**חוקתי**

14 במאי – הכרזת העצמאות. המסמך הרשמי הראשון של מדינת ישראל ובעל חשיבות רבה.

חשיבותו באה לידי ביטוי בשני דברים:

* ההכרזה קובעת שתהיה חוקה למדינת ישראל והיא תיקבע ע"י האסיפה המכוננת.
* ההכרזה מקימה מוסדות זמניים (עד שהחוקה תסדיר את הקבועים): מועצת העם- פרלמנט זמני ומנהלת העם- ממשלה זמנית.

מועצת העם הזמנית מחוקקת את פקודת סדרי השלטון והמשפט- המשפט שהיה הוא שיהיה. 12 ימים לפני הבחירות מעבירה מועצת העם את סמכויותיה החקיקתיות לאסיפה המכוננת אשר תיבחר (אשר תחוקק ראשית את **חוק המעבר תש"ט- 1949** ותכנה עצמה הכנסת, בית המחוקקים). הבעייתיות- סותר את הפרדת הרשויות בין הגוף המכונן לגוף המחוקק.

כך נוצרו מחלוקות בדבר גיבוש הסכמה על חוקה בין הסיעות והפלגים השונים המחולקות ל2:

1. **מחלוקות מהותיות-** לגביי תוכנה המהותי של החוקה, מטרותיה וערכייה: יחס המדינה לדת, אופייה החברתי כלכלי של המדינה, אופיה הפוליטי של המדינה.
2. **סכסוכים מבניים או מוסדיים-**
* אי הסכמה על צורך בחוקה כתובה: **יתרונותיה-** תציב גבולות על השלטון ותכן על זכויות אדם, תעזור בהשגת לגיטימציה בינלאומית, תהווה סמל לעצמאות המדינה, תמשמש מכשיר פדגוגי לחינוך ההמונים תהווה ביטוי לרצון העם בכללותו (חוקה היא פעולת העם ולא הממשל ויכולה להיראות בין היתר גם כאמנה בין העם לממשל ובתוך העם עצמו- תומס פייןםוג'פרסון) **אל מול**  **חסרונותיה-** מגבילה את מרחב התמרון של הממשל ולכן אינה דמוקרטית, מעניקה כוח רב מדי בידי המיעוט ותכשיל הממשלה בפעולת בניין הארץ, עשויה להביא למלחמת תרבות עם הציבור הדתי ולסכן הקמת המדינה, תורה מסיני היא חוקתו של העם היהודי, צריכה לבטא את רצון העם בכללותו אשר ברובו עדיין נמצא בגולה (נוגע יותר ללגיטימיות הליך קבלת החוקה ולא בשאלת טיבה של החוקה).
* אי הסכמה על הביקורת השיפוטית כמכניזם אשר יאכוף את הוראות החוקה: **יתרונות הביקורות השיפוטית-** גישה פורמליסטית, מניחה שבית המשפט יודע טוב יותר מהמחוקקים מה העם רוצה- בפוסלו חוק מבטא בית המשפט את רצון העם, ביה"מ הרשות ההפחות מסוכנת (המחוקק- כוח הארנק, המבצעת- הכוח הצבאי, המחוקק- כוח השכנוע). **אל מול חסרונותיה-** הביקורת הינה כוח בולם קידמה (הוצדק ע"י פס"ד דרד סקוט- העבדים או הגנת בעלי ממון בפני מיסים), החשיבה כי זוהי הרשות המסוכנת פחות הופכת אותה למסוכנת יותר- לביה"מ השפה ניכרת על חיינו (the least dangerous branch), הביקורת אנטי דמקורטית- מספר שופטים מצומצם מחליט בעבור העם כולו.

**החלטת הררי** מתקבלת כפשרה למחלוקות אלה ע"י הכנסת הראשונה ועיקרה שהכנסת, ע"י ועדת חוקה, חוק ומשפט, תחוקק שורת חוקי יסוד שלבסוף יאוגדו ע"י הכנסת לכדי חוקה אחת שלמה.

אולם שכפשרה נותרה ההחלטה עמומה לגביי:

* **פרוצדורת קביעת החוקה:** חסר במועד קבלת חוקי היסוד ומועד איגודם לכדי חוקה, חסר בקביעת התהליך כנוגע לכנסת הראשונה או שחובת קבלת החוקה על כנסות עתידיות, מעמדו של כל חוק יסוד אינו ברור- האם הוא עליון או יקבל עליונותו רק לאחר איגוד כל הפרקים, אינה מתייחסת לסוגיית האכיפה- האם ע"י טריבונל מיוחד או ע"י ביה"מ והאם ביקורת האכיפה תהיה אולטימבטיבית או שניתן יהיה להתגבר עלייה.
* **סוגיות יסוד:** מה משמעותו או מעמדו של חוק המוגדר כחוק יסוד, האם חוק ייחשב כחוקתי מכוח תוכנו או מפרוצדורת חקיקתו או עצם היותו משוריין- מעמדו הנורמטיבי של חוק שאינו יסוד, מהי התוצאה בעת התנגשות חוק יסוד אל מול חוק רגיל, מהו הבסיס המשפטי לחוקה- האם בריבונות הכנסת או בעליונות החוק.

מאחר והחלטת הררי משאירה בצריך עיון מחלוקות אלו, נתייחס אליה כהחלטה שלא להחליט ע"י הכנסת הראשונה אשר לא עשתה דבר נוסף בהקשר החוקה בזמן כהונתה ולקראת תום כהונתה מעבירה את סמכויותיה, זכויותיה וחובותיה לכנסת השנייה (סעיף 5), לרבות האסיפה המכוננת (סעיף 9) ולכל כנסת עתידית להיבחר (סעיף 10) ב**חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א- 1951.**

הבעייתיות ברציפות הקונסטיטוציונית, ע"פ מלומדים, נעוצה בחוק המעבר:

* השימוש בחוק רגיל ע"מ להעביר את הסמכות המכוננת שהרי חוק רגיל אינו יכול להשפיע על הסמכות המכוננת ועלייה היה להשתמש בנורמה מכוננת- חוק יסוד.
* כוונת הכנסת הראשונה הייתה להעביר רק את סמכויות החקיקה ולא את הסמכות המכוננת (חשין ב**פס"ד מזרחי).**
* לכנסת הראשונה הוענקה הסמכות לקבוע חוקה וזאת הועברה על ידיה לכנסות עתידיות ללא סמכות ובכך הפרה את החובה לקבוע חוקה. לכן שלא הייתה לכנסת הסמכות להעביר את הסמכות המכוננת (נימר בכתב העת של אוניברסיטת קולומביה 1971).

(מנגד נטען שקשה לראות הבדל בין הכנסת הראשונה לזאת השנייה ושהמסכות הוחזרה לעם וזה העניקו לכנסת השנייה בבוחרו אותה).

12.2.1958 (כמעט 8 שנים לאחר החלטת הררי) מחוקקת את **חוק יסוד: הכנסת** הקובע את כללי יסודה, היבחרה והתפזרותה של הכנסת. אין בכך שינוי בסמכות המכוננת של הכנסת אלא רק הפרק הראשון בקביעת החוקה.

זמן קצר לאחר הקמת במדינה בעוד מועצת העם היא המכהנת נעשו ניסיונות ראשונים לשכנע את המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית וליטול לעצמו את הסמכות לבקר חקיקה ראשית **בפסקי דין ליון, זיו** ו**אל-כרבוטלי:**

העתירות בפס"ד אלו תקפו את תקנות ההגנה המנדטוריות הנועדו לאפשר לבריטים להפעיל סמכויות חירום כנגד הישוב היהודי (הפקעת רכוש, מעצרים ללא משפט, גירושים, תחימת מקום מוש וכו').

2 טיעונים מרכזים הוצגו בפני ביה"מ העליון ע"מ לשכנעו לבטל תקנות ההגנה המנדטוריות:

* תקנות ההגנה סותרות את עקרונות "החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל" עליהן מושתת מדינת ישראל לפי הכרזת העצמאות- שימוש בהכרזת העצמאות כמסגרת חוקתית ובתקנות ההכנה כפוגעות בהבטחה לשמור על החירות, הצד והשלום המובטחים בה. (**פס"ד זיו).**

טיעון זה **נדחה** ע"י העליון בנימוקו כי ההכרזה באה לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרת החוק הבינלאומי ומבטאת את חזון העם והאני מאמין שלו אך אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום או ביטול חוקים שונים.

* ביסוס על סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון לפיו קבלת המשפט המנדטורי מותנה בכך שיהיה תואם את השינויים הנובעים מהקמת המדינה כמדינה דמוקרטית. לכן חוקים כמו תקנות ההגנה פוגעים באופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל (הפקעת רכוש, מעצר ללא משפט)- לכן שאינם חלק מהמשפט המנדטורי הנקלט.

טיעון זה גם כן נדחה ב**פס"ד ליון** ע"י העליון בנימוקו כי השינויים אליו מתייחס סעיף 11 הינם שינויים טכניים בהתנהלות המדינה המונעים קיום חוקים, ממשיך וטוען כי אין המחוקק התכוון להעביר סמכותו להתוות או לקבוע שינויי מסוים במדינת ישראל ולבית המשפט אין כוונה לעשות כך.

הביקורות שעלו ע"י מלומדים בעניין פסקי דין אלו:

* **בית המשפט נכשל בהגנה על זכויות אזרחי בסיסיות-**  מתייחס לפסקי דין זיו וליון ולא לאל-כרבוטלי בו בית המשפט יצא להגנתו וציווה על שחרורו. בשני פסקי הדין בית המשפט אפשר למדינה להפקיע רכוש אזרחים- פגיעה בזכות הקניין למען סיבה שאינה מספקת- שיכון פקידי ממשל. יש לציין שהדירות היו מושכרות ובעליהן פוצו לכן שכנראה ובעלי הדירה היו גרים בה בית המשפט איננו היה מגיב באדישות רבה כזאת להפקעה.
* **שינויים טכניים בלבד-** ביקורת חריפה כלפיי הטענה כי השינויים הנובעים מס' 11 הינם טכניים בעיקרם. בסוף שנות ה60 מעדן העליון ההלכה וקובע כי השינויים אינם רק טכניים אלא גם אחרים וכל עוד ביה"מ איננו צריך להפעיל שיקול דעת מיוחד.
* **להכרזת העצמאות אין שום השלכה חוקתית-** בהמשך ב**פס"ד קול העם** קבע השופט אגרנט כי למרות שההכרזה אינה חוקתית, הרי שעדיין על חוקים ותקנות להתפרש לאורה ולאור עקרונותיה באם חיקוק פתוח לפרשנויות שונות.
* **ההכרזה אינה חוקה-** מלומדים רבים טענו שהתפספסה פה הזדמנות גדולה להכיר בהכרזת העצמאות כחוקת מדינת ישראל. לפי **פרופסור להב** על בית המשפט היה להבין שהמשפט החוקתי אינו רק הכרעת הרוב אלא ביטוי אמיתי לרצון העם שהוא מעל לרצון הרוב- כמו מגילת העצמאות. (הביקורת על דבריה של להב הייתה שלא על בית המשפט לקבוע את החוקה אלא ע"י האסיפה המכוננת- כלומר שפסקי הדין אינם בשאלת הכנסת כרשות מכוננת אלא במי רשאי לקבל חוקה).

התקדים הראשי לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית עד שנות ה80 והמהפכה החוקתית הוא בג"צ 69/98 **ברגמן נ' שר האוצר**: בשנת 69 חוקקה הכנסת את חוק המימון אשר קבע הוראות לגביי תמיכה כספית ממשלתית למפלגות בבחירות. טוען ברגמן כי חוק המימון לא נחקק כדין מאחר והוא נוגד את עקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף4 של **חוק יסוד: הכנסת** ומשוריין ע"י סעיף 46 של אותו חוק יסוד הקובע כי על מנת לשנות סעיף 4 יש צורך ברוב מליאת הכנסת.

ד"ר ברגמן טען כי חוק המימון הפלה לרעה מפלגות חדשות מאחר והוא מעניק תמיכה כספית רק למפלגות מהכנסת היוצאת. ברגמן טוען כי אי השוויון אינו כדין מאחר ונחקק ברוב של פחות מ61 חברי כנסת. הטענה היא כי סעיף 4 הוא סעיף משוריין וכלן נבדל מחקיקה רגילה ומסמיך את העליון לפסול את חוק המימון הסותר את עקרון השוויון בבחירות.

ללא קשר לטענה המהותית בקשר לפרשנות הראויה של סעיף 4 אותה העלה ברגמן, הדעה המשפטית המקובלת באותם ימים הייתה כי על בית המשפט העליון להתמודד עם מספר **סוגיות מקדימות** אשר מונעות התקפה משפטית על חוקים הסותרים הוראות קבועות בחוק יסוד:

* **השפיטות-** לפי סוגיה זאת סכסוך ייחשב כלא שפיט אם הוא מעלה בו שאלות פוליטיות. הדעה הייתה שעל בית המשפט להכריע בסכסוכים משפטיים ולא פוליטיים. הצורך בחוק המימון כמו גם הסוגיה האם יש תוקף לשריון הקבוע בסעיף 4 היו לכאורה מחלוקות פוליטיות.
* **המעמד-** האם לעותר יש מעמד או זכות עמידה בבג"צ. העותר לעליון צריך להראות אינטרס אישי בתוצאות העתירה שהוא מיוחד לו ולא לכלל הציבור. ד"ר ברגמן עתר מתוקף היותו בוחר בבחירות לכן נראה לכאורה שאין לו אינטרס מיוחד.
* **הוצאת צו אכיפה או צו מניעה כנגד הכנסת-** ההלכה הייתה שבית המשפט אינו יכול להוציא צווים כנגד הכנסת- הכנסת היא ריבונית ואף אחד לא יכול להנחותה כיצד להתנהג. כך שגם אם הדין אתו ביה"מ אינו יכול להוציא סעד ולכן שהדיון מיותר. משאלה זאת ברגמן ניסה להתחמק ע"י כך שהגיש עתירתו נגד שר האוצר בבקשו שביה"מ יורה לו שלא לפעול לפי חוק המימון ולא כנגד הכנסת.

השופט לנדוי בפס"ד זה מתחמק מהשאלות המקדימות ע"י הפניה ליוהמ"ש דאז שמגר כאשר זה מפרש את סעיף 4 לחוק היסוד כזכות לבחור (כל אחד לכל בוחר וכו') ולא כזכות להיבחר. השופט לנדוי ניגש לפתור הבעיה המהותית ומכיר בכך שמדובר בשאלה פרשנית וקובע כי בהתקיים ספק בפרשנות שכזו יש להעדיף את זאת המקיימת את עקרון השוויון הכללי על זאת שלא ומקבל את העתירה.

העליון מורה לשר האוצר להימנע מאכיפת חוק המימון ומבקש אחת משניים:

* שהכנסת תחוקק את חוק המימון ברוב קולות, קרי 61 ח"כים. או לחילופין,
* לתקן את חוק המימון על מנת לרפא את אי השוויון הקיים בו- כלומר, להעניק תמיכה כספית גם למפלגות חדשות.

בזירה הפוליטית אימצה הכנסת תיקון לחוק המימון אשר נתן תמיכה כספית גם למפלגות חדשות. בנוסף קיבלה הכנסת ברוב קולות את חוק הבחירות שקבע למען הסר ספק כי ההוראות הקבועות בחוק הבחירות הן תקפות לכל הליך משפטי ועניין.

בזירה האקדמית משפטית הייתה ביקורת חריפה כנגד ההחלטה. אמנם שבית המשפט איננו ביטל את חוק המימון מפורשות אולם שדרש שלא לאוכפו אולם שהמשמעות של כך היא בטלותו של החוק. הביקורת הייתה כי ביטול החוק נעשה תוך התעלמות מסוגיות יסוד במשפט החוקתי. כלומר הנמקת בית המשפט הייתה חסר ב2 הנושאים:

* **שאלת הסמכות-**ביהמ"ש התעלם ולא דן כלל בסוגיית סמכותו של העליון לבקר ולבטל חקיקה ראשית של הכנסת. האם חוק היסוד מסמיך את ביהמ"ש לפסול חוקים שאינם עומדים בתנאי סעיף 4 לחוק היסוד.
* **שאלת יכולתה של הכנסת לכבול עצמה-** ביהמ"ש ביטל למעשה את חוק המימון ללא לדון למעשה בשאלה הבסיסית ביותר שהיא יכולת הכנסת לכבול עצמה (מתקוף סמכותה המכוננת). על השופט לנדוי היה להסביר מה תוצאת ההתנגשות בין חוק רגיל לחוק יסוד והאם התנגשות זאת היא בין 2 חוקים בעלי מדרג נורמטיבי זהה או שמה העליונות ליסוד.

עמדתו של **פרופ' קליין** לאחר ההחלטה בעניין ברגמן הייתה כי חוקי יסוד, בין משוריינים או לאו, הם עליונים נורמטיבית על חוקים רגילים בכך שהם ניתנים לשינוי, תיקון או ביטול רק באמצעות חוק יסוד או הוראות הנמצאות בחוק יסוד. השוני בין משוריינים או לאו לטענתו היא הדרישה כי מלבד השינוי לפי חוק יסוד עליו להיות גם ברוב של 61 או 81 ח"כ.

התיזה הזאת לא התקבלה ע"י בית המשפט ובפסקי הדין **קניאל** וענין **רסלר**  דחה בית המשפט את טענת העותרים והתיזה של פרופ' קליין בטענה כי אין כל אסמכתא לכך שניתן לשנות חוק יסוד של הכנסת רק באמצעות חוק יסוד וההבדל ביניהם הוא סמנטי בלבד (**פס"ד רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית).**

ב**פס"ד נגב נ' מדינת ישראל**  ביהמ"ש שוחק עוד יותר את מעמדו של חוק היסוד כאשר הוא קובע כי אין חוק היסוד: הממשלה המונע משר להעביר להעניק סמכות לחוקק חקיקת משנה לאחר גובר על חוק התקנים המאפשר לשר המסחר לעשות כן. מלבד ההיבט החוקתי הרי שחוק יסוד הממשלה נחקק 15 שנים לאחר חוק התקנים והכלל הוא שהדין המאוחר גובר.

ב**פס"ד דרך ארץ נ' רשות השידור** בדומה לפס"ד ברגמן עתרו 2 מפלגות חדשות נגד תיקון לחוק הבחירות דרכי תעמולה לגביי יחס הזמנים בטענה שמכיוון שמפלה היה צריך להחיקק ברוב מוחלט כדרישת סעיף 4. שוב קיבל ביה"מ הטיעון והורה לרשות השידור שלא לפ]עול לפי התיקון אם לא יחוקק ברוב הנדרש ושוב ללא דיון בשאלות המקדימות באותו מהלך משפטי של הסכמתו של היוהמ"ש.

ב**פס"ד רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**  עתרו חברי שינוי נגד חוקיותו של חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 5) אותו חוקקו המפלגות הגדולות לאחר הבחירות על מנת לעמוד במגבלות המאפשרות מימון הוצאות הבחירות רטרואקטיבית בטענה כי הפר את דרישות סעיף 4 מאחר ולא התקבל ברוב של 61 ח"כ. ביהמ"ש בהרכב של 5 שופטים קבע פה אחד כי התיקון לחוק מימון המפלגות הפר את דרישות השוויון הקבועות בסעיף 4 לחו"י הכנסת.

הסיבה לשימוש בסעיף 4 לחו"י הכנסת היא שלמעשה אין ולא היה סעיף משוריין כללי המגן על עקרונות שוויון או הוגנות ולכן ביהמ"ש חייב לפנות לסעיף 4. יש הרואים לכן בפס"ד רובינשטיין צעד ראשון לניסיון לעגן חוקה שלמה או מגילת זכויות דרך סעיף שריון אחד (לא נאמר במפורש).

המסקנה מפסקי דין אלה עד שנות ה80 כי ביהמ"ש קבע כי כאשר במקרים בהם חקיקה רגילה מתנגשת בסעיף משוריין, הסעיף המשוריין נהנה מעליונות. הבסיס המשפטי איננו ברור מכל ההחלטות של ברגמן ועד רובינשטיין.

ניתן לכנות את ההתנהגות ביהמ"ש בכל החלטות אלו כ"גישת לנדוי" אשר מורכבת מ:

* כלל הנותן עדיפות לסעיף משוריין בחוק יסוד על פני חוקים רגילים.
* הימנעות מפתרון שאלות קשות ועמוקות הנוגעות לטבע ההסדרים החוקתיים של מדנית ישראל. לכן נכשל במתן תשובה מדוע יש לכבד את דרישת הסעיף המשוריין.
* גישה הדרגתית המאפשרת לכנסת ולמערכת הפוליטית לבחון ולהגיב לפסיקת ביהמ"ש בכל הנושא של ההסדרים החוקתיים. הכנסת יכולה לקבל או לא את החלטת ביהמ"ש.
* בדרך ארץ ורובינשטיין שיטת לנדוי מתחילה להתפורר כאשר ביהמ"ש מתחיל לקחת תפקיד בעיצוב ההסדרים החוקתיים. ברובינשטיין ביהמ"ש מניח לכאורה תשתית לעיגונה של חוקה שלמה דרך סעיף 4. אבל הגישה שלא להכריע במחלוקות יסוד נשמרת.

בג"צ 142/89 **תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת** היווה התפוררות מוחלטת של גישת לנדוי ובפעם הראשונה ברק סיפק הסבר לכוחם המחייב של הוראות משוריינות. הרקע להחלטה היו סעיפים 4 ו-46 לחו"י: הכנסת ובפס"ד זה מתעמת חזיתית עם שאלת כוחם המחייב של הוראות משוריינות בחוקי יסוד בפעם הראשונה.

השופט ברק הסביר כי הוראות משוריינות המצוינות בחוקי יסוד מחויבות מכוח הסמכות המכוננת המצויה ביד הכנסת בנוסף לסמכות המחוקקת. כלומר שברק מאמץ את תורת שני הכובעים לפיה לכנסת יש את כובע המחוקק בו היא משתמשת לחוקק חוקים רגילים וכובע המכונן בו היא משתמשת לחוקק חוקי יסוד. הוראות משוריינות מחייבות מכיוון שהרשות המחוקקת כפופה למכוננת והוראותיה מחייבות את המחוקקת.

בנוסף, ההחלטה בעניין לאור מפורסמת בעיקר בגלל אוביטר שנכתב ע"י השופט ברק לגבי **גבולות דוקטרינת ריבונות הכנסת וסמכותו של ביהמ"ש במדינה דמוקרטית.** לפיו, מבחינה עקרונית, בית המשפט יכול להכריז על בטלותו של חוק ולהכריזו כבלתי תקף בשל היותו סותר עקרונות יסוד של השיטה המשפטית, למרות שעקרונות אלו אינם מעוגנים בחוקה כתובה פורמלית. לדבריו חוק יכול להיפסל בשל תוכנו עקב פגיעתו בעקרונות יסוד ואין בכך פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק מאחר והיא מוגבלת! אין פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות מאחר וזו בנויה על איזונים וריסונים המגבילים כל אחת מהרשויות ואין בכך פגיעה בדמוקרטיה שהרי זאת תפקידה גם לאזן בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם.

עם זאת, ברק החליט להימנע מלהכריז על חוק המימון עליו נדון המקרה כבטל בשל סתירת עקרונות היסוד של השיטה בשל חריגה מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של שופט בחברה הישראלית: "נראה לי כי תפיסת הציבור היא כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות- בשלב זה של חיינו הלאומיים- ע"י העם ונציגיו הנבחרים". אלא רק כביכול שהציג בפני עולם המשפט את הגישה החדשה אשר היוותה שערורייה שכן לטעון במפורש כי בית המשפט יכול להסמיך עצמו ליצור ולאכוף חוקה לפי תפיסותיו בהיעדר חוקה כתובה היה בלתי ראוי לחלוטין.

אמרת ברק בפס"ד לאור הפכה להיות אבן פינה של ממש במשפט החוקתי הישראלי:

* מציבה גבולות (שאינם ברורים) לדוקטרינת ריבונות הכנסת שאין הייתה שרויה במחלוקת עד לאותה עת ואף על הסמכות המכוננת- כלומר שגם הוראות המצויות בחוקה יוכלו להיפסל בעת שנוגדות את עקרונות היסוד של השיטה.
* מאז ההחלטה בעניין לאור הצטרפו מלומדים ושופטים רבים בכל מיני נסיבות לעמדה כי ניתן לפסול חוקים בשל סתירתם עקרונות יסוד.
* בגישה החדשה יש תרופה לנסיבות בהן תשנה הכנסת באופן קיצוני חוקי יסוד ברוב רגיל או של 61 ח"כ.

ביקורות על עמדתו של השופט ברק בעניין לאור:

* **העמדת סמכות הביקורת השיפוטית על כרעי המשפט הטבעי-** יצחק אנגלרד בספר "מבוא לתורת המשפט". אם הגישה מבוססת על ההבחנה בין המשפט הטבעי (נונפוזיטיביזם) למשפט הפוזיטיבי מדוע להעמיד את מוסד הביקורת השיפוטית על עמדה משפטית שנויה במחלוקת. פוזיביטיביסטים יטענו כי חוק שאינו צודק הוא עדיין חוק ותקפותו נגזרת מעובדות חברתיות (כמו כיצד הוא התקבל) ולא מתוכנו.
* **זיהוי עקרונות השיטה-** נניח ואיננו מסתמך על המשפט הטבעי בביסוס סמכות ביהמ"ש לפסול חוקים, עדיין עולה השאלה כיצד מזהים את עקרונות היסוד של השיטה. הרי שעקרונות היסוד של השיטה אינם כתובים בשום מקום במפורש (**עדי פרוש).**
* **סמכותם של שופטים-**  נניח וקיימים עקרונות היסוד של השיטה, מדוע השופטים הם בעלי היכולת הטובה יותר לזהות את עקרונותיה. כאשר הכנסת מחוקקת חוק חבריה עושים זאת תוך אמונה שהוא תואם את עקרונות היסוד של השיטה ובמטרה כזאת. מדוע לשופט ברק יש את הכלים הטובים ביותר לזהות הפרה של עקרונות השיטה.
* **התעלמות מההיסטוריה החוקתית של מ"י-** העובדה שלא קיבלו חוקה נובעת בדיוק ממחלוקת לגביי עקרונות היסוד. לכן אין זה לגיטימי שבית המשפט יקבע את החוקה או את עקרונות היסוד החוקתיים תוך שהוא מתעלם מהמחלוקות השרויות בעם בעניין זה. למעשה, אחד הטעמים לדחיית הגישה החדשה ע"י ברק בלאור הוא הטעם הזה רק שנראה שברק מפחית בחשיבותו.

בג"צ 410/91 **בלום נ' יו"ר הכנסת,** ברק עונה על סימני השאלה באומרו כי אין בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק אך ורק מחמת שהוא נוגד עקרונות יסוד בהזכירו מקרי עבר ואף את מקרה לאור. קמה חשיבה בקרב מלומדים כי דבריו אלה עלו עקב דיוניה של הכנסת אותה עת בדבר חקיקת חוק יסוד: חקיקה. הצעת חוק שלא עברה.

בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (בג"צ חוק טל)** . עתירה נגד חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב- 2002 (חוק טל). החוק קובע הסדר מיוחד בכל הנוגע לדחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם.

**השופט חשין** בדעת מיעוט סבר נחרצות90- כי יש לבטל את חוק טל ומנמק זאת בעקרונות וערכים עליהם לדידו בנויה המדינה, תוך דגש על עיקרון השוויון המדינה דמוקרטית וזאת מלבד עקרונות כמו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אלא עד לאמנה השרויה בין אזרחי המדינה הבאה לידי ביטוי בחוקים אלו ונובעת מאותם ערכים ועקרונות המדינה והחברה עליהם בנויה המערכת המשפטית ולכן שחוק טל סותר את ערכי העומק של החברה הישראלית בשלושה מימדים: 1. מדינה יהודית 2. מדינה דמוקרטית 3. ערך השוויון.

**השופט ברק** מתנגד לעמדתו של חשין ומפנה לדבריו בלאור באומרו : "ביטול חוקים לאור עקרונות יסוד זה אני המצאתי" משני טעמים:

* ­ראשית יש לעשות מאמץ להכריע בשאלת חוקתיותו של החוק המסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד ואין מקום לבחון את חוקתיותו של החוק ביחס לערכים ועקרונות שאינם מהווים חלק מחוקי היסוד. דבריו אלה גם בשל המהלך החוקתי בעיצומו הייתה מדינת ישראל באמצעות חוקי יסוד ואותו רצה לקדם וגם בשל דבריו בלאור בהם טען כי אם אכן יכריזו על בטלותו של חוק שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד אלא כזה הנוגד עקרונות השיטה או לפי דבריו של חשין לפי עקרונות וערכים לטעמם יראה בית המשפט בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של שופט בחברה הישראלית.
* שנית גם אם קיים תחום צר במסגרתו ניתן לבחון חוקתיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד, מקרה זה אינו נופל לתחום זה אלא רק במקרים יוצאי דופן בהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי וישלול את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אז אינו חוקתי. חוק דחיית שירות אינו פוגע בליבת הדמוקרטיה. איננו שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי על אף שהוא אכן פוגע בכבוד האדם ובשוויון פגיעה קשה אך לא כזאת המהווה פגיעה בלב הדמוקרטיה.

**חוקי היסוד החדשים**

במרץ 1992 חוקקו חוקי היסוד החדשים **כבוד האדם וחירותו** ו**חופש העיסוק** תוך הבנה שאין הסכמה מלאה על מגוון הזכויות השונות ליצירת מגילה שלמה כמו שוויון וביטוי ולכן יש לחוקק את אלו אשר יש עליהן הסכמה רחבה בתהליך הדרגתי כמו כבוד האדם, חירות, קניין חופש העיסוק, הזכות לפרטיות וזכות התנועה. מלבד הבעייתיות בחקיקה חלקית של זכויות בעייתיות נוספת הייתה שבעוד שחוק יסוד: חופש העיסוק היה משוריין ושינויו הותנה בחוק יסוד אחר ורוב של 61 ח"כ, כבוד האדם וחירותו איננו שוריין מפני שינוי. למרות זאת טען אהרן ברק בשורה של מאמרים כי חוקי היסוד החדשים יצרו מהפכה חוקתית בישראל וזכויות האדם זכו למעמד חוקתי מעל לחוקים אחרים. בנוסף טען שהעובדה שזכויות אחרות אינן מוזכרות לא אומר שאינן זוכות להגנה בחסות חוקי יסוד אלה.

א"ע 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי** שאלות חוקתיות רבות עלו בהכרב של 9 שופטים. בין טענותיו של ברק אמר שהחל מ92 השיגה ישראל לעצמה ביקורת שיפוטית מלאה כי חוק יסוד: כבוד האדם נהנה מעליונות נורמטיבית (בגלל סעיף 8- פסקת ההגבלה).

**פסקת שימור הדינים (סעיף 10)** לחו"י: כבוד האדם וחירותו קובעת כי אין בחוק היסוד לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים לפני שנכנס חוק היסוד לתוקף.

בפס"ד זה מדובר על חוק גל בעניין הסקטור החקלאי שאמנם חוקק ב92 לפני חוק היסוד אולם שהתיקון לו חוקק ב93 ולכן היה חשוף לביקורת שיפוטית.

שאלת המחלוקת שעמדה בפסק דין זה הייתה האם לכנסת יש סמכות מכוננת. בעוד שברק ו3 שופטים נוספים טענו שכן, 2 בינהם חשין התנגדו ו3 נמנעו. מראה כי הסוגיה נשארה פתוחה.

**גישתו של ברק לסמכות המכוננת** ניתנת לכנסת ע"י הריבון שהוא העם ולביסוסה 3 מודלים:

* **הרציפות החוקתית-** הולך לפי התיאוריה של קלזן לפיה הנורמה הבסיסית היא נקודת היצירה של המערכת המשפטית וממנה נולדים ונגזרים שאר הנורמות במשפט. לפי מודל זה של קלזן הנורמה הבסיסית היא מועצת המדינה כרשות העליונה של המדינה והיא הורתה כי תקבע חוקה ע"י אסיפה מכוננת שקיבלה את כוחה וזה הועבר הלאה.

הביקורת-אין רציפות חוקתית. זאת נקטעה ע"י חוק המעבר לכנסת השניה שלא העבירה הסמכות.

* **כלל ההכרה של השיטה-** מתוך טענה שהרציפות החוקתית נקטעה בחוק המעבר לכנסת השניה. לפי כלל הזיהוי של הארט, בחון את המבנה החוקתי בזמן הנתון. לפיכך מתבססת על מערכת החיים הלואמיים שלנו. תפיסת העומק בחברה הישראלית שהכנסת נתפסת בה כגוף המוסמך לתת חוקה.

הביקורת- הטענה כי שופטים ועם ישראל רואים בכנסת כבעלת סמכות מכוננת איננה נכונה. מעניין ברגמן ועד רובינשטיין המשפט מתעלם משאלת הסמכות המכוננת. גם בלאור השופט ברק רק ציין את האפשרות ללא שהתייחסו. ספק עם העם יודע על הסמכות.

* **הפרשנות הטובה ביותר להסטוריה החברתית משפטית-** ע"פ תורתו של דבורקין. מהי הפרשנות הטובה ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית משפטית בזמן נתון. במקרה זה טענתו היא שהפרשנות הטובה ביותר היא שהכנסת עסקה בקבלת חוקה בהדרגה לפי חוקי יסוד ולא בזבזה 40 שנה בהחטאת המטרה.

הביקורת- הפרשנות הטובה ביותר היא שנמנעו להחליט בעניין והתעלמו מכך כפי שרואים מברגמן ועד רובינשטיין.

בשאלת **יכולתה של הכנסת לכבול עצמה :**

**ברק** טוען שמכיוון ובידי הכנסת סמכות לקבוע חוקה אזי היא שהיא יכולה לכבול כנסות עתידיות בסמכות החקיקה שלהן ואף כנסות עתידיות בהפעלתן סמכות מכוננת באמצעות שריון, הן פרוצדוראלי (רוב של 61 ח"כ) והן מהותי (סעיף 8- פסקת ההגבלה).

**שמגר** טוען שלכנסת סמכות בלתי מוגבלת ולכן יכולה לקבוע לעצמה אילו מגבלות שתרצה. לכן בדומה לברק טוען שיכולה לכבול עצמה הן פרוצדוראלית והן מהותית.

**חשין** טוען שהכנסת היא כל יכולה ואם היא כל יכולה הרי שהיא לא יכולה לכבול עצמה וכנסות עתידיות. שריון מהותי לדידו אינו תקף ושריון פרוצדוראלי תקף כאשר מדובר ב61 ח"כ (דרישה לרוב מתון), דרישה לרוב מעבר ל61 זה לא דמוקרטי.

בשאלת **סמכותו של ביהמ"ש לבקר חקיקה ראשית** טיעוני ברק**:**

* ביקורת שיפוטית נגזרת מעקרון שלטון החוק/ שלטון החוקה החל גם על המחוקק. הרי שאם זה סוטה ממנו על המשפט לישרו.

הביקורת: קודם כל האם בכלל יש חוקה. ובמידה וכן זה שיש חוקה לא אומר שהסמכות לאוכפה נמצאת דווקא אצל בית המשפט.

* הסמכות לבקר חקיקה נובעת מעקרון הפרדת רשויות על מנת ליצור איזונים ובלמים ועל בית המשפט למנוע ניצול לרעה והפרה של החוקה.

הביקורת: מעקרון הפרדת הרשויות לא נובע כי הסמכות נופלת על בית המשפט ולא משתמע מי צריך להיות הפרשן האולטימטיבי והאחרון של החוקה.

* ביקורת שיפוטית נגזרת מעיקרון הדמוקרטי של הגנה על זכויות אדם- לא רק שלטון הרוב אלא גם שמירה על זכויות המיעוט. לכן בביטול חוקים ביהמ"ש מגן על המיעוט.

ביקורת: מי קובע מיהו המיעוט עליו יש להגן. הרי שהחוק מתקבל בכנסת ברוב. האם עצם היותך מיעוט מזכה אותך בהגנה? איך מזהים מיעוט הזכאי להגנה?

* ביקורת שיפוטית מבטאת ערכיה של החוקה בצורת מתן ביטוי אובייקטיבי של החברה ולא זאת הסובייקטיבית של השופט.

ביקורת: יש החשובים שבית המשפט מבטא את ערכיו שלו- של השופטים היושבים בדין ולא של כל האוכלוסיות.

**ההלכות במזרחי**

* אין לשנות/לבטל/לתקן חוק יסוד או הוראה בו אלא בחוק יסוד אלא אם כן חוק היסוד בו מדובר קובע אחרת. היעדר הוראת שריון אינה פוגעת במעמדו של חוק יסוד- עליון על חוק רגיל. (הפיכה טוטאלית של קניאל ורסלר והצדקת טענתו של קליין).
* שינוי של חוק יסוד ע"י חוק יסוד יכולה שתהיה במשתמע ולאו דווקא בצורה מפורשת.
* הכנסת יכולה לכבול עצמה. הכבילה יכולה להיות פרוצדוראלית או מהותית.
* פגיעה בחוקי היסוד החדשים מותרת אך ורק בהתאם לפסקת ההגבלה.
* זיהוי פרק בחוקה לפי ברק יעשה רק לפי המבחן הצורני- באם צוין בשמו והגדרתו כי מדובר על חוק יסוד. מלומדים אחרים כגון רובינשטיין טוענים שיש להפעיל גם את המבחן המהותי לפיו בדיקה האם מבחינת תוכנו יש הצדקה כי יכלל בחוקה.

**שלבי הבחינה החוקתית**

ברק קובע בפס"ד מזרחי שלושה שלבים לבחינת חוקיותו של חוק

**שלב מקדים- האם מדובר בחוק ישן או חדש:** ע"פ סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת שימור הדינים) חוק הקיים לפני כניסת תוקפו של חוק היסוד לתוקף נהנה מחסינות חוקתית ולא ניתן לבחונו לפי חוק היסוד מאחר והוא מוגן לפי סעיף 10.

**שלב א'- קיומה של פגיעה:** ביהמ"ש נדרש לבדוק האם נפגעה זכות אדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפי מפרט הזכויות המוגנות שמפרט חוק היסוד (שופטים מסוימים מציינים כי העובדה שזכות מסוימת אינה מוזכרת במפורש בחוק היסוד לא אומרת שאינה מוגנת על ידו).

**שלב ב'- האם הפגיעה היא כדין:** יש לבחון האם הפגיעה נעשתה בהתאם **לפסקת ההגבלה**: תפקידה ע"פ ברק כפול- מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, קובעת את גבולות הזכות ואת מגבלות המחוקק. קובעת 4 מבחנים מצטברים לבחינת חוקתיותו של חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית כאשר אחד מהם נופל אין צורך לעבור לבאים אלא לשלב הבא בבחינה החוקתית- הסעד. 4 המבחנים:

* **בחוק או לפי חוק-** הפגיעה בזכות אדם מוגנת חייבת לעשות בחוק של הכנסת או לפי חוק של הכנסת, בחוק או בחקיקת משנה אשר הוסמכה על החוק הראשי להגביל זכות חוקת.
* **הולם את ערכיה של מדנית ישראל-** מפנה לסעיפים 1 ו-1א בחוק היסוד לפיהם ערכיה של מדינת ישראל הם ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית. חוק שאינו הולם בטל.
* **לתכלית ראויה-** החוק הפוגע צריך לשרת מטרה ראויה. כלומר, ע"פ ברק מטרה ראויה היא כזאת המשרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות אדם.
* **במידה שאינה עולה על הנדרש-** מבחן המידתיות. בוחן את האמצעים שבחר המחוקק להגשמת המטרה החברתית אותה רוצה לקדם ומוודא שהפגיעה בזכות המוגנת אינה עולה על הנדרש. נבחנת ב3 מבחני משנה:
1. **מבחן ההתאמה/ הקשר הרציונאלי-** ביהמ"ש יבחן האם האמצעי משיג/מוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה.
2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה-** האם ניתן להשיג המטרה באמצעי חלופי הפוגע פחות בזכויות אדם. (לטענת ברק זהו המבחן החשוב ביותר).
3. **מבחן היחס הראוי בין אמצעי למטרה-** תיבחן התועלת שתצמח לציבור מהפגיעה בזכות האדם המוגנת אל מול הנזק שנגרם לפרט בהפעלת האמצעי. כלומר שתועלת החוק צריכה לגבור בכף המאזניים אל מול הפגיעה בפרט.

**שלב ג'- סעד:**  במידה ועלתה המסקנה שהפגיעה נעשתה שלא כדין בית המשפט צריך לקיים דיון לגביי הסעד שייתן לעותר. לא בהכרח מידי- יכול להיות שיושהה ביטול החוק.

ב**פס"ד בעניין מנהלי השקעות** הוסכם ע"י הצדדים כי החוק להסדרת העיסוק בייעוץ השקעות הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ונחקק לתכלית ראויה לכן הבחינה החוקתית התמקדה במבחן הרביעי של פסקת ההגבלה שהוא המידתיות ובסעד.

ביהמ"ש קבע כי הוראות החוק המהותיות (התאגדות בחברה, הון עצמי, איסור לנהל תיקי משפחה ובחינות הסמכה) הן מידתיות אולם שבחר לבטל את הוראת המעבר הנוגעת לכך שאדם אשר במקצוע במשך 7 שנים יקבל פטור מהבחינה מאחר וזה פגע בזכות לחופש העיסוק. לא עבר במבחן המידתיות מאחר ו:

1. האמצעי לא נכון- הבחינה היא שרירותית לכל מי שמתחת ל7 שנים
2. אמצעי שפגיעתו פחותה- עיסוק מנהלים למשך 5 או 6 שנים יכל להוות תחליף לבחינות.
3. הפגיעה קשה והתועלת מצומצמת- התועלת מהדרישה לעבור מבחן היא מצומצמת למנהלים בעלי נסיון רב אל מול אינטרס ההסתמכות של המנהלים אשר עבדו שנים רבות.

כלומר שמבחני המעבר פוגעים בזכותם לחופש העיסוק ומכאן קבע בית המשפט שצריך להוריד את וותק השנים או לקבוע מבחנים הדרגתיים שונים אשר לוקחים בחשבון ותק.

בעניין **הסעד** בית המשפט קבע שהוראות המעבר בטלות אולם נתן תקופת זמן מסוימת לכנסת לחוקק הוראת מעבר אשר תתחשב בוותק השונה של הנהלים והקפא את הביטול עד אז. בזמן זה בכל מקרה יכלו המנהלים להמשיך לעבוד כמסוכם בין המדינה לעותרים. זאת בכדי לתת זמן למחוקק לעכל השינוי ולתקנו.

**פסקת ההתגברות שבחוק יסוד: חופש העיסוק**

בשונה מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בחוק יסוד חופש העיסוק יכול להיות מצב בו חוק הפוגע בחופש העיסוק ימשיך להתקיים על אף ואיננו עומד בפסקת ההגבלה של חוק זה (המצויה בסעיף 4 לחוק היסוד) לאור הוראות סעיף 8 שהוא פסקת ההתגברות.

פסקת ההתגברות חוקקה ע"י הכנסת לאחר **בג"צ מיטראל** השני כמעין דרך להתגבר על הביקורת השיפוטית לחוקים שאינם עומדים בפסקת ההגבלה של חופש העיסוק (ובו בלבד) בתנאים מסוימים. (חברת מיטראל עותרת לאחר שהמדינה מושכת חזרה הפרטת ייבוא הבשר מחשש לפגיעה בציבור הדתי עקב ייבוא בשר לא כשר).

ישנם 2 תנאים פורמליים/טכניים בכדי לעמוד ב**תנאי פסקת ההתגברות:**

* **פסקת "על אף האמור"-** יש להכליל הוראה מפורשת בחוק הפוגע בחופש העיסוק הקובעת כי החוק תקף על אף האמור בחוק יסוד חופש העיסוק (לא ניתן לכלול בחקיקת משנה)
* **רוב של 61 ח"כ-** על חוק הפוגע, הכולל את פסקת "על אף האמור" להתקבל ברוב 61 ח"כ

המשמעות המשפטית של הכללת פסקת האמור באה לידי ביטוי בשני היבטים:

* היא משריינת את החוק מבטלות בשל אי עמידה בפסקת ההגבלה.
* מעניקה לחוק הפוגע זמניות. חוק שמצויה בו הפסקה הוא חוק זמני, כעבור 4 שנים פוקע תוקפו.

**פס"ד מיטראל (3)**

שבועיים לאחר כניסה לתוקף של חופש העיסוק חוקקה הכנסת את חוק יבוא הבשר הקפוא אשר באופן כללי אסר על ייבוא בשר לארץ ללא תעודת הכשר מטעם מחועצת הרבנות הראשית. ח"כ מזהים את הבעיה ההולכת לבוא וכוללים בסעיף 5 של החוק את פסקת "על אף האמור" בחופש העיסוק ומחוקקים אותו ברוב של 61 ח"כ.

בשל כך שכיסו ח"כ את האפשרות לתקוף החוק באמצעות פסקת ההגבלה טענו העותרים כי החוק איננו עומד בסעיף 1 של חופש העיסוק שהוא פסקת עקרונות היסוד.

**מבחן הפגיעה האנושה**- בית המשפט דוחה את טענת העותרים אולם משאיר בצריך עיון את האפיק בו חוק אינו יכול לפגוע בעקרונות יסוד ומטרות מאחר ועל אלה מושתת כל המבנה החוקתי והפגיעה בהם תהיה מהותית וקשה. במקרה זה החליט בית המשפט כי אין כזאת הפגיעה אולם לפיכך- חוק שנחקק לפי פסקת ההתגברות הוא חסין כל עוד הוא אינו פוגע פגיעה אנושה בעקרונות וערכי יסוד.

אפיק נוסף אליו פנו העותרים היה לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בשל השימוש בפסקת ההתגברות בחופש העיסוק, בו עדיין יצטרך לעמוד בפסקת ההגבלה. טענו כי חופש הדת והמצפון, עקרון השוויון וזכות הקניין נפגעו.

בית המשפט מסכים שחוק אשר חוקק לפי פסקת ההתגברות של חופש העיסוק כפוף עדיין בחינה חוקתית לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומציב מבחן משולש מצטבר לגביי מתי חוק מעין זה יהנה עדיין מחסינות חוקתית:

* **הפגיעה בזכויות המעוגנות בכבוד האדם היא תוצאת לוואי-** אי אפשר לפגוע בזכות אחת ללא פגיעה בזכות אחרת- ברגע שאדם נפגע בזכות העיסוק שלו הוא נפגע גם בזכות הקניין שלו.
* **הפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק והפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית.**
* **הפגיעה בזכויות האדם האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית.**

החוק החורג (חוק הבשר) עמד בתנאים אלו ולכן הוא תקף.

**בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון** (הפעם הראשונה שבג"צ מבטל חוק עקב היותו נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו):

חייל עותר לאחר שנעצר בחשד לעריקות למשך 5 ימים ללא שנשפט. פגע בזכותו לחירות לפי ח"י: כא"ח- דרישה לבטל סעיף בחוק השיפוט הצבאי המקנה לקצין שיפוט סמכות לעצור חייל. החוק תוקן ב98 וצומצם ל96 שעות מעצר (חשיבות התיקון- לאחר חוק היסוד).

ביהמ"ש קבע שחוק אשר חוקק לאחר שימור הדינים גם כשהוא מיטיב כפוף לביקורת שיפוטית ע"פ חו"י: כא"ח והשאלה העולה היא בעניין המידתיות בהתחשב במהות ובאופן של השירות הצבאי- האם אפשר לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר.

מבין מבחני המשנה התרכזו במבחן השני- מבחן האמצעי הפחות בעת שהעותרים טענו כי אפשר וראוי לקצר את זמן המעצר מבלי לפגוע בתכלית המעצר.

ביהמ"ש מקבל עתירתם ודוחה טענת הצבא כי הדבר יגרום לבעיות כספיות בעקבות הצורך לשנות המנגנון מאחר ויישום זכותו של אדם עולה כסף ומדובר במחיר סביר בעבור יישום הזכות. בית המשפט מביע דעתו כי תקופת הזמן הראויה הינה 48 שעות אך לא קובע זאת ומשאיר זאת למחוקק. כמו במנהלי ההשקעות בעניין הסעד בית המשפט קובע כי הבטלות תכנס לתוקף רק לאחר 6 חודשים.

בג"צ 3434/96 **הופונג נ' יו"ר הכנסת**

עסק בסעיף 4 לחוק מימון המפלגות ובשוויון בו. ביהמ"ש טוען כי לא כל פגיעה בשוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת תביא לפסילת החוק אלא פגיעה שאינה זניחה או מזערית. כלומר, בולטת ומשמעותית. לטענת בית המשפט על מנת לבדוק רמת פגיעתה מהותית יבדק האם עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות זאת תביא את חוק יסוד זה לכדי הרמוניה עם חוקי היסוד האחרים.

למעשה בית המשפט קובע פסקת הגבלה שיפוטית במקום שחוק היסוד אינו קובע כזאת.

הביקורת:

* יש בחוק זה פסקת הגבלה שהיא פרוצדוראלית ולא מהותית.
* פסקת הגבלה שיפוטית היא עניין של מה בכך
* האם פסיקה זאת מקדמת הגנה על זכויות אדם או פוגעת בהם שכן עד כה נדרש רוב מיוחד לפגיעה בשוויון בבחירות ועתה אין צורך ברוב אם אפשר להצדיק הפגיעה ע"י פסקת ההגבלה השיפוטית.

**פס"ד בעניין חירות**

חירות כתבה גינגל בחירות בו שונו מילות ההמנון ודגל ישראל לדגל הערבים מעל הכנסת. יו"ר ועדת הבחירות פסל התשדיר מאחר ומבזה את ההמנון הלאומי וביא לגירוי יצרים והסתה.

נציגי המדינה טוענים כי לבג"צ אין סמכות לדון במקרה מאחר וסעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת שולל סמכותם. בית המשפט קובע כי סעיף זה אינו תקף מאחר והוא סותר הוראה המצויה בחוק יסוד: השפיטה הקובע כי בג"צ מוסמך לדון בכל עניין שבו הוא מוצא לנכון להגיש סעד והרי שנקבע בבנק מזרחי שחוק היסוד נהנה מעליונות נורמטיבית על פני החוק הרגיל ולכן שחוק הבחירות בטל בכל הקשור לסמכותו של בג"צ.

**דבר זה מביא להשלמת המהפכה החוקתית- פסילת חוק רגיל בשל היותו סותר חוק יסוד שאינו משוריין כלל!**

הביקורת: התוצאה קצת פרדוקסאלית מאחר וחוק יסוד זה מקבל הגנה בשל היותו חוק יסוד וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו נאלץ להיעזר בפסקת ההגבלה כדי לקבל הגנה.

ע"ב 92/03 **מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזיות לכנסת ה16**

מופז רוצה להיבחר לכנסת אולם לפי חוק הבחירות לכנסת עליו להמתין תקופת צינון של 6 חודשים. טוען מופז כי הסדר זה פוגע בשוויון שכן לא מטיל מגבלות דומות על שופטים או נשיאים בדימוס אלא רק על שכבת הקצינים הבכירה במערכת הביטחון.

בין היתר קובע בית המשפט שאם אכן הייתה פגיעה בשוויון הרי שהיא עומדת בפסקת ההגבלה שבכבוד האדם- תואמת ערכי מדינת ישראל, לתכלית ראויה ומידתית. בית המשפט טוען שהמבחן המשולש נתפס להכרתו לאחד מעקרונות היסוד של השיטה והוא רשאי להפעיל מבחן זה גם בהעדרה של פסקת ההגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורת.

הביקורת: הניסוח הוא די לאקוני ויכול להיות שהפגיעה בשוויון איננה מידתית כמו גם שאולי והנורמה החוקתית החדשה איננה מגנה על השוויון בזכות להיבחר או לא.

**בג"צ 1031/99 איתן כבל נ' הממשלה**

ניתן במרץ 2002 – עתירה לתיקון חוק הבזק אשר העניק רשיון להפעלת תחנת רדיו למי שהפעיל במשך 5 שנים תחנה שנקלטה ברוב שטח מדינת ישראל זאת כדי לאפשר לערוץ 7 להמשיך ולפעול. בית המשפט קבע כי התיקון פוגע בחופש העיסוק מאחר ופוגע בחופש התחרות של כל המתחרים הפוטנציאלים על השימוש במשאב של תדרי רדיו- פגיעה שאינה מידתית- מונעת מתחרים חדשים בשוק ומונעת שלטון החוק במתן פרס למי שפועל שלא כחוק לכן שאין הוא עומד בפסקת ההגבלה של חופש העיסוק ולכן הוא בטל.

**מועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**

נדונה שאלת חוקיותו של חוק יישום ההתנתקות, הצווים שהוצאו ממנו והסדרי הפיצויים שנקבעו לפיו. העותרים טענו כי הם נפגעים בזכות לכבוד, לחירות ולקניין לפי חוקי היסוד. ביהמ"ש הכי בפגיעה אך טען כי משום הפיצוי הראוי המובטח בחוק הפגיעה בזכותם מעוגנת בפסקת ההגבלה. עם זאת פתח פתח למפונים להגיש תביעות פיצוי העולות על הקבוע בחוק וכי מתיישבים מתחת לגיל 21 זכים גם כן לפיצוי ולכן פסל חלק מהוראות חוק פיצוי פינוי.

מסקירת החוקים שנפסלו עד עתה למדים אנחנו כי מדובר במספר מצומצם שכנראה איננו מצדיק את פגיעת אמון הציבור בבית המשפט. כך שספק אם שיטה זאת יעילה ומצדיקה המשך קיומה במתכונתה הנוכחית ללא כל שינוי. אולם שאז השופט ברק והתמנתה השופטת בייניש והחלו בשנים הראשונות לכהונתה שורת פסקי דין חדשים כאשר הראשון הוא:

**בג"צ עדאלה נ' שר הביטחון**

חוק הזניקין האזרחיים (אחריות מדינה), תיקון מספר 7, קובע שלא תישא המדינה אחריות בנזיקין לנזק שנגרם באיזור עימות בשל מעשה ביצעו כוחות הביטחון, למעט מספר חריגים המטילים את האשמה על הכוח הצבאי- המדינה.

בית המשפט קובע כי התיקון לחוק פוגע במספר זכויות חוקתיות:

* שולל סעד ממי שנפגע עקב זדון או רשלנות, פוגע בזכות לנזיקין של הניזוק או יורשיו כחלק מזכותו החוקתית לקניין
* האחריות בנזיקין מגנה היא עצמה על מספר זכויות של הניזוק כגון: הזכות לחיים, לחירות, לכבוד ולפרטיות. שלילתה או צמצומה פוגעת בהגנה על זכויות אלה.

עתה, בבודקו האם הפגיעה היא לתכלית ראויה בית המשפט קובע כי התכלית ראויה שכן דיני הנזיקין אינם נועדו להתמודד עם נזק של כוחות הביטחון בפעילות מלחמתית מחוץ לישראל.

לאחר מכן בבודקו האם הפגיעה היא מידתית, מבחן המידתיות הראשון מתקיים והקשר הוא רציונאלי אולם שהמבחן השני איננו מתקיים מאחר והוא שולל אחריות המדינה בקשר לכל תביעת נזיקין באיזור לחימה באזור שהוגדר איזור עימות ללא קשר לשאלה האם מדובר בפעילות מלחמתית. כלומר משחרר המדינה גם מפעולת בט"ש. לגביי המבחן השלישי ביהמ"ש טוען כי התועלת ינה פשוט בחיסכון במשאבים מנהליים ולכן שאינה עומדת ביחס הולם לנזק הנגרם לפרטים השונים.

בית המשפט מקבל העתירה ומורה על ביטול סעיף 5א . פסילת חוק משמעותית אמנם בית המשפט קובע שאין זה מונע חסינות של פעילות צבאית אולם שעתה המדינה תצטרך להוכיח זאת בבית המשפט כי מדובר בפעולה מלחמתית ולא תהיה חסינה באופן מלא.

\

**סמכות בג"צ**  נקבעת בסעיפים ספציפיים בחוק יסוד: השפיטה:

**15(ג):** בג"צ מוסמך לדון בעניינים בהם הוא רואה צורך לתת סעד למען הצדק ואינן בסמכותו של אף בית משפט או בית דין אחר.

**15(ד):** דן ספציפית בסוגי הסעדים (צו הביאס קורפוס לדוגמא) והגופים המנהליים אותם יכול בג"צ לבקר.

**בג"צ עמותות הפורום** נתן בג"צ צו ביניים להקים גשרון מעל נחל חברון בניגוד לתכנון והבנייה מכוח סמכותו הבלתי קונוונציונלית להושיט יד למען הצדק.

* **סעד למען הצדק גם בניגוד לחקיקה פוזיטיבית של הכנסת-** סותר חקיקה ראשית של הכנסת על אף שאין מדובר על חוק לאור חוק יסוד. שם נטען שסמכותו להגיש צדק גוברת על חוקי התכנון והבנייה כאשר לא עולה הטענה כי אלה אינם חוקתיים.

**בג"צ חירות**  קבע כי סעיף 137 שהתפרש כמעניק חסינות דיונית כנגד ביקורת שיפוטית אין בכוחו לשלול סמכותו של בג"צ ועל כן הוא בטל בכל הנוגע אליו (לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד השפיטה).

* **שלילת סמכויות בג"צ רק בחוק יסוד-**  התפיסה לאורך השנים הייתה שבג"צ מקבל סמכותו מהכנסת ואם רוצה יכולה לשלול אותה אולם מכאן למדים שהכנסת יכולה לעשות זאת רק ע"י שינוי חוק יסוד: השפיטה.

כל בית משפט, כאשר הנושא נתון בסמכותו, חייב לדון בתביעה ללא שיקול דעת. אולם שבג"צ יש לו אפשרות להפעיל את שיקול הדעת האם הוא מעוניין לדון בעתירה או לאו. במסגרת זאת פיתח בג"צ מספר עקרונות האמורים להנחותו בהפעלת שיקול הדעת והם

**מבחני הסף:**

* **נקיון כפיים-** כל העותר לבג"צ עליו לגלות את כל העובדות, כולל אלו הפועלות לרעתו.

**בג"צ כהנא נ' יו"ר הכנסת** נדחתה עתירתו של ח"כ כהנא בשל נקיון כפיים. יו"ר הכנסת פסל את הצהרת האמונים שנתן כהנא מאחר וזה הכניס בה שינויים. בית המשפט סרב לדון בעתירה מאחר והתגלה כי ניתן ללמוד מעדות שנתן כהנא בבית משפט אמריקאי שאין בכוונתו לקיים את חוקי מדינת ישראל. כלומר שאם אתה מפר את החוק, פועל בניגוד לו או בכוונתך לעשות כן אל תגיע לבג"צ כדי שיעזור לך.

**בג"צ בורקאן נ' שר האוצר**  פורשה פנייה לכלי התקשורת כניסיון להשפיע על בג"צ בדרכים שאינן כשירות ולכן כהעדר נקיון כפיים.

* **מיצוי הליכים-** בג"צ אמור להוות האופציה האחרונה כלומר שידון במקרה רק אם יוכח שנוסו כל האמצעים הודרכים האפשריות עד הפנייה אליו הן במסגרת הרשות המבצעת והן בשופטת.
* **שיהוי-** העותר התמהמה או ישן על זכויותיו. נהוג כיום לחלק ל2:
* **שיהוי סובייקטיבי-** בגלל מחדלו או רשלנותו של העותר.
* **שיהוי אובייקטיבי-** השתנו הנסיבות כך שאין אפשרות עוד לתת סיעוד בשל השיהוי.

**בג"צ אוסי נחום נ' גיורא לב**  נדחתה עתירה בשל שיהוי אובייקטיבי- בקשר למינויו של אדם למשרה ציבורית לאחר שקיבל משכורת במשך תקופה ממושכת, לא בשל שיהוי סובייקטיבי אלא כי העותר בהחלט לא ידע על הפגם במינוי. המשיב טען כי אם ידע שיש פגם במיניו היה עובד בעבודה אחרת ולכן יפגע קשות.

(עלולה להיווצר סתירה בין מיצוי הליכים לשיהוי)

* **זכות העמידה-** כל העותר לבג"צ עליו להראות כי יש לו זכות עמידה. עד שנות ה80 נדרש העותר להראות אינטרס מיוחד ופרטי לו בסכסוכו אל מול הרשות ולא בגין תיקון צדק כללי. (**כהן נ' שר הביטחון**). משנות ה80 והלאה נטש בג"צ את דרישת הפגנת האינטרס האישי והמיוחד במקרים שנגעו בסוגיות חוקתיות בסיסיות. במקרים כאלו לא נדרש עוד הוכחת אינטרס אישי ומיוחד ואינטרס משותף הספיק.
* **שפיטות-** עניין שאינו שפיט הוא כזה שלא מתאים להכרעה שיפוטית (כמו סכסוך פוליטי) ב**פס"ד רסלר** לוקח ברק את שאלת השפיטות ומחלקה ל2:
* אי שפיטות עניינית (נורמטיבית): נושא מסוים שע"פ טבעו בית המשפט לא יכול להכריע בעניין מאחר ואין אמות מידה משפטיות.
* אי שפיטות מוסדית-על אף שיש בידיו של בית המשפט לשפוט בעניין וקיימות נורמות משפטיות הפורום הראוי לפתרון הסכסוך אינו הפורום המשפטי.

לכאורה נדמה כי ברק יוצר 2 מסננות לאי שפיטות אולם שההפך הוא הנכון- ברק מבטל את רעיון השפיטות לגמרי באומרו כי הכל שפיט. לגביי כל העתירות שנדחו בגין אי אשפיטות בעבר טוען ברק כי למעשה בית המשפט דחה העתירות לגופו של עניין.

בעניין השפיטות המוסדית ברק טוען כי אין בית המשפט מפגין חוסר כבוד בעניין הפרדת רשויות אלא שזאת בנויה על מערכת בלמים ואיזונים בין הרשויות ותפקידו של המשפט הוא לבדוק את חוקיות מעשיהם של שאר מוסדות השלטון. אולם חריג צר וקיצוני לכך בעיני ברק הוא סכסוכים בעלי אופי פוליטי גבוה במיוחד- זאת על מנת למנוע פולטיזציה של בית המשפט ומניעת אובדן האמונה של הציבור בו.