

08.11.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

1. מבוא למשפט חוקתי:

א'. אישיות משפטית:

כל יצור חי (לדוג' אדם) או מלאכותי (לדוג' תאגיד) שהמשפט מכיר בו כמושא לזכויות, חובות ופעולות משפטיות (כגון התקשרות בחוזה, להיתבע או לתבוע).

(1) **אישיות משפטית מיוחדת** - חברות ותאגידים.

(2) **אישיות משפטית מופשטת** - האנשים העומדים מאחורי האישיות המלאכותית.

(3) **בניגוד לאמור לעיל המדינה הינה אישיות משפטית מופשטת אך המשפט**

מכיר בה כבעלת נכסים והון ובכך היא עונה על שתי סוגי האישיות

המשפטיות.

ב'. חלק מיסודות הדמוקרטיה חייבות להופיע בתוך המשפט החוקתי בכל העולם אך

יש פיתוח ישראלי למשפט חוקתי עקב היותה מדינה **יהודית ודמוקרטית.**

ג'. יש מקרים בהם החוק מטיל הגבלה מסוימת על אישיות משפטית כלשהי

מטעמים שונים (גיל, מצב נפשי, מצב בריאותי וכו') ועל כן יש למנות **אפטרופוס**

אשר ישמש כבא כוח של האישיות המשפטית ויפעל בשמו.

2. מדרג האישיות המשפטית בחברה חופשית:

א'. **האדם** - האדם הינו היצור התבוני בעולם קרי שהאדם יכול להבחין בין טוב

לבין רע, בנוסף האדם הוא הבסיס לכל אר סוגי האישיות המשפטיות ולכן הכל סובב סביבו.

ב'. **אומה** – קובצה של אנשים בעלי קרבה כלשהי במטרה להתאגד במסגרת

מדינה. להלן מספר סוגי אומות:

(1) **"מדינת כל אזרחיה" – צרפת:**

בצרפת קיימות קבוצות אתניות רבות אשר רצו אחדות, לכן הם יצרו

לאום אחד **"הלאום הצרפתי"**. נשאלת כאן האלה מי יוכל להצטרף

ללאום זה?

התשובה לשאלה זו הינה **כל אזרח של הרפובליקה הצרפתית הינו חלק**

מן הלאום הצרפתי. על כן צרפת היא "מדינת כל אזרחיה" ורק של

אזרחיה. הצרפתים רוצים לשמר סטאטוס זה של מדינתם לכן הם

קובעים כי יש להפריד את הדת והמדינה (לדוג' איסור ללכת עם בורקא

ברחבי צרפת), בנוסף נקבע כי כלל המוסדות הציבוריים, התקשורת וכו'

השפה תהיה רק צרפתית.

מודל זה קורס לעיתים, עקב ההגדרה של "לאום אחד", אך חלק מן

האזרחים בעלי אזרחות צרפתית אינם מרגישים שייכות כלפי העם

הצרפתי. דבר זה נגרם עקב יחס מופחת כלפי הדתות האחרות שהן לא

חלק מן הרוב בצרפת.

חשוב לציין שכדי להגיע למצב של "מדינת כלל אזרחיה יש לפגוע בחלק

מחירויות הפרט (החופש לדת וכו').

(2) **"מדינה רב לאומית" – שוויץ:**

בשוויץ יש אזורים גרמנים/צרפתים/איטלקים וכו' ובכל אזור כזה השפה

מדוברת בו היא שונה (בהתאם לאזור). במודל זה קיימים **"קנטונים"**

(אזורי מחיה ע"פ מוצא אתני או השתייכות ללאום מסוים) שבהם מי

שרוצה לחיות בתרבות מסוימת יכול להתגורר באותו קנטון. כאשר צריך

לקבל החלטות הנוגעות לכלל המדינה, יש לשתף את כלל האזרחים ובכך

אין לאף תרבות שליטה על כל שוויץ. יש לציין כי בממשלה בשוויץ יש

נציגות לכל קנטון.

3) "מדינת הלאום" – מדינת ישראל (מדינה יהודית):

בישראל קיימות קבוצות לאום שונות ורבות (יהודים, נוצריים, מוסלמים, דרוזים, צ'רקסים וכו') ועקב ריבוי הלאומים בישראל אין אפשרות ליצור תמונת מצב מלאכותית וליצור לאום אחד משותף. כאשר הגו את הקמת המדינה, הוחלט שמודל המדינה יהיה מדינה דמוקרטית עקב הבה שזוהי דרך השלטון האולטימטיבית, עקב כך המודל ואף לשכלל את הדמוקרטיה ככל ניתן ועל כן מדינת ישראל הינה **"מדינה יהודית ודמוקרטית"**, במובנים מסוימים מודל זה אינו עובד עקב המתחים הרבי בין הלאומים השונים בארץ.

א) האם המדינה היהודית-דמוקרטית תישאר לעולם כך או שאפשר לשנותה?

יש להבדיל בין הדמוקרטיה של ישראל לבין יהדותה. הלא ידוע כי הדמוקרטיה לא תשתנה כלל. לגבי צביונה היהודי של מדינת ישראל, באופן תיאורטי ניתן לשנות צביון זה אך כעת לא ניתן לעשות זאת כי הציבור היהודי חי במגננה שמא ישנו לו צביון זה למדינתו.

ב) מדוע האומות שואפות להתארגן במסגרת של מדינה?

1. ע"פ הובס, לוק ורוסו (הוגי דעות המאפיינים את תקופת הנאורות) מצב שבו אין שלטון ריבוני נקרא **"מצב הטבע"**: כאשר אין מצב של מדינה כלומר אין ריבון, ועל כן קיימת חירות בלתי מוגבלת (כלל האנשים שווים). האנשים עושים הישר בעיניהם עקב השוויון וחירות שלהם. האדם במצב זה חי בפחד תמידי שמא יבוא החזק ממנו וישמיד אותו (בטבע החיה החזקה שורדת ע"י שהיא הורגת את החיה החלשה ובכך החיה החזקה מבטיחה את קיומה). עקב השוויון הפיתוי לגבור על השני הוא גדול מאוד כי זהו יצרו של האדם ולכן הפחד במצב זה הוא קיומי ומתמיד. אמרו ההוגים שמה שמבדיל אותנו משאר היצורים החיים הינו היכולת שלנו להשתמש בתבונה.
 - על פי דעתו של הובס אשר היה אדם דתי זהו ניצוץ אלוהי הטמון בכל אדם.
 - על פי דעתם של לוק ורוסו אשר היו אנשים חילוניים התבונה התפתחה יחיד עם האבולוציה ומשך החיים.

לעל כל אלה קבעו ההוגים כי האדם בעל תבונה אין יכולת לחיות במצב זה לכן הם חוקקו את **"חוק הטבע"**: **"בקש שלום ורדפהו"** (ספר תהילים) – כל העולם צריכים לשמור על השלום, ובכך יהיה ת=שלום עולמי (מצב אוטופי). הבעיה עם מצב זה היא שבני האדם צריכים להסכים על מצב זה.

אמר הובס כי יצר האדם הינו בעייתי והוא תמיד ירצה עוד (כח, שליטה, השפעה וכו')

2. דילמת האסיר:

שני אסירים שמכניסים אותם לשני חדרי חקירה שונים ויש להם שתי ברירות או לשתוק או לדבר.

- א'. אם שניהם מדברים - שניהם נכנסים ל- 10 שנים.
- ב'. אם שניהם שותקים - שניהם נכנסים ל- 5 שנים.
- ג'. אם רק אחד מדבר והשני שותק- זה ששתק ייכנס ל- 20 שנה.

- סיטואציה זו לא תמיד תובלי אותך לפתרון האופטימלי, לבסוף שני האסירים מדבררים ונכנסים לעשר שנים שמא אחד הצדדים יבגוד בצד השני ויכניס אותו ל-20 שנה.
3. במצב הטבע, אי שמירה על מצב זה תוביל להשמדה. החשש מכך יוצר מצב של התכוננות לגרוע מכל (התחמשות לקראת מלחמה) עד שהמלחמה תפרוץ בין שני הצדדים, לכן גם אם נשמור על השלום לבסוף תגיע מלחמה.
4. ההוגים הללו הבינו כי יש לצאת מ"מצב הטבע" ויש לקבוע **"אמנה חברתית"**.
5. מטרת האמנה החברתית – שבירת השוויון כלומר ויתור לריבון בעל עוצמה אדירה לשם הגנה על הזכויות הטבעיות של האזרח.
6. על פי האמנה החברתית, אין לעשות כל שימוש בכוח פיזי וכל מצב של שימוש כנגד אזרח בכוח פיזי מחייבת אות לפנות אל הריבון ולהתלונן, והריבון ישפוט לפי חוקי הצדק של הריבון. על כן, על הריבון לספק צדק לנתינים/ לאזרחים, לכן הריבון הינו הגורם היחיד לעשיית צדק באמצעות זרועות החוק והמשפט.
- לדוגמא, בוררות בעולם התחתון אינה מחייבת כלל ע"פ החוק ולכן אין כל יכולת לשלול או לתת זכויות לאזרחים.

16.11.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

3. המשך מבוא למשפט חוקתי:

א'. **קבוצת לאום (עם):**

חבר בני אדם בעלי מאפיינים משותפים כגון תודעה היסטורית משותפת, תרבות שפה ודת. למעשה, הגדרה זו הינה כמעט זהה להגדרת המושג "אומה" אך ההבדל הינו **שאומה זוהי התארגנות במסגרת של מדינה**.
 ב'. לאחר שהגדרנו את רוב פירמידת האישיות המשפטית (אדם, אומה, עם) כעת נסביר את החלק הסוגר את הפירמידה "**מדינה**":

1) למה מדינה?

כדי להיחלץ מ"מצב הטבע" על האומה להפוך למדינה כלומר שתהיה לה שטח, אוכלוסייה וריבונות על השטח. כדי להבטיח את קיומה של המדינה, ולהימנע מ"מצב הטבע", ההוגים הובס ולוק אימצו את "**האמנה החברתית**".

ג'. **האמנה החברתית:**

כל בני החברה מוותרים, בהסכמה על החירות הטבעית המוחלטת (ללא חוק מגביל מלבד חוקי הטבע) עבור הריבון כדי שישלוט עליהם ויקבע להם חוקים. אסור לפגוע באחר כי הכוח נמסר לריבון לשם עשיית צדק (במדינה מודרנית, המדינה עושה צדק בין האזרחים ושומרת על השלום).
 מאמנה זו נובעת חלוקת התפקידים בין הריבון לנתינים:

1) תפקידי הריבון:

א' חייב להגן על הזכויות הטבעיות של הנתינים.
 ב' חייב לנהוג בהם בשוויון ובהגינות ע"י קביעת כללי התנהגות.
 ג' חייב להגן מפני איומים חיצוניים על הנתינים (צבא) ומפני איומים פנימיים (משטרה).
 ד' בעל המונופול לשימוש בכוח פיזי לצורך אכיפת החוק.

2) תפקידי הנתינים:

א' ויתור על חירות בלתי מוגבלת.
 ב' חובה לציית להוראות הריבון.
 ג' ויתור על הזכות להשתמש בכוח פיזי.
 ד' ויתור על עשיית צדק פרטי

- (1) **על פי הובס** הוויתור בלתי ניתן לחזרה. קיבלת את הריבון - זה לתמיד. סייג אחד הוא אם הריבון אינו מגשים את ייעודו ולא מממש את ריבונו ונהגתו על האזרחים, מותר להפר את האמנה כי הריבון לא מגשים את תכליתו הבסיסית ואת ייעודו.
- (2) **לעומת זאת, לוק** טוען שיש לוותר לריבון בתנאי שישמור על הבטחון הפיזי וגם יבטיח את הזכויות הטבעיות של האדם (כגון קנין פרטי). מצב של ויתור על החירות היות והאדם לא יכול לשמור על רכושו וזכויותיו לבד, ומבקש את עזרת הריבון. הוויתור אינו לנצח, אלא אפשר לחזור ממנו (כמו כל חוזה) [בדמוקרטיה מפילים את השליט, מחזירים את הכח לעם ויוצרים "אמנה חברתית" כלפי שליט חדש. זוהי אותה אמנה אך הריבון משתנה]. במדינה מודרנית אף אחד לא יכול לעשות פעולות צבאיות כלשהן ללא החלטת הריבון (למשל, פשע מאורגן שמשליט את חיתתו על אזור מסוים זוהי חתירה תחת המדינה המודרנית ולכן במדינה מודרנית, אחד האתגרים הוא פירוק הפשע המאורגן בהיקף גדול וניסיון לצמצמו).

ד'. רשויות המדינה

- (1) **הרשות המחוקקת:** קובעת את כללי ההתנהגות מטעם הריבון בכל תחומי החיים ונורמות חברתיות. הריבון מדיר מהו סכסוך שדורש התערבות ואילו הרשות המחוקקת קובעת כיצד לטפל בכל סכסוך.
- (2) **הרשות המבצעת:** הגוף שמפעיל את אותו המונופול על הפעלת הכח. אחראית על האכיפה הכללית של הרשות המחוקקת ע"י משטרת ישראל. במידה ואזרח עבר עבירה פלילית, כתב האישום יוגש מטעם המדינה ולא מטעם הקורבן של העבירה. למעשה בדין הפלילי, המדינה היא "התובעת" באמצעות הפרקליטות. הקורבן של העבירה אינו צד במשפט אך מעדכנים אותו במתרחש.
- (3) **הרשות השופטת:** רשות זו תפקידה תעשה את הצדק בין הסכסוכים שאותם הגדיר הריבון. במידה ומדובר בהליך פלילי, רשות זו חייבת לוודא כי אין שום ספק כי הנאשם עבר את העבירה. היה והנאשם חויב במשפט (יצא אשם במשפט) על הרשות השופטת לגזור לו את עונשו ע"פ החוק.

ה'. תפקידי הרשות השופטת:

- (1) **ישוּב סכסוכים מטעם הריבון:** כאשר הגדיר המחוקק סכסוך הוא הגדיר גם את דרכי הפתרון שלו. על הרשות השופטת לברר האם הסכסוך המוצג לפניו הינו סכסוך אשר הגדיר המחוקק? במידה ולא (ריב על גולות בין ילדים) אין יכולת לרשות השופטת להתערב. ברם, והסכסוך מוגדר ע"י הרשות המחוקקת (תקיפה של אחד הילדים בריב על הגולות וגרימה לפציעתו) אזי על הרשות השופטת לקבוע מהו הצדק במקרה זה.
- חשוב להדגיש** כי במידה ולאדם אין יכולת כלכלית לשכור עו"ד ואין לו אפשרות להגן על עצמו על המדינה דאוג לעו"ד שייצג אותו מטעמה (הסנגוריה הציבורית)
- (2) **ביקורת שיפוטית על הרשויות האחרות:** הרשות השופטת בוחנת את החוקיות והחוקתיות של החוקים והתקנות אשר נקבעו על ידי הרשויות האחרות (המחוקקת והמבצעת), בנוסף היא מבצעת ביקורת זו על ההחלטות השלטוניות שנתקבלו. **למעשה זהו תפקידה הדמוקרטי של הרשות השופטת.**

1. הבחנה בין שלטון החוק הפורמלי לשלטון החוק המהותי:

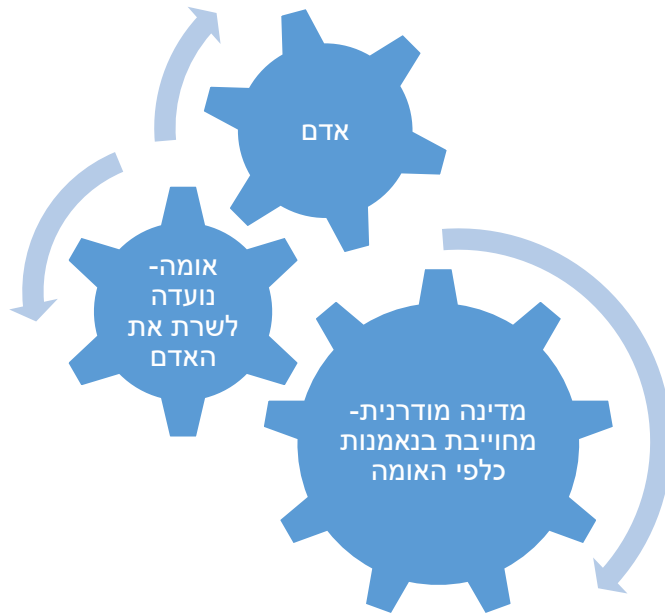
(1) **שלטון החוק הפורמלי:** כל הרשויות כפופות לחוק שהוא רצון העם והעם מבטא את רצונו באמצעות החוק. כדי שהעם יוכל להיות ריבון, לא יכול להיות שהשליט יהיה מעל החוק. רצון העם עומד מעל רצון השליט. אם הרשויות לא מכבדות את החוק, ביהמ"ש (שאוכף את שלטון החוק הפורמלי) יפסול את המעשים השלטוניים שלו ויכפה עליו את החוק וכך ביהמ"ש מפריד את הפרדת הרשויות (כנסת מעל הממשלה. אם הממשלה מפרה את דבר הכנסת – ביהמ"ש מטיל צו לפעול לפי חוק). ביהמ"ש לא כפוף לממשלה. לדוגמא, היטלר אשר עלה לשלטון עפ"י חוק ושינה את החוקה עפ"י חוק ועפ"י חוק הרס את הדמוקרטיה. כשהחוק הופך להיות אנטי דמוקרטי, ישנה חקיקת חוקים בלתי דמוקרטיים וביהמ"ש יאכוף אותו כפי שהוא, הוא ייתן יד לחיסול הדמוקרטיה. כשאוכפים את החוק ולא בודקים את מהות החוק מאפשרים לדמוקרטיה לחסל את עצמה.

שלטון החוק הפורמלי-העם מבטא את רצונו באמצעות החוק.

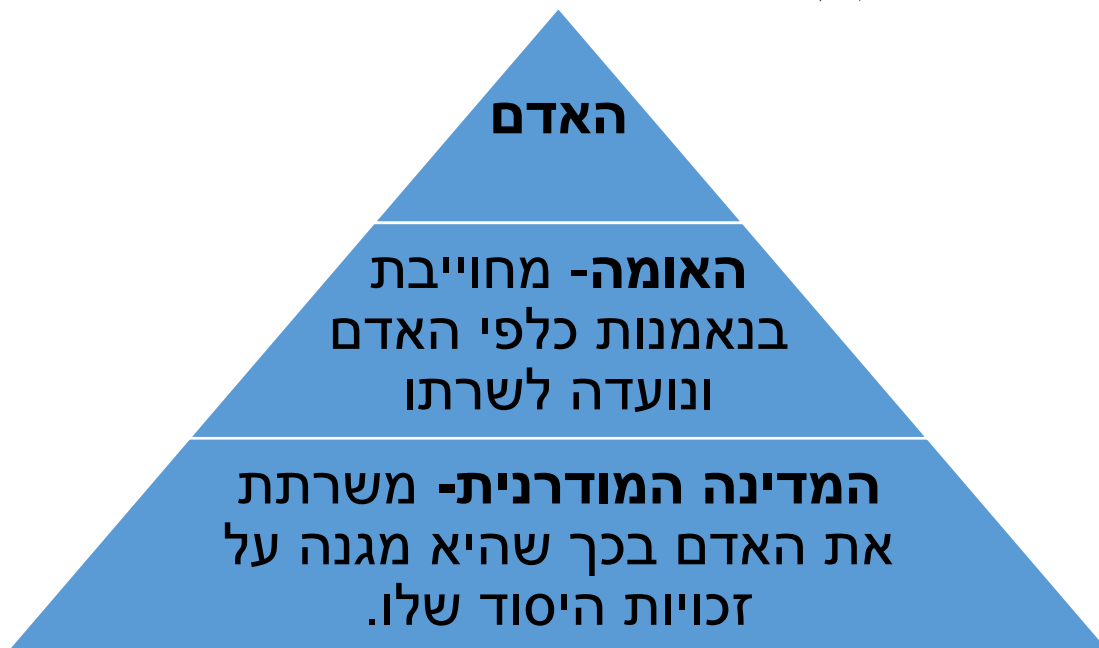
(2) **שלטון החוק המהותי:** התפיסה היא שחוק הוא ביטוי לרצון של חברי בית המחוקקים (לאו דווקא של הרצון האמיתי של העם, אלא של רצון הפוליטיקאים בבית המחוקקים). במצב בו הכנסת יכולה לחוקק חוקים אנטי דמוקרטיים – בית המשפט יכול לבטלם. בית המשפט מייצג את הרצון העמוק של האומה על פני ההיסטוריה (מה רצה העם משחר ההיסטוריה), בניגוד לרצון הפוליטיקאים שהם במשטר זמני, וזה רצונם הזמני.

(3) **חשוב לציין** כי בתי המשפט פוסקים על פי החוק, אם אדם שפסקו נגדו ע"פ החוק יטען כי החוק שבגיננו פסקו נגדו הוא איננו חוקתי (מתנגש ערכי היסוד של מדינה ישראל), אזי על בית המשפט לבדוק את חוקיותו של החוק ובמידה ומצאו שכך הדבר (החוק איננו חוקתי) על בית המשפט לפעול לבטלו.

ז'. האם האדם הינו בראש פירמידת "האישיות המשפטית"?



על פי פירמידת "האישיות המשפטית", המדינה מחוייבת בנאמנות כלפי האומה ואילו האומה מחוייבת בנאמנות כלפי האדם, אזי שהאדם הינו הראש לפירמידת "האישיות המשפטית", וכך תיראה הפירמידה הנ"ל:



לדוגמא, נניח ובכנסת מקבלים החלטה להביא למשאל עם את השאלה הבאה: **"האם לדעתך יש לבטל את המדינה?"** משאל כזה הוא איננו חוקתי גם אם רוב האזרחים בישראל יצביעו בעד ביטול המדינה, אך ביהמ"ש יפסוק שהמשאל הנ"ל הוא איננו חוקתי על הפגיעה הישירה בזכויות האדם הבסיסיות.

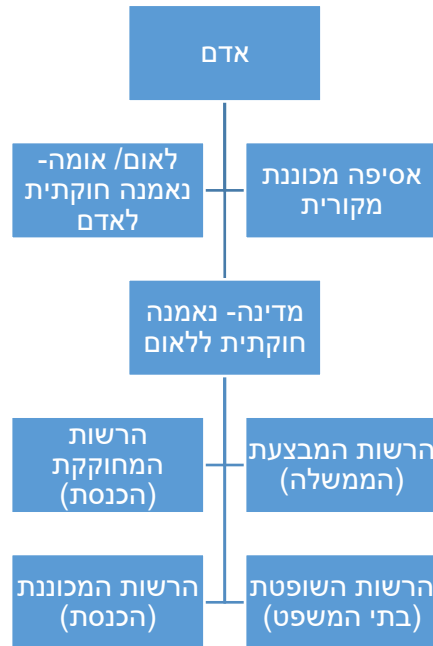
ח'. לסיכום, הדמוקרטיה מגנה על חירות האדם - החופש שלו במסגרת המדינה. הנאמנות של המדינה היא בראש ובראשונה כלפי האדם ולכן אין לקבוע חוק אשר פוגע בדמוקרטיה.

דוגמא לכך, ג'ון סטיוארט מיל שאל בספרו "על החירות" בנושא פרדוקס "העבד האוטונומי". נניח ואדם מרונו החופשי בא ואמר שהוא רוצה להיות עבד ומצהיר על כך הרי זהו פרדוקס. קרי, האדם מבקש הכרה דמוקרטית בעיקרון הנוגד באופן מוחלט את עקרונות הדמוקרטיה. מהרגע שאדם אומר שהוא עבד, הלא אין לו רצון חופשי והוא נתון ביד אדונו, לכן הדמוקרטיה לא תאפשר עבדות לאדם גם אם הוא הצהיר על כך בכוונה מלאה.

אנו נשליך זאת כלפי משאל עם בשאלה "האם להשליט בישראל דיקטטורה במקום הדמוקרטיה?" העם אינו יכול להחליט דבר כזה גם אם כל העם יסכים לכך ולהפוך לדיקטטורה ולהציג לעולם שאנו דמוקרטים (הרי החלטה זו התקבלה בצורה דמוקרטית). לכן כמו שהאדם אינו יכול להצהיר על עצמו כעבד כך גם העם אינו יכול לבקש הכרה דמוקרטית בדיקטטורה.

22.11.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל



1. רשות מכוננת- נגזרת :

בפס"ד מזרחי¹ לא הייתה חשיבות כלל לחוקי היסוד כלומר חוקי היסוד הם היו חוקים רגילים ללא שום מעמד מיוחד. בפס"ד זה בית המשפט פסק שלחוקי היסוד יש מעמד על חוקי- חוקתי. אי לכך, אם יש חוקים אשר המעמד שלהם הוא חוקתי אזי צריכה להיות רשות אשר תכונן אותם. בישראל, רשות זו הינה הרשות המחוקקת או בכובעה השני **רשות מכוננת**. בעת שהכנסת מחוקקת חוק רגיל היא חובשת כובע של הרשות המחוקקת ובעת שעליה לחוקק חוק יסוד היא חובשת את כובע הראשות המכוננת.

¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221

2. נאמנות חוקתית:

א'. נאמנות חוקתית של המדינה כלפי הלאום / אומה:

המדינה חייבת לעבוד בנאמנות חוקתית כלפי האומה כלומר אסור למדינה לעול בניגוד למעל האומה – **מדינה יהודית ודמוקרטית**, ראייה לכך שניתן לראות **בס' 7א' לחוק יסוד הכנסת:**

"רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

ודמוקרטית.

(2) הסתה לגזענות.

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או ארגון טרור, נגד

מדינת ישראל."

למרות שסעיף זה מופיע בחוק היסוד, ביהמ"ש העליון לרוב אינו מפעיל אותו. הפעם היחידה שסעיף זה הופעל הייתה בשנת 1988 כאשר נפסלה תנועת "כך" של הרב כהנא ז"ל. חשוב לציין כי לפני חקיקתו של סעיף זה, בשנת 1969 תנועת

"אל-ארד" נפסלה מהשתתפות בבחירות לכנסת²

ב'. נאמנות חוקתית של הלאום / אומה כלפי האדם:

ככלל, אין גוף במדינה אשר יכול לשנות את המפעל של האומה, לכן ישנו "גוף" שהאומה מקימה אותו אשר נקרא "**האסיפה המכוננת המקורית**", ורק גוף זה יוכל לשנות את המפעל של הלאום/ אומה עקב העובדה שהאומה קבעה אותו.

דוגמא לשינוי הרפובליקה(המפעל של האומה):

בצרפת הוחלפה 5 פעמים הרפובליקה. ברפובליקה ה-4 כלל אזרחי צרפת היו נאמנים לאומה ולמדינה שהשתרעה על פני צרפת ואלג'יר כיום. כדי לשנות זאת הם יצרו אסיפה מכוננת מקורית אשר קבעה את ההיפרדות של צרפת ואלג'יר ובכך קמה הרפובליקה ה-5 של צרפת.

ג'. סמכויות האסיפה המכוננת המקורית:

לכונן תצורת אומה חדשה- בסמכות זו קיימת בעיה, לדוגמה מדינת ישראל הינה המפעל של העם היהודי אם נשנה את מפעל זה מדינת ישראל כבר לא תהיה מדינת העם היהודי, יש לציין כי מגוון הדתות במדינה לא מאפשר שינוי של רפובליקה בישראל. במידה והלאום ירצה להקים "ישראל 2" כלומר רפובליקה חדשה עליו לכנס אסיפה מכוננת מקורית ולהעלאות את מתווה זה לשני משאלי עם שונים, האחד בקרה הלאום היהודי והשני בקרב שאר לאומים הרוצים להצטרף אל המפעל היהודי.

² ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365.

ד'. חשוב לציין כי בית המשפט יהיה חייב לפסוק ע"פ העקרונות של הרפובליקה אשר התחלפה. במידה והוא לא יסכים לפסוק ע"פ עקרונות אלו, הוא לא יוכל לפסוק כלל ברפובליקה החדשה.

ה'. נוסחאות התארגנות אוניברסליות :**(1) מדינה מודרנית ע"פ האמנה ה"חברתית".****(2) מדינה דמוקרטית.**

נוסחאות אלו הינן השלב האחרון באבולוציה של האומות, כלומר שאין יותר טוב מעקרונות אלו. נוסחאות אלה ישמרו על היסוד של האדם ויגנו על זכויותיו אל מול הריבון. לצורך ההסבר גרמניה לאחר שלטונו של היטלר, הבינה כי אין דבר אשר יותר עדיף לה מאשר דמוקרטיה. נוסחאות אלו, ע"פ התפישה של החברה החושית הינן סופיות ואין יכולת לחזור מהן, כלומר אין אפשרות לחזור "למצב הטבע", או במילים אחרות אין אפשרות לחזור ממשטר דמוקרטי למשטר עריצות. לאסיפה המכוננת המקורית, אסור לגעת בנוסחאות אלו, מכיוון שזהו המצב האופטימלי לאדם. פגיעה בנוסחאות אלו משמעה הפרת הנאמנות החוקתית של האומה כלפי האדם. כמו שלא מכבדים את רצון העבד לשעבד א עצמו כך לא יכובד רצון העם המבקש לסגת מן הדמוקרטיה לשוב אל משטר דיקטטורי, בית המשפט יפסול את החוק הזה ואת התהליך שעבר לאלתר.

ו'. נוסחאות התארגנות פרטיקולרית :

- מדינה פדרלית (ארה"ב)

- מדינה חילונית (צרפת)

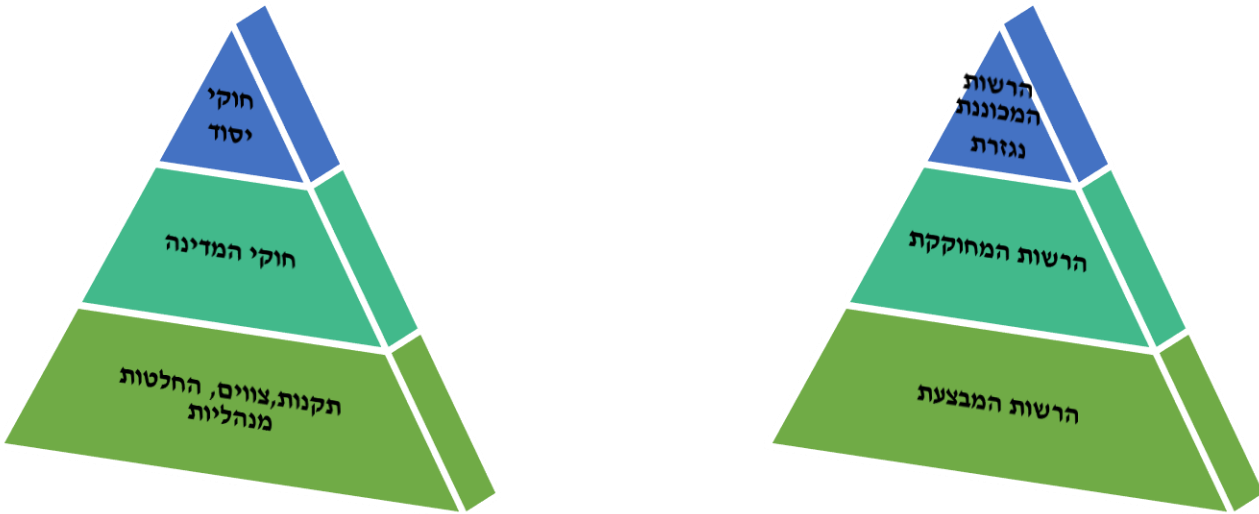
- מדינה יהודית ודמוקרטית (ישראל)

(1) **מדינה פדרלית - ארה"ב :** מדינה זו הינה מדינה אשר מאגדת בתוכה מספר מדינות לפדרציה אחת. לכל מדינה יש מושל, משטרה, בתי משפט חוקים שונים וכו', ובנוסף ישנו בית מחוקקים מדינתי (הסנאט), בית משפט עליון פדרלי, משטרה פדרלית וכו'.

(2) **מדינה חילונית - צרפת :** מדינה זו קראה לכלל אזרחיה להתאחד ללאום אחד "הלאום הצרפתי". הצרפתים עשו זאת כפרויקט לאומי. כדי לבצע זאת, עליהם להפריד בין הדת למדינה. המדינה קבעה כי אין להיות עם כל סממן דתי כזה או אחר, בבתי הספר הממשלתיים אין לימודי דת כלל, כל מוסד דתי במדינה לא יזכה למימון מן הממשלה הצרפתית ועוד. כדי לשנות זאת(במידה וירצו לעשות כן) הצרפתים יהיו חייבים לכונן אסיפה מכוננת מקורית שתחליט כך ותעלה זאת למשאל העם.

(3) **מדינה יהודית ודמוקרטית - ישראל :** מדינה אשר היסוד הראשון שלה הינו צביון דתי (יהדות) ודמוקרטיה ככלל אומות העולם. המדינה משלבת בחוקיה את חוקי הדת היהודית (כגון חוק החזיר וכו') ולעיתים ביהמ"ש פוסק ע"פ מסורת ישראל.

ז'. פירמידת הרשויות והנורמות:



1) עליונות הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת:

א' הדמוקרטיה הינה שלטון העם, העם בוחר את נציגיו (הכנס), אי לכך הרשות המחוקקת עליונה על הרשות המבצעת.

ב' בדיקטטורה, השליט הינו בלתי מוגבל כלומר שהוא מעל החוק, לעומת זאת בדמוקרטיה החוק הוא מעל כולם ואין אף אחד אשר הינו מעליו ולכן השליט מוגבל ע"פ חוק שחוקקה הרשות המחוקקת אי לכך הרשות המחוקקת עליונה על הרשות המבצעת.

ניתן לראות עליונות זאת על פי חוק יסוד לממשלה:

- (1) סעי' 3 לחוק יסוד הממשלה: "הממשלה מכנה מכוח אמון של הכנסת"
- (2) סעי' 4 לחוק יסוד הממשלה: "הממשלה אחראית בפני הכנסת אחריות משותפת. שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם ממונה השר."
- (3) סעי' 28 לחוק יסוד הממשלה:

(א) "הכנסת רשאית להביע אי-אמון בממשלה.

(ב) הבעת אי-אמון בממשלה תיעשה בהחלטה של הכנסת, ברוב

חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי יסוד של

מדיניותה, על הרכבת ועל חלוקת התפקידים בין השרים כאמור בסעיף

13(ד). הממשלה החדשה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה

שעה ייכנסו השרים לכהונתם.

(ג) פרטים לעניין הגשת הצעה להבעת אי-אמון בממשלה והדיון בה

ייקבעו בחוק או בתקנון הכנסת. הוגשה בידי 61 חברי כנסת, יתקיים

הדיון בהקדם האפשרי, ולא יאוחר משבוע מיום הגשתה."

ג) מה קורה כאשר יש סתירה בין הרשות המחוקקת למבצעת?

כאשר תקנה סותרת חוק, ישנה התנגשות בין רצון הרשות המחוקקת לבין רצון הרשות המבצעת. עקב עליונות הרשות המחוקקת על המבצעת, אזי החוק גובר על התקנה. ככלל אין צורך עקב ההיררכיה בין הרשויות לחוקק מקרה של סתירה בין תקנה לחוק,

אך בסעי' 16(4)³ כתוב: "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק".

פס"ד "מזרחי" הגדיר את כנסת ישראל לא רק כרשות מחוקקת אלא גם כרשות מכוננת אך לא כאסיפה מכוננת מקורית, משמע שאין לכנסת אפשרות לשנות את מפעלה של מדינת ישראל.

ביחס בין חוק לחוק יסוד, לא קיים סעיף שאומר מה הדין כאשר יש סתירה בין חוקים אלו, אך למרות שאין סעיף בית המשפט מסיק את עליונות חוקי היסוד על החוק עקב ההיררכיה של הרשויות. כלל הרשויות הנ"ל כפופות למדינה והן מחויבות בנאמנות חוקתית כלפי המדינה, האומה והעם.

(2) הרשות השופטת לא נמצאת בפירמידות אלו מכיוון שהיא אינה יוצרת חוק. היא בודקת את התנגשות בין החוק לחוקה ובוחרת את החוקתיות של כל חוק.

(3) לכאורה האדם והאומה אינם מופעים בפירמידות הנ"ל.

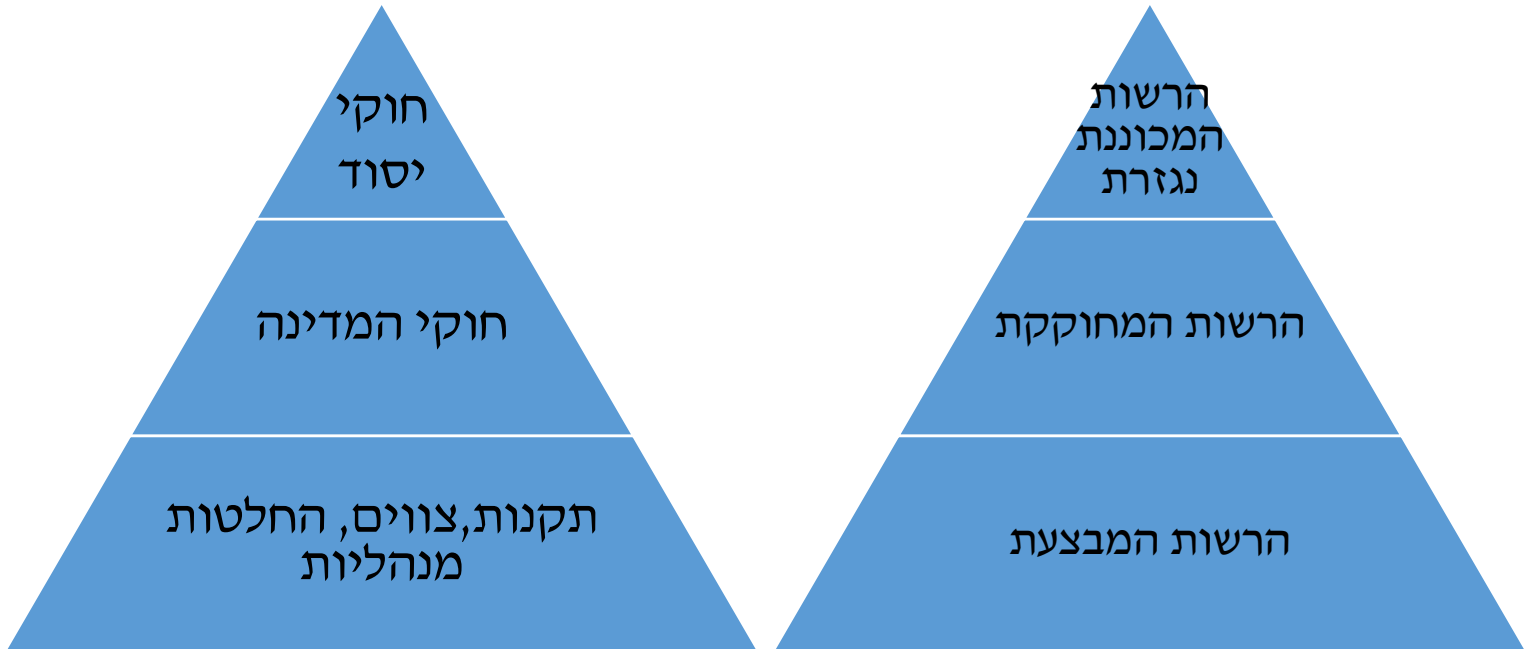
(4) אין לגעת ברצון העמוק של האומה, אי לכך בית המשפט העליון מראה זאת במספר פסקי דין שרצון היסוד של האומה הינו מדינה יהודית ודמוקרטית ועקרונות אלו הינם עקרונות יסוד בלתי כתובים.

³ פקודת הפרשנות [נוסח חדש], התשמ"א - 1981

29.11.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

1. פירמידת הרשויות והנורמות:



א'. התנגשויות בתוך הפירמידות:

(1) מצב א' - התנגשות בין נורמות שוות מעמד:

חוק X עומד בסתירה עם חוק Y. מי שמיישב סתירות אלה הם בתי המשפט. על מנת שבית המשפט יוכל להחליט איזה חוק "צודק" במקרה שלפניו, הוא קבע כלל אשר יקל עליו בפתרון סוגיה זו.

כלל ברירת הדינים:

כלל זה שואל שתי שאלות:

(1) **איזה חוק יותר ספציפי** - נניח הכנסת מחוקקת חוק

הקובע מה לעשות בעת פינוי ישוב במדינה, ואילו

הכנסת חוקקה חוק מה לעשות בעת פינוי ישובים

מאזור מסוים בארץ.

(2) **איזה חוק נחקק יותר מאוחר?** – אם אין אפשרות

להכריע בשאלה הראשונה אזי החוק נבדק ע"פ

תאריך חקיקתו, הכלל קובע כי החוק החדש יותר

משקף בצורה עדכנית יותר את רצון המחוקק ויש

לפעול על פיו.

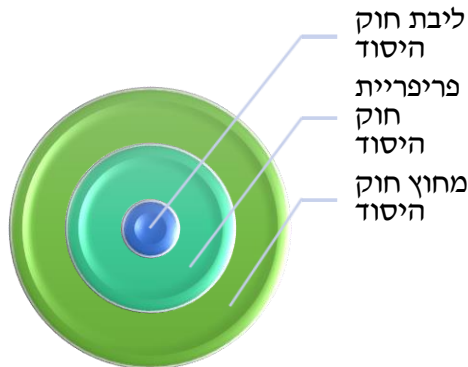
שיטה זו פועלת עד רמת ההתנגשות בין חוקי היסוד.

התנגשות בין חוק יסוד לחוק יסוד:

פס"ד פלוגית⁴ דן בהתנגשות זו בין "חוק יסוד: השפיטה" לבין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

ע"פ חוק יסוד השפיטה, הדיון בבית המשפט חייב להיות פומבי, מנגד ע"פ חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ישנה זכות חוקתית – הזכות לפרטיות. **למעשה נשאלה כאן השאלה האם הדיון יהיה בדלתיים פתוחות או בדלתיים סגורות?** בשאלה זו עסקו כבוד הנשיא ברק וכב' השופטת דורנר.

(1) ע"פ גישתה של השופטת דורנר:



דורנר טוענת גם במקרה זה יש לפעול לפי "כלל ברירת הדינים. לגישתה, צריך לבחון את השאלה המשפטית ולפעול על פיה. ע"פ שיטתה חוק יסוד בתי המשפט הינו ספציפי לשאלה זו, ואילו הזכות לפרטיות הינה זכות אשר חלה על כל תחומי החיים. היא מגדירה זאת כליבת חוק היסוד.

לכל עיקרון חוקתי יש ליבה (מה שהכי חשוב למשפט החוקתי) אשר היא תזכה להגנה המלאה ע"י בתי המשפט. ככל שנושא מסוים מרוחק מהליבה של חוק היסוד, כך הוא יזכה להגנה פחותה יותר על ידו. בנוסף, כל עיקרון אשר נמצא מחוץ לפריפריית חוק היסוד, אזי הוא לא יקבל הגנה כלל מחוק היסוד.

ע"פ דורנר בטבעת החוקתית של חוק יסוד "כבוד האדם וחירותו" הערך "פומביות הדיון" הינו מחוץ לטבעת זו ולכן אין הגנה חוקתית על ערך זה. לעומת זאת בחוק יסוד "השפיטה", ערך זה הינו ליבת חוק היסוד ולכן ע"פ חוק יסוד זה הינו מקבל הגנה מלאה ע"י חוק היסוד. לכן על פי דעתה הדיון בבית המשפט צריך להיות פתוח לציבור.

כעת נשאלת השאלה, מדוע קיים משפט בדלתיים סגורות?

החוק⁵ קובע כי בסמכות בית המשפט לקבוע דיון בדלתיים סגורות כאשר הוא רואה שיש להגן על צנעת הפרט. למעשה החוק "מכרסם" בחוק היסוד, ולכן יש לבדוק האם כרסום זה מוצדק. אם הוא מוצדק אז החוק ייחשב כחוקתי ואם הוא לא מוצדק אזי החוק יתבטל.

לדוג', נניח יתקבל חוק אשר יגדיר כי סכסוך בין לקוח למלצר בבית קפה ייערך בבית המשפט עם דלתיים סגורות, קל וחומר כי אין סיבה שדיון זה יהיה בדלתיים סגורות ולכן הכרסום של חוק זה בחוק היסוד⁶ הינו מיותר ופסול.

חשוב לציין כאשר נקבע עיקרון כלשהו בחוקה (חוקי היסוד) הוא לא תמיד יתקיים אלא אם יש הצדקה להגן עליו (פס"ד פלונית המובא לעיל).

(2) ע"פ גישתו של הנשיא אהרן ברק :

לטענתו, אין להכיל בוק את "כלל ברירת הדינים". הוא אומר שיש הרבה עקרונות בחוקה שמתנגשים לכאורה אחד עם השני. אנו בתור חברה רוצים את המקסימום של עיקרון מסוים הנמצא בחוקה ואת המקסימום של העיקרון המנוגד אשר גם נמצא בחוקה (לדוג' **פומביות הדיון והזכות לפרטיות**). על כל אלה הנשיא ברק טוען כי אין להכיל כלל זה על חוקי היסוד.

לדבריו, במצב של התנגשות בין חוקי יסוד, נבדוק את החוקים אשר נמצאים מתחת לחוקה (הרמה התת - חוקתית). אם החוק מגדיר כי הדיון יהיה בדלתיים סגורות ללא הצדקה כלשהי, אזי הוא מכרסם בעקרון היסוד פומביות הדיון ואז נבחן עד כמה הוא מכרסם בעיקרון **פומביות הדיון**. מנגד, אם החוק אומר כי רק בסכסוכי משפחה (לדוגמא) הדיון יהיה בדלתיים פתוחות אזי הוא מכרסם בזכות לפרטיות ויש לבחון עד כמה הוא מכרסם בעיקרון יסוד זה.

לסיכום,

הנשיא ברק אומר כי אין בעיה שעקרונות יסוד יסתרו אחד את השני ועדיין יהיו בתוך חוקתה של מדינת ישראל (הרצון העמוק של האומה - **מדינה יהודית ודמוקרטית**), לכן עלינו למצוא את עמק השווה בין שני העקרונות יסוד המתנגשים, ובכל פעם נגן על חוק אחר בהתאם למקרה.

לסיכום **מצב א'**, עד רמת החוק יש לבחון כל סתירה על פי "**כלל ברירת הדינים**" וברמת החוקה שינן שתי גישות גישתה של השופטת דורנר וגישתו של הנשיא אהרן ברק המפורטים לעיל.

⁵ סעי' 3, חוק יסוד: השפיטה

⁶ סעי' 68, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984

(2) **מצב ב' – התנגשות בין נורמות שאינן שוות מעמד :**

כאשר התנגשות זו קורית, קל וחומר כי הערך העליון יותר בפירמידת הנורמות יגבר על הערך הנמוך יותר.

א' **תקנה מול חוק :** בפקודת הפרשנות⁷ מובאת סוגיה זו והי קובעת את הכלל כי תקנה אינה יכולה לסתור חוק.

ב' **חוק אל מול חוק יסוד :** פס"ד "בנק המזרחי"⁸ עסק בסוגיה זו. עד מתן פס"ד זה, חוקי היסוד היו שווים ערך לחוקי המדינה הרגילים, לכן ניתן היה להחיל על חוקי את "כלל ברירת הדינים". לאחר מתן פס"ד זה, שבו נקבע כי חוקי היסוד הינם נעלים יותר מחוק רגיל.

ג' **חוק יסוד אל מול עקרונות היסוד הבלתי כתובים :** אין אפשרות להעביר חוק יסוד אשר פוגע בעקרונות היסוד הבלתי כתובים (מדינה מודרנית, יהודית ודמוקרטית). דוגמא, נניח ובכנסת התקבל חוק יסוד המבטל את "חוק השבות"⁹ (חוק המאפשר להעלות יהודים מכל רחבי העולם), כלומר חוק יסוד זה סותר את אחד מן העקרונות הבלתי כתובים של המדינה, למעשה סותר את הנוסחה הבסיסית של מדינת ישראל.

• **מה לעשות במקרה כזה?**

ביהמ"ש אומר כי ניתן לבטל סעיף חוקתי. לדוגמא פס"ד "בר-און"¹⁰ ע"פ הנשיאה דורית בייניש : כבוד הנשיאה בייניש אומרת שיש מצב שבו חוק יסוד עומד בסתירה עם אחד העקרונות הבלתי כתובים, כדי לפסול אותו הכרסום צריך להיות בלית העיקרון הבלתי כתוב, ע"פ נוסחת ההתארגנות של המדינה (מדינה יהודית ודמו').

קל וחומר שתקנה לא תוכל לסתור חוק יסוד כי היא אינה יכולה לסתור חוק רגיל וכן הלאה.

⁷ סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות

⁸ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221

⁹ חוק השבות, התשי"י - 1950

¹⁰ בג"צ 4908/10 רוני בר – און ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (לא פורסם)

**ב'. עקרונות היסוד הבלתי כתובים – החוקה
המטריאלית:**

(1) עקרונות חוקתית הנגזרות מנוסחאות אלו:

(1) **מדינה מודרנית:**

(א') הזכות שלא להיות חשוף להפעלת כוח פרטית- לריבון יש מונופול להפעלת הכח -פס"ד "המרכז האקדמי"¹¹ אשר עסק בהפרטת בתי הכלא למעשה מתן סמכות לגוף פרטי להפעיל כח נגד אזרחים, לכן בית המשפט ביטל חוק זה וקבע שהוא אינו חוקתי.

במדינה מודרנית קיים האיסור להפעלת כח פרטי (בשונה ממצב הטבע), ולכן היחיד שיכול להפעיל כח כלפי האזרחים הינו הריבון. בדוגמת פס"ד "בר-און", נניח והכלא הופרט וכעת פרץ בו מרד אסירים. על הסוהרים לדכא מרד זה באמצעות שימוש בכח. אם הכלא מופרט קיימת כאן פגיעה בחוק היסוד "כבוד האדם וחירותו" כלומר קיימת כאן פגיעה בעיקרון חוקתי ודבר זה מפר את העקרונות של המדינה המודרנית.

(ב') יש הצדקה לכרסם בעקרונות אלו במצבים שבהם קיימת סכנת חיים **למשל הגנה עצמית.**

נוסחאות ההתארגנות:

א'. נוסחאות אוניברסליות:

• מדינה מודרנית

• מדינה דמוקרטית

ב'. נוסחאות פרטיקולריות:

• מדינה יהודית

¹¹ בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (לא פורסם)

06.12.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל1. עקרונות היסוד הבלתי כתובים - מדינה מודרנית:

א'. הזכות לא להיות חשוף להפעלת כח פרטית : פס"ד "המרכז האקדמי"¹².

ב'. הגנה שווה ע"י הריבון (על זכויות טבעיות):

באמנה החברתית, כלל האזרחים מוותרים על החירות הבלתי מוגבלת שלהם בעבור הריבון שיגביל זאת ויעשה צדק, ולכן כולם מוותרים באופן שווה, כך גם הריבון צריך להגן על כלל הזכויות הטבעיות של האזרחים בצורה שווה.

ג'. נגישות לצדק מטעם הריבון:

במצב הטבע, כל אחד עשה צדק לפי ראות עינו, ולעומת זאת במדינה מודרנית, הצדק נעשה על ידי הריבון. הריבון למעשה הינו הכתובת לעשיית הצדק, ולכן אסור לאזרחים לעשות צדק עצמי ובצע דין עצמי. על פי העיקרון כל סכסוך אמור להגיע לבין כותבי היכל המשפט, אך כיום ישנם גורמים אשר מנסים להגביל עיקרון זה, לדוג' בוררות שיש חוזים אשר מחייבים לפני הגשת תביעה לבית המשפט לנסות דרך הבוררות.

דוגמא נוספת, אם ישנו חוה בחוזה קיים סעיף אשר אומר שלצד אחד אין אפשרות כלל לפנות לבית המשפט, אזי סעיף זה פסול חוקתית וניתן לבטלו בבית המשפט.

בעבר ניסו לקיים חובה של בוררות לפני הליך משפי אך נסיון זה נפל עקב העובדה שהוא כרסם בעיקרון לעיל.

דוגמא לבתי דין פרטיים אלו בתי הדין של עדה החרדית שהם למעשה פוסקים רק על פי דין תורה ולא על פי חוקי המדינה. הם אינם יכולים להטיל סנקציות חומריות כגון מאסר או כסף אך הם לעיתים רבות מטילים חרמות ונידויים, כך שלמעשה אדם אשר רוצה לממש את זכות החוקתית לעשיית צדק בידי הריבון, כאשר זומן לבית דין כזה הוא חייב ללכת שמא יפגעו בו חברתית.

ד'. החופש מריבון חיצוני:

1) אין לסבול הפעלת כח מטעם ריבון זר.

2) דין דתי – לא ניתן לכפות שום דין מן הדין הדתי. אם אדם כופה זאת הוא למעשה מנסה להפוך לריבון חיצוני. הדין הדתי אינו מעוגן בחוק למעט מקרים בודדים ולכן אין לפעול על פיהם.

ה'. הגנה על זכויות טבעיות:

כאשר בחרנו ריבון באמנה החברתית וויתרנו על הזכויות שלנו הוא למעשה מתחייב לשמור על הזכויות שנתנו לדוג' הזכות לחיים (עונש מוות שרירותי), הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקניין וכו'.

¹² בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (לא פורסם)

1. עקרונות היסוד הבלתי כתובים - מדינה דמוקרטית:**א'. ריבונות העם**

הריבון אינו יותר טוב מהאזרחים. כולם שווים, כולם חופשיים, אין לו זכויות יתר על האזרחים. האזרחים פשוט חושבים שהריבון מסוגל להגן על החופש שלנו. הכח לא יכול להיות בידי אדם נעלה על אחרים, או קבוצה נעלית על אחרים, אלא **אך ורק** בידי העם. ריבונות העם = הכח האמיתי בידי העם. אם העם בוחר שליט, ריבון, ונותנים לו כח - הנתינה היא על תנאי. האזרחים נשארים בעלי הכח האמיתי. (לרוח"מ נותנים את היכולת לנהל את המדינה וכשרוצים להפיל את השלטון, נאסוף מספיק נציגים להגיש הצעת "אי אמון"). אם לא יעשה את העבודה "טוב" - העם יחזיר את הכח לידיו, וזאת כדי לפקח על הריבון, להחליט אם הוא ראוי או לא (חייבות להיות חברות שיש בהן חופש ביטוי, חופש תקשורת והתאגדות וכן להצביע ולהפיל את הריבון).

נניח מצב בו אזרחים בוחרים כדמוקרטיה בדרך מסוימת (כגון חידוש מלוכה). במצב זה ביהמ"ש **יקבע** שהחוק להמלכת מלך הוא בלתי חוקתי וביטול חוק היסוד בתפיסה שהחוקה המטריאלית הבלתי כתובה עומדת מעל כל חוק בכנסת. הכנסת לא יכולה לקחת את היסוד הדמוקרטי של האומה ולבטלו (במצב זה בו הכנסת תפרק את חוקי היסוד - נחזור למצב הטבע). מי שרוצה "לחסל" את הדמוקרטיה לא יכול להיכנס לכנסת. - **חוק יסוד הכנסת ס' 7 א'** צריך להאמין בדמוקרטיה שהיא השיטה הטובה ביותר שיש בכדי לארגן חברה אנושי (דמוקרטיה היא הערובה להישרדות האדם ולחופש שלו ואין מתכון טוב יותר). **לעם מותר לעשות הכל חוץ מלוותר על החופש שלו**. דמוקרטיה לא סובלת ניסיון של הרוב בעם לחסל את הדמוקרטיה.

ב'. **חירויות פוליטיות**: חופש ביטוי פוליטי, חופש עיתונות, חופש התאגדות פוליטית וכו'

ג'. **כפיפות הצבא לדרג המדיני**:

העם בוחר את נציגיו, והם ממנים את הממשלה ואילו הצבא הינו אורגן של הרשות המבצעת, ולכן הריבונות של הצבא תישאר אצל העם.

ד'. **הכרה בגרעין של זכויות האדם**:

האדם הוא המרכז של כל ההתארגנות האנושית, הכל נועד כדי לשרת אותו ולהגשים את הזכויות הטבעיות שלו. התארגנות במדינה בכדי לשרת את האדם ולהבטיח את הזכויות הטבעיות של האדם. זכויות כגון הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לקניין, חופש הביטוי **והזכות להליך פלילי הוגן**. זכות זו אינה זכות רגילה היא מונעת מן הריבון לפעול פלילית נגד האדם ללא סיבה מוצדקת בפגיעה בזכות זו משמעותה פגיעה מובהקת בעקרון היסוד הנ"ל.

ה'. **הפרדת רשויות** - ריבון שלא יוצר את הפרדת הרשויות הוא עריץ. בדיקטטורה או במשטר אוטוריטטיבי השליט מרכז את כל הכח (בתי המשפט גם עובדים בשביל השליט, אין עצמאות, אין צדק אמיתי, אלא שירות השליט). במדינה דמוקרטית הרעיון להפריד את הכח של הריבון לכמה רשויות:

1) **רשות המחוקקת (הפרלמנט)** - הרשות המרכזית בדמוקרטיה. היא נציגת העם

היות והרשות הזאת משקפת את רצון העם ומייצגת את העם, אך היא לא מנהלת

את המדינה. נציגי העם בוחרים מתוכם רשות מבצעת. הכנסת נותנת אמון

בממשלה שקמה מתוך הכנסת (רוה"מ חייב להיות חבר כנסת), מבטאת את רצון העם ומחוקקת את החוקים.

הפרלמנט מגביל את הסמכויות של הרשות המבצעת. הכנסת מחוקקת ומגבילה את השלטון. מי ששומר שהממשלה תפעל על פי ההגבלות האלה היא הרשות השופטת שבודקת על פי מה שקבעו נציגי העם. **כל רשות מפקחת ומגבילה את הרשות האחרת.**

(2) **הרשות המבצעת (הממשלה)** – נציגי העם מוסרים כח לרשות המבצעת. אם הם רוצים להגביל את כוחה של הממשלה, משנים את החוק והממשלה הופכת מוגבלת יותר. הכנסת מפקחת על הממשלה ויכולה להגביל אותה בחקיקה. ביהמ"ש מפקח על 2 הרשויות ומגביל אותן.

(3) הרשות השופטת:

א' מגבילה את שתי הרשויות האחרות בכך שהיא יכולה לפסול חוקים.

ב' מוגבלת ע"י המחוקקת בסמכויות הניתנות לרשות

ג' תלויה בתקציב אשר מגיע מן הממשלה.

ד' אחראית לבקר את הרשויות האחרות במידה ולא מקפידות על שלטון החוק:

(1) **שלטון החוק הפורמלי והמהותי:** כל הרשויות כפופות לחוק שהוא רצון

העם והעם מבטא את רצונו באמצעות החוק. כדי שהעם יוכל להיות ריבון, לא יכול להיות שהשליט יהיה מעל החוק. רצון העם עומד מעל רצון השליט. אם הרשויות לא מכבדות את החוק, ביהמ"ש (שאוכף את שלטון החוק הפורמלי) יפסול את המעשים השלטוניים שלו ויכפה עליו את החוק וכך ביהמ"ש מפריד את הפרדת הרשויות (כנסת מעל הממשלה. אם הממשלה מפרה את דבר הכנסת – ביהמ"ש מטיל צו לפעול לפי חוק). ביהמ"ש לא כפוף לממשלה.

לדוגמא, היטלר אשר עלה לשלטון עפ"י חוק ושינה את החוקה עפ"י חוק ועפ"י חוק הרס את הדמוקרטיה. כשהחוק הופך להיות אנטי דמוקרטי, ישנה חקיקת חוקים בלתי דמוקרטית וביהמ"ש יאכוף אותו כפי שהוא, הוא נתן יד לחיסול הדמוקרטיה. כשאוכפים את החוק ולא בודקים את מהות החוק מאפשרים לדמוקרטיה לחסל את עצמה.

הפורמלי-העם מבטא את רצונו באמצעות החוק.

(2) **החוק המהותי:** התפיסה היא שחוק הוא ביטוי לרצון של חברי בית

המחוקקים (לאו דווקא של הרצון האמיתי של העם, אלא של רצון הפוליטיקאים בבית המחוקקים). במצב בו הכנסת יכולה לחוקק חוקים אנטי דמוקרטיים – בית המשפט יכול לבטלם. בית המשפט מייצג את הרצון העמוק של האומה על פני ההיסטוריה (מה רצה העם משחר ההיסטוריה), בניגוד לרצון הפוליטיקאים שהם במשטר זמני, וזה רצונם הזמני.

ו'. רשות שופטת עצמאית :

דמוקרטיה עובדת עם רשות שיפוטית עצמאית שאין עליה עול שלטון. הרשות השיפוטית היא עצמאית, שהיא דבר הכרחי בדמוקרטיה (שאינה חוששת מהשליט). השופט במשפט החוקתי לא הגוף שמסכן את הדמוקרטיה. הרשויות המחוקקות והמבצעת יכולות לחסל את הדמוקרטיה. לא כפופה לשלטון ולא מקבלת הוראות משלטון, אלא נותנת הוראות לשלטון. השלטון (הממשלה) כפוף לרשות השופטת.

13.12.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

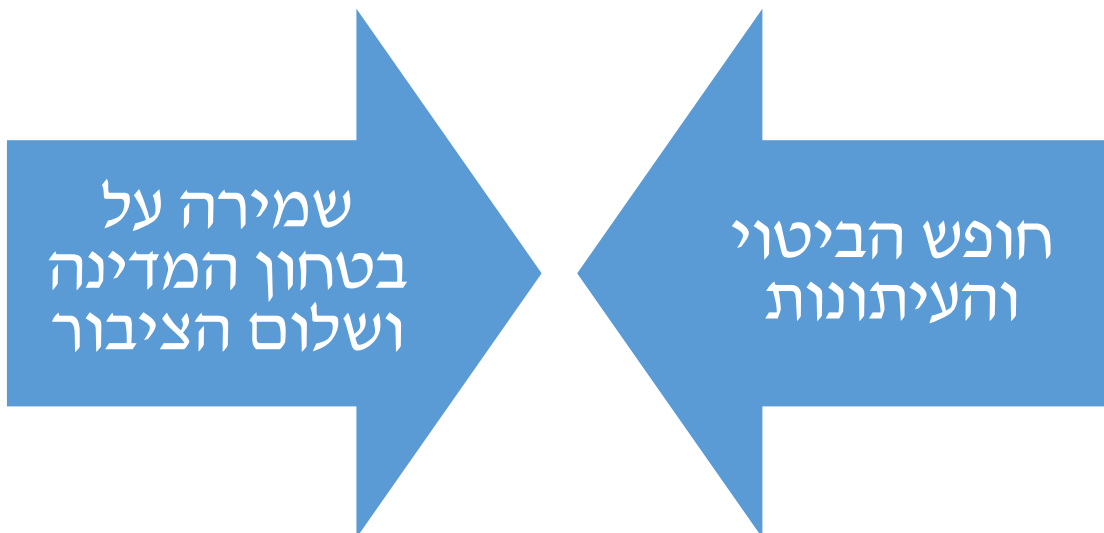
ו'. **מחויבות לשינוי פוליטי בשכנוע פתוח**:
 חברה דמוקרטית הינה חברה שבה לכל אזרח יש את הזכות להשמיע את דעתו, ולהשפיע על הפוליטיקה באמצעות שכנוע ח"כים ובחירות לפרלמנט.

ז'. **נכונות ליטול סיכונים סבירים להגנה על זכויות האדם**:
 מדינה דמוקרטית היא קודם כל מדינה מודרנית, ותפקידו של הריבון הוא לשמור ולהגן על הבטחון הפיזי של האזרחים. אם המדינה בסכנה אזי יש לפעול לטובת הורדת הסכנה מן המדינה (מבצעים צבאיים מלחמות וכו'). אותו הדבר בנוגע לביטחון הציבור, ההבדל בין מדינה דמוקרטית ללא דמוקרטיה הינו המשקל של ביטחון המדינה אל מול ביטחון הציבור.

(1) **פס"ד "קול העם"**¹³:

כבוד השופט אגרנט מדבר על העיקרון החוקתי של חופש הביטוי וחופש העיתונות. נשאלת השאלה מדע חופשים אלו קיימים בכלל? השופט אגרנט מציין בנוגע **לחופש העיתונות**, כי העם שופט את השלטון דרך העיתונות, כלומר העם מקבל מן העיתונות את האינפורמציה אשר מלמדת אותו כיצד פועל השלטון. ועל סמך המידה שהעם מקבל הוא מחליט האם השלטון הוא טוב או לא.

יש לבצע איזון בין העקרונות הבאים:



¹³ בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)

ישנה נטייה לשמור כמה שיותר על ביטחון המדינה, מכיוון ששמירה על הכלל גדולה יותר מזכותו של הפרט. בפס"ד "קול העם"¹⁴ אשר עוסק בסגירתו של העיתון עקב פרסום מאמר הקורא לסרבנות גיוס. ממשיך ואומר כב' השופט אגרנט שכדי להגביל זכויות חוקתיות אנו נדרשים לוודאות קרובה לפגיעה קשה בשתי יסודות:

א'. **יסוד הסתברותי** - מהי ההסתברות שהפגיעה תקרה?

ב'. **יסוד כמותי** - מהי תהיה עוצמת הפגיעה?

3. נוסחה פרטיקולארית - מדינה יהודית:

א'. **הזכות של כל אזרח יהודי לעלות למדינת ישראל:**

ישראל הינה מדינת הלאום של העם היהודי ובך מתממשת זכותו של הלאום היהודי להגדרה עצמית. בנוסף מדינת ישראל הינה הבית הלאומי של כל העם היהודי באשר הוא ולכן מדינת ישראל אינה יכולה להגיד ליהודי התפוצות מה שצרפת אומרת שמי שלא גר בישראל אינו יכול להיות ישראלי (דוגמת הצרפתים בקנדה). **הנחת המוצא** הינה שכל היהודים בעולם שייכים ללאום אחד משותף ויש ביניהם אחדות בסיסית.

נניח שהכנסת תחוקק חוק המבטל את חוק היסוד, וכל יהודי שלא עלה לארץ עד למעד חקיקת החוק אינו ראשי לעשות כן. ביהמ"ש יבטל חוק זה מכיוון שהוא פוגע ברצונו העמוק של העם.

פס"ד "טמריין"¹⁵ בו ביקש נעתר לבית המשפט בטענה שהוא אינו רוצה ייכתב לו בסעיף הלאום בתעודת הזהות "יהודי" כי מבחינתו הוא אינו שייך לדת זו והוא רוצה שייכתב לו במקום זאת "ישראלי". למעשה הוא מבקש שבית המשפט יכיר בלאום הישראלי שהוא למעשה נפרד מן הלאום היהודי. ישנם מיעוטים בישראל המשויכים ללאומים אחרים, ואילו כלל היהודים יכולים להיקרא ישראליים אך אין יכולת לעלות למדינת ישראל ולקבל בה אזרחות לבני הלאומים האלו המבקשים להגר לישראל. לכן חוק השבות מרחיב את העיקרון שכדי להקל על עולים לישראל הם יכולים להעלות אתם את כל משפחתם מכורח זכותו של היהודי.

ב'. **רוב יהודי:**

אין ספק שעיקרון זה תומך בכלל העקרונות, אם רוב אזרחי המדינה לא יהיו יהודים, אזי הם לא ירצו את הנוסחה הנוכחית ויחליפו את נוסחת המדינה ותהיה בעיה בנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית". אי לכך, רוב יהודי תומך בקיום הנוסחה הנוכחית.

בעבר בגולה התרבות היהודית הייתה צריכה להסתתר ממראית העין מחשש לפוגרומים וכו'.

מטרת עיקרון זה הינה ליצור ריבונות של התרבות היהודית ללא חשש מפגיעה.

¹⁴ שם

¹⁵ ע"א 630/70 גאורג רפאל טמריין נ' מדינת ישראל, כו(1) 197 (1972)

ג'. עברית הינה השפה הרשמית של המדינה :

ישראל ירשה את החקיקה מן הבריטים, ובדהב"מ נקבע שהשפות הרשמיות הן עברית, ערבית ואנגלית. כיום השפות הרשמיות הינן עברית וערבית. למעשה, ההיררכיה שלהן היא שונה בכך שהעברית יותר גבוהה עקב היות הנוסחה של המדינה כמדינה יהודית, ולכן השפה העברית תהה השפה העדיפה במרחב הציבורי. השפה הערבית הינה שפה רשמית נוספת על מנת לתת ביטוי גם למיעוט.

בפס"ד "עדאלה"¹⁶, העוסק בתרגום שלטים נטען כי ת"א - יפו הינה עיר מעורבת, ויש בה מיעוט ערבי משמעותי. אי לכך לא ייתכן שהשילוט בעיר יהיה אך ורק בעברית. **דעת הרוב** קבעה שבערים מעורבות חייב להיות ייצוג לשתי השפות ולכן השלטים צריכים להיות בעברית ובערבית על מנת לכבד את המיעוט ושפתו.

ד'. עיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומת העם היהודי כלומר חגיה וסמליה של המדינה מעצבים את המרחב הציבורי. חגי המדינה יהיו לרוב חגיו של הרוב בישראל, אך יאופשר למיעוט לחוג את חגיו.

ה'. מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשת הלאומית והתרבותית (שמות רחובות הקשורים למורשת ישראל ולתרבות היהודית).

עד כאן יסודותיו של השופט **ברק בפס"ד "בנק המזרחי"**¹⁷ **בשאלה האם לישראל יש חוקה.**

ו'. יהדות אחת ללא הבדלים :

ע"פ השופט חשין בפס"ד "התנועה לאיכות השלטון"¹⁸, צה"ל הינו יסוד של המדינה היהודית, ואם פוטרים את בחורי הישיבות מן השירות הצבאי, אזי ישנה פגיעה בעקרונות היסוד הבלתי כתובים. למעשה, פטור זה אינו מאיים בצורה ממשית על צה"ל ועל קיום המדינה היהודית.

העיקרון הראשון קשור לעיקרון זה כי באותו אופן שאין סוגי יהדות שונים כך גם יהיה בצבא. למעשה אם יחוקק בחוק שמי שאינו שומר תורה ומצוות כדת משה וישראל אינו יכול להיקרא יהודי ומכך אינו יכול לעלות לישראל, אזי חוק זה אינו חוקתי ולכן הוא יבוטל מפני שהוא יוצר הבדלה בין היהודים ומרחיב את השסע ביניהם.

¹⁶ בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב בישראל נגד עיריית תל אביב – יפו, פ"ד נו(5) 393
¹⁷ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221
¹⁸ בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נגד הכנסת, (לא פורסם)

20-27.12.16

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל1. המעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד - "המהפכה החוקתית":

בשנת 1992 נחקקו שני חוקי יסוד חדשים - "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" ו- "חוק יסוד חופש העיסוק". לאחר מכן בפס"ד "בנק המזרחי"¹⁹. בו הכנסת רצתה לעזור למגזר החקלאי ואז הכנסת ביצעה "שמיטת חובות" ולמעשה ביטלה את חובותיהם, ובכך פגעה בזכות הקניין של בנק המזרחי. עד פס"ד זה, כשעותר היה מגיע לבית המשפט עם עתירה כזו נאמר לו כי חוק היסוד אינו מעל החוק. המגבלה היחידה הייתה השאלה האם החוק דורש הצבעה של רוב חברי הכנסת בעד החוק. בית המשפט לא העלה על דעתו לפסול חוק בשל תוכנו, כלומר לפס"ד זה אין עליונות נורמטיבית לחוקי היסוד ובית המשפט לא מקשיב לטענות כי חוקים עומדים בסתירה לחוקי היסוד. לאחר פס"ד זה הוכרה הסמכות המכוננת של הכנסת ובך נוצר עוד של בפירמידת הנורמות וחוקי היסוד אינם באותה דרגה של החוקים הרגילים. הייתה ביקורת רבה על מהלך זה, אחת מהם היא שבית המשפט הוא זה שצריך ליצור חוקה. מאז פס"ד כאשר בא עותר וטוען כי חוק מסוים סותר לחוק יסוד אז בודקים זאת ואם ביהמ"ש משתכנע כי אכן יש סתירה לחוק היסוד.

א'. דוגמא בפס"ד "המרכז האקדמי"²⁰ בית המשפט ביטל חוק מכיוון שהוא סותר את חוק היסוד ולכן ניחן כי אם נבחנת שאלה זו אזי יש היררכיה בין סוגי החוקים. למעשה, ישנה עליונות של חוקי היסוד.

ב'. פס"ד "התנועה לאיכות השלטון"²¹ + פס"ד "רסלר"²² אשר דנים בנושא "חוק טל" - הפוטר בני ישיבות מגויס לצבא.

בית המשפט העליון בפס"ד "התנועה לאיכות השלטון"²³ לא פוסל את חוק זה בטענה כי החוק הינו חדש ונתנו לו עוד סיכוי להצליח. ובפס"ד "רסלר" ביהמ"ש פסל את החוק בטענה כי הוא סותר את חוק היסוד כבוד האדם וחירותו.

ג'. פס"ד "אדם"²⁴ - המחוקק חוקק חוק שקובע כי אדם המסתנן לישראל דינו 3 שנים מעצר. לפני פס"ד בנק המזרחי, לא היו דנים בעניין כזה בבית המשפט, ולאחר פס"ד בנק המזרחי, בג"ץ בוחן את חוקתיות החוק על פי חוקי היסוד.

עד פס"ד בנק המזרחי אין לנו חוקה כתובה, כלומר אין לנו נורמה כתובה שהיא עליונה על פני חוק רגיל. נשאלת השאלה מה יכל להיות עליון לפני פס"ד זה? אלו עקרונות היסוד הבלתי כתובים. לאחר מתן פס"ד בנק המזרחי חוקי היסוד מתפקדים כחוקה, ולראיה לכך אדם עותר לבית המשפט בטענה כי חוק סותר את החוקה ואם החוק אכן סותר את החוקה אזי הוא מתבטל ולכן חוקי היסוד מתפקדים בדיוק כחוקה.

¹⁹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)221

²⁰ בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (לא פורסם)

²¹ בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נגד הכנסת (לא פורסם)

²² בג"צ 6298/07 רסלר נגד שר הביטחון (לא פורסם)

²³ ראה הערה 21

²⁴ בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנוב, 16.09.2013)

ישנה ביקורת כלפי ביהמ"ש העליון כי ביהמ"ש העליון בעצמו קבע כי חוקי היסוד הינם חוקה, הלא כדי לקבוע חוקה יש לכנס אסיפה מכוונת. כיום, המחנה הביקורתי הפסיד במאבק על כינון החוקה. **השופט חשין** טען כי חוקי היסוד אינם חוקה **והוא היה השופט היחידי שדגל בדרך זו**. כל שופטי העליון למעט חשין דוגלים כי חוקי היסוד הינם חוקה. כמו כן גם בכנסת לפני חקיקת חוק היא מתייעצת עם היועץ המשפטי לכנסת אשר יגיד להם האם הצעת החוק עומדת במבחני חוקי היסוד. כך גם בממשלה כאשר הממשלה רוצה לחוקק חוק אזי ישנה התייעצות עם היועמ"ש לגבי עמידותו של החוק במבחן חוקי היסוד. כיום במדינת ישראל חוקי היסוד משמשים כחוקה. הרבה פעמים נוצרת במע' המשפטית נורמה שלא נודע כיצד נורמה זו תשפיע על מע' המשפט, לכן כיום ישנו חשש מלחוקק חוקי יסוד חדשים. חוקי היסוד חופש היסוד וכבוד האדם וחירותו, נכתבו בתצורה של חוקה, ועברו בשקט ברוב של 33 מול 22 מכאן נובע שכדי לחוקק חוק יסוד אין צורך ברוב של 61 ח"כים. נשאלת השאלה **מדוע חוקי היסוד הללו מזכירים חוקה?**

א'. **אינדיקציות לעליונות נורמטיבית של חוקי היסוד משנת 1992:**

כדי שחוקה תהיה אפקטיבית, ישנה דרישה כי היא תהיה עליונה על חוק רגיל. בד"כ אם רוצים שהחוקה תהיה עליונה במערכת המשפט היא חייבת להיות עליונה על פני חוק רגיל.

כאשר מדינה אשר מאמצת חוקה כדי שהיא תהא אפקטיבית מוסיפים לחוקה את "פסקת העליונות המפורשת" אשר יש בתוכה:

- (1) החוקה היא הנורמה העליונה בחברה/ בשיטת המשפט.
- (2) כל נורמה אחרת העומדת בסתירה עם לחוקה הרי היא מבוטלת.
- (3) בית המשפט מוסמך להצהיר על בטלותם של נורמה העומדת בסתירה לחוקה- סעיף זה הוא סעיף למהדרין מכיוון שהרשות המחוקקת קבעה את הנורמה שעומדת בסתירה עם החוקה, ולכן יש לקבוע רשות אשר תוכל לבטל את הנורמה מכיוון שהמחוקק קובע את הנורמה הוא יקבע כי אין סתירה לחוקה ולכן הפרשן המוסמך לחוקים חייב להיות עצמאי ובלתי תלוי משמע מע' בתי המשפט. ולכן גם אם סעיף (3) לא היה קיים ניתן להסיק כי בתי המשפט הם הגורם הבלעדי המוסמך להכריז על בטלותו של חוק.

למרות שחוקי היסוד לא מצהירים על עצמם שהינם עליונים זה משתמע מחוקי היסוד ובית המשפט מכיר בעליונותם ולכן אפשר לכנות אותם כפסקת עליונות שיפוטית. מכיוון שאין חוקה כתובה אזי פסקה זו הינה **פסקת עליונות משתמעת**.

- (1) סעיפי הפתיחה - פתיחה חגיגית לחוקה Preamble :
- "פסקת עקרונות היסוד" ו"פסקת המטרה" (סעיפים 1, א', 2 לחוק היסוד) בתחילת החוקה מצהירים מהו הפרויקט של המדינה וזה תמיד נתפח בצורה חגיגית כגון "בני האדם נולדו שווים" בעבר סעיף זה לא היו סעיפים אלו בחוקי היסוד ובהמשך סעיפים אלו הפנו למגילת העצמאות.
- פסקת המטרה - תפקידה לעגן את נוסחאות ההתארגנות "מדינה יהודית ודמוקרטית"
- (2) בחוקי היסוד ישנה "פסקת הגבלה" (סעי' 258, סעי' 264) התפיסה לכך שהחוקה אינה משוריינת לחלוטין על מנת ניתן לכרסם בהם בעת הצורך. לדוג' ההתנגשות בין עיקרון פומביות הדיון לחופש הפרטיות. וזה מה שמאפיין פסקת הגבלה כלומר קביעת מהם התנאים להגבלת עיקרון חוקתי. פסקה זו אומרת שאין פוגעים בזכויות המוגנות אלא :
- (1) הפגיעה צריכה להיות חוק או לפי חוק.
 - (2) הולם את ערכי מדינת ישראל.
 - (3) לתכלית ראויה.
 - (4) במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות).
- פסקה זו היא אינדיקציה לעליונות מכיוון אם חוק לא עומד בתנאים של פסקת הגבלה לא ניתן לפגוע בזכויות המוגנות ולכן החוק בטל.
- (3) "פסקת הכיבוד" (סעי' 2711 וסעי' 285) - כל רשות מרשויות השלטון, חייבת לכבד את הזכויות המוגנות בחוק יסוד זה, כלומר שכל אחת מרשויות השלטון לרבות הכנסת. למעשה אם הכנסת מחוקקת חוק אשר פוגע בזכויות המוגנות ולא עומדת התנאים בפסקת ההגבלה אז היא אינה מכבדת את חוק היסוד והחוק בטל. ולכן פסקה זו הינה אחת האינדיקציות לעליונות.
- (4) "שמירת הדינים" (סעי' 10²⁹ וסעי' 10³⁰) הייתה הוראת שעה עד שנת 2002 והיא אינה תקפה יותר). כיום סעיף זה נמצא רק בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. פסקה זו אומרת "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב כניסתו לתוקף" כלומר כל מה שהיה לפני חקיקת חוק יסוד זה ימשיך להתקיים. המדינה הבינה כי חוקי המדינה עלולים להתבטל ולכן היה צורך לשמור עליהם, לכן זוהי אינדיקציה לעליונות הנורמטיבית. למעשה אם לא הייתה עליונות לא היה צריך את שמירת הדינים.
- (5) "פסקת הנוקשות" (סעי' 317) אין סעיף כזה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו) פסקה זו אומרת שאין לשנות חוק יסוד אלא רק על ידי חוק יסוד. אי לכך סעיף זה מהווה אינדיקציה לעליונות הנורמטיבית של חוק היסוד.

²⁵ חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

²⁶ חוק יסוד חופש העיסוק

²⁷ ראה הערה 25

²⁸ ראה הערה 26

²⁹ ראה הערה 25

³⁰ ראה הערה 26

³¹ ראה הערה 26

ב'. תאוריה בדבר הסמכות המכוננת של הכנסת:

אם לכנסת יש שני כובעים האחת של מחוקק והשנייה של מכוננת. הרצון של המכוננת עליון על פני הרצון של המחוקקת. **לכן כל חוקי היסוד עליונים נורמטיבית על פני חוקים רגילים מעצם העובדה שהם הרצון של הרשות המכוננת.** הכנסת הפרידה את חוקי היסוד לאורך השנים בכך שהיא יצרה אותם בדרך אחרת. יש לכך מספר גישות.

(1) **גישת השופט שמגר בפס"ד "בנק המזרחי"**³²: תאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת. בדמוי העם הוא הריבון והכנסת מייצגת את העם אי לכך יש לכנסת את הכח שיש לעם ומכוח הריבונות של הכנסת היא יכולה לפצל את החקיקה שלה לשתי רמות נורמטיביות:

א') כשהיא מחוקקת חוקי יסוד היא קובעת נורמה עליונה יותר.

ב') כשהיא מחוקקת חוקים רגילים היא קובעת נורמה נחותה יותר.

אם הכנסת מייצגת את העם ומפרידה בין סוגי החוקים לכן זהו רצון העם. ומכח הפרדה זו, **כל חוקי היסוד הם עליונים נורמטיבית על פני כל חוק רגיל**

(2) **גישת אהרן ברק-דוקטרינת "שני הכובעים"**: הוא אומר שהכנסת היא שתי רשויות נפרדות. היא גם הרשות המחוקקת וגם הרשות המכוננת. גישה זו מראה שישנה **רציפות חוקתית** שהתוצאה שלה היא שהכנסת היא מכוננת.

(1) **ההכרזה על הקמת מדינת ישראל** קובעת בבירור שרשויות השלטון במדינת ישראל יוקמו על בסיס חוקה שתקבע אסיפה מכוננת נבחרת, קרי תבחר אסיפה מכוננת שתנסח חוקה.

(2) **בחירות לאסיפה המכוננת** לאחר בחירות אלו, לא יכלו להתווכח ל קיומה של אסיפה מכוננת, בעקבות מלחמת העצמאות אסיפה זו מבינה כי עליה לתפקד גם כנציגי העם.

(3) **חוק המעבר** האסיפה המכוננת הפכה את עצמה לכנסת הראשונה ו**שהיא גם מכוננת וגם מחוקקת.**

(4) **החלטת הררי-** התפקיד של ניסוח החוקה, הועבר לוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת שהיא תנסח הצעה שתובא פרקים בודדים כך שכל פרק מהווה חוק יסוד בפני עצמו ולבסוף הפרקים הללו יתאגדו לכדי חוקה שלמה. ע"פ החלטה זו פעלו הכנסות לאורך השנים.

(5) **חוק המעבר לכנסת השניה** – הסמכויות שהיו לכנסת הראשונה עוברות לכנסת השנייה ולכל הבאות אחריה.

(3) **השופט חשין בפס"ד "בנק המזרחי"**³³ אומר כי האסיפה המכוננת חייבת להפעיל את הסמכות המכוננת שלה בעצמה ואינה יכולה להעביר לגוף אחר. כדי לכונן אסיפה מכוננת **נדרש לכך מנדט ישיר לכך מהעם** ולכן הסמכות המכוננת פקעה במעבר מהכנסת הראשונה לשנייה.

³² ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)221 שם

³³ שם

ג'. הגבולות של הסמכות המכוננת:

הכנסת אינה יכולה לקבוע כל דבר בחוק יסוד וזאת ע"פ 2 דוקטרינות:

- 1) **עקרונות היסוד הבלתי כתובים** (ברק פס"ד "לאו"ר"³⁴ / "בנק המזרחי"³⁵ / **השופט חשין התנועה לאיכות השלטון**³⁶) אם מכירים בקיומם של עקרונות היסוד הבלתי כתובים, אז הכנסת באה לחוקק חוק כתוב אז היא אינה יכולה לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים של האומה.
- 2) **"תיקון לחוקה שאינו חוקתי"** (בינייש פס"ד "בר-און"³⁷) התיקון נבדק אל מול החוקה בעת שיש לה מבנה בסיס ורוח מסוימת. ולכן כל שינוי בחוקה חייב להתאים לאופי החוקה.

³⁴ בג"צ 14/86 לאור נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421

³⁵ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221

³⁶ בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נגד הכנסת (לא פורסם)

³⁷ בג"צ 4908/10 רוני בר – און ואח' נגד כנסת ישראל ואח' (לא פורסם)

2. ניתוח סתירה לכאורה בין חוק לחוק יסוד:

העותר עת שהוא א לבית המשפט, ישנם שני שלבים מרכזיים:

(1) העותר צריך להוכיח כי נפגעה זכות חוקתית

(2) המדינה צריכה להוכיח כי הפגיעה עומדת בהגבלים שהחוקה מגבילה.

א'. האם העתירה בשלה?

דוקטרינת הבשלות- אם בית המשפט יחליט שהעתירה אינה בשלה אז בית המשפט לא ידון בכך. דוקטרינה זו אומר שצריך לחכות לסכסוך אמיתי ולראות את הצדדים שבה החוק פוגע ואז בית המשפט יוכל להעריך את עוצמת הפגיעה, ואם עדיין לא קרה כלום אז אין טעם לדון בכך.

(1) פס"ד "גוטמן"³⁸ - העלאת אחוז החסימה. הבעיה היא בעקרון הייצוג ע"פ ס' 4 לחוק³⁹ קובע שהכנסת תיבחר בבחירות יחסיות ושוות. במדינה דמוקרטית חייבות להיות בחירות חופשיות והוגנות, העלאת אחוז החסימה פוגע ביחסיות, ובשוויון של הבחירות מכיוון שהסיכוי להיבחר עבור המיעוטים הינו קלוש. השופט גרוניס אומר כי אין צורך כרגע לדון בכך כי עדיין לא היו בחירות. השופט ג'ובראן אומר כי חלק מן החירות הפוליטית זה לרוץ בנפרד ואז למעשה יש פגיעה בחופש להיבחר.

(2) פס"ד "סבאח"⁴⁰ - ועדות קבלה לשובים קטנים. החוק מכיר בוועדות הקבלה לשובים קטנים(פס"ד "קאעדן" – פגיעה בעיקרון השוויון ואפליה) גם החוק אשר נחקק בכנסת, הוא פוגע בעיקרון השוויון, וקיים חשש שהחוק הזה יוביל לאפליה. השופט גרוניס טוען כי אין לדעת כיצד החוק ייושם בשטח ודלתו של בית המשפט פתוחה ויעתור נגד ועדת הקבלה ואז תיבחן חוקתיות החוק. השופט ג'ובראן טוען שכבר עכשיו ברור שאם ניתן כח לאנשים לבחור את מי לצרף ואת מי לא, אז יש פתח רחב לאפליה.

בשלות העתירה תיבחן בשני שלבים:

א') האם ניתן לדון בחוקתיות במנותק מסכסוך קונקרטי (תיאורתית) או שיש יתרון בהמתנה לגיבוש תשתית עובדתית קונקרטית?

- אם ניתן לדון עקרונית ותיאורתית אז העתירה בשלה
 - אם יש יתרון בהמתנה לסכסוך קונקרטי אז עוברים לשלב ב'
- ב') בחינת החריגים - האם למרות היתרון בהמתנה לסכסוך קונקרטי, נכון לדון מיידי?

- ייגרם נזק בלתי הפיך אם נמתין לסכסוך- נניח שהוראות שירות המדינה אומרות שאם אדם שהוא עובד ציבור אזי אסור לו לבטא את עמדותיו הפוליטיות (השתתפות בהפגנות וכו'). ארגון של זכויות אדם

³⁸ בג"ץ 3166/14 יהודה גוטמן נגד היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.03.2015)

³⁹ חוק יסוד: הכנסת

⁴⁰ בג"ץ 2311/11 אורי סבח נגד הכנסת (פורסם בנבו, 17.09.2014)

מגיע לבג"ץ וטוען כי ישנה פגיעה בחופש הביטוי בעת התקנת הוראה זו. בית המשפט יגיד כי טענה זו אינה בשלה, אך עובד מדינה שישתתף בהפגנה, הוא יפוטר וירד מנכסיו וכו' ולכן בית המשפט ידון בסוגיה זו במידי.

- **"אפקט מצנן" של החוק (פגיעה בעקרונות חוקתיים)** – אם המחוקק מתקן את "חוק איסור לשון הרע", שהפיצוי יהיה בגין עוולה זו הינם חצי מיליון, ולכן העיתונאים יפחדו לפרסם וזה יצנן אותם מלכתוב דבר אשר היה אמור להתפרסם. ולכן יש לו **אפקט מצנן** שיגרום לאנשים להגביל את חופש הביטוי והעיתונות. ולכן בית המשפט **חייב** לדון בסוגיה זו במידי.
- **האינטרס הציבורי** – מצדיק דיון מידי, נניח גיוס בחורי ישיבות, עמותה כלשהי שחורטת על דגלה שוויון בגיוס עותרת לביהמ"ש בטענה כי פטור זה פוגע בשוויון. בהמ"ש יכול להגיד שאפשר לחכות שאדם ייפגע מכך, אך לכאורה אין אדם שייפגע בצורה המצדיקה את הדיון. מכיוון שסוגיה זו הינה חיונית שבית המשפט ידון בה ולכן **בית המשפט חייב לדון בכך במידי**.

חריגים לטובת המתנה:

- **ישנם הליכים חליפיים לבירור הפגיעה ולקבלת סעד** – ועדות הקבלה בפס"ד "סבאח"⁴¹ ע"פ השופט גרוניס החוק שמסמך ועדות קבלה אזי אין בהם אפליה ולכן יש יתרון לחכות לסכסוך קונקרטי. יש לבדוק מה יטענו העותרים נגד המתנה:
 - (1) האם עלול להיגרם נזק בלתי הפיך שייגרם לעותר, הוא יופלה, לא יתקבל לשוב ובעוד מספר שנים ביהמ"ש יפסול את החוק ויודיעו לו כי הוא יכול לגור בשוב.
 - (2) לא קיים אפקט מצנן מכיוון שלחברה הישראלית לא יהיה אכפת אם ידנו בסוגיה זו במידי או לאחר סכסוך קונקרטי. אם בית המשפט דוחה את העתירה עקב בשלות אין הדבר להגיד שנחסמו כלל הדרכים החוק אומר שאסור להפלות ולכן אדם יכול לתקוף את החוק, לחייב את הוועדה להציג את הפרוטוקול של הוועדה וכו'. ניתן לעשות זאת מבלי לפנות להליך חוקתי ואז לא יעשה נזק בלתי הפיך לכאורה.

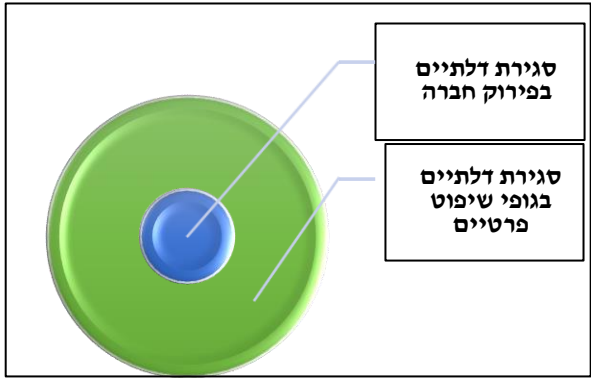
03.01.2017

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

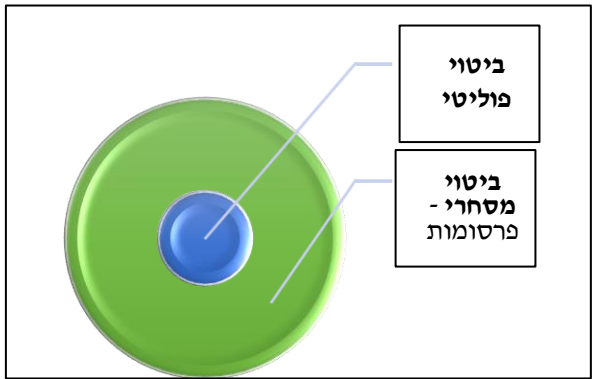
ב'. **החוק** (או החלטה מנהלית מול כוח החוק) – **האם החוק או ההחלטה מכרסם בהיקף הפנימי של עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד (או לעקרונות הבלתי הכתובים של המדינה)?**
 דוגמאות לשאלה זו

העיקרון החוקתי בדבר **שוויון בבחירות** סעי' 5 לחוק יסוד הכנסת

העיקרון החוקתי בדבר **פומביות הדיון** - סעי' 3 לחוק יסוד השפיטה – פירוק הפועל ת"א- דיון בדלתיים סגורות



העיקרון החוקתי בדבר **כבוד האדם** - סעי' 2+4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו – קיצוץ בהבטחת ההכנסה



על בית המשפט לפרש כל חוק ולראות היכן הפגיעה קורית כלומר ככל שהפגיעה היא רחוקה יותר מליבת חוק היסוד אזי, העתירה עלולה ליפול. לכן בית המשפט מוודא כי הפגיעה מתרחשת קרוב ככל שניתן לליבת העיקרון החוקתי. לבסוף הבחינה הזו הינה **פרשנות של החוקה**.

10.01.17

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל**1. ניתוח הסתיר לכאורה בין חוק לחוק יסוד – מה שעל האזרח להוכיח:**

א'. האם העתירה בשלה?

ב'. האם החוק או ההחלטה המנהלית מכרסם בהיקף הפנימי של עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד או מהווה עיקרון בלתי כתוב?

ג'. האם הכרסום הינו ממשי או בגדר "זוטי דברים" (de minimis)

כדי שבית המשפט יפסול חוק, העתירה הינה צריכה להיות רצינית. החוק צריך לכרסם בצורה מהותית ובאופן ממשי. אם זה משהו שולי – זוטי דברים, אזי העתירה תיפול. דוגמא לכך, בעבר בעת המבחן השנתי לרכב נגבתה "אגרת רדיו לרכב", האדם היה אומר כי אין לו רדיו ולמה לו לשלם. ובכך לא ניתן לגבות אגרה זו. נשאלת השאלה **האם הכרסום בעיקרון הפרט הינו ממשי עת שגובים ממנו 60 ₪ על אגרת רדיו?**

ככל שהפגיעה קרובה לגרעין העיקרון החוקתי, יהיה ניתן להגדירו כממשי. ככל הפגיעה מתרחקת מן הליבה, אז הכרסום הינו ממשי והוא בגדר זוטי דברים.

1) פס"ד "קירש" 42:

תקנות קובעות שבעת לחימה כאשר נורים טילים על ישראל, ניתן להשתלט על ערוצי הטלוויזיה ולהעביר הודעות התגוננות לציבור. עתרו לבית המשפט ואמרו מדוע צה"ל משתלט על הטלוויזיה. טוענו העותרים שהם צורכים את החדשות מן הערוצים הזרים, והחסימה הזו פוגעת בזכות הציבור לדעת. יש לציין כי זכות הציבור נובעת מן חופש הביטוי. הגישה של אחד השופטים שזהו כרסום שולי ואין טעם בעתירה. יתר השופטים לא הפילו את העתירה ע"פ הסעיף הנ"ל (3) ואם צריך להנחות על התגוננות בשמשך 15 דק' אז השאלה תעבור לשלב ב' אשר בו תיבחן זמן ההשתלטות על הטלוויזיה. נניח שחיזבאללה תמטיר מספר רב של טילים על ישראל והמדינה תפסיק את כלל השידורים. אזי הכרסום יהיה כרסום ממשי בעיקרון חוקתי כי המדינה לא תשתלט על הטלוויזיה ותמנע גישה למקורות מידע מהימנים.

ד'. בהנחה שהכרסום בהיקף הפנימי הוא ממשי, נשאלת השאלה **האם הכרסום****הוא לכל היותר ברמה של "פגיעה" או עולה לכדי "שינוי"**

החוק יכול לעשות מספר דברים לחוק היסוד (פגיעה או שינוי ישיר/עקיף) כאשר מדברים על מונח "שינוי", ישנם שני סוגים של שינוי:

(א') שינוי ישיר - להוסיף או למחוק סעיף מן החוקה או לחוקק חוק יסוד בנושא חדש, למעשה זוהי צורת השינוי של החוקה בישראל. במקרה של תקציב דו שנתי, הכנסת השתמשה בכובע המכוון שלה לעומת חוק היסוד שחוקק שקובע כי כל שנה יש תקציב חדש.

חוק יסוד חופש העיסוק ישנה הבטחה של עיסוק. הכנסת רצתה לחוקק חוק האוסר לייבא בשר טרף לישראל. זוהי דוגמה לשינוי ישיר של החוקה כי היא שינתה את סעיפי חוק היסוד "חופש העיסוק" ולמעשה היא ביטלה את הנוסח הקודם. שינוי ישיר למעשה משנה את החוקה אם בהוספת סעיף או בחקיקת חוק יסוד חדש.

(ב') שינוי עקיף

1) מבחני הפסיקה בין פגיעה לשינוי :

(א') **מבחן החריג הבולע את הכלל** - פגיעה הינה משהו חריג. ככל שהחריג הולך ותרחב, יתכן שהחריג יהיה כל כך נרחב אזי הוא יכול לבלוע את הכלל. כאשר החריג מכרסם בחוקה, זוהי תהיה פגיעה שהחוק הוא החריג המצומצם. חשוב לציין כי החריג הוא מצוין ומתוחם.

למשל הארכת ההתמחות לעריכת דין, למעשה ישנה פגיעה בחופש העיסוק. מכיוון שמשך ההתמחות הוא רק בפרק זמן קצר אזי אין פגיעה ממשית והחריג אינו בולע את הכלל. דוגמא נוספת, למחוקק מאוד חשוב שבני נוער יילמדו ולא יעבדו, והוא קובע כי אסור לעבוד עד גיל 18. למעשה ישנה כאן פגיעה בחופש העיסוק וזהו חריג אשר משנה בעקיפין את החוקה מכיוון שהחוק משנה את החוקה.

● **השופטת בייניש בפס"ד "תנועת דרור ישראל" 43** :

סעי' 1 לחוק יסוד מקרקעי ישראל אומר כי לא תועבר הבעלות במקרקעי ישראל (מקרקעין בבעלות המדינה). העיקרון הזה שמדינת ישראל תחזיק את הקרקעות שלה ולא תעביר בעלות נובעת מהנוסחה של המדינה היהודית. המדינה רצתה לעצב את המרחב הציבורי כמרחב שתומך בתרבות היהודית, ובנוסף היא מכירה במרחב הציבורי של המיעוט, אך היא עדיין דוגלת בכך שהמדינה תהנה מרחב ציבורי יהודי. נשאלת השאלה כיצד ניתן לעצב מרחב ציבורי אם הקרקע אינה שייכת למדינה?

המדינה אומרת כי קרקעות פרטיות יישארו פרטיות וכלל שאר הקרקעות תהיינה בבעלות המדינה כדי שהמרחב הציבורי יהיה יהודי. אחת הטענות של ערביי ישראל היא שגופי התכנון בישראל אינם נוהגים בשוויון כי המדינה לא מתכננת בניה ופיתוח של ערים ערביות. כדי להימנע ממצב זה קבעו כי מי שגר בקרקע של המדינה הוא חוכר את הקרקע עד לשנת היובל (49 שנה). נחקק תיקון לחוק המאפשר לקחת 800,000 דונם בשתי פעימות (400,000 כולל פעימה) ולאפשר למכירה לבעלות פרטית ובכך מאפשר

קנייה של קרקעות בידי כלל הציבור. הקרקעות המוצעות למכירה, הינן קרקעות עירוניות אשר עברו תכנון. למעשה מדובר ב-4% מקרקעות המדינה. נשאלת השאלה האם החריג בולע את הכלל?

למעשה, גם לאחר הרפורמה, 96% מן הקרקעות עדיין תישארנה בבעלות המדינה ויחול עליהן העיקרון החוקתי שאסור להעביר עליהן בעלות. העותרים ניסו לטעון כי החריג הוא יותר גדול כי זה מקטין את הקרקעות אשר ניתן לבנות עליהן (שטחי אימונים של צה"ל, מקורות מים, שמורות טבע שלא ניתן לבנות בהם).

למרות הטענה הזו **מחליט בית המשפט** כי החריג לעיקרון החוקתי ואז הוא אינו בולע את הכלל, כלומר הכרסום הוא ברמה של פגיעה ולא של שינוי.

אילו הרפורמה הייתה ש-80% מן הקרקעות יעוברו לידיים פרטיות, אזי ישנו שינוי עקיף של החוקה.

למעשה המבחן הוא **האם החריג הוא מתחום מצומצם ומתחום אל מול חריג נרחב?**

(ב') מבחן "כיפוף הענף עד שבירתו":

יכול להיות שהחריג הינו מתחום ומצומצם, אך החריג הזה הוא כל כך עוצמתי עד שהוא מביא לשבירת העיקרון החוקתי. אמנם ישנו כיפוף של העיקרון החוקתי כל כך חזק עד שהוא נשבר. נניח שההתמחות בעריכת דין השתנתה משנה לעשור. מבחינת חריג הינו מצומצם מכיוון שלא נפגע כלל חופש העיסוק במדינת ישראל. נניח שנקבע שהזנות הינה מחוץ לחוק אחוז הנפגעים הינו נמוך יותר מן המשפטנים. למעשה הכיפוף של הענף הוא בנקודה צרה אך הכיפוף הוביל לשבירה מכיוון שדבר זה יוביל לצמצום משמעותי במס' המתמחים לעריכת הדין בישראל ורק מי שיוכל להרשות לעצמו לחיות 10 שנים בשכר מתמחה, אזי הוא יוכל להתמחות בעריכת דין. למעשה יש כאן שינוי עקיף בחוקה לחוק יסוד חופש העיסוק.

17.01.17

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

2. ניתוח הסתירה לכאורה בין חוק לחוק יסוד – שלב ב':

לאחר שנבחן שלב א' ואכן התגלה כי ישנה פגיעה ישן שתי אפשרויות של פגיעה:
א'. כרסום בעיקרון החוקתי המהווה "שינוי" של העיקרון:

עמדת השופטים בפס"ד **בנק המזרחי**⁴⁴ -

השופטים **שמגר וברק** העניקו עליונות נורמטיבית לחוקי היסוד וקל וחומר כי שינוי של חוק יסוד יהיה אך ורק באמצעות חוק יסוד חדש או תיקון לחוק יסוד ישן. למעשה זוהי "פסקת נוקשות" משתמעת או שיפוטית. פסקת נוקשות קובעת איך משנים את החוקה. לחוקי היסוד כחוקה יש עליונות נורמטיבית אך הנוקשת אינה מספקת, למשל בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו אין פסקת נוקשות, לכאורה ניתן לחשוב שניתן לשנותו בחוק רגיל. בית המשפט בא ואומר כי גם אם אין פסקת נוקשות מפורשת בחוק אזי בכל חוקי היסוד ישנה פסקת נוקשות בין אם מפורשת או בין אם היא משתמעת. למעשה אין הגדרה גם בפסקת הנוקשות לאיזה רוב צריך על מנת לבטל את חוק היסוד כבוד האדם (לכאורה ניתן לבטלו ברוב של 2 מול 1).

חוק יסוד חופש העיסוק	חוק יסוד כבוד האדם וחירותו	
+	+	נוקשות משתמעת - לא כתוב איך משתנה הסעיף אלא על פי הפסיקה
סע' 7 לחוק היסוד: אין לשנות אלא בחוק יסוד ובנוסף ברוב חברי של חברי הכנסת (61 חברי כנסת)	-	נוקשות מפורשת - סע' כתוב מפורשות

(א') איך משנים חוק יסוד:

חוק יסוד משתנה תמיד ע"י חוק יסוד אחר עקב פסקת הנוקשות המשתמעת אך ישנם מספר תנאים לשינוי

(1) אם מדובר בחוק יסוד עם פסקת נוקשות משתמעת די ברוב רגיל של חברי הכנסת.

(2) אם מדובר בחוק יסוד עם פסקת נוקשות מפורשת אזי צריך לרוב כפי המופיע בפסקת הנוקשות בחוק.

נשאלת השאלה האם הרוב הדרוש בפסקת הנוקשות נדרשת רק בקריאה השלישית בלבד או שצריך בכל הקריאות של חוק זה? זוהי שאלה משפטית

⁴⁴ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)221

אשר אין תשובה ברורה בחוק היסוד. ייתכן שבתי המשפט יעשו היקש **לסעי' 46** לחוק יסוד הכנסת אשר קובע כי דרוש רוב של חברי הכנסת **רק בכל שלושת הקריאות**, ובית המשפט יגיד שאם לסעי' 46 לחוק היסוד הכנסת דרוש ברוב כזה בשלושת הקריאות אזי סביר להניח שבכלל חוקי היסוד שצריך בהם רוב חברי הכנסת, אזי יצרך רוב של חברי הכנסת בשלושת הקריאות.

(3) אין התנגשות עם מגבלות האסיפה המכוננת הנגזרת. הכנסת אינה האסיפה המכוננת המקורית אשר יכולה לשנות את הנוסחה ויש לכך שתי דוקטרינות:

(א') **עקרונות היסוד הבלתי כתובים** – חוקה כתובה לא יכולה לסתור עיקרון בלתי כתוב. (חשיך בפס"ד התנועה לאיכות השלטון⁴⁵)
 (ב') **תיקון לחוקה שאינו חוקתי** (בייניש בפסק הדין בר - און⁴⁶) - אם משנים את החוקה ומכניסים לה תיקון, עדיין לכל חוקה יש מבנה בסיסי שהינו מדינה יהודית ודמוקרטית, ולא ניתן לקן את החוקה שאני עומד במבנה הבסיסי של החוקה. לדוגמה שוויון בבחירות- הכנסת רוצה להעלות את אחוז החסימה ל-20%.

ב'. כרסום המהווה לכל היותר "פגיעה":

ישנם ארבעה מסלולים שונים:

(1) **מסלול סתירה א' הוראה שותקת** - עיקרון חוקתי המעוגן בהוראה השותקת באשר לאפשרות לפגוע בה באמצעות חוק רגיל (אין בה היתר מפורש לפגיעה).

(א') **השופט שמגר בפס"ד "בנק המזרחי"**⁴⁷: **העליונות האחידה של כל ההוראות בחוקה** - אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, אלא אם חוק היסוד התיר זאת במפורש (פסקת ההגבלה). **אי לכך לא ניתן לפגוע כל בהוראה שותקת.**

(ב') **השופט ברק בפס"ד "בנק המזרחי"**⁴⁸: **עליונות לפי השריון בחוקה** - אפשרות הפגיעה בחוק היסוד באמצעות חוק רגיל, תלויה בשריון של ההוראה בחוקה. מקובל להבחין בין **שריון מהותי לשריון צורני**:

(1) **שריון צורני** - דרישה לשינוי בהליך ברוב ל 61 ח"כים

(2) **שריון מהותי** - דרישה תוכנית מהותית כדוגמת פסקת ההגבלה.

על פי ברק אם ישנה הוראה בחוקה שהיא שותקת אזי ניתן לפגוע בה.

⁴⁵ בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, לא פורסם

⁴⁶ בג"צ 4908/10 רוני בר-און ואח' נ' כנסת ישראל ואח', לא פורסם

⁴⁷ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)221

⁴⁸ שם

ג') **העמדה של חשין בפס"ד "בנק המזרחי"**⁴⁹ - אין בעיה לפגוע בכל ההוראות מכיוון שלפי דעתו חוקי היסוד אינם חוקה אלא חוקים רגילים.

ע"פ שמגר, אם החוקה שוללת כל פגיעה ואפילו הקטנה ביותר, יכול להיות שישנו חוק שאין שום בעיה איתו והוא ייפסל כי אין לפגוע בהוראה שותקת, ולמעשה החוקה היא מגבילה את המחוקק ואת רצון הרוב והעם. ואילו **ע"פ ברק** להוראה שותקת הוראה שותקת כלל אינה מוגנת וניתן לפגוע בה על ידי כל חוק, ובכך העליונות של החוקה תיפגע. גישת שמגר במקרה זה גוברת על גישתו של ברק אך צירף להוסיף לגישתו עוד דבר ואז נוצרה **פסקת הגבלה שיפוטית (משתמעת)** היתר שמשמע מן החוקה לכרסם בהוראה שותקת בתנאי פסקת ההגבלה המפורשת. למרות שאין בהוראה פסקת הגבלה, בית המשפט מייבא את פסקת ההגבלה ואז מתיר באופן משמע לכרסם בהוראה השותקת. השופט זמיר בפס"ד **"הופנונג"**⁵⁰ ופס"ד **"מופז"**⁵¹

בפס"ד **"בנק המזרחי"**⁵² ברק היה בגישה הפוכה לשמגר ואילו בפס"ד **"חירות"**⁵³ נקבעה כבר פסקת ההגבלה השיפוטית ואז הוא שינה את דעתו. כיום, ההלכה הקובעת של בית המשפט העליון בנוגע להוראה שותקת היא כדלקמן:

אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, אלא אם כן חוק היסוד מתיר זאת במפורש (באמצעות פסקת הגבלה מפורשת) **או מתיר זאת במשתמע** (באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית). כלומר בכל מקרה ניתן לפגוע בחוק היסוד באמצעות חוק רגיל ע"פ פסקת הגבלה מפורשת או משתמעת. למעשה נוצרה הרמוניה בין חוקי היסוד וניתן לפגוע בכולם ע"פ פסקת ההגבלה.

⁴⁹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)221

⁵⁰ בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת

⁵¹ ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(3)793

⁵² שם

⁵³ בג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נז(1)750

(2) **מסלול סתירה ב': הוראה בחוקי היסוד הכוללת היתר כללי ובלתי מוגבל לפגיעה באמצעות חוק רגיל** (לדוג' סעי' 3 לחוק יסוד השפיטה - בית המשפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק⁵⁴)

הפתרון לכך הגבלת ההיתר המפורש לכרסום בחוק רגיל, בדרך של **"ייבוא פסקת הגבלה שיפוטית"**. למעשה, "פסקת ההגבלה השיפוטית" במקרה זה **הינה איסור במשתמע לפגוע בחוקה**. זאת על מנת שלא יהיה היתר כללי לפגוע בחוק היסוד.

פס"ד **"פלונית"** מדובר על חוק יסוד השפיטה, פומביות הדיון והשופט ברק מכיל שם את פסקת ההגבלה השיפוטית, וצריך לקרוא אותה לתוך חוק היסוד והיא מגבילה את האפשרות לכרסום בחוקה.

(3) **מסלול סתירה ג': הוראה שותקת מבחינה מהותית (אין פסקת הגבלה) וכוללת היתר מבחינה צורנית ("אלא ברוב חברי הכנסת")**. למעשה ההיתר מתייחס לפרוצדורה ולא לחוק עצמו ויש לה **שריון צורני** ואין לה **שריון מהותי**(פסקת הגבלה).

סעי' 4 לחוק יסוד הכנסת - הכנסת תיבחר בבחירות..... יחסיות ושוות... זהו העיקרון החוקתי ובאה התוספת שאין לשנות סעיף זה, אלא ברוב חברי הכנסת. לכאורה יש כאן שתי אפשרויות:

(1) אם עיקרון זה חל רק על שינוי, אזי צריך פסקת נוקשות ולמעשה ישנה נוקשות חלשה כי כל קואליציה חייבת למנות לפחות 61 חברי כנסת, ומכאן נובע שזוהי פסקת נוקשות. ואז הנוקשות רלוונטית רק במקרה של שינוי.

בחוק יסוד חופש העיסוק, ישנה אבחנה בין שינוי לפגיעה. לאורך השנים ביהמ"ש העליון, הכיל את הדרישה המובאת לעיל גם על "פגיעה" ולא רק על "שינוי" (לדוג' מימון מפלגות). למעשה, ע"פ השופט ברק בפרשת **בנק המזרחי**⁵⁵ אומר שצריך לקרוא את הסעיף הנ"ל אין לשנות או לפגוע בסעיף זה אלא ברוב חברי הכנסת... הוראה זו אינה שותקת לגמרי מכיוון שהיא מדברת על השריון במבחינה צורנית.

(2) ע"פ ברק עת שחקר את חוקי היסוד באקדמיה, הוא קבע שצריך להתייחס לחוק כלשונו כלומר אם נכתב שאין לשנות אז אין נפקות שיש שריון מפני פגיעה. ולמעשה במצב זה, עת שאין שריון מהותי אזי יש לחזור למסלול א'. לאחר מכן **השופט ג'ובראן בפס"ד "גוטמן"**⁵⁶ דגל בגישתו של ברק ולמעשה בחן את החוק על פי מסלול א'.

⁵⁴ חלק זה בסעיף הינו לכאורה היתר כללי ובלתי מוגבל לכרסום בחוקה.
⁵⁵ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4)221 באוביטר
⁵⁶ באוביטר

לפי עמדת השופטים לאורך השנים, בחוקי יסוד ישנים, בתקופה שהכנסת לא הבדילה בין שינוי לפגיעה. בכל מקום שנאמר "אין לשנות", אזי הכוונה שאין לשנות ו/או לפגוע. אם זהו חוק שהצהיר על השינוי שיש לו סעי' נוקשות מפורש (מופיע בסעיף שכותרתו הינה "נוקשות"- סעי' לחוק יסוד ירושלים). אזי ישנה התרה לפגוע בחוק ולא לשנותו.

• **פתרון למסלול סתירה זה - "פסקת הגבלה שיפוטית":**

נשאלת השאלה מהו היחס בין פסקת ההגבלה השיפוטית לבין השריון הצורני ברוב חברי הכנסת?

כלומר במסלול א' מייבאים את פסקת ההגבלה. לעומת זאת ישנו גם היבט מהותי ויש גם היבט צורני האומר כמה צריכים להצביע בכנסת.

לשאלה זו יש שתי פרשנויות:

(1) פרשנות א' - דרישות מצטברות:

החוק צריך גם לעמוד ב"פסקת ההגבלה" השיפוטית וגם להתקבל ברוב חברי הכנסת במספר קריאות ע"פ סעי' החוק. פרשנות זו בעייתית ממספר סיבות:

- חוק שאינו עומד בסתירה לכאורה מבטל את הסתירה ואין צורך לגייס את כלל הכנסת על מנת לפגוע בחוק היסוד.

ע"פ השופטים ג'ובראן וברק פרשנות זו הינה הנכונה.

היתרון של פרשנות זו, שהיא אינה מאפשרת להתגבר על חוקי היסוד כלל.

(2) פרשנות ב' - קודם חלה פסקת ההגבלה השיפוטית והשריון

הצורני מתפקד כפסקת התגברות:

כל פעם שהחוקה שותקת מהותית אזי מחילים פסקת הגבלה שיפוטית כדי לבחון את הכרסום. ע"פ פרשנות זו, אם החוקה עומד בפסקת ההגבלה השיפוטית, כלומר הכרסום מותר במשתמע ולכאורה אין סתירה בין החוק לחוקה. אזי הדרישה של השריון הצורני היא למקרים של סתירה. ואם אין סתירה אז אין צורך בשריון הצורני. אם ישנה סתירה, החוק לא עומד בפסקת הגבלה השיפוטית אזי פסקת הנוקשות משמשת כפסקת ההתגברות אשר הינה מאפשרת להתגבר על חוק היסוד ע"פ השריון הצורני הקבוע בחוק היסוד.

4) **מסלול ד' - הוראה בחוק שיש לה פסקת הגבלה משלה** (כבוד האדם וחירות,

חופש העיסוק):

אם ישנו חוק יסוד שיש לו פסקת הגבלה משלו, לכאורה צריך להחיל אותה אך לא תמיד פסקה זו חלה ואז נשאלת השאלה האם היא חלה?

לשאלה זו יש מספר אפשרויות:

(1) **"שמירת הדינים"** (רק בכבוד האדם):

לפני מרץ '92 אזי לא ניתן להחיל על החוק את חוק היסוד כבוד האדם וחירותו. מתעוררות על אפשרות זה כמה סוגיות:

(א') **תיקון מאוחר לחוק ישן** (פס"ד **בנק המזרחי**⁵⁷) - האם התיקון חשוף

לפסקת ההגבלה או שאינו חשוף. למעשה החוק הישן מוגן אך

התיקון. בפס"ד **בנק המזרחי** נקבע כי תיקון מאוחר הוא כחקיקה

חדשה ולכן חלה עליו החובה לעמוד בפסקת ההגבלה.

(ב') **"תיקון מיטיב"** (פס"ד **צמח**⁵⁸): תיקון מיטיב עם זכויות האדם הוא

חשוף כחקיקה חדשה ואם אינו עומד בפסקת ההגבלה למעשה ישנה

חזרה למצב הרע הקודם.

פס"ד צמח מדבר על השאלה כמה זמן ניתן להחזיק חייל במעצר עד

שיובא בפני שופט צבאי שיברר את סיבת המעצר. עד פס"ד זה הזמן

היה עד שבוע ולאחר התיקון ניתן היה להחזיק חייל 96 שעות עד

שיובא בפני שופט. לכאורה ניתן לעצור אזרח ל- 24 שעות בלבד

לעומת חייל שיוחזק 96 שעות. **דעת המיעוט** (השופט **קדמי**) אומרת

שאין להפעיל ביקורת שיפוטית על תיקון מיטיב, עקב העובדה

שהמצב ישוב לקדמותו הרעה ולא ישתפר כמטר התיקון.

דעת הרוב בראשות השופט זמיר אומרת שישנה בעייתיות עם

ההבחנה בין תיקון מיטיב או מרע. בנוסף הוא אומר שלבית המשפט

לבדוק את פסקת הכיבוד שאומר שכל רשות צריכה לכבד את

הזכויות המעוגנות בחוק. למעשה, אם התיקון המיטיב לא מכבד

את זכויות האדם, אזי התיקון לא יעבור בבית המשפט - כלומר

ייפסל. ההנחה של זמיר שאם הוא יגיד לכנסת שהם אינם מכבדים

את זכויות האדם הם לא יתקנו את החוק המחדש.

⁵⁷ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4)221

(ג') החוק פוגע גם בעיסוק וגם בזכויות המוגנות בכבוד האדם וחירותו-

סתירה בין הוראות החוקה :

החוק הישן (לפני 92) פגוע בשתי חוקי היסוד הללו ואין אין ידיעה של מהו רצונה של הרשות המכוננת. כיום, אין "שמירת דינים" בחוק יסוד חופש העיסוק. הרשות המכוננת רוצה שלגבי חוק ישן שפוגע בעיסוק היא לא רוצה שהחוק יהיה מוגן לעומת סעי' 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו שבו הרשות המכוננת רוצה שהחוק יהיה מוגן. כדי ליישב סתירה כזו ניתן להשתמש "במבחני מיטראל" רק בצורה הפוכה :

- i. האם הפגיעה בחופש העיסוק היא "תוצאת לוואי" מתבקשת (טבעית) מן הפגיעה בזכויות של כבוד האדם וחירותו?
- ii. האם הפגיעה בכבוד האדם וחירותו הינה הדומיננטית?
- iii. האם הפגיעה בזכויות של חוק יסוד "חופש העיסוק" לכשעצמן היא שולית יחסית?

(2) פסקת התגברות (סעי' 8 לחוק יסוד חופש העיסוק) :

התגברות על חופש העיסוק בלבד מכיוון שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אין סעי' המתיר התגברות. התנאים להתגברות :
 (א') **התגברות מפורשת** - ציון בחוק "על אף האמור" כלומר צריך לציין בחוק שהוא תקף על אף האמור בחוק היסוד - חופש העיסוק.
 (ב') **רוב חברי הכנסת** - 61 ח"כים , כדי להתגבר צריך לרוב של חברי הכנסת ע"פ סעי' 46 לחוק יסוד הכנסת התיקון חייב לעבור ברוב של חברי הכנסת בשלושת קריאותיו.

(ג') **התגברות אפשרית במסלול של "פגיעה בלבד"** - ההתגברות הינה על פסקת ההגבלה כלומר זהו במסלול של פגיעה. ואם ההתגברות היא ממש בעייתית עד כדי שינוי יש לבחון את התיקון.

(ד') **אין להתגבר על עקרונות היסוד הבלתי כתובים**

(על המבחן של "הולם את ערכיה ... " בפסקת ההגבלה) :

זהו מבחן המפנה לעקרונות היסוד ולא ניתן להתגבר על עקרונות אלה. סעיפיהם הראשונים של חוקי היסוד הינם הפתיחה (עקרונות היסוד והמטרה). אם הפתיחה היא חגיגית ומחויבים לעקרונות של מדינה יהודית ודמו' אזי לא ניתן להתגבר על עקרונות אלו. אי לכך יש לפרש את ההתגברות כל עוד הפרשנות אינה פוגעת בערכיה של מדינת ישראל.

(ה') התגברות על העיסוק כשינה פגיעה גם בזכויות המוגנות בכבוד**האדם וחירותו :**

נניח שהכנסת הפעילה התגברות ע"פ כל התנאים המובאים לעיל והתגברה על חוק יסוד "חופש העיסוק", האם ההתגברות היא תופס גם על חוק יסוד "כבוד האדם וחירותו". אם ישנה התגברות על העיסוק וישנה פגיעה בכבוד האדם וחירותו, אזי הוא יצטרך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה של כבוד האדם וחירותו. הרשות המכוננת הכניסה התגברות לחופש העיסוק אך מנגד היא לא הכניסה לכבוד האדם וחירותו. כל פעם שישנה פגיעה בחופש העיסוק, אזי ישנה בנוסף פגיעה בזכות הקניין. אם נניח שהרשות המכוננת רצתה להתגבר רק על העיסוק ולא על הזכויות של כבוד האדם וחירותו, וישנה פגיעה בזכות הקניין בעת פגיעה בחופש העיסוק, אזי פסקת ההתגברות לא תחול כלל. השופט **ברק בפס"ד מיטראל** נותן מבחנים בהם ניתן להתגבר על חופש העיסוק ולהתעלם מן הזכות לקניין מבחנים אלו צריכים להתקיים במצטבר. להלן המבחנים :

iv. האם הפגיעה בזכויות של כבוד האדם וחירותו היא**"תוצאת לוואי" מתבקשת (טבעית) מן הפגיעה בעיסוק?**

אם זוהי תוצאת לוואי של הפגיעה בעיסוק, אזי ניתן להתעלם ע"י פסקת ההתגברות. אם לא, פסקת ההגבלה תחול ואז לא תהיה התגברות.

v. האם הפגיעה בעיסוק הינה הדומיננטית?

אם ישנה פגיעה עיקרית בעיסוק ופגיעה שולית בכבוד האדם וחירותו, אזי ניתן להתעלם מן חוק היסוד של כבוד האדם וחירותו.

vi. האם הפגיעה בזכויות של חוק יסוד "כבוד האדם וחירותו"**לכשעצמן היא שולית יחסית?**

אם הפגיעה בזכויות היא משמעותית, אזי לא ניתן להתעלם מהם, מאידך אם הפגיעה הינה שולית אזי ניתן להתעלם.

דוגמא, יוצע חוק שלעיתונאי אסור לצייר קריקטורה שנוגעות בנושאי דת, וייכתב בסעי' האחרון כי החוק תקף למרות הכתוב בחוק יסוד חופש העיסוק. למעשה ישנה פגיעה בחופש העיסוק ובחופש הביטוי. ונשאלת השאלה האם ההתגברות על העיסוק אזי ישנה פגיעה משמעותית בחופש הביטוי? בהשוואה בין חופש הביטוי לחופש העיסוק, אזי חופש הביטוי גובר על העיסוק ואז החוק יצטרך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. בהנחה שהעיסוק יותר דומיננטי מן הביטוי ואז נשאלת השאלה האם האיסור המובא לעיל הינו פגיעה שולית או שמא ישנה פגיעה משמעותית? למעשה התשובה כאן שהפגיעה כאן הינה משמעותית ולכן החוק ייחשף לפסקת ההגבלה.

(3) **התגברות לפי חשין (בנק המזרחי 59):**

חשין טוען שחוקי היסוד הינם חוקים רגילים והוא נשאל כיצד הוא מסביר את פסקת ההגבלה, והוא מסביר שמכיוון שחוקי היסוד הינם חוקים רגילים, אזי פסקת ההגבלה הינה סעיף רגיל בחוק עקב קטיעת הרציפות החוקתית. ע"פ חשין כאשר שני חוקי יסוד מתנגשים, אזי הולכים לפי "כלל ברירת הדינים" מכיוון שאלו חוקים רגילים ולא חוקתיים.

חוק יסוד כבוד האדם אומר בסעי' 3 כי אין לפגועה בקיינו של אדם, נחקק חוק מאוחר יותר הנקרא "חוק הפינוי והפיצוי" (2005) - ההתנתקות מרצועת עזה והפיצוי לתושבים. חוקי היסוד הם תמיד יהיו כללים ולכן ע"פ כלל ברירת הדינים חוק הפינוי והפיצוי יגבור על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. למעשה אם לא הייתה חוקה, אזי כל החוקים היו גוברים על חוקי היסוד.

חשין טוען כי פסקת ההגבלה הינה "כלל ברירת דינים מיוחד", אשר אומר שהחוק הכללי יותר גובר אלא אם כן הספציפי עומד במבחני פסקת ההגבלה.

אם פסקת ההגבלה היא חוקתית, אזי אין חוק שיכול לגבור עליו, ואילו פסקת ההגבלה הינה כלל ברירת דינים מיוחד והכנסת בלשון מפורשת יכולה לבטל כלל זה והסביר מה היא רוצה שיגבור. כלומר שאם יופיע סעיף כזה בחוק המנסה להתגבר על פסקת ההגבלה, כלל השופטים למעט חשין יפסלו את הסעיף אך לפי חשין הסעיף יהיה תקף.

(5) **סתירה בין מסלולי סתירה:**

מסלול ד'	מסלול ג'	
כבוד האדם וחירותו	סעי' 1 לחוק יסוד הממשלה (הממשלה היא הרשות המבצעת)	
בית המשפט קבע כי ישנה פגיעה גם בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ואז נשאלת השאלה האם פסקת ההגבלה חלה? אין שמירת דינים עקב זמן החקיקה, ואינה יכולה לעמוד בפסקת ההתגברות וגם ע"פ חשין אין	אם מפריטים בית כלא, אזי ישנה סתירה בעיקרון החוקתי שבו הרשות המבצעת הינה היא היחידה הממוסמכת לכלוא אסירים. למרות זאת, בית המשפט נמנע מלהפעיל סעיף זאת חרף ששב"ס הינו אורגן של הממשלה.	הפרטת בתי הכלא (פס"ד המרכז האקדמי 60)

<p>התגברות כי לא נכתב זאת במפורשות. מסקנה לכך שפסקת ההגבלה חלה. נקבע בפס"ד המרכז האקדמי אינו עומד במבחניה ואז החוק בטל.</p>		
--	--	--

הנסת מעבירה את החוק ברוב של 61 ח"כים . ביחס למסלול ג', ישנה גישה כי אין מסלול כזה ואז יש לעבור למסלול א' ואז אין הבדל בין מסלול א' ל- ד'. ברם, ע"פ דעות רוב השופטים כי מסלול ג' קיים ומכיוון שישנה שתיקה מהותית אך אין שתיקה צורנית, יש לבדוק את החוק ע"פ פסקת ההגבלה השיפוטית.

(א') גישה אחת שהחוק של הפרטת בתי הכלא צריך לעמוד ברוב חברי הכנסת וגם לעמוד בפסקת ההגבלה.
(ב') גישה שניה שאומרת כי השריון הצורני מתפקד כפסקת התגברות ואז אם קיבלו ב-61 קולות בשלושת הקריאות אזי, החוק תקף עקב הפעלת ההתגברות.

אם יש חוק שמכרסם בשני המסלולים מחד הוא בטל ומאידך הוא תקף, למעשה יש להחיל את מבחני "מיטראל" אשר הם אומרים מיהו הדומיננטי ומיהו השולי ואז יש להתעלם מן השולי. ע"פ פסק הדין הפגיעה בכבוד האדם וחירותו גוברת על הפגיעה בסעי' 1 לחוק יסוד הממשלה ואז בג"ץ התעלם ממסלול ג' ולכן החוק הינו **בטל ע"פ מסלול ד'**. אילו הפגיעה בכבוד האדם וחירותו היא יחסית שולית אזי ניתן יהיה יותר להתעלם ממסלול ד' ולהתייחס למסלול ג'.

17 מרץ 2017

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל**1. התנגשות בין חוק יסוד חדש לבין חוקי היסוד הקיימים:****א'. האם חוק היסוד החדש הוא באמת חוק יסוד?**

כדי לברר זאת הומצאו מבחני הזיהוי לנורמה חוקתית במדינת ישראל:

1) ע"פ השופט ברק - מבחן צורני ובנוסף חריג של "שימוש לרעה" בסמכות**המכוננת:**

נתינת דגש על הנראות של החוק למשל (**חוק העונשין**, התשל"ז - 1977) או אל מול (חוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו**) ברק אומר שאם הכנסת רוצה שהחוק יהיה רגיל, היא רושמת אותו כחוק רגיל בציון השנה ואילו היא מעוניינת שהחוק יהיה חוק יסוד, היא רושמת את בתצורת חוק יסוד. ע"פ המבחן הצורני חוק יסוד: המנוחה מ 14:00 - 16:00 .

בפסיקה התעוררה שאלה בעניין התקציב הדו - שנת⁶¹, אשר ו חוקקו חוק יסוד בהוראת שעה אשר בו אמרה הנשיאה בייניש שיש אפשרות לפסול חוק יסוד במידה והוא אינו עומד בעקרונות היסוד הבלתי כתובים ולמעשה ניתן לבצע תיקון לחוקה שהוא לא חוקתי. כדי לפסול חוק יסוד הסתירה צריכה להיות בליבתו של העיקרון הבלתי כתוב. בנוסף, נשאלת השאלה **האם ניתן לחוקק חוק יסוד בהוראות שעה?**

במקרה זה ישנה פסיקה בפס"ד "בראון" שאומרת שחוקה הינה תקפה לדורות וזה מוזר שמחוקקים בחוקה הוראות שעה והן תקפות לתקופה קצרה אך הוא אינו פוסל זאת, אלא רק אומר שדבר זה אינו רצוי. אם הצורה של החוק הוא לא לפי צורת חוק היסוד אזי הוא יורד לדרגה של חוק רגיל והוא יהיה כפוף לחוק היסוד. ולמעשה אם החוק הוא חוק יסוד, אזי הוא יכול להתגבר על חוק יסוד אחר. בנוסף היא קבעה שהתוספת "הוראת שעה" אינה פוגעת בצורניות של חוק היסוד.

שימוש לרעה: סוגיה זו היא בגדר "בצריך עיון" כי הוא מבין שאין הגיון בכך שכל מה שנראה כחוק יסוד הינו חוק יסוד, ולמעשה הכנסת תעשה "שימוש לרעה" בסמכות שלה כסמכות מכוננת ולא יראו בחוק כחוק יסוד.

סוגים של שימוש לרעה:

(א') **הכללה בחוק יסוד של הוראות שאינן נגזרות עקרונות היסוד** - הכנסת חוקים לחוק היסוד אשר אינן קשורים לעקרונות היסוד הבלתי כתובים ואז ישנו שימוש לרעה בסמכות המכוננת. במידה שדוקטרינה זו תפעל, אזי תתבצע "הנמכת קומה" וחוק יסוד זה יהפוך לחוק רגיל.

(ב') **הכללה בחוק היסוד של הוראות העומדות בסתירה לעקרונות היסוד** - מטרת חוקי היסוד הינה לקחת את נוסחאות ההתארגנות של האומה ולתרגם אותן

⁶¹ פס"ד בראון

לנורמות כתובות על מנת להגן על זכויות הפרט. מקרה זה הכנסת לא רק שאינה מחזקת אותם אלא מכניסה עקרונות שסותרים אותם. לדוג' חוק יסוד : אימוץ שיטת ההטבעה בחקירות השב"כ. במקום להגן על כבוד האדם וחירותו אז נחקק חוק יסוד אשר סותר אותו וכך ישנו שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת. גם כאן המידה והדוקטרינה הזו התפעל תתבצע "הנמכת קומה" לחוק רגיל.

(2) **ע"פ השופט שמגר - מבחן צורני ומהותי :**

חשין אומר שבהיבט הצורני החוק מנוסח בכלליות והחוק נוגע במטריה החוקתית הקשורה לעקרונות היסוד ובנוסף משתלבת במערך החוקתי הכולל. למשל חוק יסוד המחזיר את ת"א אינו משתלב במערך החוקתי הכולל. **חוק השבות** הינו החוק החשוב ביותר לכל מה שקשור למדינה יהודית. נשאלת השאלה האם חוק זה הינו חלק מן החוק. ע"פ **ברק**, לחוק אין צורה של חוק יסוד ולכן חוק השבות הינו חוק רגיל. ע"פ **שמגר**, החוק מנוסח בכלליות ונוגע במטריה חוקתית (מדינה יהודית) ובנוסף החוק משתלב במערך החוקתי הכולל. בפס"ד מזרחי⁶² נקבע על יד שמגר כי החוק הנ"ל הוא יכול לשמש כחוק יסוד. באותו האופן בנוגע ל"**חוק המעבר**". למעשה ע"פ שמגר, גם אם החוק אינו בצורתו נראה כחוק יסוד אך המהות שלו קשורה לעקרונות היסוד ומשתלב במערך החוקתי אזי הוא יכול להיחשב כנורמה חוקתית.

לאחר הפעלת מבחני הזיהוי, ישנן שתי אפשרויות :

(1) **החוק ייחשב כחוק רגיל** - יש לחזור אל מסלולי הסתירה בין חוק רגיל לחוק יסוד.

(2) **החוק ייחשב כחוק יסוד :**

(1) **שינוי :**

כל רשות שמחוקקת נורמה מסויימת יכולה לבטל את מה שהיא חוקקה ולחוקק חוק חדש. אם החוק הוא באמת חוק יסוד, אז זהו הרצון של הרשות המכוננת והיא יכולה לשנות את חוקי היסוד, ויש לבדוק **האם בחוק היסוד שמשנים אינו עומד בניגוד לעקרונות היסוד הבלתי כתובים**. אם הוא נוגד אותם אזי הוא לא יכול להיות חוק יסוד וכדי לפסל את החוק הניגוד צרי להיות בליבת העיקרון. ובנוסף האם קיימת **פסקת נוקשות**. אם קיימת פסקה כזו, אזי יש לעמוד בתנאי פסקת הנוקשות. כלומר אם ישנה פסקת נוקשות, אזי צריך לעביר את חוק היסוד החדש ברוב חברי הכנסת. אם משנים את כבוד האדם וחירותו אין צורך בנוקשות ואילו אם משנים את חוק יסוד חופש העיסוק ישנו צורך לעמוד בפסקת הנוקשות. **יש לציין כי פסקת ההגבלה אינה חלה.**

פגיעה (2)

אם החוק הוא חוק רגיל הפוגע בחוק יסוד תמיד תהיה מבחן "פסקת ההגבלה" אך בחוק יסוד, פסקת ההגבלה אינה חלה מכיוון שחוק היסוד הוא באותו מעמד נורמטיבי כשל חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. במקרה זה יש מספר גישות:

(א) ע"פ השופטת דורנר בפס"ד "פלונית"⁶³ - יחול "כלל ברירת הדינים".
(ב) ע"פ ברק בפס"ד "פלונית" - לא ראוי להחיל את כלל ברירת הדינים בחוקי היסוד והם יהיו ביחד גם אם הם סותרים זה את זה. והם יאוזנו ברמה שמתחת לחוקה כלומר תינתן הגנה בחוקים רגילים לעקרונות אלו מכיוון שפסקת ההגבלה מאזנת בין הזכות להליך פלילי הוגן לבין האינטרס הציבורי למצות את הדין עם העבירה.

31 מרץ 2017

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

(ג') **עמדה נוספת אשר אין לה בסיס במשפט הישראלי ברמה של חוקי היסוד** - ישנה אפשרות שבין נורמות שוות מעמד ייתכנו נורמות ברמה נורמטיבית שונה. פס"ד "התנועה מסורתית"⁶⁴ עוסק בהתנגשות בין **חוק יסודות התקציב** אשר מחלק בשוויון את תקציב המדינה לבין **חוק התקציב השנתי** אשר לא מחלק את תקציב המדינה בשוויון. במצב רגיל מכילים את "כלל ברירת הדינים" וחוק התקציב השנתי היה לעולם גובר. מכיוון שחוק יסודות התקציב מדבר על כלל חוקי התקציב השנתיים, לעומת התקציב השנתי שהינו ספציפי. למעשה, במידה וכך היה קורה הדבר, אזי העקרונות בחוק יסודות התקציב היו בטלום מעיקר הספציפיות של החוק. בית המשפט אמר כי במקרה כזה שיש חוק שהוא יותר כולל, אזי יש לו עליונות נורמטיבית מכיוון שהוא חוק המנחה את יתר החוקים הנוגעים לאותו מקרה.

במקרה של חוקי יסוד, ישנו את חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, אשר למעשה הוא קובע את העקרונות שהן ע"פ הנוסחאות האוניברסליות זאת לפי **סעי' 7א לחוק יסוד הכנסת** הינה סוג של **פסקת נצחיות**, מחד אין אפשרות לתקן את החוקה אך הוא מתערב בגוף המוסמך לכונן את חוקי היסוד. נניח שאדם רוצה לשנות את אחת הנוסחאות של מדינת ישראל, הוא אינו יכול להיבחר לכנסת. שיטה כזו שיש בה פסקאות נצחיות, ניתן לטעון שישנם חוקי יסוד אשר יש להם מעמד נורמטיבי מיוחד. למרות שלחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אין פסקה כזו, הוא נובע מן העקרונות היסוד הבלתי כתובים ועל כן הוא עליון נורמטיבי מעל שאר חוקי היסוד. נניח שבג"ץ פוסל את "חוק ההסדרה", ואז יכונן "חוק יסוד ההסדרה" אשר אומר אם אדם בנה את ביתו של אדם פרטי אך הוא רכש אותה בתום לב, או שהמדינה התירה לו להשתמש בקרקע, אזי לא תוחזר הקרקע לאותו האדם אלא רק בעל הקרקע יקבל פיצוי בעדה. ע"פ הרעיון שישנן הוראות חוקתיות שהן עליונות ניתן לטעון את הדבר הבא:

קודם כל יש לבחון האם חוק יסוד זה, יכול לשמש כחוק יסוד. ע"פ הפסיקה, לא תחול עליו פסקת ההגבלה ואם ישנה סתירה (התנגשות בין "חוק יסוד ההסדרה" לבין חוק יסוד כבוד האדם וחירותו):
(א') ע"פ **דורנר** - כלל ברירת הדינים (חוק יסוד ההסדרה יהיה יותר ספציפי).

(ב') ע"פ **ברק** - שני חוקי יסוד אלה יכולים להיות ביחד ועיקרון של ההסדרה, יהפוך להיות עיקרון חוקתי.

(ג') ע"פ **הגישה השלישית** אשר מזהים בה נורמה חוקתית כללית בליבה של החוקה, ובהנחה שזוהי הוראת ליבה של החוקה, חוק יסוד

ספציפי יהיה חייב להיות כפוף להוראות הליבה העקרוניות ואז במקרה כזה יש להעמיד את חוק יסוד הספציפי **במבחני פסקת ההגבלה**.

1. מבחני "פסקת ההגבלה":

פסקת ההגבלה הינה הנורמה החוקתית המרכזית וכל חוק נבחן על ידה. פסקת הכיבוד אשר עוסקת בחובה לקיים זכויות המנויות בחוק(סעי' 11 לכבוד האדם וסעי' 5 לחופש העיסוק) אשר אומרת כהאי לישנא " **כל רשות מרשויות השלטון, חייבת לכבד את הזכויות המוגנות בחוק יסוד זה**" הכוונה היא אסור לחוקק חוקים העומדים בסתירה אל מול חוקי היסוד. המבחן לבדוק זאת הינה **פסקת ההגבלה**. אי לכך פסקת הכיבוד הינה בהתאם למבחני פסקת ההגבלה, כלומר **כיבוד הא כרסום בזכויות ע"פ מבחני פסקת ההגבלה**. הסטנדרט לכיבוד הינו פסקת ההגבלה ועל כל רשות יש את החובה לכבד, לכן פסקת ההגבלה חלה על כל הרשויות.

למשל פס"ד **המרכז האקדמי** בו הרשות המחוקקת החליטה שהיא רוצה להפריט את בתי הכלא. כאמור היא צריכה לכבד את חוק היסוד ע"פ פסקת הכיבוד. בא בית המשפט ואמר כי דבר זה אכן פוגע בזכויות ויש להעמיד את החוק אל מול מבחני פסקת ההגבלה ולא יהיה כלא פרטי בישראל.

לגבי **הרשות המבצעת**, ניתן לחשוב שהיא אינה כפופה לפסקת ההגבלה במידה ופסקת הכיבוד לא הייתה מופיעה. לכאורה פסקת ההגבלה חלה רק **על חוקי הכנסת** (אין פוגעים אלא בחוק...) אך מכיוון שישנה את פסקת הכיבוד, אזי גם היא צריכה להיות כפופה לפסקת ההגבלה. פס"ד **"אליס מילר"**⁶⁵ בו הייתה בפגיעה בשוויון מכיוון שעד אז לא נתנו לנשים התמיין לקורס טייס. קבעה השופטת **זורנר** כאמור לעיל כי יש להחיל את פסקת ההגבלה על כלל הרשויות כפי המובא בחוק. אם הצבא אינו מכבד את כבוד האדם ומונע מנשים את המבחנים לקורס טייס, עליו לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

לגבי **הרשות השופטת**, פס"ד **"יששכרוב"**⁶⁶ העוסקת בהליך פלילי ונשאלת השאלה מה קורה כאשר ראיה מושג באופן בלתי חוקי העלול לפגוע בזכויות חוקתיות, האם בית המשפט יכול לקבלה, דובר על חקירה של חייל ולא אמרו הודיעו לו על זכותו להיוועץ בסגור צבאי. **עד פס"ד זה**, בית המשפט היה גוער במשטרה, אך הוא הסכים לקבל את הראיה ולא לפסלה. בהלת **יששכרוב**, בית המפשט הפנים שגם הוא כפוף לחוקה מכיוון שכל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד ואם בית המשפט מקבל ראיה שלא הושגה כדיון, הוא פוגע בזכות **להליך פלילי הוגן**. למעשה מה שנקבע שאם בית המשפט מגיע להחלטה שהוא מקבל את הראיות במשפט נפגעת הזכות **להליך פלילי הוגן**, שלא ע"פ **למבחני פסקת ההגבלה**, אז בית המשפט בעצמו אינו מכבד את החוקה, ולמעשה הוא צריך לפסול את הראיה. בהנחה שמדובר בראיה שהיא קריטית להוכחת עבירה חמורה למשל רצח א בית המשפט יכול להגיד כי ניתן לפגוע במעט בהגינות ההליך הפלילי.

א'. "אין פוגעים אלא בחוק..... או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו" - זאת על מנת להבין שניתן לפגוע בזכויות אך יש הישען על הסמכה מפורשת. אם הכנסת מחליטה בחוק לפגוע בזכות או שהיא מסמיכה גוף אחר לפגיעה בזכות. למשל המשטרה יכולה לערוך חיפוש, אך הכנסת הסמיכה אותה לעשות כן.

(1) **דרישת המפורשות, זהו היסוד הראשון** כלומר שהחוק פוגע במפורש או שהחוק לא יוצר בעצמו את הפגיעה, אך מסמיך במפורש רשות (מבצעת / שופטת) כלשהי לפגוע בזכות. כל מבחני פסקת ההגבלה הן ברמות שונות והן תלויות בשלב זה. ככל שבשלב זה ישנה פגיעה בעיקרון חוקתי יותר חשוב והפגיעה הינה בגרעין של העיקרון יש להחיל פסקה זו באופן קפדני מאוד ולהיפך. ניתן לראות זאת במספר פסקי דין.

<p>פס"ד "מנאע"⁶⁷ - בו משטרת ישראל הקימה מחסום מטעמים בטוניים ואז נבדקו כל מספרי הרכבים. כל נבדק גם ברשויות אחרות כגון רשות המיסים וכי במידה וכך הדבר, היה מגיע נציג של רשות המיסים והיו מחרימים לו את רכבו. נוהל זה הגיע לבית המשפט. ניחן כי יש כאן פגיעה בכבוד האדם של האדם שהוצא מן הרכב, בקניינו, בפרטיותו ובזכותו להליך הוגן. על מנת לבדוק זאת, יש לבדוק את פסקת ההגבלה. יש לבדוק מה החוק מתיר לרשות המיסים. החוק מתיר לרשות זו להיכנס למקרקעין של החייב, ולתפוס מטלטלין מה שברור שהמחסום אינו במקרקעין של החייב כלומר במקום בו הוא גר. כמו כן החוק אינו מסמיך את רשות המיסים לבצע בדיקות כאלה ועיקול רכבים מסוג זה. כאמור ככל שהפגיעה היא יותר בגרעין יש להקפיד יותר. קרי, אם החוק אומר במקרקעין של החייב, אז בשטחו של החייב.</p>	<p>פס"ד האגודה לזכויות האזרח⁶⁸ - הדנה בפקודת בתי הסוהר אשר על פיה השר ראשי להתקין תקנות ליישום הפקודה או לשמירת המשמעת בכלא. השר מתקין את תקנה 29 האומרת כי ניתן למנוע פגישה של אסיר ועורך דינו אם ישנו חשש לתכנון ביצוע עבירה. אם הגיעו ידיעות מודיעיניות מנגד, לכל אדם יש זכות להיוועץ עם עו"ד בכל שלבי ההליך הפלילי, זכות זו היא חלק מן הזכות להליך פלילי הוגן. במקרה זה ישנו דיון בין השופטים האם אכן ניתן לפגוע בזכות זו. על מנת להפעיל סמכות כזו, יש להפעיל תשתית ראייתית ראויה ולכן סעיף זה פוגע בזכות להיוועצות עם עורך דין. מכיוון שישנה פגיעה בזכות להליך פלילי הוגן וישנה סתירה לכאורה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ע"פ מבחן זה של פסקת ההגבלה, הפגיעה הינה מכוח הסמכה מפורשת כלומר השר הוסמך לתקן תקנות על מנת לשמור על יישום הפקודה אך לא מצוין בחוק כי מותר לשר לפגוע בזכות להליך פלילי במפורש. זה שאסיר ממשיך בפעילות העבריינית שלו, דבר זה משליך על הערכים המועברים בכלא אך אין הזכרה של מניעת פגישה עם עורך דין. אם זכות זו אינה חשובה, ניתן להגיד שדרגת המפורשות לא חייבת להיות גבוהה כל כך. ועל כן תקנה זו בוטלה.</p>	<p>פס"ד "לם"⁶⁷ - משרד החינוך מבין שנעשה אי סדר אם נושא אבחוני לקויות למידה, ומשרד החינוך מחליט לעשות בנושא זה סדר ויוצא חוזר מנכ"ל לכל הנוגעים בדבר האומר כי רק אבחון של פסיכולוג חינוכי מוסמך מתקבל, ולא ניתן ללכת לכל מאבחן. המאבחנים טענו בבית המשפט כי ישנה פגיעה בחופש העיסוק שלהם מכיוון שאינם יכולים להתפרנס מנושא זה בכלל. בית המשפט אומר כי יש לכבד את חופש העיסוק ע"פ פסקת הכיבוד. וכעת יש לבדוק זאת דרך "פסקת ההגבלה". הפגיעה צריכה להיות בחוק, כלומר חוזר מנכ"ל זה אינו קבוע בחוק והחוק לא הסמיך את משרד החינוך לדון בענייני אבחונים ולכן חוזר מנכ"ל זה בטל. כלומר אילו היה מופיע במפורש בחוק או שמשרד החינוך היה מוסמך לדון בכך, אזי חוזר מנכ"ל זה היה תקף.</p>
---	---	--

כאשר הפגיעה היא לא בגרעין של העיקרון החוקתי כדוגמת פס"ד "בן חיים"⁷⁰, בו דובר על מקרה שאדם בעל סמים ובאו לחפש אצל אמו בבי ללא צו חיפוש והיא הסכימה לכך, ובנוסף דובר על מקרה נוסף שבו שוטר ניגש לבצע חיפוש על אדם ללא שום חשד סביר. ניחן כי במקרים אלו ישנה פגיעה בזכות לפרטיות וכאשר אדם נכנס לביתו של אדם אחר הפגיעה הינה בגרעין של הזכות וכך גם בחיפוש על גופו של אדם. הנשיאה בייניש מעלה רעיון ושואלת את השאלה מה קורה כאשר אדם מוותר מדעת לוותר בפרטיות אשר הינה ביטוי של האוטונומיה של הפרט שבו האדם חופשי לבחור מה הוא חולק ומה הוא שומר לעצמו. הנשיאה קובעת כי אם ישנה הסכמה מדעת אזי ישנו מעבר מן הליבה של העיקרון לפריופריה שלו. מכיוון שלא הוסבר לאמו של גיבלי ולבן חיים אזי, הופעלה הלכת יששכרוב⁷¹, ולכן שניהם זוכו מאשמה. השופט דנצינגר אור כי לעולם במפגש בין האזרח הנורמטיבי לאיש החוק, לא תיתכן הסכמה מדעת.

(2) **היסוד השני - דרישת המפורטות** - לא מספיק שהחוק יהיה מפורש, צריך להיות בחוק פירוט של "ההסדרים הראשוניים" לפגיעה בזכות. כגון, עקרונות הפגיעה, אמות המידה, הקריטריונים וכו'. היסוד הראשון דורש שהכנסת תיתן את דעת לפגיעה בזכות או תפגע בו, אך אין הדבר אומר שהיא מסבירה א הפגיעה עצמה. נניח שהכנסת רוצה לאמץ את השיטה של האמריקאים ולהסמיך את השב"כ להשתמש בעינוי של המגבת וההטבעה, ותקבע כי ראש השב"כ רשאי להפעיל שיטות חקירה תוך כדי הפעלת לחץ פיזי מתון. בפגיעה זו ישנה פגיעה בזכויות של כבוד האדם, שלמות הגוף והנפש. החוק לא פגע במפורש בזכות, אלא הסמיך מטעמו לפגוע בזכות הנ"ל. כאמור, ככל שהזכות עליונה יותר, אז כדי להסמיך צריך לשון מפורשת ביותר ואף להגדיר את סוג העינוי. חרף זאת הכנסת תקבע כי אכן מותר הדבר ואף תכתוב זאת כי מותר להטביע ולכן ישנה מפורשות. כעת יש לעבור לשלב ב' ולבדוק את מפורטות החוק. האם פורט מתי מוצדק להשתמש בעינוי או שראש השב"כ יורה על כך ולכן, הפגיעה היא אינה מפורטת בחוק. היא הסמיכה את הפגיעה, ואף כתבה זאת מפורשות בחוק, אך מכיוון שהיא לא פירטה את המנגנון, אזי החוק בטל. אילו היא הייתה מפורטת את המנגנון מתי ניתן להטביע אזי החוק היה תקף. הפסיקה ("לס", "המפקד הלאומי") הדנים בנושא זה.

ב'. "ההולם...." - ההולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוי. בית המשפט לא אוהב את המבחן הנ"ל. כפי שדובר בסתירה בעקרונות הבלתי כתובים. מבחן זה, הינו מבחן המפנה לעקרונות היסוד הבלתי כתובים. ע"פ האמור במבוא, כל נוסחה כזו (מדינה מודרנית, דמוקרטית, יהודית) נגזר ממנה עקרונות יסוד בלתי כתובים ולבדוק זאת יש לבדוק האם ישנה סתירה עם אחת הנוסחאות. אם אין פגיעה בצורה עמוקה, אזי ישנה הלימה עם העקרונות ואם לא אזי ישנה בעיה אם החוק וניתן להפיל את החוק ע"פ מבחן זן.

פס"ד "קול העם" אשר היה לפני כינון פסקת ההגבלה, בו דובר על סגירת עיתון אשר פורסם בו מאמר הקורא לסרבנות, בפס"ד הופיע כי ישנם עקרונות בלתי כתובים של מדינת ישראל. בנוסף הופיע שם נוסחת איזון בין חופש הביטוי לבין בטחון המדינה, כלומר זכות חוקתית אל מול האינטרס הציבורי:

(א') פן הסתברותי - הסיכוי לפגיעה

(ב') "ודאות קרובה" - הסתברות גבוהה לפגיעה

(ג') פן כמותי - פגיעה קשה רצינית וחמורה.

ישנו עיקרון הנגזר מן הנוסחה הדמוקרטית כי דמוקרטיה מוכנה ליטול סיכונים סבירים להגנה על זכויות אדם, למעשה אם ישנה פגיעה בזכות חוקתית עליונה כשאינן פגיעה ע"פ שלושת הפרמטרים הנ"ל, אזי החוק לא הולם את ערכי מדינת ישראל.

ג'. "לתכלית ראויה..." - ישנם שתי יסודות :

(1) **תוכן התכלית** - צריכה להיות **מטרה ציבורית חשובה**, החשיבות נבחנת בעיניים של **חברה הרגישה לזכויות אדם**. ככל הזכות היא יותר עליונה והכרסום הוא יותר גרעיני, יש לדרוש מתן חשיבות ציבורית יותר גבוהה, ולהיפך. לדוג' שנת מאסר על זריקת בדל סיגריה בחוף לעומת קנס של 750 ₪ (המצב כיום). ישנה פגיעה **זכות לחירות אישית ממאסר - סע' 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו**. לעומת מתן הקנס הפוגעת **זכות לקניין - סע' 3 לחוק כבוד האדם וחירותו**. **גישת השופט לוי** אשר ניתנה **בדעת מיעוט בפס"ד "גלאון" 72** - הוא אומר כי זו לא רק נק' המבט אלא זוהי דרישה עצמאית לניסוח מטרה הרגישה לזכויות אדם. כלומר המטרה צריכה להיות חשובה ורגישה לזכויות אדם במצטבר. **פס"ד "גלאון" + "עדאלה"** - נחקק תיקון לחוק האזרחות אשר שולל איחוד משפחות. תחילה החוק חל רק על תושבי הרשות הפלסטינית, ולאחר מכן הוא חל על כלל תושבי מדינות אויב. בסיבוב הראשון השופט **לוי** אשר אמר כי דבר זה זמני ויש לחכות מכיוון שזוהי הוראת שעה. **בסיבוב השני**, החוק שרד מכיוון ששופטת **פורקצ'יה** פרשה ומי שהחליפה הוא נטה את כף המאזניים לטובת השארת החוק.

החוק אומר כי ישראלי יכול להינשא למישהי שאינה אזרחית המדינה, ונותנים לה רישיון לתושב קבע בישראל מכוח זכותו של האזרח הישראלי לבחור את בן זוגו. השב"כ בודק אם אין מניעה בטחונית ולאחר מכן ניתנת אזרחות בישראל מכוח קשר הנישואים. במהלך השנים, עד חקיקת החוק נכנסו לישראל כ- 130,000 פלסטינאים וחיו כאן כתושבים במעמד קבע. **26** מתוך 130,000 אלו נטען עליהם כי הם נטלו חלק בפעילויות נגד ישראל. בשום שלב, המדינה לא טענה טיעון שהוא דמוגרפי, אלא היא רק טענה על ביטחון המדינה.

שמירה על בטחון מדינת ישראל הינה מטרה ציבורית חשובה ומבחינת כל השופטים אין צורך לדון בכך לעומת השופט **לוי** הטוען כי זוהי מטרה עצמאית ויש לנסה בצורה הרגישה לזכויות אדם. כלומר לא ניתן להגיד כי אין יותר איחודי משפחות, או במילים אחרות כמה סיכון לאזרחי מדינת ישראל המדינה מוכנה ליטול.

(2) **הצורך בהגשמתה** - ישנן מטרות אשר הינן חשובות, אך אין דחיפות להגשימן. אין מצב של צורך להגשמת המטרה. למשל זיהום אוויר אילו בחיפה אין בעיות של זיהום אוויר, אז אין כרגע צורך לפתור בעיה זו. אך אם יש עלייה במחלות הריאה וכו', אזי ישנו צורך להגשים את המטרה. כאשר הזכות עליונה ובנוסף פגיעה גרעינית בה, הצורך שצריך הינו **צורך חברתי לוחץ** או במילים אחרות **עניין חברתי מהותי** נוסחאות אלה מופיעות בפסיקה, כאשר הזכות תהיה יותר נחותה, והפגיעה היא אינה גרעינית, אזי קל וחומר כי ניתן להסתפק בצורך שאר הינו פחות דחוף ואז **כל צורך סביר** יוכל להגשים פגיעה זו. אם ישנן מספר מטרות, יש לבדוק את כלל המטרות בשאלה האם מטרות אלו לשם תכלית ראויה.

פס"ד "אורון"⁷³ - מדובר על חוק שבא להכשיר תחנת רדיו אשר לא קיבלה רישיון לשידור בישראל. אם המטרה הינה להכשיר ערוץ פיראטי, אזי לכאורה ניתן "פרס" למפר חוק. אך למעשה ניתן לנסח זאת כרצון להגביר את הפלורליזם בציבור כדי שיהיה ביטוי לכלל פלחי הציבור בתקשורת. כך ניתן לראות שלניסוח המטרה ישנה חשיבות. כלומר, אם המטרה הינה כוללת, אזי היא יותר גדולה ממטרה מצומצמת.

28 אפריל 2017

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

- ד'. "....ובמידה שאינה עולה על הנדרש...." - זהו מבחן המידתיות אשר מחלוק לשלושה מבחני משנה.
- אפקט מצטבר** הינו מקרה שבו עותר מגיע לביהמ"ש בטענה כי יש סעיף בחוק שפוגע בו. בית המפשט כאשר מברר זאת הוא מגלה כי ישנם סעיפים נוספים הפוגעים בו. נשאלת השאלה האם הוא צריך להתעלם או לבדוק את כלל הסעיפים.
- ע"פ גישת השופט נאור** אשר אומרת כי על העותר לבסס את האפקט המצטבר. לעומת השופט **ריבלין בפס"ד פלוני** אשר אומר כי בית המשפט אינו בודק סעיפי חוק מיוזמתו, אך עם העותר הגיע עם עתירה ולא טען את כל הטענות, בית המשפט אינו יכול לעצום עיניים ועליו לבדוק את כלל החוק.
- פס"ד פלוני** - חוק אשר קובע כי חשוד בעבירות ביטחוניות, ניתן להאריך את מעצרו ללא נוכחותו באולם הדיונים. זאת על מנת להפעיל "מכבש חקירתי" ולמצות את החקירה במהירות האפשרית. על כן סעיף זה הנותן להאריך את מעצרו של אדם ב- 21 יום לפני הגשת כתב אישום נגדו פוגע בזכות להליך פלילי הוגן ברמה קשה מאוד. בנוסף לכך, החוק מתיר לעכב את פגישת החשוד עם עורך הדין ועל כן חוק זה נפסל. למעשה יש להסתכל על כלל חוק האם ישנה פגיעה קריטית בזכויות אדם.
- מבחני המידתיות:**
- (1) **מבחן האמצעי המתאים (הזיקה הרציונאלית)** - נשאלת השאלה האם האמצעי הינו מתאים להשגת המטרה. למבחן זה ישם שני יסודות:
- (א') יסוד אשר הינו חדש בפסיקה **בחינת האמצעי כשלעצמו** - השאלה הנשאלת ביסוד זה האם האמצעי מתאים הוא לכשעצמו כלומר "המטרה אינה מקדשת את האמצעים". יסוד זה נחלק לשני יסודות:
- (1) **האם האמצעי הוא הולם מדינה דמוקרטית** - נחקק חוק שמותר לשב"כ להטביע עד כדי חנק על מנת להוציא הודאה. לא הוכח שהושג מידע באמצעות שיטה זו. יש להניח כי אמצעי זה הינו אפקטיבי מאוד אך עדיין ישנם אמצעים אשר הדמוקרטיה מתנגדת להם **נחרצות**. כלומר לא נבדקת כלל המטרה אלא רק האמצעי האם הוא מתאים מבחינה דמוקרטית.
- (2) **האם האמצעי הינו בלתי הוגן באופן קיצוני** (פס"ד **אבו מדיגם**⁷⁴ ופס"ד **מוראר**⁷⁵) נשאלת השאלה האם האמצעי הוא פוגע בצורה קיצונית בזכויות האדם כלומר הינו בלתי הוגן בצורה קיצונית.
- פס"ד מוראר** אשר בו דובר על אזור שיש בו חקלאים פלסטינים והיה איום שהמתחלים ויאיימו על הפלסטינאים. במקום לטפל בצד המאיים, המפקד הצבאי בחר לסגור את השטח כשטח צבאי סגור. בייניש קבעה כי האמצעי הינו בלתי הוגן.
- פס"ד אבו מדיגם** אשר דן במדיניות של מנהל מקרקעי ישראל אשר רצה למנוע פלישות לקרקעות המדינה. אנשים היו מחילים לעבד את האדם ומגדלים גידולים ואז מנהל מקרקעי ישראל רצה להעלות מטוס ריסוס שירסס את השטחים הללו ע"י קוטלי עשבים אשר גורמים לפגיעות קשות. בית המשפט קבע כי המדינה לא יכולה לרסס את אזרחיה בחומרים כאלה, ועל כן האמצעי הינו בלתי הוגן.

(ב') **האם האמצעי מגשים את המטרה :**

(1) **בחוק שטרם יושם** - יש לעשות הערכה כלפי העתיד ודבר זה עלול ליפול

על שאלת בשלות העתירה.

ע"פ השופטת דורנר בפס"ד **מנהלי ההשקעות**⁷⁶ אשר חילקה זאת לשניים :

- **זכות עליונה שנפגעה ופגיעה גרעינית** - אזי נדרשת הסתברות קרובה שהחוק ישיג את המטרה.

- **זכות נחותה שנפגעה ופגיעה בפרופריה** - די באפשרות סבירה שהחוק ישיג את המטרה.

(2) **חוק שיושם** - המבחן אשר יהיה במקרה זה יהיה מבחן התוצאה כלומר האם התוצאה של החוק משיגה את המטרה.

- פס"ד " **התנועה לאיכות השלטון** ", החוק הפוטר את בחורי הישיבות מגיוס לצה"ל לא השיג את המטרה שלשמה הוא נוצר. חרף זאת, בג"ץ לא פסל אותו, מכיוון שלטענת בית המשפט כי הבעיה הינה בגופים אשר אמורים ליישם את החוק; כדוגמת צה"ל אשר היה אמור להיערך לקראת גיוס חרדים לצבא, ועל הוא נתן לחוק סיכוי נוסף להגשים את המטרה.

- פס"ד " **דסלר** ", חוק טל נפסל מכיוון שעבר מספיק זמן כדי שתושג מטרת החוק.

19 מאי 2017

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל(2) **האמצעי החלופי או "האמצעי שפגיעתו פחותה"?**

ראשית יש להסתכל על האמצעי שבכוונת המדינה להשיג את המטרה הרצויה. במבחן זה נשאלת השאלה האם ניתן היה להשיג את המטרה באמצעי אשר פחות פוגע בזכויות. התנאי הראשון לכך הינו שהאמצעי ישיג את המטרה **במאת האחוזים** כמו כן, נבחנת בנוסף האם האמצעי החלופי **אינו פוגע בזכויות אחרות**. בנוסף יש לבחון את נושא העלות של הפתרון, מכיוון שאילו הפתרון הינו **יקר משמעותית ודורש השקעת משאבים בלתי סבירה**, אזי הוא אינו יעיל ולכן הוא אינו יכול לשמש כתחליף. במידה וקיים אמצעי כזה, לכאורה ישנה חובה להשתמש באמצעי זה. העותר רוצה להוכיח שישנם כמה שיותר אמצעים הפוגעים פחות בזכויות האדם.

מתחם המידתיות - כאשר הרשות עולה גבוה מדי ברמת האמצעי, היא למעשה טועה עקב היכולת לעצור באמצעי הפוגע פחות. בכך למעשה היא פוגעת בזכויות האדם במידה העולה על הנדרש. מתחם המידתיות אומר כי לא כל טעות של הרשות היא **בהכרח העדר חוקתיות**. אם הממשלה פגעה טיפה יותר בזכות, עדיין טעות זו נמצאת בתוך מתחם המידתיות. אך אם האמצעי הינו פוגע הרבה יותר מאמצעי אחר אזי חייב לבחור באמצעי הפוגע ברמה הפחותה ביותר. ככל שמרחב המידתיות גדול יותר, כך לממשלה יותר קל להשתמש באמצעי שהיא בחרה.

אם הפגיעה הינה בגרעין של זכות עליונה, אזי מתחם המידתיות **הינו צר מאוד**, ואילו הזכות היא פחות עליונה והפגיעה היא בפריפריה, אזי **מתחם המידתיות הינו רחב יותר**.

פס"ד **המרכז האקדמי**, אשר בו נקבע כי בהפרטת בתי הכלא, הפגיעה בחירות הינה יותר גודלה. זאת עקב **האמנה החברתית**. ומבחינת כבוד האדם, כאשר אדם מוחזק ע"י גוף כלכלי, אזי הפגיעה היא מאוד גדולה בכבוד האדם. המדינה בחרה **במודל הבריטי** - הפרטה מלאה, כך ניתן לבנות בתי כלא חדישים ומתקדמים ללא עלות גבוהה. **לעומת זאת**, ישנו פתרון שהינו **המודל הצרפתי**, אשר פוגע פחות בזכויות אלו מכיוון שניהול הכלא הינו משותף.

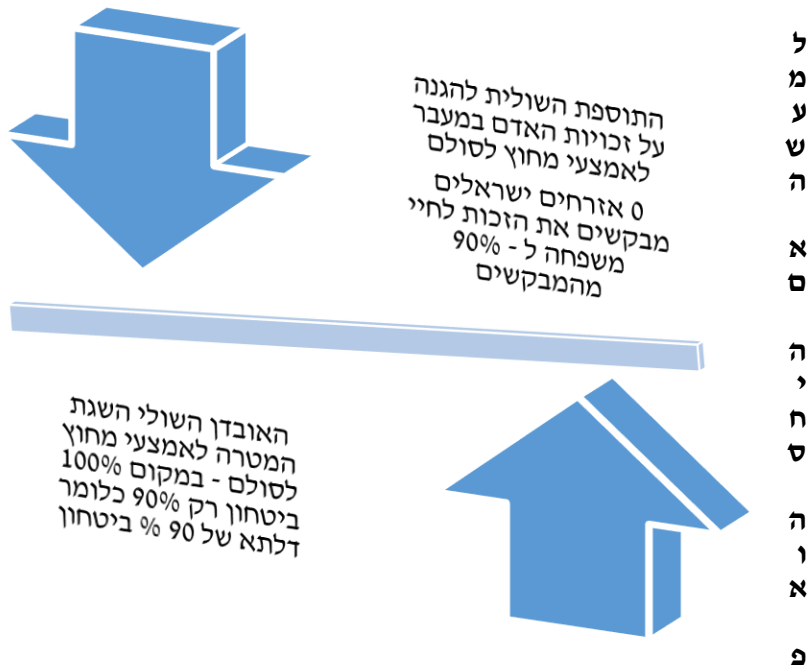
חשוב לציין כי נטל ההוכחה בשלב הראשון הוא של העותר (הוא צריך להוכיח בשלות, יש כרסום בהיקף שעיקרון חוקתי והכרסום הוא ממשלי) ולאחר הוכחה זו, נטל ההוכחה עובר למדינה שהיא צריכה להוכיח שהיא עומדת בכל פסקת ההגבלה.

טכניקה להוספת אמצעים ל"סולם הערכים" (פס"ד **עדאלה**⁷⁷) - איסור גורף על איחוד המשפחות בין בני הזוג (הישראלי והלא ישראלי). כעיקרון, הישראלי תמיד יוכל להכניס את בן זוגו מכוח אזרחותו של הישראלי. בחוק זה המדינה אמרה כי הוא נכון למעט, פלסטינאים. נשאלת השאלה כיצד מנוסחת **המטרה לשלמה נחקק החוק** - **מקסימום שמירה על ביטחון מדינת ישראל**. גישתו של השופט **לוי** שצריך לנסח את המטרה באופן רגיש לזכויות האדם. "**צמצום הסכנה לכדי סיכון סביר שמדינה דמוקרטית מוכנה ליטול על עצמה כדי לשמור על זכויות אדם**"

אם הזכות היא חשובה והפגיעה היא גרעינית, יש "לשרטט" מתחם צר סביב האמצעי הפוגע פחות בזכויות אדם.

(3) מבחן "האמצעי המידתי" או "מידתיות במובן הצר":

במבחן המשנה הראשון, נבדק האם האמצעי מתאים להשיג את המטרה ומשיג אותה, **במבחן המשנה השני** נבדק האם יש אמצעי אחר הפוגע פחות בזכויות אדם. **מבחן זה** בא כאשר אין עוד אמצעי בסולם הערכים למעט האמצעי שהמדינה הציעה. מבחן זה שאל את השאלה **האם מוצדק חוקתית לרדת אל מתחת לסולם הערכים**. למעשה הוא שואל האם נכון שלא להגשים את המטרה ב - 100%, האם נכון להקריב דבר מן המטרה לטובת הגנה על העקרונות החוקתיים. תחילה יש לבחון את האמצעי אשר מחוץ לסולם הערכים



רפורציוני, ואחד מן הצדדים הוא גובר על השני, אזי פתרון זה הוא יותר מידתי. במקרה זה, לגבי פתרון אשר נמצא מחוץ לסולם, "התועלת" מכך היא גדולה יותר מן האובדן השולי. כאשר נאבדת מעט מן המטרה ומאידך תרומה מאוד משמעותית לזכויות האדם, אזי חוקתית ישנה הצדקה חזקה לפעול באמצעי אשר הינו מחוץ לסולם.

פס"ד **בית סוריק**⁷⁸ אשר בו דובר על תוואי גדר ההפרדה בין ישראל לרש"פ. תוואי גדר ההפרדה אמור להגן על הכביש הנ"ל. היה דיון בנוגע למיקום הגדר האם קרוב לכביש או סובב גיבל קטום. בית המשפט פסק כי עדיף גדר ליד הכביש מכיוון שההפסד הוא קטן בביטחון אך הרווח במובן זכויות האדם, הוא גדול בהפרש רב. על כן חוק זה אינו מידתי ויש לשנותו. גישה נוספת של השופט **הנדל** בפס"ד **גלאון**, אשר ישנו מתחם מידתי גם במבחן זה, אשר בו נבחן אמצעי שהינו מחוץ לסולם הערכים. בשאלה באיזו זכות מדובר. למעשה, אם מדובר במצב ביניים בו אין ידיעה מחולטת לגבי התועלת וההפסד ועל כן ניתן להניח כי הפתרון המוצע ע"י המדינה הוא מידתי.

פס"ד "קול העם" אשר היה לפני כינון פסקת ההגבלה, בו דובר על סגירת עיתון אשר פורסם בו מאמר הקורא לסרבנות, בפס"ד הופיע כי ישנם עקרונות בלתי כתובים של מדינת ישראל. בנוסף הופיע שם נוסחת איזון בין חופש הביטוי לבין בטחון המדינה, כלומר **זכות חוקתית אל מול האינטרס הציבורי** :

- i. **פן הסתברותי** - הסיכוי לפגיעה
- ii. **"ודאות קרובה"** - הסתברות גבוהה לפגיעה
- iii. **פן כמותי** - פגיעה קשה רצינית וחמורה.

ישנה גישה בפסיקה האומרת שנוסחת האיזון הישנה הזו, נכון לשלבה בתוך פסקת ההגבלה. ניתן לשלב אותה ביסוד **"...ההולם את ערכיה של מדינת ישראל...."**, ניתן להשתמש בנוסחה זאת על מנת לבחון מהי כמות הפגיעה לעומת התועלת בשמירה על הזכות. ניתן לראות ע"י שני שופטים :

- **השופט גרוניס** יוצר מבחן אשר לא מסתכל על המבקש האינדיבידואלי, אלא על הקבוצה של מחזיקי הזכות. הוא אומר אם הבדיקה האינדיבידואלית תימשך, תגדל כמות הנכנסים לישראל מכוח איחוד משפחות. למעשה אם ישנה סטטיסטיקה שמראה כי יש סיכוי, אזי ישנה כמעט **וודאות מוחלטת** שאחד מן המבקשים יהיה פעיל טרור.
- **השופט מלצר** מדבר על עיקרון **הזהירות המונעת**, ישנם תחומים רבים בחיים, שישנם פערי מידע לגבי מה גודל הקטסטרופה לדוג' סמארטפונים וילדים ויש לפעול עכשיו, ניתן להוריד את הדרישה ההסתברותית, וניתן להסתפק בפחות מוודאות קרובה אלא להסתפק בהסברות ממשית אפשרות סבירה על מנת לפעול.

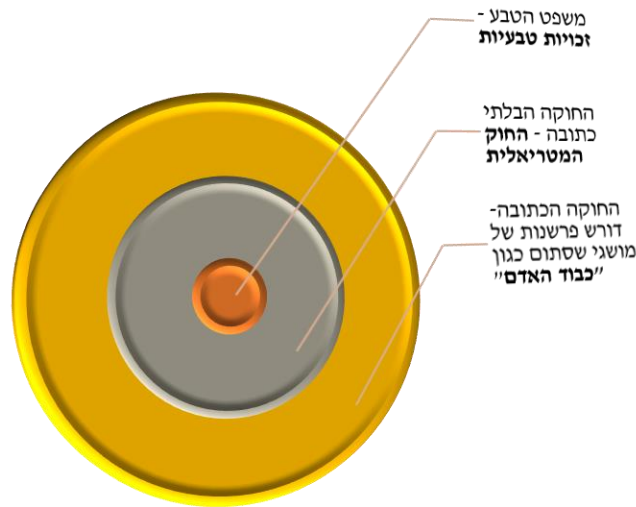
26 מאי 2017

משפט חוקתי – דר' שרון וינטל

1. זכויות האדם:

א'. שלב א' לבחינה החוקתית:

- (1) האם העתירה בשלה
- (2) האם החוק או ההחלטה מכרסם "בהיקף הפנימי" של העיקרון החוקתי המעוגן בחוקי היסוד או בעקרונות הבלתי כתובים.



דוגמאות להיקף הפנימי בנוגע לזכויות אדם:

א'. כבוד האדם:

פס"ד "עמותת מחויבות לצדק חברתי"⁷⁹ נבחן העניין האם הזכויות החברתיות מנויות בחוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. בו נתניהו היה שר האוצר והיה משבר כלכלי ובו חתכו את כל קצבאות הבטחת ההכנסה ולא נעשתה הבחנה בין מקבלי הקצבה. בית המשפט נקט בפרשנות **מצמצמת** בנוגע הימצאותן של זכויות חברתיות המנויות בחוקה הכתובה: המינימום לקיום אנושי בכבוד. ניתן לראות את נסיגת בית המשפט מן הביקורת החל עליו שהוא למעשה מרחיב את החוקה. הדעה שהתקבלה בפסיקה הינה **דעת ברק** המצמצמת למינימום קיום אנושי **לעומת השופט לוי**, הקובע כי יש לפעול ע"פ הסטנדרט לחיים נאותים. גישתו של ברק התקבלה מכיוון שאם בית המשפט ירחיב את החוקה בתחום הזכויות החברתיות והכלכליות, הוא למעשה מכתיב את האידיאולוגיה חברתית - כלכלית תשלוט בישראל.

ב'. משפט הטבע הזכויות הטבעיות :

כל אדם במצב הטבע בחר את המבנה המשפחתי שלו, מצפוני, חופש מחשבתו, חופש עיסוקו וכו'.

<p>פס"ד "עדאלה" 81 - חשין - ניתן לממש את הזכות הטבעית לאיחוד משפחות אך שהזוג לא יהיה בישראל.</p>	<p>פס"ד - "קו לעובד" 80 - פורקצ'יה - עובדות זרות אשר נכנסו להריון בישראל, אזי עליה לעזוב את המדינה או לחילופין לשלוח את הילד לטיפול בחו"ל ולחזור לעבוד במדינה. זאת על מנת למנוע בעיות של אזרחות בעתיד. יש לעובדת הזרה יש זכות טבעית להורות ולא ניתן לנתק אותה מן הילד.</p>	<p>פס"ד פלונית - חשין - דובר על הוצאת ילד מהוריו (תחום שפוגע בזכויות הטבעיות) שירותי הרווחה אינה יכולה להתעלם מזכויות טבעיות, וכרסום צריך להיות חוקתי.</p>
--	--	--

ג'. החוקה הבלתי כתובה - מטריאלית - עקרונות היסוד הבלתי כתובים :

- (1) **מדינה מודרנית** - אשר ניתן לגזור ממנה זכויות כגון : **שוויון, הגנה מפני הפעלת כח ע"י הפרט וכו'** כמו כן **נגישות לבתי המשפט** בזכות זו מוגדרים הסכסוכים בהם המדינה תתערב- בית המשפט יפתור סכסוך זה. אך יש לתת נגישות לכל אזרח אל בתי המשפט.
 - (2) **מדינה דמוקרטית- הזכות להליך פלילי הוגן** (ללא זכות זו, השלטון יוכל לרדוף אחרי אויביו הפוליטי), **החירות ממאסר, הזכות לבחור וכו'.**
 - (3) **מדינה יהודית - זכות השיבה, חופש הדת** - איחוד של כלל הזרמים השונים ביהדות כמו כן **החופש מדת**- אשר בה לכל אדם יש חופש לבחור את השקפותיו הדתיות, **הכרה במיעוטים** - מכיוון שהפרויקט של המדינה היהודית אינו כולל את כלל אזרחי המדינה.
- זכויות קיבוציות** - זכויות הניתנות למיעוט אשר אינו חלק מן הפרויקט הלאומי (מדינה יהודית).

2. מגילת העצמאות : ישנן מספר זכויות המנויות בו : **שוויון, חופש הדת, חופש המצפון ,**

חופש התרבות, חופש הלשון. במגילת העצמאות לא מופיעה המילה דמוקרטית, בפס"ד **קול העם**⁸² נאמר כי ניתן ללמוד על אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל על פי ההצהרות במגילה והאירועים שקרו במרוצת השנים.

האם מגילת העצמאות הינה מוגדרת כחוקה - בראשית המדינה קבעו כי לא מדובר בחוקה אלא במסמך מכונן הנותן מקור להשראה בפרשנות החוק.

ישנה פסקת עקרונות היסוד המופיעה בתחילת חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם : **שזכויות האדם בישראל מבוססות על ההכרה בערך האדם ובהיותו בן חורין. וסיפא לפסקה זו שהן יכונדו ברוח ההכרזה על מדינת ישראל.** זו למעשה הפעם הראשונה שינו תוקף כלשהו למגילת העצמאות. **השופט ד' לוי בפס"ד כלל**⁸³ **והשופט לוי בפס"ד המועצה האזורית חוף עזה**⁸⁴ קובעים כי ברגע שמגילת העצמאות מופיעה בחוקי היסוד, אזי היא חלק מן החוקה ואם זכות זו קיימת במגילת העצמאות אזי הינה זכות חוקתית.

למעשה, כתוב כי זכויות היסוד יכובדו **ברוח ההכרזה** אך המגילה לא הפכה להיות חלק מן החוקה. הזכויות החוקתיות הכתובות שעדיין לא התהפכה כי הזכויות הכתובות בחוקי היסוד ויש לפרשם ברוח מגילת העצמאות.

3. **הבחנה בין זכות שלילית לחיובית וזכות פרטית לקיבוצית**

א'. **זכות שלילית / חיובית:**

זכות שלילית הינה זכות שהמדינה לא תתערב במרחב הפרטי של האזרח. הפן השלילי של זכות אדם המבקש אי התערבות של המדינה למשל חופש הביטוי, חופש העיסוק, חופש הדת

זכות חיובית - הינה זכות שבה הדרישה מן המדינה להתערב כדי להבטיח את התנאים למימוש הזכות. הזכות לכבוד האדם, שוויון וכי'

ב'. **זכות הפרט / זכות קיבוצית:**

זכות הפרט - זכויות אשר מזיק בהן הפרט.

זכות קיבוצית - זוהי זכות הנובעת מנוסחת ההתארגנות של האומה, למשל **במדינת כל אזרחיה**, לא בטוח כי יהיה צורך לדבר על קבוצה נפרדת בקרב אזרי המדינה. אך במדינת לאום יש לתת ביטוי לכלל הקבוצות אשר הינן מיעוט לאומי בתוך המדינה. ישנו אבחנה בין **מיעוט מהגר** - מיעוט שהצטרף למדינה קיימת, למעשה הוא מסכים מכללא לנוהג במדינה שהוא הגיע אליה. **למיעוט יליד** - מיעוט שנוולד לתוך מדינה מסויימת לרוב, מדובר בקבוצות תרבותיות שהיו עוד לפני שהמדינה קמה. למעשה, הוא תובע כי הוא היה באזור והתרבות והשפה שלו שלטה, והוא תובע את האוטונומיה הקהילתית שלו. הזכות העיקרית של המיעוט היליד הינו **הזכות לאוטונומיה קהילתית**, זאת מכיוון שהמיעוט היליד הוא בסכנה לקיום הקהילה שלו. מיעוטים ילידים בעולם מבקשים מרחבים אשר בהם המדינה לא תכפה את המדיניות הלאומית. זכויות הנגזרות מהזכות לאוטונומיה:



(1) **ביטוי של השפה במרחב הציבורי - פס"ד עדאלה (שלטים)** אשר בה נטען כי אין בשילוט בעיריית ת"א ביטוי לשפה הערבית. לגישת השופט **חשין** - התפיסה הינה מאוד מצומצמת לזכויות קיבוציות. בכבוד האדם וחירותו אין שום אזכור לקבוצה. הוא לא רואה עיגון לזכויות הקיבוציות בחוקי היסוד ולכן הן לא קיימות במדינה. לכאורה, אין לארגון "עדאלה" "זכות עמידה" **לגישת השופט ברק**, הוא אומר כי ישנו מיעוט יליד אשר קדם למדינה. לשפה עבור מיעוט יליד ישנה משמעות מיוחדת. אם אין ביטוי לשפה, השוויון וכבוד האדם נפגע. למעשה, הוא לא הולך לבסס זכות קיבוצית כללית למיעוט, אלא הוא נשאר עם עניין תרגום השלטים.

(2) **הזכות לחינוך מגזרי** - זכות זו הינה קריטית, השליטה בשפה מתפתחת בלימודי בית הספר יסודי. מה שמבטיח את קיומה של שפת המיעוט היליד, הינה חינוך עצמאי (ממלכתי למגזר הערבי / חרדי). מעולם מדינת ישראל הקפידה על קיום זכות זו. **פס"ד "נוער כהלכה"** בו מדובר על בית ספר בעמנואל אשר חולק לספרדים ואשכנזים. בעניין זה ישנה התנגשות של שתי זכויות הזכות לאוטונומיה קהילתית והזכות לשוויון וכבוד האדם.

(3) **הזכות לטפח נרטיב לטפח נרטיב נבדל ותרבות נבדלת** - למיעוט היליד יש נרטיב נבדל מן הנרטיב של הקבוצה הלאומית השולטת במדינה. בעבר היה נסיון להעביר בחוק יסודות התקציב כי גופים אשר מטעם המדינה יממנו אירועים לציון יום הנכבה, יקוצץ תקציביהם. עתירה זו נפלה על דוקטרינת הבשלות.

נכתב ע"י לירון בטיטו

המכללה האקדמית נתניה - הפקולטה למשפטים שנה א'