

חלק א:

האם חוק יסוד (להלן: חו"י) נהנה מעליונות?

עמותת "ירושלים של זהב" (להלן – העמותה) תגרוס שמאחר ש"חוק מוסדות המדינה בהגי ישראל (הוראות מיוחדות) (הוראות שעה) התשפ"ג-2022" (להלן – חוק המוסדות) פוגע בחלק מעקרונות חוק יסוד ירושלים: בירת ישראל (להלן: חוק היסוד), יש לבטלו, מפני שחו"י גובר על חוק רגיל. למרות שלחוק היסוד אין הוראת כבילה, כלומר, אין לו שריון מסוים (פורמלי או מהותי), היעדרות של הוראה כזו לא מפחיתה ממעמדו הנורמטיבי העליון (מזרחי, ברק 63). לכן, לא ניתן להעביר חקיקה ראשית שפוגעת באופן סובסטנטיבי או משנה חו"י.

[ad1] עם הערות: יופי, וגם חוק יסוד שותק (כמו בענייננו) נהנה מעליונות (פס"ד חרות)

בתגובה, אושפזו יגיד שמאחר שמדובר בחוק ספציפי, יש לתת עדיפות לחוק כזה על פני חוק כללי (נגב, ברנזון 1). היות וחוק היסוד כללי וחוק המוסדות מתייחס לאירועים ממוקדים ומבקש העברת מיקום אחד, חוק המוסדות עונה על הדרישה של חוק מיוחד.

האם מדובר בשינוי או בפגיעה והאם הפגיעה מהותית?

העמותה תגיד שחוק המוסדות גורם לשינוי בחוק היסוד, דבר אשר יכול להיעשות רק באמצעות חו"י אחר (מזרחי, שמגר 27). חוק המוסדות משנה את חוק היסוד כי הוא סוטה מהעניין המרכזי באופן כה מהותי וקובע הסדר חדש (דרור לישראל, ביניני 34), העניין המרכזי של חוק היסוד כלול גם בסעיף 2 שמוסדות המדינה הראשיים ימצאו בירושלים.

[ad2] עם הערות: כל הכבוד!

אושפזו יטען כי לא מדובר בשינוי אלא בפגיעה ויעמוד על כך שהסדרי חו"י ניתנים לפגיעה על ידי חוק רגיל, אם בחוק נאמר באופן מפורש כי קיימת פגיעה כזו (מזרחי, ברק 64). במקרה בו אנו דנים, בחוק המוסדות נאמר "על אף האמור בסעיף 2 לחוק היסוד", דהיינו, הייתה פגיעה מפורשת.

[ad3] עם הערות: מצויין!

מנגד, העמותה תסבור כי על פגיעה זו לעמוד בפני פסקת ההגבלה, משום שלהוראת חוק אין כוח לשנות או לפגוע בהוראת חו"י אם הם מנוגדים, פרט למקרים מסוימים (חרות, ברק 4), אך אושפזו יאמר שאי אפשר לדון בפסקת ההגבלה בנוגע לפגיעה בחו"י שותק.

כדי לנגוד טענה זו, העמותה תסבור שניתן לדון בכך ויש להחיל את מבחני פסקת ההגבלה גם במקרים בהם מדובר בפגיעה בחו"י שותק, כשלא מדובר בחוקי יסוד המתירים פגיעה ומעגנים את דרך הפגיעה בפסקת ההגבלה (הופנינג, זמיר 12). ראוי להשתמש בפסקת ההגבלה בנוגע לכל חוקי היסוד (מופז, מצא 17). כאשר מדובר בפגיעה בחו"י אשר עוסק באינטרס הציבורי ולא בזכויותיו של הפרט, אין מניעה מלהשתמש במבחן המשולש של פסקת ההגבלה, כלומר, אכן ניתן לייבא את פסקת ההגבלה לחוק המוסדות. (המרכז האקדמי, לוי 16).

[ad4] עם הערות: נהדר, דיון ממצה וקולע

האם חוק המוסדות עומד בפסקת ההגבלה?

העמותה תגיד שחוק המוסדות לא עומד במבחני פסקת ההגבלה המפרטים כי החוק צריך להיות הולם את ערכי המדינה, מכיל תכלית ראויה ושהפגיעה תהיה מידתית (ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). מכאן, חוק המוסדות אינו הולם את ערכה של ירושלים בתור הבירה ושהפגיעה לא מידתית משום שהיא מקשה על תפקוד רציף של ביהמ"ש העליון. לדעתם, כדי לממש את התכלית יש להשתמש באמצעי אחר.

[ad5] עם הערות: וכמובן התנאי הראשון, שתהיה הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית

אושפזו יטען שחוק המוסדות עומד בכל התנאים: **ערכי המדינה** – חוק המוסדות משמר את מעמד ירושלים כבירת ישראל. **תכלית ראויה** – התכלית של חוק המוסדות היא לשמור על ביטחון אזרחי המדינה בתקופות מתוחות. **מידתיות** – על מנת לבחון זאת, משתמשים במבחני המשנה (לשכת מנהלי ההשקעות, ברק 18). קשר בין אמצעי למטרה: האמצעי של העברת ביהמ"ש לת"א מוודא צמצום התקלה וייתר על כוחות הביטחון. נזק מופחת: חוק המוסדות מתייחס רק להעברת מוסד אחד ונותן זמן הכנה למעבר. נזק מול תועלת: התועלת עולה על הנזק שכן היא מפחיתה את הסיכוי שאזרח יפגע במהלך החגים ומעלה את תחושת הביטחון.

[ad6] עם הערות: סקירה טובה של פסקת ההגבלה

האם היה פגם בהליך החקיקה?

העמותה תטען כי ניתן לפסול את חוק המוסדות לאור קיומו של פגם היורד לשורש העניין בהליך החקיקתי, משום שיש כאן פגיעה מהותית בעיקרון ההשתתפות. בהליך חקיקתי ישנם מספר עקרונות אשר צריכים להתקיים וביניהם נמצא עקרון ההשתתפות שמעגן את האפשרות המעשית של חברי הכנסת לדעת על מה הם מצביעים (מגדלי העופות, בייניש 25), אך אין די בכך לתת לחברי הכנסת אפשרות זו, אלא יש גם לדאוג כי חברי הכנסת יוכלו לגבש עמדה מהותית אשר דורשת מהלך מחשבתי מסוים וקבלת החלטה מושכלת (קוונטינסקי, סולברג 59). **בענייננו**, התהליכים קודמו בזריזות וכך גם הדיון המקוצר שבסופו החוק אושר, מה שמצביע על חוסר בדיון מעמיק.

[ad7] עם הערות: באיזה אופן? בביקורת שיפוטית הליכית נפעל לפי עקרון הבטלות היחסית, נבטל רק את השלב בהליך שהתקיים לא כראוי.

[ad8] עם הערות: חסר חלקית: סולברג קובע שני מבחנים לעקרון ההשתתפות: (1) האם יכול היה לדעת על מה הצביע (2) האם הייתה לו אפשרות לגבש עמדה: קובע תת מבחנים לכך: משך הדיון, האם חל שינוי בתוכן ההצעה, ומה משך הזמן עד שנערך הדיון. (תת מבחן נוסף שלא רלוונטי כאן: האם הוגשה תשתית עובדתית).

לעומתה, אושפזו יטען כי הניסוח המתמצת והענייני של חוק המוסדות, אפשר יכולת לגבש עמדה מהותית בעניין.

בנוסף, הוא יטען כי ביקורת שיפוטית על הליך חקיקה זה מהווה פגיעה בעצמאותה של הכנסת ומאפשרת התערבות יתרה של בית המשפט שלא כצורך (ארדן, ברק 5). כאשר מדובר בנורמות מוסדות-דיוניות, הפרשנות מצומצמת וחלה עליה מגבלה בתחומים רבים שכן נדרשת פגיעה מפורשת בהליך החקיקה למעט ערכי יסוד בהירים המוסכמים על כולם כמו זכויות אדם, מה שאומר כי בית המשפט צריך להתערב בתוכן גרידא (קוונטינסקי, מזוז בדעת מיעוט 11). מכאן נובע שבית המשפט לא צריך לפסול חוק זה משום שלא היה בהליך החקיקה הפרה קיצונית של ערכי יסוד.

[ad9] עם הערות: ביקורת- בונסו

חלק ב':

האם היה תיקון חוקתי לא חוקתי?

ח"כ תמר רימוני, אשר יזמה את תיקון לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (הוראת שעה) (להלן: התיקון), תטען כי הפעם בניגוד לחוק המוסדות, התיקון עוגן בצורה של חו"י, כך שאין לערער על מעמדו ועל תוקפו.

למרות זאת, העמותה תסבור שהתיקון נחשב לתיקון חוקתי לא חוקתי, כלומר, הכנסת חרגה מסמכותה וסתרה את קיומם של יסודות בסיסיים הדנים באופייה של ישראל כמדינה יהודית (בר-און, בייניש 33), ובשל כך, סתרה עקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי. בנוסף, הפעם יהיה מדובר בשינוי משום שהתיקון יהיה תקף מאותו רגע לכל תקופת חגים בשנים הבאות, לעומת חוק המוסדות, אשר היה חד פעמי.

רימוני תשיב כי דוקטרינת התיקון חוקתי הלא חוקתי, אינה צריכה להתקיים במקרה זה. המהלך החוקתי בישראל עדיין נמצא בשלב בו עדיין אין חוקה ממשית, לכן, יש להמתין לתחולתה של דוקטרינה זו עד שמפעל החוקה בישראל יושלם (ג'בארין, מזוז 12). החלה כזו תוביל לבעייתיות רבה וגם אם היה צורך בשימוש בה, הנזק של התיקון היה מזערי.

[ad10] עם הערות: מצויין- בונסו

האם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת?

העמותה תטען לשימוש לרעה של רימוני בסמכותה כחברת כנסת, בהתבסס על המבחן הדו-שלבי (שפיר, חיות 36-42), אשר מכיל את מבחן הזיהוי שבוחן את האופי הצורני של חו"י ומבחן הצידוק, שבוחן את האופי התוכני. מבחן הזיהוי כולל שלושה תתי מבחנים שהם: **יציבות:** צריך שחו"י יהיה רלוונטי לשנים רבות בהמשך, גם לאור שינויים לא צפויים. **כלליות:** אסור על חו"י להיות פרסונלי ולכן הוא צריך להתייחס לקבוצה בלתי מסוימת. **התאמה למארג החוקתי הכולל:** האם חו"י משתלב יחד עם הנורמות אשר היו מצויות בסביבה החוקתית לפני כן? העמותה תטען לכך שהתיקון מפר את היציבות משום שמדובר בהוראת שעה, אשר תמיד תהיה זמנית ושהוא לא תואם את תכלית חוק היסוד המקורי, מה שמפר את המבחן השלישי.

[ad11] עם הערות: כל הכבוד, דיון מעולה

אי לכך, רימוני תטען שהתיקון עומד במבחן הצידוק, כי בתיקון קיים קשר ענייני בין הפעולה שנעשתה לבין העניין הזמני שדרוש לטיפול (שפיר, חיות 51), הרי שהפעולה הייתה הכרחית כדי לטפל במתיחות הביטחונית במהלך החגים. בנוסף, המבחן השלישי בעייתי משום שהוא נותן יתרון לחו"י ותיק יותר (שפיר, ברק-ארז 22) ולכן, עדיף לקיים

אירועון 1 חוקתי 326001021

מבחן של "מובחנות", כלומר, צריך לוודא שעיקרון הפרדת הרשויות פועל והרשות המכוננת לא מתערבת בפעילותה של מקבילתה המבצעת והתיקון לא עונה על ההגדרה **הזו**.

[ad12] עם הערות: יופי

בתגובה, העמותה תגיד שרשויות הביטחון הם חלק מהרשות המבצעת, ולכן התערבות בכוננות שלהם כן מהווה התערבות שפוגעת באיזון בין רשויות **השלטון**.

[ad13] עם הערות: עבודה מעולה!
טיועוץ מבוססים ויצירתיים וניכרת השקעתך.

תשומת לב לדגשים שניתנו. בהצלחה!