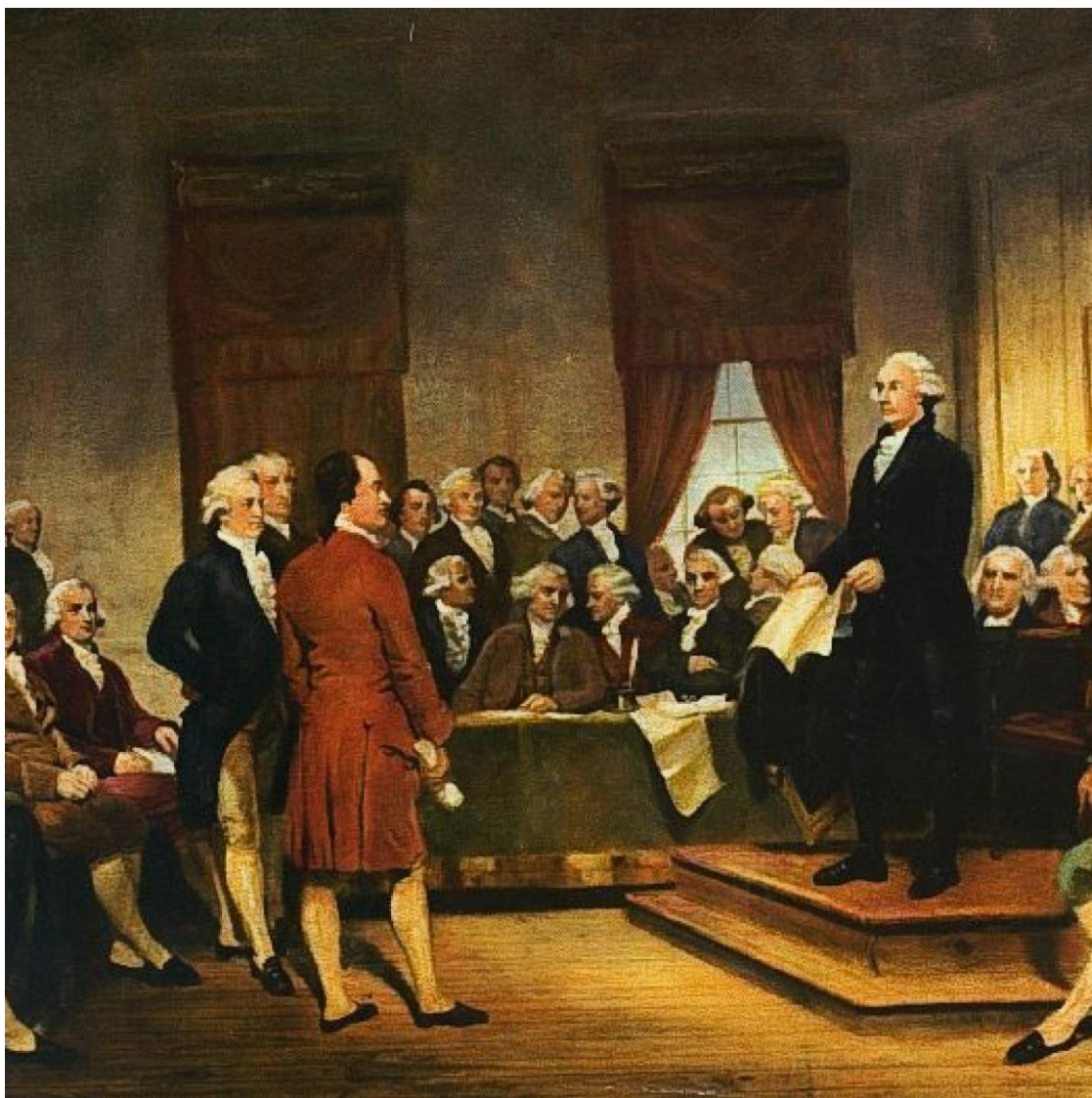




משפט חוקתי דוד גרינברג

- כל החומרים מבוססים על הבנתי האישית בלבד
- זו מחברת מקוצרת על רקע לבן להדפסה למבחן, לא סיכומים מורחבים של החומר. להרחבות ולשקופיות בצורה אסתטית יותר ניתן לבקר בדרייב שלי:
https://drive.google.com/drive/folders/1tWz3fygHvBmzjmXqFlhD_TYJmbBgSDQX?usp=sharing
- בהצלחה בקורס – חומר מעניין וכיפי!:-)

תוכן עניינים א

"המצפן" להתמצאות
בקייס של גידי
עמוד 4

חוקה אפיונים בעד ובנגד
1.1
עמוד 5

נקודות חוקתיות
משמעותיות מקום
המדינה ועד בג"ץ לאו"ר
1.2.1
עמוד 10

ציר זמנים במהפכה
החוקתית 1.2.2
עמוד 12

השלמה שיפוטית של
חלקי חוקה חסרים 1.2.3
עמוד 22

ביקורת שיפוטית הליכית
1.2.4
עמוד 24

1.2.5 א-ג
עמוד 28

שינוי חוקי לא חוקתי
1.2.5
עמוד 34

מעורבות שיפוטית
בעבודת הכנסת 2.1.3
עמוד 38

תקנות הכנסת 2.1.4
עמוד 40

2.1.5 חלוקת העבודה בין
הכנסת לרשות המבצעת
עמוד 43

2.1.6 חסינות חברי
הכנסת והדחת ח"כ מכהן
עמוד 44

2.2.3 סמכויות הממשלה
והשרים והאצלתן
עמוד 46

2.2.4 הפסקת כהונת שר
או סגן שר
עמוד 48

שיטה פרלמנטרית אל מול
נשיאותית וחיזוק כוח
הממשלה
עמוד 51

2.3 בתי המשפט
עמוד 57

2.5.1 היועץ המשפטי
לממשלה
עמוד 63

3.1.1 מידתיות ונוסחאות
איזון אחרות
עמוד 66

3.1.2 דרישת ההסמכה
עמוד 68

3.1.5 התנגשות בין
זכויות
עמוד 69

תוכן עניינים ב

3.1.5 שמירת דינים
ומעמדה
עמוד 71

3.1.6 תוצאות הפגם
החוקתי
עמוד 72

3.2 זכויות אזרח
במשפט הפרטי
עמוד 74

3.3 כבוד האדם
עמוד 78

3.4 זכויות חברתיות
עמוד 79

3.5 חופש העיסוק
עמוד 83

3.6 שוויון
עמוד 87

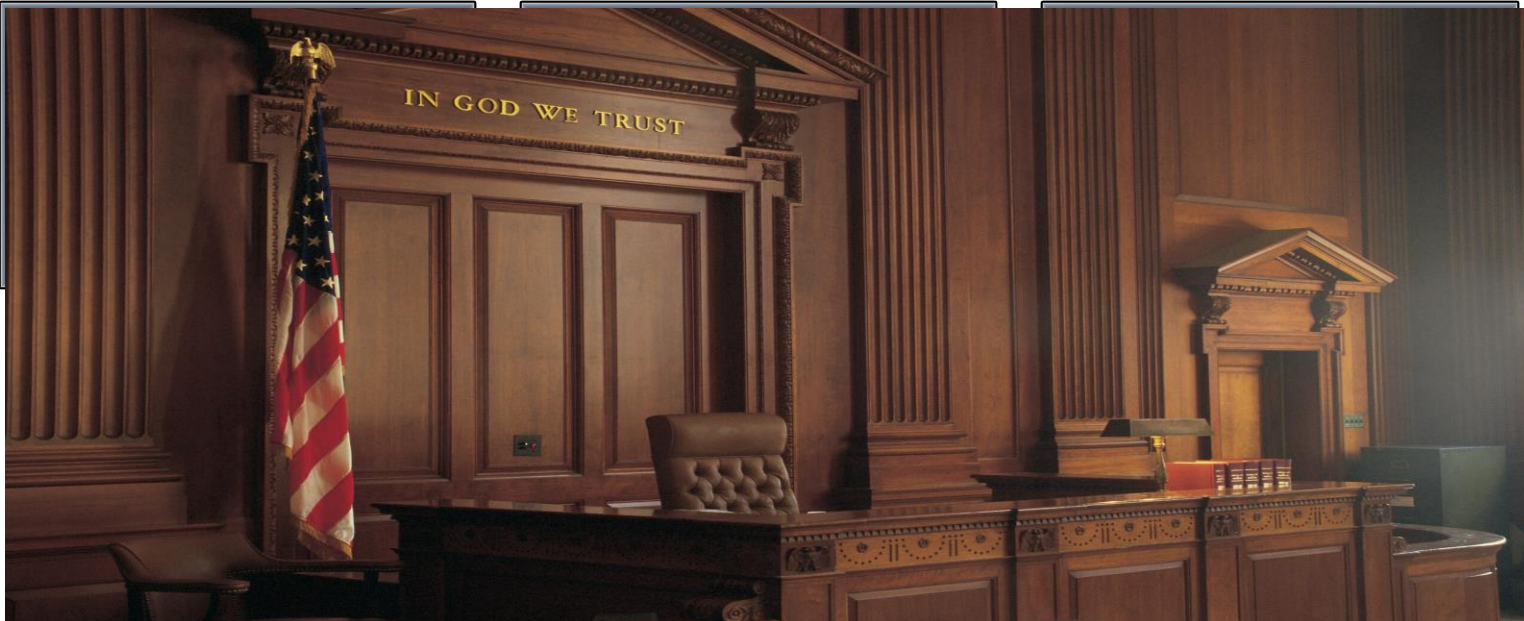
3.7.1 חופש הדת
עמוד 93

3.8.1 רציונל ומעמד
חופש הביטוי
עמוד 99

4 סמכויות חירום
עמוד 104

5.1 הגירה ומרשם
עמוד 107

5.2 בחירות
ומפלגות
עמוד 110



"המצפן" – כיצד תתמצא בקייס של גידי במבחן?

קייס של גידי יתחיל תמיד בחוק או תקנה – זהה את מאפייני הבסיס של החוק. זה קריטי לניתוח העבודה



- עקרונות יסוד(נוסח לאור), חוק יסוד משוריין מהותית/פורמלית/ לא בכלל, חקיקה ראשית רגילה, חקיקת משנה, חקיקת חירום תלוית הכרזה/ לא תלויה, סמכות שיורית, העברת סמכויות לגופים פרטיים
- במידה ומדובר בחקיקת משנה/ תקנות וצווים/ האצלה לגורם פרטי שאל מייד: מה עם כלל "ההסדרים הראשוניים"? כמו כן, האם יש הסמכה מפורשת לפגיעה? האם מותר להעביר את הסמכות?
- זהה את "ההגנות" שיש לחוק הפוגע – שמירת דינים, פסקת התגברות, הסמכה מפורשת בחקיקה, סמכות חירום ועוד
- זהה את מסגרת הזמנים – האם מדובר בחוק לפני המהפכה החוקתית? איפה אנחנו נמצאים? במידה ועוסקים בסוג זכות מסוים – בחן אל מול ציר הזמנים בהתפתחות החקיקתית של אותה הזכות

זהה את הזכויות הנפגעות ומעמדן – ראשית בחן האם מדובר בשינוי או פגיעה לפי מבחני פס"ד דרור



- כבוד האדם, חופש העיסוק, שוויון, חופש הביטוי, זכויות חברתיות, חופש דת ומדת, ומלכת כל הזכויות – אוטונומיה. רובן נגזרות מכבוד האדם ברמה כזו או אחרת
- זהה את הרציונלים העומדים בבסיס הזכות והשתמש בהם בניתוח. גידי תמיד מקפיד על כך.

זהה את מעמד הגוף הנתקף – פרטי או ציבורי? האם ניתן להחיל עליו נורמות ציבוריות בכלל?

- ניתן לנסות להחיל דרך מושגי שסתום או דו מהותיות בהתאם לקריטריונים

דרך התקיפה – 3 עיקריות

- בחר האם אתה הולך על תקיפה מהותית – פגם בתוכן החקיקה, תקיפה עקב חריגה מסמכות – בחוק עצמו אין בעיה אבל אין סמכות להתקין אותו, או תקיפה עקב פגם בהליך החקיקה
- תקיפה באמצעות הכלים "הרגילים" – פסקת ההגבלה על כל מבחניה המורחבים, מבחני המידתיות וכול"
- תקיפה אל מול מבחנים ספציפים לפרק הרלוונטי – לדוגמה "מבחן שריד" במעורבות בעבודת הכנסת



דעות מיעוט ורקע חקיקתי

- שים לב להתייחס גם לזה. בפתרונות של גידי מופיעה התייחסות מפורשת למבחן גורולבסקי, למרות שהוא כבר לא ממש בתוקף, ובנוגע לבחינת פגיעה בחוקי יסוד שותקים הוא דרש את כל הרקע החקיקתי כולל המזרחי. שים לב להתייחס גם לדעות מיעוט רלוונטיות

תוצאות הפגם האפשריות

- ביטול החוק(פרוספקטיבי, אקטיבי, רטרופקטיבי), קריאה אל תוך החוק, צו לתיקון החוק, פיצויים, צו לחוקק חוק(לא קרה בישראל)



זכור לצאת עם מסקנה ברורה באשר לסיכויי תקיפת החוק. עבור על העבודה עוד פעם לוודא שלא פספסת שום דבר וצא מהמבחן עם חיוך!:-) זכור שאנשים מטומטמים בהרבה ממך עשו את המבחן הזה והשמש בכל זאת זרחה יום אחרי

מאפייני החוקה

עליונות

- במקרה של סתירה בין חוק רגיל לחוקה - החוקה תגבר

נוקשות – מנגנון מיוחד לשינוי החוקה

- שריון יחסי – דרוש רוב מיוחד/מוחלט לשינוי החוקה
- שריון מוחלט (נדיר). לא ניתן לשנות את החוקה
- שריון מותנה – רק בהינתן אירוע מסוים
- שריון זמני – מתן אפשרות לשינוי לאחר תקופה מסוימת בלבד

סגנון

- מפרטת עקרונות תמציתיים בלבד ללא ירידה לפרטים

מהות

- מתעסקת בעקרונות יסוד של האומה והחברה, בכללי המשחק הדמוקרטי ובזכויות היסוד

אופן יצירת החוקה

- על ידי אסיפה מכוננת. קבלת חוקה לעיתים אינו באינטרס של האסיפה כי היא מגבילה את כוחה לפעול

טענות כנגד חוקה

חוסר הסכמיות אמיתית בנוגע לערכים
יש הרבה דעות בחברה וקשה לאמץ מסגרת מקובלת על הכול



סתירה עם עיקרון שלטון העם
סמכויות פירוש החוקה מועברות לשופט וממילא מתקבלות ע"י ביהמ"ש ולא העם, מה שהופך את ביהמ"ש לשחקן פוליטי



קיבעון אידאולוגי- פוליטי
כובל דורות לסטנדרטים של דורות קודמים
נניח בדור מסוים היה עיקרון שהיום ייחשב למיושן או לא מוסרי – במידה ויש חוקה יהיה קשה לבטל אותו



לא ברור כמה חוקה יעילה בהגנה על ערכי יסוד
נניח בגרמניה שלפני היטלר הייתה חוקה מאוד ליברלית וזה לא מנע את עלייתו. ביהמ"ש לא באמת יכול למנוע את רצון העם במידה והוא "משתגע"



פתרון



הגבלת היקף הביקורת השיפוטית

לדוגמה מקרה גרוניס, בו הוא אומר שביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית תהיה רק במקרה של פגיעה במנגנונים ובכללי משחק דמוקרטיים



מנגנון בחירת שופטים דמוקרטי וקציבת זמן כהונה

כך יבחרו שופטים המשקפים את ערכי הדור
בעיה: ברגע שהשופט נבחר כבר אין עליו מנגנוני לחץ והוא עושה מה שהוא רוצה



הורדת רף השריון

כך אנו מתמודדים עם בעיית הכבילה לדורות קודמים. שינוי החוקה גמיש יותר.
בעיה: מה עשית בזה? אם החוקה גמישה – היא גם לא מספקת הגנה נוקשה לערכים.



קביעת כללים לפרשנות

על ידי קביעת סטנדרטים לפרשנות נמנע ממתן כוח חזק מדי לשיקול דעת של שופטים לבימ"ש
בעיה: אי אפשר באמת לשלוט על פרשנות של שופטים/ או לחילופין אם אתה מתעקש על פרשנות מינימליסטית אוריג'ינליסטית אתה כבול לערכי דור קודם עוד יותר

בעיה



סמכויות פירוש החוקה מועברות לשופט וממילא מתקבלות ע"י ביהמ"ש ולא העם, מה שהופך את ביהמ"ש לשחקן פוליטי ומעניקות לו סמכויות רבות מדי



סמכות פירוש מרחיבה וקיבעון וכבילה לערכים של דורות קודמים

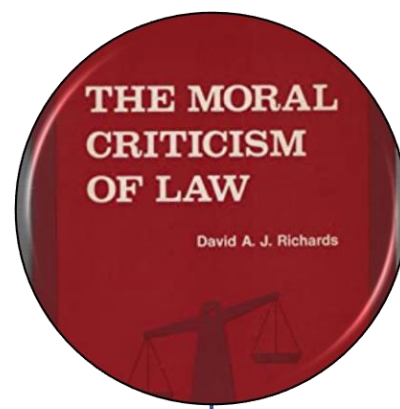


קיבעון וכבילה לערכי דור קודם



סמכות פירוש מרחיבה המשאירה שיקול דעת נרחב מדי לשופט

**פתרונות אפשריים לבעיות הנובעות
מקיום חוקה**



מודלים לביקורת שיפוטית



משפט קונטיננטלי
מודל ריכוזי
נהוג באירופה



רק בית משפט מוסמך
לחוקה מבצע ביקורת
שיפוטית



המשפט המקובל
(Common Law)
מודל ביזורי
נהוג בארה"ב, אנגליה,
אוסטרליה, ניו זילנד וכול



כל בית משפט יכול לדון
בענייני חוקה

סיבות לאי-יצירת החוקה בשנים הראשונות לקיום המדינה



התנגדות לקביעת כללים נוקשים של חוקה ע"י מיעוט היהודים שכרגע בארץ אל מול הרוב



התנגדות דתית
התורה היא החוקה שלנו. לא צריך חוקה אחרת. מקובל לטעון שזו הסיבה המרכזית, אך לפי גידי זו לא טענה מדויקת



בן גוריון ומפא"י
התנגדות של בן גוריון ומפא"י לקביעת חוקה כי היא תגביל את יכולתם לשלוט



שעת חירום
המצב הבטחוני לא היה מתאים לקביעת חוקה



**ציר זמנים נקודות חוקתיות משמעותיות מהקמת
המדינה ועד לבג"ץ לאור והמהפכה החוקתית**



1963
בג"ץ שטרייט
במידת האפשר
פרשנות החוק
תהיה לטובת זכויות
אדם

1969
בג"ץ ברגמן
בפעם הראשונה
בישראל פסילה של
חקיקה ראשית
הסותרת סעיף הדורש
רוב בחוק יסוד משוריין
פורמלית

ביקורת שיפוטית על
חקיקה ראשית בפעם
הראשונה בישראל

1973
בג"ץ נגב
חוק התקנים גובר
על חוק יסוד:
הממשלה
(לא משוריין)

1973
בג"ץ קניאל
חקיקה רגילה
גוברת על חוק
יסוד: הכנסת
(משוריין)

1981
בג"ץ מיטראני
חיזוק הלכת בז'רנו
פגיעה בזכויות על
בסיס הסמכה
בלבד. על המחוקק
להסמיק את מחוקק
המשנה באופן
מפורש



ציר זמנים נקודות חוקתיות משמעותיות מהקמת המדינה ועד לבג"ץ לאור והמהפכה החוקתית

1953

בג"ץ קול העם
ביקורת מהותית
של ביהמ"ש על
החלטות הפוגעות
בזכויות יסוד

קיימת זכות לחופש
הביטוי מעצם היות
המדינה דמוקרטית.
פגיעה נעשית ע"י
מבחן ה"וודאות
הקרובה": כמה
סביר שתהיה
פגיעה ומה
עוצמתה?

1950

החלטת הררי
החלטה על כתיבת
חוקה בחלקים

1949

פרשת בז'רנו
הגנה על זכויות
אדם בהעדר חוקה
הרשות זקוקה
לחקיקה על מנת
להגביל חירות של
הפרט

אוקטובר 1948
פרשת גוברניק

נקבע כי למגילת
העצמאות אין תוקף
חוקתי או חוקי

מאי 1948

במגילת העצמאות
נקבע כי תתקבל
חוקה עד לאוקטובר
באותה שנה

עד אז תפעל
מועצת העם
כמחוקק זמני

סיבות ונסיבות המהפכה החוקתית וחקיקת חוקי היסוד של 1992

דינמיקה של פשרות

מבינים שלא ניתן להעביר חוקי זכויות אדם כוללים בבת אחת, ולכן מפרקים לחתיכות של כבוד אדם, חופש העיסוק וכדומה. מוציאים את ערך השוויון שלא היה מקובל על הדתיים

חולשת מפלגת העבודה והאליטות הישנות

עד 1977 מפלגת העבודה הייתה בשלטון ולא רצתה חוקה. עם התגברות מחנה הימין וציבורים שוליים כגון דתיים, מזרחיים, ערבים ועולי ברית המועצות האליטה הישנה רצתה להעביר סמכויות מהרשות המחוקקת לגוף בו הם שולטים

דינמיקה של הטעיה

יש הטוענים שרובינשטיין ומצדדי החוק נקטו בטקטיקה של הרדמת המתנגדים

מיאוס מהמערכת הפוליטית

עקב מעשי שחיתות ותרגילים לא כשרים, ורצון להעביר סמכויות לבית המשפט העליון כגוף אחראי ובוגר

חשוב להדגיש שהמהפכה החוקתית היא תוצר של בית המשפט העליון, לא הכנסת



חשוב להדגיש שככל הנראה רבים מהאנשים שהשתתפו בחקיקה לא הבינו את המשמעויות שברק יוציא מהחוק



חולשת הטענה

הטענה מניחה שחברי הכנסת הדתיים לא היו חכמים במיוחד

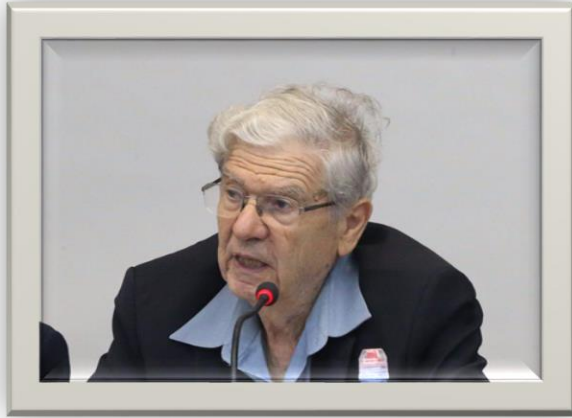
חיזוק לטענה

השתתפות דלה של ח"כים. חוסר חגיגיות. חוסר הבנה של המשתתפים על מה בדיוק הם מצביעים

חולשת הטענה

לא הייתה הבנה על מה מצביעים. לא היו הצהרות חגיגיות בעיתונות. כלל המצביעים משני הצדדים לא הגיעו אפילו ל-61

ציר זמנים במהפכה החוקתית



המהפכה החוקתית מושלמת!

2003
בג"צ חרות

בפעם
הראשונה
בישראל בג"ץ
פוסל חקיקה
של הכנסת
העומד
בסתירה לחוק
יסוד שאינו
משוריין כלל

1999
בג"ץ צמח

בפעם הראשונה
בישראל בג"ץ
פוסל חוק של
הכנסת כי הוא
סותר חוק יסוד
משוריין מהותית
בלבד (כבוד
האדם וחירותו)
עוד צעד
במהפכה
החוקתית
נקבע שתיקון
מטיב בחוק לא
מוגן בס' שמירת
דינים

1997
בג"צ מנהלי
ההשקעות

בפעם הראשונה
בישראל בג"ץ
פוסל חקיקה של
הכנסת בטענה
שהיא מתנגשת
עם חוק יסוד
משוריין –
פורמלית –
חופש העיסוק
שימוש ב"עיפרון
הכחול": ניתוח
ופסילה של חלק
מחוק שלם

1995
בג"צ בנק
המזרחי

ברק מצהיר
שלחוקי יסוד
עליונות
נורמטיבית על
חקיקה רגילה
ולבימ"ש זכות
לפסול חוקים
הסותרים חו"י
חשין בדעת
מיעוט סובר
שאין עליונות
נורמטיבית
לחוקי יסוד

1992
חוקי היסוד
כבוד האדם
וחירותו וחופש
העיסוק
מתקבלים
בכנסת
בגדול, אף אחד
לא שם לב
לכלום, בטח לא
למהפך חוקתי

1990
בג"צ לאו"ר
ברק מצהיר שלדעתו
ניתן לפסול חקיקה
ראשית הסותרת
עקרונות יסוד גם אם
אינם מעוגנים/
משוריינים, אך הדבר
אינו נהוג
כרגע אין ביטוי מעשי,
זה רק סימן לבאות

1969
בג"צ ברגמן
בפעם הראשונה
בישראל נפסל חוק
ע"י בימ"ש בטענה
שנוגד שריון של
חוק יסוד
לא מדובר במהפכה
חוקתית, אלא
בבג"ץ שחשוב
להכיר בהקשר

ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 – פס"ד "המזרחי"

בשנת 1995 התרחש משבר חקלאי חמור שפוגע בחקלאים. המדינה מחוקקת חוק ששומט את חובות החקלאים לבנקים. בנק המזרחי עותר לבג"ץ בהרכב של ברק, שמגר וחשין, ואומר שמדובר בפגיעה בזכות הקניין שמוגנת בסעיף 3 של חו"י כבוד האדם וחירותו ללא מילוי התנאים המתירים פגיעה בחוק לפי סעיף 8, שהם:

באופן ההולם את ערכי מדינת ישראל	לתכלית ראויה	במידה שאינה עולה על הנדרש	לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו
---------------------------------	--------------	---------------------------	------------------------------



ביהמ"ש פוסק כי החוק עומד בארבעת הקריטריונים לעיל וכי אין סיבה להתערב בו



במהלך הדיון דנו השופטים בסוגיות חוקתיות כבדות משקל (פסק הדין הוא 519 עמודים) ונחלקו בדעתם

השקפת השופט ברק

השופט ברק סבור כי יש להבחין בין הכנסת כרשות מחוקקת, לבין הכנסת כרשות מכוננת. ברק טוען שהכנסת היא רשות מכוננת מכוח הנסיבות הבאות:

ירושתית

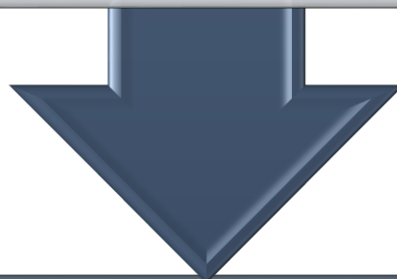
היא ירשה את סמכותה ממגילת העצמאות דרך הכנסת הראשונה, שהוסמכה לכונן חוקה
זו התזה המקובלת יותר כיום

הכרתית

הכנסת הוכרה ע"י בימ"ש כבעלת סמכות מכוננת

היסטורית וציבורית

היא נתפסת היסטורית וציבורית כבעלת סמכות לכונן חוקה



עקב כך, ברק פוסק כי לחוקי היסוד יש עליונות נורמטיבית על חקיקה רגילה, וביהמ"ש יכול לבטל חקיקה של הכנסת אם היא סותרת חוקי יסוד (בעצם – "המהפכה החוקתית")

השופטים שמגר וחשין



השופט חשין סבור כי הסמכות המכוננת הייתה נתונה לכנסת הראשונה בלבד, ולכנסת הנוכחית אין סמכויות מכוננות, וממילא חוקי היסוד שלה אינם בעלי מעמד מיוחד או עליון



השופט שמגר סובר כי הכנסת היא "ריבון עליון" ובסמכותה לכונן חוקה. הוא לא נצרך לפלפולים ולהצדקות של ברק, אלא רק אומר שסמכותה בלתי מוגבלת

ברק מבצע הבחנה ואומר שיכולים להתקיים שני סוגי שריון:



שריון פורמלי
חוק יכול להשתנות רק ברוב הגבוה בחוק
לדוגמה – ברוב של 80, או $\frac{2}{3}$ מחברי הכנסת



שריון מהותי
ניתן לפגוע בחוק רק אם החוק הפוגע עומד
בתנאים המפורטים בשריון של החוק המשוריין



יצחק זמיר

צמח נגד שר הביטחון (1999)

יעקב קדמי



החייל שגיא צמח נעצר לזמן ארוך שמותר ע"פ השיפוט הצבאי, אך לא האזרחי

נטען כי זמן המעצר הארוך אינו עומד במבחן השני לפגיעה בחו"י כבוד האדם וחירותו. "במידה שאינה עולה על הנדרש". היה ניתן להשיג משמעת בצבא ללא המעצר הארוך.



הצבא מסכים, אך אומר שיישום מידי יעלה כסף

זמיר קובע שהפגיעה אינה מידתית ופוסל את החוק פסילה פרוספקטיבית (עתידיית), ונותן לרשות 6 חודשים לתיקון החוק, במהלכם החוק תקף



בחו"י כבוד האדם וחירותו יש סעיף שמירת דינים, כלומר הוא אינו פוגע בחוקים שכבר היו קיימים, אך הסעיף הספציפי של המעצר, שהקל לעומת החקיקה הקודמת, הוכנס בזמן האחרון, ולכן זמיר מתיר לעצמו לדון בו

בניגוד לעמדתו בפרשת המזרחי שבסתירה בין חו"י משוריין מהותית לחקיקה רגילה הכנסת יכולה לגבור באזכרה מפורשת, במקרה זה חשין מצטרף לחבריו בהרכב ואינו מזכיר את יכולת הגבירה של הכנסת

בפעם הראשונה בישראל נפסלת חקיקה על בסיס חוק יסוד לא משורין פורמלית!

סוגי פסילת חוקים

רטרוספקטיבית פסילה
לאחור. החוק לעולם לא
היה תקף



אקטיבית
החוק לא תקף מעכשיו



פרוספקטיבית
פסילה לעתיד החוק לא
יהיה תקף מנקודה
בעתיד

תשדיר בו דגל ישראל הופך
לדגל פלסטיין והתקווה
הופכת לבילאדי בילאדי

חשין פוסל את התשדיר כי זו
פגיעה לא לגיטימית בדגל
ובהמנון

סעיף 137 לחוק הבחירות
אומר שהסמכות היא לוועדת
הבחירות, ושום בית משפט
לא יזדקק להחלטות של
הועדה, ולכן לבימ"ש אין
סמכות לדון בנושא

בניגוד לכך, סעיף 15 לחוק יסוד
השפיטה אומר שלבג"ץ יש
סמכות לתת דין צדק, אם הוא
רואה שהייתה הפרה. בסעיף ד
כתוב שבג"ץ מוסמך לתת צווים
לגופים במדינה, ולאנשים
הממלאים תפקידים ציבוריים

ברק אומר שחוק הבחירות
בטל אל מול חוק יסוד
השפיטה

בפעם הראשונה נפסלת
חקיקה ראשית עקב חוק
יסוד שאינו משוריין כלל!

בג"ץ חרות נגד ועדת הבחירות

היפוך הלכת נגב. השלמת
המהפכה החוקתית!

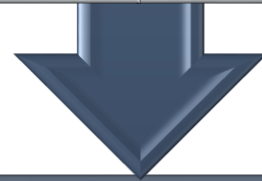
* ברק אומר שניתן לפרש את החוק שאומר ששום בית
משפט לא יזדקק להחלטות הועדה ככזה שאינו מדבר על
בג"ץ, והוא מעדיף פרשנות זו, כי היא הרמונית יותר

פגיעה שינוי בחוקי יסוד בפס"ד המזרחי

כיצד ניתן לשנות חוק יסוד? (משוריין או לא משוריין)

חשין : באמצעות חוק רגיל

ברק ושמגר – רק באמצעות חוק יסוד אחר

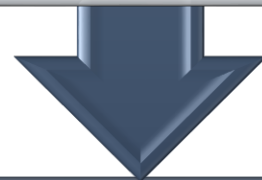


כיצד ניתן לפגוע בחוק יסוד משוריין?

חשין : באמצעות חוק רגיל

שמגר - באמצעות עמידה בתנאי השריון

ברק – באמצעות חוק העומד בשריון המהותי



כיצד ניתן לפגוע בחוק יסוד לא משוריין?

חשין: באמצעות חוק רגיל

שמגר : באמצעות חוק יסוד

ברק : משאיר בצריך עיון. בפס"ד מאוחר יותר יגיד שרק באמצעות חוק יסוד

מניין מכניס בית המשפט את שאר זכויות האדם?

הסתמכות על מגילת העצמאות

בסעיף 1 לחוק כתוב "הזכויות יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות"

כלומר החוק נותן תוקף לזכויות אדם על פי מגילת העצמאות

הסתמכות על סעיף 1 לחוק

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"

על בסיס זה ניתן להכניס את שאר זכויות האדם

עיגון בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

ההצעה הבולטת יותר, וזו שנתמכת ע"י ברק קריאה מרחיבה של החוק ממנה ניתן להכניס גם ערכים אחרים כגון שוויון.

כלומר, לא רק שאסור להשפיל בני אדם, אלא חובה לכבד את האוטונומיה שלהם, ואת הבראם בצלם

טענת נגד

סעיף 1 הוא סעיף המטרה בחוק, ולא ניתן לקבוע נורמות על פיו

טענות נגד ספציפיות:

א. הפירוש המרחיב מנוגד לפירוש הלשוני הטבעי
ב. ברור שמסורתית בימ"ש מפרש כבוד כחוסר השפלה ולא בפרשנות מרחיבה
ג. אם באמת הזכות לכבוד מכלילה את שאר הזכויות – למה כתוב "בחיו, בגופו או בכבודו של אדם"?

טענות נגד מהותיות:

א. מדובר בעקיפה של רצון המחוקק שלא התכוון לפרשנות מרחיבה
ב. אם בג"ץ מנצל חוקים של הכנסת ליצירת פלטפורמות נרחבות, הכנסת לא תחוקק יותר חוקים שיתנו לבג"ץ פלטפורמה, וזה יפגע בחקיקה בישראל
ג. צריך לנקוט גישה אוריג'נליסטית בפרשנות, כי החוקים צעירים מאוד, וברור מה כוונת המשורר

*Ich
Dien*



מתן מעמד חוקתי
לזכויות חברתיות
באמצעות פרשנות
מרחיבה של חו"י כבוד
האדם וחירותו בבג"ץ חסן
(2012)



מתן מעמד חוקתי לערך
השוויון באמצעות
פרשנות מרחיבה של חו"י
כבוד האדם וחירותו
בבג"ץ רסלר (2012)



הכנסת ערכים ונורמות
שלא פורטו בחוק למעמד
עליון של חוק יסוד
באמצעות פרשנות
מרחיבה מאוד של המונח
"כבוד"

אז מה היה לנו? טבלת שליטה בהשלמת חלקי חוקה חסרים

עיקרון ההשתתפות

עיקרון
הפומביות
הליך
חקיקה
נעשה באופן
פומבי

עיקרון
השוויון
כל קול
שווה
לחברו.
אחרת אין
הכרעת רוב
אמיתית

הכרעת
הרוב
הרוב
מכריע בין
אפשרויות
שונות

עקרונות יסוד בחקיקה

ע"פ הנשיאה בייניש
בפס"ד מגדלי העופות
נגד ממשלת ישראל

זכותו של
כל חבר
כנסת
להשתתף
בהצבעה

זכותו של
כל ח"כ
לדעת
ולהבין על
מה הוא
מצביע

היכולת
לגבש
עמדה לגבי
החוק



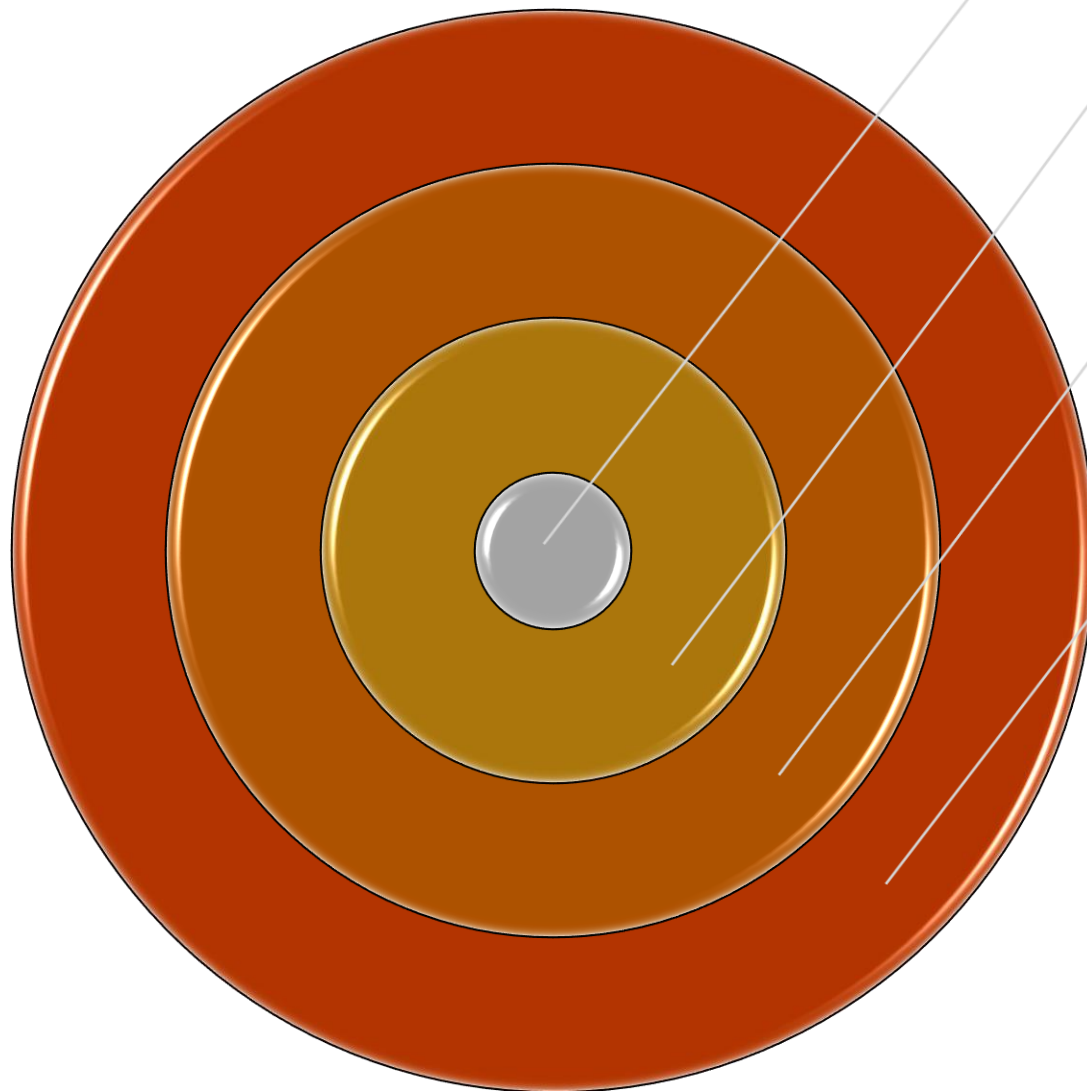
**כיצד נדע האם נפל פגם בהליך החקיקה?
מתוך בג"ץ מס ריבוי דירות (קווטינסקי)**

**משך הדיון ביחס
למורכבות ההצעה**

**השפעת הדיון בועדה
הרלוונטית על תוכן
החוק ומהותו**

**תשתית מחקרית
ועובדתית שצורפה
להצעת החוק**

**פרק הזמן מעת
העברת החוק לעיון
חברי הכנסת ועד
להצבעה עליה**





דורית בייניש

2004

בג"ץ מגדלי העופות
הצהרה של בימ"ש על יכולת לפסול חקיקה עקב פגמים בתהליך חקיקת החוק

עקרונות יסוד בחקיקה: הכרעת הרוב, עקרון השוויון, עקרון הפומביות, ועקרון השתתפות

2006

בג"ץ ארדן

ברק קובע בנוגע למקרה שאין פגיעה בערכים מהותיים של המשטר החוקתי ומעדיף את עצמאות הרשות המחוקקת

פברואר 2012

בג"ץ רסלר

ערך השוויון
מועלה למדרגה חוקתית באמצעות פרשנות מרחיבה של חו"י כבוד האדם וחירותו

פברואר 2012

בג"ץ חסן

זכויות חברתיות
מועלות למדרגה חוקתית באמצעות פרשנות מרחיבה של חו"י כבוד האדם וחירותו

2017

בג"ץ מס ריבוי דירות (קוויטנסקי)

בפעם הראשונה נפסלת חקיקה עקב פגם בהליך החקיקה ע"י סולברג (בנימוק שדווקא מחזק את הכנסת מול הר' המבצעת)

ציר זמנים

בהתקדמות הביקורת השיפוטית לאחר המהפכה החוקתית

צ'ק ליסט לפתרון אירוע בפרק ביקורת שיפוטית הליכית – 1.2.4

ביקורת שיפוטית הליכית

- ביטול חוק ע"י בימ"ש לא כי יש משהו בעייתי בחוק עצמו, אלא כי הוא התקבל בהליך לא תקין. לדוגמה: ח"כים מקבלים הצעה על תקציב של 10 מיליארד דולר ומתבקשים להצביע על ההצעה 10 דקות מאוחר יותר

הנוהג כיום

- נקבע בבג"ץ קוואטינסקי שיש לבטל הליך חקיקה פגום באופן שורשי ואכן עשו זאת בקוואטינסקי בפעם הראשונה – במקרה הספציפי קיבלו הצעה בתשע והצביעו לקראת חצות(סולברג, קוואטינסקי)
- במידה ואפשר להפריד חלקים מהחוק יש לעשות זאת. בקוואטינסקי ביטלו את החלק הפגום בלבד

מבחני בייניש במגדלי העופות

- בייניש מבססת ארבעה עקרונות יסוד של הליך החקיקה - הכרעת הרוב, עקרון השוויון, עקרון הפומביות, עקרון ההשתתפות
- עיקרון ההשתתפות כולל: 1. הזכות להשתתף בהצבעה 2. להבין ולדעת על מה אתה מצביע 3. היכולת לגבש עמדה לגבי החוק. במידה ולא עומדים במבחנים יש לדון בביטול החוק

דעת המיעוט של מזוז בקוואטינסקי

- יש להזכיר את דעת המיעוט של מזוז לפיה יש למעט מאוד בביקורת הליכית ולהשתמש בה רק במקרים קיצוניים שבקיצוניים

ארדן ומגדלי העופות כמקרה מרסן

- אפשר להתייחס לבג"ץ ארדן כמקרה בו בימ"ש מעדיף את עצמאות הרשות המחוקקת ונמנע מלהתערב. יחד עם זאת, יש שם הצהרות על פסילת חוקים במידה ויש בהם "פגם היורד לשורש הליך החקיקה"(ארדן)

טענות לעצמאות הרשות המחוקקת

- סולברג, שופט שמרן בדרכ, טוען שדווקא כאן ביקורת שיפוטית שומרת על עצמאות הרשות המחוקקת, מכיוון שהיא מאפשרת לחברי הכנסת להבין על מה הם מצביעים ולא להיות מובלים כצאן להצבעה על פי סיעה

**ציר זמנים
בפגיעה
בחוקי יסוד
"שותקים"**

2005

**בג"ץ בנק המזרחי
דיון בפגיעה בחוקי
יסוד "שותקים"**

1996

**בג"ץ הופנונג
דיון באפשרות לייבא
פסקת הגבלה לחו"י
שותק על מנת להגן
על זכות השוויון
ללא הכרעה**

2003

**בג"ץ מופז
בימ"ש נוטה לייבא
את פסקת ההגבלה
מחו"י כבוד האדם
ע"מ לפסוק אם פגיעה
בחו"י הכנסת הוא
חוקתי
בימ"ש נוטה לייבא
את פסקת
ההגבלה(עדיין
אוביטר), מוגבל
כרגע לערכים
שמתנגשים עם כבוד
האדם**

2009

**בג"ץ הפרטת בתי
הסוהר
השופט לוי בדעת
מיעוט קובע שניתן
לייבא בחלק מהמקרים
את מבחן המידתיות
ופסקת ההגבלה לכל
חוק יסוד גם אם הוא
שותק, ומבחן
המידתיות הוא
אוניברסלי
החידוש: קביעה של
דעת מיעוט שניתן
לייבא במקרים
מסוימים פסקת
הגבלה גם לחוקים
מוסדיים, ולא רק
לזכויות אדם**

2015

בג"ץ גוטמן

**השופטת חיות נוטה
להגיד שניתן לייבא
את פסקת ההגבלה
של כבוד האדם לחו"י
הכנסת. היא נמנעת
מלהכריע, אך נוטה
לפסוק שגם אם
פגיעה(לא שינוי)
מתקבלת ברוב
(כדרוש בשריון החוק)
עדיין צריך לעמוד
בפסקת ההגבלה**

צ'ק ליסט לניתוח אירוע פגיעה בחוק יסוד "שותק" – 1.2.5

רקע חוקי

- בעקבות המהפכה החוקתית נוצרה בעיה: לחוקים משוריינים יש מנגנון פגיעה. מה עושים עם חוקים לא משוריינים? איך פוגעים בהם?
- במזרחי היו כל מיני דיונים מעניינים בין שמגר לברק. בעיקר היסטוריה. בפס"ד חירות נקבע שפגיעה בחוק יסוד שותק היא רק באמצעות חוק יסוד אחר
- זה יצר בעיה: בחוק יסוד משוריין קל יותר לפגוע מחוק יסוד רגיל? זה אבסורד! בנוסף, זה גורם לנוקשות רבה
- עקב כך פתחו מנגנון חדש: ייבוא פסקת הגבלה לחוק יסוד שותק

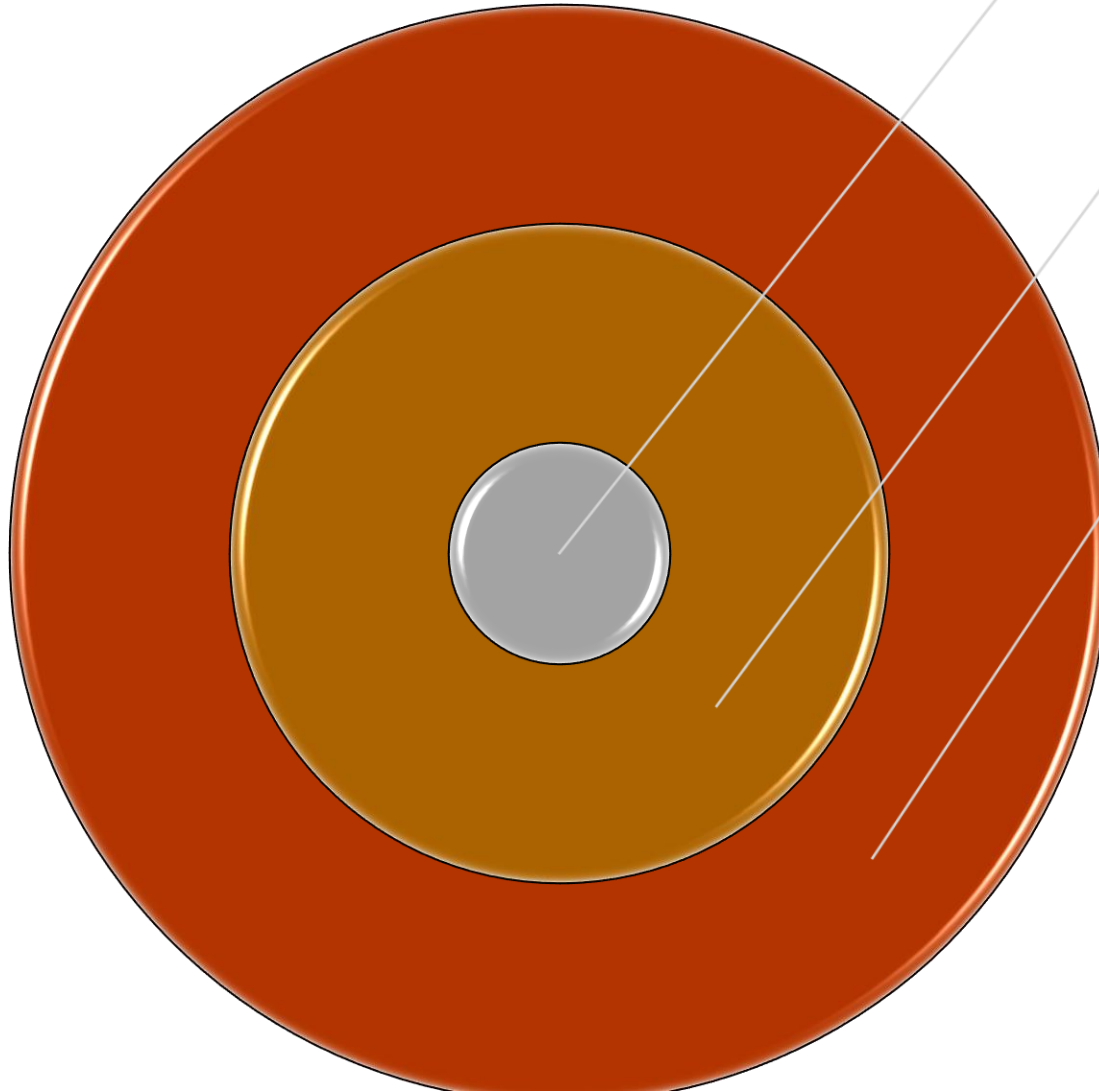
ייבוא פסקת הגבלה

- בהופנונג דנים באפשרות לייבא פסקת הגבלה כדי להגן על הזכות לשוויון (אוביטר)
- במופז נטיה לייבא פסקת הגבלה מכבוד האדם לחוק יסוד הכנסת כדי לבדוק פגיעה (אוביטר)
- בהפרטת בתי הסוהר קביעה של לוי שניתן לייבא פסקת הגבלה לכל חוק יסוד. גם כאלה שאינם עוסקים בזכויות אדם (דעת מיעוט)
- בגוטמן חיות נוטה להגיד שאפשר לייבא פסקת הגבלה לחוק יסוד הכנסת, אפילו במקרים של פגיעה ברוב לפי ס' 4(אוביטר)

שורה תחתונה למבחן

- נטייה לייבא פסקת הגבלה. עדיין מוגבל לאוביטרים ולדעת מיעוט. אם יש קייס אפשר להשתמש, לבסס על הדוגמאות, אבל אז גם לטעון מהצד השני שזה לא הוכרע

השקפות אפשריות בנוגע לפגיעה
בחוק יסוד על פי השופט שמגר
בפס"ד המזרחי (היסטוריה נטו)



1. יש יתרון לחוק ספציפי
על פני חוק יסוד, כי חוק
יסוד הוא כללי וחוק רגיל
מתמקד בנושא ספציפי בו
הוא עוסק

2. ניתן לפגוע בחקיקת יסוד
ע"י חקיקה רגילה, אבל צריך
לפרש בחוק בבירור שהוא
מחוקק למרות חוק
היסוד (ברק מעדיף את זה)

3. יש עליונות נורמטיבית
ברורה לחוק יסוד, וכדי
לפגוע בו צריך חקיקה באותו
מדרג נורמטיבי, כלומר –
חוק יסוד

האפשרות ששמגר מעדיף

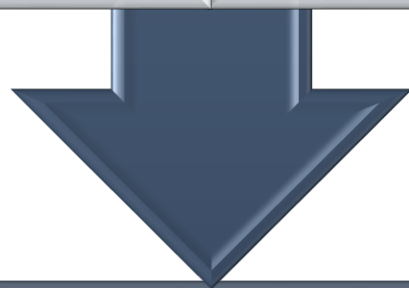


שינוי ופגיעה בחוקי יסוד בפס"ד המזרחי

שינוי חוק יסוד על פי ברק

או באמצעות חקיקה רגילה, אם חוק היסוד מתיר זאת

באמצעות חוק יסוד אחר



פגיעה בחוק יסוד על פי ברק

חוק יסוד לא משוריין – נוטה להגיד שאם אומרים במפורש שהחוק למרות חוק היסוד – אפשר בחקיקה רגילה. משאיר בצריך עיון³⁴

חוק יסוד משוריין/עם פסקת הגבלה – ע"פ פסקת ההגבלה

האבולוציה (או מהפך) בדעת ברק בנוגע לפגיעה בחוקי יסוד שותקים

משמעות



**חוק יסוד משוריין חזק יותר מחוק יסוד לא משוריין
למה?**

בחו"י משוריין פוגעים רק ע"פ שריון

בחו"י לא משוריין פוגעים בחקיקה רגילה תוך אזכור שפוגעים
למרות חו"י



**שורה תחתונה – חוק יסוד משוריין חלש יותר מחוק יסוד שותק
למה?**

בחוק יסוד משוריין אפשר לפגוע באמצעות עמידה בפסקת הגבלה
בחוק יסוד לא משוריין ניתן לפגוע רק באמצעות חוק יסוד אחר

אמירה



1995

פס"ד המזרחי

נוטה לקביעה שניתן לפגוע בחו"י שותק באמצעות חקיקה רגילה, אם
מציינים במפורש בחקיקה שזה למרות חוק היסוד
משאיר בצריך עיון



2003

בג"ץ חרות

ברק אומר שחקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בחוק יסוד
שותק, וניתן לפגוע בו רק באמצעות חו"י אחר

מאפייני חוקה בפרשת המזרחי

מה מאפיין חוקה? איך אנחנו מזהים אותה?

ברק מסכים למאפיינים הצורניים, אך נוטה גם לזיהוי מהותי

שמגר נוטה ללכת למאפיינים הצורניים-טכניים כגון סגנון, תוכן, כותרת, שריון

שני השופטים מעלים שאלות

ברק שואל מה דינם של חוקים שחוקקו לפני הררי והם בעלי אופי חוקתי. כמו כן הוא שואל מה קורה אם הכנסת מחוקקת חוק שאינו חוקתי ומצמידה לו את הכותרת חוק יסוד?

שמגר שואל מה לגבי עקרונות חוקתיים חשובים שאינם מחוקקים בחוקי יסוד, כגון חוק השבות או חוק שיווי זכויות האשה? האם הם חוקתיים למרות העדר הכותרת?

ברק משאיר את שתי השאלות בצריך עיון, אך ניתן להבין שהוא נוטה לומר שבנוסף למאפיינים הצורניים, חקיקת יסוד אינה מתבטאת רק במאפיינים צורניים, אלא באופי החוקתי שלה. חשוב להדגיש שמסורתית זיהוי חו"י נעשה באמצעים צורניים, והוא נשאר כזה גם לאחר פרשת המזרחי

תרשים זרימה וצ'ק ליסט לניתוח אירוע בנושאי זיהוי חוקה, שימוש לרעה במכשיר חוקתי ותיקון חוקתי שאינו חוקתי

שלב א – זהה מושגי בסיס לזיהוי חוקה. אילו מאפיינים יש לחוק במבט ראשון?

- מבחן צורני – בדיקה ע"פ הצורה, המילים חוק יסוד, שריון, נוקשות ועוד
- מבחן מהותי – האם מדובר בעקרונות יסוד או זכויות יסוד של השיטה?

שלב ב – האם אתה הולך לכיוון של תיקון חוקתי שאינו חוקתי או שימוש לרעה?

- תיקון חוקתי שאינו חוקתי - תיקון חוקתי שבמהותו נוגד ערכי יסוד של המדינה – נניח קובעים בחוקה שאין יותר בחירות(פסילה מהותית)
- שימוש לרעה במכשיר חוקתי - לקיחת כלים חוקתיים ושימוש בהם שאינם קשורים לחוקה – נניח חוק יסוד: תקנות תעבורה בבית שאן. מה הקשר לחוקה?(פסילה טכנית)

רקע לזיהוי חוקה פס"ד המזרחי

- שמגר – זיהוי ע"פ מאפיינים צורניים(כותרת, נוקשות, שריון וכדומה)
- ברק – לבחון האם חוק היסוד מתאים מהותית להיות חלק מחוקה?

רקע למבחן משולב – בייניש בר-און (אוביטר)

- בייניש דנה בסוגי הזיהוי השונים. היא מציעה מבחן משולב לפיו המאפיין הצורני של המילים "חוק יסוד" הוא מחייב אך לא בלעדי. משלבים מאפיינים מהותיים. היא משאירה בצריך עיון

המרכז האקדמי אזהרת בטלות עקב שימוש לרעה במכשיר חוקתי

- ביהמ"ש מזהיר את הכנסת שאם תעשה שוב שימוש במנגנון הוראת השעה הוא יפסול את חו"י: הוראת השעה, כי תקציב הוא לא נושא חוקתי במהותו. ביטוי רציני ראשוני לקראת שימוש בדוקטרינה בישראל

תרשים זרימה וצ'ק ליסט לניתוח אירוע בנושאי זיהוי חוקה, שימוש לרעה במכשיר חוקתי ותיקון חוקתי שאינו חוקתי(ב)

סתיו שפיר - פסילה ראשונה של חוק בישראל עקב שימוש לרעה במכשיר חוקתי!

- שימוש ראשון בדוקטרינה בישראל לפסילת חוק

דעת חיות בפס"ד שפיר

- שימוש במבחן הזיהוי ומבחן הצידוק לזיהוי שימוש לרעה במכשיר חוקתי – בדיקה האם החוק תואם למסורת החקיקתית בישראל מבחינת מהות החוק, שאינו עוסק בנושאים פרסונליים ועוד. במידה ולא – מבחן הצידוק: בדיקה האם יש סיבה טובה בכל זאת לכלול אותו כחוק יסוד אף על פי שאינו מתאים

דעת ברק ארז בפס"ד שפיר – הדעה הקיצונית בשימוש בדוקטרינה

- מתנגדת ואומרת שלא הגיוני לבדוק חוק יסוד לפי התאמה למארג החקיקתי עד היום כי זו כבילה של המחוקק. מתנגדת למבחן 3 של חיו, וטוענת שאם החוק פרסונלי או זמני הוא נפסל מייד מציעה את מבחן המובחנות – האם יש פלישה של רשות אחת אל תחום חברתה?

דעת סולברג בפס"ד שפיר

- שימוש במבחן צורני בלבד לזיהוי חוקי יסוד. זה אמנם שטחי, אבל ישאיר את בימ"ש מחוץ למחלוקות, והמבחנים המהותיים מתירים שיקו"ד סובייקטיבי נרחב מדי בידי בימ"ש אל מול המחוקק

פס"ד בר-און - דיון בדוקטרינת תיקון חוקתי שאינו חוקתי

- בייניש נוטה לומר שתיקון חוקתי נפסל אם הוא נוגד את החוקה הקיימת או לחילופין את עקרונות היסוד של השיטה. במקרה שלנו אין בכך צורך ולכן זה רק אוביטר

פס"ד ג'בארין - דיון בדוקטרינת תיקון חוקתי שאינו חוקתי

- ממזז אומר שכל עוד אין חוקה קשה להשתמש בתיקון חוקתי לא חוקתי. יחד עם זאת, במקרי קיצון של פגיעה בדמוקרטיה ניתן לעשות זאת(אוביטר בלבד)

שורה תחתונה למבחן בשימוש לרעה במכשיר חוקתי

- בוצע פעם אחת בישראל בסתיו שפיר. הוכרע בדעת רוב שזיהוי חוקה אינו צורני בלבד (סתיו שפיר, שהרי פסלו חוק עם השם "חוק יסוד"). מבחנים שנויים במחלוקת בין חיות, ברק-ארז וסולברג לזיהוי שימוש לרעה.
- התייחס לדעת המיעוט של סולברג לפיה מזהים חוקי יסוד באופן צורני

שורה תחתונה למבחן בתיקון חוקתי לא חוקתי

- מעולם לא בוצע שימוש בישראל. במקרה רלוונטי של פגיעה קיצונית או סתירה מהותית לחוקה קיימת- התייחס לדברי בייניש הנוטים לכך בבר-און ולדברי ממזז בג'בארין

ציר זמנים
בהתפתחות דוקטרינות
"שימוש לרעה במכשיר
חוקתי" ו"תיקון חוקתי
שאינו חוקתי"

2010

בג"ץ בר-און

דיון בנושא תיקון חוקתי
לא חוקתי ללא הכרעה

2016

בג"ץ המרכז האקדמאי

אזהרה של בימ"ש
למדינה לתקן דרכיה
אחרת בימ"ש יכריז את
התקציב הדו-שנתי
לשימוש ברעה במכשיר
חוקתי
כרגע עדיין לא
משתמשים בדוקטרינת
תיקון חוקתי שאינו
חוקתי

2016

בג"ץ ג'ברין

השופט מזוז דן בנושא
תיקון חוקתי שאינו
חוקתי ואומר שהשימוש
בו בעייתי כרגע בישראל
כל עוד אין חוקה, אך
במקרי קיצון של פגיעה
ביסודות השיטה בימ"ש
יכול לעשות זאת
(כרגע זה לא ממש
מתבטא בפועל)

מאי 2021

בג"ץ סתיו שפיר

בימ"ש פוסל תיקון חוקתי
של הכנסת בפעם
הראשונה בתולדות
המדינה תוך שימוש
בדוקטרינת "שימוש
לרעה במכשיר חוקתי"!



סולברג



זיהוי של חוק יסוד נעשה תמיד באופן צורני – על ידי חקיקתו כחוק יסוד



זיהוי צורני אמנם יוצר בעיות, אבל החלטה ע"י בימ"ש תיצור עוד יותר בעיות כי זה יערב את בימ"ש בפוליטיקה, ויהיה קשה ואפור מאוד לזהות מה חוקתי ומה לא בניגוד למבחן הצורני הפשוט. המבחנים הנ"ל מכניסים יותר מדי יכולת לשיקול דעת סובייקטיבי.



לסיכום – סולברג מתנגד לשימוש בדוקטרינת "שימוש לרעה במכשיר חוקתי", ו"תיקון חוקתי לא חוקתי"



ברק-ארז



1. הבחינה של חוקתיות חו"י חדשים אל מול חו"י ותיקים מגבילה את החדשים. החוקה עדיין לא נוסדה, ואין יתרון לחוקי יסוד ישנים. היא מתנגדת למבחן 3 של חיות



2. המבחן של חיות אפור ומכליל מדי. יותר מדי מקום לשיקול דעת סובייקטיבי. מציעה מבחן אחר של "מובחנות" במקום



"מובחנות"
האם יש פלישה של רשות אחת לרשות חברתה לדוגמה, האם משתמשים בתיקון חוקתי כדי לבצע "ניהול שוטף"
ברק ארז נוקטת בגישה הקיצונית ביותר וטוענת שאם החוק פרסונלי או זמני הוא נפסל מייד



חיות



יש לבחון האם התיקון החוקתי עומד ב"מבחן הזיהוי", וב"מבחן הצידוק"



מבחן הזיהוי
זיהוי על פי כלליות (לא פרסונלי, לא זמני), והתאמה למארג החוקתי הקיים (מהות חוקי יסוד, מסורת חקיקתית של חוקי יסוד בישראל, וכן הלאה)



במידה והחוק לא עבר את המבחן, עוברים ל"מבחן הצידוק"
האם יש צידוק לחוקק את התיקון החוקתי למרות שברור שהוא מזוהה כלא חוקתי במהותו, עקב נסיבות מיוחדות?

צ'ק ליסט לפתרון אירוע התערבות שיפוטית בפעילות הכנסת 2.1.3

הבחנת בסיס

- בחן מבין 3 קטגוריות האם מדובר בכנסת בתפקידה החקיקתי, השיפוטי(נניח קביעת חסינות, הדחת נשיא וכדומה), או בניהול ענייניה הפנימיים(נניח ועדת אתיקה)

רקע חקיקתי

- 1963 פס"ד בצול – בימ"ש לא מתערב בכלל בעבודת הכנסת גם במקרה של טעות רצינית
- 1981 פס"ד פלאטו שרון – בג"ץ מתערב בשני תנאים: רק בפונקציה השיפוטית של הכנסת, ורק בחריגה מסמכות (לא שיקול דעת)

התחזקות הביקורת השיפוטית ומבחן שריד

- 1981 בג"ץ שריד – ברק קובע שניתן להתערב לכנסת גם בתפקידה הלא שיפוטיים, וגם עקב שיקול דעת. כלומר, ההיפך מהלכת פלאטו. כרגע רק אוביטר. המבחן: 1. מידת הפגיעה בהתנהלות הפנימית של הכנסת 2. פגיעה בעקרונות דמוקרטיים

בחינת הקייס כיום

- ניתן לפסול באמצעות מבחן שריד פעולה של הכנסת גם בפונקציה שאינה שיפוטית(פעם ראשונה בפס"ד כך)
- ניתן לפסול פעולה של הכנסת גם עקב שיקול דעת(פנחסי). בפנחסי נהפכה בעצם הלכת פלטו באופן מוחלט

ועדת האתיקה

- במידה והקייס עוסק בנושאי אתיקה – בימ"ש לא יתערב ככלל(מח'ול), אף אם הדבר עליו מועמד הח"כ לדין נעשה מחוץ לכותלי המשכן(זועבי)

דוגמה להתערבות אגרסיבית בניהול הכנסת

- ניתן לציין את בג"ץ אדלשטיין 2144/20. לא באמת נחצה איזה רף חקיקתי חזק, זו פשוט דוגמה מוצלחת להתערבות אגרסיבית ממש של בימ"ש
- חקיקת משנה של הכנסת

שורה תחתונה

- בימ"ש יכול להתערב בהכול עקרונית, הוא ינטה פחות לעשות זאת בעניינים פנימיים גרידא, כגון ועדת האתיקה. בחינה תהיה באמצעות הלכת שריד
- כמו כן, בימ"ש יתערב בחקיקת משנה של הכנסת בדיוק כמו בזו של הרשות המבצעת(התנועה 971/99). לרוב התערבות תהיה רק ³⁸ בגמר החקיקה, אך זה לא מחייב(ריבלין)

ציר זמנים במעורבות בימ"ש בעבודת הכנסת



2004

בג"ץ מח'ול
החלטת ברק
על מעורבות
פחותה מאוד
בדיוני ועדת
האתיקה, כי
זה עניין
פנימי וחסר
השפעה
חיצונית

2002

בג"ץ
התנועה
החלטת
בימ"ש על
פסילת
חקיקת
משנה של
הכנסת

1993

בג"ץ פנחסי
פסילת
החלטה של
הכנסת עקב
שיקול דעת
בפעם
הראשונה
היפוך הלכת
פלו

1985

בג"ץ כך
פסילת החלטה
של יו"ר
הכנסת עקב
פגיעה במרקם
החיים
הפרלמנטרי
תוך חריגה
מסמכות
שימוש ראשוני
חלקי במבחן
שריד
הופך מאוביטר
לרציו

1981

בג"ץ שריד
ברק מציג
את "מבחן
שריד"
לבחינת
שיקול דעת
בכנסת
כרגע רק
באוביטר

1981

בג"ץ פלאטו
שרון
בג"ץ מתערב
בפונקציה
השיפוטית של
הכנסת במידה
ויש חריגה
בסמכות
מצהיר שלא בוחן
שיקול דעת

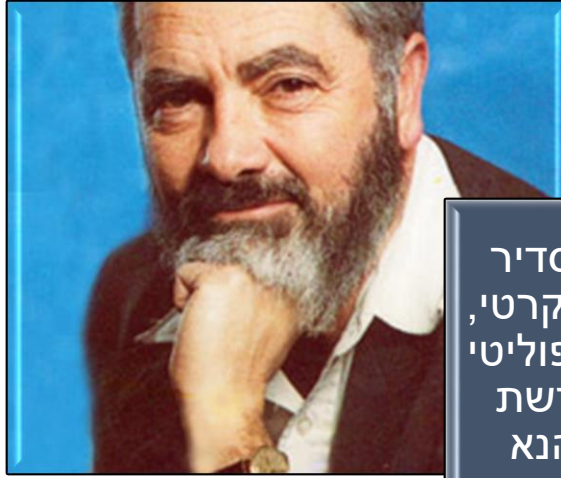
1963

בג"ץ בצול
בג"ץ לא
מבקר גם
טעות רצינית
של הכנסת





הליך קבלת
התקנון חפוז
ולא בכובד
ראש מספיק



תקנון מסדיר
הליך בירוקרטי,
ולא תוכן פוליטי
כמו בפרשת
הרב כהנא



התקנון הוא
חקיקת משנה
בלבד. לא צריך
לפסול חוקים
על פיו



פסילה ע"פ
תקנון פוגעת
בריבונות
הכנסת
כנציגת העם



שיקול דעת
מורחב מדי
ליו"ר הכנסת
לפסול הצעות
חוק



אריאל בנדור, המעמד החוקתי של תקנון הכנסת, משפטים כב (תשנ"ד) 571 – חלק א

בנדור מציין (נכתב ב-1994) שעד כה רק חוק שלא עמד בשריון של רוב מיוחס היה נפסל

בנדור אומר שעכשיו הוסיפו פסילה לפי פגם בהליך החקיקה לפי התקנון (ברק מבסס על כך שסעיף 19 בחוק יסוד הכנסת מסדיר את הליך החקיקה בהתאם לתקנון, מכאן שלתקנון יש מעמד נורמטיבי עליון)

בנדור אומר שהפסיקה זכתה את התקנון במעמד חוקתי: 1. ניתן להגביל חקיקה באמצעות התקנון. 2. הפרה של התקנון תביא לפסילת חוק

בנדור תוקף ואומר שלא יכול להיות שחקיקת משנה (התקנון הוא חקיקת משנה) תסדיר את הליך קבלת חוקים, אפילו חוקי יסוד, ואומר שמדינות רבות ההסדרים להליך החקיקה מעוגנים בחוקה

בנדור אומר שתקנון מסדיר הליך בירוקרטי, ולא תוכן של הצעות חוק, ולכן לא יכול להיות שיגבילו תוכן פוליטי של הצעות על פי תקנון, כמו בפרשת הרב כהנא

הליך קבלת התקנון הוא מזורז וחפוז מאוד – בקריאה יחידה, וזה בוודאי לא הליך הולם לקביעת תקנון שמסדיר חקיקת חוקי יסוד

אריאל בנדור, המעמד החוקתי של תקנון הכנסת, משפטים כב (תשנ"ד) 571 – חלק ב

1

התקנון נותן שיקול דעת מורחב ליו"ר הכנסת לפסול חוקים כי הוא חושב שהם גזעניים. דיוני נשיאות הכנסת אינם פומביים. זה לא הגיוני שככה יפסלו הצעות חוק

2

באשר לפסילה עקב פגם בתהליך בנדור אומר שפורמליסטית אין בעיה לקבל את עמדת בימ"ש שפגם בתהליך אומר שהחוק שהתקבל הוא בכלל לא חוק, וממילא לא בטל

3

למרות זאת, הוא סבור שיש בעיות מהותיות. הוא אומר שהשיקול המכריע הוא האם הכנסת התכוונה לתת תוקף של חוק להחלטה. במידה וכן, גם אם נפלו פגמים מהותיים יש לכבד את החלטת הכנסת, כי היא הריבון במדינה

4

הוא מסייג את אמירתו ואומר שצריך שני תנאים: 1. ההחלטה התקבלה ע"י הח"כים, ושניתנה זכות לח"כים להשתתף בהצבעה. 2. הכנסת התכוונה בבירור לחוקק חוק

5

בנדור תוקף את הקביעה של ברק שעתירה נגד חוק תעשה לאחר חקיקתו. הוא אומר שאם פוסלים ע"פ תקנון צריך לפסול תוך כדי הליך החקיקה, כי זה הכי הגיוני, שמתעסקים בתקנון שמסיר את ההליך

6

בנדור מסכם: "תקנון אינו חוקה. תקנון הכנסת מיועד לפרט את סדרי העבודה של הכנסת. התקנון אינו מיועד להגביל את תוכנם של החוקים המתקבלים בכנסת. הפרתו של התקנון אינה צריכה להביא לבטלותם של חוקים.... מתן תוקף חוקתי לתקנון הכנסת בעייתי במיוחד בשל הקלות היתירה שבה ניתן לתקן את התקנון"

צ'ק ליסט ותרשים זרימה לפרק 2.1.5 – חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה ("הסדרים ראשוניים" אל מול חקיקת משנה)

"הסדר ראשוני"

- הסדר שיש בו הכרעה עקרונית שיש בה כדי לקבוע דפוסים מהותיים לחיי אדם וחברה

האם אנו נמצאים לפני או אחרי המהפכה החוקתית?

- **במידה ולפני** – ישנה חזקה פרשנית שפגיעה משמעותית בזכויות אדם תעשה תוך כדי נטייה להסתמכות על חקיקה ראשית, אך זו חזקה פרשנית בלבד מכיוון שעדיין אין היררכיה נורמטיבית של חוקי יסוד, זכויות אדם וכדומה(ברק, רובינשטיין)

לאחר המהפכה החוקתית ישנן מספר אופציות מרכזיות

- חזקה חלוטה, חזקה הניתנת לסתירה, וגישת ביניים

חזקה חלוטה בזכויות אדם בלבד

- הסדרים הנוגעים לזכויות אדם צריכים להתקבל בחקיקה ראשית, הסדרים אחרים יכולים להתקבל בחקיקת משנה(משתמע מעמדת ברק בפס"ד רובינשטיין). גישת ביניים

חזקה חלוטה

- **אסור לקבוע שום הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה**(נידון ברובינשטיין ובפרשת הגז ע"י גרוניס, ללא הכרעה). עמדה מצמצמת

חזקה הניתנת לסתירה

- אם המחוקק מסמך במפורש את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים זה בסדר. עמדה מקלה.

יש להתייחס לדעת בייניש בהלכת מגדלי העופות

- אנחנו רואים אקטיביזם משמעותי. גם חוק ההסדרים שהתקבל ע"י הכנסת(כלומר הסדר ראשוני מובהק) מותקף, מכיוון שזה חוק מסובך שנחקק בהליך מהיר ללא הבנה עמוקה של ח"כים. בפועל זו פעולה של הרשות המבצעת שעשויה לפגוע בכלל ההסדרים הראשוניים – גישה מרחיבה מאוד! (אוביטר בלבד, כי העתירה נדחתה)

שורה תחתונה

- **אין הכרעה סופית במעמד ההסדרים הראשוניים** אז שימו לב לא לקבוע באופן מפורש לצד מסוים. יש להביא את כל הדעות. אם יש פגיעה בזכויות יותר ניטה לדרוש חקיקה ראשית("מודל הביניים" של ברק בפס"ד רובינשטיין)

סוגי חסינות ח"כים ומאפיינים עיקריים



מושגי יסוד צ'ק ליסט לבחינת אירוע חסינות חברי כנסת – 2.1.6

- **חסינות עניינית (ס' 1 לחוק חסינות ח"כ)** - מגנה על התבטאויות ומעשי חברי כנסת במהלך מילוי תפקידם. מטרה: לאפשר את עבודת חברי הכנסת תקפה גם במהלך הכהונה וגם אחריה ולא ניתן להסיר אותה. אוטומטית ולא צריך לבקש אותה. לא חלה על שלילת האופי היהודי והדמוקרטי של ישראל, על הסתה לגזענות, או תמיכה במאבק מזוין כנגד ישראל
- **חסינות דיונית (ס' 13 לחוק חסינות חברי הכנסת)** - חסינות שמגנה על פעולות פרטיות של חברי הכנסת, שאינן קשורות לעבודתם בכנסת. מטרה: למנוע רדיפה של ח"כים ע"י הרשות המבצעת. תקפה רק שמדובר בעברה בזמן כהונתו בכנסת. ניתן להסיר בתנאים מסוימים (הממשלה וכל ח"כ יכולים להגיש בקשה לוועדת הכנסת לשלול את החסינות). חבר הכנסת צריך לבקש במפורש להשתמש בה. לא חלה על עברות תעבורה, מנהליות ועברות קנס

הליך העמדה לדין/מתן חסינות של ח"כ

- היועמ"ש מודיע על הגשת כתב אישום. הח"כ יכול לפנות לוועדת הכנסת ולבקש חסינות באופן אקטיבי. אם הועדה מאשרת חסינות זה עובר למליאה. ניתן לבקש חסינות בשל מספר עילות המופיעות בס' 4 לחוק. הועדה יכולה לשקול שיקולי נזק לציבור, האם האישום מוגש בתום לב או לא, הכנסת יכולה לנהל עברה שנעשתה בתחומי הכנסת (שמיר כבוד הכנסת) ועוד. **נבחרה אופציית הביניים של ברק בגורולבסקי בצורה מורחבת יחסית**

בימ"ש לא יתערב בהחלטת ועדת האתיקה להסיר חסינות עניינית, ככלל (מח'ול). אף אם העברה נעשתה מחוץ לכותלי המשכן (זועבי)

הליך הדחת חבר כנסת מכהן (42אג)

- בגין אחת הסיבות המנויות לעיל (שלילית אופי יהודי דמוקרטי, גזענות וכול) ניתן להתחיל הליך הדחה
- בקשה להדחה לוועדת הכנסת (70 ח"כים כולל 10 מהאופוזיציה). הועדה צריכה לאשר ברוב של $\frac{3}{4}$
- לאחר אישור הועדה הצבעה ברוב של 90 ח"כים על ההדחה במליאה

הדחת ח"כ עקב הליך פלילי

- ח"כ מושעה אך ורק בהרשעה פלילית מלאה עם קלון. הוא מודח רק בפסק דין חלוט (חוק יסוד הכנסת ס' 42)
- לא להתבלבל עם הליך הדחת שרים זה שונה לחלוטין!



בג"ץ בתי הסוהר
הפרטיים



נטייה לקבוע שיש גרעין קשה
של משימות שהממשלה
חייבת לבצע בעצמה ולא
להעביר לגופים פרטיים
(בעיקר בזכויות אדם)



הימנעות מקביעה סופית.
הדיון הנ"ל נשאר בצריך עיון

בג"ץ פלק



בתנאים מסוימים ניתן
להעביר סמכויות
ממשלתיות לאזרחים
פרטיים

בג"ץ הועד נגד עינויים



אסור לפגוע בכבוד האדם
באמצעות סמכות שיורית

בג"ץ קרית גת



סמכות שיורית רק כשיש
חלל חקיקתי



סמכות שיורית לא יכולה
לפגוע בזכויות אדם - דורנר

**טבלת שליטה 2.2.3 סמכויות
הממשלה והשרים והאצלתן**

צ'ק ליסט בסמכויות הממשלה והאצלת לגורמים פרטיים – 2.2.3

רקע לסמכות שיורית

- מכוח ס' 32 לחוק יסוד הממשלה לממשלה יש סמכות לפעול בכל נושא 1. שלא נתון בדין לרשות אחרת 2. בכפוף לכל דין. כפוף לכל דין פורש גם כהלכות בימ"ש, לאו דווקא החוק (הוועד נגד עינויים)

בחן האם הנושא נתון בדין לרשות אחרת. בחן האם הוא פוגע בחוק אחר או בזכויות אדם

- במידה וכן אסור לפעול מכוח סמכות שיורית. סמכות שיורית רק כשיש "חלל חקיקתי" (קריית גת)

האצלת סמכויות - בחן האם הואצלו סמכויות שלטוניות לגוף פרטי או לאנשים פרטיים

- במידה ומדובר בזכויות אדם או בסמכויות בסיס של המדינה כגון גביית מיסים – יש גרעין קשה של תפקידים שאסור לממשלה להעביר הלאה. לרוב כשמדובר בפגיעה בזכויות אדם ניטה לומר שאסור להאציל סמכויות לגוף פרטי (בייניש, חטיבת זכויות האדם, אוביטר בלבד)
- במידה ומדובר בסמכויות רגילות, כגון תכנון עירוני, או בדברים לא מאוד משמעותיים נקבע בתקדים שאין בעיה (מצא, פלק)

שורה תחתונה למבחן

- אין ממש קביעה דפיניטיבית. כדאי להביא את 2 הצדדים. ככל שדבר יהיה משמעותי יותר או נוגע לזכויות אדם כך ההתנגדות להאצלת הסמכויות תהיה קשה יותר

צ'ק ליסט בניתוח אירוע הפסקת כהונת שר או סגן שר – 2.2.4

הבחנה בסיסית

- האם מדובר לפני או אחרי תיקון חוקי היסוד בשנת 2001 הקובעים קריטריונים ברורים לכהונת שר וסגן שר אל מול האשמות או הרשעות בפלילים?

לפני 2001

- הלכת דרעי ופנחסי – חובה על ראש הממשלה לפטר שרים וסגניהם המואשמים בעברות חמורות, על אף שהחוק אינו מחייב זאת. בחינת סבירות בידי בימ"ש(בג"ץ אמיתי, בג"ץ התנועה לאיכות השלטון)

אחרי 2001

החוק מחייב פיטורין במפורש רק במקרה של הרשעה עם קלון, לא כתב אישום(23,27 חו"י הממשלה)

דעתו המצמצמת של גרוניס

- יש להתייחס לאוביטר של גרוניס לפיו לאחר תיקון החוק ב-2001 וקביעת קריטריונים ברורים לכהונת שרים וסגניהם אין מקום להפעיל מבחני סבירות במינויים(הנגבי 2)

דעת המיעוט של חשין

- במידה ומדובר בכתב אישום ללא ראיות חזקות במיוחד או האשמות שאינן נושאות קלון אין לדרוש התפטרות. מה שמעניין זה הראיות, לא כתב האישום. דעה קיצונית בחומרתה(הנגבי 1)

פיטור שר עקב שינוי מדיניות או מחלוקת

- ברק – איזון בין הצורך למשול לשמירה על הדמוקרטיה
- פרוקצ'יה – במהלכים גדולים ומשמעותיים ניתן לפטר(גידי לא אוהב את זה. לטענתו, דווקא בשינוי מדיניות רציני צריך לרסן)
- לוי – בעייתי אך אין מה לעשות

ציר זמנים וטבלת שליטה בהפסקת כהונת שר או

סגן שר
2.2.4



1993
בג"ץ התנועה לאיכות השלטון א
הלכת דרעי – צריך לבחון חומרה של אישום נגד שר ולפטר במידת הצורך, על אף שהחוק אינו מחייב פיטורין עקב כתב אישום בלבד
הלכת פנחסי – בג"ץ אמיתי
יש לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום חמור

2001
החוק משונה כך שרק שר שמורשע עם קלון מחויב להתפטר
בכל זאת, בימ"ש יכול להפעיל שיקול דעת כמו בהלכת דרעי

אוקטובר 2003
בג"ץ התנועה לאיכות השלטון ב
צמצום הלכת דרעי- פנחסי: הדחה תהיה בכתב אישום בלבד
בניגוד לדעתו המצמצמת של חשין, שסובר שצריך כ"א עם ראיות חזקות במיוחד הנוגעות לעברות היוצרות קלון

אוקטובר 2004
בג"ץ פוקס
בחינת שיקול דעת של פיטור שרים ברק אומר שצריך איזון בין ערכים דמוקרטיים ליכולת למשול
פרוקציה אומרת שבמהלכים גדולים עם צורך משמעותי ניתן לפטר שרים עקב מחלוקת משינוי מדיניות
לוי אומר שפיטור שר עקב שינוי דעה הוא בעייתי אך החוק מתיר זאת

פברואר 2015
בג"ץ התנועה לאיכות השלטון ג
גרונים נוטה לומר שלאחר תיקון חוקי היסוד והתייחסות מפורשת שלהם ("העלמות החלל החקיקתי") אין להשתמש במבחני סבירות במינוי פוליטי של שרים בעלי עבר/ חשדות פליליים אוביטר בלבד

אוקטובר 2015
בג"ץ התנועה לאיכות השלטון ד
חיות פוסקת שבמקרים גבוליים יש לתת שיקול דעת לראש הממשלה שזכה באמון העם בכל זאת, רואים שהיא בוחנת סבירות החלטה על מינוי, גם כשהחוק מתיר את המינוי
כלומר: כשירות חוקית, ואז בחינת סבירות ההחלטה ע"י בימ"ש

השוואה בין הדחת חבר כנסת להדחת שר

שר



טכנית על פי חוק – מודח רק
בהרשעה



בפועל – בהאשמות חמורות
כנראה ידרשו ממנו להתפטר

חבר כנסת



מושעה רק בהרשעה פלילית
מודח רק בפס"ד חלוט



גם בהאשמות חמורות הוא
ימשיך לכהן עד שיורשע

מאפייני השיטה הפרלמנטרית אל מול הנשיאותית



פרלמנטרי

ראש הרשות המבצעת נבחר
ע"י המחוקקים

אורך הכהונה תלוי באימון
המחוקק

הממשלה מושלת כקבוצה.
ראש הממשלה ראשון בין
שוים

שר יכול להיות גם חבר
ברשות המחוקקת

מעבר לראש הממשלה, יש
גם דמות טקסית של ראש
המדינה (נשיא)



נשיאותי

ראש הרשות המבצעת נבחר
ישירות ע"י הציבור

נבחר לתקופה קצובה מראש

ראש הרשות המבצעת אוזז
בכל הסמכויות. השרים יועצים
בלבד

הפרדה נוקשה בין הרשות
המבצעת למחוקקת

אין משרה טקסית נוספת

יתרונות וחסרונות במשטרים השונים



פרלמנטרי



ישראל מחליפה ממשלה כל שנים ספורות



משטר גמיש יותר. הממשלה הומוגנית עם הרשות המחוקקת



במערכת הפרלמנטרית מדברים בריבוי קולות. אפשר לחלוק על ראש הרשות



במערכת הפרלמנטרית לראש הרשות המבצעת יש סמכות מצומצמת מאוד לעומת המערכת הנשיאותית



נשיאותי



יציבה יותר. בארה"ב הבחירות הן כל 4 שנים בזנט, הרשות לעולם לא נופלת. הבחירות כל 4 שנים, אפילו בזמן מלחמות



יכול להיות יצור כלאיים. הנשיא ממפלגה אחת, והרשות המחוקקת, סנאט ובית הנבחרים, יכולים להיות ממפלגה אחרת לחלוטין



המערכת הנשיאותית מדברת בקול אחד



במערכת הנשיאותית מרוכזת סמכות אדירה בידי ראש הרשות – ספק לגבי יכולתו להחזיק בה

2014

אי אמון קונסטרוקטיבי מלא

אפשר להפיל ממשלה מכהנת באי אמון
רק אם זה נעשה תוך כדי הבעת אימון
והצגת ממשלה אלטרנטיבית מלאה
אחרת



אי אימון קונסטרוקטיבי הוא המצאה
מערב גרמנית משנת 1949 על מנת
לייצב את הממשלה

ציר זמנים בהתפתחות אי אמון
קונסטרוקטיבי

2004

אי אמון קונסטרוקטיבי חלקי

צריך להציג ראש ממשלה חלופי
בהצעת אי אמון
זה בלוף, כי אתה מצהיר על מועמד
חלופי, ואז פשוט לא תומך בממשלה
החלופית בעת הקמתה. מציעים מועמד
פיקטיבי רק כדי לעמוד בדרישות החוק

צעדים לחיזוק מעמד הממשלה



דרישה שיוזמה לבחירות
מוקדמות תתקבל ברוב של 61
חברי כנסת
(34-36 לחו"י הכנסת)



אי אימון קונסטרוקטיבי
דרישה להצגת ממשלה חלופית
בעת הצעת אי אימון



קביעת עילות להתפזרות אוטומטית של
הכנסת
לדוגמה, אי אישור תקציב תוך 3 חודשים
מתחילת שנת הכספים, או במקרה
שניסיונות חוזרים להקמת ממשלה אינם
צולחים



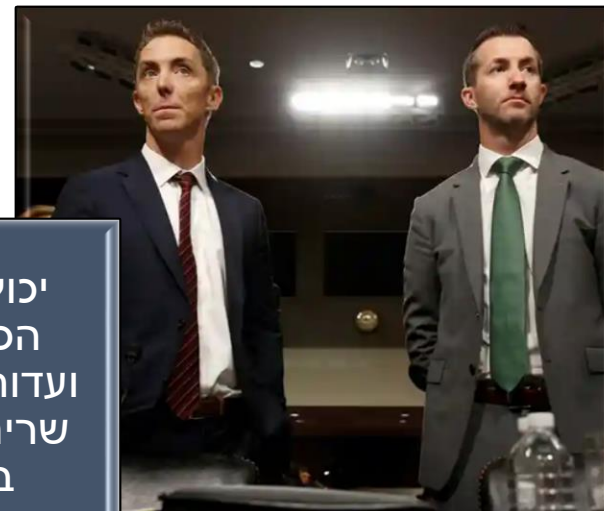
מתן סמכות לראש הממשלה
לפזר את הכנסת ולכפות
בחירות מוקדמות
(סעיף 29 לחו"י הכנסת)

חיזוק פיקוח הכנסת על הרשות המבצעת

יכולת הכנסת
לחייב את ראש
הממשלה להופיע
אותו בפניה
בחימת 40
חתימות



יכולתה של
הכנסת או
ועדותיה לחייב
שרים להופיע
בפניה



חובת ממשלה
למסור מידע
לוועדות הכנסת
לפי דרישתן



פיקוח מוגבר של
הכנסת על
חקיקת משנה של
הרשות המבצעת



מתי מורכבת ממשלה?
תשובת הבסיס: כל אימת שהיו בחירות לכנסת (סעיף 9 לחו"י הכנסת)
מעבר לכך:

נפילת הממשלה או הקדמת הבחירות לכנסת מסיבות שונות

פיזור הכנסת מסיבות שונות

נפילת הממשלה מסיבות שונות

ראש
הממשלה
מחליט לפזר
את הכנסת
(סבור שאין
לו יכולת
אפקטיבית
למשול
בכנסת
(הנוכחית)

56

אי קבלת
חוק תקציב
תוך 3
חודשים
מתחילת
שנת
הכספים

אף אחד
מהמועמדים
שקיבלו את
המנדט
מהנשיא לא
מצליח
להקים
ממשלה –
שווה
להחלטת
הכנסת
להתפזר

החלטת
הכנסת
להתפזר

הכנסת
מביעה אי
אימון
בממשלה

ראש
הממשלה
חדל להיות
ח"כ

ראש
הממשלה
נפטר או
נבצר
מתפקידו
יותר מפרק
זמן מסוים

ראש
הממשלה
מחליט
להתפטר

ראש
הממשלה
הורשע
בפלילים

הרכב הועדה לבחירת שופטים
סה"כ 9 חברים
לפחות 4 נשים מתוך ה-9
החוק מפרט שחברי הועדה אינם
מחויבים להחלטות הגוף בשמו
נבחרו, אלא מצביעים לפי שיקול
דעתם

שר המשפטים
יו"ר הועדה

נשיא בית המשפט העליון

2 שופטי עליון נוספים שנבחרים על ידי
העליון
באופן מסורתי אלו עם הותק הגדול ביותר

מכהנים לתקופה של 3 שנים
אחת חייבת להיות אישה

שר נוסף שנקבע על ידי הממשלה

אחד מנציגי הממשלה חייב להיות אישה

שני חברי כנסת שממונים על ידי
הכנסת

מכהנים כל תקופת הכנסת ועד לבחירת
חברים חדשים בכנסת הבאה
אחת חייבת להיות אישה

שני נציגים של לשכת עורכי הדין
שנבחרים על ידי המועצה הארצית של
הלשכה

מכהנים לתקופה של 3 שנים
אחת חייבת להיות אישה

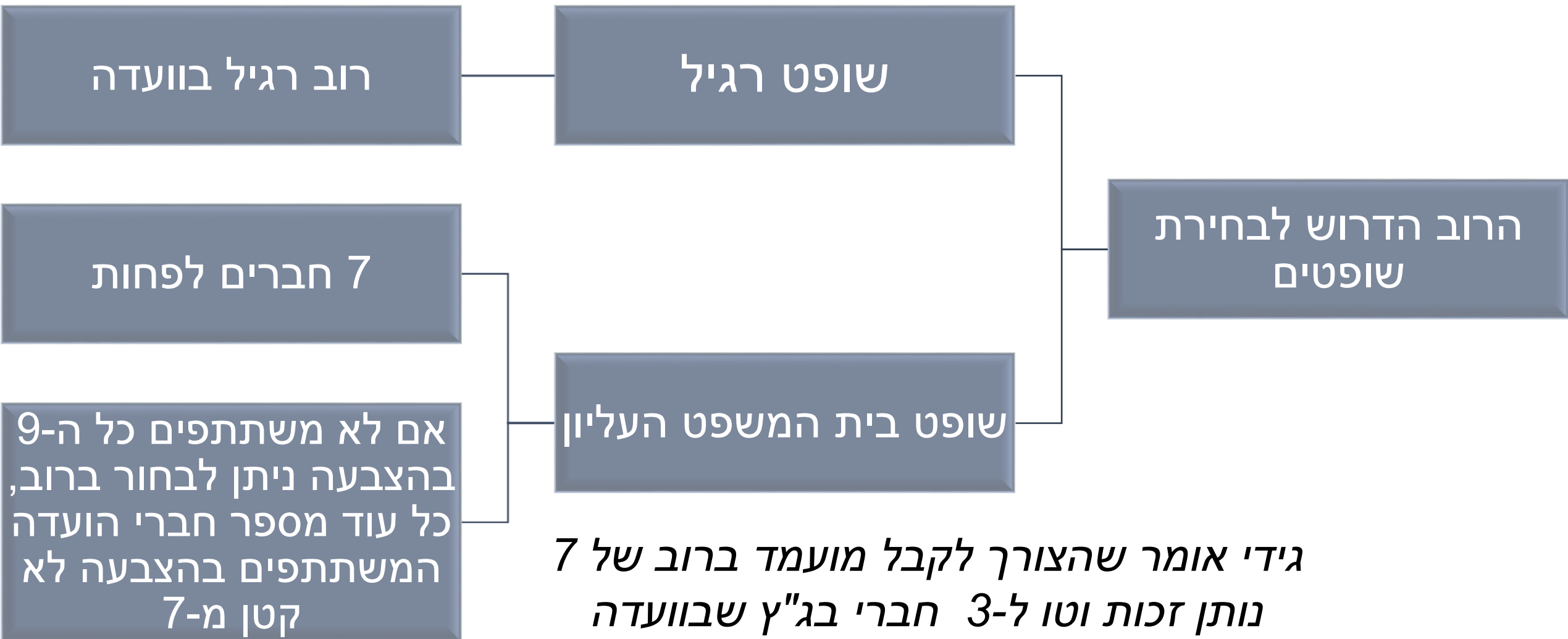
רשאים להציע
מועמדים לשיפוט

```
graph TD; A[רשאים להציע מועמדים לשיפוט] --> B[שר המשפטים]; A --> C[נשיא בית המשפט העליון]; A --> D[3 חברי ועדה ביחד];
```

שר המשפטים

נשיא בית
המשפט העליון

3 חברי ועדה
ביחד





**מודל ריכוזי (נהוג במשפט
הקונטיננטלי)**
רק בימ"ש עליון/ לענייני חוקה
יכול לדון בחוקיותו של חוק

מודל ביזורי (נהוג בארה"ב)
כל בימ"ש יכול לדון בטענות
נגד חוקיותו של חוק

מודלים לביקורת שיפוטית
כלומר, האם רק לבית המשפט
העליון/ לענייני חוקה יש
סמכות לביקורת שיפוטית, או
גם לבתי משפט אחרים?

**מודל ביניים
(ישראל)**

**תקיפה ישירה של חוק,
עתירה לביטול חוק – רק דרך
בג"ץ**

**תקיפה עקיפה של חוק -
כלומר דיון בנושא צדדי, עקיף,
אבל העברת ביקורת שיפוטית
דרכו – אפשר בכל בימ"ש**

צ'ק ליסט לאירוע תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה – 2.3

מודלים לביקורת שיפוטית

- **מודל ריכוזי** – רק בית המשפט העליון או בימ"ש לחוקה יכול לדון בחוקתיותו של חוק (נהוג בארה"ב)
- **מודל ביזורי** – כל בית משפט, גם רגיל, יכול לדון בנושאים חוקתיים

תקיפה עקיפה ותקיפה ישירה

- **תקיפה ישירה** – עתירה ישירה כנגד חוקתיות חוק
- **תקיפה עקיפה** – עתירה כנגד נושא מסוים, במסגרתו, על הדרך, דנים גם בנושאים חוקתיים. החוק אינו מהות העתירה אלא נידון אגב אורחא

הפסיקה בישראל – תקדימים לתקיפה עקיפה

- **בית הדין הארצי לעבודה** – בימ"ש קובע בדעת רוב (אור) שלביה"ד לעבודה סמכות לדון בעתירה, ואם על הדרך הוא צריך לקבוע בנושאים חוקתיים – זה בסדר
- **בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה** – בג"ץ דוחה עתירה בטענה שאף אם החוק הרלוונטי השולל תקציבים יעבור – ישנו סעד חלופי של דיון בבימ"ש לעניינים מנהליים, כלומר שולחת אותם לבימ"ש נמוך יותר שידון בנושא חוקתי

שורה תחתונה למבחן

- **המודל הקיים בישראל הוא מודל ביניים** – לא ביזורי וגם לא ריכוזי. תקיפה ישירה של חוק תעשה בבג"ץ. תקיפה עקיפה, אגב אורחא, תעשה גם בבתי משפט רגילים
- לכן, חשוב לשים לב במבחן אם תוקפים את החוק עצמו, ואז מותר רק בבג"ץ, או שתוקפים נושא אחר ודרכו מגיעים לתקיפת החוק, שאז מותר גם בבית משפט רגיל

טבלת שליטה 2.3 בתי המשפט

**3429/11 בוגרי התיכון הערבי
האורתודוקסי בחיפה נ' שר
האוצר**

מתן אפשרות לבימ"ש
לעניינים מנהליים לתקוף
חקיקה ראשית באופן עקיף
זה פס"ד רדיקלי יותר במובן
זה שבג"ץ שולח באופן
אקטיבי את העותרים
לבימ"ש נמוך יותר,
מהצד השני יש פה מחלוקת
אמיתית
**מבטא צעד שנוטה מעט
יותר למודל הביזורי**

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

מתן אפשרות לביה"ד
הארצי לעבודה, כלומר
בימ"ש שאינו בג"ץ, לתקוף
חקיקה ראשית באופן עקיף
זה פס"ד רדיקלי יותר
במובן זה שהשאלה
החוקתית ברורה פה
**מבטא צעד שנוטה מעט
למודל הביזורי**

**בג"צ 4956/20 התנועה
לאיכות השלטון נ' הכנסת
(2020)**

השופט עמית אומר שאין
**חובה לבחור נציג
אופוזיציה לוועדה
לבחירת שופטים**
אם רוצים חובה כזאת יש
ליצור מנגנון שונה שיאפשר
זאת. כרגע זה רק מנהג

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

בימ"ש מאשר לא לכנס
את הוועדה לבחירת
שופטים בזמן ממשלת
מעבר עקב סירוב
השופטים להשתתף.
גידי מציג כאן את יכולת
הוטו של בג"ץ על
הועדה



חברי הועדה לבחירת היועמ"ש
(סה"כ 5 חברים, מכהנת למשך 4
שנים)

מקובל למנות לתפקיד היועמ"ש
משפטן הכשיר להיות שופט בבג"ץ,
ובאמת 6 יועמ"שים מונו לשופטים
בעליון לאחר סיון כהונתם

כדי להתמנות ליועמ"ש מועמד צריך
רוב של 4 מתוך 5 חברי הועדה
המינוי לאורך של 6 שנים ללא
הארכה

יו"ר הועדה

שופט בדימוס של בית המשפט
העליון שימונה על ידי נשיא בית
המשפט העליון

שר משפטים או יועמ"ש לשעבר
שימונה על ידי הממשלה

חבר כנסת שימונה ע"י ועדת חוקה
ומשפט של הכנסת

עו"ד שייבחר ע"י המועצה הארצית
של לשכת עורכי הדין

איש אקדמיה הבקיא בתחום המשפט
הציבורי ודיני עונשין וייבחר על ידי
פורום של ראשי פקולטות למשפטים
בישראל

ציר זמנים וטבלת שליטה ביועמ"ש



5769/18

אמיתי

מחלוקת האם
שר יכול
להשתמש
ביועמ"ש
כשהיועמ"ש
מסרב. קרא
סבור שלא, כי
עמדת השר
נקבעת ע"י
היועמ"ש.
שטיין סבור
שמותר ייצוג
עצמאי

גיני נ' הרבנות

היועמ"ש
מסרב לייצג
את הרבנות
ומציג דעה
הפוכה. בימ"ש
עוצר את הדיון
ומורה לחכות
עד שיועמ"ש
הרבנות יציג
את העמדה
האותנטית של
הרבנות

החלשת
מעמד
היועמ"ש

1998 ועדת
שמגר לאחר
פרשת בר און

הבחירה עוברת
לוועדת איתור
שאינה נשלטת
בידי פוליטיקאים
כלומר, שליטה
לא בידי
פוליטיקאים
כהערת אגב, זה
תהליך שקורה
במקביל למהפכה
החוקתית בגדול,
כלומר, נטילת
כוח מנבחר
ציבור ונתינתו
למשפטים

עד פרשת בר
און

היועמ"ש
נבחר ע"י
הממשלה
בהמלצת שר
המשפטים
כלומר, שליטה
ממשלתית על
היועמ"ש

4267/93

אמיתי

העיקרון
שהיועמ"ש יכול
לייצג או לא
לייצג לפי
שיקול דעתו
מחוזק

חיזוק מעמד
היועמ"ש

3094/93

דרעי 1

נקבע כשכיש
מחלוקת בין
היועמ"ש לראש
הממשלה (רבין)
דעת היועמ"ש
מחייבת ואין
לרה"מ הזכות
להביע דעתו
חיזוק מעמד
היועמ"ש

1962 ועדת

אגרנט

קביעה
שהיועמ"ש
מייצג את הדין
הנהוג, אך
המלצתו אינה
מחייבת את
הממשלה

צ'ק ליסט לפתרון אירוע הקשור ליועמ"ש – 2.5.1

רקע חקיקתי

- בנוגע להתפתחות היועמ"ש ודרכי מינויו ראה את ציר הזמנים בשקף הקודם

הלכת דרעי פנחסי

- **בבג"ץ אמיתי והתנועה (הלכות דרעי פנחסי)** נקבע שהיועמ"ש הוא המשקף את המצב המשפטי וחוות דעתו מחייבת. כמו כן, הוא אינו מחויב לייצג את הממשלה במקרה של מחלוקת. יתרה מזאת, במקרה של מחלוקת בין ראש ממשלה ליועץ המשפטי, אין לראש הממשלה זכות להביע את דעתו שלו, וקל חומר שאסור לו לפטר את היועמ"ש (מצא, דרעי 1. ברק, אמיתי)

שחיקה מסוימת בהלכות דרעי פנחסי

- **בבג"ץ גיני נ' היועמ"ש 6494/14** הותר לרבנות להביע עמדה המנוגדת לעמדת היועמ"ש "במקרים בהם אין מדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה, מן הנכון שהיועץ המשפטי יחליט על התרת ייצוגה של הרשות הממלכתית החולקת על דעתו, על-ידי משפטן משירות הציבור או מן המגזר הפרטי" (סולברג 25, גיני, מתוך דו"ח ועדת שמגר). השופטים האחרים הסכימו לייצוג, אך סייגו את הקביעה למקרים נדירים בלבד והצהירו כי לא מדובר בתקדים
- **בבג"ץ אמיתי ב-2018** נחלקו השופטים באשר לאפשרות ייצוג פרטי במקרים בהם היועמ"ש אינו מוכן לייצג את הרשות. לדעת השופט שטיין הדבר מותר. ייצוג פרטי הוא במסגרת חופש הביטוי בהליך שיפוטי. לדעת השופט קרא עמדת היועמ"ש היא המייצגת את הרשות, ואין לחרוג ממנה גם בייצוג פרטי

שורה תחתונה למבחן

- הלכות דרעי פנחסי עדיין בתוקף עקרונית. היועמ"ש מייצג את דעת הרשות. הוא יכול להחליט לא לייצג. בקייס במבחן נציין שהלכת דרעי פנחסי בתוקף, אך במקרים יחסית קיצוניים ניתן להסתמך על תקדים גיני כמפורט ב(סולברג 25), או אף על דעת השופט שטיין באמיתי, ולטעון שלרשות יש זכות לייצוג פרטי

3.1.1. – מידתיות ונוסחאות איזון אחרות – צ'ק ליסט לפגיעה בזכויות באופן מיטבי

האם מדברים על שיטת האיזונים האנכיים והאופקיים(2481/93 דיין) או על מבחני המידתיות? (מקובל יותר כיום, אם כי לא בלעדי)

- איזון אנכי – נוקאאוט. אינטרס או זכות גוברים. איזון אופקי – איזון הרמוני. כל צד מוותר קצת
- איזון אנכי מורכב משני מבחנים – עוצמת הפגיעה והסתברות הפגיעה
- במידה ומתעסקים עם מבחני האיזון שים לב שלפי גידי, האנכי מטיב יותר עם הזכות

מבחן המידתיות הראשון - קשר אמצעי מטרה

- אם מדובר בזכות כבדת משקל יש להתייחס לדעת דורנר הדורשת ודאות גבוהה שהאמצעי יביא לתכלית הראויה באופן יעיל. במידה והזכות קלה – אפשר להסתפק בסבירות רגילה(דעת מיעוט של דורנר, תנופה, 450/97)

מבחן המידתיות השני – אמצעי שפגיעתו מעוטה

- יש לציין את השימוש של ארבל בו. בבחינה של זכות מהותית יש לבחור לעיתים שימוש בחלופה אחרת, גם אם היא פחות יעילה(7146/12, ארבל, א.ס.ף)

(שים לב שגידי מחבב שימוש בו וקיבל מחמאה מאהרן ברק על זה בזמנו)

מבחן המידתיות השלישי - נזק מול תועלת

- שים לב לפצל את המבחן לשניים. תועלת כללית אל מול נזק כללי, ותועלת אל מול אלטרנטיבות דומות אחרות. זו הגישה המקובלת! שימוש במבחן המידתיות השלישי על שני חלקיו(2056/04, ברק, בית סוריק)

שיקולי הסתברות

- יש להוסיף את שיקול ההסתברות לתוך מבחני המידתיות, אע"פ שאינם מופיעים במפורש(4541/94 אליס מילר, דורנר. 5239/11, אורי אבנרי)

טבלת שליטה פס"דים מידתיות ונוסחאות איזון

בג"ץ 450/97 תנופה נ'
שר העבודה

בג"ץ 5016/96 חורב נ'
שר התחבורה

בג"ץ 7146/12 א.ס.ף נ' הכנסת

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית
סוריק נ' ממשלת ישראל

כשמדובר בזכות כבדת
משקל – צריך ודאות
ברורה שהאמצעי הפוגע
יגשים את התכלית(מבחן
מידתיות 1)

בזכות קלה יותר – מספיקה
ודאות סבירה

(דעת יחיד של דורנר)

בזכות חשובה – מקפידים
על האמצעי שפגיעתו הכי
קטנה

בזכות קלה יותר – לא צריך
לעשות סלטות באוויר
ולהכביד באופן מיותר כדי
למצוא את האמצעי הכי
פחות פוגע

בוחנים את כלל
הזכויות, בין אלו
שלפני חוקי היסוד
של 1993 בין אלו
שאחרי,

**בהתאם למבחן
המידתיות. הצגה
לכאורה כאיזון אך
בסוף שימוש
במידתיות**

**(גידי אומר שבפועל
שופטים ממשיכים
להשתמש במבחן
האיזון הישנים)**

פגיעה בזכות אינה מוצדקת כי
ניתן למצוא אמצעי חלופי שיפגע
פחות וישיג את המטרה, גם אם
בצורה טובה פחות.

כלומר, מציאת חלופה שתפגע
פחות בזכויות אדם גם אם לא
תהיה אותה תועלת = הכנסת
**בחינת תוספת תועלת מול נזק
למבחן המידתיות השני.**

(גידי אומר לא להשתמש בזה
במבחן, כי בפועל משתמשים
במבחן המשנה בעיקר
במסגרת מבחן המידתיות
השלישי)

פיצול מבחן המידתיות ה-3(תועלת
מול נזק) **לשני מבחני משנה:**

1. בחינת התועלת המוחלטת
כתוצאה מהפגיעה אל מול הנזק
המוחלט כתוצאה מהפגיעה. **צד
שגדול יותר – מנצח.**

2. בחינה יחסית - השוואת
המהלך שבחרנו אל מול מהלכים
אחרים שיכולים לפגוע פחות,
ולפשר באופן טוב יותר בין הזכויות.
**אם מצאנו – נלך על האפשרות
שמפשרת טוב יותר**

**המטרה: מציאת הפשרה הטובה
ביותר**

**ההלכה המקובלת: שימוש במבחן
המידתיות השלישי**

דרישת ההסמכה בחוק 3.1.2

אורן גזל, "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'"

בנוגע לתקנות
מנהליות

גישת ההסמכה
הכללית

גישת תכלית החוק

גישת ההסמכה
המפורשת

כל האמור בסעיפים
השכנים מדבר על
החלטות פרטניות של
הרשות המבצעת, כגון
החלטת ממשלה. יש
להבדיל כשמדובר
בחקיקת משנה מדרג
נמוך יותר כגון הוראות
מיניסטריאליות נזדקק
להסמכה מפורשת
בחקיקה ראשית לצורך
פגיעה

לא צריך הסמכה
מפורשת
מפעילים מבחני
סבירות ומידתיות.
זאת הגישה המקלה
ביותר בנוגע לפגיעה
בזכויות יסוד

לא צריך הסמכה
מפורשת בחקיקה
ראשית, במידה והפגיעה
נגזרת ומתבקשת
מתכלית החוק. לדוגמה,
חוק שעוסק בהסדרה של
סחורה, בוודאי פוגע
בחופש העיסוק והמסחר
מעצם קיומו. צריך רק
לבחון שיש איזון בין
הפגיעה לתועלת
גישת פשרה בנוגע
לפגיעה לזכויות יסוד

צריך הסמכה
מפורשת בחקיקה
ראשית על מנת
לפגוע בזכויות יסוד
הגישה המחמירה
בנוגע לפגיעה
בזכויות יסוד



איזון בין נורמות
מתנגשות בבג"ץ פלונית
נ' ביה"ד למשמעת



דורנר



נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית



לדוגמה, כשעוסקים בשפיטה, נורמה
בחוק יסוד השפיטה תגבור על נורמה
בחו"י כבוד האדם וחרותו



בעצם, ראש בראש בין הנורמות
והתגברות של נורמה אחת על חברתה

ברק



איזון בין הנורמות העומדות על הפרק



כל מקרה והנסיבות שלו לגופו



אין הכרעה של נורמה אחת, אלא איזון
ביניהן
גידי אומר שזו גישה לוגית יותר

צ'ק ליסט באיזון בין נורמות מתנגשות – 3.1.5

במידה ויש התנגשות בין 2 נורמות מאותו מדרג (פלונית נ' ביה"ד למשמעת)

- **דעת אהרן ברק** היא שיש לבצע איזון בין הזכויות. אין הכרעה אלא איזון ומיזוג (גידי נוטה יותר לדעת ברק)
- **לדעת דורנר**, נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית. נניח בהתנגשות בין כבוד האדם לחוק יסוד השפיטה במקרה משפטי חוק יסוד השפיטה יגבר. הכרעה. פחות נהוג, אך כדאי לציין במידה ויש מקרה רלוונטי במבחן



צ'ק ליסט לבחינת אירוע בסעיף שמירת הדינים – 3.1.5 בחן אל מול הקריטריונים הבאים:



WATCHDOG
for Xcode

1 תיקון חדש לחוק ישן אינו נהנה משמירת דינים

1

2 שמירת דינים בתוקף אם מדובר בשינוי טכני בלבד, כגון איחוד חוקים. דוגמה: פס"ד מני/ גברים עקרי בית

2

3 ש"ד לא חלה על חוקים או תיקונים מטיבים (שמשפרים את המצב לעומת חוק קודם המוגן). דוגמה: פס"ד צמח קדמי בדעת מיעוט אומר שצריך להגן על תיקון מטיב, כי אחרת הכנסת תימנע מלשפר את המצב

3

4 פרשנות של חקיקה ישנה שמוגנת בשמירת הדינים תעשה ברוח ובהתאם לחוקי היסוד של זכויות האדם(ברק, גנימאת), בניגוד לדעת מיעוט של חשין. גידי מעדיף את ברק

4

5 החלשת סעיף שמירת הדינים - ריקון מתוכן של החוק הישן בדרכים מתוחכמות באמצעות החובה לחוקק חוק חדש בג"ץ אבו ערפה(2006)

5

1 ביטול החוק (6652/96 האגודה לזכויות)

2 צו לתיקון החוק - שינוי קריטריונים שנקבעו בחוק (8300/02 נסר)

3 קריאה של סעיף חדש לחלוטין אל תוך החוק, כלומר – בית המשפט כמחוקק (5771/12 ליאת משה, דעת מיעוט של חיות)

4 התראת בטלות - שיקול הדעת של הגוף המדובר הוא על הקצה, ונמצא על הגבול בין הסביר ללא סביר. לכן, לא מבטלים מיידית, אבל מאיימים ביטול בעתיד (3002/09 ההסתדרות הרפואית)

5 פיצויים – בימ"ש יכול לקבוע פיצויים לאדם שנפגע כתוצאה ממהלך רשותי כלשהוא

6 הוצאת צו לחוקק – בימ"ש מוציא צו לפרלמנט לחוקק חוק – צעד רדיקלי מאוד. לא קרה לישראל נכון לרגע זה. האפשרות נידונה בגרמניה ובמאמרים של ברק



בטלות מוחלטת (VOID)



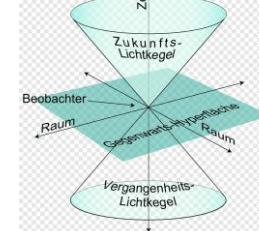
חוק בטל. מעולם לא היה לו תוקף.
בטל רטרואספקטיבית



נפסדות (VOIDABLE)



תקף כל עוד לא נפסל. בימ"ש צריך
לפסול. יכול להיות ביטול רטרו,
אקטיבי, או פרוספקטיבי



בטלות יחסית



מודל שמאפשר גמישות אל מול כל
מקרה



יכול ללכת לכיוון של בטלות
מוחלטת או נפסדת, תלוי בפגיעה



יכול להיות בטל למערכת עובדות
אחת ותקף למערכת יחסים אחרת



המודל המועדף ע"י זמיר בפס"ד
האגודה נגד שר הפנים

מודלים בבטלות חוקים



**טבלת שליטה בזכויות
אב ורציונלים**



כיצד ננתח אירוע הנוגע להחלת נורמות ציבוריות במשפט הפרטי?

צ'ק ליסט ותרשים זרימה בפרק זכויות אדם במשפט הפרטי – 3.2



בחן האם הגוף המדובר הוא מונופול, פועל מכוח סמכות סטטוטורית, או מספק שירותים חיוניים. במידה ויש בו את כולם, ניתן להחיל עליו חובות ציבוריות דו מהותיות (מיקרודף)	שלב א – בחינת דו מהותיות
במידה ויש לו רק חלק מהמאפיינים הנ"ל נתון לשיקו"ד. בקסטנבאום ברק מכיל דו מהותיות על גוף בעיקר מכוח סמכות סטטוטורית	החלה דו מהותית עקב חלק מהמאפיינים הנ"ל
האם ניתן להפריד חלק מהסמכויות ולהחיל רק עליהן דו מהותיות? במידה וכן, שווה לנסות להחיל רק על חלק (ברק, קסטנבאום)	שלב ב – בחינת החלה דו מהותית על חלק מפעילות החברה בלבד
האם ניתן להחיל את עיקרון תום הלב, עיקרון תקנת הציבור, או עיקרון עמום אחר שיחייב את החברה? במידה וכן, ייתכן ויהיה ניתן לחייב אותה בנורמות משפט ציבורי (דעת מיעוט של ברק בבית יולס, אוביטר בקסטנבאום, כי בפועל הוא הגיע לפסק דרך דו מהותיות)	שלב ג - החלה של נורמות ציבוריות באמצעות מושגי שסתום
שים לב לכך שבפסקי הדין שלנו (למיטב ידיעתי) לא נפסק עדיין כרציו החלה של נורמות ציבוריות על חברות פרטיות דרך מושגי שסתום, ולכן חשוב לייצג גם את הצד הזה	מושגי שסתום כאוביטר
האם התייחסת לדעת הרוב של אלון בבית יולס לפיה הזכויות החוקתיות הן בין אדם למדינה בלבד וללא תחולה ביחסים בין פרט לפרט?	שלב ד- דעת הרוב המצמצמת של השופט אלון בבית יולס (אלון, עמ' 474)
האם התייחסת לדעת דנציגר בפרוז'אנסקי, לפיה במשפט הפרטי הכלל הוא חרות, ויוצא הדופן הוא שוויון, שחייב להיות מוסדר בחקיקה ראשית?	שלב ה- דעתו המצמצמת של דנציגר בפרוז'אנסקי

טבלת שליטה בהחלת נורמות ציבוריות על גופים פרטיים

הכרזה על גוף כדו מהותי

החלה של משפט ציבורי על גוף פרטי

פס"ד מיקרדו דף

הכרזה על גוף
כדו מהותי
עקב סמכות
סטטוטורית,
מונופול
ושירותים
חיוניים

פס"ד קסטנבאום (חברא קדישא)

הכרזה על גוף
כדו מהותי, יש
מחלוקת למה
בדיוק. שורה
תחתונה: לא
מוסכם

פס"ד בית יולס(המכרז)

מחילים
נורמות
ציבוריות על
גוף פרטי
לחלוטין
באמצעות מושג
השסתום "תום
לב"(דעת
מיעוט של
ברק)

פס"ד קסטנבאום

ברק אומר שגם אם הגוף
היה פרטי לחלוטין הוא
היה מגיע לאותה
מסקנה, כי התניה לגבי
ייחודיות הכיתוב נוגדת את
תקנת הציבור
כלומר, אמירה שהוא יכול
להחיל נורמה ציבורית על
גוף פרטי באמצעות
מושג השסתום "תקנת
הציבור"

פס"ד פרוז'אנסקי (המועדון)

דנציגר נוקט גישה
הפוכה. לשיטתו,
במשפט הפרטי השוויון
אינו ערך, החירות היא
ערך. השוויון הוא יוצא
הדופן. בגופים פרטיים,
עקרון השוויון צריך לחול
בגופים פרטיים רק
בהסמכה מפורשת
בחקיקה

**גישות לפתרון המתח
בין המשפט הפרטי
לציבורי**



תחולה אנכית בין
המדינה לפרטים

**תחולה אופקית בין
הפרטים**



**ביטול ההבחנה בין תחולה
אופקית לאנכית והחלת
חובות של המשפט הציבורי
על המשפט הפרטי
מתחלקת ל-2:**

**שמירת האבחנה הבסיסית
בין המשפט הציבורי לפרטי
תוך כדי הזזת ועמקם קו
הגבול ביניהם**

גישת התחולה הישירה

הנורמות הציבוריות חלות במערכת יחסים פרטית. לא חל באף מדינה כי זו גישה קיצונית (נניח אני מעדיף לשחק עם יוסי, שמעון יוכל לתבוע אותי כי העדפתי את יוסי על פניו ללא מדד אובייקטיבי ופגעתי בזכותו לשוויון)

תחולה עקיפה

משתמשים במושגי שסתום עמומים כגון תום לב או תקנת הציבור

שומרים על התחולה האנכית. משפט ציבורי הוא עקרונית בין הרשות לפרט, אך יחילו נורמות מהמשפט הציבורי על תאגידים עוצמתיים/ מונופוליסטיים/ מספקי שירותים מהותיים⁷⁷



355/79 קטלן

**פירוש מושג
הכבוד כמניעת
השפלת האדם,
במקרה שלנו חוקן**

2781/93 דעקה

**פרשת הניתוח
בכתף ללא הסכמה**

הרחבה

**פירוש מרחיב למושג
כבוד האדם
כאוטונומיה אישית**

**כלומר, פרשנות
מורחבת למונח
כבוד כפגיעה
באוטונומיה**

6427/02 התנועה

**פרשת גיוס בחורי
הישיבה החרדים**

צמצום

**חשין אומר שאי גיוס
של אדם אחר לא
יכול לפגוע בכבוד
של אדם אחר**

**כלומר, צמצום
החלת מונח הכבוד
על אוטונומיה אישית
בלבד(דעת מיעוט)**

1800/07 לשכת עורכי הדין

צמצום

**לוי אומר שאיסור
על עובדים
להשתמש בתואר
עו"ד אינה פגיעה
בכבוד**

**האיסור אינו כרוך
בהשפלה או ביזוי.
ליבת הכבוד היא
היפוך ומניעת
השפלה**

**(גישתו המצמצמת
של לוי לא מקובלת
כ"כ)**

7245/10 עדאלה

**פרשת שלילת
הקצבאות להורי ילדים
לא מחוסנים**

צמצום

**השופטת ארבל אומרת
שיש לבחון 2
פרמטרים: 1. הקשר
לביטוי אישי – יש הבדל
בין מניעת בן זוג לבין
מניעת גן השעשועים
המבוקש בשכונה 2.
מידת הכפייה ושלילת
הרצון – יש הבדל בין
ענישה פלילית לבין
שלילת הטבה**

**כלומר, צמצום מסוים
של הגישה המרחיבה
לכבוד**

ציר זמנים וטבלת שליטה בהכרת בימ"ש בזכויות חברתיות – 3.4



3752/10 רובינשטיין

צמצום ההכרה

גרונים מסייג ביקורת שיפוטית בנוגע לפגיעה בזכויות חברתיות חיוביות ואומר שצריך לנקוט בה במשנה זהירות: א. מדובר בנושאים כלכליים ובימ"ש לא מומחה ב. סוגיה פוליטית שנויה במחלוקת, ראוי שהכנסת תתעסק בה ג. מדובר בהתערבות אקטיבית המצריכה זהירות רבה יותר

10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי

הרחבת ההכרה

ביטול הבחנה בין זכויות פוליטיות לאזרחיות ומתן אכיפה מעשית רצינית(ביטול חוק!) בפעם הראשונה

366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי "הכרה ללא שיניים"

צמצום היקפן המעשי ע"י אמירה שצריך לבחון כל מקרה פרטנית(ברק)

לוי בדעת מיעוט
קובע שיש לתת הכרה מעשית

פס"ד מנור "הכרה ללא שיניים"

הכרה
הצהרתית ללא סעד מעשי

4905/98 גמזו הרחבת ההכרה
הכרה מסויגת בזכות לקיום מינימלי. 2 החלשות: א. לא מדובר בנתינה אקטיבית לאדם, אלא במניעת לקיחה ב. זה מלווה בפגיעה באשתו ובילדיו של גמזו

צ'ק ליסט ניתוח אירוע זכויות חברתיות – 3.4

הבחנת הבסיס

- האם מדובר בזכות אזרחית או חברתית?
- חשוב לזכור שכל שיש זכויות חברתיות – הן נגזרות לרוב מכבוד האדם וחירותו(חסן)

שיעור היסטוריה קצר

- במקור לא הייתה הכרה בכלל בזכויות חברתיות
- לאחר מכן הייתה הכרה ללא סעד משמעותי(ברק, עמותת מחויבות)
- לאחר מכן הכרה עם סעד ממשי מאוד – פסילת חוק(בייניש, חסן)

שלב א

- התייחס לרציונלים המובאים במאמרו של גיא מונדלק – גידי התעכב עליהם לא מעט

שלב ב

- אפשר להתייחס לטיעונים היסטוריים כגון הכרה חלקית בפס"ד גמזו או ללא שיניים בעמותת המחויבות, אך זו בעיקר היסטוריה, מכיוון כיום יש הכרה בזכויות חברתיות

בחינת פגיעה בכבוד

- האם מדובר בפגיעה בקיום אנושי מינימלי? במידה וכן מדובר בפגיעה בכבוד ויש לבחון במבחני פסקת ההגבלה(בייניש, חסן)

התייחסות לדעתו המצמצמת של גרוניס

- יש להזכיר את דעת המיעוט המצמצמת של גרוניס, לפיה בימ"ש יזהר משנה זהירות בביקורת שיפוטית על זכויות חברתיות, מכיוון שאינו מבין בזה, זו סוגיה שראוי שהכנסת תתעסק בה, ומדובר בהתערבות אקטיבית(גרוניס, רובינשטיין)

זכויות חברתיות



זכות לדיור, חינוך, בריאות וכדומה



חדשות ולרוב אין מופיעות באופן מחייב בחוקה, אלא מנוסחות כשאיפה או הנחיה כללית



במקרה של פגיעה לא ניתן לעתור לבימ"ש



באמנות בינלאומיות יש מנגנון דיווח בלבד וסייגים לקיום הקשורים לכמות המשאבים במדינה והאפיקים בהם הם מושקעים

זכויות אזרח



הזכות להצביע, זכות הקניין וכדומה



ותיקות ומופיעות בחוקה



במקרה של פגיעה ניתן לעתור לבימ"ש



באמנות בינלאומיות יש מנגנון אכיפה כנגד פגיעה וחובה מוחלטת לכבד



**ממה נובע ההבדל בין הזכויות הפוליטיות-
אזרחיות לזכויות חברתיות?
גיא מונדלק "זכויות חברתיות"**

**זכויות חברתיות לא
מתאימות לאכיפה
שיפוטית**

יש תקציב, עוגה,
מוגבלת. מי שעותר
לבימ"ש זו קבוצה
מוגבלת שלא מייצגת
את כלל האזרחים
העלולים להיפגע
בשינוי התקציב
לטובת קבוצה אחת.
זה בעצם דיוני
תקציב שצריכים
להיעשות באוצר.
לכן, בימ"ש אינו גוף
מתאים לדיון בכך

תמונה רחבה

כדי להכריע בסוגיות
חברתיות כגון דיור יש
לראות תמונה רחבה
של משמעויות
תקציביות וחברתיות,
ובימ"ש אינו הגוף
המתאים לכך

עקרונית

אקטיביות לעומת פסיביות

זכויות אזרח הן שליליות, כלומר
דורשות להימנע מפגיעה. לעומת
זאת, זכויות חברתיות **דורשות
מהמדינה לעשות משהו בפועל**
ולכן לא מתאימות למעמד חוקתי.
גידי אומר שזה לא מדויק כי גם
הבטחה של זכויות אזרח יכולה
להיות חיובית – לדוגמה, הקצאת
משאבים לשמירה על הביטחון
אבל, גידי מוסיף שמרכז הכובד
בזכויות אזרח הוא בעיקר להימנע,
ובזכויות חברתיות בעיקר לעשות

**היסטורית – אין הבדל
מהותי, זה עניין של זמן
זכויות אזרחיות הן חדשות.
בעוד זמן מה הן תהפוכה
לזכויות חוקתיות**

העדר קונצנזוס

זכויות אזרח אינן
שנויות במחלוקת.
לעומת זאת, זכויות
**חברתיות שנויות
במחלוקת בין
האזרחים ואין
קונצנזוס**, ולכן אי
אפשר להכניס
לחוקה

צ'ק ליסט לבחינת אירוע פגיעה בחופש העיסוק – 3.5

רקע

- חופש העיסוק נהנה **משריון פורמלי (7) ומהותי (4)**. הוא נהנה מכך שאין שמירת דינים מ-2002 (10). ניתן לגבור על החוק באמצעות הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית למשך 4 שנים (8). הוא משוריין כנגד תקנות חירום (6).

בחינה אל מול רציונלים

- זהה והתייחס לרציונלים הרלוונטיים לחופש העיסוק במקרה דנן – היכולת להתפרנס (בז'רנו), הגשמה אישית ואוטונומיה (איגלו), או תחרות חופשית (239/92 אגד, 28/94 צרפתי)
- זכור ש-3 הרציונלים מוכרים ע"י בימ"ש כרכיבים בחופש העיסוק
- רציונל החופש לא בהכרח מתיישב טוב עם התחרות, כי זה לא בהכרח מגביר את הפרנסה. רציונל התחרות מתיישב טוב עם האוטונומיה כי היכולת להתחרות באופן חופשי היא תנאי להגשמת האוטונומיה

בחינה אל מול פסקת ההגבלה הכללית (ס' 4)

- בחן את החוק אל מול פסקת ההגבלה בסעיף 4

לא עומדים בהגבלה – מעבר להתגברות

- במידה והחוק אינו עומד בפסקת ההגבלה **בחן האם הוא עומד בפסקת ההתגברות (8)** הדורשת חוק עם הסמכה מפורשת התקף ל-4 שנים בלבד
- ברק מציין 3 מבחנים לבחינת חוקיות פסקת ההתגברות: 1. הפגיעה בזכות אחרת היא תוצאת לוואי ברורה של הפגיעה בחופש העיסוק 2. הפגיעה היא בעיקר בחופש העיסוק 3. הנזק לזכויות אחרות הוא שולי (מיטראל)

מונופול ממשלתי

- הזכות לעיסוק אינה הזכות להיות מועסק, אך יש לבצע מבחן מהותי ולא פורמלי. אם המדינה היא ספק העבודה היחיד בתחום, סירוב להעסיק כמוהו כפגיעה בחופש העיסוק (לם – הסיפור עם המאבחים)

פס"ד תנופה

- לפי גרוס, בתנופה נדחתה הגישה שחופש העיסוק כולל זכויות סוציאליות כגון התאגדות, שכר הוגן וכדומה (פרשנות מצמצמת)

ניתן להתייחס לדעתו של גידי על פסקת ההתגברות והמודל שלו ("המודל הדיאלוגי"). לא מרחיב כאן

המהפכה השקטה זלצברג וקדר

- במאמר הזה שגידי כלל בסילבוס נטען שפסיקת מנהלי ההשקעות הייתה גרועה מכיוון שהיא פגעה בכלל המשקיעים. היה צריך לחייב את כלל המנהלים לעבור בחינות. בימ"ש לא הגן על מי שהיה צריך הגנה

הבדלים בין חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק

כבוד האדם וחירותו



משוריין מהותית בלבד

-



קיים סעיף שמירת דינים

-



לא מתיר באופן דומה

+



**הגבלה מיוחדת לכוחות הביטחון
בנוסף לכל אדם**

+

חופש העיסוק



משוריין מהותית ופורמלית

+



לא קיים ס' שמירת דינים מאז 2002

+



**מאפשר חקיקת חוק מנוגד ברוב מוחלט
תוך כדי אמירה מפורשת
(ס' 8. תוקף ל-4 שנים)**



ללא הגבלה מיוחדת

-

בין פרנסה לתחרות חופשית - ההתפתחות בתפיסת גבולות ומהות חופש העיסוק

התפיסה הפרנסית - ברז'נואית

- מתבטאת בעיסוק כמקור פרנסה. מתמקדת בעיקר בזכות הכניסה למקצוע ובחופש העיסוק בו

התפתחות לתפיסה תחרותית

- מתמקדת לא רק בכניסה ובעיסוק למקצוע, אלא גם בעיסוק חופשי, תחרותי ומשוחרר מרגולציה

לפני חוק יסוד חופש העיסוק

- מתבטאת גישה זו בבג"ץ 125/57 אניות מיכל נ' שר האוצר ובבבג"ץ 4/74 ברמן, בהם הכיר בימ"ש ברציונל של סחר חופשי ותחרות חופשית

לאחר חקיקת חוק יסוד חופש העיסוק

- התהדק הקשר בין חופש העיסוק לבין יוזמה ותחרות חופשית בפס"דים 239/92 אגד נ' יצחק משיח ובבג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות

שורה תחתונה

- ישנה הכרה נרחבת של בימ"ש במסחר חופשי ובתחרות פתוחה כחלק מעקרון חופש העיסוק, ולא רק בפרנסה במובנה המצומצם



תחרות חופשית (כלל ומגדל)



מוטיב התחרות החופשית מסתדר מעולה עם מוטיב המימוש, כי פגיעה בתחרות חופשית פירושה פגיעה ביכולת למימוש עצמי מיטבי

**הבדלים למעשה בין
הגישות השונות לרציונל
חופש העיסוק**



מימוש עצמי (איגלו, מנהלי ההשקעות)



מוטיב המימוש מסתדר מעולה עם מוטיב התחרות, כי פגיעה בתחרות חופשית פירושה פגיעה ביכולת למימוש עצמי מיטבי



לא ניתן ליחס רציונל של מימוש לתאגידים



פרנסה (בז'רנו)



מוטיב הפרנסה עולה בקנה עם התחרות החופשית רק אם נטען שזו מקדמת את זו, טיעון לא ברור לחלוטין



עיסוק התנדבותי לא ייחשב עיסוק



אם המדינה מגבילה עיסוק אך משלמת קצבה לכאורה לפי רציונל הפרנסה זה בסדר

מושגי בסיס – צ'ק ליסט לבחינת אירוע פגיעה בשוויון – 3.6

- שוויון אריסטוטלי – הבחנה לפי קריטריונים ברורים
- שוויון הזדמנויות – לתת לאנשים שוויון הזדמנויות גם אם יש הבחנה אובייקטיבית (שטרסברג-כהן, מילר)
- שוויון בתוצאה – הכי רדיקלי. לא משנה אם החוק או הפעול שוויוניות. אם התוצאה לא – פגיעה בשוויון (ברק, ועדת המעקב)

בחן האם יש פגיעה בכבוד הגורמת השפלה

- במידה וכן יש מעמד חוקתי לשוויון הנגזר מכבוד האדם (התנועה, ברק)
- סיווגים חשודים כמעט תמיד ייחשבו השפלה וייהנו מהגנה חוקית (מילר, דורנר. זמיר, האגודה לזכויות)

במידה ויש פגיעה בחינה לפי מבחני הגבלה בתוספות הבאות בסיווגים חשודים

- מידתיות 1 - הוכחת קשר אמצעי מטרה חזק יותר (מצא, מילר)
- מידתיות 2 - בחינת אמצעים אחרים שפוגעים פחות גם אם עולים יותר (שטרסברג כהן, מילר)
- מידתיות 3 - בחינה בכובד ראש של נזק מול תועלת (דורנר, מילר)

הדעה הרדיקלית של ברק

- כנשק יום הדין אפשר לתקוף באמצעות שוויון בתוצאה (ברק, ועדת המעקב)

המודל של גידי

- אפשר להשתמש במודל האריסטוטלי של גידי בו בוחנים תכלית ראויה וקשר אמצעי מטרה, ואם הם עומדים – ממילא אין פגיעה בשוויון אלא רק הבחנה. לא הדין הנהוג

זמיר בזקין

- אפשר להשתמש בהלכת זקין, בה נקבע כי במקרה של אכיפה בררנית ניתן לדרוש חוסר אכיפה על המופלים (הפקחים בבאר שבע)

הפליה של קבוצה "חזקה"

- אסור להפלות קבוצות "חזקות" מסורתית, כגון גברים, לבנים, עשירים וכדומה (דנציגר, פרוז'אנסקי)

טבלת שליטה במעמד הזכות לשוויון – 3.6.1

721/94 דנילוביץ' – לפי ברק, הזכות לשוויון מעוגנת בדין הישראלי החקוק ממגילת העצמאות ועד לכבוד האדם וחרותו – גישה מרחיבה



4541/94 מילר – לפי דורנר, הזכות לשוויון במפורש לא נכללה ועוגנה בכבואה"ח. מחילים את הזכות לשוויון כנגזרת של החוק רק כשמדובר בסיווג חשוד, עילות שוויון גנריות, כלומר אפליה על רקע קבוצתי, כגון גזע, קבוצה אתנית, מין, כי במקרים כאלה מדובר ביחס משפיל. גישה מצמצמת



6924/98 האגודה – לפי זמיר, המצב הראוי הוא הגנה על שוויון במובן הצר של עילות שוויון גנריות. שוויון במובן הרחב לא צריך להיכלל. גישה מצמצמת



4627/02 התנועה לאיכות השלטון – ברק אומר כי רק פגיעה בשוויון שכוללת השפלה או פגיעה באוטונומיה נכללת בחו"י כבוד האדם. מודל ביניים מצמצם ביחס למה שנקט בפס"ד דנילוביץ'. מפס"ד פרוז'אנסקי משתמע שזו הגישה שאימץ בימ"ש להלכה



מה ההבדל בין זמיר לדורנר? ההבדל הוא במה שראוי להיות. לפי דורנר, הזכות לשוויון כולה אמורה להיות מעוגנת בחוקה, אבל בגלל הכוונה המפורשת לא לכלול אותו מגנים כרגע רק על זכויות שוויון גנריות. לעומת זאת, זמיר אומר שראוי מלכתחילה שרק זכויות שוויון גנריות תקבלנה הגנה חוקתית



סוגי פגיעה בשוויון

**פגיעה בשוויון גנרי/
סיווגים חשודים**



**אפליה על רקע מין, קבוצה אתנית,
צבע עור. זו כבר השפלה כי
מתייחסים לאדם כנחות מטבעו**

פגיעה בשוויון מנהלי



**לדוגמה, רופא מעניק שירות למישהו
לפני כי הוא מכיר אותו. זו לא
השפלה שלי, לא אומרים שאני נחות**

**מה המשמעות המעשית
של פגיעה בסיווגים
חשודים?
החמרה במבחני
המידתיות**

מבחן מידתיות 3
שקילה בכובד ראש האם
התועלת באמת עולה על הנזק
(מילר, דורנר)

מבחן מידתיות 2
העדפה של אמצעים חלופיים
להשגת המטרה הפוגעים פחות
בשוויון, גם אם הם יותר יקרים
ופחות יעילים
(מילר, שטרסברג כהן, 14-15, 6)

מבחן מידתיות 1
תידרש הוכחה רצינית יותר של
קשר אמצעי מטרה
(מילר, מצא, 21)

טבלת שליטה בסיווגים חשודים – 3.6.3

8821/09 פרוז'אנסקי (הפליה של גברים במועדון) - דנציגר אומר שהפליה אינה חוקית גם כאשר היא נעשית כלפי קבוצות הנחשבות חזקות באופן מסורתי, כגון לבנים כלפי שחורים או גברים כלפי נשים



8300/02 נסר - בייניש מחילה נורמות של סיווג חשוד גם על חוק בו הנורמות לא נקבעו ככאלה במפורש. האמירה בעצם היא שגם אם לא נאמר בפועל – ההפליה נעשתה



11163/03 ועדת המעקב - בחינת מדיניות על פי תוצאה. כלומר, גם אם קווי המדיניות היו כשרים לחלוטין – אם התוצאה גורמת לאפליה היא תבוטל. זו גישה רדיקלית ביחס למה שראינו עד כה מכיוון שהיא בוחנת תוצאות, ולא מדיניות



מבחני פגיעה בשוויון



צ'ק ליסט לניתוח אירוע בפרק חופש הדת וחופש מדת – 3.7

רציונלים לחופש הדת – (כללי, לפירוט ראה את השקף הבא במצגת)

- **מצפון** – הגנה חזקה יותר אך ספציפית יותר (פלונים, התנועה, יקותיאלי – מתוך סטטמן וספיר)
- **תרבות** – הגנה רחבה הרבה יותר, אך חלשה באופן משמעותי. לרוב תהיה כלפי קבוצות מיעוט (הרציונל הוכר ע"י שמגר בפס"ד פסרו גולדשטיין)

מעמד חופש הדת/ מדת

- **בפסק דין חורב** הוכרה הזכות לחופש דת/ מדת כזכות חוקתית הנובעת מכבוד האדם וחירותו (חשין, חורב)

רגשות אל מול מעשה

- האם יש פגיעה ברגשות, כלומר עושים משהו לא מכבד ליד אדם, או שפוגעים ביכולת שלו לקיים את מצוות הדת? רגשות בלבד אינן מוגנות, פגיעה ממשית – כן (**ברק, חורב+גור אריה**)

כמה ממשית צריכה להיות הפגיעה על מנת שהזכות תהיה מוגנת?

- **בשביט** אנחנו רואים שגם אם בבית הקברות של החברא קדישא עושים אותיות לועזיות, אך החברא קדישא עצמה לא צריכה לחרוט – זו לא פגיעה. כלומר, גישה מצמצמת למה מהווה פגיעה בחופש הדת.
- **אנגלרד בדעת מיעוט** פוסק שמכיוון שחורטים בבית הקברות של חברא קדישא, גם אם החברא לא עושה את זה בעצמה – זה מהווה פגיעה – כלומר, גישה מרחיבה למה מוגן בחופש הדת

חקיקה דתית

- **בפסק דין קפלן** פוסקת פרוקצ'יה שחקיקה ממניעים דתית בלבד, שאינם נתמכים במניעים סוציאליים – אינה כשרה

יחסי הגומלין בין חופש הדת לחופש מדת

- בית המשפט מתייחס לשתי הזכויות כתאומות ושוות נורמטיבית (**חשין, חורב**)
- **לדעת גידי**, רק חיוב להשתתף בטקסים או בפעילות דתית יהווה פגיעה בחופש המצפון של החילוני. סתם חקיקה ממניעים דתיים, כגון סגירת כבישים בשבת אינה מוגנת (סטטמן וספיר)

חופש הדת

הזכות לתרבות

דת היא דוגמה מובהקת לתרבות
שלהגנה עליה יש חשיבות
לחברים בה (שפה, הרגלים,
חוקים, מאכלים, אידאולוגיה)
מדוע להגן עליה?
1. מרכיב משמעותי בזהות
2.

הגנה על מצפוןנו של האדם

**תועלת בקיומם של
אנשי מצפון**
רוב האנשים אינם
עקרוניים, ואנחנו
רוצים אנשי מצפון
ועקרונות

כבוד לאנשי מצפון
כבוד והערכה לאנשי
מצפון שמוכנים
לשלם מחירים
כבדים

מניעת כאב וסבל
להכריח אדם לעבור
על מעשה שאסור לו
גורם לסבל

3.7.1 רציונל לחופש הדת



**חופש הדת
כנגזרת של חופש
המצפון**

**חופש הדת
כנגזרת של
הזכות לתרבות**

**תחולה רחבה פחות
פסיבית**

הגנה חזקה יותר

**אי אפשר ליצור מנגנוני פיצוי ואיזון
כשמכריחים אדם לפעול בניגוד לצו
מצפונו**

**מוכרת יותר בתקדימי בית
המשפט**

**תחולה רחבה יותר
אקטיבית**

הגנה חזקה פחות

**אפשר ליצור מנגנוני
פיצוי ואיזון**

3.7.1 רציונל לחופש הדת – פסקי דין

2266/93 פלוניס - שמגר אומר שהיבטים של חופש הדת והמצפון זה לא רק לחשוב ולהאמין, אלא גם לפעול כדי להגשים את צווי המצפון (דת כמצפון)



6427/02 התנועה (חוק טל) - ברק מתייחס בעיקר לחופש הדת. יש התייחסות אפורה ומעורפלת מאוד לתרבות אך זו לא מוכרת כזכות או מקושרת לחופש הדת (דת כמצפון ולא כתרבות)



4124/00 יקותיאל עתירה כנגד הבטחת הכנסה לאברכים - בייניש מתארת את הזכות לתרבות כחלק מאוטונומיה, אבל לא נעשה קישור בינה לבין חופש הדת(כלומר, הכרה בזכות לתרבות, חוסר קישור בינה לבין חופש הדת)



3.7.2 – היקף ומשקל של חופש הדת - טבלת שליטה

6024/97 שביט (חברה קדישא והמצבות) – ברק אומר שחברה קדישא אינה מחויבת לחרוט בעצמה תאריכים לועזיים על המצבות, ולכן אין פגיעה אקטיבית בחופש הדת, לא מכריחים אותה לעבור על מצוות הדת בעצמה (גישה מצמצמת). אנגלרד בדעת מיעוט סובר שמדובר בכפייה אקטיבית לנהוג בניגוד לדין הדתי הנהוג (גישה מרחיבה)



1514/01 גור אריה (הסרט בשבת) – ברק אומר שפגיעה בדת היא בהכרח לעבור על מצוות הדת או הכרח לא לקיים מצוות בדרך של מחדל. צילום סרט ליד שומרי מצוות בשבת זו פגיעה ברגשות בלבד ולא בחופש דת ממשי (גישה מצמצמת לחופש דת)



1031/93 פסרו (גיור רפורמי) – הכרה בחופש דת כחלק מהזכות תרבות בפעם הראשונה! (גישה מרחיבה מאוד)



רציונלים לחופש הביטוי

מימוש האוטונומיה של הפרט
אדם מממש את עצמו באמצעות
חופש הביטוי

בעיה: החלה
מרחיבה מדי של
מושג האוטונומיה.
אומר הכול ולא אומר
כלום

קידום הדמוקרטיה
דמוקרטיה היא ממשל עצמי של
אזרחים. כדי שאזרחים יוכלו לקבל
החלטות מושכלות הם חייבים להיות
חשופים למידע

בעיה: זה נוגע רק לחופש ביטוי פוליטי
גידי אומר שבאמת נכון:
פגיעה בחופש ביטוי מסחרי נגיד עדיין מתירה את
האפשרות לשינוי, לעומת פגיעה בחופש ביטוי
פוליטי, שאז כבר אי אפשר לשנות וזה חמור יותר
בנוסף, מגדירים מעמד חוקתי לפי חשיבות ופגיעות,
והיסטורית החופש הפוליטי הוא החשוב יותר וגם זה
שפגיע וחשוף יותר להגבלות

גילוי האמת
הדרך היחידה להגיע לחקר
האמת היא לתת לכולם
להתבטא

1. אין טעם להשתיק את האמת כי
בסוף היא תתגלה
2. מקום גם לשקר: כדי שהאמת
תהיה חזקה עליה להתמודד גם
עם טענות כזב
3. דעות סותרות משלימות אחת
את השנייה

טבלת שליטה 3.8.1 – רציונל ומעמד

73/53 קול העם - חופש העיתונות הוא צורה ספציפית של חופש הביטוי. עיקרון חופש הביטוי הוא חלק אינטגרלי מהתהליך הדמוקרטי



4463/93 גולן - לפי מצא, חופש הביטוי מעוגן באוטונומיה של כבוד האדם וחירותו (גישה מרחיבה). לפי דורנר, חופש הביטוי נכלל בכבוד האדם רק במקרים של השפלה – גישה מצמצמת (דומה לגישתה באליס מילר). כל הדיון באוביטר בלבד



2557/05 מטה הרוב - ברק אומר שלא כל חופש הביטוי נהנה מהגנה חוקתית. רק היבטים שנגזרים מכבוד האדם. ככל שנוגע יותר באוטונומיה ככה נכלל יותר (גישה מצמצמת)



5239/11 אבנרי - מלצר מחלק בין ביטוי שמטרתו לשכנע וביטוי שמטרתו לכפות, נניח קריאה לחרם על ישראל, ואומר שהאחרון אינו נכלל בגרעין הקלאסי של חופש הביטוי וקל יותר לפגוע בו (גישה מצמצמת, טיפה אפור)



שורה תחתונה: אין ממש הגדרה. ככל שדבר יהיה קשור יותר לאוטונומיה או מניעת השפלה נקרא אותו יותר אל תוך כבוד האדם והוא יהיה מוגן חוקתית

טבלת שליטה 3.8.2 - היקף

2381/95 אלבה – ברק ודורנר אומרים שגם גזענות נכללת בחופש הביטוי, רק הסתה לגזענות לא. מצא בדעת יחיד אומר שחופש הביטוי לא כולל ביטויים גזעניים



214/89 אבנרי – ברק אומר שלשון הרע נכלל בחופש הביטוי. רק שיש עוולה אזרחית של פגיעה בשם טוב ברמה גבוהה נמנע ביטוי



כהנא נ' הועד המנהל – הכרה של חופש הביטוי גם כשנטען שמדובר באמירות גזעניות



לסיכום – הכללת חופש הביטוי גם במקרים של לשון הרע או גזענות



3.8.3 – כיצד פוגעים בזכות?

175/71 פסטיבל למוסיקה – משרד החינוך לא רוצה לממן מוסיקה כנסייתית. קיסטר בדעת רוב אומר שאין פגיעה בחופש הביטוי אלא פשוט החלטה לא לממן. כהן בדעת מיעוט אומר שמניעת תמיכה שווה פגיעה בביטוי (פס"ד מצמצם)



3429/11 התיכון האורתודוקסי חיפה – הפחתת תקציבים של גופים ששוללים קיומה של ישראל או מתאבלים על יום העצמאות. המדינה אומרת שאין פגיעה בחופש הביטוי. מותר לגופים לעשות זאת, פשוט שוללים להם הטבות. **העתירה נדחית מחוסר בשלות ואין הכרעה**



5239/11 אבנרי – סנקציות אזרחיות ומנהליות על קריאה לחרם. מלצר אומר שזה כבר אסור, כי מדובר כבר בהפעלת סנקציה אקטיבית על חופש הביטוי, אבל אומר שמדובר בפגיעה לא גדולה במיוחד (פס"ד מחזק את מעמד חופש הביטוי)



3.8.5 – ציר זמנים בחופש הביטוי אל מול ערכים אחרים

שורה תחתונה לדעתי – מאז כבוד האדם אין עדיפות לחופש הביטוי אל מול הזכות לשם טוב אלא מאזנים ע"פ מבחני סולברג



2011

פלוני נ' פלונית

מרצה שמפרסם
אוטוביוגרפיה
המתארת יחסים
אינטימיים שלו עם
סטודנטית סולברג
אומר שמאז כבוד
האדם העדפה של
חופש הביטוי לא
רלוונטית. יש לאזן
באמצעות בדיקת
חשיבותה של
הזכות, הסתברות
הפגיעה אל מול
הזכות, עוצמת
הפגיעה אל מול
הזכות

1995

גנימאת

ברק אומר שלאחר
חו"י כבוד האדם יש
לעיין מחדש בשיווי
המשקל בין הזכויות
(לטובת השם טוב)

1989

אבנרי

במקרה של ספק
אל מול הזכות לשם
טוב נטה תמיד
לחופש הביטוי אלא
אם כן יש וודאות
גבוהה ממש
לפגיעה בשם טוב

פלוני נ' דיין אורבך

ריבלין אומר
שעמדתו של שמגר
אומצה – חופש
הביטוי גובר על
הזכות לשם טוב

1977

חברת חשמל נ' עיתון הארץ

שמגר אומר
שמעדיפים את
חופש הביטוי על
פני הזכות לשם
טוב



ציר זמנים וטבלת שליטה בסמכויות חירום



1945	תקנות ההגנה לשעת חירום	• הבריטים, בניסיונם להתמודד עם המחתרות, מחוקקים תקנות חירום מרחיקות לכת שמעניקות עדיפות לרשויות הצבא על פני חקיקה ראשית
1948	ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט	• משאיר את הרוב המוחלט של החקיקה המנדטורית בתוקף, כולל תקנות ההגנה. התקנות קבועות באופן קבוע ואין צורך לחדש
1948	בג"ץ גוברניק - ביסוס סמכויות החירום	• בימ"ש דוחה עתירה כנגד תוקף תקנות ההגנה
1988	בג"ץ שניצר- החלשת סמכויות החירום ע"י ברק	• סטייה ראשונה מביקורת פורמלית על חוקי חירום. בחינה של שיקול דעת של הרשות בהפעלת סמכויות חירום
1990	בג"ץ פורז – החלשת סמכויות החירום	• אין להשתמש בתקנות חירום אם אפשר לעשות את זה בחקיקה רגילה צמצום של סמכויות החירום
1996 חו"י הממשלה	שינוי הבסיס החוקי למצב החירום	• הכנסת רשאית להכריז על מצב חירום עם תוקף של שנה. כלומר בניגוד לעבר, צריך לחדש אקטיבית כל פעם. היא עושה זאת קבוע מאז- ישראל נמצאת רשמית במצב חירום מאז קום המדינה
1996 חו"י הממשלה - המשך		• ישנם מספר סייגים(39ה-ו). הממשלה עצמה רשאית להכריז על מצב חירום ל-7 ימים בלבד(38ג). תקנות החירום עצמן עם תוקף של 3 חודשים



חקיקת חירום של הכנסת תלוית מצב חירום



חוקי הארכת תקנות חירום
של הממשלה כל 3 חודשים

חקיקת חירום מקורית של הכנסת
חקיקה ראשית מקורית שתקפה במצב
חירום בלבד

הוראות שעת חירום
בחקיקה רגילה

חוק מסגרת רחב
לדוגמה חוק הפיקוח על
שירותים
ומוצרים (1957).

מסמך את הרשות לתקן
תקנות חזקות. עד 1990
התקנות הנ"ל היו חזקות
יותר מחקיקה ראשית

חוק מפורט וספציפי
לדוגמה: חוק סמכויות
שעת חירום
ומעצרים (1979), חוק
המאבק בטרור (2016)

חוקים רגילים שיש
בהם סעיפים שניתן
להפעיל בשעת חירום
לדוגמה: חוק חופשה
שנתית. שר הרווחה
יכול לשלול חופשה
שנתית בשעת חירום

בעבר חקיקת החירום הייתה בעיקרה חקיקת משנה, ללא הסמכה ראשית ותלויה במצב החירום

ב-20 השנים האחרונות אנחנו עוברים למודל המבוסס יותר על חקיקה ראשית, בהסמכה פרטנית, ואינו תלוי במצב חירום. מה גרם לשינוי?

ישנה מודעות גבוהה יותר לזכויות אדם
בציבור הרחב ובכנסת, ולכן ישנה נטייה חזקה יותר לכלול חקיקת חירום באופן מסודר ומפוקח

בימ"ש מפעיל יותר שיקו"ד בעניינים בטחוניים. לכן יש יותר נטייה לכלול בחקיקה ראשית. כשתקנה מעוגנת בחקיקה ראשית בימ"ש יתערב פחות, בנוסף התחילו לכלול מכשיר של "הוראת שעה", שגורמת להתערבות מופחתת

בימ"ש מתגבר בהתנגדותו לסמכויות גורפות לחקיקת משנה (לדוג: הועד נגד עינויים).
לכן, יש יותר נטייה לעגן חקיקת חירום בחקיקה ראשית

מבינים שאי אפשר לפעול על מודל שתלוי במצב חירום.
אנחנו באותו מצב כבר 75 שנה וצריך להסדיר דברים באופן קבוע

ציר זמנים בשאלת חוק השבות והמרשם



1948

עם הקמת המדינה
אין הגדרה של
המונח יהודי
בפקודת הפרשנות

1950-2 חוק

השבות והאזרחות
חוק השבות מעניק
זכות לכל יהודי
לעלות לארץ אין בו
הגדרה של מיהו
יהודי כי לא חשבו
שתהיה על זה
מחלוקת

חוק האזרחות
מעניק אזרחות לכל
יהודי העולה לארץ

1962

72/62 רופאיזון
המומר הנוצרי
זילברג(רוב) פוסק
שמומר אינו יהודי
לצורך חוק השבות.
גישה מרחיבה
לקשר בין דת
ללאום. כהן(מיעוט)
משתמש במבחן
סובייקטיבי עמום לפי
הרצון ההצהרתי של
אדם המצהיר על
עצמו כיהודי הרוצה
לשוב למולדתו

58/68 שליט
קצין חיל הים
והסקוטית

בדעת רוב נקבע
מבחן סובייקטיבי
בעיקרו לצורך
הרישום בשילוב עם
מעט מאפיינים
אובייקטיביים(זוסמן
10). בדעת מיעוט
של זילבר וקיסטר
נקבע מבחן ההלכה
היהודית. בדעת
מיעוט של לנדוי
ואגרנט הוחלט שזה
לא תפקיד בימ"ש
להחליט

1970

תיקון חוק
השבות

נקבע שיהודי הוא
מי שנולד לאם
יהודייה או
התגייר(לא נקבע
איזה גיור)
כמו כן, לצורך חוק
השבות זכאים גם
בני זוג, ילדים של
יהודים, נכדים
ובני זוגם

1987

סוזן מילר
ולאחריה פס"ד
ש"ס
נקבע כי לצורך
הרישום יש להכיר
בגיור לא
אורתודוקסי
בחו"ל

אין פה הכרעה על
מעמד הגיורים
הליברליים מ-2
סיבות:
1. אין משמעות
מעשית לרישום
2. מדובר בגיורים
בחו"ל, אין הכרעה
על מה שקורה
בישראל

1963 הלכת פונק שלזינגר- הכרה
בנישואים אזרחיים וקונסולריים
בחו"ל לצרכי רישום

1993 פסרו גולדשטיין
קביעה שפקודת ההמרה אינה חלה על
חוקי השבות והמרשם. אין קביעה בנוגע
לתוקף גיור רפורמי ובמקרה הספציפי
בימ"ש נמנע מלהורות על הכרה
בגולדשטיין כיהודיה לצורך חוק השבות או
הרישום(ברק 7)

1995 נעמת
הכרה בגיור לא אורתודוקסי בחו"ל
לצורך חוק השבות והכרה בגיור ל"א
בארץ לצרכי מרשם
(מילר וש"ס רק על גיור בחו"ל)

1997 סטמקה

בן זוג שהתחתן עם יהודי
אזרח ישראל אינו זכאי לחוק
השבות. תוקף חוק השבות רק
למי שהתחתן עם יהודי בחו"ל
ואז עלו לארץ ביחד

1999 טושביים 1

נדחית טענת המדינה לפיה חוק
השבות לא תקף למי שגירו כשהם
כבר בארץ, כי מטרת החוק לעודד
עלייה לישראל
בקשה מהמדינה להכריע בנוגע לאיזה
גיור תקף

טושביים 2

הכרה בכל הגיורים שנעשו
בחו"ל
גיור בארץ נותר ללא הכרעה

2006 רוגצ'ובה

הכרה בגיור בכל הקהילות
האורתודוקסיות המוכרות
בישראל
(כלומר לא חייב דווקא רבנות)

2003 עדאלה חוק האזרחות והכניסה
לישראל

(הוראת שעה) למניעת איחוד משפחות
עובר בבג"ץ על חודו של קול 4-5 מנימוקים
בטחוניים. **הטיעון הדמוגרפי לא מועלה.**
שופטי הרוב אומרים שאין מניעה להינשא
למי שרוצים, אלא רק לממש זכות זו
בישראל

2021 דהן

"כי לעניין חוק השבות יש להכיר
כיהודים במי שבמהלך שהותם
בישראל כדין עברו גיור בקהילה
רפורמית או קונסרבטיבית"
הכרה מלאה בגיורים רפורמיים!

צ'ק ליסט לפתרון אירוע בפרק הגירה ומרשם – 5.1

שורה תחתונה בהכרה בסוגי גיור + רישום למבחן

- בימ"ש מכיר בגיורים רפורמיים וקונסרבטיביים בחו"ל לצורך חוק השבות(טושביים 1), אף בנסיבות מעט מפוקפקות(טושביים 2) ומאז 2021 אף בגיורים רפורמיים שנעשו בארץ לצורך חוק השבות(דהן), כולל לאנשים שגורו שהם כבר בארץ(טושביים 1). הכרה בגיור רפורמי בחו"ל לצרכי מרשם(סוזן מילר, ש"ס), כמו גם בארץ(נעמת) בימ"ש מדגיש שאינו מכריע בסוגיה דתית אלא חקיקתית(דהן)

שורה תחתונה בחוק השבות למבחן

- חוק השבות מכיר ביהודים, בני זוגם, בנים ובני זוגם, נכדים ובני זוגם. בתיקון מ-1970 נכתב כי יהודי הוא מי שנולד לאמא יהודייה או התגייר
- כולל אנשים שגורו שהם כבר בארץ(טושביים 1)
- בן זוג שהתחתן עם יהודי אזרח ישראלי אינו זכאי לחוק השבות. תוקף חוק השבות רק למי שהתחתן עם יהודי בחו"ל ואז עלו לארץ ביחד(חשין, סטמקה)
- אלמנה של יהודי זכאית לעלות מכוח החוק(ס' 4ב). במידה ומדובר באלמנה של זכאי שאינו יהודי, כלומר צעד רחוק יותר מיהדות – תלוי בטיב הקשר לעם היהודי(מרינצ'בה)

נישואים אזרחיים

- בימ"ש מכיר בנישואים אזרחיים בחו"ל ובנישואים קונסולריים לצורך רישום(פונק שלזינגר)

תוקף איסור איחוד משפחות (הוראת שעה)

- הוראת השעה למניעת איחוד משפחות עוברת בבג"ץ על חודו של קול 4-5 מנימוקים בטחוניים. הטיעון הדמוגרפי לא מועלה. שופטי הרוב אומרים שאין מניעה להינשא למי שרוצים, אלא רק לממש זכות זו בישראל. לפני מספר חודשים התיקון נפל בהצבעה.

היסטוריה חקיקתית

- תכל"ס רוב הפרק הזה הוא פשוט היסטוריה, אז אם אתם נשאלים תעזרו פשוט בצירי הזמן של ההיסטוריה החקיקתית בתחום שמצורפים

- אע"פ כן ולמרות חוסר חקיקה מקובל היה שניתן לפסול עקב שלילת קיומה של ישראל (ירדור)
- עקרון זה חוזק בניימן והודגש שבהעדר חקיקה ניתן לפסול רק עקב שלילת קיומה של המדינה (אלון, בייסקי ושמגר בדעת רוב, ניימן)

חקיקה מסדירה חדשה

- בשנת 1985 מוסיפים את ס' 7א לחו"י הכנסת וס' 5 לחוק המפלגות עם עילות הפסילה הבאות: 1. שלילת אופייה היהודי 2. והדמוקרטי של המדינה 3. הסתה לגזענות 4. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל (נוסף ב-2002)

יחסי הגומלין בין חוק המפלגות לחו"י הכנסת

- לדעת ברק, יש לפרש בצמצום את חוק המפלגות, ובהרחבה את חו"י הכנסת. מניעה של הקמת מפלגה בכלל היא פגיעה גדולה. לעומת זאת, מניעת השתתפות בבחירות היא פחות רדיקלית. לדעת חשין, אין הבדל בכלל בין החוקים

פסילה פרטנית

- עקב החקיקה החדשה שמאפשרת פסילה של מועמדים פרטנית, ולא דווקא כסיעה, נקבעו מספר סייגים: 1. פסילה פרטנית עוברת אוטומטית לעליון. 2. בימ"ש מאשר את ההחלטה. הוא לא בוחן סבירות כמו במקרה רגיל. הוא מניח את ההחלטה בצד ובוחן את המקרה בעצמו מחדש

פסילה עקב שלילת אופייה היהודי של המדינה

- בשורה של פסקי דין בימ"ש התיש והחליש את הסעיף: ועדת הבחירות (רק מאפיינים גרעיניים, ברק), בן שלום (שלילת עיקרון השבות זה בסדר), איזקסון (מדינת כל אזרחיה זה בסדר, ברק), ארליך (פרשנות מצמצמת קיצונית), ובסופו של דבר רוקן אותו לחלוטין ממשמעות בפס"ד בל"ד
- דעות מיעוט: בן שלום: "מדינת כל אזרחיה" = עילה לפסילה (דב לוין). לוי סובר כי יש לפסול את בל"ד עקב שלילת האופי היהודי של המדינה (בל"ד)

תמיכה בטרור