**מחברת קורס משפט חוקתי**

**מבוא:**

**מה זה משפט חוקתי?**

מערכת הכללים והעקרונות שמסדירה את היחסים בין רשויות השלטון עצמן ואת היחסים בין רשויות השלטון ובין הפרט. למשל בפרשת חוק טל- יהודה רסלר לא היה מרוצה ממדיניות ממשלתית ולכן תקף אותה בביהמ"ש. זה מה שמבחין את המשפט החוקתי ממשפט פרטי שעוסק ביחסים בין פרטים.

פרשת חוק טל- אדם בשם יהודה רסלר נאבק לשוויון בנטל לבחורי ישיבות ובשנת 2002 התקבל חוק טל ע"ש צבי טל שהיה ראש ועדה שדנה בסוגייה- החוק יצר הסדרה חקיקתית לפטור מצבא לבחורי ישיבות והסדרים לאפשרויות גיוס או שנת שרות. יהודה רסלר לא היה מרוצה מהחוק ולכן המשיך לתקוף בביהמ"ש את החוק. בשנת 2006 ביהמ"ש מכריע בסוגיית החוקתיות של החוק וקובע שיש הפרה של הזכות החוקתית לשוויון. אולם, זכות השיוויון לא כתובה בשום מקום ולכן ביהמ"ש אמר שחוק יסוד כבוד האדם כולל בתוכו שוויון. נקבעו שהחוק הזה פוגע בשוויון אולם עדיין לא יכולים להכריע אם הוא מידתי או לא והעתירה נדחתה שוב. ב2012 הנשיאה בייניש מבטלת את החוק.

מאחורי הרעיון של משפט חוקתי עומדות 2 הלכות בסיסיות:

1. **אין זהות בין הריבון לבין השליט**- פיצול בין הריבון במדינה למי ששולט במדינה.

מבחינה הסטורית המלך היה גם השליט וגם הריבון. מקור הסמכות היה מהמלך וכל העם והמדינה היה רכוש פרטי שלו. התפיסה הדמוקרטית המודרנית אומרת שהעם הוא הריבון- לו הזכות להחליט על גורלו. אולם, העם לא שולט בדמוקרטיה ישירה ויש את השליט (הגוף השולט בו בפועל).

משפט חוקתי אומר שצריך מערכת כללים שתגביל את השלטון הזה כדי שלא יוכל לעשות מה שהוא רוצה עם הכח שהעם הפקיד בידיו, הרי הריבון הוא העם והוא רק מפקיד את סמכויותיו בידי השלטון. תפקיד המשפט החוקתי להגביל את השלטון ולהבטיח מצד אחד שיפעל באופן שייצג את העם ומצד שני לא יפגע בזכויותיו.

1. **שלטון מוגבל**- השלטון לא כל יכול. מפחדים מיותר מדי כוח בידי השלטון (שרירות ועריצות) ולכן רוצים למצוא אמצעים שיגבילו את השלטון ויגנו על העם מפני השרירות וההתעמרות של השלטון בעם.

איך מיישמים רעיון זה בפועל? **איך מגבילים את השלטון?**

1. ההיבט המוסדי- הגדרת רשויות השלטון, סמכויותיהם. מתבטא ע"י הרעיון של הפרדת רשויות. יש חשיבות בפיזור הסמכויות בין גופים. הרעיון הבסיסי הוא לקיחת שלושת הסמכויות המרכזיות שיש לשלטון (מחוקקת, מבצעת, שופטת) ונותנים אותם לשלוש גופים שונים.

בעבר, בתפיסה הישנה של הפרדת הרשויות הייתה הפרדה מוחלטת בין הרשויות וכל רשות יכלה לפעול בכל דרך שתרצה ללא פיקוח חיצוני כל עוד היא פועלת בגבול סמכותה.

כיום קיים גם אפקט של איזונים ובלמים- אין צורך למגר את הרשויות אלא יש ליצור קשרים בינהם כך שיהיה פיקוח של רשות אחת על אחרת. שני הרעיונות הללו משלימים זה את זה וממלאים את הפונקציה של הגדרת סמכויות השלטון והגבלת השלטון. אולם, קיים גם מתח בין רעיון הפרדת הרשויות לבין מנגנון האיזונים ובלמים- שכן הפרדת רשויות אומרת שעניינים של ביצוע צריכים להיות רק אצל הרשות המבצעת ואילו האיזונים ובלמים אומרים שיש לערב בינהם.

למשל, בנושא של ביקורת שיפוטית: רעיון הפרדת רשויות אומר שסמכות החקיקה צריכה להיות אצל המחוקק והטענה היא שברגע שנותנים לביהמ"ש סמכות לבטל חוק זה הפרה של רעיון הפרדת הרשויות. ואילו רעיון האיזונים ובלמים אומר שכל עוד ביהמ"ש מתערב בהיבט של איזון ופיקוח- זה מחזק את הרציונאל של הפרדת רשויות שהוא פיקוח על השלטון והגנה על הפרט מפני עריצות.

1. זכויות אדם מוגנות- תפיסה זו נובעת מכך שהפרדת רשויות תוך איזונים ובלמים עדיין לא מספיקה בכדי להגביל את השלטון. יש צורך במגילת זכויות אדם שתקבע שאפילו בהנחה שהתקיימו האלמנטים הקודמים יש עדיין דברים שאסור להם לעשות. התפיסה היא שלבני האדם יש זכויות בסיסיות שלא משנה אם ביהמ"ש פועל תחת סמכויותיו וכדומה- אסור לו לגעת בהם. רעיון זה מתיישב עם המנגנון של איזונים ובלמים- שניהם יוצרים הגבלה על השלטון. ביקורת שיפוטית מביאה לשילוב בין רעיון איזונים ובלמים לבין רעיון זכויות אדם מוגנות. מה שקורה זה שאדם מסוים טוען שרשות מסוימת פגעה בזכות חוקתית שלו והוא מגיע לביהמ"ש וטוען שהחוק פוגע בזכויות חוקתיות שלו ומבקש מביהמ"ש שאמון על פיקוח הגוף לבטל את החוק הזה.

מתעוררת השאלה: **יכול להיות משפט חוקתי בלי חוקה?**

שאלה זו תלויה בהגדרה מה זו חוקה.

בישראל קיים משפט חוקתי ובג"ץ מקיים ביקורת שיפוטית שמבטלת חקיקה של הכנסת שפוגעת בזכויות חוקתיות.

משפט חוקתי יכול להתקיים גם בלי חוקה.

**מהי חוקה?**

צירוף כללים או עקרונות בסיסיים ביותר שעליהם מושתתת המדינה.

כללים או עקרונות אשר קובעים את מוסדות השלטון ומסדירים את פעולתם.

**הבחנה בין חוקה מטריאלית לחוקה פורמאלית**

**חוקה מטריאלית (חוקה תוכנית/מהותית)-** מבחינת התוכן שלה יש את ההסדרים שלפי טבעם צריכים להיות בחוקה. בעצם, החוקה המהותית היא מערכת הכללים או הנורמות שמסדירים את הדברים שמטבעם צריכים להיות בחוקה (מהם רשויות השלטון, היחסים בינהם). לפי הגדרה זו יש חוקה בישראל ובכל מדינה בעולם.

איפה הנורמות האלו יהיו כתובות? זו כבר שאלה אחרת: יכול להיות במסמך כתוב, יכול בחקיקה ועוד.

למשל, אנגליה היא ארץ בלי חוקה כתובה והפרלמנט נתפס ככל יכול ולא הייתה ביקורת שיפוטית על חקיקה והגבלה על המחוקק. אולם, במשך שנים רבות ניתן לראות שמשפטנים מדברים על משפט חוקתי כל הזמן. החוקה שלהם היא החוקה המטריאלית- אין להם מסמך כמו לאמריקאים אולם קיימת מערכת נורמות שמסדירות את רשויות השלטון ומה הם יכולים/לא יכולים לעשות.

**חוקה פורמאלית**- מסמך כתוב. מדינות שבנוסף לחוקה המטריאלית יש חוקה פורמאלית כתובה. במסמך זה נמצאים ההסדרים המרכזיים שלפי טבעם שייכים לחוקה.

למשל, ארה"ב הדוגמא המובהקת לחוקה פורמאלית. החוקה האמריקאית המקורית הסדירה את סכמויות הרשויות וזה הכל אולם לא הייתה בא מגילת זכויות אדם.

\*חשוב לדעת: בהגדרה המינימאלית של חוקה אין כלל אזכור לזכויות אדם- ולכן לפי ההגדרה המינימאלית זה לא דבר הכרחי בחוקה.

עם זאת, רוב החוקות המודרניות כוללות מגילת זכויות אדם ולכן בדר"כ כשמדברים מה יש לכלול כחלק מהחוקה המטריאלית קיים גם ההיבט של זכויות אדם בנוסף להסדרת הרשויות.

**מאפיינים מרכזיים של חוקה שהם לא חלק מההגדרה המינימאלית אולם הם מרכזיים ונפוצים:**

* **עליונות**- **לחוקה יש מעמד נורמטיבי עליון בשיטת המשפט**. החוקה היא מעל חקיקה רגילה של הפרלמנט. החוקה היא העליונה ביותר והיא גם מקור התוקף של כל הנורמות שנמצאות מתחתיה.

ביטוי מפורסם לעליונות הוא "**פירמידת הנורמות של קלזן**". קלזן היה יהודי אוסטרי- פילוסוף חוקתי והוא הגדיר את רעיון פירמידת הנורמות- אמר שיש לחשוב על הנורמות במשפט בצורה של פירמידה.

פירמידת הנורמות של קלזן מבטאת שני דברים:

1. מקור התוקף- החוקה היא המקור הנורמטיבי לכל הנורמות במשפט. מקור התוקף לחקיקת משנה הוא חוקים ומקור התוקף לחוקים הוא חוקה.

למשל, קיבלנו דוח חניה ועולה השאלה מה מקור התוקף של התקנה שאוסרת חנייה? התוקף של שר התחבורה להתקין תקנות הוא מתוקף חוקים. למה שנקבל את סמכות החוקים? מה שמעניק את הסמכות לחוקים הוא החוקה. כאשר אחד המאפיינים של החוקה הוא הגדרת סמכויות והגדרת איך ומה הם יכולים לחוקק.

מכאן עולה שנורמה נמוכה יותר שסותרת את מקור התוקף שלה- צריכה להיות בטלה.

אולם, **מה סמכות החוקה?** לפי קנזל מעל החוקה נמצאת הנורמה הבסיסית- היא לא כתובה אלא זו קונוונציה חברתית שקשורה לכך שהעם הוא הריבון והוא מכיר בתוקף של החוקה. למשל, בארה"ב יש את המסמך שהוא החוקה. אולם למה יש להכיר במסמך זה בתור החוקה? יש קונוונציה שמה שהתקבל בידי האסיפה המכוננת ואושרר ע"י המדינות- מתקבל.

"נורמת ההכרה" – הנחה שאנשים שצריכים לאכוף את הכללים במדינה מזהים איזה חוק הוא תקף ואיזה לא.

פירמידת הנורמות של קלזן: פירמידת הרשויות:

 הרשות השופטת

במקביל לפירמידת הנורמות נמצאת פירמידה נוספת: פירמידת הרשויות.

יש קשר ברור בין הפירמידות:

מי מקבל את החוקה- הסמכות המכוננת.

מי מקבל את החוקים- הסמכות המחוקקת.

מי מקבל את חקיקת המשנה- הסמכות המבצעת.

מיהי הסמכות המכוננת?

הסמכות המכוננת היא העם- הריבון. יש מדינות שבהם יש אסיפה מכוננת שמאשרת את החוקה (ארה"ב, צרפת). הסמכות המכוננת היא חד פעמית ואמנם היא לא תמיד קיימת באופן ממשי אולם בתאוריה היא מייצגת את הריבון- למשל, בארץ חוקי היסוד התקבלו ע"י הרשות המחוקקת.

\*חשוב לדעת: הרשות השופטת נמצאת בין שתי הפירמידות- בין המחוקקת לחוקים. וזאת משום שבמידה מסויימת היא המבקרת והמאזנת של כל האלמנטים בפירמידה.

1. רמת הפירוט (הכמות הקיימת) – חוקה בדר"כ מגדירה בתמציתיות את ההסדרים בעוד שרוב הפירוט נשאר לחוקים שהם משאירים את הפירוט הרחב לחקיקת משנה וחקיקת המשנה לצווים הספציפיים.

בפועל, מבחינת מספר הנורמות יש הרבה יותר תקנות מחוקים וחוקים מסעיפי החוקה.

\*חשוב לדעת: רמת הפירוט המתרחבת נכונה גם לפירמידת המוסדות.

* **נוקשות**- האופן שבו אפשר לשנות/ לבטל את החוקה. רעיון הנוקשות הוא שכמו שמקבלים את החוקה בהליך חקיקה מיוחד כך גם אסור לאפשר ביטולה בהליך חקיקה רגיל. או הליך שהוא לא בתוך הפרלמנט בכלל או הליך פרלמנטרי מסובך. למשל, בארה"ב הליך קבלת החוקה היה ע"י האסיפה המכוננת כך גם התיקונים יכולים להתבצע ע"י אסיפה מכוננת שתיבחר או ע"י רוב גדול בפרלמנט ולהיות מאושרר ע"י 2/3 מהמדינות.

לפי המאפניים הנ"ל- האם יש חוקה בישראל?

**חוקה מטריאלית**- יש.

**חוקה פורמאלית**- ניתן לטעון שיש חוקה פורמאלית לא מלאה. וזאת עפ"י המאפיינים של חוקה:

* ההיבט המוסדי של החוקה- שלם אצלנו כמעט לגמרי. מה שחסר זה חוק יסוד החקיקה (היו הרבה הצעות) שאמור לזהות מי האסיפה המכוננת- מה סמכותה- ומה ההליך לקבלת חוקי היסוד.
* מגילת זכויות אדם- מאז 92 יש גם 2 חוקי יסוד שעוסקים בכבוד האדם וחופש העיסוק- מה שמהווה מגילת זכויות אדם חלקית שמהווה עוד מרכיב של חוקה פורמאלית.
* עליונות- חוקי היסוד של כבוד האדם וחופש העיסוק יש להם מעמד עליון וחוק שסותר אותם לא תקף. לגבי שאר חוקי היסוד- לא ברור אולם המגמה היא שהם גם עליונים.
* נוקשות- אין תשובה ברורה. חלק מחוקי היסוד משוריינים (אין לשנותם אלא ברוב מיוחס) בדר"כ 61 חברי כנסת. וחלק מחוקי היסוד לא משוריינים ואפשר לשנותם בכל רוב שהוא. בנוסף, בישראל אין דרישת מינימום של מספר חברי כנסת בחקיקת חוק- כך שיש חוקי יסוד שניתן לבטלם ברוב של 1-0. \*חשוב לדעת: גם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא משוריין- אפשר לבטל אותו ברוב של 1-0!

בהצעת החוק היה סעיף שריון אולם בקריאה שניים החרדים התנגדו לחוק היסוד וניסו לסכל אותו לפחות ע"י סעיף השריון ואז בהצבעה היה תיקו וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא משוריין בגלל שהצביעו הרוב נגד סעיף השריון. (ההסתייגות תפורט בהמשך).

חלק מהטענה של ברק לכך שלא צריך שריון פורמאלי לחוק היסוד היא כי יש שריון חברתי פוליטי שאף מחוקק לא יעלה בדעתו לבטלו.

ד"ר איתי טוען מנגד שבגלל שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגדיר את ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – הייתה הצעת חוק יסוד של ליכטר מקדימה- ושליש מחברי הכנסת תמכו בה- "חוק יסוד מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית"- ז"א קודם כל יהודית ואז דמוקרטית- מה שמראה שהעיגון הלא פורמאלי הוא לא מספיק חזק ויכולים לקום אנשים שינסו לשנות את חוקי היסוד.

**המהפכה החוקתית**

קבלת חוקי היסוד בשנת 92 והפרשנות שניתנה להם כבעלי מעמד עליון בפס"ד המזרחי.

החלוקה השמישה היא עד 92 ואחרי 92.

**1948 עד 1992- התרחשויות בכנסת:**

מקור ראשוני לקבלת חוקה: הכרזת העצמאות קבעה במפורש שתהיה חוקה שתיצור את סמכויות השלטון. נכתבו הוראות מעבר מיום סיום המנדט כדי שלא תיווצר אנרכיה- קבעו את הרשות המחוקקת והגוף המבצע שלה תהיה הרשות המבצעת- הממשלה:" עד להקמת השלטונות הנבחרים והסבירים בהתאם לחוקה שתכונן ע"י האסיפה המכוננת לא יאוחר מאוקטובר 48 תפעל מועצת העם כגוף מחוקק וכממשלה זמנית".

כבר לפני מגילת העצמאות, בהחלטת החלוקה של האו"ם הופיעה הדרישה לקבלת חוקה בשתי המדינות.

כעבור שנה היו בחירות לאסיפה המכוננת- לאסיפה המכוננת היה תפקיד אחד- לכונן חוקה. אחרי הבחירה מועצת המדינה הזמנית החליטה לפזר את עצמה ואמרה שהסמכות המכוננת תקבל את הסמכויות שלה- ז"א תהיה גם סמכות מכוננת וגם סמכות מחוקקת. החלטה זו מצד אחד היא דמוקרטית (שכן המועצה הזמנית האצילה את סמכויותיה לגוף שנבחר בצורה דמוקרטית) אולם מצד שני נוצר ערבוב שבארץ הכנסת הראשונה הייתה גם סמכות מכוננת וגם מחוקקת. הרשות המחוקקת והמכוננת קבעו פקודת מעבר שקובעת שהם "הכנסת הראשונה". גם הכנסת הראשונה לא יצרה חוקה וזאת משום שישראל מתמודדת עם קשיים גדולים בטחוניים ולכן לא יכלו להרשות לעצמם להגביל את השלטון. וגם היו קשיי התמודדות של זהות לא מוגדרת וחשש מפילוג העם. הועלו גם טענות נגד ביקורת שיפוטית שתקום מטבעה של החוקה- שנותנת סמכות גדולה מדי לשופטים שהם לא נבחרים דמוקרטית וככה ינתן בידם כח רב מדי.

מה יהיה המעמד של חוקי היסוד עד לחקיקת החוקה?

קיימות 2 פרשנויות:

1. אם כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקה אז הוא כמו חוקה.

2. רק כשכולם ביחד יתקבלו יאגדו אותם ביחד ויאשררו אותם לחוקה ויהיו במעמד חוקה ועד אז הם כמו חוק רגיל.

נחקקו 9 חוקי יסוד עד היום-

חוק היסוד הראשון- והחשוב ביותר- חוק יסוד הכנסת: חשוב משום שבחוקה מטריאלית הכי חשוב לקבוע את סמכויות השלטון.

חוק יסוד הממשלה, חוק יסוד השפיטה, נשיא המדינה, צה"ל וכו'- בעצם כל החוקים שמבטאים את הפן המוסדי של המדינה.

מה שחסר היה חוק יסוד החקיקה- שמסדיר איך מקבלים חוקי יסוד ואיזה סמכות יש לכנסת, להזכיר את המעמד העליון של חוקי היסוד וסמכות הרשות המבצעת לקבל תקנות משנה לחוקי היסוד. עד היום היו 5 הצעות חוק יסוד חקיקה ואף אחת לא עברה.

לסיכום ההתרחשויות בכנסת: היה תאריך לכינון חוקה שלא יצא לפועל ואז היתה החלטת הררי שהחליט ליצור חוקים חוקים ולא חוקה קוהרנטית. בעקבות החלטת הררי (1950) החלו ב-1958 חוק יסוד הכנסת ומאז שורה של חוקי יסוד שהמשותף לכולם הם שהם חוקים מוסדים, משטריים (מסדירים את רשויות השלטון והיחסים ביניהם) החוק שלא עבר הוא חוק יסוד לחקיקה שהיה אמור להגדיר את מעמד חוקי היסוד (מעמד נורמטיבי עליון) וסמכות ביקורת שיפוטית, דבר נוסף שלא עבר הוא חוקי יסוד שניסו לעגן מגילת זכויות אדם.

**1948 עד 1992- התרחשויות בבתי המשפט:**

בהקשר של התפתחות הפסיקה יש 3 מסלולי התפתחות מרכזיים:

1. עקרון ריבונות הפרמלנט (המחוקק הכל יכול):
2. פרמלנט עליון: מה ששלט מבחינה הסטורית היה התפיסה הבריטית המסורתית (פרמלנט עליון, אין ביקורת שיפוטית ואין חוקה) התפיסה היא שהכנסת (כמו הפרלמנט) היא כל יכולה וניצבת בראש פרמידת המוסדות (מתחתיה המבצעת ואז השופטת) ההנחה היא שאין מגבלה על יכולת החקיקה והתבונה של הכנסת.
3. אין ביקורת חוקתית משפטית: אין לשום מוסד סמכות לבחון את חוקתיות החוק או להטיל בו ספק.

בג"צ בצול נ' שר הפנים- מייצג את התפיסה הישנה הזו. עלתה שאלה בדבר תוקף של חוק. חוק גידול בשר חזיר אוסר לגדל בשר חזיר בארץ אך קובע חריג באיזורים שבו גרים נוצרים ובין היתר בחלק שעוסק בהיתר כתוב שהאיזורים החריגים יסומנו לפי המפות. המחוקק הסתמך על כך שיש מפות ובעצם בעת החקיקה לא היו מפות. מועצה מקומית מסוימת גידלה חזירים בטענה שזה לפי המפות אך בפועל היא היתה סמוכה לאוכלוסייה מוסלמית. הטענה היתה שהחוק לא תקף בגלל פגם פרוצדורלי בהליך החקיקה (לא שהוא סותר זכויות אדם). ביהמ"ש מתלבט רבות ובסוף דוחה את העתירה וחוזר על הרעיונות שהכנסת היא ריבונית ולא ניתן לפקפק בתוקף החוקים שלה וגם כשיש פגם משמעותי בחוק לביהמ"ש אסור להסתכל על הראיות האלו כי לא יעלה על הדעת שביהמ"ש יפקפק בכנסת.

פס"ד זה מצטט את הפסיקה האנגלית ובאופן מובהק הולך לפי הגישה של האנגלים כלפי הפרלמנט הבריטי.

1. פיתוח מגילת זכויות אדם בלתי כתובה ע"י ביהמ"ש.

לא הייתה חוקה פורמלית וביהמ"ש מצד אחד הקפיד לומר- ריבונות הכנסת ומצד שני התחיל לפתח מגילת זכויות אדם שיפוטית. לאורך הפסיקה פיתח את הזכויות הטבעיות הנ"ל ופעל לפיהן.

למרות שהכרזת העצמאות קבעה שתהיה חוקה והחלטת הררי קבעה שיהיו חוקי יסוד שום דבר מהנ"ל לא יצא לפועל ולכן ביהמ"ש הפך אקטיביסטי.

בג"צ בז'רנו נ' שר המשטרה (1949): פעם היה עיסוק נפוץ של אנשים שהיו הולכים לעשות טסטים וכולי לבעלי רכב (סנג'רים כאלה) אך הוחלט שלא צריך את השליחים האלו והמדינה אסרה על האנשים האלה לייצג בעלי רכב במשרדי הרישוי. העובדים והמעסיקים עתרו לבג"צ והמדינה אמרה שאין שום חוק שמטיל חובה על המדינה כלפי העותרים או שמתיר לבצע את העיסוק הזה.

ביהמ"ש פוסק שצריך להבחין בין מצב שאדם מבקש צו שיורה למדינה לעשות פעולה אקטיבית לעומת מצב בו מבקשים מהמדינה שלא תתערב או תמנע מלעשות פעולה מסוימת בטענה שהיא פוגעת באזרח. עלו טענה של זכות שלילית והמדינה אמרה שלא כתוב בחוק שהם צריכים לתת להם את זה. ביהמ"ש אומר שיש להבחין בין מקרים שרוצים להכריח את המדינה לעשות משהו ולהיות אקטיבית ואז צריך להראות שיש חובה לעומת זכות שלילית שצריך רק להראות שקיימת זכות כזאת לעותרים (לעבוד) ואז הנטל הוא על המדינה להראות שהפגיעה בזכות היא כדין.

הזכות שהעובדים נשענים עליה בעצם היא זכות טבעית של בני האדם ועל ביהמ"ש להגן על הזכות הטבעית הזו. ביהמ"ש קיבל את העתירה והתיר את העיסוק הנ"ל.

מהלך זה הוא אקטיביסטי מאוד מצד ביהמ"ש- לא היתה לו חוקה לעבוד איתה או חוקים שהקנו זכויות וגם זה היה אחרי קום המדינה שבן גוריון שלט ביד חזקה וביהמ"ש הסכים ליצור זכויות טבעיות יש מאין.

\*אנקדוטה חשובה\*

**זכויות שליליות**- אם יש לי זכות לחופש ביטוי אז המדינה מתחייבת לא לפגוע לי בחופש ביטוי אבל לא נדרשת לעשות פעולה אקטיבית כדי לאפשר לי לממש את הזכות שלי, לדוג' כבוד האדם גם**.**

**זכויות חיוביות**- המדינה נדרשת לעשות פעולה אקטיבית כדי לממש את הזכות שלי. לדוג' הזכות להתקיים בסיוע סוציאלי מינמלי בכבוד (דמי אבטלה ועוד).

פס"ד זה מייצג את יצירת זכויות האדם ע"י ביהמ"ש.

בנוסף, פס"ד זה מייצג את עקרון ריבונות הפרלמנט- כל עוד המחוקק לא אישר את הפגיעה בזכויות אז ביהמ"ש יכול להגן עליהם (יש מקום של כבוד למחוקק ומציינים מס' פעמים שניתן לנהוג כך רק לו המחוקק לא אישר פגיעה בזכות). לצורך העניין הכנסת כן מוסמכת לפגוע בבני האדם.

בג"צ קול העם נ' שר הפנים (1953): שר הפנים הורה על סגירה של שני עיתוני שמאל. היה דיווח בעיתון הארץ שישראל תסייע לארה"ב במלחמה מול בריה"מ ובעקבותיו שני עיתוני השמאל שהיו מזוהים עם בריה"מ כתבו ביקורת מאוד חריפה על הממשלה. המדינה טענה שיש חשש שזה יגרום להמרדה פנימית ולכן הוציאה צו סגירה שסגר את שני העיתונים (מבחינה חוקית מתאפשר לשר לסגור עיתונים אם הם יוצרים סיכון של ממש) השאלה היתה אם בכל זאת אפשר להתערב בהחלטה וביהמ"ש אומר שלא מספיק שיש לו סמכות לעשות את זה צריך לבחון את שיקול הדעת וניתן לסגור עיתונים ואז ביהמ"ש מגדיר את מהו- "עלול לפגוע בביטחון המדינה" ואז אגרנט קובע מבחינה משפטית זכות שעד עתה הייתה קיימת מוסרית- חופש הביטוי וביהמ"ש יגן עליה בפני הממשלה וקובע כי צריך לקיים נוסחת איזון בין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה ומי שיכריע במקרים הללו הוא ביהמ"ש. הסיבה המרכזית שצריך איזון היא היות וישראל היא דמוקרטיה (גם החלטה זו של שמגר הינה מהפכנית כי עד עתה ישראל לא הוגדרה פורמלית בשום מקום כדמוקרטית). פס"ד זה הפך למייצג של הראציונליזם לחופש הביטוי.

נוסחות האיזון היא "נוסחת הוודאות הקרובה"- השר צריך להשתכנע שיש וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה. אגרנט הכיר בחופש הביטוי, קבע שביהמ"ש יוצר את מבחן האיזון- שיקול הדעת והמבחן הוא "וודאות קריבה" ובמקרה דנן לא היתה וודאות קרובה ולכן ביהמ"ש פסל את החלטת השר וקיבל את העתירה.

לסיכום:

אומנם לא היתה מגילת זכויות אדם חקוקה אבל היתה מגילת זכויות בלתי כתובה שפותחה ע"י ביהמ"ש מפס"ד לפס"ד בהדרגה ומבחינת ההגנה ביהמ"ש סיפק הגנה אמיצה מול טענות רשויות המדינה ולא היסס לקום נגד המוסדות כאשר פגעו בזכויות הנ"ל.

1. פסיקה ביחס למעמדם של חוקי היסוד:

ב-1958 עבר חוק יסוד הכנסת (ס' של איך התקיימו בחירות לכנסת בשיוויון ובו מצויין שלו משנים ס' זה צריך רוב מיוחד של חברי הכנסת) ועם הזמן הכנסת חוקקה חוקי יסוד ובעקבות החלטת הררי לא ידענו מה מעמד חוקי היסוד הללו (היות והררי החליט שחוקי היסוד בסופו של דבר התגבשו לחוקה ואת ההחלטה אפשר לפרש בשני דרכים- כל אחד מחוקי היסוד הוא חלק מחוקה ולכן יש להן מעמד עליון ופרשנות שניה היא שכל עוד לא הסתיימה כל מלאכת עשיית החוקה והם טרם התגבשו לחוקה יש להם מעמד כמו לכל חוק רגיל). המחוקק לא נתן אינדיקציה בדבר החוק (אם הוא עליון או לא). התשובה ניתנה בסדרת פסקי דין והתשובה הראשונה ניתנה בפס"ד ברגמן.

בג"צ ברגמן נ' שר האוצר (1969)-

ערב הבחירות לכנסת השביעית הכנסת חוקקה תיקון לחוק מימון מפלגות שלפיו המימון למערכת הבחירות יינתן מקופת המדינה רק לרשימות הקיימות בכנסת הנוכחית ולא לחדשות. ברגמן טען שהחוק פוגע בשיוויון לפי חוק יסוד הכנסת. הטענה של הכנסת היתה שעיקרון השוויון עוסק בזכות לבחור שכל קול שווה לשני. הטענה של ברגמן היתה שהדרישה לשיוויון היא הרבה יותר מקיפה והיא גם הזכות לבחור וגם הזכות להיבחר באופן שיוויוני. טענה נוספת היא שהחוק למימון מפלגות לא נבחר ברוב מיוחד כפי שנדרש לפי ס' 4 (כתוב לעיל).

השאלה היתה האם פגיעה בחוק כמוהו כשינוי בחוק- התשובה היא כן, כי אסור לפגוע במפורש או במשתמע, מהלך שני היא לפרש את מה המשמעות של בחירות שוות וביהמ"ש מקבל את הטענה של ברגמן שצריך להיות שיוויון הזדמנויות להיבחר ובו שיוויון למימון המפלגות.

ביהמ"ש אמר שבדיון זה היו עשויות להתעורר שאלות חוקתיות רבות בדבר שאלת השפיטות (האם ביהמ"ש יכול לבטל חוק של הכנסת) ומה המעמד של חוקי יסוד (האם הוא עליון בסתירה לחוק קיים) אבל לא נזקקים לזה במקרה דנן כי המדינה לא העלתה את הטענות הללו (כי במילא ברור שחוק מימון הבחירות לא סותר את השיוויון בבחירות לפי פרשנותם). לגופו של עניין ביהמ"ש כן קיבל את הטענות של ברגמן בכך שחוק מימון מפלגות פוגע בשיוויון ואז בפועל הוא בחן את המשמעות שהחוק פוגע ואז הוא צריך היה לעסוק במעמד של חוקי היסוד וקבע ש: הכנסת יכולה או לחוקק מחדש את החוק לפי הרוב הנדרש או לשנות את תוכן החוק כך שלא יפגע בשיוויון וביהמ"ש לראשונה הוציא צו לשר האוצר ובו קבע כי החוק כפי שהוא עכשיו לפני השינוי שהכנסת עושה הוא חסר תוקף ולא חוקי ואין לאכוף אותו.

ביהמ"ש בעצם עשה תרגיל בכך שהמדינה העלתה טענות ואמרה שאין צורך לעסוק בשאלות מהותיות על חוקי היסוד ומעמדם היות ולפי הפרשנות שלה אין בכלל סתירה עם חוקי היסוד, ביהמ"ש מצידו טען שיש סתירה עם חוקי היסוד והוציא צו מיוחד אבל בכל זאת לא עסק בשאלות המהותיות.

החידוש בפס"ד זה הוא שלראשונה ביהמ"ש פסל חוק והוציא צו (לכן יש אנשים שאומרים שהמהפכה החוקתית החלה בפס"ד זה ולא במזרחי כפי שמקובל לחשוב). עם זאת, חשוב לזכור שהוא אינו ענה ופתר שאלות מהותיות על מעמד חוקי היסוד וכולי.

\*חשוב לדעת: ביהמ"ש לא קבע שיש הגבלה על תוכן החוק שהכנסת כולה לקבל אלא הוא רק אומר שאם הכנסת עצמה קבעה רצון להליך פרוצדוראלי הוא רק אוכף את רצון הכנסת- ולכן יש רבים שאומרים שזה לא ביקורת שיפוטית.

ישנם 3 מודלים של ביקורת שיפוטית:

1. פרוצדורלי טהור- ביהמ"ש בוחן איך התקבל החוק (3 קריאות) ואם הוא התקבל כדין הוא כחוק. (לא מסתכל על התוכן של החוק).
2. תוכני/ סובסטנטיבי טהור- ביהמ"ש בודק רק את התוכן של החוק בלי לבחון את הפרוצדורה שהוא התקבל.
3. סמי פרוצדורלי- מודל ביניים שמשלב היבטים של ביקורת תוכנית וביקורת פרוצדורלית.

ד"ר איתי אומר שזה ביקורת שיפוטית סמי פרוצדוראלית ובה ביהמ"ש מרכיב את הביקורת גם מביקורת תוכנית מהותית ומביקורת שיפוטית פרוצדוראלית שבודקת אם הפגיעה היא כדין או לא (האם הייתה פרוצדורה ראויה).

בחוק יסוד הכנסת נאמר שצריך רוב של 61 (שלא התקבל בשלושת הקריאות) ומה שהביא את ביהמ"ש לבחון את אופן קבלת החוק הוא התוכן של החוק- חוק המימון מפלגות.

בחוק יסוד הכנסת יש רעיון של נוקשות- לא עוסק במעמד גבוה או תוכן חוקתי אלא רק שקשה יותר לשנות חוק יסוד או חוקה מאשר חוק רגיל ויש דרישה פרוצדורלית מיוחדת. בפס"ד זה ניתן ללמוד על עליונות מנוקשות היות וביהמ"ש קבע נוקשות אשר מלמדת אותנו על העליונות (לא היה רשום שחוק היסוד הוא עליון).

פסיקה נוספת ביחס למעמד חוקי היסוד:

פרשת נגב נ' מ"י 1973-

האשימו תחנת דלק במהילת בנזין (יש תקן שמורה כמה מותר למהול בנזין) והמערערים טענו שלא ניתן להאשים אותם כי התקן לא תקף (הם הסתמכו על חוק יסוד הממשלה) המדינה אמרה שהתקן כן תקך (הסתמכה על חוק התקנים). מקרה זה עורר התנגשות בין חוק יסוד הממשלה (חוק יסוד לא משוריין- לא מצריך רוב מסויים כדי לשנותו או לבטלו) מול חוק התקנים (חוק רגיל). ביהמ"ש קבע כי חוק יסוד הממשלה לא עדיף על התקנים, להיפך- היות חוק התקנים חוק מיוחד לעומת חוק יסוד הממשלה מקנה עדיפות לחוק המיוחד לחוק הכללי.

מכאן, שכאשר יש חוק יסוד משוריין (ברגמן) יש עליונות, לעומת זאת כאשר מדובר בחוק יסוד לא משוריין (במקרה דנן) אין לו שום עליונות והוא כמו כל חוק רגיל.

בג"ץ קניאל נ' שר המשפטים 1973-

קניאל הוא פרופ' למתמטיקה שערך חישובים עם מחשבון ומצא שמנגנון החלוקה של עודפי הקולות בבחירות מעדיף מפלגות גדולות על קטנות ולכן הטענה היתה שזה פגיעה בס' 4 בחוק יסוד הכנסת שקובע שיוויון בבחירות.

ההבדל בין פס"ד זה לבין ברגמן היא שחוק העודפים בבחירות התקבל בהליך פרוצדורלי נדרש (הכנסת הפנימה את ברגמן ולמדה מהטעויות שלה ולכן העבירה כל חוק ברוב הנדרש) ולכן הטענה הייתה מול מעמד נורמטיבי של חוקי יסוד ולא פרוצדורלי (ברגמן עסקו בהיותו משוריין). טענת פרופ' קניאל היא שלא ניתן לפגוע בחוק יסוד (שיוויון) אלא ע"י חוק יסוד אחר. ביהמ"ש קבע שאין אחיזה בחוק היסוד לטענה של פרופ' קניאל ולדעתם ניתן לסתור את חוק היסוד גם ע"י חקיקה רגילה כל עוד זה נעשה בפרוצדורה הנדרשת (ביהמ"ש לא בחן תאוריות מפוצצות אלא רק פירש את לשון החוק ולא מצא בה אחיזה). דהיינו, גם חוק רגיל יכול לפגוע וכשיש שיריון פשוט צריך לעמוד בדרישות הפרוצדורליות של השיריון. בפס"ד זה לא עוסקים בתוכן של החוק אלא רק בפורצדורה (שוב, הכנסת מבחינתה לכאורה יכולה לחוקק איזה תוכן שתרצה).

בג"ץ תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת 1989-

מתעוררת שאלה של פגיעה בעקרון השיוויון לגבי חוק מימון מפלגות- היו בחירות אך טרם התכנסה הכנסת החדשה והכנסת היוצאת העלתה את יחידת המימון עבור המפלגות שבעצם כבר בכנסת ובפועל המפלגות הגדולות שידעו שהם נבחרו תיקנו את החוק כדי שיקבלו רטרואקטיבית מימון מוגדל לבחירות. הטענה היתה שהחוק פוגע בעקרון השיוויון בבחירות (ס' 4 המשורין בחוק יסוד הכנסת).

חוק מימון המפלגות עלה בהצעת חוק פרטית (צריכה לקבל קריאה טרומית ו-3 קריאות עם רוב נדרש) בקריאה הטרומית היו פחות מ-61, השאלה היתה האם צריך לפרש את הס' כך שהוא חל גם על הקריאה המקדמית. האם הס' שדורש רוב של 61 חל גם על קריאה טרומית.

ביהמ"ש פסק שס' 43 לחוק היסוד דורש שגם בקריאה טרומית יהיה רוב מיוחד ולכן ביהמ"ש מבטל את החוק ופס"ד זה הופך להיות הפעם ה-4 שביהמ"ש מבטל חוק שסותר את ס' 4 לחוק יסוד הכנסת. ההבדל הוא שכאן ביהמ"ש אומר שבמפורש (השופט אילון) שלא מכריעים בשעות עקרוניות אבל ככל שיש יותר פסקי דין שאנחנו מבטלים חקיקה זה ברור שיש לנו סמכות לבטל חוק של הכנסת רק כאשר הוא סותר חוק יסוד משוריין, עדיין קיים הכלל של עליונות הכנסת ואין ביקורת שיפוטית תוכנית. אילון קובע במפורש שברגמן יצר את ההלכה שלביהמ"ש יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד משוריין (מבחינה פרוצדורלית ולא תוכנית). (חוק משוריין זה חוק שיש בו ס' משוריין שאומר שלא ניתן לבטל את החוק בלי רוב מיוחד). בפס"ד זה הדברים נאמרים במפורש לראשונה.

הדעת מיעוט בפס"ד זה הינה של אהרון ברק- מבחינתו החוק כן תקך היות ושלא נדרש בקריאה טרומית רוב של 61 לפי פרשנותו. ברק התייחס גם לטענה החלופית של העותרים שמעבר לפרוצדורה גם התוכן של החוק פוגע וברק עוסק בהכרה בסמכות של ביקורת שיפוטית תוכנית טהורה שלא הייתה קיימת עד אז.

ברק מנתח בשלושה שלבים את סוגיית- האם ביהמ"ש יכול לבטל חוק מבחינה תוכנית?

1. אין קושי מושגי עם כוחו של ביהמ"ש לבטל הוראת חוק אם היא נוגדת עקרונות יסוד של השיטה. לא סותר את תפיסת הפרדת הרשויות ועליונות הכנסת. תאורטית זה אפשרי.
2. במסורת החוקתית בישראל- הכנסת עליונה ולא מקובל לפי המסורת החוקתית שביהמ"ש יכריז על חוק כבטל
3. לא ראוי בשלב זה לסטות מן המסורת.

השורה התחתונה של ברק היא כמו של דעת המיעוט אך הוא פותח פתח תאורטי לשיטה של ביקורת שיפוטית תוכנית.

ברק אומר שביהמ"ש יכול לזהות עקרונות יסוד שלא כתובים מה שמראה שלא צריך חוקה כתובה ומשוריינת כדי פלסול חקיקה ראשית. לכאורה לשיטתו, ביהמ"ש יכול לבטל גם חוק יסוד שסותר עקרונות יסוד עליונים של השיטה. בסוף דבריו הוא קורא למחוקק ליצור חוקה שתקל על הביקורת השיפוטית.

לסיכום ההתרחשויות בביהמ"ש:

בשנים הללו משלים החוסר היה ביהמ"ש בשלושה אפיקי פסיקה:

זכויות, מעמד חוקי היסוד, שאלת ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית.

1. זכויות: הפסיקה עצמה הכירה בזכויות למרות שלא היו מוגדרות- הכירה בהגדרה בזכויות שהוכרו ע"י משפט מקובל. הביקורת השיפוטית עבורן הייתה רק מנהלית היות ולא הייתה חוקה. כשהייתה חקיקה ראשית של הכנסת שפגעה בזכויות ביהמ"ש יכל ככל היותר לפרש באופן שיטיב עם הזכויות הללו.
2. מעמד חוקי היסוד: הדעה הרווחת היתה שככלל לחוקי יסוד לא משוריינים אין מעמד על חוקתי (פס"ד נגב) וניתן לפגוע בהם באמצעות חוק רגיל.

החריג היה (פס"ד ברגמן) שכאשר חוק יסוד משוריין ניתן לפגוע בו רק באמצעות רוב מיוחד שנדרש בס' השיריון.

1. ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית: העקרון הכללי של ריבונות הכנסת נשמר, היא עדין יכולה לחוקק כל חוק מבחינה תוכנית (לרבות פגיעה בזכויות) וביהמ"ש אינו יכול לשנות חוק בשל התוכן שלו. (החריג הצר של ביקורת שיפוטית הוא מה שנקבע בברגמן- ביהמ"ש יכול לבטל חוק במקרה שבו יש ס' מסויים שדורש פרוצדורה והיא לא התקיימה).

**מה קורה בשנת 1992 מבחינת הכנסת?**

1. חוק יסוד חופש העיסוק – נתפס היום כמהפכה החוקתית
2. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו- נתפס היום כמהפכה חוקתית
3. חוק יסוד הממשלה החדש (בחירה ישירה לראש הממשלה)- נתפס כמהפכה חוקתית בזמנו והיה לו תשומת לב רבה (שעד היום כבר בוטל)
4. **חוק יסוד חופש העיסוק:**

ס' 4 פסקת ההגבלה:

*אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.*

הגבלה מפורשת על המחוקק ועל יסוד החקיקה-מלמד אותנו על עליונות נורמטיבית של החוק. אנו רואים שלראשונה מגדירים למחוקק שאפשר לפגוע בחוק היסוד רק אם הוא עומד בדרישות הספציפיות המפורטות בסעיף עצמו.

בסעיף רואים שריון מהותי- לא פרוצדורה שבה אפשר לפגוע בחוק אלא דרישות מהותיות כדי לפגוע בחוק.

אומרים במפורש שאי אפשר לפגוע בזכויות אלא רק לפי הדרישות שחוק היסוד קובע.

ס' 7 נוקשות:

*אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.*

נוקשות- מלמדת על עליונות וגם קיימת סתירה של הפסיקה הישנה- חוק יסוד ניתן לשנות רק בחוק יסוד שניתן ברוב של 61 ח"כ.

לראשונה, עברו חוקי יסוד שמכירים בזכויות. אומנם הוכרו זכויות קודם, אך מזכויות פסיקתיות הם הפכו לזכות שכתובה במפורש בחוק יסוד. (מסמך בעל עליונות נורמטיבית ומכך שזו זכות שמחייבת גם את הרשות המבצעת וגם את המחוקקת).

ס' 1+2:

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

*2. חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.*

קובעים מהם הערכים הבסיסים של המדינה והם נותנים לנו את האינדיקציה שמדובר באיזה מסמך חוקתי ולא רגיל.

זו הפעם הראשונה שעברו חוקי יסוד שמכירים בעקרונות יסוד שהם זכויות אדם.

ס' 5:

*כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב.*

כתוב כל רשות מרשויות השלטון, ס' זה פונה לכנסת בעיקר. המצב לפני הוא שהיה חופש העיסוק בפסיקה שחייבה את הרשות המצבעת וכעת זה מחייב גם את הכנסת- כלומר, הרשות המחוקקת (עד אז לא היה שום בסיס תוכני לבטל חקיקה של הכנסת. אם היא עברה פרוצדורלית זה תקף. ועכשיו אומרים שיש זכויות שגם המחוקק חייב לכבד ואם הוא פוגע בה ניתן לבטל את החוק מבחינה תוכנית ולא רק פרוצדורלית.

ס' 8 פסקת ההתגברות:

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

 *(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה.*

תוקפו של חוק חורג- עוד אמצעי שבו החוק מתיר פגיעה בזכויות. מעצם זה שהם מגדירים אופן שבו אפשר לפגוע בזכויות זה מלמד אותנו על עליונות נורמטיבית של חוק יסוד על חקיקה רגילה ועל זה שהזכויות מוגנות ולא ניתן לפגוע בהם פשוט בחקיקה כרגיל.

כדי לפגוע בחוק היסוד זה צריך להיות או בהתאם ס' 4 או בחוק שהתקבל ברוב של 61 ויש לכתוב בו במפורש שהוא תקף למרות שסותר את חוקי היסוד. וגם אז, הוא יהיה תקף רק ל4 שנים.

ס' 10 שמירת דינים:

*הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן תשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה.*

חוקים שהתקיימו לפני קבלת החוק יסוד יישארו בתוקף גם אם הם סותרים את החוק. דהיינו, מה שבא אחרי וסותר את חוקי היסוד אין לו תוקף.

\*חשוב לדעת: על אף שניתן להסיק זאת, בניגוד לחוקות מודרניות רבות בהן מוגדר במפורש את עליונותם של חוקי היסוד, בחוקי היסוד עיסוק וכבוד לא מוגדר במפורש את עליונות חוק היסוד ולא היתר לביקורת שיפוטית כלשהי.

1. **ההבדלים בין חוק יסוד חופש העיסוק לכבוד האדם וחירותו:**
2. הס' הראשונים בהם זהים- עקרונות יסוד ומטרה.
3. בחוק כבוד האדם יש יותר זכויות מוגנות.
4. בשניהם יש פסקת הגבלה.
5. בשניהם יש יציבות בשעת חירום.
6. התחולה זהה בשניהם- כל רשות מרשויות השלטון.
7. בשניהם יש שמירת דינים.
8. בחוק כבוד האדם אין פסקת התגברות מכך שאין אפשרות לפגוע בו ע"י פסקת ההתגברות אבל מצד שני אמרנו שעליונות נלמדת מפסקת התגברות ובכבוד האדם אין זאת.
9. אין נוקשות בכבוד האדם- לכאורה, כל חוק יכול לבטל אותו לגמרי (בעייתי, כי בעבר למדנו עליונות מנוקשות, אך ברק ביאר זאת עם כך שגם פסקת הגבלה מלמדת על עליונות). הסיבה שאין בכבוד האדם נוקשות זה בגלל שחברי כנסת חרדים ביקשו להסיר זאת.

**האם הכנסת בפועלה התכוונה ליצור מהפכה חוקתית?**

יש את גרסת יוזמי ומקדמי חוק היסוד: **כן!**

ביניהם- אמנון רובינשטיין (ח"כ במרץ) בהצע"ח פרטית, שר המשפטים דן מרידור, יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט אוריאל לין ויו"ר המפד"ל יצחק לוי שתמכו ברובינשטיין.

טוענים שהכנסת הבינה בהחלט את פועלה וכל חברי וועדת חוק חוקה ומשפט (רוב הח"כים) הבינו את המשמעות והבינו שזה יוצר ביקורת שיפוטית ועליונות. הם מתבססים על כך שהמתנגדים היו מעורבים כ"כ בניסוח והיה להם חשוב ס' שמירת הדינים ופסקת ההגבלה מעיד על כך שהיתה מודעות למשמעות של החוקים. בנוסף, הם טוענים שרוב הסיעות תמכו בחוקים והנוסח הסופי זה תולדה של מו"מ עם רבים מהסיעות. הסיבה שזה הצליח לעבור (עם החרדים וכל הבעייתים) זה בגלל הפשרה. רובינשטיין לקח את מגילת זכויות האדם והוציא את כל הזכויות השנויות במחלוקת (כי הבין שהצע"ח עם כל הזכויות לא עוברת) ואז הוציא את חופש מדת ודת וזכות לשיוויון וכן בחר להעביר את כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק (שחל על כולם ולא יוצר מחלוקות עם ערכי התורה וכו') והטענה היא שבזכות הוצאת הזכויות הבעייתיות וס' שמירת הדינים זה הצליח לעבור.

המתנגדים למהפכה החוקתית: **לא!**

ביניהם- מיכאל איתן ואריה דרעי וגידי ספיר.

חוק היסוד עבר בשל חוסר המודעות וזה נבע מעמימות/הטייה מכוונת של יוזמי החוק. אינדקציה לכך היא שרוב חברי הכנסת בכלל לא טרחו להיות בהצבעה, הרוב היה נמוך (32 מול 21 לחוק כבוד האדם לדוג') וזו הוכחה לכך שלא הבינו את החשיבות. כלל המצביעים הם עדיין פחות מחוקי היסוד. לחוקי היסוד לא נלווה דיון מספק והליך החקיקה זכה לסיקור תקשורתי דל מאוד. לא היתה תחושה בעם שהולכת להתקבל חוקה. בסקר שנערך 4 שנים לאחר החוק התגלה ש-75% מהציבור לא יודע על כך בכלל. התמנגדים טענו שיוזמי החוק הם פרופ' למשפטים ועו"ד והם היחידים שהבינו את שמתרחש והם יצרו איזה שהיא עמימות לתומכים שלהם.

**לסיכום המהפכה החוקתית:**

לפני 92 התקבלו 9 חוקי יסוד (הכנסת, הממשלה) כל חוקי היסוד המשטריים. לא התקבלו חוקי יסוד בנושא זכויות אדם. בנוסף, לא היה חוק יסוד חקיקה. עם השנים עלו יוזמות רבות לחוקק חוק יסוד חקיקה שאמור לקבוע במפורש את מעמד חוקי היסוד וסמכות ביקורת שיפוטית- כל היוזמות נכשלו. במקבילף היו יוזמות רבות לזכויות אדם והם גם נכשלו.

באותה תקופה, בשנים שעד 92 ביהמ"ש השלים את החסר ויצר את הזכויות יש מאין במגילת זכויות של משפט מקובל. המשמעות הינה שכשהרשות המבצעת פוגעת בזכויות ביהמ"ש יכול לבטל ושהכנסת ביהמ"ש יכול לפרש ואם רצון הכנסת הוא לפגוע בזכות ביהמ"ש חייב לקבל את זהץ בנוסף, היה ריבונות לפרלמנט- לא היתה מגבלה לתוקף של החוקים שהכנסת קובעת גם אם הם פוגעים בזכויות אדם.

הפסיקה ביחס למעמד חוקי היסוד-

מעמד של חוקי יסוד לא משוריינים הינו שאפשר לבטל אותם בחקיקה רגילה (מעמד כמו חוק רגיל- לא עליון).

החריג היה שהיה ס' 4 משוריין בחוק יסוד הכנסת שעסק באיך מבצעים בחירות לכנסת וביהמ"ש בפס"ד ברגמן אמר שכאשר חוק פוגע בס' 4 לחוק יסוד הכנסת הוא חייב לעמוד בתנאי השיריון הפרוצדורליים (רוב של 61 ומעלה) ולא, ביהמ"ש מוסמך לבטל חוק של הכנסת במקרה המאוד ספציפי הזה.

בשנת 92 התקבלו בכנסת חוק כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. החוקים הקנו לראשונה זכויות אדם. בחופש העיסוק יש נוקשות- אין לשנות חוק זה אלא ברוב מיוחד. בשני חוקי היסוד יש פסקת הגבלה (לא ניתן לפגוע בחוק זה אלא בתנאים שקובע חוק היסוד), בנוסף יש ס' שמירת דינים- כל הדינים לפני קבלת החוק תוקפם ישמר ומזה לומדים שהחוקים שנחקקים לאחר מכן ונוגדים את חוקי היסוד יהיו בטלים. כל רשויות המדינה (כולל הכנסת) חייבות לכבד את חוקי היסוד.

בחוקי היסוד הללו היה חסר הגדרה- לא היה רשום בשום חוק שהוא עליון ושחוק שסותר הוא בטל ושיש סמכות ביקורת שיפוטית ואין נוקשות פרוצדורלית.

התשובה לשאלה האם הכנסת הבינה מה היא עושה (מהפכה חוקתית) תלויה באת מי שואלים.

**פס"ד בנק המזרחי:**

"במרץ 1992 נחקקו חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם חקיקתם חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי. חוק "רגיל" של הכנסת אינו יכול לשנותן. חקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בזכות אדם מוגנת אלא אם כן מתקיימות הדרישות הקבועות בחוקי היסוד. אי-קיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי. זהו חוק שנפל בו פגם חוקתי. בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו.

ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (bill of rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם... מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ .1992" [ברק, בנק המזרחי]

דעת הרוב מובאת על ידי הנשיא היוצא שמגר והנשיא הנכנס ברק (נתנו לשמגר כבוד ולכן הוא דעת רוב ראשונה וברק דעת רוב שניה). דעת מיעוט שנעסוק בה היא של חשין. הביסוס של פס"ד זה הוא דעת הרוב של ברק.

כל השאלות הגדולות שפס"ד ברגמן התחמק מהם פס"ד מזרחי התעקש ודן בהם.

**השאלות:**

**מהו מעמד חוקי היסוד?**

ביהמ"ש קובע לראשונה שלחוקי היסוד יש עליונות נורמטיבית- מעמד על חוקי. בנק המזרחי עושה קפיצה משמעותית ואומר שכל חוקי היסוד- גם אלו שלא משוריינים הם בעלי מעמד נורמטיבי עליון על-חוקי.

**מה דינו של חוק שסותר חוק יסוד? (משנה? פוגע?)**

חוק שסותר חוק יסוד הוא בטל כיוון שעצם הרעיון של העליונות הנורמטיבית אומרת שחוק לא יכול לסתור חוק יסוד. מה שכן, בנק המזרחי יוצר את ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה שלא היתה קימת בפס"ד ברגמן.

הפירוש של פגיעה היא כמו שהיה בברגמן- יצרו חוק מימון מפלגות שפגעו בעקרון השיוויון בחוק יסוד הכנסת. דהיינו, הפגיעה היא במימוש של חוק היסוד. אם הפגיעה היא כ"כ קיצונית שהיא מרוקנת את החוק מתוכן אפשר לומר שהפגיעה מגיעה לכדי שינוי.

שינוי זה ליצור חוק שמורה על ביטול חוק או ס' או לשנות מילים מסוימות בחוק.

הנשיא שמגר מבצע את ההבחנה הזו. מציין שפס"ד ברגמן יצר בילבול.

למה בכלל צריך לבצע את ההבחנה?

כי בחוק יסוד חופש העיסוק מציינים מה קורה כשפוגעים בזכויות (פסקת הגבלה) וגם איך אפשר לשנות את החוק- באיזה תנאים (נוקשות).

אז מה ההבדל בין שניהם ולמה צריך לעסוק בו. ההסדרים הם שונים- יש הבדל בין איך אפשר לשנות לבין איך אפשר לפגוע.

ביהמ"ש קובע בפס"ד זה:

* שינוי חוק יסוד (גם לא משוריין) יכול להעשות אך ורק ע"י חוק יסוד אחר (שבכותרתו חוק יסוד) ולא ע"י חקיקה רגילה. ביהמ"ש הפך הלכות קודמות (פס"ד נגב ופס"ד קניאל) בקביעה זו. לכנסת יש סמכות לקבוע שינוי מבחינה פרוצדוראלית כאשר יש קביעה ספציפית שמחייבת רוב נדרש ע"י אותו רוב נדרש וכשאין קביעה כזו אפשר לבצע זאת ברוב רגיל.
* פגיעה בחוק יסוד כאשר יש פסקת הגבלה בחוק תהיה לפי ההנחיות שקיימות בפסקת ההגבלה וניתן לפגוע לפי חוק רגיל לא רק חוק יסוד.

פגיעה בחוק יסוד כאשר אין פסקת הגבלה נותרה בצריך עיון בפס"ד מזרחי ובפסיקה מאוחרת יותר החלו להתעסק בזה.

תחילה בפס"ד חירות נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית- שם נקבע כי אם אין פסקת הגבלה בחוק יסוד לא ניתן לפגוע בו. אבל זה יוצר אירוניה כי חוקי היסוד הישנים לא ניתנים לפגיעה בכלל וחוקי היסוד שיצרו את המהפכה החוקתית- כבוד האדם וחופש העיסוק כן ניתנים לפגיעה.

לאחר מכן ביהמ"ש נסוג מההחלטה הזו ופס"ד מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית ביהמ"ש מפעיל פסקת הגבלה שיפוטית- הוא אומר שאם אין פסקת הגבלה נקרא את חוק היסוד כאילו יש פסקת הגבלה ויהיה מותר לפגוע בחוק לפי התנאים של פסקת ההגבלה. מהלך מאוד אקטיביסטי מצד ביהמ"ש אך מקל על הכנסת כי עכשיו היא יכולה לפגוע יותר. (הם לא יבואו בתלונות על אקטיביזם של ביהמ"ש כי זה מאפשר להם לפגוע יותר בחוקי יסוד אז זה טוב להם).

**האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה (פרוצדורלית ומהותית)?**

בברגמן נרמז שכן ובפס"ד מזרחי ביהמ"ש קובע במפורש שכן. ושגם מגבלות פרוצדורליות וגם מהותיות הם רלוונטיות.

**מה מקור הסמכות של הכנסת לכונן חוקה וחוקי יסוד שיהיו עליונים וקשים?**

**גישת שמגר**: יש לה סמכות. כיוון שלפי הגישה הבריטית של הפרלמנט הכנסת היא כל יכולה זה אומר שהיא יכולה לקבל כל חוק שהוא למעט חוק שמגביל את עצמה והופך אותה ללא כל יכולה. שמגר אומר שהגישה הנכונה של הכנסת היא כל יכולה אז היא יכולה לעשות הכל וגם להגביל את היכולת שלה בעתיד.

**גישת ברק:**יש לה סמכות. זה לא שהיא ריבון כל יכולה אלא היא בעצם שני גופים שיושבים בתוך אותו גוף- תורת שני הכובעים. הכנסת היא גם הסמכות המכוננת וגם המחוקקת ואז איך ייתכן שהיא תיצור חוק יסוד שתגביל את עצמה בעתיד. ברק אומר שבעצם יש שתי סמכויות נפרדות ושבמקרה הם יושבים באותו מוסד. כשהכנסת מחוקקת חוקי יסוד היא סמכות מכוננת ובחקיקה רגילה היא סמכות מחוקקת. אותו גוף הוא בעל שתי פונקציות.

ההבדל ביו מכוננת למחוקקת- אסיפה מחוקקת היא שקובעת חוקים ואסיפה מכוננת היא גוף שמקבל חוקה. במודל הקלאסי הן ניפרדות אחת מהשניה והאסיפה המכוננת מתכנסת רק כדי לאשר חוקה ואז מתפזרת.

ברק מצדיק את עצמו ומסמיך דבריו ומנתח את ההסטוריה החוקתית של מדינת ישראל:

* הכרזת העצמאות קבעה אסיפה מכוננת ולה היה גם את הכתר של האסיפה המחוקקת- הכנסת הראשונה. לקראת פיזור הכנסת הראשונה נקבע שכך זה יהיה גם בעתיד- כל הסמכויות (גם הסמכות המכוננת) עוברות לכנסות הבאות.
* ברק גם מזכיר את החלטת הררי: החוקה תתקבל פרקים פרקים שיהיו חוקי יסוד. הכנסת אמרה שהיא תמשיך לקבל את הסמכות שלה אבל לא על ידי חוקה אלא על ידי חוקי יסוד.

שמגר וברק מגיעים בדיוק לאותם מסקנות רק בהסברים תאורטיים שונים. שניהם סוברים (לעומת חשין) שלכנסת יש סמכות להגביל את עצמה גם מבחינה תוכנית וגם פרוצדורלית.

**גישת חשין:** אין לה סמכות. דעת המיעוט של חשין מסכימה עם כך שלכנסת הראשונה היתה סמכות מכוננת אבל חולק על כך שלכנסת הנוכחית יש סמכות מכוננת והטענה שלו היא שחוק המעבר (זה שהעביר את סמכויות הכנסת הראשונה לשניה) הוא לא תקף כי לא היה לכנסת הראשונה סמכות לעשות את זה. ולכן- מהכנסת השניה ואילך הכנסת היא רק רשות מחוקקת ולא מכוננת. חשין אומר שהכנסת יכולה ליצור חוק עם מגבלה ושיריון לעצמה רק עד רוב של 61 (לאו דווקא חוק יסוד אלא כל חוק).

**האם לבתי המשפט יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד?**

כן, ביהמ"ש נותן תוקף לעליונות נורמטיבית וכאשר ביהמ"ש רואה חוק שסותר חוק יסוד יש לו את הסמכות להכריז על בטלותו. זהו מהלך משמעותי היות ולראשונה מוכרת ביקורת שיפוטית תוכנית על חקיקה ראשית.

חשוב לזכור:

בסוף פס"ד כאשר ביהמ"ש ניגש ליישום החוק הספציפי הוא קבע שהחוק תקף- דהיינו, הוא לא הפעיל את סמכות הביקורת השיפוטית ובעצם כל התיאוריות שנבעו מפס"ד זה הן הוביטר ולא רציו. בעצם תשובות למה שהחלו לעסוק בו בברגמן. ברגמן לא אמר ועשה ובנק המזרחי אמר ולא עשה.

**סיכום המהפכה החוקתית בעקבות בנק מזרחי:**

**האם יש לנו בכלל חוקה?**

כן.

ברק מודיע בפס"ד מזרחי ש-11 חוקי היסוד הם החוקה. עד 1992 חשבנו שאין לנו חוקה- מודל בריטי שהכנסת היא כל יכולה ושהחריג היחיד הוא ברגמן. בנק המזרחי אומר שלא- שיש לנו חוקה ושכפועל יוצא יש לנו ביקורת שיפוטית חוקתית. דמוקרטיה חוקתית לדבריו של ברק.

יש חסרונות מבחינת התוכן (חסר חוק יסוד החקיקה ועוד זכויות אדם) וחסרונות מבחינה פורמלית ומבחינת ההגדרה של עקרון העליונות. בנוסף, היא מינמלית מבחינת היבט של נוקשות.

**מאפייני החוקה והגדרתה?**

* מבחינת חוקה מטריאלית: יש לנו הסדרים של כמעט כל רשויות השלטון (הכל חוץ מחוק יסוד החקיקה). מאז חוקי היסוד של 92 יש לנו מגילת זכויות אדם ויש לנו קביעה של ערכי יסוד של המדינה.

מבחינת ההגדרה של תוכן חוקתי חוקי היסוד הם אינם מושלמים אבל בגדול מקיימים את הדרישות.

* מבחינת חוקה פורמלית: בשל החלטת הררי במקום שתהיה לנו חוקה אחת יש לנו מקבץ של חוקים חוקים והדרישה הפורמלית היא שבכתורת של החוק תהיה חוק יסוד.
* מבחינת האלמנט של העליונות: מאז מזרחי כל חוקי היסוד הם עליונים לחוקה רגילה והמשמעות היא שחוק שמנסה לפגוע או לשנות חוק יסוד ולא עומד בתנאיו של בנק מזרחי הוא בטל.
* מבחינת האלמנט של נוקשות: יש נוקשות מינמלית. מאז המזרחי אם רוצים לבטל או לשנות חוק יסוד חייבים לעשות זאת רק באמצעות חוק יסוד וזה אומר שזה בדיוק אותו רוב כמו בחקיקה רגילה והכותרת צריכה להיות חוק יסוד.

**מי עשה את המהפכה החוקתית בישראל:**

שנוי במחלוקת.

לגישת ברק: המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת ב-92 כאשר היא העניקה לישראל מגילת זכויות אדם חוקתית ובכך היא הביעה עמדתה לגבי מעמדם העליון של זכויות האדם. בנק המזרחי נתן את האישור הפומרלי השיפוטי למהלך. לאחר מכן במאמרו "בת מצווה למהפכה החוקתית" ברק מציין כי זהו שילוב של הכנסת ושל ביהמ"ש בפס"ד מזרחי.

לגישת לנדוי: היה המבקר הגדול ביותר של בנק מזרחי. החוקה נוצרה ע"י ביהמ"ש בפס"ד מזרחי ללא קשר לכנסת. הנימוק שלו הוא שהכנסת לא התכוונה בקבלת חוקי היסוד שהיא יוצרת חוקה כאסיפה מכוננת- כל זה ביהמ"ש הודיע לה בפס"ד.

האם נכון לראות את פס"ד ברגמן כמתחיל את המהפכה החוקתית?

ניתן לטעון שבפס"ד מזרחי רק חוזרים על מה שברגמן אמר- חוק יסוד עליון לרגיל ושחוק שסותר אותו בטל ויש סמכות לביקורת שיפוטית. ומכאן אפשר לטעון שפס"ד מזרחי הוא רק הרחבה לברגמן. מצד שני אפשר לטעון שברגמן לא עסק בתאוריות עקרוניות והיה צר ולכן לא נכון לראותו כמתחיל מהפכה חוקתית.

**המצב החוקתי כיום:**

**בבית המשפט:**

ביהמ"ש התייחס להלכת בנק המזרחי כחייבות (למרות שהם היו בהוביטר). בוטלו 11 חוקים שסתרו חוקי יסוד בהסתמך על מזרחי. תחילה התמורות היו בטיפין טיפין, הנשיא ברק בנה את היסודות התאורטיים וההשפעות המשמעותיות היו בתקופת הנשיאה בייניש. נק' המפנה היתה בחוק ההפרטה של בתי הסוהר. פעם ראשונה שביהמ"ש מבטל חוק שלם ומשנה מדיניות משמעותית ובלם את מדיניות ההפרטה של הממשלה ומאז זה רק התגבר כשהדוגמה המשמעותית ביותר היא כאשר הנשיאה בייניש ביטלה את חוק טל.

בנק המזרחי יצר את התורה ולא יישם אותה בפועל אך ביהמ"ש מאז מיישם אותה בפס"ד שונים.

ביהמ"ש ביצע השלמות לפס"ד מזרחי בפס"דים שמאוחר יותר-

1. יישום וביטול 11 חוקים.
2. אשרר את הקביעות בבנק המזרחי שכל חוקי היסוד הם במדרגה נורמטיבית עליונה ולא רק חוקי יסוד של 92. היום לכל חוקי היסוד יש מעמד חוקתי עליון.
3. פסד"ים אחרים מאוחרים יותר השלימו את מגילת הזכויות החוקתיות- הכירו בזכויות שלא היו מנויות במפורש ובעוד שבנק המזרחי עסקו בזכויות שכתובות במפורש בפס"דים מאוחרים צוין כי גם לזכויות שלא רשומות במפורש יש מעמד נורמטיבי עליון על חוקתי (הזכות לשיוויון- ביטול חוק טל). זירת התפתחות זו היא הכי משמעותית- הכרה בעוד זכויות בלתי חוקתיות כדי לתת להם מעמד חוקי. שיוויון וחופש ביטוי הן זכויות חוקתיות למרות שהיא לא כתובה במפורש.

**בכנסת:**

יש אינדיקציות שהכנסת קיבלה את המהפכה כי היום בהליך החקיקה יש הבנה שהחוקים צריכים לא לסתור את חוקי היסוד. המעניין הוא שהמגמה הזו החלה לפני בנק מזרחי (טענה זו עלתה גם ע"י אמנון רובינשטיין שהיה מהטוענים שהכנסת ידעה מה היא עושה בחקיקת חוקי היסוד).

נוצרה הנחה שיש להתחשב בחוקי היסוד אך יחד עם זאת זה נתון לוויכוח האם איכות הדיון החוקתי הוא ראוי והכנסת באמת מכבדת ואוכפת את החוקה בעצמה (מחקר של ד"ר איתי).

היבטים של מה קורה בכנסת מאז 92:

* פסקת ההתגברות.

פסקת התגברות אומרת שהכנסת ברוב מיוחד יכולה לפגוע בחופש העיסוק ובגלל שהיא לא השתמשה בזה אלא רק פעם אחת אפשר ללמוד שהיא מכבדת את המגבלות.

פסקת ההתגברות נמצאת בחוק יסוד חופש העיסוק ואומרת שאפשר לפגוע בחוק גם לא בתנאים של פסקת ההגבלה כל עוד עושים זאת ברוב מיוחד וזה תקף לתקופה מוגבלת.

* התגובה של הכנסת לביקורת שיפוטית:

ביהמ"ש ביטל 11 חוקים והכנסת הגיבה לכך בזה שהיא קיבלה את הסמכות של ביהמ"ש ולא העלתה תגובות נגד לא לביטול החוקים הללו ולא לפס"ד מזרחי. הכנסת ניסחה את החוקים שבוטלו באופן אחר ולעיתים אפילו לפי מתווה שביהמ"ש בעצמו הציע ולפיכך אפשר לראות שהכנסת קיבלה עליה את הדין של מזרחי, את המהפכה החוקתית ואת הביקורת השיפוטית.

* נסיונות להשלים את המהלך החוקתי:

נעשים כמה נסיונות לחוקק חוקי יסוד נוספים- גם חוק יסוד החקיקה ולפני כמה שנים היה ניסיון לגבש חוקה כוללת של וועדת חוק חוקה ומשפט והיוזמה העדכנית ביותר זה תזכיר חוק יסוד החקיקה ממרץ 2012 (תזכיר זה השלב לפני ההצע"ח).

**ביקורת שיפוטית:**

1. **הגדרת ביקורת שיפוטית-** ביקורת שיפוטית חוקתית- הסמכות של ביהמ"ש לבטל חוק שסותר את החוקה ובמקרה שלנו את חוקי היסוד.

זאת להבדיל מביקורת שיפוטית מנהלית שזה הסמכות של ביהמ"ש לבחון את הרשות המבצעת.

סמכות הביקורת השיפוטית טומנת בחובה את הסמכות לפרש את החוק הרלוונטי ולקבוע אם יש סתירה בין החוק לבין החוקה. ביהמ"ש קורא את תוכן החוק ואז בוחן את שאלת הסתירה. כמו כן, הסמכות טומנת גם את היכולת לבטל חוק כאשר קיימת סתירה.

1. **הבעייתיות שטמונה בביקורת שיפוטית ובכך שביהמ"ש מוסמך לבטל חוק:**
2. קיים קושי אנטי רובני (מהמילה רוב)- איך ייתכן שגוף שלא נבחר ע"י הציבור מבטל החלטות של גוף שכן נבחר. זה מבטל את הרעיון הבסיסי של דמוקרטיה- הכרעת הרוב. חקיקת הכנסת (הבנחרת ע"י העם) אמורה לייצג את דעת הרוב בעם ואז כאשר ביהמ"ש יכול לבטל חוק של הכנסת זה מסכל את האלמנט הדמוקרטי. (טיעון של אלכסנדר ביקל אוניברסיטת ייל).
3. הפרדת רשויות- הסמכות לחוקק, לתקן ולבטל חוק היא בידי הכנסת. אז ברגע שנותנים לביהמ"ש סמכות לשנות את תוכן החקיקה הראשית מקנים לביהמ"ש סמכות חקיקתית ומקנה התערבות בסמכויות הכנסת ובהפרדת הרשויות.
4. עצם העובדה שיש ביקורת שיפוטית פוגע בשיויון בין הרשויות ומעמיד את ביהמ"ש מעל הרשויות האחרות היות וזה מציב את ביהמ"ש מעל הפרלמנט וגורם לעליונות ביהמ"ש.
5. אין בחוקי היסוד אמירה שלביהמ"ש יש סמכות לביקורת שיפוטית. בחוקות אחרות זה מצוין באופן מפורש ואז אין בעיה לגיטימיות כי החוקה מסמיכה את ביהמ"ש לפעול בצורה הזו (והחוקה נקבעת ע"י הכנסת). בארץ, באף אחד מחוקי היסוד לא מצויין כי יש סמכות ביקורת שיפוטית (אין גם עליונות מפורשת לחוקי היסוד). יתרה מכך, היו נסיונות להעביר חוק יסוד חקיקה שהסמיכו את ביהמ"ש לביקורת שיפוטית אך הכנסת מעולם לא אישרה אותו. יש עוד ארצות כמו ישראל בהן אין הסמכה מפורשת בחוקה לביקורת שיפוטית וביהמ"ש הסיק סמכות כזו, לדוגמא פס"ד מלבורן נ' מדיסון של ביהמ"ש העליון האמריקאי 1803 (יש חוקה כתובה וביהמ"ש הסיק שהיא עליונה ושיש לו סמכות לביקורת שיפוטית- דומה מאוד ואף מצוטט בפס"ד מזרחי).
6. **ההצדקות לביקורת שיפוטית:**
7. השאלה מהן הטעמים לביקורת זו רלוונטית משלושה היבטים-
8. צריך להצדיק ביקורת שיפוטית הואיל **ואין הסמכה מפורשת**.
9. **יש להגן על הלגיטימיות** של הביקורת השיפוטית כמענה לטענות הקשות שעולות מולה.
10. גם אם מניחים שיש סמכות, בשאלה מהן ההצדקות לביקורת שיפוטית נגזרת גם השאלה **באיזה מקרים ספציפיים** יהיה מוצדק שביהמ"ש יעשה שימוש בסמכות זו (יתבהר בוויכוח בין גרוניץ לבין ברק).
11. גישת השופטים בדבר הטעמים לביקורת שיפוטית-

**ברק בבנק המזרחי (דעת הרוב הרווחת ששלטה עד גרוניץ):**

1. **"הדמוקרטיה המהותית**" אהרון ברק- אחד הטיעונים נגד הביקורת הוא שהיא אנטי דמוקרטית. אז ברק מגדיר מחדש את הדמוקרטיה ואומר שהיא לא רק פורמלית (הכרעת הרוב בבחירות) אלא גם דמוקרטיה מהותית שמכילה ערכי יסוד, הגנה על מיעוטים וזכויות אדם. בהגדרה רחבה יותר של הדמוקרטיה מבינים שאין סתירה בין ביקורת שיפוטית לבין דמוקרטיה כי החלק המהותי של הדמוקרטיה של פחות חשוב מהפורמלי.

ברק מסמיך את דבריו בשלושה אופנים:

1. מה שנמצא בחוקה עצמה הוא **רצון העם** ולכן כאשר הוא מממש את זה הוא לא מסכל את רצון העם אלא להפך- הוא מגן על רצון העם והריבון כפי שבה לידי ביטוי בחוקה.
2. דמוקרטיה היא לא רק הכרעת הרוב אלא גם ערכי יסוד, הגנה על מיעוטים והגנה על זכויות אדם. כאשר ביהמ"ש מבטל חוק שסותר זכויות אדם זה אומנם אנטי רובני (פוגע בהכרעת הרוב) אך הוא מגן על ערך אחר של הדמקורטיה שלא פחות חשוב- זכויות אדם. ואז בעצם הביקורת מקדמת את **הדמוקרטיה המהותית** ומגנה עליה.
3. בארץ אין קושי אנטי רובני כי במילא הכנסת בעצמה קובעת את חוקי היסוד ויכולה לשנות את רובם בכל רוב שהוא. אז אם הכנסת לא מרוצה מפס"ד של ביהמ"ש היא יכולה ברוב רגיל פשוט לשנות את החוק (אין באמת שיריון אמיתי לחוקה). דהיינו, **הכרעת הרוב תמיד יכולה לנצח את ביהמ"ש.**
4. כנגד הטיעון של עקרון הפרדת הרשויות ברק טוען שביקורת שיפוטית נדרשת **מעקרון הפרדת הרשויות:**
5. מגדיר מחדש את עיקרון הפרדת הרשויות שכולל גם "איזונים ובלמים"- אנו רוצים שהרשויות יתערבו בסמכויות האחת של השניה כדי ליצור איזונים ביניהם.
6. לפי הפרדת הרשויות הסמכות של הכנסת היא לחוקק אבל לביהמ"ש יש את הסמכות לפרש את הנורמות. אם ביהמ"ש מוסמך לפרש חוק אז מטבע הדברים הוא יכול להורות על ביטולו כאשר הוא מבחין בסתירה.

כנגד טיעון זה ניתן לומר שביהמ"ש מוסמך לפרש אך לאו דווקא לבטל כפי שקורה במודל הבריטי. כנגד ברק, ניתן לומר גם שאפשר להסתפק בכך שכל רשות מפרשת בעצמה את החוקה ומוודאה בעצמה שהיא עולה בקנה אחד עם החוקה.

1. עוד הצדקה לביקורת שיפוטית כנדרשת **מעקרון שלטון החוק כי זה מבטיח שהכנסת באמת תהיה כפופה לחוקה**:

בדמוקרטיה התפקיד של ביהמ"ש הוא להקפיד על שלטון החוק, כלומר- ביהמ"ש חייב להבטיח שכל רשויות השלטון כולל הכנסת פועלים בכפוף לחוק לרבות החוקה ואז כאשר ביהמ"ש מבטל חוק של הכנסת בהתאם לחוקה הוא מכפיף את הכנסת לחוקה ומגן על עקרון שלטון החוק.

1. **למה דווקא ביהמ"ש יפקח על הכנסת**?
2. המרכיבים של הרשות השופטת והאופי של השופטים הם שמצדיקים את זה- ביהמ"ש נהנה מעצאות וחוסר תלות וזה מאפשר לו לא לעבוד לפי קבוצות אינטרסים אלא להבטיח שהוא יפעל לפי ערכים אוביקטיביים שמעוגנים בחוקה.
3. מה שאוכפים נגד רצון הרוב של הכנסת הוא לא השקפה סובייקטיבית של המפקח על הכנסת אלא ערכים שמגעונים בחוקה עצצה. התפקיד הוא לממש את ערכי החוקה. ההסמכה של השופטים מלמדת אותם לממש ערכים אובייקטיבים של החברה ולשים בצד את ההשקפות הסובייקטיביות שלהם.
4. ביהמ"ש ביצע בעבר כבר ביקורת שיפוטית- מפס"ד ברגמן ועד פס"ד לאור ולכן זו כבר מסורת משפטית שביהמ"ש מצבע את הביקורת הסמכותית.

**גישת גרוניס בבג"צ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון-**

עסק בביקורת על חוק טל, גרוניס לא דן בגופו של עניין היות וטען כי אין הצדקה לביקורת שיפוטית ואז מנה את המקרים בהם מוצדקת ביקורת שיפוטית:

1. הגנה על מיעוטים מפני עריצות הרוב- ההצדקה האמיתית לביקורת שיפוטית היא כדי להגן על מיעוטים ויחידים מפני ריצות הרוב. במקרה דנן אין פגיעה של הרוב במיעוט אלא החלטה דמוקרטית של הרוב לתת זכות יתר למיעוט, הפגיעה בשיוויון היתה באינטרסים של הרוב על ידי הרוב. ניתן להתערב רק כאשר הרוב משתמש בכוחו כדי להתעמר על מיעוטים.
2. הגנה על כללי המשחק הדמוקרטיים- תפקיד ביהמ"ש הוא לוודא שהרוב לא משתמש בכוחו כדי לסכל את הדמוקרטיה ולהפר את כללי המשחק של הדמוקרטיה. נניח והכנסת מעבירה חוק שמבטל בחירות נוספות אז הוא מסכל את הדמוקרטיה ולכן מוצדק שביהמ"ש יתערב, מכאן, שלא נכון לסמוך על הרוב אלא צריך שביהמ"ש יתערב.

גרוניס עוסק בכללי המשחק של הדמוקרטיה הפורמלית(בחירות, הכרעת רוב וכו') הוא לא מגדיר מחדש את הדמוקרטיה אלא רק טוען שזה מוצדק להתערב בדמוקרטיה רק כאשר יש פגיעה בדמוקרטיה הפורמלית, הגרעינית (ולא המהותית כפי שטען ברק).

גרוניס טוען בהתבסס על התיאוריה של ג'ון אילי שביהמ"ש צריך לפעול כמו שופט כדורגל. כלומר, כל מה שהוא צריך זה לוודא שנשמרים כללי המשחק ולא להתערב בתוצאות המשחק (תפיסה צרה יותר לפתקיד ביהמ"ש).

**תשובת ברק לגרוניס-**

1. הגישה של אילי וגרוניס לא פרקטית כי קשה להבחין מהו פורמלי (כללי משחק) ומהו מהותי. לדוגמא- כאשר יש פגיעה בחופש הביטוי אפילו אילי הודה שצריך לבצע ביקורת שיפוטית. המבקרים טוענים שניתן להגדיר כל זכות כהליך או כמהות וכן כי קשה להבחין בין מיעוט לבין רוב היות וזה לא תמיד מספרי ולעיתים נובע מכח השפעה (חרדים יש השפעה רבה במובנים מסוימים על אף היותם מיעוט).
2. התפיסה של גרוניס לדמוקרטיה היא צרה מדיי, דמוקרטיה לטענת ברק היא לא רק פורמלית אלא גם מהותית והתפיסה של גרוניס כאילו יש להגן רק כאשר יש פגיעה בדמוקרטיה פורמלית היא לא מוצדקת.
3. גישת גרוניס לא התקבלה בארצות אחרות וגם לו כן הייתה זה לא מתאים למבנה החוקתי של ישראל.
4. לא מתאים לכל הפסיקה הקיימת- אם ניישם גישת גרוניס לא תהיה הצדקה לכל הפס"דים מאז בנק מזרחי וכל החוקים שבוטלו.
5. לא מתיישב עם מבני חוקי היסוד הואיל והם לא עוסקים בעילות של מי שטוען לפגיעה שייך לקבוצת מיעוט או רוב אלא הם מגנות על זכויות אדם באשר הוא אדם בלי משים לאיזה קבוצה הוא שייך (רוב או מיעוט) וגישת גרוניס תביא לסטייה מהמודל הקיים בחוקי היסוד.
6. חוקי היסוד מזמינים הכרעות ערכיות- האם החוק הוא בתכלית ראויה ועולה עם ערכי מ"י. חוקי היסוד עצמם ע"י פסקת ההגבלה מחייבת את ביהמ"ש לבדוק את החוק לגופו ולתת הרכעה ערכית ולא פרוצדורלית.

**תשובת בייניש לגרוניס בבג"צ רסלר 6298/07-**

1. בייניש חזרה על טיעוני ברק והדגישה כי המבחן הרלוונטי לפי הגישה השולטת של המשפט החוקתי הישראלי זה האם הפגיעה חוקתית ולא מסתכלים על מי האדם שנפגע- מי האדם יכול להיות שיקול רלוונטי בהפעלת הביקורת אך לא בשאלה אם להפעיל מלכתחילה את הביקורת או לא.
2. התעורר וויכוח האם זה תפקידו של ביהמ"ש להביא לשינוי חברתי.

גרוניס טוען שזה מסוג המקרים בו מבקשים מביהמ"ש לעשות שינוי חברתי משמעותי ובמילא ביהמ"ש הוא לא גוף שאמור לבצע את השינוי החברתי ולכן ביקורת שיפוטית היא לא אפקטיבית ולא מוצדקת.

בייניש מתווכחת עם גרוניס ואומרת קודם כל שזה לא שיקול רלוונטי אם ביהמ"ש צריך לבקר פרשה מסוימת או לא ובנוסף מוסיפה כי ביהמ"ש כן יכול להוות כלי אפקטיבי לשינוי חברתי.

הם נכנסו לוויכוח תאורטי שבוחן האם ביהמ"ש הוא כלי אפקטיבי לשינוי חברתי או לא בהתבסס על הספר האמריקאי "התקווה החלולה" של רוזנברג.

בייניש טוענת שהשפעה של ביהמ"ש מהווה זרז ראשוני ואז תהליכים דמוקרטיים ודעת הקהל יכולים לעשות את העבודה.

**גישת חשין בבג"צ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל:**

(אנו עוסקים בחוק טל ובחוקיות שלו)

כמו דעת היחיד של גרוניס, חשין כתב דעת יחיד בכיוון ההפוך. צריך להתרעב ולבטל את חוק טל. לא עניין אותו אם שיוויון זה חלק מכבוד האדם או לא ומבחינתו זה לא רלוונוטי אם זה מעוגן בחוק יסוד או לא, מספיק ששיוויון מעוגן בדמוקרטיה זה כשלעצמו מספיק לו בשביל לבטל את חוק טל.

נק' המוצא של חשין היא שמאז בנק מזרחי אין ספק שביהמ"ש מוסמך לבטל חוק שסותר את חוקי היסוד (בתקופת מזרחי הוא היה מתנגד גדול ושינה בצורה משמעותית את דעתו וקיבל את דעת הרוב). חשין אומא שגם צריך לקחת זאת צעד אחד קדימה- אין הצדק להגביל ביקורת שיפוטית רק בחוקי יסוד אלא גם שחוק סותר עיקרי יסוד שאינם מעוגנים בחוקי יסוד.

מהם עיקרי היסוד? לפי תפיסת העולם של ביהמ"ש.

חשין טוען שניתן לבטל חוק כאשר הוא סותר עיקרי יסוד שלא מעוגנים בחוקי יסוד-

1. כאשר הוא סותר את עצם קיומה של המדינה
2. כאשר הוא סותר את היותה יהודית
3. כאשר הוא סותר את היותה דמוקרטית או עיקר מעיקרי הדמוקרטיה כגון שיוויון. הפטור של בחורי ישיבות בגיוס פוגע בשיוויון שהוא ערך דמוקרטי ויש לבטל אותו- יישום גישתו מהווה הרחבה וגישה זו מכניסה בין השורות את התפיסה של הדמוקרטיה המהותית עליה דיבר ברק.

\*את גישה זו של חשין ברק מעלה בדעת יחיד בפס"ד לאור שניתן לבטל חוק שסותר עקרונות יסוד ולא חוקי יסוד אך הוא טוען שטרם הגיע הזמן לכך.

**תשובת ברק לחשין:**

1. ביהמ"ש צריך לעשות כל שביכולתו כדי להשפיע לפי חוקי יסוד קיימים ולא עקרונות יסוד.

הוא חוזר על דעתו בפס"ד לאור ושזה לא נכון בינתיים לאמץ גישה כזו ושאחרי שיש ביקורת שיפוטית, חוקי יסוד ובנק מזרחי אז על אחת כמה וכמה גישתו בפס"ד לאור הפכה להיות עוד יותר חזקה (שעדיין אין צורך להגן על עקרונות יסוד שלא מעוגנים בחוקי יסוד).

\*האם נכון לומר שלאור חיקוק חוקי היסוד ב-92 גישתו של חשין מיותרת?

מצד אחד ניתן להגיד שיש מגילת זכויות קטנה ועדיין יש זכויות רבות שדורשות הגנה. ברק ממילא עושה פרשנות כ"כ רחבה לחוקי היסוד בניגוד לרצון הכנסת ומתיימר לומר שזה בפרשנות חקיקה. מנגד, ניתן גם לומר שאין צורך שביהמ"ש ימציא זכויות מעצמו כי הכנסת חוקקה חוקי יסוד וככה"נ רק על הזכויות הללו היא ראצה לנכון להגן.

(ברק מסכים עם גישתו של חשין הוא רק חולק על הסייפה של האפשרות השלישית של חשין לביטול חוק- הוא טוען שגישת חשין תהיה כ"כ רחבה שלכאורה ניתן לחשוב שאם לא מגייסים את החרדים אז אנחנו לא דמוקרטיה).

1. אמנם יש מקום לגישת חשין אבל ההגדרה של מתי זה מוצדק היא במקרים מסויימים- כל מקרה שסותרים את קיומה, את היותה יהודית ואת היותה דמוקרטית אבל במידה מינימלית ולא מורחבת כפי שחשין טוען.

**עילות סף**

**הגדרה:**

בהנחה שלביהמ"ש יש סמכות לביקורת שיפוטית, באיזה מצבים יפעיל אותה? מהם עילות הסף שהעותר יצטרך לעמוד בהם כדי להגיע לביהמ"ש?

נק' המוצא לדיון על עילות סף היא שלביהמ"ש יש שיקול דעת רחב אם לדון בנושא מסוים או לא- יש פער בין שאלת סמכות ביהמ"ש לעומת שיקול הדעת אם להשתמש בסמכות הזו או לא.

**הסמכות של ביהמ"ש מעוגנת בחוק יסוד השפיטה-**

ביהמ"ש העליון ידון בערעורים על פסקי דין והחלטות אחרות של ביהמ"ש המחוזיים וישב גם כבג"צ.

סמכות בג"צ: *( 15ג) ידון בעניינים שבהם הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של ביהמ"ש או של בית דין אחר.*

*(15 ד') מבלי לפגוע בכלליות ההוראה הנ"ל מוסמך בג"צ, בין היתר, "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות המקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידיים ציבוריים לפי דין".*

מהווה הרחבה עוד יותר גדולה לס' 15 ג' ביהמ"ש שואב מכך את הסמכות שלו להליכים פרלמנטריים ופעולות הכנסת שכן הם מעוגנים בדין ומתיישבים עם ס' 15 ד' בחוק יסוד השפיטה ובכך מתערב בהחלטות הכנסת.

הכנסת העניקה לבג"צ סמכות רחבה ובפועל נראה שמשארים לביהמ"ש להחליט מה תהיה גבולות הסמכות שלו.

השופטים מצידם פירשו את ס' הסמכות שלהם בהרחבה. ביהמ"ש קובע כי הסמכות לחוד וההחלטה להפעילה היא לחוד.

הסמכות זה מה שהכנסת העניקה ועילות הסף זה כאשר ביהמ"ש אומר שיש לו סמכות והמבחנים של מתי להפעיל אותה הם עילות הסף.

**ההצדקות לכך שביהמ"ש יוצר לעצמו עילות סף:**

1. נושאים בטחוניים, צבאיים שלביהמ"ש אין ידע נרחב בהם או נושאים בעלי אופי פוליטי שלא ראוי שביהמ"ש יעסוק בהם.
2. שלא יציפו את ביהמ"ש בעתירות. דרך שלו להתמודד עם העומס.

לעילות הסף יש קשר ישיר לאקטיזיבם שיפוטי- עילות הסף זה השאלה מתי הוא מתערב או לא וזה היבט של אקטיביזם שיפוטי- עצם ההחלטה להחליט, מה היקף הפעילויות שהוא מתערב בהם.

מאז שנות ה-80 ביהמ"ש צימצם מאוד את עילות הסף מה שמתיישב עם העובדה שביהמ"ש נהיה יותר אקטיביסט יותר מאז. הפרשנויות של עילות הסף הפכו לזירה של וויכוח על תפקיד ביהמ"ש לחברה מול הכנסת והממשלה- בעיקר בין גרוניס לאיילון וברק לבייניש.

**העילות המרכזיות:**

1. **זכות עמידה- מי?**

עוסקת בשאלה למי יש מעמד לבוא בפני ביהמ"ש ולהביא את המקרה? ההנחה היא שלא כל אדם אלא שיש הגבלה על סוג האנשים.

נק' המוצא הינה שהעותר צריך להראות שיש לו קשר למקרה כדי שיהיה זכאי לעתור.

הגישה המסורתית היא שכדי שלמישהו יהיה זכות עמידה הוא צריך להראות אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה. הפגיעה צריכה להיות פגיעה בזכות של העותר באופן ממשי. הגישה הייתה דווקנית מאוד וגם במקרה שהיתה קבוצה של נפגעים הם לא יכלו לעתור לבג"צ (בהמשך ביהמ"ש נסוג מגישה צרה זו).

בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים: בחור בשם נקש רצח בצרפת וברח לישראל וקיבל אזרחות מכח חוק השבות. הצרפתים ביקשו להסגירו וביהמ"ש הכריז עליו כבר הסגרה ושר המשפטים החליט לא להסגירו מהנימוק שהוק רצח מוסלמי ובבית הכלא בצרפת יש הרבה מוסלמים שיפגעו בו.

הסיטואציה היתה שבגלל שחייבים אינטרס ממשי אישי וישיר בנושא העתירה ולא היה אף אדם שזה יהיה קרוב לו אישית (חוץ מהמשפחה של הנרצח בצרפת שלא עתרה לבג"צ).

חברי כנסת ברשות אלוני עתרו והמטרה שלהם הייתה שיש פגיעה בשלטון החוק שזה ערך שהם אמונים עליו ולכן הם פונים לביהמ"ש למרות שאין להם אינטרס אישי אלא רק ציבורי.

המשיבים טענו שלא ראוי לתת לחברי הכנסת לשנות הכרעות בהליך שיפוטי ולח"כים צריכה להיות זכות עמידה עוד יותר מצומצת כי הם צריכים להשפיע בתוך הכנסת בהליכים דמוקרטיים ולא בהליך שיפוטי- הם הגישו הצעת אי אמון שנדחתה.

גישת שמגר (דעת הרוב):

נסיבות בהן ביהמ"ש יפתח דלתו גם בפני מי שלא בעל אינטרס אישי, ממשי וישיר:

* השיקול המרכזי הוא אם זה עניין מיוחד שמעלה נושא אופי ציבורי ממשי ונוגע נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק.

ככל שהמשקל הציבורי מהותי ומכריע יותר כך יטה ביהמ"ש להפעיל שיקול דעת חיובי בקשר למעמדו של העותר.

* יש משקל לעובדה אם יש עותר אחר שכן יש לו אינטרס אישי וממשי. אם יש עותר אחר אז הנטיה תהיה שלעותר ציבורי לא תהיה יכולת לפנות. אם אין אף אחד אחר אז כן יופעל שיקול דעת חיובי כדי לאשר את העתירה. (במקרה דנן, אין אדם כזה).
* העדר נפקות לעובדה שהעותרים הם חברי כנסת- לא מעלה ולא מוריד.

 גישת אילון (דעת מיעוט):

* מסכים עם שמגר ששערי ביהמ"ש לא צריכים להיות סגורים הרמטית מול כל אדם שאין לו אינטרס ישיר ממשי וישיר אך הוא מרגיש שיש הרחבה גדולה מדי ויש לקבוע גבולות ברורים כדי שהכניסה לשערי ביהמ"ש לא תהיה פתוחה "לכל מי שרוצה לתקן את העולם".
* ראוי שהמעמד של העותר יהיה מוגדר ומוגבל.
* באופן כללי למי שאין אינטרס אישי לא צריך להיות מעמד לעתירה והחריג הוא:

הנושא בעל אופי חוקתי מובהק, נוגע בציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי של חברתנו (כולל שחיתות).

\*חשוב לדעת: פגיעה בשלטון החוק או טעות בשיקול דעת זה לא מספיק!

* ההבדל בין שמגר לאילון הוא שאצל שמגר מספיק שיש נגיעה לשלטון החוק ואופי ציבורי מהותי אבל אילון מבקר את גישת שמגר "הפרוצה" לטענתו ואומר שזה שיש נגיעה לשלטון החוק זה לא מספיק ושזה צריך להיות או משהו שנגוע בשחיתות או שפוגע לגמרי במהות של הדמקורטיה. במקרה דנן שר המשפטים החליט לא להסגיר אבל לא היתה טענה שהוא פעל משחיתות ולכן זה לא מספיק.
* אילון טוען שמי שרוצה לתקן את העולם יש אמצעים של מבקר המדינה וכו' ולא להכל ביהמ"ש צריך לתת פיתרון.
* אילון טוען שאחרת זה עלול לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות כי ביהמ"ש יעסוק בשאלות ציבוריות שיותר מתאימות לרשויות פוליטיות.
* אם לא ינהגו לפי שיטתו אז ביהמ"ש יוצף בתביעות.
* אילון טוען נגד ההרחבת יתר שזה סטייה מהתפקיד העיקרי של ביהמ"ש. הכי חשוב לביהמ"ש מבחינתו הוא להכריע בסכסוכים בין שני בעלי דין ולעשות צדק דרך הגנה על זכויות שנפגעו. אם במקום להגן על זכויות נתפוס את ביהמ"ש כמגן על שלטון החוק תהיה סטיה מהתפקיד הלגיטימי של ביהמ"ש וזה יכול לבוא על חשבון מה שהוא באמת צריך לעשות.

לסיכום הפס"ד:

* גישת שמגר הפכה לגישה השולטת.
* פס"ד זה היווה את ההתפתחות החשובה ביותר בזכות העמידה ובו הוגדר העותר הציבורי. עותר שאין לו אינטרס אישי אלא שמגן על אינטרס ציבורי כללי בשלטון החוק. הגישה הזו איפשרה נתינת זכות מעמד לאגודות שמייצגות אינטרסים סביבתיים (זכויות פלש', איכות הסביבה ועוד).
* ברגע שביהמ"ש מרגיש שיש נושא חשוב בעל אופי ציבורי בנוגע לשלטון החוק או אופי חוקתי מובהק הוא מוכן לוותר על זכות העמידה.
* הרושם שנוצר במידה רבה היא שמאז תקופת ברק ביטלו לגמרי את זכות העמידה ועל כל דבר ניתן לפנות לביהמ"ש. זו מסקנה מוגזמת וגם ניתן לראות מקרים שדוחים זכות עמידה אבל אין ספק שחלה הגמשה בזכות העמידה.

המצב כיום:

בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה- העותר פנה בעתירה ציבורית (לא היה לו אינטרס אישי ממשי וישיר) בנושא קצב. רצו להעמיד אותו לדין והיו צריכים לעשות לו הליכי שימוע בהם הוא יכול לשכנע למה לא צריך להעמידו לדין. העותר ניסה למנוע את הליכי השימוע שרצו לעשות לקצב. טענתו הייתה שנוגע למוסד הנסיאות- לטענתו, לנשיא המדינה יש חסינות דיונית וחסינות זו כל עוד הוא מכהן כנשיא החסינות צריכה להתפרש על כל השלבים של ההליך הפלילי ולא רק מחוסם מפני הגשת כתב אישום אלא גם הליכים קודמים לזה, לרבות הליכי השימוע. לגישתו השימוע שעושים לו פוגע במוסד הנשיאות. המעניין הוא שדווקא קצב שהוא היה בעל האינטרס האישי הממשי והישיר פנה כנגד העתירה ואמר שהוא כן רוצה שימוע ואז נוצר ניגוד בין רצון בכל האינטרס הישיר לבין בקשה של עותר ציבורי.

ביהמ"ש מסכם את ההלכה לגבי זכות עמידה של עותר ציבורי- אומר שקיימים שלושה סוגי מקרים בהם מכירים בעותר ציבורי:

1. עניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידומו של שלטון החוק.

2. אכיפת עקרונות חוקתיים מובהקים.

3. תיקון פגמים מהותיים בפעולת המנהל הציבורי.

החריג: גם אם התקיימו התנאים הנ"ל ביהמ"ש לא יתן זכות עמידה לעותר ציבורי כאשר קיים נפגע ישיר מהפעולה השלטונית והוא עצמו אינו פונה בבקשת סעד לבית המשפט.

חריג לחריג: במקרה בו הסוגיה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות אדם.

במקרה דנן, ביהמ"ש דוחה את העתירה על הסף ואומר שאין לעותר זכות עמידה. זה המקרה בו מופעל החריג אולם אין בעניין חשיבות חוקתית מהמעלה הראשונה שתצדיק את ההפעלה של החריג לחריג. שימי לב, כשדובר על בג"ץ אלוני הכלל נשאר שצריל אינטרס אישי ממשי וישיר והעותר הציבורי הוא חריג. בפסיקה זו הכלל הוא כבר שמכירים בעותר ציבורי ואי ההכרה בעותר הציבורי הוא החריג. כיום, בגלל שהקריטריונים להכרה בעותר ציבורי הם מאוד רחבים- ניתן לומר כי מכירים בעותר הציבורי בכל מצב והחריג הוא אי הכרה בעותר ציבורי. מפס"ד זה למדים בין היתר כי עדיין קיימת זכות העמידה למרות שהקריטריונים לדחייה מאוד צומצמו.

1. **שפיטות- מה?**

מהם המקרים המתאימים להכרעה שיפוטית? האם יש מקרים שלפי טבעם לא מתאימים? נוגעת לשאלה האם העניין הוא שפיט- מתאים וראוי להכרעה שיפוטית.

זכות עמידה זה מי יכול להעלות את העתירה. שפיטות- האם הנושא ראוי להיות שפיט.

השפיטות היא אחת המושגים המשפטיים הפחות ברורים גם בתוך הקהילה המשפטית. השיטה המשפטית היחידה שבה סוגיית השפיטות היא מעוגנת ומסודרת היא בא"י, וזה בזכות פסיקתו של אהרון ברק.

המדינות האחרות שעסקות בכך, במיוחד במדינות המשפט המקובל בארה"ב ובריטניה, הנושא מעורפל עוד יותר. ודווקא בישראל יש לנו רקע שלא מחייב להסכים על כל דבר, אך יש לנו תפיסה מושגית יותר טובה.

בג"ץ רסלר-

הסוגיה הייתה גיוס ישיבות. ביהמ"ש לפי ברק פרש את המשנה החדשה לגבי שפיטות וזו ההלכה השלטת מאז:

**שפיטות= התאמה של שאלה לדיון משפטי ע"י ביהמ"ש.**

כבר מההגדרה הזו ברק יוצר הבחנה בין שתי שאלות עקרונית:

1. **שפיטות נורמטיבית:** האם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה? ברק קובע כי הכל שפיט נורמטיבית. אין סוגייה בה המשפט לא נוקט עמדה "מלוא כל הארץ משפט"- יש נורמה משפטית לכל דבר ויש אמות מידה שיפוטיות להכרעה בכל נושא.

פס"ד שריד- הייתה הנחה שביהמ"ש לא דן בעניינים פנימיים בתוך הכנסת. השינוי הוא שלעיתים בג"ץ כן ידון בענייני הכנסת. איך מחליטים אם כן או לא? –אם הנושא הוא חשוב ועקרוני ונוגע לאושיות היסוד של משטרינו החוקתי, אז גם אם מדובר בהחלטה שהיא בתוך הכנסת, ביהמ"ש ידון בה. לדוג': פסילה של חוקים שהציע ח"כ מאיר כהנא, כי החוקים נחשבו לגזעניים. בעניין שריד הספציפי התביעה נדחתה כיוון שהשאלה שעלתה שם היא לא הייתה עקרונית וחשובה אלא- האם יש לדחות ישיבה כלשהיא מהבוקר לצהריים.

אם כן, ביהמ"ש ידון בכל דבר שמובא לפניו אך בכל הקשור לכנסת ידון רק בעניינים עקרוניים וחוקתיים ולא בכל דבר קטן שמתעורר בכנסת.

כל דבר שאדם או רשות שלטונית או תאגיד עושה- הוא שפיט. המשפט באמת מתעניין בהכל, ואמורה להיות לו עמדה בכל דבר שאנו עושים.

**ברק אומר: המשפט הוא בכל- למשפט יש מה לומר על כל דבר, הכל שפיט**. גם מה שנראה לנו שהוא לא קשור למשפט, אנחנו נראה שהוא כן שפיט. למשל: גם לצאת לעניין מלחמה זה בעיקרון בסמכותה של הכנסת, אך יש כאן גם עניין משפטי-נורמטיבי. בכל מקרה, הכלל אומר שכל מה שרשות שלטונית עושה זה שפיט.

**עם זאת נראה כי ברק כורך 2 דברים נפרדים ביחד:**

זה שביהמ"ש מתעניין בתחום מסויים (כי הוא הרי מתעניין בכל), ברק מסיק מכך שיש תשובה לכל שאלה שביהמ"ש מתעסק בו.

לדעת פרופ' בנדור, זה לא מחוייב המציאות. לא תמיד לביהמ"ש תהיה תשובה להכל. לדוג': אדם חולה ומגיע לרופא ושואל אותו: "מהו הטיפול הראוי?". מדובר בשאלה רפואית, אך לא תמיד תהיה לכך תשובה. מכאן שזה שעולה שאלה בתחום המשפט, זה לא אומר בהכרח שתהיה לה תשובה, או שאיננו יודעים עדיין מהי התשובה. בתחום הדעת של המשפט יכול להיות מצב שפשוט אין תשובה (לא שיש ויכוח, אלא פשוט אין תשובה).

לדוג': הכנסת חוקקה חוק וקבעה מתי יהיו בחירות למועצות האזוריות. הס' הרלוונטי אמר שהבחירות יהיו ביום שלישי הראשון של חודש נובמבר. מי שכתב את הס' טעה, כיוון שיתכנו מצבים מסויימים שמהם לא ברור מתי הבחירות. אם כן, מתי על פי החוק אמורה להיות הבחירות? בס' יש סתירה פנימית ולכן אין דרך פרשנית ליישב בין דבר והיפוכו ולכן למשפט אין תשובה. בסוף ינתן לכך הכרעה, כי חייבת להיות הכרעה- אך המשפט לא נותן לכך תשובה. ומכאן שאין הכרח מושגי לגזור שכל שאלה משפטית בהכרח תהיה לה תשובה. אין הרבה מקרים כאלה, אך זה קיים.

1. **שפיטות מוסדית:**

למרות שקיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בהכל- האם שראוי שביהמ"ש יכריע בסוגייה הנידונה או האם הסוגיה הנידונה אמורה להיות מוכרעת במוסד אחר (למשל מוסד הממשלתי). לברק יש עמדה מצומצמת מאוד- אמנם הוא מכיר בכך שיכולים להיות מקרים לא שפיטים מוסדית אולם לגישתו אי שפיטות מוסדית פוגעת בעקרון שלטון החוק שכן אי שפיטות מוסדית אומרת שקיימת נורמה משפטית שהופרה, ולביהמ"ש יש את הכלים להכריע אולם הוא לא מכריע. ובכך בעצם החלטת ביהמ"ש לא לפסוק בעניים פוגעת בשלטון החוק. ולכן, יש לצמצם מאוד את עילת אי השפיטות המוסדית: הקריטריון המרכזי הוא חשש פגיעה באמון הציבור בביהמ"ש ובשופטים. החשש הוא שהציבור עלול להתבלבל ולחשוב שביהמ"ש נכנס לשאלות הפוליטיות ומכריע על פי שיקולים פוליטיים ודבר זה יפגע בביהמ"ש. וכך, רק במצבים בהם קיים חשש גדול מאוד לפגיעה באמון הציבור- ביהמ"ש יקבע כי קיימת אי שפיטות מוסדית.

בפס"ד רסלר **מובאת דעה מעט שונה של שמגר:** יש עניינים מסויימים שנק' הכובד שלו היא לא משפטית. אך אם ההיבט הדומיננטי של עניין מסויים הוא לא משפטי, אז ביהמ"ש לא צריך להתעסק בתחום הלא משפטי, כי אז הציבור עלול להאשים את ביהמ"ש בתוצאה.

לדוג': צה"ל רוצה לקנות מטוס קרב- איזה מטוס הכי כדאי? החלק העיקרי עוסק בענייני מקצועיות ולא בעניינים משפטיים. ולכן במידה ויתגלע סכסוך יתכן וביהמ"ש יעדיף לא להתעסק בשאלות מסוג זה, כיוון שאם ביהמ"ש יכריע בין מס' מטוסים, וזה יתגלה בהמשך ככישלון, יאשימו את ביהמ"ש. שאלת החוקיות היא תפלה לנושא העיקרי ולכן ביהמ"ש לא צריך לקחת אחריות במידה ויגלו בעיות.

פרופ' בנדור מתנגד לעניין חוסר ההכרעה עקב שפיטות מוסדית.

הביקורת של בנדור על השפיטות המוסדית:ביהמ"ש לדעתו לא צריך להגביל את עצמו לשפיטות מוסדית. גם במקרים חריגים צריכים להחליט ולא להימנע מלתת הכרעה בגלל "חוסר שפיטות". לדעת בנדור, דעת הציבור לא צריכה להוביל את ביהמ"ש, כי הרי ביהמ"ש קיים בשביל צדק ולא בשביל רצונות הציבור. אם הציבור יאבד את אמונו בביהמ"ש, זה עצוב, אך אין צורך להכריע בגלל זה על "חוסר שפיטות מוסדית".

הייתה עתירה לבג"ץ, בזמן כהונתו של אהוד ברק כראש ממשלה, הממשלה נפלה והכריזו על בחירות. בעוד מע' הבחירות מתנהלת, ברק ניסה לקדם מדיניות של ויתור שטחים. הוגשה עתירה לבג"ץ שלא יתכן שממשלה שהיא בתקופת מעבר תקדם מו"מ בתקופה כזו בנושא כה רגיש. העתירה נדחתה, כלומר שזה שפיט וחוקי.

אחד השופטים היה יצחק זמיר אמר: מאחר שהעניין איננו שפיט ולכן יש לדרוש את העתירה. כלומר שביהמ"ש לא צריך לגעת בתחום הזה בכלל.

מי שהתנגד למו"מ על מתן השטחים טען כי מדובר בבימ"ש של "מרצ" (שמאלנים). את הציבור מעניין תוצאת פסה"ד- ולא משנה להם מה היו הנימוקים. משנה להם שעכשיו בגלל זמיר (שהיה קול מכריע), איפשר את תוצאת הפס"ד. האמון או חוסר האמון של הציבור- שיכולים לייחס לשופטים מניעים לא ענייניים, הוא חשוב, אך לא ראוי שזה מה שיכריע אם עניין מסויים הוא מוסדי או לא. איננו צריכים להתחשב בדעת הציבור עד כדי כך.

בג"צ זר'זרבסקי נ' ראש הממשלה:

השופט מנחם אלון הוא בר-הפלוגתא הגדול ביותר של אהרן ברק. אלון הציג את עמדתו לגבי השפיטות זה, שם הוא מציג את העמדה המנוגדת לדעתו של ברק כפי שהביע אותה בבג"ץ רסלר משנת 86'. בבג"ץ ז'רז'רבסקי אלון תוקף את הגישה החדשה של ברק באופן חריף, והניסוח והלשון בפסה"ד היא מיוחדת, מחודדת, חריפה ועוקצנית.

אילון יוצא נגד ברק בשלוש חזיתות עיקריות-

החזית הראשונה עצם **האבחנה בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית**.

החזית השניה של המחלוקת היא כאשר **אילון יוצא נ' הטענה של ברק שהכל שפיט נורמטיבית ו"מלוא כל הארץ משפט"** ומעלה בגין זאת 2 טענות:

1. חולק על הטענה של ברק שאין פעולה אנושית שהמשפט לא חל עליה. הוא טוען שיש הרבה פעולות אנושיות שהם תחומים שהמשפט לא צריך לחול עליהם. אין נורמה משפטית על אם אדם ירקוד, ידבר בטלפון וכו'. בעיני אילון זה מלאכותי לומר שאדם יכול לרקוד ולדבר בטלפון כי לא אסרו את זה מבחינת המשפט (ברק טען שכל מה שא אסור זה מותר ולכן המשפט חל על הכל בעצם- אילון טוען שזה מלאכותי).
2. יש דברים שהם בתחום נורמות אחרות שחלות עליהם- נורמות חברתיות ומוסריות והמשפט לא חל עליהם. כמו לדוגמא- "תהיה צנוע ותעשה חסד", זו נורמה מוסרית דתית. ברק יכול להגיד שזה גם נורמה משפטית כי בגלל שאין איסור לעשות זאץת המשפט מתיר זאת ואז זה אומר שהמשפט חל גם על זה. אילון אומר שזה בכלל לא קשור לתחום של המשפט אלא לתחום מוסר ודת.

ברק בתגובה טוען שתמיד יש נורמה משפטית והעובדה שקיימת נורמה מוסרית לא אומרת שלא יכולה להיות גם נורמה משפטית.

טענה נוספת של ברק הינה שניתן לבחון הכל לפי **מידת הסבירות**. דהיינו, החלטות צבאיות לדוגמא גם אפשר לבחון לפי קנה המידה של הסבירות. בגלל שאימצנו את כך שכל רשויות השלטון חייבים לנהוג בסבירות אז זה יכול להיות אמת מידה לבחון אותם. במבחן הסבירות ביהמ"ש בודק האם נשקלו כל השיקולים והאם בוצע איזון נכון בין השיקולים השונים. זהו חלק משמעותי מהטענה של ברק שהכל שפיט כי תמיד יש קנה מידה מסוים וניתן לבדוק האם ההחלטה התקבלה בסמכות והאם היא סבירה.

אילון יוצא נגד זה ואומר שצריך להכיר בזה שבנושאים פוליטיים מדיניים אין ערך למבחן הסבירות כי מבחן זה דורש לבצע איזונים נכונים ולשופט אין את הידע המקצועי בשביל לדעת האם האיזונים בוצעו כיאות או לא (החזרת שטחים, תשלומים לגרמניה וכו').

ברק מרחיב את מבחן הסבירות יתר על המידה לדעת אילון וטוען שזה לא אמת מידה כי לביהמ"ש אין אמות מידה להעריך את השיקולים ולבחון איך ניתן לאזן ביניהם.

ברק חולק על כך ואומר שאומנם אין לנו לשופט ידע מקצועי אבל היכולת של השופט היא לדעת להכיל איזונים ולתת משקל לאינטרסים מסוימים גם אם אין מומחיות מקצועית.

החזית השלישית הינה שאילון יוצא נ' גישת ברק שרוצה לצמצם בשפיטות המוסדית, **אילון בעד שפיטות מוסדית רחבה יותר**.

אילון טוען שצריך להמנע הרבה פעמים מהתערבות ולומר שהנושא לא שפיט.

ברק טוען שאי אפשר לסמוך רק על משפט הציבור ושאין מנוס מביקורת שיפוטית. אי אפשר לסמוך רק על הרשויות הפוליטיות ואין מנוס מזה שביהמ"ש הוא שיבטיח עמידה בשלטון החוק ובנורמות משפטיות.

לדעת ברק, לא יכול להיות דין בלי דיין- שופט.

אילון מאמין שיכול להיות דין גם בלי הדיין וצריך לתת יותר מקום למערכת הפוליטית לבקר את עצמה וככל שתהיה יותר ביקורת שיפוטית מבתי המשפט יחלשו המנגנונים של ביקורת עצמית.

במקרה הקונקרטי המסקנה של אילון לגופו של ענין הינה שהסכם פוליטי הוא כן שפיט.

מבחינת מהן העילות בהן ניתן לשפוט הסכם פוליטי זה ההבדל בין ברק לבין אילון.

אילון אומר שיש פעמים שהסכם פוליטי יהיה שפיט ויש עילות שלא- לא נבחן את הסבירות של העיפים בהסכם, לא נבחן את תום הלב, אלא נשים דגש על האם יש אי חוקיות או פגיעה קשה בתקנת הציבור עד כדי טובות הנאה אישיות ושחיתות.

**המצב כיום:**

גישת ברק התקבלה באופן חד משמעי.

1. כיום הניתוח המקובל הוא של אי שפיטות נורמטיבית ומוסדית.
2. הכל שפיט ונורמטיבי.
3. הגישה של ברק שלא צריכות להיות הרבה מגבלות על שפיטות מוסדית גם היא זכתה לתמיכה גורפת.

ההשלכות של התאוריה של ברק:

1. החלטות של מפקדי צבא- תוואי של גדר ההפרדה.
2. ביהמ"ש התערב תו"כ ניהול המלחמה כאשר זה נגע לזכויות הומינטריות של עמותות פלש'.
3. אם כל זאת, בפועל יש עניינים שביהמ"ש נמנע מלהתערב בהם מטעמי רגישות פוליטית ומדינית: מדיניות חוץ, גלעד שליט, שחרור אסירים, הסכמי שלום, מדיניות בהר הבית וכו' הן סוגיות שביהמ"ש נמנע מלהתערב בהן.

הוא לא אומר שזה לא שפיט. לכאורה, הכל שפיט. אך לגופו של עניין מתחם הסבירות הוא מאוד רחב לרשויות הפוליטיות ולכן ביהמ"ש לא מתערב.

המסר שעובר בין השורות הוא שביהמ"ש לא מתערב בהחלטות הללו.

בג"צ פולארד- פולארד הגיש בג"צ ורצה שבג"צ יורה לממשלת ישראל לדרוש את קיצור העונש שלו וזאת בהמנקה שכאשר היה את המשפט שלו בארה"ב אז ישראל העבירה נתונים לביהמ"ש של ארה"ב והם השתמשו בזה למרות שהבטיחו לישראל שלא השתמשו. ופולארד ביקש שבגלל שארה"ב הפרה עם ישראל את ההסכם אז שהם יבקשו לקצר את העונש.

השופטת פורקצה לא אומרת שהנושא לא שפיט נורמטיבית (כי הכל שפיט נורמטיבית) אלא הוא אומר שזה מסוג הדברים ששפיט אבל הוא יש שיקול דעת רחב לרשויות פוליטיות וניתן להם לעשות את עבודתם.

השופטת פורקצה מעלה נק' נוספת על כך שיש פגיעה של זכויות אדם ולכן אולי צריכה להיות נטייה כן להתערב אבל ההיבט הדומיננטי יותר במקרה דנן הוא מדיניות חוץ ולכן הם לא יתערבו.

אין חידוש בהלכה הוא פשוט דוגמא יפה לגישה שקיימת כיום שלביהמ"ש ברור שהוא לא יכול להתערב אבל הוא לא אומר "זה לא שפיט" אלא שזה מסוג הדברים שנותנים שיקול דעת רחב לרשויות פוליטית והם נוטים לא להתערב בגלל זה לכאורה.

1. **בשלות- מתי?**

מהו המועד הראוי להכרעה שיפוטית? האם זה כבר הזמן המתאים להכריע או שהתנאים עוד לא הבשילו להכרעה שיפוטית?

שאלת הבשלות עוסקת במועד הביקורת השיפוטית- האם העתירה בשלה להכרעה.

עילת הבשלות באה לקדמת הבמה ב-2 פס"דים חדשים (היו סממנים לה לפני כן).

בג"צ בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי נ' שר האוצר:

נדונו על תיקון מס' 40- חוק הנכבא. חוק זה מסמיך את שר האוצר להפחית מהתקציב של גוף נתמך או מתוקצב אם נמצא בין היתר שהגוף החליט שיום העצמאות הינו יום אבל. אם גוף מסוים מוציא כספים כדי לעשות פעילות שהיא התייחסות ליום העצמאות כיום אבל אז שר האוצר מוסמך למנוע מהגוף תקציבים.

הטענה המרכזית היתה שהחוק פוגע בחופש הביטוי ויוצר השפעה מצננת כי הוא בעצם מרתיע גופים מלבצע פעולות שמביעות את השקפת העולם הפוליטי שלהם מתוך חשש שכתגובה הם יסבלו מסנקציה כלכלית שיכולה להיות קריטית עבורם. טענות נוספות הן שזהו חוק שפוגע בשיוויון ובמיעוט הערבי.

ביהמ"ש דחה את העתירה על הסף בעילה של חוסר בשלות.

השופטת נאור:

1. הודתה שהשאלה מעלה שאלות עקרוניות אך אין מקום להתייחס אליהן לגופן בעת זו.
2. היא קבעה שהעתירה לא בשלה בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית שחיונית להכרעה .
3. הדגש הוא שבמקרה הזה סעיפי החוק שביקשו לבטל בעצם עוד לא יוסמו.
4. נאור מוסיפה שהחוק קובע מנגנון שלם באיזה נסיבות שר האוצר יכול להטיל את הסנקציות וכיוון שהחוק לא יושם אז כרגע מדובר רק בספקולציות על איך יישמו אותו ושאלת היישום היא בעצם זו המשפיעה על זכויות אדם. כאשר השר ימנע תקציבים הם מוזמנים לעתור ונבדוק לגופו של ענין.

פס"ד מענין כי הוא סוטה מהפרקטיקה הנהוגה כי כן היו מצבים בהם ביהמ"ש ביטל חוק שטרם יושם כי היה נראה על פניו לא חוקתי (למשל בפרשת הפרטת בתי הסוהר שטרם יושמה ובכל זאת הוחלט שההפרטה כשלעצמה לא חוקתית ואין טעם לחכות ליישומה).

פס"ד זה מכיר בעילת הבשלות וטוען שבמקרים שהחוק טרם יושם ביהמ"ש יטה להגיד שהעתירה מוקדמת מדי וידחה אותה על הסף. עילת סף בגין מישור הזמן- לא כי הוא לא שפיט אלא שאין מה לדון עדיין בגופו של ענין עד שלא נראה בפועל את יישום החוק.

בנוסף לזה שנאור יוצרת את עילת הבשלות הזו, היא לא נותנת אמות מידה מתי ביהמ"ש יפעיל את זה אלא נראה ממה שהיא אומרת שיש שני שיקולים מרכזיים:

1. הנטיה היא שכאשר החוק עוד לא יושם ביהמ"ש ידחה זאת ויחכה לבחינת החוקתיות אחרי יישום החוק.
2. עוד שיקול זה תשתית עובדתית מספקת שעל בסיסה ניתן להכריע בסוגיה.

השופטת נאור מכירה בחריג לכלל הזה- בנסיבות בהם כאשר דורשים מהעותר להמתין שהעתירה שלו תבשיל זה יגבה מחיר מאוד כבד מהעותר. מקרים בהם המחיר כבד מדיי לא מפורטים ונאור לא מספקת אמות מידה אלא רומזת שאם זה לא היתה רק סנקציה כלכלית אלא פלילית חמורה אזי לא היו ממתינים לבשלות. אך לאחר מכן היא מסייגת את עצמה ואומרת שלא כל פעם שיש סנקציה פלילית באופו גורף אז החריג יעמוד- אלא במקרים חמורים.

הקשר בין עילת הבשלות לעילת זכות העמידה-

הגישה המסורתית של זכות העמידה הינה שרק מי שיכול להראות שנפגע לו אינטרס אישי וקונקרטי, אם אנחנו מחכים שתהיה בשלות אז בעצם אנחנו מחכים שמישהו יפגע באופן ממשי וישיר ובכך זה מזכיר את הגישה הישנה.

איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל:

חוק האכיפה המנהלית שיצר מנגנון כלפי גורמים שפועלים בשוק ההון. הרעיון היה ליצור רגולציה אפקטיבית כדי להגן על ציבור המשקיעים מפני האנשים שמנהלים את ההשקעות בשוק ההון. מי שעתר נ' החוק היה איגוד הנאמנים בשוק ההון. הוא תקף הוראות מסוימות בחוק שבעיקר התמקדו בס' בחוק שעסקו בביטוח מפני הליכים ואיסור על סעיפי שיפוי.

הפרקטיקה הנהוגה היא שאנשים שעוסקים במקצועות שאפשר לתבוע אותם על רשלנות הם יכולים לרכוש ביטוח מפני תביעות רשלנות והרעיון הוא שאם תובעים אותך אז הביטוח מכסה.

החוק אמר שרוצים שתהיה אכיפה אפקטיבית נ' מי שמנהלים את ההשקעות ולכן אוסרים עליהם לרכוש ביטוח ואז במקרה שתהיה אכיפה נגדם הם פשוט יפעילו את הביטוח. בכך אוסרים על ביטוח לא רק במקרה של גניבה בזדון אלא גם במקרה של רשלנות.

ההיבט השני שאוסרים זה הסכמי שיפוי- כמו שיש ביטוח אז יש גם הסכם שיפוי שאומר שאם יתבעו את הדירקטור אז החברה מתחייבת לשלם את הכסף והחוק הזה אסר על הסכמי שיפוי.

איגוד הנאמנים טענו שעתירת הסנקציות החריפות האלו (בעיקר בגין רשלנות) יגרמו לכך שרק אנשים עשירים יוכלו לקחת על עצמם תפקידי הנהלה. החוק יוצר התרעת יתר של אנשים מלעסוק במקצוע ולכן זה פגיעה בחופש העיסוק.

ביהמ"ש מפי השופט רבילין דוחה את הטענה על הסף והנימוק הוא חוסר בשלות- טרם הוחל יישום ההסדרים של חוק האכיפה וממילא פגיעה בזכויות העותרים הינה רחוקה ותאורטית.

השופט ריבלין מגדיר במפורש את השיקולים לבשלות-

השאלה המרכזית היא האם החוק יושם או לא.

כל עוד אנו בשלב הטרום אכיפתי העתירה תהיה לא בשלה.

השלב הנכון לתקוף את החוק תהיה אחרי שמנסים ליישם את החוק ואז האדם יכול לעלות את טענותיו.

נראה שריבלין מכיר בחריג מהמשפט האמריקאי של הצ'ילינג אפקט אולם הכלל הוא שצריך להמתין את שיישמו את החוק.

רילבין עוסק בבשלות כחלק ממכלול של עילות סוף ופונה במפורש למשפט האמריקאי ומסביר שזה המקור ועוסק בהצדקות לשימוש בעילת הבשלות ובכך הוא חוזר במידה רבה על הטענות של אילון כנגד אקטיביזם שיפוטי וסותר את הטענות של ברק בענין.

אפילו אם מכירים בזה שראוי שתהיה עילת הבשלות השאלה היא האם במקרה זה היה צריך להחיל את הכלל של השלב הטרום אכיפתי או את החריג של האפקט המצנן החזק יותר?

היישום לגופו של עניין- בהקשר איגוד הנאמנים הטענה של הצילינג אפקט היא חזקה מאוד שכן באמת יש ממש בטענת העותרים ועלולה להיווצר פגיעה בחופש העיסוק. נראה כי ניתן היה להחיל את החריג במקרה דנן. הטענה של הצילינג אפקט היא שאולי אפילו ואם ביהמ"ש היה דן בנושא הוא לא היה פוסל את החוק אולם מטרת הטענה לצילינג אפקט היא שהעניין כה חשוב שראוי לדון בעתירה עכשיו. בנוסף,קניית הביטוח מתרחשת בהווה שכן העובדים לא יכולים לרכוש ביטוח עכשיו ואין סיבה לחכות לכך שכאשר ירצו לתבוע מישהו אז הוא יטען שכבר אין לו ביטוח כי לא יכל בעבר לרכוש אותו ואז יצא מצב מסובך. ולכן נראה כי היה צורך לדון בעתירה ולא להמתין שכן החוק כבר מראה השלכותיו.

לגישת המרצה עילת הבשלות היא עילה הגיונית אולם במקרה של איגוד הנאמנים היה צריך לדון העתירה ולא לדחות אותה על הסף.

לסיכום, פסקי הדין הנ"ל הם מעניינים משום שניתן לפרש אותם כמראים מגמה רחבה יותר בשינוי ביחס לעילות סף בכלל ולאקטיביזם שיפוטי- כמה נושאים ביהמ"ש יחליט לדון בהם ובכמה הוא יפעיל עילות סף. יכול להיות והמצב כיום הוא שעדיין קשה למצוא פסקי דין שאומרים שהנושא הוא לא שפיט אולם ביהמ"ש ממציא עילות סף נוספות כאמצעי להמנע מלהתערב ואולי מתוך תקווה שהוא לא יצתרך גם להתערב בעתיד. זה מהווה חלק מההצדקה של ביהמ"ש בעילת הבשלות- כך ביהמ"ש מנסה להתחמק מדיון בסוגיות בתקווה בעתיד שיוכל להמנע כלל מדיון בהם. שימי לב שריבלין ונאור נחשבים למתנגדים לאקטיביזים שיפוטי ולכן לא ניתן בוודאות לקבוע כי עולה פה מגמה חדשה בביהמ"ש. אולם פסקי דין אלו מהווים סטייה קטנה מהפרקטיקה הנוהגת. עם הזמן נראה.

המעניין בעילות הסף היא שהם קשורות בתוכן לויכוח סביב האקטיביזם השיפוטי. אין ספק שאחד ההיבטים של אקטיביזם שיפוטי היא האם וכמה ביהמ"ש נכון להתערב בנושאים. ככל שמנמיכים את עילות הסף ביהמ"ש יותר אקטיביסטי וכלל שמגבירים את עילות הסף זהו האמצעי של ביהמ"ש לריסון עצמי. מבחינת עילות הסף ביהמ"ש הישראלי הוא האקטיביסטי ביותר בעולם.

הטענה הינה שיש הצדקה לעילת הבשלות אבל לא בטוח שבמקרים הקונקרטיים האלו ביהמ"ש יישם זאת בצורה נכונה ויתכן שדווקא במקרים הללו היה צריך לקום החריג לעילת הבשלות.

מה שמעניין בבשלות היא שזו התפתחות מעודכנת משנת 2011 וגם שניתן לפרש את הפס"דים שמראים מגמה רחבה ליחס לעילות הסף בכלל ולאקטיביזם שיפוטי. מהבחינה הזו אפשר לומר שזה מה שהופך את הפס"דים לחשובים ומעניינים. עדיין קשה למצוא פסדים שאומרים שהנושא הוא לא שפיט אבל ביהמ"ש מוצא אמצעים לפחות בינתיים לנסות להמנע מלהתערב.

ייתכן והפס"דים מלמדים על מגמה של ביהמ"ש להתחמק מסוגיות מורכבות ומגמה בעד עילות סף. זה נראה כך בעיקר מההנמקה של השופט ריבלין. מהצד השני צריך להיזהר מלהסיק מסקנות בהתחשב בכך שגם נאור וגם ריבלין נחשבים מתנגדים לאקטיביזם שיפוטי וגם ריבלין פרש כבר אז קשה לגלות מגמה מסוימת. הם נראים על פניו סטייה ממגמה שהיתה קודם.

**שלבי הביקורת השיפוטית:**

**רקע:**

תורת שלושת השלבים והראציונלים שלה-

1. שאלת הפגיעה: האם החוק פוגע בזכות שמעוגנת בחוקי היסוד?
2. האם הפגיעה היא חוקתית: בהנחה שפוגע בזכות יש לבחון האם הפגיעה חוקתית (עומדת בפסקת ההגבלה?)
3. שאלת הסעד: אם הפגיעה אינה חוקתיתבוחנים את שלב הסעד- תוצאות האי חוקתיות.

השאלות הללו הן אינן מובנות מאליהן היות ונניח במשפט האמריקאי לא רואים את השאלות- האם נפגעה זכות חוקתית והאם היא כדין כשאלות נפרדות. נניח, במשפט האמריקאי לא קיימת הבחנה ביניהן. גם החלוקה בין השאלה השניה לשלישית אינה הכרחית ולא קיימת במשפט האנגלי.

עצם החלוקה הזו אינה דבר הכרחי שנדרש מתיאוריות חוקתיות אלה הליך שנוצר בפסיקה הישראלית.

שיטת הניתוח הזו משקפת תפיסה שכל הזכויות- אומנם מוגנות ובעלות משקל- הן יחסיות ומוגבלות ואין זכויות מוחלטות. התפיסה הזו אינה הכרחית, בגרמניה למשל קיימות זכויות מוחלטות. המשמעות של זכות מוחלטת הינה שלעולם אי אפשר לפגוע בה גם אם עומד מולה אינטרס חזק ומוחלט.

יחד עם זאת, כפי שהנשיאה בייניש מציינת בפס"ד חסן- החלוקה הפכה לאבן יסוד במשפט הישראלי. כאשר מבצעים ניתוח חוקתי זו הדרך לבצע אותו.

הגישה הזו מאפשרת הגנה רחבה מאוד לזכויות- פרשנות רחבה לשאלה מה היקף הזכות ואז את הצורך להגביל זכויות ולאזן בינם לבין אינטרסים אחרים משאירים לשלב פסקת ההגבלה וברגע שמבצעים את ההבחנה הזו יש יותר אפשרות להכיר בהרבה זכויות ובהיקף נרחב כי ההנחה היא שאומנם צריך להגביל זכויות אך היא אינה באה בשלב של מה היקף הזכות אלא בשלב של פסקת ההגבלה.

לתורת שלושת השלבים יש משמעות מעשית חשובה מבחינת הנטל הראייתי. התפיסה שהשתרשה בפסיקה היא שעל הנפגע לבסס את הפגיעה בזכות החוקתית שלו והנטל עובר למדינה להצדיק את הפגיעה. הרבה פעמים הנטל הראייתי הוא בעל השפעה רבה על התוצאה בסופו של דבר.

1. **שאלת הפגיעה:**

האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוקי היסוד? שאלה זו מורכבת ממס' שאלות-

1. האם קיימת זכות?

פרשיית ענת קם- הורשעה במחוזי והייתה הצע"ח לשנות את ס' הבגידה כאשר אדם לא העביר מידע כדי לפגוע בביטחון המדינה, זאת אומרת ליצור עבירה מקלה. יו"ר וועדת חוקה חוק ומשפט אמר שהוא לא מתכוון לקדם את החוק. ענת הגישה בג"צ שפוגעים בזכויות החוקתית שלה ויש לה ציפיה שהחוק יתקבל ומשרד המשפטים תומך בכך. ביהמ"ש דחה את זה על הסף כי הוא אמר שלא קיימת זכות- לאף אדם אין זכות שיקדמו חקיקה שמטיבה איתו.

1. האם הזכות מעוגנת בחוקי היסוד?

חוקי היסוד מכילים רשימה של זכויות אך לא מלאה (נניח, הזכות לשיוויון, חופש ביטוי) והשאלה היא האם הזכות מעוגנת בחוקי היסוד. במידה רבה הכלי שביהמ"ש משתמש בו כדי להכיר בזכויות היא כבוד האדם והשאלה היתה שאלה פרשנית- איזה זכויות נכנסות בכבוד האדם.

1. מה היקפה של הזכות?

שאלה שעלתה בהקשר של הקנין- הקנין הינה זכות שמעוגנת במפורש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ויש שאלה מה נכנס בזכות החוקתית לקניין- למשל אם נוטלים מאדם רכוש ברור שזו פגיעה בקנין אבל השאלה היא האם כאשר אינטרסים כלכליים נפגעים זה גם נכנס לזכות החוקתית לקנין.

1. האם החוק פוגע בזכות?

ייתכן והפעילות שהייתה לא פוגעת בזכות החוקתית.

עתה נדגים את שאלת הפגיעה על כמה פסקי דין:

בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים- הוראת שעה לחוק האזרחות שמנעה איחוד משפחות בין ערבים ישראלים לפלש' שהם יתחתנו איתם (לא מתירים לפלש' שהתחתנו עם ערבים ישראלים להכנס לארץ).

הטענות שעלו:

1. חוק פוגע בשיוויון ויוצר אפליה בין ערבים ליהודים .
2. פגיעה בזכות לחיי משפחה- עלה הקושי שהזכות לחיי משפחה לא מופיעה בחוקי היסוד והשאלה שהתעוררה היא האם הזכות חוקתית, מה ההיקף שלה והאם יש פגיעה?

השופטים בהרכב נחלקו ביניהם-

**דעת ברק:**

היה בדעת מיעוט אך בנק' זו בדעת רוב- קיבל את הטענה השניה וניתח לפי ארבעת שאלות המשנה של שאלת הפגיעה.

1. הוא אמר שקיימת זכות לחיי משפחה
2. הזכות מעוגנת בזכות החוקתית לכבוד ולכן כן קיימת בחוקי היסוד (הניתוח מתבסס על תפיסה שיש לפרט אוטונמיה לעצב את חייו ובין היתר להחליט עם מי להתחתן ולכן בכבוד האדם יש זכות להקים תא משפחתי) כך ברק מדגים פרקטיקה שאפשר לגזור מחוקי יסוד קיימים זכויות יסוד שאינן מנויות ואז המשפט הישראלי מכיר בהן גם כן.
3. היקף הזכות- ברק טוען שהזכות החוקתית של אדם למימוש התא המשפחתי היא בראש ובראשונה הזכות לעשות זאת במדינה שלו- בין היתר כי זה המקום של החברה שלו ותפיסות חברתיות כוללות את הזכות לממש את זכויותך במדינה שלך. יש זכות לאדם לחיות עם בן הזוג הזר שלו בישראל ולגדל בה את הילדים שלו. מבחינת היקף כולל גם זכות שהבן זוג יחיה איתו בישראל.
4. שאלת הפגיעה- הזכות של בן הזוג הישראלי נפגעת אם לא נותנים לו לחיות חיי משפחה עם בן הזוג הזר בישראל כי אז בעצם כופים עליו את הבחירה- או להגר מחוץ לישראל או לחיות בנפרד מהבן זוג שלו ואז יש פגיעה בחיי משפחה משותפים.

**דעת חשין:**

מסכים שקיימת זכות, מסכים שהזכות לחיי משפחה היא חוקתית שנגזרת מכבוד האדם.

המחלוקת עם ברק היתה לשאלת היקף הזכות. חשין טוען שהזכות מוגבלת לתושבי ואזרחי ישראל שמתחתנים בינם לבין עצמם (לכל אזרח ישראל יש חופש מוחלט להתחתן עם כל אזרח ישראל שהם רוצים) מבחינת חשין הזכות לא חלה אם מתחתנים עם מישהו זר כי אז המדינה לא תתיר לאותו זר לחיות איתך בישראל.

חשין טוען שהיקף הזכות מבחינתו הוא שונה מאשר ברק- אין זכות לממש חיי משפחה עם נתין זר בישראל.

בנוסף, חשין טוען טענה חלופית- גם אם היינו מניחים שכבוד האדם כולל זכות חוקתית שהאזרח הגר יהגר לישראל אז עדיין הזכות לא חלה על נתינים של יישות עוינת שמצויה בעימות עם מדינת ישראל. ואז אם עוסקים בהיקף הזכות ההבחנה היא איזה מדינה זרה- עוינת או לא?

לסיכום- הפס"ד מדגים איך עושים ניתוח של שאלת הפגיעה עם ארבעת שאלות המשנה. ברק מגיע למסקנה שיש פגיעה וחשין טוען שאין פגיעה בזכות כי מבחינת ההיקף הוא צר יותר.

היה הרכב של 11 שופטים- 5 בראשות ברק ו-6 בראשות חשין. השופט לוי היה הקול המכריע והוא אמר שהוא מסכים עם הדעה של ברק- יש פגיעה והיא לא מידתית אבל כיוון שמדובר בחקיקה זמנית לא נכון לבטל את החוק ולכן התוצאה בסופו של דבר היא כמו חשין- לא צריך לבטל את החוק. וזאצ למרות שרוב השופטים כן סברו שיש פגיעה ורוב השופטים גם חשבו שהיא לא חוקתית אבל בתוצאה הסופית לא ביטלו את החוק.

בנוסף, הוויכוח בין ברק וחשין עסק במתודיקה של הניתוח החוקתי כי גישת ברק יצרה הבחנה ברורה בין השלבים וגישתו מרחיבה את היקף הזכויות ואז את ההבגלה על הזכויות והאיזונים עם אינטרסים שונים יש את פסקת ההגבלה. השופט חשין מצדיק את דעתו שהיקף הזכות צריך להיות צר יותר- כששוקלים מה היקף הזכות כבר אז צריך לשקול מה האינטרסים. אז הוויכוח העקרוני בין ברק לחשין היה בעצם במתודיקה מבחינת הזמן בו שוקלים את שאר האינטרסים והאיזונים.

ברק טוען שגישתו יותר מגנה על זכויות היות ובשאלת הפגיעה הנטל הוא על העותר ובפסקת ההגבלה הנטל הוא על המדינה אז הוא רוצה להקל על מי שהזכויות שלו נפגעות.

פס"ד זה מדגים את הבדלי הגישות בין ברק לחשין.

הגישה בפסיקה היא של ברק- ביהמ"ש בדר"כ מאוד מקל בשלב הראשון- נוטה להגיד שיש זכות ושהיא חוקתית ולתת פרשנות רחבה להיקף הזכות ובדר"כ מקל ביכולת להראות פגיעה בזכות. רוב העבודה והניתוח עובר לשלב פסקת ההגבלה. יחד עם זאת צריך להיזהר מהכללות כי בהחלט היא מקרים שהיו מחלוקות כבר בשלב הפגיעה ולא היו צריכים להגיע לשלבים הבאים (הדוגמאות החריגות יופיעו בפס"דים הבאים).

בג"צ אדם טבע ודין:

עמותה שמקדמת את איכות הסביבה וטענו שיש זכות חוקתית לאיכות סביבה שנגזרת מכבוד האדם.

השאלה היתה האם יש זכות חוקתית כזו.

ברק:

משאיר בצריך עיון אם יש זכות הלכתית כזו ועוסק בשאלה אם יש זכות חוקתית (קופץ ישר לשאלה השניה) - טוען שהזכות לא מעוגנת בחוקי היסוד הקיימים. הטענה של העותרים היא שזה חלק מכבוד האדם וברק בפרשנות אפשרית והרחבה טוען שהזכות הזו לא יכולה להיכנס לכבוד האדם. ברק עוצר כבר בשאלה השניה ולא ממשיך הלאה ובזאת נגמר הניתוח החוקתי.

פס"ד נוסף שמדגים פסילת עתירה בשאלת הפגיעה הינה-

בג"צ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר:

תיקונים לחוק הבטחת הכנסה שצמצמו את היקף הגמלאות שהחוק נותן. העותרים טענו שהתיקונים מהווים פגיעה בכבוד האדם. השאלה היתה האם זו זכות חוקתית מוגנת וביהמ"ש אומר שהשאלה היא- מה נכנס בתוך הזכות לכבוד. ביהמ"ש קובע שהזכות לכבוד כוללת גם את הזכות לקיום בכבוד וזה אומר שלכל אדם צריך להיות המינימום של האמצעים החומריים שיאפשרו לו לחיות בחברה שבה הוא חיי. ברק מכיר בזכות של מינימום קיום בכבוד- עובר את השלב של השאלה שיש זכות חוקתית מעוגנת כי הוא אומר שהזכות לקיום בכבוד היא חלק מזכות כבוד האדם. השאלה שנותרה היא אם הזכות הזו נפגעה.

ביהמ"ש קבע שהעותרים לא הצליחו להוכיח פגיעה כי לא הוכיחו שאנשים נזקקים יגיעו למתחת אותו רף מינמלי שנדרש לצורך קיום בכבוד.

המעניין בפס"ד הוא שברק טוען שחוק הבטחת הכנסה הוא רק חלק מהרשת הסוציאלית ולא הוכח שעצם הפחתת הגמלאות תביא את הזכאים לגמלאות למתחת למינימום נדרש כדי להתקיים בכבוד. כאן רואים את ההשפעה של נטל ההוכחה- קשה לקבוע רף מיספרי אלא יש מכלול שקשה להעריך אותו אבל הנטל להוכיח אותו הוא על העותרים והם לא עמדו בנטל.

**2.חוקתיות הפגיעה (פסקת ההגבלה):**

תכלית פסקת ההגבלה:

1. הגבלת זכויות- מאפשרת פגיעה בזכויות ומאפשרת איזון בין הזכות לאינטרסים וזכויות אחרות

משקפת את התפיסה שהזכויות מטבע הדברים יחסיות ולא מוחלטות ושאין מנוס מלאזן בין הזכויות.

מאפשרת לחוק שפוגע בזכויות אדם להיות חוקתי. חוק שפוגע בזכויות יכול להיות חוקתי.

1. הגבלת הכנסת- לא יכולה לפגוע בזכויות שמעוגנות בחוק היסוד כרצון הכנסת כדי לקדם אינטרס ציבורי כלשהו אלא אך ורק בתנאים שמנויים בפסקת ההגבלה.

לפסקת ההגבלה תפקיד כפול- מאפשרת הגבלה זכויות ומגבילה את היכולת להגביל זכויות.

עצם העובדה שהתפקיד של פסקת ההגבלה הוא כפול זה מראש מנגנון שקובע שכך יש לאזן בין הרצון לקדם אינטרסים חשובים לבין הצורך להגן על הזכויות.

פסקת ההגבלה יוצרת 4 דרישות מצטברות (הפסיקה פירשה את כל אחת מהדרישות בפסקת ההגבלה ופיתחה מבחנים):

:

1. **בחוק או לפי חוק, מכח הסמכה מפורשת בו:**

נקרא גם דרישת החוקיות- כאשר עברו חוקי היסוד היה רשום שהפגיעה צריכה לעשות כחוק והסייפה של "מכח הסמכה מפורשת" לא היה קיים. ההנחה היתה שניתן לפגוע רק בחוק של הכנסת. ב-94 תיקנו את שני חוקי היסוד- הרעיון היה להעביר שאפשר לפגוע בזכויות גם בחקיקת משנה בתנאי שהמחוקק הסמיך מפורשות את מחוקק המשנה לעשות זאת. הבינו שמבחינה פרקטית המחוקק במציאות החיים צריך להסדיר דברים רבים ולכן לא פרקטי לדרוש שהמחוקק יצור חקיקה ראשית לכל דבר, מצד שני רצו להגביל את מחוקק המשנה ולכן כתבו שזה צריך להיות מכח הסמכה מפורשת- יש צורך שהמחוקק יסמיך מפורשות את מחוקק המשנה.

הראציונל של הדרישה שיעשה ע"י מחוקק ראשי או בהסמכה מפורשת שלו:

בפס"ד לם נ' מנכ"ל משרד החינוך השופטת דורנר דיברה על שני ראציונליים לגישה זו-

\*הדמוקרטי- ההחלטה לפגוע בזכויות היא מדיניות חשובה ולכן היא צריכה להעשות ע"י המחוקק הראשי שמייצג את העם.

\*פרוצדורלי- הליכי החקיקה מערימים הרבה סירבולים והסירבול הזה מהווה ערובה לכך שיפגעו בזכויות רק כאשר תהיה סיבה מספקת. עצם העובדה שהחוק יצטרך לעבור את כל מסלול המכשולים הזה (שלוש קריאות, רוב, וועדות ועוד) מוביל לכך שיפגעו בזכות רק בשל דברים רבי חשיבות.

פס"ד לם עסק בחוזר מנכ"ל של משרד החינוך שקבע קריטריונים בהם צריכים לעמוד אנשים בעלי לקוי למידה (רק ממאבחנים מסוימים) וביהמ"ש קבע שהחוק פוגע בחופש העיסוק של מאבחנים רבים.

ביהמ"ש פסל את מדיניות של משרד החינוך ועית הביטול היתה שצריך לעגן זאת בחוק או בהסמכה מפורשת ולא בחוזר מנכ"ל.

שאלה שעלתה הינה מהי ההגדרה של חוק?

אין הגדרה מפורשת בחוק היסוד ולכן זו שאלה שפתוחה לפרשנות שאחל השאלות האם חוק הוא רק ראשי ע"י הכנסת או חוק במובן דין- כלל שכולל גם תקנה או צו ופסיקה.

ברק טוען שחוק זה גם פסיקה וע"י פיתוח משפט מקובל זה עונה להגדרה של "בחוק".

ד"ר איתי טוען שכאשר אומרים חוק הכוונה היא שזה חוק של הכנסת ולא כל דין. מבחינת פרשנות לשונית השתמשו במילה חוק ולא במילה דין. בנוסף, ברק בעצמו תומך מאוד בפרשנות תכליתית והרגע עסקנו במהי התכלית לחוק הזה- הראציונליים הללו לא מתקיימים בפסיקה של ביהמ"ש אלא של המחוקק ולכן לדעת איתי מבחינת התכלית ולשון החוק נכון יותר לומר שהמשמעות של חוק היא כל חוק.

הפסיקה עדיין לא הכריעה למהי ההגדרה של בחוק אבל היא נוטה לגישתו האקדמית של ברק (במפתיע).

שאלה נוספת הינה-

גם כאשר מדובר בחקיקה של הכנסת עדין יש שאלה מה משמעות הדרישה של "בחוק"- מה היא טומנת בחובה?

הדרישה המקובלת הינה ש"בחוק" זה באמת חקיקה של הכנסת, עבר שלוש קריאות ופורסם ברשומות- דרישה פורמלית מינימלית.

השופטת בייניש פיתחה גישה בבג"צ המפקד הלאומי נ' היועמ"ש לממשלה:

הדרישה לפגיעה בחוק או לפי חוק מהווה גם ביטוי לעקרון שילטון החוק הפורמלי- הכנסת היא שתכריע בדברים הללו. אם זה מסמך שעבר שלוש קריאות ועבר ברשומות זה הפן הפורמלי אבל בנוסף היא טוענת שהדרישה הזו טומנת בחובה לא רק היבט של שלטון חוק פורמלי אלא דרישה מהותית במובן שהיא אומרת- "בכדי לצלוח את הבחינה החוקתית, חייבת חקיקה הפוגעת בזכויות אדם, לקיים את כל היסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת ובהם- פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והעדר שרירותיות".

חוץ מהדרישה הפורמלית בייניש מוסיפה דרישה סובסטנטיבית (מהותית- מתייחת לסבסטס, המהות), צריך מאפיינים של חקיקה לגיטימית והחוק צריך לעמוד בכל מיני דרישות-

1. פומביות
2. נגישות (אנשים יוכלו להכיר את החקיקה)
3. כלליות (לא נורמות על אדם מיוחד אלא כלליות שחלות בצורה שווה על כלל הציבור)
4. חוסר עמימות (אנשים יבינו מה החוק דורש וידעו לכוון את ההתנהגות שלהם)
5. העדר שרירותיות (לא תשתנה באופן שרירותי)

העקרונות הללו נחשבים מקובלים ומסוכמים לעקרון שלטון החוק ומי שהתווה אותם במידה רבה הוא פילוסוף אמריקאי שרצה לומר מהם התנאים המינימליים לחקיקה לגיטימית.

בייניש בעצם מרחיבה את הדרישה של בחוק או לפי חוק לא רק למבחן הפומרלי הצר (חקיקה של הכנסת, שלוש קריאות ורשומות) אלא שיש תנאים שהחוק צריך לעמוד בהם שהם מהותיים יותר. בייניש לא אומרת שכל חוק צריך לעמוד בזה אלא חוק שפוגע בזכויות צריך לעמוד בזה.

ד"ר איתי מציע- שלטון חוק הליכי- לדרוש גם שהמחוקק יהיה מודע לכך שהוא פוגע בזכות ושיהיה דיון מינימלי האם הפגיעה היא מוצדקת או לא. זה לא משקף את הפסיקה הנהוגה כיום.

השאלה היא עד כמה מפורטת צריכה להיות ההסמכה?

החלק החשוב בפס"ד זה היה עד כמה ההסמכה מפורטת ומפורשת.

בייניש עומדת על השיקולים בעד ונגד. השיקולים המרכזיים שהיא מונה בעד דרישה קפדנית של הסמכה:

מצד אחד יש את הרציונאל הדמוקרטי להגן על זכויות אדם ומצד שני יש הבנה שבמציאות המודרני תהמחוקק לא יכול לתת דעתו על כל דבר ולעשות הסמכות מפורשות לכל דבר ועניין , לכן צריך לעשות איזון לכל אלו. הפתרון שבייניש מציעה זה מבחן פתוח יחסית: מידית הספציפיות שנדרוש מהמחוקק תשתנה לפי הנסיבות , כאשר הנסיבות הרלוונטיות הן. תלוי באיזה זכות מדובר (יש כאלו בעלות מעמד גבוה יותר , החשיבות החברתית). שאלה נוספת היא עוצמת הפגיעה (פגיעה חזקה או מינורית), משקל לשאלה מי הרשות הפווגעת ומה הקשר הדברים הכללים . לפי זה היא תקבע האם ועד כמה נסתפק בהסמכה כללית או נדרוש הסצכה ספציפית ומפורטת. ככל שהזכות שנפגעת קשורה בקשר הדוק יותר לכבוד האדם וחירותו, ככל שעוצמת הפגיעה בה היא רבה יותר – כך נפרש בקפדנות את ההסמכה המפורשת. כלומר להתוות כיצד מותר לפגוע ולא רק ליצור את המגבלות.

המפקד הלאומי נ' היועצמ"ש- דובר על איסור של שידורים של פרסומות פוליטיות בטלויזיה וברדיו. נאמר שיש איסור גורף על פרסומות פוליטיות. איסור זה נקבע בתקנה- חקיקת משנה "כללי רשות השידור". היה חוק שהסמיך את מחוקק המשנה- מי שמחוקק את כללי רשות השידור לקבוע כללים בדבר תשדירי פרסומת. השאלה הייתה האם הסמכות היא מספיק ספציפית כדי למנוע את השידורים הפוליטיים שמהווים את חופש הביטוי. בייניש אומר שכיוון שמדובר בפגיעה קשה בחופש הביטוי הפוליטי (התפיסה של הפסיקה היא שחופש ביטוי פוליטי הוא בעל מעמד חשוב מאוד) ומכיוון שמדובר באיסור מאוד גורף ורחב היקף- לא דיי בהסמכה הכללית הזו אלא נדרשת לשון ברורה בחוק שקובעת את אמות המידה העקרוניות לעניין האיסור. גם אם אמות המידה הם כלליות אבל לפחות שיגידו באילו נסיבות אפשר להגביל פרסומות פליטיות.

דעה אחרת של הש' נאור שאמרה כי זו הסמכה מספקת. ברגע שהמחוקק אמר שהרשות יכולה ליצור איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת מהווה הסמכה מפסקת.

מאוחר יותר בבג"ץ ארקו הדעה של השופטת בייניש שהייתה בבג"ץ המפקד הלאומי בדעת מיעוט נהייתה בדעת רוב וגישתה שם נהייתה הגישה השלטת כיום. כיום המבחן הוא המבחן שהתוותה בייניש לפיו בוחנים את עוצמת הזכות ואת מהות הפגיעה ע"מ לדעת אם הההסמכה היא מספקת או לא.

מה שקורה כיום, זה שבכל פעם שיש פגיעה בזכות חשובה יש דרישה להסמכה מפורשת של המחוקק את מחוקק המשנה וקביעת אמות מידה ע"י המחוקק הראשי לפיהם מחוקק המשנה יתווה את הפגיעה.

היתירונות והחסרונות של מבחן זה:

יתרון- יש קשר בין דרישות פסקת ההגבלה לבין עוצמת הזכות והפגיעה. מצד אחד לא לדרוש משהו משהרשות המחוקקת דבר שהם לא יכולים לעמוד בו (פירוט על כל דבר), ומצד שני להגן על זכויות כשמדובר בזכויות חשובות ומדובר בפגיעה מהותית. כלומר יש הגיון לגמישות הזאת.

 חיסרון- יחסית פתוח, מעומעם ולא ברור, ולכן הוא משאיר מקום רב לשיקול דעת של ביהמ"ש בכל מקרה ומקרה.

**הדרישות המהותיות של פסקת ההגבלה:**

1. **הולם את ערכיה של מדינת ישראל**

מהם ערכיה של מדינת ישראל?

הפרשנות שניתה לכך היא היא שההפניה היא לפסקת המטרה בחוק היסוד לפיה מטרת חוק היסוד היא "להלום את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית". יש כאלו שמוסיפים כי אלו גם הערכים שעולים מפסקת עקרונות היסוד בחוק היסוד בס' 1 לחוק היסוד: הכרה בערך האדם, קדושת חייו ובהיותו בן חורין והערכים שנמצאים במגילת העצמאות.

הביקורת על חלק זה בפסקת ההגבלה שדורש הלימה של ערכי מדינת ישראל הוא בעייתי שכן הוא מטיל על הש' את התפקיד להכריע מהם הערכים של מדינת ישראל וכיצד לבצע את הסינטזה בינהם. יוצא שהש' הופכים להיות פילוסופיים שדנים בערכי המדינה ומהי מדינה יהודית ומהי דמוקרטית וכיצד לשלב בינהם וכדומה. כאשר זה נתון לפרשנויות רבות. יש הטוענים כי זה מהווה את ההביט האנטי דמוקרטי בפסקת ההגבלה שכן מחוקק העביר סמכות ההכרעה זו לביהמ"ש- לקבוע את ערכי הליבה של מדינת ישראל, כאשר הם בכלל לא נבחרי הציבור.

מי שהכניס חלק זה בפסקת ההגבלה הוא יו"ר המפדל- שרצה לעגן את חוקי היסוד עצמם (שחלק ממטרתם היא להגם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית) כי חשש שתהיה מהפכה פוליטית ולכן דרש הכנסה זו לפיה יהיו חייבים ללכת לפי מדינת ישראל כיהודית.

נראה על פניו כי רכיב זה בפסקת ההגבלה הוא מאוד בעייתי ונראה כי הש' ידעו שהוא דורש פרשנות מאוד זהירה לרכיב זה. ולכןף ביהמ"ש ניסה להמנע מכך שביהמ"ש עצמו יכתיב לכנסת מהיא הערכים הלגיטימיים של המדינה ולכן בפועל, ביהמ"ש כמעט רוקן מתוכן רכיב זה וברוב הפסיקה החוקתית רואים כי ביהמ"ש לא מתייחס כמעט לשאלה אם זה הולם את ערכיה של מידנת ישראל וקובע כי לא עולה השאלה הזו במקרה ומדלג למבחן הבא. לא היה אפילו מקרה אחד בו ביהמ"ש פסל חוק כיוון שהרכיב הזה לא התקיים. ביהמ"ש נותן לרכיב זה משקל מאוד קטן.

קיימת גישה שכן נותנת משקל לשאלה של הלימת ערכיה של מדינת ישראל דרך הדרישה "לתכלית ראויה":

1. **נועד לתכלית ראויה**

איך מזהים את תכלית החוק?

האם יש להסתכל רק על התכלית המוצהרת או על תכליות לא מוצהרות? האם יש לקראות את התכלית הסובייקטית- כוונת המחוקק או גם תכליות אוביקיטיביות אותם החוק עומד לקדם גם אם לא נאמר במפורש ע"י המחוקק?

שאלות אלו פתוחות וטרם הוכרעו.

במצב בו לחוק יש כמה תכליות וחלקם ראויות ולגיטימיות וחלקם אסורות:

ביהמ"ש קבע כי יש ללכת לפי התכלית הדומיננטית של החוק. אם התכלית הדומיננטית היא ראויה ויש לחוק תכליות משניות שאינן ראויות- אז החוק יעמוד מבחינת רכיב זה של פסקת ההגבלה. אולם להפך, אם התכלית הדומיננטית לא ראויה אולם ניתן למצוא כמה תכליות משנה שהם אויות- החוק לא יעמוד.

מהי תכלית ראויה? ביהמ"ש קבע שזו צריכה להיות תכלית מספיק ראויה כך שתוכל לפגוע בזכויות. כשמדובר בחקיקה שפוגעת בסכויות חוקתיות לא מספיק שהחקיקה היא לגיטימית אלא צריכה להיות תכלית ראויה ברמה כזו שמהווה צידוק לפגיעה בזכויות. רף גבוה יותר מלחוק רגיל.

נפסק כי **תכלית של חוק תיחשב ראויה אם היא נועדה לקדם זכויות אדם או אם היא נועדה להגשים מטרה ציבורית ראויה.**

יש מי שמוסיף לגבי "מטרה ציבורית או חברתית חשובה- בחלק מהפסיקה- שהתלכית צריכה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה. מי שמוסיף תת מבחן זה בעצם מהווה שילוב של הרכיב "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" כך שתת מבחן השני לא הולך לגמרי לאיבוד כפי בצויין לעיל.

עד כמה חזקה צריכה להיות התכלית הראויה? ביהמ"ש קובע כי עוצמת הדרישה של התכלית- כמה חזק צריך להיות האינטרס הציבורי- תלוי במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. (מוטיב חוזר) ככל שהזכות היא חזקה ומשמעותית יותר וככל שעוצמת הפגיעה בה גדולה יותר- נדרוש עוצמת אינטרס ציבורי חזק יותר כדי שיהווה תכלית ראויה.

ביהמ"ש קבע שאם יש פגיעה חזקה בזכות חשובה כמו כבוד האדם יש דרישה בנוסף למטרה החברתית החשובה גם מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ. הרעיון הוא שיש בעייה חברתית חמורה שדורשת הסדרה ואז תכלית תהיה ראויה גם אם יש פגיעה בזכות חשובה כמו כבוד האדם.

זכויות פחות חשובות הרף יהיה נמוך יותר.

1. **במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות)**

הדרישה הקודמת מתמקדת במטרת החקיקה ודרישה זו עוסקת באמצעי שהמחוקק בחר בו. העקרון המרכזי מאחורי דרישת המדתיות היא שהמטרה לא יכולה להצדיק את האמצעים. גם האמצעי צריך להיות ראוי.

אמצעי ראוי זה אמצעי שהוא מידתי.

ניסוח פסקת ההגבלה היא בסה"כ "במידה שלא עולה על הנדרש"- לא מופיעים מבחנים בלשון החוק.

ביהמ"ש פיתח מבחני משנה מצטברים ע"מ לבחון תת סעיף זה:

1. מבחן ההתאמה (קשר רציונאלי)- נדרשת התאמה בין המטרה הראויה לאמצעי הפוגעני. הרעיון הוא שכדי לדעת אם האמצעי הוא מידתי צריך לבחון אם המחוקק בכלל בחר אמצעי שהוא מתאים למימוש התכלית.

מהי מידת ההתאמה? ביהמ"ש אומר כי מצד אחד לא צריך ודאות מוחלטת שהאמצעי באמת יגשים את המטרה. מצד שני אם רואים שההתאמה ממש קלושה ותאורטית יגידו שזה לא מספיק. כדי להחליט מה מידת ההתאמה הנדרשת תלוי בנסיבות, בחשיבות הזכות ובעוצמת הפגיעה. ככל שהזכות חשובה יותר ויש פגיעה חזקה יותר- נדרוש רצת התאמה גבוהה יותר. (אותו מוטיב חוזר).

לדוגמא: פרשת חוק טל בפסק הדין האחרון עלתה שאלה האם האמצעי שנבחר (חוק טל) יכול להגשים את המטרות שאחת מהן היא לקדם שוויון ע"י זה שהוא יגרום באמת לגיוס של חרדים (החוק בין היתר רצה לעשות הסדרה חוקתית לאי השירות של החרדים כך שלא תפגע בעקרון השוויון- ע"י עידוד חרדים לשרת בצבא (לא חיוב שלהם)). בדר"כ בודקים באופן תאורי אם האמצעי מתאים. אולם פה, ביהמ"ש נוקט בצעד קצת חריג ואומר כי מכייון שמנסים להשיג בחוק שינוי חברתי אנו נבדוק בפועל אם האמצעי עד עכשיו השיג את המטרה שלו ולפי זה נראה. בפסק הדין הראשון שהיה בעניין חוק טל – התנועה לאכילות השלטון- ביהמ"ש אמר שעוד לא עבר מספיק זמן לראות אם הוא מגשים מטרותיו ולכן אי אפשר לקבוע אם זה מידתי או לא. בינתיים הוא לא מגשים מטרתו (מעט מאוד חרדים התגייסו). בפסק הדין השני בבג"ץ רסלר- ביהמ"ש אמר שעברו מספיק שנים ועכשיו יש מספיק פרספקטיבה של זמן לראות שהחוק לגמרי לא הגשים מטרתו וירה מזו יש בו קשיים אינהרנטיים להגשים מטרתו ולכן הוא נכשל במבחן הראשון של מבחן ההתאמה.

1. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: מבין מכלול האמצעים שיכולים להגשים את התכלית הראויה יש לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה. אולם, מבין האמצעים הסבירים ולא מבחינה אבסולטית. ההנחה היא שעמדנו במבחן הראשון והאמעי שנבחר הוא אמצעי שמתאים להגשמת המטרה אולם ההנחה היא שכמעט תמיד יש אמצעים רבים ושונים בהם אפשר לנקוט. מבחן זה אומר שמתוך כל האפשרויות יש לבחור באמצעי שפגיעתו הכי פחותה לזכויות. הפסיקה אמרה שהמחוקק פה משול לסולם כאשר קצה הסולם היא התכלית וכל שלב בסולם פוגע יותר בזכות. על המחוקק לעצור בשלב כי נמוך בו כבר אפשר להגשים את הזכות. ביהמ"ש מסייג ולא דורש דרישה חזקה מדי ואומר כי לא תמיד יש לבחור את האמצעי שפוגע הכי פחות בצורה אבסולוטית אלא החובה היא לבחור מבין האופציות הסבירות שפוגעות הכי פחות בהתחשב במהות הזכות המופרת, בעוצמת ההפרה ובתכלית שאותה מבקשים להגשים ובאופציות הפתוחות שעומדות בפני המחוקק. בדר"כ ביהמ"ש מכיר ב"מתחם אופציות" שעדיין נחשבות לגיטימיות ועדיין פוגעות פחות. כל עוד המחוקק לא חורד מ"מתחם המדתיות" ביהמ"ש לא מתערב. לכאורה מבחינה מילולית נראה שהמבחן צריך להיות התחתית של הסולם- הראשון שיכול להגשים אבל פוגע בצורה מינימלאית אולם ביהמ"ש מסייג ומסביר. לדוגמא: עניין גדר ההפרדה- השאלה היא האם אפשר לעשות את הגדר כך שתפגע פחות ועדיין תתן את ההגנה הנדרשת. יכול להיות שגם ע"י הצבת שוטרים מבלי גדר יגישמו את המטרה אולם ביהמ"ש יגיד שהמחיר לכך הוא משמעותי מדי וזו לא אחת מהאופציות הסבירות. במקרים בהם היו חוקים שכללו איסורים גורפים- הנטייה הייתה לומר שהוא לא מידתי כי בדר"כ יהיה אמצעי שפוגע פחות והוא בדיקה אינדיווידואלית של כל מקרה לגופו.

בג"ץ עדאלה- שעסק בחוק האזרחות- הייתה הנחה שכל מי שבא מהשטחים הוא מהווה סיכון בטחורני ולכן בגלל שהתכלית הייתה להגן על בטחון המדינה והיה חשש שארגוני טרור ישתמשו באיחוד משפחות כדי לקבל ת.ז ישראלית. אמצעי שנבחר היה איסור גורף עם חריגים מאוד מצומצים על כל פלסטיני שמתחתן עם ישראלי לקבל אזרחות. דעת המיעוט של ברק הייתה שכיוון שהאיסור מאוד גורף הוא לא מידתי וכדי שזה יעמוד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה יש לבחון כל אחד למקרהו ולבדוק אם הוא חוקתי. חשין שהיה בדעת הרוב לא התייחס ממש אולם אמר שהנטל לבדוק מבחינה אינדיווידואלית כל אחד הוא מאוד גדול ולכן האמצעי נראה לו מידתי. בנוסף, פוגעים באוכלוסיה קטנה יחסית כדי להגן על ערך החיים של אוכלוסיה גדולה יותר. ולכן זה בסדר.

בג"ץ סלאח חסן- איתו פרשה הנשיאה בייניש- היה סעיף בחוק הבטחת הכנסה שקבע חזקה חלוטה שלפיה רואים במי שבבעלותו רכב או עושה שימוש ברכב כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה ולכן שוללים ממנו את הזכאות להבטחת הכנסה. בייניש פסקה שברגע שזו חזקה חלוטה זה אמצעי פוגע מאוד אפשר היה להשיג תחליט זו באמצעי שפוגע פחות- למשל, פגיעה אינדיווידואלית. ולכן חוק זה לא עומד בדרישת מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

נראה כי בדר"כ כשיש איסור גורף ללא חריגים- ביהמ"ש יקבע כי האמצעי הוא לא מידתי.

1. מידתיות במובן הצר: יחס ראוי בין תועלת ונזק (מבחן היחסיות)- בהתקיים שני המבנים הראשונים- מה היחס בין התועלת שצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק שנובע מהפגיעה בזכות. השאלה אם היחס בינהם הוא יחס ראוי? מאזנים בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של האינטרס הציבורי. ההנחה שעומדת מאחורי מבחן זה היא שאפילו אם התכלית ראויה ואמצעי הוא מתאים, עדיין יכולות להיות נסיבות בהן הפגיעה כ"כ חזקה כך שהיא לא מצדיקה את התכלית. זוהי שאלה של איזון- בדוקים את מידת הפגיעה בזכות מול מידת התועלת מהאמצעי בהיבט הפגיעה בזכות מתחשים במהות הזכות ובהיקף הפגיעה בה. בהביט של האינטרס הציבורי מתחשבים במהות האינטרס, במידת התועלת מהאמצעי, וככל שהאינטרס חשוב יותר כך הוא יכול להצדיק יותר פגיעה בזכויות. מבחן זה הוא מבחן מאוד ערכי- יש בו הכרעה ערכית של מהם האינטרסים שבאמת חשובים לנו וכמה אנחנו מוכנים לשלם כדי לקדם זכויות מסוימות.

בג"ץ בית סוריק- עסק בעניין גדר ההפרדה- ביהמ"ש ביטל את תואי גדר ההפרדה. ביהמ"ש אמר שהתועלת הבטחונית שמושגת ע"י הגדר לפי התואי שהוגדר לא שקולה ולא מצדיקה את הפגיעה המאוד קשה בזכויות העותרים- תושבי בית סוריק (הגדר הפרידה בין בתיהם לשטחים החקלאיים שלהם). הצכלית הייתה בטחונית וראויה. האמצעי היה מתאים לתכלית. אם היה אמצעי שפגיעתו פחותה? המדינה אמרה שאין אמצעי אחר שיכול להגשים שאותה מידה את האמצעי. כך זה עמד בכל המבחנים. אולם, מבחן ג' אמר שיש אמצעי שיכול להשיג קצת פחות בטחון אבל במחיר הרבה יותר נמוך לזכויות של העותרים ולכן זה לא עמד במבחן המידתיות במובן הצר. (נראה כי המבחן השלישי דיי מיותר ונראה כי הוא עומד באותו כוח כמו מבחן "לתכלית ראויה" יחד עם 2 המבחנים של המדתיות. אולם ברק אומר כי זה לא נכון וחייבים את מבחן ג' שכן מבחן זה הוא מבחן של שיקולי עלות ותועלת. במבחן ב' בודקים אם אפשר להשיג אמצעי אחר שמביא לאותה רמה הגנה על הערך המוגן. ואילו במבחן ג' אפשר להראות כי ניתן להשיג ממש כמעט אותה תועלת עם אמצעי שפוגע פחות- זה השקלול בין תועלת ונזק).

מבחינת הפרקטיקה- החשיבות של מבחן ג' עלתה מאוד והחשיבות של ב' וא' ירדה. בדר"כ דיי בקלות מניחים שהכל עומד במבחנים א' וב' ומרכזים הכל למבחן ג'. כמו שבכללי בתוך פסקת ההגבלה הכי נותנים משקל למבחן המדתיות ובתוכו את הדגש הרב ךמבחן המדתיות במובן הצר.

זה לא מובן מאליו, יש ארצות אחרות כמו למשל באירופה שם אין את מבחן ג'. ובקנדה ממנה לקחנו את פסקת ההגבלה כן יש מבחן ג' אולם יש הרבה שטוענים נגדו.

**3. הסעד: תוצאות אי החוקתיות**

בשלב זה הגענו למסקנה שהחוק לא חוקתי: פוגע בזכות יסוד מוגנת בצורה לא חוקתית- כעת, מה התוצאה?

התפיסה המסורתי במשפט האמריקאי לפי המודל הישן, היא שכשחוק הוא לא חוקתי – הוא בטל ומבוטל. הוא כלל לא חוק וכאילו הוא מעולם לא נחקק. התוצאה היא רטרואקטיבית- החוק מעולם לא היה קיים. ההשלכות לכך יכולות להיות מאוד מרחיקות לכת- אם יש חוק מאוד ישן שיש לו חקיקת משנה רחבה , ברגע שאומרים שהחוק בטל ומבוטל כאילו לא נחקק מעולם- כל המערכת הנורמטיבית הנובעת מחוק זה (משרדים, משרות וכדומה) גם הם בטלים ומבוטלים. עולה מכך קושי גם של אינטרס ההסתמכות על החוק וגם הסתמכות של צדדים שלישיים. ולכן, נוצרה תפיסה ליה יש למצוא גישה אחרת שתאפשר לביהמ"ש לעדן את התוצאות של החלטה שחוק הוא לא חוקתי כי סעד אוטומטי של ביטול יכול להיות לפעמים מרחיק לכת מדי.

שימי לב, שיטת שלושת השלבים רלוונטית רק אם סוטים הגישה המסורתית שכן לפי הגישה המסורתית הסעד הוא ברור- החוק בטל ומבוטל.

"דוקטרינת הבטלות היחסית" – פותחה בישראל ולפיה המסקנה שחוק הוא לא חוקתי לא מביאה אוטומטית חמסקנה שהוא בטל ומבוטל. הגישה הזו מפרידה בי השאלה של האם החוק הוא חוקתי או לא לבין השאלה מה צריכה להיות התוצאה. הגישה מעניקה לביהמ"ש שיקול דעת (מאוד רחב) לקבוע בכל מקרה לפי הנסיבות מה צריכה להיות תוצאת האי חוקתיות- לבחור מה יהיה הסעד שיביא לתוצאה הטובה ביותר.

לביהמ"ש ניתן שיקול דעת מאוד רחב- החל מאי נתינת סעד ככל (קביעה שהחוק לא חוקתי אולם השארתו על קנו)- לבטלות חלקית ויחסית לענייני נסיבות או אנשים מסויימית- לביטול פרוספקטיבי (מעתה והלאה)- ועד ביטול החוק רטרואקטיבית (כאילו לא חוקק מעולם).

השיקולים שמנחים את ביהמ"ש בשאלה הסעד הם:

1. מהותה של אי החוקתיות- עד כמה אי החוקתיות היא יסודית וקשה?

2. נסיבות העניין- מה מידת הנזק שיגרם מביטול החוק? מתחשבים בין היתר בשיקולים של יציבות המשפט (שלא יווצר חלל משפטי גדול מדי), מידת ההסמכות על החקיקה והיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר. למשל, בג"ץ רסלר- ביהמ"ש הגיע למסקנה שהחוק לא חוקתי. המסקנה צריכה להיות שהוא בטל לגישת בייניש אולם זה יהיא לקושי מאוד גדול כי מדיניות זו קיימת מאז 48 ויש עליו המון הסדרים והמון אברכים שהסתמכו עליו. אם יהיה ביטול רטרואקטיבי תיווצר פגיעה קשה מדי ולכן יש למתן את הפגיעה.

עמדת הפסיקה היא שיש להשתמש בדוקטרינה גם במישור החוקתי- בפועל לא היה מקרה שביהמ"ש השאיר בתוקף חוק לא חוקתי. מה שהתפסתח בעקבות זה זה סוג נוסף של סעד חוקתי שחורג קצת מהכלל:

"השעיית הכרזת הבטלות": ביהמש קנה לעצמו את הסמכות להשעות את הכרזת הבטלות. הכלל הוא שכשביהמ"ש מכריז על תוצאה מסויימת היא חלה מיד. רעיון השעייה זה אומר שלא משנה אם הבטלות היא חלקית רטרואקטיבית או פרוספקטיבית ביהמ"ש יש להשעות ולהחליט על זמן מסויים בו יתחיל ביצוע פסק הדין.

לפי מחקר שערך ד"ר איתי- יש פער גדול בין הצהרות ביהמ"ש שהגישה השלטת תהיה הבטלות היחסית לבין זה שבפועל ביהמ"ש בתחום החוקתי כשמגיעים למסקנה שחוק הוא לא חוקתי- אף פעם לא השתמשו בבטלות היחסית ולא הזכירו באף אחד מפסקי הדין את המושג הזה אפילו. במקום זה בפרקטיקה ביהמ"ש משתמש יותר ויותר בהשעיית הבטלות- מבטל לגמרי ובדר"כ גם מחיל רטרואקטיבית.

**רשויות השלטון :**

**המשפט החוקתי, הן בארץ והן בעולם, מתמקד ב2 סוגי תחומים:**

1. **תחום רשויות השלטון-** הסמכויות של רשויות השלטון ביניהן, חלוקת הכוחות בין הרשויות וכדו'.
2. **זכויות האדם-** כפי שהן מוזכרות בחוקי היסוד, בחופש העיסוק ובתוך המשפט החוקתי הישראלי ללא קשר לחוקי היסוד.

**מבוא- עיקרון הפרדת הרשויות:**

הפרדת הרשויות במובן הקלאסי והמסורתי, משמעותה פיצול סמכויות בין הרשויות, שכל רשות מתמחה בהן.

הרשות המחוקקת- עוסקת בחקיקה

 הרשות המבצעת- עוסקת בביצוע

הרשות השופטת- עוסקת בשפיטה

עיקרון הפרדת הרשויות במבנה הקלאסי, משמעותה שכל רשות מתמחה בכלי שייעודי לה, ורק אותה רשות עוסקת בתחום זה.

**הרציונל הוא חוסר יעילות.** השיטה היותר יעילה היא שתהיה שיטה שלטונית אחת, שמתואמת בתוך עצמה ונשלטת ע"י מקור אחד. אותה רשות אחראית גם על החקיקה, גם על ביצוע החקיקה וגם על שפיטה כשצריך לפרש את השפיטה או להכריע בסכסוכים. המשמעות החוקתית הוא דווקא בכך שבהפרדת רשויות יש חוסר יעילות, אך זה נדרש כדי להגן על זכויות האדם. למנוע ריכוז של יותר מדי כוח בידי רשות אחת, שכן זה מפר את האיזון שהוא תשתית לשיטה הדמוקרטית. כל רשות היא בעלת סמכויות שונות, ואף אחת לא מחזיקה במלוא הכוח, אלא מפוצל בין הסמכויות ומונע כוח יתר בידי רשות אחת ויחידה.

**אלא שהתפיסה הקלאסית הזו, היא לא מעשית גם היום וגם לא הייתה בעבר. לא יתכן שכל רשות תתמקד רק בתחום אחד, ללא נגיעה בתחומים בהן עוסקות הרשויות האחרות.**

**לדוג':**

1. הרשות המבצעת בישראל, כמו ברוב המדינות, מבחינה כמותית היא גם הרשות המחוקקת המרכזית. הכנסת איננה מסוגלת לקבוע את כל הנורמות הכלליות. הכנסת משתדלת לקבוע את העקרונות הבסיסיים במסגרת החוקים שהיא מקבלת. אך החוקים עצמם אינם מספיקים. כמעט תמיד כדי שבאמת יהיה ניתן להפעיל את החוקים, יש צורך בפרטים שהכנסת איננה מסוגלת לקבוע. הכללים הללו קובעים בתקנות שהרשות המבצעת מקבלת.
2. יש הרבה יותר תקנות מאשר חוקים. לכנסת אין כוח להסדיר את כל מה שצריך, ולכן הרשות המבצעת היא גם הרשות המחוקקת. יש מקרים רבים בהם הכנסת אף מגזימה ומעבירה לרשות המבצעת להסדיר דברים עקרוניים ומאפשרת לרשות המבצעת באמצעות תקנות להסדיר תחום משפטי שלם- דבר שהוא בעייתי ומפוקפק.
3. **דוג' קיצנית לכך: ענייני המכרז הציבוריים-** המדינה בוחרת עם מי להתקשר בחוזה ע"י מכרז, והנושא לכאורה מעוגן בחוק. החוק העיקרי הוא "חוק חובת המכרזים", שיש בו 10 סעיפים שבתוכו יש 5-6 קבצים של תקנות ועשרות רבות של תקנות והם נושאים גם אופי טכני, אך גם אופי עקרוני (מה השיקולים של מי יקבל את המכרז? מהם סוגי המכרזים? וכדו').

**דוג' יותר מתונה: חוק רישוי עסקים-** החוק קובע איזה עסקים נותנים רישוי ומי רשאי לתת את הרישיון ומהם השיקולים למתן רישיון (תכנון ובנייה, בריאות הציבור ועוד..). אך במסגרת תקנות שונות יש עשרות הסדרים נוספים שאותם קובעת דווקא הרשות המבצעת (למשל: מה כולל בפנים "בריאות הציבור"?)

זה בעייתי לקחת את סמכויות החקיקה והביצוע ע"י גופים שונים, אך בפועל הרשות המבצעת עושה הרבה מהסמכויות גם של הרשות המחוקקת, ובכך לרשות המבצעת יש יותר מדיי כוח.

זה נחשב לגמרי תקין, אם החקיקה של הרשות המבצעת עוסקת בעניינים טכניים של איך בפועל מבצעים את החקיקה, אך זה מעלה בעיה קשה כשהרשות המבצעת קובעת חקיקה עקרונית.

הרשות המבצעת לעיתים גם שופטת- יש בה גופים שיפוטיים שהם חלק מהרשות המבצעת, למשל: ועדת שיחרורים שדנה בבקשות של אסירים לשחרור מוקדם. מדובר במחלקה בתוך משרד המשפטים. דוג' אחרת היא שיש הרבה מאוד סמכויות שיפוטיות ברשות לניירות ערך ותחומי המיסים שיש להם בתי דין מנהליים שקשורה למשרד האוצר.

מבחינה מעשית ניתן לחשוב על הסדר אחר- בו הכל יהיה מרוכז בידי הרשות השופטת, אך פועל הרשות השופטת לא יכולה להתעסק בכל התחומים עקב אזלת יד.

**לבתי המשפט יש סמכות חקיקה מסויימת מאחר והרשות המחוקקת העניקה לה סמכות כזו.**

יש תחומים מסויימים שיש בהם רק "תורה שבעל פה"- השכיחו את המשפט המנדטורי עד שהכנסת תחליף את המשפט המקובל בחקיקה. ביהמ"ש הם הרשות המחוקקת הפורמאלית בתחום שנשלט ע"י משפט מנהלי או חלק מדיני ראיות.

מאחר והחקיקה תמיד מאפשרת פרשנות, סמכות הפרשנית מצויה בידי הרשות השופטת, ובפועל הרשות השופטת מתעסקת גם בחקיקה- כי אם לחוק יש מס' פירושים, הרשות השופטת מחליטה על הפירוש שנראה לה ובכך הופכת להיות גם מחוקקת. ביהמ"ש דרך הפרשנות, גם מחוקק.

לא יתכן שכל רשות תעסוק רק בתחום אחד שבו היא מומחית.

א-ב-ל: **הדרך בה מגשימים את העיקרון ששולל ריכוז כוח בידי רשות אחת, הוא שכל רשות אין רק את הסמכויות הייעודיות שלה, אלה יש לה סמכויות פיקוח וביקורת שונות, על ההחלטות של הרשויות האחרות.**

איננו מגבילים את הרשויות בכך שלכל רשות יש רק תחום אחד, כיוון שלא אפשרי לנהל כך מדינה מתפקדת, אז לכל אחת מהרשויות יש סמכויות פיקוח ובקרה על הרשויות השונות. **אין לנו אף רשות שהיא עצמאית באופן מוחלט, גם לא בתחומי הליבה שהיא אמורה לעסוק בהם.**

דוג':

1. לכנסת יש סמכויות פיקוח שונות על הרשות המבצעת. למשל: חלק מהסמכויות של הרשות המבצעת, לא נכנסות לתוקף עד שאחת מועדות הכנסת אישרה את אותן תקנות.
2. ש החלטות שהן ביצועיות של ממש, שנמצאות בסמכות הרשות המבצעת, אך הן דורשות אישור של הכנסת. מדובר בעיקר על החלטות שקשורות על נסיגה או מסירה של שטחים שישראל שולטת בהם. החלטות מהסוג הזה דורשות אישור של הכנסת.
3. עניין תקציב המדינה, שמעשית הוא עניין ביצועי שנמצא אצל הרשות המבצעת, אך הוא דורש אישור של ועדת הכנסת (רשות מחוקקת). דיוני התקציב בכנסת הם דיונים משמעותיים ונעשים בהם הרבה מאוד שינויים במסגרת הפיקוח הפרלמנטרי.
4. סמכויות ביהמ"ש נקבעות בחקיקה של הכנסת והניהול האדמיניסטרטיבי, גם העניינים התקציביים, נעשים אצל הכנסת. עצם זה שהניהול, התקציב והמהות של ביהמ"ש נכנסים לתחומי משרד המשפטים (חלק מהרשות המחוקקת), ולא חלק מהרשות השופטת.

אם כן, כל רשות כפופה גם לרשות אחרת. ועדת הרשויות נקראת לפעמים לכך שכל אחת מהרשויות הבסיסיות מתמחה בתחומה וכל אחת קובעת את המדיניות שבתחום סמכותה. מאחר ולא ניתן (ולא רצוי), שכל רשות תעסוק רק בתחומי סמכותה ותו לא, אז מתגברים את הפרדת הרשויות בכך **שלכל סמכות יש דרכי פיקוח ובקרה על הרשויות השונות.**

יש היבטים מסויימים בהם המשפט מתפקד והופך את הפרדת הרשויות גם לנורמה משפטית מחייבת (כלומר שזה קורה גם במציאות ולא רק בתיאוריה כל עניין הפיקוח של רשות אחת על אחרת).

**אם הטקסט של הסמכות הוא דו-משמעי, נפרש את החוק של הכנסת לאור פרשנות של הפרדת רשויות.** אם יהיה ניתן לפרש חוק שתואם את הפרדת הרשויות או שאינו תואם את הפרדת הרשויות, נעדיף את הפרשנות שתואמת את הפרדת הרשויות.

**דוגמאות:**

1. שר הביטחון רשאי לפטור אדם משירות בצבא. עשרות שנים, מכוח סמכותו, הוציא נוהל שכל מי שעולה בגדר תלמיד ש"תורתו אומנותו" וקיבל פטור מהצבא. העליון קבע כי שר הביטחון אינו רשאי לתת את הפטור מכוח סמכותו. ביהמ"ש אומר כאן בעצם, בפס"ד רובינשטיין: ביהמ"ש צריך לפרש את "חוק שירות ביטחון", לאור עיקרון הפרדת הרשויות.

קביעת מדיניות כללית של פטור לתלמידי ישיבות זה עניין שברשותה של הרשות המחוקקת. לא הייתה כוונה ששר הביטחון הוא בעל הסמכות לפטור אלפי תלמידים כל שנה מלשרת בצבא. לא יתכן ששר הביטחון יקבע עניין כ"כ גדול, זה עניין שהכנסת בעצמה צריכה לעסוק בו. זה אכן קרה- כי הכנסת חוקקה את חוק טל. כשניתן הפטור לתלמידי ישיבות מאז, הוא היה מכוח חוק טל ולא מכוח סמכות שר הביטחון.

1. פסקת ההגבלה- אשר קובעת שאין לקבוע בזכות, אלא בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו. כלומר ע"מ לפגוע בזכות יסוד יש צורך שההסדר יקבע ע"י הרשות המחוקקת והרשות המבצעת אינה יכולה לפעול עת דעת עצמה ללא שהעניין הוסדר בחוק. הרעיון: הפרדת הרשויות! עניין עקרוני שמצדיק חקיקה של הכנסת, והפגיעה בזכות תהיה רק ע"י חוק מוסדר ומחוקק.

**האם הכנסת יכולה לפגוע בהפרדת הרשויות ע"י חוק שהיא בעצמה חוקקה?**

הנושא עלה בפני ביהמ"ש בפרשה בעניין הפרטת בית סוהר. עלתה הטענה שהחוק להפרטת בית הסוהר הוא בטל כיוון שהכנסת הוציאה מהרשות המבצעת סמכות מובהקת (הכנסת נתנה את הסמכות לאדם פרטי- לב לבייב).

החוק נפסל כיוון שהוא פוסל חוק יסוד, אך האם הכנסת יכולה בעצמה לפגוע בהפרדת הרשויות-**העניין נשאר בצריך עיון.**

יש המון מדינות בעולם שביהמ"ש החוקתיים שלהם מפרשים את החוקה שלהם גם את הפרדת הרשויות. לא ניתן בחוקים רגילים בצורה בלתי מוגבלת, לפגוע בהפרדת הרשויות.

**בישראל עוד לא החליטו אם הכנסת יכולה או לא יכולה לפגוע בהפרדת הרשויות ע"י חוק**, אם כי בפועל יש חוקים כאלה שברור שהם פוגעים בהפרדת הרשויות.

**לדוג':** הרשות המבצעת החליטה להקים בי"ח באשדוד, שאמורה לברר מהם הצרכים הרפואיים של מכלול שטחי המדינה. הכנסת חוקקה בעניין חוק. תיתכן טענה שהחוק אינו חוקתי כיוון שהחוק שהכנסת חוקקה לוקח לעצמו סמכות שעפ"י חוק יסוד הממשלה, שהממשלה היא הרשות המבצעת (והכנסת לוקחת לעצמה סמכויות שלא שלה).

**אלה הן טענות מעניינות ואפשריות, אך אצלינו הנושא עדיין נשאר בצריך עיון ואין איזשהוא עיגון משפטי מחייב.**

אך יש עדיין הרבה חוקים שבהן הפרדת הרשויות איננה רק איזשהוא אידיאל, אלא יש לה נפקות מחייבת במציאות.

**רשות השלטון המרכזית- הכנסת:**

אם כן ראינו שהיא גם רשות מחוקקת וגם אסיפה מכוננת.

הכנסת היא הרשות הנבחרת המרכזית בא"י. אמנם גם ברשויות המקומיות יש בחירות, אך הכנסת היא המוסד המרכזי ולכן יש משמעות לשיטת הבחירות בכנסת.

הכנסת היא הרשות הראשונה שהוסדרה בחוק יסוד הכנסת. אחד הס' החשובים ביותר הוא ס' 4 שקובע ברמה חוקתית את שיטת הבחירות לכנסת.

וכך נאמר בס' 4 בחוק יסוד הכנסת: "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות ארציות ישירות שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת, ניתן לשנות ס' זה אלא ברוב של חברי הכנסת ולגבי הרוב המיוחס הזה (61 ח"כים). הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי הס' יהיה דרוש להחלטות מליאת הכנסת בשלוש קריאות. לא משנה אם מדובר בס' מפורש או משתמע."

**אם כן מה דורשת מאיתנו שיטת בחירות זו?**

1. **דרישת הכלליות-** כל אזרחי המדינה, ככלל, רשאים לבחור מגיל 18 ולהיבחר מגיל 21.
2. **ארציות-** כל שטח מדינת ישראל נחשב לאזור בחירה אחד. (בחירות ארציות שונה מהבחירות האזוריות שקיימות בארה"ב ובריטניה שם מחלקים את המדינה למס' אזורי בחירה ויש ארגון פנימי שונה). חישוב הקולות הוא כלל ארצי. במידה וירצו להפוך את הבחירות לאזוריות, יצטרכו לשנות את חוק יסוד הכנסת כיוון שזהו שינוי מהותי בשיטת הבחירות.
3. **ישירות הבחירות-** בארץ אנו בוחרים ישירות במפלגות בהם אנו מעוניינים שישרתו אותנו.

לעומת זאת, הממשלה לא נבחרת בבחירות ישירות (כמו את הכנסת), אלא בבחירות עקיפות- הציבור לא בוחר את השרים ואת ראש הממשלה באופן ישיר.

בארה"ב לא בוחרים ישירות בנשיא, אלא בוחרים באלקטורים, והאלקטורים יצביעו עבור הנשיא בו הם מעוניינים (מאחר וכמעט בלתי אפשרי לשנות את החוקה האמריקאית).

1. **שוויון הבחירות-** יש הרבה מאוד פסיקה בנוגע לחוקים שנטען עליהם שאינם חוקתיים כיוון שהם נוגדים את חוק שוויון הבחירות כנדרש. **פס"ד ברגמן** (1968) שם ביהמ"ש פסל חוק של הכנסת לאחר שמצא שהחוק סותר את עקרון שוויון בחירות ולכן הוא לא התקבל ברוב חברי הכנסת.

יש קושי מעשי ביישום השוויון, משום שיכולים להיות מצבים בהם יהיה בעייתי לקבוע האם יחס שונה (למפגלות גדולות וקטנות) נכנס לגדר השוויון (ואז אין צורך ברוב חברי הכנסת) או שמתקיימת חריגה מהשוויון (ואז יש צורך ברוב). דוג'- נניח שקובעים שלמפלגות גדולות יש יותר זמן שידור לתעמולת בחירות. ביהמ"ש אמר שבעיקרון זה דבר שאיננו סותר בהכרח את השוויון, והנימוק הוא שלמפלגות גדולות יש יותר צורך בהסברה על דברים שעשו בקדנציות הקודמות. זהו טיעון בעייתי לדעת פרופ' בן-דור. אבל גם בהנחה שמקבלים את ההיגיון של ביהמ"ש לא ברור הגבול, העמימות היא גדולה. הפסיקה שעוסקת בסוגיית שוויון הבחירות (במסגרתה נפסלו חוקים), היא פסיקה ישנה בעיקרה והיא התקבלה טרם המהפכה החוקתית, ולפני **פס"ד בנק המזרחי**. לכן בעקבות הפסיקה החדשה, חוקי היסוד החדשים, והספרות האקדמית הענפה שהתפתחה בנוגע לחוקי היסוד (שלא הייתה קיימת בתק' של רוב העתירות שנגעו לשוויון בבחירות), מצריכה מחשבה מחודשת במספר שאלות. יכול להיות שישנן קביעות חדשות שיכולות להשפיע על הפסיקה הקודמת.

**מה החידוש הגדול המיוחס למהפכה החוקתית ב92' אם גם לפני המהפכה פסלו חוקים שנגדו חוק יסוד?**

1. עמדתה הרשמית של המדינה כפי שנקבעה במקור ע"י מאיר שמגר (לימים נשיא ביהמ"ש העליון), הוא שאפשר לפסול חוק אם הוא לא שוויוני. היועמ"ש דאז הרשה לסתור חוק שסותר את חוק שוויון הבחירות, אך לא הייתה כאן שאלה עקרונית על מעמד חוקי היסוד לעומת חוקים רגילים והאם ביהמ"ש מוסמך או לא לפסול חוק.
2. חוקי היסוד הם מאוד משפיעים על חיי היומיום של האזרחים. אך ס' שנוגד את חוק השוויון בכנסת זה משהוא נדיר יחסית שרלוונטי רק לתקופת זמן מאוד ספציפית. רק אחרי המהפכה המשפט הישראלי באמת השתנה בכך שהוא דן בחוקי היסוד כמעמד גבוה יותר משאר החוקים.

**מה הכוונה בחוק לא שוויוני?**

1. **מבחינה פורמאלית-** מתייחסים באופן זהה לכל המפלגות שמתמודדות בבחירות מבחינת מימון מפלגות, מבחינת חלוקת זמני השידור של תעמולת השידור וכו'. כלומר שכל המפלגות שוות זו לזו פורמאלית.
2. **מבחינה מהותית-** בודקים האם יש הבדל פורמאלי שיכול להצדיק את החוק. אם בנושא מסויים יש הבדל בין מפלגות למפלגות קטנות והחוק שהכנסת מחוקקת משקף את ההבדל בין השניים, זה נתפס כאילו הוא לא פוגע בשוויון. קודם כל יש לבדוק האם יש בכלל הבדל רלוונטי. כל עוד יש הבדל רלוונטי אז יש שוויון מהותי. למשל: טייקון שמרוויח מליונים ישלם יותר מס מאדם מרוויח 10,000 ₪. זה לא באמת שוויוני מצד אחד- כי הטייקון משלם הרבה יותר. אבל יש כאן הבדל רלוונטי שגורם לכך שדווקא זה כן פייר שהטייקון ישלם יותר. זה שהטייקון משלם יותר, זהו השוויון האמיתי.

יש לשים לב מתי העדפה היא שוויונית ומתי היא כבר מפלה לרעה.

אם כן, אם יש הבדל רלוונטי שבגללו צריך לא לתת שוויון בין המפלגות- נעשה זאת. אם נראה שיש סיבה אמיתית לתת יותר זמן מפלגות או מימון יתר למפלגה השולטת או לחלופין למפלגות הקטנות כי זה מה שיצור שוויון אמיתי- נעשה זאת.

**המבחן שנבחר הוא המבחן המהותי** עם חריג - כאשר החוק מאתר מקום בו ההבחנה בין רשימות מועמדים שונות או בין מצביעים שונים מוצדקת, הדבר איננו נחשב כשינוי או כחריגה מהשוויון בבחירות.

**שאלה נוספת: האם שוויון הבחירות איננו רק שוויון בין קולות הבוחרים ואיננו רק שוויון בין הבחירות- האם הכוונה היא גם לשוויון בין המועמדים?**

היה מקרה שנקבע בו שמעתה והלאה ח"כ איננו רשאי להיות ראש רשות מקומית בעתיד , אך לא החילו את זה על ראש רשות מקומית שכבר מכהן.

שופטי העליון נחלקו, אך בסוף העתירה נדחתה. ח"כ לא יכול להיות ראש רשות מקומית אך ראש רשות מכהן- יכול להיות גם ח"כ. זה פוגע בשוויון אבל הוחלט שיש טעמים שמאפשרים זאת.

1. **בחירות חשאיות.**
2. **בחירות יחסיות-** ההרכב של הכנסת (חלוקת המושבים בין הרשימות), נעשית ביחס ישר לשיעור הקולות. רשימה שקיבלה 10% מהקולות- תקבל 10% מהמושבים בכנסת וכדו'.

זהו אינו עיקרון מוחלט, כיוון שיש אחוז חסימה. בעבר היה אחוז חסימה אחד בלבד- ורק רשימה שקיבלה יותר מאחוז אחד של הקולות תוכל להיכנס לכנסת. כיום אחוז החסימה עלה ל2%. כך נוצרים קולות שהם "מבוזבזים". עודפי הקולות מחולקים ע"י שיטת בדר-עופר (2 חברי כנסת שעל שמם נקראה השיטה). שיטה שנותנת את הקולות העודפים למפלגות הגדולות בד"כ. השיטה הקיימת פוגעת ביחסיות הבחירות ונותנת חיזוק למפלגות גדולות על פני מפלגות קטנות. המפלגות יכולות לעשות הסכם לחלוקת עודפים ואז רואים בהם מפלגה אחת.

הרבה מקומות בעולם, פועלות עפ"י שיטת הרובנות- הרוב מקבל את כל המנדטים המצויים לחלוקה. מדובר בשיטות בחירה אזוריות. כל שיטת בחירה בוחר חבר פרלמנט אחד, ומי שמקבל יותר קולות באזור בחירה אחד, מקבל את כל הקולות של אותו האזור. היתרון זה שהשיטה הזו יותר ייצוגית והיא נעשית פחות או יותר בהתאם לדעות השונות. העיתרון לשיטות שהן "באמצע"- הוא מבחינת המשילות. יש יותר מפלגות ולכן יותר קל לעשות מפלגות וקואליציות אך החיסרון הוא שציבור גדול לא מיוצג. ככל שיש פחות מפלגות יותר קל לעשות קואליציות ועוזר לשלוט באופן קל יותר אך ציבור רב לא מיוצג כיוון שיש רק 2-3 מפלגות גדולות.

בישראל, לא יתכן שיהיה מצב של רק 2 מפלגות בכנסת כיוון שזה לא מתאים לחברה הישראלית שהיא לא הומוגנית ורצוי לתת נציגות מסויימת לכל אחד מהמגזרים.

אנחנו מאוד משתדלים שכן תהיה נציגות של כמה שיותר מפלגות ושהבחירות יהיו יחסיות, החריגות היא עקב ה"קולות המבוזבזים" שמחולקים ע"י שיטת בדר- עופר.

שוב, העקרונות הללו אינם מוחלטים ויש מידה מסויימת של פגיעה בהם, כמו שראינו בעיקרון היחסיות.

**שאלות חדשות שנוגעות להגנה חוקתית על שיטת הבחירות בעקבות המהפכה החוקתית-**

**איך היא משפיעה על ההגנה החוקתית על שיטת הבחירות?**

1. היחס בין שינוי של חוק יסוד לבין חריגה או סטייה נקודתית מהסדר שנקבע בחוק יסוד: המינוח בחוק יסוד הכנסת הוא מינוח של שינוי. נאמר שאין לשנות את שיטת הבחירות במפורש או במשתמע אלא ברוב חברי הכנסת. הפסיקה בעבר לא היתה ערה להבחנה האפשרית בין שינוי של ההסדר שנבע בחוק היסוד לבין חריגה מההסדר. כיום קיימת הבחנה חשובה בין שינוי של חוק יסוד לבין חריגה ממנו, בעוד ששינוי של חוק יסוד (מפורש או משתמע) חייב להעשות בחוק יסוד ואין דרך לשנות הרי שהמצב שונה לגבי חריגה נקודתית מהסדר שנקבע בחוק יסוד. חריגה שאיננה משנה באופן מהותי את ההסדר שנקבע בחוק יסוד יכולה להיות מותרת ככל שחוק יסוד מאפשר אותה. כל ההבחנה הזו איננה מופיעה רק בטקסט של חוק יסוד הכנסת (בכל הנוגע לשיטת הבחירות) אלא גם לא בפסיקה שקדמה לפס"ד מזרחי כי ביהמ"ש לא חשב על הסוגיה הזו. כל החשיבה החוקתית כמעט ולא היתה קיימת אלא במס' מאמרים.

אם היינו מפרשים באופן דווקני את חוק יסוד הכנסת על סמך ההבחנה בין שינוי לבין חריגה הינו צריכים להגיע למסקנה (משונה) שאין בכלל אפשרות לחרוג משיטת הבחירות שקבועה בחוק יסוד הכנסת. לכן, כל מה שהכנסת יכולה לעשות לגבי שיטת הבחירות היא יכולה לעשות רק באמצעות שינוי של חוק יסוד הכנסת או חוק יסוד אחר כלשהו. זה לא מה שהכנסת עשתה בפועל במהלך השנים וגם לא הגיוני שכל חריגה משיטת הבחירות תעשה דווקא באמצעות חוק יסוד. הפרטים הטכניים של שיטה בה מחשבים חלוקת עודפים בין הרשימות לא חייבת להיות בחוק יסוד אלא יכולה גם להיות בחוק רגיל היות והם רק פרטים טכניים ובפועל זה מופיע בחוק רגיל וההגיון אומר שזה איזשהו הסדר טכני שאין סיבה שלא יתקבל בחוק רגיל גם אם יש בו חריגה מיחסיות הבחירות או שיוויון הבחירות.הכוונה בחוק יסוד הכנסת היתה לאפשר שינויים וחריגות ביחד ובלבד שהם יעשו ברוב חברי הכנסת. ההרגשה שהיתה היא שהכנסת לא הבחינה בין שינוי וחריגה וכל ארבעת פסקי הדין שקדמו לה לא עסקו גם הם בשיטת בחירות אז כאשר הכנסת קבעה את הוראת השיריון היא התכוונה שבין אם מדובר בשינוי כפי שאנו מכירים היום או רק סטייה משיטת הבחירות שמפורטת בס' 4 זה יעשה ברוב חברי הכנסת.

אבל, כיום צריך לבחון כל חקיקה שהכנסת מקבלת שנוגעת לשיטת הבחירות ולקבוע האם החריגה משנה את עקרונות השיטה או שיש בה רק משום חריגה יותר נקודתית מהעקרונות בלי לשנות את מהות השיטה. אם נגיע למסקנה שהחקיקה בה מדובר משנה באופן מהותי את שיטת הבחירות (שיטת הבחירות איננה למשל יחסית או ארצית) יש צורך בחוק יסוד. היה והחקיקה איננה משנה את עקרונות השיטה אלא רק חורגת מהן- מותר לחוקק במסגרת חוק רגיל ובלבד שבין אם מדובר בשינוי שנעהש בחוק יסוד או בין אם מדובר בחריגה שנעשית בחוק רגיל, חוק יסוד או הרגיל יתקבלו ברוב חברי הכנסת בשלושת הקריאות.

היום אין כל ספק שצריך להבחין בין שינוי מהותי שלא מספיק חוק רגיל צריך חוק יסוד לבין חריגה כגון העלאה כזו או אחרת של אחוז החסימה (אם היא לא דרמטית) או חריגה מבחינת זמני השידור יכולים להעשות בחוק רגיל שעליו להתקבל ברוב חברי הכנסת בכל הקריאות.

1. חוקי תשריר: חוק שמטרתו היא לתת תוקף להסדר קיים בלתי חוקי. אחרי פס"ד של ביהמ"ש העליון בפרשת ברגמן בו הוא פסל ס' מסויים מחוק מימון מפלגות הכנסת חששה מפסילות נוספות של ס' כאלו ואחרים בחוקי הבחירות ולכן היא חוקקה חוק שיהיה בעל ס' אחד- כל חוקי הבחירות לכנסת שהתקבלו עד היום תקפים ואת חוק התשריר הזה היא חוקקה ברוב של חוקי הכנסת בכל הקריאות. היא לא דנה בנפרד בכל ס' וס' שעורר חשש שחורג משיטת הבחירות ובחנה אם היא באמת מעוניינת לחרוג משיטת הבחירות שנקבעה בחוק היסוד אלא ס' 1- כל חוקי הבחירות תקפים. הקואליציה התגייסה ברוב חברי הכנסת ואישרה את החוק. עתרו לבג"צ כנגד אותו חוק תשריר ובג"צ אישר אותו, זכותה של הכנסת. שאלה אחרת עשויה להיות- האם הכנסת רשאית לחרוג מחוק יסוד הכנסת ומס' מרכזי בחוקי היסוד שהוא שיטת בחירות, מבלי לדעת מה היא מאשרת.
2. שיוויון הבחירות: בחוק יסוד הכנסת נקבע שהבחירות יהיו שוות וכדי לשנות או לחרוג משיוויון הבחירות צריך רוב חברי הכנסת (בחוק יסוד או רגיל) אלא שעקרון השיוויון, לפחות במקרים מסוימים, נחשב כחלק מזכות החוקתית לכבוד האדם. על מנת לפגוע בכבוד האדם (שיוויון הוא חלק מכבוד האדם) לא צריך רוב מיוחד של חברי כנסת אך צריך לקיים את פסקת ההגבלה- כלומר, שהפגיעה תהיה מפורשת והיא תהלום את ערכיה של מ"י ותהיה לתכלית ראויה ומידתית במובנים הלשוניים שלה .

מה עושים כאשר יש חוק שפוגע בשיוויון הבחירות?

האם חוק כזה כפוף גם לדרישה לרוב חברי הכנסת (שמקורה בחוק יסוד הכנסת) וגם לפסקת ההגבלה (שמקורה בחוק יסוד כבוד האדם בחרותו)? האם צריכות להתקיים 2 הדרישות במצטבר או רק אחת מהן?
הפסיקה בנושא זה אינה ברורה, ישנן כל מיני גישות המובאות באוביטר בפסקי דין שונים. ישנם טיעונים בעד ונגד כל אחת מהגישות:

* 1. גישה שאומרת שפסקת ההגבלה מספיקה (מייתרת את דרישת הרוב) – לדעת בן-דור גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם חוק יסוד הכנסת. חוק יסוד הכנסת קובע הסדר מהותי שלא נועד לטפל בשאלת האמון של בית המשפט. הסתפקות בגישה זו תהיה בניגוד לאמור בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת.
	2. גישה שאומרת שהדרישות הן מצטברות (גם רוב, וגם עמידה בפסקת ההגבלה) - יתרונות גישה זו הם ברורים: היא מקיימת 2 חוקי יסוד העוסקים בנושא רגיש, אין סתירה בין הדרישות ויש פה הבטחה כפולה למניעת פגיעה לא מוצדקת בזכויות אדם. החסרונות: גישה זו מבטאה חוסר הסתפקות בדרישה המובאת בחוק יסוד הכנסת, והיא תיצור תחושה של עליונות של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, למרות שהוא איננו חוק על (אינו עדיף עפ"י חוק יסוד אחרים), והמשפט החוקתי אינו כפוף לו. לשני חוקי היסוד מעמד זהה ולכן אין צורך גם בדרישה המובאת בחוק יסוד כבוד האדם וחרותו.

**מניעת השתתפות בבחירות**

עד כמה ניתן (מבחינה משפטית) למנוע השתתפות של מועמדים מסיבות הנוגעות לדעות או לפעילות הפוליטית של אותם מתמודדים?

עד 65' לא היה הסדר מפורש בחקיקה למקרים אלו. **בפס"ד ירדור** – ועדת הבחירות המרכזית פסלה רשימת הנקראת 'רשימת הסוציאליסטים' שמצעה היה פירוק מדינת ישראל ושילובה עם מדינות ערב הסובבות אותה. הערעור נדחה ברוב דעות של 2 נגד אחד. שופט המיעוט (חיים כהן) אמר שאין לבית המשפט סמכות לפסול את המפלגה. השופט יואל זוסמן אמר שאכן אין סמכות לפסול את המפלגה, אך הוא לא מוכן לתת שירות למפלגה שמסתכמת על חוקי מדינת ישראל על מנת לחסל את מדינת ישראל. לשופט זוסמן הצטרף השופט אגרנט אשר הצליח לפרש את החוק (כפי שהיה מנוסח אז) בדרך מפותלת בצורה המאפשרת לפסול את הרשימה.

ב84' הנושא חזר ועלה לכותרות כאשר הוגשה בקשה לוועדת הבחירות לפסול את רשימת כ"ך ברשותו של מאיר כהנא. ביהמ"ש אישר את מועמדותו של כהנא לרוץ לכנסת. לדעתם, המקרה של כהנא לא נכנס בגדר המקרה של ירדור, וכהנא אכן נבחר לכנסת. בעקבות פעילותו של כהנא לאחר מכן (פעילות גזענית ומסיתה), הכנסת הוסיפה ס' חדש לחוק יסוד הכנסת המסדיר בלשון מפורשת את אפשרות הפסילה של רשימות ומועמדים יחידים. ס' זה הוא ס' 7א – 'מניעת השתתפות בבחירות'. עיקרו של הס' מצוי בסעיף 7א(א) – '*רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת, ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה, או במעשיו של האדם (לפי העניין) במפורש או במשתמע אחד מאלה*:

1. *שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.*
2. *הסתה לגזענות.*
3. *תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל'.*

באחד התיקונים לסעיף הוסיפו סעיף הבהרה – *'לעניין סעיף זה* (7א(א)) *יראו מועמד ששהה שלא כדין במדינת אויב ב-7 השנים שקדמו להגשת רשימת המועמדים, כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל כל עוד לא הוכיח אחרת'*. בסעיף (ב) נקבע שהחלטה לפסול מועמד טעונה אישור של ביהמ"ש העליון, בסעיף (ג) נקבע שמועמד יצהיר הצהרה (שהוא אינו שולל את קיומה של מדינת ישראל) לעניין ס' זה, סעיף (ד) פרטי ההצהרה והדיון בעליון יקבעו בחוק רגיל.
בחוק הרגיל נקבע שאם וועדת הבחירות החליטה לפסול רשימה, יש על כך זכות ערעור לבית המשפט העליון ושאם מחליטים לפסול מועמד – זה מועבר אוטומטית לביהמ"ש העליון.
ס' זה נחקק במקור ע"י הכנסת בשנת 85', ולראשונה הוא נדון בשנת 88' (בבחירות דאז) שם מכוח הסעיף ביהמ"ש ישב בהרכב מורחב של 5 שופטים. בסיום המשפט ביהמ"ש העליון (ברשות שמגר) אישרו את הפסילה של הרשימה (של רשימת כ"ך ורשימה יהודית-ערבית אחרת).

הניתוח המשפטי של הסעיף:

יש בסעיף זה כדי לפגוע/להגביל זכות בסיסית של התמודדות בבחירות (הן מבחינת המועמדים עצמם והן מבחינת ציבור הבוחרים). מצד שני, גם בקרב שופטי ביהמ"ש העליון וגם בקרב חברי הכנסת, הייתה הסכמה כי גם לזכות להתמודד בבחירות (חרף הבסיסיות שלה) צריך להיות גבול. לא ניתן להפוך את הזכות לבחירות לערך מוחלט שתוצאת יישומו יכולה להביא לפגיעה בדמוקרטיה עצמה.

אם כך, מהו הערך הדומיננטי שעומד מול הערך הדמוקרטי של הזכות לבחירות? ניתן למצוא 2 סוגים של ערכים:

1. הגנה על קיום המדינה (במובן הרחב) – כמדינה דמוקרטית, יהודית, ושאר הערכים עליה היא מושתתת (דמוקרטיה מתגוננת). **בפס"ד טיבי**, בלטה דעתו של הנשיא אהרון ברק שסבר שהערך הדומיננטי שהגבלת היכולת להתמודד בבחירות בא לקדם הוא מניעת סכנה לקיום המדינה ולערכיה הבסיסיים.
2. ערך/אינטרס נוסף הוא הפעילות התקינה של בית הנבחרים של המדינה – עפ"י ערך זה, כל רשות מרשויות המדינה יש לה מטרה כללית והיא לקדם בדרכה את האינטרסים של מדינת ישראל עליהם היא אמונה (הכנסת מטרתה לחוקק חוקים ולקבל החלטות אחרות). ולכן אפשר לומר שכשם ששר הביטחון צריך לפעול כפי הבנתו לקידום הביטחון של מדינת ישראל, כך גם הכנסת תפקידה לפעול למען קידומה של מדינת ישראל. עפ"י גישה זו יכולים להיות מקרים בהם גם אם אין סכנה ממשית שכתוצאה מהשתתפות של מועמד/רשימה בבחירות מדינת ישראל תיפגע, עדיין ישנן פעילויות מסוימות שהמפלגה/המועמד עלולים לעשות שאינן הולמות רשות של מדינת ישראל. אם הכנסת מטרתה לקדם את מדינת ישראל, מפלגות שמטרתן לחתור תחתיה ותחת ערכיה חוטאות למטרה זו. **בפס"ד ניימן ה-2**, ביהמ"ש העליון (בהובלת שמגר), אימץ את דעה זו על פני הדעה הראשונה. לדעתו הס' לא נועד רק להגן על קיום המדינה.

השאלה בדבר איזו מטרה הסעיף בא לקדם, אין לה תשובה חד משמעית בהיסטוריה החקיקתית. גם הכנסת עצמה לא חשבה על שאלה עקרונית זו, היו טיעונים שונים לכיוונים שונים. בסופו של דבר נדרשה פרשנות הסעיף. בית המשפט העליון **בפס"ד ניימן ה-2** בחר בגישה השנייה (לא רק הגנה על ערכי המדינה, אלא גם הגנה על הכנסת), ואילו הגישה השנייה (דעת ברק) הסתמכה על ערך הסיכון – עצם הטוהר הפטריוטי של הכנסת איננו ערך המצדיק פסילה של רשימות ומועמדים, אלא מטרת הס' היא הגנה על ערכי היסוד של מדינת ישראל.
כל אחת מהגישות מובילה לפרשנות אחרת –

1. הפרשנות של שמגר בפס"ד ניימן ה-2 – ס' 7א. קובע מבחנים תוכניים = מבחן המסתכל על השאלה מה עושה הרשימה/המועמד? מה צפוי שיעשו אם יבחרו לכנסת? הכנסת איננה מקום לפעול נגד מדינת ישראל ולכן בוחנים את תוכן הדעות והפעילות של המפלגה או המועמד, ומסיקים על תוכניותיהם לעתיד. מבחנים שמציע שמגר למתי אפשר לפסול מפלגה:
	1. פעולתה הדומיננטית של המפלגה היא לחיסול ערכיה הבסיסיים של מדינת ישראל.
	2. המפלגה צריכה לחתור למעשים ולא די באידיאולוגיה בלבד.
	3. יש צורך בהוכחות חזקות ומוצקות ביותר לפסילה.

מתעוררות שאלות בסיסיות כמו – מהי הסתה לגזענות? מה נחשב תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור?

קושי נוסף בגישת שמגר (עפ"י ברק) – בפועל רק אם הרשימה תעלה לשלטון תהיה לה השפעה ולכן בהסתכלות ריאלית לא ניתן לומר שיש אפשרות סבירה שלרשימה יהיה כוח שלטוני משמעותי וזה יביא לכך שהרבה מפלגות אחרות לא יפסלו על אף שהן בעייתיות. יחד עם זאת, גם כאשר בוחנים מבחנים תוכניים, צריך לזכור שיש לאזן בין הרצון שכל חברי הכנסת יחשבו על קידום האינטרסים של מדינת ישראל, לבין השיקולים הדמוקרטיים הרחבים. לא כל אידיאולוגיה מופשטת שאיננה עולה בקנה אחד עם ערכי מדינה ישראל, יכולה להצדיק את הצעד הקיצוני של שלילת האפשרות להתמודד לבחירות. בשורה התחתונה – גם תיאורטית וגם מעשית, המבחן התוכני הוא בעייתי. בנוסף, הגישה של שמגר היא גישה מצומצמת כיוון שהיא לא נוגעת בבעייתיות המהותית של הימצאות מפלגות/מועמדים מסוג זה בכנסת (הפגיעה בערכים).

1. הפרשנות של ברק בפס"ד טיבי – קובע מבחנים הסתברותיים = מבחן הבוחן את ההסתברות שהתמודדות הרשימה/המועמד, תביא לאחר הבחירות לפגיעה או לסיכון של ערכים בסיסיים של מדינת ישראל. לדעת בן-דור זוהי הגישה הנכונה.

**חסינות חברי הכנסת:**

חסינות זו הגנה מפני הליכים משפטיים נגד חברי הכנסת.

חסינות חברי הכנסת התפתחה הסטורית מכך שחששו שהמלך יפגע בחברי הפרלמנט ואז ירוקן את דבריהם מתוכן וימנע מהפרלמנט לקיים ביקורת על המלך. כיום, החשש שונה אבל עדיין יש רעיון של הגנה על הכנסת כגוף ועל חבריה.

הראציונלים שעומדים מאחורי עקרון החסינות:

1. להבטיח שחבר הכנסת יוכל למלא נאמנה את תפקידו ויהיה לו חופש דעה בלי חשש שכל מה שהוא יגיד יכול להוביל לנקיטת הליכים נגדו.
2. להגן על עצמאות הרשות המחוקקת מפני הרשות המבצעת והשופטת והתפיסה היא כזו של הפרדת רשויות כדי להגן על עצמאות הפרלמנט.
3. זכות היתר ניתנת כי הם מייצגים את הציבור וההליך הדמןקרטי מחייב שהם יוכלו להביא לידי ביטוי את ההשקפות של מה שהם מייצגים- הם צריכים לממש את הרעיון הדמוקרטי ולכן יש צורך להגן על העצמאות שלהם.

קשיים שנובעים מחסינות זו:

1. עקרון השיוויון בפני החוק- כולם שווים בפני החוק.
2. שלטון החוק- רעיון זה אומר שכל רשויות המדינה כפופים לחוק, החוק צריך לחול על כולם ורעיון החסינות סותר זאת.
3. חשש מפגיעה באמון הציבור- ככל שיש יותר גישה שכל חברי הכנסת עוברים על החוק ומשתשמשים בה כעיר מקלט לביצוע עבירות ואז אמון הציבור בהליך בדמוקרטי יכול להפגע.

הקשיים הללו הם בעייתים ומה שמצדיק את קיומם זה הראציונלים שמצוינים לעיל.

המתח בין העקרונות המתנגשים עומד בבסיס הויכוח בבית המשפט על היקף החסינות של בתי הכנסת. נראה שגם המחוקק עצמו הגביל לעצמו את החסינות.

העיגון החוקתי להסדר זה נמצא בחוק יסוד הכנסת- ס' 17 לחוק קובע שלחברי הכנסת תהיה חסינות ושפרטים יקבעו בחוק. הפירוט נמצא בחוק חסינות חברי הכנסת- זכויותיהם וחובותיהם.

חוק זה מכיר בשני סוגים של חסינות:

1. סוג אחד שמעוגן בס' 1 נקרא **חסינות עניינית** (מהותית).

*"חבר הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה – בכנסת או מחוצה לה – אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת."*

חסינות גורפת שחלה על דברים שקשורים מעצם מילוי התפקיד הפרלמנטרי. החסינות חלה על דברים שקשורים מבחינה עניינית מעצם מילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו של הח"כ.

חסינות עניינית כי מדובר על דברים שקשורים מעצם מילוי תפקידו של הח"כ בפרלמנט. המודל הישראלי הוא רחב לחסינות שהיא מוחלטת- חסין מכל פעולה משפטית, לא רק על הצבעה או הבעת דעה כמו שמקובל בעולם, אלא גם על מעשים. בנוסף, החסינות היא גם על פעילות שנעשת מחוץ לכנסת- בניגוד לכפי שמקובל בעולם- רק בכותלי בית הכנסת.

מכאן שהחסינות רחבה יחסית לעולם גם בכך שהיא חלה על כל הליך משפטי וגם על כך שהיא גם מחוץ לכתלי הכנסת.

החסינות חלה גם אחרי שהח"כ פורש וכבר לא במילוי תפקידו (נניח אם ביצע פעילות ולאחר מכן פרש מתפקידו אז עדיין יש לו חסינות).

בנוסף, החסינות לא ניתנת להסרה.

1. סוג שני מעוגן בס' 4 ונקרא **חסינות דיונית**.

*הגנה פרוצדוראלית (מחסום זמני) בפני העמדה לדין פלילי בגין עבירות שסעיף 1 אינו חל עליהן, שנעברו בזמן היותו חבר הכנסת או לפני שהיה לחבר הכנסת.*

זו חסינות פרוצדורלית שלא קשורה לתוכן או לעניין אלא מחסום זמני מפני העמדה לדין פלילי. החסינות הדיונית חלה על אותם מקרים שלא נכנסים לגדר החסינות העניינית. כלומר, מגן על ח"כ מפני עבירות שלא נעשו בגין תפקידו או למען מילוי תפקידו. התכולה של החסינות הדיונית עבירה יותר ולא רק על עבירות שהן לצורך מילוי תפקידו. גם מה שלא נכנס בחסינות עניינית יכולה להכנס בגדרי החסינות הדיונית. וזאת גם אם העבירות בוצעו לפני הכהונה וגם אחרי. (מישהו גנב ואז נהיה ח"כ, יש לו חסינות דיונית במהלך כהונתו ולא ניתן להעמידו לדין על הגניבה).

החסינות היא זמנית ורק לזמן בו הח"כ מכהן.

בניגוד לחסינות עניינית זה חל רק בפני העמדה לדין פלילי ולא כל הליך משפטי כמו בחסינות עניינית.

בנוסף, החסינות הדיונית כן ניתנת להסרה. בעבר- הכלל היה שלכל חבר כנסת יש חסינות דיונית ולא ניתן להעמידו לדין, כיום החוק תוקן וברירת המחדל בעצם הפוכה- ניתן להגיש כתב אישום נ' ח"כ כל עוד זה לא בגדר החסינות העניינית אז אפשר להגיש כתב אישום אבל יש דרישות- זה צריך להיות באישור היועמ"ש ולהודיע לח"כ וליו"ר הכנסת. בשלב זה ח"כ יכול לבקש חסינות דיונית כדי שלא יעמידו אותו לדין.

יש מקומות בהם החסינות הדיונית רחבה יותר מהעניינית ומקומות בהם היא צרה יותר.

החוק מכיר בעוד סוגי חסינויות ספציפיות:

חסינות מפני חיפוש, חסינות מפני האזנות סתר ומעצר, לא נפרט על כך (מצוי בס' 2,3 בחוק).

**חסינות עניינית:**

"פעילות שעושה ח"כ במילוי תפקידו למען מילוי תפקידו"-

ס' זה מאוד רחב, עשוי להיות בכנסת ומחומה לה, עשוי להיות כביטוי או כמעשה. הצורך שהתפתח זה הגדרה וצימצום של מה נכנס לגדר החסינות העניינית ואיך לפרש את הדרישה של החוק ל"מילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו".

בעבר, זה היה רק מבחן שיפוטי שהתפתח בפסיקה, ומאז 2002 יש תיקון ס' א' 1 שנותן סייג/הבהרה של מה נחשב "במילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו" ולכן בניתוח כיום יש לבדוק קודם את החוק המתוקן ואז ליצור את המבחנים השיפוטיים.

ס' א' 1 המתוקן-

הקריטריונים שמצויים בסייגים הם דומים גם לקריטריונים שמופיעים בחוק המפלגות- רישום המפלגות.

הס' מגדיר איזה פעילויות לא יחשבו כ"למען מילוי תפקידו" (כל עוד הם לא נעשות באקראי)-

1. שלילת קיומה של מ"י כמדינת העם היהודי
2. שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה
3. הסתה לגזענות
4. תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור.

בג"צ עזמי בשאררה: עורר את הפרשנות של ס' זה. בשארה בזמן שהיה ח"כ נשא 2 נאומים מחוץ לכנסת ובשתיהם שיבח את החיזבאללה ובעקבות הנאומים הללו היועמ"ש החליט להעמידו לדין בגין העבירות של תמיכה בארגון טרוריסטי. הוא הועמד לדין על דברי שבח לארגון טרור, היועמ"ש פנה לכנסת שהסירה את החסינות הדיונית שלו ובביהמ"ש השלום טען בשאררה טענה מקדמית כי יש לו חסינות עניינית. ביהמ"ש השלום דחה את הטענה והוא עתר לבג"צ.

השאלה שעלתה היתה האם ס' א' 1 חל על מקרה זה.

הוא קודם שיבח את החיזבאללה ויותר מאוחר תיקנו את ס' 1 ואז כאשר דנו בהאם יש לו חסינות או לא עלתה שאלה האם הס' יכול רטרואקטיבית.

יש חזקה שחקיקה לא חלה רטרואקטיבית והיא ניתנת לסתירה במקרים מסוימים אך כאן המחוקק לא קבע במפורש האם זה יחול מכאן ולהבא או רטרואקטיבית.

ביהמ"ש פסק שזה כן חל (ומכאן שאין לו חסינות דיונית היות שהוא עובר על הסייגים) והטענה שעלתה בבסיס המסקנה הזו הינו שהס' הוא רק מבהיר- הוא לא יצר סייג חדש אלא הבהיר מה מאז ומעולם היה הפירוש הנכון.

יש קושי רב בדר"כ בהחלת חוק רטרואקטיבי וביהמ"ש הצדיק את מעשיו כך:

1. לשון החוק תומכת בטיעון זה של ביהמ"ש שכן הס' פותח במילים "למען הסר ספק" ולא כמו בדר"כ בס' בהם יש סייג שם כותבים "למרות הנאמר בס' הקודם".
2. באומרו שגם אם לא היה ס' מפורש לפי לשון החוק עדיין הוא היה מפרש כך את הס' כי שלילת אופיה הדמוקרטי של מ"י לא נכנס לגדר מילוי תפקידו של המחוקק (דומה לפעילות ביהמ"ש בפס"ד ירדור).
3. גם אם לא היה את ס' א' 1 מתוקן ניתן היה לומר שאם לפי ס' 7 א' מגבילים מלהכנס לכנסת בפעילויות מסוימות אז וודאי שזה גם חל אם אתה כבר ח"כ.

הסוגיות שעלו בביהמ"ש:

* ביהמ"ש עסק בשאלה מה הקשר בין ס' 7 א' (המכיל את הסדר הכניסה לכנסת) ובין הס' הנוכחי מבחינת היישום. מבחינת סדר כרונולוגי- בשאררה שיבח את חיזבאללה והחליטו להעמידו לדין, עוד פני שהתיק נידון לפני בג"צ הוא רץ לבחירות ורצו לפסול אותו לרוץ על סמך ס' 7 א' וביהמ"ש העליון באותו הליך ספציפי סירב לפסול אותו היות ולא הוכח שהוא תומך במאבק מזוין נ' ישראל ואז השאלה שעלתה- אם הכרענו באותה מקרה שהוא תומך במאבק מזוין האם זה יוצר תקדים במצב שלנו או שיש הבחנה בין הס' הללו. כל השופטים הסכימו שהרף ההוכחה בשאלה האם הוא תמך במאבק מזוין נ' שראל הוא גבוה יותר בס' 7 א' מאשר בס' א' 1 שהוא נחוץ לשם חסינות עניינית.
* מדוע יש הבחנה ברף ההוכחה בין המקרים הנ"ל?

התפיסה היא שלמנוע מראש מאדם להתמודד לכנסת היא פגיעה הרבה יותר חמורה והבגלת זכות בסיסית מראש. לעומת זאת ס' א 1 מעניש על התנהגות מסוימות שנעשתה וזה גם פתיחת צוהר להליך מסוים שבכלל לא בטוח שהוא יורשע בו.

במילים אחרות- למנוע מאדם להכנס לכנסת זה הרבה יותר נורא מאשר להסיר חסינות בגלל התנהגות לא ראויה כדי שהאדם יעמוד לדין. כל השופטים הסכימו על מה הרף הנדרש.

ביישום הם היו חלוקים.

* דעת מיעוט של השופטת חיות אמרה שקשה שלא לראות את דברי השבח שלו לחיזבאללה כתמיכה במאבק מזוין נ' ישראל- דהיינו אין לו חסינות עניינית.
* דעת הרוב של ברק וריבלין אמרו שהעבירה הפלילית שיש להעמידו לדין היא בעצם התמיכה בארגון טרור אבל הוא לא תמך במאבק מזוין נ' ישראל. ואז במקרה דנן החריג של א' 1 לא מתקיים ויש חסינות עניינית.
* גם אם מגיעים למסקנה שחריגים בס' א' 1 לא מתקיימים במקרה דנן עדיין נותרת השאלה- אילו דברים נכנסים בגדר "למילוי תפקידו"? ואז אנו פונים למבחן השיפוטי של מה היקף החסינות העניינית.

ברק הגיע למסקנה שלא קמים החריגים ולכן ממשיך לבדוק את היקף החסינות לפי המבחנים המשפטיים:

הביטוי "במילוי תפקידו ולמען מילוי תכליתו" הוא ביטוי רחב. ביהמ"ש עושה פרשנות תכליתית ולכן הוא מנסה להגיע לתכלית של החוק (הראציונאליים והקשיים שצוינו לעיל), הפסיקה ניסתה לאזן בין האינטרסים הסותרים הללו.

ברק התווה את מבחן "מתחם הסיכון המקצועי"- לפי מבחן זה נק' המוצא היא שמילוי התפקיד של הפרלמנט הוא רק פעילויות חוקיות. אולם, יהיו התנהגויות אסורות שבכל זאת יהיו מוגנות ויכנסו בגדר החסינות העניינית כאשר הפעילות של חבר הכנסת היא בתחום הסיכון המקצועי שטבעי לחבר הכנסת. יש פעילויות שהם טבעיות ומסביב לפעולות החוקיות הללו יש חגורת בטיחות שגם אם חבר הכנסת גולש מעבר למתחם החוקי זה עדיין יהיה לגיטימי ולכן במבחן בודקים מה המתחם הטבעי והרגיל למילוי התפקיד ואם ח"כ גולש טיפה מעבר למתחם הטבעי הוא עדיין יהיה מוגן. החסינות מגנה על חריגה מהמתחם שנעשתה בטעות אך לא בפעילות מתכוננת מראש שח"כ ניצל מעמדו כדי לעבור על החוק.

לדוגמא:

1. מבחן הספונטניות- הבחנה בין חשיפת ידיעה סודית בלהט הדיון בעת דיון פוליטי לבין חשיפה מתוכננת של סודות:

לדוגמא...

1. כאשר ביבי היה ח"כ הוא רצה לבקר את המשטרה ובלהט הוויכוח הוא חשף מסמך סודי של אגף המודיעין של צה"ל לגבי מו"מ עם סוריה. ביהמ"ש יצא מהנחה שאם בלהט הויכוח נפלט סוד וגילו ידיעה סודית עדיין יש הגנה כי לא היתה מטרה מראש וזה חלק מסיכון מקצועי של ח"כ. לעומת זאת, אם ח"כ מתכנן מראש לחשוף סודות מדינה אז זה נחשב דבר אסור וחסינות עניינית לא תהיה מוגנית. יש משקל רב להאם זה ספונטני או שזה משהו מתוכנן מראש.
2. ח"כ משתתף בהפגנה חוקית ובלהט ההפגנה הוחלט שהיא לא חוקית אז ח"כ מוגן. לעומת זאת אם מראש תכנן להשתתף בהפגנה לא חוקית אז הוא לא מוגן.
3. האם מראש הפעילות היא בגדר הסיכון המקצועי הטבעי- האם זה קשור בקשר הדוק עם משהו שהוא בגדר הפעילות הפרלמנטרית? למשל לקיחת שוחד לא נכנסת בגדר הפעילות הפרלמנטרית.

בג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' וועדת הכנסת- פרשת גורולבוסקי, באופן מודע או מכוון גורולובסקי הצביע במושב שלו והלך והצביע גם בכסא ריק של ח"כ אחר שלא נכח ולאחר מכן גם נתפס מנסה לגנוב את מערכת המיחשוב של הכנסת כדי שלא יתפסו אותו במצלמות.
"פרשת ההצבעות הכפולות"- היועמ"ש רצה להגיש נגדו כתב אישום בזיוף בכוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות ועל מרמה והפרת אמונים. הפרוצדורה אז היתה שהיועמ"ש צריך לבקש להסיר את החסינות וגורלובסקי טען שלא ניתן להסיר את החסינות שלו כי יש לו חסינות עניינית. הקושי הוא שברור שלהצביע זה חלק אינטגרלי בהליך החקיקה אבל השופט ברק קבע שלהצביע פעמיים בכוונה תחילה זה לא חלק מסיכון מקצועי. זו דוגמה למקרים שבהם יש דבר מכוון וביהמ"ש לא קיבל את הטענה שיש חסינות עניינית.

פרשת בשאררה- חיות טענה שחל ההחריג של א' 1 ודעת הרוב של ברק וריבלין טענה שזה לא חל ולכן ברק יישם את מבחן הסיכון הטבעי שלו. המקרה הזה הוא גבולי אבל מתחם הסיכון הטבעי כן מתקיים ולכן יש חסינות עניינית.

נימוקיו של ברק:

1. ברק טוען שהדברים נאמרו במסגרת נאומים פוליטיים ודבריו לא היו חלק מרכזי אלא קטן ושולי מהנאום.
2. ברק נותן משקל לעובדה שהעבירה שמאשימים את בשאררה זה חופש ביטוי וגם כאן חל הסיכון הטבעי המרכזי צוך נשיאת נאומים פוליטיים.
3. בנוסף טוען ברק שעבירות של חופש ביטוי הניסוח שלהם מאוד רחב ולכן יש סכנה שאם נצמצם את מתחם הסיכון הטבעי בקשר לחופש ביטוי אז ח"כ מראש יחששו להביע עמדות ואז יהיה אפקט מצנן וניצור הרתעת יתר ונמנע מח"כ להביע את העמדה הפוליטית שלהם שהיא בעצם הלב של הפעילות הפרלמנטרית וברק טוען שזה חשוב במיוחד לגבי ח"כ שמייצגים קבוצת מיעוט ששנויות במחלוקת.
4. שילוב כל הגורמים הנ"ל מביא את ברק למסקנה שהעבריה נעשתה כחלק אינטגרלי מהבעת דעה פוליטית ולכן החסינות חלה.

**חסינות דיונית:**

לא עוסקת בדברים שקשורים למילוי תפקידו של ח"כ אלא מחסום פרוצדורלי מהעמדה לדין בזמן כהונתו של ח"כ.

הדין בעבר היה שאם רוצים להגיש כתב אישום נגד ח"כ מכהן צריך אישור של וועדת הכנסת ואם היא ממליצה להסיר חסינות דיונית זה מגיע להחלטת הכנסת ורק אם היא מחליטה להסיר חסינות ניתן להעמיד לדין.

באותה פרשת גורולובסקי הכנסת לא הסכימה להסיר חסינות, היועמ"ש אמר שברור שאין חסינות עניינית ויש להעמידו לדין וועדת הכנסת החליטה גם לא להסיר חסינות. הוגש בג"צ לגבי האם החלטת וועדת הכנסת שלא להסיר חסינות דיונית היא לגיטימית או לא.

ביהמ"ש התווה את מבחן שיקול הדעת והוועדה בחנה האם השיקולים של היועמ"ש היו בתו"ל ומשיקולים טהורים ולא מרדיפה אחר חבר הכנסת. במידה ויגיעו למסקנה שהיועמ"ש פעל בתו"ל אין להם שיקול דעת בעניין והם חייבים להסיר את החסינות.

בעקבות החלטה זו הכנסת שינתה את החוק ומצד אחד הפכה את ברירת המחדל וקבעה שמעכשיו היועמ"ש יכול להסיר חסינות אלא אם כן ח"כ מיוזמתו מבקש לקבוע שיש לו חסינות דיונית, מצד שני הכנסת הוסיפה עוד עילות שמאפשרות לכנסת לתת חסינות דיונית:

1. אם הם מגיעים למסקנה שיש חסינות עניינית במקרה הזה ואז לא ניתן להסיר אותה.
2. אם הם מגיעים למסקנה שהיועמ"ש פעל שלא כדין.
3. אם היה כבר איזה הליך פרלמנטרי לבירור והענשת ח"כ שנקטה הכנסת עצמה והיא מחליטה שזה כבר מספיק ואין צורך בהליכים פליליים.
4. אם הכנסת מגיעה למסקנה שיגרם נזק של ממש בשל ניהול ההליך הפלילי לתפקוד הכנסת או לועדה מוועדותיה וייצוג ציבור הנבחרים. (היה לכך סייג והוא אם הכנסת חושבת שההליך הפלילי לא יפגע פגיעה ניכרת בהליך הציבורי).

**סדרי עבודת הכנסת וביקורת שיפוטית עליהם**

נק' המוצא לסדרי העבודה של הכנסת הינה ס' 19 לחוק יסוד הכנסת:

*"הכנסת תקבע סדרי עבודתה, במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון, כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקבולים בה".*

כפי שהגדיר חשין:

"בלתי נמנע שלכנסת תהיה סמכות לקבוע את חוקי העבודה שלה מעצם העובדה שהם 120 חברים עם דעות שונות והם לא יוכלו לתפקד ללא סדרי עבודה וכללי פרוטוקל ברורים."

ההנחה היא שלפרלמנטים יש סמכות טבועה לקבוע את סמכויות העבודה שלהם מהסיבות דנן:

1. בלתי נמנע- פרלמנט לא יכול לעבוד בלי סדרי עבודה ברורים היות וזה גוף גדול בעת דעות שונות.
2. עצמאות הפרלמנט- צריך לתת לפרלמט לקבוע בעצמו את הניהול הפנימי שלו ולא לאפשר התערבות רשויות אחרות. למנוע התערבות מהרשות המבצעת והרשות השופטת.

המקורות הנורמטיבים שמסדירים את סדרי העבודה של הכנסת:

חוק יסוד הכנסת עצמו כמעט ולא קובע דבר בהסדרים הללו אלא רק שהכנסת תקבע את זה וקובע מהם המקורות שהיא תעגן את הכללים- בחוק, בתקנון או בנוהג ונוהל מקובלים בה.

בפועל, שום דבר לא מעוגן בחוק (אין חוק יסוד חקיקה) וכמעט כלל ההסדרים מצויים בתקנון.

בכל הפרלמנטים בעולם ברור שכל הדברים הטכניים לא יהיו בחקיקה אלא יותר בתקנונים פנימיים והבעיה בארץ הינה שאםילו ההסדרים הבסיסיים ביותר- לדוגמא איך מעבירים חוק- גם הן לא מעוגנות בחוק יסוד.

כל כמה שנים יש הצעת חוק יסוד חקיקה ועד היום זה לא עבר.

ההבדל בין תקנון לחוק: תקנון מתקבל בהחלטה של הכנסת ולא בהליך חקיקה מלא ונתפס כמסמך פנימי ש"נמוך" יותר נורמטיבית מאשר חוק, יותר קל לשנותו מאשר חוק.

יתרונות וחסרונות של תקנון:

* היתרון של התקנון הינו שיש גמישות ואנו רוצים להקנות לפרלמנט גמישות בהסדרי העבודה שלו.
* החיסרון הוא:
1. מבחינת ביקורת שיפוטית- לגטימי יותר שביהמ"ש מבטל חוק שסותר חוק יסוד מאשר תקנון שסותר חוק רגיל (יוצרים איזה שהיא עליונות נורמטיבית לחוק על תקנון ובכך סותרים את הפרמידה של קלזן).
2. כל רוב מזדמן בכנסת יכול לשנות את התקנון וזה מונע מאיתנו יציבות ועיגון.
3. יש לפרוצדורה השפעה על התוכן שמתקבל בסופו של דבר ולכן היינו רוצים התערבות גבוהה יותר בסדרי הדין הללו מתוך הנחה שלפרלמנט מטבע הדברים יש ניגוד עניינים כי הוא תמיד ירצה לבצע הסדר שכמה שיותר נוח עבורו (תקנון עם כמה שפחות קריאות, משכורות גבוהות, פנסיות גבוהות וכו').

זה יוצר מתח אינהרנטי בתחום של סדרי העבודה. מצד אחד רוצים להעניק לפרלמנט עצמאות ומצד שני הכנסת מחוקקת לעצמה ומטבע הדברים יש ניגוד עניינים- במקרה הטוב ניגוד עניינים מוסדי (להגן על עצמם כגוף) ובמקרה החמור יותר ניגוד עניינים אישי (משכורות גבוהות) ולעיתים זה יכול לגרום לפגיעה בזכויות (רוב בכנסת יקבע שהאופוזציה לא יכולה לבצע הצבעת אי אמון למשל).

**ביקורת שיפוטים על הליכים פרלמנטריים וסדרי עבודה בכנסת:**

בעלת חשיבות מכמה סיבות:

ביטוי מוחשי של תפיסת ביהמ"ש על הפרדת הרשויות כי לכאורה זה מביא את שאלת הפרדת הרשויות להתנגשות- השאלה היא האם ועד כמה ביהמ"ש צריך להתערב בניהול הפנימי של הכנסת. נראה שהשינוי שחל בפסיקה ביחס לביקורת שיפוטית מייצג בידה רבה את השינוי בתפיסה של ביהמ"ש לגבי הפרדת רשויות וגם לגבי התפקיד של ביהמ"ש בחברה מבין שלושת הרשויות ואת שאלות השפיטות והאקטיביזם השיפוטי.

עד שנות ה-80 (שמגר) תחום זה לא היה שפיט ומשנות ה-80 (ברק) חלה מגמת הרחבה לגבי השפיטות.

**העמדה המסורתית של ביהמ"ש עד שנות ה-80-**

העמדה היתה שכל הנושא של ההליכים הפנימיים של הפרלמנט הוא לגמרי לא שפיט.

אחד המייצגים הבולטים של גישה זו הינו בג"צ בצול נ' שר הפנים- כאשר עסקנו בפרלמנט הכל יכול עסקנו בפס"ד זה היות והוא מייצג לכך שהכנסת היא כל יכול ולא ניתן להגביל אותה והוא גם מייצג היבט שביהמ"ש לא רשאי לבחון תוקף חוק של הכנסת.

הכנסת חוקקה את החוק לאיסור גידול בשר חזיר והחריג לכך היה במקומות מסוימים בהם יש דתות מסוימות וצוין שהמקומות מסומנים במפה. היתה תקלה אחת- המפות לא היו קיימות והן בעצם הגיעו שנה אחרי שהחוק עבר. השאלה שהתעוררה היתה- האם הפגם בהליך החקיקה (חוקקו חוק ולא היו מפות בפועל) משפיע על תוקף החוק או הס' של החריג לגידול איסור בשר חזיר.

ביהמ"ש קבע שהכנסת היא הרשות המחוקקת- הריבון, כל חוק שיצא תחת ידה חייבים לתת לו תוקף- אסור להרהר אחר תוקפו וביהמ"ש בעצם מביע עמדה שלא משנה אם הפגם הוא בפרוצדורה או לא ביהמ"ש קבע שהחוק מקבל תוקף מתוקף פירסומו (וההנחה היא שאם הוא פורסם זה היה כדין) ואסור לביהמ"ש להסתכל מאחורי "הפרגוד" של החוק ולבדוק מהם הליכי הקבלה של החוק. מותר לביהמ"ש לפרש את החוק אך לא להרהר אחר תוקפו.

במקרה דנן הובאו עדויות חותכות שלא היו מפות אבל עדיין ביהמ"ש סבר שצריך לקבל את החוק כעובדה נכונה.

העמדה המסורתית סוכמה במאמר של השופט צמח בשנות ה-70 שנקרא- בעיית אי שפיטות ההליכים הפרלמנטריים והוא מסכם את המצב כך:

"סדרי עבודת הכנסת שהוסדרו לפי חוק ותקנון הכנסת נוגעים רק לכנסת ואינם בתחום אחריות ביהמ"ש"

יש מתקופה זו עתירות רבות וביהמ"ש דחה את כולן ולא התערב בתחום החקיקה של הכנסת.

**תחילת השינוי הינו בג"צ פלטו שרון-**

פלטו שרון נבחר לכנסת כי הוא חיפש מקום מקלט מהליכים פליליים שהיו נגדו והוא הורשע בביהמ"ש השלום בעודו חבר כנסת והחליטו להשעות אותו (לפי ס' בחוק יסוד הכנסת שקבע כי כאשר ח"כ מורשע בפלילים למעלה משנה אז ניתן להשעותו ובמקרה דנן לא ניתנה לו למעלה משנה ועדיין השעו אותו).

השאלה המשפטית הינה- מהי הפרשנות הנכונה של הס' והאם הנושא הזה שפיט בכלל- האם ניתן לבדוק אם ההליך הפרלמנטרי היה כדין או לא.

ביהמ"ש קבע כי-

הנשיא לנדאו בדעת מיעוט מייצג את העמדה המסורתית.

לנדאו מטיל ספק האם ביהמ"ש מוסמך בכלל לבצע ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים ולדון בסוגיה זו.

דעת הרוב שנכתבה ע"י השופט כהן מתווה את הדרך שמאז ביהמ"ש הלך בה- צריך להפריד בין שאלת הסמכות לשאלת השפיטות.

 סמכות ברור שיש לנו על כל רשויות השילטון- לפי פרשנות ס' הסמכות של בג"צ לתת צויים למי שממלא תפקיד ציבורי לפי דין- מבחינת כהן מובן מאליו שהכנסת היא תפקיד ציבורי לפי דין וכי השאלה היחידה היא של שפיטות.

הביקורת על דעת הרוב היא ששאלת הסמכות אינה מובנת מאליה-

1. עובדה שעד שנות ה-80 ביהמ"ש חשב אחרת וגם הנשיא לנדאו ממש לא ראה את זה כמובן מאליו.
2. התפיסה שהכנסת היא גוף ציבורי הממלא תפקיד לפי דין- לפי איזה דין היא ממלאת את התפקיד הזה? רוב הדברים הם בתקנון והשאלה היא אם תקנון הוא דין. המתנגדים לגישה זו אומרים שלתקנון יש מעמד של דין בגלל שבחוק יסוד הכנסת מאפשרים ליצור סדרי עבודה גם בתקנון.

מאז ומאילך כאשר עולה שאלת הסמכות כותבים "שמובן מאליו שיש סמכות".

ביהמ"ש קובע מתי יפעיל את הסמכות- שאלת השפיטות:

ביהמ"ש קובע מס' כללים: מבחן פלטו-

1. איזה סוג הליך פרלמנטרי זה? רק הליכים מעין שיפוטיים יהיו שפיטים (הליך השיעה, הליך הסרת חסינות) ביהמ"ש יכול להתערב כי הכנסת במקרים הללו היא פועלת יותר כמו ביהמ"ש ולא בנושאים שהם חוקתיים קלאסיים.
2. חריגה מסמכות- ביהמ"ש לא יתערב כאשר מדובר בליקוי בשק"ד. במקרה של פלטו החוק קבע שמותר להשעות ח"כ אם הורשע בעונש של למעלה משנה, אולם פלטו הורשע בעונש נמוך יותר.

שני התנאים הינם תנאים מצטברים.

**מאז פלטו שרון היתה מגמת הרחבה מאוד משמעותית בשני אפיקים:**

1. עילות ההתערבות הפכו להיות מעבר לחריגה מסמכות אלא גם עילות התערבות רחבות יותר.
2. איזה סוגי הליכים פרלמנטריים- בעוד שפלטו שרון אמר מעין שיפוטי אלא מה שנקרא הליכים של ניהול פנימי של הפרלמנט. כיום אין שום סוג של הליך פרלמנטרי שאינו שפיט.

דוגמא להרחבה בעילות ההתערבות הינה בג"צ פנחסי:

חבר כנסת של ש"ס שהואשם בעבירות של טוהר המידות- שוחד והפרת אמונים. היועמ"ש לממשלה רצה להגיש נגדו כתב אישום ולהסיר את החסינות שלו. היועמ"ש פנה לוועדה והיא קיימה הליך מסודר והחליטה להסיר את החסינות של פנחסי ומליאת הכנסת החליטה בהתאם להמלצת העבודה גם כן להסיר את החסינות שלו.

פנחסי טען שהיו פגמים פרוצדורלים בהחלטת מליאת הכנסת וכי לא הוצג למליאה כתב האישום ולא היה להם הזמדנות לקרוא את הפרוטוקלים של וועדת הכנסת.

השאלה שעלתה הינה- האם צריך להטיל על הכנסת דרישות מסוימות בכובע השיפוטי שלה.

יש הרחבה של העילה כי בעוד שבפלטו שרון אמר שרק חריגה מסמכות היא עילה להתערבות או אולי צריך להכיל על הכנסת דרישות גבוהות יותר וירחיב את עילות ההתערבות שלו.

ביהמ"ש התערב ואמר שהוא מכיר במעמדה הרם של הכנסת אבל התפקיד שלנו הוא להבטיח מינימום דיון הוגן עבור חברי הכנסת שנוטלים זכויותיהם ולכן ביהמ"ש מחויב להתערב.

ביהמ"ש ביטל את החלטת הכנסת וקבע כי לכל המליאה צריכה להיות הזדמנות נאותה לקרוא את כל החומר הרלוונטי ואז שיבצעו הצבעה חוזרת.

הכנסת התרעמה על ההתערבות הזו והחליטה בהצבעה נוספת לא להסיר חסינות כדי "ללמד את ביהמ"ש לא להתערב" ובכך השאירו את פנחסי חסין ומנעה עוד הליכים פליליים נגדו.

פנחסי למעשה הרחיב את מבחן פלטו במובן של "מעין שיפוטים".

במקביל להרחבה בעילות ההתערבות היתה הרחבה גם בסוגי ההליכים שביהמ"ש מתערב בהם וזאת בא לידי ביטוי בבג"צ שריד:

הגישו הצבעת אי אמון. יו"ר הכנסת דחה את הצבעת האי אמון ל-17:00 במקום 11:00 הטענה של שריד היתה היא שהוא דחה את שעת הדיון כדי לאפשר לחברי כנסת שהיא בחו"ל להספיק להגיע כי הם תמכו בממשלה. שריד טען שמעשה זה נוגד את התקנון ולא חוקי ולכן יש להתערב בה.

הליך זה הוא פנימי (לקבוע מתי יהיה הדיון בהצבעת אי האמון) והמקרה הזה עורר את השאלה- האם גם הליכים שהם לא מעין שיפוטיים אלא פנימיים ניתן להתערב בהם.

ביהמ"ש טען כי הוא לא מתערב היות וזו לא פגיעה מספיק משמעותית.

ביהמ"ש אומר שיש לו סמכות והשאלה היא שיקול דעת- מבחן השפיטות והתשובה היא שזה לא מעין שיפוטי ושאפשר להרחיב גם להליכים לפרמנטריים אחרים הנוגעים לניהול פנימי ומכך שזה שיפוטי. אם זה לא היה שפיט לא היו בודקים את הטענה לגופה. כאשר החליטו במקרה דנן שהנושא הוא שפיט (ניהול פנימי הוא אכן שפיט- הרחבה) הפעילו שיקול דעת והחליטו שבמקרה הספציפי לא רואים צורך להתערב.

ביהמ"ש הרחיב ממעין שיפוטי גם להליכים פרלמנטריים פנימיים (שפיטים גם הם) ודבר נוסף שקבעו זה מבחן חדש (במקום המבחן של חריגה מסמכות).

מבחן שריד- מידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי.

דהיינו, האם ההחלטה שעותרים נגדה פוגעת בצורה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים. הרעיון הוא שמרחיבים מעבר למעין שיפוטי ויחד עם זאת מכירים בכך שאם הרחיבו גם בניהול פנימי אז צריך לאפשר כן לכנסת איזשהו מרחב נשימה ולכן יתערבו בהליך הפנימי רק כאשר תהיה פגיעה מאוד קשה. במקרה הקונקרטי זה לא פגיעה חמורה שמצדיקה התערבות.

הביקורת על המבחן הינו שהינו עמום ולא ברור.

ההרחבה של בג"צ שריד היתה משמעותית משתי בחינות:

1. ממעין שיפוטי לסדרי עבודה פנימיים של הפרלמנט
2. קבע שמעתה יפעיל שיקול דעת בעניינים פנימיים רק כאשר היא תהיה חמורה ותפגע במרקם החיים במשטר פרלמנטרי.

יישום מבחן שריד:

1. בג"צ סיעת כך נ' יו"ר הכנסת: סיעת כך היתה סיעת יחיד עם ח"כ אחד והיא הציעה הצעת אי אמון ויו"ר הכנסת טען שהוא לא יכול להגיש כי הוא סיעת יחיד והוא מפרש את התקנון כך שזה אסור. כהנא עתר לבג"צ והשאלה היתה האם ביהמ"ש יכול להתערב או לא.

ההחלטה של למנוע מכהנא היתה החלטה של סדרי עבודה פנימיים של הכנסת. ביהמ"ש דחה במפורש את מבחן החריגה מסמכות של פלטו שרון ואישרר את מבחן שריד כהלכה קבועה. ביהמ"ש קבע שיש חריגה מסמכות ושיקול הדעת של הרשות היה פסול וכל עוד הוא נוגע במשהו מהותי במרקם החיים הפרלמנטריים ראוי שביהמ"ש יתערב.

בעוד שבבג"צ שריד ביהמ"ש יצר הרחבה גדולה אך לא התערב במקרה הספציפי בבג"צ כך ביהמ"ש אישרר את הלכת שריד ויישם אותה והתערב וקבע כי קביעתו של יו"ר הכנסת אינה תקפה.

ביהמ"ש קובע שהצעת אי אמון זה אחד הכלים החזקים ביותר של הכנסת כדי לפקח על הממשלה ולכן שליטה מוחלטת של האפשרות להגיש הצעת אי אמון פוגעת בצורה קשה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי. וגם הפגיעה בסיעה עצמה פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים.

1. בג"צ כהנא נ' יו"ר הכנסת: עתירה נ' החלטת יו"ר הכנסת לא להניח על שולחן הכנסת 2 הצעות חוק פרטיות של כהנא. הצעות החוק כללו תכנים שהיו גזעניים מאוד ולכן יו"ר הכנסת לא הסכים לקבלן לקריאה.

ביהמ"ש קבע שליו"ר הכנסת יש שיקול דעת לבחון את הצעת החוק לפני שהוא מניח אותה אך שיקול דעת צר. וכאשר מדובר בח"כ שמקדם את המצע שלו יו"ר הכנסת לא רשאי שלא להניח. העיסוק של ביהמ"ש הינו היקף שיקול הדעת של יו"ר הכנסת. ביהמ"ש אומר שלפי התקנון הוא אינו מוסמך לדבר כזה. פוגעים בצפקיד מרכזי של הכנסת- יכולת ליצור חקיקה ושוללים בצורה קשה את היכולת של ח"כ לפעול. היישום של מבחן שריד מסתכל האם זה פונקצייה מרכזית של הכנסת. תפקיד חשוב של הכנסת זה חקיקה ולכן קיבלו את עתירת כהנא.

בהמשך בהמת תיקנו את תקנון הכנסת כך שירחיב את סמכות יו"ר הכנסת להמנע מלהגיש הצע"ח שכוללות מסרים גזעניים. כהנא עתר על כך שוב.

1. בג"צ לבנת נ' יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט

הוחלט על התפטרות הכנסת, השאלה הייתה מתי יהיה הדיון בפני ועדת החוקה חוק ומשפט, וחברת הכנסת לבנת ביקשה להקדים את הדיון בגלל הפריימריז בליכוד. יו"ר הועדה סירב להקדים את הדיון, הנושא מגיע לבג"צ- שם יצטרכו להחליט עם בימ"ש יתערב בשאלה האם להתערב בשאלה מתי יחול הדיון.

היקף הביקורת השיפוטית משתנת לפי המהות של פעילות הכנסת- לפי סוג ההליך, כלומר בהליכים מעין שיפוטיים בית המשפט יתערב הרבה, בהליך מנהלי יתערב בערך באמצע, ובהליך חקיקה יתערב מעט. כלומר שבימ"ש מגיע לפניו עתירה הוא צריך לסווג את סוג ההחלטה (שיפוטית, מנהלית או משהו שקשור להליך החקיקה) ולפי כך הוא קובע את מידת ההתערבות.

במקרה הזה קובע בימ"ש שזה הליך של סדרי עבודה פנימיים (כלומר מנהלי) ובסוג כזה של החלטות כמו באיזה שעה ואיזה יום ידונו בכך במליאה, הנטייה תהיה לא להתערב, אבל בגלל שההחלטה מעין מנהלית, יחילו את מבחן שריד- בודקים את מידת ההשפעה של ההחלטה הזו על מרקם החיים הדמוקרטי והחיים הפרלמנטריים, ובמשטר החוקתי. במקרה זה קובע דחייה במספר ימים לא מערער את מרקם החיים הפרלמנטריים ואין טעם להתערב פה. בימ"ש טוען שהרשויות הפוליטיות וח"כ עצמם יכולים לשנות את זה בעצמם ואין פה מקום לפנות לבג"צ.

**לסיכום בג"צ זה:**

1. **הרעיון שבא לידי ביטוי, בימ"ש מסווג את ההחלטה (שיפוטי, מנהלי, הליך חקיקה) ויש השפעה על ההתערבות.**
2. **דוגמא לסוג העניינים לפי מבחן שריד ובו ייקבע מתי בימ"ש יתערב ומתי לא. בעצם האם יש פגיעה בחיים הפרלמנטריים ובמשטר החוקתי והדמוקרטי.**

(המשותף בכהנא ובסיעת כך, הוא ששם מבחן שריד יושם שכן הייתה פגיעה בחיים הפרלמנטריים ובלבנת לא הייתה).

1. בג"צ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת

הסיפור היה, הכנסת ב14 עמדה להתפזר, בפועל הכנסת לא כיהנה 4 שנים ועמד להתפזר בתום 3 שנות כהונה, בערב ההתפזרות, ועדת הכנסת ישבה לדון בפנסיה של חברי הכנסת, ויצרו פיקציה שכאילו הם שירתו 4 שנים.

המשמעות הכלכלית של זה הייתה לא קטנה, כמה מיליונים. ומה שהיה צורם יותר, זה שהייתה ועדה ציבורית שאמורה להמליץ, והיא המליצה נגד הדברים ועדיין ועדת הכנסת הסכימה לעשות כך.

השאלה הגיעה לבג"צ שהיה צריך לדון בשאלה.

בימ"ש חוזר על כך (כמו בבג"צ לבנת) שצריך לסווג את ההחלטה (שיפוטית, מנהלית, הליך חקיקה) ולפי כך לקבוע את היקף ההתערבות. מה שבג"צ זה מוסיף זה שכאשר הכנסת מחוקקת לעצמה זה שיש אינטרס ציבורי נוגד את החקיקה של הכנסת לעצמה. אז הביקורת תהיה גדולה יותר.

השופט ריבלין מסווג את ההליך הזה בהליך של חקיקת משנה של הכנסת, אבל הדגש של בימ"ש הוא על טיב ההחלטה ביחס לניגוד העניינים המובנה.

**לסיכום בג"צ זה:**

**1. בימ"ש מוסיף עוד שיקול- ניגוד העניינים המובנה בין חקיקה של הכנסת לעצמה (דואגת לח"כ שלה) לבין האינטרס הציבורי- ובמצב זה תהיה ביקורת שיפוטית קפדנית יותר.**

**2. חוזר על דברי לבנת- הסיווג וההתערבות.**

**ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים-**

1. רקע:

הכנסת עושה 3 דברים לפי החלוקה האנליטית שעורך ביהמ"ש:

1. מחוקקת
2. מנהלת את ענייניה הפנימיים
3. הכנסת עוסקת בפעילות בעלת אופי שיפוטי (הבטים משמעתיים)

החל משנת 1992 ניתן לזהות מהפכה בכל האמור לנכונות של ביהמ"ש העליון לבחון את פעולות החקיקה של הכנסת. לרבות האפשרות של פסילת חקיקה ראשית (היו 10 מקרים בהם ביהמ"ש פסל ס' של חוק וגם חוק שלם) מדובר בהליך דרמטי במובן של עד 92 למעט חריגים ביהמ"ש העליון נעצר ברגע בו הוא עומד בפני דבר חקיקה חלוט של הכנסת גם במיקרים שהוא סבור שדבר החקיקה עומד מול זכויות.

עתה ביהמ"ש מוכן עקרונית לפסול חוק מה שלפני כן הוא נמנע מלעשות.

בכל הנוגע לניהול העניינים הפנימיים ופועולות בעלות אופי שיפוטי- החל מהלכת שריד יש נכונות מסוימת מצד ביהמ"ש להתערב בפעילות פנים פרלמנטרית.

לעומת זאת, בכל הנוגע לנושאים בעלי אופי מעין שיפוטי- בסופו של יום ביהמ"ש בפרשת פנחסי מבהיר שבהליכים בעלי אופי מעין שיפוטי אין קרדיט לכנסת, הכנסת כגוף שיפוטי כפופה גם היא לערעורים מול ביהמ"ש- אין הבדל בין הכנסת בשבתה כגוף מעין שיפוטי לבין ערכאת שיפוט אחרת.

1. הביקורת השיפוטית על החקיקה:

ביקורת שיפוטית שבוחנת את תוקף החוק- האם החוק הוא תקף או לא? האם לבימ"ש יש סמכות לבטל חוק? (לא דומה לבנק המזרחי) העילה לביטול החוק הוא פגם בהליכים הפרוצדורליים של החוק (ח"כ שהצביע פעמיים במקום פעם אחת).

השאלה הראשונה היא כיצד מקטלגים את הליך החקיקה-

הליך חקיקה מהו?

1. **אקט בעל אופי חקיקתי:**

לכן היינו מצפים שביהמ"ש יפעיל את הסטנדרט שמפעיל על ביקורת החקיקה. פרשת התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת- הש' ריבלין הסביר שהליכי החקיקה הם חלק מהפעילות הפנים פרלמנטרית שכן זהו לא חוק עדיין ומכאן שיש ריסון משמעותי מצד ביהמ"ש בכל הנוגע למקרים בהם נופל פגם בהליכים הפנים פרלמנטריים כולל הליכי החקיקה. הליך חקיקה שווה להליך פנים פלמנטרי מבחינת ביהמ"ש ולכן הלכת שריד רלוונטית גם ביחס להליכי החקיקה.

עניין זה מעלה תמיה שכן דווקא התערבות ביהמ"ש בהליך החקיקה היא יותר לגיטימית למראית עין מהתערבות שהוא עושה בתוכן החוק שכן פגם בהליך החקיקה הוא פגם טכני שביהמ"ש בהתערבות בו לא מביע עמדה אלא מהווה גוף פיקוח נייטרלי.

פרשת נמרודי- דבר חקיקה משפיע על עסקיה של משפחת נמרודי ונציגי החברה רצו לשטוח את עמדתם בפני הוועדה הרלוונטית בכנסת שדנה בחוק (מכח ס' 106 לתקנון הכנסת- וועדה קבועה רשאית להזמין מזמן לזמן לישביותיה כל אדם או בא כוחו של גוף או חוג מסוים שיש לו ענין בשאלה שהכנסת דנה בה). חברת נמרודי אמרה שבמקרה דנן הם היחידים שעמדו להיות נפגעים מהחוק הזה ולכן למרות שבחוק נאמר שהוועדה "רשאית", כל החלטה אחרת מלהזמין היא לא סבירה. במקרים כאלה לטענתם הרשאי=חייב. הרעיון של שמיעת צדדים שאמורים להפגע הוא עיקרון יסוד במשפט המנהלי. נמרודי מנסה למכור תובנה זו בביהמ"ש ולהגיד שהיו חייבים לשמוע אותו ולכן נפל פגם בהליך החקיקה.

ביהמ"ש קבע שבמקרה דנן לא נפל פגם בהליך החקיקה.

עם זאת (וזה הסיבה שהפס"ד בכל זאת מעניין אותנו), בהוביטר אומר ברק שאם נופל פגם חמור בהליך החקיקה אז ביהמ"ש רשאי להכריז על בטלות החוק. ברק טוען שהוא לא מבטל את החוק ושזהו אקט בעל אופי דקלרטיבי כי זהו לא חוק- נפלו פגמים בדרך ולכן הוא לא באמת חוק אז זה רק אקט דקלרטיבי. זו עם ראשונה שנאמר שבמקרים של פגם חמור ניתן להכריז על פסלות של חוק. ברק אומר שבמקרים בהם יש פגם חמור היורד לשורש ההליך הוא יכריז על בטלותו של החוק בין בתקיפה ישירה לבין בתקיפה עקיפה.

תקיפה ישירה- אמירה שבחוק מסויים נפל פגם ומבקשים לפסול אותו- הליך זה אפשרי רק בבג"צ.

תקיפה עקיפה- טענה שנטענת בהליך משפטי אחר "על הדרך", לא כעילת התביעה אלא במהלך המשפט (פרשת בנק המזרחי היתה תקיפה עקיפה ולכן היא החלה בביהמ"ש המחוזי).

ברק הזכיר את שאלת העיתוי של הביקורת השיפוטית-

יש ביקורת שיפוטית אפריוריות (לפני מעשה) ואפסטריורית (לאחר מעשה).

אפריורית- דבר מסוים בהליכי חקיקה ואנו רוצים לתקוף אותו בנקודת הזמן הזו.

אפסטריורית- לאחר שהחוק קיים. מקובל לומר שבישראל אפשרית רק ביקורת שיפוטית אפוסטריורית.

במקרה של נמרודי אומר ברק שכאשר מדובר בתקיפת חוק בשל פגם בהליכי החקיקה- לא התקיימו 3 קריאות לדוגמא- יכול להיות שביהמ"ש כן יסטה מהעיקרון של ביקורת שיפוטית אפוסטריורית וכן תתבצע ביקורת אפריורית.

לסיכום הלכת נמרודי-

בית המשפט אמר בפעם הראשונה שיש להם סמכות לבטל את החוק בגלל שהוא לא התקבל בצורה חקיקתית ראויה. מה שמרחיק לכת זה שבימ"ש מרשה לעצמו לבטל חוק, עוד לפני המהפכה החוקתית (1992). והדבר השני שבימ"ש טוען הוא, שאם הליך החקיקה עובר על התקנון אז הוא בטל (אז בעצם בימ"ש נותן לתקנון מעמד חוקתי).

* ביהמ"ש אומר שיש לו סמכות לבטל חוק אם הוא סותר את התנאים של התקנון, 3 קריאות וועדה (במקרה הקונקרטי הוא לא מבטל). מה שמעניין זה שקרה המקרה לפני המהפכה החוקתית.
* בימ"ש אוכף תנאים שקבועים בתקנון (שוב גורם לתקנון להיות חוקתי)- פרשנות הגיונית לס' זה הוא ס' 19 ופרשנותו (שהכנסת חייבת לעבוד לפי סדרי עבודתה).
* מבחן נמרודי למשך שנים היה המבחן שייושם בפסיקה.
1. **הליך החקיקה מוסדר בתקנון הכנסת.**

**לאחר 14 שנה.....**

ארגון מגדלי העופות- בייניש מתבקשת לפסול חוק הסדרים עם משק המדינה. חוק זה הינו סל גדול שלתוכו "דוחפים" תיקונים וחוקים חדשים לגמרי מכל הבא ליד. החוק נולד בשנות ה-80 לאחר משבר כלכלי קשה והוא בעל אלפי סעיפים. כאשר מדובר בהצעות חוק רגילות אחרי הקריאה הראשונה מרכזים את הצעות החוק לוועדות הכנסת השונות- כל אחת לתחום שלה. כאן, למרות שמדובר בהרבה מאוד חתומים שדרושים הרבה התמחויות משנה, החוק עובר ישר לוועדת הכספים ושאר הוועדות לא מטפלות בו. יצרו חוק סל שהכיל רפורמות תקציביות וגם רפורמות שנועדו כדי לבצע שינויים הרכביים גם כאלו שאין להם שום קשר לתקציבי המדינה. למשל- חוק מוסדות חינוך תרבותיים: המדינה תממן את החינוך כל עוד מוסד חינוכי ילמד את הילדים מקצועות ליבה כפי שהמדינה רוצה כתנאי למימונה. אבל בפועל נניח בתי ספר חרדיים כן קיבלו תקציב למרות שהם לא לימדו מקצועות ליבה. ח"כ הצליחו להעביר חוק שמקבלים 60% מהמימון גם אם לא מלמדים כלום.

אז למה מתנהלים ככה?

מכניסים ס' לא קשורים בחוק? אפשרות אחת זה שהם דוחפים הכל ביחד כדי שפרוצדורלית יהיה להם קל יותר ואפשרות שניה היא כי ככה יותר קל לנהל את התקציבים ב"מסחרה".

הטענה היא שהממשלה הפכה להיות מחוקקת והכנסת הפכה להיות חותמת גומי- הטענה שזה פוגע ברעיון של הליך דמוקרטי ראוי, זה הוא הליך חקיקה זריז ומהיר ואין באמת אפשרות לדון בו.

מנגד הממשלה טענה שזה הוא כלי מאוד חשוב לממשלה- אפקטיבי.

המדינה אמרה- אנו מסכימים שהמנגנון של הליך חקיקה זה (חוק ההסדרים) אבל אין שום עילה להתערבות בימ"ש מסיבה פשוטה שהדבר לא סותר את התקנון.

ביהמ"ש יכל לעשות אחת משתיים:

א. חוק ההסדרים אינו ראוי בגלל הרעיון של הפרדת רשויות, הליך דמוקרטי ראוי וכו'.

ב. בימ"ש יפתח מודל חדש של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה- בעצם נרחיב את הביקורת.

בפועל בימ"ש עושה את שניהם- בהתחלה הוא טוען כי חוק ההסדרים אינו ראוי, ומה עוד הוא מוסיף שבימ"ש יכול לבטל חוק גם אם אין הפרה של ס' בתקנון- בימ"ש מכיר בזה שיש עקרונות יסוד של הליך החקיקה (לא כתובים) ושחוק שסותר את העקרונות האלה, לבימ"ש יש סמכות לבטל את החוק.

עקרונות היסוד של הליך החקיקה הם:

* עקרון השוויון.
* עיקרון הכרעת הרוב.
* עיקרון הפומביות.
* עיקרון ההשתתפות (לכל ח"כ יש זכות בהליך החקיקה).

בימ"ש פועל בצורה מאוד אקטיביסטית- הוא מבטל את החוק בנמרודי ע"י סתירה לפי התקנון, וגם מצד שני מבטל חוק בארגון מגדלי העופות ע"י סתירה של עקרונות היסוד של הליך החקיקה.

העקרון המתנגש במגדלי העופות היה עיקרון ההשתתפות. עיקרון זה כולל זכות לכל ח"כ להשתתף ב-3 הצבעות והוא מחייב הליך חקיקה בו תנתן לח"כ אפשרות מעשית לגבש את עמדתו ביחס להצע"ח.

בייניש שואלת האם הליך חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים שולל מח"כ אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בנוגע להצעת החוק?

לדידה, גם אם התשובה לכך היא כן, עדיין היא לא היתה מתערבת.

פרשת ליצמן: היו ח"כ שהצביעו פעמיים. העניין הגיע לביהמ"ש העליון והוא אומר שגם עם ההצבעה הכפולה היה יכול להיות רוב ולכן הוא לא פוסל את החוק. בימ"ש בעצם מרחיב את סמכותו לבטל חוקים ולביקורת שיפוטית, אך לא באמת משתמש בו.

סיכום של תהליך הביקורת השיפוטית:

בגדול יש מגמת הרחבה עד שנות ה80 הפסיקה הייתה מאוד ברורה- כל הנושא של הליכים פרלמנטריים לא שפיטים. עד פלטו שרון שם נקבעה שיש סמכות להתערבות רק בהליכים מעיין שיפוטיים ושיש חריגה מסמכות. ובשלב הבא היה הרחבה גם מבחינת סוג ההלייכים הפרלמנטריים (יש גם מנהלי, והליכי חקיקה), והרחבה נוספת היא שעילת ההתערבות היא לא רק הלכת ההתערבות, אלא בימ"ש הלך למבחן עמום יותר כמו בשריד ובארגון מגדלי העופות.

הדגש הפך להיות מצד אחד יש ביקורת שיפוטית על כך סוגי ההליכים הפרלמנטריים, אך בימ"ש יוצר סיווג בין הליכים פרלמנטרים שונים- מעיין שיפוטים יזכו להרבה ביקורת, מנהלים לביקורת באמצע, והליכי חקיקה לביקורת מועטת.

בפועל ברוב רובם של המקרים בימ"ש עושה שימוש מועט בביקורת שיפוטית, ובהליכי חקיקה לא נעשתה ביקורת בכלל מאז נמרודי.

עד היום לא היתה פסילה של חוק בשל פגם בהליכי חקיקה אפילו לא במקרה בו ח"כ הצביע פעמיים. הפסילות היחידות שהיו היו רק בגלל תוכן (12 חוקים בגלל בנק המזרחי המהפכה החוקתית).

**הרשות המבצעת:**

מעבר לשליטה הפרקטית של הממשלה בכנסת זו רשות מרכזית שעוסקת לא רק בתפקידי ביצוע אלא גם חלק נכבד מהליכי החקיקה נעשה באמצעות הרשות המבצעת במסגרת תקנות ויש אף לא מעט סמכויות משפטיות וגופים שונים שמכונים בתי דין מנהליים והם ממוקמים ברשות המבצעת דרכם ניתן להגיע לרשות השופטת. הצעת חוק פרטית לא תועבר במידה והממשלה תתנגד ולהיפך- במידה ויש תמיכה של הממשלה בהצעת החוק הסיכוי שהיא תעבור הוא רב. גם אותה הצעת חוק המשילות עברה בקריאה טרומית למרות התנגדותם של 4 שרי הקואליציה. במדינה עם שיטה כמו שלנו לא ניתן לקיים משילות כלשהי אם הממשלה לא מקבלת תמיכה מחברי הקואליציה. המשמעות של הקואליציה היא התאגדות של המפלגות שחבריהן מתחייבים לתמוך במדיניות הממשלה אחרת לא ניתן לקיים משילות כלשהי. בשיטות אחרות המשילות מושגת בדרכים אחרות, נניח לנשיא ארה"ב יש סמכות להטיל וטו על החקיקה.

נעסוק במס' נושאים מרכזיים:

 הנושא הראשון קשור לשאלה האם הפרדת הרשויות במדינת ישראל במובן המודרני של הפרדת רשויות האם זה רק עקרון רצוי, כלל שמסייע בפרשנות או שיש לו גם תוקף משפטי חוקתי במובן זה שאסור לכנסת לחרוג בחוקים שהיא מקבלת מעקרון הפרדת הרשויות.

בית המשפט יכול לפרש חוק כמתאים להפרדת הרשויות וכלא מתאים אז הגישה הפרשנית הנכונה היא להניח שחוקי המדינה ראויים להשתלב בשיטה הראויה של המדינה הדמוקרטית. הדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה אומרת שפגיעה בזכות צריכה להיות על פי חוק או על ידי הסמכה מפורשת. פגיעה בזכות היא דבר בעל חשיבות מיוחדת, דבר עקרוני ובשיטה של הפרדת רשויות לא ראוי שהרשות המבצעת לבדה תקבע את האפשרות לפגוע בזכויות ובעצם הרציונל של דרישת החוקיות זה רציונל של הפרדת רשויות. ברק הביע עמדה שאומרת שחוק לצורך פסקת ההגבלה כולל גם משפט מקובל- כולל פסיקה, הפסיקה לא דנה בדעה זו עדיין. אחת הבעיות שהגישה מעוררת היא שהיא לא מתיישבת עם רציונל הפרדת הרשויות. אם דרישת החוקיות נובעת מעקרון הפרדת הרשויות אז ראוי שחוק יתקבל על ידי הרשות המחוקקת ואם נפרש חוק גם כפסיקה זה מאפשר גם לרשות השופטת על דעת עצמה לפגוע בזכויות וזה דבר בעייתי. מכל מקום ברור שהרציונל המרכזי של דרישת החוקיות ופסקת ההגבלה הוא הפרדת רשויות ובמובן זה זו דרישה חוקתית שהכנסת כרשות מחוקקת מחויבת לה. במידה והכנסת תחוקק חוק שיסמיך את הממשלה לפגוע בזכויות יכול להיות שחוק זה יפסל. נשאלה השאלה האם מעבר לפרשנות ופסקת ההגבלה יש עקרון יותר רחב במובן זה שהרשות המבצעת היא זו שמופקדת על סמכויות מבצעות ואין הכנסת יכולה להעביר את אותן סמכויות ולהפריט כל דבר- אין הכרעה בנושא זה. העניין עלה בפרשת הפרטת בתי הסוהר ובית המשפט השאיר זאת בצריך עיון. אחד השיקולים שעשויים להשפיע על ההכרעה בשאלה זו נוגע לפירוש המילה "ממשלה" בחוק יסוד הממשלה. סעיף 1 לחוק היסוד אומר שהממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה ולכן על פני הדברים אם הכנסת תחוקק חוק ותקנה לאדם פרטי סמכויות של רשות מבצעת ניתן לומר שיש כאן הפרה של חוק יסוד. ואם הכנסת תקנה לעצמה סמכויות של רשות מבצעת שוב ניתן לומר שהחוק הרגיל סותר את חוק היסוד שקובע שהממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה.

מה משמעות הביטוי "ממשלה" בחוק היסוד?

על פני הדברים הממשלה מוגדרת בחוק היסוד שלא מאפשר מכוח חוק היסוד הזה להחיל נורמה של הפרדת רשויות מפני שעל פני הדברים מהות הממשלה מוגדרת באופן שמקשה ואף לא מאפשר לפרש את חוק היסוד הזה כקובע נורמה חוקתית של הפרדת רשויות. הגדרת הממשלה בסעיף 5 א' של חוק יסוד הממשלה- נקבע שהיא מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים. הממשלה לפי אותו סעיף זה לא כל הגוף של המנהל הציבורי שעוסק בסמכויות הביצועיות (רשויות מקומיות, תאגידים ציבוריים) אלא על פי הגדרה זו מדובר בגוף מאוד מצומצם ואז לא מתקבל על הדעת שגוף כה מצומצם יהיה רק הרשות המבצעת. אם הממשלה זה רק אותו גוף שנפגש פעם בשבוע וכולל כמה עשרות אנשים ולא את כל המנגנון הביצועי של הממשלה זה בעייתי לפרש את הסעיף כקובע נורמה חוקתית מחייבת שרק אותם השרים הם הרשות המבצעת. האם סעיף 1 שאמר שהממשלה היא הרשות המבצעת לא התכוון להגדרה בסעיף 5 או האם יש כוונה למשהו יותר רחב? בחוק יסוד הממשלה יש רמזים די רבים שהממשלה במובן של סעיף 1 היא דבר יותר רחב ולא רק במובנה המצומצם בסעיף 5. הרמזים הם העובדה שחוק היסוד לא עוסק רק בממשלה במובן הזה. הוא עוסק בכל מיני דברים שלא קשורים רק לממשלה במובן המצומצם. למשל יש בחוק הוראות שנוגעות לשרים, לא שר כחבר הממשלה אלא שר כרשות מוסמכת לעצמה. למשל סעיף 33 ב' לחוק יסוד הממשלה אומר שסמכות שנתונה לאחד השרים על פי חוק אז הוא רשאי להאציל אותה לעובדי ציבור בכל מיני תנאים ולכן כנראה שגם הם חלק מהממשלה במובן הרחב. דוגמא נוספת, סעיף 34 עוסק בנטילת סמכות ואומר שבתנאים מסוימים שר שממונה על ביצועו של חוק רשאי לקחת לעצמו סמכות שהחוק נתן לעובד מדינה. חוק יסוד הממשלה עוסק גם בסגני שרים אשר הם לא חלק מהממשלה במובנה המצומצם כך שנראה שחוק יסוד הממשלה בעצם מתייחס לממשלה בשני מובנים שונים:

1. אינו רלוונטי להפרדת הרשויות- הממשלה במובן של אותו גוף של 20 אנשים שנפגש פעם בשבוע ומקבל החלטות עקרוניות.
2. הממשלה במובנה הרחב- כל משרדי הממשלה וכל מיני יחידות שמצורפות לממשלה. היה ובאמת יפרשו את הממשלה במובן היותר רחב שכולל את כל המנגנון של הרשות המבצעת אז ניתן יהיה לומר שאותו גוף הוא בלבד הרשות המבצעת והכנסת לא תוכל לתת סמכויות ביצוע לעצמה או לרשות השופטת שאינן חלק מהממשלה אפילו במובן הרחב.

**לסיכום,** ניתן לטעון שבישראל עקרון הפרדת הרשויות בצורה רחבה הוא עקרון חוקתי שהכנסת בחוקים רגילים לא יכולה לפגוע בו אבל זה בתנאי שנפרש את מהות הממשלה בחוק יסוד הממשלה בצורה רחבה ולא בצורה המצומצמת של סעיף 5.

נושא שני: מגבלות משפטיות על מינוי ועל העברה מתפקיד של שרים:

האם יש חופש מוחלט לראש הממשלה ולכנסת למנות את כל מי שהם רוצים לתפקיד שר או לאשר המשך כהונתו של שר?

לא, ישנן מגבלות. קודם כל משום שבחוק יסוד הממשלה יש כל מיני מגבלות. נאמר שאם שר בממשלה נידון למאסר בפסק דין סופי ובית המשפט קבע שיש בעבירה קלון כהונתו של האדם נפסקת ושבע שנים הוא לא יכול לשוב ולהתמנות לתפקיד שר. יש מגבלות נוספות ולכן לא כל אדם יכול להיות שר או להמשיך להיות שר. יש בוודאי סוגים מסוימים של מגבלות שלא כתובות בחוק היסוד אבל מבוססות על פרשנות בסיסית שלו. נניח אם יוכיחו שראש הממשלה החליט למנות או לפטר שר בגלל שמישהו שילם שוחד אז כולם יסכימו שהשיקול של קבלת השוחד הוא שיקול כל כך זר למטרה של בחירת שרים (לעומת שיקולים פוליטיים, יכולות השר וכו') ואסור לקבל החלטה על סמך שיקול כזה ואם אכן התקבלה היא לא תקפה מבחינה משפטית. השאלות שהתעוררו ועדיין מתעוררות הן שאלות משני סוגים:

1. ראשית, האם כשמיוחסות לאדם עבירות פליליות והוא עמד לדין במשפט פלילי והוא לא נכנס בגדר סעיפי פסילה בחוק יסוד האם יש חובה להעביר אותו מתפקידו? האם אדם שתלוי ועומד נגדו כתב אישום והוא לא שר האם מותר לצרפו לממשלה?
2. האם כל שיקול פוליטי של ראש הממשלה יכול מבחינת ראש הממשלה להצדיק פיטורים של שר?

מה קורה כאשר היועמ"ש לממשלה מחליט להעמיד לדין בעבירה חמורה שר בממשלה?

לראש הממשלה לפי סעיף 22 ב' לחוק יסוד הממשלה יש סמכות להעביר שר מכהונתו. האם ראש הממשלה חייב להשתמש בסמכות הזאת במקרה שהיועמ"ש החליט להעמיד לדין את השר- זה מה שנקרא הלכת דרעי ופנחסי. היועמ"ש באותה תקופה החליט להעמיד לדין את שר הפנים –אריה דרעי וגם בעבירות שחיתות שדומות במהות הכללית שלהם את מי שהיה סגן שר- אריאל פנחסי. לגבי השניים האלה החליט היועמ"ש חריש להעמידם לדין בעבירות שחיתות. ראש הממשלה באותה עת יצחק רבין לא רצה להעבירם מתפקידם בשל שיקולים פוליטיים. לכן כל עוד החוק לא מחייב אותו לעשות זאת הוא מעדיף שלא בהתאם לסיטואציה הפוליטית שהוא היה מצוי בה. הסעיף הוכנס במקור על מנת לאפשר לראש הממשלה לכפות על השרים להיות נאמנים להחלטות הממשלה. אמרו שכדי שהממשלה תתפקד שרים לא יכולים להכשיל את הביצוע לכן נתנו לראש הממשלה אפשרות לפטר את השרים על מנת לשמור על נאמנותם לממשלה. האם למרות הראיות החמורות יכול ראש הממשלה להתעלם ולא לפטר?

היה ויכוח בין רבין לבין היועמ"ש, ובזמן שהם מתווכחים הוגשו שתי עתירות לבג"ץ לחייב את ראש הממשלה לעשות שימוש בסמכותו. היועמ"ש סבר שחובה להשתמש בסמכות ולפטר. בסופו של דבר העליון בהרכב מורחב של חמישה שופטים בראשותו של הנשיא שמגר החליט שבמצב כזה שבו היועמ"ש החליט להעמיד לדין בעבירה חמורה חובה על השר להתפטר או ראש המשלה מכוח הסמכות צריך לפטר אותו. במידה והעבירה לא חמורה יכול ראש הממשלה להעדיף שיקולים פוליטיים אבל במידה ומדובר בעבירה חמורה יש כאן עניין של אמון הציבור ולכן על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולפטר את השר. בית המשפט קבע שזה יהיה בלתי סביר באופן קיצוני בנסיבות מהסוג הזה להשאיר את השר בתפקידו בממשלה וחובה להעבירו מתפקידו. ברגע שיש הלכה כזאת לא צריך ללכת כל פעם לבית משפט רוב השרים מתפטרים לבד (הירשזון התפטר, יצחק מרדכי שהואשם בעבירות של מעשה מגונה, חיים רמון גם כן התפטר) ליברמן עכשיו לא בטוח שזו עבירה חמורה אבל הוא בכל זאת התפטר. היה גם המקרה המעניין של אולמרט כראש ממשלה שהתפטר עוד לפני שהגישו נגדו כתב אישום. בית המשפט אמר שיכולים להיות מצבים שבהם תהיה חובת פיטור בהם לא מדובר בנושא פלילי אבל מדובר בהתנהגות פגומה של שר שלא סביר שאותו אדם ימשיך לכהן בממשלה- עד היום לא קרה מקרה כזה. הייתה עתירה בשעתו לחייב לפטר את צחי הנגבי שהטעה את הממשלה בהליך מינוי היועמ"ש – בית המשפט אמר שזה לא מגיע לרמה הזאת ולכן לא צריך לפטר אותו. לדעת פרופ' בנדור הפסיקה מוטעית. הטיעון שלו הוא שפסק הדין (הלכת דרעי פנחסי) איננו נכון מבחינה משפטית מקצועית. מבחינת המשפט הקיים הלכת דרעי ופנחסי מחייבת. בנדור סבור כי בית המשפט טעה בשני היבטים:

1. בחוק יסוד הממשלה יש בכל הנוגע להתנהגות פלילית של שר או סגן שר עילה להתפטרות – הסדר שלילי. בשונה ממה שעולה בהלכה זו יש הסדר שלילי בחוק היסוד שם עולה שלא חייבים לפטר מהממשלה אדם שטרם הורשע. לדעת בנדור זה מה שעולה מפרוש הסעיף. הסדר שלילי – לומדים מדבר שנאמר על דבר שלא נאמר. בחוק היסוד יש הסדרים מאוד מפורטים מדי בדיוק שר על רקע אישומים פליליים צריך להיות מפוטר. קודם כל הוא צריך להיות מורשע , צריך שיהיה קלון בהרשעה. הכנסת אמרה בהקשר פלילי מתי צריך לפטר ומה שהיא לא אמרה מכאן עולה שזו לא עילה לפיטור. לדעת בנדור חוק יסוד הממשלה אומר שכל עוד אין הרשעה + התנאים הנוספים זה סותר את הלכת דרעי ופנחסי.
2. בעיה נוספת נובעת מכך שההלכה הזאת בעצם פוגעת בזכות החוקתית לכבוד ללא פסקת ההגבלה. אם מחייבים מישהו להתפטר בגלל שזה פוגע באמון הציבור זה כמובן פוגע בכבוד האדם. נצא מנקודת הנחה שזה מידתי למרות שבנדור לא בטוח לגבי זאת. מכל מקום, אין חוק. יש הלכה של בית המשפט. הנשוא לא נדון בפסק הדין כי הצדדים לא טענו שיש פגיעה בזכות לכבוד. אם היו טוענים בית המשפט היה צריך לדון בשאלה האם חוק כולל גם פסיקה. מאחר שדעתו של בנדור שחוק במשמעותו בפסקת ההגבלה לא כולל פסיקה לדעתו יש כאן פגיעה בזכות בלי חוק וגם אם יש כאלו שחושבים שזה מידתי עדיין אין סמכות לעשות זאת.

שאלה אחרת שאין לגביה תשובה ברורה נוגעת להלכת דרעי ופנחסי בנוגע למינוי שרים. השאלה נדונה בנסיבות מעט שונות בפרשת רמון- פס"ד אמונה (על שם העותרת). רמון הועמד לדין בעבירה של מעשה מגונה בכפייה. הוא התפטר מתפקידו כשר מתוך הנחה שבכל מקרה מוטל עליו להתפטר. התקיים משפט והוא הורשע בדיוק בעבירה שבה הוא הואשם. הוא נדון למאסר בפועל בדרך של עבודות שירות אבל מעל לשלושה חודשים. בית משפט השלום החליט שלא להטיל עליו קלון ולאחר שסיים לרצות את המאסר בדרך של עבודות שירות שבה הממשלה לפי הצעת הממשלה ובאישור הכנסת ומינתה את חיים רמון מחדש לתפקיד של שר בממשלה ואפילו לסוג מסוים של קידום כי הוא מונה למשנה רה"מ. הוגשה עתירה לממשלה והיא נדחתה ברוב קולות (גרוניס, פרוקצ'ה) לעומת המיעוט (עדנה ארבל). שופטי הרוב ייחסו משקל כבד לכך שהכנסת אישרה את המינוי. בשונה מסמכות ראש הממשלה לפטר שרים כאשר מדובר בצרוף שרים לממשלה יש צורך באישור של הממשלה המכהנת ושל הכנסת. דעת הרוב הייתה שגם אם יכולים להיות מקרים נדירים במיוחד שגם במצב כזה יקבע שלמרות שהיה אישור הכנסת ולמרות שבית המשפט החליט לא להטיל קלון אמון הציבור יפגע באופן כל כך חמור שעדיין יפסל המינוי מכל מקום עדיין צריך לתת משקל כבד לאישור הכנסת. לא ברור מה היה קורה אם לא היה השיקול הזה של הקלון. עד כמה השיקול של אישור הכנסת הוא משמעותי כסייג להלכת דרעי פנחסי? מנימוקי השופטים עולה שיש לזה משקל כבד. עניין אחד הוא להגביל שיקול אישי של רה"מ ועניין אחר הוא להתערב בשיקול הדעת של הכנסת שמאשרת מינוי של אדם לתפקיד שר. זה נותן אינדיקציה חדשה לכך שתחולת הלכת דרעי פנחסי תהיה מוגבלת יותר ורק במקרים חריגים יהיה בה מניעה למינוי של שר.

שאלה נוספת היא האם הלכת דרעי פנחסי חלה לגבי ראש הממשלה?

האם אדם שמועמד לתפקיד ראש הממשלה ורוב חברי הכנסת ממליצים עליו לתפקיד אך תלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירה חמורה האם הכנסת מנועה מלאשר אותו לתפקיד ראש הממשלה?

העברה מתפקיד ראש הממשלה או מניעת מינוי יכולה להיות בעלת השלכות היסטוריות לעומת רק פגיעה בכבודו. תהיה אשר תהיה הדעה הפוליטית לגבי אולמרט להתפטרותו היו השלכות כבדות לכת. יכול להיות שהטלת חובה מהסוג הזה, כלומר העמדה לדין ראש ממשלה מחייבת לפטר אותו אם הוא לא מתפטר מרצונו יכולה להשליך באופן בעייתי גם על התביעה. התביעה עלולה להסס יותר מדי מכיוון שהיא מקבלת החלטה שמשנה את ההיסטוריה של מדינת ישראל. כמו כן ניתן לראות זאת כאילו נותנים ליועמ"ש סמכות להדיח את ראש הממשלה. אין לנו תשובות לכל השאלות האלה. כאמור, לפי גישתו של בנדור חל קל וחומר. הלכת דרעי פנחסי בעייתית מבחינה משפטית ולכן מבחינת בנדור כל השיקולים הללו עומדים כאשר מדובר במינוי שרים חדשים ובפיטור ראש הממשלה בכל הכרוך בכך. יש הסדרים בחוק היסוד בתחום זה והשאלה היא האם ניתן תוך כדי פסיקה להוסיף הסדרים נוספים למרות פגיעה בכבוד ביחס להשלכות כבדות הלכת שכרוכות בכך. בוודאי שלשיטתו של בנדור יש לפעול לפי חוק היסוד ואם הכנסת תחשוב שיש להוסיף הסדרים חדשים היא רשאית לעשות זאת. מכל מקום אין כיום הכרעה ברורה של בית המשפט כי הנושאים הללו לא הגיעו לדיון. אך אנו רואים מההיסטוריה הקיימת שהלכת דרעי פנחסי יכולה להביא למצבים בעיתיים. רמון נדרש להתפטר מהממשלה כשהעמידו אותו לדין ומה שהכשיר את חזרתו היה שהוא הורשע ומילא את הדין- אבסורדי. אם ניקח את דוגמת אולמרט ונניח שהייתה עליו חובה להתפטר ואנו רואים שבסופו של דבר הוא זוכה באותה פרשה. נראה שהתוצאה היא שהדחה של ראש ממשלה מעבר לפגיעה האישית בו הוא זוכה בסופו של דבר וזה מאוד בעייתי שההיסטוריה של מדינת ישראל השתנתה בגלל הליכים פליליים שסופם היה זיכוייו על ידי בית המשפט. עניין רמון ואולמרט מראים את הבעייתיות שיכולה להיות בהלכת דרעי ופנחסי.

שאלה אחרת התעוררה בפס"ד יוסי פוקס שהוגש כנגד החלטתו של ראש הממשלה אריאל שרון להעביר מתפקידם את השרים אביגדור ליברמן ובני איילון ימים מעטים לפני המועד שבו הממשלה הייתה אמורה לדון בהצעה של שרון להתנתקות. הם התנגדו בתוקף להצעה הזאת והיה ברור שהם יצביעו נגדה בממשלה ומאחר שהיו חילוקי דעות מאוד רציניים בעניין והיה צפוי שקולותיהם יכריעו הוא פיטר אותם מהממשלה וכך הם לא יכלו להצביע בעניין והייתה כאן מעין אזהרה עבור שרים שהתנגדו להתנתקות . הנושא היה שהממשלה עדיין לא דנה בהצעה של ראש הממשלה ולכן לא ניתן היה לומר שהם פוגעים במחויבות שלהם לפעול בהתאם למדיניות של הממשלה. הם התנגדו לתוכנית שהממשלה טרם אימצה אותה. סיבת פיטורם הייתה לעשות מניפולציה שתגרום לאישור התוכנית על ידי הממשלה. הוגשה עתירה לבג"ץ והיא נדחתה. הנימוק של בית המשפט היה שבמסגרת הסמכות הזאת אם לדעתו של ראש הממשלה יש חשיבות ציבורית גדולה מבחינת האינטרסים של המדינה אז הוא רשאי להשתמש בסמכות הזאת. גם פס"ד זה מוטעה לדעתו של בנדור. במקרה הזה בנדור חושב שאסור היה לראש הממשלה על סמך השיקולים האלה להעביר את השרים מתפקידם. לדעת בנדור הראשון היה אקטיביסטי מדי שחייב את רה"מ לעשות משהו שהוא לא היה חייב (דרעי ופנחסי) ואילו פסק דין זה הוא פאסיבי מדי לטעמו של בנדור. הרשות המבצעת של המדינה בעניין עקרוני כזה צריכה להכריע בסוגיית ההתנתקות. רה"מ ניצל את הסמכות להעביר שרים מתפקידם כדי להכתיב את החלטת הממשלה. ולאחר הפיטורים הוא הניח שזה יעניק לו רוב בהעברת הצעתו בממשלה. להוסיף שרים זה לגיטימי לגמרי כדי להשיג מטרות שקשורות בשינוי מדיניות או בגרימה של הממשלה לקבל החלטות כאלה ואחרות כי יש שם אישור של הכנסת. ואילו פיטורים תלויים רק בסמכותו של רה"מ. פסק הדין בעצם אומר שרה"מ יכול להפוך לבדו לרשות המבצעת. בפועל על ידי מניפולציה של פיטורי שרים בלי אישור של הכנסת רה"מ מביא את הממשלה לאימוץ מדיניות שיכול להיות שהיה ספק שהייתה מתקבלת ללא הפיטורים. אם העניין הוא בסמכות הממשלה זה לא מתיישב עם העקרונות היסודיים של המשטר שלנו שרה"מ מאמץ לעצמו סמכות שכזו ללא אישור של הכנסת. לדעת בנדור זה שימוש בסמכות שמנוגד למטרה של הסמכות ולמהות ההסדרים החוקתיים במדינת ישראל.

**הרשות השופטת:**

הרשות השופטת היא רשות מעניינת וייחודית, בניגוד לממשלה והכנסת, היא לא נבחרת ע"י הציבור. והיא גם שונה משתי הרשויות בכך שהיא לא יוזמת (כמו הכנסת או הממשלה), אלא היא רק מגיבה.

כלומר פעילותה היא מגיבה, ותלויה בכך שמישהו צריך באופן אקטיבי לפנות אליה, ויתרה מזאת עיקר העיסוק שלה הוא יישום ופרשנות של נורמות שמגיעות מהכנסת והממשלה. כלומר להתאים את הכלל למקרה הקונקרטי. עבודה זאת מלאה בשיקול דעת, אך עיקר עבודתה אינה יצירת נורמות.

בנוסף יש לה תפקיד ראשי באיזון ופיקוח על שתי הרשויות האחרות, וזה לצד הסמכות הראשית שלה שזה יישוב סכסוכים קונקרטיים.

היסטורית צריך לומר שהרשות השופטת היא הרשות הכי פחות חשובה והכי פחות מסוכנת לאזרח. אין לה שום ארנק (תקציב) ואין לה וגם אין לה גוף שיכול להבטיח את יישום ההחלטות שלה אלא היא תלויה ברצון הטוב של הרשויות האחרות שיבטיחו את ההחלטות שלה.

יש מי שטען שהרשות השופטת היא דווקא החזקה ביותר מבין הרשויות כי יש לה סמכות לביקורת שיפוטית.דבר זה מביא לזה שיש ברשות השופטת, מתח אינהרנטי בין הרעיון של עצמאות ואי תלות של הרשות השופטת לבין אחריותיות. פיקוח על הרשויות האחרות מנגד לכוח והסמכות שיש לה לעשות כך.

**מבנה מערכת המשפט:**

חוק יסוד השפיטה ס' 1(א): סמכות שפיטה:

*"אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נתונה בידיהם:*

*(1) בית המשפט העליון.*

*(2) בית המשפט המחוזי.*

*(3) בית המשפט שלום.*

*(4) בית משפט אחר שנקבע בחוק כבית משפט..."*

\* ס' 1(ב) *"סמכות שפיטה" נתונה גם בידי בית דין דתי, בית דין אחר, רשות אחרת, כפי שנקבע בחוק.*

מסיבה היסטורית אנו שייכים למודל האנגלו-אמריקאים כלומר מערכת אחת שעוסקת בכל התחומים, החריגים הם לפי ס' 1(ב) ולא שייכים למערכת הכללית הגדולה, כמו בית דין דתי, בית דין לעבודה, בית דין צבאי וכו'.

חוק יסוד השפיטה ס' 15- ביהמ"ש העליון:

*(ב) בית המשפט העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי משפט המחוזיים.*

*(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק, בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר*

*(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק-...*

*...*

סעיף קטן (2) *לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבורים על פי דין.*

ס' ג הוא החריג בעצם שנוסח באופן רחב מאוד ועמום לפרשנות וקובע שלבג"צ יש אופציה לדון בכל אשר יראה נכון לעיניו.

ביהמ"ש אמר שזה מובן מאליו שיש להם ביקורת שיפוטית על הכנסת- בג"צ פלאטו שרון. דעת הרוב, אמרה שזה מובן מאליו בהסתמכות על הס'.

כמעט ואין הגבלות כתובות על הסמכות של בימ"ש- זו טענה גם שהרשות השופטת היא החזקה ביותר והמסוכנת. כלומר חשוב מאוד למתח בין האי תלות לבין האחריות (דרך להבטיח ששופטים יהיו עצמאיים אך שלא יהיו חסינים במאה אחוז).

**עקרון אי התלות השיפוטית:**

עקרון זה הוא החופש של ביהמ"ש לפסוק, בלא שיבדקו את פסיקותיו. הרעיון הוא למנוע מצב בו תהיה השפעה, בעיקר של הרשויות הפוליטיות, על תוכן השפיטה. לפי עקרון זה, אסור לרשויות הפוליטיות או לכל גורם חיצוני להכתיב לשופט איך להכריע וההכרעות צריכות להתקבל ע"י השופט באופן עצמאי לגמרי.

עקרון אי התלות השיפוטית נובע מ2 עקרונות:

א. עקרון הפרדת הרשויות- עקרון אי התלות השיפוטית מהווה היבט של עקרון הפרדת הרשויות המקנה עצמאות לכל רשות.

ב. עקרון השוויון בפני דין- לפיו ההכרעה בביהמ"ש היא הדין לגופו של עניין ולא הכרעה בשל התערבות ופיקוח גופים חיצוניים.

אי תלות שיפוטית באה לידי ביטוי בשלושה היבטים:

1. **אי תלות מהותית**- ס' 2 לחוק יסוד השפיטה: *"בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין."* הרעיון הוא שכשהשופט מקבל החלטותיו הוא צריך להיות מושפע רק ממהות הדין (החוק) ולא משיקולים שאינן רלוונטיים.
2. **אי תלות אישית**- נוגעת לתנאי הכהונה של השופט ומספקת הגנה לכהונתו שלא תיפגע עפ"י החלטותיו.

אי התלות האישית הינה חיונית ע"מ שתתקיים אי התלות המהותית- אם השופט היה חושש מכך שעבודתו או תנאיה יפגעו כתוצאה מפסיקותיו היינו מרוקנים מתוכן את אי התלות המהותית.

סעיפי חוק הבאים להבטיח אי תלות אישית:

* **ס' 7** לחוק יסוד השפיטה: "תקופת כהונה"

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

*(1) בצאתו לקיצבה;*

*(2) בהתפטרותו;*

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

(תיקון מס' 2) תשס"ב-2002

*(4) על פי החלטה של הועדה לבחירת שופטים שהציע יושב ראש הועדה, נציב תלונות הציבור על שופטים או נשיא בית המשפט העליון ושנתקבלה ברוב של שבעה חברים לפחות;* *מיום 5.8.2002****תיקון מס' 2***[*ס"ח תשס"ב מס' 1864*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1864.pdf) *מיום 5.8.2002 עמ' 598 (*[*ה"ח 3085*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-3085.pdf)*)(4) על פי החלטה של הועדה לבחירת שופטים שהציע יושב ראש הועדה, נציב תלונות הציבור על שופטים או נשיא בית המשפט העליון ושנתקבלה ברוב של שבעה חברים לפחות;*

*(5) על פי החלטה של בית הדין המשמעתי.*

הס' מגן על השופט מפני פיטורים אם לא יהיו מרוצים מפסיקותיו. הרשות המבצעת לא יכולה לפטר שופטים אלא נקבע בחוק היסוד באילו דרכים ניתן להפסיק כהונתו של שופט. הפסקת הכהונה של השופט נתונה רק בידי הועדה לבחירת שופטים, נציב תלונות הציבור או נשיא בית המשפט העליון- ברוב של 7 חברי ועדה. וגם החלטה של בית הדין המשמעתי. ס' 7(4) ו- 7(5).

דוגמא מהמציאות הנוכחית: שופט התעבורה שהעיר את ההערה על האות ז' לפרקליטה בזמן משפט. הוא נקרא לנזיפה ולאחר מכן העיד על פרישתו- זה מראה לנו עוד כלי לסיום כהונה שיפוטית.

* **ס' 9** לחוק יסוד השפיטה: "סייג לשינוי כהונה"

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

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

* **ס' 10** לחוק יסוד השפיטה: "משכורת וגמלאות"

*(א) משכורותיהם של שופטים ותשלומים אחרים שישולמו להם, בתקופת כהונתם או לאחריה, או לשאיריהם לאחר מותם, ייקבעו בחוק או בהחלטה של הכנסת או של ועדה מועדותיה שהכנסת הסמיכה לכך.*

*(ב) לא תתקבל החלטה המכוונת להפחית ממשכורתם של שופטים בלבד.*

הסעיף קובע שהמשכורות יקבעו בחוק או בהחלטת הכנסת. ס' קטן ב'- הפחתה במשכורת השופטים תהיה רק בצמוד להפחתות נוספות של גופים אחרים.

* **ס' 12** לחוק יסוד השפיטה: "שיפוט פלילי"

*(א) לא תיפתח חקירה פלילית נגד שופט אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה ולא יוגש כתב אישום נגד שופט אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה.*

*(ב) לא יידון אישום פלילי נגד שופט אלא לפני בית משפט מחוזי בהרכב של שלושה שופטים, זולת אם הסכים השופט שהאישום יידון בדרך הרגילה.*

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על סוגי עבירות שנקבעו בחוק.

סעיף זה מזכיר את החסינות הדיונית של חברי הכנסת. הס' קובע חסינות דיונית חלקית מפני הליכים פליליים ע"י קביעת תנאים מסויימים להליך פלילי כנגד שופט.

1. **אי תלות מוסדית** (של כלל מערכת השפיטה)- עצמאות כל מערכת השפיטה באה להבטיח את אי התלות המהותית גם כן. התפיסה היא שיש צורך להגן על המערכת השיפוטית כולה ע"י הבאתה לאי תלות מהמערכת המבצעת והמחוקקת. מדובר בהליכים הפנימיים של הרשות השופטת שהם עצמאיים.

בהיבט זה מערכת המשפט בישראל ממוקמת במקום נמוך יחסית בעולם כל מה שקשור בענייני ניהול פנימי ובעיקר תקציבים היא כפופה לגמרי לרשות המבצעת והמחוקקת. בעבר, היו נסיונות ליצור אותה כרשות עצמאית אבל זה נכשל. הקושי הגדול ביות הוא התלות ברשות המבצעת שכן היא אחת המתדיינות בפני בתי המשפט גם בכל מני הליכי בג"ץ וגם בתביעות פרטיות נגד הממשלה. קיימת תחושה בעייתית של "חוסר שוויון" כשהרשות המבצעת היא בעלת דין בביהמ"ש וזאת משום ההשפעה הגדולה מאוד שיש לרשות המבצעת על הרשות השופטת בכל הקשור בניהול תקציבים:

קיימת טענה לתלות מוסדית של הרשות השופטת (שמביאה לחוסר עצמאות של הרשות השופטת) ברשות המבצעת בעיקר מהבחינה התקציבית שכן הרשות הבמצעת היא המממנתת של הרשות השופטת ואחראית על התקציבים שלה. אולם מנגד ניתן לטעון כי הראייה לכן קיומה של עצמאות שיפוטית ולאי תלות מוסדית היא האקטיביזם השיפוטי של הרשות השופטת בה ביהמ"ש הרחיב את תחומי פעילותו וזאת ללא תגובה חריפה מהרשויות הפוליטות. **באופן יחסי הלחיצה על הרשות השופטת ע"י האמצעים של התלות התקציבית הייתה מעטה ביותר**.

**הרשות השופטת- מינוי שופטים**

ס' 4.3 חוק יסוד השפיטה (הרשות השופטת) בחירת שופטים במדינת ישראל נקבע בחוק יסוד השפיטה.

מס' זה יש וועדה של מינוי שופטים שמונה 9 חברים- 3 נציגי ראשות שופטת (שופטי ביהמ"ש העליון ונשיא), שני שרים (משפטים ועוד אחד), שני ח"כ (ע"פ מוסכמה שלא מעוגנת בחוק- אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזציה) ושני נציגי לשכת עורכי דין שנבחרים לפי הוועד הארצי.

המרתחש בוועדה-

שלושה שופטים בוועדה מצביעים "כבלוק", דהיינו, מתייעצים ובוחרים ביחד.

היום, הכללים קובעים במפורש שאסור להם להציע כ"בלוק" אלא כל אחד באופן עצמאי (אך עד היום הם כן מצביעים כ"בלוק" פרט לפעם אחת בה זה יצר פרובוקציה).

למינוי לעליון צריך רוב של 7 ולמינויים לבתי משפט דלמטה יש צורך ברוב יחסי של 5. יש יותר משפטנים מאשר פוליטיקאים שכן רוצים לתת העדפה לשיקולים מקצועיים ולא פוליטיים אולם גם רוצים לאזן בין מינוי משפטי מקצועי פרופר לבין ייצוג כלשהו לציבור ונבחריו.

יו"ר הועדה הוא שר המשפטים ויש לכך חשיבות גדולה שכן הדבר משפיע על קבלת ההחלטות. שכן האג'נדה של היו"ר חזקה ואז כשמתנתחים את האיזון בכוחות קיים העובדה שהיו"ר הוא פוליטיקאי מכפר על זה שיש פחות פוליטיקאים.

בשנים הראשונות למדינה הייתה שיטת בחירות אחרת ובשנות ה50 עברו לשיטה הקיימת כיום. הפוליטיקאים הם אלו שהחליטו ליטול מעצמם את הכוחו ולהקים ועדה שהיא יותר מקצועית. במשך שנים רבות הייתה תמיכה רחבה בשיטה זו. החל משנות ה80 חל שינוי- גורמים גדולים יותר ויותר בציבור, באקדמיה וברשויות הפוליטיות החלו לבקר את השיטה:

השופטים מצביעים בבלוק אחד ובאים כגוש של שלושה וקל להם לצרף את עורכי הדין לגישתם ומה שקורה זה שבמקום שתהיה הצבעה המבטאת את האיזון ממנו מורכבת הועדה , יש כוח וטו לשופטים.

השיטה הקיימת יוצרת מונוליטיות מחשבתית (אחידות מחשבתית) בביהמ"ש- לא מכניסים שופטים שנוגדים את ההשקפה הפוליטית שלהם: לדוגמא, פרופ' למשפטים רות גביזון שהכישורים המשפטיים שלה היו מבריקים אולם הדעות שלה היו מנוגדות מאוד לעמדות ביהמ"ש בתקופת ברק וברק הנשיא התנגד למינויה.

הדבר שגרם לשינוי ביחס של החברה כלפי שיטת מינוי השופטים בשנות ה80 הוא : (מה שגרם לחשוב שהשיטה הקיימת לא טובה).

1. שינוי בתפיסת העולם של החברה והשפוליטיקאית של מהי מלאכת השיפוט? האם היא מושפעת מאישיות השופט או לא? החלו להגיע למסקנה שיש השפעה מאישיות השופט .

2. עליית האקטיביזם השיפוטי- כל ביהמ"ש עסק רק ביישוב סכסכוכים לא היה משנה לפוליטיקאים מי נמצא שם. אולם, עם עליית האקטיביזם השיפוטי וההתערבות הרבה של ביהמ"ש במישור השלטוני הביא לתפיסה שיש להשפיע על האנשים שיושבים בביהמ"ש ע"מ שיהיה תואם למדיניות הציבורית.

עו"ד שהיה חבר וועדה כתב מאמר לעיתון הארץ כי לעולם לא מונו שופטים מנק' מבט פוליטית. הוא טוען שקיים הסכם לא פורמלי שבה הוועדה לא תמנה שופט שלא הומלץ ע"י שופטי ביהמ"ש העליון ולכן אין מעורבות פוליטית. יש כאן הנחה סמויה שלו- ששופטי ביהמ"ש העליון אובייקטיבים ולא מושפעים פוליטית.

השופט ברק סירב לקבל קידום של השופטת רות ג'ביזון כי יש לה אג'נדה (לאו דווקא פוליטית, גם ערכית) מבחינת ברק האגנ'דה של רות היתה בנוגע לתפקיד השופט ולכן לא נכון היה למנות אותה.

המשמעות של דברי העו"ד בכתבה הם שאנחנו מאפשרים לביהמ"ש העליון לקבוע מי יצטרף לשורותיו. יש פה בעייתיות ולכן החוק תוקן (אך במקום להחליש את ביהמ"ש חיזקו אותו בחוק החדש). היום, יש צורך בשבעה חברים ולכן נתנו לביהמ"ש זכות וטו.

אין אף מדינה אחרת בעולם בה יש מנגנון בחירת שפוטים שכזה, בכל שאר המדינות זה דמוקרטי לגמרי.

פס"ד בג"צ 9843/08 פורום משפטי למען א"י נ' הועדה לבחירת שופטים- הועדה לא מתכנסת למרות שפרופ' פרידמן שר המשפטים רוצה שהם יתכנסו והשופטים לא מגיעים כי הם בממשלת מעבר ולכן הם טענו שלא מבצעים מינויים בממשלת מעבר. שר המשפטים טוען שזה לא משכנע אותו ולא מכנס את הוועדה. ועל כך מוגשת עתירה- אומרים העותרים שלוועדה למינוי שופטים יש מאפיינים מיוחדים- גוף מקצועי- לא אמור להיות בעל אוריינטציה פוליטית, השופט שנבחר כפוף לדין ולציבור ולנציגי הוועדה יש שיקול דעת עצמאי ולכן המימד הפוליטי במובן הישיר הוא פחות משמעותי. גם ההרכב של הוועדה נועד כדי ליצור סיטואציה א-פוליטית ולכן מכל הסיבות האלו צריך לכנס את הוועדה ולבחור שופטים למרות שזו תקופת מעבר. ביהמ"ש העליון טען שהוא לא מתערב ושההחלטה של השר לא לכנס היא לא בלתי סבירה- צריך לכבד את עמדת חברי הוועדה ואת הכבוד ההדדי בין חברי הוועדה. בנוסף, מדובר בשאלה שיש לה מאפיינים פוליטיים כי יש מחלוקת ציבורית מאוד גדולה בגלל זה (בייניש מנסה לעקב כדי שהרכב הוועדה יהיה לה יותר נח). ביהמ"ש החליט שלא להתערב.

(מגוחך לטענת המרצה כי בייניש בעצמה מונתה לתפקיד שופטת ביהמ"ש העליון בתקופה של ממשלת מעבר ושצריך לשים את הדברים על השולחן. בייניש רצתה לעכב כדי שלא יקבלו שופטים בעלי אוריינטציה שונה משלה).

שיקולים המנחים בעיצוב שיטת מינוי השופטים: השיקולים עליהם יש לחשוב ע"מ שנוכל לגבש עמדה עצמית אם השיטה טובה או לא

1. מה מטרת הבחירה? לבחור את הטוב ביותר.

2. מיהו המועמד הטוב ביותר? מוסכם על כולם שהנבחרים צריכים להיות טובים מקצועית. אולם עולה שאלה אם יש לקחת משפטנים מקצועיים מהשורה הראשונה אולם בעלי השקפות עולם מקצועיות.

3. איך תופסים את השיפטה? ככל שחושבים ששפיטה היא מקצועית נטו אז נבחר בבחירה מקצועית נטו של השופטים. ולהפך- אם נתפוס את השפיטה כפוליטית יותר אז נבחן את השקפות העולם של השופטים וניתן עדיפות לשיטה שתבחר עפ"י הליך פוליטי יותר וניתן משקל גדול יותר לפוליטיקאים בועדה.

4. הבטחת איזון בין אי תלות לאחריותיות- אי תלות כוללת בין היתר אי תלות אישית. ברגע ששיטת הבחירות היא פוליטית יותר קיים חשש ששופטי שלום ומחוזי שמחכים לקידום ינטו לפסוק עפ"י האג'נדה של הבוחרים אותם ע"מ לרצות את הגורמים הבכירים. ומנגד, חלק מהקושי של ביהמ"ש הוא שמשום שלא נבחר בצורה דמוקרטית ע"י הציבור הוא כביכול לא "חייב" דבר לציבור ועולה חשש מחוסר באחריותיות. יש שיטות נפוצות בהם השופטים מתמנים בצורה פוליטית ואף מתמודדים לבחירה מחודשת- מנגנון זה יוצר אחריותיות גבוהה ביותר והופך את השופטים לאחיורתיים כלפי הציבור- אולם שיטה זו פוגעת גם היא באי התלות. כאן עולה השאלה מה אנו מעדיפים ואיזה איזון אנו רוצים ע"מ לבחור את שיטת הבחירה המתאימה.

5. שיקוף- הרעיון הוא שהרכב ביהמ"ש צריך לשקף את המגוון הגדול של האוכלוסיות ועמדות הציבור. ז"א למרות ששיקול המקצועיות הוא חשוב מאוד, הציבור צריך להרגיש שיש ייצוג ל"מגזר" שלו בביהמ"ש (ערבי, יהודי, אישה, וכדומה). שיקול זה מדבר על כך שלא רק המקצועיות נטו היא חשובה.

בעקבות הביקורות הוקמה ועדה שחקרה א הנושא ברשות הש' זמיר- מסקנתה הייתה שיש לשמור את השיטה הקיימת אשר השיקול המרכזי הוא המקצועיות אולם יש לאמץ שיקוך משנה- הוא שיקול השיקופיות. לפיו למשל, אם יש 2 מועמדים שזהים מקצועית ואחד מהם הוא אישה- וחסרה אישה בביהמ"ש- אזי יש לבחור את האישה. שיקול השיקוף מופעל רק בחפיפה לשיקול המקצועיות.

**ביקורת שיפוטית על הועדה למינוי שופטים**

במצבים של ביקורת שיפוטית על הועדה למינוי שופטים, נדרשת ביקורת שיפוטית על גוף שהשופטים עצמם חברים בו- כאילו מבקשים מהשופטים עצמם להעביר ביקורת על עצמם.

גישת ביהמ"ש בנושא זה היא קביעה שהנושאים כן שפיטים שכן כל גופי השלטון נתונים לביקורת שיפוטית. אולם בפועל ביהמ"ש יוצר היקף מצומצם מאוד של ביקורת שיפוטית על נושא זה.

בג"ץ אומ"ץ נ' הוועדה למינוי דיינים- היועצ"מש סבר שיש לפטר את הדיין מצגר בגלל שפגע בטוהר המידות- קיבל מימון לדירה שלו בירושלים ובמקביל חי במלונות. הועדה למינוי דיינים החליטה לא להדיח אותו ועל זה הוגש הבג"ץ. עמדת היועצמ"ש הייתה שהיה צריך לפטר את מצגר אולם ביהמ"ש לא צריך להפעיל ביקורת שיפוטית על העניין. ביהמ"ש לא התערב. לגישתו, הנושא שפיט אולם מדובר באורגן מיוחד המייצג את שלושה רשויות השלטון ולכן הוא נוטה לא להתערב בהחלטותיו. הגוף כן נתון לביקורת שיפוטית אולם נותנים לו מתחם שיקול דעת מאוד רחב והוא יתערב רק במקרים קיצוניים ביותר: ביהמ"ש מתווה 3 בדיקות לפיהם יחליט אם להתערב או לא.

1. תקינות ההליך- האם ההליך הוא הוגן: האם נשמעה דעתו, נתנה זכות הבעה וכדומה. בעקרון פגם פרוצדוראלי.

2. גיבוש התמונה העובדתית- תפקיד הועדה הוא מעין שיפוטי וע"מ לקבל החלטה מעין שיפוטית על הועדה ליצור תשתית עובדתית. ביהמ"ש נותן מרווחה נשימה גדול לועדה- מכיר בכך שמדובר בגוף שהוא לא שיפוטי לגמרי שהוא מומחה בבירור עובדות ולכן הוא דורש מהועדה רף מאוד נמוך מבחינה זו. במישור העובדתי- כל עוד חברי הועדה לא יתעלמו באופן מפגיע מממצאים בהירים כשמש – ביהמ"ש לא יבדוק אותם באותם סטנדרטים בהם בוחנים את הערכאות השיפוטיות בנוגע לתשתית העובדתית שלהם.

3. תוכן החלטת הועדה-ביהמ"ש מעניק לועדה שיקול דעת מאוד רחב. ביהמ"ש יצערב רק שברור שאף אדם בר דעת לא היה מקבל החלטה זו.

במקרה דנן, ביהמ"ש בוחן את העניין לגופו אולם מחליט שההחלטה לא כ"כ לא סביר שמצדיקה התערבות ביהמ"ש- ביהמ"ש אומר שהתחשב בשלושת המבחנים לעל- הוא לא מתערב למרות שאינו מסכים/כן מסכים עם ההחלטה. ביהמ"ש עושה הבחנה בין פגמים בתשתית העובדתית לפגמים בהחלטה לגופה. ביהמ"ש מאוד יזהר להתערב ובדר"כ אולי יתערב בפגמים פרוצדוראליים אולם בפגמים בהחלטה לגופה ביהמ"ש לא יתערב .

בג"ץ פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירה שופטים- בג"ץ נגד החלטת שר המשפטים לא לכנס את הועדה בתקופה של ממשלת מעבר. ביהמ"ש אמר כי הוא לא מתערב בהחלטת השר שלא לכנס את הועדה כי ההחלטה היא החלטה סבירה. ביהמ"ש מיישם הלכות קודמות: הלכה שקבעה שראוי שמינויים לתפקיד ציבורי לא יתבצעו בתקופה של ממשלת מעבר אלא אם כן מדובר במקרה חרום. ביהמ"ש אומר שמידת ההצדקה להתערב תהיה קטנה עוד יותר במקרה בו החליטו לא לבצע מינויים מאשר כן לבצע מינויים- ז"א אם הועדה הייתה סוטה ממלכה ובוחרת כן למנות- אולי יהיה מוצדק יותר להתערב. מאשר במקרים בהם הועדה מרסנת עצמה ולא ממשנה לא סביר שביהמ"ש יחייב אותה למנות. לכאורה למרות שההנמקה של פסק הדין מבוססת על הלכות קודמות. המעניין הוא על דברים של הש' ריבלין- לגישתו, הנושא מתקרב לאותם המקרים שלמרות שיש בהם אלמנטים משפטיים ספק אם הם מתאימים להכרעה שיפוטית- ריבלין לא אומר שהנושא לא שפיט אולם אומר שהנושא מתקרב לנושאים שבהם אולי לא ראוי לשפוט בהם. ריבלין מודה שזה מהנושאים שביהמ"ש מרגיש לא בנוח להתערב בהם. ריבלין בעצם אומר במילים אחרות שהנושא לא שפיט.

**זכויות אדם**

* **מהי זכות?**

אינטרס משפטי מוגן. כשיש לי זכות המשפט מכיר באינטרס שלי כזכאי להגנה. למשל, זכות לקניין אומרת כי הקניין שלי מוגן ע"י המשפט מפני אחרים.

מול זכות עומדת חובה- הכרה בזכות היא בעצם הטלת חובה על גורם אחר- חובה לא לפעול או חובה לפעול כדי לממש את הזכות. בס' 11 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו מצויינת החובה על כל רשויות השלטון לכבד זכויות אלו- משמעות של הכרה בזכות חוקתית שלי היא החובה על רשויות השלטון לכבד זכויות אלו.

* **זכויות שליליות וזכויות חיוביות:**

החובה המוטלת על המדינה מנגד הזכות שלי יש להיות זכוית שלילית או זכות חיובית.

זכות שלילית- זכות שלמדינה אסור לפגוע בה.

זכות חיובית- זכות שמטילה חובה על המדינה לפעול בצורה אקטיבית כדי לספק זכות זו. (למשל, הזכות לחינוך, זכות לקיום מינימלי בכבוד.)

התפיסה המסורתית:

זכויות שליליות הם זכויות יותר בסיסיות, ראשוניות שכן הנדרש מהמדינה היא רק חוסר פעולה. אולם, בזכויות החיוביות מטילים על המדינה חובה שהיא בעלת עלויות גבוהות ומי שנושא בנטל זה בעצם כל משלמי המיסים כדי לממן זאת. ומכאן התפיסה שהזכויות השליליות הם יותר בסיסיות ואולי אפילו זכאיות להגנה גבוהה יותר.

ההבחנה בין זכות שלילית לחיובית אינה פשוטה כפי הנדמה:

למשל:הזכות להפגין- נראה כי זו זכות שלילית שכן מבקשים מהמדינה פשוט לא להתערב. אולם, האם קמה חובה על המשטרה לספק לי הגנה להפגנה זו שאני עורכת? (ההביט החיובי בזכות השלילית).

הזכות לבחור- לכאורה זו זכות שלילית קלאסית שכן אסור להגביל את חופש הבחירה. אולם, יש בה גם היבטים חיוביים: המדינה צריכה לפעול אקטיבית כדי לאפשר מימוש זכות זאת כמו למשל, להדפיס פתקי הצבעה בשפות שונות או להנגשה לנכים.

בהמשך התפתחה תפיסה לפי לכל זכות התפתחו גם היבטים שליליים וגם היבטים חיוביים.

* **זכויות מוחלטות למול זכויות יחסיות**

זכות מוחלטת- זכות שאי אפשר לפגוע בה ולהגביל אותה בשום תנאי. לא משנה איזה אינטרס חשוב עומד מולה.

זכות יחסית- זכות שהיקף ההגנה עליה מוגבל מתוך הכרה שיהיו מצבים מסויימים שיאפשרו פגיעה בזכות זו כדי לקדם אינטרסים סותרים.

מודל של זכויות יחסיות מאפשר הכרה יחסית רחבה בזכויות שכן במידה ויהיה צורך להגביל אותם זה יהיה אפשרי.

מודל של זכויות מוחלטות דורש הכרה מצומצמת יותר בזכויות שכן ללא זה יהיה בלתי אפשרי להתנהל במדינה.

בישראל השתרשה הגישה שכל הזכויות הם זכויות יחסיות. זו לא תפסיה הכרחית, למשל בגרמניה קיימות זכויות אבסולטיות: הזכות לחיים וזכות לכבוד.

הביטויים לתפיסה בישראל:

מבנה חוקי היסוד- מצד אחד הניסוח הוא מאוד רחב ולכאורה נראה כי הניסוח מצביע על זכויות מוחלטות. אולם, פסקת ההגבלה מראה לנו כי הזכויות הם יחסיות וקיימים תנאים לפגיעה בהן.

* **זכויות אדם מול זכויות אזרח**

זכויות אדם הם זכויות ששייכות לכל אדם באשר הוא אדם: שלמות הגוף, כבוד, חירות אישית ועוד.

זכויות אזרח הם זכויות שנגזרות מהמעמד האזרחי של האדם: הזכות לבחור לכנסת ישראל, זכות הכניסה למדינה, חופש עיסוק (לא לכל אחד מותר לעבוד בארץ).

לדוגמא:

ס' 6 בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו: "לכל **אדם** מותר לצאת מארץ ישראל". אל מול- "לכל **אזרח** ישראלי מותר להיכנס לארץ ישראל".

ס' 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו: " **כל אזרח או תושב** של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד."

* **זכויות אזרחיות- פוליטיות מול זכויות חברתיות- כלכליות**

מקובל להבחין בין זכויות בצורה הסטורית, מבחינת הדורות בהם התפתחו:

זכויות אזרחיות פוליטיות- מהדור הראשון, סוף המאה ה18. הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות לחירות, שוויון ועוד. התפתחו מתוך המאבק על הדמוקרטיזיציה והרצון להגביל את המשטר. זכויות אלו שיקפו את התפיסה לפי אסור לשלטון להגביל את חירות האדם.

זכויות חברתיות- כלכליות- מהדור השני, המחצית הראשונה במאה ה20. זכות למגורים, לתעסוקה, לחינוך, לרווחה חברתית, לפרנסה הוגנת ועוד. התפתחו על רקע תפיסה חברתית אחרת לפיה יש להכיר בזכויות המטילות חובות על השלטון לדאוג לפרט.

\*חשוב לדעת: שלמרות שנדמה כי זכויות אזרחיות פוליטיות הם זכויות שליליות ואילו חברתיות כלכליות הם זכויות חיוביות שכן ראינו לעיל כי ההבחנה בינהם לא פשוטה:

פס"ד חסן- הנשיאה בייניש דוחה במפורש את הגישה המסורתית שמזהה את ההבחנה לעיל כאשר לגישתה לכל זכות לא משנה אם היא אזרחית פוליטית או חברתית כלכלית- יש היבט חיובי והיבט שלילי.

בחוקי היסוד מעוגנות הזכויות האזרחיות הפוליטיות לעומת זאת הזכויות החברתיות כלכליות לא מעוגנות. בשנים האחרונות ניתן לראות כי ביהמ"ש משתמש בזכות לכבוד האדם כדי להכניס בדלת האחורית את הזכויות החברתיות כלכליות:

**כבוד האדם**

זכות בעלת מעמד מיוחד במשפט החוקתי הישראלי. הדבר נובע במידה מסויימת מהרקע ההסטוריה- נסיון השואה. התפסיה היא שכיוון שלא הייתה מספיק חשיבות לזכות האדם מה שאיפשר פגיעה חמורה בגזעים שונים של בני אדם. מה שלא מפתיע ששתי המדינות שנותנות הכי הרבה משקל לזכות זו הם גרמניה וישראל. המשפט החוקתי הישראלי גם מושפע הרבה מהמשפט החוקתי הגרמני זו הזכות לכבוד האדם היא לא רק אבסולוטית אלא גם זכות נצחית שמשמעה שאי אפשר לתקן את החוקה ולשנות את הס' לפי הזכות לכבוד האדם לא ניתנת לביטול לעולם.

בישראל זכות זו אינה מוחלטת ואף אינה בעלת שריון כלל. אולם, ניתן לראות כי הזכות מקבלת מעמד מיוחד:

1. שם החוק: חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מכיל זכויות נוספות מלבד כבוד האדם אולם השם מציין זכות זו.

2. פסקת המטרה מתחילה בציון מטרתו להגן על זכות כבוד האדם.

3. בכל החוק הזכות לכבוד מופיעה 4 פעמים. בפירוט הזכויות בחוק: הזכות לכבוד האדם מופיעה אפילו פעמיים: בסעיפים 2 ו- 4 .

מה המשמעות לייחוס המיוחד לזכות כבוד האדם? (הרי אין זכויות אבסולוטיות בארץ)

1. המשמעות היא שהזכות לכבוד מקבלת הגנה חזקה יותר- ניתן לראות כי בניתוח ביהמ"ש לחוקתיות בשיקולים של חשיבות הזכות ועוצמת הפגיעה בה – תמיד ניתנת הדוגמא של חשיבות הזכות של כבוד האדם.

2. ייחוס לכבוד כאמצעי להכרה בזכויות נוספות.

מדוע חוזרים בס' 2 ו-4 על אותה הזכות פעמיים?

החוק מלמד אותנו בצורה מפורשת כי הזכות היא גם חיובית וגם שלילית.

ס' 2- *אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.*

מבטא את ההיבט השלילי של הזכות.

ס' 4- *כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.*

מבטא את ההיבט החיובי של הזכות- המדינה צריכה לפעול כדי לספק הגנה על הכבוד.

הפסיקה קבעה במפורש שמשום ש**ההיבט השלילי והחיובי נובעים שניהם מעיגון בחוק היסוד עצמו- שני ההיבטים הינם שווי מעמד ואין עליונות לאחד מהם**. החשיבות להכרה זו בפסיקה היא שהיא שוללת את ההנחה שזכות שלילית הינה בסיסית וחזקה יותר מזכות חיובית.

* **פרשנות הזכות לכבוד והקיפה**

נק' המוצא היא שהמונח "כבוד האדם" הוא עמום יחסית ורחב מאוד. בהתחשב בכך, הפסיקה עסקה מאוד במשמעות הזכות:

3 משמעויות מרכזיות שבאות לידי ביטוי בפסיקה על משמעות הזכות (ולחלופין מהמצומצם יותר לרחב יותר:)

1. **כבוד האדם במובן של איסור השפלה או ביזוי**:

בג"ץ קטלן- הדוגמא הקלאסית לפגיעה בכבוד במובן המצומצם- הייתה בעייה של הברחת סמים לכלא ע"י בליעת האסירים את הסם וע"י כך הכנסה של הסם לכלא בעת חזרה מחופשה וכדומה. כדי להתמודד עם הבעיה שלטונות בתי הסוהר קבעו נוהל לפיו מנהל בית הסוהר רשאי להורות על ביצוע חוקן כאשר יש לו יסוד סביר לחשוד בהברחה וזאת גם ללא הסכמת האסירים. טענת האסירים היא שביצוע חוקן הוא מעליב, משפיל ופוגע בצנעתם וכבודם- במובן הכי גרעיני של כבוד האדם. ביהמ"ש ביטל נוהל זה בטענה כי הוא פוגע בכבוד האדם. במקרה זה ביהמ"ש יישם את הזכות לכבוד האדם במובן הכי בסיסי של כבוד האדם. פס"ד זה ניתן לפני חוקי היסוד של 92. ברק אומר כי זכות זו לא כתובה עלי ספר והביטוי לה ניתן ע"י הפסיקה. הש' חיים כהן כבר שם מדגיש את חשיבות הזכות ואת מעמדה המיוחד כתנאי מוקדם להבטחת זכויותיו האחרות של האדם.

פרשת שפר נ' מדינת ישראל- מבטא את הגישה המצמצת גם אחרי יסוד חוקי היסוד של 92- הש' איילון קובע במפורש כי לגישתו יש לפרש את כבוד האדם על רקע עקרונות היסוד של מדינת ישראל כיהודית ודמורטית מה שמהווה את פירושו לפיו כבוד האדם פירושו לא לבייש ולבזות את צלם האלוקים שבגופו של האדם. ראוי לציין כי הש' איילון משאיר פתח לפירוש רחב יותר של המושג ע"י אמירתו שפירושו אינו מבטא ולא במקצת מחשיבות כבוד האדם.

1. **כבוד האדם במובן הקאנטיאני: ראיית האדם כמטרה ולא אמצעי**: קאנט, ובעקבותיו הפסיקה אומרים כי יש להתייחס לאדם רק כמטרה ולא ככלי להשגת מטרות אחרות.

בג"ץ קלפי המיקוח- דוגמא הקלאסית לתפסיה הקאנטיאנית- הייתה קבוצה של אזרחים לבנוניים שישראל חטפה אותם מביתם בלבון וכלאו אותם כבני ארובה שישמשו כקלפי מיקוח למו"מ עתידי לשחרור רון ארד. חוץ משניים מהחטופים השאר לא היו טרוריסטים ולא נשקפה מהם שום סכנה ולעומת זאת החזיקו אותם במשך שנים רבות רק כקלפי מיקוח. ביהמ"ש בדיון נוסף הורה לשחרר אותם וקבע כי מעצר מנהלי של אנשים שלא מסכנים וכל שימושם הוא כלי מיקוח מהווה פגיעה בכבוד האדם שכן זה מהווה שימוש באדם ככלי להשגת מטרות אחרות או כחפץ.

בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר- דוגמא מרחיקת לכת יותר- (הנשיאה בייניש בעניין הפרטת בתי הסוהר)- היה תיקון לחוק של הקמת בית סוהר בניהול פרטי. בייניש ביטלה חוק זה וקבעה כי מדובר לא רק בפגיעה בחירות אלא גם בכבוד האדם. הנימוק ביחס לכבוד האדם היה **שכליאה של אנשים בידי גורם פרטי הופכת את האסיר כאמצעי להפקת רווחים עבור מנהל בית הסוהר שמהווה שימוש באדם כאמצעי ולא כתכלית** מה שמהווה פגיעה בכבוד האדם במובן הקאנטיאנית. המעניין הוא שבייניש פסקה כך מבלי קשר לתנאים של האסירים שאולי יהיו טובים יותר בבית הסוהר הפרטי. לגישתה, עצם הכליאה לא משנה באילו תנאים, ע"י גורם פרטי, כשלעצמו אינהרנטית פוגע בכבוד. בייניש מפילה את החוק על מבחן המדתיות של פסקת ההגבלה (המבחן השלישי) לפיה התועלת היא החסכון למדינה ומולה עומדת עוצמת הפגיעה שלפי בייניש היא כ"כ גדולה שלא שווה את התועלת. ניתן לראות מפס"ד זה כי כבוד האדם היא זכות כה חשובה כך שאפילו מתקרבת לזכות אבסולוטית.

1. **כבוד האדם במובן של אוטונומיה**: המשמעות הרחבה ביותר-

ע"א דעקה נ' בית החולים כרמל- המערערת אושפזה בבית החולים לצורך ניתוח ברגל והוחתמה על אישור לניתוח. כשהייתה על שולחן הניתוחים דחפו לה גם טופס הזכמה לביופסיה בכתף. בעקבות הניתוח בכתף שהסתבך הייתה לה פגיעה חמורה בכתף. השאלה הייתה האם אפשר לתת לה פיצוי על הנזק הלא גופני של עצם הפגיעה באוטונומיה? בפס"ד נקבע כי הזכות לאטונומיה מהווה את אחד הביטויים המרכזים של זכותו החוקתית של אדם לכבוד. מבחינת משמעות הזכות הוא מגדיר את הזכות כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו בהתאם לבחירותיו ולפעול בהתאם לבחירות האלו. לפי תפיסה זו של כבוד האדם במובן של אוטונומיה, כבוד האדם כולל את זכותו של האדם לגבש את אישיותו ושאיפותיו הרצונויות מבלי שיגבילו אותו בכך. ביהמ"ש מוסיף שזכות זו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של החיים שלו כמו עם מי לחיות, במה להאמין וכדומה. בנוסף, הזכות לאטוטונומיה שהיא הפרשנות לכבוד האדם היא זכות מסגרת ולכן מתוכה אפשר לגזור זכויות ספציפיות יותר.

בג"ץ התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת- חוק טל הראשון- ביהמ"ש בהרכב מורחב אימץ במפורש את המשמעות של כבוד האדם כאוטונמיה של הפרט. ברק דחה בצורה מפורשת את הפרשנות הצרה לפיה כבוד האדם זה רק אי ביזוי והשפלה ובמקום כך קובע כי הפרשנות היא אוטונומיית הפרט לפיה ניצבת ההכרה של האדם כפרט חופשי. גישה זו היא רחבה ביותר שכן לפי פרשנות זו ניתן לטעון כי כל הגבלה קטנה על האדם היא פגיעה בכבוד האדם.

כיום, גישה זו השתרשה כדעת הרוב. שימי לב, לא נפסלו הפירושים הקודמים אלא רק נקבע כי הפירוש לא מוגבל רק להם.

* **כבוד האדם כמקור לזכויות נוספות**

האם ועד כמה ניתן להכיר בזכויות נוספות בלתי מנויות כזכויות שנגזרות מכבוד האדם?

1. **הגישה הכי מצומצמת: כבוד האדם אינו מקור לזכויות, אלא זכות ספציפית בלבד**. (גישה זו מוזכרת בכתיבה האקדמית אך קשה למצוא אותה בפסיקה ). לפי גישה זו כבוד האדם הוא רק זכות ספציפית להגנה מפני השפלה וביזוי בלבד ואינה טומנת בחובה שום זכות אחרת ולפי כך אי אפשר להשתמש בה כאמצעי להכרה בזכויות אחרות. הסמכות להכיר בזכויות אחרות כחוקתיות היא של הכנסת בסמכותה המכוננת ולא מתפקידו של ביהמ"ש להכניס זכויות נוספות שהמחוקק הותיר מאחור, בדלת האחורית של הזכות לכבוד. (טענה אנטי אקטיביסטית התומכת בהפרדת רשויות. ובנוסף יש הטוענים כי דווקא גישה זו תביא להגנה טובה יותר על הזכויות- "תפסת מרובה לא תפסת").

2. **גישה קצת פחות מצומצמת: מזוהה עם השופטת דורנר בבג"ץ אליס מילר (מבחן ההשפלה)-** השאלה האם מותר לצה"ל לסגור קורס טייס בפני נשים. גישה זו מצומצת במובן זה שהיא מגבילה את הזכות לכבוד כפגיעה מפני ביזוי והשפלה אולם היא מרחיבה משום שהיא אומרת כי אפשר להשתמש בזכות האדם ככלי לתת הגנה לזכויות בלתי מנויות כמו שוויון, אולם רק במקרים בהם הפגיעה בזכות למשל השוויון, מגיעה לכדי השפלה. לגישת דורנר השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. **את הזכות לשוויון אפשר לעגן כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם רק אם היא עולה לכדי השפלה**, לא בכל מקרה, אלא רק במקרים של אפליה מחמת מין או מחמת גזע שכן באפליה זו יש ייחוס מעמד נחות למופלה. אם יש פגיעה בזכויות שלא מביאה לכדי השפלה- לא ניתן לעגן אותן כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם.

3. **גישת ביניים מרחיבה- גישת ברק – דרישה לקשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו, לרבות אוטונומיה).**

בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (עניין חוק טל) ביהמ"ש מאמץ במפורש גישה זו. פסק הדין מצד אחד דוחה את גישת דורנר (מה שדורנר אומרת זה בסדר אבל לא רק) ומצד שני הוא דוחה את הגישה המרחיבה ביותר לפי את כל זכויות האדם אפשר לעגן דרך זכות הכבוד. ביהמ"ש מציע את גישת הביניים לפי כבוד האדם היא זכות מסגרת כללית שמעגנת בתוכה מספר זכויות אדם (לרבות זכויות ספציפיות שבחוקות אחרות הם עצמאיות בפני עצמן) . המבחן הוא על זכויות שקשורות בקשר ענייני הדוק בכבוד האדם בין בגרעינו ובין בשוליו לרבות כמבטא אוטונומייה של הרצון הפרטי (ההרחבה הגדולה!) ברק לכאורה מצמצם כשמגביל את הכניסה שלא לכל הזכויות אולם מצד שני מרחיב ביותר שכן הוא מכניס את כל מה שקשור באוטונומיה מה שמהווה היבט מאוד רחב (ולכן ד"ר איתי קורא לגישה זו "ביניים-מרחיבה"). שימי לב, לפי גישת ברק לא כל פגיעה בשוויון צריכה להיות מעוגנת- עדיין צריך להראות את הקשר האינהרנטי לכבוד האדם- לאוטונומיה. ברק קובע כי חוק טל פוגע בשוויון בשל הפגיעה באוטונומיה . חשין לעומתו בדעת מיעוט אומר כי הוא מוכן לקבל את השוויון כזכות נגזרת אולם הוא לא רואה כיצד יש פגיעה באוטונומיה כי אין פגיעה בחופש הבחירה- חופש הבחירה נפגע בחובת הגיוס ולא בעצם הפטור לאחרים. לגישת חשין אם מקרה זה נחשב לפגיעה באוטונומיה ומכוח זה לכבוד האדם קשה לראות סוגי אפלייה שלא יכנסו לכבוד האדם. להגנת ברק יאמר כי כן יש זכויות שלא יכנסו לכבוד האדם וזה בבג"ץ אדם טבע ודין שם נאמר שהזכות לסביבה נאותה לא נכנסת תחת כבוד האדם) .

4. **הגישה המרחיבה ביותר (מקור לכל הזכויות)- לפיה כל זכויות האדם כלולות תחת הזכות לכבוד**. לפי גישה זו כל זכות שאינה מנויה, אפשר לגזור אותה מהזכות לכבוד. גישה זו מופיעה בכתיבה האקדמית של ברק אולם, בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת הוא מעלה גישה זו ופוסל אותה- לדעת ד"ר איתי הוא מעלה גישה זו רק כאיש קש כדי לאפשר לעצמו לקרוא לגישה המרחיבה שלו שאוזכרה לעיל להיקרא כ"גישת ביניים".

**זכויות חברתיות-כלכליות**

כשמדברים על זכויות חברתיות ישנן הרבה זכויות, שלא תמיד קל לסווג אותן כזכויות חברתיות דווקא. מבחינה היסטורית מקובל להתחיל ב"מגנה קרטא" – טקסט בריטי שעוסק בעיקר בזכות הקניין בין המלך והאצילים. המחשבה הראשונית היא לתפוס את המדינה כגוף שמאיים על האזרח ולכן יש לקבע זכויות שמגנות על האזרח מפני המדינה. בהמשך, התפיסה של המדינה היא ככזו שצריכה לספק לי גם זכויות חיוביות כמו רווחה ובריאות. בשנות ה-90 אנו פוגשים גל של תהליך חוקתיזציה בעולם, כאשר מדינות רבות קמות מחדש (מדינות הגוש הסובייטי), או מדינות המעניקות חוקות וזכויות אדם (דרום אפריקה וביטול משטר האפרטהייד/חוקות במדינות דרום אמריקה).

אמנון רובינשטיין מעביר את חוקי היסוד, אך בחכמה רבה הוא "מוותר" על מספר זכויות מרכזיות – שוויון וחופש הביטוי – מתוך הבנה שאלה זכויות הנתונות במחלוקת, ולכן עדיף להעביר את חוקי זכויות האדם ללא זכויות אלה, ואולי בהמשך יעברו בחקיקה גם זכויות אלה. רובינשטיין מגשים למעשה את החלטת הררי משנת 1952.

שאלה: מדוע זכויות חברתיות כמו רווחה, בריאות וחינוך לא הצליחו לעבור בחוקי היסוד?

נשאל גם - מישהו לא חושב שחוקי רווחה הם חשובים? האם אלה חוקים וזכויות הנתונות במחלוקת?

ניתן להעלות מספר הסברי ותשובות לשאלה:

1. ניתן לענות ולומר שהזכויות החברתיות יקרות יותר מהזכויות האחרות (עיסוק, כבוד, ביטחון, חירות, שם טוב, ביטוי, מניעת אפליה וכדומה). זכויות חברתיות שעוסקות ברווחת האזרחים במדינה דורשות משאבים ותקציבים רבים מבחינת המדינה, ולכן זכויות אלה לא נתקבעו בחוק יסוד. זכויות יקרות דורשות כספים רבים, שבסופו של דבר יגיעו מהאזרחים עצמם, ע"י דרכים שונות (מיסים וכדומה), ולכן הזכויות היקרות פוגעות בזכות אחרת של האזרחים – זכות הקניין. כלומר, זכויות הרווחה לא ניתנות על רקע חלל ריק, אלא הו פוגעות בזכות הקניין באופן קשה.
2. תשובה נוספת היא שהזכויות האזרחיות נתפסות ב- 150 שנה האחרונות כזכויות החשובות יותר מזכויות הרווחה. אמנם, בשנים האחרונות יש שינוי מגמה בהלך הרוח, והזכויות החברתיות מקבלות חשיבות נוספת, אך הזכויות האזרחיות-פוליטיות עדיין נמצאות במעמד גבוה יותר. נראה שזכויות אזרחיות הם טבעיות ויסודיות יותר מזכויות חברתיות. הביקורת על טענה זו היא הטענה הידועה ש"החירות לישון מתחת לעץ – אינה חירות". כלומר, מי שלא מקבל זכויות חברתיות מינימליות וכל חייו עסוק בהישרדות כלכלית קיומית – לא חי בחירות באמת, ואין שום משמעות לזכויות האזרחיות שלו. מה שווה הזכות לבחור ולהיבחר אם אין לאדם יכולת קיום מינימלית.

מהלך נוסף חשוב הוא ההבחנה בין זכויות שליליות וחיוביות – כבר דיברנו על מושגים אלה. ישנן זכויות שהן גם שליליות וגם חיוביות. לדוג' – כאשר מרזל ובן גביר ביקשו להפגין ולצעוד באום אל פאחם המשטרה טענה שיש חשש לחייהם ולחיי השוטרים אך בג"ץ קבע שיש לאפשר להם להפגין ועל המשטרה לממן את עלות ההפגנה, בטענה שחופש הביטוי היא אמנם זכות שלילית, אך היא גם זכות חיובית – על המדינה להשקיע משאבים לממש את הזכות ולא לשלול את חופש הביטוי מהמעוניינים להפגין.

ביחס לכל זכות ישנו מדרג של הגנה – 1) לכבד. 2) להגן. 3) לממש. ניתן לשמור ולקיים כל זכות בכול אחת מרמות המדרג המנויות – לכבד, להגן או לממש.

1. טיעון נוסף: בהירות וחדות מול עמימות.
2. טיעון נוסף: פשטות מוסדית מול מורכבות מוסדית. כלומר – בשאלות רווחה ראוי שמי שיחליט יהיה בעל כלים מקצועיים, ולא ביהמ"ש.

לארבעת הטיעונים שהעלנו היה כוח רב בשאלה מדוע הזכויות החברתיות לא עוגנו בחקיקת חוקי היסוד.

מה קורה במשפט הישראלי ביחס לזכויות החברתיות-הכלכליות? – דיון פוזיטיבי מעשי:

מצד אחד אנו ידעים שאין חוק יסוד של זכויות חברתיות. למרות שהיו הצעות חוק, החוקים לא עברו. בעידן המהפכה החוקתית אנו רואים קו של ביהמ"ש שהוא שואל האם ניתן להגיע את הזכויות החברתיות בדרך פרשנית? במספר פסקי דין מוגשות עתירות לביהמ"ש שהוא יכיר בזכויות חברתיות בדרך של פרשנות מכוח הזכויות המנויות בחוק. נעיין בדבריו של ביהמ"ש.

בבג"ץ שומרי גיל"ת 1996 (עמותה העוסקת בילדים קטנים בגילאי 0-3 עם בעיות מסוימות) העותרים מבקשים לעגן את זכות החינוך בזכות כבוד האדם. ביהמ"ש אומר שזכות הכבוד הרחבה באמת נתונה במחלוקת, אך יש חקיקה ענפה נוספת שעוסקת בנושאי החינוך. הש' אור, בדרך של פרשנות תכליתית, אומר שיש להסתכל על הנוף הכללי של נושא החינוך. המחוקק תופס את החינוך כנושא מרכזי בחברה. אך האם ניתן להכיר מכוח מבט זה בזכות החינוך כזכות חוקתית? הש' אור לא מכיר בזכות החינוך כזכות חוקתית. אך ניתן לראות את השיח החוקתי המתפתח, המזהה בתוכו זכויות נוספות (גם אם לא חוקתיות) שלא כתובות בחוקי היסוד.

בבג"ץ "יתד" 2002 אנו פוגשים התפתחות נוספת בשיח החוקתי. הש' דורנר אומרת שהכרנו כבר בזכות החינוך כזכות חשובה. דורנר, לא קובעת שזכות החינוך היא חוקתית, אך היא מחייבת את המדינה לממן מוסדות לימוד לאנשים עם קשיים. פס"ד זה הוא פס"ד מנהלי ולא חוקתי, אך הוא מלמד על השיח החוקתי-משפטי המתעורר.

פס"ד "לוזון" 2008 עוסק בנושא החינוך. השופטת בייניש ישבה בתיק, והיא קובעת שהיא מוכנה להכיר בזכות לבריאות לא ברמה החוקתית, אך ברמה הביצועית-המנהלית היא קובעת שעל וועדת שר הבריאות להתחשב בזכות החשובה לבריאות.

[פס"ד מעניין נוסף הוא בג"ץ "אדם טבע ודין" 2002. בעתירה, הארגון עותר כנגד רפורמה בתחום התכנון והבניה שלטענת פוגעת בזכות הבריאות, כי הרפורמה פוגעת באיכות הסביבה והטבע. וכן שמכוח זכות הכבוד יש לאפשר לדם לצאת אל הטבע ואסור למדינה לפגוע בטבע. הנשיא ברק אומר שעתירה זו היא כבר הרחבה עצומה של הזכות לכבוד ולכן אין לקבל את העתירה.]

בסופו של דבר ביהמ"ש צריך להכריע בשתי שאלות מרכזיות – האם זכות הכבוד היא זכות מסגרת שיכולה להכיל בתוכה זכויות חברתיות נוספות? וכן, מהי משמעות זכות ה"כבוד"? מהו קיום בכבוד? מהם מגורים בכבוד? מהו רף הכבוד וגבול הזכות?

ביחס לשאלה הראשונה ביהמ"ש עונה באופן מפורש וכללי שזכות הכבוד כוללת בתוכה מספר זכויות נוספות.

התפתחות נוספת היא בג"ץ עמותת מחויבות 2005. העתירה מוגשת ב 2003 לאור גזירות כלכליות וקיצוצים שפגעו באנשים החלשים והעניים. מוגשת עתירה חוקתית לבג"ץ בבקשה להכיר בקיצוץ כמהלך לא חוקתי כי הוא פוגע באנשים שכנגדם נחקק חוק הבטחת הכנסה בזכות לכבוד, וקיום בכבוד. ביהמ"ש עמד בפני מבחן, האם הוא "יקיים את דבריו" ויגן על החלשים מפני המדינה, והאם הוא יפסול חוק ראשי של הכנסת. עמדת המדינה הייתה שאם ביהמ"ש יתערב בחקיקה זו הוא למעשה מכריע בשאלות מדיניות כלכלה ורווחה, והוא לוקח לעצמו תפקיד ביצועי של ממשלה שבו הוא מכריע כיצד יחולקו המשאבים של המדינה. וזה מהלך אקטיביסטי קיצוני שאין לו לביהמ"ש זכות לבצע.

ואכן, ביהמ"ש דוחה את העתירה, בהרכב של 7 שופטים בראשות הנשיא ברק. ביהמ"ש ספג ביקורת רבה על פסה"ד. כל השופטים מכירים בזכות הקיום בכבוד בחוקי היסוד. אך איך נדע מהו היקף החובה? ברק אומר שיש מספר שיקולים לאור הפרשנות התכליתית שלאורם יש לפרש את זכות הכבוד. ברק עושה שימוש במושג "רשת מגן", כביטוי לכך שהמדינה שומרת מלמטה שלא תתרסק לגמרי. זו פרשנות מינימלית שעל המדינה לשמור שהאזרחים לא יגיעו לידי חרפה כלכלית. ברק קובע סטנדרט מינימלי של קיום בכבוד. אם כן, ביהמ"ש מכיר בזכות הכבוד, אך קובע רף מאוד נמוך של משמעות הזכות לקיום בכבוד. לדעת ברק העותרים לא הצליחו להוכיח שהחוק הנידון פגע בזכות הכבוד. ביהמ"ש מכיר בזכות קיום בכבוד, אך העותרים לא הוכיחו שבמקרה זה נפגע קיום הכבוד. זכות לכבוד נתפסת כזכות מינימלית. מבחינה תוצאתית לא הונחה תשתית עובדתית רלוונטית להוכחה שנפגעה זכות הכבוד.

השופט אדמונד לוי בדעת מיעוט סבור שיש לקבל את העתירה, ולבטל את החוק. אגב, הש' לוי נתפס כשופט דעות המיעוט האקטיביסטי ביותר שהיה במשפט הישראלי – גם בבג"ץ ההתנתקות וגם בבג"ץ עמותת מחויבות הוא סבר בדעת מיעוט שיש לפסול את החוק הנידון. לוי טוען שיש לבטל את החוק הנידון אפילו במחיר של פגיעה קשה במעמד הממשלה.

בג"ץ עמותת מחויבות נתפס כ"מוציא הרוח" של ארגוני זכויות האדם. ביקורת הושמעה כנגד ביהמ"ש שהוא הולך עם האליטות החזקות והעשירות בחברה והוא לא קשוב לשכבות החלשות בחברה. אמנם, ביהמ"ש אמר בפסה"ד שהוא לא מבקש לסגור את הגולל מעל אפשרות הגשת עתירות מכוח זכות קיום בכבוד, אלא שעתירת אלה צריכות להיות מבוססות יותר מבחינה עובדתית, אך ארגוני זכויות האדם לא קראו דברים אלה או שלא יחסו לה חשיבות.

שלב מכריע נוסף הוא בג"ץ חסן: בייניש, פרסמה את פסה"ד ביום פרישתה, דבר המלמד על החשיבות שהיא נתנה לפסה"ד. במקרה העותרים תוקפים תיקון לחוק הבטחת הכנסה שעיגן פרקטיקה שהייתה ידועה כבר בעבר שקבע חזקה חלוטה שלפיה אם לאדם יש בבעלותו או בשימושו רכב, הוא לא יכול לקבל אבטחת הכנסה. החוק קבע שאם יש לך רכב אז לא תוכל לקבל אבטחת הכנסה בשום מקרה. העותרים טוענים שסעיף החוק פוגע בקיום בכבוד, כי מי שמשתמש ברכב זה לא אומר בהכרח שהוא משלם על הרכב, ולכן לא ניתן לגזור שיש לו מספיק כסף ולשלול ממנו את אבטחת ההכנסה. בייניש מקבלת את טענת העותרים ופוסלת את החוק. היא אומרת שזכות קיום בכבוד גוברת על חקיקה ראשית של הכנסת. בייניש מדגישה שזכות קיום הכבוד נמצאת בלב ליבה של זכות כבוד האדם החוקתית והמעוגנת בחוק היסוד. כל מי שקורא את חוק היסוד כבוד האדם מבין שיש לכבד גם את הזכות לקיום בכבוד, ולפסול מכוחה חקיקה של הכנסת שפוגעת בקיום בכבוד. בייניש פותחת פתח לעתירות מרחיבות נוספות, שיבקשו לפסול חוקים על רקע הזכות המורכבת, המסובכת והמעורפלת "שוויון". אך בייניש מנסה לשוות לזכות קיום בכבוד מעמד מאוד בסיסי ולא מרחיב, כדי שלא ייראה שהיא פוגעת במדיניות הרווחה והכלכלה של המדינה והממשלה, זאת לאור הביקורת שנמתחה על ביהמ"ש בבג"ץ עמותת מחויבות. ובכך בייניש רומזת שזכות השוויון היא רחוקה יותר מהפרשנות הבסיסית של זכות כבוד האדם של חוק היסוד.

פס"ד חסן הוא פסה"ד הראשון הפוסל חקיקה מכוח זכויות חברתיות-כלכליות. עיון כללי במהלך המשפטי שעושה ביהמ"ש והש' בייניש בפס"ד חסן נמצא לעיל בעמ' 47. ובקצרה – ביהמ"ש אומר שהחוק עומד בכל מגבלות פסקת ההגבלה, מלבד המבחן השני של דרישת המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. החוק נפסל והכנסת נדרשה לתקן את החוק, ואכן כך היא עשתה.

**הזכות לשיוויון**

השוויון היא אחת הזכויות החשובות והמרכזיות במשפט. היא הוכרה בפסיקה בעיקר במשפט המנהלי.
הזכות היא בסיסית, לא עוגנה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
ניתן לראות כי אחד הדברים שמייחדים את הזכות הזאת היא שזאת הזכות הכי מורכבת, עצם השאלה של מה מהווה הפרה של עיקרון השוויון היא שאלה מאוד מורכבת ביחס לזכויות אחרות.

הרעיון הבסיסי של זכות זו הוא שלרשויות המדינה אסור לעשות הפליה שלא כדין.
עיקר ההתעסקות בפסיקה היא מה מהווה עיקרון השוויון ומה מפר אותו.

**שיוון פורמלי מול שיוון מהותי**

1. שיוון פורמאלי- יחס זהה לכולם.
לדוגמה: קול אחד לכל אחד, לכל הנבחנים יש את אותה כמות זמן למבחן וכן הלאה.
2. שיוויון מהותי- הרעיון האמיתי של השוויון היא שצריך להיות יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים, כלומר, יש לבדוק במצבים מסוימים האם יש הצדקה להתייחס לאנשים בצורה שונה ובצורה כזאת לשמור על השוויון. הכוונה היא שמכירים בשוני רלוונטי, כלומר, לעיתים יהיה מוצדק ונדרש להתייחס לפרטים וקבוצות בצורה שונה אחת מהשנייה.
לדוגמה: מס הכנסה – מבחינת השוויון המהותי הבינו כי זה לא נכון שכולם ישלמו את אותו סכום מס, ולכן מתאימים זאת לפי גודל ההכנסה.

הפסיקה אמרה שבכל מקרה יש לבחון את התכלית של הנורמה הרלוונטית היוצרת את ההבחנה ולבחון את השוני הרלוונטי, כלומר, יש לבדוק את השוני לגבי הנושא הספציפי והאם זה מצדיק זאת.

1. מבחן השוני הרלוונטי:

בג"צ יקותיאלי: הסיפור היה תמיכה בהכנסה של אברכים שלומדים בישיבות. העותרים ענו שהס' התקציהי בוא מפלה כיוון שסטודנטים רגילים לא מקבלים הבטחת הכנסה אז איך יכול להיות שאברכים שלומדים בישיבה כן מקבלים הבטחת הכנסה וסטודנט רגיל לא מקבל הבטחת הכנסה והטענה היתה שזו פגיעה בשיוויון. השאלה היתה האם יש שוני רלוונטי שמצדיק לתת לתלמידי ישבה ולא תלמידי אוניבריסיטה. ביהמ"ש ע"י הנשיאה בייניש אמרה שהשאלה העיקרית היא לא אם יש הבדל כי ברור שיש הבדל בין קבוצת האוכלוסיה וכי השאלה הרלוונטית אם ההבדלים ביניהם מהווים שוני רלוונטי לצורך התכלית של מתן תמיכה ע"י המדינה. בייניש אומרת שהתכלית היא כלכלית חברתית. רוצים לתת סיוע לאוכלוסיות נזקקות ולהבטיח רמת הכנסה מינימלית למי שלא יכול לספק לעצמו השלמת הכנסה למי שעסוק בללמוד. המדינה טענה שהתכלית היא אחרת ושהיא עידוד לימודי תורה. אם זו היתה התכלית אז ברור שיש שוני רלוונטי. אבל אם התכלית היא כלכלית אז להחליט שלומדי תורה הם נזקקים וסטודנטים ריגלים הם לא ניזקקים אז השוני הוא לא רלוונטי. כלומר- קודם כל בוחרים מה התכלית של הנורמה שיוצרת את ההבחנה ואז בודקים אם השוני בין הקבוצות הוא רלוונטי. בייניש אומרת שאם התכלית היא לעודד תורה אז השוני הוא רלוונטי אך בעיניה התכלית היא כלכלית חברתית והמטרה היא לסייע לנזקקים אז לא הגיוני לקבוע שרק הלומדי תורה יקבלו. מכאן שבייניש פוסלת את הס' התקציבי כי הוא פוגע בס' השיוויון.

השופט לוי בדעת מיעוט טוען שיש שוני רלוונטי מהותי בין לומדי התורה לבין קבוצת ההתיחסות- סטודנטים במוסדות רגילים. ולטענתו האברכים שלומדים בישיבות הם קבוצה ייחודית שבחרה באורך חיים סגפני ורואה בלימוד תורה ייעוד ולא תהליך לרכישת מקצוע זמני ומכאן הוא אומר שגם אם התכלית כלכלית יש שוני רלוונטי.

בג"צ עדאלה: העניין בנושא אי מתן "תושב" לפלש' שמתחתנים עם אזרחי ישראל. טענת העותרים היא שהחוק מפלה בין אזרחים ערבים לבין יהודים ישראלים. המדינה טענה שהסיבה שמבחינים בין מי שמתחתן עם תושב השטחים לבין מי שמתחתן עם אזרח זר זה שהשוני הרלוונטי הוא שרק מי שמתחתן עם פלש' מבקש להביא לישראל בן זוג שמהווה סיכון בטחוני וזהו השוני הרלוונטי.

השופט ברק הגיע למסקנה שלדעתו אין שוני רלוונטי כי הוא אומר שההבחנה שעליה מושתת חוק האזרחות היא לא בני זוג זרים שמהווים סיכון לבין בני זוג שלא מהווים סיכון (כי אז היו מונעים מכל אזרח להביא ארצה בן זוג שמהווה סיכון- בין אם הוא משכם ובין אם אנטישמי מוונצואלה) ברק אומר שאם ההבחנה באמת היתה כזו אז לא היתה פה אפליה כי זה משיג תכלית ביטחונית. אבל ההנחה שכל הפלש' מסוכנים וכל האנשים מארץ אחרת לא מסוכנים זה מראה שהתכונה שלפיה מאבחנים היא לא אם הבן זוג מסוכן אלא פלש' או לא פלש'.

מבחינת בקר זה קריטריון כ"כ גס שהוא לא מספיק רלוונטי כדי להצדיק את התכלית הביטחונית. זה לא נכון להגיד שכל פלש' מהשטחים מסוכן.

השופט חשין- בתיקון לחוק האזרחות נחקק על רקע הסכסוך הפלש' ולכן ההבחנה ראויה שמי שמתחתחן עם פלש' בשטחי אויב שנמצא כרגע בעימות אלים זה שונה מלהתחתן עם נתין זר של מדינה שלא בעימות עם ישראל. חשין אומר שאומנם זה שמונעים מפלש' לקבל מעמד בישראל זה פוגע בעיקר בערבי ישראל אבל הפגיעה לא נגזרת מכך שהם ערבים אלא מכך שהם בחרו להתחתן עם נתינים של מדינת עימות ולכן יש שוני רלוונטי.

הביקורת על המבחן והקושי בו זה שבשלב שבוחנים אם יש שוני רלוונטי כבר גולשים להכרעה האם הפגיעה במוצדקת למרות שזה רק בשלב של פסקת ההגבלה.

במידה מסוימת מבחן השוני הרלונטי הוא ניגזרת של השיוויון המהותי ומה שהוא עושה זה מכניס את הניתוח של התאמת האמצעי לתכלית (מבחן המידתיות) כבר בשלב השאלה האם היתה פגיעה ואז יש קושי כי צריך הכרעה נורמטיבית לשאלה האם הפגיעה היא בדין- ובעצם נראה שעושים פה מבחן שדומה למבחן המידתיות.

1. הפליה ישירה לעומת הפליה קבוצתית:

הפליה ישירה-

1. כאשר החוק עצמו יוצר הבחנה בצורה מפורשת בין קבוצות .
2. כאשר ברור שמניע של חקיקה היא אפליה- המטרה היא להפלות בין קבוצות.

הפליה תוצאתית- הפליה שמעידים עליה תוצאותיה של חקיקה.

יש גישות הנוקטות בכך שרק הפליה ישירה היא לא חוקתית אולם, הפסיקה הישראלית הכריעה לגישת הפליה תוצאתית- גם אם ההפליה לא ברורה בצורה ישירה אבל התוצאות מעידות על הפליה ביהמ"ש קובע כי זה אסור.

בג"צ עדאלה נ' שר הפנים:

תיקון בחוק האזרחות שמנע איחוד משפחות: הניסוח של החוק חל על כל הישראלים- ישראלי שנישא לתושב השטחים (לכאורה חל על כולם באופן שווה), יתרה מזאת המדינה טענה שהתכלית אינה להפלות בין זוגות ישראלים יהודים לזוגות ישראלים-ערבים אלא שהתכלית היא רק ביטחונים. טענת העותרים היתה שמבחינה תוצאתית זה פוגע בערבים. הניתוח שביהמ"ש אימץ זה שבניתוח של שיוויון לא בוחנים את פגיעה בשיוויון רק ע"י המטרה הפורמלית של הנורמה- אם היא הייתה להפלות או לא אלא בודקים גם את התוצר של החוק אפילו אם זו היתה תוצאה לא מכוונת. הניתוח שלו טוען שהחוק פוגע ביכולת של ישראלי שנישא לבן זוג פלש' לממש את הזכות שלו לחיי משפחה בישראל. אבל אותם ישראלים הם באופן גורף ערבים ולא יהודים ואז החוק בעצם מגביל את חיי המשפחה רק מהקבוצה של הערבים ישראליים.

בג"צ וועדת המעקב לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה:

הנושא הוא קביעת אזורי עדיפות לאומית- במשך הרבה שנים הממשלות בישראל מסווגות אזורים מסוימים כ"אזור עדיפות לאומית" והתושבים באיזור הזה נהנים מהטבות בכל מיני תחומים ובין היתר בתחום החינוך. הסיווג לגבי האיזור היה לפי קריטריון ג"ג ובא להבחין בין אזורי מרכז לפריפריה והרעיון היה שמי שגר בפריפריה רוצים להקל עליו והמדינה נותנת לו כל מיני הקלות ששאר אזרחי המדינה לא מקבלים.

לא הוגדרו הישובים לפי ערבים או יהודים אלא רק לפי ישוב ג"ג אבל הטענה היא שהמדינה בחרה את האזורים הג"ג כך שכל הישובים היהודים קיבלו הטבות ואף ישוב ערבי לא קיבל. ביהמ"ש אמר שיש אפליה תוצאתית ושהדרך בה הממשלה תחמה את האיזורים השיג תוצאה מפלה (בדק מה התוצאה בפועל). הקריטריון הוא לכאורה אובייקטיבי ונייטרלי אבל הוא יצר תוצאה מפלה.

מבחינת המבחן המשפטי- כדי להוכיח אפליה מספיק להראות שהתוצאה מפלה ולא שהיה מניע. חלק מהראציונל בהפליה תוצאתית זה שזה בעצם אמצעי שחוסף מניעים נסתרים.

1. עקרון שיוויון כללי מול עילות שוויון ספציפיות:

עקרון שיוויון כללי:

ביהמ"ש העליון הכיר בעיקרון של שיוויון כללי- כלומר, יש זכות כללית לישוויון ומכאן שכל הבחנה בין בני אדם שלא מבוססת על דבר רלוונטי נוגדת את הזכות לשיוויון. לא משנה אם אדם הופלה כי הוא גר במרכז ולא בפריפריה או אם הופלה כי הוא ערבי ולא יהודי. הזכות לשיוויון קובעת כי בכל מקרה שהשילטון מתייחס ביחס שונה ליחס לאנשים שווים יש פה הפרה של הזכות. כל אדם זכאי שהתייחסו אליו בצורה שווה כל עוד הנסיבות שוות.

רשימה מוגבלת של עילות מוגדרות:

רק הפליה שהיא על בסיס של עילה מוגדרת היא קבילה אין זכות שיוויון כללית אלא הגישה הזו עושה רשימה של עילות שרק הפרתן קבילה ביחס לזכות לשיוויון.

דוגמה קלאסית הינה שהגישה הספציפית תגיד שאין להפלות אדם על בסיס דת, גזע ומין (לא מתייחסים לכל אדם בארץ, אלא רק להבחנה בין דת גזע ומין).

דוגמה לניסוח בגישה הזו אפשר למצוא במגילת העצמאות שעוסקת בשיוויון בלי הבדל דת גזע ומין.

נניח שאם מישהי מופלת על בסיס מין היא יכולה לטעון לפי הגישה של העילות המוגדרות שהופרה הזכות החוקתית שלה לשיוויון.

לעומת זאת לפי גישה זו מי שמופלה על בסיס לא של אחת העילות אין לו טענה של הפרת שיוויון (למשל אם הופלה על בסיס מצב מגורים).

מדינות שהלכו בגישה של העילות המוגדרות כמובן שהתעורר בהן באופן בלתי נמנע השאלה- מהי העילות המוגדרות- איזה תכונות לגיטימי להבחין לאורן ואיזה תכונות אסור.

אם לא מכירים בעילה שלך אז אין טענת שוויון (לדוגמא נטיה מינית זו לא עילה אז אין טענת פגיעה בשיוויון).

גישת הפסיקה הישראלית:

הפסיקה הישראלית נוטה לעקרון שיוויון כללי אבל היו מס' פס"ד ששופטים ספציפיים הגניבו בדרך האחורית את הרעיון של עילות ספציפיות בניתוח החוקתי.

השופט זמיר בבג"צ האגודה לזכויות האזרח: זמיר אומר שעיקרון השויון במובן הצר הוא הקלאסי והמדויק יותר של עיקרון השיוויון ואומר שזו גם הגישה המוצדקת והמדויקת יותר לראות את עיקרון השיוויון.

מסקנותיו של זמיר-

1. אפליות מהסוג של העילות המוגדרות הן חמורות יותר (על בסיס גזע, דת ומין).
2. רק עילות מוגדרות צריכות להחשב כחלק מזכות חוקתית לשיוויון בעוד שפגיעות בשיוויון במובן הרחב לא צריכות להחשב כפגיעה בזכות חוקתית לשיוויון. זמיר יוצר הבחנה בין היחס של המשפט הישראלי למשפט החוקתי והמשפט המנהלי. שיוויון ברמה החוקתית צריך להיות רק של קבוצות מוגדרות ואז זה יחשב פגיעה בשיוויון (דת גזע מין) לעומת זאת שיוויון מינהלי זה החובת שיוויון כללית, כולם זכאים ליחס שווה כל עוד אין שוני רלוונטי. דהיינו, למחוקק אסור להפלות על בסיס קבוצתי אבל אין עליו חובת שיוויון כללית במובן של תמיד לתת יחס שווה לשווים לעומת זאת רשויות מנהליות הן בעלות חובה רחבה יותר של לנהוג בשיוויון תמיד אלא אם יש שוני רלוונטי. במשפט המנהלי צריך להיות שיוויון כללי ובמשפט החוקתי צריכה לחול רק הגישה הצרה יותר של רשימה מוגבלת של זכויות- רשות מינהלית מחויבת לחובת שיוויון כללית ולעומת זאת המחוקק הדבר היחיד שאסור לו זה להפלות ע"ב עילות מוגדרות. זה בעצם מציב נטל שונה על המחוקק לעומת רשויות מנהליות (גופי הרשות המבצעת). ואז בעצם העילות של לבטל חוק יהיו הרבה יותר מצומצות.

מקור העילות המוגדרות הוא מכל מיני מקומות- מגילת העצמאות לדוג'.

הגישה של זמיר היא לא הגישה שהתקבלה בצורה מפורשת ע"י הפסיקה אלא דוגמה של שופט ספציפי שהגניב את העילות הספציפיות. (כל זה בכלל הוביטר בפס"ד).

השופטת דורנר באליס מילר:

איסור של נשים בקורס טייס. הבחנה שהיא על רקע קבוצתי (מין או גזע פוגעת בזכות החוקתית לשיוויון גם כאשר השיקול הוא רלוונטי. כלומר- אפילו כאשר מדובר במקרה הספציפי של אבחנה ע"ב קבוצות ספציפיות, למשל אפליה ע"ס גזע או מין היא מציעה להחליף את מבחן השוני השוללנטי אפילו אם יש שוני רלוונטי. דורנר מציעה שבמקרים בהם ההבחנה מבוססת על שיוך קבוצתי כמו למשל מין או גזע אז צריך להעמיד את מבחן השוני הרלוונטי במבחן כפול. קודם כל לבחון אם שיקול המין הוא רלוונטי (קריטריון ההבחנה) וגם אם השיקול רלוונטי עדיין צריך לבדוק האם ההתחשבות בשוני מוצדקת בנסיבות העניין (הפגיעה במבחני פסקת ההגבלה).

דורנר טוענת שהבחנות ע"ב קבוצתי יש בהן פגיעה בכבוד האדם שלו. כיוון שהבחנה כזו כשלעצמה יוצרת פגיעה בכבוד האדם אז צריך לבדוק אותה לפי פסקת הגבלה ולא משנה אם יש שוני רלוונטי או לא. היא אומרת שמבחן השוני הרלוונטי לא כולל אמות מידה לקבוע את הרלוונטיות ובהיעדר אמות מידה קיימת סכנה שהאמות מידה שיחולו מבוססות על סטריאוטיפים שלאו דווקא נכונים. לדוגמא- שוני רלוונטי אומר: האם יש הבדל שיצדיק יחס שונה, החשש הוא שבגלל שאין אמות מידה של שוני רלוונטי אז ההכרעה תהיה לפי סטריאוטיפים- ברור שנשים הן פחות חזקות מגברים אז זה שהן לא יהיו בקורס טייס זה שוני רלוונטי.

עוד ביקורת של דורנר היא שמבחן השוני הרלוונטי מטשטש את ההבחנה בין עצם הרלוונטיות של השוני לבין המידתיות של להשתמש בקריטריון הזה במובן מידתי- האם הקריטריון מידתי. זה בעייתי כי אז עלולים לומר שעמדנו בשוני הרלוונטי אבל זה יאפשר הבחנות גורפות מדי. לפי הגישה שלה גם אם הקריטריון רלוונטי יוטל נטל על המדינה לומר שגם אם הוא רלוונטי האם הוא באמת הקריטריון בו היו צריכים להשתמש.

זמיר אומר שמבחינת זכות חוקתית להבדיל ממנהלית- דורנר נותנת משקל אחר לענין של רשימת עילות מוגדרות ואומרת שלא נבטל תפיסה של שוני רלוונטי אבל כאשר ההפליה היא על בהסיס קבוצתי בכלל לא נעשה מבחן של שוני רלוונטי כי אין צורך.

הגישה של ההבחנות החשודות:

הניתוח נשאר כרגיל (שוני רלוונטי והכול) אבל ביהמ"ש יסתכל איזה סוג הבחנה זה ואם זה ע"ב גזע מין דת וכולי הוא יהיה קפדני יותר בביקורת השיפוטית שלו ויהיה יותר חשדן כלפי המדינה ויטה יותר לקבל את הטענות של העותר. הגישה הזו באה לידי ביטוי בפס"ד של השופט עמית בעניין הבית הפתוח בירושליים.

המשמעות שנותנים להבחנה ע"ב קבוצה לבין כל הבחנה אחרת ללא שוני רלוונטי היא שההבחנות ע"ב קבוצתי יהיו חשודות וביהמ"ש יטה פחות לתת קרדיט למחוקק ולהיות יותר חשדן כלפי המחוקק.

הגישה הזו לוקוחה מהמשפט החוקתי האמריקאי.

המשפט האמריקאי אומר שמסווגים את ההחבנות השונות לפי מה הקבוצה שמופלית וככל שיש קבוצות מופלות שההבחנה כלפיהן תהיה חשודה- יש קבוצות שההבחנה תהיה סמי חשודה (מין) ויש קבוצות שההפליה ביניהם לא תהיה חשודה בכלל (מצב כלכלי). המשמעות במשפט האמריקאי היא שעוצמת הביקורת השיפוטית משתנה לפי סוג ההבחנה- אם זו הבחנה ע"ב גזע אז יש ביקורת שיפוטית מאוד קפדנית ונדרשת תכלית מאוד חזקה והטעמה קרובה. ככל שההבחנה היא פחות חשודה- עוצמת האינטרס הציבורי נמוך יותר ועוצמת ההתאמה חלש יותר.

זה יוצר דיון בלתי פוסק על איזה קבוצות צריכות להכנס לאיזו מן הקטגוריות.

עע"ם הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות:

השופט עמית לקח את הגישה ולא אמר שהוא מבצע ניתוח חוקתי של עוצמת האינטרס ומידת ההתאמה בין האמצעי לתכלית אלא באופן כללי צריך להפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית כשההבחנה היא חשודה.

הסיפור בפס"ד הוא שהיתה עתירה של הבית הפתוח נגד עיריית ירושלים שכל פעם דחתה בקשות לתמיכה ספית מהעירייה. העירייה קבעה מי זכאי לתמיכה והטענה היתה שהפעילות של הבית הפתוח לא זכאית לתמיכה לפי הקריטריונים שנקבעו בעיריה. העותרת טענה שבפועל העירייה קבעה קריטריונים שיהפכו את זה בלתי אפשרי לקהילה הגאה לקבל תמיכה וביהמ"ש העליון בניגוד למחוזי קיבל את העתירה ואמר שיש אפליה תוצאתית ובמידה רבה חלק מהניתוח- שהוא לא מקבל הסבר ניטרלי של העירייה ומקבל טענה של אפליה תוצאתית של העותרת- נובע מכך שנטיה מינית צריכה להיות גם כן קבוצה שזכאית להכלל בהבחנה חשודה.

**השוויון בפני החוק**

מובן נוסף משמעותי וקלאסי של עקרון השוויון. משמעותו היא שהחוק צריך לחול על כולם באופן שוויוני. עקרון זה מחייב אכיפה שוויונית של החוק.

בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע- תושבי באר שבע העותרים תלו מודעות בגנות ראש העיר והעירייה. למחרת היום פקחים הורידו את כל המודעות באופן סלקטיבי שהיוו ביקורת על ראש העיר. הפקחים טענו כי תליית כרזת צריכה להיות עפ"י חוק עזר עירוני ולכן הורידו את הכרזות. העותרים טענו שהאכיפה של חוק העזר הזה הייתה בלתי חוקית משום שהייתה זו אכיפה סלקטיבית- לגישתם, פקחי העירייה בררו באופן מודע סוג אחד של הכרזות שהיו תלויות על הבניין והסירו רק אותם. פסק דין זה יצר בביהמ"ש הזדמנות לדבר על עקרון השוויון בפני החוק והאיסור על אכיפה סלקטיבית. ביהמ"ש אמר כי ברור שאי אפשר לצפות מרשות האכיפה לאכוף את כל החוקים בצורה מלאה- זה לגיטימי. מה שאסור זו אכיפה סלקטבית שהיא אכיפה שפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך האכיפה בין בני אדם או מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה או לצורך שיקול זר או מתוך שרירות. ביהמ"ש אומר כי דוגמא מובהקת לאכיפה בררנית היא בחירה לאכוף חוק כנגד אדם מסויים ולא כנגד אחר בש דת, גזע, מין או אויבות פוליטית. לדוגמא: החוק הכי פחות אכיף במדינה זה הגבלת המהירות בכבישים. אי אפשר לצפות מהמשטרה שתציב שוטר בכל צומת. האכיפה החלקית הזו כשלעצמה לא פוגעת בשוויון בפני החוק. לעומת זאת, כשהשיקול לאכוף על אדם אחד ולא אחר נובע משיקול זר או אסור מהווה פגיעה בשוויון. למשל אם המשטרה מציבה שוטרים רק בפתח של יישובים ערבים או בוחרת לתת דוחות רק לערבים. לעיתים יכולה האכיפה להיות בררנית אולם אם השוני בין הקבוצות הוא רלוונטי זה בסדר- למשל המשטרה שעוצרת לבדיקת ינשוף בדר"כ צעירים.

ביהמ"ש קובע שאכיפה בררנית אסור ובעייתי מאוד כשהיא נוגדת באופן חריף במובן הכי בסיסי של העקרון את השוויון בפני החוק. ביהמ"ש קובע כי כל סמכויות האכיפה צריכות לחול באופן שוויוני. ברגע שלכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתעוררת החזקה הרגילה של תקינות המנהל- חזקה שקיימת על המדינה שהיא מתנהלת באופן תקין- בטענה לאכיפה בררנית חזקה זו מתעוררת ואז הנטל עובר על רשות האכיפה להוכיח כי האכיפה הבררנית מתבסתת על שיקולים לגיטימיים.

בהנחה שהמדינה לא עומדת בנטל, יש לביהמ"ש את הסמכות להחליט שהחלטת האכיפה היא החלטה בלתי חוקית וע"י כך לבטלה.

פסק הדין מרחיק לכת כי ביהמ"ש נותן לאדם הספציפי חסינות מפני עמידה לדין במקרה זה- בגלל שיש אכיפה סלקטיבית ביהמ"ש אומר לעותרים שהם יכולים לתלות חזרה את הקרזות (למרות שזה בלי אישור!!) והעירייה תוכל להוריד אותם רק במקרה בו תוריד את כל השלטים הלא חוקיים ברחבי העיר.

לעניין שאלת הסעד- במקום פנייה לבג"ץ, כיום ניתן לטעון כחלק מההליך הפלילי טענת הגנה של אכיפה סלקטיבית, לביטול ההליך הפלילי וההעמדה לדין.

**מעמד חוקתי של הזכות לשוויון**

הזכות לשוויון לא נכללת בחוקי היסוד. יש עדויות כי אי הכללה זו היא מכוונת- במשך שנים רבות ניסו להעביר חוקי יסוד ומגילת זכויות אדם, הכל נכשל. אמנון רובינשטיין הגיע למסקה כי הדרך היחידה להעביר את מגילת הזכויות היא ע"י הוצאת הזכויות השנויות במחלוקת כאשר אבן הנגף המרכזית היא הזכות לשוויון.

מדוע זכות השוויון היוותה אבן נגף לקבלת המגילה?

א. המפד"ל והדתיים הלאומיים ייצגו קו זה- החשש היה פגיעה בהיבט של המדינה היהודית במובן הלאומי שלה- פחדו שיגידו כי חוק השבות יפסל בכלל הזכות לשוויון.

ב. דיני המעמד האישי והמשפחה- המתנגדים היו החרדים שחששו שהמערכת של הנישואים והגירושים במערכת בתי הדין הרבניים יפסלו בשל האפלייה שם כלפי נשים.

גם בחוקה האמריקאית רק בתיקון ה14 נכנסה הזכות לשוויון שכן בחיקוק החוקה היו עוד עבדים שחורים.

**ביהמ"ש הישראלי הכניס את זכות השוויון כזכות נגזרת מכבוד האדם**.

הנימוקים השונים:

* **גישת דורנר באליס מילר**- לגישתה אין עקרון שוויון חוקתי מלא. אולם, אפשר להכיר בפגיעות מסויימות בשוויון באמצעות כבוד האדם במקרה של פגיעה במגיעה לכדי השפלה. לגישתה, לא כל פגיעה בשוויון עולה לכדי השפלה ולכן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. לדוגמא: הפליה בין רשימה גדולה לבחירות לרשימה קטנה מהווה פגיעה בשוויון אולם זה לא מגיע לכדי השפלה. לעומת זאת, כשיש אפלייה רעה מחמת מין או גזע (שיוך קבוצתי) יחשבו כפגיעה משפילה ולכן יהוו פגיעה בזכות בשוויון כזכות נגזרת מהזכות לכבוד.

הרציונאל שלה הוא שאפליות קבוצתיות מסוג זה ביסודם עומד ייחוס מעמד נחות למי שמפלים אותו- מעמד זה הוא פועל יוצר מהמות הנחותה שלו, מה שמהווה השפלה.

נימוקה של דורנר לכך שלא מכירה בזכות שוויון מלאה הוא ששהיסטוריה החקיקתית נמנעה בצורה ברורה לכלול את הזכות לשוויון מחוקי היסוד ולכן לא יהיה זה נכון לקבוע שיש זכות לשוויון מלא. מצד שני, אין ספק שכבוד כולל איסור השפלה ולכן ברגע שהאפליה מגיעה כדי השפלה- מהווה פגיעה בכבוד האדם ואז ההיבט הספציפי הזה של השוויון הינו בעל מעמד חוקתי.

**הביקורת** על גישת דורנר: מבחן השוני הרלוונטי של דורנר הוא שאם יש הבחנה על בסיס שיוך קבוצתי, השוני הוא מייד לא רלוונטי- במבט על מבחן זה יחד עם הטענה הנ"ל : דורנר בעצם אומרת שכל הבחנה על בסיס שיוך קבוצתי מהווה השפלה ועל כן פגיעה בזכות לשוויון הנגזרת מהכבוד. הטענה הנגדית היא שלפעמים יש הבחנות על בסיס שיוך קבוצתי שהם לגיטימיות. למשל, בקופ"ח נותנים יותר סבסוד לאשכנזים בבדיקת מחלות גנטיות בהריון בגלל שיש סטטיסטיקה שמראה אחוז גבוהה יותר בקבוצתם.

ד"ר איתי טוען כי הטיעון של דורנר הוא חזק מאוד שכן הוא מאזן.

* **גישת זמיר בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח**- זמיר עושה הבחנה בין שוויון חוקתי לשוויון מנהלי. לגישתו, הזכות לשוויון הכללי לא נכללת ברמה החוקתית אלא נכללת רק הזכות לשוויון במובן הצר רק כשיש הפלייה על בסיס דת, גזע ומין.

לגישת ד"ר איתי- המבחנים של דורנר ושל זמיר שונים אולם מבחינת התוצאה הם אותו הדבר. איסור הפלייה על בסיס שיוך קבוצתי. ההבדל היחיד הוא בנקודת המוצא של הראוי בעינהם- נראה כי דורנר הייתה רוצה עקרון שוויון חוקתי כללי אולם בגלל ההסטוריה החוקתית זה לא נכלל זה המקסימום שהיא יכולה להכיר בו. זמיר לעומת זאת נוקט בעמדה שהעקרון השוויון החוקתי הראוי הוא השוויון במובנו הצר. אם בעתיד הכנסת תעביר את הזכות לשוויון אז דורנר תבטל את המבחן שלה ואילו זמיר יפרש את השוויון במובנו הצר.

* **גישת ברק בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**- זוהי הדעה השלטת- לגישת ברק אפשר לעגן בכבוד האדם את כל ההיבטים של הזכות לשוויון שקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל משמעויותיו השונות: לא רק איסור השפלה (דורנר) אלא גם תפיסת האדם כתכלית ולא כאצמעי וגם כבוד במובן הרחב של אוטונומייה של הרצון הפרטי. (אלו שלושת המובנים של הזכות לשוויון בהם עסקנו לעיל). במקרה דנן, ברק אומר כי אולי ההפלייה בין החרדים ללא חרדים היא לא משפילה אולם היא פוגעת באוטונומיה- אין דבר הפוגע יותר באוטונומיה של האדם מאשר חיובו לשרת בצבא, כשהמדינה עושה חיוב זה על בסיס לא שוויוני, נוצרת פגיעה חזקה באוטונומיה של האדם. שימי לב, ברק אומר כי כבוד האדם לא כולל את כל השוויון על כל היבטיו. לא כמו בחוקותו של מדינות אחרות בהם יש עיגון מפורש של הזכות לשוויון כעצמאית. כאן, צריך עדיין להראות שלפגיעה בזכות השוויון יש קשר ענייני הדוק לפגיעה בכבוד.

הביקורת על גישת ברק: חשין בדעת מיעוט מוכן להסכים שפגיעות בשוויון במובן של אוטונומיית הפרט (המובן הרחב) יקבלו עיגון חוקתי. אולם, הוא לא מבין כיצד במקרה דנן יש פגיעה באוטומנומיית הפרט- כשלא מגייסים אדם אחר זה אולי מקומם ומכעיס אבל לא פוגע באוטונומייה שלי. אם היה ניתן להראות שאם החרדים היו מתגייסים זה היה מקצר על השירות שלי אז אולי הייתה פגיעה באוטונומייה. אולם, זה שמישהו מתגייס ומישהו לא אולי פוגע בשוויון אבל לא פוגע באוטונומייה. ובכדי להכיר בפגיעה בשוויון צריך להכיר בה מתוך פגיעה באוטונומייה. חשין טוען שאם מקרה זה נכנ בגדר פגיעה באוטונומייה, קשה לאמר אילו סוגי פגיעות לא יכנסו בזכות לשוויון כנגזרת מהכבוד שכן המבחן של ברק הוא רחב מאוד.

למרות הביקורת של חשין, גישת ברק היא ההלכה השלטת.

יש לשים לב, כי כיום השופטים לפעמים שוכחים את מבחן הקשר הענייני וההדוק לכבוד האדם ופשוט מכירים בזכות חוקתית לשוויון- זה לא נכון.

השאלה איזו גישה עדיפה בעיניינו נוגעת לשאלה איזה שקל אנו רוצים ללת לכוונת המחוקק. קיימות גישות של פרשנות לאור כוונת המחוקק עם משקל מסויים לכוונתו. ויש כאלו שלא נותנים כלל משקל לכוונתו. במקרה של הזכות לשוויון אם נלך עפ"י הגישה הנותנת משקל רב לכוונת המחוקק היינו הולכים עפ"י גישת דורנר. ואילו היינו הולכים עפ"י הגישה שלא נותנת משקל רב לכוונת המחוקק, היה קל יותר לקבל את גישת ברק.

ניתן לראות מספר היבטים בהם המחוקק כן עיגן את הזכות לשוויון:

למשל, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה- ס' 2- סעיף זה כולל הרבה מאוד עילות בהן אין להפלות- הרבה יותר מאלו בהן מכיר זמיר בפסיקה. חוק זה חל על מעבידים ציבוריים ופרטיים כאחד. הזכרנו את השאלה אם הזכות לשוויון חלב על גופים ציבוריים (רשויות השלטון) או יכולה לחול גם על גופים פרטיים? ביהמ"ש העליון הכיר בגופים דו מהותיים הממלאים פונקציה ציבורית משמעותית אותם חייבה בחובת השוויון. בנוסף, קיימת פסיקה של בתי משפט דלמטה בהם חייבו גם כמה גופים פרטיים לחובת השוויון (היה פארק מים שחייבו אותו להכניס ערבים למרות שהוא פרטי).

**העדפה מתקנת**

עקרון השוויון הקלאסי במובן המקובל שלו הוא מושג פאסיבי- הוא דורש לא להפלות.

ההעדפה המתקנת היא מושג אקטיבי- היא מטילה חובה על הרשות לפעול באופן אקטיבי כדי לצמצם את אי השוויון.

**העדפה מתקנת בחקיקה:**

1. **חוק שירות המדינה** (מינויים), תשי"ט 1959- סעיף 15א

ייצוג הולם בקרב העובדים בשירות המדינה- (לצטט)

החו הוא בעל שני היבטים:

א. ייצוג הולם- החוק דורש ייצוג הולם לבני המינים השונים, לבעלי מוגבלויות, לבני האוכלוסייה הערבית לרבות דרוזים וצ'רקסים, אתיופים.

ב. המדינה צריכה לפעול לייצוג ההולם- החוק מציג את דרכי הפעולה בסעיף קטן 2.

1. **חוק החברות הממשלתיות** – ס' 18א. ו- 18א1.

החוק הזה מרחיב את החובה לא רק לעובדי מדינה במשרדי הממשלה כמו בחוק הנ"ל, אלא גם לחברות ממשלתיות. המבנה הוא בעל אותו רציונאל:

א. דרישה לייצוג הולם- נשים והאוכלוסייה הערבית.

ב. הדרכים להשגת הייצוג ההולם- במקרה דנן ע"י מינוי בני המין לדירקטוריון שעדיין חסרים למען הבאת ייצוג הולם.

שימי לב כי חוק זה הוא בעלת עילות הפלייה מצומצם יותר מאשר חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. הסיבה לכך היא שחוק זה מטיל חובה אקטיבית ולא רק פאסיבית כמו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

**העדפה מתקנת מכוח הפסיקה:**

מקרים בהם לא הייתה הוראת חוק ספציפית שדרשה העדפה מתקנת, ביהמ"ש יצר חובה זו מכוח הפסיקה:

1. בג"ץ שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה- היו מספר משרות בביטוח הלאומי שחוקי ההעדפה המתקנת לא חלו עליהם. הפסיקה יצרה חובה להעדפה מתקנת שם לנשים ע"י כלל הלכתי.
2. בג"ץ האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל- בג"ץ פסק להעדפה מתקנת לערבים במשרה במנהל מקרקעי ישראל.

**היחס בין העדפה מתקנת לעקרון השוויון**

קיימות 2 גישות:

1. יש ניגוד- העדפה מתקנת מהווה פגיעה בשוויון.

2. אין ניגוד- העדפה מתקנת מהווה חלק מעקרון השוויון.

גישה ראשונה:

העדפה מתקנת פוגעת בשוויון מ2 נימוקים עיקריים:

1. בהעדפה מתקנת יש התייחסות לפרטים עפ"י ההתיחסות הקבוצתית שלהם כאשר דווקא התייחסות זו, לא משנה אם הי מטיבה או מרעה איתם זה כשלעצמו מהווה פגיעה בשוויון.
2. האמצעי לתת העדפה מתקנת לקבוצה מסויימת הוא לתת להם עדיפות על פני קבוצות אחרות. למשל, אם נותנים העדפה מתקנת לשחור למרות שאין שוני רלוונטי בינהם- מפלים לרעה את הלבן.

גישה זו היא השלטת במשפט האמריקאי. להעדפה מתקנת מתייחסים כפגיעה בשוויון בשלב הניתוח הראשון. לאחר מכן עוברים לשלב השני בו בוחנים אם היא סיבתית או לא. הקריטריונים לבחינה זו ה בדיוק כמו במקרים של פגיעה לרעה.

גישה שנייה:

העדפה מתקנת היא לא פגיעה בשוויון אלא נגזרת ומקדמת את/מ עקרון השוויון. גישה זו התקבלה בפסיקה הישראלית. ביהמ"ש אומר בפס"ד האגודה לזכויות האזרח בין היתר– העדפה מתקנת למרות שנראה שהיא פוגעת בשוויון כי היא נותנת יחס מועדף על בסיס שיוך קבוצתי. אולם בפועל היא נגזרת מעקרון השוויון ומהווה אמצעי להגשמתו. העדפה מתקנת בדר"כ מכוונת לתקן עיוות חברתית שפגע בשוויון ובכך פועל לצמצום הפערים שנבעו מהאפליה. לגישתם העדפה מתקנת מצמצמת נזקים של פגיעה בשוויון שכבר הייתה גם של הציבור וגם מדיניות ציבורית שכבר הייתה מפלה בזמנו וכעת מתקנים את עיוות המדינה שכבר נעשה.

עפ"י הגישה הישראלית לא מגיעים כלל לפסקת ההגבלה שכן אם טוענים לפגיעה בשוויון בשל העדפה מתקנת- ביהמ"ש קובע כי אין העדפה מתקנת ואין צורך בבחינת פסקת ההגבלה.

ביהמ"ש הסיק כי יש חובה כללית/ דוקטרינה כללית של העדפה מתקנת שהוכלת וגודלת בחקיקה- וכך ביהמ"ש המשיך עם רוח המחוקק ולא יצא בסתירה לו.

אתמול בבוקר- 11.6.13 התקבל תיקון דרמטי לחוק שקבע שיש דרידה לייצוג הולם לנשים בועדה לבחירת דיינים – העדפה מתקנת. החוק משריין 4 מקומות לנשים בועדה לבחירת דיינים לכל בתי הדין הרבניים.

**טיעונים נגד העדפה מתקנת**

1. בקרב האוכלוסייה לה ניתנת העדפה מתקנת נוצר תמריץ שלילי לצמצם בעצמם את הפערים החברתיים.
2. בהעדפה מתקנת נוצרת פגיעה באוכלוסייה המופלת שכן גם מי שכבר פורץ את תקרת הזכוכית ומגיע למשרות הבכירות- נוצרת תפיסה לגביו שהוא הגיע רק בשל ההעדפה המתקנת.
3. העדפה מתקנת היא תיקון עוול בעוול- נוצרת אפלייה כלפי הצד השני שעל חשבונו מעניקים את ההעדפה המתקנת.

**טיעונים בעד העדפה מתקנת**

1. העדפה מתקנת מעמידה אותם באותו המקום מבחינת שוויון הזדמנויות- משם כבר יצתרכו להוכיח עצמם לבד. ללא העדפה מתקנת לעולם לא יצליחו לפרוץ.
2. התפיסה שהמועדפים מגיעים למקומות הגוהים בשל ההעדפה אולי קיימת בהתחלה אולם לאחר סבבים רבים תפסיה זו מתבטלת ונשכחת. למשל, בהתחלה אמרו על טייסות שרק בזכות ההעדפה המקתנת הם הגיעו למקומן אולם כיום זה כבר לא נתפס כך והם זוכות להערכה רבה בזכות כישוריהן.

**חופש הביטוי**

חופש הביטוי- האפשרות להתבטא באופן חופשי ללא חשש.

**רציונאל ומעמד**

חופש הביטוי אינו מובן מאליו. קיימים מקומות רבים שלא מכירים/הכירו בחופש הביטוי, מצנזרים ואוסרים אותו.

מנגד, לפעמים גם במקומות בהם הכי היינו מצפים שיהיה חופש ביטוי (כמו ארה"ב), ההגנה האמיתית עליו היא תופעה מודרנית.

**הרציונאלים בבסיסו של חופש הביטוי**

רציונאלים חברתיים:

1. רציונאל הדמוקרטי- חופש הביטוי הינו מנגנון להגנה על יציבות משטר הדמוקרטיה. גם לצורך הדמוקרטיה במובן הכי בסיסי שלה של הליך דמוקרטי בבחירות, חייב חופש ביטוי וזאת משום שכדי לדעת במי לבחור יש לתת למפלגות להביע דעתם וכדי שהציבור יוכל לבחור הוא צריך לדעת את הסובב סביבו. ללא חופש ביטוי הבחירות הופכות להיות ריקות מתוכן ולכן יש דרישה הכרחית לחופש הביטוי.
2. רציונאל חיפוש האמת- תפיסה שפותחה באמריקה. הנחת המוצא היא שאין אמת אחת שכולם יודעים אותה אפילו אם נראה כך על פני השטח. אי אפשר לדעת אם בבוא הזמן לא נגלה שדווקא העמדות הלא פופולאריות הם הנכונות. ולכן, יש צורך בחופש הביטוי שכן אי אפשר להניח מראש שמה שהשלטון או רוב הציבור חושבים זו האמת. אם יש חופש ביטוי הסיכוי שרוב הידיעות שיגיעו חציבור הם האמת, גבוה יותר. בנוסף, הדרך הטובה יותר להגיע לחקר האמת היא שוק חופשי של רעיונות ודעות בו כולם יוכלו להביע את גישתם, שם האמת בסוף תמיד תצא לאור. למרות דעות הכזב שכן הויכוח מולם רק יחדד את האמת.

רציונאל פרטי:

1. רציונאל זכויות הפרט- חופש הביטוי הוא מרכיב מרכזי בזכויות הפרט ובמימוש העצמי. כשלא נונים לטאדם להביע את דעותיו פוגעים באוטונומיה שלו ובזכות לממש עצמו. ביטוי הוא צורך בסיסי ויסודי של האד והוא אחד הדברים המאפיינים את האדם אל מול החיה. תפיסה זו אומרת כי לחופש הביטוי יש ערך אינהרנטי משלעצמו ללא קשר למה זה משיג.

**ההכרה בחופש הביטוי במשפט הישראלי**

* בהכרזת העצמאות? חופש הביטוי **לא** מופיע! הייתה הצעה להכיר בחופש הביטוי יחד עם החירויות שהוכרזו והצעה זו נדחתה.
* חוקי היסוד? חופש הביטוי **לא** מופיע! במקור היו הצעות רבות לחוק יסוד מגית זכויות אדם שכללה את חופש הביטוי בין היתר. רובינשטיין החליט לפצל את המגילה ולנסות להעביר קודם את הזכויות החשובות ביותר. חוק יסוד חופש הביטוי לא עבר מעולם- הובא בפני הכנסת 3 פעמים ובכולם לא עבר (פעם בקריאה ראשונה ופעמיים בשנייה).
* בחקיקה בכנסת? במשך שנים רבות "חופש הביטוי" לא נזכר בשום מקום בחקיקה. כיום בכל החקיקה הראשית של הכנסת "חופש הביטוי" מופיע רק במקום אחד- "חוק זכויות הסטודנט התשס"ז 2007" סעיף 5- נותן חופש ביטוי לסטודנטים בנוגע לחומר הלימוד והערכים העולים ממנו. יש בסעיף הנחה מובנית שחוק זה לא יוצר אלא רק מוסיף לחופש הביטוי בישראל מה שמרמז שקיימת הכרה בחופש הביטוי.

קיימת גם חסינות לחכ"ים להבעת דעה במסגרת מילוי תפקידים.

* חקיקת משנה? מעט מאוד איזכורים לחופש הביטוי .

לסיכום, אין חקיקה ראשית שמעגנת את חופש הביטוי בישראל. יתרה מכך, יש יותר חקיקה שמגבילה את חופש הביטוי מאשר מאפשרת אותו.

אם כך, מאיפה יש חופש ביטוי בישראל?

**הפסיקה היא שעיגנה את חופש הביטוי בישראל.**

בג"ץ קול העם- 1953- דובר על עיתון שפרסם דברי ביקורת קשים כנגד המדינה. הרקע היה דיווח שקרי שישראל אמרה כי היא מוכנה לעזור לבריה"מ כנגד קוריאה. בעקבות כך שר הפנים סגר את העיתונים הללו לתקופה זמנית על בסיס ס' 19 של פקודת העיתונות המסמיך את שר הפנים לסגור עיתון לכל תקופה שהיא אם הפרסום לדעתו מסכן את שלום הציבור. לפי לשון הסעיף הפרסום "עלול" לסכן את שלום הציבור "לדעתו" של השר. לא הייתה שום הזכרה לאיזון אם חופש הביטוי. בנוסף, כוונת המחוקק הייתה (חקיקה מנדטורית) דווקא לאפשר לשלטון להגביל את חופש הביטוי. למרות זאת, ביהמ"ש ביטל את צו הסגירה על סמך הקביעה המהפכנית שיש בישראל חופש ביטוי והשלטון חייב לכבג זכות זו ולהתחשב בה בכל הפעלת סמכות.

ביהמ"ש שאב את חופש הביטוי מפסיקה וכתיבה תאורטית אמריקאית. (הש' אגרנט שעלה מארה"ב היה מושפע מאוד מהמשפט האמריקאי).

הש' אגרנט הציג יריעה רחבה של המרכזיות וההכרחיות של חופש הביטוי והחשיבות למשטר הדמוקרטי ולאינטרסים החברתיים. הדיון הרחב ברציונאלים היה משמעותי מאוד שכן אגרנט יצר זכות יש מאין ובהצגת רציונאלים אלו הוא מנסה לשכנע את הציבור והממשל בצדקותו.

המהפכנות של פסק הדין: אגרנט אומר כי בכל שלטון דמוקרטי יש הכרח לחופש הביטוי- הבעיה שעולה היא שבתקופת פסק הדין לא היה כתוב בשום מקום שישראל היא דמוקרטית. אגרנט בעצם מנתח את המשטר הישראלי וקובע כי מאופן התנהלותה וערכיה עולה כי ישראל היא מדינה דמוקרטית. (כיום אולי נראה לנו מובן מאליו אבל זה לא).

שרשרת הקביעות של אגרנט הייתה: 1. המשטר בישראל הוא דמוקרטי. 2. נדרשת זכות לחופש הביטוי.

בנוסף, אגרנט אומר כי הזכות לחופש הביטוי היא לא אבסוליטית אלא יחסית ויש לאזן בינה לבין ערכים אחרים במקרה דנן, קובע כי על השר יש לאזן בין חופש הביטוי לבין שלומה של מדינת ישראל.

מבחן האיזון שקובע הוא: "**מבחן הוודאות הקרובה**"- רק כשקרוב לוודאי שהפרסום יביא לפגיעה בשלום הציבור או בבטחון המדינה (נראה בהמשך כי אפשר להכניס כמעט כל ערך במקום) יש להגביל את חופש הביטוי.

**המעמד החוקתי של חופש הביטוי**

האם אפשר לעגן את חופש הביטוי בכבוד האדם? התפתחו גישות שונות בפסיקה:

* **גישת מצא** בעעע"א גולן נ' שירותי בתי הסוהר- הסיפור היה אסיר שביקש לכתוב טור קבוע במקומון שיתאר את חוויותיו מהכלא. הנהלתי בתי הסוהר סירבה. הוא עתר לביהמ"ש בטענה בין היתר שפוגעים לו בחופש הביטוי.

השופטים מצא ודורנא התכווחו בינהם האם חופש היבטוי הוא חלק מכבוד האדם:

מצא טוען כי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עיגן את חופש הביטוי כזכות חוקתית. וזאת למרות שחוק היסוד אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ולא מגדירו בצורה מפורשת. לגישתו, אין משמעות לכבוד האדם ללא הזכות הנתונה לאדם של חופש הביטוי- חופש הביטוי הוא חלק משמעותי מהאוטונומייה והמימוש העצמי של האדם.

* **גישת דורנר** בעעע"א גולן נ' שירותי בתי הסוהר- חוזרת על אותה עמדה של השוויון באליס מילר- לגישתה, לאור ההסטוריה החקתית הכנסת לא עיגנה את חופש הביטוי בחוק היסוד ולכן לא ראוי לתת מעמד חוקתי לחופש הביטוי הכללי ע"י עיגונו בזכות לכבד. פגיעה בחופש הביטוי תהווה פגיעה בכבוד כאשר השלילה של חופש הביטוי מביאה להשפלת האדם או פגיעה בכבודו באשר הוא אדם. הזכות לחופש הביטוי הייתה קיימת גם טרם חוקי היסוד, השאלה היא האם היא נהיית מעוגנת חוקתית או לא. דורנר אומרת כי יהיו ביטויים שהגבלה שלהם לא תחשב כפגיעה בכבוד האדם : למשל, פסילת פרסומת או ידיעה עיתונאית. ויהיו כאלו שכן. למשל, במקרה דנן, סתימת פיו של האסיר בשל היותו אסיר פוגעת בכבודו ולכן שלילה כזו פוגעת בזכות היסוד המעוגנת בכבוד האדם וחירותו.

בכל ביטוי יש לבדוק מה הרציונאלים שעומדים ביסודו של הביטוי הזה. (קידום דמוקרטיה, גילוי האמת, אוטונומייה). אם הרציונאל של הביטוי הוא מבין הרציונאלים הציבוריים פגיעה בהם לא תחשב כפגיעה בכבוד האדם ואם זה נוגע לרציונאל הפרטי- זה נכנס לכבוד האדם). בעצם דורנר שאומרת כי היא הולכת על גישת אליס מילר- מבחן ההשפלה, טיפה מסתבכת ומכניסה פה את מבחן האוטונומייה כאשר בעצם מבחן האוטונומייה היה מיוצג ע"י ברק כשהוא הרחיב את גישתה של דורנר למבחן ההשפלה והכניס בנוסף גם את מבחן האוטונומייה.

לדעת ד"ר איתי, היא לא מיישמת פה את גישת מילר אלא היא בוחנת את המקרה ע"י 2 מבחנים: גם מבחן ההשפלה וגם מבחן האוטונומייה. (הם לא מצטברים). (במבחן- לגישתה של דורנר מציגים את 2 המבחנין: מבחן ההשפלה ומבחן האוטונומייה).

* **גישת ברק** בבג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל- בהקשר של זכות הפגנה.

חוזר על עמדתו מבג"ץ בהקשר חוק טל לגבי שוויון- מחיל אותה גישה לגבי חופש הביטוי. לגישתו, ההיקף של הזכות לחופש הביטוי כחוקתית נגזרת בהתאמה לפרשנות שלה לכבוד האדם. דורש קשר הדוק לכבוד האדם במובן של אוטונומייה ומימוש עצמי.

* **גישת ריבלין ופוגלמן** בע"א פלוני נ' אילנה דיין- תביעת לשון הרע – גם פה לכאורה לא היה צריך לבחון את המעמד החוקתי של חופש הביטוי שכן לא היה על הפרק ביטול חוק. אולם, השופטים דנו בזה בכל זאת ברקע של בדיקה של גישות להפעלת חופש הביטוי. גישת ריבלין ופגולמן סתרה את גישת הש' עמית. פסקי הדין של ריבלין ופוגלמן הם דוגמא הכי חדשה לייחוס של חופש הביטוי- הם מתייחסים לכל ההיבטים של חופש הביטוי. (נזכיר את זה שגם בשוויון כיום שוכחים וחושבים שזו זכות אבסולוטית).

ריבלין- אומר כי חופש הביטוי הוכר כבעל מעמד חוקתי על חוקי- וזאת מבלי התייחסות לסייגים שלהם.

פוגלמן- גם הוא לא מזכיר שום סייגים.

הם מבטאים את הגישה שמאצמת את גישת מצא לפיה חופש הביטוי על כל היבטיו הוא בעל מעמד חוקתי על חוקי. וזאת ללא הזכרה של הסייגים שמזירים דורנר וברק.

* **גישת עמית** בע"א פלוני נ' אילנה דיין- יוצר נגד גישת ריבלין לפיה כשמדובר בפרסומים בנוגע לאישי ציבור, בתחרות בין חופש הביטוי והזכות לשם טוב, תמיד תגבר חופש הביטוי . השופט עמית אומר כי לא צריך לקבוע אפריורית נוסחה שתעניק משקל יתר לאף אחת מהזכויות הללו. לגישתו, חופש הביטוי והזכות לשם טוב הם שוות מעמד ושתיהן נגזרות מכבוד האדם. בנוסף, בעוד השם הטוב של האדם הוא טבוע אינהרנטית בכבוד האדם ואילו חופש הביטוי לא נגזר במישרין מכבוד האדם. נראה כי הש' עמית אומר כי יש לו ספק אם בכלל חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם אולם בגלל שהפסיקה כבר קבעה שכן הוא מקבל זאת. אם זאת, משבחר המחוקק בחוק היסוד לרומם את הזכות לכבוד ולהצניע את חופש הביטוי יש לתת לכך משקל. המשקל שהוא נותן זה שהזכות לשם טוב יכול ותגבר על הזכות לחופש הביטוי.

ריבלין ופוגלמן היו בדעת הרוב בנושא המעמד החוקתי של הזכות לחופש הביטוי ועל כן נראה כי כיום הרוב בביהמ"ש תופס את הזכות לחופש הביטוי כאבסולוטית ללא שום סייגים.

**היקף הזכות**

אילו סוגי ביטויים יכנסו לחופש הביטוי?

נבחן אילו סוגי ביטויים מקיימים את הרציונאלים של חופש הביטוי? ביטויים אלו יזכו להגנה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי.

בגישה הקלאסית האמריקאית עושים את ההבחנה לפי סיווג הביטויים- בוחנים כל ביטוי אם הוא מקיים את הרציונאלים של חופש הביטוי? ביטויים אלו יזכו להגנה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי. שם קיימות קבוצות מסויימו של ביטוי שלא נכנסות כלל לגדר חופש הביטוי. ויש כאלו שנכנסות, אולם דרגת ההגנה עליהם כחופש ביטוי תהיה מדורגת לפי סיווג הביטוי.

הגישה הישראלית דחתה את הגישה האמריקאית במפורש. ביהמ"ש הישראלי פסק שחופש הביטוי במשפט הישראלי הוא חובק הכל ומשתרע על כל ביטוי יהיה תוכנו אשר יהיה ותהיה השפעתו ואופן הבעתו אשר יהיה. לעניין היקפו של הביטוי אין בודקים את אמיתותו, תוכנות או תוצאותיו.

שימי לב, מדובר בשלב הראשון של ניתוח החוקתי. מדובר על השלב הראשון. בשלב זה ביהמ"ש בעצם מפרש כל ביטוי כחוסה תחת הזכות לחופש הביטוי ונכנס בגדר הזכות המוגנת. אחר כך בשלבים הבאים יבחנו את מידת ההגנה.

הייתה פסיקה שקבעה במפורש שביטוי פורנוגרפי נכנס בגדר חופש הביטוי, ביטוי גזעני, ביטויים של הוצאת דיבה, ביטוי שקרי, ביטוי מסחרי.

הגישה היא גישה פרשנית מרחיבה – כל ביטוי נכנס לגדר חופש הביטוי.

הרציונאל הוא שרוצים להמנע ממצב בו ביהמ"ש יצתרך לבחון כל ביטוי על תוכנו וישפוט ערכית של ביטוי ספציפית אם הוא ראוי או לא (כמו בגישה האמריקאית) . ולכן עדיף להגיד כי כל ביטוי נכנס תחת חופש הביטוי ואחר כך לבחון את מידת ההגנה.

**חופש הביטוי הוא זכות חיובית או שלילית?**

לכאורה נראה שזו זכות שלילית כי רוב בבגבלות הם במובן שאסור לפגוע, לצנזר או להעניש וכדומה. אולם, לזכות קיים גם היבט חיובי- השלטון צריך לפעמים לפעול בצורה אקטיבית כדי לאפשר ולקיים.

דוגמאות לחופש הביטוי כזכות חיובית:

בבג"ץ כהנא קבעו שיש לרשות השידור חובה אקטיבית לשדר את דבריו בטלויזיה למרות שהם גזעניים וזאת בשל חופש הביטוי. (הסייג לפסק דין זה כמהווה דוגמא לביהט החיובי הוא שפעם היה מונופול של רשות השידור אז אי שידור שם זה כאילו השתקה בכלל).

בג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל- היו אררגונים כמו מטה הרוב שרצו לערוך תערוכה והפגעה שתומכת בתוכנית ההתנתקות. המשטרה אמרה שהם יתנו לנו רשיון אבל הם צריכים לממן את כל ההוצאות הנלוות לאבטחה. הייתה עתירה שדרשה שהמשטרה תממן את ההוצאות. פסק דין זה עורר את השאלה האם המשטרה מחויבת לאפשר את ההפגנה תוך מימון האבטחה. ביהמ"ש קבע כי הזמכות של קצין המשטרה להתנות את ההפגנה בתנאים היא לא במובן של מימון עצמאי להפגנה שכן הזכות לחופש הביטוי יש למשטרה לעשות אקטיבית על מנת לאפשר אותה ולכן עליה לממן את אבטחת המשטרה. ברק מסייג שלא בכל הפגנה המשטרה צריכה לאפשר מימון הפגנה אולם באופן כללי לומר שמפגינים צריכים לממן לבד את האבטחה מהווה אי קיום החובה האקטיבית המוטלת על הרשויות לאפשור חופש הביטוי.

**מידת ההגנה על חופש הביטוי- מבחני האיזון**

**רקע:** בשלב חוקתיות הפגיעה (השלב השני) נכנסת הבחינה של מידת ההגנה על חופש הביטוי. גם אם הגענו למסקנה שיש פגיעה צריך לבדוק האם הפגיעה היא כדין ואז נכנסים לשאלה של מידת ההגנה. השאלה היא- באיזה תנאים אפשר לפגוע בזכות ולהגביל אותה? מול הזכות תמיד יכולים להיות אינטרסים אחרים והשאלה היא איך מאזנים בין הזכות לבין האינטרסים שעומדים ממול.

כשמדברים על הזכות והיקפה מאוד מרחיבים (זה לא אומר שהזכויות מוחלטות אבל מעבירים הכל לשלב של חוקתיות הפגיעה). הנושא של הערכת חוקתיות הפגיעה והאם היא כדין הוא נושא מאוד מורכז וזאת היות והתפתחו מבחני איזון לפני חוקי היסוד והשופטים חלוקים בינם לבין עצמם מהם המשמעות של המבחנים של פסקת ההגבלה והאם הם משנים את המבחנים שהיו קודם לחוקי היסוד.

יש זכויות שהיו קיימות לפני חוק כבוד האדם (הזכות לשיוויון) והדעה הרווחת היא שהם זכו למעמד חוקתי והשאלה היא האם מחילים עליהם את פסקת ההגבלה או את המבחנים הישנים או אולי האם מכילים בפסקת ההגבלה את המבחנים הישנים (מבחנים שהתפתחו בהלכות לפני חוקי היסוד כמו לדוגמא קול העם).

מבחני האיזון נועדו כדי לבדוק האם הפגיעה היא כדין.

הפסיקה מתייחסת לשני שיקולים מרכזיים שמשפיעים על מידת ההגנה על חופש הביטוי:

1. האופי של הביטוי
2. איזה אינטרס או זכות עומדים מול חופש הביטוי
מבחני האיזון השתנו בכל מקרה לפי הפרמטרים האלו.
3. **האופי של הביטוי:**

בשאלת מידת ההגנה הפסיקה נותנת משמעות לסוג הביטוי ולאופי הביטוי.

אמת המידה כדי להחליט אם סוג של ביטוי יקבל הגנה חזקה או לא-

ההנחה היא שיש סוגי ביטוי שיש להם הצדקות חזקות יותר וסוגי ביטוי עם הצדקות חלשות יותר. החזקות יותר מקבלות הגנה יותר חזקה.

את ההצדקות נבחן לפי שלושת הראציונלים המרכזיים שנידונו בבג"צ קול העם-

* הראציונל הדמוקרטי
* הראציונל של גילוי האמת- חופש הביטוי הכרחי לגילוי האמת
* האוטונומיה של הפרט

בודקים עד כמה סוג הביטוי מקדם את הראציונלים של חופש הביטוי או שהוא פחות משמעותי לקידום הראציונלים (ההבחנה מתבצעת במידת ההגנה).

לפי הפסיקה ניתן להסיק כי ההגנה החזקה ביותר היא חופש ביטוי פוליטי וחופש ביטוי מסחרי יזכה להגנה קטנה יותר. לשאר הביטויים אין דירוג ברור עדיין ניתן לבחון לפי הראציונליים.

ההבחנה הזו עלתה בבג"צ המפקד הלאומי- רצו לעשות פרסומות פוליטיות בתשלום כדי לקדם מסר פוליטי ורשות השידור סירבו לאפשר פירסומות כאלה ועשו זאת על סמך חקיקת משנה שלהם שאסרה על שידור פרסומות פוליטיות. השאלה היתה האם מסווגים את זה כביטוי פוליטי או כביטוי מסחרי (יש לזה נפקות כי ביטוי מסחרי יזכה להרבה פחות הגנה) דעת הרוב של ביהמ"ש היא שזהו ביטוי פוליטי. הנשיאה בייניש והשופטת נאור הסכימו שהסיווג הנכון הוא הביטוי הפוליטי אבל חלו ביניהן את הפגיעה היא כדין או לא. נאור אמרה שזה כדין ובייניש אמרה שזה לא כדין בגלל שהדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה שהפגיעה צריכה להיות לפי חוק ומכח הסמכה. דעת הרוב במקרה זה היא של השופטת נאור והעתירה נדחתה.

1. **האינטרס או הזכות שמול חופש הביטוי:**

חופש ביטוי מול שלום הציבור וביטחון המדינה-

בג"צ קול העם יצר את מבחן האיזון הראשון- מבחן הוודאות הקרובה.

מבחן זה הוא הסתברותי והשאלה היא האם יש וודאות קרובה שהפירסום יגרום לפגיעה בשלום המדינה ורק אם יש וודאות קרובה אז יהיה מותר לפגוע בחופש הביטוי.

המבחן משלב גם את שאלת ההסתברות (קרוב לוודאי) וגם את ההיבט של עוצמת הפגיעה (נדרשת פגיעה ממשית).

**הייתה תפיסה שמבחן הוודאות הקרובה זה המבחן הכללי שמתאים לכל סוגי הפגיעות בחופש הביטוי (אינטרס מול חופש ביטוי). אך מאוחר יותר התבהר שהוא לא מתאים לכל הסיטואציות אבל במקרים של טענות של פגיעה בשלום הציבור וביטחון המדינה אז מפעילים עדיין את המבחן הזה.**

חופש ביטוי מול פגיעה בריגשות הציבור-

הפסיקה אמרה שיכול להיות שכאשר חופש הביטוי פוגע ברגשות הציבור מבחן הוודאות הקרובה הוא לא בהכרח צריך להיות הרלוונטי. (היה חשש שקבוצות מסוימות רגישות יגבילו את חופש הביטוי של שאר הציבור).

בג"צ גור אריה- היתה סדרה תיעודית בטלוויזיה וכל פעם היו מצלמים קבוצת אוכלוסיה אחרת ומשדרים את זה ביום שבת. הם צילמו אוכלוסיה דתית (ולא עידכנו אותם שזה ישודר בשבת) הם הגישו בג"צ נגד השידור בשבת והטענה שלהם היתה שמול חופש הביטוי עומדת חופש הדת כי הופכים אותם לשותפים לדבר עבירה של חילול שבת. דעת הרוב של ברק אמר כי בפועל מישהו אחר הולך להפר את השבת אז אין פגיעה בחופש הדת אלא בפגיעה ברגשות הדת. כי לא כל פעם שמישהו מפר שבת הוא פוגע בשומר שבת. כיוון שברק סיווג את הפגיעה בריגשות הדת (ולא חופש הדת שזה זכות יסוד) אז הוא קבע מבחן איזון שנותן עדיפות גדולה לחופש הביטוי.

המבחן הוא לא שאלה של וודאות לפגיעה אלא-

 האם הפגיעה ברגשות הציבור היא מעבר לסף הסיבולת שחברה דמוקרטית צריכה לשאת.

במקרה דנן ברק פסק לטובת חופש הביטוי ונגד העתירה.

בג"צ בכרי- אחרי מבצע חומת מגן בגדה, מוחמד עשה סרט שנחזה להראות כמו דקומנטרי והיו בו טענות שיקריות שהציגו את צה"ל באור שלילי. הסרט הוקרן בפסטיבלים בחו"ל ורצו להקרין אותו בישראל וחבר'ה של מילואמיניקים התנגדו והמועצה לסרטים קיבלה את הטענה שזה פוגע ברגשותיהם ולא פירסמה. מוחמד עתר לבג"צ ודורנר השתמשה שוב במבחן-

האם הפגיעה ברגשות הציבור היא מעבר לסף הסיבולת שחברה דמוקרטית צריכה לשאת.

במקרה דנן ברק פסק לטובת חופש הביטוי ונגד העתירה.

**במקרים של פגיעה ברגשות הציבור נעזרים במבחן זה שבא לידי ביטוי באופן משמעותי לראשונה בבג"צ גור אריה.**

חופש ביטוי מול הזכות לשם טוב

נידון בבג"צ אילנה דיין, המקרה הזה הוא ספציפי בעל נוסחת איזון משל עצמו שנקבעה ע"י המחוקק בחוק איסור לשון הרע ולכן אין מבחני פסיקה כללים באיזון אלא צריך להפעיל את האיזון שקבע החוק.

החוק מצד אחד נותן הגנה על השם הטוב של הנפגע בכך שמעגן אישור פרסום של לשון הרע וגם בכך שהוא קובע תנאים בהם זה גם תהיה גם עבירה פלילית מעבר לעבירה אזרחית.

מהצד השני המחוקק מודע על הצורך להגן על חופש הביטוי וזה בא לידי ביטוי ע"י רשימה של הגנות שקיימות בחוק (פרסומים שמותרים)- הגנת אמת, הגנת תו"ל ועוד.

המשמעות הפרקטית:

בעבר- המחוקק יצר את האיזון וביהמ"ש היה מכבד ומיישם את האיזון ולא היה לחופש הביטוי מעמד עליון אפריורי מול הזכות לשם טוב.

**הגישה המקבולת היום היא כי אומנם המחוקק יצר את האיזונים אבל עדיין יש מקום לפרשנות ביישום שלהם וביהמ"ש הוא שיחליט מה האיזון הראוי בין חופש ביטוי לזכות לשם טוב**.

השופט ריבלין אומר במפורש שביישום הוא נותן העדפה לחופש ביטוי- בעיקר כאשר מדובר בעניין בעל ערך ציבורי.

השופט עמית טוען שאין לקבוע אפריורי העדפה לחופש הביטוי ולשמור על הזכויות שוות משקל עד שפונים ליישום.

חופש ביטוי/הפגנה מול הזכות לפרטיות-

בג"צ דיין- העותר רצה להפגין מול הבית של הרב עובדיה יוסף. המשטרה אסרה עליו להפגין בטענה שהוא פוגע בזכות לפרטיות של עובדיה יוסף והשכנים שלו.

כשיש התנגשות בין זכויות אז המבחן של קול העם לא מתאים (אנחנו בזכות מול זכות לא זכות מול אינטרס).

ביהמ"ש אומר שכאשר מדובר בזכויות שוות צריך לבחור מבחן שלא נותן עדיפות לאף אחת מהזכויות.

בהקשר של זכות ההפגנה התפתח מבחן ה"מקום-זמן-ואופן".

אפשר ליצור מגבלות על חופש הביטוי וחופש ההפגנה שלא מגבילות את עצם התוכן על הביטוי אבל כן אפשר למשל להגביל את המיקום. אם מדובר באישיות ציבורית אז ההפגנה תהיה מול המשרד שלו ולא מול הבית הפרטית שלו או הגבלות של שמירת מרחק מהבית הפרטי, או עם הגבלת זמן (רק בשעות מסוימות). הגבלת אופן זה למשל שאפשר לעמוד עם שלטים ולצעוק אבל ללא מגה-פון או להגביל את מס' המפגינים. צריך למצוא את הדרך שתאפשר להביע את המסרים שרוצים באופן שימזער ככל שאפשר את הפגיעה בזכות היסוד שעומדת בצד השני.

**המבחן הכללי בזכות מול זכות צריך להיות מאוזן באופן שימנע פגיעה משמעותית בלי העדפה אפריורית- להגשים את שתיהם בלי לפגוע בשניה בצורה מוגזמת, ההסדר הספציפי לגבי הפגנות הוא מבחן "מקום,זמן ואופן".**

חופש ביטוי מול חופש דת-

בג"צ גור אריה- השופט ברק בעצם אמר לא צריך לדון בשאלה הזו כי זה לא חופש דת אלא רגשות דת. דורנר אמרה שאכן יש פגיעה בחופש דת במקרה הזה. חילול השבת כורך אותם והופך אותם גם למחללי שבת, בנוסף- רב המקום אמר שאם זה ישודר אז גם הם חיללו שבת והמבחן לעניין פגיעה בחופש דת זה אם המאמינים עצמם מרגישים שכופים עליהם להפר את הרצונות הדתיים שלהם זה פגיעה בחופש דת. משהגיעה דורנר למסקנה שיש םגיעה בחופש דת אז היא התמודדה עם השאלה שברק נמנע ממנה- התנגשות של זכות מול זכות כאשר שתיהן שוות מעמד.

דורנר טוענת שצריך לעשות איזון אופקי ולמצוא את הדרך שתאפשר מימוש 2 הזכויות- בוחנים לפי הנסיבות בכל מקרה איזה זכות נפגעת יותר ומעניקים לה עדיפות. במקרה דנן הפגיעה בדתיים היא גדולה יותר מאשר הפגיעה ברשות השידור שיכולה לדשר את התוכנית גם ביום חול.

* ניתן בהחלט לראות כי מבחן האיזון מושפע מאוד מהדרך בה השופט מסווג את הביטוי. חלק מהקושי שעולהבפסיקה הוא שביהמ"ש מסווג את הביטוי ולפיכך מושפע מבחן האיזון (דוגמא מובהקת זה כך שברק התייחס לגור אריה כפגיעה לרגשות דת ודורנר התייחסה לפגיעה בחופש דת וזה גרם להבדל משמעותי בתוצאה).
1. **סיכום המצב אחרי חוקי היסוד- מבחני איזון ישנים ופסקת ההגבלה**

אחרי שעבר חוק יסוד האדם וחירותו והחלו ליישם את פס' ההגבלה התחילה תפיסה שפסקת ההגבלה היא מבחן האיזון בכל המקרים (זכות לא מנויה, מחוקק, רשות מבצעת ועוד).

בהקשר הספציפי של חופש הביטוי התפתחו כמה גישות:

בשאלת האיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים- הדעה המקובלת כיום היא כשיש מקרה של חופש ביטוי מול אינטרס ציבורי מפעילים את מבחן פסקת ההגבלה (דעת רוב במפקד הלאומי).

מה דינם של מבחני האיזון הישנים כאשר מדובר באינטרסים?

השופטת דורנר אומרת שהמבחנים הישנים ממשיכים להתקיים אך משלבים אותם לתוך מבחני פסקת ההגבלה ולתוך מבחני המידתיות (מבחן המשנה השלישי).

מה קורה כשיש התנגשות בין חופש הביטוי לבין זכות אחרת?

הפסיקה פעם אמרה מבחן אופקי (מאוזן).

כיום, יש 2 דעות:

1. דורנר- פסקת ההגבלה לא מתאימה לאיזון בין זכויות שוות מעמד ולכן ממשיכים מבחני האיזון הישנים בפסיקה.
2. גם במקרה של התנגשות בין זכויות מפעילים פסקת הגבלה. השופט אילון יישם את זה בפרשת שפר. בהקשר של חופש הביטוי הנשיאה בייניש מביעה את דעתה שהמבחן הראוי בהתנגשות חופש הביטוי וזכות אחרת הינו מבחן פסקת ההגבלה.

אין הכרעה בין הדעות כי בבג"צ המפקד הלאומי בייניש השאירה זאת בצריך עיון.

**המבחן:**

המבחן יהיה מורכב מקייס 80% סיפור עובדתי צריך להבין איזה שאלות משפטיות עולות ולנתח אותן.

החלק השני הוא שאלת מחשבה של 20% שתתבסס בעיקר על דברים שלמדנו בתירגולים עם עמיחי. (זה יהיה על שני שיעורי העשרה עם עמיחי).

המבחן יהיה שלוש שעות כי צריך הרבה זמן.

המבחן הוא עם חומר פתוח.

טיפים להצלחה במבחן:

1. לקרוא את העובדות ולאתר את הנושאים והשאלות המשפטיות שעולות.
2. לגבי כל זכות רלוונטית ופגיעה רלוונטית צריך לזהות מה המבחן הרלוונטי שנקבע בפסיקה ולכתוב אותו בצורה ברורה. צריך לציין את המקור לכלל המשפטי- איזה פס"ד או איזה ס'.
3. שלב היישום- לקרוא עוד פעם את האירוע ולהבין שכל פרט שנתון צריך לשרת אותנו. אולי המקרה דומה לפס"ד שלמדנו. (עיקר הנק' הם בשלב היישום).
4. לשים לב שעושים ניתוח מלא- גם אם רואים שאין זכות עמידה אז ממשיכים ואומרים- בהנחה שאין זכות עמידה ממשיכים להמשיך לבדוק.
5. נניח שיש סוגיה אז צריך לנתח אותה לפי כל צורות הניתוח (אם דורנר אומרת משהו אז X ואם בייניש משהו אז Y. מסבירים- אם הולכים לפי גישת דורנר... אם הולכים לפי גישת בייניש...).
6. המבחן הוא בחומר פתוח- אפשר להביא הכל.
7. מגבלת העמודים תהיה נדיבה.
8. לוודא לפי הסילבוס שכל החוקים נמצאים בספר חוקים של מחשבות.
9. מומלץ להכין תרשימי זרימה.
10. ב ה צ ל ח ה !