**משפט חוקתי – שיעור 1 – 31.10.11**פרופ' אריאל בנדור [Ariel.bendor@biu.ac.il](mailto:Ariel.bendor@biu.ac.il)  
  
**\*מתכונת הקורס –**   
- משיעור לשיעור יש רשימות קריאה – יופיעו באתר "תקשוב" בתור קישור.  
- הגשה של עבודת בית אחת – בחירה מבין שתי עבודות – יופיע ב"תקשוב". מומלץ להגיש את הראשונה (21.11.11 או 12.12.11). לקראת כל אחת מהעבודות יתקיים שיעור תרגול – הדרכה – שרית רייך, שלישי בין 11 ל1. גם לאחר החזרת העבודה תתקיים פגישה ותסביר איך העבודה הייתה צריכה להיכתב.  
- דרכי תקשורת – מיילים, בנוסף אפשר לקבוע דרך המייל פגישה (המשרד נמצא בבניין 305). אפשר להתכתב גם עם שרית.

במובנים רבים יש לישראל חוקה, כי יש לנו חוקי יסוד. לחוקי היסוד יש עליונית ע"פ חוקים אחרים.פס"ד החשוב ביותר הוא בנק המזרחי – הכיר במעמד של חוקי היסוד במעמד של חוקים שיש בחוקה.  
  
משפט חוקתי גם היה לפני פס"ד של בנק המזרחי וזאת משום שמשפט חוקתי לא עוסק בהכרח בחוקה אלא בתחום מסוים – יש לו תוכן מהותי. למשפט החוקתי שני תחומים מרכזיים:

1. רשויות השלטון והיחסים ביניהם, איך הן נבחרות, מהי חלוקת הסמכויות, מה היחס בין הרשות המבצעת למחוקקת לשופטת, דת ומדינה, אזרחות, מעמד עובדים זרים, חוק השבות וכו'.
2. זכויות האדם – חוק יסוד: האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. זכויות האדם קיימות בין אם יש חוקה ובין אם אין חוקה. לפני 92' זכויות האדם לא היו קבועות בחוקי יסוד אלא בחוקים רגילים. בעבר זכויות האדם היו נשפטות לפי משפט מקובל (common law).  
   חופש העיסוק במקורו בא מהמשפט המקובל.המשפט החוקתי בעצם קיים בכל מדינה.

פס"ד שניתן בשנות ה-90, פס"ד דנילוביץ, הומוסקסואל, שדרש לקיים לגבי בן זוגו הטבות שדיילים שיש להם בני או בנות זוג מקבלים, חב' לאל-על לא הסכימה והוא הלך לבג"צ ובג"צ קיבל את העתירה. הנושא הוסדר כבר בכנסת והמשפט לא היה אקטיביסטי, החוק בנושא קובע כי בכל מיני דינים שקשורים לעבודה ותנאי עבודה אסור להפלות בגלל נטייה מינית.   
  
רוב העקרונות של המשפט נשענים על המשפט החוקתי. למשל במשפט הפלילי יש דברים ש"סותרים" את המשפט החוקתי, נגיד שעוצרים בן אדם פוגעים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אבל בחוק גם רשום כי פגיעה בחוק אפשרית ע"י סמכות הכתובה בחוק אחר, למשל אם בן אדם עשה מעשה פלילי אז מותר לעצור אותו.

**מודל/תיאוריה איך בנויה שיטת המשפט – הפירמידות של הנורמות והמוסדות  
(הומצא ע"י משפט יהודי בשם הנס קלזן, משפטן במחצית הראשונה של המאה הקודמת):**

מודל המתאר את העקרונות האוניברסאליים שעל פיהם עובדות שיטות משפט, לא של מדינה מסוימת. שיטת משפט של כל מדינה צריכה להיות מבוססת על עקרונות מסוימים, מוצג במודל.  
נורמה משפטית – כלל שניתן לאכיפה ע"י המדינה. למשל: חוזה, קשור למדינה כי המדינה נותנת שירותים לאכיפת החוזה. צוואות, רישיונות, תקנות, סמכויות, כפיפויות.  
  
מהו מוסד? לעניינו, הכוונה לאדם או לגוף שמוסמך ליצור נורמות. דוג': הכנסת היא מוסד כי היא יוצרת כללים, אם חוזה הוא נורמה אז כל בגיר ולפעמים קטינים הם מוסדות, רוב השרים בממשלה הם מוסדות כי יש להם סמכות ליצור נורמות, לתת זיכיונות וכו'.  
אין בהכרח חפיפה בין מוסד לישות פיזית מסוימת. אדם מסוים יהיה כמה מוסדות, נדע איזה מוסד הוא לפי הנורמה שהוא נתן.

למשל: ביבי נתניהו מהווה מס' מוסדות:

1. הוא אורגן (מפעיל מוסד) בעצם היותו ראש הממשלה, ואחת הסמכויות שנתונות לו היא הסמכות להעביר מתפקידם שרים ולפטרם. נתניהו הוא גם מוסד אחר
2. הוא גם שר הבריאות כי ככה הכנסת קבעה, יש לו סמכויות שלא קשורות לכך שהוא ראש הממשלה אלא מתוקף תפקידו כשר הבריאות.
3. ביבי נתניהו הוא גם חבר כנסת, ויש לו סמכויות כחבר כנסת, למשל משתתף בהצבעות על חוקים וכו'.
4. ביבי נתניהו הוא גם אדם פרטי והוא יכול לחתום על חוזים בחייו הפרטיים, יכול לכתוב צוואה למשל.

במצב כזה שאדם הוא מס' מוסדות צריך לפרש ולהבין בתור איזה מוסד אדם פעל.   
קשור באופן ישיר לליבת המשפט החוקתי, ואלה הן שתי הסמכויות המרכזיות של הכנסת: הפן המוכר יותר הוא הכנסת כרשות מחוקקת, ופן השני שלה היא מחוקקת חוקי יסוד ובעתיד תכונן חוקה מוגמרת היא פועלת כאסיפה מכוננת (מי שקובע ומתקן את החוקה).   
  
תופעת התאגיד מאפיינת את המדינה המודרנית – יש בכנסת למשל רציפות, לא מבטלים כל שני וחמישי את החוקים. ראש הממשלה הוא תאגיד, בעל אורגן אחד, יש רציפות. אם נתניהו מחליט החלטה כראש ממשלה החלטתו עומדת בתוקף גם אם נבחר ראש הממשלה אחר (אלא אם ראש הממשלה החדש יבטל את החלטת נתניהו).  
גם אם תאגיד מופעל ע"י איקס, ואותו איקס מוחלף, אין זה אומר שמה שהיה מקודם בטל ומבוטל.  
אחד המאפיינים המובהקים של מדינה מודרנית היא מדינה שבה התאגידים הגדולים אינם מופעלים ע"י אדם מסוים וברגע שהוא עוזב הכל משתנה, אלא יש רציפות.

את כל הנורמות והמוסדות אפשר לארגן בשתי פירמידות נפרדות.  
כל נורמה ניתן למקם במוסדות, וההפך. אין פירמידות אוניברסאליות, זה תלוי ומשתנה ממדינה למדינה. כל אחת מהפירמידות מבוססת על שלושה עקרונות שיש להן תוקף אוניברסאלי שעל פיהן אפשר לקרוא לשיטה, שיטת משפט:

**2.11.11**

**פירמידת הנורמות** –

1. היררכיה – נורמה אחת גבוהה מהשנייה, שתי הנורמות נמצאות באותן המקומות.כל נורמה משפטית תקפה (שהמדינה יכולה לאכוף אותה) חייבת להיווצר מכוח נורמה שדרגתה ההיררכית גבוהה יותר. אם אנחנו בודקים תקנות ששר התקין ורוצים לדעת אם הן מחייבות צריכים לראות אם יש נורמה שדרגתה ההיררכית יותר גבוהה (החוק) שהסמיך את אותו שר להתקין את התקנות שהוא רוצה להתקין.   
   חריג הכרחי – בסופו של דבר יש את הנורמה הגבוהה ביותר שלא נוצרת מכוח של נורמה אחרת גבוהה יותר. בכל מדינה יש נורמה אחת או כמה שהיא הכי גבוהה והיא לא נוצרה מנורמה אחרת. אז מכוח מה היא נוצרת? מכוח הנורמה הבסיסית. **נורמה בסיסית** – היא לא נורמה משפטית ולא נמצאת בפירמידה עצמה, נורמה כזו היא מצב של כוח. למשל: הנורמה המשפטית העליונה בישראל היא הכרזת העצמאות, היא לא התקבלה ע"י מוסד מוסמך אלא ע"י מועצת האדם בראשותו של בן גוריון. לא פעלו מתוך סמכות משפטית.   
   לפעמים יש מצבים שהם לא ברור האם הנורמה הגבוהה יותר הסמיכה את הנורמה הנמוכה יותר. המוסד המוסמך להכריע בשאלות כאלו הוא בית המשפט, הרשות השופטת.  
   הנורמה הבסיסית בישראל היא הציות למועצת העם. העם קיבל על עצמו את הכרזת העצמאות והוא פועל על פיה. כיצד ייתכן כי הנורמה הבסיסית שלנו עד היום מקורה בהכרזת העצמאות, בתקופה של הבריטים, ואפילו קצת מתקופת הטורקים? למה נשארו חוקים מתקופת המנדט הבריטי? כי עם הכרזת העצמאות היינו צריכים חוקים ומטעמים פרקטיים בחרה הממשלה הזמנית להשאיר את החוקים הבריטים עד שיחוקקו חוקים אחרים, בנוסף חוקים אלו היו החוקים שעורכי הדין באותה העת הכירו. כל עוד הכנסת לא מבטלת את החוק והחוק לא סותר את עצם הקמתה של מדינת ישראל, למשל הספר הלבן שהגביל את העלייה, החוקים יישארו באופן זמני החוקים של הבריטים.
2. חל במקרים של סתירה בין שתי נורמות משפטיות. המשפט של מדינת ישראל הוא מעשה ידי אדם ויכולות להיות סתירות בין הנורמות. כאשר יש סתירה בין הנורמות ולא ניתן לפרש את הסתירה כמשהו שמתיישב אחת עם השנייה, אם כל אחת נמצאת ברמה אחת בפירמידת הנורמות אז הנורמה ברמה הגבוהה יותר גוברת. לעיתים יכול להיות מצב כי דווקא הנורמה הצודקת כי הנורמה הנמוכה יותר אבל חייב להיות ארגון במשפט. דוגמא: נניח שאדם פונה למשפחת פשע ומזמין רצח של אדם אחר וחותם איתם חוזה בדיוק לפי כל הכללים של דיני חוזים, כביכול אין פה בעיה משפטית כי זה לפי דיני חוזים. משפחת הפשע לא מבצעת את החוזה והאדם הולך לבית המשפט. בית המשפט בבעיה – מצד אחד יש חוזה כדין, מצד שני יש את חוק העונשין אומר כי אסור לרצוח. פונים לפירמידת הנורמות וע"פ הפירמידה החוק נמצא גבוה יותר מהחוזה, לכן מעדיפים את החוק. בית משפט יכול לפסוק חוק במידה והנורמות סותרות אחת את השנייה והאחת גבוהה מהשנייה, למשל בית המשפט רשאי לפסול חוק שסותר חוקי יסוד (יש הטוענים כי חוק יסוד הוא בעצם חלק מהחוקים ולא נמצא בדרגה גבוהה יותר מחוק אחר).  
     
   **קריאה** – קטעים בנק המזרחי נגד מגדל (בפרק חוקי יסוד) – רק את אהרון ברק.  
     
   **7.11.11**  
     
   **מה קורה כאשר יש סתירה בין שתי נורמות שהן באותה הדרגה?**  
   לפעמים זה בכוונה ולפעמים זה בטעות.  
   יש שני כללים בנושא, הכללים הם לא מוחלטים אלא הם כללי עזר. חלים רק כאשר אין היררכיה בין הנורמות.  
   א) **עדיפה הנורמה הספציפית**. כאשר מדובר בשתי נורמות ואחת מהן עוסקת בנושא כללי והאחת בנושא יותר ספציפי, נעדיף את הנורמה שעוסקת בנושא הספציפי. ההנחה היא כי אם הנורמה הספציפית קבעה משהו, היא מתאימה יותר לאותו העניין מאשר הקביעה הכללית. למשל בדיני עונשין כתוב כי מי שרצח יקבל מאסר עולם חובה, אבל יש אחר כך פירוש שקטין למשל העונש המקסימאלי לגביו הוא מאסר עולם, לא חובה.  
   לגבי קטינים למשל יחול הסעיף שעוסק בקטינים, ולא מסתכלים על החוק הכללי.  
   ב) **עדיפות הנורמה המאוחרת**. מה קורה שהנורמות הן ספציפיות באותה המידה? המאוחרת היא הקובעת.

לדוג' חוק העונשין – עונשו של קטין שמבצע רצח בכוונה תחילה הוא מאסר עולם, לא חובה.  
נגיד שהכנסת תחוקק אח"כ חוק שעוסק בקטינים והיא תקבע כי עונשו של קטין המבצע רצח בכוונה תחילה יהיה עד 10 שנים.   
שני החוקים עוסקים בקטין שמבצע רצח בכוונה תחילה. ספציפיים באותה המידה.

1. היררכיה יכולה להצטייר בסולם/פירמידה. ככל שאנחנו יורדים בהיררכיה ככה יש לנו יותר נורמות, אז הפירמידה בעצם צריכה להיות בעלת בסיס מאוד רחב. איך זה קורה?  
   ככל שאנחנו יורדים הנורמות הן יותר ספציפיות, הנורמות בדרגות הנמוכות מבצעות את אלו שבדרגות הגבוהות יותר. הכרזת העצמאות היא מאוד כללית, חוקי יסוד פחות, חוקים רגילים פחות וכו'....  
     
     
     
   פירמידת הנורמות ע"פ ההיררכיה – ע"פ חוק יסוד: הממשלה, הממשלה קבעה כי תקנות שעת חירום (תקש"ת) תגבר על חוקים אחרים בתקופה של עד 3 חודשים. איך זה אפשרי שתקנות יגברו על חוקים רגילים? כי התקנות נובעות מחוק יסוד.

נורמות המשפט הפרטי(חוזים, צוואות, שטרות)

צווים שלטוניים אינדווידואליים

תקנות שלטוניות כלליות

חוקים

12 חוקי יסוד

הכרזת

העצמאות

נורמה בסיסית – ציות למועצת העם

פסק דין לא מופיע בפירמידת הנורמות, אך זה משהו שניתן לאכוף אותו.  
המדינה אוכפת כמעט באופן אבסולוטי את כל פסקי הדין. מקום פסק הדין בפירמידה – תלוי באיזה פסק דין מדובר, בהיבט בו הוא מתעסק.   
יש 3 סוגים של פסקי דין:  
1) כמעט כל פסקי הדין הם בעצם בגדר צו שלטוני אינדיבידואלי, משום שניתן שם צו מה לעשות או מה לא לעשות במקרה ספציפי. למשל עונש מאסר שניתן בפסק דין שניתן לאדם, זה אומר כי יש צו לכלוא את אותו האדם. חריג: יש פסקי דין הצהרתיים – מצהירים על מצב החובות והזכויות אך לא תמיד ניתן לאכוף אותם.   
2) חל רק לגבי פסקי דין מסוימים של בית המשפט העליון – מפרשים או מתפתחים את המשפט המקובל. יש תחומים שלא מוסדרים משפטית ע"י חוקים של הכנסת והם מעין תורה שבעל פה,   
אם בית המשפט קובע משהו ע"פ המשפט המקובל והכנסת לא ביטלה אותו ע"י חוק – הוא מחייב. למשל: חלק מדיני ראיות הוא ע"פ המשפט המקובל. אין בישראל חוק שאוסר על עדות שמיעה ולכן ע"פ המשפט המקובל המשפט הישראלי לא מקבל עדויות שמיעה.   
ממוקמות באותה דרגה עם החוקים. מדוע זה המיקום? כי כדי לשנות משהו שהגיע ממשפט מקובל הוא ביטול ע"י חוק. לנורמה בדרגה נמוכה יותר אסור לה לשנות את הנורמה שנוצרת ע"י פס"ד של המשפט העליון דרך פירוש של המשפט המקובל.  
3) פס"ד פרשני של בית המשפט העליון – בית המשפט העליון מפרש חוק רגיל או יסוד, מפרש תקנות וכו'... אז האופן שבו בית המשפט העליון פירש את החוק, כל עוד הכנסת לא שינתה את החוק, ייחשב כאילו הפרשנות היא חלק מהחוק. אם הפס"ד עוסק בחוק יסוד, אז הדרגה שלו מקבילה לחוק יסוד, וכדי לבטל את הפרשנות הזאת צריך לשנות את חוק היסוד (הוא לא יכול לקבוע חוק רגיל שיבטל את אותו הפס"ד). פסקי דין פרשניים ממוקמים בהתאם לנורמה אותם הם מפרשים (חוק יסוד, חוק, תקנות...).

**פירמידת המוסדות**

1. גם בפירמידת המוסדות יש היררכיה.כל מוסד כדי שיוכר כמוסד משפטי שמוסמך ליצור נורמות תקפות, חייב לשאוב את סמכותו ממוסד שדרגתו ההיררכית בפירמידת המוסדות גבוהה יותר. אדם או גוף אינם יכולים להיות מוכרים כמוסד שמוסמך ליצור נורמה משפטית מסוג מסוים אלא אם כן הדבר נקבע ע"י מוסד שדרגתו גבוהה יותר. זאת, בחריג מקביל לחריג שהיה בפירמידת הנורמות:  
   המוסד המשפטי העליון, איננו שואב את סמכותו ממוסד משפטי הגבוהה ממנו. הנורמה הבסיסית היא הריבון –איננו מוסד משפטי אלא הנחה סוציולוגית, חברתית. הריבון עשוי להשתנות משיטה לשיטה. בשיטה דמוקרטית – הריבון הוא העם, בשיטה אתנולוגית – הריבון הוא האל, בשיטה דקטטורית – לפעמים הדיקטטור הוא הריבון.אין שואלים במדינה דמוקרטית באמת את פי העם בנוגע לתוקפן של נורמות כאלה ואחרות, אלא זוהי הנחה סוציולוגית, תרבותית וכו'.
2. סתירה בין הנורמות שהתקבלו ע"י מוסדות שונים – תחול ותועדף הנורמה שנקבעה ע"י המוסד שדרגתו בפירמידת המוסדות גבוהה יותר.
3. "צורת הפירמידה" – ככל שאנחנו יורדים במבנה הפירמידה ככה יש לנו יותר מוסדות.  
     
   בתי המשפט נכנסים ברשות המחוקקות – נמצא במקום ה-3 בפירמידה, אחרי הרשות המחוקקת והמבצעת.  
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
     
   הכנסת היא גם אסיפה מכוננת וגם הרשות המחוקקת. יש לה שני כובעים.  
   אם יש סתירה בין תקנות שהכנסת התקינה לבין תקנות ששר בממשלה התקין, אין עליונות ודאית לכנסת למרות שהיא מוסד גבוה יותר. לפעמים הכנסת יכולה גם להתקין תקנות שהן בדרגתה נמוכות יותר.  
     
     
     
   קריאה -  
   פס"ד בראון, מס' 15. השני ברשימת הפסיקה בפרק ג'.  
   בג"צ 4908/11.  
     
   **9.11.11**  
     
   המעמד המשפטי של חוקי היסוד   
     
   רוב חוקי היסוד נחקקו לפני שנחקקו חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם.  
   חוק יסוד: הכנסת, התקבל בשנות ה-50. אחר כך חוקקה הכנסת שורה של חוקי יסוד, אבל רק בשנות ה-90 חוקקה הכנסת חוק הקשור לזכויות האדם.  
     
   למעשה היו 4 פסקי דין שבהם בית המשפט העליון פסל חוקים רגילים שעסקו בהיבטים העוסקים בשיטת הבחירות לכנסת משום שחוקים אלו סתרו את אחת ההוראות שהיו בחוק יסוד:הכנסת. בית המשפט לא הכריע עוד מהו מעמדו של חוק יסוד.  
     
   למה לסתור חוק משום שהוא נוגד חוק יסוד? משום שעמדתה של המדינה הייתה כי אם החוק סותר את חוק יסוד הכנסת אז שופטים יכולים לפסול אותו בלי להכריע בשאלות העקרוניות הקשורות למעמדו של חוק יסוד, לא בשאלת הסמכות של הכנסת לחוקק חוקי יסוד וכו'. המדינה אמרה כי השופטים לא צריכים לדון בשאלות אלו, ברגע שהשופטים יגידו כי חוק רגיל סותר את חוקי היסוד, הכנסת תבטל את אותו החוק.  
     
     
     
   רק בפס"ד מזרחי, שבית המשפט פסק בו בעקבות חקיקת שני החוקי יסוד הנוגעות בזכויות האדם, חל שינוי. לקח זמן עד ששמו לב למשמעות של החקיקה הזאת. חוקי היסוד החלו להיות משמעותיים לא רק במשפט החוקתי.   
     
   מדוע השינוי?  
     
   1. לפני חקיקת חוקי היסוד הקשורים לזכויות האדם, הנושא התעורר לעיתים נדירות. חוקי היסוד עלו בעניינים שלא נוגעים ליום-יום, פחות נגע לציבור בחייו הפרטיים. כשחוקקו זכויות הקשורות לזכות האדם פתאום הם רלוונטיים לכל סוגי המשפט – הפלילי, האזרחי, מנהלי..  
   חוקי היסוד לא נדונו רק פעם במס' שנים, אלא נהיה דבר שכיח ביום-יום המשפטי.  
   2. חוקי היסוד הישנים, שחוקקו לפני חוקי היסוד שקשורים לזכויות האדם, כתובים בצורה מתנשאת. מתיימרים לעמוד מעל לחוקים רגילים. חוקי היסוד בנוגע לזכויות האדם מאוד מפורשים וחד משמעיים ואי אפשר לומר שניתן לפרש אותם כחוקים שאינם עומדים מעל לחוקים אחרים. זה ברור ומובן שהם מעל חוקים רגילים אחרים שנחקקו ויחוקקו אחרי החוק.  
   חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נותן "הוראות" לחוקים אחרים.   
     
   למה הנושא הודחק והוזנח בתרבות המשפטית בעבר?  
   המשפט הישראלי שפט לפני המשפט האנגלי. באנגליה אין חוקה, יש תפיסה שעל פיה לא יכולה גם להיות חוקה, העיקרון של המשפט האנגלי הוא שהפרלמנט לא יכול להגביל את עצמו בשום דרך. וזאת הייתה המנטאליות גם בארץ, לא מבינה ולא מכירה ברעיון של חוקה. במהלך השנים התרבות הזו השתנתה. היום בפסקי דין בבית משפט העליון המקורות שניתנים הם מקורות מהמשפט האמריקני, אנחנו מאוד מושפעים מהם.   
     
   יש בעייתיות כי בחוקי היסוד יש הגבלות על חוקים אחרים, אבל בעצם עוד לא הגדירו אותם כחוקים שעומדים מעל החוקים הרגילים של הכנסת.  
     
   פס"ד בנק המזרחי הוא ראשית הדרך של מחשבה מחדש של המשפט הישראלי, החוקתי. פירוש מחדש לא של חוקי היסוד החדשים אלא של חוקי היסוד בכללותם. לא ניתן היה להישאר בתרבות חוקתית אנגלית, היא כבר איננה רלוונטית למשפט הישראלית.  
     
   הנורמה המשפטית העליונה של מדינת ישראל – הכרזת העצמאות. היא לא מנוסחת כמו נורמה משפטית, אז יש בה קטעים שהם לא רלוונטיים משפטית. יש משפט אחד בהכרזת העצמאות שהוא נורמה – "אנו, חברי מועצת העם, קובעים שהחל מרגע סיום המנדט הלילה אור ליום שבת, ו' אייר תש"ח, 15.5.1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע ע"י האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ1.10.1948 תפעל מועצת העם כמועצת מדינה עצמית ומוסד הביצוע, מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם ישראל".   
   משפט אחד ויש בו עולם שלם שיש בו כדי לתת מפתח של המון שאלות, נותן את כל התשתית החוקתית והמשפטית של מדינת ישראל. המשפט קובע כי:

האוכלוסייה – האזרחים (בגירים תקפים משפטית), תאגידים פרטיים וכו'.

רשות מבצעת - שרים+שאר הרשויות של הממשלה

עובדי ציבור - פקידים

רשות מחוקקת, מבצעת, שופטת

אסיפה מכוננת

מועצת העם

הריבון- העם

* 1. במדינת ישראל תהיה חוקה.
  2. החוקה תקבע ע"י האסיפה המכוננת.
  3. האסיפה המכוננת תיבחר בבחירות. נקבע תאריך.
  4. ע"פ החוקה והפרטים שיהיו בה יקבעו השלטונות הסדירים והנבחרים של המדינה – החוקה צריכה להיות חוקה דמוקרטית (יהיו בחירות).
  5. מה עד יהיה עד שתהיה חוקה? יהיה שלטון זמני שלא נבחר באופן דמוקרטי, השלטון יהיה "מועצת מדינה זמנית" (פרלמנט) וזאת תהיה אותה מועצת העם, הם יהיו הממשלה הזמנית.
  6. אחרי שתהיה חוקה יבחרו הרשויות הקבועות.
  7. חריג יחיד שלא התקיים במלואו – מועד הבחירות, עדיין התחוללה בזמן זה מלחמת העצמאות ולא היה זמן לבחירות. מועצת המדינה הזמנית החליטה לדחות את הבחירות עד אחרי המלחמה (דחייה של חצי שנה).

במשפט הזה יש בסיס שלם של הקמתה של המדינה.  
  
כעבור שנה מיום הכרזתה של המדינה התקיימו הבחירות הראשונות. מועצת המדינה הזמנית לא רק שלא הייתה גוף נבחר אלא היא גם לא ייצגה את כל אזרחי המדינה.  
  
הבחירות הראשונות היו לגוף שנקרא האסיפה המכוננת – הסמכות היחידה שלה היא לקבוע חוקה.  
נבחרה אסיפה מכוננת אלא שאז התעוררה מחלוקת – האם ראוי לכונן חוקה? הייתה קבוצת הרוב בראשותו של בן גוריון שהתנגדה בתקופה הזו לכינונה של החוקה. והביאו לכך כל מיני סיבות – הסיבות בחלקן לא היו אמיתיות, חלקן פוליטיות. הנימוקים שהובאו בידי הרוב היו נימוקים שונים -  
  
1. זה לא הוגן לחוקק חוקה באותה התקופה בגלל העלייה ההמונית, תוך שנים מעטות מספר אזרחיה של ישראל יגדל באופן משמעותי. עכשיו נכונן חוקה שתחייב את כולם? נחכה קצת שציבור האזרחי במדינת ישראל שיגיע ייתן את קולו.  
2. התנגדות של הדתיים – השלימו עם ההחלטה הרגילה של המדינה היא חקיקה שביסודה חילונית, אבל הם אמרו כי החוקה הנצחית של ישראל הוא התנ"ך. ראו בזה מרד מאוד משמעותי בדת, ישנה חילוניזציה.   
3. החשש (אקטואלי גם היום) להגבלה של הרשויות ע"י מערכת המשפט – בעניינים שונים בעצם בית המשפט ישתלט וזאת עוד בתקופה שהייתה באמת תקופה מאוד לחוצה מבחינה ביטחונית. המדינה הייתה לא יציבה והשלטון חשש   
4. המוניטין של החוקה בארה"ב באותה התקופה היה לא טוב, הייתה המון ביקורת. הביקורת השיפוטית הייתה כי החוקה זוהתה עם אנשים שהם לא ליברלים.   
בפס"ד לוקנר (פס"ד במשפט האמריקאי), היה מדובר בחוק שהגביל את שעות העבודה של ילדים במאפיות, עד אז היו ילדים קטנים שעבדו במאפיות 14 שעות ביממה בתנאים קשים ובתשלום נמוך ואז קבעו חוק שילד יכול לעבוד עד 10 שעות. ואז הלכו לבית המשפט העליון ואמרו שזה לא חוקתי, הוא ביטל את החוק. ברור שזה פוגע בזכויות של בעלי המאפיות אבל זה פוגע גם בזכויות של הילד.  
ולאחר עוד חוקים שהוא ביטל באותה הרוח, בסופו של דבר עמדתו של בית המשפט העליון בארה"ב התהפכה בגלל איום פוליטי, נהיה רוב רפובליקני, אז לא תמיד הפסיקה הייתה דמוקרטית. החוקה האמריקנית הייתה מזוהה עם פסיקה ריאקציונרית, בעייתית.  
  
היו טענות כבדות משקל לצד השני, בעד החוקה -  
1. בראשותו של בגין. דרשו שתהיה חוקה, מבחינה משפטית - ככה נקבע בהכרזת העצמאות. בנוסף,חוקה זה גם דבר חשוב. גם בכ"ט בנובמבר נקבעה כי תהיה חוקה לכל אחת מהמדינות.   
  
לבסוף הייתה פרשה – פרשת הררי – מצד אחד, תהיה חוקה ויש סמכות לחוקק חוקה. מצד שני, החוקה לא תתקבל עכשיו ולא תתקבל מיד, ולא תתקבל כמסמך אחד מאוחד. היא תיקבע פרקים פרקים, כל פרק ידונו בו בנפרד ויאושר בנפרד והוא יהיה חוק יסודי בפני עצמו.   
לאחר שתסתיים החקיקה של פרקי החוקה בנפרד, הם יתאגדו כחוקת המדינה.  
  
שינוי ראשון שנעשה היה כי לאחר עריכת הבחירות לאסיפה המכוננת, הרשות המחוקקת דאז, פיזרה את עצמה. מועצת העם קבעה בחוק האחרון שהיא חוקקה כי סמכויותיה עוברות לרשות המכוננת. הנימוק היה כי מועצת העם לא נבחרו וכבר עברה שנה, וזאת בעיה שיש גוף נבחר ויש לו סמכות רק לחוקק חוקה ונחיה עוד שנה עם מועצת מהפכה שלא נבחרה ע"י העם. ולכן מועצת העם תעביר את הסמכויות לאסיפה המכוננת. הסמכות של האסיפה המכוננת הייתה כפולה – לחוקק חוקה, וסמכות כרשות המחוקקת, פרלמנט.   
שינוי שני שנעשה – האסיפה המכוננת החליפה את שמה לכנסת.  
בפועל, הכנסת לא מיהרה לקיים את אותה החלטת הררי. הכנסת הראשונה והשנייה לא חוקקו אף חוק יסוד. רק בכנסת השלישית חוקקו את חוק היסוד הראשון, חוק יסוד: הכנסת ואז החלו לחוקק חוקי יסוד בקצב סביר.   
  
הכנסת הראשונה כבר לא קיימת, מי אמר שהכנסת של היום היא האסיפה המכוננת?   
  
קריאה – פס"ד חירות ופס"ד אבני.   
  
  
14.11.11  
  
  
1953 – בחירות לכנסת השנייה, הכנסת השנייה חוקקה כי כל הסמכויות של הכנסת הראשונה יחולו גם עליה. היא תהיה מוסד מכונן ורשות מחוקקת. לכל כנסת שתהיה בעתיד יהיו הסמכויות הללו. במשך השנים הכנסת חוקקה 12 חוקי יסודי, הראשון היא חוק יסוד: הכנסת שחוקק בסוף שנות ה-50.   
השאלה הנשאלת היא האם היה נכון להעביר את הסמכויות מהכנסת הראשונה לכנסת השנייה והבאות אחריה? כי בעצם הסמכות ניתנה לגוף מסוים, לכנסת הראשונה. גם אם הייתה יומרה בחוק המעבר לכנסת השנייה לקבוע כי תהיה רציפות, אין לה משמעות משפטית. האסיפה המכוננת לא יכולה בלי סמכות להעביר את סמכותה לזאת שאחריה. התשובה שניתנה ע"י הנשיא ברק היא מקובלת גם על ידי אותם אלו שלא מקבלים את פס"ד בנק המזרחי בענייני עליונות חוקי היסוד -   
שלילת הטענה, חוק המעבר לכנסת השנייה לא מעביר שום סמכות והוא מיותר. משום שמבחינה משפטית אין הבחנה בין הכנסות ע"פ המספרים שלהם, זה לא מחולק למוסדות ע"פ כנסת ראשונה, שנייה... אלא יש מוסד אחד – מוסד הכנסת.  
העובדה שהיו בחירות ב-53' ולאחר מכן עד ימינו זה לא אומר שרק הכנסת הראשונה הייתה האסיפה המכוננת, הכנסת ככנסת היא האסיפה המכוננת.  
לצורך העניין, יש רציפות בין הכנסת לזאת שאחריה משום שהחוקים שהאחת מחוקקת לא מבוטלים ברגע שהכנסת אחריה תופסת את השלטון.  
  
אין כמעט כיום עניינים שנכנסים למסגרת החוקה שלא קבועים בחוק יסוד כלשהו,  
 ישנם מספר היבטים שעדיין לא חוקקו כחוקי יסוד למשל:   
\*חסר חוק יסוד שעוסק בחקיקה עצמה זה קבוע רק בתכנון הכנסת,   
\*אין גם הסדרים שעוסקים בשינוי ובחקיקה של חוקי היסוד בעצמם, יש רק בחוקי יסוד ספציפיים כללים לשינוי,   
\*גם לא קיים הסדר שנוגע לביקורת החוקתית (רוב החוקות בעולם יש, אבל לא בכולן). אין חובה שיהיה הסדר כי אם חוק יסוד עומד מעל חוק רגיל וזה מגיע לבית המשפט, אז לא צריך סמכות מיוחדת שבית המשפט יפסול חוק אלא מעצם העליונות של החוק יסוד החוק הרגיל "נפסל" ומכריעים לפי החוק יסוד.  
  
\*חוק השבות לא חוקק כחוק יסוד אלא חוק רגיל.  
  
גם היום יש לכנסת סמכות מכוננת, מכוח פרשת הררי.  
כאן מתעוררת שאלה אחרת, אקטואלית – המעמד המשפטי של חוקי היסוד הקיים.   
עדיין לא איגדו אותם לחוקה, **מה המעמד המשפטי של חוקי היסוד כיום?**  
  
1) ניתן לטעון (דעתו של מיכאל איתן) שאומנם יש לכנסת סמכות מכוננת אבל זה לא אומר שכבר עכשיו שהכנסת מחוקקת חוקי יסוד יש להם מעמד גבוהה יותר מחוקים רגילים. כי עדיין אפשר לבוא ולטעון כי גם את לכנסת יש סמכות מכוננת כשהיא מחוקקת חוקי יסוד היא לא מתכוונת במקרים של התנגשות בינם לבין חוקים רגילים הם יגברו על החוקים הרגילים. בעתיד, כשיאגדו את חוקי היסוד לחוקה אז החוקה תהיה גבוהה מחוקים רגילים, בינתיים חוקי היסוד הם רק טויוטה. מסתמך על החלטת הררי – החוקה תתקבל פרקים פרקים, כל פרק יהווה חוק יסודי והם יתאגדו לחוקת המדינה, לענייננו: חוקי היסוד עדיין לא חוקה ואין להם תוקף חוקתי.  
2) טענה אחרת היא כי הכוונה בתוכן החוקתי שהם יהיו עליונים, הם מתיימרים להיות עליונים. הרי בתוך חוקי היסוד יש סעיפים שמקנים להם עליונות, אם לא הייתה להם עליונות הסעיפים האלו לא היו קיימים. יש מצב של פירמידת הנורמות – הנורמה העליונה גוברת על השאר.   
  
מה נותן לחוקי היסוד את עליונותם?   
פסקת ההגבלה בחוקי היסוד – אומר כי הכנסת לא יכולה לחוקק כל חוק שפוגע בחוק יסוד זה, מותר לה לחוקק חוק שפוגע בזכויות אלו רק אם הפגיעה מפורשת, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ואינה עולה על הנדרש...  
פסקת ההתגברות – אם הכנסת רוצה לפגוע בחופש העיסוק באופן לא מידתי, אפשר לעשות את זה בתנאים מסוימים.  
אם חוקי היסוד לא יהיו עליונים, הם יהיו חסרי משמעות.  
  
לא ניתן במובן הפורמאלי לשריין חוק רגיל, רק חוקי יסוד שהם מעל החוקים הרגילים ניתנים לשריון.   
  
מבחינת הניתוח המשפטי נראה כי התפיסה כפי שהתקבלה בפס"ד בנק המזרחי לגבי מעמד העליון כבר כיום של חוקי היסוד היא תפיסה משכנעת.  
טיעוני הנגד לתפיסה שהתקבלה נראים משכנעים פחות.  
יחד עם זאת, נציג עוד שני שיקולים שהם לא שיקולים משפטיים במובן המצומצם שיש בהם כדי לחזק את הפרשנות שאומצה בפס"ד בנק המזרחי -  
1. טיעון של משפט השוואתי – בשיטות המשפט המקובלות היום במדינות הדמוקרטיות וגם ברבות אחרות, דרגה משפטית חוקתית שעומדת מעל לחוקים רגילים היא אינה חריג כאשר אין חוקה. רק בניו-זילנד אין דרגה נורמטיבית שעומדת מעל לחוקים רגילים. גם במדינות שבהן אין חוקה והיא לא עליונה, החקיקה הרגילה איננה עליונה בפירמידת הנורמות משום שאותן מדינות כפופות לאיחוד האירופי וחוקיהן כפופים להם.   
היום העליונות של חוקי היסוד היא סטנדרט עולמי. נורמות בדרגה חוקתית היא דבר שכיח בעולמנו היום.  
2. טיעון פילוסופי, דמוקרטי – קיומה של חוקה שעומדת מעל החוקים שמקבל הפרלמנט הנבחר מעורר בעיות דמוקרטיות. הטענה אומרת כי כאשר מגבילים את הרוב הדמוקרטי הנבחר ומונעים מהכנסת לקבל כל חוק שהוא מעוניין לקבל, משמעות הדבר היא כי במקום שלטון הרוב יהיה שלטון המיעוט. הטיעון הזה מתפתח בארה"ב, בו החוקה ישנה, החוקה התקבלה ע"י אמריקאנים שהיו לפני מאות שנים, ההשקפות של האבות המייסדים שולטים על הכיכר האמריקאית העכשווית. הרצון של הרוב כפוף בעצם לרצון של אותם אבות מייסדים שלא נבחרו אפילו בבחירות. החוקה בעצם לא מייצגת באופן מוחלט את הרוב האמריקאני כפי שהוא כיום. החוקה גם מאוד נוקשה (למרות שהיא לא משוריינת באופן מוחלט),  
קשה מאוד לשנות אותה, יש רוב מיוחס.   
בישראל, אנחנו רחוקים ממצב כזה. חוקי היסוד המרכזיים הם לא לפני מאות שנה, אלא לפני 20 שנה. חלק מחוקי היסוד אינם משוריינים. וגם אלו שמשוריינים – אינם משוריינים ברוב מכביד. יש בו כדי לחזק את הלגיטימיות בקיומה של דרגה נורמטיבית שעומדת מעל החוקים הרגילים שהרוב מחוקק לפי הצרכים המשתנים.  
  
מה זה אומר מבחינה מהותית עקרון הכרעת הרוב? מצד אחד, זה עקרון טכני אבל עומד מאחוריו עקרון השוויון – שוויון בחלוקת הכוח הפוליטי. נניח שחוקה אוסרת הסדר מסוים, ואח"כ יש מיעוט שרוצה לשנות את החוקה, זה אומר שהמיעוט הוא בעצם זה שהכריע, זה לא שוויוני. רק אם מצביעים ע"פ דעת הרוב ככה הכוח הפוליטי הוא שווה. אם בעצם המיעוט הוא זה שהכריע, אז זה אומר שהיה לו יותר כוח מהרוב. זה טיעון שאומר שחוקה היא אנטי-דמוקרטית, כי הרוב כביכול לא עושה מה שהוא רוצה.   
הטיעון הדמוקרטי עצמו לא מבוסס על כך שהדמוקרטיה היא ייצוג דעת הרוב, אלא תוקפה הערכי הוא הדמוקרטיה עצמה. מכאן נובע שהדמוקרטיה עצמה לגיטימי שהיא תהיה קבועה בחוקה. הדמוקרטיה היא לגיטימית בגלל כל מיני שיקולים ערכיים שנובעים מהדמוקרטיה. הדמוקרטיה עצמה לא תהיה נתונה לרוב משתנה אלא היא תהיה נורמה עליונה מעל ההליך הרגיל.   
מצד שני, מאפיינים שמאפיינים חברה מסוימת והיא מבקשת לשמור עליהם צריכים להיות בחוקי יסוד. כללי המשחק בנוגע למאפיינים אלו הם נוקשים יותר ולא יהיו כפופים לרוחות השעה. בדר"כ שריון מוגזם הוא לא רצוי ועלול לפגוע ביציבות החברה. התוצאה יכולה להיות מהפכה אלימה. עצם קיומו של מדרג חוקתי ומסוים שומר על היציבות של החברה והחוקה.   
חשוב להבין שקודם כל בא ערך הדמוקרטיה ואז הולכים לפי רצון הרוב ובלבד שהיא לא מבטלת את הדמוקרטיה.   
  
קריאה – פס"ד יקוטיאלי ז"ל, חלק ממנו. 19 ברשימת הקריאה.  
  
  
**16.11.11**  
  
פס"ד בראון – תנאי לכך שדבר חקיקה של הכנסת יתפרש כדבר חקיקה שהכנסת קיבלה במסגרת הסמכות המכוננת שלה הוא שאותו דבר חקיקה יקרא חוק יסוד.  
המילה חוק-יסוד זה לא דבר קדוש, אין חובה משפטית שמוטלת על הכנסת להפעיל את סמכותה המכוננת דווקא בקביעת חוקים שנקראים חוק-יסוד.   
מה המשמעות של המבחן הצורני של חוק-יסוד שמדבר בפס"ד בראון?  
הכוונה היא שכל עוד לא הוכח אחרת כאשר הכנסת רוצה להשתמש בסמכותה החוקתית היא משתמשת בביטוי חוק-יסוד, וזאת ע"פ החלטת הררי. אין סיבה להניח כי אם הכנסת קוראת לחוק כלשהו חוק היא מתכוונת להפעיל את סמכותה החוקתית.   
מה דינם של חוקים שעסקו במשפט החוקתי שהתקבלו לפני החלטת הררי?  
למשל חוק שיווי זכויות האישה, בעל תוכן חוקתי אבל התקבל לפני קבלת חוקי היסוד. הועלתה טענה כי כאשר מדובר בחוקים שהכנסת קיבלה לפני שהייתה החלטת הררי כדי לדעת אם הכנסת השתמשה בסמכות החוקתית אי אפשר להיעזר בביטוי חוקי-היסוד (כי עדיין זה לא היה קיים) ולכן בדקו את התוכן המהותי  
וכך הכריעו. אם הוא מבטא ערכים חוקתיים הוא כמו חוק-יסוד. טענה זו לא נכונה משום שלא נכון כי לפני החלטת הררי הכנסת לא השתמשה בסמכות החוקתית שלה וקבעה חוקי-יסוד הם פשוט לא נקראו ככה.   
תנאי לכך שנכיר בנורמה שהכנסת יצרה כנורמה שהיא יצרה מתוקף סמכותה המכוננת הוא שהוא יקרא חוק-יסוד.   
כאן מתעוררת שאלה קשה שעדיין לא הוכרעה – האם התנאי היחיד לכך שאנחנו נראה את הכנסת כמכוננת הוא שהיא תקרא לחוק חוק-יסוד? האם אין לה מגבלות כלשהן בנוגע לחוקים שהיא קוראת להם חוקי-יסוד?   
הכנסת בסופו של דבר מבחינת השיקולים שהיא שוקלת היא מתקשה להפריד בין השיקולים החוקתיים לטווח הארוך בין התפקיד השגרתי שלה כפרלמנט (רשות מחוקקת). כפי שציין פרופ' יואב דותן המשמעות של הכרה של הכנסת כאסיפה מכוננת הוא שניתן לה נשק בלתי קונבנציונאלי באשר לנורמות שהיא מסוגלת לשריין. סדר יומה של הכנסת הוא בעיקרו כרשות מחוקקת ופחות מכוננת.  
לפעמים יש פער בין המשפט הרצוי לזה שקיים – אנחנו צריכים לקוות שהכנסת בכל זאת תנהג במידה של ריסון עצמי ולא תשתמש בכוחה לשיקולים שאינם חוקתיים.   
יחד עם זאת, זאת שאלה שכדאי להתייחס אליה – האם נכון לומר כי הכנסת מחזיקה בסמכות חוקתית מוחלטת? מטריד הרבה מאוד שיטות משפט.  
עלה גם בישראל בפסיקה עצמה:  
1. הועלתה במהלך שנות ה-80 בפס"ד פרשת כהן נ שר הרווחה – ע"י מאיר שמגר – היא שהסמכות החוקתית של הכנסת כפופה לפרקי על של שיטת המשפט הישראלית שאין להם עיגון כתוב אבל הם הערכים העליונים של המשפט.   
האפשרות הוזכרה במספר פסקי דין אחרים אח"כ – פס"ד לאור.  
בסופו של דבר משאירים את הנושא בצריך עיון.  
2. דעת המיעוט של חשין – בעניין חוק טל בנוגע למתן פטור או דחיית שירות לתלמידי ישיבות. רוב השופטים סברו שזה עומד בניגוד לחוק כבוד האדם אבל בגלל שזאת הייתה הוראת שעה החליטו לא לבטל את החוק. לבית המשפט יש שיקול דעת במתן סעדים והוא לא חייב תמיד לתת הוראה חיצונית לבטל את החוק אלא יכול רק להעיר על כך.  
השופט חשין רצה לפסול החוק שפוגע בשוויון, למרות שהוא אינו מוזכר במפורש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. קבע כי אין פגיעה בכבוד האדם המשרת בצה"ל אם אחרים אינם משרתים. מצד שני הוא אומר שיש אפליה בין דם לדם – החילוניים מסכנים את חייהם והדתיים לא.   
3. בפס"ד בראון אומרים כי אין צורך ליצור יש מאין עקרונות עליונים של השיטה. ניתן למצוא פיתרון לשאלה זו ע"פ פירמידת הנורמות הקיימת – הכרזת העצמאות. מכוח ההכרזה הכנסת מקבלת חוקי-יסוד. השאלה שאנחנו צריכים לבדוק היא האם מעבר לזה שהכרזת העצמאות היא מקור לסמכות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד היא גם נותנת סמכות מוחלטת לכנסת שתבחר מה היא רוצה לעשות עם אותה סמכות מכוננת או שמא הכרזת העצמאות לא רק קובעת סמכות מוחלטת לכנסת לכונן חוקה אלא קובעת גם מגבלות על הסמכות הזאת – מקרים שבהם הכנסת מוסמכת להשתמש בסמכות זו אך גם מקרים בהם היא לא הוסכמה. ע"פ עקרונות הפירמידה כל נורמה חייבת להיווצר מכל נורמה העומדת מעליה ולכן כדי לבדוק את תוקפה של נורמה נתונה אנחנו צריכים לבדוק מהי הנורמה שבדרגה העליונה והאם היא נוצרה ממנה.   
הכרזת העצמאות היא איננה חוקה – למה? כי הם כותבים שתתקבל חוקה ע"י האסיפה המכוננת. אז הטיעון שהכרזת העצמאות איננה חוקה ולא התכוונה להיות כך הוא נכון. הנימוק הזה הוא לא נימוק מספיק כי השאלה שאנחנו שואלים היא איננה האם הכרזת העצמאות היא חוקה אלא האם הסמכות החוקתית של הכנסת מוגבלת בהכרזת העצמאות הוא שהיא מוחלטת.   
בפס"ד בראון ד' בייניש נוטה לדעה כי צריך לבחון את הדברים על סמך פרשנות של הכרזת העצמאות.   
הכרזת העצמאות קובעת 3 סוגים של הגבלות על הסמכות החוקתית של הכנסת:  
א) **צמצום הסמכות החוקתית להסדרת המשפט החוקתי –** האסיפה המכוננת נקבעה לקבוע חוקה. לא היה פירוט מה יהיה בחוקה אבל מוזכר רק כי היא תקבע הסדרים בנוגע לבחירות לרשויות השלטון. מה פירוש סמכות כינון החוקה? כאשר אסיפה מכוננת הוסמכה לקבוע חוקה הכוונה היא לקבוע מסמך שיסדיר עניינים שהם בתחום המשפט החוקתי (שפה, דגל המדינה.... ערכים בסיסיים של החברה).  
לא מתקבל על הדעת כי האסיפה מכוננת תחוקק חוקי-יסוד בכל תחום העולה על רוחה (למשל משיקולים פוליטיים), הכנסת לא מוסמכת לזה. בית המשפט העליון בפס"ד בראון עמד לדיון חוק יסוד בנוגע להוראת שעה – התוכן הוא מאוד חוקתי – בנוגע לתקציב המדינה שאמור להתקבל אחת לשנה אך חוק היסוד אומר כי הוא יתקבל אחת לשנתיים לצורך ניסוי. החוק גבולי כי הוא קובע הוראת שעה זמנית והוא לא "נצחי" כמו שאר חוקי היסוד. זה לא אותו מקרה קיצוני שבו ניתן להגיד כי הוא לא בתחום החוקתי ולכן חוק זה לא יפסל. בפס"ד הזה בית המשפט מתלבט בשאלה האם תוכן ההסדר שניתן בחוק-יסוד לתקציב דו-שנתי הוא כי אין לכנסת סמכות חוקתית לקבוע הוראה זמנית, לשם כך יש לה את סמכותה כרשות מחוקקת (האם לכנסת כסמכות מחוקקת יש לה סמכות לקבוע הוראות זמניות?).   
ב) **עקרונות היסוד של מדינת ישראל כיהודית** – יש בסיס חד משמעי בהכרזת העצמאות (תהיה פתוחה לעלייה יהודית, המדינה עצמה תהיה יהודית וכו'..) האם אלו רק הצהרת כוונות/תוכנית פעולה שלא מתכוונת להיות מחייבת או שיש פה הוראה נורמטיבית. הפירוש הנכון הוא כי זאת ראיה של קביעת נורמה נורמטיבית של המדינה כמדינה יהודית. מה זה אומר? אי אפשר להכניס לשורות אלו עניינים ששנויים במחלוקת בחברה הישראלית ואי אפשר להסביר ע"פ שורות האלו מהי בדיוק היהדות המדוברת שם, ולכן גם לא ראוי כי עניינים ששנויים במחלוקת יכללו בחוקה. אין סמכות ע"פ הכרזת העצמאות לבטל כל זיקה של המדינה ליהדות, זה לא כוח שניתן לכנסת ע"י הכרזת העצמאות.   
ג) **עקרונות היסוד של מדינת ישראל כדמוקרטית** – אומנם דמוקרטיה איננה מוזכרת בהכרזת העצמאות אבל מדובר בשם קוד של כמה עקרונות חשובים שכן מוזכרים בהכרזה כנורמות מחייבות שצריכות להיות בחוקה – 1. לא רק האסיפה המכוננת תיבחר באסיפות כלליות אלא גם בחוקה יקבעו הסדרים בדבר הקמת שלטונות נבחרים, כלומר החוקה לא תוכל לקבוע הסדר כי מדינת ישראל תישלט ע"י דיקטטור אלא השלטונות יהיו שלטונות נבחרים (המאפיין הבסיסי ביותר של הדמוקרטיה), 2. המדינה תהיה מושתת על יסודות החירות, הצדק והשלום.   
3. המדינה תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני לכל אזרחיה. 4. תבטיח חופש דת. 5. תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות. 6. תהיה נאמנה לעקרונות האומות המאוחדות. מכל העקרונות האלו שעולים בהכרזת העצמאות ניתן להבין כי החוקה חייבת להיות בעלת תכנים דמוקרטיים - המסגרת הכוללת של המדינה כפי שהוקמה בהכרזת העצמאות מכפיפה את עצמה לעקרונות דמוקרטיים.  
  
**ניתן לסכם כי על אף ההגבלות, ישנו מקום לשיקול דעת רב באשר לתכנים הראויים להיכנס לחוקה.**   
  
  
**ישנן בעיות שהכרזת העצמאות לא פותרת:**  
הכנסת, לכאורה, יכולה ברוב כלשהו לקבוע שריון מאוד משמעותי לחוקי יסוד ובעתיד לחוקה. וזה דבר בעייתי כי אז החוקה תהיה נוקשה מאוד ותיכפה על הדורות הבאים תוך מניעת האפשרות לשנותה אלא ברוב מאוד גדול כאשר התקבל אותו חוק עצמו. אין פתרון כיום לקושי הזה. בחוקות ברחבי העולם יש פסקאות בחוקה שהן נצחיות, אין אפשרות לשנות אותם! למשל בחוקה של גרמניה (התקבלה בעקבות מלחמת העולם ה-2), ניתן לשנות את רובה חוץ משני סעיפים: 1. גרמניה היא מדינה דמוקרטית,  
2. הוראה שקובעת הוראה מוחלטת ונצחית של כבוד האדם.

העליונות של החוקה, מהי משמעותה?  
בית המשפט העליון התייחס אליה בפסקי דין שונים. עדיין מתפתח ולא כל השאלות הוכרעו.   
ע"פ המצב המשפטי הקיים עיקרי ההיבטים של עליונות חוקי יסוד לעומת חוקים הם:  
1. **שינוי** – גישה שהתקבלה בפס"ד מזרחי. לא ניתן לשנות חוק יסוד אלא ע"י חוק יסוד. חוק לא יכול לשנות חוק יסוד. יש שני סוגי שינויים –  
א) שינוי מפורש – אמירה מפורשת שמשנה את הנוסח של חוק-היסוד, מוסיפה סעיף, מבטלת חוק-יסוד שלם וכו'.... הוראה זו יכולה להיעשות רק באמצעות חקיקת חוד-יסוד אחר. הכנסת מכבדת דברים אלו, אין מחלוקת בנושא.  
פס"ד המזרחי אמר כי הקביעה הזו היא רק מאותו יום של מתן פס"ד המזרחי ואילך.  
ב) שינוי משתמע – שינוי בלי לומר במפורש שמשנים. זה לא דבר רצוי של חקיקה.  
בדר"כ אם חקיקה רוצה לשנות משהו, היא צריכה להגיד את זה. למשל חוק משנה חוק שהיה לפניו. מה עושים במקרה כזה? המאוחר גובר אם הם באותה מידה של ספציפיות. כל זאת במסגרת נורמות באותה הדרגה. כאשר מדובר בחוק יסוד וחוק, אנו יודעים כי חוק רגיל לא יכול לשנות במשתמע חוק יסוד.   
מתי מתעורר קושי?  
  
יש מקרה גבול שבהם לא ברור אם החוק שהכנסת חוקקה הוא בגדר שינוי של חוק יסוד או שהוא נכנס לקטגוריה אחרת -  
2. **פגיעה/חריגה/סטייה נקודתית** – יש סעיפים בחוקי יסוד שמאפשרים לחוקים רגילים לסטות ממנו בעניין ספציפי. למשל: חוק יסוד: חופש העיסוק, יש בו סעיף שעוסק בשינוי (סעיף 7) ואחד בחריגה (סעיף 8). חריגה – אפשר בחוק רגיל אבל תוקפו ל-4 שנים.  
  
\*\*\*\*יכולה להיות שאלה בכנסת האם היה שינוי בחוק או חריגה -   
יש מקרים שהם לא פשוטים, לא ברור בדיוק. העובדה כי בחוק כתוב כי כל אזרח או תושב המדינה רשאי לעבוד בכל מה שירצה, לעומת כל בן אדם, האם זהו שינוי או חריגה? זהו שינוי.....  
בדר"כ ברור האם מדובר בחריגה או שינוי. \*\*\*\*  
  
**פס"ד בנק המזרחי** לא הכריע בנושא הזה (של סטייה נקודתית). בפס"ד בפרשת חירות השופט ברק שינה את דעתו ואומר כי אם חוק יסוד מתייחס לנושא אז לא ניתן לחרוג ממנו בחוק רגיל.   
**בפס"ד חירות** נדון חוק יסוד: השפיטה, חלק מסעיפיו נותנים לבג"צ את הרשות לדון כמעט בכל נושא שירצה שלא רשומים כי ידונו בבית משפט אחר.   
בחוק הרגיל חוק הבחירות דרכי תעמולה נתן ליושב ראש ועדת הבחירות סמכות לאשר או לפסול תשדירי בחירות והחלטותיו בכל הנוגע לאישור או פסילה של תשדירי בחירות לא יהיו נושא לדיון בבחינה בבית משפט.   
פסילת תשדיר לתעמולה הוא משהו שבאופן מובהק צריך להיות נידון בבג"צ.  
הטענה הראשונה של המדינה הייתה כי שום בית משפט אסור לו לדון בדברים כאלו, אבל אז אמר ברק כי הם כן מוסמכים כי הנושא נכנס לגדר סמכות בג"צ שקבועה בחוק יסוד, אין שום סעיף בחוק היסוד הזה לחרוג ממנו בחוק ולכן מותר להם לדון בנושא.  
אפילו שיש רק חריגה נקודתית בנוגע לחוק יסוד הוא לא קביל כי אין בחוק יסוד השפיטה פסקת הגבלה הקובעת כי חוק רגיל יכול לסתות מאותו החוק היסוד.  
  
  
  
**21.11.11**  
  
כאשר חוק יסוד קובע במפורש שחוק יכול לחרוג ממנו, הדבר איננו מעורר קושי.  
אם הכנסת רוצה שתהיה חריגה, הדבר אפשרי. אין אף חוק יסוד המאפשר במסגרת החוקים הרגילים לשנות אותו לגמרי, העניין הוא בחריגה נקודתית וספציפית. עולה שאלה תיאורטית: האם הכנסת מוסמכת לקבוע במפורש שחוק רגיל יכול לשנות אותו? לכאורה כן. אך ניתן להטיל ספק אם הכנסת מוסמכת לעשות זאת. ניתן לעלות טענה שהאסיפה המכוננת אינה יכולה להעביר את הסמכות המכוננת לגוף אחר – ע"י כך שנגיד הכנסת (גוף מחוקק ולא מכונן) תחוקק חוק שיפגע בחוק על חוקתי.  
מתעוררת שאלה פרשנית לגבי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת - אומר כי הכנסת תיבחר ע"י בחירות כלליות, אין לשנות אותו אלא ברוב של חברי הכנסת. סעיף 46 – הרוב הדרוש לפי החוק יסוד יהיה דרוש בכל הקריאות. בפועל, מקובל מאז ומתמיד עוד לפני חקיקת חוקי היסוד ולפני פס"ד המזרחי להבין את הביטוי שינוי משתמע כמכוון (לא כשינוי משתמע או מפורש, אלא כמכוון את עצמו לפגיעה בשיטת הבחירות) – נעשית באמצעות חוק רגיל אם הם מתקבלים ברוב חברי הכנסת.   
גם אם מדובר בשינוי שהוא סטייה נקודתית מהחוק היסוד יש צורך ברוב בכל הקריאות, על אחת כמה וכמה אם מדובר בשינוי מהותי של החוק.   
לעיתים עשוי להיות קושי להבחין מתי מדובר בשינוי לעומת חריגה. למשל, שיטת הבחירות לפי אחוז החסימה... אם מעלים אותו באחוז זה חריגה... אם מעלים בחמישים אחוז זה כבר שינוי.... קשה לשים את האצבע מתי שינוי אחוז החסימה הופך מחריגה לשינוי. מקרים נדירים!  
  
שאלה מעניינת אבל לא חשובה מבחינה מעשית – הצעת בחוק בעניין השימוע של מועמדים לבית המשפט העליון. ע"פ הצעה זו המועמדים לתפקיד והרשות של ועדת הבחירה לשופטים אמורה להיות מותנית בכך שועדת החוקה תאשר אותו; ואז נשאלת שאלה מה היחס בין הסעיף הזה שייחקק בחוק רגיל, לבין הקביעה בחוק יסוד: השפיטה ששופטים יבחרו ע"י הועדה לבחירת שופטים. האם יש שינוי או רק חריגה? חוק יסוד: השפיטה איננו מאפשר לחרוג ממנו ולכן יש ספק האם הסדר מהסוג הזה בכלל תקף.   
  
שינוי/סטייה אסורים אלא אם באותו חוק יסוד מצוין כי זה מותר בתנאים מסוימים.   
בכל מקרה, אסור לשנות חוק יסוד שינוי מהותי אלא בחקיקת חוק יסוד אחר.  
  
3. **פרשנות** - **פס"ד בפרשת אבני** – בפס"ד הזה היה צריך לפרש את אחד הסעיפים של חוק יסוד: הממשלה. אהרון ברק אומר כי אי אפשר לפרש חוק יסוד ע"פ חוק רגיל (חוק הפרשנות).  
חוק יסוד מפרשים ע"פ תכליתו, ע"פ ההיגיון שלו, ע"פ ההיסטוריה החקיקתית. חוק הפרשנות הוא חוק רגיל ולכן אי אפשר לפרש איתו את חוק היסוד.   
בא למנוע שינוי של חוק יסוד ע"י חוק רגיל - הכנסת נגיד יכלה לשנות את חוק הפרשנות ואז על ידיו לשנות את חוקי היסוד.   
  
**בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** עוסקות בזכויות הקשורות לאדם. ואז נשאלת השאלה מהי משמעות אדם לצורך חוק היסוד. האם תאגיד זה אדם? האם חברה זה אדם?   
יש גם שתי שאלות אחרות: 1. האם אדם כולל גם עובר? 2. האם אדם שכבר נפטר הוא עדיין אדם (חילול המת וכו'...)?  
אם היינו פותרים את השאלות ע"פ חוק רגיל היינו עונים על שתי השאלות האלו בשלילה. כי חוק הכשרות קובע כי אדם חייב בזכויות וחובות מרגע לידתו עד מותו.   
אבל לאור פרשת אבני ניתן להבין כי חוק הפרשנות והכשרות איננו רלוונטי לפרשנות של חוקי-יסוד מעצם היותם חוקים רגילים. כי ע"פ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אדם הוא אדם ויש לו זכויות גם כשהוא עובר וגם אחרי שהוא נפטר.   
  
4. **שיריון** -   
באופן כללי ופשטני חוק יסוד יכול להיות משוריין ביחס לחוקים רגילים אחרים, חוק רגיל לא יכול להיות משוריין ביחס לחוקים רגילים אחרים, ברור כי חוק רגיל עומד מעל תקנות או נורמות שלטוניות אינדיבידואליות וכו'.   
מה זה שיריון? באופן כללי משמעותו בהקשר שלנו - מתן הוראות בנורמה בקשר לתוכן או בקשר להליכי החקיקה של נורמות אחרות. בעצם נורמה כזאת, היא מגבילה את התוכן או את החקיקה של נורמות אחרות.   
שני סוגים של שיריון -   
מהותי – משמעותו שהנורמה מגבילה את התוכן של הנורמות האחרות. הדוגמה הקלאסית היא חוק היסוד של כבוד האדם וחירותו בגלל פסקת ההגבלה - החוק מגביל את התוכן של החוקים הרגילים. בפסקת ההגבלה יש גם היבט פורמאלי – הפגיעה תהיה בחוק. לא מתייחס לתוכן שצריך להיות אלא לעיגון פורמאלי.  
פורמאלי (צורני) – הגבלת ההליכים או קביעת הוראות מגבילות לגבי ההליכים לקביעת נורמות אחרות. סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, קובע ששיטת הבחירות לכנסת תהיה שיטה כלשהי, ולא ניתן לשנות את הסעיף אלא ברוב מיוחס (עולה על הרוב הרגיל, רוב חברי כנסת).   
יש חוקי יסוד שהם לא משוריינים בכלל, ויש חוקי יסוד שמשוריינים רק במובן המהותי ולא בפורמאלי. ניתן לומר שבמובן מסוים ניתן לומר כי כל חוק יסוד מוגן מבחינה מהותית, אם לא נאמר בו אחרת. כל חוק יסוד הוא בעל מעמד עליון, מעצם היותו חוק יסוד. עצם העובדה כי משהו נקבע בחוק יסוד, זה מונע מהכנסת לקבוע משהו שנוגד אותו.   
  
*"שיריון" של חוקים רגילים:*  
חוק רגיל גם לא יכול לקבוע תהליכי חקיקה לחוקים אחרים או לקבוע להם את התוכן. ב-1984 נקבע חוק "במעמד עליון" מעל שאר החוקים הרגילים במהלך מערכת בחירות סוערת לכנסת בתקופה שבה הייתה בשלטון ממשלת אחדות לאומית, חוק להגנה על השקעות הציבור בנכסים פיננסיים – בחוק הזה נקבע כי אין לשנות או לבטל אותו אלא ברוב חברי הכנסת. החוק אומר כי אין להטיל מס על רווחי הון (בבורסה למשל). השיריון הוא לא אמיתי. למה בעצם יש בעייתיות בשיריון של חוק רגיל? נימוק דמוקרטי – מעצם היותה רשות מחוקקת אחת בזמן נתון היא לא יכולה לכבול את הרשות המחוקקת שתהיה אחריה.   
**בפס"ד יקוטיאלי** – חוק יסודות התקציב קובע הוראות לגבי התקציב השנתי. אם בתקציב השנתי רוצים להעביר כסף לגופים מסוימים הוא צריך לקבוע קריטריונים ומטרות שעל פיהם יוקצעו הכספים ולא למנות רשימות של גופים ספציפיים שיקבלו את הכסף. בעצם שלא יקרה מצב שבו רק מי שקרוב לצלחת יקבל צלחת. פס"ד יקוטיאלי בעייתי כי בית המשפט העליון פסל שם הוראה בחוק התקציב השנתי שמדברת על תשלומי גמלאות אבטחת הכנסה לאברכים, לא מנוגד לחוק יסודות התקציב – בגלל שחוק יסודות התקציב מדבר על העברת כספים לארגונים, וגם הכספים האלו הגיעו דרך הארגונים לאברכים. חוק יסודות התקציב הוא חוק רגיל ועדיין יש פה שיריון מהותי שלו.   
בית המשפט בעיקרון מסכים עם זה שחוק רגיל לא יכול להיות משוריין, מה ההסבר של בית המשפט לזה שחוק יסודות התקציב מחייב את הכנסת? חוק התקציב השנתי הוא בעצם לא חוק, הוא יותר דומה להחלטה של הכנסת לאשר את המדיניות התקציבית של הממשלה, הוא פחות מחוק בפירמידת הנורמות. כל חוק רגיל בעצם יכול לגבור על חוק התקציב (כי הוא פחות מחוק). בית המשפט הרחיב והסביר כי חוק התקציב השנתי כפוף לחוק יסודות התקציב, ואמר אם חוק התקציב היה חוק הוא היה מעל חוק יסודות התקציב. (בעצם הייתה העדפה של חוק רגיל אחד על פני חוק רגיל – שהוא לא בדיוק חוק, במצב אחר בו שני חוקים הם באותו מעמד לא ניתן להעדיף חוק אחד על גבי השני). עוד דוגמא לחוק שהוא לא באמת חוק, חוק העזר – מקביל לתקנה של שלטון מקומי שהיא באישור שר הפנים. בפירמידת הנורמות הוא במקום של תקנה.  
פס"ד הזה איננו סותר את העיקרון שאומר כי חוק אחד לא יכול להיות במעמד עליון על חוק אחר, אלא הוא מחזק את העיקרון הזה (ניתן לראות זאת ע"י ההסבר המפורט של השופטים ללמה זה לא סותר ולמה בעצם הייתה "העדפה" של חוק אחד על חוק אחר – שלא באמת מהווה חוק).   
  
שיריון של חוקי יסוד  
חוק יסוד מטבעו עומד מעל חוקים רגילים. יכולים להיות גם משוריינים ביחד לחוקי יסוד אחרים. חוק יסוד: חופש העיסוק סעיף 7 "אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". כלומר, חוק היסוד משריין את עצמו גם ביחס לחוקי יסוד אחרים – דוגמא לשיריון פורמאלי. יכול להיות גם שיריון מהותי.  
מעורר בעיה של דמוקרטיה ואפלייה. למה חוק רגיל לא יכול לשריין את עצמו ביחס לחוקים רגילים וחוק יסוד כן יכול לשריין את עצמו ביחס לחוקי יסוד אחרים? באופן כללי, חוקי יסוד משריינים את עצמם באופן מאוד חלקי וחלש, כל קואליציה מסוגלת להתגבר עליו. רק שניים משריינים את עצמם באופן מלא – חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו. משפט השוואתי - ברוב החוקות בעולם החוקים של החוקה משוריינים באופן מאוד נוקשה (יש למשל פסקאות נצחיות).   
ההסבר לכך שהחוקה עצמה יכולה להיות משוריינת (באופן פורמאלי ומהותי) גם ביחס לעצמה הוא כי החוקה אמורה לקבוע את כללי המשחק הדמוקרטיים עצמם. על מנת לאפשר קיום של מדינה דמוקרטית צריך כי החוקים לא יהיו כפופים לרוב משתנה בהתאם לצרכים משתנים. אלא, שהדברים החשובים באמת יהיו מוגנים מרוחות שעה של ממשלה אחת. ניתן לסכם ולומר כי כל המהות של החוקה היא שהיא קובעת את כללי המשחק של המדינה הדמוקרטית.   
  
קריאה – פס"ד עדאלה נ שר הביטחון, סילגדו, התנועה לאיכות השלטון, פלוני נ מדינת ישראל.   
  
**23.11.11**  
  
חלק שני – מתמקדים בשני חוקי היסוד הקשורים לזכויות האדם.  
חקיקת שני חוקי היסוד האלו בתחילת שנות ה-90 הייתה הגורם למחשבה מחודשת על חוקי יסוד בכללותם. מסיבות שונות –

* בין היתר משום שחוקי היסוד הללו הם מאוד פרקטיים ומתעוררים לעיתים קרובות.
* הם רלוונטיים כמעט לכל ענפי המשפט ולכן הם חוללו העברה של המשפט הישראלי לא דרך המשקפיים החוקתיות בלבד אלא נגעה לחיי היום-יום.
* חוקי היסוד הללו גם מנוסחים באופן שלא ניתן להתעלם ממנו כנורמות עליוניות.

עיקר הדיון הוא ההסדרים הכללים שמתווים חוקי היסוד בנוגע לזכויות האדם.   
נעסוק באיך הזכויות האלו מגנים על זכויות ואיך הם מאפשרים פגיעה בהם במצבים מסוימים.  
  
בשני חוקי יסוד אלו יש פסקת הגבלה. וסעיפים נפרדים שמגדירים את הזכויות. בשניהם יש פסקת מטרה.... יש דמיון ניכר בין שני חוקי יסוד אלו.  
יחד עם זאת, הם אינם זהים ויש ביניהם מספר הבדלים:  
# רק חוק יסוד חופש העיסוק הוא משוריין. את כבוד האדם וחירותו ניתן לשנות או לבטל באמצעות חוק יסוד אחר (לא משנה מה יהיה הרוב).  
# בחוק יסוד חופש העיסוק יש הוראת התגברות. בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אין פסקת התגברות.  
# בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש בו דינים – לא פוגע בתוקפם של דינים שהתקבלו לפני החוק. בחוק יסוד חופש העיסוק הייתה שמירת דינים בעבר ותוקפה פג ב-2003, ניתן לפסול חוקים שפוגעים בחופש העיסוק וסותרים אותו גם אם אותם חוקים התקבלו לפני חקיקתו של חופש העיסוק.  
# רק בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו של הגבלה בנוגע למשרתים בכוחות הביטחון, בחוק יסוד זה יש שתי פסקאות הגבלה.   
  
אין סיבה רציונאלית להבדלים, הם הבדלים מקריים. ההבדלים גם לא מבטאים מדיניות של החלשת חוק יסוד אחד לעומת חוק יסוד אחר.   
  
**ההוראות המשותפות בין שני החוקים:**  
  
חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו  
  
סעיף ראשון בחוק יסוד זה הוזנח ואין לו חשיבות מעשית על אף שבעבר העניין גרר הרבה דיון סביבו. החלק הראשון של החוק מנוסח כהצהרה – לא אומר מה צריך לעשות.. החלק השני מנוסח כהוראת ציווי – הזכויות יכובדו.... חובה את זכויות האדם בישראל חובה לכבד ע"פ העקרונות של הכרזת העצמאות (למשל: שוויון).   
למה מהיסודות שמוזכרים בפסקת ההגבלה ניתן להתחבר להכרזת העצמאות?  
ניתן לראות שבפסקת הגבלה אומרים כי אין לחוקק חוק שיפגע בערכיה של מדינת ישראל – ערכים אלו קבועים בעיקרם בהכרזת העצמאות.   
חוק שפוגע בזכות הוא צריך להלום את ערכי המדינה.   
לסעיף השני מתייחסים יותר אבל גם לו אין משמעות רבה בפסיקה -   
סעיף 1 א בכבוד האדם וחירותו או סעיף 1 בחופש העיסוק (סעיף המטרה).  
הניסוח הוא ניסוח מוזר, מבחינת העברית לכאורה זה בסדר. אבל הוא אומר אם מבינים אותו לעומק – למה אנחנו מגנים על כבוד האדם וחירותו? כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. האם ראוי לכתוב משהו בחוק יסוד כדי לכתוב משהו בחוק יסוד וככה הוא יעוגן? אז למה באמת התכוונו?  
הכוונה העיקרית כאן היא לומר כי ההגנה על זכויות היסוד הן זכויות שהן חלק ממכלול יותר רחב המשקף את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.   
אנחנו מאמינים במכלול רחב של ערכים שהזכויות הללו הן חלק ממנה, והמכלול הרחב הם הערכים הבסיסיים ביותר שמאפיינים את מדינת ישראל.   
כאן התעוררה בעבר וגם כיום (פחות) השאלה הקלאסית: מה גובר במקרה של התנגשות? היהדות או הדמוקרטיה?   
הטענה היא שיש לפעמים סתירה בין ערכיה של המדינה כיהודית ובין ערכיה כמדינה דמוקרטית, מה גובר בסעיף הזה?  
השאלה זאת היא שאלה לא נכונה או מכל מקום הדיון בה מוליך למסקנות שונות מהמסקנות שכולם מצפים להם.   
השאלה היא לא שאלה שנכון לדון בה בהקשר המשפטי -   
1. בתחום המשפט יש אקסיומה כי אין סתירות, ולכן כשאנחנו מפרשים נורמה משפטית אסור לנו לפרש אותה ככוללת דברים שסותרים זה את זה. כי אז לא מפרשים אותה. הפרשנות באה לתת מובן לנורמה. לנורמה משפטית יכולים להיות פירושים שונים, וזה תקף כל עוד הפרשן המשפטי לא אומר שיש בה סתירה (למרות שבמבט ראשוני זה נראה כסתירה).  
הסעיף הזה לא מדבר על מערכות שונות של ערכים. הנוסח שלו עצמו לא מושך לכיוון סתירה – הוא מדבר על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית (מבטאת את הזכות לבית לאומי של היהודים, השפה הרשמית היא עברית, התרבות הרוב היא היהודית...) ודמוקרטית (יש שוויון בין אזרחיה של המדינה, יש בחירות...)  
בהקשר חוקתי משתדלים לחתור להרמוניה, וגם אם יש תפיסות מסוימות של דמוקרטיה שלא יכולות להתיישב עם מדינות לאום (ויהודית בפרט) אלו לא אותן תפיסות שחלות אצלנו. אנחנו חותרים ליישב את ערכיה של הדמוקרטיה עם הערכים היהודיים.   
**הפרשנות הנכונה יותר.**   
2. נניח שיש שתי מערכות ערכים נפרדים לגמרי ויש ביניהם סתירה. האינטואיציה המפורשת היא שכלל שנפרש את הערכים הדמוקרטיים תהיה יותר פתיחות לגבי זכויות האדם, ואם נפרש לפי הערכים היהודיים – תהיה יותר הגבלה.   
למה זה לא נכון בחוק היסוד המדובר? קשורה לפסקת ההגבלה. בפסקת ההגבלה אומרים כי אין פוגעים בזכויות של חוקי אלא אם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל (גם כיהודית וגם כדמוקרטית). ככל שהפרשנות של הערכים היהודיים והדמוקרטיים רחבה יותר, ככה יותר מגנים על הזכויות (ככל שיש יותר זכויות שנגזרות מערכים שונים, ככה זה יותר קשה לפגוע בזכויות). **פרשנות לא נכונה כי מערכות הערכים אינן סותרות אחת את השנייה.**   
אין דוגמא לחוק שנפסל אי פעם רק בגלל שהוא נוגד את ערכיה של מדינת ישראל (אם הוא עמד בשאר ה"מבחנים").

שני חוקי היסוד עוברים אחר כך להציג רשימה של זכויות.   
סעיף 3 לחופש העיסוק – כל אזרח או תושב של מדינה רשאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד  
סעיף 2-7 לכבוד האדם וחירותו – מפורטים הזכויות. שמירה על החיים, הגוף והכבוד, שמריה על קניין, זכות לחירות אישית, זכות ליציאה או כניסה לישראל, זכות לפרטיות וצנעת הפרט... רשימת זכויות אלו מנוסחות כזכויות מוחלטות, "אין לפגוע.... אין נוטלים..." אבל הן לא כאלה – הזכויות גם הן צריכות להיות מוגבלות ויחסיות, אפשר לפגוע בהן בתנאים שעומדים בפסקת ההגבלה.   
הדיון החוקתי מחולק בעיקרו לפחות ל-2 חלקים:  
1. בודקים האם נפגעת זכות שקבועה בחוק היסוד.   
2. היה והיא נפגעת, בודקים האם הפגיעה מקיימת או איננה מקיימת את הדרישות שנקבעו בפסקת ההגבלה.   
היה ומגיעים למסקנה כי לא נפגעת אחת מהזכויות הקבועות בחוקי היסוד, אז החוק הזה לא צריך לעמוד בפסקת ההגבלה, צריך להפסיק את הבדיקה באותו הרגע.   
  
לפעמים הזכות היא ברורה – למשל הזכות לחיים או בזכות לשלמות הגוף..  
לעומת זאת, זכויות אחרות עשויות להיות פחות ברורות (גם אם הן נראות יותר ברורות ממה שהן באמת) – למשל חוק יסוד: חופש העיסוק, ברור לנו שרפואה או משפטים הם בגדר עיסוק, מקצוע או משלח יד. אבל מה אם אדם שהוא גנב מקצועי או סוחר סמים?   
מה אם מדובר בעיסוק שאיננו פסול באופן אבסולוטי, למשל הימורים? ואז מתעוררות שאלות בנוגע לפגיעה. **פס"ד בפרשת לם** עורר שאלה מסוג זה – היה מדובר בחוזר מנכ"ל שהוציא מנכ"ל משרד החינוך שקבע שמשרד החינוך יכיר באבחונים של לקויות למידה רק אם הם ניתנו ע"י פסיכולוגיים חינוכיים? האם לא נוצרה פגיעה בזכויות של המאבחנים הדידקטיים? יש פה פגיעה ברורה, למדינה יש כמעט מונופול בהיזקקות למאבחנים ללקויות למידה ולמעשה אדם לא יכול לעסוק במקצוע הזה אם הוא איננו עומד בתנאי החוזר (בסוף נפל כי היה מדובר בחוזר מנכ"ל ולא חוק).  
מה עם דברים שנוגעים לתחרות בשוק? למשל סובסידיות שניתנות לחברה אחת ולא ניתנים לאחרת? זאת הפרעה משמעותית לאדם לעסוק במקצועו כי זה פוגע בתחרות של השוק.   
**בפס"ד בפרשת בנק המזרחי** נדון סעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כי אין לפגוע בקניינו של אדם... מיהו אדם? האם זו גם חברה מסחרית? או מהו קניין? יש כל מיני הגדרות במשפט האזרחי, אבל הן לא מקור מכריע לפרשנות של חוקי יסוד.   
בית המשפט פירש את הזכות לקניין הכתובה בסעיף 3 לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו – כי קניין זה כל זכות הקשורה לרכוש, לאו דווקא כמו שיש רק במשפט הפרטי, אלא כל זכות שמקורה בערך כלכלי.   
  
סעיף 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (בקשר לחירות), עולה **בפס"ד סילגדו** – סילגדו וחבריו התאגדו והלכו לשדוד, סילגדו היה עם נשק עליו, אך הם לא סיכמו כי הוא יירה במישהו.   
בחוק העונשין כי כתוב כי המבצעים בצוותא עבירה, ומבצעים עוד עבירה נוספת, אפשר להרשיע גם את חבריו באותה העבירה שהם היו צריכים לקחת בחשבון שאולי תיקרה.   
עלתה טענה שהחוק הזה לאחריות של עבירות קשות שלא התכוונו לבצע את המעשה, אלא רק היו שותפים למעשה עבירה אחר, מאפשר להטיל על אנשים שפעלו ברשלנות עונשים מאוד קשים. בית המשפט חילק את הדיון לשני חלקים:   
1. האם נפגעה בכלל זכות – אהרון ברק ואדמונד לוי אמרו שכן משום שכל חוק פלילי המאפשר להטיל עונש מאסר פוגע בזכות לחירות של אדם.   
שטנסברג לא הסכימה עם דברי אהרון ברק ואדמונד לוי, אמרה כי לא נפגעה זכות כלשהי שמעוגנת בחוק היסוד המדובר, משום שאותה הזכות לחירות המדוברת היא לא זכותם של עבריינים ובעצם בקביעה כי זכותו החוקתית לחירות נפגעת אנחנו נותנים לגיטימציה לעבריינים לבצע עבירות. אומרת כי אי אפשר לומר כי זאת זכותו החוקתית של אדם לבצע עבירה. מסיימת את התייחסותה לנושא כאן.   
ביקורת לדבריה של השופטת שטנסברג היא שהיא בעצם מפרשת את חוק היסוד ע"פ מה שקבעה הכנסת בחוק רגיל, וזה לא תקין!  
קודם צריך לפרש את החירות החוקתית ואז לקבוע האם יש פגיעה בזכות או לא.   
2. האם עומד בפסקת ההגבלה? כן, כי זה לתכלית ראויה, ע"פ חוק וכו'...  
  
ביקורת לגבי עמדות השופטים – נקודת המוצא חייבת להיות כי אנחנו קודם כל בודקים מהי החירות המדוברת בסעיף 3 בכבוד האדם וחירותו ואז להבין האם החירות שצריכה להיות מוגנת, נפגעה.   
  
אח"כ אנחנו מגיעים לשאלה הפרשנית הקשה ביותר בפרשנות – פרשנות לזכות כבוד האדם וחירותו, שברור שהיא מרכזית מבחינת הניסוח כי היא מוזכרת 4 פעמים.  
מהי אותה זכות לכבוד?  
אם מעליבים מישהו זה נחשב פגיעה בכבוד? הניסוח העמום הזה עורר מחלוקות.  
הגיע להכרעה **בפס"ד בפרשת חוק טל (פס"ד התנועה לאיכות השלטון),** החוק קובע הסדרים של דחיית גיוס ופטור משירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם.   
הוגשה עתירה נגד החוק שהוא לא חוקתי, הניתוח הוא בשני שלבים: 1. האם נפגעה זכות חוקתית? הזכות שנפגעת בגדול היא כבוד האדם, השאלה הייתה עד כמה מתוך המונח של כבוד האדם אפשר להגיד שכלול גם השוויון.   
**יש המון פירושים לכבוד האדם – הגישה שנבחרה בסוף היא הגישה שהוצגה בפס"ד איכות השלטון:**  
א) מודל צר [גישה קיצונית] – על פיה הזכות לאדם הוא רק כבוד האדם. לא כלולה אף זכות אחרת במונח. אין חפיפה בין כבוד האדם לזכויות אחרות. ברק לא הזכיר את הגישה הזאת. ***הרציונל*** – מתבסס על כוונתה של הכנסת כשהיא חוקקה את חוקי היסוד. היא חוקקה אותם מתוך כוונה שלא יהיו בהן כל הזכויות. הכנסת לא מתוך לקונה או שכחה לא הכניסה לחוק זה את כל הזכויות שיכולות להיגזר מכבוד האדם.   
\*הסדר שלילי - מדבר השלילה לומדים את החיוב\*  
ב) גישת ביניים מצמצמת [גישת ביניים] – מה שאנחנו צריכים לבדוק הוא האם נפגע כבוד האדם ע"פ מבחן ההשפלה. אם חוק מסוים הוא משפיל אז גם אם ההשפלה מגיעה מאפליה הוא פוגע בכבוד האדם. אם הוא לא משפיל אבל הוא לא שוויוני זה לא פוגע בכבוד האדם.  
ג) **גישת הביניים** (המרחיבה) [גישת ביניים] – לא אומרת שיש בכבוד האדם כל זכויות האדם אבל הרבה מאוד כן כלול. נותן כל מיני מבחנים – השפלה, מבחן קנטייני, מבחן האוטונומיה. אם הפגיעה בשוויון גורמת לפגיעה באוטונומיה או להשפלה, זה בגדר פגיעה בכבוד האדם.   
ד) מודל מרחיב [גישה קיצונית] – כל זכויות האדם כלולות בזכות לכבוד.   
  
**28.11.11 – לא הייתי, חומר מאור**

התוצאה המשפטית של פרשנות 2 החוקים- היא שכל היבט של הזכות היא חלק מחו"י, כלומר אין גישה נכונה ביחס לגישה אחרת. כמו כן אין הבדל בין זכות מנויה לזכות בלתי מנויה. הנושא בו אנו עוסקים הוא מה משמעות הזכות לכבוד האדם שקבועה בחו"י.

נרחיב מעט על המודלים:

הגישה המצמצמת (1)- כל זכות בעלת שם משל עצמה- שאינה מוזכרת במפורש בחו"י כבה"א-לא יכולה להיות חלק מן הזכות לכבוד. ולמה? משום שהתכלית של הכנסת לא הייתה רק לתת מעמד ברמת חו"י לזכויות שנקבעו- אלא המטרה הייתה לא להעניק מעמד חוקתי לזכויות שלא נכללו- ולכן לא נכון לפרשן "ולהגניב" לחו"י זכויות שלא הוחלט להכלילן במפורש.

השאלה הנשאלת- קשה למצוא דוג' למצב בו מדובר בזכות לכבוד ללא כל חפיפה לזכות אחרת כלשהי,ולכן נדמה שלגישה המצמצמת ניתן להכניס מקרים בהם כן מתקיימת חפיפה כלשהי, אך בכ"ז ההיבט הדומיננטי של הנושא הוא הכבוד עצמו, כאשר הזכות החופפת היא לרוב נלווית.

הגישה המרחיבה (4) היא הפוכה לכך- ואומרת שכל זכויות האדם הם חלק מן הזכות לכבוד האדם.הרעיון הוא נכון ברמת התיאוריה- ומבחינת המשמעות של זכ' האדם- כולן מבחינת מקורן,הוא בכבוד האדם- והוא הסיבה למתן זכ' האדם. הן אינן אלא פירוט של הזכות- כבוד האדם הוא שם המשפחה של כל הזכויות. החלטה זו לא מייחסת משקל להחלטת הכנסת שלא לתת מעמד של זכויות יסוד למי שלא נכללת במפורש.

גישת הביניים המצמצמת (2) – אומרת כך- אמנם יש לפעמים חפיפה בין כבה"א לזכויות אחרות, אבל בכל מקרה יש לבדוק האם נפגעת הזכות לכבוד ע"פ מבחן ההשפלה. האם אדם מושפל-וההשפלה נעשית ע"י פגיעה בשוויון- אזי יש פגיעה בכבוד האדם. אם האדם מושפל אך הפגיעה לא נעשית ע"י פגיעה בשוויון- אז אין פגיעה בכבה"א, כלומר, יש לכבד את החלטת הכנסת – והתייחס לעיקר שהוא כאמור מבחן ההשפלה.

-בג"ץ אליס מילר- העתירה הייתה בגין הטענה שלא מגייסים נשים מכיוון שההכשרה כדאית פחות ביחס להכשרת גברים. היישום, מפי השופטת דורנר, התייחס לגישה זו. עצם זה שנפגע השוויון לאו דווקא פוגע בכבה"א, אבל, במקרה זה, יש מניעת הזדמנויות מאדם בעקבות מינו- אלמנט השוויון מגיע לפגיעה בכבוד האדם ברמת ההשפלה. ולכן- אם האפליה היא מסוג כזה כפי שפורט- אז נחשבת פגיעה בכבוד האדם מעצם ההשפלה. נסכם- גישת הביניים המצמצמת היא אמנם יותר מרחיבה מן הגישה המצמצמת, אך היא מרחיבה אותה. (בבג"ץ חוק טל, היא מוגדרת כגישה המצמצמת)

גישת הביניים המרחיבה (3)- לא כל זכ' האדם מצויות תחת הזכות לכבוד האדם, אך מצד שני אין לבססה על מבחן אחד ויחיד- מבחן ההשפלה- אלא גם על מבחנים נוספים כגון מבחן האוטונומיה-למשל, שפגיעה בה גוררת פגיעה בכבוד האדם מעצם הגבלת פעולתו. גישה זו אומצה ע"י ביהמ"ש העליון (ברק) בפרשת חוק טל.

מה עשוי להיות בעיה בגישה זו? הגישה כוללת התנהגויות שלא בהכרח יש סיבה לתת להן הגנה חוקתית- וכן היא מאוד מתרחקת מכיבוד תכלית הכנסת- בעצם כך שהיא לא נתנה מעמד חוקתי מפורש לזכויות מסוימות. קשה לתת הגנה חוקתית לפעולות שאין להן ערך חיובי.(סילגדו- הפרשנות בפס"ד זה התייחסה לפגיעה בזכויותיהם של מי שעבר על החוק-דבר זה מעורר מחשבה, היות ויש פעולות שנדרש להגבילן).

מבחן בדיקת חוקתיות, כפי שכבר ציינו, כולל 2 שלבים עיקריים: יש לבדוק האם החוק הנדון פוגע באחת מן הזכויות המעוגנות בחו"י כבה"א וחירותו. יש לפרש את הזכות ולבחון האם החוק פוגע בזכות על פי פירושה- כפי שנקבע בפסיקה. בשלב השני, נבדוק האם החוק עומד במבחן פסקת ההגבלה- הוא צריך לקיים את כלל הדרישות שבמבחן זה.

מבחן בדיקת חוקתיותו של חוק:

פסקת ההגבלה היא בעלת 2 תפקידים: הראשון, הגבלת הזכויות החוקתיות- שהן אינן מוחלטות.ניתן לפגוע בהן אם מתקיימים בתנאים במבחן פס' ההגבלה. היא מגבילה את ההגנה על זכ' האדם. התפקיד השני, הוא הגבלת הכנסת- היא אינה רשאית לפגוע בזכ' הקבועות בחו"י כאוות נפשה- היא מוגבלת ע"י פסקת ההגבלה. מותר לפגוע בזכות רק כאשר מתקיימים כל התנאים בפס' זו.

מהם התנאים בפס' ההגבלה? קיימים 4 תנאים מצטברים (!): כולם צריכים להתקיים כאשר מדובר בחוק הפוגע בז"י, על מנת שהוא ייחשב כחוקתי, ויקיים את דרישות חו"י. מאחר והתנאים הם מצטברים- מספיק שאחד מהם לא יתקיים, על מנת שהחוק ייחשב לבלתי חוקתי.היה וכך הדבר, לביהמ"ש סמכות לתת תרופות שונות, לרבות ביטול החוק.

להלן התנאים:

1.חוקיות- "בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו".

2. הלימת ערכיה של המדינה- חוק שפוגע באחת מזכויות היסוד, חייב להלום את ערכי מדינת ישראל

3. תכלית ראויה- חוק חייב להיות בעל תכלית ראויה.

4.מידתיות- פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש. מבחן זה כולל 3 מבחני משנה- גם הם מצטברים (!):

א. מבחן ההתאמה- מבחן הקשר הרציונלי-

ב. מבחן הפגיעה הפחותה-

ג. יחסיות-(מידתיות במובן הצר)-

מאיפה הגיעו מבחני המשנה? ישראל לא המציאה את המידתיות... המידתיות שאולה מן החוקות שלמדינות זרות (קנדה, גרמניה, האיחוד האירופי, המשפט הבינ"ל ועוד)- זהו מבחן די זהה בכל המקומות, ולכן הוא הושאל לשיטת המשפט הישראלית.

פירוט אודות המבחנים:

1.חוקתיות- בנוסח המקורי של חו"י כבה"א, הדרישה הייתה תמציתית יותר-ועיקרה של הדרישה היה שאך ורק יתקיים חוק. העניין תוקן בכך שחוק לא חייב לפרט בעצמו את דרך הפגיעה- אלא הוא יכול להסמיך רשויות אחרות לפגוע. מדוע צריך את דרישת החוקיות? התשובה היא לכך שלעיתים יש צורך ב"גושפנקא" של נבחרי העם. סיבה נוספת לכך (פס"ד לם)- היא מעצם סרבול הליכי החקיקה. יש בכך סוג ערובה מוסדית בסיסית שייפגעו זכויות רק בעת הצורך. על רקע זה מתעוררת השאלה- מהו חוק. ולמה? חוק לכאורה, הוא משהו שנוצר ע"י הכנסת. אך יש גישה שלא אומצה בצורה מפורשת ע"י ביהמ"ש העליון- ואומרת שחוק הוא אינו רק חוק שנוצר בכנסת- אלא גם חלקים מן המשפט המקובל. ולמה? יש מדינות שמשתייכות לשיטת המש' המקובל- אז נכללת בחוקה שלהם גם שיטה זו. ומאחר והעניין הזה הוא עניין קיים ומקובל במקומות מסוימים- ניתן לעיתים להכליל זאת תחת הגדרת חוק. דבר זה רלוונטי לענפי המשפט בהם אין חקיקה- וההסדרים מגיעים מן המשפט המקובל, אך יחד עם זאת עניין זה נמצא יחסית בשוליים- ולא נכון להחשיבו כעיקרון באופן גורף.

שאלה נוספת היא- מה צריך להיכלל בחוק? והתשובה היא – תלוי. המבחן הוא גמיש (פס"ד המפקד הלאומי) - והוא מבקש לבדוק כמה הפגיעה היא חמורה וכמה הזכות היא חשובה. אם הפגיעה היא חמורה במיוחד, אז נגדיר הנחיות מפורטות בחוק באשר לפגיעה. לעומת זאת, אם הזכות היא לא חשובה או הפגיעה היא מינורית- אז מספיק שהחוק יסמיך רשות ציבורית להסדיר את הנושא.המבחן הנ"ל יוצר סוג של עמימות מאחר והוא נתון לפרשנות-"תפסת מרובה לא תפסת".

**30.11.11** בשלב הראשון, ישראל מגדירה בנפרד את הזכויות – גישת הביניים המרחיבה.  
בשלב השני, פסקת ההגבלה מגבילה גם את הכנסת – איננה רשאית לפגוע בזכויות האדם ע"פ שיקול דעתה. מותר לכנסת לחוקק חוק שפוגע בזכויות האדם רק אם אותו חוק מקיים את כל התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה (תנאים מצטברים – כולם חייבים להתקיים). בעצם אין רק 4 תנאים בפסקת ההגבלה, משום שהתנאי הרביעי כולל בחובו 3 מבחנים נוספים.  
דרישת החוקתיות מתפרשת בהתאם למידת החשיבות היחסית של הזכות שהחוק פוגע בה. למבחן הגמיש בנוגע לחוקיות יש גם יתרונות: **עשוי להקל על הכנסת** כאשר הפגיעה אינה קשה ורצינית – מאחר והוא נותן את הסמכות לקבוע במידה. חיסרון – **עמימות** הגמישות, מבחינת הכנסת קשה לה לדעת מראש מהי מידת הפירוט הנדרשת מהם כאשר הם באים לפגוע בזכויות חוקתיות. יש קשר הדוק בין המבחן הגמיש לגישה המרחיבה בפרשנות הזכויות – אם בית המשפט היה נוקט בגישה יותר מצומצמת בנוגע לזכויות חוקתיות היה יותר קל להקפיד עם הכנסת לקביעת אמות מידה מפורטות. בגלל הפרשנות המרחיבה של בית המשפט היא שחלק גדול מאוד של חוקי הכנסת פוגעים בזכויות חוקתיות ואז יש קושי לחייב את הכנסת לקבוע פרטי פרטים בכל חוק שהיא מחוקקת.נושא נוסף שעולה הוא, מהו חוק? הפסיקה לא הכריעה באופן מפורש האם חוק יכול לכלול רק חוק של הכנסת או גם פסיקה מהמשפט המקובל. אם קובעים משהו ע"פ המשפט המקובל אנחנו לא מגשימים את החוקיות המצוינת בפסקת ההגבלה. התבססות על המשפט המקובל בקביעת חוק הסותר זכויות הוא לא מכריע, הוא אפשרי.   
**בפס"ד המפקד הלאומי** כולם מסכימים כי המבחן הוא גמיש, אך המחלוקת היא על איך נראה המבחן הגמיש, מה כלול בו. פס"ד לא מצליח להנחות את הכנסת מה מותר לה ומה אסור, איזה פגיעה דורשת פירוט רב ואיזה פחות. לבסוף הוחלט בפס"ד כי במקרה הספציפי הזה הרשויות מוסמכות לאסור שידורים פוליטיים ואין צורך בהוראה מפורשת של הכנסת על כך.  
  
2. הלימה של החוק הפוגע בזכות של ערכיה של המדינה -   
אותם הערכים המפורטים בפסקת המטרה, ערכיה של מדינת ישראל + הדברים שנמצאים בפסקת המטרה.  
חוק שפוגע בזכות צריך להלום את מכלול ערכיה של המדינה, לא די שחוק מתחייב להלום את ערכיה היהודית או מתחייב להלום את ערכיה הדמוקרטיים. אלא זה צריך להיות שילוב – אי פגיעה בערכים היהודים והדמוקרטיים. מצדיק פרשנות זהירה ומרוסנת של גישה זו, אי אפשר להגביל את הכנסת עד כדי כך. ההגבלות צריכות להיות הגבלות מחויבות. זה לא נכון שאנחנו נאמר שמכוח דרישה זו יחולו הגבלות קשות ומשמעותיות בחקיקת החוקים ע"י הכנסת. גישת בית המשפט – קשה לחשוב על חוק שפוגע בזכויות האדם והוא עובר את כל המבחנים האחרים חוץ מההלימה, לא יעבור. בכל זאת יכולה להיות משמעות מסוימת בסעיף הזה כאשר מגיעים לתכלית ראויה (הצעתו של פרופ' ברק), תכלית של חוק שבאה לקדם ערכים יהודיים ודמוקרטית, צריכה להיחשב כתכלית ראויה.

נושא שיכול להתעורר בכל חקיקה מסוימת – גישה מקובלת היא ששמירה על רוב יהודי וסממנים תרבותיים בסיסיים בהיותה של המדינה מדינה יהודית הם חלק ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. אם תעורר השאלה שבפועל יכלה להתעורר אבל בית המשפט לא נזקק לה: האם חוק שפוגע בזכויות האדם במטרה להבטיח רוב יהודי במדינת ישראל – האם הוא חוק לתכלית ראויה? הדעת נותנת שכאן יש רלוונטיות לכך שהחוק צריך להלום את ערכיה היהודיים של המדינה. אין זה אומר שכל חוק שיפגע בערכיה היהודיים של המדינה הוא לא חוקתי.   
  
3. התכלית הראויה -   
דרישה עמומה במיוחד. המבחן שנקבע בפסיקה הוא שתכלית ראויה היא תכלית שראויה לפגיעה בזכויות במדינה שמכבדת זכויות (קיים בתוך המידתיות השלישית – בודקים שם באופן ספציפי את האיזון של הפגיעה אל מול הגנת הציבור, האם הוא סביר). יש מבחן יותר רחב שמדבר על תכלית ראויה לחקיקה, הצמצום קיים בתוך המידתיות השלישית.הגישה הרחבה לא אומרת כי כל תכלית היא תכלית ראויה לחקיקה. **פס"ד אורון**, עסק בחוק שכינויו העממי היה חוק ערוץ 7, בשלב מסוים הוחלט כי יש לאפשר שידור יותר לאומני לציבור שרוצה בכך ולכן יש להקים תחנת רדיו שעוסקת בכך. בשביל זה צריך לעשות מכרז. החוק הזה כאשר הוא קבע את התנאים למכרז, הגדיר אותם באופן כזה שרק ערוץ 7 יכול לזכות (למשל קבעו כי צריך 5 שנות וותק בפריסה ארצית, וערוץ 7 היו בעלי וותק כזה אבל הם שידרו תוך כדי שהם עוברים על החוק). למה ניסחו את החוק בצורה כזאת? כי לערוץ 7 היו קשרים מיוחדים במסדרונות השלטון, שרים מסוימים דאגו לכך שתחנה מסוימת רק היא תוכל לגשת למכרז והיא תזכה בו. ואז מה עמד בפני בית המשפט העליון? חוק שיש לו שתי   
תכליות – 1. הגברת הפלורליזם התקשורתי (הגבלה של חופש העיסוק כדי להגביר את הפלורליזם). 2. הייתה גם תכלית שערוץ מסוים יזכה במכרז. תכלית לא ראויה לחקיקה. בית המשפט אמר כי צריך לבדוק מהי התכלית העיקרית והדומיננטית מבין השתיים. בפועל, בית המשפט השאיר את כל הנושא בצריך עיון ולא פסל את החוק. החוק נפסל משום שהוא לא היה מידתי – לא קיים את המבחן של הפגיעה הפחותה. ניתן ללמוד מפס"ד הזה כי יכולות להיות כמה תכליות לחוק – חלק ראויות וחלק לא. בסיטו' כאלו היה והחוק "נופל" רק בגלל זה, צריך לבדוק איזה תכלית היא הדומיננטית יותר.   
  
4. היסוד החשוב ביותר – המידתיות (פגיעה בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש) – בית המשפט העליון קבע שהמידתיות כוללת 3 דרישות שונות שבודקים אותם באמצעות 3 מבחני משנה -  
דרישת ההתאמה – משמעותה של התאמה היא שיש בחוק הפוגע בזכות כדי לקדם את השגת התכלית הראויה. לא מספיק שהכוונה של הכנסת הייתה כוונה חיובית, אלא צריך גם לבדוק האם החוק בפועל מאפשר להשיג את התכלית הראויה. אין לאפשר מצב שבו גם פוגעים בזכות וגם לא מושגת המטרה שהכנסת ביקשה להשיג. אבל כאן מתעוררת שאלה – עד כמה מקפידים על: 1. שהתכלית תושג במלואה, 2. וודאות כי התכלית תושג? האם רק במקרה שבו 100 אחוז מהתכלית מושגת רק אז מותר לפגוע בזכות? השכל הישר אומר כי לא יקפידו בצורה כזאת, זה דבר מוגזם ובלתי אפשרי. אלא מסתפקים בפחות. נניח כאשר מחוקקים חוק פלילי מחמיר כדי להרתיע, אז אם נאמר שאם נחוקק חוק פלילי מחמיר אז 100 אחוז מהעבריינים זה באמת ירתיע אותם, זה יהיה מוגזם. בפועל, לא תמיד בית המשפט מנסח את הדברים בצורה מפורשת, גם כאן יש משהו **מהיחסיות** – אם הפגיעה בזכות היא פגיעה קשה והזכות היא מאוד חשובה, והתכלית היא לגיטימית אבל היא לא הכי חשובה שיש אז יותר יחמירו על הסתברות גבוהה להשגת חלק משמעותי מהתכלית. לעומת זאת, אם התכלית היא מאוד חשובה וקשורה למשל לביטחון המדינה, והזכות היא לא כל כך חשובה, אז לא יחמירו באופן מופלג. זה לא מוחלט. שאלה נוספת היא עד כמה הכנסת באמת צריכה לבדוק לפני שהיא מחוקקת חוק את האפשרות של החוק להשיג את התכלית (האם צריך לערוך מחקר לפני או שאפשר להחליט לפי השכר הישר), בדר"כ בית המשפט לא מקפיד על כך שהכנסת תערוך בדיקות עד כמה החוק יהיה יעיל. אם החוק על פני הדברים נראה מתקבל על הדעת והוא יכול לעזור, אז בית המשפט לא יפסול את החוק. הכנסת יכולה לחוקק חוק כ"הוראת שעה" וזה בעצם יהיה הפיילוט האם החוק ראוי והוא מקדם את המטרות שלשמן הוא חוקק, זה בעייתי! למרות זאת, בית המשפט מכיר בכך.   
העובדה שבית המשפט במקרים מסוימים לא באמת מקפיד על הסתברות גבוהה על פי הוכחות רציניות שחוק יקדם את התפקיד והוא מאפשר לעשות ניסיונות, נובעת מהאופן הרחב שבו מוגדרות זכויות האדם. מאחר שזכויות האדם כוללות היבטים מאוד רחבים ולאו דווקא ליבת הערכים הבסיסיים של כבוד האדם, זה לא דבר מעשי לומר לכנסת כי לפני שהכנסת מחוקקת חוק היא צריכה ליזום מחקרים מדעיים עד כמה החוק ישיג את מטרתו ואם הכנסת לא בטוחה אסור לה לחוקק את החוק – זה לא מעשי. אבל אם בית המשפט היה מראש מפרש את הזכויות באופן מצומצם, אז הייתה דרישה מסוימת מהכנסת לא לחוקק סתם חוקים ולפגוע בזכויות האלו בפיילוט. עוד לא נפסל אף חוק בגלל חוסר התאמה, היו מקרים בהם חוק נפסל בגלל שילוב זה מבחן ההתאמה ועוד יסודות אחרים.   
ככל שמרחיבים את הזכויות, כך ההגנה עליהם פוחתת.   
**פס"ד האיכות לשלטון** – אומר כי כמעט כל החוקים פוגעים בזכויות חוקתיות. השופטים סברו כי החוק המדובר הוא בלתי חוקתי אבל תוקפו עומד לפקוע, ואם הכנסת תחדש היא תערוך בו שינויים, אבל הכנסת לא ערכה שינויים והוגשה עוד עתירה. הדיון השוהה הדיון כדי לברר האם החוק אכן משיג את מטרותיו (שילוב בחברה ובכלכלה הישראלית של הציבור החרדי). מדגים שוב את הפרשנות הרחבה של בית המשפט – ניתן לראות זאת בכך שבית המשפט בכלל רואה את הזכות כזכות חוקתית. במקרה הזה בית המשפט לא הצליח באמת להגן על הזכות.  
המבחנים שבית המשפט פיתח יכולה לפעמים לפגוע בזכות ובמבחנים לפגיעה.  
**פס"ד סילגדו** – אומר כי כל חוק פלילי פוגע בזכויות חוקתיות. בית המשפט הרחיב את הזכות החוקתית לחירות – לאדם יש זכות לרצוח.. לשדוד... מצד שני די בקלות בית המשפט דחה את העתירה. החוק שנדון היה חוק מאוד בעייתי – אפשר להטיל אחריות פלילית של עבירות קשות על אנשים שפעלו בלי כוונה. מצד אחד, בית המשפט אמר שכל חוק פלילי פוגע בזכויות חוקתיות. מצד שני, לא פסל את החוק. קל לומר שזכויות נפגעות אבל רק במקרים מאוד חריגים החוקים באמת נפסלים. המבחנים שנקבעו ויושמו ע"י השופטים "עוזרים" לכנסת להעביר את החוקים הפוגעים בזכויות. בסה"כ בתי המשפט פסלו רק 6 חוקים במהלך 20 שנה בהם יש חוקי יסוד.   
**בפס"ד אודות הבית סוהר הפרטי** – יש ויכוח האם זה חוסך בתקציב המדינה. העותרים הביאו חוו"ד כי זה לא חוסך, ומשיבים אומרים אחרת. לבסוף החוק נפסל בגלל שיקולים אחרים של פסקת ההגבלה.   
דרישת הפגיעה הפחותה – הכנסת כאשר היא מבקשת להשיג תכלית ראויה, היא צריכה כמידת האפשר לחוקק חוק שלא פוגע בזכויות האדם. יש להעדיף חוק שלא פוגע בזכויות. כשאין מנוס מפגיעה בזכויות, הפגיעה צריכה להיות פחותה ככל שאפשר. **פס"ד צמח –** דובר על סעיף בחוק השיפוט הצבאי שאפשר לעצור חיילים לפני שהובאו בפני שופט עד 4 יממות. בית המשפט פסל את החוק בגלל מבחן זה. מה התכלית של החקיקה? לקחת את החייל ולהביא אותו לשופט. והוא אמר שלא צריך 4 ימים כדי לעשות זאת, אפשר בפחות. הגביל את הזמן ל-48 שעות. מדומה לפעמים למדרגות – עוצרים במדרגה שבה מושגת התכלית.   
מכך עולות מספר בעיות: **בעיה אחת, יש הרבה מקרים שהסדר חלופי לא ישיג בדיוק את אותה המטרה באותה מידה ובאותה עלות. פגיעה פחותה זה רק כאשר יש חלופה שמשיגה את המטרה בדיוק וזה לא עולה יותר כסף.** מטרת המעצר – 1. שהנאשם לא יברח, 2. לא ישבש ראיות, 3. לא יבצע עבירות נוספות. לא צריך בשביל זה מעצר, אפשר להקים כוח אבטחה וישמרו על אותו נאשם. למה לא עושים את זה? כי זה עולה יותר כסף! זאת אומנם פגיעה פחותה אבל יש לזה עלות. בית המשפט החליט אח"כ כי המבחן הזה הוא לא מבחן חשוב כ"כ.   
**בפס"ד בנק המזרחי** המטרה הייתה להציל את הישובים מקריסה כלכלית, האמצעי היה הקלה על הלוואה. באו הבנקים ושאלו אם זאת הפגיעה הפחותה, אמרו שיש פגיעה פחותה יותר – למשל שהתקציב יעזור לישובים. בית המשפט החליט לא להיכנס לנושא הזה כי זה נושא כלכלי סבוך ויש לכנסת שיקול דעת רחב מבחינת בית המשפט. אם הכנסת תחוקק חוק שבאופן קיצוני יהיה ללא שיקול דעת הגיוני, אז בית המשפט יתערב.   
בעיה שנייה, הייתה קיימת בכל מקרה אבל מתחזקת כאשר הפירוש הוא כל כך רחב. הבעיה מתרחשת כי יש פגיעה בזכות אחת לצורך קידום של זכות אחרת. למשל הגדלה של פיצויים בגין לשון הרע – כמובן שיש פגיעה בחופש הביטוי (חלק מהזכות לכבוד האדם) אבל המטרה היא גם להגן על הזכות לשם טוב. אי אפשר להחיל פה את מבחן הפגיעה הפחותה. פגיעה בזכות אחת היא מקסימאלית כדי לשמור על זכות אחרת. מה עושים במקרה כזה? הפסיקה לא מתייחסת לזה בצורה מפורשת, מזניחה את מבחן הפגיעה הפחותה.   
  
מבחן היחסיות – מוכר בשנים האחרונות כמבחן המרכזי. מאחר וקל מאוד בדרך כלל לקיים גם את דרישת החוקתיות, הלימת הערכים, התכלית הראויה וגם ההתאמה, וגם הפגיעה הפחותה מגיעים ליחסיות. רוב הדיון ורוב המקרים שבהם בית המשפט פסל חוקים הפסילה התבססה על היחסיות. יחסיות – יחס סביר בין התועלת מבחינת השגת התכלית לבין הנזק מבחינת הפגיעה בזכות החוקתית. בהחלט יכולים להיות מקרים שחוק מקיים את דרישת ההתאמה, ואת הפגיעה הפחותה, אבל שהוא יהיה לא יחסי. יחסיות מדברת על כך שזכות נפגעת לא בפרופורציה ראויה לתועלת שמפיקים מהפגיעה. דרישת היחסיות היא מאוד עמומה, נותנים לכנסת שיקול דעת רחב וההתערבות היא רק במקרים קיצוניים. בית המשפט קבע שני מבחנים שלא פותרים את בעיית העמימות אבל משפרים את היכולת ליישם באופן אובייקטיבי את היחסיות: א) בדיקת התוספתיות של השגת התכלית הציבורית לעומת חלופה – לא בודקים את החוק לבד אלא לעומת הסדר חלופי, היפותטי ורואים עד כמה החוק שחוקתיותו נתקפת משפר את השגת התכלית לעומת החלופה ועד כמה הוא מגביר את הפגיעה בזכות. לדוג', הפסיקה בדבר גדר הביטחון (בשטחים חוקי היסוד לא חלים אלא דינים בינלאומיים ויש שם יסוד של מידתיות).- מחלוקת לגבי איפה הגדר תהיה, כמה ביטחון נוסף נשיג אם הגדר תהיה במקום א' במקום מקום ב'. אם הצבא יגיד כי ההבדל מהותי והוא בעל הניסיון העתירה לשנות את מיקום הגדר, תידחה. אבל אם רשויות הביטחון אומרות כי זה מוסיף קצת לביטחון אבל הן מודות שהתופסת היא מאוד קטנה, אלא המקרים שאפשר לפסול את החוק ע"פ המבחן התוספתי. בית המשפט החליט כי הפגיעה בזכות בסופו של דבר היא מאוד קשה ועדיין ישמר הביטחון, והתועלת התוספתית קיימת אבל היא מאוד קטנה – אז יש לשנות את מיקום הגדר. המבחן הזה מבוסס על בדיקת חלופות – דבר שהכנסת לא עושה. בית המשפט לא דורש מהכנסת לבדוק חלופות כי זה לא מעשי, הכנסת תתעסק רק בזה. החלופות נדונות בבית המשפט.   
סוג שני שבא להקל על העמימות – פיתוחם של נוסחאות איזון עקרוניות. בתחומים מסוימים עוד לפני חוקי היסוד התפתחו נוסחאות אחרות לאיזון.

**5.12.11  
  
המכנה המשותף של שני חוקי היסוד – תחולת החוק**הסעיף המשמעותי האחרון המשותף לשני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם – סעיף 11 של כבוד האדם וחירותו. וסעיף 5 של חוק יסוד: חופש העיסוק.   
בסעיף זה נקבע כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שמוגנות בחוק יסוד זה.   
במה הסעיף הזה מוסיף על פסקת ההגבלה? פסקת ההגבלה ברור על פי ניסוחה שהיא מחייבת את הכנסת כאשר היא מחוקקת חוקים לכבד את זכויות היסוד במובן הזה שחוק הפוגע באחת מזכויות היסוד הקבועות בחוקי היסוד חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל וחייב להיות לתכלית ראויה וחייב להיות מידתי. אבל בא סעיף התחולה וקובע כי כל רשות מרשויות השלטון (לא הכנסת בלבד) חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות שקבועות בחוקי היסוד. משמעות הדבר היא שגם הממשלה וגם גופים אחרים חייבות לכבד את זכויות היסוד. מה משמעות החובה? שהרשויות כאשר הן מקבלות החלטות מכוח חוקים תקפים, ככל שאותם תקפים מקנים להם שיקול דעת הם צריכות להפעיל את שיקול הדעת בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה. למשל רשות שיש בחוק זכות שהיא תפגע בזכות כזאת, מחויבת מכוח סעיף התחולה להפעיל את הסמכות על פי פסקת ההגבלה ומבחניה. ומה באשר לרשות השופטת? באופן כללי, לרשות הזאת יש שני סוגים של סמכויות:   
1. סמכות בנוגע לענישה או הליכי מעצר – קבלת החלטות על פי שיקול דעת שהחוק הקנה לרשויות האלו. למשל: כאשר בית המשפט מתבקש לעצור נאשם, עליו להפעיל את שיקול דעתו במעצר באופן מידתי ולתכלית ראויה, לבדוק אולי אם יש דרכים אחרות להשיג את אותה המטרה (למשל: מעצר בית). אמות המידה לא נקבעו בהכרח בחוקים אבל מכוח חוקי היסוד בית המשפט מחויב להפעיל את שיקול הדעת הזה. 2. פרשנות – הרשות השופטת על מנת למלא את תפקידה ועל מנת להחיל וליישם את החוקים הרלוונטיים לנושא שבו היא דנה, חייבת כמובן לפרש את החוקים. כאשר ניתן לפרש את החוק בדרכים שונות, הפירוש שמבטא את כיבוד זכויות היסוד צריך להיות פירוש שהולם את אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה. אם ניתן לפרש חוק באופן שהופך אותו לחוק מידתי, אז כיבוד הזכויות ע"י הרשות השופטת צריך להיעשות באמצעות פרשנות מידתית שקבוע בפסקת ההגבלה. ויש הרבה מאוד חוקים שאין להם פירוש אחד ויחיד ולשון החוק היא עמומה, כיצד בהקשר זה הרשות השופטת תכבד את הזכויות הקבועות בחוקי היסוד? ע"י פרשנות של החוק ההולם את המבחנים של פסקת ההגבלה. בהקשר זה מתעוררת שאלה שהיום רלוונטית רק באשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – המשמעות של שמירת הדינים. בכבוד האדם וחירותו נקבע בסעיף 10 כי אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים לפני החוק. האם הסעיף הזה משליך רק על הסמכות של בית המשפט לבטל חוקים או דינים אחרים וקובע שאין אפשרות לבטל דינים/חוקים שקדמו לחוק היסוד או שהסעיף הזה קובע שחוק היסוד איננו משפיע על הפרשנות של הדינים הקודמים? (לא רק התוקף נשמר אלא גם פרשנות הדינים).   
**פס"ד גנימאת** - בשאלה הזאת בית המשפט העליון ברוב דעות גדול הכריע כי שמירת דינים עניינה רק בתוקף של חוקים ישנים. הפרשנות איננה נשמרת. החובה של בית המשפט כאחת מרשויות השלטון לכבד את הזכויות הקבועות בחוקי היסוד, משמעותה היא גם פרשנות של דינים ישנים ככל שהדבר אפשרי בהתאם לעקרונות הקבועים בפסקת ההגבלה. הדינים הללו לא מתבטלים אבל הפרשנות שלה יכולה להשתנות.   
בעניין הזה הייתה גם דעת מיעוט. שתי הדעות גייסו לטובתן את חוק יסוד: חופש העיסוק. יש הסדר שונה בעניין שמירת הדינים – סעיף 10 , הוראות חיקוק שאלמלא חוק זה היו תקפות, יעמדו בתוקפן עד תאריך מסוים ופירושם של הוראות אלה יעשה ברוח חוק יסוד זה. בא השופט המיעוט (חשין) ואמר כי כאשר הכנסת רצתה שפירוש הוראות ישנות יעשה ברוח הוראות חוק היסוד, היא אמרה את זה במפורש (בחופש העיסוק). ובגלל שאין הוראה כזאת בכבוד האדם וחירותו אין חובה ובעיקרון גם אין מקום לפרש חוקים חדשים ברוח כבוד האדם וחירותו.   
אבל, גם שופטי הרוב מעבר לזה שדיברנו על הוראה הכללית שחובה של כל רשויות השלטון לכבד את הזכויות הקבועות. גם הם הסתמכו על סעיף 10 – אמרו שיש הבחנה בין תוקף ובין פירוש. הכנסת עצמה יודעת שיש הבדל ביניהם. התוקף נשמר, אבל הפירוש יכול להשתנות מכוח אותו סעיף תחולה – יש לכבד את הזכויות שקבועות בחוק היסוד.  
האמת היא שגם אם לא היה סעיף המטיל חובה על כל הרשויות לכבד את הזכויות הקבועות בחוקי היסוד, זה לא דבר מעשי ולא ראוי שחוקי היסוד לא ישפיעו על הפרשנות של חוקים קודמים. למה זה לא סביר? משום שכל חוק רגיל שהכנסת מחוקקת בהכרח משפיע על פרשנות של חוקים קודמים. משום ששיטת משפט איננה מורכבת מכל מיני סעיפי חוק שלא קשורים, צריכה להיות אחדות ביניהם – צריכה להיות הרמוניה. החוקים משפיעים אחד על השני ולפעמים חוק חדש יכול לעזור לפרש חוק ישן. אם זה המצב לגבי חוק רגיל, אז קל וחומר שמדובר בחוק יסוד. הזכויות שמעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו נועד לשדרג את מעמדם של זכויות אלו, ולכן אי אפשר שהתוצאה של חוק יסוד כזה תהיה דווקא פגיעה או הקפאה של מצב הזכויות בחוקים השונים. הא ראיה לדבר הזה שגם השופט חשין שדעתו העקרונית הייתה שונה לאחר מכן בפסקי דין שהוא כתב בהמשך הוא מצא את עצמו באופן טבעי מתייחס לחוקי היסוד כשהוא פירש חוקים ישנים.   
לסיכום, לא נכון להגיד כי הפרשנות צריכה להיות מוקפאת, במיוחד לאור חוקי היסוד!  
שאלה מעניינת בנוגעת לחובת הכיבוד של חוקי היסוד – האם שבית המשפט דן במשפט אזרחי האם חלים תוקפם של חוקי היסוד גם עליהם? לא תמיד. לא כתבו שכל אחד חייב לכבד, אלא כל אחת מרשויות השלטון חייבת. למשל: אדם שמוכר דירה, לא חייב לנהוג באופן שוויוני. הוא רשאי להחליט שהוא לא מוכר את הדירה לאדם שאיננו יהודי או שאיננו דתי וכו'... מה קורה כאשר נושא של משפט פרטי מגיע לבית המשפט? ע"פ החוק מהותי חוקי היסוד לא חלים במשפט הפרטי. ואז פונים לבית המשפט ומבקשים סעד לאכיפת חוזה שמנוגד לחוקי היסוד, שיש בו פגיעה בזכות. בעיקרון, על פי הדין המהותי אין חובה לכבד את חוקי היסוד במשפט הפרטי אבל האם בית המשפט צריך לומר שהוא מחויב לכבד את חוקי היסוד? יש שיטות מסוימות בעולם בגישה מהסוג הזה מקובלת – הרשות השופטת חייבת לכבד למרות שאנשים פרטיים לא. הגישה הזאת לא מקובלת ב**ישראל** משום שבסופו של דבר בית המשפט הוא רשות שלטונית אבל הוא רשות שלטונית שפקידה הוא לאכוף את הדין המהותי (במקרה שלנו, המשפט הפרטי) ולא יכול להיות מצב בו צד זכאי לעניין מסוים אבל כשהוא מגיע לבית המשפט, בית המשפט יצדיק אותו אבל לא יוכל לעזור לו כי הוא הרשות של המדינה. בית המשפט כן צריך לתת לבן אדם מה שמגיע לו ע"פ הדין המהותי. בית המשפט עד כמה שהדבר אפשרי מיישם את הדברים ברוח חוקי היסוד, אבל היה והמסקנה היא כי בן אדם זכאי לדבר מסוים בית המשפט צריך לתת לו את מה שמגיע לו.

**השוני בין שני החוקים:**   
1. נוגע לעניין שינוי חוק היסוד. חוק יסוד האדם וחירותו ניתן לשנות בכל רוב, אין רוב מיוחס מינימאלי.   
לעומת זאת בחופש העיסוק יש בסעיף 7 החלטה בנוגע לרוב מיוחס (רוב חברי הכנסת).   
האם להתקבל ברוב חברי הכנסת הכוונה היא בכל הקריאות? יש פנים לכאן ולכאן (יש כאלו שחושבים שכן, ויש כאלו שחושבים הרוב צריך להיות רק בקריאה השלישית).  
2. קשה לתת לו הסבר – בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש שתי פסקאות הגבלה – העיקרית, סעיף 8 (דיברנו עליה) זהה לסעיף 4 בחופש העיסוק. ויש גם בסעיף 9 פסקת הגבלה – סייג לגבי כוחות הביטחון: אין להגביל את הזכויות בחוק יסוד זה של המשרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרה, בשב"ס ובארגוני הביטחון האחרים ואין מתנים על הזכויות אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ואופיו של השירות. פסקת הגבלה מיוחדת. מתעוררת השאלה – מה קורה כאשר מבקשים להגביל את חופש העיסוק של המשרתים בכוחות הביטחון? יש לפעמים צורך כזה. חופש העיסוק של המשרתים בצה"ל נפגע בעצם. האמת היא שאין שום צורך בזה, כי בפסקת ההגבלה המשותפת לשני חוקי היסוד – שאם קיימת תכלית ראויה אז זה נכנס לגדר פסקת ההגבלה הכללית. גם פסקת ההגבלה המיוחדת בסעיף 9 נכללת בפסקה ההגבלה הכללית, רצו להבהיר שאופי השירות ומהות השירות לפעמים מביא לפגיעות נוספות בזכויות.   
בפועל לא ממש מתייחסים לפסקת ההגבלה המיוחדת. מה ההבדלים בין המיוחדת לכללית? 1. הבדל לשוני – בכללית, מדובר כי אין פוגעים בזכויות... במיוחדת – אין מגבילים זכויות ואין מתנים... האם יש הבדל? לא ממש. 2. בכללית – נאמר שההגבלה צריכה להיות בחוק או לפי חוק בכוח הסמכה מפורשת, במיוחדת – נאמר שהפגיעה צריכה להיות לפי חוק. במקור אולי הייתה משמעות לכך, אולי אפשרו להגביל בכוח פקודות. אבל כאשר הוסיפו את החלופה בכללית כבר אין כזה הבדל. 3. בכללית – נאמר שחוק הפוגע צריך להלום את ערכי המדינה. במיוחדת – זה לא נזכר. אז מה צריכים להבין מזה אודות המשרתים בכוחות הביטחון? עליהם לא חלים ערכי המדינה? ניתן לפגוע בהם בלי קשר לערכי המדינה? במיוחדת גם לא נאמר שהפגיעה צריכה להיות לתכלית ראויה – האם ניתן לפגוע בזכויות המשרתים גם בתכלית פסולה? במיוחדת אומרים כי אם התכלית נובעת ממהותו ואופיו של השירות אז זאת תכלית ראויה. אבל אם יש תכלית אחרת שלא קשורה למהות השירות? זה לא הגיוני. שזה לא חל על זה.  
התעורר **בפס"ד צמח** – בית המשפט לא מצא אפשרות ליישם באופן מילולי את פסקת ההגבלה המיוחדת למשרתים בכוחות הביטחון מעבר למודעות שגם ככה היה לבית המשפט שכאשר מדובר באדם שמשרת בכוחות הביטחון יש תכליות מיוחדות הנוגעות למשרתים בכוחות הביטחון וצריך להתחשב גם בהם. הפסקה המיוחדת היא די מיותרת.   
3. נוגע לפסקת ההתגברות – סעיף 8 של חופש העיסוק קיימת רק בו. לא קיימת בכבוד האדם וחירותו. אין הסבר רחב לעניין. יש הסבר היסטורי – חופש העיסוק שונה בעקבות פס"ד מיטראל בנוגע לייבוא בשר קפוא.   
סעיף 8 אומר כי חוק תקף גם כשהיא אינה בהתאם לפסקת ההגבלה אם הו א התקבל ברוב חברי כנסת וכתוב בו שהוא התקבל "על אף האמור בחוק יסוד...." תוקפו יפקע בתום 4 שנים אלא אם היה מועד מוקדם יותר.

יש שני מסלולים לפגיעה בחוק יסוד חופש העיסוק: 1. לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. 2. לעמוד בתנאי פסקת ההתגברות – רוב חברי הכנסת, ציון מפורש – תוקפו של החוק הוא למרות האמור בחוק יסוד חופש העיסוק, תוקף עד 4 שנים.   
הרציונאל של פסקת ההגברות (לקוח ממגילת הזכויות הקנדית) – אם קיים קונצנזוס לחריגה מזכויות מסוימת גם אם לא עומד בפסקת ההגבלה, זה אפשרי ע"י פסקת ההתגברות. הציון המפורש נדרש שהכנסת לא תפעיל את סמכותה באקראי – יראה בוודאות שהכנסת התכוונה להפעיל את פסקת ההתגברות. הגבלת התוקף – הרעיון הוא זמניות (4 שנים זה זמן פוליטי – זמן של ממשלה אחת). לא צריך להנציח את החריגה.   
בישראל זה רעיון נכון, זה שסתום שמשחרר לחצים. הממשלה יכולה לחוקק את החוק מחדש אחרי 4 שנים.   
אין הגבלה כמה פעמים ניתן להאריך את החוק. הנורמה בסעיף 8-ב היא כאילו כללית אבל בעצם היא באה להגן על חוק יסוד הבשר הקפוא – פשוט לא רצו להראות שהחוק הוא ספציפי לנושא הזה.   
  
מה הדין כאשר חוק מתקבל לפי פסקת ההתגברות פוגע גם בחופש העיסוק וגם בכבוד האדם וחירותו?   
השאלה היא קשה משום שבחוק כבוד האדם וחירותו לא קיימת פסקת התגברות ואסור לכנסת ברוב כלשהו לקבל חוק החורג מכבוד האדם וחירותו. לעומת זאת בחופש העיסוק יש פסקת התגברות ובתנאים שנקבעו בסעיף 8 א הכנסת כן מוסמכת לקבוע חוק חורג לחוק יסוד. יכולים להיות מקרים שבהם חוק יפגע גם בחופש העיסוק וגם בזכויות הקבועות בכבוד האדם וחירותו. זה בעצם היה המצב בקשר לחוק שנוגע לייבוא הבשר, **פס"ד מיטראל.** החוק פגע בחופש העיסוק אבל לפי טענת העותרת (מיטראל) הוא פגע גם בזכות לקניין של החברה, פגע בכבוד האדם – חופש הדת וכו'. מחופש העיסוק – חלה עליו פסקת ההתגברות, מכבוד האדם וחירותו – אין פסקת התגברות. מה קבע בית המשפט העליון? האם הוא יבדוק אם הוא תואם את פסקת ההגבלה וההתגברות? למה העתירה נדחתה? כאשר חוק פוגע בשני החוקים, מה שצריך לראות מהי הפגיעה העיקרית ואיזו פגיעה היא שולית ונגזרת מהפגיעה העיקרית. אם הפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק ורק כתוצאה מהפגיעה הזאת נפגעות זכויות אחרות – אז חלה פסקת ההתגברות. לעומת זאת, אם הפגיעה העיקרית הדומיננטית היא באחת מזכויות הקבועות בכבוד האדם וחירותו וקיימת גם פגיעה נגזרת בחופש העיסוק והיא שולית, אז בית המשפט לא יחיל את פסקת ההתגברות. בפס"ד מיטראל, הפגיעה העיקרית הייתה בחופש העיסוק, והזכויות השוליות היו בזכויות שקבועות בכבוד האדם וחירותו. החוק בעצם תקף.   
מה קורה אם לא ברור מה יותר דומיננטי? למשל שהכנסת תחוקק חוק שמסדיר את העיסוק בתחום העיתונאות. עיתונאות זה עיסוק, מצד שני פגיעה בו מהוות גם פגיעה בחופש הביטוי והוא נכנס לגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם? או שבית המשפט יקבע שעיסוק מסוים מהווה עבירה פלילית שדינה מאסר? מה עושים במקרים כאלו? אין תשובה לזה בפס"ד מיטראל. יש גישות שונות:  
א) הכלל צריך להיות קודם כל פסקת ההגבלה, אם יש מחלוקת אז פסקת ההתגברות לא תקפה.  
פסקת ההתגברות היא חריג ולא צריך להחיל אותו תמיד, במיוחד כשיש מחלוקת! יש להחיל ביקורת שיפוטית.  
ב) מדובר בתוקף חוק של הכנסת ולא של תקנה או החלטה של רשות כלשהי, זה לא עניין של מה בכך. צריך להכיר בתוקפו של החוק. בהתאם כמובן לפסקת ההתגברות. לא צריך להחיל ביקורת שיפוטית.  
4. שמירת הדינים – בכבוד האדם וחירותו קיימת כזכור שמירת דינים, סעיף 10 – דין שהיה קיים לא ייפגע. לעומת זאת, סעיף 10 לחופש העיסוק – הייתה בעבר שמירת דינים אבל היא פגה בתאריך 14.3.2002, החל מאותו תאריך אין שמירת דינים. חוק שפוגע בחופש העיסוק ואיננו מקיים את הדרישות בפסקת ההגבלה, תוקפו איננו שמור. בית המשפט מוסמך לבחון אותו ואם הוא מוצא שהחוק סותר, הוא יכול לבטל את החוק.   
למה שמירת דינים? יציבות, ודאות, הרעיון שחוקי יסוד יחולו מכאן והלאה ולכן באופן רטרואקטיבי שייצור אי בהירות לגבי תוקף תקנות קודמות. נגד – בסופו של דבר לא מתקבל על הדעת שבשיטה דמוקרטית השומרת על זכויות האדם יתקיימו זכויות שפוגעים לא לתכלית ראויה ובאופן בלתי תקין יתקיימו לנצח. שמירת דינים היא לגיטימית באופן זמני – כדי לא ליצור מעבר "חד" ואי בהירות – לכנסת צריך להיות זמן לבחון ולתקן את החקיקה הקודמת.   
מתעוררת שאלה מקבילה בהיפוך לשאלה שדנו בה קודם בנוגע לפסקת ההתגברות – מה דינם של חוקים ישנים שפוגעים גם בחופש העיסוק וגם בכבוד האדם וחירותו? בעוד שבכל הנוגע לפסקת ההתגברות חופש העיסוק מוגן וכבוד האדם לא מוגנים. הרי שמבחינת שמירת הדינים זה ההפך – כבוד האדם וחירותו לא מוגן וחופש העיסוק כן. השכל הישר אומר כי הפיתרון יהיה אותו פיתרון הדן בפס"ד מיטראל – מבחן הדומיננטיות – אם שני החוקים נפגעים: שואלים מהי הזכות שנפגעת באופן דומיננטי יותר? אם כבוד האדם נפגע יותר –חלה שמירת הדינים. אם חופש העיסוק נפגע יותר – תוקפו של הדין לא יישמר.   
מה קורה שאי אשר להצביע על פגיעה דומיננטית? שתי גישות:  
1. שמירת הדינים היא חריג, וצריכה לחול פסקת ההגבלה – האם החוק עומד בה או לא.   
2. יש לכבד חקיקה במקרים שבהם יש פנים לכאן ולכאן. תוקפו של החוק יישמר גם אם אי אפשר לומר כי הפגיעה בכבוד האדם וחירותו היא הדומיננטית ביחס לפגיעה של אותו חוק בחופש העיסוק (גישת בנדור).  
  
שאלה אחרת שמוכרת **מפס"ד צמח** – נוגעת לחוקים מתקנים ובמיוחד לחוקים מתקנים מיטיבים. רוב החוקים שהכנסת מקבלת הם חוקים מתקנים. נשאלת השאלה בקשר לשמירת הדינים – האם היא חלה רק שהכנסת מחוקקת חוק חדש או גם כשהיא מחוקקת חוק מתקן? התשובה היא ברורה. הכנסת כפופה לחוקי היסוד גם כשהיא מתקנת חוק! הרעיון הוא לא לתת חסינות לחוקים שהתקבלו לפני חוקי יסוד.  
**פס"ד צמח** – יש בעיה יותר מורכבת והיא בקשר לחוקים מתקנים מיטיב. חוק מתקן מיטיב הוא חוק שפוגע בזכות פחות ממה שהחוק הישן פגע בה (אם הוא מתקן את הפגיעה לגמרי אין צורך להעמיד אותו לבחינה). מתעוררת השאלה האם במצב כזה חלה פסקת שמירת הדינים? אפשר לטעון כי אם בעבר הפגיעה הייתה חמורה יותר ועכשיו זה השתפר, אז איך אפשר להגיד שהוא פוגע בזכות ולהעמיד אותו לבחינה? הרי הוא מיטיב. אפשר להגיד כי פסקת ההגבלה בכלל לא חלה עליו ושמירת הדינים חלה עליו.   
השאלה האם נקבעת זכות חוקתית לא נקבעת ע"פ חוק רגיל אלא ע"פ פירושה של הזכות בכבוד האדם וחירותו ולראות האם הזכות נפגעת או לא. אם יש פגיעה – גם אם החוק מיטיב זה לא רלוונטי וצריך להעמיד החוק לבחינה. אבל, דעת המיעוט (קדמי) הייתה כי בית המשפט לא מחויב ישר לבטל את החוק, ויש לבית המשפט שיקול דעת – זה לא דבר טוב שבית המשפט יבטל את החוק המשפר משום שאז הכנסת לא תרצה לשפר את המצב. אם הכנסת רוצה לשפר את המצב אז למה להרתיע אותה בבחינה חוקתית? הכנסת לא תיגע בחוקים הישנים ולא תטיב אותם.   
בית המשפט העליון לא קיבל את הגישה הזאת, גם מטעם עקרוני – לא ניתן להקפיא את הביקורת השיפוטית לחוקים מסוימים לנצח אלא יש שמירת דינים עד תאריך מסוים. בנוסף, לדעת הרוב הייתה חשיבה מציאותית שהניחו שהסכנה שממנה חושש השופט קדמי היא לא גדולה – הכנסת לא באמת נרתעת מחקיקה, כשהכנסת מחוקקת חוק היא מאמינה שהוא באמת חוקתי (יש לה יועצים בנושאים האלו ולא יחוקקו חוק שיש חשש שהוא לא חוקתי). [בפס"ד מיראטל הפסק דין לביטול החוק נכנס לתוקף חצי שנה אחרי, כדי שהכנסת תוכל לחוקק חוק חדש].   
  
**7.12.11**  
  
החוקה המטריאלית של מדינת ישראל – הכוונה היא למשפט החוקתי כענף משפטי מהותי. השאלה שבה נעסוק היא – מהם המקורות השונים של המשפט החוקתי המהותי?  
במדינת ישראל המשפט החוקתי לא קבוע בחוקה וגם לא קבוע במלואו במסגרת חוקי יסוד. אומנם חוקי היסוד מכסים חלקים מרכזיים של החוקה המטריאלית אבל גם אם ניתן לראות בחוקי יסוד כחוקה פורמאלית, עדיין אין חפיפה בין המשפט החוקתי המלא לבין החוקה הפורמאלית.   
המטרה של המפגש היא להנחות איפה לחפש את התשובות במשפט החוקתי ובמקורות החוקה המטריאלית.  
  
המקור הראשון – **הכרזת העצמאות**:  
  
עד עתה עסקנו בהכרזת העצמאות בשני הקשרים: 1. הכרזת העצמאות **כנורמה המשפטית העליונה** של המדינה. מכוחה נגזרות כל שאר הנורמות. הכרזת העצמאות איננה רק מקור לכל הנורמות ומוסדות אלא יש לה גם משמעות נורמטיבית מהותית – היא גם מגבילה בשלוש דרכים את הסכמות החוקתית של הכנסת: הסמכות החוקתית ע"פ הכרזת העצמאות מוגבלת להסדרה של המשפט החוקתי והיא מגבילה את הסמכות החוקתית באופן שהיא לא יכולה לבטל את מהותה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. 2. **הכרזת העצמאות כמקור של המשפט החוקתי מכוח חוקי היסוד על זכויות האדם** – סעיף 1 של חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו נקבע כי הזכויות האלו בישראל יכובדו ברוח העקרונות של הכרזת העצמאות. בפועל הסעיף הזה הוזנח. צריך לשים לב שחוקי היסוד מכבדים גם את הכרזת העצמאות ולא רק עוברים את פסקת ההגבלה.   
המשמעות המשפטית הפרקטית היא המשמעות השלישית: **הכרזת העצמאות כמקור פרשני** - בית המשפט הכיר בה שנים ספורות לאחר הקמת המדינה **בפס"ד פרשת קול העם**- איך בית המשפט העליון משתמש בהכרזת העצמאות? ארגנט השתמש בה לצורך פרשנות. בפס"ד הדין המדובר, מה היה צריך לפרש בית המשפט? מדובר על פקודת העיתונות מתקופת המנדט, מעמדה כמעמד חוק בפירמידת הנורמות. בסעיף המדובר של החוק נקבע כי שר הפנים מוסמך לצוות על הפסקת פרסום של עיתון אם מתפרסם בו דבר שעלול לפגוע בשלום הציבור (תורגם מאנגלית, עלול = Likely). את המילה "עלול" (likely) צריך לפרש – האם מדובר במשהו שעלול לקרות? האם מדובר במשהו יותר קיצוני שככל הנראה הדבר יקרה? אין משמעות אחת. לצורך הפרשנות הזאת בית המשפט נזקק להכרזת העצמאות. משום שסעיף 19 לפקודת העיתונות זה סעיף בעל משמעויות עקרונית שבעצם מבוסס על קביעת איזון כלשהו בין עיקרון חוקתי של חופש הביטוי לבין עיקרון בסיסי אחר וחשוב – שלום הציבור. זה לא סתם פירוש של תקנה. יש לזה פרשנות עקרונית – מתי שר בממשלה יכול לסגור עיתון בגלל תוכן הפרסום. בית המשפט שלא יהיה נכון לבדוק עם המנדט למה הם התכוונו בחוק, אלא צריך לפרש אותם באופן במתאים למדינת ישראל – צריך לברר מהם העקרונות של מדינת ישראל, ולכן הוא הלך להכרזת העצמאות – שם יש את ה"אני מאמין" של מדינת ישראל. אגרנט ראה שהכרזת העצמאות דוגלת בשלטון דמוקרטי – חירות, שוויון.... לאור העקרונות הללו הוא פירש את סעיף 19 לפקודת העיתונות באופן שמתאים למדינה דמוקרטית. אגרנט אומר שסיכוי דל ונטייה רעה של עיתון לא מספיקה כדי לסגור במדינה דמוקרטית עיתון (פגיעה קשה בחופש הביטוי!). בית המשפט פסל את ההחלטה של שר הפנים לסגור את העיתון. במקרה הזה באמת אין ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור – סה"כ העיתון "צחק" על אבא אבן בנוגע לעניין הסיוע במלחמה הקרה לארה"ב.   
**פס"ד ירדור** – נדונה הסמכות של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת לפסול מהתמודדות לבחירות רשימת מועמדים שחותרת תחת עצם קיומה של מדינת ישראל. הסוגיה הזאת הוסדרה בצורה ברורה ומפורשת רק בשנת 1985 סעיף 7 (א) של חוק יסוד: הכנסת, אבל ב-1965 שבה בית המשפט העליון דן בפרשת ירדור עדיין לא היה אותו הסעיף. כל מה שנאמר בחוק בחירות לכנסת הוא שועדת הבחירות המרכזית הכנסת תאשר רשימת מועמדים: 1. אם היא השיגה מס' מסוים של חתימות שתומכים בה 2. והיא הפקידה ערבות כספית מסוימת. לא מדברים פה על תוכן המצע של הרשימה. אבל במקרה הזה כן הייתה פסילה של רשימת מועמדים בגלל תוכן המצע שלה – מטרת הרשימה הייתה לחסל את מדינת ישראל ולאחד אותה עם שאר מדינות ערב. אותה "הרשימה" ערערה בנוגע לפסילה. הערעור נדחה, הרשימה נפסלה.   
דעת המיעוט – חיים כהן – סבר שאי אפשר לפסול את הרשימה כי לא מתייחסים לזה בחוק. במדינת חוק גם אם רשימה היא איומה אי אפשר לפסול אותה בלי שהחוק מרשה את זה.  
דעת הרוב הורכבה משני שופטים – הנשיא דאז *אגרנט* (רלוונטית אלינו) – פירש שוב לפי הכרזת העצמאות. הוא פירש את חוק הבחירות לכנסת בעזרת הכרזת העצמאות וסבר שהפירוש הנכון של **חוק הבחירות לכנסת** למרות שממבט ראשון הוא לא מאפשר לפסול רשימה גם אם היא באה לחסל את המדינה הפירוש הראוי הוא שהוא כן מאפשר. השאלה המעניינת היא מה אגרנט בדיוק פירש? איך הוא פירש את זה ברוח הכרזת העצמאות? אגרנט אמר שרשימת מועמדים לרשימת הכנסת, צריך לברר מהי בדיוק הכנסת, יש חוק יסוד: הכנסת – מגדיר את הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. איזו מדינה? מדינת ישראל. מה אנחנו יכולים להגיד על מדינת ישראל ע"י הכרזת העצמאות? מדינת ישראל אמורה להתקיים! המדינה לא תהיה זמנית או משו כזה.... ולאור זאת, אפשר לומר שבשיטתו רשימה שתכלית קיומה היא לפעול לחיסולה של מדינת ישראל ע"י פירוקה ואיחודה עם מדינות ערב היא איננה רשימת מועמדים לכנסת. זהו פירוש קצת דחוק. יש את אותו העיקרון שהיה בפס"ד קול העם – הכרזת העצמאות כמקור לפירוש בנוגע לשאלות חוקתיות. אגרנט חושב כי צריך לפרש כמה שאפשר את החוקים ע"י הכרזת העצמאות.   
והשופט וזוסמן (גם דעת הרוב) – אמר כי חיים כהן צודק ולפי החוק אי אפשר לפסול את הרשימה אבל גם אי אפשר להתעלם מזה כי מטרת הרשימה היא לחסל את המדינה. הרשימה מסתמכת על חוקי המדינה כדי לחסל אותה.   
  
המקור השני – **חוקי יסוד:**  
כל מה שדיברנו עליו כבר.  
  
המקור השלישי – **חוקים:**  
לא כל או רוב החוקים. אלא רק חוקים שעוסקים בעניינים בעלי אופי חוקתי. למשל: חוק שיווי זכויות האישה, חוק הדגל והסמל...  
חוק השבות – חוק שמסדיר נושא מאוד חוקתי המבוסס על הכרזת העצמאות. חוק מאוד עקרוני מבחינת הביטוי שלו של עקרונות היסוד של מדינת ישראל.   
חוקים הקשורים לשוויון – יש לא מעט חוקים בנושא. חוק אחד למשל: חוק יסודות התקציב – היה סעיף שאמר שהקצאות של המדינה צריכות להיעשות ע"פ קריטריונים שוויוניים.   
יש גם את החוק שאוסר סלקציה במועדונים וכו'.   
  
הדרגה של החוקים שעוסקים בעניינים חוקתיים הם בדרגה של חוק. אבל התחומים הם התחומים של המשפט החוקתי. כאן מתעוררת שאלה מה המעמד בפירמידת הנורמות של חוקים שעוסקים בנושאים חוקתיים והכנסת חוקקה לפני החלטת הררי? למשל חוק שווי זכויות האישה התקבל ב-1950. השאלה היא מה זה הדבר הזה? נחשב במעמד של מעל לחוק או חוק רגיל? מתייחסים לזה כחוק רגיל, אם לא צוין אחרת ע"י הכנסת (שידעה שתחוקק בעתיד חוקה).   
  
המקור הרביעי – **משפט מקובל (**אפשר בעצם לכלול גם את המשפט הבינלאומי):  
משפט מקובל אלו נורמות משפטיות בתחומים מסוימים שלא קבועות בחוקים אלא במשפט המקובל, ירשנו מהשיטה המנדטורית. כל עוד זה לא בוטל זה תקף. מה הוא רלוונטי למשפט החוקתי? בעיקר בהיבט של זכויות האדם, בעיקר עד חקיקת חוקי היסוד בנושא. אבל עדיין גם היום אין התייחסות לכל הזכויות בחוקי יסוד אבל הם חלק מהמשפט בישראל, למשל חוק החינוך וכו'.   
המשפט הבינלאומי חלק ממנו מוכר כמחייב במדינת ישראל. בין אם מדובר בכללים של משפט בינלאומי שהכנסת העתיקה כחוק וגם משפט בינלאומי מנהגי שאין צורך בהכנסת תחוקק אותו. הוא עדיין במעמד של המשפט המקובל. מה הקשר המשפט הבינלאומי לחוקתי? יש קשר, בתוך המשפט הבינלאומי יש פרקים שעוסקים בזכויות האדם גם בתוך המדינה. ומכוח זה יש לאזרחי ישראל זכויות מסוימות.   
  
המקור החמישי – **חקיקת משנה:**תקנות. נורמה שדרגתה בפירמידת הנורמות היא דרגה נמוכה. גם תקנות במקרים מסוימים מהוות מקור של המשפט החוקתי. הדוגמא המובהקת ביותר של סוג כזה של מקור היא תקנון הכנסת – הוא חקיקת משנה. התקנון כולל מאות רבות של סעיפים חלק גדול מהם מאוד טכניים אבל יש בתקנון גם הוראות בעלות משמעות חוקתית מובהקת ובמיוחד הכוונה להליכי החקיקה. הליכי החקיקה לא רק של חוקים רגילים אלא אפילו של חוקי יסוד קבועים בתקנון הכנסת. עצם העובדה שחוק מתקבל בשלוש קריאות ואם מדובר בהצעת חוק פרטית (לא הוגשה ע"י הממשלה אלא חבר כנסת) יש גם קריאה טרומית, הרוב הנדרש, הדיון בוועדות – כל אלה מוסדרים ברמה של תקנון. פה ושם יש הוראות של דרכי חקיקה שקבועות בדרכי חקיקה גבוהות יותר – למשל שריון של חוקי היסוד. עיקר חוקי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת!  
אחת הבעיות שיוצרת הקביעה בתקנון הכנסת של הסדרים חוקתיים היא שלא תמיד ברור היחס בין הסדרים כאלה לבין הסדרים שקבועים בנורמות בדרגות גבוהות יותר. למשל: בחוק יסוד הכנסת נאמר כי כדי לשנות את שיטת הבחירות לכנסת יש צורך בכל הקריאות לרוב חברי הכנסת. מה יקרה אם הכנסת תחליט לשנות את הליכי החקיקה בתקנון הכנסת – מעתה והלאה יש צורך רק בשתי קריאות כדי שהחוק יתקבל. מה יקרה אם בחוק יסוד נדרשות 3 קריאות אבל ע"פ התקנון צריכים רק 2 קריאות?   
שאלה שעלתה בפס"ד היא האם צריך להיות רוב של חברי הכנסת גם בקריאה טרומית (שחל על הצעות חוק פרטיות)? בית המשפט הכריע כי הפרשנות ההגיונית לקריאה של רוב בכל הקריאות היא כי שדרישת הרוב יחול גם בקריאה הטרומית – הכוונה הייתה שבכל הקריאות יהיה רוב של חברי הכנסת, גם בטרומית. ע"פ פסק הדין הזה יכול להיות שאם הכנסת תחליט לשנות את תהליכי החקיקה בתקנון אז יפרשו את הרוב בקריאות לכל הקריאות שנקבעו בתקנון.   
בעיה דומה, נובעת מסעיף בתקנון הכנסת שקובע שנשיאות הכנסת שמורכבת מיושב ראש הכנסת וסגניו יפסלו הצעת חוק ששוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי או שהיא גזענית במהותה. ההוראה הזאת היא בתקנון! אין בחו"י הוראה מפורשת שאוסרת על חקיקת חוקים ששוללים את קיום המדינה כמדינה יהודית, או על חוקי גזעניים במהותם- אז אם לכאורה הכנסת רשאית ברמת התיאוריה לחוקק חוק כזה- למה הסעיף הנ"ל נמצא כ"כנמוך? כאמור- ביהמ"ש קבע שמאחר ותקנון הכנסת מאשר לכל חברי הכנסת להציע חוק אז הוא יכול גם להגביל את זה. עולות מכך טענות שונות נוספות באשר לדרגתו היחסית נמוכה של תקנון הכנסת. לפי שעה זה המצב בישראל וכאשר בודקים חוקתיות נכון לבדוק גם חלק מהתקנות העוסקות בכך.   
מה יקרה אם יושב ראש הכנסת וסגניו יאשרו הצעת חוק שהיא גזענית או שוללת את המדינה כמדינת העם היהודי והכנסת תקבל את החוק ותצא מתוך הנחה שהוא לא יסתור שום חוק יסוד? אז יהיה אפשר לפסול את החוק תוך שהוא התקבל בהפרה של תקנון הכנסת? (הרי תקנון נמוך מחוק). אי אפשר לשנות את המצב, הרי אין לזה התייחסות בחוק יסוד, נוצר קושי בקביעה של נורמות חוקתיות מובהקות בדרגה נורמטיבית כל כך נמוכה (התקנון).  
יש גם מקרים אחרים של הסדרים חוקתיים שקבועים בתקנון - כללי האתיקה של חברי הכנסת והשופטים. התקנון הזה כולל גם עונשים (סנקציות) של מי שעובר על האתיקה – למשל ימנע ממנו מלמלא את תפקידו שלשמו הוא נבחר או להגביל שופטים. אבל זה המצב במדינת ישראל..... (כמובן, שהתקנות לא יכולות להיות בסתירה לחוק רגיל או חוק יסוד).  
  
המקור השישי – **פסיקה:**הכוונה היא לפסקי דין תקדימיים של בית המשפט העליון. אלו התקדימים מפתחים את המשפט המקובל או כאלו בעלי אופי פרשני. חוקים וגם חוקי היסוד מנוסחים באופן שהוא לא חד משמעי, הפירוש המחייב נקבע ע"י בית המשפט העליון. רואים פירוש של בית המשפט העליון לנורמה כאילו הוא חלק מאותה הנורמה. למשל: אם בית המשפט ביטל חוק מסוים לאור חוק יסוד, אז הדרך היחידה לשנות את פסק הדין היא לשנות את חוק היסוד. אלו כללים שמקורם הוא בפרשנות של בית המשפט. למשל הפירוש בפס"ד קול העם.   
יש כללים מתי קביעה של בית המשפט היא מחייבת (רציו) ומתי היא לא (אוביטר). יותר בעיות כי זה לא תמיד ברור מתי זה מחייב ומתי זה לא. לפעמים צריך לפרש את פסק הדין עצמו כדי להבין אם הקביעה בפס"ד היא רציו או אוביטר. ולכן המעמד של הפסיקה בשיטות המשפט המקובל גם לפעמים יוצר קשיים.   
  
המקור השביעי – **מנהג:**נדון **בפרשת שץ** – בית המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה האם מנהג הוא מקור של המשפט החוקתי. אין הכרעה בעניין אבל הנטייה מפס"ד היא שכן. השאלה היא מהו מנהג? ראשית, קודם כל צריך להוכיח שאנשים יפעלו בפועל ע"פ המנהג. שנית, כמובן שאותו נוהג לא יסתור את אחת הנורמות שדיברנו עליהם קודם. וצריכה להיות *תודעת חיוב* – לא מספיק שהרשויות יפעלו בצורה מסוימת במשך תקופה והפעילות לא תסתור שום נורמה אחרת אלא יש צורך להוכיח שהם פעלו באותה צורה משום שהם חשבו שהם חייבים לנהוג ככה. בפס"ד הזה לא הוכח שבאמת היה מנהג ולכן הנושא נשאר בצריך עיון. הדוגמא הטובה ביותר למנהג כזה היא הבאה לאישור הכנסת החלטת הממשלה לסגת משטחים שישראל מחזיקה בהם במסגרת "תפיסה לוחמתית". במקרים האלו הנורמה שמבוססת על המשפט הבינלאומי היא שהרשות המוסמכת היא הממשלה בעניינים האלו. אבל במשך עשרות שנים, הממשלה לא נוהגת לקבל החלטה מהסוג הזה אלא באישורה של הכנסת. בהתחלה הסיבות היו פוליטיות – לקבל גיבוי ציבורי. בשלב מסוים היועצים המשפטיים אמרו כי הממשלה צריכה ללכת לכנסת. מתחילת שנות ה-70 יש תודעת חיוב של הממשלה לפנות לכנסת.   
מנהג הוא לא זהה למשפט מקובל. במשפט מקובל אין דרישה שינהגו בפועל בנורמות של המשפט המקובל, וגם התחומים בהם נוהגים בהם במשפט מקובל הם מוגבלים. לעומת המנהג שמבוסס על פרקטיקה מסוימת, שלא מנוגדת לנורמה אחרת ויש תודעת חיוב לנהוג ע"פ אותה פרקטיקה וגם במנהג אין צמצום לתחומים מסוימים.   
  
**מקורות שהם לא מחייבים – אבל הם מקורות משכנעים, מקורות עזר:**  
גם הכרזת העצמאות שמובן שניתחו היום היא לא מחייבת אלא היא כעזר.   
דוגמאות:  
\* משפט משווה – התרבות המשפטית הישראלית נוטה גם בפסיקה להיעזר הרבה במשפט השוואתי. בעבר היותר רחוק הסתמכו בעיקר על המשפט האנגלי ואז האמריקני ולפעמים במדינות אחרות – קנדה, גרמניה...   
\* שימוש במשפט עברי – למרות שהוא איננו מחייב. חלק מהשופטים מאזכרים בפסיקתם נורמות של המשפט העברי.   
\* ספרות אקדמית – בארה"ב כמעט ואין למצוא בפס"ד של בתי משפט ספר אקדמי או מאמר. בישראל זה דבר רגיל, משתמשים בספרות אקדמית זרה וגם ישראלית. הרבה פעמים יש מקרים שבהם בית המשפט מסתמך על ספרות אקדמית בפסיקתו. תרבות שמעשירה את הפסיקה.   
  
  
**12.12.11**  
  
שבות ואזרחות -   
  
אזרחות היא הזיקה המיוחדת של זכויות וגם של חובות של אדם למדינה. למרות שלא מעט זכויות יסוד הן זכויות האדם ונתונות לכל אדם בישראל ולאו דווקא לאזרחים של המדינה, הרי שזכויות רבות כגון זכות הצבעה בבחירות וגם חובות שנתונות לאזרחים – גיוס לצבא. למרות שיש בישראל גם תושבי קבע, במיוחד במזרח ירושלים ובגולן, הרי שככל הזכות להתגורר במדינה נתונה לאזרחים בלבד וגם אנשים שהם תושבי קבע ויש להם זכות להתגורר במדינה היא רעועה יותר וניתנת לביטול יותר בקלות.   
ייחוד של ישראל כמדינה יהודית מתבטא בעיקרון השבות כפי שמפורט בסעיף 1 לחוק השבות – כל יהודי זכאי לעלות ארצה וכלל העלייה לארץ כוללת גם קבלת אזרחות, אבל יש גם אפשרות לכאלו שמעוניינים מכך לעלות לארץ בלי לקבל אזרחות של המדינה – רוצים רק להתגורר בישראל. במידה רבה מדינת ישראל נוסדה על מנת לאפשר ליהודים ולבני המשפחה שלהם להתגורר במולדתם, אומנם חוק השבות איננו במעמד של חוק יסוד הוא ללא ספק מבטא עיקרון בסיסי של המדינה שמעוגן גם בהכרזת העצמאות, ולכן לא ניתן לבטל אותו!  
אין זה אומר שכל פרט שכלול בחוק השבות הוא מחייב ולא ניתן לבטל/לחרוג/לסטות אבל העיקרון עצמו הוא בעל מעמד על-חוקתי. ספק אפילו אם החוקה עצמה תוכל לבטל את העיקרון הזה. כפי שדיברנו כבר הגם שהמטרה היא לאפשר ליהודים לעלות לארץ ולשבת בה הרי שהזכות מכוח חוק השבות נתונה לא רק ליהודים, היא נתונה גם לילדים של יהודים, וגם לנכדים שלהם כזכות עצמאית – גם אם הקרוב משפחה היהודי לא עלה לארץ או נפטר, עדיין בנים ובנות של יהודים ונכדים/נכדות זכאים מכוח השבות לעלות ארצה.   
עיקרון דומה חל גם לגבי בני זוג של מי שזכאי לעלות לארץ לפי חוק השבות. גם בני זוג של ילדים של יהודים או נכדים של יהודים זכאים לעלות ארצה מכוח חוק השבות. אבל כשמדובר בבני זוג הזכות קיימת רק כאשר הנישואים היו לפני העלייה לארץ.   
השאלה שלא נפתרת היא השאלה המפורסמת מיהו יהודי – בעבר לא הייתה שום הגדרה ליהודי בחוק השבות. בפרשת שליט ב-1968 נקבע ברוב דעות של 5 שופטים לעומת 4 שלצורך חוק השבות יהודי כולל לא רק בן לאם יהודיה אלא ילדים של אב יהודי. בעקבות זאת הכנסת תיקנה את החוק וקבעה בחוק השבות הגדרה ליהודי בסעיף 4 ב כי לעניין חוק השבות יהודי הוא מי שנולד לאם יהודיה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת. אבל, גם ההגדרה הזאת איננה מניחה את הדעת במובן הזה שהיא משאירה כמה וכמה שאלות פתוחות: ראשית, היא הגדרה מעגלית – מהי אם יהודיה בהקשר הזה? העיקר הוא, שלא ברור מה הפירוש גם להתגייר וגם לא הפירוש של "אינו בן דת אחרת". בעוד שאי הבהירות של "בן דת אחרת" היא לא מכוונת, בביטוי "להתגייר" הכנסת הייתה ערה לכך שהביטוי הוא לא ברור – האם הגיור צריך להיעשות במסגרת קהילייה שהמתגייר הוא חלק ממנה? או שאדם יכול להתגייר לא במסגרת קהילייה שהוא קשור אליה? האם הגיור חייב להיות אורתודוקסי? וכו'..... השאלות היו מוכרות לכנסת ובכל זאת היא בחרה שלא להכריע בהם בגלל המחלוקת הפוליטית שלא אפשרה את זה. התוצאה היא שההכרעה בשאלות הללו הועברה לבית המשפט. יש עניינים שטוב שבית המשפט יכריע בהם אבל במקרה הזה מדובר בשאלות אידיאולוגיות וראוי היה שיוכרעו ע"י נבחרי העם. בגלל שהכנסת לא עשתה את זה, בית המשפט אמר שהוא לא מתלהב לדון בנושא אך אין לו ברירה. מהרגע שנושא מהסוג הזה מוסדר בחוק בוודאי אי אפשר לומר שהחוק הוא לא שפיט, כי יש לפעול ע"פ החוק, ואם החוק לא ברור בית המשפט מפרש אותו (אבל במקרה הזה יש נטל גדול מאוד על בית המשפט לפרש את החוק) . לסיכום, בית המשפט למרות שהוא לא רוצה בכך נאלץ להכריע בשאלות הללו משום שהכנסת לא הצליחה לגייס רוב פוליטי על מנת להכריע בנושא.  
  
*מיהו יהודי?*  
שאלה אחת שמתעוררת היא מהו בן דת אחרת? לפי מה קובעים אם אדם הוא בן אדם אחרת?  
בפסיקה במשך השנים הועלו בעניין הזה לפחות 3 מבחנים שונים –  
1. כיום כבר לא מקובל, מבחן הדת האחרת – מי שהוא בן דת אחרת ע"פ ההשקפה של הדת האחרת איננו יהודי מכוח חוק השבות. הבעיה העיקרית בדעה הזאת היא שדבר מוזר ולא מתקבל על הדעת הוא שהעקרונות הכי בסיסיים של לעלות לארץ יקבעו ע"פ עולם המושגים של דתות אחרות.   
2. הועלה **בפס"ד ברספורד** – גישתו של מנחם איילון. לפי תפיסתו השאלה אם אדם הוא יהודי או שמא בן דת אחרת צריכה להיקבע על פי ההלכה היהודית-דתית. זהו מבחן רלוונטי – כי מוחלים אמות מידה יהודיות. המבחן לשיטתו הוא גם מבחן ברור, נותן בכל מקרה תוצאה חד משמעית. והוא גם משתמע מההגדרה הכללית של יהודי מכוח השבות – אם יהודיה והתגייר גם הם יסודם בדת היהודית. השופט איילון גם מציין שבעבר היה היסוס של בית המשפט לאמץ את המבחן ההלכתי משום שההנחה הייתה שלפי הדת היהודית יהודי לא יכול להמיר את דתו ואז רוב השופטים בעבר שזה לא מתקבל על הדעת לאור מטרות חוק השבות – אלו הם אנשים שבמודע התנתקו מהדת היהודית וזה לא בסדר שהם יזכו לעלות ארצה מכוח השבות. השופט איילון מתקן את הדברים – בעיקרו של דבר זאת לא דרך נכונה להציג ככה את ההלכה היהודית, אלא ע"פ פרשנות תכליתית של ההלכה: ההלכה איננה מעניקה זכויות של היהודים לאנשים שהמירו את דעת, אומר שהייתה אי הבנה של ההלכה. (גם אם הורי הילד המירו את דתם, עדיין הילד זכאי לעלות לארץ מכוח השבות, כי זה לאו דווקא היה רצונו של הילד).   
3. אמת מידה סובייקטיבית – מי שאומר שהוא יהודי ורואה את עצמו יהודי הוא יהודי מכוח חוק השבות.   
המשפט קבע כי יש צורך במבחן אובייקטיבי ולא במבחן סובייקטיבי.   
4. בית המשפט נוטה לו, עדיין לא הלכה ברורה וחד משמעית, מבחן המבוסס על הגדרה   
תרבותית-לאומית-חילונית. זוהי בעצם דעתו של השופט ברק **בפס"ד ברספורד**. נראה מפסקי דין אחרים כי דעת הרוב בבית המשפט העליון נוטה לאותה הגדרה. ההגדרה משלבת בין מרכיבים שונים – דת (אדם שנמנה עם מאמיני ישו למשל לא רואים אותו כיהודי), אדם שהוא חלק מקהילה יהודית והוויית החיים שלו היא יהודית הוא יהודי, התודעה האישית של האדם.... היתרון של המבחן הזה הוא שהוא המבחן הקשור ביותר לרציונאל של חוק השבות – שהוא חוק ישראלי-לאומי. אפשר לראות את זה קשור גם להיבטים של עלייה לארץ גם של מי שאינו בהכרח יהודי (ילדים של יהודים... נכדים של יהודים...). החיסרון הוא שהוא מבחן לא ברור, ולא חורץ כמו המבחן הראשון.   
  
  
  
  
*שאלת הגיור -*   
שאלת הגיור היא לא שאלה סימלית (כמו השאלה מיהו יהודי) בכלל אלא יש לה השלכות ציבוריות מהותיות במדינת ישראל.  
ההשלכות הללו מקורן דווקא בזכות השבות כפי שהיא קבועה בחוק השבות שחלה לא רק על יהודים כפי שמוגדרים בחוק אלא כאמור גם לגבי ילדים של יהודים, נכדים ובני זוג. כתוצאה מההגדרה הרחבה הזאת עלו למדינת ישראל (במיוחד בעלייה הרוסית) אנשים שהם בוודאי אינם יהודים או שבתי הדין הרבניים לא מכירים בהם כיהודים. גיור אך ורק לצורך חוק השבות מתעורר גם במקרים פחות שכיחים, אם כי גם הוא קיים כאשר מדובר בנכד של יהודי שעולה לארץ מכוח השבות העולה עם ילדיו שבעצם אינם זכאים לעלות ארצה מכוח חוק השבות. מדובר בנושא שבכוונה לא הוסדר. כבר במקור עקפו את הבעיה ולא קבעו מה זה גיור, מי מגייר (אורתודוקסי, זרמים אחרים), האם אדם יכול להתגייר לאחר שהשתקע בארץ ואז לעלות כיהודי, האם גיור צריך להתקיים במסגרת קהילה יהודית שהמתגייר הוא חלק ממנה. אלו שאלות קשות והכנסת לא נתנה עליהן תשובות ולהכריע בהם. אז בית המשפט כמו במקרה של "מיהו יהודי" מקבל את ההכרעות בנושאים האלו, המגמה העקרונית היא מגמה מרחיבה – כלומר, מצד אחד גיור הוא טקס דתי וגיור הוא בעל משמעות דתית ולכן בכל מקרה מתגייר נתפס כמי שנשתתף בתהליך בעל אופי דתי. מצד שני, ככל אין מבחינים בין זרמים שונים של היהדות. מכירים גם הגיורים שאינם גיורים אורתודוקסים, אין מחייבים את עריכת הגיור בארץ גם אם אותו אדם מתגורר בארץ, ניתן קודם להגיע לארץ ואז להתגייר.   
נעשו ונעשים במשך השנים ניסיונות להסדיר את נושא הגיור באופן שיניח את דעתם של כל הזרמים. אבל הדברים לא עולים יפה.   
  
זכות השבות איננה זכות מוחלטת, בסעיף 2 ב של חוק השבות נקבעו לה *סייגים* אם שר הפנים נוכח ש:  
1. האדם פועל נגד העם היהודי – לא משתמשים בזה.   
2. עלול לסכן את בריאות הציבור (אדם שחולה במחלה מאוד מדבקת) – לא משתמשים בזה.   
3. בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור – משתמשים מידי פעם. עבריין גם אם הוא יהודי לא תמיד יהיה זכאי לעלות ארצה. ע"פ המאמר יש "נדיבות" יתר בסעיף הזה – גם אם אדם לא הורשע במשפט אבל מביאים חומר מנהלי נגדו, ימנעו את עלייתו ארצה. לא תמיד גם מדובר באנשים שמסכנים לגמרי את הציבור, "עברייני צעצוע". יש בעיה בפגיעה בחזקת החפות – מונעים מאדם את זכות השבות על סמך הטלה עליהם של סטיגמה עבריינית מבלי שהוכיחו את זה באמת.   
  
חוק השבות איננו המסגרת המשפטית היחידה המאפשרת לאנשים להתאזרח במדינת ישראל. הנושא מוסדר גם באופן יותר רחב בראש ובראשונה במסגרת חוק האזרחות שהתקבל ב-52' וגם בחוק הכניסה לישראל. מה שמאפיין יותר מכל בהיבט של אזרחות את מדינת ישראל היא שבהרבה דברים אין לה מדיניות ברורה ושיטתית. בישראל אין מדיניות הגירה שיטתית. דברים רבים לא מוסדרים בחוק ונתונים לשיקול הדעת של שר הפנים או בעלי תפקידים בתוך משרד הפנים. האופן שהדברים מופעלים בהם תלויים באדם המחליט.   
  
*חוק האזרחות -*   
סעיף 1 של חוק האזרחות כולל סוגים שונים של קטגוריות שמתוכם אדם עשוי לקבל אזרחות ישראלית: שבות, אימוץ, התאזרחות, לידה בישראל, הענקה.....   
סעיף 2 עוסק בקבלת אזרחות מכוח שבות, חלק מההסדרים הם די מיושנים – קשורים ביחסים שבין הורים וילדים בהיבט הזה.   
סעיף 3 כבר לא אקטואלי – עוסק במתן אזרחות למי שהיו נתינים ארץ ישראליים כאשר הוקמה מדינת ישראל.   
סעיף 4 סעיף חשוב מאוד, רוב האזרחים מוכרים מתוכו כאזרחי מדינת ישראל. 1. מי שנולד להורים שגרו פה, 2. מי שנולד להורים שהיו יושבי הארץ. או אומץ.  
מה הסעיף אומר? בשונה ממדינות אחרות שהן יותר נדיבות מבחינה זו שכל מי שנולד בהם זכאי לאזרחות או לחילופין כל מי שנולד לאזרח שלהם זכאי לאזרחות שלהם. בישראל יש הסדר יותר "קמצני" – הזכות היא או אם נולדת בישראל לאזרח ישראלי (אחד ההורים), או מי שלא נולד בישראל אבל אם הוריו היה בעצמו אזרח פעיל ותושב מדינת ישראל. הנכדים לא יכולים לרשת את האזרחות. אזרחות עוברת אוטומטית רק דור אחד.   
מתן אזרחות ישראלית לילדים מאומצים – ילדים שאומצו ע"י הורים ישראלים (סעיף 4 ב).   
סעיף 5 – סעיף ההתאזרחות, סעיף חשוב. נותן שיקול דעת. חסרה מדיניות שיטתית בהפעלת שיקול הדעת.   
בסעיף 5 נקבע כי בגיר שאינו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות אם ענה על התנאים האלו: 1. נמצא בישראל באופן חוקי, 2. היה בארץ תקופה משמעותית – 3 שנים מתוך ה-5 שנים שקדמו להגשת הבקשה, 3. זכאי לשבת בישראל ישיבת קבע (קיבל אישור קודם ממשרד הפנים לגור בארץ, הוא לא תייר למשל). 4. השתקע בישראל או עתיד לעשות כן. 5. יודע את השפה העברית (ידיעת מה). 6. ויתר על האזרחות הקודמת או הוכיח שהוא יחדל מלהיות אזרח חוץ ברגע שיהיה אזרח ישראלי. תנאים מצטברים!!  
סעיף 6 - הכנסת קבעה הסדרים של הקלות בתנאים האלו שהם די מחמירים: דוגמאות:   
- מי ששירת בצה"ל לפחות 18 חודשים (אלא אם נפצעו או חלו).   
- מתן אזרחות ישראלית לתושבי יהודה ושומרון אם שוכנע שר הפנים כי המבקש מנסה לשמור על הביטחון. - - אם מדובר בבני זוג נשואים שאחד מהם אזרח ישראלי לשר הפנים יש שיקול דעת לפטור אותו מחלק מהתנאים שיש בסעיף 5.   
 **14.12.11**  
  
**המשך ביטול אזרחות -**  
  
ככל המשפט הבינלאומי כולל נורמות שונות שמטרתן היא להבטיח כמידת האפשר שלא יהיו בעולם אנשים חסרי אזרחות. אדם חסר אזרחות הוא בעצם אדם שביסודו של דבר משולל זכויות, ואין לו בעצם זכות להתגורר בשום מדינה והשאיפה היא למנוע מצבים כאלה ככל הניתן. יחד עם זאת, עשויים להיות מצבים שבהם קיימת הצדקה לשלילתה של אזרחות קיימת. והמצבים הללו מוסדרים במסגרת חוק האזרחות אבל מתוך מגמה של זהירות רבה לאור ההשלכות הקשות שיכולות להיות לביטולה של אזרחות.  
סוג אחד – מקרה שבו אזרח ישראלי מבקש לוותר על אזרחותו. לכאורה אם אדם מבקש לוותר על אזרחותו זה אמור להיות דבר פשוט אבל כפי שמפורט בסעיפים 10 בחוק האזרחות גם הדבר הזה איננו אוטומטי והוא נעשה מתוך פיקוח והפעלת שיקול דעת. מתוך שתי מגמות: 1. למנוע מצב שבו ישראלי יוותר על אזרחותו מבלי שתהיה לו אזרחות כלשהי אחרת. 2. למנוע פגיעה בקטינים (הילדים של המבקשים לוותר על האזרחות בשמו, ללא הסכמתו – קטין לעניין זה נחשב עד גיל 16).  
סוג שני – ביטול אזרחות באופן כפוי ע"פ החלטת המדינה. כאן נקבע ששר הפנים רשאי לבטל אזרחות אם האזרחות נרכשה כתוצאה מפרטים כוזבים וטרם חלפו 3 שנים מיום שנרכשה האזרחות. ניתן לערער על ההחלטה בבית המשפט. במקרים אחרים מקרים ביטוי כפוי של האזרחות דרוש אישור של בית המשפט. הרשות המבצעת מפעילה בעצם את סמכותה באופן בלתי חוקי ואותו אדם יכול לפנות בעתירה לבית המשפט לצורך בירור העניין. כעיקרון, ביטול אזרחות, (להוציא מקרה של מצג שווא) שר הפנים הוא זה שצריך לפנות לבית המשפט. מהן העילות עליהם רשאי שר הפנים להתבסס עליהם?   
- אם עברו למעלה מ-3 שנים מאז רכישה האזרחות, בית המשפט לפי בקשת שר הפנים רשאי לבטל אזרחות של אדם אם אותו אדם עשה מעשה שיש בו הפרת אמונים למדינת ישראל ובלבד שעקב הביטול של האזרחות האדם לא יוותר חסר כל אזרחות ואם הוא יוותר חסר אזרחות יינתן לו רישיון לישיבה בישראל. אין כאן הגדרה של "הפרת אמונים" – כאמור זוהי הגדרה עמומה, אך יש בגדול הנחיה מסוימת באשר לפירוש החוק: חזקות של ביצוע טרור, מעשה שמהווה בגידה במדינה ע"פ חוק העונשין, מעשה ריגול ע"פ חוק העונשין וכן רכישת אזרחות או ישיבת קבע במדינה עוינת (לוב, תימן, איראן...). היוזמה צריכה להיות של שר הפנים - אך מחויבת אישור של היועץ המשפטי לממשלה (ואפילו רק באשר לפניה לבית המשפט נדרש אישור).  
הרשעה של אדם בעבירות שדובר עליהן למעלה: יש אפשרות להורות על ביטול האזרחות כחלק מן הסנקציות (יבוצע ע"י בית המשפט, אך בסייגים המצוינים – לא משאירים אדם חסר אזרחות ונטול זכויות – כלומר עם נשללה אזרחות הוא יקבל אישור תושב, או קליטה ע"י מדינה אחרת).  
**ניתן לסכם, כי האפשרות לשלול אזרחות היא מוגבלת ויש לה סייגים.**   
  
חוק האזרחות והכניסה לישראל – חוק שהכנסת חוקק כהוראת שעה עם אפשרות להאריך אותו מעת לעת ע"פ הצורך. על פיו מוטלות הגבלות מאוד משמעותיות על תושבים של מדינות אויב ובתוכן הרשות הפלסטינית להיכנס למדינת ישראל ולכל שכן לרכוש בה זכויות של ישיבת קבע או אזרחות. ההגבלות אינו מוחלטות אבל הן כבדות ומשמעותיות מאוד. התכלית המוצהרת שלשמה החוק ה נחקק ובית המשפט העליון לא סבר שיש לו בסיס לחלוק עליו – היא תכלית ביטחונית. זאת לאור מקרים שאירעו בעבר שאנשים נכנסו לארץ ממדינות אויב והתיישבו בה ולאחר מכן היו מעורבים בפעולות טרור נגד המדינה. נגד החוק הזה הוגשה עתירה – **פס"ד עדאלה** - שהחוק פוגע בזכויות חוקתיות והוא אינו עומד בפסקת ההגבלה. בית המשפט העליון דחה את העתירה ברוב דעות (היו 11 שופטים – 6 דחו את העתירה). יחד עם זאת אחד מששת שופטי הרוב – השופט אדמונד לוי - הסכים עם נימוקי המיעוט שהחוק הוא איננו חוקתי. למה העתירה נדחה? כי מדובר בהוראת שעה ועתידה היה לפקוע זמן קצר לאחר פס"ד היה די בכך כי בית המשפט יעמיד את הכנסת לאי חוקתיותו של החוק ואף הם יתקנו את החוק. בעקבות אותו פס"ד אכן הוכנסו שינויים שונים בחוק אבל עדיין הם לא מניחים את דעתם של העותרים המקוריים. והם הגישו שוב עתירה. עדיין אין תשובה בנושא. הטענה ראשונה של העותרים הייתה, הפגיעה בעתירה דיברה בעיקר על פגיעה בכבוד האדם ועניין חיי משפחה והפרדה כפויה של משפחות גרעיניות מעורבות – ערבים ישראליים לעומת תושבי הרשות הפלסטינית או תושב מדינת אויב. החוק מונע מאזרחי מדינת ישראל לחיות במדינתם יחד עם בני משפחתם הגרעינית שאינם זכאים לאזרחות. טענה שנייה שהועלתה היא שהחוק פוגע בכבוד האדם בנוגע לשוויון – החוק חל רק על ערבים תושבי מדינת ישראל (מעטים אם בכלל יהיו היהודים שיפגעו מהחוק. כאמור דיברנו על כך שבית המשפט קבע במקרים מסוימים כי לעיתים הזכות לשוויון נכללת בכבוד האדם, ברמת הכוונה וברמת התוצאה – ולכן במקרה הזה נפגעת זכות שנמצאת בזכות המוגנת בכבוד האדם וחירותו. רוב השופטים סברו כי החוק לא מקיים את דרישת המידתיות – אין סייגים משמעותיים כל כך בנוגע לביטחון שיכול להיפגע.   
כאן מתעוררות שאלות מעניינות בנוגעות להשקה בין תחום האזרחות ובין חוקי היסוד על זכויות האדם -  
ראשית, בית המשפט ציין כי שהם בוחנים את הנושא אך ורק מנקודת הראות של הזכויות של אזרחי ישראל ולא של מי שאינם אזרחי ישראל-כלומר בני או בנות הזוג והילדים. על סמך בית המשפט אמר שמה שרלוונטי כאן הוא רק זכויות אזרחי ישראל? הרי בית המשפט הסתמך על כבוד האדם וחירותו – מדובר על זכויות של אדם ולא אזרח ישראלי. בית המשפט לא הסביר את זה, אבל באופן כללי כל עוד לא נאמר בדבר חקיקה של מדינת ישראל אחרת, אז הוא חל רק בתחומים של מדינת ישראל ולגבי אזרחים או תושבים של מדינת ישראל. כבוד האדם וחירותו לא מתיימר להסדיר את הנושא לכל העולם.   
לכאורה זהו מקרה חוקתי יחסית פשוט, כל מה שהיה צריך לדון בו בהנחה שנפגעות זכויות חוקתיות היה האם הוא עומד בפסקת ההגבלה. אבל נימוקי שופטי הרוב הם רלוונטיים בעיקר בקשר לנושא האזרחות. מדבריו של חשין ניתן להבין גישתו היא שכבוד האדם וחירותו איננו חל בענייני הגירה. כאשר אנחנו מפרשים את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כשם שאנחנו לא מפרשים אותו כמתיימר למישהו שאין לו זיקה לישראל, כבוד האדם וחירותו גם לא מתיימר לעסוק בעניינים של אזרחות. זאת משום שאזרחות נקבעת ע"פ שיקולים רחבים שחורגים מאופן האיזון שקבוע בפסקת ההגבלה. מדינת ישראל כאשר היא מחליטה למי לתת להיכנס ולמי לא... איננה אמורה לפעול בהכרח ע"פ האיזונים הקבועים בפסקת ההגבלה. יש טעם רב בדברים אלו, מבחינה ערכית או אידיאולוגית להתייחס לחוק הזה כפי שרוצים, אבל יש ממש באמירה שהנוסחא שקבועה בפסקת ההגבלה היא משונה אם מתיימרים להחיל אותה על קביעת מדיניות הגירה - כאילו יש חובה למדיניות הגירה להיות ע"פ אמות מידה שוויוניות או ע"פ אמות מידה של שלמות המשפחה. ולהגיד שככל שרוצים לקבוע מדיניות הגירה אחרת הממשלה לא יכולה לעשות זאת אלא בתנאי פסקת ההגבלה. **הגירה הוא ענף נפרד בתחום החוקתי ועקרונותיו מעט נבדלים מתחומים אחרים – מדיניות ההגירה לא חייבת להיות שוויונית ויש למדינה זכות כלשהי לקבוע למי לאפשר להגיר.**   
  
בפס"ד הזה אין ממש רציו או תקדים מחייב בגלל ריבוי הדעות שהיו. אבל נראה כי התגבשה שם הגישה כי מדיניות הגירה היא אומנם תחום חוקתי אך הוא בעל קריטריונים אחרים מהקריטריונים של זכויות האדם.   
  
**הפרדת רשויות ומשמעותו המשפטית**כפי שהיה כתוב במאמרו של ברק המשמעות של הפרדת הרשויות הוא שהסמכויות השלטוניות המרכזיות מפוזרות בין הרשויות השונות.הרשות המחוקקת מופקדת על החקיקה והנורמות המשפטיות הכלליות. הרשות המבצעת מופקדת על ביצוע החוקים ועל קביעת המדיניות המנהלית והביצועית שלה מדינה. הרשות השופטת מופקדת על פרשנות של כללי המשפט, על אכיפת החוק ועל הכרעה בסכסוכים שנוגעים לעניינים משפטיים.   
מה בעצם המטרה של החלוקה הזאת? הרעיון הבסיסי הוא לא יעילות, אלא כמעט ההפך. הרעיון של הפרדת הרשויות הוא לפצל את הכוח השלטוני על מנת למנוע פגיעה באדם וזכויותיו באופן בלתי ראוי – רשות אחת לא תוכל להשתלט על כל הסמכויות השלטוניות. בא להחליש את השלטון ולפגום בכוחו. בגלל הרציונאל הזה הפרדת הרשויות בפועל היא איננה הפרדה מוחלטת – אפשר היה לומר כי כל רשות תעסוק בעניינה ולא יהיו לה סמכויות שנוגעות לתחומים של הרשות האחרת. אבל בפועל, הפרדת הרשויות איננה הרמטית. אלא לכל רשות יש נגיעה גם לעניינים שמצויים במסגרת הסמכויות של הרשויות האחרות. הרציונאל הוא אותו העיקרון של הפרשת הרשויות – לפקח ולאזן עוד יותר את הכוחות השלטוניים, הרשויות מפקחות אחת על השנייה.   
מעבר לכך, יש גם טעמים פרקטיים של יעילות שמונעים הפרדה חדה בין הרשויות מבחינת תחומי הטיפול בהם – בעניינים מסוימים לכנסת יש סמכויות בעלי אופי שיפוטי, בעניינים מסוימים יש לבתי המשפט סמכות מחוקקת (כמו במקרה שתואר למעלה בנוגע לאזרחות), הרשות שרוב הסמכויות מרוכזות בה היא הרשות המבצעת – לא עוסקת רק בביצוע אלא בעצם היא מפעילה גם סמכויות אחרות (למשל, היא הרשות המחוקקת העיקרית מבחינת מדינת ישראל – רוב החקיקות היא של הרשות המבצעת – התקנת התקנות, סיבה של אילוץ, הכנסת לא מסוגלת לקבוע את כל הנהלים. יש גם סמכויות שיפוט – בתי דין מנהליים שהם חלק מהרשות המבצעת – הם עצמאיים ולא מקבלים הוראות מהשר המפעיל אותם. בתי דין משמעתיים). יש בעייתיות לפעמים בנושא, למשל הערכאה המשפטית בנוגע לקובלנות בנוגע לרופאים היא שר הבריאות – אין לו באמת את הכלים לשפוט ולהכריע בדברים כאלו. לפני כמה שנים שר הבריאות האציל סמכות זאת.   
  
גם בפרקטיקה אין הרמטיות – מטעמים עקרוניים – של הרצון לפיקוח, וגם מטעמים מעשיים – יעילות כפי שאמרנו לעיתים גם ללא סיבה הגיונית וכו'....   
  
כאן מתעוררת שאלה משפטית – האם עיקרון הפרדת הרשויות הוא מחייב? האם הוא בעל מעמד חוקתי? האם הכנסת מחויבת לכבד את עקרון הפרדת הרשויות בחקיקה חוקים? האם בית המשפט יכול לבטל חוק שלא הולם את הפרדת הרשויות? או שמדובר רק בעיקרון רצוי אך הוא לא מחויב ונתן לאכיפה?  
השאלה הזאת היא מורכבת ולא בעלת תשובה פשוטה. ראשית, יש עקרונות של הפרדת רשויות שמעוגנות בחוק יסוד – למשל פסקת ההגבלה – אין לפגוע בזכות.... אלא בחוק או הסכמה מפורשת.... כלומר לצורך פגיעה בזכות נדרשת חקיקה – אסור לרשות המבצעת לפגוע בזכות אלא מכוח הסמכה מפורשת בחוק. אם אין הסמכה כזאת הממשלה לא יכולה לפעול בנושא.  
**בפס"ד לם** נאמר כי בעקבות הפרדת הרשויות, קביעת מגבלות בנוגע לעיסוק הוא של הרשות המחוקקת ולא של הרשות המבצעת.   
היבט שני (בו בית המשפט לא מתלהב להכריע) נוגע להפרדה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ויש לכך גם נגיעה בענייני הפרטה. **פס"ד בנוגע להפרטת בתי הסוהר** (המרכז האקדמי) – בית המשפט קבע שהחוק לא חוקתי כי הוא פגע בזכויות האדם באופן שלא תואם את פסקת ההגבלה. אבל, הייתה לבית המשפט עוד טענה שהסתמכה על חוק יסוד: הממשלה. העותרים אמרו שבחוק רגיל הכנסת לא יכולה לקבוע כי אדם פרטי לא יכול להפעיל סמכויות של הרשות המבצעת. זה נשאר בצריך עיון כי ההכרעה בוססה על עקרון אחר. היא יכולה להיות רלוונטית לתחומים אחרים – חוקים בהם הכנסת מעניקה סמכויות רחבות להתקין תקנות ע"י הרשות המבצעת. הכנסת לא תמיד מצייתת לעקרונות אלה – בחוק חובת המכרזים הצליחו להגיד בו דבר פשוט ב-9 סעיפים – אומרים שדיני המכרזים הציבוריים יקבעו בתקנות – למרות החשיבות הגדולה של המכרז בעצם המדינה נותנת "הטבה" למי שמתקשר עם המדינה בחוזה. אם הכנסת היא בית הנבחרים אז היא לא יכולה ע"י חוק רגיל לתת לשר המשפטים (הרשות המבצעת) סמכות שמבחינה חוקתית היא סמכות של הכנסת – כי זה פוגע בהפרדת רשויות שניתן להתייחס אליהם כאילו נקבעו בחוק יסוד (כי הרי חוקי היסוד אומרים מהם סמכויותיה של כל רשות וכאן ההפרדה בין הרשויות). הרשות המחוקקת חוקקה חוק להקמת בית חולים באשדוד – מה זה קשור לרשות המחוקקת? הרי הרשות המחוקקת אמורה לקבוע משהו כללי יותר. זה קשור לרשות המבצעת! בעצם הרשות המבצעת לא רצתה להקים בית חולים באשדוד וככה הרשות המחוקקת כפתה עליה להקים את הבית חולים.   
  
הרלוונטיות המשפטית המרכזית של עקרון הפרדת הרשויות איננה לצורך פסילה של חוקים אלא לצורך פרשנות. כלומר, בית המשפט נוהג לפרש את החוקים שהכנסת מחוקקת במידת האפשר באופן שמתיישב עם העקרונות של הפרדת הרשויות. דוג' **מפס"ד חוק טל (התנועה לאיכות השלטון),** חוק טל מסדיר את נושא הפטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. החוק חוקק כתוצאה מפרשנות שבית המשפט נתן לחוק שירות ביטחון. הרי, ידוע שתלמידי ישיבות פטורים משירות בצבא עוד מלפני חוק טל, אז מה היה כל השנים? יש בחוק של הכנסת שקיים הרבה שנים – חוק שירות בטחון – סמכות לשר הביטחון לפטור אדם משירות. מכוח אותו סעיף שרי הביטחון במשך עשרות שנים קיבלו החלטה כללית שתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם יהיו פטורים משירות צבאי. בשלב מסוים פס"ד בשם רובינשטיין קבע בית המשפט כי שר הביטחון פועל ללא סמכות. בית המשפט אמר כי יש לפרש את החוק על סמך עקרון הפרדת הרשויות – כשחוק נותן סמכות לרשות המבצעת הפרשנות הנכונה היא כי השר יכול להפעיל את הסמכות במסגרת הרשות המבצעת בלבד – הסמכות בעצם מיועדת להתמודד עם מקרים אינדיבידואליים ולא כפטור גורף לקבוצה. מבחינה מהותית בעצם שר הביטחון חוקק חוק וקבע נורמה לפטור. בית המשפט אמר כי זה לא הפירוש הנכון לחוק שירות הביטחון. קביעת מדיניות רחבה כזאת זה בסמכות של הרשות המחוקקת ולא הרשות המבצעת. בעקבות ביקורת זו של בית המשפט הרשות המחוקקת חוקקה את חוק טל. בית המשפט לא מבטל חוקים, אך משתדל לפרש אותם כעולים בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות ולא כסותרים אותו. למה בית המשפט נזכר רק בשנות ה-2000 לתת את הביקורת הזו? כי רק אז פנו אל בית המשפט בטענה הזו.   
  
עוד הערה לגבי הפרדת רשויות – בניגוד לרשות המבצעת והמחוקקת, בית המשפט לא יוזם, הוא יכול להיות אקטיבי רק אם פונים אליו. מגביל את תפקידו של בית המשפט – יכול להביע את דעתו רק כדרך סכסוך המובא בפניו.   
  
על הרשות השופטת אין ביקורת משום שגם אם היא קובעת הלכה מסוימת, הרשות המחוקקת יכולה לקבוע חוק שיבטל את ההלכה הזאת. וזאת בעצם הביקורת. זוהי הרשות הכי חלשה בעצם. דוגמא לכך, **בפרשת מיטראל** למה הכנסת חוקקה את החוק בנוגע לבשר ביחד עם פסקת ההתגברות? כי בית המשפט פסק באוביטר כי אסור למדינה למנוע ייבוא של בשר בלתי כשר למדינת ישראל ואפילו אם הכנסת תחוקק חוק כזה הוא יסתור את חופש העיסוק. הכנסת כתגובה חוקקה את החוק ואז הוסיפה את פסקת ההתגברות.   
שופטים לא יכולים לפסוק רק לפי מה שהם חושבים שהוא ראוי, והם יכולים רק להגיד את זה ולהמליץ לשנות את החוק. והכנסת יכולה באמת לתקן את החוק, אך היא לא חייבת.   
  
  
  
**דיון ברשויות השלטון**  
  
הבחירות לכנסת – מפורטים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת - הכנסת תיבחר בבחירות כלליות ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות לפי פרטים שיקבעו בחוק רגיל (חוק הבחירות לכנסת) – הסעיף משוריין. מה בעצם אומרים היסודות האלו?   
  
**בחירות כלליות** – כל אזרחי המדינה כעיקרון משתתפים בבחירות.  
**בחירות ארציות** – כל שטח המדינה הוא איזור בחירה אחד.   
יש לשיטת הבחירות הארצית חסרונות – הנבחרים לא מחויבים למי שבחר אותם. וגם יתרון – אין השפעה של אינטרסים של מקומיים של האזור שבחרו בנציג.  
מבחירות אזוריות – הבחירות נערכות באזורים, כל אזור בוחר את הנציג שלו. יעיל במדינה מאוד גדולות.   
**בחירות ישירות** – האזרחים בוחרים את חברי הכנסת בעצמם. בשונה, יש ארצות שבהם אנשים בוחרים אנשים שיבחרו את הנציגים (למשל ארה"ב). אלקטור - אדם שניתנת לו הסמכות לבחור את הנציגים.   
אצלנו הבחירות לממשלה הם לא ישירות, כי הממשלה נבחרת ע"י הכנסת. והאזרחים בעצם בוחרים את הכנסת, אז יש השפעה עקיפה – חברי הכנסת הם האלקטורים בעצם.   
**בחירות שוות** – נדון בהרחבה מאוחר יותר. המושג הכי מעורפל. בפס"ד מרכז השלטון המקומי יש חילוקי דעות בנוגע לשוויון – ברור שיש שוויון בין המפלגות ובין הקולות. אבל מה לגבי השוויון בנוגע למועמדים עצמם? החוק הנדון שם מפלה לטובה אנשים שמכהנים עכשיו בכנסת לטובת בחירה לרשויות מקומיות. בפסיקה הובאו 2 אפשרויות לשוויון – שוויון פורמאלי – התייחסות זהה לכל המפלגות ולכל הבוחרים. מפלגות קטנות מקבלות בדיוק כמו המפלגות הגדולות. שוויון מהותי – ברוב דעות בית המשפט נקבע כי זה השוויון הראוי. השוויון המהותי מתחשב בהבדלים רלוונטיים, לא להתייחס לכולם באופן זהה אלא אם יש הבדל רלוונטי בין מפלגה קטנה לגדולה זה לא מפר אם חל כלל אחד על מפלגה קטנה או מפלגה גדולה. שיטה ברורה, חדה, לא כרוכה בהפעלת שיקול דעת, היתרון הגדול – דרישת השוויון בחוק יסוד: הכנסת היא לא מוחלטת כי כתוב שם שאפשר לשנות דברים ברוב חברי הכנסת. הוא בודק כל מקרה לגופו ולא יוצר זהות בין דברים שיש בהם שוני רלוונטי. חסרון - מבחן מאוד עמום, אי אפשר לדעת מבחינה משפטית מה בדיוק הוא אותו שוויון.   
**בחירות חשאיות** – אין מה להרחיב בנושא.   
**בחירות יחסיות** – המושבים בכנסת מתחלקים כעיקרון באותו היחס שבו התחלקו הקולות. בגדול, מפלגה שקיבלה 10% מהקולות תקבל 10% מחברי הכנסת. השיטה שלנו אינה לגמרי יחסית, אלא היא יחסית בעיקרה. השיטה מנוגדת לשיטה הרובנית – מי שזכה ברוב הקולות מקבל את כל השליטה. היתרון – שיטה מאוד ייצוגית, בית הנבחרים מייצג את הדעות השונות והאינטרסים השונים באוכלוסיה. החיסרון – בחינת יעילות השלטון, מניבה צורך בקואליציה, ומיעוטים שיכולים לסחוט דברים שלא מגיעים להם. יותר יעיל שמישהו שקיבל רוב ישלוט על הכל. בישראל השיטה היחסית מאוד חשובה בגלל השסעים בחברה.   
השיטה היחסית היא לא מוחלטת בארץ – כי יש אחוז חסימה. שהוא בסביבות ה-2%. מפלגה שקיבלה טיפה פחות מ2% מגיעים לה לכאורה שני נציגים אבל זה נועד כדי למנוע מפלגות קטנות. כמו כן, העודפים של הקולות (כתוצאה מחצי אחוזים ועודף בגלל שמפלגות לא עברו את אחוז החסימה) – יש הסכמי עודפים בין שתי מפלגות לפני הבחירות, ואומרים כי מבחינת העודפים רוצים שיראו אותם כמפלגה אחת. מה זה אומר? טוב לשתי המפלגות... הן נחשבות בעצם מפלגה אחת ויש להן סיכוי גדול יותר לקבל את העודף . למה מפלגה קטנה יש לה אינטרס לעשות הסכם כזה עם מפלגה גדולה? כי ההסכם אומר שהמפלגה הקטנה מקבלת את העודפים בעצם.   
  
בדר"כ יש זיקה בין שיטה ארצית לשיטה יחסית – וזיקה בין שיטה אזורית לשיטה הרובנית.   
שיטה אזורית לא מחייבת כי יהיו מס' האזורים כמספר המקומות בפרלמנט. יש גם שיטות מעורבות – חלק מהפרלמנט נבחר בבחירות ארציות וחלק, בשיטת בחירות אזורי.   
  
**21.12.11** – שיעור עם שרית רייך  
  
הזכות להיבחר ולבחור שונה מזכויות אדם אחרות. הדמוקרטיה היא שלטון העם ולא יכול להיות שלטון העם מבלי בחירות חופשיות. אם נטיל הגבלה על הזכות לבחור או להיבחר זאת לא תהיה דמוקרטיה.   
עם זאת, הזכות הזאת אינה זכות מוחלטת, היא מוגבלת:  
\*ניתן להצביע מעל דיל 18 וניתן להיבחר מעל גיל 21  
\*הרשעה שיש עימה קלון  
\*אנשי צבא וציבור שנמצאים בתקופת קירור מתפקידם  
  
  
ועוד שלוש הגבלות להיבחר – מופיעות בסעיף 7 א' לחוק יסוד:הכנסת -   
1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית  
2. הסתה לגזענות  
3. תמיכה בארגון טרור במדינת אויב בהקשר של מאבק מזוין – תמיכה בארגון שהוא גם פועל וגם באופן הומניטארי וגם טרור. בית המשפט מפרש בצמצום זה תמיכה בארגון שפועל רק לטרור.  
דמוקרטיה מתגוננת – הרעיון הוא לנסות לפתור את פרדוקס הדמוקרטיה – השיח הפוליטי הוא חופשי לחלוטין וכל טענה יכולה להתקבל, למעט רעיונות ששוללים את עצם קיומו פלורליזם והדעות השונות. אם הדמוקרטיה היאמוחלטת (כל אחד יכול להגיע לשלטון) אז באמצעות אותה דמוקרטיה אפשר לשלול את הדמוקרטיה (אם תעלה מפלגה ששוללת את קיום הדמוקרטיה שתעלה ע"י בחירות). נהוגה בעיקר באירופה.   
**פס"ד ירדור** (שנת 65') – הוכרה הדמוקרטיה המתגוננת. הייתה פסילה של מפלגה שייצגה ערבים רבים, הם שוללים את קיומה של מדינת ישראל. צריכה להיות מדינה מוסלמית במקום. עלתה השאלה – מכוח איזה סמכות יש לועדת הבחירות לשלול מרשימה או ממועמד לבחור ולהיבחר?מהי ועדת בחירות? מורכבת כמעט כולה מחברי כנסת, מנציגי המפלגות הקודמות. היחיד שהוא לא חבר כנסת הוא שופט בית משפט העליון בדימוס, והוא יושב ראש הועדה. המטרה – לפקח על הבחירות ועל הכללים בבחירות – שוחד וכו'...**לנדוי** שהיה יושב ראש הועדה בזמנו אמר כי חייבים לשלול מפלגה ששוללת את קיומה של מדינת ישראל, כאן בוטא העקרון של דמוקרטיה מתגוננת לראשונה. עם הגישה הזאת הסכים גם השופט **זוסמן** שהיה שופט בפס"ד – אמר שאי אפשר לעמוד מנגד ולתת למפלגה כזאת לנצל את הדמוקרטיה על מנת לשלול אותה! אומנם לא כתוב בחוק אבל הלקונה תושלם ע"י בית המשפט. השופט **אגרנט** אמר שצריך לפסול את הרשימה אבל יש סמכות בחוק – פרשנות של חוק יסוד:הכנסת. אומר שהכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. מכן שאב את הסמכות – חברי הכנסת מטרתם ותפקידם הוא לשקוד על הגנת המדינה ועיצוב דמותה ולא יכול להיות חבר כנסת ששולל את קיומה של המדינה**!!** השופט חיים כהן אמר שזה לא כתוב בחוק ולכן אין לבית המשפט זכות לשלול את המפלגה. הרוב הזה לפסול את הרשימה. עברו 20 שנה עד שהכנסת חוקקה חוק בנוגע לדברים אלו. בשנות ה-80 **בפס"ד ניימן** – עוסק בפסילת רשימת "כך" – כנהא – הטענה נגד תנועת "כך" הייתה שהיא גזענית (קראה לשלילת האזרחות מאזרחי ישראל הערביים, קראה לטרנספר של ערביי ישראל לירדן, הגישו הצעות חוק איסור קיום יחסי מין בין יהודים לערבים....) המצע של המפלגה היה רחוק מעקרונות היסוד של משטר דמוקרטי. בית המשפט העליון החליט שלא מדובר בשלילת קיומה של מדינת ישראל. וזה לא המצב הנדון – תנועת "כך" אומרת שהמדינה צריכה להתקיים אבל רק כמדינה יהודית. השופטים הגיעו למסקנה שאי אפשר לפסול את מועמדותה של תנועת "כך".   
הכנסת התרגזה מההחלטה – אמרו שהם לא רצו לעצב ככה את הדמוקרטיה וצריך להגן על עקרונות היסוד של השיטה. בעקבות כך נחקק סעיף 7 א' בחוק יסוד: הכנסת.   
אישור בחירות – אם מועמד נפסל בית המשפט העליון חייב לאשר את זה. הוא שותף להחלטה לפסול.  
ערעור על לא לפסול – בית המשפט רק בודק אם השיקולים של הועדה היו לגיטימיים וחוקיים. היקף של ביקורת שיפוטית צר יותר.   
בגדול, אין באמת הבחנה בין שני דברים אלו.   
בסעיף 7 א' יש 3 עילות פסלות (שהן בעצם 4):  
1. שלילת דמוקרטית  
2. שלילת יהדות  
3. גזענות  
4. תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב  
  
הכי חריג – שלילת האופי היהודי. דמוקרטיה מתגוננת במובן האירופאי – הדמוקרטיה סוגרת את השיח הדמוקרטי בפני אלו שאינם מקבלים את השיח הדמוקרטי. רק העילה של שלילת הדמוקרטיה היא דמוקרטיה מתגוננת באמת! השאר זה על הגבול.... בארה"ב למשל אין הגבלה בנוגע למפלגות שהן גזעניות. והם עדיין דמוקרטיים. תמיכה במאבק מזוין – ארגוני טרור שוללים את מדינת ישראל וקיומה. נובע מעיקרון דמוקרטיה מתגוננת. שלילת יהדות – הכי גבולית. עילת הפסלות הזאת היא הכי "חבוטה" מבחינת הפרשנות שהיא קיבלה בבית המשפט העליון. בנוגע לגזענות – דעה סותרת, בעצם הדמוקרטיה אומרת כי כל האזרחים שווים זה לזה. אבל למשל אפשר להגיד שניתן להפריד בין זכויות פוליטיות לבין זכויות אחרות. יש שתי עמדות.  
**פס"ד טיבי** הראשון (2003) – היו ראיות חזקות - למשל, מידע מודיעיני של אנשי שב"כ ולא יכלו להעיד בעצמם.... ועדת הבחירות בראשות חשין פסלה את המועמדות של בשארה עצמו ואחמד טיבי וכן את מפלגת בל"ד. לא פסלה את ברוך מרזל (איש תנועת "כך") למרות בקשות שהיו לפסול אותו. בית המשפט אישר בסופו של דבר לכל המועמדים לרוץ. לראשונה בית המשפט נדרש לפרש את סעיף 7 א'. **ברק** קובע שיש שלוש דרישות שעל פיהן נבחן את החלטת ועדת הבחירות לפסול את הרשימה: 1. ראיות מוצקות – דרישה מאוד דרמטית. 2. עילת הפסלות היא חלק מהותי במצע של המועמד והרשימה. 3. מדובר בפעולות בשטח ולא רק דיבורים. 4. פרשנות מצמצמת מאוד של המונחים והעילות של הפסלות שבסעיף 7 א'. למשל: תמיכה במאבק מזוין – אם אתה תומך בענף אחר באותו ארגון טרור – למשל משהו הומניטארי שהארגון עושה – עילת הפסלות לא תחול עליך. שלילת האופי היהודי – רק הצביון הגרעיני ביותר של יהדות המדינה – שפה וסמלים, חוק השבות. חוק השבות – הכי גרעיני, מדינת ישראל תהיה בית לאומי לעם היהודי. לעניין מדינת כל אזרחיה – המפלגות אומרות שהם סה"כ רוצים שהמדינה תהיה מדינת כל אזרחיה. בית המשפט אמר שזה תלוי בפירוש – אם מדברים על שוויון פוליטי זה יכול להתאים גם למדינה יהודית. אבל אם מפרשים את זה במדינת כל אזרחיה שיש שלילת היסוד הגרעיני של המדינה כיהודית זה לא בסדר.  
עלתה שאלה לגבי דרישה 5 – מבחן ההסתברותי. לא התקבלה כהלכה. כאשר המבחן הפלילי שולל זכויות בסיסיות בית המשפט קבע כעניין של פרשנות שצריך לבחון האם מתקיים מבחן הסתברותי – מבחן הודאות הקרובה – כלומר, יש הסתברות קרובה לודאי שהדברים יגרמו לנזק ממשי (אלימות למשל).   
בפס"ד טיבי מדבריו של השופט **לוין** עלה כי לדעתו אפשר להחיל את המבחן הזה גם על הזכות הבסיסית – לבחור ולהיבחר. אמר שאין חשש מהמפלגות כי הן מפלגות קטנות, הן לא באמת מסוכנות. אומר שצריך להשתמש במבחן ההסתברותי. **ברק ודורנר** אומרים שהם לא רוצים שבשיח הפוליטי יהיו אנשים ששוללים את הדמוקרטיה ולי משחקים לפי "כללי המשחק" הדמוקרטיים. חושבים שלא צריך את המבחן ההסתברותי, אפשר לשלול את המפלגה על פי דברים אחרים.   
ב-2009 שוב היו בחירות, הוגשו שוב בקשות לפסול את אחמד טיבי ובשארה. הראיות היו מאוד מבוססת וחזקות – הובאו תרגומים של נאומים בערבית, היה נראה שבשארה מרשה לעצמו יותר בנאומים אלו. דיבר יותר בעד מאבק מזוין נגד מדינת ישראל. הראיות היו חזקות, וזה הגיע לועדת הבחירות – בשארה אמר שהוא שולל את המדינה כיהודית, אמר שהוא לא מרגיש שייך אליה, רוצה שהמדינה תהיה מדינת כל אזרחיה. הועדה פסלה אותו. זה הגיע לאישור בחירות בבג"צ – ניתן פס"ד ללא נימוקים. קורה כאשר צריך לתת את פס"ד מהר. פסל את ההחלטה – כולם יכולים לרוץ לבחירות. רק שנה וחצי מאוחר יותר ניתנו הנימוקים – היעדר תשתית ראייתית. \*\*הייתה תשתית ראייתית מאוד חזקה ומבוססת – למה אבל עדיין אישרו את המועמדים? לאפשר גם למיעוט הערבי ייצוג בכנסת. \*\*  
  
האם אנחנו רוצים שבתי המשפט יבחנו את הפעולות של חברי הכנסת? בהתאם למצע לא בהתאם למצע? שומרים על המשמעת הקואליציונית או לא (אי אפשר להביע התנגדות להחלטות ממשלה בפומבי)?  
בעצם אין הרבה כלים משפטיים בנושאים כי אנחנו עלולים לשתק את חברי הכנסת כך.

מעמד הרשות המחוקקת נתון למחלוקת בתורות משפט שונות וגם בישראל. בצרפת – שלושת הרשויות הן שוות ערך. למשל בצרפת/ארה"ב - הן חייבות להיות מנותקות אחת מהשנייה לחלוטין ועצמאיות, כל אחת יש לה תחומים אחרים שעליהם הן אחראיות, אבל כל אחת גם יכולה להגביל את הרשות האחרת בנושאים שונים.   
בשיטה האנגלית וגם בישראל – הרשות המחוקקת היא העיקר, ראש הממשלה הוא חבר כנסת. מתוך הבחירות לפרלמנט נוצרת הכנסת. עיקר המשחק הדמוקרטי קורה בתוך הפרלמנט – הם קובעים את "כללי המשפט" ומעצבים את המדינה. הרשות השופטת – הביקורת והתפקיד יותר מצומצם.   
ברק – איזונים ובלמים, הרשות השופטת לא חשובה פחות מהרשות המחוקקת. שמגר חושב אחרת.

חברי פרלמנט גם לפי שיטת ברק שצריכה להיות הפרדה ואיזונים ובלמים, צריך שהפרלמנט יוכל לפעול על מנת ליישם את רצון העם ע"י החוקים שהם קובעים. הפרלמנט רק הוא נבחר ע"י העם.   
**חסינות** – הגנה על חברי הפרלמנט מפני זרועה של הרשות המבצעת (משטרה למשל), הגנת הפרלמנט מפלילים. למה רוצים להגן? מבחינה היסטורית במהפכה באנגליה היה חשש שהמלך שהוא הרשות המבצעת ישתמש בסמכויותיו כדי לעקור מתוכן את פעולות הפרלמנט כדי לשמור על כוחו. ומכאן בא רעיון החסינות. עלו שאלות האם זה רלוונטי במאה ה-20/21 – רשויות אכיפת החוק הרי היום הן מקצועיות והם לא "עושי דברו של המלך". ובכל זאת, יש לנו חסינות גם היום. האם זה חשוב גם היום? מצד אחד, אנחנו הרי לא רוצים שהרשות המחוקקת בעצם תהיה מעל החוק, הרשות המחוקקת מורכבת מאזרחים ולמה שהם יהיו שונים מהשאר? מצד שני, צריך להגביל את השימוש לרעה ברשות המבצעת כנגד חברי הכנסת, למשל הגשת תלונות רבות כנגד חברי הכנסת. החסינות באה להגן על חופש הביטוי במובן הרחב של חברי הכנסת מפני הדין הפלילי. על מנת להגן על הפרדת הרשויות אנחנו רוצים להגביל את הביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת **– שומר על עצמאות הרשות המחוקקת.** לא בא להגן על חברי הכנסת שעושים עבירות פליליות ממש.   
שתי סוגי חסינויות -  
1. עניינית – מוגבלת לעבירות פליליות או אזרחיות שבוצעו במהלך תפקידו או למען תפקידו של חבר הכנסת. כל עוד המעשה נעשה בזמן כהונתו זה לא משנה מתי יתבעו אותו בנושא, הוא יהיה מוגן. לכאורה יש פרדוקס – למה שתבצע משהו שעובר על החוק במסגרת עבודתך כחבר כנסת? שאלה שהפסיקה מעלה – פותרת את השאלה ע"י מבחן הסיכון הטבעי – במסגרת הסיכון המקצועי של חבר כנסת הוא עלול להיקלע תוך כדי עבודתו גם להפרת חוק. רק על העניינים הללו מגנה החסינות העניינית. **בפס"ד פנחסי** בית המשפט קבע שלקיחת שוחד הוא לא חלק מהסיכון הטבעי! אז מה כן חלק מהסיכון הטבעי? יש מחלוקות – כל אחד מנסה לצמצם עד כמה שאפשר את החסינות. **גולדברג** – מיעוט – *החסינות נועדה להגן על חופש הביטוי ונלווים או מעשים ללא מחשבה פלילית* (הדברים לא רשומים במפורש בחוק). לא רוצים להגן על עבירות אחרות – למשל נהיגה בשכרות, אונס וכו'... מה זה אומר ללא מחשבה פלילית? דברים שאתה לא יודע שהם עבירה על החוק.   
**ברק** – מביא מבחן אחר – *מבחן הספונטניות* – החסינות העניינית לא באה להגן על מעשים שנעשו במחשבה תחילת להפר חוק, אלא הוא היה באמצע משהו חוקי והוא "זרם" באופן ספונטני למעשה לא חוקי. דוגמא שמובאת ע"י ברק: ביבי נואם מעל הכנסת וחושף מידע סודי, וזאת עבירה פלילית, אבל החסינות חלה עליו. ברק אומר שאם מראש ביבי היה מתכנן לחשוף את המידע אז החסינות העניינית לא חלה עליו. אבל אם זה קרה בטעות ותוך כדי דיון אז זה בסדר. או דוגמא אחרת יותר טובה: הייתי בהפגנה חוקית, ואז היא נהפכה ללא חוקית. **שמגר** – *מבחן ההצדקה העניינית* – כלומר, מבחן של חבר הכנסת הסביר. האם הפרת החוק שהוא ביצע היא במובן הענייני באמת רלוונטית למילוי תפקידו או לא. למשל אם אתה מנסה להציג עמדה פוליטית מסוימת ובמסגרת זה אתה אולי מפר את החוק. בעיה – מגביר את הביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת שזה בדיוק מה שרצינו למנוע שקבענו את החסינות. מבחן בדיעבד שנפסק ע"י שיקול דעת. חברי הכנסת יוכלו לפחד מהנושא, ולא ידעו מתי החסינות חלה עליהם או לא.   
2. דיונית – עניין פרוצדוראלי – אומרת שבזמן שאתה חבר כנסת אתה מוגן בחסינות, ללא שאלה מתי בוצעה העבירה. יכול להיות שזה היה לפני שהיית חבר כנסת. אפשר להסיר ע"י הכנסת כאשר יש 3 שלבים –   
א) המעשה בגינו הם מעשים שלא מוגנים ע"י החסינות העניינית.  
ב) יש לבחון את שיקול דעתו של היועץ המשפטי של הממשלה בבואו לנסח טיוטת כתב האישום – מוגבל רק לשיקולים זרים, הכנסת לא אמורה לבחון האם יש מספיק ראיות... יש עניין לציבור או לא....  
ג) קיומו של הליך הוגן לחבר הכנסת שאת חסינותו מבקשים להסיר

**26.12.11**שוויון הבחירות לכנסת -   
  
קיימת אי בהירות בקשר ליחס בין סעיף 4 של חוק יסוד: הכנסת שבו נקבע בין היתר שהבחירות לכנסת יהיו שוות וששינוי כולל חריגה מכך, יהיו טעונים רוב של חברי הכנסת לבין, הזכות לכבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שעל פי הפסיקה כוללת במקרים רבים גם שוויון, שבה ניתן לפגוע בכל רוב שהוא (אין דרישה לרוב מיוחס). אבל, בתנאים של פסקת ההגבלה. נצא מנקודת הנחה שיכולים להיות מקרים (לפחות לפי גישת הביניים המרחיבה שעל פיה בית המשפט העליון מפרש את כבוד האדם) שבה מתנגש כבוד האדם וחירותו והשוויון בבחירות. מתעוררת שאלה מה המגבלות החוקתיות שחלות על חוק כזה –   
**אפשרות 1:** חל ההסדר הספציפי שנוגע לשוויון הבחירות, הסדר שנקבע בסעיף 4 של חוק יסוד: הכנסת. ע"י הסעיף הזה כאמור על מנת לחרוג משוויון הבחירות יש צורך בחקיקת חוק שיתקבל ברוב חברי הכנסת (אין דרישה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).   
**אפשרות 2:** שתי ההוראות יחולו באופן מצטבר. אם יש חריגה בכבוד האדם וחירותו היא תצטרך להתקבל ברוב חברי הכנסת וגם לעמוד בדרישות של פסקת ההגבלה. לתפיסה אין פסיקה שתומכת בה.  **אפשרות 3:** לעומת זאת **בפרשת המרכז השלטון המקומי** - עולה דרישה ע"פ פס"ד זמיר ששתי התפיסות הן חלופיות. מדבר על רעיון שאנחנו רואים גם בהקשרים אחרים – פסקת הגבלה שיפוטית: גם באותם חוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה, רואים את חוקי היסוד כאילו שיש בהם פסקת הגבלה ובית המשפט נותן את הסעדים החוקתיים תוך התחשבות בפסקת ההגבלה.המשמעות היא שהדרישות הללו (רוב מיוחס ועמידה בפסקת ההגבלה) הן דרישות חלופיות (או זה או זה). כלומר, אם החוק אומנם פוגע בשוויון בבחירות אבל הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה, אז בית המשפט בכל מקרה לא יפסול את החוק לא משנה באיזה רוב אותו חוק התקבל. היה והפגיעה לא עומדת בפסקת ההגבלה, בית המשפט יפסול את החוק, אבל רק אם הוא התקבל ברוב פחות מרוב חברי הכנסת. גישה פאסיבית של בית המשפט העליון!  
(גישת בנדור: יש להחיל את כלל הפרשנות הרגיל – על פיו מעדיפים נורמה ספציפית מנורמה כללית).   
  
משמעות של שוויון הבחירות – מהם בחירות שוות?  
  
**שוויון פורמאלי** – זהות. התייחסות זהה לכל הרשימות המתמודדות מבחינת תקציב, מימון מפלגות, הקצאת זמני השידור של תעמולה וכו'. רוצה הכנסת לסטות מהזהות בהתייחסות, היא יכולה לעשות זאת ע"י חוק שיתקבל ברוב מיוחס. בנדור – זוהי גישה נכונה בנושא הספציפי הזה. נכון היה לומר שנקודת המוצא היא של זהות, אבל אם יש רוב שרוצה לחרוג מכך זה אפשרי (רוב מיוחס). לא הגישה שהתקבלה!  
**שוויון מהותי** – שוויון שמתחשב בהבדלים רלוונטיים בין רשימות שונות. אם יש הבדל רלוונטי בין רשימה גדולה לרשימה קטנה זה לא יהיה בלתי שוויוני להתייחס באופן שונה לכל אחת מהן ובלבד שתהיה פרופורציה הגיונית בין ההבדלים לבין השוני בהתייחסות אליהם. למשל: שלא ייתנו לרשימה גדולה דברים שלא סביר לתת לה בגלל שהיא רשימה גדולה רק. לפי הגישה הזאת רק אם הכנסת מעוניינת בעצם לקבוע חוק בחירות מפלה, שסותר את השוויון המהותי, אז צריך רוב מיוחס. חושבים שאפילו גישת השוויון הפורמאלי היא המפלה (למשל לתת פחות למי שצריך יותר). גישה זו אומצה ע"י בית המשפט העליון.   
גישה בעייתית משתי סיבות:  
1. קשה מאוד לא רק במקרים גבוליים אלא גם במקרים ה"רגילים" ליישם אותה. יש הרבה יותר מקרי גבול מאשר מקרים רגילים.   
2. הגישה הזאת יוצאת מתוך הנחה שמתי דורשים רוב מיוחס? כשהחוק הוא חוק לא ראוי, מפלה. כאילו יש פרוצדורה מסודרת שנקבעה בחוק יסוד לחקיקת חוקים מפלים. זאת בעיה לפרש את דברי הכנסת כאילו שהיא יוצרת לעצמה מסלול של חוקים לא ראויים.   
כאשר משלבים את הקשיים עם מה שהוצג בפרשת השלטון המקומי עם פס"ד של זמיר, התוצאה היא תוצאה בעייתית. מדוע? משום שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר לפגוע בזכויות בתנאים מסוימים (פסקת ההגבלה), ובית המשפט אומר שאלו הן דרישות חלופיות (רוב מיוחס ופסקת ההגבלה), אבל אם מראש אנחנו מפרשים שוויון כמהותי אז ברור שהוא עומד בפסקת ההגבלה (שוויון מהותי – חוק ראוי), אז זה ייתר את השימוש בסעיף 4 לחוק היסוד:הכנסת, ואת השימוש בפסקת ההגבלה כי ברור שהחוק הוא ראוי אם בוחנים את זה כשוויון מהותי.   
חוק יסוד כבוד האדם וחירות מבוסס על בדיקה נפרדת האם ראוי לפגוע בזכות, בית המשפט אומר שהזכות לשוויון בחירות לפי חוק יסוד: הכנסת זה כולל גם את פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אז יוצא שאנחנו דורשים דרישה חלופית של כל אחד מהם ועולה ממנו תפיסה שונה לגבי מהות השוויון. חוק יסוד הכנסת – שוויון מהותי, אבל כבוד האדם וחירותו – שוויון פורמאלי.   
הדרך להתמודד עם קשיים אלו (*לא אומצה ע"י בית המשפט*) – בענייני בחירות לא להחיל את כבוד האדם וחירותו, אלא רק חוק יסוד: הכנסת. ההלכה הברורה שהיא ששוויון מהותי בחוק יסוד: הכנסת. בנוגע לפסקת ההגבלה השיפוטית – זה לא הלכה, אבל יש נטייה לזה.   
  
הוכרע בדעת רוב **בפרשת פייגלין** – במקרה הזה העותר הורשע בעבירה פלילית לפני הבחירות לכנסת, ונגזר עליו עונש של מאסר בפועל שבוצע ע"י עבודות שירות (מבחינה משפטית עדיין נחשב כמאסר בפועל). ע"פ חוקי הבחירות מי שהורשע בעבירה פלילית שיש עימה קלון ונדון למאסר בפועל למעלה מ-3 חודשים, אסור לרוץ לכנס אם לא עברו 7 שנים. לפעמים השאלה האם יש קלון נדונה במשפט הפלילי – אם המדינה מבקשת מבית המשפט שדן המשפט הפלילי לקבוע שיש קלון במעשה, אז בית המשפט מחליט אם יש קלון או אין. אבל מה קורה אם נושא הקלון לא נדון? בדר"כ המדינה לא מבקשת להכריע בנושא. השאלה עולה בדר"כ שמדובר באיש ציבור פעיל ואולי הוא ירצה להיות מועמד לכנסת או להיות שר ואז זה רלוונטי. בעניין פייגלין התביעה לא העלתה את נושא הקלון וזה לא הוכרע. החוק אומר שאם אדם הורשע בפלילי, מאסר מעל 3 חודשים, ולא חלפו 7 שנים, אם הוא רוצה לרוץ בכנסת הוא צריך להצהיר על העבירה ולבקש מראש ועדת הבחירות שאין קלון בעבירה. פייגלין לא רשם את נושא העניין הפלילי. לרוע מזלו יריביו הפוליטיים שמו לב לדבר הזה ופנו ליושב ראש ועדת הבחירות וביקש לפסול אותו וחלף המועד האחרון שהוא יכל להצהיר. ראש ועדת הבחירות לא קבע אם יש קלון או לא בזמן שנועד כי פייגלין לא דיווח על כך – ולכן הוא פסל אותו. הערעור נדחה ברוב דעות של 6 שופטים, נגד אחד. [בנדור – היה ראוי לקבל את ערעורו של פייגלין.]  
למה הם דחו את הערעור? על מה כל השופטים הסכימו? הסכימו על העניין של הזמן, בבחירות יש לוח זמנים מדוקדק וצריך לעמוד בהם! פייגלין לא העלה את הדברים בזמן ולכן יש לפסול אותו.   
באיזה נושא הם לא הכריעו? האם יש קלון או לא. חלק אמרו שיש קלון, הוא הצהיר הצהרת שווא ויש קלון במעשה שלו. גם אם הוא היה פונה בזמן היה צריך לפסול אותו. שופטים אחרים – אמרו שהם מסכימים בגלל עניין הזמן, וההצהרה השקרית, אבל אם היה פונה בזמן היינו קובעים שאין קלון. חלק אמרו שאין צורך להכריע בנושא הקלון, נפסל בגלל דברים אחרים.   
העבירה שהוא הורשע בה הייתה עבירת המרדה במסגרת המאבק נגד "ההתנתקות", הוא גרם לחסימות כבישים, הפגנות בלתי חוקתיות וכו'. השופטים שאמרו שיש קלון במעשה אמרו שדווקא אדם שמבקש להציג את מועמדותו לרשות המחוקקת חייב עצמו לכבד את החוק. שופטים אחרים אמרו שצריך לבדוק את נסיבות העניין, כי עובדה שהוא נדון לעבירות שירות ולא למאסר בבית כלא. זה לא הקלון שראוי לפסול מועמד בגללו, העבירה פלילית צריכה להיות עבירה חמורה – כי בעצם מדובר בשלילה של הזכות שלו להיבחר בכנסת. היו מאשרים את מועמדותו ולפסוק שאין קלון.   
שופט המיעוט – אדמונד לוי – ראשית אמר שכל עוד יש אפשרות שהבחירות לא ישתבשו, וניתן יהיה להסדיר את הדברים בזמן, אז לא צריך לפסול את מועמדותו. הזכות הדמוקרטית להתמודד לבחירות מאוד חשובה, ולכן אין למהר לפסול את המועמדות (לא צריך לפסול כ"פרנציפ" בגלל הזמנים). אמר שעדיין ניתן להחליט בנושא ולא לעכב את הבחירות לכנסת. אמר שצריך לשמור את הפסילה למקרים חריגים. [גישת בנדור]. אומר שהעבירה לא הייתה חמורה, ואין קלון.

חסינות חברי הכנסת – המשך לשיעור עם שרית רייך  
  
חסינות עניינית/מהותית – משמעותה היא שכאשר היא חלה לא ניתן להעמיד אדם לדין. היא מוחלטת ולא ניתן להסיר אותה. היא חלה גם אחרי שהאדם היה חבר כנסת. נושא אישור הכנסת לא רלוונטית בנוגע להסרה.  
חסינות דיונית – משמעותה היא שתנאי להעמדה לדין יש צורך לפחות אם חבר הכנסת מבקש זאת, באישור הכנסת. לא חסינות מוחלטת, הכנסת רשאית להסיר אותה מחבר הכנסת.  
  
בפס"ד בשארה הכנסת התיימרה להסיר את החסינות, אבל הוא טען שיש לו באותו מקרה חסינות מהותית. בית המשפט העליון ברוב דעות קיבל את טענתו של בשארה הוא זיכה אותו וביטל את כתב האישום.   
  
חסינות עניינית/מהותית קבועה בסעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, נקבע בה כי חבר הכנסת לא יישא באריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה, בכנסת או מחוצה לה, אם היו במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת.  
הגדרה רחבה – אי אפשר להעמיד לדין לא בנושאים פליליים, לא אזרחיים. חסין בפני כל פעולה משפטית, בעת מילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו. הגדרה על פניה מאוד רחבה. אבל צריך גם לפרש אותה ולקבוע את הגבולות – מצד אחד, החסינות חשובה כדי לתת לחברי הכנסת חופש פעולה וגם למנוע התנכלות של הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. מצד שני, החסינות היא דבר בעייתי, כי החסינות חלה על דבר לא חוקי. לא אומרים שמותר להם לעבור על החוק, אבל אסור להם לעשות שום דבר – בפרקטיקה זה נותן לחברי הכנסת את הכוח לבצע עוולות משפטיות. זה פוגע בשוויון בפני החוק – אי אפשר להעמיד אותם לדין. צריך למצוא את האיזון הנכון – גם להגשים את מטרת החוק וגם לא לפגוע בשוויון לפני החוק ללא הצדקה.   
  
  
חוק החסינות -   
  
**(א1) למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לענין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת:**

**(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;**

**(2) שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה;**

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

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

הסבר: סעיף 1 (א) שהכנסת הוסיפה לפני שנים אחדות שבו נקבע למען הסר ספק מעשה, לרבות התבטאות שאינם אקראיים שיש בהם אחד מאלה (שלילת הדמוקרטיה, שלילת היהדות, הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או מעשי טרור נגד מדינת ישראל), אין רואים אותם כמעשה שהוא לגיטימי למען מילוי תפקידו סעיף מבהיר, מציין קטגוריה מסוימת שלא רואים אותם כנכנסים בגדר החסינות המהותית. לא גורע מהמבחן הכללי בסעיף 1.   
בעניין באשרה היה מוסכם שהסעיף ההבהרה הזה לא חל משום שדבריו לא כללו באופן מפורש תמיכה דווקא במאבק המזוין של החיזבאללה.   
  
התקבל מבחן שהוצע ע"י השופט ברק, **מבחן ה"סיכון הטבעי"** – מבחן מעורפל למדי, אבל מטרתו היא ברורה. הרעיון הוא שמעשה שאומנם איננו חוקי אבל מהווה גלישה מפעילות שביסודה היא פעילות חוקית שקשורה לתפקיד הפוליטי של חבר הכנסת למעשה לא חוקי, נכנסת לגדר החסינות המהותית. [באותו מקרה שהמבחן הוצע – נתניהו כראש האופוזיציה נאם בפני הכנסת וטען טענות כדי לתמוך בעמדתו, וצעקו לו שהוא "שקרן". ואז הוא שלף מסמך סודי והוא ציטט אותו בפני הכנסת. ואז נאמר שהוא זכאי לחסינות עניינית למרות שזאת עבירה פלילית לחשוף מידע סודי. ברק אומר שנתניהו גלש באופן ספונטני למעשה לא חוקי, לא התכוון לכך]. בבשארה רוב השופטים סברו שהוא זכאי לחסינות העניינית: 1. האמירה הבלתי חוקית, הזדהות עם ארגון טרור, נאמרה כמשפט אחד בתוך נאום מאוד ארוך. 2. ההקשר היה הקשר של חופש הביטוי – גם לגבי אזרחים שאינם חברי כנסת נזהרים לגבי אכיפה של חופש הביטוי, ובוודאי שמדובר בחבר כנסת שמתבטא בנוגע לנושא מסוים. 3. האופי הרחב של העבירה המסוימת שבה מדובר – מנוסחת בצורה שיש עימה מידה רבה של ערפול. קשה לדעת האם זה נכנס לגדר עבירה או לא והאם אכן הייתה גלישה.   
חבר הכנסת לא זכאי לחסינות מהותית גורפת, אלא הסעיף הזה בא לתת מבחן אובייקטיבי שבודק האם אכן יש זיקה בין מילוי תפקידו של חבר הכנסת לבין מה שהוא עושה/אומר (האם מה שהוא עשה הוא לגיטימי).   
  
גם לאחר סיום תפקידו של חבר הכנסת אי אפשר להעמיד אותו לדין בנוגע לאותם העבירות כביכול.   
  
חוק חסינות חברי הכנסת -   
  
  
  
קיימת גם חסינות דיונית – שמוסדרת בעיקרה בחוק חסינות חברי הכנסת, סעיף 4.   
הרעיון הוא שגם במקרים בהם לא חלה חסינות מהותית (המעשה שמיוחס לחבר כנסת, לא נכנס לגדר מילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו ע"פ מבחן הסיכון הטבעי) עדיין יכולה להיות הצדקה לא להעמיד לדין חבר כנסת מכהן. במקור, בית המשפט העליון פירש את הסעיף בצורה מאוד מצמצמת – המטרה היחידה הלגיטימית לחסינות דיונית היא למנוע רדיפה של חברי הרשות המחוקקת ע"י הרשות המבצעת או הפלייתם לרעה.   
היו מקרים שבהם בית המשפט התערב בחסינות, ואמר כי אין לשלול להם את החסינות.   
החוק תוקן לפני שנים אחדות – מצד אחד צמצמו את החסינות הדיונית, מוגבל רק לבקשת חבר הכנסת.   
אבל באופן מהותי הרחיבו את העילות שבגללן הכנסת, רשאיות להחליט שלא ליטול מחבר כנסת את החסינות הדיונית.   
העילות שבגללן הכנסת רשאית לא ליטול מחבר הכנסת את החסינות הדיונית -   
1. החסינות מהותית – סעיף 4 (3) (א) - **העבירה שבה הוא מואשם נעברה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת וחלות הוראות סעיף 1.**  
2. העילה המסורתית, הייתה בעבר העילה היחידה – 4 (3) (ב) - **כתב האישום הוגש שלא בתום לב או תוך הפליה.**   
3. עילה חדשה – 4 (3) (ג) - **התקיימו כל אלה: הכנסת או מי שמוסמך בה לכך קיימו הליכים או נקטו אמצעים לפי הדינים והכללים הנהוגים בכנסת נגד חבר הכנסת בשל המעשה המהווה עבירה לפי כתב האישום, העבירה בוצעה במשכן הכנסת במסגרת פעילות הכנסת או ועדה מוועדותיה, ואי ניהול הליך פלילי, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.**  
הסבר: תנאים מצטברים - היה שיפוט פנימי נגד חבר הכנסת (ועדת האתיקה), העבירה בוצעה בתוך הכנסת ובזמן פעילות המליאה או הועדה בהתחשב בחומרת העבירה אם ניהול ההליך הפלילי לא יפגע באינטרס הציבורי פגיעה רצינית – יש שיקול דעת של הכנסת לא ליטול את החסינות.   
4. עילה חדשה – 4 (א) (ד) **ייגרם נזק של ממש בשל ניהול ההליך הפלילי, לתפקוד הכנסת או ועדה מוועדותיה או לייצוג ציבור הבוחרים, ואי ניהול הליך כאמור, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה, לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.**   
הסבר: ייגרם נזק של ממש בניהול ההליך הפלילי להתנהלות הכנסת ובוחריה – אם לדעת הכנסת תיגרם פגיעה ניכרת בפעילות שלה, ובייצוג של העם והאינטרס הציבורי לא ייפגע מאוד – הכנסת רשאית לא ליטול את החסינות.   
  
**כמה נקודות חשובות:**  
החסינות הדיונית עלה רק כשהאדם הוא חבר כנסת. אחרי שהוא פוסק להיות חבר כנסת אפשר להעמיד אותו לדין, כל עוד זה לא חסינות מהותית.   
החסינות הדיונית היא רק במשפטים פליליים (חסינות מהותית – חלה על כל פעולה, אזרחי + פלילי)  
החסינות הדיונית חלה על חברי כנסת מכהנים גם בקשר לעבירות שהם ביצעו לפני שהם היו חברי כנסת. הכוונה היא להגן על התפקוד של הכנסת.   
  
התיישנות – התקופה מוארכת כל עוד הבן אדם הוא חבר כנסת, ולא יותר מזה. יתאפשר להגיש נגדו כתב אישום כשהוא יסיים את תפקידו בכנסת (בלא קשר לתקופת ההתיישנות בחוק, כי זה מתחיל להיספר מרגע תקופת סיום תפקידו בכנסת).   
  
סדרי העבודה של הכנסת והביקורת השיפוטית עליהם  
  
כבר הזכרנו את העובדה שלא רק סדרי עבודה טכניים אלא גם הסדרים מאוד עקרוניים שנוגעים להליכי הכנסת ובראשם הליכי חקיקת חוקים, לא מוסדרים ברמה של חוק יסוד, ואפילו לא חוק רגיל, אלא **בתקנון**  
(אין חוק יסוד: חקיקה).   
אנחנו במצב משונה – הסדרים חוקתיים מאוד בסיסיים קבועים בתקנון! אפשר לשנות ולתקן אותו בקלות.  
  
אחת השאלות שבישראל עולות לעיתים די קרובות בפני בית המשפט היא עד כמה באמת תקנון הכנסת אכיף בבית המשפט. בעצם, עד כמה עניינים הנוגעים לסדרי העבודה של הכנסת ניתנים לאכיפה.   
בישראל, המצב עד ראשית שנות ה-80 היה דומה למצב בבריטניה – בית המשפט דחה על הסף עתירות ואמר שזה נושא שקשור לעבודה של הכנסת ובית המשפט לא צריך לדון בזה (הפרדת רשויות!)  
גישה בעייתית – הכללים שקבועים בתקנון הכנסת ופה ושם בחוקים רגילים, הם כללים משפטיים וזה לא נוהל כלשהו. הוא עוסק בעניינים חשובים ועקרוניים, אם בית המשפט לא אוכף אותו אז מי יאכוף אותו? האם הגיוני שהכנסת תפר את החוק ואף אחד לא ייתן על זה את הדעת?   
חל שינוי בתחילת שנות ה-80, **פס"ד שריד (לבנת)**, אומרים שזה לא הגיוני שבית המשפט לא יעסוק בנושאים האלו. אם הוא לא דן בזה זה אומר שהכנסת בעצם יכולה להפר את התקנון.  
החליטו לקבוע מבחן מאזן - בית המשפט כן ידון בהפרה של תקנון הכנסת אבל רק בנושא עקרוניים, מהותיים וחוקתיים בנוגע להפרה של התקנון, ולא עניינים של מה בכך. כל מקרה לגופו. בית המשפט אמר כי יש סוגים שונים של עניינים שתמיד מעוררים בעיות עקרוניות – למשל הסרת חסינות. בית המשפט כן ידון בזה. אם יגישו עתירה שנוגעת להצעת חוק – בית המשפט ידחה את הדיון כי החוק עוד לא התקבל בכלל.   
עדיין התפיסה הזאת לא מניחה את הדעת – נכון שתמיד יש לבית המשפט שיקול דעת לדחות את העתירות שמוגשות, אבל מה שבעייתי זה שהיא רחבה ונותנת יחס מיוחד לכנסת על סמך מבחנים שאם מיישמים אותם בנסיבות העניין אז לא תמיד התוצאה היא טובה. למשל, **בפס"ד שריד (לבנת)** שקבעו את העיקרון הזה, בית המשפט אמר שבמקרה הזה לא יתערבו בדחיית הישיבה. אבל למה דחו את הישיבה? כי רצו לחכות לחברי הקואליציה שיחזרו מחו"ל כדי שיוכלו להגיע לישיבה ולשנות את ההחלטה בעצם. לפעמים בהחלטות טכניות, ייתכן והתוצאות מהחלטות אלו יהיו מאוד מהותיות (השאלה היא מה עומד מאחורי ההחלטות האלו – תכלית חוקתית או לא).   
דוגמא למקרה שבית המשפט כן דן לגופו של עניין כי הוא ראה בו עניין עקרוני – **פס"ד כהנא נ יושב ראש הכנסת** (הראשון יותר בסילבוס), הפס"ד הראשון בפרשת כהנא דן בחבר הכנסת דאז מאיר כהנא הציע הצעות חוק שמאוד מאוד דומות לחוקי נירנברג (ספר החוקים הנאצי) והיו מכוונות כלפי ערביי המדינה. חבר הכנסת ויו"ר הכנסת שלמה הלל פסל את הצעות החוק האלו. היה כבר אז בתקנון הכנסת כי הצעת חוק פרטית תובא לאישור נשיאות הכנסת.   
בית המשפט ראה בזה נושא מהותי ועקרוני – פסילת הצעת חוק בגלל התוכן שלה. בית המשפט קיבל את העתירה. למה קיימת הסמכות בנוגע להצעות חוק פרטיות שנידרש אישור של יו"ר הכנסת? מדובר רק בסמכות טכנית, כי למשל הצעות חוק פרטיות לא נראות כמו חוק ואין לו צורה של חוק. אבל יו"ר הכנסת לא רשאי לצנזר ולפסול את החוקים.   
  
  
**28.12.11**  
  
**פרשת כהנא** – שם כזכור הגיש חבר הכנסת דאז מאיר כהנא סדרה של הצעות חוק ונשיאות הכנסת בהנהגתו של יו"ר הכנסת, לא אישרה את הדיון בהם. הנשיאות התיימרה לעשות זאת מכוח סעיף כללי בתקנון הכנסת שעל פיו הצעת חוק פרטית (מוגשת ע"י חבר כנסת אחד או קבוצה של חברי כנסת) טעונה אישור של יו"ר הכנסת וסגניו. והם לאור התוכן הגזעני של אותן הצעות לא היו מוכנים לאשר אותם ובעקבות זאת הוגשה העתירה. העתירה שנוגעת לסדרי העבודה של הכנסת, אנחנו ראינו שבית המשפט איננו דן לגוף העניין באופן אוטומטי אלא דן רק באותן העתירות שמעוררות שאלה חוקתית מיוחדת. השלב הראשון - את השלב הזה העתירה עברה משום שבית המשפט קבע שהזכות להגיש הצעות חוק ע"י חברי הכנסת יש לה משמעות חוקתית – הגבלה של הזכות הזאת מטעמים שנוגעים לתוכן הפוליטי שלהן, היא עניין שנוגע לעקרונות יסוד חוקתיים ולכן יש לדון בעתירה. השלב השני – דנים לגופו של עניין בטענות.   
השלב השלישי החלטה בנוגע לטענות שהוצגו ע"י שני הצדדים, טענות חבר הכנסת כהנא התקבלו בסוף. בית המשפט היה צריך לפרש את הסעיף בתקנון הכנסת (לפי מה שהוא היה באותה העת) והוא אומר שהסעיף הזה לא נועד כדי שיו"ר הכנסת יסנן את הצעות החוק מבחינה פוליטית אלא מדובר במשהו טכני – אמור לוודא שהחוק נראה כמו חוק (עניינים של צורה יותר והנושאים שיכולים באמת להוות הצעת חוק).   
בעקבות פס"ד הזה יו"ר הכנסת וסגניו לא היו מוכנים שהצעות החוק האלו יעלו לדיון בפני הכנסת והם יזמו תיקון של תקנון הכנסת על מנת שיאפשר במקרים הראויים לכך גם סינון של הצעות חוק שתוכנן הפוליטי הוא תוכן פסול. ע"ר זה הכנסת הוסיפה סעיף לתקנון הכנסת, סעיף 134 (ג) ובו נקבע כי יו"ר הכנסת וסגניו לא יאשרו הצעת חוק שהיא לדעתם גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי.   
נשיאות ע"ר זה השיבה ופסלה את אותן הצעות חוק, מכוח סמכות מפורשת שניתנה לה בתקנון הכנסת.   
ואז שב כהנא ועתר לבית המשפט העליון שעדיין הפסילה היא לא חוקתית ולא הייתה כדין. טענתו העיקרית הייתה כוונה כנגד אותו סעיף 134 (ג) לתקנון הכנסת.   
השאלה הבסיסית – האם הכנסת הייתה מוסמכת בתקנון הכנסת לקבוע הוראה מסוג זה? (מכוח מה זה התקבל? האם ניתן לטעון שהרשות שקיבלה את הסעיף הייתה מוסמכת לקבוע את זה?)  
מהי הוראת ההסמכה שמכוחה קיים תקנון הכנסת? סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת. מה אמור להיות אז בתוך התקנון? באיזה נושא היא מוסמכת להתקין תקנון? סדרי עבודתה! מכאן, שצריך לבדוק האם תקנה 134 (ג) האם היא בגדר הסדרה של סדרי עבודה של הכנסת. מה חשב בית המשפט העליון? שזה קשור לסדרי העבודה. זה לא מובן מאליו שקביעה שהצעת חוק תיפסל אם היא גזענית/שוללת את מדינת ישראל כמדינת העם היהודי היא חלק מסדרי העבודה (הרי בדרך כלל מדובר בפרוצדורה ולא דברים מהותיים). בית המשפט קבע שזה סדרי עבודה בגלל שמראש חבר כנסת בודד כל זכותו להגיש הצעת חוק היא בתקנון הכנסת, זאת לא זכות שמעוגנת במקום אחר. זה לא מובן מאליו, יש הרבה פרלמנטים שאין הצעות חוק פרטיות. ואז בא בית המשפט העליון אומר שהתקנון בעצם הוא זה שיצר את הזכות הזאת, אז ממילא זה מובן מאליו שתקנון הכנסת יכולה לקבוע לזה גבולות (מי שנתן יכול גם לקחת). היו שופטים שסברו שלא נכון שבית המשפט יסייע כדי לחייב את הכנסת לאשר הצעות חוק גזעניות - לא חלק מהרציו של פסק הדין.   
**בנדור** – לא חושב שפס"ד הזה פשוט והנימוק לא נראה משכנע כ"כ. **יש חיכוך בין פס"ד הראשון לפס"ד השני.** פס"ד הראשון – בית המשפט אמר שזה נושא שמעורר בעיה חוקתית – יש זכות גדולה לחבר כנסת להציע הצעת חוק. פס"ד השני – אומר שזה סה"כ פרוצדורה – עושים להם "טובה" שנותנים להם להגיש הצעות חוק, העניין לא כזה חוקתי ומהותי. אבל, יותר מהותי – עיקר הביקורת נגד פס"ד השני:  
כאן זה דבר לא פשוט ולא מובן מאליו לומר שאם הזכות להגיש הצעת חוק פרטית מוסדרת בתקנון נובע מכך שניתן להגביל את הזכות לגבי התוכן ולא לגבי סדרי עבודה (אבל ניתן במסווה של סדרי עבודה להכניס הגבלות לגבי תכנים?), התקנון לא אמור להסדיר תכנים של הצעות חוק! באותה תקופה שפס"ד הוגש לא הגזענות ולא שלילה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי הייתה בעלת איסור בנוגע לנושאים אלו. בעצם לא הייתה מניעה חוקתית מהכנסת לחוקק חוק בעל תכנים כאלה.   
מה יקרה אם יו"ר הכנסת וסגניו לא יפסלו חוק אם הוא גזעני/שולל את מדינת ישראל כמדינה העם היהודי והצעה זו תתקבל? גם אם יגישו עתירה לבג"צ הוא יגיד שקודם צריך לחוקק את החוק ואח"כ יחזרו אליו. בבג"צ שיוגש אחרי קבלת החוק, האם זה הגיוני שבגלל התקנון הנמוך בדרגתו בפירמידה יפסלו חוק שדרגתו ברמה גבוהה יותר בפירמידה? זה רק ממחיש את הבעייתיות שיש בהסדרת העניין הזה במסגרת תקנון הכנסת. אם הכנסת מחליטה שהיא לא רוצה לדון בנושאים אלו בהצעות חוק זה עניין ברמה של חוק יסוד ולא של תקנון! דעתו של בית המשפט העליון הייתה שונה (חשב שזה בסדר שזה קבוע בתקנון).   
השאלה הבאה שמתעוררת – **פס"ד ארגון מגדלי העופות** – נוגעת לפגם בתהליכי החקיקה. נדון חוק ההסדרים– מתקבל מידי שנה ביחד עם הצעת חוק התקציב השנתי. הבעיה עם החוק הייתה שהוא כולל עשרות רבות של חוקים ותיקונים לחוקים. בגלל שזה זריז ואי אפשר לדעת את כל מה שקורה בחוק הזה היו מכניסים לשם כל דבר שהממשלה חשבה שהיא תתקשה להעביר אותו בהליך חקיקה רגיל. בשנים האחרונות ובעקבות פס"ד יש צמצום בחוק ההסדרים – רק דברים שיש להם משמעות תקציבית מובהקת.   
בקיצור, הבעייתיות היא שאי אפשר לדון בכמות כ"כ אדירה של חומר שניתן לחברי הכנסת שבועות או שעות מראש. אלו הליכי חקיקה פסולים. לבית המשפט הייתה ביקורת על הנושא. אבל הוא לא התערב כי אין פגם שפוגע בשורש הליכי החקיקה (בית המשפט לא ממהר להתערב בנושאים של חקיקה של הכנסת) – מההסבר שניתן שם ניתן להבין שהפגם כזה הוא: מצב שלא העבירו לחברי הכנסת את הצעת חוק, רשמו משהו אחד ודנו במצב אחר וכו' ואז בעצם הכנסת לא באמת חוקקה את החוק. אבל אם יש הפרה של תקנון הכנסת אבל ההפרה של התקנון לא הביאה למצב שבו אי אפשר לומר שהכנסת בעצם לא חוקקה את החוק (למשל אם ידלגו על קריאה אחת) זה לא יורד לפגם בשורש החקיקה. הגישה הזאת של בית המשפט העליון היא נכונה ביסודה משום שאחרת שוב היינו נתקלים במצב שבו פוסלים חוק בגלל תקנון (חוק גבוה מתקנון).   
  
הממשלה  
  
הממשלה מוגדרת בסעיף 1 של חוק יסוד: הממשלה כרשות המבצעת של המדינה. בהמשך חוק היסוד בסעיף 5 (א) נקבע כי הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים. מכך, משתמע שהממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. אבל המציאות איננה כזאת, נכון שהחלטות ביצועיות בעלות משמעות רחבה ועקרונית אכן מתקבלות ע"י מליאת הממשלה (כ-30 שרים) ביחד, אבל רוב הפעילות הביצועית של המדינה לא נעשית כמובן ע"י אותו גוף שמתכנס אחת לשבוע ודן במס' קטן של עניינים ומקבל בהם החלטות עקרוניות. מבחינה מעשית הרשות המבצעת של המדינה היא יותר רחבה – כוללת את כל משרדי הממשלה, כולל גופים אחרים שהם אינם חלק ממשרדי הממשלה (תאגידים – רשות השידור....), רשויות מקומיות. השאלה היא האם הרשות המבצעת של המדינה היא רק הממשלה במובן המצומצם וכל המנגנון הרחב הוא לא חלק מהרשות המבצעת? מאחר שהתוצאה שעל פי הממשלה במובן המצומצם בלבד היא הרשות המבצעת, זה לא תוצאה הגיונית (20 אנשים לא יכולים למלא את כל התפקידים הביצועיים). בתוך חוק יסוד: הממשלה צריכים להבחין בין המשמעויות השונות של הממשלה, יש גם הקשרים בהם החוק מתייחס למשרדים הממשלתיים בכללותם. אינדיקציה מסוימת ניתן למצוא בכך שגם חוק היסוד לא עוסק במובן המצומצם – למשל בסעיף 33 (ב) השר רשאי לאצול סמכויות שתחתיו לעובדי ציבור.   
הפעילות של הרשות המבצעת נדונה בענף משפטי שלם שמסדיר את הנושא – משפט מנהלי.   
מס' קטן של סוגיות עקרוניות שמעוררות שאלות חוקתיות מיוחדות במינן:  
1. האם הקביעה כי הממשלה היא הרשות המבצעת יש בה משום הגבלה של סמכות החקיקה של הכנסת במסגרת חוקים רגילים – הועלתה בפס"ד שעסק בהקמת בית סוהר שיוקם ע" זכיין פרטי (המרכז האקדמי). נשאר בצריך עיון. השאלה עדיין פתוחה! כעיקרון, לדעת בנדור התייחסות רצינית לחוקי היסוד מחייבת לא להתייחס להוראותיהם כהצהרות אלא היא מחייבת לפרש את הסעיף ובמקרים שיש לכך הצדקה ברורה גם למנוע מהכנסת ליטול לעצמה תפקידי ביצוע מובהקים וכל שכן להעביר תפקידי ביצוע לגורמים פרטיים.   
2. שיקול הדעת של ראש הממשלה בהעברת שרים מתפקידם – ראש הממשלה כראש הממשלה סמכויותיו המשפטיות הן מועטות. הוא השר עם הכי פחות סמכויות משפטיות פורמאליות בממשלה. כוחו נובע בדר"כ מהבנה או הסכמה פוליטית כי דעתו מתקבלת. אבל יש בידיו כלים במאפשרים לו למלא את תפקידו כראש הרשות המבצעת – כלי מרכזי: סמכותו להעביר שרים מתפקידם, קבוע בחוק יסוד: הממשלה, סעיף 22 (ב) – רשאי להעביר מהתפקיד אחרי הודעה לממשלה בנושא והכהונה של השר מסתיימת אחרי 48. הרקע לחקיקת הסעיף היה הרצון לחזק את כוחו שלראש הממשלה כאוכף על השרים ציות להחלטות הממשלה וחתירה נגדו, הצבעה נגד דעת הרוב וכו' (לאפשר לראש הממשלה לשלוט ולא לתת לשרים לחתור תחתיו).   
הסמכות שניתנת לראש הממשלה היא חד צדדית (הסמכות לא טעונה אישור), זוהי לא חובה אלא זה תלוי בשיקול דעתו של ראש הממשלה (צריך להיות משהו קיצוני). כלל משפטי רחב בנושא החוקתי והמנהלי הוא שגם שמדובר בסמכות שהיא בשיקול הדעת של בעל הסמכות, הבחירה איננה מוחלטת, שיקול הדעת איננו מוחלט. הוא מוגבל בהגבלות שונות. האם יש מצב שבו ראש הממשלה חייב להעביר שר מתפקידו? כן! האם יש מצב שאסור לו להעביר את השר? כן, אם הוא מקבל מכך טובת הנאה. למשל אם מישהו שילם לו על כך. יש מקרים לכאן ולכאן, מכירים בשיקול הדעת של ראש הממשלה בנושא. מהן אותן ההגבלות?   
1. עולה **מפס"ד התנועה למען איכות השלטון (מכונה פס"ד דרעי)** שם בית המשפט קבע מתי ראש הממשלה חייב להשתמש בסמכות שלו להעביר את השר תפקיד – בפס"ד היה מדובר בשלב שבו היועץ המשפטי בממשלה התכוון להגיש כתב אישום ע"י היועמ"ש נגד דרעי בעבירה חמורה. תשובת בית המשפט אמרה שראש הממשלה חייב להעביר את השר מתפקידו! למה? היה הסכם בין השר לראש הממשלה שרק אם השר יורשע אז ראש הממשלה יעביר אותו מתפקידו – ובגלל שיש חוק בנושא, ההסכם לא תקף!! ולמרות שיש לראש הממשלה שיקול דעת בנושא והוא יכול לא לפטר אותו בית המשפט אמר שאחד השיקולים שראש הממשלה נדרש לשקול שהוא מפעיל את שיקול דעתו בעניין העברה של שר מתפקידו הם טוהר השלטון ואמון הציבור בשלטון. אם האישומים לא היו חמורים אז יש שיקול דעת. אבל אם הם חמורים ויש כתב אישום, זאת חובתו של ראש הממשלה להעביר את השר מתפקידו – אמון הציבור גובר על שאר השיקולים של ראש הממשלה. פס"ד הזה למרות שהוא לא מבוסס על סעיף כלשהו בחוק היסוד (וגם לא בוסס מאז), אבל הוא הפך לנורמה. כשמעמידים שרים לדין בעבירות חמורות אז הם יודעים שהם לא יכולים להישאר בממשלה והם מתפטרים בעצמם. בנדור – פס"ד לא נכון! בכל הנוגע למעשים פליליים של שרים בממשלה, יש משהו שמכונה "הסדר שלילי" – מכלל שאין הסדר לומדים על הסדר. מכך שמסדירים עניין מסוים לומדים על הסדר הפוך שלא מוזכר בחוק. איפה יש כאן "הסדר שלילי"? הכנסת לא הייתה עיוורת לאפשרות ששרים יסתבכו בפליליים, מה היא החליטה בנושא? היא החליטה ששר מועבר מתפקיד אם הוא הורשע ובעבירה יש קלון. מכאן, שאם היא לא רשמה שום דבר לגבי העמדה לדין ניתן לומר שכאן יש הסדר שלילי, זה לא שהכנסת התעלמה מהנושא! [ובעצם, בפס"ד קבעו לפטר את השר עוד בטרם הוא הורשע]. בקשר להעמדה לדין לא כתוב שום דבר אבל אם הכנסת לא רשמה את זה כנראה שהיא חשבה שזה לא השלב שצריך לפטר את השר.   
  
השלמתי מאור - בין הלכת דרעי ובין ההסדר המפורש להרשעת שר- היה הבדל מהותי בפס"ד חיים רמון-שהורשע במעשה מגונה בכפייה. הוא בחר להתפטר בעצמו, ונוהל נגדו משפט פלילי- בו כל טענותיו נדחו כעדות שקר- והוא הורשע בדיוק במה שהמדינה ייחסה לו. ולאחר מכן היה דין נפרד בנושא הקלון- בהמ"ש חשב שלא נכון להטיל קלון. הוא קיבל אמנם עבודות שירות ומיד בתום ריצוי עבודות השירות הוא חזר לממשלה- כמשנה לראש הממשלה. הוגש העתירה על כך- והיא נדחתה! למה זה מוזר? כי עוד בטרם הוגשה עתירה היה ברור שהוא צריך להתפטר! אך כאמור, אותן העובדות (שהוא הורשע כבר) הן שהכשירו את חזרתו לתפקיד בכיר בממשלה.  
  
מאחר שאין הוראה בחוק שבאמת מחייבת העברה מתפקיד רק משום שהוא מואשם משהו ועדיין לא הורשע, זאת פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה לא עומד בפסקת ההגבלה – זה לא נקבע בחוק!   
יכול להיות שזה באמת לא ראוי ולא נכון שאותו אדם יישב בממשלה, אבל זה עדיין לא עומד בפסקת ההגבלה מבחינת המשפט החוקתי.

**4.1.12 -** **לא הייתי, סיכום מאור (מרצה מחליף)**

**מערכת בתי המשפט והמבנה שלה, מינוי שופטים ושפיטות (חוק יסוד:שפיטה)**

סעיף 1 א'- מבנה מערכת השפיטה הישראלית.  
מערכת המשפט בישראל דומה במבנה שלה למערכת השפיטה האנגלו אמריקנית- מערכת אחת- עליון,מחוזי, שלום- שדנה בכל סוגי התיקים.   
מאידך,ישנם גם בתי משפט/דין העוסקים בנושא ספציפי הפועלים במקביל למערכת הבסיסית- רבני,תעבורה, עבודה וכו'.

**סמכות מערכת בתי המשפט:**

סמכויות בהמ"ש העליון מוסדרת בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.

בהמ"ש העליון פועל במספר כובעים:   
1.ערכאת הערעור הגבוהה ביותר על בהמ"ש המחוזי (סעיף 15 ב'),  
2.ובכובע אחר הוא משמש כבג"ץ- סמכות ייחודית- זוהי הערכאה הראשונה והאחרונה כביכול בנושאים מסוימים.

15 (ג) (ד) - מסדיר את סמכותו של בג"ץ.  
  
**"(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.   
(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –  
(1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;  
(2) לתת צווים לרשויות המדינה,לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול;   
(3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין - למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים - לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;  
(4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהייתה לו; ואם לא הייתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות. "**

ניתן לראות ע"פ הניסוח של סעיף 2 לסעיף 15 - שחוק היסוד מותיר הרבה מקום לשיקול דעתם של השופטים- הסמכות היא פתוחה- ואם בג"ץ מחליט שהוא רוצה לדון בנושא מסוים למען הצדק- זכותו לעשות כן.

סעיף ד'-החלק המשמעותי ביותר, בג"ץ מוסמך לתת צווים לכל גוף ציבורי באשר הוא. על אף שכביכול היה ניתן להכניס זאת בסעיף קטן ג' ד' 15 מתוקף הסמכות הרחבה- זה פותח את הפתח הרחב עוד יותר לבג"ץ לפעול בהתאם לשיקול דעתו.

הגבלות על סמכות בג"ץ: סעיף ג' למרות שהוא לכאורה פתוח מאוד, בסיפא, יש מגבלות אם כי הן מאוד קטנות.

עקרון חשוב, מופיע בסעיף 2 לחוק:

**אי תלות**

**"2. בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין. "**

העיקרון שניתן לראות בו הוא עיקרון של עצמאות השפיטה והפרדת הרשויות, ובעצם אי התלות השיפוטית. כאמור הרציונל שמאחורי סעיף זה, בא להבהיר את שיש למנוע השפעה של רשויות פוליטיות-מבצעת ברובה וגם המחוקקת על החלטות השופטים. הדוגמאות הקלאסיות הן נאציזם וקומוניזם, בהן המרות הייתה של המפלגה ולא החוק הכתוב. הכתיבה הזו רוצה להוציא את העניין הנ"ל, של שליטה שלא בידי הדין מגדר הספק...   
רציונל נוסף הוא השוויון בפני החוק. לכל אזרח הזכות להישפט בצורה שווה ללא קשר למי הם או מהם- וכן משוא פנים- משפט צדק ללא הטיה מצד השופטים או כל גוף אחר. השופט כאדם טהור מצפון.

**רעיון האי תלות: 3 היבטים לאי תלות:**1.אי תלות מהותית: כפי שאנו רואים בסעיף זה- שהשופט יהיה מושפע אך ורק מצו מצפונו ולא משיקולים פוליטיים או אחרים.  
2.אי תלות אישית: כל שופט הוא עצמאי ובעל אי תלות מבחינת תנאיו. יש לו הגנה על תנאי הכהונה, משכורתו, אפשרויות קידומו וכו'- הרציונל הוא הגנה על אי התלות המהותית. (ששופט לא יחשוש לקבל את החלטותיו באשר הן מכורח פחד לפיטורין, להעברה וכו'). 3.אי תלות קיבוצית- הכוללת את כלל מערכת השפיטה: יש להגן על המערכת השיפוטית כולה ולא רק על השופטים באופן פרטני מאותו הרציונל ההגנתי המהותי- מפני התערבות חיצונית שעשויה להשפיע על ההחלטות. בא לידי ביטוי בניהול בהמ"ש, מינוי שופטים, תקציבים. שהרי אם השופטת מפחדת מהמבצעת באופן כללי-שהרי כלל ההחלטות שיוצאות ממנה לא יהיו טהורות ונקיות.

חידוד:רעיון האי התלות המהותית הוא מה שרואים בס' 2- לא חייב דין וחשבון לאף אחד. לכן יש שיגידו שבתי דין צבאיים למשל- נוגדים עקרון זה. שהרי הקצינים ששופטים שם מחויבים.האי תלות האישית נוגעת בעיקר לתנאי הכהונה של השופט. האי תלות האישית היא נדרשת לצורך הגנת אי התלות המהותית.

שלושת ההיבטים יחדיו מגנים על אי התלות באופן כללי. ויחד עם זאת, ישנה התנגשות רעיונית מעצם קיומו של עקרון זה:

הרעיון שמתנגש: עקרון האחריות השיפוטית מתנגש עם עקרון אי התלות.   
הציבור במשטר דמוקרטי הוא זה שמעצב את הדמויות המשפיעות שבשלטון, אך למעשה בבהמ"ש לציבור אין חלק בבחירת השופטים או השפעה עליו. איך זה מתאזן? יש מנגנוני בקרה- למשל, התערבות של שר המשפטים, קבילות הציבור וכו'.

**ס' 7: תקופות הכהונה**

**" 7. כהונת שופט תתחיל מעת שהצהיר הצהרת אמונים ולא תסתיים אלא באחת מאלה:**

**(1) בצאתו לקיצבה;**

**(2) בהתפטרותו;**

**(3) בהיבחרו או במינויו לאחד התפקידים שנושאיהם מנועים מלהיות מועמדים לכנסת;**

**(תיקון מס' 2)תשס"ב-2002**

**(4) על פי החלטה של הועדה לבחירת שופטים שהציע יושב ראש הועדה, נציב תלונות הציבור על שופטים או נשיא בית המשפט העליון ושנתקבלה ברוב של שבעה חברים לפחות;**

**(5) עלפי החלטה של בית הדין המשמעתי. (חשוב להכיר: יש בית דין כזה בתוך מערכת המשפט) "**

ס' 7 מגן על אי התלות האישית.

איך ניתן לסיים כהונת שופט בטרם עת? רק ע"י הועדה לבחירת שופטים/בי"ד משמעתי- עוד היבט בו המערכת מנסה להבטיח לעצמה אי תלות. מי שיוזם הליך זה: נציב תלונות השופטים. לא יקרה מצב כי למשל נשיא בהמ"ש תחליט לפטר.

סיכום: ברמת המתח בין אי תלות אישית לרעיון האחריות יש כמה היבטים מאזנים לביקורת פעולת השופטים:

1. לנשיאת בהמ"ש יש סמכות קטנה מאוד כראש ההיררכיה לנזיפה- או לוועדה.

2. נציב הציבור לתלונות השופטים.

3. בי"ד משמעתי.

זה נובע מעקרון האיזונים והבלמים- לא לנטרל לגמרי את סמכות הממשלה ומנגד ליצור מצב בו יש עצמאות לבהמ"ש (אי תלות).

הערות מרצה:דוגמאות נוספות לאי תלות אישית:

1. **סעיף 9: סייג לשינוי כהונה:**

**"9. (א) לא יועבר שופט דרך קבע ממקום כהונתו לבית משפט במקום אחר אלא בהסכמת נשיא בית המשפט העליון או על פי החלטת בית הדין המשמעתי.**

**(ב) לא יתמנה שופט לכהונה בפועל בבית משפט של דרגה נמוכה יותר אלא בהסכמתו. "**

פה יש חשש שהרשות המבצעת תשתמש בסעיף זה למטרות שלמעשה מתערבות לרעה בפעילות שופטים-הסעיף נותן הגנה מסוימת על כך.

2.**גם בסעיף 10 יש הגנה על השכר, וסעיף 12 (שיפוט פלילי) מהווה איזון נוסף גם כן.**

3.**חוק יסוד השפיטה לא משוריין- בעיה! הכנסת יכולה לשנות את הכללים בלי בעיה...**

**מינוי שופטים - ס' 4לחוק היסוד:**

**" 4. (א) שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים.   
  
(ב) הועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הועדה. (= הרכב הועדה ומי בוחר את מי).   
  
(ג) הועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה. "**

חשוב: יו"ר הועדה- הוא שר המשפטים. מהותי בעת קבלת ההחלטות, לטוב ולרע...

הרעיון בהרכב הועדה הוא ליצור למעשה תמהיל של אנשים: חבריה מגיעים מכל קצוות הקשתות הרלוונטיות הקשורות למערכת המשפט באופן ישיר= פוליטי, מקצועי, אידיאולוגי. ע"פ ההרכב, נראה כי ניתן דגש רב לנושא המקצועיות (4-5 חברי ועדה).  
בעבר היו ויכוחים באשר למי נכון שיהיה נשיא הועדה- האם נכון שיהיה זה נשיא בהמ"ש העליון או שמא שר המשפטים. יש על כך טיעונים שונים, כיום יש יוזמות נוספות לשינוי פרטים עקרוניים שלכאורה הם חסרי חשיבות אך הן למעשה משמעותיות עד מאוד, והן:

1.הצעת חוק שעוסקת באופן בו לשכת עורכי הדין תבחר את נציגיה לוועדה.

2. חוק גרוניס: ע"פ שיטת הסניוריטי- השופט הוותיק ביותר ביום פרישת הנשיאה יבחר לנשיאות רק אם נותרו לו מעל שלוש שנים לכהונה. (מנוגד למודל האמריקאי). ע"פ השקפת מציעי החוק, גרוניס נכון להם יותר ברמה הפוליטית ועל כן הם מאוד מעוניינים בשינוי השיטה.

-המודל האמריקאי: הטיעון המרכזי שמשתמשים בו מתנגדי השיטה הוא מודל זה.

**ביקורת שיפוטית על החלטות הועדה למינוי שופטים:**

**פס"ד אומץ**- העובדות: הרב הראשי מצגר- הייתה טענה כלפיו שהוא נהג לא כדין ברמה המוסרית מבחינת סידורי לינה לו ולמשפחתו- שכר חדרים במלונות יוקרה, כפל תשלום, מחירים מיוחדים, התשלומים על משפחתו וכו'. היועמ"ש הגיע למסקנה שאין ראיות להעמדה לדין. יחד עם זאת היה פסול רציני מבחינה מוסרית, והוחלט לתת לבית הדין המשמעתי לדון בכך. לאחר שמיעת טענות הרב, הועדה החליטה שאין מקום להדחה ושהוא יכול להמשיך לכהן. ההחלטה הזו חשובה לנו בקונטקסט זה- מבחינת היקף פעולתה של הועדה.   
הדבר המרכזי שיש לקחת מפס"ד זה, זה פסיקת בהמ"ש שהועדה היא אורגן מיוחד: מחד,החלטותיה חשובות מאוד ובעלות משמעות חשובה. ומאידך, היקף שיקול הדעת שלה הוא רב מאוד והיקף ההתערבות יהיה מצומצם- לצורך התערבות צריך מקרה מאוד קיצוני ושערורייתי.  
קשה למצוא פס"ד אחר בו השופטים מביעים את שביעות רצונם - הם אומרים שאם זה היה תלוי בהם, הוא לא היה ראוי להמשיך לכהן כדיין. אבל עקב גישת שיקול הדעת הרחב- לא מתערבים בה.

מבחינת הביקורת השיפוטית, יש 3 נדבכי בדיקה:

1.תקינות ההליך- שלא היה ניגוד עניינים, בוצע שימוע וכו'-אם הפגמים יהיו בהליך, בהמ"ש יהיו מוכנים להתערב- במקרה זה לא הייתה שום בעיה. דוגמת המרצה להליך לא תקין: שלא מובאים כלל החומרים לבדיקה, שלא שומעים את דעות הצדדים וכו'.

2.גיבוש תמונה עובדתית של הועדה- השוואה מטעם השופט לוי: איך היו מבררים בבהמ"ש/בית דין לעומת בפני הועדה. לא צריך להחיל על הועדה את אותם הסטנדרטים המצופים מבהמ"ש/בית דין- הם לא צריכים לבצע את אותה העבודה שלבירור עובדות, הכרעה מבחינת ראיות וכו'- אין לה את הכשירות.  
הרעיון הוא רק קביעת כללים מוסריים משקף מגוון רחב של נציגים מכלל הקשת הקשורה לנושא-דתיים, פוליטיים וכו'.

3. התוצאה האופרטיבית- ההחלטה למעשה. נדיר שבהמ"ש יתערב בה. מוכנס העניין הערכי- חשוב שנציג ציבור לא יפעל לטובת טובות הנאה, חשוב שדיינים ושופטים יהיו נקיים- ואולם אם הועדה שקלה את הכל וכך החליטה- זוהי זכותה.  
התפיסה שמדובר באורגן המיוחד: מכך נובע שקשה מאוד לעלות על הדעת מקרים שבהמ"ש יתערב בהחלטות ועדה!  
  
מדוע לא מתערב בהמ"ש? שהרי לפי מה שעולה בפס"ד הרי שבהמ"ש לא הסכים עם ההחלטה. הסיבה לכך יכול להיות הרכבו של הגוף הזה- מאחר ויש בו שילוב של הרשויות הפוליטיות עם השופטת- מה שמשלב את כללה שיקולים שיכולים להיות לכל החלטה על מערכות שונות, וכמו כן- הרעיון של התערבות פנימית בתוך המערכת- לא רצויה למערכת המשפטית, ועל כן הם מחליטים על דרך הפעולה שאינה מתערבת. הנימוק הרשמי שהם נותנים כאמור, הוא עניין האורגן המיוחד.   
  
היבט נוסף בפס"ד- אינו חידוש אך זוהי אסמכתא משפטית: הטענה בדבר פרסום הפרוטוקולים של הדיונים: בפס"ד זה ביקשה העמותה לפרסומם המלא של הפרוטוקולים. בהמ"ש פסק כי צריך לפרסם את ההחלטה ואת הנמקותיה, ויחד עם זאת, בהמ"ש אישרר את העובדה, שלמרות עקרון השקיפות, יש גופים שדיסקרטיות וסודיות נדרשת בפעולתם על מנת להבטיח פעילות תקינה. הרציונל היה כביכול צנעת הפרט של המועמדים: נחשפות דעות אישיות על אנשים,שלא יוצאו דברים מהקשרם וכו', כמו כן רוצים שאנשים יהיו כנים ושלא יפחדו מן החשש לפרסומם של הדברים. =פחות חשוב לציבור לקבל את הפרוטוקול המדויק והנמקה מפורטת תספיק.   
גופים הפועלים במתכונת סודיות דומה: גופים הקשורים לביטחון המדינה, הועדה למינוי שופטים וגופים ציבוריים נוספים מסיבות שונות.

**פס"ד פורום משפטי**- מדובר על ממשלת מעבר- ורצו במסגרתה גם למנות שופטים. לבסוף הוחלט שלא למנות שופטים חדשים בוועדה.  
אין כאן הלכה חדשה, אך הרציונל הוא למעשה שהעניין מתקרב לתחום הדברים שאינם שפיטים. אמנם שר המשפטים כיבד את עמדות חברי הועדה, ויחד עם זאת סוגית מינוי השופטים שנויה במחלוקת בימים אלו ועל כן הוחלט כי יש להימנע מקבלת החלטות ע"י ממשלה זמנית שלא זכתה באמון הציבור. לזכות השופטים, יאמר שבאמת חשוב להימנע מקבלת החלטות לא הכרחיות מבחינת השופטים- וגם במינויים כללים במגזר הציבורי. לזכות בהמ"ש אמר כי ההכרעה הייתה לאור ההחלטות הקיימות- אופן הפעולה המותר בעת ממשלת מעבר: אמנם היה חוסר בשופטים, אך התפקוד לא נפגע באופן מהותי מעצם דחיית המינויים. לכן זה אלמנט משכנע שמצדיק את מה שהוחלט בסופו של עניין בפס"ד.  
קושי: היועמ"ש בזמן הדיון טען שניתן למנות ולאחר מכן שינה את דעתו- בעייתיות. ההצדקה לכך היא בשינוי נסיבות.

**שפיטות:**מי שמחליט במה לדון ומתי, זה בעיקר השופטים, שעושים זאת ע"פ פיתוח דוקטרינות שיפוטיות. עילת סף: האם זה סוג נושא שבהמ"ש ראוי שיכריע בו. כמובן יש לו סמכות לדון בהכל, אך השאלה היא לגבי עניין ההכרעה."הכל שפיט": תחום בו יש חוסר הבנה בציבור- המושג הזה זה לא מאוד נכון ולא מייצג את עמדת ברק-עמדת הרוב- בבהמ"ש. (העניין מדובר על כל בהמ"ש, בארץ המושג מתייחס לרוב לבג"ץ).

**בג"ץ רסלר (910/86)**- שם ברק הציג את התיאוריה לשפיטות שהפכה להלכה המחייבת בבהמ"ש. ברק מבחין בין שני סוגי שפיטות:  
א) שפיטות נורמטיבית: האם יש כלים משפטיים להכרעה בשאלה ע"י בהמ"ש? אמות מידת משפטיות להכרעה? לפי ברק: הכל שפיט נורמטיבית.  
ב) שפיטות מוסדית: גם אם יש אמות מידה משפטיות, האם מן הראוי שבהמ"ש יהיה המוסד המתאים להכרעה? או שמא ראוי להשאיר את ההחלטה לרשויות הפוליטיות?  
  
נפרט על עמדות אלו:  
"נורמטיבית הכל שפיט"/ברק: המשפט חל על הכל. איילון מאוד כעס על כך. אין שום תחום פעילות שאין נורמה משפטית שחלה עליו. כי לכל הפחות, אם הדבר לא נעשה מפורשות הוא מותר. זהה העמדה לגבי הרשויות הפוליטית. תמיד יש היבטים משפטיים החלים על כך. (ברק פיתח את עילת הסבירות- האם ההחלטה היא סבירה לגופו שלעניין ונשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים? למעשה הוא יוצר נורמה גם אם היא איננה קיימת בפועל- אנו שואלים האם העניין סביר? כמו כן יש מתחם של פתרונות סבירים). סיכומו של עניין- לכל דבר יש אמות מידה משפטיות להכרעה, או לכל היותר אפשר לבדוק את הסבירות.  
שפיטות מוסדית: למרות שלבהמ"ש יש כלים להכריע, ייתכן ולא נכון שבהמ"ש לא יכריע מסיבות שונות, אמון הציבור בבתי המשפט למשל. ברק אומר שיש לפרש את השפיטות הזו מאוד בצמצום, מעצם עקרונות כמו שלטון החוק וכו'. נוצר הרושם שבהמ"ש הוא מאוד אקטיביסט, מה שלא נכון.

בסיכומו של עניין, לפי דעת ברק, בהמ"ש כמעט ולא יתערב בהחלטות של ראשי הרשויות במדינה.

ואולם, לדעת ביניש: (פחות אקטיביסטית מברק), היא מסכימה שנכון לפתוח פתח לאנשים להגיע לביהמ"ש ולהשמיע את דעותיהם, אך יחד עם זאת הסיכוי להתערבות ולשינוי ההחלטה הוא קלוש.

\*דוגמה אקטואלית: שחרור האסירים- אנשים הגישו בג"ץ כנגד ההחלטה ובהמ"ש דן בו, אך לא התערב.

ההכרעה בפרשה: העניין נסוב סביב גיוס בחורי ישיבות. ברק רצה לשנות גישה- בטענה שיש שפיטות נורמטיבית וגם מוסדית. ואולם הוא שינה את גישתו-והחליט שלא נכון להתערב לגופו של עניין- אלא יש להפנות לכנסת להחלטה חקיקתית- לא נכון שבהמ"ש יתערב בסמכויות של רשות אחרת.

זה מסכם את ענייננו- שנוצר רושם שבהמ"ש מתערב בהחלטות רבות- אקטיביסט- אך אין זה כך בפועל. הוא ממעט לעשות כך.

ביקורות על דעת ברק:

**ד"נ על רסלר**: תקיפה משמעותית של גישת ברק מטעם איילון. חלק על גישה זו. ככל שיהיה משפט ציבורי, יהיה פחות משפט הציבור ויש להגדיל את אחריות הרשויות הפוליטיות והריסון השיפוטי.

היו שם התנצחויות קשות ואישיות בין השופטים!   
  
  
**9.1.12**

המשך מהשיעור הקודם – **בג"צ רסלר** - הניתוח של השופט ברק שהוא בעצם הניתוח המקובל בישראל לשאלת השפיטות. מבחין בין שני היבטים שונים של שפיטות: 1. נורמטיבית, 2. מוסדית. השופט ברק זיהה אי בהירות מושגית בארץ ובמדינות אחרות בסוגיית השפיטות והוא ניסה ליצור את אי הבהירות באמצעות הבחנה זו.   
**השפיטות הנורמטיבית** עוסקת בשאלה האם הסכסוך הוא בעל אופי משפטי – האם למשפט יש עמדה בשאלה השנויה במחלוקת. כל עוד, השאלה השנויה במלוקת מתייחסת לזכויות או לחובות של אדם או של רשות שלטונית או של תאגיד תפיסתו של ברק היא שהשפיטות הנורמטיבית היא שפיטות מוחלטת. מקובל לזהות אותו עם הביטוי – "הכל שפיט". הטענה שלו היא לוגית – ככה הם הדברים, לא אומר שזה רע או טוב.   
דוגמא: האם הממשלה מוסמכת להחליט על מלחמה, מבחינה נורמטיבית הנושא שפיט! יש 2 מצבים: או שהממשלה מוסמכת או שלא. התשובה אמורה להיות ברורה. תלוי בשיטת המשפט.   
מאמר של בנדור – השופט ברק הולך צעד אחד יותר מדיי, הוא מניח מעצם העובדה ששאלה שהמשפט מתעניין בה – מתחייב בהכרה שגם יש לו תשובה עליה. לא נכון לוגית לטענת בנדור. מדגים את העניין לגבי סוגיות רפואיות: לא בהכרח התעניינות מראה כי בהכרח יש תרופה/פתרונות למחלות. ניתן להשליך על עוד נושאים רבים אחרים (כמעט תמיד יש תשובה לשאלה, ניתן להגיע לתשובה או לכמה תשובות ולהתווכח עליהם. אבל יכולים להיות מקרים נדירים שאין תשובה מבחינת השפיטות הנורמטיבית!).   
  
מקרה לדוגמא: חוק שקובע מועד בחירות לסוג מסוים של רשות מקומית. נאמר באותו החוק שמועד הבחירות יהיה אחת ל4 שנים, ביום שלישי הראשון של חודש נובמבר, מי שכתב את זה יצא מתוך נקודת הנחה שהסעיף מציין שני מועדים ותהיה ביניהם זהות! לא חשבו על האפשרות שיש מקרים חריגים שבהם בחירות לרשות מסוימת היו בחירות אמצע ולא ביחד עם הרשויות האחרות (למשל רשות שנוהלה לא ע"י נבחרי הציבור לתקופה מסוימת). ואז עולה שאלה מתי הבחירות? החוק מנוסח לא כשתי אופציות אלא מנוסח מהנחה שמדובר באותו תאריך בשתי האופציות. אין תשובה מתי אמורות להיות הבחירות. מה עשה שר הפנים? קבע תאריך שנראה לו ראוי לעריכת אותן בחירות וזאת מכוח הסמכות הכללית שלו להקדים/לאחר בחירות כאשר יש צורך לדעתו. כנגד זה הוגשה עתירה ע"י אנשים שהיו מעוניינים בתאריך יותר מוקדם ממה ששר הפנים קבע. בית המשפט קבע כי הסמכות שניתנה לשר הפנים לא נועדה כדי לאחר/להקדים את הבחירות אלא בנוגע שיקולים ענייניים (אין לשר הפנים שיקול דעת רחב בנוגע לקביעת התאריך). הפיתרון של בית המשפט – אמר כי שר הפנים יכול לבחור אם לעשות את הבחירות בכל אחד מהאופציות של התאריכים. האמת היא שאי אפשר לדעת מה התשובה. כללי הפרשנות הרגילים לא עוזרים כאן: כי שני הסעיפים הם ספציפיים, ושניהם גם התקבלו באותו הזמן. גם אי אפשר לומר שיש פה לקונה כי זה נושא שכן הוסדר בחוק! יש סעיף לא ברור בחוק.  
במקרה שתואר אין בעצם תשובה לשאלה המשפטית. ההנחה של השופט ברק איננה הנחה נכונה לפי מקרה זה. עם זאת, מעשית, ההלכה הזאת של ברק ברוב המכריע של המקרים היא תשובה נכונה.   
  
**השפיטות המוסדית** – האם ראוי שבית המשפט יכריע בשאלה המשפטית? בחוקתי בדר"כ יש לבית המשפט (במיוחד בבג"צ) שיקול לדעת לתת או לא לתת סעד ע"פ שיקולים של צדק. הוא יכול לא לדון בשאלה מסוימת כי אין צורך להכריע בה מטעמים של צדק. צדק – לא במובן המוסרי אלא לפי אמות מידה שפותחו במשך השנים בפסיקה – למשל עתירה שהוגשה באיחור (בשיהוי) יכולה להידחות כי אנשים הסתמכו על המצב הקודם, עותר שבעצמו מפר את החוק, עותר שמשקר בעתירתו, היעדר זכות עמידה – לא קשור לעותר בכלל (שהנפגע יבוא ויעתור). יכול להתחשב גם בשיקולים של שפיטות מוסדית.   
כשאנחנו מדברים של שפיטות, אם השפיטות הנורמטיבית היא מוחלטת אז עדיין בית המשפט יכול לדחות עתירה על הסף מטעמי אי שפיטות מוסדית – הנושא לא מתאים לדיון ולהכרעה ע"י בית משפט.  
ברור שזה לא דבר רגיל ואפילו לא דבר רצוי שבית המשפט ידחה עתירות משום שלא ראוי שהוא ידון בהם – זוהי פגיעה בזכות של אדם או הפרה אחרת של חובה. ולכן על פני הדברים הדחייה לדון בעתירה על הסף לא צריך להיות דבר יומיומי אם בית המשפט חושב שהוא לא צריך לדון בה – בפועל הוא ייתן גושפנקא להפר את החוק בעצם, אף אחד לא ידון בנושא בעצם.   
בא השופט ברק ואומר שבשפיטות מוסדית לא הכל שפיט, אלו יהיו אומנם מקרים חריגים אבל יכולים להיות מקרים בהם הציבור עלול לחשוב שבית המשפט שדן בנושא בעל רגישות פוליטית עושה דבר שאסור לו לעשות – ואם בית המשפט יכריע בשאלה אז הציבור במקרים כאלה יפרש את הכרעת בית המשפט לא כהכרעה משפטית אלא נקיטת עמדה פוליטית בנושא שהוא מחוץ לסמכות בית המשפט וזה יפגע במעמד בית המשפט ובאמון הציבור בבית המשפט. ולכן על בית המשפט לדחות את הדיון בנושא.   
ע"פ אותו ניתוח עקרוני מוסיף שמגר מבחן נוסף בהקשר הזה – לשיטתו אם ההיבט המשפטי באותו נושא מסוים הוא טפל ושולי אז מוטב שבית המשפט לא ידון מבחינה שיפוטית מוסדית, וזאת על מנת שהציבור לא יטיל עליו אחריות כוללת על כל העתירה – כשהוא בעצם לא אחראי עליהם. למשל: החלטה על רכישת מטוס קרב. יגישו בג"צ נגד רכישת המטוס. יש שאלה משפטית האם הממשלה מוסמכת לרכוש את המטוס. התשובה אמורה להיות שהממשלה מוסמכת לבחור אם את המטוס או לא, אבל במקרה כזה אומר שמגר מוטב שבית המשפט לא יכריע כי ההיבט המשפטי הוא טפל ושולי – שמגר בעצם לא רוצה להיות אחראי על דברים שלא באחריות בית המשפט.   
בנדור – ספקות האם התפיסה של השופטים ברק ושמגר היא תפיסה נכונה. יש קושי מאוד גדול בזה שבית המשפט לא ממלא את תפקידו וחובתו, בית המשפט צריך להכריע בשאלות גם אם זה לא יהיה לדעת הציבור. מעבר לזה, ההנחה שמבחינת אמון הציבור יש בקטגוריית השפיטות המוסדית לתרום לאמון הציבור נראית הנחה מפוקפקת – הציבור לא ער לנימוק של בית המשפט אלא לתוצאה הסופית. האם נכון שדעתו של הציבור על פסק הדין לא תהיה מתוצאת פסק הדין או מנימוקיו לפסק הדין? לא! הציבור מסתכל על התוצאה.   
הציבור הרחב לא מסתכל על ההנמקה המשפטית אלא לציבור אכפת מהשורה התחתונה (הוא גם לא מקצוען בתחום המשפט). ספק רב אם הקטגוריה של שפיטות מוסדית יכולה לתרום לאמון הציבור, ולכן אם מראש אנחנו יודעים שהציבור מסתכל רק על התוצאה אז עדיף שבית המשפט ידון לגופו של עניין (הנושא חוקי או לא חוקי) בלי קשר לאמון הציבור וימלא את תפקידו.  
  
בשנים האחרונות אנחנו רואים תופעה שאפשר להדגים אותה **בפס"ד בפרשת פולארד**. פולארד ביקש שממשלת ישראל תפעיל לחצים על ארה"ב כדי שארה"ב תשחרר אותו מהכלא. למה עתירה זו נדחתה?   
משום שגבולות הביקורת השיפוטית בנושאים מדיניים הם מאוד צרים ובית המשפט מתערב רק במקרים נדירים! לממשלה יש שיקול דעת רחב ובית המשפט לא צריך להתערב בזה, זה עניין מדיני ובו הביקורת מוגבלת מאוד ע"י בית המשפט העליון. לא נאמר כי הנושא לא שפיט אבל כן מכוונים אותנו לכך בצורה מוצהרת כי בית משפט זה לא מתערב בעניינים של משא ומתן מדיני. יש כאן כן אלמנטים של שפיטות אבל בית המשפט לא צריך להתערב בנושאים כאלו. כמו העתירות האחרונות שהוגשו בהסכם לעתירת הסכם שחרורו של גלעד שליט, אחת הטענות הייתה שבעצם לא קיימו את הדרישות שכתובות בחוק נפגעי העבירה (דרישות שיש לפני חנינה של אסיר שרצח אנשים, בני המשפחה של הנרצח צריכים לדעת מזה וצריך להיות זמן שהם יטענו את דבריהם, בגלל קוצר הזמן זה לא נוהל בדיוק כמו שקבוע בחוק). בית המשפט יכל לומר שיש הפרה של החוק אבל על פי תורה "הבטלות היחסית" בנסיבות העניין לא ניתן את הסעד של ביטול העסקה שהיא פסק דין מוות לגלעד שליט. לא קשור לענייני שפיטות. בית המשפט לא אמר דברים כאלו, הוא אמר שהחוק לא מתאים ולכן יש לנהוג בדרך אחרת ממה שקבוע בחוק. בפועל, מצד אחד אומרים שהכל שפיט נורמטיבית ויש מגבלות על השפיטות המוסדית אבל הן מאוד צרות. ומצד שני, בעניינים רגישים מבחינה מדינית, פוליטית וביטחונית בית המשפט אומנם מנהל דיון בעתירות אבל בסופו של דבר לא דן באופן ענייני ומלא בכל הטענות ואומר שהביקורת השיפוטית בנושאים האלו היא מאוד צרה ומצומצמת ולכן לא ניתן לקבל את העתירה.   
  
יש על רקע הדברים האלו גם מלומדים חשובים, שאומרים שכל ההבחנות בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית הן מלאכותיות. בסופו של דבר יש עניינים שהמשפט לא מתערב בהם ואי אפשר להבחין בצורה כל כך חדה בין שני הנושאים. בנדור – טענה זו זה לא נכונה. צורה ההבחנה היא חשובה משום שהיא ממקדת את השאלה שאנחנו שואלים: הנורמטיבית – בוחנת את החוקתיות. המוסדית – בוחן את הנאותות בנוגע לדיון בבית המשפט.   
  
המשך על הרשות המבצעת – הממשלה  
  
כזכור, לראש הממשלה יש סמכות שהפעלתה איננה טעונה אישור של גוף אחר כלשהו (ממשלה או הכנסת) להעביר מתפקידם שרים. הסמכות הזאת ניתנה על מנת לאפשר לו להבטיח את נאמנות השרים למדיניות הממשלה ואת תפקודם התקין בתחום משרדיהם. כמו כל סמכות משפטית גם הסמכות הזאת איננה מקנה שיקול דעת מוחלט. השאלה היא מהן המגבלות המוטלות על שיקול הדעת של ראש הממשלה הן בהיבט של אי העברה מתפקיד של שר וגם בהיבט של העברה של תפקיד של שר (האם יש נסיבות שהוא חייב להעביר שר מתפקידו והאם יש איסור על העברה מתפקיד). ההיבט הראשון נדון **בפס"ד בפרשת דרעי** (התנועה למען איכות השלטון) ושם נקבע כי ראש הממשלה חייב להעביר שר מתפקידו אם היועץ המשפטי לממשלה גיבש כנגד אותו שר כתב אישום בעבירה פלילית חמורה. בפס"ד הזה ובפסקי דין אחרים גם צוין שעשויים להיות מקרים שבהם ראש הממשלה יחויב להעביר שר מתפקידו עקב ליקוי אתי חמור בהתנהגות השר גם אם לא גובש נגד אותו שר כתב אישום בעבירה פלילית. אבל, עדיין אין תקדים למקרה שבו ראש הממשלה חויב לפטר שר שלא על רקע כתב אישום פלילי.   
הוגשה עתירה לחייב את ראש הממשלה לפטר את צחי הנגבי בטענה שהנגבי הטעה את הממשלה כאשר הוא הציע לה למנות כיועץ המשפטי לממשלה את רוני בראון (**פרשת בראון-חברון**). הנסיבות הספציפיות שהיו שם כי בעבר היה נוהג ששר המשפטים לפני שהוא מציע לממשלה מועמד ליועץ המשפטי לממשלה מקיים התייעצות עם נשיא בית המשפט העליון. הנגבי אכן קיים את ההתייעצות הזאת, וכאשר אחד השרים שאל אותו אם הוא התייעץ עם הנשיא לפני הגשת המועמדות הוא אמר שכן. הוא לא גילה את תוכן עצתו של ברק שהסתייג ממידת הניסיון המקצועי של בראון באותה עת לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. העותרים טענו שעל רקע זה יש להעביר את הנגבי מתפקידו. בית המשפט דחה את העתירה ואמר כי זה מותנה בשיקול הדעת של ראש הממשלה כי זה לא כזה חמור.   
בכל מקרה, במקרה בו הוגש כתב אישום בעבירה חמורה – ראש הממשלה חייב להעביר את השר מתפקידו.   
יש לראש הממשלה מספר שיקולים במעשיו אלו, אבל הכי חשוב הוא השיקול של אמון הציבור – יש לעשות זאת כדי שהאמון ימשיך להאמין בממשלה.   
בנדור – הקביעה בנוגע להעברת שר מתפקידו בגין הגשת כתב אישום, היא בעייתית מבחינה משפטית משני טעמים:   
ראשית, בחוק יסוד הממשלה קיים הסדר שלילי בנוגע להעברה מתפקיד של שר שלא הורשע עדיין בדין. חובה להעביר שר מתפקידו שר שהורשע בעבירה פלילית ויש בעבירה קלון ונידון למאסר בפועל של תקופה מעל ל-3 חודשים – משתמע מההסדר שאפשר לבקר את הכנסת אבל הכנסת לא סברה שיש חיוב להעביר מתפקיד שר שהוגשה בגינו כתב אישום בגין עבירה חמורה.   
שנית, בכך שמשמעותה היא פגיעה בחזקת החפות של השר שהיא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם,   
וזאת בלי שהדבר נקבע בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. כאשר מפטרים שר מהממשלה בשל ייחוס לאותו שר של מעשים פליליים חמורים יש בכך כדי לפגוע בכבוד האדם שלו, וזה לא קבוע בחוק (לא עומד בפסקת ההגבלה). גם אם לא היה הסדר שלילי והכנסת לא הייתה מתייחסת לנושא, על מנת להטיל חובה מהסוג הזה נדרשת התייחסות מפורשת של הכנסת לנושא.   
  
התוצאה של הלכת דרעי היא אולי ראויה אבל היא איננה ראויה ומשכנעת מבחינה משפטית.  
  
היבט אחר של הגבלות אפשריות על סמכות של ראש הממשלה להעביר שרים מתפקידם הוא ההיבט שנדון **בפס"ד בפרשת פוקס** – שרון העביר מתפקידם שני שרים שהתנגדו לתוכנית ההתנתקות שראש הממשלה שרון הוביל אותה בצורה מאוד נחרצת ונחושה. על רקע זה הוגשה העתירה. מה הבעיה? יש תוכנית שראש הממשלה מוביל, ושרים נאבקים באותה תוכנית, זאת זכותם! אבל הסיבה שבגללה שרון העביר את השרים היא להבטיח את רוב הקולות בעד תוכנית ההתנתקות. השאלה היא האם השיקול של קידום תוכנית שהממשלה טרם אימצה אותה ע"י העברה מתפקיד של שרים ששוללים את אותה תוכנית הוא שיקול ענייני ולגיטימי שמותר לראש הממשלה לשקול כאשר הוא עושה בסמכות שימוש? בית המשפט דחה את העתירה!  
המבחן המשפטי שנקבע הוא – האם הרצון של ראש הממשלה לקבל את התוכנית הוא שיקול ענייני או שיקול זר? בית המשפט קבע שראש הממשלה רשאי להעביר שר מתפקידו אם ההעברה תאפשר הגשמת יעד מדיני חיוני. בית המשפט חשב כי זה הגשים יעד חיוני.  
בנדור – פסיקה בעייתית. משום שראש הממשלה עם כל חשיבותו יכול להשתמש באופן מניפולטיבי בסמכות המיוחדת שניתנה לו להעביר שרים מתפקידם כדי לקבוע בדרך זו את הדרך של הממשלה. היה ניתן לומר שבאותה מידה ראש הממשלה יכל להוסיף שרים, אבל כדי לעשות את זה צריך אישור של הכנסת והממשלה. אם לראש הממשלה יש תוכנית מאוד חשובה והוא חושש שהוא לא ישיג רוב רשאי רוב הממשלה להציע הוספת שרים חדשים אבל לא יוכל לעשות את זה על דעת עצמו. בעצם ראש הממשלה השתמש באותה סמכות לא למטרה שהיא ניתנה בעצם (צעד מניפולטיבי מצידו) – הסמכות ניתנה לו כדי שהשרים יהיו נאמנים למדיניות הממשלה, אבל במקרה הזה המדיניות עוד לא קיימת בכלל! והוא יכול לשנות את המדיניות בעצם רק אם יוסיפו עוד שרים. ראש הממשלה בעצם הופך את עצמו לשליט יחיד (להכתיב את המדיניות הנראית לו) ללא צורך באישור של הכנסת או של הממשלה. יש קושי להתערב בנושא הזה, למרות שפה דיבר בית המשפט על פרשנות עניינית ולא על התערבות [אם היה מקרה שבו כבר התקבלה מדיניות כלשהי והשרים עדיין היו מביעים את התנגדותם אז זה היה לגיטימי שהם יועברו מתפקידם].   
  
ההיבט העקרוני האחרון שנדבר עליו בקשר לממשלה נוגע לסמכות המכונה – **סמכות שיורית**. שמוסדרת בסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה. בסעיף הזה נקבע שהממשלה מוסמכת לעשות בשל המדינה בכפוף לכל דין כל פעולה ושעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.   
זוהי סמכות רחבה אבל לא מוחלטת. ניתן היה לפרש את הטקסט הזה גם בצורה מצמצמת – הסעיף על פי לשונו יכול להתייחס לסמכויות שהדין נותן למדינה ולא קובע איזה רשות מוסמכת להטיל את אותן רשויות ואז סעיף 32 אומרת כי הממשלה רשאית להפעיל את הסמכויות האלו. יש מקרים מאוד נדירים שהדין נותן סמכות למדינה – ולכן הפרשנות הזאת מצמצמת.   
הסעיף הזה לא באמת בא להתמודד רק עם מקרים כאלה, אלא גם במקרים אחרים יותר רחבים.   
הסיבה לקיום הסעיף שהוא שהחקיקה במדינת ישראל היא חקיקה חסרה – יש לא מעט עניינים חשובים שאין שום חוק שמסדיר אותם אבל עדיין חייבים לטפל בהם. לדוגמא: אין כמעט חקיקה ביחסי חוץ, עד שנה מסוימת לא היה את חוק השב"כ, עד היום אין חוק שנוגע למוסד וכו'.   
הכנסת קבעה את העיקרון שעניינים שלא מוסדרים בחוק ספציפי הממשלה מוסדרת לטפל בהם – הסמכות השיורית. ברור שזה גם דבר מסוכן מבחינת שלטון החוק – מסכן את העיקרון שהשלטון מוסמך לעשות רק מה שהחוק התיר (בניגוד לאדם הפרטי שיכול לעשות הכל, חוץ ממה שהחוק אסר). זה בעצם אומר שהממשלה תוכל לעשות דברים בסמכות שלא נקבעה בחוק – תוכל לעשות כל מה שהיא תרצה. לשם כך נקבעו **סייגים**:  
1. בכפוף לכל דין – מה זה סמכות בכל דין? כאשר הממשלה מפעילה את הסמכות השיורית אסור לה להפר שום דין אחר – לא חוק יסוד, לא חוק רגיל, לא תקנות. הממשלה לא יכולה לפעול בניגוד לדין כלשהו, היא כפופה לכל הדינים! מונע דיקטטורה. בין היתר, לאור הסייג הזה גם לא רואים את הממשלה כמוסמכת מתוקף הסמכות השיורית לפגוע בזכויות חוקתיות. למשל: חוק שב"כ שאיננו נותן סמכויות מעצר לשב"כ. אז איך הוא יכול לעצור? כי המשטרה אוצלת את סמכויותיה לשב"כ וזה בסדר. אבל הסמכות השיורית היא איננה חוק רגיל או משפט מקובל כי הוא מאוד כללי ולכן אי אפשר לפגוע באמצעותה בזכויות הקבועות בחוקי היסוד שבהן יש פסקאות הגבלה.  
2. עשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת – כל הרעיון בסעיף היא מצבים שבהם לא קבוע רשות שאחראית על הנושא. אם יש רשות שקבוע בחוק בעלת סמכות כלשהי, אי אפשר להחיל עליה את הסמכות השיורית.

**בפס"ד ועדת המעקב העליונה**, בית המשפט (חשין), הוסיף גם סייג שלישי שלא כתוב בצורה מפורשת:  
3. מחבר את הסמכות השיורית לסמכות של הרשות המבצעת (סעיף 1 לחוק). הסמכות השיורית חלה רק על הדברים שבהם הממשלה עוסקת בהם. הממשלה לא יכולה לחוקק חוקים גם בנושא שהכנסת לא חוקקה בו חוק. והממשלה גם לא יכולה לדון בנושאים משפטיים במקום בית המשפט.   
בקיצור, סעיף 32 נותן סמכות שיורית בנושאים שקשורים לתפקידיה כרשות המבצעת. אומר כי אם כבר היו נותנים סמכות שיורית כללית, זה היה הכי הגיוני שזה היה לכנסת כי היא הנבחרת ע"י הציבור.   
הביסוס המשפטי – על סעיף 1, שמגדיר את הממשלה כרשות המבצעת. הסמכות השיורית קשורה לעצם הגדרה של הממשלה כרשות המבצעת.  **11.1.12**המשך השיעור שעבר – סמכות שיורית של הממשלה  
  
נקבע שבעניינים שאין בהם הסדר ספציפי הממשלה היא המוסמכת לטפל בהם.  
הסמכות השיורית מסוכנת ויש בה פגיעה בחוקיות ושלטון החוק. סמכות כזאת הייתה מאפשרת לממשלה לעשות ככל העולה על רוחה בכל דבר ועניין. ולכן, יש צורך בהטלת סייגים ומגבלות על הסמכות הזאת. אכן קיימים שלושה סייגים: 1) חשין – **פס"ד ועדת המעקב העליונה** – הסמכות השיורית של הממשלה נתונה לה רק בעניינים שהממשלה בעיקרון מוסמכת לעסוק בהם במסגרת היותה הרשות המבצעת של המדינה.   
עניינים שבמהותם הם עניינים שיפוטיים או חקיקתיים הממשלה איננה מוסמכת לעסוק בהן. 2) הסמכות השיורית יכולה להיות מופעלת רק בכפוף לכל דין – הממשלה לא רשאית לחרוג מדין כלשהו. 3) הסמכות השיורית חלה רק לגבי פעולה שאינה מוטלת בדין על רשות אחרת – הסמכות השיורית מיועדת לפתור קושי בדברים שבהם לא קבועה הרשות שתטפל בנושא, ולא בדברים שבסמכות רשות אחרת ע"פ דין.   
בדר"כ ההוראה הזאת לא מעוררת קושי ואין בעיה לקבוע ולגלות האם יש דין כלשהו שמסדיר את אותה סמכות ואז הממשלה איננה מוסמכת לטפל אותו עניין. לפעמים הנושא איננו פשוט ומעורר שאלה של פרשנות של הדין אחר – האם הדין האחר שלכאורה מסדיר עניין מסוים אכן מונע מהממשלה להפעיל את הסמכות השיורית.   
דוגמא שעלתה בפסיקה נוגעת לעתירה שהוגשה בשנות ה-90 ע"י נועם פדרמן, מדובר על החלטת הממשלה (בראשותו של יצחק רבין) להיענות לבקשה שהופנתה למדינת ישראל ע"י ארה"ב לשלוח כוח הדרכה לשוטרים במדינת האיטי (המצב השלטוני בהאיטי לא מצב מסודר ותקין ולארה"ב יש אינטרסים שם). הממשלה החליטה להיענות לבקשה של ארה"ב ולשלוח להאיטי משלחת שהורכבה מקציני משטרה כדי להצטרף לאותה קבוצת מדריכים שידריכו את כוחות המשטרה של האיטי. הממשלה עשתה זאת במסגרת סמכותה השיורית לטפל ביחסי החוץ (אין חקיקה כמעט בנושא יחסי החוץ וסיוע מסוג כזה). אלא שטענתו של העותר הייתה שלא ניתן למטרה הזאת לשלוח כוח משטרה של משטרת ישראל. זאת משום שסמכויותיה של משטרת ישראל מוסדרות בפקודת המשטרה והן כוללות מניעת עבריינות וסיכול עבירות ותפיסה עבריינים שפועלים במדינת ישראל או נגד מדינת ישראל. הטענה הייתה שסמכויותיה של המשטרה הן מוגבלות ואין להרחיב אותם! אם הטענה נכונה – אז באמת הממשלה איננה יכולה במסגרת הסמכות השיורית להרחיב את סמכויות המשטרה (יש חשיבות שהמשטרה תהיה מוגבלת!). בית המשפט הסכים שהמשטרה ביסודה מופקדת על ביטחון הפנים של מדינת ישראל, אז לכאורה דין העתירה היה להתקבל והיה ראוי לקבוע שהממשלה איננה מוסמכת לטפל בענייני משטרה שיש בנושא חוק ספציפי שמסמיך את המשטרה לדאגה לבטחון הפנים של מדינת ישראל ולא טיפול בעניינים אחרים. אבל העתירה נדחתה, למה? בית המשפט ראה את העניין שבו מדובר לא כעניין של שיטור אלא השוטרים פעלו בהתנדבות והם לא פעלו כמשטרה אלא כשליחים של הממשלה למטרה הזאת (הממשלה יכלה גם לחפש שוטרים לשעבר או אנשים אחרים שיכלו לבצע את הנושא) אז בית המשפט אמר שזה לא נחשב משטרה אלא שלחו אנשים מתאימים שיהיו שליחי הציבור להדרכות בהאיטי. בית המשפט אומר שהייתה בעיה רק אם היה מדובר במשהו שהוא יותר מהדרכה והיה מדובר בפעולה משטרתית אמיתית.   
יש פנים לכאן ולכאן. בנדור – לא בטוח שהשתכנע מהנימוקים, לא ברור שאפשר להבחין בין פעילות הדרכה לבין שיטור אמיתי – קשה לקבוע מה בדיוק סמכויות המשטרה.   
הפסיקה בנושא מראה כי לפעמים צריך לפרש חוק ספציפי כדי לבדוק האם הוא מגדיר סמכות מסוימת ואז הממשלה לא יכולה להפעיל את סמכיותיה השיריות או לא.   
דוגמא נוספת, בה בוטלה הסמכות של הממשלה להפעיל את סמכותה השיורית. העתירה נגעה לסיוע ליישובים ולתושבים של תושבים באזורי עימות. יש חוק בנושא ובגלל סיבות כאלה או אחרות הממשלה לא הסתפקה בדברים שנקבעו באותו החוק והממשלה וקבעה דברים אחרים מכוח הסמכות השיורית שלה (אם הממשלה רוצה לשנות משהו בנוגע לנושא שיש בו כבר חוק, שתשנה את החוק ולא תפעל מכוח הסמכות השיורית שניתנה לה). העתירה שהוגשה בנושא התקבלה. בית המשפט אמר שקביעת דברים נוספים בנוגע לאזורי עימות מוסדרת כבר נקבע בחוק אחר! כל עוד יש חוק כזה, כי אז לא ניתן מכוח הסמכות השיורית לעסוק באותו עניין מעבר להסדר שנקבע בחוק הספציפי הזה. אם לא היה חוק בעניין אז הממשלה יכלה לטפל בעניין.   
עצם העובדה שמה שהממשלה רוצה לעשות דומה לדבר שמוסדר בדין אחר לא יכול למנוע את פעולת הממשלה בסמכות השיורית (משום שייתכן שהקרבה למה שהממשלה רוצה לעשות יש לו רק קרבה שולית לחוק שכבר קבוע). זאת אומרת, צריך לבדוק את הפרשנות של החוק ולפרש אותו ולראות עד כמה הפעולה שהממשלה רוצה לעשות רחוק מאותו הדין ואז הממשלה כן תוכל להפעיל את הסמכות השיורית.   
  
היועץ המשפטי לממשלה  
  
הנושא הזה ושילובו בקורס על משפט חוקתי ברשויות השלטון איננו מובן מאליו. הרי אנחנו עוסקים בסמכויות של רשויות שיש במדינת ישראל, ובגדול מדברים על ההיבטים החוקתיים שלהם. היועץ המשפטי לממשלה הוא חלק מהרשות המבצעת! למה עוסקים בו כאילו הוא רשות נפרדת? הוא "סה"כ" פקיד ממשלתי.  
התשובה: למרות שטכנית היועץ המשפטי הוא חלק מהרשות המבצעת, מדובר ברשות מיוחדת במינה שמבחינה מעשית איננה חלק אינטגרלי של הרשות המבצעת אלא יש בידיו שורה של סמכויות מרכזיות ייחודיות לו. יש לו עצמאות מלאה בהפעלתן ללא שום כפיפות לממשלה והחלטותיה ושריו. הממשלה היא בעצם זאת שכפופה ליועץ המשפטי.   
**לא רק שכל אחת מהסמכויות של היועץ המשפטי לממשלה היא חשובה, אלא כוחו נובע במידה רבה משילוב הסמכויות השונות שלו.** על רקע זה הויכוח של פיצול התפקיד של היועץ לממשלה. הנימוק המרכזי לפיצול - יעילות, מניעת ניגודי עניינים. מכל מקום, התוצאה המעשית של פיצול יכולה להיות החלשה של היועץ המשפטי לממשלה. כשמדברים על היועץ המשפטי לממשלה לא מדובר רק בהיבטים של יעילות אלא ההשלכות לפיצול יכולות להיות פגיעה משמעותית בכוח שלו שנובע דווקא מההצטברות של כל הסמכויות שלו יחדיו.   
  
הסמכויות המרכזיות של היועץ המשפטי לממשלה:  
1) ראש התביעה הכללית – הכוונה היא לתביעה בנושאים פליליים. היועץ המשפטי לממשלה (לא כאדם אלא כמי שעומד בראש המערך היררכי של התובעים) היא להחליט האם אחרי חקירת המשטרה להגיש כתב אישום פלילי כנגד אדם. הסמכות הזאת היא לא אוטומטית ויש ליועץ המשפטי שיקול דעת, כפוף ל2 עניינים:  
1. ראיות – בודק האם יש מספיק ראיות, האם הראיות יש בהן כדי ליצור סיכוי סביר להרשאה. מה זה סיכוי סביר? שיקול דעת של היועץ המשפטי לממשלה והמערכת שמתחתיו.  
2. יותר עקרוני – לפי סדר הדין הפלילי גם אם יש סיכוי סביר, היועץ לא חייב להעמיד לדין וכפי שנקבע בחוק הוא רשאי שלא להעמיד לדין אם לדעתו אין בכך *עניין לציבור*. עניינים שהם לא בעניין לציבור – עד מדינה שעדיף מבחינה ציבורית לא להעמיד אותו לדין כי הוא מוסר עדות שיכולה להכניס אנשים אחרים לכלא בזכותו שהעבירות שלהם חמורות יותר.   
לפעמים לא מדובר באי העמדה לדין בכלל אלא מדובר בהסדרי טיעון – מופעל במסגרת "אין עניין לציבור". הסדר הטיעון מבטיח ליועץ המשפטי שהאדם יורשע, וזה לא בשיקול דעת המדינה.   
לפעמים "אין עניין לציבור" קשורה למדיניות של היועץ המשפטי – למשל עבירות ביטוי שלא מעמידים לדין בגינם: הסתה, העלבת עובד ציבור וכו' [דוגמא – רק במקרים מאוד קיצוניים יעמידו רב לדין בגלל דברים שהוא אמר כי לא רוצים לפגוע בחופש הדת].   
לפעמים השימוש בסמכות של "אין עניין בציבור" עלול לעורר מחלוקת. עד שנות ה-80 הייתה עבירה פלילית של קיום יחסי מין בין גברים, בשנות ה-80 הכנסת ביטלה את העבירה. בפועל, הייתה הנחייה כבר בשנות   
ה-50 של היועץ המשפטי לא לחקור בעבירה הזאת ולא להעמיד לדין בעבירה הזאת – אמר שזאת עבירה שלא צריך לאכוף אותה. זה מעורר שאלה של לגיטימיות – אם עבירה לא נראית ראויה בידי היועץ, הוא יקבע שאף פעם אין עניין לציבור בנוגע לאותה עבירה באופן גורף.   
בנוסף, אין כוח אדם לאכיפה מוחלטת של כל העבירות הפליליות והיה צריך לקבוע סדר עדיפות. אז למשל עבירות תנועה מסוימות הן ללא אכיפה, ולא מעמידים לדין בגלל זה. למה? כי במסגרת סדרי העדיפויות זה פחות חשוב ופחות עקרוני (גם לא רוצים ליצור מצב שבו האזרחים יראו את המדינה כ"מדינת משטרה" שמעמידים לדין על כל דבר קטן, למשל אם המהירות המותרת היא 90 קמ"ש ומישהו נסע במהירות של 91 קמ"ש).  
אמצעי חשוב מאוד בנוגע למדיניות העמדה לדין של היועץ המשפטי לממשלה – הומצא ע"י מאיר שמגר – הנחיות היועץ המשפטי. ההנחיות האלו הם גם הנחיות בנוגע למדיניות להעמדה לדין - איזה עבירות תמיד מעמידים לדין ואיזה עבירות לא. מיושם עד היום.   
2) מתן חוות דעת משפטיות – מביע את עמדתו בנוגע לעניינים מסוימים. מאמר בנדור – זה לא בלתי לגיטימי שהיועץ המשפטי לממשלה יביע את דעתו בנוגע לדברים משפטיים גם אם זה לא אתי. במתן חוות משפטית לא מדובר על ייעוץ לגבי משהו ציבורי אלא לקביעה מה אומר בנסיבות מסוימות הדין הקיים. חלק נכבד מהפעילות של הייעוץ המשפטי, הוא לתת לממשלה את חוות דעתו בנוגע לעניין המשפטי העומד על הפרק. השאלה היא – מה מעמדתם של חוות הדעת? אדם פרטי או חברה פרטית שמתלבטת בנוגע לשאלה משפטית פונה לעו"ד לקבל את חוות דעתו, אותו אדם יכול לקבל את חוות הדעת של העו"ד או לא.   
כשהיועץ המשפטי לממשלה נותן חוות דעת משפטית, העמדה המוסכמת היא שחוות הדעת מחייבת! ככל, המדינה ורשויותיה צריכים לראות את חוות הדעת המשפטיות שנוגעות לגבי המצב המשפטי הקיים אכן כמצב המשפטי הקיים ולפעול בהתאם לחוות הדעת. חילוקי הדעות – עד כמה יש חריגים: האם זו חובה אבסולוטית לפעול לפי חוות הדעת של היועץ או שיש חריגים?   
בדר"כ היועץ המשפטי לממשלה לא פועל כשופט. ז"א הוא לא מקבל החלטה נתונה שהרשות הציבורית מעוניינים בה ומחליטים אם היא חוקית או לא. אלא במקרים הרגילים התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה היא לנסות למצוא דרך חוקית שתגשים את המדיניות של הממשלה. יכולים להיות מקרים בהם חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה תהיה שלא ניתן להשיג באופן חוקי להבנתו את המטרה שהממשלה או שהרשות הציבורית מעוניינת להשיג. ואז השאלה האם חוו"ד הזאת מחייבת ומחלטת? משום שניתן לטעון שהאחריות היא של הממשלה והגופים המקצועיים במשרדי הממשלה. מדוע לא לאפשר לבית המשפט להכריע בנושא הזה? מדוע צריך למנוע מהממשלה את האפשרות להביא את המדיניות או את ההחלטה שהיא מעוניינת לקבל גם אם ניתן להגיד שיש קושי משפטי לבית המשפט? נקודת המוצא בעניין הזה (המקובלת בדר"כ) היא שבית המשפט לא צריך להיות חלק אינטגרלי מקבלת ההחלטות של הממשלה. צריך להיות מנגנון בתוך הרשות הציבורית עצמה שנותן את דעתו בנוגע לנושאים משפטיים.   
גם אם נושא מסוים לא יגיע לבית המשפט, המדינה חייבת לנהוג בכל מקרה באופן חוקי, מאיפה היא תדע שזה חוקי? היא תפנה לקבלת חוו"ד מהיועץ המשפטי, שהוא מטפל בשאלות משפטיות.   
ע"ר זה ניתן לבקר את האמירה של **נשיאת בית המשפט העליון, בייניש בפרשת לביא** – אומרת שלמרות שהיועץ המשפטי פוסל את מועמדותו של המועמד לרשות מנהל המקרקעין, עדיין הממשלה צריכה לדון בנושא מינויו.   
יש עניינים שבהם יש קושי לקבל את חוו"ד של היועץ המשפטי לממשלה – מה עושים במקרים האלו?  
כאן ניתן לאתר 2 גישות -  
א) ועדת אגרנט וועדת שמגר - שתי ועדות משפטנים מאוד בכירות שדנו בנושא הזה כפי שתואר במאמר של הועדות אמרו כך – רשות שלטונית (רשות מבצעת) כעיקרון צריכה לראות את חוו"ד של היועץ המשפטי לממשלה כחוו"ד שמשקפת את המצב המשפטי ולפעול ע"פ אותה חוו"ד. החריג – הממשלה עצמה העומדת בראש הרשות המבצעת למרות שהיא גם צריכה לפעול על פי אותו עיקרון (ולקבל את חוו"ד של היועץ המשפטי של הממשלה) יכולה להיות מקרים נדירים שבהם היא לא תוכל להשלים עם חוו"ד ולכן לא צריך למנוע ממנה לבצע את מה שהיא רוצה וצריכים להביא הנושא לבית המשפט והוא יקבל את ההחלטה – חוקי או לא.   
ב) גישת בית המשפט העליון – לא בטוח שזה תקדים מחייב – גם כאשר מדובר בממשלה עצמה היא חייבת לפעול בהתאם לחוו"ד של היועץ המשפטי. ההסבר – לא מבוסס על השאלה האם הממשלה חייבת לפעול בהתאם לחוו"ד של היועץ, אלא בעניינים משפטיים ההחלטות של הרשות המבצעת מתקבלות ע"י היועץ המשפטי לממשלה. אין מצב מחייב של חוו"ד אלא היועץ המשפטי פועל בעצם כממשלה בעניינים משפטיים – הוא המוסמך להכריע בכך.   
למשל כמו בפרשה עם דרעי, היועץ המשפטי – רוה"מ חייב לפטר את דרעי. רוה"מ – לא רוצה לפטר.   
הוגשה עתירה. מי התייצב בבית המשפט בשם רוה"מ? היועץ המשפטי עצמו. היועץ המשפטי בשם רוה"מ ביקש לקבל את העתירה ולפטר את דרעי. סיעת ש"ס ידעה שרוה"מ לא רוצה לפטר את דרעי, והיא פנתה לבית המשפט ואמרה שזה לא הגיוני – איך אפשר להציג שתי עמדות בשמו של רוה"מ (אחת של רוה"מ עצמו ואחת של היועץ המשפטי). בית המשפט אומר שאין בעיה! העמדה שצריך לפטר היא העמדה הנכונה. העמדה של הרשות – רוה"מ לא נקבע ע"י רוה"מ עצמו אלא ע"י היועץ המשפטי שהוא הקובע בעניינים משפטיים.   
99% מהסמכויות של רוה"מ הוא המחליט, אבל ב-1% מסמכויותיו שנוגע לעניינים משפטיים העמדה של רוה"מ נקבעת ע"י היועץ המשפטי . אם יש גורם חיצוני (שאיננו הממשלה מבחינה משפטית המיוצגת ע"י היועץ המשפטי, נניח שר שמיוצג ע"י עו"ד) שרוצה להתייצב ולטעון נגד עמדתו של היועץ המשפטי, בית המשפט יכריע ביניהם.   
היועץ המשפטי של הממשלה הוא האורגן של השאלות המשפטיות של הממשלה. למה? מה מיוחד בשאלות חוקיות? 2 היבטים עיקריים: א) היבט של מקצועיות – היועץ הוא האדם המקצועי ונבחר על בסיס מקצועיותו.   
ב) ניגוד אינטרסים – מטבע הדברים הממשלה מעוניינת להגשים מדיניות מסוימת, וזה לא דבר נכון ובריא שהיא תגיד האם הדבר חוקי או לא. יש צורך שגוף שהוא ניטראלי ומרוחק מהרצון האקטיבי של הממשלה להעביר מדיניות מסוימת יקבל את ההחלטה האם הדבר חוקי או לא.   
יש חוסר בהירות מסוים עד כמה החיוב של חוו"ד של היועץ מחייבת או שיש חריגים. במקרים מאוד קיצוניים גם על פי השקפת בית המשפט העליון למעשה יש דרך שהממשלה לא תקבל את החוו"ד – היא יכולה לפטר את היועץ המשפטי של הממשלה, כיום היא צריכה להתייעץ עם הועדה שממליצה על מינוי היועצים המשפטיים לממשלה. אין צורך הכרחי באישור של הועדה. היה מקרה אחד שזה קרה: **פרשת קו 300**,   
עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה שיש חובה לערוך חקירה משטרתית וממצה בחשדות שהתנהלו לגבי ההתנהלות של השב"כ בנושא הזה. הממשלה (רוה"מ ושר הביטחון) לא רצתה לערוך חקירה משטרתית בנושא. הממשלה שמה לב שכמה חודשים לפני זה שפרשת 300 קרתה, פרסם היועץ המשפטי תאריך בו הוא עתיד לפרוש. היועץ המשפטי רצה להישאר בתפקידו עד סיום הפרשה. אבל הממשלה קיבלה את הודעתו הראשונה לפרוש מהתפקיד בתאריך ההוא (המוקדם יותר). והתמנה יועץ משפטי שתמך בממשלה בחנינה של כל המעורבים בנושא.   
3) ייצוג המדינה בבתי המשפט – ליועץ המשפטי יש מונופול בנושא. המדינה מיוצגת רק ע"י היועץ המשפטי לממשלה והמערכת שתחתיו. היועץ רשאי, כשהוא מוצא לכך הצדקה, לאפשר עו"ד פרטי שיטען דעה ששונה מדעתו (למשל אם יש חילוקי דעות בין היועץ המשפטי למבקר המדינה, ואז היועץ המשפטי לא יכול לייצג את מבקר המדינה והוא יאפשר עו"ד פרטי למבקר המדינה). המונופול הוא לא רק בגלל יעילות, אלא זה אמצעי להבטיח את הסמכות הייחודית של היועץ בנוגע לחוו"ד. מה זה עוזר שהיועץ המשפטי ייתן חוו"ד ואז המדינה תיקח עו"ד פרטי? כל הרעיון הוא שהיועץ המשפטי יבוא לבית המשפט בשם הממשלה ויכתיב את חוו"ד שלו.   
השרים יודעים שאם היועץ המשפטי יגיע לבית המשפט הוא יגיד את ההפך ממה שהם רוצים. לא קורה בדר"כ משום שהשרים יודעים שזה מה שיקרה.   
  
השילוב של 3 הסמכויות הללו נותן ליועץ המשפטי כוח גדול! היועץ המשפטי הוא גם נותן חוו"ד, גם קובע מתי להעמיד לדין וגם מייצג את המדינה בבית המשפט!! הכוח הזה מקשה על הממשלה לפעול באופן שסותר את ההמלצות שלו. חשוב מאוד שהיועץ יהיה חזק מבחינת סמכויותיו. לפעמים טוענים לניגוד עניינים – איך הוא יכול לייעץ לשרים ולהיות קרוב אליהם וגם בסוף להחליט האם להעמיד אותם לדין כשצריך? טענה לא משכנעת, גם אם יש בעיה כזאת לא צריך לפצל את התפקיד. ככל שעומד על הפרק העמדת שר או איש ציבור אחר שיש לו קשר ליועץ, לא היועץ יחליט האם להעמידו לדין או לא, אלא מישהו אחר (למשל מי שיחליט יהיה התובע הכללי).   
  
4) פחות מרכזית – שירותים משפטיים שונים – ניסוח של חוזים עבור המדינה, ניסוח של הצעות חוק עבור הממשלה וכו'.   
  
היועץ המשפטי לממשלה – לא מדברים על אדם ספציפי אלא מדברים עליו כראש מערכת! מדובר בהיררכיה אחת, שעומד בראשה היועץ המשפטי לממשלה.  
יש תחתיו אנשים רבים – למשל יועצי משפט בכל משרדי הממשלה כפופים ליועץ המשפטי לממשלה, גם התובעים המשטרתיים כפופים אליו. פרקליט המדינה – סגן היועץ המשפטי לממשלה לענייני פרקליטות. הוא לא בעל סמכות עצמאית אלא הוא עומד בראש מנגנון הפרקליטות שמופקד על הנושא הפלילי וייצוג המדינה בבתי המשפט, גם הוא כפוף ליועץ המשפטי לממשלה.  
  
**16.1.12**  
  
  
על רקע התפקיד המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה שעליו דיברנו במפגש הקודם. מתעוררות שתי שאלות: 1. נוגעת לכישורים ולדרך הבחירה של היועץ המשפטי לממשלה. 2. נוגעת לביקורת על החלטותיו.   
  
**בחירת היועץ המשפטי לממשלה**  
באשר לבחירת היועץ המשפטי לממשלה מבחינה פורמלית הוא צריך להיות בעל כישורים מקבילים לכישורים הנדרשים משופט של בית המשפט העליון. בין היתר, לפחות 10 שנות ניסיון בתפקיד משפטי (שיפוט או עריכת דין, פרקליטות, אקדמיה). אבל מובן שמדובר בדרישת מינימום טכנית שאין בה כדי להספיק.   
בעבר, כפי שראינו בחומרי הקריאה היועץ המשפטי לממשלה נבחר ע"י הממשלה לפי הצעה של שר המשפטים. בעקבות תקלות שארעו בשעתו בהיבטים שונים כאשר היועץ המשפטי לממשלה רוני בר-און (למשל האם ניסיונו מתאים לתפקיד, האם יש לו דעות פוליטיות שונות).. הוקמה ועדת מומחים לבחירת היועץ המשפטי הממשלה. הועדה המליצה (המלצתה התקבלה כהחלטת ממשלה ולא עוגנה בחוק) שהיועץ המשפטי לממשלה אומנם ימשיך להיבחר ע"י הממשלה אבל זאת רק על סמך המלצות של ועדה ברשות שופט לשעבר של בית המשפט העליון שייבחר ע"י נשיא בית המשפט העליון ושאר החברים בה יהיו נציג הממשלה, חבר כנסת, נציג של לשכת עורכי הדין ונציג של האקדמיה המשפטית. הועדה תבחן מועמדים שונים ותציע אותם לממשלה כיועץ המשפטי לממשלה. נקבע שהועדה תוכל להציע מועמדים רק אם 4 מבין 5 החברים בועדה הסכימו לכך. רצוי שתהיה הצעה בנוגע למספר מועמדים.   
השיטה הזאת עבדה פעם אחת כאשר נבחר מני מזוז לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (היה אחד משלושה מועמדים), בפעם השניה שהועדה פעלה חל שיבוש כי לא היה אפילו מועמד אחד שזכה לתמיכה של 4 מתוך 5 חברי הועדה. הועדה ציינה 4 מועמדים שזכו לתמיכה של 3 מתוך ה5 חברים בועדה.   
מזל שלא חוקקו את זה בחוק, כי אז הממשלה לא יכלה לבחור בעצם אף מועמד (כי אף אחד לא זכה לתמיכה של 4 חברי ועדה). לאור הסיטו' הזאת נראה שלקראת הבחירה הבאה של היועץ המשפטי לממשלה יהיה צורך לעשות שינוי בנהלי הבחירה.   
הועדה אמורה לא לבחון רק את הדרישות הפורמאליות אלא לבחון שמדובר באדם בעל ניסיון עשיר במיוחד בתחומים שהוא יעסוק בעתיד (חוקתי מנהלי ופלילי) ויש צורך בכך שהמועמד לתפקיד לא יהיה מזוהה פוליטית ולא יהיה פעיל במפלגה כלשהי (צריך שתהיה תקופת צינון כלשהי שתנתק את התפיסה הציבורית של היועץ המשפטי מזיהוי פוליטי, בנדור – צריכה להיות תקופה יותר ארוכה). עוד הומלץ ע"י הועדה שתקופת הכהונה תהיה קצובה ל-6 שנים (נשאר היועץ המשפטי גם אם הממשלה שבחרה אותו כבר לא בשלטון), הקיצוב חשוב בשביל שהציבור לא יחשוב שהיועץ המשפטי בא לרצות את הממשלה כדי שישאירו אותו ולכן החלטותיו לא טהורות.   
ההמלצות של הועדות צריכות להיות מקצועית ובעיקרה לא פוליטית. עניין מס' המועמדים חשוב כדי שהממשלה תוכל לבחור בעצמה את היועץ המשפטי לממשלה והועדה לא תכתיב לה מועמד מסוים אחד.   
  
שאלה אחרת מתעוררת בקשר לביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה. בתוך הרשות המבצעת היועץ המשפטי לא כפוף לאף אחד מבחינה מקצועית. שאלה אחרת היא בנוגע לביקורת השיפוטית של היועץ המשפטי – כל הרשויות חייבות לפעול ע"פ כללי המשפטי ולכן מבחינה פורמאלית קיימת סמכות לבית המשפט העליון או כל בית משפט אחר לדון בחוקיות של ההחלטות של היועץ המשפטי לממשלה. יחד עם זאת, במשך עשרות שנים היה מקובל שהביקורת השיפוטית היא מאוד מצומצמת ומתייחסת אך ורק למקרים היפותטיים שקרו בחוסר תום לב של היועץ המשפטי לממשלה. הגישה הזאת השתנתה לראשונה בשנות ה-80 **בפס"ד דפי זהב**. שם בית המשפט העליון קבע (הנהגת אהרון ברק) שעל החלטות היועץ המשפטי לממשלה יש ביקורת שיפוטית שמסתערת לא רק על שיקולים של חוסר תום לב ושחיטות אלא חלה עליו הביקורת הנוגע לכל העילות המשפטיות העומדות לביקורת. היו מקרים שבהם בית המשפט פסל החלטות של היועץ המשפטי לא להעמיד אנשים לדין.   
פרשה אחת הייתה בנוגע ל**פרשת הבנקים**, רוב הבנקים התמוטטו והממשלה הייתה חייבת להתערב, ולכן הוקמה ועדה חקירה ממלכתית לבחינת העניין וועדת בייסקי המליצה להעמיד לדין שורה של אנשים וביניהם מנהלי הבנקים בשל מעורבותם בשל הויסות הלא נכון של המניות שהם עשו וזה גרם לקריסת הבנקים. היועץ המשפטי לממשלה החליט לא להעמיד את אותם אנשים לדין בגלל שהוא הגיע למסקנה שהם "סבלו מספיק" (ולא בגלל שלא היו מספיק ראיות בנושא) – הורדו מרום מעמדם החשוב. בנסיבות האלו יחד עם זאת שראשי המשק במדינת ישראל ידעו על הפעולות שבעלי הבנקים עשו וראשי המשק לא עשו עם זה דבר, אין צורך להעמיד אותם לדין. הוגשה עתירה בנושא והיא התקבלה – כאשר ועדת חקירת ממלכתית ממליצה על העמדה לדין צריכות להיות סיבות מיוחדות כדי להתעלם מהמלצת הועדה ולא להעמיד לדין. במקרה הזה נימוקי היועץ המשפטי לא היו מספיק משכנעים וחייב את היועץ המשפטי להעמיד לדין את אותם בעלי בנקים. בערעור שהוגש לאחר מכן על פס"ד של ההעמדה לדין של למנהלים, השופטים הקלו עם מנהלי הבנקים ובעצם תמכו בעמדת היועץ המשפטי שלא היו צריכים להעמיד אותם לדין.   
בית המשפט עדיין לא ביטל החלטה של היועץ המשפטי בנושא של ראיות – אם היועץ המשפטי חושב שאין מספיק ראיות, בית המשפט עוד לא התערב בזה.   
המספר הקטן שבית המשפט קבע כי יש להעמיד לדין למרות מה שהיועץ המשפטי אמר, היו קשורים לנושאים ציבוריים.   
מה בקשר למקרים שבית המשפט העליון יבטל החלטה של היועץ המשפטי להגיש כתב אישום? הביקורת הזאת לא רלוונטית היום. היום מי שמועמד לדין רשאי במשפט הפלילי עצמו לטעון שהעמדתו לדין היא לא ראויה, לא שוויונית וכו'..... ("הגנה מן הצדק")  
הביקורת השיפוטית היא מאוד צרה והיא רק במקרים קיצוניים – אפליה, חוסר תקינות קיצונית....   
פרשת הסדר הטיעון עם משה קצב – פלונית נ היועץ המשפטי לממשלה – השופטת פרוקצ'ה תיארה את המדיניות המאופקת של בית המשפט בנושא. הייתה דעת מיעוט של בייניש שיחד עם שופטים נוספים שנותרו במיעוט – היא גם אמרה שכעקרון היא לא חושבת שבית המשפט צריך להתערב אלא במקרים נדירים, אלא שהיא סברה שהסדר הטיעון התקבל לפני שהיועץ המשפטי לממשלה גיבש את דעתו הסופית לגבי שהוא ראה את כל החומרים. היא התייחסה בעיקר להליך של היועץ המשפטי (היועץ המשפטי לא התייחס לכל החומר וקבע את החלטתו לפני שראה את כל החומר והראיות) ופחות לגופו של הסדר הטיעון.   
  
  
זכויות האדם -   
  
אחד המוקדים של המשפט החוקתי. דיברנו על זכויות האדם גם במסגרת החלק על חוקי היסוד בזכויות האדם (חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו).   
אבל חוקי היסוד הללו לא המציאו את זכויות האדם במדינת ישראל. זכויות האדם מאז ומתמיד היו בעצם חלק מהמשפט הישראלי וחלקן עוגן במסגרת של חוקים רגילים. אחד החוקים הראשונים שחוקקו ע"י הגוף שקדם לכנסת, היה חוק שווי זכויות האישה. חלק גדול מזכויות האדם בעצם ע"י ניתוחו של זמיר, עוגנו במסגרת המשפט המקובל. ירשנו את זה כעיקרון מהשיטה המנדטורית.   
זכויות האדם נכנסו למשפט הישראלי בעזרת הפסיקה גם מעבר למה שקבוע בחוקים.   
חלק מהזכויות גם קיבלו את תוקפם ע"י פרשנות של החוקים. למשל **בפס"ד קול העם**, בית המשפט קבע הלכות מאוד חשובות שנוגעות לחופש הביטוי כאשר הוא פירש פקודה מנדטורית (כאשר לא דובר במפורש באותה פקודה על חופש הביטוי).   
מכוח חוקי היסוד גם הכנסת כשהיא מחוקקת חוקים מוגבלת כאשר מדובר בפגיעה בזכויות האדם המעוגנות בחוקים אלו.   
הזכויות החוקתיות בין אם הן קבועות בחוק יסוד או לא, זה חלק חשוב מהמשפט הישראלי הדמוקרטי.  
זכויות האדם הן לא מוחלטות וגם אין דרך אחת ויחידה להגן עליהן.   
  
נדון במספר זכויות:  
החופש בענייני דת ומצפון – לא מדובר בזכות אחת אלא צבר של זכויות. כולל גם את חופש הדת במובן של אדם שומר מצוות הרשאי לקיים את מצוות דתו מבלי שהדבר ימנע ממנו או מבלי להיענש מכך או שאין לחייב אדם דתי שהדת שלו אוסרת עליו לעשות. קיים היבט גם של חופש מדת – קיימת זכות לאדם שלא יחייבו אותו לקיים דת שהוא מאמין בה. גם קיימת הכרה מסוימת על חופש המצפון במובן שלא מדבר על דת אלא על מצפון.  
חופש הדת הוא אחת הזכויות העתיקות ביותר ואיננה קשורה רק למשטר דמוקרטי.   
אצלנו חופש הדת הוא בעל עיגון עוד מתקופת החוק מנדטורי – דבר המלך ומועצתו, סימן 83 שכותרתו חופש המצפון ושם נכתב שכל האנשים בישראל יהנו מחופש המצפון המוחלט ויוכלו לקיים את צורות פולחנם באין מפריע ובלבד שהסדר הציבורי והמוסר יהיו נשמרים. כל כיתה דתית תהנה מעצמאות בעניינים הפנימיים בהתחשב בהוראות שייצאו מאת הממשלה.  
הסעיף הזה מוכר יותר באקדמיה ופחות בפסיקה של בית המשפט העליון שעוסקת בדת ומצפון שמפתחת אותו יותר כפרשנות ומשפט מקובל.   
הסיבה והטעם לעקרון של חופש הדת במובן הכי בסיסי היא סיבה ברורה – כדי עד כמה שאפשר לא להציב אנשים דתיים במצב של דילמה בלתי אפשרית או צורך להכריע בין ציווים דתיים לבין ציווים וחוקים של המדינה. המדינה מעניקה את הזכות הזאת בגלל זה. גם הזכות הזאת אינה מוחלטת.   
  
בהקשר הזה יכולה להתעורר השאלה מה כלול בחופש הדת -   
חופש הדת לפחות במובן הזה אין משמעותו שאדם יכול לעשות כל מה שהוא רוצה או כל אימת שרגשותיו של בן אדם הנובעים מאמונותיו הדתיות נפגעים תהיה לכך הגנה רחבה. אלו הנושאים שבהם בית המשפט דן. חופש הדת ומשמעותו הוכרע **בפרשת גור אריה**. היה מדובר בפרשה הזאת בשני זוגות דתיים שהצטלמו לסרט תיעודי שהופק ע"י הרשות השנייה והרשות שיבצה את הסרט לשידור ביום שבת בצהריים שניתנו לרשות השנייה. שני הזוגות שצולמו לאותו סרט עתרו לבג"צ בדרישה לבטל את השידור ולדחותו במועד שאינו שבת. טענתם הייתה ששידורו בשבת מהווה פגיעה בחופש הדת שלהם, הסתמכו על חוות דעתו של הרב שמפיו הם חיים ופועלים שאמר שזהו חילול שבת. דעות השופטים נחלקו. שופטי הרוב (ברק ולוין) סברו שאין מדובר בפגיעה בחופש הדת משום שהם לא השתכנעו ששידור ע"י הרשות השניה מהווה הפרה של ציווי דתי שמוטל על העותרים. לא היה ספק בכך שרגשות העותרים נפגעים אבל גם אם המשפט מכיר בהגנה מסוימת לרגשות היא מצומצמת מזו שנתונה לחופש הדת. האמירה הכללית היא "סף הסיבולת של החברה הישראלית" – האם הפגיעה היא חמורה או לא.   
שופטת המיעוט (דורנר) הייתה בדעה שיש לקבל את הדעה משום שהיא קיבלה את טענת העותרים שהייתה פגיעה בחופש הדת. העותרים בעצם לא חיפשו הלכה מחמירה אלא הביאו הלכה של רב שהם פועליו לפיו וגם הרוב סובר שמדובר בחילול שבת ולא רק פעולה שפוגעת ברגשותיהם הדתיים ולכן מדובר בפגיעה בחופש הדת. עדיין עם כל המעמד של חופש הדת הזכות הזאת לא מוחלטת.  
המקרה הזה מדגים מצב שבו הסיווג קובע את התוצאה – אם השופטת דורנר הייתה מסכימה שאין פגיעה בחופש הדת אלא פוגע ברשות דתיים היא הייתה מגיעה לאותה המסקנה וההפך. הדעה של דורנר משקפת את המצב המשפטי כשמכירים בפגיעה בחופש הדת. איך מאזנים את הפגיעה בחופש הביטוי ורגשות דתיים?  
יש עליונות לחופש הביטוי – רק במקרים מאוד חריגים ומיוחדים ביטוי יפסל משום שהוא פוגע ברגשות דתיים (זאת משום שרגשות דתיים לא מוגדרות כזכויות חוקתיות).   
אם מדובר בחופש הדת – אז האיזון הוא שחופש הביטוי וחופש הדת הם מאוזנים. מה עושים במצב הזה?  
אין היררכיה ואי אפשר לדבר על **איזון אנכי** – מי יותר גבוה ב"פירמידה". אלא על **איזון אופקי** – שתי הזכויות שוות משקל (חופש הדת וחופש הביטוי). מתודולוגיה שבה מעמתים בין ערכים שמשקלם דומה ומכריעים מה גובר. אפשר לעשות את ההכרעה באמצעות זה שכל צד "יפסיד" קצת – למשל זה ישודר אבל לא בשבת (וככה זה מדובר – לא פוגע בחופש הביטוי, וזה לא בשבת – לא פוגע בחופש הדת). בעצם בודקים מה הפגיעה בכל אחת מהפגיעות ואז מהי הפגיעה היותר גבוהה.   
יש מקרים של איזון אופקי שלא צריך לבחור רק כן או לא, אלא יש כמה חלופות.   
איזון אנכי – גם מבחן הודאות הקרובה, השתמשו בפרשת קול העם. מה יותר חשוב בטחון המדינה או חופש הביטוי? מבוסס על כך שבטחון המדינה הוא בעצם יותר חשוב ולכן יש איסור על פרסום של דברים שעלולים לפגוע בהסתברות גבוהה בבטחון המדינה.   
  
גם חופש הדת איננו מוחלט ויש מגבלות (למרות שההגנה על חופש הדת היא מאוד רחבה).   
יש שאלה מעניינת – מתי מדובר בדת ומתי מדובר ב"שגעון" של כת כלשהי?  
יש כאלה שאומרים שאין אמות מידה אובייקטיביות שנותנות מעמד גבוה יותר לדתות הקלאסיות. וייתכן כי נפגע בכתות החדשות שצצות. אנחנו לא מונעים מאנשים לעשות משהו בכל מקרה, אבל ההגנה שניתנת ע"י חופש הדת לא תמיד ניתנת לדתות פחות מוכרות ומוסדות.   
שאלה נוספת היא עניינה בחופש המצפון. לכאורה, אפשר לומר שדת זה מקרה פרטי של מצפון.   
יכול להיות מצפון שהשתייכותו היא בדת מסוימת. בפס"ד **בפרשת שבילי** ההגנה המשפטית על חופש המצפון שאיננו נובע מדת היא הרבה יותר מצומצמת! שני טעמים לכך: 1. כאשר מדובר באמונה אידיאולוגית אבל איננה נובעת מהשתייכות באמונה בדת, אז לכאורה ההגנה פחות נדרשת כי יש יותר סיכוי שלא תהיה דילמה של חופש הדת וציות לחוקי המדינה 2. דת זה דבר מעוגן ואפשר לברר את המצוות שלו ומה מותר ומה אסור. ברגע שאנחנו נרחיב את ההגנה לחופש המצפון כל אחד יוכל לנהוג כפי שנראה לו כי הוא חושב שצריך לנהוג ככה (ייתכן גם חוסר תום לב מצד אותו אדם).   
פטור משירות צבאי מטעמי מצפון – מדובר רק על אנשים שיש להם פציפיזם שלא מתייחס ממש למה שהצבא עושה (כן פינוי, לא פינוי, איזור לחימה מסוים וכו'....). יש בעצם הבדל בין פציפיסט מוחלט לבין פציפיסט שרק דברים מסוימים נוגדים את אמונתו: 1. יש מעט פציפיסטים אידיאולוגיים מוחלטים ואז הצבא ייפגע רק מעט מאי גיוסם של אותם פציפיסטים מוחלטים. 2. שיקול פרקטי – קשה להסתדר בתור צבא אם כל חייל יעשה או לא יעשה רק מה שמצפונו מורה לו. הרי רוח הצבא מחייב אחידות לשם הגשמת מטרותיו.   
ההבדל בין חופש הדת לחופש המצפון הוא פחות בהיבט של חשיבות אלא עם חופש המצפון "אפשר לחיות", במקרים שבהם "אי אפשר" לחיות איתו אז יכבדו את זה.   
יש רמז לכך בדעת יחיד של השופטת חיות – במקרים של אדון שבילי ההתנגדות לא הייתה פוליטית אלא רק לאלימות בצבא. היא אומרת שאולי גם את הדבר הזה ניתן להכליל בפטור מטעמי מצפון. אבל זה לא המקרה הנדון.   
  
**האיזון של חופש הדת – החופש מדת**  
כשם שאדם דתי זכאי לקיים את המצוות שלו ולא חייב לנהוג בניגוד למצוותיו. כך אדם לא דתי זכאי לזה שלא יכפו עליו נורמות ומצוות דתיות.   
**במאמר של שטייניץ** – אומר שהחופש מדת זה לא דמוקרטי. זה פוגע בשוויון. למה?  
חוקים תמיד מבוססים על אידיאולוגיה מסוימת שקובעת גם מה מותר ומה אסור. חופש מדת אומרת כי יש אידיאולוגיה ספציפית שאומרים שלפיה אסור לחיות. לעומת זאת אם יבוא סוציאליסט/ שמאלני או כל דעה כלשהיא ותעלה לשלטון על כולם לפעול לפיה- היות וזוהי דמוקרטיה והוא בשלטון. אם כך מדוע בעניין דת אנחנו אומרים כי אנשים לא חייבים לפעול לפיה- כלומר אלה עם האידיאולוגיה הדתית לא יכולים לשחק במשחק הפוליטי! בנדור חושב שאולי חופש מדת מתחבר לרעיון של כבוד האדם.  
  
כאשר מקבלים חוק שהרציונאל הוא דתי טהור (למשל חוק שאוסר על הצגה של חמץ בפסח), אז איך זה נוגע לכבוד האדם? אדם שאיננו מאמין בדת אבל רוצה לדעת מה מקור המצווה? מבחינתו התשובה היא ככה, אי אפשר להתווכח עם זה! ישנה שרירות – אסור לאדם לעשות משהו מטעמים דתיים בלי רציונאל שהוא משותף לכל הציבור ואפשר להתווכח עליו.   
למה אנשים מרגישים פגיעה מיוחדת כאשר יש כפייה דתית ופחות מפריע להם כאשר הכפייה היא אוניברסאלית?  
בנדור – בגלל התחושה של פגיעה בכבוד האדם בגלל השרירותיות.   
  
**20.1.12** – לא הייתי, סיכום מכצמן  
  
**חופש הביטוי-**

בנושא זה יש אקטיביזם שיפוטי רב. למשל **בפס"ד קול העם** (משנת 53' כשבית המשפט קבע שכתבה שפורסמה על אבא אבן לא סיכנה את ביטחון המדינה). נוצר לחופש ביטוי תחושה "יאפית" (צורה של בנדור להגיד שמאלנית.... הערה שלי), או שהאנשים שטוענים לפגיעה בחופש הביטוי נמצאים במצוקה, לא זכו להשכלה, ורוצים להתבטא בעניינים שמפריעים להם.

-יש סה"כ חופש ביטוי רחב בישראל. במדינות לא דמוקרטיות אין את אותה נגישות כפי שיש אצלנו.

**חופש הביטוי-** הזכות להתבטא בתקשורת, או בין אדם לחברו, בלי שהמדינה תתערב בלי חשש להענש בגלל דעותיהם. סה"כ המצב בישראל הוא כזה שאין חשש להתבטא. זאת בעקבות המשפט המקובל שנוצר ע"י בהמ"ש בפסיקות הקשורות לחופש הביטוי. בית המשפט עשה זאת בתחילת שנות ה50, כשלישראל לא הייתה מסורת דמוקרטית, בתי המשפט היו חדשים, ועולים הגיעו ממדינות שזכות זאת הייתה מוגבלת.

חופש הביטוי כאמור לא נקבע במפורש בחוק יסוד. אך בית המשפט פירש את הזכויות בחוקי היסוד הכוללים את חופש הביטוי.

למה יש חופש ביטוי?

**השופט ברק** **בשניצר נ הצנזור** אומר- חופש הביטוי זאת זכות שיש לה שלושה טעמים עיקריים:

לפני הטעמים...... חשוב להבין שמה שנכלל בחופש הביטוי- הוא עניין שנוי במחלוקת.

1.**דמוקרטיה**- במובנה הבסיסי- שהשלטון נבחר בבחירות- ומחייבת חופש ביטוי, אחרת הבחירות הופכות להיות חסרות משמעות- לא שומעים השקפות, לא שומעים מידע רלוונטי לגבי מועמדים וכו'.

2.**גילוי האמת**- ההנחה היא שכאשר המשטר הוא בעל חופש ביטוי, וניתן להציג עובדות בעניינים שונים- זה מגביר את הסיכוי שהאמת תצוף לגבי עובדות אלו, כשהציבור חשוף אליהם. זה נכון גם לגבי עניינים פוליטיים, אידיאולוגים או עובדתיים.

\*\*\*שני הרציונאליים האלה הם בעלי אופי ציבורי- למרות שחופש הביטוי היא של היחיד- היא נתמכת ברציונליים ציבוריים. למה? כי זה טוב לחברה- מאפשר לה לקיים משטר דמוקרטי, מאפשר ליהנות מגילוי האמת.

3.**כבוד האדם (מותר האדם)**- אדם שמונעים ממנו ליצור, להפיץ את דעותיו יש בכך פגיעה בצורך הבסיסי שלו כאדם. קשור לתפיסה של כבוד האדם.

על רקע הרציונאליים נבדוק מהו ביטוי, בחופש הביטוי:

במשפט האמריקאי יש דעה שקריאת "שריפה שריפה" (בהיסטריה....) במקום כדי לחולל מהומה, זהו לא דבר שנחשב כביטוי- זה לא מקיים את הרציונאליים- לא עוזר לדמוקרטיה, לגילוי האמת או שכבוד האדם יכול שיאפשר לחולל מהומה.

בארה"ב גם עלה עניין ביטוי ארוטי- פורנוגרפיה- האם זה חופש הביטוי- התשובה הכללית שפורנוגרפיה כן, אבל "תועבה" לא. בפסיקה הישראלית היה עניין דומה, כשהצנזורה על סרטים פסלה סרט יפני- "אימפרית החושים" שהיה בו פורנוגרפיה בוטה. בהמ"ש ראה בסרט כיצירה בעלת אופי אומנותי, והוא הגן עליה.

בפסיקה האמריקנית שריפת דגל ארה"ב על מלחמת וויטנאם נכלל בגדר ביטוי. אם זה מקדם את אחד מהרציונאליים, זה יכול להיות מוכר כביטוי. אם לא היה קשר לרציונאליים אז זה לא ביטוי.

**כלומר- בודקים אם הביטוי עומד ברציונאליים.**

**ב"מפקד הלאומי"-** השופטת **פרוקצ'יה**- הייתה דעת מיעוט. חשבה שלא מדובר בחופש הביטוי- הפס"ד עסק בכך שאין לפרסם ברדיו תעמולה פוליטית של ה"מפקד הלאומי" - הועדה הממשלתית פסלה את התשדיר שהתנועה רצתה לפרסם משום שיש בו תוכן פוליטי והדבר אסור ע"פ הרגולציה של הרשות השנייה. **פרוקצ'יה** אמרה- הזכות שעומדת על הפרק היא הזכות של אדם לשדר דעות פוליטיות בתשלום (ולא חופש הביטוי, זה שונה!). בשידורים רגילים חלים כללים שאם מביעים דעה מסוימת אז משיקולי הגינות צריך להביא גם את הדעה השנייה. היא בעצם אומרת שזה לא קשור לחופש הביטוי! זה קשור לזכות של אדם לשדר תעמולה פוליטית בכסף. **השופטת נאור**- דעת הרוב- זהו חלק מחופש הביטוי אבל עומד בדרישות של פסקת ההגבלה... ולכן העתירה נדחתה..

נשאלה שאלה בכיתה לבי עיתונות מודפסת-

לגבי **עיתונות מודפסת**- אין את הרגולציה הזאת- זכותו של אדם להיות בעל עיתון ולפרסם את דעותיו.

**פס"ד חדשות**- בעבר אנשים היו מאוד מושפעים מחדשות מהעיתונים יותר מהיום, והיו שיוכים פוליטיים ברורים לעיתונים. רגולציה על חופש הביטוי פגעה בהכנסות של העיתונים ולעיתים גם הובילה לסגירתם בעקיפין.

היבטים שונים של חופש ביטוי:

**פס"ד שניצר**- עיתון "העיר" הייתה הצלחה גדולה בזמנו. הם פרסמו גם כתבות בעניינים על סדר היום. היה מדובר על כתבה לקראת חילופים על ראש המוסד ופורסמו פרטים שהצנזור סבר שעלולים לפגוע בביטחון המדינה (אז זה לא היה שנוי במחלוקת לגבי פרסום שמו של ראש המוסד- היום ברור שמותר). הצנזור לא היה מוכן לפרסם- אלא אם כן היו השמטות מאוד רציניות של פרטים. ועל כן הייתה עתירה לבגץ. בג"ץ אמר שיש את מבחן **"הודאות הקרובה"** מפס"ד **קול העם**. במקרה של **שניצר** היה "תקנות הגנה לשעת חירום" וזה בדרגה של חוק- ישנה הוראה שהצנזור הראשי יכול לדרוש לראות כתבות לפי שיקול הצנזור והוא רשאי להחליט אם הוא מאשר או לא פרסומים. בהמ"ש אמר שזהו במהותו דומה ל**קול העם**. יש מקום לאזן בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור ובטחון המדינה.- מבחן הודאות הקרובה- מבחן אנכי בין ביטחון המדינה לחופש הביטוי. אך אם אין בוודאות פגיעה בביטחון המדינה אז ביטחון לא בהכרח יגבר. בהמ"ש **בפס"ד שניצר** הוסיף את הדרישה לפגיעה **ממשית ורצינית** בבטחון המדינה- בקול העם לא דיברו על צורך ממשי. בית המשפט קבע שחלקים רבים ממה שהצנזור פסל אין "קרבה ודאית" לפגיעה בביטחון המדינה, ולכן העתירה התקבלה- רוב הדברים הותרו לפרסום.

לדעת **בנדור** יש בעיה- אומרים "ודאות קרובה", אבל לא באמת מתכוונים לזה- יש מסר כללי של הגנה על חופש הביטוי- אבל לא באמת מקפידים על ודאות קרובה- כלומר- קשה להעריך מה זה! איך יודעים עד כמה זה באמת פוגע. זה נותן אווירה כללית- לא כל פעם שאולי יש סיכון שולי לביטחון המדינה נגביל את חופש הביטוי. צריכה להיות סיבה רצינית ואמיתית לפגיעה בחופש הביטוי.

מעניין לציין- בעקבות הפס"ד ומאז- אין הרבה מחלוקות בין הצנזור הצבאי לבין העיתונות. העיתונים מרוצים מהפס"ד!! העיתונים כיום מעדיפים שהדבר יגיע לצנזור מאשר לבהמ"ש משום שהוא מבין את ההקשר של הדברים שהם מפרסמים ואת תוכנם!.

למרות שמבחן הודאות הקרובה חשוב, הוא איננו המבחן הרלוונטי היחיד. יש מקרים שבהם הוא לא מתאים. לכן לעיתים הפסיקה קבעה מבחנים אחרים. סיבה לכך שהוא אינו בהכרח מתאים:

מבחן הודאות הקרובה הוא מבחן הסתברותי הצופה פני עתיד.

**אם כן, למה מתאים מבחן הסתברותי (ודאות קרובה)?**

כשדנים בשאלה אם לאשר או למנוע ביטוי שתוצאותיו אינו ידועות.

**אך מה עושים אם הביטוי כבר הושמע?**

באופן תיאורטי יש ספק רב שמבחן הודאות רלוונטי. מה זה רלוונטי אם הדבר פורסם? בפס"ד **קול העם** היה אפשר להשלים אם מבחן הסתברותי כי הוא עלה מנוסח החוק המדובר (דיברו על חוק אנגלי שהיה כתוב בו את המילהlikely ולא ידעו איך לפרש אותו... זוכרות?).

כאשר מדובר בעבירות פליליות יש ויכוח בין שופטים שונים אם במסגרת הפרשנות של המרדה או הסתה לגזענות אם יש להחיל את המבחן ההסתברותי. מחד יש את הגישה ההסתברותית ומנגד את הגישה ש**בנדור** חושב שהיא הנכונה-

לפיה צריך לבדוק שאם הדבר התפרסם או קרה , אז צריך אם הוא עומד **ב"ודאות סבירה"**.

אם כן, מה עם הגנה על חופש הביטוי כדי להגן על רגשות? בעבר פסקו רק אם זה יגרום לנזק בודאות סבירה. אך **בפס"ד בכרי** (ג'נין ג'נין) כאשר הסכנה היא פגיעה ברגשות- מבחן הודאות הקרובה לא מתאים. אדם יכול ללכת לראות את הסרט ואז להחליט אם הוא פוגע ברגשות שלו או לא. אדם לא חייב ללכת לראות את הסרט! בודקים אם הביטוי פוגע ברגשות בביטוי עצמו ולא בהשלכות עתידיות. **בפס"ד שינוי** (עם הג'וקים המתפוצצים)- אמרו שהנזק שהביטוי עלול לגרום הוא לפגיעה ברגשות- שהמבחן הוא לא מדויק אך מדובר על **סף הסיבולת** של הציבור. **סף הסיבולת** זה לא משהו אמפירי אלא דבר נורמטיבי- מה מצפים מהציבור לחיות איתו ומה עובר את הגבול.

נקודה חשובה לכל זכויות האדם אבל גם לביטוי: שמתעוררת שאלה לחופש ביטוי או הפגנה מדובר בנק' מוצא שהציבור לא אוהב אותו. מתי זה מעורר את השאלה? כשהביטוי פוגע. חופש הביטוי וההפגנה רלוונטיות כשהן פוגעות. יש אמרה של שמגר והוא מתייחס לחופש ההפגנה- נועד לדעות שהציבור סולד מהם- ולא לכל דבר בעלמא (שמגר אמר את זה מתישהו... בנדור אומר שזה קצת בעייתי. הכוונה של שמגר- אדם לא יכול סתם לצאת להפגין כי בא לו- צריך שזה יהיה משהו שמפריע לציבור. למשל דוגמא שלי- כי אדם ממש אוהב את סבתא שלו, ובא לו לסגור כבישים ולהפגין כי ממש בא לו...) .

**בנדור חוזר על עצמו.....**

**בפס"ד בכרי** שפוגע בפגיעה קשה בחלקים גדולים של הציבור וודאי בחיילים, זהו איננו ברמה שהציבור לא צריך להשלים אותה. לעומת זאת **בפרשת שינוי**- זה כבר חוצה את סף הסיבולת הציבורי. האם יש מבחן מדויק? לא. זהו לא מבחן הסתברותי- בודקים את מידת הפגיעה בביטוי עצמו.

**בבכרי** עולה שאלה אחרת- העותרים טוענים שהסרט הוא שקרי. יש בסיס לכך שהוא שקרי, אז איך הוא יכול לקדם את רציונאל גילוי האמת? כאן צריך לחזור לענייני סמכות- מועצת הצנזורה אין זה בעניינה לברר אם זה שקר או אמת- תפקידה העיקרי סווג הסרטים לגילאים . טענות לגבי אמיתות הסרט- לא בסמכות הצנזורה.

דוגמא נוספת שלא הוחל הודאות הקרובה- **פס"ד חדשות**. הייתה הוראה של הצנזור לא לפרסם שום דבר אודות ועדת החקירה שהוקמה עקב **פרשת קו 300**. הצנזור הפעיל את תקנות החרום שלו- והורה על הפסקת הפרסום של העיתון ל 4 ימים. העיתון עתר לבגץ שלא הייתה פגיעה בביטחון המדינה בודאות קרובה ולכן הטלת הסנקציה לא הייתה כדין. אך בהמ"ש אמר שהם היו צריכים להעביר את הידיעה לצנזורה קודם כל!!. אם הצנזורה הייתה פוסלת את הידיעה, אז הוא היה יכול לפנות לבהמ"ש. אך בגלל שהוא עשה זאת "ללא חוק"- בניגוד להוראה- הם עשו דין לעצמם. מי שלא מציית- ניתן להטיל עליו סנקציות של סגירה ל4 ימים (הפוגעות בחופש הביטוי). בגלל שהוא עשה זאת על דעת עצמו.

לדעת **בנדור** ניתן להטיל ספק בנכונות הקביעה, והיא דומה לדעתו של השופט **אדמונד לוי** בפרשת **פייגלין**. למה? פייגלין עשה דין לעצמו (ניגש לבחירות למרות שהיה אסור לו- הערה שלי) ולא הטילו עליו סנקציה (בהמ"ש נתן לו להשתתף בסוף)- יש זכות שהיא חשובה ביותר- התמודדות לכנסת. זהו אינטרס של הציבור. נכון שהיה מוטב שהעיתון חדשות היה מביא מראש לצנזור וכשזה דוחה את המאמר, אז יפנה לבית משפט. אבל ישנו אינטרס ציבורי גם לחופש הביטוי! השיקול לעקוף את הצנזור הוא לא חזק! אצל פייגלין יש זכות משכנעת! יש זכות מהותית להשתתפות בבחירות! אך במקרה של **"חדשות**" נראה שהזכות היא לא כה מהותית.  
  
**23.1.12**

המשך חופש הביטוי.....  
  
אור כתבה -   
ראינו שהמבחן האולטימטיבי לאיזון בין חופש ביטוי לאינטרסים אחרים העשויים להתנגש בו הוא הסתברותי- לרוב הוא מבחן הודאות הקרובה. אולם אין הוא חל בכל במקרים- כאשר מדובר בביטוי הפוגע ברגשות חל מבחן אחר- ודאות קרובה לא רלוונטית כי השאלה היא לא הסתברותית אלא מידת עוצמת הפגיעה.  
דיברנו על פס"ד חדשות, בו אופשרה פגיעה בחופש הביטוי מכוח שיקול מניעת עשיית דין עצמית.  
על רקע זה מתעוררת השאלה בקשר לפס"ד כהנא נ' הועד המנהל – במבחן זה חל מבחן הודאות הקרובה. מה מיוחד בנסיבות פס"ד זה? מדוע הוא שונה מפס"ד שניצר בו חל אותו המבחן? – לא ניתן לפסול מראש שידורים של התבטאויות כהנא אלא יש לבדוק כל מקרה לגופו. היה וקיימת הסתברות ברמת ודאות קרובה שאכן תיתכן פגיעה בשלום הציבור אז ניתן לפסול, אך לא ניתן להחליט זאת באופן גורף. בכהנא- ההקשר של הנסיבות המיוחדות הוא של מניעה מראש. ויכוח בין השופט ברק לש' בך-האם הביטוי מהווה עבירה פלילית. בך מסכים שלא ניתן לפסול מראש התבטאויות אך לדעתו בניגוד לדעת ברק יש מבחן חילופי לודאות הקרובה: אם הביטוי מהווה עבירה פלילית, הסתה- אז גם אם בנסיבות הספציפיות לא נראה שיש סיכון- ניתן להחליט על פסילה. ברק: הנושא הפלילי עומד בפני עצמו, הוא לא עניינה של רשות השידור אלא עניין המשטרה וכו'.  
בנדור- עמדת בך משכנעת יותר בנושא. אם נאמץ את עמדת ברק ניתן לומר שיש חופש לביצוע עבירות פליליות. אם רשות השידור סמוכה ובטוחה שהדברים הן בגדר הסתה לגזענות לפי חוק העונשין לא ניתן לחייבה לשדר דברים שהם בגדר עבירה פלילית לשמה!   
  
הבחנה בין זכות חיובית לזכות שלילית:   
כאן אנו רואים הבחנה בין ההיבט הרגיל של ח' ביטוי שהוא היבט של זכות "שלילית" לבין ההבדל של זכות חיובית.  
זכות שלילית-זכות שהשלטון לא ימנע ממך, לא יעניש אותך בגין מימושה. בפסקי דין הקודמים שדיברנו עליהם דיברנו בעיקר על זכויות שליליות. זהו לרוב היבטו הרגיל של חופש הביטוי.  
  
אני כתבתי -   
זכות שלילית – שהשלטון לא יפריע לך, לא ימנע ממך לעשות משהו. חופש הביטוי הוא בעיקרו זכות שלילית.  
זכויות חיוביות - הייחוד **בפס"ד כהנא נ רשות השידור** – לפעמים לחופש הביטוי יש גם היבט חיובי. כהנא לא התלונן על זה שלא נתנו לו להתלונן אלא שרשות השידור מטילה הגבלות על שידור דבריו. הוא דבר מרשות השידור כן לעשות משהו – לדבר את דבריו. מדובר על הזכות של אדם לקבל משהו מהמדינה.   
מזהים את הזכויות החבריות עם הזכויות חברתיות/לרווחה (חינוך, בריאות, דיור.....).  
  
מה הרציונאל שלפעמים חופש הביטוי היא זכות חיובית?   
נובע מכך שלפחות ככל שהדברים אמורים בתקשורת המשודרת במדינת ישראל (בזמנו היה מונופול - הייתה רק רשות השידור), אין אפשרויות רבות ואז אם יש מגבלה זה חוסם אפשרויות רבות של האדם להתבטא כרצונו.   
מאחר שהמדינה מחזיקה בידיה אפשרות לשלוט על מה שמדובר בתקשורת האפקט של אי מתן זכות חיובית דומה מאוד במהותו אי מתן זכות שלילית – זה מונע מהאדם להתבטא בתקשורת.   
**פס"ד לם** – לא מנעו לעשות אבחונים של ליקויי למידה. אבל טענת העותרים הייתה שבכל זאת נפגע חופש העיסוק (זכות שלילית – לא ימנעו ממני לעסוק במקצוע מסוים). בית המשפט אמר שלרוב חופש העיסוק היא זכות שלילית, אבל בסיטו' כמו שהייתה בפס"ד שלמדינה יש כמעט מונופול מוחלט בנושא ליקויי למידה והיא לא מכירה באבחונים האלו אז האדם לא יוכל כמעט לעבוד במקצוע, פירושו של דבר שאי מתן זכות חיובית דומה מאוד לפגיעה בזכות שלילית.   
ולכן, בית המשפט הרחיב את חופש הביטוי בפס"ד. אם האפקט של אי מתן זכות חיובית דומה במהותו בזכות שלילית – משמעות ההחלטה של הועד המנהל הוא שכהנא לא יוכל להתבטא בתקשורת המשודרת בארץ (כי הועד המנהל אחראי על כל התקשורת של בארץ בעצם).  
בפס"ד לא אומר כי לכל אחד יש את האפשרות להתבטא ככל שהוא רוצה, יש עורכים והזמן מוגבל וצריך להשמיע דעות שונות ולא כל אחד יכול לעלות שידור לזמן בלתי מוגבל. אז ברור שכאשר מדובר בשיקולי עריכה רגילים אז פס"ד לא פוגע בזה. אבל לא ניתן למנוע שידור של דברים שמצנזרים מראש את התכנים והמסרים בהם, במיוחד שאין ודאות קרובה לפגיעה (איזון אנכי) או אין הדברים בהכרח עבירה פלילית בנסיבות העניין (אי אפשר למנוע מראש שידור ביטויים מסוימים, אלא אם מדובר בשיקולי עריכה).   
שאלה בכיתה - אם יש היררכיה בין האינטרסים המתנגשים? למשל חופש הביטוי וביטחון המדינה. איך מכריעים? אם יש פגיעה ודאית ורצינית בבטחון המדינה מול פגיעה רצינית בחופש הביטוי מה מעדיפים? אם אין ברירה מעדיפים פגיעה בחופש הביטוי (מבחן אנכי) על פגיעה ב. ואז משתמשים במבחן הודאות הקרובה. זהו מבחן הסתברותי המבוסס על היררכיה.   
אם אין היררכיה. נכריע ע"פ מבחן אופקי – דעת מיעוט השופטת דורנר בפרשת גור-אריה.   
מהו היחס בין מבחן הודאות הקרובה לפסקת ההגבלה? מבחן הודאות הקרובה זה הדור הראשון של המבחנים להגנה על זכויות האדם. החל מחקיקת חוקי היסוד יש לנו דרך יותר משוכללת שמבוססת על פסקת ההגבלה המבוססת על 6 מבחנים.   
האם מבחן הודאות הקרובה מתבטל? לא! הוא משתלב במבחן המידתיות (פגיעה פחותה). דעתו של ברק שמבחן הודאות הקרובה או מבחני איזון אחרים נכנס ליחסיות (מידתיות במובן הצר).   
כשבית המשפט נתקבל בבעיה של חופש הביטוי הוא לא תמיד מסודר ועקבי. לפעמים הוא ילך ישר לודאות הקרובה, אבל בחלק מהמקרים הם ילכו לפסקת ההגבלה (תלוי גם בטענות הצדדים – האם יש ודאות קרובה או לא?? אבל אם הצדדים מתווכחים כמו **בפרשת המפקד הלאומי** – אז הויכוח בין השופטים הוא סביב השאלה האם הסמכות למנוע שידורים פוליטיים בתשלום קבועה בחוק או לפי הסמכה מפורשת, בגלל הויכוח וטענות הצדדים השופטים הלכו לפי פסקת ההגבלה).   
השאלה באיזו מבחן נבחר אינה קשורה למקום בו קבועה הזכות. לדוג' בטחון המדינה אינו זכות שלא אדם מסוים אלא אינטרס המדינה. למעט ס' 9 שעוסק בזכויות של משרתים בכוחות הבטחון החוקים אינם מפרטים מהם תכליות ראויות לפגיעה. כאשר יש התנגשות בין שתי זכויות- פוגעים באחת כדי לקדם אחרת- בעבר בהמ"ש אמר כי יש עליונות לחוקים אשר קבועים בחוק יסוד, אולם הוא נסג מעמדה זו, כי דווקא זכויות הכי חשובות לא קבועות במפורש בחוק היסוד- לא כי אין הן חשובות- אלא כי הכנסת לא רצתה להגביל עצמה בדברים שנוגעים לחוקים אלה. לכן יכול בהמ"ש לבחור במבחן אנכי אם יגיעו למסקנה שיש עליונות ברורה לחופש מסוים.   
לרוב ערך ציבורי מול זכות אדם- המבחן הוא אנכי היות ויש לערך הציבורי לרוב יותר חשיבות.   
העובדה שזכות קבועה בחוק יסוד לא אומר שהיא יותר חשובה. הזכויות הכי חשובות לא נמצאות בחוקי היסוד כי הכנסת לא רצתה להגביל את עצמה בנוגע לזה.   
  
בית המשפט העליון **בפס"ד אבנרי נ שפירא** בפסק הדין של השופט אהרון ברק הוא קיבל את הערעור של אבנרי וקבע שככל אין לתת צו מניעה זמני נגד פרסום שנטען שהוא מהווה לשון הרע. צו מניעה של פרסום המהווה איסור לשון הרע יוכל להינתן אך ורק בסוף המשפט אן וכאשר ובית המשפט יגיע למסקנה שמדובר בפרסום אסור המהווה עוולה נזיקית ע"פ החוק. בית המשפט ביסס את הנמקתו על תורה אמריקנית שמכונה "תורת המניעה המוקדמת" prior restrain) ) ככל אין למנוע מראש ביטויים גם אם אותם הביטויים אסורים. בארה"ב תורת המניעה המוקדמת או בעצם התורה נגד מניעה מוקדמת, חלה לא רק לצורך מתן צווי מניעה זמניים. היא חלה גם לצורך צווי מניעה קבועים. בארה"ב לא ניתן בדר"כ צו שמונע פרסום גם אם הוא אסור. בתביעות לשון הרע לא ניתן להשיג סעד סופי של מניעת פרסום. בארה"ב אין צנזורה בכלל (גם לא צבאית) – נובע מהחוקה. גם כשניתן להגביל פרסום היא יכולה רק באמצעות סנקציות מאוחרות – כגון פיצויים כספיים או עונש פלילי (צנזורה של מילים גסות בתוכניות – לא קשור לנושא. החלטה של ערוצים מסוימים לצנזר מילים כלשהן כדי להשיג יותר רייטינג).   
הדוקטרינה לא חלה כלשונה בארץ. חופש הביטוי אצלנו הוא איננו מוחלט. כאשר החוק איננו קובע בצורה מפורשת הסדר של מניעה מוקדמת, אז בא בית המשפט העליון ואומר שכללית יש חוק כללי שמאפשר לבית המשפט להוציא צווים זמניים אבל בית המשפט צריך להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לתורת המניעה המוקדמת, וזאת משום שלדעת בית המשפט היא ראויה.   
קודם כל, צריך לראות אם זה פוגע בזכות חוקתית. בכבוד האדם וחירותו אין את חופש הביטוי במפורש, אבל בית המשפט פירש כזכות לכבוד האדם ככוללת במקרים רבים גם את חופש הביטוי. אם מדובר בפרסום ספר אפשר לטעון שיש פגיעה גם בחופש העיסוק.   
מה ההבדל שצריך להיות ע"י המצב בארץ והמצב בארה"ב? אצלנו יש את פסקת ההגבלה! בית המשפט יבחן את הדברים האם הם עומדים בפסקת ההגבלה. פס"ד ניתן לפני קבלת חוקי היסוד.   
  
בארה"ב אם בית המשפט מגיע שאדם פרסם לשון הרע, יש פיצויים בסכומים אדירים. מניעה מוקדמת לא קיימת גם כשהביטוי הוא אסור.   
  
מה הרציונל של הגישה האמריקאית? מה רע במניעה מוקדמת? – אומץ בפס"ד אבנרי  
הנימוק: הקפאה/צינון – מניעה מוקדמת מקפיאה את הביטוי ומונעת מהביטוי להתפרסם. אין ביטוי.   
זאת פגיעה חמורה יותר מסנקציות מאוחרות – משום שסנקציות מאוחרות מצננות את הביטוי וזה גורם גם לאנשים להסס לפרסם דברים שאולי ייחשב כפוגע. זה לא מונע את הביטוי מלהתחרות במסגרת שוק הדעות. אם מוכח שהביטוי הוא בלתי חוקי ומהווה עבירה אז אפשר להעניש או להטיל פיצויים.   
מניעה מוקדמת היא פגיעה יותר חמורה בחופש הביטוי מאשר סנקציות מאוחרות. גם אם פוגעים בחופש הביטוי הפגיעה צריכה להיות פחותה מהפגיעה הכי חמורה – למשל לאחר מעשה.   
במונחים של היום, בית המשפט היה מדבר על מידתיות ופגיעה פחותה.   
**בנדור** – ההנמקה לא משכנעת. מספר סיבות לכך:  
1. יש בה **סתירה פנימית**. אנחנו יוצאים מתוך נקודת ההנחה שהביטוי הוא אסור (אחרי איזון הערכים), אם הביטוי הוא לא רצוי (אם הוא היה רצוי לא היו מענישים עליו) איזה היגיון יש לומר "אנחנו כן רוצים שהביטוי יהיה, אבל רק רוצים להעניש עליו"? ז"א אם רוצים שהביטוי יהיה אז אל תעניש עליו! אבל אם הביטוי לא רצוי, אז אל תאפשרו לפרסם אותו! הקושי הזה מגלם חוסר קוהרנטיות של הגישה נגד מניעת פרסום מוקדם. (שאלה בכיתה – בנוגע לשאלה האם משהו צריך להתפרסם או לא. איך תדע אם מותר או לא? נדבר על זה בהקשר פס"ד אבנרי)  
2. יש בעיה של **אי המירות**. צצה הרבה פעמים בהקשרים שעליהם חלה ההלכה הזאת, היא בעיה "אי המירות" (תרגום מאנגלית) – מפצים או מחליפים ערך אחד בערך אחר שאיננו בר המרה לערך הראשון. הרבה פעמים תורת המניעה המוקדמת מעוררת בעיה כזאת. פרשת אבנרי היא דוגמא יפה לכך – שם טוב ופיצויים כספיים, לרוב האנשים זה לא דבר המיר. אם אין ברירה (בנזיקין במיוחד) אז ממירים את הפגיעה בפיצוי כספי. הפגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם היא לא פגיעה שניתן להמיר אותם בקלות (כשיש פרסום שכבר פורסם מנסים לתת לאדם סוג של סיפוק באמצעות הכסף, אבל לא כך הדבר בנוגע למניעה מוקדמת). בתורת המניעה המוקדמת המשמעות שלה היא שאנחנו בכוונה ובמודע יוצרים בעיה של אי המירות!   
3. **פגיעה בחופש הביטוי** – איך זה הגיוני? הרי כל הרעיון הוא להגן על חופש הביטוי. התשובה: שיטת המשפט איננה מאפשרת צווים שמונעים מראש, אז אדם שרוצה לפרסם ביטוי והוא לא בטוח אם הוא חוקי או לא ואין לו אפשרות בכלל לדעת איפה הוא עומד, ולכן האדם עשוי להסס והאפקט המצנן יוכל להיות יותר גרוע מהאפקט המקפיא – הרבה עיתונים לא יפרסמו דברים בגלל החשש הזה! האלמנט המקפיא חל רק על ביטויים אסורים או שיש הסתברות שהם אסורים. אבל כל אימת שמוגשת בקשה והצנזור אישר את הפרסום אז האדם רגוע. אבל במקרה שאין צנזורה (ארה"ב) אדם לא יכול לדעת איפה הוא עומד – האם הפרסום הוא חוקי או לא. לא ברור האם תורת המניעה המוקדמת עוזרת לחופש הביטוי באמת! (גם ביטויים "גבוליים" לא יפורסמו, כשייתכן שבית המשפט יגיד שהם בסדר).   
ולכן, יש היסוס בפרסום תחקירים בארץ. פוחדים מתביעות.   
  
ההלכה הקיימת כיום, היא תורת המניעה הקודמת!   
  
מה קשורות הטענות של בנדור לאבנרי נ שפירא? הלוא באבנרי אי אפשר היה להגיד האם הביטוי היה חוקי או לא. עוד לא ראו את הביטוי בכלל! למה למנוע דבר אם אנחנו לא יודעים אם הוא חוקי או לא?   
החוק המהותי – אומר שחוק איסור לשון הרע מאזן בין הערך לשם הטוב לבין האינטרס הציבורי וחופש הביטוי. לא כל דבר שלא פוגע במישהו אסור לפרסם אותו ההפך, הוא מאזן.   
נניח שחוק איסור לשון הרע – נותן משקל יחסי לחופש הביטוי של 60%, לערך של השם הטוב הוא נותן 40%. מה אומרת הלכת אבנרי? נותנים משקל של 99% לחופש הביטוי, ו-1% לשם טוב.   
יש בעיה! חופש הביטוי המהותי בתחומים של לשון הרע נותן לשם הטוב משקל רציני (40%), הלכת שפירא לא נותנת לשם טוב כמעט משקל! (כמעט אף פעם לא נמנע מראש ביטוי).   
אם הלכת אבנרי הייתה הולכת בעקבות החוק המהותי היא לא הייתה צריכה להיות מוחלטת. (למשל, יכול להיות שבפרשה הזאת לא היה צריך להוציא צו מניעה זמני בגלל חשיבות העיתוי [ערב בחירות]). צריך להיות איזון מסוים, ולכן הוא לא יכול להיות כמו האיזון שהיה באבנרי – הבעיה בהלכה הוא איזון שאיננו מבוסס על האיזון המהותי כפי שנעשה בחוק המהותי (חוק איסור לשון הרע).   
  
  
**24.1.12**  
 **חופש ההפגנה**  
  
הפגנה כולל במקרה הזה אסיפה, אסיפת עם. הוא ללא ספק חופש שהוא סוג של ביטוי.   
מטרה של הפגנות ואסיפות עם היא בסופו של דבר להתבטא ולהעביר דעות, רעיונות ולנסות להשפיע.   
לחופש ההפגנה יש גם ייחוד המקנה לו חשיבות מיוחדת משום שלרוב האנשים אין אפשרות מעשית להביע את דעותיהם באופן סדור בצורה שתגיע לציבור רחב. אנשים רגילים לא תמיד מתראיינים ברדיו או בטלויזיה ולא כותבים מאמרים בעיתונים (אין להם נגישות לכלי התקשורת וגם אם הייתה להם לא לכל אחד יש את היכולת להביע את דעותיו בתקשורת), לעומת זאת **הפגנה היא אמצעי הרבה יותר עממי**.   
המשמעות של ההפגנה איננה רק משמעות של שכנוע, של הבעת דעות אלא משמעות של ההפגנה היא גם בביטוי הפיזי של כמות אנשים שתומכים ברעיון מסוים. קרה לא פעם בהיסטוריה של מדינת ישראל **שהפגנות גדולות היו בעלות השפעות פוליטיות לאו דווקא משום שהרעיונות שכנעו את הממשלה אלא בשם עצם ההתגייסות של ציבור גדול להשתתף בהפגנות** (הקיץ האחרון – צדק חברתי). דוגמא נוספת משנות ה-80 קשורה לועדת החקירה – ועדת כהן – עסקה בחקירת הטבח שהיה במחנות סברה ושתילה בלבנון.  
הממשלה לא רצתה להקים ועדת חקירה אבל עשו הפגנה כדי שכן תהיה ועדת חקירה. הממשלה השתכנעה בגלל הציבור הרב שהגיע להפגנה להקים ועדת חקירה (ע"פ ועדת החקירה הודח אז שר הביטחון – אריאל שרון).   
ההפגנה היא קרובת משפחה ("מדרגה ראשונה") לחופש הביטוי. ולכן, הפסיקה והכללים המשפטיים שמסדירים הפגנות דומים במהותם לאלה שדיברנו עליהם בחופש הביטוי.   
עם זאת, יש כמה **דגשים ייחודיים לנושא ההפגנות**.   
דוגמא יפה לדמיון + התאמה – **פס"ד בפרשת לוי נ מפקד המחוז הדרומי**, שם בית המשט בעקבות ההלכות שבעצם יסודן בפס"ד קול העם שנוגעות לחופש הביטוי. קבע שלא ניתן לפגוע בחופש ההפגנה אלא כאשר מתקיימת ודאות קרובה שתהיה פגיעה בשלום הציבור או בסדר הציבורי. דוגמא טובה למבחן הודאות הקרובה – רלוונטי מאוד (ההפגנה טרם קוימה ולא ניתן לדעת בודאות מה תגרום ההפגנה. ואז צריך לעשות איזון).  
בפס"ד יש גם ייחוד שמבוסס בעצם על המהות המיוחדת של ההפגנה וסוג הביטוי הזה: ראשית, אז עוד לא הייתה מידתיות אבל היום היינו משתמשים במונחים של מידתיות. כלומר, אם יש דרך שאיננה שלילת חופש ההפגנה שמאפשרת גם למזער את הנזק הצפוי (ההסתברות לפגיעה בשלום הציבור) וגם למנוע פגיעה בחופש ההפגנה יש ללכת על האפשרות הזאת (מידתיות בעצם, פגיעה פחותה). לפעמים עיתוי מסוים של הפגנה הוא מאוד רגיש וכרוך בוודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור, ואז הפתרון איננו איסור על ההפגנה אלא אישורה תוך דחיית ההפגנה למועד שבו אין הסתברות לפגיעה בשלום הציבור (נכון גם לגבי מיקום בעייתי – **פס"ד דיין**).   
**בפס"ד בפרשת לוי נ מפקד המחוז הדרומי** ה"פחד" והחשש היה **מהקהל העוין**, ולא מהמפגינים עצמם.   
פס"ד אומר שאת הודאות הקרובה אנחנו נמדוד רק לאחר שהמשטרה תעשה את כל מה שהיא יכולה לעשות באופן סביר כדי לסכל את ההתנהגות האלימה של הקהל העוין. הודאות הקרובה תימדד רק אחרי שהמשטרה תקצה את הכוחות האפשריים לאבטחת המפגינים בפני הקהל העוין. אי אפשר לדרוש מהמשטרה שיש לה הרבה משימות להפנות את כל כוחותיה, אלא דורשים מאמץ סביר ורציני (חלק ממשימות המשטרה הוא לתת לאנשים לממש את זכויותיהם החוקתיות). אחת הסיבות המובהקות שבגללן מאפשרים למשטרה לדרוש שהמיקום יהיה שונה, או שההפגנה תדחה במספר ימים, לצמצם את מספר המפגינים... זה במסגרת ההתחשבות המידתית גם בתפקידי המשטרה (זהו לא התפקיד היחיד שלה).   
יש כאן זכות חיובית – זכותם של המפגינים לא רק לא להיות מפוזרת ע"י המשטרה, אלא גם שאם הם רוצים להפגין יגנו עליהם מפני קהל עוין.   
  
בקביעת אישור להפגנה הכל תלוי בנסיבות! (למשל, סביר שלא יאשרו הפגנה בהר הבית למרות שזה לא קבוע בחוק).   
  
מבחן הודאות הקרובה לא ברור לאיזה מבחן הוא נכנס אם כי לפי הפסיקה הוא הוכנס לתוך המידתיות/יחסיות. והודאות הקרובה משתלבת בתוך מערך רחב יותר של פסקת ההגבלה ויש לבדוק בכל מקרה את פסקת ההגבלה- בדיקת נכונה היא גם פסקת ההגבלה וגם ודאות קרובה.  
  
**בפרשת כהנא נ קצין אג"מ** - רואים שיש ארגונים מסוימים שאסור להם בכלל להפגין – הם מוגדרים כארגונים טרוריסטיים.   
  
**בפס"ד דיין** – חופש ההפגנה מול הזכות לפרטיות. איזה פס"ד זה מזכיר לנו? **פס"ד גור אריה**, דעת המיעוט של דורנר – היה עימות בין שתי זכויות חוקתיות פחות או יותר שוות משקל. חופש הביטוי מצד אחד וחופש הדת מצד האחר. עשתה איזון אופקי! גם במקרה הזה הולכים לאיזון אופקי – לא אומרים מראש מה יותר חשוב, אלא מנסים למצוא נוסחה שממקסמת במידה המרבית את שתי הזכויות.   
הדילמה בפס"ד הזה היא מול הפרטיות (של הרב עובדיה ושכניו) למול חופש הביטוי.   
הפגנה ליד הבית הפרטי מטרתה להציק ולפגוע בפרטיות, ולא מדובר במפגינים המפגינים מול מקום העבודה של איש הציבור שזה הגיוני.   
כאשר מדובר באיש ציבור שביתו הוא גם מקום עבודתו (משכן הנשיא, משכן ראש הממשלה, ביתו של עובדיה בפס"ד הזה....), במקרים מהסוג הזה לא שוללים על הסף את האפשרות להפגין למרות הפגיעה בפרטיות שנגרמת. אלא למשל מגבילים את השעות, את מספר המגבילים וכו'. מצד אחד, לא מונעים באופן מוחלט את ההפגנה. מצד שני, מגבילים בשעות ובמספר המפגינים.   
\*בית המשפט קובע את מבחן הודאות הקרובה. ואז המשטרה אמורה בעזרת היועצים המשפטיים שלה לראות האם ההפגנה עומדת בודאות הקרובה. המקצועיות של המשטרה יכולה דווקא להוות פה יתרון על בית המשפט\*

אנחנו מגיעים, **לפס"ד בפרשת כהנא** – לא החילו את מבחן הודאות הקרובה. למה? בית המשפט אמר שבסיטואציה שבה עצם הפעילות של אנשים שרוצים להפגין מהווה עבירה פלילית אי אפשר לדרוש מהמשטרה לאפשר את ההפגנה שהיא בעצם עבירה פלילית (ע"פ החוק הקיים כל ארגון שמוכרז כארגון טרור, כל פעילות שלו היא בגדר עבירה פלילית). המשטרה לא חייבת לאשר הפגנה מהסוג הזה. מזכיר את דעת היחיד של השופט בך **בכהנא נ הועד המנהל** – אמר שגם אם אין ודאות קרובה לגבי נאום ספציפי של כהנא שיגרום לפגיעה חמורה בשלום הציבור.... אבל, אותו נאום נכנס לגדר עבירה פלילית (הסתה לגזענות) זה דבר מוזר שחלה על רשות השידור חובה לאפשר לאנשים באמצעות השידור לעבור עבירה פלילית.   
  
  
**הזכות לשוויון** – זכות יסוד מרכזית   
  
שתי הזכויות החשובות והנחשבות ביותר במשפט הישראלי – חופש הביטוי והזכות לשוויון. הן לא קבועות בחוקי יסוד. בפועל, חוקי היסוד מתפרשים כמגנים על זכויות אלו ע"י חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
הזכות לשוויון למרות שקשה לחלוק על החשיבות שלה והמרכזיות שלה היא זכות שכשמנסים לחשוב מה היא אומרת, מסתבכים! יש הטוענים שהזכות לשוויון היא ריקה, ומכניסים אליה דברים אחרים כשוויון.   
גם הפסיקה של בית המשפט העליון שעוסקת בזכות לשוויון היא פסיקה שבמקרים רבים לא מבוססת על מושגיות אחידה, אלא משתמשים בהקשרים שונים מאוד בביטוי שוויון, הזכות לשוויון ואיסור הפליה.   
  
ננסה לעשות סדר....   
ניתן להצביע על שני שימושים עיקריים בזכות לשוויון או בעקרון השוויון בכלל במשפט:  
1. **שוויון חוקתי = זכות חוקתית לשוויון**. דוגמא ניתן לראות **בפס"ד בפרשת אליס מילר** – אישה שטענה שהיא רוצה כמו הגברים לקבל זימון לטייס. מדיניות הצבא באותה עת הייתה שלא לאפשר לנשים לשרת בצה"ל כטייסות. זאת לא משום שנשים אינן מסוגלות להיות טייסות אלא משום ששירות של נשים כטייסות איננו יעיל מבחינת הצבא (ארגונית ותקציבית). התועלת שניתן להפיק מטייסת אישה לעומת טייס גבר (מבחינת עלות-תועלת) היא פחותה. העתירה שהוגשה התקבלה ברוב דעות של 3 שופטים נגד 2.   
מתוך דעות הרוב היו נימוקים שונים, 2 משופטי הרוב נימוקם היה פחות או יותר – יש הבדל רלוונטי בין נשים לגברים בהקשר של שירות בתפקידי טייס (מהסיבות שציינו), ולכן אי אפשר ששיקול המגדר הוא זר אלא הוא נובע משיקול רלוונטי. עדיין, עצם ההתחשבות בשיקול של מגדר פוגעת בזכות החוקתית לשוויון, לפחות כשמדובר במגדר לרעת הנשים. מעבר לפס"ד יש רשימה די ברורה של שיקולים בעלי אופי קבוצתי שהתחשבות בהן נחשבת כפוגעת בזכות חוקתית: מין, דת, צבע, גיל, נטייה מינית. עצם ההתחשבות בשיקולים האלו (בין אם הם רלוונטיים או לא) מהווה פגיעה בזכות חוקתית. מדוע? יש בכך פגיעה בכבוד האדם. כלומר, כאשר פוגעים באדם על רקע השתייכות קבוצתית (שבדר"כ לא נובעת מבחירה שלו) זאת פגיעה בכבוד האדם. נניח בסיפור על אליס מילר – פסלו אותה רק על זה שהיא אישה.   
זכויות חוקתיות גם הן לא מוחלטות, וצריך לבחון אותה אם היא עומדת בפסקת ההגבלה.   
**פס"ד פורז** – עסק בהליך הבחירה של רב לעיר תל אביב. רבנים של ערים נבחרים ע"י ועדה כלשהי שכוללת נציגים שנבחרים ע"י מועצת העיריה הבוחרת את הרב. עיריית ת"א הייתה זקוקה לרב והמועצה הייתה אמורה לבחור את הנציגים. מספר חברי המועצה (בעירייה?) מטעם מרץ הספיק כדי לזכות אותה בחבר מועצה והם בחרו באישה. ואז הרבנים לא הסכימו שתהיה אישה. למה שלא תהיה אישה? כי הסתבר שסימנו כבר מועמד מסוים. וייתכן שאם יבחרו אישה הוא לא יציג את מועמדותו כרב. אין כאן לכאורה שיקול לא רלוונטי – אם ישיבתה של אישה עשוי לפגוע בהצגת מועמדים טובים. העתירה התקבלה. אכן יש שיקול רלוונטי. אבל בעצם ההתחשבות בשיקול המין גורם לפגיעה בכבוד האדם של האישה.בדקו האם יש ודאות קרובה שרבנים רציניים לא יגישו מועמדות אם תישב אישה. בית המשפט קבע שאין ודאות קרובה ולכן הוא קיבל את העתירה. אותו רב בסופו של דבר נבחר לתפקיד (הרב לאו). אי אפשר למנוע מאישה להשתתף במועצה דתית.   
המשך שוויון חוקתי – השוויון הוא איננו מוחלט וצריך לפעול בהתאם לפסקת ההגבלה.   
  
**25.1.12**  
  
2. **שוויון מנהלי = אריסטוטלי** – אמור לחול בשיקול דעת של רשויות מנהליות. זה לא תמיד ככה. **פס"ד לוי נ מדינת ישראל** – בית המשפט העליון היה מוכן לבדוק חוקתיות של חוק שלא התבסס על הבחנה בין מין, גזע ודת.   
אז מה המשמעות של השוויון הזה? אריסטוטלי – על שמו של אריסטו שאומר שיש להתייחס למקרים שווים באופן שווה, יש להתייחס למקרים שונים באופן שונה (אם יש שני מקרים שונים ומקבלים לגביהם אותה החלטה זה מהווה פגיעה בשוויון).   
לא סתם יש להתייחס לשני מקרים שונים בדרכים שונות, אלא שמידת השוני וההתייחסות לשני מקרים שונים צריכה להיות בפרופורציה למידת השוני בין המקרים.   
דוגמא: נניח שאדם מרוויח 1000 שקל לחודש והשני 1,000,000 שקל לחודש. אלו מקרים שונים.   
אם נטיל על מי שמרוויח 1000 שקל מס הכנסה של 500 שקל, וגם על מי שמרוויח 1,000,000 נטיל מס הכנסה של 500 שקל. ההתייחסות היא שווה אבל המקרים הם שווים.   
אבל אם זה שמרוויח 1000 שקל נטיל מס של 500, וזה שמרוויח 1,000,000 נטיל 600 שקל מס הכנסה.  
אז כביכול הדרישה מתקיימת כי יש שוני בין המיסים. אבל זה לא בפרופורציה!!  
במתמטיקה יש מקרים שווים. אבל בעולם האמיתי אין דבר כזה, בין כל בן אדם לאחר יש הבדלים.  
וכאן נכנסת התפיסה הזו של השוויון, השוני צריך להיות רלוונטי כדי שנתייחס שונה לשני המקרים – זהו הדבר העיקרי בתפיסת שוויון זו.  
אם זכות היסוד החוקתית לשוויון אז בוודאי שהשוויון האריסטוטלי לא מוחלט! הוא מתבסס על רעיון של עקביות. כלומר, במקרים שווים אנחנו מתייחסים אותו הדבר ובמקרים שונים מתייחסים שונה.   
אבל אי אפשר תמיד להיות עקביים (אי אפשר, או לא רוצים).   
יש הרבה מאוד מקרים בהם יש רק מצבים של שתי אפשרויות (בינארית) והם לא תמיד מתחשב בפרמטרים אחרים שהם רלוונטיים.  
לפעמים אפשר להתאים החלטות שונות למקרים שונים, אבל לא תמיד זה ריאלי (המשפט לא יכול לפקח על זה). לפעמים בתי המשפט (לא תמיד באופן עקבי) מחילים גם דברים שהם לא חוקתיים כחוקתיים ואז מחילים עליהם את השוויון האריסטוטלי. – לבדוק.....   
  
האם המשמעות של השוויון החוקתי שאומר שאסור להבחין מטעמי מין, האם האיסור הזה הוא מוחלט במהותו או שבעצם הכוונה היא לאיסור להפלות לרעה את הקבוצה החלשה/המקופחת? האם גם זה מפר את השוויון?   
או שאפשר לומר שמקרה כזה אין בו בכלל פגיעה בשוויון?   
**בפס"ד שדולת הנשים**, אומרים שלא! למה? זה קשור לרציונאל של עקרון השוויון המהותי.  
ההעדפה המתקנת (חיזוק החלש) לא פוגעת בכבוד האדם של הקבוצה החזקה אלא זה יוצר את השוויון בין המינים, זה הביטוי של השוויון האמיתי!   
לעקרון השוויון דווקא במובנו כזכות יסוד חוקתית יש רציונאל פרטי וגם רציונאל ציבורי (טובת החברה בכללותה). בפס"ד מילר אומרים ששירות בצבא בתפקידים יוקרתיים כמו טייס, זה מפתח להתקדמות חברתית. בהנחה, שנשים לא פחות מוכשרות מגברים כעיקרון, אם מונעים מנשים הזדמנויות להגיע לתפקידים יוקרתיים זה פוגע בחברה כולה! הנשים המוכשרות האלו לא תהנה מהיכולות שלהן באזרחות.  
ההבחנה המקדמת/מתקנת היא לא רק להגן על האינטרס הפרטי אלא גם על האינטרס הציבורי, וזה מחזק יותר את זה שאין פגיעה בכבוד האדם אלא זה נותן ביטוי לשוויון.   
**פס"ד בפרשת זקין**, מציד היבט ספציפי אבל היבט חשוב של השוויון. והוא שוויון באכיפת החוק.   
זה מתחבר לאחד הנושאים שדיברנו עליו בשיעורים קודמים של שיקול הדעת בהעמדה לדין (אי אפשר לאכוף באופן מוחלט את כל החוקים ואת כל העבירות). בפס"ד הזה אדון זקין ביצע עבירה – הוא תלה מודעות בחירות בלי לבקש איסור. אבל מה הסתבר? שרק עליו אכפו את זה (הוא היריב הפוליטי של ראש העיר).   
אכיפה שהיא מפלה היא אסורה, והיא מכונה בפס"ד ע"י זמיר – אכיפה בררנית (סלקטיבית).   
אם האכיפה היא חלקית והשיקול איננו שיקול מפלה אלא שיקול של מקריות (אוכפים אחד מכמה מקרים באופן אקראי או בהתאם לחומרת הנסיבות), זה לגיטימי במסגרת חלקיות האכיפה. לעומת זאת, אכיפה מפלה (הפליה אריסטוטלית), שהמקרים שווים אבל האכיפה היא שונה, ובעצם אין זה מקרה שבמקרה הזה הייתה אכיפה, והשיקול לשוני לא היה רלוונטי, אז זה לא לגיטימי! היום ניתן להעלות את הטענה הזאת במשפט פלילי, ב"הגנה מן הצדק"! הטענה מתעוררת בעיקר בעבירות שהאכיפה היא נמוכה – הסתה, המרדה....  
צריכים להראות מה המדיניות ולמה דווקא המקרה היה הועמד לדין – לבדוק שזאת לא הייתה הפליה.   
**פס"ד בפרשת לוי** שבית המשפט דן בו במשקפיים החוקתיים. הטענה יכלה להיות אריסטוטלית של חוסר עקביות – מה ההבדל בין מישהו שנפצע בשנת 98' או 99' מבחינת הזכות לקבל גמלה? בית המשפט אמר שלפעמים זה בסדר להיות שרירותי. וזה בגלל שהתקציב הוא מוגבל, ואם הוא יחולק בין הרבה מאוד אנשים הוא יהיה קטן מאוד וזה לא יעזור לאף אחד. ואז זה בסדר שנקבע קריטריון שרירותי – אבל זה לא באמת מפלה בנוגע לדת, גזע, מין.... אלא קבעו תאריך. עצם זה שהיסוד הוא שרירותי מראה על זה שהעניין הוא לא חוקתי! אבל בית המשפט הקל בפסק הדין משום שהנסיבות היא לא הפליה ע"ר קבוצה שהם שייכים אליה שהיא נחותה יותר, אלא היה סכום מוגבל והיה צריך לחלק אותו, וקבעו קריטריון שרירותי.   
  
**זכויות רווחה/חברתיות**  
  
הכוונה היא לזכויות כגון: חינוך, קיום מינימאלי, דיור הולם וכו'.   
מה שמאפיין את הזכויות החברתיות הן במונחים שמוכרים לנו שהן זכויות חיוביות – מדבר על דברים שהמדינה צריכה לעשות משהו בשבילי.   
ע"פ טענה רווחת, הזכויות החברתיות במידה רבה הן תנאי ליכולת להנות משאר הזכויות. אדם שלא קיבל חינוך ראוי, אדם שלא מטופל מבחינה רפואית, אדם שאין לו איפה לגור..... מה אכפת לו מחופש הביטוי? שוויון? חופש ההגנה? ההתאגדות?......   
כדי שאדם יוכל להנות מהזכויות הקלאסיות – הזכות לבחור ולהיבחר.. אין להן הרבה חשיבות לאנשים שהצרכים הבסיסיים שלהם (צורכי הרווחה הבסיסיים שלהם) אינם מסופקים.   
יש אפילו טענה חתרנית שאומרת שהשופטים בארץ ובמקומות אחרים בעולם פיתחו והדגישו את הזכויות הפוליטיות (חופש החוזים, התאגדות..) כי זה מה שחשוב להם ולא לציבור עצמו.   
זכויות הרווחה בעצם חשובות יותר, אבל מבחינת האליטה זה לא מעניין אותם כ"כ, זה לא רלוונטי לחייהם.   
נמצא יותר בסדר היום שלהם הביטויים הליברליים והזכויות הקלאסיים.   
הטענה הזאת, שיש לה תומכים רבים מאוד, יש לה בהחלט כוח משכנע. תפיסה שמאוד מקובלת בתקופה האחרונה שהדגישו את הצעת חוק, חוק יסוד: זכויות חברתיות (לא קיים עדיין!!)  
למרות הכוח של הטענה הזאת, אי אפשר להתעלם גם מבעיות מסוימות שצריכים להיות מודעים אליהם בהגנה חוקתית על זכויות חברתיות. הגנה חוקתית – הגנה ברמה על-חוקית. רמה חוקית קיימת גם כיום! לא צריך חוק יסוד: זכויות חברתיות כדי לקיים את אותם חוקים חברתיים שכבר קיימים.   
**בפס"ד יתד נ שר החינוך** – מדובר על הענקת חינוך שוויוני לילדים עם לקויות ומוגבלויות (תסמונת דאון), לא היה כל ספק על פי כל דעות המומחים שחינוך שוויוני אמיתי לילדים כאלה בדר"כ מחייב שילובם בכיתות רגילות (שילובם בכיתות מיוחדות פוגע בהם), ומשרד החינוך אמר שאין לו תקציב לזה. זה הגיע לבג"צ -   
בית המשפט אמר שיש חוק והוא מחייב לתת חינוך מלא ושוויוני גם לילדים עם מוגבלות. אם יש חוק, צריך למצוא תקציב!  
בית המשפט פירש את החוק ע"פ עקרונות השוויון וע"פ עקרונות שוויוניים. אין צורך לומר שזה חוק חוקתי כדי שנוכל לאכוף את החוק, לפעמים מספיק שזה מוסדר בחוק רגיל.   
אבל זאת לא השאלה (האם מספיק חוק רגיל בזכויות חבריות או חייבים חוק יסוד) השאלה היא: האם הזכויות הללו יכולות להיות מוכרות כזכויות שעומדות מעל החוק הרגיל. כלומר, האם הכנסת מחויבת לספק אותם בחוקים הרגילים ואם היא פוגעת בחוקים האלו והיא לא מקיימת את המבחנים של פסקת הגבלה, ניתן לבטל את אותו חוק. תשובה: זכויות חברתיות לא שונים מחופש הביטוי למשל, ולכן ניתן להחיל את פסקת ההגבלה.   
בנדור – הדברים לא כ"כ פשוטים. החוקה עובדת (בית המשפט דן בדברים האם הם חוקתיים או לא), אבל אם אין כסף לזכויות החברתיות אין על מה לדון בכלל [דוגמת האדם שלא קיבל תרופה מסוימת והיה דיון בנושא, ואותו אדם מת בסוף].   
זכויות הרווחה הם חלק ניכר מתקציב המדינה. אם המשאבים מוגבלים, אז לא תמיד אפשר לספק את כל זכויות הרווחה.   
  
**הבעיות בחקיקת חוקי יסוד חברתיים:**  
1.אם המשאבים מוגבלים (כי אם לא מוגבלים לא מתעוררת בעיה), באופן טבעי אי אפשר במשאבים הקיימים לספק את כל זכויות (גם אם זה רשום בחוקה).  
2.במדיניות מאקרו- יש קושי בהעברה לרמה חוקתית- קביעת סדרי העדיפויות הלאומיים שבאים לידי ביטוי ברמת המאקרו. היות והכנסת לא יכולה לחוקק ולהחליט ע"פ שיקול דעתה, בגלל שהעניין הוא ברמה חוקתית ועל כן בהמ"ש יכול להוציא צוים לבטל צוים של הכנסת, לחייב לחוקק חוקים אחרים כדי לממש את הזכות החוקתית. הרי על כך עושים בחירות, כדי שהרשויות יקבעו את סדר העדיפויות. ואילו אם זה יהיה ברמה חוקתית לא יהיה יותר לשיקול דעתם.

3.ההתייחסות לזכויות רווחה כאל זכויות חוקתית, עלולה להביא להרחבה, זילות שלזכויות הרווחה, היות ואי אפשר באמת להגן על הזכויות החברתיות כולן. ככל שמרחיבים יותר את רשימת הזכויות כך ההגנה עליהן פוחתת.

**פסד עמותת מחויבות** תקופה שבה נתניהו היה שר האוצר. היתה מדיניות של קיצוץ דרמתי בקצבאות של ביטוח לאומי. הרעיון היה לגרום לאנשים ללכת לעבוד על ידי כך שלא יהיו להם קצבאות. הרבה אנשים נפלו ביון הכסאות כי לא באמת יכלו לעבוד. ואז הוגשה עתירה נגד החלטה זו שמקטינה מאוד את הקצבאות. בהמ"ש דחה את העתירה. ש' המיעוט לוי קבע כי יש פגיעה חמורה ולא מידתית. אחרי גלגולים רבים בבהמ"ש. קבע כי לא הוכיחו שהיתה פגיעה מינימלית בזכות לקיום מינימלי בכבוד.אנשים עם בעיות שיכלו לו דעת חריגים. אך לא החוק של הכנסת גורם לכך שהאנשים לא יוכלו לחיות באופן מינימלי לכבוד. (אף לא הגיעו לבדיקת פסקת ההגבלה). העתירה נדחתה.   
האמירה השכיחה שיש הרבה זכויות שהן בחלקן חיוביות, אמנם מבחינה מעשית זה לא אותו דבר כמו זכויות חברתיות חיוביות. היות וההבטים הם לא של מאקרו כלכלה אלא יחסית בכסף קטן. אולם בתחומים החברתיים הגדולים- מדובר בקביעת סדרי עדיפויות שקשה מאוד גם מבחינת הרצוי וגם הפרקטיקה, מאוד קשה לנהל זכויות חברתיות. אמנם יש רווח סמלי שמכירים בזכויות החברתיות כחוקתיות, אך גם בהבט הסמלי הזכויות החברתיות לא מתייחסים אליהן ברצינות ואין לבהמ"ש כלים אמיתיים להקצות מחדש את תקציב המדינה- היות ואין מספיק בתקציב המדינה לזכויות שהן לא חלק מהרווחה.  
אמנם מאוד מקובל לדבר על החשיבות של זכויות חברתיות כחוקתיות, אולם, זהו תחום מיוחד שיש להתייחס אליו בצורה שונה.   
לדוג'-דרישת החוקיות- אם המדינה מחליטה לא לתת שירות מסוים, כמו הזכות לבריאות,האם היא צריכה לחוקק חוק לא לתת?הרי אין הצעות אי חוק.   
אם ננסה להחיל את פסקת ההגבלה על הזכויות החבריות, נראה שזאת בעיה! המבחן הראשון הוא חוק – אבל אין חוק מפורש שסותר את הזכויות החברתיות. וכבר זאת בעיה!! פסקת ההגבלה לא מתאימה בניסוח שלה להחלתה על זכויות החברתיות.   
  
  
**30.1.12**  
  
הקושי שבשיח חוקתי על זכויות רווחה – לא שהן לא חשובות או אינן מוגנות במשפט. אבל, הכללים החוקתיים הרגילים ובראשם פסקת ההגבלה לא בטוח שהם מתאימים.   
לא ניתן את כל תקציב המדינה להשקיע בנושאי הבריאות. הסכום שמוקצב לבריאות הוא מוגבל.   
יש ועדה שפועלת בכוח החוק וקובעת את סל התרופות – כל אזרח זכאי להם.  
יש צורך לעשות איזון בין התרופות – כן מצילות חיים.. לא מצילות חיים...  
לפעמים אותה ועדה צריכה לעשות איזונים ולהגיד שאנשים מסוימים לא יקבלו את תרופתם גם אם היא חיונית ומצילת חיים בגלל עניין התקציב. מקרה אחד כזה מוכר לנו, פס"ד לוזון – ביקשו תרופה למחלה וזה לא נמצא בסל הבריאות ואז דנים בזה בבית המשפט. בית המשפט לכאורה מנהל את הדיון על סמך פסקת ההגבלה. הוא בודק לפי המבחנים של פסקת ההגבלה. האם אפשר במקרה ספציפי שחיי אדם (פגיעה בזכות לחיים) פחותים מעלות כלכלית של תרופה ספציפית? לפי היחסיות והמידתיות במובן הצר, ערך החיים עולה על העלות התקציבית של המדינה. ובכל זאת, הדיון טכנית נעשה מתוך התפיסה של הזכות לבריאות כזכות חוקתית (ודנים על פסקת ההגבלה). העתירות הללו כל עוד לא מוכיחים הפליה או פגם, הן נדחות. למה?  
כי התקציב הוא מוגבל וצריך לקבוע איזון בין צורכי הביטחון, החינוך וכו'... וגם איזון בתוך הזכות לבריאות.  
לסיכום, למרות שמתייחסים לזכות לבריאות כחוקתית, אי אפשר להחיל עליה את המבחנים של החוקתיות (פסקת ההגבלה), כי המבחנים האלו לא מתאימים לזכויות חיובית שיש להן עלות מאוד גבוהה (אם מסתכלים ברמת המאקרו יש עוד דברים שהם חשובים, כאן בא עניין האיזון בין הזכויות כולם).   
מה קורה בפועל? מחילים כלים חוקתיים וזה לא נופל על עקרון המידתיות.   
בנדור - אנחנו גורמים לזילות של המבחנים החוקתיים! הביקורת היא לא אנטי-חברתית (לא אומר שהצרכים החברתיים לא חשובים)... אלא זאת גישה מציאותית שמטרתה שמירה הכוללת על הזכויות החוקתיות תהיה טובה יותר (יכול להיות שזכויות אחרות יפגעו).   
בארץ, אין פסקת הגבלה מיוחדת בנושא. במדינות אחרות יש – אבל גם שם פסקת ההגבלה לא אומרת הרבה – (אמנות כלשהן)... אומרת שהמדינה תשקיע כמה שהיא יכולה.   
על זכויות חברתיות אי אפשר להגן באופן מוחלט וטוב ע"י המבחנים החוקתיים.   
  
מה אמורה לעשות הכנסת כשהיא יודעת שיש הרבה מאוד צרכים? האם היא יכולה בכלל לאזן?  
בית המשפט לא כותב מחדש את תקציב המדינה ולכן רוב העתירות נדחות!  
בית המשפט אמר, קיום מינימלי בכבוד – אבל לא היה מוכן להגיד שנפגעה הזכות המינימלית לכבוד. למה? כי אז צריך להחיל את פסקת ההגבלה. מה יקרה אם הדברים כן יעמדו בפסקת ההגבלה? מאיפה יבוא הכסף?  
  
**פס"ד עמותת מחויבות לשלום**, דעת מיעוט של אדמונד לוי – לא מבין את כל הדיבור על מינימלי.   
  
נסכם, אנחנו גורעים מאפשרותנו לספק הגנה חוקתית יעילה לזכויות שאליהם באמת יש צורך בהגנה חוקתית שלא תלויה בשיקול דעת.   
  
 **תקנות שעת חירום**  
כידוע, כבר מרגע הקמתה של המדינה, אנחנו נמצאים במצב חירום! (בגלל המלחמות.... וגם בתקופות שאין מלחמה ויש "רגיעה" – אבל זה לא באמת רגיעה אמיתית).   
  
מדינה שבאופן רציף נמצאת במצבים כאלה או אחרים במצבי חירום, לא יכולה להגיד שזכויות חברתיות לא רלוונטיות במצבי חירום (במצב מלחמה זכויות חבריות לא רלוונטיות והם ב"הולד"), כי אז היא תהיה מדינה לא דמוקרטית (כל הזמן זכויות חבריות לא יהיו רלוונטיות כי תמיד אנחנו במצב חירום).   
במדינת ישראל התפיסה לא יכולה להיות שבגלל שאנחנו במצב חירום, אין זכויות אדם.  
התפיסה צריכה להיות מידתית – יש זכויות אדם, אבל צרכים קיומיים אחרים שהם בעלי תכלית ראויה שנובעת מהתנאים הבטחוניים המיוחדים של מדינת ישראל, יכולים לא לבטל את זכויות האדם אלא יכולים לפגוע בהם בהתאם למידתיות והכללים האחרים של המשפט החוקתי.   
יש חקיקה שמקורה בתקופתה מנדט שהתקבלה ע"י מחוקק שאיננו דמוקרטי (הבריטים), והיא נוגעת לפקודת העיתונות ולתקנות הגנת שעת חירום, 1945. התקנות האלו הם כמו חוק!   
באופן כללי המנדט לא היה דמוקרטי ולא התיימר לכך אך החוקים הללו תקפים בישראל. חלק מהם אכן בוטלו.   
  
למשל, עד תחילת שנות ה-80 סמכות המעצרים המנהלית הייתה הרבה יותר רחבה! היום זה צומצם...   
  
היום עדיין יש חקיקה מתקופת המנדט שלא מתאימה למדינה דמוקרטית. אלא שחלק גדול מהחקיקה לא משתמשים. ובחוקים המנדטוריים שכן משתמשים – הפרשנות השתנתה. **פס"ד שניצר** – סמכות הצנזור למנוע פרסום. הסמכות הצטמצמה עם השנים (צומצם ע"י הפרשנות של בית המשפט).   
  
מבחינה משפטית הסמכויות שיסודן בחוקים המנדטוריים לא תלויים בקיום מצב חירום.   
  
למה ההכרזה חשובה? כי יש חוקים שלא עומדים בתוקף אלא כאשר יש הכרזה על מצב חירום.   
כל שנה הכריזו מחדש על מצב חירום. בשלב מסוים, הכנסת חשבה לבחון האם יש הצדקה להכרזה ואז קבעו הסדר חדש בחוק יסוד: הממשלה, סעיף 38. בסעיף נאמר כי אם הכנסת רואה שיש במדינה מצב חירום היא יכולה ביוזמתה או ע"י הצעת הממשלה להכריז על מצב חירום... ואז יש מגבלות:  
1. לראות פעם בשנה אם יש הצדקה להכריז על מצב חירום.  
מאז 1996 שהחוק נכנס לתוקף, הכנסת כל שנה מאריכה את מצב החירום. זה לא בגלל שבאמת יש מלחמה אלא שבמשך השנים חוקקו הרבה מאוד חוקים שקשורים למצב חירום (בלעדי הכרזה על מצב חירום, אי אפשר להשתמש בחוקים האלו). די הרבה שנים עומדת בפני בג"צ עתירה לבטל את ההכרזה על מצב חירום. המדינה אומרת שהם נמצאים בהליך בדיקת כל החוקים שאין להם תוקף אלא במצב חירום ולכן אי אפשר לעשות משהו בינתיים עם ההכרזה.   
  
בעצם, סמכויות החירום הקיצוניות ביותר, שהן הסמכויות מתקופת המנדט, לא נאמר שתוקפה תלוי בהכרזה על מצב חירום.   
  
יש סמכויות רבות ושונות שתחולתן מותנית בהכרזה על מצב חירום – הכי מפורסמת אבל כמעט לא משתמשים בה – הסמכות להתקין תקנות שעת חירום! [תקנות שעת חירום – חוק של ישראל, קשור להכרזה על מצב חירום ותקנות הגנה (שעת חירום) הן שונות!! – חוק מנדטורי].   
  
הסמכות מכוח **חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים** – חוקק ע"י הכנסת ב-1957. נולד בתקופת הצנע.   
היה פיקוח הדוק על המשק. בתחום הכלכלי הוא מאפשר לממשלה לפקח ולהסדיר כרגולטור בכל נושא שהיא מעוניינת בו.  
הסמכויות האלו ניתנות להפעלה רק אם יש הכרזה על מצב חירום.   
ניסוח החוק הוא מאוד גורף ומסורבל ולכן יש פרשנות אודותיו. במשך שנים רבות בית המשפט לפעמים טעה והתבלבל בין כל המונחים. עד שהגיע **פס"ד רוזן**, אהרון ברק שהצליח להתיר את הסבך המילולי ע"י ניתוחו האנליטי.   
קודם כל, ברק הבחין בכך שבסעיף 3 יש 3 יסודות המאפשרים לבדוק האם השר ביצע את סמכויותיו כחוק:  
1. מטרה – פעולה חיונית (לא מדובר על התוכן, אלא מדובר על המטרה הכללית של הצו)  
2. אמצעי – שימוש בסמכויות ע"י השר (בדר"כ הוצאת צו מכוח החוק)  
3. היחס בין המטרה לאמצעי – יסוד סביר להניח שהדבר דרוש

**פס"ד רוזן**, מדובר על איסור לשלוח יהלומים אלא בהובלה אווירית (זהו האמצעי - הצו של השר). וזאת בגלל גניבות היהלומים הקטינו את הייצוא.   
מהי "פעולה חיונית" ע"פ פס"ד רוזן? הגדלת ייצוא יהלומים. כנראה שזאת הייתה תעשיית ייצוא ענפה.   
השר אמר שאם לא נגביר את ייצוא היהלומים אז אי אפשר יהיה להגביל את הייצוא באופן כללי.   
אם היה מדובר על ייצוא שלוקח חלק זניח בכלל הייצוא אז אי אפשר היה לקרוא להגברת הייצוא הזה פעולה חיונית.   
פעולה חיונית לא קשורה ליחס בין האמצעי למטרה. הפעולה החיונית נבחנת רק בייסוד המטרה.  
כדי שהמטרה (הגדלת ייצוא היהלומים) תהיה חיונית, היא צריכה להיכנס לאחת המטרות (במקרה הזה, הגדלת הייצוא הכללי כי ייצוא היהלומים מהווה חלק ניכר בייצוא). בנסיבות האלו, יש "וי" על המטרה.

היחס בין המטרה לבין האמצעי – איסור על שליחת יהלומים בדואר אלא רק בהובלה אווירית, סביר להניח שהוא דרוש (אם לא ישלחו בדואר אז יהיו פחות גניבות וזה יעזור לייצוא).   
  
בנדור – מה זה ה"דבר"? אהרון ברק מדבר על תוכן הצו שאסור לשלוח יהלומים בדואר.  
אבל, אפשר לפרש את זה גם כ"דבר" שעצם השימוש בסמכות מכוח חוק הפיקוח (האם יש יסוד סביר להניח שלא רק תוכן הצו יעזור אלא עצם השימוש בכלי של הוצאת צו ע"פ חוק הפיקוח זה דבר סביר. יכולה להיות אלטרנטיבה להוציא חוק נגיד). הנושא תוקן בפסקי דין מאוחרים יותר.   
  
התוכן הצו על איסור משלוח יהלומים בדואר הוא לא כזה חשוב ולא צריך לחוקק חוק. זה יותר מתאים לצו.   
אבל אם השר היה מוציא דבר הרבה יותר מרחיק לכת? למשל, מגיע למסקנה שכדי להגדיל את ייצוא היהלומים יש להגביל ייצור של מוצרים אחרים? זה לא יהיה סביר שהגבלה כזאת תהיה ע"פ התקנות האלו, וצריך חקיקה.  
אמת המידה צריכה להיות האם מדובר בהסדר ראשוני (משהו עקרוני) או הסדר משני (משהו יותר תכני).   
  
מזכיר את **פס"ד לם** – יש שם קביעה ע"י המנכ"ל של משרד החינוך מי יכול לעסוק באבחונים.... לא הגיוני שמנכ"ל משרד החינוך יקבע את זה!  
  
אנחנו חוזרים לסמכות שהיו משתמשים בה יותר, היום הוא הפך לנדיר יותר – הוצאת תקנות שעת חירום.   
מכוח אותה סמכות שהייתה בפקודה הראשונה שהכנסת קיבלה, ועבר לחוק יסוד הממשלה.   
בהתחלה לא היו על הסעיף הגבלות. במשך שנים, הממשלה לעיתים די קרובות הפעילה את תקנות שעת החירום (לעיתים מעצלנות.... או שהעניינים הם של מה בכך) בלי ללכת לכנסת לקבלת אישורה.   
ואז הגיע מקרה בסוף שנות ה-80, המקרה: עלייה המונית לישראל ממדינות ברית המועצות לשעבר.   
והיה צריך לבנות להם בתים, אי אפשר היה לשכן באוהלים או מעברות. אלא שדיני התכנון והבניה הקשו על הבניה והאריכו אותה (יכל לקחת עשרות שנים לבנות בניין). בזמנו, אריאל שרון היה שר הבינוי והשיכון והיו לו חילוקי דעות עם הועדה בכנסת שעסקה בנושא שאמור לקבוע הליכים מזורזים לבניית הבתים. מה השר עשה? הוא הוציא תקנות שעת חירום. הוגשה עתירה ע"י חבר כנסת. העתירה התקבלה.   
בית המשפט דן ע"פ אמות המידה של סעיף 9 (הניסוח שהיה לפני שהנושא שולב בחוק היסוד:ממשלה).   
השופט לוי הקיש מהעקרונות שנקבעו ע"י בית המשפט העליון בנוגע לחוק הפיקוח גם על תקנות שעת חירום (דן במטרה, אמצעי ויחס בין אמצעי למטרה).   
בנוגע ליחס בין האמצעי למטרה הוא אמר שלא באים רק לבדוק אם המטרה חיונית, אלא החיוניות צריכה להיות לא רק של ההסדר שנקבע בתקנות אלא ההסדר בשימוש בתקנות. מתי זה לגיטימי להתקין את התקנות? רק כשיש סיבה לא לחוקק חוק בנושא.   
אם בגלל מצב החירום הכנסת לא יכולה לחוקק (יש מלחמה, חברי הכנסת נמצאים במצור, הכנסת משותקת.......) והעניין הוא דחוף – אז אפשר להתקין תקנות שעת חירום. אבל אם מצב החירום איננו ברמה שמונעת מהכנסת לתפקד והכנסת יכולה לתפקד, אז זה יהיה לא חוקתי אם הממשלה תחוקק את התקנות שעת חירום (זה לא בא לעקוף את הכנסת!!).   
  
ההשראה מפס"ד הייתה חיקוק ההסדר החדש בנושא שקיים היום בסעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.   
  
למה אנחנו דנים על חוק הפיקוח? 1. האופן שבו בית המשפט פירש את הסמכות להפעיל את הסמכויות מכוח חוק הפיקוח היווה את ההשראה להוציא את תקנות שעת חירום. 2. הסמכויות מכוח חוק הפיקוח מבחינה מעשית הן חשובות יותר ושימושיות יותר מבחינה פרקטית מהסמכות להוציא תקנות שעת חירום.   
  
הצווים לפי חוק הפיקוח הם לתקופה בלתי מוגבלת! ואילו תקנות שעת חירום הם ר-ק לשלושה חודשים ואי אפשר להאריך את זה מעבר.   
  
מחוק הפיקוח קיימות סמכויות רבות, דוגמאות: סעיף 5 לחוק – שר שהוסמך ע"י הממשלה בנושא הזה, רשאי להסדיר בצו. מה? ייצורו של מצרך מסוים, שמירתו, אחסנתו............................   
מוסיף סעיף 5 (ב) וקובע כל מה ששר רשאי להסדיר לפי הסעיף הוא רשאי לאוסרו, להטיל עליו תנאים וכו'.   
  
  
**31.1.12**  
  
הסמכות להתקין תקנות שעת חירום (תקש"ח) מכוח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.  
עד חקיקתו של סעיף 39, עד אז היה הסדר לקוני בעניין התקנת ההתקנות שעוגן בפקודת סדרי השלטון והמשפט (החוק הראשון שהתקבל בישראל) בסעיף 9 (עד פס"ד פורז, השופט לוין שצמצמם את הסמכות הזאת. לא ניתן להשתמש בסמכות להתקין תקנות שעת חירום אלא כאשר יש צורך בכלי החריג הזה בנסיבות שבהן הכנסת איננה יכולה לתפקד). בחוק יסוד: הממשלה בסעיף 39 יש הרחבה של ההגבלות!  
פורש ע"י בית המשפט העליון בפס"ד בפרשת פריצקי.   
מה קובע סעיף 39? רשאית נקבע ההסדר העקרוני שבמצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור.... התקנות הללו יונחו על שולחן ועדת החוץ והבטחון סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן. שיטת הניתוח **בפס"ד רוזן** שבמקור התייחסה לסמכות להוציא צווים ע"פ חוק הפיקוח ניתן להחיל גם כאן את שיטת הניתוח הזאת.   
האמצעי – תקנות שעת חירום. המטרה – הגנה על המדינה, בטחון הציבור ואספקה החיונית לציבור.   
יחד עם זאת, בפס"ד משנות ה-70 (פס"ד קלופר) פירשו אספקה ושירותים חיוניים במשמעות רחבה.  
בפס"ד קלוקפר נווה שמטרתה היתה לרתק אישה אחת. הגברת גלוקפר נווה שהיתה אחראית על שידורי מפלגות ברדיו ואז הייתה שביתה ברשות השידור והמטרה היתה לרתק את הגברת לעבודה כדי לאפשר את תעמולת הבחירות.  
הפסיקה הזאת לא יכלה להתקיים היום. הכנסת לא הייתה משותקת וכן לא היה קשר בין מצב החירום לתקנות שעת החירום.   
המטרות הלגיטימיות שניתן לפרש כך או כך – בצמצום/בהרחבה אך רק הגנה על קיום אספקה ושירותים חיוניים היא עילה מספקת להתקנתן.  
  
ראש הממשלה יכול להתקין את אותן תקנות או להסמיך שר אחר לעשות כן.

הגבלה נוספת מעבר למטרות, קבועה בסעיף 39 (ה) – אומר שלא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יפעלו מכוח הסדרים אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת. כלומר, צריך להיות קשר סיבתי בין מצב חירום לבין התקנת התקנות לשעת חירום. יש כאן עיגון של הלכה שבית המשפט קבע עוד לפני חיקוק חוק יסוד: הממשלה בפרשת פורז. רק אם כתוצאה ממצב החירום יש צורך להתקין תקנות שעת חירום (הכנסת לא יכולה לחוקק חוק בעצם) זה יהיה מותר להתקין את התקנות. בנוסף לכך, צריכה להיות גם זיקה הדוקה בין מצב החירום לבין הפעלת התקנות (לא מספיק שהתקנות מיועדות לבטחון המדינה, אלא ספציפית התקנות והפעלתן צריכות להיות קשורות לתנאי החירום המסוימים ששוררים באותו הזמן במדינה).  
  
נשאלת השאלה מהי הזהירות הגדולה והצמצום הרב הזה בהפעלת תקנות שעת חירום -   
תקנת שעת חירום היא מרחיקה לכת לא רק בגלל שזה עוקף את הכנסת, אלא שניתן בתקנת שעת חירום ניתן להשעות תוקף של חקיקת הכנסת (סעיף 39 (ג)) או לקבוע תנאים בחוקי הכנסת או לפגוע בחוקי האדם או להטיל מיסים וכו'... זה נעשה ע"י הממשלה!  
לאור הכוח המרחיק לכת הזה שיש לתקנות שעת חירום באה הכנסת וקבעה את כל המגבלות האלה.   
בעבר, השתמשו בזה לכל מיני צרכים שאינם קשורים למצב חירום ונובעים משיתוק הכנסת בגלל המצב חירום. היום זה לא אפשרי יותר....   
  
בהמשך הסעיף מובהר כי הכוח להתקין תקנות שעת חירום אפשרי רק כאשר אין בחוק סעיף שאומר שאי אפשר להשעות או לבטל את החוק. בעצם, אם יש חוק ספציפי שנקבע שאי אפשר לבטלו או להשעותו בתקנות שעת חירום – אז אי אפשר להתקין תקנת שעת חירום סותרת.  
שומר על פירמידת הנורמות – התקנות עדיין כפופות לחוקים!   
יש לא מעט דוגמאות של חוקים של הכנסת שמאפשרים לשנות אותם שלא בדרך של חקיקה.  
למשל: שיעורי קנסות. השיעורים האלה על מנת לעדכן אותן היה צריך לשנות את חוק העונשין.  
חוק העונשין אומר שכדי לשנות את שיעור הקנסות אפשר לעשות את זה ע"פ החלטת שר המשפטי ע"י אישור של ועדת חוק וחוקה של הכנסת. דוגמא נוספת: הסמכות של בית משפט לעניינים מנהליים – חלק מהסמכויות שהיו פעם לבג"צ הועברו לבית משפט לעניינים מנהליים. בחוק של בית המשפט לעניינים מנהליים רשומות סמכויות, כדי להוסיף סמכויות לא צריך לשנות את החוק בשלוש קריאות אלא ע"י החלטה של שר המשפטים בהסכמת נשיא/נשיאת בית המשפט העליון וועדת חוק וחוקה.

הגבלה נוספת על הסמכות להתקין תקנות שעת חירום – 39 (ד) אסור למנוע פניה לערכאות (לשלול את זכותו של אדם לפנות לבית המשפט), אי אפשר להעניש באופן רטרואקטיבי (מעשים שהיו מותרים פעם והיום כבר לא, אי אפשר להעניש על זה), אין להתיר פגיעה בכבוד האדם.   
הסעיף הזה מעורר קושי רב. מדוע? משום שלכאורה הוא סותר באופן חזיתי הוראה שקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכבוד האדם נקבע בסעיף 12 – תקנות שעת חירום לא יכולות לשנות או לבטל או להשעות את החוק. אבל, נאמר שם שבשעה שקיים מצב של חירום מותר להתקין תקנות שעת חירום שיהיה בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק יסוד זה בלבד וזה יהיה לתכלית ראויה ובמידה ובתקופה שלא תעלה על הנדרש.  
לכאורה זה סותר! סעיף 39 (ד) לחוק יסוד: הממשלה – אי אפשר לפגוע בכבוד האדם. סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם – אפשר לפגוע בזכויות כבוד האדם אבל רק אם זה לתכלית ראויה, מידה, ולזמן שלא יעלה על הנדרש. איך אפשר ליישב את הסתירה הזאת?   
מאחר וכבוד האדם וחירותו מתייחס לכל זכויות האדם שקבועות בחוק יסוד:כבוד האדם, ואילו חוק יסוד: הממשלה סעיף 39 (ד) מתייחס אך ורק לכבוד האדם. אז אפשר שבעניין כבוד האדם גובר העניין הספציפי הקבוע בחוק יסוד: הממשלה. ואז לא ניתן לפגוע בכבוד האדם וחירותו.  
לכאורה היא דרך טובה. אבל מדוע היא בעייתית? האופן שבו בית המשפט העליון פירש את כבוד האדם וחירותו הוא אופן מאוד רחב שבעצם אפשר לומר שכל הזכויות האחרות שכלולות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו גם הן חלק מכבוד האדם. ואז יש שום סתירה.   
רעיון אחר, כבוד האדם כמשמעותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו זהה לכבוד האדם וחירותו בחוק יסוד: הממשלה. הפירוש הוא שונה! מה ז"א? מה מפרשים יותר רחב? בחוק יסוד: כבוד האדם הפרשנות היא רחבה. וכשאומרים שניתן כן לפגוע בתקנות שעת חירום בכבוד האדם – מדובר על המובן המרחיב.  
כאשר נאמר בסעיף 39 (ד) לחוק יסוד: הממשלה שאי אפשר לפגוע בכבוד האדם, הכוונה היא לכבוד האדם במובן המצומצם יותר. ברור שהמובן הוא מצומצם כי אם הוא היה רחב יותר אז לא יכלו בכלל להתקין תקנות שעת חירום (למשל: גם במצב חירום ובתקנות שעת חירום אי אפשר להתיר עינויים...).   
  
תקנות שעת חירום הן זמניות בגלל כוחו הרב. בסעיף 39 (ו) נקבע כי תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע 3 חודשים מיום התקנתן אלא אם הכנסת האריכה את תוקף התקנות וחוקקה חוק בנושא. הממשלה עצמה איננה מוסמכת להאריך את תקנות שעת חירום מעבר ל-3 חודשים.   
יכול להתעורר קושי – מה יקרה אם נהיה במצב איום ועברו 3 חודשים והכנסת לא תוכל להתכנס? אין לכך פתרון. הכנסת גם יכולה לבטל את התקנות לפני שהגיעו לסיומם 3 החודשים.   
  
מה ההבדל בין התקנת תקנות שעת חירום חדשות לבין הארכה שלהם?  
מה קורה אם בתקנות יהיו 30 סעיפים ומתוכם 20 סעיפים זהים לתקנות המקוריות ו-10 ישונו או יבטלו.  
יצטרכו הארכה או שאפשר להתקין תקנות חדשות. אין תשובה ממש...  
  
נגיד ועברו 3 חודשים ופג תוקפן של התקנות. האם הממשלה יכולה להתקין שוב את אותן התקנות?   
אם זה יקרה ממש מיד, אז נגיד שהממשלה לא מוסמכת להאריך את התקנות.  
אבל מה קורה אם עבר קצת זמן מהתקנות? יכולים להיות מקרים עמומים שיצטרכו להכריע ביניהם.   
  
בהמ"ש **בפס"ד ביאלר** דן בשאלה מה קורה אם הממשלה התקינה תקנות פגומות שמנוגדות לאחת מהמגבלות שקבועות בס' 39, ואחר כך חוקקה חוק הארכה. אילו היתה מחוקקת את החוק לא כחוק הארכה אלא כחוק מקורי- כנראה שהוא היה בסדר. אך האם זה משנה שהחוק הארי את תוקפן של תקנות שעת חרום שלא היה להן תוקף מראש? בהמ"ש אמר שאם החוק לא מעורר בעיה חוקתית אילו היה מחוקק בחוק רגיל אזי הוא תופס. היתה ביקורת על כך שטענה שראייה זו אינה נכונה- ניסו להבדיל בין חוק הארכה לחוק רגיל. היא כאילו עשתה חוק להארכת תוקף של ס'- חוק הרי שלא תופס. בנדור מסכים עם העליון בעניין זה- אם לגוף העניין התקנות אם היו כחוק היו בסדר אבל בגלל שהן בתקנות אז הן לא בסדר.  
  
בפס"ד בפרשת פריצקי – האופן שבו בית המשפט העליון מפרש את סעיף 39 לחוק יסוד הממשלה לא מאפשר אלא בתנאים קיצוניים ביותר להתקין תקנות שעת חירום. איך בכל זאת פותרים בעיות שהיו פותרים פעם ע"י תקנות שעת חירום? התפתחו דיני עבודה למשל שמסדירים את הנושא. למשל: לבית הדין לעבודה יש סמכות להוציא צווי מניעה לשביתה (שביתת הרופאים לאחרונה).   
עוד משהו שנעשה לאור השילוב בין סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה לפרשנות של בית המשפט העליון בפס"ד פריצקי – הכנסת חוקקה כל מיני חוקים ספציפיים שמאפשרים בתנאים של חירום להוציא כל מיני צווים לא כתקנות שעת חירום אלא להוציא צווים בעניינים בטחוניים. למשל: בתקופת מבצע עופרת יצוקה מכוח החוקים האלה הכריזו על שטחים מסוימים כשטחים שישראלים לא יכולים להיכנס אליהם.   
**1.2.12**  
  
מבנה הבחינה -   
בנויה ממספר יחסית גדול של שאלות, 7-9 שאלות. שאלות ממוקדות. משך הזמן – שעתיים וחצי.  
בשאלה תמיד אומרים מה הבעיה המשפטית ואליה אנחנו צריכים להתייחס. לא צריכים לכתוב דברים שהם לא הדברים המרכזיים – לכתוב תשובות ממוקדות ולא סיכום שלם.... אם רושמים בשאלה מהם השיקולים נגד תורת המניעה המוקדמת – לא צריך להסביר מה זה תורת המניעה המוקדמת או לתת גם את השיקולים בעד.  
שאלה ראשונה – בדיקת חוקתיות של הצעת חוק או חוק שטוענים שהוא פוגע בזכויות האדם.   
יש דברי הסבר מתחת להצעת החוק – למה זה חשוב? להבין את התכלית!!  
חלק מסוים מהשאלות (15-20 אחוז) הם לא על דברים שדיברנו עליהם בכיתה.   
אין בחירה בשאלות!   
  
הבחינה לא מתייחסת לפרטים טכניים קטנים.   
  
בחומר הקריאה לא כל הערה או אוביטר זה חשוב... אבל ברור שאם יש הלכה מרכזית שעומדת במוקד פסק הדין – צריך לזכור אותו. פסקת ההגבלה לזכור "בעל-פה" – את היסודות.   
  
בשאלות צריך להביא גישות שונות – דעת רוב או דעת מיעוט... דעה של בנדור...   
לדעת מהי הדעה המחייבת – נגיד שזאת ההלכה.  
נגיד לגבי הפרשנות של כבוד האדם – להביא את הגישות השונות... ולהגיד שגישת הביניים המרחיבה היא ההלכה.   
  
יש בונוסים... תלוי ברמה הכללית של הבחינה.   
חלק מהשאלות הן יותר של יישום והבנה. לפעמים יש שאלות יותר של מידע.   
אם שואלים על משהו שלא דיברנו עליו בכיתה אז הנטייה תהיה לשאלת מידע.  
  
לא צריך לזכור שמות של פסקי דין/שופטים/מלומדים/דעות רוב/דעות מיעוט....  
אפשר לכתוב "לפי פסיקת בית המשפט העליון..." "לפי דעה ביקורתית שנאמרה בכיתה...."  
"לפי דעת הרוב..."   
רושם בקצרה מה היה בפס"ד...  
  
לחפש בבחינות אחרות הלכות בפסקי דין שקראנו אבל לא דיברנו על זה!  
  
**מעצרים מנהליים -**  
  
מדוע מכונה מעצרים מנהליים? משום שהמעצרים המנהליים הם אינם מעצרים מנהליים במובן המלא אלא משלבים שיקול דעת של הרשות (של הביטחון) עם שיקול הדעת של בית המשפט שמוסמך לדון באישור ההחלטה על המעצר.  
  
חוק המעצרים המנהליים (לא השם הפורמאלי – נקרא חוק שעת חירום-מעצרים), החליף את מה שהיה קבוע בתקנות ההגנה מתקופת המנדט – התקנות מתקופת המנדט היו הרבה יותר פוגעניות.   
  
החוק מאפשר מעצר מנהלי אבל במגבלות מהותיות וגם כאלו שנוגעות להליך ואישור המעצר כפי שנקבעו באותו חוק. גם חוק המעצרים המנהליים קיים רק במצב חירום! וזאת מתוקף הכרזה על מצב חירום (סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה).  
שוב, החוק הזה הוא אחת הסיבות שכל שנה מכריזים על מצב חירום – בלעדי מצב החירום אי אפשר להפעיל את החוק ולעצור אנשים במעצר מנהלי.   
  
ההסדר הבסיסי בקשר לעילת המעצר המנהלי – קבוע **בסעיף 2 לחוק**:  
"היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר רשאי הוא במצב בחתימת ידו להורות על מעצרו של אדם.........."  
  
**מהי מטרת המעצר?** טעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור.  
לכאורה, ביטחון הציבור זה דבר רחב! אי אפשר לומר שפדופיל לא מסכן את ביטחון הציבור.. אז האם כל פעם שמדובר בפדופיל נעצור אותו מעצר מנהלי? לא! הכוונה והתכלית החד משמעית של החוק הזה היא לטפל בסיכונים בטחוניים במובן הקלאסי של הביטוי (טרור), סיכון במובן הצר יותר.  
יש לכך תימוכין – מי שמוסמך לקבל את ההחלטה הוא שר הביטחון... אם זה היה במובן רחב יותר היו מאפשרים גם לשר הפנים לעצור אנשים על סמך החוק הזה.   
ניתן היה לשקול גם הסדר שמרחיב את המעצר המנהלי גם לאנשים שמסכנים את שלום הציבור שזה לאו דווקא בתחום הטרור אבל זה לא המצב! יש רק אפשרות אחת לעצור אדם במובן שהוא דומה למעצר מנהלי שהוא לא מסכן מבחינת טרור וזה אשפוז כפוי של חולי נפש – הוא מסכן את הציבור ואת עצמו!  
מטרת המעצר היא איננה ענישה אלא היא למנוע סיכון בעתיד. איך לומדים על מעשי העתיד? על סמך מה שהאדם עשה בעבר וגם על סמך תוכניות מוכחות בנוגע לעתיד. זהו כלי מניעתי.  
מדובר על אדם שמצליחים להראות שבמשך תקופה ממושכת הוא עסק בטרור אבל עדיין אי אפשר להעניש אותו על זה (אין מספיק ראיות או לא רוצים להגיש אותם במסגרת משפט פלילי וכו').   
תמיד צריך לבדוק האם הראיות הקיימות נותנות אינדיקציה לסיכון בעתיד ולא למעשים שנעשו בעבר (זוהי עילת מעצר בפני עצמה).   
  
עקרון מאוד חשוב שעלה **בפס"ד פרשת גינצבורג** – עקרון של מידתיות.  
מעצר מנהלי ננקט רק כאשר אין אפשרות אחרת להתמודד עם הסכנה. מהי אפשרות אחרת? כאשר ניתן להעמיד למשפט פלילי! יש להעדיף את הדרך הפלילית גם אם זה קצת קשה יותר..   
אבל מתי אי אפשר לקיים משפט פלילי?   
# הסכנה לא נובעת ממעשים פליליים (מחשבה על נקיטת מעשה טרור – מספר את זה בחוצות, לא נכנס לפלילים – אי אפשר להעמיד לדין בגלל "מחשבות שבלב")  
  
שאלה בכיתה – למה בפס"ד גינצבורג לא דיברו על כל פסקת ההגבלה אלא רק על מידתיות?  
כי זה לא רלוונטי למקרה שנדון. בפרקטיקה חשוב בעיקר המידתיות.   
למה בוטל מעצרו של גינצבורג? כי אפשר לעצור אותו לפי משפט פלילי. זוהי פגיעה פחותה.   
למה? בגלל היכולת של האדם להתגונן... במשפט פלילי אין ראיות חסויות והוא יכול להשתמש בזה כדי להתגונן. אבל לפעמים יש בעיה אחרת – עצם חשיפת הראיות יכולה לסכן את בטחון המדינה, וכאן יש בעיה עם משפט פלילי (במעצר מנהלי כן אפשר שיהיו ראיות חסויות).   
לסיכום, אם יש אפשרות לקיים משפט פלילי (המעשים הם בגדר עבירות פליליות) ואין שום מניעה בטחונית או מניעה אחרת לקיים את המשפט הפלילי (לחשוף בפני החשוד את כל החומרים) אז אי אפשר לעצור בן אדם במעצר מנהלי. זה בדיוק מה שהיה בפס"ד בפרשת גינצבורג – למדינה "לא היה כוח" לנהל משפט פלילי והם בחרו בהליך של מעצר מנהלי. [היה ומשפט פלילי לא רלוונטי אבל יש ראיות מספיק אקטואליות לגבי העתיד אפשר להפעיל את הליך המעצר המנהלי].  
בנוגע להארכת המעצר המנהלי – החוק לא קובע גבול של עד מתי אפשר לאסור אבל גם זה צריך להיות מידתי – הרי כל חצי שנה באים לבית המשפט להאריך את המעצר המנהלי וייתכן שלפעמים בית המשפט יחליט שזה יהיה לא מידתי להאריך שוב את המעצר או שהסכנה מהבן אדם חלפה.   
  
בעוד שהמשפט הפלילי פניו למעשים בעבר, מעצר מנהלי פניו להתמודד עם סיכון עתידי!  
  
שאלה חוקתית התעוררה בפס"ד בפרשת פלונים (פס"ד בפרשת הלבנונים) – סיפור המעשה: מדינת ישראל במשך שנים רבות ניסתה להשיג אינפורמציה שתסייע בשחרורו של הנווט רון ארד ואולי נעדרים אחרים מתקופת מלחמת הלבנון הראשונה. במסגרת הזאת ישראל חטפה משטח לבנון והחזיקה במדינת ישראל כ-15 אזרחים של לבנון (שניים היו באופן מובהק טרוריסטים, השאר לא נחשדו במעורבות אישית בפעולות שפוגעות בביטחון המדינה – הם רק היו קרובי משפחה של דמויות מרכזיות בארגוני טרור שחשבו שמחזיקים או שיש בידיהם מידע לגבי רון ארד). המדינה אמרה לארגוני טרור שהם יחזירו את קרוביהם אם יתנו מידע אותו רון ארד. במשך שנים רבות כל 3 חודשים היו מאריכים את המעצר המנהלי. הטענה הייתה ששחרור שבויים נעדרים זה חלק מבטחון המדינה, והמעצר המנהלי יקדם את שחרורו של רון ארד ואנשים אחרים.   
באחת מהפעמים של הארכות המעצר – נטענה טענה חדשה והיא שהמטרה לא שהיא לא חשובה, אלא שלא ניתן לעצור במעצר מנהלי אנשים שלא מסכנים את ביטחון המדינה. בדר"כ בית המשפט העליון דן בהרכב אחד בהארכת המעצר. והפעם כבר ההרכב היה 3 שופטים – ברוב דעות נדחתה הטענה (הייתה דעת מיעוט). לאור החשיבות של העניין אותו ההרכב שדחה את הטענה ואישר את המשך המעצר המנהלי החליט לקיים גם דיון נוסף (הליך נדיר, קורה בנושאים שיש בהם חשיבות משפטית גדולה).   
אחד השופטים היה אהרון ברק – חשב שזה נכנס לגדר החוק. אח"כ הוא שינה את דעתו (בדיון הנוסף).   
התוצאה התהפכה (הרכב של 9 שופטים), 6 שופטים שחשבו שאי אפשר לפי החוק הקיים לעצור במעצר מנהלי אדם שלא מסכן בעצמו אלא מחזיקים אותו כ"קלף מיקוח". בית המשפט קבע שהסכמות הקבועה בחוק נוגעת רק לאדם שמסכן הוא עצמו את בטחון המדינה.   
באשר לשני הטרוריסטים – אח"כ המשיכו בהליכים לגביהם (עצרו אותם תקופה מסוימת כי הוכיחו שהם בעצמם עתידים לפגוע בבטחון המדינה).