**עבודה 1 משפט חוקתי, תשפ''ה.**

**שאלה 1**

**סעיף א:**

שרת התחבורה מילי נגב (להלן: השרה) תטען שיש לה את הזכות להתקין תקנות במידת הצורך, **בהסתמך על חוק נהגי מוניות, התשנ''א**-**1990** (להלן: החוק). ס' 2 בחוק מתיר תיקון תקנות לשם ביטחון ורווחת הנהגים והנוסעים, **ותפקידו של בג''צ אינו לפוסלם** (קניאל). כמו כן, **חזקה על הרשות שהיא פועלת כדין** (נגב, ברנזון 4).

השרה תטען **שתקנת איסור נסיעות מנתב''ג** (להלן: התקנה) **מיטיבה עם הציבור כולו.** ככל שגלגליהם של נהגי המוניות הצעירים ימשיכו להיות מודרים מנתב''ג, ימשיך להתקיים שם מעין ''מונופול'' בעניין. מתן אפשרות לנהגי המוניות הצעירים להיכנס לנתב''ג תעודד תחרות **שתוזיל את המחיר לצרכן** ותצמצם פערים בשכר **בין נהגי המוניות הוותיקים לצעירים**.

יו''ר איגוד נהגי המוניות (להלן: היו''ר) שהיות והתקנה היא מכוח החוק היא **מוגבלת** לאמור בו ולא יכולה לגבור עליו לפי המדרג הנורמטיבי (קלזן), **ולא יכולה לסתור אותו**. הסתירה מתבטאת בכך שס' 1 לחוק קובע שכל נהג מונית רשאי להסיע מכל מקום, ואילו התקנה מגבילה היסעים מנתב''ג לחודשים מסוימים. השרה תטען כנגד **שהתקנה נתמכת** בס' 2 של החוק ולכן לא סותרת אותו.

היו''ר יטען שספק אם התקנה עומדת במילות החוק ונובעת מדאגה לביטחונם ורווחתם של הנהגים והנוסעים, ואם היא משיגה את מטרתה, שכן הגבלתה עשויה לחול גם על הנהגים הצעירים תכופות. בנוסף, אין לפרש את ההיתר העולה מס' 2 של החוק, כמפקיע זכויות חלק מהנהגים, בעוד **שחלק אחר באותו חוק מגן עליהן** (שטרייט, כהן 611). פרשנות תעשה באופן **הקרוב ביותר לכיבוד זכויות אדם**, גם אם בדוחק (שטרייט, כהן 613).

בנוסף הוא יטען שתקנה זו מפרה מספר עקרונות מהותיים של השיטה הנהוגה במדינה, ובחברה דמוקרטית **ישנה אפשרות שביהמ''ש יבטל חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה** גם ללא עיגון חוקתי (לאו''ר, ברק 30). שלילת אפשרות כניסה לנתב''ג פוגעת בעקרונות:

**חופש העיסוק** - **זכות טבעית של האדם, חובה על גופים ציבוריים שלא להפריע לפרט במלאכתו** (בז'רנו, חשין 5).השרה תטען מנגד, שפגיעה בזכות יסוד**,** כבמקרה דנן,מכריחה **שמקור החקיקה הראשית יתיר זאת** כעולה מס' 2 בחוק (מיטרני, שמגר 11).

**חופש התנועה –** הגבלת אפשרות התנועה של נהגי המוניות פוגעת באופן חמורבזכותם זו. **אלמלא סמכות מפורשת או לימוד מכללא בחוק אין הצדקה לקיפוח אחת מזכויות היסוד של האזרח** (בז'רנו, חשין 8).

השרה תטען שתכלית התקנה היא יצירת שוויון, בניגוד לאי השוויון ששרר עד הנה. למרות ששוויון אינו מעוגן כחו''י הוא **עיקרון יסוד** (לאו''ר, ברק 27).

ככלל, השרה תטען **שבהתאם לנוהג החברתי-משפטי ועקביות הפסיקה בביהמ''ש העליון, הוא לא יכול לבטל חוק שאינו משוריין בחו''י בטענה שהוא נוגד את עקרונות היסוד של השיטה** (לאו''ר, ברק 30). בנוסף, **חו''י לא יכול לעמוד בפניי חוק ''רגיל'' ספציפי** כתקנה, קל וחומר כאשר שום עקרון שהזכיר היו''ר אינו מעוגן כחו''י (נגב, ברנזון 3).

יתרה מכך, **לרשות המבצעת הזכות לפגוע בעקרונות החוקתיים שאינם מעוגנים בחוקה אם יש לכך היתר מפורש בחקיקה ראשית** (קול העם, 877).

היו''ר יטען כי בעת **שהרשות המבצעת טועה בשיקול הדעת ומחלישה כוחם של עקרונות יסוד בשל אינטרסים אחרים שמשקלם פָּחוּת, ניתן לבקרה** (קול העם, אגרנט, 892-893). בנוסף, תחולתה של התקנה בתוך חודש, כהודעת השרה, אינה נאותה בשל היעדר זמן היערכות מספק.

**סעיף ב:**

השרה חוקקה ברוב את חוק איסור נסיעה מנתב''ג התשס''א-2000 (להלן: החוק) כקונטרה לחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן: החו''י). לדידה, החוק התקבל כנדרש: **רוב** של ח''כים והתייחסות **מפורשת** לסתירה עם החו''י (מיטראל, ברק 6). לפי פסקת ההגבלה ההיתר לפגוע בחו''י נובעת מסעיף 4 שלו, והוא עומד במבחן המשולש: **הלימת ערכי המדינה,** **נועד לתכלית ראויה ופוגע במידה שאינה עולה על הנדרש.**

כאשר מבחן המידתיות מתחלק **למבחני משנה** (לשכת מנהלי ההשקעות, ברק 17) נמצא:

1. **המבחן הרציונאלי** – מתקיים קשר בין ההגבלה שבחוק, למטרה, רווח וביטחון לנהגים ולציבור.
2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** – הדרתם של נהגי המוניות מנתב''ג היא לזמן מוגבל.
3. **מבחן האמצעי במובן הצר** – תועלת כלל הציבור עדיפה על פגיעה בחופש העיסוק של נהגי המוניות.

היו''ר יטען כנגד שהחוק אינו מתכתב עם מבחן המשנה השני, לדידו, הצרת גלגלי נהגי המוניות לחודש ימים מנתב''ג, **אינו האמצעי שפגיעתו פחותה**, וניתן למצוא חלופה עדיפה (צמח, זמיר 41).

בנוסף, לטענתו ס' 7 לחו''י מאפשר פגיעה **רק באמצעות חוק יסוד אחר** (מזרחי, שמגר 65) שנתקבל ברוב. צמצום תנועת הנהגים בניגוד לחפצם פוגע במשלח ידם וממילא בחופש העיסוק שלהם, **החוק אינו בעל מעמד** שמאפשר לו לעשות זאת.

השרה תטען שחוק רגיל שעבר את דרישת השריון, ומקיים את **תנאי המהות** הנדרשים יכול לפגוע בחוק יסוד משוריין (מזרחי, ברק 64-65). **כבילה עצמית** מותרת רק **כשאין רוב** מוחלט (מזרחי, חשין 92), ומשהושג ניתן לפגוע בחו''י.

היו''ר יטען שהחוק פוגע אף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשוריין מהותית (מזרחי, ברק ,64 צמח, זמיר 41) ולכן אי אפשר לפגוע בו, ובזכות יסוד נוספת המעוגנת בו: **חופש התנועה** (סומר, 261-262).

השרה תטען כנגד הזכות **הבלתי מנויה**, חופש התנועה, שלא בכדי המחוקק התייחס רק לזכויות מסוימות ולכן כבוד האדם צריך להתפרש **באופן צר** (סומר 283). בנוסף, פגיעה בחו''י עשויה לפגוע תכופות בערכים נוספים, בחינת כל פגיעה לחוד תשלול תוקף מפסקת ההתגברות, לפיכך הדברים ראויים להיבחן **כמכלול**. **המבחן** לעניין זה הוא (מיטראל, ברק 22):

* הפגיעה בזכויות נוספות נלווית לפגיעה בחו''י.
* הפגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנית לעומת הפגיעה בחו''י.
* הפגיעה בשאר הזכויות אינה משמעותית.

**שאלה 2**

השרה תטען שחוק יסוד: איסור נסיעה מנתב''ג (להלן: החו''י) הוא חו''י שותק **שזכאי למעמד עליונות** נורמטיבי (חרות, ברק 4) ככל חוק יסוד ולכן הוא **יכול לפגוע** בחוק יסוד: חופש העיסוק וכן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (מזרחי, שמגר 27).

היו''ר יטען שבמקרה דנן הכותרת ''חוק יסוד'' עשויה לתת תוקף נורמטיבי לשימוש לרעה, היות והחו''י לא עומד במבחן המהותי (בר-און, בייניש 13). ניתן **לשנות את החו''י באמצעות חוק יסוד אחר** (ברגמן, קרצ'מר 636). בנוסף, לפי ס' 7 של חוק יסוד: חופש העיסוק אין היתר לפגוע בו ע''י החו''י מבלי שנתקבל **ברוב**, שספק אם הושג בענייננו.

היו''ר יעתור לביהמ''ש במטרה **''לייבא'' פסקת הגבלה** לחו''י כדי לשלול ממנו אפשרות לפגוע בחוקי היסוד (מופז, מצא 17). לטענתו החו''י פוגע בזכויות ולפיכך ניתן יהיה לבוחנו **במבחן המשולש:** הלימת ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות.

היו''ר יטען שתיקונים **חוקתיים שאינם חוקתיים**, כחו''י, צריכים להיפסל בשל סתירה לעקרונות יסוד שמעוגנים בחוקי יסוד (בר-און, בייניש 34). לדידו, זהו **ניצול לרעה** של המונח חוק יסוד במטרה לבטל הוראות חוקי יסוד אחרים (המרכז האקדמי, פוגלמן 15), המהווה שינוי חוקתי **שפוגע בליבת הדמוקרטיה** (ג'בארין, מזוז 11). לפיכך, ראוי לפסול את החו''י שעושה שימוש קלוקל באמצעִי חוק יסוד לפי **המבחן הדו שלבי** (שפיר, חיות 36, 38, 40-43):

**שלב הזיהוי:**

**יציבות –** החו''י חל **לפרקים** לעומת חוקי היסוד האחרים המתקיימים **תדיר** (למעט כשמופעלת פסקת ההגבלה).

**כלליות –** החו''י מתייחס אך **לחלק** מנהגי המוניות **ודל** בפרטים, חוקי היסוד האחרים חולשים על **מגוון זכויות** וחלים על **כלל הציבור.**

**התאמה למארג החוקתי –** החו''י אינו כולל **מאפיינים** המתאימים לעיגון חוקתי, ולא משתלב במארג חוקי היסוד שמושתתים על **מסגרת חוקתית.**

**שלב הצידוק:** היו''ר יטען שלמרות הצורך שהחו''י בא למלא, אין הצדקה לפגיעה בערכיה של המדינה.

השרה תטען שאסור שחוקי היסוד החדשים יהיו **נחותים** ביחס לחוקי היסוד הקודמים (שפיר, ברק ארז 22), ולכן אסור לבטל או לגרוע ממעמד החו''י. לטענתה, **אל לה לרשות השופטת לפרוץ לתחומה של הרשות המכוונת** ולכן די **במבחן הצורני** (שפיר, סולברג 27-28).

היו''ר יטען שהתעקשות השרה בעניין, עד שהוא נקבע כחו''י, מונעת **משיקולים זרים** במטרה להיטיב לבתה, ומהווה שימוש בסמכות לרעה היות ומדובר בחוק **פרסונלי** (בג''ץ הנבצרות, פוגלמן 32). חרף העובדה שחוק יסוד יכול לסתור חוק יסוד, **הרשות המכוננת חרגה מגבולות סמכותה** (בג''ץ הסבירות, חיות 92). החו''י נוגד את עקרונות היושר **והצדק** שבמגילת העצמאות (בג''ץ הסבירות, שטיין 39).

השרה תטען **שסמכות הכנסת הנובעת ממגילת העצמאות לא סויגה** ויש היתר לרשות המכוננת לכונן חוקה בלא מגבלות. בנוסף, **היסטוריית ביהמ''ש** מלמדת שאל לו להתערב בחקיקת היסוד במדינה (בג''ץ הסבירות, סולברג 77, 68).