**משפט חוקתי**

# מהו משפט חוקתי?

משפט חוקתי הוא הענף המשפטי שמסביר את העקרונות הבסיסיים ולעיתים גם העליונים של שיטת המשפט והמשטר בישראל. זהו תחום שמוגדר לפי תחום העיסוק ולא לפי קיום חוקה או היעדרה. גם אם למדינה מסויימת אין חוקה אבל יש לה משטר ושיטת משפט עדיין ניתן לזהות אצלה משפט חוקתי. אפשר לתאר שיטת משפט שלא מכירה בדיני נזיקין, או בחוזים לדוגמא, אבל אין שיטת משפט שאין לה עקרונות בסיסיים ועליונים ולכן בכל מקום מתוקן יש משפט חוקתי.

אין זה מדוייק לומר שלמדינת ישראל אין חוקה, משום שבפועל למדינת ישראל יש במידה רבה חוקה המורכבת מחוקי היסוד. אם חוקה מוגדרת כנורמה משפטית עליונה שכל הנורמות האחרות מתיישרות על פיה, אז חוקי היסוד בישראל עומדים בדרישה זו. אמנם שנים עשר חוקי היסוד לא עוסקים בכל הנושאים אבל כמעט כל העקרונות של מדינת ישראל מקופלים בחוקים אלו.

מודל תיאורטי מופשט שפותח לפני כמאה שנה ע"י מלומד אוסטרי יהודי בשם הנס קלזן עוזר לנו לענות על שאלות רבות המתעוררות במשפטים בכלל ובמשפט חוקתי בפרט. זהו מודל שנוי במחלוקת ומתיימר להציג עקרונות אוניברסליים הנכונים לגבי כל שיטת משפט שהיא.

הנורמה הבסיסית

הכרזת העצמאות

חוק יסוד (בעתיד חוקה)

**פירמידת הנורמות**

חוק

תקנות

צווים שלטוניים אינדיווידואליים

חוזה– כל נורמות המשפט הפרטי

**נורמה משפטית** זה כלל התנהגות שניתן לאכיפה על ידי המדינה.

**מוסד** הוא גוף שמוסמך ליצור נורמות.

הריבון

מועצת העם

**פירמידת המוסדות**

הרשות המבצעת – ממשלה, שרים וכיו"ב

האוכלוסייה

הכנסת – כאסיפה מכוננת וכמחוקקת

ישנם מצבים רבים שאותו אדם מהווה כמה מוסדות מבחינה משפטית. בתור כל מוסד הוא מוסמך ליצור סוגים שונים של נורמות. לדוגמא, ראש הממשלה – על פי החקיקה יש לו סמכויות רבות כמו פיטורי שר או תפקוד כחבר כנסת, תפקיד שמביא עימו סמכויות נוספות. ראש הממשלה גם אדם פרטי וככזה הוא מהווה מוסד ליצירת נורמה משפטית כגון אפוטרופסות.

הכנסת מהווה שני מוסדות שונים: הרשות המחוקקת ואסיפה מכוננת, שכאחת כזאת יש לה סמכות לכונן חוקה.

כל שיטת משפט מקיימת את המאפיינים עליהם הצביע קלזן במודל שלו. הפירמידות בנויות בצורה היררכית. מה משמעות הדבר? כאשר יש סתירה בין שתי נורמות משפטיות, מעדיפים את הנורמה בדרגה הגבוהה יותר. מכאן שלבית המשפט יש סמכות לבטל חוק מכיוון שחוק היסוד עולה בדרגתו על חוק רגיל.

אין הנחה שהנורמה הגבוהה צודקת יותר או מוסרית יותר. לדוגמא: חוק לעומת חוזה, והחוק נמצא גבוה יותר.

המאפיין השלישי שאינו הכרחי לכל שיטת משפט הוא שככל שיורדים בפירמידת הנורמות מספר הנורמות עולה. מכח כל נורמה נוצרות מספר נורמות ומכל הנורמות האלו נוצרות נורמות חדשות וכן הלאה.

# חוקי יסוד

על מנת להבין את מהות חוקי היסוד יש לפנות אל ההיסטוריה. הכרזת העצמאות מנוסחת ברובה לא כנורמה משפטית אלא כהצהרה היסטורית. עם זאת, יש משפט אחד (מסורבל אמנם) המהווה נורמה משפטית: "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט הלילה אור ליום שבת ו' אייר תש"ח 15.5.48 ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע ע"י האסיפה המכוננת הנבחרת...תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית ומוסד הביצוע שלה – מנהלת העם – יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית שתיקרא בעצם מדינת ישראל". הרעיון היה לכונן מדינה, לה תהיה חוקה. מטרת החוקה המתוכננת היתה להסדיר את השלטונות של המדינה, על בסיס דמוקרטי ובין היתר יהיו בחוקה כל ההסדרים הרלוונטים לצורך בחירת השלטונות הסדירים והקבועים במדינה.

עד לכינון החוקה באוקטובר, פעלו שתי רשויות במדינה:

רשות זמנית אחת היתה מועצת מדינה זמנית, גוף שלא נבחר אלא התאסף מתוך צורך השעה. רשות נוספת היתה הממשלה הזמנית – שבעה שרים כולל ראש הממשלה. מועצת המדינה הזמנית חוקקה מספר חוקים (לדוגמא החוק למניעת טרור) והממשלה הזמנית פעלה כממשלה לכל דבר. באוקטובר לא התקיימו הבחירות המדוברות עקב מלחמת העצמאות ורק מספר חודשים לאחר מכן נערכו בחירות דמוקרטיות בהן בחרו אסיפה מכוננת. מה שקרה הוא שמועצת המדינה הזמנית פיזרה את עצמה והעבירה חוק אחרון בו היא מעבירה את הסמכויות שלה לאסיפה המכוננת. זה יצר מצב בו מוסד אחד – האסיפה המכוננת – קיבל בעלות על שתי סמכויות: כינון החוקה וחיקוק חוקים. זהו מקור הכנסת.

בתקופה זו התעורר ויכוח האם בכלל ראוי לכונן חוקה. במשך שנים היה מקובל להניח שבן גוריון וסובביו מראש לא רצו חוקה, מסיבות שונות. כנראה זה לא נכון, ומסתבר שהיה פער בין מה שבן גוריון אמר וחשב. היו מספר נימוקים נגד כינון החוקה:

1. העלייה ההמונית שהיתה באותה עת. אין זה הוגן לכונן חוקה מבלי להתחשב בכל אותם אנשים שלא יכולים להתערב בה.
2. התנגדות מטעמים דתיים. חלק מהדתיים בכלל התנגדו לכינון חוקה שאינה מבוססת על עקרונות המשפט העברי.
3. היתה תקופה קשה מבחינה בטחונית וכלכלית ונשמעו קולות שביקשו לדחות את כינון החוקה לתקופה יציבה יותר.
4. לבן גוריון היתה אופוזיציה חזקה והוא לא היה מעוניין שהיא תיטול חלק בכינון החוקה.

באותה תקופה היו מדינות רבות ללא חוקה וזה לא היה דבר סטנדרטי. יתר על כן, המשפטנים בישראל גדלו על ברכי המשפט המנדטורי האנגלי ועניין החוקה היה זר להם. The parliament can do no wrong. המשפט האמריקאי לא היה משפיע כמו היום ולא היה נחשב אמין ומזוהה עם שמירה ליברלית על זכויות האדם.

נעשתה פשרה בין האופוזיציה שרצתה חוקה לבין הקואליציה שרצתה להימנע מחוקה והתקבלה החלטה שנקראת "החלטת הררי" (ע"ש ח"כ יזהר הררי שניסח אותה): מאחר ויש התנגדות לכינון חוקה, תמנע הכנסת מלעשות כן, אבל היא כן תחוקק את כל פרקי החוקה בנפרד, ולכשתסיים לעשות זאת יאוגדו כל החוקים לכדי חוקה שלמה אחת.

הכנסת הראשונה לא המשיכה לטפל בנושא, ובסופו של דבר הגיעו למסקנה שיש לערוך בחירות. אז הגיעו לעקרון הבחירות כל ארבע שנים. לקראת הבחירות קיבלה הכנסת הראשונה חוק ששמו היה חוק המעבר לכנסת השניה, חוק שקבע הסדרים שונים וביניהם: כל סמכויות הכנסת הראשונה יהיו גם לכנסת השניה, לכנסת השלישית ולכל כנסת שתבחר אחריהן. לעניינינו – סמכות הכנסת כמכוננת חוקה וכמחוקקת תקפה לכל כנסיות ישראל לדורותיה.

הכנסת השלישית קיבלה לראשונה חוק יסוד ראשון – חוק יסוד הכנסת. במהלך השנים התקבלו שנים עשר חוקי יסוד נוספים. חוק יסוד חופש העיסוק חוקק פעמיים, וגם חוק יסוד הממשלה חוקק מספר פעמים. השאלה הראשונה שמתעוררת היא בנוגע לסמכות הכנסת כיום כאסיפה מכוננת. יש טענה של השופט חשין[[1]](#footnote-1) שאסור היה לכנסת הראשונה להעביר את סמכויותיה לכנסת שאחריה מכיוון ואין נורמה המאפשרת אקט זה. תשובה אחת לטענתו של חשין היא שמועצת המדינה הזמנית לא העבירה את הסמכות מתוקף חוק אלא מתוקף הצהרה. תשובה זו לא עונה במדוייק על טענת חשין ולכן באה תשובה עיקרית אחרת שאומרת שבמהות לא היתה כאן העברת סמכות. כיצד? מבחינה משפטית יש תוקף חוקי לכנסת שהיא יציבה ונצחית, לעומת חברי הכנסת המתחלפים. מכאן שכל החלטה שקיבלו בכנסת הראשונה מחייבת את הכנסת שבאה אחריה (השוואה לאדם מת שעדיין מחוייב לקיים חוזה). הגוף חייב לשמור על רציפות ויש לתפוס את הכנסת כגוף המשכי ולא כאוסף יחידות (הכנסת הראשונה, השניה וכו'). רק האנשים מתחלפים. אין כאן בעצם כלל עניין של העברה והבחירות של הכנסת לא אומרות שיש להתחיל הכל מחדש.

לתשובה זו מתעוררת שאלה יותר קשה: מה כל זה אומר לגבי מעמדם של חוקי היסוד? האם חוקי היסוד שחוקקה הכנסת כגוף המשכי נחשבים לחוקה?

ראינו שהכנסת היא גם רשות מחוקקת וגם אסיפה מכוננת. את סמכותה כרשות מחוקקת קיבלה מן המועצה הזמנית שהתפזרה בשנת 1949 ושינתה את שמה לכנסת. בביטוי "שני כובעים לכנסת" יש משהו מטעה, כי בעצם מדובר בשני מוסדות נפרדים לחלוטין המופעלים ע"י אותם אנשים ולא באותו מוסד בעל שני סוגי אחריות. מבחינה פרסונלית מדובר באותם אנשים אבל מבחינה משפטית אלו שני מוסדות נפרדים לחלוטין. ראינו שהכנסת רצופה ואין משמעות משפטית להבחנה בין הכנסת הראשונה לשניה וכן הלאה. גם רשויות השלטון האחרות פועלות על פי רציפות ואף בתאגידים ניתן לראות גישה זהה. יש רצף ודבר זה מאפשר מדינה מודרנית וכלכלה מודרנית. אם וכאשר תהיה לנו חוקה שלמה אז ייתכן שבחוקה תהיה אסיפה מכוננת נגזרת – הקמת גוף שיהיה מוסמך לשנות את החוקה ולערוך אותה. כיום התפקיד הזה מופקד בידי הכנסת.

כאן מתעוררת שאלה מורכבת והיא מה המעמד המשפטי של חוקי היסוד כל עוד אין חוקה. היכן ממוקמים חוקי היסוד בפירמידת הנורמות? האם חוקי היסוד, גם לפני שיש חוקה מאוגדת ושלמה, בעלי מעמד גבוה יותר מחוקים רגילים? למה הכנסת מתכוונת כשהיא מחוקקת חוקי יסוד?

את התשובה לכל השאלות האלו היינו צריכים למצוא בהחלטת הררי. ואולם, החלטת הררי אינה ברורה בעניין הזה ולא מציינת האם חוקי היסוד במעמד של חוקה או שהם רק מהווים טיוטה לחוקה שתתגבש בעתיד. גם בהקשרים אחרים נוכל לראות שאין זה פרקטי להחליט לפי הכוונה הסובייקטיבית של חברי הכנסת בכל פעם שהם מחוקקים חוק יסוד. ראשית, כיוון שחברי הכנסת לא תמיד חושבים על השאלות האלו, וגם אם כן תמיד יהיו חילוקי דעות ביניהם. אין תועלת במחשבה של חברי הכנסת בעת כינון חוק יסוד זה או אחר. בגוף קולגיאלי כגון הכנסת אין כוונה סובייקטיבית וגם אם יש אין היא משנה לנו.

התשובה נמצאת בחוקי היסוד עצמם. בחוקים אלו עולה הכוונה מתוך התוכן שלהם, ואפשר לראות שניסוחם ותוכנם מצביעים על הכוונה להעמיד אותם מעל חוקים רגילים. יש בחוקי היסוד אינדיקציות רבות לכך שמשמעותם טמונה בעליונות שלהם על פני חוק רגיל.

לדוגמא: בשני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם יש סעיף שעוסק **בשמירת הדינים** – אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפם של חוקים שהתקבלו לפניו, כלומר עד 1992, כלומר, חוק היסוד אינו רטרואקטיבי. חוקים שנקבעו לאחר מכן יכולים להשתנות או להתבטל במקרה של סתירה או פגיעה בחוק היסוד. בחוק יסוד חופש העיסוק יש הוראה שניה בה דומה בעיקרה אך שונה מעט: עד 2002 יש לכנסת הזדמנות לתקן את החוקים שלא מסתדרים עם חוק היסוד ומ2002 יבוטלו או יתוקנו החוקים הסותרים את חוק היסוד גם אם נפגעו לפני כן.

חוקים רגילים לא קובעים תנאים לגבי חוקים אחרים, בטח שלא לגבי ביטולם או תיקונם. אנו רואים שבחיקוק חוקי היסוד התכוונה הכנסת להעמידם מעל חוקים אחרים.

דוגמא נוספת: יש הרבה מאוד סעיפים בחוקי יסוד שאומרים שמותר לחוקק חוק החורג מתנאי חוק היסוד, במקרים מסויימים (**פיסקת ההגבלה**). אם זה היה חוק רגיל לא היה צריך לרשום זאת, כי זה דבר מובן מאליו. במסגרת חוק יסוד צריכה להיות הוראה כזו מכיוון שהוא כוון לשמש כחוקה.

מדוגמאות נוספות אפשר לראות שכוונת הכתוב היתה להעמיד את חוק היסוד מעל חוק רגיל. בסעיף 17 לחוק יסוד הכנסת נאמר שלחברי הכנסת תהיה חסינות. פרטים ייקבעו בחוק – פרטי חוקי היסוד ייקבעו בחוקים רגילים, מכאן שחוקי היסוד עליונים עליהם. הטלת הציווי הזה חסר כל משמעות אם היה מדובר בחוק רגיל, אך חוק יסוד הכנסת נוסח כמו חוקה ולכן לשונו לשון ציווי ופקודה גם במקרים מובנים מאליהם או מיותרים.

קשה מאוד לא להבין את חוקי היסוד כבר עכשיו כחוקים עליונים על חוקים רגילים. בכל זאת אפשר לראות שיש משפטנים שלא הגיעו לתוצאה הזו. מבחינה משפטית יש דרך שתאפשר לא לראות את חוקי היסוד ואולי מוטב לבחור בדרך זו, כי יש טענות כלפי חוקי יסוד והבעייתיות שיש בעליונותם הנורמטיבית.

נקודה אחת בהקשר הזה: לפעמים חלק מהשיח הציבורי במדינה מציג את העליונות של חוקי היסוד כמוטלת בספק ומועלה ביקורת נגד בתי המשפט שנטלו סמכות לעצמם לבטל חוקים מפני חוקי יסוד.

כל המדינות הדמוקרטיות למעט אחת לא מתייחסים לחוקי הפרלמנט כחוקים עליונים. לרוב המדינות האלו יש חוקה המהווה נורמה משפטית עליונה וגם אלו שאין להן חוקה (כמו בריטניה למשל) חברות באיחוד האירופי וככאלה יש להן אמנה עליונה המשמשת כנורמה עליונה. המשמעות של כך היא שיש שם סמכות ברורה לבית המשפט לשנות חוקים אחרים או לבטל אותם מפני הנורמות העליונות. בארץ יש סמכות כזאת אך השריון של חוקי היסוד חלש יותר וטעון דיון.

**הניתוח המשפטי והסטנדרט העולמי קובעים שיש לחוקי היסוד עליונות על פני חוקים רגילים ושביכולת בית המשפט לבטל או לשנות חוקים מפניהם.**

הטיעון הדמוקרטי בנושא מלווה באלפי מחקרים. משמעותה הבסיסית של הדמוקרטיה היא ההליכה על פי הרוב והבסיס של החוקה היא הגבלת כוחו של הרוב. הערך העומד מאחורי הדמוקרטיה הוא שוויון בכוח הקולי. יש טיעון שרעיון הגבלת הרוב לחוקק חוקים באמצעות חוקה זה בעייתי מבחינה דמוקרטית כי הוא סותר את רעיון השוויון. קולות של מעט אנשים שחוקקו את חוקי היסוד בעבר גוברים על קולות רבים מהם כיום. צריך לשים לב שהטיעון הזה חזק במיוחד לגבי ארה"ב, יותר מאשר בארץ. בארץ אין שריון של חוקי היסוד, בטח לא שריון מוחלט. בארה"ב מדובר בחוקה ישנה ונוקשה מאוד, ואזרחיה המדינה חיים על פי חוקה שכוננה 200 שנה לפני זמנם. המילה האחרונה במקרה של קשיים בחוקה היא של בתי המשפט המפרשים את החוקה. הבעיה הזו בישראל בקושי מתבטאת מבחינה משפטית, מכיוון שכל חוקי היסוד ניתנים לביטול ושינוי בכל עת חוץ מחוק יסוד חופש העיסוק וחוק יסוד הממשלה הדורשים מעט יותר מאמץ להתערבות בהם.

האם הטיעון הדמוקרטי הוא טיעון נכון? עולה ממנו שכל עוד חוק היסוד או החוקה מגנים על הדמוקרטיה זה בסדר. לגיטימי שחוקים אלו יקבעו שבלתי ניתן לשנות אותם בלי רוב מכריע. אם אמרנו שהרעיון של הרוב קובע הוא זיקוק של רעיון השוויון, אז כל חוק שמגן על הרעיון הזה הוא לגיטימי לחלוטין ולא מתנגש עם הדמוקרטיה. רעיון החוקה יכול להיות דמוקרטי ויכול להיות לא דמוקרטי, וההכרעה היא בתוכן שלה ולא בעצם קיומה.

באופן כללי אפשר לומר, בהתייחס לוויכוח הישראלי, שלרשות שופטת מקצועית יש נטייה מרוסנת ולכן לא תקפוץ לשנות חוק או לבטל אותו. מבחינת הנתונים הכמותיים, שיעור פסילת החוקים בבית המשפט העליון הישראלי מאוד קטן. מאז 1992 יש רק עשרה חוקים שנפסלו מפני חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו חופש העיסוק ועוד מספר חוקים מועט שנפסלו בגלל חוקי יסוד אחרים.

# החוקה כנשק בלתי קונבנציונלי:

יואב דותן כתב ספר בו עסק בחשש קיים שהכנסת יכולה לנצל את יכולתה לחוקק חוקי יסוד למטרות שאינן מתוך מחשבה חוקתית אלא מתוך מטרות פוליטיות. אפשרות אחת שהועלתה במקור **בפס"ד כהן נ' שר הרווחה והעבודה** ע"י הנשיא שמגר דיברה על כך שיש עקרונות על שבית המשפט יכול להשתמש בהם במקרה שחברי הכנסת ישתמשו בכוחם בצורה לא נכונה וצודקת. לא ברור בדיוק מהם עקרונות אלה ומתי ניתן להשתמש בהם. בארה"ב יש פיסקת נצחיות המעגנת את העצמאות בענייני כל אחת מהמדינות – זוהי דרכה של ארה"ב בהגבלת כוח החוקה.

השופט חשין רצה בעבר לבטל חוק (חוק דחיית הגיוס לבחורי ישיבות) מפני עקרון על שכזה ואמר שיש מקום לעשות כן ולא רק להשתמש בעילת חוק יסוד כדי לפסול חוק רגיל קיים. מקרה זה עוסק אמנם בביטול חוק רגיל ולא בביטול חוק יסוד, אך השלכות המעשה היו יכולות להשפיע על תפיסת חוקי היסוד כחוקי על.

יש פתרון לבעיה (חקיקת חוקי יסוד לא מתוך כוונה חוקתית אלא לצרכים פוליטיים או אחרים) שלא מבוסס על עקרונות על מרחפים. **בפס"ד בר און** יש רמז לכך שצריכה להיות התבססות על הכרזת העצמאות. הכרזת העצמאות היא הנורמה המשפטית העליונה במדינת ישראל, וככל שהכרזת העצמאות התכוונה לקבוע מגבלות משפטיות כך היא יכולה לשמש אותנו כנורמה עליונה. עם זאת, ממש בסמוך להקמת המדינה היה ניסיון לחוקק חוק מנדטורי הקובע שהכרזת העצמאות מבטאת חוקה, ניסיון שנדחה ע"י בית המשפט העליון. הכרזת העצמאות הצהירה שתבחר אסיפה מכוננת ולכן אין לראות בהכרזה עצמה כחוקה. כך חזרנו לשאלה: האם הכרזת העצמאות היא נורמה שמגבילה את החוקה או את חוקי היסוד לצורך העניין? כאשר בוחנים באמת את הכרזת העצמאות ואת הנאמר בה ניתן לראות הגבלות משפטיות על כח הכנסת לחוקק חוקי יסוד. ההגבלות האלו מתנקזות לשלושה תנאים:

1. **חוקה יכולה להסדיר רק עניינים של משפט חוקתי.** החוקה צריכה להיות מסמך משפטי שעוסק בהסדרת הנורמות הבסיסיות כחלק מהמשפט החוקתי. היה מקרה אחד מאז הקמת מדינת ישראל שהכנסת ניסתה לשריין חוק העוסק במס. אין זה חלק מהמשפט החוקתי ולכן שריון זה לא תקף כלל. זוהי דוגמא לחשיבות אופיו החוקתי של חוק היסוד או החוק וברגע שיש חריגה מהתחום הזה בטלה הסמכות של הכנסת.
2. **חוקי היסוד אינם יכולים לבטל את מהות המדינה כמדינה יהודית.** המגבלה הזו חלה גם על חוקים רגילים ובעצם כל נורמה שנוצרת ע"י הכנסת. הכרזת העצמאות מזכירה יותר מפעם אחת את הצירוף מדינה יהודית ואף בתוך הפסקה המשפטית. העלייה ארצה מבטאת את הפן היהודי של המדינה. יש כאן חיבור בין מדינת ישראל ובין מדינת היהודים, ואף במשפט לא ניתן לנתק בין המהות היהודית למהות הישראלית של המדינה. דוגמא לזהות המדינה כיהודית ניתן לראות בחוק השבות.
3. **חוקי היסוד אינם יכולים לבטל את מהות המדינה כמדינה דמוקרטית.** יש בהכרזת העצמאות יש סממנים רבים של ייעוד מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. אינדיקציה ראשונה היא שבהכרזה הוזכרו הסדרי הבחירות כחלק אינטגרלי מהחוקה. עוד אינדיקציה היא שוויון הזכויות המצויין בה. כל אלו ועוד מלמדים על כוונת מועצת העם לייסד את מדינת ישראל על יסוד הדמוקרטיה. אין בכך להכתיב כללים טיפוסיים כאלו ואחרים אלא רק לקבוע עקרון מנחה.

בפס"ד בר און השופטים השאירו בצריך עיון את שאלת ביטול חוק היסוד. בכל מקרה, ביהמ"ש הכריע שאין הצדקה מספקת לבטל את חוק היסוד במקרה הזה. נושא התקציב השנתי וודאי שייך למשפט החוקתי והוא מוזכר במספר חוקי יסוד אחרים ויש מקום להסדרים חוקתיים זמנים (כמו שמירת דינים בחוק יסוד חופש העיסוק ב2002). מאחר והנושא הכללי שייך לנושא החוקתי, ונכון שלא ראוי לקבוע בחוקה הוראות שמראש רואים אותן כהוראות שעה, אין זה ראוי כאן לפסול את החוק ובכך לפסול את סמכות הכנסת לחוקק חוקי יסוד כאלה. בית המשפט לא סבר שזהו מקרה קיצוני מספיק כדי להתערב בניצול כח הכנסת לחוקק חוקי יסוד.

לא תמיד פותרות המגבלות הנ"ל את כל הבעיות. נניח שהכנסת מחוקקת חוק יסוד ובו פסקת נצחיות או לחלופין פסקת שריון של שינוי ברוב של 100 חברי כנסת. זה לא דמוקרטי בעליל. במדינת ישראל יש את החשש התמידי שהכנסת, על אף היותה אסיפה מכוננת, לא תחשוב על עצמה ככזו ולא תשקול את ההשלכות הנחוצות. פעמים רבות קיימת סכנה שהכנסת תחוקק חוק יסוד מתוך ראייה שאינה חוקתית ותקבל החלטות שנויות במחלוקת, דבר שיהיה בעייתי במיוחד לאור שריון החוק.

# משמעות עליונות חוקי היסוד:

נשאלת השאלה מהי המשמעות של עליונות חוקי היסוד על החוקים הרגילים? ישנם רכיבים אפשריים שונים של אותה עליונות. בית המשפט התחיל לדון בשאלה הזו בפס"ד המזרחי, ואולם עד היום אין הלכה מוסכמת חד משמעית שדנה בכל היבטי העניין. ננסה לראות את המשמעויות השונות של השאלה הזו. באופן כללי ישנן ארבע קטגוריות בהן מתבטאת העליונות הזו:

## שינוי חוקי יסוד

1. **שינוי מפורש:** סוגיית השינוי נדונה והוכרעה כבר בפס"ד המזרחי. שם נקבע שחוק רגיל לא יכול לשנות חוק יסוד. כשם שחוזה לא יכול לשנות חוק, כך חוק רגיל לא יכול לשנות חוק יסוד, הגבוה ממנו בפירמידת הנורמות. הדרך היחידה לשנות חוק יסוד היא ע"י חוק יסוד. בדרך כלל חוק יסוד כזה נקרא חוק יסוד מתקן. ברגע שמחוקקים אותו, לרוב משלבים אותו בחוק היסוד הקיים. קביעה זו בפס"ד המזרחי היתה קביעה חדשה, ובאותה תקופה הוגשו עתירות לבג"ץ שהסתמכו על הקביעה הזו. היה זה צעד חלוצי בו החליטו שחוק רגיל לא יכול לתקן חוק יסוד, יחד עם זאת, מטעמי נימוס בין הרשויות, ביהמ"ש קבע שחוק יסוד אינו יכול לשנות חוקים רטרואקטיבית.
2. **שינוי משתמע:** גם אם קובעים הסדר שסותר בעליל את ההסדר שנקבע בחוק היסוד מבלי לציין במפורש שהכוונה היא לשנות את חוק היסוד, יש לעשות זאת במסגרת חוק יסוד ולא חוק רגיל, בדיוק כמו בשינוי מפורש.

כאן מתעורר קושי. לכאורה זה מובן מאליו: אם חוק רגיל לא יכול לשנות חוק יסוד, הוא אף אינו יכול לחרוג או לסטות ממנו. בפועל, אין זה כך. יש אופציה כזו המאפשרת לחוקים רגילים לסטות או לחרוג מחוקי היסוד, וזאת על פי הרשאה בחוק היסוד עצמו.

לדוגמא: סעיף 7 בחו"י חופש העיסוק קובע שאין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד חדש. סעיף נפרד – סעיף 8א – עוסק בחריגה מחו"י חופש העיסוק וקובע שהוראת חוק יכולה להיות תקפה גם אם היא חורגת מהוראת חוק היסוד הנ"ל ועל פי תנאים מסויימים. ישנן דוגמאות רבות אחרות, כמו חוק-יסוד: מקרקעי ישראל וחוק-יסוד: הממשלה.

ברוב המקרים אין שום בעיה לזהות בין חריגה ובין שינוי משתמע. ואולם, יש מקרים עמומים בהם לא ברור האם חוק מסויים חורג מחוק היסוד או מהווה שינוי במשתמע.

חוק-יסוד: ירושלים קבוע שירושלים היא בירת ישראל. בסעיף 2 החוק קובע שירושלים היא מקום מושבם של הכנסת, ראש הממשלה, נשיא המדינה ובית המשפט העליון. נניח שיחוקקו חוק רגיל בו ייקבע שהכנסת תהא רשאית לשבת פעם בחודש בתל אביב - ככל הנראה זוהי תהיה חריגה. ואם ייקבע שהכנסת תשב שבועיים בירושלים ושבועיים בתל אביב? כאן יש כבר התלבטות.

## חריגה / סטייה / פגיעה בחוקי יסוד

זוהי נקודה שאינה ברורה וחד משמעית על פי הפסיקה. בית המשפט קבע בעבר שאסור לחרוג בשום אופן מחוק יסוד על ידי חוק רגיל. **בפס"ד פרידמן** השופטת נותנת לכך לגיטימציה. **בפס"ד חירות**, חוק הבחירות דרכי תעמולה חרג מחוק-יסוד: השפיטה בכך שקבע שהוא אינו שפיט. בית המשפט הגבוה לצדק הוא בית המשפט היחיד שסמכותו קבועה בחוק יסוד ובכך שחוק הבחירות שלל את שפיטות תשדירי התעמולה הוא סתר את חוק היסוד המאפשר לבית המשפט לשפוט עניינים כאלו. זוהי סטייה נקודתית מסעיף מסויים בחוק היסוד. לסיכום, הפסיקה חייבה שכל חוק יסוד, גם חוק יסוד שלא מתייחס באופן מפורש לנושא החריגה, עומד מעל לחוק רגיל ולכן חוק רגיל לא יכול לסטות מהוראות חוקי היסוד. יוצאים דופן הם החוקים שחורגים מחוקי היסוד על פי סעיפים המתירים זאת ובהתקיים כל התנאים המצויינים בחוקי היסוד.

מה קורה במקרה שחוק חורג מחוק יסוד, ואין בחוק היסוד סעיף המתייחס למקרים כאלו? ברק בפס"ד המזרחי עסק בנושא ושם קבע שהחוק הרגיל תקף ויכול לעשות זאת, אך דעת בית המשפט לא תמיד כזו. חשוב לזכור שחוק יסוד המאפשר לחרוג ממנו בחוק רגיל אינו מאפשר לשנות אותו בחוק רגיל והכנסת צריכה להיזהר משינוי במסווה של חריגה.

## פרשנות של חוקי יסוד

**בפס"ד אבני** ישנו דיון הנוגע לעליונות חוקי היסוד. המדינה ביקשה מבית המשפט לפרש סעיף מסויים מחוק-יסוד: הממשלה ע"פ סעיף בחוק הפרשנות. בית המשפט קבע שחוק הפרשנות איננו רלוונטי מכיוון שהוא נורמה נמוכה יותר לחוק היסוד וזה סותר את עליונות חוקי היסוד כנורמה הגבוהה בפירמידה. מכאן, שיש איסור על פרשנות חוקי יסוד על פי חוקים רגילים. אם לא היה איסור כזה, לא היה הבדל בין חוק יסוד לחוק רגיל והיה ניתן לשנות חוקי יסוד, מה שראינו שאסור על פי הקטגוריה הראשונה. באופן ענייני, חוקים רבים לא מתאימים לחוקי היסוד וערכיהם.

לדוגמא, בסעיף בחוק הכשרות המשפטית נאמר שכל אדם נחשב אדם מגמר לידתו ועד רגע מותו. אם היינו מפרשים את המושג אדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יכול להיות שהתוצאה היתה שונה. המושג "אדם" בחוק היסוד לא יכול להתפרש על פי משמעותו בחוק רגיל. בנושא ההפלות למשל, מתעוררת שאלה מהותית – האם אדם נחשב כזה מרגע גמר הלידה? האם לעובר אין זכות לחיים? האינטואיציה מכוונת להגדרה שניתנה בחוק הכשרות והאפוטרופסות, אבל הגישה החוקתית הרחבה מסתכלת על הגדרת האדם אחרת.

אמנם, באופן כללי הכנסת מחוקקת חוקים המתאימים לרוח חוקי היסוד אבל לפעמים אין זה כך, כמו בדוגמא הנ"ל. המסקנה הנובעת מכל זה היא שלא מפרשים חוק יסוד לפי חוקים.

## שריון חוקי היסוד

שריון חוקי היסוד הוא ההיבט המורכב ביותר מכל היבטי עליונות חוקי היסוד. בעקרון, חוקי יסוד אפשר (ואפילו מומלץ) לשריין, בעוד שחוקים רגילים – לא. השאלה הראשונה היא למה אנו מתכוונים כשמשתמשים בביטוי השריון. ישנם שני סוגי שריון:

1. **שריון פורמאלי (צורני):** הטלת הגבלות על צורת השינוי או החריגה. השינוי הפורמאלי המוכר הוא דרישת רוב בהצבעה. דרישה צורנית נוספת מתבטאת בציון מילים מסויימות בחוק המדגישות את החריגה מחוק היסוד.
2. **שריון מהותי:** התוכן של הנורמה משוריין מבחינה תוכנית מפני שינוי או מפני פגיעה או חריגה. כשהנורמה מכתיבה תוכן לנורמות אחרות זהו שריון מהותי. חוק רגיל לא יכול להיות משוריין ביחס לחוקים רגילים אחרים. ישנו רק חוק רגיל אחד ששוריין בישראל אבל אין זה מקובל ואף ישנה סתירה מתוקף פירמידת הנורמות.

לכאורה, **פס"ד יקותיאלי** סותר את עקרון השריון המהותי. בחוק התקציב השנתי נקבעה חלוקה לא שוויונית הנוגדת את עקרונות חוק יסודות התקציב. חוק יסודות התקציב קובע שהתקציב המוענק לגופים ע"י המדינה חייב להיות שוויוני ועל פי קריטריונים מסויימים, וחוק התקציב השנתי מפר את העקרון הזה בהעניקו תקציב גבוה יותר לקבוצה מסויימת על פני קבוצות אחרות. לכאורה, על פי מה שלמדנו, חוק רגיל לא יכול להגביל חוק רגיל וחוק יסודות התקציב לא יכול להכתיב לחוק התקציב השנתי מה להורות. על אף הסתירה המתבטאת כאן, ניתן לקרוא את הסיטואציה אחרת. בית המשפט טען שחוק התקציב השנתי הוא לא חוק ולכן אין כאן בעיה. השופטים הביאו נימוקים רבים מדוע חוק התקציב איננו חוק אלא חוק עזר ולכן הוא נמוך מחוק רגיל בפירמידת הנורמות וכך חוק יסודות התקציב יכול להורות לו מה לקבוע או לשנות אותו. המקרה הזה ממחיש לנו את משמעותו הרבה של השריון וקבלתו המוחלטת בפסיקה: שני חוקים באותה רמה בפירמידה לא יכולים לשנות אחד את השני ואינם יכולים להיות משוריינים אחד ביחס לשני.

חוקי יסוד הם פרקים של חוקה, וחוקה יכולה להיות משוריינת גם פורמלית וגם צורנית. המיוחד בחוקי היסוד הוא שביכולתם להגביל חוקי יסוד אחרים שהתקבלו אחריהם. הרעיון הזה נובע מאופייה הייחודי של החוקה שתפקידה לקבוע עקרונות ארוכי טווח הנוגעים גם לחוקים הבאים אחרי קביעתם. החוקה היא מערכת כללית שאינה ניתנת לשינוי בקלות – כך נמנעים ממשחקים פוליטיים שאינם קשורים אליה – ומהווה עוגן יציב לעקרונות אותם רצתה האסיפה המכוננת לבסס. עם זאת, רוב חוקי היסוד בישראל לא משוריינים וניתנים לשינוי, על אף שאין מנצלים הזדמנות זו לעיתים קרובות. יש מקרים של פסקאות נצחיות בחוקות מסויימות, כמו השיטה בחוקה הפדרלית בארה"ב ובחוקת גרמניה, אך בישראל אין זה כך ואף להפך – ישראל נחשבת קיצונית בקלות בה ניתן לשנות חוקי יסוד.

# התנגשות חוקי יסוד

שאלה אחרת הקשורה לעליונות חוקי היסוד היא השאלה בה דן ביהמ"ש העליון ב**פס"ד פלונית**: מה קורה כאשר יש סתירה בין שני חוקי יסוד? ע"פ פירמידת הנורמות יש כאן בעיה מכיוון שחוקי יסוד יושבים על אותו שלב. קושיה זו התעוררה בעיקר בסתירות שעלו מתוך ההתנגשות בין חוק יסוד כבוד האדם ובין שאר חוקי היסוד. בפס"ד פלונית, סעיף 7 הנוגע לזכות לפרטיות וסעיף 8 המהווה פיסקת הגבלה (שניהם לחוק יסוד: כבוד האדם) לא עלו בקנה אחד עם ס' 3 לחוק יסוד: השפיטה שקובע שבית משפט ידון בפומבי במקרים המובאים לפניו. שני הסעיפים עוסקים במקביל באותו עניין בפרטיות, כשחו"י כבוה"א קובע את הזכות לפרטיות וחו"י השפיטה קובע הסדר הפוך בו אין את עקרון הפרטיות במשפטים (לא כולל חריגים).

לדעת **דורנר**, סעיף 3 הוא הסדר ספציפי וסעיף 7 הוא הסדר כללי וכשמדובר בהתנגשות כזו הנורמה הגוברת תהיה הנורמה הספציפית. **ברק**, לעומתה, אינו סובר כך וקובע שחוק יסוד: כבוד האדם נועד כדי להכפיף תחתיו את חוקי היסוד האחרים או לפחות להסדיר באופן מקיף את עניין זכויות האדם בחוקי היסוד האחרים.

דוגמא אחרת למקום בו מתעוררת השאלה הזו היא בהתנגשות בין סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ובין חוק יסוד: כבוד האדם. סעיף 4 עוסק בשוויון בבחירות לכנסת ועל מנת לחרוג משוויון זה ניתן לחוקק חוק מיוחד שיתקבל ברוב קולות. כאשר עוסקים בשוויון הבחירות לכנסת, האם חל סעיף 4 שדורש רוב מיוחד או פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? לפי גישתה של דורנר, גם אם שוויון הבחירות לכנסת נכנס תחת כנפי חוק יסוד: כבוד האדם, סעיף 4 יגבר עליו מכיוון שהוא ההסדר הספציפי. וגם כאן, ברק יתנגד לגישה הזו ויטען שההסדרים הספציפיים בחוקי היסוד צריכים להסתדר מהותית עם זכויות האדם בחוק היסוד.

גישת המרצה היא שיש אינדיקציה לכך שהספציפי גובר על הכללי. אם כך, שלוש האפשרויות העומדות בפנינו כדי לפגוע בשוויון הבחירות הן:

1. מתייחסים לחוק הבחירות כהסדר ספציפי ולכן הוא הקובע ונדרש רוב חברי הכנסת על מנת לפגוע בחוק. אין צורך בבחינת פיסקת ההגבלה.
2. אין פה סתירה ולכן יש צורך בשתי הדרישות; גם רוב חברי הכנסת וגם פיסקת ההגבלה.
3. ניתן לצאת ידי חובה על ידי הפעלת אחד מהמנגנונים: או דרישת רוב, ואם לא אז שימוש בפסקת ההגבלה.

זהו נושא מעורפל ונתון לפרשנות, ואין קביעה מוחלטת במקרים בהם השאלה הזו מתעוררת.

# חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק

ישנם שנים עשר חוקי יסוד. מדוע דווקא שני חוקי יסוד אלו עומדים במרכז תשומת הלב? התשובה לכך היא שאלו שני חוקי היסוד החשובים ביותר מבחינת ההשלכות המשפטיות שלהם.

כל המשפט האזרחי נכנס לגדר הזכות לקניין וכל המשפט הפלילי נכנס לגדר הזכות לחירות, כששתי זכויות אלו מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ישנם מאות חוקים המגבילים ולעיתים אוסרים עיסוקים כאלה ואחרים ואלו נכנסים תחת חוק יסוד: חופש העיסוק. מבחינת חיי היום יום של המשפט והציבור הישראלי, חוקי היסוד על זכויות האדם רלוונטים ונוגעים כמעט לכל סוגיה.

עד חיקוק חוקים אלו, חוקי היסוד בקושי תפסו מקום בחיים המשפטיים. המערכת המשפטית לא נתקלה כמעט בבעיות הנוגעות לחוקי היסוד הקודמים.

גם ניסוח חוקי היסוד של זכויות האדם מבסס את מעמדם כנורמות עליונות ויום יומיות וכך הם נעשו לנורמות עיקריות ושמישות.

## הסדרים כלליים

ההסדרים הכלליים ברובם משותפים לשני חוקי היסוד ואלו נקודות הדמיון:

1. סעיף 1 זהה לשניהם והתווסף ב1994 וכותרתו **עקרונות יסוד**: זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל. בפועל, מתעלמים מהסעיף הזה. הוא נתפס כהצהרה חגיגית וסמלית ותו לא. יש פה הקשר להכרזת העצמאות ולרוחה. עם זאת, יש כאן נורמה – יש לכבד את הזכויות ברוח עקרונות הכרזת העצמאות. עלה דיון בנושא החובה הנובעת מהסעיף הזה: האם יש כאן חובה המגבילה את הכנסת? השיח החוקתי מתבסס דווקא על סעיפים אחרים ולא על סעיף זה בבואו לבדוק את הגבלת הכנסת.
2. **סעיף המטרה** קיים בשני חוקי היסוד. סעיף 1א בחוק יסוד: חופש העיסוק וסעיף 2 בחוק יסוד: כבוד האדם. גם הסעיף הזה הוזנח לטובת סעיפים פרקטיים יותר. מטרת חוקי היסוד, על פי סעיפי המטרה, הם לעגן את ערכי זכויות האדם בחוקי היסוד. מוזר במקצת, כיוון שעיגון זכויות בחוק יסוד אינו מטרה כשלעצמה וככל הנראה הכוונה בסעיף המטרה היא להצהיר שההגנה על זכויות האדם אינה ערך עליון אלא ערך שמשתלב יחד עם זכויות האדם עצמם. הסעיפים מסורבלים מבחינה לשונית.

הוויכוח המדובר בהקשרם הוא הגדרת המדינה כיהודית או כדמוקרטית ואיזו הגדרה גוברת על השניה במקרה של התנגשות. התפיסה הרווחת היא שלרוב, ככל שנדגיש את ההיבט הדמוקרטי כך תהיה הגנה חזקה יותר לזכויות האדם וככל שנדגיש את ההיבט היהודי ההגנה תיחלש. הנחת מוצא אינטואיטיבית זו אינה נכונה בהקשר המשפטי. אם מתבוננים במשפט העברי לעומק, נמצא כי היהדות לעיתים מעניקה זכויות נרחבות יותר מאשר שיטות המשפט המקובלות כיום (דיני נאשמים וראיות למשל).

סעיף המטרה מתקשר לפסקת ההגבלה שקובע שהחוק הפוגע בזכות צריך לתאום את ערכי מדינת ישראל, ערכים המצויינים בסעיף המטרה. פסקת ההגבלה איננה מגבילה את כוחה של הכנסת לתת זכויות אלא לפגוע בזכויות. פסקת ההגבלה היא שסותרת את ההנחה שההיבט היהודי מצמצם את זכויות האדם.

גם אם על פי ניתוח אידיאולוגי נכון יש סתירה בין יהדות ובין דמוקרטיה, פירוש הנורמה המשפטית לא נכון. לא ניתן לפרש נורמה כבעלת סתירה פנימית בין התאמתה לערכי היהדות והתאמתה לערכי הדמוקרטיה. יש לבחור בפירוש בו החוק מתיישב משתי הבחינות. אין שום צורך לפרש את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית כשני ערכים נפרדים אלא משולבים מכיוון שכך כוון בהכרזת העצמאות.

1. נקודה נוספת ומרכזית היא **ההבחנה בין הגדרת הזכות ובין התנאים לפגיעה בה – פיסקת ההגבלה**. בבדיקה חוקתית אנו בוחנים האם החוק הנבדק פוגע בזכות שקבועה באחד מחוקי היסוד והאם הפגיעה נעשית כדין. אם המסקנה שהחוק לא פוגע בזכות הבדיקה מסתיימת והחוק יכול לעבור. בהנחה שהחוק כן פוגע בזכות אין זה אומר שהוא פסול לגמרי. יש לבדוק האם החוק שפוגע בזכויות עומד בתנאי פסקת ההגבלה.
2. שאלה העולה משני חוקי היסוד היא מה **פירוש הזכויות שקבועות בחוקי היסוד?** חלקן מנוסחות בצורה ברורה, לעומת זכויות המנוסחות בצורה עמומה. הזכות לכבוד האדם, לדוגמא, מאוד לא ברורה. הזכויות בחוקי היסוד ניתנות לפרשנות ולהתאמה על פי שינויים חברתיים וגורמים חיצוניים. השאלה תעלה בהמשך ונדון בה בהרחבה.
3. סעיף נוסף המשותף לשני חוקי היסוד הוא **סעיף התחולה**– סעיף 11 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק. סעיף התחולה קובע שחוק היסוד חל על כל רשויות השלטון. האם רשות שאיננה רשות שלטונית צריכה לכבד את חוקי היסוד? צריך לשים לב שבחלק גדול מהמקרים הטלת חובה לכבד את הזכויות מהווה הפרת זכות בעצמה. יש מחיר להטלת חובה כזו. דוגמא להמחשה – אילוץ העסקת אנשים חילונים על ידי רשות חינוכית דתית מתוקף חופש העיסוק יכול לפגוע בכבוד האדם של מערכת החינוך הדתית ובחופש העיסוק שלהם.

## תחולת חוקי היסוד

כיצד חלים חוקי היסוד בחיי היום יום של האזרח?

הכנסת רשאית, לא רק באופן תיאורטי אלא גם בפועל, לחוקק חוקים ספציפים שיחילו גם על אנשים פרטיים חובה לכבד זכויות יסוד של אחרים. למשל, חוק הגנת הפרטיות שחל על אנשים פרטיים(שאינו חוק חוקתי מכיוון שהוא התקבל לפני 1992).דוגמא נוספת מתבטאת בחוק הסלקטורים: אסור לאדם פרטי לסנן אנשים בכניסה למועדון או למקום בילוי על פי צבעם או אמונתם. חוק זה תקף גם לכל אדם בעל מקום ציבורי כגון מכולת או חנות בגדים.

נניח שחוק מסוג זה פוגע בזכות של אדם פרטי על מנת להגן על זכות של אדם פרטי אחר, כדוגמת חוק הסלקטורים הפוגע בחופש הקניין והעיסוק למשל? יש לבדוק את החוק הרגיל על פי פיסקת ההגבלה בחוק היסוד. התכלית כאן בדוגמא היא תכלית של שמירת זכות – תכלית ראויה לכל הדעות. אז אפשר להכנס למבחן המידתיות. עם זאת, מתעוררת בעיה במבחן המידתיות בפגיעה במידה הפחותה. ככל שאנחנו מגנים על זכות של אדם אחר כך אנחנו פוגעים בזכות של אדם אחר. נוצר מעין ניגוד אינטרסים בין זכויות יסוד כשאין באמת פגיעה במידה פחותה – יש פגיעה אחת אפשרית והיא הפרת זכויות. במקרה כזה, פשוט מדלגים על דרישת הפגיעה הפחותה ונוצרת דרישה חדשה- האיזון האופקי. יש להגיע לאיזון מניח את הדעת בין הפרת הזכות האחת מחד ושמירה על הזכות האחרת מנגד. כל המבחנים הללו יוזכרו בהרחבה בהמשך.

דוגמא למציאת האיזון האופקי: דעת מיעוט ב**פס"ד גור אריה**, העוסק בעתירה של בני זוג דתיים נגד שידור תוכנית בשבת, קבעה שמדובר בפגיעה בזכות יסוד של חופש הדת. השופטים ערכו את מבחן האיזון האופקי: אם משדרים בשבת חופש הביטוי מתקיים במלואו וחופש הדת כלל לא. אם לא משדרים בשבת, חופש הדת מתקיים במלואו וחופש הביטוי מתקיים בחלקו. כך הגיעו לאיזון מסויים כשאף זכות יסוד לא יוצאת מופסדת לחלוטין.

עוד דוגמא להחלת חוקי היסוד היא דרך מושגי השסתום בהם מכניסים מושגים הלקוחים מחוקי היסוד.

דרך נוספת בה מחלחלים חוקי היסוד לחיינו הפרטיים היא בעזרת גופים דו מהותיים: גוף שמבחינה פורמאלית הוא פרטי אך במהותו יש אלמנטים ציבוריים חשובים. אל על לדוגמא, אוניברסיטה, חברת החשמל וכדו'. גופים כאלו צריכים לכבד את זכויות האדם. לגבי אוניברסיטה יש גם חוקים שמחייבים לעשות זאת, אך גם אם אין חוק יש חיוב כזה מתוקף היות המוסד ציבורי במהותו. **פס"ד קסטנבאום** (פסק הדין על חברה קדישא שסירבו לחרוט תאריך לועזי על מצבת אישה בירושלים) מדגים את המתודה הזו.

לסיכום, ישנם שלושה דרכים לתחולת חוקי היסוד:

1. חקיקת חוקים רגילים הדואגים לשמירת זכויות האדם, גם במקרה של הפרת זכות אדם אחרת.
2. מושגי השסתום בחוקים של המשפט הפרטי: תום לב, סבירות, תקנת הציבור וכדו'. במקרים מסויימים מפרש בית המשפט את המושגים האלה לאור ערכי זכויות האדם.
3. גופים דו מהותיים.

## הבדלים בין חוקי היסוד

1. בחוק יסוד: חופש העיסוק יש **שריון** (דרישת רוב) ובחוק יסוד: כבוד האדם אין. עם זאת, השריון הזה איננו משמעותי מכיוון שהקואליציה יכולה לשנותו או לבטלו בכל עת שתחפוץ.
2. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש **פיסקת הגבלה מיוחדת לאנשי כוחות הביטחון**. הרעיון העומד מאחורי פיסקה זו היא שכוחות הבטחון נדרשים לפעמים לפעילות הפוגעת בזכויות אדם ויש להתייחס לכך בחוק. לכן אין צורך בסעיף כזה בחוק יסוד: חופש העיסוק. אמנם חופש העיסוק של החיילים נפגע מתוקף החיוב לשירות אך יש תכלית ראויה ובעצם כל העניין עומד בפיסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם.
3. הבדל נוסף נוגע ל**שמירת הדינים**. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קיימת שמירת דינים מוחלטת (סעיף 10)[[2]](#footnote-2). בחוק יסוד: חופש העיסוק יש הסדר שונה לחלוטין– שם נקבעה שמירת דינים זמנית בעלת תאריך תפוגה (14.3.02). הרעיון העומד מאחורי שמירת הדינים הוא רעיון היציבות. הכנסת בחרה לא להגביל את שמירת הדינים בחוק כבוד האדם. גם היום יש שמירת דינים ולא ניתן לעתור נגד חוקתיות חוק שסותר את כבוד האדם וחירותו אם נחקק קודם לשנת 92. יש לציין ששמירת הדינים לא חלה על תיקונים לחוקים מסויימים. רוב החוקים של הכנסת הם חוקים מתוקנים ואי אפשר שכולם יהיו תחת כנפי ההגנה של שמירת הדינים. אם הכנסת מתקנת סעיף אחד אז בודקים רק אותו ולא משנים חוק שלם.

יכולה להתעורר שאלה מעניינת – מה קורה כאשר מדובר בחוק ישן שפוגע באופן לא מידתי גם בחופש העיסוק וגם בזכויות כבוד האדם? על פי חוק יסוד: כבוד האדם תוקפו נשמר ועל פי חוק יסוד: חופש העיסוק תוקפו לא בהכרח נשמר. ב**פס"ד מיטראל** אפשר למצוא לכך התייחסות לגבי חוק שעומד בפסקת ההתגברות של חופש העיסוק אך לא בחוק כבוד האדם. המבחן שנקבע שם הוא מבחן הדומיננטיות: פועלים על פי הזכות הדומיננטית שנפגעת. בכל מקרה שבו יש ספק ויש פנים לכאן ולכאן, לא מבטלים חוק.

1. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין **פסקת התגברות**. בחוק יסוד: חופש העיסוק יש (סעיף 8). פסקת ההתגברות נותנת תוקף לחוק רגיל שסותר בנושא נקודתי את חופש העיסוק בשלושה תנאים:
2. דרוש רוב חברי הכנסת (65 ולא 61, כפי שנקבע בחקיקה מוקדמת, כדי שהכנסת לא תעשה זאת בקלות ראש ותפגין תמיכה מוחלטת בחוק הסותר את חוק היסוד).
3. אמירה במפורש שתוקפו הוא למרות סתירתו את חופש העיסוק.
4. תוקף עד ארבע שנים שבסיומן אפשר לחוקק אותו מחדש. הרציונאל טמון בכך שכל כנסת תצטרך להתחיל בהליך חקיקה חדש כדי לחדש את החוק.

הרעיון כאן הוא למנוע שינוי של חוק היסוד עצמו. חוקים רבים סותרים את חופש העיסוק – כמו חוק האוסר לייבא בשר טרף לארץ – וחוק היסוד בסכנת ביטול בשל הקשייתו על העברת חוקים כאלו. בפועל יש רק חוק אחד חורג והוא אותו חוק האוסר לייבא בשר טרף.

בעקבות חקיקת החוק החורג הזה עתרו לבג"ץ עקב הפגיעה בזכויות כבוד האדם וחירותו. בית המשפט החיל את מבחן הדומיננטיות וקבע שהזכות הנפגעת הדומיננטית היא חופש העיסוק ולכן פיסקת ההתגברות חלה על החוק ואין לבטלו. רעיון ההתגברות אינו ישראלי במקור אלא קנדי ובעולם שאינו אוטופי יש לפסקה זו מקום ותועלת.

## מודל הפרשנות של כבוד האדם[[3]](#footnote-3)

ניתן לחשוב על גישות שונות לפרשנות הזכות לכבוד האדם, שהיא זכות מרכזית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומוזכרת בו לא פחות מארבע פעמים. במשך השנים התלבט בית המשפט העליון לגבי פירוש זכות זו והשאלה הוכרעה בתשובה לשאלת החוקתיות של חוק טל. חשיבותו של פס"ד זה נובע מההכרעה בדבר משמעותה של הזכות לכבוד. הביטוי "כבוד האדם" אינו נותן אינדיקציה מספיק ברורה למשמעותו. בספרות האקדמית הוזכרו גישות רבות, ונעסוק בארבע גישות מתוכן:

1. **גישה מצמצמת:** אין חפיפה בין הזכות של כבוד האדם ובין זכויות אחרות. ישנו כיבוד מירבי של רצון הכנסת שהחליטה לא לעגן זכויות אחרות. החיסרון של הגישה הזו הוא בכך שייתכנו מקרים בהם כבוד האדם נפגע כתוצאה מפגיעה בזכויות שאינן מוזכרות בחוק היסוד או מתפרשות ללא כל ספק ממנו ולא ניתן יהיה להגן עליו. עם זאת, גם לגישה זו יש יוצאי דופן. בעבר, למשל, היה נוהל בבתי הסוהר של בדיקה פנימית של אסירים שחזרו מחופשה על מנת למנוע הברחת סמים אל תוך הכלא. למרות שעוד לא היו זכויות יסוד כלל, קבע בית המשפט שזוהי פגיעה בכבוד האדם. בנוסף, גישה זו טוענת שזכויות המתפרשות גם מכבוד האדם וגם מזכויות אחרות לא נכללות בחוק היסוד.
2. **גישת ביניים מצמצמת– המודל המצמצם:** כבוד האדם נפגע במקרים של השפלה, וזהו המבחן לבדיקת זכויות. לא מדובר במבחן רגשי אלא אובייקטיבי (עד כמה שניתן). לדוגמא, אם פגיעה בחופש הביטוי מביאה להשפלה אזי היא נחשבת לפגיעה בכבוד האדם. (השאלה היא אינה אם חופש הביטוי מוכר ע"י החוק הישראלי, מכיוון שהתשובה חיובית. השאלה היא האם חופש הביטוי מעוגן בחוק יסוד. בנוסף, יש לזכור שזכויות אינן מוחלטות ומותר לפגוע בכל זכות כל עוד הפגיעה נעשית במסגרת תנאי החוק).דוגמאות להבחנה בין מקרים בהם יש השפלה ומקרים בהם אין השפלה:
3. מקרה אליס מילר: בתקופתה נשים לא יכלו להגיש מועמדותן לקורס טיס בשל היותן נשים. האפליה על רקע מגדרי מהווה דוגמא להשפלה.
4. פרשת חוק טל: עצם האפליה של הציבור החרדי לא משפיל את שאר האזרחים. כאן יש פגיעה בשוויון ללא אלמנט ההשפלה ולכן אין כאן שיוך לכבוד האדם.
5. שיטת מימון המפלגות יכולה להיחשב מפלה, אך גם כאן מרכיב ההשפלה חסר.
6. חופש הביטוי: יוצר שנמנע ממנו לפרסם את יצירתו יכול לחוש השפלה עקב כך. לעומת זאת, תשדיר פרסומת הנפסלת עקב מגבלה כזו או אחרת לא גורם לתחושת השפלה.

בית המשפט העליון לא קיבל את הגישה הזו. אין רק מבחן אחד הקובע מה חופף את זכות האדם ומה לא.

1. **גישת ביניים מרחיבה– מודל הביניים:** בא ברק ומוסיף למבחן ההשפלה את מבחן הפגיעה באוטונומיה. פגיעה כזו משמעה פגיעה בכבוד האדם. על פי המבחן המרחיב הזה מצאו השופטים שחוק טל פוגע באוטונומיה משום מה, ובאמת לא ברור איך. השופטים כיום לא מדקדקים אף בשיטה זו. הזכות לקיום מינימלי לכבוד למשל, היא דוגמא למקרה בו דילג בית המשפט העליון על שלב השיוך של הזכות לחוק יסוד: כבוד האדם וניגש ישר לבחינת פיסקת ההגבלה. הגישה הזו לוקה בכך שעשוי להיות שיבוש של פרשנות פיסקת ההגבלה והגבלת זכויות בדרך פשוטה יותר מתוקפה. פיסקת ההגבלה לעיתים קרובות מקילה על המחוקק לפגוע בזכויות ולכן אם בית המשפט מדלג על השלב הראשון בו הוא מבחין בין זכות המעוגנת בחוק יסוד ובין זכות שלא, הוא בעצם יכול להקל על הדרך לפגיעה בזכויות אדם שונות.
2. **גישה מרחיבה– המודל המרחיב:** הגישה ההפוכה לגישה המצמצמת. מאחר וכל זכויות האדם נובעות מרעיון כבוד האדם. יש לראות בכבוד האדם מעין מטריה לכל הזכויות הנוגעות אליו ונכללות בתוכו. גישה זו מכבדת את עקרון כבוד האדם אך לא מכבדת כלל את הכרעת הכנסת שלא להזכיר במפורש זכויות מסויימות בחוק.

יש מן המשותף לשתי גישות הביניים: גישות הביניים מכבדות את הכנסת בכך שהן עושות הפרדה בין זכויות אחרות ובין הזכות לכבוד האדם. אף אחד מהשופטים היום לא מכליל את כל זכויות האדם תחת חוק יסוד: כבוד האדם. ההלכה היא שאין זכויות שנכללות בכבוד האדם. עם זאת, אם כתוצאה מפגיעה בזכות מסויימת נפגע כבוד האדם, יש לראותו ככלול בחוק ונחשב חלק מהזכויות אליהם מכוונת הגדרת כבוד האדם.

פרשנות זכויות האדם היא עניין מורכב העולה רבות מתוך פסקי דין שונים וסעיפים בחוק. בפס"ד סילגדו למשל, מתעוררת מחלוקת לגבי פירוש הזכות לחירות. דעת הרוב קובעת כי עונש מאסר פוגע בזכות לחירות, בעוד דעת מיעוט – השופטת שטרסברג כהן – סוברת כי אין זה כך.

כך גם ניתן למצוא קשיים בפרשנות סעיפי החוק עצמו, לדוגמא:

* סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי לכל אזרח ישראלי יש את הרשות לצאת את גבולות הארץ או להכנס אליה. האם מדובר רק על אזרחים? או גם על כאלו שאזרחותם עדיין לא הוסדרה רשמית?
* סעיף 3 לאותו חוק – "אין מפקיעים קניינו של אדם". האם הטלת מס אינה נחשבת הפקעת קניין? הרי זה דרישת תשלום על קניינו של אדם פרטי. מצד שני, המס נועד לטובת הציבור ובסופו של דבר גם למשלם המסים. גם כאן יש ניסוח עמום המותיר מקום רב לפרשנות.
* חוק יסוד: חופש העיסוק קובע כי אין להגביל אדם בבחירת משלח ידו. האם זה נכון גם לגבי גניבה, או זנות? כיצד ניתן לחוקק חוק המונע מאדם לעבוד בכל מה שירצה?

בבואו לפרש זכויות יסוד כאלו ואחרות, בית המשפט נוטה להרחיב את מושג זכויות האדם ולא לצמצם. לדעת המרצה, זוהי טעות ואין זה נכון להשתמש בהרחבת יריעת זכויות היסוד. עמדה זו נובעת משתי סיבות:

1. לא זו היתה כוונת המשורר – פרשנות רחבה סוטה לעיתים מכוונת הכנסת בחקקה את חוקי היסוד. יותר מכך – ייתכן שהכנסת התכוונה לצמצם ובית המשפט מנצל את מעמדו ומרחיב.
2. הרחבת "סל זכויות היסוד" תגרום לזילות ולהענקת חשיבות פחותה לזכויות בכלל.

### פס"ד סילגדו

אחד העניינים בהם עוסק פסק הדין הוא תיקון 39 לחוק העונשין, הקובע שאם אחד משותפים לעבירה מבצע עבירה שלא תוכננה מראש, תהיה אחריות גם על חבריו לפשע כל עוד יכלו לצפות בצורה סבירה את התפתחות האירועים. במקרה הספציפי שלנו – חבורה תכננה שוד, ובמהלך השוד אחד מהעבריינים שלף את נשקו ורצח אדם תמים. האם חבריו לפשע צריכים להיות אחראים גם לרצח, שלא תוכנן על ידם, בנוסף לעבירת השוד? בעתירה לעליון טוענים הנאשמים (מלבד הרוצח) שלא ניתן להאשימם באחריות לרצח מכיוון שלא יכלו לצפות אותו (למרות הנשק החם שנשא חברם), ושהאשמה כזו תגרום לפגיעה בזכותם לחירות – זכות המעוגנת בחוק יסוד.

השופטים נחלקים ביניהם האם הכנסתם למעצר של הנאשמים פוגעת בחוק היסוד. לדעת רוב, ובראשם ברק, מאסר בפירוש פוגע בזכות לחירות. השופטת שטרסברג כהן, בדעת מיעוט, סברה אחרת. בכל מקרה, ברק ממשיך את בחינת חוקתיות המקרה, לאחר שאישר שהחוק (תיקון 39 לחוק העונשין) פוגע בזכות יסוד.

לקביעת ברק יש השלכות נרחבות ובעייתיות מאוד: מדבריו יוצא שכל אונס, רוצח ועבריין יכול לטעון לפגיעה בזכות יסוד. טענה זו חזקה מאוד ותקשה על המדינה לשים עבריינים מאחורי סוגר ובריח.

# בחינת חוקתיות החוק

פעמים רבות אנו נדרשים לבדוק חוקתיות של חוק – האם החוק מתיישר לפי חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם ואם אינו מכיל סתירות. לבדיקה זו שני שלבים:

1. האם החוק הנבחן פוגע בזכות המוזכרת באחד משני חוקי היסוד הנ"ל? אם לא, הבדיקה מסתיימת כאן. אם כן, עוברים לשלב הבא:
2. האם החוק עומד בדרישות פיסקת ההגבלה.

יש לציין שבישראל אין זכויות מוחלטות, וניתן לפגוע בזכויות בתנאים מסויימים. זאת בניגוד לשיטת הממשל האמריקאית למשל, בה אין הפרדה בין שני השלבים ובעצם קשה מאוד לפגוע בזכות יסוד.

## פיסקת ההגבלה[[4]](#footnote-4)

כמו שכבר נכתב, אין איסור לפגוע בזכויות. זאת בעיקר מסיבת ההתנגשות בין זכויות הפרט וטובת הכלל. פיסקת ההגבלה קיימת במיוחד בשביל הבקרה על הפגיעה בזכויות בשם טובת הציבור. פיסקת ההגבלה מגבילה גם את סמכות רשויות המדינה וגם את הזכויות שיכולות להיפגע מסיבות שונות.

סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: **"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".**

פיסקת ההגבלה מנוסחת בצורה מסורבלת במעט. בפועל היא כוללת שישה תנאים מצטברים שבהתקיימם ניתן לפגוע בזכות המעוגנת בחוק היסוד:

### חוקיות – פגיעה על ידי חוק או מכח הסמכה מפורשת על פי החוק:

הכלל הזה היה קיים ככלל עקרוני של פרשנות עוד לפני חוק היסוד. כשאין חוק המסמיך אדם או רשות לפגוע בזכות הנידונה לא ניתן לעשות זאת. הרציונאל של דרישת החוקיות היא נתינת משקל לקולם של נבחרי העם והפחתת מקומם של השופטים בהכרעה האם החוק שווה את הפגיעה או לא.

ב**פס"ד לם** משרד החינוך הוציא הוראה הקשורה במבחנים ללקויות למידה. דוקטור לם היה מרצה באוניברסיטה בתחום לקויות הלמידה ולא הכירו באבחונים שלו. במשפט עלה נושא החוקיות ובית המשפט דן בעניין משמעות הפגיעה בזכויותיו של לם על פי חוק.

נימוק נוסף לחשיבות דרישת החוקיות הוא בנוגע לסרבול תהליך החקיקה בכנסת. הליך החקיקה יסודי ביותר ורק הצעות חוק שיש להן תמיכה נרחבת יכולה לעבור את ההליכים הארוכים. חוק שעבר את כל התהליך הנ"ל כנראה עוסק בנושא חשוב ובוער לחברי כנסת רבים ויש בו עניין מהותי המאפשר לפגוע בזכויות חוק היסוד.

1. הפגיעה בחו"י חוקתית כיוון שזה מידתי – לא אמרו ללם שהוא אינו יכול לעסוק יותר במקצוע שלו אלא רק ביטלו פן אחד של המקצוע.
2. משרד החינוך הוא הלקוח הכי גדול של אבחונים ולכן יש לו מונופול על התחום וכשהוא מבטל את האבחונים של אנשי המקצוע האלה זה אינו מידתי. התקבל בפסיקה.
3. לם טוען שזה צריך להיות בחוק ולא בתקנה. דורנר יוצרת תקדים ואומרת שנכון שהנושא כעיקרון לא מספיק לחוק אך ראוי שהוא יהיה בחוק כיוון שיותר קשה לחוקק אותו ויש עליו יותר ביקורת.

ישנה דעה נידחת שגם פסיקת בית משפט יכולה להיחשב כחוק. ואולם, גם אם מבחינה מילולית אפשר לומר שחוק יכול להתפרש למשפט אין זה כך בפועל בשיטת המשפט המקובל. ברק מנסה להעניק לרשות השופטת את הכח לעשות זאת מכיוון שכל תחום זכויות האדם וחוקי היסוד נידונים על ידי בית המשפט ולכן טבעי זה שיהיה לו גם כח לפגוע בזכויות. דעה זו לא נתקבלה ונכון להיום הפגיעה בזכויות יכולה להיעשות רק מכח חוק שנחקק על ידי הכנסת.

מה הכוונה בפגיעה בחוק או על פי חוק מכח הסמכה המפורשת בו? (אין כמעט מקרים בהם הפגיעה נעשית רק מכח חוק ובלי סיוע מרשות כזו או אחרת ולכן יש את תוספת ההסמכה המפורשת). האם ההסמכה בחוק מספיקה כדי לפגוע בזכות? ישנה מחלוקת בין ביניש ונאור בנושא: ביניש אומרת שמבחן ההסמכה המפורשת הוא מבחן גמיש. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר והפגיעה חמורה יותר כך ההסמכה בחוק צריכה להיות מפורשת יותר. נאור אומרת שהוראות החוק מהווה מפורשת וזה מספיק. ב**פס"ד המפקד הלאומי** החוק התיר לרשות השידור להסדיר שידורי פרסומת. בפועל, הרשות אסרה על שידור פרסומות פוליטיות. כאן דרושה בחינת ההסמכה מכח החוק. יש כאן עמימות לגבי הסמכות שהוענקה לרשות השידור.

### הלימת ערכי המדינה – אותם ערכים המוזכרים בסעיף 1א (מדינה יהודית ודמוקרטית).

לרוב, אין עיסוק נרחב בתנאי הזה. קיימת הנחה שהחוקים אינם סותרים בצורה משמעותית את ערכיה היהודיים או הדמוקרטיים של המדינה וכמעט אף פעם לא נפסל חוק בשל אי עמידתו בתנאי זה.

יוצא דופן הוא **פס"ד אדמונד לוי**, שטען שאיסור איחודן של משפחות ערביות עם קרוביהן מארצות אויב אינו מתיישב עם גישת היהדות ליחס לגר. זוהי דוגמא נדירה לשימת דגש על תנאי הלימת ערכי המדינה ועל פסילה בגינו.

כיום, ישנה מגמה להאחדת תנאי ההלימה יחד עם תנאי התכלית הראויה. ברק טוען כי בדיקת תנאי התכלית הראויה יכול להיעשות בעזרת בחינת ההתאמה לערכי המדינה.

### תכלית ראויה

ככלל, התכלית הראויה משמעותה שתכלית החוק מצדיקה את הפגיעה בזכויות יסוד. הדעה הרווחת היא שהתכלית הראויה היא תכלית ציבורית, מטרה המשרתת את הציבור הרחב ואינה פרטיקולארית או אינטרסנטית. גם תנאי זה אינו מועלה רבות בדיונים חוקתיים, אך גם לו היה את רגע התהילה:

ב**פס"ד אורון** הועלתה הטענה שהמכרז לזיכיון לשידור לא היה לתכלית ראויה. המכרז שהוצע נועד לתחנות רדיו בעלות אופי מסורתי, אך בפועל נתפר למידותיו של ערוץ 7. התכלית של נתינת שירות לציבור הדתי ראויה היא, אך התאמת המכרז למידותיו המסויימות ביותר של ערוץ 7 יוצרת מצג אינטרסנטי ולא שוויוני. בית המשפט פסל את המכרז דווקא בגלל תנאי המידתיות ולא בגלל התכלית הראויה, וזאת מכיוון שלמרות שאחת מהתכליות – קידום ערוץ 7 – אינה ראויה, עדיין קיימת תכלית דומיננטית יותר וראויה לחלוטין – שירות לציבור הדתי ולכן אין לפסול את החוק בגין סעיף זה.

כדי להחליט אם התכלית ראויה או לא, הכנסת משתמשת בעיקר בשכל הישר. בנוסף, יש מקרים רבים בהם הכנסת מנסה את החוק – הוראות שעה למיניהן הבודקות האם הפגיעה בזכות שווה את התכלית או לא.

ישנה חזקה שהתכלית המוצהרת היא התכלית הנכונה (**פס"ד ניר**). שם מוזכר מבחן התכלית הראויה:

1. האם התכלית היא כזו שראוי שהמדינה תחוקק למענה חוק?
2. האם התכלית הזו ראויה מספיק בשביל לפגוע בזכויות?

### מידתיות

מתפרשת בהשראת פירוש המידתיות במדינות אחרות ומורכבת משלושה מבחני משנה:

#### התאמה / קשר רציונאלי

גם כאן, מידת ההתאמה נקבעת על פי ההיגיון והשכל הישר. ניתן לראות שיש קשר הדוק בין האופן המקל בו בית המשפט מיישם את מידת ההתאמה ובין האופן המרחיב בו הוא מפרש את הזכויות.

#### פגיעה פחותה

מבין אמצעים שונים שניתן להשתמש בהם להשגת התכלית, הכנסת רשאית לקבוע רק את האמצעי שפוגע במידה פחותה. התנאי הזה נקרא לעיתים גם "מדרגה", מטאפורה לשלבים אותם הכנסת צריכה לעבור כדי להצדיק את הפגיעה בזכויות. להמחשת תנאי הפגיעה הפחותה נציג שתי דוגמאות:

1. שגיא צמח היה חייל שנעצר בחשד לביצוע עבירת שימוש בסמים קלים. אותה תקופה היה ניתן לעצור חייל עד ארבעה ימים לפני הישפטו. התעוררה שאלה האם החוק המאפשר לעשות כן נועד לתכלית ראויה. לכאורה כן – יש לחקור את החייל לפני המשפט. אך האם נדרשים לכך ארבעה ימים? בית המשפט פסל את החוק הזה משום שפגיעתו של האמצעי – מעצר לארבעה ימים – אינו פחותה.
2. בפרשה נוספת, בית המשפט ביטל סעיף בחוק שקבע שאנשים שבבעלותם יש מכונית אינם זכאים לקצבת הכנסה. אמנם לפעמים יש בעל מכונית שכן זכאי להקלות מס אך לרוב אין זה כך, ולכן היתה פסילה מוחלטת של כל בעלי המכונית כבעלי פוטנציאל להבטחת הכנסה. השופטת בייניש טענה שאין זה אמצעי שפגיעתו פחותה ויש מקום לשקול גם בעלי מכונית תחת אותו חוק.

כוכבו של המבחן הזה דעך והיום הוא כמעט איננו בשימוש. זאת בשל האופן בו פירש אותו בית המשפט. בנוסף, ישנו עניין עלות האמצעים. אם האמצעי הנבחר הוא האמצעי הזול ביותר, כנראה שהוא לא יפסל.

מתי כן יצוץ נושא המבחן הזה? בדרך כלל כאשר יעלו העותרים חלופה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק.

פרשנותו המצומצמת של מבחן המידתיות שפגיעתו פחותה מוביל לבחירת האמצעי שפגיעתו פחותה באופן יחסי ולא פחותה ביותר (בייניש בפס"ד ניר). [[5]](#footnote-5)

#### יחסיות / מידתיות במובן הצר

זהו מבחן שיורי - הוא אמור להכנס לפעולה גם כאשר שני המבחנים הקודמים מתקיימים. החוק חייב לעבור גם את המבחן הזה, בלי קשר להצלחתו במבחנים הקודמים. התועלת שהחוק מביא להגשמת התכלית הראויה צריכה להיות גדולה יותר מהנזק שאותו חוק גורם לזכויות האדם. בעצם, החוק צריך להיות פרופורציונאלי בין התועלת והנזק. אם התכלית ראויה אך החוק פוגע פגיעה אנושה בזכויות האדם בית המשפט יכול לפסול אותו. לדוגמא, גם בהנחה שהחמרה בענישה היא אמצעי יעיל להרתעה, לא כל החמרה תהיה לגיטימית לגבי כל עברה שהיא. ככל שהמקרים קיצוניים יותר כך ברור יותר שהחוק עתיד להיפסל. בפועל, זהו המבחן העיקרי בו משתמשים בבחינת המידתיות. זוהי בעיה, כיוון שמבחן זה מעורפל ומשאיר מקום נרחב לשיקול דעת השופטים והכנסת. מהי רמת המידה החוקתית? אין לכך תשובה ברורה. מידתיות במובן הצר היא מושג סובייקטיבי משהו.

האם יש עוד דרכים, חוץ ממבחן המידתיות במובן הצר, לבדוק את מידתיות החוק בצורה יותר מדעית ומדוייקת? ישנם שני כיוונים המתחילים להתהוות:

1. **מבחני איזון עקרוניים:** לסוגים מסויימים שכיחים יותר של התנגשויות – למשל בין חופש הביטוי ובין בטחון המדינה – ניתן לקבוע מבחנים יותר מופשטים ולקבוע על פיהם. ב**פס"ד קול העם** השופט אגרנט קבע שככלל אם התכלית היא להגן על בטחון המדינה והזכות הנפגעת היא חופש הביטוי, אז המבחן הוא מבחן הוודאות הקרובה: רק אם בוודאות חופש הביטוי יפגע בבטחון המדינה אז ניתן יהיה לפגוע בזכות על פי חוק.
2. **בדיקת התועלת והנזק השוליים:** יש להשוות את החוק כפי שהכנסת קיבלה לחלופה ולבדוק את ההיבטים התוספתיים. דוגמא לכך נלמדת מפרשת תוואי גדר ההפרדה בין שטחי יהודה והשומרון ובין מדינת ישראל. ביהמ"ש החיל כלל אקוויולנטי

מטרת הגדר היא להגן על בטחון אזרחי המדינה. עם זאת, הגדר מפרידה בין בתי התושבים ובין מקורות ההכנסה שלהם. התושבים שנפגעו הציעו חלופה לתוואי הגדר ובית המשפט מתייעץ עם המפקד הצבאי באזור: האם החלופה שהציעו התושבים הגיונית מבחינה בטחונית? יש לבדוק האם קבלת האלטרנטיבה משנה בצורה משמעותית את המטרה שרוצה המחוקק להשיג. התנאי להחלת מחשבה תוספתית הוא קיום חלופות.

# מקורות החוקה המטריאלית

חוקי היסוד אינם המקור היחיד למשפט החוקתי של מדינת ישראל. חוקה מטריאלית היא בעצם תוכן החוקה – כל הנורמות המשפטיות החוקתיות, בין אם הן מצויות בחוקה הפורמאלית הכתובה ובין אם הן נובעות ממקורות אחרים. מטרת הפרק הבא הוא עיסוק במקורות המשפט החוקתי.

## הכרזת העצמאות

הכרזת העצמאות מקור ראשון במעלה למשפט החוקתי בישראל משתי בחינות:

1. הכרזת העצמאות כנורמה העליונה במדינת ישראל והשראה לחוקי היסוד.
2. מקור פרשני לפירוש חוקי המדינה. השימוש המרכזי בהכרזת העצמאות כמקור מטריאלי הוא שימוש פרשני – מושגי שסתום, מקור השראה לפרשנות חוקים וכדו'. זאת משום שהכרזת העצמאות מהווה מעין "תעודת לידה" למדינה ואבן שואבת להבנת הערכים המתגלמים במדינה. פסקי דין עקרוניים בהקשר זה:

### פס"ד קול העם

לשר הפנים ניתנה סמכות לסגור עיתון קומוניסטי בשל הפוטנציאל שלו לפגוע בשלום הציבור. שר הפנים מימש את סמכותו זו ועל כך עתרו לבית המשפט. בית המשפט אמר שבמקרה מהסוג הזה נדרשת פרשנות של המילה "עלול" בסעיף המקנה סמכות לאסור על פרסום עיתונאי כלשהוא. הנושא הנדון היה השגת האיזון בין חופש הביטוי ובין שמירה על צביון המדינה ובטחונה. שופטי העליון פירשו את לשון החוק לפי הכרזת העצמאות וערכיה והגיעו למסקנה שהמילה "עלול" כוונתה "סביר להניח". מהכרזת העצמאות נלמד שבמהותה המדינה היא דמוקרטית ופרסום קומוניסטי העלול לפגוע בערך זה (עלול במובנו החדש) אסור על פי חוק.

### פס"ד ירדור

שימוש פרשני בכיוון שונה לגמרי נעשה בפסק דין זה. וועדת הבחירות פסלה את רשימת ירדור משום שרשימה זו קראה לחיסולה של מדינת ישראל על ידי פירוקה ואיחודה עם שאר מדינות האזור. לשון החוק אז (1965) חייבה את וועדת הבחירות לאשר כל מפלגה העומדת בתנאים לוגיסטים מסויימים. השופט חיים כהן טען שאי אפשר לפסול את הרשימה הזו אך הוא היה בדעת מיעוט. שופטי הרוב נימקו באופן שונה את דעתם. השופט זוסמן קבע שמבחינה משפטית אמנם הסעיפים הרלוונטים בחוק לא מאפשרים פסילת רשימה כלשהיא אך רוח החוק המתפרשת מכח הכרזת העצמאות מסמיכה את בית המשפט למנוע ממפלגה השוללת את מהות המדינה להתמודד בבחירות. הדעה העיקרית והחשובה ביותר לנושא היתה של השופט אגרנט, שיישם את גישתו בפס"ד קול העם גם כאן. אגרנט פירש את הביטוי "רשימת מועמדים לבחירות לכנסת". לדידו, הכנסת משמעה בית הנבחרים של מדינת ישראל (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת) ועל פי הכרזת העצמאות מדינת ישראל היא מדינה לדורות ולא סידור זמני שנועד להתחסל בשלב כלשהוא. נובע מכך שרשימה שמטרתה היא לפרק את מדינת ישראל אינה בגדר רשימת מועמדים לכנסת מכיוון שהיא איננה רשימת מועמדים לבית נבחרים של מדינת ישראל כמדינה בת קיימא. (אחד התירוצים הדלוחים ששמעתי). זהו שימוש נוסף בהכרזת העצמאות כמקור פרשני מהותי בפסיקות השופטים בשאלות מהותיות.

### פסילת רשימת כך

בדיון שנסב סביב פסילת רשימת כך השופטים השתמשו בדעותיהם של אגרנט וזוסמן. בסופו של דבר רשימת כך לא נפסלה והרב כהנא נכנס לכנסת, זאת מכיוון שהמקרה של רשימת כך לא היה קיצוני מספיק כדי להביא לפסילתו.

## חוקי יסוד

נידונו בהרחבה

## חוקים

יש הרבה חוקים רגילים המעניקים תוכן לחוקה, ודוגמא בולטת לכך היא חוק השבות. עוד חוק לדוגמא הוא חוק שיווי זכויות האישה.

### חוק השבות

חוק השבות נקבע עוד לפני החלטת הררי, ומעניק זכות לכל אדם בעל שורשים יהודיים (עד נכד של גבר או אישה יהודיים) לעלות לארץ בצורה חוקית ולקבל מעמד של אזרח. ישנה טענה מעניינת שאומרת שחוקים רגילים שהם חלק מהחוקה המטריאלית והתקבלו לפני רעיונות חוקי היסוד יש לראותם כחוקי יסוד. דעה זו לא התקבלה. ובאמת, חוק השבות כולל בתוכו סעיפים בעלי טון חוקתי אך הפיכתו לחוק יסוד טומן בחובו השלכות רבות מדי והצעת העלתו לדרגת חוק יסוד לא התקבלה. האם הכנסת רשאית לבטל את חוק השבות? לפי חוקי היסוד אין מניעה מלעשות כן, אך ביטול כזה יפר את העקרונות המובאים בהכרזת העצמאות. מכאן, שניתן לשנות את חוק השבות אך לבטלו לגמרי לא מסתדר עם מהות ההכרזה ומכאן שאסור.

### חוק רמת הגולן

הכוונה היא לחוק שקובע שעל מנת לסגת משטחים המצויים תחת ריבונות מדינת ישראל (לא כולל שטחי מדינת ישראל) יש צורך באחת מן השתיים – רוב של 80 חברי כנסת או רוב של 61-79 של חברי כנסת ומשאל עם בנוסף. החוק לא נחשב משוריין כי החוק עצמו לא משוריין. השאלה היא האם ניתן לקבוע הסדר של משאל עם בחוק רגיל ולא בחוק יסוד. בניסוח הראשון של החוק נקבע כי דרישת משאל העם תיכנס לתוקפה אחרי שיועבר חוק יסוד משאל עם. חוק יסוד זה מעולם לא צלח ולכן סעיף משאל העם הוכנס לחוק הרגיל. הבעיה היא שקיום משאל העם גורע מסמכויות הכנסת והממשלה הקבועות בחוקי היסוד. ניתן לפתור את הבעיה הזו בעזרת הכנסת סעיף הסמכה לחוק-יסוד: הכנסת או לחוק-יסוד: הממשלה המסדיר את היחסים בין חוקי היסוד ובין קיום משאל עם.

## חקיקת משנה (תקנות)

תקנון הכנסת קובע איך מחוקקים חוק ומשפיע בצורה מהותית על החוקה המטריאלית. הוא לא נחקק כחוק רגיל אלא בתהליך קצר הרבה יותר אך השלכתו רבה ומרחיקת לכת. בתקנון יש סעיף שחוקיותו אושרה על ידי בית המשפט העליון והוא קובע שיו"ר הכנסת (וסגניו גם) יכול לפסול הצעת חוק פרטית אם לדעתו יש בה שלילה של קיום של מדינת ישראל כמדינה יהודית במהותה / ביטוי של גזענות כלשהיא. תקנון הכנסת בעצם מכתיב גם את הפרוצדורה של קבלת חוקי היסוד וגם את תוכנם של החוקים, באפשרו לבטל הצעות חוק מסיבות מסויימות. ישנה בעיה בכך שתקנון פשוט יכול להשפיע בצורה כזו על מהות חוקי היסוד. בעיה זו לא נותרה תיאורטית בלבד אלא התבטאה במספר מקרים בהם התקנון "שם מקלות בגלגלים" של חוקי היסוד, במיוחד בתחום מספר הקריאות בהליכי החקיקה.

## פסיקה

מקור חשוב נוסף לחוקה הוא ההלכה הפסוקה, ובעיקר התקדימים. ישנם שני סוגי הלכות:

1. המשפט המקובל: לא כל המשפט הישראלי ולא כל המשפט החוקתי מכוסה בחקיקה. התרבות המשפטית שלנו שירשנו מאנגליה מבוססת על המשפט המקובל לצד החקיקה והפסיקה יחד. עד חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם כמעט כל הדינים שנגעו בנושא התפתחו על ידי המשפט מקובל דרך פסיקות בית המשפט העליון. גם היום יש זכויות שאינם חלק מחוקי היסוד והיחס אליהם נעשה דרך הפסיקה הנשענת על המשפט המקובל.
2. פסיקה פרשנית: פרשנות בית המשפט החוקתי מהווה מקור מחייב של החוקה המטריאלית. לדוגמא, כשבית המשפט קבע את מבחן המידתיות הוא יצר פסיקה מחייבת וחלק מהמשפט החוקתי. דוגמא נוספת מתבטאת בדרישת "הוודאות הקרובה" מפס"ד קול העם בהתנגשות בין חופש הביטוי ושלום מדינת ישראל. פסק דין מפורסם הוא **פס"ד ברזילי**, שם השאלה היתה האם נשיא המדינה מוסמך לתת חנינה לאנשים שהודו בעבירות וכך לעצור את ההליך הפלילי נגדם. בית המשפט נדרש שם לפרש את המילה "עבריין". לפי דעת המיעוט עבריין הוא אדם שהורשע ולפי דעת רוב, כל אדם שהודה בביצוע עבירה הוא עבריין. זוהי פרשנות מחייבת.

## המנהג

מקור עמום במקצת של המשפט החוקתי הוא המנהג. ב**פס"ד שץ** נטען שהיה מנהג שנשיא המדינה קוצב את תקופת מאסרו של אסיר עולם. המנהג הזה לא הוכח והושאר בצריך עיון. מנהג אחד שהוכר כמנהג מחייב הוא בנושא הנסיגה מהשטחים. ההחלטה לסגת מהשטחים בהם החזיקה מדינת ישראל נעשית על ידי הרשות המבצעת, ועל מנת לקבל לגיטימציה ציבורית ישנו מנהג לבקש אישור מהרשות המחוקקת. עם הזמן היועמ"ש לממשלה החיל את המנהג הזה על מקרים אחדים והמנהג הפך למחייב. דוגמא נוספת מתבטאת בסמכויות נשיא המדינה ובעיקר בהתבטאויותיו. ישנה תודעה בקרב הציבור שיש בעיה משפטית עם התבטאות שנויה במחלוקת.

מעבר למקורות האלו, ישנם גם מקורות לא מחייבים אך מהווים השראה לחוקה. המשפט הזר למשל, או הספרות המשפטית. בחקיקה ובפסיקה מתחשבים פעמים רבות במשפט הזר ובספרות המשפטית. בארה"ב למשל, זהו דבר נדיר להשתמש בשיטות משפט אחרות או להזכיר מחקרים משפטיים.

# רשויות השלטון

המשפט החוקתי של כל מדינה מתמקד באופן רחב בשני סוגים של תחומים:

1. תחום רשויות השלטון, התחום הממשלי, סמכויות השלטון, דרכי בחירתו, חלוקת כוחותיו וכו'.
2. תחום זכויות האדם כפי שהן מוסדרות בחוקי היסוד וכפי שהן מתקיימות במשפט ללא קשר למצב עיגונן בחוק.

הכנסת במדינת ישראל, כזכור, היא גם אסיפה מכוננת וגם רשות מחוקקת.

הפרדת הרשויות במובן הקלאסי משמעותה פיצול תפקידים בין הרשויות בהתאם לתחומי התמחות שונים. כלומר, הרשות המחוקקת עוסקת בחקיקה, הרשות המבצעת עוסקת בביצוע והרשות השופטת עוסקת בשפיטה. הרציונאל העיקרי מאחורי תורת הפרדת הרשויות אינו עוסק ביעילות אלא בחוסר יעילות. מבחינה תועלתנית, דווקא רשות אחת המרכזת את כל תחומי האחריות תוכל לבצע בצורה היעילה ביותר את תפקידיה ופעילותה. המשמעות החוקתית של הפרדת רשויות היא בחוסר היעילות הנוצרת מעצם ההפרדה וגורמת לחלוקת הכוח בין הרשויות ועל ידי כך שומרת על זכויות האדם. הרעיון מאחורי הפרדת הרשויות, בשפה פשוטה, הוא מניעת ריכוז כח. אף אחת מהרשויות לא מחזיקה בכל הכח וכך נמנע ניצול כח לרעה או רמיסת זכויות אדם.

התפיסה הקלאסית הזאת מעולם לא היתה מעשית, כל שכן היום. אין זה אפשרי למקד כל רשות בתחום אחד ולנתק את הרשויות מהתחומים האחרים. לדוגמא, הרשות המבצעת: הרשות המבצעת במדינת ישראל מבחינה כמותית היא גם הרשות המחוקקת המרכזית. הכנסת אינה מסוגלת לקבוע את כל הנורמות הכלליות. היא משתדלת לקבוע את רוב העקרונות הבסיסיים במסגרת החוקים שהיא מקבלת אבל החוקים עצמם לא מספיקים, וכמעט תמיד יש צורך בפרטי פרטים שהכנסת אינה מסוגלת להיכנס אליהם ולהכריע בעניינם. פרטים אלו נקבעים לרוב על ידי הרשות המבצעת כתקנות.

הרשות המבצעת, איפוא, היא גם רשות מחוקקת. ישנם מקרים בהם הכנסת מנצלת עובדה זו ומעבירה סמכויות חקיקתיות לרשות המבצעת, סמכויות בעייתיות מבחינה עקרונית ומשפטית. עם זאת, יש להבין כי אין באפשרות הכנסת לקבוע את כל החוקים והתקנות במדינה, וזוהי דוגמא לבעייתיות בהפרדת רשויות מוחלטת.

עוד חריגה בפועל מעיקרון הפרדת הרשויות היא דוגמה נוספת שעוסקת ברשות המבצעת. ישנם גופים שיפוטיים רבים המהווים חלק מהרשות המבצעת ולא מהרשות השופטת, כמו הוועדה לשחרורים. יש הרבה מסגרות שיפוטיות בענייני מיסים, הגבלים עסקיים וניירות ערך – מסגרות שיפוטיות לכל דבר הפועלות מתוקף סמכות הרשות המבצעת. דוגמא קיצונית יותר לכך מתבטאת בתחום הרפואה: לפי נוסח החוק, הערכאה הראשונה האם להרשיע או לזכות רופא שהואשם בהפרת כללי האתיקה היא שר הבריאות. הלכה למעשה, הרשות השופטת כיום לא מסוגלת מבחינה מעשית וארגונית לעסוק בכל העניינים השיפוטיים ולכן חלק מסמכויותיה הועברו לרשות המבצעת.

לבתי המשפט יש גם סמכות חקיקה. הכנסת נתנה לבית המשפט סמכויות כאלו. בפועל, בתי המשפט ממונים על חקיקה בכל הנוגע לשיטת המשפט המקובל הנהוגה בארץ עוד מימי הקמתה. גם הפרשנות השיפוטית נוגעת בחקיקה – בית המשפט יכול לקבוע כיצד יש לפרש חוק וכך להשפיע על משמעותו המעשית של החוק. לדוגמא, עקרון תום הלב בחוק החוזים. בית המשפט פירש את נפקותו ומשמעותו של העקרון הזה ובעצם השפיע מבחינה חקיקתית על סדר היום הציבורי.

אין זה ריאלי שכל רשות תעסוק אך ורק בתחום שלה. הדרך שבה מגשימים את העיקרון ששולל ריכוז כח בידי רשות אחת היא שלכל רשות אין רק את הסמכויות הייעודיות שלה אלא יש לה גם סמכויות פיקוח וסמכויות שונות על תחומי הרשויות האחרות. אין לנו בישראל אף רשות בעלת עצמאות מוחלטת בתחומי הליבה בהן היא אמורה לעסוק.

כך למשל יש לכנסת סמכויות פיקוח שונות על הרשות המבצעת. חלק מתקנות הרשות המבצעת טעונות אישור הרשות המחוקקת. תקנות אלו לא יכולות להיכנס לתוקפן לפני שיינתן להן אישור מוועדות מטעם הכנסת. דוגמא נוספת היא בנוגע להחלטות שונות הדורשות אישור של הכנסת – נסיגת או מסירת שטחים למשל. בעיקרון, זהו תפקידה של הרשות המבצעת, אך המצב כיום הוא שהכנסת חייבת לאשר החלטה כזו. גם תקציב המדינה, שהינו עניין של הרשות המבצעת, מחוייב לעבור הליך חקיקה (!) ולהתאפשר על ידי הסכמת הרשות המחוקקת.

מובן שהרשות השופטת מפקחת על הרשויות האחרות ועל חוקיות החלטותיהן. מצד שני, גם הרשות השופטת איננה בעלת סמכויות בלתי מוגבלות, מכיוון שאת פסקי הדין ניתן לשנות על ידי חקיקה (דבר הנקרא "חוק עוקף בג"ץ"). הרשות המבצעת והרשות המחוקקת מעורבות בוועדה למינוי שופטים וסמכויות השופטים נקבעות על ידי וועדה מטעם הכנסת.

לסיכום, הפרדת הרשויות מתבטאת בכך שלכל אחת מהרשויות יש סמכות בה היא מתמחה וקובעת את המדיניות בתחומה, אך בנוסף קבלת העובדה שלא ניתן שכל רשות תעסוק רק בתחומה היא ולכן נדבך נוסף במהות הפרדת הרשויות הוא יצירת מערכות פיקוח בין – רשויות ומעורבות בתחומים נוספים.

## האם להפרדת הרשויות יש תוקף משפטי?

התשובה אמביוולנטית. ישנם היבטים מסויימים בהם המשפט מסווג את הפרדת הרשויות כנורמה משפטית מחייבת. בית המשפט משתמש במושג הפרדת הרשויות לצורך פרשנות סמכויות שונות של הרשויות. לדוגמא, לפני חקיקת חוק טל, היו מעניקים פטור או דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. בחוק שירות ביטחון קיים סעיף המתיר לשר הביטחון לפטור אדם משירות צבאי. שרי הביטחון לדורותיהם הוציאו הוראה הנוגעת לפטור לבני ישיבות. בשלב מסויים, ביהמ"ש העליון, בפס"ד רובינשטיין, הפסיק את מתן הפטור הנ"ל מכח עקרון הפרדת הרשויות. מתן הפטור הנרחב לבני ישיבות, ע"פ פסק הדין, הוא פריבילגיה של הרשות המחוקקת בלבד ולא של שר הבטחון. בית המשפט נתן הזדמנות לכנסת לטפל בעניין ובזמן הזה נחקק חוק טל (אז התעוררה שאלת חוקתיות החוק, אבל זה עניין אחר).

בית המשפט יעדיף לפרש סעיף כמתאים לעקרון הפרדת הרשויות מאשר לפרש אותו כסותר את הפרדת הרשויות.

דוגמה שניה נובעת מפיסקת ההגבלה. פיסקת ההגבלה קובעת שאין לפגוע בזכות אלא מחוק או לפי חוק מכח הסמכה המפורשת בו. על מנת לפגוע בזכות יש צורך בהסדר הקבוע על ידי הסמכות המחוקקת. הרעיון כאן מבטא את עקרון הפרדת הרשויות. פגיעה בזכות, דבר חמור לכל הדעות, יכולה להיעשות רק על ידי הרשות המחוקקת ואין בסמכות הרשות המבצעת לעשות כן ללא עיגון חוקי.

## האם הכנסת יכולה לפגוע בהפרדת הרשויות?

בית המשפט לא הכריע בכך. הנושא הועלה בפרשת הפרטת בית סוהר. אחת הטענות שהועלתה היתה נגד החלטת הכנסת שהוציאה את סמכויות בית הסוהר מאת הרשות המבצעת והעבירה אותם לאדם פרטי. זוהי בעצם הוראה המונעת מהרשות המבצעת לבצע את תפקידה ואף מבטלת חלק מסמכויותיה ומעבירה אותן לאחר. בית המשפט השאיר את הטענה הזו בצריך עיון. החוק נפסל בגלל פגיעה בזכות לכבוד של האסירים ולא בשל הדיון בעקרון הפרדת הרשויות.

יש חוקים שונים שכן פוגעים בהפרדת הרשויות. החוק שעוסק בדיני המכרזים נטל מהרשות המחוקקת את סמכויותיה והעבירן לרשות המבצעת. דוגמא נוספת היא חוק הקמת בית חולים באשדוד. לכאורה, זוהי פעולה קלאסית האמורה להיות בידי הרשות המבצעת. בפועל, החוק איננו חוקתי מהבחינה שהוא נוטל סמכות מהרשות המבצעת ומעבירה לרשות המחוקקת. הממשלה בחוק מתפקדת כרשות המבצעת, דבר שאינו מסתדר עם רעיון הפרדת הרשויות המעשי.

# הכנסת

השאלה הראשונה בה נעסוק נוגעת לבחירות לכנסת. הכנסת היא הרשות הנבחרת המרכזית בישראל. אמנם גם הרשויות המקומיות נבחרות, אך הרשות הנבחרת המרכזית והדומיננטית ביותר היא הכנסת. יש חשיבות רבה, איפוא, לשיטת הבחירות לכנסת. הכנסת היתה הרשות השלטונית הראשונה שהוסדרה בחוק יסוד. חוק היסוד הראשון שהוסדר היה חוק יסוד: הכנסת, ואחד הסעיפים החשובים ביותר הוא סעיף 4 הקובע את שיטת הבחירות לכנסת. הסעיף קובע את העיקרון ומשאיר את הפרטים לחקיקה רגילה. חשיבות הסעיף מודגשת בשריון החוק– "אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת" (לפחות 61 חברי כנסת).

שיטת הבחירות מורכבת משישה מרכיבים הקבועים בחוק וכדי לשנות עובדה זו יש דרישת להסכמת רוב חברי הכנסת בכל אחת מהקריאות.

## דרישות החוק לבחירות לכנסת:

1. **כלליות:** כל אזרחי המדינה רשאים לבחור ולהיבחר לכנסת החל מגיל מסויים.
2. **ארציות**: כל שטח במדינת ישראל נחשב שטח מדינה אחד. דרישה זו מנוגדת לשיטות בחירות שונות בעולם, כגון ארה"ב ואנגליה, שם הבחירות נעשות בשיטה אזורית.
3. **ישירות הבחירות:** הציבור בוחר ישר במפלגות, באנשים שיהיו בכנסת, ולא באלקטורים שירכיבו מפלגה סביבם. הממשלה נבחרת בצורה שונה, בבחירות הנקראות עקיפות, וזאת מכיוון שהבחירות לממשלה לא נעשות על פי חוק יסוד: הכנסת.
4. **בחירות שוות:** יסוד השוויון. לא פחות מארבעה פסקי דין של העליון נסובו סביב נושא השוויון של הבחירות. ב**פס"ד ברגמן** (1968) פסל בית המשפט חוק שפגע בשוויון הבחירות.

במשך השנים נוצרו מקרים בהם חוק סתר את עקרון השוויון שבחוק היסוד. בית המשפט, כמצוין, פסל ארבעה חוקים בשל סתירה זו. כיצד ניתנה לבית המשפט סמכות לעשות כן?

1. עמדתה הרשמית של המדינה שנקבעה בשנת 1968 ע"י שמגר, שהיה היועמ"ש לממשלה בזמנו, היתה שהוא פוטר את ביהמ"ש בשאלה החוקתית מהותית האם אפשר לסתור חוק יסוד. אם לדעת שופטי ביהמ"ש העליון חוק סתר את עקרון השוויון היה באפשרותם לבטל אותו מבלי להיכנס לדיונים בשאלת סמכות השופטים לעשות כן. מכיוון שהתערבות בית המשפט לא כללה דיונים מהותיים אלא רק ספציפים הנוגעים לעקרון השוויון, היתה להם האופציה לפסול חוקים. למרות זאת, התעוררה סערה ציבורית גדולה בעקבות אקט זה והועלתה ביקורת חריפה כנגד בתי המשפט וחריגתם מגדרות הסמכות שניתנה להם.
2. שוויון הבחירות אינו עומד על סדר היום הציבורי. שאלה זו מתעוררת כל כמה שנים ואינה מהווה נושא בוער באג'נדה הציבורית. לכן, עד כמה ששאלה זו קשה, אין היא עולה לעיתים קרובות והתמודדות עמה אינה יום יומית ותדירה.

שאלה נוספת המתעוררת היא מהם בחירות שוות. בעניין הזה הוצגו שתי גישות אפשריות:

1. שוויון משמעותו במובן הפורמאלי: מתייחסים באופן זהה לכל המפלגות המתמודדות בבחירות, מבחינת מימון מפלגות, חלוקת זמני שידורי התעמולה וכו'.
2. שוויון במשמעותו המהותית: בית המשפט נותן דוגמה של מפלגה גדולה, הזקוקה לזמן שידור ארוך יותר ממפלגה קטנה. שוויון פורמאלי, הנותן זמן שידור שווה לכל המפלגות, ייצור חוסר שוויון, ולכן שוויון מהותי הוא יחס שווה לשווים ולקיחת מאפייני הגורמים בחשבון בנתינת הזכויות השוויוניות.

היבט אחר בהקשר זה: האם שוויון הבחירות איננו רק שוויון בין קולות הבוחרים ואיננו רק שוויון בין המפלגות אלא גם שוויון בין המועמדים? הדיון התעורר בבתי המשפט בהקשר כהונת מתמודדים לכנסת כראשי רשויות מקומיות, אך הדיון פנה לאפיקים אחרים ולא הגיע להכרעה של ממש בנושא.

1. **חשאיות.**
2. **יחסיות**: יחסיות הבחירות משמעו שחלקות המושבים בין הרשימות נעשית ביחס ישר לשיעור ההצבעה עבור כל רשימה. רשימה שקיבלה עשרה אחוז מהקולות תקבל עשרה אחוז מהמושבים בכנסת. עקרון היחסיות איננו מוחלט, גם מבחינה מתמטית וגם מבחינת אחוז החסימה. אחוז החסימה בעבר היה אחוז אחד, ובמהלך השנים אחוז החסימה הוכפל והועלה לשני אחוזים מהקולות. כאשר יש אחוז חסימה כלשהוא נוצרים עודפים של קולות שניתנו למפלגות שלא עברו את אחוז החסימה. יש שיטה המכונה על שם חברי הכנסת שהגו אותה – שיטת באדר-עופר – שיטת חלוקת העודפים, הנותנת יתרון למפלגות הגדולות בזכות לעודפי הקולות. גם שיטה זו פוגעת ביחסיות הבחירות. ריכוך מסויים של פגיעה ביחסיות מתבטא באפשרות לעשות הסכם חלוקת עודפים בין שתי מפלגות, ובעת חלוקת העודפים נחשבות שתי המפלגות כמפלגה אחת. בין שתי המפלגות יחולקו הקולות על פי גודל העודף (כמה קולות נותרו לו להשגת מנדט נוסף).

יש בחירות שהשיטה בהן נוהגת ברובנות, שהיא השיטה ההפוכה ליחסיות. השיטה הרובנית נהוגה באנגליה למשל, ויש לה חסרון בולט בכך שיש מפלגות גדולות שאין להן בקושי נציגות בפרלמנט כי הן לא קיבלו את מירב הקולות. יתרון לשיטה הזו הוא החוסן של הממשלה ואחידותה.

## שינוי חוקתי בהקשר שוויון הבחירות

הפסיקה שעוסקת בסוגיית שוויון הבחירות בעיקרה היא פסיקה ישנה שהתקבלה לפני המהפכה החוקתית ולפני פסק דין המזרחי ולאור השינויים שהתחוללו מאז, יש מקום לחשיבה מחודשת בעניין.

שלוש נקודות שהתעוררו לאחר התמורות שחלו בעולם המשפט החוקתי בישראל:

1. כיום קיימת הבחנה חשובה בין שינוי של חוק יסוד ובין חריגה ממנו. שינוי ניתן לעשות תמיד רק בעזרת חוק יסוד אחר, וחריגה נקודתית ניתן לעשות גם בחוק רגיל. בהינתן ההבחנה הזו, מה עושים לגבי שיטת הבחירות? אם חוק יסוד: הכנסת היה מתפרש באופן מילולי, המסקנה היתה שאין אפשרות לחרוג כלל משיטת הבחירות וניתן רק לשנותו וגם זאת ברוב חברי הכנסת בלבד. מסקנה זו מקשה על הליכים רבים שקורים בצורה טבעית – פרטים טכנים קטנים שאין סיבה שלא יתקבלו בחוק רגיל למרות שהם מהווים חריגה מחוק יסוד: הכנסת. ישנם שני חוקים רגילים העוסקים בבחירות – חוק בחירות הכנסת וחוק בחירות התעמולה, שבהם הסדרים טכנים שוודאי כוללים חריגות קטנות מחוק היסוד.

כוונת הכנסת היתה לאפשר שינויים וחריגות גם יחד ובלבד שהם יעשו ברוב חברי הכנסת. כיום, כל חקיקה הנוגעת לבחירות נבחנת. במידה ויש חריגה, בודקים האם היא סותרת עקרונית את מהות חוק היסוד או לא. היה ולא – החריגה מאושרת בחוק רגיל. אם החריגה סותרת רעיונית עקרון הקבוע בחוק יסוד: הכנסת, החוק החורג יאלץ לעבור אישור של רוב חברי הכנסת. כל זה נוגע גם לשינוי ולא רק לחריגה.

1. חוקי תשריר: חוקים שמטרתם לתת תוקף להסדר קיים בלתי חוקי. אחרי פס"ד ברגמן בו פסל בית המשפט העליון סעיף מסויים בחוק מימון מפלגות הכנסת חששה מפסילות נוספות של סעיפים כאלה ואחרים בחוקי הבחירות. אז חוקקה הכנסת חוק בו סעיף אחד בו היא נתנה תוקף לכל החוקים שנגעו לבחירות עד אותו חוק תשריר. כך היא נמנעה מדיון בכל סעיף שעורר חשד של חריגה והצליחה לאשר בבת אחת חוקים והסדרים רבים שעסקו בבחירות. אפילו בג"ץ אישרו את חוק התשריר הזה. האם הכנסת רשאית לעשות דבר כזה? לחרוג מהחוקה בהסדר כללי מבלי להכנס לפרטים ולדעת בדיוק מהו טיב כל חריגה? שאלות אלו לא נדונו בהרחבה בעבר, ומהוות נושא נוסף שהדיון בו קיבל נופך אחר לאחר המהפכה החוקתית.
2. עקרון השוויון במקרים מסויימים נחשב כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (כמובן שתלוי באיזה מודל משתמשים, אך ההנחה הזו מבוססת על תפיסת בית המשפט העליון). על מנת לפגוע בכבוד האדם יש לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה – ואין צורך ברוב חברי הכנסת. מה עושים במקרה של חוק הפוגע בשוויון הבחירות? האם חוק כזה כפוף גם לדרישת פיסקת ההגבלה וגם לדרישת הרוב? שלוש גישות בספרות לפתרון מקרה כזה:
3. דרישת הרוב גוברת ועל פיה פועלים. האופציה הזו מתבססת על העיקרון הנלמד, שנורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית. זהו כלל פרשני ואינו מוחלט אך מהווה כיוון כללי להעדפה בין שתי נורמות שוות.
4. הדרישות חלות באופן מצטבר.
5. מחילים את אחת מן הדרישות באופן חלופי. או דרישת רוב או פיסקת ההגבלה.

אם האפשרות הראשונה היא האפשרות הנבחרת, מה מונע מהכנסת להפר זכות בסיסית על פי רוב חבריה? זו שאלה עקרונית גדולה בהרבה מהעיסוק בשוויון הבחירות. מי ימנע מהכנסת לבטל זכות בחירה לנשים, לדוגמא? התשובה טמונה בעקרונות המהותיים שנקבעו בהכרזת העצמאות, והדיבור יורחב על כך בהמשך.

## מניעת השתתפות בבחירות

האם ועד כמה ניתן למנוע התמודדות בבחירות של רשימות או מועמדים יחידים מסיבות הנוגעות לדעותיהם / פעילותם?

שנים רבות לא היה הסדר מפורש בנושא זה. בפס"ד ירדור נפסלה רשימה סוציאליסטית שמטרתה המוצהרת היתה לפרק את מדינת ישראל ולשלבה עם מדינות ערב השכנות. הערעור בנושא זכור בשל דעת המיעוט שבו – השופט חיים כהן טען שאין לבית המשפט זכות לפסול רשימה. השופט זוסמן, לעומתו, הצהיר שאין הוא מוכן לתת שירות כשופט במדינת ישראל לעותרים השוללים את קיומה. הנושא צף מחדש לאחר שבית המשפט התבקש לפסול את רשימת "כך" של כהנא. בית המשפט דחה את העתירה וכהנא נבחר לכנסת כסיעת יחיד, ובעקבות בחירותו ופעילותו השנויה במחלוקת הוסיפה הכנסת סעיף חדש המסדיר בלשון מפורשת את אפשרות פסילת היחידים או הרשימות.

סעיף 7א רבתי העוסק במניעת השתתפות בבחירות וסעיף 7א(א) נחקק בשנת 1985 וזו לשונו: **"רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה...במפורש או במשתמע אחד מאלה: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזויין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל".** באחד התיקונים לסעיף הוסיפו סעיף הבהרה: "מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו להגשת רשימת המועמדים, כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת". ההחלטה לפסול מועמד טעונה אישור של בית המשפט העליון.

בשנת 1988 פסל בית המשפט את רשימת כך מתוקף אותו סעיף על חודו של קול. כמעט כל בחירות וועדת הבחירות עצמה פוסלת חלק מהרשימות ובית המשפט העליון מחזיר אותן לרשימת הרצים. רק רשימת כך נפסלה מאז ובית המשפט לא פסל שום רשימה אחרת.

### על מה בא להגן סעיף מניעת ההשתתפות?

בסעיף קבועה פגיעה בזכות בסיסית של התמודדות בבחירות, גם מבחינת המועמדים וגם מבחינת ציבור הבוחרים. מי שאינו מיוצג בכנסת לא יכול להביע את קולו. אין להקל ראש בשלילת זכות זו, אך מצד שני, שופטי בית המשפט העליון העריכו שגם לזכות להתמודד בבחירות יש גבול. כאן מתעוררת השאלה לגבי הערך הדומיננטי שיכול להצדיק הטלת מגבלות על ההתמודדות בבחירות. ישנם שני ערכים שאינם דווקא סותרים אחד את השני ומהווים בסיס למניעת השתתפות מועמדים בבחירות:

1. **הגנה:** ערך ההגנה על קיום המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם פיזית וגם ערכית.
2. **קידום אינטרסים:** ערך ההתנהלות התקינה של בית הנבחרים של המדינה. על פי הערך הזה, לכל רשויות המדינה יש מטרה כללית והיא לקדם את האינטרסים של מדינת ישראל.

יש סוגים של פעילויות שאינם הולמים חברות ברשות שלטונית שמטרותיה הן כאלו. בפסק הדין הראשון החשוב שפירש את סעיף 7א, פסק דין ניימן השני, הוחלט פה אחד בהובלת שמגר הנשיא שהסעיף לא נועד כדי להגן על קיום המדינה אלא בעיקר כדי לקדם את אינטרס המדינה. ב**פס"ד טיבי** לא שינו את ההלכה הזו אך הביעו דעות נוספות שונות, כדעת השופט ברק שסבר שהערך הדומיננטי שהגבלת היכולת להתמודד בבחירות באה לקדם היא מניעת סכנה לקיום המדינה ולערכיה הבסיסיים. שאלת ההכרעה בין הערך אותו בא הסעיף לקדם לא נענתה במהלך השנים בצורה חד משמעית וישנן דעות לכאן ולכאן.

הכנסת עצמה לא עסקה בשאלה העקרונית הזו ובית המשפט העליון בהלכת ניימן השנייה בחר בגישה השנייה. הגישה האחרת שהוצגה על ידי ברק הסתמכה על ערך הסיכון. עצם הטוהר הפטריוטי של הכנסת איננו ערך שמצדיק פסילה של רשימות ומועמדים אלא סיכון ממשי בלבד יכול להוביל לאקט כזה. דעתו של ברק הביאה את בית המשפט להסתכל על רשימה כלשהיא במבחן הסתברותי ולא רק תוכני. מבחן תוכני עוסק בעקרונות ודרכי פעולת הרשימה הנידונה ומייצג את הלכת ניימן – גישה שמסתכלת על אינטרס המדינה. מבחן הסתברותי, מנגד, בוחן את ההסתברות שהתמודדות הרשימה בבחירות תביא לסיכון מדינת ישראל. המרצה סובר שגישת ברק נכונה ושהגישה השניה עמומה מדי ואינה נותנת משקל נכון לכל פן באקט פסילת הרשימה.

ואולם, גם כאשר בוחרים מבחנים תוכניים צריך לזכור שיש לאזן בין הרצון לעולם אידאלי ובין שיקולים דמוקרטים. לא כל אידיאולוגיה שאינה עולה בקנה אחד עם ערכים יהודים דמוקרטים טהורים צריכה להיפסל.

על מנת להגיע לאיזון כזה, ישנם שלושה תנאים הנדרשים לפסילת רשימה על פי המבחן התוכני:

1. על הפעילות להיות פוליטית ולא אידיאולוגית מופשטת בלבד.
2. הפעילות הבעייתית היא מרכזית ועיקרית בהצעות המפלגה.
3. יש צורך בראיות מוצקות ביותר לפסילה. לא די בראיות רגילות.

השאלה הבאה מתעוררת במקרים של עמימות בפרשנות הסעיף: מהי הסתה לגזענות? מתי פעילות סותרת את מהות המדינה כדמוקרטית? מה נחשב כתמיכה בארגון טרור?

## חוק חסינות חברי הכנסת

לא ניתן לבטל את חוק חסינות חברי הכנסת. משמעות החוק היא נתינת חסינות מהותית ודיונית לחברי הכנסת.

החסינות העניינית (מהותית) היא חסינות המתייחסת למעשים שנעשו על ידי חברי הכנסת במסגרת תפקידם או למען מילוי תפקידם. זוהי חסינות מוחלטת ובלתי ניתנת לנטילה. זוהי חסינות מוחלטת המלווה את חבר הכנסת גם לאחר פרישתו מהכנסת, כל עוד התביעה נוגעת למקרה שחל בעת כהונתו.

החסינות הדיונית אינה מוחלטת ומתייחסת למעשים שנעשו שלא בעת מילוי תפקיד חברי הכנסת. הכנסת רשאית ליטול את החסינות הזה וניתן לוותר עליה והיא עומדת בתוקפה רק בזמן כהונת חבר הכנסת ולא נשארת לאחריה.

### חסינות מהותית

חסינות מהותית עניינה במעשים שחברי הכנסת עושים במסגרת מילוי תפקידם או למען מילוי תפקידם כחברי הכנסת, וחסינות זו מלווה אדם שכיהן בכנסת גם לאחד שהסתיימה כהונתו ומדובר בחסינות מוחלטת שלא ניתן ליטול. לעומת זאת, חסינות דיונית חלה על מעשים שחבר כנסת מכהן עשה שלא במסגרת מילוי תפקידו ולא למען מילוי תפקידו, ותוקפה מוגבל לתקופה שבה חבר הכנסת מכהן.

מיותר לציין שהחסינות נוגעת רק למעשים אסורים על פי חוק, ומעשים חוקיים לא נכללים בחסינות כזו.

הרציונאל של החסינות המהותית הוא למנוע חשש של חברי הכנסת ממילוי תפקידם בשל האיום בתביעה משפטית. החסינות יכולה לחול על כל מעשים, גם על הבעות דיעה וגם על הצבעות, כל עוד היו בזמן מילוי התפקיד ולמענו. כאן מתעוררת שאלה קשה: האם יכול להיות תפקיד בו יווצר מצב שעל חבר הכנסת לעשות מעשה אסור? את הבעיה הזו מנסה לפתור המבחן שנקבע על ידי בית המשפט העליון ועוסק בגלישה מביצוע מעשה חוקי למעשה שאיננו חוקי תוך כדי מילוי התפקיד.

דוגמא לכך ניתן לראות במקרה בו נתניהו נאם בכנסת בזמן כהונתו כראש האופוזיציה. בתגובה לדבריו צעקו לו מספסלי המליאה שהוא שקרן, ובתגובה לכך נתניהו שלף מסמך חסוי והוכיח את אמיתות דבריו. בית המשפט קבע שהוא עסק במעשה חוקי – נאום בכנסת, הוא לא תכנן להפר את החוק ולא כלל בנאומו קטעים חסויים אך בלהט הרגע הוא גלש למעשה לא חוקי. בית המשפט העליון קיבלת את הטענה של נתניהו שהיתה נתונה לו החסינות המהותית מתוקף המבחן הזה. על פי הבנתי, המבחן הזה בודק אם ראשית המעשה והכוונה הטמונה בו הן על פי חוק והמעשה האסור נבע מתוך המעשה המותר בלי תכנון מראש ולא בכוונה תחילה.

החסינות המהותית וגם החסינות הדיונית הן בעלות אופי אישי. הן לא מונעות להגיש תביעה נגד החלטות מוסדיות. החסינות נוגעת אך ורק למעשיו הפרטיים של בעל החסינות אך אפשר לתבוע את חברי הכנסת על סטייה מסמכויותיהם או בהחלטה לא חוקית שהועברה על ידם. עצם התרחשות המעשה בכנסת לא מחייב חסינות.

**מבחן הסיכון הטבעי:** רק מעשים בלתי חוקיים הקרובים במהותם לתפקידיו החוקיים יכולים לחסות בצל החסינות המהותית (**פס"ד בשארה**).

### חסינות דיונית

החסינות הדיונית מוסדרת בעיקרה בסעיף 4 לחוק החסינות. הסעיף הזה עבר מספר שינויים במהלך השנים אך העיקרון נותר זהה: אם היועמ"ש רוצה להעמיד לדין חבר כנסת ביכולת אותו אדם להודיע אם הוא מעוניין בחסינות הדיונית או לא. אם הוא רוצה להשתמש באפשרות החסינות הכנסת דנה בבקשתו על פי העילות המפורטות בסעיף. הרציונאל מאחורי החסינות הדיונית טמון בעיקרון הרדיפה: החוק מנסה למנוע רדיפה משפטית של חברי הכנסת על ידי גורמים המנסים להכשיל אותם מלבצע את תפקידם. לפני שנים אחדות הוסיפו פירוט רחב של העילות בהן הכנסת רשאית להתחשב בדיונה לגבי חסינות דיונית של חבר כנסת. העיקרון הוא שרק חברי כנסת הנתבעים בשל רדיפה, חוסר תום לב ואפליה יזכו בחסינות דיונית. אלו העילות:

1. סעיף 4(3)(א): תביעה בשל מעשה שנעשה תוך מילוי תפקידו (קצת ברור מאליו מכיוון שזוהי חסינות מהותית ואז הכנסת מחויבת לאשר את מתן החסינות).
2. סעיף 4(3)(ב): כתב האישום הוגש בחוסר תום לב או אפליה.
3. סעיף 4(3)(ג): אם העמידו את חבר הכנסת לפני וועדת האתיקה, והעבירה בוצעה במשכן הכנסת, וההימנעות מהעמדה לדין לא תפגע באינטרס הציבורי אז רשאית הכנסת להעניק חסינות דיונית. אלו תנאים מצטברים ובעיתיים, במיוחד בגלל התנאי האחרון. (בפשטות: מה שקורה בתוך הכנסת ולא חמור עד כדי העמדה למשפט ציבורי יכול להישאר בתוך הכנסת).
4. סעיף 4(3)(ד): אם הכנסת תפגע אנושות במקרה שישביתו חבר כנסת משמעותי להתנהלותה, יקבל חבר הכנסת חסינות. תנאי להתקיימות הסעיף הזה הוא שהאינטרס הציבורי לא יפגע בשל אי ההעמדה לדין.

נניח שהכנסת מחליטה שחבר הכנסת לא נכנס לסעיפים האלו – מה עושים?

## סדרי החקיקה והדיון

רוב סדרי העבודה של הכנסת לא קבועים בחוק יסוד אלא בתקנון הכנסת, מסמך גמיש שקל יחסית לשנותו ולתקנו על פי הצורך. על הרקע הזה מתעוררת השאלה – האם יש ייחוד בכנסת לעניין ביקורת שיפוטית או האם היא נתונה לביקורת שיפוטית ככל רשות ציבורית אחרת. בהרבה מדינות המשתייכות למסורת המשפט המקובל בתי המשפט רואים שאלות שנוגעות לסדרי הפרלמנט כשאלות בלתי שפיטות מטעמי הפרדת הרשויות. הטיעון הזה הוא טיעון לא משכנע. בסופו של דבר, אם חברי הכנסת כפופים לתקנון הכנסת, אין סיבה שהרשות השופטת שתפקידה לאכוף את הדינים השונים תמנע מלבקר את התנהלות הרשות המכוננת. לכנסת אין "חסינות שיפוטית": אם הכנסת תדע שהיא לא נתונה לשום פיקוח היא תוכל לנצל זאת לרעה ולהפר את החוקים המסדירים את דרכי התנהלותה.

בית המשפט העליון, כפי שנראה, קבע מבחן מאזן: אם הבעיה איננה בעלת חשיבות חוקתית מיוחדת, בית המשפט לא ידון בעתירה, אך אם הנושא הוא בעל משמעות חוקתית רחבה בית המשפט ידון בו. במקרה של חוקים, בית המשפט ידון בחוקים בעיתיים רק לאחר חקיקתם ולא תוך כדי הליך החקיקה; בית המשפט לא ישקיע מאמצים בחוק שאולי לא יעבור.

המבחן המאזן בעייתי מעט: יתכנו מצבים בהם אדם נפגע מהכנסת אך נושא התביעה לא מספיק חשוב לדעת בית המשפט והפגיעה תוכל להימשך. דווקא מקרים כאלו פוגעים בהפרדת הרשויות – בית המשפט נמנע ממילוי תפקידו. גם המבחן של החשיבות החוקתית הוא מבחן מעורפל. פעמים רבות אפשר לתרגם את העתירות, שנדחות כי הן לא חוקתיות, לנושאים חוקתיים בעלי חשיבות מרחיקת לכת. בסופו של דבר, רוב התביעות אינן פעוטות. יש מקרים בהם בית המשפט כן דן בעתירות כנגד הכנסת שנוגעות לסדרי עבודה, וכעקרון כללי בית המשפט קבע שתמיד יתקבל דיון בענייני חסינות. בקשר להליכי חקיקה בית המשפט ידון רק במקרה שהחוק הועבר בכנסת. גם זו בעיה – יותר מורכב לבטל חוק שנחקק מאשר לעצור את הליכי חקיקתו.

בית המשפט העליון דן בשני פסקי דין של כהנא שעסקו בפסילה של הצעות חוק על ידי נשיאות הכנסת. בשלב הראשון דן בג"ץ האם העניין עקרוני ומהותי וקבע שכן. בית המשפט קבע שלנשיאות הכנסת לא היתה סמכות לפסול הצעות חוק (כל הצעת חוק טעונה אישור נשיאות הכנסת אך רק מבחינה פורמאלית ולא תוכנית). עתירתו של כהנא התקבלה והוא יכול היה להציע את הצעתו, ויו"ר הכנסת דאז הגיש הצעה לתיקון תקנון הכנסת שיאפשר לנשיאות הכנסת לפסול הצעות חוק על הסף אם הן מכילות בתוכן פגיעות במהות המדינה או פגיעות גזעניות. את העתירה השניה של כהנא, שעסקה בהצעת חוק שהגיש לאחר תיקון התקנון ושנפסלה על ידי הנשיאות, בית המשפט דחה בטענה שמאחר ותקנון הכנסת קובע במפורש שיש סמכות לפסול הצעות חוק בגין הסיבות לעיל.

לפי התקנון אפשר לפסול את הצעת החוק של כהנא, אך האם התיקון לתקנון התקבל בצורה חוקית? האם לכנסת היתה סמכות לשנות כך את התקנון? את התקנון אפשר לשנות על פי הנאמר בסעיף בחוק-יסוד: הכנסת. אנחנו צריכים לבדוק האם הסעיף שהוסף לתקנון הכנסת (הקובע שיו"ר הכנסת וסגניו יכולים לפסול הצעת חוק) נכנס להגדרת סדרי עבודת הכנסת, כלשון חוק היסוד. עתירתו של כהנא ושאלותיו החוקתיות, כנאמר לעיל, נדחו. בית המשפט סבר שהעניין נכנס לסדרי העבודה – קבלת החוקים (ופסילתם, לצורך העניין) הם חלק אינטגרלי מסדרי עבודת הכנסת. עוד אמר בית המשפט העליון, אז בראשות שמגר, ש"הפה שהתיר הוא הפה שאסר": אותו תקנון המתיר להגיש הצעת חוק יכול גם לאסור על כך. לדעת המרצה נימוק בית המשפט מוטעה. סדרי עבודה הם בעצם הליכים פרוצדוראלים ובמקרה של כהנא התעוררה דווקא שאלה חוקתית מהותית: התקנון מאפשר לפסול הצעות חוק בגלל התוכן שלהן ולא רק בגלל הליך טכני פרוצדוראלי. זה פותח פתח להכניס סעיפים אחרים לתקנון במסגרת "סדרי העבודה" שישפיעו על הצעות חוק והליכים אחרים מבחינה תוכנית ומהותית. זהו תפקיד של חוק יסוד ולא של תקנון שנמצא נמוך יותר מבחינה נורמטיבית.

[בשביל להכניס סדר לבלגן: התקנון צריך לעסוק רק בענייני סדרי עבודת הכנסת. כשבית המשפט מאפשר לכנסת להכניס סעיפים לתקנון העוסקים בתוכן החוקים ויכולים לפסול אותם בגין סתירתם את התקנון הוא הופך את פירמידת הנורמות. התקנון קובע מה יהיה תוכן החוקים וחוקי היסוד ולא להפך. זוהי ביקורתו של בנדור על פסק הדין].

הדיון מוביל לשאלה נוספת: האם בית המשפט יכול לבטל חוק מפני שהיה פגם בהליך החקיקה שלו? האם ניתן לפסול חוקים שהכנסת קיבלה משום שהם התקבלו בהליך שאינו מסתדר עם תקנון הכנסת?

### פס"ד ארגון מגדלי העופות

בפס"ד זה השופטת דורנר קובעת כי ניתן לפסול על פי מבחן הפגם היורד לשורש הליך החקיקה. גם אם הליכי החקיקה היו לא ראויים בעליל אין זה אומר כי ניתן לבטלו. על פי הלכת ארגון מגדלי העופות השאלה היא האם אפשר לומר שהכנסת חוקקה חוק. אם לא ניתן לומר כי נעשה דיון שחברי הכנסת ידעו עליו ואופי הליך החקיקה היה פגום מהבחינה הדמוקרטית אז אפשר לבטל את החוק.

1. פגם פורמאלי: חוק שלא קיים את הכללים הטכניים של הכנסת דינו להתבטל.
2. פגם מהותי: גם במקרים בהם החוק עמד בכל התנאים הפורמאליים, האם אפשר לבטלו על בסיס טענה שהתקבל בהליך חקיקה לא ראוי? ישנם הליכים ראויים, ואין בסמכות בית המשפט לבטל חוק כי לא עבר בהליך ראוי. החריג לכך הוא במקרה שירד פגם לשורש הליך החקיקה: הכרעת הרוב, שוויוניות, פומביות והשתתפות.

# הממשלה

שאלה ראשונה בה נעסוק תהיה בהקשר הפרדת הרשויות. מהי הממשלה? ישנה אי בהירות בעניין. כאשר נאמר בסעיף אחת לחוק-יסוד: הממשלה שהממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה, האם התכוון המחוקק גם לשרים? ומה עם כל משרדי הממשלה? והגופים הכפופים לה? והרשויות המקומיות? וכן הלאה. מה האינדיקציה לכך שהכוונה היתה לכל הכפופים לממשלה? בסעיף אחר בחוק היסוד, נקבע שהסמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק ניתנת להאצלה על עובד ציבור. עוד סעיף מציין ששר הממונה על חוק מסויים יכול להטיל אחריות בעלת סמכות ממשלתית על עובד מדינה.

חוק היסוד מתייחס לממשלה בשני מובנים:

1. המובן המצומצם: מספר השרים בעלי התיק וסגניהם.
2. המובן המורחב: הכוונה למנהל הציבורי כולו שבראשו עומדת הממשלה: שרים, סגני שרים, רשויות מקומיות, משרדים ממשלתיים וכו'.

האם הכנסת בחוק יכולה להטיל סמכויות ביצוע על הממשלה במובנה הרחב – כלומר על גוף שאיננו הממשלה? על שרים ניתן לעשות זאת, אך האם זה אפשרי במקרה של גוף חיצוני הכפוף לממשלה? שאלה זו הושארה בצריך עיון.

דרך ההסתכלות הנפוצה ומחוייבת המציאות (לדעת בנדור) היא הגישה השניה, הממשלה במובנה הרחב. בשיטת הממשל הישראלית (בניגוד לשיטת הממשל האמריקאית בה כל הרשויות כפופות לנשיא), לא כל הרשויות כפופות לממשלה, ולכן יש להגדיר בדיוק מי כן מקבל סמכות של רשות מבצעת ולמי נוגע חוק היסוד.

על רקע דיון זה, עולות שתי שאלות המתייחסות לממשלה במובנה המצומצם:

1. השאלה הראשונה נדונה ב**פס"ד דרעי** וב**פס"ד פוקס** בעניין פיטורים או העברה מתפקיד ונוגעת במגבלות על מינויים או פיטורים של שר מתפקיד. חוק-יסוד: הממשלה מגביל את היכולת למנות אדם מסויים לתפקיד שר ולעיתים אף מגביל את זמן כהונתו. לדוגמא, אדם שבית המשפט הרשיעו בקלון לא יכול להתמנות לשר.
2. האם אפשר לחייב את ראש הממשלה לפטר שר? סמכותו של ראש הממשלה להעביר שרים מתפקידם קבועה בחוק היסוד. הסעיף הזה לא היה קיים תמיד, והוסף לחוק היסוד רק בשנות השבעים. מטרת הסעיף היתה לתת לראש הממשלה כלי למשמע שרים כדי להבטיח את נאמנותם לממשלה. סמכות נוספת היא הסמכות למנות שרים לאחר הרכבת הממשלה. הסמכות הזו שונה מסמכות הרכבת הממשלה, כיוון שהרכבת הממשלה טעונת אישור הכנסת והוספת שר טעונה אישור כפול. הנושא הזה התעורר לראשונה בצורה ראשונית בפס"ד דרעי ובפס"ד פנחסי לאחריו (שניתן שהרכב זהה באותו נושא).

בשני המקרים, היועץ המשפטי דרש מראש הממשלה רבין לפטר את דרעי ופנחסי מתפקידם. רבין לא הסכים כיוון שהיה הסכם עימם שלא יפוטרו אלא במקרה שיורשעו בפלילים והוגשו שתי עתירות לבג"ץ. אז נקבע שראש הממשלה חייב להעביר מתפקידו שר או סגן שר אם היועמ"ש גיבש נגדו כתב אישום של ביצוע עבירה חמורה. זאת משום שבסיטואציה כזו של חשד פלילי המופנה כנגד חבר בממשלה, נוצרת פגיעה באמון הציבור במערכת השלטונית ונפגעת גם יכולת השר לבצע את תפקידו כיוון שרוב זמנו יוקדש להגנתו. בית המשפט העליון בראשות שמגר סבר שאם העבירה חמורה וכבר קיים כתב אישום קיימת חובה להעביר את השר מתפקידו.

1. שאלה מעניינת שאין לה עדיין פתרון חד משמעי היא עד כמה הדין שחל על סמכות ראש הממשלה להעביר שרים מתפקידם חל גם לעניין מינוי של שרים שהממשלה נבחרת או הוספת שרים לממשלה. האם אותם עקרונות חלים גם כאשר מדובר באישור של הכנסת להרכב הממשלה או להוספת שר? מהפסיקה משתמע ששיקול הדעת בהוספת שרים חדשים ובהרכבת הממשלה המקורית רחב יותר. חיים רמון הועמד לדין בגין הטרדות מיניות אך בית המשפט לא הטיל עליו קלון. ארגון אמונה הגיש עתירה כנגד החלטה זו כדי למנוע מרמון להתמנות שוב לממשלה. עתירה זו נדחתה ברוב קולות. באותו מקרה ניתן משקל כבד לכך שבית משפט השלום החליט שלא להטיל עליו קלון והמדינה לא ערערה על כך. יחד עם זאת, הועלתה ביקורת כנגד הכנסת בכך שאפשרה את בחירתו של רמון מחדש. שאלה יותר מורכבת שלגביה לא היה דיון נוגעת לראש הממשלה. עצם העמדתו של ראש הממשלה לדין יכולה לשלול מבחינה משפטית את בחירתו לתפקיד או לפטרו מתפקידו. ההשלכות הפוליטיות של כך מרחיקות לכת אך מעולם לא דנו בשאלה זו כיוון והפעם היחידה שהיה צורך בדיון זה – פרשת אולמרט – ראש הממשלה דאז התפטר.

בנדור מבקר את הגישה הזו כיוון שנוצרת סיטואציה פרדוקסלית: שרים שהואשמו מועברים מתפקידם כרמון ופנחסי, ושרים שהורשעו ללא קלון יכולים לכהן בתפקידם. הבעיה נוצרת מאי הסדרת הדברים בחוק.

חוק יסוד הממשלה מתייחס בצורה מפורטת להעברת שר מתפקידו על רקע אישומים פליליים. יש צורך בהרשעה, הטלת קלון ועונש מאסר כדי לחייב את ראש הממשלה לפטר שר. ההסדר הקיים בחוק היסוד מהווה הסדר שלילי.

בעיה שמעוררת הלכת דרעי / פנחסי היא בעיה של חוקיות. כאשר מדיחים אדם, שזוהי סנקציה חמורה ביותר, על סמך הקביעה שהמשך כהונתו תפגע באמון הציבור, ישנה בעיה עם החוקיות של הדבר. הכנסת לא נתנה את דעתה לנושא הזה והחליטה לתת גושפנקא לפגיעה זו בזכות האדם. אמנם ישנם מקרים בהם הפגיעה בשרים תכנס לתחום פסקת ההגבלה, אך היא אינה עומדת בדרישת החוקיות (בחוק או בהוראת חוק וכו').

במקרה של רמון קרה דבר אירוני: כשהעמידו אותו לדין הוא פוטר מתפקידו כשר המשפטים ומהממשלה. לאחר שהורשע, הוא חזר לממשלה. זוהי דוגמא לתוצאה משונה הנובעת מהלכת דרעי / פנחסי, ולדעת בנדור זו הלכה מוטעית לחלוטין.

## סמכות שיורית

בכל סמכות שאין לגביה הסדר בחוק, הרשות המוסמכת לטיפול בה. היא הממשלה (סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה). הסמכות השיורית באה לטפל גם במקרים בהם ישנם חוקים שאינם מסמיכים במפורש את הרשות שתטפל בהם אך בעיקר עוסקת במקרים בהם ישנם עניינים במדינה שאינם מוסדרים בחוק.

לסמכות השיורית מספר מאפיינים:

1. הסמכות השיורית פועלת רק במקרים שלא מצויינת רשות אחראית אחר.

מגבלה זו איננה מפורשת בלשון החוק אך התקבלה מכח פרשנות חוק-יסוד: הממשלה. לפי חשין, הסמכות השיורית היא במסגרת הרשות המבצעת ואין סמכות שיורית לממשלה להיות סמכות מחוקקת או שופטת. הסמכות השיורית לא יכולה לחול במקרים בהם התפקיד בחוק שייך באופן מובהק לרשות מסויימת. סעיף הסמכות השיורית לא מצהיר כך במפורש אך השופט חשין מפרש זאת מלשון החוק.

1. הסמכות השיורית צריכה להתאים לפקודת הממשלה כרשות המבצעת.

לכאורה, אין צורך בסמכות שיורית אם הנושא הוא בסמכותה של רשות אחרת. במחשבה נוספת מתעוררות שאלות הקשורות לסיטואציה בה ישנו הסדר שלילי. מקרה שהיה נוגע לעתירה שהוגשה על ידי נועם פדרמן בשנות התשעים: לארה"ב יש עניין אסטרטגי בנעשה בהאיטי. תשתיתה המדינית של האיטי נחשלת, וארה"ב ביקשה לייעל את מצב המשטרה שם. אמריקה החליטה להקים כח בינלאומי המורכב מקציני משטרה מנוסים מרחבי העולם שיכשיר את השוטרים המקומיים. גם קציני ישראל התבקשו להשתתף וממשלת ישראל, בראשות רבין, נענתה בחיוב לבקשה זו. פדרמן הגיש עתירה לבג"ץ כנגד החלטה זו בטענה שהסמכות השיורית איננה חלה בענייני משטרה, משום שבענייני המשטרה יש את פקודת המשטרה המגבילה את מטרות המשטרה למניעת עבירות ותפיסת עבריינים הפוגעים בבטחון הפנים של מדינת ישראל. למשטרת ישראל לא יכולה להיות מטרה בלתי מוגבלת ומכח הסמכות השיורית לא ניתן להרחיב את סמכויות המשטרה. ישנה סכנה ששליחת השוטרים להאיטי תפתח פתח לשימוש נרחב בשוטרים בלי קשר לייעודם המקורי. בית המשפט העליון דחה את העתירה בטענה שתפקיד השוטרים הוא בהתנדבות ותפקידם נושא אופי דיפלומטי ולא משטרתי.

דוגמא אחרת, בה ביטלו את החלטת הממשלה היא בהחלטת ממשלה שהעניקה ליישובים מענקים נוספים על הסיוע הניתן להם על פי החוק. בית המשפט החליט שלממשלה אין סמכות לעשות דבר כזה מתוקף הסמכות השיורית.

1. בכפוף לכל דין – למרות שהסמכות הזו קבועה בחוק יסוד, עדיין היא חייבת להסתדר עם כל החוקים והתקנות באשר הם. הנורמות והפעולות שהממשלה יוצרת או מבצעת מתוקף הסמכות השיורית ממוקמים נמוך יותר בפירמידת הנורמות, אף נמוך יותר מנורמת ההסדרים השליליים. לדוגמא, השב"כ חורג מסמכויותיו פעמים רבות בעזרת הסמכות השיורית – החוק מאציל את סמכות הממשלה על השב"כ כדי שיוכלו לבצע מעצרים למשל.

מבחינת היבט זכויות האדם: הגישה המקובלת היא שהסמכות השיורית לא יכולה לפגוע בזכויות האדם. אם רוצים לפגוע בזכויות האדם יש צורך בדבר חזק יותר מסעיף הסמכות השיורית.

## היועץ המשפטי לממשלה

לכאורה, היועמ"ש הוא פקיד ממשלתי במשרד המשפטים. ואולם, יש פער בין העיגון הפורמאלי של תפקיד היועמ"ש ובין מהותו האמיתית כפי שהתפתחה במדינה. חשיבות התפקיד נובע משילוב סמכויות נרחבות הניתנות ליועץ המשפטי וגם מהעובדה שברוב המכריע של הסמכויות הנתונות לטיפולו היועמ"ש לא כפוף לאף אחד – לא לממשלה ולא לשר המשפטים. אין זה אומר שבית המשפט כפוף ליועץ המשפטי, אך הוא נזהר להתערב בסמכויות הנתונות לו. פרקליט המדינה כפוף ליועץ המשפטי לממשלה, מין משנה ליועמ"ש. בראש ההירכיה של המערכת המשפטית בראשות המבצעת עומד היועמ"ש, שאינו כפוף לשום גורם אחר חוץ מביקורת משפטית.

### תפקידי היועץ המשפטי לממשלה:

1. ראש התביעה הפלילית: החלטות התביעה אינן החלטות טכניות בלבד, אלא מרחיקות לכת מבחינת ההשלכות:
2. ההיבט ראייתי – האם יש מספיק ראיות כדי לקיים משפט ולהגיע להרשעה. הפעלת שיקול דעת נרחב בכל הקשור לראיות המשפטיות שאינו נתון כמעט בכלל לביקורת מכל סוג שהיא.
3. האינטרס הציבורי - על פי החוק, כל תובע רשאי שלא להגיש כתב אישום אם לציבור אין עניין בכך. זוהי סמכות חשובה ביותר, שאינה קיימת בכל המדינות. לעיתים רבות, היועמ"ש (לרוב אחד הכפופים לו) מחליט להגיע להסדר טיעון עם הנאשם, לא להגיש נגדו כתב אישום ולהיעזר בו כדי להרשיע עבריין אחר. עד מדינה, למשל, הוא אדם שלרוב ניתן להרשיע אך לדעת היועמ"ש מוטב להרשיע אחרים בגין עבירות חמורות יותר (פרשת אולמרט, למשל). שיקול הדעת כאן מבוסס על סדר עדיפויות ציבורי. אין מספר בלתי מוגבל של שופטים, שוטרים, תובעים וכו', ולכן יש צורך בהפעלת שיקול דעת בהגשת כתבי האישום. עבירות תנועה למשל, לא גוררות תמיד תביעות פליליות.

עבירות ביטוי הן עבירות שאכיפתן פוגעת בזכות יסוד הקבועה בחוק-יסוד: חופש הביטוי, כמו חוק לשון הרע או חוק הסתה לגזענות. עבירות אלו בעייתיות מבחינת אכיפה ולכן הן טעונות אישור היועמ"ש. בשנות החמישים היתה החלטה שלא לאכוף עבירה של קיום יחסי מין בין גברים, ודבר זה עורר בעיה כיוון שהיועמ"ש החליט פשוט למחוק עבירה בצורה מעשית. עבירה של הצגת חמץ בפסח גם כמעט ואינה נאכפת.

1. ייעוץ משפטי: חוות דעת משפטית המחייבת את הרשות המבצעת. ככלל, הרשויות פועלות בהתאם לייעוץ המשפטי. הרשויות אינן מתמקצעות בתחום המשפטי ולרוב הן נשמעות להוראות היועמ"ש כברירת מחדל. הוויכוח בנושא מתעורר במקרים בהם הרשות מעוניינת לפעול בניגוד לדעת היועמ"ש. נקודת המוצא הבסיסית היא שהמדינה אינה עסק פרטי וכל ניהולה וארגונה מכוון מטרה ציבורית. שתי עמדות לשאלת מחוייבות הרשות המבצעת לפעול על פי חוו"ד היועמ"ש:
2. גישה אחת, בהובלת וועדת אגרנט (גישה שאומצה ע"י וועדת שמגר) דורשת לראות את חוות הדעת של היועצים המשפטיים כמבטאות את המשפט הקיים אך יש חריג אחד והוא נוגע לממשלה עצמה במובנה הצר. אם חוות דעתו של היועמ"ש אינה מקובלת על הממשלה כשהוא נוגע לה ספציפית, ישנה אופציה להתנגד לדעת היועמ"ש ואף לשכור שירותי עורך דין פרטי. אלו מקרים נדירים ומיוחדים מאוד. היועמ"ש מייצג גם את בתי המשפט, וזו בעיה של הפרדת רשויות.
3. גישה אחרת המזוהה עם בית המשפט העליון קובעת שהחובה לפעול על פי חוות דעתו של היועמ"ש מוחלטת. האדם שקובע את עמדת מוסד ראש הממשלה הוא היועץ המשפטי לממשלה ולא ראש הממשלה. יש כאן בעייתיות: הממשלה לא יכולה לגבש עמדה בעצמה, והיועץ הוא זה שמחליט מה עמדת הממשלה תהיה, לעיתים בניגוד מוחלט לדעתה? התפיסה הבסיסית היא שהרשות המבצעת צריכה למקסם את יכולתה לפעול בצורה חוקית. ישנם שני הסברים מצטברים לגישה זו:
4. מקצועיות - היועץ המשפטי והכפופים לו הם אנשי המקצוע בלבד. הם אינם קובעים את המדיניות ורק פועלים על פיה. היועץ אינו נותן הוראות לממשלה אלא משקף את הדרך המשפטית הנכונה ביותר לאותה סיטואציה.
5. אובייקטיביות ומניעת ניגוד עניינים – כל אימת שרשות מקצועית ומנהלית בתחום כזה או אחר הייתה נדרשת לקבל הכרעה משפטית, הדעת הייתה נותנת שהיא הייתה במצב של הטיה משיקולים פוליטיים ומקצועיים של כלכלה וטכנולוגיה. לכן, זו בעיה שאותה רשות בעלת אינטרס בעניין תחליט אם המדיניות הזו היא חוקית. ניתן לומר שאנו זקוקים לסוג של הפרדת רשויות בתוך הרשות המבצעת עצמה – בין הרשויות שקובעות את המדיניות ומומחיות בשיקולים המקצועיים לבין הרשויות שתפקידן להכריע אם דרך זו או אחרת היא חוקית. מבחינה סטטיסטית והסתברותית, רשות שנמצאת במצב של ניגוד עניינים, יש סיכוי גבוה יותר שהיא תטעה מאשר רשות שאינה במצב של ניגוד עניינים, לא כל שכן שהרשות המדוברת אינה מוסמכת בתחום המשפט.
6. למערך הפרקליטות הכפוף לו יש מונופול על ייצוג המדינה, חוץ מהכנסת ובית המשפט. מונופול זה חל גם בעניינים פליליים וגם אזרחיים. המדינה לא יכולה לקחת עו"ד פרטי אלא אם היועמ"ש מרשה זאת. היועמ"ש יכול לאפשר במקרים מסוימים ופשוטים ייצוג על ידי משרד עו"ד פרטי. אולם, כאשר מדובר בעניינים משמעותיים, הדבר יותר נדיר. **שתי דוגמאות**: **פס"ד לאור** – פעם הייתה צנזורה בארץ על מחזות, שאסרה על מחזה של יצחק לאור שפגע ברגשות הציבור בכך שהשווה בין קציני צה"ל לחיילים נאצים. היועמ"ש באותה תקופה סבר שההחלטה איננה חוקית (לפסול את המחזה) כי לא קיימה את היסודות של הפרת חופש הביטוי. לכן, הלה אפשר לממשלה לקחת עו"ד פרטי (כי חשב שלא יצליח לייצג את המדינה ולנצח בתיק) והעתירה בסופו של דבר נדחתה באותו מקרה. דוגמא נוספת **קשורה בועדת וינוגרד** (מלחמת לבנון השנייה) – הועדה העלתה שאלות משפטיות, לדוגמא בפרסום פרוטוקולים. על חלק מההחלטות של הוועדה היועמ"ש (בזמנו מני מזוז) חלק, אולם הוא כן אפשר לה לקחת עו"ד פרטי כדי לייצג אותה; נכון שמדובר בוועדה ממשלתית שגובתה על ידי הרשות המבצעת באופן ארגוני, אולם חלק מהעניין הוא שמדובר גם בוועדה עצמאית בעלת אופי שיפוטי ולכן מזוז אמר שאם הועדה חושבת באופן מסוים, ניתן לאפשר להם לפנות לעו"ד פרטי ולא כפה עליהם את הייצוג שלו. מכל מקום, בכפיפות לחריגים שהוזכרו לעיל, באופן כללי המייצג את הרשות המבצעת בבתי המשפט הוא היועץ המשפטי לממשלה וכל המנגנון שמתחתיו. מאחורי זה עומד עניין עקרוני, שאינו קשור רק בנושא ניגודי העניינים האפשריים, אלא בעיקר כי יש בכך למעשה אמצעי אכיפה פרקטי, המבקש לפעול לפי חוות הדעת של היועמ"ש; רשות שלא פועלת בהתאם לחוות הדעת, תגיע לבית משפט ותיוצג בעצם על ידי היועמ"ש שיתאר את דעתו (ולכן אין בכלל צורך להגיע לבית משפט ואין בכך טעם). כמובן שיש בכך ויכוחים וניתן לדון עם היועמ"ש על הסוגיה המדוברת, אולם בסופו של דבר, אם התקבלה החלטה והרשות לא פעלה לפיה, רק היועמ"ש יכול להיכנס לביהמ"ש בשמה של הרשות, וכמובן שמדובר בכוח אכיפה משמעותי. זאת, לא רק בתחום המנהלי והאזרחי, **אלא גם בתחום הפלילי** – אם היועץ אומר שמדובר בעבירה פלילית, השר לא יכול לטעון שמדובר בטעות וכן לבצע את העבירה כי אין גוף אחר של הרשות המבצעת שעוסק בתביעות פליליות.

בהקשר זה, הייתה הצעה מפורסמת שעלתה לכותרות (לאחרונה בראשית כהונתו של שר המשפטים הקודם נאמן) לפצל את תפקיד היועמ"ש, כאשר המטרה הייתה לפצל בין תפקיד ראש התביעה הפלילית לבין שאר התפקידים.

**מובאים להצעה זו שני נימוקים עיקריים:**

1. **מדובר בעבודה רבה מידי לאדם אחד** - בנדור טוען שהנימוק אינו משכנע, מדובר בראש מערכת, העוסק בעניינים העקרוניים ולא פועל לבד. בנדורטוען שריבוי תחומי העיסוק לא גורם בהכרח לצורך לפצל את התפקיד, אלא להאציל יותר סמכויות ולהגדיר בצורה מתאימה יותר מבחינה היררכית את אופן העבודה.
2. **אפשרות לניגוד עניינים** – היועמ"ש בסופו של דבר מייעץ לנבחרי הציבור ועובד עימם, ולאחר מכן אותו אדם צריך להחליט בעניין העמדתם לדין ואם לחקור אותם או לא, וזה מעורר תחושה של ניגוד עניינים. בנדור טוען שהפתרון לכך הוא לא הפיצול, אלא שהיועמ"ש לא יעסוק דווקא בעניינים פליליים של נבחרי ציבור ובעניינים אלה ניתן להאציל את הסמכות לפרקליט המדינה. למרות השחיתות הגואה בישראל, מצבים כאלה מתרחשים פעמים בודדות בשנה ולכן אין לטענת בנדור צורך של היועמ"ש לדון באופן פרטני בשאלה משפטית פלילית עקרונית, וכך תימנע האפשרות של ניגוד העניינים. **בנדור** גם טוען שכל החלוקה של המשפט לתחומים יכולה להיות מלאכותית והכול צריך להיות מרוכז אצל אדם אחד; פרקליט המדינה הוא המשנה ליועמ"ש בעניינים בפליליים, וככזה אין מדובר בפיצול סמכויות אלא בהאצלת סמכות תחת ניהולו של היועמ"ש.
3. סיוע בהצעות חוק וקידום חקיקה. נוספים לכך עניינים רבים דומים, כמו ניסוח חוק ויוזמה שלו. במקרים אלו מעורבות היועמ"ש אינה מחוייבת המציאות והכנסת צריכה לאשר זאת.

הגישה[[6]](#footnote-6) שהייתה נהוגה בישראל עד סוף שנות ה-70 (אז ניתן אחד הפס"ד הראשונים של השופט ברק, "דפי זהב"), הינה **שאין ביקורת שיפוטית בכלל על החלטות שנוגעות להעמדה לדין**. זאת, מלבד חריג אחד של חוסר תום לב (ביטוי עדין לשחיתות). במצב חריג כזה, כל תחום הפרדת הרשויות נכנס לבעיה מכיוון שההליך עולה לבית המשפט, שנכנס לביקורת שיפוטית על החלטות התביעה ומעורר בכך בעיות מעשיות אפשריות; אם יש החלטה של ביהמ"ש שיש להעמיד לדין ולהעביר את הדיון לביהמ"ש השלום לצורך העניין (בשל אינטרס ציבורי וכו'), זה כבר קובע מראש במידה מסוימת את הדין.

בסופו של דבר, הגיעו למסקנה שעם כל הבעיות, ההחלטה השלטונית של ההעמדה לדין היא בעלת חשיבות ציבורית ואישית רבה ולכן יש קושי לתת חסינות כלשהי דווקא מהתביעה מהדרישות החלות על כל רשות שלטונית אחרת במדינה.

אם לנאשם יש תלונות לגבי עצם העמדתו לדין וגם השיקולים לכך, כיום אין צורך להפריד זאת מהמשפט הפלילי עצמו. זאת, בין אם במסגרת עיגון ההגנה בהיבטי הצדק, או שלדוגמא ההעמדה לדין הינה מפלה ביחס לאנשים אחרים שלא הועמדו לדין באותה עבירה. **דוגמא למצב של הגנה מן הצדק**: בחור צעיר שנעצר על עבירה די מינורית של שימוש בסמים, וחבריו לתא המעצר התעללו בו באופן נוראי בעיקר בשל ברשלנות חמורה של שב"ס. הוחלט לא להעמיד אותו לדין על העבירה שביצע כי נגרמו לו נזקים אדירים באשמת המדינה.

יחד עם זאת, עדיין יש את הבעיה הנוגעת להחלטה **שלא להעמיד לדין**, לדוגמא אם הציבור הרחב טוען כי הסדר הטיעון מקל. כאן מתעוררת השאלה איך ניתן לקיים ביקורת שיפוטית.

כאן יש ביקורת שיפוטית רחבה יותר, אך מפרידים בין היבט הראיות לבין העניין הציבורי:

* + **ראיות** – לא היה עדיין מקרה בו ביהמ"ש ביקש להעמיד לדין אדם שהוחלט שאין מספיק ראיות כדי להרשיעו, אך יכול להיות מצב נדיר כזה. זה לא שכיח מכיוון שיכולות להיות דעות שונות לסיכוי סביר או לא סביר להרשעה, שכולן יהיו חוקיות, ואין סיבה שביהמ"ש יתערב אם לא מדובר במצב חריג במיוחד. מקרה שהתרחש לאחרונה: על מנת להפחיד כבול מסוים, מג"ד 71 (בומברג) נתן הוראה לחייל לבצע ירי ובעקבות כך הוא פגע בו. העניין הגיע לעתירה לבג"צ כנגד החלטת הפצ"ר (פרקליט צבאי ראשי) שברוב דעות נדחתה. הנימוק של ביניש לכך היה פרוצדוראלי, שכן היועמ"ש הסיק על עסקת טיעון לפני השימוע והגיע למסקנה על סיכוי סביר בהרשעה.
  + **העניין הציבורי** – גם פה הגישה זהירה מאוד אך כן היו מקרים בודדים בהם ביהמ"ש כן חייב את היועמ"ש להעמיד לדין. דוגמא לכך הייתה בפס"ד בו **פרשת ויסות מניות הבנקים ("הבנקאים")** – הרוב הגדול של הבנקים במדינה התמוטט עקב ויסות המניות שלהם ע"י הנהלתן. במצב כזה, מדינת ישראל השתלטה על הבנק והייתה צריכה להוציא מיליארדים מתקציב המדינה כדי למנוע קריסה של הכלכלה הישראלית. בעקבות כך הוקמה **"ועדת בייסקי"** שהמליצה להעמיד לדין את מנהלי הבנקים שהיו אחראים לאותו ויסות, אך היועמ"ש המליץ שלא מטעמים של אינטרס ציבורי (משום שהם נענשו מספיק בשל ההדחה מתפקידם). ביהמ"ש קבע שההחלטה לא להעמידם לדין היא בלתי סבירה והתייחס לדברי **ועדת בייסקי** ונתן לה משקל כבד. מקרה נוסף בו ביהמ"ש חייב להעמיד לדין היה **בפס"ד שפטל**. פרשן לענייני משפט של עיתון ידיעות אחרונות היה נוח קליגר, ניצול שואה. הוגשה נגדו תביעה בעילה של "סוביודיצה" (פוטנציאל שיבוש הליכי משפט מתקיים), עבירה שעליה כמעט אף פעם לא מעמידים לדין ולכן היועמ"ש החליט שגם הפעם אין מקום לאכוף אותה, בעיקר כי מדובר בניצול שואה. שפטל הסנגור הגיש עתירה לבג"צ שהתקבלה ברוב דעות, בשל הרגישות המיוחדת של המשפט.

**ניתן לסכם זאת בכך שהביקורת השיפוטית מתקיימת רק במקרים קיצוניים שמחייבים התערבות בהחלטת היועמ"ש.**

**בחירת היועמ"ש:**

על רקע אלה, מתעוררת השאלה איך נבחר היועמ"ש. עד לפני שנים לא רבות, תפקיד היועמ"ש היה נבחר לקדנציה לא מוגדרת על ידי הממשלה לפי הצעה של שר המשפטים. היה בשלב כלשהו אף נוהג להתייעצות של שר המשפטים עם נשיא בית המשפט העליון.

הדרישה הפורמאלית מאוד בסיסית: אדם הכשיר באופן טכני להיות שופט בית משפט עליון (ניסיון של 10 שנים בתפקידים משפטיים וניסיון עשיר בתחומים הדומיננטיים). כמו כן, די מהר השתרשה ההבנה שצריך להיות אדם שאינו פוליטיקאי פעיל.

שר המשפטים היה מציע כאמור מועמד לאחר אישור לא פורמאלי של נשיא העליון. לאחר מכן, התרחשה **פרשת בר-און** ולכן מונתה **ועדת שמגר** שהתייחסה לשאלה האם יש להציע נהלים חדשים לבחירת היועמ"ש. חברי הוועדה המליצו לחוקק חוק (שעדיין לא חוקק), אך הממשלה קיבלה את עיקריו. נקבע העיקרון, לפיו המועמדים צריכים להיות מאושרים על ידי ועדה ציבורית שההרכב שלה הוא מקצועי (תמנה 5 חברים), יחד עם נציג לשכת עו"ד, נציג אקדמיה משפטית, נציג ממשלה (יועץ משפטי או שר משפטים לשעבר) ותפקידה יהיה לבחון מועמדים שונים. עם זאת, הועדה בחנה מועמדים רבים אך אפילו לא אחד קיבל 4 קולות, היו רק 3 אנשים שקיבלו 3 קולות ואלו הועברו להחלטה סופית של הממשלה – וכך נבחר **היועמ"ש ויינשטיין**. לכן, טוען **בנדור** שטוב שההצעה לא עוגנה בחוק, כי אז לא ניתן היה לבחור יועץ משפטי.

על אף שההסדר הספציפי הזה אינו מוצלח, לדעת **בנדור** רעיון הועדה בסופו של דבר נכון, יחד עם זאת שהמועמדים יהיו כאלה שיעברו בחינה מקצועית וציבורית כדי שיימצאו מתאימים וכשירים לתפקיד.

כדי **לפטר** יועץ משפטי, הממשלה צריכה לעשות זאת רק לאחר התייעצות עם הועדה, אך עדיין הסמכות הכוללת לפיטורין נמצאת בידי הממשלה. המצב הכי קרוב לכך היה בעניין של **פרופ' זמיר** – יצחק זמיר היה למעלה מ-7 שנים בתפקיד והודיע שהוא מתכוון לפרוש. אז, פרצה פרשת קו 300 של השב"כ והוא הודיע שהוא מבקש לדחות את פרישתו, אך הממשלה סירבה והודיעה שהיא "מקבלת את בקשתו לפרוש" - באופן מאוד דומה לפיטורין. היום יש קדנציות ונראה שזהו הפתרון הנכון ביותר, שכן יש לפחות מראית עין מבחינת הציבור שלא יהיה מצב בו יועצים שירצו להישאר בתפקיד ייתנו חוות דעת שהממשלה תהיה מעוניינת בה.

# שבות ואזרחות

יש מדינות מסויימות שבהן העקרונות של דיני ההגירה והאזרחות קבועים בחוקה. לעומתן, יש מדינות רבות בהן נושאים אלו קבועים בחקיקה ולא בחוקה, כגון מדינת ישראל. חוק השבות וחוק האזרחות הינם חוקים רגילים בדרגה נורמטיבית פחותה מחוקי היסוד. ואולם, העקרונות הבסיסים הנוגעים לאזרחות הם במהותם חלק אינטגרלי מהמשפט החוקתי. זאת משום שהאזרחות היא מעמד המלווה בזיקה מיוחדת למדינה, מבחינת חובות וזכויות, והמדיניות הנוגעת לאזרחות היא בעלת השלכות נרחבות רבות הנוגעות קשר ישיר לחוקי היסוד.

בנוסף, זכויות רבות הקבועות בחוק נוגעות לאזרחי המדינה.

חוק השבות הוא חוק מכונן המגדיר את מהותה של מדינת ישראל כמדינת לאום ובית יהודי לעם ישראל. לסיכום, למרות שמבחינה משפטית חוק השבות הוא חוק רגיל, מעמדו הוא על חוקי כיוון שהעקרונות עליו החוק מבוסס מושתתים במגילת העצמאות ובחוקי היסוד. יש לזכור שחוק השבות כולל פרטים רבים, בין היתר לגבי מהותם של האנשים הזכאים לעלות ארצה, שהכנסת רשאית לשנות בחקיקה רגילה.

על סמך חוק השבות, הזכות לעלות לארץ חלה גם על לא-יהודים בעלי קרבה משפחתית ליהודים. השאלות הבסיסיות המתעוררות בעניין חוק השבות מתחלקות לשני סוגים:

1. **מיהו יהודי מבחינה פרשנית?** יש לא מעט חוקים המתייחסים לשאלת יהדות האדם. ההסדר שקבוע בחוק השבות (ובשאר החוקים בנושא) מעורפל בכוונה, בגלל חילוקי הדעות הפוליטיים, הנסובים לרוב על עניין הגיור. בפועל, הכנסת מעבירה את ההחלטה בעניינים רגישים ואידיאולוגים לבית המשפט, שלא נלהב לבצע את המשימה בלשון המעטה.

ב**פס"ד "האח דניאל"**, אי שם בשנות החמישים, מדובר על אדם שנולד יהודי אך התנצר וביקש להיחשב זכאי לעלות לארץ מתוקף חוק השבות. ביהמ"ש פסק כנגדו.

בשנות השישים התעוררה השאלה מה דינם של ילדיו של שליט, יהודי ישראלי שהיה נשוי לאישה לא יהודיה. ביהמ"ש ישב בהרכב מלא וקבע שלצורך חוק השבות גם כשמדובר בילדי אישה לא יהודיה החוק חל. הנושא עורר סערה פוליטית וציבורית ואז תוקן חוק השבות והוספה הגדרה מסויימת: סעיף 4(ב) רבתי הקובע כי מי שנולד לאם יהודיה או שמתגייר ואינו בן דת אחרת. מהסעיף עולות שלוש שאלות:

1. מי הוא "שאינו בן דת אחרת"? בית המשפט העליון התלבט בשאלה זו והוצגו שלוש גישות:
2. גישת השופט ויתקון המתייחס רק להיבט המומרים: אדם הממיר את דתו ייבחן על פי גישת הדת אליה עבר: אם הבודהיזם עדיין מחשיב אותו כיהודי אז יכלל בחוק השבות.
3. גישתו של השופט אלון המייצגת את ההלכה. יהודי נקבע על פי ההלכה היהודית. הבעיה מתעוררת לגבי יהודים שהמירו את דתם, נושא אליו ההלכה לא מתייחסת במובני חוק השבות. אלון, כדרכו, מסביר את ההלכה בדרך בה היא הרמונית עם צרכי החוק ומסביר כי על פי ההלכה אלו שהמירו דתם אינם נחשבים יהודיים בעיני החוק. זו באמת ההחלטה שהתקבלה בחוק – מי שהמיר דתו מרצון אינו נחשב יהודי בעיני חוק השבות.
4. גישת ברק התנגד להגדרת ההלכה והציע הגדרה דינמית המשלבת קריטריונים הלכתיים ותרבותיים.
5. מה זה מתגייר? אין הכרעה בעניין הגיור. דרך מי נעשה הגיור? בית המשפט הכריע בנקודות מסויימות לאורך השנים. למשל, מי שהתגייר בדרך כלשהיא והיה חבר בקהילה יהודית בחוץ לארץ נכנס להגדרת החוק. החלטה נוספת נגעה לאדם מהארץ שנסע להתגייר בחוץ לארץ (בקהילה מוכרת ורצינית) – ביהמ"ש קבע שכל עוד לא הוכח שהגיור לא אמין האדם יוכר כיהודי. הסוגיה היחידה אותה לא הכריעו נוגעת לאלו המתגיירים בארץ שלא דרך מערך הגיור הממלכתי. הכנסת לא היתה מסוגלת להכריע בסוגיה בשל המחיר הפוליטי הכבד שהכרעה כזו תדרוש ממנה. יש מקרים בהם רשויות מדינת ישראל לא הכירו בגיורים שנעשו על ידי מוסד הגיור הממלכתי בראשות הרב דרוקמן וישנה בעייתיות רבה בכל מוסד הגיור במדינה.
6. **האם אין אפליה בהסדר הקבוע בחוק השבות?** לכאורה, גם אם יש אפליה וגם אם לא, זהו החוק. **פס"ד גלאון** מראה כי קטגוריית האפליה משמעותית גם מבחינה חוקתית – החוק בפועל מונע כמעט אך ורק מערבים אזרחי מדינת ישראל להתאחד עם בני משפחותיהם בתחום המדינה. כאשר הם נישאים ליהודים אין שום קושי, אך אם הם נשארים בתחום העם שלהם נוצרת בעיה. בפסק הדין הועלתה סברה שהחוק פוגע בזכויות כבוד האדם וחירותו, אך לדעת המרצה אין זה כך.

יש לזכור כי אין מדינה בעולם שבה כל אדם בעולם זכאי להגר אליה. איסורים על אפליה נוגעים רק לאנשים שכבר היגרו למדינה ורק אז יכולות להתעורר בעיות משפטיות כאלו ואחרות. אין שום טענה שמדיניות ההגירה שוויונית בדרך כלשהיא. לכל מדינה קריטריונים משלה והחוק לא מתיימר להיראות שוויוני.

ישנם מקרים שם מתעוררת טענה שאומרת שכעיקרון דיני ההגירה צריכים להתייחס לאזרחים במדינה בצורה שוויונית בקליטת בני משפחתם וכו'. השופטת פרוקצ'יה ביקשה לפרש באופן מצמצם את חוק השבות מכיוון שהרחבת יתר שלו יכולה לגרום לאפליה בין אזרחי המדינה ולהעלות טענות חוקתיות נגד החוק.

בחוק השבות יש מספר סייגים לזכות לעלות שקבועים במסגרת סעיף 2(ב):

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

בפועל, שני תתי הסעיפים הראשונים לא שכיחים ואין תקדימים הנוגעים אליהם. מספר תקדימים נוגעים דווקא לסעיף השלישי. פרשה מפורסמת בשנות ה70 עסקה במאפיונר אמריקני בשם מאיר לנסקי. המאפיונר לא הורשע מעולם, אך בית המשפט קבע שאדם זה עלול לסכן את שלום הציבור ואין צורך בהרשעה קודמת. הרציונאל איננו של ענישה אלא של הגנת הציבור בארץ.

חוק האזרחות באופן כללי, מלבד העובדה שבמסגרתו אנשים הזכאים לעלות לארץ מטעם חוק השבות זכאים גם לאזרחות, עוסק בקטגוריות נוספות הנוגעות להסדרת קבלת האזרחות. בין הסדרים אלו:

1. מקרים בהם אנשים מוותרים על אזרחותם מפני אזרחות מדינה זרה.
2. אזרחות מכח לידה: לא כל אדם הנולד בארץ מקבל אוטומטית אזרחות ישראלית, אלא רק העומדים בתנאים הבאים:
3. מי שנולד בארץ ואביו או אמו אזרחים ישראלים בעצמם
4. מי שנולד מחוץ למדינת ישראל כשאביו או אמו אזרחים ישראלים

מי שנולד מחוץ לישראל שהסבא והסבתא שלו היו אזרחים ישראלים לא נכנס לקטגורית הזכאים לאזרחות מכח לידה.

1. אזרחות מכח אימוץ: ילד שאומץ על ידי הורים אזרחים ישראלים, בתוך ישראל או מחוצה לה.
2. סעיף 5(א) קובע כי בגיר שאיננו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם יתקיימו התנאים הבאים:
3. נמצא בישראל
4. היה בישראל חמש שנים טרם בקשת התאזרחותו
5. רשאי לשבת בישראל ישיבת קבע באישור שר הפנים
6. השתקע בישראל או מתכוון להשתקע בה
7. מכיר את השפה העברית הכרות בסיסית
8. ויתור על אזרחותו הקודמת
9. על מבקש הבקשה להצהיר הצהרת נאמנות מסויימת למדינת ישראל

יש הסדר מקל מאוד לאנשים ששירתו בצה"ל. לא דורשים מהם את רוב הדרישות הנ"ל חוץ מהדרישה הרביעית. התאזרחות נותנת אזרחות לילדיו הקטינים של מבקש הבקשה, אך אין זה כולל בהכרח בן זוג. יש נוהג מקל לבני זוגם של המתאזרחים אך גם הם נבחנים על פי מספר קריטריונים, כמו אותנטיות נישואי בני הזוג וכדו'.

1. איבוד האזרחות – טיפול במקרים בהם אדם נולד ללא שום אזרחות, כי אינו עומד בקריטריונים של שום מדינה. העקרון הוא שאזרח ישראלי בגיר שאינו תושב ישראל רשאי להצהיר שהוא מוותר על אזרחותו. שר הפנים בוחן כל בקשה כזו כדי למנוע מאנשים לאבד אזרחות לגמרי. יש גם מצבים בהם שר הפנים מוסמך להסכים לאדם לוותר על אזרחות ישראלית עוד בעודו גר במדינה.
2. ביטול אזרחות – שר הפנים רשאי לבטל אזרחותו של אדם בשני תנאים:
3. אזרחות שנרכשה על סמך פרטים כוזבים תוך שלוש שנים מיום קבלתה. לאחר שלוש שנים ישנה אפשרות ביטול רק באישור בית המשפט לעניינים מנהליים.
4. בית המשפט רשאי לבטל אזרחות אם אותו אדם הפר את האמונים למדינת ישראל (בדרך כלל מעשי טרור או בגידה במדינה או רכישת אזרחות במדינות אויב) ובלבד שלא יוותר האדם ללא כל אזרחות.

# זכויות האדם

סוגיית זכויות האדם הינה הסוגיה המרכזית והשנויה במחלוקת במשפט החוקתי כולו. ההתמקדות שלנו עד כה לא היתה בתוכן אלא בשאלות הנוגעות להגנה על פי חוקי היסוד באופן כללי. המטרה של הדיון הקרוב תהיה בהתמקדות בזכויות האדם כחלק מרכזי במשפט החוקתי ולאחר מכן בזכויות לענייני דת ומצפון, חופש הביטוי, חופש ההפגנה, שוויון וזכויות רווחתיות.

מעניין לציין שהזכויות הנ"ל לא מוזכרות במפורש בחוקי היסוד אלא משתמעות בלבד. הזכויות בהן נתמקד נחשבות הזכויות החשובות ביותר מבין שלל הזכויות החוקתיות, הגם שאף אחת מהן אינה מוזכרת בשמה בחוקי היסוד של זכויות האדם. עם זאת, חלקים שלהן מבטאים במידה רבה את הערכים עליהם נשענים חוקי היסוד וזו אחת מהסיבות בגללן זכויות אלו מוגנות חלקית על ידי חוקי היסוד.

חופש הביטוי, למשל, לאור המצב הבטחוני בישראל, או הזכות לשוויון או הפרדת הדת והמדינה הם דוגמאות לזכויות שנפגעות על ידי הרשות המחוקקת כל הזמן. מכל מקום, גם אם בית המשפט העליון לא כלל את כל היבטי הזכויות הנ"ל בתוך הזכויות שקבועות בחוקי היסוד, הזכויות נחשבות לחוקתיות ומהוות חלק מהמשפט החוקתי של מדינת ישראל.

היו לנו זכויות אדם חוקתיות עוד לפני קביעת חוקי היסוד העוסקים בתחום. זכויות אלו היו חלק מהמשפט הישראלי והיו מעוגנות, על פי פרופסור זמיר, במשפט המקובל. המקור ההיסטורי שלהם באנגליה לפני מאות שנים והן התפתחו עם השנים במקביל להתפתחות המשפט כולו. בפירמידת הנורמות, המשפט המקובל שווה לחוק. ב1992 חלק מזכויות האדם עוגנו בחוקי יסוד אך לא כולן, אפילו אם מפרשים אותם בצורה רחבה. זכויות שאינן מעוגנות בחוקי היסוד מעוגנות בחוקים רגילים, כמו חופש הדת וחופש המצפון. המשפט המקובל משפיע פעמים רבות על פירוש החוקים ובית המשפט שואף להרמוניה בין החוקים החוקתיים הישראלים למשפט המקובל. לכן, גם אם זכות מעוגנת בחוק יסוד או חוק רגיל, תמיד יהיה לה מעמד סמי חוקתי בהתאם למעמדה במשפט המקובל.

לפעמים מתעוררת שאלה מעניינת. אותה זכות עצמה יכולה להיות מוגדרת בצורה אחת בחוק יסוד ובצורה אחרת, רחבה יותר, במסגרת המשפט המקובל. העובדה שחוק יסוד הגדיר זכות מצומצמת אינה אומרת שאין לפרש אותו בצורה רחבה על פי מקורו במשפט המקובל. למשל, חוק-יסוד: חופש העיסוק מגביל את הזכות לאזרחים ותושבים, בעוד שחופש העיסוק במשפט המקובל אינו קובע הגבלה כזו. [במקרה הפוך, בו הזכות מתפרשת בחוקי היסוד בצורה רחבה ובמשפט המקובל בצורה מצומצמת, בית המשפט יפרש את המשפט המקובל על פי הדרך בה חוקי היסוד מתייחסים לזכות, כיוון שזהו טבע המשפט המקובל – להתפתח ולהשתנות עם הזמן].

גם אם מדובר רק במשפט המקובל, אם המטריה (material) היא חוקתית, יש לזכויות מעמד מיוחד וישנה נטיה מיוחדת לפרש אותן בדרך בה יעמדו מעל חוקים רגילים ואף ישפיעו עליהם.

יחוד נוסף שיש במשפט החוקתי הישראלי מתבטא בכך שזכויות האדם הן זכויות יחסיות. זכויות חוקתיות אינן מוחלטות. כשלמישהו יש חופש ביטוי, אין זה אומר שיש לו חופש ביטוי מוחלט וניתן להגבילו בתנאים מסויימים. שני דברים בנושא:

1. לכאורה, יחסיות הזכויות אינה אוניברסלית. בשיטה האמריקאית הזכויות מוחלטות. קביעה זו אינה מדוייקת לחלוטין, כיוון שהאמריקאים מכניסים לתוך הגדרת הזכות את ההגבלות. חופש הביטוי האמריקאי איננו כולל חופש לפגוע בזכויות יוצרים. ביטוי שיוצר סכנה קרובה או מיידית לפגיעה בבטחון המדינה פשוט לא נחשב ביטוי כמשמעותו בחוקה. טכניקה נוספת של ארה"ב קשורה בביקורת טכנית. ישנן שלוש רמות ביקורת: זכויות חשובות במיוחד המוגנות בצורה רחבה (גם אם לא מוחלטת), זכויות המוגנות בצורה בינונית וזכויות המוגנות בצורה שולית ביותר בהן אין בית המשפט נוטה להתערב.
2. זכויות אינן יכולות להיות מוחלטות לעולם. חופש הביטוי לא יכול להגיע כדי פגיעה בבטחון המדינה. בנוסף, פעמים רבות זכויות מתנגשות זו עם זו ולכן יש להגביל כל זכות באופן שלא תפגע זכות אחרת. בישראל מכירים בכך שזכויות אינן מוחלטות. טכניקת התמודדות אחת עם קביעה זו היא מבחן המידתיות. פעם ראשונה שהכניסו את המידתיות היתה בפס"ד שניתן חודש וחצי טרם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מבחן המידתיות שני לפסקת ההגבלה שנקבעה בהשראת המשפט המקובל. ישנם מבחנים נוספים המטפלים בבעיה זו.

מה בעצם, לאור העובדה שבשיטה הישראלית שזכויות אינן מוחלטות, ההבדל בין זכויות חוקתיות ובין סתם זכויות? התפיסה של בנדור היא שמתוך כלל האינטרסים שזוכים להגנה על ידי זכויות רגילות, זכויות חוקתיות מתפרשות באופן משמעותי וחשוב ביותר. זכויות רגילות יגעו בנושאים פשוטים ובאינטרסים שוליים או רגילים. כשמדובר באינטרס בסיסי וקריטי של בני האדם, אז יראו את האינטרס הזה כמוגן על ידי זכויות חוקתיות. יש בעיה עם אמירות רבות בפסיקה שמדגישות את יחסיותן של הזכויות וממעיט בערכן המשמעותי. זכות חוקתית היא זכות שמוכנים לשלם מחיר חברתי כבד כדי לקדם אותה. האמירה הזו טומנת בחובה הכרה מעשית שתמורת שמירה על הזכות החברה צריכה להיות מוכנה להקריב הקרבה משמעותית תמורת מימוש הזכות. אם החברה לא מוכנה לעשות כן – אין הזכות חוקתית.

הזכות לחירות מפני מעצר, למשל, היא דוגמא למצב בו מסכנים את הציבור פעמים רבות כדי לשמור על הזכות הזו. מותר להפר אותה אך הציבור מודע לסיכון שהוא נוטל כדי לשמור עליה חוקתית.

אינטרסים מדוברים אלו יכולים להיות אינטרסים ציבוריים או אינטרסים פרטיים.

## חופש לענייני דת ומצפון

זכות זו מוכרת לאו דווקא בשיטות דמוקרטיות מובהקות אלא בחוק המנדטורי בדבר המלך במועצה. בחוק הקדום הזה נקבע שכל האזרחים בישראל יהנו מחופש דת מוחלטת בכפוף בלבד לסדר הציבורי ולמוסר. חופש המצפון והפולחן עבר חקיקה מנדטורית ויחד עם זאת, ההיבטים המרכזיים של החופש בענייני דת ומצפון נוגעים נגיעה הדוקה בכבוד האדם כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הפסיקה לא תמיד מתבססת על הסעיף המנדטורי ומבחינה מעשית הזכות הזו התפתחה כמו זכויות חוקתיות אחרות כמשמעותה במשפט המקובל ולאו דווקא על פי ניסוחה בדבר המלך. כשאר מדברים על חופש בענייני דת ומצפון מדברים על אגד זכויות. כבר בכותרת ניתן להבחין בשתי זכויות שונות: חופש דת וחופש המצפון. השאלה האם ואיך מבחינים בין חופש הדת במובן שקשור בציוויים וחופש המצפון, שהוא שונה במהותו מההגדרה הזו.

חופש הדת משמעותו ביצוע מעשים שהדת מחייבת ושלא לבצע מעשים שהדת אוסר על ביצועם. החופש מדת משמעותו שאדם לא יחוייב לפעול ולא יוטלו עליו איסורים שמקורם במצוות דתיות. באופן אינטואיטיבי ניתן לראות כי אין הגנה שווה לכל אחד מההיבטים הללו. כך למשל ניתן להבין כי אין הגנה מוחלטת על חופש המצפון. אדם לא יכול לנהוג ככל העולה על רוחו ועל פי מצפונו הפרטי. האם אנו מתייחסים ברצינות לחופש המצפון? כיצד נפרש באופן משפטי את המונח "מצפון" ונתחום אותו באופן שיגן עליו מבחינה חוקתית? את חופש הדת ניתן לתחום ביתר קלות. גם אם אנו זוכרים כי הגנה חוקתית אינה מוחלטת, עדיין יש משמעות להגנה כזו.

כנגד החופש מדת יוצא יובל שטייניץ בטענה שמדובר ברעיון אנטי דמוקרטי. במה הפגיעה מתבטאת? בשיטה דמוקרטית, מטבע הדברים, הרוב רשאי להעביר חקיקה בהתאם לאידיאולוגיה המקובלת עליו. לא ניתן לאפשר לאזרחים בודדים להחליט אם מתאים להם או לא מתאים להם לקיים את החוק מתוקף החופש מדת. דעתו תקפה רק להחלטות הקשורות בדת ולא להחלטות אחרות, ולכן לדידו לא צריך להיות חוק המעגן את החופש מדת כזכות יסוד.

### פס"ד שווילי

ישנם הקשרים אחרים בהם החברה מוכנה לכבד מצפון גם אם איננו בא ממקור דתי אך גם זה אינו פשוט. המקרה המעניין המוזכר בפרשת שווילי עוסק במועמדים לשירות צבאי שהשירות מנוגד למצפונם בשל השקפות פוליטיות. המדינה באה וטענה שרק פציפיסטים מוחלטים זכאים לקבל את אותו פטור משירות צבאי. מי שאינו פציפיסט אלא יש לו הסתייגות מצפונית ממדיניות הצבא / המדינה לא נכנס תחת הגדרת הפטור מטעמי מצפון. עוצמת הפגיעה במצפון אותם מועמדים קשה פחות לעומת פגיעה במצפון של פציפיסטים המתנגדים לעצם קיום הצבא. זו הבחנה שאינה אנליטית ואינה מנחילה עקרון מסויים שניתן לעקוב אחריו. החלטת המדינה בנושא היתה פרקטית לחלוטין; מספר הפציפיסטים זעום יחסית, בטח לעומת מלש"בים המתנגדים למדיניות הצבא. אי אפשר להכיר בכל חייל ובאידיאולוגיה הפרטית שלו ולהתחשב בה.

בנדור מנסה לטעון שההבחנה בין הפציפיסטים ובין המתנגדים למדיניות הצבא אינה נכונה בהכרח. ישנם אנשים שמצפונם אינו יורד ממצפון הפציפיסט ויש קושי בהבדל ביניהם. בכל מקרה, המערכת לא יכולה להתחיל להבחין בין כל מקרה ומקרה ולכן ישנו הכלל הנ"ל ועל פיו פועלים.

## חופש הביטוי וההפגנה

חופש הביטוי וחופש ההפגנה שנגזר ממנו, נתפס עוד מ**פס"ד קול העם** כזכות בסיסית ביותר במדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כך היה טרם חוקי היסוד ולאחריהם. חופש הביטוי לא מוזכר כלל באף חוק יסוד אך היבטים רבים שלו מתפרשים מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מה זה ביטוי? זו שאלה מתבקשת וחשובה, אך הדרך הנכונה להתחיל את הדיון בזכות היא בבחינת הרציונאל של זכות זו. מספר עקרונות עומדים מאחורי חופש הביטוי:

1. דמוקרטיה – חופש הביטוי הוא אבן יסוד לשיטה הדמוקרטית. כל אזרח זכאי להשמיע את דעתו, דבר המתבטא בראש ובראשונה בבחירות. הציבור צריך להיות חשוף למידע רב, דעות שונות וכדו'. לא ניתן לקיים מדינה דמוקרטית אמיתית ללא ההכרה בחופש הביטוי ויישומו. רציונאל זה הוא חברתי ונוגע ליצירת קהילה המבוססת על עקרונות דמוקרטים.
2. הגשמה עצמית – מהות האדם ויתרונו על שאר בעלי החיים מתבטאים ביצירה ובגיבוש דיעה וביטויה. פגיעה בחופש הביטוי פוגעת בכבוד האדם במובנו הבסיסי ביותר: אנושיותו. רציונאל זה נוגע לפרט ולזכויותיו.
3. גילוי האמת –ההנחה היא ששיטה שיש בה גילוי רחב יותר של חופש ביטוי היא שיטה בה האמת מתגלה לעיתים קרובות יותר. אם מאפשרים חופש מוחלט לביטוי ממקסמים את הסיכוי שהאמת לבסוף תתגלה.

על הרקע הזה ניתן לדון בשאלה הראשונה שהועלתה: מהו ביטוי על פי הגדרתו בחוק?

ישנם מובנים פשוטים לביטוי: סיפור, שיר, הבעת דיעות פוליטיות, פרסום עובדות וכדו'. ישנם גם דברים שאינם נכנסים להגדרה זו, כמו חוזים שאינם קשורים לרציונאלים הנ"ל.

אנו נעסוק במקרים בהם הגדרת הביטוי מוטלת בספק ושנויה במחלוקת האם נכנסת תחת כנפי הזכות או לא. לדוגמא, סצינות בעלות אופי אירוטי בסרטים: האם הן נחשבות כביטוי? האם מטרת הסצינות אמנותית ונחשבת כביטוי או שמא היא אינה קשורה לרציונאל חופש הביטוי שכן מטרותיה שונות לגמרי? לצורך ההבהרה, גם אם מקרה זה לא ייחשב כקשור לחופש הביטוי, עדיין יוכל להיות מוגן תחת זכויות אחרות.

מקרה נוסף לדוגמא הוא פרסומת. האם חופש הביטוי חל על פרסומת? הנטייה לומר שכן אך בעירבון מוגבל. מכיוון שהפרסומות נושאות אופי יצירתי וקריאטיבי יש שמחשיבים פרסומת כביטוי אמנותי, אך ברור ומובן שמטרתן העיקרית של הפרסומות היא מסחרית ולכן הפרסומת נחשבת כמוגנת על ידי חופש הביטוי אך בצורה חלשה.

דוגמת פס"ד המפקד הלאומי – יש לעיין בסיכומים לעבודה.

### פס"ד קול העם

למרות פס"ד זה (העוסק כזכור בפירוש המילה "עלול"), הגיעו שנים רבות בהם ביטלו את הרלוונטיות שלו לצורך הגדרת הביטוי. לפני ביהמ"ש העליון הגיעו פגיעות רבות בחופש הביטוי שנדחו בשל טענות המתעלמות מהלכת קול העם (לא היה על שר הפנים לסגור את העיתון בגלל שלא היתה מספיק וודאות קרובה). פס"ד **שניצר** החזיר למרכז הבמה את מבחן הוודאות הקרובה המופיע בפס"ד קול העם ובחן מהם התנאים שבהם לגיטימי לפגוע בחופש הביטוי. מותר לפגוע בחופש הביטוי רק כאשר קרוב לוודאי שפרסום הביטוי יגרום לפגיעה של ממש בערך הציבורי המוגן – בטחון המדינה, שלום הציבור וכיו"ב. מבחן זה הפך למבחן הכללי המופעל בדיונים העוסקים בפגיעה בחופש הביטוי.

עם זאת, מבחן הוודאות הקרובה אינו מוחלט. פעמים רבות מתירים לפגוע בחופש הביטוי גם כשאין וודאות קרובה לוודאי שבטחון המדינה ייפגע. הכוונה היא שישנו חשד רציני לפגיעה בערך ציבורי כלשהוא וכאן מתכוונים להסתברות סבירה ולא רק לוודאות קרובה.

הערה נוספת היא, שמבחן הוודאות הקרובה לא תמיד רלוונטי, בעיקר בתחום המשפט הפלילי. המשפט הפלילי בחלקו דורש תוצאה, ומבחן הוודאות הקרובה מתנגש עם הצורך בהוכחת הרכיב החפצי והקשר הסיבתי ששניהם מתבססים על קיום תוצאה. אם לא נגרמה תוצאה, כנראה שלא היתה וודאות קרובה. ואולם, בית המשפט נכנס פעמים רבות לדיון במבחן הוודאות הקרובה גם בהקשר פלילי.

בעבר היו מחילים מבחנים הסתברותיים גם על מקרים המערבים רגשות (פס"ד עוצמה לישראל). רק במקרים בהם הביטוי הנדון יכול לפגוע ברמת הסתברות גבוהה ברגשות הנפגע תינתן לגיטימציה לפגיעה בחופש הביטוי. ככל שהעניין נוגע לרגשות, אין משתמשים במבחן הוודאות הקרובה אלא במבחנים סובייקטיביים כגון המבחנים המופיעים בפס"ד גור אריה, פס"ד עוצמה לישראל וכוי"ב.

### איזון אנכי

איזון היררכי בין ערכים. ההיפך מאיזון אופקי. ככל הנוגע לחופש הביטוי, מתקיים איזון אנכי, כשבטחון המדינה גובר על חופש הביטוי. האיזון האנכי מעמיד את הערך הציבורי מעל זכות האדם ובמידה והסיטואציה היא בחירה באחד מהשניים, בית המשפט יטה לפתרון הנושק לערך העליון בסולם.

### פס"ד חדשות

בפס"ד חדשות העיתון נסגר עקב פרסום ידיעה שלא אושרה על ידי הצנזור. אין צורך בדרישת הודאות הקרובה כיוון שלא ניתן אישור הצנזור. העיתון נסגר לארבעה ימים ודבר זה תמוה – זהו עונש על דבר שכבר נעשה, ואין ביד הסנקציה הזו למנוע את מה שהיה. לדעת בנדור, יש להעניש את החוטאים אך לא בעונש שפוגע כך בחופש הביטוי אלא בדרך אחרת. עיתון חדשות נסגר עקב הפרשה הזו מעט זמן לאחר התרחשותה. בעיה חשובה נוספת היא בכך שמשמעותו של פסק דין זה קובע שחופש הביטוי לא עומד לבד כזכות. אם גם בלי תנאי הודאות הקרובה ניתן לפגוע בו, הרי שאין הזכות הזו חוקתית כלל.

אם מישהו לוקח את הסיכון ולא מברר עם הצנזור לגבי הידיעה אותו הוא מפרסם, האם עליו להיענש? האם על חופש הביטוי שלו להירמס? אין לכך תשובה ברורה. אם יש חופש ביטוי, והביטוי עצמו אינו אסור בהגדרה, יש מקום לשקול להטיל סנקציות אחרות.

### פס"ד כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור

חבר הכנסת מאיר כהנא הגיש עתירה כנגד החלטה של הוועד המנהל של רשות השידור לצמצם את האפשרות לראיין אותו לרדיו. בית המשפט קבע שאין כאן וודאות קרובה לכך שדברי כהנא יסכנו את שלום הציבור ואי אפשר למנוע מראש מח"כ להיות מוזמן לראיונות בכלי התקשורת הממלכתיים. בשונה מפרשת שניצר, שם הוא ביקש שלא ימנעו ממנו דבר, כהנא ביקש שיאפשרו לו דבר מה. שתי הפרשות עסקו בחופש הביטוי, אך כהנא דרש זכות חיובית. לא יכול להיות מצב שלכל אדם תהיה הזכות לדבר ברשות השידור מתי שיתחשק לו ולכן באופן כללי לא יכולה להיות זכות חיובית לדבר ברדיו. מה שונה כאן? הרי לא כל אדם יכול לדבר ברדיו ממילא!

מפס"ד כהנא ניתן ללמוד כי לחופש הביטוי יש היבט של זכות שלילית וזכות חיובית[[7]](#footnote-7). המשמעות של זכות חיובית איננה מקבילה למשמעות של זכות שלילית. לא ניתן לתת זכות חיובית לכל אדם.

בהקשר של כהנא, מבחן הוודאות הקרובה כן מתאים – מדובר במניעה מראש, ולא כפרשת חדשות שם אין מניעה. סוגיה זו, של מניעה מראש, מחברת אותנו לפס"ד אבנרי נגד שפירא.

### פס"ד אבנרי

אבנרי, עיתונאי, עמד לפרסם ספר על פוליטיקאי בשם אברהם שפירא. שפירא שמע שהספר הזה יפיץ עליו לשון הרע ולכן הגיש תביעה לצו זמני "איסור לשעה" שלא יפרסמו את הספר. אבנרי ערער לבית המשפט העליון, ערעור שהתקבל. בית המשפט פיתח שם תורה נגד מניעה מוקדמת. הרעיון הוא שגם כאשר בעיקרון מותר לפגוע בחופש הביטוי, ישנה הגנה לחופש הביטוי מהבחינה שהסנקציה לאכיפה של ההסדר שקובע בחופש הביטוי יכולה להיות רק סנקציה מאוחרת ואין למנוע ביטוי מראש.

#### תורת המניעה המוקדמת

התורה הזו אומרת שככלל גם כאשר יש הצדקה עקרונית לפגיעה בחופש הביטוי, הפגיעה יכולה להיעשות רק באמצעות סנקציות שמוטלות לאחר מעשה ולא באמצעות מניעה מוקדמת של הביטוי. זאת משום שמניעה מוקדמת מקפיאה את הביטוי ומונעת לגמרי את כניסת הביטוי לשוק הדעות.

בתורה זו יש סוג של סתירה פנימית, כיוון שלפעמים יש ערך שחופש הביטוי פוגע בו ואי מניעה מוקדמת יוצר דיס הרמוניה ואי המירות. תורה זו גם פוגעת במפרסמים כיוון שהם ימנעו מלפרסם מחשש לתביעה מאוחרת יותר. דווקא הסנקציה המוקדמת יכולה למנוע תביעות מאוחרות.

פס"ד אבנרי לא מתייחס למצב בו הדין מעדיף את השם הטוב על פני חופש הביטוי או להפך, אלא קובע רק שלא ראוי שבית המשפט יתן סעד ששולל את חופש הביטוי.

את סעד המניעה המוקדמת נותנים רק במקרים נדירים כשהתובע מוכיח שהפגיעה תהיה אנושה ומוכחת.

הביקורת, אם כן, מתבטאת בשני מובנים:

1. **סתירה פנימית:** היישום הזה בעייתי כי אם הביטוי לגיטימי – למה להעניש עליו? ואם אינו לגיטימי – למה לאפשר אותו? יש כאן מסר כפול. הרעיון מאפשר הגנה על שני ערכים סותרים כשלא ברור מהו הערך שהחברה (בנסיבות הקונקרטיות) מעדיפה.
2. **אי המירות:** אבנרי ביטל את התביעה לאחר פרסום הספר כי הנזק כבר נעשה. לא ניתן להמיר נזק כמו איבוד שם טוב לפיצוי כספי. הנזק שנעשה לאבנרי לאור פרסום הכסף הוא בלתי המיר – דוגמא לפגיעה שלא ניתן לפצות. אם נזק מתאפיין באי המירות, מה הטעם בהמתנה לאחר מימושו?

## חופש ההפגנה

לכאורה, הפגנה היא אספקט של חופש הביטוי. למה מפרידים את חופש ההפגנה מחופש הביטוי? לאפקט הציבורי ישנם מספר מאפיינים המבדילים אותו מהאדם הפרטי המחפש חופש ביטוי, ואלו שניים מתוכם:

1. מדובר בחופש ביטוי עממי ונרחב. כל אדם, ע"י הצטרפותו להפגנה, יכול להתבטא. הרי חופש הביטוי הפרטי לא תמיד רלוונטי לכולם – לא כולם סופרים, לא כולם משוררים וכו'.
2. אופיו הציבורי של הביטוי יחיד במינו. המחאה החברתית למשל, ביטאה דעות בעוצמה אחרת לגמרי שלא משתווה לעוצמת דעות זהות המבוטאות בצורה פרטית. דוגמא ישנה יותר מתייחסת לתחילת שנות השמונים, אז הוקמה וועדת חקירה לגבי אירועי סברה ושתילה. רק בעקבות הפגנה הסכימה הממשלה להקים את הוועדה. לכח הציבורי אין תחליף. הפגנה אינה רק צורת ביטוי אלא גם בעלת השפעה נרחבת. מטרת ההפגנה היא לא רק להביע דעה אלא גם להפגין כח.

### פס"ד לוי נגד מפקד מחוז דרום

החוק קובע שאין למנוע הפגנה אלא אם כן הדבר יוביל לפגיעה בשלום הציבור (קביעה שהוזכרה בפסקי הדין שניצר וקול העם). כשאדם מבקש אישור להפגנה, יש לבדוק את הוודאות הקרובה ששלום הציבור יפגע על ידי המפגינים. בודקים את הוודאות הקרובה רק לאחר שהמשטרה בדקה אם אין דרך חלופית למנוע את הסיכון. זהו בעצם רעיון המידתיות – עוד לפני שנקרא בשם הזה. על המשטרה לעשות ניסיון למצוא פתרון סביר כדי לאפשר את קיום ההפגנה (פתרונות סבירים לדוגמא – הגבלת מספר משתתפים, הקצאת מקום נוח לאבטוח, הקצאת זמן נוח וכדו').

רק הפגנה ששום תאריך, שום מיקום ושום היקף אחר לא ימנע את הסכנה הטמונה בה תוכל להתבטל. כמעט ואין בנמצא מקרים בהם החלטת המשטרה גרמה לביטול הפגנה לאלתר.

### פס"ד דיין

דיין ביקש לערוך הפגנה מול בית הרב עובדיה יוסף. בפסק הדין ישנן דעות שונות לגבי סוגיית האיזון בין הזכות לפרטיות ובין חופש ההפגנה. הגישה העקרונית היא שאם עובד הציבור מנהל את תפקידו מתוך משרד, צריכה להיות הבחנה חדה בין תפקיד האדם ובין חייו הפרטיים ויש לערוך את ההפגנה מול מקום עבודתו. בפועל, בית המשפט מנסה לבדוק האם מטרת המפגינים היא למחות כנגד פועלו המקצועי של נושא התפקיד או שמא להטרידו בחייו הפרטיים.

מה עושים במקרה בו נושא התפקיד פועל מתוך ביתו? בית המשפט משתדל להגיע לאיזון בין האינטרסים השונים. לא ימנעו הפגנה במקום, אך יגבילו אותה בצורה שתפחית את הפגיעה בפרטיות למינימום.

### פס"ד כהנא נ' משטרת ישראל

נמנע מכהנא להפגין לפי מבחן העבירה הפלילית: כאשר עצם הפעילות של הארגון המפגין הוא פלילי ומוגדר כפעילות טרור ישנה הגבלה על ההפגנה ובעצם על חופש הביטוי של אותו ארגון. משהכריזה המדינה על ארגון מסויים כעל התאחדות אסורה או כארגון טרור, יהיה זה דבר והיפוכו לדרוש מהמשטרה לאפשר פעילות של אותו ארגון. כל עוד ההכרזה עומדת אין לו היתר הפגנה, ולמעשה יש למגר אותו ולא להעניק לו זכויות. גם פעילות תמימה, כמו פעילות צדקה, אסורה ובלתי ניתנת לאישור על ידי מוסדות המדינה.

דיון דומה לפסק דין כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור עולה גם כאן. אם הסתה לגזענות הינה עבירה פלילית אין צורך במבחן הוודאות קרובה. גם כאן העיקרון תקף: אם ההפגנה נעשית כחלק מפעילות טרור אין צורך בכך. יש הבדל, כמובן, בין מקרים בהם לרשות השידור נראה כי פעילות הארגון אינה חוקית ובין מקרים בהם המדינה קבעה זו.

פס"ד זה, לדעת בנדור, מבטא קוהרנטיות משפטית ועקביות בפסיקה בנושא מבחן הוודאות הקרובה בהקשר הפלילי.

## הזכות לשוויון

הזכרנו את הזכות לשוויון במסגרת הדיון של פרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם והתמקדנו בפסיקה בעניין החוקתיות של חוק טל בפס"ד. האם פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם? תהיה התשובה אשר תהיה, הזכות לשוויון בוודאי מוגנת במשפט החוקתי הישראלי, לאו דווקא מכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אלא כבר מימי המשפט המקובל.

מהי משמעות הזכות לשוויון? זוהי שאלה מאוד מורכבת, ואולי הסוגייה המשפטית פילוסופית המסובכת ביותר. ישנה ספרות אדירה בנושא ודיונים אינספור שעסקו בשאלה זו.

לא רק בתיאוריה המשפטית יש קושי רב בהגדרת השוויון, אלא גם הפסיקה בפועל מסורבלת. השופטים אינם מכחישים את אי הבהירות הזו, וכשבוחנים את פסקי הדין ניתן למצוא הגדרות רבות לזכות לשוויון. השאלה הרלוונטית ביותר היא מהו אותו שוויון שמוגן בזכות יסוד במסגרת המשפט החוקתי.

אם נתבונן בפסיקה, נוכל למצוא שתי משמעויות שונות ונבדלות של שוויון במשפט:

1. **זכות לשוויון – שוויון חוקתי**. אין במשפט הישראלי רשימה כתובה של כל עילות השוויון האלו, אך ישנן קטגוריות שונות מובהקות בהן הזכות לשוויון עוסקת – דת, מגדר, מגזר וכדו'. אסור לשלטון לקבל החלטה שלטונית המבחינה בין אזרחיה על סמך קטגוריות אלו.
2. **עקביות – שוויון מנהלי.** עקביות באה לבטא תפיסה של שוויון המיוחסת לאריסטו (ומכונה לרוב שוויון אריסטוטלי) וקובעת שכאשר מדובר בשני מקרים שווים במהותם על הרשות לקבל החלטות שוות. כאשר מדובר בשני מקרים שונים במהותם, השוויון האריסטוטלי מחייב לקבל החלטות שונות. יש צורך בפרופורציה בין מידת השוני במקרים ובין מידת השוני בהתייחסות. דוגמא לכך ניתן לראות בהטלת מס. אדם המרוויח 1000 ₪ בחודש לא ישלם מס זהה לאדם המרוויח 100000 ₪. כמו כן, היחס בין השכר יוביל ליחס שווה במס.

ניתן היה לחשוב שבתחום החוקתי יתמקדו בזכות החוקתית לשוויון, אך בפועל ישנה פסיקה רבה שרואה את העקביות כחלק מהזכות לשוויון וכלל כחלק מהזכות לכבוד האדם. ישנה פסיקה שלא מבחינה בין שני סוגי השוויון. במציאות, מדובר בסוגיות שונות במהותן.

### פס"ד אליס מילר נ' שר הבטחון

בפרשה זו דובר במדיניות צה"ל המאפשרת רק לגברים להגיש את מועמדותם לקורס טייס. הצבא טען שאין כאן בעיה מבחינת שוויון מנהלי, כיוון שנשים מהוות קטגוריה שונה מגברים ביחס לקורס טיס עקב אילוצים משפטיים שחוקי המדינה כופים על הצבא (הכשרת הנשים יקרה הרבה יותר, שירות המילואים שלהן קצר יותר וכו'). עוד טען הצבא שאופציית הכניסה להריון של הנשים מערים קשיים על התנהלות החיל.

שניים מתוך שלושת השופטים ראו את העניין אחרת. השופטים הסכימו להניח שהשיקול התקציבי והארגוני מבחין בין נשים וגברים, ומבחינת השוויון האריסטוטלי אין כאן עילה לפסילת המדיניות. אקט קבלת ההחלטה השונה לגבר ואישה מסתדר יופי עם השוויון המנהלי, אך עצם ההתחשבות בשיקול הקבוצתי פוגע בזכות. עצם העובדה שמתחשבים בשיקול המגדר פוגע בזכות הנשים לשוויון. בית המשפט, כהרגלו במקרה של פגיעה בזכות, בחן את פסקת ההגבלה. בית המשפט סבר שההחלטה אינה מידתית.

עתירה כנגד סירוב לבחור נשים למועצה דתית ועתירה כנגד סירוב אפשור לנשים לבחור ברב העיר הן דוגמאות ישנות, הקודמות לעקרון המידתיות הקבוע בחוקי היסוד. בשתי פרשות אלו, בתי המשפט החילו עקרון דומה לעקרון המידתיות. החשש היה שרבנים לא יסכימו להגיש את מועמדותם במקרה שנשים תהיינה זכאיות. השופטים הסכימו להניח שהשיקול היה רלוונטי, אך התוצאה אליה הגיעו היתה בלתי מידתית לחלוטין. במקום השימוש בעקרון המידתיות שלא היה קיים אז, השתמשו השופטים במבחן הוודאות הקרובה וכך התקבלו העתירות. אם היינו הולכים רק לפי העקביות, יכול להיות שדין העתירות היה להידחות.

יש לפעמים גם פסיקה שלא כל כך מבדילה ורואה את העקביות כביטוי ככבוד האדם. לא בטוח שכל המקרים של העקביות נכנסים לגדר כבוד האדם. על פי השוויון האריסטוטלי ההתייחסות השונה לשני מקרים שונים אינה פוגעת כלל בזכות לשוויון ולא ברור כלל כיצד ניתן להחיל במקרים אלו את פסקת ההגבלה. גם מבחינה מעשית, כשלא מדובר בקבוצה מוגדרת, אין זה נכון לספק הגנה חוקתית לכל מקרה רנדומלי. דוגמא לכך שעקביות אינה תמיד אפשרית ואינה אמורה להיות חוקתית: ישנם מבחנים שלא מקבלים בהם ציון מספרי אלא עובר / נכשל. אפס או 59 זה ציון שונה במהותו אך התוצאה עבורם זהה: שניהם מהווים נכשל. לעומת זאת, 59 או 60 קרובים מאוד והשינוי ביניהם מזערי. ועם זאת, השינוי בתוצאה ביניהם דרמטי – עובר משמעו התמחות בבית משפט עליון ונכשל משמעו הזנה בבית תמחוי.

הגנה חוקתית אמיתית ניתן לתת רק לפגיעה מהותית בשוויון ולא תמיד על מקרים של פגיעה בשוויון אריסטוטלי. הפסיקה די מבולבלת ומערבבת פעמים רבות גם באותו פסק דין עצמו טיעונים בעד ונגד השקפה זו.

באופן כללי, השוויון המנהלי מוגן פחות וניתן לסטות ממנו, גם לא לפי הקריטריונים של פסקת ההגבלה.

השאלה העקרונית שמתעוררת היא האם השוויון החוקתי קובע שכל הבחנה על רקע דת, מין, גזע וכו' פוגע בזכות לשוויון או רק הבחנה הפוגעת בקבוצה המוחלשת פוגע בשוויון. כלומר, האם הזכות לשוויון החוקתי היא זכות בלעדית של חבר בקבוצה חלשה או שזוהי זכות לכל אדם באשר הוא ללא התייחסות לקבוצה אליה הוא משתייך? התפיסה המקובלת היא ששוויון חוקתי נוגע רק לפגיעה בקבוצה החלשה יותר. זוהי אפליה לטובה של קבוצת מיעוט או קבוצה מוחלשת ויש כאן בעיה מבחינת שוויון מנהלי.

כאשר מדובר בהיבט החוקתי המובהק, הזכות לשוויון דומה לזכויות אחרות מבחינה זו שאיננה מוחלטת, אלא ניתן לפגוע בה כאשר מתקיימים תנאי פסקת ההגבלה.

### פס"ד זקין

עוסק בעניין האכיפה הסלקטיבית, שם היה מדובר במצב שאכפו את יריבי ראש העיר לגבי פרסומים לא חוקיים במסע הבחירות. היה שיקול זר באכיפה וזהו מושג חשוב בזכות לשוויון: כשנכנס שיקול זר למערכת השיקולים ומתערב ביסוד האכיפה ההחלטה לא תקינה. לא נפגעה כאן הזכות לשוויון על פי הגדרתה בחוק – אפליה על רקע דת, גזע מין וכו' – אלא נוצר מצב בלתי שוויוני עקב הכנסת שיקול זר. מבחינה מהותית, פס"ד זה אינו פס"ד על שוויון חוקתי אך מדגיש את השימוש של השיקול הזר בטרמינולוגיה העוסקת בזכות זו.

יש שימוש לרעה בשוויון כמטריה לטענות רבות שאינן בדיוק קשורות למהותו המקורית. המקרה הקלאסי, למשל, הוא אפליית נשים. עוד אופציה יכולה להיות אופציית השיקול הזר, והמקרה האחרון האפשרי הוא אי העקביות: כשישנה אי עקביות בהחלטה במקרים דומים ישנו חוסר שוויון. שלושת אלו הם המקרים המאפיינים את חוסר השוויון היכול להיווצר, אך הפסיקה מערבבת סיטואציות רבות ויוצרת זילות של הזכות הזו. כמו כן, ישנו דירוג ביניהם, כשאפליה נמצאת בשלב הגבוה ביותר ומקרה אי העקביות כמעט ולא אמור להכנס לתחום הזכות לשוויון.

## זכויות רווחה[[8]](#footnote-8)

הרעיון הכללי העומד מאחורי הזכויות האלו הוא שיש סוגים שונים של אינטרסים קיומיים על מנת שהאזרחים יוכלו ליהנות מאורח חיים סטנדרטי. סוג אחד מתייחס לחופש הביטוי, הזכות לשוויון וכדו', אך סוג יותר חשוב מתייחס לצרכים הבסיסיים של האדם, כמו מזון, קורת גג, חינוך בסיסי וכו'. בשנים האחרונות מכירים בהדרגה בכך שהמשפט החוקתי צריך לספק זכויות בסיסיות אלו.

בישראל מתעוררת השאלה האם יש לנו זכויות רווחה ברמה החוקתית. מבחינת החוק התשובה חיובית: ישנם חוקי בריאות, חוקי דיור, חוקי חינוך וכו'. האם זכויות הרווחה קיימות ברמה החוקתית? פעמים רבות הציעו לכנסת לחוקק חוק יסוד שיעגן את הזכויות החברתיות אך הכנסת מעולם לא קיבלה את ההצעות הללו. הכנסת לא רצתה לחייב את עצמה ברמה החוקתית בתחום החברתי. אם כן, האם ניתן לגזור את זכויות הרווחה מחוק-יסוד: כבוד האדם?

התפיסה של בית המשפט העליון היא שהזכויות החברתיות כלולות בזכות לכבוד, שהרי לא יכול להיות כבוד לאדם אם אין לו את צרכיו הבסיסיים. כמובן שיש גבול לצרכים הבסיסיים שאדם יכול לדרוש. לאור העובדה שהכנסת לא קבעה את הזכויות האלו בחוק יסוד במפורש, אנו מפרשים אותן מכבוד האדם ולכן הזכויות מתייחסות למינימום הנדרש: קורת גג, מזון, חינוך בסיסי וכדו'.

האם אפשר לספק הגנה חוקתית לזכויות רווחה? האם בכלל הן זכויות אדם שראוי לספק להן הגנה? ואם כן, האם זה אפשרי מבחינה פרקטית?

בפס"ד חסן, עולה הטענה כי זכויות חוקתיות במהותן הן שליליות וזכויות רווחה, שרובן ככולן חיוביות, אינן זכאיות להגנה חוקתית. בייניש עונה על טענה זו בכך שאין משמעות להבדל בין זכות חיובית לזכות שלילית. היא טוענת שלרוב הזכויות יש היבט חיובי והיבט שלילי ולכן אין זה נכון לסווג זכות כחיובית או כשלילית. מכאן, שיש להכיר בזכויות חברתיות חיוביות כזכויות אדם הזכאיות להגנה חוקתית. (זאת במסגרת פרשנות הזכות לכבוד).

לשאלת היישום הפרקטי, החוקה איננה מסוגלת להמציא משאבים יש מאין. זכויות הרווחה שואבות כמעט מחצי תקציב המדינה ולכן הגנה חוקתית עליהן בלתי אפשרית. כל הכרעה של השופטים תוך ניסיון הגנה על זכות כזו או אחרת (במסגרת הזכויות החברתיות) גוררת מחיר כבד מדי למדינה ויכולה לפגוע בזכויות רווחה אחרות (גרירת תקציב מתחום אחד למשנהו למשל).

על מנת לפתור בעיה זו, מדינות רבות הוסיפו פסקת הגבלה מיוחדת לזכויות החברתיות המורה למדינה לא לפגוע בזכויות במסגרת התקציב והמגבלות, אך דבר זה רק מדגיש את הנחיתות של הזכויות האלו לעומת זכויות אחרות ובעצם לא מספק הגנה חוקתית משמעותית.

אין לפגוע בזכות אלא בחוק: הבעיה השניה שקיימת בקשר לזכויות חיוביות (ולאו דווקא לזכויות רווחה) היא שפסקת ההגבלה הקיימת איננה מתאימה להגנה עליהן. זאת משום שזכות חיובית דורשת שהכנסת תיתן דבר מה, ובחלק החוקיות בפסקת ההגבלה מצויין שאם הכנסת לא רוצה לתת את הזכות החיובית באופן מלא אז היא צריכה לחוקק חוק. אין חקיקה כזו – מה הכנסת לא נותנת. פסקת ההגבלה מתאימה לזכויות שליליות: אם הכנסת רוצה למנוע ממישהו דבר מסויים עליה לחוקק חוק, אך אם היא לא רוצה לתת למישהו דבר מסויים – אין בנמצא חוק כזה.

### פס"ד חסן

פס"ד חסן הוא חריג מבחינת הגנה חוקתית על זכות רווחה, כיוון שבפרשה זו בית המשפט כן סיפק הגנה לזכות הרווחה עליה היתה שאלה.

פסק דין חסן מבסס את הגדרת הקיום בכבוד על פי הקריטריונים ועל פי הסכומים שנקבעו בחקיקה הרגילה. אך מי אמר שהסכומים הרגילים של קצבת ההכנסה תואמים את הזכות החוקתית? אולי הסכום שניתן שם הוא יותר או פחות ממה שצריך לקיום בכבוד? החקיקה בתחומים אלו אינה חקיקה רגילה כי הם משתנים כל הזמן. בית המשפט לא בדק כמה כסף צריך לקיום בכבוד והניח שמה שנקבע בחוק נכון. השופטת שטרסברג בפס"ד סילגדו ניסתה לבדוק אם החוק חוקתי, אך השופטים כאן לא בודקים אם החוק הנוגע לקצבת הכנסה חוקתי. לפני עשר שנים, בהחלטת ביניים, בית המשפט העליון היה ער לבעיה הזו וביקש מהמדינה לקבוע מהו קיום מינימאלי בכבוד. המדינה לא רצתה למסור את המידע הזה והבקשה בוטלה. יוצא מכך שאין הגדרה למושג "קיום מינימאלי בכבוד" הקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם ואותו החוקים הרגילים באים ליישם.

אפשר היה להגיע לאותה מסקנה של פסק הדין לא על סמך זכות מינימאלית לכבוד אלא על פי ההסדר שנקבע בחוק הקובע שאדם בעל מכונית לא זכאי לקצבה. חוק זה, המניח שאדם בעל רכב מנסה לרמות את המדינה בבקשו קצבת הכנסה, פוגע בכבוד האדם כשלעצמו ואין צורך להכנס דרך דלת הזכות החברתית.

ישנה חקיקה עשירה רגילה המקנה זכויות חברתיות. בהינתן חוק המקנה לאדם זכות רווחה, גם אם זו זכות חיובית וגם אם היא עולה הרבה כסף, אין מקום למדינה להימנע מיישום החוק. דוגמא לכך ניתן למצוא בפס"ד זה:

### פס"ד יתד נ' מדינת ישראל

עמותה של ילדי תסמונת דאון דרשה לקיים את חוקי החינוך על בסיס שילובן בכיתות רגילות. הנימוקים הכלכליים השונים לא יכולים לאפשר למדינה לסרב לקיים את החוק הנ"ל. כמובן שביכולתה לנסות לבטל את החוק אם אינה יכולה לעמוד בהתחייבות הכלכלית שהחוק יוצר, אבל כל עוד הוא קיים חייבת המדינה לפעול על פיו. בית המשפט קבע שהוא דוחה את החלת פסק הדין כדי שהמדינה תוכל לשקול את צעדיה מבחינה תקציבית עד ליישום חוק החינוך.

### פס"ד לוזון

מדגים באופן ספציפי שזכויות חברתיות חשובות אך במסגרת החקיקה הרגילה ובהינתן הגבלה כלכלית. יש סכום מסויים שהמדינה יכולה להקציב לתרופות ולא כל התרופות הנדרשות לשמירה על החיים נכללות בסל התרופות. בית המשפט לא יכול להתערב בעניין שכזה – הוועדה הממונה לדבר צריכה ליצור את האיזונים המתאימים בין תרופות יקרות ומצילות חיים ובין תרופות זולות ושימושיות ביום יום. לעיתים, אין מנוס מהתוצאה הקשה בה תרופה מאוד יקרה לא נכללת ופוגעת בזכות לבריאות של חולה. פרשה זו מדגישה את חוסר יכולת בית המשפט להגן על זכויות הרווחה כעל זכויות חוקתיות.

## דיני חירום

כיצד דיני חירום קשורים לזכויות האדם? השאלה החוקתית היא מה משמעות זכויות האדם בזמן חירום? יש מדינות הקובעות שזכויות האדם לא רלוונטיות לזמן חירום. מצב החירום מהווה מעין חור שחור שלא דורש נהיגה על פי נורמות זכויות האדם היום יומיות.

במידה מסויימת, זהו המצב בארצות הברית. בכל עת של מצב חירום שגרם לרשויות לפגוע בזכויות האדם, בית המשפט לא התערב. מצב זה הולך ומשתנה אך ככלל ארה"ב לא נוהגת לפי סטנדרט החוקה העוסקת בזכויות האדם בזמן חירום.

קביעה שהמשפט החוקתי ובתוכו החלק העוסק בזכויות האדם לא חל בזמן חירום משמעותה שלא יהיו זכויות אדם בישראל. מיום הקמתה, ישראל נמצאת במצב חירום תמידי. ישנה מלחמה תמידית עם שתי מדינות שכנות וישנם ארגוני טרור בתוך המדינה עצמה. לכן, האופציה להתייחס למצב חירום כאל חור שחור לא קיימת פה.

איך בכל זאת מיישבים בין התפיסה הדמוקרטית ובין הצרכים הבטחוניים המיוחדים למדינת ישראל? דיני החירום באים ליצור איזון בין השניים. ישראל ירשה מהמשטר המנדטורי שורה ארוכה של חוקי חירום.

חקיקה שמקורה בתקופת המנדט מנסה לטפל בשאלה זו. נכתבו תקנות על ידי מחוקק שאינו דמוקרטי וכוללות סמכויות מרחיקות לכת שקשה ליישב בין הפעלתן ובין שיטה המכבדת זכויות אדם. כך למשל כל שטח בישראל ניתן להכריז עליו כשטח צבאי סגור, להכפיפו למפקדים צבאיים, ניתן להרוס בתים וכו'. רבות מהסמכויות האלו בפועל אינן מופעלות ואותן סמכויות שכן מופעלות כפופות לפרשנות בית המשפט העליון על פי העקרונות הדמוקרטים. דוגמא לכך הוא פס"ד שניצר.

חלק גדול מהחקיקה שנוגעת להסדרת מצבי חירום התקבלה לאחר קום המדינה ומתאימה יותר לצרכי מדינת ישראל כדמוקרטית וחלק גדול ממנה מותנה בהכרזת הכנסת על מצב חירום. בסעיף 38(א) לחוק יסוד הממשלה נקבע שאם ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב חירום רשאית היא להכריז על מצב חירום. המשמעות המעשית של ההכרזה הזו היא הפעלת סמכויות חירום שונות (מדובר בסמכויות שנקבעו לאחר קום המדינה, כיוון שהסמכויות מתקופת המנדט לא דורשות הכרזת מצב חירום). על פניו, רעיון הכרזת מצב החירום הוא רעיון יפה. רק הכרזת מצב חירום תוכל להפעיל סמכויות שביכולתן לפגוע בזכויות אדם. הבעיה היא שהכנסת הכריזה ערב מלחמת העצמאות על מצב חירום, ותוקף הכרזה זו מעולם לא פג. עד שנות השמונים כלל לא טיפלו בעניין, וב1991 תיקנו את חוק יסוד הממשלה ונוסף סעיף 38(ב) בו נאמר שתוקף ההכרזה לא יעלה על שנה, כשהכנסת רשאית לחדש את ההכרזה כל שנה.

בשנת 1999 הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה לבג"ץ וביקשה לבטל את הכרזת מצב החירום המתמשכת. בית המשפט דחה את העתירה כיוון שלא יכול היה לחייב את הכנסת לבטל את מצב החירום. המדינה, מצידה, התחילה לעבור על כל החוקים ולשנות אותם בהתאמה לתקופה שלנו וביחס לרוח זכויות האדם. כל ההסדר שעל פיו הכרזה על מצב חירום היא סמכות הכנסת נראה בלתי מתאים כיוון שהכנסת היא מוסד בירוקרטי מסורבל ומצב חירום מחייב פעולה מיידית.

חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים הוא דוגמא קיצונית לשארית שנותרה מהמשפט הישראלי משנות החמישים ומשמש להחלת תקנות חירום רבות שתוקפן נובע מהחוק הזה. כל הקונספציה שעומדת ביסוד הרעיון של מצב חירום היא בלתי מעשית ושגויה מיסודה משום שבהגדרה מצב חירום אמיתי דורש גוף מעשי יותר. הכנסת קיבלה הוראות רבות כדי להתמודד עם בעיה זו. אין הפרדה בין השאלה אם יש מצב חירום ובין שאלת תוקף ההוראות. השיקולים האמיתיים לא קשורים למצב חירום אלא לשאלת קיום ההוראות שנוח לכנסת שישארו במקומם.

שלושה סוגים של דיני חירום:

1. דיני חירום מנדטורים. לדוגמא: שטח צבאי סגור, הריסת בתים וכדו'.
2. דיני חירום ישראלים, שיותר מתאימים לצורכי מדינה דמוקרטית.
3. תקנות שעת חירום.

### חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים

שתי סיבות חשובות לעסוק בחוק הנידון:

1. חוק הפיקוח חשוב ביותר. אמנם מקורו בתקופת הצנע בזמן הכלכלה הריכוזית, אך השלכותיו רלוונטיות ביותר גם בזמננו.
2. האופן בו בית המשפט העליון פירש בפרשת רוזן את הסמכות להוציא צווים מטעם החוק היווה השראה לסמכות המרכזית להתקין תקנות חירום מכח סעיף 39 לחוק יסוד הממשלה. כדי להבין את הפסיקה בנושא תקנות חירום חשוב להבין את הסמכות להוציא צווים מכח חוק הפיקוח.

בעיקרו, חוק הפיקוח פוגע בחופש העיסוק. אין שמירת הדינים, ולכן מתעוררות שאלות לא פשוטות בהקשר הזה.

סעיף 5(א)[[9]](#footnote-9) קובע סמכויות מרחיקות לכת הניתנות לשר במקרה שיוכרז מצב חירום במדינה. סעיף 3 קובע כי מותר לשרים להשתמש בסמכויותיהם במקרה הכרזת חירום או במקרה בו היה להם יסוד סביר להניח כי מעשיהם מהווים פעולה חיונית להגנת המדינה, לייצוא וייצור או למניעת הונאה או למניעת הפקעת שערים או ספסרות. לא פלא שהשופטים היו מבולבלים במשך עשרות שנים. כל חלק בחוק ניתן להבנה בכמה משמעויות או שאינו ניתן להבנה כלל. ישנם עוד סעיפים הנוגעים לסמכויות השרים מכח החוק.

#### פס"ד רוזן

השופט ברק הצליח לקחת דבר מסובך ומורכב כחוק הפיקוח ולהציג פירוש הגיוני שיש בו טעם. פס"ד רוזן מדבר על שלושה יסודות בסעיף 5 המסובך:

1. אמצעי
2. מטרה
3. היחס הנדרש בין האמצעי והמטרה

כל מרכיב בחוק נוגע לאחד משלושת היסודות האלו. סעיף 3 בחוק קובע את הקשר הסיבתי – היחס בין המטרה והאמצעי. האמצעי הוא הצו שהשר מנפיק, המטרה היא פעולה חיונית או מניעת הפקעת שערים או מניעת הונאת הציבור והיחס הוא יסוד סביר להניח שהדבר דרוש להשגת אחת המטרות.

מה הקשר בין הקשר הסיבתי ובין המטרה? זוהי שאלה מבלבלת. המטרה אינה קשורה לתוכן הצו. למשל, מטרת ההגנה על המדינה היא מטרה מופשטת ואין צו אחד המקיים אותה.

פרשת רוזן עוסקת במשלוח יהלומים, שהחוק אוסר על שימוש בדואר לצורך זה לאור תופעת גניבות היהלומים. רוזן הפר את הצו הזה. בית המשפט בדק האם זה צו כדין. הצו הוצא על ידי שר מוסמך, נכנס לגדר אחת מהחלופות בסעיף 5 ומטרתו היא קיום פעולה חיונית. מה זה קיום פעולה חיונית? איזו פעולה נראתה לשר כחיונית לצורך אחת המטרות הכתובות פה? התכלית המופשטת היא הגדלת יצוא היהלומים. אותה תקופה ייצוא יהלומים היה חלק מרכזי מהייצוא של מדינת ישראל ואי אפשר להגדיל את הייצוא ללא הוצאת צו האוסר על שליחתם בדואר.

הקשר הסיבתי – הזיקה – היחס בין האמצעי למטרה – כפי שהם קובעים בסעיף שלוש: הדבר דרוש לקיום פעולה חיונית. האם יש יסוד סביר להניח שהצו דרוש לקיום פעולה חיונית? בית המשפט אומר שגם אם אי אפשר לומר שהפעולה חיונית די ביסוד סביר, ובפרשת היהלומים ישנה סבירות מספקת.

יש כאן תפיסה חלקית עם השלכות עקרוניות של האמור בסעיף: "יסוד סביר להניח שהדבר דרוש" – מה זה "דבר"? בית המשפט סבר שהדבר הוא תוכן הצו. אבל אפשר לחשוב שהדבר הוא חקיקת חוק ולא הוצאת צו.

"דבר" ניתן לפירוש בשתי דרכים:

1. דבר מהותי: תוכן הצו
2. דבר סמכותי: סוג הפעולה

מבחינת האמצעי, צו ששר מוסמך הוציא שהתוכן שלו נכנס בגדר מה שניתן לקבוע בצווים מכח החוק. המטרה צריכה להיות או פעולה חיונית או אחת משתי מטרות אחרות. כדי שהמטרה של הצו תהיה בגדר פעולה חיונית, אנו צריכים להגדיר מה מטרת הצו ולראות האם היא באמת חיונית ומתאימות לתכליות הקבועות בחוק. באשר ליחס, צריך להיות יסוד סביר שהאמצעי דרוש להגשמת המטרה, ולא רק תוכן הצו צריך להיות מתאים להגשמת המטרה אלא עצם הוצאת הצו ולא עשיית פעולה אחרת. גם הפעולה צריכה לשרת את מטרת העל ולא רק התוכן.

### תקנות שעת חירום[[10]](#footnote-10)

סמכות שבעבר היתה שימושית וכיום מבחינה מעשית כבר כמעט בלתי ניתנת לשימוש. בעבר ההסדר לגבי תקנות שעת חירום היה קבוע בסעיף לפקודת סדרי השלטון והמשפט. במקרה של מצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות חירום היכולות לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תקנים וכן להגדיל או להקטין מיסים. תוקף התקנות יוגבל לשלושה חודשים.

במשך השנים הממשלה השתמשה בתקנות אלו רבות. למשל, אם הממשלה היתה רוצה למנוע שביתה, היא היתה מוציאה תקנת חירום כנגדה בטענת הגנה על המדינה, בטחונה וכו'. אישה אחת בשם חנה קלופפר מהווה דוגמא לשימוש הכנסת בתקנות החירום. תפקידה היה לקבל את תשדירי הבחירות ולסדר אותן ובגלל שהיא היתה חלק משביתת רשות השידור לא היו שידורי תעמולה. אז הוציאה המדינה תקנת חירום כנגד שביתתה וגם בגץ אישרו את המהלך.

#### פס"ד פורז

מצב זה השתנה בסוף שנות השמונים בתקופת העליה הגדולה מברית המועצות. היה אז צריך להיערך מבחינת המגורים, אך חוק התכנון והבניה לא מאפשר כלום בצורה מהירה. כל דבר לוקח זמן, ואז היה רצון לתקן את החוק כדי לאפשר בניית מעונות מספיקים לגל העלייה. באותה תקופה, שר הבינוי והשיכון היה אריאל שרון והוא הסתייג מתוכן החוק. לכן הוא הוציא תקנות שעת חירום שקבעו הסדר אחר שהסתדר מבחינתו. פורז עתר כנגדו והעתירה התקבלה על ידי ביהמ"ש בראשות השופט לוין. לוין בדק את תקנות החירום על פי שלושת היסודות:

1. האם האמצעי הולם? ודאי שכן, שר יכול להתקין תקנות חירום.
2. מטרה – הגנת הבטחון והסדר הציבורי.
3. הקשר הסיבתי לא מתקיים. בית המשפט סבר שזו בעיה כיוון ששרון לא היה מרוצה מחוקי הכנסת ולכן תיקן את התקנות. לא ניתן להשתמש בתקש"ע כדי לעקוף את סמכות הכנסת.

צריכה להיות הצדקה לשימוש בסמכות השר. הכנסת שחוקקה את חוק יסוד הממשלה אימצה את מה שנקבע בפסק הדין על פי החוק הקודם וקבעה אותו במפורש. יש בסעיף 39 שני סעיפים שמגבילים מאוד את האפשרות להשתמש כיום בתקנת תקנות החירום ובעצם הפכו את השימוש בהם לנדיר. שתי מגבלות אלו מתייחסות גם לעצם התקנה וגם לתוכנה:

1. לא יותקנו תקנות שעת חירום אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת. אם ניתן להשיג את המטרה בדרך אחרת (פנייה לכנסת למשל), יש לעשות כן.
2. סעיף קטן ד של סעיף 39 קובע שאין בכוח התקנות לעשות שלושה דברים:
3. מניעת פנייה לבית המשפט
4. קביעת ענישה למפרע – העקרון הפלילי שאוסר על ענישה רטרואקטיבית (דברים שלא היו עבירה בזמן שנעשו).
5. אין להתיר בתקש"ע פגיעה בכבוד האדם.

סעיף 39 לחוק יסוד הממשלה אומר שאין בשום אופן להתיר פגיעה בכבוד האדם. דבר זה אינו מסתדר עם חוק יסוד כבוד האדם המאפשר פגיעה בכבוד האדם בתנאים מסויימים. יש כאן סתירה בין שני חוקי יסוד.

בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אנו יודעים שכבוד האדם מתפרש על פי גישת הביניים המרחיבה. בחוק יסוד הממשלה נראה שצריך לפרש את כבוד האדם בצורה מצומצמת מאוד. לכן אין כאן קשר בין שני מושגי "כבוד האדם" המוזכרים בחוקי היסוד. אי הבהירות נותרה בעינה ואין קביעה מוחלטת בנושא.

הדרך המתקבלת על הדעת ליישב את הסתירה היא לפרש באופן שונה את מושג "כבוד האדם" בכל אחד מחוקי היסוד וכך למנוע התנגשות.

### פס"ד פריצקי

בפס"ד פריצקי שני שופטים תמכו בגישה שרק במצב חירום המצדיק זאת ניתן להתקין תקש"ע, והשופט ברק היה מוכן להקל יותר וטען שלא מדובר בהכרח במצב חירום טוטאלי וקריטי. דעתו היתה דעת מיעוט בהקשר הזה אך בהכרעה בפסק הדין הצטרפה אליו השופטת דורנר והעתירה נדחתה.

מאז פס"ד זה, למעט מקרה אחד, לא מתקינים תקש"ע.

מגבלה נוספת בסעיף קטן ו קובע תוקף לתקנות החירום – שלושה חודשים – ולאחר מכן תוקפן יפקע. עם זאת, פעולות שנעשו בזמן שהיו בתוקף תהיינה שרירות וקיימות. לא ניתן להמשיך לפעול מכוחן של התקנות מעבר למה שכבר נעשה בתקופת תוקפן. בתום שלושת החודשים הכנסת יכולה להאריך את תוקף התקנה מכח חוק ההארכה.

### פס"ד ביאלר

שאלה מעניינת העולה מפס"ד זה שנידונה גם בספרות האקדמאית נגעה להארכת תקנות פגומות. האם ניתן לתקוף את חוק ההארכה באותם קריטריונים כמו שתוקפים את התקנות עצמן? ביהמ"ש פסק שיש תוקף לחוק ההארכה ויש לכבד את תכליתו.

בשעתו, סמוך לאחר מתן פסק הדין, היו ביקורות אקדמיות רבות על פסיקה זו. נקבע שהכנסת לא תוכל להאריך תקנה יותר מהתקופה הקבועה בחוק. במסגרת המשפט המנהלי יש עילות תקיפה רבות כנגד תקנות החירום. יש יותר דרכי תקיפה של תקנות מאשר חוקים אך בכל זאת מדובר על תקנה שעברה הליך חקיקה ואם התקנה עברה את חוק ההארכה אז לא ניתן להעלות את אותן עילות תקיפה לתקנות רגילות.

מה קורה אם חלפו כמה שבועות מאז שפג תוקף התקנה או שחלו בה שינויים בין המקור שלה ובין הפעם השניה שהתקבלה? על שאלות אלו אין תשובה פשוטה.

לדעת בנדור, ברגע שיש את המגבלה החזקה בסעיף 39(ה), מגבלת שלושת החודשים נראית לא במקומה.

### מעצרים מנהליים

המעצר המנהלי מעוגן בחוק סמכויות שעת חירום מעצרים אך הביטוי "מעצר מנהלי" לא מופיע שם. אין הבדל דרמטי בין המעצר הפלילי ובין המעצר המנהלי על פי לשון החוק. החוק התקבל בשנת 1979, כשלפני כן המעצרים בוצעו על פי חוק מאוד מתירני שהעניק סמכויות נרחבות ללא ביקורת שיפוטית. את החוק קידם ראש הממשלה דאז בגין, שהיה בעצמו עצור במעצר מנהלי וראה בנושא עניין חשוב.

חוק המעצרים המנהליים לא חל אלא בתקופה שקיים במדינה מצב של חירום. שוב, יש כאן ניסיון לבטא את הייחוד של מצב החירום, אך מאחר שישנו במדינה מצב חירום תמידי אין משמעות מהותית להוראה זו.

ההסדר של המעצר המנהלי קבוע בסעיף 2 לחוק, ועיקרו הוא כזה: מעצר מנהלי שאיננו קשור למשפט פלילי ניתן לעצור אם יש יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או הציבור מחייבים אותו.

מתעוררת השאלה מהי בטחון המדינה או בטחון הציבור. האינטואיציה מורה בבירור על כיוון מוגדר בהקשר בטחון המדינה, אך בטחון הציבור שונה. לא ניתן לעצור במעצר מנהלי אדם המסכן את בטחון הציבור שלא בהקשר של בטחון המדינה. זוהי מין תכלית שאינה מעוגנת בחוק אך זוהי המציאות בפועל – מעצרים מנהליים מתקשרים רק לבטחון המדינה. אינדיקציה לכך ניתן למצוא בעובדה שרק שר הבטחון יכול להורות על מעצר מנהלי, ולא שר הפנים למשל.

לכאורה, בטחון הציבור היה אמור להיות בטחון מפני רוצחים שלא על רקע ארגוני טרור, או אנסים, אך בפועל אין הבדל ובטחון הציבור והמדינה קשורים יחד ואין מבדילים ביניהם.

במסגרת בטחון המדינה נקבע שגם המטרה של שחרור שבויים, קבלת אינפורמציה עליהם וכיו"ב נכנסת למסגרת בטחון המדינה. כאן מתעוררות כמה שאלות:

1. האם ניתן להגשים את המטרה של הבטחון בדרך שאיננה מעצר מנהלי אלא על דרך קיום משפט פלילי רגיל? בפרשת הרב גינזבורג בית המשפט הורה על ביטול המעצר המנהלי של גינזבורג לא בגלל שהוא לא סיכן את בטחון המדינה אלא בגלל שהיה ניתן לטפל בזה דרך צינורות המשפט הפלילי. הפסיקה לא מתייחסת לפן הראייתי של המקרה ועדיין תעדיף את המשפט הפלילי גם במקרה שהראיות חלשות. הסיבה שמעצר מנהלי לגיטימי לעיתים היא שהראיות לפעמים תהיינה חסויות וימנעו מעצר פלילי (במשפט הפלילי לנאשם יש זכות לדעת על כל הראיות נגדו, ובמעצר מנהלי אין את הזכות הזו).
2. בפרשת הלבנונים (פס"ד פלונים), שם חטפה ישראל חמישה עשר איש ששניים מתוכם היו לבטח טרוריסטים ושאר החבורה היו אזרחים תמימים. המטרה היתה ללכוד את שני הטרוריסטים ולשאת ולתת באמצעות החזקתם כדי לקבל מידע על רון ארד. אותם אנשים היו מוחזקים שנים רבות במעצר עד ששוחררו בשל פגיעה בזכויות האדם (שימוש בבני אדם כקלף מיקוח). יש להוכיח שהאדם העצור מסכן את בטחון המדינה ולא מספיק להוכיח שהחזקתו מועילה למדינה.

שיעור אחרון – הושלם מהמחברת של מיכל:

אנו עוסקים בחוק סמכויות שעת חירום – מעצרים לשנת תשל"ט 1979 המכונה בעגה הציבורית וגם המשפטית בישראל "חוק המעצרים המנהליים". בתוך כך, ראינו כי ההסדר הבסיסי כפי שנקבע בחוק הוא שניתן לעצור מכוח בחוק במעצר מנהלי אם לשר הביטחון יש יסוד סביר להניח כי טעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים את ההחזקה במעצר. למרות ההתנסחות הרחבה של ביטחון המדינה והציבור, המוסכמה הנובעת מהקשר החוק ותכליתו ומכך שהסמכות נתונה בידיו של שר הביטחון, עולה כי החוק עוסק רק בביטחון המדינה במובן המצומצם ואיננו מאפשר מעצר מניעתי שעשוי להידרש כדי למנוע עבירות כלשהן, חמורות ככל שיהיו, אלא אם כן מדובר בעבירות ביטחוניות. חקו זה לא נועד לקבוע סמכות מניעתית כללית לביצוע עבירות באמצעות מעצר, אלא להתמודד אך ורק עם סיכונים ביטחוניים.

היבט חשוב נוסף כפי שנקבע ע"י ביהמ"ש העליון **בפרשת פלונים** ואושר על ידי הכנסת, שחוקקה בעקבות פסק הדין את **"חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים"**, הוא שמעצר מנהלי יכול להיפסק רק כנגד אנשים המסכנים בעצמם את ביטחון המדינה, ולא כל מעצר שנדרש לשם ביטחון המדינה (למשל כמו בפרשת פלונים למטרת מיקוח וכד'). חוק זה בעצם מהווה השלמה של הכנסת עם פסק הדין של העליון **בפרשת פלונים**.

**הליך המעצר והיחס בין סמכות המעצר הנתונה על פי חוק בידיו של שר הביטחון לבין הסמכות של ביהמ"ש**

ככלל, תוך זמן קצר מאוד לאחר המעצר, יש להביא את העצור לאישור של נשיא בית המשפט המחוזי והחלטתו נתונה גם לערעור בפני שופט העליון. אורך מעצר מנהלי יכול להיות עד שישה חודשים הניתנים להארכה, אולם לפחות מדי שלושה חודשים (אם ביהמ"ש לא קבע תקופה קצרה יותר), יש לשוב ולהביא את המשך המעצר לאישור ביהמ"ש. כך שבפועל, נדרשת ביקורת שיפוטית לפחות כל שלושה חודשים מעבר להחלטה על המעצר הראשוני, ובנוסף שר הביטחון מחויב לפחות כל שישה חודשים לדון ולהחליט האם באמת מתקיימים התנאים למעצר מינהלי. השלכות של חיוב זה מעניקות לביהמ"ש סמכות עליונה לגבי חידוש החזקת העצור.

השאלה הקרדינאלית הרלוונטית לעניין, אשר נדונה **בפס"ד גינצבורג**, הינה מה בעצם חלוקת הסמכויות בין הרשות המנהלית (שר הביטחון) שהיא המופקדת על קבלת ההחלטה הראשונית בעניין המעצר המנהלי, לבין סמכות האישור של בית המשפט?

לכאורה, סמכות הביקורת השיפוטית מוגבלת לעילות שנקבעו בסעיף 4ג' לחוק, שם נאמר: "נשיא ביהמ"ש המחוזי יבטל את צו המעצר אם הוכח לו שהטעמים שבגינם ניתן לא היו טעמים ענייניים של ביטחון המדינה, או של ביטחון הציבור, או שניתן שלא בתום לב, או מתוך שיקולים שלא לעניין".

כלומר, מדובר בסמכות מאוד מוגבלת, רק במקרים של שיקולים זרים וחוסר תום לב ניתן יהיה לאפשר ביקורת שיפוטית.

**אולם, לא זאת הפרשנות המקובלת**: התפיסה המקובלת אומרת שלאור החריגות של מעצר מנהלי והבעייתיות של החזקת אדם שלא הוכח מעבר לספק סביר כי ביצע עבירה, ביהמ"ש יבדוק לגופו של עניין את ההצדקה למעצר המנהלי, ואם הוא לא מוצדק לגופו של עניין או שמשך המעצר איננו מוצדק, ביהמ"ש לא בוחן רק אם היו או לא שיקולים זרים, אלא עושה כפי שראוי היה להיעשות מלכתחילה (בחינת כל סוגיית המעצר המנהלי ולא רק השיקולים שעמדו מאחורי המעצר). עמדה זו לכאורה סותרת את החוק – **בפס"ד גינצבורג** לדוגמא לא אמרו שהיו שיקולים זרים, אלא אמרו שבנסיבות שניתן היה לקיים משפט פלילי אז לא סביר היה לעצור במעצר מינהלי. לא ניתנו טענות של שיקולים זרים וחוסר תום לב.

הבעיה הינה שבכל זאת יש כאן סעיף חוק ברור – ולכן איך ביהמ"ש כן יכול להתערב?

סעיף קטן א' אומר שצריך להביא את המעצר לאישור ביהמ"ש המחוזי. כחריג להוראה הכללית המסמיכה את ביהמ"ש העליון לאשר או לא את המעצר, נקבע שהוא **לא יכול לאשר את המעצר אם הוא מבוסס על שיקולים זרים, ובמצב כזה אין לו בכלל שיקול דעת.**

אולם, מעבר לחובה המוטלת על ביהמ"ש לשחרר אם היו שיקולים זרים, **יש לו סמכות אישור** – ובמצבים של סמכות אישור נגזרת גם סמכות מלאה. לדוגמא, תקנות ששר מתקין טעונות אישור של ועדה בכנסת, אשר לא בוחנת רק אם השר שקל שיקולים ענייניים או לא אלא בוחנת את כל הסוגיה לגופה.

לצורך העניין, אם היינו אומרים ששיקול הדעת של בית המשפט מוגבל לשיקולים זרים בלבד, לא היה ברור מה בכלל פשר הסמכות של ביהמ"ש לקצר את המעצר. יש לביהמ"ש סמכות עצמאית ולא מדובר בביקורת שיפוטית רגילה, יש כאן סוג חריג וחמור שטעון בדיקה עצמאית של ביהמ"ש והשיקול חורג משיקול הדעת הרגיל.

יחד עם זאת, המצב איננו כה פשוט משום שהליך המעצר המנהלי נעשה במרבית המקרים מבלי שמובא בפני העצורים חומר הראיות. ביהמ"ש בד"כ בשלב הקריטי של הדיון מסתגר עם נציגי הצדדים ומקבל את הראיות המסווגות בעניין ולכן היכולת של העצורים להתגונן היא מאוד מוגבלת ומצומצמת.

נקודות נוספות חשובות במעצר מנהלי:

* ראשית, המעצר לא ניתן לשימוש בתור עונש (כיוון שזוהי מהותו של המשפט הפלילי), אלא למנוע פגיעות עתידיות בביטחון המדינה ולכן **הראיות, שתמיד מתבססות על מה שהיה בעבר, צריכות לבסס סכנה לפעילות עתידית.**
* כמו כן, לעיתים חומר שהיה רלוונטי לפני שלושה חודשים עדיין מעיד על סכנה גם לאחר שלושה חודשים ואף יותר, וברור שככל שעובר הזמן וחולף, כך מצפים מהמדינה המבקשת את הארכת המעצר המנהלי להביא חומר מעודכן (לעיתים ממודיעין בתוך בתי המעצר).
* במעצר המנהלי ישנם גם שיקולים של מידתיות – במובן הזה שככל שמשך המעצר מתארך, יש צורך שהסכנה תהיה יותר חמורה והראיות יהיו חזקות יותר. מה שיכול אולי להספיק למעצר מינהלי ראשון או שני לא בהכרח יכול להספיק למעצרים ארוכים יותר ושירותי הביטחון יצטרכו למצוא דרכים אחרות למנוע מהעצור לבצע את הפעילות.

**מבקר המדינה**

עד לאחרונה, תפקיד מבקר המדינה היה נחשב כתפקיד יחסית שולי בחברה הישראלית; פעם בשנה היה יוצא דו"ח עב כרס משעמם מאוד עם עניינים אדמיניסטרטיביים וטכניים ללא שמות המבוסס על תוכנית העבודה של מבקרי המדינה שנקבעה שנים רבות מראש ולא בהכרח בהתאם לצרכים אקטואליים.

המבקרת המכוננת מבחינה זו הייתה **מרים בן פורת** שהחלה תהליך שהגיע לשיאו בתקופת הכהונה של **מיכה** **לינדנשטראוס**, אשר הפך את מבקר המדינה לדמות מרכזית בחברה ובמשפט הישראלי. בהקשר זה מעניין לציין כי חוק יסוד: מבקר המדינה התקבל כבר בשנת 1988 ואולי מהווה רמז לכך שמדובר בתפקיד בעל משמעות חוקתית במ"י, ולא תפקיד טכני המיועד רק לסייע לכנסת (לבקר ולפקח על הרשות המבצעת). קביעת הסמכויות כאמור היו בחוק היסוד.

מלבד חוק היסוד ישנו גם חוק רגיל (חוק מבקר המדינה) הקובע פרטים נוספים וכללים יותר לגבי התפקיד, הכשירות לבצע אותו והתכנים של התפקיד.

**הסמכות הבסיסית של מבקר המדינה קבועה במסגרת סעיף 2 לחוק יסוד: מבקר המדינה**, בו נקבע: "מבקר המדינה יקיים ביקורת על המשק, הנכסים, הכספים והמנהל של המדינה, של משרדי הממשלה, של כל מפעל, מוסד או תאגיד של המדינה, של הרשויות המקומיות ושל גופים או מוסדות אחרים שהוענקו על פי חוק לביקורתו של מבקר המדינה". בעצם, ישנם גם חוקים רגילים שקובעים שכל מיני מוסדות שאינם חלק מהמדינה נתונים לביקורת; באופן כללי, כל גוף המתוקצב על ידי המדינה מכספי משלמי המיסים, נתון לביקורת של מבקר המדינה.

**סעיף קטן ב' (של סעיף 2) מתייחס לביקורת עצמה:** "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים וכל עניין אחר שיראה בו צורך". סעיף זה על פניו מקנה למבקר סמכות רחבה לבדוק את אשר רוצה, וספציפית חוקיות, טוהר המידות וכד'.

**לצד סמכות זו של מבקר המדינה בתור מבקר המדינה**, יש לו סמכות נוספת של בירור תלונות המכונה "נציב תלונות הציבור" (אך מדובר באותו אדם ואותה רשות) בסעיף 4 לחוק היסוד, שנקבע בו: "מבקר המדינה יברר תלונות מאת הציבור, על גופים ועל אנשים כפי שייקבע בחוק או לפיו". כך, כל אזרח של המדינה הסובר כי נעשה לו עוול על ידי רשות הנתונה לביקורת של מבקר המדינה, רשאי ספציפית ליזום תלונה לנציב תלונות הציבור שיבדוק את התלונה בין אם מדובר בטענות משפטיות או מקצועיות, ו**זוהי סמכות מאוד רחבה – גם מבחינת הגופים שמבקרים וגם מבחינת רוחב הביקורת.**

בנוסף, בסעיף 3 לחוק היסוד**:** "גוף העומד לביקורתו של מבקר המדינה, ימציא למבקר ללא דיחוי ולפי דרישתו, ידיעות, מסמכים והסברים וכל חומר אחר שלדעת המבקר דרושים לו לצרכי הביקורת".

מכוח הסדרים נוספים כפי שנקבעו בחוק רגיל, יש למבקר סמכויות חקירה משמעותיות נוספות – עדות שקר בפניו זו עבירה פלילית, אדם המזומן בפני מבקר המדינה מחויב בשיתוף פעולה וכו'.

מבקר המדינה, בשונה מהרשות השופטת, הוא במידה רבה עצמאי מבחינה תקציבית וזה קשור לסעיף 8 לחוק היסוד: "במילוי תפקידיו, יהיה מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד, ולא יהיה תלוי בממשלה". הכנסת במקרים מסוימים יכולה לחייב אותו לבדוק דבר כזה או אחר אבל זה מאוד לא מקובל שהדבר ייעשה ללא הסכמתו. ככלל, מבקר המדינה קובע לעצמו את תוכנית העבודה ובייחוד לטווח ארוך.

**כאמור, למבקר המדינה באמצעות חוק היסוד והחוק הרגיל יש סמכות מאוד רחבה ויוצאת דופן.** על רקע זאת נשאלת השאלה מהו הגבול? מבקר המדינה הוא בעצם רשות העל של מ"י ויכול לעשות ולבדוק כל דבר? במה אמור לדון ובמה לא? כמו כן, מתעוררת שאלת היחס בינו לבין רשויות אחרות בכלל ובין הרשות השופטת בפרט (ברקע הדברים, גם הרשות השופטת עצמה עברה את אותו תהליך המכונה משפטיציה, של הרחבת תחומי העיסוק והביקורת):

**מיכל טמיר** בספרה עוסקת בהיבטים רבים, ובין היתר בענייננו עוסקת ביחס בין הסמכויות של מבקר המדינה לסמכויות הרשות השופטת (עולה שם גם ביקורת על סמכויות המבקר והיחס עם רשויות אחרות).

* גם מבקר המדינה וגם הרשות השופטת **הם עצמאיים**; עם זאת, במידה מסוימת הראשון עצמאי יותר מהרשות השופטת ואיננו תלוי בממשלה ובמשרד האוצר מבחינה מנהלית ומבחינת ניהול התקציב שלו (הכפיפות היחידה היא לכנסת עצמה אבל הפיקוח האדוק של התקציב והרגולציה הרגילה של משרד האוצר לא מתבצעת כלפיו). לעומת זאת, הרשות השופטת מבחינה מנהלית וארגונית היא מעין יח' סמך של משרד המשפטים והתקציב שלה נקבע בצורה רגילה, ולכן פחותה מעצמאות מבקר המדינה.
* **זכות עמידה** – גם הרשות השופטת וגם מבקר המדינה מכירים בזכות עמידה רחבה בעניינים בעלי השלכות ציבוריות רחבות (לדעת **טמיר** מבקר המדינה צריך להגביל זאת לאדם שנעשה לו עוול **אישי** ולא לאפשר תלונות מערכתיות שנעשו לאנשים אחרים, אך לדעת **בנדור** הביקורת לא חזקה כי מבקר המדינה בכל זאת יכול ליזום את התחום שהוא מבקר בכל מקרה, לא רק כנציב תלונות הציבור). היכולת של מבקר המדינה ליזום שונה מזו של ביהמ"ש, שלא יכול לעשות זאת. ניתן לטעון שמבקר המדינה **לא ראוי שיידון בפרשיות ספציפיות** (כך נטען על ידי טמיר), אלא שבדורות האחרונות ובעיקר אצל **לינדנשטראוס ופורת**, היו מס' מקרים בהם מבקרים יזמו דיון, בדיקה וחקירה לא בהכרח של יח' של משרד ממשלתי או גוף ציבורי, אלא של פרשה מסוימת ומאוד ספציפית עליה הגיעה תלונה או שראו צורך בכך. דוגמא לכך הייתה פרשת גלנט, מסמך הרפז וכד'.
* **בבחינת אופי ההליכים** – בעבר עד למעשה **פס"ד טרנר** המוזכר בספרה של **טמיר**, הייתה הבחנה מאוד ברורה וחדה בין הליכי הביקורת של משרד מבקר המדינה לבין ההליכים של ביקורת שיפוטית. משרד מבקר המדינה ראה עצמו במשך שנים כעוסק אך ורק בשאלות מערכתיות, ללא יומרה לקבוע אחריות אישית כלשהי. ולכן, מצד אחד המבקר פעל ביוזמתו ואסף את הראיות בעצמו, אולם מצד שני, מאחר שהוא לא נהג לדון בעניינים אישיים או להזכיר שמות של אנשים בדו"חות הביקורת שלו, לא היה הליך שכלל קבלת תגובות אישיות של מבוקרים בצורה מסודרת. כל המו"מ של מבקר המדינה היה מול הרפרנטים במשרד הממשלתי שהיו מוסרים לו חומר, ובעקבות זאת היה ניתן הדו"ח. בפרשת **טרנר** קבעה לראשונה מבקרת המדינה ממצאים אישיים בעניינו של יעקב טרנר, העותר, שבעצם הטילו עליו אחריות אישית בעניינים הנוגעים לטוהר המידות: הלה עתר לבג"ץ בתואנה שנסיבות אלה יאפשרו לו באופן אישי זכות טיעון בפני מבקרת המדינה. מבקרת המדינה אמרה שהיא איננה מסוגלת לעשות זאת שכן אם תנהל משפטים אישיים מול עורכי דין המשרד יתעכב, אך ביהמ"ש העליון ברוב של 4 מול 1 (המיעוט היה שמגר) קיבל את עתירתו של טרנר נ' מבקרת המדינה וקבע שעליה להחליט – אם באמת היא עוסקת רק בביקורת מערכתית על ארגונים והתנהלותם המנהלית, המשפטית והארגונית ללא הטלת אחריות אישית אזי שבאמת אין צורך לתת לו את זכות הטיעון. אולם, מהרגע שהחליטה מבקרת המדינה להטיל אחריות אישית ובפרט בנושא טוהר המידה, **היא אינה יכולה לעשות זאת בלי לאפשר זכות טיעון לאדם שעלול להיפגע מהדו"ח.** על המבקרת לזמן אותו, להציג בפניו את טיוטת הממצאים ולאפשר לו להגיב. היה ובעקבות תגובתו תועמק החקירה ויצטברו חומרים נוספים – יש לזמנו פעם נוספת. פסק דין זה שינה באופן מהותי את אופן התנהלות ביקורת המדינה, משום שמצד אחד מקרים כמו טרנר הפכו כמעט לכלל וחלק גדול מאוד מדו"חות הביקורת של מבקר המדינה לא נוגעים רק במוסדות אלא מזכירים באופן אישי אנשים ומייחסים להם התנהלות אישית בלתי תקינה. מצד שני, מבקר המדינה מחויב להליכים מאוד דומים לאלו של בית משפט – אם הוא שוקל להסיק מסקנות אישיות כלשהן או לקבוע ממצאים אישיים כנגד אדם, עליו לזמן אותו, למסור לידיו את הטיוטא ולאפשר לו לטעון את טענותיו. ישנה שאלה אחת שעדיין איננה ברורה שהגיע לבג"ץ, והיא האם במסגרת הליכי השימוע, חייב מבקר המדינה למסור לאדם שעלול להיפגע את כל החומר שיש לו? בפועל, במקרים רבים מבקר המדינה עושה זאת ביוזמתו אולם היה מקרה אחד הקשור לפרשת דו"ח הרפז (הקצין וינר) שטען שלא קיבל את כל חומר הראיות. נדמה **לבנדור** שהתפתחות עתידית מתבקשת היא שאם אכן מבקר המדינה ממשיך בכיוון הדו"חות המתייחסים לחוקיות של פעולות אישיות של אנשים כאלה ואחרים, קשה יהיה להימנע מהליך משפטי רחב אפילו יותר – לא יהיה מנוס מלקיים את הליכי הביקורת באופן מאוד דומה להליכים שיפוטיים, בשל המעבר לביקורת בעלת אלמנטים אישיים. המעניין בדבר לעת **בנדור** הוא שאפילו בבג"ץ, למרות ייחודו, האפשרות לקיים דיונים ראייתיים מסובכים לפני בית המשפט היא אינה מלאה ויכול להיות שבשלב מסוים, שמיעת הראיות ושימועים מורחבים מהסוג הזה יהפכו ליותר פרטניים אצל מבקר המדינה מאשר בבג"ץ. יחד עם זאת, יש הבדל מהותי בין הליכי הביקורת (אינקוויזיטורי) לבין ההליכים בביהמ"ש (אדברסריים).
* **מהות הביקורת** – ביקורת שיפוטית עוסקת בעצם טיבה בקביעה של אחריות משפטית. כאשר אנו רואים את הגדרת הסמכות הרחבה של מבקר המדינה (הכוללת גם חוקיות, טוהר המידות, ניהול תקין, יעילות וכד'), ניתן להסיק כי למבקר בעצם יש את כל הסמכויות של בתי המשפט לצד סמכויות נוספות שלא עוסקות בחוקיות אלא במנהל התקין, בחיסכון וכו'. עם זאת, עדיין יש סייג אחד חשוב שאם למבקר המדינה מגיע חומר שמעורר בראייתי חשד שבוצעה עבירה פלילית – הוא צריך להפסיק את החקירה באותו עניין ולהעביר אותה לטיפולו של היועמ"ש (שינחה את המשטרה לבצע את החקירה). היו מקרים כאלה לדוגמא בפרשת אולמרט. בהיבטים אחרים של **חוקיות** **כן יש אחריות מלאה של מבקר המדינה** – לדוגמא המבקר שפירא הדגיש את נושא זכויות האדם כנושא מרכזי שבאחריותו של המבקר. יחד עם זאת, מתעוררת השאלה האם זה באמת דבר רצוי שמבקר המדינה יעסוק בשאלות משפטיות מובהקות הנוגעות לאנשים ספציפיים, בשונה משאלות רחבות ומערכתיות. הדעה של ד"ר **טמיר** (ובנדור מסכים איתה) היא שיש בעיה בכך ויש להשאיר את נושא החוקתיות הספציפית לרשויות הרלוונטיות, ומבקר המדינה יעסוק רק בתקינות החוקתית המהותית של הפעילות. מדוע בכל זאת ניתן לספק הצדקה ציבורית לכך שמבקר המדינה עוסק גם בעניינים משפטיים שעל פני הדברים הם בסמכות הרשות השופטת? משום שלמבקר המדינה יש כליי חקירה שאינם קיימים באף תחום משפטי מלבד התחום הפלילי. דוגמא לכך היא **פרשת גלנט**, שבה המוקד לא היה פלילי אלא מהות התנהלותו של גלנט מבחינה ציבורית וכו'. אם לא מדובר בחקירה פלילית, אין במדינת ישראל (מלבד ועדות חקירה שהן יחסית נדירות) גוף מסודר שיכול לנהל את החקירה, שכן המשטרה עוסקת **רק בפלילים**; מבקר המדינה אמור לעסוק בעניינים מערכתיים אולם לעיתים אין באמת גוף אחר שיכול לחקור את העניינים המשפטיים. לדוגמא השריפה בכרמל, שיש האומרים שמדובר בעניין ספציפי (וכך היה גם הדו"ח שלו) ולא היו שם חשדות לפלילים – גם אם ניתן להעלות ספק באם מדובר בתפקידו של מבקר המדינה, אין באמת גוף אחד שיעשה זאת מלבד ועדת חקירה ייעודית לצורך העניין. לאור הלקונה שיש ולאור סעיף 2ב' המקנה למבקר המדינה סמכות לחקור על עניין אחר שרואה בו צורך – אזי ניתן לומר שגם אם לא מדובר בעניין מערכתי אך אין דרך אחר, זה נכנס במסגרת תפקידו. כך, שגם אם המהות של מבקר המדינה איננה לחקור פרשות ספציפיות או להטיל אחריות אישית, מאחר ואיך גוף אחר בעל כלי עבודה וכל עוד לא מדובר בסתירה של לשון החוק, ניתן להשלים עם כך.
* **הכוח המחייב של הקביעה** – ברור שפסקי דין של בתי המשפט הם מחייבים חובה מוחלטת, אלא אם כן הכנסת משנה בחוק תוצאה של פסק דין (נדיר). בהוראות בתקופה האחרונה יחסית ניתנו למבקר המדינה כלים לעקוב אחר מימוש המלצותיו – חובה לדווח לו וכו'. עם זאת, עדיין קביעותיו של מבקר המדינה אינן מחייבות; **מצד אחד** יש לו סמכויות המוגדרות בצורה רחבה יותר (יעילות, טוהר המידות, שיקולים פיננסיים וכו'), **ומצד שני**, מבקר המדינה אינו עומד מעל הממשלה או היועמ"ש ונותן להם הוראות. ישנה חובה לקרוא את הדו"חות שלו ולהתייחס אליהם ברצינות, ולנמק במידה ולא מתייחסים להמלצות. אולם, באוביטר של העליון בעתירה שהוגשה כנגד החלטתו של נתניהו שלא להעביר מתפקידם את שר הפנים והאוצר אחרי השריפה בכרמל, צוין כי גם אם הייתה המלצה להדיח אותם – אין זה מחייב את משרדי הממשלה. יחד עם זאת, כאשר מדובר בנציב תלונות הציבור יש לו סמכות אחת ויחידה שהיא כן מחייבת, והיא כאשר מבקר המדינה מוצא שרודפים אדם בשל תלונה שהגיש ומחייב להחזיר אותו לתפקידו. המלצות אחרות של נציב תלונות הציבור לא מחייבות אבל כאן צריך טעם מיוחד במינו שלא לפעול בהתאם להכרעות של הנציב. אם מדובר בעניין **נקודתי** וספציפי במסגרתו הייתה פנייה אין זה מחייב באופן אבסולוטי אבל התפיסה היא כאמור שצריכה להיות סיבה חריגה ונימוק חזק לא לפעול בהתאם לכך. נשאלת השאלה האם נציב תלונות הציבור יכול לדון בתלונה כללית לדוגמא של התנועה באיכות השלטון? נאמר קודם על ידי **בנדור** כי הוא יכול ליזום את הביקורת בעצמו והוא לא צריך תלונה ספציפית. אבל אם יחליט שכן יבדוק את הנושא אחרי תלונה ויקבע מסקנות בנושא במסגרת היותו נציב תלונות הציבור, לכאורה תהיה יותר מחויבות לפעול לפי קביעתו אבל אז תהיה גם ביקורת על כך שעשה שימוש בכובעו זה.

# הכנה למבחן

מבנה המבחן דומה למבנה העבודה: מובא מקרה בו מוגשת הצעת חוק וצריך לבחון אותה על פי כל המבחנים. לכתוב בצורה עניינית. בבחינה אין לחץ זמן – שעתיים וחצי סך הכל. אין שום חומר עזר במבחן. אין שאלות קטנוניות ושוליות. חלק מהשאלות הן שאלות של ידע, חלק שאלות הבנה. אין צורך להזכיר פסקי דין או שופטים. יש לזכור את חוק כבוד האדם וחירותו.

שאלות לדוגמא באתר המתוקשב.

ארבעה מבחנים:

1. מבחן מרחיב – כל זכויות האדם כלולות בחוק היסוד.
2. מבחן מצמצם – הזכות לכבוד לא כוללת זכויות אחרות.
3. מבחן הביניים המצמצם – האם יש אלמנט השפלה?
4. מבחן הביניים המרחיב.

מגבלות:

1. רוב חברי הכנסת
2. גם סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת וגם הזכות לכבוד האדם: לא יהיה תוקף לחוק אם לא יהיה מידתי ולא יעבור את רוב חברי הכנסת.
3. או או: אם מתקיימות הדרישות של פסקת ההגבלה לא צריך רוב ואם לא מתקיימות הדרישות צריך רוב.

מהם השיקולים של הכנסת חוץ מחוקים וחוקי יסוד ומהן אמות המידה ביהמ"ש קבע:

* מבחינת בעד שלטון החוק: אם הכנסת פעלה בצורה לא חוקית בית המשפט צריך לתקן את ההפרה.
* מבחינת נגד: פגיעה בהפרדת הרשויות.
* ההשפעה החוקתית על יסודות המבנה של משטרנו החוקתי מוזכרת בפס"ד לבנת.
* אם ההחלטות בעלות אופי שיפוטי זוהי ביקורת רגילה.
* בהליכי חקיקה לא דנים במהלך החקיקה.

1. הדברים מבוססים על דברי השופטים בפס"ד המזרחי [↑](#footnote-ref-1)
2. שמירת דינים משמעה איסור על פסילת חוק שנחקק קודם חוק היסוד אפילו אם סותר את חוק היסוד. [↑](#footnote-ref-2)
3. תודה ל**רותם עבוש** שעזרה לי להשלים את סיכום השיעור הנ"ל. [↑](#footnote-ref-3)
4. ושוב, תודה ל**רותם עבוש** על השלמת חלק מהשיעור! [↑](#footnote-ref-4)
5. בנדור הזכיר את עקרון קלדור היקס בשיעור. לא מצאתי את הקשר. [↑](#footnote-ref-5)
6. הסיכום על היועמ"ש נלקח מהמחברת של מיכל מלול. תודה רבה! [↑](#footnote-ref-6)
7. זכות שלילית: המדינה לא תמנע ממני לעשות משהו

   זכות חיובית: המדינה תיתן לי משהו. [↑](#footnote-ref-7)
8. נקראות גם זכויות חברתיות / קיבוציות [↑](#footnote-ref-8)
9. כדאי ורצוי לקרוא את החוק כלשונו. [↑](#footnote-ref-9)
10. נקראות בקיצור תקש"ע [↑](#footnote-ref-10)