב ולהשתלב בפעילותו של המרכז השלטוני שנמצא בה. ליון לא היה אמור לקבל פיצוי על תפיסת דירתו.  
סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948 קבע כי המשטר המשפטי במדינת ישראל יהיה מבוסס על המשכיות. עם זאת, קליטת המשפט הקיים הוכפפה לתנאי הבא: "עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".  
ליון טען כי לתקנות ההגנה המנדטוריות אין תוקף במדינת ישראל, כמתחייב מן השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה, וזאת בשל היותן בעלות "אופי דיקטטורי, אפילו אופי אנטי-יהודי עד כמה שהיו מכוונות להחניק את הישוב, את התפתחות הארץ על ידי יהודים ולבלום את העליה היהודית לארץ". על פי טענה זו, התקנות לא יכלו להיות חלק ממשפטה של ישראל "היות ומדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית ומדינה עברית".

שופטי ההרכב – הנשיא זמורה, המשנה לנשיא אולשן והשופט אסף - הכירו בטענה זו כטענה נכבדה, אולם, בסופו של דבר דחו אותה. גישתם העקרונית הייתה ששינויים מהותיים במצב המשפטי, להבדיל מתיקונים טכניים המתחייבים מהקמת המדינה, צריכים להיות מסורים בידי המחוקק.

לאור הטענה הזאת יצטרך בית-משפט זה קודם כל לקבוע שהתהווה שינוי מתוך הקמת המדינה, מהו השינוי, ולשקול אם השינוי הזה מצריך ביטול חוק מסוים, וכל זה יצטרך בית-המשפט לעשות בצורה של פסק-דין המכריז כי החוק אינו עוד חוק בר-תוקף. זהו בדיוק תפקיד המחוקק, ואין להניח בשום אופן שהמחוקק הישראלי בהזכירו את המלים "ובשינויים וכו'" נתכוון להעביר חלק מתפקידו לבתי-המשפט.

בהתאם לכך, מסקנתם של השופטים הייתה שפקודת סדרי שלטון ומשפט מתייחסת ל"שינויים טכניים כאלה אשר בלעדיהם אי-אפשר להפעיל את החוק אחרי הקמת המדינה ורשויותיה החדשות", כאלה ש"אינם מצריכים שיקול-דעת מיוחד".   
בית המשפט הפנה לסעיפים אחרים בפקודה מהם הוא ביקש להסיק את הפירוש המצמצם שבו בחר. אולם, מקריאת מכלול פסק הדין נראה ברר שהפנייה זו לא הייתה אלא הנמקה טכנית להכרעה עקרונית שקיבל בית המשפט - שלא על יסודה של החקיקה שבפניו: בית המשפט סבר שפסיקתו האמורה מתחייבת מתורת הפרדת הרשויות, עליה יש להקפיד דווקא במדינה צעירה כמדינת ישראל.

**האם זה אומר שכלום לא השתנה והשלטון במדינת ישראל רשאי לפעול כמו שלטונות המנדט?**

למרות שבפרשת ליון בית המשפט נמנע מלקבוע את בטלותן של תקנות ההגנה, הוא ניאות לפקח על הפעלתן. פיקוח זה נעשה בשני מישורים, המישור הפורמלי והמישור המהותי.   
בשנותיה הראשונות של המדינה הסתפק בית המשפט בפיקוח פורמאלי, אך עם השנים הוא החל להפעיל גם ביקורת שיפוטית מהותית, התפתחות שהגיעה לגיבושה המלא בשנת 1989, בפרשת שניצר.

***שניצר***

סעיף 87(1) לתקנות ההגנה קובע כדלקמן:

The censor may by order prohibit generally or specially the publishing of matters the publishing of which, in his opinion would be, or be likely to be or become, prejudicial to the defense of Palestine or to the public safety or to public order.

הצנזור הצבאי הראשי פסל – מכוח הסמכות הנתונה לו: – קטעים מכתבה הדנה בראש המוסד. הקטעים השנויים במחלוקת עסקו בשני נושאים:

* + ביקורת על פעילותו של ראש המוסד.
  + עיתוי החילופין בתפקיד של ראש המוסד .

הצנזור טען כי: הטלת דופי בראש המוסד יש בה פגיעה ביכולת התפקוד של המוסד, בכל דרגיו.   
פרסום הידיעה בדבר פרישתו הצפויה של ראש המוסד הנוכחי עלולה להוביל לזיהויו של ראש המוסד, ולהעמיד את בטחונו בסכנה ממשית.

השופט ברק קבע, בין היתר, כי הפירוש שיש לתת לתקנות ההגנה במדינת ישראל אינו זהה לפירוש שהיה להן בתקופת המנדט:

יישום המבחן על נסיבות המקרה הוביל את ברק למתן צו החלטי לטובת העותרים בשני העניינים.

"תקנות ההגנה הן כיום חלק מדיניה של מדינה דמוקרטית. הן צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית [...] ביטחון המדינה והסדר הציבורי אינם דוחקים ואינם שוללים את תחולתם של ערכי היסוד. הם משתזרים בתוכם, משפיעים על עיצובם ומתאזנים במסגרתם (פסקה 10)."

"בפירושן [של התקנות] יש לאזן בין ביטחון המדינה והסדר הציבורי מזה לבין חופש הביטוי מזה. **איזון זה משמעותו, כי ניתן להגביל את חופש הביטוי, כאמצעי אחרון, רק מקום שקיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה ובסדר הציבורי** (פסקה 17)."

יישום המבחן על נסיבות המקרה הוביל את ברק למתן צו החלטי לטובת העותרים בשני העניינים.

**ומה מעמד התקנות היום?**

התקנות טרם בוטלו, והצעות חוק המבקשות לבטלן לנוכח שיפור מה במצב הביטחוני, שהועלו מעת לעת, נדחו כולן. במהלך השנים, הוכנסה רפורמה בחלק מסמכויות החירום שנכללו בתקנות.   
רפורמה משמעותית אחת נעשתה באמצעות חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים). הרפורמה המשמעותית ביותר בוצעה בשנת 2016, עם חקיקתו של חוק המאבק בטרור, שנועד להחליף את מרבית החוקים והפקודות אשר הסדירו את עבודת מערכת הביטחון למאבק בטרור.

1. **תקנות שעת חירום**

בניגוד לתקנות ההגנה, שמקורן במחוקק הראשי המנדטורי ושתוקפן הינו לתקופה בלתי מוגבלת, תקנות שעת חירום מותקנות על ידי מחוקק המשנה ותוקפן מוגבל לתקופה קצרה – שלושה חודשים לכל היותר. הסמכות להתקנתן נקבעה לראשונה בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.   
בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: הממשלה, שכלל רפורמה מקיפה בשיטת הממשל בישראל: בצד רפורמה זו, נכללו בחוק היסוד חידושים נוספים, ובכללם ביטולו של סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. עם זאת, חוק היסוד שב ועיגן את ההסדר הקיים.  
 סעיף 38 לחוק היסוד, בגרסתו הנוכחית משנת 2001, מעניק לכנסת סמכות להכריז על קיומו של מצב חירום, (המוגבלת לתקופה שלא תעלה על שנה אחת).   
גם סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום שבה ועוגנה, והיא מופיעה בסעיף 39 לחוק היסוד.

**אז כלום לא השתנה?**

* לסמכות נקבעו מספר סייגים:
  + סעיף 39(ה) לחוק היסוד קובע כי לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.
  + בסעיף 39(ד) נקבע כי תקנות שעת חירום לא תוכלנה למנוע פנייה לערכאות, לענוש למפרע או לפגוע בכבוד האדם.

**לכאורה, לא נורא. הרי מדובר בהוראות שמתבטלות אחרי שלושה חודשים?**

* רק לכאורה
  + סעיף 39(ו) לחוק יסוד: הממשלה מסמיך את הכנסת להאריך את תוקפן של תקנות לשעת חירום – לתקופה מסוימת או עד שתחדל שעת החירום – בדרך של חקיקת ראשית, המאזכרת את התקנות בנוסחן המקורי או בנוסח מתוקן.
  + במשך השנים עשתה הכנסת פעמים רבות שימוש בסמכות זו.

**ומה עם פיקוח שיפוטי?**

בראשית שנות ה-90 של המאה ה-20 בית המשפט החל להציב לממשלה מגבלות משמעותיות בהפעלת הסמכות.

***פורז***

בתחילת שנות התשעים של המאה ה-20 נקלעה ישראל למצוקת דיור, כתוצאה מקליטתו של גל הגירה גדול ממדינות ברית המועצות (לשעבר). כדי להתמודד עם הבעייה, התקין שר הבינוי והשיכון את תקנות שעת חירום (תוכנית לבניית יחידות דיור) תש"ן-1990 שבהן נקבע מנגנון מקוצר לאישור תוכניות בניין עיר.

במקביל התנהל בכנסת הליך מזורז של חקיקה שנועדה לפתור אותה בעיה, אך למרות פניותיו של יו"ר ועדת הפנים של הכנסת לשר הבינוי והשיכון, כי יימנע מהתקנת התקנות לנוכח הליכי החקיקה, החליט השר להתקין את התקנות. החוק נכנס לתוקף שבוע לאחר התקנת התקנות.

עתירה כנגד התקנות שהגיש לבג"צ ח"כ אברהם פורז התקבלה. בית המשפט קבע כי: מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת.

1. **חוקי חירום עצמאיים**

נוסף על שתי הקטגוריות הקודמות, נושאים שונים הקשורים למצב החירום מוסדרים בשיטת המשפט הישראלית גם בחקיקה ראשית של הכנסת, שתוקפה מותנה בקיומו של מצב חירום.

ניתן לחלק דברי חקיקה ראשית אלה לשלושה סוגים:

1. **חוקי הארכה של תקנות שעת חירום**

בשנותיה הראשונות של המדינה הונהגה הפרקטיקה הזו בלי שניתן לה בסיס פורמלי בחקיקה, ועתירה שביקשה לערער על מעמדם של חוקי ההארכה כחקיקה ראשית נדחתה על ידי שופטי בית המשפט העליון (בג"צ 243/52 ביאלר שר האוצר).

בשנת 1992 עוגנה הסמכות האמורה בסעיף מפורש בחוק יסוד הממשלה.

**ב. חקיקת חירום מקורית של הכנסת**

חקיקה ראשית עצמאית וקבועה שאיננה מאריכה תקנות שעת חירום, אבל תוקף החוק כולו מותנה בקיום הכרזה על מצב חירום. קיימים שני דפוסים עיקריים בחקיקת החירום הקבועה:

**הסדר מפורט של תחום בטחוני.**

ככל החיקוקים מדברים וחלים רק על שטחי מדינת ישראל, ללא הקו הירוק. בניגוד לתקנות ההגנה המנדטוריות החלות על כל שטחי הארץ- כולל יהודה ושומרון.

בענייני זכויות אדם יש פער בין שטחי המדינה, לשטחי יהודה ושומרון (בשל ההחלה של התקנות המנדטוריות הפוגעות פגיעה מהותית וקשה בזכויות אדם).

דוגמא - חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, שהוזכר לעיל,אשר מסדיר את נושא המעצרים המנהליים של חשודים בעבירות ביטחוניות בישראל.

***פחימה***

השימוש במעצר מינהלי הוא צעד בעייתי מנקודת המבט של זכויות אדם. ההחלטה מתקבלת במעמד צד אחד, מבלי שהעצור ובאי כוחו נחשפים בפני מכלול הראיות המבססות את ההחלטה וממילא נמנעת מהם היכולת להתגונן באופן מלא. עם זאת, מדובר ב\בכלי הכרחי שמשמש במקרים רבים שבהם ניהול משפטי רגיל יגרום נזק כבד- חשיפת סודות, מתן זמן לעצור לפגוע בביטחון המדינה ושלום הציבור.

יש מחויבות להגנה על זכויות אדם, וחשד מתמיד ברשויות והמדינה לניצול לרעה בכוח הניתן להם. אך מצד שני, במיוחד במדינת ישראל, יש צורך להשתמש ככל שהסכנה גדולה יותר בכלים ואמצעים חריגים יותר, במטרה לשמור על שלום הציבור.

פרשת פחימה היא דוגמא אחת מיני רבות לניסיון של בית המשפט לשמור על המחוייבות לזכויות האדם בצד הצורך להגן על בטחון המדינה. פרשת פחימה מתארת את ההתנגשות בין שני הערכים- זכויות אדם מול שלום הציבור.

בפרשה זו אישרה השופטת פרוקציה (שבבסיסה היא שופטת ליברלית) את ההחלטה לעצור את המערערת במעצר מנהלי, במהלך הדברים היא חוזרת ומחדדת את ההלכה הנוהגת: במהלך הדברים היא משתמשת במבחן הקרבה לוודאות לגבי השימוש במעצר המנהלי. למרות המסוכנות הרבה שייחסה לפחימה, השופטת הייתה נכונה לשקול חלופה של מעצר בית, אך נציגי העותרת לא קיבלו את הבצעה הקונקרטית והצעתם החליפית לא עמדו בתנאים.

המעצר המינהלי הוא אפוא אמצעי חריג שיש להפעילו רק במצבים קיצוניים שבהם הסכנה לביטחון המדינה או הציבור הינה סכנה ממשית הקרובה לוודאות, ומקום שמערכת המשפט, על הסדריה המשפטיים המקובלים, אינה נותנת מענה לדרישת ההתמודדות עם סיכון כאמור. הפגיעה בחירות הפרט אגב שימוש באמצעי המעצר המינהלי מחייבת את בית-המשפט בעריכת פיקוח ובקרה יסודיים ומעמיקים כדי להבטיח שהוצאת הצו נעשתה כדין, וכי הוא מתחייב, בבחינת הכרח בלתי נמנע, להשגת תכלית השמירה על שלום הציבור (פסקה 9).

זה אוזכר בקשר לחקיקת חירום מקורית של הכנסת של הסדר מפורט בתחום הבטחוני- אשר מסדיר את הסוגיה באופן ממצה.

**2) חוק מסגרת, המסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות ולפרסם צווי ביצוע בתנאים המפורטים בחוק.**

זהו חוק קליפה בלבד, הוא מעביר את הסמכות להתקנת תקנות לרשות המבצעת.

דוגמא - חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, המקנה לשרי הממשלה סמכויות להסדיר את העיסוק באספקת מוצרים ושירותים, תוך פגיעה חמורה בחופש העיסוק ובזכויות יסוד אחרות.

האיסור על היבוא הפרטי של בשר ארצה, הפגיעה הזו הסתמכה על תקנה או על צו שהמדינה הוציאה מכוח חוק הפיקוח, בתוכו הוא לא קבע הסדר של השבר הקפוא אלא הוא הסמיך את הממשלה להתקין תקנות, מכאן שהממשלה יכלה לאסור והוציא צו מכוח חוק זה.

חוק זה, מעניק לממשלה סמכות דומה לסמכות שחוק יסוד הממשלה מעניק. הוא מעביר לממשלה את הסמכות ללא קביעת תקנות שיעגנו את שיקול הדעת שהיא צריכה להפעיל. לא נקבעים העקרונות האמורים להנחות את הרשות המבצעת אלא מועברת כל הסמכות לרשות המבצעת, זהו חוק מסגרת שלא מגביל בצורה מהותית את הרשות המבצעת.

דפוס החקיקה הזה מעניק לממשלה סמכויות הדומות במהותן לסמכות המוקנית לה - מכוח סעיפים 38-39 לחוק יסוד: הממשלה - להתקין תקנות לשעת חירום, במובן זה שבשני המקרים העיגון בחקיקה ראשית (או בחוק יסוד) מתמצה בהסמכה של הרשות המבצעת להסדיר את התחום מבלי לקבוע עקרונות שאמורים להנחות את שיקול דעתה ולהגבילו. במשך שנים ארוכות נהנו התקנות מכוח חוק הפיקוח מעליונות על פני חקיקה ראשית סותרת. בעקבות ביקורת קשה של בית המשפט העליון (בג"צ 256/88 מדאינווסט נ' מנכ"ל משרד הבריאות) תוקן החוק בשנת 1990, ונשללה סמכותם של השרים להתקין תקנות בניגוד לחוק (סעיף 46 לחוק).

*46. . . .*

*(ב) כל מקום שהוראה בחוק זה סותרת הוראת כל חוק אחר, ההוראה שבחוק זה – עדיפה .*

*. . .*

*(ג) לענין סעיף קטן (ב), "חוק זה" – למעט התקנות שהותקנו והצווים שניתנו על פיו.*

**ומה עם פיקוח שיפוטי?**

גם חלה התפתחות. בתחילת הדרך בית המשפט למעשה כמעט ולא התערב. בעשורים הראשונים של המדינה לא מנע בית המשפט את השימוש הנרחב מאד בצווים מכוח חוק הפיקוח.

משנות השמונים התפתחה ההלכה ונקבע שגם הסמכות והשימוש בצווים יכולים לעשות רק כשאין יכולת לעגן בחקיקה ראשית. יש שימוש בסמכות זו רק כשאין ברירה אחרת. מסוף שנות ה-80 השתנתה ההלכה, ובדומה לפסיקה בעניין תקנות שעת חירום, נקבע כי גם השימוש בצווים מכוח חוק הפיקוח, לשם הסדרת העיסוק בתחום כלשהו, יכול להיעשות רק כשיש מניעה מעשית לעגן את המדיניות השלטונית בחקיקה אך יש צורך דחוף בהחלתה.

גישה מצמצמת זו באה לידי ביטוי, בין היתר, ***בבג"צ 344/89 ח.ס.ה סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשיה והמסחר (1990)*** וביתר שאת לאחר חקיקת חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו, ***בבג"צ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים*** (1997) שברשימת הקריאה, ועליו לא נרחיב.

**ג. הוראות שעת-חירום בחוקים רגילים**

בנבדל מהקטגוריה הקודמת, שבה תוקפו של כל החוק מותנה בהכרזה על מצב חירום, בקטגוריה הנוכחית מדובר בחוקים רגילים שאינם מותנים כלל בקיום שעת חירום, אך מצויות בהם הוראות המאפשרות סטיה מעקרונות היסוד הקבועים באותם חוקים בשל קיום שעת חירום.

לדוגמא - ***חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951*** קובע את זכות העובד לחופשה, אך עד שנת 2006 הוא איפשר בסעיף 32 לחוק, לשר העבודה והרווחה לדחות בצו את מועד החופשה לגבי כל העובדים **בתקופה בה קיים במדינה מצב חירום**. חוק חופשה שנתית- יש הסמכה שמאפשרת לשר להחריג או לדחות אתה מועד במקרה הזה, בנסיבות של מצב חירום. החוק הוא רגיל אך מכיל מרכיב מסוים של סמכות חירום.

ב2006 תוקן החוק באופן שניתק בין הסמכות לדחיית מועד החופשה לבין ההכרזה על מצב חירום. עם זאת, הסמכות לדחות את מועד החופשה, הנתונה לשר בסעיף 32 לחוק, נותרה על כנה, במקרה שלדעת השר צורכי ההספקה מחייבים זאת.

**ב. המודל החדש – הסדרה בחקיקה ראשית שתוקפה אינו מותנה בהכרזה על מצב חירום**

עד כה תואר המצב עד המאה ה20, מכאן נתאר את התפתחות בעשרים השנה האחרונות. הנטייה והמגמה היא הסדרת הסמכויות בחקיקה ראשית, וכך צמצום פגיעה בזכויות האדם, אך מצד שני ההסדר הופכים להיות חלק מהמשפט, ללא הכרזה.

עד לתחילת העשור הראשון של המאה ה-20 התבססה הפעילות בתחום הבטחון בעיקרה על הסדרים שנקבעו על ידי הרשות המבצעת, כמעט ללא התערבות מצד המחוקק - אם מכוח הסמכות שהוענקה לממשלה בתקנות ההגנה ואם באמצעות תקנות שעת חירום.

כפי שציינו לעיל, חלק מהעניינים הוסדרו גם בחקיקה ראשית, אולם אלו היו ברובם חוקי הארכה של תקנות שעת חירום או כאלו שהעניקו לממשלה הסמכה כללית, מבלי לקבוע את העקרונות לפעולתה או להגבילה (כגון חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים).

עד לתחילת המאה ה21, הפעילות בתחום הביטחון התבססה על ידי הסדרים שנקבעו על ידי הרשות המבצעת, ללא התערבות המחוקק. חלק מהעניינים הוסדרו בחקיקה ראשית, אך גם כאן לא הייתה הסדרה על ידי המחוקק, אלא יש פה הארכה- שמה חותמת והעניקה מעמד לחוקים שהממשלה קבעה, או שהיה מדובר בחוקי מסגרת בלבד- המעבירים את כל החבילה לרשות המבצעת. כך שיצא שמי שקב א רוב ההסדרים הנוגעים למצב חירום, היא הרשות המבצעת.

בשנים האחרונות יש שינוי בדפוס ההתמודדות המשפטית עם צורכי הביטחון, המתבטא בשלושה אלמנטים עיקריים.

1. מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית של הכנסת
2. החקיקה יורדת לפרטים ואינה מסתפקת בהסמכה כללית
3. החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום

דוגמאות:

* בשנת 2002 התקבלו חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים וחוק שירות הבטחון הכללי,
* בשנת 2003 נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)
* בשנת 2005 נחקק חוק איסור מימון טרור.
* בשנת 2016 נחקק החוק למאבק בטרור, שתהליכי הכנתו החלו בשנת 2010. חוק זה ביצע רפורמה מקיפה בהסדרים המשפטיים בתחום זה שבמסגרתה בוטלו הסדרים רבים, ואחרים שונו ואוחדו תחת קורת גג אחת.

**השאלה היא: מה גם למחוקק להיכנס בעובי הקורה ולהתחיל להסדיר את ההסדרים בחקיקה ראשית? מה הוביל לשינוי?  
ומה גרם לו לבטל את הקשר בין חקיקת הביטחון להכרזה על קיומו של מצב חירום?**

1. **אי ההתאמה של דגם החירום למציאות המתמשכת**

דגם החירום הזה לא מתאים למציאות- דיני החירום כמו שנרמז בשם הוא מצב חירום, זהו זמן לא רגיל כשבאופייה היא זמנית ולא מתמשכת. דיני החירום צריכים להיות זמניים, כשסיום מצב החירום פוקע את הדינים והחזרת המסגרת לשגרה- לפעול לפי כללי השגרה.. מעבר לזה, עשים דברים הנתפסים כבעיתיים מבחינה דמוקרטית- הרחבת הסמכות בצורה מרחיבה מאוד את סמכויות הרשות המבצעת על פני המחוקקת- דינים אלו מתאפיינים בהאצלה מהמחוקק לרשות המבצעת של שיקול דעת חקיקתי וביצועי, פעולה שמוצדקת לאור דחיפותו של מצב החירום וחוסר הודאות הכרוך בו.

אך אם מצב החירום מתמשך - התמשכותו של מצב חירום מבטלת את חריגותו, והופכת את האיומים שעימם המדינה נדרשת להתמודד לחלק מן המצב הרגיל. לכן, גם אם מתברר שהאיומים שמולם נדרשת המדינה להתמודד מחייבים נקיטה של צעדים דרסטיים, לרבות פגיעה בזכויות אדם, ככל שההצדקה לנקיטתם של צעדים אלו הופכת לקבועה, מתבקש שהסמכויות שיותר למדינה להפעיל והכלים שבהם תוכל להשתמש יעוגנו בחקיקה ראשית מפורטת, שתוקפה אינו תלוי בקיומו של מצב חירום.

אם ההצדקה היא הצדקה קבועה לא ניתן להמשיך בהרחבת סמכויותיה של הרשות המבצעת. לא מדובר במערכה קצרת מועד אלא במאבק מתמיד כנגד איומים, יש צורך לעגן בדרך קבע, ומי שקובע את ההסדרים והחוקים זה המחוקק. ואז גם התנית ההסדרים במצב חירום מגוחכת, אין שום סיבה להמשיך ולהכריז על מצב חירום, כשהמצב הוא קיומי ושגרתי.

את המעבר המסתמן בישראל משימוש בדפוס של חקיקת חירום לדפוס של חקיקה רגילה ניתן אפוא להסביר בחוסר הנחת הגובר והולך בישראל מחוסר ההתאמה בין דפוס הטיפול באתגרים הביטחוניים לבין המציאות.

**האם ההסבר הזה משכנע?**

הוא לא משכנע בשל הסיבה שחמישים שנה הדגם פעל והצליח לעבוד- הדגם של חקיקת חירום של הרשות המבצעת שתוקפה מותנה בהכרזה על קיומו של מצב חירום היה דומיננטי בישראל לפחות יובל, מקום המדינה ועד ראשית שנות ה-2000., אז למי פתאום יש התעוררות? למה השינוי התחרש עכשיו? אם אנחנו מבינים שאנחנו לא במצב זמני שעומד לעבור, אלא במציאות קבע, למה עד כה דבקנו בדפוס הזה?

**מדוע השינוי התרחש דווקא בנקודת הזמן האמורה?**

נדמה שהדבר נעוץ בעתירה כנגד המשך ההכרזה על מצב החירום שהוגשה בשנת 1999, העתירה הייתה תלויה בבית המשפט במשך 13 שנים. בשנים אלו בית המשפט דורש ומקבל מהמדינה עדכון שוטף לגבי הפעולות שהיא נוקטת לביטול הקשר בין החקיקה הביטחונית לבין ההכרזה על מצב החירום. מתוך הבנה שבביטול אחד כל מערכת הדינים יקרסו, אלא יש צורך בהסדרת ההסדרים בחקיקה ראשית וכך גם לאחר הביטול זה לא יביא לשינוי דרסטי משום שההסדרים כבר מעוגנים בחקיקה ראשית.

בסופו של דבר העתירה נדחית, אבל לצד דחיית העתירה הוא מאפשר להכריז על מצב חירום, אך הוא קובע קיראת כיוון- יש צורך להסדיר את הדברים בחקיקה ראשית מאוזנת הלוקחת בחשבון איזון החקיקה.ב מהלך השנים אלו המדינה העבירה את מרכז הכבוד לחקיקה ראשית, תוך ניתוק מההכרזה על מצב חירום. בית המשפט לא מבטל את מצב החירום בשל הסיבה שרוב ההסדרים לא תלויים במצב החירום. השינוי שחל הוא כתוצאה מדחיפת בית המשפט לכנסת לשנות את המצב.

שנית, אמנם, כפי שציינו לעיל, בסופו של דבר העתירה נדחתה, אולם בהחלטתו לדחות את העתירה, בית המשפט שב והדגיש כי "אין להשלים עם השימוש שנעשה במשך השנים בהכרזה על מצב החירום במצבים בהם נחוץ היה להגיע לחקיקה עדכנית מאוזנת שאינה חקיקת חירום." את ההחלטה על דחיית העתירה נימק בית המשפט בין היתר בקיומו של התהליך האמור, שבמסגרתו מעגנת הכנסת בהדרגה את דיני החירום בחקיקה ראשית, תוך ניתוקם מההכרזה על מצב חירום.

1. **התחזקות ההתנגדות השיפוטית להאצלה הגורפת**

כוחו של בית המשפט התחזק על רקע חקיקת חוקי היסוד. התמקדנו בעיקר בסמכות של בית המשפט לבחון את חוקיותה של חקיקה ראשית. בחלקו הראשון של הקורס הדגשנו את התגברות כוחו של בית המשפט בעשורים האחרונים, על רקע חקיקת חוקי היסוד בעניין זכויות אדם והפרשנות שנתן להם בית המשפט.

התמקדנו בעיקר בסמכות שהקנה בית המשפט לעצמו לבחון את חוקתיותה של חקיקה ראשית. אולם, בצד ההוספה של חקיקה ראשית למעגל הביקורת, הובילה ההכרזה על המהפכה החוקתית גם לשדרוגם של שני עקרונות נוספים:

1. דרישה להסמכה מפורשת מהמחוקק כתנאי לפגיעה שלטונית בזכויות אדם;
2. דרישה לעיגונם של הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית, תוך צמצום סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לקביעה של הסדרים משניים.

שדרוג זה צמצם באופן ניכר את יכולתו של השלטון להתבסס על הדגם של הכרזה על מצב חירום, המעבירה את הסמכות לקביעת הסדרים מהמחוקק לרשות המבצעת, ו'אילץ' את המחוקק לעגן את ההסדרים בחקיקה ראשית מפורטת.

להלן נתאר את שני העקרונות ואת השימוש שעשה בהם בית המשפט בהקשר הבטחוני.

1. **דרישה להסמכה מפורשת**

***הוועד הציבורי נגד עינויים***

בפרשה זו הועמדו למבחן שיטות חקירה - החורגות מהמקובל בהליכים פליליים רגילים - שהפעיל שירות הבטחון הכללי כנגד חשודים בפעילות טרור.

העותרים טענו (בין היתר) שהמדינה אינה מוסמכת לעשות שימוש בשיטות חקירה אלו והמדינה מצידה הצביעה כמקור שעליו נשענת סמכותה בעניין על סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, המעניק לממשלה סמכות לעשות "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

בית המשפט דחה את עמדת המדינה וקבע כי "אין להסיק מהוראה זו סמכות לחקירה במובן בו אנו עוסקים בעתירות אלה . . . סמכותה ה"שיורית" של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. . . פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת."

פסק הדין גרר ביקורת ציבורית, אולם, ההלכה שנקבעה בו הופנמה במהירות. סמוך לאחר פרסומו חוקקה הכנסת את חוק שירות הבטחון הכללי, תשס"ב-2002, שהסדיר באופן מפורט את סמכויותיו של שירות הבטחון הכללי.

ברור שהכרעת בית המשפט בעניין הוועד ציבורי הייתה זו שהובילה להסדרה בחקיקה ראשית של תחום שנשלט במשך שנים ארוכות על ידי הרשות המבצעת, מכוח הסמכה כללית בלבד מצד המחוקק. מה שהיה הטריגר לשינוי הוא החלטת בית המשפט בפס"ד זה.

1. **דרישה לקביעת הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית**

בשנים הראשונות ניתנה לה התפיסה כדין רצוי, ללא הענקת שיניים ומשמעות מעשית. גם היקף תחולתו של הכלל היה מוגבל, ונגע בעיקר באיסור קביעת הסדרים בהתבסס על טיעונים דתיים או מתוך מטרה להגן על רגשות דתיים. בעשורים האחרונים כוח הכלל גובר, גם בנכונות של בית המשפט לעשות בו שימוש וגם להיקף הפריסה שלו- לא רק בנוגע לדת ומדינה.

בית-המשפט מחיל חזקה פרשנית שלפיה אין בכוונת המחוקק להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים, ועושה כל שביכולתו לפרש את ההסמכה שנתן המחוקק למִנהל באופן מצמצם, שלא יאפשר למִנהל להכריע בעצמו בסוגיות חברתיות חשובות או בעניינים הכרוכים בפגיעה בחירויות-יסוד. בית המשפט מכיל חזקה פרשנית בה הוא לא התכוון להסמיך את הרשות הנצבעת לקבוע הסדרים ראשוניים, ובית המשפט עושה כיכול שביכולתו לפרש בצמצום את הסכמות שניתנה למינהל, שלא יאפשר להכריע בסוגיות חברתיות חשובות או בעניינים הכרוכים בפגיעה בחירויות יסוד.

הכלל הופיע בגרסות שונות בפסיקתו של בית-המשפט העליון החל בשנותיה הראשונות של המדינה.

בין הפרשיות שבהן עשה בית-המשפט שימוש בחזקה הפרשנית בולט במיוחד עניין **רובינשטיין** משנת 1998, שעליו הרחבנו בתחילת השנה. לחיזוק במעמדו של כלל ההסדרים הראשוניים רלוונטיות ישירה להסדרי החירום בישראל. ככל שהסדרים אלו מעוגנים בחקיקת משנה מכוח הסמכה כללית בחקיקה ראשית, הם חשופים לסכנת ביטול על-ידי בית המשפט, מבלי שיידרש כלל לתוכנם, בנימוק שמדובר בהסדר ראשוני שהסמכות לקובעו לא הואצלה מהמחוקק לרשות המבצעת.

1. **הרחבת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת בעניינים בטחוניים**

* בצד התרחבות ההתערבות השיפוטית בסוגיית **הסמכות**, מגלה בית המשפט בעשורים האחרונים נכונות גוברת והולכת להתערב גם **בתוכן** ההחלטות השלטוניות בתחום הבטחון.
* בהתאם, ההסבר השלישי למעבר ההדרגתי להסדרה של סוגיות בטחוניות בחקיקה ראשית מפורטת תולה אותו ברצון לחזק את ההסדרים לנוכח ה'איום' הגובר על תוכנם מצד בית המשפט.

***דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון***

* סעיף 2 לחוק המעצרים קובע כדלקמן:

"2.  (א) היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצויין בצו ושלא תעלה על ששה חדשים.

להלן קטעים מפסק-דינו של ברק בדיון הנוסף:

הנני סבור עתה [...] כי במישור הלשוני, הדיבור "בטחון המדינה" הוא רחב דיו כדי לכלול בחובו גם מצבים שבהם הסכנה לביטחון המדינה אינה נובעת מהעצור עצמו, אלא מפעולתם של אחרים, אשר עשויה להיות מושפעת ממעצרו של אותו אדם. [...] אך כידוע, ההיבט הלשוני אינו ההיבט היחיד שיש להתחשב בו. הפרשן אינו אך בלשן. כפרשנים, עלינו לתת לדיבור שבחוק אותו מובן [...] אשר מגשים את תכליתו של החוק. **מהי תכליתו של** [**חוק המעצרים**](http://www.nevo.co.il/law/98568)? (פסקה 12)

בין שתי התכליות (האובייקטיביות) המונחות ביסוד [חוק המעצרים](http://www.nevo.co.il/law/98568) – ביטחון המדינה וחירות הפרט וכבודו – קיימת התנגשות חריפה [...] נדרש איזון [...] בין החירות והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור(18).

הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו [...] הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות ממעצר מינהלי שבו משמש העצור – אשר ממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה – קלף מיקוח היא כה חריפה, עד כי רק הוראה ב[חוק המעצרים](http://www.nevo.co.il/law/98568) אשר תקבע במפורש את תחולת החוק על מי שממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה – הוראה שחוקתיותה תצטרך להיבחן, כמובן, על-פי אמות-המידה של חוק היסוד – תוכל להוביל את הפרשן למסקנה כי החוק נועד לאפשר מעצר מינהלי מסוג זה. (פסקה 19).

* בעקבות פסיקת בג"צ נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.
* סעיף 7 לחוק מעניק למדינה את הסמכות שניטלה ממנה בבג"צ, בקובעו [חזקה](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%96%D7%A7%D7%94_(%D7%A4%D7%A8%D7%96%D7%95%D7%9E%D7%A4%D7%A6%D7%99%D7%94)) לפיה אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, יראו אותו כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת.
* כאמור, בפסק-דינו ציין ברק שגם אם תעוגן הסמכות להחזיק בקלפי מיקוח בחקיקה ראשית מפורשת, עדיין יהיה על החוק לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. ואכן, סמוך לאחר חקיקת החוק, הועמדה חוקתיותו לביקורת [בית המשפט העליון](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98_%D7%94%D7%A2%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F).

המהלך של ברק הוא כזה: לוקח את החוק הישן ומהצמצם את היקפו- רק מי שמהווה סכנה ביטחונית ולא מי שמהווה קלף מיקוח, אם תרצו לעצור אדם שמסכן את ביטחון המדינה באופן עקיף- המדינה צריכה לחוקק חוק חדש המסמיך באופן מפורש את הסמכות הזו. לאחר חקיקת החוק, הוא יבחן בבית המשפט בקשר לחוקיותו.

לאחר מכן, אכן הממשלה מחוקקת את החוק המסמיך בצורה מפורשת. נראה כי חזר הגלגל לאחור. אך זה לא נגמר פה, הוגשה עתירה כנגד החוק החדש:

***ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת.***

ביוני 2008 נדון ערעורם של תושבי [רצועת עזה](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%AA_%D7%A2%D7%96%D7%94) שנכלאו מכוח החוק בשל השתייכותם לחיזבללה..

הנשיאה בייניש קבעה כי החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה שב[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%93:_%D7%9B%D7%91%D7%95%D7%93_%D7%94%D7%90%D7%93%D7%9D_%D7%95%D7%97%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%95), וכי אין עילה להתערבות בית המשפט. אבל, ויש כאן שני אבלים גדולים:

**א. השופטת בייניש הבהירה שמטרת החוק אינה להכשיר החזקת מחבלים כקלפי מיקוח, למרות שהרקע המקורי לחקיקה היה בדיוק זה:**

ישראל בייניש קובעת כי תכלית החוק היא לא להכשיר החזקת מחבלים ככלי מיקוח, למרות שזו בדיוק תכלית החוק שהמחוקק התכוון. בעצם בייניש מצמצת את מטרת החוק ולא מאפשרת לבצע את מה שהממשלה רוצה בחקיקת החוק

" החוק לא נועד . . . לאפשר החזקתם של עצורים כ"קלפי מיקוח". תכליתו של החוק הינה להרחיק ממעגל הלחימה מי שמשתייכים לארגוני טרור או נוטלים חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל (פסקה 6)."

**ב. בית המשפט לא באמת הכשיר את כל החוק**

לאור זאת קובעת בייניש, שאלת המעמד של סעיף 7 נשארה פתוחה- כי בנסיבות המקרה המדינה לא הסתמכה על סעיף 7, והשאלה בנוגע לחוקיותו של הסעיף נשארה פתוחה. אנו עדיין לא יודעים מה יהיה דינו של אדםן שהחוזק במעצר בשל היותו חבר בארגון טרור, ללא הוכחת המסוכנות האינדיבדואלית***.*** מאז לא נעשה בסעיף שימוש, בשל הפחד מבית המשפט שיפסול את הסעיף .

המערערים תקפו את סעיף 7 לחוק המייתר את הצורך להוכיח מסוכנות אינדיבידואלית של העצור וטענו כי הדבר עומד בסתירה לעקרונות חוקתיים ולדין הבינלאומי ההומניטארי. המדינה התנגדה אך ציינה שבמקרה הנדון הוכחה המסוכנות של כל אחד מהעצורים.

לאור זאת קבעה בייניש כדלקמן:מאחר והמדינה נמנעה עד כה מעשיית שימוש בחזקה הקבועה [בסעיף 7](http://www.nevo.co.il/law/72220/7) לחוק, לא מתעוררת בפנינו השאלה עד כמה יש בחזקה הנ"ל . . . כדי לפגוע יתר על המידה בזכות החוקתית לחירות ובעקרונות הדין הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך, נותיר שאלות אלה ללא הכרעה (פסקה 24)

**האם ההסבר התולה את שינוי המגמה בהתרחבות הביקורת השיפוטית הינו משכנע?**

הרי בית המשפט מוכן לפסול היום גם חקיקה ראשית, אז מה התועלת להסדיר עניינים שקשורים במצבי חירום בחקיקה ראשית?

עם ההכרזה על המהפכה החוקתית הקנה בית המשפט לעצמו את הסמכות לפסול גם חקיקה ראשית, אם לדעתו תוכנה פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם. יוצא, שדווקא אחרי המהפכה החוקתית חדל העיגון בחקיקה ראשית לשמש מגן מפני התערבות שיפוטית, מה שמעמיד בספק את התועלת שבצעד האמור.

* דוגמא טובה לחולשת ההסבר האמור ניתן להביא מפסיקת בג"צ בעניין גיוס בחורי ישיבות משנת 2012, שבה נפסל חוק טל. החוק בעניין גיוס בחורי ישיבות אינו דבר החקיקה היחיד של הכנסת בענייני בטחון שנפסל על-ידי בית המשפט.
* במקרה אחד פסל בית המשפט את סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 המסמיך את בית המשפט, בהתקיים תנאים מסויימים, לדון בהארכת מעצר של חשוד בעבירת בטחון, ללא נוכחותו. בית המשפט קבע כי תכלית החוק הינה ראויה אך הוא פוגע באופן לא מידתי בזכותו של העצור להליך הוגן, ובכלל זה זכותו של חשוד להיות נוכח בהליכי המעצר (***בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל***).
* במקרה אחר, פסל בית המשפט את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, אשר פטר את המדינה מאחריות בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון (***בג"צ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון (2006)***). פסק-דין זה רלוונטי מאד לענייננו, משום שבדומה לפסק הדין בעניין גיוס בחורי ישיבות, החוק שנפסל בו התקבל על-ידי הכנסת לאחר שלא הייתה שבעת רצון מהפרשנות המצמצמת שנתן בית המשפט העליון לפטור דומה שנכלל בחקיקה קודמת.

**אם בית המשפט אינו נרתע מהתערבות (או מהמשך התערבות) בהחלטות המערכת הפוליטית בענייני בטחון, גם לאחר שאלו מעוגנות בחקיקה ראשית, מה התועלת מנקודת מבטן של הרשויות הפוליטיות בעיגון כזה?**

הדפוס הישן היא נתינת הסמכות הנרחבת לממשלה, כשהדפוס החדש דורש שמי שתעגן והסמכות תנבע מהכנסת. הנימוק הוא מניעת התערבות של בית המשפט בחקיקה. אך המציאות היא, שבית המשפט פוסל חקיקה ראשית. מטרת חסינות הכנסת מבית המשפט לא הוגשמה אז למה להמשיך ולעגן בחקיקה ראשית?

* שתי תשובות בדבר:

**ראשית**, גם אם בית המשפט מוכן לבקר את חוקי הכנסת עדיין יש הגיון מנקודת מבטה של הכנסת בעיגון של סמכויות מפורטות בחקיקה ראשית שכן יש להניח שינקוט ריסון רב יותר כשעל הפרק עומדת חקיקה ראשית מאשר בבוחנו הסדר מנהלי.

**שנית**, אגב המעבר ממודל הישן לחדש יצר המחוקק במסגרת המודל החדש דגם משנה של חקיקה שתוקפה אמנם אינו מותנה בקיומו של מצב חירום אך הוא בכל זאת מוגבל בזמן. ההוספה של מגבלת זמן עשויה לגרום לבית המשפט לנהוג ריסון בבקרו חקיקה הכוללת מגבלה כזו.

* דוגמא טובה לחקיקה שתוקפה מוגבל בזמן יכול לשמש **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003**, המגביל את האפשרות להעניק [אזרחות ישראלית](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97%D7%95%D7%AA_%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C%D7%99%D7%AA) או [תושבות בישראל](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%95%D7%A9%D7%91_%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C), ל[פלסטינים](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%9C%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D) תושבי [יהודה ושומרון](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%94%D7%95%D7%93%D7%94_%D7%95%D7%94%D7%A9%D7%95%D7%9E%D7%A8%D7%95%D7%9F) או [רצועת עזה](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%AA_%D7%A2%D7%96%D7%94) שהם בני זוג של אזרחים ישראלים.
* סעיף 5 לחוק מגביל את משך תוקפו לתקופה קצובה, אך מאפשר לממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.
* הבחירה במנגנון זה נראית הגיונית, משום שגם אם זנחנו את המסלול חקיקה המותנית במצב חירום (ואולי דווקא בשל עובדה זו) עדיין ניתן וראוי להבחין בין איומים שמועד סיומם אינו נראה לעין לבין עניינים אחרים שלגביהם יש יסוד לתקווה לשיפור שייתר את הצורך לנקוט צעדים הכרוכים בפגיעה בזכויות אדם.

**מה אופן השימוש במנגנון של הוראות שעה?**

פרקטיקה שהולכת ומתגבשת בישראל היא של הארכה חוזרת ונשנית של חוקים מסוג זה.

פרקטיקה זו עולה בקנה אחד עם הנצחיות דה-פקטו של ההכרזה על מצב חירום כמו גם עם המגמה עליה הצבענו לעיל של עיגון בחוק של תקנות לשעת חירום שתחולתן המקורית הוגבלה לשלושה חודשים, בדגם ההסדרה הקודם שתיארנו לעיל.

המנגנון של הוראת שעה לא נולד כתצואה ממניעת התעברות של בית השמפט, אך בפועל, בית המשפט אכן נמנע מביטול ופסילה של הוראת השעה.

מה שקורה בפועל, כשמדובר בחוקין של הוראת שעה, יכול להיות שמכלתחילה המטרה הייתה זמניות וארעיות, המציאות היא הארכה חוזרת ונשנת של אותה הוראת שעה.זה אותו התרגיל ופרקטיקה של הכרזת החירום הנצחית- חוקים שנועדו כהוראת שעה הופכים לקבועים כתוצאה מהארכה על ידי הרשות המחוקקת.

**האם העובדה, שחרף קיומם של מנגנונים שונים שתכליתם הגבלת משך תוקפם של חיקוקים בטחוניים, חלק ניכר מחקיקה זו נותר על כנו לאורך זמן, מלמדת על חוסר כנות מצד המחוקק?**

לא בהכרח.

ניתן ליחס תופעה זו להערכה של המערכת הפוליטית לפיה, למרבה הצער, התנאים המצדיקים את החקיקה האמורה עומדים בעינם. בכל מקרה,, המציאות של הארכה חוזרת ונשנית של חקיקה המוגבלת בזמן עשויה להפחית את המשקל שיעניק בית המשפט לזמניותו הפורמלית של החוק או אפילו להתעלם ממנה ולבחון אותו כחוק של קבע, מה שיחליש את האפקטיביות של הדגם הזה ככלי להגנה על ההסדרים הקבועים בו מפני התערבות שיפוטית.

1. **התחזקות המחוייבות הציבורית להגנה על זכויות אדם.**

לפי שני ההסברים הקודמים, את המעבר למודל החדש ניתן להבין כמהלך לעומתי של המחוקק, שתכליתו לבצר את ההסדרים הקיימים בתחום הבטחון מפני הביקורת השיפוטית המתעצמת על הסדרים אלו.

אולם, ייתכן בהחלט שמדובר בתהליך מורכב יותר, שבמסגרתו הרוח הנושבת מבין כותלי בית המשפט משפיעה על הלך הרוחות בישראל ומחזקת את המחוייבות של הכנסת להגנה על זכויות אדם, דבר המתבטא בנכונות של חברי הכנסת להכנס בעובי הקורה של הסדרי הבטחון ולקבוע בעצמם את נקודת האיזון בין צרכי הבטחון לבין זכויות האדם.

ודוק, גם לפי הסבר זה מחולל השינוי הוא בית המשפט, אולם בניגוד לשני ההסברים הקודמים, לפי הסבר זה המעבר לדפוס של הסדרה קבועה ומפורטת בחקיקה ראשית איננו צעד לעומתי, אלא כזה העולה בקנה אחד עם גישתו של בית המשפט.

**האם יש ראיות שתומכות בהסבר הזה לשינוי?**

בחלק מן המקרים, המעבר למודל החדש לא התמצה בעיגון בחקיקה ראשית של פרקטיקות שנהגו בדגם הישן, אלא היה כרוך גם בביטול ובמיתון של חלק מהסמכויות שהוענקו לרשות המבצעת במסגרת דגם זה. דוגמא בולטת למהלך מסוג זה מצויה בחוק המאבק בטרור, שכפי שציינו, ביטל ושינה לא רק הסדרים שאין בהם עוד צורך, או כאלו שהוסדרו באופן מספק בחוק עצמו, אלא גם הסדרים שנמצאו בלתי מתאימים במדינה דמוקרטית.

הטיפול של המחוקק בעיצוב ההסדרים במסגרת המודל החדש הוא יסודי וממושך, והעדויות, בכתב ובעל-פה מתוך דיוני הוועדות העוסקות בכך מלמדים על רמה גבוהה של מודעות ומחוייבות לצורך לאזן בין צורכי הבטחון לבין זכויות אדם. הליכי החקיקה של החוק למאבק בטרור יכולים לשמש דוגמא טובה בנקודה זו.

בחלק מהמקרים מכפיפה החקיקה החדשה את הסמכויות המוענקות לרשות המבצעת לביקורת עתית של המחוקק על אופן הפעלתן של סמכויות אלו. ראו, למשל, סעיף 47(ג) לחוק איסור מימון טרור, תשס"ה- 2005. סעיף זה קובע כי תקנות, צווים והיתרים לציבור בלתי מסוים לפי חוק זה יותקנו באישור וועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת. אימוצו של מנגנון ביקורת זה עשוי להעיד על שינוי בתפיסתו של המחוקק את תפקידו, מגוף שאמור בעיקר להעניק לרשות המבצעת את הסמכויות הדרושות כדי שזו תוכל להגן על בטחון המדינה ואזרחיה, לכזה שמוטלת עליו (גם) אחריות להבטיח שלא ייעשה בסמכויות האמורות שימוש מופרז ובלתי נחוץ.

**ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**

במדינת ישראל יש שני אפיונים מיוחדים:

1. מצב חירום- דובר במסגרת השיעורים של חקיקת ביטחון וחירום.
2. מדינת לאום- גם במובן הזה מדינת ישראל איננה חריגה, רוב מדינות העולם הדמוקרטיות הן חברות לעולם כשיש מיעוטים ששחיים במדינה. גם כאן למידת ישראל יש לה מאפיינים ייחודים.

* במדינת ישראל יש חיבור בין הלאום לדת. גם בגלל ביחס לדת וללאום יש דעות שונות למה צריך להיות האיזון וכן מי הוא בן הלאום, זה ייחודי השוואה ללאומים אחרים בגלל הזיקה של הלאום לדת.
* בלאום היהודי במשך שנות ההיסטוריה הוא נרדף בגלות וממשיך להיות נרדף\ מותקף גם היום עד כדי איום על קיומו וקיומם של הפרטים. יש שאלות של מה הלאום צריך לעשות בכדי להמשיך את המשך קיומו. המדינה שמגדירה את עצמה כלאום הזה נמצא בקונפליקט חריף עם גורמים השייכים ללאום מיעוט שחי בקרבו- הלאום היהודי נמצא בקונפליקט עם הלאום הפלסטיני. במסגרת הקונפליקט הזה הלאום הפלסטיני טרם השלים עם קיום המדינה והמדינה כהגדרתה של לאום היהודי.

ניקח שני נושאים שבהם נראה כי יש גם אלמנטים של קונפליקט פנימי של קבוצת הרוב וכם קונפליקט פנימי בין קבוצת הרוב למיעוט.

**שבות ומרשם**

עם הקמת המדינה נמנעו מייסדיה מהכללת הגדרת המונח יהודי בפקודת הפרשנות. הימנעות זאת הובילה לשוני בפירוש המונח יהודי בחיקוקים שונים- אין הגדרה אחידה למי הוא יהודי לכל החיקוקים . למשל בבתי דין הרבניים היהודי יהיה יהודי אורדותוקסי, לדוג' הגדרת המונח בחשב"ר מעולם לא היתה שנויה במחלוקת ופורשה על פי מבחני ההלכה. לעומת זאת ביחס לחיקוקים חילונים כמו חוק השבות התשובה פחות ברורה.

חוק השבות מעניק לכל יהודי באשר הוא את הזכות לעלות ארצה ולהתאזרח באופן אוטומטי. במידת ישראל יש חוק כללי המחייב הכנסה של פרטי מידע- אחת ההגדרות היא הגדרת הלאום. גם פה השאלה היא מי הוא יהודי.

**רופאייזן**

אוסוולד רופאייזן, נולד יהודי התנצר במהלך השואה והצטרף למסדר הכרמליטי שם קיבל את השם האח דניאל. לאחר קום המדינה היגר לישראל במטרה להצטרף למנזר הכרמליטי שעל הכרמל. המנזר בו האמונה שהיה הקרב בין אליהו הנביא לנביאי הבעל. בקשתו לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודי נדחתה, ולפיכך עתר לבג"צ.

שופטי בג"צ ניצבו בפני הדילמה הבאה: אם הוא ילך על הדיון הדתי היהודי, אז יהודי נשאר יהודי למרות שהתנצר. למרות שעל פי המושגים של הדת היהודית הוא עזב את הדת. אבל הוא אומר, אני מצטער בחוק השבות ההגדרה היא לא הגדרה דתית, זה חוק בעל תוכן חילוני אז צריך לשאול האם יהודי שהתנצר הוא יהודי? הוא לא בא בשם הרבנות ודתיות, אם תשאל את האנשים מסביב האם היודי שהתנצר הוא יהודי, התשובה שיתנו היא בשום אופן לא. העם היהודי זה עם שקם לפני הרבה שנים ועכשיו אנו רק תוצאה של עבר. ולכן האח דניאל לא יקבל תעודת אזרחות, לא ניתן להגדיר אותו כיהודי. כך סברו שופטי הרוב.

"זילברג - אילו הסכמתי לטענתו השניה, החלופית, של בא-כוח המבקש, היא הטענה כי המונח "יהודי" בחוק השבות הוראתו זהה עם ההוראה הדתית של מונח זה בחוק שיפוט בתי-דין רבניים [...] כי אז הייתי מציע לעשות את הצו-על-תנאי החלטי, ולצוות את שר-הפנים להעניק למבקש תעודת עולה על-פי סעיף 3(א) של חוק השבות, תש"י-1950. הייתי עושה כן למרות הזרות והמוזרות שבדבר, כי אדם שעבר לדת אחרת מסתמך על מושגיה של הדת שעזב, ועל אף כל הסלידה הגדולה שנפשי סולדת בטיעון שעטנזי שכזה. ובכן: הדעה השלטת בדיני ישראל - כך נראה לי - היא כי מומר או משומד דינו כיהודי לכל דבר, חוץ אולי מאי-אלו דינים "שוליים", שאין להם חשיבות ממשית לגבי השאלה העקרונית."

אלא שזילברג מסביר כי לענייננו בית המשפט אינו מחויב להלכה:" אך דא עקא - אם אמנם "עקא" היא זאת - כי לא הרי זה כהרי זה, ולא הרי היהודי האמור בחוק השבות כהרי היהודי האמור בחוק שיפוט בתי-דין רבניים. האחרון מובנו דתי, כהוראה המוקצית לו בדיני ישראל, הראשון מובנו חילוני, בהוראתו הרגילה בלשון בני-אדם."

השופט חיים כהן הציג עמדת מיעוט: ההיסטוריה חשובה אבל גם מתפתחים מכאן והלאה ולכן לא נהיה כבולים להיסטוריה. אחר כך הוא מתפלמס והוא נותן טיעון דמגוגי- לאחר הרטוריקה הזו הוא מגיע להצעתו. הוא אומר שאין הגדרה- בהעדר כלי אובייקטיבי בחוק, אין לדעתי מנוס לייחס למחוקק את הכוונה להסתפק בקנה המידה הסובייקטיבי- לאמור הזכות לשוב לישראל נתונה לכל אדם המצהיא דהוא יהודי השב למולדתו ורוצה להשתקע בה. הכל בהתאם להגדרה העצמית שהאם אותה לתת לעצמו- זו אמת מידה סובייקטיבית.

לנדוי- כל הרעיון הוא לקרב את יהודי הגולה ארצה, אך אדם שהתנצר הוא אדם שעזב את העם היהודי ולכן אין יכולת לקרוא לאדם שהמיר את דתו היהודי.

**שליט**

בנימין שליט, קצין בחיל הים, שנשא, במהלך לימודיו באדינבורג, את אן, סקוטית לא יהודיה. אן הצטרפה לזוגה בישראל בשנת 1960 וקיבלה תעודת תושב. במסמכי הרישום שלה הצהירה על עצמה כחסרת דת וכבת הלאום הבריטי. בשנת 1964 נולד לבני הזוג בן ובשנת 1967 נולדה בת. שליט ביקש לרשום את ילדיו כמצוות חוק המרשם: בסעיף הדת כחסרי דת ובסעיף הלאום כיהודים, אך בקשתו בשאלת הלאום סורבה על ידי פקיד המרשם.

שליט עתר לבג"צ וטען כי יש להפריד בין שאלת הדת והלאום וכי אדם יכול להשתייך ללאום היהודי גם אם אינו בן הדת היהודית, וכי **מבחן ההשתייכות ללאום היהודי כרוך בהזדהות עם התרבות והערכים הישראליים-יהודיים, מבחן סובייקטיבי – בהתאם לרגשותיו ותחושותיו של האדם ואובייקטיבי – בהתאם לקשריו עם קבוצת הלאום היהודית**, מבחן שלדעתו ילדיו ממלאים. אין להפריד בין הרגשות הסבייקטיבים לאובייקטיבים- המבחן קשור לזיקה ללאום היהודי- דיבור עברית, התגייסות לצבא, הזדהות עם הערכים והתרבות וכו, שזה מבחן שילדים ממלאים.

בית המשפט העליון בהרכב חסר תקדים של תשעה שופטים ובתמימות דעים, פנה לממשלה בבקשה כי סעיף הלאום יימחק ממרשם התושבים, על מנת שייחסך מהם הצורך להכריע בשאלה, שהיא כלשונו של אגרנט אידאולוגית במהותה ולא משפטית, ושנויה במחלוקת עמוקה בין קבוצות בציבור הישראלי.   
בית המשפט דן בשאלה אידיאולוגית ולא משפטית ולכן הם מעדיפים לא להיכנס לשאלה הזו. הממשלה נמנעת מלהיעתר לבקשה, הכדור עובר לבית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים. ברוב של חמשיה כנגד ארבעה – על חודו של קוד הבית המשפט מקבל את העתירה ומורה על רשימת ילדי שליט כבני הלאום היהודי.

יש שלוש גישות:

1. זילברג- מציע כאן בניגוד למה שעשה בפרשת רופייזר- המבחן הוא מבחן ההלכה, מי שמנתק את הלאום היהודי מההלכה- מה שבעצם מקשר את היהודי לארץ ישראל זו הזיקה הדתית ההיסטורית, ולכן ניתוק של ההלכה מנתק ובוגדת מההיסטוריה ומהערכים.
2. זוסמן (דעת הרוב)- מטרת המרשם סטטיסטית בלבד, שלרישום אין אפילו מעמד של ראיה לכאורה ולכן לפקיד הרישום לא היה יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה. אולם, בבררו מדוע לא היה יסוד סביר כזה הוא נכנס למעשה לעובי הקורה של בירור הפרמטרים להגדרת לאום ובין היתר קובע כי "הזדהותו הלאומית של אדם ניתנת במידה מסוימת להגדרתו העצמית, ואינה תלויה בגורמים אובייקטיביים בלבד." כל מה שעומד על פרק זו שאלת המרשם, מה שווה המרשם? כלום ושום דבר. אין השלכה מעשית. חוק המרשם אומר שהנתון המופיע בסעיף הלאום לא מהווה ראיה לשום דבר ועניין. לא ניתן לקחת את הרישום- כחלק מהלאום היהודי להוכחה כראיה. יש לתת לאדם להירשם בהתאם לרצונו. נכריע לטובתו כי אין צורך להכריע.
3. לנדוי- הצטרף לזילברג, מטעם שונה. לדעתו, אין המדובר כאן באקט רישומי חסר משמעות ממשית, אלא בשאלה חשובה שדעות הציבור מפולגות לגביה.   
   לנדוי הוא חסיד הריסון השיפוטי וההינזרות, במידת האפשר, מהסתמכות על השקפת עולמו של השופט. לשיטתו לו היה קונצנזוס ציבורי יכול היה בית המשפט להסתמך עליו. בהיעדר קונצנזוס כזה, יש לבחון האם קיים טעם לפסול את הכרעת הרשות המנהלית. לדעתו, לא קיים טעם כזה ולכן יש לדחות העתירה.

במילים פשוטות: דבר ראשון הם אומרים, מה זו האמירה כי לרישום אין שום משמעות? אם אין משמעות למה שליט מתעקש ולמה משרד הפנים מתעקש? לסמל יש משמעות ולכן זו הסיבה שאנשים רגישים לדבר. לפסיקה של בית המשפט יש השפעה על האופן שבו אנשים רואים את הדברים, ולכן נראה שבית המשפט הכיר בילדי שליט כיהודים מה שישפיע על שאלת היהודי בציבור. אם אין משמעות משפטית, יש משמעות תרבותית וציבורית לאופן שבו הציבור רואה את שאלת היהודי. וגם למובן המעשי, בין אם המרשם נחשב כראיה ובין אם לא, הרשויות השונות כן מסתמכות על המרשם ולכן לא ניתן להגיד שאין פה החלטה אם אתם מחליטים לרשום את ילדיו כיהודים- וגם הפוך. יש כאן מושג פתוח, אן דרך להכריע מה היא המשמעות שלו כי כל הכרעה שנקבל תהיה הכרעה שתחשוף את דעתנו הפוליטית, ולכן אין אנחנו יכולים להכריע זה לא ראוי. אנחנו לא יכולים להתערב ולהכריע בהחלטה.   
אגרנט- מסכים עם לנדוי שבהיעדר עמדה המקובלת על הציבור הנאור טוב יעשה בית המשפט אם יימנע מהכרעה משום שהיא על כורחה תתבסס רק על דעתו הפרטית.

מהי נקודת המחלוקת בין הגישות השונות?

החלטת בית המשפט עוררה סערה ציבורית, ואים מצד המפד"ל לפרישה מהקואליציה שתביא להפלת הממשלה, יש משבר פוליטי בעקבות החלטת בג"ץ. כתוצאה מן הלחץ, תוקנו חוק השבות וחוק המרשם. נחקק סעיף חדש אשר הגדיר יהודי לצורך חיקוקים אלו, כמי שנולד לאם יהודיה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת. הגדרה מיהו יהודי. אך שאלה זו נשארה פתוחה, כי עדיין אין תשובה למה זה התגייר? הם לא קיבלו החלטה על זה משום שהם לא חשבו שתוכל להיות מחלוקת בעניין, מה שלא נכון. הדתיים דרשו שיהיה ברור לחלוטין זה שעל פי ההלכה, ומנגד הכלה של כל הזרמים היהודים. הם לא קיבלו החלטה משום שלא רצו להמשיך ולהתווכח על דבר שלא רצו להתווכח. השאלה הופכת להיות מי הוא גר משום שאין תשובה בחוק. מכאן ואילך חדלה השאלה להיות מיהו יהודי, והופכת להיות - מיהו גר, שהרי המחוקק לא קבע איזהו הגיור שימלא את דרישת החוק.

**מילר**

עובדות: סוזן מילר, צעירה אמריקאית, התגיירה בקולורדו ספרינגס בגיור לא אורתודוקסי. לאחר הגיור שימשה סוזן ששינתה את שמה לשושנה כחזנית בבית הכנסת. שלוש שנים אחר כך היגרה לישראל וקיבלה אשרת עולה. כשניגשה למשרד הפנים לקבל תעודת זהות, הציגה, מבלי שנתבקשה, את תעודת הגיור הרפורמי שעברה להוכחת יהדותה, ובקשתה להירשם כיהודיה נדחתה. חרף זאת הועמדו בפניה שלוש האפשרויות הבאות: פניה לבית הדין הרבני על מנת שיבחן את תעודת הגיור, להירשם כנוצריה, או להשאיר את סעיף ההשתייכות הדתית ריק.

בהגעת העתירה לבית המשפט העליון הציע שר הפנים דאז, הרב פרץ, אפשרות נוספת, רישום כיהודיה בתוספת ציון העובדה, הן במרשם האוכלוסין והן בתעודת הזהות, שהתגיירה, וזאת על מנת להימנע מהטעיית פקידי רישום הנישואין, בבוא זמנה להינשא. הצעתו של שר הפנים באה לאחר שהוא הודה למעשה שלפקיד רישום האוכלוסין לא הייתה הסמכות לערער על נכונות תעודת הגיור. הודאתו של הרב פרץ נטלה מעוקצה של המשימה שעמדה בפני בית המשפט והפכה אותה לטכנית למדי.

בית המשפט קבע כי רשם האוכלוסין חייב להישאר צמוד לפריטי הרישום אותם הוא מתבקש למלא ואינו רשאי להוסיף עליהם.

**ש"ס**

הלכת מילר קיבלה אישור מפורש בפסק דין מאוחר יותר תנועת ש"ס נ' מנהל מרשם האוכלוסין. בפסק דין זה קבע בית המשפט כדלקמן: גיור של עולה יירשם במרשם האוכלוסין לפי הודעתו, ויחד עם ההודעה יוגש - אם ידרש - המסמך המעיד על הגיור, או תעודה ציבורית. אין חובה לצרף תעודה ציבורית דווקא, וכאמור די במסמך המעיד על הגיור. מכאן כי הודעה בלוויית מסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ לארץ, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. לעניין זה אין נפקא מינה אם הקהילה היא אורתודוכסית, קונסרבטיבית או רפורמית.

האם יש הכרעה? האם יש כאן הכרעה בעניין מעמד הגיורים הליברליים? לא משתי סיבות:

1. 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. לא, בית המשפט ממשיך עם דעת פרשת שליט- אין כל משמעות ולכן אין צורך להכריע.
2. מדובר בגיורים שנעשו בחול ולכן אין הכרעה לגיורים שהתקיימו בישראל.

מה שהוכרע כאן זה רק ברובריקה אחת- מרשם שנעשה בחוץ לארץ יחשב כיהודי. למלא את הרובריקה של רישום בגיור שהתבע מחוץ לארץ- כל יהודי שהתגייר בחול יכול למלא את המשבצת היותו יהודי.

**הלכת פונק שלזינגר**

הנמקת בית המשפט התבססה על רציונל שפותח לראשונה בפרשת פונק שלזינגר.

עובדות: גברת פונק - נוצריה תושבת ישראל (מכוח אשרה לישיבת קבע) – נישאה בקפריסין בנישואין אזרחיים למר שלזינגר - יהודי אזרח ישראל. מצויידת בתעודת הנישואין הקפריסאית - שניתנה לה על ידי קצין מחוז קפריסאי - ביקשה גברת פונק שלזינגר להרשם במרשם כנשואה. שר הפנים סירב לבקשה, בטענה שעל פי דיני המעמד האישי של הצדדים אין הם זוג נשוי. בית המשפט העליון (מפי השופט זוסמן, בהסכמת השופטים ברנזון, ויתקון ומני וכנגד דעתו החולקת של השופט זילברג) הפך את הצו למוחלט.

נפסק: רשמו אותה כנשואה, אומר השופט זוסמן את מה שאמר בשליט- גם שאלת הסטטוס של נשוי לא נשוי לא מהווה הוכחה\ ראיה ולכן תפקיד מרשם האוכלוסין אין תפקידו לשאול האם יש תוקף לנישואין. בעצם הלכת פונק שלזינגר הובילו לכך שנישואים אזרחיים שבוצעו בחול ירשמו כנישואין. הטעם משתי סיבות:

1. הרישיון לא מהווה ראיה לכאורה לנכונות 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.

**בית המשפט נמנע מהכרעה רק בדרך של תיאור הסוגיה כשולית. האם התיאור משכנע?**

אולם למעשה, הסוגיה אינה שולית כלל ועיקר משום שהלכה למעשה ברגע שבתעודת הזהות נרשם אדם כנשוי, פועלות כל רשויות המדינה לפי רישום זה ומעניקות לו אותו טיפול שיעניקו לאדם שנישא ברבנות. הרישום הוא אם כן בעל חשיבות ראשונה במעלה.

האם הטיעון משכנע- דעת אגרנט- סמל יותר חשוב אפילו מהמהות. החלטת בית המשפט תתיפס כמצדדת באחד מן הצדדים. שאלה שלישית בפועל בהרבה מאוד גופים ומסגרות ההתייחסות אליי כנשוי תהיה אחרת, במידה אחרת זו היתממות. יש משעות אך בית המשפט לא מוכן להכיר בזה. את אותו הקונספט בית המשפט מאמץ את ברית הלאום.

**פסחו- גולדשטין**

עדיין אין התקדמות- רק פתרנו את שאלת הגיור בחוץ לארץ לשאלת המרשם.

עובדות: אליאן פסרו, נוצרייה מברזיל הגיעה לישראל כתיירת. בישראל היא פגשה בגולדשטין ונישאה לו בנישואים קונסולריים. בטרם הנישואין עברה פסרו גיור בבית הדין של התנועה הרפורמית בישראל. בקשתה לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודייה נדחתה, והיא עתרה לבית המשפט העליון תוך הסתמכות על הלכת ש"ס.

שר הפנים טען כי הלכת ש"ס מוגבלת לגיורים שנערכו בחו"ל. גיורים שנערכים בישראל, לעומת זאת, כפופים לדרישות פקודת העדה הדתית (המרה) וזו מחייבת אישור הרב הראשי לשם מתן תוקף לגיור. בית המשפט דחה את הטענה ברוב של 6:1 כשהוא מסביר כי הפקודה נוגעת לענייני מעמד אישי בלבד.

משכך קבע בית המשפט, הוא היה צריך לכאורה להיעתר לבקשתה של העותרת, כלומר להורות לשר הפנים לרשום אותה כיהודיה ולהעניק לה תעודת עולה. אולם בית המשפט לא עשה כן. וכך אמר הנשיא ברק:

בית המשפט דחה וטען כי הפקודה לא נוגעת לחוק השבות ולענייני מרשם וזה נוגע לעניינים אישיים בלבד. בית המשפט קובע את האין, אך הוא לא קובע את היש- התוכן המדויק של הדיור בישראל. התשובה תהיה בהגדרה בחוק השבות- בית המשפט לא הכריע מה כן נחשב כגיור לחוק המרשם אלא להגיד מה לא. יש להכריע בעניין בדרך הפוליטית, ורק אם המערכת הפוליטית לא תכריע בית המשפט יכריע.

מדוע ברק בוחר בדרך הזאת- יש תשובה בחוק למה אתה לא מכריע? האם באמת ברק מגלם ריסון שיפוטי?   
מצד אחד יש הכרה ראשונית בחוק הישראלי לזרמים ומצד שני האורתודקוסים נתונים ובסוף בעלי הסמכות. ברק עושה סוג של קרב התשה שבסופו של דבר יוריד את הממסד האורתודוקסי על הברכיים.

**התפתחות ביניים (ועדת נאמן)**

נעמ"ת

הקו האדום של האורתודוקסים זה להיות מנויים על מי נכנס ומי לא- מי יכול לעלות ארצה. מנגד הזרמים האחרים הקו האדום הוא ההכרה בכלל בזרם.

ההצעה:  המדינה טענה כי הלכת ש"ס חלה על יהודי המתגייר בחו"ל ומבקש להצטרף לאותה קהילה אך אינה חלה ביחס לתושב ישראל הבא לאותה קהילה יהודית רק לצרכי גיור בלבד ('גיור קפיצה'). המדינה ביקשה מבית המשפט לשקול לבטל את הלכת פונק שלזינגר, מהטעם שהזכרנו קודם: הלכת פונק שלזינגר מתעלמת ממשמעותו בפועל של המרשם. כך למשל, טענה המדינה, הכרה בגיור רפורמי או קונסרבטיבי לצורך המרשם עשויה לגרור הכרה בגיור זה לצורך חוקים אחרים, כגון מתן אזרחות על פי חוק השבות.

בית המשפט דחה אבחנה זו וקבע כדלקמן: כל קהילה בארץ או בחול אם קהילה בחוץ לארץ קובעת שאדם זה התגייר, הוא יהודי ולכן תרשמו אותו. יחד עם זאת בית המשפט לא מכריע פה בשאלת מעמד הגיור. הם גם לא היו צריכים כי בפס"ד השאלה הייתה שאלת מרשם ולא שבות.

המדינה אומרת שבית המשפט משתמש בתרגיל- למרשם אין משמעות. אבל פה אתם לא צודקים כי חוק מרשם האולכוסין קובע וכהגדרתו בחוק השבות. ההגדרה היא הגדרה שווה. איך ניתן להגיד שלמרשם יש הגדרה ולשבות לו- יש קשר סיבתי בין שניהם. בית המשפט החיל אפוא את הלכת ש"ס ביחס לשאלת הרישום, גם לגבי תושבי ישראל, אך הדגיש שאין בכך הכרעה לעניין חוק השבות.

דעת טירקל- לא ניתן להגיד כי אין שום משמעות לרישום, חייבים להכריע בשאלה- מיהו יהודי? או מיהו גר? לא ניתן לדחות את העתירה, ושאלת ההכרעה צריכה להיות באמצעות המערכת הפוליטית. מה המשמעות העכשווית? הוא מבטל את בלכת פונק שלזינגר וזה מביא לחלל חקיקתי שאין הגדרה כלשהי למושג.

ולכן אין לרשום שום דבר בסעיף הלאום והדת. יש כאן מושג שלא ידוע מה המשמעות שלו, ומכיוון שאנו לא יודעים ואין שום משמעות ברורה, לא נרשום וגם לא ניתן תעודת עולה.   
עכשיו מה המשמעות של הקביעה הזו?

מכאן והילך, יש אנשים המתגיירים המבקשים להתגייר ותעודת עולה, לפי טירקל אף אחד לא מקבל או מרשם או תעודת עולה. ההצעה של טירקל גאונית משום שהולך להיות לחץ ציבורי אם גישת טירקל מתקבלת- אף אחד לא מקבל תעודת עולה, גם לא אורתודוקסית.  
 ללא הגדרה לא נוכל לפעול, יש חור שלא ניתן להכניס בו כלום. עכשיו יש להניח שבנסיבות האלו המערכת הפוליטית תהיה חייבת להכריע. טירקל מוסיף גישה רביעית:

1. אין ברירה צריך להחליט- בואו נקיים דיון מהותי (השופטים הדתיים)
2. ניטרליים, נחפש דרך להימנע מהחלטה- אך אן פה שום ניטרליות וגם התוצאה שמגיעים אליה ניטרלית
3. כל החלטה שתקבל תהיה קשורה להשקפה, לא נתערב בהחלטה של הרשות המבצעת
4. גם הגישה השלישית לא מספיק טובה, יש צורך למצוא דרך שתאלץ את המערכת הפוליטית להכריע

יש כאן סיטואציה של הסדרים ראשוניים- למה בכלל הרשות המחוקקת תרצה להאציל סמכויות? זו בדיוק הדוגמא שלנו השאלה מיהו גר לחוק השבת זו ששאלה ראשונית- כל מה שקשור לכללי הגירה הבסיסים ביותר זו שאלה מרכזית. למה הם לא קיבלו החלטה? כי הם לא הצליחו, הם לא ביצעו האצלה גלויה אלא סמויה, במקרה בו יודע כי לא קיבלת החלטת משום שהשתמש במושג עמום, הם ידען שהם מעבירים את הסמכות הלאה. האצלה סמויה יותר גרועה מאשר האצלה גלויה, כי שם יש ביקורת וניתן להוכיח אותה, אבל פה, במקרה הזה, הכנסת אפילו לא תשלם את המחיר על מה שהחליטה. אף אחד לא מבין שמה שהיא עשתה זה בדיוק כזה, זו האצלה סמויה של הסמכות להעביר הסדרים ראשוניים. מה יכול לעשות בית משפט בנסיבות כאלו? להבדיל מהאצלה גלויה אז הוא יקבל את החלטת שר הפנים, אם אן האאצלה לא ניתן לאפשר מושם שאין האצלה. בהאצלה סמויה יש סיטואציה מוזרה- או שניתן להחליט החלטה בגופו של עניין, או להימנע או לא להתערב או ההצעה של טירקל- הפעל מניפולציות המחייבות את המערכת הפוליטית לקבל החלטה.

**תיקון התקנות בעקבות בג"צ נעמ"ת**

בבג"ץ נעמת, נפסק כי תושב ישראל שעבר הליך של גיור קונסרבטיבי או רפורמי, זכאי להירשם במירשם האוכלוסין כ"יהודי" בפרטי הדת והלאום.  שר הפנים, שאותה עת היה חבר סיעת ש"ס בכנסת, נתקשה למלא צו זה שנצטווה בידי בית המשפט, והפיתרון שנמצא למשבר היה כי פרט ה"לאום" ימשיך להיות רשום במירשם, אך יימחק מתעודת הזהות.

בבג"צ 6539/03 גולדמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) ביקשה העותרת להוסיף מחדש את פריט הלאום אך בית המשפט דחה את בקשתה בציינו כי לשר סמכות לקבוע מה ייכלל בתעודה (סעיף 25 לחוק המרשם) וכי לתעודה כמו למרשם אין שום משמעות מעבר להיבט הסטטיסטי.

**טושביים**

בפרשת זו, התעוררה לא רק שאלת מיהו גר לצרכי חוק המרשם אלא גם מיהו יהודי לצרכי חוק השבות. יש גם שאלה של שבות וגם של מרשם. זו דוגמא קלאסית של ניסיון של מדינה- לא להכיר בגיורים שלא אורתודוקסים ובשל כך להקריב את הגיורים האורתודוקסים שמתבצעים בישראל.

עובדות: לקראת הדיון בשתי העתירות הציג בא כוח המדינה עמדה חדשה, ועקרונית, שביקשה להסיט את מוקד הדיון משאלת תוקפם של גיורים **ליברליים**. המתגיירים, שעניינם נדון בשתי העתירות, עברו הליכי גיור לאחר ששהו בארץ כלא יהודים.

המדינה טענה כי שהותם המוקדמת של המתגיירים בארץ שוללת מהם את הזכות לקנות מעמד של עולה לפי חוק השבות, וזאת בלי שום קשר לשאלת תוקף הגיור שעברו.  
נטען כי חוק השבות עניינו בעליה לישראל. הוא חל רק על יהודים השוהים מחוץ לישראל והמבקשים לעלות אליה, או על יהודים שהגיעו לארץ ושוהים בה שעה שהם יהודים, אך הוא אינו חל כלל על אדם שהגיע לישראל, ובהיותו בישראל עבר הליך גיור (בארץ או מחוצה לה). תכליתו של חוק השבות טמונה בקיבוץ גלויות ובשיבת בנים לגבולם. אין הוא חוק הגירה הבא להסדיר את מעמדם של הלא יהודים השוהים בישראל כחוק או שלא כחוק.

בא כוח המדינה הצביע עוד על העובדה שישראל הפכה להיות יעד הגירה משמעותי ללא יהודים, וטען כי קבלת אזרחות על בסיס גיור של מי שנכנסו לישראל בטרם התגיירו תוביל להצפת המדינה במהגרים שכל מטרתם לזכות באזרחות ישראלית, דבר שהינו זר למטרתו של חוק השבות ומנוגד לאינטרסים של תקנת הציבור והסדר הציבורי.

לפי ההגיון שהציגה המדינה אין כל חשיבות לאופיו של הגיור, ואכן בא כוח המדינה הבהיר כי אם תתקבל עמדתה, לא תהיה לחוק השבות תחולה גם על המתגייר בגיור אורתודוכסי, אם התגייר בישראל.

בית המשפט, ברוב של 7 נגד 4, דחה את עמדת המדינה. הנשיא ברק הסביר כי בית המשפט: עלייה משמעותה השתקעות של יהודי בישראל, זה לא משנה מתי הוא השתקע. אם נעשה הבחנה זו תהיה אפליה פסולה. התוצאה הייתה צריכה להיות לזכאותם של שבות של אותם אנשים. אולם, כמו בפרשת רסרו בית המשפט לא מחליט.

לכאורה, משנדחתה טענת המדינה כנגד זכאותם של העותרים לתעודת עולה לפי חוק השבות, נסללה הדרך בפני בית המשפט להכריע לגופו של עניין. אולם, כמו בפרשת פסרו, גם הפעם, בית המשפט נמנע מהכרעה ופנה שוב אל המדינה בבקשה כי תציג עמדה מהותית בשאלת אופיו של הגיור שנדרש כתנאי להפיכתו של אדם ליהודי כדי שיהיה זכאי למעמד של עולה לפי חוק השבות.

טושביים 2

המדינה נסוגה ומוכנה להכיר בגיורים ליברליים אך הציבה שני סייגים:

1. כתנאי להכרה בגיור אדם כזה צריך לחיות בקהילה למשך זמן משמעותי
2. גיורים יוכרו רק כאלו שבחוץ לארץ לא כאלו שבארץ.

המדינה ייסדה מערך גיור, כמו שהוצע בוועדת נאמן. בית השמפט: אימץ את הנסיגה אך דחה את הסייגים.

אשר לסייג של הצטרפות לקהילה אמר ברק:

בפרשת נעמת דחינו מסקנה זו לעניין המרשם. ציינו (בהסתמך על פרשת ש"ס), כי "אין כל חשיבות לקשר של המתגייר עם הקהילה שבה התגייר. הקובע הוא שהקהילה היהודית מחוץ לישראל נקטה כלפי המבקש הליכי גיור המקובלים בה. אכן, ביסוד הלכת תנועת ש"ס מונחת התפיסה כי עם ישראל הוא עם אחד. חלקו בישראל; חלקו בגולה אחת; חלקו בגולה אחרת" (שם, עמ' 751). דברים אלה נאמרו לעניין חוק המרשם בלבד. השאלה הניצבת בפנינו, אם הם תופסים גם לעניין חוק השבות.

ברק קובע שגם לעניין חוק השבות אין לאבחן בין מתגייר המצטרף לקהילה לבין מתגייר שאינו מצטרף:

לא ברור כלל מדוע יש לצמצם את ההכרה בגיורים שנעשו מחוץ לישראל רק לאותם מתגיירים המבקשים להצטרף לקהילה המגיירת אותם? מדוע לא די בכך כי יובטח שהליכי הגיור המתקיימים כלפי הלא יהודי המבקש להסתפח לעם היהודי אך אינו מבקש להסתפח לקהילה היהודית המגיירת אותו, הם זהים להליכי הגיור המתקיימים כלפי הלא יהודי המבקש להסתפח לקהילה היהודית שבמסגרתה הוא מתגייר? [...] **ומדוע נמנע הכרה בגיור שנעשה בקהילה יהודית מוכרת אם המתגייר מבקש להסתפח לעם היהודי היושב בארץ ישראל? ועל אחת כמה וכמה, מדוע תימנע ההכרה ממי שכבר גר כדין בישראל, וכל רצונו הוא להבטיח את ההכרה בהסתפחותו לעם היהודי היושב בציון?**

אשר לסייג ביחס לגיורים שהתבצעו בישראל אומר ברק:

המשיבים העלו , לעניין גיור הנערך בישראל, טענה חדשה, הסומכת עצמה על מערך הגיור שהוקם בעקבות דין וחשבון הוועדה, שהוקמה על ידי הממשלה, בנושא הגיור בישראל. בראש ועדה זו עמד פרופ' י' נאמן (להלן – ועדת נאמן). ועדה זו המליצה להקים הליך גיור ממלכתי אחד, שיהא מוכר על ידי כלל ישראל. במסגרת זו הומלץ על הקמתו של מכון משותף ללימודי היהדות. מכון זה יהא משותף לכל שלושת הזרמים ביהדות. הליכי הגיור עצמם יערכו בבתי דין מיוחדים לגיור, אשר יוכרו על ידי כל הזרמים ביהדות. מטרתה של ההצעה למנוע קרע בעם היהודי, ובה בעת להביא להסדר הטיפול הממלכתי בגיור. ממשלת ישראל אימצה את דו"ח ועדת נאמן. גם הכנסת אישרה המלצות אלה כמקשה אחת [...] **עמדת המדינה בפנינו עתה הינה כי יש להכיר לעניין חוק השבות רק בגיור הנערך בישראל במסגרת מערך ממלכתי זה. לעניין הבסיס החוקי להקמת מערך הגיור נטען בפנינו כי הוא מעוגן בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה**.

הגיור בענייננו נערך מחוץ לישראל. אין לנו צורך, איפוא, לבחון לעומקה את עמדת המדינה. ברצוננו להעיר בעניין זה אך שתי הערות:

מקובל עלינו כי הממשלה מוסמכת להקים, מכוח סמכותה הכללית (השיורית) הקבועה בסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, מערך גיור בדומה לזה שהוקם בעקבות המלצותיה של ועדת נאמן. **עם זאת, הממשלה אינה מוסמכת לקבוע, מכוח סמכותה הכללית, כי רק גיור הנערך במסגרת זו, יוכר על פי חוק השבות**. ההכרה בגיור לצורך חוק השבות תיקבע על פי פירושו של חוק השבות. . . הנה כי כן, כל עוד לא אמרה הכנסת כדין את דברה, יש לפתור את בעיית ההכרה בגיור לעניין חוק השבות במסגרת פירושו של חוק השבות. כך קבענו בפרשת פסרו; על כך חזרנו בפרשת נעמת. על כך חוזרים אנו היום.

**רוגצ'ובה**

עובדות: העותרים ששהו בישראל כדין ועברו גיור בבית-דין אורתודקסי פרטי, כלומר לא ברבנות. המדינה סירבה להכיר בגיור לצרכי חוק השבות והעלתה שתי טענות:

1. הזכאות לשבות לא חלה על מתגייר שכבר שוהה בישראל.
2. גם אם חלה, הגיור היחיד התקף הוא זה שנערך על-ידי הרבנות.

שתי הטענות נטענו בעבר ונדחו. הן נדחות שוב במקרה הנדון. לגבי הראשונה – נאור קובעת כי הפרשנות המצמצמת מנוגדת לתכלית של עידוד עליה, אינה שוויונית (היא מפלה מי שהוא יהודי מלידה, אשר לפי גישת המשיבים יכול לשהות בישראל קודם להחלטתו לעלות ארצה ולהשתקע בה, לבין מי שהוא יהודי מכוח גיור), אינה מספקת מענה לחשש מפני ניצול לרעה (קיים גם ביחס למי שהתגייר בחו"ל) ואינה הדרך הראויה להתמודד עם החשש הזה (יש דרכים אחרות – פיקוח).

לגבי השנייה, נאור חוזרת על הלכת טושביים 2

"המבחן אותו אציע לחבריי לאמץ הוא אותו מבחן עצמו שאימץ בית משפט זה לעניין הכרה בגיור שנערך בחו"ל – מבחן הקהילה היהודית המוכרת. לדעתי, מבחן זה משלב באופן הראוי את הגשמתן של כל שלוש התכליות עליהן עמדתי: עידוד העליה ואחדות העם היהודי מחד, והפיקוח על ההיבט הציבורי של הגיור מאידך (פסקה 29)."

נאור אמנם איננה מרחיבה במפורש את הכרעתה גם לקהילות קונסרבטיביות ורפורמיות בישראל אבל מדבריה נראה פשוט שזו התוצאה.

איני רואה מקום למנות, בנסיבות שלפנינו, את פרטיהן של כל אותן קהילות יהודיות אשר יש לראות בהן "קהילה יהודית מוכרת". אף איני נדרשת לשאלות בדבר מאפייני הסף של קהילה כזו, כגון מהו מספר החברים המזערי בה. לענייננו די בכך שאקבע כי הקהילות האורתודוכסיות בהן התגיירו העותרים שלפנינו, בבני ברק ובירושלים, עונות על הגדרת קהילות מוכרות בהיותן קהילות מבוססות ובעלות זהות יהודית משותפת וידועה (פסקה 30).

**בג"צ 11013/05 נטליה דהאן נ. שר הפנים**

בעקבות פסק הדין בעניין טושביים הוגשו בנובמבר 2005 עתירות לבג"צ הדורשות להכיר לעניין חוק השבות גם בגיור רפורמי הנערך כולו בארץ. עד היום טרם ניתן פסק-דין בעתירה.

**הרחבת הזכאות לשבות- עד כמה?**

 במסגרת תיקון חוק השבות בשנת 1970, הורחבה הזכאות לשבות.

אדם יהודי מקנה זכאות לשבות לכל משפחתו. זה יכול להיות מצב שהאדם היה יהודי, האמא לא יהודייה אך המשפחה זכאית לשבות. זו הרחבה משמעותית מאוד. הנסיבות והרקע לא נדבר. כביכול זה היה סוג של תיקון לאימוץ ההגדרה הדתית למי הוא יהודי. התעסקנו עד כה בשאלת מיהו יהודי כשהמחלוקת הייתה בין פרשנויות שונות דתיות- אורתודוקסי מול ליברליות. פה מתבעת הרחבה שהיא לא דתית, היא עוקפת בעיה דתית בזה שהיא לא מכריה את אותם אנשים כיהודים אבל הרחבנו.

זה דיון שהתפתח רוב העולים ארצה בעיקר ממדינות ברית המועצות, אינן יהודים לפי ההלכה. מה שגורם לכך נוצר כאן מיעוט גדל והולך למי שאינם ערבים פלסטינים אבל גם אינם יהודים. חלק מזדהים במובהק כבני דת אחרת, אך אנשים אלו לא מוחרגים. בן משפחה של יהודי גם אם הוא מגיע ארצה, זכאי לעלות ארצה עם כל משפחתו. ולכן יש קהילה גדולה של נוצרים שאינם ערבים שמגיעים ארצה. יש כאלו שסוברים שצריך לצמצמם את הרחבה.המשמעות היא שיש שני אנשים שזכאים לאזרחות:

1. יהודים
2. בני משפחה שאינם יהודים עד דור שלישי

**סטמקה נ' שר הפנים**

השאלה: אותו "בן זוג של יהודי" האמור בסעיף 4א(א) לחוק השבות: האם כל בן-זוג של יהודי זכאי לשבות ולאזרחות (וזו גרסת העותרים), או שמא נאמר הכתוב מדבר אך-ורק בבן-זוג של יהודי טרם היותו אזרח ישראל, כגרסת המשיבים?

תשובת בית המשפט: הזכות מוקנית לבן הזוג של היהודי, אך מתעוררת שאלה מה התסריט? מגיע אדם ארצה לטפל באישה מבוגרת, הבן של המבוגרת והמטפלת מקיימים ביניהם מערכת יחסים כשמחליטים בסופו של דבר להתחתן. יש כאן בת זוג של יהודי, האם מכוח הנישואין שלה לבן של המבוגרת, האם היא זכאית לשבות?

בית המשפט: זכאות השיבה מוקנית לאותם בני משפחה של יהודים טרם הגיעם ארצה, מי שיקבל זכאות זה מי שנשוי ללא יהודי, ליהודי ונישואין מתבצעים כשעדיין האם לא עלה ארצה, מי שנישא לאזרח ישראלי הוא לא קונה זכות. משתי סיבות:

1. תכלית ההוראה- התכלית העיקרית של החוק לא תוכננה לחול על מקרים בקטגוריה זו. משום שהתכלית נועדה לנישואי תערובת של אנשים שרוצים לעלות ארצה. אם לא נאפשר לעלייה של המשפחה נגכום לפירוד משפחות. תכלית זו לא רלוונטית במקרה שהיהודי חי בארץ ומתחתן עם לא יהודי.
2. שמירה על שיוויון- פה מעניק באופן מובהק יתרון, מפלה לטובה את היהודי על פני המוסלמי. וזה לא לגיטימי. מתי פעם ראשונה נתקלים בין שאלת היחס בין הרוב היהודי ללא היהודי- עניין אחד זה מתן עדיפות ללא יהודים שלא אזרחין במדינת ישראל עניין אחר זה לעשות אבחנה שתהפוך להפליה. אם ניתן ליהודי לאפשר אזרחות לבת זוגתו בארץ לבין אותו אדם שלא יהודי. יש פה אפליה ושכזו היא לא לגיטימית. פס"ד מכתיב משמעות מצמצמת לחוק השבות.

**כניסה לישראל והתאזרחות של לא יהודים**

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003 הקפיא את ההליכים שאפשרו הגירה לצורך נישואין של זרים משטחי יהודה ושומרון עם אזרחי ישראל ותושביה. החוק נחקק אחרי שהתברר שבין השנים יש גל עלייה משמעותי של פלסטינים בשטחי יהודה ושומרון לתוך שטחי מדינת ישראל- במסגרת 'איחוד משפחות'. ומנגד, מתן היתרים לאיחוד משפחות משטחים אלו נוצל לרעה על ידי כמה עשרות מתוכם לשם ביצוע פיגועי טרור בישראל. כנגד חוקתיותו של החוק הוגשו מספר עתירות לבג"צ. במאי 2006 פורסם פסק הדין. בית המשפט אישר את חוקתיותו של חוק האזרחות על חודו של קול ברוב של 6 נגד 5.

עם זאת, רוב השופטים סברו שהחוק איננו חוקתי בשל פגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות, ובראשן הזכות ליסד חיי משפחה בישראל והזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים. השופט אדמונד לוי שהיווה את לשון המאזניים סבר שיש לדחות את העתירות משום שתוקף החוק יפוג תוך זמן קצר ולכן יש לאפשר למחוקק לאמץ הסדר משופר ומידתי.

המחוקק פעל כמצופה ופרסם במרץ 2007 חוק מתוקן, ובו חמישה חריגים. כנגד התיקון הוגשו כמה עתירות לבג"צ. העותרים טענו כי התיקון אינו מתקן את הפגמים בנוסח המקורי. גם עתירה זו נדחתה ברוב של ששה נגד חמשה.

זה מתחיל בשנים של הטבה ביחסים סביב הסכמי אוסלו. זה מעורר את השאלה למה הם עושים זאת?

הנימוק שניתן להגבלה זו היו מעורבים בביצוע פיגועי טרור בישראל. החוק מה שהוא עשה- חוק האזרחות במדינת ישראל מעניקים מסלול מהיר להתאזרחות על רקע של נישואין. הדרך להשגת אזרחות ישראל עברה באמצעות נישואין לאזרח ישראלי ערבי. כך אנשים נכנסו לשטחי מדינת ישראל. החוק הזה שנתן רישיון לא אישר מסלול התאזרחות בהקשר לנישואין.

בית המשפט לא מאשר את חוקיותו של החוק. המציאות הוא שרוב השופטים חשבו שהחוק לא חוקתי כי הוא פוגע בזכויות חוקתיות, כמו הזכות לשוויון ולחי משפחה בישראל. שופט שהיה באמצע סבר כי החוק היה בהוראת שעה. המדינה הבינה שהחוק לא נפסל ופרסמה חוק מתוקן. הגמיש את הוראות החוק. הוגשו כמה עתירות לבגץ ששוב טענו שהחוק לא חוקתי. ושוב, העתירה נדחתה על חודו של קוד.

**עדאלה**

המדינה טענה שהתכלית לחוק היא שמירה על אינטרס הביטחוני של המדינה ואזרחיה. בין אלו שקיבלו אזרחות ישראלית מקרב החוק, היו כמה עשרות שהיו פועלים בפיגועי טרור. ההנחה היא שיש כאלו המגיעים על השקפת עולם ומערכת קשרים שמביאה אותם להיות מעורבי בפעילות טרור ולכן נידרש לצמצם את היקף ההגירה מהטעמים הללו.

השופט פורקציה לא מקבלת את התכלית הראויה- וטענה כי הנסיבות מלמדות שבבסיס החוק עומדת גם התכלית הדמוגרפית ולא ביטחונית. הבסיס הוא שינוי מאזן הדמוקרטי בתחומי מדינת ישראל. נבקש בעצם למנוע הגירה משמעותית ערבית לתחומי המדינה. פרוקציה לא עונה מהי גישתה לגבי התכלית אלא אומרת שאי אמירת אמת בתכלית זה כשלעצמה מצדיק את פסילת החוק. עם זאת, השופטת פרוקצ'יה לא חיוותה דעה ברורה בשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית.

מה חושבים יתר חברי ההרכב על התכלית הדמוגרפית?

לכאורה אין לדעת כי הרוב התייחסו לתכלית הביטחונית. ולכן לא נשאלו שאלות או נדרשו לענות כלל על הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית.

בפרשה הזו הטיעון הדמוגרפי לא נדון לעומק ור שני שופטים ביצעו הסתייגות מהתכלית. ואמרו שהמדינה מסווה את התכלית האמיתית.חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בדבריו של השופט חשין.

במחשבה שנייה ייתכן שהימנעותם של השופטים בעניין עדאלה מלהתייחסלשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית יכולה ללמד משהו על עמדתם בנושא.   
אילו סברו השופטים בעניין עדאלה כי התכלית הדמוגרפית עשויה להגן על חוקיותו של חוק הוראת השעה, יש להניח שהם היו נדרשים לה במסגרת חובתם לבדוק היטב את תכלית החוק.

שני נתונים מחזקים את התהייה על הימנעותם של רוב השופטים מלנגוע בשאלת הלגיטימיות של התכלית.

במהלך הדיון בעתירה התיר בית־המשפט לעמותה בשם "הרוב היהודי לישראל" להצטרף לדיון כמשיבה. עמותה זו טענה כי השיקול הדמוגרפי בהחלט עומד ביסוד החוק, כי שיקול זה מהווה תכלית ראויה וכי החוק מגשים תכלית זו במידתיות.

בתשובותיה לבג"ץ אומנם טענה המדינה כי החוק לא נועד להגשמת התכלית הדמוגרפית, אולם היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי "גם אם תכליתו הדומיננטית של החוק היתה דמוגרפית — מה שאין כן פני הדברים — הרי שתכלית זו עשויה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

**פרשת גלאון**

פסק הדין לא שונה משורה התחתונה של עדאלה- בית המשפט דובק בתכלית הביטחונית כהצדקה בלעדית לחוק הוראת השעה. יחד עם זאת, יש כמה אמרות אגב שפזורות בחוות הדעת של השופטים העשויות ללמד לו המדינה הייתה בוחרת בתכלית הדמוגרפית, בית המשפט היה מוכן ללכת איתם.

* אדמונד לוי, אם הנימוק הוא ביטחוני הוא לא עובר את פסקת ההגבלה, לא ברור אם זה שהמדינה נמנעה לבסס את החוק על הטיעון הדמוגרפי לא הדגיש מה דעתו. מהדברים של לוי ניתן להסיק שהוא מנסה להגיד למדינה להשתמש בנימוק הדמוגרפי.
* ריבלין מסיר כי הוא דן בתכלית הביטחונית כי לא רק במשינה לא הצידה את היטעון הדמוגרפי, אלא כי הוא לא מתאים למתכונת החוק- אם זה היה דמוגרפי אולי גם היו מצמצמים את ההגירה מכלל מדינות ערב, אבל זה לא מה שקרה. זה לא עולה בקנה אחד עם הכלית הדמוגרפית משום שאין איסור גורף.  
  הקשר הזה ריבלין אומר כי הגדרת בסיס של המדינה הוא היהודית- שמירה על הרוב היודי זה אחד מעקרונות הבסיס של מדינת ישראל ולכן נימקו זה לגיטימי. הוא לא מכריע על בסיס נימוק דמוגרפי. בהקשר זה ריבלין מצטט מדבריו של הנשיא ברק בפרשה אחרת, שבהם הוא גורס כי "טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית" וכי זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל' שהיהודים יהוו בה רוב, היא אחד המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית. ריבלין מסביר כי הו דן בתכלית הביטחונית כי לא רק במשינה לא הצידה את היטעון הדמוגרפי, אלא כי הוא לא מתאים למתכונת החוק- אם זה היה דמוגרפיאולי גם היו מצמצמים את ההגירה מכלל מדינות ערב, אבל זה לא מה שקרה. זה לא עולה בקנה אחד עם הכלית הדמוגרפית משום שאין איסור גורף. הקשר הזה ריבלין אומר כי הגדרת בסיס של המדינה הוא היהודית- שמירה על הרוב היודי זה אחד מעקרונות הבסיס של מדינת ישראל ולכן נימקו זה לגיטימי. הוא לא מכריע על בסיס נימוק דמוגרפי.
* גם השופט**מלצר** נמנע מלבסס את הכרעתו על השיקול הדמוגרפי לנוכח עמדת המדינה, אך קובע כי "דיון שכזה מקומו יבוא."מלצר מזכיר בהקשר זה את עמדתה של רות גביזון, שלפיה ניתן להצדיק את חוק הוראת־השעה )אפילו בנוסחו הראשון והמחמיר) משיקולים דמוגרפיים (ומתייחס גם לטיוטה מוקדמת של המאמר של ספיר ובקשי).

**סיכום**

פסק הדין לא שונה משורה התחתונה של עדאלה- בית המשפט דובק בתכלית הביטחונית כהצדקה בלעדית לחוק הוראת השעה. יחד עם זאת, יש כמה אמרות אגב שפזורות בחוות הדעת של השופטים העשויות ללמד לו המדינה הייתה בוחרת בתכלית הדמוגרפית, בית המשפט היה מוכן ללכת איתם. כמו אדמונד לוי, אם הנימוק הוא ביטחוני הוא לא עובר את פסקת ההגבלה, לא הרור אם זה שהמדינה נמנעה לבסס את החוק על הטיעון הדמוגרפי לא הדגיש מה דעתו. מהדברים של לוי ניתן להסיק שהוא מנסה להגיד למדינה להשתמש בנימוק הדמוגרפי.

בשתי הפרשיות בית המשפט נמנע מלבסס את החלטתו על בסיס הנימוק הדמוגרפי. עם זאת בעוד שבפרשת עדאלה כל שופטי הרוב מרחיקים את עצמם מהנימוק הדמוגרפי, בפרשת גלאון חלק מן השופטים מדגישים כי הימנעותם מלהתבסס על נימוק זה נובעת אך ורק מהימנעותה של המדינה מלבסס עליו את עמדתה. ומניחים באמרות אגב יסוד להבאתו של השיקול הדמוגרפי בחשבון בעתיד במסגרת האיזון החוקתי בתחום ההגירה בכלל וביחס לסוגיית איחוד משפחות בפרט.

למה המדינה לא מבססת על ההצדקה הדמוגרפי? אם ההצדקה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לאום וזה מהווה את ההצדקה לתכלית דמוגרפית. למה הממשלה לא משתמשת בזה? יכול להיות שהמדינה פחדה שבית המשפט יפסול את החוק על תכלית זו. אם נגיד שזה מסוכן לביטחון בית המשפט יקבל יותר מאשר סכנה למדינה יהודית.

**הבחירות לכנסת**

**ירדור**

וועדת הבחירות המרכזית פסלה את רשימת הסוציאליסטים, לאחר שקבעה כי יוזמי הרשימה הם חברי הארגון הערבי "אל ארד" שהוכרז על ידי שר הבטחון כבלתי חוקי לפי תקנה 84 לתקנות ההגנה המנדטוריות. טענת הוועדה הייתה שהוועדה חותרת תחת המדינה. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה.

מהו בדיוק הנימוק שביקשו לפסול בגינו?

בפרשת ניימן הראשונה אבחנו רוב השופטים בין ההיבט הבטחוני וההיבט הרעיוני של איום על המדינה. השופטים פירשו את ההכרעה בפרשת ירדור כמבוססת על ההיבט הבטחוני בלבד(מאבק מזוין במדינת ישראל).

לדעת רות גביזון, קריאה זהירה של פסקי הדין של הרוב בירדור מעלה אפשרות לקריאה אחרת, לפיה טעם הפסילה של אל ארד לא היה רק איום פיזי, אלא גם אי-התיישבות עקרונית עם ערכי היסוד של המדינה.

אשר לזוסמן- מחד הוא מגדיר את מהות הרשימה כרשימה שמטרתה "לחסל את המדינה, להמיט שואה על רוב תושביה שלמענם הוקמה, ולהתחבר עם אוייביה(389). אול, בנוסף הוא מקדיש פרק נרחב לעקרון של דמוקרטיה מתגוננת תוך שימוש באנלוגיה עם ווימאר. טוענת גביזון: "בווימאר, כידוע, לא הייתה הבעיה איום על קיום המדינה" שהרי המפלגה הנאצית לא איימה פיזית על גרמניה.

אשר לאגרנט- מחד הוא קובע כי קבוצת אנשים שמטרתם הפוליטית הינה "לחתור תחת עצם קיומה" של המדינה לא תוכל להשתתף בבחירות. אולם, גביזון טוענת כי :עיקר פסק דינו הוא בכך שהנתונים החוקתיים לאורם יש לקרוא זכות רשימות אינם כוללים רק את ריבונותה של ישראל אלא גם את הקמת מדינת ישראל כמדינה יהודית". הדגשה זו בדבריו של אגרנט של היות מדינת ישראל מדינה יהודית איננה מתיישבת לדעת גביזון עם קריאה של פסק הדין כמבוסס על האיום הפיזי בלבד.

לסיכום, לדעת גביזון הסכנה נגדה יצאו שופטי הרוב הייתה צירוף של איום צבאי ואיום רעיוני ערכי על המדינה.

סמכותה של וועדת הבחירות המרכזית שלא לאשר רשימת מועמדים לכנסת, אף שלכאורה היא עומדת בדרישות החוק, התעוררה לראשונה בבחירות לכנסת ה-6.

התעוררה שאלה סביב רשימה מסוימת, רשימת הסוציאליסטים. המפלגה נפסלה על ידי ועדת הבחירות המרכזית בטענה כי יוזמי הרשימה הם ארגון הערבי אל עד שהוכרז על ידי שר הביטחון כלא חוקי. בית המשפט מאשר את ההחלטה. אך מה הנימוק שבגינו החליט לפסול?

בפרשת ניימן הראשונה אבחנו רוב השופטים, ההתייחסות לרשת ירדור לשני איומים למדינה- ביטחוני, להביא לשינויה של המדינה דרך שימוש בכוח ובאלימות, או היבט רעיוני- מי שרוצה להביא לשינוי אופייה ורעיונות הבסיס של המדינה בדרך דמוקרטית, בחירה לכנסת. השופטים קבעו שירדור מבוססת על ההיבט הבטחוני בלבד- שינוי אופי המדינה או ביטולה באמצעות מאבק צבאי\ טרור.  
רות גביזנון פרסמה מאמר שאמרה כי אם יקראו את פסק הדין, קריאה כזו מעלה אפשרות לפרשנות אחרת, לפיה הנימוק לא היה רק או בכלל טיעון פיזי אלא טיעון רעיוני- ביטול אופיה היהודי של המדינה.

אשר לזוסמן- מגדיר את מהות הרשימה כלחסל את המדינה ולהטיל שואה על יושביה אך גם הקדיש פרק לעיקרון של דמוקרטיה מתגוננת וממבצע השוואה לדמוקרטית וייאמר- בגרמניה עד לעליית שלטון הנאצים. בווימאר לא היה איום על המדינה מבחינה ביטחונית ולכאורה המפלגה הנאצית השתמשה בכלים דמוקרטים במטרה לשנות את אופי המדינה.

אשר אגרנט- קובע שאנשים חותרים תחת קיומה של המדינה לא תוכל להשתתף בבחירות. אך גבינזון טוענת כי עיקר פסק דינו הוא בכך שהנתונים החוקתיים לאורם יש לקרוא זכות רשימות אינם כוללים רק את ריבונותה של ישראל אלא גם את הקמת מדינת ישראל כמדינה יהודית". הדגשה זו בדבריו של אגרנט של היות מדינת ישראל מדינה יהודית איננה מתיישבת לדעת גביזון עם קריאה של פסק הדין כמבוסס על האיום הפיזי בלבד.

גבינזון סבורה שהסכנה שיצרו שופטי הרוב היא שילוב של איום צבאי ורעיוני של ערכי על המדינה. לשאלת היחס הפנימי בין שתי העילות היא לא נכנסת. היא רוצה להראות שמבחינת השופטים הטיעון הרעיוני משחק תפקיד משמעותי בפסילת הרשימה.

האם פירושה של גבינזון משכנע?

הרטוריקה עליה מצביעה אכן נמצאת, אך זה ברור לחלוטין שהגורם הדומיננטי בדברים שלה הוא האיום הפיזי\ ביטחוני. וזה האלמנט המרכזי. די ברור שהשופטים היו בדעה שהרשימה כופרת בזכות קיומה של מדינת ישראל ותומכת במאמצים לחסלה ומטעם זה יש לפסול את הרשימה מטעמה.

רון חריס פרסם מאמר בעניינה של אל ארד ,שהעסיקה את בית המשפט העליון בשורה שלמה של פסקי דין בעניינים הקשורים בפעילותה הפוליטית. חריס בוחן את המפה הפוליטית בישראל ובמדינות ערב באותה תקופה ומגיע למסקנה הבאה

יש להניח.. כי ידה הסופי של אל ארד היה שונה מזה של המפלגה הקומוניסטית, שיעדה נע בין שתי מדינות על בסיס החלטת החלוקה, לבין מדינה דו לאומית ולבין מדינה דמוקרטית וחילונית ושלא דיברה כלל על אפשרות שחלק מהיהודים לא יוכלו להיכלל בין אזרחי המדינה. יש להניח כי עמדת אל ארד הייתה קרובה יותר לזו של התנועה הלאומית הפלסטינית שפעלה בחסות נאצר, אשר דגלה למעשה בחיסול ישראל תוך שימוש בכוח והקמת ישות פלסטינית בכל שטחי פלסטינה המנדטורית.

שופט המיעוט חיים כהן סבר כי אין סמכות לפסול בהיעדר חוק:

מסכים אני בכל לב שיש הכרח בדבר שתהא נתונה הסמכות בידי גוף כלשהו להוציא מן הכנסת כופרים בעיקר , הבוגדים במדינה והמסייעים ביד אוייביה. אבל, במדינה אשר בה שולט החוק אין שוללים זכות אדם ויהא הוא הפושע המסוכן והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד.

האם זהו הנימוק הבלעדי של חיים כהן?

"אין אני יכול לראות את הסכמה הממשית או הברורה או המיידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה או לזכות מזכויותיה, מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת".

האם מבחינה עובדתית זה באמת היה סיפור עם אל ארד? מה באמת היה חזונו של תנועת אל ארד?

משום שהרשימה הייתה ברשימה של פסקי דין שהעסיקו את בית המשפט העליון. חריס בודק מה מיקומה של המפלגה בטווח הפוליטי. במבט לאחור השופטים צדקו באיסור קיומה של אל ארד בכל האמור ליעדים של התנועה.

שופט המיעוט היה חיים כהן שסבר שאין סמכות לפסול בהיעדר חוק- חיים כהן הציג מידע קוהרנטי לחלוטין שאומר לא משנה בה אם אין הסמכה בחוק לא ניתן לפסול גם אם מדובר באדם שרוצה לחסל את המדינה. כשחופרי מוצעים עוד נימוק: מה שנראה שבניגוד מה שקבענו קודם לדבריו הנימוק שהוא לא פוסל את הרשימה זה לא משום שאין הסמכה בחוק אלא הוא היה מעדיף לצרף לעילת הפסילה גם מבחן הסתברותי. שהוא מנסה לבדוק מה הסיכוי שהמפלגה תצליח להשיג את רעיונותיה. חיים כהן היה סבור שהמפלגה לא מהווה איום ממשי על קיומה של מדינת ישראל ולכן הוא מתנגד לפסול את הרשימה.

**1984 פרשת ניימן הראשונה**

עובדות: וועדת הבחירות המרכזית פסלה שתי רשימות: רשימת כך והתנועה המתקדמת לשלום. כל חמשת השופטים הסכימו לבטל את שתי הפסילות.

ארבעת השופטים האחרים תמכו בכך שיש לפרש את הלכת גדרון כי היא זו שקובעת את ההלכה. הם פירשו אותה בפרשנות מצמצמת- ניתן לפסול רשימה רק אם היא רוצה לפעול בדרך אלימה- רק האיום הביטחוני ולא הרעיוני. והנימוק היחיד שניתן לפסול רשימה כל עוד אין הסמכה בחוק זה דמוקרטיה מתגוננת- אם מישהו בא להפעיל אלימות ולפגוע במדינה בית המשפט יפסול.

וועדת הבחירות המרכזית פסלה שתי רשימות: רשימת כך והתנועה המתקדמת לשלום. כל חמשת השופטים הסכימו לבטל את שתי הפסילות. ארבעת השופטים האחרים קיבלו את הלכת הרוב בירדור לעניין הסמכות לפסול בהיעדר חוק, שאותה כאמור הם פירוש כמבוססת על איום על קיום המדינה. אולם גם הם נחלקו בדעותיהם.  
שלושה- אלון, בייסקי ושמגר- סברו כי בהיעדר חוק אין להרחיב את עילת הפסילה שבירדור.   
שופט אחד-ברק- סבר כי ניתן להרחיב באופן שיפוטי(גם לפגיעה בערכה של מדינת ישראל כיהודית).

מחלוקת נוספת שהתגלעה בין השופטים נגעה לשאלת מקומה של נוסחת הסתברות במסגרת שיקולי הפסילה.

השופט ברק סבר כי יש להפעיל סמכות הפסילה רק במקרה של סכנה מסתברת, וכי סכנה כזאת אינה קיימת במקרה של 'כך'.

שופט אחד, ברק, אומר שניתן להרחיב באופן שיפוטי להיבט הרעיוני- לפסול רשימה שמתנגדת לקיומה של מדינה לפפי ערכי היסוד שלה. ברק ביקש להוסיף אל המבחן גם את אלמנט ההסתברות. מצד אחד הוא מרחיב את מבחן שיקול הדעת אך הוא אומר מראש שהוא ישתמש במבחן רק במקרים חריגים מאוד. בעצם הוא מרחיב ואז מצמצמם.

בשורה התחתונה- בית המשפט הבחין בין הדיון ברשימה המתקדמת לבין הדיון ברשימת כך.

לגבי הרשימה המתקדמת נקבע- בניגוד לדעתה בחולקת של בן פורת- כי הלכת ירדור ישימה בנסיבות המקרה, אך בית המשפט מצא כי לא היו בפני וועדת הבחירות מספיק ראיות לאיום על קיום המדינה, ולכן לא היה מקום לפסול את הרשימה.

לגבי רשימת כך- כאמור שלושה שופטים סברו כי אין סמכות לפסל בהיעדר חוק, שהרי כך לא איימה על קיום המדינה אלא רק רעיון המדינה. וגם השופט הרביעי, ברק, שהיה מוכן להרחיב את עילות הפסילה ולהוסיף היבט רעיוני, אך סבר כאמור כי מבחני ההסתברות הראויים לא התמלאו בנסיבות המקרה.

**החקיקה**

פסיקת בית המשפט בעניין ניימן הראשון הובילה להסדרת העניין בחקיקה. בשנת 1985 התקבל תיקון 9 לחוק יסוד הכנסת בו הוסף סעיף 7א' אשר קבע, בנוסחו אז, את הדברים הבאים:

מניעת השתתפות רשימת מועמדים. רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכננת אם יש במטרותיה או במעשיה במפורש או במשתמע אחד מאלה:

1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;
2. שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה;
3. הסתה לגזענות.

המגמה העיקרית לחקיקה הייתה מניעת השתתפותה של רשימת כך בבחירות, ולשן האיזון הפוליטי, גם של הרשימה המתקדמת.   
בפועל, רק התכלית הראשונה הושגה- כך נפסלה, אולם השתתפותה של הרשימה המתקדמת, כמו גם של רשימות אחרות בעלות מצע דומה, אושרה.   
על פניו, המחוקק אימץ עילת פסילה נרחבת מזו שנקבעה בירדור, לפחות לפי פרשנות השופטים בניימן. אין צורך להראות שאיפה לחיסול פיזי של המדינה מצדיקה פסילת רשימה, אלא די בשאיפה לשינוי אופייה כמדינת העם היהודי.   
בשנת 1992 נחקק חוק המפלגות. סעיף 5 לחוק הציב את ההסדר שבסעיף 7א' לחו"י הכנסת כתנאי לרישום מפלגה.

כשבוחנים מה היה המצב עד שנת 85 רואים שהכנסת מאמצת עילת פסילה רחבה יותר לעילת הפסילה שניתנה לירדון: אין צורך להראות שאיפה לחיסול פיזי של המדינה אלא מספיק שתהיה שאיפה או רצון לשינוי אופיה של המדינה כעם היהודי. זה יכול לשמש כעילה לפסילת רשימה כך, היוצא לשון סעיף7א1.

סעיף חמש ללשון המפלגות הציב את סעיף 7א כתנאי לרישום המפלגה. לפני ריצה לכנסת יש צורך לרשום את המפלגה. רק לאחר שועדת הבחירות אישרה את המפלגה היא תוכל לרוץ לכנסת. יש בלימה כבר בשלב המוקדם- לא ניתן לאשר מפלגה אם אחד מהדברים בחוק מתבטאים במצע של המפלגה.

מה היחס בין ההסדר בחוק היסוד להסדר בחוק המפלגות?

קיימת מחלוקת בשאלת היחס בין עילת הפסילה שבחוק יסוד הכנסת לעילות שבחוק המפלגות:  
לדעת ברק, מבחני חוק המפלגות צריכים להיות מקילים מאלו שבחוק יסוד הכנסת: "אכן, רב הדמיון בין שתי ההוראות. שתיהן עוסקות בכוחה של מפלגה להשתתף בבחירות. שתיהן פוגעות בחירויות דומות, ושתיהן באות להגן על ערכים דומי. הלשון של שתי ההוראות דומה, וניתן אפוא לעשות שימוש באסמכתאות של בית משפט זה, אשר פירשו את סעיף 7א' לחוק סוד הכנסת בפירושו של סעיף 5 לחוק המפלגות. אכן, בפרשנותן של שתי הוראות אלה יש לשאוף לאחדות חוקתית ולהרמוניה נורמטיבית. עם זאת, מן הראוי להדגיש כי עניין לנו בשני הסדרים, אשר חרף הדמיון שביניהם, הם שונים זה מזה עקרונית. ניתן להלום מפלגה אשר רישומה לא ייפסל אך אשר השתתפותה בבחירות תימנע.   
אולם, גם ברק מודה כי ההבדל אינו יכול להיות גדול:"... אם סמכות הפסילה על פי סעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת היא דקה, הרי סמכות הפסילה על פי סעיף 5 לחוק המפלגות היא דקיקה ומה דק ההבדל בין דק לדקיק.   
מדוע ברק מציע להבחין בין המקרים?

לדעת חשין ודורנר אין מקום לאבחן בין השניים: השופט חשין בפרשת יאסין- "חברי הנשיא מוסיף ומהרהר בהיקשר פרשנות, מהוראת סעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת להוראת סעיף 5 לחוק המפלגות, ולסוף מגיע הוא לכלל מסקנה כי ההבדל בין פירושה זו לבין פירושה של זו אפשר שהוא כהבדל בין דקיק, ומה דק הוא ההבדל בין שני אלה.. אם כך ייאמר, כי אז אפשר שאותו טוען למעלה יוסיף אף הוא וישיב אמריו: הבדל זה, אין הוא אך הבדל דק: הבדל דק-דק הוא , דק-מכל-דק, דק-על-דק-עד-אין-נבדק. מי הוא זה ואיזה הוא שיבדיל בין תכלית לכרתי ובין כלב לזאב לפני עלות השחר? תכונת פלא זו ניתנה למלאכים ולא לבני אדם, ואנו בני אדם אנו.

לדעת ברק מבחני החוק במפלגות צריכים להיות מקלים יתר מאלו של חוק יסוד הכנסת. אם נחשוב לרגע ככל שהרשימה נפסלת יותר מוקדמת הפגיע בזכויות היא יותר חמורה. ככל שנקדים את הפסילה, הפסילה יותר חמורה. אך גם ברק אומר שההבדל ביניהן לא יכול להיות יותר גדול. יכול להיות שנעלה את הרף, ראייתי והסתברותי כשנחזור אחורה- נדרוש יותר בתנאי של פסילת רשימה בשלב אישורה, ונפסול פחות לשלב אישור המועמדים.

חשין- ההבדל הוא כל כך קטן עד שאין הבדל.

**תיקון 2002**

עד שנת 2002, ניתן היה לפסול את כל הרשימה ולא אנשים פרטיים. לאחר התיקון, הדבר הפך לאפשרי, ברגע שפוסלים כל רשימה הפגיעה היא חמורה, אך בפסילת אדם ספציפי, מתקיימת היכולת של הרשימה לרוץ לכנסת ולכן הפגיעה היא פחות חמורה. כלומר נשלול רק את זכותו של אדם ספציפי.

יתרה מזאת, יש כאן הרחבה של האפשרויות אך יש אמצעי בקרה חזק: יש גם אמצעי בקרה חזק מהרגיל להבדיל מפסילת רשימה שאיינה מחויבת באישור אלא אם הוגש ערעור לעליון, בפסילת מועמד בודד נדרש אוטומטית הליך של אישור מצד בית המשפט העליון.

בנוסף, השתנה גם היקף הביקורת השיפוטית. כאמור פסילה של אדם בודד היא קלה יותר מפסילה של רשימה. אז מצד אחד יש הקלה על ועדת הבחירות. אך מהצד השני יש החמרה לאור זאת שאנו מחייבים אישור של בית המשפט בכל מקרה כזה ולא רק ערעור על החלטת הועדה. הטעם לכך הוא הרצון לרסן את וועדת בחירות המרכזית באמצעות חיזוק כוחו וסמכותו של בית המשפט העליון.

הוספת עילת פסילה במקרה של "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל".

לכאורה , העילה מובנת מאליה, שהרי העילות האחרות רחבות הרבה יותר ולכאורה מאפשרות פסילה גם של רשימות המבקשות להשיג את יעדיהן באמצעים דמוקרטיים. אם כך, מהי מטרת ההוספה? זה אולי טריוויאלי, אך מאחר והפסילה בשל שלילת אופייה של מדינת ישראל כיהודית הפכה לאות מתה, היה צריך להגדיר עילה שלכל הפחות, תפסול שלילה של אופייה של מדינת ישראל כיהודית דרך תמיכה בטרור נגדה.

**ברק בפרשת טיבי ועדאלה**

השוני בין תפקידו של בית המשפט העליון באישור בחירות לבין תפקידו בערעור בחירות, מתבטא היטב בהיקף סמכותו של בית המשפט העליון. לפי ברק השוני בין אשרור בחירות לבין ערעור מתבטא בהיקף סמכותו של בית המשפט. באישור בחירות בית המשפט הוא כחלק מההחלטה. באישור בחירות בית המשפט חוזר והופך להיות הגוף הראשון, השאלה היא האם אני עצמי הייתי מקבלת את אותה החלטה ולא האם ההחלטה בגדר מתחם הסבירות.  
ברק אומר למעשה שבית המשפט הפך לצד בהליך אישור בחירות(הוא לא שואל אם החלטת וועדת הבחירות סבירה, אלא האם היא נכונה, כלומר האם הוא היה מקבל אותה החלטה. יש כאן הבדל מסוים)

מה מעמדה בפועל של עילת "שלילת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

ברק בפרשת טיבי ובשארה:

"המובן שיש ליתן לדיבור זה בסעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת שונה הוא מהמובן שיש ליתן לדיבור זה בשני חוק היסוד בעניין בזכויות האדם. הטעם לכך מקורו בתכלית השונה המונחת ביסוד דיבור זה. כפי שנראה, לדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בסעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת יש ליתן פירוש מצמצם, שכן הוא נועד לצמצם את זכות היסוד לבחור ולהיבחר. לעומת זאת לדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בחוק יסוד: כבד האדם וחירותו יש ליתן פירוש מרחיב, שכן הוא נועד להגן על כבוד האדם וחירותו.

ברק: מה המבחן שצריך להיות כאן? בשני המקרים מדובר על מדינה יהודית ודמוקרטית אך צריך להיות יחס שונה- כשאתה בא לפגוע בזכויות נקרא בקריאה מצמצמת אך בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש פרשנות מרחיבה. אם הכוונה היא פגיעה בבחירות זה פירוש מצמצם.

מה זה פירוש מצמצמם? מה נכס בהגדרה? האם השאיפה של מדינת שישראל כמדינת כל אזרחיה עומד בניגוד לדרישה? מה נכלל בהגדרת המינימום של המדינה כמדינת העם היהודי? שאיפה להפיכת מדינת ישראל כמדינת כל אזרחיה- האם הדבר עומד בניגוד לסעיף 7א'(1)?

**בן שלום- דב לוין**

דעת הרוב- שלמה לוין

"מתוך מגמה שלא להיגרר להגדרות אידאולוגיות, אלא כשהדבר דרוש לצורך הכרעה במקרה שלפנינו, מוכן אני לקבל בנושא שלפנינו הגדרת **מינימום**, שאך היא דרושה במקרה שלפנינו, שאחד ממושכלות היסוד של המדינה הוא **קיום של רוב של יהודים בה, מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכול ברוחה של מגילת העצמאות;** מקבל אני את הגישה, שרשימה שיעדה המרכזי הוא להשיג את ביטולם של המרכיבים האמורים של ההגדרה והיא מייעדת את פעולתה למטרה האמורה כיעד מרכזי, הכול ברמת הראיות הנדרשת, באה בגדרו של סעיף 7א'(1) לחוק היסוד".

לאחר שקבע את מבחן המינימום, וקבע כי ההתבטאויות שבתיק הראיות עומדות בסתירה למבחן זה, בוחן ש. לוין את הראיות ומסביר: השאלה המתעוררת לפנינו היא, האם יש לראות בדברים אלה חלק מפרוגרמה ממשית, רצינית ופעילה של המשיבה.

מסקתנו של לוין היא כי הראיות בעניין זה "אינן חד משמעיות"

**פרשת איזקסון- חשין**

האם האמירה כי מדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה" עשויה לעלות בקנה אחד עם היותה של המדינה "מדינה יהודית", או שמא יש בה באמירה זו כדי לשלול מניה ויבה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית?

מדינת כל אזרחיה אין בה כדי לקבוע זו מדינה לא יהודית. חשין עושה סוג של היתממות. מדינת ישראל צריכה להיות כל אזרחיה היא נוגדת את הגדרת הלאום. אך חשין קבוע שאין סתירה בין מדינת כל אזרחיה למדינת הלאום היהודי.

*"דעתנו היא, שהקביעה כי מדינת ישראל היא "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאזרחיה?  
גם במגילת העצמאות מוצאים חיזוק לכך.  
אכן, כל אזרחי ישראל- יהודים ושאינם יהודים- הנם "בעלי מניות" במדינה, והאמירה כי המדינה היא "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לחסר מהיותה של המדינה מדיה יהודית, ואם תרצה: מדינת העם היהודי. "*

ארליך- יותר מרחיקת לכת, משום שהיא לא שאלה מה צריכה להיות מדינת ישראל אלא מה הסיפור של היהודי.

**פרשת ארליך**

עזמי בשארה, שעמד בראש רשימת בל"ד המבקשת להיבחר לכנסת ה15 אמר בראיון לעיתון בין היתר:

"היהדות היא דת ולא לאום לציבור היהודי בעולם אין סטטוס לאומי כלשהו.. אני לא חושב שלציבור הזה זכות להגדרה עצמית... מבחינה היסטורית הרעיון של מדינת היהודים לדעתי לא לגיטימי. ואם אתה שואל אותי אני לא מוכן לתת לישראל לגיטימציה היסטורית. אין שום דמיון בין זכויותיהם בארץ של פלסטינאים שהוגלו מאדמתם לפני 50 שנה לבן זכויותיו של קולקטיב מדומה שהוגלה מהארץ לפני 2000 שנה".

השופט טירקל דן במשמעות ההתבטאויות של בשארה, וקבע כי קשה לפרשן באופן "שאיננו שולל את זכותו של העם היהודי לקיים מדינה".

חרף זאת, בית המשפט איננו פוסל את הרשימה. טירקל תולה זאת בהסברים שמביא בשארה הן בריאיון והן בבית המשפט ניתן אפוא להסיק שהוא בכל זאת מכיר בכך שבמדינת ישראל התהווה לאום יהודי, אמנם לא מחובר ללאום ההיסטורי הלכאורי, אך בכל זאת לאום שזכאי להגדרה עצמית. השופט קדמי, שהצטרף לטירקל מוסיף:

"התמזל לו מזלו של ח"כ בשארה, שהוא חי ופועל במדינה חזקה שערך הדמוקרטיה כה חשוב לה עד שהיא מוכנה, על מנת לשמור עליו, לאפשר התבטאות כזו".

גידי אומר: "כלב נובח לא נושך".

**בל"ד ורע"מ 2009**

בבחירות 2009 פסל וועדת החבירות המרכזית את שתי הרשימות. הן הגישו ערעור, שהתקבל.  
בתצהיר התשובה שהוגש לוועדת הבחירות ואשר צורף גם לערעור שהוגש לבית המשפט, הבהיר יו"ר בל"ד, ג'מאל זחאלקה את עדת רשימתו: בל"ד רוצה שתי מדינות לשני עמים עם שוויון אזרחי מלא.

בהמשכו של תצהיר התשובה זחאלקה אמנם מכיר בזכותם של היהודים להגדרה עצמית קולקטיבית בתוך מדינת ישראל, אך זאת ברמה תת מדינתית בלבד ובשוויוניות גמורה להגדרה עצמית קולקטיבית של בני העם הפלסטיני. למרות אותם דברים, לא נפסלה התמודדותה של הרשימה.

המשמעות הברורה של פסק דין זה ושל נוספים שבאו בהמשך, היא ביטול דה-פקטו של עילת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי.

בית המשפט רוקן מתוכן את עילת הפסילה הזו. אך מה הנימוק?

* נימוק תועלתי- אולי ברגע של פסילת הרשימה, זה המרחיק מישהו מהמשחק הדמוקרטי יש סיכון בהפיכתו לקיצוני יותר. אולי הסיכון של פגיע בדמוקרטיה תהיה יותר נמוכה בשמירה על זכותו במשחק הפוליטי מול הפגיעה החמורה יותר לביטחון המדינה שיגרם מפסילתו. כלומר, אם נפסול את האדם אולי זה יוביל אותו להשתמש באמצעים כוחניים במקום פוליטיים.

לדעת גידי, נעשה כאן שריון מוחלט לעמדה שניתן לבקש לשנות את אופייה של מדינת ישראל, כל עוד זה לא נעשה באמצעים אלימים. אם פסלת את היכולת לנסות לשנות את האופי בדרך של התמודדות בבחירות, מנעת כל אפשרות להביא לשינוי "מבפנים". גידי נוטה להסכים עם הטענה הזו, אך לראייתו זה משהו שהכנסת צריכה לקבוע, ולא תפקיד בית המשפט לעשות זאת.

נימוק נוסף הוא, שכשאנחנו מרחיקים מישהו מהמשחק הפוליטי אנחנו מסתכנים שיהפוך לקיצוני יותר, ולכן עדיף, מתוך שיקולי רווח והפסד, לאפשר לו להתמודד מאשר לדחוק אותו לקבוצות שוליים אלימות(מגיע מתוך הפרק של רובינשטיין ומדינה מהסילבוס).

* נימוק מהותי- אולי עצם עילת הפסילה היא פסילה בעייתית. אם בא אדם ואומר שהוא חושב שהסידור במדינת ישראל צריך להיות מדינת כל אזרחיה, הוא אומר שהוא מקבל על עצמו את חוקי המדינה ומבקש במסגרת המשחק הפוליטי הלגיטימי הוא מבקש לשנות ולהביא לביטול של מדינת הלאום. ברגע של פסילתו זה יביא לשיריון מוחלט בעצם זה להגיד (שיריון מוחלט שלא ניתן לשנות בשום תנאי), אולי פה זה אותו הדבר, אם לא ניתן לשנות במחשק פוליטי ולשנות את מדינת ישראל כמדינת לאום זה נביא לשיריון מוחלט כי אפילו במשחק בפוליטי הדעה לא יכולה להישמע? גם אם זה לגיטימי לקבוע שהמדינה היא מדינת לאום ולגיטימי לעגן בחוקה. לא ך\לגיטימי להפוך את זה לנצחי שלא ניתן לשנות. זה פוגע פגיעה קשה מידי בזכות להיבחר או בזכות להישמע.

אך בסופו של דבר בית המשפט פוסל את הסעיף מהחוקה, האם זה לגיטימי לזה שבית המשפט מוקיע את זה? מה יכול להסביר את גישת בית המשפט? 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(שהמועמד ראוי להיפסל בגלל ראיות), אבל ספק לא מספיק כדי לפסול התמודדות של רשימה או מועמד במדינה שוחרת דמוקרטיה וכו'.

1. פסקת ההגבלה דורשת דרישות מהותיות, בניגוד שלשיריון פורמאלי יש הדרישה היא רוב מסוים. פסקת ההגבלה היא מה שמקנה לחוק יסוד שיריון מהותי. דרישה מהותית זו דרישה של תוכן, שצריכים לעמוד בסטנדרטים מסוימים. [↑](#footnote-ref-1)
2. שיריון פורמאלי- מוצמד לאופציה של שינוי וסתירת החוק ברוב מסוים. [↑](#footnote-ref-2)
3. רציו- כל דבר שהכרחי להגעה לתוצאה, אוביטר- כל מה שלא הכרחי על מנת להגיע להכרעה [↑](#footnote-ref-3)
4. החזקה חלוטה- גם אם תבוא ותראה שאין לך כלום, זה לא משנה, ברגע שיש לך או בחזקתך רכב אתה נמצא מעל הסף הרלוונטי. [↑](#footnote-ref-4)