**"יגעת וחרשת- תאמין"**

**מאפייני החוקה**

1. תוכן- בדר"כ כוללת שני מרכיבים:
2. מבני- הגדרה והסדרה של מבנה השלטון במדינה, תיחום הסמכויות של הארגונים השונים.
3. מהותי-ערכי יסוד שחלקם מיתרגמים לזכויות.
4. סגנון- קצר ותכליתי בהשוואה לחוקים.
5. עליונות- תוקף גבוה מדברי חקיקה אחרים. במקרה של התנגשות בין החוקה לנורמות מתחתיה, החוקה היא הקובעת.
6. צורת התקבלות- בדר"כ חוקות, בשונה מחוקים מתקבלות במצבי משבר ובהליך ייחודי בעל מאפיינים סופר דמוקרטיים. דוגמה לכך: בחירת חוקה באמצעות משאל עם. נסיבות משבריות הן נסיבות שבגינן ניתן להתגמש ולהתאחד.
7. נוקשות (שריון)- קושי לשנות את תוכן החוקה. קיימות דרגות ושיטות שונות לשריון חוקה:
8. שריון מוחלט- הקובע שלא ניתן בשום צורה לשנות את החוקה או מקצת מהוראותיה. לדוגמה: סעיף 79 (3) לחוקה הגרמנית קובע כי לא ניתן לתקן את העקרונות הבסיסיים המופיעים בסעיפים 1 ו-20 לחוקה שהם מדינה דמוקרטית, פדרלית וסוציאלית.
9. שריון יחסי- המחייב רוב מיוחס, או פרוצדורה מיוחדת כתנאי לשינוי. לדוגמה סעיף 96 לחוקה היפנית לפיו תיקון יכול להיות מוצע רק ע"י הממשלה והתנאי לכך שהשינויים יתקבלו הוא שלפחות שני שליש מכל אחד מבתי המחוקקים יתמכו בכך.
10. שריון זמני- מוגבל לתקופת זמן מסוימת.
11. שריון מותנה- מאפשר שינוי במידה ויתרחש אירוע מסוים.
* **טיעונים בעד ונגד חוקה:**

**בעד-**

1. יצירת בסיס יציב- יצירת מסגרת שעל בסיסה ניתן להמשיך ולגבש הסכמות פוליטיות וכך לנהל את ענייני המדינה. רלוונטי בעיקר ביחס לחלק המבני של החוקה.
2. הגנה על חרויות יסוד- הגנה לעקרונות מסוימים, תוך הגבלתו של העקרון הדמוקרטי (לדוגמה: הגנה על הקניין הפרטי, מפני עינויים וענישה אכזרית, בתחום הזכויות, ועקרון הפרדת הרשויות בצד הפרוצדוראלי.) פועל להגנת המיעוט מפני הרוב, אולם גם להגנת הרוב מפני האוחזים ברסן השלטון.
3. הגנה על המבנה הדמוקרטי- הגנה לעקרונות שנועדו לשרת ולשמר את המשטר הדמוקרטי (חופש ביטוי, הזכות להצביע וכו').

החוקה מגנה עלינו מפני עצמנו, לדוגמה: ברגעים של ערפול מסוים בשיקול הדעת שלנו, החוקה היא זאת שתעכב אותנו ובתוך פרק הזמן הזה נחזור לפעול בהתאם לערכים אליהם אנו מחויבים.

**נגד-**

1. אי הסכמה בשאלת הערכים- התנגשות של ערכים בעיני האנשים השונים ומה נחשב לערך עליון ומה לערך פחות (לדוגמה- נושא ההפלות בארה"ב).
2. מתח עם העקרון הדמוקרטי- לדוגמה: בעל רושם רומן על יחסיו עם אשתו. הבעל טוען על חופש הביטוי ואילו האישה טוענת על פגיעה בפרטיותה. מי שמכריע בסופו של דבר הוא השופט.
3. כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו- כפיפותינו לחוקה למרות השינוי בעמדת הדור. (לדוגמה- בארה"ב היו עבדים שחורים).
4. דלדול השיח הדמוקרטי- בשל מעמדה של החוקה ואי יכולת ליצור שינויים בה עלול להיווצר חסם בחשיבה על ערכים ועקרונות דמוקרטיים.
5. ספק לגבי האפקטיביות- חלק מתפקידה של החוקה היא להגן עלינו מפני עצמנו, והשאלה העולה היא האם חוקה היא זו שעושה זאת או בתי המשפט? המשפט הוא זה שאוכף. בתי המשפט גם כן עלולים להיות מושפעים מהלכי הרוח של הציבור, השופטים יכולים להיות במצב של "שכרות" כמו הציבור ובמקרים הללו יש לבחון כיצד בית המשפט ינהג.
* **הצעות לפתרון הבעיות:**
1. **הגבלת היקף הביקורת-** מתן פתרון בנושא עודף הכוח אצל בתי המשפט. גרוניס- בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נגד הכנסת.

**לנדוי במאמרו "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?":** המעורבות השיפוטית בשאלות מהותיות יהפכו אותו ל"מסומן" פוליטית-ערכית. בנוסף, המערכת הפוליטית תראה בו יריב משום שביהמ"ש מבטל/מגביל את כוחם של המחוקקת והמבצעת. סכנות נוספות הן עומס על מערכת המשפט ועירוב הדין.

1. **מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי-** מנגנון בחירת שופטים ומשך זמן כהונתם. מתמודד עם הבעיה של המתח הדמוקרטי ונותן מענה מסוים לבעיה של כבילת הדור הנוכחי לדור הקודם.

המשמעות: הענקת סמכות ולגיטימציה לביהמ"ש להחליט בסוגיות חוקתיות מאחר ושופטיו נבחרו בהליך דמוקרטי.

הבעייתיות: לא עונה על 'הצורך להגן על עצמנו בפני עצמנו'. בעיית אפקטיביות (השופטים מייצגים רק את הרוב) ולא פותר את דלדול השיח הציבורי.

הגבלת כהונת שופטים: מבטיח התקיימות ההליך הדמוקרטי גם עתיד, שופטים יבחרו ע"פ דעת הרוב בהווה ולא יהיו רלוונטיים לדעת הרוב בעבר.

1. **הורדת רף השריון-** ישנה גישה הגורסת שאם חוק מסוים לא תואם לדור הנוכחי ולדעת רוב הציבור, יש צורך בלשנותו. השינוי יוכל להיעשות באמצעות הורדת רף השריון של החוקה. אך במידה והדבר יקרה, החוקה תיאבד מכוחה להגביל את החוק.
2. **תורות פרשנות-** מדוע פרשנות חוקה שונה מפרשנות חוק רגיל?
3. עובדתית- העמימות כמאפיין חוקות, משך חייהן המחייב עדכון.
4. נורמטיבית- מעמדה העליון של החוקה והאופן שבו היא מגבילה את ההוצאה לפועל של רצון הרוב, העובדה שהיא מגבשת נורמות יסוד של החברה, ולכן הפעילות הפרשנית אינה טכנית גרידא.

**אוריג'נליזם ונון- אוריג'נליזם**- האוריג'נליסטים טוענים שפרשנות החוקה צריכה להלום את כוונתם המקורית של מנסחיה.
הנון- אוריג'ינליסטים אינם מכחישים שהטקסט, המבנה וההקשר ההיסטורי של החוקה רלוונטיים לצרכי פרשנותה, אך לדעתם אלו אינם המקורות והכלים הלגיטימיים היחידים בתהליך פרשנות החוקה.
עיקר המשיכה שבגישה האוריג'ינליסטית, בעיני המצדדים בה, בצמצום אופציות הפרשנות של השופטים והכפפתם לפרשנות אובייקטיבית. מדוע אם כך הגישה הזו (אוריג'נליסטית) אינה יעילה?

1. אין דעה אחת לפרש חוקים.
2. מגביל את הדרך להתאים את החוקים לשינוי בתפיסת העולם של רוב הציבור.

נספח- הפרשנות התכליתית:

**גרסת ברק:** לטקסט המשפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט. פרשנות תכליתית אינה פרשנות לאור כוונת המחוקק. כוונת המחוקק הינה עיניים פסיכולוגי- סובייקטיבי, ואילו התכלית היא עניין נורמטיבי אובייקטיבי השונה מן הכוונה האנושית של המחוקק המסוים.
מי קובע את התכלית האובייקטיבית שהנורמה נועדה להשלים? שלושה מקורות משלימים:

1. כוונת המחוקק
2. סוג ההסדר המשפטי
3. המבנה החוקתי של השיטה ועקרונות היסוד שלה.

**פרשנות זו של השופט ברק הינה פרשנות נון- אוריג'נליסטית.**

אלטרנטיבות- ישנן שתי צורות להסתכל על חוקה:

1. **חוקה המייצרת דיאלוג**- על פי שיטה זו, החוקה כתובה באופן מצומצם ומופשט וכך ניתנת לשופטים האפשרות לפרשן אותה.
2. **חוקה ביקורתית**- חוקה בה המחוקק אחראי לחוקק ולקבל החלטות אבל ביהמ"ש אחראי לבקר ולגרום להשפעה חיצונית על החלטות המחוקק. ישנן שתי סכנות לאלטרנטיבה זו:

**א**. המחוקק יבין כי ביהמ"ש לא יכול באמת לפסול את חוקיו.

**ב.** היווצרות פחד לקבל החלטות גדולות מכיוון שביהמ"ש יכול לבקר את החלטת המחוקק. מה שיוביל לקושי לקבל החלטות.

1. **חוקה המייצרת כלל השתק**- על פי שיטה זו החוקה צריכה להיות מפורטת מאוד עד כדי שלא תשאיר פתח לשופטים לדון בחוקים ו"לשחק איתם".

ישנם מקרים בהם ישנן מחלוקות חריפות בהן יש להגיע לפשרה, הדבר נקרא "כלל ההשתקה".

**המצב בישראל**

**המהלך החוקתי 1948-1992**

**גלגולי החוקה**

**ה' באייר תש"ח**- הקמת מדינת ישראל, הכרזת העצמאות- בה חלק המתייחס לחוקה. סדר הפעולות הקבוע בהכרזה:

בחירות לאסיפה מכוננת 🡨 כינון חוקה🡨 הקמת השלטונות הנבחרים והסדירים🡨 העברת סמכויות לגופים הזמניים (מועצת העם ומנהלת העם)

**פס"ד חשוב בגלגולי החוקה הינו- זיו נ' גוברניק
רקע**: ישנה מלחמה בארץ, ירושלים במצב לא פשוט וצריך להתחיל לנהל מדינה. מרכז הפעילות היא בתל אביב, הפקידים העובדים צריכים לעבור לגור בתל אביב בשל המצב הלא פשוט בארץ והקושי במעבר בין הערים השונות.

לזיו- היו 2 דירות, מפקיעים את אחת הדירות של זיו לטובת הפקיד גוברניק. זיו עתר לבג"ץ ושאל על סמך מה הם עושים זאת? על סמך פקודות שעת חירום מנדטוריות? טוען שהפקודות של הבריטים וההכרזה על הזכויות בהכרזת העצמאות סותרות. הוא רוצה שיבטלו את החוקים ובעצם ייתנו תוקף להכרזה של חוקה.

**בית המשפט** טוען שלא יכולים לקבל את הטענה של זיו היות והכרזת העצמאות באה לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה, הטענה העולה שהכרזת העצמאות מבטאת את החזון של העם.

**סדר הפעולות בפועל לכינון חוקה:**

בחירה לאסיפה המכוננת- העברת סמכויות הגופים הזמניים לאסיפה המכוננת. **המשמעות**: האספה המכוננת הפכה גם למחוקק רגיל. למה מועצת המדינה הזמנית התפזרה לפני הזמן?

אורי ידן ז"ל טען שהייתה תחושה של חוסר נוחיות בקרב חברי מועצת המדינה הזמנית. המדינה קיימת תקופה ארוכה ומי שמנהל הם אנשים שלא נבחרו, דבר לא נכון.

וכעת, ביצעו בחירות ונבחרה האספה במכוננת. האספה המכוננת מנהלת דיון סביב נושא החוקה. ישנן מחלוקות לגבי התוכן של החוקה והאם בכלל רוצים חוקה? ומתי?

**טענה 1**- לחכות שהאוכלוסייה תגדל וכך, הדבר יבטא באופן אמיתי את רצון העם.

**טענה 2**- חוקה צריכה לתת איזון נכון, במצב של מלחמה זו תהיה חוקה "נכה" ולכן, יש לחכות לעוד כמה שנים על מנת ליצור חוקה ראויה.

**מקובל לטעון שהדתיים סיכלו את החוקה אך למעשה מי שמנע הייתה מפלגת השלטון (דוד בן גוריון) שלא הייתה מוכנה להצרת והגבלת צעדיה.**

מגיעים לשנת 1950- לא נולדה חוקה ומגיע יזהר הררי ומציע פשרה.

פשרת הררי: החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהיה חוק יסוד בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת וכל הפרקים יחדיו יתאחדו לחוקה.

האם כאשר קיבלו את הצעת הררי התכוונו לכך ברצינות? ההחלטה התקבלה ב1950 והחוק יסוד הראשון, חוק יסוד הכנסת נחקק בשנת 1958.

עד לשנת 1992 חוקקו 9 חוקי יסוד אשר עוסקים ביסוד המשטרי בלבד ולא בזכויות האדם.

**מדוע לא נחקקו חוקי יסוד בתחום הזכויות? מדוע לא הושלמה מלאכת החקיקה?**

**מהו מעמדם החוקתי של חוקי היסוד? האם הם נהנים מעליונות נורמטיבית? האם ניתן לפסול חקיקה ראשית העומדת בסתירה אליהם?**

1. **פס"ד ברגמן:**

**רקע**: הכנסת ה-6 חוקקה חוק על פיו רק מפלגות קיימות בכנסת זאת יזכו למימון מפלגות לקראת הבחירות לכנסת השביעית.

הטענה- נוגד את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת ששוריין בסעיף 46 לחוק, לפיו הכנסת תיבחר בבחירות שוות ועל כן על שר האוצר להימנע מהקצאת כספים לפי חוק הבחירות.

בית המשפט- ישנה פגיעה בעקרון השוויון ולכן או שיחוקקו שוב ברוב הדרוש או שיתקנו באופן שיוסר חוסר השוויון (תיקון חוק המפלגות).

מהי ההלכה שנקבעה בברגמן? לפי קרצ'מר יש 3 אפשרויות:

1. **מעמד ייחודי לחוקי יסוד**. לחוק יסוד עדיפות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה. דבר העומד בבסיס הכרעת בית המשפט.
2. **לחוק יסוד משוריין עדיפות נורמטיבית**- סעיף 4 בחוק יסוד הכנסת הוא חוק משוריין, בית המשפט נותן עדיפות לחוק משוריין.
3. **הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחס לחקיקה עתידית, גם בחקיקה רגילה**.
4. **פס"ד נגב:**

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

הטענה- התקן הרשמי הינו תקנה בה פועל תחיקתי, ביחס לזו נקבע בסעיף 31(ב) לחוק יסוד הממשלה כי הסמכות להתקנה, אם היא מסורה לשר, איננה נתונה להאצלה, ולכן לא היה השר רשאי להעביר את הסמכות להתקנה לממונה על התקינה.
**בית המשפט**- 1. סעיף 21 לחוק התקנים מסמיך את השר להעביר לממונה על התקינה לסמכויותיו לפי חוק.
2. סתירה בין שני חוקים. ישנו חוק כללי- חוק יסוד הממשלה אשר קובע שאי אפשר להאציל סמכויות וישנו חוק ספציפי- חוק התקנים אפשר מאפשר להאציל סמכויות ולכן **חוק ספציפי גובר**.
3. מתן עדיפות לחוק התקנים המיוחד על פני החוק הכללי (חוק היסוד).

**איזו מבין שלוש האפשרויות של קרצ'מר נתמכת/נשללת בנגב?** אפשרות 1 נדחית (מעמד ייחודי לחוקי יסוד) . 2-3 אפשריות.הסעיף הראשון נדחה היות וחוק יסוד הממשלה אינו חוק משוריין ולכן, כאשר יש התנגשות בין חוק יסוד לחוק רגיל ספציפי אין עדיפות לסעיף בחוק היסוד.

1. **פס"ד קניאל:**

**רקע**: חוק בדר- עופר לחלוקת עודפי קולות מעניק יתרון בולט לסיעות הגדולות על חשבון הסיעות הקטנות, ובכך סותר את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, הקובע שהבחירות לכנסת תהיינה שוות, משום שמעקרון זה נובע שיהיה קול אחד לכל אחד. התיקון התקבל הרוב הגדול מ-61 חברי כנסת, כנדרש על פי הוראת השריון (סעיף 46 סיפא לחוק היסוד).
מה אם כן טענת העותרים?
- השינוי לא נעשה בחוק יסוד, וניתן לשנות חוק יסוד באמצעות חוק באותה רמה נורמטיבית.
האם יש בחוק היסוד דרישה כזאת?
- לא, אולם העותרים נשענים על תיאוריה חוקתית, היוצאת מנקודת הנחה שאם חוקי היסוד בעלי מעמד חוקתי הרי ששינוי שלהם אפשרי רק במסמך בעל תוקף זהה.

**בית משפט**- שינוי חוק יסוד משוריינים יכול להיעשות גם בחוק רגיל.

**איזו מבין שלוש האפשרויות של נתמכת/ נשללת בקניאל? מה ניתן להסיק מפסה"ד? דוחה את סעיף 2 של קרצ'מר בהלכת ברגמן** (לחוק יסוד משוריין יש עדיפות נורמטיבית) **, אך ניתן להישען על סעיף 3 של קרצ'מר במקרה זה.** אם שריונו של סעיף 4 לחוק היסוד שידרג אותו, לא די ברוב הקבוע בחוק לשם שינויו, אלא יש צורך בנורמה באותו מדרג, קרי חוק יסוד. בתקופת הביניים, עד שנשלים את חקיקת החוקה, לחוק יסוד אין יתרון לחוק רגיל בין אם משוריין ובין אם לא.

**הגנה על זכויות בהיעדר חוקה:**

**ההכרה במעמדם החוקתי של זכויות אדם- בז'רנו נ' שר המשטרה**
**רקע**: בז'רנו עבד כ-10 שנים כמאעכר המספק שירותי הגשת בקשות והעברת מכוניות טסט במשרד הרישוי. שר המשטרה אוסר עליו להמשיך ולעסוק במשלח ידו בטענה כי הדבר פוגע בסדר הציבורי וכי אין חוק המסמיך אותו לעסוק בכך.
**בית המשפט** (חשין) – זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה. שר המשטרה שואל מה המקור לזכות? **ביהמ"ש** עונה: **הזכות הטבעית** (זוהי הכרה תקדימית).

ישנה הכרה בזכות לחופש העיסוק, הגבלת הזכות תהיה רק באמצעות חקיקה ראשית או ע"י מתן הסמכה מפורשת לחקיקת משנה מחקיקה ראשית. לא ברור לחלוטין מדברי ביהמ"ש באיזו דרגה מבחינת ההיררכיה צריכה להיות החקיקה שמסמיכה את משרד הרישוי לפטר אדם.

**הגבלה של סמכות הרשות המבצעת לפגוע בזכויות- מיטרני נ' שר התחבורה**

**רקע**: העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק עקב הוראות פנימיות של משרד התחבורה לפיהן הם לא יכולים לטפל בבקשות לבדיקת ורישוי רכב- מקור פרנסתם.

**השופט שמגר**: מדובר כאן בחקיקת משנה, יש לבדוק האם היא בתוקף. בדיקת חקיקת המשנה תהא ע"פ גבולות החקיקה הראשית. אך כשמדובר בהגבלת זכות יסוד (פגיעה בחופש העיסוק), יש לעשות בדיקה קפדנית וזהירה ולבדוק האם הייתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לחרוג מסמכותה של זכות יסוד. כלומר מצופה שבחקיקה הראשית יאמר במפורש שהיא מסמיכה את מחוקק המשנה להתקין תקנות שפוגעות בזכות.

**שילוב של מיטרני ובז'רנו-** שורה של זכויות אדם שביהמ"ש קבע שהן קיימות, לא בחקיקה ולא בחוק יסוד- זכות מכוח טבעי. יש מקרים שזכויות אלה הן לא מוחלטות, **על מנת שיהיה סמכות לפגוע בזכויות אלו, הדבר נעשה או בחקיקה ראשית על ידי הכנסת או בחקיקת משנה עם הסכמה מפורשת לפגיעה בזכות**.

**חזקה פרשנית לטובת הזכויות- שטרייט נ' הרב הראשי לישראל
רקע**: נישואין אזרחיים ברומניה, הבעל מבקש להתגרש והאישה מסרבת. החוק אוסר על ריבוי נישואין, אך מעניק בסעיף 5 פטור מעבירת הביגמיה למי שקיבל היתר נישואין לפי פסק דין סופי של בית דין רבני ופסק הדין אושר על ידי שני הרבנים הראשיים. בית הדין הרבני נתן היתר (בכפוף לאישור הרבנים הראשיים)- האישה עותרת לבג"צ

**בית המשפט** (כהן) : הפירוש המרחיב יוצר אפליה בין יהודים ללא יהודים, שהרי העילות להיתר נישואין שניים לגבי לא יהודים המופיע בסעיף 6 לחוק מצומצם מאוד בעילותיו (מחלת נפש המונעת אפשרות קבלת הסמכה של בן הזוג או היעדרות בן הזוג לפחות 7 שנים המעוררת חשש סביר לחייו)- ונעמיד את המחוקק על חזקתו שלא התכוון לפגוע בזכויות היסוד.
אם קיים אותו הסדר ליהודים ולא יהודים, למה יש סעיפים שונים לשני הצדדים? המחוקק התכוון לקבוע הסדרים שונים לפי הדת. הפרשנות של ביהמ"ש לא סבירה, **אך מעדיף ביהמ"ש לפרש חוק באופן שימנע פגיעה בזכויות מכוח החזקה הפרשנית. זה כלי לשמירה והגנה על זכויות האדם**.
האם הפרשנות משכנעת? הפרשנות אינה משכנעת אך החשיבות היא החזקה הפרשנית- בית המשפט יעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים גם אם היא דחוקה ולא סבירה.

**ביקורת מהותית על שיקול הדעת המנהלי-קול העם נ' שר הפנים
רקע**: עתירה נגד סגירת העיתון הקומוניסטי "קול העם", שגינה את ממשלת ישראל על מדיניותה הפרו- אמריקנית במלחמת קוריאה והוקיע אותה כ"מספסרת בדם הנוער הישראלי". שר הפנים הורה לסגור את העיתון והשתמש לשם כך בסמכות מנהלית מתקופת המנדט המוקנית לו- הסמכות לסגור עיתונים מחשש לפגיעה ב"שלום הציבור".
**ביהמ"ש** טוען כי אמנם הייתה סמכות לעשות זאת אך שיקול הדעת היה פגום. מכיוון ונפגע חופש הביטוי על מנת לשמור על הסדר הציבורי. חופש הביטוי היה אמור להיות יותר כבד ולכן לא היה אמור להוציא את צו הסגירה. במקרה זה **ביהמ"ש מתערב בשיקול הדעת של הרשות המבצעת**.
סיכום ביהמ"ש:

1. יש למדינת ישראל עקרונות חוקתיים אף שאינם מעוגנים החוקה כתובה.
2. כדי שהרשות המבצעת תהיה מוסמכת לפגוע בעקרונות אלה נחוצה הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.
3. חקיקה פוגעת תפורש במידת האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד הזכויות.
4. ניתן לבקר את פעולותיה של הרשות המבצעת, בהתבסס על עקרונות חוקתיים אלו, ולפעול פעולות לא רק בשל היעדר הסמכה בחוק לפגיעה בזכויות אלא גם בשל פגם בשיקול הדעת המתבטא באיזון לא נכון בין הערכים המתנגשים.

**אם כן, למה עדיין צריך חוקה? הרי אנו רואים שביהמ"ש פוסק בעד זכויות האדם.**יש דבר אחד שביהמ"ש לא מוכנים לעשות- לבטל חקיקה ראשית שפוגעת בזכויות האדם.

**תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת:**

**רקע**: אוצר המדינה ממן את הוצאות הבחירות לכנסת ה-12 באמצעות חוק מימון מפלגות. שבועיים לאחר עריכת הבחירות החליטה ועדת הכספים של הכנסת מכוח הסמכות שנתנה לה בחוק למימון מפלגות, להגדיל את יחידת המימון למפלגות באופן רטרואקטיבי. בדיון המקדים, הוחלט ברוב רגיל להעביר את התיקון בחוק לקריאות בכנסת. החוק עבר בשלושת הקריאות הרוב של מעל 61 ח"כים.
**טענות העותרים:** לצורך שינוי הוראות השוויון בסעיף 4 לחו"י: הכנסת, נדרש רוב מיוחד של ח"כים בכל שלבי החקיקה- כולל בדיון המוקדם ובהיעדר רוב שכזה בדיון המוקדם, נתקבל חוק מימון המפלגות שלא כדין. ובנוסף על כך, התיקון פוגע בעקרון השוויון ומנוגד לשיטתנו.

**בית המשפט:** ברק (דעת מיעוט):

1. נוגד את עקרון השוויון.
2. קריאה טרומית נכללת במסגרת "הצעה לסדר היום" שאינה חייבת ברוב מוחלט, לכן התיקון נעשה כדין.
3. עקרונית קיימת אפשרות שביהמ"ש בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה. אין בכך משום פגיעה בריבונות המחוקק שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת.
4. ע"פ התפיסה החברתית ומשפטית בישראל, ביהמ"ש אינו יכול ליטול סמכות להכריז על בטלותו של חוק הנוגד את עקרונות היסוד של שיטתנו.

5. לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי שנפסול. ואין זה ראוי שנאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של ביהמ"ש להצהיר על בטלותו של חוק שאינו סותר הוראה משוריינת בחו"י, והנוגד עקרונות יסוד של השיטה.

**החלטת בג"ץ:** קבלת העתירה. **ביהמ"ש העליון מוסמך לבטל חוקים שנקבעו בכנסת בחקיקה ראשית אם הם פוגעים בזכויות אדם.**

**אוביטר של ברק בפס"ד זה-** ברק קובע כי ניתן לפסול חקיקת הכנסת גם אם יש חוקה והחוק נחקק בהתאם לדרישות החוקה- אם החוק אינו עומד בקריטריונים של חוקי על (משפט הטבע).

מסקנות מפסקי הדין:

ביהמ"ש טרם חוקי היסוד- מכיר בזכויות האדם ומצמצם מצבים של פגיעה בהן:

1. **יש למדינת ישראל עקרונות חוקתיים אף שאינם מעוגנים בחוקה כתובה.** לאו"ר- ברק בדעת מיעוט.

2. **הכרה בקיומן של זכויות אדם**- ביהמ"ש העליון מכיר בקיומן של הזכות לחופש העיסוק, ביטוי, דת וכו'. דבר שאינו מובן מאליו כיוון שאינן מעוגנות בשום חו"י באותה תקופה. בז'רנו.

3. **פרשנות חוקים ברוח ההגנה על זכויות האדם**- ביהמ"ש משתמש בכלים פרשניים כדי להגן על זכויות אדם. **חקיקה תמיד תפורש, עד כמה שניתן, באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם.** שטרייט.

4. **דרישת הסמכה (מפורשת) של המחוקק כתנאי לפגיעה בזכויות מצב הרשות המבצעת**- לאדם פרטי מותר לעשות כל מה שהחוק לא אוסר. לרשות המבצעת מותר לעשות רק מה שהחוק הסמיך אותה אליו. **מקור הסמכות של המבצעת היא מהכנסת.** בז'רנו.

5. **ביקורת על שיקול הדעת שמפעילה הרשות המבצעת**- ביהמ"ש בוחן את שיקול הדעת של הממשלה והכנסת. ביהמ"ש הרשה לעצמו לבחון לא רק אם יש סמכות אלא גם אם השיקו"ד היה נכון. במקרה שהפגיעה בזכויות אדם אינה מוצדקת או סבירה, ביהמ"ש גם יתערב בהחלטות של המבצעת, במידת הצורך. קול העם.

**המהלך החוקתי 1992 ואילך**

במרץ 92 נחקקים שני חוק יסוד העוסקים בזכויות אדם. חו"י: כבוד האדם וחירותו וחו"י: חופש העיסוק.
**איך זה קרה?** במשך 44 שנים לא חוקקו חוקים שקשורים לזכויות. איך הצליחו לעשות זאת?
1. רגע היסטורי (הבשלה)- הציבור מאס מן הרשויות הפוליטיות והחליט להעביר את המושכות לידי ביהמ"ש. היה משבר אמון בין הפוליטיקאים לציבור. אך לא הוזכרה המהפכה שהייתה בתקשורת ולכן מקשה לקבל את התאוריה.
2. דינמיקה של פשרה- אמנון רובינשטיין הציע לחלק את הזכויות למספר הצעות חוק נפרדות. בנוסף לחלוקה, מעגנים בחוק יסוד מספר דרכי מילוט של הרשות המחוקקת מהחובה לפעול לפי החו"י- דרכים להימלט מהמחויבות למימוש הזכויות ללא פגיעה בהן (שמירת דינים, פסקת התגברות וכו'). המתנגדים המסורתיים-דתיים הסכימו להעברת הצעות החוק, רק לאחר שהוצאו מהחוק מרכיבים בעיתיים וקודמו רכיבים המקובלים עליהם.
3. טעות והטעיה- היוזמים הרדימו את השטח- הטעו את המתנגדים להצעות חוק.
א. שיעור השתתפות צנוע מאוד.
ב. אמירות הרגעה של חלק מיוזמי החוק.
ג. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין, מה שמאפשר, לפי הדוקטרינה המקובלת להסכים עם אותן אמירות מרגיעות.
4. פעולת הצלה- מהלך משולב של האליטות הישנות, לשם הגנה על ההגמוניה הנתונה בסכנה עקב עליית קרנם של ציבורים אחרים (עולי ברית המועצות, המזרחים והספרדים) עם מגוון רחב של דעות שונות. לכן, הפתרון בנושא הוא פניה לביהמ"ש אשר לא נבחר מין הציבור. אם ביהמ"ש הורכב ממה שנקרא ישראל הראשונה, מוכנים להחליש את הכנסת על מנת לשמור על ביהמ"ש.

המהפכה האמיתית היא של ביהמ"ש העליון, בדרך בה הוא מפרש את חוקי היסוד.

**האם לכנסת הייתה סמכות לקבל שני חוקי יסוד בעל תוקף חוקתי?**

**פס"ד בנק מזרחי**: תיקון לחוק ההסדרים- מבטל את חובות החקלאים לבנקים. הבנקים טענו כי ישנה פגיעה בזכותם לקניין המופיעה בחו"י: כבוד האדם וחירותו. ביהמ"ש המחוזי פסק כי לחוק ישנה תכלית ראויה העשויה להצדיק פגיעה בזכות יסוד, אך הטלת ביצועה של תכלית זו על חלק מהציבור, יש בה הגשמה בדרך שאינה הולמת את דרכיה של מדינת ישראל. ובנוסף, לפי ס'10 לחו"י: כבוה"ח, חוקים שנחקקו לפניו לא יפגעו מבחינת תוקפם (שמירת דינים) ומכיוון שחוק ההסדרים נוצר ב88', פוסק ביהמ"ש המחוזי שאין לבטלו. ומכאן הערעור.

השאלה המשפטית: האם הוראות חוק ההסדרים פוגעות בזכות הקניין של הבנקים? ואם כן, האם הן עמודות בהוראות פסקת ההגבלה?

רוב פסק הדין אינו בגדר אימרות אגב (אוביטר) וחסרות כל תוקף מחייב:

כל תשעת השופטים היו תמימי דעים כי חוק גל עומד בתנאיו של ס'8 לחו"י: כבוה"ח (פסקת ההגבלה). כולם פה אחד הסכימו לגבי עמידה בפסקת ההגבלה ולכן החוק לא יבוטל.

* כל יתר השאלות שעלו במהלך הפסיקה לא היו זקוקות להכרעה (אפילו השאלה אם חוק גל פוגע בזכות לקניין.
* לפיכך, הכללים המשפטיים הנהוגים בישראל, בפרשת בנק מזרחי לא נקבעה שום הלכה בכלל הסוגיות שדנו בהם.

האם לכנסת הייתה סמכות לחוקק חוקים בעלי תוקף של חוקה?

**ברק**- **תורת שני הכובעים**. אכן ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם. מכוח סמכות מכוננת זו, מעניקה הכנסת חוקה לישראל (=חוקי יסוד). מכוחם של אלה ניתנה לכנסת הסמכות לחוקק חוקים "רגילים" וכן להפעיל סמכויות אחרות (כגון, פיקוח על הממשלה). אכן, יש לה לכנסת שני כובעים- כובע הסמכות המכוננת מכוחו מכוננת חוקה, וכובע הסמכות המחוקק מכוחו נחקקים חוקים.

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

**חשין-** **האם יש מקרה בהם יש מחלוקות על השאלה האם יש לכנסת סמכות לכונן חוקה?** הסיטואציה שבה אנו מתווכחים על השאלה אם לכנסת יש סמכות או אין סמכות לחוקק חוקה מעידה שלכנסת אן סמכות מעצם העובדה שאינו מוסכם. **לא יכול להיות שביהמ"ש הוא זה שיקבע האם ישנה סמכות.** חשין גם מטיל ספק בסמכות שהועברה מבחינה היסטורית. ומוסיף- הסמכות לכונן חוקה היא זו שמגבילה את המחוקק. המחוקק קיבל מהעם את הסמכות לחוקק חוקים, כך שהאם יש כזאת אפשרות שהמחוקק גם יכונן חוקה שתגביל את עצמו וגם יחוקק חוקים?

האם המהלך עמד בדרישות המוסר הפוליטי?
ח"כ אריאל לוין, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט: "אנחנו לא מעבירים את המשקל לביהמ"ש העליון. אין מקום לביהמ"ש לחוקה שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים".- אמירה מבלבלת ולא מובנת שקשה להבין כיצד לפרשה.

האם המהלך משקף תבונה פוליטית?

באמצעות החוקה אנו מבקשים להשיג בסיס משותף, אך בישראל, ברגע שביהמ"ש התחיל לעשות שימוש בחוקי היסוד, מעמדו בקרב הציבור הלך והדרדר וקרתה הפעולה ההפוכה ממה שקיוו. לכך יש מספר טיעונים:

טיעון ראשון- **יש ירידה במידת האמון בכל רשויות השלטון במדינת ישראל**, והדבר נכון, אך הירידה ברשות השופטת הרבה יותר דרמטית ביחס לרשויות האחרות.
טיעון שני- **משבר אמון כללי**. הלך הרוח של הדור הנוכחי בעולם המערבי, רוכש פחות אמון למוסדות בשלטון השונים בהשוואה לדורות קודמים. אך גם במקרה זה, הירידה במעמדו של ביהמ"ש העליון היא יותר דרמטית בהשוואה לבתי משפט עליונים במדינות אחרות.
טיעון שלישי- **הירידה היא פועל יוצא של התעמולה, ההסתה כנגד בית המשפט העליון**, הדבר משפיע והציבור מאבד אמון.

לפי המאמר של לנדוי, כאשר ביהמ"ש מתחיל להיכנס למחלוקת, הוא נכנס לפוליטיקה ומתחיל לאבד אמון של חלק מהציבור. הירידה באהדה לביהמ"ש העליון היא בעקבות המהפכה החוקתית, ביהמ"ש הכניס את עצמו למחלוקות חוקתיות ולכן האהדה ירדה.

שאלת מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד

חו"י: כבוה"ח אינו כולל הוראת שריון. ניתן לשנותו ברוב רגיל. אבל, למרות שאין שריון פורמלי יש לו **שריון מהותי** הדורש כי יהיה ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל ובלבד שהחוק הרגיל **מקיים דרישה של מהות**.

**פסקת ההגבלה**- הקבועה בס'4 לחו"י: חופש העיסוק ובס'8 לחו"י: כבוה"ח, קובעת תנאים לשריון מהותי, כך שהפגיעה בחו"י נעשית בחוק, אשר הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. מכוחה, בזכויות האדם המעוגנות בחו"י אין לפגוע ע"י חוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. הוראת שריון זו תופסת- היא חוקתית ושוללת מחקיקה רגילה, שאינה מקיימת את דרישות השריון, לפגוע בזכות אדם המוגנת בחו"י.

**שמגר**- על הכנסת, כאשר היא מחוקקת תיקונים, לבדוק שהם תואמים את חוקי היסוד שנחקקו לפי התקנת התיקון. הנשיא ברק אומר שהכנסת רשאית לכבול את עצמה בחוקי היסוד מבחינה מהותית ומבחינה פורמלית (הלכת ברגמן). **בעזרת שריונם, הופכים חוקי היסוד לנורמה המשפטית הגבוהה ביותר ומקבלים עליונות על-חוקית.**

**ברק- שריון מהותי-** ישנו שריון פורמלי וישנו שריון מהותי. חו"י: כבוה"ח אומנם לא משוריין פורמלית אך הוא כן משוריין מהותית. ולפיכך, יש לחו"י מעמד חוקתי. שריון מהותי יש רק בחוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם. **בפס"ד נגב**, למדנו שרק חוק משוריין הוא בעל מעמד חוקתי וסתירה בין חוק יסוד לא משוריין לחוק רגיל תתקיים.

* שריון פורמלי- דרישות פורמליות כלשהן (רוב יחסי, קריאה נוספת לחוק וכו').
* שריון מהותי- ישנן דרישות של תוכן ומהות שנדרשות ע"מ לשנות את החוק או לפגוע בזכות הקבועה בחוק (חוק שלא יפגע מעבר לנדרש בחו"י והגבלות הנוגעות לתוכנו של החוק).

עמדות השופטים בזיקה ל3 האפשרויות להבנת הלכת ברגמן:

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

**חוק יסוד שאינו משוריין:** בהיעדר סעיף "נוקשות", ניתן לשנות את חוק היסוד בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל. אין העדר שריון מוריד מערכו של חוק היסוד ואינו מוריד ממעמדו למעמד של חוק רגיל. הוא עדיין נמצא בנורמה עליונה יותר על חוקים רגילים. ההבדל הוא, שניתן לשנותו יחסית בקלות בעזרת חוק יסוד אחר. **חוק יסוד שאינו נהנה מנוקשות הוא חוק יסוד, אין הוא חוק רגיל ואין לשנותו בחוק רגיל (ברק).**

**חשיבות:** עד לפס"ד מזרחי, לא הייתה הכרעה מוחלטת בעליונות של חוקי היסוד לעומת חוקים רגילים. לאחר פסק דין זה החלה המהפכה החוקתית. השופט ברק בפסק דינו התייחס אל חוקים אלה כבעלי מעמד על-חוקי הדומה לחוקה. שעל פיו ניתנה לבתי המשפט הסמכות להכריז על בטלותו של חוק העומד בסתירה אליהם. מפס"ד זה ניתן גם ללמוד שכאשר חוק רגיל פוגע בזכויות יסוד, צריך לשאול 2 שאלות- האם זכות יסוד נפגעה? ואם כן, באיזו מידה?

**שתי שאלות הנשאלות בפס"ד הן:**

1. שאלות הרציו: האם חוק גל פוגע בזכויות היסוד של הבנק? בהנחה שכן, האם הפגיעה "מוצדקת" (עומדת בתנאי פסקת ההגבלה)?
2. שאלות האוביטר:
3. **האם לכנסת יש סמכות לכונן חוקה? מכוח מה?**

שמגר 🡨 כן הכנסת יכולה הכל, סמכות ריבונית בלתי מוגבלת.

ברק 🡨 כן, תורת שני הכובעים.

חשין 🡨 לא, אין להכנסת ולא ראוי שתהיה לה סמכות לכונן חוקה.

1. **בהנחה שכן, איך נדע שהכנסת מכוננת חוקה?**

שמגר וברק 🡨 כשהיא יוצרת חו"י- כל חו"י מהווה חוקה, לא רק אם הוא משוריין באופן פורמלי או מהותי.

1. **האם חו"י: כבוה"ח נחשב לחוקה? (נהנה מעליונות)?**

ברק 🡨 כן, משוריין באופן מהותי. ברק מפרש את המושג שריון ומרחיב אותו לשריון מהותי נוסף לשריון צורני. בנוסף, אומר שכדי לחוק יהיה מעמד חוקתי מספיק שיקראו לו 'חוק יסוד'.

**האוביטר הופך לרציו-**

**לשכת מנהלי השקעות :**

**רקע**: העותרים, טוענים כי ההסדרים מסוימים בחוק תיקי השקעות, נוגדים את חו"י חופש העיסוק. בפועל, התמקד הדיון בחובת הבחינות. כל מנהלי ההשקעות חויבו בבחינות, תוך מתן פטור רק לבעלי ותק של 7 שנים לפחות. העותרים טוענים שפרק זמן של 7 שנים הוא ארוך מידי ויש להקטינו באופן משמעותי.

**השאלה המשפטית:** האם יש פגיעה? ואם כן, האם היא מידתית לפי תנאיה של פסקת ההגבלה?

**פסקת ההגבלה:**

פסקת ההגבלה מתנה את תוקפה של פגיעה בחופש העיסוק בקיומם המצטבר של ארבעת התנאים הבאים:
1. הפגיעה בחופש העיסוק נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו.
2. הפגיעה צריכה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל.
3. הפגיעה צריכה להיות לתכלית ראויה.
4. הפגיעה בחופש העיסוק אינה במידה העולה על הנדרש.

**מבחן המידתיות**:
הפסיקה הישראלית בעקבות המשפט המשווה חילקה את מבחן המידתיות לשלושה מבחנה משנה:

1. מבחן האמצעי המתאים והרציונלי (קשר)- משמע קשר בין אמצעי לבין המטרה (המטרה תכלית ראויה).
2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (אמצעי)- דוגמה- החלטנו לקנות ג'ינס אשר בחנות אחת עולה 600 ₪, בשניה 500 ₪ ובשלישית 400 ₪. כמובן שנקנה את הדגם ב400 ₪.
הכוונה בדוגמה היא שצריך לחפש את הדרך שמשיגים את המבוקש במינימום פגיעה בזכות.
3. מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר)(מטרה)- אם ניקח מאזניים ונניח בצד אחד את הרווח ובצד השני את מה ששילמת, צריך להיות מצב בו הרווח גדול מההפסד. אם הפגיעה בזכות גדולה יותר מהערכים שרוצים לקדם אז הדבר לא תקין.

**ביהמ"ש**- (נשמע כמו המבחן השלישי אך מדובר במבחן השני) משלמים מחיר מאוד כבד ואפשר להשיג את המטרה במחיר נמוך יותר- או לשנות את הרף ל-5 שנים במקום 7 שנים, או שאפשר לעשות זאת לפי סולם מדורג- ככל שהוותק קצר יותר, יהיו יותר בחינות (7 שנים- אין בחינות, 6 שנים- בחינות בודדות וכן הלאה..) ביהמ"ש פסל סעיף בחקיקה ראשית של הכנסת, אמר זאת במפורש, וזה נובע מכך שהסעיף הזה בחוק עומד בסתירה בזכות לחופש העיסוק שמעוגנת בחו"י חופש העיסוק.
האם ההכרעה משכנעת? לא, נקבע רף שרירותי שקשה להוציא מתוכו תוכן רלוונטי. המבחנים לפסקת ההגבלה סובייקטיביים ותלויי השקפה.
האם זהו המקרה בו ראוי לבחור כתקדים הראשון לביטול החקיקה הראשית? דווקא בשל חוסר חישוב, הוא מקרה תקדימי טוב. המטרה של פס"ד זה היא לסמן טריטוריה. כך ביהמ"ש הכריז על תפקידו כפוסל חוקים. על כן, הוא לוק סעיף קטן ועושה בו שינוי מינורי, כדי לא לקחת חוק גדול וליצור רעש ציבורי גדול.

**חשיבות: המקרה הראשון בו ביטל ביהמ"ש הוראות חוק הסותרת חו"י הדן בזכויות אדם.**

 **צמח נ' שר הביטחון:**

**רקע:** העותרים טוענים בנוגע לחוק השיפוט הצבאי המאפשר מעצר לפרק זמן של 96 שעות בטרם הבאה בפני שופט בטענה כי הוא נוגד את חו"י: כבוד האדם וחירותו, שכן הוא פוגע באופן לא מידתי בחירותו של העצור.

**באיזה ממבחני המידתיות פוגע החוק לטענת העותרים?**

טוענים כי מעצר של חייל בידי שוטר צבאי לתקופה של 96 שעות אינו מתיישב עם **מבחן המידתיות השני**- אמצעי שפגיעתו פחותה (כן מתיישב עם הראשון והשלישי). לטענתם, מעצר כזה פוגע בחירות האישית מעל המידה הנדרשת, שכן אפשר וראוי לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר.
אם שוקלים את מידת הפגיעה בחירות האישית של החייל אל מול התועלת שצומחת במונחי הגנה וחיזוק המשמעת הצבאית, הכף נוטה לכיוון התועלת. הסעיף עומד במבחן המידתיות השלישי אך נכשל במבחן המידתיות השני. את אותה מטרה היה ניתן להשיג באותה מידה אם היו מחזיקים לפרק זמן קצר יותר מ96 שעות.

**מפס"ד עולות מספר שאלות:**

**מה המעמד של חוק מתקן מיטיב?** חוק זה אינו חוק מיטיב. הוא אומנם תיקון של החוק הקודם לפיו זמן המעצר היה ארוך יותר מ96 שעות. השאלה הנשאלת היא- **האם היותו של חוק זה, חוק מיטיב ומתוקן מחסנת אותו בפני ביקורת שיפוטית?**

**טענת המדינה:** קיצור תקופת המעצר עלולה לפגוע במשמעת הצבאית, להתרחבות התופעה של היעדרות מן השירות ותוצאות נוספות שיפגעו במהות ובאופי של השירות הצבאי. המדינה מבקשת זמן ותקציב ע"מ להקטין את הפגיעה בזכויות החיילים.

**ביהמ"ש** (זמיר): הסעיף לא עומד מבחן המידתיות השני. היה אפשר להשיג את אותה מטרה עם שלילה מינימלית יותר של החירות. ביהמ"ש לא קובע שכל מחיר כלכלי שווה ע"מ למנוע פגיעה בזכות. הוא מנסה לאזן בין המחיר הכלכלי לפגיעה בזכויות, כאשר במקרה שלפנינו הוא פוסק שהעלות מוצדקת ע"מ להקטין את הפגיעה בזכויות החיילים. הצהרה של ביהמ"ש על בטלותו של חוק אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מידי אלא פרוספקטיבית (עתידית). יינתן זמן למדינה להיערך לפסיקה וכך גם לצבא לשינויים הלוגיסטיים. **לכן, החוק מבוטל רק כחצי שנה לאחר הפסיקה ובינתיים ההסדר מתקיים כרגיל.**

**ממתי הפסילה נכנסת לתוקף?**

ישנם 3 אפשרויות לפסילת חוק:

1. **תכולה אקטיבית-** פסילה אשר אמורה להיכנס באופן מיידי.
2. **תכולה פרוספקטיבית-** פסילה אשר תתקיים מנקודת זמן מסוימת (בעתיד) ואילך.
3. **תכולה רטרוספקטיבית-** פוסל את החוק מהרגע שנולד, גם אחורה.

**מה מוסיף עניין צמח על עניין לשכת מנהלי השקעות? מה החידוש?**

בלשכת מנהלי השקעות בוטל חוק של סתירה להוראות חו"י חופש העיסוק שהוא משוריין. בצמח, בוטל חוק בשל סתירה להוראות חו"י כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין פורמלי (אלא מהותי). **ביהמ"ש העניק תוקף חוקתי ועליונות לחוק שמשוריין בשריון מהותי ולא פורמלי- וזהו החידוש בפרשת צמח.**

 **חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזיות לכנסת ה-16:**

**לשכת מנהלי השקעות, צמח, ומה עדיין חסר? מה לגבי חוקי יסוד ללא שריון פורמלי וללא שריון מהותי?**

בשני פסקי הדין הללו בית המשפט הקנה מעמד חוקתי מלא לשני חוקי היסוד 'החדשים' המשוריינים, אם בשריון פורמאלי ומהותי (חו"י: חופש העיסוק) ואם בשריון מהותי בלבד (חו"י: כבוד האדם וחירותו). אולם, בעניין בנק המזרחי קבעו ברק ושמגר שגם חוקי היסוד 'הישנים' שלא כללו כל 'שריון' - לא שריון פורמאלי ולא שריון מהותי – נהנים ממעמד חוקתי. אמרת אגב זו הפכה ל'חצי רציו' בפרשת חירות (חצי בלבד, כי ביהמ"ש מציג אלטרנטיבה, שמאפשרת לפרש את חוק הבחירות באופן שמתיישב עם חוק יסוד השפיטה). **ביהמ"ש קובע במפורש כי פגיעה בחוקי יסוד אפשרית רק בהתאם לפרוצדורה הקבועה בהם ובהיעדרה, רק בחוק יסוד.**
ההלכה בפרשת חירות- חו"י שותק- לא אומר איך משנים אותו ואיך פוגעים בו- משמע, לא משוריין כלל, לא פורמלי ולא מהותי. ברק אומר, **אם הוא לא אומר איך ניתן לפגוע בו אז אי אפשר לפגוע בו**. **אפשר לפגוע בו במסלול של שינוי, רק באמצעות חו"י אחר**. ברק אומר בפסד מזרחי שחוק יסוד יוכל לשנות חוק יסוד אחר כיוון שהם באותה ההיררכיה- נהנים מאותה עליונות נורמטיבית.

**רקע:** רשימת חירות ביקשה לאשר אצל יו"ר ועדת הבחירות תשדיר שנוי במחלוקת שבין היתר בפתחו מוצג דגל ישראל מעל בניין הכנסת אשר הופך לדגל פלסטין. התשדיר נפסל וחירות עותרת לבג"ץ עקב פסילתו. יו"ר הועדה עשה סאת ע"פ חוק רגיל בשם "חוק הבחירות דרכי תעמולה" ס'137. ע"פ ס' זה תפריד יו"ר ועדת הבחירות הוא לאשר תשדירים. חלק מהחוק אומר שלא ניתן לערער על החלטת היו"ר בביהמ"ש.

**הבעיה- סתירה בין שני חיקוקים:**

1. יו"ר הועדה המרכזית טוען כי לא ניתן לערער על החלטתו מתוקף **ס'137 לחוק הבחירות לכנסת**. "כל קובלה בקשר למעשה או מחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הועדה המרכזית. שום ביהמ"ש לא יזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או מחדל כזה או בקשה להחלטה או להוראה של הועדה המרכזית, של יו"ר הועדה וסגניו של יו"ר הועדה, ועדה אזורית או ועדת קלפי חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת".
2. **ס' 15 לחו"י: השפיטה** קובע כי ביהמ"ש העליון ישב גם כבג"ץ, בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של ביהמ"ש או של בית דין אחר.

**ביהמ"ש:** אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חו"י, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה. על כן, אין בכוחה של הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. על כן, עד כמה שקביעתו של ס'137 לחוק הבחירות לכנסת כי "שום ביהמ"ש" לא יזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בג"ץ, אין היא חוקתית והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בג"ץ. היא תופסת כמובן לעניין כל ביהמ"ש האחרים.  **מסקנה:** נמצא, כי מוסמכים אנו לדון בעתירה שלפנינו.

**חשיבות: ככל שיש סתירה בין שתי הוראות, גם חוק יסוד שאין בו שריון פורמלי או מהותי (חו"י שותק), גובר על הוראת חוק רגילה.** בכך הושלמה המהפכה החוקתית, לאור מה שנקבע- כל חוקי יסוד נהנים מעליונות, גם ללא שריון פורמלי/מהותי.

**המהלך החוקתי- השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים**

**הבעיה – חסרות זכויות.** עד שנת 1992 ביהמ"ש הכיר בקיומן של זכויות רבות ונתן להן מעין מעמד חוקתי. כמו שוויון, חופש הביטוי, חופש הדת. נוצר מצב בו חלק מהזכויות מקבלות שדרוג וחלק מהזכויות נשארות בחוץ. אם כך, מה הסטטוס של זכויות אלו שלא שודרגו? הן במעמד נמוך יותר? האם ניתן לפסול חוק שפוגע בהן? אולי הן כבר לא מוכרות? אומר ברק **בפס"ד מזרחי (פסקה 83)** שזכויות האדם שאינן מעוגנות בחוק־ היסוד ממשיכות להתקיים, על פי מעמדן עד כה. אולם, סמוך לאחר מכן מתחילים שופטי העליון להציע דרכים לקריאת הזכויות החסרות לתוך חוק היסוד. הן לא כתובות שם אבל בדרך פרשנית נוכל להגיד שהן בכל זאת נמצאות בפנים.

למה זה חשוב?

1. **ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית במקרה של פגיעה לא מוצדקת בזכויות הלא מנויות**. ע"מ שנוכל לפסול חקיקה ראשית אנו צריכים עיגון בתוך החוקה של הזכויות הנפגעות, אם הן לא בחוקה, לא יהיה ניתן לפסול חקיקה ראשית בעת הצורך.
2. **מעמד החזקה הפרשנית ביחס לזכויות אלו**. יש לפרש באופן העולה בקנה אחד עם קיום הזכויות (שטרייט) אך ניתן לתת לה תוקף חזק יותר וחלש יותר. עד כמה נעקם את החוק? **ככל שהזכויות במעמד גבוה יותר (מעוגנות בחוקה), כך הדרישה הפרשנית תהא גדולה יותר.**
3. **המשקל שיינתן לזכויות אלו במסגרת האיזון בינן לבין ערכים מתנגשים.**

**שופטי ביהמ"ש נותנים מספר תזות לעיגון חוק יסוד: (הלל סומר- הזכויות הבלתי מנויות)**

1. סעיף 1א לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (פסקת המטרה) קובע שחוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
הטענה: ההגנה על כבוד האדם וחירותו הינה אמצעי להשגת תכלית רחבה יותר – עיגון ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. משמע, שמאז חקיקת החוק מעוגנים ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית בחוק יסוד. **אין חולק ששוויון (למשל) הוא מערכי היסוד הדמוקרטיים**. מכאן שנכלל במסגרת חוק היסוד.
2. כבוד האדם מעוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. סעיפים אלו מדברים על הזכות לכבוד. פרשנות מצמצמת- הזכות לכבוד היא הזכות שלא ניתן לפגוע ולהשפיל אדם. פרשנות מרחיבה- כל זכויות האדם נמצאות בכבוד האדם (שוויון, אוטונומיה של הפרט- לקבוע את חייו לפי רצונו).
הטענה: ראוי לכלול זכויות נוספות. למשל שוויון או על עיקרון ההכרה בערך האוטונומיה של הפרט. שני ערכים אלה עומדים בבסיס הזכות לכבוד ולכן פגיעה בשוויון עשויה להיות גם פגיעה בכבוד.
3. סעיף 1 לחוק היסוד (פסקת עקרונות היסוד): זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
הטענה: חוקי היסוד הפכו את מגילת העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם. לכן, לזכויות המפורטות בהכרזה יש מעמד חוקתי. (אחד מהערכים הללו הוא שוויון, התייחסות לשוויון התוך מגילת העצמאות).

**טענות נגד ספציפיות:**

1. פסקת המטרה לא נועדה לקבוע נורמות משפטיות, אלא לכל היותר לשמש כלי לפרשנות הוראה מההוראות המהותיות, אם תימצא סתומה או דו משמעית. אם פסקת המטרה משמשת מקור לכל הזכויות מדוע בחר המחוקק לפרט זכויות ספציפיות? **לכן ניתן להסיק שתפקידה העיקרי הוא לשמש מקור לפרשנות.**
2. **כבוד האדם המונח בסעיפים 2 ו-4 צריך להתפרש באופן צר** (עינויים, שם טוב, כבוד המת, חדירה לגוף ללא הסכמה). זהו הפירוש הלשוני הטבעי, מתאים להיסטוריה החקיקתית (ברור כשדיברו על זה התכוונו לפירוש הצר) ותואם להיקף הזכות יצירת הפסיקה.
3. **פסקת עקרונות היסוד**, גם לפסקה זו תפקיד פרשני בלבד.

**טענות נגד עקרוניות:**

**יש להתחשב בכוונת המחוקק ובעובדה שהכנסת בחרה לפצל את הזכויות ולחוקקן בנפרד.** התעלמות מעובדה זו עלולה למש כנגד ביהמ"ש בעתיד, בין אם בכינון או התעלמות מכינון זכויות יסוד נוספות או תיקון לא רצוי של חוקי יסוד קיימים. במצב הזה ביהמ"ש מאבד מאמון הציבור. ביהמ"ש מבזבז את המוניטין שלו אז הוא פוגע בעצמו.

השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים- דוגמאות:

**רסלר נ' הכנסת- ביטול חוק בשל הפגיעה בזכות לשוויון:**

**רקע:** **בחוק טל** משנת 2002 נקבע שתלמידי ישיבות ש'תורתם אומנותם' יוכלו לקבל מידי שנה דחייה מחובת השירות בצה"ל. לאחר 4 שנים יוכלו לעזוב את הישיבה למשך 'שנת הכרעה' שבה יחליט כל אחד מהם בעניין עתידו: אם ירצה, יוכל לחזור ללימודים בישיבה ולא יגויס לצבא; אם יחליט לעזוב את הישיבה, יגויס לשירות צבאי או אזרחי מקוצר, ולאחר מכן יוכל לפנות לענייניו. תוקפו של החוק נקבע לחמש שנים מיום פרסומו, ולכנסת ניתנה הסמכות להאריך את תוקפו בחמש שנים נוספות.

**סיבוב ראשון:** סמוך לאחר חקיקת חוק דחיית השירות הוגשו נגדו כמה עתירות, שנשמעו לפני הרכב מורחב של 9 שופטים. העותרים טענו שחוק דחיית השירות **פוגע בזכות לשוויון ושהפגיעה איננה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה** שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולכן החוק איננו חוקתי. רוב השופטים קבעו כי הזכות לשוויון נכללת בזכות החוקתית לכבוד האדם המנויה בחו"י: כבוה"ח **וכי הסדרי החוק פוגעים בזכות זו**, בהפלותם בין מי שמשרת בצבא על פי הכללים הרגילים לבין תלמידי ישיבות, הזכאים לפטור ולדחייה.
פסקת ההגבלה- התנאי הראשון הוא שזה יהיה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק. אין צורך בהסמכה כי זה חוק.

תכלית ראויה?

הנשיא ברק, שכתב את חוות הדעת העיקרית בתיק, קבע כי ביסוד חוק דחיית השירות מונחות מספר תכליות ראויות:

1. תמיכה בלימודים תורניים, מתוך **הכרה בחשיבותם של לימודים** אלה ובייחודיותה של החברה החרדית.
2. **הגברת השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית**, בהשוואה למצב הקיים שבו רוב רובם של החרדים אינם משרתים כלל.

לפי השופט ברק, מדובר בחוק הפוגע בשוויון אבל המטרה שלו היא לצמצם את הפגיעה בשוויון.

האם זה מידתי?
 ברק קבע שהתמונה המצטיירת כשלוש שנים אחרי כניסת החוק לתוקף אינה תואמת את הציפיות שתלו בו מבחינת התכליות שצוינו לעיל, נתון שמעמיד בסימן שאלה את עמידתו של החוק בראשון משלושת מבחני המידתיות, **הבוחן אם קיים קשר רציונלי בין תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר להגשמתה.**
אולם, הואיל ומדובר בחוק שנחקק מראש כהוראת שעה שמטרתה לבחון תהליכים על ציר הזמן, העדיף ברק שלא להכריע בעניין ולהמתין עד תום חמש השנים.
עם זאת הדגיש ברק כי "בצד החלטתנו כי העתירות נידחות, שכן לעת הזו לא נוכל להכריע באי חוקתיותן, הננו ממשיכים וקובעים כי אם תימשך המגמה ולא יהיה שינוי משמעותי במצב הדברים, **קיים חשש כי חוק דחיית השירות יהפוך לבלתי חוקתי**."
לאחר 5 שנים הכנסת מאריכה את תוקף החוק ל5 שנים נוספות.

**סיבוב שני:** מיד לאחר ההארכה הוגשו לבג"ץ מספר עתירות נגד החוק, ברק כבר לא חלק מההרכב.
בספטמבר 2009 החליט ביהמ"ש לדחות שוב את ההכרעה בעניין ב-15 חודשים נוספים, והביע מורת רוח מהאטיות ביישום החוק. **ביהמ"ש קבע** כי טרם נקבעה עמדה.

**סיבוב שלישי:** הליבה החשובה בפס"ד היא שהאוביטר הופך לרציו וביהמ"ש פוסל חוק בשלהפגיעה שלו בזכות לשוויון למרות שהזכות הזו לא נכללה במכוון בחו"י כבוד האדם וחירותו. **חרף העובדה שהכנסת אמרה במפורש שלא רוצים את הזכות לשוויון בתוך חוק היסוד, ביהמ"ש לוקח אותה פנימה ופוסל בגינה חקיקה ראשית של הכנסת**.בפברואר 2012 ביהמ"ש פסק בדעת רוב (שישה שופטים כנגד שלושה) שחוק דחיית השירות אינו חוקתי ולכן אין להאריכו מעבר למועד פקיעתו הצפוי, באוגוסט 2012. נקבע כי מן הנתונים שהוצגו בפני ביהמ"ש לא ניתן לבסס קשר בין האמצעים שקבועים בחוק לבין המטרה המוצהרת של הגברת השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה, ומכיוון שכך, לא ניתן להצדיק את הפגיעה בשוויון הגלומה בהסדרי החוק.

**השופטת ארבל**, בדעת מיעוט, יחד עם ריבלין, כי יש לתת למופקדים על יישומו של החוק ארכה נוספת להוכחת הקשר האמור. ארבל גם שהצביעה על כך שכבר בנתונים הנוכחיים יש ראייה לשינוי מגמה בכיוון הרצוי.

**השופט גרוניס**, בדעת מיעוט, חזר על עמדתו מפסיקות קודמות לפיה לאור העובדה שחוק דחיית השירות התקבל בהליך דמוקרטי מלא, בהסכמת חברי קבוצת הרוב החילוני במדינה, אין מקום להתערבות בג"צ.

מקובל להבחין בין שתי קבוצות של זכויות:

1. **זכויות אזרחיות פוליטיות-** חופש דת, ביטוי, תנועה..

2. **זכויות חברתיות-** זכות לדיור, חינוך, בריאות..

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

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

**רקע:** חוק הבטחת הכנסה מבטיח למי שמשכורתו אינה מגיעה לסף מסוים הבטחת הכנסה, אך מצוין בחוק שלמי שבבעלותו או בשימוש רכב, רואים אותו כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה להבטחת הכנסה ונשללת ממנו הזכאות לקצבה זו.

**טענת העותרים:** החזקה החלוטה שאותה קובע הסעיף פוגעת פגיעה בלתי חוקתית בזכות לקיום בכבוד.

**תשובת המדינה:**

1. הסעיף האמור הוא בגדר מדיניות חברתית-כלכלית "טהורה" של המחוקק ולכן הוא אינו נופל כלל לגדריה המצומצמים של הזכות לקיום בכבוד. הדבר יהפוך להיות לרציו רק כאשר החוק ייפסל בשל קביעה שהדבר פוגע בקיום מינימלי של כבוד.
2. גם אם יש פגיעה חוקתית בזכות לתנאי מחיה מינימליים, כשמגיעים לשלב פסקת ההגבלה, לאור העובדה שמתעסקים בזכויות חברתיות יש מקום להבחין ולא להפעיל את פסקת ההגבלה ביחס אליהן כמו שמפעילים אותה ביחס לזכויות אזרחיות-פוליטיות. לטענת המדינה, כשמדובר בזכויות חברתיות, צריך לעצור אחרי מבחן משנה הראשון- מבחן הקשר הרציונלי ולא לבחון ב3 מבחני המידתיות.

**ביהמ"ש:** דוחה את שתי הטענות.

1. המדינה מייחסת "משמעות מצומצמת וצרה לזכות" ובוודאי שישנה פגיעה.
2. עצם העובדה שהזכות לקיום הכבוד היא זכות חברתית אין בה כדי להצדיק החלת מודל שיפוטי שונה לביקורת חוקתית.

הסעיף האמור אינו עומד במבחן המידתיות השני, לפיו יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה. הקושי נעוץ בכך שהחזקה שקובע הסעיף היא חזקה חלוטה, המביאה לשלילה מלאה של הגמלה מבעלי הרכב או המשתמש בו.

**החידוש בפס"ד**- זוהי הפעם הראשונה שבה ביהמ"ש העליון פסל חקיקה ראשית לאחר שמצא כי היא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית.

**חשיבות: הזכות לתנאי קיום מינימליים נכנסת לתוך הזכות לכבוד.** ביהמ"ש העליון מרחיב את מהלך העיגון של הזכויות הבלתי מנויות בתוך חוקי היסוד וזאת כבר ברציו ולא באוביטר.

**המהלך החוקתי- פסקת ההתגברות**

**מיטראל נ' הכנסת**

**רקע:** עד 92' ממשלת ישראל ייבאה בעצמה את הבשר הקפוא לארץ. מאוחר יותר נקבע כי הייבוא יעשה באמצעות גופים פרטיים ומסחריים, ללא מכסות וללא צורך ברישיון ייבוא. חב' מיטראל רוצה לייבא בשר לא כשר- הכנסת מבינה את משמעות ההפרטה ומנסה לעכב את חיקוק החוק כדי לא לפגוע ברגשות הציבור הדתי.

בשנת 94' חוק ייבוא בשר קפוא שכללה תניה בנושא הכשרות- החוק נחקק תחת תנאי פסקת ההתגברות וברוב של ח"כים.

**טענת העותרים**: ישנה סתירה בין עקרונות חוקתיים המעוגנים בחו"י: כבוה"ח וחו"י: חופש העיסוק:

1. החוק אומנם מקיים את תנאי פסקת ההגבלה, אך עדיין סותר את ס' 1 ו-2 לחו"י:חופש העיסוק ואין בינם לבין פסקת ההגבלה חפיפה מלאה.
2. חוק ייבוא בשר קפוא פוגע בחופש הדת והמצפון- פגיעה שאינה ראויה ומעבר למידה הדרושה (חו"י: כבוה"ח).
3. פוגע בשוויון בין הדתות (פוגע במוסלמים שאינם מחויבים לכשרות) וכן פוגע בשוויון בין בעלי אמצעי לחסרי אמצעים (בשר כשר יקר יותר).
4. פגיעה בזכות לקניין של חברת מיטראל שערך מניותיה ירד בעקבות ההגבלה.

**ביהמ"ש:** דוחה את העתירה.

1. החוק התקבל כדין תחת תנאי פסקת ההתגברות- התקבל ברוב של ח"כים וגם נאמר ו במפורש כי הוא סותר את חוק היסוד.
2. סעיפים 1 ו-2 הם סעיפים דקלרטיביים שלמעשה מתומצתים בס'4. ברק נמנע מלהכריע בשאלה האם ערכי המדינה בס'4 זהים לעקרונות בס'1 ו-2, בכל מקרה טוען ביהמ"ש שהפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת שכן העותרת יכולה להמשיך לעסוק בייבוא בשר כשר ללא צורך ברישיון ולא נפגעות אושיות המשטר.
3. לעניין הפגיעה בחופש הקניין- ברק טוען כי ברוב המקרים פגיעה בחופש העיסוק תגרור אחריה פגיעה בחירויות אחרות ואם נבחן כל פגיעה לגופה, לא יהיה כלל תוקף לפסקת ההתגברות וההגבלה. לכן, יש לשקול היטב כל פגיעה ביותר מחוק אחד יחד ולא כל אחת לחוד ע"מ למצוא איזון.

חוק העומד בדרישות פסקת ההתגברות ופוגע גם בזכות שנכללת בחוק יסוד בו אין פסקת התגברות לא יבוטל אם יתקיימו בו התנאים הבאים:

* הפגיעה בזכויות האדם היא תוצר לוואי של הפגיעה בחופש העיסוק.
* הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית וכבוה"ח משנית.
* הפגיעה בזכויות האדם האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית.

**ברק קובע כי 3 המבחנים מתקיימים וכי עיקר הפגיעה היא בחופש העיסוק אשר החוק עומד בתנאי פסקת ההתגברות ולכן העתירה נדחית.**

בחו"י: חופש העיסוק ס' 8 מצויה פסקת ההתגברות:

8. **תוקפו של חוק חורג-** (א) הוראות חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לס'4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של ח"כים ונאמר בו במפורט, שהוא תקף על האמור בחו"י זה. תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום 4 שנים מיום תחילתו, זולת נקבע בו מועד מוקדם יותר.

**חוק יבוא בשר קפוא, התשנ"ד- 1994,** התקבל ברוב של 61 ח"כים בהתאם לדרישת פסקת ההתגברות. להלן הסעיפים הרלוונטיים:

2. יבוא בשר- על האף האמור בכל דין... לא ייבא אדם בשר אלא אם כן קיבל לגביו תעודת הכשר.

5. תוקף- תקופו של חוק זה על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק.

**השאלות המשפטיות:**

1. היש בכוחה של פסקת ההתגברות להעניק הגנה לחוק חורג הפוגע בעקרונות היסוד הנזכרים בפסקת העקרונות-ס'1- ובפסקת המטרות-ס'2- שבחוק יסוד: חופש העיסוק?

2. מה הדין אם חוק חורג פוגע בזכויות אדם המוגנות בחו"י: כבוה"ח? האם חוקתיותו של חוק חורג זה נתונה לבחינה לאור חו"י: כובה"ח, וזאת בהתחשב בעובדה שבחו"י: כבוה"ח אינה מצויה פסקת התגברות.

**תשובותיו של ביהמ"ש:**

1. לא רואה צורך להכריע בה. ישנם עקרונות יסוד ומטרות שחוק חריג לא יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם עקרונות יסוד ומטרות של כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם שמושתתים עליהם, שפגיעה בהם תהא מהותית וקשה שאם לא כן, מתרוקנת פסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה לא המקרה שלפנינו. (ניתן לפסול חוקים גם אם הם עומדים בתנאים של חוקי היסוד, והפעם בהתייחסות לפסקת ההתגברות). הפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת, שהרי מיטראל עדיין יכולים לעסוק בייבוא בשר כשר וזאת בניגוד למצב שהיה לפני שינוי המדיניות בממשלה- בלא כל צורך ברישיונות יבוא. הפגיעה בקניין, בחופש המצפון ובשוויון= ככל שהיא חבויה בין קפליו של החוק- אין היא מגיעה כדי פגיעה באושיות מהמשטר החוקתי שלנו- מטעמים אלה השאלה הראשונה אינה רלוונטית.

2. פרשנות ראויה צריכה להעניק הגנה חוקתית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחו"י: כבוה"ח. (**הבעיה**-אנו לא רוצים לקבל כל חוק שיעמוד בפסקת ההתגברות ולאפשר פגיעה בלתי נסבלת במנגנון החוקתי **ומצד שני**, אנו לא רוצים למנוע מהמכונן שימוש במנגנון ההתגברות בצורה אפקטיבית. **ברק** בוחר במנגנון שיאפשר שימוש הולם במנגנון פסקת ההתגברות) אם מתקיימים 3 תנאים מצטברים:

1. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי מהפגיעה בחופש העיסוק.
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית, והפגיעה בזכויות אדם היא משנית.
3. הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית.

בהתקיים 3 תנאים אלו מתחייבת פרשנות המשקיפה על ההוראות החוקתיות כאחדות, ומבקשת להבטיח הרמוניה חוקתית- המעניקה לחוק חורג תוקף חוקתי מעבר לחו"י: חופש העיסוק. **כל גישה פרשנית אחרת תרוקן את פסקת ההתגברות מתוכנה ותמנע שימוש אפקטיבי בה. פרשנות ראויה חייבת למנוע תוצאה זו.**

עם זאת, הפרשנות המוצעת שומרת על גבולותיו הראויים של חו"י: כבוה"ח. היא נותנת ביטוי לכך שאין בו פסקת התגברות, תוך שמירה על זכויות האדם המעוגנות בו מפני פגיעה עיקרית הבאה אגב חקיקתו של החוק החורג.

אז איך נבדוק חוק? בתחילה, נבדוק אם הוא עומד בפסקת ההגבלה. אם לא, נבדוק אם הוא עומד בפסקת ההתגברות, תוך שאנו מיישמים את המבחנים שנקבעו ע"י ברק בפרשת מיטראל.

**פרופ' ספיר- ההליך החוקתי**- **הרציונל שבבסיס פסקת ההתגברות**

הנחת המוצא היא שגם בחברה יחסית הומוגנית שאנשים בה הגונים, יש מחלוקת בשאלות ערכיות-מוסריות בלי שאפשר יהיה לומר באופן חד משמעית מי צודק ומי לא. חוסר ההסכמה הוא מה שמאפיין חברה מודרנית. בנסיבות של חוסר הסכמה כזה, כיצד מתקדמים? **התשובה של ספיר היא דרך ההכרעה הדמוקרטית**. עם זאת, יש חיסרון למשחק הדמוקרטי והוא שהמערכת הפוליטית שהיא זאת שדרכה באים לידי ביטוי הרצונות השונים של האוכלוסייה, היא מערכת שיש לה נטייה לשטחיות ולבריחה מעיסוק בשאלות המהותיות. פוליטיקאים נמנעים מלהיכנס לסוגיות מורכבות ולא אוהבים להשמיע דעות ברורות בנושאים מורכבים. **מה ניתן לעשות כדי לגרום להם להתייחס בכובד ראש לשאלות משמעותיות? ביהמ"ש נכנס לתמונה.**

מצב בו המחוקק דן בסוגיה וביהמ"ש הינו גוף מבקר ואף דוחה הצעות או חוקים של הכנסת. **יש לקוות שהמעורבות של ביהמ"ש תגרום לפוליטיקאים לדון בנושאים באופן יותר רציני.**

**המודל הדיאלוגי**: תפקיד החוקה, באמצעות הדיאלוג בין ביהמ"ש לבין המערכת הפוליטית. הכנסת תפעל לאור העובדה שמישהו מבקר אותה, עצם עובדה שהיא צריכה לתת דו"ח יחייב אותה להתייחס לסוגיות בצורה יותר רצינית. רציונל כזה קיים במדינות חבר העמים הבריטי- המודל שם שהוא שיש חוקה, לביהמ"ש יש סמכות לבקר את המערכת הפוליטית וזכות המילה האחרונה שמורה למחוקק- בשורה התחתונה, אומר ספיר כי יש סכנה או שהמחוקק יתעלם מהנחיות ביהמ"ש או שביהמ"ש יכבול את ידי הכנסת והמחוקק ישנה את פסיקתו בלית ברירה.

**ספיר מבקש לאמץ מודל אחר-** חלוקת עבודה בנושא פרשנות החוקה בין 3 הזרועות. ניתן לתאר את מנגנון ההתגברות לא כאמצעי להתעלמות מהוראות החוקה ולהתגברות עליהן אלא כאמצעי המאפשר לציבור, באמצעות המחוקק, לחלוק על **הפרשנות שביהמ"ש נותן לחוקה ולהתגבר על פרשנות זו תוך הצעת פתרון לגיטימי אחר**. אימוץ חוקה בתוספת מנגנון ההתגברות מאפשר להנות מ2 העולמות. מנגנון הביקורת השיפוטית, מצד אחד מאפשר לביהמ"ש לומר את דבריו בשאלות מרכזיות. ומצד שני, יתרונו הגדול של מנגנון ההתגברות הוא בכך שהוא מאפשר גם לציבור הרחב לומר את דברו ביחס לפתרון הראוי בעיניו לשאלה החוקתית, כאשר עמדה זו מקבלת משנה תוקף דווקא משום שהיא מבוטאת תחת 'אזהרה' שהשמיע ביהמ"ש.

**המהלך החוקתי- ביקורת שיפוטית הליכית**

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

**ביקורת הליכית**- ביהמ"ש בוחן את ההליך שבו התקבל החוק וקובע אם ההליך סותר עקרונות יסוד- איך אנו אמורים לייצר חוק? זהו לא בחינה של תוכן החוק, אלא בחינה של איך החוק התקבל מול איך היה אמור להתקבל בפועל.

**ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל:**

**רקע:** חוק ההסדרים הפך לנוהג מקובל המובא לאישור הכנסת בצמוד לחוק אישור התקציב. החוקים המובאים בו מאופיינים בהליכי חקיקה מהירה- דיון במכלול אחד.

**טענת העותרים:** העותרים טוענים כי החוקים לא נקבעו בהליך הרצוי כאשר מדובר בשינויים מרחיקי לכת. החוק המועבר בהצבעות במהלך 24 שעות מטיל פגם ב**עיקרון ההשתתפות**- אינו מאפשר הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה.

**בפרשיה זו הלך ביהמ"ש רחוק וקבע כי הוא מוסמך עקרונית לבטל חוק בשל פגמים בהליך החקיקה גם כאשר לא הופר חוק וכל סעיף בתקנון הכנסת אלא רק עקרונות בלתי כתובים.**

**אמצעי סל**- חוקים מסוגו של חוק ההסדרים במשק המדינה מתאפיינים בכך שהם מורכבים ממכלול של נושאים ומשמשים "אמצעי סל" לביצוע חקיקה ותיקוני חקיקה בתחומים רבים ומגוונים.
**הליכי חקיקה חריגים**- כך למשל, היוזמה לחקיקתם של החוקים הללו היא של משרד האוצר. להבדיל מהצעות חוק ממשלתיות רגילות בהן היוזמה לחקיקה היא בדרך כלל של השר שהחקיקה נוגעת לתחום סמכותו או של משרד המשפטים. הדיון בממשלה והכנסת נעשה בדרך כלל על מכלול הנושאים הכלולים בהצעת החוק כמקשה אחת ובהליך מזורז ביותר. הצעת החוק מועברת ע"פ רוב במלואה לדיון בוועדת הכספים במקום פיצולה לוועדות הכנסת האחרות שהנושא נמצא בתחום טיפולן.
**התרחבות השימוש במכשיר**- עם השנים גבר השימוש בחוקי ההסדרים, לא רק לשם תיקוני חקיקה הנדרשים לשם התאמת החקיקה הקיימת לחוק התקציב, אלא כ"פלטפורמה" לחקיקה ולתיקוני חקיקה, לא פעם מהותיים ומרחיקי לכת, וכאמצעי לעריכת שינויים מבניים במשק ובחברה, לרבות בנושאים שנויים במחלוקת שהממשלה הייתה מתקשה להעבירם בהליך חקיקה רגיל.

**ביהמ"**ש (ביניש)- קובע כי תנאי להתערבות שיפוטי בהליך החקיקה הינו פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה. על ביהמ"ש לבחון בכל מקרה לגופו אם נפל בהליכי החקיקה "**פגם היורד לשורש ההליך**" אשר יצדיק **התערבות שיפוטית**. ורק פגם שיש בו פגיעה קשה בעקרונות היסוד יצדיק התערבות זו.

מה הם עקרונות היסוד שייבדקו במבחן זה?
1. **עקרון הכרעת הרוב**
2. **עקרון השוויון הפורמלי**- לפיו כל קול שווה אחד.
3. **עקרון הפומביות**- מעוגן בחו"י: הכנסת, בס'27 כי "הכנסת תשב בפומבי", ובס'28 "ההליכים בישיבת הכנסת והדברים שנאמרו בה- פרסומם אינו מוגבל ואינו גורר אחריות פלילית או אזרחית". חשיפתן של הצעות החוק ושל הליכי החקיקה בפני הציבור נועדה גם לאפר לציבור להביע עמדתו בקשר להצעות החוק ולנסות לקחת חלק בהליך החקיקה.
4. **עקרון ההשתתפות**- לכל ח"כ יש זכות להשתתף בחקיקה.
 א. אף במובנו הצר ביותר, מקנה לכל ח"כ את **הזכות להשתתף בכל אחת מן הקריאות במליאה ולהצביע בהן**.
 ב. מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי הכנסת **אפשרות מעשית לגבש את עמדתם ביחס להצעת החוק**.

**שואלת בייניש האם הליך החקיקה שלל מחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם ביחס להצעת החוק?**"במקרה דנן, נוכח הדיון שהתקיים בוועדת הכספים, מצומצם ככל שיהיה, וההסברים שניתנו שם מטעם הממשלה לחברי הכנסת, אין לומר כי לא ניתנה לחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים וכי נשללה מהם כל אפשרות מעשית לגבש עמדה ביחס לפרק החקלאות. לפיכך, ומשאמרנו כי ע"פ שיטתנו ביהמ"ש זה לא יקיים על קיומו של "הליך חקיקה נאות", לא נתקיימה עילה להתערבותנו בהליך החקיקה". (פסקה 30)
בעולם מתוקן צריך שיהיה הליך חקיקה נאות, אנחנו קובעים את הרף נמוך, אומרת בייניש. אולי לא התקיים הליך חקיקה נאות אך התקיים הרף המינימלי ולכן, אין להתערב מצד ביהמ"ש.

במשך 26 שנים מאז פרשת נמרודי ו-13 מאז פרשת מגדלי העופות לא בוטל אפילו חוק אחד בשל פגמים בהליך חקיקתו, לאחר שביהמ"ש דחה עתירות רבות שהוגשו נגד חוקים בטענה שהליך חקיקתם הפר דרישות הליכיות. בכל פסקי הדין האלו לא הייתה אפילו דעת מיעוט אחת שסברה שיש לבטל חוק מטעם של פגם בהליך.

**פס"ד ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים**-

**רקע:** הכנסת חוקקה 3 חוקים שמסדירים היבטים שונים של פעילות שוק ההון בישראל. בין היתר נקבעו תקנות שהיו צריכות לקבל אישור מוועדת הכספים של הכנסת ואכן כך היה. בתחילת פגישת הוועדה, נכחו היו"ר ושלושה ח"כים (מתוך 18 ח"כים בוועדה). היו"ר החליט לשנות את סדר הפגישה ולערוך את ההצבעה על התקנות בתחילת הפגישה. ח"כים נוספים נכנסו אל הפגישה וביקשו לערוך הצבעה מחודשת, אך בקשתם נדחתה ע"י היו"ר.

**טענת העותרים**: יו"ר וועדת הכספים ביצע מניפולציה בסדר הדיון ובמועד ההצעה כדי למנוע מחברי הוועדה המתנגדים לתקנות.

היו"ר הודה, אך טען שפעל במסגרת סמכותו לפי התקנון וכי "כל עוד אין חריגה מהוראות הדין המפורשות, יש לראות בפעולות אלו חלק מתכסיסים לגיטימיים של הזירה הפוליטית".

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

**ביהמ"ש**: ברק דחה את העתירה. מדובר ב"תפקיד מנהלי-חקיקתי מבוהק" הגורר ביקורת שיפוטית מוגבלת ומרוסנת. פס"ד זה מראה כי למרות הקביעות התיאורטיות, ביהמ"ש לא משתמש בהלכות ולא מתערב.

**בג"צ קוונטינסקי-**

**רקע:** שר האוצר כחלון מקדם חוק הנוגע למס על דירה שלישית. ביהמ"ש ברוב של 4 נגד 1 מבטל את החוק בנימוק של פגם בשורש ההליך (אישרו את החוק בזריזות בוועדת הכספים), טענו ל**פגיעה בעקרון ההשתתפות**. **סולברג הוביל את דעת הרוב**. **פעם ראשונה שבה ביטל ביהמ"ש חוק מכוח המודל הפרוצדורלי.**

מפס"ד של השופטת בייניש בעניין מגדלי העופות, עולים שני מדדים לקיומה של ביקורת שיפוטית על בסיס עקרון ההשתתפות:
1. האם נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים- אם אנחנו צריכים לתת תוכן לחוקים יש צורך מבחן ישים ואפקטיבי יותר.

2. האם ניתנה אפשרות לגבש דעה מינימלית בנושא.

איך נדע האם הכלל של עקרון ההשתתפות הופר או לא?
בבואנו לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי, ניתן להיעזר בפרט או בפרטים מן הרשימה שלהלן, שלבטח אינה ממצה, גם אינה מחייבת:
- משך הדיון, האם היה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, למורכבותה, ולהיקף השלכותיה ההולם.
- השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה.
- תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק.
- כמה זמן ניתן לחברי הכנסת להתכונן לקראת הדיון.

**הסעד:** הסעד צריך להיות מותאם לפגם, איפה שנפל פגם שם יינתן הסעד- יש צורך לחזור בחזרה בדיוק לנקודה הזו. עם כל חומרותו של פגם שנפל בהליך החקיקה, הרי שהוא ממוקד בשלב הדיון בוועדה לקראת קריאה 2 ו-3. ראוי גם שעליו סעד נורה, יהיה ממוקד לצורך הטעון חקיקה ולא מעבר לכך. אין צורך ולא הצדקה לבטל את הליך החקיקה כולו ולהתחיל מההתחלה, מהלך שנזקו עולה על התועלת.

**התקדים של סולברג יוצר אוביטר שהופך לרציו: בפעם הראשונה פוסל ביהמ"ש חוק בשל פגם בהליכי החקיקה על סמך עקרון יסוד שלא היה כתוב (עקרון ההשתתפות).**

**סולברג** פסל בשל עקרון יסוד לא כתוב, אלא שפעם הבאה השופטים יכולים לבטל חוק ע"י הוראות בלתי כתובות, הוא העניק וייסד כלי אקטיביסטי שמרחיב ומגדיל את הביקורת השיפוטית.

**מזוז** מסכים עם הרעיון שניתן להעביר ביקורת על הליך החקיקה אבל על סמך פירמידת הנורמות מזוז חושש כי ההלכה הזו נותנת תקדים שירחיב את השיפוט על הליכי חקיקה שבוסס עד היום על עקרונות כתובים בלבד. ובמידה **וביהמ"ש ירצה להעביר ביקורת משפטית על בסיס עיקרון לא כתוב של הליך החקיקה, צריך להוכיח שהעיקרון מוסכם לכל ושיש בו פגיעה קיצונית ומהותית**.

**סולברג עונה למזוז**- אומר שלמזוז יש בעיה עקרונית בהעברת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. סולברג מחזק את עמדתו על בסיס עקרון הפרדת הרשויות והלכת מגדלי העופות. הוא טוען שההפך הוא הנכון, התערבות על סמך תוכן הליך החקיקה היא ביקורת שיפוטית קשה יותר מביקורת שיפוטית על סמך הליך החקיקה.

**חוקי היסוד כחוקה**

**איך מזהים חוקה?**

**פס"ד בנק מזרחי**:

תנאי הכרחי- כשחוק נקרא חו"י הוא חלק מהחוקה, ע"פ החלטת הררי. על כן, חוקים שנחקקו לאחר מכן, גם אם הם בעלי תוכן חוקתי, אינם חוקי יסוד.

**מה דין חקיקה עתידית של הכנסת שתעשה שימוש לרעה בביטוי חו"י?** התשובה לשאלה זו קשורה למערכת היחסים בין המכוננת לשופטת והושארה בצ"ע.

**שמגר (צורני)**- חקיקה שקוראים לה חוק יסוד סימן שזה חלק מהחוקה (בעקבות החלטת הררי).
הסימון האמור מבהיר את מעמדו של החוק. נבחן האם זה חו"י מבחינה צורנית- נבחן את הכותרת, נוקשות, שריון מהותי, תהליך ייחודי- אלמנטים צורניים.

**ברק (מהותי)-**  יש לבחון האם חו"י מתאים להיות חו"י מבחינה מהותית. בטענתו הוא שואל 2 שאלות ומשאיר אותן בצ"ע:

1. האם חוק שמבחינה מהותית צריך להיות חו"י, אבל אינו תואם לכלל הצורני, הוא חו"י?

2. האם כל חוק שהכנסת תשים לו כותרת של 'חוק יסוד' הוא אכן חלק מהחוקה?

**בדבר השאלה השנייה**- שאלה זו יורדת לשורשי היחסים בין הרשויות (מכוננת, מחוקקת ושופטת) ודורשת דיון מעמיק.

**בג"צ בר-און נ' כנסת ישראל:**

**רקע:** ביום 22.06.10 התקבל בקריאה שניה ושלישית חו"י: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון). חו"י הוראת השעה קובע כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו-2010 יהיה תקציב דו שנתי שיקבע בחוק אחד. חו"י הוראת השעה הוא המשך של חו"י קודם שקבע, אף הוא בהוראת שעה, כי תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 יהיה תקציב דו שנתי (להלן: הוראת השעה המקורית). חו"י הוראת השעה, כהוראת השעה המקורית, משנה את ההוראות הקבועות בסעיפים 3(א)(2), 3(ב)(1) ו-3א לחו"י: משק המדינה, לפיהן תקציב המדינה ייקבע לשנה אחת בלבד.
**השאלה המשפטית** (ביניש): האם חוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד לכל דבר ועניין? בחינת שאלה זו מחייבת דיון בשתי שאלות משנה:

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

**אומרת בייניש** יש הטוענים כי יש מקום לשלב, לצד המבחן הצורני יש להביא גם מבחן מהותי, באופן שהכללת המילים "חוק יסוד" הכותרת החוק יהוו תנאי ראשוני, אך לא תנאי מספיק, להכרה בחוק יסוד.

**יתרונות**: בחינה מקיפה של חקיקה שעתידה להצטרף לחוקת המדינה. מניעת שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד, המבחן המהותי מסייע בסינון.

**חסרונות**: חוסר וודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית, אי וודאות בעניין התוכן. מתח בין הכנסת לביהמ"ש.

**ביניש קובעת כי אין להכריע בשאלה זו בפס"ד זה כי החוק עומד בשני המבחנים**.

**האם לפנינו חו"י?** חו"י הם תולדה של החלטת הררי ובמרוצת השנים חוקקה הכנסת שורה של חו"י. הכנסת היא המחוקקת והמכוננת ולכן יש צורך בזיהוי מאפייניהם של תוצרי החקיקה והכרעה האם חוק היוצא תחת ידיה של הכנסת- האם זהו חוק יסוד או חקיקה רגילה? זיהוי זה יבוצע ע"י **המבחן הצורני** אשר קיבל תוקף בפס"ד מזרחי ע"י שמגר.

**האם חו"י: הוראת השעה הוא אכן חו"י?** הכרעה בשאלה זו משפיע על תקפות השינוי של חו"י: משק המדינה ועל היקף התערבות ביהמ"ש בהסדר שנקבע בחו"י: הוראת השעה. הוראות המסדירות נושאים המתאימים, מבחינת תוכן להיכלל בחוקה אך אינן נושאות את הכותרת 'חו"י' לא ייחשבו חלק מהחוקה. המבחן הצורני גם מאפשר לכנסת לדעת מבעוד מועד מתי היא פועלת כרשות מכוננת, "להיכנס" לאותה מחויבות המתבקשת מחקיקת יסוד ו"לחבוש" את כובע הרשות המכוננת, בטרם תדון בהצעת חוק שעתידה להיות חלק מהחוקה.

**איך מבדילים בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו?**

**בג"צ תנועת דרור נ' ממשלת ישראל:**

**רקע:** ס'1 לחו"י: מקרקעי ישראל קובע כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעים בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן קיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת". לצד הוראה כללית זו נקבע בס'2 לחו"י כי ס'1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק.
בס'2(7) **לחוק מקרקעי ישראל** נקבע חריג לאיסור המכירה, המאפשר הקניית בעלות במקום חכירה לדורות: (7) "העברת בעלות במקרקעי המדינה או במקרקעי רשות הפיתוח למטרת פיתוח לא חקלאי, או העברת מקרקעים כאלה שהם קרקע עירונית, ובלבד ששטח כל ההעברות מכוח פסקה זו יחד לא יעלה על מאה אלף דונם."
העתירה דנה בתיקון לס'7 **לחוק מקרקעי ישראל** שמאפשר הקניית בעלות במקום חכירה לדורות בקרקע עירונית בסוגים מסוימים של מקרקעין בהיקף מסוים. הדיון נסב אודות המתח בין חוק זה לחו"י: מקרקעי ישראל (ס'1) **האוסר העברת קרקעות מבעלות המדינה לבעלות פרטית.**

**טענת העותרים:** התיקון משנה, ולכל הפחות פוגע בעקרון היסודי המעוגן בהוראת ס'1 לחו"י. נטען כי שינוי זה נעשה בחוק רגיל ולא על דרך של תיקון או שינוי חו"י עצמו, והוא אינו בא בגדר החריגים המותרים ע"פ ס'2 לחוק היסוד. השינוי נעשה בחוק רגיל ולא באמצעות חו"י.

**ביהמ"ש:** לאור האפשרות הקבועה בחו"י לחרוג מהעיקרון הקבוע בו- עצם הסטייה מעקרון הבעלות הלאומית אין בה כדי להוות שינוי של חו"י, והשאלה היחידה היא האם תיקון 7 "חרג מגבולות החריג". כלומר, האם יש בו כדי לרוקן מתוכן את העקרון.

**השאלה האם התיקון חרג מגבולות החריג?**

בית המשפט חוזר על האבחנה בין שינוי לפגיעה שנקבעה כבר בפרשת בנק המזרחי: שינוי של חו"י משמעו צמצומה/ הרחבה/ הוספה/ ביטולה של זכות המוגנת בחו"י. חוק משנה את חו"י שהוא סוטה מהותית ממנו בעניין מרכזי, עד כי נאמר שהחוק מכוון לשנות מעיקרו את ההסדר החוקתי. **שינוי של חו"י הוא למעשה קביעה של הסדר חדש תחת ההסדר הקבוע בחוק היסוד עצמו**. לעומת השינוי, פגיעה בחוק יסוד תוכר מקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא אך סטייה ממנה לעניין מסוים.

**האם יש שינוי? אין שינוי**- נראה כי אין היא עולה כדי שינוי של העיקרון המרכזי שהותוותה בחוק היסוד. שלושה נתונים מרכזיים תומכים במסקנה זו-
1. **היקף הקרקע**- שגדל באופן משמעותי ומספיק לצרכי המדינה לשנים רבות- מהווה חלק קטן מאד מכלל המקרקעין במדינה.
2. **סוג הקרקע בה תותר העברת הבעלות**, קרקע עירונית, תאומת את ההבחנה, שגם באה לידי ביטוי בהיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד בין קרקע חקלאית וקרקע עירונית.
3. תיקון 7 הגביל את העברת הבעלות ב800,000 דונם של קרקע עירונית **לשתי פעימות** ולא אחת.

**האם זו פגיעה? אין פגיעה-** ביהמ"ש קובע שאין פגיעה מאחר וחו"י עצמו מאפשר חריגה ע"י ס'2 האמור בו. ייתכן ויש פגיעה בהתאם לפסקת ההגבלה (דרך העשייה), קיימת דעה כי ס'2 משמש כפסקת הגבלה ולכן יש לפעול בהתאם כלליה.

**חשיבות- אין שינוי שלא משנה מהותית את הרעיון המרכזי שמתווה החו"י. אין גם פגיעה משום שהחוק מתיר פגיעה בו.**

**שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים**

**פס"ד בנק מזרחי:**

**איך משנים חוק יסוד?**

**ברק ושמגר 🡨** רק באמצעות חוק יסוד.

בפרשת בנק המזרחי, ברק טוען כי אין לשנות חו"י אלא בחו"י, בפרט אם חו"י מאפשר אחרת.

**איך פוגעים בחוק יסוד?**

**שמגר**- 3 אפשרויות לפגיעה-

1. ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל.

2. ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל בתנאי שתהא בחוק הרגיל אמירה מפורשת.

3. לא ניתן לפגוע- פגיעה תיעשה רק באמצעות שינוי ע"י חו"י חדש.

**שמגר נוטה לאפשרות השלישית 🡨** אם חו"י לא אומר כיצד לפגוע בו, סימן שא"א לפגוע בו. אפשר לפגוע בו בדרך של שינוי ע"י חו"י. כלומר פרוצדורת הפגיעה תיעשה באמצעות שינוי.

**ברק נוטה לאפשרות השנייה 🡨** ניתן לפגוע באמצעות חוק רגיל בתנאי שתהא אמירה מפורשת. פגיעה שאינה מפורשת- אינה בעלת תוקף משפטי. המחוקק חייב להגיד שהוא עומד לפגוע חוקה. מצד אחד, שיטה זו נותנת כבוד לחוקי היסוד ומצד השני, מבדילה בין חוקי היסוד שניתן לפגוע בהם. נשאר בצ"ע.

**לסיכום, שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים:**

**שינוי**: רק ע"י חוק יסוד. אלא אם החו"י מאפשר אחרת. במידה ויש דרישות מסוימות הן צריכות להיעשות בחוק יסוד.

**פגיעה**: אם הוא לא אומר כיצד לפגוע בו יש 3 אפשרויות:

א. באמצעות חוק רגיל.

ב. באמצעות חוק רגיל עם אמירה מפורשת של הכנסת (ברק).

ג. א"א לפגוע בו. רק בפרוצדורת שינוי ע"י חו"י (שמגר).

ד. פגיעה על סמך הלכות מתקדמות: אפשר לפגוע עם חוק רגיל- בכפוף למבחני המידתיות/ פסקת הגבלה (ברק, הופנונג).

פסקי דין שעוסקים בשאלת הפגיעה- חו"י שותקים וחו"י הכוללים פרוצדורת פגיעה:

 **חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזיות:**

משום שאין פסקת הגבלה בחו"י: השפיטה, לא ניתן לפגוע בחו"י זה ומכאן שבג"ץ יכול לדון בעתירות. **אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחו"י, רק במסגרת פסקת ההגבלה.** בחירות נבחרה האופציה המחמירה ביותר- **אם אין אמירה שאפשר לפגוע בחו"י, לא פוגעים בו אלא רק באמצעות שינוי ע"י חו"י אחר.**

**הופנונג נ' יו"ר הכנסת:**

עולה אפשרות רביעית- גרירת פסקת ההגבלה שבשני חוקי היסוד גם לחוקי יסוד אחרים.

**רקע:** הנושא שעמד על הפרק, הוא, מימון מפלגות שלפי הנטען פוגע בשוויון המעוגן בס'4 לחו"י: הכנסת. ס'4 משוריין מפני שינוי.
**השופט זמיר:** אמנם ההלכה קבעה כי פגיעה בשוויון, כמשמעותו בס'4 לחו"י הכנסת, פוסלת חוק. אולם הלכה זו חלה רק על פגיעה בשוויון המהותי להבדיל מפגיעה בשוויון הפורמלי. ההלכה אומרת כי **השוויון המהותי הוא שוויון הסיכויים**, אך היא לא השיבה מעבר לכך על השאלה מהו השוויון המהותי או מהי פגיעה בשוויון המהותי. שאלה זאת נותרה פתוחה. ייתכן, לכן, **שיש מקום לומר כי פגיעה בשוויון המהותי, בהקשר של הבחירות לכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש**: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה ראויה, שהפרשן שואף אליה, בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים.

**מה עושה זמיר עם מבחני פסקת ההגבלה? מייבא אותה על מנת לעשות בה שימוש כדי להגדיר מה נחשב פגיעה בשוויון**. זמיר איננו מכליל את נוסחת האיזון כשלב נוסף לאחר ההכרעה בדבר הפגיעה אלא הופך אותה למרכיב בהגדרת הפגיעה.

**השופט ברק:** ניתן ליצור פסקת הגבלה שיפוטית אחרת ושונה, לאו דווקא ע"פ עקרונות פסקת ההגבלה. כלומר, מציע שפסקת ההגבלה תבדוק האם הפגיעה לגיטימית (ולא אם יש פגיעה). ביהמ"ש החליף את הדרישה לרוב (ס'46) במנגנון פסקת ההגבלה. כלומר, **ביהמ"ש החליף את השריון הפורמלי בשריון מהותי.**

פסקת ההגבלה לא קובעת האם נפגעת זכות, אלא היא בודקת האם לגיטימי בהתחשב בנסיבות לפגוע בה. ברק יוצר מצב, שבחו"י שותק פגיעה תתקיים רק כאשר היא עונה על פסקת ההגבלה שבחוקי יסוד אחרים, או פסקת הגבלה שתיוצר במטרה לחו"י זה. **אוביטר!!!, העתירה נדחתה.**

**מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית: הלכת הופנונג הופכת לרציו.**

**רקע:** ס'7 לחו"י הכנסת קובע, כי נושאי המשרות ובעלי התפקידים שפורטו בסעיף מנועים מלהיות מועמדים בבחירות לכנסת. מס' 7 סיפא נובע, כי המניעות להצגת מועמדות, החלה על בעל משרה או תפקיד- מאלה שפורטו בסעיף- פוקעת אם המועמד חדל לכהן במשרתו או בתפקידו "לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת", ואולם, "אם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה", יפקע תוקפה של המניעות רק אם בעל המשרה או התפקיד חדל לכהן במשרתו או בתפקידו "לפני המועד האמור". בס' 56(א1) לחוק בחירות לכנסת נקבע שעל כל מי שהיה קצין צבא בשירות קבע תחול תקופת צינון. **חוק הבחירות מבחין בין קציני צבא בדרגות אלוף ומעלה, שלגביהם נדרשת תקופת צינון של שישה חודשים, לבין קציני צבא בדרגות נמוכות יותר, שלגביהם די בתקופת צינון בת מאה ימים**.

**טענת העותרים:** שאול מופז מערער על החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לפסול את מועמדותו בגלל שלא סיים את תקופת הצינון הקבועה בחוק. הוא טוען כי בין היתר כי האבחנה בין קצינים בכירים לזוטרים פוגעת בזכות לשוויון שכלולה בחו"י הכנסת ואינה עומדת במבחניו החוקתיים של חו"י הכנסת. על כן, דינה להתבטל.

**ביהמ"ש** (מצא): קובע שאין כאן פגיעה בשוויון, אבל גם אם יש פגיעה, היא חוקתית, משום שעומדת מבחני פסקת ההגבלה.

**מה עניין פסקת ההגבלה לכאן?**מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהופך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי ביהמ"ש להפעילו גם בהיעדרה של פסקת ההגבלה בחו"י שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו.
מצא מאמץ את ההצעה מפרשת הופנונג.

**גוטמן נ' היועמ"ש:**

**רקע:** חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62) העלה את אחוז החסימה מ-2% ל- 3.25%. החוק נחקק בהתאם לדרישת השריון הפורמאלי בס'4, כלומר ברוב של יותר מ-61 חברי כנסת בשלוש קריאות.

**טענת העותרים:** התיקון פוגע בעקרון היחסיות שבס' 4 לחו"י הכנסת. לטענתם, לא די בעמידה בדרישת הרוב, אלא יש לבחון האם הוראת תיקון 62 עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית. הם מסתמכים, בין היתר, על פסקי הדין בעניין הופנונג ובעניין מופז.

**ביהמ"ש** (חיות): השאלה אינה טעונה הכרעה בהליך הנוכחי, שכן, גם אם נניח שהתיקון חייב לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית, נראה כי הוא עומד בהם. עם זאת, בעניין זה חיות נוטה לדעה לפיה גם כאשר העלאת אחוז החסימה נעשית ברוב מיוחס עדיין נדרש כי ההוראה תצלח את מבחני פסקת ההגבלה השיפוטית.
נראה שחיות (ומספר שופטים המצטרפים לדעתה) סבורה שלא מדובר בדרישות מצטברות, אלא שבמקרה של פגיעה תחול פסקת ההגבלה בלבד.

**שינוי**- ס'4 לחו"י: הכנסת משוריין בדרישת רוב של 61 ח"כים כתנאי לשינוי. לאור הדברים שנאמרו בפס"דים אחרים, ביהמ"ש אומר לא מספיק רוב של 61 אלא צריך גם חו"י. חיות נוטה לעמדה העקרונית של העותרים- השריון הפורמלי לא מספיק, יש צורך לבחון את השריון המהותי.

**חשיבות- יש כאן חידוש! קיים שריון שהחוק הפוגע עומד בו, ולמרות זאת ביהמ"ש מחליט לבחון אותו במבחני המידתיות. כשמדובר בפגיעה בעקרון חשוב, לא מספיק לביהמ"ש הרוב היחסי, חשוב שמבחינת תוכן הפגיעה, יהיה נאות.**

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

ישנם עקרונות חוקתיים שאינם נוגעים בזכויות, האם גם שם ניתן להוסיף פסקת הגבלה? עקרון הוא עקרון. זכויות הן יחסיות ולא מוחלטות, ניתן לפגוע בהן ע"י מבחן (פסקת ההגבלה).

**בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים: בתי כלא**

**רקע:** ביהמ"ש פסל, ברוב של 8 נגד 1, את התיקון לפקודת בתי הסוהר, שהסדיר את הפעלתו של בית כלא חדש בניהול פרטי.
לרשות שופטי הרוב עמדו שני בסיסים אפשריים לפסילת ההפרטה של סמכות הכליאה:

מסלול מוסדי- שירותי הכליאה הופקדו בידי הרשות המבצעת ואין לה סמכות להפריטם.

מסלול זכויות אדם- הפרטת שירותי הכליאה כרוכה בפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם.

כל שופטי הרוב בחרו לפסול את החוק דרך מסלול זכויות האדם וזנחו את המסלול המוסדי.

**על מה יכל להתבסס המסלול המוסדי?**

ס'1 לחו"י הממשלה: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". מסלול מוסדי יגיד שזה תפקיד הממשלה ולא ניתן שיבוצע ע"י גוף פרטי.

**ביניש:** כשיש חו"י משטרי, שאינו בדבר זכויות, האם גם שם כשאין מנגנון פגיעה נכניס פסקת הגבלה או שלא? **ולא הכריעה**.

**לוי (מיעוט):** אומר כי, בהמשך לפס"ד הופנונג וגוטמן, נכון לעשות שימוש במבחן פסקת הגבלה גם לגבי ערכים חוקיים בדבר המשטר, שאין הם בדבר זכויות.

החידוש בפס"ד זה הוא בדיון בשאלה האם רעיון הוספת פסקת הגבלה לחו"י שותק מוגבל רק לחו"י בדבר זכויות אדם או שניתן לקיים אותו גם בחו"י בעלי אופי משטרי-מוסדי.

**שימוש לרעה ושינוי חוקתי לא חוקתי**

**פרשת בר- און נ' הכנסת: חוק ההסדרים תקציב דו שנתי**

בהנחה שחו"י הוראת השעה הוא בכל זאת חו"י, האם יש מקום לפסול אותו כי משנה את מאזן הכוחות בין הכנסת לממשלה בכל הנוגע בהליך אישור התקציב?
בתקציב חד שנתי הממשלה תחזור לכנסת פעם בשנה ובתקציב דו שנתי פעם בשנתיים. הדבר מחליש את יכולת המיקוח שיש לכנסת ביחס לממשלה- את האיזון בין שתיהן.

**השאלה היא נגזרת של שאלה רחבה יותר, האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם (תיקון חוקתי שאינו חוקתי)?**

**ביניש:** יש חוקות שיש בהן פסקאות נצחיות, כלומר שריון מוחלט ולכן ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים. מצד שני, יש מדינות שבחוקתן אין פסקאות נצחיות, אך ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים. ביניש אומרת כי תיקון חוקתי לא חוקתי נפסל כי התיקונים:

1. **סותרים את החוקה**- בניגוד לסעיפים משוריינים באופן מוחלט.

2. **סותרים עקרונות יסוד**- או שמעוגנים בחוקה או שאינם מעוגנים בה (חיצוניים) אבל מרחפים מעליה. כלומר, עקרונות היסוד עומדים מעל החוקה.

**בג"צ המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת: תקציב המדינה**

**רקע:** בפרשת בר-און, ביקשו העותרים מביהמ"ש להכריז בטלותה של הוראת השעה. העותרים טענו, בין היתר, שהשימוש במכשיר של הוראת שעה בהקשר של חוקי יסוד הנהנים ממעמד חוקתי, מהווה "שימוש לרעה" בכלי של חוקי יסוד, במובן זה שלא מדובר באמת בתיקון של החוקה אלא בניסיון לעקוף את הוראותיה. ביהמ"ש דחה את העתירה אך בה בעת קיבל את הטענה לפיה במקרים קיצוניים של שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" לא יהיה מנוס מפסילת החוק. **לא תיקון חוקתי לא חוקתי אלא שימוש לרעה.**

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

**מהו השימוש לרעה?**

קשה להלום שתיקונים בעלי השלכות רחבות על המבנה החוקתי של המדינה והמארג השלטוני יעשו ע"י תיקון זמני של חו"י, ואף פעם אחר פעם, מבלי שייערך דיון ציבורי מעמיק, באופן המוביל לשחיקה מתמשכת במעמדם.
במילים אחרות, אתם בעצם תיקנתם, אבל בגלל שבחרתם בשיטה של שנתיים כל פעם, אף פעם בעצם לא התקיים דיון מהותי אם זה נכון לעבור מתקציב חד שנתי לדו שנתי.

**האם ביהמ"ש השתמש כאן בדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי?**

לכאורה, התשובה שלילית. אמנם שתי הדוקטרינות- זו של תיקון חוקתי לא חוקתי וזו של שימוש לרעה בחקיקת יסוד- מובילות לתוצאה זהה, של פסילת חוק יסוד, אבל הטעם לכך שונה. תיקון חוקתי הופך ללא חוקתי מטעמים מהותיים (תיקון חוקתי לא חוקתי- הבעיה במהות, בתוכן. מבחינה מהותית קובעים עקרון חדש שעומד בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה) ואילו פסילת חוק יסוד בשל שימוש לרעה במכשיר החוקתי נקבעה, במקרה שלנו, מטעם 'טכני' של צירוף פסול בין 'חוק יסוד' ל'הוראת שעה'. אלא שגם אם ההבחנה האמורה תקפה מבחינה פורמלית, עיון בחוות הדעת השונות שנכתבו בתיק מעורר רושם שלפחות חלק מהשופטים סבורים שההבדל בין שתי הדוקטרינות אינו גדול. בתארו את הדוקטרינה של שימוש לרעה בחקיקת יסוד, הדגיש ביהמ"ש ששימוש כזה כולל לא רק מקרים של ניסיון לעקוף את הוראות החוקה בדרך של הוראת שעה, אלא גם יש מקרים שבהם "לתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העוטה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינו ממין העניין". במילים אחרות 🡨 דוקטרינת השימוש לרעה כוללת לא רק פגמים טכניים אלא גם פגמים שבמהות. **חלק מהשופטים מערבבים בין 2 הדוקטרינות ומדברים עליהן יחד.**

**מכאן ואילך, נעשה שימוש ב'שימוש לרעה' אך טרם נעשה ב'תיקון חוקתי לא חוקתי'.** לביהמ"ש יש זכות לביטול תוכן של חוקה בטענה שהוא לא חוקתי. כשביהמ"ש יעשה שימוש בדוקטרינה זו, תתקיים מהפכה חוקתית חדשה- ביהמ"ש יקבע כי חוקי היסוד במעמד חוקה והסמכות לפסול תיקונים לחוקה קיימת. אם עד כה התייחסו אל ביהמ"ש כרשות חזקה אך מוגבלת, מנקודה זו **ביהמ"ש יתנהג כרשות עצמאית בפני עצמה.**

הערת גידי **בפורום הישראלי למשפט ולחירות**: ישנם חוקים שמהותית לא צריכים להיות חוקי יסוד אך שמים אותם בהגדרה זו כדי שלא יוכלו לפגוע בהם. ניתן להשתמש בשימוש לרעה בהמון מקרים. יש מקרים ותגובות 🡨 הכנסת בשלב מסוים מפנימה שעברנו לשחק משחק חוקתי ומשחקת במגרש הזה, ביהמ"ש אומר שצריך לפעול ע"פ החוקים שלהם, פסקת ההתגברות 🡨 ביהמ"ש לא מקבל את זה, יכול להיות שנפסול את עצם ההכנסה של פסקת ההתגברות. ביהמ"ש הוא חוקה חיה ומה שהוא מחליט זה מה שיהיה.

**פס"ד ג'בארין נ' הכנסת:**

**רקע:** עתירות שבמוקדן ניצבים תיקונים לחו"י: הכנסת ולחוק הכנסת, המסמיכים את הכנסת להחליט בתנאים מסוימים על הפסקת חברות של ח"כ שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל.

**ביהמ"ש** (מזוז): המגמה העולה מההערות השונות בפסיקה, כמו גם בספרות, בסוגיה זו הינה כי המהלך החוקתי בישראל מצוי בשלב בו טרם ניתן וראוי לגבש עמדה- לפחות לא עמדה מקיפה וסופית- לגבי תחולתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי, וכי יש להמתין לעניין זה עד להשלמת מפעל החוקה בישראל. ומכל מקום, ככל שקיימת מגבלה בלתי כתובה על תיקון חוקה, הרי שזו מוגבלת למצבים חריגים ביותר ויוצאי דופן של שינוי חוקתי ה"פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" **או בניסוח אחר: מקרים של פגיעה ב"עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה".**
זה תיקון חוקתי לא חוקתי מכוח עקרונות יסוד מחוץ לחוקה, שבחוקה אין התייחסות אליהם.

**שורה תחתונה- טוען כי עדיין נמצאים בתהליך של בניית חוקה, לכן לא ניתן עדיין לבסס עמדה בנוגע לדוקטרינת תיקון חוקתי לא חוקתי. עדיין אין בסיס ועמדה מקיפה לתיקון חוקתי לא חוקתי. אין הלכה בנושא או תקדימים.**

**פס"ד שפיר נ' הכנסת (רציו- שימוש לרעה):**

**רקע:** ס'3ב(א) לחו"י: משק המדינה, קבע כי ככל שחוק תקציב לא מתקבל עד תחילתה של שנת הכספים "רשאית הממשלה להוציא כל חודש סכום השווה לחלק ה-12 מהתקציב השנתי הקודם, בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן". ביום 24.08.2020 התקבלה הוראת שעה. ס2 להוראת השעה מתקן את ס3ב לחו"י: משק המדינה, וקובע כי לתקציב ההמשכי (שמופעל אם טרם התקבל תקציב לשנה החדשה) יתווסף סכום של 11 מיליארד ₪, אשר הוצאתו מותנית באישור "תכנית פעולה מפורטת" ע"י ועדת הכספים של הכנסת.

**טענת העותרים:** העתירה תוקפת את הסעיף הנ"ל בין היתר בטענת שימוש לרעה בסכמות המכוננת.

**ביהמ"ש: הנשיאה חיות** הציעה מבחן דו שלבי לקביעה אם מדובר בשימוש לרעה:

1. **שלב הזיהוי**- במסגרתו על ביהמ"ש לבחון אם חו"י או התיקון לו נושאים את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. זאת, באמצעות מספר סימני הכר מרכזיים ובהם:
2. **יציבות**- שמשמעותה היא שלילה של חקיקת יסוד ארעית במתכונת של הוראת שעה.
3. **כלליות**- שמשמעותה היא כי הסדר חוקתי לא יכול להיות פרסונלי או קונקרטי, אלא כללי במהותו ובתחולתו.
4. **התאמה למארג החוקתי הכולל**- הדורשת שהאופן שבו חו"י או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד, את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם ואת השינויים שנערכו בהם בעבר.
5. **שלב הצידוק**- במסגרתו יש לבחון אם יש צידוק לעגן את הנורמה במסגרת חקיקת יסוד, חרף הקשיים שזוהו בשלב הראשון. במסגרת בחינה זו יש לקחת בחשבון:
6. את דבר "קיומן של נסיבות חריגות" המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת.
7. את "מידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות".

לגופו של עניין, חיות קבעה שס'2 להוראת השעה נעדר סימני יסוד מזהים המאפיינים נורמה חוקתית. מדובר בנורמה זמנית ופרסונלית במובן המוסדי, המכוונת לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת. היא גם סותרת את המארג החוקתי שבו היא משולבת. אשר למבחן הצידוק, חיות קבעה כי הנורמה הזאת פוגעת באיזונים ובבלמים שעוגנו בחו"י משק המדינה, ללא הצדקה עניינית.

**שורה תחתונה: אם הגענו למסקנה שנעשה שימוש לרעה 🡨 עד עכשיו פסלנו, אך כעת: האם יש הצדקה בכל זאת? איזה צידוק יכול להיות? מבחינת חיות- התיקון נפסל.**

**השופטת ברק ארז:** הסתייגה מאמת המידה השלישית שהציעה חיות (התאמת הנורמה למארג החוקתי בשלב הזיהוי). זאת, משום שלדעתה אמת מידה זו מעניקה לחוקי היסוד הקודמים עדיפות על פני חוקי יסוד חדשים, עדיפות המעוררת קושי בהתחשב בכך שהפרויקט החוקתי בישראל בעודו בשלבי גיבוש.

ברק ארז הציעה תחתיה אמת מידה של **"מובחנות"**. פירושה של אמת מידה זו היא שהכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות- המבצעת, השופטת והמחוקקת. **לפי גישה זו שימוש לרעה בחו"י מבחינה זו יהא מקרה שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חו"י הסדר המבקש "לפלוש" האופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה**.- גידי לא אוהב.

לגופו של עניין, **ברק ארז** הסבירה כי במקרה שלנו- בו חו"י הקובע תכנים תקציביים קונקרטיים- הוא מקרה קצה ע"פ אמת המידה השלישית: "מובחנות". זאת, על רקע הגישה המקובלת במשפט בישראל ביחס למעמדו של חוק תקציב, כחוק שהוא "נחות" מבחינות רבות- חוק שקרוב יותר מבחינה רעיונית להוראת מינהל.

 **ברק ארז** חלקה על חיות בעניין נוסף- לשיטתה, אין מקום לשלב השני של הבחינה הבודק את קיומו של צידוק. זאת ממספר נימוקים, וביניהם שיקול הודאות והרצון לא להרחיב יתר על המידה את הביקורת השיפוטית בעוד שהמבחן החד שלבי שהציעה מצמצם אותה.
חידוש נוסף בדברי **ברק ארז** נעוץ בעמדה לפיה הסדר שנחקק כהוראת שעה לא יכול להיות מוכר כחוק יסוד, בהיותו סותר את מבחן ה"יציבות". עמדה זו מהווה סטייה מפסקי דין שניתנו בעבר בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי. (במילים אחרות, הוראת שעה לא יכולה להיות חו"י).

**השופט סולברג** (בדעת מיעוט) סבר שמדובר בעתירה תיאורטית ולכן אין לדון בה. הוא גם הסביר שהחריג לכלל של עתירה תיאורטית, החל במקרה של סכנה להישנות המקרה, לא באמת מתקיים בעניינו. זאת משום שמאוחר יותר חוק היסוד תוקן באופן קבוע, באופן המייתר הוראת שעה בעתיד.
בנוסף, הסתייג סולברג מהוספת מבחני זיהוי תוכניים. לדעתו, **הדבר מהווה פלישה שיפוטית לסמכות המכונן**. לכן, יש להסתפק במבחן הצורני.

**השורה התחתונה בפס"ד היא שיש מקרה של פסילת חו"י בנימוק שמדובר בשימוש לרעה בחו"י. (שפיר- רציו- שימוש לרעה- פסילת חו"י).**

**הכנסת**

**הבחירות לכנסת**

חו"י הכנסת: סעיפים 4-11.

**רובינשטיין ומדינה פרק 8א-ד**

1. **עקרונות היסוד של דיני הבחירות לכנסת:**
2. **הבטחת חופש הבחירות**- הבטחה כי כל אדם יוכל להצביע בהתאם למצפונו, מבלי שיהיה נתון להשפעה של אחרים בדרך של איום.
3. **שוויון הזדמנויות של הרשימות והמועמדים ללא הבדלים ע"ב כסף**- מימון ציבורי, הגבלת הוצאות על מסע בחירות.
4. **הבטחה כי תוצאות הבחירות ישקפו את רצון הציבור**- הקטנת החשש מפני זיופים.
5. **השאיפה להבטיח וודאות ביחס לתוצאות הבחירות**.
6. **שמירה על טוהר הבחירות ואמון הציבור בקיום הליך בחירות תקין והוגן**.
7. **השאיפה לשמר ערכי יסוד של המשטר**.
8. **קביעת מועד הבחירות לכנסת:** נקבע ע"פ תוקפת כהונתה של הכנסת- 4 שנים- ע"פ הלוח העברי. במקרה של פיזור הכנסת לפני סיום הכהונה, עשויה הכנסת הבאה לכהן מעל 4 שנים. הכנסת מוסמכת להאריך את תקופת הכהונה רק בנסיבות קיצוניות וברוב של 80 ח"כים. היא יכולה להקדים את המועד של ההארכה במידה ולא יהיה לפני תום כהונתה הרגילה (4 שנים). הבחירות לכנסת יוקדמו גם לא בדרך של חוק- במקרה בו לא הצליחו להרכיב ממשלה חדשה/ הצבעת אי-אמון בממשלה/ לא מתקבל חוק התקציב תוך 3 חודשים מתחילת שנת הכספים/ בהחלטת רה"מ- במצבים אלו יתקיימו הבחירות ביום ג' האחרון לפני תום 90 יום מהודעת נשיא המדינה ליו"ר הכנסת על כך שהח"כ שהוטלה עליו הרכבת הממשלה לא צלח זאת.
9. **ניהול הבחירות:** 4 הגורמים המופקדים על ניהול הבחירות:
10. **ועדות הקלפי**- ממונות ע"י הוועדות האזוריות שתפקידן על ההצבעה וספירת הקולות.
11. **הוועדות האזוריות**- ממונות ע"י וועדת הבחירות.
12. **וועדת הבחירות המרכזית**- ממונה על ניהולן החוקי של הבחירות- סמכות לניהול וקביעת תוצאות, שמירת הרשימות, בחינה האם התקיימו התנאים להגשת הרשימה, בחירה אם לאשר רשימה או למנוע השתתפותה (התפקיד החשוב ביותר) ועוד.. כמו כן, היא מפרסמת את תוצאות הבחירות וחלוקת המנדטים.
13. **יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**- הוא שופט מביהמ"ש העליון (שנבחר ע"י שופטי העליון) ושאר חבריה הם נציגי הסיעות- גוף פוליטי. יש מספר בעיות העולות מכך-

**א**. **הענקת סמכות מעין שיפוטית (אישור/מניעת השתתפות של רשימה) לגוף פוליטי**- אינה תואמת את עקרון הפרדת הרשויות. הכותבים מאמינים שיש להעביר סמכות זו לגוף שיפוטי- בדומה לסמכות ההכרעה בערעור על תוצאות הבחירות שנמצאת בידי ביהמ"ש מחוזי.

**ב**. **חברי הוועדה אמורים להפעיל שיקו"ד עצמאי תוך התחשבות בעמדת הסיעה אותה הם מייצגים**, אך כוחה של הסיעה להחליף את נציגי בוועדה- משפיע על שיקו"ד של חברי הוועדה.

 **בשל קשיים אלו**, חלק מהסמכויות המעיין שיפוטיות הועברו ליו"ר הועדה וכן מופעל פיקוח שיפוטי על הכרעות הוועדה. למשל, ממניעת השתתפות בבחירות דרושה אישור של ביהמ"ש העליון, על אישור ההשתתפות- זכות ערעור בעליון. ביהמ"ש לא נותן תוקף להוראות בחוק הבחירות ששוללות את האפשרות לביקורת שיפוטית על החלטות הוועדה (פס"ד חירות). עם זאת, היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הקשורות לניהול הבחירות הוא מוגבל- כשמדובר בזכויות כחופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר ההיקף רחב.

1. **הזכות והחופש להיבחר:** עקרון הכלליות של הבחירות אינו מוחלט. ישנן מספר הגבלות על זכות זו- **אזרחות וגיל מינימלי** והגבלות מנהליות- **רישום במרשם התושבים, בפנקס הבוחרים ושימוש בתעודה מזהה.** כמו כן, ההצבעה אפשרית רק בקלפי בה הבוחר רשום וכך ישראלים בחו"ל לא יכולים להצביע. מונע גם מאזרחים שלא שוהים בביתם להצביע ולכן ישנם הסדרים עבור חיילים/נשים מוכות במקלטים/סוהרים/כלואים וכו'. מימוש הזכות מותנה גם **בידיעת השפה העברית**- הפתקים בעברית, אך ניתן להוסיף גם אות בערבית. הגבלות הפוגעות בשוויון יפסלו. גורם נוסף המבטיח את חופש הבחירה- **חשאיות ההצבעה** וזוהי חובה. עם זאת, עקרון הכלליות מועדף על פני עקרון החשאיות. הזכות לבחור ממומשת רק אם נעשית ברצון חופשי ולכן נקבע איסור על הצעת שוחד/פיטורים ע"מ להשפיע על בוחר להצביע/להימנע. בנוסף, אין להכיר בתוקף מחייב של הבטחה הניתנת במהלך מסע בחירות- גם אם היא כתובה, היא מהווה הצהרת כוונות- נועד כדי למנוע ממועמדים שימוש בסמכויותיהם השלטוניות לאחר שיבחרו באופן שיטיב ספציפית עם בוחריהם ולא עבור מדיניות כללית.

**מוסדות הכנסת והליכי חקיקה**

**רובינשטיין ומדינה- פרק 10ג-ד**

**מוסדות הכנסת ומועדי עבודתה של הכנסת:**

1. **מליאת הכנסת-** הכנסת רשאית לדון בכל מס' חברים וישנן סנקציות של ועדת האתיקה על היעדרות ממושכת מהמליאה. החלטות במליאה מתקבלות ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, אלא אם נקבע אחרת בחוק. לרוב הצבעה במליאה משמעה סיום דיון בהצעה מסוימת אך ליו"ר הישיבה הסמכות לערוך הצבעה חוזרת. ההצבעה במליאה היא לרוב גלויה באמצעות מנגנון אלקטרוני. היא תהא חשאית אם מדובר בבחירה לתפקיד.
2. **יו"ר הכנסת וסגנו-** היו"ר יהיה הוותיק מהח"כים שאינו רה"מ/שר/סגן שר. הוא וסגניו נבחרים בבחירות גלויות ע"י הכנסת לכל אורך כהונתה. בשל תפקידו, היו"ר מחויב באי-תלות, על כן, אין הוא משתתף בדיוני ועדת הכנסת/ויכוחים ואין הוא חבר בוועדות מלבד וועדת הפירושים. **מסמכויות היו"ר**- ניהול דיונים, קביעת סדר הצבעה, קביעת תוצאות ההצבעה, הענקת רשות דיבור לח"כ, להעיר לנואמים, להרחיק ח"כים מהאולם, לקבוע את סדר היום השבועי של הכנסת, להחליט אם לאשר העלאה לדיון של הצעה לסדר היום ועוד. בידי היו"ר וסגניו הסמכות לא לאשר העלאה לדיון של הצעה בשל תוכנה. כמו כן, הוא אחראי על הכנסת התקציב השנתי של הכנסת. והוא המ"מ של הנשיא.
3. **ועדות הכנסת:** שם מתקיימים דיונים מהותיים בנוגע לנוסח הצעות חוק ושם מתקיימת מרבית עבודת הביקורת על הממשלה. ועדות הכנסת רשאיות לאשר חקיקת משנה מכוח הסמכה בחוק/הכרה מפורשת בחקיקה ולהאציל סמכויות המסורות לוועדה ספציפית. הרכבת הוועדות נקבע ע"י הכנסת ע"פ עיקרון הנציגות הסיעתית (לפי גודלן היחסי), מס' החברים בוועדה נע בין 15-17. שר לא רשאי להיות חבר בוועדה וכן יו"ר הוועדה לא יהיה חבר בממשלה, בישראל נהוג כי היו"ר נבחר ע"י חברי האופוזיציה. הכותבים מאמינים כי בנסיבות מיוחדות, למשל כאשר מעכבים דיון בהצעת חוק לפיזור הכנסת שזוכה לתמיכת רוב הח"כים- אין לשלול את כוחה של הכנסת להעביר את יו"ר הוועדה המעכבת מכהונתו באמצעות שינוי הרכב הוועדה (חברים חדשים בוחרים יו"ר חדש).
4. **ראש האופוזיציה:** האופוזיציה אחראי על פיקוח עבודת הממשלה וליו"ר האופוזיציה תפקיד מרכזי בדיוני הכנסת. יו"ר יהיה חבר מטעם המפלגה הגדולה ביותר באופוזיציה ושכרו יהיה כשל שר. הוא רשאי לנאום מיד לאחר רה"מ במליאת הכנסת. רה"מ מחויב לעדכן את ראש האופוזיציה בעיניי מדינה לפחות פעם בחודש.
5. **היועמ"ש לכנסת:** היועמ"ש להכנסת ממונה ע"י יו"ר הכנסת, בהסמכת וועדת הכנסת מבין מועמדים שהומלצו ע"י ועדה ציבורית (בה יש 3 ח"כים). תפקידו לתת יעוץ משפטי לכנסת, יעוץ זה אינו מחייב, אך פעולה מנוגדת לעמדת היועמ"ש יכולה להוביל את ביהמ"ש להתערב בהחלטות הנוגעות לניהולה של הכנסת.
6. **נציב הדורות הבאים:** תפקידו להביא נתונים וחוו"ד (על הצעות חוק) בנושאים בהם יש עניין לדורות הבאים.

**הליכי החקיקה**

1. **עקרונות יסוד:** חלוקת הליך החקיקה לשלבים נועדה לאפשר לח"כים לשקול את עמדתם בנושא המדובר. להביא את ההצעה לידיעת הציבור ולהבטיח זמן לבירור הסוגיות הרלוונטיות. כמו כן, אין ביקורת שיפוטית על חקיקה בטרם הושלם התהליך. הליכי החקיקה מעוגנים בתקנון הכנסת וחוק שלא התקבל בפרוצדורה הקבועה אינו תקף. ישנם 4 עקרונות יסוד של הליך החקיקה אשר פגיעה קשה בהם תחשב לפגם היורש לשורש ההליך (**פס"ד מגדלי העופות**) ותוביל להכרזה על בטלות החוק: עקרון **הכרעת הרוב**, עקרון **השוויון הפורמלי** (לכל ח"כ קול אחד), עקרון **הפומביות**, עקרון **ההשתתפות**. ככל שהליך החקיקה מבוסס יותר מבחינה עובדתית, כך הסיכוי שתמנע ההכרזה על בטלותו גדל.
2. **הזכות להציע הצעת חוק:** הממשלה, וועדות הכנסת והח"כים רשאים ליזום חקיקה. וועדות רשאיות רק בתחום התעסקותה של הוועדה. הצעות חוק מטעם הממשלה או וועדה מתפרסמות כהצעות חוק ומובאות למליאה לקריאה ראשונה. הצעת חוק מטעם ח"כ שאינו שר/סגן תקרא **הצעת חוק פרטית**, יש לה פרוצדורה מיוחדת ומוטלות עליה מס' הגבלות- אם אין תמיכה מהממשלה, דרושה תמיכה של 50 ח"כים לפחות ב3 הקריאות. וישנה מכסה של הצעות חוק לסיעה בהתאם לגודלה.
3. **הסדרים מיוחדים להצעות חוק פרטיות:** דרוש מעבר של שני שלבים מתקדמים:

א. אישור ההצעה ע"י יו"ר הכנסת וסגניו- מבחינת תוכן- לא גזענית, צורה וסגנון. הכותבים מאמינים כי על היו"ר להשתמש בסמכותם לפסול הצעת חוק פרטית רק כאשר מדובר בהצעה גזענית במהותה.

ב. דיון מוקדם (הצעה) במליאת הכנסת- להעברת ההצעה לוועדה להכנה לקריאה ראשונה. הוועדה מוסמכת להציע לנשיאות הכנסת להסיר את ההצעה מסדר היום, אם הנשיאות תתנגד- הצעת החוק תעלה להצבעה.

כמו כן, יש מגבלות על הצעות חוק פרטיות שישומן כרוך בהוצאות מתקציב המדינה. **ראשית**, ההצעה צריכה לכלול את דרך המימון או הפחתת ההוצאה של יישום החוק. **שנית**, הצעת חוק שביצועה כרוך בעלות תקציבית של מעל 5 מיליון ₪ ולא אושרה ע"י הממשלה, צריכה לעבור ב3 קריאות בכנסת ובתמיכה של 50 ח"כ לפחות. **בנוסף**, כשפוקעת כהונת ח"כ/ממונה לשר/סגן- הצעתו יורדת מסדר היום במידה וטרם הסתיים הדיון בהצעה בוועדה לאחר הקריאה הראשונה.

1. **שלוש קריאות:** דיון בהצעת חוק מטעם הממשלה/ועדה לא יתקיים אלא לאחר שההצעה הייתה מונחת על שולחן הכנסת לפחת יומיים ע"מ לאפשר לח"כים ולציבור זמן סביר לעיין בהצעה ולהביע את עמדתם. הליך החקיקה נועד להבטיח דיון מעמיק, המבוסס על תשתית עובדתית תוך בחינת כלל האינטרסים. הליך חקיקה מזורז מונע זאת, אך בנסיבות חריגות יש בו צורך.
2. **קריאה ראשונה**: דיון כללי בהצעת החוק. ההצעה מוצגת ע"י שר/סגנו/יו"ר הועדה/הח"כ המציע. תוצאות אפשריות: דחיית ההצעה או העברה לוועדה המתאימה. הצעת חוק שעברה בקריאה ראשונה יכולה להיות נדונה בכנסת שלאחריה, כשמדובר בהצעה פרטית- נדרש שהח"כ המציע יהיה חבר בכנסת הנכנסת.
3. **קריאה שנייה**: תחול לכל המוקדם יום לאחר הנחת ההצעה על שולחן הכנסת ע"י הוועדה שדנה בה. הליך חקיקה מזורז יאפשר לערוך את הקריאה ביום הנחת ההצעה. בקריאה זו הדיון נוגע **לכל סעיף בנפרד** בין חברי הוועדה/ח"כים אחרים שאישרו להם להגיש הסתייגויות. תוצאות אפשריות: אם מתקבלות הסתייגויות ההצעה תחזור לוועדה לתיקון (אם הן סותרות- תהא הכרעה ע"י הצבעה בכנסת) או עובר לקריאה שלישית.
4. **קריאה שלישית**: תתקיים בתום ההצבעה על כל סעיפי החוק בקריאה שנייה אלא אם התקבלו הסתייגויות. ההצעה תחזור לוועדה לתיקון אפשר שתידחה בשבוע.

**חתימה על החוק, פרסומו ותיקון טעויות סופר:** לאחר הקריאה השלישית יש 2 שלבים נוספים:

א. **חתימה על החוק**- הנשיא חותם על החוק אלא אם נוגע לסמכויותיו.

ב. **פרסום ברשומות**- תוך 10 ימים מיום קבלתו. הפרסום הוא תנאי לתוקף החוק, לעומת חתימה שאינה מהווה תנאי לתוקפו. כשישנה טעות בנוסח, לשונית-טכנית, הכנסת מוסמכת לתקן את הטעות **בהחלטה** ושר המשפטים מוסמך להורות על התיקון. אם הוא לא ציווה על התיקון- ניתן לטעון כי החוק שונה מהנוסח שהתקבל בכנסת אך נטל ההוכחה על הטוען לכך.

**היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות בכנסת**

**פעילות הכנסת:** חקיקה כל מה שדנו בו עד כה (בצול, התנועה לאיכות השלטון (חקיקת משנה), מגדלי העופות (פגם בהליך החקיקה), קוונטיסקי), הליכים פנים פרלמנטריים (שריד, סיעת כך, כהנא), הליכים מעין שיפוטיים (פלאטו שרון, פנחסי, מח'ול).

**מה שואל ביהמ"ש?** האם לביהמ"ש יש סמכות לבחון כל אחד משלושת סוגי הפעילות של הכנסת? האם זה נושא שפיט? שיקולי כיבוד הרשויות, האם יש סכסוך? האם יש מחלוקת? האם השאלה היא באופייה שיפוטית? או פוליטית. לשם כך יש מבחן סף. האם אתה עובר את סף ביהמ"ש. משמש את ביהמ"ש לסנן את הפניות המגיעות אליו ולדחות את הבלתי שפיטות. מה טיב הפגם? פגם של שיקו"ד וסמכות. ביהמ"ש עשוי להגיד שבענייני סמכות ביהמ"ש יתערב ובעניינים של שיקו"ד ימנע. באיזה סוג פעילות מדובר? ענייני ניהול פנימי של הכנסת ('מבחן שריד'), שיפוט מתערבים כמו בהכרעות.

לכנסת סמכות מעין שיפוטית 🡨 הכנסת יכולה להטיל סנקציות על חברים בכנסת.

**בצול נ' שר הפנים:** (דוגמת קצה- יש כבוד לכנסת ולהחלטותיה, למרות שאמרה דבר לא נכון אנו לא נתערב)

**רקע:** חוק איסור גידול חזיר הוציא מתחולתו יישובים מסוימים. בצד האיסור ישנה החרגה, ישנם מספר אזורים או יישובים מסוימים בהם כן ניתן יהיה לגדל חזיר. ובחלק מהישובים האלה צריך להגדיר מהו המתחם הרלוונטי של אותו יישוב בו ניתן יהיה לגדל חזיר. תחומם של חלק מהישובים נקבע בחוק כתחום "המסומן לעניין חוק זה על מפה, חתומה בידי שר הפנים, שהעתקים ממנה הונחו במשרדי הממונים על המחוזות שבהם נמצאים יישובים אלה".
העתקי המפות לא היו מונחים בעת חקיקת החוק, אלא הונחו כמעט כשנה לאחר שהתקבל.

**טענת העותרים:** ביטול צמצום התחולה ולכן, החלת האיסור גם על היישובים הנקובים. (החריג לא תקף בשל הטעות במפות).

**ביהמ"ש:** גם אם המחוקק מסתמך על הנחה מוטעית, היא תקפה. לא תפקיד ביהמ"ש לבדוק את ההנחות העובדתיות. "אחרי שחוק התקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחר הוראותיו, רביעותיו והנחיותיו". לכן אם המחוקק הכריז שהעתקי המפות הונחו במשרדי הממונים על המחוז, עלינו לקבל זאת כעובדה מוכחת ובלתי ניתנת לסתירה. בביהמ"ש יש 2 מסורות:

1. האנגלית- מסורת מרוסנת, עד כמה ביהמ"ש יכול להתערב. עמדה זו מבטיחה יותר את החלוקה בין הרשויות.

2. האמריקאית- סוברת כי עד כמה שהמחוקק מצטט עובדות, זהו לא חוק וביהמ"ש אינם חייבים להכיר בהן.

**הגישה המקובלת הייתה שביהמ"ש לא מתערב בהחלטות הכנסת.**

**החשיבות: יש כאן הוכחה של עקרון ריבונות הכנסת- לא נזקקים לטענה בדבר טעות בעובדה בחוק כלשהו. זוהי הייתה התפיסה של ביהמ"ש בתחילת הדרך.**

**פלאטו שרון נ' וועדת הכנסת: (הליכים מעין שיפוטיים)**

**רקע:** במערכת בחירות מסוימת רץ פלאטו שרון לכנסת ונבחר. הוא מורשע בביהמ"ש השלום בשתי עבירות (קניית קולות) ומקבל 9 חודשים מאסר בפועל. הוא מגיש ערעור על פס"ד שמורה על הרשעתו וגזר דינו. ועדת הכנסת מחליטה להשעות אותו מכהונתו למשך הזמן עד פסק דין הסופי. הדיון בעתירה נסב בעיקרו על סמכותו של בג"צ להתערב בהחלטתה של ועדת הכנסת בעניינו של העותר ועל פירושו הנכון של ס42ב לחו"י: הכנסת.
**נפסק:**

קיומה של סמכות לביקורת- מצויה בידי ביהמ"ש סמכות של ביקורת שיפוטית על מעשה ועדת הכנסת, שהרי אין כל הוראה בחוק, המוציאה את ועדות הכנסת מכלל גופים, הממלאים תפקידים ציבוריים ע"פ דין, לצורכי ס7(ב)(2) של חוק בתי המשפט.

שפיטות- הנשיא **כהן**: **מבחן סף**. יש מבחנים שכשמשתמשים בהם ההחלטה היא האם המקרה יכול לעבור את סף ביהמ"ש ולא. אחת העילות שמחליטה איזה מקרה ניתן לדון בו ואיזה לא היא **עילת השפיטות**. ע"מ שנדע אם שאלה היא **שפיטה**, יש צורך להחליט אם היא מתאימה להכרעה שיפוטית- היא צריכה להיות כזו שמעוררת עניין או סכסוך.

החלטה מעין שיפוטית- במקרה דנן, הוא מקרה שפיט. ועדת הכנסת מתפקדת **ומפעילה סמכות מעין שיפוטית** ומכאן שבמקרה זה יש עניין או סכסוך- האם הכנסת עשתה מה שביהמ"ש עושה, לכן יש כאן מקרה שפיט שמצריך הכרעה ע"י משפט.

חריגה מסמכות- אפשר לפסול החלטה מסוימת בטענה של חוסר סמכות או מתוך שיקו"ד שגוי. אם הבעיה הייתה בשיקו"ד, ביהמ"ש לא היה מתערב, אך במקרה זה ועדת הכנסת פעלה בחוסר סמכות.

**חשיבות: ביהמ"ש מכשיר ביקורת שיפוטית של החלטת הכנסת מתוך 2 תנאים מצטברים:**

**1. מדובר בהחלטה מעין שיפוטית- מה יקרה אם מדובר בפעילות מסוג אחר? לא ידוע.**

**2. מדובר בחריגה מסמכות- הפגם שנפל בהחלטה המעיין שיפוטית היה חריגה מסמכות.**

**רציו ביהמ"ש יכול להתערב רק בהצטברות 2 התנאים לעיל.**

**לנדוי** (דעת מיעוט)- חולק על המסקנה בשאלת הסמכות משני טעמים:

1. **העניין לא נדון**- היועמ"ש לא דן בעניין ולפיכך הוא לא יכול להגן על עצמו. אי אפשר לקבוע הלכה בעניין שלא התקיים בו דיון בביהמ"ש.
2. **ספק אם יש סמכות**- לא מסכים שלבג"צ סמכות להעביר ביקורת על החלטות ועדת הכנסת. כשהכנסת פועלת כרשות מחוקקת הלכה היא שאין ביהמ"ש זה מוסמך לבקר את פעולתה ולהעמיד בסימן שאלה תקפותו של חוק ומאחר ואין לו סמכות להתערב באקטים חקיקתיים הרי שגם אין לו סמכות להתערב באקטים נושאי אופי שיפוטי. בג"ץ לא נדרש כלל לסוגיה מאחר ולא הועלתה ע"י הצדדים.

**חשיבות: ביהמ"ש מחליט להתערב בהחלטת הכנסת תוך שהוא מגביל ההתערבות למקרים של פעולה החורגת מסמכות.**

**שריד נ' יו"ר הכנסת: (ביהמ"ש מתעסק בעניינים פנים-פרלמנטריים).**

**רקע:** ח"כ שריד טוען שיו"ר הכנסת דחה את מועד הדיון להצעת אי אמון בממשלה ולא קבע אותה לפי תקנון הכנסת. הוא דחה כיוון שחיכה שח"כים יחזרו לארץ כדי שיוכלו להשתתף בהצבעה מאחר וחשש שהקואליציה תפסיד.

יו"ר הכנסת טען שהוא פעל מתוך סמכויותיו בתקנון הכנסת, ודחה את הישיבה עקב אזכרתו של דוד בן גוריון.

**השאלה המשפטית של ברק:** האם מן הראוי שביהמ"ש ידון בעניין סמכויות יו"ר הכנסת לסדרי עבודתה של הכנסת?

האם ראוי שביהמ"ש ידון? הרי הסמכות מעוגנת בחוק. **שאלת השפיטות ולא שאלת הסמכות.**

**מדוע יש ספק לשפיטות?** מדובר על כללי המשחק הפנימיים בין הכנסת לממשלה ולדון במקרה זה תוביל להפרת הריבונות מתוך כבוד הדדי שיש בין הרשויות.

**ברק קובע שני מבחנים:**

1. מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.

2. מידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי.

ברק לא מוכן לקבל את ההבחנה של כהן **בפס"ד פלאטו**. הוא רוצה לראות כמה חמור הפגם. המבחן של ברק בוחן מהי הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים- האם זה "קלקל" משהו בכנסת? ומהי השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי- "הקלקול" נבחן לא רק בהשפעתו על הכנסת, אלא על הדמוקרטיה ועל העקרונות החוקתיים.

**הכרעה:**  הרחבה של הלכת פלאטו. **ביהמ"ש מתערב לא רק בהליך מעין שיפוטי, אלא גם במקרה של הליכים פנימיים של הכנסת, רק במקרה שמדובר בפגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטריים שיש השפעה מהותית על יסודות המבנה של השיטה הפרלמנטרית**, כי אז גובר השיקול של עצמאותה וייחודה של הכנסת ע"פ שיקול שלטון החוק ומוצדק הוא, שהרשות השופטת תמשוך ידיה מדיון פוליטי. לא כן כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של המשטר החוקתי. **במצב זה גובר השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר, כאשר עניין לנו פגיעה של ח"כ כפרט בדרך של הליך מעין-שיפוטי.**

**החשיבות:**
- הרחבת הלכת פלאטו שרון: ביקורת גם על הליכים פנימיים הנוגעים לסדרי עבודת הכנסת.
- הרחבת היקף הביקורת השיפוטית ביחס להליכים פנימיים. לא רק חריגה מסמכות.
- קביעת אמת מידה להתערבות בהליכים פנימיים: שני המבחנים של ברק.

**פס"ד זה הוא אוביטר, העתירה נדחתה.** ברק אומר כי סמכות בג"ץ לדון בעתירה באה מס'7ב(2) לחוק ביהמ"ש ולכן השאלה היא של שיקו"ד.

**סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת:**

**רקע:** שנת 84', סיעת כך ברשות כהנא נבחרה. הכנסת מנסה בדרכים שונות להצר את צעדיו של סיעתו. ס'36(א) לתקנון הכנסת אומר כי כל סיעה רשאית להציע לסדר היום הבעת אי אמון בממשלה. יו"ר הכנסת החליט כי מיעוט סיעה הוא שניים ולכן סיעת יחיד (סיעת כך), מנועה מלהגיש אי אמון. סיעת כך עתרה לביהמ"ש.

**טענות המדינה:**

1. הפרשן המוסמך הוא ועדת הכנסת- מצדדת את עמדת יו"ר הכנסת.
2. זהו נוהג פרלמנטרי שהשתרש קרוב ל20 שנה.
3. העניין אינו שפיט. הוא בעל אופי מנהלי ומהווה חלק מהליכי הפנים-פרלמנטריים של כנסת.
4. גם אם העניין שפיט, המבחן צריך להיות אחר- יש לאמץ מבחן של סמכות פונקציונלית, לפיו ביהמ"ש יתערב רק אם ההליך חרג מסמכותו הפונקציונלית של מבצעו.

**ביהמ"ש** (ברק): ע"פ פירושו הנכון של תקנון הכנסת, רשאית סיעת יחיד להציע לסדר היום הבעת אי אמון בממשלה.
**מי מוסמך לפרש?** אם קיימת סתירה בין הפירוש, שנותנת ועדת הכנסת להוראת תקנון הכנסת, לבין הפירוש, שנותן ביהמ"ש לתקנון הכנסת, יד פירושו של ביהמ"ש על העליונה.
**האם לא ניתן להעלות על הדעת אפשרות אחרת?
נוהג?** מכוח הנוהג אי אפשר לקבוע נורמה. נוהג לא יכול לסתור הוראה מתקנון הכנסת. לנוהג יש תוקף רק אם אין הסדר בתקנון
**האם המבחן לשפיטות מתאים?** ההצעה היא למבחן מצמצם עוד יותר ממבחן **בפס"ד שריד**.

**חשיבות- מבחן שריד הופך מאוביטר לרציו.**

**שורה תחתונה-** ברק שולל את מבחן הסמכות הפונקציונאלית כיוון שאינו גמיש ולא בוחן כל מקרה לגופו. מעדיף את מבחן שריד, בוחן את מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים ואת הפגיעה בעקרונות היסוד של המשטר החוקתי

**כהנא נ' יו"ר הכנסת:**

**רקע:** ח"כ כהנא העלה מספר הצעות חוק. יו"ר הכנסת והסגנים החליטו שלא לאשר הנחתן על שולחן הכנסת, בהתבסס על האמור בסעיף 134(ג) לתקנון הכנסת: "יו"ר הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, **גזענית במהותה** או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

**טענת העותר:** הוראה שבאה להגביל זכויות של ח"כ צריכה להיות מעוגנת בחוק או בחוקה. התחום הוא עניינים פנימיים וזוהי שאלה של שיקו"ד ולא סמכות. לפי **מבחן שריד**, מדובר בפגיעה בחיים הפרלמנטריים (מצמצם את היכול להציע הצעות חוק). **השאלה שפיטה- יש פגיעה בחיים הפרלמנטריים.**
**ביהמ"ש: הנשיא שמגר:** לא ראיתי מקום להתערבותו של בימ"ש זה בהחלטותיהם של המשיבים.
**השופט אלון:** הולך על מבחן הסמכות הפונקציונלית. הסיבות לצמצום סמכויות העליון: א. **עליונותה של הכנסת**- עומדת בראש 3 הרשויות. ב. **הכנסת נבחרה ע"י העם**- שהוא הריבון. ג. **צורך חיוני לאפשר קיום תפקוד תקין ויעיל של הכנסת**.

1. מבחן שריד לא מקובל- הוא לא עושה הפרדה בין פגם של חריגה מסמכות לבין פגם בשיקו"ד. אלון אומר **שהוא לא יתערב כי לדעתו הסוגייה לא שפיטה, יש ריסון ולא כי לא נעשתה פגיעה.**
2. אין למבחן שריד תקדים- המבחן הוא יחידאי ואין אף מדינה שהולכת לפיו ושבכל המדינות האחרות אם ישנה התערבות בעניים פנימיים, זה רק במידה וההחלטה התקבלה מחוסר סמכות. כלומר, **המבחן של ברק לא מושתת על אמת מידה אובייקטיבית.**
3. המבחן אינו ברור- היחסים בין הרשויות לפי מבחן זה אינן ברורות.
4. החלת המבחן בעייתית במיוחד בתחום יחסי ביהמ"ש והמחוקק- לרשות השופטת קשה להימנע מפוליטיזציה של השפיטה.
5. חשש מפני שלטון השופט.
6. השאלה ראויה להיות מוסדרת בחוק.
7. עד שתסודר, התערבות רק בחריגה מסמכות.

**העתירה נדחית.**

**בכל הנוגע לעניינים פנימיים 🡨 אלון אומר:** ננהג בריסון. נתערב בפגמים- חריגה מסמכות, פגיעה בשיקו"ד. רק במקרה של פגיעה קשה חיים הפרלמנטריים ובעקרונות היסוד של המשפט, נתערב.

**פנחסי נ' כנסת ישראל:**

**רקע:** היועמ"ש הגיש בקשה לנטילת חסינותו של ח"כ פנחסי בגלל עבירות פליליות המיוחסות לו. ועדת הכנסת דנה בבקשה והחליטה להציע לכנסת להסיר את חסינותו של פנחסי. הכנסת החליטה ליטול את חסינותו של פנחסי.

**טענות העותר:**

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

**ביהמ"ש:** ביהמ"ש דוחה את כל הטענות למעט הטענה לפיה **נפל פגם בדיון.** לעניין זה קבע ביהמ"ש ברוב דעות כי החלטתה של מליאת הכנסת בדבר נטילת חסינותו של פנחסי בטלה בשל העדר תשתית עובדתית.

**בפס"ד זה קובע ביהמ"ש את היקף הביקורת השיפוטית על הכנסת בהחלטות בעלות אופי שיפוטי.**

אמת המידה לביקורת על הליכים מעין שיפוטיים- הריסון העצמי של ביהמ"ש, מוגבל להליכים הפנים פרלמנטריים. **פעולה בעלת אופי שיפוטי ביהמ"ש לא נוהג בריסון. ברק:** לא ייתכן שוועדת הכנסת תהא חסינה מביקורת שיפוטית.

ההצדקה לאמת המידה- בנטילת חסינות דיונית יש פגיעה בזכויות ח"כ. נטילת החסינות משפיעה לא רק על פעולתו של הכנסת, אלא על פעולות רשויות השלטון האחרות, כגון ביהמ"ש ורשויות אכיפת החוק. נטילת החסינות נעשית על רקע אמות מידה נורמטיביות החלות על כל פעולה כמעין שיפוטית. כל אלה שוללות את הצורך בריסון עצמי מיוחד, ומאפשרות ביקורת שיפוטית מקובלת על החלטותיה המעיין שיפוטיות של הכנסת.

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

**מח'ול נ' הכנסת:** אבחנה בין סוגים שונים של החלטות מעין שיפוטיות-

**רקע:** הגישו נגד העותר קובלנה לוועדת אתיקה של הכנסת בשל אמרותיו בנאום בכנסת. וועדת האתיקה קבעה כי העותר הפר את כללי האתיקה **והטילה עליו סנקציה של שלילית זכות הדיבור במליאות ובוועדות הכנסת למשך 10 ימי ישיבות**. העותר הגיש ערעור שנדחה ועל כן ערער בשנית.

**ביהמ"ש** (ברק): החלטות וועדת האתיקה נתונות לביקורת שיפוטית. עם זאת, ברק מצמצם אותה ואומר שראוי שמידת התערבותו של ביהמ"ש בענייני האתיקה תהא מרוסנת יותר מאשר החלטות אחרות של הכנסת (ומדגיש הסרת חסינותו של ח"כ). לוועדת האתיקה יש ארסנל מכובד של סנקציות שהיא יכולה להפעיל, הטעם לכך הוא שהחלטות וועדת האתיקה קרובות יותר לעניינים הפנימיים של הכנסת. אומנם יש פה החלטה מעין שיפוטית של הרחקת ח"כ, **אך ברק שם את הועדת האתיקה כחריג להלכת פנחסי.**

**ההלכה: התערבות לא מוגבלת על החלטות בעלות אופי שיפוטי, אך כאשר מדובר על ועדת האתיקה, ביהמ"ש ינהג בריסון.**

**מעמד חקיקת משנה של הכנסת:**

מה קורה כשמדובר בפעילות חקיקתית של הכנסת אך היא בסטטוס של חקיקת משנה ולא חקיקה ראשית?

**בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת:**

**רקע:** ועדת הכנסת החליטה שמי שכיהן בכנסת ה-14 ולא שב ונבחר לכנסת ה-15 יזכה בגמלה כאילו כיהן בכנסת ה-14 במשך 4 שנים. ההחלטה שבה ואושרה לאחר שנתקיימו הבחירות לכנסת ה-15, בניגוד להמלצת ועדה ציבורית שהמליצה לבטל את ההחלטה מעיקרה. ביהמ"ש פוסל את ההחלטה.

**ביהמ"ש** (ריבלין)**:** לעיתים יש חפיפה פנימית בין הקטגוריות: " גם הליכי החקיקה, בשלביה השונים, באים בגדר ההליכים הפנים פרלמנטריים, ונקודת במוצא העקרונית בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי, שלא להתערב בהליכים הפנים פרלמנטריים, נכונה אפוא גם באשר להליכי החקיקה טרם השלמתה".

**האם חקיקת משנה של הכנסת, נהנית מפריבילגיות כלשהן בהשוואה לחקיקת משנה שמקורה ברשות המבצעת?**

1. **האם כשביהמ"ש בוחן את חקיקת המשנה של הכנסת הוא מייחס לה משנה כבוד מאשר של המבצעת?** גם חקיקת משנה עומדת לה חזקת כשרות כמו חקיקה ראשית. **ריבלין** אומר שחקיקה זו חקיקה, הליכי החקיקה הם הליכים פנים פרלמנטריים, בה נהיה יותר מרוסנים.
2. חקיקת משנה נמדדת לאור גבולות ההסמכה שקבע לה החוק. חריגה מכך תביא לביטולה. **אין יחס מיוחד לחקיקת משנה של הכנסת. חקיקה זו חקיקה, כאשר הושלמה היא עומדת לביקורת שיפוטית כמו שעומדת חקיקת משנה של המבצעת**

**התנועה לאיכות השלטון נ' יו"ר הכנסת)(2020, חיות):**

**רקע:** שלושה ימים לפני השבעת הכנסת ה-23, הגישו הסיעות כחול לבן, הרשימה המשותפת, ישראל ביתנו והעבודה-מרצ, שמנו יחדיו 61 ח"כים, בקשה ליו"ר הכנסת בפועל (אדלשטיין) לקיין דיון בנושא בחירת יו"ר כנסת חדש. יום לפני השבעת הכנסת הודיע אדלשטיין שלא יקבע בסדר היום הצבעה על בחירת היו"ר. הנימוק המשפטי היה הסתמכות על ס'2(ב) לתקנון הכנסת, בו נקבע כי יש לקיים את בחירת יו"ר הכנסת עד "המועד שבו כונסה הכנסת לצורך כינון ממשלה", **ומועד זה טרם נקבע**. בנוסף, אדלשטיין נימק את החלטתו ברמה הערכית (או הפוליטית), בכך ש"מהלכים פוליטיים חפוזים, כמו בחירת יו"ר כנסת קבוע והעברת חקיקה שנויה במחלוקת, מטרתם לסתום את הגולל על האפשרות לאחדות שאותה העם רוצה."
ב-23 במרץ 2020 ביקשו שופטי ההרכב לקבל את עמדת אדלשטיין האם הוא נכון להעלות נושא זה על סדר היום של הכנסת בהקדם האפשרי ולא יאוחר מיום ד', 25.03.2020. **בתגובתו לבג"ץ דחה אדלשטיין את הצעת השופטים, וכתב כי לא יסכים לקביעת סדר היום של המליאה בידי ביהמ"ש**. **היועמ"ש לכנסת, איל ינון**, הסכים שליו"ר הכנסת אכן נתון שיקול דעת באשר לקביעת סדר יומה של המליאה, אך ציין שאדלשטיין "מכהן מכוח עקרון הרציפות ומחזיק בתפקידו זה כ'פיקדון זמני' עד לבחירת יו"ר קבוע לכנסת. על כן, משרוב מקרב חברי הכנסת מבקשים כי הכנסת תבחר יו"ר קבוע באופן מיידי, מרחב שיקול הדעת הנתון ליו"ר הכנסת בכל הנוגע לדחיית מועד זה מצטמצם עם חלוף הזמן." **המלצתו של ינון לביהמ"ש הייתה שלא לכפות על אדלשטיין מועד לקיום ההצבעה**.

**ביהמ"ש** (חיות): שעה לאחר שהוגשה לביהמ"ש תגובתו של יו"ר הכנסת, ניתן פסק הדין בעתירות, נקבע כדלקמן:

* הסמכות לקבוע את סדר יומה של הכנסת ואת מועד דיוניה נתון ליו"ר הכנסת (ס'25ב לתקנון הכנסת).
* סוגיות אלו הן עניין "פנים פרלמנטרי" מובהר ועל כן, ככלל, נמנע ביהמ"ש מלהתערב בהן. זאת, להוציא מקרים מיוחדים שבהם קיים חשש לפגיעה "במרקם החיים הדמוקרטיים" או ביסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית.
* סירובו של יו"ר הכנסת להעלות את בחירת יושב הראש הקבוע לכנסת ה-23 על סדר יומה של המליאה, בא בגדר אותם מקרים מיוחדים.
* ס'20א לחו"י: הכנסת קובע כי הכנסת תבחר מבין חבריה יו"ר.
* בס'2ב לתקנון הכנסת נקבע כי "יו"ר הכנסת ייבחר לא יאוחר מהמועד שבו כונסה הכנסת לצורך כינון הממשלה."
* החלטתו של יו"ר הכנסת שלא להעלות להצבעה במליאה את סוגיית בחירתו של יו"ר קבוע לכנסת, ע"פ בקשת רוב הח"כים, אינה עולה בקנה אחד עם היקף הסמכות המסורה לו כיו"ר בפועל והיא חורגת ממתחם שיק"וד המסור לו.
* על אדלשטיין לכנס את המליאה לבחירת יושב ראש בהקדם האפשרי- ולא יאוחר מ-25 במרץ 2020.

**התפתחויות נוספות:** ב-25 למרץ הודיע אדלשטיין על התפטרותו מתפקידו כיו"ר הכנסת, ונעל את ישיב המליאה ללא דיון במינוי יו"ר חדש. כיוון שההתפטרות נכנסת לתוקף לאחר 48 שעות, נוצר מצב תקדימי בו לא היה יו"ר או סגן יו"ר שיכול היה למלא את מקומו, ולנהל ישיבה לבחור יו"ר כנסת חדש.
בעקבות הימנעותו של אדלשטיין מקיום הצו של בג"ץ עתרה עמותת "חוזה חדש" לבג"ץ בדרישה לאכוף על אדלשטיין לקיים את פסק הדין ככתבו וכלשונו.
בג"ץ קיבל פס"ד נוסף ב-25 במרץ בערב, שבו נקבע כי עמיר פרץ, ותיק הח"כים, יפנה לוועדה המסדרת (בתפקידה כוועדת הכנסת) על מנת לכנס את מליאת הכנסת למחרת (אף שיום זה איננו נמנה עם הימים שבהם היא מתכנסת ע"פ התקנון), לקבוע את סדר היום של אותה ישיבה לפי ס'25 לתקנון הכנסת, לכלול בו את ההצעה לבחירת יו"ר קבוע לכנסת ולנהל את אותה הישיבה.

**מה היה הבסיס המשפטי לפסיקה השניה?** שום בסיס משפטי חוץ מזה שחיות אמרה (לפי גידי).

**תקנון הכנסת ומעמדו**

**ס'19 לחו"י: הכנסת**: "הכנסת תקבע את סדרי עבודתה, במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון, כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה."

**פס"ד נמרודי נ' יו"ר הכנסת: תקנון הכנסת מקבל מעמד של מעין חוק ואולי אף חוקה למרות שזו חקיקת משנה:**

**רקע:** עתירה סביב הליכי החקיקה של חוק ניירות ערך. העותרות (חברות בעלי מניות) טוענות שהדיונים בוועדת הכספים **לקו בפגם** מכיוון שהוועדה לא הזמינה אותם והם נפגעים ישירים מהחוק. הטענה מבוססת על ס'106 לתקנון הכנסת **שקובע שהכנסת רשאית להזמין לוועדה כל אדם שיש לו עניין בנושא בו דנה הוועדה.**

**טענת העותרת:** רשות זו הפכה חובה בנסיבות העניין, בכל הנוגע בעותרת שכו היא הייתה היחידה שעמדה להיפגע מן החקיקה שעל הפרק. מכיוון שלא הוזמנה, **נפל פגם בהליכים**, ולכן דין החוק להתבטל.

**ביהמ"ש:** **העתירה נדחתה**. על הכנסת לא מוטלת חובת שמיעה אינדיבידואלית של גורמים המעוניינים בהליכי החקיקה, זאת רשות. **ברק אומר** שדיוני הוועדה הן חלק חיוני בהליך החקיקה ושפגם בהם יכול להביא לביטול ההליך כולו (= עקרונית ניתן לפסול חיקוק בשל הפרה של הוראות התקנון שנוגעות בהליכי החקיקה). הוא לא מקבל את פרשנות העותרים שבמקרה זה הרשות הפכה לחובה.

**החידוש: התקנון עשוי במקרים מסוימים לגבור על החוק. כלומר, על החוק לעמוד גם בתנאי התקנון.**

**מתי תתקיים הביקורת?** חוק נכנס לתוקף לאחר 3 קריאות ופרסום ברשומות. עד אז, הוא לא במעמד חוק. בדר"כ הביקורת השיפוטית כאשר החוק במעמד של חוק. אבל בפס"ד זה הגישה שונה, הקובעת כי הביקורת השיפוטית תתבצע לפני שהחוק במעמדו הרשמי. במקרה שיש פגם בהליך חקיקת החוק, הביקורת תהא לפני סיום הליכי החקיקה. אומנם רק במקרים יוצאי דופן, פגם חמור בהליך החקיקה, יש הצדקה לפני חתימת החוק ע"מ למנוע הטעיית ציבור.

**הנקודה החשובה בנמרודי היא שיש אפשרות לפסול חוק לא רק בגלל פגם בתוכנו אלא גם בגלל פגם בהליך שהוביל לחקיקתו.**

**כהנא נ' יו"ר הכנסת (הראשון):**

**רקע:** יו"ר הכנסת והסגנים סירבו להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק שהגיש ח"כ כהנא. בס'134 נקבע כדלקמן:
(א) כל חבר כנסת רשאי להציע הצעת חוק. (ב) חבר הכנסת המציע הצעת חוק יגישנה ליו"ר הכנסת, ויו"ר הכנסת והסגנים, אחרי שאישרו את ההצעה, יניחוה על שולחן הכנסת.

המשיבים אומרים שסמכות נשיאות הכנסת היא להחליט אם להגיש הצעות חוק או לא מכל טעם שיחליטו.

**ביהמ"ש:**
**היקף שיקול הדעת-** ברק טוען כי שיקו"ד שהנשיאות יכולה להפעיל מוגבל. **שיקו"ד לא צריך לגעת בתוכנו הפוליטי** של החוק, הבחינה שעושה היו"ר והסגנים היא לא של התוכן אלא **מבחינה צורנית, אם הדבר מנוסח בצורה ראויה לחוק וללא גידופים.**

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

**האם באמת לא הובעה כל עמדה? האם באמת לא ראוי שתובע כל עמדה?**ביהמ"ש מוסיף ואומר שהכנסת היא לא "חוקה חיה", לא בסמכותה לבחון ולפסול הצעות **בהיבטן המהותי**. **כל עוד אין חוקה, לא יכול להיות שנשיאות הכנסת תהיה זאת שמוסמכת לפסול הצעות חוק תוך הפעלת ביקורת חוקתית.**

כאשר רשות מרשויות הכנסת מונעת שלא כדין את מהלכם הרגיל של הליכי חקיקה, באופן הפוגע פגיעה יסודית בחיים הפרלמנטאריים או ביסודות המבנה של המשטר החוקתי, אין מנוס מהתערבות. **העתירה התקבלה**. החלטת הנשיאות היא פגיעה חמורה בחיים הפרלמנטאריים וביסודות מבנה המשטר החוקתי.

**כהנא נ' יו"ר הכנסת (השני):**

**רקע:** לאור דברי ביהמ"ש כהנא הראשון, תיקנה הכנסת את ס'134 לתקנון והוסיפה לו את ס' קטן ג' כדלקמן: "יו"ר הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". **כהנא עותר כנגד הסעיף**.

**טענת העותר:** יש לעגן במפורש בחוק הוראה שמגבילה זכות של ח"כ להגיש הצעות חוק פרטיות, התקנון לא מספיק.

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

1. יש להתחשב באופן בו מתקבל התקנון ובפורום אשר קיבל אותו- דומה במהותו לאופן קבלת חוק.
2. בסוגיות שעניינן הסדרים פנים-פרלמנטריים, וכאלה הן הוראות התקנון בדבר סדרי עבודת הכנסת, נטייתו של בימ"ש זה היא שלא להתערב בהחלטות של רשויות הכנסת אלא בנסיבות חריגות.
3. מהצד השני, כן אפשר להתערב כי זה לא חוק.

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

**החלה על המקרה-** **שמגר** לא רואה מקום להתערבות ביהמ"ש. רק במקרה חריג שבו הוראה בתקנון הכנסת מכילה פגם מהותי שיורד לשורש עקרונות היסוד של הדמוקרטיה, תופעל ביקורת שיפוטית. המקרה כאן לא קיצוני. כמו כן, התקנון הוא זה שמאפשר לח"כ להגיש הצעות חוק ולכן יכול לקבוע סייגים. לתקנון יש סממן של חקיקה כי הוא התקבל בהצבעה בחקיקה.

**במקרה זה אין החלטה גורפת, אלא יש פה התערבות בתוכן. לכאורה כל הדיון הקודם של ביהמ"ש לא רלוונטי.** לתקנון הכנסת יש מעמד שאפשר בגין הפרת הוראותיו לפסול חקיקה.

העתירה נדחית. כאשר רשות מרשויות הכנסת מקבלת החלטה שבתחום סמכותה, לא יתערב בימ"ש בשיקו"ד הכנסת.

**בנדור- המעמד החוקתי של תקנון הכנסת:**

ביהמ"ש העניק לתקנון הכנסת מעמד הדומה למעמדה של חוקה- **הלכות נמרודי וכהנא.** נפסק שמותר לקבוע בתקנון הגבלות על תוכן פוליטי של הצעות חוק, מה שיוצר מעיין ביהמ"ש קטן שיש לו כוח גדול. הלכה נוספת היא שאפשר לפסול חוק שהתקבל תוך הפרה של הוראות התקנון בדבר הליך החקיקה. **בנדור לא מסכים עם זה.** גישה זו אינה רצויה. **תקנון אינו חוקה**. לפי חו"י: הכנסת (=חוק מסמיך), ישנו פירוט של סדרי העבודה ולא להגביל את תוכנם של החוקים. את ההימנעות מהשלמת החוקה אין לעקוף ע"י מתן מעמד חוקתי לתקנון הכנסת. הענקת מעמד כזה הינו בעייתי בגלל הקלות בה ניתן לשנות את התקנון ( ברוב רגיל).

**יש הבחנה בין ביקורת שיפוטית א-פריורית (טרם המעשה) וביקורת שיפוטים א-פוסטריורית (לאחר מעשה). בישראל הביקורת השיפוטית היא א-פוסטריורית, לאחר חקיקת החוק.**

ברק אומר שכאשר מדובר בהפרה של הוראות מתקנון הכנסת, אולי יש מקום להתערבות שיפוטית א-פריורית, ע"מ למנוע הטעיית ציבור ולבזבז זמן לכנסת כאשר חוק מתפרסם ברשומות בזמן שנפל פגם בהליך חקיקתו.

**חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה**

הכנסת קובעת הסדרים ראשוניים והממשלה משניים. ואם הכנסת מאצילה סמכות לממשלה ככל הנראה ביהמ"ש לא יפסול זאת.

**רובינשטיין נ' שר הביטחון:**

**רקע:** דיון בגיוס בחורי ישיבות. ביהמ"ש דן וגם מקבל את העתירה (לאחר הימנעות במשך שנים). הוא אומר שההסדר הקיים לפיו שר הביטחון מעניק דחיית שירות לבחורי ישיבות שתורתם אמונתם לא חוקי. למה לא חוקי? כי **אין לו סמכות לעשות זאת. שר הביטחון נותן פטור למגזר שלם וביהמ"ש אומר שאין לו סמכות מאחר וזה הסדר ראשוני.**

הטיעון מבוסס על סמכות ולא על שיקו"ד.

**מהו הבסיס המשפטי לפסיקת ביהמ"ש העליון?** שתי אפשרויות:

1. חוסר סבירות (פריצת מתחם הסבירות כתוצאה מהגידול: כמות עושה איכות).
2. היעדר סמכות.

**מהו הנימוק שעליו הושתתה ההכרעה?** ברק- הבעיה שיש כאן היא פשוטה, **שר הביטחון לא הוסמך לעשות זאת**. **לטיעון השני,** שיקו"ד של שר הביטחון היה משקל רב יותר בפס"ד של ברק אך בוחר בכיוון של **חריגה מסמכות.**

**מדוע אין סמכות?** כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה **יעוגנו בחקיקה ראשית**, שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת מינהל. היינו, "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים- צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים". שר הביטחון פעל מכוח ס'36 לחוק שירות הביטחון המקנה לו אופציה לתת דחיה שירות, אך ביהמ"ש אומר שלא ניתן באופן גורף לציבור שלם. **חשין:** חקיקת משנה לא יכולה לפטור בני ישיבה מגיוס לצבא, ייתכן שאפילו חוק של הכנסת לא.

**כלל ההסדרים הראשוניים**: ברק אומר שבעבר זה היה ניתן לסתירה. עם חקיקת חו"י: כבוה"ח וחופש העיסוק, חל שינוי משמעותי במעמד הזכויות שעוגנו בחוקים אלו. שינויים אלה, שהביאו למהפכה חוקתית, משפיעים על מעמדם של ההסדרים הראשונים, **חוקי יסוד אלה מחזקים את הכלל**. השאלה היא בכמה? כמה אפשרויות:

1. חזקה חלוטה- אין לסטות מן הכלל. הסדרים ראשוניים יקבעו גם בחקיקה ראשית, גם אם המחוקק אמר מפורשות.

2. חזקה הניתנת לסתירה- אם המחוקק הסמיך מפורשות את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים.

3. עמדת ביניים- הסדרים ראשוניים בעניין זכויות אדם הם **חזקה חלוטה**, הסדרים ראשוניים אחרים ניתנים לקביעה בחקיקת משנה אם המחוקק הסמיך זאת (**עמדת ברק**).

**סיכום**: הייתה פסילה של הסדר אורך שנים של דחיית שירות לבני ישיבות. ביהמ"ש בחר לעשות זאת על סמך **חוסר בסמכות**. ההסכמה שניתנה לשר לא כוללת לעשות זאת בצורה גורפת, למה? כי את ההסמכה מפרשים לאור עיקרון היסוד **כלל ההסדרים הראשוניים**. הכלל אומר שהחוקה קובעת הסדרים חוקתיים, חקיקה ראשית את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה את המשניים. מכיוון שמדובר בהסדר ראשוני, ההנחה היא שהכנסת לא הסמיכה את השר ולא התכוונה לכך. הטענה כבר הייתה בעבר, אך המהפכה החוקתית עשתה שינוי בכלל ההסדרים הראשוניים. ברגע שיש חוקה שמסדירה את העניינים החוקתיים, יש יותר הקפדה על כך שההסדרים הראשוניים יקבעו ע"י המחוקק ולא ע"י מחוקק משנה.

**אז מה השתנה לגבי כלל ההסדרים?** אפשרות אחת- מדובר בכלל חוקתי שא"א לשחק איתו ולכן אם הכנסת לא רוצה לקבוע את הסמכות, אפשר לפסול את החוק. אפשרות שנייה- אם הכנסת לא קבעה את הסמכות, הדבר נתון בידי השר. אפשרות אמצע- אם מדובר בהסדרים שנוגעים לזכויות אדם או לא- נשאר בצ"ע בפס"ד זה.

 **עמדתו של חשין**: אשר לעתיד לבוא: חקיקת משנה אין בכוחה לפטור בני ישיבה באורח נורמטיבי משירות בצבא. על כך הסמכנו כולנו. כשאני לעצמי, לא אכריע בשאלה- אשר לא נדרשנו להכריע בה- אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני ישיבה משירות בצבא. יימצאו מי שיאמרו- ולא נפרט- כי אף חוק הכנסת אין די בו. ויהיו מי שיוסיפו ויאמרו, כי גם חו"י לא יסכון. גם לכוחה של הכנסת הושמו גבולות. **דברי חשין דומים לדברי ברק בפרשת לאו"ר.
דבריו קיצוניים עוד יותר מדברי ברק בלאו"ר. ברק העלה אפשרות לקביעת רף גבוה מזה שקבעה החוקה. חשין מעלה אפשרות של פסילת חוקה.**

**המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' מדינת ישראל:**

**רקע:** עתירות שעוסקות במתווה הגז- החלטת הממשלה בעניין אימוץ המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא הגז הטבעי. השאלה היא האם ההחלטה בסוגיית ייצוא הגז התקבלה בסמכות. הטענה העיקרית היא שהסוגיות שהוסדרו בהחלטה הן הסדר ראשוני שצריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית ושלממשלה אין סמכות לקבל החלטה כזאת כחקיקת משנה.

**ביהמ"ש** (גרוניס): האם לכלל ההסדרים הראשוניים יש מעמד חוקתי? מה הדין של חקיקה שנותנת לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים? גרוניס אומר שישנו **גרעין קשה של סוגיות שרק הכנסת כמחוקקת חייבת להסדיר בעצמה בחקיקה ראשית ולא להאציל סמכויות לממשלה.** הוא לא מכריע האם לכלל יש מעמד חוקתי או לא.

**פס"ד ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל**:

**רקע:** חוק ההסדרים להבראת כלכלת ישראל המנהיג רפורמות בהסדרתם של כמה ענפי חקלאות. חיבור בין כלל ההסדרים הראשוניים לחוק ההסדרים. הבעיה בחוק ההסדרים הוא שהח"כים לא יכולים לגבש דעה ולהצביע בצורה מושכלת.

**ביהמ"ש** (ביניש): שימוש במנגנון של חוק ההסדרים מצוי במתח ואף מפר את כלל ההסדרים הראשוניים. כאשר נחקק חוק שהח"כים לא מעורבים בו, הם אינם מצליחים לגבש דעה- הכנסת לא באמת דנה אלא רק משמרת חותמת גומי של הרשות המבצעת. היא לא באמת קיבלה את ההחלטה בעניין והחוק הוא של הממשלה- ההסדר הראשוני לא נקבע באמת ע"י הרשות המחוקקת.

**חשיבות: ביניש מראה אקטיביזם בנוגע להרגעת הממשלה ומשיבה כוח לכנסת לטובת איזון הנובע מעקרון הפרדת הרשויות.**

**1 חברי כנסת**

חו"י: הכנסת סעיפים 6, 17, 42 א-ב.

**יש חסינות עניינית/מהותית וחסינות דיונית.**

**איפה מעוגנת החסינות?** תחילה בס'17 לחו"י: הכנסת "לחברי הכנסת תהיה חסינות, פרטים ייקבעו בחוק."
בשנת 51' נחקק **חוק חסינות חברי הכנסת**, וחו"י: הכנסת נחקק לאחריו, אך הדבר לא משנה דבר משום שהחו"י קובע את העיקרון הכללי והחוק את הפרטיים. **חסינות עניינית** מעוגנת בס'1 לחוק חסינות חברי הכנסת ו**חסינות דיונית** בס'4 לחוק. **הסרת חסינות** מעוגנת בס'13(א).

**חסינות עניינית (מהותית)**:

 לא ניתנת להסרה לפי ס' ג. המשמעות היא שח"כ לא יוכל לעמוד לדין לעולם. ח"כ הולך איתה גם בזמן כהונתו וגם אחריה. חסינות במילוי תפקיד- ח"כ לא יישא באחריות פלילית או אזרחית ויהיה חסין מכל פעולה משפטית, על **הבעת דעה**, **אמירה**, או **מעשה שנעשה בכנסת או מחוצה לה** אם הפעולות היו קשורות **באופן מובהק** לתפקידו כח"כ.

(א1)- למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של ח"כ שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לעניין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כח"כ:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.

(2) שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה.

(3) הסתה לגזענות בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא אתני-לאומי.

(4) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מ"י או נגד יהודים או נגד ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ.

(ב) ח"כ אינו חייב להגיד בוועדות דבר שנודע לו עקב מילוי תפקידו כח"כ.

(ג) חסינותו של ח"כ לפי סעיף זה תעמוד לו גם לאחר שחדל מלהיות ח"כ.

**החסינות העניינית מגינה על מעשים שעשו ח"כים במילוי תפקידם. בג"ץ קבע שתפקידם כולל רק מעשים חוקיים.**

אם כן, כיצד עשויה פעולה אסורה (כגון, עבירה פלילית) של ח"כ להיות "במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו כח"כ"?

החוק אינו מניח שתפקידו של ח"כ משתרע גם על ביצוע פעולות אסורות. הנחתו של חוק החסינות היא כי תפקידו של ח"כ הוא בביצוע פעולות מותרות בלבד. עם זאת, החוק מניח כי בין הפעולה האסורה שבוצעה לבין התפקיד של ח"כ קיימת **זיקה** העושה את הפעולה האסורה לפעולה שהיא מילוי התפקיד או למענו (גם אם אינה התפקיד עצמו). הבעיה דורשת הכרעה היא **מהותה של אותה זיקה בין הפעולה האסורה שביצע ח"כ לבין תפקידו.** כאמור, זהות בין הפעולה האסורה לתפקיד אינה אפשרית ואף לא נדרשת. עניין לנו אפוא ב"קרבה" מסוימת בין הפעולה האסורה לבין התפקיד. השאלה הדורשת תשובה היא מהותה של "קרבה" זו.

**מהי תכלית החסינות העניינית?**

לתת הגנה לח"כ כדי להגשים את תפקידו מבלי שיפחד שחצה את הגבול בין המותר לאסור. היא באה להבטיח את עצמאותו של ח"כ ואת אי תלותו ברשויות השלטון לרבות המחוקק עצמו.

**חסינות דיונית:** עד לשנת 2005, הייתה סוג של מנגנון הגנה מהגשת כתבי אישום, אך היה אפשר להתגבר עליו. **כיום, אין לח"כ חסינות דיונית עד שהוא מבקש אותה.**

**החסינות הדיונית היא חסינות מפני הגשת כתב אישום וקשורה במעשים שעשה ח"כ שלא כחלק מפעילותיו כח"כ.** אותה הוא רשאי לבקש תוך 30 יום, זוהי חסינות שיכול ח"כ לבקש ממספר טעמים:

1. חסינות עניינית.

2. הפליה והתנכלות.

3. נקטו נגדו הליכים משמעתיים.

****4. אי העמדתו לדין לא תפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי. אם ח"כ לא ביקש חסינות דיונית או שהוא ביקש ולא קיבל, מוגש כתב אישום לביהמ"ש.

**בג"צ ח"כ אהרן אבו חצירא נ' היועמ"ש:**

להבטיח את פעולתה התקינה של הכנסת כרשות המחוקקת, פן תופרע פעולתה ע"י הטרדת חבריה בהגשת אישומי שווא מטעמים פסולים, ביזמת הרשות המבצעת, שתבקש להשפיע בדרך זו שלא כדין על חופש פעולתם של נבחרי העם ולשבש את הבעת רצונם החופשי.

יכול להיות מצב בו הממשלה, תגרום לח"כים לא לפעול בניגוד לרצונה ובעצם לכפות עליהם את כוחה ותמנע את חופש פעולתם של חברי הכנסת, זהו ניסיון להרתיע את הח"כים. מכאן, **שהחסינות הדיונית תמנע מתרחישי האימה שהממשלה תכפה ותרתיע את הח"כים.**

**מה היה היקף שיקול הדעת של הכנסת עד 2005 בנושא החסינות הדיונית?**

וועדת הכנסת היא זאת שמעבירה המלצות למליאת הכנסת. היא יכולה להחליט אם לדחות בקשת חסינות של ח"כ או לקבל. אם היא החליטה לדחות, הבקשה נדחית וזה סופי. אם היא החליטה לקבל, הדבר לא סופי, הוא עובר להצבעה במליאה והיא זאת שתחליט אם בקשת החסינות תתקבל.

**מטרת החסינות הדיונית 🡨 להגן על ח"כים מפני הרשות המבצעת ולאפשר להם לא להרגיש מפוחדים.**

**בג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (גורלובסקי): חסינות דיונית.**

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

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

ברק: שלוש אפשרויות למהו שיקול הדעת של ועדת הכנסת:

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

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

**ברק מעדיף את האפשרות הצרה.** מבחינתו זו האפשרות שמביאה לידי ביטוי את מטרת החסינות הדיונית ותואמת לה ולכן קובע לפי האפשרות הצרה של היקף שיקו"ד של הוועדה.

חוסר התאמה של אפשרות הביניים לנסיבות פרשת גורולובסקי:

במקרה שלפנינו, העבירות בהם מואשם ח"כ גורולובסקי הן חמורות ביותר וביצוען של עבירות אלה בהקשר של הצבעה כפולה במליאת הכנסת מקנה להן היבט חמור במיוחד. "הנסיבות המקלות" שהועלו בעניין זה בוועדת הכנסת- הצבעה בשעת לילה מאוחרת, הסנקציה של ועדת האתיקה, ההצבעות המרתוניות, העייפות המצטברת- הן שיקולים ליועמ"ש ולבית המשפט הפלילי. אכן, המקרה שלפנינו- אם יוכח כדין- הוא חמור, ובכל מקרה לא היה מקום להכניסו כלל לגדר אפשרות הביניים, גם אילו סברנו כי היא משקפת את הדין בישראל. **כאמור, זו אינה דעתנו.**

המשך הפרשה: עוד לפני התיקון לחוק שב היועמ"ש ופנה לוועדת הכנסת וזו החליטה שוב לא להסיר חסינות. התנועה לאיכות השלטון שבה ועתרה לבג"ץ. (בג"ץ 5372/05). הועדה נדונה לאחר התיקון לחוק. בנסיבות אלה קבע בג"צ בהסכמת המשיבים השונים שהיועמ"ש רשאי לשוב ולהגיש כתב אישום והפעם הדבר יידון לאור החוק החדש לכן העתירה מתייתרת.

**החוק המתוקן:**

ההבדלים במצב לפני התיקון ואחרי התיקון:

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

**מהו סדר הדברים ע"פ החוק החדש?**

1. בקשה של חבר הכנסת לקבל חסינות.

2. ועדת הכנסת מחליטה לדחות את הבקשה או ממליצה לקבל אותה.

3. העניין מועבר לכנסת, שרשאית להחליט לתת חסינות.

4. החוק קובע בבירור מהם השיקולים שרשאית הכנסת לשקול.

**החוק החדש עשה שני דברים:**

1. בוחן את השיקולים שהכנסת רשאית לשקול על החלטה שמקבלת.
2. קבע שהפעלת החסינות היא רק אם חבר הכנסת מבקש אותה- אם לא מבקש לא נכנסים למסלול הזה. וגם אז למעשה, החליש את ההגנה וחיזק את האפשרות שאכן יוגש כתב אישום.

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

**האם היה בסיס להגשת בקשה לחסינות עבור גורולובסקי?**

לכאורה, הוא יכל לעשות שימוש בסעיף קטן א (39 (ג), שכן העבירה בוצעה במשכן הכנסת והוטלה עליו סנקציה בשל כך. נשארה רק השאלה האם ההימנעות תפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.

בהמשך לפס"ד הוחלט ב2005 על ס'4(א)(3): מעשה שאינו נופל בגדר חסינות עיונית, יוגש כתב האישום לממשלה רק באישור היועמ"ש, ואין היועמ"ש יכול להאציל סמכות זו לאחרים. כמו כן יוגש העתק ליו"ר הכנסת. בתוך 30 ימים יכול ח"כ לבקש הטלת חסינות, במקרה ולא ביקש, רשאי היועמ"ש להגיש כתב אישום. קבעה הכנסת כי אין להטיל חסינות, לא יכול היועמ"ש לבקש נטילת חסינות של ח"כ באותה כהונת הכנסת אלא אם כן, יש שינוי בנסיבות שמצדיקות עיון מחודש של הכנסת בעניין.

**משמעות**- בעבר- היועמ"ש היה צריך לטעון להסרת החסינות הדיונית והיום הח"כ צריך לטעון **לקבלת** החסינות הדיונית. היום יותר קשה לקבל חסינות דיונית מאשר בעבר.

**חסינות עניינית וסנקציות מטעם ועדת האתיקה:**

**מח'ול נ' הכנסת:**

**השאלה:** האם רשאית ועדת האתיקה של הכנסת לנקוט סנקציות בגין דברים שנשא אחד מחבריה מעל דוכן המליאה, כאשר אלה כשלעצמם מוגנים ע"י החסינות העניינית שלה זכאי חבר הכנסת?

**התשובה:** החסינות העניינית מגינה על חבר הכנסת מפני נקיטת פעולות משפטיות כלפיו. עם זאת פעולה משפטית שכזו אינה כוללת פעולות שהכנסת נוקטת כלפי עצמה, כאשר מדובר בעניינים פנימיים לכנסת. העובדה שפעולה פלונית או התנהגות מסוימת נעשית במסגרת החסינות העניינית אינה שוללת, מניה וביה, מעורבות פנימית של הכנסת בעניין כלפי אותו חבר כנסת, בין שמדובר בפעולה של ועדת האתיקה ובין שמדובר בכל פעולה פנימית אחרת.

**ברק**: **כל פעולה בעלת אופי שיפוטי של הכנסת נתונה לביקורת שיפוטית**, כל גם החלטות של ועדת האתיקה. עם זאת, לדבריו, יש לצמצם את התערבות ביהמ"ש בעניינים של וועדת האתיקה, ההשפעה שלהם מזערית. הוא אומר שהחסינות נועדה לאפשר לח"כ לתפקד כראוי ללא התנכלות מהרשות המבצעת, לא כדי למנוע מהכנסת לטפל בהתנהגויות שחורגות מכללי האתיקה. **החסינות העניינית לא שוללת מהכנסת את האפשרות לנקוט פעולה משמעתית נגד ח"כ שעבר על הכללים הנ"ל.**

**שורה תחתונה: חסינות עניינית מגינה מפני הגשת כתב אישום חיצוני. לא מגינה מפני סנקציות פנימיות שהכנסת מטילה על חבריה באמצעות ועדת האתיקה.**

**זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת:**

**רקע:** הוועדה החליטה להרחיק את זועבי ל-6 חודשים מישיבות מליאת הכנסת אחרי הפרה של כללי האתיקה. היא הביעה תמיכה בחטיפת 3 הנערים ופרסמה מאמר מסית נגד המדינה במהלך צוק איתן. היא עתרה לבג"ץ **והעתירה נדחתה ברוב קולות.**

**טענת העותרת:** יש לפרש את ההלכה בצמצום כאשר יש הפרה של כללים בתוך המליאה או כאשר ההתבטאות פוגעת בח"כ או בהתנהלות השוטפת של הכנסת. מבחינת **הלכת מח'ול**, נקבעה על פעילות בתוך משכן הכנסת והיא התבטאה באמצעי התקשורת. אפשר להבין למה לכנסת יש אינטרס מיוחד שאנו מבקשים להגן עליו, למרות שיש חסינות עניינית. אם מדובר בהתבטאות מחוץ לכנסת- זה לא נופל בגדריה.

**ביהמ"ש** (נאור): החסינות העניינית מגנה על זועבי, אך לא מדיון על התנהגותה בוועדת האתיקה. הלכת מח'ול- **חסינות עניינית לא מגינה מפני ביקורת וועדת האתיקה וסנקציות משמעתיות**. היא מגנה מהליך משפטי ולא מפני הליך פנימי של הכנסת. על כן, אין לקבל את ההבחנה.

ההלכה נקבעה בעניין עקרוני והוא היחס בין כללי האתיקה לחסינות עניינית וכאמור, נקבע שהחסינות העניינית לא מגנה מהפעלת סמכויות וועדת האתיקה נגד ח"כ. לא סתם הן מעוגנות בחוק החסינות.

**לסיכום: החסינות העניינית לא מגנה מפני הליכים משמעתיים שמפעילה הכנסת אלא מפני תביעות (העמדה לדין) של המדינה.**

**הדחת חבר כנסת מכהן**

**חו"י: הכנסת ס'42א(ג)**: הכנסת רשאית להדיח ח"כ בזמן כהונתו אם יש במעשיו משום הסתה לגזענות או עידוד מאבק מזוין נגד מ"י. יש עילה חסרה מתוך העילות שבהן סיעה לא יכולה להיבחר לכנסת- שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כנראה הסיבה היא שביהמ"ש מרגיש בעיה עם עילה זו, מכיוון שיש מחלוקת רצינית בעם על קיומה של המדינה כמדינת העם היהודי בלבד, ולכן מורידים עילה זו.

**תיקון החוק:**

ס'42(א). חבר כנסת שהורשע בפס"ד סופי עבירה פלילית, וקבע ביהמ"ש ביוזמתו או לבקשת היועמ"ש, שיש עם העבירה קלון, תיפסק חברותו בכנסת יום שפס"ד נעשה סופי ואין נפקא מינה אם העבירה נעברה בזמן שהיה חבר באותה הכנסת, חבר כנסת קודמת או לפני שהיה לחבר כנסת.

42(ב). א) חבר כנסת שהורשע בעבירה פלילית וקבע ביהמ"ש, ביזמתו או לבקשת היועמ"ש, שיש עם העבירה קלון, יושעה מכהונתו בכנסת מיום קביעת ביהמ"ש ועד למועד שבו פס"ד נהיה סופי.

ב) ח"כ שהורשע בעבירה פלילית ונידון למאסר, יושעה מכהונתו בכנסת למשך הזמן שהוא נושא את עונש המאסר.

**הסעיפים הנ"ל הוספו ב81' בעקבות הרשעתו ומאסרו של שמואל רכטמן, התיקון מתשנ"ה שינה מהמצב ששרר בפלאטו.**

מגבלה על הזכות להיבחר

ס'6 לחו"י: הכנסת, הזכות להיבחר, תיקון אחרון תש"ס: כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו והוא בן 21 שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בימה"ש שלל ממנו זכות זו ע"י חוק או שנדון לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על 3 חודשים (**עד תש"ס חמש שנים או יותר**) וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו 7 שנים (**עד תש"ס חמש שנים**) מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון.

**בקצרה- כל אזרח בן 21 ומעלה זכאי להיבחר לכנסת, אלא אם ביהמ"ש שלל ממנו זכות זו ע"פ חוק, או אם ישב בכלא, צריך לחכות 7 שנים, אלא אם יו"ר ועדת הבחירות אמר שאין בעבירה קלון.**

**פס"ד ג'אברין נ' הכנסת**:

**רקע:** בג"ץ המתעסק באישור תיקונים לחו"י: הכנסת המסמיכים את הכנסת בתנאים מסוימים על הפסקת חברות של חבר שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזויין נגד מדינת ישראל, המכונים "חוק ההדחה".

**חיות:** טוענת כי יש פגיעה בזכויות ולא ניתן להשתמש בעילת חוסר הבשלות. עם זאת, הפגיעה לא עולה לכדי פגיעה חמורה שיש לבטל בגינה את התיקון.

**סולברג**: במקרה זה לא מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות, מפני שהזכות החוקתית מוגדרת בחו"י. לכן, תיקון חו"י משנה את היקף הזכות ולא פוגע בה. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי היא כזו שניתן להפעיל.

ההבדל הוא שהיא טוענת שיש פגיעה בזכויות יסוד והוא טוען כי לא מדובר בפגיעה אלא בשינוי.

**הממשלה**

**בחירות**

חוק יסוד: הממשלה סעיפים 7-13, 18(א)-21, 28-30(א)

**הסכמים קואלציוניים**

חוק הממשלה תשס"א 2001: סעיף 1

(א) נעשה הסכם בכתב בקשר לכינונה של ממשלה או בקשר להבעת אי אמון בה או בקשר להצעה על חוק התקציב או בקשר לצירוף שרים נוספים לממשלה לאחר כינונה, או בקשר למינויו של סגן שר, ימסרו הצדדים להסכם את נוסחו המלא למזכיר הכנסת, בתוך שלושה ימים מיום החתימה ולא יאוחר מ-48 שעות לפני יום הבחירות או מ-24 שעות לפני כינון הממשלה או ההצבעה כנסת או ההודעה לכנסת לפי העניין. במניין הימים והשעות לא יובאו בחשבון ימי מנוחה או שבתון ע"פ חיקוק. נעשה הסכם מטעם רשימת המועמדים לכנסת, ימסרו אותו הצדדים להסכם מיד למזכיר הכנסת.

(ב) מזכיר הכנסת יביא מיד לידיעת חברי הכנסת, ובתקופה של בחירות לכנסת- גם לידיעת אי כוח רשימות המועמדים, כל הסכם שנמסר לו לפי סעיף זה.

(ג) לאחר המועד האמור בסעיף קטן (א) לא ייחתם הסכם בהקשר לעניינים האמורים בו, אלא אם כן נקבע מועד חדש לאותו עניין, המאפשר פרסום ההסכם כאמור בסעיף זה.

**ישנם 2 מודלים של שיטות ממשל,** המודל הפרלמנטרי מול המודל הנשיאותי- הבדלים עיקריים:

|  |  |
| --- | --- |
| **נשיאותי (ארה"ב)** | **פרלמנטרי (ישראל)** |
| ראש הרשות המבצעת נבחר ע"י המצביעים | ראש הרשות המבצעת נבחר ע"י המחוקק |
| הרשות המבצעת נבחרת לתקופה קצובה מראש | הרשות המבצעת תלויה באמון המחוקק |
| ראש הרשות המבצעת אוחז בכל הסמכויות. השרים מכהנים כ"יועצים" בלבד. | הממשלה כקבוצה. ראש הממשלה הוא ראשון בין שווים. |
| הפרדה נוקשה בין שתי הרשויות | שר יכול להיות גם חבר מחוקק |
| אין משרה נוספת | בנוסף, יש משרה טקסית של ראש המדינה |

**לשני המודלים יש יתרונות וחסרונות:**

1. **יציבות** (נשיאותי), אחת ל-4 שנים יש חילופים ובמהלכם אתה יודע מי שולט במדינה.
מול **גמישות** (פרלמנטרי), יש דרך לפזר את הממשלה וללכת לבחירות בהם העם יכריע, לעיתים יש מקרים של הרבה בחירות המעידים על בעיתיות של המשטר.
2. **הממשלה מדברת בקול אחד**- יישור קו (נשיאותי) מול אפשרות של ריבוי קולות ואיזון פנימי (פרלמנטרי).
3. ספק לגבי יכולתו של אדם אחד לנהל את כל המערכת (נשיאותי).

**מהי השיטה בישראל?**

עד 96' לפי חו"י: הממשלה, הונהגה שיטת הבחירות הפרלמנטרית בה מקור הכוח של הממשלה הוא אמון הכנסת (ס'3). ב92' הוחלט להנהיג את **"חוק הבחירה הישירה"**. חו"י החדש נחקק מתוך רצון לבצר את מעמדה של הממשלה באופן כזה שלא תהיה תלוי באמון הכנסת, ובעיקר לא באמונן של מפלגות קטנות וסחטניות. מודל השיטה הנשיאותית לא אומץ, אלא מודל שמשלב בין הנשיאותית לפרלמנטרית, בה מכהנת הממשלה מכוח אמון הפרלמנט.

בהתאם, נקבע בחוק הבחירה הישירה כי רה"מ מכהן מכוח היבחרו בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות וחשאיות, לפי חוק הבחירות לכנסת ורה"מ (ס'3(ב)) וכי השרים ימונו ע"י רה"מ (ג), מינויים טעון אישור הכנסת (ג) אולם, אי מתן אישור מתפרש כהבעת אי אמון ברה"מ (ד).

המודל הזה נכשל כיוון שהמפלגות הקטנות התחזקו והגדולות נחלשו. במודל זה יש פתק אחד בלבד ולא שניים, לו היו 2 פתקים, המפלגות הגדולות לא היו נפגעות כי היו מצביעים גם למפלגה הגדולה לראשות הממשלה וגם לקטנה לכנסת.

הבעיה הייתה שחו"י: הממשלה היה משוריין ברוב של 61, למפלגות הקטנות היה אינטרס שחוק זה יימשך. למרבה המזל, היו ח"כים שהבינו שמודל זה לא טוב ובשנת 2001 תיקנה הכנסת שוב את חו"י: הכנסת, מה שהחזיר את המצב לקדמותו.

ובכל זאת יש מס' הבדלים בין החוק הפרלמנטרי הישן לבין החדש. השינויים האלו חיזקו מצד אחד את הממשלה ואת העומד בראשה כלפי הכנסת, אך גם הפקידו בידי הכנסת מספר סמכויות שלא היו בידיה קודם לכן ביחס לרה"מ.

**אלמנטים שישראל אימצה לתוך השיטה הפרלמנטרית:** חיזוק מעמדם של רה"מ וממשלתו הושג באמצעות:

1. **אי אמון קונסטרוקטיבי- ס'28 לחו"י הממשלה.** דבר זה בא לפתור את הבעייתיות שיש בנפילה תכופה של ממשלות המאבדות רוב קואליציוני. אי אמון קונסטרוקטיבי משמעותו הבעת אי אמון בממשלה נוכחית ותוך כדי הבעת אמון בממשלה חלופית.

בשנת 2001 התקבל חו"י: הממשלה השני, שהציע אי אמון קונסטרוקטיבי חלקי- מי שמצביע על אי אמון בממשלה, צריך להצביע על מועמד שהוא ממליץ עליו לנשיא כדי להקים את הממשלה. הצעה זו לא טובה מאחר שיש כאן המלצה על ח"כ רק כדי לעמוד בדרישת החוק, לא בטוח שיש כוונה אמיתי בהמלצה והדבר עלול להוביל לבחירות נוספות.

בשנת 2014 תוקן חו"י: הממשלה, והוא הנהיג אי אמון קונסטרוקטיבי מלא, התיקון אומר:

1. הכנסת רשאית להביע אי אמון בממשלה.
2. הבעת אי אמון בממשלה תיעשה בהחלטה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים כאמור בס'13ד': הממשלה החדשה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם.
3. **דרישה כי יוזמה לבחירות מוקדמות תתקבל ברוב של 61 חברי כנסת לפחות- סעיפים 34-36 לחו"י הכנסת.**
4. **מתן סמכות בידי ראש הממשלה לפזר את הכנסת ולכפות בחירות מוקדמות- ס' 29 לחו"י הממשלה.** בהסכמת נשיא המדינה.
5. **קביעת עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת במקרה שתקציב המדינה לא מאושר במועד (ס' 36 א' לחו"י הכנסת),** 3 חודשים לתוך שנת התקציב- אם אין תקציב הכנסת תפוזר. **או במקרה שניסיונות חוזרים ונשנים להקים ממשלה לא צלחו (ס' 11 לחו"י הממשלה),** אם אחרי כמה ניסיונות לא מצליחים להרכיב ממשלה לא ממשיכים, בשלב מסויים אם אין ממשלה, הולכים לבחירות. (הדבר מחזק את ראש הממשלה)**.**

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

1. יכולתה לחייב את ראש הממשלה בפניה.
2. חובתה של הממשלה למסור לידי הכנסת וועדותיה מידע ע"פ דרישותיהן.
3. יכולתה של הכנסת וכל אחת מוועדותיה לחייב שר להופיע בפניהן.
4. הפקדת סמכויות בידי הכנסת בתחום הפיקוח על חקיקת משנה וסמכות להכריז על מצב חירום, אגב הגבלת כוחה של הממשלה בנדון.

**מתי מורכבת ממשלה?**

1. **כשיש בחירות לכנסת-** מועד עריכת הבחירות לכנסת קבוע בס' 9 לחו"י הכנסת.
2. **הקדמת הבחירות לכנסת:**
3. החלטת הכנסת להתפזר- 34-36 לחו"י הכנסת. ההחלטה חייבת להתקבל במתכונת חוק (רוב של 61).
4. לא הצליחו המועמדים עליהם הטיל הנשיא את המשימה, לקבל את אמון הכנסת- שווה ערך להחלטת הכנסת להתפזר (11 ב לחו"י הממשלה).
5. אי קבלת חוק תקציב ע"י הכנסת תוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת התקציב (36א' לחו"י הכנסת).
6. **התפטרות הממשלה:**
7. הפסקת כהונת רוה"מ מחמת עבירה- ס' 18.
8. התפטרות רוה"מ-ס' 19.
9. רוה"מ נפטר או נבצר ממנו למלא את תפקידו-ס' 20.
10. ראש הממשלה חדל להיות ח"כ- ס' 21.
11. הכנסת הביעה אי אמון בממשלה-ס' 28.
12. **ראש הממשלה פיזר את הכנסת:** ס' 29 לחו"י הממשלה, רשאי הוא, בהסכמת נשיא המדינה

נקודות לדיון: (למה צריכים את הסעיף?)

* הרציונל הוא שהכנסת לא תוכל להחזיק את ראש הממשלה כבן ערובה.
* הצורך היה ברור בחוק הבחירה הישירה, הוא פחות ברור בחוק החדש, אבל ההיגיון השתנה.
* הפיזור אינו מוביל אוטומטית לבחירות חדשות לכנסת.
* על פניו, סמכות הנשיא לאשר היא 'סמכות בשיקו"ד'. נראה שמסגרת שיקו"ד, הנשיא צריך לוודא שלרה"מ אין אלטרנטיבה.

**הסכמים קואליציוניים:**

הסכם קואליציוני הוא סוג של הסכם פוליטי.
הסכמים פוליטיים הם הסכמים בין מפלגות, סיעות בתוך מפלגה, מועמדים למשרות ציבוריות או בעלי משרות ציבוריות, הנוגעים למדיניות השלטון, למבנהו ולדרכי הפעלתן של סמכויות שלטוניות. דוגמה טובה: הסכם קואליציוני.

האם יש תוקף להסכמים פוליטיים?
המלומדים והשופטים נחלקו בשאלה אם להסכם פוליטי יש תוקף מחייב. והאם יש לו תוקף במשפט הפרטי או הציבורי?

**זה לא משנה.** גם אם יש תוקף, לא יתנו אכיפה ופיצויים באף מישור ואם יעתרו לביהמ"ש בנושא, הוא יטען כי אינו מתעסק בהסכמים כאלו.

1. **הלכת השתחררות (מהסכמים מסחריים):**
* כוחה של הרשות שלא לכבד את התחייבויותיה, אם צרכי הציבור מצדיקים זאת.
* הלכה זו חלה על הסכמים פוליטיים "קל וחומר". כלומר, קל וחומר ששני שחקנים ציבוריים יכולים להשתחרר מההסכם באותו הקשר.
1. **אין לכלול תניה בדבר בטחונות וערבויות:** בהסכם הפוליטי ב**בג"צ ז'רז'בסקי נ' רה"מ** נקבע כך בס'14: "הצדדים מסכימים כי עו"ד אמנון גולדנברג ישמש בורר ביניהם לעניין הסכם זה. הבורר יחליט מה הן הערובות והביטחונות לביצוע ההסכם ופסיקתו תהא סופית ללא זכות ערעור, הבורר יפסוק בכל מחלקות בין הצדדים להסכם, ולפסיקתו יהא תוקף של פס"ד של ביהמ"ש".
**ברק:** "הוראה זו מעניקה לבורר את הסמכות לקבוע ערובות ובטחונות", ופסק כי "עד כמה שאלה הן בעלות אופי כספי, הרי הן נוגדות את תקנת הציבור, ועל כן בטלות ומבוטלות".
כיום מעוגנת הלכה זאת באופן חלקי בלבד בהוראת ס'2 לחוק הממשלה, תשס"א-2001 (לפני כן ס'18 לחוק היסוד) הקובע:
2. מקום שע"פ חוק נתונה סמכות להעביר אדם מתפקידו בכנסת, בממשלה, בשירות המדינה, התאגיד שהוקם בחוק, בחברה ממשלתית או בכל גוף ציבורי אחר- לא ייעשה הסכם ולא תינתן התחייבות בעניין אי העברתו של אותו אדם מתפקידו.
משמע, התחייבות שקשורה להעברת אדם מתפקידו לא יהיה בתוך הסכם פוליטי או קואליציוני.
3. לא תינתן ערבות במישרין או בעקיפין, בכסף, בשווה כסף, בשירות או בכל טובת הנאה אחרת, להבטחת ביצועו של הסכם או של התחייבות כאמור בסעיף זה. ולא יהיה תוקף לערבות כאמור.
4. **הסעדים שביהמ"ש מוכן להעניק מוגבלים מאוד:** ביהמ"ש כנראה לא יורה על אכיפה.
**ברק** **בז'רז'בסקי**: חובה התערבות שלטונית בכדי להבטיח סטנדרט התנהגות ראוי גם בהסכמים כאלו. "משפט הציבור" אינו יכול להחליף משפט ציבורי. מאידך, יש כר נרחב להשתחררות מהסכמים. עקרונית, גם התרופות צריכות לבוא מהתחום הציבורי, סעד אכיפה כמעט ולא ייתכן. ברק אינו רואה במצב שבו ההסכם יהיה חסין מביקורת שיפוטית כמצב רצוי, יכולת השתחררות קיימת בכל עת שההגינות השלטונית מצדיקה זאת. ביטול הסכם פוליטי הוא לרוב הסעד בגין הפרת ההסכם, אכיפה היא בעייתית. המבחן צריך להיות "מבחן הסבירות". **ההסכם הפוליטי שפיט עקב פיתוח המשפט, והסעד בגין הפרתו הוא ביטול.**

**אלון** **בז'רז'בסקי**: חלק ניכר מהביקורת הנ"ל נתונה בידי הציבור (חובת פרסום הסכמים). מעבר לבטלות מדעיקרא לפי ס'30 לחוה"ח, קני המידה הרגילים בעייתיים. בהסכם פוליטי, הסעד שיינתן במקרה שביהמ"ש יחליט על הפרת ההסכם ע"י אחד מהצדדים הוא בדר"כ סעד הצהרתי 🡨 הצהרה שהצד המפר התנהג שלא כדין. כלל שכן חלק על הסכמים פוליטיים, הוא החובה להביאם לידי הציבור. **הסכם פוליטי שאיננו חוקי, או נוגד תקנת ציבור- בטל.**

**ההסכם הפוליטי תקף ומחייב מבחינה משפטית עקב מורשת ישראל, לרוב הסעד יהיה הצהרתי בלבד.**

1. **ביהמ"ש מוכן לדון בהסכמים פוליטיים בלי קשר לשאלה האם יש להם תוקף משפטי מחייב:**

השופט חשין **בפס"ד וולנר** סבור כי להסכם פוליטי אין תוקף מחייב:

דעתי היא כי אין ההסכם הפוליטי אוצר כוח להקנות זכויות ולהטיל חובות בתחום המשפט בין הצדדים לו, והרי משכנו- כמכשיר ליצירת זכויות וחבויות בין בעלי ההסכם- אל מחוץ למחנה המשפט. מעולם לא החליט ביהמ"ש העליון בדרך מושכלת ומודעת לבעייתיות, כי "הסכם פוליטי", באשר הוא, יש בו כדי לשמש מקור לזכויות ולחובות במשפט בין הצדדים לו, בינם לבין עצמם.

למרות זאת, ביהמ"ש לא ידיר עצמו מדיון בהסכם פוליטי אך באשר הסכם פוליטי הוא, ובהקשר המתאים יוכל שיכריז עליו- בין במפורש בין מכללא- כהסכם בלתי חוקי או כהסכם הנוגד את תקנת הציבור.

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

יש שתי מחלוקות בשאלה האם הסכמים פוליטיים תקפים משפטים, אך הדבר לא חשוב:

1. דברי השופט אלון **בפס"ד ם'בסקי**- **הלכת ההשתחררות**. ניתן להשתחרר ממנו די בקלות לפי הלכה זו.

2. גם אם יש תוקף, ביהמ"ש לא יורה על אכיפה/פיצויים. אלא **סעד הצהרתי בלבד**.

**גם אם אין תוקף, ביהמ"ש מוכן לדון בהם. לא ממש חשוב אם יש תוקף או אין.**

**האם ניתן לכבול שיקול דעת סטטוטורי?**

**ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה:**

ביהמ"ש עד שנות ה-80 נטה שלא להתערב בהסדרים בתחום דת ומדינה. וגם כשעשה זאת, היה במתכונת מאוד מצומצמת.

**רקע:** מפלגת העבודה (בראשות יצחק רבין) ומפלגת ש"ס (בראשות אריה דרעי) חתמו על הסכם קואליציוני. ש"ס ביקשה להבטיח את המשך קיומו של הסטטוס קוו בעיניי דת ומדינה ולהגן עליו מפני התערבות של ביהמ"ש. לכן, נקבע בהסכם הסעיף הבא: "במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה ע"י חקיקה מתאימה".
ולנר עותר כנגד הסעיף- טוען כי הסעיף מנוגד לתקנת הציבור.

**שאלה משפטית:**  האם ניתן לכלול בהסכם קואליציוני את הסעיף שנוסף בנוגע לסטטוס קוו באמצעות עיגון שלא בחקיקה ראשית?

**הנשיא שמגר**- כאשר רשימה רצה לכנסת ורוצה לקדם את מצעה, היא עושה זאת בהסכם קואליציוני, וצריך להוקיר על כבוד בשל כך. **המבחן של שמגר הוא כזה:** אם מפלגה כזו לא הייתה נפסלת, ומטרותיה הן לגיטימיות, זה בסדר גמור שהיא מנסה לקדם את הפרויקט הזה וביהמ"ש לא יכול להתערב בו.

**חשין-** אם נתנו למפלגה להיבחר לכנסת- כך ניתן לה להגשים את מצעה. יתכן והסעיף לא ראוי מהבחינה הציבורית, אך אין עילה משפטית להתערב בו ולהכריז עליו כבלתי חוקי- הסכם פוליטי לא שפיט.

**ברק ואור (מיעוט)-** החוק עוקף את הדמוקרטיה:

1. פוגע בעצמאות השופט- השופט יודע שכל פסיקה שתפגע בסטטוס קוו תבוטל ולכן מכוון את החלטותיו ע"פ קריטריון זה.

2. פגיעה באמון בביהמ"ש- הציבור לא ימצא טעם לערער כי ביהמ"ש ייתפס כמי שחושש להחליט.

3. הוא פוגע בהפרדת הרשויות- פירוק השותפות בין הרשויות במפעל החקיקה ובניית חומה בין המחוקקת לשופטת.

**ההסכם אינו שפיט אך אי-שפיטותו לא מחסנת מפני הכרזת בטלותו. הוא נוגד את תקנת הציבור ופוגע בדמו' ולכן בוטל.**

**ברק מוסיף,** אם זו רשימה שזה הסעיף המרכזי במצעה, ניתן לפסול אותה כי היא שוללת את אופייה הדמוקרטי של מ"י (לפי ס'7 לחו"י: הכנסת). לטענתו, זה שנתנו למפלגה להיבחר לכנסת לא אומר שניתן לה לפעול ע"פ עקרונותיה אם הם לא תאומים עקרונות דמוקרטיים. מעדיף לאשר מפלגה ואז לפסול את הסכמיה מאשר לפסול אותה מראש ע"פ מצעה.- מעדיף לתת את חופש הביטוי ומקסימום לבטל אחר"כ.

**השופט גולדברג (יחיד)-** בגלל שמדובר בהסכם הנוגע לביהמ"ש, לא רוצה להתערב עדי שלא יהיה משוא פנים וביקורת על ביהמ"ש ובכך תושג מטרה הפוכה ממה שרוצים להשיג.. **ההסכם לא מבוטל.**

**סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן**

ס'1 לחו"י הממשלה: הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה.

**מקורות הסמכות של הממשלה:**

1. **סמכויות מתקופת המנדט-** ס'14 א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, סמכות שהועברה לה בירושה מהמנדט.
2. **סמכויות לפי חוקים ישראלים-** למשל, ס' 1 לחוק וועדות חקירה שמעניק לממשלה סמכות כגוף להקים ועדת חקירה.
3. **סמכויות שליטה על שרים-** ס'31ב לחו"י: הממשלה האומר שהממשלה רשאית באישור הכנסת להעביר סמכות שיש לשר לפי חוק, לשר אחר.
4. **סמכות שיורית**- ס' 32 לחו"י: הממשלה האומר כי הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

מדוע ניתנה לממשלה הסמכות השיורית?

**פדרמן נ' שר המשטרה:** נאמר שאי אפשר לתת הסמכה לכל פעולה שהממשלה מבצעת. חייב לייצר מנגנון או שסתום שנותן לממשלה סמכות כוללת לבצע את תפקידה במדינה מבלי להיות כבולה לסעיף מסוים.

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

אם המחוקק העניק את הסמכות לרשות אחרת, מאותה רגע הסמכות השיורית אינה תקפה. היא ניתנה מלכתחילה ע"מ שלא יהיה חלל שאף אחד מהרשות המבצעת לא יכולה לפעול בתחום שהיא צריכה. **מאחר והענקת הסמכות לרשות, לא נוצר חלל ואין מקום למבצעת להתערב.**

**עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל:**

**רקע:** הממשלה מקבלת החלטה לגבי סיווג מחדש של ערי פיתוח ואזורי פיתוח לצורך מתן הטבות והיא עושה זאת מכוח סעיף 29 (כיום 32) שנותן לה סמכות שיורית.

**טענת העותרים:**  עיריית קריית גת טוענת שהסמכות לסווג אזורי וערי פיתוח מוטלת על גוף אחר, וועדת השרים. הדבר קבוע בחוק ולכן אין הממשלה רשאית לעשות זאת.

**ביהמ"ש** פסל החלטה של הממשלה- כי החוק העניק את הלגיטימציה לעשות זאת כבר לגוף אחר.

**גולדברג:** הסמכות השיורית בס'32 לחו"י: הממשלה בעלת 2 מגבלות: 1 .בכפוף לכל דין 2 .כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. במקרה שלפנינו אין כל חלל מנהלי, נקבע הסדר נורמטיבי בחוק ומנגנון ליישומו אלא שהחוק לא יושם. משהוקנתה סמכות בחוק לרשות אחרת , ניטלה אותה סמכות מן הממשלה. לכן החלטת הממשלה שנועדה ליצור מסלול מקביל להשגת יעדי החוק, אינה מתיישבת עם לשון חוק היסוד ומטרתו התחיקתית.

**מה השגיאה (לכאורה) בדברי השופט גולדברג?
מה היקף הקביעה "בכפוף לכל דין"?**

**השופטת דורנר:** אומרת שבפס"ד זה, שהביטוי דין כולל חוקים ובנוסף לכך הלכות, פסיקות של ביהמ"ש. לדבריה, את הסמכות השיורית לא ניתן להפעיל אם היא עומדת בניגוד למשהו שנפסק בביהמ"ש. דורנר אומרת שחוקי היסוד היו המקור לזכויות הפרט, אך יש להתייחס ולתת חשיבות גם לביטוי שנתן להן ביהמ"ש, כלומר לזכויות הלא מנויות שביהמ"ש הכיר בהן כחלק מאותם חוקי יסוד. בהתאם לזה, הסמכות של הממשלה לא יכולה לפגוע בזכויות הפרט, אלה שבחוק ואלה שביהמ"ש נתן להם תוקף.

**שורה תחתונה של דורנר**- אי אפשר מכוח הסמכות השיורית לפגוע בזכויות אדם.

1. לפי המילים **בכפוף לכל דין**, דין כולל פסיקה והפסיקה כוללת זכויות אדם.

2. עקרון פרשני שעוגן בפסיקה- כל מקום שבו יש לגוף שלטוני סמכות, סמכות זו מגובלת. היא אינה כוללת את ההסמכה לפגוע בזכויות אדם אלא אם זה נאמר במפורש.

**העתירה התקבלה- סמכות שיורית לא נותנת אפשרות לפגוע בזכויות הפרט אלא אם הוסמכה לכך במפורש בחוק**.

**בג"צ הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (בג"צ שב"כ):**

**רקע:** בנסיבות חריגות, מפעיל השב"כ אמצעים פיזיים בחקירה שמטרתם להפעיל לחץ כבד על הנחקרים. הוועד הציבורי שואל מה מקור הסמכות שיש לשב"כ לעשות זאת. המדינה אומרת שהסמכות היא בסעיף 40 (32 כיום) לחו"י: הממשלה (הסמכות השיורית). **העותרים תקפו את הנוהל**.
**ביהמ"ש** (ברק): הואיל וסמכות החקירה של השב"כ פוגעת בחירויות הפרט, לא ניתן להפעילה במדינת חוק היעדר הסמכה מפורשת בחוק. מכוח סמכות שיורית של הממשלה בס'40 לחו"י: הממשלה לא ניתן לשאוב הסמכה לפגיעה בחירויות הפרט.

**אין סמכות לבצע חקירה בלא הסמכה בחקיקה ראשית. חוק שיאפר חקיה מסוג זה צריך להיות כפוך לחו"י: כבוה"ח.**

מעמדו של השב"כ לא מעוגן בחקיקה ומהסמכות השיורית לא ניתן להסיק סמכות בנושא זה.

**הסמכות השיורית מתירה לממשלה לפעול במקום שקיים חלל מנהלי אך אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט.**

**העתירה התקבלה.**

**חשיבות- פסילה של פרקטיקה משמעותית תוך סירוב לעגן אותה בעקרון הסמכות השיורית**.

**האצלת סמכויות:** ס'33 לחו"י: הממשלה:

1. אם לממשלה יש סמכות היא רשאית להאציל אותה לאחד השרים
2. גם השר רשאי להאציל סמכויות.
3. אם הממשלה האצילה סמכות לשר היא יכולה להאצילה לעובד ציבור.

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

חו"י הממשלה אומר בצורה מפורשת שסמכות שנתונה בידי שר יכולה להאציל לעובד ציבור (ג).
יש פעמים שהמדינה לא מפסיקה לעסוק במשהו אבל היא מאצילה את זה מידיה.

**פלק נ' היועמ"ש**: עוסק בהאצלת סמכויות שלטוניות לגורמים פרטיים.

**רקע:** הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מורכבת מנציגים. החוק קובע כי יהיו בין נציגיה, נציגי רשויות מקומיות. נציגים אלו ימונו ע"י שר הפנים בהמלצת הרשויות. השאלה הנשאלת האם נציגי הרשות המקומית חייבים להיות עובדי הרשות המקומית או יכולים להיות נציגים חיצוניים? הנחיית היועמ"ש היא שהנציגים חייבים להיות עובדי הרשות המקומית.

**טענת העותרים:** עולים טיעונים נגד האצלת סמכויות. אומרים שיכולה להיות האצלה בתוך המערכת השלטונית, הממשלה לא מאצילה לגוף אחר. הדבר הבעייתי הוא האצלה לגוף פרטי או אדם פרטי שאיננו עובד מדינה. **הפס"ד לא ממש מתעסק בהאצלה.**

**ביהמ"ש:** דורנר נתנה 4 מבחנים לשלילת מנוי נציג חיצוני.

**מצא** קובע כי הבדיקה היא פרטנית מול כל נציג והוא סוקר את 4 המבחנים:

1. **מידת הבקיאות:** יכול להיות שאדם פרטי יהיה מודע למדיניות. זה שהוא לא נבחר ציבור לא מעיד על כך שהיכרותו מוגבלת.
2. **מחויבות לאינטרסים של הרשות המקומית:** מצא קובע כי זה לא הכרחי. ואם כבר, זה יכול להיות הפוך. נציגי הרשות המקומית יכולים לפעול לטובת בוחריהם וכו' ואדם פרטי ירגיש מחויב למילוי אינטרס של הרשות המבצעת.
3. **מידת פיקוח הרשות:** אפשר להפעיל פיקוח אפקטיבי על כל נציג.
4. **ניגוד עניינים:** מינוי נציג חיצוני מעורר חשש לניגוד עניינים, שהרי הנציג החיצוני (קבלן, יזם, אדריכל..) יפעל לטובת האינטרסים שלו. מצא קובע כי נכון שיכול להיות חשש כזה, אך יש לבדוק כל עניין לגופו.

לאור אלה, מצא קבע כי לא ניתן לשלול באופן גורף מינויים של נציגים חיצוניים רק משום היותם חיצוניים.

**ביהמ"ש אומר שאפשר ולגיטימי להאציל סמכות לאנשים פרטיים ע"מ למלא פונקציות שלטוניות.**

הדבר נוגד את חטיבת זכויות אדם שם נקבע כי אי אפשר להאציל סמכויות שלטוניות של כליאת בני אדם.

**חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (הקמת כלא פרטי):**

**רקע:**  ההסמכה בתיקון לפקודת בתי הסוהר מאפשרת הקמת בתי סוהר פרטיים בישראל. השאלה שמתעוררת בהקשר הזה היא האם ההסמכה הזו חוקתית? מה בסיס להכרעה של ביהמ"ש לפיו החוק לא חוקתי?

**ביהמ"ש** (ביניש)**:** קובע שהאצלת הסמכות **פוגעת בזכויות האסירים לחירות ולכבוד.** הפגיעה היא במובן הרעיוני- עצם קיומו של בית סוהר הפועל למטרות רווח פוגע בכבודם של האסירים. המדינה היא זו שלקחה את חירותם של האסירים והיא צריכה לדאוג להם- יש פה פגיעה חמורה ביותר בחירות. נקבע שהחוק אינו עומד בפסקת ההגבלה. **אפשר ללכת לשני כיוונים-** סמכות ושיקו"ד. ביהמ"ש במקרה זה בחר במסלול **שיקול הדעת**. נקבע שהחוק פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד ולא עומד בפסקת ההגבלה.

לרשות ביהמ"ש עמדו בסיסים אפשריים לפסילת החוק:

- מסלול מוסדי: שירותי הכליאה הופקדו בידי הרשות המבצעת ואין לה סמכות להפריטם.

- מסלול זכויות אדם: הפרטת שירותי הכליאה כרוכים בפגיעה בלתי צודקת בזכויות אדם.

**ביהמ"ש (ביניש) פסל את החוק מכיוון שפוגע בזכות החוקתית לחירות אישית וכבוד האדם.**

האם היה ניתן לפסול נימוק מוסדי? ניתן היה לטעון כי הפעולות הכרוכות בכליאה, סמכויות הנגזרות מהסמכות לכלוא, הן בהגדרתן סמכויות שלטוניות ולכן באופן עקרוני הן סמכויות הממשלה ולא ניתן להפקיד סמכויות ממשלתיות בידיים פרטיות.

למה היה מקום ללכת על המסלול המוסדי? מה היתרון? הטיעון המוסדי נראה על פניו ניטרלי, יש קביעה והכרעה שיש דברים שמהממשלה לא רשאית להאציל לידיים פרטיות. אין פה קביעה סובייקטיבית כמו בדיון על זכויות אדם, אלא שימוש בכללי המשחק.

למה השופטים בחרו בנתיב הזכויות ולא בטיעון המוסדי? ההימנעות נובעת מהיעדר בסיס חוקתי יציב לביקורת שיפוטית על החוק מטעמים מוסדיים.

**ביניש בוחרת במכשיר של פגיעה בזכות אך גם מעט במכשיר של מגבלה על האצלת סמכויות**.

לפי ס'1 לחו"י: הממשלה, הקובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת, סמכות הכליאה והפעלת בתי הכלא היא חלק **מהגרעין הקשה** של הסמכויות שחייבות להיות בידי הממשלה ולא יהיו מופרטות. יש צורך ביצירה של מנגנון איזון- פסקת הגבלה שלא קיימת בחו"י זה או לחלופים פיתוח תורה שלמה תוך הפעלת שיקו"ד שיפוטי. במקרה זה יש טיעון מוסדי בחסות זכויות אדם.

**סיכום: ביהמ"ש נותן סימנים ראשונים להגבלת האצלת סמכויות מרשות המדינה לרשויות או גורמים אחרים.**

הערת גידי: מה קורה בחו"י שותק? חסר בפס"ד דיון בפסקת ההגבלה- ביהמ"ש הולך על המסלול של הזכויות- זה מחמיר את הפגיעה בזכויות. האם יש יתרונות? מה התכלית? שיפור תנאי הכליאה. תכלית ראויה? מידתי? לא מתעסקים בזה.

איך אפשר להגיע למסקנה חד משמעית? אי אפשר. העותרים הצליחו לבלבל את ביהמ"ש. הם יצרו מעין תבנית של חשיבה של המסלול המוסדי.

**הפסקת כהונת שר או סגן שר**

ס'22ב' לחו"י: הממשלה נותנת לראש הממשלה סמכות לפטר שר מתפקידו.

**האם יש מקרים בהם קיימת חובה לפטר?**

**התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל-דרעי 1:**

**רקע:** מוגש כתב אישום נגד דרעי שר הפנים. רה"מ התחייב לא להוציא אותו מתפקידו בהסכם קואליציוני שנחתם בניהם. **שמגר** אומר שהסמכות הנתונה לרה"מ היא סמכות שבשיקו"ד. לעיתים סמכות זו הופכת לסמכות שבחובה. וכאשר רה"מ לא יפעיל את הסמכות, רשאי ביהמ"ש לקבוע כי נפל פגם היורד לשורש העניין.

**ביהמ"ש** (שמגר): העבירות המיוחסות לדרעי חמורות וההחלטה שלא לפטרו עולה כדי אי סבירות קיצונית. ביהמ"ש מבטל את החלטת רה"מ שלא לפטרו ומורה לו לעשות זאת.

**מה תוכנה המדויק של הלכת דרעי?**

**השופט זמיר** בבג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל:

מתייחס בפרשה מאוחרת יותר לנושא על סמך פרשות דרעי ופנחסי שנקבעה בהם הלכה שאם הוגש כתב אישום בעבירה חמורה נגד שר או סגן שר, קמה חובה על רה"מ להעביר את אותו שר מתפקידו. סירוב של רה"מ בנסיבות אלה יחשב חוסר סבירות קיצוני. ביהמ"ש יכול הנסיבות אלה להורות לרה"מ להעבירו.
**בג"צ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (צחי הנגבי 1):**

**רקע:**  העתירה מבקשת למנע את מינויו של ח"כ צחי הנגבי לתפקיד שר לביטחון פנים. לדעת העותרת המשיב אינו כשיר לכהונה בעיקר בשל מעורבותו ב4 פרשיות.

**ביהמ"ש:**

**חשין (מיעוט):** טוען כי מה שזמיר אמר אינו מדויק. כשקוראים את פרשות דרעי ופנחסי וההלכה המחייבת בהן, המסקנה מההלכה שונה. הוא אומר שכתב אישום בפני עצמו לא יכריע את גורלו של חבר ממשלה, זה לא מספיק. יש צורך שבנוסף לכתב האישום יהיו ראיות שמקימות סיכוי סביר להרשעה ושיהיה מדובר בעבירה חמורה שיש עמה **קלון**. חשין טוען שלא סביר שיועמ"ש יקבל סמכות כה גדולה להחליט אם שר או סגן שר יפוטר מתפקידו ע"י הגשת כתב אישום.

**דורנר (רוב):** לעילת הפסילה העולה מדרעי ופנחסי 2 יסודות: 1.כשיש ראיות מוצקות לביסוס כתב אישום 2. כאשר העבירות הן מסוג שיש עימו קלון. נשאר שיקו"ד כלשהו לרה"מ. במקרה דנן לא הוגש כתב אישום מפאת העדר סיכוי סביר להרשעה לכך יש ערך "מזכה" שעולה על זיכוי מחמת הספק. קשה להעלות על הדעת שנמנע מינוי של שר שביהמ"ש "זיכה" אותו, גם אם זה מחמת הספק. **העתירה נדחתה.**

**צמצום הלכות דרעי ופנחסי: היעדר כשירות לא חל על שר שנחשד אך טרם הוגש נגדו כתב אישום.**

**בג"צ אמיתי פנחסי נ' ראש הממשלה:** (העברת סגן שר מכהונתו).

**רקע:** הוגש כתב אישום נגד ח"כ פנחסי שמתפקד כסגן שר. היועמ"ש המליץ להסיר את חסינותו הדיונית, אך מליאת הכנסת הצביעה נגד. האם יכול להמשיך בתפקידו?

**ביהמ"ש: ברק** נכנס לדיון בשאלת ההבחנה בין נבחר ציבור לעובד ציבור. הוא אומר שלשיקול הדעת בהעברת נבחר ציבור מתפקידו צריך לתת יותר משקל, הוא נציג העם ונבחר על ידו. **ברק לא מקבל את ההבחנה בין נבחר ציבור לעובד ציבור.** כן סגן שר אינו נבחר ציבור (רק בהיבט היותו ח"כ אך לסגנות נבחר ע"י השר ורה"מ). הבחנה שכזו צריכה לפעול הפוך ממה שהתכוונו המשיבים- נבחר ציבור לא ייתן את הדין רק בפני הבוחר כי אם גם בפני ביהמ"ש. כמו כן, עליו לעמוד בנורמות מוסריות אף גבוהות משל עובד ציבור כי עליו לשמש דוגמא.

שיקול חשוב בפיטורי שר- **אמון הציבור** **בשלטון.**  העובדה שהכנסת לא הסירה את חסינותו של פנחסי ואין אפשרות להעמידו לדין הינה לרעתו, שכן האמון נפגע בצורה חריפה ומשלא יכולים האישומים שיש בהלם קלון להתברר בביהמ"ש, יש מקום **להעבירו מכהונתו ולא לחכות עד לסיום "הטבעי" של הכהונה**. ביהמ"ש החליט שאין מקום להחזיר את העניין לבחינה נוספת של רה"מ שכן בפניו הונחו כבר כל הנתונים ובכל זאת בחר שלא להעביר את פנחסי מכהונתו.

**הדמיון לפרשת דרעי-** בשני המקרים מדובר במשרות שלטוניות רמות ברשות המבצעת וחשד לביצוע עבירות חמורות. שני המקרים נפגם אמון הציבור מהמשך הכהונה.

**השוני מפרשת דרעי-**

1. האישומים נגד דרעי כבדים מאישומיו של פנחסי (אם כי בשניהם היה קלון).

2. בפרשת דרעי השאלה הייתה אם יש להמתין לצורך הפסקת כהונתו של השר עד לנטילת חסינותו ע"י הכנסת בעוד שבפרשת פנחסי החליטה כבר הכנסת שלא להסיר את חסינותו. ביהמ"ש מגיע בשני המקרים להחלטה להדיח על אף השוני בחומרת האישומים וזאת בשל עניין החסינות הדיונית שלא ננטלה מפנחסי והצורך לא להתיר כהונה לתקופה ממושכת בשל כך.

**העתירה התקבלה.**

חשין בג"צ 1993/03 התנועה למען איכויות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה. הכנסת מביעה אמון בממשלה כולה ועניינו של השר הספציפי נבלע בתוכה.

**האם הטיעון משכנע?**

**היעדר אפשרות להעמיד לדין- להיכן הוא מטה את הכף? (חסינות)**

האם חוק היסוד הפנים את הלכת דרעי ופנחסי?

**עקבות פרשיות דרעי ופנחסי מתוקן חו"י: הממשלה ונוספים סעיפים מפורטים- 23(ב) ו-27.**

**סעיף 23(ב):** ביהמ"ש צריך לקבוע אם בעבירה של שר יש קלון, אם נקבע שיש, תיפסק כהונת השר עם מתן פסק הדין.

**סעיף 27:**  אותו הדבר רק לגבי סגן שר.

דרעי ופנחסי טרם הורשעו כשביהמ"ש חייב בפיטוריהם. (למעשה, מדובר היה בשלב שטרם הוגש כתב האישום- אצל דרעי לפני הסרת חסינות ואצל פנחסי- לאחר שהובהר שהחסינות לא תוסר).

הכנסת מכירה את פסקי הדין שלהם ובוחרת שלא לעגן את ההלכה בהם אלא לקבוע הסדר אחר- ההלכה אומר שכאשר מוגש כתב אישום המייחס עבירות חמורות לשר או סגן שר חובה לפטרם. המחוקק קבע הסדר רק למצב של אחרי ההרשעה. כלומר, לא לעגן את הלכת בימה"ש אך גם לא סתר אותה בחוק.

**מגבלות על מינוי שרים:** ס'6(ג) לחו"י: הממשלה:חבר כנסת שהורשע בעבירה וישב בכלא לא יכול להתמנות לשר אם חלפו 7 שנים מיום סיום ריצוי עונשו (מדובר בעבירות שיש בהן קלון וריצוי עונש מאסר). מי שקובע אם היה קלון הוא יו"ר וועדת הבחירות המרכזית. הוא בוחן אם העבירה שביצע או מועמד לתפקיד שר בעבר נושאת קלון או לא.

**האם הסעיף ממצה?**

**בג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (צחי הנגבי 2):**

**רקע:**  עתירה כנגד מינוי הנגבי לסגן שר החוץ. הנגבי הואשם בדין אך לא הוטל עליו עונש מאסר. **מבחינת החוק הוא כשיר להתמנות לשר החוץ, אך העותרים טוענים שצריך להפעיל שיקול דעת בדבר נכונות מינויו.** יש ניסיון להשתמש בסעיף 6(ג), אבל סעיף זה נוגע לתפקיד שר ולא לתפקיד סגן שר.

**טענת העותרים:** העותרים טוענים שגם אם המינוי תקין מבחינה פורמלית, ההחלטה למנות לא תקינה ויש לעשות שימוש בסמכות שבסעיף 26 לחו"י: הממשלה. ומוסיפים שלא נשקלו שיקולים בדבר אמון הציבור או טוהר המידות בשלטון.

**ביהמ"ש:**  לא מקבל את השימוש בסעיף.

**גרוניס (מיעוט)**: כיום אין חלל חקיקתי בחו"י: הממשלה ובחו"י הכנסת יש הוראות מפורטות נוגע למינוי והפסקת כהונת שר. נגבי הורשע אך לא הוטל עליו עונש מאסר בפועל ואין הוראה בחו"י שחובה להפסיק את כהונתו ולכן אין צורך להשתמש בעילת הסבירות משום שיש הוראות ברורות (יש חוק ולכן לא צריך לפעול ע"פ הלכת דרעי).

**עמית:**  ניתן לשלב שיקול דעת יחד עם הכשירות- דבר זה יחזק את ההגנה על האינטרס הציבורי לניקיון כפיים בשלטון.

**העתירה נדחית.**

**בג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' רוה"מ (דרעי 2):**

**רקע:** עתירה בה מבקשים לפטר את דרעי מתפקיד שר הכלכלה שכן הוא לא ראוי לתפקיד, על אף שחלפו 14 שנים מאז שסיים לרצות את עונשו, וע"פ ס'6(ג) לחו"י: הממשלה מינויו תקין.

**ביהמ"ש:** גם ההסדר הקבוע בחוק לא ממצה, ועליו לעבור מבחני סבירות.

**חיות:** גם אם ישנה כשירות, צריך לבדוק אם שיקו"ד למינוי היה סביר. חיות אומרת שעברה תקופה של 13 שנים שהיא כמעט פי 2 ממה שקבוע בחוק. למרות שמדובר על עבירה שיש עמה קלון, יש לתת שיקול דעת רחב בידי רה"מ ולכן ביהמ"ש לא יתערב.

**מלצר:** כאשר מדובר ב"מקרה גבול" צריך לתת שיקול דעת רחב בהחלטה לרשות המבצעת.

**העתירה נדחית.**

**החלטה כן לפטר- האם יש מקרים דבהם החלטת ראש הממשלה לפטר הינה בלתי סבירה?**

**פוקס נ' ראש הממשלה:**

**רקע:** רה"מ מבקש להעביר את תוכנית ההתנתקות שעלולה לפגוע בביטחון המדינה. הוא מעלה את ההצעה בפני הממשלה, וערב לפני ההצבעה הוא מפטר 2 שרים שעלולים לפגוע בסיכויו להעביר את התוכנית. האם החלטתו היא בדין?

**העותרים:** הוא פיטר כדי להשיג רוב בהצבעה, מהלך לא דמוקרטי.

**ביהמ"ש:**

**הנשיא ברק:** גם סמכות שבשיקול דעת שנתונה לרה"מ תיעשה בסבירות ובתום לב, אחרת היא תהיה נתונה לביקורת שיפוטית. **מתי החלטה של רה"מ היא בלתי סבירה? יש לבצע איזון בין שני אינטרסים-**

1. שמירה על הדמוקרטיה מההבנה שכל שר הוא נציג של מפלגה שמייצגת ציבור.

2. ההבנה שצריך לאפשר לרה"מ לבצע את עבודתו ולעצב את הממשלה באופן שיתאים למדיניותה והתהליכים שהוא מוביל ...אליהם. האיזון הראוי הוא שרה"מ יפטר רק אם יש בכך כדי לקם את פעילות הממשלה.

השיקול העיקרי הוא האינטרס הציבורי. אם האם רה"מ יכול לפטר שר בשל השקפה פוליטית או התנגדות למהלך מדיני שרה"מ מוביל? רק אם הפיטור בכדי לקדם ולהיטיב עם הממשלה, בין אם זה לפני או אחרי ההצבעה.

**השופט לוי:**  החוק מנוסח באופן רחב כדי לאפשר שיקו"ד רחב לרה"מ, לוי ממליץ לכנסת לצמצם את סמכות רה"מ. עד שהכנסת לא תתקן, אין להתערב בהחלטתו.

**השופטת פרוקצ'יה:** רה"מ יכול לפטר רק כשמתעורר צורך מיוחד ודרמטי. כאן זה התקיים מכיוון שמדובר בתוכנית מרכזית בעל השפעה על החברה. אם מדובר במחלוקת שנוגעת בענייני מדיניות, צריך לקיים דיון בממשלה טרם הפיטורים. כשמודבר בנושא חשוב שנוגע לקווי היסוד של הממשלה, אין צורך לקיים דיון לפני פיטורים.

**העתירה נדחתה.**

**האם עמדתה משכנעת 🡨** לדעת גידי לא. במקרים דרמטיים והרי גורל, הגיוני שהשרים ייקחו חלק פעיל ולא שיהיה בסמכות רה"מ בלבד כי הם לא תואמים את דעתו.

**הלכה: החלטה על העברת שר מכהונתו צריכה להיות מבוססת על קידום והגשמת יעדי הממשלה, אולם גם טעמים פוליטיים הם כשרים, אם הם מקדמים את יעדי הממשלה. יש לשים לב לכך שהדבר נותן למעשה כוח רב בידי רה"מ, שיכול להשפיע על תוצאות הצבעה בממשלה באמצעות פיטורי שרים המתנגדים לו**.

**הרהורים:**

* אין לנו משטר נשיאותי, רה"מ ראשון שין שווים, אבל סמכות הפיטורים מעניקה לו סמכות קיצונית אשר משמשת כשוט בידי רה"מ על השרים.
* הפוך מפרוקצ'יה- אם רה"מ מחליט לשנות קווי מדיניות, יש לקיים דיון בממשלה ואף ללכת להצבעת אמון בכנסת. ככל שהדבר נוגע יותר לקווי היסוד של הממשלה- העניין מצדיק את הטעם באי פיטורי השר.
* בניגוד לברק- איש לא טען שיש לכבול את רה"מ לקווי המדיניות, מוטלת עליו החובה לשכנע את חבריו לממשלה שיש צורך לשנות כמו שמצופה ממנו בדרך דמוקרטית.

**בתי המשפט**

**מינוי שופטים:**

ס'4ב לחו"י השפיטה: קובע כי הוועדה תהיה של תשעה חברים וקובע את הרכבה.

ס'6(3א) לחוק בתי במשפט (שהוסף בשנת 2014): לפחות אחד מנציגי שופטי בית המשפט העליון בוועדה, לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים

ס'6א' לחוק (שהוסף בשנת 2004): חבר הועדה יצביע ע"פ שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר הועדה.

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

(ב) אלה רשאים להציע מועמדים: שר המשפטים, נשיא ביהמ"ש העליון, שלושה חברי הועדה כאחד. (ג1) הצעת הועדה על מינויו של שופט תהיה על דעת רוב חבריה שהשתתפו בהצבעה.

**בשנת 2008 יזם גדעון סער את התיקון הבא, שנוסף כסעיף משנה 2 לסעיף קטן ג**: שיהיה רוב של שבעה לצורך מינוי לביהמ"ש העליון. בפועל- זה יצר סמכות וטו לביהמ"ש העליון למינוי שופט לעליון.
**בג"צ פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים:**

**רקע:** שר המשפטים רוצה לכנס את הוועדה לבחירת שופטים ונציגי השופטים אומרים שהם לא מוכנים להגיע. הוא רואה שזהו המצב ומחליט לא לכנס את הוועדה. הסיבה בגינה הם מסרבים לבוא היא שהממשלה היא ממשלת מעבר.

**טענת העותרים:** ל**וועדה למינוי שופטים יש מאפיינים מיוחדים**- היא מקצועית והשופטים שנבחרים כפופים רק לדין, הם לא קשורים לפוליטיקה. בנוסף, מתבצעים מינויים שהם לא פחות חשובים ומעבר לכך יש פגיעה באמון הציבור.

**ביהמ"ש:** לוועדה למינוי שופטים אכן יש מאפיינים ייחודיים. אך, לא מצאנו כי ניתן לומר שהמאפיינים הללו מחייבים את המסקנה כי ההחלטה שלא לכנס את הוועדה בעת הזו אינה סבירה.

**ריבלין:** ישנו כבוד הדדי בוועדה, השר ביטא כבוד לחברי הוועדה האחרים ואי אפשר לבוא על כך בטרוניה. ומוסיף כי זאת לא שאלה שפיטה. ובנוסף על כך, ביהמ"ש אומר שההחלטה לא למנות במהלך ממשלת מעבר תבוקר פחות מאשר החלטה למנות במהלך ממשלת מעבר.

\*גידי: הטיעון שלא לעשות לעומת כן הגיוני. אך מדובר במהלך מפוקפק בכך שהרצון לא למנות באותו זמן הגיע מביהמ"ש שדחה את התביעה.

**התביעה נדחית**.

**האם הביקורת השיפוטית שלנו (החוקתית) היא ריכוזית או ביזורית?**

1. ריכוזית- רק ביהמ"ש אחד. השיטה יוצאת מנק' הנחה כי נושאים חקיקתיים הם נושאים פוליטיים רווים בהשקפת עולם ולכן יש מקום להפריד ממערכת שיפוטית רגילה (בישראל- בג"ץ).
2. ביזורית- כל ביהמ"ש רשאי לפסול חקיקה. אפשר לתקוף חוק בתקיפה ישירה בכל ביהמ"ש. (נהוג בארה"ב).

מה המצב בישראל?

ישראל נמצאת באמצע. תקיפה ישירה רק בעתירה לבג"צ. ועתירה עקיפה אפשרית בכל ביהמ"ש.

**בג"צ מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה:**

**רקע:** בין ההסתדרות הכללית להתאחדות התעשיינים יש הסכמי עבודה. ההסתדרות מגישה בקשה לדיון בסכסוך בטענה שהתאחדות התעשיינים לא מקיימת את ההסכמים. ההסתדרות מבקשת מבית הדין לעבודה שיכריז כי ההסכמים תקפים. היא מבקשת מביהמ"ש שיקבע שהוראות החוק החדש שמונע מההתאחדות לקיים את ההסכם לא תקפות.

**טענת העותרים**: המדינה עותרת לבג"ץ נגד **בית הדין הארצי לעבודה בטענה שהוא לא מוסמך לדון בתוקפו של חוק.**

**ביהמ"ש**: ההסתדרות הייתה רשאית לפנות לביה"ד הארצי לעבודה שיצהיר על תקפות ההסכמים. גם אם כתוצאה מכך היה צריך ביה"ד לדון ולהכריע בשאלת תקפותו של חוק המתן, **זוהי חלק מסמכותו הנגררת**.

**לוי (מיעוט)**: אין באמת מחלוקת בין ההסתדרות להתאחדות. שניהם רואים את עצמם מחויבים להסכם ומה שמונע מהם לעשות זאת זה החוק. במצב הזה, **ההסתדרות הייתה צריכה לפנות לבג"ץ ולטעון לבטלות החוק החדש**. לא שיטה ריכוזית אך גם לא ביזורית. נעשית כאן תקיפה ישירה מכיוון שאין מחלוקת אמיתית בין הצדדים והתקיפה צריכה להיעשות בבג"ץ.

**בג"צ בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר:**

**רקע:** עתירה כנגד חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011 המסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים או נתמכים, במקום בו נמצא כי הגוף הוציא הוצאה שהיא במהותה: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.
**ביהמ"ש:** השופטת נאור דוחה את העתירה מ2 טענות:

א. **עילת אי בשלות:** לאור העובדה שהחוק טרם הופעל ולכן קשה להעריך את שאלת חוקתיותו.

ב. **סעד חלופי**: נאור אומר שהם צריכים לחזור עם הדיון ל**ביהמ"ש לעניינים מנהליים.** במקרים של תקיפת חוק עקיפה ....בביהמ"ש לעניינים מנהליים תעשה ע"י זה שיזם את ההליך.

\*ספיר אומר שזו לא בדיוק תקיפה עקיפה כיוון שיש פה במובהק תקיפה ישירה. אם העותר הוא זה שמעלה את נושא האי חוקתיות של החוק.

ביהמ"ש מייצר מנגנון של ביקורת שיפוטית ביזורית. לא נדונים רק בבג"ץ ויחד עם זאת הוא עדיין זה שאומר את המילה האחרונה.

**סיכום: מה קיים בישראל? פורמלית- ביזורי משולב עם ריכוזי. בפועל- לפי פסיקת ביהמ"ש העליון, המודל הביזורי.**

**איזה פס"ד יותר מרחיק לכת?**

מצד אחד, האחרון מוסיף על הראשון. בראשון העותרים נקטו תקיפה עקיפה וביהמ"ש לא התנגד. באחרון, העותרים ביקשו לנקוט תקיפה ישירה וביהמ"ש מורה להם לפעול בדרך של תקיפה עקיפה. כלומר- האחרון מרחיק יותר כי העליון אומר להם ללכת למחוזי ודוחף למודל הביזורי.

מצד שני, בראשון לא הייתה מחלוקת אמיתית למעט השאלה החוקתית ובאחרון, תיתכן מחלוקת אמיתית נוסף על שאלת חוקתיותו של החוק- בשאלה אם התקיימה העילה להפחתת הכספים.

**נשיא המדינה**

חו"י: נשיא המדינה- לקרוא

**רובינשטיין ומדינה- פרק 20**:

1. **הקדמה**: לנשיא סמכויות מעטות. פרט לתפקידים טקסיים במהותם, יש לנשיא רק 3 סמכויות, הכרוכות במידה מסוימת של שיקול דעת: 1) מתן חנינות והפחתת עונשים. 2) הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת. 3) הסמכה לפיזור הכנסת והקדמת הבחירות, לפי בקשת רה"מ.

**הנשיא אינו רשאי לכהן בתפקיד נוסף כלשהו**.

1. **בחירת נשיא המדינה וסיום כהונתו**: נשיא המדינה נבחר ע"י הכנסת. בחירתו נערכת בזמנים בין 90 יום לפני סיום כהונתו של הנשיא הנוכחי ועד ל-30 יום לפני. תוקפת כהונת הנשיא בת 7 שנים והוא נבחר פעם אחת בלבד.

בעבר, כהונת נשיא הייתה 5 שנים, והוא רשאי היה להיבחר בשנית. אך מצב זה עשוי לפגוע במעמדו המיוחד של הנשיא הנדרש להשתתף במערכת בחירות (אופן עקיף) להבטחת בחירתו מחדש לתפקיד.

סיום התפקיד יהיה: התפטרות, העברה מתפקיד ע"י הכנסת מטעמי בריאות או התנהגות לא הולמת. יו"ר הכנסת הוא ממלא המקום של הנשיא, עם זאת לא נהוג שיו"ר הכנסת מפעיל את סמכויות הנשיא בהעדרו.

1. **תפקידי הנשיא, סמכויותיו וחסינותו:** במסגרת התפקיד ישנן מגבלות: הוא אינו רשאי לכהן במשרה כלשהי חוץ מתפקידו כנשיא. הוא אינו יכול לכהן כמועמד בבחירות לכנסת. בכך ניתן ביטוי למעמדו הא-פוליטי של מוסד הנשיאות.
* **הנשיא רשאי לצאת לחו"ל רק באישור הממשלה**, וכאשר יוצא מגבולות המדינה הוא מפסיק זמנית למלא את תפקידו עד שיחזור.
* **הנשיא בעל פריווילגיות מסוימות:** חסינות בפני דיון פלילי, פטור משירותי חובה, משכורת נקבעת ע"י הכנסת. החסינות קבועה בחוק ולא חלה על פעולות שלא רלוונטיות למילוי תפקידו.
* **הנשיא חסין בפני ביקורת שיפוטית.** לפיכך, עתירה המוגשת כנגדו, בה מתבקש ביהמ"ש לבחון את תוקפה של החלטת הנשיא, תידחה על הסף.
* **על הנשיא מוטל התפקיד לתת תוקף פורמלי להחלטות שלטוניות וגופים אחרים.** חתימה על חוקים, אמנות עם מדינות חוץ, מינוי שופטים ושל נושאי משרה אחרים בגופים ציבוריים. פעילותו היא סמלית בלבד.
* **הנשיא מטיל על ח"כ את תפקיד הרכבת הממשלה.** וגם מקבל את כתב ההתפטרות של רה"מ וגם פיזור הכנסת טעונה הסכמת נשיא.
1. **סמכות חנינה:** מנוסח החוק עולה כי המרת עונש חייבת להיות בגדר הקלה בעונש. אולם, לא תמיד ברור מתי המרה היא בגדר הקלה ואם נדרשת לכך הסכמת הניחן: ייתכן שהמרת עונש מאסר קל בקנס כספי כבד תיחשב לאחד הקלה ולאחר החמרה. לכן יש טעם בגישה הדורשת את הסכמת הניחן. הקלה בעונש תהא מתוך העונשים הנמנים בגין העבירה הנדונה בסולם העונשים של החוק. הנשיא רשאי להתנות את ההקלה בעונש בקיומו של תנאי. באשר לקנסות, חנינה מלאה מוחקת הרשעות אך לא משיבה קנס ששולם. הרשעה שהנשיא נתן עליה חנינה מלאה, נמחקת לחלוטין. על כן, ראיה שיש בה גילוי הרשעה שנמחקה לא תהיה קבילה בהליך משפטי. עם זאת, במינוי תפקידים ממשלתיים, יש להתחשב בהרשעה על אף שניתנה חנינה. בכך ניתנת עדיפות לאינטרס הציבורי בדבר הבטחת מינויים מתאימים בשירות הציבורי. **הנשיא גם רשאי לחון חשודים טרם עמידתם לדין**. לדעת הכותב, אין זה ראוי להשתמש בסמכות זו, שכן היא מסורה ליועמ"ש ואופן הפעלתה נתונה לביקורת שיפוטית.

ע"פ הנוהג, הנשיא מסתפק בנימוק תמציתי בלבד להחלטה לסרב להעניק חנינה ולעיתים ללא נימוק כלל. לדעת הכותב, הנוהג פסול מאחר ואין הבדל בין סמכות זו לסמכות שלטונית אחרת, ולכן יש צורך עקרוני בפומביות החנינה והנמקתה.

**האם רשאי הנשיא להעניק חנינה ע"מ לתקן הכרעות שיפוטיות הגורמות, לדעתו, "עיוות דין", כלומר מכוח "מידת הדין" ולאו דווקא "מידת הרחמים"?**

לדעת הכותב אין מניעה להכיר בסמכות הנשיא גם לשם תיקון "עיוות דין". החנינה מבטאת בחינה של השאלה באיזו מידה ראוי לממש את הקביעה השיפוטית העקרונית. רשאי הנשיא בהחלטתו להתחשב גם בנסיבות שהיו ידועות כבר בעת מתן הפס"ד, הן נסיבות ביצוע העבירה ותוצאותיה והן הנסיבות האישיות של העבריין.

**מנגנוני פיקוח**

**היועץ המשפטי לממשלה**

**איך ממנים יועמ"ש?**בעבר היה מקובל שהממשלה תמנה/תפטר יועמ"ש ע"פ רצונה. נק' המפנה הייתה בפרשת בראון שם הטענה הייתה על עסקה שבעקבותיה מונה עו"ד בראון ליועמ"ש. בעקבות פס"ד זה הוקמה **ועדת שמגר** שהמליצה על שינוי דרך המינוי של היועמ"ש. הממשלה אימצה את דוח הוועדה, וקבעה את דרך המינוי הבאה:

1. תוקם ועדת איתור קבועה אשר תסנן את המועמדים הראויים, ומתוכם תמנה יועמ"ש. משך כהונתה של כל ועדה יהיה ארבע שנים.
2. יו"ר הוועדה יהיה שופט ביהמ"ש העליון בדימוס, אשר ייבחר בידי נשיא ביהמ"ש העליון באישור שר המשפטים. שאר חברי הוועדה יהיו: שר משפטים לשעבר או יועמ"ש לשעבר שימונה ע"י הממשלה, ח"כ שייבחר ע"י ועדת החוקה, חוק ומשפט, איש אקדמיה מתחום המשפטים שימונה ע"י פורום שחברים בו דקני הפקולטות למשפטים, עורך דין שייבחר ע"י המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין.
3. רשאים להציע מועמדים: רה"מ, שר המשפטים וחבר הוועדה.
4. תנאי כשירות- מי שכשיר להתמנות לשופט ביהמ"ש העליון.
5. הוועדה תגיש המלצה קונקרטית אך יכולה לתת יותר משם אחד.
6. אורך הקדנציה של היועמ"ש יהיה שש שנים, ללא הארכה וללא קשר לכהונת הממשלה.
7. הממשלה רשאית להעביר אותו מתפקידו בשל חילוקי דעות המונעים שיתוף פעולה יעיל. במקרה זה תתכנס ועדת האיתור ותדון בעניין בכתב. אולם, דעת הוועדה אינה מחייבת והממשלה רשאית להחליט אם לפטרו.

**מרגע שנבחר היועמ"ש יש לו 4 סמכויות:**

1. ראשות התביעה בכללית- הסמכות להעמיד לדין ע"י הגשת כתב אישום ולהורות על עיכוב הליכים.

2. ייצוג רשויות השלטון בערכאות שיפוטיות.

3. ייעוץ משפטי לממשלה ושאר רשויות השלטון- קביעת מצבם המשפטי בסוגיות שונות.

4. קידום שלטון החוק- הגנה על האינטרס הציבורי.

**מהם תפקידי היועץ?**

**ייצוג:** היועמ"ש מייצג את הממשלה בהליכים פליליים. בהליכים אזרחיים היועמ"ש ייצג או בא כוחו. התפיסה היום היא שהיועמ"ש משמיע מלפני ביהמ"ש את חוו"ד המשפטית והוא יכול להתנער מאחריות על כל פעולה של הרשות השלטונית שנוגדת את עמדתו המשפטית. היועמ"ש רשאי להציג בפני ביהמ"ש גם את עמדת הרשות.

**בג"ץ אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל (רבין):**

**רקע:** רה"מ ביקש מהיועמ"ש להציג את עמדתו בנושא העברת הסגן שר פנחסי מתפקידו בפני ביהמ"ש. עמדת רה"מ הייתה כי אין חובה להעבירו מתפקידו עקב האישומים המיוחסים לו ואף לא להביא את הנושא להכרעת הממשלה.

**טענות העותרת:** הטענה נגד פרקליטות המדינה כי היא מייצגת גם את רה"מ וגם את היועמ"ש אשר עמדותיהם סותרות ואין היא רשאית לכך, ע"פ כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין.

**ביהמ"ש** (ברק): יש טעות בהבנת העותר. הפרקליטות מייצגת רק את רה"מ. ע"פ העמדה שגובשה בוועדת אגרנט 62', היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. תפקידו של היועמ"ש לא מוגדר בחוק. **חוו"ד של היועמ"ש היא המשקפת לממשלה את המצב המשפטי, וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקה את פעולות הרשות.** היועמ"ש יכול לבחור לא לייצג את הממשלה אם לדעתו היא לא פועלת כראוי. יש על הממשלה ביקורת שיפוטית במקרה והיא תעשה כך. מסקנת הדברים היא שהייתה כאן ייצוג דעה אחת, שהיא ההחלטה של היועמ"ש כיצד לייצג את רה"מ, **העתירה נדחית.**

 **בג"ץ התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (דרעי):**

**רקע:** דרעי מכהן כשר, בשלב מסוים, הוחלט להגיש כתב אישום נגדו. לדעת היועמ"ש על רה"מ לפטר אותו מתפקידו. רה"מ מתנגד לכך וסותר את חוו"ד המשפטית המחייבת של היועמ"ש.

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

\*גידי- היה ראוי שבמידה ואין הסכמה בין היועץ לרה"מ, היועץ יזוז ממקומו ולממשלה תהא אפשרות לבחור ייצוג אחר במקומו.

**ייעוץ:** וועדת אגרנט משנת 1962 הציעה כך:

1. הסדר הטוב במדינה מחייב כי בדר"כ תתייחס הממשלה לחוו"ד של היועמ"ש כמשקפת את החוק הקיים, כל עוד לא פסק ביהמ"ש אחרת.
2. על אף האמור לעיל רשאית הממשלה להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים לפי שיקול דעתה שלה למרות זאת, במאמר משנת '86, שנכתב בעקבות פרשת קו 300, כתב היועמ"ש דאז, יצחק זמיר, כי ועדת אגרנט קבעה במסקנותיה שני כללים: **הכלל האחד הוא שבשאלות משפטיות הממשלה כפופה לחוות דעתו של היועמ"ש, והכלל האחר הוא שרק היועמ"ש יכול לייצג את המדינה**.
3. בפרשת אמיתי השופט ברק אימץ את פרשנותו של זמיר וקבע כי חוות דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה.

**הקשר בין ייעוץ לייצוג:**

מבחינה מנהלית יש בישראל הפרדה בין מתן ייעוץ לממשלה לבין ייצוגה. היועמ"שים של משרדי הממשלה מייעצים למשרדיהם ומחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים מייעצת לממשלה בכללותה. ואילו הפרקליטות מייצגת את המדינה בערכאות השונות.

בפועל, היועמ"ש ממונה הן על מערך הייעוץ והן על הייצוג. ולחוסר ההפרדה בין השניים בישראל יש השפעה מכרעת על אופן ייצוגה של המדינה כמפורט להלן:

**בפרשת אמיתי**, הסיק ביהמ"ש מן העובדה שהיועמ"ש הוא פרשן מוסמך של החוק בעבור הממשלה את סמכותו להחליט לייצגה בביהמ"ש גם כנגד עמדה של הממשלה עצמה.

אי ההפרדה ניכר בתופעות אחרות, למשל במסגרת נוהל שהתפתח במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה המכונה "קדם בג"ץ". עותר יכול לפנות למחלקה בטענה כי נעשה לו עוול ע"י אחת מרשויות השלטון. המחלקה, שתפקידה לייצג את המדינה, שוקלת אם לקבל את "עתירתו" של המתלונן. אם מחליטה בחיוב, היא פונה לרשות ומייעצת לה (חובה מכוח סמכותו של היועמ"ש) לשנות את עמדתה מכיוון שתלונות מעין אלה הן לעיתים צעד מקדמי לפני עתירה לבג"ץ. המחלקה יכולה להודיע לרשות כי אם תסרב לקבל את דעתה, היא לא תוכל להגן עלי בפני ביהמ"ש.

**האם ניתן לזהות שינוי מגמה?**

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

**רקע:** עתירה נגד מדיניות אכיפת חוק איסור הונאה בכשרות שמבצעת הרבנות הראשית לישראל. הרבנים הראשיים רצו להציג עמדה מסוימת, אך היועמ"ש סירב והתעקש להציג בשמם עמדה המנוגדת לעמדתם האותנטית.

**ביהמ"ש**: בזמן הדיון בבג"ץ, השופטים אמרו לבא כוח המדינה שהציג את עמדת היועמ"ש, שנודע להם כי לרבנות עמדה שונה מזו שמציג בשמה. בא כוח המדינה טען שהעמדה המשפטית של הרבנות היא עמדת היועץ ולא משנה מהי עמדתה האותנטית. **השופטים עצרו את הדיון והורו על אחד חדש, שבו יועמ"ש של הרבנות יציג בפניהם את עמדתם של הרבנים, בעוד מי שהופיע כבא כוח המדינה, יציג בפניהם במקביל את עמדת היועמ"ש.**

**אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה:**

**רקע:** בג"ץ פסל את החלטת שר המדע שלא למנות את פרופ' יעל אמיתי לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל, בשל חתימתה בשנת 2002 על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים "המסרבים לשרת כחיילים בשטחים הכבושים". דעת השר היא כנגד דעת היועמ"ש. האם היועמ"ש מוסמך להחליט לא להגן על החלטת שר בממשלה ולא לאפשר לאותו שר להיות מיוצג ע"י עו"ד פרטי שיגן על החלטתו?

**ביהמ"ש:**

**שטיין:** האם השר נפגע מכך? לפי ועדת שמגר, היועמ"ש בוודאי אינו מחויב לטעון בפני ביהמ"ש טענות שאינו מאמין בנכונותן. עליו לאפשר לרשות להציג את עמדתה באמצעות עו"ד אחר, מטעמו או שלא מטעמו. וזאת במטרה שעמדת השר תגיע לדיון בביהמ"ש. ייצוג של אדם או רשות שלטונית בביהמ"ש הוא חופש הביטוי שלו במסגרת הליך שיפוטי.

**קרא:** מאמין שהעובדה שהשר לא קיבל ייצוג של עו"ד פרטי בגלל שהיועמ"ש לא הסכים לייצגו אינה בעייתית מאחר שההלכה קובעת שעמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש.

**השופט שטיין חולק על קרא, לדעתו זו לא הלכה מחייבת שהמדינה תהיה מיוצגת רק ע"י היועמ"ש.**

**ביקורת המדינה**

חו"י: מבקר המדינה- לקרוא.

**רובינשטיין ומדינה- פרק 10(ה)2**:

* **מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא תלוי בממשלה-** הכנסת בוחרת את מבקר המדינה ולה מוגשים דו"חות הביקורת ומוסמכת, כמו גם הממשלה לדרוש מן המבקר להכין חוו"ד בכל עניין שבתחום תפקידו.
* **מבקר המדינה הוא גורם עצמאי.** אינו פעיל בחיים הפוליטיים, ומטלות עליו ועל משרדו מגבלות חמורות ביחס לעסוק בעת הכהונה ואף לאחריה.
* **הגופים המבוקרים הם:** משרדי הממשלה, רשויות מקומיות ומוסדות של המדינה וגם גופים נתמכים ע"י המדינה ואף ארגון עובדים כולל בסייגים מסוימים.
* **היקף הביקורת:** חשבונאות, בדיקת תקינות המנהל, שמירת החוק והיענות לתלונות הציבור, יעילות עבודתם של הגופים, הפקת לקחים ויישום ממצאי הביקורת בעבר, בחינת "טוהר המידות".
* **סמכויותיו:** חובה למסור לידיו דו"חות כספיים שנתיים, תסקיר פעולות וכל מידע נוסף שידרוש מהם. סמכויות חקירה, חיוב כל אדם להעיד בפניו ולמסור לו מידע.
* **הדיון בממצאי הביקורת** מסור לוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת. רה"מ נדרש למסור את תגובתו לדו"ח הביקורת בתוך 10 שבועות מקבלתו.
* לפי התפיסה המקובלת,  **ביהמ"ש נמנע כמעט לחלוטין מהחלת ביקורת שיפוטית כנגד תקפותם של ממצאים של מבקר המדינה,** והוא מותיר את מלאכת הבירור לכנסת.
* לפי המדיניות כיום, במקרים בהם מדובר בניצול לרעה של תפקיד או בחשש לפגיעה בטוהר המידות, **אין המבקר נמנע עוד מפרסום שמותיהם של המעורבים בעניין.** על כן, פרסום בפומבי הוא אמצעי אכיפה מרכזי בידי מבקר המדינה.
* ממצאי הביקורת אינם בעלי מעמד נורמטיבי מחייב, אך ניתן לראות שבנוגע לחוק מימון המפלגות, **קביעות המבקר הן מחייבות.**
* **מבקר המדינה מכהן גם כנציב תלונות הציבור.** כל אדם רשאי להגיש תלונה למבקר על הגופים המבוקרים. אפשרות לפנייה למבקר איננה שוללת את האפשרות להגיש עתירה לערכאות.

**וועדות חקירה**

חוק וועדות חקירה סעיפים 1 ו4.

חוק מבקר המדינה סעיפים 14(ב)- 14(ב1).

**רובינשטיין ומדינה- פרק 19**:

1. **מבוא:**
* **ועדות חקירה-** אמצעי מקובל במנהל הציבורי לשם השגת מידע רלוונטי בדרך של איסוף מידע, קיום חקירה ושמיעת עמדותיהם של גורמים וגופים מקצועיים וגיבוש המלצות ואלו נועדו לשמש "חומר עזר" לרשות עצמה כחלק מתהליך הפעלת שיקו"ד השלטוני.
* **ועדת חקירה ממלכתית-** גוף שמקימה הרשות המבצעת לצורך בירור עובדתי וקביעת המלצות באשר לדרכי פעולה לעתיד. הן משמרות אמצעי חשוב והן בעלות השפעה. למעשה, דומות לערכאות שיפוטיות מאשר לוועדות בדיקה ובירור.
* **ועדות חקירה פרלמנטריות-** חבריהן הם ח"כים, עוסקות בדיונים בעלי אופי מקצועי וענייני ולא אופי שיפוטי מפלגתי.
1. **כינונה של ועדת חקירה ממלכתית ואופן פעולתה:**
* **ההחלטה על כינון ועדת חקירה וקביעת נושא החקירה-** הסמכות להקים ועדת חקירה מסורה לממשלה. הנושאים שהיא חוקרת כפופים ל2 סוגי מגבלות:

**א. פורמלי-** כתב מינוי התוחם את סמכויותיה של הועדה.

**ב.** **מהותי-** נובע מעקרונות היסוד של השיטה ומעצם מהותה של ועדת חקירה.

על הממשלה להסמיך ועדות חקירה לעסוק בנושאים, הנכללים בגדר סמכותה של הממשלה ולא בנושאים הנכללים בסמכויותיה של הרשות השופטת כחלק מהפרדת רשויות. הממשלה איינה רשאית להקים ועדת חקירה שמהווה התערבות בענייני השופטת, ובמקרים כאלו, ביהמ"ש יורה להימנע מהקמת הוועדה.

עקרונית, הוועדה אינה מיועדת לשמש אמצעי לחקור ולהעריך ח"כים מהסיבה שלא יעשה בה שימוש ע"י הממשלה בכדי לצמצם את חופש הפעולה של הח"כים. עם זאת, בנסיבות בהן פעילותם של הח"כים היא בעלת השפעה מהותית על אירועים החוקרת הועדה, אנו סבורים כי אין מניעה שהוועדה תדון גם ביחס לפעולות אלו.

* **קביעת הרכב הוועדה-** נשיא ביהמ"ש העליון הוא הממנה את יו"ר הועדה ושאר החברים. בוועדה מכהנים 3 חברים או מספר אי-זוגי גדול יותר, לפי קביעת הממשלה לאחר התייעצות עם נשיא ביהמ"ש עליון. בראש הוועדה מכהן שופט עליון/מחוזי. ישנו צורך ממשי שבוועדה לא יכהנו חברים בעלי ניגוד עניינים/דעה קדומה בנושא הנחקר.
* **הליכי הדיון בוועדה-** הוועדה מוסמכת להזמין כל אדם לבוא ולהעיד בפניה, להציג מסמכים שברשותו, לכפות ציות להזמנה זו בדומה לסמכויות המסורות בעניין לביהמ"ש בהליך אזרחי, ולהטיל קנס על אדם שאינו מציית להזמנה. הוועדה מוסמכת להוציא צו חיפוש, אם מדובר בממצא נחוץ לחקירה. **פומביות הדיון:** פרוטוקול הדיונים מתפרסם, אלא אם החליטה שלא לפרסם את הדו"ח מטעמים ביטחוניים, מדיניים, כלכליים או הגנה של שלום האדם. בהתאם לזאת, יש זכות לכל אדם/תאגיד זכות טיעון אם ממצאי החקירה עלולים לפגוע בו.
1. **מעמדם של הממצאים של ועדת החקירה הממלכתית:** על הממשלה מוטלת החובה לאמץ את הממצאים העובדתיים של הוועדה. כך שאלה ישמשו תשתית עובדתית להכרעותיה של הממשלה, אך אין זה מחייב אותה להחליט על פיה. להמלצות יש משקל רב ביחס לכשירות של אישים לכהן במשרות ציבוריות. ממציאיהן של ועדות החקירה ביחס לנושאי משרה אינם מבטאים בהכרח קביעת אחריות "משפטית", כלומר קביעה כי נושאי המשרה הפרו חובה המוטלת עליהם בחוק. לפי נוהג, **מאמצת הממשלה כעניין שבשגרה את המלצותיה בתחום האישי.**
2. **ועדת חקירה פרלמנטרית:** הכנסת רשאית להקים ועדת חקירה לעניין המועלה בדין וחשבון של מבקר המדינה. בנושאים אחרים, מוסמכת להקים ועדת חקירה פרלמנטרית. לוועדה זו אין סמכויות חקירה וכפייה אחרות ואף זימון עדים.

ההחלטה להקמת וועדה כוללת 3 שלבים: 1) החלטה של המליאה להעביר הצעה להקים ועדת חקירה לוועדת הכנסת. 2) המלצה לוועדת הכנסת להקים את הוועדה, תוך פירוט סמכויותיה ותפקידיה. 3) אישור ההצעה ע"י מליאת הכנסת.

**זכויות אזרח**

**מידתיות ונוסחאות איזון אחרות**

"נוסחת האיזון" מופיעה בפסקת ההגבלה. היום מכונה מבחני המידתיות למרות שזה לא רק מידתיות.

לפני פסקת ההגבלה, היו נוסחאות איזון אחרות (**פרשת דיין, חורב**). ננסה להבין מה היחס בין המבחנים הישנים למבחנים החדשים של המידתיות, האם הישנים עדיין רלוונטיים?

עד 92', מבחני האיזון שתפקידם להתמודד עם סיטואציה של התנגשות זכויות או בין זכות לאינטרס נחלקו ל2:

א. **איזון אנכי**= הכרעה. העדפה מלאה של ערך אחד על פני אינטרס.

ב. **איזון אופקי**= פשרה. וויתור הדדי של כל אחד מהערכים המתנגשים.

באופן כללי, למרות ששתי הנוסחאות אופציונאליות במצב של התנגשות ערכים, אפשר לומר שהשימוש שנעשה באיזון אנכי נעשה בין זכות למול אינטרס והאופקי כשמדובר בזכות אל מול זכות.

הנימוק- איזון אופקי מתבצע בין שני ערכים שווי מעמד, ואילו אנכי הופעל במצב של שני ערכים שונים במשקלם.

**האיזון האנכי** הופעל בין ערכים שאינם במשקל שווה. ברטוריקה השיפוטית, הערך החשוב ביותר הוא אינטרס הציבור. לכן, נניח וחופש הביטוי מול ביטחון המדינה מתנגשים, ביהמ"ש יעדיף את ביטחון המדינה על חופש הביטוי, בהתקיים תנאי שכולל שני רכיבים: 1. הסתברות הפגיעה באינטרס. 2. עוצמת הפגיעה.

אם ביהמ"ש סבור ש2 התנאים התמלאו- שאם לא ישללו את הזכות, אז האינטרס עלול להיפגע בעוצמה, הוא יעדיף את האינטרס. ההסתברות צריכה להיות ברמה של **קרובה לוודאות** ועוצמת הפגיעה צריכה להיות **ממשית,** אם זה לא המצב- ייתנו הגנה מלאה לחופש הביטוי.

**באיזון האופקי** יותר פשוט, לא שוללים אף אחד. מכל אחד נותנים ולוקחים קצת. אין ערך שמקבל הגנה מלאה.

בפועל, ביהמ"ש נתן עדיפות לזכויות לעומת אינטרסים. עדיפות מלאה, כלומר, ויתור על אינטרס. הבחירה באיזון האנכי חיזקה משמעותית את הזכות, שכן היא לא נדרשה לעשות ויתור קל.

**על מבחנים אלו נמתחה ביקורת ע"י השופט זמיר:** כשיש שני ערכים חשובים, לעולם צריך לראות אם אפשר לפשר ביניהם, ואם כן- עד כמה. השלב השני יגיע רק אם מתברר שלא ניתן לפשר, במקרים אלו יהיה הכרח להכריע בין הערכים, גם אם מדובר בעימות בין שתי זכויות. **זמיר טוען כי צריך תמיד להתחיל עם איזון אופקי, ואם אין ברירה, נעבור לאיזון אנכי.**

**פשרה והכרעה במבחני איזון הישנים**

**בג"ץ דיין נ' מפקד מחוז ירושלים:** קיום הפגנה מול בית הרב עובדיה יוסף- ברק מתייחס למבחני האיזון:

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

**טענת העותר:** פגיעה חופש הביטוי והפליה מצד המשטרה שבעבר התירה קיום הפגנות מול בתיהם של אישי ציבור.

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

**איזון אנכי** (הכרעה)- בין חופש הביטוי לאינטרס שלום הציבור- האינטרס יגבר רק אם התקיימו 2 תנאים מצטברים:

- **הסתברות הפגיעה באינטרס: מבחן הקרבה לוודאות.** מה ההסתברות שייגרם נזק לאינטרס?

- **עוצמת הפגיעה באינטרס: מבחן הפגיעה הממשית.**  מה עוצמת הפגיעה שתגרם לאינטרס?

אם התנאים אכן מתקיימים, האינטרס הציבורי יגבר על הזכות. אם אחד מהם לא מתקיים, הזכות תגבר. נעיף את הסדר הציבורי על פני הזכות אם נסבור שלולא הגבלת הזכות, קיימת קרבה לוודאות שיקרה נזק ממשי.

**איזון אופקי** (פשרה)- **זכות מול זכות.**  הזכויות המתנגשות הן ערכים שווי מעמד. **הזכות להפגין והזכות לפרטיות** ולכן יש לבצע איזון אופקי- ויתור ההדי אשר כל זכות מוותר כדי לאפשר קיומן של השתיים יחד.

חופש הביטוי וההפגנה אין פירושם מתן היתר לחדור לרשות היחיד של איש הממלא תפקיד ציבורי ולהטרידו.

**העתירה נדחית.**

**מבחני המידתיות החדשים**

מה מידת גמישותה של דרישת המידתיות?

**תנופה נ' שר העבודה**:

**רקע:**  חוקק חוק "העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם" הקובע חובת רישוי לקבלנים. בין תנאי מתן הרישיון- דרישה להמצאת ערבות בנקאית.

**טענת העותרים:** פגיעה בחופש העיסוק בשל גובה הערבות שנקבע.

**ביהמ"ש** (דורנר): הצדדים חלוקים בדבר אחד- החוק החדש מנוגד לדרישה אחת בפסקת ההגבלה- מידתיות.

ניתן ללמוד מהעובדות, לפיהן הרשות הסכימה להפחית את גובה הערבות, משמע- מידת הפגיעה האפשרית לא הייתה הנמוכה ביותר. לכן עולה השאלה אם ניתן לצמצמם את הפגיעה בחברות אפילו יותר? (האם התיקון מ-300,000 ל-150,000 לא היה שרירותי כמו הקביעה המקורית?)

יש לשים לב: **מבחני המשנה של מבחן המידתיות הם גמישים.** הדרישה אינה מוחלטת או דווקנית. לרשות שיקו"ד לבחור באמצעי המצוי במסגרת **מתחם המידתיות**, ע"מ למלא אחר דרישת המידתיות.

המידתיות מושפע מ:

 א. **נסיבות העניין**. מתחם המידתיות של רשות מבצעת עשוי להיות מצומצם ממתחם המידתיות של רשות מחוקקת.

 ב. **מהות הזכות הנפגעת ומידת החשיבות המיוחסת לה.**

 בענייננו, מדובר בזכות שהיא במהותה כלכלית. זכותם של העותרים לחופש עיסוק היא חשובה, אך יש לה גבולות. כיוון שהחקיקה החדשה היא סוציאלית, ותכליתה להגן על העובדים, ביהמ"ש צריך להיזהר שלא לפגוע בזכויות קבוצתיות לטובת זכויות אינדיווידואליות.

**העתירה נדחית- החוק הוא מידתי הגם שניתן לחשוב על אמצעים שפגיעתם תהא פחותה- מצוי במתחם המידתיות.**

מה היקף התפרסותם של המידתיות?

היו כמה מקרים בהם ביהמ"ש בחר בחירה אסטרטגית באילו מבחנים להשתמש מאחר שזה שירת אותו להגיע אל התוצאהס אליה רצה.

**פס"ד חורב נ' שר התחבורה**:

**רקע:**  עוסק בסגירת רחוב בר אילן המהווה כביש ראשי בירושלים.

**טענת העותרים**: חופש התנועה נפגע.

**ביהמ"ש** (ברק): ההתנגשות היא בין חופש התנועה של החילונים ולבין רגשות הדת. **ברק פועל לפי מבחני המידתיות כדי להגיע לפשרה**. ניתן להבין שהוא משתמש פה במבחני המידתיות כי הם מובילים אותו לתוצאה אליה הוא רוצה. ומנמק כי **הדין הישן, ובו פקודת התחבורה, מוגן מפני ביקורת על חוקתיותו (שמירת דינים) אך יש לפרשו ברוח הוראות החו"י.**

**סיכום- מבחני המידתיות מתפרסים גם על זכויות שלא נמצאות בחוקי היסוד וגם על חוקים ישנים.**

**פס"ד האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת:**

**רקע:** התפשטות הקורונה במרץ 20' הובילה את הממשלה לאמץ אמצעים חריגים ביותר במטרה לנסות ולקטוע את שרשראות ההדבקה. אחד מהאמצעים היה איכון טכנולוגי העומד לרשות השב"כ לשם ביצוע חקירות אפידמיולוגיות.

**ביהמ"ש** (חיות): הממשלה היא הגורם העיקרי שבאפשרותו לוודא כי לא קיימת חלופה אחרת וכי הדרישה לבחון אם קיימת אחת כזו- מאמצת את **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**. כלומר, ניתן יהיה בנסיבות מסוימות להסתפק בחלופה שהיא לא שוות ערך להגשמת המטרה על מנת להגן על הזכות הנפגעת.

פשרה והכרעה במסגרת מבחני המידתיות

בדבר המבחן "אמצעי שפגיעתו פחותה" אנו בוחנים את האמצעים לפי המטרה שנקבעה בחוק. כלומר, המחוקק קובע מטרה שלשמה נחקק החוק.

**פס"ד מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**:

**רקע:** ביהמ"ש העליון פסל את מרבית תוואי הגדר הביטחון מצפון לירושלים, לאחר שקבע כי בקביעת התוואי, המפקד הצבאי לא איזן כהלכה בין התרומה של תוואי לביטחון המדינה לבין עוצמת הפגיעה בזכויות של הפלסטינים באיזור.

**ביהמ"ש**: העמיד את צורכי הביטחון אל מול זכויות האדם. נקבע שנק' האיזון שנבחרה הין התכלית לבין הזכויות הנפגעות **איננה ראויה**. ניתן היה לבחור באמצעי שיפחית במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות במחיר של הפחתה מינימאלית במידת המימוש של התכלית.

**ברק:**  מבחן המידתיות השלישי (תועלת מול נזק)- האם התועלת עולה הנזק בתוכנית של המדינה. הוא מוסיף שיש אפשרויות נוספות שהפגיעה בהן יוצרות בזכות משיגה את התכלית- מיקום הגדר במקום אחר ממה שהוצע. יש צורך להגיע לפשרה בדרך שהתכלית תושג ותעלה על הנזק. **ברק קובע שתוואי הגדר אינו מידתי.** יש למקם את הגדר במקום בו הפגיעה בקניין הערבים תהא פחותה. למבחן המידתיות השלישי יש 2 סעיפי משנה:

1. בחינה מוחלטת: **תועלת כללית מול נזק כללי.**  בחינה שמקבלת אלטרנטיבה מסוימת כנתונה ומכריעה האם לקבלה או לדחותה על בסיס דירוג בין הערכים המתנגשים.
2. בחינה יחסית: בחינה שאינה מניחה קיומה של אפשרות אחת לאיזון בין הערכים המתנגשים. אלא **בוחנת אלטרנטיבות** שונות ומבקשת לברר האם זו שנבחרה **מפשרת** בצורה מיטבית בין הערכים.

**המשמעות היא שיכול להיבחר אמצעי שלא מגשים באותה מידה את המטרה, אם הוא מצליח להשיג במידה סבירה את המטרה והפגיעה בזכות פחותה.**

**בחירתו של ברק, למקם את בחינת האפשרות לפשרה במסגרת המבחן השלישי, הפכה לגישה המקובלת בפסיקה.**

**פס"ד א.ס.ף- ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת:**

**רקע:** יש תופעה רחבה של הסתננות מהגרים מאפריקה לישראל. הכנסת מתקנת ב2012 את החוק למניעת הסתננות ומכניסה אליו סעיף שמאפשר להחזיק מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש במשך 3 שנים.

**ביהמ"ש**: מכריז פה אחד על בטלות הסעיף אחרי שהוא קובע שהסעיף פוגע בזכות לכבוד ולחירות ושהאמצעי שנבחר אינו מידתי.

**ארבל:** כליאת המסתננים לא מוצדקת כיוון שקיים אמצעי חליפי להגשמת התכלית שפוגע פחות בזכויות אדם- גדר הפרדה בין מצריים לישראל.

ארבל מתייחסת לטענה שהגדר לא תגשים במידה זהה את המטרה כמו האמצעי שנבחר ע"י הכנסת. היא מודעת לעניין, אך **במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי גם אם היא מבינה שהמטרה לא תושג באותה מידה.** ארבל מכניסה את מבחן תועלת מול נזק למבחן השני ולא השלישי כמו ברק (לא נהוג בפסיקה)

**מבחני המידתיות בפסקת ההגבלה:**

1. **קשר בין אמצעי למטרה:** יש צורך בוודאות גבוהה שהאמצעי יביא לתכלית (מטרה) באופן יעיל (מיעוט, דורנר, תנופה).
2. **אמצעי שפגיעתו פחותה:** צריך אלטרנטיבה שנותנת את אותה תמורה בדיוק בפחות פגיעה (ארבל, א.ס.ף).
3. **נזק מול תועלת:** (ברק, בית סוריק).
* **בחינה מוחלטת:** תועלת אל מול נזק. (לדוג' זכות מול אינטרס- נזק מפגיעה בזכות מתעלה על תועלת הגשמת אינטרס).
* **בחינה יחסית:** לבחון אלטרנטיבות שונות. פוגעות בהשגת המטרה ביעילות אך פחות פוגעות בזכויות.

האם במסגרת מבחני המידתיות יש לבחון הסתברות?

לכאורה, היה יתרון אחד למבחן האיזון האנכי, התייחסו לרכיב ההסתברות ולרכיב העוצמה (גם רכיב אחד היה מספיק כי אם ההסתברות גבוהה, זה לא משנה מה העוצמה. ואם העוצמה גבוהה, זה לא משנה מה ההסתברות- ינסו למנוע את הנזק כך או כך).

עם זאת, קיימים מצבים בהם צריך לבדוק את ההסתברות לפגיעה בזכות. כשמשקללים נזק מול תועלת, יש להתחשב גם ברכיב העוצמה של הנזק/תועלת וגם ברכיב ההסתברות של הנזק/תועלת.

מבחני המידתיות לא מדברים על הסתברות. מבחן המשנה השלישי בודק האם התועלת עולה על הנזק והשני אומר לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה- **אך שאלת ההסתברות לא מופיעה שם.**

**ניתן וראוי להוסיף את מבחן העוצמה וההסתברות למבחן המשנה השלישי.**

היכן אפשר למקם את שאלת ההסתברות במסגרת מבחני המידתיות?

ככל הנראה ביהמ"ש מיקם במבחן משנה השלישי. דוגמאות:

* **פס"ד מילר נ' שר הביטחון:**

ביהמ"ש קיבל בדעת רוב, עתירה כנגד סירובו של גיוס נשים לקורס טיס.

הצבא נימק את סירובו בכך ששירות נשים קצר באופן משמעותי משל גברים וכך מפחית את הכדאיות בהכשרתן ויפגע באפשרות התכנון של כ"א.

**דורנר:** מדיניות הצבא נכשלה במבחן המידתיות השלישי, במובן זה שהנזק שבסגירת קורס טיס בפני נשים עולה על התועלת מבחינה תכנונית וכספית.

* **פס"ד פלוני נ' ממשלת ישראל**:

ביהמ"ש פוסל את ס' 5 לחוק סד"פ שקובע סמכות לביהמ"ש בתנאים מסוימים לדון בהארכת מעצר של חשוד בעבירות ביטחון ללא נוכחותו.

**נאור:** יש זיקה בין נוסחאות האיזון הישנות למידתיות בפסקת ההגבלה. היא אומר שהכללה של מבחני הסתברות במסגרת המבחן השלישי היא ראויה בגלל ששוקלים את הרווח במונחי הגנה על אינטרס מול הפגיעה בזכות. אם הסתברות הפגיעה היא חיונית לקביעת רווח או הפסד מפגיעה, מתבקש לכלול אותה במבחן ה-3.

* **פס"ד אורי אבנרי נ' הכנסת**:

עתירה נגד חוק למניעת פגיעה במ"י באמצעות חרם. החוק הטיל אחריות נזיקית וקבע הגבלות מנהליות שונות נגד מי שמפרסם בפומבי קריאה לחרם על ישראל. רכיב האחריות הנזיקית נשלל ע"י ביהמ"ש בגלל שזאת הייתה סנקציה נזיקית ללא הוכחת נזק. רכיב ההגבלות המנהלי נותר בעינו.

**עמית:** כשבודקים מידתיות במובן הצר (המבחן השלישי), על כף המאזניים מניחים את מידת התועלת וההסתברות להגשמתה של הזכות על כף אחת ובכף המאזניים השנייה בוחנים את עוצמת הפגיעה בזכות ואת ההסתברות לפגיעה בה.

לדעת ספיר, בניגוד למבחן האיזון האנכי הישן, כדי לבדוק את רכיב ההסתברות גם ביחס לפגיעה בזכות מסגרת המבחן ה-3. כלומר, בדיקת ההסתברות לפגיעות בשני הכיוונים: גם באינטרס וגם בזכות.

מבחן המשנה השני נראה בעייתי במצב בו יש שתי זכויות שרוצים להגשים. "בחירת האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה"- ספיר שואל למה לבחור פגיעה פחותה בזכות אחת? מה קורה עם האחרת? מי מחליט איזו זכות חשובה יותר? **ספיר מציע לבחון את מבחן המידתיות השני לשני הצדדים ולבחור באמצעי שפגיעתו ב2 הזכויות היא פחותה.**

**דרישות ההסמכה**

מבחן נוסף בפסקת ההגבלה- הסמכה: פסקת ההגבלה קובעת שהפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק (הרשות המחוקקת) או ע"פ חוק (הרשות המבצעת).

מאמרו של אייל גזל:

הרשות המבצעת יכולה להתקין תקנה (חקיקת משנה, מופנית לציבור כללי רחב) או לקבל החלטה ביצועית, קונקרטית.

**לפני 92'**, המצב היה שאם הרשות המבצעת מבקשת לעשות מעשה, היא צריכה להצביע על מקור סמכות. היא יכולה לעשות רק מה שהיא הוסמכה לעשות.

**גזל:** אפשר לסווג את דרישת ההסמכה ל3 גישות:

1. הסתכלות על **תכלית החוק**- בודקים מה החוק רוצה להשיג. אם מגלים שהחוק לא יכול להשיג את מטרתו מבלי לפגוע בזכות כזו או אחרת, צריך להסתפק בתכלית ואין צורך בהסמכה מפורשת.

2. **הסמכה כללית**- נוקשות בדרישה של הסמכה מפורשת נשמעת חיובית מצד אחד כיוון שנוצר מנגנון הגנה נוסף לזכויות אדם מפני הרשות המבצעת, אך מצד שני, לא ניתן לעבוד כך. לא ייתכן שבכל פעם שרשות מבצעת או מנהלית רוצה לפעול בדרך שפוגעת בזכויות אדם, יהיה צורך לכתוב ולפרט זאת מפורש בחוק.

3. **גישת ההסמכה המפורשת**- **שמגר במיטרני**- כשמדובר בפגיעה בזכויות אדם, לא מספיקה הסמכה כללית, אלא **הסמכה מפורשת**. עמדה זו מקבלת משנה תוקף, היא מעוגנת בדרישות פסקת ההגבלה.

לסיכום, יש להכניס גמישות לפסקת הגבלה הקיימת.

גזל מבקש לעשות הבחנה בין תקנות (כלל רחב) לבין החלטות ביצועיות. הוא אומר שדרישת ההסמכה המפורשת צריכה להיות נוקשה יותר לגבי תקנות ופחות נוקשה כלפי החלטות ביצועיות. הסיבה לכך היא שהיקפן של תקנות רחב יותר. החלטה ביצועית יותר מצומצמת.

בנוסף, תקנות נותנות סמכות למישהו ברשות המבצעת לקבל החלטות בפעם הבאה. השר קובע מדיניות ויש מישהו שמופקד על ביצועה, זוהי התרחקות ממקור הסמכות המקורי (מחוקק-שר-מבצע).

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

בעקבות השילוב בין **פס"ד בזרנו למיטרני**- תנאי לפגיעה ע"י הרשות המבצעת הוא **הסמכה מפורשת** מהמחוקק.

**פס"ד מיטרני נ' שר התחבורה: דרישת ההסמכה חייבת להיות מפורשת.**

**רקע:** דומה למקרה של בז'רנו- הנחיות משרד התחבורה אוסרות להגיש בקשות לחידוש מסמכים ובדיקות רכב.

**טענת העותר:** פגיעה בחופש העיסוק.

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

תקנת משנה לא יכולה לסתור חוק או לחרוג מהגבולות שהותוו בחקיקה ראשית. ניגוד כזה יביא לביטול חקיקת משנה ומבטל גם תוקף חקיקת המשנה לגבי על התחומים שבהם לא הוענקה סמכות למחוקק המשנה. **פעילות בהיעדר הסמכה=פגיעה בשלטון החוק.**

**פס"ד זה הוא דוגמא לכך שהייתה דרישת הסמכה לפגיעה עוד לפני חוק היסוד**.

**פס"ד המפקד הלאומי נ' היועמ"ש לממשלה:**

**רקע:**  רשות השידור בתחום הרדיו והטלוויזיה מקבלו הסמכה מכוח החוק (חוק רשות השידור וחוק הרשות השנייה) לשדר פרסומות, רשויות אלו קבעו כללים שמונעים שידור בתשלום של פרסומות פוליטיות לעניינים שנויים במחלוקת הציבורית.

ארגון המפקד הלאומי מבקש לשדר פרסומות ובקשתו נדחית עקב אי העמידה בכללים הנ"ל. כנגד זה מוגשת עתירה.

**ביהמ"ש** (ביניש, מיעוט): הדרישה להסמכה מפורשת בחוק צריכה להיות ברגישות להקשר הדברים ונסיבות העניין. ככל שזכות היסוד חשובה יותר וככל שעוצמת הפגיעה בה גבוהה יותר- נדרוש הסמכה מפורשת. וככל שאלו נמוכים יותר, נסתפק באפשרות של תכלית החוק(= האם לפי תכלית החוק אפשר להסיק שיש סמכות). כלומר, דרישת ההסמכה המפורשת מעט נזילה. במקרה זה מדובר בחופש ביטוי פוליטי, זכות חשובה ולכן נדרשת הסמכה מפורשת.

5 שופטי הרוב החלקו על כך, ואמרו שההסמכה הייתה מפורשת מספיק. **העתירה נדחית**.

**לסיכום: ביניש אומרת שרמת הפרטים של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין והקשר הדברים.**

**פס"ד טבקה נ' משטרת ישראל:**

**רקע:**  עתירה בבג"ץ המופנית כנגד נוהל הצגת ת"ז וחובת הזדהות בפני שוטר, אותו גיבשה המשטרה בהתאם לפרשנות שנתנה החוק. ביהמ"ש התבקש לקבוע כי הפרשנות שנתנה משטרת ישראל לחוק תעודת זהות ואשר אותה עיגנה, כאמור, בנוהל- שגויה.

**ביהמ"ש:**

**חיות:**  עיקרון חוקיות המנהל הוא עיקרון יסוד במשפט הישראל והוא משמיע לנו כי רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק בדל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק ואין היא רשאית לבצע פעולה שלא הסמיכו אותה במפורש. סמכות שלטונית אשר מופעלת בשרירות וללא כל מגבלה, יש בה משום פגיעה בכבודו של אדם ואף באוטונומיה שלו.

**שטיין:** מוסיף כי הסמכות צריכה להיקבע בלשון מפורשת ולפיכך, באין לשון מפורשת, אין סמכות.

**הלימה לערכי המדינה**

**פס"ד דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת:**

**רקע:** חוק שעות העבודה והמנוחה אוסר על העסקת עובדים ביום המנוחה, יהודים בימי שבת. מי שאינו יהודי לפי יום של דתו.

**השאלה המשפטית:**  האם החוק שפוגע בחופש העיסוק עומד התנאי פסקת ההגבלה?

**ביהמ"ש** (ברק): בוחן את הסעיף השני של פסקת ההגבלה- הולם את ערכיה של מדינת ישראל. ברק קובע כי **החוקים שפוגעים בזכויות אדם צריכים ליצור הלימה בין 2 הערכים של מ"י: יהודית ודמוקרטית.** הפרשן החוקתי צריך לעשות מאמץ להביא להרמוניה בין שני ערכים אלו.

ברק בודק האם האיסור על העבדה בימי מנוחה השבועית הולמים את ערכיה מ"י כיהודית ודמוקרטית. ביסוד איסורים אלה עומד הצורך הסוציאלי-חברתי להעניק שעות מנוחה שבועית לעובד תוך קביעת יום מנוחה אחד ואחיד שיאפשר למשפחה כולה להיות יחד. זאת, תוך קביעה המבוססת על שיקול דתי-לאומי לקביעת יום המנוחה השבועי. **איסור העבדה ועבודה הקבוע בחוק שעות עבודה הולם את ערכיה של מ"י כיהודית ודמוקרטית**.

**ההלכה: יש צורך לחתור להרמוניה בין שני ערכיה של המדינה- יהודית ודמוקרטית.**

**פס"ד חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (בתי כלא):**

**רקע:**  תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר שיוצר בית סוהר פרטי. גם כאן, יש התייחסות לסוגיית ההלימה לערכי המדינה.

**טענת העותרים:** התיקון לא עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטית- **פוגע בעקרון הפרדת הרשויות**  משום שמעבירים סמכות של הרשות המבצעת לגורם פרטי, מהלך לא לגיטימי.

**ביהמ"ש** (ביניש): ערכיה של מדינת ישראל כוללים גם הפרדת הרשויות, אך טענות העותרים לא התמקדו בשאלת עניין זה. **ע"מ לבטל חוק בשל עילת הלימה לערכי המדינה יש צורך בפגיעה חמורה ומובהקת**, וזה לא המקרה פה.

**תכלית ראויה**

תכלית ראויה הינה אחד מהתנאים של פסקת ההגבלה. לעיתים ביהמ"ש עושה שימוש בתנאי התכלית הראויה **כתנאי מכריע, שלאחריו לא ממשיכים בבחינת התנאים הבאים.**

לטענת גידי: יש המנסים להגביה את הרף ולהעצים את הדרישות משום שיש פחד שהדין והבדיקה יביאו לאופציה של היתר פגיעה בזכויות אדם בדרכים שונות, בתנאים מסוימים.

**התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת:**

**רקע:**  עתירה נגד **חוק דחיית השירות**, אשר פוגע בעיקרון השוויון ויוצר הפליה בין תלמידי ישיבות לבין מי שאינו כזה ועליו מוטלת חובת גיוס.

**טענת העותרים**: חוק השוויון מעוגן בהכרזת העצמאות ובחו"י: כבוה"ח.

**ביהמ"ש** (ברק):

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

**רגישות לזכויות אדם צריכה להיות תנאי בבדיקת התכלית הראויה.**

 2. "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק ......את הפגיעה" לפי ברק, **כאשר יש פגיעה קשה בזכויות אדם, תכלית תהא ראויה אם היא מגשימה מטרה חברתית** ......**מהותית או צורך חברתי לוחץ**.

**שטיין נ' המפכ"ל:**

**רקע:**  המפכ"ל הורה מכוח סמכותו לפי פקודת מניעת טרור, על סגירתו של "קפה אינטרנט" שבירושלים למשך שנה, לאחר שהוצגה בפניו תשתית ראייתית לפיה המקום משמש כמקום פעולה של ארגון טרוריסטי.

**ביהמ"ש** (ברק): ברק מכניס את המבחן האיזון האנכי לתוך תנאי התכלית הראויה בפסקת ההגבלה.

הוא בודק את **הסתברות הפגיעה והעוצמה לבדיקת התכלית הראויה (אלו מבחני המשנה של ברק!!!!! להכניס לפסקת ההגבלה, דירבאלק את שוכחת!!!!)** ישנן 2 אפשרויות לפי האיזון האנכי:

1. אין הסתברות ועוצמה מספיקים כדי להצדיק פגיעה בזכות- ההכרעה היא לטובת הזכות. **כאשר ההכרעה לטובת הזכות, גם במבחן האיזון אין צורך להמשיך למבחני המידתיות.**
2. יש הסתברות ועוצמה מספיקים לטובת האינטרס הציבורי, הדבר אינו מהווה סוף פסוק ויש צורך להמשיך ולבחון את הפגיעה במבחני המידתיות ע"מ למצוא פשרה.

**שאלות נוספות**

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

**התנגשות בין שתי נורמות חוקתיות:**

**פלונית נ' בית הדין למשמעת:**

**רקע:** תלונה על הטרדה מינית וביצוע מעשים מגונים שבגינם הוגש כתב אישום לבית הדין למשמעת של עובדי המדינה אשר קבע כי הדיון יתקיים בדלתיים סגורות.
**ביהמ"ש: דורנר:** מדובר בעימות הזכות לפרטיות (ס'7 לכבוה"ח) לבין עיקרון הפומביות (ס'3 לחו"י: השפיטה). הדיון לא מתקיים בביהמ"ש ולכן ס'3 לא חל ישירות לעניין, אבל עיקרון הפומביות הוא עיקרון חוקתי וצריך לאזן אותו מול הזכות לפרטיות וגם להחיל אותו על הליכי השפיטה, גם אלו הלא מוסדרים בחו"י: השפיטה. היא אומרת כי אם היה מדובר בדיון בביהמ"ש, הפומביות הייתה מעוגנת בחו"י במפורש ואז הייתה צריכה לגבור על הפרטיות. זה נובע מהכלל כי **נורמה ספציפית (פומביות) גוברת על נורמה כללית (פרטיות). פומביות הדיון גוברת על הזכות לפרטיות.**

**ברק:**  חולק על דורנר. הוא אומר שיש לאזן בין שני הערכים. היקף התחולה של הזכויות צריך להיות כמה שיותר רחב. כאשר מדובר ב2 נורמות השוות במעמדן החוקתי אין להעדיף נורמה ספציפית על כללית ויש לפעול ע"פ **האיזון האופקי ולהגיע לפשרה.** הוא טוען שמדבריה של דורנר נובע כי יש מקומות בהם הזכות לפרטיות לא רלוונטית כלל וזה שגוי לדעתו.

**שמירת דינים**

ס' 10 לחו"י: כבוה"ח- אין בחו"י זה לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד.

**מה המשמעות?**

חוקים שהתקבלו לפני חוק היסוד נשארים בתוקפם גם אם הם פוגעים בזכויות הקבועות בו מבלי לקיים את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. **המטרה של שמירת הדינים הייתה להבטיח שהסדרים מסוימים לא יפגעו מחקיקת חוקי היסוד, בעיקר בתחום של דת ומדינה.**

**שמירת הדינים בחו"י: חופש העיסוק** היה למטרה אחרת- לתת לממשלה ולכנס זמן להתאים את ספר החוקים ולעשות תיקונים בצורה שתעלה קנה אחד עם החו"י לפני שיתחילו לתקוף כל מיני חוקים בעקבותיו.

**האם הפסקה חלה על תיקונים חדשים לחוקים שקדמו לחוק היסוד?**

התשובה שלילית, כשמדובר בהוספת פרק חדש לחוק ישן, בנושא שלא נכלל באותו חוק לפני חקיקת חו"י: כבוה"ח.

התשובה חיובית, כשמדובר בהליך טכני שאינו כרוך בשינוי החוק. למשל, כשהכנסת, אישרה לאחר חקיקת חוק היסוד מאשרת נוסח משולב של חוקים שונים שהתקבלו בעבר.

**מני נ' המוסד לביטוח לאומי (2010):**

**רקע:**  ביהמ"ש העליון דן בטענה נגד חוקתיותו של חוק הפוטר נשים שאינן עובדות מחוץ למשק ביתן מתשלומים לביטוח לאומי ואינו מקנה פטור זה לגברים "עקרי בית".

**ביהמ"ש** (ריבלין): דוחה את הטענה. הנוסח המשולב.. של חוק הביטוח הלאומי נחקק ב95' (לאחר חו"י: כבוה"ח), אך הוראותיו ובפרט ההוראה הקשורה לעתירה, הופיעו גם בנוסחו הקודם של החוק.. במקרה כזה, חלה על החוק הוראת שמירת הדינים, המגנה על החוק מפני תקיפה חוקתית.

האם הפסיקה חלה על חוקים חדשים ומיטיבים? האם היא חלה גם מקרה בו יש תיקון לחוק משנת 92', אבל אם התיקון משפר את המצב מבחינת זכויות אדם. כלומר החוק הוא פוגעני בניגוד לחוק החדש שמוביל לשוויון.

האם הפסיקה חלה על חוקים חדשים מיטיבים?

**צמח נ' שר הביטחון:**

**רקע:** עתירה כנגד תיקון לחוק השיפוט הצבאי, שהסמיך שוטר צבאי לעצור חייל, החשוד בביצוע עבירה, עד 96 שעות לפני הבאתו בפני שופט צבאי.
**ביהמ"ש**: החוק אינו מקיים את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה. לפני התיקון, התיר החוק לעצור חייל לפני הבאה בפני שופט לתקופה ארוכה יותר. כלומר, התיקון שחוקתיותו הייתה שנויה במחלוקת שיפר את ההגנה על הזכות לחירות לעומת החוק הקודם. החוק המקורי נחקק לפני חו"י: כבוה"ח, ולכן, אם הכנסת לא הייתה מתקנת אותו- שמירת הדינים הייתה חלה.
התעוררה השאלה **האם ניתן לומר שחוק מיטיב, שקיצר את משך המעצר מ-35 יממות לארבעה ימים, פוגע בזכות לחירות הקבועה בחו"י: כבוה"ח?**

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

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

**שורה תחתונה- גם אם חוק חדש מיטיב, הוא נתון לביקורת שיפוטית ולא מוגן משמירת דינים.**

האם שמירת דינים מגינה מפני פרשנות חדשה לחקיקה ישנה?

**גנימאת נ' מדינת ישראל:**

**רקע:** גנימאת מואשם בגניבת כלי רכב ונעצר עד תום ההליכים המשפטיים. ערעור למחוזי נדחה ומכאן הערעור לעליון בדבר תקפות הוראות המעצר שבחוק סד"פ לאור חו"י: כבו"הח. יש לציין כי חוק סד"פ קדם לחו"י: כבו"הח ועל כן חלה עליו שמירת דינים. דיון נוסף שעורר מספר שאלות:

1. האם האשמת נאשם בעבירה שהפכה, עקב מאפייניה המיוחדים ונפיצותה היתרה, ל"מכת מדינה", יש בה, כלשעצמה, כדי להקים עילה למעצרו של הנאשם?
2. האם פרשנות דיני המעצר, לצורך ההכרעה בשאלה זו, מושפעת- ואם כן, כיצד- מחו"י: כבוה"ח?

**ביהמ"ש: ברק:** אומר שההקרנה החקיקתית של חו"י מקרינה גם על הדין הישן. **תוקפו של הדין הישן נשמר.**  עוצמת ההקרנה חזקה פחות על דין ישן לעומת דין חדש. הדין הישן לא מוגן מפני פרשנות חדשה. אי אפשר לפסול חוק אבל אפשר לפרש אותו לאור חוקי היסוד. ס' שמירת הדינים נועד לשמור על מסגרת.

**חשין (מיעוט):** דבר המחוקק בסעיף שמירת הדינים בחו"י: כבוה"ח הוא ברור ומפורש- המחוקק התכוון להשאיר את הדין הישן כפי שהוא**.**

**פרופ' ספיר**  אומר שהבעיה בטיעונו של ברק שהוא נובע מפסקת הוראת השעה ס'9 בחו"י: חופש העיסוק אך לא משמירת הדינים בחו"י: כבוה"ח. ההבדל בניסוח בין שני הסעיפים הללו הוא לא תוצאה של שכחה, הוא נובע מהיגיון. אחד נועד להיות זמני והשני נועד להקפאת המצב. **סעיף שמירת הדינים שומר על המבנה.**

**מי משניהם משכנע?**

בחו"י: חופש העיסוק אין סעיף שכותרתו "שמירת דינים", אך עד לשנת 2002 היה בו סעיף שכותרתו "הוראת שעה":
הוראות חיקוק שאלמלא חו"י זה או חו"י שבוטל כאמור בס' 9, היו תקפות ערב תחילתו של חו"י זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, **ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חו"י זה.** כלומר, בס' 9 רשום שחופש העיסוק בטל- הכוונה ל1992, אבל ב1994 נחקק חוק חדש.

ניתן לטעון שההבדל בניסוח אינו מקרי, אלא נובע ממטרתן השונה של שתי ההוראות.
זאת ועוד- במקור נכללה סיפא דומה גם בסעיף שמירת הדינים, אך היא הושמטה לאחר שלא נמצא לה רוב מתאים. פרשנותם של שופטי הרוב מבטלת (לכאורה) את משמעות ההחלטה של הכנסת.

איך ניתן 'לעקוף' את ס' שמירת הדינים?

**אבו ערפה נ' שר הפנים:**

**רקע:** תושביה הערבים של מזרח ירושלים נהנים בישראל ממעמד של תושבי קבע. מספר תושבים כאלה נבחרו ב-2006 לפרלמנט של הרשות הפלסטינית מטעם ארגון הטרור חמאס. ס' 11ב לחוק הכניסה לישראל קובע ששר הפנים מוסמך לשלול תושבות "ע"פ שיקול דעתו". שר הפנים החליט לעשות שימוש בסמכותו ולשלול את התושבות של אותם אנשי חמאס.
מדובר בחוק ישן משנת 1952, ועל כן הוא נהנה מחסותה של "שמירת דינים".

**ביהמ"ש: פוגלמן:** חוק הכניסה לישראל מסדיר כניסת זרים לישראל ולא את הכניסה של מי שנולד והתגורר בה עוד טרם תחילת החוק. לדעת ביהמ"ש מדובר בסוגיה שצריכה להיות מוסדרת בהסדר ראשוני. לשון החוק אומרת "לפי שיקו"ד" וזוהי הסמכה עמומה מאוד (אומר שיש לבצע זאת דרך חקיקה ראשית ומרוקן מתוכן את סעיף שמירת הדינים).

**משמעות: אם הכנסת תחוקק חוק חדש, הוא יהיה חשוף לביקורת שיפוטית ויצטרך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.**

**הנדל (מיעוט):** ס'11(א) לחוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים לבטל רישיונות ישיבה. הסעיף הינו בגדר חוק ישן ומוגן ע"י שמירת הדינים. **אין להורות על ביטול חוק מוגן אלא לפרשו ברוח חוקי היסוד**. הוראה לכנסת לתקן את ההסדר הישן תביא לכך שההסדר החדש יהיה כפוף להגבלות קשות יותר הנובעות מספקת ההגבלה- בפועל החיוב של המחוקק לחוקק חוק חדש היא עקיפה לא לגיטימית של ס' שמירת הדינים.

**תוצאת הפגם החוקתי**

**בטלות רטרוספקטיבית** (חוק בטל כאילו לא היה קיים מעולם)**, אקטיבית** (היום היא קביעת הבטלות, מעכשיו והלאה) **ופרוספקטיבית** (החוק בטל מנקודת זמן מסוימת בעתיד).

ביטול פרוספקטיבי התקיים:

**צמח נ' שר הביטחון:**

**השופט זמיר:** הצהרה של ביהמ"ש על בטלות חוק, או הוראה בחוק, אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי. היא יכולה להיות עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות. במקרה זה, הנסיבות מחיבות לדחות את מועד הכניסה לתוקף של הצהרת הבטלות, כדי לתת סיפק... להגיש את הצעת החוק הנדרשת לכנסת, לתת סיפק בידי הכנסת לדון כנדרש בהצעת החוק, ובין לבין לתת סיפק... להכין את הצבא כנדרש לקראת החקיקה הצפויה. בהתאם לכך אנו קובעים כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שישה חודשים מיום מתן פס"ד זה.

בטלות מוחלטת, נפסדות ובטלות יחסית**:**

**האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים:**

**רקע:** בס' 9 לחו"י: חופש העיסוק, נקבעה הוראת שעה, שעל פיה הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילת חוק היסוד, והן סותרות את הוראותיו, יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק היסוד- הוראת שעה שמירת דינים.

הסעיף הוארך כל פעם והעתירה עוסקת בהחלתו הרטרואקטיבית. האגודה לזכויות האזרח אומרת שבתקופת הביניים בין שתי הארכות של הוראת השעה, כל מה שפוגע בחופש העיסוק פגיעה לא מידתית, אם אינו מוגן ע"י הוראת השעה, בטל.

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

**ביהמ"ש** (גולדברג): מציג שלושה מודלים של בטלות:

1. **בטלות המוחלטת**- החוק אף פעם לא היה קיים. כשהוא נולד, כבר אז לא היה לו תוקף. כשביהמ"ש מכריז עליו כבטל, הוא אקט דקלרטיבי בלבד. ביטול רטרוספקטיבי.
2. **מודל הנפסדות**- החוק לא מת, הוא חי. ביהמ"ש יכול להחליט אם להשאיר אותו תקף או לא. יכול להיעשות רטרוספקטיבית, פרוספקטיבית או אקטיבי.
3. **הבטלות היחסית**- מודל גמיש. לוקחים בחשבון את הנסיבות. לפעמים מדובר בפגם כה חמור שמה שנותר לביהמ"ש הוא רק להצהיר על בטלות, אך לעיתים מדובר בפגם שמשאיר שיקו"ד לביהמ"ש אם לבטלו או לא. בבטלות יחסית יכול להיות מצב שבו החוק יהיה תקף בנסיבות מסוימות או בטל בנסיבות ספציפיות. או תקף לאנשים ספציפיים/בטל עבור אנשים מסוימים.

**גולדברג**: במקרה שלו, אין צורך לבחור באחת מהאפשרויות. גם במדינות שבחרו במודל הבטלות, הרי יש חריגים, שהמכונן התכוון לתת תוקף רטרואקטיבי לפעולה, כשחידשו את הוראת השעה אמרו במפורש שהיא חלה רטרואקטיבית- מגשרים על הפער. במקרים כאלו מכבדים את הכוונה ואין בטלות.

**זמיר:** ראוי להעדיף בין השלושה, את מודל הבטלות היחסית. צריך לשמור על גמישות ולכן אין לאמץ את הבטלות המוחלטת. בנוסף, יש פגמים בפעולות של הרשות המבצעת, יש פגמים בפעולות הרשות המחוקק, בכל סוגי הפגמים שנוגעים לרשות המבצעת התקבל מודל הבטלות היחסית. אין היגיון לאמץ במשפט חוקתי מודל אחר, בגלל הדמיון בני שני תחומי המשפט.

**גניס נ' משרד הבינוי והשיכון:**

**רקע:** המדינה רוצה לחזק את מעמדה של ירושלים. המדינה מחליטה לתת הטבות- מי שקונה בית/מרחיב בית יקבל הטבה. הוראה זו נמצאת בתיקון מס'5 לחוק ההלוואות. הוראות ס'20 לחוק ההסדרים מבטלת באופן רטרואקטיבי את התיקון.

**החליטו כי הוראת ס'20 לא חוקתית.**

**ביהמ"ש:** כל השופטים הסכימו כי הביטול רטרו פוגע באנשים שהסתמכו ועל רקע המענק קנו או הרחיבו דירה בעיר, פגעו להם בזכות לקניין והפגיעה לא עומדת בפסקת ההגבלה. המחלוקת נוגעת רק לדרך, אשר מובילה לאותה תוצאה.

**שופטי הרוב** (ברק, חשין, ביניש ופרוקצ'יה) סברו שאפשר לסייג את התחולה ולהחריג את מי שהסתמכו.

**ואילו דעת המיעוט** (מצא, טירקל וריבלין) סברו שאין אפשרות פרשנית לעשות זאת ולכן אין מנוס מביטול החלק הרטרואקטיבי.

**צד אחד**, אומר כי בתוך החוק ניתן לפרש באופן כזה שמי שהסתמך מקבל את ההטבה.

ו**צד שני**, אומר כי החוק מאוד ברור ואין יכולת לשנותו בידי פרשנות ולכן יש לבטל את החלק ה'פגום'.

**חשין**, מדבר על עיקרון "העיפרון הכחול"- עיקרון זה מבצע הפרדה בין חלקו הפסול של החוק לבין החלק התקף שלו. ההטבה תקפה עדיין רק לגבי מי שהסתמך עליה. סוגי הזכאים מנויים בשורה עורפית ובחינה מקורה תאפשר גזירת החולה והותרת הבריא.

**שופטי המיעוט** טוענים שהדבר מהווה חקיקה שיפוטית ולפרשנות אין עיגון לשוני- כלומר, מחיקה של סעיף וכתיבתו מחדש ע"י ביהמ"ש.

חשין עונה על כך כי גם כשמבטלים את החוק זו פעולה מחוקקת.

**סיכום: מיעוט- נגד פרשנות לחוק ובעד ביקורת שיפוטית. רוב- ברק מעדיף פרשנות תחילה וחשין מעדיף פרשנות חלקית ע"פ העיפרון הכחול**.

**גידי מוסיף**- יכלו להשתמש ב**בטלות יחסית**. יכלו לטעון שיש פגם, ויש מי שנפגע ויש מי שלא. מי שנפגע יקבל את ההטבה ומי שלא, היא לא תקפה לגביו.- שימוש קלאסי במודל.

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

**צו לחוקק?**

שאלה שטרם נדונה בפסיקה: האם ביהמ"ש רשאי להוציא צו שיצווה על הכנסת לחוקק חוק?

סעד כזה, המקובל למשל בגרמניה, רלוונטי במיוחד אם נקבע שהכנסת הפרה זכות חוקתית חיובית, שהיא זכות לכך שהשלטון יפעל באופן מסוים ולא רק שהשלטון יימנע מלפעול, שאותה מקנות זכויות חוקתיות המכונות שליליות.

זכות חיובית (שהמדינה תספק) כזאת מעוגנת בישראל בס' 4 של חו"י: כבוה"ח, שבו נכתב כי "כל אדם זכאי **להגנה** על חייו על גופו ועל כבודו". זאת בשונה מהזכות השלילית (שהמדינה לא תעשה) המקבילה הקבועה בס' 2 לחו"י: כבוה"ח, שבו נכתב כי "אין **פוגעים** בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

**צו לתיקון חוק?**

**נסר נ' ממשלת ישראל** (צו שהופיע בהחלטת ביניים של ביניש)

**רקע:** נקבעה בחוק רשימת יישובים שזכאים להטבות מס. הטענה היא הפליה לא שוויונית בגלל שלא נכללו בה ישובים ערבים ודרוזים.

**ביניש:** התרופה החוקתית המתאימה הינה "קריאה לתוך חוק": קביעה שיש להעניק את הטבעות המס לשלושה היישובים הערביים והדרוזיים, שהופלו לרעה ביחס לשכניהם היהודים. סעד זה נתון תחת סייגים- חייב להיות תואם לעקרון החוק. הוא בא להגשים את החוק בצורה שוויות ולא משנה את תכליתו.

הרחבת היקף הטבות ליישובים הערביים והדרוזים מגשימה את הזכות לשוויון מבלי לבטל את החוק. בנוסף, אם המדינה לא תתקן את החוק במועד מסוים שנקבע בהחלטה, לא יהיה מנוס מלתת צו שיחייב את הממשלה לתקן את החוק.

**פיצויים?**

פיצויים יכולים להיות כסעד נזיקי וכסעד חוקתי. אם זה ייעשה דרך ענף הנזיקין, ישתמשו בשתי עוולות סל- רשלנות והפרת חובה חקוקה. החסיון הוא שפקודת הנזיקין לעיתים יכולה לפתור את המדינה מחבות (דורשת קש"ס וכו'). לכן עולה האפשרות לפתח תרופה נזיקית מחוץ לפקנ"ז, לייצר תרופה חוקתית.

**תיקון החוק- קריאה לתוך?**

**נסר נ' ממשלת ישראל 2:**

כאמור, ביהמ"ש קבע שהחוק בעייתי ואיים במתן צו מוחלט לתיקון החוק אם הממשלה והכנסת לא יפעלו עצמאית לתיקונו. משהכנסת לא ביצעה את התיקון, ניתן פס"ד ב-22 במאי 2012 ע"י הרכב של שלושה שופטים. שכלל את הנשיאה היוצאת בייניש, הנשיא החדש גרוניס והמשנה לנשיא ריבלין.
ביהמ"ש קבע כי הסדר זה פוגע בשוויון, ומכאן שגם בזכות החוקתית לכבוד האדם, וכי פגיעה זאת, שספק רב אם תכליתה ראויה, אינה מידתית.
מכאן הסעדים של הוצאת חמישה יישובים שהוספו לרשימת היישובים הנהנים מהטבת המס והוספת שלושה ישובים ערבים לרשימת היישובים שתושביהם זכאים להטבת המס.
זו הייתה הפעם הראשונה שבה עשה ביהמ"ש שימוש בסעד החוקתי של קריאה לתוך החוק, וליתר דיוק הרחבתו באופן שירפא את הפגיעה בשוויון הטבועה בו.

**ליאת משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים:**

**רקע:** עתירה של בנות זוג המבקשות להביא לעולם צאצא בדרך של הפריית ביצית שתילקח מגופה של העותרת 1 ותושתל ברחמה של העותרת 2, אשר תישא את ההיריון ותלד. חוק תרומת ביציות אינו מאפשר פרוצדורה זו. **נמצא כי חוק תרומת ביציות פוגע באופן בלתי חוק בזכויות יסוד של העותרות.**
**ביהמ"ש** (חיות, מיעוט): סעד של ביטול יביא לתוצאה הראויה. ומוסיפה שלפני שמבטלים צריך לבדוק אם יש אמצעים שיסירו או יצמצמו את הפגיעה. לטעמה, צריך להשתמש בסעד של **קריאה אל תוך חוק**. נכניס לחוק תרומת ביציות סעיף משנה, ולפיו תוסמך ועדת החריגים לתת אישור לתרומת ביציות "אם סברה כי הנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת"

**האם יש כאן חידוש לעומת עניין נסר?**

המהלך כאן מרחיק לכת יותר מאשר במקרה הקודם, שכן כפי שציינו שופטי הרוב (חיות בדעת מיעוט), ועדת חריגים אינה יכולה להעניק מה שהחוק לא מאפשר להעניק. במילים אחרות, **חיות מבקשת להרחיב את תחולת החוק, לא רק להוסיף פרטים כמתבקש מהוראות החוק הקיימות.**

**התראת בטלות (סעד נוסף):**

**בג"צ ההסתדרות הרפואית נ' רה"מ ישראל:**

**רקע:** מוגשת עתירה כנגד המציאות שבה יעקב ליצמן מכהן כסגן שר, אך בעצם אוחז בכל סמכויות השר.

**ביהמ"ש** (רובינשטיין): נראה כי המוסד של 'כאילו', שסגן שר ממלא את פונקציות השר עד קצה גבול היכול, כשהשר המכהן הוא רה"מ, להבדיל מסגן שר במתכונתו הבסיסית, **הוא מוסד הקרב לתום דרכו**. על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פס"ד זה, אף אם לא הביא התערבות שיפוטית, מהווה תמרור לעתיד.

**נפסק:** ביהמ"ש לא קובע כי הוא מבטל את המוסד או את תפקודו של ליצמן או מורה למנות שר או לחילופים לפטר את ליצמן, **אלא** יש פה תמרור אזהרה המאיים כי אם לא יהיה שינוי, ביהמ"ש יתערב.

בחלק מהמקרים לא דובר בסעד הניתן לאחר קביעה שהפעולה שלטונית אינה חוקתית, אלא בסעד צופה פני עתיד.

במקרה שלנו, העליון קבע כי אומנם הפעלתו של שיקו"ד הנתון לרשות הייתה בעייתית, אך לא כזאת המצדיקה קביעה של בטלות ההחלטה, אך אם הפעלתו של שיקו"ד תוסיף ותיעשה באותה דרך, ישקול ביהמ"ש בטלות.

**מה קורה אם ביהמ"ש קובע אם מציאות מסוימת אינה חוקית? אילו כלים עומרים לרשותו?**

במקרה זה לא נקבע כי העניין אינו חוקתי אלא בעתיד יהפוך להיות לא חוקתי ואז ביהמ"ש יתערב. שיקול הדעת שהופעל במקרה זה הינו בעייתי, ביהמ"ש לא קבע שזה פסול ולא חוקתי, אלא יתערב בעתיד. בביהמ"ש בבואו לפסול אזהרה, יוצא מנק' הנחה כי המקרה הוא תקדימי, יש פה דמיון מסוים לבטלות פרוספקטיבית.

עם זאת, **במקרה אחר ביהמ"ש בחר להוציא התראת בטלות למרות שמצא שהרשות פגעה בעקרון חוקתי, מכיוון שהיה מדובר במקרה תקדימי.**

**זכויות אדם במשפט הפרטי**

ישנן כמה מודלים של מדינות:

1. **מדינה שומרת לילה:** מדינה שהפעילות שלה והתערבותה בחיי הפרט היא מוגבלת. התפקיד המרכזי של המדינה היא לספק ביטחון פנים וחוץ. בשל זה יש משטרה, מי שיאכוף את החוק וכו'. המדינה לא מתעסקת בכלכלה ובמשק- היא משאירה את השוק חופשי להתארגנויות פרטיות. גישה זו מבוססת על 2 טיעונים:

**א.** ערך החירות- בכל מקרה בו המדינה מתערבת, היא מצמצמת את חירויות הפרט.

**ב.** תפיסת השוק החופשי- אם המדינה לא תתערב ותיתן למשק לפעול עם תחרות חופשית, עוגת המשאבים תגדל.

המציאות התבררה כאחרת, אולי העוגה גדלה אך הפערים החברתיים גדלים באופן משמעותי.

1. **מדינת הרווחה- המדינה מסדירה את מערכות היחסים בין הפרטים:** חוק שכר מינימום, שעות עבודה וכו'. המדינה אומרת שהמעביר לא יכול לסגור עם העובד על מה שהוא רוצה, יש דברים שמעביד לא יכול לעשות. המדינה הופכת להיות גם ספק של מקומות עבודה ובעיקר של שירותים כמו חינוך, בריאות ועוד. המדינה צריכה לייצר מערך בירוקרטי שיסדיר את העניין בחקיקה וגם להעסיק אנשים רבים שיפעילו את המערכת.

המדינה הופכת להיות יורת חזקה ודומיננטית והפרט יותר חלש כי למדינה יש יותר סמכויות.

**האם זכויות האדם הן מכשיר שמשמש את הפרט מול המדינה או שהוא מצוי גם ביחסים בין אנשים?**

ישנן 2 אפשרויות להבנת המושג "זכויות אדם":

1. מכשיר שבאמצעותו אנו מבקשים להגן על הפרט מפני גורמים בעלי כוח שעלולים לפגוע באינטרסים שלו. **האם זכויות אדם ...הן בתחולה אנכית?** (פרט מול מדינה. זכויות כמכשיר).

2. הבנת הזכויות כטבעיות המגיעות לכל אדם. **האם זכויות האדם בתחולה אופקית?** (פרט מול פרט. זכויות טבעיות).

טיעונים נגד החלת הגנה על זכויות אדם במשפט הפרטי:

1. במערכת יחסים בין פרטים ההנחה היא הנחת שוויון בין הפרטים- **שם לא צריך לייצר מנגנוני הגנה חוקתיים**, מכיוון ששני הצדדים בעלי אותם כוחות ואין אחד שהוא בעל כוח רב יותר. יש מקומות בהם נייצר הגנה מקומית בתוך המשפט הפרטי, למשל חוק החוזים האחידים. בחוקה אין צורך לעגן זכויות אבסטרקטיות שיחולו גם כלפי שחקנים פרטיים. **במקרה שיש מעמד כוחות לא שווה, זה לא המקום שהמדינה נכנסת למשחק אשר מבטיחה את הזכויות והאינטרסים של הצד החלש.**
2. **ביחסים בין הפרטים יש התנגשות מובנית בין זכויות**- יכול להיווצר קושי להחיל עקרונות וזכויות שמוחלות על המדינה לתוך המשפט הפרטי. יש שיטענו כי לא כדי להשתמש בנשק חוקתי ביחסים פרטיים.
3. **מי מחליט**? אם ניתן מכשיר לידי מישהו זהו פטרנליזם. ביהמ"ש יחליט בשביל הצדדים במשפט פרטי איזו זכות "מנצחת" **יש העברת כוח לביהמ"ש והוא זה שיכריע מה ראוי.**

טיעונים בעד החלת הגנה על זכויות אדם במשפט הפרטי:

אם התפקיד של הזכויות זה להגן מפני עוצמה וכוח חזק מדי, זה נכון שלשלטון יש את הכוח הרב ביותר, אך לעיתים גם לפרטים יש כוח רב- חברות גדולות, ארגונים. לכל הפחות יש להכיל את ההגנות שמקבלים דרך זכויות אדם, למערכות יחסים כאלו. הטיעון מתחזק כשלוקחים בחשבון את מגמת העלייה של ההפרטה בעולם.

**ביהמ"ש פיתח 2 מכשירים שבאמצעותם ניתן להחיל תחולה אופקית:**

1. **הזזת קו הגבול:** הרחבה של המושג "המדינה" באמצעות מושגי שסתום כמו גופים דו מהותיים. לפי דרך זו, התחולה היא רק תחולה אנכית. למה בכל זאת יש הליכה לכיוון תחולה אופקית? כי תלוי מי היא המדינה ומהי ההגדרה למדינה. יהיו גופים שפורמלית הם פרטיים אבל בכלל מאפיינים כלשהם, הם ציבוריים (דו-מהותיים). מוטלות עליהם חובות חוקתיות מתחום המצב הציבורי לצד חובותיהם מהמשפט הפרטי. המשמעות של זה היא שאותם גופים דו-מהותיים, מחויבים לכבד זכויות אדם.
2. **החלה גם במערכות פרטיות:**
3. **תחולה ישירה:** תביעה ישירה במישור הפרטי על פגיעה בזכות. (לא קיים במשפט הישראלי).
4. **תחולה עקיפה:** אומץ בישראל. לקיחת דוקטרינה קיימת מתחום המשפט הפרטי, ולמלא אותה בתוכן לאור הזכויות החוקתיות.

**מה ההבדל בין השיטות?** כדי שנוכל לתבוע ע"פ תחולה עקיפה, יש צורך בחוק שניתן להישען עליו- כמו מערכת יחסים חוזית. שם נצטרך מושג שסתום- **קריאת המושג והיותו רחב מספיק בשביל לפרש ולהכניס את הזכות החוקתית.** אם אדם עובר בדרך של חוק החוזים, הדברים עובדים דרך מסננת של חוה"ח.

**כיום המדינה נוטה להפרטה:** במצב של הפרטה גורמי ביניים (גורמים פרטיים המחזיקים בנכסים ציבוריים) מקבלים כוח כמו טייקונים (חברת חשמל למשל). הדבר מחזק את הטיעון בעד ההחלה האופקית מכיוון שאנו רואים שיש גורמים פרטיים שמקבלים כוח כמו המדינה.

**פס"ד מיקרודף:**

**רקע:** העותרת ניסתה לתקוף בבג"צ את החלטתה של חברת החשמל להתקשר בחוזה ללא מכרז, תוך הפרת הנחיותיה הפנימיות.

**טענת העותרת:** חברת מיקרודף טוענת שאי קיום המכרז היה לא שוויוני.

**ביהמ"ש: ברק וגולדברג** אומרים שמצד אחד, מיקרודף היא חברה שמתאגדת בתחום המשפט הפרטי, כך שלכאורה היא שחקן פרטי ועליה ללכת לביהמ"ש מחוזי.

מצד שני, לחברת חשמל יש מס' תכונות שמשוות אותה לתאגיד מדיני- סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה, בלעדיות ושליטה על אמצעי שירות חיוניים. דברים אלו לפי ברק, **מטילות עלי חובות מהמשפט הציבורי.**  עם זאת, הוא לא מבקש להטיל עליה את כל החובות, אלא חלק.

**הוא מבקש להטיל על החברה חובה לקיים מכרז, שזהו יישום מרכזי לעיקרון השוויון.**

**למעשה, לחברת החשמל מאפיין מרכזי נוסף המקבל על החלת נורמות ציבוריות עליה, מהו?**

חברה ממשלתית שכל המניות מוחזקות בידי המדינה- היא הגדירה עצמה ככה. אולם, הנמקתו של ברק אינה מבוססת על היותה חברה ממשלתית, אלא על נתונים המקנים לה כוח במישור הציבורי. **ברק מזכיר 3 מאפיינים שבגללם ראוי להתייחס לחברת חשמל כגוף דו-מהותי:**

**1. מאפיינים פורמליים**- סמכויות שלטוניות + בלעדיות.

**2**. **מאפיינים מהותיים**- שליטה על אמצעי יצור חיוני.

**3. מעמד מונופוליסטי.**

**מה היקף התחולה של הנורמות הציבוריות?** ברק מדגיש שאינו מתכוון להחלת המשפט הציבורי במלוא היקפו על חברת חשמל. רק עקרונות בסיסיים של מנהל ציבורי: הגינות, שוויון, סבירות ותו"ל.

**חברה קדישא נ' קסטנבאום:**

**רקע:** תביעה כנגד החברה קדישא בשל סירובה לאפשר לבעלה של מנוחה להוסיף את שמה באותיות לטיניות ואת תאריכי לידה ופטירתה בספרות לפי הלוח הלועזי.

**טענת העותרים:** חברת קדישא מסרבת מכיוון שלפי תנאי בחוזה אחיד, הכיתוב חייב להיות בעברית.

**ביהמ"ש:** השופטים מתייחסים למקרה גם דרך חוק החוזים (פרטי) וגם בהיבטים חוקתיים. הם מסכימים שכבוד האם נפגע אם לא מאפרים לכתוב על מצבה של אדם שנפטר בשפה לבחירתם. נקבע שחברת קדישא היא חברה דו-מהותית ולכן יש להחיל עליה שיקולים ציבוריים:

יש לה סמכויות סטטוטוריות, מעמד מונופוליסטי, היא מספקת שירות חיוני. **יש מחלוקת בין השופטים על 3 המאפיינים:**

**שמגר** אומר שיש לה הכל (אבל אין לה וי כחול): סמכויות שלטוניות, בלעדיות ושליטה על אמצעי שירות חיוני.

**אלון** אומר שלחברה אין בלעדיות, יש חברות רבות, אינו מונופול.

**ברק** מסכים עם אלון שאין מעמד בלעדי, אך מבחינתו העניין המהותי הוא הסמכות הסטטוטורית להיות גוף דו-מהותי. זה מהווה תנאי מספיק. ברק מוסיף שניתן לקבוע פה בלי שום קשר להגדרה של גוף דו מהותי, מכיוון שקיים בחוה"ח ס'30 המגן על תקנת הציבור בחוזה. ברק מכניס את הפגיעה בזכות לכבוד כפגיעה בתקנת ציבור.

**נקבע כי חברת קדישא היא גוף דו-מהותי שעליה חלים עקרונות מהמשפט הציבורי וחובה עליהם לממש את כבוד האדם.**

**בפס"ד זה יש תחולה עקיפה במשפט הפרטי**. לא ברור מהם המאפיינים המדוייקים שצריך להיות לגוף שייחשב דו-מהותי.

מה היקף התחולה של הנורמות הציבוריות? בנסיבות העניין, נבחנו חופש הביטוי, המצפון וכבוד האדם.

איך נדע לזהות גוף דו-מהותי? לא קבעו משהו חד משמעי בפסיקה. **אז במבחן לפי ברק במיקרודף!!!**

סמכות שלטונית, בלעדיות-מונופול, שליטה על אמצעי חיוני.

**בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**:

**רקע:** *חברת בית יולס, מחזיקה ומפעילה בתי אבות בחיפה, פרסמה בעיתונים מכרז להקמת בית אבות חדש.* בין המציעות היו שתי חברות פרטיות ואחת ציבורית, רסקו, אשר לא עמדה בתנאי הערבות. חרף זאת החליטה בית יולס שהיא מעדיפה למסור העבודה לחברה ציבורית ובלבד שההצעה לא תעלה ביותר מ5% מהצעת רביב, שהייתה הזולה מבין ההצעות. התנהל משא ומתן עם רסקו, זו הוזילה את הצעתה וזכתה במכרז.

**השאלה המשפטית:** האם יש חובת שוויון במכרז הפרטי?

**ביהמ"ש: אלון (רוב):** לא מקבל הטלת חובת שוויון על מכרז פרטי. לא רואה קשר בין עיקרון תו"ל בחוזים לשוויון. רואה בהחלת שוויון במכרז הפרטי פטרנליזם שיפוטי לא מוצדק.

**ברק (מיעוט):** עיקרון תו"ל בחוזים יכול לבוא לידי ביטוי בדרישה לשוויון. שיקו"ד של מנהל מכרז מחייב שוויון. הסטנדרטים של תחרות בחברה הישראלית מחייבים שוויון- מדובר בהוגנות בסיסית.

**ברק אוהב לפסול ע"י שימוש במושג שסתום (בית יולס, קסטנבאום- תקנת ציבור).** משתמש בתחולה עקיפה- הזרמת הזכות לכבוד לתוך מערכת היחסים.

שימוש בדוקטרינת תחולה העקיפה- מהו היקפה? התזה שמציע ברק רחבה ומרחיקת לכת.

* בבית יולס ניסה לקבוע תחולתו של עקרון השוויון בהליכי מכרז פרטי. כעשור אחר-כך הציע תחולתם העקרונית במשפט הפרטי של כל עקרונות המשפט הציבורי, לרבות עיקרון השוויון.
* הנשיא שמגר מסכים מפורשות לעמדה זו, ואילו אלון, מתנגד לה נחרצות.
* גם כיום יש בין שופטי העליון המתנגדים להחלה גורפת של עקרונות המשפט הציבורי במערכות יחסים פרטיות.

**הגישה של ברק, לפיה זכויות אדם חלות גם בתחום המשפט הפרטי בתחולה עקיפה, נתקבלה בפסיקה עם פרישתם של אלון ושמגר- ברק הופך לדעת רוב.**

**פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות:**

**רקע:** פסק הדין עוסק בלגיטימיות ההבחנה בין נשים לגברים באשר לגיל המינימום לכניסה למקומות בילוי.

**טענת העותר:** הפליה מכוח חוק איסור ההפליה על גיל ומין- פגיעה בשוויון.

**ביהמ"ש** (דנציגר): מסתייג מהתחולה האופקית העקיפה. השוויון הוא לא ערך יסוד במשפט הפרטי. החירות הוא הכלל, השוויון הוא החריג לו. החריג הזה מוחל רק כאשר יש פערי כוחות או שלאחד הצדדים מעמד ציבורי.

במקרה זה יש חקיקה ראשית של הכנסת המעגנת את השוויון, אבל אי אפשר להגיד- יש חובת שוויון בכלל המשפט הפרטי. **המחוקק קבע הסדר ספציפי בחוק.**

מקומו של השוויון במערכות יחסים פרטיות לפי דנציגר- כשמדובר בגוף חזק או בגוף שנותן שירותים בעלי אופי ציבורי. דנציגר מתנגד לרעיון של תחולה עקיפה. בגופים דו-מהותיים הוא מקבל את זה. אך בנוגע לגופים פרטיים או פרטים, הדבר בעייתי, לרוב מדובר בקניין פרטי של אנשים ואי אפשר לחייב אותם לשוויון. אם המדינה רוצה לחייב שוויון במשפט הפרטי, דנציגר אומר שעליה לעשות זאת בחוק. הוא לא מוכן לקבל החלה של שוויון דרך מושגי שסתום (כמו ברקוס).

**כבוד האדם**

הזכות לכבוד מעוגנת בסעיפים 2 ו4 בחו"י: כבוה"ח ב2 מימדים:

1. ס'2 תפקידו **להגן מפני פגיעה** (חובה שלילית).

2. ס'4 תפקידו **לפעול למען הגנה** (חובה חיובית).

בדר"כ מזהים את מושג כבוד האדם ככזה המטיל חובות שליליות כלפי אדם אחר, לעיתים גם חובות חיוביות. את המושג כבוד האדם ניתן לצמצם או להרחיב.

**המאמר של דני סטטמן "שני מושגים של כבוד":**

1. **צמצום- כבוד כיחס לא משפיל.**
2. **הרחבה- כבוד כיחס מוסרי** (עמנואל קאנט)- ראיית האדם כתכלית ולא כאמצעי. לדברי סטטמן ההנחיה המעשית היחידה שניתן לחלץ בכך היא החובה לא לפגוע באוטונומיה האנושית וזאת מכיוון שהאדם הוא יצור בעל תבונה, יסוד תבוני שמאפשר לתכנן ולהשתחרר מאיזשהו גורל. כיבוד האדם משמעותו היא לא לפגוע באוטונומיה שלו, להימנע מלהפריע לו לעצב את חייו כפי שיחפוץ.

**טענות כנגד הטיעון הקנטיאני:**

1. **טיעון טסקטואלי-** חו"י: כבוה"ח מכיל זכויות נוספות (קניין..). כבוד היא זכות פרטיקולרית ולא מסגרת.
2. **היסטוריה חקיקתית-**  כוונת המחוקק הייתה פשרה, לא התכוון שיכניסו זכויות לתוך הכבוד.
3. **משמעות מקורית (אוריג'נליסטי)-** משמעות המושג לפי כוונת המחוקק.

**בתחילת הדרך, ביהמ"ש פירש את הזכות לכבוד כהיפוכה של השפלה ולאחר מכן כאוטונומיה.**

**לפי סטטמן- כבוד כיחס לא משפיל.**

**קטלן נ' שב"ס: כבוד כהיעדר השפלה**

**רקע:** תקיפה של נוהל ביצוע חוקן בעצורים עם חזרתם משהות מחוץ לכותלי בית המעצר, ללא כל רשות מהאסיר.

**טענת העותרים:** כבוד האדם נפגע בהחלטה זו.

**ביהמ"ש:** ביצוע הבדיקה ללא הסכמת העצור, פוגעת בגופו של אדם ובכבודו. ביהמ"ש בוחן מה המקורות החוקיים שנותנים למדינה סמכות לבצע בדיקה כזו. הוא מוצא שאין מקום בו ניתנה למדינה סמכות לעשות זאת. **יש כאן דוגמא לכך שביהמ"ש מפרש את הסמכות לכמה שפחות פגיעה בזכויות אדם.** ביהמ"ש לא מוציא אחיזה בחוק ופוסל את הנוהל תוך פנייה למחוקק שיתקן זאת.

**יש מחלוקת בין השופט כהן לשופט לנדוי:**

**כהן** לא מסתפק בקביעה שאין סמכות לפי חוק, הוא גם מייעץ לכנסת מה לעשות- ממליץ שאם מחוקקים חוק בנושא, יהיה מוצדק לערוך חיפוש רק אם יש מקרה עם וודאות מוחלטת להברחת סמים.

**לנדוי,** לעומתואומר שלביהמ"ש אין את הכלים כדי להחליט האם זה נחוץ וכמה. במסגרת התירה אפשר רק להגיד שאין הסמכה. לדעת לנדוי, הכנסת תדע להחליט במקרה באופן שיהיה אולטימטיבי.

**בעשורים האחרונים,**  ביהמ"ש מפרש כבוד בדר"כ במובנו השני- כאוטונומיה. שינוי זה נובע מחקיקת חוקי יסוד הנוגעים לזכויות יסוד, שגם השמיטה כמה זכויות. **ביהמ"ש מחפש דרך לתת לזכויות הבלתי מנויות הגנה חוקתית ולכן משתמש בפרשנות מרחיבה יותר.** דרך קריאה של הזכות לכבוד כזכות לאוטונומיה.

הביקורת על התפיסה הזו:

1. הפרשנות המרחיבה מסכלת את כוונת המחוקק הישראלי: הפירוש המצמצם הוא הפירוש הלשוני הטבעי של מבנה המשפט בסעיפים האופרטיביים. בסעיפים 2ו4 לכבוה"ח, הזכות לכבוד מופיע לצד השמירה על הגוף והנפש. עצם העובדה שיש איסור על פגיעה בחיים ובגוף, מלמדת שהכוונה הייתה לא להתייחס לזכות לכבוד כזכות מסגרת אלא כזכות פרטיקולרית. בנוסף, לא ניתן להתעלם מההיסטוריה החקיקתית, החוק הוא תוצאה של פשרה. והחוק עולה בקנה אחד עם המובן שניתן למושג כבוד ערב חקיקתו- כבוד כהפך להשפלה.
2. אין זה נכון להכניס את הזכות לאוטונומיה כחלק מהזכות לכבוד: המשמעות היא שכל פניה לביהמ"ש תוכל להתבסס על פגיעה בכבוד. כל פעם שרשות שלטונית אוסרת לעשות משהו, יהיה ניתן לעתור לבג"ץ ולטעון לפגיעה באוטונומיה. המשמעות של פרשנות זו היא שכל מגבלה כזו תהפוך לפגיעה בזכות אדם חוקתית. יהיו לכך השלכות:
3. **הנזק הצפוי לדמו' מאימוץ פרשנות מרחיבה**: כמעט כל החלטה שלטונית כרוכה בפגיעה באוטונומיה. הכללה של האוטונומיה כזכות חוקתית תהפוך את ביהמ"ש לגוף בעל סמכויות בלתי מוגבלות שיכול להתערב ולהכריע בכל עניין. זה מפר את האיזון בין רשויות השלטון.

**לכאורה, החרבה של מסגרת הזכויות דווקא מחזקת הגנה על זכויות אדם. מה היסוד לחשש מפני פגיעה?**

1. **פגיעה בזכויות אדם**- לכאורה, ההרחבה אמורה להגן יותר. עם זאת, אם כל רצון אנושי ייהנה ממעמד של זכות חוקתית, קיימת סכמה שלא נדבר להבחין בין העיקר לתפל. **נוצר חשש שדברים חשובים באמת יידחו על פני דברים קריטיים פחות.** נראה ששופטי העליון מודעים לסכנה, הם מציעים פרשנות מצומצמת לזכות לאוטונומיה.

**עדאלה נ' משרד הרווחה:**

**רקע:** חוק ההתייעלות הכלכלית, הורה על הפחתה בקצבאות הילדים המשולמות עבור ילדים אשר לא קיבלו את החיסונים הנדרשים ע"פ תכנית החיסונים שעליה הורה מנכ"ל משרד הבריאות. סוג של חצי סנקציה, להורים המתנגדים לחיסון נאמר שלא תשלל הקצבה אך תתקבל אחת מופחתת.

**טענת העותרים:** העותרים העלו בטיעוניהם בין היתר את הפגיעה בזכות לאוטונומיה.

**ביהמ"ש** (ארבל): לא כל פגיעה באוטונומיה או באוטונומיה הורית היא פגיעה חוקתית שצריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. היא טוענת שיש לבחון שני דברים:

1. **מהות הבחירה שנשללת מהפרט**: ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת בהיבטים שעניינם הביטוי האישי והמימוש העצמי של האדם, כך תגבר הנטייה לראות בה כפגיעה חוקתית.
2. **מידת הכפייה ושלילת הרצון**: אין דומה איסור שלצידו סנקציה פלילית לשלילת הטבה כספית מועטה. אם מדובר בשלילה כספית מועטה- לא פגיעה באוטונומיה.

**ארבל קובעת כי במקרה זה מידת הכפייה היא לא גדולה ולכן אין פגיעה חוקתית.**

**האם הצמצום של הזכות לאוטונומיה פותר את הבעיה? לדעת גידי לא.**

גם אם היינו מצליחים לתחם את היקף הזכות לאוטונומיה, הכללתה ברשימת הזכויות החוקתיות הייתה עדיין בעייתית. זאת, משום שבקונסטרוקציה המוצעת, אוטונומיה אינה הופכת רק לזכות מסגרת אלא גם לרציונל העומד בבסיס כל זכות וזכות.

כידוע, לכל אחת מזכויות האדם המוכרות יש רציונלים ייחודיים משלה. עוד ידוע, שלחשיפת הרציונלים נודעת חשיבות מעשית גדולה: היא מסייעת להגדיר את היקפה של הזכות ולקבוע את משקל הפגיעה בה, בכל מקרה ומקרה.

ברגע שכל הזכויות מבוססות (בין היתר) על האוטונומיה, קיים חשש שהרציונל מן האוטונומיה ייבלע את הרציונלים האחרים, ובכך יטשטש את ההבדל בין פגיעה בזכות אחת לפגיעה בזכות אחרת, ובין פגיעה קלה לפגיעה חמורה באותה הזכות. דוגמה לטשטוש כזה ניתן למצוא במקרה הבא:

**דעקה נ' בית החולים כרמל:**

**רקע:** גב' דעקה אושפזה בבית החולים לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים, ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, היא הוחתמה על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. בעקבות הניתוח נותרה הכתף שלה קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%.

**ביהמ"ש:** דוחה את התביעה בטענה שלא הייתה רשלנות. מצד שני ביהמ"ש אומר שיש כאן עוד אלמנט שצריך להתייחס אליו- לא קיבלו את הסכמתה המודעת, דבר הפוגע בזכותה לאוטונומיה. וזוהי זכות המעוגנת בזכות לכבוד. במקרה זה החדירה לגוף של אדם ללא הסכמתו, הופכת להיות פגיעה באוטונומיה- מימוש בהיבט הפיזי של אוטונומיה.

\***גידי אומר שהמונח אוטונומיה הוא כל כך רחב שהכל הופך להיות פגיעה באוטונומיה. יש כאן סכנה להרחבת "כבוד האדם". בהתחלה ביהמ"ש אמר שחדירה לגוף של אדם היא פגיעה באוטונומיה כי זוהי פגיעה שיש בה השפלה במקרה של דעקה אין השפלה. מרחיבים צעד קדימה את האוטונומיה**.

**שובו של כבוד כהיפוכה של השפלה?**

**לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה:**

**רקע:** הוראה בתקנון שירות המדינה ("תקשי"ר") קובעת, כי עובד מדינה המחזיק בתואר מקצועי או רישיון מקצועי אשר אינו דרוש לשם כהונה במשרה בה הוא מועסק. לא יציג עצמו במסגרת תפקידו כבעל תואר או רישיון זה.

**טענות העותרים:**  לשכת עורכי הדין, טענה שהפסקה פוגעת בחופש הביטוי וחופש העיסוק של עורכי הדין המועסקים בשירות המדינה ואינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. לשכת עורכי הדין מעוניינת בכמה שיותר עורכי דין ע"מ שישלמו להם כסף.

**ביהמ"ש** (לוי): אין פגיעה בחופש העיסוק כיוון שאין מניעה מהם לעסוק במקצוע. אולי יש פגיעה בחופש הביטוי, אבל היא מינורית. אך אולי יש פגיעה בזכות לכבוד. היכולת להתהדר בתואר מקצועי היא חלק מזכותו של הפרט לכבוד, המקצוע והעיסוק שאדם בוחר הוא ביוטי להגשמה ומימוש עצמי, לא רק מקור פרנסה.

**הוא דוחה את העתירה לא משום שאין פגיעה בכבוד, ישנה פגיעה בכבוד במובן שלו כאוטונומיה אך זו לא פגיעה בליבת הזכות.** אין כאן השפלה ולכן זו לא פגיעה שעומדת בדרישות פסקת ההגבלה כיוון שהיא לתכלית ראויה והיא מידתית.

**שורה תחתונה: ההתייחסות של לוי היא עדיין התייחסות לכבוד כמניעת השפלה, אוטונומיה לא חלק מגרעין הזכות לכבוד.**

**התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**: גבולות הזכות לכבד גם לפי הפירוש המרחיב.

**רקע:** ב2017 העליון פוסל שוב את **חוק טל**, על בסיס הקביעה שמדובר בפגיעה בשוויון שלא עומדת במבחן המידתיות הראשון- קשר בין האמצעי למטרה.

**ביהמ"ש: חשין:** פס"ד זה מראה שגם אחרי שמבצעים את ההרחבה לכבוד, א"א לדחוף הכל תחת זכות זו. כבודו של אדם שמתגייס לא נפגע מכך שבן ישיבה לא מתגייס. הוא אומר שיכול להיות שיעלו רגשות כעס או זעם על המדינה, אך לא מגיע עד כדי פגיעה בכבוד. חשין בעד ביטול החוק, אך לא בשל פגיעה בכבוד, אלא מכיוון שהוא נוגד עקרונות חוקתיים כמו יהודתה של המדינה. **חוק יכול להיפסל גם אם הוא עומד בניגוד לעקרונות על חוקתיים, לא רק אם הוא לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוקי היסוד**.

**סולברג (מיעוט):** סולברג מצטט את חשין כדי להגיד שהוא לא חושב שיש כאן פגיעה בזכויות. לא מזדהה איתו בנוגע לעמדתו לפסילת החוק. שירות בצבא הוא זכות וגם חובה.

הביקורת של חשין, **שסולברג מצטט בנוגע לפגיעה בכבוד**, מתבססת על ההבנה של כבוד כמניעת השפלה, הוא גם מתייחס ומבקר את ההתייחסות לפגיעה בכבוד בהקשר זה כאוטונומיה. טוען שאין פגיעה כזאת כיוון שחופש הבחירה של המתגייס לא נפגע מזה שבחור ישיבה לא מתגייס. **חשין אומר שאין כאן פגיעה בזכות יסוד שכלולה בחו"י: כבוה"ח**.

**חשין אומר שאין פגיעה בזכות לכבוד לא במובן של השפלה ולא במובן של כיבוד האוטונומיה.**

**זכויות חברתיות**

מקובל לחלק את זכויות האדם ל2 קבוצות:

1. **זכויות אזרחיות/פוליטיות (עיסוק, קניין..)** והן מנוסחות בחוקה בבירור. מי שרואה עצמו נפגע, רשאי לעתור לביהמ"ש ולבקש סעדים.
2. **זכויות חברתיות (בריאות, דיור, חינוך..)** זכויות אלו מנוסחות כשאיפה/הנחיה כללית. בחלק מהמקרים אינן ניתנות לאכיפה בדרך עתירות פרטיות אלא מיושמות ע"י המחוקק והרשות המבצעת וזה אחרי שעוגנו במסגרת תקציבית הולמת. התקציב מראה על הכרעת המחוקק.

גם במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים ניתן לראות הבדל בין 2 הקבוצות:

ראשית עקב העובדה שמדובר ב-2 אמנות שונות:

1. **זכויות אזרחיות**. אמנה זו כוללת מנגנון אכיפה שמאפשר למי שרואה עצמו נפגע להגיש תלונה כנגד המדינות החתומות על הפרוטוקול. וטענתו תשמע בפני הגוף הרלוונטי שאמור לאכוף את האמנה.
2. **זכויות חברתיות**. לאמנה זו אין שיניים. היא כוללת בעיקר מנגנון דיווח תקופתי שכל מדינה שחברה בה צריכה להגיש.

בעוד שבאמנה מהסוג הראשון, הניסוח הוא כזה שמטיל על המדינות החתומות חובה מיידית לכבד ולהבטיח את קיום הזכויות האזרחיות, באמנה מהסוג השני, כיבוד הזכויות החברתיות בעל 2 סייגים:

1. כמות המשאבים שעומדת לרשות המדינה- ההגשמה אמורה להיעשות באופן הדרגתי.
2. כל מדינה יכולה להחליט באילו אמצעים לנקוט ע"מ להגשים את יעדי האמנה.

**גיא מונדלק- מאמר**

במאמר עולות טענות מדוע לא לעגן זכויות חברתיות בחוקה ונותן מענה לטענות אלו. הטענות תומכות בכך **שלא ניתן להכיר בזכויות חברתיות כזכויות על-חוקיות הנותנות כוח בידי ביהמ"ש לפסול חוקים/תקנות/החלטות מנהליות**:

1. נחיתות הזכויות נובעת מהיותן זכויות חיוביות שמימושן בעייתי לעומת זכויות אזרחיות-פוליטיות שהן שליליות.

2. הזכויות החברתיות לוקות בעמימות יתר.

3. עיגון הזכויות החברתיות בחוקה יחייב את ביהמ"ש לביקורת שיפוטית שתפגע בהפרדת הרשויות.

**3 טענות אינן פוסלות את תוקפן המוסרי של הזכויות אלא את ביהמ"ש כרשות המתאימה לאכיפתן.**

**המחבר מנסה להתמודד עם טענת כשירות המערכת השיפוטית לדון בסוגייה:**

1. **ההבחנה הקלאסית בין זכויות שליליות וחיוביות מיטשטשת בכל הנוגע ליישמן:** נכון הדבר גם לגבי זכויות אזרחיות-פוליטיות וזכויות חברתיות (החובה לממש עמומה יותר מהחובה לא לפגוע).
2. **לדעת המחבר לוקות הזכויות החברתיות באותה מידת עמימות בה לוקות הזכויות האזרחיות-פוליטיות.** פרשנות מושגים עמומים אינה בגדר מלאכה לא מוכר למערכת השיפוטית. מושגים עמומים כמו תו"ל, סבירות ורשלנות זכו אף הם לפרשנות. אם ביהמ"ש התמודד עם עמימות הזכויות אזרחיות-פוליטיות, יוכל להתמודד עם החברתיות.
3. **הפרדת רשויות ויכולתו המוסדית של ביהמ"ש לטפל בזכויות חברתיות:**
4. לביהמ"ש אין את הכלים לקביעת מדיניות ציבורית הנדרש למימוש זכויות אלו. בחינת עובדות חברתיות לעומת עובדות היסטוריות- אין ספק כי לביהמ"ש מיומנות גדולה יותר בבחינת השני על פני הראשון. אך אין להפריד בקושי זה, לביהמ"ש כלים מסורתיים להערכה שיפוטית ע"פ מקור העובדות ולאן דווקא תוכנן.
5. המימוש פוגע בהפרדת הרשויות (חשש מהפיכת ביהמ"ש לרשות ערעור על תקציב המדינה). מימושן של זכויות אזרחיות-פוליטיות כבה אף הוא עלויות ע"פ פסיקת ביהמ"ש- העובדה כי להחלטות שלא לפגוע בזכויות חברתיות יש השלכות תקציביות, **אין בה כדי למנוע התערבות שיפוטית.**

**על כן, לדעת הכותב, מעורבות ביהמ"ש אינה אספקט שלילי.**

מעמדן של הזכויות החברתיות:

**שלב ראשון: סירוב להכיר במעמד החברתי של הזכויות החברתיות**

ברק מציג 3 גישות אפשריות:

1. **גישה מצמצמת-** גישה זו מפרשת את הזכות לכבוד כזכות פרטיקולרית- זכות למניעת השפלה.

**2. גישה מרחיבה-** מפרשת את הזכות לכבוד כזכות שכוללת את כל זכויות האדם (גם חברתיות וגם אזרחיות-פוליטיות).

**3. גישת ביניים-** כוללת את הזכויות אזרחיות-פוליטיות בתוך זכות לכבוד אבל לא את הזכויות החברתיות.

**ברק בוחר באפשרות השלישית-ביניים.** הזכות לכבוד לא כוללת חינוך, דיור ובריאות..

**הוא מציג את כל הגישות כדי לרתום תמיכה בגישתו** אך לא באמת שקל את הכנסת הזכויות החברתיות.

עמדה זו משפיעה על פסיקת השופטים.

**פס"ד עמותת שוחרי גיל"ת**:

**רקע:** המדינה מפסיקה תמיכה כספית בעמותה לילדים הגדלו בסביבה משפחתית קשה.

**טענת העותרים:** החלטת המדינה פוגעת בזכות יסוד של הילדים לחינוך הנכללת בזכות לכבוד בחו"י:כבוה"ח.

**ביהמ"ש: אור:** זכות חוקתית צריכה להיות מעוגנת חוקתית. כבוה"ח לא מעגן במפורש את הזכות לחינוך. **טענה שהזכות לחינוך מעוגנת בזכות לכבוד מחילה מודל רחב על פרשנות הזכות לכבוד.**

**טל ודורנר:** סבורים שעמדת משרד החינוך מידתית ולא ראו צורך לקבוע קביעות בנוגע לשאלת הזכות לחינוך.

על חוו"ד של **אור** נמתחה ביקורת: תקפו החלטה של הממשלה- היה מספיק אם הזכות לחינוך הייתה מוכרת כזכות אדם ולא צריך להכיר בה זכות המעוגנת בחו"י.

\*ספיר מציין שגם לפני חקיקת חוקי היסוד, זכויות מסוימות נהנו ממעמד חוקתי. הן הוכרו על ידי הפסיקה מבלי להיות מעוגנות בחוקי יסוד. ההבדל היחיד הוא בשאלה האם ניתן מכוחן לפסול חקיקה ראשית של הכנסת. אם יש חוק שעומד בסתירה לזכות חוקתית שאיננה כלולה בתוך חוקי היסוד, אי אפשר לפסול את החוק.

**לא דרשו לפסול חוק.** העותרים מבקשים לפסול החלטה מנהלית- היה צריך להראות פגיעה בזכות חוקתית ללא הצדקה, השופט אור התבלבל. הדיון שברק קיים לא היה השאלה האם מוכרת בשיטתנו זכות חוקתית לחינוך, אלא האם ניתן לקרוא לזכות זו אל תוך הזכות לכבוד שבכבוה"ח.

**אור לוקח את הדיון של ברק והפך אותו לדיון בשאלה האם בכלל ניתן להכיר בשאלה שיש זכות חוקתית לחינוך.**

**שלב שני: הכרה ללא שיניים:** המדינות מכירות בזכויות החברתיות אך בפועל, ביהמ"ש לא מקנה כלי לאכיפתן

בסוף שנות ה90 ברק משנה את דעתו והוא מביע בשורה של פס"דים דעה **שזכויות חברתיות מסוימות כן נכללות בזכות לכבוד**. הזכות העיקרית שמקבלת מברק במה היא **הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד.**

**פס"ד גמזו נ' ישעיהו:** הזכות של כל אדם לקיום מינימלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית של כבוה"ח.

**רקע:** פרופ' גמזו, נתבע ע"י אשתו ובתו לשלם מזונות בהוצאה לפועל אחרי שהתחמק מהתשלום במשך שנים ארוכות.

**טענת העותר:** אם יגבו את כל החוב, הוא יישאר חסר כל- מגיע לו מחייה בתנאים מינימליים.

**ביהמ"ש:** מחליט כי צריך לקבוע את שיעור ההחזרים באופן שיאפשר לגמזו לחיות בתנאי מחייה מינימליים. הורה להפחית את שיעור התשלומים שגמזו צריך לשלם.

**האם המהלך באמת יוצא דופן ומרחיק לכת?** מצד אחד, זוהי פעם ראשונה שיש הכרה בתנאי מחיה מינימליים כזכות חוקתית. ביהמ"ש הגן על המופע השלילי (אל תפגע) של זכות זו ולא על המופע החיובי ( תגן אקטיבית על הזכות)- הוא פטר את גמזו מתשלום המזונות, לא חייב לשלם אותם. מצד שני, ביהמ"ש הגן על המופע השלילי של זכות זו ולא על הצד החיובי שלה. ביהמ"ש מנע מן המדינה לקחת כסף מגמזו באופן שישאיר אותו חסר כל, זה לא שביהמ"ש חייב את המדינה לתת לגמזו, אלא פעל באופן המונע פעולה.

**את מחיר ההגנה על זכותו של גמזו לתנאי מחייה מינימליים נאלצו לשלם גרושתו ובתו, שתשלום המזונות אמור היה להבטיח את תנאי המחייה המינימליים שלהן.**

**מה גרם לברק לשנות את דעתו?** היו שטענו שזה נבע מביקורת. בלשכת מנהלי השקעות הועלתה הטענה- בהפעלת זכויות האדם פועלת לטובת החזקים ולא לחלשים- המהפכה החוקתית בישראל הונעה ע"י השכבות החזקות במטרה לעגן ולקבע את האינטרסים הכלכליים שלהם- שופטי ביהמ"ש העליון הם חלק מאותו פלח אוכלוסייה, והביקורת מופנית גם נגדם.

**האם השינוי בעמדת ביהמ"ש משתנה באופן מעשי?**

**פס"ד מנור:**

**רקע:** העותרים טוענים נגד קיצוץ בקצבאות זקנה שנותן ביטוח לאומי, לטענתם הוא מביא את חלקם מתחת לסף של תנאי מחייה מינימליים.

**ביהמ"ש: דוחה את העתירה.** מצד אחד, הזכות נהנית ממעמד חוקתי אך מצד שני, **הבחינה אם קיצוץ כלשהו פוגע בזכות לתנאי מחייה מינימליים, צריך להיעשות אחרי שלוקחים בחשבון את כל מנגנוני העזרה הקיימים.** המדינה נותנת לאזרחים שהכנסתם נמוכה הנחות ופטורים, והיא מסייעת בעוד דרכים, קצבת הזקנה זו רק דרך אחת.

כשאדם עותר לביהמ"ש בטענה לפגיעה בזכות, צריך לפרוס בפניו את כל הדרכים באמצעותן המדינה מזרימה לאזרחים כסף. אחרי שקלול, נראה אם הקיצוץ באמת פגע בזכות.

**פס"ד עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**:

**רקע:** עתירה נגד התיקון לחוק ביטוח לאומי שפוגע בקצבאות הבטחת הכנסה.

**טענת העותרים:** התיקון מפחית את שיעורן של גמלאות הבטחת ההכנסה אל מתחת לסף המינימלי. **נפגעת זכותם של מקבלי הגמלאות לקיום בכבוד.**

**ביהמ"ש:** זו אומנם זכות חוקתית, אך היא לא נפגעה.

**דורנר** אומר למדינה שאם הם טוענים שאין פגיעה- היא רוצה לדעת מה נחשב למספיק בתנאי מחייה מינימליים- ויוצאת לגמלאות (בשיא המתח).

**ברק דוחה את העתירה**. וחוזר על טענתו מגמזו- מצד אחד, הזכות היא חוקתית אך מהצד השני הפגיעה צריכה להסתמך על נתונים מלאים. **העותרים לא הביאו מספיק ראיות לביסוס טענתם.** ע"מ שביהמ"ש ייתן סעד, יש להניח בפניו תשתית עובדות מלאה שממנה יהיה ניתן להסיק פגיעה בכבוד.

השלב הראשון של הבחינה החוקתית נשלם, אפוא מסקנה כי לא הוכחה פגיעה בזכות לכבוד. דין העתירה להידחות.

מה המשמעות של ברק להוכחה קונקרטית? **כל מקרה ייבחן לגופו. כל עותר יצטרך להוכיח שהוא עצמו נפגע אישית עד כדי שלא יכול להתקיים בכבוד.** היו שטוענים שברק מרוקן את הזכות מתוכן מכיוון שזה מציב סף גבוה לעותרים, הם צריכים להוכיח לביהמ"ש ולחשוף את עצמם ורק אז ביהמ"ש יחליט אם לקבל את עתירתם או לא.

בנוסף, מה המשמעות של ההוכחה הקונקרטית בפני החוק? אנשים שמגישים עתירה, מגישים אותה בשם קבוצה של אנשים במצב דומה. אבל אם כל מה שהשיג זה סכום כסף עורו, השאר לא קיבלו שלום- לא כולם יגישו עתירה ויוכחו שהם מסכנים.

**דעת המיעוט, לוי, לא מסכים עם ברק שאין פגיעה בזכות.**

**הביקורת של ביהמ"ש:** הוא מכיר במעמד החוקתי של הזכות לקיום מינימלי כוד, הוא הופך לכתובת לא רלוונטית להגנה עליה כי הוא דורש הוכחות פרטניות. למרות שביהמ"ש מכיר בזכויות חברתיות, לא ברור עד כמה מדובר במחויבות אמיתית מצד ביהמ"ש לאכיפת זכויות אלו.

**שלב שלישי: אכיפת הזכות לתנאי מחייה מינימליים**

**פס"ד חסן אח' נ' המוסד לביטוח לאומי:**

**רקע:** עתירה נגד חוק הבטחת הכנסה. הסעיף שעומד על הפרק הוא סעיף שלפיו רואים במי שבבעלותו או משתמש ברכב כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה להבטחת הכנסה ולכן אינה זקוק לה.

**טענת העותרים**: נגד ההחזקה החלוטה (לא מבחינה בין בעלי הרכב השונים), אומרים שהיא פוגעת פגיעה לא חוקתית בזכות לתנאי מחייה מינימליים.

**טענות המדינה**: 1) הסעיף הוא בגדר מדיניות חברתית-כלכלית שהסמכות להכריע בה היא של המחוקק והדבר לא נופל בגדר הזכות לקיום מינימלי בכבוד.

2) גם אם יש פגיעה בזכות זו, כשמגיעים לשלב האיזונים (=פסקת הגבלה), לאור העובדה שמדובר בזכות חברתית, יש מקום להבחין ולא להפעיל את פסקת ההגבלה כמו שהיא מופעלת ביחס לזכויות פוליטיות. לטענת המדינה כשמדובר בזכויות חברתיות, צריך לעצור לאחר המבחן מידתיות הראש- קשר אמצעי מטרה ולא לבחון את פעילות המדינה ביתר המבחנים.

ביהמ"ש: דוחה את טענות המדינה. לגבי הראשונה, המדינה מייחס משמעות צרה לזכות לקיום מינימלי בכבוד ובוודאי שיש כאן פגיעה. בנוגע לטענה השנייה, ביהמ"ש טוען שההבחנה בין סוגי הזכויות מצדיקה החלה של מודל שיפוטי שונה של ביקורת חוקתית, צריך להפעיל את אותו מודל גם כשמדובר בזכויות חברתיות.

לאור מסקנה זו, ביהמ"ש מחיל על נסיבות המקרה את מודל הבדיקה החוקתית הדו שלבי המוכר ומדגיש ששאלת השיקולים התקציביים שתעלה על הפרק בעניין רלוונטיות רק בשלב השני ולא בראשון (עצם קיומה של פגיעה בזכות). **ביהמ"ש מגיע למסקנה שהסעיף שעליו מדובר, לא עומד במבחן המידתיות השני- אמצעי שפגיעתו פחותה.** הסעיף קובע חזקה מבלי לתת אופציה להוכיח את הזכאות לגמלה.

**אז מה החידוש בפס"ד??**  **זו הפעם הראשונה שבה ביהמ"ש פוסל חקיקה ראשית אחרי שהוא מוצא שהיא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית.** לעומת פס"ד של עמותת מחויבות שם הסתכלו באופן פרטני על כל עותר, כאן בחנו באופן כוללני. **ביהמ"ש אומר שאין להסתכל על הזכות לתנאי קיום מינימליים כנגזרת מכבוד האדם, אלא זכות שהיא ביטוי ממשי לכבוד האדם.** ולכן, מבינים שביהמ"ש מתייחס לפגיעה כזו במלוא החומרה.

**האם ניתן לזהות מגמה?** ביהמ"ש מכיר בזכות לקיום מינימלי בכבוד כזכות חוקתית ואף פסל חקיקה שפגעה בה. מה היקפה של זכות זו? **רוב שופטי העליון מפרשים אותה בהרחבה:**

1. העמדת הקף של קיום מינימלי בכבוד ברמה גבוהה יחסית.

2. הפרשנות שביהמ"ש בוחר אומרת שלפי זכות זו צריך לספר תנאים לאדם לממש דברים רבים- פרשנות מרחיבה. עם זאת, ....יש זכויות חברתיות שיהיה קשה להכניס תחת זכות. ישנה גישה מצומצמת יותר של השופט גרוניס, היא לא הגישה הרווחת.

**פס"ד רובינשטיין נ' הכנסת**:

**רקע:** עתירה בנוגע לזכות לחינוך. העותרים מבקשים לבטל את חוק מסודות חינוך תרבותיים ייחודיים, חוק שמכוחו המדינה מעניקה למוסדות חינוך חרדיים פרטיים מימון בסך 60% מהמימון שניתן לביה"ס תיכון של המדינה וזאת בלי להתנות את המימון בלימוד מקצועות ליבה.

**טענת העותרים:** פוגע בזכות של החרדים לכבוד בעתיד.

**ביהמ"ש:** **דוחה את העתירה.**

**גרוניס:** כשמדובר בזכות חיובית (העותרים רוצים שהמדינה תוציא משאבים להכנסת לימודי ליבה במוסדות חרדיים), ביהמ"ש צריך לנקוט ריסון בכל ההיבטים של הביקורת כי הוא חושש שייווצר מצב שביהמ"ש יתערב בשיקולים של קביעת מדיניות כלכלית. אלו נושאים פוליטיים-חברתיים שביהמ"ש נוטה להתערב בהם והחלטה כזו תגביל את חופש הפעולה של הרשות המבצעת ותטשטש את עקרון הפרדת הרשויות.

\*גידי: גם אם החשש של גרוני מוצדק, לא ניתן לראות איך זה יהווה השפעה מהותית במ"י. למרות גילויי אהדה של השופטים כלפי זכויות חברתיות,  **מידת ההתערבות בשם הזכויות החברתיות היא מעטה.** השינוי של ביהמ"ש לא כזה גדול. **בשום מקום בפרשת חסן לא מתמודד ביהמ"ש ישירות עם השאלה מה היקף הזכות של קיום מינימלי בכבוד.**  הוא לא קובע שום קביעה בחלוקת עוגת הרווחה התקציבית. איך זה קשור לדבריו של גרוניס? עד כמה שהסתייגותו נובעת מהחשש שההרחבה תוביל לכך שביהמ"ש יתערב בקביעת המדיניות הכלכלית, אין לפי פרשת חסן יסוד לחשש זה.

**חופש העיסוק**

חו"י: חופש העיסוק- מה הרציונל של חופש העיסוק שאנו מעניקים לו מעמד של זכות חוקתית?

1. חשיבות 2. פגיעות.

**ההבדלים בין חו"י: חופש העיסוק לבין חו"י: כבוה"ח:**

* **פסקת ההתגברות:** מאפשרת לכנסת לחוקק חוק שפוגע בצורה לא מידתית בחופש העיסוק באמצעות החוקה.
* **פסקת הנוקשות:** חו"י: חופש העיסוק משוריין גם פורמלית וגם מהותית, לעומת כבוה"ח שרק מהותית.
* **פסקת שמירת הדינים:** כיום, שמירת הדינים יש רק בכבוה"ח ולא בחופש העיסוק, **מה שמעניק לו לחול גם רטרו.**
* **ס'9 לחו"י: כבוה"ח:** פסקת הגבלה מיוחדת לפגיעה באנשי הביטחון.
* **חו"י: חופש העיסוק מתייחס לכל אזרח:** חו"י: כבוה"ח מתייחס לכל אדם באשר הוא אדם- מחליש את חופש העיסוק.

**רציונל ומגמה**

**יש 3 רציונלים חופש העיסוק:**

1. פרנסה (פס"ד בז'רנו).

2. מימוש עצמי (אוטונומיה) (פס"ד מנהלי השקעות, ס'15- פסילה ראשונה של חקיקה ראשית עקב פגיעה בחופש העיסוק-....ברק) (פס"ד איגלו).

3. תחרות חופשית (פס"ד כלל ומגדל)

**שני הרציונליים הראשונים הם רציונליים אישיים.**

**פס"ד בז'ראנו נ' שר המשטרה: רציונל של פרנסה.**

**השופט חשין** טוען כי רציונל הפרנסה הוא הבסיסי ביותר בחופש העיסוק.

הזכות לעסוק במשלח יד- זכות קנויה של כל אדם. בוהי זכות טבעית שלפיה אדם יעסוק בכל משלח יד כל עוד אין חוק שאוסר זאת עליו. כדי להגביל את הזכות הטבעית הזו, יש צורך ב**הסמכה מפורשת בחוק.**

מגנים על ערך זה מ2 סיבות: הוא חשוב או כי הוא פגיע (על הפרנסה מגנים מאחר וזה הכרחי).

**פס"ד איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה**:

**רקע:**  אסור על איגלו לייבא מרוסיה.

**טענת העותרת:** להכליל את רוסיה בין המדינות המגבילות ייבוא לישראל ללא בדיקה- חריגה מסמכות. פגיעה בחופש העיסוק.

**טענת המדינה:** רוסיה עדיין מסרבת לייבא מישראל ועד אז פועל מכוח האמור בצו ייבוא חופשי.

**ביהמ"ש** (דורנר): קובעת כי הרציונליים העומדים בבסיס חופש העיסוק הם: **א. אוטונומיה**- עניינו של האדם להתפרנס ולהגשים את כישרונותיו, אישיותו ומאווייו. **ב. חברתיים כלכליים**- מבטיחים שמירה על חירות האדם= הזכות לפרנסה והגשמה עצמית.

כאשר הרציונל הוא **פרנסה** ולעומתו **קידום כלכלת המדינה**, נקיים את מבחן האפשרות הסבירה, מבחן המקל פגיעה בחופש העיסוק של הפרט.

כאשר הרציונל הוא **בעל חשיבות מיוחדת בהיקף חופש הביטוי** (עיסוק תקשורתי) נערוך מבחן מחמיר של וודאות קרובה לסכנה חמורה- מבחן המחמיר לפגיעה בחופש העיסוק של הפרט.

**האם יש נפקא מינה בין רציונל המימוש העצמי לרציונל הפרנסה?**

עיסוק התנדבותי- עשוי שלא להיחשב לעיסוק, אם חופש העיסוק מבוסס על רציונל הפרנסה.
חלופת קצבה- נניח שהמדינה מגבילה את האפשרות להתעסק, אבל משלמת קצבה לאלו שהוגבלו. אם הרציונל הוא פרנסה, ניתן לטעון שאין כאן פגיעה.

**רציונל שלישי- הגנה וחיזוק של התחרות החופשית לתועלת המשק:**

**פס"ד כלל ומגדל:**

**רקע:** שתי חברות הביטוח רצו לפעול בתחום קרנות הפנסיה. משרד האוצר שלא היה מעוניין בהקמת קרנות פנסיה חדשות, יזם חקיקה מגבילה.

**טענות העותרים:** העותרות טענו שהדבר פוגע בחופש העיסוק שלהן.

**ביהמ"ש:** קיבל את הטענה אולם שניים משלושת שופטי ההרכב סברו שהפגיעה נכנסת בגדר פסקת ההגבלה. השופט דב לוין מדגיש רציונל חדש לחופש העיסוק: כשהגבלתם מישהו בלהתעסק בתחום, התוצאה היא פגיעה והגבלה בתחרות שבין גופים שונים "עיקר חשוב בזכות היסוד הזו הוא ביכולת התחרות החופשית בין הפרטים."

**בג"צ אורון נ' הכנסת:**

**רקע:** תיקון לחוק הבזק, תשמ"ב 1982 באמצעות הוספת סעיף 3(7) לחוק שמעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל.

המשמעות העיקרית של התיקון היא כי מי שהתיקון חל עליו מקבל זיכיון להפעלת תחנת רדיו ללא צורך במכרז.

**ביהמ"ש:** עיקר בסיסי בזכות לחופש עיסוק המוגנת בחו"י חופש העיסוק הוא חופש התחרות. מכאן, שפגיעה בחופש התחרות ע"י התערבות בו בדרך של הענקת טובות הנאה לאחד המתחרים בלבד והעדפו על אחרים, פוגעת בחופש העיסוק.
התיקון לחוק פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו ארציים, בכך שהוא מעניק זיכיון ורישיון לשידורי רדיו ארציים פרטיים לגוף משדר העומד בתנאי התיקון לחוק, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו.

**האם ניתן להצביע על מגמה?**

אולי ההתפתחות הפנימית בין שני הרציונלים הראשונים סללה את הדרך להופעת הגישה התחרותית, באופן הבא:

אם הדגש הוא על רציונל הפרנסה, רציונל התחרות החופשית יעלה בקנה אחד עם רציונל הפרנסה רק אם נטען שתחרות תביא לרווחה כלכלית לכולם, טיעון שלא קל לבססו.

כשמרכז הכובד עובר למימוש עצמי, הוא מתיישב היטב עם רציונל התחרות, הטענה תהיה שפגיעה בחופש התחרות יכולה בצדק להיחשב כפגיעה ביכולת המימוש העצמי.

**המעבר מרציונל הפרנסה למימוש העצמי, מאפשר מעבר חלק יותר או הוספה לרציונל של התחרות.**

**מאמרו של איל גרוס:**

שני הרציונלי הראשונים (פרנסה ואוטונומיה) הם אישיים. אייל גרוס במאמרו מבקש להעביר את הזכות לחופש העיסוק לתחום הזכויות החברתיות ולקרוא אותה **כחובת המדינה לספק לאדם פרנסה.** ולכן, יש התנגשות בין רציונל הפרנסה לבין רציונל התחרות החופשית. **אם ההצדקה לזכות עוסקת באפשרות המחיה והפרנסה**, מעבר לאפשרות בשם חופש העיסוק, לעסוק במקצוע, יש גם לדרוש מהמדינה להבטיח את התנאים שיאפשרו מצידת עבודה, נגישות לעבודה וכן תנאי עובדה צודקים והוגנים- כל אלה להגשמת הרעיון של מחיה ופרנסה.

**מעמד זכויות סוציאליות בין עובד למעביד-** חשין אומר כי חופש העיסוק היא לא חובה להעסיק אדם. **גרוס אומר** כי המגמה של אי הטלת חובות על המעסיקים זולגת לתחום של תנאי עבודה וזכויות עובד.

**מה היקפו של רציונל הפרנסה?**

גרוס מציע פרשנות מרחיבה לרציונל הפרנסה, באופן שמעביר את חופש העיסוק למשפחת הזכויות החברתיות. **הוא טוען שהמדינה צריכה לפעול אקטיבית להבטיח את פרנסתם של אזרחים= פרשנות סוציאלית מאוד.**

* בפרשת כלל ומגדל מטרת ההגבלות הייתה הגנה על שוק קרנות הפנסיה מפני התמוטטות.
* גרוס טוען שמטרה זו עולה בקנה אחד עם רציונל הפרנסה- הגנה על פרנסתם של בני אדם, לאחר פרישתם.
* יוצא, שאם נאמץ את הרציונל התחרותי, ונפסול את ההגבלות, הדבר עלול לסכל את מימושו של רציונל הפרנסה.

**תנופה נ' שר העבודה:**

**רקע:** חברות כ"א טוענות שהחובה להפקיד ערובה שנקבעה בחוק כתנאי לקבלת רישיון לעסוק כקבלן כ"א פוגעת שלא כדין בחופש העיסוק.

**ביהמ"ש:** הנשיא ברק קבע שהחוק אכן פוגע בחופש העיסוק, אך עומד במבחני פסקת ההגבלה. נמצא שלפי דעת ברק חקיקה סוציאלית פוגעת בחופש העיסוק היא לתכלית ראויה.
גרוס טוען שלפי רציונל הפרנסה לחופש העיסוק, היה מקום להפעלת שיקולים חלוקתיים אשר יהפכו את החקיקה הסוציאלית בתחום יחסי העבודה לחלק מחופש העיסוק ולא רק לתכלית ראויה המצדיקה פגיעה בו. **אין פה פגיעה בחופש העיסוק אלא הגנה אקטיבית עליו**. מנגד, גרוס גורס (חחחחח) כי לפי רציונל הפרנסה, זו פעולה המבטיחה את חופש העיסוק ולא פגיעה בו, הדרישה לערובה הוא תנאי הכרחי בכדי להגן על חופש העיסוק.

**האם פירושו המרחיב של גרוס מתקבל על הדעת?**

טענתו של גרוס מתחברת לטענה כללית יותר, לפיה ביהמ"ש העליון תומך באופן עקבי במעסיקים מול עובדיהם, ובכך הופך את הזכות לחופש העיסוק לזכות ששמורה למעבידים בלבד ושולל את המשמעות שניתנה לה כזכות אדם בסיסית. (שוב ביהמ"ש נוטה לצד העשירים).
הטענה היא שביהמ"ש מבטא בכך עמדה ליברטריאנית מובהקת, בניגוד לרציונל הליברלי שראוי להשוות לפי הנטען לחופש העיסוק.

**דרך נוספת לסכם את האפשרויות השונות להבין את חופש העיסוק הוא בהצבה של 4 אפשרויות, משמאל לימין, על הרצף האידאולוגי החברתי-כלכלי:**

1. חופש העיסוק כולל "זכות לעבוד" ומחייב את המדינה (או את המעביד במגזר הפרטי) לספק עבודה במקום ובזמן שהאבטלה מקשה על השגת עבודה בשוק בחופשי.
2. חופש העיסוק כולל זכויות קונקרטיות במקום העבודה כגון לשכר הוגן, לתנאי עבודה הולמים ולאפשרות להתארגן.
3. חופש העיסוק כ"חופש"- מחייב את המדינה להימנע מלהגביל את האפשרות של האדם לסחור לו כראות עיניו.
4. חופש העיסוק בזכותם של יזמים ועצמאים בשוק החופשי לפעול בסיבה של רגולציה מינימלית.

**באיזה מהאפשרויות בחר ביהמ"ש?**

האפשרותהראשונה כלל לא נדונה בפסיקה. לכאורה, מפרשת **תנופה** משתמע כי האפשרות השנייה נדחתה, במובן זה שהטלת מגבלות על המעסיק מתפרשת כפגיעה בחופש בעיסוק. מצד שני, יש אמרות אגב מהן עולה שחופש העיסוק כולל גם זכות לתנאי עבודה סבירים והוגנים. אימוץ רציונל התחרות החופשית מלמד על בחירה באפשרות הרביעית. בפרשת בז'רנו נבחרה גם האפשרות השלישית. כך גם **בפרשת לם**: חופש העיסוק הוא החופש של הפרט לעסוק (או לא לעסוק) במשלח יד הנראה לו ראוי. הוא במהותו זכות "הגנתית", הפועלת כרגיל, כנגד פגיעה בה ע"י הרשות השלטונית. חופש העיסוק אינו מעניק, כרגיל, זכות 'אקטיבית' לפעולה מטעם הרשות השלטונית (שם, עמ' 692).

**ניתן לומר שביהמ"ש מאמץ את אפשרות 3 ואפשרות 4 ברוב במקרים.**

**פס"ד לם:**

**ברק:** חופש העיסוק אינה הזכות להיות מועסק. הוא לא מקנה זכות "אקטיבית" לפעולה מטעם הרשות השלטונית. בנוסף, חופש העיסוק נפגע רק אם נקבעים תנאים לכניסה לעיסוק. **אבל**, חופש העיסוק נפגע כאשר יש החלטה שלטונית הפוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק הלכה למעשה.

**דורנר:**  יש פגיעה בחופש העיסוק מכיוון שתחולת ההחלטה הינה מיידית ולא נקבעו בה כל הוראות מעבר ובנוסף לא נעשתה בחקיקה או מכוח הסמכה מפורשת.

**עלי זלצברגר וסנדי קדר- המהפכה השקטה**:

ביקורת על פס"ד מנהלי השקעות- פס"ד עם גוון אידאולוגי חברתי כלכלי שמכן על קבוצה חזקה על חשבון רוב שזקוק להגנה על נכסיו. הכותבים אומרים שזאת בחירה לא מוצלחת במקרה כדי לבסס את סמכותו של ביהמ"ש לביקורת משפטית.

**מימוש המהפכה החוקתית- פס"ד יועצי השקעות:** פס"ד ראשון של העליון שבו בוטל חוק של הכנסת כנוגד את מגילת הזכויות החדשה.

**טענות העותרים:** חלק מההוראות בחוק הסדרת ייעוץ השקעות סותרות את הזכות לחופש העיסוק, ומכיוון שהחוק נחקק לאחר חו"י: חופש העיסוק, דין הוראות אלו להיפסל. **המחלוקת הייתה אם הפגיעה מוצדקת לפי פסקת ההגבלה.**

**ביהמ"ש דילג על שלב הדיון המעמיק והתמודדות עם היקף זכות מוגנת. הוא עבר לדון מיד בפסקת ההגבלה בדומה לפרשת בנק המזרחי.**

ברק דחה את העתירה בנוגע לתנאים החדשים, אך קבע שחלק מהוראות המעבר לא עומדות בפסקת ההגבלה. **קשה להבין מניין שאב ביהמ"ש את ההבחנה בין עוסקים ותיקים מאוד לוותיקים טריים.** הכנסת קבעה בצורה ברורה (ותק של 7 שנים). ההחלטה הרטרואקטיבי של החוק על אנשים שעסקו בתחום זה בעבר ואף פחות מ7 שנים, לפי ברק לא רק פגיעה בציפייה של העוסקים אל גם בזכות לחופש העיסוק ואף בזכות הקניין.

נראה כי קביעה זו ביהמ"ש מקדם את המבנה המדורג של זכויות מוקנות. התפיסה החברתית העולה מקביעה זו היא תפיסה היררכית המקדשת את הותק על מעבר לתכלית החקיקה שיודעה- לקדם אינטרסים פרטיים וציבוריים חשובים.

ראוי לציין, כדי לצד פסק דינו של הנשיא, נכתבה גם חוו"ד של דורנר. על אף שהשופטת מצטרפת למסקנות הפס"ד, מחוו"ד עולה חוסר ננחת מדרך ההנמקה של הנשיא. ראשית, היא מציינת כי ראוי שביהמ"ש יאמץ דרגות בדיקה שונות באשר למילוי תנאי פסקת ההגבלה. שנית, מציינת שגם במסגרת חופש העיסוק ראוי לאמץ רמות בדיקה שונות, המותאמות לערכים ולאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי.

**לדעת הכותבים בדבריה הסתייגות מבחירת הסוגייה של תקופת הפטור של מי שעוסק בייעוץ השקעות כפריט היחידי שביהמ"ש בחר לפסול מכלל הוראות החוק. והסתייגות מכך שזוהי הפרשה הראשונה שאיתה בחר ביהמ"ש לפסול חוק מתוקף מגילת הזכויות. לדעת הכותבים, ביהמ"ש העליון ביצע מהלך מחושב שמטרתו העיקרית היא ביסוס סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים.** ולכן בחר במקרה קל ושלי שלא יעורר סערות ציבוריות והתנגדות מהרשות המבצעת והמחוקקת.

**הזכות לשוויון**

בין זכויות האדם שמור מקום של כבוד לזכות לשוויון. היא מופיעה בכל מסמכי זכויות האדם, המדינתיים והבין-מדינתיים, ונאכפת ע"י בתי המשפט בכל הדמוקרטיות. גם בישראל נוגע לה מעמד מיוחד. אולם, חרף חשיבותה הבלתי מעורערת ומקומה המרכזי בשיח הציבורי והמשפטי, קיים חוסר בהירות לגבי תוכנה המדויק. בהקשר הישראלי תורמת לחוסר הבהירות העובדה שהזכות לא נכללה בחוקי היסוד שעניינם זכויות אדם, מה שהוביל לניסיונות מצד ביהמ"ש לקרוא אותה לתוכם, בדרכים שונות. עם זאת, חוסר הבהירות אינו נחלה של ישראל בלבד, וגם לא של השיח המשפטי, אלא ניכר גם בשיח הפילוסופי אודות הזכות.

**סוגי השוויון:**

**1. שוויון אריסטוטלי:** יחס שווה לשווים ושונה לשונים. השוני שצריך להצדיק את הפגיעה בשוויון צריך להיות אמפירי.

**2.** **שוויון הזדמנויות:** לא משנה מה התוצאה הסופית כל עוד יוצאים מאותה נק' מוצא. המדינה אחראית על כך שכולם ....יתחילו מאותה קו משווה. ההישגים של כל אחד תלויים באדם ולא באופן שרירותי מהשתייכות מסוימת.

**3. שוויון בתוצאה (מהותי):** לא מקובל ששניים יצאו לדרך באותה הנקודה ויסיימו בשתי נקודות שונות.

**שוני רלוונטי ומבחן קשר אמצעי מטרה הן בחינות חופפות במבחני פסקת ההגבלה.**

כאשר יש שוני רלוונטי ותכלית ראויה, אין פגיעה בשוויון לפי **התפיסה האריסטוטלית.**

**שוויון אריסטוטלי, היקפו וחולשותיו**

יחס שווה לשווים, יחס שונה לשונים. הבעיה היא שכולנו שווים כי כולנו בני אדם, אך גם כולנו שונים. הפתרון הוא שהשוויון או השוני ביננו נבחנים **בשאלת הרלוונטיות לתכלית הכלל או התקנה שעומדים על הפרק.** כלומר, שוני ייחשב רלוונטי רק אם הוא קשור באופן אמפירי לתכלית הכלל/חוק/תקנה.

ספיר טוען כי יש חולה אחת מרכזית במושג שונות רלוונטית. כשמודבר בפגיעה בכל זכות אחרת, הדיון מתחלק לשני שלבים- אם יש פגיעה בזכות ואם יש- האם מוצדקת בנסיבות העניין. ספיר טוען כי לפחות במונחי השוויון האריסטוטלי אין שני שלבים, רק אחד- בחינת פגיעת השוויון ע"י 2 אמצעים:

1. **בודקים את התכלית כדי לדעת אם יש פגיעה בזכות-** אם יש שוני רלוונטי לעניין. אם יש שוני רלוונטי והתכלית ראויה- אין פגיעה. אם השוני לא רלוונטי- ישנה פגיעה.
2. **בודקים אם יש קשר בין אמצעי למטרה-** אם מצאו שיש פגיעה- היא בהגדרה לא יכולה להיות מוצדקת. אם אין פגיעה- אין צורך להצדיק. כלומר **אין לנו טעם לבחון מידתיות, אנו מגיעים לתוצאה כבר בשלב בחינת הפגיעה.**

 \*במבחן הציפייה היא שגם אם נבחן שיש חוסר שוויון בשל שוני רלוונטי, נמשיך לבחון את הפגיעה בפסקת ההגבלה.

**אליס מילר נ' שר הביטחון:**

**רקע:** בחורה שמעוניינת להיות טייסת ולהתקבל לקורס טייס. הצבא מסרב לקבל אותה בגלל שהיא אישה.

**טענת הצבא:** ישנה השקעה מסוימת בכל טייס מתוך הנחה לקבל מאותו טייס שנות שירות בקבע. **לגבי נשים יש 2 בעיות: 1. הריון ולידה**- פרק זמן בו נשים לא יכולות לטוס. **2. זמן שירות**- יהיה קצר משמעותי מזמן השירות של גברים.

יוצא מצב בו הצבא משקיע את אותה השקעה בטייסות ומקבל מהן פחות. **הצבא טוען שלא מתקיימת הפליה מכיוון שקיימת שונות רלוונטית בין המינים בכל הנוגע לשירותם הצבאי.**

**ביהמ"ש: מקבל את העתירה, ודוחה את טענות הצבא.**

**מצא:** הצבא מתבסס על הערכות בלבד ולא על נתונים עובדתיים. (לא הוכח קשר בין אמצעי למטרה=אין שוני רלוונטי). מציע לעשות פיילוט. מצא חושש שיש סטראוטיפ שאינו מבוסס ביחס לנשים, ביהמ"ש לא רוצה להזין אותו אלא להפריכו.

**דורנר**: **יש פגיעה בכבוד האדם במובן של השפלה.** גם אם יש שונות רלוונטית (=לכאורה אין פגיעה בשוויון), סגירת קורס טייס בפני נשים פוגעת בכבודן ומכאן שיש השפלה.

הטיעון הראשון של דורנר הוא שחרף השונות הרלוונטית יש פגיעה בכבוד. **דורנר פוסלת את עמדת הצבא בגלל פגיעה בכבוד האדם, לא שוויון.**

הטיעון השני ניתן לתרגם לטענה שבעצם אין שונות בפרמטר הרלוונטי- התחשיב הכספי שנעשה לא כלל את כל הנתונים הרלוונטיים (גודלן היחסי של הנשים, פסילה מוחלטת של טייסות מגדיל את מספר המועמדים בצורה משמעותית והסתברותית נקבל טייסים פחות מוכשרים)- לכן השוויון האריסטוטלי עדיין נפגע**.**

**בשני המהלכים אין המשך עיסוק בשאלת השוויון אחרי הגעה למסקנה כי יש שוני רלוונטי בתכלית ראויה.**

**שטרסברג כהן:** חיסכון כספי אינו טעם מספק לסגירת קורס טייס בפני נשים. היא לא נוקטת בשוויון אריסטוטלי אלא בשוויון הזדמנויות. גם אם יש שוני בין הפרטים, יש לתת להם נקודת התחלה זהה. שטרסברג כהן אומרת שלהיות טייס זו מקפצה לחיים וזו הזדמנות שאנו צריכים להעניק לכולם גם אם זה עולה לנו כסף לייצר שוויון הזדמנויות. אך זה לא נותן מענה לגבי הטיעון של השוויון האריסטוטלי- אך אולי הוא אינו רלוונטי לכל עניין? אם מדובר בשוויון הזדמנויות, בפסקת ההגבלה ניתן לבחון ואילו בשוויון אריסטוטלי לא ניתן לבחון שכן הוא נעצר במבחן הראשוני-קשר אמצעי מטרה.

2 דברים שצריך לבחון: לאיזה שוויון הם מתכוונים? האם מדובר על שוויון או האם מדובר בזכות אחרת?

**השופט מצא** נשאר עם הגישה האריסטוטלית. **השופטת דורנר** סוברת כמו מצא, אך מעלה את הסוגיה של פגיעה בכבוד במובן של השפלה. **השופטת שטרסברג כהן** אומר שיש שוני רלוונטי ולמרות זאת, יש פגיעה בשוויון- אך מדברת על שוויון הזדמנויות ולא שוויון אריסטוטלי.

**ביהמ"ש מנסה להכניס את הזכות לשוויון כזכות חוקית, לחו"י: כבוה"ח, למרות שזו לא הייתה כוונת המחוקק.**

**עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים:**

**מהות הפגיעה:** כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע גם על זכותו של בן הזוג הישראלי לשוויון. פגיעתו של החוק ממוקדת באוכלוסייה ספציפית. חוק זה תוצאתו הפליה עבור קבוצת אוכלוסייה.

**הפליה אסורה או הבחנה מותרת**: לא כל הבחנה מהווה הפליה.

**הפגיעה בשוויון בהיעדר כוונת הפליה**- תכליתו של החוק לא להפלות. שיקול ביטחוני בלבד. להיעדרה של כוונה להפלות אין השפעה על קיומה של ההפליה בפועל.

פגיעה כדין בשוויון: ישנן הרבה פגיעות חוקתיות בזכויות המוגנות בחוקי יסוד. חוקתיות זו קיימת חרף הפגיעה ומתאפשרת אם מתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה.

**עדאלה נ' הכנסת**:

**רקע:** עתירה נגד תיקון לחוק הביטוח לאומי שקבע בס'325ב לחוק כי במקרה שקטין הורשע בעבירת ביטחון חמורה (כולל יידוי אבנים) ובוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לטרור, ונגזר עליו עונש מאסר- ישללו מהוריו הקצבאות המשולמות עבורו למשך כל תקופת מאסרו.

**ביהמ"ש** (סולברג, מיעוט): יש להבחין בין סוגים שונים של פגיעה בשוויון והואיל והזכות החוקתית לשוויון נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד, הרי שפגיעה בשוויון תוכר רק כאשר יוכח כי נעשתה הבחנה ע"ב תבחינים 'חשודים'. המסקנה היא שהחוק אינו מבחין הבחנה חשודה בין יהודים לערבים, לא במפורש ולא במשתמע. ולכן, לשיטת סולברג לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית וממילא אין מקום להידרש לבחינת חוקתיות החוק בהתאם לפסקת ההגבלה.

**יקותיאלי נ' השר לענייני דת**: נותנים גמלה לאברכים אבל לסטודנטים לא.

**ביניש:** בפרשת חוק טל ביהמ"ש קבע- הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם ולכן מקבלת הגנה חוקתית על חוקית. אבל, לא כל הבחנה מהווה הפליה. טענת ההפליה תעלה רק במקום בו ניתן יחס שונה לשווים. אסור לנהוג בהפליה, תחושת ההפליה פוגמת במרקם החברתי ובאמון הציבור בשלטון (בעיקר בנוגע לחלוקת תקציבים בניגוד לחקיקה ראשית ע"ב קריטריונים שלא מפורסמים לציבור).

ההכרעה בשאלת השוויון קשה. אותה קבוצת שוויון מדוברת היא קבוצה של פרטים או גופים לגביהם חלה החובה לנהוג בשוויון- לעיתים המחוקק קובע ולעיתים זוהי משימתו של ביהמ"ש. עצם העובדה שניתן להבחין בין קבוצות על יסוד קיומן של הבדלים בינהן, אין משמעות שהבחנה זו חוקית. **הבחנה בין שונים אינה הפליה פסולה רק במקום בו שוני רלוונטי לתכליתה של הנורמה המבחינה בינהם.**

נוכח התכלית הכלכלית העומדת ביסוד תשלומי הבטחת הכנסה, ההבחנה בין קבוצות הלומדים השונות (סטודנטים, אברכים) על רקע הבדלים באופי הלימודים איננה מבוססת על שוני רלוונטי= הפליה פסולה.

**החובה לחלק תמיכות מהמדינה בשוויון נסמכת גם על אופיה החוקתי של הזכות.** אך זכות השוויון אינה מוחלטת, במקרים המתאימים אל מול זכות/אינטרס מנוגד נקבע כי הפליה/פגיעה בשוויון אינה בלתי חוקתית.

**שוויון הזדמנויות**

הפירוש של נורמן דניאלס, לפיו עיקרון השוויון נועד להבטיח שוויון הזדמנויות, עשוי להרחיב את היקף הדרישות המתחייבות מעיקרון השוויון. האינטואיציה שקושרת בין שוויון הזדמנויות לבין צדק היא שקיומו של הראשון מבטיח שגורלם של בני האדם יקבע על ידם ולא לפי נסיבות חייהם. בדרך זו הישגיו של אדם אינם שרירותיים אלא מהווים פירות עבודתו.

**פס"ד מילר נ' שר הביטחון**

**שטרסברג כהן:** שוויון הזדמנויות 🡨 לתת לכולם הזדמנות שווה. כאשר יש שונות רלוונטית שניתנת לנטרול, נשאף לנטרלה. לטענתה, שווה להוציא כסף כדי להגיע לשוויון כזה. שונות רלוונטית היא שונות שגורמת לקשיים אמיתיים (לדוג': פיזיים). שונות לא רלוונטית יכול להיות ניתנת לנטרול או איננה ניתנת לנטרול, אם ניתן לנטרל במחיר סביר- יש לעשות זאת.

**רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**:

**רקע:** דיילי אוויר חייבים לפרוש בגיל 60 לעומת דיילי קרקע שיכולים לפרוש בגיל 65.

**ביהמ"ש** (זמיר): ישנם איסורי הפליה קלאסיים המופיעות במגילת העצמאות ומגילות זכויות אדם-דת, גזע ןמין... אולם הרשימה אינה סגורה. היא מתרחבת בהתאם להתפתחות המודעות הציבורית בדבר הצורך להגן על קבוצות שונות באוכלוסייה. הפליה היא יחס שונה כלפי שווים, אז גם ידוע כי בני אדם אינם שווים.

לפיכך, יש לומר שהפליה, מבחינה משפטית, היא יחס שונה כלפי השווים **מבחינה משפטית.** מי אלה?

**קבוצת השוויון**- החובה לנהוג בשוויון תלויה בהגדרת הקבוצה לצורך אותו עניין. גבולות הקבוצה אלו גבולות השוויון.

**כיצד מתווים את גבולותיה של קבוצת השוויון לצורך עניין מסוים?** לעיתים נותן החוק תשובה ברורה ומגדיר קבוצה. היכן שלא, יש לפנות לתכלית החוק, מהות עניין, ערכי היסוד ונסיבות המקרה (=פרשנות).

**כיצד יש לפרש את החריג שבס'2ג (הפליה כשרה) "כמתחייב מאופיו של התפקיד"?** פשוטו כמשמעו, מתחייב, על הדרישה להיות אובייקטיבית. יש לדקדק בדבר: מתחייבת ולא מועדפת.

**איסור הפליה גם כאשר נוגד שיקולים עסקיים-** אל על טוענת כי הופעת צעירים משתלמת לה כלכלית. זמיר היה מקבל טענה זו לו היה מובאים לכך תימוכין. בהיעדרם יש לומר כי השוני מבוסס על סטיגמה ועל מוסכמה בה הורגלנו ועל כן אין הוא רלוונטי. עתירתה של אל על **נדחתה** וסעיף גיל הפרישה שבהסכם הקיבוצי מבוטל בהיותו נוגד תקנת ציבור.

**שוויון כמניעת השפלה**

השמטתה של הזכות לשוויון מחו"י: כבוה"ח הביאה את שופטי בג"ץ לאמץ פרשנות מרחיבה לזכות לכבוד ולכלול במסגרתה מקרים של פגיעה בשוויון הכרוכים בהשפלה. אולם, גם ללא הפתולוגיה הישראלית המיוחדת, ניתן היה להציע הבנה זו כפירוש עצמאי לזכות לשוויון. לפיו הערך המוגן במסגרת הזכות לשוויון הוא ערך הכבוד במובנו **כהיעדר השפלה.**

**מילר נ' שר הביטחון:**

**דורנר:** ספק בעיניה אם ניתן לכלול בתוך הזכות לכבוד את הזכות לשוויון. סתירה של דברי המחוקק. היא **מציעה שפגיעה סתמית בשוויון לא תהווה פגיעה בזכות לכבוד ולכן לא תיקרא אל תוך הזכות, אלא אם מדובר בפגיעה בשוויון שיש בה אלמנטים של השפלה**. מדבריה של דורנר יוצא, שאלמנטים של השפלה קיימים במקרים בהם חוסר השוויון או היחס השונה לשווים מתבצע ביחס לקבוצות מסוימות, כלומר **שההבחנה היא בעלת סממנים קבוצתיים כמו דת, [גזע ולאום.** במקרה כזה נלווה לחוסר השוויון גם ממד של השפלה. זה מעביר יחס של נחיתות והנצחת הסטראוטיפ. **במקרים כאלה, אין פגיעה בשוויון במובן החוקתי, אלא פגיעה בשוויון שנלווית אליה פגיעה בכבוד.**

**ההבדל מבחינה מעשית-** לא ניתן לפי דורנר לפסול חקיקה ראשית אם שוויון לא חוסה בהשפלה.

**רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**:

**זמיר:** הפלית מחמת גיל יכולה לבוא לידי ביטוי במקום עבודה, בין השאר, בעצם החובה לפרוש מן העבודה בגיל מסוים. בישראל מקובל בעובדים חייבים לפרוש מן העבודה, לפי חוק או הסכם, בגיל 65. הפליה של אדם בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת, פוגעת בכבוד האדם והיא משפילה.

**שוויון כהגנה על קבוצות פגיעות (סיווגים חשודים)**

**הטיעון:** בפרשת עדאלה שנדונה לאחרונה, הציע השופט סולברג פרשנות לפיה מתן יחס שונה לחברי קבוצות מסוימות ייחשב תמיד לפגיעה בשוויון שטעונה הצדקה לאור מבחני פסקת ההגבלה. לעמדתו מצטרפת בפסק הדין גם השופטת ברק-ארז. סולברג חזר כאן על עמדה שהוא הציג כבר בפרשת חוק ההסדרה.

**בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (2020):**

בפרשה זו קובע סולברג כי ההבחנות שהציעה המדינה בין בניה בלתי חוקית פלסטינית לבניה בלתי חוקית יהודית אכן עשויה להיות רלוונטית לתכלית ראויה, אבל דחה את הדיון בהבחנות אלו לשלב השני של הדיון החוקתי שבו נבחנת שאלת המידתיות, **סולברג הסביר כי ההבחנה בין בנייה בלתי חוקית ישראלית לפלסטינית היא "הבחנה חשודה" וקובע כי חוק ההסדרה פוגע בזכות חוקתית לשוויון. למרות שיש תכלית ראויה, אין להצדיק את הפגיעה בזכותם**.

**ההצעה להתייחס לכל מקרה של יחס שונה שמעורבים בו סיווגים חשודים כאל פגיעה בשוויון טעונה הסבר. מהו בדיוק הערך המוגן כאן? מה הופך מקרים אלו לבעייתיים?**

**סיווגים חשודים והשפלה:** לפי אפשרות אחת, מתן יחס שונה בנסיבות של סיווגים חשודים, כרוך בהשפלה. כפי שראינו במילר- ההשפלה אותה חוות חברות הקבוצה בפרשה נובעת מן הסטראוטיפ הקיים בעבר וגם כיום- נשים הן נחותות מבחינת כישוריהן ופחות טובות מגברים. מתן יחס שונה לנשים עלול לחזק את הסטראוטיפ, גם אם במקרה הנדון ההבחנה ניתנת להצדקה ואינה מבוססת ישירות על אותו סטראוטיפ.

איך נקבעים סיווגים אלו? מהי ההצדקה להגן עליהם יותר מאחרים?

1. מכונים כך משום שגזע, דת ומין אין להם זיקה לתכלית לגיטימית כלשהי, ולכן ההבחנה נראית חשודה.
2. בהפליה על רק שיוך קבוצתי יש גם השפלה היות ומייחסים לאדם תכונות שליליות הנובעות מסטראוטיפים (מילר).
3. גם אם התכלית לגיטימית והיא לא נעשית ממקום פסול- ייחסו לקבוצה תכונות שליליות אז הבחנות המעורבות בשיוכיים קבוצתיים מעודדות יצירתה ושמירתה של סטיגמות. מעגל קסמים- טיעון של דורנר.

מה המשמעות המעשית של הפליה בנסיבות סיווגים חשודים? האם יש הבדל בין הפליה 'רגילה' לסיווגים חשודים:

**זמיר:** רק בהם הפגיעה בשוויון נחשבת פגיעה בזכות חוקתית.

**השאר:** החמרה- ניתן לחשוב על 3 החמרות אפשריות, באופן החופף את 3 מבחני המידתיות:

* המבחן הראשון: תידרש הוכחה ברורה יותר מהרגיל לקיומה של קשר ביו האמצעי לבין תכלית ראויה. במקרים אחרין אין צורך בהוכחה, אך במקרה של סיווג חשוד, יש צורך בהוכחה חותכת. **נדרשת הוכחה לתכלית ראויה.**
* המבחן השני: קיומם של אמצעים חלופיים להשגת אותה מטרה אפילו אם הם יקרים יותר או יעילים פחות, ישלול את הלגיטימיות של האמצעי המפלה.
* המבחן השלישי: נשקול האם התועלת עולה על הנזק- הנזק הינו חיזוק הסטיגמה- האם הוא נקודתי או מחזק את הסטיגמה? מתאים לגישתה של דורנר במילר.

**האם הפגיעה בכבוד מתעוררת רק כשחברי הקבוצה שנתפסה כנחותה מקבלים יחס טוב פחות או גם במקרה שבו הם נהנים מפריבילגיה?**

**רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (2011):**

**רקע:** יש הפליה בנסיבות סיווגים חשודים אך במקרה זה ההפליה לטובה. מאפשרים לנשים להיכנס בגיל צעיר יותר למועדון מאשר גברים. גברים ילידי 82' ואילו נשים ילידות 84'.

**טענת העותר:** ישנה פגיעה על רקע מגדרי. הוא עותר כנגד החוק (לא זכות חוקתית לשוויון) ע"מ שיהיה תקף על המועדון שהוא גוף פרטי.

**טענת המועדון:** ה"הפליה" נועדה להגן על קבוצות חלשות, הנשים, שבסלו מהפליה היסטורית והפלייתן כרוכה בהשפלה.

**ביהמ"ש** (דנציגר): דוחה את הטענה. אומר כי אינו משתכנע. יש פגיעה בכבוד גם אם אתה מתייחס לקבוצה החזקה כביכול בהפליה וכוונת המחוקק הייתה הגנה על כלל הקבוצות. במקרה זה פגעו בחזקים על סמך הסטיגמה שנשים חלשות יותר.

**דני סטטמן** דוחה את פרשנות זו וטוען כי פלוני מופלה רק כאשר מצבו מורע במונחי טוב כלשהו בהשוואה לאחרים הדומים לו מהבחינות הרלוונטיות, וזאת בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת שנתפסת ע"י המפלה כראויה פחות לכבוד. ממילא, כאשר אין טוב שביחס אליו מצבו של פלוני מורע בהשוואה לאחרים, הוא אינו יכול לטעון להפליה בהקצאת טוב זה.

לזיהוי של שוויון עם הפליה בנסיבות של סיווגים חשודים והצדקתו מטעמים של מניעת השפלה יש חולשה:

הזכות לשוויון היא למעשה נגזרת של הזכות לכבוד, ואם מבחינים ככה שוויון, למה יש צורך בקטגוריה נפרדת לשוויון? מדובר בבעיה נורמטיבית, מעמד נפרד לזכות לשוויון מעניק לאדם שפגעו כבודו בשל יחס לא שוויוני יתרון בלתי מוצדק בביהמ"ש. אם החוק דואג לכבודם של כל בני האדם, לא ייתכן שיעניק מעמד מיוחד לכבודם של חברי קבוצה מסוימת.

סיווגים חשודים ושוויון אריסטוטלי:

חולשה נוספת קשורה להיסטוריה של ההגנה בנסיבות של סיווגים חשודים. אם השוויון בנסיבות של סיווגים חשודים מבוסס על שוויון האריסטוטלי ולא על הזכות לכבוד, יוצא שבניגוד לעמדתם של סולברג ואחרים, במקרה שבו ניתן להצביע על שוני רלוונטי לתכלית ראויה, הזכות לשוויון אינה נפגעת, ולכן אין צורך לאזן בינה לבין התכלית.

עם זאת, עדיין ראוי להבחין בין טענה לפגיעה שוויון האריסטוטלי בנסיבות של סיווגים חשודים לבין מקרים רגילים שבהם טוענים העותרים שקיבלו יחס מפלה שאינו מבוסס על שוני רלוונטי לתכלית ראויה. ההבדל מתבטא בהחרמה במקרים מהסוג הראשון בדרישת ההוכחה לקיומו של קשר רלוונטי בין התכלית הראויה לבין השוני הנטען.

**נסר נ' ממשלת ישראל**:

**רקע:** הטבות מס ניתנות תוך העדפה ברורה של רשויות מקומיות יהודיות. כלומר, חלק מהטענה היא להפליה על רקע קבוצתי.

**ביהמ"ש** (ביניש): הפליה של תושבי מזרעה, כיסרא-סמיע ובין ג'אן נמנית עם ההפליות המובהקות. בתוצאתה היא לוקה באחת מן ההבחנות החשודות ביותר- הבחנה על בסיס לאום. ככזו, היא גוררת עימה פגיעה בכבודם של תושבים הישובים שנמנו ומעמידה אותם בעמדה נחותה ביחס לשכניהם היהודים.

אך לפני זה, ביניש מוצאת פגיעה שוויון גם ללא היסוד הזה: התעלמות מן המאפיינים של תושבי רשויות מקומיות כשהכנסת מבקשת לתת הטבות מס ליחידים, פוגעת בכבוד של אותם יחידים הזכאים גם לקבל הטבות מס בדומה לשכניהם. התעלמות מהדמיון בין השניים שוללת את האוטונומיה של האדם שהודר. הפליה כזו מעבירה מסר חברתי מקפח ההטבת מס דילגה עליהם ללא כל הצדקה או הבחנה עניינית.

**ועדת המעקב נ' רה"מ**:

**רקע:** בפרשה זו נפסלת מפת אזורי עדיפות לאומית שנקבעה ע"י הממשלה.

**ביהמ"ש** (ברק): אנו מסכימים להניח כי השיקול שעמד ביסוד הקביעה של אזורי העדיפות הלאומית היה גיאוגרפי בעיקרו. מבחין בין אזורי המרכז לפריפריה. על פיו יש לתת עדיפות בתחום החינוך לאותם ישובים המצויים באזורים מרוחקים. עמדה זו מצאה ביטויה בתשובת המשיב ועל פיה **שיעורם היחסי הנמוך של הישובים הערביים באזורי העדיפות הלאומית נובע מן המיקום הגאוגרפי של הישובים הלוו שאינם מצויים בגליל העליון או בדרום הנגב ולא מטעם אתני כלשהו.**

אכן הפליה אסורה עשויה להתקיים גם ללא כוונה או מניע, לעניין ההפליה, די בתוצאה מפלה. כאשר מימוש הנורמה של הרשות- שיכול והתגבשה ללא כוונה הפליה- גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. לו היה נבחר קו גיאוגרפי שונה במקצת, שהיה מקיים עדיין את תכלית ה"פיצוי" הפריפריה על הריחוק מן המרכז, יכלו להיכלל בקו זה יותר תושבים ערביים תוך השגת תוצאה שוויונית יותר. זה לא נעשה, הקו הגיאוגרפי הנבחר מביא לתוצאה מפלה.

**עדאלה נ' הכנסת**:

**סולברג:** התבחינים הקבוצתיים הקלאסיים הם עיקרה ומרכזה של הזכות החוקתית לשוויון. לעיתים הבחנה 'ניטרלית' מכסה – במכוון או בתו"ל- על הפליה קבוצתית. **מתי תוצאה מפלה תחשב לפגיעה בכבוד?** ביהמ"ש יכול להבחין בכך שחקיקה המבוססת על הבחנה ניטרלית לכאורה, יוצרת למעשה הפליה בין קבוצות זהות, באופן המשדר מסר הפוגע בכבוד האדם. במצב כזה, החקיקה עשויה להיות תחת ביקורת חוקתית, על אף שההפליה לא מוצהרת בו.

**האם קיימת רשימה סגורה של הבחנות קבוצתיות? לא.** פגיעה בכבוד האדם מתרחשת כשאדם מופלה בגלל הבחנות קבוצתיות שהשימוש בהן משדר או עלול מסר פוגעני כלפי חברי הקבוצה- זהו הכלל.

ואילו סיווגים חשודים- אינם אלא ביטויים קונקרטיים של הכלל הזה, שצמחו על רקע הקשר חברתי-תרבותי-פוליטי.

ה**הרשימה אינה סגורה ויכולה להשתנות-** תבחינים שבעבר לא היו חשודים, נחשבים כך היום.

ישנם גם תבחינים שבהקשר אחד הם אסורים ופוגעניים ובהקשר אחר, ניטרליים- כל עניין לגופו.

בשלב בדיקת הפגיעה החוקתית, עלינו להתמקד בשאלת המסר החברתי העולה מן ההבחנה שנעשתה בה שימוש, מסר חברתי שכזה יהיה פוגעני ברמה חוקתית אם משפיל. לרוב מסר כזה שינבע משימוש בסיווג חשוד, עלול להישמע ניטרלי בהתאם לנסיבות העניין. לאחר שלב זה, יש לבדוק מידתיות הפגיעה באמצעות פסקת ההגבלה ולבחון את הגיונו ותכליתו של החוק אם די בהם להצדיק את הפגיעה.

**שוויון כנגזרת של הזכות לאוטונומיה**

בעשורים האחרונים נוסף בשיח השיפוטי בישראל פירוש חדש לזכות לשוויון, כנגזרת של הזכות לאוטונומיה. המהלך הזה נובע מהפתולוגיה הישראלית של השמטה מכוונת של הזכות לשוויון מרשימת הזכויות הכלולות בחו"י:כבוה"ח.

עמימות ההגדרה: הקשר בין אוטונומיה לזכויות אדם ספציפיות אינו זר לשיח הזכויות בישראל ובעולם. אך החיבור בין אוטונומיה לשוויון פחות מובן מאשר החיבור בינה לבין הזכויות הנ"ל. ביטוי ועיסוק הן פעולות אנושיות שבאמצעותן אדם מממש את עצמו ולפיכך מובן מדוע הגבלתן פוגעת באוטונומיה. לעומת זאת **הזכות לשוויון אינה נוגעת לפעילות ספציפית אלא צומחת במקרים בהם ניתן לאנשים יחס שונה לרעה** ועדיין נדרש הסבר שיסביר כיצד חוסר שוויון פוגע באוטונומיה.

משה כהן-אליה מפנה לטיעונו של סנסטיין לפיו הקשר בין השניים נובע מכך **שהדרה של אדם או של קבוצת אנשים מובילה בסוף לפגיעה באוטונומיה שלהם.** אולם, גם אם נקבל את הטענה, מדובר לכל היותר בקש"ס עקיף ולא בזיקה ישירה בין הערכים ולא בטוח שזיקה עקיפה מספיקה לביסוס. בנוסף, לא מדובר בזיקה אוטומטית כלומר, לא כל פגיעה בשוויון גוררת פגיעה באוטונומיה. ספק אם ניתן להציע מבחן ברור שיסייע לקבוע מתי הפגיעה בשוויון מובילה לפגיעה באוטונומיה ומתי לא. **העמימות כרוכה בבסיסו הזכות לשוויון על האוטונומיה נוגעת לא רק מהקשר העקיף בין השניים אלא מעמימות המושג אוטונומיה.**

הבעייתיות בהכרה בזכות לאוטונומיה: הבדל נוסף בין השימוש באוטונומיה בהקשר של זכויות כמו ביטוי ועיסוק לבין השימוש בה בהקשר של הזכות לשוויון נוגע **למעמדה של האוטונומיה בשני המקרים**. **ביסוס הזכות לעיסוק על האוטונומיה מצביע על ערכו הרב של העיסוק כתחום פעילות מרכזי שבאמצעותו אדם מממש את עצמו**. הכרה בכך אינה מחייבת הכרה במעמדה של האוטונומיה כזכות אדם כללית. ייתכן שההיפך הוא הנכון. הענקת הגנה חוקתית לפעילות אוטונומית בתחום העיסוק מבחינה בינה לבין פעילויות אוטונומיות אחרות שאינן זוכות להכרה כזאת. לעומת זאת, **ביסוס השוויון על האוטונומיה מניח שכל פעילות אוטונומית נהנית ממעמד של זכות אדם. הענקת מעמד חוקתי לאוטונומיה מעוררת בעיה**.

**התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**:

**ברק:** ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עמה השפלה ובלבד שהיא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של רצון הפרט. חופש בחירה ופעולה וכיו"ב בהיבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.

אני סבור כי המודל הראוי להבניית יחס בין כבוד האדם לבין שוויון הוא מודל הביניים. ראשית, אין לצמצם את כבוד האדם לעינויים והשפלה. שנית, חוקי יסוד נכתבו ברוח מגילת העצמאות ופרשנות כבוד האדם ייעשה בהשפעתה ולכן כבוד האדם כזכות יכלול גם היבטים של שוויון ומעבר להשפלה וביזוי. שלישית, התפיסה הראויה לכבוד האדם, מעמידה במרכזו את האוטונומיה של רצון הפרט, חופש בחירה ושלמות פיזית ורוחנית של האדם.

**סיכום ומסקנות:**

1. ספק רב אם ראוי להעניק **לשוויון האריסטוטלי** מעמד חוקתי, בגלל שהשימוש בו נוטה לטשטש מחלוקות או להכריע בהן באופן סמוי.
2. אם בכל זאת מעניקים לשוויון האריסטוטלי מעמד חוקתי, הדיון בו אמור להיות חד שלבי: אם קיים שוני רלוונטי לתכלית ראויה אין כלל פגיעה בשוויון האריסטוטלי וממילא אין צורך לנסות להצדיקה. לעומת זאת, אם אחד מהתנאים האמורים לא מתקיים, מדובר בפגיעה בשוויון שאינה ניתנת להצדקה.
3. **שוויון הזדמנויות** נחלץ מחלק מהחולשות של השוויון האריסטוטלי, אולם, גם הבנה זו אינה מציעה מבחן ברור דיו ליישומו של העקרון. חוסר הבהירות נוגע לשלושה היבטים לפחות: הגדרה ברורה של התחומים בהם המדינה נדרשת להגן על הזכות, של קבוצת הנפגעים ושל הפעולות שהמדינה נדרשת לבצע בתחומים אלו. מדובר אפוא בשאלה של מדיניות שצריכה להיות מוסדרת ע"י המחוקק.
4. **הבנת השוויון כנגזרת של הזכות ליחס לא משפיל** לפי פירוש זה התייחסות המתעלמת מהתכונות הרלוונטיות של האדם גורמת שיחוש תחושות קשות של התעלמות וביטול, שהן התחושות האופייניות להשפלה. חרף האטרקטיביות של הבנה זו, עדיין לא ברור אם היא נחלצת מהאופי הבינארי של הזכות, אותה חולשה שבה לוקה השוויון האריסטוטלי. אם האבחנה בין אנשים מבוססת על שוני רלוונטי, לא ברור מתי ומדוע היחס שונה- והלגיטימי כשלעצמו- מעורר תחושות של השפלה.
5. **שוויון כהגנה על קבוצות פגיעות** ניתן להבנה בשתי דרכים. **הבנה אחת** רואה בו השלמה וחידוד של שוויון כיחס לא משפיל, בהציבה קריטריון ברור לזיהוי המקרים בהם יחס לא זהה (המוצדק כשלעצמו) כרוך בכל זאת בהשפלה. להבנה זו שתי חולשות עיקריות. ראשית לפי הבנה זו הזכות לשוויון אינה זכות עצמאית אלא נגזרת של הזכות לכבוד. שנית, הבנה זו סוטה מהטעם המקורי לשריונה של הזכות, לפיו ההגנה המיוחדת לקבוצות אלו ניתנה בשל השכיחות של הפגיעה בשוויון האריסטוטלי של חבריהן.
6. לפי **הבנה שנייה**, שוויון כהגנה על קבוצות פגיעות הינו תת קבוצה במסגרת השוויון האריסטוטלי, המתייחדת מהמקרים הרגילים של טענה לפגיעה בשוויון בהחמרה ברמת ההוכחה הנדרשת לקיומו של קשר רלוונטי בין התכלית הראויה לבין השוני הנטען.
7. ההבדל המעשי העיקרי בין שתי ההבנות של שוויון כהגנה על קבוצות פגיעות מתבטא בשאלת הבינאריות. לפי ההבנה הראשונה, גם לאחר שהוכחה פגיעה בשוויון ייתכן שניתן יהיה להצדיקה, ואילו לפי ההבחנה השניה, אם הוכחה פגיעה, לא ניתן יהיה להצדיקה.
8. **ההבנה של שוויון כנגזרת של הזכות לאוטונומיה** הזיקה בין שוויון לאוטונומיה כלל אינה ברורה. זאת ועוד, ביסוס השוויון על האוטונומיה מניח שכל פעילות אוטונומית נהנית ממעמד של זכות אדם, הנחה שספק אם ראוי לאמץ.

**חופש דת וחופש מדת**

**מאמרם של דני סטטמן וגדעון ספיר: חופש הדת, חופש מדת..**- מה הרציונל? למה בחרנו להעניק לחופש זה הגנה מיוחדת?

מעניקים הגנה מיוחדת לזכויות אלו בגלל שני רכיבים: חשיבות ופגיעות.

ישנם 2 רציונליים עיקריים:

1. **הגנה על המצפון**: מגנים על חופש הדת כי מגנים על חופש המצפון.

**מדוע יש חשיבות רבה לכך שאם יפעל על פי צו מצפונו**?

* **מניעת כאב וסבל:** אם אדם נמנע מלפעול לפי צו מצפונו, זה גורם לו כאב וסבל במובן הנפשי, אך יש לכך השלכות פיזיות.
* **כבוד למצפוניסטים:** יש סיטואציה מבלבלת בסוגיה של מצפוניזם. מצד אחד, התגובה האוטומטית של החברה היא לראות את האדם כפועל באופן שגוי. אך מהצד השני, כמידה של הערכה- אדם שדבק בעקרונותיו בצורה עמוקה.
* **תועלת בקיומם:** אנו חיים בעולם שבו המושג גמישות קיבל מעמד, כשאנו חיים בעולם המנצל הזדמנויות, אנו חשים בחיסרון של העקרונות, מצפון הינו ההפך לגמישות, ואנו חשים כבוד למצפוניסטים וגם יש צורך חיוני בהם כיוון שהם מזכירים ומשקפים לנו את מצבנו בעולם והצורך החשוב לחזור לעקרונות וערכים.

**האם המצפון הדתי ראוי להגנה חזקה יותר ממצפון שאינו דתי?**

מחד, המצפון הדתי במיעוט וקבוצה שהיא מיעוט קמה עליה סכנה גדולה יותר לפגיעה. מאידך, את המצפון הדתי אפשר להבין באופן יותר ברור (שיקול אמוני). לעומתו, המצפון החילוני אוי פחות טריוויאלי ואולי לכן הוא פגיע יותר.

**המצפון נפגע בנסיבות בהם מחייבים אדם לעשות מה שמצפונו אוסר עליו.** למה המצפון פגיע? בדר"כ לא מקבלים ולא מבינים את המצפון הדתי. לכן בפועל יש נטייה לפגוע במצפונם הדתי של הקבוצות.

**כשמדובר במצפון הפגיעה מתקיימת בנסיבות מצומצמות וספציפיות-** מדובר בדברים שאדם סבור ש**אסור** או **חובה** לעשות ולא מדובר בהעדפה כלשהי. כשמדובר בפעולות שעושה צד שלישי, למשל, אדם דתי שרואה אדם אחר אוכל לא כשר, זה פוגע בו במידה מסוימת- אך זאת לא פגיעה במצפונו.

1. **הגנה על זכות לתרבות:** הדת היא דוגמה מבוהקת לתרבות ולהגנתה חשיבות רבה. התרבות נחוצה למימוש חיים אוטונומיים בעלי משמעות וכביטוי לזהותו של היחיד. תרבות היא בעצם מארג עשיר של מנהגים, לבוש, אוכל, שפה, היסטוריה ועוד.

**למה התרבות חשובה?**

1. התרבות של אדם היא חלק מזהותו: היא חלק מהגדרתו ונחוצה לביטוי זהותו של היחיד. **במקרה שהזהות הולכת ונחלשת, זה פוגע בכבודו העצמי, כשהתרבות הופכת להיות שולית, כך גם האדם.**
2. התרבות של האדם חשובה ע"מ לממש חיים אוטונומיים בעלי משמעות: התרבות של כל אדם מספקת לו אפשרות ואופציות שמתוכן אדם בוחר והיא נותנת להן את המשמעות.

**הגנה לתרבות** ניתנת על בסיס חשיבות ופגיעות **ולכן הזכות לתרבות ניתנת רק למיעוטים ולא לתרבות הרוב** כי הרוב לא זקוק להעדפה כדי להתפתח. הדת במדינות ליברליות ומפותחות היא דומה לתרבות מקיפה שמאוימת ע"י תרבות הרוב. תרבות היא עניינה של קבוצה ולא של יחיד. **תרבות רחבה יותר מאשר מצפון. היא כוללת דברים שנהוג ומקובלת לעשות- כלומר, הרף של הפגיעה הוא נמוך יותר מאשר מצפון. מספיקה פגיעה בהתנהגויות שנהוג לעשות ולא רק שחובה לבצע.**

**איזה רציונל מאמץ ביהמ"ש בישראל? מצפון או תרבות?**

**ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני:**

"היבטיו השונים של חופש הדת והמצפון הכוללים, בנוסף לחופש המחשבה והאמונה גם את "הזכות להגשים את צווי המצפון בדרך של פעולות". (שמגר,4).

בשנים האחרונות ניתן למצוא סימנים ראשונים להכרה בזכות התרבות, גם בהקשר הדתי, אולם עדיין אין חיבור שלה אל חופש הדת. דוגמאות טובות- בג"צ חוק טל הראשון (התנועה לאיכות השלטון) ופרשת קצבאות האברכים (יקותיאלי).

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

**עובדות:** בפרשה זו הותקף **חוק טל** לראשונה.

**ביהמ"ש:** מצא שהתכלית ראויה אך קיים ספק אם החוק עומד במבחן המידתיות הראשון. חרף זאת, **ביהמ"ש נמנע מלפסול את החוק והעדיף לתת אורכה לבחינת השפעתו**.
בדבריו, ברק מתאר את התכליות שעמדו בבסיס החוק: התכלית הראשונה משקפת הכרה בייחוד התרבות של החברה החרדית והערכה בלימודים התורניים, היא מכלה רגישות וסובלנות למתכונתו הייחודית של העולם החרדי. נכון לכבד את חופש הדת והמצפון של תלמידי הישיבות עצמם, את אורחות חייהם ורגשותיהם הדתיים.

**האם ברק מכיר בזכות לתרבות?** ברק מבחין בין הזכות לתרבות לחופש הדת ומעניק תוקף לשתיהן. ברק מתאר את התכליות שעמדו בבסיס לחוק. תחילה הוא מתאר כזכות לתרבות כביכול יש חופש דת שהוא נגזרת של מצפון ותרבות. ביהמ"ש מייחס חשיבות לאורח החיים החרדי והאינטרס לשמר את אותם החיים. הזכות לתרבות היא לא בסיס לחופש הדת אלא מעמדה כזכות נוספת.

**בג"צ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות:**

**רקע:** בג"צ קבע כי ההסדר לתשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים הלומדים בכולל פוגע בשוויון וכי הסעיף בחוק התקציב הקובע את ההסדר לא ייכלל בחוק התקציב הבא.

**ביניש:** התמיכה מהמדינה לקבוצת המיעוט מבטאת את חופש דתם של האברכים כחלק מהאוטונומיה שלהם. הקצאת כספים ללומדי תורה חרדים מבוססת על הרציונל של מימוש זכותם לתרבות כחופש דתם.

**האם בייניש מכירה בזכות לתרבות?** ביניש מכיר בזכות לתרבות כחלק מחופש הדת (בשונה מברק). המגמה לא מוחלטת לכיוון אחד והשופטים חלוקים בשאלת ההפרדה בין הזכות לתרבות לחופש הדת, אך מכירים בשתיהן.

**היקף ומשקל הזכויות:**

היקף:

כחופש המצפון:

הפגיעה שיש להגן מפניה היא כפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד לאמונותיו הדתיות במעשה (חילול שבת) או במחדל (הימנעות מהנחת תפילין), כשהראשונה נוטה להיות חמורה יותר.
חופש הדת אינו יכול להעניק הגנה מפני פגיעה מצפונית- אם יש כזאת בכלל- הכרוכה בצפייה בעברות דתיות של הזולת או בידיעה עליהן.

כזכות לתרבות:

תרבות היא תופעה רחבה ורבת פנים ופעולות שונות של המדינה או גופים פרטיים עלולים לכרסם בה או לערער אותה.

לכן, ההיקף של מה שנדרש בשם הגנה על התרבות רחב ממה שנדרש בשם ההגנה על המצפון.

אם תרבות המיעוט זקוקה להגנה מפני ההגמוניה של תרבות הרוב, יש מקום להגבלות רבות יותר על הרוב ופטורים למיעוט מאשר אלה הנדרשים מתוקף הרצון להגן מפני פגיעה במצפונם של יחידים.

יתר על כן, לעיתים תידרש פעולות אקטיביות מצד המדינה.

מטאפורית, "דלת" לכניסה לביהמ"ש דרך פגיעה בזכות לתרבות "פתוחה יותר" מזו של הפגיעה בחופש המצפון.

משקל:

מי שמצפונו מאוים זקוק להגנה דחופה וחזקה יותר מאשר מי שתרבותו מעורערת או נחלשה. לכן, בדר"כ, **לחופש הדת במובנו כחופש מצפון יש סיכוי טוב יותר לנצח בהתנגשות עם ערכים אחרים מאשר לחופש הדת במובנו כזכות לתרבות**.
טעם נוסף לצורך לפרש את חופש הדת כזכות לתרבות באופן המעניק לו משקל קל יחסית קשור בפוטנציאל העצום שלה להטלת הגבלות של הציבור החילוני. מן ההכרח איפוא להעניק לזכות זו עדיפות רק במקרים שבהם הפגיעה בתרבות הדתית הינה משמעותית וישירה ומחיר ההתחשבות מבחינתו של הרוב אינו גבוה.

**מהי עמדת ביהמ"ש בישראל?**

**חורב נ' שר התחבורה:**

**רקע:** סגירת רחוב בר אילן לתנועת כלי רכב, בשבתות ומועדי ישראל, בכביש העובר בשכונה המאוכלסת בחרדים.

**ביהמ"ש:** ברק אומר שזה לא חלק מחופש הדת כי סגירת הרחוב לא מונעת מהם לקיים את מצוות הדת בחופשיות. לדבריו, הפגיעה היא לא בחופש הדת אלא **ברגשות הדת**. זהו אינטרס שההגנה עליו פחותה. הוא מתייחס לדת במובנה כמצפון.

**האם עמדת ביהמ"ש משכנעת?**

אין פגיעה במצפון, שכן הדתיים אינם מחויבים לחלל שבת ושמירתה אינה נמנעת מהם.
אם יש כאן פגיעה בחופש הדת, היא יכולה להיות רק פגיעה בחופש הדת במובנה כזכות לתרבות, ובמובן זה, הטענה לחופש דת נשמעת סבירה. הואיל ורחוב בר אילן עובר באזור המאוכלס כמעט כולו בחרדים, הוא תפס בעיניהם כחלק מ"הבית" שלהם, כרשות הרבים של קבילתם, שזכותם לעצב אותה עולה על זכותם של אחרים.

**שביט נ' חברה קדישא:**

**רקע:** משפחת נפטרת תובעת לאפשר לה לרשום על המצבה את שנות לידתה ופתירתה בספרות, ע"פ התאריך הלועזי. קדישא מסרבת, בנימוק שמעשה החקיקה במצבה המבוקש אסור ע"פ פסיקת ההלכה של המרא דאתרא.

**ביהמ"ש: ברק (רוב):** מסרב להכיר באינטרס של קדישא כנופל בגדר הפגיעה בחופש הדת הוא אומר שקיימת פגיעה **ברגשות הדת**, זאת מכיוון שהם לא אלו שבפועל חורטים את התאריך הלועזי על המצבה.

**אנגלרד (מיעוט):** השאלה הניצבת בפני בימה"ש היא היחס בין חופש הדת מצד אחד, לבין הזכות לחירות מצב שני. ואומר כי **כפייה לנהוג בניגוד לדין הגוף אמון מהווה פגיעה חמורה בחופש הדת.**

מצפון רלוונטי רק למעשים שאדם עושה בעצמו ולא מעשים שאחרים עושים. לכן, לכאורה אין בסיס לטענת אנשי קדישא שהמצפון שלהם נפגע אבל הם טוענים שיש להם חובה למנוע מאחרים לעבור עבירה. לאנשי קדישא יש אחריות ישירה למה שקורה בבתי קברות, אז אולי מעשים שנעשים בניגוד להלכה בתוך בית הקברות מהווים פגיעה במצפון של קדישא. זה עלול להוביל למצב שכל אדם דתי יגיד שהוא נפגע אם במקום שהוא אחראי עליו מישהו נוהג בניגוד להלכה.

**מי משני השופטים משכנע יותר?** לדעת גידי – ברק, אין פגיעה בחופש הדת במובנו כחופש המצפון.

**גור-אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה:**

**רקע:** מחלוקת בנוגע לשידור בשבת של סרט תיעודי אודות קהילה דתית, אותה קהילה מתנגדת לכך שהסרט ישודר בשבת

**ביהמ"ש:** **ברק (רוב):** דוחה את הטענה לפגיעה בחופש הדת, וקובע שמדובר בפגיעה ברגשות בלבד. אין פגיעה במצפון ואין פגיעה בתרבות. יש צורך להכריע בין רגשות הדת לבין חופש הביטוי- ע"מ לדחוק את חופש הביטוי, נדרש שהפגיעה ברגשות הדת תהא קרובה לוודאי ושעוצמתה תהיה ממשית וקשה. במקרה דנן, אין זה כך.

**דורנר (מיעוט):** פגיעה ברגשות לא מצדיקה היעתרות לעתירה, אך הייתה מקבל את העתירה כי בשידור הסרט בשבת יש הפרה שלא כדין של זכות העותרים לחופש הדת- הרב קבע כי הופעתם בסרט בשבת מהווה הפרה של מצוות הדת.

**האם עמדת ברק משכנעת?**

לטענתו של גידי- העמדה משכנעת, אין פגיעה במצפון וגם אין פגיעה בתרבות. אין השפעה על תרבותם של הדתיים אם מישהו מחליט שיאנו שומר שבת מחליט לראות את התוכנית בליל שבת.

**פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים:**

**רקע:** ברזילאית שהגיעה לארץ, עברה גיור רפורמי ונישאה ליהודי. משרד הפנים לא רשם אותה כיהודייה וכאזרחית ישראלית ואף לא קבע את מעמדו של גיור לא-אורתודוכסי בהמשך לבקשת בא כוחה.

**ביהמ"ש:** חילוקי דעות בין הנשיא דאז שמגר לבין השופט טל.

**שמגר:** מדובר באקט של המרת דת והחירות להמיר דת נכללת במסגרת חופש הדת. הנגזרת היא שיש פגיעה בחופש הדת. בחברה חופשית רשאי כל אדם להמיר דתו כרצונו. הוא אינו זקוק לצורך כך לאישור שלטוני פורמלי.

**טל:**  ההתניה המצויה בחוק השבות למי הוא יהודי לא פוגע בחופש הדת של המתגייר. **לכל מדינה ריבונית הסמכות הטבועה להגביל את הכניסה אליה.** התנאי לעלייה חופשית הוא יהדותו של העולה. הוא חופשי שלא לעלות ולהיות חופשי בדתו.

**מי מהשופטים משכנע יותר?** יש קושי לקבוע מניעת המדינה להכיר בגיור, פוגעת בחופש מצפונו של האדם. אין איסור או חובה לבצע טקס בניגוד לרצונו. שאלת הסמכות היא שאלה אחרת שלא קשורה לשאלת חופש הדת. אם אפשר היה ומפרשים את חופש הדת במובן הצר של חופש המצפון, **דעת טל הייתה מתקיימת**. אך אם היו מפרשים את הזכות לחופש הדת כתרבות, **עמדת שמגר הייתה מתקבלת-** היות שתרבות הדת הלא אורתודוקסית היא מיעוט ויש להגן עליה. הבעיה שבפס"ד אחר ברק מצטט את שמגר, וכך לא פועל ע"פ פרשנותו של חופש המצפון כפרשנות מצמצמת. יש תחילה של הכרה בזכות לתרבות, אך גם אם ביהמ"ש לא מפרש באופן עקבי את הפגיעה בחופש הדת כמצפון, יש יכולת גם לפרש את הזכות כתרבות.

**מה מעמד חופש הדת?**
עד היום יש אמרות אגב בלבד. ביהמ"ש לא עשה שימוש בחופש הדת כדי לפסול חקיקה ראשית. אם ביהמ"ש היה פוסל בטענה לפגיעה בחופש הדת, היה הופך לרציו.

**חופש מדת:**

הזכות לחופש דת לא מבוססת רק על הערך של האוטונומיה האישית, אלא גם על מצפון ותרבות, אין בסיס להניח שזה יפעל גם כלפי חופש מדת. זה לא מובן מאליו שיש חופש מדת. יש לבחון אם הוא קיים דרך שני הרציונליים של חופש הדת:

**תרבות-** הזכות עומדת לקבוצות תרבותיות קטנות שהקיום שלהן מאוים, היא לא עומדת לקבוצות גדולות שהקיום שלהן לא מאוים, הן לא זקוקות להגנה.

**מצפון-** יש לפרש את החופש מדת, כמו את חופש הדת, בצמצום. לא ברור מה תהיה הטענה, מתי אדם יגיד שיש פגיעה במצפון שלו בנוגע לחופש מדת?

1. חוק שנחקק מנימוקים דתיים. 2. חיוב להשתתף בריטואלים דתיים.

**מדינת ישראל נ' קפלן**:

**רקע:** מדובר בחוק עזר עירוני- בית קולנוע בירושלים שפועל בניגוד לחוק עזר.

**פרוקצ'יה: פוסלת את חוק העזר** כיוון שאין שיקולים סוציאליים, המטרה היא רק דתית. אם זה מבוסס על שיקולים דתיים בלבד, חוק העזר לא תקף.

**מהחשש שילכו אחריה ויפסלו חוקי עזר עירוניים, מתקנים את פקודת העיריות ומוסיפים סעיף הקובע שניתן לקבוע הוראות שמבוססות על דת**.

**האם הנ"ל מהווים פגיעה בחופש המצפון של החילונים?** חקיקה מנימוקים דתיים אינה כרוכה בפגיעה במצפון מפני שהמדינה כופה/אוסרת על האזרחים דברים רבים גם כן.

החובה להשתתף בריטואלים דתיים יש בה אלמנטים של פגיעה במצפון כי העיקרון הבסיסי של החילוני הוא שהוא חי לפי ההבנה האוטונומית שלו, ועל עיקרון זה נאלץ לוותר כאשר כופים עליו שיקול דתי.

**חופש הביטוי**

**מאמר "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי"- אילנה דיין: מהו הרציונל לחופש הביטוי?**

1. **חיקוי/גילוי האמת (מיוחס לפילוסוף ג'ון סטויארט מיל):** אם אנו רוצים לברר מה האמת, חשוב שאנשים יוכלו לבטא את עמדתם. צריך שיהיה ויכוח בין דעות, כך האמת תתברר. האמת דרכה לנצח- זו רק שאלה של זמן. זה לא יועיל להשתיק את השקר. ההתמודדות איתו תחזק את ערך האמת בלב ובמוחות אלו שמבינים את האמת. הדעה האמיתי לא מפסידה מהתמודדות עם דעות כוזבות. בנוסף, לפעמים נדמה לנו שמישהו טועה אבל לפעמים כששומעים את האדם האחר, מגלים שהאמת היא שילוב של שני הדברים יחד.

 **מה חולשות הרציונל?**

1. אם חופש הביטוי ראוי להגנה בשל תפקידו בחקר האמת, מדוע שלא נעניק הגנה דומה להתנסויות שונות של התנהגות?
2. רעיון יעילותו של שוק הרעיונות הוא חלק מן התיאוריה הכללית יותר של שוק חופשי כדרך הטובה ביותר להשגת יעדים כלכליים. אולם גם חסדי תיאוריית השוק מודים בקיומם של כשלי שוק המחייבים פיקוח והסדרה ממשלתית. בדומה, ניתן לטעון גם ביחס לשוק הדעות לקיומם של עיוותים בדרכי העברתם של מסרים ולכן אולי גם להצדיק יצירתם של מנגנוני פיקוח ממשלתיים על שוק הדעות.
3. דרכה של האמת לנצח, אולם לעיתים ניצחונה מושג רק לאחר שחולף זמן רב ובדרך נגרמים נזקים חמורים. במילים אחרות, פתיחתו של שוק הדעות עשויה להיות הרסנית לפחות לטווח הקצר, וייצא שכרנו בהפסדנו.
4. **קידום הדמוקרטיה:** הדמוקרטיה הנתפסת כעקרון הממשל העצמי של האזרחים מחייבת שציבור האזרחים ייחשף למירב הדעות והנתונים על מנת שיוכל לקבוע את דעתו בצורה מושכלת.

**מה חולשות הרציונל?**

1. הצידוק הזה בכך מוגבל לכאורה לסוגי ביטוי שיש להם השפעה ישירה על מערכת קבלת ההחלטות הפוליטית, ומשאיר סוגי ביטוי אחרים, ובעיקר הביטוי האומנותי, ללא הגנה רעיונית מספקת.
2. בתגובה, ניתן לטעון שאכן יש להעניק מידה רבה יותר של הגנה דווקא לביטוי הפוליטי, מהסיבות הבאות:
3. הגנת הביטוי הפוליטי מונעת או פוגעת במנגנוני השינוי. אם קיימת הגבלה על חופש הביטוי המסחרי ניתן עדיין להתבטא בגנות המגבלה ולנסות לשנותה. אם קיימת הגבלה על הביטוי הפוליטי, לא ניתן יהיה לשנות דבר.
4. כפי שהסברנו, הענקת מעמד חוקתי לאינטרס מבוססת על שני פרמטרים: חשיבות ופגיעות. בהתאם, ההגנה על חופש הביטוי ראויה להיות מרבית במקומות בהן סביר שתוגבל. היסטורית והגיונית הביטוי הפוליטי הוא סוג הביטוי לגביו עלול הממשל להיות כופה ומגביל.
5. **מימוש האוטונומיה של הפרט:** הפרט מממש את האוטונומיה שלו בדרכים שונות ומגוונות, לאו דווקא דרך הביטוי. חופש הביטוי הוא חלק מתהליך המימוש של האדם. אדם ממש את האוטונומיה שלו בעזרת חופש הביטוי.

**מה החולשות?**

הפרט מממש את עצמו וחי באופן אוטונומי בדרכים שונות ומגוונות: הוא בוחר לו מקבוע תחביבים וכיוצא בזה. ספק אם לביטוי יש בהקשר זה חשיבות רבה יותר. השימוש ברציונל שיכול לשרת פעילות אנושית בהיקף רחב פוגע במעמדה של חירות הביטוי.

**מה מעמדו של חופש הביטוי?**

**גולן נ' שירות בתי הסוהר:**

**רקע:** אסיר הרוצה לפרסם טור בעיתון בו הוא מספר על חייו בכלא ובקשתו מסורבת. השופטים דנים בשאלה מה מעמדו של חופש הביטוי.

**ביהמ"ש:**

**מצא:** חוק היסוד לא מגדיר את חופש הביטוי כזכות מפורשת, אך זה לא משנה דבר, חופש הביטוי נכלל בתוך כבוד האדם במשמעו בסעיפים 2 ו4 לחו"י: כבוה"ח**.**

**דורנר:** ממשיכה בקו שהייתה בפס"ד מילר. המחוקק לא הכניס את חופש הביטוי של תוך חוק היסוד ושהייתה הצעת חוק כזו, היא נפסלה. ולכן ספק אם ניתן או ראוי להכליל את חופש הביטוי בתוך חוק היסוד. לדבריה, אי אפשר להתעלם מכוונת המחוקק. בנוסף, וגם אם היה ניתן להתעלם, זה לא ראוי. **ומוסיפה שכאשר אדם מושפל בגלל שחופש הביטוי נשלל ממנו, זוהי פגיעה בכבוד. השפלה היא נגזרת של שלילית חופש הביטוי כחלק מהגשמתו העצמית של אדם**.

**מטה הרוב נ' משטרת ישראל:**

**ברק**: **לא כל ההיבטים של חופש הביטוי נתפסים תחת הזכות לכבוד האדם.** זכויות לא מנויות נכללות ככל שהן רלוונטיות בהיבטים של אוטונומיה. העמדה הזו שטוענת שחופש הביטוי בהיקף כזה או אחר נכלל בתוך חו"י: כבוה"ח היא אוביטר שהופך לרציו בעניין אבנרי נ' הכנסת.

**אבנרי נ' הכנסת:**

**רקע:** עתירה לביטול החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם. ס'2 לחוק קובע שפרסום קריאה להטלת חרם על מ"י מהווה עוולה נזיקית ובנוסף שמי שעשה עוולה כזו לפי החוק בזדון, רשאי ביהמ"ש לחייבו בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. בנוסף, נקבע בחוק שבס' 3-4- לצר האוצר מוקנית סמכות בכפוף לתנאים שמובאים בחוק, למנוע השתתפות במכרז והטבות שונות ממי שהשתתף בחרם או קורא להטלת חרם.

יש שני מרכיבים- סנקציות מנהליות (שלילת הטבות) ורכיב נזיקי. בנזיקי יש 2 אלמנטים: 1. קביעה שמדובר בעוולה נזיקית. 2. קביעה שבנסיבות מסוימות, ניתן לחייב בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק.

**טענת העותרים:** החוק פוגע בזכויות חוקתיות, ביניהן חופש הביטוי, הזכות לשוויון, חופש העיסוק ולא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

**ביהמ"ש** (מלצר): אכן ניתן להצביע על פגיעה בחופש הביטוי במובנו החוקתי, אך עם זאת, אין פגיעה במרכיב בגרעיני של חופש הביטוי מאחר וההגבלה היא רק על השתתפות ופרסום להשתתפות לחרם על ישראל. **מציע הבחנה בין 2 סוגי ביטוי**:

1. ביטוי שמטרתו לשכנע. 2. ביטוי שמטרתו לכפות.

במקרה הנוכחי, קריאות לחרם אינן עולות על התכלית הקלאסית של חופש הביטוי. הן אינן מיועדות לייצר דיאלוג, אלא לכפות ע"י התנהגות מסוימת. עם זאת, קיימת פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי ולכן מקבל חלק מהעתירה.

**פס"ד זה חשוב משום שביהמ"ש פוסל לראשונה רכיב בחקיקה ראשית בגלל פגיעה בחופש הביטוי.**

**קול העם נ' שר הפנים:**

**רקע:** פס"ד זה מבסס את רעיון זכויות האדם ובסיס לקיומן. הוא הראשון שהגדיר באופן מושגי את הצורה שאנו מתקדמים כשאנו מחליטים בעניין פגיעה בזכויות. **צו סגירה לעיתון. פס"ד בנוי מ4 חלקים:**

1. חופש הביטוי- ביהמ"ש מרחיב את היריעה ולא מדבר על החוק הספציפי, אלא בדבר גדול יותר. הבסיס הוא חופש הביטוי כזכות אדם וכזכות אדם שהיא במובן מסוים מהווה תנאי ליכולת המימוש של כל הזכויות האחרות. **חופש הביטוי נגזר מכמה מקורות, אחד מהם הוא האופי הדמו' של המשטר. אופי זה משמש בסיס לחופש הביטוי אבל הוא יכול ובהמשך לשמש בסיס לזכויות נוספות (שוויון, כבוד האדם..).** האופי הדמו' לא רק בסיס לזכויות אדם, משמש בסיס גם לעקרונות נוספים כמו הפרדת רשויות. ומשמש גם כלי פרשני. חופש הביטוי נגזר מעיקרון יסוד רחב שנקרא האופי הדמו' של שיטתנו המשפטית.
2. השופט אגרנט אומר שלא מדובר בעיקרון יחיד וצריך לבצע איזונים, הרעיון שיש שני שלבים: אבחנה האם מדובר בזכות ובשלב השני, האם יש הצדקה בפגיעה. אגרנט מבהיר שיש צורך באיזון.
3. השופט אגרנט מעצב את המבחן המתאים להגבלת חופש הביטוי. המבחן שמציעה החקיקה "עלול" לא להספיק (קש"ס). אגרנט מציע את מבחן הוודאות הקרובה הדורשת קש"ס קרוב לוודאי ומבצר את מעמד חופש הביטוי (מבחן מחמיר , יכול היה לבחון במבחן מקל יותר של סבירות.)
4. אגרנט מיישם את המבחן בנסיבות המקרה ומגיע למסקנה שלא התקיים מבחן הוודאות הקרובה במקרה דנן.

**פרשת קול העם הפכה לדוגמת מופת באופן בו מתמודדים בנסיבות של פגיעה בזכות. ביהמ"ש העליון בפרשה מאוחרת יותר אומר שהמבחן של פרשת קול העם יחול גם כשלא מדובר במילה ספציפית "עלול", הוא משקף גישה עקרונית לאיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור. (השופט ברק אומר שפרשת שניצר).**

**מה ההיקף של חופש הביטוי?**

בארה"ב יש סוגי ביטויים שלא נכללים בתוך הזכות החוקתית לחופש הביטוי- פרסומי תועבה, מסיתים, הוצאת דיבה ועוד. **בישראל, העמדה שונה.** ברק ביסס באופן מובהק את הנטייה להרחיב את תחום הכיסוי העקרוני כך שחופש הביטוי יכלול את כל סוגי הביטוי.

**אלבה נ' מדינת ישראל**: **הסתה.**

**רקע:** הרב אלבה הורשע בביהמ"ש מחוזי בעבירה של הסתה לגזענות בעקבות מאמר שפרסם בנוגע להלכות הריגת גוי. נקבע שמטרת המאמר הייתה להסית לגזענות ולשכנע שמותרת פגיעה בערבים. אלבה מערער לעליון.

**ביהמ"ש: ברק:** צריך שהתוכן יובן כהסתה לגזענות ולא מספיק רק כוונת המסית וזאת מכמה סיבות: א. אין להעניש על הדברים שבלב. ב. חופש הביטוי חל גם על הסתה לגזענות, ולפעמים פסקת ההגבלה לא מתירה לפגוע בהסתה.

**דורנר וברק:** חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי- גם גזענות נכללת בתוך חופש הביטוי. חופש זה נוגע רק אם יש **הסתה לגזענות.**

**מצא (רוב):** הביטוי הגזעני הוא מחוץ להגדרה של שיטת המשטר הדמו' ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו. **ביטוי גזעני אינו נכלל תחת חופש הביטוי.**

**אבנרי נ' שפירא: לשון הרע.**

**רקע:** אבנרי כותב ספר אודות שפירא. שפירא מבקש ממנו לעיין בספר טרם פרסומו אך הוא מסרב. שפירא טוען ללשון הרע ולאחר הסירוב, ביהמ"ש מוציא צו מניעה לפרסום הספר. אבנרי מערער לעליון וזוכה.

**ברק:** חופש הביטוי משתרע על כל פרסום, גם על פרסום שיש בו לשון הרע. זו העמדה השולטת בעליון. אי אפשר לדעת מראש שהדבר יהווה לשון הרע ויפגע בשם הטוב ולכן לא נעניש מראש ולא נגביל את חופש הביטוי.

**פרשת כהנא:**

**רקע:** ניסיון להגביל את הביטוי הגזעני, לא לשדר אמירות של כהנא שיש בהם אלמנטים גזעניים.

**ביהמ"ש:** איזו סיבה יש שלא להכליל גזענות בתוך חופש הביטוי? צריך להתייחס לרציונליים וכך ברק עושה:

לדבריו, קשה לראות איך הביטוי הגזעני מביא לחקר האמת. לא ברור גם איך מסייע בהגשמה עצמית ובאוטונומיה של קבוצות בישראל. בניגוד לטיעון הדמו', גם הוא עשוי לתמוך בהוקעת הגזענות. **למרות כל זה,** ברק אומר שכל הרציונליים מתקיימים גם בביטוי גזעני. הוא לא כולל את הביטוי הגעני רק במסגרת חופש הביטוי, אלא גם הנוסחה הוא בוחר לאזן בין הביטוי הגזעני לבין הערכים המתנגשים היא אותה נוסחה שאומצה בפרשת קול העם- נוסחת איזון מחמירה.

זאת נוסחת איזון אנכי שדורשת כתנאי להגבלת הביטוי קרבה לוודאות לפגיעה ממשית. **כלומר, גם עוצמת הפגיעה וגם הסתברותה צריכות להיות גבוהות ממש כדי להגביל את הביטוי הגזעני.**

**האם יש דעות חולקות ומצמצמות?**

בפרשת אלבה השופט מצא סבר כי "הביטוי הגזעני... מצוי מחוץ לגדריה של תפיסת העולם הדמוקרטית, ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו, לפיכך, בקביעת היקפו של האיסור הפלילי על פרסום הסתה לגזענות אין ליחס כל משקל לחופש הביטוי."

עמדה דומה ביטא השופט חשין בבג"צ 5432/03 ש.י.ן לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, כשסבר שיש להוציא ממסגרת הזכות "פרסומי גזענות, פרסומי הסתה, פרסומי המרדה או פרסומים פורנוגרפיים".

**איך פוגעים בחופש הביטוי?**

המקרה המובהק של פגיעה בחופש הביטוי הוא הטלת איסור פלילי על הביטוי, או כשהחוק מחייב קבלת רישיון כתנאי להתבטאות- כמו הוצאת עיתון או קיום הפגנה, כפי שעולה מהפסיקה בעניין חוק החרם (אבנרי)
גם הטלת סנקציה במישור האזרחי מהווה פגיעה בחופש הביטוי.
מה לגבי מקרים שבהם המדינה שוללת תמיכה ציבורית מפעילויות מסוימות על בסיס תוכנן?

**בג"ץ פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות:**

**רקע:** כנסיה באבו-גוש ערכה פסטיבל כנסייתי. העותרים טוענים כי המדינה לא תומכת כלכלית בפסטיבל של הכנסייה הזו אך בפסטיבלים אחרים כן. טוענים לפגיעה בחופש הביטוי.

**ביהמ"ש: חיים כהן (מיעוט):** מניעת תמיכה בפסטיבל במוזיקה כנסייתית בגלל התוכן פוגעת בחופש הביטוי.

**שופטי הרוב:** אין פגיעה בחופש הביטוי. הם טוענים שזו לא הפעלת צנזורה אלא השאלה היא אם משלם המיסים הישראלי צריך לממן זאת. **אף אחד לא זכאי לקבל תמיכה מתקציב המדינה סתם ככה.** יש אמרגנים רבים שהמדינה לא ממנת אותם והם מתפרנסים מהקהל הקונה כרטיסים. לפי טענת העותרים יצא שכל אמרגן יבקש תמיכה כספית מהמדינה. **ביהמ"ש קובע כי אין מקום לצוות על המשיבים לממן את הפסטיבל. אין פגיעה בחופש הביטוי.**

**בוגרי התיכון האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר:**

**רקע:** בשנת 2011 חוקק ס'3ב במסגרת תיקון מס' 40 לחוק יסודות התקציב שכונה "חוק הנכבה".
בסעיף זה נקבעה פרוצדורה להפחתת תקציב מגוף שקיבל תמיכה או מציין את יום העצמאות כיום אבל או תומך בטרור, שולל את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית או מבזה את סמלי המדינה. הסעיף מתייחס לכל מי שמקבל תמיכה מהמדינה בלי להבחין בין קבלת תמיכה לתרבות, חינוך, בריאות, תחבורה או כל צורך אחר.

**טענת העותרים:** החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, האומנותי והאקדמי.

**טענת המשיבים:** המדינה והכנסת טוענים שאין פגיעה בחופש הביטוי.

**ביהמ"ש** (נאור)**:** ביהמ"ש נמנע מלהכריע האם שלילת תמיכה מהווה פגיעה בחופש הביטוי ודחה את העתירה על הסף בעילה של חוסר בשלות מבלי לדון בעתירה לגופה.

**חוסר בשלות אומר שזה עוד לא קרה**. (יכול להיות שביהמ"ש אומר למדינה שיכול להיות החוק ייפסל ולכן לא כדאי להשתמש בו- אמירת סוגריים של גידי).

**אבנרי נ' הכנסת:**

**רקע:** השנת 2011 נחקק "חוק החרם", הקובע כי גוף הקורא לחרם על מדינת ישראל יהיה חשוף לתביעה נזיקית מצד הנפגע, לרבות פיצויים עונשיים, וכן לסנקציות מנהליות.

**ביהמ"ש: מלצר:** יש פגיעה בחופש הביטוי כי הסעיף קובע סנקציות אזרחיות ומנהליות בגלל ביטוי פוליטי ולכן זה לא תקין. יש הגבלה על החירות הפוליטית אך נוטה להקל בעניין הפגיעה. **הפגיעה מאוד לא משמעותית בזכות**.

**דנציגר:** משבחרה המדינה להעניק תמיכה לסוג מסוים של פעילויות, עליה לעשות זאת בהתאם לכללי המשפט המנהלי. **להפעיל שיקולים עניינים שבבסיסם שיקולים הנוגעים למהותה של הפעילות הנתמכת, להבדיל מן הגוף הזוכה לתמיכה**. עליה לחלק את כספי התמיכה בין מוסדות הציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים. הרשות לא יכולה לעשות איפה ואיפה ולעשות הבחנות הפוגעות בזכויות יסוד מוגנות.

**מה היחס בין הכרעות אלו לבין הלכת אבו גוש?**

באבו גוש נאמר אין בכלל פגיעה בזכות, פה נאמר שיש פגיעה בזכות אבל היא פחות חמורה כי לאף אחד אין זכות קנויה לקבל.

**חקיקת ביטחון וחירום**

**הכרזה על מצב חירום**

מצב חירום- אירועים שמקשרים למצב חריג שמאיים על המדינה כמו מלחמה, אסון טבע, משבר כלכלי ועוד. המשמעות במצבים כאלה שעשויה להידרש העצמה של כוחן של הרשויות והגבלה של חירויות הפרט, הכל כדי שהמדינה תוכל להתמודד עם המצב החריג. ההנחה היא שמצב חירום הוא זמני ובסיומו המדינה תחזור למצב הרגיל. **בישראל מצב החירום הוא לא זמני**. מקום המדינה ועד היום המדינה פועלת במתכונת של מצב חירום שמחודשת כל פעם. 92' הכנסת חוקקה את חו"י: הממשלה ביחד עם שני חוקי היסוד שעוסקים בזכויות האדם. חו"י זה נקרא גם חוק הבחירה הישירה והוא נכנס לתוקף רק ב96'. הוא ביטל את ס'9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט (שאמר שמועצת המדינה הזמנית רשאית להכריז על מצב חירום) והכניס במקומו את ס'38 בחו"י שמסמיך את הכנסת לקבוע את קיומו של מצב חירום. נקבע שהכרזה על מצב חירום תוגבל לתקופה של שנה תוך מתן אפשרות לחידוש. בפועל, לא השתנה כלום. מאז ועד היום הכנסת מכריזה מדי שנה על קיומו של מצב חירום.

החל מתחילת המאה ה-21 לערך ניכר שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל המתבטא ב3 אלמנטים:

1. מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית של הכנסת.
2. החקיקה יורדת לפרטים ואינה מסתפקת בהסמכה כללית.
3. היא אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

**האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת**:

**רקע:** ישראל מוכרזת כנמצאת במצב חירום מאז הקמתה. העותרים טוענים שאין הצדקה לכך. העתירה נמשכת 13 שנים ונדחית בשנת 2012.

**ביהמ"ש**: העתירה מיצתה את עצמה. מדינת ישראל עדיין לא הגיעה אל השקט ועומדים מולה איומים, אך עדיין לא נכון לנצל את הדבר שנקרא מצב חירום לצורכי חקיקה. יש התקדמות ושיפור בנושא ומעורבות בג"ץ לא נדרשת עוד.

**רובינשטיין:**  ביהמ"ש לא יחליף את שיקול דעתה של הכנסת בנושאי ביטחון.

**תקנות ההגנה (שעת חירום)**

50 שנה הראשונות- ההסדרים המעוגנים בהכרזה על מצב החירום: היה נהוג לחלק את חקיקת החירום ל3 מסגרות בסיסיות:

1. **תקנות ההגנה (שעת חירום)-1945, חקיקה מנדטורית:** בעלות הוותק הכי גדול בחקיקת חירום בארץ. נחקקו ב45' על רקע התרופפות השלטון הבריטי בארץ. עם קום המדינה הן הוכרו כדבר חקיקה ראשי שמהווה חלק אינטגרלי במשפט הישראלי. **מכוח ס'11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.** תקנות ההגנה טרם בוטלו. הצעות חוק שביקשו לבטלן נדחו, הן מעניקות לרשות המבצעת ובפרט למפקדים צבאיים סמכויות מרחיקות לכת. הסמכויות של המפקד הצבאי מופעלות באמצעות צווים שלפי חקיקת משנה מנדטורית אחרת שהושארה בתוקף- גוברים על החוק. **לקיצני צבא ניתנת סמכות לפגוע פגיעות חמורות בחירויות הפרט גם אם זה כרוך בהפרה של חוקי הכנסת.**

**ומה קרה לאחר קום המדינה?** הוכרו התקנות עם קום המדינה כחקיקה ראשית, המהווה חלק אינטגרלי מן השיטה המשפטית הישראלית. זאת מכוח הוראת המשכיות שנקבעה בס'11 לפקודה, שנחקקה לאחר קום המדינה: המשפט שהיה קיים בא"י ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו ע"י מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה. תקנות ההגנה לא רלוונטיות משום שהוקמה מדינה דמו'. התקנות הותקנו באופן דיקטטורי ולכן הן לא יכולות להיות חלק מחוקי המדינה.

**ליון נ' גוברניק:**

**רקע:** ליון עותר לבג"ץ נגד החלטה שמתבססת על תקנות ההגנה להפקיע דירה שבבעלותו כדי שתשמש בכיר בממשלה.

**טענת העותר:** המטרה אינה ביטחונית אלא נועדה לשם נוחות הבכיר. לתקנות ההגנה לשעת חירום אין תוקף לאור השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה, כלומר קליטתן לא צריכה להיות אוטומטית. תקנו אלו בעלות אופי דיקטטורי ואף אופי שאינו יהודי, בלימת עליית יהודים לארץ.

**ביהמ"ש (**זמורה, אולשן, אסף): דוחים את הטענה. שינויים מהותיים במצב המשפטי צריכים להיות מסורים בידי הכנסת. הם מציעים מודל נוסף לפסילת חוקים מנדטוריים- באמצעות ס'11 לפקודת סרי שלטון ומשפט- לטעון שהחקיקה אינה מתאימה. **ישנו מחוקק וישנו ביהמ"ש, וביהמ"ש אינו המחוקק**. הפקודה התכוונה לשינויים טכניים בלבד.

נראה שביהמ"ש אז סבר שתורת הפרדת הרשויות מחייבת אותו להישאר במתחם השפיטה ולא להפוך עצמו למחוקק. למרות שביהמ"ש בפרשה זו נמנע מלקבוע את בטלותם של תקנו ההגנה, הוא נאות לפקח על הפעלתן. **את הפיקוח עשה ב2 מישורים- פורמלי ומהותי. בשנים הראשונות עשה זאת פורמלית- לראות האם תקנות ההגנה הופעלו בסמכות והליך נאות. ובהמשך הוא החל בביקורת שיפוטית מהותית**- **הוא לא יפסול את התקנות אבל את השימוש הוא יפסול, אם זה לא מתאים בעיניו.**

**האם זה אומר שכלום לא השתנה והשלטון במדינה רשאי לפעול כמו שלטונות המנדט?**

**שניצר נ' הצנזור**:

**רקע:** הצנזור הצבאי הראשי פוסל קטעים מכתבה אשר דנה בראש המוסד העומד להתחלף. בכתבה הייתה ביקורת על פעילותו ועל יכולת התפקוד של המוסד, בנוסף פרסמו את תאריך החלפה של ראש המוסד. הצנזור פוסל את הקטעים מחשש לביטחון הציבור מטעם ס'87(1) לתקנות ההגנה.

**טענות הצנזור:** הולך לפגוע בפעילות המוסד כולו. הפרסום על הפרישה- יסייעו לזיהויו וזה מעורר סכנה לביטחונו.

**ביהמ"ש (ברק): את הפירוש שצריך לתת לתקנות ההגנה היום צריך לתת לפי עקרונות המשפט הישראלי כיום ולא לפי הפירוש שהיה להן בתקופת המנדט**. ברק קובע שנוסחת האיזון שתופעל ביחס לסמכות שתופעל על המפקד הצבאי להגביל את חופש הביטוי זהה לזו שתופעל בהקשרים אחרים. ההגבלה על חופש הביטוי תהיה **רק שיש וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה.** ברק נותן צו החלטי לטובת העותרים. **מפעיל איזון אנכי- מחמירה ומגינה על חופש הביטוי.**

**סיכום- מצד אחד ביהמ"ש מסרב לפסול את תקנות ההגנה ובהמשך הוא עדיין לא מוכן לפסול אותן אבל כן לפסול החלטות שמתקבלות מכוחן.**

**ומה מעמד התקנות כיום?** טרם בוטלו והצעות חוק המבקשות לבטלן לנוכח השיפור הביטחוני נדחו כולן. במהלך השנים, הוכנסה רפורמה בחלק מסמכויות החירום שנכללו בתקנות. רפורמה משמעותית אחרת שנעשתה באמצעות חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים). הרפורמה המשמעותית ביותר בוצעה בשנת 2016 עם חקיקתו של חוק המאבק בטרור, שנועד להחליף את מרבית החוקים והפקודות אשר הסדירו את עבודת מערכת הביטחון למאבק בטרור.

**תקנות שעת חירום**

**תקנות שעת חירום מכוח ס'38-39 לחו"י: הממשלה:** מדובר בחקיקת משנה, בניגוד לתקנות אחרות הן מותקנות ע"י הממשלה ותוקפן מוגבל לשלושה חודשים לכל היותר. הגרסה הנוכחית חוק היסוד מ2001 ס'38 מעניק לכנסת סמכות להכריז על מצב חירום לשנה אחת בלבד. **ב'39** מסמיך את הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום, הוא מוסיף מס' סייגים שלא הופיעו בחוק סדרי שלטון ומשפט:

* **ס'39(ה)** קובע שלא יותקנו תקנות שעת חירום אלא אם מצב החירום מחייב זאת.
* **ס'39(ד)** קובע שהתקנות לשעת חירום לא יוכלו למנוע פנייה לערכאות, לא יוכלו לקבוע ענישה למפרע ולא יכולות לפגוע בכבוד האדם.
* **ס'39(ו)** מסמיך את הכנסת להאריך את תוקפן של תקנות החירום בדרך של חקיקה ראשית. הכנסת עשתה זאת פעמים רבות.
* מצב החירום היה ברירת מחדל עד שמובטל וכיום המצב הפוך: צריך להכריז אקטיבית. יש חובה לדון כל שנה.

ומה עם פיקוח שיפוטי?

ההתערבות המשמעותית והמגבלות היו אלה שביהמ"ש התחיל להציב בתחילת שנות ה-90. ביהמ"ש בפסיקה- **נניח ויש מצב חירום ומצב החירום מחייב לקבוע הסדר מסוים, גם במקרה כזה אי אפשר להשתמש בתקנות שעת החירום כל עוד אפשר להשתמש במנגנון חקיקה רגיל**.

**פורז נ' ממשלת ישראל:**

**רקע:** מכוח ס'9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט פרסמה הממשלה תקנות שעת חירום (תוכניות חירום לבניית יחידות דיור) כאשר באותו זמן הייתה תלויה ועומדת לפני הכנסת הצעת חוק הליכי תכנון ובניה שנתקבלה כשבוע לאחר מכן. השלילה התבססה על כך שבמקביל התנהל בכנסת הליך חקיקה מזורז של חוק שקבע הסדר דומה לזה שבתקנות והושלם כשבוע לאחר כניסת התקנות לתוקף.

**ביהמ"ש (לוין):** אומנם תקנות חירום נועדו לקצר הליכים, אך אין להשתמש בסמכויות חירום אם ניתן להשתמש בחקיקה רגילה של הכנסת. בנוסף, כאשר נוצר מרוץ בין הממשלה לכנסת, בחינת מי יקדים את מי, יש לראות את התעלמותה של הממשלה ממעשה החקיקה של הכנסת והתקנת תקנות **כפגם מהותי. יש להעדיף חקיקה רגילה על התקנת תקנות אם הדבר מתאפשר מהנסיבות.**

**חקיקת חירום תלוית הכרזה**

**חקיקת חירום של הכנסת מחולקת ל-3:**

1. **חוקי הארכה של תקנות שעת חירום:** בשנותיה הראשונות של המדינה הונהגה הפרקטיקה הזו בלי שניתן לה בסיס פורמלי בחקיקה, ועתירה שביקרה לערער על מעמדם של חוקי הארכה כחקיקה ראשית נדחתה ע"י ביהמ"ש העליון. בשנת 92' עוגנה הסמכות האמורה בחו"י: הממשלה.
2. **חקיקת חירום מקורית של הכנסת:** חקיקה ראשית עצמאית וקבועה שאיננה מאריכה תקנות שעת חירום, אבל תוקף החוק כולו מותנה בקיום הכרזה על מצב חירום. קיימים שני דפוסים עיקריים בחקיקת החירום הקבועה:
3. **הסדר מפורט של תחום ביטחוני:** לדוג' **חוק סמכויות שעת חירום מעצרים מנהליים.** מסדיר את נושא המעצרים המנהליים של חשודים בעבירות ביטחוניות בישראל. מעצר מנהלי הוא מקרה שבו יש ראיות נגד מישהו אבל לא ניתן לחשוף אותן. השימוש במעצר מנהלי הוא צעד בייתי מנק' מבט של זכויות אדם.

**פחימה נ' מדינת ישראל: דוגמה לחוק מפורט, שימוש בצו מעצר מנהלי.**

**פרוקצ'יה:** מעצר מנהלי פוגע בחירותו האישית של האדם ומוצדק רק בהתקיים תנאים חריגים המחייבים שימוש באמצעי קיצוני זה. המעצר המנהלי תקף כל עוד קיים מצב חירום המדינה.

תכליתו הכפולה של החוק: מחד, לשמור על ביטחון המדינה. מאידך, להגן על כבודו וחירותו של כל אדם.

התכלית המשולבת מצמצמת את מרחב שיקו"ד של הרשות בעשיית שימוש באמצעי מעצר מנהלי והיא כופפת אותו למערך של גבולות, בקרה ופיקוח הדוקים. **נדרש איזון בין כבודו וחירותו של האדם לבין ביטחון המדינה.** האיזון הזה מעצם טיבו קשה ולעיתים הוא בלתי נמנע בתנאי המציאות הביטחוניים של המדינה והחברה. **מעצר מנהלי הוא מניעתי ולא עונשי והוא אמצעי אחרון ובלתי נמנע להגן על הביטחון במקום שאמצעים אחרים פחות קיצוניים כשלו. לכן, השימוש הוא רק במקום של סכנה ממשית לביטחון המדינה**. (משתמשת במבחן הקרבה לוודאות).

**במקרה הנוכחי**- המעצר של פחימה היה בלתי נמנע והראיות הצביעו על סכנה מוחשית מיידית וישירה לביטחון המדינה ולכן **העתירה נדחית.**

1. **חוק מסגרת:** חוק שאומר שהרשות המבצעת (השר) מוסמכת להתקין תקנות ולפרסם צווי ביצוע בתנאים המפורטים בחוק. לדוג': **חוק הפיקוח למצרכים ושירותים, תשי"ח-1957,** המקנה לשרי הממשלה סמכויות להסדיר את העיסוק באספקת מוצרים ושירותים תוך פגיעה חמורה בחופש העיסוק ובזכויות יסוד אחרות. החקיקה מעניקה לממשלה סמכויות הדומות במהותן לסמכות המוקנית לה בס'38-39 בחו"י: הממשלה- להתקין תקנות לשעת חירום, **במובן זה שבשני המקרים העיגון בחקיקה ראשית**. במשך שנים ארוכות נהנו התקנות מכוח חוק הפיקוח מעליונות על פני חקיקה ראשית סותרת. בעקבות ביקורת קשה של ביהמ"ש העליון תוקן החוק בשנת 90' ונשללה סמכותם של השרים להתקין תקנות בניגוד לחוק ס'46 לחוק:

**(ב)** כל מקום שהוראה בחוק זה סותרת הוראת כל חוק אחר, ההוראה שבחוק זה, עדיפה. (ג) לעניין סעיף קטן (ב) "חוק זה"- למעט התקנות שהותקנו והצווים שניתנו על פיו.

**ומה עם פיקוח שיפוטי?**  תחילה, ביהמ"ש לא התערב ולא מנע את השימוש הנרחב מאוד בצווים מכוח חוק הפיקוח. משנות ה-80 התפתחה ההלכה ונקבע שגם הסמכות והשימוש בצווים יכולים לעשות רק כשלא ניתן לעגן בחקיקה ראשית. **יש שימוש בסמכות זו כשאין ברירה.** מסוף שנות ה-80 השתנתה ההלכה, ובדומה לפסיקה בעניין תקנות שעת חירום, נקבע כי השימוש בצווים מכוח חוק הפיקוח יכול להיעשות רק כשיש מניעה מעשית לעגן את המדיניות בחקיקה ויש צורך דחוף בהחלתה.

גישה מצמצמת הייתה ביתר שאת ב**שנסי נ' המפקח על היהלומים**-

**רקע:** העיסוק ביהלומים כפוף לרישוי לפי צו הפיקוח על היהלומים, יבואם ויצואם שהותקן מכוח חוק הפיקוח. רישיונו של שנסי הותלה לאחר שהורשע ברצח. לאחר ששוחרר ממאסר פנה למפקח על היהלומים וביקש לחדש את הרישיון אך סורב ומכאן העתירה.

**ביהמ"ש (חשין):** משתמשים בחוק זה רק במקרים כאשר יש צורך דחוף להסדיר עניין. ראוי לחתור לפרש את החוק על דרך הפרשנות המצמצמת ונכון יהיה להזריק לתוכו עקרונות יסוד המקובלים במשפט.

**חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016**: החלפת תקנות שהיו חלק מתקנות ההגנה (בשעת חירום) מנדטורי, שהסדירו את המאבק בטרור של מערכת הביטחון.

1. **הוראות שעת חירום בחוקים רגילים:** חקיקת חירום מקורית של הכנסת המותנית בקיומו של מצב חירום. הוראת שעת חירום בחוקים רגילים שונה. מדובר בחוק רגיל שלא מותנה בקיומו של מצב חירום, אבל **בתוך החוק יש הוראות ספציפיות שמאפשרות סטייה מההוראות שקבועות באותו חוק במקרה שיש מצב חירום.** לדוג': חוק חופש שנתית, חוק האומר שכל עובד זכאי לחופשה. עד לפני מס' שנים ס'32 לחוק אפשר לשר העבודה והרווחה לדחות בצו את מועד החופשה לגבי כל העובדים בתקופה בה המדינה במצב חירום. **חוק רגיל שמכניס בתוכו הוראה שבחירום יש סמכות מיוחדת.**

**חקיקת חירום בלתי תלויה**

**השינויים שחלו ב20 שנה האחרונות:** בשנים האחרונות ניכר שינוי בדפוס ההתמודדות המשפטית עם צורכי הביטחון, המתבטא ב3 אלמנטים מרכזיים:

1. מעבר לחקיקה ראשית. 2. חקיקה מפורטת. 3. אין תלות במצב החירום.

**לדוג':** ב2002 התקבלו **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים וחוק השב"כ.** בשנת 2003 נחקק **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה).** בשנת 2005 נחקק **חוק איסור מימון טרור.** בשנת 2016 נחקק **החוק למאבק בטרור** המבצע רפורמה מקיפה בהסדרים המשפטיים בתחום זה שבמסגרתו בוטלו הסדרים רבים ואחרים שונו ואוחדו תחת קורת גג אחת.

**למה שהמחוקק יכנס בעובי הקורה ויתחיל להסדיר את ההסדרים בחקיקה ראשית? מה הוביל לשינוי? מה גרם לו לבטל את הקשר בין חקיקת הביטחון להכרזה על קיומו של מצב חירום?**

1. **חוסר התאמה של דגם החירום למציאות של מצב חירום מתמשך:** כל עוד המצב זמני אפשר להבין. אך ברגע שמדובר במציאות קבועה בת עשרות שנים, מתבקש שהדבר יוסדר בחקיקה ראשית שאינה מותנית בהכרזה על מצב חירום.
2. **התחזקות בהתנגדות השיפוטית להאצלה גורפת:** ביהמ"ש אומר שאם אין **הסמכה מפורשת אין סמכות.** אם לא נקבעו הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית א"א לעשות זאת בחקיקת משנה. אומנם **באגודה לזכויות האזרח** ביהמ"ש דוחה את העתירה אך מנמק זאת בכך **שמתנהל תהליך כפי שתואר.** ביהמ"ש אומר למדינה שהיא חייבת לבצע רפורמה או שבעתיד הוא יבטל את מצב החירום. **הועד הציבורי נגד עינויים (שבכ)**- ביהמ"ש דחה את עמדת המדינה וקבע כי סמכותה השיורית של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. פגיעה בחירות מצריכה הוראה מפורשת. פס"ד זה גרר ביקורת ציבורית שלאחריו חוקקה הכנסת את חוק השב"כ שהסדיר במפורט את סמכויות הארגון.
3. **הרחבת ההתערבות השיפוטית בשיקו"ד בעניינים ביטחוניים:** ככל שביהמ"ש מוכן להתערב יותר, כך גוברת הנטייה להסדיר את עניינים אלו בחקיקה ראשית. זה לא מספק מטריה מוחלטת, אך הדבר מצמצם את היקף ההתערבות.

**פלונים נ' שר הביטחון:**

**רקע:** ס'2 לחוק המעצרים המנהליים קבע שאם לשר הביטחון יש יסוד סביר להניח מטעמי ביטחון המדינה/ציבור מתחייב שאדם יוחזק במעצר, הוא רשאי להורות על מעצרו עד 6 חודשים בצו. לבנונים מוחזקים במעצר מנהלי ועותרים כנגד זה.

**טענת העותרים:** שר הביטחון אינו מוסמך להוציא צו מעצר מנהלי כאשר הטעם להוצאות אינו סיכון ביטחוני אלא קלף מיקוח.

**ביהמ"ש:** **ברק**: אין להרחיב את האפשרות של מעצר מנהלי למעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה רק קלף מיקוח. הפגיעה היא קשה ביותר בוודאי לאחר חקיקתו של חו"י:כבוה"ח. בנוסף, גם לא הובא לידי ביהמ"ש תשתיות עובדתיות שתראה **וודאות קרובה או אפשרות סבירה** שהמשך המעצר המנהלי יביא לקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. את החוק עצמו לא ניתן לפסול מאחר והוא נהנה מס' שמירת דינים בכבוה"ח (התקנה חוקקה ב79'), **רק הוראה מפורשת בחוק המעצרים תוכל להוביל לפרשנות שניתן לעצור אדם כמשמש ל"קלף מיקוח".**

**על רקע פס"ד זה נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים-** ס'7 לחוק מעניק למדינה את הסמכות שביהמ"ש לקח לה. אדם שביצע פעולת איבה נגד מ"י, יראו בו כמי ששחרורו מסוכן לביטחון המדינה כל עוד לא הסתיים האיום על ישראל ושלא הוכח אחרת. נאמר כאן שאם האדם חבר בארגון טרור או היה מעורב בפעילות טרור, חזקה עליו שהוא מסכן את ביטחון המדינה ולכן אפשר להחזיקו גם לאחר שהסתיים עונשו.

**מוגשת עתירה נגד החוק החדש:** **פלוני נ' מדינת ישראל:**

**רקע:** עתירה של תושבי רצועת עזה שמשייכים אותם לארגון טרור. הם טוענים שהבעיה בחוק היא שיקול הדעת ולא הסמכות.

**ביהמ"ש (ביניש):** החוק עומד בפסקת ההגבלה, אין עילה להתערבות אך אומרת שני דברים:

* החוק לא נועד לאשר החזקה של עצורים כקלף מיקוח, תכליתו להרחיק מפעולות איבה מי שפעלו נגד מ"י.
* ביהמ"ש לא הכשיר את החוק. העותרים טענו שס'7 קובע חזקה העומדת בסתירה לעקרונות חוקתיים ובניגוד לדין הבינלאומי. המדינה התנגדה ואמרה שבמקרה זה הוכחה המסוכנות של כל אחד מהעצורים. **ביניש אומרת**, **שבגלל שהמדינה נמנעה עד כה משימוש בחזקה והסבירה את מסוכנתם של העצורים, אין צורך להכריע בשאלת ס'7, מאחר והמדינה נמנעה בשימוש החזקה כי לא יודעת כמה הוא פוגע בזכויות חוקתיות**.

**האם ההסבר התולה את שינוי המגמה בהתרחבות הביקורת השיפוטית משכנע?** עם ההכרזה על המהפכה החוקתית הקנה ביהמ"ש לעצמו את הסמכות לפסול גם חקיקה ראשית, אם לדעתו תוכנה פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם. יוצא, שדווקא אחרי המהפכה החוקתית חדל העיגון בחקיקה ראשית לשמש מגן מפני התערבות שיפוטית, מה שמעמיד בספק את התועלת שבצעד האמור. לדוג': ביהמ"ש פסל את ס'5 לחוק סד"פ (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) המסמיך את ביהמ"ש בהתקיים תנאים מסוימים לדון בהארכת מעצר של חשוד בעבירת ביטחון ללא נוכחותו. ביהמ"ש קבע כי תכלית החוק ראויה אך פוגע באופן לא מידתי בזכותו של העצור להליך הוגן ובכלל זה זכותו של חשוד להיות נוכח בהליכי המעצר.

**אם ביהמ"ש עדיין מתערב החלטות ביטחוניות המעוגנות בחקיקה ראשית, מה התועלת מנק' מבט של הרשויות הפוליטיות בעיגונן?** שתי תשובות בדבר:

**ראשית**, סביר שביהמ"ש ינקוט ריסון רב יותר כשזה נוגע לביקור חקיקה ראשית מאשר חקיקה מנהלית.

**שנית,** השימוש בהוראת שעה, המגביל את החוק בזמן, עשוי לגרום לביהמ"ש לנהוג בריסון בביקור החקיקה.

**לדוג'**: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), ס'5 לחוק מגביל את משך תוקפו לתקופה קצובה, אך מאפשר לממשלה, באישור הכנסת, להריך בצו את תוקפו לתקופה שלא תעלה על שנה אחת. המנגנון נראה הגיוני, משום שגם אם זנחנו את המסלול חקיקה מותנית במצב חירום, עדיין ניתן להבחין אין איומים שמועד סיומם לא נראה לעין לבין עניינים אחרים שלגביהם יש יסוד לתקווה לשיפור שייתר את הצורך לנקוט בצעדים הכרוכים בפגיעה בזכויות אדם.

**מה אופן השימוש במנגנון הוראת שעה?**

שימוש בהוראת שעה הולכת ומתגבשת בשימוש בחוקים אלו, זה עולה בקנה אחת עם הנצחיות דה פקטו של ההכרזה על מצב חירום, המנגנון של הוראת שעה לא נולד כתוצאה ממניעת התערבות של ביהמ"ש, אך בפועל ביהמ"ש אכן נמנע מביטול ופסילה של הוראות שעה. כשמדובר בחוקים של הוראת שעה, ייתכן והמטרה זמנית וארעית, המציאות היא הארכה חוזרת של אותה הוראת שעה. זה אותו תרגיל ופרקטיקה של הכרזת החירום הנצחית- **חוקים שנועדו כהוראת שעה, הופכים לקבועים כתוצאה מהארכה ע"י הרשות המחוקקת.**

**האם העובדה, שלמרות שישנם מנגנונים שתכליתם היא הגבלת תוקף חיקוקים ביטחוניים, עדיין החקיקה מתארכת, מלמדת על חוסר כנות מהמחוקק?** לא בהכרח. ניתן לומר שהתנאים הביטחוניים מצדיקים את החקיקה האמורה. בכל מקרה, המציאות של הארכה חוזרת של חקיקה המוגבלת בזמן עשויה להפחית את המשקל שיעניק ביהמ"ש לזמניותו הפורמלית או אף להתעלם ממנה ולבחון אותו כחוק קבוע, מה שיחליש את האפקטיביות של השימוש בהוראת שעה ככלי מפני התערבות ביהמ"ש.

התחזקות המחויבות הציבורית (=הכנסת), להגנה על זכויות אדם: את המעבר למודל החדש ניתן להבין כמהלך לעומתי של המחוקק, שתכליתו לבצר את ההסדרים הקיימים בתחום הביטחון מפני ביקורת שיפוטית. אולם, ייתכן שמדובר בהליך מורכב יותר, שבמסגרתו, ישנה השפעה של ביהמ"ש על הלך הרוחות בישראל, ומחזקת את מחויבות הכנסת להגנה על זכויות אדם. זה מתבטא בנכונות של ח"כים לקבוע בעצם את נק' האיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות האדם. למרות זאת, גם לפי הסבר זה מחולל השינוי הוא **ביהמ"ש**, המעבר לדפוס של הסדרה קבועה ומפורטת בחקיקה ראשית איננו צעד לעומתי, אלא כזה העולה בקנה אחד עם גישתו של ביהמ"ש.

**האם יש ראיות שתומכות בהסבר לשינוי זה?** בחלק מהמקרים במעבר למודל החדש, היה גם ביטול של סמכויות שהוענקו לרשות המבצעת בדגם הקודם. למשל- חוק המעבר בטרור. ניתן לראות כאן נכונות של הכנסת לצמצם סמכויות שהואלצו לממשלה. הטיפול של הכנסת בעיצוב הסדרים לפי המודל החדש הוא טיפול מתמשך, הם מבינים את הצורך לאזן בין **צורכי הביטחון לזכויות אדם**. **החקיקה החדשה מכפיפה את הסמכויות שמוענקות לרשות המבצעת לביקורת שיפוטית של הכנסת, על אופן הפעלת הסמכויות. כשנוצרו דברי חקיקה חדשים, נוצרות בהם גם מנגנוני פיקוח**. ס'47ג לחוק איסור מימון טרור- תקנות, צווים והיתרים לציבור בלתי מסוים לפי החוק יותקנו באישור וועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת- חייב אישור.

**ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**

**נדבר על שני הסדרים וביחס לכל אחד מהם נזהה את הרלוונטיות של שני השסעים- ערבי יהודי ופנים יהודי**. במובן הזה הדוגמאות שניתן תופסות בצורה בהירה ביותר את הדילמה והמתחים ואת השאלות שנשארות עדיין פתוחות. נראה במהלך הדרך איך מעורבות ביהמ"ש בהסדרת סוגיות אלו הולכת וגוברת במהלך השנים. (בעיני גידי הדבר לא חיובי- לטענתו ההסדרים אמורים להיות נחלת המחוקק).

**שבות אזרחות ומרשם/ מדיוניות הגירה**

**שבות ומרשם:**

עם הקמת המדינה נמנעו מייסדיה מהכללת הגדרת המונח יהודי בפקודת הפרשנות. הימנעות זאת הובילה לשוני בפירוש המונח יהודי בחיקוקים שונים. הגדרת המונח בחשב"ר (חוק שיפוט בתי דין רבניים) מעולם לא הייתה שנויה במחלוקת ופורשה ע"פ מבחני ההלכה. לעומת זאת, ביחס לחיקוקים חילוניים, כמו חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין, התשובה לשאלה מיהו יהודי קשה הרבה יותר. חוק השבות מעניק לכל יהודי כמעט אוטומטית לעלות לישראל ולהתאזרח בה.
חוק מרשם האוכלוסין הוא חוק שקובע ביחס לכל אחד מאיתנו פרטים יבשים, מיהו יהודי לצורך חוק זה?
בשני החוקים בראשית הדרך אין הגדרה.

**פס"ד רופאייזן**:

**רקע:** רופאייזן, נולד יהודי אך התנצר במהלך השואה והצטרף למסדר הכמרליטי שם קיבל את השם האח דניאל. לאחר קום המדינה, היגר לישראל במטרה להצטרף למנזר הכרמליטי. בקשתו לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודי נדחתה ולכן עתר לבג"ץ.

**ביהמ"ש:** **שופטי הרוב: לפי הדיון הדתי יהודי-** יהודי נשאר יהודי למרות שהתנצר, למרות שע"פ מושגי הדת היהודית הוא עזב את הדת. וגם אם אין בחוק השבות הגדרה דתית, האח דניאל לא יקבל תעודת אזרחות ולא ניתן להגדירו כיהודי.

**זילברג:** ביהמ"ש אינו מחויב להלכה ואומר שיהודי בחוק השבות הוא לא היהודי בחוק שיפוט בבתי דין רבניים. בחוק השבות ההגדרה חילונית, בהוראתו הרגילה בלשון בני האדם.

**חיים כהן (מיעוט):** אין הגדרה למיהו יהודי, ובהיעדר כלי אובייקטיבי בחוק, אין לדעתו מנוס לייחס למחוקק את הכוונה להסתפק בכלי סובייקטיבי- הזכות לשוב לישראל נתונה לכל אדם המצהיר שהוא יהודי השב למולדתו. **הכל בהתאם להגדרה העצמית שלך- אמת מידה סובייקטיבית.**

**לנדוי מצטרף לזילברג:** כל הרעיון הוא לקרב את יהודי הגולה ארצה, אך אדם שהתנצר, עזב את העם היהודי ולכן אין יכולת לקרוא לאדם שהמיר את דתו יהודי.

**שליט נ' שר הפנים**:

**רקע:** שליט נשא לאישה את אן, סקוטית לא יהודיה. אן הצטרפה לבן זוגה לישראל בשנת 60' וקיבלה תעודת תושב. במסמכי הרישום שלה הצהירה כי היא חסרת דת ובת הלאום הבריטי. בשנת 64' נולד לזוג בן ב67' בת. שליט ביקש לרשום את ילדיו בסעיף הדת כחסרי דת ובסעיף הלאום כיהודים. אך בקשתו בשאלת הלאום סורבה ע"י פקיד המרשם.

**טענת העותר:** יש להפריד בין שאלת הדת והלאום וכי אדם יכול להשתייך ללאום היהודי גם אם אינו בת הדת היהודית. **מבחן ההשתייכות ללאום היהודי כרוך בהזדהות עם התרבות והערכים הישראליים-יהודיים. משתמש בכלי המבחן הסובייקטיבי.** אין להפקיד בין הרגשות הסובייקטיביים לאובייקטיביים- המבחן קשור לזיקה ללאום היהודי- דיבור עברית, גיוס לצבא וכו' מבחן שילדיו ממלאים.

**ביהמ"ש:** פונה לממשלה ומבקש למחוק את סעיף הלאום ממרשם האוכלוסין ע"מ לחסוך את הצורך להכריע בשאלה אידאולוגית, המדינה מסרבת. ביהמ"ש נדרש להכריע **ומקבל את העתירה ברוב של 4:5.**

**זוסמן (רוב):** העניין לא מחייב אותנו להכריע בסוגיה מיהו יהודי. בידי פקיד הרישום אין סמכויות שיפוט ותפקידו הוא לרשום את המידע הנאמר לו בלבד. פקיד הרישום חייב לרשום את הפרטים המובאים לו בהודעה אלא אם יש לו יסוד סביר להניח שאיננה נכונה. הודעת רישום לגבי דת או לאום אינה חייבת לעמוד דווקא במבחן האובייקטיבי או במבחן הדת. פירוש המונח 'יהודי' חייב להיות תואם את הפירוש שניתן בחוק השבות. **מקבל את עתירתו של שליט.**

**זילברג (מיעוט):** דוגל במבחן ההלכה- ילדים גויים לאם גויה. ס' הלאום מסמל הרבה ואין לומר שהוא חסר משמעות. מבחן העותרים יביא לתוצאות הרסניות, ודוחה את מבחנו של שליט כיוון שטרם יש לנו זהות יהודית. וכי אם נצדד במבחנו הרי כל מוסלמי שיבוא ויאמר שהוא מרגיש זהות לתרבות היהודית, יוכל להירשם כיהודי?

**לנדוי (מיעוט):** על ביהמ"ש לנהוג בניטרליות שיפוטית במחלוקת אידיאלוגית זו כיוון שהיא תשפיע על דרישות לא-יהודים בעתיד. את המושג 'יהודי' ראוי לפרש ע"פ השקפת עולמו של הציבור הנאור- אך הוא טרם גיבש עמדה בנושא ולכן על השופט להימנע מלהחליט בנוגע לפרשנות מושג זה. **המבחן הינו מבחן אובייקטיבי- אדם יהודי רק אם נולד לאם יהודייה.** ולכן הפקיד פעל כנדרש.

**ניתן לזהות בקרב השופטים 3 דעות:**

1. **שופטי הרוב:** מסתמכים על שתי יתדות מפרשת פונק שלזינגר הקודמת לשליט: **פקידת המרשם הוא רשם**, אין סמכות בידיו להחליט האם המסמכים/הודעות תקפים או לא. עליו לרשום אותם. **פריט הלאום כפריט נישואין**- אינו משמש לראייה, הוא חסר ערך ראייתי ולכן אין בעיה להגיד שהילדים יהודים.
2. **חלק מעמדת המיעוט (זילברג, קסטר):** בעלי אוריינטציה דתית ולכן בוחנים את השאלה מנק' מבט דתית, היסטורית וסוציולוגית- יהודי הוא מי שנולד לאם יהודייה.
3. **חלק מעמדת המיעוט (אגרנט, לנדוי):** דוחים את הטענה שלמרשם אין כל תוקף: **א**. יש לו תוקף סמלי. **ב**. מבחינה מעשית לא נכון לומר כי אין תוקף. **ג**. להחלטה לרשום את הילדים כיהודים תהיה משמעות מעצבת תודה שתהפוך את הדבר ללגיטימי מבחינת מרשם האוכלוסין וזה עלול לזלוג לתחומים אחרים כמו חוק השבות.

מהי נקודת המחלוקת בין הגישות השונות

החלטת ביהמ"ש עוררה סערה ציבורית ואיום מצד המפד"ל לפרישה מהקואליציה. כתוצאה מן הלחץ, **תוקנו חוק השבות וחוק המרשם**- סעיף חדש אשר הגדיר יהודי: **מי שנולד לאם יהודייה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת.** אך הסוגייה עדיין פתוחה, כי אין הגדרה למה זה התגייר? לא קיבלו החלטה בנושא כי לא חשבו שתוכל להיות מחלוקת בנושא- מחשבה שגויה. הדתיים דרשו שיהיה ברור לחלוטין שזה ע"פ ההלכה ומנגד, הכלה של כל הזרמים היהודיים. הם לא קיבלו החלטה משום שלא רצו להמשיך ולדון על דבר שלא רצו להתווכח בו. השאלה הופכת להיות מי הוא גר משום שאין תשובה בחוק. השאלה המרכזית החדשה- **מיהו גר? שהרי המחורר לא קבע איזה גיור ימלא את דרישת החוק.**

**פס"ד מילר:**

**רקע:**  מילר, צעירה אמריקאית שהתגיירה בקולורדו גיור לא אורתודוקסי. לאחר הגיור, מילר ששינתה את שמה לשושנה, עברה כחזנית בבית כנסת. 3 לאחר מכן, היגרה לישראל וקיבלה אשרת עולה. כשניגשה למשרד הפנים לקבל ת"ז, הציגה מרצונה את תעודת הגיור הרפורמה שעברה להוכחת יהדותה, ובקשה להירשם כיהודייה נדחתה. למרות זאת, עמדו בפניה 3 אפשרויות: פניה לביה"ד הרבני ע"מ שיבחן את תעודת הגיור, להירשם כנוצרייה, או להשאיר את ס' הדת ריק.

בהגעת העתירה לעליון, הציע שר הפנים, הרב פרץ, אפשרות נוספת- רישום כיהודייה אך לציין (במרשם האוכלוסין ובת"ז) שהתגיירה ע"מ להימנע מהטעיית פקידי רישום בנישואין בבוא זמנה להינשא. הצעתו של שר הפנים באה לאחר שהוא הודה למעשה שלפקיד לא הייתה סמכות לערער על נכונות תעודת הגיור. הודאתו של פרץ נטלה מעוקצה של משימתו של ביהמ"ש והפכה אותה לטכנית מדיי.

**ביהמ"ש:** רשם האוכלוסין חייב להישאר צמוד לפריטי הרישום אותם הוא מתבקש למלא ואינו רשאי להוסיף עליהם.

**תנועת ש"ס נ' מנהל מרשם האוכלוסין:**

**ביהמ"ש:** גיור של עולה יירשם במרשם האוכלוסין לפי הודעתו ויחד עם ההודעה יוגש במידה ויידרש, המסמך המעיד על הגיור או תעודה ציבורית (אין חובה בתעודה ציבורית). מכאן כי הודעה בלוויית מסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית בחו"ל, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. וזה לא משנה אם הקהילה אורתודוקסית, קונסרבטיבית או רפורמית.

**האם יש כאן הכרעה בעניין מעמד הגיורים הליברליים?** לא. משתי סיבות:

1. ביה"מש ביסס את הכרעתו על הטענה שלמרשם אין כל משמעות ולכן אין צורך להכריע אם הגיורים תקפים. בשני המקרים לא עמדה על הפרק שאלת הזכאות לתעודת עולה לפי חוק השבות, שכן העותרים זכו בה בדרך זו או אחרת.- במילים אחרות, ביהמ"ש ממשיך עם דעת פרשת שליט- אין כל משמעות ולכן אין צורך להכריע.
2. מדובר בגיורים שנעשו בחו"ל, ולכן, אין הכרעה לגבי מעמד גיורים שבוצעו בישראל.

**ההלכה כאן היא בהתאם לחוק מרשם האוכלוסין, לא לחוק השבות.** מרשם שנעשה בחו"ל יחשב כיהודי.

**פסרו-גולדשטיין:**

**רקע:** פסרו, נוצרייה ברזילאית נישאה לגולדשטיין הישראלי בנישואים קונסולריים. טרם הנישואין עברה גיור בביה"ד של התנועה הרפורמית בישראל. בקשתה לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודייה נדחתה והיא עתרה לעליון תוך הסתמכות על הלכת ש"ס. **שר הפנים** טוען שהלכת ש"ס מוגבלת לגיורים שנערכו בחו"ל. גיורים שנערכו בישראל כפופים לדרישות פקודת העדה הדתית (המרה) וזו מחייבת אישור של הרב הראשי לשם מתן תוקף לגיור.

**ביהמ"ש:** דחה את הטענה ברוב של 6:1 בטענה כי הפקודה נוגעת לענייני מעמד אישי בלבד.

אי לכך, ביהמ"ש היה צריך לקבל את עתירת פסרו, כלומר להורות לשר הפנים לרשום אותה כיהודייה אולם, ביהמ"ש לא עשה כן. **וכך אמר הנשיא ברק:** ביהמ"ש דחה וטען כי הפקודה לא נוגעת לחוק השבות וענייני מרשם אלא לעניינים אישיים בלבד. ביהמ"ש קובע את האין, אך לא את היש- התוכן המדויק של גיור בארץ. התשובה תהיה בהגדרה בחוק השבות- ביהמ"ש לא מכריע מה כן נחשב לגיור אלא אמר מה לא. יש להכריע בעניין בדרך הפוליטית ורק אם המערכת הפוליטית לא תכריע, ההכרעה תהיה בידי ביהמ"ש.

**מדוע ברק בוחר בדרך זו?** מצד אחד, יש הכרה ראשוני בחוק הישראלי לזרמים ומצד שני, האורתודוקסים בעלי הסמכות. ברק עושה סוג של קרב התשה שבסופו של דבר יוריד את הממסד האורתודוקסי על הרגליים.

**התפתחויות ביניים (ועדת נאמן):**

**פרשת נעמ"ת:**

**רקע:** העותרים מבקשים לרשום את הבת שאימצו ועברה גיור רפורמי כיהודייה.

**טענות המדינה:** הלכת ש"ס חלה על יהודי המתגייר בחו"ל ומבקש להצטרף לאותה קבילה, אך אינה חלה ביחס לתושב ישראל הבא לאותה קהילה יהודית רק לצורכי גיור בלבד.

**ביהמ"ש:** דחה את אבחנה זו וקבע- כל קהילה בארץ ובחו"ל הקובעת שאדם זה התגייר, הוא יהודי. יחד עם זאת, ביהמ"ש לא מכריע בשאלת מעמד הגיור הגם שלא היו צריכים כי בפס"ד השאלה הייתה שאלת מרשם ולא שבות.

**המדינה אומרת שביהמ"ש משתמש בתרגיל:** למרשם אין משמעות. אך טוענים כי ביהמ"ש טועה כי חוק מרשם האוכלוסים קובע וכהגדרתו בחוק השבות. ההגדרה זהה, אך ניתן להגיד שלמרשם יש הגדרה ולשבות לא- יש קש"ס ביניהם.

ביהמ"ש החיל את הלכת ש"ס ביחס לשאלת הרישום, גם לגבי תושבי ישראל, אך הדגיש שאין בכך הכרעה לעניין חוק השבות.

**טירקל:** הנשיא סבור כי הרישום במרשם הוא ניטרלי לעניין המאבקים השונים המתנהלים בנושא הלאום, דת ונישואין מאז קום המדינה ומן הראוי שיישאר כך. את המחלוקות המהותיות בעניינים אלה יש לקיים תוך בחינת הזכויות המהותיות ואלו מצויות מחוץ למרשם. לדעת טירקל, הייתה הגישה טובה לזמנה אך היום אינה רלוונטית עוד. הסוגייה לגבי הגיור- שבה כרוכה השאלה מיהו יהודי- היא בעלת משקל, שנויה במחלוקת ציבורית ונוגעת בנושאים רגישים ובערכי היסוד של ציבורים גדולים בארץ ובקהילות היהודיות בחו"ל. **הוא סבור שאין להימנע עוד מההגדרה, שראוי שלא ביהמ"ש יכריע בה, אלא תגיע מעיון מעמיק בכל הדעות והאמונות של כל הזרמים בציבור ומתוך מאמץ משותף להגיע להסכמה רחבה**.

**מהי המשמעות האופרטיבית של עמדת טירקל?** תוצאת ביטולה של הלכת פונק שלזינגר היא שנוצר "חלל חקיקתי" בחוק המרשם ועל המחוקק למלא את הגדרת "שנתגייס" או בהנחיה מפורשת לפקידי הרישום. בהיעדר חקיקה כזו, אין משמעות חוקית למושג "שנתגייס" שבס'4 לחוק השבות וכאילו לא נכתב כלל. ממילא אין נפקות להודעה ולתעודה שמקבל הפקיד לצורך רישום ראשון ולכן אין להם נפקות לצורך פס"ד הצהרתי שמטרתו שינוי הרישום. ולכן, שאחרי ביטולה של ההלכה אין פקיד הרישום רשאי לרשום דבר בפרטי הרישום של הלאום והדת.

**טושביים נ' שר הפנים**:

**רקע:** העותרים באו ממקומות שונים לישראל ושוהים בה כדין. הם החלו בהליכי גיור בארץ ולבסוף עברו תהליך גיור בקהילה יהודית מחוץ לישראל ע"י ביה"ד של הקהילה הרפורמית. סמוך לאחר מכן, שבו לישראל ומבקשים שיכירו בהם כיהודים לעניין חוק השבות. שר הפנים מסרב שכן עובר לגיורים שלא היו חברים בקהילה היהודית במסגרתה גירו.

**טענת המדינה:** תכלית חוק השבות היא לעזור ליהודים לעלות ארצה ואילו כאן מדובר בלא יהודים שהגיעו ארצה ורק אז התגיירו. אם יוכרו כיהודים זה יפגע בעיקרון השוויון אל מול קבוצות מיעוט בארץ. פרט לכך, ישראל תהפוך ליעד אטרקטיבי להגירה.

**ביהמ"ש:** ברוב של 7 נגד 4 דחה את טענת המדינה.

**ברק:** עליה משמעותה השתכנות בארץ **ולא משנה מתי נהיה יהודי.** ואולם, ברק לא מכריע ומבקש מהמדינה להציג טיעון לגופו של עניין- **איזה גיור יש בו צורך כדי להפוך ליהודי?** אוי לזכויות האדם הבסיסיות אם נפרשן בצמצום בגלל החשש לניצול לרעה מצד לא יהודים המעוניינים להתגייר.

**טושביים 2**:

**רקע:** המדינה מסכימה להכיר בגיור שנערך בחו"ל ללא הקשר לזרם במסגרתו נערך אך מוסיפה 2 טענות:

1. הגיור הוא אקט קהילתי ולכן נדרש שיצטרף אותו אדם לקהילה וישהה בה. אם לא כן- לא יקבל את ההכשר הנדרש. העותרים לא יקבלו כיוון שהתחילו בארץ, השלימו בחול ומיד חזרו ארצה.
2. גיורים שנעשו בארץ, צריך שייעשו במוסד גיור שהקימה הממשלה.

**ביהמ"ש: ברק:** מי שהתגייר בחו"ל ועלה ארצה- זכאי מכוח חוק השבות. לגבי סייג ההצטרפות לקהילה- לא מקבל.

לגבי גיור שייערך בארץ- לא מכריע בסוגייה מאחר והעותרים התגיירו בחו"ל, אך מזכיר כי החלטת הממשלה אינה מחייבת את ביהמ"ש אלא רק החוק. מכאן שהמוסד שנקבע ע"י ועדת נאמן אינו מחייב את ביהמ"ש.

**פרוקצ'יה:** החלת חוק השבות על מי שהצטרף ללאום היהודי מכוח הגיור במהלך ישיבתו בארץ אינה תואמת את לשון החוק ואף לא את תכליתו, כחוק של קיבוץ גלויות. **אין להרחיב את פרשנותו של חוק השבות מבלי שהמחוקק נתן דעתו על כך**. כריכת סוגיית השבות בסוגיית הגיור של תושב ישראל עלולה להעלות בעיות: **עלול לעורר חשש שיעדו האמיתי של הגיור מונע ממניעים של רכישת מעמד אזרחי ולא בהכרח מרצון כן ואמיתי, אי שוויון בין תושבים (לא אזרחים) לבין מתגיירים:** חוק השבות כחוק על שעלייה אינו נוגד את הרציונל הבסיסי של שוויון בין האזרחים, מאחר ותכליתו המוגדרת היא פתיחת שערי הארץ לעולה היהודית מתוך הכרה בחשיבות הקמת מדינה ליהודים.

**פס"ד רוגצ'ובה:**

**רקע:** העותרים ששהו בישראל כדין ועברו גיור בבית דין אורתודוקסי פרטי, כלומר לא ברבנות.

**טענות המדינה:** המדינה סירבה להכיר בגיור לצרכי חוק השבות והעלתה שתי טענות:

1. הזכאות לשבות לא חלה על מתגייר שכבר שוהה בישראל.
2. גם אם חלה, הגיור היחיד התקף הוא זה שנערך ע"י הרבנות.

**ביהמ"ש:** שתי הטענות נטענו בעבר ונדחו. הן נדחות שוב במקרה הנדון.

**נאור:** לגבי **הטענה הראשונה,** הפרשנות המצומצמת לא שוויונית ומפלה. לגבי **הטענה השנייה,** היא חוזרת על ההלכה בפרשת טושביים 2 ומציעה לאמץ את **מבחן הקהילה היהודית והמוכרת**. זה מבחן שמשלב באופן ראוי את התכליות של עידוד העלייה והפיקוח הציבורי על הגיור. המשמעות היא גיורים אורתודוקסיים חלופיים בארץ תקפים.

מה עם גיורים קונסרבטיביים ורפורמים? נאור לא החליטה.

היא מבססת את עמדתה על כלל ההסדרים הראשוניים. היא אומרת שההכרה לצורכי חוק השבות היא בהסדר ראשוני שנוגע לשאלות עקרוניות שיורדות לשורשי החברה הישראלית. ראוי שהיא תיעשה ע"י המחוקק ולא ע"י הרשות המבצעת.

**בג"צ נטליה דהאן נ' שר הפנים:**

**רקע:** העותרים הגיעו לישראל ובמהלך שהייתם, עברו כדין גיור בקהילה קונסרבטיבית או רפורמית שלא במדרך מערך הגיור הממלכתי. הם עתרו לביהמ"ש לאחר ששר הפנים דחה את בקשותיהם לקבל אזרחות מכוח חוק השבות.

**ביהמ"ש: חיות (רוב):** משום שהמחוקק אינו אומר את דברו ואינו מראה כוונה להסדיר את העניין באמצעות חקיקה אין מנוס מהכרעה שיפוטית. כנזכר בפרשת טושביים, מי שבא לישראל ובעודו שוהה כדין, עבר גיור בקהילה יהודית מוכרת (= קהילה בעלת זהות יהודית משותפת, מבוססת וקבועה (ברק, טושביים2)) בהתאם לאמות המידה המקובלות בה. לפיכך, יש להכיר בעותרים כיהודים לפי חוק השבות.

**סולברג (מיעוט):** מסכים עם המסקנה המשפטית אך סבור כי יש להשהות את מועד כניסת פס"ד לתוקף בשנה כדי לאפשר למחוקק להסדיר את הנושא.

**הרחבת הזכאות לשבות- עד כמה?**

 במסגרת תיקון חוק השבות בשנת 1970, הורחבה הזכאות לשבות כדלקמן:

4א(א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד וגם לנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבם זוג של ילד ושל נכד של יהודי, להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

המשמעות היא שיש שני סוגים של אנשים הזכאים לשבות: יהודים ובני משפחתם שאינם יהודים.

**סטמקה נ' שר הפנים:**

**רקע:** אזרחי ישראל שנישאו ללא יהודים ומבקשים לרשמם כיהודים מכוח ס'4א(א) לחוק השבות. נוגע לשאלה **מיהו בן משפחה יהודי?** בעקבות פרשת שליט, מוסיפים את הסעיף הנ"ל שאומר שהזכויות של יהודי לפי חוק זה ושל עולה לפי כל חיקוק אחר מוקנות גם לילד/לנכד של יהודי, בן זוג של יהודי...

השאלה בפס"ד היא- האם כל בן זוג של **כל** יהודי זכאי לשבות? האם הזכות לשבות מעניקה אזרחות אוטומטית? או רק בן זוג של יהודי שאיננו אזרח ישראל?

**ביהמ"ש (חשין):** אפשר לפרש בהרחבה ובצמצום והוא בוחר בצמצום- רק בן זוג של יהודי שאיננו אזרח ישראל וזאת לפי:

1. תכלית החוק- להקל על אפשרות העלייה של יהודים לישראל. באופן כזה שלא יאלצו להיפרד מבני משפחתם. זה לא חל כאשר היהודי נמצא בישראל כי כך אין שום קשר לעידוד עלייה ארצה.
2. שיקול ההפליה- לפי חשין, אם נפרש בהרחבה יצא שהיהודי יוכל להקנות שבות ללא יהודי, לעומת אזרח ישראלי שאינו יהודי ולא יוכל לעשות כן. כלומר, תיווצר הפליה בין יהודי אזרח הארץ לבין אזרח הארץ שאינו יהודי.

גידי טוען- חוק השבות מעניק זכות יתר ליהודים. האם יש הצדקה? מנק' מבט ליברלית יש הצדקה אך לא מוצדק לגבי אדם החי בארץ ואז מתגייר. בנוסף, יש הפליה בין התושבים שעוברים את ההליך ומתגיירים ומי שלא. יש שימוש לא עקבי בעיקרון השוויון או איסור הפליה. חשין עושה זאת כי כל מה שיצטרכו לעשות זה למצוא את הישראלי שיסכים להתחתן עמם ואז יקבלו.

**כניסה לישראל והתאזרחות של לא יהודים:**

**פרט לחוק השבות ישנו את חוק האזרחות** האומר כי אזרח ישראל, בין אם יהודי ובין בן כל דת אחרת, כל אזרח ישראל שנישא לאזרח/ית של מדינה זרה, הם יקבעו אישור לישיבה אבל בסופו יעבור תהליך להתאזרח ובסופו יקבלו אזרחות. היתרון שצומח הוא קיצור שלבים וכמובן כל ההנאות שנותן חוק האזרחות, הקלות והטבות...

בנוגע להסדר ייחודי של נישואין בין אזרחי ישראל ומי שאינם אבל מגיעים מאזור מסוים: **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג 2003** הקפיא את ההליכים שאפשרו הגירה לצורך נישואין של זרים מיהודה ושומרון עם אזרחי ישראל ותושביה. החוק נחקק לאחר שהתברר שמצד אחד, היגרו לישראל בין 93'-02 בין 120-140 אלף פלסטינים במסגרת 'איחוד משפחות' ומצד שני, מתן היתרים לאיחוד משפחות נוצלו לרעה ע"י כמה עשרות מתוכם לשם ביצוע פיגועי טרור.

כנגד חוקתיותו של החוק הוגשו מספר עתירות לבג"ץ. המאי 06' פורסם פסה"ד. ביהמ"ש אישר את חוקתיותו של חוק האזרחות על חודו ברוב של 6:5. עם זאת, רוב השופטים סברו שהחוק אינו חוקתי בשל פגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות ובראשן הזכות לייסד חיי משפה בישראל ושוויון של אזרחי ישראל הערבים.

**השופט אדמונד לוי** שהיווה לשון המאזניים סבר שיש לדחות את העתירות משום שתוקף החוג יפוג תוך זמן קצר ולכן יאפשר למחוקק לאמץ הסדר משופר ומידתי.

המחוקק פעל כמצופה ופרסם במרץ 07' חוק מתוקן ובו 5 חריגים. כנגד התיקון הוגשו עתירות לבג"ץ. **העותרים טענו כי התירון אינו מתקן את הפגמים בנוסח המקורי. עתירה זו נדחתה ברוב של 6:5.**

**עדאלה נ' שר הפנים:**

**רקע:** עתירה כנגד חוק האזרחות והכניסה לישראל אשר מטרתו היא למנוע איחוד משפחות של בני זוג ערבים-ישראלים עם בני זוגם הערבים מהאזור- דבר אשר פוגע בזכויות החוקתיות.

**טענת המדינה:** תכלית החוק היא שמירה על האינטרס הביטחוני של המדינה ואזרחיה.

**ביהמ"ש: פרוקצ'יה:** המדינה לפי הצהרתה, הסתמכה רק על שיקול ביטחוני ולא על שיקול דמוגרפי. זה שיקול אמין, אבל אי אפשר להתעלם מכך שייתכן וקיים מניע נוסף. השיקול הדמוגרפי עלה בדיוני הכנסת סביב החוק.

**חשין:** הצעת החוק, הוראות החוק, תיקוני החוק וגם טיעוני המדינה מראים שתכלית החוק היא ביטחונית. חילופי הדברים שנשמעו בכנסת בזמן הליך החקיקה לא משנים את התכלית הזו. מעבר לכך, אנו לא נדרשים להכריע בכל כי זה לא עלה כלל. המדינה אמרה שהנימוק אינו דמוגרפי, אך גם אם הוא היה, והוא מדגיש שהוא לא, זה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל.

6 שופטים מתוך 11 חושבים שהחוק לא מידתי. **למה הוא לא נפסל?** כי אדמונד לוי, הקול המכריע, חושב שהחוק לא חוקתי אך מצטרף לדעת הרוב שדוחה את העתירה. לוי מצטרף לרוב למרות שהחוק לא חוקתי כיוון שהוא נחקק בהוראת שעה ואמור לפקוע בקרוב.

**פס"ד גלאון:**

פס"ד בעניין גלאון אינו שונה בשורתו התחתונה מפס"ד עדאלה. מבחינת הכרעתו האופרטיבית (רציו).

**ביהמ"ש:** דבר בנימוק הביטחוני כהצדקה הבלעדית לחוק הוראת השעה. עם זאת, אמרות אגב אחדות הפזורות בחוו"ד של חלק מהשופטים עשויות להצביע על נכונות שיפוטית לשקול את השיקול הדמוגרפי, אם זה יוצג בעתיד ע"י המדינה.

**לוי**: הנימוק הביטחוני לא צולח את מבחן התכלית הראויה. לא ברור אם הימנעות המדינה מלבסס את החוק של השיקול הדמוגרפי מחזקת את עמדתה או מחלישה. לוי אף מזכיר את גל ההגירה מטעמי "איחוד משפחות" שהתרחש בארץ ב94-02 באופן שניתן לפרשו כמרמז על הלגיטימיות של השימוש בשיקול הדמוגרפי.

**ריבלין:** דן ברציונל הביטחוני, לא רק מן הטעם שהרציונל הדמוגרפי לא הוצג ע"י המדינה, אלא גם משום שלדעתו הרציונל הדמוגרפי אינו מתאים לחוק במתכונתו הנוכחית. לשיטתו, העובדה שהחוק שולל הגירה של לא יהודים על רק נישואין, ממדינות מסוימות ולא מאחרות, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית דמוגרפית, שכן זו הייתה צריכה להוביל שלילה גורפת של הגירה כזו. עם זאת, ריבלין מציין באמרת אגב, שהמדינה הייתה רשאית לחוקק חוק הגירת משפחה המבוסס על תכלית דמוגרפית.

בהקשר זה ריבלין מצטט את דבריו של ברק מפרשה אחרת, בהם אומר- טעם קיומה של מ"י הוא בהיותה מדינה יהודית. וכי זכותו של כל יהודית לעלות למ"י, שהיהודים יהוו בה רוב- היא אחד מהמאפיינים המרכזיים של ישראל כמדינה יהודית.

גם **מלצר** נמנע מלבסס את הכרעתו על השיקול הדמוגרפי לנוכח עמדת המדינה אך קובע כי "דיון שכזה מקומו יבוא". מלצר מזכיר בהקשר זה את עמדת גביזון, שלפיה ניתן להצדיק את חוק הוראת שעה (אפילו בנוסחו הראשון) משיקולים דמוגרפיים.

**לסיכום: בעדאלה וגלאון**, ביהמ"ש נמנע מלבסס את הכרעתו בנוגע לתיקון חוק האזרחות על התכלית הדמוגרפית-לאומית. עם זאת, בעוד שבעדאלה כל שופטי הרוחב מרחיקים עצמם מהנימוק הדמוגרפי, בגלאון חלק מן השופטים מדגישים כי הימנעותם מלהתבסס על נימוק זה נובעת אך ורק מהימנעות המדינה מלבסס עליו את עמדתה. ומניחים באמרות אגב, יסוד להבאתו של השיקול הדמוגרפי בעתיד, במסגרת האיזון החוקתי בתחום ההגירה בכלל וביחס לסוגיית איחוד משפחות בפרט.

**למה המדינה לא מבססת על ההצדקה הדמוגרפית**? אם ההצדקה של המדינה כמדינת לאום יהודית זה מהווה את ההצדקה לתכלית דמוגרפית. למה הממשלה לא משתמשת בזה? יכול להיות שהמדינה פחדה שביהמ"ש יפסול את החוק על תכלית זו. אם נגיד שיש סכנה לביטחון, ביהמ"ש יקבל את הטיעון יותר.

**בחירות ומפלגות**

**המצב לפני החקיקה**

**ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות: ניתן לפסול רשימה אם מאיימת על קיום המדינה גם בלי הסמכה מפורשת.**

**רקע:** ועדת הבחירות לכנסת מוסמכת מכוח חוק הבחירות לכנסת לפסול רשימת מועמדים שאינה עומדת בתנאים הפרוצדוראליים שנקבעו בו. ועדת הבחירות ה-6 פסלה את **מפלגת הסוציאליסטים** בטענה שהם זרוע של ארגון אל-ארד המוכרז כארגון לא חוקי עקב מטרותיו לשלול את שלמות מדינת ישראל וקיומה.

**ביהמ"ש:** **זוסמן ואגרנט (רוב):** קבעו כי יש להגן על המדינה גם באמצעים שאינם מובאים בחוק. לפיכך, הסיבה לפסול את המפלגה עקב סכנה ביטחונית למדינת ישראל היא תקינה.

**חיים כהן (מיעוט):** במדינה בעלת שלטון חוק אין לשלול זכות מאדם, אלא בהתאם לחוק בלבד. משום שלא קיים חוק- אי אפשר לפסול מפלגה. בנוסף, גם אם היה חוק **יש צורך בסכנה ממשית** ולטעמו הסכנה לא ברמה גבוהה.

**הלכת ירדור: לוועדת הבחירות לכנסת יש סמכות לפסול רשימות במקרים קיצוניים ביותר- שלילת קיום מדינת ישראל.**

**מה היה באמת חזונה של תנועת אל ארד?** לפי רון חריס:

* עושה הבחנה בין המפלגה הקומוניסטית לאל-ארד: המפלגה הקומוניסטית מדבר על 2 מדינות ל-2 עמים או מדינה אחת דמוקרטית וחילונית ללא התייחסות לכך שהיהודים לא יתקיימו. **אל ארד** דגלה בחיסול ישראל תוך שימוש בכוח.
* לפיכך, הרציונל הביטחוני המצומצם התקיים במקרה זה, גם אם המפלגה ניסתה להסוות את מניעיה, המניעים האמיתיים היו מבוססים על נאצר ומטרתה להשמיד את מ"י.

השופטים פירשו את **ירדור** בצמצום: עמדת הרוב הייתה מבוססת על כך שהם חשבו שהרשימה הסוציאליסטית מהווה איום ביטחוני ותומכת במאבק טרוריסטי. במאמר שפרסמה **רות גביזון**, היא דווקא טוענת שהנימוק לפסילה של הרשימה לא היה רק איום פיזי, אלא **מתח/סתירה בין יעדיה של הרשימה לבין הגדרות היסוד של מדינת ישראל= איום רעיוני.**

**האם הפירוש של גביזון משכנע?**

הרטוריקה עליה מצביעה אכן מצויה בדברי השופטים, אולם ההדגשה בדבריה ביחס לסכנה הפיזית איננה ניתנת לטשטוש. די ברור שהשופטים היו בדעה שהרשימה כופרת בזכות קיומה של מדינת ישראל ותומכת במאמצים לחסלה ומטעם זה יש לפסול את הרשימה מטעמה.

**ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**: ניימן 1- גם ביטוי רעיוני לשלילת קיומה של המדינה מהווה עילה לפסילת מפלגה- איך ביהמ"ש לא קיבל ברוב.

**רקע:** ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את מפלגת 'כך' של כהנא ואת 'הרשימה המתקדמת לשלום' (שמאל).

**ביהמ"ש:** כל 5 השופטים הסכימו לבטל את 2 הפסילות, אימוץ הלכת ירדור, לכן לא ניתן לפסול רשימה השוללת את אופיה של המדינה אלא רק את עצם קיומה (הפרשנות המצומצמת).

**בן פורת (מיעוט): כדעת השופט כהן בירדור.** אין כלל סמכות פסילה בהיעדר סמכות מפורשת בחקיקה. המטרה המוצהרת של בן פורת הייתה להכריח את המחוקק לנקוט עמדה בנושא.

4 השופטים האחרים קיבלו את הלכת הרוב בירדור לעניין הסמכות לפסול בהיעדר חוק, שאותה כאמור הם פירשו כמבוססת על איום קיום המדינה, ואולם גם הם נחלקו בדעותיהם:

**אלון, בייסקי ושמגר:** מותר לפרש זאת כאיום רעיוני, כלומר להרחיב את עילת הפסילה גם לאיום רעיוני- **אפשר לפסול רק לפי עילת הפגיעה בקיום המדינה.**

**ברק:** מותר לפרש זאת כ**איום רעיוני**, כלומר להרחיב את עילת הפסילה גם לאיום רעיוני- **פגיעה באופי המדינה כיהודית**.

נוסחת ההסתברות: כשבוחנים סיבות לפסול מפלגה, מתחשבים גם בשאלה האם היא בכלל תצליח להגשים את מצעה?

ברק ושמגר סבורים שיש להכניס רכיב של **הסתברות.**

**ברק:** כשיש הסתברות סבירה לפגיעה, ניתן לפסול מפלגה- במקרה זה לא קיימת הסתברות שהמפלגות יפגעו. אם רשימה מבקשת להשמיד את המדינה, זוהי לא עילה מספקת אלא צריך שתהיה לה אפשרות סבירה להצליח לבצע זאת.

**שמגר:** סבור שצריכה להיות קרבה לוודאות שהם יצליחו לממש ויש צורך שהדבר יהיה מעוגן בחקיקה.

**אלון ובייסקי:** לא רוצים להשתמש בהסתברות כי ביהמ"ש לא יכול להעריך את הסיכויים. לביהמ"ש אין את הכלים.

לגבי הרשימה המתקדמת: רצו לפסול אותה כי היא רצתה לפגוע בקיום המדינה אך לא היו מספיק הוכחות.

לגבי כך: לא איימה על המדינה ביטחונית אלא רק ביקשה להפוך אותה ללא דמוקרטית. לא תואם את הלכת ירדור וכל עוד אין חוק שמאפשר לפסול ע"ב עילה זו- לא ניתן לפסול.

**הלכת ניימן 1: גם ביטוי רעיוני לשלילת קיומה של המדינה מהווה עילה לפסילה.**

**בשורה התחתונה, ביהמ"ש הופך את החלטת ועדת הבחירות המרכזיות והן מתמודדות לכנסת ואף נכנסות.**

**החקיקה:** בשנת 1985 יש מסלול חדש בעקבות חקיקות ס'7 לחו"י: הכנסת וס'5 לחוק המפלגות:

**הוסיפו עילות פסילה:** שלילת אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל, הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזויין של ארגון טרור. **החוק לא כולל מבחנים הסתברותיים! ביהמ"ש גם לא המשיך להכניסם לתוך פרשנותו.**

**סיכום מקוצרר:**

טרם נחקק ס'7 לחו"י: הכנסת:

**הלכת ירדור (1965)**: לוועדת הבחירות יש סמכות לפסול רשימות רק במקרים קיצוניים ביותר- שלילת קיום מדינת ישראל.

**ניימן 1 (1985):** דעת הרוב מאמצת את הלכת ירדור לכן לא ניתן לפסול רשימה השוללת את **אופייה** של המדינה אלא רק **את עצם קיומה**. גם איום רעיוני השולל את קיומה של המדינה מהווה עילה לפסילה.

**מה היחס בין חוק יסוד הכנסת לבין חוק המפלגות? לכאורה הניסוח נראה זהה.**

מה הקשר בין חוק המפלגות לבין חו"י הכנסת? סעיף חמש ללשון המפלגות הציב את סעיף 7א כתנאי לרישום המפלגה. לפני ריצה לכנסת יש צורך לרשום את המפלגה. רק לאחר שוועדת הבחירות אישרה את המפלגה היא תוכל לרוץ לכנסת

**אפשרות אחת:** עושים אותה בדיקה פעמיים, למקרה שבו מפלגה תשנה את המצע או תהפוך לרדיקלית.

**אפשרות שנייה:** ברק אומר שצריך להיות הבדל באופן שבו אנו מיישמים את המבחנים בשלב ב' (חו"י: הכנסת) לשל אלה בשלב א' (חוק המפלגות)- שלב א' מקבל עם המפלגה ושלב ב' מחמיר איתה. מדוע? כי **הפגיעה בשלב ב' היא הרבה פחות חמורה מבחינה דמוקרטית:**

**פסילה של מפלגות פוגעת בשורה של זכויות:** 1) הזכות להתאגדות 2) חופש הביטוי 3) הזכות לבחור ולהיבחר 4) שוויון.

כלומר, מבחינת ברק, הרף צריך תמיד לעלות, לכן **הרף יהיה נמוך יותר ברישום עצמו, אבל בבחירות הרף יעלה.**

**חשין אומר** שההבחנות של ברק לא נכונות ואין שום הבדל בפועל.

**עילות הפסילה:** 1. שלילת רעיון מדינה יהודית. 2. שלילת רעיון מדינה דמוקרטית. 3. הסתה לגזענות. 4. תמיכה במאבק מזויין (נוסף לאחר 2002).

**תיקון 2002**: מספר פסקי דין שבהם ביהמ"ש לא פסל את הרשימה, הובילו ב2002 לתקן את סעיפים 5 ו7א':

1. יצירת אפשרות פסילה פרטנית של מועמד מהרשימה: לא שוללת את זכות ההתאגדות, אלא את זכותו של פלוני להיבחר.
2. העלאת מידת הפיקוח של ביהמ"ש על הפסילות: להבדיל מפסילת רשימה שאיננה מחויבת באישור אלא אם הוגש ערעור לעליון, בפסילת מועמד בודד נדרש אוטומטית אישור מהעליון. בנוסף השתנה גם היקף הביקורת השיפוטית.
3. הוספת עילת פסילה במקרה של "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל."

**לכאורה, העילה מובנת מאליה, שהרי העילות האחרות רחבות הרבה יותר ולכאורה מאפשרות פסילה גם של רשימות המבקשות להשיג את יעדיהן באמצעים דמוקרטיים. אם כך, מה מטרת ההוספה?**

התשובה היא שראו שהעילות האחרות הפכו להיות אות מתה, הן כתובות ולא באמת משתמשים בהן, אז עכשיו ישנה עילה.

**מה ההבדל בין ערעור לאישור? לומדים מפס"ד טיבי:**

**בערעור:** ביהמ"ש אינו יושב במקום הגוף המכריע, עליו לבדוק האם החלטת הגוף המכריע נופלת במתחם הסבירות.

**באישור:** דרישה מביהמ"ש לשים את ההחלטה הקודמת בצד ולבחון את הדברים מחדש. ביהמ"ש שותף להחלטה, לא רק מבקר.

**הסתה לגזענות:** לא די בכך שהמצע כולל גישה גזענית, מה שנדרש הוא **הסתה לגזענות.** לא הוגדר בחוק מה נחשב להסתה- בצ"ע. משמעותו: רובינשטיין ומדינה מציעים להעתיק את ההגדרה מחוק העונשין.

**שורה תחתונה: פסילת רשימה- ניתן לערער, פסילת מועמד- טעון אישור ביהמ"ש.**

מה מעמדה בפועל של עילת "שלילת קיומה של מ"י כמדינה יהודית ודמוקרטית"?

ברק בפרשת טיבי ובשארה: לעילה זו בסעיף 7א לחו"י: הכנסת יש לתת פירוש מצומצם, שכן הוא נועד לצמצם את זכות היסוד לבחור ולהיבחר. לעומת זאת, לעילה זו בחו"י: כבוה"ח יש לתת פירוש מורחב, שכן הוא נועד להגן על כבוד האדם וחירותו.

מה נכלל בהגדרת המינימום של המדינה כמדינת העם היהודי?

**ועדת הבחירות המרכזיות לכנסת ה-16 נ' טיבי**:

**שטרסברג-כהן:** חושבת שתמיכה במאבק מזוין לפי ס'7א חייבת להתבטא בכוונה או במעשים דומיננטיים ויש להראות הוכחה ברורה וחד משמעית לקיום המטרות.

**שלמה לוין**: סבור כי קריאותיו של ח"כ בשארה מספיקות כדי לבסס את עילת הפסילה של 'כך'.

**ברק (רוב):** טוען שכאשר פוסלים מפלגה בהקשר של שלילת המדינה, יש לבחון רק את המאפיינים המינימליים:

א. מרכזית ודומיננטית בשאיפותיהם ופעולותיהם.

ב. הם פועלים נמרצות להגשת שאיפות אלה.

ניתן להוכיח כל זאת בראיות משכנעות וחד-משמעיות.

בנוסף, יש לדעתי לבדוק את עניין **ההסתברות**.

כדי לשלול מועמדות יש להביא בחשבון רק מאפיינים גרעיניים **בשלילת המדינה כמדינה יהודית** הכוללים- זכות כל יהודים לעלות ארצה, היהודים יהוו במדינה רוב, עברית והחגים במעמד רשמי, מורשת ישראל כמרכיב מרכזי. הביטוי "כלל אזרחיה" לא שולל את המדינה, אלא מצביע על שוויון.

**שלילת הדמוקרטיה** תתחלק למאפיינים הכוללים בהכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות שוויוניות וחופשיות, הכרה בגרעין הזכויות והפרדת רשויות.

**הסתה לגזענות** תתחלק לרכיב הכוונה, קריאה לשלילה אלימה של זכויות.

הדמוקרטיה רשאית להגן על עצמה גם ממפלגה התומכת במאבק מזוין כמו בהלכת ירדור.

**פרוקצ'יה:** ככל הנוגע לעילת הגזענות, אין צורך לבחון הסתברות כי עילה זו ברורה וחד משמעית.

**שאיפה להפיכת מדינת ישראל למדינה כל אזרחיה- האם הדבר עומד בניגוד לס'7א(1)?**

**ע"ב בן שלום (1988):** ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את השתתפותה בבחירות שלה רשימה המתקדמת לשלום.

**דוב לוין**: קובע מי שמבקש להפוך את מדינת ישראל למדינת "כל אזרחיה" שולל את אופייה היהודי ולכן יש לפוסלו לפי 7א(1).

**שלמה לוין:** חולק עליו משום שאין ראיות חד-משמעיות לכך שהם שוללים את הגדרת המינימום למדינה יהודית.

**אלון:** סבור שיש לפרש את 7א1 לפי הגדרה מצמצמת המתמקדת בחוק השבות.

**בסופו של דבר כל שופטי ההרכב מסכימים ששלילת עקרון השבות אין בו כדי לפסול מפלגה.**

**רע"א איזקסון (1995):** התנגדות לרישום התנועה הערבית לשינוי ע"פ חוק המפלגות מאחר ושוללת את קיומה של מדינת ישראל. טען שטיבי מזוהה עם אש"ף- חשש לניגוד עניינים.

**ביהמ"ש פסק** כי אין ראיות שלא עומדת בדרישות חוק המפלגות. הערעור בהגבלת זכויות יסוד ומכאן שנפרש בצמצום.

**חשין:** האמירה "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לחסר מהיות המדינה מדינה יהודית.

**ע"ב ארליך:** המערער מבקש למנוע את השתתפות בל"ד בבחירות לאחר התבטאויות בשארה לפיהן ליהודים אין זכות להגדרה עצמית ולמדינה עצמאית.

**טירקל:** קבע כי רק ביטויים חמורים וקיצוניים יצדיקו את הפעלת ס'7א. שמתעורר ספק בכך, פועל הספק לטובת הרשימה.

**קדמי:** למזלו של בשארה, הוא פועל במדינה בה ערך הדמו' הוא חשוב עד שהיא מוכנה להתיר התבטאויות כה בוטות.

**בל"ד ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית**:

**רקע:** ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את בל"ד- מתוך עילת הפסילה של האופי היהודי של המדינה.

ביהמ"ש מקבל את העתירה ומחזיר את הרשימה להתמודד בבחירות.

**לוי (מיעוט):** יש לקבל את החלטת הועדה ולפסול את בל"ד. רשימה המבקשת לשלול את אופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה דינה להיפסל. ישנן ראיות לכך שמעבר לחזונם, עומד הרצון לערער את רעיון היותה של ישראל לא רק כדמו' כי אם גם כיהודית. תוצאתו המעשית של חזון זה, היא אובדן הגדרתו הלאומית של העם היהודי במסגרת מדינית, והיטמעותו במה שמוצג, לכאורה, כאגד של נרטיבים לאומיים רבים, אך למעשה אינו אלא מסווה לכינונה של מדינת לאום ערבית בכל שטח א"י. לגישתו, עמדתו לפי אין להתיר בשל כך את השתתפות בל"ד בבחירות, איננה ביטוי להשקפה פוליטית. היא תוצאה מתחייבת של יישומה המשפטי, של ההוראה החוקתית הקבועה בחו"י: הכנסת.

**ביהמ"ש:** חרף דברים אלה, אינו פוסל את רשימת בל"ד- בניגוד לעמדת וועדת הבחירות המרכזית ובניגוד לעמדת לוי.

**המשמעות הברור של פס"ד זה ושל נוספים שבאו בהמשך, היא ביטול דה פקטו של עילת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי**.

מה יכול להסביר את גישת ביהמ"ש? מה מעמדה של עילת התמיכה במאבק מזוין?

**ברק בפרשת טיבי ובשארה:** " ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימה/מועמד אשר מהווים חלק מאגון המנהל מאבק מזויין נגד המדינה. ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימה/מועמד אשר אינם נוטלים חלק במאבק אך תומכים פוליטית בו. תמיכה זו יכולה חומרים, וכמוה כנטילת חלק במאבק עצמו. תמיכה זו יכולה להיות פוליטית וזכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה כנגד תמיכה פוליטית זו. תמיכה פוליטית יכולה להיות בצורות שונות אשר מעניקות לגיטימציה למאבק מזויין נגד ישראל.יש לציין כי בלשון החוק בחרה הכנסת בנוסח **ארגון טרור** ולא **מעשה טרור**. השופט **חשין**, שכיהן כיו"ר וועדת הבחירות המרכזית הסביר, שהתמיכה צריכה להיות בארגון טרור, ולא מעשי טרור "כך סתם".

**בפרשת טיבי ובשארה פסלה וועדת הבחירות המרכזית את מועמדותם של בשארה ומפלגתו גם בנימוק של תמכה במאבק מזוין של ארגון טרור. בית המשפט העליון הפך את החלטת וועדת החבירות המרכזית וביטל את פסילתם של בשארה וברק.** וכך אומר **ברק**: אין מספיק ראיות ברורות וחד מד משמעיות לתמיכה בפעילות הטרור. אמנם יש ספק, אבל ספק לא מספיק כדי לפסול במדינה שוחרת דמוקרטיה וכו'.

**רובינשטיין ומדינה, פרק8ו, הזכות לבחור ולהיבחר**:

ס'7א מונה 3 יסודות אשר ניתן לפסול בגין התקיימות אחד מהם. **שלילת קיומה של מ"י כיהודית ודמו', הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור כנגד מ"י.** הסעיף מחזק את נושא ה**דמוקרטיה מתגוננת**.

בפס"ד ירדור שללו את המפלגה גם שהיה חוסר בחקיקה בנושא. בפס"ד ניימן ההלכה צומצמה ונדרשה הסמכה מפורשת בחוק. ולכן בשנת 85' תוקן החוק. **ובשנת 2002 הותאם ס'7א לס'5(1) לחוק המפלגות**. התאפשרה פסילת מועמד ספציפי וכן כל מועד חייב היה להצהיר נאמנות ומחויבות לא לפעול כנגד יסודות ס'7א. ועדת הבחירות המרכזית מחליטה אם לפסול מועמד. רשות הערעור נתונה רק ליועמ"ש, יו"ר ועדת הבחירות או רבע מן חברי הועדה. נדרש אישור ביהמ"ש לפסילת מועמד, אך לא לפסילת רשימה. הסמכות לפסילת רשימה מצומצמת ויש מבחנים להפעלת הסמכות בפסיקה.

ההחלטה מסוייגת ע"י 2 דרכים עיקריות: **הראשונה**, הוכחת סיכויי התממשות הסיכון. **השנייה**, מבחן ראייתי למידת הסכנה הכרוכה באישור התמודדות. ע"פ התפיסה המקובלת, החשש הוא לא רק עד כמה הרשימה תצליח להגשים את מטרותיה אלא ההשלכות מעצם אישור המפלגה. ישנן **דרכים חלופיות** להימנע ממבחן סיכויי התממשות, ע"י הוכחה **שהמטרות והמעשים מצטיירים בבהירות** **וכן** ניתן **לקבוע כי הרשימה מתכוונת לממש את כוונתה.** ההלכה היא שמצע הרשימה הוא לא המקור היחידי לקביעת מטרות הרשימה, יש להראות פעילות פוליטית מעשית.

שלילת קיומה של מ"י כיהודית מוצאה בעיקרון **הדמוקרטיה המתגוננת**. לדעת הכותבים יש להבחין בין 2 מובנים שונים של הדמו' המתגוננת. **המובן הראשון הוא אותם מאפייני יסוד** של המשטר הדמו' שראוי לשריין **והמובן השני הוא ההכרה בזכויות היסוד של האדם**. בפועל בפסיקה ננקט המושג הראשון, אך גם השני תופס.

גישה נוספת היא שלרשימה אין יכולת לשלול את האופי היהודי של המדינה אפילו בדרכי שלום. מפלגה אשר מכירה בזכות העם היהודי אך רק מבקשת לצמצם זאת איננה מפלגה פסולה. **שלילת חוק השבות יכולה לעלות לכדי פסילה**, אך יש לבחון בהתאם לנסיבות ולראות האם זה באמת שולל את קיום המדינה. **לדעת הכותבים** מבחן דומה יש להחיל בניסיונות לצמצום גבולות המדינה. לפי התפיסה המקובלת, השאיפה לקיים **מדינת לאום ניטרלית** איינה לגיטימית. יש להבחין במקרים כאלו בין הרובד המעשי להצהרתי. היה דיון שלם לגבי **ניסיונות שוויון עם המגזר הערבי והאם לחו"י: שוויון האוכלוסייה הערבית הוא לגיטימי**. נרבע שלא כי רשום שם מדינה דמו' ורב תרבותית וזה **קורא תיגר על אופיינו היהודי**.

המחברים לא מסכימים עם נק' זו וחשובים שזה רובד הצהרתי בלבד. רשימה רשאית לשאוף לצמצום הזיקה בין מ"י לבין היהודים בתפוצות אך יתכן ושאיפה זו תקרא תיגר על מהות המדינה. חפירה שלמה על כך ששלילת זכות להיבחר יכולה בעצמם לפגוע בנו כי יש לראות בנתינת הזכות להיבחר כלי אשר יכול לקרב את ערביי ישראל אל המדינה ולעורר בהם תחושת הזדהות חזקה ולכן לא כדאי למהר לפסול ויש לאפשר להם ליצור שיח בנוגע למה ראוי להיות אופייה של המדינה.

רובינשטיין ומדינה דנים ביסודות ס'7א, לעניין הסתה לגזענות, **מסכימים עם פרוקצ'יה** בפס"ד טיבי לגבי כך שאין צורך במבחן הודאות כי גזענות אינה עמומה. לפי הנראה בפסיקה, **כאשר מדובר בשאיפה/הטפה** להשגת הסדר גזעני במקצת, לא נשאף לפסילת המפלגה, **אך כאש מדובר בניסיון להפעלת סמכות שלטונית חד צדדית המבטאת עוינות קשה,** נשאף לפסילה.

היסוד האחרון של תמיכה במאבק מזוין מוגבלת עם מבחן תוצאתי, ועל כך יש ביקורת כי הדבר מצמצם את האפשרות להגביל זכות בחירה ע"י יסוד זה בשל קושי הוכחתי.