**שיעור 1- חוקתי- 02/01/24**

**מה זה משפט חוקתי?ֿ**

* הגדרה תוכנית- הכללים המשפטיים הבסיסיים העוסקים בשיטת הממשל, ברשויות השלטון המרכזיות, בזכויות האדם ולעיתים גם בהיבטי זהות.
* הגדרה פורמלית- הכללים המשפטיים העליונים שחקיקה רגילה כפופה להם, הקבועים בדר״כ בחוקה.

בדר״כ יש רשות מיוחדת (או שילוב רשויות, ולעיתים גם אישור במשאל עם) המוסמכת לכונן את החוקה ולתקן אותה. דרישות הליכיות מיוחדות לתיקון החוקה מאפשרות את התיקון רק בתמיכה ציבורית רחבה במיוחד.

יש מדינות שבהן יש גם **כללים על חוקתיים-** שגם תיקונים של החוקה (ולא רק חוקה רגילה) כפופים להם.

במרבית המדינות יש חפיפה בין ההגדרה התוכנית להגדרה הפורמלית: בחוקה, שהחקיקה הרגילה כפופה לה, קבועים הכללים המשפטיים הבסיסיים.

**ייחוד המשפט החוקתי בישראל:**

* בישראל אין חוקה, רק 13 חוקי יסוד שהחקיקה כפופה להם. חוקי היסוד **לא מכסים** את כל תחומי התוכן של המשפט החוקתי.
* חוקי יסוד כוללים גם כללים שאינם מבטאים כללים משפטיים בסיסיים.
* הכנסת בעצם **מוסמכת באותו הליך** לחוקק ולתקן חוקי יסוד וחוקים רגילים.
* בפועל חוקי יסוד מחוקקים ומתוקנים גם ללא הסכמת הרוב ולעיתים בהליכים מזורזים כדי להשיג מטרות פוליטיות קצרות טווח כמו הקמת קואליציה.

**הפירמידות של הנורמות והמוסדות**

* לא תחום של משפט חוקתי/ ישראלי בכלל.
* היא מטאפורה למבנה של כל שיטת משפט כלשהי.
* היא תאוריה של המשפטן האוסטרי אמריקני יהודי- **הנס קלזן.**
* **הרעיון:** ניתן להציג את כל הנורמות והמוסדות בשיטת משפט כלשהי כפירמידה.

**נורמה-** כלל מחייב במשפט: זכות/ חובה/היתר/ סמכות/ כפיפות...

**דוגמא לנורמה-** חוקה, חוקי יסוד, חוק, תקנה, תקנון, חוזה, צוואה.

**מוסד-** אדם, רשות שלטונית או תאגיד אשר מוסמך ליצור נורמות.

**דוגמאות למוסדות-** הכנסת (מוסמכת לחוקק חוקים וחוקה), שרים (תקנות), כל אדם כשיר בנפשו ובשכלו מגיל 18 (מוסמך להתקשר בחוזים ולכתוב צוואה).

* אדם או גוף אחד יכול להוות **יותר** ממוסד אחד (לחבוש יותר ״מכובע״ אחד).

**פירמידת הנורמות**

סידור כל הנורמות בכל שיטת משפט במבנה היררכי: כל נורמה ביחס לנורמה אחרת היא במעמד היררכי גבוה, נמוך או שווה דרגה.

עקרונות:

1. נורמה תקפה רק אם היא נוצרת ע״י מוסד ששאב את סמכותו ליצור אותה מכוח נורמה אחרת, שדרגתה ההיררכית גבוהה יותר.
2. **אסור לנורמה לסתור כל נורמה שדרגתה גבוהה יותר**. במקרה של סתירה, גוברת הנורמה בדרגה הגבוהה.
3. בדר״כ, ככל שיורדים בדרגת ההיררכית, **הנורמות ספציפיות יותר**. הנורמות הגבוהות כלליות יותר.

סידור כל המוסדות בכל שיטת משפט במבנה ההיררכי:

1. כל מוסד נוצר ע״י מוסד שדרגתו בפירמידה גבוהה יותר.
2. נורמה שנוצרה ע״י מוסד בדרגה גבוהה גוברת על נורמה שנוצרה ע״י מוסד בדרגה נמוכה יותר.
3. ככל שיורדים בפירמידה יש יותר מוסדות.

פסקי דין

**שיעור 2- 04/01/24**

**למה פסקי דין לא נכללים בפירמידת הנורמות?**

* המשמעות של פס״ד מחייב היא שהוא הופך להיות חלק מהנורמה.
* פרשנות של פס״ד לחוק יסוד **שוות ערך לחוק יסוד** והיא מעל חוק רגיל.
* פסקי הדין יכולים לתת פרשנות לכל דרגה בפירמידת הנורמות.

**מה עוצר את הנורמה העליונה ביותר?**

**הנורמה הבסיסית- התחלפות מצב הכוח-** ממנה נוצרת הנורמה המשפטית העליונה ביותר.

במדינה הייתה מועצת עם שקבעה את הכרזת העצמאות שהיא הנורמה העליונה ביותר.

**נורמות שוות דרגה**

**מקרים של סתירה בין שתי נורמות שוות דרגה (שני חוקי יסוד/חוקים/חוזים וכו׳):**

* אין היררכיה לכן פירמידת הנורמות לא עוזרת.
* ככלל גוברת הנורמה הספציפית על הנורמה הכללית.

**לדוגמא:**

נניח שחוק מס׳ 1 קובע שלביהמ"ש יהיה שיקול דעת מלא בגזירת העונש של קטינים שהורשעו ברצח.

חוק מס׳ 2 קובע עונש מינימום לכל אדם שמורשע בעבירת רצח.

קטינים הם בני אדם ולכן יש סתירה בין חוק 1 ל2.

קטין ספציפי יותר מבן אדם, ולכן יחול עליו חוק 1 לא משנה מתי נחקק החוק.

במקרים שבהם מידת הכלליות/ הספציפיות של שתי הנורמות שיש ביניהן סתירה שווה- תחול הנורמה המאוחרת.

**סייג:** עם זאת החוק המאוחר קובע בכל מקרה גם אם הוא כללי ביחס לחוק המוקדם- אם נקבע בו במפורש או שתכליתו הייתה להחליף את החוק המוקדם גם בנושא ספציפי המוסדר בחוק המוסדר. דבר זה נובע מתוך ההנחה שהנורמה המאוחרת הכללית תחול גם על המקרים הספציפיים המוקדמים אם היא תרצה לגבור עליהם.

תמונה שמכילה תרשים, שרטוט, שרטוט טכני, תוכנית

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**פירמידת המוסדות בישראל**

**הריבון- העם**

הרשות השופטת

יש רשות מבצעת המחוקקת תקנות, ואחריה רשות מבצעת הקובעת נורמות שלטוניות אינדיבידואליות (למעשה, יש מגוון רשויות מבצעות להן תפקידים וסמכויות שונות).

**חוקי יסוד- היסטוריה- הכרזת העצמאות- ה׳ באייר תש״ח, 15 במאי 1948**

* רוב ההכרזה כוללת תובנות והצהרות היסטוריות העוסקות ברקע ובהצדקות להקמת המדינה, ובערכים שהיא מושתתת עליהם.
* בהכרזה כלולה גם פסקה קצרה, למעשה משפט אחד, המהווה תשתית משפטית לכל שיטת המשפט והממשל הישראלית: ״אנו (חברי מועצת העם) קובעים שהחל מרגע סיום המנדט... ועד להקמת השלטונות הנבחרים... בהתאם לחוקה שתיקבע ע״י האספה המכוננת הנבחרת... תפעל מועצת העם כמועצת המדינה הזמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם ישראל״.
* הבחירות הראשונות במדינת ישראל התקיימו בהתאם לאמור בהכרזת העצמאות לאספה המכוננת- שסמכותה לקבוע חוקה.
* הבחירות התקיימו באיחור ב-1949 בגלל מלחמת העצמאות.
* עם בחירתה של האספה המכוננת היו קיימות שתי רשויות שלטון בסיסיות בעלות סמכות חקיקה.
* הרשות האחת- **האספה המכוננת-** נבחרה בבחירות כלליות, אך סמכותה הייתה מוגבלת לכינון חוקה. לפי האמור בהכרזה, רק לאחר כינון החוקה ע״י האספה הנבחרת, ומכוחה של אותה חקיקה, היו אמורות להתקיים בחירות לרשות המחוקקת הרגילה.
* הרשות השנייה- **מועצת המדינה הזמנית-** במקור מועצת העם- שלא היו גוף נבחר אלא מינו את עצמם, חלק מהותי מאזרחי המדינה לא היו מיוצגים בה.
* בשל העיכוב שחל בקיום הבחירות לאספה המכוננת- התעורר קושי בהמשך קיומה של מועצת המדינה הזמנית, הבלתי נבחרת וחסרת הלגיטימיות הדמוקרטית.
* המועצה התפזרה והעבירה את סמכויותיה לאספה המכוננת הנבחרת.
* בעקבות זאת היו בידי האספה המכוננת סמכות לכונן חוקה (שלשמה הוקמה) וסמכות של בית המחוקקים (פרלמנט) שקיבלה ממועצת המדינה הזמנית.

**שיעור 3- 09/01/24- המשך ההיסטוריה**

* האספה המכוננת, שהייתה גם הרשות המחוקקת, חוקקה את **חוק המעבר**, תש"ט-1949, ובו **שינתה את שמה** לכנסת – הכנסת הראשונה.
* עצם שינוי השם לא השפיע על כפל הסמכויות של המוסד.
* **לפי המינוח שהשתרש, הכנסת חובשת שני "כובעים":** כובע של אסיפה מכוננת, המוסמכת לכונן חוקה; וכובע של רשות מחוקקת, המוסמכת לחוקק חוקים רגילים, לתת אמון בממשלה או לשלול ממנה אמון, ולמלא את שאר התפקידים של פרלמנט.
* טרם קביעת החוקה למדינה התעוררה המחלוקת האם עלינו לכונן חוקה.
* **מצד אחד המתנגדים לכינון חוקה-** הזמן לא מתאים- מדינה חדשה, זמן מלחמה, המון יהודים בתפוצות, איך ניתן בכלל לקבוע את גורלם של רוב כאשר יש מיעוט במדינה?
* **מצד שני: הקביעה בהכרזת העצמאות**, שהתבססה על החלטת האו"ם מ-29.11.1947 ("החלטת כ"ט בנובמבר") על הקמת מדינה יהודית ומדינה ערבית, שכללה חיוב לכונן חוקה / ריסון הרוב לצורך שמירת זכויות הפרט והמיעוטים.
* **הושגה פשרה**, שנקראה בשם **״החלטת הררי״:** הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת ולבסוף יתאגדו לחוקת המדינה.
* **הכנסת הראשונה-** האספה המכוננת- התפזרה בטרם הספיקה לקבל חוק יסוד כלשהו.
* לפני שהתפזרה חוקקה הכנסת הראשונה את **פקודת המעבר** לכנסת השנייה שנתנה לה ולכל הכנסות אחריה את **אותן סמכויות החקיקה**.
* כנסות שנבחרו לאחר הכנסת הראשונה- החל מן הכנסת השלישית שחוקקה ב1958 את חוק יסוד הכנסת, מימשו את סמכותן כאספה מכוננת כאשר חוקקו 13 חוקי יסוד שונים בהתאם להחלטת הררי.

**הכרה במעמד החוקתי של חוקי יסוד- דיון בטיעוני נגד (פס״ד בנק המזרחי)**

**השופט מיכאל חשין: (דעת המיעוט, זה לא מה שנקבע בפס״ד)**

1. ״האספה המכוננת מראשית ימיה של המדינה קנתה סמכות ״אישית״ לכונן חוקה למדינה, ולו קיימה את שצוותה לעשות כי אז זכינו בחוקה. ואולם האספה המכוננת לא כוננה חוקה, ולאחר שחדלה- עם פיזורה של הכנסת הראשונה- נעלמה ואיננה אף הסמכות לכונן חוקה. כנסות שבאו לאחר הכנסת הראשונה לא ירשו את סמכותה של האספה המכוננת.״

**הערה:** תפיסה זו אינה מתיישבת עם רציפות השלטון, שעליה מיוסד כל שלטון מודרני. מכוח עיקרון רציפות השלטון- החוקים, החלטות הממשלה ופסקי דין (והסמכות לקבלם) נשארים בתוקף גם לאחר שמתחלפים האנשים המכהנים בכנסת, בממשלה ובביהמ"ש. ביטויים כמו ״הכנסת העשרים וחמש״ או ״הממשלה השלושים ושבע״ הם ביטויים מליציים חסרי משמעות משפטית.

1. ״דומה כי תורת שני הכתרים וכמוה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת (של הנשיא שמגר) יוצרות במשפט החוקתי של ישראל מערכת שטרם נודעה במדינות אחרות: אותו גוף עצמו אמור לשמש כביכול גם מחוקק רגיל וגם מחוקק חוקה, ובלא שהוא נדרש לכל הליך חוצה לו או לגוף אחר. ואת פי העם לא שאלנו. הכך נתבקש לבנות חוקה? הכך נאמר להקנות לביהמ״ש סמכות לפסול חוקי כנסת?״

**הערה:** בוודאי זה לא רצוי (אם כי במדינות רבות סמכויות לתקן את החוקה מסורות בידי רשויות מחוקקות). השאלה מהו הדיון הקיים.

1. ״נזכור נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם. חלק נכבד מן החוקה- חלקה העיקרי- עניינו... ברשויות השלטון, אפשר ביחסי דת ומדינה, אפשר בגבולות המדינה, כך למשל נניח כי חוק יסוד משטרי לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של 80 חברי כנסת. במערך הכוחות הפנימי בישראל לא ניתן יהיה לשנות חוק זה שנים רבות מאוד, למרות שרוב העם ורוב מבין חברי הכנסת, ואפילו רוב כבד, יאמר לשנותו. הנקבל זאת עלינו? הכך נמנע מרוב, אף רוב מסיבי, לשנות את גורל העם? דומני כי מניעת הרוב שקולה כנגד הליך אנטי דמוקרטי בעליל.״

**הערה:** זאת משמעות חוקה בכל מדינה. איזון בין יציבות של כללי המשחק (וזכויות אדם) לבין יכולת לשנות.

1. עם זאת, בפסק-דין מאוחר, מ-2006 (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת), שבו פסל – בדעת מיעוט, לא מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – חוק הפוטר תלמידי ישיבות שתורתם אמונתם משירות בצה"ל, **כתב השופט חשין:**

״המשטר בישראל הוא משטר דמוקרטי, ובחסותו של משטר זה נבחרה הכנסת לכהן כרשות המחוקקת. הכנסת היא, אמנם, הרשות הנעלה מבין הרשויות, ואולם רשות עליונה היא [...] במסגרת המשטר הדמוקרטי. המשטר הדמוקרטי (וכמותו עקרון יהדותה של המדינה) הוא המעטפת שבתוכה ועל פי כלליה פועלות כל רשויות השלטון. אך מובן הוא כי אין רשות מרשויות השילטון רשאית ומוסמכת לפרוץ אל-מעבר למעטפת, לפגום במעטפת או לנקב אותה. [...] **אין זה מסמכותן ואף אין זה מדרכן של רשויות השילטון – ובהן הכנסת – לפגוע בעיקר מאותם עיקרים המהווים תשתית לחיי המדינה, לפגום בעיקר מעיקרי הדמוקרטיה. ואם עברה הכנסת את קו הגבול התוחם את סמכויותיה, חובה היא המוטלת על בית-המשפט להעמיד דברים על מכונם, קרי, להורות על היותה של חקיקה פלונית חקיקה בטלה מעיקרה.**

* השופט חשין חשב שהחוקה אינה דמוקרטית.

**משפט השוואתי**

* גם אם אין הכרח מושגי שלמדינה דמוקרטית תהיה חוקה, הרי שבפרקטיקה כמעט לכל המדינות הדמוקרטיות יש חוקה.
* לבריטניה אין חוקה פורמלית והפרלמנט שלה כפוף כיום לאמנות האיחוד האירופי, שמבחינה מהותית דומות לחוקה, לפחות בתחום זכויות האדם, משום שהן מגבילות את סמכות החקיקה של המדינות החברות באיחוד.
* מדינות דמוקרטיות כמו ניו זילנד שבפועל אין להן חוקה עליונה הן חריגות ביותר.
* קשה לקבל טענות שמהן משתמע כי משטרן של הרוב המכריע של המדינות הדמוקרטיות בעולם הוא פגום בכך שיש להן חוקות ואסיפות מכוננות, וסמכויותיהן של הרשויות המחוקקות והמבצעות במדינות אלה מוגבלות.
* **אמנם חוקה אינה רכיב חיוני בדמוקרטיה**. **היעדר חוקה אינו מעיד כשלעצמו על אי דמוקרטיות של מדינה, אך היא רכיב דמוקרטי מקובל.**
* על רקע זה אפשר לטעון שראוי ע״י בתי המשפט בישראל , בפרשנותם, יראו לנגד עיניהם את המודל הדמוקרטי הנהוג הפועל בהצלחה ברוב המדינות שבהן הוא חל.

**הכרה במעמד החוקתי של חוקי יסוד- שיקולי רקע**

**שיקול דמוקרטי:**

* **הקושי הבין זמני-** החוקה מתקבלת ע״י דור מסוים ומשקפת את ערכי הרוב באותו דור. גם כאשר רוב זה הופך למיעוט בדורות הבאים, ערכיו ממשיכים לשלוט.
* **הקושי האנטי ריבוני-** החוקה מתפרשת אצל שופטים שאינם נבחרים ואינם צריכים לתת דין וחשבון שוטף לציבור.
* בישראל **גם אם חוקי יסוד יזכו לנוקשות רבה יותר- בוודאי יהיה אפשר לשנותם.** קשיים אלו אינם קיימים בישראל כמו בארה״ב.
* אם הערך שעל פיו נבחנת הלגיטימיות של השיטה הוא הדמוקרטיה, משמעות הדבר היא **שהדמוקרטיה יכולה להיות משוריינת בחוקה.** לא הגיוני לאפשר לרוב לבטל את הדמוקרטיה, אם עצם ההכרעה בדעת רוב נובעת מערכי הדמוקרטיה.
* ההכרעה לפי דעת הרוב היא שיטה לקבלת החלטות ולא ערך בפני עצמו. הערך ששיטה זו מבטאת הוא השוויון. הכרעה לפי דעת הרוב מבטאת חלוקה שוויונית של הכוח הפוליטי בין האזרחים. יש הצדקה **לשריון חוקתי** של היבטים אחרים של השוויון, ובתוכם, כפי שנכתב בהכרזת העצמאות, שוויון בלי הבדל דת גזע ומין, ולא רק של השוויון בחלוקת הכוח הפוליטי בין האזרחים.
* כדי שהציבור יוכל לגבש את דעתו- כך **שתתקבל דעת רוב מושכלת** (רוב מדעת), יש צורך בחופש ביטוי פוליטי ובחופש למסור ולקבל מידע העשוי להשפיע על הדעות הפוליטיות ועל ההצבעה. גם זכויות אלה הנדרשות לעצם יכולת הציבור לגבש דעתו, ראויות לשריון חוקתי.
* **מטרה בסיסית של החוקה המוגשמת כיום בישראל במידה מוגבלת**- היא הבטחת היציבות של הממשל כמו גם של ערכי היסוד של המדינה והחברה, ובתוכם ערכים שמבטאים את הזיקה הלאומית, תוך מניעת שינויים תכופים הנובעים מאינטרסים קוניונקטורליים של רוב מזדמן. בכך אין סתירה של האופי הדמוקרטי של המדינה.

**שיעור 4- 11/01/24**

**משמעות החלטת הררי לגבי מעמד חוקי יסוד**

* החלטת הררי מבוססת על ההכרה בכך שהכנסת היא האספה המכוננת ובסמכותה לכונן חוקה, וההליך לכינון החוקה מבוסס על חקיקה של חוקי יסוד.
* אך מה המשמעות והתוקף של חוקי היסוד כל עוד לא אוגדו לחוקה? בהחלטת הררי אין לכך מענה.

האפשרויות:

1. ראשית יוכנו פרקי החוקה ורק עם סיום ההכנה ואישור הפרקים ע״י הכנסת כחוקי יסוד הם יזכו לתוקף מחייב ויתאגדו, בדרך שההחלטה לא פירטה, לחוקה.
2. כל אחד מן הפרקים (חוקי היסוד) יזכה לתוקף מחייב מיד עם אישורו ע״י הכנסת, אך יהיה תוקף זה תוקף של חוק רגיל בלבד. התוקף החוקתי והעליונות הנובעת ממנו על פני חוקים יינתנו רק לחוקה המאוגדת.
3. לכל אחד מחוקי היסוד יש מעמד חוקתי- במובן של עליונות על פני חוקים רגילים- מיד עם חקיקתו.

**המענה בפס״ד מזרחי: גישה מס׳ 3**

* לכאורה היה ניתן לברר מה הייתה המטרה של חברי הכנסת עצמם כאשר חוקקו במהלך השנים חוק יסוד.
* בפועל קשה להסתמך בעניין זה על הכוונה הסובייקטיבית של חברי הכנסת. זאת משום שרבים מחברי הכנסת לא נתנו את דעתם לשאלה, או שהובעו בה דעות שונות בתקופות שונות ע״י חברי הכנסת השונים.
* יש לבחון את חוקי היסוד עצמם ולברר האם ניתן להבינם כמיועדים להיחשב כנורמות חוקתיות עליונות מיד עם חקיקתם, או הם טיוטה בלבד לחוקה שתתאגד לעתיד.
* אפשר להבין את חוקי היסוד כמיועדים לממש מיד עם חקיקתם סמכות חוקתית של הכנסת.
* חוקי היסוד כולם נכנסו לתוקף עם חקיקתם- עפ״י האמור בהם ועפ״י ההתייחסות המוסכמת אליהם.
* חוקי היסוד גדושים בהוראות ״מתנשאות״ הטיפוסיות לחוקה שאינן מקובלות בחוקים רגילים. לא ניתן ליישם את חוקי היסוד מבלי ליישם את ההוראות המתנשאות המעמידות אותם מעל לחוקים הרגילים.  
  (עפ״י הטקסט של חוקי היסוד ניתן לראות שהוא בא להתנשא מעל חוקים רגילים, שהוא עליון להם).

**דוגמאות להוראות מתנשאות בחוקי יסוד** (דוגמאות נוספות יש במצגת)

כלל הדוגמאות מדגישות את אותו עיקרון שחוק יסוד עליון על חוק רגיל.

1. **פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק:**

״ אין פוגעים בזכויות... אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשות בו״.

* לפסקת ההגבלה אין שום משמעות אלא כמתנשאת על פני חוקים רגילים, בשונה מחוקי יסוד, וכמגבילה את תכנם. לא ניתן ליישם כיום את שני חוקי היסוד האלה שנכנסו לתוקפם עם חקיקתם מבלי ליישם את פסקת ההגבלה.

1. **פסקת ההתגברות (סעיף 8(א)) בחוק יסוד חופש העיסוק- ייחודי לחוק זה**

״הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 (פסקת ההגבלה), אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי כנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה. תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום 4 שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר״.

* אי אפשר ליישם הוראה זו, המתנה תנאים שונים לחקיקתם ולתוקפם של חוקים מסוימים, אלא אם כן מכירים בעליונות חוק היסוד כבר כיום.

1. **סעיף שמירת הדינים (ס 10) בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו:**

״אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין (כולל חוק) שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד״.

* הסעיף מעיד באופן חד משמעי על הכוונה של חוק היסוד לפגוע בתוקף של חוקים שיתקבלו אחריו, ככל שאלה יסתרו אותו.

1. **סעיף שמירת הדינים (ס׳ 10) בחוק יסוד חופש העיסוק:**

״ הוראות חיקוק שאלמלא חוק יסוד זה... היו תקפות ערב תחילתו של חוק יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום... 14 במרס 2002, אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה״.

* משמעות הסעיף היא שהחל מ-15 במרץ 2002 **חוק היסוד פוגע גם בתוקף של חוקים רגילים שהתקבלו לפניו אם הם סותרים אותו**.
* חוקים רגילים ניתן לתקן בהצבעה רגילה עפ״י רוב המשתתפים בהצבעה, חוקי יסוד ניתן לתקן ברוב מיוחס של חברי כנסת (61)- חוזר על עקרון העליונות.
* עליונות ביחס לחוקים היא מטאפורה. 4 משמעויות משפטיות התפתחו בהדרגה:

**תיקון:** אפשר לתקן או לבטל חוק יסוד רק בחוק יסוד.

**חריגה:** אין לחרוג מחוק יסוד בחוק רגיל.

**פרשנות:** אין לפרש חוק יסוד עפ״י חוק רגיל.

**שריון:** אפשר לשריין רק חוקי יסוד, אין לשריין חוקים רגילים.

**תיקון**

* נקבע בפס״ד בנק המזרחי.
* כדי להימנע מביטול רטרואקטיבי של סעיפים בחוקי יסוד שביהמ״ש העליון קבע בעבר, גם אם בטעות, כי הם תקפים, **נקבע שתיקונים קיימים לא יתבטלו והכלל יחול לגבי חקיקה עתידית בלבד.**
* **חוק רגיל אינו יכול לתקן או לבטל** חוק יסוד שדרגתו בפירמידת הנורמות גבוהה יותר.
* תיקון- מפורש או משתמע:  
  תיקון מפורש: של לשון חוק היסוד.  
  תיקון משתמע: שינוי או ביטול בפועל של חוק יסוד בלי לשנות את לשון חוק היסוד.  
  **הרציונל:** לא לאפשר בחוק לתקן בפועל חוק יסוד בלי לציין במפורש שנערך תיקון.

דוגמא- בג״צ 729/10 תנועת דרור ישראל נ׳ ממשלת ישראל (24.05.2012)

סעיף 2 לחוק יסוד מקרקעי ישראל קובע כי ״סעיף 1 (איסור העברת בעלות במקרקעי המדינה) לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק״.

תיקון לחוק מנהל מקרקעי ישראל, תש״ך- 1960- חוק רגיל- מאפשר בסוגים מסוימים של מקרקעין בהיקף מסוים, הקניית בעלות במקרקעי המדינה.

**השאלה:** האם החוק מתקן במשתמע את סעיף 1 לחוק היסוד (אסור) או רק חורג ממנו (מותר לפי סעיף 2 לחוק היסוד).

**פסיקת ביהמ״ש:** החוק רק חורג ולא מתקן במשתמע ולכן מותר.

**הנימוק המרכזי:** השטחים מהווים רק 4% מן המקרקעין בישראל.

התעוררה השאלה האם זה משנה כמה אחוזים? אם זה היה 15%? 30? 90?

בשלב מסוים מדובר בתיקון אסור במשתמע ולא בחריגה מותרת- הגבול בין תיקון משתמע לחריגה אינו ברור ועדיין ביהמ״ש יצטרך להכריע.

**חריגה**

ככלל אם חוק היסוד אינו מתיר זאת, אין לחרוג ממנו בחוק רגיל.

כשם שחוזה לא יכול לחרוג מחוק.

דוגמא- פס״ד חרות נ׳ יו״ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16

הוגשה עתירה לבג״צ נגד החלטת יו״ר הועדה לא לאשר תשדיר תעמולה.

**סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת (דרכי תעמולה)- חוק רגיל:** ״שום בי״מ לא ייזקק לבקשת סעד.. בקשר להחלטה או להוראה של יו״ר הועדה״.

**סעיף 15 לחוק יסוד השפיטה:** ״(ג) ביהמ״ש העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק, בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בי״מ או של ב״ד אחר״. ״(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בג״צ לתת צווים.. לגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות עפ״י דין... לבטל... החלטה שניתנה שלא כדין״.

מדובר בחריגה בלבד מחוק יסוד השפיטה רק לגבי סמכות בג״צ לדון בהחלטות יו״ר ועדת הבחירות ולא בשינוי חוק יסוד.

**לפי דברי הנשיא ברק:** חוק לא יכול לחרוג מחוק יסוד- אלא אם כן חוק היסוד מאפשר את החריגה (שאז לא מדובר באמת בחריגה, משום שחוק היסוד מתיר אותה).

* לכלל השולל חריגה של חוק מחוק יסוד לפסיקה זו, החל במקרים שבהם חוק יסוד אינו מתיר במפורש לחוק רגיל לחרוג ממנו, יש השלכות מעשיות רחבות הרבה יותר מההשלכות של הקביעה כי חוק לא יכול לשנות חוק יסוד.
* שינוי של חוק יסוד אינו דבר יומיומי.
* הקביעה כי הסדרים הקבועים בחוק כפופים לעקרונות החוקתיים שבחוקי היסוד נותנת משמעות לתפיסה החוקתית, שלפיה הסדרים הקבועים בחוק חייבים להתאים לעקרונות החוקה, ואסור להם לחרוג מעקרונות אלה. (הכללי גובר על הספציפי)
* זאת **בשונה** מהיחס בין חוקים רגילים כלליים לספציפיים: נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית.

**פסקת ההגבלה המשתמעת:**

חוק יכול לפגוע בזכות הקבועה בחוק יסוד (שאין בו פסקת הגבלה או פסקת התגברות מפורשת) אם מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד על זכויות האדם. (התאמה/קשר רציונלי, פגיעה פחותה, מידתיות במובן הצר/ יחסיות).

אהרון ברק: ״מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית, רשאי ביהמ״ש להפעילו גם בהיעדרה של פסקת ההגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו״.

**ההסבר:**

הקונסטרוקציה המשפטית שיש בכוחה להעניק מעמד חוקתי למבחן המשולש (הלימת ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות) היא זו המכירה בקיומה של פסקת ההגבלה המשתמעת בחוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה מפורשת.

המבנה של חוקי יסוד אלה והערכים החוקתיים שהם חלק בלתי נפרד מהם, מובילים להסקה הפרשנית **כי חוקי היסוד מכירים במשתמע בקיומה של פסקת ההגבלה.**

מכוחה של פסקה זו ניתן להגביל את מימושן של הזכויות החוקתיות המעוצבות בחוקי יסוד אלה, ובלבד שהגבלה זו מקיימת את המבחן המשולש.

**שיעור 5- 16/01/24**

**המשמעויות של עליונות חוקי יסוד**

עליונות ביחס לחוקים היא מטאפורה.

4 משמעויות משפטיות התפתחו בהדרגה:

1. **תיקון:** אפשר לתקן (או לבטל) חוק יסוד רק בחוק יסוד.
2. **חריגה:** אין לחרוג מחוק יסוד בחוק ״רגיל״.
3. **פרשנות:** אין לפרש חוק יסוד עפ״י חוק רגיל.
4. **שריון:** אפשר לשריין רק חוקי יסוד, אין לשריין חוקים רגילים.

**פסקת ההגבלה המשתמעת (השיפוטית)**

**נטיית הפסקה:** חוק יכול לפגוע בזכות הקבועה בחוק יסוד (שאין בו פסקת הגבלה או התגברות מפורשת) אם מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד על זכויות האדם.

(התאמה/קשר רציונלי, פגיעה פחותה, מידתיות במובן הצר/יחסיות)

* **אהרן ברק:** "מבחנה המשולש של פיסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית-המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פיסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו".
* **ההסבר:** "הקונסטרוקציה המשפטית שיש בכוחה להעניק מעמד חוקתי למבחן המשולש (הלימת ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות) היא זו המכירה בקיומה של פסקת הגבלה משתמעת בחוקי היסוד שאין בהם פסקת הגבלה מפורשת. המבנה של חוקי יסוד אלה והערכים החוקתיים שהם חלק בלתי נפרד מהם, מובילים להסקה הפרשנית כי חוקי יסוד אלה מכירים במשתמע בקיומה של פסקת הגבלה. מכוחה של פסקה זו ניתן להגביל את מימושן של הזכויות החוקתיות המעוצבות בחוקי יסוד אלה, ובלבד שהגבלה זו מקיימת את המבחן המשולש".
* אין מקום להסיק פסקת הגבלה משתמעת במקום שפרשנותה של החוקה כמכלול- ואצלנו חוקי היסוד- מובילה למסקנה כי העדרה של פסקת הגבלה מפורשת מהווה הסדר שלילי.
* **חוק-יסוד שותק:** "הגישה הפרשנית המקובלת היא כי במקום שחוקה מבקשת לתת לזכות חוקתית פלונית אופי מוחלט – כלומר שלא תחול בעניינה פסקת הגבלה – עליה לקבוע זאת במפורש. האופי היחסי של הזכויות החוקתיות הוא טבעי לדמוקרטיה ולהפרדת הרשויות. על כל חוקה המבקשת לשריין זכות חוקתית מפני אפשרות חוקתית להגבלתה (זכות מוחלטת) ראוי לה לקבוע הוראה מפורשת בעניין זה".
* **חוק-יסוד המאפשר להגביל זכות "בחוק**": "משמעותו של הסדר שלילי במצב דברים זה היא כי התנאי היחיד הנדרש להגבלתה של הזכות הוא שההגבלה מעוגנת בחוק. לשאר התנאים הקבועים במבחן המשולש – ובמרכזם המידתיות – אין תחולה.... במקרה שלפנינו (הגבלה 'בחוק') ההסדר השלילי הופך את הזכות לשברירית, באופן שאופייה החוקתי העיקרי נשלל ממנה".
* "הן החוקה השותקת והן החוקה הקובעת במפורש כי ניתן להגביל הזכות החוקתית ב'חוק' אינן מתפרשות כהסדר שלילי המונע את תחולתו של המבחן המשולש. הזכויות החוקתיות בחוקות אלה אינן מוחלטות ואינן מוחלשות. הן זכויות חוקתיות יחסיות. הקונסטרוקציה הפרשנית מסיקה את המקור החוקתי להגבלת זכויות חוקתיות בלשונה של החוקה. ללשון זו ניתן לא רק מובן מפורש אלא גם מובן משתמע".

**בעיות:**

1. האם זו פרשנות לשון חוק היסוד?
2. האם הדמוקרטיה מחייבת כי זכויות הקבועות בחוק יסוד לא יהיו מוחלטות ולא יהיו מוחלשות?
3. מה הבסיס להחלה דווקא של פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד על זכויות האדם?

בהגיענו להסדרים מוסדיים או משטריים, השאלה שעלינו להשיב עליה היא אם הסדרים אלה

כדי למלא את ייעודם, צריכים להיות הסדרים מוחלטים [..] או הסדרים יחסיים [...]. התשובה לשאלה זו היא פרשנית והיא עשויה להשתנות מהסדר מוסדי או משטרי אחד למשנהו [..]. השוני בין פגיעה בזכויות חוקתיות לפגיעה בהסדר משטרי או מוסדי הוא בנקודת המוצא,על פיה חזקה היא על רקע הצורך לאזן בין שלטון הרוב לזכות הפרט, שזכות חוקתית היא יחסית, ועל כן יחול עליה המבחן המשולש. לעומת זאת חזקה היא-על רקע הצורך לקיים את המבנה המשטרי והמוסדי בלא סטייה- כי הסדרים אלה הם מוחלטים. המבקש לפגוע בה צריך לעשות כן בחוק יסוד ואינו יכול להסתפק בחוק רגיל גם אם זה מקיים את המבחן המשולש״.

1. ההבחנה בין הסדרים מוסדיים או משטריים (לא קשור לזכויות האדם אלא בהוראות פרקטיות) היא קשה- בחירה/היבחרות/סעיף 5 לחוק יסוד: ישראל- מדינת הלאום של העם היהודי: ״המדינה תהיה פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות״/ סמכויות ביהמ״ש הקובעות את זכות הגישה לביהמ״ש (כמו פס״ד חירות).
2. בפועל- ביהמ״ש מחיל לעיתים פסקת הגבלה משתמעת גם בנושאים משטריים. (לדוג׳ דברי השופטת דפנה ברק בפס״ד שפיר).

**פרשנות:**

* ככלל לא מפרשים חוק יסוד לפי האמור בחוקים רגילים.
* **דוגמא- פס״ד אבני נ׳ ראש הממשלה-** הימנעות מלפרש את חוק היסוד: הממשלה לפי חוק הפרשנות: ״אינני סבור שהוראה בחוק רגיל יכולה להגדיר ביטויים בחוק יסוד, אלא אם כן יש הסמכה לכך בחוק היסוד עצמו. ביטויים בחוק יסוד יש להגדיר בחוק יסוד. ביטויים בחוק רגיל כפופים לחוק היסוד, וממילא אינם יכולים להגדיר את היקף פריסתו של חוק יסוד. חוק יסוד אינו חוק רגיל. חוק יסוד הוא הוראה נורמטיבית בעלת רמה חוקתית על חוקית. חוק רגיל אינו קובע את פירושו של חוק יסוד, כשם שחקיקת משנה (תקנות) אינה קובעת את פירושה של חקיקה ראשית״.
* **דוגמא נוספת-** כאשר מפרשים את זכויות האדם בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לא תחול הקביעה גם בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (היכולת הנפשית לעמוד לדין), כי ״כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו״.
* ביהמ״ש העליון הכיר בכך שהזכויות לפי חוק היסוד כוללות במקרים מסוימים גם את כבוד המת.
* סביר להניח שאם תתעורר שאלת התחולה של הזכויות הקבועות בחוק היסוד על עוברים (הזכות לחיים), למשל בקשר להפלות, השאלה לא תוכרע לפי הקביעה בחוק הכשרות המשפטית.
* **חשיבות הכלל:** מונע אפשרות לעקוף את הכלל המונע שינוי של חוקי יסוד באמצעות חוקים רגילים. **בלעדי הכלל**, אפשר היה לשנות בפועל חוק יסוד באמצעות תיקון חוק רגיל (למשל של תיקון חוק הפרשנות), שהיה משנה את הפירוש של חוק היסוד.
* עם זאת, **בפועל**, ביהמ״ש מסתמך לעיתים על חוקים בפרשנות של חוקי יסוד.

**שיריון**

* כשנורמה מגבילה את האפשרות לשנות אותה או לחרוג ממנה זה נקרא שיריון.
* **שיריון מהותי**- נורמה משפטית היא משוריינת מהותית אם יש בה קביעות המכתיבות או מגבילות את התוכן של נורמות אחרות.
* **שיריון פורמלי (צורני)-** נורמה משפטית היא משוריינת פורמלית אם היא דורשת צורת חקיקה מיוחדת לצורך שינויה או חריגה ממנה. (למשל דרישה לקבלה ברוב מיוחס)
* **נראה כי לכנסת אין סמכות לשריין חוקים רגילים:** שיריון כזה, מהותי או פורמלי, אינו דמוקרטי. הרשות המחוקקת, לפי הרכבה כיום, מעמידה את עצמה מעל הרשות המחוקקת כפי שתיבחר בעתיד, וזאת בעניינים יומיומיים המוסדרים בחוקים רגילים. הדמוקרטיה אינה מאפשרת לדור אחד להכתיב את דרכי ההתנהגות היומיומיים של דור אחר.
* אכן הכנסת **אינה נוהגת לשריין חוקים רגילים**. חריג- המעיד על הכלל- הוא חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ״ד 1984, שבו נכתב כי אין לשנותו אלא ברוב של חברי כנסת. החוק חוקק בתקופה של מערכת בחירות כחלק מתעמולת הבחירות.
* **הבהרה-** אפשר לקבוע בחוק רגיל שהחלטות מסוימות (שאינן חוקים) יקבעו ברוב מיוחס.

**דוגמאות:** חוק שיריון שלילת זכות השיבה (פליטים), חוק ממבקר המדינה.

**פס״ד יקותיאלי: לכאורה ביהמ״ש הכיר בשריון מהותי בחוק (שאינו חוק יסוד)- חוק יסודות התקציב, תשמ״ה 1985**

**השאלה:** מהי חוקיותה של הוראה בחוק התקציב, שהכנסת מקבלת מיד שנה/שנתיים, המקנה לאברכים הלומדים בכוללים זכות לקבל גמלת הבטחת הכנסה.

* זכות זו אינה נתונה לסטודנטים.

**נפסק:** הכנסת לא רשאית לכלול הוראה זו בחוק התקציב השנתי משום שהיא מנוגדת לרוחו של סעיף בחוק יסודות התקציב.

* באותו סעיף נקבע שהוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בחוק התקציב בסכום כולל (לכל סוג של מוסדות ציבור) ויחולקו בין המוסדות הרלוונטיים לפי מבחנים שוויוניים.
* **סעיף זה בחוק רגיל קובע למעשה שריון מהותי** משום שהוא מגביל את התוכן של חוק התקציב השנתי.
* חוק התקציב השנתי הוא גם ספציפי יותר מחוק יסוד התקציב, משום שכל חוק תקציב שנתי חל על שנת תקציב מסוימת, והוא גם מאוחר יותר, משום שהסעיף התקבל ע״י הכנסת עוד ב1992.
* יוצא שביהמ״ש הכיר לכאורה בשריון מהותי של חוק רגיל.

**האמנם?**

* ביהמ״ש העליון הסביר את הפסיקה בכך **שמעמדו של חוק התקציב** השנתי בפירמידת הנורמות הוא **פחות ממעמדם** של שאר החוקים:
* חוק התקציב שנתי, אף שהוא חוק מבחינה רישמית, אינו חוק מבחינה מהותית.
* חוק התקציב השנתי מתקבל בפרוצדורה מיוחדת ומקוצרת, שבמסגרתה הצעת התקציב השנתי אינה מופצת ברבים כתזכיר חוק ואף אינה מתפרסמת בנייר כחול עם יתר הצעות החוק, לידיעת הציבור ולדיון בציבור, והיא אינה עוברת קריאה ראשונה מלאה כמקובל בהצעות חוק רגילות.
* זאת לעומת חוק התקציב, שהוא חוק מסגרת (חוק כוללני שקובע את ״מסגרת״ העבודה), אשר בונה את אופן החקיקה של חוק התקציב השנתי ואת תוכנו.
* יש מקום לביקורת על הקביעה שמעמדו של חוק התקציב השנתי נופל מהמעמד של חוקים.
* תיתכן גם ביקורת על פסילת סעיף בחוק התקציב השנתי שאינו סותר במפורש את חוק יסודות התקציב, המתייחס להעברת תקציב למוסדות ולא ליחידים, אלא רק את רוחו של חוק יסודות התקציב.
* במקרה זה העיקר הוא בקביעה המשתמעת מנימוקי פס״ד שלפיה הכנסת אינה מוסמכת לשריין חוק רגיל אחד ביחס לחוק רגיל אחר.
* השריון הוכר במקרה זה בשל האופי המיוחד של חוק התקציב השנתי שלפי הבנתו של ביהמ״ש העליון **אינו באמת חוק**, ומעמדו בפירמידת הנורמות **נופל** מהמעמד של חוקים אחרים.
* נימוק נוסף- חוק יסודות התקציב הוא **חוק מסגרת**.
* עם זאת בפועל הודגמה חקיקת מסגרת בנושא התקציב. ככל שהכוונה ש״חוק מסגרת״ יכול, מעבר להליכי חקיקה, לקבוע הוראות שיריון מהותי לחוקים רגילים, הדבר בעייתי.
* **למשל:** חוק החוזים הכללי הוא חוק מסגרת בדיני חוזים, אך חוקי חוזים אחרים בוודאי אינם כפופים לו, אלא גוברים עליו בהיותם נורמות ספציפיות באותה דרגה.

**שיעור 6- 18/01/24**

**שיריון חוק יסוד- המשך**

**שיריון פורמלי של חוקי יסוד ביחס לחוקים:**

ככל שהדרישה לרוב מיוחס קבועה בחוק יסוד על מנת שחוק לא יוכל לחרוג מחוק יסוד זולת אם יתקבל ברוב מיוחס- זו דרישה לגיטימית. אם האספה המכוננת הסכימה לחריגה היא בוודאי מוסמכת להתנות אותה בכך שתאושר ברוב מיוחס.

**שריון פורמלי של תיקון חוקי יסוד:**

* כיצד ניתן להסביר את סמכותה של האספה המכוננת לכבול עצמה, בעוד שסמכות זו אינה נתונה לרשות המחוקקת? לשאלה זו עוצמה מיוחדת לנוכח זאת ששני המוסדות בישראל הם שני ״כובעים״ של גוף אחד- הכנסת.
* האם הכנסת מוסמכת לקבל חוק יסוד ברוב רגיל ולקבוע בו כי לא ניתן יהיה לתקנו אלא ברוב מיוחס?
* **שריון פורמלי של חוקי יסוד (בלבד) הוא כדין, וככלל הוא רצוי ויש לעודדו.**
* יסוד לגיטימי בחוקה הוא **נוקשות-** קביעת הליכים שיקשו על תיקונה ושימנעו מרוב רגיל של הציבור או של נציגיו. הנוקשות תורמת להגנת ערכי היסוד של המדינה מפני פגיעה ע״י רוב מזדמן.
* אין דרך משפטית לכפות על הכנסת (בכובעה כאספה המכוננת) לשריין פורמאלי כל חוק יסוד שהיא מחוקקת.
* הסמכות לקבוע שיריון פורמלי להוראות החוקה היא אינטגרלית לעצם הסמכות לקבוע חוקה.
* **ההבחנה בין סמכות הכבילה העצמית בין האספה המכוננת לבין הרשות המחוקקת:**ערכי היסוד המעוגנים בחוקה נדרשים להיות יציבים ושלא להיחשף לפגיעה על סמך צרכים מזדמנים של רוב פוליטי מקרי, בעוד שבעניינים של היומיום המוסדרים ע״י החוקים- חל עיקרון המקנה את זכות ההכרעה לרוב בכל עת בכפיפות לערכי היסוד הקבועים בחוקה.
* **הקושי בישראל:** חקיקה ותיקון של חוקי יסוד ברוב רגיל, תוך שריונם.
* **ההתייחסות:** במסגרת הגבלות על הסמכות המכוננת של הכנסת.
* **ההנחה:** ככל שיהיה קשה יותר לחוקק חוק יסוד, כך תהיה פחות התערבות וביקורת שיפוטית של מערכת המשפט, מאחר וידעו כי החוק עבר בהליכים בירוקרטיים נוקשים.

**כללים על חוקתיים**

**הרקע:**

ישנו חשש שהכנסת תשתמש לרעה באפשרותה לחוקק חוקי יסוד. זהו חשש מתוספת מסוכנת של עוצמה לכנסת, המנוגדת לתכלית החוקה, המשמשת כהגבלת הרשות המחוקקת והרוב הפוליטי המזדמן השולט בה.

**הסמכות המכוננת של הכנסת- מוחלטת או מוגבלת?**

הסמכות המכוננת **מוגבלת** כל עוד היא פועלת בדרך של כינון החוקה **״פרקים פרקים**״ באמצעות חקיקת חוקי יסוד, המתקבלים בהליך חקיקה זהה בעיקרו להליך החקיקה של חוקים, ובשליטת הרוב הקואליציוני והממשלה.

**ככל שהסמכות המכוננת מוגבלת:**

1. **מהן המגבלות?**

* אין סמכות לחוקק חוקי יסוד השוללים או סותרים באופן חזיתי במאפייני הליבה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. (פס״ד עילת הסבירות)
* אין להשתמש לרעה בסמכות המכוננת ע״י חקיקת חוקי יסוד שתוכנם אינו הולם נורמות חוקתיות על חוקיות. (לא התוכן אלא חוקי יסוד שאינם בתחום החוקה) (לדוג׳ חוק הנבצרות, פס״ד שפיר)

1. **האם המגבלות יכולות להיאכף בדרך של ביקורת שיפוטית?**

המגבלות יכולות להיאכף ע״י בית המשפט הגבוה לצדק.

**דעת הרוב בפס״ד עילת הסבירות- 12 לעומת 2**

בהיעדר חוקה שלמה **לא חלה** תורת ״התיקון החוקתי הבלתי חוקתי״ הנוהגת במדינות אחרות.

ואולם, **הכנסת אינה מוסמכת** לשלול בחוקי יסוד את מאפייני הליבה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

**נימוקים** **שונים לשופטים שונים:**

הנשיאה (בדימ׳) חיות- שלנימוקיה הצטרפו רוב השופטים:

* גבולותיה של הסמכות המכוננת נגזרים מה״נתונים החוקתיים״ המבססים את עצם קיומה של הסמכות המכוננת.

**הנתונים החוקתיים-** הטקסט החוקתי שהתפתח מימה הראשון של המדינה:

1. **מגילת העצמאות-** הטילה את מדיניות כינון החוקה על האספה המכוננת, הגדירה את זהות המדינה כיהודית ודמוקרטית המחויבת לשוויון זכויות ולחירויות הפרט.
2. **חוקי היסוד-** משקפים את העובדה שישראל היא יהודית ודמוקרטית (התז שלה).
3. **חוקים רגילים-** בהם מעוגן מפורשות הצירוף ״מדינה יהודית ודמוקרטית״ המגדיר את זהות המדינה.
4. **פסיקות ביהמ״ש**.

* דחיית גישות שלפיהן מגבלות על הסמכות המכוננת קבועות בהכרזת העצמאות או נגזרות מעקרונות על חוקתיים בלתי כתובים. עם זאת הכרזת העצמאות היא אחד הנתונים החוקתיים.
* אישור חוק יסוד שיפגע בגרעין הזהות היהודית והדמוקרטית של המדינה הוא חריגה מובהקת מהסמכות המוגבלת שבה מחזיקה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת.
* **ביקורת שיפוטית:**
* אין הכרח שתהיה **עד לחריגת** הכנסת מגבולות הסמכות המכוננת.
* ביקורת שיפוטית מוצדקת מאחר שכינון החוקה נעשה ״פרקים פרקים״ ע״י חקיקת חוקי יסוד (המתקבלים בהליך חקיקה זהה בעיקרו להליך החקיקה של חוקים), ובשליטת הרוב הקואליציוני והממשלה.
* ככל שההליך הנדרש לתיקון החוקה הוא נוקשה ומכביד יותר, ההצדקה לקיום ביקורת שיפוטית מהותית על נורמות נחלשת. השלמת הדרישות המורכבות לתיקון החוקה, מהווה כשלעצמה ערובה לקיומו של דיון משמעותי בתוכנו של התיקון ובהתאמתו לשיטה.
* בישראל לא ניתן להסתפק בהמתנה לבחירות כמענה למצב שבו רוב פוליטי מחליט לנצל את ההזדמנות (הקלה לניצול) על מנת לשנות מן היסוד את הסדר החוקתי הקיים, לרבות הכללים הנוגעים להתנהלות הבחירות עצמן.
* קיים צורך **בגורם א-פוליטי אשר ישמש כבלם חיצוני** מפני אותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת עלולה לפרוץ את סמכותה המכוננת.
* הפרקטיקה שהתפתחה בשנים האחרונות בכינון חוקי יסוד, מחזקת אף היא את הצורך בקיום ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד: חקיקת חוקי יסוד בתמיכת הקואליציה בלבד (לעיתים לצורך הקמת הממשלה), תוך הפעלת משמעת קואליציונית, ותוך הכפלת מספר התיקונים בשמונה השנים האחרונות לעומת עשרות השנים הקודמות.
* לכן אין מנוס מהכרה באפשרות להעביר חוקי יסוד תחת הביקורת השיפוטית של ביהמ״ש הגבוה לצדק.

**קשיים:**

* **קושי בגזירת מגבלות על תוכן חוקי היסוד** שהכנסת מחוקקת על סמך ״נתוני יסוד חוקתיים״ המתבטאים בנורמות שלא מוכר מעמדן העל חוקתי בפירמידת הנורמות.
* רבים״ מנתוני היסוד החוקתיים״ **הם בעצמם חוקי יסוד**, או אף נורמות תת חוקתיות, כדוגמת חוקים רגילים.
* מגוון ״נתוני היסוד החוקתיים״ אינו מאפשר לאתר טקסט מסוים אחיד אשר חוקי היסוד כפופים לו- כשיש מגוון כל אחד אומר משהו אחר וקשה לבחור מה יותר נכון ולפי מה ללכת.
* **קושי בעירוב בין סמכות הביקורת השיפוטית לבין ההצדקות לביקורת השיפוטית**- יש עמימות במעבר בין השאלות לגבי שני הנושאים.
* קושי בקביעה כי חקיקת חוק יסוד תייתר את המגבלה שאסור לחוקק חוקי יסוד החורגים מזהותה של המדינה (להבדיל מההשערה כי חוק זה יפחית את ההסתברות להפרת המגבלות).

**דעת המיעוט העקרונית- השופט נועם סולברג**

* השאלה האמיתית שעל הפרק היא **השאלה על ״המילה האחרונה״:** האם זו נתונה לעם באמצעות נציגיו הנבחרים (הכנסת), או שמא היא מצויה בידי שופטי ביהמ״ש העליון?
* אין צורך בהבחנה בין מגבלות מהותיות על הסמכות המכוננת לביקורת שיפוטית.
* קביעה שקיימת הגבלה כלשהי על סמכותה של הרשות המכוננת וכי לבג״ץ נתונה סמכות לאכוף הגבלה זו, מבטלת למעשה את היסוד הדמוקרטי הבסיסי של ריבונות העם (כי פוסלת את החלטת נציגים שנבחרו ע״י העם).
* הטלת מגבלות על הסמכות המכוננת ואכיפתן באמצעות ביקורת שיפוטית אך ורק מכוח ערכי יסוד עמומים, מבלי שערכי יסוד אלו יעוגנו במסמך בעל תוקף משפטי שמעל לחוקה, היא צעד בעייתי הן מבחינת ביסוסו המשפטי, והן מבחינת הלגיטימיות הציבורית שלו.

**באשר להכרזת העצמאות:**

* גם אם ההכרזה הסמיכה את הרשות המכוננת לכונן חוקה למדינה, אזי הסמכה זו ניתנה בעין יפה וביד רחבה. אותה הסמכה לא סויגה ולא הוגבלה בשום צורה ואופן. (כללית ואינה מגבילה בכוח).
* למועצת העם לא הייתה לגיטימיות דמוקרטית- היא לא נבחרה.
* מועצת העם- ובראשה בן גוריון- לא התכוונה להעניק להכרזה מעמד על חוקתי.
* ההכרזה התייחסה גם לתוכנית החלוקה של האו״ם.
* עיקרון היסוד של המשפט הישראלי אותו הנחיל דור המייסדים, הוא אותו עיקרון יסוד דמוקרטי המותיר בידי העם לקבוע את הסדריו החוקתיים הראשוניים.

**באשר לנתונים החוקתיים:**

* **אם דוחים את הגישות** המסיקות את קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת באמצעות כללי מסגרת שנקבעו בהכרזת העצמאות, ואת האפשרות להסתמך על עקרונות על חוקתיים בלתי כתובים- מהם אותם נתונים חוקתיים?
* הנתונים הללו מובילים למסקנה כי שטח המחיה של הרשות המכוננת בלתי מוגבל וכי ביהמ״ש אינו מוסמך לבקר חוקי יסוד.

**באשר לסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (מניעת השתתפות בבחירות)**

* הסמכת ועדת הבחירות לפסול רשימות לכנסת אינה מנביעה הסמכת בג״ץ לפסול חוקי יסוד.

**שיעור 7- 23/01/24- המשך:**

**באשר לס׳15 ג לחוק יסוד השפיטה- סמכות בג״ץ לדון בעניינים אשר הוא רואה בהם צורך לתת בהם סעד למען הצדק**

* זהו לא פירוש מקובל. גם הסמכות לפסול חוקים הסותרים חוקי יסוד לא בוססה על סעיף זה ואכן סמכות זו היא לא רק בידי בג״ץ.
* **חוק יסוד השפיטה-** לא ניתן לפסול מכוחו חוקי יסוד באותה הדרגה בפירמידה.
* באשר לשאלה על הסמכות להחליט אם לביהמ״ש הסמכות לבטל חקיקת יסוד: לא מובן מאליו להסיק כי הסמכות היא בידי הרשות השופטת, סביר יותר להניח כי הסמכות תהיה בידי האספה המכוננת שנבחרה ע״י העם.

**קשיים בטיעוניו של השופט סולברג:**

* אם **המילה** האחרונה נתונה לעם באמצעות נציגיו הנבחרים- **זהו עיקרון על חוקתי** (דמוקרטיה פורמלית). השופט סולברג טען שלא ניתן להתערב בחוקי יסוד אף פעם והמילה האחרונה היא של העם, אך מנגד הכנסת היא נציגת העם וכן יכולה לתת את המילה אחרונה בנושא (יש התנגשות מעורפלת).
* בפועל ס׳ 7א שולל מחלק מהעם זכות לבחור ולהיבחר. גם אם הוא אינו מקור למגבלות על חקיקת חוקי יסוד, קיומו מפחית מעוצמתה של טענת ״המילה האחרונה״ (בידי מי המילה האחרונה- ביהמ״ש או נבחרי העם).
* **עליונות הדמוקרטיה הפורמאלית על המהותית- קושי בהבחנה בין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית:** ההבחנה בין דמוקרטיה פורמלית למהותית אינה חזקה מאחר והדמוקרטיה הפורמלית היא ביטוי לעיקרון דמוקרטי אשר מקובל לראותו כמהותי. היא אינה רק שיטה טכנית של שיטת הצבעה, היא עצמה גם באה ומקדמת ערך דמוקרטי מהותי כמו ערך השוויון. למשל: חופש הביטוי הינו דמוקרטיה מהותית אך ללא דמוקרטיה פורמלית אינו יכול להתקיים (בחירות). יש תלות בין השתיים.
* **דמוקרטיה מהותית-** הגבלת כוחם של הנציגים הפוליטיים ע״י הכרעת רוב ושלטון החוק בכדי להגן על זכויות האזרח.
* **דמוקרטיה פורמאלית-** צורת שלטון בעלת סממנים דמוקרטיים אך בפועל אינם מתקיימים יסודות הדמוקרטיה, אין מערכת של איזונים ובלמים והמנהיג הוא כל יכול.
* בפועל הכנסת אינה פועלת בשם העם כולו משום שהיא מחוקקת לפי דעת הרוב ובשל בעיית הנציג המתעוררת בענייננו המייצג שני כובעים.

**בעיית הנציג-** ההחלטות והדעות שמביע הנציג מייצגות לא רק את קהל בוחריו אלא גם את רצונו האישי. רצון הנציג לא בהכרח משרת תמיד את רצון העם.

* בן גוריון ואחרים הניחו כי המדינה היא יהודית ודמוקרטית בין אם כמהות המדינה שהוגדרה בהכרזת העצמאות ובין כנתון יסוד חוקתי.
* **ישנה שאלה פרשנית-** האם בתוך הכרזת העצמאות תוכנית החלוקה היא אחת מנתוני היסוד אשר מגלמים את מהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית?
* מכאן גם ההבדל בין חלקים שונים של הכרזת העצמאות או ״נתוני יסוד חוקתיים״ אחרים: **יש לבחון את התכלית-** יש להבחין בין הנחת מהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין ״תוכנית החלוקה״.
* סמכות ההכרעה בשאלות משפטיות היא ממהותה בידי הרשות השופטת. (בין אם בג״ץ ובין אם ערכאה אחרת)

**כללים על חוקתיים- ״זיהוי״ התאמה לחוקי יסוד**

* **הכלל השני של ביהמ״ש-הכלל החל-** דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.
* עניינה בזיהוי הנורמה (חוק יסוד) העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות (ולא בחוקיות הנורמה מבחינת התוכן הפוליטי שלה- המוסדות במסגרת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי).
* משימת זיהוייה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של ביהמ״ש.
* אמנם לרשות המכוננת הסמכות לכונן חוק יסוד (חוק יסוד החקיקה) אשר יבהיר מהם גבולות סמכותה המכוננת ומהם הגבולות הביקורת על השימוש בסמכות זו , אך כל עוד הכנסת לא עושה זאת ביהמ״ש מכריע עפ״י עקרונות המשפט. הכנסת נמנעה עד עכשיו מלחוקק חוק יסוד שכזה.

**הנשיאה אסתר חיות בפס״ד שפיר**

בודקים את השאלה האם מדובר בנורמה שהכנסת הייתה רשאית לקבלה כחוק יסוד על סמך הגישה הבאה:

**הגישה הדו שלבית:**

1. שלב הזיהוי.
2. שלב הצידוק.
3. **שלב הזיהוי**

**הכותרת**- הוגדר הביטוי ״חוק יסוד״, ללא אזכור שנת החקיקה.

מאטרייה חוקתית. מבחני עזר: (אם הם לא מתקיימים עדיין אפשר לבדוק את ההצדקה)

1. **מבחן היציבות-** צריכים להיות לטווח הארוך ולא כהוראות זמניות.
2. **מבחן הכלליות-** חוק היסוד צריך להסדיר נושא כללי ורחב ולא מצומצם ופרסונלי.
3. **מבחן המארג החוקתי-** האם חוק היסוד או תיקונו תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד, את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם ואת השינויים שנערכו בהם בעבר.
4. **שלב הצידוק**

אם חוק היסוד אינו מקיים אחד או יותר מבין סימני ההיכר שנמנו במסגרת השלב הראשון, עובר הנטל אל המחוקק להצביע על ההצדקה לעיגון הכלל בחוק היסוד.

**הערות:**

* השאלה אינה של ״זיהוי״ אלא של סמכות הכנסת.
* לא מצוין כל מקור להגבלות- אף בהנחה שהן ראויות.
* קושי בקביעה כי אפשר להצדיק עיגון בחוקי יסוד של נורמות לא יציבות או לא כלליות.
* קושי בקביעה כי עם חקיקת חוק יסוד החקיקה לא יהיה עוד תוקף למגבלות הפסיקתיות.
* קושי בקביעה כי חוק יסוד חדש חייב להתאים ל״מארג החוקתי״ שנקבע בחוקי יסוד קודמים.

**השופטת דפנה ברק ארז**

* שוללת את מבחן הצידוק. טוענת שהמבחן שיש להחיל בהקשר של שימוש לרעה בחוק יסוד אמור להיות **מבחן פורמלי**, הכולל מרכיב מצומצם של שיקול דעת שיפוטי.
* אמת המידה המוצעת ע״י הנשיאה חיות שעניינה ״התאמה למארג החוקתי״ וכן המבחן המוצע ע״י הנשיאה בשלב הבחינה השני בעניין קיומו של ״צידוק״, נוסכים תכנים מהותיים רחבים לביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, באופן העלול **לגרוע מהוודאות המשפטית ולהשפיע על האיזון** הראוי בין הרשויות.
* **יש להסתפק במבחן חד שלבי- מבחן הזיהוי**, הסדר שאינו עומד במבחן הזיהוי אינו יכול להיות מוכר כחלק מחוקי היסוד.
* **אין צורך להידרש לשאלת הצידוק**, ואף רצוי שלא לעסוק בה, בהתחשב בכך שהדיון עלול לגרור את ביהמ״ש אל הזירה הפוליטית.
* תכליתם של כל חוקי יסוד או תיקון לו אמורה להיות תמיד **לפי החלטת הררי**- מקורו של הפרויקט החוקתי. ממילא הדבר לא יכול להיעשות לצורך פתרון בעיה נקודתית או קצרת מועד.
* **העיקרון:** מניעת חריגה מסמכותה של הרשות המכוננת.   
  ולכן תומכת בבדיקה חד שלבית: **יציבות, כלליות, מובחנות** (האם הנושא שהכנסת בוחנת הוא בתחום שיפוטה החוקתי)- בעת הפעלתה של הכנסת את סמכותה המכוננת, אין היא יכולה ״לפלוש״ לתחומיה של רשות אחרת.

**מענה לצורכי חירום**

תיקון כללי של חוק היסוד שיאפשר זאת.

פסקת ההגבלה השיפוטית- לחוקק חוק רגיל, ואם תהיה לו תכלית ראויה ומידתיות אז ניתן יהיה לחוקק אותו במסגרת חוק יסוד.

**הערות**

* זיהוי?
* החלטת הררי אינה המקור להטלת ההגבלות על הסמכות המכוננת של הכנסת.
* קושי בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית.

**השופט נעם סולברג**

**יש להסתפק במבחן הצורני-** הכותרת חוק יסוד ללא שנת החקיקה.

קיום של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (ללא הסמכה מפורשת) עלול להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת בגדרי חוקי היסוד.

**הערות:**

* בגלל שהסמכויות הבסיסיות של הרשות השופטת **נקבעו במפורש ולא במשתמע** בחוק יסוד השפיטה, והן נובעות מעצם קיום סמכויות שפיטה גם אם לא היו קבועות בחוק יסוד, לא עולה שהרשות המוסמכת אינה חייבת לראות כמחייב כל מסמך הנקרא ״חוק יסוד״ או ״חוקה״. גם אם התקבל ללא סמכות או תוך הפרה משפטית אחרת.
* גם לפי גישה שמרנית יחסית **ניתן לכאורה לפסול חוק יסוד שהתקבל שלא כדין**. השאלה מהו הדין שחקיקת יסוד כפופה לו היא שאלה נפרדת.
* **גם בהנחה שיש עמימות מסוימת במבחנים- אין בכך הצדקה** לשימוש בסמכות המכוננת בנושאים שבעליל אינם בתחום החוקתי.

**שיעור 8- 30/01/24- המשך**

**גבולות הסמכות המכוננת של הכנסת- גישה מוצעת**

* **הדוקטרינות הנפרדות הקיימות-** שימוש לרעה בסמכות המכוננת וכפיפות לנתונים החוקתיים הערכיים של מדינה יהודית ודמוקרטית- הן יצירות פסיקה.
* קושי בהטלת הגבלות מכוח הפסיקה על הסמכות המכוננת.
* קושי גם בהטלת מגבלות על הסמכות המכוננת מכוח חוקי יסוד קיימים, או מכוח החלטת הררי.
* השאלה הנשאלת- האם הסמכות המכוננת של הכנסת מוגבלת, ואם כן מהן המגבלות.
* מקור הסמכות המכוננת- הכרזת העצמאות. (על כך אין מחלוקת)
* על מנת להכריע בשאלה אם הסמכות מוגבלת- יש לפרש את הכרזת העצמאות.
* הסמכות היא לקבל ״חוקה״. אין סמכות לקבל ״לא חוקה״- לכן יש לפרש ״חוקה״.
* **חוקה-** מסמך הקובע כללים של משפט חוקתי מהותי, שהוא הענף המשפטי העוסק ב״כללי המשחק״ של שיטת המשפט- עקרונות לטווח ארוך של המשטר וזכויות האדם.
* כמו בכל מושג משפטי בעל אופי כללי, קיימת עמימות למשפט החוקתי המוסדר בחוקה, אך העמימות אינה אינסופית.
* **דוגמאות לתוכן החוקה לפי הכרזת העצמאות-** הסדרים לבחירת הרשות המחוקקת והרשות המבצעת הקבועות.
* **מגבלות נוספות?**

1. הגדרת המדינה שהאספה המכוננת תקבע את חוקתה ״**כמדינה יהודית**״ שתהיה פתוחה לקיבוץ גלויות.
2. מדינה דמוקרטית:

* בחירות- של האספה המכוננת ושל רשויות שייבחרו מכוח החוקה. בחירות מחייבות חופש התארגנות, ביטוי והפגנה.
* ״המדינה תקיים שוויון זכויות....״

פירוש המגבלות תוך שמירה על מתחם רחב של שיקול דעת לאספה המכוננת.

סמכות ביקורת שיפוטית- נובעת ממהות תפקיד השפיטה.

* **חקיקת חוק יסוד-** החקיקה או אף כינון חוקה כשלעצמם אינם יכולים לכאורה לבטל מגבלות על חוקתיות אלה.
* עם זאת, לביהמ״ש הגבוה לצדק יהיה שיקול דעת כעניין של שפיטות- האם לאכוף את המגבלות.

**חוקי היסוד על זכויות האדם- כללי**

* כל אחד משני חוקי היסוד כולל סעיפים הקובעים את זכויות האדם.
* הזכויות אינן מוחלטות ומותר לפגוע בהן עפ״י התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה:

1. **חוקיות-** פגיעה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו (פרשנות).
2. **הלימת ערכיה** של מדינת ישראל.
3. **תכלית ראויה.**
4. **מידתיות-** פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש:
5. התאמה/ קשר רציונלי.
6. פגיעה פחותה/צורך.
7. יחסיות/ מידתיות במובן הצר.

* המגבלות הקבועות בפסקת ההגבלה חלות אך ורק על חוקים הפוגעים באחת מהזכויות הקבועות בחוקי היסוד.
* כאשר ביהמ״ש בוחן את הטענה כי חוק רגיל סותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו או את חוק יסוד חופש העיסוק, **הוא פועל בשני שלבים:**

1. האם החוק פוגע באחת הזכויות הקבועות בחוקי היסוד, אם נמצא שלא אז החוק הוא תקף.
2. אם החוק כן פוגע באחת הזכויות, נבדוק האם מקיים את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

* לכן יש חשיבות רבה לקביעה האם החוק פוגע באחת הזכויות הקבועות בחוקי היסוד.
* לפעמית שאלה זו אינה מעוררת קשיים מיוחדים. למשל: הזכויות הקבועות בסעיף 6 של חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, שלפיו כל אדם חופשי לצאת מישראל וכל אזרח ישראלי הנמצא בחו״ל זכאי להיכנס לישראל, הן בד״כ ברורות ואין קושי לקבוע אם חוק פוגע בהן.
* חלק מהזכויות הקבועות בחוקי היסוד מעוררות שאלות לגבי פירושן או לגבי השאלה מה ייחשב כפגיעה בהן.
* קשיים מיוחדים מעורר הפירוש של הזכות לכבוד האדם, אך גם זכויות כמו חופש העיסוק, הזכות לקניין והזכות לחירות, מעוררות קשיים פרשניים.

**פרשנות זכויות חוקתיות**

* קשיים בפרשנות זכויות חוקתיות **נובעים מהנוסח המופשט והעמום** המאפיין כללים חוקתיים בכלל, וכללים הנוגעים לזכויות האדם בפרט.
* פירושן של הזכויות החוקתיות הוא קריטי במדינות שבחוקתן אין פסקת הגבלה והזכויות החוקתיות נתפסות כמוחלטות (כמו בארה״ב).
* יש גם חשיבות רבה לפירוש הזכויות בחוקי היסוד הישראליים שיש בהם פסקת הגבלה המאפשרת בתנאים מסוימים לפגוע בזכויות: תנאים אלה חלים רק על פגיעה בזכויות הקבועות בחוקי היסוד.
* **נטייה כללית לפרשנות מרחיבה.**

**פירוש הזכות לחירות אישית (ס׳5 לחוק יסוד כבוד האדם) בפס״ד סילגדו**

ס׳ 5 לחוק יסוד כבוד האדם: ״אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת״.

**פס״ד סילגדו מ-2002:**

דעת הרוב של השופטים אהרון ברק ואדמונד לוי- כל חוק פלילי המאפשר להטיל על אדם מאסר פוגע בזכויות לחירות.

דעת המיעוט של השופט טובה שטרסברג כהן- לא כל חוק פלילי המטיל עונש מאסר פוגע בזכות החוקתית לחירות, ולכן גם אין צורך לבחון לגבי כל חוק פלילי אם הוא מקיים את הדרישות הקבועות בפסקת ההגבלה.

ביקורת על שני הצדדים:

מדעת הרוב עולה למעשה כי קיימת זכות חוקתית לבצע אף את הפשעים החמורים ביותר בלי להיענש. האם מתקבל על הדעת לפרש את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כמעניק זכות חוקתית לרצוח לאנוס או לשדוד?

דעת המיעוט בעייתית משום שהיא מבוססת למעשה על התפיסה כי גבולות הזכות החוקתית לחירות נקבעים בחוקים רגילים. במקום שגבולות החקיקה הרגילה ייקבעו ע״י חוקי היסוד, מתפרשים האחרונים עפ״י ההסדרים הקבועים בחוקים רגילים- בניגוד להלכת אבני (פס״ד).

**פרשנות הזכות לכבוד האדם**

* כבוד האדם- הזכות מנוסחת בעמימות הרבה ביותר.
* מוזכרת בשמו של חוק יסוד כבוד האדם ופסקת המטרה (ס׳ 1א): מטרתו של חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
* מעוגנת בשני סעיפים שונים ברשימת הזכויות שבחוק היסוד- סעיף 2 (״אין פוגעים בחייו..״) וסעיף 4 (״כל אדם זכאי להגנה...״).
* **מבחינת שורשיה הפילוסופיים והמוסריים-** הזכות לכבוד האדם משתרעת גם על זכויות רבות שהכנסת החליטה שלא לכלול בחוקי היסוד, ואף על זכויות היסוד כולן: השורש של זכויות האדם כולן הוא בכבוד האדם. כבוד האדם הוא ההופך את האדם ראוי לזכויות.
* צורך לאזן בין המשמעות של כבוד האדם, שהוא עיקרון על ומקור משותף למכלול זכויות האדם, לבין כיבוד הכרעתה הפוליטית הברורה של הכנסת שלא לספק הגנה חוקתית במסגרת חוקי היסוד, אלא לזכויות שצוינו בהם במפורש ולהימנע מלספק הגנה כזו לזכויות אחרות- בסיסיות וחשובות ככל שיהיו.

**שיעור 9- 01/02/24- המשך פרשנות הזכות לכבוד האדם**

מבין גישות רבות בספרות- התמקדו ב-4 גישות מרכזיות: (דוג׳ פס״ד חוק טל)

1. **גישה מצמצמת: (לא מוזכרת בפס״ד)**

* הזכות לכבוד אינה חופפת כל זכות אחרת. פגיעה בכבוד האדם תתאפשר רק אם המעשה או המחדל לא פוגעים בזכות אחרת.
* גישה זו הולמת את כוונת הכנסת לקבוע בחוקי היסוד זכויות מסוימות בלבד שלגביהן הושגה הסכמה רחבה.
* קשיים:

1. אין דוג׳ רבות לפגיעה בכבוד האדם **שאינה כרוכה בפגיעה בזכות** אחרת כלשהי. פגיעה בכבוד היא קטגוריה מופשטת, שבמרבית המקרים מתבטאת בהטלת מגבלות על זכויות אחרות- כגון הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לחירות או לשוויון.
2. בפירוש זה אין אמת מידה מהותית לקביעת מהותו של כבוד האדם שהזכות מגינה עליו, וקשה לחשוב על אמת מידה מהותית כלשהי כזו שלעולם לא תהיה כרוכה בחפיפה של הזכות לכבוד עם זכויות אחרות.

* **התמיכה בגישה זו מועטה** ועיקר השימוש בה הוא למטרות רטוריות על מנת להציג דוגלים בגישות אחרות ככאלה שאינם נוקטים גישה קיצונית כמו גישה מצמצמת זו.

1. **גישה מרחיבה**

כל זכות יסוד שיסודה הוא בכבוד האדם (רוב הזכויות) כלולה בזכות החוקתית לכבוד האדם המשמשת בסיס ותשתית לכלל זכויות האדם.

**קשיים:**

גישה זו סותרת הן את כוונת הכנסת והן את מבנה חוקי היסוד המספקים הגנה מפורשת גם לזכויות שאינן הזכות לכבוד ואינם מזכירים זכויות אחרות.

כדברי השופט ברק: ״כבוד האדם אינו כל הטוב והיפה שבחיים. כבוד האדם אינו כולל את כל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם כמטרה כוללת המונחת ביסוד כל הזכויות לבין כבוד האדם כזכות חוקתית. כבוד האדם לא נועד לייתר את שאר זכויות האדם״.

1. **גישת ביניים מצמצמת**

* הזכות החוקתית לכבוד אינה כוללת זכויות שאינן קבועות בחוד יסוד כבוד האדם.
* עם זאת כשחוק פוגע בכבוד האדם באופן חד משמעי, במובן זה שהוא משפיל במהותו, פגיעה כזו תיחשב לפגיעה בזכות לכבוד האדם **גם אם היא מתבטאת בפגיעה בזכות שאינה קבועה במפורש** בחוק היסוד כמו הזכות לשוויון או חופש הביטוי.
* למשל, בהקשר של הזכות לשוויון הסבירה השופטת דליה דורנר (ציטוט במצגת)- לא כל פגיעה בשוויון נחשבת כפגיעה בכבוד האדם, רק פגיעה שמשפילה במהותה את כבודו תחשב לחלק מהזכות לכבוד.  
  ״לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי ובתוכם הפליה מחמת מין וגזע. ביסודה של הפליה זו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה השפלה עמוקה לקורבן ההפליה״.

1. **הגישה שהתקבלה- גישת ביניים מרחיבה**

* אף שהזכות לכבוד כמשמעותה בחוק יסוד כבוד האדם, **אינה כוללת את כל זכויות האדם**, הרי שהיא מהווה אגד רחב של זכויות.
* הנשיא ברק: ״ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של אדם כיצור חופשי.... ״ (במצגת)
* **כלולים בזכות לכבוד:** הזכות לחיי משפחה , זכות לקיום מינימלי בכבוד, הזכות להליך הוגן, מרבית ההיבטים של הזכות לשוויון- לרבות איסורים על מתן פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבות, וזכות אסירים לא להיאסר בבית סוהר פרטי.
* **הזכות אינה כוללת את:** הזכות לאיכות הסביבה וזכויות חברתיות מסוימות אינן כלולות בזכות לכבוד.
* עמימות של רכיב האוטונומיה של הרצון הפרטי.
* עם זאת בהקשר של פגיעה בזכות לשוויון בלי הפליה על רגע גנרי (דת, גזע, מין, נטייה מינית וכו')- ציין השופט נועם סולברג: ״עצם ההבחנה מביעה פגיעה חריפה בכבודם של בני הקבוצה החברתית הרלוונטית. הסתמכות על תבחין שכזה, מביעה מסר ולפיו כל בני הקבוצה מאופיינים–במאפיין מסוים-מאפיין שלילי או בעל השלכות שליליות... מסר שכזה פוגע בבני הקבוצה, ומחזק סטיגמות קיימות בחברה כלפיה. הוא פוגע באוטונומיה של הפרט, חבר הקבוצה, לפעול במנותק מן הכבלים שיוצרות הסטיגמות הללו״.  
   מבחן זה דומה במידה רבה לגישת הביניים המצמצמת.

בעיות בפירוש הרחב של זכויות חוקתיות:

1. עמימות.
2. חוסר התחשבות בכוונת הכנסת ובהכרעתה הפוליטית.
3. זילות: הכרה במעשים חסרי ערך חיובי ובעלי ערך שלילי בלבד כנכנסים לגדר זכויות חוקתיות.

**המשמעות:** פיתוח אמות מידה מקלות לפגיעה בזכויות חוקתיות.

**פסקת ההגבלה**

* המגמה המרחיבה של ביהמ״שׁ העליון בפירוש זכויות הקבועות בחוקי יסוד מקנה משמעות מיוחדת לפסקת ההגבלה, המאפשרת לפגוע בזכויות בתנאים הקבועים בה.
* לפסקת ההגבלה יש תפקיד כפול:

1. **הגבלת זכויות:** מפיסקת ההגבלה נובע שמכלול הזכויות הקבועות בחוקי היסוד הן יחסיות, ומותר לפגוע בהן.
2. **הגבלת הכנסת כרשות המחוקקת:** לכנסת אין שיקול דעת מוחלט לפגוע בזכויות הקבועות בחוקי היסוד. שיקול דעתה הוא מוגבל, חוק רגיל של הכנסת יכול לפגוע בזכויות רק אם הוא מקיים את כל התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. (הולם את ערכי המדינה, בעל תכלית ראויה, או לפי הסמכה מפורשת בחוק).

* **ארבע תנאים מצטברים שכולם צריכים להתקיים כדי שפגיעה בזכות תהיה כדין:**

1. חוקיות- פגיעה בזכות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.
2. הלימת ערכיה של מדינת ישראל.
3. תכלית ראויה.
4. פגיעה בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש- מידתיות:

* התאמה/ קשר רציונלי- ההסדר הפוגע בזכות צריך להתאים להשגת תכליתו.
* פגיעה פחותה/צורך-בחירה באמצעי הפוגע במידה הפחותה האפשרית בזכות החוקתית, והמגשים את התכלית באותה אפקטיביות ועלות.
* יחסיות- מידתיות במובן הצר- יחס סביר בין התועלת שבקידום התכלית של החוק לבין הנזק הנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות.

**אם אחד לא מתקיים החוק נפסל.**

* במקביל לפירוש מרחיב של זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד- **מתפרשים התנאים** הקבועים בפסקת **ההגבלה באופן שאינו מכביד** במיוחד על הפגיעה בזכויות.
* מתן שיקול דעת נרחב לכנסת (מתחם הכיבוד/ההתחשבות) ביישומם של תנאי פסקת ההגבלה, שרק חריגה קיצונית מהם עשויה להביא לפסילת חוק.

1. **חוקיות**

* הדרישה המבטאת את עקרון החוקיות הכללי אומרת שהרשות המבצעת רשאית לפעול רק במסגרת הסמכויות שהוקנו לה כחוק. היא חלה גם בהקשרים שאינם נוגעים לפגיעה בזכויות חוקתיות.
* כך במיוחד בקביעה של הסדרים ראשוניים (עקרוניים) וביניהם כאלו הפוגעים בזכויות חוקתיות.
* הדרישה לכך שסמכות לפגוע בזכויות האדם תופעל רק מכוח הסמכה בחוק הודגשה כבר שנים רבות לפני חקיקת חוקי יסוד על זכויות האדם בראשית שנות ה-90.
* במה חשיבותו של עקרון החוקיות אם תוכן הכלל המשפטי הוא ראוי לגופו?

**פס״ד לם נ׳ משרד החינוך:** ייתכן שפגיעה בחופש העיסוק בחקיקת משנה היא יעילה יותר שכן במרבית המקרים הליך החקיקה ארוך, מסורבל ויקר יותר. אך יעילות אינה מהווה יתרון בפגיעת זכויות האדם. דווקא סרבול החקיקה הראשית והתנאי להשגת רוב מהווים ערובה לכך שזכויות יסוד לא יפגעו אלא אם כן נדרש.

* מתי הסמכה בחוק לפגוע בזכויות חוקתיות נחשבת מפורשת?

**מבחן גמיש, פס״ד המפקד הלאומי נ׳ היועמ״ש:** אם מדובר בפגיעה בזכות יסוד מרכזית בעוצמה גבוהה נדרשת הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות מידה כלליות לפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה. אך כאשר עוצמת הפגיעה אינה משמעותית, מספיק שמתכליתו של החוק המסמיך עולה הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת גם אם אין לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה הראשית.

* ישנו קושי בגמישות בעניין מהותה של ההסמכה המפורשת הנדרשת (הפוגעת בהגנה על הזכויות ובוודאות המשפטית), העשויה להקשות על הכנסת לנסח את החוקים באופן שיעמוד בדרישת החוקיות.
* **האם חוק (כמשמעותו בפסקת ההגבלה) כולל רק חוקים של הכנסת, או גם משפט מקובל-**דין המתפתח ע״י בתי המשפט בתחומים מסוימים, הדומה לתורה שבע״פ?
* לדעתו של אהרון ברק התשובה לכך חיובית: אין להניח כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נועדו לשלול את מעמדו של המשפט המקובל הישראלי, ולהביא בכך לשינוי מהפכני במקורות המשפט הישראלי.
* דעה שונה:

1. בתחום המשפט המילה ״חוק״ מכוונת לחוק של הכנסת, בשונה מ״דין״ הכולל גם משפט מקובל.
2. דרישת החוקיות נועדה להבטיח כי פגיעה בזכויות חוקתיות תיעשה רק בתמיכתם של נבחרי העם בתום הליך חקיקה מלא. **שופטים אינם נבחרי העם,** ופיתוח המשפט המקובל אינו נעשה בהליכים שווי ערך להליכי החקיקה של הכנסת. בכך אין כדי לשלול את מעמדו של המשפט המקובל הישראלי. כאשר משפט מקובל לא יוכל לפגוע בזכויות האדם, לא יהיה אפשר לשלול את תוקפו ככל שהוא אינו פוגע בזכויות.
3. **הלימת ערכי המדינה**

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

1. **מטרה-** חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו תוך עיגון בחוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

* ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית מתפרשים כמכלול ולא כמערכות ערכיות נפרדות.
* הפירוש מתייחס לליבתם של ערכים אלה- המינימום ההכרחי לכך שהמדינה תוכל להיחשב למדינה יהודית ודמוקרטית.
* רק אי התיישבות מובהקת בין חוק הפוגע בזכות חוקתית לערכי מינימום אלה, עשוי להביא לפסילתו מכוח עילה זו כעילה עצמאית.
* בפועל נעשה שימוש נדיר. פס״ד של השופט אדמונד לוי נחשב חריג.

1. **תכלית ראויה**

* תכלית נחשבת כראויה בהקשר זה אם היא עשויה להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות. בפועל תכלית שיסודה בטובת הכלל או בזכויות הפרט נחשבת כתכלית העשויה להצדיק פגיעה בזכויות.
* רק תכלית **הסותרת בעצמה את חוקי היסוד, או שאין לה אופי ציבורי**, עשויה להיחשב כבלתי ראויה.
* הרתעת הרבים בלבד (פגיעה בכבוד האדם) כתכלית לא ראויה.
* כאשר שתי תכליות מתנגשות- האחת ראויה והאחרת לא- החוקתיות תידון עפ״י התכלית הדומיננטית.
* **דוג: פס״ד אורון נ׳ יו״ר הכנסת**: חוק שהעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור

לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו, ששידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל. החוק פגע בחופש העיסוק משום שהוא העניק את הזיכיון ללא מכרז מבלי לאפשר תחרות על הזכייה בו. הכוונה הייתה להכשיר את שידורי ערוץ 7, ששידר עד אז באופן לא חוקי, ורק הוא עמד בתנאי החוק.

תכלית זו של מתן רישיון וזיכיון לתחנת רדיו שפעלה ללא רישיון כדין הייתה בלתי ראויה. עם זאת, לחוק הייתה תכלית נוספת של פלורליזם בשידור. ביהמ״ש העליון לא היה צריך להכריע איזו משתי התכליות היא התכלית הדומיננטית של החוק משום שהחוק נפסל בכל מקרה בגלל שפגע בחופש העיסוק באופן לא מידתי.

1. **מידתיות**

**התאמה/ קשר רציונלי**

* זיקה הגיונית בין האמצעי לבין התכלית.
* די בניסיון החיים ושכל ישר- אין צורך בהוכחה.
* לא נדרש כי האמצעי יגשים באופן מלא וודאי את התכלית.
* ניתן לחוקק ״פיילוט״, ולבחון את ההתאמה לאור התוצאות בפועל.

**פגיעה פחותה/צורך**

* על הכנסת לבחור באמצעי המקדם את התכלית תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית. כשיש מס׳ חלופות לקידום התכלית במידה ובעלות שווה, חובה לבחור באמצעי הפוגע פחות בזכות.
* **דוג׳: פס״ד צמח נ׳ שר הביטחון-** החוק אפשר מעצר חיילים ללא צו ביהמ״ש שתכליתו תחקור ראשוני ובמקרה הצורך הבאה למשפט ל-96 שעות. לצורך השג התכלית די ב-48 שעות מעצר לכל היותר, ולכן החוק נקבע כבלתי חוקתי לאור מבחן הפגיעה הפחותה.
* הדרישה לפגיעה פחותה משמעותית **פחות** מכפי שניתן לשער:
* חובת הפגיעה הפחותה קמה רק כששני האמצעים אפקטיביים להשגת התכלית בערך באותה מידה.
* החובה קמה רק כשהעלות של שני האמצעים שווה. הכנסת אינה חייבת מכוח מבחן משנה זה, לבחור באמצעי הפוגע בזכות במידה פחותה אם אמצעי זה יקר יותר.
* יש לכנסת מרחב תמרון רחב במיוחד בנושאים של מדיניות כלכלית, ובחירתה תיפסל רק אם הפגיעה בזכות חורגת במידה ניכרת מהנדרש לקידום התכלית.
* בד״כ לא דורשים שלכנסת יובאו מס׳ חלופות שונות. במקרים רבים ניתן יהיה לבדוק את קיומה של פגיעה פחותה, רק אם החלופה קיימת לפי השכל הישר.
* דרישת הפגיעה הפחותה אינה רלוונטית כשתכלית החוק הפוגע בזכות היא הגנה על זכות אחרת.
* דוג׳: חוק הפוגע בחופש העיסוק שתכליתו היא הגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף.

**יחסיות- מידתיות במובן הצר**

* צריך להיות יחס ראוי בין התועלת שבהגשמת התכלית לבין הנזק לזכות החוקתית.
* חוק הפוגע בזכות **עשוי להיפסל** גם אםהוא יעיל להשגת תכלית ראויה, ואין דרך אחרת שתאפשר להשיג את התכלית, **אם הנזק שהחוק גורם עולה על התועלת שבו.**
* מושפע ממידת החשיבות של הזכות ושל התכלית.
* דוג׳: בפס״ד מ-2009 בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ׳ שר האוצר נפסק כי התועלת הכספית הצפויה מהפעלת בית הסוהר ע״י זכיין פרטי נופלת מהנזק שייגרם לזכויות האסירים ולחירותם האישית, ולכן ביהמ״ש העליון פסל חוק להקמת בית סוהר כזה (בלתי חוקי).
* **מבחני עזר:**

1. מבחן ההשפעה השולית (״דלתא״): השפעת החוק על הזכות ועל התכלית ביחס למצב שלפני החקיקה או ביחס לחלופה. אם החוק פוגע קשות בזכות ביחס למצב הקודם או לחלופה שלו, ותועלתו מבחינת התכלית מצומצמת יחסית- הסיכוי שייפסל רב מהסיכוי שייפסל אם פגיעתו קלה ותועלתו רבה.
2. מבחני איזון עקרוניים בין זכויות מסוימות לתכליות ציבוריות מסוימות- כמו מבחן הודאות הקרובה/מבחן האפשרות הסבירה.
3. איזון אופקי בין שתי זכויות שוות משקל: נדרש לבחור בחלופה שתועלתה הכוללת לשתי הזכויות היא הרבה ביותר. אם חלופה אחת משיגה 100% מזכות א׳ ו-0% מזכות ב׳, וחלופה שנייה משיגה 50% מזכות א׳ ו-100% מזכות ב׳- תועדף החלופה השנייה (150%) על החלופה הראשונה (100%).

* בפועל אין שימוש רב בשני מבחני העזר הראשונים.
* בדרך כלל ניתן מרחב תמרון רחב לכנסת.

**שיעור 10- 06/02/24**

**שמירת הדינים**

* פגיעה בזכויות מבלי לקיים את תנאי פסקת ההגבלה (הסדרים שונים ללא רציונל חוקתי המופיעים בשני חוקי היסוד על זכויות האדם).
* שמירת הדינים קיימת כיום רק בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ואינה קיימת בחוק יסוד חופש העיסוק.
* התגברות אפשרית רק על חוק יסוד חופש העיסוק ואינה אפשרית על חוק יסוד כבוד האדם.
* פסקת ההתגברות- רק בחופש העיסוק.

**סעיף 10 של חוק יסוד כבוד האדם-** ״אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד״.

**המשמעות:** חוקים שהתקבלו לפני חוק היסוד נשארים בתוקפם, גם אם הם פוגעים בזכויות הקבועות בו מבלי לקיים את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

שמירת הדינים אינה מוגבלת בזמן.

במקור הייתה שמירת הדינים גם בחוק יסוד חופש העיסוק אך תוקפו פג ב-2002.

**מטרות:**

* ודאות ויציבות.
* הבטחת תוקפה של חקיקה מסוימת שהתקבלה לפני חוק היסוד (שספק אם עומדת בסטנדרטים שלו אך אין רוב לביטולה) תמשיך לעמוד בתוקף. דוג׳: חוקי החירום מתקופת המנדט, דיני נישואין וגירושין.

**תחולת פסקת ההגבלה על תיקונים חדשים לחקיקה שקדמה לחוק היסוד:**

* כאשר הכנסת רוצה לתקן חוק ישן שחוקק לפני חוק יסוד כבוד האדם- לא חלה שמירת הדינים, כלומר ניתן לתקן אותו ולתת לו נוסח חדש.
* נוסח משולב- לקיחת חוקים שונים ומשלבים אותם ביחד לחוק מודרני בנוסח חדש. הליך זה הינו הליך טכני ולא הליך חקיקה מלא, ובו שמירת הדינים כן חלה. כלומר על הנוסח המשולב לשמור על הוראות המקור.

**תחולה על חוקים חדשים מיטיבים המצמצמים את הפגיעה בזכות לעומת חקיקה ישנה אך עדיין מנוגדים לפסקת ההגבלה:**

* גם כשמדובר בחוק מיטיב המתקן חוק ישן, שמירת הדינים לא חלה וביהמ״ש יכול לפסול אותו.

דוג׳ פס״ד צמח נ׳ שר הביטחון מ-1999:

* דעת הרוב- שמירת הדינים אינה חלה.
* החוק הישן- מעצר עד 35 יום. החדש- מעצר עד 4 ימים.
* מעצר 4 ימים אינו חוקתי.
* החוק החדש אפשר מעצר לתקופה קצרה מהתקופה שאפשר החוק הקודם, אין כדי לומר שהחוק החדש לא פוגע גם הוא בזכות לחירות כמשמעותה בחוק היסוד. כל מעצר גם למשך שעות ספורות פוגע בזכות החוקתית לחירות.
* בביטול חוק מיטיב אין כדי להחזיר את תוקפו של החוק הקודם, שפגע עוד יותר ממנו בזכויות האדם: הכנסת, כשתיקנה את החוק, **התכוונה לבטל את ההסדר הקודם**. ביטול זה אינו פוגע בזכויות האדם והוא בוודאי תופס.
* הפתרון: דחיית תוקף הביטול, כדי לאפשר לכנסת לתקן. **אילו לא הייתה מתקנת- הסעיף החדש היה מתבטל מבלי לחזור לחוק הקודם.**
* חלופה אחרת- דוג׳ בודדות בישראל- אי ביטול הסעיף תוך קביעה כי מותר חוקתית לעצור בעזרתו עד 2 ימים.
* חשש להקפאת המצב הקיים? בפועל החשש אינו מתממש.
* מכל מקום רוב החקיקה היא תיקוני חוקים קיימים, והחלת שמירת הדינים הייתה פוטרת מחוק היסוד את מרבית החקיקה החדשה הפוגעת בזכויות.

**הבחנה בין תוקף לפרשנות:**

* פס״ד גנימאת נ׳ מדינת ישראל 1995: דעת הרוב- שמירת הדינים חלה על תוקף בלבד ולא על הפירוש. חוק יסוד כבוד האדם משפיע על פירוש חקיקה ישנה ועשוי להביא לשינוי של פירוש ישן.

**חוק ישן הפוגע בניגוד לפסקת ההגבלה גם בחופש העיסוק (שאין בו שמירת דינים) וגם בזכות הקבועה בחוק יסוד כבוד האדם (שיש שמירת דינים)- האם תהיה ביקורת שיפוטית או לא?**

* מבחן הדומיננטיות- ההלכה תתבסס על מבחן זה, ביהמ״ש יבדוק מה הפגיעה המרכזית ומהי הפגיעה הנלווית. אם הפגיעה המרכזית היא בחופש העיסוק ולא בזכויות אחרות אז ניתן לפסול את החוק.

**פסקת ההתגברות**

**קיימת רק בחוק יסוד חופש העיסוק.**

* **סעיף 8א:** ״הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 (פסקת ההגבלה), אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה. תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.״

**תנאים:**

1. **רוב חברי הכנסת-** הרוב הדרוש לתיקון חוק יסוד.
2. **אמירה מפורשת** שהחוק תקף על אף האמור בחוק היסוד: הכנסת ״מודה״ שהחוק במהותו אינו חוקתי, אין הכרח בפס״ד. ההתגברות היא על חוק היסוד ולא על פס״ד.

**במילים אחרות-** הכנסת צריכה להודות במפורש בחוק שהיא מכירה בכך שחוק אינו חוקתי.

1. **הגבלת התוקף לכל היותר ל-4 שנים-** ״דור פוליטי״ אחד- הכנסת לא יכולה להפר את החוק לנצח, אם ירצה הדור הבא להפר גם הוא את החוק עליו לחוקק אותו שוב.

**פגיעה של חוק מתגבר גם בזכות הקבועה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו**

לפי פס״ד מיטראל נ׳ הכנסת מ1996- **מבחן הדומיננטיות**:

״ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק. שנית, הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית. שלישית, הפגיעה בזכויות האחרות כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית״.

* הפגיעה הדומיננטית של איסור יבוא בשר לא כשר קפוא היא בחופש העיסוק, והפגיעה בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם (חופש מדת) טפלה.
* כשמידת הדומיננטיות **שווה** החוק כנראה לא ייפסל.

**סעדים חוקתיים**

* כאשר ביהמ״ש קובע כי חוק פוגע בזכות חוקתית בניגוד לפסקת ההגבלה (או קובע כי חוק סותר חוק יסוד אחר) ביהמ״ש צריך לקבוע את הסעד שיינתן על ההפרה החוקתית.
* חוקי היסוד אינם קובעים במפורש סעדים על הפרתם.
* חוקי היסוד לא נועדו להוות הצהרות. הם נועדו לשמש כנורמות משפטיות מחייבות. לשם כך יש צורך בתרופות משפטיות למקרים של הפרתם.
* חל העיקרון המשפטי הרחב, שתופס בכל מקרה שבו נורמה משפטית קובעת זכות או חובה אך אינה מפרטת את התרופות למקרים שבהם הזכות או החובה מופרות: ״מקום שבו הזכות שם התרופה״, או ״הלך הסעד אחר הזכות״: **הסעד נגזר מהזכות.**
* מעצם הקנייתה של זכות עולה גם קיומן של תרופות מתאימות למקרים של הפרתה.
* זאת בין אם התרופה מפורשת ומפורטת, ובין אם ביהמ״ש יוצר או מפתח אותה בעצמו.
* השופט אהרון ברק: ״**זכות חוקתית ללא סעד חוקתי, כמוה כאדם ללא צל״.**
* לכאורה, במקרה של חוק הסותר את חוק יסוד- לפי פירמידת הנורמות יש להעדיף את חוק היסוד. כלומר יש לראות את החוק כחסר תוקף ככל שהוא סותר את חוק היסוד.
* יתר על כן: **מן הראוי להחזיר את המצב למצב שהיה מתקיים** אילו חוק היסוד לא היה מופר, כלומר החוק הסותר לא היה מחוקק.
* המשמעות: בטלות מלאה ורטרואקטיבית ביחס למועד פס״ד שבו נקבע כי קיימת סתירה בין חוק יסוד לחוק. (אך זה לא קורה בפועל)
* תוצאה זו נרמזת בסעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם- שמירת הדינים: ״אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק יסוד״. **מכאן עולה שבחוק יסוד יש בסיס לביטול דינים שהתקבלו לאחר חקיקתו.**
* גם בפסקת שמירת הדינים שהייתה קיימת בחוק יסוד חופש העיסוק, שתוקפה פג   
  ב-14/03/02, נקבע כי עד מועד זה יעמדו בתוקפן הוראות חיקוק שעמדו בתוקף לפני חקיקת חוק היסוד. מכאן נובע, שגם בתקופה שבה חלה שמירת הדינים ניתן היה לבטל הוראות חיקוק הסותרות את חוק היסוד אם אלו התקבלו לאחר חקיקתו.
* גם פסקת ההתגברות שבסעיף 8א לחוק יסוד חופש העיסוק- רומזת לתרופת הביטול, משום שהיא קובעת תנאים מסוימים שרק כאשר הם מתקיימים, הוראת חוק הסותרת את חוק היסוד ״תהיה תקפה״.
* גישה זו אינה אפשרית תמיד.
* לעיתים, עצם ההפרה יצרה מצב חדש, הסתמכות או ציפיות, שבהם צריך להתחשב. הנורמה שחלה מראש עוסקת בשאלה כיצד צריך לנהוג מלכתחילה. אך בדיעבד, אחרי שהייתה הפרה קמה מציאות חדשה.
* לעיתים צריך להיערך לביטול חוק.
* לעיתים נדרש לחוקק חוק חדש: ביהמ״ש יכול לקבוע בטלות של חוק קיים אך לא מחוקק חוק חדש במקומו.
* **המענה: השעיית הבטלות.**
* אפשרות להחלת הבטלות על העותר בלבד: למנוע מצב שאדם פונה לביהמ״ש, טענתו התקבלה, אך הוא אישית לא יהנה מהתוצאה.
* ככל שהדבר אפשרי ביהמ״ש אינו מבטל את כל החוק אלא רק את החלק הלא חוקתי. כשחוק כולל סעיפים רבים ורק אחד מהם סותר חוק יסוד, אין סיבה לבטל את החוק במלואו.
* עם זאת לפעמים ביטול חלקי כזה אינו אפשרי. זאת **כשיש קשר הדוק** בין הסעיף הלא חוקתי ליתרת החוק, וביטול החלק הלא חוקתי תוך השארת החלק החוקתי, יביאו לעיוות ויפגעו בתכלית הכוללת שהחוק נועד להגשים.
* **במקרים חריגים- פס״ד נסר- סעד של הרחבה:** לא ביטול החוק, אלא הוספה של רכיבים המבטלים את הסתירה לחוק היסוד.
* ציווי לחוקק חוק? אינו מקובל, אף שעשוי להידרש נוכח סעיף 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו: ״כל אדם זכאי להגנה על חייו על גופו ועל כבודו״, וכן לסעיפים אחדים בחוקי יסוד המורים לכנסת לחוקק חוקים.  
  ביהמ״ש לא יכול לצוות על הכנסת לחוקק חוק-לא בהכרח יעבור במליאת הכנסת, יוצר קשיים רבים.

**שיעור 11- 08/02/24**

**סעדים חוקתיים- המשך:**

* במקרים מסוימים, הסעד על הפרת חוק יסוד והפרת זכות חוקתית (בעיקר), יכול להינתן במסגרת ענף משפטי אחר החיצוני למשפט החוקתי.
* למשל, רשות שלטונית שגרמה נזק לאדם ע״י כך שהפרת זכות חוקתית שלו, עשויה להיות מחויבת בתשלום פיצויים לנפגע מכוח דיני הנזיקין: ״עוולה חוקתית״, שתחשב במונחי פקודת הנזיקין כרשלנות או כהיפר חובה חקוקה, ומכוח זאת יוקנה לנפגעים סעד של פיצויים.
* **כאשר מדובר בחוק זמני** (הוראת שעה) שהכנסת הגבילה את התקופה שבה יהיה בתוקף, או כשבטלות או סעד אחר יפגעו בצדדים שלישיים, ביהמ״ש יכול להגיע למסקנה שדי בפירוט הנימוקים לאי חוקתיות החוק מבלי לתת סעד של ביטול. הכנסת, אם תשקול להאריך את תוקפו של החוק, תוכל לקחת בחשבון את נימוקי ביהמ״ש והערותיו ולתת להם ביטוי בחוק החדש.
* דוג׳: פס״ד חוק טל.
* **התראת בטלות-** היא פסיקה של ביהמ״ש העליון בעתירה המוגשת לפניו לקבוע בטלות של דבר חקיקה, שבה נמנע בית המשפט מלהורות על הבטלות המבוקשת, אך קובע שבטלות כזו תיקבע במופע עתידי שיעסוק באותו הנושא. (לעיתים לא ניתן ליישם תרופה זו כי כל מקרה שונה מקודמו, הן בתוכן והן בהרכב השופטים, ולאו דווקא בפעם הבאה יוכלו לפסוק לבטלות החוק).

**מקורות נוספים של המשפט החוקתי:**

תחום המשפט החוקתי- החוקה המטריאלית.

מוסדר בישראל לא רק בחוקי יסוד.

מקורות נוספים:

1. הכרזת העצמאות.
2. חוקים.
3. תקנות (בעיקר תקנון הכנסת)- יש נושאים חוקתיים שאינם מעוגנים בחוק יסוד אלא מופיעים בתקנון הכנסת.
4. משפט מקובל.
5. מנהגים.

**הכרזת העצמאות כמקור לפרשנות**

עוד מראשית ימי המדינה- הרבה לפני הפסיקה מהתקופה האחרונה שהכפיפה למעשה חוקי יסוד לעקרונות הכרזת העצמאות- ביהמ״ש עשה שימוש בהכרזת העצמאות לצורך פירוש חקיקה במטרה לפרש אותה באופן ההולם את ערכי הליבה של מדינת ישראל.

**דוגמאות:**

פס״ד חברת קול העם בע״מ נ׳ שר הפנים מ-1953:

בעיתון קול העם של המפלגה הקומוניסטית, התפרסם מאמר שבו נכתב: ״באם אבא אבן (שגריר ישראל בארה״ב) או מישהו אחר רוצה ללכת להילחם (נ׳ בריה״מ) לצד מציתי המלחמה האמריקאים, שילך, אך שילך לבדו״.

בעקבות הפרסום ציווה שר הפנים על הפסקת ההוצאה לאור של העיתון לתקופה של עשרה ימים.

השר קיבל את החלטתו מכוח ס׳ 19א2 לפקודת העיתונות שנחקקה בתקופת המנדט. ההחלטה קבעה: ״הנציב העליון (שר הפנים) רשאי: אם פורסם בעיתון עניין העלול, לדעת הנציב העליון... לסכן את שלום הציבור.. להשעות את הוצאת העיתון לתקופה שימצא לנכון...״.

**השאלה שעלתה:** מהו בהקשר הסעיף פירושה של המילה ״עלול״?

**השופט אגרנט בפס״ד (יש ציטוט במצגת)-** לאור הכרזת העצמאות, האני המאמין של המדינה כמדינה דמוקרטית ושוחרת חופש, פורש חוק (אף שחוקק בתקופת המנדט הלא דמוקרטי) באופן המצמצם (כיאה לדמוקרטיה) את הסמכות לפגוע בחופש הביטוי למקרים של ״ודאות קרובה״.

**התוצאה:** העתירה התקבלה, ובוטלה ההחלטה להשעות את הוצאת העיתון.

**נעזרו בהכרזת העצמאות על מנת להראות את הגדרת המדינה כמדינה דמוקרטית.**

פס״ד ירדור נ׳ יו״ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית (1965):

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת סירבה לאשר את רשימת הסוציאליסטים משום שהרשימה שללה באופן מוחלט את קיום מדינת ישראל בכלל ואת קיום המדינה בגבולותיה בפרט.

בחוק הבחירות לכנסת (בניסוחו אז) נקבע כי ״רשימת המועמדים שהוגשה כהלכה.. תאשר אותה (ועדת הבחירות המרכזית לכנסת)״.

התנאים להגשת הרשימה ״כהלכה״ לא כללו באותה תקופה תנאים המתחייבים למצע הרשימה, לדעותיה או לפעילותה, אלא היו כולם בעלי אופי טכני.

על רקע זה סבר שופט המיעוט חיים כהן כי יש לקבל את הערעור ולאשר את הרשימה. אחד משופטי הרוב, יואל זוסמן, סבר שיש לדחות את הערעור ולפסול את הרשימה מהטעם כי ״כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה. שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתייאש מהעדר דין פוזיטיבי כשבעל דין מבקש מהם שיושיטו לו יד לעזרה כדי להביא את הקץ על המדינה״.

**כלומר:** השופו זוסמן לא הסתמך על החוק לצורך פסילת הרשימה אלא על ״הכללים היסודיים העל חוקתיים.. אשר אינם בעצם אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה״.

אך על מה הסתמך בדחיית הערעור ובפסילת הרשימה השופט אגרנט?

הוא פירש את חוק הבחירות לכנסת לפי הכרזת העצמאות באופן שאפשר, ואף חייב, לפסול את הרשימה.

**חידה:**

אילו מילים בחוק הבחירות לכנסת פירש הנשיא אגרנט לפי הכרזת העצמאות?

**פתרון:**

המילים שהנשיא אגרנט פירש לפי הכרזת העצמאות הן: ״רשימת מועמדים״.

**המהלך הפרשני:**

״רשימת מועמדים״= רשימת מועמדים לכנסת

״הכנסת״= בית הנבחרים של המדינה. (ס׳1 לחוק יסוד הכנסת).

המדינה= מדינת ישראל.

מדינת ישראל= מדינה בת קיימא ושאין להרהר אחרי המשכיותה ונצחיותה״... (המשך ציטוט במצגת).

**מסקנה:** רשימת מועמדים= רשימת מועמדים לבית הנבחרים של מדינת ישראל, שלפי נתוני היסוד המעוגנים בהכרזת העצמאות היא מדינה בת קיימא שאין להרהר אחר המשכיותה ונצחיותה. לכן, רשימה השוללת באופן מוחלט את קיומה של המדינה אינה רשימת מועמדים לכנסת, וועדת הבחירות אינה חייבת לאשרה גם אם הוגשה ״כהלכה״.  
גם בפס״ד קול העם וגם בפס״ד ירדור השופט אגרנט פירש באופן ״אקטיביסטי״ חוקים כך שיעלו בקנה אחד עם הכרזת העצמאות וערכי הליבה שהיא מבטאת בדבר מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

**חוקים רגילים כמקור של משפט חוקתי: (מס׳ דוג׳)**

* פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש״ח- 1948.
* חוק השבות.
* חוק הכנסת.
* חוק הממשלה.
* חוק חסינות חברי הכנסת.
* חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות.
* חוק שוויון זכויות האישה.
* חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
* חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים, ובכנסיה למקומות בידוק ולמקומות ציבוריים.
* חוק חופש המידע.

**משפט מקובל/ הלכות פסוקות**

**מס׳ דוגמאות- מבין כללי משפט מקובל והלכות פסוקות רבים בנושאים של משפט חוקתי**

* זכויות אדם הלכתיות- שאינן קבועות בחקיקה או שהיקפן לפי ההלכה הפסוקה רחב יותר מהיקפן לפי חוק יסוד או חוק.
* דיני ממשלת מעבר.
* הלכת ״דרעי פנחסי״.
* עקרונות החקיקה הפסיקתיים.
* סעדים חוקתיים.

**הלכת דרעי פנחסי-** תקדים שנקבע בשני פסקי דין של בג"ץ שניתנו ב-8 בספטמבר 1993, בהרכב זהה של חמישה שופטים. הקביעה בבג"ץ הייתה שהגשת כתב אישום נגד שר או סגן שר עשויה לחייב, בחלק מהמקרים, את פיטוריהם על ידי ראש הממשלה מחשש לפגיעה באמון הציבור.

השופטים קבעו כי אף על פי שהחוק איננו פוסל מכהונת שר וסגן שר מי שהוגש נגדו כתב אישום, אין בכך שלילה של חובת ראש הממשלה לשקול את פיטוריהם בנסיבות העניין, ואף לחייבו לעשות כן אם הימנעות תהיה בלתי סבירה.

**מנהג חוקתי**

מנהג (מוסכמה) (להבדיל מפרקטיקה או מנוהג)- לא הוכרע אם מקור חוקתי עצמאי.

ככל שיוכר- מחייב אם מתקיימים שלושה תנאים:

1. נוהג עקבי.
2. אינו סותר חוק יסוד, חוק או תקנה.
3. תודעת חיוב- שהרשות הרלוונטית פועלת מתוך תודעה שהיא חייבת לפעול כך.

אם התנאים מתקיימים- גם אם אכיפים ברשות המבצעת- ספק אם אכיפים ברשות המחוקקת, במיוחד בעניינים המחייבים הצבעה.

**שיעור 12- 13/02/24**

**זכויות האדם מבוא**

* המשפט עתיר זכויות.
* זכויות אדם חוקתיות- מענה לצרכים בסיסיים של בני אדם וגם לצרכים ציבוריים (כמו חופש הביטוי).
* זכויות אדם חוקתיות נועדו לוודא שהמדינה, שפעולותיה מייצגות את מרבית האזרחים, אינה פוגעת באופן בלתי מוצדק במיעוט בעת מימוש המטרות המשותפות לרוב.
* זכויות האדם החוקתיות דרושות גם כאשר היחיד ניצב מול הרבים.
* זכויות האדם משמעותיות כשיש להן מחיר.
* זכויות מכוח חוקי יסוד וזכויות הלכתיות. שזכויות שליליות (שהמדינה לא צריכה למנוע ממך אותן) וזכויות חיוביות (שהמדינה תעשה משהו למענך כדי לקיים אותן).
* **דרכי הגנה:**

1. דרישת החוקיות.
2. פרשנות. (פרשנות מצמצמת, מקטינה את הסמכות)
3. כללי שיקולי דעת: תכלית ראויה, מידתיות.

* זכויות מול המדינה וזכויות במשפט הפרטי.

חלק מזכויות האדם (החשובות במיוחד) מוגנות גם במשפט הפרטי (בין אדם לחברו).

**חופש הביטוי**

* מהזכויות החשובות ביותר- למתבטאים ולקהל היעד.
* מהו ביטוי?
* ביטויים ברורים: שיירם וסיפורים, ידיעות חדשותיות, דעות פוליטיות.
* אבל מה עם למשל: שריפת דגלים כמחאה, אמירות גזעניות, אמירות מסיתות לאלימות, לצעוק ״אש״ באולם מלא על מנת להקים מהומה.
* המענה מושפע ממטרות הזכות:

1. **אוטונומיה אישית:** לאדם היכולת להתבטא, ליצור ולהנות מהתבטאויות ומיצירות, למסור ולקבל מידע ודעות.
2. **דמוקרטיה:** לא ניתן לקיים בחירות חופשיות ללא חופש הביטוי.
3. **״שוק הדעות״- גילוי האמת:** אם יש אפשרות להשמיע ולשמוע דעות וטענות עובדתיות שונות- ההנחה היא שהאמת תתגלה.

* **פעולה המקדמת את המטרות או את חלקן,** גם אם אינה ביטוי במובן המילולי (כדוגמת שריפת דגל למטרת מחאה)- נכנסת לגדר חופש הביטוי.
* **פעולה שאינה מקדמת את המטרות**- גם אם היא ביטוי במובן המילולי (כדוגמת קריאת ״אש״ באולם הומה, או פורנוגרפיה הנועדה לגירוי ללא מטרת אומנות)- אינה נכנסת לגדר חופש הביטוי.
* **גזענות או הסתה** נכנסות לגדר חופש הביטוי משום שהן מקדמות את מטרות הזכות.
* עם זאת, חופש הביטוי אינו מוחלט ואפשר להגבילו כשההגבלה מוצדקת.
* מהם כללי ההצדקה?

**פס״ד שניצר- לפני חקיקת חוק יסוד כבוד האדם**

* חוק מסמיך מקנה שיקול דעת לפגוע בחופש הביטוי, בלי פירוט חד משמעי של המבחנים להפעלת שיקול הדעת.
* מטרה לפגיעה- בהתאם לקבוע בחוק המסמיך או למשתמע ממנו.
* אין דרך אחרת שאינה פגיעה בחופש הביטוי המקדמת את המטרה.
* באיזון בין ביטחון המדינה או שלום הציבור לבין חופש הביטוי- תינתן עליונות לביטחון המדינה או לשלום הציבור. **איזון אנכי- מבחן הסתברותי** (קיום המדינה עומד מעל לחופש הביטוי).
* לכן אם הביטוי יפגע בוודאות או באופן קרוב לוודאי (ודאות קרובה) פגיעה ממשית בביטחון המדינה או בשלום הציבור, ביטחון המדינה ושלום הציבור גוברים באיזון.
* לאור חשיבותו של חופש הביטוי, אם אין קרבה לוודאות שביטחון המדינה או שלום הציבור ייפגעו באופן ממשי בעקבות הביטוי- חופש הביטוי ייגבר על האיזון.
* **כיום לפי פסקת ההגבלה:**

1. הסמכה בחוק.
2. תכלית של בטחון המדינה או שלום הציבור.
3. מידתיות: התאמה לקידום הביטחון או שלום הציבור, אין אמצעי חלופי סביר, מידתיות במובן הצר כוללת ודאות קרובה.

* מבחן אחר המוחל במקרים מסוימים- מבחן האפשרות הסבירה.
* דוג׳: חופש הביטוי המסחרי, תכלית של עשיית צדק ע״י הרשות השופטת, אפשרות סבירה שקריאה לחרם על המדינה תביא למימושו.

**פס״ד עוצמה לישראל**

* הגנה על רגשות- עשויה להיות תכלית חוקית לפגיעה בחופש הביטוי.
* כשהתכלית היא הגנה על רגשות- אין משמעות למבחן ההסתברותי כדוגמת מבחן הוודאות הקרובה.
* לאור חשיבות חופש הביטוי גם כשהביטוי פוגע ברגשות, כולל כשהביטוי צורם את האוזן וצובט את הלב- מבחן מחמיר במיוחד של סף הסיבולת הראויה: זעזוע אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית.

**פס״ד חדשות**

* הטלת סנקציה של איסור פרסום עיתון לארבעה ימים על כך שהעיתון פרסם ידיעה מבלי להגישה לאישור הצנזור הצבאי, כפי שהצנזור דרש בהתאם לסמכותו.
* ביהמ״ש אישר את הסנקציה שאותה ראה, במונחים של היום, כמידתית.
* השופט שלמה לוין- ציטוט במצגת.
* ביקורת: ככל שלא הייתה ודאות קרובה לפגיעה של הפרסום בשלום הציבור, יש קושי בהטלת הסנקציה של הפסקת פרסום.
* אמנם לא מומלץ למפרסם להסתכן בכך שלאחר הפרסום יימצא שהייתה ודאות קרובה.
* עם זאת, זכות חוקתית נפגעת אם כדי לממשה מוטל על הפרט לפנות לביהמ״ש.

**שיעור 13- 15/02/24**

**חופש ההפגנה**

* **הפגנה-** אסיפה, תהלוכה או משמרת מחאה תחת כיפת השמיים, שנועדו להעביר מסר, למחות וכו'... (אם ההתכנסות היא באולם היא לא מהווה הפגנה)
* **הפגנה היא סוג של ביטוי-** והיא מקיימת את התכליות, הפרטיות והציבוריות של חופש הביטוי.

**עם זאת הפגנה היא סוג מיוחד של ביטוי: (לטובה ולרעה)**

מצד אחד: (חיובי)

1. **אופן ביטוי ״עממי״** הפתוח גם לאנשים שאין להם כישורי התבטאות או אפשרות לפרסם את דעותיהם בכלי התקשורת.
2. **האופי הקבוצתי של הפגנה** (במיוחד כשמספר המפגינים גדול)- מקנה לה השפעה החורגת מהכוח המשכנע של הביטוי: הפגנות המוניות עשויות להשפיע יותר בשל ההשתתפות של ציבור גדול.

מצד שני: (שלילי)

1. הפגנות עשויות להפריע לציבור, לגרום מטרדים שונים (רעש, לכלוך...) , לפגוע בחופש התנועה במסלול ההפגנה ולהפר את הפרטיות של אנשים שמתגוררים באזור.
2. הפגנות עלולות להוביל לפגיעה בסדר הציבורי ע״י המפגינים עצמם או ע״י המתנגדים להפגנה, ולכן הן עשויות לחייב אבטחה ע״י המשטרה שתהיה לעיתים על חשבון משימות אחרות.

* על רקע זה, לצד הכללים החלים על חופש הביטוי- פותחו כללים משפטיים מיוחדים באשר לחופש ההפגנה.
* בשונה מחופש הביטוי הכללי שמימושו אינו טעון בקבלת רישיון מהשלטון- בשל ״המפגעים״ העשויים להיות כרוכים בהפגנות, המשטרה מוסמכת להתנות ברישיון קיומן של ״אסיפה״ או ״תהלוכה״ כפי שהן מוגדרות בפקודת המשטרה, ולהציב תנאים למתן רישיון.
* **בפסיקה נקבעו כללים להפעלת סמכויות המשטרה-** לצורך איזון בין חופש ההפגנה לביטחון הציבור, הסדר ציבורי ואף זכויות אדם העשויות להתנגש בחופש ההפגנה, כגון הזכות לפרטיות.
* **פרשנות מצמצמת של הוראות הסמכה המאפשרות פגיעה בחופש ההפגנה:**דוג׳: אסיפה המצריכה רישיון מוגדרת כך בפקודת המשטרה: ״50 איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני, או כדי לדון בנושא כזה״.

**בפס״ד התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ משטרת ישראל נקבע בדעת רוב: (ציטוט במצגת)**

* התכלית האובייקטיבית- צריך לפרש את החוקים היום **באופן מצמצם.**
* עצם הצורך לרישיון להפגנה פוגע בחופש הביטוי- לא אמורים להגיד בחופש הביטוי מה מותר ומה אסור.
* מבחינה לשונית צריך להיות ברור שכוונת המחוקק הייתה לפגוע בזכות. מאחר והלשון המדינית פוליטית לא חדה וברורה, יש לצאת מנק׳ הנחה שלא הייתה אמורה להיות פגיעה בזכות.
* **לא כל פגיעה בסדר או בביטחון תצדיק את הגבלת הזכות להפגין**, בין אם נדרש רישיון מראש ובין אם לא, ואין די בכך שהפגנה גורמת לאי נוחות, אפילו אי נוחות רבה, כדי לאסור על קיומה: **נדרשת מהציבור סיבולת ויכולת הכלה של הפגנות**, על אף הפגיעה בשגרת החיים ואי הנוחות הכרוכה בהן.
* **אין בזכויות האדם** לפרטיות, לקניין ולחופש תנועה **כדי לשלול את זכות ההפגנה** או כדי להצדיק העמדת תנאים שיהפכו אותה לחסרת משמעות, או יפגעו בה פגיעה ממשית.
* הפגנות שנושאן ביקורת על רשויות השלטון או על אישי ציבור מצויות **בליבת הזכות**, ואין לראותן כהפעלת לחץ פסול או כעבירה פלילית.
* המבחן החל על הפגנות שאינן ליד ביתם של אישי ציבור **הוא מבחן הוודאות הקרובה** לפגיעה מהותית בשלום הציבור או בסדר הציבורי. רק אם מתקיימת פגיעה קשה ניתן להגביל את ההפגנה.
* ודאות קרובה נבחנת רק לאחר שהמשטרה סייעה באופן סביר למימוש הזכות ולהגנה על המפגינים מפני קהל עוין.
* חלק מחובות המשטרה היא להגן על המפגינים.
* עם זאת, במקרים מתאימים מותר להטיל הגבלות מסוג ״זמן מקום ואופן״ על מספר המשתתפים בהפגנה, מיקומה, השעה, שימוש באמצעי הגברה וכד׳. **זאת על בסיס עיקרון הפגיעה הפחותה.** אם לאחר מבחן הודאות הקרובה יש צורך להגביל את ההפגנה, ייכנס עיקרון הפגיעה הפחותה ולא ביטול ההפגנה.
* **נקודת המוצא בקשר למיקום:** "טיבן של הפגנות ותהלוכות להיעשות באזורים מרכזיים, החשופים לעין הציבור הרחב, ולא במחשכים. העברתן הכפויה של תהלוכות לפאתי העיר, פוגעת בתכלית העיקרית לקיומן".**- מבחן המידתיות, הפגיעה הפחותה.**
* זהו גם הדין באשר להגבלות האחרות: מותר להטילן **רק כדי למנוע ודאות קרובה** לפגיעה חמורה בסדר הציבורי.
* **סוגייה מיוחדת – הפגנות מול ביתו הפרטי של איש ציבור:**
* **פוגעות בפרטיות** של איש הציבור, של בני משפחתו, ושל השכנים.
* בנוסף לכך: **חשש ללחץ פסול** ולהשפעה לא ראויה על איש הציבור בהפעלת סמכויותיו.
* חל גם על אנשים שאין להם משרד ציבורי, גם אם לא מבצע תפקיד ציבורי רשמי אך הציבור חושב שיש לו השפעה.

פסק-דין דיין מ-1994:

דעת הרוב - איזון אנכי (ערך עומד מעל ערך אחר): **הזכות לפרטיות או הפעלת לחץ על החלטות איש הציבור, גוברות על חופש ההפגנה** אם יש אפשרות אפקטיבית לקיים הפגנה ליד משרדו של איש הציבור.

דעת המיעוט - איזון אופקי: **מותר להפגין במגבלות** של "זמן, מקום ואופן״ על מנת לרצות את שני הצדדים ולקיים את חופש ההפגנה והזכות לפרטיות.

פסק-דין נפתלי:

**השופט מני מזוז:** (ציטוט במצגת)

* הפגנה ליד מעון פרטי כשיש אפשרות אפקטיבית להפגין מול המשרד אינה מוגנת כלל על-ידי חופש ההפגנה, משום **שאינה משרתת מטרה לגיטימית במסגרת הזכות.**
* "מכל מקום, בין אם זה הבסיס העיוני לאיסור להפגנה ליד בית פרטי, ובין אם... מדובר אמנם בהתנגשות בין זכויות ואינטרסים לגיטימיים אלא שבנסיבות אלה ידה של הזכות להפגנה על התחתונה, התוצאה זהה, ולפיה ככלל יש לאסור הפגנה או עצרת מחאה ליד מעון פרטי".
* "משטרת ישראל אינה נוקטת בפועל בגישה נוקשה ודווקנית ואינה ממצה את הדין בכל הנוגע לאיסור על קיום פעולות מחאה לידי בתיהם של אישי ציבור, אלא מנסה למצוא פתרונות שיש בהם משום איזון בין האינטרסים השונים, בעיקר במימד הזמן והמקום של קיום פעולות המחאה, כמו גם מגבלות שנועדו לצמצם את ההפרעה והמטרד – לאיש הציבור ולמשפחתו, כמו גם לשכניו – מקיומה".

**השופט עוזי פוגלמן (מיעוט):** מגבלות כאלה ניתן להטיל גם במסגרת איזון אופקי.

**חשיבות השוויון**

**הזכויות לשוויון ואיסור הפליה – כללים מרכזיים במשפט:**

״הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה.

תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם״.

דברי השופט אהרן ברק בפסק-דין פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו:

* כל הרשויות כפופות.
* הבחירות הדמוקרטיות מבטאות שוויון בחלוקת הכוח הפוליטי.
* **למרות החשיבות – שוויון הוא אחד העקרונות המשפטיים העמומים ביותר.**
* יש אפילו הרואים אותו כ"רעיון ריק״.
* הבחנה בין זכות חוקתית לשוויון (שוויון חוקתי) לאיסור ההפליה במשפט המנהלי (שוויון מנהלי / שוויון אריסטוטלי / עקביות(.

**שוויון מנהלי:**

1. התפיסה המיוחסת לאריסטו- בשני מקרים שווים במהותם יש להתייחס אליהם באותה צורה. מנגד, שני מקרים שונים יש להתייחס אליהם בצורה שונה וצריכה להיות פרופורציה בין המקרים ובין ההתייחסות.
2. דוגמה מתחום המיסוי- נניח שני אנשים כל אחד מרוויח 20 אלף שח בחודש, אם יטילו על כל אחד 5000 שח מס זוהי התייחסות שווה. לעומת זאת אם יטילו עליהם מס שונה זוהי אפליה. מצד שני אם יטילו אותו מס על אנשים המרווחים סכום שונה, גם זו אפליה.
3. חד-שלבי- פרופורציה- צריכה להיות **פרופורציה** בין מידת השוני למידת ההתייחסות. למשל: אם אחד מרוויח 10,000 שח בחודש ומוטל עליו מס של 5,000 ש״ח, והשני מרוויח 20,000 ש״ח והמס שלו הוא 5,001 ש״ח. ניתן להגיד כי הייתה התייחסות שונה אך ניכר כי אין פרופורציה בין מידת השוני להתייחסות.

**קשיים:**

* **זיהוי** הבחנה רלוונטית.
* **אי ישימות** במקרים של מספר חלופות החלטה מצומצם ומספר מקרים רב שביניהם הבחנה רלוונטית (דוגמה: בחינות מעבר).
* **קושי עקרוני ליישם-** נרצה שהרשויות יתייחסו לכל מקרה לגופו ויקבלו החלטות בהתאם למקצועיותם ולסמכותם, ולא יתאימו באופן מדויק את ההחלטה למקרים קודמים שונים.
* **קושי מעשי ליישם-** במקרים שבהן יש מס׳ חלופות החלטה מצומצם אך מס׳ רב של מקרים שונים זה מזה, לא ניתן לקבל את אותה החלטה למקרים שונים מאוד.
* **התוצאה:** יישום במקרים קיצוניים בלבד (דוגמה: אחידות הענישה בפלילי).
* **דוגמה ליישום:** פס״ד ר.מ.י. – מרכז רפואי ירושלים בע"מ נ' שר הבריאות- החברה רצתה לפתוח בי״ח בירושלים. ביקשה אישור ממשרד הבריאות ולא אישר לה. השופט קיבל את העתירה רק בגלל שוויון בין מקרים מנהליים דומים אך שונים במהותם.

**שוויון חוקתי- הזכות החוקתית לשוויון:**

* זכות לכך שאדם לא ייפגע עקב השתייכות לקטגוריות קבוצתיות מסוימות (איסור הפליה "גנרית") .
* נגזרת מהזכות לכבוד האדם.
* בשונה מהשוויון המנהלי- הזכות נפגעת גם כשהשיקול הקבוצתי הוא רלוונטי לנושא של החוק או הפעולה השלטונית.
* רשימת הקטגוריות הקבוצתיות שהתחשבות בהן פוגעת בזכות החוקתית לשוויון אינה קבועה בישראל ברמה החוקתית.

דוג׳ לקטגוריות שנקבעו בהכרזת העצמאות, בחוקים ובפסיקה:

1. **הכרזת העצמאות:** "מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין״.
2. **חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988:** "לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, מקום מגוריהם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים...״
3. **פקודת האגודות השיתופיות:** ועדת קבלה ליישוב קהילתי- ״...לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית״.
4. **חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א :2000** (חוק הסלקטורים) ״מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה ... מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם״.

שלוש קטגוריות : דת, גזע ומין – מצוינות בכל המקורות, מהוות בסיס.

חריג – חוק זכויות התלמיד, תשס"א 2000: "רשות חינוך מקומית, מוסד חינוך, או אדם הפועל מטעמם, לא יפלו תלמיד מטעמים עדתיים, מטעמים של רקע חברתי-כלכלי, או מטעמים של השקפה פוליטית, בין של הילד ובין של הוריו...״ אין אזכור לדת גזע ומין.

**הדיון בפגיעה בזכות הוא תמיד דו-שלבי:**

1. האם נפגעה הזכות .
2. האם הפגיעה מוצדקת.

**ההצדקה לפגיעה- לפי פיסקת ההגבלה:**

1. חוקיות – פגיעה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.
2. הלימת ערכי המדינה.
3. מידתיות, תכלית ראויה:
4. התאמה / קשר רציונלי.
5. פגיעה פחותה / צורך.
6. יחסיות / מידתיות במובן הצר (כולל מבחן ההשפעה השולית ומבחני איזון עקרוני, כדוגמת מבחן הוודאות הקרובה).

פס״ד אליס מילר:

**דעת המיעוט –** **שוויון מנהלי אריסטוטלי**- יש הבדל רלוונטי בין נשים וגברים והן מקשות על המערך בפן הכלכלי (הכשרה ארוכה ופרישה מוקדמת).

**דעת הרוב – שוויון חוקתי:**

"סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. על-כן, היסוד המרכזי בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא **השפלת הקורבן...**

(גם אם יש שיקולים רלוונטיים האישה נפגעת בשל השפלה וזכותה שלא יתחשבו בשיקולים הללו)

ככל זכות, גם הזכות לכבוד (לרבות איסור ההפליה הקבוצתית הנגזר ממנה) **אינה זכות מוחלטת אלא יחסית**, ויש לאזן בינה לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים. על-כן, במקרים מיוחדים עשויה פגיעה בזכות האישה לשוויון להיות מוצדקת, אם היא עומדת באמות מידה המשקפות את האיזון הראוי בין זכות זו לבין ערכים ואינטרסים לגיטימיים אחרים״.

**האיזון – לפי פיסקת ההגבלה.**

ביצעו את מבחן הוודאות הקרובה ושלבי הבחינה של פסקת ההגבלה, ומצאו שאין לפגוע בזכותה של מילר ויש לקבל את העתירה.

**שיעור 14- 20/02/23**

**פס״ד עדאלה- ניתוחו של השופט סולברג**

**שוויון חוקתי ככלל פרשנות**

״כלל נקוט בידי בית משפט זה , שאין לפרש דבר חקיקה באופן הסותר את הכרזת העצמאות- ובכלל זה המחויבות לערך השוויון- אם קיימת אפשרות פרשנות חלופית״.

**שוויון כצמצום פערים חברתיים- הבחנה מקדמת**

* ״אי שוויון שכזה הוא מצב דברים נתון, אשר נוצר בד״כ בעקבות תהליכים חברתיים רבים (הכוללים גם החלטות שונות של רשויות השלטון במהלך השנים)״.
* ״במסגרת המובן הזה של עיקרון השוויון, הדיון המשפטי אינו ממוקד בשאלה אם החלטה פלונית של רשות שלטונית מפלה, אם לאו, אלא בחובתה לפעול לצמצום פערים חברתיים ולקידום השוויון״.
* ״מובן הוא, שניתנה רשות למחוקק לחוקק הסדרים אשר מטרתם לפעול לצמצום פערים ולקידום שוויון״.

**הערה:** לא בהכרח ״מובן הוא״: הסדרים לצמצום פערים מתבססים על אמות מידה של מין, לאום, וקבוצות זהות אחרות. עם זאת בישראל, בשונה ממדינות כדוגמת ארה״ב, חקיקה לצמצום פערים לטובת קבוצות חלשות אינה נחשבת כפוגעת בזכות לשוויון.

* לפעמים התנהלות שלכאורה מעדיפה את הקבוצה החלשה- מחזקת סטראוטיפים נגדה. למשל כניסה חינם לבנות למסיבות או מועדונים.
* ״המחוקק הישראלי פעל בהקשר זה בכמה מישורים. נקבעו חובות אקטיביות שמטרתן לצמצם פערים בחברה. כך למשל, חובות הנגשה לאנשים עם מוגבלות.. הקמת גופים ציבוריים שמטרתם לפעול לקידום השוויון, והחלת חובת ייצוג הולם והעדפה מתקנת לאוכלוסיות מסוימות בגופים מדינתיים״.
* ״אין להסיק מכך שכל פעולה שלטונית שעשויה להעמיק פערים חברתיים עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. בוודאי שלא כל הימנעות מפעולה אקטיבית לטובת צמצום פערים חברתיים עולה כדי כך.. סוגיה זו מורכת ותלויה בהכרעות ערכיות וכלכליות...״

**הערה:**

אפשר לטעון כי גם העדפה מתקנת עשויה להיכנס לזכות לכבוד האדם מכוח ס׳ 4 לחוק יסוד כבוד האדם: ״כל אדם זכאי להגנה על חייו על גופו ועל כבודו״.

**שוויון ככיבוד ערך הפרט- זכות חוקתית לשוויון חוקתי**

* אי שוויון מתקיים על רקע תבחינים קבוצתיים מסוימים.
* התבחינים מבטאים את השתייכות האדם לקבוצה חברתית (בין אם נתונה לבחירתו או לא-כמו לאום).
* ההבחנה של אדם מתקיימת על בסיס השתייכותו לקבוצה מסוימת ולא לפי ערכו שלו.
* לא קיימת רשימה סגורה של הבחנות קבוצתיות. הפגיעה בכבוד האדם מתקיימת כאשר אדם מופלה על בסיס ההבחנות שהשימוש בהן משדר או עלול לשדר מסר פוגעני כלפי הקבוצה.
* **לעיתים נוכל להסתכל על תבחינים אלו משתי נקודות מבט-** האחת כמביעים מסר פוגעני אסור והאחרת בה נראה בהם תבחין ניטרלי שלא משדר מסר פוגעני.
* **ביקורת חוקתית** מתקיימת גם אם המחוקק לא נשען באופן גלוי על תבחינים אלו. לעיתים הבחנה ניטרלית לכאורה, מכסה בכוונה או בתום לב, הפליה קבוצתית.
* מצבים שבהם החקיקה היא שרירותית במובהק- היא יכולה להוות פגיעה בכבוד האדם. כאשר המחוקק מבקש להשיג מטרה ציבורית מסוימת (העשרת הקופה הציבורית למשל) באמצעות הטלת חובה או שלילת זכות של קבוצה אקראית באופן שרירותי, יש בכך, לכאורה, פגיעה בכבוד האדם.

האדם נתפס כאמצעי לשם השגת המטרה, תוך התעלמות מוחלטת ומופגנת מזהותו ומאפייניו.

**שוויון כרציונליות- שוויון אריסטוטלי מנהלי**

* משמש את ביהמ״ש לשם בחינת טענות לפגיעה בזכות החוקתית בשוויון.
* החלת ביקורת חוקתית על כל הבחנה בין בני האדם, על יסוד השאלה אם הבחנה זו היא עניינית- אינה מקיפה כראוי את הזכות החוקתית לשוויון:

**היא מרחיבה** מידי בגלל שמעבירה תחת ביקורת גם חקיקה שאין בה פגיעה בכבוד האדם.

**היא מצמצמת** מידי בגלל הפוטנציאל הטמון בה להכשרת הבחנות רלוונטיות אשר פוגעות בכבוד האדם.

* פגיעה בשוויון אינה אסורה בהכרח- ניתן להצדיקה לפי מבחני פסקת ההגבלה.

**פס״ד שדולת הנשים**

לבו של עיקרון השוויון הוא ביחס שווה אל שווים ומתן הזדמנויות שוות לכל.

**ההעדפה המתקנת** באה לאזן את הפער בין אוכלוסיות חלשות וחזקות. מתן הזדמנות שווה בנסיבות אלו יקיים רק שוויון פורמלי, אך לא יזמן לבני הקבוצה הנחותה סיכוי אמיתי לקבלת חלקן במשאביה של החברה.

**הערות:**

* התפיסה הישראלית- העדפה מתקנת/מקדמת מגלמת שוויון והיא חריגה מוצדקת מהזכות לשוויון.
* ההסבר כי העדפה מתקנת נועדה לגשר על פער ניכר בשוויון היכולת אינו הרציונל המרכזי. בד״כ ההנחה היא כי היכולות של חברי הקבוצות המופלות אינן נופלות מאלה של אחרים, והצורך בהעדפה מתקנת נוסע ממבנים חברתיים מפלים.
* כפי שמוסבר בפס״ד- ההפליה של נשים במשק מזינה את השרשתן של תפיסות חברתיות מעוותות. מכאן שהבחנה מקדמת לא נועדה להועיל רק בתחום הספציפי שבו היא עוסקת, אלא מטרתה היא לקדם שינוי בתפיסות חברתיות רחבות.

**פס״ד לוי**

עתירה נגד סעיף 19 לחוק תשלום קצבאות לחיילי מילואים ולבני משפחותיהם (2002) הקובע כי קצבה לפי הסעיף תוענק רק לחיילי מילואים שנפצעו מתחילת 1999.

**הרציונלים:**

1. התקציב המוגבל והעלויות המשוערות של החלת הוראות החוק על כלל חיילי המילואים.
2. חלוקת התקציב בין כלל חיילי המילואים תחמיץ את תכלית החוק שכן הסכום לו יזכו החיילים ושאריהם יהיה נמוך ביותר.

**השאלה:**

האם החוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון?

לא מאחר שזה לא נבע מהשפלה. השיקול המרכזי הוא כלכלי על מנת להיטיב עם כמה שיותר אנשים ולא לתת להם קצבה פעוטה שלא תעזור להם.

אם יוכיחו כי קביעת התאריך הייתה באופן שרירותי ולא בגלל התקציב אז עלולה להיות פגיעה בזכות.

**שיעור 15- 22/02/24**

**החופש בענייני דת ומצפון- מהות**

* **חופש הדת** הוא החופש לנקוט פעולות שדתו של אדם מחייבת (לקיים מצוות) ולהימנע מפעולות שהדת אוסרת.
* במקרים רבים כוללת גם מנהגים דתיים מובהקים גם אם אינם ציווי או איסור.
* **חופש מדת:** זכות שלא יכפו על אדם מטעמים דתיים פעולות או הימנעות מפעולות.
* **חופש המצפון:** החופש לנקוט פעולות שמצפונו של אדם מחייב, ולהימנע מפעולות שמצפונו אוסר.
* חופש הדת הוא זכות בסיסית ביותר, המקובלת לעיתים גם במדינות לא דמוקרטיות.
* סימן 18 לדבר המלך במועצתו, 1922: ״כל האנשים בא״י ייהנו מחופש מצפון מוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע, ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר נשמרים״.
* **כל שלוש הזכויות:** נתפסות כנכללות בזכות החוקתית לכבוד האדם.
* עם זאת, **אין עדיין ביקורת שיפוטית** על חוקים הפוגעים בהם.
* אולי בשל כך- ישנה **עמימות מסוימת בפסיקה** באשר ליחס בין הגדרת הזכויות, לבין ההצדקה לפגיעה בהן.
* **בפועל יש הגנה מיוחדת, כמעט מוחלטת (ביחס לזכויות האחרות), על חופש הדת:**
* מניעת דילמה מצפונית קשה בין ציות לחוקי המדינה לבין ציות לחוקים אלוהיים.
* עם זאת, רציונל זה פחות בהיבט של מנהגים דתיים שאינם מצוות או איסורים.
* לכללים דתיים יש אופי כללי שניתן לזהות בבירור, בשונה מנורמות מצפוניות אישיות.
* בישראל- ההגנה הרחבה קשורה גם למהות המדינה כמדינה יהודית.
* **חופש מדת- הגנת ״ביניים״: (יותר מחופש המצפון הכללי ופחות מחופש הדת)**
* עוצמת הפגיעה המצפונית כשנכפית דת היא מיוחדת.
* **דילמה ״חלשה״** יותר משום שאין מערכת חוקים האוסרת פעולה או הימנעות מפעולה שבסיסן בדת. זו לא אותה דילמה כמו בחופש הדת. הם לא נמצאים בדילמה בין חוק אלוהי אל מול חוק המדינה.
* חופש מדת לא נפגע כאשר הכלל בעל אופי דתי ייחודי, כלומר מבוסס על מצווה דתית אך הוא מהווה רציונל אוניברסלי או לאומי כללי. דוג׳: שבת כיום מנוחה. (לא נתפס כפוגע בחופש מדת, צריך יום מנוחה בכללי ומאחר שרוב האוכלוסייה הייתה בוחרת בשבת ניתן להכריע בנושא)
* חופש מדת נפגע גם כשהרציונל כולל שמירת מכנה משותף. דוג׳: כשרות ציבורית.
* עם זאת, אם יש רציונל ציבורי לפגיעה בחופש מדת, הרציונל הציבורי עשוי להיחשב תכלית ראויה לפגיעה.
* **הפגיעה המרכזית בחופש מדת בישראל-** בתחום של נישואין וגירושין- מוגנת ע״י שמירת הדינים.
* **שאלה:** האם מניעת תחבורה ציבורית בשבת פוגעת בחופש מדת?
* **שיקולים:**
* האם הרציונל הדתי מובהק? רבים יאמרו שאם זה לא חיוני לא צריך לגרום לאנשים מאמינים לחלל שבת.
* האם חופש מדת הוא זכות חיובית?
* גם בהנחה שהרציונל אינו דתי מובהק (אלא בא להגן על ציבור הנהגים) ושהחופש מדת אינו מקנה זכות לתחבורה ציבורית בשבת (לא זכות חיובית)- תיתכן טענה לפגיעה בשוויון למשל.
* **חופש המצפון (במקרים שאינם בגדר חופש הדת או חופש מדת)- הגנה חלשה יחסית:**
* ההגנה חלשה מאחר ואין מערכת כללים מצפוניים אובייקטיבית ידועה.
* **המשמעות-** כל אדם עלול להיות זכאי חוקתית לפעול או להימנע מלפעול כרצונו, לפי השקפותיו (למשל השקפות פוליטיות) והאינטרסים שלו.
* דרך ההתמודדות המעשית כוללת צמצום הגדרת המצפון המוגן, זאת על סמך כל מיני שיקולים שלא קשורים להגדרתו אלא להצדקת הפגיעה שלו.

**דוג: בג״ץ 7622/02 זונשיין נ׳ הפרקליט הצבאי הראשי-** ״טעמי מצפון״ העשויים להצדיק פטור משירות צבאי מתפרשים רק כשהסירוב לשרת הוא כללי ולא חלקי (סלקטיבי), למרות שהפגיעה המצפונית בהכרח שונה.

שיקולים אלו מדגימים את העמימות בין הגדרת הזכות לחופש המצפון לבין ההצדקות לפגיעה בהן.

(ציטוטים במצגת)

**פס״ד חורב (נסיעת מכוניות בשבת ברחוב)**

״ התחשבות ברגשות הדת.. היא שיקול כללי שמותר להתחשב בו בהפעלת סמכות שלטונית״.

״אמת המידה לביצוע הליך האיזון היא זו הקבועה בפסקת ההגבלה״.

בחברה דמוקרטית ניתן לפגוע בזכויות אדם רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים:

1. ההתחשבות ברגשות מתיישבת עם תכלית המדינה המונחת בחקיקה.
2. אין בהתחשבות ברגשות הדת משום כפייה דתית.
3. הפגיעה היא חמורה מעבר לרמת סיבולת ראויה.

הפגיעה ברגשות תיחשב למעבר לרמת הסיבולת הראויה אם מתקיימים התנאים הבאים:

1. הפגיעה היא קשה חמורה ורצינית.
2. ההסתברות להתרחשות הפגיעה היא ברמת הסתברות של קרוב לוודאי.
3. קיים עניין חברתי מהותי בהגנה על רגשות הדת ואורח החיים הדתי.
4. מידת בזכות הנגדית אינה מעבר למידה הדרושה.

* מבין האמצעים הפוגעים, יש לבחור באמצעי שפגיעתו היא הקטנה ביותר וביחס ראוי לתועלת.
* רגשות דתיים הם תכלית ראויה לפגיעה בזכויות חוקתיות – אך ההתחשבות בהם מוגבלת יחסית, ולא מוכרת זכות חוקתית לשמירת רגשות דתיים.

**פס״ד סולודקין**

* ״השאיפה להגן על רגשותיהם של אלו המבקשים שלא למכור בשר חזיר במקום מגוריהם היא תכלית ראויה התואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית....״
* איזון בין החופש מדת לשמירה על רגשות דתיים: התחשבות ברגשות הרוב, בכפיפות לפגיעה מידתית בחופש מדת- יכולת לרכוש בשר חזיר במקום סמוך.

**ההבדל בין מצווה/איסור דתי לבין רגש דתי- מחלוקת בין השופטים בפס״ד גור אריה**

* הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו הזמינה סרט שעסק בתושבי ישוב מצפה כרמים. הסרט יועד לשידור בשבת והמשתתפים בו היו דתיים. הם התנגדו לשידור בשבת וטענו כי השידור יגרום להם לקחת חלק בחילול שבת ובכך ייפגע חופש הדת שלהם.
* העותרים הסתמכו על פסיקתו של הרב שלמה אבינר (רב המקום) שאמר שתהיה המרא דאתרא של העותרים בגלל שעצם הופעתם בסרט המשודר בשבת יפרו עצמם את מצוות הדת גם אם השידור יתבצע ע״י אחרים.
* **השאלה:** האם נפגע חופש הדת או נפגעו רגשות דתיים.
* **חשיבות השאלה:** האיזון בין חופש הביטוי של הרשות השנייה, הכולל גם את עיתוי השידור, נעשה באופן שונה לחלוטין אם הוא מאוזן עם חופש הדת או עם רגשות דתיים.
* לכן יש להציב קו גבול בין פגיעה בחופש הדת לבין פגיעה ברגשות דתיים.

דעת הרוב: (ציטוטים במצגת)

* שידור הסרט בשבת לא פוגע בחופש הדת מאחר ואינו פוגע בחירותם להאמין ולפעול עפ״י אמונתם. אינו מונע מהם מלממש את כלליה ומנהגיה של אמונתם.
* העותרים טוענים לפגיעה בחופש הדת שלהם מצד המשיבים מאחר ופעולתם היא בניגוד למצוות הדת.
* רק פגיעה שאינה מאפשרת לפרט לקיים את מצוות הדת והאמונה שלו, או לנהל את אורח חייו כדתי תיחשב לפגיעה בחופש הדת.
* יש להבחין בין פגיעה ישירה באורח החיים של הפרט (המהווה פגיעה בחופש הדת שלו) לבין פגיעה ברגשותיו עקב מעשיו של אחר, שאינה מהווה פגיעה בחופש הדת.
* הפגיעה העומדת ביסוד טענת העותרים היא פגיעה ברגשות דתיים ולא בחופש הדת.
* **התוצאה:** (לפי מבחני הפגיעה)- קיימת וודאות לפגיעה ברגשות הדת של העותרים, אך הפגיעה היא לא עוצמתית ולא מערערת את רמת הסובלנות ההדדית במדינה.
* מסקנה שונה תביא לסיום שידורי הטלוויזיה בשבת, ובעקבות כך גם הרדיו. מה שלא יעלה בקנה מידה אחד עם רמת הסיבולת של הפגיעה ברגשות הדת בישראל כפי שהיא מקובלת כיום.
* האפשרות של פגיעה מסוימת ברגשות הדת היא מחיר שכל אדם שנמצא בחברה דמוקרטית צריך לשלם.
* יש מקרים שבהם אדם שיש לו קושי מיוחד להשלים עם הפגיעה ברגשות הדת יכול למנוע מעצמו את הפגיעה כמו במקרה שלהלן- יכלו להתנות מראש את השתתפותם בראיון בשידור ביום חול בלבד.

דעת המיעוט:

* ״תוכן ציוויי הדת נקבע על-ידי מורי ההלכה הדתיים״.
* ״ לא תינתן הגנה חוקתית לגישה קיצונית הרואה בכל פגיעה ברגשות דתיים בשל הפרת מצוות על-ידי יהודים משום פגיעה בחופש הדת של המאמין".
* הפגיעה יכולה שתהיה לא משנה מהי זהות עושה הפעולה האסורה, אלא אם הפגיעה האסורה נכפית על שומרי המצוות או שנמנע מהם קיום חיוב דתי. (לדוג׳ כאשר מפעל של אדם דתי מופעל בשבת מכוח צו חירום- עלולה להיות פגיעה בזכותו לחופש דת).
* "בענייננו שידור הסרט בשבת פוגע בעותרים לא בגלל פעולה של אחרים, גם לא בשם ערבות הדדית מטאפורית הקושרת את כלל ישראל. העותרים נפגעים ישירות כיוון שהם עצמם מופיעים בטלוויזיה ביום שבת. בכך הופכים הם גופם לשותפים בחילול שבת ועוברים בעת השידור, בניגוד לרצונם, על מצוות דתם".

איזון בין חופש הביטוי לחופש הדת- איזון אופקי:

* זהו האיזון המקובל.
* **מטרת האיזון האנכי (התנגשות בין זכות אדם לאינטרס ציבורי)-** נועד למזער את הפגיעה בזכות גם כאשר האינטרס הציבורי גובר עליה.
* **מטרת האיזון האופקי (התנגשות בין זכויות אדם)-** נועד להפחית ככל הניתן את הפגיעה בשתי הזכויות ע״י ויתור הדדי המאפשר את הגשמת שתיהן גם אם לא באופן מלא.
* **אם אין אפשרות לקיים את שתי הזכויות במקביל-** תגבר זו שתוצאת הפגיעה בה חמורה יותר.
* בענייננו- זכויות האדם המתחרות הן חופש הדת של העותרים וחופש הביטוי והקניין של המשיבים. הן אמנם שוות משקל אך הוויתור ההדדי אינו אפשרי מאחר ולחופש הדת כאן אין מרחב נסיגה והפגיעה בו היא מהותית.
* לעומת זאת בנסיבות המקרה למשיבים קיימת האפשרות לוותר על זכויותיהם ולשדר את הסרט ביום חול. וויתור זה מאפשר פגיעה שולית בזכותם.
* **הסיווג של הפגיעה כפגיעה בחופש הדת הוא שיוביל לקבלת העתירה (אם היו הולכים לפי דעתה של דורנר).**

**שיעור 16- 29/02/24**

**שבות וקיבוץ גלויות כעקרון יסוד של מדינת ישראל**

* עלייה יהודית וקיבוץ גלויות מבטאים את מהותה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי בהיבט הציוני. (אפילו יותר מכל מאפיין אחר של המדינה)
* למרות זאת, עד חקיקת חוק יסוד: הלאום ב-2018, העיקרון היה מעוגן בחוק רגיל- חוק השבות מ-1950.
* **בסעיף 5 לחוק-יסוד הלאום נקבע**: "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות".
* בשונה מסעיפים אחרים בחוק-יסוד הלאום, סעיף 5 כמעט שלא עורר מחלוקת.
* העדפה במדיניות ההגירה של קבוצה אתנית-לאומית מקובלת בדמוקרטיות רבות בעולם.
* במדינת ישראל ניתן להסביר את פתיחת המדינה לעלייה יהודית בכך שבמדינה **מוגשמת זכות ההגדרה העצמית**- לאומית של העם היהודי. זוהי זכות קיבוצית הכרוכה גם בזכותו של העם היהודי להעדיף את בני קהילתו על פני אחרים.

**חוק השבות**

* **חוק השבות-** שתוקן פעמיים בלבד מאז חקיקתו ב-1950, **מנוסח במידה רבה כנורמה חוקתית:** הוא כולל שישה סעיפים בלבד, שאחד מהם (ס׳5) הוא הוראת הסמכה להתקנת תקנות.
* **קיימת זיקה בין חוק השבות לבין ס׳5 לחוק הלאום-** שניהם מבטאים את אותו העיקרון.
* ישנן אינדיקציות שלכנסת הייתה כוונה להעניק בס׳ 5 **מעמד חוקתי לעיקרי ההסדרים הקבועים** בחוק השבות. עתה נדון בחוק השבות ובפירושים שביהמ״ש העליון נתן לו על רקע הימנעותה המכוונת של הכנסת להכריע בשאלות מהותיות שונות.
* עד 1970 הביטוי ״יהודי״ לא הוגדר בחוק השבות.

**החשיבות:** הביטוי גם לא מוגדר בחוק יסוד הלאום ולכן ייתכן שביהמ״ש יחזור לפירושים מלפני 1970.

* **פס״ד רופאיזן מ-1962:** פירוש ״חילוני״ ו״עממי״ של יהודי כמשמעותו בחוק השבות- יהודי שהתנצר אינו יהודי לצורך החוק.
* **פס״ד שליט מ-1969:** יהודי ביקש לרשום את לאום ילדיו כיהודים, אך סורב ע״י פקיד הרישום משום שבת זוגו (אם הילדים) לא הייתה יהודייה. העתירה התקבלה ברוב של חמישה אל מול ארבעה.

מרבית שופטי הרוב לא נזקקו לצורך הכרעתם לשאלה ״מיהו יהודי״, אשר לדעתם שאלה זו אינה הבעיה, אלא התבססו על ההיקף המצומצם של שיקול דעתו של פקיד הרישום.

* **בתיקון מ-1970 לחוק השבות הוגדר ״יהודי״-** מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר והוא אינו בן דת אחרת.
* במקביל לכך נקבע בתיקון כי ״הזכויות של יהודי לפי חוק זה (ולפי חוקים נוספים) מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי. להוציא אדם ״שהיה יהודי והמיר דתו מרצון״ וכי ״אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעה זכות... עודו בחיים או לאו ואם עלה אצרה או לאו״.
* **השופט אהרון ברק:** ״מתחת ידי המחוקק יצאה הגדרה סבוכה, אשר פותרת את המקרים הקלים הנופלים במסגרתה, אך היוצרת אזורים רחבים של חוסר בהירות ועמימות״.
* **חוסר הבהירות והמקריות- מכוונות.**
* **התוצאה-** העברת הכרעות ערכיות מהותיות לביהמ״ש.
* **הרכיב בהגדרת ״יהודי״- מי שנולד לאם יהודייה-** אינו כולל הגדרה מהותית ישימה.

כדי לדעת אם אדם הוא יהודי לפי רכיב זה צריך לעקוב אחר כל שושלת האימהות עד אינסוף- לא פרקטי.

* **פירוש הרכיב ״אינו בן דת אחרת״** בהגדרת יהודי בחוק השבות- שנוי במחלוקת.

ישנן 3 גישות שטרם נקבעה הלכה איזו מהן עדיפה לבחינת הרכיב:

1. מבחן הלכתי.
2. מבחן חילוני ליברלי דינמי.
3. מבחן המשפט הישראלי.

* בפועל, שלושת המבחנים לגבי בן דת אחרת, הובילו לשימוש באמת מידה דתית דומה להגדרת יהודים בחוק השבות. הם החליטו שחברים בקהילות דתיות המגדירות עצמן כיהודיות אך אמונתן כוללת **רכיבים מהותיים השאובים מהנצרות**- אינם נחשבים יהודים.
* הביטוי **"נתגייר"** בהגדרת "יהודי" בחוק השבות הוא עמום, ובמכוון.
* בתיקון 1970 לא נקבע כי הגיור יהיה "כהלכה".
* הכנסת לא נענתה למשאלות בית-המשפט העליון כי תבהיר את ההגדרה.  
   בסדרה של פסקי דין, בתהליך ממושך של עשרות שנים, נקבע:
* **גיור יוכל להיות מוכר גם אם אינו כהלכה** במובן האורתודוקסי, לרבות גיור קונסרבטיבי או רפורמי, ובלבד שנערך בקהילה יהודית- בחו״ל או בישראל.
* זה תקף לגרים שהיו חברים בקהילה בה התגיירו, וגם לאלו שהגיעו לקהילה במיוחד כדי להתגייר.
* **הוכר גם גיור אורתודוקסי ״פרטי״** שנערך בישראל בקהילה מוכרת.
* לבסוף **הוכרו גם גיורים לא אורתודוקסים** שנערכו בקהילה יהודית בישראל, ובלבד שמדובר במתגיירים אשר שהו בישראל כדין לפני הגיור, וזאת בכדי למנוע ניצול לרעה של הזכות למעמד מכוח השבות.

**קרובי משפחה לא יהודים של יהודים**

* חוק השבות מעניק בס׳ 4א את כל הזכויות של יהודי גם לילדים, לנכדים ולבני זוגם של היהודים גם אם היהודי לא עלה לארץ או נפטר.
* בשונה מהגדרת יהודי, ביהמ״ש העליון נוטה לפרש הרחבה זו של זכויות השבות **באופן תכליתי מצמצם**. זאת מטעמי שוויון בין אזרחים יהודים של המדינה לאזרחים לא יהודים.
* בעוד שמתן זכות שבות ליהודים שאינם אזרחי המדינה אינה פוגעת בשוויון, הרי שמתן זכות לאזרחים **יהודים בלבד** להביא לארץ במעמד של עולים את קרובי משפחתם- פוגע בשוויון בין אזרחי המדינה. מכאן הפרשנות המצמצמת של זכויות קרובי משפחה שלפיה הם יוכרו כזכאי שבות רק אם קשרו את גורלם בעם היהודי.
* מדינה לא חייבת לנהוג בשוויון כלפי מי שלא אזרח שלה, ורשאית לקבוע קריטריונים לקבלת האזרחות.

**חריגים לזכות לעלות לישראל**

* אשרת עולה לפי החוק תינתן לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל אלא אם גילה שר הפנים שהמבקש:

1. פועל נגד העם היהודי.
2. עלול לסכן בריאות הציבור או בטחון המדינה.
3. בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור.

* החריג המרכזי בפועל- עבר פלילי.
* ביהמ״ש **הקל עם המדינה** בפירוש החריג וברמת ההוכחה הנדרשת להחלתו:

1. די בראיות מנהליות ולא נדרשת הרשעה או הוכחה מעבר לספק סביר.
2. **לא נדרש** כי סיכון שלום הציבור ינבע אך ורק מהעבר הפלילי.
3. לצורך בחינת העבר הפלילי ניתן להתחשב גם בעבירות שבוצעו בישראל, אם בוצעו לפני הגשת הבקשה לקבלת אשרת עולה.

**הבדלים בין ס׳ 5 לחוק יסוד הלאום לבין חוק השבות**

1. **הגדרת הזכות-** ס׳ 5 לחוק יסוד הלאום אינו מקנה זכות אינדיבידואלית. חוק השבות מקנה ליהודים ולבני משפחתם זכות לעלות ארצה.
2. **הגדרת יהודי-** ס׳ 5 לחוק יסוד הלאום, כמו חוק היסוד בכללותו, אינו מגדיר יהודי. חוק השבות כולל הגדרה. **המשמעות**: ההכרעות הפרשניות של ביהמ״ש העליון באשר למשמעות ״יהודי״ לפי ההגדרה בחוק השבות, ובמיוחד לגבי פירוש ״נתגייר״ ולגבי התנאים להכרה בזכויות העלייה של קרובי משפחה של יהודים- **אינן חלות בהכרח** לצורך הגדרת עלייה יהודית בס׳ 5 לחוק יסוד הלאום.
3. **אזכור הדת-** לפי כותרתו של חוק היסוד וסעיפים מרכזיים בו, עניינו של חוק יסוד זה הוא ביהדות כלאום וכעם, **ודת מוזכרת בו בהקשרים שוליים בלבד**. לעומת זאת, הגדרת יהודי בחוק השבות מבוססת על ההלכה (אם יהודייה). נקבע בו כי בכל מקרה יהודי אינו יכול להיות בן דת אחרת והזכויות לפי החוק של קרובי משפחה של יהודים אינן נתונות לאדם שהיה יהודי והמיר את דתו מרצון.
4. **עלייה לחריגים-** ההסדר הקבוע בס׳ 5 לחוק יסוד הלאום לפי לשונו **אינו מסויג** וטרם הוכרע אם ניתן לפרש את הצירוף ״פתוחה לעליה יהודית״ **כמאפשר הטלת סייגים כלשהם** לעלייה או אם ניתן לסייג את ההסדר לפי הסעיף מכוח ״פסקת הגבלה שיפוטית״ משתמעת. לעומת זאת, הזכות לשבות לפי חוק השבות **כפופה לחריגים**, כולל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור.
5. **קרובי משפחה-** ס׳ 5 לחוק יסוד הלאום קובע כי המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות. לעומת זאת, חוק השבות מעניק את זכות השבות גם לקרובי משפחה של יהודים שאינם יהודים, ובלבד שלא היו יהודים והמירו את דתם מרצון.

**בעיות פרשנות של ס׳ 5 לחוק יסוד הלאום**

* **בפס״ד חסון- בעניין חוקיותו של חוק יסוד הלאום- כתבה הנשיאה חיות:**

הגישה לפיה חוק יסוד הלאום מקנה זכויות אישיות כלשהן אינה עולה בקנה מידה אחד עם לשון חוק היסוד, ההיסטוריה שלו ותכליתו. הוא אינו כולל הוראות אופרטיביות המקנות זכויות אישיות לפרטים בגלל השתייכותם ללאום מסוים. לא נכללת בו פסקת הגבלה ולא נכנסו אליו הוראות אשר הקנו זכויות אישיות. הכנסת עמדה על כך שהחוק הוא הצהרתי בעיקרו ונועד לצקת תוכן למרכיבי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

* עם זאת, פס״ד חסון דן בחוקיותם של שלושה סעיפים בחוק יסוד הלאום, שלא כללו את ס׳ 5 .
* לכן דברים אלה של הנשיאה חיות, ככל שהתכוונו לחול גם על ס׳ 5, הם בגדר אמרת אגב בכל הנוגע לסעיף זה.
* מכל מקום, ספק אם דבריה של הנשיאה חלים על פירוש הסעיף, שגם בגרסאותיו הקודמות, ובדומה לחוק השבות, לא העניק ״זכויות אישיות כלשהן לאזרחי המדינה היהודים״, ולכן גם **אינו נתפס כפוגע בשוויון.**
* הן לשונו של ס׳ 5 והן כוונתה של הכנסת, שאמנם הייתה לא להיכנס לדקויות, היו שהסעיף **יחייב מבחינה משפטית.**
* עם זאת, מהפרוטוקולים של דיוני הוועדה שדנה בהצעת חוק היסוד עולה כי חברי הכנסת לא התכוונו שסעיף 5 יביא לשינוי ההסדרים הקבועים כיום בחוק או יוביל לפסילתם. הוא לא יכריע בשאלות הנוגעות לפירוש חוק השבות או יחייב את שינוי הפירושים שהתקבלו ע״י ביהמ״ש העליון. בנוסף אינו מגביל את הכנסת בתיקון חוק השבות, ובלבד שיישמר העיקרון כי מדינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.
* ואולם, הסעיף בניסוח שהתקבל, ובמיוחד אי הכללת ההפניה לחוק השבות, ואי ההכללה בו של פסקת ההגבלה (אפשרות שנדונה בהרחבה בדיונים בוועדה)- **מעוררת בעיות פרשנות שונות**, שאין להן מענה מלא בלשון הסעיף או בכוונת חברי הכנסת:

1. **האם הסעיף קובע חובה משפטית למרות שאינו מקנה זכות אינדיבידואלית?**

נראה שהסעיף, אף שאינו נוקט לשון זכות, יכול להתפרש רק כקובע חובה- ציווי כי המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות- ולא הצהרה בלבד.

1. **פירוש עלייה**

ס׳ 5 אינו מגדיר עלייה. פתיחת הארץ לעלייה (השתקעות בארץ) אינה מחייבת בהכרח הענקת אזרחות לעולים. זהו גם המצב לפי חוק השבות.

1. **פירוש יהודית**

ס׳5 אינו מגדיר יהודית. גם אם הכנסת ראתה לנגד עיניה בעת ניסוח הסעיף את הגדרת יהודי בחוק השבות בנוסחו כיום, הרי שלא זו בלבד שמעליונות חוקי יסוד לעומת חוקים נובע שאין מפרשים חוק יסוד על סמך חוק רגיל.

בנוסף, אין בסיס להנחה כי הסעיף מבקש להעניק מעמד חוקתי על חוקי ולשריין את הגדרת היהודי כפי שהיא קבועה בנוסח הקיים של חוק השבות, ולמנוע את הרחבת ההגדרה בחוק.

**שאלה:** מדוע הרחבת ההגדרה ולא שינוי ההגדרה, כולל צמצום?

**תשובה:**

* צמצום הגדרת יהודי בחוק השבות לעומת מובן ״יהודית״ בחוק יסוד הלאום עשוי להוליד טענה כי הצמצום אינו חוקתי.
* לעומת זאת אין קושי להרחיב בחוק רגיל חובות או זכויות ביחס להיקפן בחוק יסוד.
* גם אם הכנסת תתקן את חוק השבות ותקבע בו במפורש כי יהודי לעניין החוק, ככל שהתגייר בישראל, הוא רק מי שהתגייר במסגרת מערך הגיור הממלכתי, התיקון לא ישפיע על פירוש יהודי בס׳ 5 לחוק הלאום.
* ייתכן לפרש יהודי בס׳ 5 לפי מבחנים לא הלכתיים כפי שחלק מהשופטים פירשו לפני הוספת ההגדרה לחוק השבות.
* פירוש יהודית בס׳ 5 לחוק היסוד **באופן מרחיב יותר** מהגדרת יהודי בחוק השבות (המבוססת על מבחן דתי), עשוי להיתמך גם בכותרת חוק היסוד ״ישראל- מדינת הלאום של העם היהודי״ וממכלול הוראות חוק היסוד המתמקדות בהיבטים לאומיים בעיקר ולא דתיים.
* עם זאת, כאמור, כל השופטים בביהמ״ש העליון נוטים בהיבטים מסוימים למבחנים דתיים להגדרת יהודי.
* גם הגדרה מרחיבה מזאת הכלולה בחוק השבות **אינה כוללת כל** ילד ונכד של יהודי, בן זוג של היהודי או ילדיו ונכדיו, שלפי חוק השבות מוקנות להם הזכות של יהודי.
* השאלה אם ס׳ 5 חל גם על קרובי משפחה של יהודים נוגעת לפירוש המושג פתוחה.
* **האם על ס׳ 5 חלה פסקת הגבלה שיפוטית משתמעת? נראה שלא:**

1. חזקה שפסקת הגבלה משתמעת אינה חלה כשחוק היסוד אינו מעניק זכות.
2. גם כשחוק היסוד קובע זכויות וגם כשהוא כולל פסקת הגבלה מפורשת, פסקת ההגבלה אינה חלה על הגדרת הזכות אלא על פגיעה בה בלבד. לכן **לא ניתן לשנות** את הגדרת החובה הקבועה בס׳5 לחוק יסוד הלאום המתייחס לעלייה יהודית- יהיה פירוש יהודית אשר יהיה, כפי שיוכרע ע״י הרשות השופטת.
3. **פירוש פתוחה**

* נראה שפתוחה אינו מחייב חובה מוחלטת וישנם חריגים אפשריים, ובלבד שלא תיפגע באופן מהותי החובה הכללית לקליטת יהודים במדינה.
* חוק היסוד **אינו מקנה** את הזכויות הנתונות לפי חוק השבות לקרובי משפחה, אלא ככל שהדבר נדרש לכך שהמדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית.

**שיעור 17- 05/03/24**

**הסדרה חוקתית של רשויות השלטון- כללי**

* **משפט חוקתי מוסדי-** רשויות השלטון הבסיסיות, בחירתן, חלוקת הסמכויות ביניהן (הפרדת רשויות), מתן מונופול לשלטון בעניינים מסוימים.
* **עקרון הפרדת הרשויות-** ריסונים ובלמים- כל אחת מהרשויות מאזנת ולפעמים בולמת את הרשויות האחרות. הגנה על השלטון הדמוקרטי.
* **האם קיימות הגבלות חוקתיות על חוקיות?**
* **עיגון חלקי בחוקי יסוד-** למשל דרישת החוקיות בפסקת ההגבלה.
* מעמד פרשני.
* **עיגון חוקתי מפורש להפרדת רשויות?**
* **ס׳ 1 לחוק יסוד הכנסת-** ״הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה״.
* **ס׳ 1 לחוק יסוד הממשלה-** ״הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה״.
* **ס׳ 1 לחוק יסוד השפיטה-** ״ אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נתונה בידיהם: ביהמ"ש העליון, ביהמ״ש המחוזי, ביהמ״ש השלום, ביהמ״ש אחר שנקבע בחוק כבית משפט.. סמכות שפיטה נתונה גם בידי אלה בית דין דתי, בית דין אחר, רשות אחרת והכל כפי שנקבע בחוק״.
* **פס״ד קוונטיסקי-** פסילת חוק בשל פגם בהליכי החקיקה, בהסתמך על הפרדת הרשויות. הדבר הושפע מההסדרה החוקתית של הליכי חקיקה בישראל.
* **בעניין בית הסוהר הפרטי-** מחלוקת האם ס׳ 1 לחוק יסוד הממשלה יכול לשמש בסיס לפסילת חוק המעביר סמכויות מובהקות של הרשות המבצעת לגורמים פרטיים. היו דעות חלוקות לשופטים ולא הכריעו בדבר.
* **אפשרות לעגן בכללים על חוקתיים (ע״ב הכרזת העצמאות או על בסיס אחר)-** בדומה לעמדתה של השופטת ברק ארז בפס״ד עילת הסבירות. אפשר לומר שעיקרון הפרדת הרשויות הוא בבסיס הדמוקרטיה, אם יחוקק חוק יסוד שיאפשר לפגוע בחירויות ויסמיך אחת מהן באופן גדול יותר- הוא פוגם בעיקרון.

**שיטת הבחירות לכנסת**

**ס׳ 4 לחוק יסוד הכנסת:** ״הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות לפי חוק הבחירות לכנסת, אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת״.

**ס׳ 46 לחוק יסוד הכנסת:** ״הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי ס׳ 4.. יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בראיה הראשונה, השנייה והשלישית״. **לעניין סעיף זה ״שינוי״- מפורש ומשתמע**.

כאמור אפשר לפרט את התנאים ובפועל רובם מפורטים בחוק הבחירות לכנסת.

**כלליות:** כל מי שעומד בדרישת החוק זכאי להצביע בבחירות.

**ארציות:** המדינה היא אזור בחירה אחד, ללא חלוקה לאזורים.

**ישירות:** בוחרים ישירות במפלגות ולא באלקטורים. (להבדיל מארה״ב)

**שוות:** שוויון בין הבוחרים (קול אחד לכל אחד) ובין המפלגות.

**חשאיות:** סודיות ההצבעה.

**יחסיות:** שיעור נציגי רשימה בכנסת יחסי לשיעור המצביעים עבורה.

**שינוי לעומת חריגה**

* ס׳ 4 מאפשר לשנות את חוק יסוד הכנסת ברוב חברי הכנסת (61 ח״כים).
* לאור הלכת בנק המזרחי שינוי צריך להיעשות בחוק יסוד.

**בקשר לחריגה:**

* בפועל הכלליות, הארציות, הישירות והחשאיות מוחלטות- אין חריגה בנושא זה.
* לעומת זאת יש חריגות מעקרונות השוויון והיחסיות:
* **שוויון-** למשל בהיבטים של מימון מפלגות וזמני השידורים של תעמולת הבחירות, אפשר לומר שחוץ מהפגיעה ביחסיות זה פוגע בשוויון בין המצביעים, כי יש מצביעים שקולם לא נחשב או כאלו שקולם נחשב יותר.
* **יחסיות-** אחוז החסימה.
* **הביטוי שינוי משתמע** אינו במובן המודרני אבל מתפרש לפי הכוונה: לא שינוי אלא חריגה היכולה להיעשות גם בחוק רגיל ובלבד שהתקבל ברוב חברי כנסת.

**שוויון הבחירות**

**מהו הדין כשחריגה משוויון הבחירות פוגעת בזכות לכבוד האדם?**

1. **גישה אחת-** בענייני בחירות רק חוק יסוד הכנסת חל (דרישת רוב חברי הכנסת) כנורמה הספציפית ולא חוק יסוד כבוד האדם. במקרים קיצוניים- הסדר המפר את הזכות החוקתית לשוויון ייפסל מכוח כללים על חוקתיים.
2. **גישה שנייה-** בנוסף לדרישת רוב חברי הכנסת חלה פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם. יש להתייחס לשני החוקים במקביל ולכן לא תתאפשר פגיעה בחוק בחירות גם בשוויון הבחירות וגם בכבוד האדם.
3. **גישה שלישית-** תוצאה דומה: בנוסף לדרישת רוב חברי הכנסת חלה פסקת הגבלה משתמעת. היא אינה מסתמכת על חוק יסוד כבוד האדם אלא מתבססת על פסקת ההגבלה המשתמעת של חוק יסוד הכנסת.

**ההבדל בין הגישה השנייה לשלישית-** השנייה חלה רק על פגיעה בשוויון כחלק מכבוד האדם, בעוד השלישית חלה על פגיעה בשוויון הבחירות בכללותו גם אם לא נפגע כבוד האדם.

**מהן בחירות שוות?**

**דעת הרוב בפס״ד אגודת דרך ארץ:** שוויון= שוויון מהותי (שוויון אריסטוטלי- לא מתייחסים לכולן באופן זהה) ולא זהה לחלוטין. **מותר להתחשב** במידה ראויה בשיקולים רלוונטיים המבדילים בין רשימות חדשות למפלגות גדולות קיימות. עקרון השוויון במובנו המהותי מופר רק כאשר שוללים מרשימה חדשה הזדמנות הוגנת להציג את עצמה ואת מצעה לפני הבוחרים.

**דעת המיעוט (השופט שמגר) בפס״ד דרך ארץ:** שוויון= שוויון פורמאלי, כלומר במידת האפשר- זהות מקסימלית. ״ אמת מידה בסיסית ופשטנית ככל האפשר, אשר הסטייה ממנה מחייבת הצעה של רוב חברי הכנסת״.

**הגבלות על זכות המועמדות לכנסת**

**ס׳ 7א לחוק יסוד הכנסת**

1. רשימת מועמדים לכנסת לא תכנס לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או אחד האנשים בה אחד מהתנאים:
2. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
3. הסתה לגזענות.
4. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור.

(א1) לעניין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת.

1. החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות- טעונה באישור בית המשפט העליון.

* **לפי חוק הבחירות לכנסת –** זכות ערעור לביהמ״ש העליון על החלטת ועדת הבחירות בעניין אישור או פסילה של רשימה לפי סעיף זה.
* **איזון בין ערכים:** מצד אחד – הזכות לבחור ולהיבחר, שהיא יסוד הדמוקרטיה.   
  מצד שני – שתי גישות:

1. **דמוקרטיה מתגוננת:** מניעת סיכונים לקיום המדינה ולערכי הליבה שלה כמדינה יהודית ודמוקרטית.
2. **תפקיד הכנסת כרשות שלטונית של המדינה:** הכנסת נועדה לקדם את טובת המדינה, את בטחונה, ואת ערכי הליבה שלה. כל חבר כנסת יפעל לאור השקפותיו לטובת המדינה ולקידומה – ובוודאי לא יחתור נגדה.

**בכל מקרה:** יש להיזהר ממצב שבו "מרוב חרדה לשמירת הדמוקרטיה ייהפכו עקרונותיה לתאורטיים גרידא, ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות, ובראשן הזכות לבחור ולהיבחר״ (הנשיא שמגר).

ניתן משקל גדול לזכות לבחור ולהיבחר. ולכן לא משנה לפי איזו גישה, הפרשנות והיישום של הסעיף צריכים להיות מאוד זהירים, והפסילות וההגבלות שמורות למצבי קיצון.

* **על רקע זה ישנה בעייתיות בהפקדת סמכות ההחלטה בידי ועדת הבחירות המרכזית:**

1. **הרכב הוועדה ושיקוליה הם פוליטיים**, במיוחד כשהחלטותיה מתקבלות בסמוך לבחירות ומושפעות באופן ישיר משיקולים אלקטורליים.
2. **חבריה אינם משפטנים** מלבד יושב ראש הוועדה שהוא שופט מכהן של בית-המשפט העליון.
3. **בקשות הפסילה אינן נערכות בדרך כלל ברצינות**, אינן מבוססות על ראיות מקיפות אלא בעיקר על אנקדוטות, ואינן נתמכות בטיעונים משפטיים מעמיקים.

הוצע להעביר את הסמכות לבית המשפט העליון או לחילופין לדרוש רוב מיוחס בוועדה.

**מבחנים המשקפים כל אחת משתי הגישות:**

* **דמוקרטיה מתגוננת – מבחן הסתברותי:** "מבחנים המתמקדים אך ברשימת המועמדים ובמועמד הבודד, ובהם בלבד, בלא כל קשר לאפקט שיש לכל אלה על החברה, עשויים להביא לפסילתן של רשימות קטנות אשר מטעמים שונים (כגון דת או תפיסה חברתית) שוללות את המשטר הדמוקרטי. מדוע למנוע מהן השתתפות בבחירות אם ברור לכול כי אין בכוחן להביא להגשמת מצען?" (הנשיא אהרן ברק בפסק-דין טיבי).

**למה למנוע מהמפלגות השוללות את המשטר הדמוקרטי של המדינה להשתתף בבחירות, אם ממילא ברור לכולם שהן לא יצליחו להגשים את מצען.**

* **תפקיד הכנסת כרשות שלטונית של המדינה – מבחן תוכני:**"אידאולוגיה הנשארת בגדר תאוריה או אידיאל בלבד, ושאינה מלווה בפעילות פוליטית שנועדה להביא להגשמתה, איננה עילה לפסילה... רשימת מועמדים תיפסל אם פעילותה הפוליטית מוקדשת בעיקרה לחתירה לפגיעה בערכים המוגנים" – גם אם אין הסתברות של ממש להצלחתה (השופטת דליה דורנר בפסק-דין טיבי).

**אידאולוגיה שלא מלווה במעשים שנועדו להגשמתה, אינה עילה לפסילת הרשימה. לעומת זאת רשימה שעיקר פעולותיה נועדו לפגוע בערכי המדינה, תיפסל גם אם אין לה סיכוי של ממש להצליח לעשות זאת.**

על-פי שתי הגישות – נדרשות ראיות חזקות ומשכנעות על מנת לפסול רשימת מועמדים.

**שיעור 18- 07/03/24**

**פס״ד פייגלין**

* העותר ביקש להתמודד בבחירות לכנסת.
* הוא לא גילה שבעבר הורשע בעבירות של המרדה והתקהלות אסורה, שבגללן ריצה עונש של מאסר בפועל במשך 6 חודשים (בעבודות שירות).
* ביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו 7 שנים מהיום שגמר לרצות את עונשו.
* בנוסף, הוא לא ביקש מיו״ר ועדת הבחירות לקבוע שאין קלון בעבירה שבה הורשע- זוהי בקשה שיש להגישה עד יום הגשת רשימת המועמדים.
* יו״ר ועדת הבחירות קבע ששמו של העותר יימחק מרשימת המועמדים מאחר וביקש את אבחון אי הקלון בעבירה רק לאחר שהוגשה בקשה ששמו ייפסל מהרשימה, ומשום שסבר כי יש בעבירה שביצע קלון.
* **דעת הרוב:** דחיית העתירה בגלל האיחור בהגשת הבקשה.
* **ביקורת:** איחור בהגשת בקשה, בנסיבות שלא מנעו בדיקה לגוף העניין, אינו מצדיק את שלילת זכות המועמדות של העותר.
* **בעניין הקלון-** חילוקי דעות:

**גישה אחת:** (ציטוט במצגת)

* ניסיון הכתבת מהלכי שלטון ע״י המרדה תוך כדי הפרת החוק אינו עולה בקנה מידה אחד עם היסוד הדמוקרטי שעליו מושתתת המדינה.
* מהות הקלון בהקשר פסילת מועמד לכנסת מתיישבת גם עם ס׳ 7א לחוק יסוד הכנסת המאפשר פסילת מועמד אם יש במעשיו משום שלילת קיומה של המדינה כדמוקרטית (גם אם הורשע בהם וגם או לא).
* שלילה זו משתקפת באי הכרת ריבונות העם, אי כיבוד שלטון החוק ובניסיונות לשנות את המדיניות הנהוגה.
* יש קלון, התנהלות שהובילה להרשעה הפלילית הייתה אנטי דמוקרטית, ההמרדה שבה הואשם היא לא רק עניין של הפרת חוק אלא שלילת יסוד דמוקרטי.

**גישה שנייה:**

* המרדה עשויה להוות קלון.
* פעילויות לגיטימיות כמו שביתות, הפגנות וכו׳ גם מבטאת את דעת המוחים וגם נועדה להשפיע על השלטון לשנות את מדיניותו, גם אם לעיתים ע״י שיבוש חיי היומיום.
* בנסיבות העניין אין קלון. אמנם העותר חצה את הגבול וגם קיבל את העונש הראוי, אך מאחר ופעילותו לא הייתה אלימה אין עמה משום עבירת קלון. בנסיבות אחרות פעילותו יכלה להיות אפילו חוקית. (רואים זאת אפילו בחומרת העונש- עבודות שירות- לא עונש לעבירות חמורות).
* בהסתמך על ס׳ 7א לחוק יסוד הכנסת, יש להפעיל את הכוח לפסול מועמד עפ״י ס׳6 **בצמצום ובדווקנות**, **רק במקרים קיצוניים ניתן להכתים בקלון את העבירה**, ומקרה העותר אינו נמנה עמם.

**הערה:**

לאור חשיבות הזכות, אם יש אפשרות מעשית להכריע לגוף העניין בנושא הנוגע לזכות המועמדות לכנסת- כפי שמתן פס״ד (גם אם ללא נימוקים) מראה, יש להגיע להכרעה.

**מהי ״הממשלה״?**

**ס׳ 1 לחוק יסוד הממשלה:** ״הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה״.

**מהי הממשלה?**

**אפשרות אחת:** הגוף המצומצם הכולל את ראש הממשלה והשרים, המתכנס בד״כ פעם בשבוע.

**אינדיקציות לדוג׳ בחוק יסוד הממשלה:**

* ס׳ 5א- "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים, ובממשלת חילופים – גם מראש ממשלה חלופי״.
* ס׳ 7א- ״משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך".
* ס׳ 13ד- ״משהורכבה הממשלה, תתייצב לפני הכנסת, תודיע על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים או תחומי הפעילות בין השרים, ותבקש הבעת אמון; הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם״.

**אפשרות שנייה:** לא רק הממשלה במערך המצומצם, אלא כל מערך משרדי הממשלה והתאגידים הציבוריים.

**אינדיקציות לדוג׳:**

* ס׳ 33ב- "סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו ... למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור״.
* ס׳ 34- "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת״.

אוביטר= אמרת אגב שמוסיפים לאמירה אך היא לא רלוונטית.

**רציפות הממשלה- שני היבטים: (ההחלטות תמיד תקפות אלא אם הממשלה ביטלה אותן)**

* **הממשלה כתאגיד-** החלטות הממשלה אינן מתבטלות רק בשל שינוי הרכבה.
* **רציפות גם בהיבט של ״ממשלת מעבר״-** גם כשלממשלה אין כבר את אמון הכנסת (התפטרה, הצבעת אי אמון, בחירות) **תמיד יש ממשלה.** אמנם לממשלת מעבר יש את כל סמכויות הממשלה הרגילות, אך ביהמ״שׁ פיתח הגבלות מסוימות על שיקול דעתה.

**ההיקף החוקתי העקרוני של סמכויות הרשות המבצעת**

**הסמכות הבסיסית- סמכות ביצוע:** ביצוע חוקים (קבלת החלטות אינדיבידואליות) ואחריות לנושאים אחרים הנתפסים כביצועיים, כדוגמת קביעת מדיניותה של המדינה בענייני ביטחון, חוץ וכלכלה.

בנוסף לכך:

1. **חקיקה ביצועית-** הסדרים משניים ולא ראשוניים.
2. **סמכויות בעלות אופי שיפוטי-** מחוץ למערכת ביהמ״ש ובתי הדין.

כאמור התיחום החוקתי מתבטא בפרשנות ובתחומים מסוימים כדוגמת זכויות האדם, אך יש גישות שונות בשאלה אם יש לו אופי על חוקי כללי.

**מינוי והעברה מתפקיד של שרים וראש הממשלה**

**שרים:**

בעקבות קבלת עתירה נ׳ מינויו של יוסי גינוסר שהודה בעבירות בקשר לפרשת קו 300 לתפקיד מנכ״ל משרד הבינוי והשיכון (בג״ץ 6163/92 אייזנברג נ׳ שר הבינוי והשיכון).

* נ׳ השר אריה דרעי וסגן השר פנחסי גובשו כתבי אישום בעבירות שחיתות.
* חוק יסוד הממשלה מסמיך את ראש הממשלה להעביר שר או סגן שר מתפקידו.
* זו סמכות **שבשיקול דעת ללא קביעת אמות מידה** להפעלת הסמכות.
* חוק יסוד הממשלה בנוסחו באותה התקופה, **לא קבע כל הסדר** הנוגע למינוי או להעברה מתפקיד של שרים או סגני שרים שמיוחסות להם עבירות פליליות: לא למקרה בו הורשעו ולא למקרה שבו הוגש כתב אישום וטרם ניתן פס״ד.
* **נקבע:** בהימנעות מהסדרה אין הסדר שלילי.
* את סמכות ההעברה מתפקיד יש להפעיל לפי כללי המשפט המנהלי וביניהם הסבירות.

אף שמותר להתחשב גם בשיקולים פוליטיים וכן בתפקוד השר או סגן השר. ככלל במקרה של העמדה לדין בעבירות חמורות, המשך הכהונה בתפקיד הוא בלתי סביר באופן קיצוני וחובה להעביר מהתפקיד.

* **חזקת החפות** אינה מונעת את הפסקת כהונתו של שר או סגנו, ובלבד שקיימת ראייה שבהתאם לנסיבותיה היא כזו שכל אדם סביר היה סומך עליה.
* **הגישה כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד** לא השתנתה גם לאחר שב2001 הוספה לחוק יסוד הממשלה הקביעה כי כאשר ביהמ״שׁ מרשיע שר בעבירה, עליו לקבוע אם יש בה אות קלון במתן פס״ד. (ציטוט מבג״ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ׳ רוה״מ).
* גישה זו חלה גם על שיקול הדעת במינוי או מהעברה מתפקיד של אנשים שהתנהגותם אינה הולמת גם אם לא הועמדו לדין.
* אותה גישה חלה גם על מינויים שקיבלו את אישור הכנסת. במקרים בהם ביהמ״ש יחליט כי החלטת ראש הממשלה לקתה בחוסר סבירות קיצונית, הוא לא יהסס להפעיל ביקורת שיפוטית. (ציטוט במצגת מפס״ד התנועה למען איכות השלטון נ׳ רוה״מ 1993/03).
* כך נקבע לפני כשנה גם בעניין בחירתו של אריה דרעי לשר במסגרת אישור הרכב הממשלה ע״י הכנסת (בג״ץ 8948/22 שיינפלד נ׳ הכנסת).

**בעיות**

* החלת הכלל של משפט מנהלי (סבירות) על סמכויות חוקתיות מובהקות- כולל מינויים של נבחרי ציבור הטעונים אישור של הכנסת.
* **אי התחשבות בכללי פסלות הקבועים בחוק יסוד כמגלמים הסדר שלילי-** הכנסת חשבה על ההיבט הפלילי וקבעה הסדר שלילי (מתי מפטרים אחרי שמישהו מורשע וכו׳). אם כן, למה קיים הסדר מפורט בתחום הפלילי אם מעבר להסדר זה יש חובה ממקור אחר.
* **הסדר שלילי-** שהחוק מסדיר איזשהו תחום מסוים וקובע בו הסדר. הרעיון אומר שבמקרים מסוימים המחוקק מתייחס לתחום מסוים- זה כל מה שהוא רוצה שייכלל באותו התחום.
* **אי התחשבות בחזקת החפות כמגלמת היבט של כבוד האדם, ותפיסה מצומצמת שלה כחלה רק על הרשעה:** הטלת סנקציות שלטוניות על אדם בגין מעשה שבמהותו הוא עבירה פלילית בשל החשש לאי אמון הציבור, פוגעת בזכותו לכבוד (ציטוט- 94/62- בג״ץ גולד נ׳ שר הפנים).

לעיתים מפטרים בן אדם טרם הרשעתו בשל הראיות המצטברות עד לנק׳ זמן זו (מכוח המשפט הישראלי, ביהמ״ש חשב שלא נפגעה הזכות), גם אם לא הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר, **משום שחוששים לאי אמון הציבור בנציג זה.**  
חזקת החפות אומרת שלא מרשיעים אדם או מטילים עליו סנקציות, אלא אם הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר.   
הרעיון הוא רחב יותר, השלטון לא צריך להתייחס לאדם כעבריין אלא אם יש ראיות לכך ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק ולא מפאת הסבירות.

* גם אם הפגיעה בכבוד האדם היא לתכלית ראויה ומידתית- **היא אינה בחוק או לפי חוק** מכוח הסמכה מפורשת בו.

**רוה״מ- בג״ץ 2592/20 התנועה למען איכון השלטון נ׳ היועמ״ש- פס״ד של הנשיאה חיות:**

**השאלה-** האם ניתן לבחור כראש הממשלה אדם שהועמד לדין בעבירות חמורות.

**מבחינת כשירות-** כן.

* ס׳ 18 לחוק יסוד הממשלה:

**ס׳ א-** ״הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון; החליטה הכנסת כאמור, יראו את הממשלה כאילו התפטרה עם קבלת ההחלטה״...

**ס׳ ד-** ״לא הועבר ראש הממשלה מכהונתו לפי סעיף זה ופסק הדין כאמור בסעיף קטן (א) נעשה סופי, תיפסק כהונתו של ראש הממשלה ויראו את הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק הדין נעשה סופי״.

**מבחינת שיקול הדעת-** כשירות לחוק ושיקול הדעת לחוד.

* ניתן לבחון רק את שיקול דעתם של חברי הכנסת, המבקשים להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים (לא נשיא המדינה, יו"ר הכנסת, או המועמד לראשות הממשלה).
* **המהות הפוליטית** הנגזרת מהחלטת רוב חברי הכנסת, היא שגוזרת את היקפה המצומצם של הביקורת השיפוטית לגבי החלטתם.
* לפיכך, למרות שבחינת שיקול הדעת של חברי הכנסת אפשרית, התערבות זו מוגבלת למצבים חריגים וקיצוניים בלבד, והמקרה הנדון אינו נמנה עימם.
* ההחלטה לבקש מהנשיא להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני היא החלטה הכרוכה **בהפעלת שיקול דעת פוליטי רחב**. היא נועדה לתרגם את דין הבוחר לכדי תמיכה באחד מחברי הכנסת לתפקיד ראש הממשלה, וזאת באמצעות רוב מתוך חברי הכנסת התומכים בבקשה.
* עניין זה מצוי בלב ליבו של ההליך הדמוקרטי. התערבות חיצונית בהליך זה יש בה משום פגיעה מהותית בעקרון הכרעת הרוב העומד בבסיס שיטת המשטר שלנו.
* מהותה הייחודית של החלטת חברי הכנסת היא המשרטטת את השוני וההבדל בינה לבין החלטות המתקבלות ע״י גורמים מנהליים, מתוקף סמכותם המעוגנת בחוק.   
  לדוג׳ הסמכות הנתונה לרוה״מ כגורם מנהלי בחוק יסוד הממשלה, אשר נדונה בהלכת דרעי פנחס למנות או להעביר שר מתפקידו.

**הערות:**

* ביהמ״ש לא הסתמך על ההסדר הספציפי בדבר כשרות ראש הממשלה שהורשע בפלילים.
* ההבחנה בין הלכת דרעי פנחסי, החלה גם על אישור שרים ע״י הכנסת, לבין בחירת ראש הממשלה אינה ברורה: קשה לומר כי רק בחירת ראש הממשלה היא עניין חוקתי (ולא עניין מנהלי) או כי רק בחירת ראש הממשלה היא עניין פוליטי.

**ראש הממשלה- הסדר ניגוד עניינים**

* **ניגוד עניינים-** העיקרון האוסר על מי שנמצא בתפקיד ציבורי להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא מעקרונות היסוד הקבועים בשיטתנו המשפטית.
* המציאות שבה ראש הממשלה מכהן בתפקידו בעת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות, היא מציאות חריגה המחייבת הקפדה יתרה על עקרון זה.
* לפיכך, נדרש הסדר ניגוד עניינים אשר יבטיח הן מבחינת קבלת ההחלטות בפועל והן מבחינת הנראות הציבורית, כי העניינים האישיים הנוגעים לכתב האישום שהוגש נ׳ ראש הממשלה, לא ישפיעו על תפקודו כראש הרשות המבצעת.

**הערות:**

* אין בפס״ד התייחסות לסוגיית הנבצרות- הוא לא אומר מה קורה אם יש הפרה של איסור ניגוד העניינים במצב מסוים. בד״כ הסעד המשפטי במצב זה היא לא הדחה.
* אכן אין זיקה הכרחית בין כהונה בתפקיד לבין אכיפת האיסור על ניגוד עניינים.

**שיעור 19- 12/03/24**

**סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה- מטרת הסעיף**

״הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת״.

מיהי הממשלה לצורך הסעיף (פס״ פדרמן נ׳ שר המשטרה).

**מטרת הסעיף (עפ״י לשונו):**

1. **אפשרות מצמצמת-** כשחוק מסמיך את המדינה אז הממשלה היא הרשות המוסמכת לפעול בשם המדינה.
2. **אפשרות רחבה-** הסעיף מהווה מקור סמכות לממשלה לבצע פעולות שאינן בתחום הסמכות של רשות אחרת.

האפשרות הנכונה- השנייה.

**הצורך בסמכות שיורית-** תחומי ביצוע רבים שאינם מוסדרים בחקיקה ספציפית. דוג׳: ענייני חוץ וביטחון.

**סכנותיה של סמכות שיורית:**

* פגיעה בהפרדת הרשויות.
* פגיעה בשלטון החוק.
* כתוצאה מכך- פגיעה בדמוקרטיה.

**מגבלות חיצוניות ופנימיות**

* הדרך לצמצום סכנות הסמכות השיורית- הגבלתה.
* לפי פס״ד של השופט חשין בעניין ועדת המעקב העליונה נ׳ רוה״מ יש שני סוגי מגבלות- חיצוניות ופנימיות.
* **מגבלות חיצוניות-** מקורן חיצוני ללשונו של ס׳ 32.
* **מגבלות פנימיות-** כלולות בלשונו של ס׳ 32.
* **המגבלה החיצונית על הסמכות השיורית-** הסמכות חלה על סמכות ביצוע.
* **לא כוללת סמכויות חקיקה-** לא ניתן להתקין מכוחה תקנות.
* לא כוללת סמכויות שפיטה.
* לא ניתן לקבוע מכוחה הסדרים ראשוניים.
* **מקורות המגבלה:**

1. ס׳ 1 לחוק יסוד הממשלה ״ הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה״.
2. עקרון הפרדת רשויות.

**מגבלות פנימיות על הסמכות השיורית**

1. חלה בכפוף לכל דין.
2. חלה על פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.

**בכפוף לכל דין**

* איסורים ומגבלות הקבועים בדינים אחרים- החלטה או פעולה מכוח ס׳ 32 לא יכולה לסתור אותה, היא כפופה לכל חוק אחר.
* זכויות האדם- ס׳ 32 אינו מקיים את הדרישה להסמכה מפורשת בחוק- לא ניתן מכוח הסמכות השיורית לפגוע בזכויות אדם. על מנת לפגוע בזכויות יש צורך להסמכה בחוק.

**פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת**

* **חוק המטיל את הסמכות על רשות אחרת-** אם סמכות מסוימת נתונה לרשות שאינה הממשלה, אין לממשלה סמכות מקבילה (שזה גם הרציונל). כדי שלא יהיה מצב ששום רשות לא תוכל לטפל בתחום מסוים נקבעה הסמכות השיורית.
* **חוק המטיל את הסמכות על הממשלה-** אם כבר נקבעה הסמכות לממשלה בנוגע לעניין מסוים, היא לא צריכה להסתמך על הסמכות השיורית אלא לפעול מכוח אותו חוק המסמיך אותה.
* **חוק הקובע הסדר שלילי-** כשחוק נותן מס׳ סמכויות לרשות מסוימת, אך לא נותן לה סמכות מסוימת נוספת באותו התחום מטעם הסדר שלילי- ניתן להפעיל רק את הסמכויות שניתנו. אם התחום נחשב כליבת עבודתה של הרשות, אין לפלוש אליו מתוקף הסמכות השיורית. (יש בעיית פרשנות רבה לכך).
* דוגמה לדיון בשאלה אם חוק קובע הסדר שלילי- פס״ד פדרמן נ׳ המשטרה.

**היועץ המשפטי לממשלה**

* **מבחינה ארגונית-** היועמ״שׁ הוא בעל תפקיד במשרד המשפטים, וככזה הוא נמנה עם הרשות המבצעת.
* **מבחינה מקצועית-** הוא עומד בראש השירות המשפטי של הרשות המבצעת, הכולל אלפי עובדים ומאורגן באופן היררכי.
* התפקיד הפך בישראל לרשות עצמאית מעין חוקתית.
* היועמ״ש **מחזיק בסמכויות** מכוח שורה ארוכה של חוקים ותקנות.
* למרות זאת, חלק ניכר מההיבטים העקרוניים הנוגעים לתפקידו, לדרכי מינויו ולהעברתו מתפקיד **אינם קבועים בחוק.**
* **הסמכויות המרכזיות של היועמ״שׁ:**

1. ראש התביעה הפלילית- בפרקליטות, במשטרה וברשויות תביעה אחרות.
2. מתן חוות דעת משפטיות וייעוץ משפטי.
3. ייצוג.

* חוות דעתו של היועמ״שׁ ומערך הייעוץ הכפוף לו מקצועית, הן בגדר ייעוץ כאשר חוות הדעת מצביעות על הדברים הבאים:
* קושי משפטי בלבד.
* מציעות לאמץ הסדר משפטי חדש.
* כוללות הערות בדבר מדיניות רצויה.
* מתייחסות לנושאים אתיים וערכיים שלפי חוות הדעת אינם מקימים חובה או איסור משפטיים.
* מסייעות לרשות המבצעת בניסוח הצעת חוק, הסכמים וחוזים.
* סיוע ביחסי חוץ ובתחומים רבים אחרים שהרשות המבצעת מופקדת עליהם.
* היועמ״ש מסייע לרשויות למלא את תפקידן ולהגשים את מדיניותן במסגרת החוק. לצורך כך עשוי להציע לנושאי המשרה המכהנים בהן חלופות שונות.
* נראה שעיקר תפקידיו בהיבטים שאינם נוגעים לאכיפת המשפט הפלילי, הם מסוגים אלו שניתן לראות כייעוץ משפטי במובנו המילולי.

**שיעור 20- 14/03/24**

**היועמ״ש- מחויבות הרשות המבצעת לפעול לפי עמדתו המשפטית**

* **התפיסה המקובלת על ביהמ״ש העליון-** גופי הרשות המבצעת חייבם לפעול בהתאם לעמדה המשפטית של היועמ״ש.
* **בעקבות דו״ח ועדת ארגנט (1960)-** ישנה עמימות מסוימת לגבי הממשלה: הממשלה בד״כ אמורה להתייחס לחוות דעתו המשפטית של היועמ״ש כמשקפת את החוק הקיים, אך עם זאת **רשאית לחרוג ממנה** ולפעול לפי שיקול דעתה.
* מרבית הסמכויות המנהליות **אינן נתונות לממשלה** אלא לרשויות אחרות נבחרות ומקצועיות.
* ערבוב בין שתי דרכים להצגת המחויבות:

1. חוות הדעת של היועמ״ש **(המהווה רשות אחת)** מחייבת את הממשלה ושאר הרשויות המנהליות (**שהן רשויות אחרות נפרדות).**
2. הייעוץ המשפטי הוא האורגן (הבסיס) של הרשות המבצעת בנושאים של פרשנות הדין הקיים. **הם לא רשויות נפרדות** אלא **בתוך הרשות המבצעת** הם האחראים לפרשנות משפטית.

* **היועמ״ש הוא חלק אינטגרלי (בלתי נפרד) של הרשות המבצעת**. היא אינה הלקוח שלו והוא אינו שומר הסף שלה.
* **מבחינה מעשית-** חוות דעתו של היועץ, גם אם נאמר בה כי הרשות חייבת לפעול/ אסור לה לפעול באופן מסוים**, אינה צו המחייב את הרשות** המבצעת כשם שצו ביהמ״שׁ מחייב אותה.
* ככל שבחוות הדעת של היועמ״שׁ נקבע שהדין הקיים מטיל על הרשות המבצעת חובה או איסור להחליט/לפעול בדרך מסוימת, **חוות הדעת קובעת את עמדת הרשות בעניין זה.**
* הדבר **אינו נובע** מכך שהרשות מחויבת לכבד את עמדת היועץ, אלא מכך שהיועץ הוא האורגן של הרשות בנושאים הנוגעים לפירוש הדין הקיים. (ראו פס״ד דרעי)

שורה תחתונה- על פי פסיקת בג"ץ, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי רשויות המנהל, וחוות דעתו מחייבת אותן – כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת. (מויקיפדיה)

**רציונלים**

1. **שיקול מקצועי-** הפקדת הסמכות לקבוע את עמדתה של הרשות המבצעת בשאלות משפטיות בידי היועץ, נדרשת כדי שהעמדה תיקבע על **יסוד שיקולים משפטיים מקצועיים**. (איש מקצוע)
2. **מניעת ניגוד עניינים-** הפקדת הסמכות בידי בעלי תפקידים ציבוריים תעמיד אותם **בניגוד עניינים** הנובע מרצונם לקדם את מדיניותם. זאת משום שאינם יכולים להכריע בשאלות משפטיות הנוגעות לסמכויותיהם ולחוקיות החלטותיהם מבלי להתחשב באינטרס האישי שלהם.
3. **אחידות-** ברשות המבצעת פועלות מאות רבות של רשויות מוסמכות. הפקדת סמכות הפרשנות המשפטית בידי האורגנים הנבחרים והמקצועיים של כל אחת מהרשויות, תוביל לכך **שלרשות המבצעת לא תהיה עמדה אחת בשאלות משפטיות**. באותן השאלות עצמן יפעלו גורמים שונים לפי עמדות שונות, **שאף עשויות להשתנות מעת לעת** עם חילופיהם של נושאי המשרה המכהנים בתפקידים. (אין אחידות, העמדות לא יפסיקו להשתנות).
4. **אין די בחובת ציות לפס״ד:**   
   ראשית, במקרים רבים **האילוצים של ההליך השיפוטי**, שבדרך כלל ההחלטות מתקבלות בו לאחר מעשה ולא תמיד מתאפשר סעד של השבת המצב לקדמותו או סעד אחר כלשהו, אינם מנביעים תוצאה שוות ערך להימנעות מראש מפעולה שלטונית שלא כדין.   
   שנית, **שיקולי משילות** מחייבים את ארגונה של הרשות המבצעת באופן שימזער פעולה שלא כדין, ללא תלות בשאלה אם החלטה זו ואחרת תובא לביקורת שיפוטית.

**טענת ״הגירעון הדמוקרטי״**

גירעון דמוקרטי הוא מצב בו מדינה או ארגון הם דמוקרטיים במידה מסוימת אך לא במידה הראויה. מצב זה יכול לנבוע מאכזבה מתפקוד המוסד החברתי המדובר.

* **קשה להבחין** בין פעולות של נבחרי הציבור לבין פעולות של אנשים שלא נבחרו (שעובדים במשרדם). בשל כך קשה ליישם בפועל את טענת הגירעון הדמוקרטי.
* **שלטון החוק אינו סותר את הדמוקרטיה,** ואם הרשות מאורגנת באופן שבמסגרתו גם נבחרי ציבור יפעלו בהתאם לסמכויותיהם, לא נראה כי ניתן לראות בכך גירעון דמוקרטי.

**פס״ד לביא (ציטוטים במצגת)**

* **עיקרון יסוד במשפט הציבורי-** החובה והאחריות להחליט מוטלת על מי שסמכות ההכרעה נתונה בידיו כדין.
* אם קיימת מניעה משפטית לרשות לקבל החלטה או לעשיית מעשה, ראוי שמחסום זה יוצג בפניהם **כחוות דעת משפטית.**
* חוות דעת זו **תחייב את הרשות** לפעול על פיה.
* היועמ״ש לא יכול לאכוף בעצמו את חוות דעתו, עליו לתת אותה לרשות המוסמכת בחוק והיא צריכה לפעול לפיה בעצמה.
* בפס״ד זה, החלטת היועמ״ש שהממשלה לא צריכה לדון במועמדותו של לביא, פסלה את סמכותה של הממשלה ומנעה ממנה לקחת אחריות ציבורית הנלווית להחלטה שלא למנות אותו.
* היועמ״ש היה צריך להניח בפני הממשלה את חוות דעתו, לתת לה לדון בכך ולפרסם את הודעתה הרשמית- **שתתבסס בהכרח על חוות דעתו, אך תוכל להוסיף על כך דברים.**

״מכל מקום, קביעתו של היועץ המשפטי בנסיבות העניין שלפנינו ולפיה הממשלה מנועה מלדון במועמדותו של העותר, יצרה מצב בלתי רצוי שבו לא ניתנה לרשות המוסמכת ההזדמנות להפעיל בעצמה את סמכות ההחלטה המסורה בידיה. אחת התוצאות הנלוות לכך הייתה כי העתירה שלפנינו הופנתה ישירות כנגד חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, ולא כנגד החלטת הממשלה שהיא הגוף המוסמך בחוק למינוי מנהל המינהל״.

**הערות:**

* ככל שהדין אוסר על הממשלה (לפי עמדת היועמ״שׁ) לקבל החלטה מסוימת- זוהי עמדת הממשלה ואין מקום לדון בקבלת החלטה אסורה.
* אין בסיס להניח כי העניין יגיע לביהמ״ש. על היועמ״ש להבטיח כי לא יתקבלו החלטות לא חוקתיות.
* אם נטען בפני ביהמ״שׁ כי קבלת ההחלטה מותרת, הוא יכול לחייב את הממשלה לדון בעניין.

**בית המשפט ציין:** "שקלנו בשעתו האם אין מקום לקבלת העתירה במובן זה שמועמדותו של העותר תובא בפני הממשלה, אשר מצידה תהיה מחויבת לחוות-דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה כל עוד בית-משפט זה לא יפסוק אחרת בנסיבות המקרה. אילו סברנו כי איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים לעניין עשוי היה להוביל בסופה של דרך לתוצאה שונה בעניינו של העותר, היינו נוהגים כן".

**הערות:**

הדברים נכונים גם לגבי הממשלה וגם לגבי היועמ״ש שהוא האורגן המשפטי שלה. אין טעם וגם לא ראוי שהממשלה תדון בחלופה להחלטה בלתי חוקית:

1. **אם תתקבל החלטה שאינה כדין** – היא תהיה חסרת תוקף.
2. **אם תתקבל החלטה שאינה כדין –** אם לא תוגש עתירה, ההחלטה עלולה להתבצע (אלא אם היועמ״ש עצמו יגיש עתירה(.
3. **ביהמ״ש אינו חלק מהליך קבלת ההחלטה.** אין לקבוע הליך שיחייב הגשת עתירה.
4. אם היועמ״שׁ יכול למנוע בחוות דעת מחייבת ביצוע החלטה שאינה כדין – לשם מה הדיון בממשלה?
5. ייתכן שהחלטת הממשלה חרגה לפי דוח ועדת אגרנט. אך בפסק הדין נכתב כי חוות דעתו של היועמ״שׁ "תחייב (את הגוף המחליט) בקבלת ההחלטה שהסמכות לה מסורה בידיו״, ולא צוין כי הדין שונה באשר לממשלה.

**היועמ״ש מונופול הייצוג**

* ליועץ יש בלעדיות בייצוג הרשות המבצעת בביהמ״שׁ.
* ייצוג ע״י עו״ד אחר טעון בהסכמת היועמ״ש.
* היועץ יכול לבקש מביהמ״שׁ, כנציג הרשות, לפסוק לפי עמדתו ולקבל עתירה המוגשת נגדה.
* **הבלעדיות נועדה לתמרץ** את נושאי המשרה הנבחרים והמקצועיים ברשות המבצעת **לפעול בהתאם לחוות הדעת** המשפטית של היועמ״שׁ.
* **הפירוש של ס׳** 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל הדין), תשי״ח 1958, **אינו נכון.**
* **גישה מוצעת:** ניתן לתת אפשרות לייצוג נפרד בביהמ״שׁ של עמדת הנבחרים מהרשות המבצעת אם היא שונה מעמדת היועמ״שׁ. אמנם עמדת הרשות המבצעת אמורה להיקבע ע״י היועץ, אך לא נובע מכך שאין לה זכות לעתור כנגדה.

**הרשות השופטת**

**מהי שפיטה**

* חוק יסוד השפיטה אינו מגדיר ״שפיטה״.
* ככלל- ההכרעה בסכסוכים מתבססת על כללים משפטים.
* בפועל לביהמ״ש יש גם סמכויות מסוגים אחרים כמו סמכויות אישור, שאותן הם מפעילים לפי כללים משפטיים.
* סמכויות שפיטה קיימות לא רק לרשות השופטת:

1. **לכנסת-** נטילת חסינות, ועדת אתיקה.
2. **לרשות המבצעת-** בתי דין מנהליים, בתי דין משמעתיים וכו'.

**בתי המשפט ובתי הדין**

* **מערכת ביהמ״ש-** בעלת סמכות שפיטה בעניינים פליליים, אזרחיים, מנהליים וחוקתיים.
* **בימ״ש השלום ובימ״ש לתעבורה-** ערכאה ראשונה.
* **ביהמ״ש המחוזי-** ערכאה ראשונה וערכאת ערעור.
* **ביהמ״ש העליון-** ערכאה ראשונה (בג״ץ) וערכאת ערעור.
* **בתי משפט מתמחים**- הם סוגים של בימ״ש השלום/מחוזי, אך זה הליכים נפרדים: בימ״ש לענייני משפחה, לעניינים מקומיים, תביעות קטנות וכו׳.

**ביהמ״ש הגבוה לצדק- היחיד שסמכויותיו קבועות בחוק יסוד (ס׳ 15 לחוק יסוד השפיטה).**

אין הגבלה לסמכויותיו של בית משפט זה לפי סעיף קטן ג׳.

סעיף קטן ד׳:

* בשל העיגון בחוק יסוד- לא ניתן להגביל סמכותו בחוקים.
* זו ערכאה ראשונה, **ללא זכות ערעור.**
* **צורך בצו על תנאי-** לתת אישור להגשת העתירה.
* **אין שמיעת ראיות-** בתאוריה השופטים רשאים לשמוע אך לא חייבים לעשות כך מפאת חוסר זמן, הוא דן על סמך תצהירים בלבד.
* יש לו **שיקול דעת** אם לדון במקרה.
* **אפשרות לתקיפה עקיפה בערכאות אחרות** (דוג׳ ע״א בנק המזרחי).

**עקרונות יסוד בחוק יסוד השפיטה**

* **אי תלות- ס׳ 2:** ״בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין״.
* **פומביות הדיון- ס׳ 3:** ״ביהמ״ש ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם ביהמ״ש הורה אחרת לפי חוק״.
* **ערעור- ס׳ 17:** ״פס״ד של ביהמ״ש בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פס״ד של ביהמ״ש העליון״.
* **משפט חוזר- ס׳ 19:** ״בעניין פלילי שנפסק בו סופית ניתן לקיים משפט חוזר בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק״. (מותר רק לנאשם ולא לתביעה לדרוש זאת)
* **הלכה פסוקה- ס׳ 20:** ״(א) הלכה שנפסקה בביהמ״ש תנחה בי״מ של דרגה נמוכה ממנו. (ב) הלכה שנפסקה בביהמ״ש העליון מחייבת כל בית משפט, זולת ביהמ״ש העליון״.

**בחירת השופטים**

**ס׳ 4 לחוק יסוד השפיטה-** הוועדה לבחירת שופטים, הרכב הוועדה.

(א) מינוי שופט יהיה בידי נשיא המדינה, זאת לפי החלטת הוועדה.   
(ב) פירוט חברי הוועדה- 9 חברים: נשיא ביהמ״ש העליון, 2 שופטים אחרים של ביהמ״ש העליון, שר המשפטים, שר נוסף מהממשלה, 2 חברי כנסת, 2 נציגי לשכת עו״ד. שר המשפטים יהיה יו״ר הוועדה.

**חוק בתי המשפט תשמ״ד 1984-** ייצוג נשים:

ס׳ 6 (3א)- מינוי

״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;״