

סיכום פסקי דין במשפט חוקתי

דוד עשור – אגודת הסטודנטים

עקרונות יסוד

בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים

חופש ביטוי מול שלום הציבור – מבחן הוודאות הסבירה

בפרשת קול העם נדונה שאלת חוקיותם של צווים שהוציא שר הפנים להפסקת פרסומם של עיתונים. הצווים הוצאו מכוח סעיף 19 לפקודת העיתונות משנת 1933. סעיף 19 מעניק סמכות לשר הפנים להפסיק הופעת עיתון לתקופה מוגדרת אם לדעתו מתפרסם בו דבר העלול לפגוע או לסכן את שלום הציבור.

השופט אגרנט קובע בפס"ד את שלבי החשיבה המשפטית-חוקתית:

1. **אכסיומה** – זוהי ההנחה ונקודת המוצא של כל הפעילות המשפטית – "הלא זו אכסיומה

ידועה שאת המשפט של העם יש ללמוד כאספקלריה של מערכת החיים הלאומית שלו". כאשר יש התנגשות בין הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק לבין רצון העם הדמוקרטי, רצון העם גובר.

2. **פיתוח המשפט** – אגרנט נדרש לפתח את עיקרון הדמוקרטיה. את הקביעה שזו

דמוקרטיה צריכה לקבוע הכנסת. אגרנט מסיק שזו מדינה דמוקרטית משני מקורות משפטיים:

א. **מערכת החוקים לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל.** אלו מוסדות נבחרים וייצוגיים, קרי, דמוקרטים.

ב. **מגילת העצמאות.** הכרזת העצמאות מהווה את האני מאמין של החברה ובה נכתב שזו מדינה שוחרת חופש. כלומר, שני היסודות של דמוקרטיה מתקיימים – זכויות אדם וחופש.

אגרנט אף מסיק כי עקרון חופש הביטוי נובע מהעיקרון הדמוקרטי. **חופש הביטוי הפוליטי, קשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי.**

3. **פרשנות** – אגרנט ניגש לפרש את הביטוי "עלול". המילה עלול קובעת את הקשר הסיבתי

בין הפרסום לתוצאה (של סיכון שלום הציבור). העקרון הדמוקרטי ועקרון חופש הביטוי משמשים כאן ככלים פרשניים. אגרנט קובע את מבחן הוודאות הקרובה, כלומר, מחייב **קשר סיבתי קרוב** בין הפירסום לפגיעה: כאשר קיימת התנגשות חזיתית בין חופש הביטוי לשלום הציבור, שלום הציבור גובר, **אבל**, בגלל חשיבותו של חופש הביטוי הוא יסוג רק כאשר קיימת וודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור.

העיקרון הדמוקרטי הופך לחלק משיטת המשפט ועל כן מחייב את הרשויות.

כלל הכרעה פרשני – בית המשפט מפרש לאור עקרונות יסוד שלם כתובים בשום חוק.

4. **הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות** – בית המשפט מבטל את החלטת שר

הפנים משום ש"חרג חריגה יסודית מסמכותו" מאחר ובמקרה הזה לא הייתה וודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור.

ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות

הזכות לבחור ולהיבחר מול קיום המדינה – דמוקרטיה לא יכולה לחסל את עצמה

בסוף שנות ה 50 מוקמת תנועת אל-ארד. הרשויות רואות בתנועה כמבקשת לחסל את מדינת ישראל בכוח הזרוע, ועל כן ננקטים צעדים להצר את צעדיה:

1. רשם החברות לא רושם אותה כחברה בנימוק של ביטחון המדינה. בג"צ פוסק לטובתה בטענה שרשם החברות צריך לדאוג לדיני חברות ולא לבטחון המדינה.

2. התנועה מבקשת להוציא עיתון לאור. הממונה על המחוז במשרד הפנים מסרב ללא נימוקים. בית המשפט דוחה את העתירה בטענה כי כך קבוע בחוק.

3. התנועה מבקשת להקים אגודה ונתקלת בסירוב. השופט **לנדוי** דוחה את העתירה בטענה שמטרותיה פוגעות בקיום המדינה ובשלמותה הטריטוריאלית.

4. שר הביטחון נכריז עליה כתנועה בלתי חוקית.

ועדת הבחירות המרכזית, בראשות השופט **לנדוי**, מסרבת לאשר להם לרוץ לכנסת בנימוק שהם שוללים את קיומה של מדינת ישראל. בית המשפט, ברוב דיעות, מאשר את החלטת ועדת הבחירות, למרות שהנחת היסוד בדיון הייתה **שבחוקי הבחירות לא הוענקה סמכות, לכל גוף**

שלטוני כולל ועדת הבחירות, למנוע מרשימה מלהשתתף בבחירות בשל מטרותיה.

דעת המיעוט של השופט כהן קובעת כי מדובר כאן בפגיעה בזכות יסוד של אדם - הזכות להיבחר (הכוללת גם את הזכות לבחור בו) ויש להראות הסמכה בחוק לכך. השופט כהן מנסה לגייס את אגרנט לצידו "גם לפי שיטתך לא צריך לפסול את הרשימה. גם אם קיימת הסמכה, בית המשפט יאפשר זאת רק כאשר קיימת "סכנה ממשית ברורה ומיידית". עיקרון שלטון החור מקבל את הערעור.

השופט זוסמן קובע כי בשיטת המשפט שלנו ישנם עקרונות העומדים מעל לחוק ומעל לחוקה. את העקרונות הללו קובע בית המשפט. במקרה הזה, זכות ההתגוננות של חברה המאורגנת כמדינה. זוסמן חושב כי כן יש סכנה היכולה להתרחש אם יתאפשר לרשימה לרוץ.

השופט אגרנט לא מסכים עם קביעתו של זוסמן בדבר עקרונות מעל לחוק ולחוקה. אגרנט מפרש את הסמכות של ועדת הבחירות (הרשות השלטונית) לאור עקרונות היסוד. לפי סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" לכן רשימה אינה יכולה (רשאית) להשתתף בבחירות לבית הנבחרים כדי לחסל את המדינה. אגרנט מפרש את המושג מדינה כקיום המדינה ועל כן לא הייתה לוועדת הבחירות ברירה אלא שלא לאשר.

בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל

ממ"י מקצה קרקע לסוכנות היהודית כדי שזו מצדה תקים ישוב. היא מקימה אותו באמצעות אגודה שיתופית שמקבלת לשורותיה רק יהודים. ממ"י מנהל בין היתר את מקרקעי המדינה. על פי סעיף 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל, ממ"י מנהל את מקרקעי המדינה. ממ"י הוא רשות שלטונית המחוייבת לשויון. אך הרשות מעבירה את ההקמה לגוף שלישי - לסוכנות - שאינה רשות שלטונית.

קעדאן טוען לפגיעה בשוויון על רקע לאום, והמינהל, לטענתו היה צריך להיות עיוור לאפליה על רקע לאום.

המשיבים טענו שאין פגיעה בשוויון ושהיא מוצדקת, והראיה היא כי, ממ"י מוכן להקצות מקרקעין גם לשובים קהילתיים לערבים בלבד. הרעיון שעומד בתשובת ממ"י: "נפרד אבל שווה מקיים את השיוויון".

ביהמ"ש דוחה את טיעון המשיבים משני נימוקים:

1. בפועל אין מדיניות כזאת של נפרד אבל שווה, משום שאין בקשות להקים ישובים קהילתיים לערבים בלבד.
2. מדיניות של נפרד אבל שווה היא מעצם טבעה פוגעת בשיוויון, משום שהיא משדרת עליונות של קבוצה אחת על חברתה.

המשיבים: יש כאן פגיעה מוצדקת בשוויון המתבססת על ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטיה ויהודית.

השופט ברק: למדינה אסור להפלות על רקע לאום גם באמצעות צד ג' (הסוכנות). אם יש לה משאב מסוים (קרקע או כספים) הוא שייך לכל האזרחים, ולכן המדינה חייבת לחלק את המשאב בשוויון. על המדינה להחליט על יסוד עיקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין. המדינה יכולה לשקול גם את עובדת ההסתמכות של הגורמים הנוגעים בדבר. פסק הדין שלי לא חל על קהילות בעלות מאפיינים מובהקים שיש בהם רמת סולידריות ושיתוף גבוהה כמו: קיבוצים, מושבים, ומיצפים. פסק דין זה ניתן אחרי חוקי היסוד. ברק סבור שהשוויון כלול בחוק יסוד: כבוד האדם. לכן אין הסמכה בחוק להפלות על רקע לאום.

בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר (לפני המהפיכה החוקתית)

עתירה לביטול חוק

לראשונה בוטל חוק בשנת 1969 - פס"ד ברגמן נ' שר האוצר. בפס"ד נדון תוקפו של חוק שהתיימר לא להעניק מימון בחירות למפלגות חדשות שאינן מיוצגות בכנסת היוצאת. בית המשפט קבע שהחוק פוגע בשוויון, הוא לא התקבל ברוב של 61 חכמים ולכן הוא סותר את סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ולכן הוא בטל: "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות

לכנסת; אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת".

סעיף 4 הוא חריג לכלל שנקבע בסעיף 24 – "הכנסת תדון ותחליט בכל מספר חברים" סעיף 25 קובע - "הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כאשר הנמנעים אינם באים במניין המשתתפים בהצבעה".

הטענה המהותית של ברגמן היא כנגד פעולה של הכנסת, כנגד תוקפו של חוק שנתקבל בכנסת. אולם ברגמן מפנה את העתירה שלו כנגד שר האוצר, בטענה: "כדי להוציא כסף מקופת המדינה, צריך להצביע על חוק ומאחר ואני טוען שהחוק חסר תוקף, שר האוצר לא רשאי להוציא כסף על פי חוק זה" (תקיפה עוקפת)

השאלה היא מדוע נדרש כאן רוב של חברי הכנסת? הרי לא מדובר בשינוי סעיף 4, אלא בחוק שפוגע בשיוויון שקבוע בסעיף 4. העותר טוען כי: "ברגע שאני קובע חריג מהותי לעקרון השיוויון, אני משנה למעשה את עיקרון השיוויון. כדי לשנות את עיקרון השיוויון, צריך רוב של חברי כנסת".

השופט לנדוי לא מוכן לדון בשאלות הללו. למעשה הוא הכריע בהן מאחר וביטל חוק. לכן נוצר מצב לא תקין שקיימת החלטה קונסטיטיונית חשובה ללא הנמקה.

השאלה המהותית שהציגו לבית המשפט: האם חוק מימון המפלגות עומד בסתירה לשיוויון הבחירות שנקבע בסעיף 4. כאמור, בית המשפט ביטל את החוק משום שהוא סותר את השיוויון. ראשית, צריך להגדיר את השיוויון.

לבית המשפט מציעים שתי פרשנויות למונח שוות:

1. היועץ המשפטי לממשלה מציע פרשנות מצומצמת שמתייחסת רק לזכות לבחור "קול אחד לכל אחד".
2. העותר ברגמן מציע פרשנות יותר עשירה למושג שיוויון. הוא מציע לא רק קול אחד לכל אחד אלא גם שיוויון בסיכויים של הרשימות להתמודד על קולו של הבוחר.

1. הכלי בפרשני החשוב ביותר הוא **פרשנות חוקתית**: כאשר יש שתי אפשרויות פרשניות לפרש מונח, אני אעדיף את הפרשנות שמעניקה משקל נאות לעקרון הרלוונטי (עקרון השיוויון לעומת המלה שוות).
2. **יש לפרש הוראה בחוק לאור שאר ההוראות באותו חוק**. במקרה הזה, השופט לנדוי פירש את סעיף 4 לאור הסדר העיקבי בסעיפי חוק היסוד. סעיף 4 מתייחס לזכות לבחור ולזכות להיבחר שבאות לאחר מכן בסעיפים 5 ו 6.
3. **פרשנות לאור ההשלכות שיש בכך על מקרים אחרים** - כאן השופט לנדוי מביא את הטענה של היועץ המשפטי לידי אבסורד (הפרשנות המתייחסת רק לזכות לבחור). השופט אומר – מה היינו אומרים אם החוק היה מתיר רק מפלגה אחת? גם אז היינו אומרים שנשמר עיקרון השיוויון? זהו אבסורד.

בית המשפט אמנם ביטל חוק אך מבהיר למערכת הפוליטית, לכנסת, שהמלה האחרונה היא שלו. השופט מציע לרשות המחוקקת, הכנסת, שתי אפשרויות שעומדות לרשותה כדי שהחוק יהיה תקף:

1. להעביר את החוק כמות שהוא אבל ברוב נדרש של 61 (כפי שנדרש בסעיף 4). הצעה זו משמעותה אמנם שהחוק פוגע בשיוויון, אך חוק יסוד הכנסת מאפשר להתגבר על הפגיעה בשיוויון אם מתגבש רוב של 61 חכמים.
2. להעניק מימון למפלגות החדשות שהצליחו להכנס לכנסת. כך אני מונע עידוד השתתפותן בבחירות של מפלגות קיקיוניות, אולם מפלגה שנכנסה לכנסת מוכיחה שהיא לא קיקיונית אלא שיש מאחוריה ציבור בוחרים. באפשרות השניה אין פגיעה בשיוויון המהותי.

הכנסת מאמצת את שתי ההמלצות של בית המשפט: מעבירה חוק ברוב של 61 חכמים שמעניק מימון לרשימות החדשות שהצליחו להכנס לכנסת. אבל, יותר מזה, ליתר ביטחון, מחוקקת הכנסת עוד חוק שנקרא חוק הבחירות (אישור תוקפם של חוקים) "למען הסר ספק נקבע בזאת כי ההוראות הכלולות בחוקי הבחירות לכנסת תקפות לכל דין ולכל דבר ועניין מיום תחילתן". החוק

עובר ברוב של 61 חכמים.

הכנסת לוקחת את כל החוקים שקשורים בבחירות ומעבירה אותם שוב ברוב של 61 כדי למנוע בעיות בעתיד. החוק הזה מכוון לבית המשפט.

מה ההבדל בין מה שעשתה הכנסת בחוק לאישור תוקפם של חוקים לבין מה שעשתה בסעיף 4 ? סעיף 4 הוא הוראה נוקשה שקשה יותר לשנות אותה. היא מגבילה את הכנסת העתידית. לא ניתן לשנות אותה אלא ברוב של 61. לעומת זאת, החוק לאישור תוקפם של חוקים לא הופך את חקיקת הבחירות הקודמת לנוקשה. ניתן לשנות את חקיקת הבחירות הקודמת ברוב של 2 נגד 1. החוק מחסן את החקיקה הזו, חקיקת הבחירות, מפני ביקורת שיפוטית על פי סעיף 4. אבל, חקיקה מאוחרת צריכה לעמוד בתנאים של סעיף 4, כלומר רוב של 61 חכמים. ישנה חקיקה נוספת שפוגעת בשוויון, לדוגמה הוספת דקות שידור למפלגות קיימות, אך היא עברה ברוב של 61.

מהי ההלכה שנקבעה בעניין ברגמן ?

ההלכה שנקבעה היא – חוק בטל אם הוא פוגע בהוראה נוקשה (נוקשות פורמאלית) בחוק יסוד ושלא נתקבל ברוב מיוחס של 61 חכמים.

(חקיקה רגילה) – החוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד 1984. סעיף 3 לחוק (ע"מ 184 בספר חקיקה תחוקתית, הוצאת מחשבות) אומר "אין לשנות חוק זה...אלא ברוב של חברי כנסת". זהו לא חוק יסוד ולכן אי אפשר להביא את ברגמן כתקדים.

יש פגיעה במבנה החוקתי כאשר הכנסת הנוכחית מגבילה את הכנסת הבאה ביותר מ 61 חכמים.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל (אחרי המהפיכה החוקתית)

לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכנסת מחוקקת את חוק גל, שקובע "אם נושה מגיש תביעה נגד גוף חקלאי, הגוף החקלאי יכול לבקש שהתביעה לא תידון בבית משפט אלא תועבר למשקם" (משום שהמשקם שחוקק בחוק מוסמך למחוק חובות) – החוק פוגע בזכות הקניין.

החוק המקורי מחוסן מפני ביקורת שיפוטית על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10 – שימור דינים). אולם, לאחר חקיקת חוק היסוד הוסף תיקון. הכנסת מחוקקת חוק שמתקן את החוק המקורי בכך שהוא מרחיב את הפגיעה בזכות הקניין על ידי כך שמרחיב את סמכויות המשקם שיוכל למחוק יותר חובות. בית המשפט צריך לבדוק למעשה את הפגיעה בקניין כתוצאה מהחוק המתקן בלבד.

בית המשפט עומד בפני בדיקת תוקפו של חוק. כדי לבדוק תוקפו של חוק יש לבדוק שני דברים:

1. האם החוק פוגע בזכות יסוד שמעוגנת בחוק יסוד ?
2. האם התנאי הפוגע עומד בתנאי פיסקת ההגבלה ? פיסקת ההגבלה קובעת את היקף ההגנה.

כאשר מבקשים לבחון תוקפו של חוק, ישנם שני שלבים שיש לעבור:

1. האם החוק פוגע בזכות יסוד שמעוגנת בחוק יסוד ?
2. האם הפגיעה בזכות היסוד עומדת בתנאי של פיסקת ההגבלה ?

בשלב הראשון, בבנק המזרחי, בית המשפט שאל האם חוק המתקן פוגע בזכות הקניין ? זכות הקניין מעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – "אין פוגעים בקניינו של אדם" – בית המשפט צריך לפרש את זכות הקניין שבסעיף 3. הפגיעה כאן היא בחוב חוזי – אשראי בגין סיפוק סחורה.

כאן יש שתי אפשרויות פרשניות:

1. ניתן לפרש את זכות הקניין במובן שניתן לה במשפט הפרטי – זכות קניינית כלפי כל העולם, לדוגמה, בעלות.
2. ניתן לפרש את זכות הקניין בפרשנות חוקתית – במבט רחב – וזו הפרשנות שבחר בית המשפט – קניין הוא כל אינטרס שיש לו ערך כלכלי.

יש לנו חוק שפוגע בזכות קניין ולכן עברנו את השלב הראשון בבדיקה.

כעת צריך לבדוק אם החוק המתקן עומד בתנאי פיסקת ההגבלה.

פה אחד מגיעים השופטים למסקנה שהחוק עונה על דרישותיה של פיסקת ההגבלה.

ראשית, חוק, שניתן ושלישית, הולם את ערכיה של מדינת ישראל ולתכלית ראויה – הצלת המגזר

החקלאי, רביעית – מידת הפגיעה איני עולה על הנדרש מאחר וכל ההסדרים הקודמים שנקטו וקדמו לחוק לא פעלו.

בית המשפט דן בשתי שאלות:

1. האם מוסמכת הכנסת להגביל את עצמה ואת הכנסת העתידית?
2. מה מקור סמכותו של בית המשפט לבטל חוק?

אפשרות ראשונה היא שהכנסת כאן מגבילה את עצמה ויש צורך להסביר כיצד מתאפשר הדבר לאור הנחת היסוד שעומדת בבסיס המשטר הפרלמנטרי שמבוסס על הכרעת הרב המשתנה. השיטה הזו יכולה לעבוד רק כאשר הרב החדש שנוצר יכול חוקתית למצוא דרכים לחוקק חקיקה שמשנה מדיניות שרצויה לו. הענקת סמכות דרב הנוכחי להגביל רוב עתידי עלולה לשבש את השיטה הפרלמנטרית.

אפשרות שניה היא לומר שכאן מדובר בהגבלה של הרשות המכוננת את הרשות המחוקקת. הקושי כאן הוא האם יש לכנסת סמכות מכוננת? מה מקור סמכותה של הכנסת? משום שהאסיפה המכוננת שנבחרה לכונן חוקה, לא עשתה כן ואין לנו גוף חיצוני לכנסת שיטיל מגבלות על הכנסת. האסיפה המכוננת היא לא מקור הסמכת – העם הוא מקור הסמכות.

המחלוקת היא על סעיפים 5 ו 10 לחוק המעבר. סעיף 5 לחוק המעבר לכנסת השניה קובע: לכנסת השניה ולחבריה יהיו כל הסמכויות שהיו לכנסת הראשונה.

סעיף 10 קובע – חוק זה יוחל גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שאחריה. הבעיה היא שהכנסת מעבירה את הסמכות לרשות המכוננת כאשר היא לא יכולה לעשות זאת. העם צריך לעשות זאת.

קיימות 3 דעות שחלוקות בשאלה: מהו התיאור הראוי ביותר של המצב החוקתי במדינת ישראל?

דעת השופט ברק:

לכנסת יש סמכות מכוננת בנוסף לסמכותה כרשות מחוקקת ומכוח הסמכות המכוננת היא מוסמכת כבר עכשיו לקבוע פרק בחוקתה הפורמלית של המדינה ולאחר פרק יש כבר עכשיו מעמד נורמטיבי חוקתי עדיף ביחס לחוקים שמחוקקת הכנסת כרשות מחוקקת.

לא מדובר כאן בכבילה עצמית של הכנסת. המסחן הוא מבחן צורני. אם הכנסת מכנה את דבר החקיקה שלה חוק יסוד, היא פועלת כרשות מכוננת.

לכל חוקי היסוד יש מעמד נורמטיבי עדיף על חוקים רגילים. כמו כן, חוק יסוד ניתן לשינוי רק באמצעות חוק יסוד.

בכך השופט ברק מאפיין את חוקי היסוד בשלושת האפיינים של חוקה פורמאלית:

1. עדיפות נורמטיבית – חוק יסוד עומד במדרג נורמטיבי מעל חוקים רגילים של הכנסת.
2. הליכים מיוחדים לשינוי החוקה. חוק יסוד ניתן לשינוי רק באמצעות חוק יסוד.
3. הכנסת היא הרשות המכוננת.

ההלכה:

חוקי היסוד הם חוקתה הפורמאלית של מדינת ישראל. אין להלכה תוקף רטרואקטיבי משום שברק מודע לכך שבספר החוקים ישנם חוקים שסותרים את ההלכה הזו. לדוגמא: ישנו חוק שנקרא "חוק הכנסת מס' החברים בוועדות מ 1994" והוא מבטל סעיף בחוק יסוד הכנסת, אבל הוא ניתן לפני המהפיכה החוקתית ב 9.11.95. כיום, כדי לשנות חוק יסוד צריך לעשות זאת בחוק יסוד וברב של 61 ח"כים.

הכנסת כרשות מכוננת יכולה באמצעות חוק יסוד להגביל את הכנסת העתידית. הלכת בנק המזרחי מחייבת אותנו לחשוב מחדש על הלכת ברגמן. כיום ניתן לשנות את סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת ברב של 61 ח"כים.

דעת השופט שמגר:

השופט שמגר טוען שאין לכנסת סמכות מכוננת, אבל, מכח הריבונות הבלתי מוגבלת שלה בתחום החקיקה, כרשות מחוקקת, היא מוסמכת לחוקק כל הסדר, כולל הסדר שמגביל את הכנסת העתידית. ההגבלה יכולה להיות פורמאלית מספרית – 61 או 80 ח"כים ויכולה להיות מהותית – פיסקת ההגבלה בסעיף 8. היא מוסמכת גם להעניק מעמד נורמטיבי עדיף לחלק מחוקיה, מכח ריבונותה הבלתי מוגבל בתחום החקיקה. כאשר הכנסת מחוקקת חוק יסוד היא מתכוונת בכך

להעניק להם מעמד נורמטיבי עדיף. לכן, חוק יסוד ניתן לשינוי רק בחוק יסוד וחוק לא יכול לשתור חוק יסוד.

אם נחזור לחוק לדוגמה מתחילת השיעור (חוק להגנה על השקעות הציבור). הרי לפי ברק רק בחוק יסוד וזהו אינן חוק יסוד ולכן הכנסת לא מוסמכת. לפי שמגר הכנסת כן מוסמכת עקב ריבונותה הבלתי מוגבלת כרשות מחוקקת.

מדוע נזקק השופט ברק להבחנה הרעיונית בין סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת לבין סמכותה כרשות מחוקקת?

מדובר באותם אנשים ובאותה שיטת הצבעה. הטענה היא שקיים חשש לשימוש לרעה בסמכות. הכנסת עלולה לכלול הסדרים כלכליים פוליטיים שוטפים בחוקי יסוד ובדרך הזאת להגביל את הכנסת העתידית. בכך היא עלולה לשבש את השיטה הפרלמנטרית שלנו, לכן, חייבים להבחין מבחינה רעיונית בין סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת לבין סמכותה כרשות מחוקקת.

הסמכות של רשות מכוונת היא לכוון חוקה, להסדיר הסדרים חוקתיים בלבד. על פי ברק, הכנסת כרשות מכוונת איננה מוסמכת להגביל את הכנסת העתידית בהסדר שאינו חוקתי (שעוסק ברשויות שלטון וזכויות אדם).

כאשר תוקפים חוק יסוד תוקפים את פעולתה של רשות מכוונת ולכן אי אפשר להפעיל את הלכת בנק המזרחי.

בג"צ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל

בעניין מישראל נדון תוקפו של חוק הפשר ומוצרי, תשנ"ג-1994.

הרקע לפס"ד:

הממשלה ביקשה למנוע יבוא בשר לא כשר. אמרו לה שאינה יכולה לעשות זאת על ידי חוק מאחר וקיים חוק יסוד: חופש העיסוק.

על כן, החליפו את חוק יסוד: חופש העיסוק ובשנת 1994 הוסיפו את פיסקת ההתגברות: חוק יכול לפגוע בחופש העיסוק ולא לעמוד בתנאיה של פיסקת ההגבלה והי תקף אם יעמוד בתנאיה הפורמליים של פיסקת ההתגברות:

רוב של 61 חכמים, נאמר בו "על אף האמור..." ותקף לתקופה מוגבלת (עד 4 שנים) – המצב הזה נבע מכורח אילוץ פוליטי.

כמו כן הוסיפו סעיף קטן ב לסעיף 8 לחוק יסוד חופש העיסוק הקובע כי "ההוראה בדבר פגיעת תוקף לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק היסוד." ניסו לתקוף את תוקפו של חוק הפשר, על אף פיסקת ההתגברות ונטענו שתי טענות עיקריות:

1. פיסקת ההתגברות מתגברת רק על חוק שלא עומד בתנאים של פיסקת ההגבלה, אולם חוק כזה אינו יכול לשתור את עקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו.

ברק: "אכן, גם אם נניח, מבלי להכריע בדבר, כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם מושתתים עליהם ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה... הפגיעה בקניין, בחופש הדת והמצפון והשיוויון אין היא מגיעה כדי פגיעה באושיית המשטר החוקתי שלנו." [משתמש בגישתו של זוסמן בפס"ד ירדוד] יש עקרונות מעל לחוק ולחוקה.

אם חוק יסוד סותר את העקרון הדמוקרטי, אפשר לבטל אותו למרות שפיסקת ההתגברות נותנת תוקף לחוק. בית המשפט יכול לבטל אותו אם הוא פוגע פגיעה מהותית וקשה.

2. העותרים טוענים כי פיסקת ההתגברות מופיעה בחוק יסוד חופש העיסוק ולכן מכוחה ניתן להתגבר על הפגיעה בחופש העיסוק, אך חוק הפשר פוגע גם בזכויות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו-פגיעה בקניין.

תשובת בית המשפט:

תינתן הגנה חוקתית לחוק החורג מפיסקת ההגבלה שפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוד יסוד כבוד האדם וחירותו בהתקיים שלושת התנאים המצטברים הבאים:

1. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי שמתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בעיקרית בחופש העיסוק (למשל, פגיעה בקניין).

2. הפגיעה בחופש העיסוק היא העיקרית.

3. הפגיעה בזכויות האדם האחרות כשלעצמה אינה בעלת עוצמה ממשית.

על כן, החוק תקף.

דוגמא למצב בו חוק לא היה תקף :
 ראובן רוצה להוציא עיתון של מיעוט פוליטי. זוהי אפשרות הביטוי היחידה של אותו מיעוט. לא נוכל הגיד כי הפגיעה בחופש הביטוי היא שולית לעומת הפגיעה בחופש העיסוק.

בג"צ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון

השאלה המשפטית שנדונה בעניין צמח היא האם הפגיעה בחירותו האישית של חייל כתוצאה מהוראת חוק שמסמיכה שוטר צבאי לעצור חייל למשך תקופת מעצר מירבית של 96 שעות עד שהוא מובא לפני שופט, היא במידה העולה על הנדרש ממהותו של השירות הצבאי בישראל (יש לציין כי קיימת ביקורת פנימית של הצבא על מעצרים)

בית המשפט צריך להתמודד עם שאלות מקדמיות :

1. מדובר כאן בחוק שהוא מיטיב עם זכות אדם ביחס למצב שהיה קודם שחוקק החוק. ההלכה היא כי חוק, גם אם הוא מיטיב, בודקים אותו לאור חוקי היסוד. סעיף 5 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו נפגע. נבדוק לפי סעיף 9 שחוקק במיוחד עבור כוחות הצבא : " אין מגבילים זכויות שלפי חוק זה... אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו של השירות" – חסרים שני תנאים בהשוואה לסעיף 8. בית המשפט שואל האם ייתכן מצב שבו ייעצר אדם בניגוד לערכיה של מדינה ישראל ושלא לתכלית ראויה ? סעיף 1 קובע את עקרונות היסוד – "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". **בית המשפט קובע כי חוק כזה חייב לעמוד בכל התנאים של פסקת ההגבלה :**

האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל ? לא מתייחס
 האם לתכלית ראויה ? לא קובע – יכול לפסול רק אם יוכח שהתכלית אינה ראויה למדינה.

עצם הסמכות למעצר נתונה לגנה על שלום הציבור, בטחון המדינה או המשמעת בצבא. בית המשפט קובע כי החוק סותר את המידתיות. מהי הגישה העקרונית שלאורה מכריעים בשאלה האם פגיעה בזכות אדם היא מידתית ? השופט זמיר אומר "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה." יש דרישה לוודאות קרובה לפגיעה, לדוגמא, שלום הציבור. איזון על בסיס משקל של שני העניינים. כיצד בית המשפט מעניק משקל לפגיעה ? הפגיעה כאן בזכות היא כבדה מאחר ו :

1. מדובר בזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד – סעיף 5 לכבוד האדם – בשל כך משקלה כבד יותר.
2. שלילת חירותו האישית של האדם היא פגיעה קשה במיוחד. הפגיעה הכבדה ביותר שמדינה דמוקרטית יכולה להטיל.
3. מהווה תנאי למימוש זכויות אחרות - לדוגמא, פגיעה בפרטיות.
4. על חירות האדם מושתת שאר זכויות האדם – סעיף 1 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו – זכויות היסוד של האדם מושתתות על ההכרה בזכויותיו ועל היותו בן חורין. יתרה מזאת, המעצר מוטל ע"י שוטר – רשות מנהלית ולא על ידי בית משפט, על אדם שהוא בחזקת חף מפשע ולכן הפגיעה היא במשקל כבד.

מנגד, מעלה המדינה טענות של זמן והקצאת משאבים – הצבא צריך תוספת.

זמיר אמר : רצוי-מצוי=כסף (בגימטריה).

אם כן, לפני שעושים איזון בין הזכות לבין עניינים אחרים כמו סדר ציבורי, שלום הציבור, ביטחון המדינה, תחילה יש לבדוק אם אני יכול לנטרל את הפגיעה באמצעות הקצאת משאבים סבירים. גם סבירות היא מושג משפטי. ככל שהפגיעה גדולה יותר סביר יותר להקצות משאבים גדולים יותר.

התוצאה: מכוח עיקרון יסוד בית המשפט מטיל על הרשות חובה פוזיטיבית להקצות משאבים.

בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות

בשנות ה 80 מגישה ישיבה בשם "ישיבת תומכי תמימים" עתירה נגד הממשלה משום שלא קיבלו כספים ממענקים שחולקו למוסדות תורניים על ידי המדינה מתוך תקציבה. דרשו לחלק את הכספים באופן שוויוני – הממשלה מכניסה את כל רשימות הישיבות לתוך הצעת חוק התקציב השנתי.

התנועה מגישה בג"צ נגד הממשלה לא להניח את ההצעה על השולחן. בית המשפט דוחה את העתירה – למעשה מה שאתם מבקשים, מהותית, הוא למנוע מהכנסת מלדון בהצעת החוק. הכנת הצעת החוק היא חלק מהליך החקיקה. ולכן בשנת 1992 מוסיפה הכנסת את סעיף 3א לחוק יסודות התקציב (עמ' 258): תמיכות במוסדות ציבור: מהו סעיף תקציב המוגדר כסעיף בחוק תקציב שנתי.

(ד) הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות הציבור הנמנים מאותו סוג לפי מבחנים שוויוניים.

הכנסת מבקשת להגביל את עצמה ואת הכנסת העתידית בחוק רגיל.

בשאלה הזו דן השופט זמיר באמרת אגב: "מה דינו של חוק תקציב שנתי שקובע תמיכה במוסדות ציבור באופן לא שוויוני ובניגוד לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב. יש משקל לטענה כי חוקי התקציב השנתיים כפופים מבחינה מהותית לחוק יסודות התקציב. הדבר נובע מהשוני בין השניים".

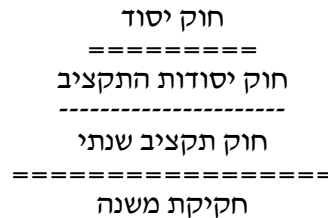
השופט זמיר עושה הבחנה נקודתית בין חוק יסודות התקציב לחוק תקציב שנתי:

1. חוק תקציב שנתי אינו חוק רגיל מבחינה מהותית – אינו נובע מנורמה כללית – מאפשר לממשל להוציא סכום מסוים לפעולה מסוימת בשנה מסוימת.
2. חוק תקציב שנתי מתקבל בפרוצדורה מקוצרת יותר.
3. הוראות חוק יסודות התקציב שהוא חוק רב שנתי ותכליתו לחול על חוקי התקציב השנתיים. בהוראות האלה תהיה תועלת רק אם יחולו בצורה מחייבת על חוקי התקציב השנתיים. אחרת מה הועילו חכמים בתקנתם?

מה מקור סמכותה של הכנסת בסעיף 3א(א) להגביל את הכנסת העתידית?

לאור שלושת ההבדלים אומר זמיר:

"על יסוד כל אלה, ניתן לטעון כי חוק יסודות התקציב וחוק תקציב שנתי אינם עומדים על אותה מדרגה בפירמידה של הנורמות:



אכן גם זה וגם זה מצויים בפרמידה זו באותה משבצת, אולם גם נורמות שמצויות באותה משבצת אינן עומדות בהכרח על אותה מדרגה. בתוך כל משבצת יש מדרג: כל למשל בחוקי היסוד יש הוראות רגילות ויש הוראות משוריינות ובמסגרת של חקיקת משנה יש תקנות ויש צווים שהוצאו מכח התקנות ולכן הצווים הללו כפופים לתקנות"

הדוגמא שמביא זמיר אינן דומות למקרה הנדון של חוק יסודות התקציב וחוק תקציב שנתי. צווים מוצאים מכח התקנות. חוקי היסוד מחולקים לשניים: חוקים רגילים וחוקים נוקשים אך, חוק התקציב השנתי לא מחוקק מכח חוק יסודות התקציב.

עיקרון השוויון

בג"צ 953/87 פורז נ' מועצת עיריית תל אביב

על רקע מין ונטיה מינית

בת"א ביקשו לבחור רב ראשי לעיר ולצורך כך נדרש להקים גוף שיבחר את הרב. העירייה שלחה את נציגיה לגוף. כל הנציגים של מועצת עיריית ת"א היו גברים. עצם העובדה שנבחרו רק גברים, זו שלעצמה לא פוסלת את ההחלטה (נבדקו כל המועמדים והמועמדות ולבסוף נבחרו רק גברים). יש צורך לבדוק את השיקולים של מועצת העירייה. צריך לבחון את השאלה האם מועצת עיר לא בחרה נשים רק בשל היותן נשים?

מתוך הפרוטוקולים היה ברור שנשים לא נבחרו רק בגלל היותן נשים. המניע לא היה להפלות נשים, אלא מתוך חשש שמטעמי מסורת, רב שיבחר בגוף שיש בו נשים לא יזכה לשיתוף פעולה של הרבנות הראשית ומועמדים ראויים לא יגישו מועמדותם בפני גוף שיש בו נשים.

תשובת בית המשפט: **המניע אינו רלוונטי. ברגע שהרשות לא בוחרת נשים בגלל היותן נשים, יש כאן אפליה.** (סעיף 2 לחוק שיוויון הזדמנויות "לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית...." - אין משנה הסיבה, אפליה היא אפליה).

קיימת התנגשות בין השוויון לבין מטרת החוק – בחירת רב.

אומר ברק: "בשל מרכזיותו של עיקרון השוויון, המטרה של בחירת רב היא שוות מעמד לשוויון. רק כאשר אין כל אפשרות אחרת להגשים את המטרה של בחירת רב (בירור החוק) רק אז ניתן לפגוע בשוויון." במקרה הזה, לא השתכנע ברק שאין אפשרות לבחור רב מבלי לפגוע בשוויון ולכן קבע כי מועצת העיר חייבת לצרף נשים לגוף הבוחר.

"לא הוכח ע"י מועצת העיר שעלולה להגרם פגיעה לתפקידו של רב העיר". מועצת העיר היא שצריכה להוכיח את טענת הפגיעה ולא העותר.

התוצאה של פס"ד היא כי רשות יכולה לפגוע בזכות השוויון גם אם אינה מוסמכת לכך.

השופט ברק הסיק את קיומו של עיקרון השוויון מהכרזת העצמאות – מאופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, מחוקיה ומהפסיקה. **עיקרון השוויון הפך לחלק משיטת המשפט.**

בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון

על רקע מין ונטיה מינית

אליס מילר מבקשת לזמן אותה למבדקים לקורס טיס.

הצבא מסרב לזמן אותה למבדקים, לטענתו, משיקולים כלכליים-לוגיסטיים ושיקולים תיכנוניים. עלות הכשרת טיס היא גבוהה ואם הטיס לא ישרת שנים ארוכות ההכשרה שלו לא תהיה כדאית. ההנחה של הצבא היא שבסופו של דבר אישה תשרת פחות מגבר. ההנחה הזו נשענת על חוק שירות ביטחון לפיו נשים משרתות במילואים עד גיל צעיר יותר ונשים הרות פטורות משירות מילואים. נכון שהנשים יכולות להתנדב, אך הצבא אינו מוכן להתנדבות ממנה ניתן להשתחרר בהודעה חד תדדית.

זהו פס"ד שניתן לאחר חקיקת חוקי היסוד. הצבא אומר שיש לו הסמכה בחוק שירות הביטחון. החוק עצמו מבחין בין גברים לנשים – לעניין משך השירות ולכן ההבחנה הזו מסמיכה את הצבא למעשה להתחשב בהשלכות שיש להבחנה הזו על התפקידים אותם ממלאות נשים.

ככל שהפגיעה בזכות קשה יותר נדרוש מהרשות הסמכה כבדה יותר ואינטרס כבד יותר שייפגע בצורה קשה כדי לקבל את הפגיעה בזכות השוויון.

דעת המיעוט של קדמי וטל הדוחים את העתירה.

השופטים מצא, דורנר ושטרסברג-כהן – מצווים לזמן את אליס מילר למבדקים. השופט מצא:

ההבחנה בין נשים לגברים לעניין היקף השירות נועדה להקל עם אנשים בשל הבדל ביולוגי ואינה מהווה הסמכה לרשות, לצבא, לעשות הבחנה בין נשים לגברים בעינינים אחרים. הזכות לשוויון כלולה בזכות לכבוד, הכלולה בחוק יסוד כבוד האדם ולכן משקלה כבד והוא גדול ממשקלה של הכדאיות הכלכלית שבאי זימונם של נשים למבדקי התאמה לקורס טיס. את החולשה בטענת הצבא מוצא השופט מצא בעובדה שהטענה נשענת על סברות והערכות היפוטטיות. לא ניסו.

השופטת שטרסברג-כהן:

מצטרפת לדעת הרוב וציוותה לזמן את אליס מילר לקורס טיס. "השונוות בין נשים לגברים היא שונוות רלוונטית. אין זה נכון לומר וראוי לומר כי השיקולים הלוגיסטיים, פיזיים וכלכליים אינם

רלוונטים. אלו הם שיקולים רלוונטים שהרשות חייבת לנטרל באמצעות השקעת משאבים והחובה הפוזיטיבית על הרשות להקצות משאבים מכח עיקרון השוויון. להעניק משקל נאות לשוויון שמשעותו בהקשר הזה שהרשות צריכה להקצות משאבים סבירים, לא בכל מחיר, כדי להגשים את השוויון.

מהו סביר? האיזון יצוק תוכן לסבירות. ככל שהפגיעה בזכות גדולה כך נדרוש מהרשות להקצות משאבים גדולים יותר כדי למנוע את הפגיעה בזכות.

גם כאשר מדובר בשיקולים עיניניים, לפני ששוקלים את השיקול האם הוא יכול לפגוע בזכות האדם, על הרשות לפעול תחילה לניטרול השיקול העיניני על ידי הקצאת משאבים סבירים וזאת מכח עיקרון יסוד (עקרון השוויון).

השופט דורנר:

הפגיעה כאן בשוויון מהווה גם פגיעה בכבוד האדם, על רקע השתייכותו הקיבוצית של האדם ומשקלה כבוד. את האיזון יש לעשות במקרה הזה במסגרת פיסקת ההגבלה. בודקים את ההחלטה המינהלית לפי פיסקת ההגבלה.

כיום אנו קובעים את היקף ההגנה המשפטית על זכות לאור פיסקת ההגבלה. לא רק כאשר החוק פוגע בזכות אלא גם כאשר רשות מנהלית פוגעת בזכות. במקרה הזה הנוק שבסגירת קורס טיס לנשים משקלו גדול יותר ממשקל השיקולים הנוגדים מכיוון ש:

1. הפגיעה כאן היא פגיעה בכבוד שמשקלה גדול (שיקול ערכי).
2. שיקול תועלתני – פגיעה באינטרס חברתי (לא מנצל את מחצית האוכלוסיה לקורס טיס).

בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ

על רקע מין ונטיה מינית

דייל אל על. על פי חוזה העבודה באל על זכאי כל עובד קבוע לקבל אחת לשנה כרטיס טיסה בהנחה או ללא תשלום בעבור בן-בת זוגו (בעל-אישה) וגם לידוע-ידועה בציבור כבעל או כאישה של עובד/עובדת בחברה אם בני הזוג חיים ביחד במשק בית משותף כבעל ואישה לכל דבר ועניין ואין באפשרותם להינשא כחוק. הטיעון: אפליה על רקע נטיה מינית.

השופט ברק

הסעיף סותר הוראת חוק מפורשת וכמובן הוראת חוק היא במדרג נורמטיבי מעל הסכם עבודה. מהי הוראת החוק? סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (שהוסף בשנת 1992) שקבע "לא יפלה מעביד בין עובדיו מחמת מינם, נטייתם המינית... בתנאי עבודה".

מה האפשרויות? או לבטל את הסעיף בהסכם וכך יפגע כל מי שהיה זכאי או להרחיב את תחולתו של הסכם העבודה כך שיתיישב עם החוק (הנורמה שמעליו).

למעשה, התוצאה היא שמכח השוויון מטילים על אל-על הקצאת משאבים נוספת-סבירה. מוסיפים קבוצה קטנה, עושים צדק ולא מטילים מעמסה כלכלית של ממש.

זה בדיוק מה שעושים כאשר מרחיבים את תחולתו של חוק או מפרשים אותו כך שיתיישב עם נורמה שמעליו (מגיע לו כרטיס משנת 1992).

השופט דורנר

אומרת שלדנילוביץ' מגיע כרטיס טיסה מכח עיקרון השוויון. "לכן, חופש ההתקשרות של המעביד נסוג מפני הזכות לשוויון של העובד". (מגיע לו כרטיס עוד מלפני 1992) – עיקרון השוויון כולל גם איסור הפליה על רקע נטיה מינית. כיצד הגיעה למסקנה הזו? (זו פרשנות חוקתית)

הפרשנות צריכה להיות ממבט רחב, לאור מערכת החיים הלאומיים של העם בעת מתן פס"ד (מתוך קול-העם). עד 1998 היה איסור פלילי של קיום יחסים בין גברים.

התוצאה היא שחופש ההתקשרות נסוג מפני עיקרון יסוד – מצב בו הסכם קיבוצי יכול להתבטל כי הוא סותר את שיטת המשפט.

בג"צ 114/78 בורקן נ' שר האוצר

על רקע לאומי

חב' ציבורית מציעה דירות ברובע היהודי י-ם לציבור העונה על הקריטריונים: אזרחי ישראל, תושב, שירת בצבא. היועץ המשפטי מודה כי התכוונו לשכן יהודים ברובע היהודי. האם ישנה אפליה?

1. אין פגיעה כי יש שונות רלוונטית.
2. יש פגיעה אולם מוצדקת.

העתירה נידחת.

השופט חיים כהן :

להבדיל מפורז- שהוא מקרה בודד, יש לבדוק מה הכוונה הספציפית. אין לשופט אלא מה שעניו רואות; מה **הקריטריונים** : אזרח, ושירת בצה"ל. לכאורה יש שיוויון. השופט ממשיך ובוחר האם יש **אפליה מוסווית**. גם אם קיימת אפליה היא מוצדקת, אין מניעה שכעת רק יהודים יתישבו ברובע היהודי, כפי שיש רובעים המיועדים למוסלמים ונוצרים. האפשרויות לפס"ד :

1. מדובר ברובע היהודי. המדינה, כיהודית ודמוקרטית רשאית להעדיף בנסיבות מסוימות שיקולים יהודיים ע"פ ערכים דמוקרטים. בהכרזה ניטען למדינה יהודית תוך שיוויון לכל אזרחיה ואילו כאן יש פגיעה בשיוויון. זהו טיעון לא ראוי.
2. יש שיקולים גוברים, שמשקלם כבד יותר ממשקל השיוויון, ולכן הפגיעה מוצדקת. בכך, יש פתח לרשימת שיקולים לא ראוייה בלי הסמכה בחוק. הטיעון לא ראוי.
3. העדפה מתקנת- נכון למועד פסק הדין. אז לא ניתן ליהודים לרכוש דירות בשאר הרובעים בעיר, וכדי לשמור על השיוויון ניתן היה להעניק להם העדפה מסוימת. היום, טיעון זה לא רלוונטי. יש צימצום ההלכה לרובע הספציפי, ולאזור הספציפי, ולכן ראוייה- העדפה מתקנת שמוכרת בשיטת המשפט.

בג"צ 528/87 אביטן נ' מנהל מקרקעי ישראל

על רקע לאומי

מנהל מקרקעי ישראל (ממ"י) הקצה מגרשים במחיר מוזל רק לבדואים בנגב, במסגרת תכנית ממשלתית ליישובם ביישובי קבע. אביטן הוא יהודי, אבל הוא גילה את הפוטנציאל הכלכלי בעניין. הוא טוען כי דוחים אותו **על רקע לאום**. נכון שהמניע של המדינה הוא לא הפליה של בדואים באשר הם בדואים, אלא להגשים מטרות ציבוריות. אך ב"פורז" נאמר שהמניע הוא לא רלוונטי, לכן זו אפליה. ב"פורז" איפשר השופט ברק לפגוע בשיוויון רק במקרה שאין דרך אחרת להגשים את המטרה של הרשות.

השופט אור

דוחה את העתירה, בטענה כי אין כאן פגיעה בשיוויון. הזכות לשוויון היא זכות מהותית, לא טכנית. יש להתייחס באופן שווה אל שווים. אבל כאן ישנה התייחסות לא שווה אל לא שווים. "ההתייחסות אל הבדואים כאל מי שראויים לסיוע על מנת שיעברו למגורי קבע, אינה התייחסות אל בני לאום מסוים ואינה העדפתם על רקע לאומי על פני בני לאום אחר..." הקושי כאן הוא, שברור שיש התייחסות שונה ללאום אחר, ודבר זה מהווה אפליה לגבי קבוצות לאום אחרות. ברגע שיש התייחסות אל אדם בשל התייחסותו הקיבוצית יש פגיעה בשיוויון. ממשיך **אור** וקובע: "בני אדם או קבוצות בני אדם שונים לא אחת זה מזה בתנאיהם, בצרכיהם, ולעיתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או על הנזקק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו אלא לעג לרש". זו רטוריקה של העדפה מתקנת. אך, למעשה, אין זו העדפה מתקנת, משום שההחלטה נועדה לשרת את האינטרס הציבורי של המדינה ולא את האינטרס של הבדואים. קשה להסביר את תוצאת פסק-הדין כנגזרת מעיקרון ההעדפה המתקנת. ההטבה כאן לא קשורה לקידום הבדואים, אלא לקידום מטרות ציבוריות. היא מהווה אמצעי להגשמת מטרות ציבוריות (ריכוזם במקום אחד ועוד). לא מדובר בתכנית להעדפה מתקנת בדיור לבדואים, כאשר הם יכולים לבחור את מקום מגוריהם, ולכן, קשה להסביר את תוצאת פסק הדין על פי אחד העקרונות המוכרים בשיטת המשפט. **העתירה נדחתה.**

בג"צ 6698/87 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל

על רקע לאומי

ממ"י מקצה קרקע לסוכנות היהודית כדי שזו מצדה תקים ישוב. היא מקימה אותו באמצעות אגודה שיתופית שמקבלת לשורותיה רק יהודים. ממ"י מנהל בין היתר את מקרקעי המדינה. על פי **סעיף 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל**, ממ"י מנהל את מקרקעי המדינה. ממ"י הוא רשות שלטונית המחוייבת לשיוויון. אך הרשות מעבירה את ההקמה לגוף שלישי – לסוכנות – שאינה רשות שלטונית. קעדאן טוען לפגיעה בשיוויון על רקע לאום, והמינהל, לטענתו היה צריך להיות עיור לאפליה על רקע לאום. המשבים טענו שאין פגיעה בשיוויון ושהיא מוצדקת, והראיה היא כי, ממ"י מוכן להקצות

מקרקעין גם לשובים קהילתיים לערבים בלבד. הרעיון שעומד בתשובת ממ"י: "נפרד אבל שווה מקיים את השיוויון".

ביהמ"ש דוחה את טיעון המשיבים משני נימוקים:

3. בפועל אין מדיניות כזאת של נפרד אבל שווה, משום שאין בקשות להקים ישובים קהילתיים לערבים בלבד.
4. מדיניות של נפרד אבל שווה היא מעצם טבעה פוגעת בשיוויון, משום שהיא משדרת עליונות של קבוצה אחת על חברתה.

המשיבים: יש כאן פגיעה מוצדקת בשוויון המתבססת על ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטיה ויהודית.

השופט ברק

למדינה אסור להפלות על רקע לאום גם באמצעות צד ג' (הסוכנות). אם יש לה משאב מסוים (קרקע או כספים) הוא שייך לכל האזרחים, ולכן המדינה חייבת לחלק את המשאב בשוויון. על המדינה להחליט על יסוד עיקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין. המדינה יכולה לשקול גם את עובדת ההסתמכות של הגורמים הנוגעים בדבר. פסק הדין שלי לא חל על קהילות בעלות מאפיינים מובהקים שיש בהם רמת סולידריות ושיתוף גבוהה כמו: קיבוצים, מושבים, ומיצפים. פסק דין זה ניתן אחרי חוקי היסוד. ברק סבור שהשיוויון כלול בחוק יסוד: כבוד האדם. לכן אין הסמכה בחוק להפלות על רקע לאום.

בג"צ 4031/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל (1)

העדפה מתקנת

בפסק דין זה לראשונה דנו בתיקון זה, ובית המשפט ביטל לראשונה מינוים של דירקטורים גברים במועצות המנהלים של חברות ממשלתיות – רשות הנמלים ובתי הזיקוק. ביהמ"ש מבקש לפתוח בהליכי מינוי מחדש. בית המשפט מראה כי ישנה ביקורת שיפוטית יעילה על רשויות השלטון בהפעלת סעיף 18 א'.

פסק הדין של השופט מצא, יחד עם סעיף 18 א' מהוים את קו פרשת המים בהתפתחות הזכות ליצוג הולם בשיטת המשפט בישראל.

פסק דין זה גורם לתאוצה בהתפתחותה של הזכות. מצא מפרש את סעיף 18 א' פרשנות תכליתית: להגשים את היצוג ההולם. לאור מרכזיותו של עיקרון ההעדפה המתקנת וכדי להגשים הלכה למעשה את תכליתו – יצוג הולם – הגיע השופט מצא למספר מסקנות שאומצו מאוחר יותר על-ידי הפסיקה:

1. הנטל הלא קל להוכיח כי בנסיבות הענין לא ניתן למנות אישה הוטל על הרשות שהוסמכה לערוך את המינוי. כדי שתחול הזכות ליצוג הולם אין לדרוש זהות מוחלטת בכישורי המועמדים בני שני המינים, אלא יש לאמץ בענין הזה מבחן גמיש. יש צורך בכישורים דומים. הוא מאמץ את גישת העותרת – שדולת הנשים. ככל שהפגיעה בזכות כבדה יותר כך ידרש פחות דמיון. אם יש פגיעה חמורה ומתמשכת בזכות נתפשר יותר על דרישת הדמיון. בנוסף לכך, רק במקרים קיצוניים יוענק לניסיון הקודם משקל מכריע בהליך המינוי. אם ניתן משקל מכריע לניסיון הקודם יונצח המצב הקיים, לכן אומר מצא ש"רק במקרים קיצוניים בלבד...". כמו כן נקבע, כי אמנם הפגיעה באלה שכבר מונו לדירקטורים שהינם בבחינת צדדים תמי-לב, הינה פגיעה רלוונטית שיש לשוקלה, אולם, על אף זאת, אין לשלול בנסיבות ראויות, כמו בעניין שדולת הנשים הראשון, מלהעניק משקל מכריע ליצוג ההולם. **השופט קבע כאן את העיקרון של העדפה מתקנת כחלק משיטת המשפט בישראל.** יש פריצת דרך בפסק דין זה. הוא הוכיח ש:
 2. א. יש אפשרות אפקטיבית משפטית לשנות מצב חברתי של העדר יצוג.
 - ב. ביסס אידיאולוגית את העיקרון הזה כעיקרון מוצדק בשיטת המשפט.

בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (2)

העדפה מתקנת

בעניין זה נדון מינויו של סמנכ"ל גבר למנהלת המוסד לביטוח לאומי (שר העבודה והרווחה ממנה). לא היה כל ייצוג לנשים במנהלת הבט"ל.

השאלה המשפטית הייתה – האם מוטלת על שר העבודה והרווחה חובה להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם בני שני המינים בקרב חברי המוסד לביטוח לאומי, לא מכוח הוראת חוק שאיננה אלא מכח נורמה משפטית אחרת.

האם קיימת חובה כזו על השר (להעניק משקל נאות לייצוג הולם לנשים בקרב מנהלת הבט"ל). מה מקור החובה? מה ההיקף שלה? מה המשקל שלה? מה היקף ההגנה המשפטית עליה?

השופט חשין סוקר את הוראות החוק בישראל שמעניקות את הזכות לייצוג הולם לנשים – סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות וסעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים). שני הסעיפים לא חלים על עובדי הבט"ל.

השופט חשין מדמה את הוראות הייצוג לנקודות אור שחיבורן מעלה עקרון כללי האומר: "זכות כללית לייצוג הולם לנשים בגופים ציבוריים" – זהו פיתוח המשפט – קביעת נורמה חדשה שלא הייתה קיימת בשיטת המשפט. אם יש לנו עיקרון כללי בשיטת המשפט, שר העבודה והרווחה, כאשר הוא בא להפעיל את סמכותו, עליו להעניק משקל נאות לייצוג ההולם.

בג"צ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל

העדפה מתקנת

בעניין זה נדונו מינויים של נציגים מטעם הממשלה במועצת מנהל מקרקעי ישראל. המינוי הוא של הממשלה בהמלצת השרים.

לא הוטלה עליהם חובה חקיקתית להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסיה הערבית בקרב חברי מועצת המנהל.

השאלה המשפטית הייתה – האם מוטלת על הממשלה והשרים חובה הלכתית להעניק משקל נאות לזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסיה הערבית מכח עיקרון השיוויון הכללי, בדרך שהוטלה הזכות לייצוג הולם לנשים בעניין שד"ל 2.

השופט זמיר פוסע בעקבות חשין בשד"ל 2 ובית המשפט ממשיך ומפתח את הזכות ההלכתית לייצוג הולם וקובע זכות כללית בשיטת המשפט – זכות לייצוג הולם לבני האוכלוסיה הערבית בגופים ציבוריים.

גם כאן לא הייתה הוראת חוק שמעניקה את הזכות. בית המשפט מפתח את המשפט כפי שפותח בשד"ל 2 וכפי שפותח קודם לכן בקול העם. (הכרזת העצמאות והחוקים – סעיף 18א(1) לחוק החברות הממשלתיות שמעניק את הזכות לבני האוכלוסיה הערבית וסעיף 15 לחוק המינויים – הזכות לייצוג הולם לבני האוכלוסיה הערבית בקרב עובדי המדינה).

שתי הוראות חוק אלה לא חלות על עובדי מנהלת מקרקעי ישראל, אבל כמו בשד"ל 2 וקול העם, העיקרון הכללי הוא שקובע. אין הוראת חוק שמטילה חובה ישירה על הממשלה והשרים להעניק ייצוג הולם לבני האוכלוסיה הערבית במועצת מנהל מקרקעי ישראל.

יחד עם זאת, ממכלול הנורמות (הכרזת העצמאות, החוקים) ניתן להסיק על קיומה של זכות כללית והיא הזכות לייצוג הולם בגופים ציבוריים לבני האוכלוסיה הערבית ואלו כוללים כמובן את מועצת מנהל מקרקעי ישראל.

סעיף 6' כלל רשימה של גופים ציבוריים בהם יש לתת ייצוג הולם לנשים. אבל לנשים יש זכות גם הלכתית רחבה יותר ועל כן לנשים יש כיום שתי זכויות – אחת הלכתית רחבה ואחת חוקית לפי סעיף 6'.

חופש הביטוי

בג"צ 399/85 כהנא נ' רשות השידור

רשות השידור מחליטה לא לפרסם את ההשקפות של כהנא. הנימוק – הסתה לגזענות. רשות השידור היא גוף שהוקם בחוק. כדי לפגוע בחופש הביטוי רשות השידור צריכה להצביע על הסמכה בחוק – איסור על חייב להפיץ את מצע מפלגתו. כהנא טוען – הראו לי הסמכה בחוק. בודקים את חוק רשות השידור:

השופט ברק:

מוצא הסמכה לרשות השידור לקדם את השאיפה לקדם חברה הבנויה על חירות, שיוויון וסובלנות. (פירש את הוראת החוק לאור חופש הביטוי) מצד אחד אפשר לומר שכל אלה נגד גזענות. מצד שני נאמר **שחירות היא חירות הביטוי וסובלנות היא גם סבלנות לדעות אחרות**. האם היא כוללת הסתה לגזענות. אם התשובה היא שלילית אזי לא נפגעה זכות יסוד של כהנא. ברק בודק האם הסתה לגזענות כלולה בחופש הביטוי. לכאורה, ניתן להוציא את ההסתה לגזענות מגדר חופש הביטוי. חופש הביטוי נועד לאפשר דמוקרטיה והגזענות פוגעת בדמוקרטיה. חופש הביטוי נועד לברר את האמת ואין אמת בהסתה לגזענות.

הסתה לגזענות כן כלולה בחופש הביטוי משום שתפיסה ראויה של בירור האמת היא שהדיעה הזו תתברר בתהליך בירור האמת ולא על ידי שלילתו של הביטוי מראש על ידי רשות שילטונית.

מעבר לכך, חושש ברק מהמדרון התלול. אם היום נאמר שחופש הביטוי לא כולל הסתה לגזענות, בעתיד נאמר שגם דברים אחרים הם לא חופש הביטוי (לשון הרע וכד').

לכן, חופש הביטוי כולל את ההסתה לגזענות ועברנו את שלב היקפה של הזכות.

כעת נותר לקבוע את היקף ההגנה המשפטית ע"י נוסחאות איזון.

השופט ברק מעמיד את ההתנגשות של חופש הביטוי נ' הסדר הציבורי במובנו הרחב שכולל דמוקרטיה, שלום הציבור, כבוד האדם, רגשות הציבור, מוסר, פגיעה ברגשות דת וכיוצא באלה עינינים.

במקרה הזה ברק מוצא עצמו עומד בפני התנגשות חדשה שלא נפסקה עדיין. חופש הביטוי כנגד הסדר הציבורי וקובע לה את מבחן הוודאות הקרובה שנקבעה בקול העם. קובע את אותה נוסחאת איזון בשל הדימיון בין שני המקרים ומאחר ובמקרה הזה רשת השידור לא העמידה את המבחן הזה לנגד עיניה ולא שקלה אם ביטוי מסוים עלול לפגוע בסדר הציבורי בדרגת וודאות קרובה, הרי ההחלטה הייתה גורפת.

השופט באך

מגיע לאותה מסקנה כמו ברק ורשות השידור צריכה לבדוק כל כתבה אבל לפסול רק כתבה שמהווה הסתה לגזענות. הסתה לגזענות מהווה פגיעה וודאית ברגשות ובכבוד האדם.

בג"צ 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר

גולן הוא אסיר שהורשע בעבירות רבות ורוצה להיות כתב בעיתון ולכתוב על חייו וטענותיו בכלא. השב"ס מתנגד – פגיעה בסדר הציבורי.

הבעיה המשפטית: חופש הביטוי, זכות הקניין (השכר עבור הכתבה) מול הסדר הציבורי. הרשות צריכה להראות הסמכה בחוק.

אסיר הוא אדם הזכאי לזכויות כמו כל אדם אחר. שירות בתי הסוהר שהיא רשות שלטונית היא זו שצריכה להצביע על הסמכה מפורשת בחוק. במקרה הזה, שב"ס מצליחה להצביע על הסמכה – לדאוג לסדר הציבורי.

צריך לקבוע את היקף שיקול הדעת של הרשות גם כאשר מוענקת סמכות לרשות שלטונית לפגוע בזכות היא צריכה להעניק משקל נאות לזכות הרלוונטית ע"י איזון.

שירות בתי הסוהר צריך להצביע על וודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי כתוצאה מכתבת הכתבה.

שב"ס טוען שאין לו משאבים, כלומר, זכויות אדם מול משאבים. לפני שפוגעים בזכות אדם צריך להקצות משאבים סבירים כדי למנוע את הפגיעה בסדר הציבורי – להגביל לדוגמא את מספר המילים (אחרי חוק יסוד) – זו דעת הרוב. חשן דווקא דואג לפגיעה בסדר הציבורי. לאור עברו והנושאים ומסכים עם דעת הרוב שיש לקבוע את מבחן הוודאות הקרובה אלא שבמקרה הזה הוא מתקיים.

בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות

הצגה בה נערכה השוואה בין חיילים נאצים לחיילים באינתיפדה. האם יש וודאות קרובה לפגיעה ברגשות הציבור בהעלאת המחזה? "כשלונה של יצירה זו הוא בחשיפתה ולא בדיכוייה" – לא תדע

אם זה שקר אם לא תוציא את זה החוצה.
ברק עושה הבחנה בין "קהל שבוי" ל"קהל בלתי שבוי".
הנגישות לאותא ממרח מגונה יכולה להשפיע על הנוסחה – אם יכרילו את כולם סביר שתהיה פגיעה ברגשות הציבור, אך זוהי הצגה שלא חובה ללכת לראות.

בג"צ 4804/97 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות

סרט של יוצר יפני ידוע – אימפריית החושים. יש שם סצינה של מיין אליס. היוצר טוען זו דרכו להתבטא (דורנר).

האם פורנוגרפיה נכללת בחופש הביטוי ? כן.
ערך נחות, נמוך ורע – אל לא זו השאלה. עדיין פעילות שמבקשת להעביר מסר.
חזרה לנוסחה - לא מתקיימת וודאות קרובה. זהו סרט (קהל שבוי לעומת קהל בלתי שבוי).
ברק אף אומר שעם כל הכבוד, לא יתכן שניקח סרט שם (יצירה שלמה) ונשקיף רק על חלק ממנו או נשמיט חלק ממנו.

הזכות להפגין

בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי

שלום עכשיו קיימה תהלוכה ואסיפה שלוו באלימות של מתנגדים לתוכנה הפוליטי של הפגנה ובסיומה נרצח אחד המפגינים (אמיל גרינצוויג) ברחבת משרד ראש הממשלה.

במלאות 30 לרצח, מבקשים לקיים תהלוכה ואסיפה באותו מסלול. מפקד המחוז מסרב בנימוק שאין ביכולתו להגן על המגינים ולכן מציע לקיים אסיפה בגן הוורדים מול משרד ראש הממשלה. ראשית, מדובר כאן בהתנגשות בין חופש הביטוי לשלום הציבור. החשש הוא שקהל עוין יפגע במפגינים. אולם, לפני שרשות רשאית לפגוע בזכות אדם – במקרה הזה, להפגין, היא חייבת לנקוט בכל האמצעים הסבירים העומדים לרשותה כדי למנוע את הפגיעה בסדר הציבורי.

סבירותם של האמצעים נקבעת לאור הכוחות שעומדים לרשות המשטרה, המאפיינים והציוד שלהם, גודל קהל המפגינים, הצופים. יש להתחשב גם בשאר מטלות שמוטלות על המשטרה – גם אותם צריכה למלא באופן סביר.

מהי אמת המידה שלאורה קובעים את סבירותם של אמצעים? ככל שמשקלה של הפגיעה כבד יותר, כך נדרש אינטרס בעל משקל כבד יותר כדי להצדיק את הפגיעה בזכות.

במקרה הזה מדובר בקהל עוין שרוצה לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי. לכן, במקרה הזה נדרש מפקד המחוז לנקוט באמצעים רבים יותר. גם כאשר מתקיים מבחן הוודאות הקרובה, אם מפקד המחוז יענה למלוא בקשות המפגינים, עדיין יש לנקוט באמצעים פחות דרסטיים מאשר שלילה מוחלטת של ההפגנה. אבל כאן, מאחר ומפקד המחוז לא הצליח להוכיח וודאות קרובה לפגיעה קשה בשלום הציבור – לא היה לו מידע קונקרטי שעלולה להתרחש פגיעה בסדר הציבורי (אמר שקרה ועלול לקרות שוב) ולכן דרישת המינימום לא מתקיימת ועל כן חייב לאשר את ההפגנה כמבוקש.

כאשר אין מבחן הוודאות הקרובה מתקיים, מפקד המחוז חייב לאשר את ההפגנה כמבוקש

מעמד הדת

בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים

רקדנית בטן שמגלה שהפסיקו להזמין אותה להופעות באולמות. היא מגלה שהרבנות בירושלים מתנה את הענקת תעודת הכשרות לאולם במניעת הופעותיהן של רקדניות בטן. הרבנות טוענת בגישה הילכתית – לא מוכנים לתת תעודת כשרות למקום שמתרחשות בו התנהגויות בניגוד להלכה. העותרת טוענת לחוסר סמכות של הרבנות. (סעיף 11 לחוק אוסר הונאה בכשרות – גישה צרכנית)

בג"צ מקבל את העתירה אבל בפועל מפסיקים להזמין אותה – בעלי האולמות הם ביחסים מתמשכים עם הרבנות ולא רוצים לפגוע בהם.

הרבנות טוענת לאי נאמנות – עיקרון אי הנאמנות הינו עיקרון הילכתי האומר כי מי שלא מקפיד על ההלכה בעניינים כמו במקרה הזה חשוד בעיני שהוא לא נאמן להקפיד על ענייני כשרות. אבל, אמנם עיקרון אי הנאמנות הוא בדין אבל צריך להוכיח שהוא פוגע בהגנת הצרכן (פרשנות תכליתית).

בג"צ 7203/00 מעדני אביב נ' הרבנות הראשית

חברה שמייצרת ומשווקת מוצרי בשר לא כשרים. הוד מעולה היא משחטה שמחזיקה בתעודת כשרות מכל הסוגים. את הבשר הלא כשר מוכרת הוד מעולה למעדני אביב (שבבעלות יהודית והבשר הלא כשר נמכר במחיר נמוך). בשלב מסוים, רבנות חדרה המעניקה את הכשרות להוד מעולה, מתנה את הענקת תעודת הכשרות למהדרין בתנאי שאת העופות הלא כשרים יש למכור למי שאינו יהודי.

סעיף 11 לחוק הונאה בכשרות קובע שהרבנות צריכה להתחשב בדיני כשרות בלבד.

מעדני אביב טוענים לחריגה מסמכות של הרבנות לפי אותו סעיף (11).

הרבנות טוענת שתי טענות בתשובה (כאשר בית המשפט דוחה את שתיהן):

1. אי נאמנות – יהודי שסוחר בבשר לא כשר, הוא לא נאמן על הכשרות. זהו דין הילכתי

המחייב בשיטת המשפט. את הדין מפרשים פרשנות תכליתית – לשם מה הוענקה הסמכות לרבנות – תכלית צרכנית. הרבנות צריכה להוכיח אי נאמנות שפוגעת בצרכן, והרבנות לא הוכיחה זאת.

כאשר לא מעניקים את תעודת הכשרות העסק נפגע הן מבחינת חופש העיסוק והן בכבודו. ככל שהפגיעה גדולה יותר, דרושות ראיות חזקות וברורות יותר. בעייתי גם באופן שתעודת כשרות רגילה כן ניתנה.

2. את תעודת הכשרות הרגילה אנו מעניקים במסגרת חוק איסור הונאה בכשרות. מי

שמבקש יותר, נדרש ליותר והתעודה של כשרות למהדרין היא מחוץ לחוק איסור הונאה בכשרות ולכן כל הלכות בג"צ לא חלות כאן – לא חל דין המדינה. הרבנות טוענת שיש כאן מאין תהליך וולנטרי, מקביל, שהרבנות נוקטת בו מחוץ לחוק הונאה בכשרות.

הרבנות לא יכולה לעשות כך – אין לה סמכות. הרבנות הוקמה בחוק ואין לה אלא מה שהחוק מולידה העניק לה.

הטיעון הזה נדחה אף הוא ובית המשפט מצווה על רבנות חדרה להשאיר את תעודת

הכשרות למהדרין להוד מעולה. הרבנות היא גוף שלטוני והיא חייבת לציית לחוק. הרבנות משאירה את תעודת הכשרות למהדרין להוד מעולה, אבל במקביל מודיעה לכל הרבנויות במדינה וכתוצאה מכך הפסיקו לקנות ממנה עוף. הוד מעולה מפסיקה למכור למעדני אביב.

מעדני אביב פונה שוב לבית המשפט, השופט חשין סוקר את השתלשלות העניין ואומר שנגלית לעיניו תופעה של שימוש בחוק הכנסת על ידי רשות שלטונית שלא לתכלית שלשמה הוענקה הסמכות. הרבנות טוענת לזכות הציבור לדעת. חשין ממליץ על שתי אפשרויות:

האחת – לבטל את מיסוד הדת. לבטל את חוק הונאה בכשרות והתרכך תמיד יהיה מוגן בעזרת חוק הגנת הצרכן.

השנייה – לפתוח בהליך מנהלי כנגד המעורבים בדבר. קנסו את הרבנות. השאלה המתעוררת היא מה יש לעשות כיום?

הבחירות לכנסת: פסילת רשימות ומפלגות

ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-12 (2)

שוב כהנא על הפרק כאשר וועדת הבחירות טוענת שהוא גזען.

השופט **שמגר**:

סמכות יש. אך מהו המדד לגזענות? יש לקבוע מבחנים הסתברותיים: בוודאות קרובה או באפשרות סבירה.

שמגר אומר שלא כתוב וודאות קרובה או אפשרות סבירה בחוק ולא מוכן להחיל מבחנים הסתברותיים. נצמד למלץ ולא מחיל מבחן הסתברותי אלא קובעים מבחנים אחרים. מוכן לתת **עיקרים מנחים** (שהם למעשה הפיצוי למבחנים ההסתברותיים):

1. מטרתה או מעשיה של המפלגה כוללים את אחת מן העילות.
2. המטרה האמורה היא בגדר **יעד מרכזי ושליט** של הרשימה ולא נושא טפל ושולי (**מצמצם את הפתח**).
3. הרשימה **פועלת** למען מימוש מטרתה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמה (**מצמצם עוד יותר**).
4. ההתמודדות בבחירות היא האמצעי למימוש המטרה או להגדרת המעשה.
5. היסודות השליליים (העילות) באים לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתם.
6. **הראיות** להתקיימותם של כל אלה צריך שיהיו משכנעות, ברורות וחד משמעיות.
7. תמיד יש להעדיף אישור על פני פסילה.

ברק אומר שהמבחנים מאוד קרובים לוודאות קרובה.

שמגר אומר שיש ראיות חד משמעיות שכהנא גזען וזו האגינדה שלו, ומאשר את הפסילה.

ע"ב 2/88 בן שלום נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-12

ערעור זה נסב על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, אשר החליטה בישיבתה מיום 6.10.88, ברוב דעות, לדחות את הבקשות שלא לאשר את השתתפותה בבחירות של המשיבה השנייה.

הערעור שלפנינו, וכך גם הבקשה לוועדת הבחירות שקדמה להחלטת הוועדה האמורה, התבססו על הוראותיו של סעיף 7א(1) לחוק-יסוד: הכנסת, היינו על הטענה לפיה מנועה המשיבה השנייה מלהשתתף בבחירות, מן הטעם שיש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.

בית המשפט שמע את טיעוניהם הנרחבים של באי הכוח המלומדים של בעלי הדין ונתן דעתו לחומר הראיות בכתב שהוגש לו.

המבחנים המשפטיים, אשר שימשו בית-משפט זה עת בדק את הראיות הנ"ל ובחן את טיעוניהם של בעלי הדין, היו בעיקרם אלה אשר עוצבו על-ידינו במפורט בפסק-דיננו בע"ב 1/88 (ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (177) 4).).

מסקנתנו היא, כי יש בחלק מן החומר כדי לתמוך בטענות המערערים.

אליבא דכולנו יש לאמץ, בכל הנוגע לפסילתה של רשימה, מבחנים דווקניים ומחמירים, אשר לאורם תופעל הסמכות לפי סעיף 7א רק במקרים הקיצוניים ביותר. כאמור בע"ב 1/88

הנ"ל יש ליישם את הוראותיו של סעיף 7א תוך אימוץ גישה המביאה בחשבון את המשקל הרב המיוחס, בהתאם לתפיסותינו, לחירויות היסוד. מכאן גם, כי הראיות להתקיימותן של הנסיבות הנדונות בסעיף 7א(1) צריכות להיות משכנעות, ברורות וחד-משמעיות.

ביישמו מבחנים אלו החליט הרוב, שלא בלי היסוס, לדחות את הערעור.

דעת המיעוט של כבוד המשנה לנשיא (כבוד השופט אלון) וכבוד השופט ד' לוי, היא, כי לאור מכלול הראיות המפורשות והמשתמעות ולפי המשמעות של סעיף 7א(1) לחוק אין מנוס מלקבל את הערעור ולהחליט, כי המשיבה השנייה מנועה מלהשתתף בבחירות לכנסת.

הוחלט על-פי דעת הרוב.

ע"ב 2858/92 מובשיץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-13

כיצד נזהה בפועל מפלגה אשר מטרותיה שוללות את סעיף 7(א):

בית המשפט אומר שהוא יודע שמפלגות ירצו להסוות את המטרות, לכן לא ניתן למפלגה להסתתר מאחורי מצע תמים כביכול. אנו נתור ונחפש עד רמת הכרוז וחוג הבית ולא נרפה.

רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות

רע"א 2316/96 אייזקסון נ' רשם המפלגות

פס"ד יאסין/אייזקסון – דעת רב (לא הלכה) דורנר, חשין וזמיר – סבורים שאין הבדל בין הסמכויות – סמכויות שתיהן מוגבלות – רק במקרים נדירים נפסול רשימה (זה דקה וזה דקה =סמכות מצומצמת)

אולם שני שופטים אחרים ברק וצבי טל: ברק בפס"ד יאסין וטל בפס"ד אייזקסון מסכים איתו והם סבורים שלרשם המפלגות סמכות דקיקה לפסילת רשימות, כלומר, לרשם המפלגות סמכות פחותה לפסילת רשימות.

מחסום נוסף הוא ועדת הבחירות. אם רשם המפלגות יטעה ויפסול מפלגה "כשרה" לא תוכל להגן על עצמה בוועדת הבחירות.

צבי טל – כיצד בוחרים פרשנות של פגיעה בזכות ?

נבדוק כמה זכויות נפגעות – ככל שיותר זכויות נפגעות נצמצם את סמכות הפסילה.

הזכויות הנפגעות הן הזכות להיבחר והחופש להתאגדות.

ברשם החברות: אם פוגעים בחופש התאגדות פוגעים גם בזכות להיבחר (פוגעים בשתי זכויות).

בוועדת הבחירות: פוגעים רק בזכות להיבחר (פגיעה רק בזכות אחת)

רע"א 6709/98 היועמ"ש נגד רשימת מולדת, גשר צומת לרשויות המקומיות

דעת/עמדת היחיד במפלגה

מה קורה כאשר אדם טוען דברים גזעניים או כנגד המדינה ?

(גם אם זה היה לדוגמא בחוג בית, אין הוא יכול להתחבא מאחורי זה)

רשימות גשר, צומת ומולדת התאחדו על מנת לרוץ לבחירות למועצה העיר נצרת עילית (בראשות הרטמן).

הרטמן הוצב בראש הרשימה והוא "הבעייתי" מאחר ובמס' הזדמנויות הביע דעות גזעניות. האם העמדה של הרטמן, בגללו צריך לפסול את כל הרשימה ?

ברק – ברור שלא נפסול בהכרח כאשר חבר רשימה בודד מתבטא בניגוד לעילות הקבועות בחוק. לאור חשיבות הזכות, נותן מספר קרטיריונים על מנת לבחון אימתי דעת היחיד משקפת את דעת הרשימה כולה או במקרה ובו דעת היחיד לא משקפת את דעת הרשימה כולה.

(צריך לעמוד במבחנים של ניימן 2 – העיקרים המנחים של שמגר ומלץ)

כיום יש אפשרות לפסול מועמד בודד.

המבחנים המנחים לשאלה אימתי נזהה את דעת היחיד עם דעת המפלגה כולה (הקביעה היא לפי משקל רוב המבחנים):

1. יש לבדוק את מעמד החבר ברשימה (בכיר או זוטר).
2. האם מדובר בהתבטאות חד פעמית או בביטויים חוזרים ונשנים ?
3. כמה מחברי הרשימה שותפים לאותה דיעה ?
4. תגובת שאר חברי המפלגה לדברי היחיד.
5. כמה אנשים חברים באותה רשימה ?
6. האם זו רשימה ותיקה או חדשה ?

ברק מחליט שרוב הקרטיריונים מתקיימים – הרטמן הוא ראש המפלגה ואף אחד לא התנגד, ועל כן מחליט לפסול את הרשימה.

ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת

בג"צ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת

יו"ר הכנסת דוחה במספר שעות את הדיון בהצעת אי אמון בממשלה. ליו"ר הכנסת יש סמכות פונקציונלית לדחות את הישיבה. הקבועה בסעיף 27(ג) לתקנון הכנסת, שקובע- "יו"ר הכנסת רשאי לשנות את זמניה של ישיבה".

שריד טוען שיו"ר הכנסת, מהקואליציה, מעכב את ההצבעה עד שיהיה רוב לקואליציה. היו"ר טוען בתגובה שהאזכרה לבן גוריון תסתיים וכולם יגיעו – שיקולים ענייניים. השופט ברק בודק תחילה את שפיטות הסוגיה – יש לו שיקולים לכאן ולכאן ולכן עושה איזון. **לאור האיזון בית המשפט קובע לראשונה מבחן להתערבותו בהחלטות הכנסת ובסדרי עבודתה של הכנסת. המבחן הוא : בית המשפט יתערב רק כאשר קיימת פגיעה ניכרת ביסודות המבנה של משרנו החוקתי או במרקם החיים הפרלמנטרים.** מהי אמת המידה בה יקבע בית המשפט פגיעה כזו ? לפי מומחיות המשפטן.

לאור המבחן הזה, איחור של שעות מספר בקביעת הצבעת אי אמון לא נכנסת למבחן הזה, זוהי פגיעה קלת ערך.

אנו נמצאים במשטר פרלמנטרי, בו הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת. דחייה במספר שעות לא משנה את יסודות המבנה של המשטר הזה. לעומת זאת, דחייה ניכרת או שלילה לחלוטין של האפשרות להגיש הצעת אי אמון, כן פוגעת.

המשמעות היא שבית המשפט לא יתערב בהחלטות הכנסת למרות ההנחה שמדובר בהחלטות בלתי חוקיות של הכנסת וההחלטה הזו מחוסנת בפני ביקורת שיפוטית. לכן, משמעות הדבר, המשמעות המעשית, שההחלטה תקפה למרות אי חוקיותה.

צריך לעשות אבחנה בין 3 שאלות – ראוי, חוקי והאם בית המשפט צריך להתערב ? קובע חידוש הילכתי אך לא מתערב (בדומה לבנק המזרחי – המהפיכה החוקתית).

סעיף 52(ב) לחוק יסוד: הממשלה "הממשלה וועדת הכנסת" – "הכנסת רשאית לפי דרישה של 40 מחברייה לקיים דיון בהשתתפות ראש הממשלה בנושא שיחלט עליו... (ב) פרטים לעניין ביצוע סעיף זה יכול שיקבעו בחוק או בתקנון הכנסת".

תקנון הכנסת

סעיף 49(א) קובע: "נוהל בדיון בהשתתפות רה"מ: הוגשה דרישה לקיים דיון בהשתתפות רה"מ, תקיים הכנסת את הדיון בתוך 21 יום מקבלת הדרישה וימי הפגרה לא יבואו במניין תקופה זו". בהנחה שהתאריך שנקבע לא יהיה תוך 21 יום, מה תהיה החלטת בג"צ ? יו"ר הכנסת פסל שלא כדין. האם בית המשפט יתערב ?

בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת (1)

נשיאות הכנסת, שהיא גוף שכולל את יו"ר הכנסת והסגנים, מסרבת להניח הצעות חוק של כהנא. הנימוק: הצעות החוק מהוות הסתה לגזענות. כהנא פונה לבג"צ וטוען שאין סמכות להתערב בתוכן הצעת חוק של ח"כ שתוכנה תואם את המצע של הרשימה שלו. (הבעיה: נשיאות הכנסת היא גוף מנהלי של הקואליציה ויכולה לדחות הצעות חוק של האופוזיציה).

השופט ברק הולך לחוק – לתקנון הכנסת. סעיף 134(ב) לתקנון עוסק בהנחת הצעת חוק פרטית ושם נקבע: "נשיאות הכנסת אחרי שאישרו את ההצעה, יניחוה על שולחן הכנסת". צריך לקרוא זאת עם שאר ההוראות הרלוונטיות, כמו סעיף 113(ב) שעוסק בהצעת חוק מטעם הממשלה – "יו"ר הכנסת יניח" (לשון חובה).

השופט ברק אומר שאם הוא עושה השוואה לגבי לשון החובה להצעת חוק מטעם הממשלה לבין לשון שיקול הדעת אחרי שאישרו את ההצעה בסעיף שעוסק בהצעת חוק פרטית, הוא מגיע למסקנה שיש סמכות לנשיאות הכנסת לא להניח הצעת חוק פרטית. אבל סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. כעת השופט ברק בודק את היקף שיקול הדעת של הנשיאות שנקבע לאור התכלית שלשמה הוענקה הסמכות. התכלית היא, אומר ברק, לחייב אין מנגנון בקרה וסינון של הצעת חוק, לכן, היא רשאית לבדוק עניינים שבצורה, אולם נשיאות הכנסת לא רשאית למנוע מחבר כנסת שנבחר על רקע מצע מסוים, להגיש הצעות חוק שנועדו להגשים את מצע רשימתו.

בבסיס ההחלטה של ברק עומדת תפישה, והיא, שאין להכיר בשיקול דעת ולצנזר תוכן של הצעת חוק. השופט ברק חושש מהמדרון התלול. אם אני מאפשר התערבות בתוכן הצעות חוק גזעניות, החשש הוא שמחר נשיאות הכנסת תצנזר הצעות חוק אחרות בגין תוכן ואז אני בעיצומו של מידרון תלול ללא אפשרות לעצור. לכן אעדיף לשלם מחיר מסוים כאן, מאשר מחיר כבד יותר

מאוחר יותר. כיום יש את סעיף 7(א) שלא מאפשר בחירה של ח"כ עקב מצע גזעני. בג"צ קובע- אונו מצהירים כי המשיבים אינם רשאים שלא להניח את הצעות החוק על שולחן הכנסת.

לא נתנו צו אופרטיבי שמחייב את נשיאות הכנסת לעשות מעשה או להמנע מלעשות מעשה. בג"צ נתן צו נורמטיבי שמפרש את סמכותה של הרשות. לעניין ביזיון בית המשפט, אי אפשר לומר על מישהו שביזה את בית המשפט אלא אם כן אינו עושה משהו שבית המשפט מצווה עליו. הציבור יכול להחליט ולהגיב על המעשה לפי הבנתו ולאור הצהרתו של בית המשפט.

כאשר בית המשפט מתבקש לערוך בקורת שיפוטית על החלטות הכנסת עומדות בפניו 3 אפשרויות:

1. לא להתערב – הנושא לא שפיט – חוסר שפוטות מוסדית (מבחן שריד) – אין פגיעה ניכרת במשטר החוקתי.
2. יש פגיעה ניכרת, לדון בשאלה ולתת צו אופרטיבי לביצוע.
3. לדון ולתת צו הצהרתי.

כתוצאה, הכנסת משנה את התקנון ומוסיפה את סעיף 134(ג):
 "יו"ר הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא לדעתם גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

האם מוסמכת הכנסת לעשות את מה שעשתה בסעיף 134(ג).
 מה הבעיה? צריכה להצביע על הסמכה – סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת – מוסמכת לקבוע את סדרי עבודתה. אם היא לא מוסמכת, אין לכך תוקף.

בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת (2)

תוקף את תוקפו של התקנון בסעיף 134(ג).
 בית המשפט קובע לראשונה מבחן לביקורת שיפוטית על תוקפו של התקנון – לא מתערב. כהנא טוען שמדובר בהגבלת זכויותיו היסודיות של ח"כ – אני מחוקק ולא מאפשרים לי לחוקק. הטענה שלו היא שהכנסת אינה מוסמכת לקבוע בתקנון סמכות לנשיאות להתערב בתוכן הצעת חוק.

הכנסת מוסמכת לקבוע בתקנון עניינים שבפרוצדורה – כך נקבע מפורשות בסעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת. הכנסת תקבע את סדרי עבודתה וזו חריגה מסמכות.

השופט שמגר

התקנון או תיקון תיקון התקנון היא פעולה מעין תחיקתית, יש לה מאפיינים שך תחיקה. תקון התקנון מתקבל על ידי מליאת הכנסת, לאחר החלטה של ועדת הכנסת ולכן אתערב רק במקרים קיצוניים כאשר נופל בתקנון "פגם מהותי היורד לשורש עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי ושל תפיסתנו הדמוקרטיות". (כפי שנעשה ב: קול העם – תפקיד פרשני לעקרונות היסוד – זוסמן: עקרונות מעל לחוק ולחוקה, מיטראל)

המקרה הזה לא נכנס למבחן הזה – ייזום חקיקה ע"י חקיקה, כמו כל תהליך החקיקה, הוא חלק מסדרי העבודה של הכנסת. התקנון הוא שיוצר את זכותו של ח"כ יחיד לזום חקיקה.

מה הקושי? הקושי הוא שזו לא הבעיה שמתעוררת כאן. יזום הצעת חוק על ידי ח"כ יחיד. לא מדובר כאן בשאלה דיונית – שמגר לא עונה לו. לא נובע מההנמקה שאפשר להתערב בתוכן הצעת החוק.

ברק – אני מסכים.

כיצד ההסכמה של ברק מתיישבת עם התפישה שלו שבאה לידי ביטוי בכהנא I, שאין לצנזר תוכן של הצעת חוק?

לאור התפישה הזו, האם אין לומר, שלאור פרשנותה הראויה של הוראת סעיף 19 לחוק: יסוד הכנסת, התקנון לא יכול להסמיך פסילת הצעת חוק בגין תוכנה?

בג"צ 975/89 נמרוזי נ' יו"ר הכנסת

בית המשפט קובע לראשונה מבחן לבטלותו של חוק שנפל בו פגם בהליך חקיקתו. העותרות טוענות שחוק מסוים לא תקף משום שועדת הכספים לא נתנה להם כנפגעים היחידים של אחת מהוראותיו להופיע ולטעון טענותיהן לפניו.

הטיעון הוא – אם הדיון בועדת הכספים בטל, הרי שהחוק בטל, משום שלא קיים אחד ההליכים ההכרחיים לקיומה של הצעת החוק.

השופט ברק

אם לא מתקיים אחד מההליכי החקיקה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך,

החוק בטל גם אם פורסם ברשומות. במקרה הזה, אומר ברק לנמרודי – שמעו אתכם – שמיעה מוסדית – הכנסת מייצגת את הציבור – שומעים אותו באמצעות נציגים בכנסת.

התוצאה של פס"ד:

1. יש חוסר ודאות לגבי תוקפה של החקיקה הראשית של הכנסת.
2. מעמיד מעמד חוקתי דתקנון, שם נקבעים תהליכי החקיקה. אני יכול לבטל חוק שהתקבל לא בהתאם לתקנון.
3. ההחלטה הזו משמעותה החלת הכללים המנהליים, הצדק הטבעי, על הכנסת – גם על הרשות המכוננת – כיצד מתקבל חוק יסוד ? באותו הליך אבל זו ביקורת שיפוטית על הכנסת כרשות מכוננת.
4. נניח שהכנסת (נשיאות הכנסת) מניחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שמהווה הסתה לגזענות. האם אפשר לטעון לפגם היורד לשורה ההליך ? כן!

הממשלה

בג"צ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל

מדובר בחריגה של שר מנורמות ראויות של מנהל תקין, אבל שלא הגיעו עד כדי הגשת כתב אישום. מעשים שנעשו ע"י שר המשפטים הנגבי, בהליך מינויו של בר-און ליועץ המשפטי לממשלה. לא הצליחו להוכיח כדי הגשת כתב האישום ומה שעמד על הפרק הוא התנהגות לא ראויה.

השאלה: האם גם בנסיבות כאלה חייב ראה"מ להעביר שר מתפקידו. השופט זמיר: רבב שדבק בשר אינו מספיק כדי שראה"מ יהיה חייב משפטית להעביר את השר מכהונתו. למעשה, אומר ביה"מ שכל החלטה של ראה"מ נמצאת במתחם הסבירות – הן החלטה להעבירו ואין ההחלטה שלא להעבירו. ביה"מ לא יתערב. בג"צ בודק האם המעשה הוא חוקי או לא, ולא האם ראוי להעבירו מתפקידו. במקרה הזה שתי ההחלטות חוקיות.

המבחן להעברת שר מכהונתו הוא מבחן תוצאתי – האם כתוצאה מהמשך כהונתו של השר יפגע אמון הציבור במערכות השלטון.

יכולות להיות נסיבות שגם התנהגות שאינה מהווה עבירה כלל תחייב את ראה"מ להעבירו מכהונתו.

סיכום:

1. ישנה סמכות שברשות. צריך לקבוע את היקף שיקול הדעת של ראה"מ, את מתחם הסבירות. היקף שיקול הדעת נקבע לאור האיזון בין העניינים הרלוונטיים.
2. השיקולים הפוליטיים הם שיקולים ענייניים למי שנושא תפקיד פוליטי. אך יש לאזן את השיקולים הללו עם שאר השיקולים הרלוונטיים. במקרה זה, השיקול החוקתי בדבר אמון הציבור במערכות השלטון. המבחן הוא תוצאתי. שיקול נוסף הוא עיקרון הדמוקרטיה הייצוגית, שמשמעותו: השאיפה לאפשר לציבור לבחור את נציגיו. ברקע נמצא תמיד השיקול בדבר תפקידו של ביה"מ במדינה דמוקרטית.
3. האיזון קובע נורמה ציבורית ראויה שלא נקבעה עד כה: שר לא יוכל להמשיך בתפקידו אם הוא מואשם בעבירות חמורות.

הסבירות:

בסוף שנות ה-70 ביה"מ קובע לראשונה את עילת הסבירות כעילה עצמאית. במסגרתה ביה"מ בודק את האיזון הפנימי שעשתה הרשות בין השיקולים הרלוונטיים. מסוף שנות ה-70 התרחשה מהפיכה מנהלית בפסיקה הישראלית. עד אז מהפיכה חוקתית. מסוף שנות ה-70 מהפיכה מנהלית המתבטאת בהתפתחות משולבת בפסיקה בשלושה מישורים בו זמנית:

1. זכות העמידה
2. שפיטות
3. סבירות

זכות העמידה: כיום ביה"מ רואה את תפקידו כמי שדואג לשלטון החוק, ולא רק להגן על הפרט מפני פגיעה שלטונית בלתי חוקית. ביה"מ הגמיש את זכות העמידה, והיום כל אחד יכול לעתור לביה"מ, גם עותר ציבורי, כמו התנועה למען איכות השלטון. ביה"מ הגמיש גם את השפיטות. וכיום, הכל שפיט נורמטיבית, כולל היחסים בין רשויות השלטון. למשל, העברת שר מכהונתו. אך צריך עילה משפטית לבטל החלטה של הרשות, והעילה היא סבירות. ביה"מ בודק האם איזנה הרשות באופן ראוי בין השיקולים הענייניים שהיתה צריכה לשקול. למעשה, זו עילה שאפשר לתבוע כל החלטה של רשות שלטונית.

בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' מדינת ישראל

עובדות: לכנסת הוגש כתב אישום נגד שר כדי להסיר את חסינותו (דרעי). בכתב האישום הוא מואשם בעבירות חמורות. זהו שלב בו היועץ המשפטי בא לכנסת ואומר שיש לו ראיות לכאורה על עבירות חמורה

השאלה: האם סמכות הרשות של ראה"מ הופכת בנסיבות העניין לסמכות שבחובה? **ראה"מ טען:** פעלתי כראש-ממשלה סביר. מצד אחד שקלתי את השיקולים הפוליטיים – יציבות הממשלה. מצד שני גרמתי לפיטורי השר בשלב שבו יוגש כתב האישום לביה"מ, משום שהשר

הפקיד מכתב בידי ראה"מ בו הוא מודיע שישהה עצמו ברגע שכתב האישום יוגש לביה"מ. פסיקה: ראה"מ חייב להעביר את השר מכהונתו עכשיו. וזאת משום שלא ערכת איזון ראוי בין עצם הגשת כתב האישום לכנסת לבין השיקולים הפוליטיים שהם כשלעצמם ענייניים. לא הענקת משקל ראוי לעצם הגשת כתב האישום לכנסת, משום שקיים חשש לפגיעה באמון הציבור במערכות השלטון אם אותו שר ימשיך לכהן. השיקול החוקתי הרלוונטי הוא אמון הציבור במערכות השלטון.

לסיכום: ביה"מ עושה כאן שימוש בטכניקה של איזון כדי לקבוע נורמה ציבורית ראויה שלא נקבעה: שר שמואשם בעבירות חמורות אינו יכול להמשיך ולכהן. כאשר היועמ"ש שם את כובד משקלו המקצועי ואומר שיש לו ראיות לכאורה להרשעה בעבירות חמורות, אזי, לבעל הסמכות להעביר את השר מכהונתו, הופכת הסמכות מסמכות שברשות לסמכות שבחובה. מי שלא נוהג כך נוהג בחוסר סבירות קיצונית. האיזון כאן יוצק תוכן לסבירות. יש כאן שימוש בעילת הסבירות כדי לקבוע נורמה ראויה. למעשה, ביה"מ נכנס כאן לחלל שהמערכת הפוליטית השאירה.

המחלוקת שהתעוררה כתוצאה מכך:

יש הטוענים בעד ביה"מ הנלחם בשחיתות המערכת הפוליטית, קובע נורמות שמטעמים של אילוצים פוליטיים המערכת הפוליטית לא תקבע. טיעוני הנגד הם קונסטיטוציוניים – האם בכל פעם שיש כשל אזי אוטומטית ביה"מ לוקח את התפקיד הזה.

נשיא המדינה

בג"צ 86/428 ברזילי נ' ממשלת ישראל

עוסק בפרשנות שיש לתת לסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא מדינה: האם לאור פרשנות הסעיף הנ"ל מוסמך הנשיא לחון עבריינים טרם הורשעו בדין? עלתה השאלה מהו עברייני?

דעת הרב של שמגר ובן-פורת: הנשיא מוסמך לחון טרם הרשעה. מאידך דעת המיעוט של השופט ברק גרסה כי אין לנשיא סמכות לחון עבריינים טרם הרשעתם אלא רק לאחר שהורשעו בדין. רק לאחר שכל הרשויות סיימו את עבודתן.

דעת הרב של שמגר ובן-פורת: (ההלכה כיום)

מעשה של חנינה של עברייני בטרם הרשעה היא צעד קיצוני ונדיר. אבל שני השופטים סבורים שזהו המקרה הקיצוני – בן פורת מדברת על איזון בין סמכותו השיורית (השיורית=זרביית=האחרונה בתור, אחרי שכולם ביצעו ואף אחד אחר לא יכול לעשות דבר) של הנשיא לחון לבין אינטרס חיוני אחר – במקרה הזה הרשעת אנשי שב"כ, יכול לגרום לתסיסה ופגיעה בביטחון המדינה. במקרה הזה – ההחלטה עוברת.

שמגר אומר שלדעתו עברייני אפשר לפרש אחד שהורשע וגם פשוטו של מקרה – מי שנחשד בביצוע עבירה.

דעת המיעוט של השופט ברק:

אנו עוסקים כאן בחוק יסוד: נשיא המדינה. את חוקי היסוד מפרשים תוך כדי מבט רחב. מבט ריב של ברק: ראייה כוללת של כל שיטת המשפט בישראל – "רק דרך הבנת מבנה רשויות השלטון בישראל נבין מה יש לנשיא ביד ומה אין – אילו סמכויות מוקנות לנשיא ואילו לא". אנו לא משטר נשיאותי ולכן לא נוכל לפרש את סמכותו כמתפרש על שאר הרשויות. ברק מונה את הטעמים מדוע לא:

1. עיקרון הפרדת הרשויות – בשיטת המשטר החוקתית הקיימת בישראל אין זה ראוי כי סמכות החנינה של הנשיא תתפרש ותחדור לכל אחת מהרשויות האמונות על בירור ההליך הפלילי (משטרה, פרקליטות ובית המשפט).
2. טעם פרקטי – לכל שאר הרשויות יש כלים לבחינת העובדות ולבירור האמת. אלו כלים שאין בידי הנשיא.
3. לאור המבנה החוקתי הקיים בישראל, הנשיא הוא מעין רשות נוספת-טיקסית, סימלית שעומדת בצידן של שלושת הרשויות ולא מעליהן. על ידי זה אני מפרש שסמכותו לא יכולה להשתרע עליהן.
4. נפגע שלטון החוק – כולם שווים בפני החוק. כאשר חוקרים את האחד ולא את השווה לו, נפגם עיקרון שלטון החוק.
5. כאשר מעניקים לאחד את האפשרות לפרוש את הגנתו במשפט ולהוכיח את חפותו ולשני לא.

חסינות חברי הכנסת

בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת

מיעארי הוא ח"כ והשתתף בכנס לכר אחד מאנשי אש"ף. נשא נאום הזדהות עם דרכו (טוען לחסינות עניינית). הכנסת מחליטה להסיר את החסינות הדיונית לפי סעיפים 2,3 ו 9 שהם החסינות בפני חיפוש, מעצר וחופש התנועה. השופטים שמגר וברק מגיעים למסקנה שאין להסיר את החסינות של מיעארי, אבל כל אחד מגיע לכך בדרך שונה.

השופט ברק אומר שמדובר כאן בחסינות דיונית - צריך לאזן בין תכלית החסינות הדיונית לבין התכלית שבשוויון בפני החוק ושלטון החוק. לאור האיזון הזה, מגדיר השופט ברק את היקף שיקול הדעת של הכנסת - הכנסת רשאית להסיר את חסינותו הדיונית של ח"כ רק כאשר הי חוששת על רקע התנהגותו של ח"כ בעבר שקיים סיכון שבעתיד הוא יבצע פעולה אסורה. לכן, לפי זה, ניתן לטול את חסינותו של ח"כ בפני חיפוש ומעצר גם בגין מעשה שעשה במילוי תפקידו. מדוע לעצור ולחפש אם אי אפשר להגיש כתב אישום? שתי סיבות:

1. יכול לסייע בהאשמתם של אנשים אחרים, להם אין חסינות.
2. כדי למנוע ביצוע עבירה בעתיד גם של ח"כ.

במקרה הזה, אומר ברק, לא הייתה הכנסת מוסמכת להסיר את החסינות מאחר ולמעשה היא ביקשה להטיל סנקציה על העותר בגין התנהגותו בעבר ולא בשל חשש להתנהגות אסורה בעתיד. השופט שמגר רואה את העניין כחסינות עניינית ונוגעת לחופש הביטוי הפוליטי (הגרעין הקשה של הפעילות של ח"כ) ונותן לחסינות היקף רחב יותר - יש כאן ביטוי פוליטי, אמנם מחוץ לכנסת, אך נכנס לגדר מילוי תפקידו ועל כן הוא חסין בפני כל פעולה משפטית הכוללת גם הסרת החסינות הדיונית ועל כן לא ניתן להסיר את חסינותו הדיונית.

העתירה של מיעארי מתקבלת ברב של 3 שופטים (שמגר, ברק ולוין) כאשר מנגד ניצבים בן פורת ואלון.

השופט אלון אומר - מאחר והכנסת קיבלה את החלטתה במסגרת סמכותה הפונקציונלית, אחרת לא ירחק היום ובית המשפט יבדוק את המניעים של המחוקק כאשר הוא מחוקק חוקים.

בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל

היקפה של החסינות העניינית

מהו המבחן לאורו נקבע את היקפה של החסינות העניינית?

מדובר על הגשת כתב אישום בגין רישום כוזב, קשר עם אחרים לרישום כוזב, ניסיון לקבלת דבר במרמה וכו'. פנחסי היה נציג ש"ס והיה צריך לרשום להיכן הולכים הכספים. מאחר ולא היה יכול היה לשלם ישירות למתנדבים (תורתם אומנותם) הוא זייף את הספרים. הוא טען שזה היה במסגרת מילוי תפקידו. בית המשפט אומר שהחסינות העניינית לא נועדה להגן על שחיתות. המבחן שנקבע יוצר מחלוקת בין השופטים:

השופט ברק - הנחת היסוד שלו היא שתפקידו של ח"כ הוא לבצע פעולות מותרות בלבד. תכליתה של החסינות העניינית הי לעודד אותו לבצע את הפעולות המותרות הללו ללא מורא וללא חשש. אבל, כדי לאפשר לח"כ לבצע את הפעולות המותרות ללא חשש, אנו מעניקים לו חסינות לגבי מעשים אסורים שנמצאים ב"מתחם הסיכון הטבעי". ברק אומר למעשה, הפעולות המותרות שדברנו עליהן יוצרות מטבען אפשרויות גלישה למעשים אסורים - "התאוצה של התפקיד יוצרת סיכון שהוא טבעי לתפקיד - המבחן הוא מבחן ספונטניות - רק מעשה שנעשה בספונטניות נכנס לחסינות" - זהו צמצום - לא חלה על כל העבירות שדורשות כוונה.

השופטים האחרים, גולדברג ושמגר, דוחים את מבחן הספונטניות וקובעים מבחנים דומים: השופט גולדברג דורש זיקה ישירה בין המעשה למילוי התפקיד. זה עדיין לא ברור ומגייס מבחן עזר - סבירות. יש צורך בקשר סביר בין המעשה למילוי התפקיד.

השופט שמגר קובע מבחן דומה - שיקה הגיונית, פעילות שהיא חלק אינטגרלי מהפעילות הלגיטימית ועניין נגשר או משנה לה.

על כן במקרה הזה של פנחסי, כולם סברו שהמעשה לא נכנס להגדרה הזו.

הסכמים קואליציוניים

בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה

תקפותו של ההסכם הפוליטי שנערך בין הליכוד ובין הסיעה לקידום הרעיון הציוני העתירה נדחתה

א. עניינה של העתירה, הסכם פוליטי שנערך בין סיעת הליכוד ובין הסיעה לקידום הרעיון הציוני (להלן: הסיעה), לקראת הרכבת הממשלה. בהסכם נאמר כי שני הצדדים יפעלו להקמת ממשלה בראשות מר יצחק שמיר, כי שתי הסיעות יופיעו יחדיו ברשימה לכנסת הבאה וחברי הסיעה יופיעו באותם מקומות ברשימה שבהם הם מוצבים כיום, כי יצחק מודעי יכהן כשר האוצר, כי ראש הממשלה לא יפעל על פי סמכותו בחוק יסור הממשלה בדבר העברת שר משרי הסיעה, כי לליכוד לא תהיינה כל תביעות כספיות מהסיעה, וכן מונה בורר שיפסוק בכל חילוקי הדעות שיתגלעו בין הצדדים להסכם. העותר, חבר מרכז הליכוד, טען בעתירתו כי ההסכם פסול, בלתי חוקי, ונוגד את תקנת הציבור ולכן אין לו תוקף. העתירה נדחתה באשר לכל סעיפי ההסכם פרט לסעיף שעניינו ויתור על חוב כספי.

ב. פסה"ד המשתרע על 184 עמודים דן בהרחבה רבה, בשני פס"ד מקיפים של מ"מ הנשיא אלון והשופט ברק, במכלול נושאים הקשורים במשטר הפוליטי, בתקפותו של ההסכם הפוליטי, במרחב ההתערבות של בג"צ בנושאים האמורים, ענייני שפוטות, החלת דיני המשפט העברי ועקרונות מורשת ישראל לפי חוק יסודות המשפט, חובת הגילוי של ההסכם הפוליטי, סבירות תנאיו של ההסכם, עקרון תקנת הציבור כנורמה משפטית, מינויים פוליטיים וכיוצא באלה נושאים. בשורה של נושאים באו לידי ביטוי חילוקי דעות בין המשנה לנשיא לבין השופט ברק. מנגד סבר השופט גולדברג כי כל השאלות הנכבדות שהועלו אינן מחייבות מענה בענייננו. לגישתו, אין תוקפו המשפטי של הסכם פוליטי מתעורר אלא אם מבקש צד להסכם להתנער ממנו או אם מבקש צד להסכם לאכפו. כאן מנסה צד חיזוני להסכם להביא לידי בטלותו ע"י הצהרת ביהמ"ש. הטענות אינן נגד תקפו המחייב של ההסכם, אלא נגד תקפם של המעשים שהתחייבו לגביהם האם הם כשרים או פסולים על פי הנורמות של המשפט הציבורי.

ג. בסיכומו של דבר הוחלט על דעת הכל כי יש לפסול את הסעיף שיש בו טובת הנאה כספית ע"י ויתור על חובות, ומאידך לא להתערב ביתר סעיפי ההסכם. ככל שמדובר בתנאים הלוקים בכך שהם עלולים לפגוע בשיקול הדעת הסטוטורי של מי שהחוק העניק לו שיקול דעת כזה, הרי תנאי כזה כשר הוא כשלעצמו ואין בג"צ צריך להכריע בו אלא כשיבוא לכלל יישום וביצוע.

בג"צ 5364/94 וולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה

מה היא התחייבות פוליטית בהסכם קואליציוני שביה"מ יהיה מוכן להתערב ולבטלה. בעניין זה נדון הסכם קואליציוני בין שתי סיעות – שס ועבודה. בהסכם יש סעיף: במידה ויופר הסטטוס קוו בעניין הדת מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה בחקיקה. הסעיף הזה כוון כלפי הרשות השופטת, בעיקר לבג"צ, והקושי הוא לא בעצם התיקון התחיקתי של תוצאת פס"ד. הבעיה היא בהתחייבות הגורפת. הבעיה היא בהגבלה על שיקול הדעת העיתידי של הכנסת. היא תהיה חייבת לחוקק חוק במקרה של הפרה. דעת המיעוט של אור וברק: הסעיף עוקף את הדמוקרטיה. משום שהוא פוגע בהפרדת הרשויות, פוגע באי תלותה של הרשות השופטת, ובדרך חקיקת חוקים בצורה עניינית. דעת הרוב: מחליטים לא להתערב. שמגר עושה אבחנה בין סעיף לא ראוי לבין סעיף בלתי חוקי שביה"מ צריך להתערב. שמגר אומר שיתערב כאשר יש שחיתות, אך כשמדובר במטרות פוליטיות, אם למפלגה א מותר לקדם מטרה פוליטית מסויימת, במקרה זה את הסטטוס קוו בענייני דת, היא יכולה לחבור למפלגה ב ולקדם יחד אתה את אותה מטרה. ביה"מ יתערב רק בסעיף 7א. בבסיס המחלוקת בין שמגר לבין ברק עומדת שאלת תפקידו של ביה"מ במדינה דמוקרטית. שניהם יוצאים מאותה נקודת מוצא – אופיו הדמוקרטי של המשטר במדינת ישראל. ברק – סעיף עוקף דמוקרטיה הוא פסול, לכן אתערב. שמגר – בדמוקרטיה ישנם תהליכים מפלגתיים ופוליטיים, שבמסגרתם צריכה לבוא התגובה להסכמים מעין אלה. נכון שההסכם פסול, אבל ביה"מ לא יתערב. חשין: אין תוקף להסכמים אלה במישור המשפטי. בנוסף לכך, הוא לא רואה בשמירת הסטטוס קוו כפסול עד כדי כך שמחייב התערבות בג"צ. גולדברג: גם הוא לא מתערב. נכון שהמעשה פסול אך הנושא קרוב אלי. הנושא לא ראוי אך אני

לא מתערב.

התרופות להפרת ההסכם:

אילון: התרופה המרכזית היא צו הצהרתי, לא צו אופרטיבי.
ברק: התרופה העיקרית היא ביטול ההסכם. הבעיה היא שההסכם נחתם כדי שיקיימו אותו לא כדי שיבטלו אותו. ברק מודע לזה, לכן הוא ממשיך ואומר שיש להעניק תרופות נוספות מלבד ביטול ההסכם והן הודעת לציבור בדבר הפרת ההסכם והתנצלות. בכל מקרה יש בעייתיות.