

## משפט חוקתי

### מבוא

ניתן לראות כי אפילו השאלה הכי בסיסית במשפט חוקתי "האם יש לנו חוקה" היא שאלה שאינה מובנת מאליה. השאלה מורכבת מן השאלה מה היא חוקה ומה היא המציאות וההתפתחות החוקתית. איך נוצר המצב בו לא ניתן להגיד בוודאות אם יש חוקה? האם אנו יכולים לדבר על משפט חוקתי בלי חוקה? נראה כי גם באנגליה לדוגמא (מדינה בלי חוקה) לומדים משפט חוקתי.

### **מהו משפט חוקתי?**

- א. משפט חוקתי הוא תחום המשפט שמסדיר את פעילות מוסדות השלטון וכן את היחסים בינם לבין עצמם ובינם לבין הפרט. המשפט החוקתי עוסק במבנה המוסדי של רשויות השלטון, בכוחות שלהם, בסמכויות שלהם וביחסים ביניהם.
- ב. המישור השני עוסק בזכויות הפרט כלפי רשויות השלטון.
- ג. בניגוד לתחומי המשפט הפרטי, שבאופן קלאסי עוסקים ביחסים בין פרטים, במשפט החוקתי עוסקים בעיקר ביחסים שבין המדינה ומוסדותיה לבין הפרט.

### **הנחות יסוד למשפט החוקתי**

#### א. פיצול בין הריבון (העם) במדינה לבין השלטון

- בעבר הריבון היה המלך והתושבים היו נתינים, הם היו נתונים למרותו. הדמוקרטיה חוללה מהפיכה במדינות והפכה את העם לריבון במדינה. לעם כריבון יש סמכות להחליט על עצמו, העם קובע חוקה בה הוא מעניק סמכויות לשלטון כדי שיוכלו לנהל את המדינה.
- הפיצול בין הריבון לבין השלטון נובע מבעיית הנציג – לכל אחד יש אינטרסים אישיים ולכן לא תמיד אנשים פרטיים יפעלו לטובת האינטרס הציבורי.
- ב. שלטון מוגבל – השלטון נוצר ע"י העם כדי לשרת אותו, יש חשש שהוא יפגע בנו ולכן החוקה מביאה להגבלת השלטון. המעבר לתפישה חוקתית אומר שהשלטון הוא מוגבל, ולא יכול לעשות מה שהוא רוצה. צריך להגביל את השלטון ע"מ להגן על העם.

כדי לממש את ההנחות הללו ולהגן עליהן, התפתחו שני היבטים מרכזיים במשפט החוקתי:

- ההיבט המוסדי – הפרדת רשויות, איזונים ובלמים. אנחנו רוצים שהשלטון יהיה מוגבל, להקטין חשש משלטון עריץ ויש לנו כלים מוסדיים כדי להגביל את השלטון. אנחנו מפרידים רשויות כדי להגביל את כוחו של השלטון, לרשויות השונות יש כוחות להגביל ולאזן אחת את השנייה (בישראל ההיבט המוסדי של הפרדת רשויות לוקה בחסר מכיוון שיש חפיפה בין הכנסת לממשלה).
- זכויות חוקתיות/האדם – יש דברים שאפילו השלטון לא יכול לעשות, יש לעם זכויות שלא ניתן לפגוע בהן. השלטון צריך לכבד את הזכויות החוקתיות של העם. קיימים תנאים מאוד מסוימים בהם ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות, והכל תלוי באיזון בין האינטרס הציבורי לבין הגנה על זכויות של הפרט.

## מהי חוקה

הגדרה מינימליסטית – צירוף הכללים או העקרונות הבסיסיים אשר עליהם מושתתת המדינה. בהגדרה המינימאלית ביותר, מדובר על כללים ועקרונות שקובעים את מוסדות השלטון ומסדירים את פעולתם.

לפי הגדרה זו, לכל מדינה יש חוקה (גם אם לא כתובה ומפורשת). למעשה זה בלתי נמנע, מאחר שלא ניתן להיות מדינה ללא הכללים הבסיסיים הללו (בכל מדינה צריך לדעת מי יכול לחוקק, מי יכול לשפוט וכדומה). כמו כן, חשוב לשים לב שההגדרה לא מחייבת מסמך כתוב שנקרא "חוקה".

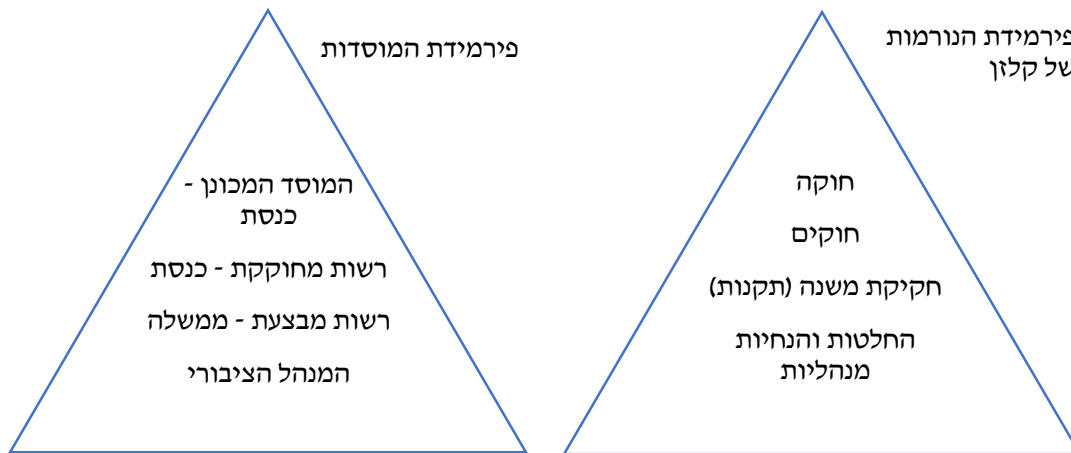
### מאפיינים נוספים של חוקה

מאפיינים אלו הם לא חלק מההגדרה המינימאלית, אך כיום כשמדברים על חוקות ישנם מאפיינים נוספים (לא הכרחיים אבל מרכזיים).

א. קיימת הבחנה מרכזית בספרות בין חוקה פורמאלית לבין חוקה מהותית :

- חוקה פורמאלית – מסמך רשמי וכתוב, לוקחת את התוכן החוקתי ומאגדת למסמך.
  - חוקה מהותית (מטריאלית) – חוקה שיש בה את התוכן של ההסדרים החוקתיים, אך הוא אינו מרוכז במסמך (דוגמת אנגליה). חוקה מטריאלית יש לכל מדינה.
  - בד"כ כשמדברים על חוקה, מתייחסים לחוקה הפורמאלית.
- ב. תוכן – התוכן המינימלי בחוקה הוא הסדרת **ההיבט המוסדי** (מי יכול לחוקק, מי יכול לבצע מי יכול לשפוט). כיום בד"כ כשמדברים על התוכן החוקתי ומה מצפים לראות בחוקה פורמאלית, לצד ההיבט המוסדי יש גם את עניין **זכויות האדם**. החוקה האמריקאית היא דוגמה קלאסית – תחילה היה בה רק את ההיבט המוסדי, אולם בהמשך התקבלה מגילת זכויות האדם בעשרת התיקונים הראשונים. לעיתים מתווסף דבר נוסף בהיבט התוכן והוא הגדרת **אופי המדינה** (לדוג' הגדרת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).
- ג. נוקשות – לא הכרחי להגדרה המינימלית. עוסק בשאלה **כמה קל לשנות או לבטל את החוקה** (שריון). לפי תפיסה זו, כדי לשנות את החוקה או לגרוע ממנה בכל דרך שהיא, נדרשת פרוצדורה מיוחדת שהיא שונה ותובענית יותר מהליכי חקיקה רגילים. מאפיין זה מקנה יציבות לחוקה מצד אחד ומצד שני את הפתח לשינוי (שלעיתים נדרש מאחר שהנורמות משתנות עם השנים) ברוב החוקות יש מנגנון תיקון שמאפשר עדכון ושינוי, השאלה כמה המנגנון הזה נוקשה היא שאלת האיזון בין נוקשות לגמישות. בנוסף, נוקשות עוזרת להגביל את השלטון ואת היקף היכולת שלו לשנות סדרים במדינה. מנוגד להכרעת הרוב, אם הרוב רוצה לשנות משהו איך חוקה יכולה למנוע מהם? נוקשות לפעמים מגבילה גם את מה שרוב הציבור רוצה ברגע נתון.
- ד. עליונות – לחוקה מעמד נורמטיבי עליון בשיטה המשפטית, מהבחינה שהיא נהנית מעליונות על חקיקה רגילה של הפרלמנט. העליונות הנורמטיבית מקבלת קדימות על כללים כמו: ספציפי גובר על כללי ומאוחר גובר על מוקדם. בנוסף, החוקה היא מקור התוקף לכל הנורמות האחרות. לגבי כל נורמה שקיימת בדרגות שנמצאות מתחת לחוקה ניתן לבדוק את מקור הסמכות שלה ובסופו של

דבר נגיע לחוקה. המדרג של הנורמות רלוונטי גם לכמה כל נורמה נפוצה (יהיו יותר חוקי משנה מאשר חוקים ראשיים, יהיו יותר חוקים ראשיים מאשר חוקים חוקתיים). במקביל לפירמידת הנורמות ניתן לבחון גם פירמידה נוספת – פירמידת המוסדות.



הפירמידה משקפת את מספר הנורמות שיש בכל אחד מן השלבים. ככל שנורמה נמצאת במקום גבוה יותר בפירמידה היא : גוברת על נורמות נמוכות יותר, הגוף/המוסד צריך להיות גוף בעל מנדט ישיר יותר מהריבון (העם) והיא מפורטת פחות ותמציתית יותר.

\*\* התנגשות בין שני חוקים - חוק ספציפי גובר על הכללי והחוק המאוחר גובר על המוקדם. פירמידת המוסדות אמורה להיות מקבילה לפירמידת הנורמות, קובעת מי הגופים או מוסדות שיכולים "לקבל" את הנורמות השונות. גם בפירמידה זו יש נגיעה לגודל הגופים.

\*\* איפה נכנסת הפסיקה ובית המשפט? בין תפקידי בית המשפט הוא ליצור נורמות חדשות, תפקיד אחר הוא לפרש נורמות שרשויות אחרות קיבלו. שביהמ"ש עושה פונקציה של פיתוח המשפט המקובל הוא מתחת לחוק, אם הפרלמנט לא אוהב את החלטות בית המשפט חוק רגיל גובר (תקדים) אם הפרלמנט לא אוהב את התקדים הוא יכול לחוקק חוק או תיקון לחוק שיגבור. שביהמ"ש מפרש נורמות, התפיסה היא שהמעמד הנורמטיבי של פסק הדין הוא המעמד החוקתי של הנורמה שהוא פירש, שביהמ"ש מפרש חקיקה, כדי לשנות פרשנות צריך חוק חדש.

### היסטוריה חוקתית בישראל

#### חוקה בישראל

ברוב המדינות השאלה האם יש חוקה או לא היא שאלה פשוטה של כן ולא. בארץ אין תשובה חד משמעית, וכל פעם שהשאלה תעלה תהיינה מספר תשובות שונות (יש חוקה מחולקת לחוקי יסוד, אין חוקה, יש תכנון לחוקה בעתיד וכדו').

ע"מ להבין האם קיימת חוקה או לא יש שני נושאים שיש להבין אותם :

- איך מגדירים חוקה?
- ההיסטוריה החוקתית של ישראל.

## היבטי החוקה בישראל

- נראה שמבחינה מטריאלית קיימת חוקה בישראל. מבחינה פורמאלית, אמנם אין מסמך רשמי מרוכז, אולם יש חוקי יסוד בעלי מאפיין פורמאלי שמאחד אותם.
- מבחינת התוכן החוקתי, יש את ההיבט המוסדי וכן את היבט הזכויות (כבוד האדם וחירותו, העיסוק וכו'). לגבי היבט מאפייני המדינה, יש בחוקי היסוד הגדרה מפורשת לאופי המדינה (יהודית ודמוקרטית).
- מבחינת נוקשות, בחלק מחוקי היסוד יש נוקשות יחסית קלה (אין פרוצדורה נפרדת להעברת חוק יסוד, ולעיתים אין פרוצדורה נפרדת לביטול החוקים). עם זאת, יש חוקי יסוד מסוימים בהם נדרש רוב מסוים.
- מבחינת העליונות, לא כתוב במפורש בחוקי היסוד שהם עליונים, אבל בשורה התחתונה התפיסה החוקתית בבתי המשפט כיום היא שחוקי היסוד עליונים.

## קום המדינה עד 1992

ניתן לחלק את הדיון לשתי תקופות – קום המדינה עד '92 ומ-'92 ואילך. ב-1992 חוקקו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק (המהפכה החוקתית).

## התפתחות חקיקתית

- א. בהכרזת העצמאות (בחלק המשפטי) נקבע שיהיו בחירות לאספה מכוננת שתאמץ חוקה. כמו כן, נקבע שהחוקה תתקבל כעבור ארבעה חודשים מהכרזת העצמאות (אוקטובר 1948). בנוסף, בהחלטת כ"ט בנובמבר אחת הדרישות למדינות שיקומו הייתה שתהיה חוקה, הכרזת העצמאות מתחייבת שיהיו בחירות לאסיפה מכוננת. היו בחירות לאספה המכוננת (אסיפה שתחוקק את החוקה ע"פ מדינת העצמאות) אבל מאוד מהר היא קיבלה את הסמכויות של מועצת המדינה הזמנית. מהלך זה הוביל לכך שהאספה המכוננת נהייתה גם הסמכות המכוננת וגם הסמכות המחוקקת. אסיפה זו הכריזה על עצמה ככנסת. מכאן שהכנסת הראשונה נבחרה לכוון חוקה וקיבלה סמכות להיות רשות מחוקקת. הכנסת הראשונה לא העבירה חוקה בשל סיבות שונות (מלחמת העצמאות, קשיי הקמת המדינה, התנגדות של בן גוריון, נימוקים דתיים ועוד). הכנסת הראשונה העבירה את הסמכות שלה לקבוע חוקה לכנסת השנייה ולכנסות שאחריה (סמכות מכוננת ומחוקקת). מהלך זה יצר ויכוח האם אכן יש לכנסות הבאות סמכות לכוון חוקה או שהיא הייתה רק אצל הכנסת הראשונה (ברק בדעת רוב טען שהסמכות קיימת וחשין בדעת מיעוט סבר שהסמכות הייתה רק אצל הכנסת הראשונה).
- ב. החלטת הררי (1950) – החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, שכל אחד מהם הוא חוק יסודי בפני עצמו. כל הפרקים יחדיו יתאגדו לחוקת המדינה. את החלטת הררי ניתן לפרש בשני אופנים: אחד כי חוקי היסוד הם חוקה והשני כי החוקי יסוד בסוף יהפכו לחוקה. ניתן להבין שחוקי היסוד הם חוקתיים מאחר שהם חלק מחוקה, אך מצד שני ניתן להבין שרק כאשר חוקי היסוד יתאגדו לכדי חוקה הם יקבלו מעמד חוקתי. בשל כך יש כאלו שטוענים שהחלטת הררי מטרתה לקדם את הליך קבלת החוקה ויש שטוענים שמטרתה לדחות את הקץ בלי להגיד שלא מקבלים חוקה באופן רשמי.

- ג. חוק יסוד הכנסת (1958) – חוק היסוד הראשון שהתקבל. חוק יסוד זה הוא הראשון עד 92' בו יש סעיף שריון (אין לשנות מה שנקבע בסעיף זה אלא ברוב של 61 חברי כנסת). לחוק זה יש חשיבות כי הוא נוגע לכנסת (גוף חשוב בדמוקרטיה) וכי הוא החוק הראשון שהיה משוריין).
- ד. חוקי היסוד שחוקקו לפני שנת 1992 עסקו במוסדות המדינה, ולא נגעו לחוקי יסוד של זכויות אדם. היו ניסיונות במהלך השנים לחוקק חוקים כאלו אך הם לא צלחו.

### **פסיקת ביהמ"ש**

עקרון ריבונות הפרלמנט – המחוקק הכל-יכול. בשנים הראשונות המשפט הישראלי הלך בעקבות השיטה האנגלית, לפיה הפרלמנט הוא בראש פירמידת המוסדות ואין כל מגבלה על יכולת החקיקה שלו. מדובר בתפיסה לא חוקתית מאחר שהשלטון הוא בלתי מוגבל. אחרי שהחוק מתקבל בכנסת ביהמ"ש חייב לפעול לפיו ולקבל אותו כמו שהוא.

**פרשת בז'רנו** – המשפט החוקתי התפתח במדינה במידה רבה כמשפט מקובל – מאחר שאין חוקה ואין חוקי יסוד ביהמ"ש קבע את זכויות האדם בפסיקה. ביהמ"ש קובע שישנן זכויות שהן זכויות טבעיות (זכות שלא כתובה בספר אבל נובעת מזכות טבעית של כל אדם. במקרה של בז'רנו – חופש העיסוק). ברגע שנקבע שיש לאדם זכות טבעית, הנטל על המדינה להראות שניתן לשלול זכות זו. כל עוד לא ניתנה סמכות לגוף ממשלתי לשלול זכות, הוא לא יכול לשלול זכות זו (בניגוד לתפיסה הקודמת לפיה ניתן לפגוע בזכות כל עוד אין איסור על כך).

**פרשת קול העם** – דוגמה נוספת נמצאת בפס"ד קול העם, שם סגרו עיתון בשל העמדות שהובעו בו. העיתון עתר לבג"ץ וטען שזו פגיעה בחופש הביטוי. בג"ץ קובע שמאחר שישראל היא דמוקרטיה צריך להיות בה חופש ביטוי, ולכן צריך להסתכל על המקרה בהתחשב בחופש הביטוי. ההבדל בין קול העם לבז'רנו הוא שבקול העם מדובר בשר הפנים, ולכן יש לו סמכות (לכאורה לשר הפנים יש סמכות לסגור עיתון, מכאן שהשאלה היא האם שר הפנים השתמש בסמכות שניתנה לו כראוי). ביהמ"ש קבע שבבחינת הסעיף שמסמך את שר הפנים לסגור עיתונים צריך להכיר בקיומה של זכות לחופש ביטוי/עיתונות, משמע ביהמ"ש מכיר בזכות, למרות שאין לה בסיס, בנימוק שזה מובן מאליו. ההכרה בזכות במקרה זה לא נבעה מהכרה בזכות טבעית, אלא בהתבסס על העובדה שישראל היא מדינה דמוקרטית (הקביעה שישראל היא דמוקרטיה נובעת מההגדרה של המוסדות שלה, ולא ממקור כתוב כמו מגילת העצמאות). עם זאת, ברור שחופש ביטוי אינו זכות מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין אינטרסים ציבוריים. בשל כך, בג"ץ מציע את מבחן הוודאות הקרובה – לא כל חשש יספיק ע"מ להפעיל את הסמכות להגביל את חופש הביטוי, אלא צריך שתהיה וודאות קרובה לוודאי שהפרסום הנדון יפגע באינטרס ציבורי (שלום הציבור, ביטחון המדינה). לגבי המקרה הזה נקבע שאין וודאות קרובה ולכן החלטת השר לא יכולה לעמוד.

### **ההיסטוריה החוקתית של ישראל – 92' ואילך**

#### **המהפכה החוקתית**

1992 נחשבת קו פרשת המים מאחר שחוקקו שני חוקי יסוד – חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו. לפני 1992 היו חוקי יסוד, אבל הם היו מוסדיים. היו יוזמות להעביר חוקי יסוד של זכויות אדם אבל הן נכשלו, וב-1992 מדובר על הפעם הראשונה בה העבירו חוקי יסוד שעוסקים בזכויות. גם זכויות יסוד היו לפני חוקי היסוד, אבל

הן לא היו כתובות או מעוגנות והן נוצרו בדרך הפסיקה. כפועל יוצא מכך הן לא הגבילו את המחוקק אלא רק את הרשות המבצעת. ניתן לראות כי בחוקי היסוד החדשים הייתה הפנייה להכרזת העצמאות (מד"י כמדינה יהודית דמוקרטית).

מצד אחד, נראה שאכן חוקי היסוד שחוקקו ב-1992 הביאו לשינוי חוקתי בארץ. מצד שני, לא נאמר במפורש שחוקי היסוד עליונים על חוקים רגילים (קיימות אינדיקציות אך אין סעיף מפורש שאומר זאת). מנגד עדיין אין בהירות בנוגע למעמד כי הוא אינו נכתב במפורש, ועל כן יש מקום לביקורת שיפוטית ופרשנויות.

אינדיקציות לעליונות חוק היסוד: **פסקת ההגבלה** (ס' 8 לחוק היסוד) - ממנה מבינים כי המסמך בעל מעמד חוקתי שהוא מעל לחוק רגיל. לפני 1992 הכירו בזכויות אך הן לא היו בחוק יסוד. הכנסת יכלה לפגוע בזכויות אם זה היה בחוק. פה יש שינוי תודעתי, הכנסת יכולה לפגוע בזכויות רק בהתאם לתנאים שחוק היסוד קובע. זוהי אינדיקציה חזקה לעליונות נורמטיבית. בחוק היסוד נאמר שתקנות שעת חירום לא מאפשרות לגבור על חוק היסוד, זוהי אינדיקציה הנוספת למעמד העליון של חוק היסוד. **פסקת הכיבוד** (ס' 11 לחוק היסוד) - כל הרשויות מכבדות את הזכויות שניתנות ע"פ חוק זה (גם הכנסת כפופה לחוק זה). האינדיקציה של **הנוקשות** (שריון) (ס' 7 לחוק היסוד) שמלמדת על עליונות קיימת רק בחוק יסוד חופש העיסוק. **שמירת הדינים** (ס' 10 לחוק היסוד) - כל הדינים שקדמו לחוק היסוד גם אם לא עומדים "בתנאים" הם משוריינים (נועד כדי להרגיע שחקיקה קודמת לא תפגע). יש טענה שאומרת שעצם זה שקבעו כלל כזה אומר שזה נורמה עליונה יותר ולכן כלל שמתקבל מכאן והילך יתבטל אם הוא סותר את חוק היסוד.

**היסטוריה חקיקתית (רקע):** הייתה ממשלת אחדות עם רוטציה, היה תור הליכוד (בראשות שמיר) להיות בראש ופרס ניסה לערוק ממשלת האחדות ולהקים ממשלה צרה עם החרדים, בסוף זה לא צלח וקמה ממשלת ימין צרה ברשות הליכוד עם החרדים. היוזמה של מרידור התחילה בתקופת ממשלת האחדות והמשבר הפוליטי הוא אחת הסיבות לכך שהמגילה לא עברה בנוסף זה תרם להעברת הצעת החוק כי היה תחושת מיאוס אצל חברי הכנסת מהפוליטיקה היומיומית ולכן לכנסת היה נכונות להגביל את עצמה.

**מגילת זכויות האדם:** במשך שנים היה ניסיון להעביר חוק יסוד "מגילת זכויות אדם", שתכלול את כל זכויות האדם השונות. ניסיונות אלו לא צלחו. הניסיון הכי עדכני עד 1992 הוא של דן מרידור (שר המשפטים מטעם הליכוד), בו הוא ניסה להעביר הצעה למגילת זכויות אדם אך ויתר על כך מאחר שהבין שאין סיכוי שהיא תתקבל. היה ניסיון נוסף בו אמנון רובינשטיין העתיק את ההצעה הממשלתית והגיש אותה כהצעה פרטית. היא עברה בקריאה הטרומית אך נתקעה בדיון בוועדה. רובינשטיין הניח שקיימות זכויות ספציפיות שגורמות לכך שהמגילה לא תעבור (בשל סיבות שונות, בין היתר דת ומדינה). הפתרון שלו לכך היה לפרק את מגילת זכויות האדם לחלקים שונים, כאשר כל חלק יהיה חוק יסוד נפרד. הוא התחיל בלהעביר את הזכויות שאינן שנויות במחלוקת (חופש העיסוק, כבוד האדם). בזמן שעברו בקריאה שנייה ושלישית חוקי היסוד, רוב חברי הכנסת לא היו במליאה (כבוד האדם וחירותו הועבר ברוב של 32 מול 21 מתנגדים ונמנע 1). במשך שנים עלתה השאלה אם הכנסת התכוונה או לא התכוונה לייצר מהפיכה חוקתית.

#### הליך חקיקת חוקי יסוד – נק' מבט היוזמים

1) גרסת יוזמי ומקדמי חוק היסוד - טוענים כי הסיבה שהחוק עבר לא כי הכנסת לא הבינה מה היא עושה, הכנסת הבינה מאוד טוב מה היא עושה כאשר היא קיבלה את חוקי היסוד. היא הבינה שהיא

מגבילה את עצמה וחושפת את עצמה לביקורת שיפוטית. ראייה לכך ניתן למצוא למשל בהתקשות על סעיף שמירת דינים (חוק היסוד לא יהווה עילה לביטול חוקים שחוקקו לפני כניסתו לתוקף). הטענה המרכזית היא שכל הסוגיות זכו לדיון וחוק היסוד זכה לתמיכה רחבה.

(2) הסיבה שדווקא אז עברו חוקי היסוד היא שעשו את הפרשה של הוצאת זכויות שנויות במחלוקת ע"מ שיהיה רוב של חברי כנסת שיצביעו בעד. גם בתוכן של חוקי היסוד שעברו היו פשרות (הורדת סעיף הנוקשות מכבוד האדם, שמירת דינים לא מוגבלת בזמן בכבוד האדם). הטענה המרכזית היא שכל הסוגיות זכו לדיון וחוק היסוד זכה לתמיכה רחבה.

### הליך חקיקת חוקי היסוד – עמדת נגד

- (3) מנגד, קיימת טענה שחוקי היסוד עברו בשל חוסר הבנה/מודעות של הכנסת למשמעות המהלך. קיים אפילו טיעון קונספירטיבי לפיו כל התומכים והיוזמים הם משפטנים שמבינים את המהלך, בעוד הם מנצלים את חוסר הבנת שאר הכנסת. טוענים שכלל לא הבינו כי הם מבצעים מהפיכה חוקתית.
- (4) בנוסף, עולה הטענה שלא היה דיון ציבורי מקיף שליווה את הליך החקיקה. בשל כך לא ניתן לטעון שמדובר במהפכה חוקתית גדולה מאחר שהציבור לא היה מעורב בתהליך.
- (5) טענה נוספת נשענת על כך שחופש העיסוק עבר ברוב של 32, מה שמראה שאפילו לא נכחו באותה העת 61 חברי כנסת במליאה ומדגיש את הטענה שהם לא הבינו את המשמעות של העברת חוק היסוד.

### **פס"ד בנק המזרחי**

א. פסק הדין התקבל בנובמבר 1995, כלומר כשלוש שנים אחרי שחוקקו חוקי היסוד. פס"ד הראשי נכתב ע"י שמגר והראשי הנוסף ע"י ברק. לפי ברק, ב-1992 אין ספק שהתרחשה מהפיכה חוקתית. ב-1992 התקבלו חוקי יסוד הנוגעים לזכויות אדם, זכויות אלה הפכו לחוקתיות. אם עד אז פעלו לפי המודל הבריטי לפיו הכנסת כל יכולה ואין חוקה, מ-1992 ישראל הופכת לדמוקרטיה חוקתית. זה אומר שביהמ"ש יכול לקבוע כי חוק שסותר את חוקי היסוד בטל. למעשה, בנק המזרחי נותן תשובות לכל השאלות מהן התחמקו בפרשת ברגמן – מעמדם של חוקי היסוד, דינו של חוק שסותר חוק יסוד וכו', משמעות סמכות בית המשפט.

ב. מעמדם של חוקי היסוד – בנק המזרחי הוא הפעם הראשונה שביהמ"ש קבע שחוקי היסוד כולם (גם אלו שאין להם שריון) הם בעלי מעמד חוקתי על-חוקי (עליונות נורמטיבית).

### ג. דינו של חוק שסותר (משנה או פוגע) חוק יסוד

סתירה - חוק אשר סותר חוק יסוד בטל. זה נובע ממעמדם העליון הנורמטיבי של חוקי היסוד. פס"ד יצר הבחנה בין חוק שמתיימר לשנות חוק יסוד לבין חוק שפוגע בחוק היסוד.

(1) שינוי - שינוי משמע שהנורמה החוקתית משתנה עקב חוק חדש (כמו למשל תיקון של חוק היסוד). שינוי של חוק יסוד יכול להתבצע רק בעזרת חוק יסוד אחר. אחרי שעושים שינוי חוקתי הנורמה החוקתית שונה באופן עקרוני (תיקון מפורש לחוק יסוד). המקרה הפשוט הוא תיקון ישיר, בו מציעים הצעה לתיקון חוק היסוד הכולל את השינוי (לוקחים חוק ומוסיפים/מורידים/משנים תוכן). לעיתים יש גם תיקון עקיף, תיקון של חוק יסוד בעזרת חוק יסוד אחר (התיקון של 1994 של

חופש העיסוק שהוביל לתיקון של כבוד האדם). לעיתים השינוי הוא אינו מפורש, אלא **שינוי משתמע**, שינוי של חוק היסוד בלי להגיד באופן מפורש. שינוי של חוק יסוד ירושלים וקביעה שהכנסת תשב בתל אביב הוא שינוי מפורש. לעומת זאת, שינוי חוק יסוד הכנסת וקביעה בו שהיא תשב בתל אביב, ללא התייחסות לכך שקיים שינוי מחוק יסוד ירושלים, הרי שמדובר בשינוי משתמע.

(2) פגיעה - לא מביאה לשינוי הנורמה החוקתית, אלא לסטייה ממנה בהקשר מסוים וממוקד. אחרי הפגיעה הנורמה החוקתית נותרה כמו שהיא, אין בה שינוי, הנורמה החוקתית הוגבלה ביישום לעניין ספציפי. הפגיעה מתוחמת ונקודתית, היא לא מכוונת לשנות את הנורמה אלא רק להגביל או לפגוע בה בצורה שמתיישבת עם המשך קיומה (לדוגמא, אם נקבע חוק שפעם בחודש הכנסת תתכנס בת"א, זה פוגע ברעיון שהכנסת תשב בירושלים, אך זהו לא שינוי לכך שהכנסת יושבת בירושלים).

(3) ע"פ בנק המזרחי, **שינוי של כל חוק יסוד יעשה רק בעזרת חוק יסוד**. בחלק מחוקי היסוד אין סעיף שריון/נוקשות, על מנת לשנות או לבטל חוקים אלה, יש לחוקק חוק יסוד חדש (ברוב רגיל). בחוקי יסוד מסוימים יש סעיף שריון, על מנת לשנותם צריך לחוקק חוק יסוד שיעבור ברוב של מעל 61. פגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בו יש פסקת הגבלה, הפגיעה היא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה (זה יכול להיות בחוק רגיל ובכל רוב שהוא, בתנאי שזה עומד בתנאים). בחוק יסוד חופש העיסוק יש שני מסלולי פגיעה, אחד הינה פסקת ההגבלה והשנייה, פסקת ההתגברות, בה נאמר שמותר אפילו בתנאים שלא עומדים בפסקת ההגבלה בתנאי שזה בחוק מפורש, ברוב של מעל 61 ותקף רק 4 שנים. בחוקי יסוד בהם אין פסקת הגבלה והתגברות, חוקי יסוד שותקים, זוהי שאלה פרשנית שנשארת בצריך עיון בפס"ד בנק המזרחי, בפסקה מאוחרת יותר נקבע כי מפעילים פסקת הגבלה משתמעת, קוראים את חוק היסוד כאילו יש פסקת הגבלה (בחוק, הולם את ערכי מדינת ישראל, למטרה ראויה ומידתית). **לכן בכל חוק יסוד הפגיעה צריכה להיות בחוק שעומד בפסקת ההגבלה.**

(4) ההבחנה נהיית מורכבת במקרה של חוק שפוגע בחוק יסוד בצורה מאוד מקיפה כך שהוא מרוקן אותו מתוכן. עולה השאלה האם מדובר בפגיעה (מאחר שהחוק רלוונטי לתחומים מסוימים) או בשינוי (מאחר שבפועל הנורמה משתנה). במקרה כזה ניתן לטעון שהפגיעה כה מקיפה ומרחיקת לכת, שהיא מגיעה לכדי שינוי. פגיעה קיצונית ומרחיקת לכת אשר מטשטשת את האבחנה בין פגיעה לשינוי יכולה להגיע לכדי שינוי (לדוגמא פגיעה בחוק יסוד הכנסת ס' 4 אם נחליט שקצינים בצה"ל הקול שלהם נספר כקול כפול אז פגיעה זו כבר תהייה מהותית עד כדי שתחשב שינוי כי החוק כבר לא מראה על שוויון בבחירות).

ד. האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה - השאלה מתעוררת מאחר שהתפיסה הייתה שהכנסת כל יכולה. שריון של חוקי יסוד הופך את הכנסת למוגבלת במידת מה ומוריד אותה ממעמד כל יכול. נקבע שהכנסת אכן יכולה להגביל עצמה גם פרוצדורלית (אין לשנות חוק יסוד אלא ברוב) וגם מהותית (פסקת הגבלה).

ה. מקור סמכות הכנסת לכונן חוקה וחוקי יסוד



- 1) שמגר – שמגר טוען **שהכנסת היא הריבון והיא כל יכולה**, ומתוך כך היא גם יכולה לכוון חוקה ולהגביל את עצמה. אם הכנסת היא כל יכולה היא כמובן יכולה לקבל חוקה ולהגביל את עצמה. יש פה פרדוקס, האם גוף שהוא "כל יכול" יכול להפוך את עצמו ללא יכול?
  - 2) ברק – ברק מסביר את סמכות הכנסת בעזרת **תאוריית שני הכובעים**. הכנסת היא גוף אחד שמחזיק בשני כובעים (בעצם היא שני גופים שונים), אחד של הסמכות המחוקקת (שהם מחוקקים חוקים רגילים) ואחד של הסמכות המכוננת (שהיא מחוקקת חוקי יסוד). אין קושי כי הרשות המכוננת יכולה להגביל את הרשות המחוקקת.
  - 3) גם שמגר וגם ברק מנתחים את ההיסטוריה החוקתית וקובעים שיש סמכות מכוננת נמשכת. הם מצדיקים את הרעיון שהכנסת היא סמכות מחוקקת ומכוננת. מועצת המדינה הזמנית קבעה שתקבע חוקה ע"י האספה המכוננת הנבחרת. האספה המכוננת הפכה להיות הכנסת הראשונה (ואז למעשה היא נהייתה גוף מחוקק ומכונן) שהעבירה את הסמכות שלה הלאה עד לכנסת של היום. בהמשך הגיעה החלטת הררי שקבעה שהחוקה תיקבע פרקים-פרקים. לכן שהכנסת רוצה לחוקק חוקה וחוקי יסוד היא מוסמכת לכך.
  - 4) חשין – מדובר **בדעת מיעוט** של חשין. חשין מסכים שלאספה המכוננת הייתה סמכות מכוננת, אבל טוען שלא הייתה לה סמכות להעביר את הסמכות המכוננת הלאה לכנסות הבאות. בגישתו לחוקי יסוד אין מעמד חוקתי עליון, הכנסת יכולה לקבל עצמה בעיניו גם בלי הסמכות המכוננת ולחוקי היסוד אין מעמד חוקתי על חוקי. ברגע שהכנסת הראשונה התפזרה הסמכות המכוננת פגה. לכן הכנסות הבאות לא יכולות לקבל חוקה ולא יכולות לקבוע חוקי יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי. כיום דעה זו לא מקובלת והוויכוח בנושא הסתיים.
  - 5) גישתו של חשין מגבילה את הכנסת לעומת גישתם של ברק ושמגר גורמת לכנסת להיות בעלת סמכות על. פס"ד בנק המזרחי בעצם מחזק את סמכות הכנסת (מחזק אותה כסמכות מכוננת ומחליש את סמכותה המחוקקת). מצד שני הוא מחזק את בית המשפט בכך שמאפשר לה ביקורת שיפוטית.
1. האם לביהמ"ש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד – כן. בפס"ד בבנק המזרחי נאמר לראשונה שלביהמ"ש יש סמכות של ביקורת שיפוטית חוקתית, ולכן הוא יכול לבטל חוק שסותר חוק יסוד (בניגוד לקביעה בברגמן, שם הוחלט שניתן לבטל חוק רק אם לא עמד בפרוצדורה של סעיף השריון (נסיבות מאוד ספציפיות)). במקרה הנדון בבנק המזרחי נקבע שהחוק לא סותר את חוק היסוד ולכן אין סיבה לבטל אותו. למעשה הוא ביצע אך לא עסק בשאלה העקרונית של הביטול מדובר בתמונת הראי לברגמן, מאחר שבברגמן בוטל החוק אבל לא הוחלט שיש סמכות לבטל חוקים ובבנק המזרחי הוחלט שניתן לבטל חוקים אבל בפועל לא בוטל החוק. החידוש בפס"ד בנק המזרחי הוא שגם אם אין סעיף שריון פרוצדורלי והחוק עצמו הוא בעל תוכן שנוגע באי חוקתיות (סותר חוק יסוד) החוק בטל.
- אוביטר של פס"ד בנק המזרחי - יכולה להיות ביקורת שיפוטית לא רק מכוח חוקה אלא מכוח זה שהיא סותרת עקרונות יסוד בסיסיים כמו העובדה שהמדינה היא דמוקרטית, לכן בין המשפט מוסמך לבטל חוק שלא מכוח חוקה או חוק יסוד. התאוריה לא התקבלה בבנק המזרחי (הועלתה ע"י השופט ברק) אך התאוריה שנויה במחלוקת ורלוונטית כי כמו שהיא יכולה לבטל חוקים היא יכולה לבטל גם חוקי יסוד. חלק מהקושי בתאוריה היא שהעקרונות לא כתובים ועל כן לא באמת יודעים מה העקרונות הבסיסיים

(בישראל ההסכמה היא על מדינה יהודית ודמוקרטית), הקושי הוא במקרים פרשניים שלא בטוחים אם הם מגיעים לרף.

### **סיכום המהפכה החוקתית**

לפי בנק המזרחי יש חוקה לישראל. חוקי היסוד מהווים את החוקה. בשורה התחתונה החוק הוא חוקתי ותקף, כל ההיבט התאורטי הוא אוביטר, ברציו (מה שנדרש לצורך הערעור) הוחלט כי העתירה נדחית, אין סתירה של חוק היסוד.

### **מאפייני החוקה (בעקבות בנק המזרחי)**

- 1) הדבר הבסיסי ביותר במטריה החוקתית הוא הסדרה של המוסדות. הסדרה כזו קיימת בחוקי היסוד. חשוב לזכור שעדיין אין חוק יסוד: החקיקה, שאמור לעגן את הסמכות המכוננת של הכנסת, הסמכות השיפוטית של מערכת המשפט וכדו'.
- 2) מאפיין נוסף של המטריה הוא זכויות אדם. אמנם אין לישראל מגילת זכויות אדם מלאה, אך קיימים חוקי יסוד שמכסים חלק מזכויות האדם.
- 3) מבחינה פורמאלית, עדיין אין בארץ מסמך אחד שנקרא חוקה. עם זאת, לפי בנק המזרחי יש את ההיבט הפורמאלי שמגולם בכותרת "חוק יסוד", שנותן לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון.
- 4) מבחינת העליונות, חוקי היסוד ממלאים את היבט העליונות של החוקה מאחר שלהם מעמד חוקתי על-חוקי.
- 5) מבחינת נוקשות, ברמה הכי מינימאלית (כדי לבטל או לשנות חוק יסוד נדרש חוק יסוד) הדרישה מתמלאת. מבחינת נוקשות משמעותית יותר, יש בחלק מחוקי היסוד שרינוים.

### **מי ביצע את המהפכה החוקתית**

- 1) גישת לנדוי – ביהמ"ש הוא זה שהחליט שקיימת חוקה. הכנסת לא ידעה שהיא מכוננת חוקה וקביעת ביהמ"ש היא זו שהפכה את ישראל לדמוקרטיה חוקתית.
- 2) גישת ברק – הכנסת היא זו שביצעה את המהפכה החוקתית בחקיקת חוקי היסוד של 1992. ביהמ"ש בבנק המזרחי רק אשרר את המהלך.

### **המצב החוקתי כיום (מאז בנק המזרחי)**

מבחינה פורמאלית, בנק המזרחי לא ייושם, אך הקביעות בו הם ההלכה כיום ומאז פסקי דין רבים יישמו אותו על מנת לפסול חוקים. גם בכנסת בנק המזרחי הפך להיות נקודת המוצא. לא היו ניסיונות בכנסת לכפור בעצם המהפכה החוקתית, אלא ניסיונות לפעול בתוך התפישה החדשה באופן שמשנה איזון בין בית המשפט לרשויות הפוליטיות בתוך כללי המשחק החוקתיים.

### **מעמד החוקה**

- 1) בבנק המזרחי נקבע כי חוקי היסוד מהווים חוקה (גם אם לא מלאה), הם בעלי עליונות נורמטיבית. מהיום מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית.
- 2) מאפייני החוקה:

- תוכן : ניתן להגיד כי לחוקי היסוד יש את רוב ההסדרים שנחשבים תוכן חוקתי. יש הסדר מוסדי (חוק יסוד הכנסת ועוד), יש זכויות . כמעט כל המאפיינים מבחינת תוכן יש בחוקי היסוד.
- מסמך פורמאלי : אין מסמך אחד אך יש מסמכים כתובים של חוקי יסוד. ע"פ בנק המזרחי הכותרת "חוקי יסוד" מעידה על נורמה חוקתית.
- עליונות נורמטיבית : ע"פ בנק המזרחי חוקי יסוד עליונים לחקיקה רגילה.
- נוקשות : בנק המזרחי אומר ששינוי חוק יסוד הוא בחוק יסוד, מעבר לזה הנוקשות משתנה בין חוקי היסוד השונים (ישנם חוקים עם שריון מיוחד).

### בתי המשפט

אמנם פורמאלית הדיון בבנק המזרחי היה אוביטר, אך מאז עמדה זו אושררה בפסיקה וכיום היא נחשבת הלכה. בנק המזרחי הינו הלכה מחייבת אך מבחינות רבות מאז היה מגמות הפוכות : הרחבה והעמקת המגמה החוקתית וריסון הסמכות השיפוטית.

i. מאז 1995 ביהמ"ש ביטל כ-20 חוקים (תלוי פרשנות). ברמה ההשוואתית מדובר ביחסית מעט חוקים (בתי משפט בארה"ב וגרמניה ביטלו עשרות חוקים יותר). עם זאת, כן ניכרת מגמת התגברות בשימוש בסמכות ביהמ"ש לפסול חוקים שסותרים חוקי יסוד.

ii. פסקי הדין המאוחרים יותר הוסיפו והשלימו את המהלך שהחל בבנק המזרחי :

1. כל חוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי עליון ולכן גם חוקים שסותרים חוקי יסוד לא משוריינים יעמדו בפני פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית).

2. השלמת מגילת זכויות חוקתיות (זכויות בלתי מנויות) – פס"ד בנק המזרחי עסק בזכות הקניין. ביהמ"ש קובע שגם זכויות שלא מנויות בחוק יסוד אך משתמע שהן נגזרות מכבוד האדם (למשל שוויון) יכולות להוות עילה לביטול חוק. לדוגמא פס"ד אליס מילר, שם אמרה דורנר כי בחוק היסוד אין זכות לשוויון אך אין ספק כי יש שם את הזכות לכבוד, שמבדלים אנשים על רקע של מגדר זה פוגע בכבוד ולכן אומנם לא כתוב שוויון בחוק אך במקרים בהם הפגיעה בשוויון גם פוגעת בכבוד אז הפגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית.

3. ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – סוגיה זו התעוררה לגבי חוקי יסוד פחות שנויים במחלוקת (חוק יסוד משק המדינה – (בג"ץ המרכזי האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל) פרשה בה הכנסת ניסתה לשנות חוק יסוד ע"י הוראת שעה שקראו לה חוק יסוד. עד היום הכנסת מעבירה כל פעם הוראת שעה לשנתיים בנוגע לתקציב המדינה אך בהמשך הגיעה גם לחוקים משמעותיים יותר. בג"ץ קיבל את העתירה האחרונה בנוגע להוראת השעה וקבע שמאחר שמדובר כבר בפעם החמישית בה הכנסת מעבירה את הוראת השעה הזו (שימוש לרעה בחוק יסוד) יש לקבל את העתירה באופן חלקי; מאחר שמדובר בחוק יסוד, בג"ץ (בהרכב של 7 שופטים) קבע שהוא לא מבטל את ההוראה אלא נותן התרעת בטלות (אם הכנסת תנסה להעביר חוק כזה פעם נוספת הוא יתבטל). השאלה המורכבת יותר היא לגבי תיקון חוקתי לא חוקתי (מה קורה במידה וחוקי יסוד סותרים עקרונות יסוד של השיטה?). תיאורטית ביהמ"ש יכול לקבוע לגבי חוק יסוד שהוא לא חוקתי, אך ביהמ"ש נמנע מלדון

בנושא מאחר ודוקטרינה זו שנויה במחלוקת בארץ ובעולם. מקרה רלוונטי הוא חוק הלאום – יש כיום מספר עתירות נגד חוק הלאום בטענה שהוא סותר עקרונות יסוד של הדמוקרטיה. ביהמ"ש לא דוחה את העתירות על הסף מאחר שתיאורטית קיים הרעיון של עקרונות יסוד של השיטה, לכן נראה שביהמ"ש נכון להכיר בעניין זה. בפועל לא ברור כיצד ביהמ"ש יפעל בעניין.

## הכנסת

- i. ניסיונות להשלים את המהלך החוקתי – כאמור, ב-1994 היה תיקון של חוקי יסוד (חופש העיסוק וכבוד האדם) בתיקון זה הוסיפו את פסקת ההתגברות לחופש העיסוק. יש מי שרואה בתיקון זה אשרור של המהלך החוקתי שהתרחש ב-1992 (מכיוון שהתיקונים עברו ברוב יותר גדול עם נוכחות מלאה יותר). מאז היו ניסיונות רבים לחוקק חוקי יסוד נוספים ולעגן זכויות אדם נוספות בחוקי יסוד שלא צלחו (שוויון, חופש ביטוי ועוד...). בנוסף, היה ניסיון לחוקק את חוק יסוד החקיקה שמטרתו לעגן את הקביעות של בנק המזרחי (הקשחת הליך חקיקת חוק יסוד, החלת פסקת הגבלה על כל חוקי היסוד וכדו'). היו שתי יוזמות מרכזיות לחקיקת חוק יסוד זה:
1. ועדת נאמן – כולם רצו לקדם את הנושא אך היו בחירות וזה ירד מהפרק.
  2. בממשלה האחרונה (2017) משרד המשפטים יצר תזכיר של חוק יסוד החקיקה שלא התקדם (זו הייתה הצהרת חוק ולא הצעת חוק).
  3. בתקופת מיכאל איתן הייתה יוזמה בכנסת לגבש טיוטה לחוקה אך מסיבות פוליטיות גם זה לא צלח.

עד כה כל הניסיונות להשלים את המהלך החוקתי שהתרחש לא צלחו. מאז 1992 לא נחקקו עוד חוקי יסוד הנוגעים לזכויות אדם או בתחום המוסדי הקלאסי אלא חוקי יסוד הנוגעים לתחום היהודי מוסדי של המדינה.

- ii. ישנם מחקרים שמראים כי אף לפני בנק המזרחי הכנסת הפנימה בחוקה לא מועטה את חוקי היסוד, במובן שהבינה כי חוקים צריכים להתאים לחוקי היסוד. מבחינה זו הכנסת החילה על עצמה את העליונות של חוקי היסוד ואת הגבלת כוחה כרשות מחוקקת.
- iii. כיבוד חוקי היסוד והזכויות החוקתיות – ניכר שאחד הדברים שהשתנו בכנסת הוא שהכנסת בעצמה מבצעת ביקורת חוקתית כבר בהליך החקיקה, והכנסת שואלת האם חוק שעולה בהצעה סותר את חוקי היסוד. עדיין קיימים מקרים בהם הייעוץ המשפטי לכנסת יהיה סבור שבג"ץ יקבע שחוק סותר חוק יסוד והכנסת עדיין תעביר אותו מסיבות שונות (דוגמה לכך היא חוק ההסדרה, שהיועץ קבע שהוא אינו חוקתי אבל הכנסת העבירה אותו ללא כל התערבות של בג"ץ. הנושא שנוי במחלוקת עד היום).

ניתן לראות כי הכנסת הפנימה את המהפכה החוקתית בכך שהבינה והפנימה את העליונות הנורמטיבית של החוקי יסוד ואת העובדה שחוקים אלה מגבילים חקיקה ואת כוח החקיקה שלה. ניתן לראות כי הכנסת מעבירה חוקים בליווי יעוץ משפטי ואף מתקיימים דיונים בכנסת תוך תהליך החקיקה בנוגע לשאלת חוקיות החוקים.

איך הגיבה הכנסת על ביטול חוקים? בשנים הראשונות לא היו תגובות נגד רבות על ביטול חוקים, לרוב ההתערבות של בית המשפט היו על תתי סעיפים קטנים וזניחים אשר נושאם לא בשיא המחלוקת הציבורית.

מאז היו מקרים בהם הייתה ביקורת ציבורית רבה על חוקים אך בפועל לא הייתה כמעט התנגדות בכנסת. המקרים בהם היו בעיתיות הם חקיקת המסננים (בהם הכנסת חוקקה ובית המשפט ביטל 3 פעמים סעיפי חוק) ובגיוס בחורי ישיבות (שם בית המשפט ביטל פעמיים חקיקה בנושא). לעיתים הכנסת לא "לוקחת ברצינות" את תפקידה כראשות מכוונת, נראה דוגמאות לכך, לפני כמה כנסות תוקן חוק יסוד הממשלה (הגבלת מספר השרים, שרים בלי תיקים וכדומה) אך הכנסת האחרונה קבעה הוראת שעה שעוקפת את תיקון זה. דוגמה נוספת היא שהכנסת האחרונה עיגנה הסכמים קואליציוניים בחקיקת יסוד. בעקבות כך יש זעקות לחוק יסוד החקיקה אשר ימעיט שימושים מידיים קואליציוניים בחוקי יסוד.

**סיכום המצב היום** : עד השנים האחרונות נראה כי באופן כללי המהפכה החוקתית השתרשה (לא סביר כי בית המשפט יהפוך את בנק המזרחי וכי הכנסת לא תבטל את חוקי היסוד של 1992). יש לעיתים וויכוחים בתוך "כלי המשחק" אך לא כפירה בהם ושבירת מערכת המבטלת את המהפכה החוקתית. כיום אנו במצב חסר תקדים בפוליטיקה הישראלית ובעצם מתקיים משבר פוליטי עמוק אשר הוא בעל היבטים של משבר חוקתי. אנו לא יודעים עדיין איך משבר זה ישפיע באופן עתידי על המהפכה החוקתית.

### נושא : ביקורת שיפוטית

#### מבוא

ביקורת שיפוטית חוקתית הינה **הסמכות של בית המשפט לבטל חקיקה של הכנסת**. אנו נדון בשני סוגי ביקורת שיפוטית, **ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית תוכנית** (על החוקתיות של תוכן החוק, פרשנות החוק, קביעה אם יש סתירה בין החוק לחוק היסוד ואז החלטה אם החוק סותר את חוק היסוד ולא חוקתי) ו**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה** (ביהמ"ש מתייחס להליך שבו החוק התקבל, האם החוק התקבל בהליך תקין מבחינה פרוצדורלית). ישנה ביקורת שיפוטית מנהלית על הרשות המבצעת (ביקורת שיפוטית על גורמים ברשות המבצעת והתנהלותם). ביקורת חוקתית וביקורת על תקינות הפרוצדורה נעשית גם ע"י גופים נוספים כמו ע"י היועץ המשפטי לכנסת ולממשלה.

#### הגדרה

- א. ביקורת שיפוטית חוקתית היא מודל של ביקורת שיפוטית שמקנה לביהמ"ש סמכות לבטל חוק שסותר את החוקה (במקרה של ישראל, את חוקי היסוד). סמכות זו קיבלה הכרה לראשונה בבנק המזרחי. סמכות הביקורת השיפוטית טומנת בחובה את הסמכות לנתח את החוקה ולהבין האם חקיקה אכן סותרת אותה.
- ב. חשוב להפריד בין ביקורת שיפוטית חוקתית לבין ביקורת שיפוטית מנהלית. הביקורת המנהלית (על רשויות המנהל – כנסת וממשלה) הייתה קיימת מקום המדינה. חשוב גם להבחין בין ביקורת שיפוטית חוקתית (עוסקת בתוכן החוק) לבין ביקורת על הליכים פרלמנטריים (ביקורת העוסקת באופן חקיקת החוק).

### הבעייתיות בביקורת שיפוטית

- א. הפרדת רשויות – בעיה אחת שעולה היא בהיבט של הפרדת רשויות. בסמכות הכנסת להחליט האם חוק ראוי או לא ובהתאם להתיר או לבטל אותו. עצם זה שביהמ"ש יכול לבטל חוקים של הכנסת מהווה **כניסה של הרשות השופטת לתחום של הרשות המחוקקת**. האם יש כוח יתר של הרשות השופטת על חשבון רשויות אחרות.
- ב. הקושי האנטי-רובני – מדובר בקושי דמוקרטי. איך ייתכן שהכנסת שהיא נבחרת מחוקקת חוק ואז ביהמ"ש שהוא אינו גוף נבחר מבטל את ההחלטה שלה. **לפי תפיסת הדמוקרטיה, החלטות צריכות להתקבל בהכרעת רוב של הגוף הנבחר ולכן ביטול החלטות רוב ע"י ביהמ"ש מעלה קושי**. איך יכול להיות שגוף בלתי נבחר מסכל את רצון הרוב הנבחר?
- ג. קשירות מוסדית - **האם לשופטים המומחיות והיכולת המקצועית לפסוק בסוגיות שונות? לשופטים אין הבנה בסוגיות ביטחוניות שונות ולכן עולה השאלה האם יש להם את הסמכות להתערב בנושאים אלה?**
- ד. התערבות יתרה – אם הרשות השופטת **מתערבת התערבות יתרה** בפעילות הכנסת היא למעשה מתערבת בקביעת מדיניות. האם הרשות מתערבת רק במקרים מוצדקים או שמתקיימת סמכות יתר? הסמכות לקבוע מדיניות שייכת לרשויות הנבחרות (הממשלה והכנסת). טיעון זה משלים את טיעון הפרדת רשויות.
- ה. בישראל קיים קושי נוסף מאחר שאין הסמכה מפורשת לביקורת שיפוטית חוקתית.

### בעד ביקורת שיפוטית

- א. אנטי רובני - אף גוף הוא לא בלתי מוגבל ולכן יש צורך בגוף שיבצע ריסון והגבלה של השלטון וזאת פונקציה שמבצע בית המשפט.
- ב. הפרדת רשויות - כמו שיש להיזהר מכוח יתר לרשות השופטת יש להיזהר מכוח יתר לממשלה ולכנסת ולכן יש צורך בגוף שיבקר אותם.
- ג. הביקורת השיפוטית מאפשרת שמירה על מיעוטים להם אין כוח פוליטי חזק ולכן מביאה לשוויון.

### גישות השופטים בדבר הטעמים לביקורת שיפוטית

השופטים מודעים לבעייתיות בביקורת שיפוטית ולכן הם מסבירים מדוע לדעתם ביקורת זו מוצדקת.

### גישת ברק בבנק המזרחי

לבית המשפט יש סמכות שיפוטית לביקורת שיפוטית, ביקורת זו אפשרית למרות שאין הסמכה מפורשת. השופט ברק מעלה כמה הצדקות לביקורת השיפוטית:

- טיעון 1: כדי לקיים את עליונות החוקה למחוקק, נכפיף את הכנסת לחוקה ע"י ביטול חוק שסותר את החוקה. הרעיון הוא שע"פ פירמידת הנורמות יש עליונות נורמטיבית לחוקי יסוד, כדי שיהיה לכך משמעות מעשית צריך שיהיה גוף שאכן מוודא שחוק שסותר חוקה בטל. עצם התפיסה של עליונות החוקה על מחוקק ושל עליונות של חוק יסוד על חוק צריך שיהיה גוף שיאפשר זאת הכנסת לא יכולה לבקר את עצמה ולכן צריך שיהיה גוף חיצוני שיעשה זאת.

- טענה 2: **ביקורת שיפוטית נגזרת מעקרון הפרדת רשויות**. תפקיד הכנסת הוא לחוקק, אך פרשנות הנורמות הקיימות נעשית ע"י ביהמ"ש (הרשות השופטת). **ולכן בהפרדת רשויות מי שצריך להתמודד עם שאלות הסתירה הוא ביהמ"ש** אשר אחראי על פרשנות הנורמות השונות. אולי ביקורת שיפוטית מעוררת קושי מבחינת הפירוש הפורמאלי המסורתי של הפרדת רשויות, אך התפיסה המודרנית יותר של הפרדת רשויות היא של איזונים ובלמים. ע"פ גישת האיזונים ובלמים כל רשות נכנסת לרשות האחרת על מנת לבקר ולרסן אותה, לכן חייבת להיות לבית המשפט פונקציה של ריסון הרשויות האחרות.
  - טענה 3: **ביקורת שיפוטית מגשימה את הדמוקרטיה המהותית**. ברק אומר כי דמוקרטיה היא גם בחירות והכרעת הרוב (דמוקרטיה פורמאלית), אך היא לא הגדרה מספיקה, יש לה מובן מהותי ועקרונות נוספים כמו הגנה על זכויות אדם, הגנה על מיעוטים ועוד. שבית המשפט עושה ביקורת שיפוטית שפוסלת חוק, הוא אומנם פוגע בדמוקרטיה במובן הצר שלה אך מגן על דמוקרטיה במובן הרחב שלה. ביקורת שיפוטית לא סותרת דמוקרטיה אלא מגנה עליה.
  - טיעון 4: עצמאות ואובייקטיביות שיפוטית, ההצדקה לביקורת שיפוטית היא **הכפפת רצון הרוב לערכי החוקה העליונים**. כדי לעשות זאת נדרש מישהו אובייקטיבי שיכול להחיל את ערכי החוקה ולא ערכים סובייקטיביים שלו. בעצם שופטים שמבטלים חוקים מכילים את רצון מכוונני החוקה מול רצון המחוקקים. הוא טוען כי שופטים הכי מתאימים לפונקציה זו כי הם לא נבחרים ולכן יכולים לקבל החלטות שהם לאו דווקא פופולריות ובשל הכשרתם ותפיסת העולם הכללית שלהם שנותנת להם להיות אובייקטיבים ולשים בצד תפיסות אישיות.
- לגבי הקושי של ההסמכה המפורשת, ברק טוען שלמרות שחוקי היסוד שותקים בנושא ניתן לפרש אותם כמעניקים לביהמ"ש סמכות זו. מסקנה זו נובעת גם מהתפיסה החוקתית לפיה חוק יסוד עליון על חוק רגיל, ואז אם חוק סותר חוק יסוד הפועל היוצא הוא שכשביהמ"ש מבין זאת הוא יכול לבטל את החוק. כדי לקיים את עליונות החוקה על המחוקק חייבים להחיל את החוקה על הכנסת. ביהמ"ש הוא זה שצריך לקיים החלה זו של החוקה על הפרלמנט, מאחר שנדרש שיהיה גוף חיצוני שיקיים את עליונות החוקה בהקשר של המחוקק.

#### גישת גרוניס בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון

- בפרשת גיוס בחורי ישיבות גרוניס מאתגר את תפיסתו של ברק. הוא טוען שיש להפעיל את הביקורת השיפוטית רק כשיש לה הצדקה חזקה מאחר שקיים קושי אנטי רובני.
- כיוון שאנו מודעים לקושי המובנה בביקורת שיפוטית, צריך להקפיד שהיא תופעל רק שזה מוצדק. גרוניס מאמץ תאוריה של הוגה מסוים בשם הילי, הוא אומר שמוצדק להתערב רק במקרים בהם הוא קבע שמוצדק להתערב.
- קיימים שני סוגי מקרים בהם יש להשתמש בביקורת השיפוטית:  
(א) הגנה על יחידים ומיעוטים מפני עריצות הרוב – ישנו קושי דמוקרטי בביקורת שיפוטית כי חלק מדמוקרטיה הוא התפיסה שהריבון בוחר את נבחריו הפרלמנט ולכן שגוף בלתי נבחר פוסל חוק זה בעייתו. לפעמים יש כשל דמוקרטי כאשר מדובר בקבוצות מיעוט והרוב עלול לפגוע בזכויות

שלהם. הרוב הוא זה שמכריע בדמוקרטיה, אך צריך שיהיה מי שמסתכל על ההשפעה של הכרעת הרוב על המיעוטים ומוודא שהיא לא פוגעת בהם. הילי אומר שאפילו שיש כשל בהליך הדמוקרטי יהיה התערבות, לעיתים יש מיעוטים שכל כך מודרים מההליך הדמוקרטי, שבפועל אין להם יכולת אמיתית להשתמש בהליך. ביהמ"ש יכול לפעמים לבטל את הכרעת הרוב כדי להגן על מיעוטים כי בתהליך ההכרעה עצמו יש כשל. גרוניס אומר **שההצדקה היא הגנה על יחידים או מיעוטים מפני עריצות הרוב**, הוא לא בהכרח דורש כי האדם שנפגע הוא בקבוצת מיעוט המודרת מההליך.

(ב) שמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים – אומר הילי ובעקבותיו גרוניס כי כדי שלא נתערב בהכרעות דמוקרטיות צריך לוודא שכללי המשפט נשמרו, מי שבשלטון לא מונע את ההכרעה הדמוקרטית. אם האנשים בשלטון משתמשים בכוח כדי למנוע בחירות דמוקרטיות אז הביקורת השיפוטית באה למנוע זאת. **ביקורת שיפוטית תהיה מוצדקת כשיש חשש שהפרלמנט משתמש בסמכות שלו כדי "להרוס" את הדמוקרטיה** (למשל אם הפרלמנט מעביר חוק לביטול הבחירות). הילי טען שהתפקיד הלגיטימי של בית משפט הוא לא להתערב בהחלטות עצמם העקרוניות, את ביהמ"ש יש לדמות לשופט ספורט, יש לבדוק שלא היו עבירות וכדומה. התפקיד הלגיטימי של ביהמ"ש הוא **לדאוג ששומרים על כללי המשחק ולא לשחק בתוכם**.

- במקרה זה גרוניס טען (בדעת מיעוט) שהרוב החליט על דעת עצמו להעניק זכויות יתר למיעוט, מה שבפועל פגע ברוב. ברגע שזה המצב אין זה מתפקידו של ביהמ"ש להתערב, והסמכות היא של נבחר הציבור. זוהי הכרעה ערכית שהרוב החליט לתת למיעוט וזהו לא תפקיד ביהמ"ש להתערב במקרים אלה, אין הצדקה עקרונית להפעיל ביקורת שיפוטית.
- אחת הביקורות נגד הגישה של גרוניס היא שהגישה שלכאורה נועדה לצמצם את הביקורת השיפוטית אולי נכונה בתיאוריה אך במציאות קשה להגיד מתי מדובר בהגנה על כללי המשחק הדמוקרטיים ומתי מדובר על דמוקרטיה מהותית.
- תשובת ברק לגרוניס – ברק מגיב לגרוניס בחריפות וטוען שהיא מצמצמת מדי. את המחלוקת רואים בתוך פסה"ד. ברק מסכים שחלק מהדמוקרטיה הוא ההליך הדמוקרטי אך זה רק חלק, הדמוקרטיה כוללת גם ערכים, הגנה עם מיעוטים ועל זכויות ולכן גישת גרוניס מצומצמת מידי ולא עונה בקנה אחד עם הפסיקה הקודמת והחקיקה (כגון בנק המזרחי). המחלוקת היא לא על עצם הביקורת השיפוטית אלא על השאלה מתי ניתן להשתמש בה.
- תשובת בייניש לגרוניס (בג"ץ רסלר) – דווקא במשטר כמו ישראל ההבחנה בין רוב למיעוט יכולה להיות בעייתית (למשל בהקשר של החרדים – הם עונים על הגדרה פורמאלית של מיעוט ולכן אין להתערב בחוקים לטובתם ויש להתערב בחוקים לרעתם. עם זאת, בפועל הכוח הפוליטי שלהם רב, מה שיוצר סתירה באופן בו ביהמ"ש צריך להתייחס לחוקים הנוגעים אליהם כאוכלוסייה, הקונסטלציה הפוליטית גורמת לזה שבחירת הפרלמנט לאו דווקא מתאימה לדעת הרוב). בנוסף, המשפט החוקתי מתמקד בחוקתיות הפגיעה ולא במהות הנפגע (האם החוק הוא לתכלית ראויה ולא האם הוא שייך לקבוצה כזו או אחרת). **השאלה לאיזו קבוצה משתייך העותר יכולה להיות רלוונטית ביישום של הביקורת השיפוטית אבל לא בעצם השאלה האם חקיקה חוקתית**, ביהמ"ש לא בוחר להתערב או לא



לפי השאלה של מיהו העותר. ביהמ"ש לא יכול למשוך את ידיו במקרה של פגיעה בזכויות על בסיס הנחה שהתערבות לא תביא לשינוי. ברגע שיש פגיעה חוקתית על ביהמ"ש להתערב.

## עילות סף

**הגדרה** – לא עוסקות בעצם הסמכות לביקורת אלא בשאלה **מתי ביהמ"ש יפעיל את הסמכות**. לביהמ"ש סמכות רחבה להחליט אם לדון בעתירה או לדחותה על הסף. כדי לצמצם מעורבות **יש שורה של דרישות סף בה צריך לעמוד העותר/העתירה כדי להיכנס לכותלי ביהמ"ש**. למעשה מדובר על שלב מקדמי בו ביהמ"ש מחליט האם להחליט בנושא. עילות הסף מאפשרות לשופטים לסנן מקרים.

**סמכות בימה"ש לעומת שיקול הדעת להשתמש בה** – שמדובר בסמכות, סמכות בג"ץ כמעט בלתי מוגבלת בשל חוק יסוד השפיטה (ס'15), "ידון בעניינים אשר הוא רואה לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". ס'15 ד' אף מרחיב את סמכויות בג"ץ יותר. מבחינה פורמאלית הכנסת היא זו שקבעה את סמכות בג"ץ ובחוק היסוד היא נתנה לו סמכות רחבה המנוסחת באופן עמום. הסמכה זו מפורשת באופן רחב גם ע"י השופטים, ומשנות ה-80 ההנחה המקובלת היא שכל דבר שלא בסמכות בית דין אחר הוא בסמכות בג"ץ, כמעט אין מגבלה על סמכותה. ביהמ"ש מפריד בין השאלה האם יש לו סמכות לדון (כאשר התשובה היא לרוב כן) לבין השאלה האם יש לו שיקול דעת בשאלה מתי לדון (מתי ראוי להפעיל את הסמכות). לטובת כך ביהמ"ש פיתח לעצמו מבחני סף שיגבילו אותו רק למקרים בהם אכן מוצדק שיתערב.

## **הרציונליים לדרישות הסף**

מהרגע שיש לגוף מסוים סמכות הוא לא יכול לבחור לא להשתמש בה. עם זאת, קיימים מספר רציונליים לקיומן של דרישות סף.

- א. **חשש מהצפה** – חוק היסוד לא יוצר מגבלות. אם ביהמ"ש לא יגביל את עצמו יתכן מצב בו תהיה הצפה של עתירות.
- ב. **הפרדת רשויות** – הדרך של ביהמ"ש להשפיע על היקף הפרדת הרשויות ועל השאלה כמה הוא מכבד את הגבולות של הרשויות האחרות היא עילות הסף. ככל שביהמ"ש מגביל את עצמו יותר ולא מתערב (למרות שיש לו סמכות) כך הוא מכבד את סמכות הרשויות האחרות.
- ג. **אמון הציבור** - ישנם מקרים בהם לא נרצה שביהמ"ש יתערב על מנת שלא יחשב כפוליטי מה שיפגע באמון הציבור בו.
- ד. כדי למנוע שימוש מניפולטיבי בביהמ"ש, לפעמים עתירות נשלחות כדי להראות תמיכה בעמדה מסוימת, לתת כוח או לעורר פרובוקציות.
- ה. עילות הסף מבטיחות שביהמ"ש יכריע בסכסוכים בין פרטים (תפקידו הקלאסי) אם נרחיב יתר על המידה ונתעסק בעתירות שלא עומדות בעילות הסף הוא יחרוג לנושאים שלא תפקידו להתמודד עימם.
- ו. השאלה של איך ומתי ביהמ"ש מתערב תלויה בתפיסת ביהמ"ש בחברה וביחסיו עם הרשויות האחרות. בשל כך לעילות הסף יש קשר הדוק עם אקטיביזם שיפוטי (החלשת דרישות הסף בשנות ה-80 נתפסה בציבור כעלייה של האקטיביזם השיפוטי).

## זכות העמידה

אחת מן עילות הסף, עוסקת בשאלה **מי יכול להביא את המקרה בפני ביהמ"ש**.

**נקודת המוצא** – לא לכל אדם יש זכות לפנות לביהמ"ש בכל עניין שעולה על דעתו. עצם זה שחוק פסול לא מספיק לדיון לגופו של עניין של ביהמ"ש, צריך שגם העותר עצמו יראה שראוי שהוא זה שיעלה את הטענה בנושא, למה רלוונטי שהוא יעלה טענה זו.

**הגישה המסורתית** – בעבר העותר היה צריך להראות שיש לו אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה. דוגמה לכך היא שמחליטים למשל שמחרימים למישהו את הבית לטובת מתחם עיתונאים לאירוויזיון. מי שיכול לעתור לבג"ץ הוא בעל הבית בלבד. אם בעל הבית מסיבותיו מחליט לא לעתור אין מה לעשות עם זה ואף אחד אחר לא יכול לעתור במקומו. גישה זו בעייתית מאחר שעולה השאלה מה קורה בסיטואציה בה אין אדם שיכול לעתור (במידה ואף אחד לא יכול לעמוד בדרישה). עם השנים ביהמ"ש החל להקל בדרישות, בין היתר בגלל סיטואציות בהן אכן אין אדם שיכול לעתור אך יש תחושה שקרה אי-צדק.

**בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים** - מדובר באדם בשם נקש שהואשם ברצח בצרפת וברח לישראל. רצו להסגיר אותו וביהמ"ש קבע שניתן להסגיר אותו. שר המשפטים סירב להסגיר את נקש. לא היה אדם שיכול לעתור בשם נקש (היחיד שהיה יכול לעתור הוא נקש עצמו אבל לא הייתה לו סיבה לעתור מאחר שזה נגד את האינטרסים האישיים שלו של מסתור בישראל). חברי הכנסת עתרו נגד ההחלטה של שר המשפטים שלא להסגיר את נקש, בטענה שהמטרה היא שמירה על שלטון החוק. הסוגיה שעלתה היא מהן הנסיבות בהן ביהמ"ש יפתח דלתו גם בפני מי שאינו בעל אינטרס אישי ממשי וישיר.

### • גישת שמגר (דעת הרוב)

- העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי ממשי ונוגע נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק. ככל שמדובר בנושא יותר ציבורי כך ביהמ"ש יטה להתערב גם כשהעותר אינו בעל אינטרס אישי וישיר.
- אין בנמצא עותר אחר, אשר לו אינטרס ישיר וממשי. יש משקל לעובדה כי אין מישהו אחר.
- היעדר חשיבות לעובדה שהעותרים הם חברי כנסת. חלים עליהם אותם מבחנים שחלים על כל עותר. דעה המצמצמת את זכות העמידה: יש להם יותר כוח, לשמור על המשפט שלא ייקח צד בפוליטיקה. דעת המרחיבה את זכות העמידה: הם מיצגים את הציבור, ולכן צריך לתת להם אופציה רחבה יותר להגיש עתירות.

### • השופט אלון (דעת מיעוט)

- מייצג את ההתנגדות למגמות שאנו נדבר עליהם, במידה רבה השינויים שחלו בגישת המשפט לגבי עילות הסף נחשבים כעליה באקטיביזם השיפוטי. תומך מובהק בריסון שיפוטי, לא דבק לגמרי בגישה המסורתית, טען כי לעיתים יש מקום להרחבה מסוימת, אבל יש גבול להרחבה. הוא סובר כי ההרחבה של שמגר היא גדולה מידי.
- גם אלון מסכים ששערי ביהמ"ש לא צריכים להיות נעולים הרמטית בפני מי שאין לו אינטרס אישי ישיר וממשי. עם זאת, הפחד של אלון הוא מהרחבת יתר, ולדעתו גישת שמגר תוביל להרחבה כזו.

לפי אלון צריך להכיר במגבלות ביהמ"ש ולכן אין לתת זכות עמידה לכל אדם שמנסה לתקן עולם. הכלל לפי אלון הוא שאם לא עלה בידי העותר להוכיח שיש לו אינטרס אישי, ממשי וישיר (בין אם אישית לו ובין אם במשותף לו ולקבוצה מוגדרת) אין לתת זכות עמידה.

- מצד שני, אלון מוכן להכיר **בחריג – אם הנושא שעולה בעתירה הוא בעל אופי חוקתי מובהק**, נוגע בציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי של חברתנו (כולל שחיתות), **ניתן לתת זכות עמידה למי שאין לו אינטרס אישי וישיר**. לא מספיק שהעותר רוצה לעמוד על שלטון החוק (אפילו אם הנושא מרכזי בעיני העותר), וגם נושאים של שיקול דעת מוטעה של הרשות השלטונית לא מספיקים ע"מ לקבל זכות עמידה.
- במשטר דמוקרטי לפעמים ביהמ"ש הוא לא פתרון, יש פתרונות אחרים. אלון למעשה מאמין ביכולת של אמצעים לא שיפוטיים לבקר את המערכת במקרים הנוגעים לשלטון החוק ושיקול דעת של הממשל (מבקר המדינה, ביקורת פרלמנטרית וכו').
- אלון מציג טענות ביקורת נגד ההרחבה: הצפת בתי משפט, פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, חשש שזה יגרור את ביהמ"ש לעסוק בשאלות שפחות רלוונטיות לרשות השופטת וסטייה מהתפקיד הקלאסי והעיקרי של ביהמ"ש שהוא להכריע בין שני אזרחים או אזרח לשלטון אשר זכויותיהם נפגעו.
- ההבדל - בחריג של אלון לא די שהעותר מבקש לעמוד על החריג של שלטון החוק. בעילות שקשורות להפעלת שיקול דעת מוטעה של השלטון זה לא מספיק. שמרחיבים את זכויות העמידה והשפיטות שזה בא ביחד עם סבירות זה בעייתי.

- גישת שמגר הפכה להיות "הגישה השולטת". ההשלכה החשובה של פסיקה זו היא **הכרה בעותר הציבורי** (עותר שאין לו אינטרס אישי וישיר אך הוא מעוניין לטפל בסוגיה של תקינות שלטונית וטוהר מידות. למשל התנועה לאיכות השלטון). הכרה זו היא תוצאה של הנמכת הדרישות של זכות העמידה וקבלה של עמדת שמגר בפסיקה עתידית. הקריטריון לעתירה ציבורית הוא שהעניין בעתירה נושא אופי ציבורי, כאשר הבעיה שמתעוררת היא בעלת אופי חוקתי או מצביעה על בעיה של ממש בחרויות היסוד.
- כיום הגישה היא שיתקבל תביעה של עותר ציבורי כאשר הבעיה המתעוררת היא בעלת אופי חוקתי או פגיעה בעיקרון שלטון החוק, או המביעה פגיעה של ממש בזכויות היסוד.

**בג"ץ 962/07 לירן נ' היועמ"ש - עו"ד רצה להגיש עתירה ציבורית נגד הליכי שימוע לנשיא קצב (לימים הורשע בעבירות מין חמורות)**. הוא טען שעצם זה שעשו הליך שימוע פוגע בחסינות של הנשיא ובמוסד הנשיאות, החסינות מתפרסת על כל ההליכים הפלילים כולל השימוע. קצב (לו אינטרס אישי וישיר) אמר שרצה שיהיה שימוע. השאלה היא האם יש לעשות לקצב שימוע? שימוע זוהי הזדמנות הנאשם הפוטנציאלי להעלות טענות (זה משרת את האינטרס שלו). עו"ד טוען כי האינטרס שלו הוא להגן על מוסד הנשיאות.

- השופטת פרוקצ'יה - במקרה זה נקבע כי זכות העמידה תוענק לעותר ציבורי בעניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידומו של שלטון החוק, לאכיפת עקרונות חוקתיים ולתיקון פגמים מהותיים בפעולת המנהל הציבורי.
- לצד זה נשמר החריג – ביהמ"ש לא ייעתר לעתירה ציבורית כאשר קיים נפגע ישיר מהפעולה השלטונית, והוא עצמו אינו פונה בבקשת סעד לביהמ"ש. לדוגמא המדינה רוצה לסלול כביש שעובר על הבית שלי, אם

אני מוכן תמורת פיצוי לתת את הבית שלי, עמותה כלשהיא שמגנה על אינטרסים מסוג זה לא יכולה להגיש עתירה כי הנפגע היחיד בוחר שלא לפנות. ועל כן ביהמ"ש בוחר לא להתערב.

- חריג לחריג – במקרה שמתקיים החריג, ייתכן ועדיין תוענק זכות עמידה לעותר ציבורי במידה והסוגיה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרש מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם. אם יש חשיבות חוקתית גבוהה שהיא מעבר למחלוקת הספציפית, ניתן לעותר ציבורי להגיש עתירה וביהמ"ש יוכל לדון בתיק זה.
- בסופו של דבר נקבע לדחות על הסף את העתירה, בין היתר בשל **היעדר זכות עמידה**.

#### שובה של זכות העמידה

**בג"ץ 4244/17 משה הר שמש נ' מנהל רשות המיסים** (אפריל 2018) – עותר ציבורי המייצג נאשמים רבים וביניהם קבלנים, העתירה נגד הסדר מס העוסק בשומות קבלן. העותר טען שזה לא מהווה קביעה של מס אמת ושזה פוגע בציבור הקבלנים. **השופט סולברג** מצא שהעותר לא מצא ולו עותר פרטי אחד לו אינטרס אישי בעניין (לא נמצא עותר אחד שנפגע מהחלת ההסדר הקבלני). בשל כך העתירה נדחתה על הסף. סולברג מוסיף אמירות מפורשות לפיהן יש לעמוד על זכות העמידה המצדיקות את חשיבותה. אחת הסיבות שמציג סולברג לכך היא שברגע שהעותר הוא עותר ציבורי, לעיתים הוא לא יוכל להציג לביהמ"ש את התשתית העובדתית הנחוצה להכרעה בנושא.

**בג"ץ 6822/17 ח"כ יואל רזבוזוב נ' משרד הבינוי והשיכון** (יוני 2018) – העותרים עתרו לגבי מדיניות סיוע בשכ"ד והקצאת דירות לזכאים לדיור ציבורי. הטענה הייתה שהמדיניות הקיימת פוגעת ומפלה לרעה עולים. **השופט מזוז** דוחה את העתירה על הסף מאחר שלא מוצא עילה משפטית המצדיקה התערבות. בסוף הפס"ד הוא מוסיף שעצם העובדה שהעותר הוא ח"כ מוסיפה לכך שהנושא לא צריך להגיע לביהמ"ש, מאחר שביכולתו של העותר לטפל בנושא באמצעות כלים פרלמנטריים. אמירה זו סותרת במידת מה את אמירת שמגר לפיה היות העותר ח"כ לא מעלה ולא מורידה מזכות העמידה ובמקביל תומכת במידת מה בעמדת אלון לפיה נושאים מסוג זה צריכים להיות מטופלים בדרכים אלטרנטיביות דוגמת ביקורת פרלמנטרית.

**בג"ץ עמותת עיר עמים נ' מפקד מחוז ירושלים** (מאי 2019) - עתירה כנגד המשטרה, שרצתה למנוע את המעבר של מצעד הדגלים ברובע המוסלמי בירושלים. עמותת עיר עמים כבר הגישה עתירות בעבר ללא חשיבה על זכות העמידה. ביהמ"ש קבע כי אין להם זכות עמידה מאחר שהעמותה עתרה בשביל קבוצת המוסלמים. ביהמ"ש שואל מדוע הם לא צרפו תושב של הרובע המוסלמי? העמותה טוענת כי תושבי הרובע חוששים לעתור וביהמ"ש לא מקבל את טענה זו. בית המשפט לא יקבל עתירה כללית כאשר יש אדם פרטי שנוגעת לו הסוגיה והוא לא עותר.

#### **שפיטות**

עילה זו עוסקת בשאלה **מה הם המקרים שמתאימים להכרעה שיפוטית** (האם לביהמ"ש כלים להכריע והאם ראוי שהוא יכריע). השאלה עוסקת במהות הטענה ולא בזהות הטוען.

**בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון - קצין במילואים שמעוניין בגיוס חובה לחרדים.** בנושא זה בעבר דחה בית המשפט את העתירות על הסף, לאחר שינוי הגישה התחילו לקבל עתירות מסוג זה.

• ברק יוצר הבחנה בין שני סוגי שפיטות :

- **שפיטות נורמטיבית** – האם המשפט מספק כלים או קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד במרכז הסוגיה. בהקשר לכך טוען ברק **שהכול שפיט מאחר שתמיד קיימות אמות מידה משפטיות**. אין פעולה שהמשפט לא חל עליה, ואין פעולה שאין לגביה נורמה משפטית. מכאן שניתן לענות לגבי כל פעולה האם המשפט מתיר אותה או לא. מעצם זה שהמשפט הוא מערכת כוללת של איסורים והיתרים - כל פעולה אסורה/מותרת ע"פ המשפט. לפי ברק אפילו במקום שיש לקונה במשפט קיימים כלים המשמשים למילוי הלקונה. מתוך כל זה, לא ייתכן כלל מצב בו יש פעולה שלא מתקיימת לגביה נורמה משפטית, ללא תלות בסוג הפעולה. לכך מוסיף ברק את סוגיית עילות הסל (דוגמת סבירות) המשמשות לבחינת התנהגויות שונות גם כשהן בעצמן לא מוסדרות בנורמה ברורה וחד משמעית.
- עילת הסבירות עוסקת בשאלה איך השלטון צריך לעסוק בנורמות? יש דרישות כלליות על השלטון, וכל החלטה צריכה להתקבל בטווח הסבירות. אמת המידה היא תמיד הסבירות. גם לשאלות של מדיניות יש נורמות משפטיות שחלות עליהם, וזה יכול להיות נורמה של סבירות. לדוגמא: אלוף פיקוד הצפון רואה פעילות של חיזבאללה בצפון ומכריז על מלחמה. השאלה אם לצאת למלחמה: היא של מדיניות ופוליטיקה. סבירות היא כלי להכרעה בסוגיות.
- אחרי שאמרנו שהכל שפיט נורמטיבית, יש לשאול אם הכל שפיט מסודית.
- **שפיטות מוסדית** – האם ראוי לפתור את הסכסוך בביהמ"ש או שמא יש לפתור אותו במוסד אחר (כגון הרשות המחוקקת או המבצעת). ברק למעשה מכיר במקרים בהם אכן יש אמות מידה משפטיות להכרעה אך בפועל אין לבצע את ההכרעה בביהמ"ש. עם זאת, צריך להשתמש באי-שפיטות מוסדית בצורה זהירה ומוגבלת. רק במקרים מיוחדים בהם החשש לפגיעה באמון הציבור בביהמ"ש גבוה יש לשקול את השימוש באי-שפיטות מוסדית. לפי ברק יש מחיר כבד לאי-שפיטות מוסדית מאחר שיש לביהמ"ש את הכלים לפתור את הסוגיה אך הוא מחליט שלא להתערב משיקולים של אמון הציבור. בנוסף, יתכן והמסר שהרשויות האחרות יקבלו הוא שיש דין אבל אין דיין, ולכן הן ידעו שיש תחומים מסוימים בהם בג"ץ לא יתערב והמסקנה תהיה שדברים מסוימים שנחשבים לכאורה לא חוקיים יהפכו לחוקיים בפועל. הטענה המרכזית מאחורי אי השפיטות המוסדית היא כי ההכרעה במקרים אלה צריכה להיעשות ע"י גופים פוליטיים. מתקיים חשש לפגיעה בהפרדת הרשויות דמוקרטית ואמון הציבור, ברק דוחה טיעונים אלה.
- שפיטות מוסדית בעניינים פוליטיים עלולה להביא לפוליטיזציה של המשפט ופגיעה באמון הציבור. ברק טוען שכאשר ביהמ"ש פוסק החלטות פוליטיות הוא בודק את החוקיות שלהם ולא את הלגיטימציה שלהם. כאשר אומרים לרשויות פוליטיות שיש תחומים בהם לא תהיה התערבות התוצאה תהיה שהמסר שיעבור לרשויות הפוליטיות הוא שאין שום ביקורת על נושאים אלה.
- בשורה התחתונה, מבחינת שפיטות נורמטיבית הכול שפיט. מבחינת שפיטות מוסדית ניתן להכיר במקרים בהם ניתן להכריע אך לא ראוי שביהמ"ש יהיה זה שיכריע. זה יקרה כשיש חשש שההתערבות תביא לפגיע

באמון הציבור בביהמ"ש בשל חוסר ההבנה או ההבנה המוטעית לפיה השופטים מביעים עמדה לגופו של עניין בהיבט הערכי-פוליטי. מקרים מסוג זה נקבעים לפי ניסיון החיים.

**בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה** - השאלה הקונקרטית שהתעוררה היא האם הסכם פוליטי הוא שפיט או לא. במסגרת פס"ד זה אלון מותח ביקורת מקיפה על דברי ברק בפס"ד רסלר. אלון יוצא נגד ההבחנה בין שפיטות נורמטיביות ומוסדיות וכן חולק על עמדות ברק ביחס לכל אחת מהן.

• שפיטות נורמטיביות – לא הכל שפיט נורמטיבית. לפי אלון יש דברים שיש לגביהם חלל משפטי, המשפט לא מביע עמדה לגבי הכול. **יש דברים שאין לגביהם אמות מידה משפטיות והם נמצאים מחוץ לתחומי הממלכה של המשפט** (למשל החלטה של אדם לעשות כושר, לאכול או לטייל). נושאים מתחום המוסר ונורמות חברתיות הם לא מתחום המשפט. אלון אומר כי אנחנו צריכים לבדוק אם המשפט מתייחס או מתעלם מנושא מסוים, אם הוא מתעלם זה חלל משפטי ואם לא יש אמת מידה משפטית. אלון סבור שהתפיסה של ברק היא תפיסה דתית (כמו שההלכה חלה על כל תחומי החיים כך גם המשפט). הוא חולק על כך וטוען שעולם המשפט מצומצם בכוונה לתחומים מסוימים ולפעולות מסוימות שהם בעלות משמעות משפטית. בנוגע לסבירות כאמת מידה משפטית, אלון מתנגד לכך ושואל האם אכן ניתן לקבוע לגבי כל החלטה שלטונית האם היא סבירה או לא. עצם השימוש בסבירות כאמת מידה כללית לא באמת פותר את השאלה. השאלה היא האם באמת יש לביהמ"ש את הכלים לקבוע האם החלטה מדינית כזו או אחרת היא סבירה או לא. לדעת אלון אין לביהמ"ש את הכלים להכריע בכל סוגיה של סבירות (לדוגמה, אין כלים להעריך סבירות של החלטות פוליטיות).

• שפיטות מוסדיות – אלון סבור שההכרה של ברק בשפיטות מוסדיות מצמצמת ושיש להשתמש בה יותר בהרחבה. אלון אומר כי יש להכיר ביותר מקרים שאינם שפיטים.

• לגבי השאלה האם הסכם פוליטי הוא שפיט או לא אלון מציין שהיא תלויה בנסיבות. הסכם מסוג זה יפסל במקרה של שחיתות חמורה אבל נורמות משפטיות כמו תו"ל או סבירות לא יבדקו בהקשר של הסכמים אלו.

• ברק חשש ממצב שבו יהיו תחומים שהמשפט לא יחול עליהם וזה יגרום לפריצות, ויעשו בהם מה שרוצים "בלית דיין לבית דין". אלון חושב כי יש עוד דרכים כגון ביקורת ציבורית, מבקר המדינה, ביקורת פרלמנטרית וכדומה כדי להבטיח ערכים כמו דמוקרטיה שלטון החוק ועוד..

• החשש מהשפעת אישיות השופט על השיפוט - ברק מאמין כי שופטים הם אובייקטיביים ומסוגלים לפסוק לפי החוק בלבד לעומת אלון שסובר כי שופטים אכן מושפעים מדברים חיצוניים, לכן אם יכניסו שאלות פוליטיות וערכיות יש חשש כי לא תעשה הפרדה. ברק מבין כי הציבור חושש שבית המשפט לא ישפוט לפי המשפט בלבד, אך אלון כשופט חושש ששופטים אינם ניטרליים.

אלון	ברק	שפיטות נורמטיביות
<ul style="list-style-type: none"> <li>יש נושאים שהמשפט לא נוגע בהם. המשפט מחליט על פעולות בעלות משמעות נורמטיביות משפטיות – אבל לא על השאר. <u>כמו למשל</u>: לא חל על מוסר.</li> </ul>	לא קיימת, המשפט חולש על הכל. בנוסף, בגלל שהכל שפיט אז יש כלים ונורמות לשפוט אותם – וכשאנו לא מוצאים אותם זה לפי מידה נורמטיבית.	

<ul style="list-style-type: none"> <li>הסבירות לא נותנת לנו אופציה לבחון כל דבר, כי לא ניתן לבחון כל דבר ע"י סבירות.</li> </ul>		
<p>טוען כי יש להרחיב (יותר מדעת ברק) את השפיטות המוסדית, ולא לדון ביותר נושאים.</p>	<p>טוען כי יש לצמצם את הדברים בהם בית המשפט לא ידון – כי הוא לא רוצה לגרום למצב שבו יש נושאים שאין מי שיבקר אותם.</p>	<p><b>שפיטות מוסדית</b></p>
<p>יש עוד דרכים ועוד גופים לבקר את הרשות הציבורית, הכנסת והממשלה. בנוסף, אם המערכת המשפטית תיקח לידה את כל האחריות = הגופים האחרים של הפיקוח יחלשו (יסמכו על בית המשפט לעשות כן).</p>	<p>טוען שזה התפקיד של בית המשפט. הוא חושש ממצב שבו יהיו נושאים בהם ביהמ"ש לא יוכל לבקר – ובכך הרשות המחוקקת תדע שהיא יכולה לעשות מה שהיא רוצה בנושאים אלה. "בלית דיין לית דין" (=כשאין דיין אין דין)</p>	<p><b>עד כמה צריך לסמוך על בית המשפט לרסן את השלטון</b></p>
<p>סבור כי שופטים מושפעים מדעתם, ולמרות שהם שופטים אובייקטיביים הם עלולים להכניס שיקול דעת אישית – ולכן יש לרסן במקצת את המערכת המשפטית.</p>	<p>סובר כי שופטים מסוגלים תמיד לשים את דעתם, ודעת הציבור בצד ולשפוט לפי החוק</p>	<p><b>היכולת של שופטים להיות אובייקטיביים</b></p>

- מבחינה פורמאלית התקבלה העמדה של ברק, והניתוח תמיד הולך לפי שיטתו. במהלך השנים נראה שבתיאוריה התקבלה גישתו של ברק לפיה השפיטות הנורמטיבית מוחלטת ואין הרבה מגבלות מבחינת השפיטות המוסדית. אף נושאים שלפני רסלר נראו כלא שפיטים כגון גיוס בחורי ישיבות נתפסו כשפיטים לאחר מכן. בפועל אפילו בשיא עידן ברק, בעניינים שהם רגישים פוליטית (שחרורי אסירים, הר הבית וכדו'), המשיכו לא להתערב רק לא קראו לזה "לא שפיט". אחד המקרים הבולטים לכך הוא בג"ץ שנגע למו"מ מדיני בממשלת מעבר – ביהמ"ש קבע ששאלות הנוגעות למדיניות חוץ באופן מובהק לא צריכות לקבל הכרעה בביהמ"ש, אבל במקום לקרוא למקרה לא שפיט קבעו שיש מרחב שיקול דעת רחב לממשלה ולכן אין להתערב באותו המקרה.
- פער בין תאוריית השפיטות למידת קבלת עתירות - ביהמ"ש אפילו בעידן ברק אכן דוחה את רוב העתירות. יש פער בין התאוריה של ברק לבין השימוש בה ביהמ"ש בה. יש פער בין התיאוריה של ברק לבין המידה שבה בית המשפט התערב בפועל – זה נראה שהוא התערב הרבה יותר בתיאוריה, אבל זה לא כך בפרקטיקה ובמציאות.
- ברמה השוואתית, ביהמ"ש הישראלי יחסית מרוסן (אחוז החוקים שמבוטלים). לכן נראה כי יש פער בין התאוריה לבין הנכונות במציאות לבטל חוקים. יש פער בין הרטוריקה והנכונות התאורטית לבין המציאות.

### שובה של השפיטות

כאמור, ניתן לטעון שאפילו בעידן ברק היה פער גדול בין הרושם של "הכול שפיט" לבין המידה בה בפועל דחו עתירות מאחר שהבינו שיש דברים שביהמ"ש לא יכול להתערב בהם. העניין העיקרי הוא שקיבלו את עמדת ברק, ומתוך כך נדיר היה לראות ששופט קובע לגבי דבר מה שהוא לא שפיט. בשנים האחרונות רואים מקרים בהם שופטים מטילים ספק בשפיטות של נושאים שונים. ניתן להגיד אולי כי זה נובע בשל פילוסופיה משפטית שונה של השופטים בתיקים אלה לעומת השופט ברק ושופטים שבגישתו.

**בג"ץ 2940/18 יואב הס נ' הרמטכ"ל** (אפריל 2018) – פעיל שלום וזכויות אדם שהגיש עתירה נגד מדיניות צה"ל בגבול עזה ושאל מדוע לא הורו לחיילי צה"ל להימנע משימוש באש חיה בהפגנות הגדר. הוא טען שזה מנוגד למשפט בינ"ל וכדו'. לטענתו יש בסיס לשפיטות נורמטיבית כי יש דינים בין לאומים רלוונטיים. ביהמ"ש (השופט סולברג) דוחה אותו על הסף במגוון של עילות סף, ובין היתר מטיל ספק בשפיטות של הנושא.

**בג"ץ 6882/17 ח"כ יואל רזבוזוב נ' משרד הבינוי והשיכון** (יוני 2018) – נוגע לטענה שתמיכה בדיוור מפלה כלפי עולים חדשים. מזוז טען שלא הועלתה טענה משפטית מתאימה שמצדיקה שביהמ"ש יתערב בסוגיה חברתית כגון זו שהועלתה. הוא לא אומר שאין בסיס משפטי אלה שהעותרים לא העלו טענות משפטיות אך ברור כי יש פה שאלה האם המקרה שפיט מוסדית (נקבע שלא) ואולי גם נורמטיבית.

**בג"ץ 5470/17 באסמה אחמד סאלם חג' מחמד נ' שר הבטחון** (אוקטובר 2018) – עתירה נגד הקמת הישוב עמיחי למפוני עמונה. חיות קובעת שמדובר בשאלה מדינית מובהקת ושלא ניתן לדון בה בביהמ"ש מטעמים של אי-שפיטות מוסדית. לאורך השנים ביהמ"ש החליט שלא לנקוט עמדה בשאלת הקמת ההתיישבות מעבר לקו הירוק. ביהמ"ש יכול מבחינה מוסדית לשפוט אך בשל אופי פוליטי מובהק הוא נמנע.

**בג"ץ 8542/18 אקרמן נ' ממשלת ישראל** (דצמבר 2018) – בג"ץ דחה על הסף עתירה להורות לממשלת ישראל למנוע העברת כספים שמקורם בקטאר לעזה דרך שטחה של מדינת ישראל. הנימוק לדחייה היה שמדיניות החוץ בלתי שפיטה ושלא ניתן לבחון אותה בקנה מידה משפטי. דחייה על הסף בשל עילה של חוסר סבירות, פה אין קנה מידה משפטי, זה אי שפיטות נורמטיבית. יש דברים שלבית המשפט כלל אין כלים להכריע בהם.

**בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, עסק בשאלה האם ניתן להטיל הרכבת ממשלה על חבר כנסת עליו מוטל כתב אישום בעבירות טוהר מידות. דעת הרוב התייחסה לזה כשפיט אך נאמר כי אין עילה התערב לזה לגופו של עניין. הנימוקים קרובים לאי שפיטות מוסדית אך לא הגדירו זאת כך מבחינה מושגית. השופטת חיות, זה שפיט, אך מכיוון שהחלטה היא פוליטית יש התערבות מאוד מצומצמת. תאורטית נשמרת האפשרות במקרה קיצוני להתערב במקרה מסוג זה אך בפועל זה לא המקרה ואין התערבות. השופט מזוז, אומר במפורש כי הנושא כל כך פוליטית שזה בכלל לא שפיט מוסדית. לפס"ד ניתנה פרשנות שחלק מרכזי מההנמקה הוא כי חברי הכנסת, נבחרו הציבור קיבלו את המנדט ובחרו בנתניהו.

ניכרות פה שתי מגמות – הראשונה היא שבדחיית עתירות נאמרות המילים "לא שפיט". השנייה היא שלצד כך שבחלקם אומרים לא שפיט מוסדית, באקרמן ניכרת חזרה לתפיסתו של אלון מלפני ברק בכך שנאמר "אין קני מידה משפטיים" ולמעשה נטען שאין שפיטות נורמטיבית.

## בשלות

עילה זו עוסקת במועד הראוי להכרעה שיפוטית. ביהמ"ש ידחה על הסף כשהוא טוען שאולי בעתיד המקרה יהיה בשל להכרעה בעוד שבאותה העת הוא אינו בשל להכרעה. ביהמ"ש דוחה טענות רבות בעילת הבשלות.

**בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי נ' שר האוצר** - מה שפורמאלית נקרא תיקון מס' 40 לחוק יסודות התקציב נקרא בתקשורת חוק הנכבה. החוק מסמך את שר האוצר להפחית מהתקצוב של גוף מתוקצב או נתמך אם נמצא שאתו הגוף הוציא הוצאה לטובת סימון יום העצמאות של מדינת ישראל כיום אבל.



- העותרים תקפו את חוקיות החוק. לטענת העותרים מדובר בפגיעה בחופש הביטוי ובהרתעה של גופים שונים מביצוע פעולות מסוימות שמוגנות בחופש הביטוי בשל החשש מסנקציות כלכליות. מה גם שחלק מהגופים הללו נסמכים באופן מוחלט על תקצוב המדינה, כך שאם ישללו מהם את התמיכה של המדינה הם יסגרו ולא ימשיכו לפעול.

- ביהמ"ש דחה בשל חוסר בשלות, ולא התייחסו לטענות העותרים לגופן. השופטת נאור הודתה שהעתירה מעלה שאלות חשובות ועקרוניות אבל קבעה שאין לעת הזו להידרש אליהן לגופן. העתירה אינה בשלה בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית, החיונית בנסיבות העניין לצורך הכרעה בסוגיות שמציגים העותרים. הנימוק לכך שזה לא בשל היא ששר האוצר טרם הפעיל את סמכותו, וגם אם יפעיל את סמכותו יתכן שזה יהיה מוצדק ויתכן שלא. כל מקרה יבחן לגופו ויקבע לגביו האם השימוש בסמכות היה ראוי. מעבר לכך שטרם בוצע שימוש בסמכות, קיים מנגנון שמבטיח שהחלטה שכזו לא תתקבל בקלות ראש מאחר שיש מספר שלבים שהשר צריך לעבור בדרך ליישום החוק. אין מקום לעסוק בהשערות לגבי חוק שלא יושם ואין תשתית להעריך האם ומה היקף הפגיעה בעקבותיו.

- פסק הדין מכיר בעילת הבשלות אבל לא מפרט באילו נסיבות ביהמ"ש יגיע למסקנה שהנושא בשל או לא. מההקשר ניתן להבין שברגע שהחוק לא יושם אין תשתית להכרעה ולכן הנושא לא בשל. נראה שביהמ"ש מכיר גם בחריג לעילת הבשלות במקרים בהם קביעה שהעותר צריך להמתין תגבה ממנו מחיר כבד (למרות שלא מפורט מהו מחיר כבד זה). מצד אחד נרמז שסנקציה פלילית מהווה חריג אבל מצד שני נאור מבהירה שלא כל סנקציה פלילית תהיה חריג. נראה שמידת ה"אפקט המצנן" הקיימת במקרה מסוים משפיעה על ההחלטה לגבי נושא האם הוא מהווה חריג או לא (סנקציה כלכלית למשל פחות תהווה חריג מאשר סנקציה פלילית).

**בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל - חוקק חוק אכיפה מנהלית שיצר מנגנון אכיפה מנהלית כלפי גורמים שפועלים בשוק ההון. רצו להגביר את האכיפה בתחום מאחר שהייתה בעיה בשם בעיית הנציג (אנשים אחדים שהיו אחראים לכספים של אנשים רבים). העותרים טענו שיש פגיעה בחופש העיסוק. הם תקפו הוראות מסוימות בחוק, ספציפית הוראות שאסרו על ביטוח נגד הליכים מכוח אותו החוק וסעיפים האוסרים סעיפי שיפוי מהחברה בהם עובדים אותם הגורמים בשוק ההון. העותרים טענו שהטלת סנקציות כלכליות קשות ומניעת ביטוח נגד אותן הסנקציות תגרום לכך שרק מי שיש לו חוסן כלכלי ייכנס לתחום, מה שפוגע בחופש העיסוק של שאר האוכלוסייה שרוצה להיכנס לתחום.**

- ביהמ"ש דחה את העתירה בשל חוסר בשלות. הנימוק העיקרי היה שהחוק רק עבר ושהסנקציות טרם יושמו. השופט ריבלין קובע בצורה ברורה שיישום עילת הבשלות מתמקד בשאלה האם החוק יושם או לא. ראוי שאדם יעתור נגד חוק מסוים רק לאחר שהוא נאכף לגביו בהליך כלשהו. ריבלין מקשר את עילת הבשלות לעילות הסף האחרות. נראה שעילת הבשלות משמשת את ביהמ"ש לטובת שימוש ברציונליים של שפיטות בצורה שנראית יותר מרוסנת.

הביקורת שניתן להעלות על פסקי הדין האלו היא שהאפקט המצנן כבר מספיק כדי להוות חריג. כך בבוגרי התיכון ועל אחת כמה וכמה באיגוד הנאמנים, מאחר ששאלת הביטוח מטבעה תלויה בזמן ויש להתעסק בה מראש. לא ניתן לרכוש ביטוח לאחר שהוטלה הסנקציה ולכן יש לדון בנושא מראש ולקבוע האם החוק ראוי

או לא. עילת הבשלות מתבססת על כך שאין תשתית עובדתית מספקת להכרעה, אך לא ברור איזו תשתית עובדתית נוספת תינתן לאחר שינקטו הליכים מנהליים נגד אותם העובדים שתאפשר לביהמ"ש להכריע בנושא. את הפגיעה ניתן לראות כבר עכשיו, אין צורך לחכות להפעלת הסנקציה, הפגיעה המעשית כבר מתקיימת ולא צריך לחכות. זה מדגים את הבעייתיות בעילת הבשלות.

\*אפקט מצנן - מלווה לחוק סנקציה מרתיעה כל כך שאנשים מהחשש מהסנקציה יקבלו על עצמם את המגבלה שנותן החוק למרות שהיא לא חוקתית. הרעיון הוא שאנשים לא ירצו לקחת את הסיכון הגדול רק כדי שייבדק אם החוק חוקתי או לא. אפקט מצנן הוא חריג לבשלות, אפילו אם מראש הגענו למסקנה שנדרשת תשתית עובדתית, המחיר הוא כל כך גדול כי החוק כבר עכשיו פוגע בזכויות, הפגיעה בזכות כבר קרתה.

**בג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' הכנסת -** מדובר בפסק הדין **שהתווה בצורה הברורה ביותר את ההלכה** ואת המבחן. הרקע הוא שבמשך שנים ועדות הקבלה לא קיבלו לישובים ערבים, אימהות חד הוריות, משפחות עם מוגבלויות ועוד. בפס"ד קעדאן נקבע כי אסור להפלות בקבלה לישובים על בסיס קריטריונים אלה ובשל כך חוקק חוק וועדות קבלה, אשר אפשר לישוב קהילתי להתנות קבלה לישוב באישור וועדת קבלה. החוק כן מוסיף סעיף שאסור על אפליה בקבלת מועמדים מטעמי דת, גזע, מין לאום, החוק נותן עילות בגינם כן ניתן לסרב לקבלה והן חוסר התאמה של המועמד למרקם התרבותי של הישוב. במקרה זה דובר על חוק ועדות קבלה (ועדות קבלה לישובים) שעסק בגופים שיכולים לקבוע את מי מקבלים לישובים ובאילו עילות ניתן לקבוע שמישהו לא מתאים למגורים בישוב. העילה השנויה במחלוקת הייתה "חוסר התאמה למרקם החברתי בישוב". הטענה הייתה של פגיעה בשוויון מאחר שיקבלו אוכלוסייה מסוג מסוים (אשכנזים עמידים) בטענה ששאר האוכלוסיות לא מתאימות למרקם החברתי. **העותרים טוענים כי החוק מכיל קריטריונים עמומים שמאפרים הפליה הלכה למעשה.** בסוף השטח שייך למדינת ישראל וממנים אנשים פרטיים שיקבעו מי יוכל לקנות את השטח ומי לא. השאלה הייתה באיזו מידה רוצים לתת לישובים קהילתיים לשמור על האופי הקהילתי שלהם מול החשש שזה מביא לאפליה של קבוצות מיעוטים שונות. העותרים לא חיכו ליישום של החוק ואפילו לא חיכו לפרסום שלו ברשומות. דעת הרוב דחתה את העתירה בעילה של היעדר בשלות ופיתחה מבחן להיעדר בשלות.

• **גישת גרוניס** – מציג מבחן דו-שלבי: בשלב הראשון, ביהמ"ש בוחן האם השאלה היא משפטית וניתן להשיב עליה? או שמדובר בשאלה בניתוחה צריך להיות מבוסס על עובדות. אם כן האם יש תשתית עובדתית מספקת, **האם כבר מלשון החוק ניתן לקבוע או שצריך לראות איך יישמו את החוק וע"פ תשתית זו להכריע אם החוק חוקתי.** גרוניס אומר כי יש שאלות שמענה עליהן קשור באופן ישיר למערכת מסוימת לעומת מקרים בהם ביהמ"ש יוכל לקבוע שעיקר השאלה הוא משפטי והתפתחות עתידית לא תשפיע על השאלה. בשלב השני, בוחן ביהמ"ש **אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף היעדר התשתית העובדתית המספקת?** גרוניס אומר כי העניין יחשב אם יש השפעה מדינית וישירה לבעל הדין או שהוא נתון לסנקציה. גרוניס אומר כי יכולים להיות שיקולים נוספים מלבד האפקט המצנן: דחיית הדיון תביעה לקביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח, עצם הדחייה יכולה להביא לנזק משמעותי מידי, אם בשל טיב העניין אין נקודת זמן בה העתירה תהייה בשלה. **גרוניס טוען כי במקרה זה אין תשתית ראייתית,** מרבית הטענות מתייחסות לתוצאות המפלגות וטענות אלה לא נתמכות בעובדות. לצורך השאלה האם בפועל החוק יוביל להפליה חייבים תשתית עובדתית, בעיקר שהחוק כולל סעיף שאוסר על הפליה. כדי להוכיח מנגנון הפליה מסוות צריך להראות בפועל כי הסעיפים בחוק הביאו להפליה. מצד שני גם לא ניתן לשלול את האפשרות שהחוק כן יוביל להפליה. בהליך

החקיקה הושמעו אמירות שתומכות בטענת העותרים ולכן נדע אם זה התממש רק לאחר היישום. לדעת גרוניס ע"פ השלב השני **לא מתקיים אינטרס המצדיק את בדיקת העתירה עכשיו**, זאת כי לא ניתן להצביע על חשש מפני אפקט מצנן כי החוק לא הרע את המצב שקדם לו, החוק כולל מספר מנגנוני בקרה על החלטת וועדת הקבלה.

● **גישת ג'ובראן** (דעת מיעוט) – אומר כי הוא מסכים עם הנשיא גרוניס כי יתכנו מקרים בהם תדחה עתירה על אי בשלותה, אך מציג טעמים מעט אחרים לכך: אי מיצוי הדין בפני הרשויות, ההנחה כי חקיקה ראשית של הכנסת עולה בקנה אחד עם עקרונות החוקתיים של ישראל, הצורך שיעמדו בפני בית המשפט נתונים קונקרטיים שיאפשרו את בחינת הפגיעה בזכויותיו של הפרט ככל שישנה ועמידתה בפסקת ההגבלה. לביהמ"ש יש כלים לריסון ובנוסף לעילות הסף יש חזקת חוקתיות, החקיקה של הכנסת לא סותרת את חוקי היסוד ולכן הנטל של מי שרוצה להביא לביטול של חוק הוא להראות שיש פגיעה. **אם אין תשתית להוכיח שהחוק ייושם באופן לא חוקתי זה שיקול לא לקבל את העתירה מתוך החזקה שהוא ייושם כחוקתי**. אם ניתן לפרש חוק בשני אופנים תמיד נפרד באופן שעולה בקנה אחד עם חוק היסוד. גרוניס אומר כי יש מקרים בהם ברור כי החוק לא חוקתי ויש מקרים תלויי פרשנות. ג'ובראן אומר כי אלו הטעמים שמצדיקים שימוש בעילת הבשלות, אם זאת אם מתעורר חשש שההמתנה תביא לפגיעה בעותרים יהיה ראוי לברר אותה אף לפני התקיימות החוק עצמו. ג'ובראן אומר כי יש שני שיקולים בפני בית המשפט בבחינת טענת אי בשלות: **ראשית**, עוצמת הפגיעה שתגרם לפרט אם לא תבורר העתירה **ושנית**, יש לבחון אם ישנו הליך חלופי לברור יעיל של הטענות. השיקולים האלה מתקשרים לשלב הניתוח השני של גרוניס שאומר כי גם אם התשתית לא קיימת אולי יש אינטרס בכל זאת לדון. השופט ג'ובראן אומר כי שני השיקולים דוחים את טענת אי הבשלות. במקרה הנוכחי, הוא אומר כי יש להיזהר מלהפעיל את אי הבשלות במקום בו החוק הנדון הוא שגורם מלכתחילה לכך שלא ייווצרו מצבים בהם תבורר חוקיות החוק באמצעות תקיפה עקיפה, יש להיזהר מעילת הבשלות במקום בו החוק גורם לתקיפה עקיפה (מצב בו החוק גורם לזה שלא יגרמו מקרים שניתן יהיה לתקוף בהם את החוק). הטענה היא שהחוק לא אומר במפורש כי הוא מעודד אפליה אלא יוצר מנגנון משפטי שגורם לאפליה סמויה ולכן יש קושי להגיש עתירות קונקרטיות הנוגעות למקרה ספציפי של אי קבלה מפלה לישוב. טיעון נוסף הוא שהחוק יוצר אפקט מצנן ולכן קבוצות מיעוטים בכלל לא יפנו לוועדות הקבלה ולא יהיו עתירות ספציפיות. לכן יש להיזהר מלהפעיל את דוקטרינת אי הבשלות כי לא בוודאות יהיו עתירות ספציפיות. אומרים לעותרים שהם לא הראו מקרה ספציפי אך יש פה חוסר צדק כי הוגשו עתירות פרטניות ונקבע כי מאחר שבהליך זה ילובנו הסוגיות אין לדון כעת באותם תהליכים. מי שהגיש עתירות ספציפיות אמרו להם שיקבעו בתיק העקרוני ולתיק העקרוני אומרים שאין מקרים ספציפיים ולכן הוא נדחה על הסף. ג'ובראן אומר כי הרקע והתשתית קיימת כי החוק עיגן הסדרים שהיו קודם ופרקטיקות שקעדאן ניסה למנוע ולכן ניתן להעריך מה התוצאות האפשריות.

● **גישת הנדל** – השופט הנדל מציע "דרך ביניים", להכיר בבשלות חלקית. ביהמ"ש ימשיך ויבחן האם אפשר לפצל את העתירה ולהגיד כי חלק בשל וחלק לא. שיקולים להחלת דוקטרינת הבשלות החלקית: 1. למרות שרוב החוק לא בשל להכרעה ימצא חלק שכן בשל. 2. האם זה נכון ואפשרי לפצל את השאלות הנוגעות לחוק (יש חוקים הם מקשה אחת ולא ניתנים לפיצול ויש חוקים הניתנים להפרדה). 3. האם השאלה הנפרדת מספיק מהותית כדי להצדיק את הפיצול. 4. שתהליך הפיצול יביא תועלת לציבור.

• מבחינת דעת הרוב המבחן העקרוני הוא המבחן של גרוניס, והוא גם זה שיושם במקרים עתידיים. עמדת גיבראן מוסיפה חידודים לעמדת גרוניס. עמדת הנדל מוסיפה את נושא הבשלות החלקית אותה ניתן לבחון בהתאם לנסיבות. הסיבה שהבשלות היא מעניינת וחשובה היא שבמשך כמה שנים היה נראה שזו עילת הסף המועדפת על השופטים כדי להימנע מדיון בעתירות ללא שימוש בעילת השפיטות.

**בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**: חוק שהעלה את אחוז החסימה, הטענה הייתה שהעלאת אחוז החסימה היא במטרה להביא להדרה של מיעוטים. מי שעמד מאחורי זה הוא ליברמן שלא רצה כי המפלגות הערביות יעברו את אחוז החסימה. ליברמן טען כי זה לא היה המטרה אך בפועל זה יביא למידור קבוצות מיעוט. גרוניס אומר כי נדע רק אחרי הבחירות אם זאת תהייה ההשפעה של החוק, דוחה את העתירה על הסף בגין עילת הבשלות. אם אחרי הבחירות יתגלה כי זהו האפקט של החוק תתדיין העתירה מחדש.

**בג"ץ 2487/20 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה**: לפני הקמת הממשלה האחרונה, היו 3 עתירות שביקשו להכריע אם אפשר להעניק מנדט לנאשם בפלילים. ביהמ"ש פסל את העתירות בעילת הבשלות. ביהמ"ש מפי השופט שטיין דחו את העתירה, נקבע כי העתירה מוקדמת כי הנשיא עדיין לא הטיל את המנדט. אם וכאשר תוטל ההרכבה על נתניהו יהיה מוכן בג"ץ לדון בעתירה. העותרים טענו כי הבוחרים צריכים לדעת אם נתניהו יוכל לקבל את המנדט לפני הבחירות. העותרים בעתירה זו (השלישית) אומרים כי העתירה שונה מהקודמות כי פה העתירה כבר לא תאורטית כי המנדט כבר עומד לעבור לנתניהו. הם טענו כי מוטב להסיר מראש את אי הוודאות בנושא. השופט אומר כי כפי שנקבע בעתירה הראשונה לא מוצדק לקבל עתירה זו כדי להסיר אי וודאות מראש.

**בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש**: עתירות עסקו בשאלה האם ניתן להטיל את מלכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת עם כתב אישום והשני האם ההסכם הקואליציוני בין הליכוד לכחול לבן הוא בלתי חוקתי. מזוז קבע שזהו מקרה של חוסר שפיטות מוסדית. השאלות הנוגעות להסכם קואליציוני יכולות להיות שפיטות אך נקבע כי ההסכם אומנם מעורר קשיים לא מבוטלים אך מרציונליים של בשלות בעת זו אין מקום להתערב בסעיפיו.

**אי מיצוי הליכים**: בשנים האחרונות ישנה מגמה שביהמ"ש דוחה עתירות בשל אי מיצוי הליכים, הרעיון הוא שפונים לעליון לביקוש סעד יש להוכיח שמוצו כל ההליכים האחרים. הרציונל הוא שבעקבות מיצוי התהליכים יהיה את התשתית המלאה לעתירה. שהעותר עתר הוא עבר דרך הגופים השלטוניים הרלוונטיים ושיגיש את העתירה הוא כבר יביא את החומרים הרלוונטיים. **דנג"ץ 912/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר**: בבג"ץ, בעתירות חוקתיות נגד חוקתיות החוק ביהמ"ש דוחה בגין אי מיצוי הליכים, העותרים טוענים כי ברמה העקרונית הדחייה האת לא מתאימה לעתירה חוקתית שמבקשת לבטל חוק. הם טוענים שאם העתירה מנהלית יש למי לפנות אך לגבי ביטול חוק אין למי לפנות לפני הפנייה לבג"ץ. יתרה מזאת העותרות אומרות כי הם מעורבות בהליך החקיקה ומביעות התנגדות כבר בהליך עצמו מה שמהווה מיצוי הליכים. הם הגישו עתירה העוסקת בשאלה האם אפשר להשתמש בעילת אי מיצוי ההליכים למחות כנגד חוקתיות של חוק? נקבע כי הכלל של אי מיצוי תהליכים חל גם על עתירות הנוגעות לאי חוקיות חוק, אין לראות בעצם השתתפות העותר בהליך החקיקה עמידה בדרישת מיצוי ההליכים. ביהמ"ש אומר כי זה לא כלל נול חריגים ויש לבחון ע"פ נסיבות המקרה. יכול להיות שיהיו מקרים בהם מעורבות גבוה בתהליך החקיקה כן תחשב למיצוי הליכים. יש פה הלכה חדשה בשאלה עקרונית גדולה. **בדנג"ץ**, התנועה לאיכות השלטון אומרת כי בעבר היא הגישה עתירות מסוג זה

והן לא נשללו ולכן יש פה הלכה חדשה, מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות היא דרישה לא הגיונית כי אין גורם מלבד ביהמ"ש שיכול לצמצם חוק. המשיבים טוענים כי זו לא הלכה חדשה אלא הלכה קיימת שכעת מיישמים אותה, הם טוענים כי אם העותר יביא את עמדת המדינה (ינסה ליצור קשר לגבי החוק עם הגוף המדיני הרלוונטי ולקבל את תגובתם) לפני שפנה לבג"ץ הוא יוכל להציג את עמדתו לבג"ץ ביחד עם התנגדות של המדינה ולכן זה ייעל הליכים שיפוטיים. **הנשיאה חיות** דחתה את הבקשה, היא השתכנעה כי לא נפסקה הלכה חדשה ולכן אין עמידה באמות המידה לדיון נוסף. היא אומרת כי מצד אחד ההלכה נטועה בשיקולים מעשיים של ייעול הליכים שיפוטיים ופריסת מלוא התמונה העובדתית לפני ביהמ"ש. זהו המקום בו ישנה התכתבות עם עילת הבשלות. היא מוסיפה כי הצדק עם העותרים כי ביחס לעתירות חוקתיות אין מדובר בעילת סף פשוטה ובמקרים שברור שאין תוחלת של ממש בפנייה מוקדמת לא יעמוד ביהמ"ש זה על קיומה. לפעמים יתכנו מקרים בהם תוקפים את חוקיות החוק כולו ולרשות אין שיקול דעת ולכן אין הגיון בדרישת מיצוי ההליכים, אך יתכנו מקרים בהם פנייה מוקדמת יש בה כדי להועיל, בעיקר שנוגעים לפרשנות החוק. חיות אומרת כי אם השאלה של חוקתיות החוק קשורה לאופן שבו יפורש החוק אז במקרים אלה פנייה מוקדמת לרשות מוסמכת יכולה להועיל. אם פרשנות ויישום כלשהו יהיה בלתי חוקי ופרשנות ויישום אחר לא יפגעו, יש מקום למיצוי. בהרבה מקרים היא מסכימה שתוקפים את החוק עצמו ולכן אין הצדקה לפנות לגורמים שאינם יכולים לקבוע כי החוק הוא בלתי חוקתי (לדוגמה היועמ"ש שאינו יכול לבטל את החוק ולקבוע כי הוא בלתי חוקתי).

### שלבי הביקורת השיפוטית

ביקורת שיפוטית הינה הסמכות של ביהמ"ש לבחון את תוכן החוק אל מול חוקי היסוד ובמקרה של סתירה לבטל את החוק, אנו נבחן איך בימ"ש מחליט אם חוק הוא בלתי חוקתי. לאחר שביהמ"ש קבע שהוא אכן דן בסוגיה ושהיא עוברת את עילות הסף, עולה השאלה איך ביהמ"ש בוחן את הסוגיה לגופה.

### תורת שלושת השלבים

הגישה המקובלת שהשתרשה בפסיקה לגבי בחינת טענות של ביקורת שיפוטית חוקתית היא תורת שלושת השלבים. היא מחלקת את השאלה החוקתית ל3 שלבים

- בשלב הראשון יש את **שאלת הפגיעה**, האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוקי היסוד.
  - בשלב השני, **חוקתיות הפגיעה** (אם מגיעים למסקנה שהחוק אכן פוגע בזכות חוקתית) שואלים מה החוקתיות של הפגיעה (האם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה).
  - בשלב השלישי בוחנים את **תוצאת הפגיעה**, תוצאת אי החוקתיות, מה הסעד הראוי על אי-החוקתיות.
- חשוב לשים לב שכל שלב מוביל לשלב הבא. כלומר, אם מגיעים למסקנה שהחוק לא פוגע בזכות חוקתית אין צורך לעבור לשלב הבא וכך הלאה (במבחן עושים ניתוח מלא).

### רציונליים לתורת שלושת השלבים

- התפיסה בפסיקה הישראלית שגיבשה את הגישה הזו היא ההנחה שזה מסייע לניתוח המשפטי ("לשם בהירות הניתוח ודיוק המחשבה"). המטרה במשפט החוקתי היא לפתח כמה שיותר מתודולוגיות ע"מ

להגיע לאובייקטיביות (כמובן שלא תהייה אובייקטיביות מוחלטת אך מתווה הבנייה שצריך לדון על פיו). רוצים כמה שיותר להבנות את הניתוח החוקתי, לחדד אותו ולדייק אותו.

○ מעבר לחשיבות המתודולוגית, שיטה זו משקפת תפיסת עולם לפיה זכויות בישראל הן מוגבלות ואף פעם לא מוחלטות. בארץ הזכויות לא מוחלטות מאחר שלעיתים המחוקק צריך לקדם אינטרסים ציבוריים שידרשו פגיעה מסוימת בזכויות של הפרט. צריכים לאזן בין זכויות הפרטים לבין אינטרסים של הציבור. זכויות בישראל תמיד ניתנות להגבלה אם הגבלה זו מוצדקת. יכול להיות שלמרות שפגעו בזכות חוקתית זה מוצדק. תורת שלושת השלבים מאפשרת גישה האומרת כי בשלב הראשון של פירוש הזכויות נוקטים בגישה מרחיבה, נוטים יותר להגיד כי חוקים פוגעים בזכויות מכיוון ועדיין ניתן לדחות את העתירה בשלב פסקת ההגבלה.

○ נטל ראיה - יש חזקה כי חוק הוא חוקתי (מתוך כיבוד רשויות והחוק). מי שרוצה לבטל חוק צריך לשכנע כי יש זכות חוקתית שנפגעה. התעוררה השאלה האם לאורך כל השלבים הנטל הוא על העותר? הגישה הרווחת היא כי בשל כך שיש שלבים שונים, בשלב הראשון הנטל על העותר (להראות שנפגעה זכות לה הוא זכאי), אם העותר עמד בנטל בשלבים השני על המדינה להראות כי הפגיעה מיידית ומוצדקת.

### שלב 1 - שאלת הפגיעה

האם חוק פוגע בזכות המעוגנת בחוקי יסוד? שאלה זו מורכבת משאלות משנה: האם קיימת זכות, האם הזכות מעוגנת בחוקי יסוד, מהי היקפה והאם החוק פוגע בזכות?

1. האם קיימת זכות – יכולים להיות מקרים בהם אין זכות, זכות היא אינטרס המוגן ע"י המשפט. כלומר המשפט מכיר באינטרס שלי כזכאי להגנה, זכות במהותה מטילה חובה על מישהו אחר לפעול או להימנע מפעולה. זה שלי יש זכות קניין מפעיל חובה על אחרים לא לפגוע בקניין שלי. ההבחנה בספרות היא בין זכות חיוביות (החובה לפעול כדי לממש/להגן על הזכות) ושלילית (החובה להימנע מפגיעה). יש להבדיל בין שלושה היבטים של זכויות (הזכות להוקרה, להגשמה ולהגנה). לפעמים לא קיימת זכות, אדם מאוד אוהב לשתות קפה בבוקר. לפי דעתו זו חוצפה שמדינת ישראל לא מספקת לכל אזרח קפה בבוקר ולכן הוא עותר לבג"ץ. ביהמ"ש יקבע שאין זכות שנפגעה. העותר צריך להראות שיש זכות שפגעו בה (או במצבים מסוימים בה המדינה צריכה לפעול אקטיבית ע"מ לאפשר אותה, להראות שהמדינה לא אפשרת את קיום הזכות). לעומת זאת ע"פ הדין הישראלי כן יש זכות לסבסוד של לחם וחלב. זה לא אומר כי הזכות היא חוקתית אלא כי ישנה זכות.

● הזכות להוקרה - היבט שלילי, הרשות השלטונית צריכה להימנע מלפגוע בזכות. לכל הזכויות החוקתיות בישראל יש לפחות היבט זה.

● הזכות להגשמה - היבט חיובי, החובה של המדינה היא להגשים את הזכויות (פועלת לעזור לממש ולהגשים), כאן החובה היא לא בכך שהיא לא פוגעת אלא עליה לפעול על מנת להגשים את הזכות. חובת ההגשמה מוכרת רק לעניין זכויות חוקתיות שמעוגנת בס' 4 לחו"י כבוד האדם (חיים, הגנה וכבוד).

● הזכות להגנה - היבט חיובי, מטילה על הרשות השלטונית גם חובה להגן על זכויות אדם מפני פגיעה של צד שלישי (פועלת להגן מפני צד שלישי). לדוגמה בזכות לחיים, המדינה לא יכולה לפגוע בחיי אזרחיה

אך גם צריכה לספק תשתית שתגן על חיי אזרחיה מפני עבריינים, מחבלים, מחלות ועוד. הרשות השלטונית צריכה לפעול אקטיבית למנוע פגיעה בזכויות אלו של אזרחיה. היבט זה חל על הזכויות המנויות בס' 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ברק אומר כי יש זכויות מעבר לזכויות המנויות בחוק היסוד עליהם חל היבט זה (הזכות להגנה), **בבג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, עוסק בזכות להפגנה. בזכות זאת יש היבט שלילי (לא לפגוע), אך עולה השאלה האם כאשר מתנגדים להפגנה הם שמסכלים את ההפגנה ולא המדינה צריכה להגן על המפגינים? המדינה במקרה זה לא מנעה בעצמה אך ביקשה מן המפגינים להביא שירותי ביטחון ואמבולנסים למקרה שיתקפו ע"י קהל עוין. ביהמ"ש אמר כי המשטרה לא רשאית להטיל אחריות זו על שכמם של המבקשים לבטא את חופשם. אומנם חופש הביטוי נראה כזכות שלילית אך יש היבט חיובי של הזכות להגנה, המדינה לא יכולה להגיד למפגינים כי היא לא דואגת להם ועליהם לדאוג לביטחון עצמם. חלק מהזכות להפגין כוללת חובה אקטיבית של המדינה להגן על המפגינים ממי שעלול לפגוע בהם. **בג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הביטחון**, עתירה מנהלית נגד שיקול דעת שר הביטחון. עסק בשאלה על חובת המדינה למגן כיתות לימוד בשדרות וביישובי עוטף עזה. המדינה היא לא זו שפגעה בזכות אלא ההתקפות מכיוון עזה הן אלו שעשו זאת. אם התפיסה היא שיש זכות הגנה על החיים הרי שחלה על המדינה חובה להגן על חיי התושבים של אותם היישובים. המשיבים החליטו לעשות מרחבים מוגנים ולא למגן את הכיתות. תושבי העוטף עתרו לבג"ץ בשל זכות חיובית להגנה על חיים ועל גוף אשר בגינה המדינה חייבת למגן את הכיתות. ביהמ"ש אומר כי למדינה החובה לאפשר מענה ביטחוני סביר. המדינה עשתה ניסוי וגילתה שחצי מהתלמידים לא מגיעים למרחב המוגן בזמן, לעיתים כלל אין התרעה מוקדמת. ביניש אומרת כי הניסוי שהמדינה עשתה מראה כי הפתרון של מרחב מוגן לא מספק מענה. הניסוי של המדינה מגלה כי המענה שלה אינו ראוי. היא מורה למדינה למגן את הכיתות, מצד שני ביהמ"ש מדגיש כי יש חובה על המדינה להגן אך מותר לעשות איזון עם שיקולים תקציביים.

**זכויות אדם מול זכויות אזרח - זכויות אדם הן זכויות ששייכות לכל אדם באשר הוא אדם. גם תיירים, גם מסתננים, גם מהגרים לא חוקיים זכאים לזכויות כמו שלמות הגוף. זכויות אזרח הן זכויות נגזרות מהמעמד האזרחי של האדם (נתונות לאזרחי המדינה) כגון הזכות לבחור ולהיבחר.**

2. **האם הזכות מעוגנת בחוקי היסוד - יש שאלה הפרדה בין השאלה האם יש לי זכות לבין האם זכות זו מעוגנת בחוקי היסוד (חוקתית). חלק מהפעמים זה מאוד פשוט, ניתן לבדוק את חוקי היסוד עצמם ולראות האם הזכות מופיעה בטקסט. השאלה מה קורה עם זכויות שלא מופיעות בחוקים עצמם (זכויות בלתי מנויות). יכול להיות שזכות חוקתית מסוימת נוצרה בפסיקה (שוויון, חופש ביטוי, חופש דת ומדת). עצם זה שיש זכות לא מיד אומר שהיא חוקתית, ורק זכות חוקתית תהיה עילה לביטול חוק. הפסיקה פיתחה גישה בה בתנאים מסוימים נכיר בזכויות בלתי מנויות כנגזרות לכבוד האדם. באילו תנאים נכיר בזכויות בלתי מנויות כנגזרות?**

- **הגישה המצומצמת - פגיעה בזכות בלתי מנויה תחשב לפגיעה בזכות החוקתית כאשר טמון גם היבט של השפלה וביזוי. השי' דורנר אומרת כי היא מוכנה להכיר בפגיעה בזכות בלתי מנויה אם הפגיעה מגיעה לכדי השפלה. בג"ץ 4541/94 אליס מילר נגד שר הביטחון ואחרים, עוסק בשאלה האם נשים יכולות לשרת בקורס טייס, ההחלטה כי הקביעה שאישה לא יכולה לשרת בקורס טייס פוגעת בשוויון.**

השוויון אינו כתוב בחוק היסוד. לאור זאת לא ניתן להכיר בזכות חוקתית לשוויון אבל אין ספק כי כתוב כבוד וכי כל פרשנות סבירה של כבוד מהווה מניעת ביזוי והשפלה. לכן **במקרים שהפגיעה בשוויון גורמת להשפלה (מבחן ההשפלה) חוק היסוד מגן מפני פגיעה בשוויון**. רק פגיעה שמגיעה לכדי השפלה היא פגיעה בזכות חוקתית. אם היחס המפלה הוא על רקע של מין/לאום (פגיעה בשוויון) יש בהפליה ממד של השפלה. הפגיעה אינה בהכרח צריכה להיות בשוויון אלא באופן כללי פגיעה בזכות בלתי מנויה המביאה להשפלה.

● **גישת הביניים** - ההרחבה הינה כי כבוד הוא לא רק השפלה אלא עוד מובנים לרבות אוטונומיה. צריך להראות קשר ענייני הדוק לכבוד, אך בהרחבה רחבה יותר שיש לה מונחים נוספים כגון אוטונומיה. לפי תפיסה זו כבוד האדם כולל את האיסור לבזות ולהשפיל אנשים אך הוא כולל גם בין היתר אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה ופעולה. **התפיסה היא שמגבילים למישהו את האוטונומיה יש פגיעה בכבוד האדם, הזכות של כל אדם לכתוב את סיפור חייו. כבוד במובן זה הוא רחב יותר מאשר במובן של השפלה**. עדיין יש להראות קשר בין פגיעה בזכות בלתי מנויה לפגיעה בכבוד אך משמעות הכבוד מורחבת, כבוד הוא לא רק העדר השפלה אלה גם אוטונומיה. זה לא אומר כי ניתן לעגן כל זכות בלתי מנויה, **צריך להראות כי יש קשר ענייני הדוק לכבוד האדם** (האם לפגיעה בזכות המנויה יש קשר לפגיעה בכבוד האדם בהקשר של אוטונומיה או השפלה), אם בגרעינו (השפלה וביזוי) או אם בשוליו (אוטונומיה) של הביטוי. לא כל הזכויות יכנסו כי לא כל זכות היא בעל קשר ענייני. אך נכיר פגיעה בזכויות בלתי מנויות שהן אינן השפלה. **בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פרשת טל**, ברק אומר כי הפגיעה בשוויון קשורה קשר ענייני הדוק לפגיעה באוטונומיה ולכן הוא מכירה בפגיעה בשוויון כפגיעה בזכות חוקתית. חשין מסכים עם ברק לגבי גישת הביניים אך טוען כי במקרה הספציפי של גיוס ישיבות אין פגיעה בכבוד האדם, בעיקר במובן של אוטונומיה. בפועל גישה זו דיי מרחיבה, יש מקרים שלא יתפרשו כחלק מכבוד האדם ע"פ גישה זו אך כן יחשבו ע"פ הגישה המרחיבה אך בפועל גישה זו מרחיבה יחסית. **בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל**, העותרים רצו שבג"ץ יכיר בזכות לסביבה ראויה, בג"ץ אומר כי זוהי לא זכות הנגזרת מכבוד האדם. דוגמה זו מראה כי קיים הבדל בין גישת הביניים למרחיבה, אך יש האומרים כי הוא מנסה להראות שהגישה היחסית מרחיבה שלו היא ביניים בעזרת הגישה המרחיבה.

● **הגישה המרחיבה** - **כל זכויות האדם כלולות בזכות לכבוד**. המקור לכל זכויות האדם הוא מהתפיסה כי מכבדים את האדם ואת כבודו. אפשר להכיר בכל הזכויות הבלתי מנויות כנגזרות של כבוד האדם. המטרה הינה להגן על כבודו של אדם בהיותו אדם. ההבדל בין גישה זו לגישת ברק היא שלפי גישה זו כל זכות בלתי מנויה יכולה להתבסס על כבוד האדם, בעוד שלפי גישת ברק עדיין צריך לעבור את המבחן של קשר הדוק לאחד ההיבטים שהפסיקה הכירה בהם עבור כבוד האדם (ולראיה אכן היו מקרים בהם ברק קבע שישנה זכות בלתי מנויה שלא ניתן להכיר בה בהתבסס על הזכות לכבוד מאחר שהיא לא עומדת במבחן).

● במבחן מספיק להגיד שהיה 3 גישות, אם זה עומד בגישת הביניים אז היא מעוגנת בחוקי יסוד.

3. **מה היקפה של הזכות** - **בהנחה שיש לי זכות חוקתית, צריך לשאול מה נכלל בתחומי אותה הזכות, היקף הזכות**. יש דברים שברור כי הם בהיקף הזכות, יש דברים שלא ברור ויש דברים שברור במחץ לה. לדוגמא



ברור לנו כי השפלה היא בגרעין הזכות לכבוד אך הפסיקה קבעה כי אוטונומיה נכללת בתוך הכבוד. גם הזכות לקניין ברור כי היא חוקתית, עולה השאלה מה היקפה של הזכות, אם רוצים להפקיע לי את השטח כדי לסלול כביש מובן כי זוהי פגיעה בזכות לקניין, אבל אם בונים מגדל ליד הבית שלי שחוסם כיווני אוויר מה שמוריד את ערך הבית שלי, האם זה פגיעה בזכות לקניין?

**בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים** - חוקקו הוראת שעה שמתקנת את חוק האזרחות כך שמונעים איחוד משפחות בין אזרחים ערבים ישראלים לבין בני הזוג הפלסטיניים שלהם. ההצדקה להוראת שעה זו הייתה ביטחונית (התקבלה בשיא האינתיפאדה הראשונה). העותרים טענו שתי טענות – פגיעה בשוויון ופגיעה בזכות לחיי משפחה. המדינה אומרת להם שהם לא יכולים לחיות עם מי שהם התחתנו אתו. הקושי במקרה זה הוא שהזכות לחיי משפחה לא מנויה בחוקי היסוד. ביהמ"ש היה צריך לעסוק בשאלה האם יש זכות כזו, האם היא זכות חוקתית ומה ההיקף שלה. השופטים בהרכב נחלקו בשאלות אלו.

- **גישת ברק (דעת מיעוט)** – לפי ברק קיימת זכות לחיי משפחה שמבוססת במשפט הישראלי. מכאן צריך לשאול האם ניתן לגזור את הזכות הזו מהזכות לכבוד, ולפי שופטי ההרכב אכן הזכות לחיי משפחה נגזרת מהזכות לכבוד. הזכות לכבוד כוללת את האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, ובתוך כך להחליט על הקמת התא המשפחתי, עם מי להתחתן, איפה לחיות וכדו'. מבחינת היקף הזכות נשאל האם הזכות לחיי משפחה כוללת רק את הזכות להתחתן ולהביא ילדים, או שמא נכללת בכך גם הזכות לחיות יחד. לפי ברק הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות לחיות יחד. הזכות החוקתית של אדם למימוש התא המשפחתי שלו היא בראש ובראשונה הזכות לחיות במדינה שלו. לבן הזוג הישראלי עומדת זכות חוקתית לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל את ילדיו בישראל. לגבי פגיעה, ברק טוען שיש פגיעה בזכותו של בן הזוג לחיות חיי משפחה בכך שמונעים ממנו לחיות עם בן זוגו בישראל ומאלצים אותו לבחור בין הגירה מהארץ לבין חיים בנפרד מבן זוגו.
- **גישת חשין** – חשין מסכים שיש זכות לחיי משפחה ושהיא זכות חוקתית שכלולה בחוקי היסוד (נגזרת מכבוד האדם). עם זאת, בנוגע לשלב השלישי של היקף הזכות, עניינה של הזכות הוא אך באזרחי ישראל ובתושבי הקבע של ישראל, בינם לבין עצמם. היא לא פורסת עצמה על אזרחים זרים שנישאים לאזרחים ישראלים. מכאן ניכר שחשין חולק על כך שהיקף הזכות חל על המקרה. הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להתחתן עם אזרח זר (כל ישראלי רשאי להתחתן עם מי שהוא רוצה), אבל היא לא כוללת את הזכות לממש את חיי המשפחה בישראל דווקא. לפי התפיסה של חשין, הזכות לכבוד האדם אמנם גוזרת את הזכות לחיי משפחה אבל היא לא גוזרת מתוכה זכות חוקתית לאזרחי המדינה שבני הזוג הזרים שלהם יהגרו לישראל. מכאן שאין חובה חוקתית על המדינה להתיר כניסה לישראל של אזרחים זרים שהתחתנו עם ישראלים. חשין טוען גם טענה חלופית לפיה גם אם יש זכות לקיים חיי משפחה בישראל עם אזרחים זרים, היא לא חלה על אזרחים זרים שמקורים בישות עוינת שמצויה בעימות מזוין עם ישראל.
- ההבדלים בין גישת ברק לגישת חשין מדגימים את שאלת ההיקף, במקרה של חשין הוא מגיע למסקנה שהחוק לא פוגע בזכות חוקתית ובכך נגמר מבחינתו הניתוח.
- פסק הדין הזה מעניין מאחר שמעבר לשאלה של היקף הזכות, **חלק משמעותי מהוויכוח היה על המקום הראוי לערוך איזון בין הזכות החוקתית לבין אינטרסים ציבוריים או זכויות אחרות.** גישת

ברק היא שבשלב הראשון של הניתוח צריך לפרש בצורה רחבה, מאחר ששאלת האיזון בין זכויות ואינטרסים שמורה לשלב השני. חשין יוצא נגד הגישה העקרונית הזו וטוען שהאיזון צריך להיות כבר בשלב הראשון – אם צריך להחליט מה היקף הזכות צריך לקחת בחשבון את ההשלכה של זה על האיזונים בין אינטרסים לזכויות (למשל בחופש הביטוי, האם הוא כולל את הזכות להוציא דיבתו של אחר? איזון זה למעשה נוגע להיקף הזכות). חשוב לזכור שכיום הגישה המקובלת בפסיקה היא הגישה של ברק לפיה נותנים פרשנות רחבה של היקף הזכות ואת שאלת האיזונים משאירים לשלב השני של פסקת ההגבלה. לצד זאת קיימים מקרים (אפילו בעידן ברק) בהם כבר בשלב הראשון הוחלט לדחות את העתירה.

- **ע"א 751/10 פלוני נ' אילנה דיין** - ביהמ"ש פסק שחופש הביטוי גובר על הכל, "הוא משתרע על כל ביטוי יהיה תוכנו אשר יהיה ותהה השפעתו אשר תהה ויהיה אופן הבעתו אשר יהא". ביהמ"ש יודע שגישה זו היא מרחיבה, הוא לא רוצה שכל ביטוי יצטרך להיבדק לגופו, כל עוד בן אדם מבקש להעביר מסר יש חופש ביטוי. חופש ביטוי זה לא חל רק על חופש ביטוי פוליטי, אלא גם על אומנותי, מסחרי ועוד. חופש הביטוי היא הגישה המרחיבה ביותר, שעוסקים בשלב ההיקף, לא משנה התוכן ואופן והביטוי וגם לא התוצאה.

- **בג"ץ 5875/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות** - היה חוק שקבע שאסור להציב מכונות אוטומטיות למכירת מוצרי טבק. העותרים טענו שמדובר בפגיעה בזכות שלהם לקניין (מעבר טענו שזה פגיעה בחופש העיסוק). גרוניס דוחה את טענת הפגיעה בזכות הקניין כבר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי, הגבלת זכויות היא לא רק בשלב השני אלא גם בשלב הראשון של שאלת הפגיעה. העותרים טענו שעצם זה שמוציאים את המכונות משימוש גורמת להם להפסד כלכלי וההשקעה שהשקיעו בקניית המכונות תרד לטמיון. לכך גרוניס משיב בין היתר שהכרה בטענת העותרים בנוגע לירידת ערך המכונות עלולה להוביל להרחבת יתר של המונח קניין (היקף הזכות). כמו כן, במקרה הנדון לא מדובר בהפקעה של הקניין, לכל היותר מדובר בטענה שלא הוכחה בדבר ירידת ערך המכונות. העותרים לא הראו שהם לא יכולים למכור מוצרים אחרים באמצעות המכונות ושמכירת מוצרים אלו פחות משתלמת ממכירת סיגריות (פגיעה בזכות).

- הנשיא גרוניס אומר ש"הגבלת הזכות נעשית הן בשלב הראשון בו נבחנת הפגיעה הן בשלב השני בה נבחנת העמידה של הפגיעה בתנאי פסקת ההגבלה". שיטת גרוניס תואמת את עמדתו של חשין בבג"ץ עדאלה. גם בתוצאה האופרטיבית בפסק הדין גישת גרוניס באה לידי ביטוי.

- **בג"ץ 2242/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת** - חלק מרכזי מהזכות לחירות היא שלא שמים אדם במעצר, כפועל יוצא מזה כאשר שמים מישהו במעצר צריך להביא אותו לפני בימ"ש, מכאן נובעת הזכות לביקורת שיפוטית על החלטת המאסר. ערעור על מעצר נקרא ערער, בחינה מחדש של השאלה האם יש זכות להחזיק אדם במעצר. החוק שנתקף קבע שיש זכות ערער למחוזי אך הזכות להגיד ערער לעליון מעתה והלאה יהיה ברשות. פרשה זו גם היא מדגימה את גישת גרוניס. הוא מתייחס למגמה שמקלה בשלב הראשונה ומניחה כי קיימת זכות כי במילא אחר כך יגידו שהפגיעה חוקתית. במקרה זה הנשיא גרוניס קובע בצורה מפורשת שאסור לוותר על השלב הראשון בניתוח ולעבור מיד לשלב השני (גם אם ניתן מראש לדעת שדוחים את העתירה בשלב השני) וזאת גם אם בשלב השני יקבע כי הפגיעה לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. פרשנותה של הזכות בשלב הראשון לשם קביעת התפרסותה והכרעה האם יש

פגיעה בזכות החוקתית תסייע בהגדרה של הזכויות החוקתיות. גרוניס למעשה טוען שהחשש בגישת ברק הוא שהיא תפתח פתח להצפה של ביהמ"ש בעתירות, מאחר שיהיה ניתן לטעון לגבי כל דבר שהמדינה רוצה לעשות שהוא פוגע בזכות חוקתית כלשהי. בנוסף, גרוניס טוען שהכרה רחבה מדי בהיקף הזכויות תוביל להחלשת של הזכויות, מאחר שעתירות ידחו כך שבפועל תהיה יותר פגיעה של המדינה בזכויות (ביהמ"ש יכיר בזכות חוקתית מוגנת אבל יקבע שמותר למדינה לפגוע בה). **אם יותר מידי פעמים נגיד כי יש פגיעה בזכות אבל בפועל לא נגן על זכות זו המסר שיתקבל הוא מסר של פגיעה בזכויות היא מוצדקת ולגיטימית.**

- לגבי היישום הפרקטי, במקרה זה השאלה הייתה האם חוק שקובע שערר שני של אדם שנמצא במעצר הוא ברשות ולא בזכות הוא חוקתי. העותר טען שחוק זה פוגע בזכות לחירות. גרוניס קובע שאין לומר שהיקף הזכות החוקתית לחירות משתרע גם על זכות לערר שני בזכות בגין מעצר. חשוב לזכור שהנשיא גרוניס מתייחס לזכות לחירות כזכות מרכזית, אך קובע את ההיקף שלה כך שהיא לא כוללת את הזכות לערער בזכות לעליון.
- הגישה של גרוניס מסמנת מגמה של ניתוח מעמיק יותר בשלב הראשון ודחיה של עתירות כבר בשלב הראשון מבלי לעבור לשלב ניתוח החוקתיות של הפגיעה.
- ההבדל בין ברק לגרוניס נוגע למוכנות לדחות עתירות בשלב הניתוח הראשון, הנשיא גרוניס מייצג גישה מצמצמת אשר נוטה יותר לדחות עתירות בניתוח הראשון.

4. האם החוק פוגע בזכות? על העותרים להראות כי מעבר לכך שקיימת זכות חוקתית ואת היקפה, כי אכן מתקיימת פגיעה בזכות החוקתית הקיימת לעותרים.

- בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר – בעבר הייתה ישראל מדינת רווחה בצורה יותר מובהקת. דובר על חוק הסדרים שעשה תיקונים לחוק הבטחת הכנסה כך שצמצמו את היקף הקצבאות שנותנים לגמלאים. תחילה ביהמ"ש עסק בשאלה של היקף הזכות לכבוד והגיע למסקנה שהזכות לכבוד כוללת גם את הזכות לקיום בכבוד, כלומר הזכות שיובטח לאדם מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה. עם זאת, בבדיקה האם הייתה פגיעה בזכות ביהמ"ש קובע שהעותרים לא הצליחו להוכיח שהפחתת שיעור הגמלאות תביא לכך שאותם אנשים יגיעו מתחת לאותו הרף הנדרש לקיום בכבוד. בשל כך מגיעים למסקנה שאין פגיעה בזכות חוקתית ודוחים את העתירה. פסיקה זו לא מובנת מאליה והרקע של המקרה היה מאוד בעייתי. ברק בדעת רוב קובע שהעותרים לא הצליחו להוכיח שהפחתת שיעור הגמלאות תביא לכך שאנשים נזקקים יגיעו מתחת לרף של מינימום אמצעים בכבוד. ברק אומר כי העותרים לא הצליחו לעמוד בנטל להראות שזה פוגע בזכות חוקתית.
- בג"ץ 5875/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות, נוגע לחוק שקבע שאסור להציב מכונות אוטומטיות למכירת מוצרי טבק. העותרים טענו שהוצאת המכונות תגרום להפסד כלכלי והשקעתם תרד לטמיון. גרוניס אומר כי לכל היותר מדובר בטענה שלא הוכחה בדבר הפסד כלכלי של העותרים (עליהם להוכיח כי מכירת שתייה קלה או חטיפים במכונות תביא לכך שהם ירוויחו פחות).

שלב 2 - חוקתיות הפגיעה (פסקת ההגבלה)

- "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".
- התפיסה החוקתית בישראל היא שזכויות לא מוחלטות, יש תנאים בהם מותר להגביל זכות, זה מה שעושה פסקת ההגבלה. בכך הפסקה מתווה את האיזון הראוי בין זכויות חוקתיות לבין אינטרסים/זכויות מתנגשים.
- פסקת ההגבלה ממלאת שני תפקידים:
  - מאפשרת פגיעה בזכויות, כל עוד מתקיימים התנאים המנויים בה. למעשה היא מגבילה את הזכויות החוקתיות ומראה שהן לא מוחלטות. לפעמים תתאפשר פגיעה בזכות על מנת לקדם תכליות אחרות.
  - מגבילה את הכנסת ביכולתה לפגוע בזכויות. הכנסת לא רשאית לפגוע בזכויות כרצונה אלא היא מוגבלת בתנאי פסקת ההגבלה.
- פסקת ההגבלה הפכה להיות המנגנון המרכזי לבחינת מתי פגיעה בזכות חוקתית היא מותרת ומתי היא בלתי חוקתית.
- תנאים מצטברים לבחינת חוקתיות של חוק הפוגע בזכות חוקתית
  - הפגיעה צריכה להיות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו (דרישת החוקיות).
  - החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל.
  - החוק צריך להיות לתכלית ראויה.
  - במידה שאינה עולה על הנדרש (דרישת המידתיות).
- תנאים אלו הם מצטברים, מספיק שתנאי אחד לא יתקיים על מנת שיהפוך החוק לבלתי חוקתי. ארבעת תנאים אלו מפורטים במפורש בטקסט. הפסיקה פירשה ופירטה כל אחד מתנאים אלו.

#### בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו

- התנאי הראשון בפסקת ההגבלה הינו "בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו". בתחילה הניסוח היה רק "בחוק", משמע ניתן היה לסתור חור יסוד רק בעזרת חקיקה ראשית. לאחר מכן הניסוח שונה על מנת לאפשר שימוש בחקיקת משנה ותקנות, מאחר ובהרבה רגולציות יש אלמנט של זכויות ופגיעה בהן. מצד שני, רצו להגביל את יכולתה של הרשות המבצעת בכך שאם הפגיעה לא נעשית בחוק עצמו עליה להיות לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו.
- רציונל אחד מאחורי דרישת החוקיות הוא **הרציונל המוסדי**, הליכי החקיקה הם מסורבלים ולסרבול זה יש ערובה מוסדית לפיה יפגעו בזכויות שיש סיבה מספקת, עצם העובדה שהחוק יצטרך לעבור את המסלול של החקיקה אמור להקטין סיכוי לפגיעה בלתי מוצדקת. רציונל נוסף הוא **הרציונל הדמוקרטי**, החלטה לפגוע בזכות היא שאלת מדיניות ולכן חשוב שמי שיחליט על כך יהיו נבחרים העם ולא פקידים או בכירים ברשות מבצעת. בית המחוקקים נבחר ע"י העם יש לו לגיטימיות דמוקרטית ולכן הוא צריך להכריע בסיטואציות אלה.
- מה זה "בחוק"? אין הגדרה ברורה בחוק היסוד של מה זה בחוק. בדרי"כ הכוונה בחוק הוא חקיקה ראשית שקיבלה הכנסת, עם זאת שאלה זו לא הוכרעה בפסיקה ויש גישה (של ברק) על פיה חוק הוא גם פסיקה. שאלה נוספת היא איך יודעים כי חקיקה היא חוק של הכנסת? הגישה המקובלת היא כי החוק

צריך להיות הצעה שעברה את הקריאות הנדרשות ופורסמה ברשומות. עם זאת בייניש **בג"ץ 10202/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש** כוללת אוביטר בו יש דרישה קצת יותר סובסטנטיבית לגבי מהו חוק, דרישה זו היא כי הדרישה לפגיעה בחוק צריכה לקיים את כל היסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת: פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והעדר שרירותיות. דרישה זו תמיד נשארה באוביטר.

○ שאלה נוספת היא האם הדרישה של "בחוק" כוללת בתוכה דרישות הנוגעות להליך החקיקה? היו אמירות בכתובה האקדמית כי "בחוק" נוגע לדרישה מסוימת הנוגעת לאיכות הליך החקיקה המעיד כי חברי הכנסת ידעו בעת הליך החקיקה עצמו שיש פגיעה בזכויות, אם זאת העמדה לא התקבלה בפסיקה. כל עוד החוק עמד בשלוש קריאות, דיון בוועדה ופרסום ברשומות הוא עומד בדרישת ה"בחוק".

○ מה משמעות "מכוח הסמכה מפורשת", כמה מפורשת ומפורטת צריכה להיות ההסמכה, פסק הדין של בייניש מפרט כמה נדרוש כי ההסמכה תהיה מפורשת וקפדנית. ע"פ בייניש **בג"ץ 10202/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש**, מידת הספציפיות של ההסמכה (כמה נהייה דווקנים בדרישת ההסמכה) תהייה תלויה בכמה שיקולים. המבחנים הינם טיב הזכות שנפגעה, הטעמים המונחים בבסיס הזכות ועוצמת הפגיעה בזכות. **טיב הזכות**, באיזה זכות מדובר ומה הטעמים שמונחים בבסיסה. ההיבט הראשון נוגע בשאלה באיזה זכות מדובר, התפיסה במשפט הישראלי היא שלא כל זכות היא בעלת אותו מעמד (כבוד האדם והזכות לחיים הן זכויות חשובות ביותר וזכויות שקשורות להן באופן הדוק הן בעלות מעמד גבוה יותר). **עוצמת הפגיעה**, ככל שעוצמת הפגיעה בזכות גבוהה יותר ככה נפרש ביותר קפדנות את הדרישה להסמכה מפורשת. **הטעמים המונחים בבסיס הזכות**, דיונים בפסיקה שמדברים על החשיבות שקיימת לזכות, לדוגמא מדובר בזכות X וזכות זו חשובה כי היא מגשימה את Y.

○ **בג"ץ 10202/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש**, חקיקת משנה של הרשות השנייה אשר פוגעת בחופש ביטוי פוליטי, עולה השאלה האם ההסמכה של רשויות אלה לקבוע חקיקת משנה היא מספיק מפורשת. בייניש בדעת מיעוט, כיוון שמדובר בפגיעה קשה (יש איסור גורף) וזכות בעלת מעמד מיוחד (חופש ביטוי), ההסמכה בחוק היא כללית מידי ולא עומדת בדרישה בחוק, צריך לבקש מהמחוקק שיקבע בחוק אמות מידה כלליות לגבי האיסור ויתווה בקווים כלליים את המדיניות. בטיב הזכות, מסתכלים על איזה ביטוי מדובר ועל כמה הוא מתכתב עם הרציונליים של חופש ביטוי הנגזרים מכבוד האדם, חופש ביטוי פוליטי זוכה להגנה מרבית. לגבי עוצמת הפגיעה יש הבדל בין איסור פרסום מוחלט או פרסום שיש עליו מגבלות מסוימות. פונקציה לבחון את עוצמת הפגיעה היא ע"י השאלה אם נמנע השימוש בביטוי מראש או שזה ביטוי מאושר אך מוטלות עליו סנקציות. בייניש אומרת כי זהו איסור מוחלט וגם איסור שמונע מראש ולכן עוצמת הפגיעה גבוהה. ביישום בפועל – השאלה שעלתה בפסיקת המקד הלאומי, היא האם ההסמכה שהייתה לרשויות האלה לקבוע חקיקות משנה הייתה מספיק מפורשת – האם ההסמכה הכללית "מוסמכת לקבוע כללים בדבר איסורים על דברי פרסומות" מספקת או לא, השופטת בייניש אומרת בדעת מיעוט הייתה שכיוון שמדובר בחופש ביטוי פוליטי שהיא זכות בעלת מעמד מיוחד, ומדובר בפגיעה קשה מאוד מאחר ומדובר באיסור גורף רחב היקף, אז ההסמכה היא כללית מידי וצריך לדרוש מהמחוקק שיקבע בחקיקה עצמה אמות מדיה עקרוניות ויתווה בקווים כללים את המדיניות. **טיב הזכות** - חופש ביטוי פוליטי זוכה להגנה מרבית, בעוד שחופש ביטוי אומנותי לדוגמא זוכה להגנה פחותה יותר. מהטעמים שחופש הביטוי מהווה שמירה על ההליך הדמוקרטי, מהרציונליים - זכות הכרחית

לדמוקרטיה, אוטונומיה של הפרט, מאבק על האמת. הערכת עוצמת הפגיעה – האם מדובר במניעת ביטוי מראש, או הטלת סנקציות לביטוי בדיעבד. לדוגמא, הזכות לשם טוב, ניתן לבקש צו שמונע מראש פרסום של השמצה, זה יגן יותר על הזכות שלי אבל יפגע יותר בחופש הביטוי של המפרסם, לעומת זאת אם מאפשרים תביעה בדיעבד, לאחר הפרסום, מדובר בפגיעה פחותה יותר בחופש הביטוי של המפרסם. השופטת בייניש אומרת שבמקרה זה מדובר באיסור מראש ובפגיעה קשה יותר.

### הלימת ערכיה של מדינת ישראל

- כשמדובר על ערכי מדינת ישראל מדובר על "יהודית ודמוקרטית". בהיסטוריה החקיקתית של חוקי היסוד הגדירו את ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והמטרה היא להגן על ערכיה של המדינה ככזאת. ההבנה הרווחת היא שכשמדובר על ערכי מדינת ישראל ההפניה היא למגילת העצמאות. הקושי הפרשני שעולה הוא מהם ערכים של מדינה יהודית ומהם ערכים של מדינה דמוקרטית.
- פסק הדין שהתייחס לזה בצורה המפורטת ביותר הוא של אדמונד לוי **בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש**:
  - (א) יהודית – מתייחס באורח קונקרטי לזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, כמו גם ליכולתו להגן על עצמו מפני הקמים עליו מהחוץ. מבחינה זו ישראל היא דמוקרטיה ייעודית. תפיסות יסוד של ציונות, היסטוריה, תרבות, מסורת עברית ולשון עברית כמו גם רוב יהודי מקרב תושבי המדינה הם חלק ממה שמגדיר את המדינה כיהודית. אפשר גם להבין את הממד היהודי במובן של סולידריות, לכן ישנם כמה נגזרות, אחדות סמליות ורחבות יותר מסמל. ההיבט הלאומי, ציונות, היסטוריה וכו' הם שבולטים בהגדרה. ישנם מרכיבים שמתייחסים למסורת ישראל ולחגי המדינה אשר מהווים דגש קטן לפן הדתי היהודי.
  - (ב) דמוקרטית – במסגרת דמוקרטית מחויבת המדינה לתפיסה מהותית של חירות ושל שוויון, לקיום זכויות יסוד של הפרט ובכלל זה של בני מיעוט ולמנגנונים פתוחים ונגישים של שיח ושל הכרעה. אין בקרבנו מחלוקת כי מדינת ישראל היא לא רק דמוקרטיה פורמאלית המסתפקת בבחירת נציגים. מדינת ישראל הינה דמוקרטיה מהותית בה כל מוסדות הנציגים מונחים ע"י ערכי היסוד ובראשם כבוד האדם וחירותו במטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם. ההגנה על כבוד האדם ובכלל של בני המיעוט היא מערכיה המכוננים של המשטר הדמוקרטי. מרכיב מאוד מרכזי במדינה דמוקרטית היא הגנה על השוויון של כל האזרחים כולל המיעוטים אשר קיימים במדינה.
- לכאורה מדובר בסעיף מאוד בעייתי, מאחר שהוא מחייב את השופטים להיכנס לשאלה ערכית-אידיאולוגית-פוליטית של מהם ערכי מדינה יהודית ומהם ערכי מדינה דמוקרטית. נראה שבפועל השופטים ערים לקושי זה ולכן הם התייחסו לרכיב זה בצורה זהירה ומרוסנת. התפיסה של רוב השופטים היא שהכנסת היא הרשות המחוקקת ושצריך לאפשר לה חופש יחסית גדול לפוגע בזכויות לפי התפיסה שלה של אופי המדינה הראוי. מה שעשה ביהמ"ש על מנת להתמודד עם זה הוא להפוך את הרכיב הזה למעין אות מתה. רכיב זה כמעט ולא מיושם ובהרבה פסקי דין ביהמ"ש קובע שכלל לא מתעוררת באותו המקרה שאלה האם החוק עומד בדרישה של הלימת ערכיה של מדינת ישראל.

- בפועל הפסיקה מתחמקת מרכיב זה, לרוב מניחים שרכיב זה מתקיים ופוסלים את החוק מכוח רכיבים אחרים בפסקת ההגבלה. אין דוגמאות לפסקי דין שפוסלים חוק בגלל הדרישה של "הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".
- פס"ד הבולט ביותר שלא הולך בתלם וקובע שניתן וצריך לפסול חוק שם רכיב זה הוא כאמור של אדמונד לוי **בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש** (שם הוא היה במיעוט). הסיפור היה תיקון לחוק האזרחות בעניין איחוד משפחות שמנע מאזרחים ישראלים שמתחתנים עם אנשים מהשטחים לעשות איחוד משפחות עם בני הזוג שלהם. השופט לוי טוען שלדעתו החוק הזה לא עומד ברכיב של הלימת ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ולכן ניתן לפסול את החוק. אפילו אלו שהצטרפו לעמדת לוי לפיה צריך לפסול את החוק הקפידו במפורש להסתייג מחלק זה בפסק דינו ואכן עמדתו היא מיעוט גם בפסק הדין הזה וגם בפסיקה בכלל. לפי השופטים האחרים ניתן להשתמש במבחנים האחרים (כגון המידתיות) שלהם כבר יש אמות מידה ברורות בפסיקה ואותם ניתן ליישם באופן מלא. מבחן ההלימה הוא עמום ובעייתי ליישום ולכן כדאי להימנע מפסילת חוקים בעזרתו. לדברי השופט גובראן (אשר עמדתו שונה מלוי) מסכים עם אדמונד לוי שצריך לבטל את החוק ושהוא לא חוקתי, אך הוא לא מסכים איתו שהמקום הנכון לשים את הדגש בניתוח ולהגיד הוא הרכיב השני של פסקת ההגבלה- שהולם את ערכיה של מדינת ישראל, מאחר ומדובר בדבר יותר עמום, ובניגוד למבחנים אחרים (כמו מידתיות) שבהם יש הרבה פסיקה, משפט משווה וכו', כאן מדובר במבחן שעד היום לא התעמקו בו בפסיקה, ומעולם לא השתמשו בו על מנת לפסול חוק ולכן עדיף לא להיכנס לזה ולהשאיר את רכיב "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" כתנאי סף ברמת הפשטה. יש להתמקד במבחנים מובנים שיש להם בסיס בפסיקה כמו מבחן המידתיות.
- יש המכניסים את רכיב זה "בדלת האחורית" מתוך דרישת התכלית הראויה, באמירה כי תכלית ראויה הולמת את ערכי המדינה.

#### תכלית ראויה

- במקרה זה עולות שתי שאלות – איך יודעים מה תכלית החוק, מה קורה שישנן כמה תכליות ואיך יודעים מהי תכלית ראויה.
- איך קובעים מהי תכלית החוק – הרבה פעמים שאלת התכלית ברורה מתוכן החוק, לעיתים קרובות יקבל ביהמ"ש את טענת המדינה לגבי התכלית. לפעמים ישנם טענות שונות לגבי תכליות החוק ודרוש ניתוח של החוק כדי להבין את תכליתו. פרמטרים עליהם מסתכלים על מנת להבין את תכלית החוק: סעיף המטרה בחוק, ניתוח ההסדרים שבחוק והוראותיו בנוסף ניתן להסתכל על הליך החקיקה (הרקע, הדיונים ועוד). לדוגמא באיחוד המשפחות, העותרים טענו העותרים כי התכלית האמיתי היא דמוגרפית ולא מניעת טרור, בהליך החקיקה היה תמיכה בכך שהתכלית היא ביטחונית, מצד שני היה אמירות שתמכו בכך שהתכלית היא דמוגרפית, המשיבים התעקשו שהתכלית היא רק ביטחונית. עמדת המדינה היא שהתקבלה ונקבע כי התכלית ביטחונית, מכלול החוק תומך בתכלית המוצהרת.
- **בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת**, חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון אשר קובע מנגנון להסדרת בנייה בלתי חוקית בהתקיים התנאים המפורטים בו, יוקנו זכויות שימוש והחזקה במקרקעין לצורכי ההתיישבות כל עוד הבנייה נעשתה בתום לב או בהסכמת המדינה. החוק היה שנוי במחלוקת, כל אחד מן הצדדים טען לתכלית אחרת. הממשלה, הכנסת ומועצת מטה בנימין טענה שיש 5 תכליות

שונוות. לעומת זאת היועמ"ש שחשב שהחוק לא חוקתי טען כי הכלית המרכזית היא מניעת הריסה ופינוי של מבנים בהתיישבות אשר מצויים על מקרקעין שאינם רכוש מדינתי תוך הסדרתם במישור הקנייני. העותרים טענו כי לחוק תכליות נוספות וסמויות אשר מפלות ובלתי חוקיות ולכן אינן ראויות. חיות ברוב אומרת כי מטרתו של החוק המוצהרת להסדיר התיישבות ביהודה ושומרון ולאפשר פיתוחה, בדומה לגישת היועמ"ש נראה כי מכלול הוראות החוק, דברי ההסבר והרקע לחקיקתו מלמדים על שתי תכליות מרכזיות. **הראשונה תכלית מערכתית**, ביסוס ההתיישבות באזור בדרך של הסדרה קניינית ותכנונית בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין לא ממשלתי ובמילים אחרות הכשרה בדיעבד של התיישבות לא חוקית. החוק נועד למנוע קושי שנוצר של מניעה בדיעבד של התיישבות בלתי חוקית. **התכלית השנייה הינה מניעת הריסה ופינוי ומתן מענה למצוקת המתישבים** שהקימו את בתיהם תוך הסתמכות על הסכמת המדינה ולימים התברר כי הבתים הוקמו על שטח לא ממשלתי. תכלית זו הינה תכלית אנושית. **חיות קבעה כי התכלית הראשונה ראויה וכי השנייה אינה ראויה**. השופט **סולברג** אומר כי סעיף המטרה משמיע שתי תכליות. האחת, תכלית מדינית לאומית, התשובה לשאלה אם תכלית זו ראויה אינה משפטית אלה שאלה אידיאולוגית פוליטית. התכלית השנייה הינה תכלית אנושית חברתית. ע"פ **סולברג** אין להבחין בין מי שידעו כי ההתיישבות אינה חוקית לבין מי שפעלו בתום לב. השופט **הנדל** אומר כי הליכי החקיקה של חוק ההסדרה חושפים תכליות רבות הצולחות שלעצמן וכמכלול את מבחן התכלית הראויה. התכלית אינה מתמצה בתיאור טכני של האמצעים שסיפק המחוקק, על הפרשן לבחון מדוע ולשם מה נבחרו אמצעים אלה ואילו מטרת ציבוריות הם משרתים. לצד התכלית האנושית (מניעת הריסה ופינוי) החוק מקדם תכלית מדינית של חיזוק אחיזה באזור.

○ בדרכי התכלית ברורה, במידה ולא מסתכלים על ההיסטוריה החקיקתית. שיש ספק הנטייה היא לקבל את עמדת המדינה.

○ כעת נשאל מה קורה שיש תכליות שונות שחלקן ראויות וחלקן לא? הפסיקה קבעה כי נתמקד בתכלית הדומיננטית, כל עוד התכלית דומיננטית ראויה קידום של תכליות אחרות לא ראויות לא יביאו לפסילת החוק. לעיתים יש כמה תכליות דומיננטיות ורק אחת מהן ראויה. **השופטת חיות בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת**, העובדה שחוק מקדם בין היתר תכליותיו תכלית ראויה אינה מצדיקה התעלמות מהפגיעה שתכליות לא ראויות עלולות לגרום, בהקשר זה עולה השאלה מה הדין כאשר ישנם כמה תכליות ורק אחת ראויה. היא מפנה לברק שאומר כי הפרשן רשאי לבחור בתכלית הדומיננטית הראויה. מנגד זה שיש תכלית ראויה לא מכריע, אין צורך להכריע בשאלה שכן ע"פ מבחן המידתיות נגביל את החוק.

○ **תכלית ראויה** – ביהמ"ש קובע שתכלית של חקיקת החוק בפני עצמה אינה מספיקה, אלא צריך תכלית שמצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. תכלית תענה להגדרה זו כאשר היא נועדה לקדם זכויות אדם (למשל במקרה של איזון בין זכויות, פגיעה בזכות ע"מ להגן על זכויות אחרות) או להגשים מטרה חברתית או ציבורית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה. גם כאן השאלה של עוצמת האינטרס שהחוק צריך להגשים תלויה בזכות בה מעוניינים לפגוע ובמידת הפגיעה. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה קשה יותר כך צריך אינטרס ציבורי חשוב יותר ע"מ להצדיק את הפגיעה (מטרה חברתית מהותית או צורך ציבורי לוחץ). שהפגיעה היא בזכות מהותית והפגיעה משמעותית, על החוק להיות למען



מטרה חברתית ומהותית או צורך חברתי לוחץ. אם התכלית מכילה שיקולים זרים כמו רצון השלטון לדכא חופשים או להימנע מביקורת אלו לא יהיו תכליות ראויות.

- בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת - נכנסו לישראל כ-50,000-60,000 מהגרים לא חוקים ממצריים, יש ויכוח איזה אחוז מהם מבקשי עבודה ואילו מבקשי מקלט, אין חולק כי ברור שלמדינה מותר למנוע מהם להיכנס. הבעיה היא שהמשפט הבין לאומי מגביל את אפשרות הגירוש במידה ואין מדינה המוכנה לקבל אותם. המדינה הקימה מתקן כליאה במדבר והכניסה את המסתננים לשם ללא משפט. השופטת ארבל מגדירה חוק בעל תכלית ראויה כחוק שמטרתו לקדם זכויות אדם. המדינה מצגינה שתי תכליות: למנוע את השתקעות המסתננים בישראל ולהתמודד עם ההשלכות החברתיות, על כך אומרת ארבל כי זוהי תכלית ראויה. התכלית השנייה הינה תכלית הרתעתית, עצם כליאתם תיצור הרתעה של מסתננים אחרים, ארבל אומרת כי תכלית זו מעוררת קושי, שכן מענישים את המסתננים ללא משפט ובגין פשע שלא עשו, אין לראות בבני אדם עצמאי בלבד ולא מוצר לסחור בו. ארבל מדגישה שאם היה תכלית אחרת כמו מסוכנות או היית ההצדקה למרות שזוהי אינה התכלית היחידה. ארבל מגיעה למסקנה שמתעורר ספק אם ניתן לראות בתכלית הרתעתית כראויה. למרות הספקות, במצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר לקיומה של המדינה ניתן יהיה להצדיק תכלית זו. בנוסף, היא אומרת כי היא מוכנה לצורך בחינת העניין לצאת מנקודת הנחה שהחוק צולח את מבחן התכלית הראויה ולבחון אותו במבחן המידתיות.
- מצד אחד הרף שמציב ביהמ"ש לתכלית ראויה הוא יחסית נמוך, אך מצד שני ניתן להבין שתכלית החוק מובנית ונבחנת גם בשלב המידתיות. זאת מאחר שבמבחני המידתיות בוחנים את האמצעי, ומתוך כך חייבים לבחון גם את מטרת (או תכלית) החוק.

#### במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות)

- הדרישה שתכלית החוק תהיה ראויה מתמקדת במטרת החקיקה, לעומת זאת **הדרישה שהפגיעה תהיה מידתית מתמקדת באמצעי בו בחר המחוקק** מתוך תפיסה כי במשטר חוקתי המטרה אינה מקדשת את האמצעים, **אמצעי ראוי הוא מידתי**. בדמוקרטיה חוקתית שהכנסת תרצה לפגוע בזכות היא מחויבת לומר האם ניתן להגשים את התכלית באופן שלא עולה על הנדרש. הפסיקה הישראלית אימצה שלושה מבחני משנה מצטברים לדרישת המידתיות:
- מבחן ההתאמה (קשר רציונאלי) – דורשים התאמה בין המטרה הראויה לבין האמצעי הפוגעני, האם יש קשר להניח כי האמצעי שבחרנו הוא מתאים להגשמת המטרה. בוחנים האם האמצעי שנבחר לקידום המטרה מתאים לקידום המטרה. השאלה היא איזה רף נדרש; לפי הפסיקה לא נדרשת התאמה מוחלטת מאחר שזה לא ריאלי לדרוש התאמה כזו מהמחוקק. מצד שני, אסור להסתפק בסיכוי קלוש ותיאורטי. לעיתים ביהמ"ש ירצה שיהיה בסיס עובדתי משמעותי המצביע על הקשר הרציונאלי. השי' ארבל **בג"ץ אדם** אומרת כי על פניו כן, בפועל שמסתכלים על מספרים אנו מבינים כי האמצעי הזה אינו מתאים להשגת המטרה. **בפרשת חוק טל** העוסקת בביקורת על אי גיוס בחורי הישיבות, בעקבות ביקורת זו חוקק חוק טל שמטרתו לקדם את השוויון בנטל מתוך תכלית של עידוד חרדים להשתתפות בתחום העבודה. הטענה היא כי החוק לא מגשים את המטרה והאמצעים לא מתאימים, הנשיא ברק אמר כי

החוק הוא ניסוי חברתי מורכב ולא עברו מספיק שנים לדעת אם הוא מתאים ויכול להגשים את התכלית או לא, יש לתת לחוק הזדמנות ולכן העתירה נדחתה ולא נפסל החוק. אחרי 6 שנים עתרו לבג"ץ, ראו כי החוק לא מגשים את המטרות כי האמצעים לא מתאימים, ע"י מתן הציאנס יכלו לראות כי החוק נופל על מבחן ההתאמה.

○ **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (הסולם) – יש לבחור מכל האמצעים המתאימים את האמצעי שמבטיח שהפגיעה בזכות תהייה הפחותה ביותר, הבחירה נעשית בין האמצעים שמגשימים את המטרה באותה מידה.** מבחן זה מכונה מבחן הסולם מאחר שמדמיינים סולם שמוביל למדף עליו נמצאת התכלית, כל שלב בסולם הוא אמצעי אחר כאשר השלב הנמוך ביותר הוא האמצעי שפוגע הכי פחות. לפי מבחן הסולם, כאשר מצליחים לממש את התכלית צריך להפסיק לטפס בסולם. צריך להתאמץ כמה שיותר ע"מ לעצור כמה שיותר מוקדם (משמע להשתמש באמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר). החובה היא לבחור מבין האופציות הסבירות את זאת שפוגעת פחות, לא נדרש בכל תנאי לבחור את האמצעי הפוגע באופן מינימלי, האמצעי נבחר בהתחשב לשאלות כמו תכלית אותה מבקש האמצעי להשיג, המטרה ועוד את האופציה הפוגעת פחות. למחוקק יש אופציית בחירה בין כל האמצעים הסבירים, מתחם זה נקרה מתחם המידתיות. ביהמ"ש יתערב בהחלטת המחוקק רק שהאמצעי בו בחר חורג מהמתחם הסביר ושהוא אינו מדתי. **בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת** עלתה השאלה אם בניית הגדר בין ישראל למצריים שנבנתה באותה עת לא מביאה לאותה מטרת ההרתעה שאליה מובילה כליאתם של המהגרים? ככל שמדובר בתכלית של מניעת הסתננות ניתן להסתפק באמצעי פוגעני פחות של גדר בין ישראל למצריים. בנוסף קיימים אמצעים נוספים אשר ניתן לעשות בהם שימוש על מנת למנוע הסתננות. הש' ארבל אומרת כי התכלית של מניעת הסתננות הינה לגיטימית, ניתן לעשות זאת על דרך הכליאה או על דרך בניית הגדר, ברור כי הפגיעה מבניית הגדר היא פחותה ולכן זה אמצעי מידתי, כפי שניתן לראות אין מחלוקת כי גדר תפחית בצורה דרמטית הסתננות. אומנם לא ניתן לדעת זאת בוודאות אך ניתן להניח בצורה סבירה כי גדר מונעת חדירה. לגבי התכלית השנייה עליה אין חולק כי היא לגיטימית, אומרת ארבל כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חלופיים ששיגו תכלית זו באופן פוגעני פחות. אם התכלית היא להגשים את מטרה X ניתן לעשות זאת באופן שהוא פוגעני פחות.

○ יחס להסדרים גורפים - לעיתים יש סיטואציות בהם המדינה נוקטת באמצעי/איסור גורף במקום לבדוק באופן אינדיבידואלי. **בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים**, העוסק באיחוד המשפחות מציין הנשיא ברק כי הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה מונע שימוש באמצעי גורף כי ברבים מהמקרים יש אמצעי פוגע פחות כי אפשר להשיג אותה תכלית ראויה תוך נקיטה באמות מידה אינדיבידואליות. בפרשה בו התכלית הביטחונית היא תכלית כי ברור שראויה, עם החשש ניתן להתמודד ע"י בחינה אינדיבידואלית של מסוכנות האדם, ניתן לעשות גם בדיקה ע"פ הנחות לדוגמה נשים עם ילדים מסוכנות פחות, האמצעי הפוגעני ביותר הוא איסור גורף על איחוד משפחות (זוהי חזקה חלוטה שכל אדם שבא מהשטחים עשוי להיות מסוכן). איסור גורף תמיד יהיה חשוד כבלתי מדתי כי יכולה להיות אלטרנטיבה שבודקת בדיקה אינדיבידואלית. במקרה זה המדינה אמרה כי ניתן לעשות בדיקה אינדיבידואלית אבל זה לא יגשים את אותה רמת ביטחון. לכן רק האיסור הגורף משיג את התכלית במידה מלאה, במקרה זה ברק מקבל את טענת המדינה ואומר כי **המבחן האינדיבידואלי הוא לא באמת אלטרנטיבה כי צריך לבחור בין אמצעים שיכולים להגשים את התכלית באותה מידה, בדיקה אינדיבידואלית לא מגשימה את התכלית**

**הביטחונות ב-100% כמו איסור גורף.** בתוך מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שמדובר בהסדר גורף יש לבחון האם יש אלטרנטיבה של לעשות בדיקה אינדיבידואלית או הסדר גורף עם חריגים. **בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**, סעיף בחוק הבטחת הכנסה שקובע חזקה חלוטה לפיה רואים במי שבבעלותו כלי רכב כלא נזקק ולפיכך נשללת זכאותו להבטחת הכנסה. חזקה חלוטה הינה הסדר גורף שכן היא מביאה להחלטה אוטומטית כי למי שיש רכב לא נזקק. הנשיאה בייניש פסקה כי ההוראה לא עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה כי ניתן להצביע על אפשרויות סבירות אחרות שיכולות לפגוע פחות בזכות המינימלית לכבוד (לדוגמה, בדיקה אינדיבידואלית, או הפיכת החזקה ללא חלוטה כך שכל אדם יוכל לסתור אותה). בג"ץ זה מדגים איך הסדר גורף הוא אמצעי חשוד שלא עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. המקרה ממחיש את הבעייתיות בהגבלת הסדרים גורפים.

○ **מבחן היחס הראוי (מידתיות במובן הצר)** – ניתן לראות כי יש מצב שאמצעי מתאים, (פגיעתו פחותה) אך הוא לא עומד במבחן זה. מטרת מבחן זה היא איזון בין התועלת שתושג ממימוש התכלית לבין הנזק (עצמת הפגיעה) שיגרם לזכות כתוצאה משימוש באמצעי הנבחר. השאלה הינה **מה היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית לבין הפגיעה אשר גורמת התכלית**. יכולים להיות מקרים בהם הפגיעה כה חמורה שהתועלת לא מצדיקה את הנזק שיגרם. בפועל, על צד הזכות נתחשב במהות הזכות והיקף הפגיעה, כלל שהזכות יסודית והפגיעה חריפה נדרש משקל כבד יותר לשיקולים שמצדיקים את הפגיעה. מצד שני עומד חשיבותו של האינטרס ומידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכות, ככל שהאינטרס חשוב יותר, כך יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות. לדוגמה כדי לפגוע בזכות חשובה כמו כבוד האדם צריך תכלית חזקה מאוד כמו שמירה על בריאות הציבור ולא אינטרס לגיטימי אך פחות חשוב כמו שמירה על איכות הסביבה. **מבחן עזר שהתווסף בפסיקה הוא בדיקת היחס בין התועלת השולית לעלות השולית**. כלומר, אם ידוע שהפחתה קטנה של הגשמת התכלית, תביא להפחתה משמעותית של הפגיעה, זה יכול להשפיע על השיקול להפוך אותו ללא מידתי. אם יש אמצעי שיכול להגשים את התכלית לא ב-100% אלא ב-95% והוא מקטין בצורה דרמטית את הפגיעה בזכות אז צריך להעדיף את זה למרות שהוא לא מגשים באותה מידה. הרעיון הוא לבחון האם יש אלטרנטיבה המקדמת את האינטרס הציבורי כמעט באותה מידה אשר מפחיתה בצורה מאוד משמעותית את הפגיעה בזכות. **בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל**, תוואי הגדר פוגע קשות בזכויות תושבי הכפר, מפריד אותם מאדמותיהם ופוגע בפרנסתם, ביקשו להזיז מעט את הגדר. עמדת המדינה הייתה כי כל תזוזה של הגדר תגרום לה להיות מעט פחות אפקטיבית, אך תזוזה זו תצמצם פגיעה בזכויות באופן דרמטי. ברק אומר כי התועלת השולית של הזזת הגדר מול העלות השולית של הזזת הגדר הופכת את התוואי של הגדר ללא מידתי ופרופורציונלי ולכן יש להזיז גדר זו. היישום של כך היה **בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים**, בשאלת האמצעי שפגיעתו פחותה עלתה השאלה אם בדיקה אינדיבידואלית יכולה להגשים אותה רמת בטחון, עמדת המשיבים הייתה שלא. ברק מקבל את עמדת המדינה ואומר כי החוק צולח את מבחן אמצעי שפגיעתו פחותה. בשלב המידתיות במובן הצר אומר ברק שאם בדיקה אינדיבידואלית תגדיל רק במעט את הסיכון הביטחוני ותקטין באופן משמעותי פגיעה בזכויות אדם יש לנקוט בדרך זו, על כן החוק אינו חוקתי ואין יחס ראוי בין התועלת הנגרמת מהחוק לבין הנזק לו הוא גורם.

**פסקת התגברות** - מאפשרת מסלול חלופי לפסקת ההגבלה, מאפשרת לפגוע בחופש העיסוק גם לא בעמידה בתנאי פסקת ההגבלה. המחוקק יכול להעביר חוק שפוגע בזכויות אפילו אם לא לתכלית ראויה, לא עומד בערכיה של מדינת ישראל ולא מידתי.

חוי"י חופש העיסוק הוא היחיד בו יש פסקת התגברות (נמצאת בס' 8). פסקת ההתגברות נותנת מסלול עקיף למגבלות שחוק היסוד מטיל על המחוקק. בד"כ אפשר לפגוע בזכויות המעוגנות בחוק היסוד דרך פסקת ההגבלה, אבל פסקת ההתגברות נותנת מסלול עוקף/נוסף. לפי פסקת ההתגברות ניתן לפגוע בזכויות המעוגנות בדרך שלא עומדת בתנאים המנויים בפסקת ההגבלה בתנאי שהיא עומדת בתנאים של פסקת ההתגברות.

### תנאי פסקת ההתגברות

- על החוק להתקבל ברוב של 61 ח"כים.
- בחוק צריך להיאמר במפורש "שהחוק נחקק על אף האמור בחוי"י חופש העיסוק".
- בעוד שפסקת ההגבלה אומרת למחוקק שהוא צריך לעמוד בתנאים כלשהם כדי לפגוע בחוק, פסקת ההתגברות אומרת שיש מסלול חלופי אך במסלול זה צריך לדעת במפורש ולציין כי יש פגיעה ואף הסכמה של רוב חברי הכנסת לפגיעה.
- אם מתקיימים שני תנאים אלו חוק זה יהיה תקף ל-4 שנים בלבד. החוק למעשה יהיה כמו הוראת שעה מאחר שכל 4 שנים הכנסת תצטרך לתת שוב את דעתה על החוק הנדון ולהחליט האם מאריכים את תוקפו. על כן, גם הכנסת הבאה תצטרך להסכים לקבלת חוק חורג זה שלא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.
- מדובר למעשה במנגנון אחר להבטחה על זכויות. צריך שהמחוקק יבין שיש זכות חוקתית לחופש עיסוק ושהוא פוגע בה באופן שלא עומד בפסקת ההגבלה. נכון להיום הכנסת הישראלית עשתה שימוש בפסקת ההתגברות פעם אחת בלבד.
- **בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' הכנסת** - במקרה זה תקפו החלטה של הרשות המבצעת שהגבילה את היכולת לייבא בשר לא כשר. השופט אור כתב שמאחר שעברו חוקי היסוד יתכן שמדובר בהחלטה לא חוקתית. אמירה זו הובילה להוספת פסקת ההתגברות לחוי"י חופש העיסוק. לאחר מכן אכן הועבר חוק הנוגע לייבוא בשר שעומד בתנאי פסקת ההתגברות.
- העותרים בהמשך הגישו עתירה חדשה וטענו שהחוק פוגע בזכויות נוספות שלהם (כגון קניין, שוויון, חופש דת וכדו') אשר מעוגנות בחוי"י כבוד האדם וחירותו. סוגיה זו עוררה את השאלה מה קורה כשיש חוק שעומד בפסקת ההתגברות בחופש העיסוק אבל פוגע גם בזכויות המעוגנות בחוקי יסוד להם אין פסקת התגברות (חוי"י כבוד האדם). עולה השאלה באילו מקרים מעניקים לחוק חסינות לא רק מטענות שהוא פוגע בחוי"י חופש העיסוק אלא גם מטענות שהוא פוגע בחוי"י כבוד האדם?
- ביהמ"ש (ברק) מבצע מבחן של שלושה תנאים מצטברים, שאם כולם יתקיימו נותנים חסינות/הגנה חוקתית ל"חוק חורג" (חוק שחוקק באמצעות פסקת ההתגברות) לחוק שפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוי"י כבוד האדם וחירותו:

(א) הפגיעה בזכויות האחרות הינה תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק – פה למעשה נאמר שכשפוגעים בחופש העיסוק יש דברים שבאופן טבעי יפגעו כתוצאת לוואי. הרבה פעמים טענות של פגיעה בקניין היא תוצאת לוואי של פגיעה בחופש העיסוק.

(ב) הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית והפגיעה בזכויות האחרות היא משנית – בוחנים איפה הפגיעה המשמעותית והעיקרית. לא רוצים שהמחוקק יפגע בזכויות מכבוד האדם ויעשה זאת ע"י כך שיכלול פגיעה משנית בחופש העיסוק. צריך שהחוק בעיקרו יעסוק בפגיעה בחופש העיסוק.

(ג) הפגיעה בזכויות האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית – גם כשהפגיעה בזכויות אחרות היא תוצאת לוואי וכשהפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק ניתן להגיד שהחוק לא חסין מטענות בהינתן שהפגיעה ביתר הזכויות (משנית ככל שתהיה) היא משמעותית.

- הכוונה היא שחוק שפוגע בעיקר בחופש העיסוק יזכה לחסינות מלאה ואין לבדוק אותו על טענות של פגיעה בזכויות אחרות. מנגד, אם הפגיעה בזכויות אחרות היא משמעותית, עצם זה שהחוק פגע גם בחופש העיסוק לחוק לא יהיה חסינות מביקורת על פגיעה בזכויות אחרות.
- במקרה זה ברק קבע שחוק הבשר הקפוא עומד בתנאים הללו ולכן הוא יהיה חסין מטענות לפיהן הוא פוגע בזכויות מחו"י כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בזכויות האחרות הוא תוצא לוואי טבעי של פגיעה בזכויות האחרות.

### שלב שלישי - שאלת הסעד

- שלב זה עוסק בסעד שייתן ביהמ"ש.
- התפיסה המסורתית היא שאם חוק הוא בלתי חוקתי הוא בטל ומבוטל, בטל מעיקרו כאילו מעולם לא חוקק. לפי גישה זו אין הבחנה בין השלבים של קביעת החוקתיות לקביעת תוצאות אי החוקתיות כי מרגש שחוק הוא בלתי חוקתי (פוגע בזכויות ולא עומד בתנאי פסקת הגבלה/התגברות) הוא בטל. הבעייתיות בכך היא שביטול החוק מביא לביטול רטרואקטיבי של תקנות נבעו מהחוק. על כן עלו שאלות אם יש לסטות מן הגשה המסורתית וליצור שלב שלישי לניתוח בו ניתן מקום לשיקול דעת שיפוטי בנוגע לתוצאת אי החוקתיות, האם החוק בטל או שמאמצים פתרונות אחרים.

- כנגד הגישה המסורתית התפתחה דוקטרינת הבטלות היחסית, **בבג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, אימצו את דוקטרינת הבטלות היחסית אשר אומרת כי המסקנה שחוק בלתי חוקתי לא מביאה בהכרח למסקנה שהוא בטל, במקום זאת מפרידים בין שאלת החוקתיות לתוצאה מעניקה לביהמ"ש שיקול דעת רחב לקבוע את תוצאת אי החוקתיות ולבחור סעד חוקתי שיוביל לתוצאה טובה. ע"פ גישה זו לביהמ"ש מנעד רחב של תוצאות, ביהמ"ש יכול להימנע מלתת סעד כלל (למרות שהחוק בתי חוקתי הוא אינו בטל) ויכול בצד השני לקבוע כי החוק בטל כאילו לעולם לא נחקק. בין לבין יכול ביהמ"ש לקבוע מספר אפשרויות בייניים כמו הקביעה כי החוק בטל באופן חלקי (היבטים מסוימים ממנו בטלים והיבטים מסוימים נשמרים), ביהמ"ש יכול לקבוע אם הביטול יהיה רטרואקטיבי (ביטול לאחור) או באופן פרוספקטיבי (מכאן והלאה). על ביהמ"ש לקבוע בכל מקרה בהתאם לנסיבות את התוצאה המתאימה. ביהמ"ש אומר כי תחת דוקטרינת הבטלות היחסית עושים איזונים: מצד אחד

נשקלת מהות אי החוקיות (עד כמה היא יסודית וקשה) ומצד שני מתייחסים לנסיבות העניין ולנזק שיגרם מביטול החוק (מידת הסתמכות על החקיקה, היקף הצפיות שהוא יצר), שיקול נוסף אשר נלקח בחשבון הוא עצם הפרדת רשויות וכיבוד הכנסת, על סמך שיקולים אלה מאזנים. אם הנזק שיגרם מביטול החוק הוא מרחיק לכת ניטה לרכך את תוצאת האי חוקתיות ולעומת זאת אם אי חוקתיות של החוק גדולה ניטה להחמיר עם תוצאת אי החוקיות.

- השעיית הכרזת הבטלות - זוהי דוקטרינה האומרת באיזה שלה תכלס לתוקף ההכרזה כי החוק אינו חוקתי ובטל. ברירת המחדל היא שסעד זה הוא מיום מתן הדין, אך דוקטרינה זו מאפשרת לבית המשפט להשהות את תורפו המשפטי של ההכרזה, בזמן הזה החוק ממשיך להיות בתוקף. בפועל ביהמ"ש זה עושה רבות. דוקטרינה זו מאפשרת לצדדים שלישיים להיערך, מנגנון זה גם נועד לשמור על העדר של ריק משפטי ובנוסף זה נועד לשמור ריסון שיפוטי ולתת למחוקק אופציה לשנות את החקיקה בהתאם לקושי החוקתי שעלה בפסק הדין.
- דוקטרינת הבטלות היחסית עוסקת בתוכן של הסעד החוקתי. השעיית הכרזת הבטלות לא עוסקת בשאלת תוכן הסעד אלא במתי הסעד יכנס לתוקף. יכול להיות שהחוק יבוטל לגמרי באופן פרוספקטיבי אך בטלות זו תיכנס לתוקף רק שנה אחרי ההכרזה.

### ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה אינה מתמקדת בתוכן החוק וחוקיותו, אלא **בהליך בו נחקק החוק והאם הליך זה תקין לאור דיני החקיקה**. אם בתקנון הכנסת נקבע כי הצעת חוק צריכה לעבור שלוש קריאות יבדוק ביהמ"ש אם התקיימו 3 קריאות והדרישות הפרוצדורליות הנדרשות לתקיפותו. ביהמ"ש יכול לתקוף את חוקיות החוק בגלל פגם בפרוצדורה בה נחקק. אנו נבדוק איזה סוגי פגמים בהליך החקיקה יצדיקו את התערבות ביהמ"ש ופסילת החוק. עצם זה שהליך החקיקה לא היה תקין יכול להשפיע על הניתוח החוקתי.

בעבר הגישה הייתה שלא ניתן לבטל חוק בגלל ההליך, הפרלמנט נתפס ככל יכול ולא ניתן היה לערער על הליך החקיקה. גם במגמת ההרחבה של ההתערבות בעבודת הכנסת הגישה הייתה שהליך החקיקה הוא מרכזי ולא ניתן להתערב בו, וביהמ"ש הדגיש שכאשר הוא מבקר את עבודת הכנסת לא מדובר בהליך החקיקה.

#### 1. מגמת ההרחבה

בשנות ה-80 עלתה הסוגיה של ביקורת על הליך החקיקה עצמו באופן תיאורטי כמשהו שביהמ"ש יכול לעשות.

**בג"ץ 975/89 נמרוזי נ' הכנסת** - הצערה על סמכות בית המשפט.

התייחסות באוביטר לסמכות ביהמ"ש לבקר הליך חקיקה. בניגוד לתפיסת הפרלמנט הכל יכול גם הליך החקיקה כפוף לדין וגם שלביו מצויים בחקיקה. על מנת לחוקק חוק יש לקיים את הוראות התקנון. על מנת לחוקק חוק יש לקיים שלוש קריאות במליאה, ודיון בוועדה, אם אחד השלבים אלה לא התקיים או לא היה בו רוב ההצעה אינה הופכת לחוק. אם באחד הליכים אלה נפל פגם בשורש ההליך לא תתגבש ההצעה לחקיקה (בפס"ד זה לא מוגדר מהו פגם שפוגע בשורש ההליך). עולה השאלה האם כל הפרה של הוראות התקנון מהווה פגם? הבעיה היא שביהמ"ש מוסמך להתערב בפגמים של הליך החקיקה אך לא ברור מהם המקרים בהם מוצדק כי ביהמ"ש יתערב.

לגופו של עניין ביהמ"ש קבע שהפגם בהליך החקיקה לא הצדיק ביטול של החוק. ההרחבה במקרה זה היא בהכרה בסמכות העקרונית של ביהמ"ש לבקר הליך חקיקה.

### **בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל**

בעבר לא היה פרסומות אלא רק תשדירי שירות. הדרך בה הסדירו את תחום החקלאות בישראל היה ע"י הסדרת ארגוני מגדלים בעלי חקיקה שונה. הממשלה רצתה לעשות רפורמה בתחום ולאחד ארגוני מגדלים ולשנות את התנהלותם. הם לא עשו הליך חקיקה רציני אלא שימוש בפלטפורמת חוק ההסדרים ובעצם העותרים טענו כי לא ראוי לעשות רפורמה כה מרחיקת לכת בהליך כה מזוהז. עולה השאלה האם רפורמה בעזרת חוק ההסדרים הוא הליך פגום ברמה שנדרש לפסול את החוק?

חוק ההסדרים – חקיקה באמצעות "סל" של נושאים. בניגוד להליך חקיקה רגיל, בו מעבירים חוק בנושא מסוים וממוקד, בחוק ההסדרים ניתן להעביר חוקים ותיקונים רבים שלא קשורים אחד לשני בהליך אחד. ברגע שמחוקקים חוק בהליך זה מכניסים הסדר לחוקים ולתיקונים לפיו הם לא נכנסים לתוקף למשך מספר שנים. מדובר למעשה במסלול חקיקה אלטרנטיבי שמצד אחד שנוי במחלוקת אך מצד שני הוא מאוד אפקטיבי. הצעת חוק אחת עם מלא תיקוני חקיקה בנושאים והסדרים שונים, את החוק מעבירים בהליך חקיקה מרוכז. חוק ההסדרים מוצמד לחוק התקציב כך שההליך מזוהז (יש דד ליין כתקציב) ומתייחסים לחוק הזה כהצבעת אי אמון, לכן הממשלה יכולה להעביר דברים שהיא לא הייתה מצליחה בהליך חקיקה רגיל.

הטענה הייתה שלא הגיוני לקחת מספר חוקים שעוסקים בנושאים שונים ושדנו בהם שנים ולעשות בהם רפורמה בהליך חקיקה מזוהז, בלי לתת לחברי הכנסת את האפשרות לדעת על מה מדובר. באת כוח המדינה אומרת כי אולי דרך חקיקה זו לא אידאלית אך לא הופר סעיף בתקנון ולכן אין מקום לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.

מכאן התעוררה השאלה **האם הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מתמצה בבדיקה האם הייתה עמידה בתקנון של הכנסת או שיש משהו מעבר**. לפי בייניש נכון שלא הופר התקנון אך לא מדובר בסוף פסוק. יש לבדוק האם ההליך תואם הן את התקנון והן עקרונות יסוד לא כתובים. הליך החקיקה נשלט לא רק על ידי הליך פורמלי אלא גם על ידי עקרונות יסוד, כאשר הפגם מפר אחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה יוצדק ביטולו של החוק. **המבחן הוא האם נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך. פגם היורד לשורש ההליך הוא פגם שיש בו פגיעה קשה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה**. לכן יכולים להיות מקרים בהם הופר סעיף בתקנון וביהמ"ש קבע כי אין פגיעה קשה בעקרונות היסוד ולכן לא מפעילים ביקורת שיפוטית, וביטול החוק לא יוצדק. **במקרים בהם לא הופר סעיף בתקנון אך ישנה פגיעה בעקרון יסוד מפעילים ביקורת שיפוטית וביטול החוק יוצדק**.

עקרונות היסוד :

- **הכרעת הרוב** – חוק צריך לעבור ברוב של חברי כנסת. עקרון זה מעוגן בחו"י הכנסת.
- **שוויון פורמאלי** – כל קול שווה קול אחד. בספירת הקולות כל קול נספר באותו אופן. לפי בייניש מדובר בהשלמה הכרחית של עקרון הכרעת הרוב.
- **פומביות** – הליך החקיקה צריך להיות שקוף. עקרון זה מצוין במפורש בחו"י הכנסת.

- **השתתפות** – לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה. זה החידוש הגדול בפס"ד זה מאחר שהוא לא נובע במפורש מהחקיקה הכתובה. בייניש מצדיקה זאת באמצעות משפט משווה (מקובל בפרלמנטים דמוקרטיים). מעבר לכך, היא מציינת כי מדובר בעקרון יסוד בסיסי לטובת קיום הדמוקרטיה (לא הגיוני שמישהו שרוצה להעביר חוק כשרוב הכנסת נגד החוק יחליט שהוא מוציא את מי שמתנגד ונועל את הדלת כדי שיהיה רוב ושוויון פורמאלי). עולה השאלה האם עקרון ההשתתפות הוא האפשרות לנכוח פיזית במליאה? כדי שיהיה משמעות אמיתית להשתתפות לא רק צריך כי ישבו פיזית במליאה אלא כי יקבלו חברי הכנסת הסבר מינימלי להצעת החוק שיאפשר להם להשתתף ולדעת למה הם מצביעים.

**ממה נובעים עקרונות היסוד? הזכות לייצוג** - התפיסה הדמוקרטית הבסיסית ביותר היא שמצביעים לכנסת כל אחד שם פתק שנספר פעם אחת. אם מקפידים על הרעיון של קול אחד לכל אחד בבחירות ואז נצמצם את כוחם וקולם של חברי הכנסת החרדים לדוגמה ירד כוחה של החברה החרדית ונציגיה. לכן **הזכות של חברי הכנסת נובעת מעקרון הייצוג ומזכויות הבוחרים שלהם**. פגיעה בזכות ההשתתפות של חברי הכנסת תפגע בזכויותיהם של הבוחרים בהם ותבטל/תצמצם את קולם. כל חבר כנסת מייצג אותו מספר בוחרים ולכן הוא צריך לקבל אותו כוח בפרלמנט.

ביהמ"ש מבין שהוא עושה מהלך משמעותי שיכול להשפיע על היקף הריסון השיפוטי. לכן מדגישה בייניש **שלא כל פגיעה בעקרונות היסוד תביא לביטול חוק אלא רק פגיעה קשה וניכרת**. אנו לא נתערב בכל פעם שעקרונות אלה נפגעו אלא רק בפגיעות קשות וניכרות, כך נבטיח שרק במקרים שיהיה פגם שורשי בהליך נתערב.

ישנה ביקורת על עקרונות יסוד אלו מאחר שעקרון השוויון הפורמאלי משתמע מהכתוב ועקרון ההשתתפות לא מופיע בשום מקום. ביהמ"ש החליט לקבוע את העקרונות הללו מאחר שלפי דעתו הם אלו שנדרשים לטובת קיום הליך חקיקה דמוקרטי.

- לטובת התערבות צריכה להיות פגיעה קשה וניכרת באחד מהעקרונות. רק פגיעה כזו תיחשב פגם שיורד לשורש ההליך שיאפשר התערבות של ביהמ"ש.

- הטענה לגבי חוק ההסדרים היא שמדובר בהליך חקיקה מזורז כשהנושאים בו מקיפים ומורכבים, כך שבפועל חברי הכנסת לא באמת יכולים לדעת על מה הם מצביעים. מכאן **שעקרון ההשתתפות מחייב לאפשר לחברי הכנסת את התנאים המינימאליים ע"מ שיבינו על מה הם מצביעים ולגבש עמדה**. בייניש אומרת כי חוקי הסדרים פוגעים בעקרון השתתפות אך לא בכל פגיעה ביהמ"ש יתערב אלא רק בפגיעה קשה וניכרת. בהקשר של חוק ההסדרים רק במקרים קיצוניים ונדירים של הליך כה מזורז והיקף כה גדול עד שלא היה לחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם הצביעו.

- במקרה זה הוחלט לא לבטל את החקיקה. זאת מאחר שרק במקרה בו היה הליך כה מזורז ששולל כל אפשרות מחברי הכנסת להבין את החוק מדובר בפגיעה עמוקה וניכרת בעקרון, מה שלא היה כאן.

- העותרים העלו עוד אופציה/דוקטרינה – **הליך החקיקה הנאות**. תפיסתה להציב רף גבוה יותר מהליך החקיקה, רוצים שביהמ"ש יבדוק האם התקיים הליך ראוי, האם התבססו על תשתית עובדתית



מספקת? האם נערך דיון מספק? **בייניש לא מקבלת את הדוקטרינה הזו**. תפקיד ביהמ"ש הוא להגן על זכותם של חברי הכנסת להשתתף אבל לא להטיל עליהם חובה לעשות כך. על כן, זה שחוק עובר ברוב קטן לא מצדיק התערבות שיפוטית.

- כיום העקרונות שעלו בארגון מגדלי העופות מהווים הלכה והם אוזכרו בפסיקה עתידית. מדובר לכאורה בפס"ד מרחיק לכת מאחר שניתנת האפשרות לפסול חוק בהתבסס על עקרונות יסוד (בניגוד לפסילה על בסיס חוק או חוק יסוד).

### **בג"ץ ליצמן נ' יו"ר הכנסת**

- פס"ד זה מלמד על הנכונות של ביהמ"ש לא להתערב בהליך החקיקה. התבצע אחד מהליכי החקיקה הכי שערורייתיים (הצבעות כפולות של חברי כנסת). 50 חברי כנסת חתמו על עצומה לבטל את החוקים ונפתח הליך פלילי נגד חברי הכנסת שהצביעו בשם חברי כנסת אחרים בו הם הורשעו.
- לפי ברק, רק הפרה עמוקה של עקרונות היסוד מצדיקה ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. בעתירה זו הופרו הכללים וההצבעה פגעה בערכי היסוד של ההצבעה הדמוקרטית (שוויון פורמאלי). למרות כל זאת, אפילו אם הפגם לא תוקן ע"י הצבעה חוזרת, והוא אכן פגע בערכי היסוד המונחים בבסיס הליך החקיקה, התרופה לא צריכה להיות פגיעה בתוקפו של החוק.
- גישה זו שמה דגש על התוצאה (האם הפגם השפיעה על תוצאות הליך החקיקה) ובמקום מסוים מרוקן מתוכן את הדגש שיש לשים על עקרונות היסוד.

**בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, מדובר בפס"ד העדכני החשוב ביותר בתחום משתי סיבות:

- הפעם הראשונה שביהמ"ש ביטל חקיקה בהתבסס על הליך החקיקה.
- הרחבה של ההלכה ממגדלי העופות.

התעוררה השאלה האם זהו שינוי מגמה ומעתה והלאה תהייה התערבות גדולה של ביהמ"ש בפסילת חוקים בשל פגם בהליך החקיקה או שמא היה זה מקרה חריג?

הייתה הצעת חוק של 400 עמודים בהליך חקיקה של חוק ההסדרים. ההיקף מבחינת התחומים שנדונו בחוק זה הייתה מרחיקת לכת. הנוסח של מס דירה שלישית הגיע שעתים לפני הדיון עליו, ותוך כדי דיון אחר. מכאן שחברי הוועדה לא היו יכולים לעיין בנוסח והיו צריכים להצביע בלי שמבינים על מה מצביעים. היועצת המשפטית לוועדה טענה שחברי האופוזיציה צודקים ושיש לתת להם זמן מספיק ללמוד את ההצעה. יו"ר הוועדה לא קיבל את עמדת היועצת וחברי האופוזיציה יצאו במחאתיות מהדיון. חברי כנסת רבים גם מהאופוזיציה וגם מהקואליציה טענו שמדובר בהליך לא תקין. בסופו של דבר ניהלו דיון של שבע שעות בו הקריאו לחברי הוועדה את הסעיפים של ההצעה. עלתה טענה שההליך לא תקין ושהוא נוגד את מגדלי העופות ולכן ביקשו לנהל דיון מחודש. יו"ר הכנסת קיבל את העמדה וקרא ליו"ר ועדת הכספים לנהל דיון מחודש אך יו"ר ועדת הכספים סירב לקיים דיון חוזר. בשל כך הייתה עתירה לבג"ץ.

מדובר במקרה ייחודי בו היועץ המשפטי לכנסת סירב להגן על החוק. לפי דבריו, עקרונית מוצדק לבטל את החוק אך מאחר שעד אז לא קרה שביטלו חקיקה בגלל הליך הוא ביקש שבאופן חד פעמי לא יבוטל החוק בתנאי שיתקנו אותו בעתיד.

ביהמ"ש קבע שיש לבצע את ההליך מחדש רק עבור החלק שנוהל לא כשורה, ובעוד שהכנסת הסכימה הממשלה סירבה לכך. בסופו של דבר ביטל ביהמ"ש את החלק שנוגע למס דירה שלישית בחוק ההסדרים.

חלק מהשופטים אומרים כי פסק הדין הוא יישום של מגדלי העופות, אך מקרה זה כה חריג ולכן יש צורך להתערב. במקרה זה נחצו כל הקווים האדומים. השופט מזוז בדעת יחיד טען כי יישום של מגדלי העופות לא צריך להביא לביטול החוק.

בבג"ץ השופט סולברג ברוב קובע שחלף זמן ממגדלי העופות ולכן יש לספק ליטוש או הרחבה של ההלכה. השופטת בייניש רצתה להיזהר ולכן קבעה מבחן בעייתי שקשה ליישם (ההליך לא תקין רק כשלחברי הכנסת אין שום אפשרות לדעת על מה הם מצביעים). לפי סולברג, המבחן של בייניש מצומצם מדי (נקבעה אמת מידה בתקווה שהיא לא תתממש אף פעם). המבחן החדש המוצע מדגיש לא רק את היכולת של חברי הכנסת לדעת אלא את היכולת שלהם לגבש עמדה. נדרש הליך חקיקה שיאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית לגבי החוק המוצע.

ניתן לראות שלוש הרחבות במבחן החדש ביחס למגדלי העופות:

- לא מספיק לאפשר לחברי הכנסת לדעת באופן פסיבי על מה הם מצביעים, אלא צריך לאפשר להם לגבש עמדה.
- ע"מ לגבש עמדה, יש לאפשר לחברי הכנסת לנהל דיון מינימאלי (הקראה של סעיפי החוק לא נחשבת דיון). אם סופקו התנאים לקיום הדיון הנדרש, אך חברי הכנסת לא ניצלו את ההזדמנות, אין סיבה להתערב בהליך החקיקה. רק כאשר לא סופקו התנאים לקיום הדיון ולא ניתנה ההזדמנות לגבש עמדה ביהמ"ש יכול להתערב.
- אינדיקציות לבחינת דיון ראוי (רשימה לא ממצה ולא מחייבת):

(1) משך הדיון – האם היה מידתי ביחס למורכבות של החוק ולהיקף השלכותיו.

(2) השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק – נוסחה או תוכנה.

(3) תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק (רקע ונתונים שהכרחיים כדי לקבל החלטה לגבי הצעת חוק).

(4) פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק עד לדיון.

סולברג מדגיש שהוא לא מבטל את הבחינה באמצעות עקרונית היסוד (בהם עקרון ההשתתפות) ושהמבחן של בייניש עדיין עומד. כל דבריו באים לחדד ולהוסיף על המבחן של בייניש.

במקרה זה בג"ץ החליט לבטל את החוק בשל פגם בהליך החקיקה. הסעד שהוחלט עליו הוא סעד ייחודי לפיו ע"מ להעביר את החוק יש לתקן רק את החלק שהתנהל בצורה לא נכונה, ולא דרשו מהכנסת לבצע את ההליך המלא (שלוש קריאות וכו').

השופט מזוז מותח ביקורת חריפה על דברי סולברג. הוא טוען שדבריו הם סטייה מהלכת מגדלי העופות ושהם מערערים את מערכת היחסים בין הכנסת לבין ביהמ"ש. מזוז מקבל את מגדלי העופות, אך לדבריו הוא יצר הפרדה בין עקרון ההשתתפות (מאפשר לחברי הכנסת להשתתף) לבין דוקטרינת הליך החקיקה הנאות (בוחן את איכות הדיון). בבחינה של איכות הדיון אותה מציע סולברג, יש למעשה יישום של הליך החקיקה הנאות.

סולברג עונה למזוז וטוען שהוא דוחה במפורש את הליך החקיקה הנאות. לדבריו עקרון ההשתתפות מחייב אפשרות לקיים דיון מינימאלי, והוא רק מגן על האפשרות של חברי הכנסת לעשות זאת. הוא לא מטיל חובה על חברי הכנסת להשתתף.

### **סיכום**

מצד אחד רואים שלפחות בתיאוריה יש סמכות רחבה ונכונות רחבה של ביהמ"ש לפסול חוקים לא רק אם הם סותרים חוק יסוד, אלא גם סעיפי תקנון או עקרונות בלתי כתובים. ניתן להסתכל על גישה זו כאקטיביסטית, בין היתר כי המבחן להפעלת הסמכות הוא עמום ומשאיר מקום לשיקול דעת (האם הייתה פגיעה בעקרון). מצד שני, בפועל במשך שנים רבות היה ריסון של סמכות זו, אפילו במקרים שעל-פניו זה כן היה מתבקש (הפרה של העקרונות או של התקנון).

פרשת קוונטינסקי היא הפעם הראשונה בה ביטלו חוק בשל פגם בתהליך. עולה השאלה האם מדובר על מגמה של נכונות מצד ביהמ"ש להשתמש בסמכות ביטול החוקים ע"ב הליך החקיקה או שמא מדובר במקרה חריג מאוד שדרש התערבות של ביהמ"ש.

## **רשויות השלטון והמשפט החוקתי המוסדי**

### **הכנסת**

#### **הקדמה: הפרדת רשויות**

**משמעות עקרון הפרדת רשויות** – הרעיון הבסיסי של הפרדת הרשויות הוא פיזור הסמכות השלטונית בין הרשויות השונות: מחוקקת (הכנסת, חיקוק), מבצעת (הממשלה, ביצוע שוטף), שופטת (בתי המשפט, פרשנות של החוק וכו').

**תכליתו של העקרון** – המטרה היא למנוע ריכוז של כוח בידי גורם אחד, רוצים שתהיה מגבלת כוח על השלטון. יש חשש שאם כוח יהיה בידי גורם אחד בלבד, שליט בעל כל הסמכויות, הוא לא יפעל לטובת הציבור (שהוא הריבון ואמורים לדאוג לו). בנוסף לכך, שליט כזה עלול לפגוע בזכויות של הציבור ולהתנהל בעריצות. מצד אחד המשמעות של הפרדת רשויות היא הפיכתו של השלטון לפחות יעיל, אך מצד שני היא תורמת להגנה על העם ולהגדלת הסיכוי שהשלטון יפעל פחות בצורה מושחתת (האזרחים מעוניינים שהשלטון יהיה מוגבל כדי שהזכויות של הציבור יהיו מוגנות).

## שתי תפיסות של הפרדת רשויות

א. הפרדה מוסדית – הפרדת רשויות נוקשה : רשות פועלת בתחומים שלה, לכל רשות אסור להתערב לאחרת. כל מה שקשור לחקיקה יהיה שייך באופן בלעדי לכנסת, כל מה שקשור לביצוע יהיה נתון רק בידי הממשלה וכו'. הרעיון הוא שלכל רשות יש את הסמכויות שלה ותו לא, הרשויות מוגבלות כל אחת לתחום שלה. כל רשות היא עצמאית (בלתי מוגבלת בתוך עצמה) ואינה יכולה לחרוג מהסמכויות שלה ולהתערב בסמכויותיה של רשות אחרת.

### ב. איזונים ובלמים

1) לפי התפיסה הזו, כדי להגביל את השלטון ולמנוע פגיעה בזכויות הציבור יש להפריד את הרשויות ולכן רוצים לאפשר לרשויות השונות לפקח אחת על השנייה ולאזן אחת את השנייה – כאן יש התערבות מסוימת בסמכויות של רשויות אחרות. התפיסה הזו התחילה במידה מסוימת בחוקה האמריקאית, בה מצוין שלכל רשות יש את הסמכות שלה, אבל קיים מנגנון של איזונים ובלמים – למשל, הנשיא (הרשות המבצעת) יכול להתערב במידה מסוימת בהליך החקיקה, כדי שהוא יוכל לאזן ולבלום.

2) פן נוסף של הגישה הזו – התפקיד של הרשות השופטת הוא לפקח על הרשויות האחרות בעזרת ביקורת שיפוטית ולאזן את הרשויות האחרות בעזרתה.

3) התפיסה מאחורי הגישה הזו היא שיש למנוע מצב שבו לכל רשות יש סמכות בלתי מוגבלת בתחום שלה.

## מעמדו החוקתי של עקרון הפרדת רשויות

- עולה השאלה האם ניתן להסתכל על עקרון הפרדת רשויות כנורמה חוקתית, ומתוך כך להבין שהוא נמצא מעל חקיקה. אם כך יהיה, חוק שסותר את העיקרון יצטרך להתבטל. קרו כבר מקרים בהם הייתה עתירה לבג"ץ בטענה שחוק סותר את עקרון הפרדת הרשויות. **במרכז האקדמאי למשפט ועסקים נ' שר האוצר** הכנסת רצתה לקחת את סמכות הכליאה מהרשות המבצעת ולתת אותה לזכיין פרטי, וכשניסו להעביר את החוק עתרו לבג"ץ בטענה שלפי חוק יסוד הממשלה סמכויות הביצוע הן בידי הממשלה ואין לקחת סמכות ביצוע שניתנה בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל (אם רוצים לעשות שינוי שכזה יש לבצע תיקון של חוק יסוד הממשלה). ביהמ"ש נקט בעמדה לפיה הוא לא מתעסק בעקרון הפרדת רשויות כעקרון יסוד, ולכן עד היום לא קרה שבוטל חוק ע"ב עקרון זה.
- עקרון הפרדת רשויות בא לידי ביטוי בכללים שונים של הפרדת רשויות (לדוגמה, כלל ההסדרים הראשונים). הכנסת היא זו שקובעת את המדיניות הכללית והממשלה קובעת הסדרים ספציפיים שצריכים לתאם את המדיניות שנקבעת ע"י הכנסת.
- דוגמאות להתערבות של הפרדת רשויות : **בג"ץ רובינשטיין** – סמכות שר הביטחון לפטור משירות נובעת מסעיף כללי בחוק, במשך שנים השר הוא שפטר. בפס"ד רובינשטיין קובע ברק כי השר פועל ללא סמכות, הסדרים בסיסיים של קביעת מדיניות כלליות צריכים להתקבל ע"י הכנסת. השר יכול להתמודד עם מקרים אינדיבידואליים אך הוא לא יכול להחליט על המדיניות הכללית בנוגע לגיוס בחורי ישיבות. ביהמ"ש קובע שהשאלה האם לתת לבני ישיבות פטור משירות היא שאלה עקרונית, ולא ניתן

להשתמש בסמכות שניתנה לשר בקום המדינה ע"מ לפטור אנשים מסוימים במקרים מסוימים. **מאחר שמדובר בהחלטה עקרונית חשובה הכנסת היא זו שצריכה להכריע בה.**

- המשפט החוקתי הישראלי מעדיף לא ללכת בנתיב זה אלא בנתיב של ביקורת שיפוטית חוקתית (פרשת בתי הסוהר). ביהמ"ש נתן מקום להיבט זה בפסילת החלטות של רשות מנהלית מתוך עיקרון של כלל הסדרים ראשוניים, החלטות לא יכולות להתקבל על ידי הרשות המבצעת אלא המחוקקת.
- **בג"ץ בן מאיר** מעכבי השב"כ בקורונה. הממשלה: רצתה להגיד כי מכוח החלטת ממשלה אפשר לעשות הליכים כאלה. ביהמ"ש: זה החלטה עקרונית, חשובה ומשפיעה על זכויות ולכן היא צריכה להיעשות בכנסת.

### חוק יסוד: הכנסת

מדובר בחוק היסוד הראשון שנחקק.

### **ס' 4 לחו"י הכנסת – שיטת הבחירות**

**לשון הסעיף** – "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". חשוב לשים לב שבסיפא של הסעיף יש שריון של הסעיף. בס' 46 לחוק היסוד מופיע הרוב הנדרש לשינוי הסעיף.

1. **בחירות כלליות** – משמע, כל האזרחים מעל גיל 18 יכולים להצביע. כל אזרחי המדינה משתתפים בבחירות.
2. **בחירות ארציות** – כל שטח המדינה הוא אזור בחירה אחד (בניגוד לשיטה של בחירות אזוריות).
3. **בחירות ישירות** – האזרחים בוחרים את חברי הכנסת באופן ישיר, להבדיל משיטה בה בוחרים אנשים להם נותנים את הסמכות לבחור בשם העם.
4. **בחירות חשאיות** – אף אחד לא יודע למי כל אחד מצביע (הצבעה מאחורי פרגוד). המטרה היא שלא ניתן יהיה להפעיל לחץ על הבוחרים ולהבטיח חופש בחירה אמיתי.
5. **בחירות יחסיות** - המושבים בכנסת מתחלקים באותו היחס שבו התחלקו הקולות. במציאות השיטה היא לא יחסית מוחלטת, אלא יש הסדרים שמטים את החלוקה כך שבסופו של דבר היא לא 1:1 כמו הקולות בקלפי (אחוז החסימה ועודפים).

**אחוז החסימה** – כדי להיכנס לכנסת צריך לפחות 3.25% מהקולות (כ-4 מנדטים). שיטה זו מובילה לכך שיכול לקרות מקרה בו לא מעט אנשים מצביעים למפלגה מסוימת, אבל במקום לקבל מספר מושבים יחסי למספר הקולות המפלגה לא תכנס לכנסת מאחר שהיא לא עוברת את אחוז החסימה.

**עודפים** – יש 120 מושבים בכנסת, ולכן יש מספר קולות מסוים שצריך כדי להיכנס לכנסת. במקרה בו מפלגה למשל מקבלת 6.5 מושבים, חצי המושב הנותר הולך לפח. זאת אלא אם כן שתי מפלגות מסכמות על הסכם עודפים (במידה ונותרו עודפים משלבים אותם, כך שאם מצליחים להגיע למנדט בעזרתם המושב ניתן לאחת המפלגות). התנהלות זו גם היא מובילה לכך שהכנסת שנוצרת היא לאו דווקא תמונה של 1:1 למספר הקולות שכל מפלגה קיבלה.

בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועמ"ש, עלתה השאלה האם העלאת אחוז החסימה מ-2.25 ל-3 פוגעת בעקרון הבחירות היחסיות ומכאן שהיא מנוגדת לחוק יסוד הכנסת. הטענה לטובת העלאת אחוז החסימה היא תרומה לפעולה אפקטיבית של הממשלה באמצעות וידוא שהמפלגות הגדולות הן אלו שיכנסו לכנסת. העתירה ביקשה לבטל את החוק שמעלה את אחוז החסימה מאחר שהוא פוגע בשוויון בבחירות ובבחירות יחסיות.

בבג"ץ נאמר שמעקרון היחסיות שמעוגן בס' 4 לחוק היסוד נובע עקרון הייצוג. לעקרון הייצוג שני מובנים מרכזיים – פורמלי ומהותי. עקרון הייצוג במובן הפורמלי – רצון הציבור מוצא ביטוי במוסדות הנבחרים באמצעות הנציגים שהוא בחר. ניתן למדוד זאת באמצעות ספירת הקולות שהתקבלו בקלפי והשוואתם למושבים בכנסת. עקרון הייצוג במובן המהותי: יש להסתכל על ההרכב של האנשים שישבו בכנסת לעומת ההרכב הדמוגרפי של האוכלוסייה. הנבחרים בכנסת צריכים לשקף את הקבוצות השונות שמרכיבות את החברה.

- (א) ייצוג רעיונות – עקרון הייצוג דורש שהאידיאולוגיות השונות הקיימות בחברה יהיו מיוצגות בבית הנבחרים (אם 25% מהעם בעד שטחים תמורת שלום צריך שגם 25% מחברי הכנסת ינקטו בעמדה זו).
- (ב) נציגות כנוכחות – ייצוג על בסיס מאפיינים דמוגרפיים (מגדר, גזע, שפה, תרבות ועוד). משמע שהחלק היחסי של כל קבוצה בחברה יתאים את החלק היחסי של אותה הקבוצה גם בכנסת (אם 30% מהעם חרדים צריך ש-30% מחברי הכנסת יהיו חרדים). חלוקה זו יכולה להיות לפי מאפיינים אינדיבידואליים (כמו למשל מגדר) או מאפיינים של קבוצה (כמו למשל מוצא).
- (ג) הרשימה המשותפת מציגה את המתח בין שתי גישות הייצוג המהותי, מאחר שמבחינת נציגות כנוכחות היא ממלאת את הדרישה, אך מאחר שהעמדות בתוך המפלגה עצמה שונות בתכלית המפלגה לא ממלאת את דרישת ייצוג הרעיונות.

הנושא לא הוחלט בעתירה, אבל נאמר שהדגש לא צריך להיות על הפן הרעיוני, אלא על נציגות כנוכחות. זאת מאחר שנראה לא ריאלי לדרוש שהכנסת תייצג באופן מדויק את הרעיונות השונים של כלל האוכלוסייה.

לגבי נציגות כנוכחות, לא ברור מי הן הקבוצות שיש לדרוש ייצוג שלהן בהתאם לחלק שלהן באוכלוסייה. שתי הקבוצות המובהקות הן חרדים וערבים, אבל גם אז לא ברור מה הרף שצריך לקבוע (למשל אם הערבים הם 20% מהאוכלוסייה ובכנסת הם מיוצגים ב-17%, האם זה עומד ברף?). הקושי החוקתי יתעורר כשיקרה מצב בו מדירים קבוצה מסוימת באופן מוחלט מהכנסת.

לצד עקרון הייצוג יש אינטרסים ציבוריים שיש לאזן ביניהם, במקרה זה המשילות (ייעול הממשל). המטרה היא למנוע מצב בו הכנסת מורכבת מהרבה מפלגות קטנות, מה שיקשה על הרכבת הקואליציה ועל תפקוד הכנסת. הדרך לבצע איזון בין ייצוגיות למשילות הוא ע"י אחוז חסימה, אבל גם אז קיימת השאלה איפה עובר הגבול, מתי אחוז החסימה פוגע בעקרון הייצוג באופן שמצדיק התערבות ביהמ"ש? באופן עקרוני, הנשיא גרוניס טוען שמקובל עליו שבג"ץ יבטל העלאה של אחוז החסימה אם יתברר שיש סכנה משמעותית של הדרת קבוצת מיעוט שלמה. הנטל להוכחת סכנה ממשית זו היא על העותרים. במקרי גבול, המבחן לבדיקה האם אכן יש הדרה של קבוצת מיעוט הוא מבחן התוצאה (רק כשיתברר שאכן מפלגת מיעוט לא עוברת את אחוז החסימה ניתן יהיה לפעול). במקרה זה צריך לבדוק איך אחוז החסימה החדש משפיע בפועל על הרכב הכנסת, לא ניתן לדעת לפני שישום אחוז החסימה בבחירות ולכן העתירה נדחית על בשלות.

קיימת דעת מיעוט של גיבוראן לפיה אין צורך להמתין לתוצאה, מאחר שניתן להסתכל על התוצאות של הבחירות הקודמות ולהבין האם מפלגה כזו או אחרת תעבור את אחוז החסימה החדש.

#### 6. בחירות שוות

עקרון זה עורר הכי הרבה ליטיגציה ובשלב הכי מוקדם (בג"ץ ברגמן – חוק מימון הבחירות פוגע בשוויון של המפלגות לרוץ).

#### בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר + בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה

בבג"ץ בברגמן נטען ע"י היועמ"ש שמשמעות בחירות שוות הוא שקול אחד שווה קול אחד (משמע חל על הזכות לבחור בלבד). בג"ץ דוחה את הטענה וקובע שכל אחד משמות התואר המופיעים בסי' 4 (כלליות, יחסיות, שוות...) חלות גם על הזכות לבחור וגם על הזכות להיבחר. מכאן שמבחינת השוויון מדובר הן בזכות לבחור (קול אחד שווה קול אחד) והן בזכות להיבחר (שוויון הזדמנויות, שוויון הסיכויים של רשימות המועמדים המתחרות בבחירות לכנסת).

שוויון פורמאלי מול שוויון מהותי – עולה השאלה איך נותנים שוויון הזדמנויות, מה שמוביל לשתי תפיסות של שוויון. **שוויון פורמלי משמע התייחסות זהה לכולם** (כולם מקבלים אותו הדבר, ללא קשר למי הם), כאשר כל סטייה מכך תהיה פגיעה בשוויון. **שוויון מהותי משמע להתחשב בהבדלים הרלוונטיים בין המפלגות**, ולכן לפעמים נכון לתת יחס שונה לשונים (הבדלים רלוונטיים) כדי לקדם את השוויון (ולהביא את המפלגות למקום זהה ביחס לסיכויים להיבחר). הוחלט שבבחירות לא ילכו לפי שוויון פורמלי אלא לפי שוויון מהותי. שוני רלוונטי בין הרשימות יביא לכך שיתנו יחס שונה בהקצאת משאבים למפלגות. שוויון פורמלי אומר התייחסות שונה לכל המפלגות (מבחינת תקציבים, זמני שידורי תעמולה וכו') שוויון מהותי מאפשר להתחשב בהבדלים רלוונטיים בין הרשימות (נכון לתת לרשימה גדולה מימון/זמן שידור גדול יותר) כל עוד יש פרופורציה בין גודל הרשימה להתייחסות. הפסיקה הולכת על גישת השוויון המהותי.

גרונס מוסיף בבג"ץ גוטמן מבחן עזר נוסף לבחינת הפגיעה בשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים המתחרות בבחירות לכנסת: "ראוי להידרש לשאלה אם ההסדר שנקבע הוא ניטרלי, היינו, יוצר כלל זהה לגבי כל הרשימות, או שמא יש בו, על פני הדברים, משום מתן יתרון בלתי הוגן לרשימות מסוימות בלבד שממנו לא נהנו קודם לכן" – גישתו מתיישבת עם שוויון פורמאלי ולא מהותי. כדי לדעת אם שמרו על שוויון (1) בודקים אם חרגו מהשוויון הפורמאלי (2) בודקים על פי שוויון מהותי אם יש הצדקה לחריגה.

הנשיא גרונס ביישום: גרונס אומר שצריך לתת משקל לעובדה שמלכתחילה הסיכויים של כל רשימה להיבחר לכנסת הם לא שווים. ככלל סיכוייה של רשימה קטנה וסקטוריאלית להיבחר לכנסת אינם שווים לקבוצה גדולה המייצגת מגוון רחב של עמדות. הנחת המוצא היא שיש כללים הנוגעים לבחירות שגורעים מהשוויון (דוגמת אחוז החסימה), אך מאחר שאחוז החסימה הוא כלל ניטרלי (חל באותה הצורה על כל המפלגות) אין בו בעיה. לכאורה מדובר בסתירה מאחר שכלל ניטרלי מביא לידי ביטוי תפיסה של שוויון פורמאלי ולא שוויון מהותי. **סתירה זו ניתנת ליישב במידה מסוימת אם מניחים שראשית יש להבין האם חלה פגיעה בשוויון פורמאלי, ורק אם מגלים שאכן יש פגיעה כזו יש להבין האם היא מתיישבת עם השוויון המהותי (ואז ניתן לסבול אותה).** עם זאת, גם בהנחה זו יש בעיה מאחר שלעיתים קיום שוויון פורמאלי עלול לפגוע בשוויון המהותי.

במקרה של העלאת אחוז החסימה ל-3.25% נקבע שאין פגיעה בשוויון. "אני סבור כי לא ניתן להשיב על שאלה זו בהיעדר נתונים עובדתיים מספקים...אחוז החסימה שקבע המחוקק מהווה כלל ניטרלי...כולן (המפלגות) נדרשות לעמוד בייצוג זהה...לא ניתן לומר כי יש באחוז החסימה החדש משום הבחנה פסולה בין רשימות או מתן יתרון מובהק מעבר ליתרונות האינהרנטיים (קבוצה שמייצגת פלח אוכלוסייה יותר גדול למשל). לפחות לכאורה אחוז החסימה החדש משפיע על הסיכוי של הציבור הערבי במידה זהה לזו של הציבור היהודי... (ולכן) אינה מעלה חשש...". "ברצוני להדגיש כי דברי עד כה מתייחסים לנתון של אחוז חסימה העומד על 3.25...לו דובר באחוז חסימה אחר גבוהה יותר יתכן שהיה מקום להטיל ספק באחוז החסימה" (למשל אחוז חסימה של 15 אחוז לא ריאלי..).

פוגלמן מעביר ביקורת על גרוניס מאחר שקביעה שכלל הוא ניטרלי לא מבטיחה שמדובר בכלל שוויוני. הנחת המוצא צריכה להיות שיש פגיעה בשוויון והשאלה שצריך לעסוק בה היא האם הפגיעה הזו כדין או לא. בנוסף, קיימת הבעיה שהכנסת היא זו שמחליטה את הכללים למערכת הבחירות הבאה, מה שיוצר מצב בו החתול הוא זה ששומר על השמנת (כל כנסת תעביר כללים שיעזרו לה להיבחר בפעם הבאה).

**בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, בכנסת ה-13 ניתן היה להיות ח"כ וגם ראש רשות מקומית ובכנסת ה-14 אסור היה. זהו חוק שתוקן בכנסת ה-13 וחל החל מהכנסת ה-14, היה סעיף שהחריג את מי שהיה חבר כנסת כבר בכנסת ה-13 והוא גם ראש רשות מקומית. העותרים טענו שזה פוגע בשוויון ההזדמנויות של המועמדים להיבחר מאחר שאם ראש עיר מכהן שלא היה בכנסת הקודמת רוצה לרוץ זה יצור רושם שלילי על הבוחרים של הרשות המקומית (הם יניחו שהוא מעדיף את החברות בכנסת על-פניהם ולכן לא יבחרו בו בשנית או שיצביע נגדו בבחירות הכלליות). הטענה היא למעשה שהפגיעה בשוויון היא במועמד המסוים. הבעיה היא כי החוק לא מונע לרוץ לבחירות אלא גורם לכך שראשי ערים שמתמודדים החל מהכנסת ה-14 לא יוכלו להמשיך להיות ראשי ערים, לעומת זאת חבר כנסת שהיה ראש עיר בכנסת ה-11 יוכל להמשיך בשניהם ולכן נפגע שוויון סיכוייהם כמועמדים להיבחר ובעקיפין של רשימתם. **גולדברג טען שהמהלך של הכנסת ה-13 כשר אבל מסריח**. בעקבות כך עלו כמה שאלות:

**שוויון בין הרשימות או שוויון בין המועמדים?** השופט **גולדברג** אומר כי ס' 4 לחו"י הכנסת מחייב שוויון בין הרשימות, ולא בין מועמדים. הסיבה לכך היא שהבוחרים מצביעים לרשימה ולא למועמד, לכן יש צורך בשוויון בין רשימות. **חשין** טוען שהשוויון חל הן על הרשימות והן על המועמדים. **זמיר** טען שהוא מוכן להניח שהסעיף מחייב שוויון אפילו על המועמדים. על כן בשאלה זו **דעת הרוב הינה שס' 4 מחייב שוויון גם בין מועמדים**.

**שוויון בבחירות לכנסת או בבחירות מפלגתיות (פריימריז)?** הטענה הייתה כי ההשפעה על ראשי העיר היא בעיקר בבחירות המפלגתיות, אנשים שרוצים שראש העיר יישאר יצביעו כנגדו בפריימריז. **גולדברג** טען שס' 4 נוגע לבחירות לכנסת ולא לפריימריז. **חשין** טען שהשוויון חל גם על הבחירות המפלגתיות, ו**זמיר** מסכים אתו. **דעת הרוב הינה כי ס' 4 חל גם בבחירות מפלגתיות**.

**האם השוויון שנדרש הוא שוויון הסיכויים וההזדמנויות בבחירות לכנסת או כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות?** שאלה זו התעוררה כי השופט **זמיר** אמר שהטעון כי נפגע שוויון ההזדמנויות בבחירות אינו משכנע, שהסעיף נוגע רק לשוויון בסיכויים להיבחר, ושאיננו המהלך שבוצע מפלה אך הוא לא השתכנע שהמהלך אכן פוגע בסיכויים של המועמדים להיבחר בצורה ממשית. **חשין** אמר שעקרון השוויון בס' 4 לא מצומצם רק לשוויון



סיכויים, אלא הוא נוגע לכל היבט אפשרי של שוויון, אי שוויון והפליה בבחירות. ההבדל בין שיטת זמיר לשיטת חשין בא לידי ביטוי במקרים שפוגעים בשוויון, אבל לא בהכרח ניתן להוכיח שזה פוגע במידת הסיכוי של מישוהו להיבחר.

#### ס' 4 לחו"י הכנסת – פגיעה מול שינוי

כעת נעסוק בשאלה מהו המבחן כדי לקבוע אם הפגיעה היא כדין או לא. אפשרות אחת היא שברגע שיש חוק שפוגע בסי' 4 הוא יהיה כדין אם הוא חוקק ברוב של 61 ב-33 קריאות. זה לא מתיישב עם תורת שלושת השלבים על פיה בודקים עמידה בפסקת ההגבלה.

א. הלכת ברגמן (הפסיקה עד 192) – גם במקרה של פגיעה וגם במקרה של שינוי, כדי לדעת האם החוק סותר יש לבחון האם הוא עומד בדרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחו"י הכנסת. הפסיקה שלפני 92 לא מודעת להבחנה בין שינוי לפגיעה, בין אם החוק משנה את חוק היסוד או פוגע בו צריך רוב של 61 ושלוש קריאות.

ב. בנק המזרחי – הבחנה בין פגיעה לבין שינוי. במקרה של שינוי יש לעשות זאת באמצעות חו"י ולעמוד בדרישת הרוב, במקרה של פגיעה יש לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. התעוררה השאלה מה קורה בחוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה. לאט התחילו לדבר על החלת פסקת הגבלה משתמעת/שיפוטית.

ג. גוטמן – היה חוק שעל פי הטענה פגע בעקרון השוויון בבחירות אך הוא עבר ברוב הנדרש. העותרים טענו כי המבחן צריך להיות האם הוא עומד בתנאי פסקת הגבלה. גיוראן (+נאור, רובינשטיין, חיות, מלצר. ברק בכתיבה אקדמאית) סוטים מהתפיסה עד 92 ומאמצים את הגישה בעקבות בנק המזרחי שיש הבדל בין שינוי לפגיעה. **במקרה של שינוי חל הדרישה של שינוי בחוק יסוד ברוב של 61 ב-33 קריאות במקרה של פגיעה צריך בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.**

פרשות טקסטואלית - שמסתכלים על לשון החוק ברור כי החלק הזה מדבר על שינוי ולא על פגיעה. נימוק נוסף הוא כי מאז בנק המזרחי שונתה התפיסה - הגיוני כי לכל חוקי היסוד במקרה של פגיעה נחיל את פסקת ההגבלה.

#### ס' 5 לחו"י הכנסת – הזכות לבחור

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

2. **פירוט הזכות** – מדובר בתנאי לקיומה של דמוקרטיה, המבטא את ריבונותו של העם. שתי הדרישות הקיימות בסעיף הן אזרחות וגיל. הגיל המוגדר הוא מי שעד יום הבחירות מלאו לו 18 שנים. מבחינת אזרחות, גם תושב חוקי לא יכול להצביע אלא רק אזרח. החוק (חוק הבחירות לכנסת) הוסיף מגבלה נוספת – רק אזרח ישראלי שהוא תושב ישראל יכול להצביע (למגבלה זו חריג של שליחות, מי שנמצא בשליחות רשמית מטעם המדינה יכול להצביע). בישראל הזכות היא אוניברסלית לכל האזרחים התושבים בני 18, ולא נשללת הזכות מקבוצות מסוימות (כמו למשל אסירים או בעלי מוגבלויות).

## ס' 6 לחו"י הכנסת – הזכות להיבחר

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

### **מבנה הסעיף**

- א. ראשית נקבע שהזכות להיבחר ניתנת לאזרח ישראל בן 21 ומעלה. בהמשך נקבעות המגבלות על הזכות וחריגים לכל מגבלה. **תנאים:** גיל 21, אזרח ישראל. **מגבלות:** אם שלל ביהמ"ש, נידון למאסר 3 חודשים ומעלה ולא עבר 7 שנים מסיום ריצוי המאסר, הורשע בעבירת טרור/ביטחון ונאסר למעל 7 שנים לא יוכל לרוץ לכנסת 14 שנה מסיום המאסר. **חריג למגבלות:** אלא אם קבע יושב ראש ועדת הבחירות כי אין בעבירה קלון.
- ב. **מאסר שלוש חודשים –** מי שנדון בפס"ד סופי (אין ערעור תלוי) למאסר שלוש חודשים ומעלה וטרם עברו שבע שנים מיום שחרורו.
- ג. **הרשעה בעבירת טרור או ביטחון –** מי שנדון בפס"ד סופי למאסר של שבע שנים וטרם עברו 14 שנים מיום שחרורו.
- ד. **חריג –** אם קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית שאין עם העבירה שבה הורשע המועמד קלון, המקרה מוחרג. שאלת הקלון לא רלוונטית לעצם המגבלה, אלא לחריג מהמגבלה (לא צריך להוכיח קלון כדי לפסול אדם מהתמודדות בהתבסס על עילות אלו, אלא המועמד צריך להוכיח שאין קלון כדי שיאפשר לו להתמודד למרות שלגביו מתקיימת אחת מהעילות). מכאן שהנטל לבסס היעדר קיומו של קלון הוא על המועמד. שאלת הקלון נכנסת בחריג, כאשר הוא רוצה שיקצרו לו את תקופת הצינון, אם יש קלון לא ניתן לבקש את ההקלה.

### **בג"ץ פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות**

חוק הבחירות קובע שמועמד שרוצה להתמודד לכנסת צריך לצרף כתב הסכמה חתום על-ידו בו הוא מצהיר, בין היתר, שקרא והבין את חוק הבחירות ושללהבתו לא נמנע ממנו להתמודד לבחירות. ס' 56 קובע שהמועמד צריך להגיש הצהרה לפיה לא הורשע לעבירה של שלושה חודשים ומעלה, ואם הורשע, לקבל אישור מיו"ר ועדת הכנסת שאין עם העבירה קלון.

פייגלין צירף את כתב ההסכמה אבל לא צירף מסמך שציין שהוא הורשע בעבירת המרדה וריצה מאסר בפועל של שישה חודשים, כשטרם עברו שבע שנים. בנוסף, הוא לא ביקש מיו"ר ועדת הבחירות לקבוע שאין עם העבירה קלון. הוגשו עתירות נגד המועמדות של פייגלין שבעקבותיהן יו"ר ועדת הבחירות החליט למחוק את שמו של פייגלין מרשימת המועמדים (הן בשל כך שעבר הזמן לבקשת הכרה בכך שאין קלון והן בשל מניעת עובדות מצדו). פייגלין עתר לבג"ץ בנושא.

החוק קובע שהחובה של המועמד היא להצהיר שהמועמד קרא כל מיני סעיף ושהוא לא מנוע מלהתמודד בכנסת. ואם הוא כן הורשע, הוא צריך לבקש מיו"ר וועדת הבחירות המרכזית שאין לו קלון בעבירה. פייגלין צירף כתב הסכמה שאין ממנו מניעה אבל הוא לא הצהיר שהוא למעשה כן הורשע וקיבל עונש מאסר שעולה על 3 חודשים ולא ביקש שזה לא קלון. יו"ר הבחירות פסל אותו ושאלו אם זה כדין או לא. דעת הרוב אמרה שזה תקין. שאלה נוספת שהתעוררה: האם בעבירה שהוא הורשע יש בה קלון? בזה נדון בסילבר.

### קביעת קלון

ההכרעה האם יש קלון או לא היא הכרעה מוסרית, ולכן מדובר בקביעה בעייתית מבחינה משפטית. במהלך השנים היו מספר הגדרות שונות בפסיקה לקלון ולאופן הקביעה שלו, מאחר שלא נקבע בחוק כיצד קלון נקבע ומה מגדיר אותו.

הגדרות פסיקטיות:

- 1) קלון הוא פגם מוסרי המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים וממילא אין הוא ראוי לשאת במשרה ציבורית. קלון נובע מהתנהגות המגלה שחיתות או מטילה בהכרח כתם מוסרי.
  - 2) השאלה היא האם יש בכוחה של העבירה לערער את אמון הציבור באדם מסוים.
  - 3) קביעת הקלון היא פונקציה של שלושה משתנים עיקריים (בג"ץ 797/20 סילבר נ' יו"ר ועדת הבחירות):
    - א) נסיבות העבירה – נאמר בפסיקה באופן מובהק שהנסיבות הן החלק המשמעותי ביותר בקביעת קלון. ברוב המקרים ההכרעה מתקבלת בהתאם לנסיבות. הקלון קשור בטבורו לנסיבות במסגרתן התבצעה העבירה, ולכן יכול להיות מקרה בו יש עבירה שיש בצדה קלון אבל הנסיבות המקלות המסוימות שוללות ממנה את הקלון וכן יכול להיות מקרה בו קיימת עבירה שלא בהכרח יש עמה קלון אך בשל הנסיבות ייקבע שיש קלון.
    - ב) תכלית החקיקה שבמסגרתה מופיעה ההוראה בדבר עבירה שיש עמה קלון – תלוי באיזו עבירה מדובר ובאיזה הקשר צריך להחליט שיש קלון. יכול להיות הבדל בקביעת קלון לגבי עיסוק בעריכת דין לעומת עיסוק במשרת שר. ככל שהמשרה בכירה יותר ושהשפעה שלה על הציבור רחבה יותר, הרף שיידרש מהאדם שרוצה למלא את המשרה יהיה גבוה יותר (משמע, הקלון יקבע יותר בקלות). יכול להיות כי אדם לא יוכל להיות ח"כ אך כן יוכל להיות דירקטוריון בחברה.
    - ג) אופי העבירה
- 1) יש עבירות שמטבען אין עמן קלון. בד"כ מדובר בעבירות אחריות מוחלטת (כשהיסוד העובדתי מספיק ואין צורך להראות כוונה מצד עובר העבירה). קיימות גם עבירות שהן לא פליליות ויש בהן סנקציה, אבל הסנקציה היא קנס שנתון לשיקול דעת של רשות מנהלית. ענישה בדברים כאלו מטבעם אין בהם קלון.
  - 2) מצד שני קיימות עבירות שאין ספק לגבי הקלון שבצדן (אונס, שוחד). הפסיקה נוטה לקבוע שגם עבירות מרמה ועדות שקר הן עבירות שיש עמן קלון מובהק.
  - 3) לבסוף קיימות עבירות שהדעות חלוקות לגביהן (כמו למשל עבירת ההמרדה בפס"ד פייגלין).

בפייגלין התעוררה השאלה אם בעבירת המרדה יש קלון? היו שופטים שאמרו כי המרדה משמעותה לא לקבל את רשות השלטון ולכן יש קלון. מצד שני בדעת יחיד אמר אדמונד לוי כי אין קלון כי זוהי עבירה שפוגעת בחופש הביטוי. הייתה דעת אמצע שאומרת שזה תלוי נסיבות, במקרה הספציפי אין קלון.

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

#### לשון הסעיף

- א. רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:
- 1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
  - 2) הסתה לגזענות;
  - 3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.
- ב. לעניין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת.
- ג. החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.
- ד. מועמד יצהיר הצהרה לעניין סעיף זה.
- ה. פרטים לעניין הדיון בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון ולעניין הצהרה לפי סעיף קטן (ג), ייקבעו בחוק.

בעבר החוק עסק בפסילת רשימה בלבד, אך כיום החוק תוקן וניתן לפסול מועמד. העילות שבסעיף הן עילות חלופיות, משמע מספיק קיום אחת מהן ע"מ שתהיה עילה לפסילה.

מתח בין הזכות לבחור ולהיבחר לבין התפיסה של דמוקרטיה מתבוננת (=הדמוקרטיה צריכה לשמור על עצמה מפני גורמים שישתמשו בהליך הדמוקרטי כדי לחסל אותו/ את המדינה מבפנים). בעבר לא היה ס' כזה בחו"י והתעוררה השאלה מה עושים אם יש סיעה ששוללת את קיום המדינה ותומכת בהריסתה. כיוון שהזכות לבחור ולהיבחר וכיוון שיש חשש שהרוב ינסה למנוע ממיעוטים בעיקר (ימין/ שמאל קיצוני) להיבחר מפרשים את הס' האלה בצורה מצמצמת. כיום, הנטייה לפסול היא מאוד נדירה.

**בג"ץ 1806/9 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת 21 נ' כסיף** - הפסיקה פרשה כל סעיף וקבעה מה זה שלילת קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית. מה ייחשב כתמיכה במאבק מזוין או ארגון טרור. הפסיקה נתנה פרשנות מאוד מצומצמת. לדוגמה במאבק מזוין לא מספיק תמיכה בארגון טרור אלא במאבק המזוין שלו. נקבעו אמות מידה בהן נגיד כי זה חל. כל עוד האמירות הן מוגבלות או אמירות ישנות והדעה השתנתה ביהמ"ש יטה לא לפסול. רק במקרה בו מובן מאליו כי אחת העילות התקימה וכי הראיות חזקות תהייה נטייה לפסול.