

חלק א

שינוי/פגיעה של חו"י ע"י חוק רגיל

עמותת "ירושלים של זהב" (להלן: העמותה), יכולה לטעון כי עקב הוראת השעה נעשה שינוי בחו"י: ירושלים בירת ישראל. הוראת השעה מתנגשת עם הכתוב בס' 2 לחו"י: ירושלים בירת ישראל (להלן: החו"י) והדבר שגוי כי חוק יסוד גובר על חוק רגיל ואין לשנותו בחוק רגיל (מזרחי, ברק 64) חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית וניתן לשנותו רק באמצעות חוק יסוד אחר (הלכת ברגמן, קרצ'מר, 636) ובנוסף לכך, עצם הסתירה בין החוק לס' 2, הוראת השעה לא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

מנגד הח"כ אושפיז (להלן: המחוקק), יטען שהוראת שעה אינה משנה את החו"י אלא פוגעת בו והדבר ניתן בחוקים בהם ישנה הוראה מפורשת (מזרחי, ברק 65), ובהוראת שעה ישנה את אותה הוראה המתבקשת "לא אף האמור...". והפגיעה לגטימית כל עוד אין הוראה מסייגת (מזרחי, שמגר 39). ובנוסף לאמור, ישנן עוד סיבות שבגינן ניתן לסתור את החו"י בהוראת שעה:

**א. ייבוא פסקת הגבלה**

ביהמ"ש רשאי גם בהיעדרה של פסקת הגבלה לבחון אותה על חוקי יסוד אחרים (מפוז, מצא 17). ובנוסף, נכון לעשות שימוש במבחן פסקת הגבלה לגבי ערכים שנוגעים באופי המשטר ואינם קשורים בזכויות אדם (המרכז האקדמי, לוי 16). החוק המוצע עונה על הקריטריונים של פסקת הגבלה בכך שהוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל וישנה תכלית ראויה מכיוון שהוא עונה על עקרון היסוד של ביטחון ושלמות הגוף המוזכר בחו"י: כהאו"ח.

בנוסף החוק עומד במבחן המידתיות (מנהלי ההשקעות, ברק 17): ראשית, החוק תואם את תכלית הפגיעה מכיוון שבאותה תקופה ירושלים לא בטוחה לאזרחים, ועצם התקבצותם בביהמ"ש מהווה סיכון ולכן האמצעי מתאים ורציונאלי. שנית, יותר פשוט להעביר לתקופה קצובה את ביהמ"ש לת"א מאשר לתגבר את העיר בכוחות ביטחון על חשבון אזורים אחרים בארץ, דבר שיגרם לאזורים אחרים בארץ להיות פחות מאובטחים, בנוסף על כך יהיה צורך בגיוס מילואים, מה שיוביל בהכרח לעלויות גבוהות הכרוכות בכך, ולכן העברת ביהמ"ש הוא האמצעי שפגיעתו הינה הכי פחותה. אין ספק שישנה פגיעה במידה גבוהה כיוון שזה פוגע בחו"י: אבל ביטחון ושלמות הגוף גוברים עליה (חו"י: כהאו"ח, ס' 4). מה עוד שהוראת השעה זמנית ולתקופה קצובה במהלך השנה, כך שהנזק מועט באופן יחסי וישמור על מעמדה של העיר. חוק זה יאפשר תיפקוד רציף של ביהמ"ש ובכך עונה גם על האמצעי השלישי במידתיות, אמצעי המידתי (במובן הצר).

**ב. שריון פורמלי ומהותי**

החו"י אינו משוריין פורמאלי וגם לא משוריין מהותית. שריון מהותי קיים רק בחוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם (מזרחי, ברק 64). לאור זאת, המחוקק יטען כי החו"י הינו חוק "ישן" (לפני 92) שלא זוכה לשריון מהותי ופורמלי. חוק רגיל ספציפי מאוחר גובר על חוק יסוד כללי שאינו משוריין ומכאן אין מעמד גבוה יותר לחוק יסוד מאשר חקיקה רגילה (מזרחי, ברק 64).

- [ad1] עם הערות: מדוע? מה ההבחנה בין שינוי לפגיעה? חסרה ההגדרה המובטחת בפס"ד דרור ישראל המבחינה בין פגיעה בחוק יסוד לבני שינוי
- [ad2] עם הערות: לפני הסייגים המאפשרים פגיעה בחוק היסוד, חשוב לציין כי פגיעה בחוק יסוד תעשה רק בחוק יסוד.
- [ad3] עם הערות: יפה מאוד
- [ad4] עם הערות: חשוב לציין שמדובר בחוק יסוד שותק וגם חוק יסוד שותק נהנה מעליונות (פס"ד חרות)
- [ad5] עם הערות: חוקי יסוד שותקים אחרים
- [ad6] עם הערות: יפה

[ad7] עם הערות: יישום יפה של פסקת הגבלה. תשומת לב כי בפסקת הגבלה יש גם סעיף המחייב שהפגיעה תהיה בהסמכה מפורשת מהמחוקק

[ad8] עם הערות: תשומת לב כי כיום לחוקי יסוד (גם שותקים) יש מעמד נורמטיבי (פס"ד חרות) וטענות אלו הן אינן הדין הנוהג, כפי שכתבת בהמשך. דיון יפה

בתגובה לכך, העמותה תטען כי במקרה בו יש סתירה בין שתי הוראות, גם חוק יסוד שאין בו שריון פורמאלי או מהותי, גובר על הוראת חוק רגילה. כל חוקי היסוד נהנים מעליונות (חירות, ברק) (דעת מיעוט) 4), ותוסיף כי במרבית חוקי היסוד אין הוראות שריון, אך היעדרה אינה מפחיתה ממעמדו הנורמטיבי. אין בהיעדר נוקשות הורדת מעמד חוק יסוד לדרגת חוק רגיל. חוק יסוד בלי שריון הינו חוק יסוד ולא חוק רגיל ואין לשנותו בחוק רגיל (מזרחי, ברק 63).

ג. חוק ספציפי וחוק כללי

הוראת השעה הינה חוק ספציפי ואילו הח"י הינו חוק כללי.

לחוק ספציפי מאוחר ישנה עדיפות על פני חוק כללי (נגב, ברנזון 5) ולכן, הוראת השעה לא מתנגשת בח"י.

פגם בהליך החקיקה

העמותה טענה שהיה פגם בהליך החקיקה, הוראת השעה עברה קריאה שלישית תוך 3 ימים מהרגע בו הוגשה וזה עלול לפגוע בעקרון ההשתתפות לפיו צריכה להינתן לח"כים אפשרות מעשית לגבש את עמדתם לגבי הצעת החוק ורק אז להצביע בעדו או כנגדו, והחקיקה הזריזה שבוצעה פגמה ביכולת של הח"כים להתעמק בחוק ולהבין את מהותו. אם ישנה פגיעה בעקרון ההשתתפות, ישנה פגיעה עיקרית בהליך החקיקה בכנסת. (מגדלי העופות, בייניש 24), (קוונטינסקי, סולברג 59)

[ad9] עם הערות: ומה בנוגע לפגיעה? כפי שהוזכר מעלה, עליה להיעשות רק בחוק יסוד, למעט הסיכיים (כתיבה מפורשת ויבוא פסקת הגבלה)

[ad10] עם הערות: מעולה

[ad11] עם הערות: חסר חלקית: התנאים לעקרון ההשתתפות שסולברג קובע בקוונטינסקי : (1) האם יכול היה לדעת על מה הצביע (2) האם הייתה לו אפשרות לגבש עמדה : קובע תת מבחנים לכך : משך הדיון, האם חל שינוי בתוכן ההצעה, ומה משך הזמן עד שנערך הדיון. (תת מבחן נוסף שלא רלוונטי כאן : האם הוגשה תשתית עובדתית).

[ad12] עם הערות: מה הנפקות המשפטיות של ביקורת שיפוטית הלכית? למה שיטענו כך? בשל עקרון הבטלות היחסית, נבטל רק את השלב בהליך שהתקיים לא כראוי.

[ad13] עם הערות: דיון בנוסח- יפה מאוד

ואילו המחוקק עשוי לטעון כי ההליך עבר את כל השלבים ע"פ חוק. אין זה מקרה חריג שיצדיק התערבות של ביהמ"ש בהליכים הפנימיים של הכנסת, וזהו תפקיד מנהלי חקיקתי ולא תפקיד "מעין שיפוטני", ואין צורך שביהמ"ש יתערב וישפוט בנושא (ארדן, ברק 5). על ביהמ"ש להתנהג בריסון עצמי בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים, בעיקר שההתערבות היא בהליך החקיקה (מגדלי העופות, בייניש 16). העובדה שמדובר בחקיקה מזוהת לא מהווה סיבה מספקת להתערבות ביהמ"ש ותהליך החקיקה הקיים אמנם לא אפשר דיון מעמיק, אבל לא היה כאן פגם מהותי היורד לשורש ההליך.

חלק ב

האם לכנסת מותר לחוקק חוקי יסוד?

מחד גיסא, העמותה טענה שלכנסת אין סמכות לכונן חוקי יסוד. סמכות זו ניתנה בהקמת המדינה לרשות המכוננת, אך אין היא עברה אל הרשות המחוקקת. זמנה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד חלף כבר ואינו רלוונטי לזמננו (מזרחי, חשין, דעת מיעוט 6, 11)

מאידך גיסא, ח"כ תמר רימוני (להלן: רימוני), תאמר בתגובה שלכנסת כן מותר לחוקק חוקי יסוד. לכנסת נתונה בנוסף לסמכות המחוקקת, גם הסמכות המכוננת. סמכויותיה של האסיפה המכוננת עברו אל הכנסת. כרשות מכוננת מוקנית לה סמכות חקיקה חוקתית וגם סמכות חקיקה רגילה. (מזרחי, שמגר 32(ה), ברק 50).

[ad14] עם הערות: דיון יפה- בנוסח

שינוי חוקתי לא חוקתי

בעתירה לבג"צ, העמותה טענה כי התיקון לחו"י סותר את ס' 2 בחו"י. עקרונות היסוד עליונים, הן על החקיקה הראשית והן לחוקה, ולפיכך זוכים לעליונות נורמטיבית ולכן התיקון הינו תיקון חוקתי לא חוקתי (בר-און, ביניש 31, 34).

**[ad15] עם הערות:** מהי דוקטרינה זו? לא רק שנסתרים חוקי יסוד, אלא היא נוגעת למקרים בהם הבעייתיות בחוק היסוד היא בתוכנו ולא בצורתו. פגיעה של ממש בעקרונות השיטה (פס"ד גיבארין ואחרים). התקבל חלקית.

ואילו, רימוני גורסת שהשימוש בדוקטרינה הנ"ל אינה מתאימה. החוקה עדיין בתהליכי בניה, המבנה שלה לא יציב ואינו קבוע. ולכן הקביעה האם תיקון הוא חוקתי או לא הינה שרירותית. רק כאשר תהיה חוקה שלמה ומלאה יהיה ניתן לבחון דוקטרינה זו. מגבלה על תיקון חוקה תהיה במצבים חריגים ויוצאי דופן של שינוי החוקי יסוד (גיבארין, מזוז 11) והמצב אינו כזה.

**[ad16] עם הערות:** דיון נהדר

שימוש לרעה

בנוסף לכל האמור, העמותה תציין את דוקטרינת השימוש לרעה. חוק יסוד הינו חוק על זמני, הוא מעצב את נורמות היסוד החוקתיות והמשטריות של מדינתנו והן אמורות להיות תקפות לאורך זמן רב בחוקה של מדינה דמוקרטית. לעומת זאת, הוראת שעה הינה הפוכה במהותה, היא ארעית וזמנית. החיבור בין השניים הינו לא טבעי ויוצר אוקסימורון (שפיר, חיות 39).

יתרה מזאת, העמותה תוכיח את השימוש לרעה באמצעות מבחן הדו-שלבי לשימוש ברעה (שפיר, חיות 36-37, 40-41, 45).

שלב הזיהוי:

- **יציבות-** הוראת שעה הינה דבר ארעי ואילו חו"י הינו על-זמני ומעצב את דמותה של המדינה לאורך זמן. תיקונו של חו"י בהוראת שעה יוצר אוקסימורון.
- **כלליות-** התיקון הינו זמני ופרסונלי. הוא פותר קשיים ספציפיים של הממשלה והכנסת המכהנות, וזה סותר את דרישת הכלליות הנדרשת בחו"י.
- **התאמה למארג החוקתי-** התיקון סותר את הסעיפים בחו"י ואת תכליתם ולא תואם את ההסדר שנקבע בו.

**[ad17] עם הערות:** ברק-ארו מציעה להחליף את מבחן ההתאמה למארג החוקתי במבחן המוכנות.

**שלב הצידוק:** העמותה טענה שאמנם ישנן נסיבות חריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת אולם, מידת הפגיעה בעקרונותיה של המדינה גוברת על כן.

**[ad18] עם הערות:** יישום מעולה של המבחנים

לפיכך, התיקון הינו מהווה שימוש לרעה ע"י הכנסת.

**[ad19] עם הערות:** ואם כך, מה הנפקות המשפטית? בפס"ד המרכז האקדמי בימי"ש מוציא התראת בטלות על שימוש בהוראת שעה בחוק יסוד, לכן ייתכן כי ניתן לבטל את התיקון.

מנגד, רימוני טענה כי המבחנים הנ"ל מערבים את ביהמ"ש בפוליטיקה. ישנה פלישה שיפוטית לסמכות המכוננת ושימוש לרעה בסמכות הביקורת השיפוטית, ויש לתת לרשות המחוקקת לקבוע לבדה בלי התערבות ביהמ"ש. (שפיר, סולברג 27-28).

**[ad20] עם הערות:** חסר- דיון אודות המבחן הצורני (והאם הוא מספיק?) אל מול המבחן המהותי של חוק יסוד (בנק המזרחי, בר און)

**[ad21] עם הערות:** עמית, עבודה מעולה: ניכרת השקעתך והבנתך את החומר הנלמד. תשומת לב לדגשים לאורך העבודה. בהצלחה!