

## מחברת בחינה - משפט חוקתי 2017

### משפט חוקתי שיעור 1

1. מה נכלל במשפט החוקתי
2. מהי חוקה
3. מה מאפיין חוקה פורמלית

80% - מבחן עם חומר סגור (מבחן סופי)  
20% - 16% עבודות (2 עבודות)  
4% - בחנים

### א'. משפט חוקתי: בעיות, מאפיינים ומטרות

#### מה נכלל במשפט החוקתי:

1. שיטת המשטר.
2. מבנה והרכב המוסדות המרכזים.
3. כללים ודרכי פעולה של המוסדות, איך הם צריכים לפעול ביחס לפרט וביחס בין המוסדות.
4. הגנה על זכויות אדם וזכויות אזרח וחירויות אזרח.

דמוקרטיה היא לא רק שלטון הרוב, היא שלטון הרוב תוך שמירה על זכויות הפרט וזכויות המיעוט. אנשים חושבים שהתפקיד הוא אחד הדברים המרכזיים זה הגנה על זכויות אדם, הגנה על זכויות המיעוט ומי שצריך להגן זה המשפט החוקתי. בית המשפט הגבוה לצדק הוא נחשב להגנה על זכויות אדם וזכויות המיעוט.

#### מהי חוקה:

- משפט חוקתי הוא משפט שעוסק בחוקה של מדינה נתונה.  
כשמדברים על חוקה לרוב יש שתי משמעויות למילה חוקה –
- חוקה פורמלית – חוקה כתובה, חוקה שמנוסחת במסמך אחד או בסדרה של מסמכים, מצויים בו כל ההסדרים. הם בעלי קו מנחה לשאר החוקים, התקנות ולפסיקה של בתי המשפט.
  - חוקה מטריאלית - מדינות שאין להם מסמך מרוכז אחד של ההסדרים, הם מפוזרים בשיטת המשפט, בחוקים, בפסיקות של בתי המשפט, במוסכמות.

#### מה לרוב מאפיין חוקה פורמלית?

1. מתקבלת ברגעים מיוחדים - מלחמת העצמאות, מהפכה, החוקה של ארה"ב והצרפתית שהן לרוב מסמנות את העידן של החוקות המודרניות, הפורמליות הן התקבלו בתום מהפכה. התפרקות של אימפריה.
2. עליונות משפטית – חוקה פורמלית לרוב דורשת עליונות, זה אומר שהיא נתפסת כמכילה את הנורמות החשובות ביותר במערכת המשפט, מנחה את שאר הנורמות. (פס"ד חשוב - מרבורי נ' מדיסון).
3. ההיגיון שלחוקה לא תהיה עליונות משפטית הוא הצהרתיות.  
יציבות לאורך זמן – חוקות פורמליות הן קשות ולא ניתן לשנות אותן באופנים רגילים. פסק דין בר-און מ-2010, מדובר בפרשת בר-און, ראש הממשלה בנימין נתניהו ושר האוצר מחליטים לעשות תקציב דו שנתי, כדי לעשות תקציב דו שנתי זה עומד בניגוד חוק

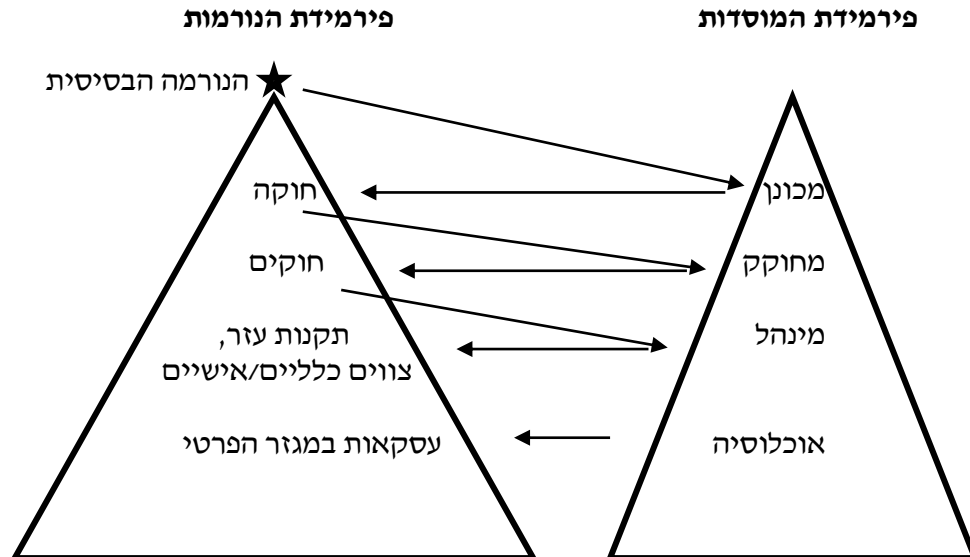
- יסוד משק המדינה ובניגוד לחוק יסודות התקציב אז מה שהם מעבירים הם מעבירים חוק יסוד – הוראת שעה הוראה שמתקבלת לתקופה קצובה, חוק יסוד זמני. ובחוק היסוד הזה קובעים שהתקציב יהיה לא לשנה אחת אלא לשנתיים. זה שחוקה – חוק יסוד, הם לא יכולים להיות זמניים, הם צריכים להיות קבועים לאורך שנים. כי כל הרעיון בחוקה זה יציבות ונוקשות לאורך זמן. הנשיאה בייניש של פס"ד אמרה שהעותר צודק שחוקה צריכה להיות יציבה וקבועה לאורך זמן, אבל הכנסת שהיא הרשות המכוננת, הרשות שמקבלת חוקה, יכולה להחליט או לקבוע הוראה זמנית. גם כאשר אנחנו מדברים על יציבות לאורך זמן, משהו שמשנתנה לעיתים נדירות. עדיין יכול להיות שתהיה לנו חוקה שיש בה משהו זמני.
4. נוסח – לרוב משתמשים בנוסח שהוא מעורפל, עמום, פתוח לפרשנויות. למשל ביטויים – חופש הביטוי, כבוד האדם, שוויון. ביטויים שפתוחים למשמעויות שונות. זה עומד עם המאפיין עם יציבות לאורך זמן. בגלל שהחוקה היא יציבה ונוקשה והיא מגבילה אותך לאורך זמן, אז בגלל זה אתה משתמש בשפה עמומה, לוקח מסמך פתוח כדי שימשיך לדורות הבאים.

### שני היבטים/ תפקידים לחוקה :

1. היבט שולל/ מקביל – הכוונה היא כאן זה לא שיש משהו רע בחוקה, אלא שהחוקה אמורה לשלול אפשרויות מסוימות, למנוע התרחשויות מסוימות, להגביל את השלטון. למשל – החוקה קובעת מה מותר ומה אסור לעשות לשליט, החוקה האמריקאית בתיקון הראשון באה ואומרת שהממשל לא יגביל או יפגע בחופש הביטוי. או למשל – התיקון ה-4 והתיקון ה-5 לחוקה האמריקאית קובעות את הדרישה להליך הוגן, אדם לא יישלל ממנו החירות שלו או הזכויות שלו ללא הליך הוגן, בין היתר היכולת להתמודד עם מי שמאשים אותו, לחקור את מי שמאשים אותו.
- מגינא כרתא - המגילה הגדולה, הסכם שעשה המלך גון באנגליה עם הברונים שלו בשנת 1215, המלך גון היה מלך מאוד גרוע, לא ניהל כמו שצריך את הממלכה שלו, היו לו אדמות בצרפת והאדמות האלה הלכו. הברונים לא היו מרוצים מהמלך, אז הם התחילו לחפש מלך אחר, הם מצאו מלך צרפתי. המלך גון שמע על זה והחליט להיפגש עם הברונים שלו כדי למנוע מרד, הם חותמים על מגילה גדולה שבמגילה הזו הם מתחייבים לא למרוד בו והוא מתחייב בשורה של התחייבויות שהם המקור לחלק מההוראות החוקתיות שאנחנו מוצאים היום במדינות שונות כולל בארצות הברית למשל – הזכות בהליך הוגן. אם אתה שולל חירות של אחד הברונים אתה חייב לעשות את זה במפשט הוגן, בחבר מושבעים, המלך לא יכול להטיל מיסים מעל סכום מסוים בשנה, המלך לא יכול להפקיע רכוש. ההסכם נכשל תוך חצי שנה.
2. היבט חיובי – חוקה מודרנית היא לא רק מכשיר שלילי שמונע דברים מאנשים, אלא גם מכשיר שמאפשר לך דברים שלא היית יכול בלעדיה. חוקה אמריקאית מתחילה במילים – אנו בני ארצות הברית.

### המעמד המשפטי של החוקה :

- על מנת שנוכל להבין את מיקומה ומעמדה של החוקה בשיטת המשפט כדאי לפנות לתיאוריה של הנס קלזן. הנס קלזן היה יהודי שנוולד באוסטריה, עם עליית הנאצים הוא נאלץ להגר לארה"ב. הנס קלזן מציג תיאוריה משפטית שאמורה להסביר לנו כיצד בנויה מערכת המשפט (מהו משפט), או כיצד בנוי השלטון במדינה.
- מערכת המשפט בנויה מנורמות. נורמה זה ציווי, הוראה, דרישה, להתנהג בדרך מסוימת. נורמות משפטיות נאכפות בכוח.
- פירמידת הנורמות - כל נורמה שואבת את התוקף שלה מנורמה שנמצאת מעליה.
- הנורמה הבסיסית** – מסמיכה את המכוון, המכוון מכונן חוקה, החוקה



ביקורת שיפוטית או ביקורת חוקתית - במדינות שבהם יש חוקה, והחוקה נתפסת כחוק העליון, כבעלת מעמד עליון על פני חוקים, בית משפט יכול להכריז על חוק כבטל מכיוון שהוא סותר את הוראות החוקה. למהלך הזה שבו פונים לבית משפט או פונים ועדה מיוחדת של משפטים, כדי שיפסול חוק בגלל סתירה להוראות החוקה. כלומר מלכתחילה במבנה החוקתי מה שאנחנו רואים זה שחוקים לא יכולים לסתור חוקה, ואם המחוקק ניסה לחוקק בניגוד לחוקה אז בית המשפט הוא זה שיכריז על המהלך כבטל.

**סוגים של ביקורת שיפוטית :**

קיימות מדינות שיש בהן לרוב חוקה פורמלית, במדינות האלה שחוק סותר את החוקה אז אפשר לפנות לביהמ"ש, העליון / חוקה ולבקש שיכריז על חוק כבטל. אם בית משפט מכריז על זה אזי שיפוטי, אם זה בית משפט לחוקה אז זה ביקורת חוקתית, רשות שיפוטית שונה באה ומכריזה שהחוק בטל כי הוא סותר את החוקה. כמעט תמיד, ברוב המדינות הביקורת השיפוטית היא בדיעבד. קודם מחוקקים את החוק, ואז מישהו אומר שהחוק לא בסדר, ואז הוא הולך לביהמ"ש כדי לבטלו.

**מרבורי נ' מדיסון** (פס"ד בארה"ב) אימץ את המושג של ביקורת שיפוטית, הנשיא מרשל אומר מכיוון שהחוקה של ארה"ב היא החוק העליון של הארץ, התפקיד של ביהמ"ש, כל בית משפט, זה להגדיר מה הוא החוק, יש לו סמכות לפסול חוקים שסותרים את החוקה. ביזורית – בארה"ב ריכוזית – בעיקר במדינות אירופה

**ב'. המהלך החוקתי – הכרזת העצמאות**

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, המסמך הרשמי הראשון של מדינת ישראל. החלקים החוקתיים:

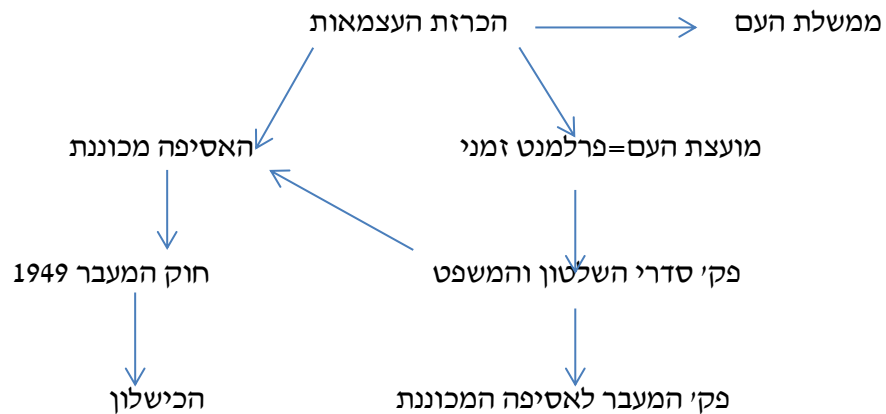
1. תהיה חוקה במדינת ישראל והיא תקבע ע"י האסיפה המכוננת שתיבחר עד תאריך 1.10.48 (לא ברור אם זה התאריך שמקבלים את החוקה).
  2. ההכרזה באה ומקימה מוסדות זמניים עד שתיקבע חוקה – פרלמנט זמני (מועצת העם).
  3. ממשלה זמנית (מנהלת העם) הם אלה שמנהלים את המדינה בפועל.
- הכרזת העצמאות נפתחת ב"אנו נציגי הישוב העברי" ומסתיימת "באנו חברי מועצת העם", האנשים שמכריזים על הקמת המדינה הופכים עצמם למועצת העם (הגוף המחוקק הזמני). מועצת העם מיד מתחילה לעבוד ולחוקק חוקים, בתקופת המנדט זה פקודות (למעשה זה חוק). **פקודה חשובה - סדרי השלטון והמשפט** - נועדה למנוע ואקום משפטי. זה שהקימו מדינה לא אומר שמותר לרצוח, לגנוב או לאנוס עד שהאסיפה המכוננת תחוקק חוק שאוסר על רצח, על

גניבה, על אונס. לשם כך, הם קובעים פקודה זו כך שהמשפט שהיה הוא המשפט שיהיה, למעשה קובעים המשכיות לגבי הסמכות של בתי המשפט, שכוחות הביטחון יגנו על המדינה. חוק שנועד להסדיר את המעבר מהשלטון המנדטורי (הבריטי) לשלטון העברי. הם דוחים את הבחירות לאסיפה המכוננת בגלל המלחמה.

עוד חקיקה שהם מעבירים **פקודת המעבר לאסיפה המכוננת 1949** יש בחירות לאסיפה המכוננת, 12 ימים לפני הבחירות הם מעבירים פקודה הזו, בפקודה זו הם קובעים שכל הסמכויות שנתונות או שהיו נתונות למועצת העם יעברו לאסיפה המכוננת לכשתיבחר. בעצם הם מחליטים לפרק את עצמם ולהעביר את הסמכויות שיש להם לאסיפה המכוננת. הסיבה - לכך היא שהאנשים שיושבים במועצת העם הולכים להיבחר לאסיפה המכוננת, אזי הם רוצים לפרק את מועצת העם ולהעביר את הסמכויות לאסיפה המכוננת. פה מתחילות בעיות המשפט החוקתי, פתאום נוצר מצב שבו יש גוף אחד שיש לו את כל העוצמה, את כל הכוח ואת כל הסמכויות, לקבוע חוקה והזכות לחוקק. מצד שני, מצב זה אינו בעייתי כיוון שהאנשים הקובעים את פקודת המעבר הם אותם אנשים שהקימו את מדינת ישראל. הם לא רואים בזה בעייתיות. הם רוצים שכל הכוחות יהיו בידי האסיפה המכוננת. ולכן, אזרחי מדינת ישראל הולכים לבחירות ראשונה – לאסיפה המכוננת.

**חוק המעבר 1949:**

החוק הראשון שהאסיפה המכוננת מעבירה הוא "חוק המעבר", האומר שהאסיפה המכוננת היא בית המחוקקים ובית הנבחרים של המדינה ומאותו הרגע יקראו לה הכנסת הראשונה. הנבחרים באסיפה המכוננת יקראו "חברי כנסת". לא קיימת הבחנה בין לכוון חוקה לבין לחוקק חוקים.



**הכישלון לאמץ חוקה:**

חוקה היא לרוב מסמך חד פעמי, חברי האסיפה המכוננת לא רוצים ללכת הביתה, הם חושבים שאם תיהיה חוקה לא יהיה בהם צורך, הם רוצים להפוך להיות בית מחוקקים. לפני קום המדינה, כולם היו בעד חוקה ככל שמתקרבים למועד ההכרזה מתחילים להבין שיש בעיות, קשה להגיע להסכמות. בן גוריון אומר או שכולם מצביעים בעד ההכרזה או שלא מכריזים. הוא מבטיח להם שלאחר ההכרזה, בישיבה הראשונה כל אחד יוכל להגיד את ההסתייגות שלו. ככה הוא הצליח לגבש הסכמה על ההכרזה, אך ההכרזה היא לא חוקה. ככל שמתחילים לעבוד על כתיבת חוקה, מתחילים להבין שמאוד קשה לכוון חוקה במדינה של יהודים.

**הבעיות קשורות לשני סוגים של מחלוקות:**

**מחלוקות מהותיות** – לגבי התוכן, העקרונות, זכויות, המהות של החוקה. אם יש מחלוקת מהותית השאלה איך פותרים אותה? אפשר לקבוע איזשהו מנגנון לפתור את המחלוקת. אחת מהדרכים להימנע או לפתור את המחלוקת היא למנות פרוצדורה (הרוב קובע, נציג כיתה). מבלי להסתמך על שיקולים מהותיים. כי המהות זה הסיבה שלא להחליט.

א- **מחלוקות לגבי יחס המדינה לדת** - **פגמים דתיים** (הציונות הלאומית והציונות הדתית) לא דחו כליל את רעיון החוקה, הם האמינו שהחוקה צריכה לאגד את תפיסת העולם הדתית שלהם ולהיות מבוססת על עקרונות התורה. הרעיונות שלהם היו לקבוע ששבתות וחגים יהודיים יהיו

נכתב ע"י: רוני פאלח

ימי מנח לאומיים, רצו שנישואין וגירושין יהיו לפי דין תורה, שנשיא המדינה יהיה שומר מצוות, שמערכת המשפט תהיה מבוססת על המשפט העברי, כלומר, אם היו באים ואומרים להם שהחוקה היא דתית הם היו מסכימים, חוקה חילונית לא בא בחשבון. הם היו בהסדרים של הסטטוס קוו. אלה היו הדרישות שלהם בהיבטים החוקתיים. הם רצו שהחוקה תעגן את הקשר בין יהדות לבין האופי של המדינה. לעומתם היו כאלה שאימצו תפיסת עולם חילונית, **הפלגים החילוניים**, כמו למשל באותה תקופה מק"י, הם רצו למשל, שהסדרי נישואין וגירושין יהיו על פי דין אזרחי, שלא יהיה על פי הדין הדתי. מפ"ח למשל, העדיפו שכל ההתייחסות למדינה יהודית תהיה באופן היסטורית, לא בצורה דתית.

ב- מחלוקות לגבי אופייה החברתי כלכלי של המדינה - פלגים סוציאליסטים - המפלגות עם תפיסת עולם יותר חברתית, רצו שהחוקה תבטיח זכויות חברתיות וכלכליות (הזכות לעבוד, הזכות לחינוך, הזכות לבריאות, זכות לביטחון סוציאלי), המדינה צריכה להבטיח וגם החוקה. המדינה צריכה לעודד עבודה עברית, לעודד פרויקטים שיתופיים - קיבוצים, מושבים - פלגים סוציאליסטים. לעומתם **הציונים הכללים וחירות** שטענו: אל תביאו לכאן מהפכות מאירופה. הם העדיפו הגנות חוקתיות בנוגע לבעלות פרטית על קניין וחירות חופשית, אסור שהממשלה תתערב בשוק הפרטי, לעודד עבודה וחירות פרטית.

ג- האופי הפוליטי מדיני של המדינה זרמים לאומיים - תמכו באידיאולוגיה לאומית אם לא לאומנית וקראו להתרחבות וכיבוש של טריטוריות נוספות, ולכן הם דרשו כי בחוקה לא ימצא כל זכר לויתור על זכויות או חלק מארץ ישראל ההיסטורית. כמו כן הם דרשו שהחוקה תתעלם מהחלטת עצרת האומות המאוחדות. **המפלגה הקומוניסטית**, לעומת זאת, דרשה את מילוי מלא של החלטת עצרת האומות המאוחדות, דרשה הגנה חזקה יותר למיעוט הערבי, וכי יעניקו אזרחות לכל אדם שהתגורר בגבולות ישראל עם תום המנדט הבריטי.

המחלוקות המהותיות הללו הן קמפוז מהמחלוקות לגבי החוקה. המפלגות מגלות שהן לא מסוגלות לנסח שום דבר שיזכה להסכמה מכולם. בעזרת הפרוצדורה פותרים את הבעיה המהותית, הדרך הטובה ביותר לפתור חילוקי דעות מהותיות זה בכך שבחורים פרוצדורה, ככה ניתן לפתור סכסוך ללא להתייחס למהות שלו. הבעיה בקום המדינה, כי לא מסוגלים להגיע לשום הסכמה של פרוצדורה:

**מחלוקות מבניות – האם צריך בכלל חוקה כתובה?**

בעד חוקה כתובה:

- ❖ תגן על המיעוט.
- ❖ היא ביטוי לעצמאות.
- ❖ תקנה לגיטימציה בין לאומית.
- ❖ היא מכשיר חינוכי פדגוגי.

נגד חוקה כתובה:

- ❖ חוקה היא **אנטי דמוקרטית** כי היא מגבילה את הנבחרים.
- ❖ חוקה כתובה **תקנה כוח רב למיעוט**.
- ❖ **יש לנו כבר חוקה** – החוקה שלנו זה ספר הספרים התנ"ך.
- ❖ אין צורך בחוקה כדי לקבל **לגיטימציה בין לאומית** כי מדינת ישראל לא זקוקה שיכירו בה בינלאומית כי בעצם היא נלחמה על חיה במלחמה מאוד קשה. בסופו של דבר הקיום שלנו כאן הגיע בכוח הזרוע ולא מכוח החוקה.
- ❖ **מלחמת תרבות** – אם יקבלו חוקה החוקה תהיה חילונית אבל אז זה עשוי לעורר התנגדות אצל הדתיים ויוביל למלחמת תרבות והאנשים יהודים שנמצאים בחו"ל יראו שיש בארץ ישראל מלחמות תרבות ולא יעלו. רוב האוכלוסייה בחו"ל הם דתיים.
- ❖ **טיעון של בן גוריון – קיבוץ הגלויות**, זהו טיעון קלאסי נגד חוקה, רוב העם היהודי נמצא עכשיו בגלות, מי שנמצא פה זה רק המיעוט של העם היהודי ולכן צריך להמתין שכל העם היהודי התקבץ למדינת ישראל ואז נקבל חוקה. טיעון זה בא ואומר שחוקה אסור לה שתכבול את מי שלא נמצא פה, הבעיה פה שאם נקבל את החוקה עכשיו אנשים שלא חלק מהחוקה לא חלק מתהליך קבלת החוקה יהיו כבולים לחוקה. כשמסתכלים בתוך

האידיאולוגיה הציונית רואים מצב שבו נחכה שהיהודים יתקבצו למדינת ישראל וברגע שהם יתקבצו אנחנו נקבל חוקה שתחייב את כולם.

כל צד היה בטוח שהצד השני עושה זאת ממניעים אנכיים, כל צד דואג לעצמו. בן גוריון היה בטוח שבגין מכין לו מרד, ובגין חשב על בן גוריון שהוא בסך הכל דיקטטור שלא רוצה שיגבילו אותו. הסיבה שלא התקבלה חוקה בקום המדינה כי מה שהיה אז זה בעצם מה שקורה פה היום. לכל אחד יש את הדברים שחשובים לו ומה שהוא רגיל אליהם. וקשה לקבל כשיש הרבה מאוד שסעים חוקה בנסיבות האלה. ואם בנסיבות של אז (המיעוט הערבי לא היה חלק מדיון החוקה) ועדיין לא הצליחו לקבל חוקה. והיום יש מיעוט ערבי במדינה וזה יהיה יותר קשה. כשאין הסכמה במדינת ישראל מקימים ועדה וזה מה שהכנסת עושה, כשהיא מבינה שהיא לא מסוגלת להגיע להסכמה מה שהיא מחליטה זה על הקמת ועדה. למעשה מטילה את כתיבת החוקה על ועדת חוקה חוק ומשפט.

#### ד- חוסר הסכמה האם צריך חוקה-

אלא שבעד חוקה באים ואומרים שחוקה תגן על זכויות מיעוט, תגביל את חברי הכנסת, היא ביטוי לעצמאות מדינית, אומרים שבעצרת האומות אמרו שאנחנו צריכים לקבל חוקה- יש לפעול על פי הבקשה ולקבל חוקה למדינת ישראל.

אלא שהתנגדו לחוקה- בן גוריון הוביל את אותם מתנגדים, בן גוריון אומר: חוקה בשביל יהודים זו תיהיה בעיה זה ייתן כוח רב מידי בידי המיעוט וגם יהודים אין להם כבוד לסמכות, אני לא מדבר על הערבים, אני מדבר על מיעוטים בתוך הבית הזה.

טיעון ממלחמות דת: עקב כך אנשים לא ירצו להגיע, שהרי רוב מי שרוצה להגיע למדינה הם בעלי רקע דתי. אם נקבל חוקה, החוקה תהיה חילונית, יש לנו חוקה וזה התורה, ספר הספרים, יש לחנך את המדינה על פי ערכי התורה. מלחמת תרבות, בין חילונים לדתיים היה רציני בעיקר בגלל שלא רצו שיקרה מצב שמגיעות וועדות לארץ וכל אחד שולח את הנציג שלו בפני הוועדה.

טיעון קיבוץ הגלויות: החוקה צריכה להיות מאומצת רק לאחר שהעם היהודי יהגר לישראל ועל ידו ולא לפני כן. הטיעון האחרון פחות נוגע לרציון של החוקה (האם זה דבר טוב או לא) ויותר לגליטימיות של ההליך בו מקבלים את החוקה

ה- הויכוח לגבי ביקורת שיפוטית- האם לתת לבית המשפט סמכות לבטל חוקים שסותרים את החוקה?

המתנגדים לביקורת השיפוטית טענו אם מאמצים חוקה כתובה אנחנו מאמצים מנגנון לאכוף את החוקה הכתובה, כמו הביקורת השיפוטית. בן גוריון התנגד לכך באופן מוחלט. בן גוריון אומר שהביקורת השיפוטית היא אנטי דמוקרטית. מוסד שבעצם מעדיף את בעלי הכוח בעלי ההון, אנחנו רוצים להתקדם קדימה ולא ללכת אחורה.

אלא שהיו בעד ביקורת שיפוטית לתת לבית המשפט לתת סמכות לבטל חוקים יגן על זכויות מיעוט. טענו גם, כשבית המשפט פוסל חוק הם בעצם מגשימים את רצון העם על פני רצון נציגיו. גישה זו נקראת לרוב גישה פורמליסטית מכיוון שהיא מניחה שהשופטים יודעים טוב יותר מהמחוקקים מה העם רוצה.

את רוב המחלוקות הללו ניתן לאפיין תחת הקטגוריה של מחלוקות מהותיות. כלומר, היו אלו מחלוקות לגבי מדיניות מהותית, תפיסת טוב מהותית, עקרונות צדק מהותיים או על זכויות מהותיות אותם החוקה צריכה לעגן ולקדם.

#### החלטת הררי: 1950

שהכנסת רואה שהם לא מצליחים לגשר מעל המחלוקות לגבי חוקה הם מעבירים החלטה- החלטה הזאת נקראת החלטת הררי על שם חבר הכנסת יצחק הררי. החלטה הזאת היא החלטת פשרה. כאשר אנשים כמו בגין שרצה מאוד חוקה- התנגד להחלטה הזאת שקובעת:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה."

החלטת הררי בעצם סוללת את הדרך לקבל חוקה בהדרגה. החלטת זו מהווה פשרה לבין מי שלא רוצה חוקה ורוצה ללכת לפי הפרלמנט האנגלי הפרלמנט הוא המחוקק וזהו. לבין מי שרוצה חוקה לפי הפרלמנט האמריקאי שפועלים רק לפי החוקה. כמו כל פשרה, לכאורה כל אחד מקבל את מה שהוא רוצה אבל גם לא משיג את מה שהוא רוצה. השופט חשין בפס"ד מזרחי אומר שלהחלטת הררי יש 70 פנים זה תלוי איך מבינים אותה. מה לא ברור מההחלטה?

א'. אין לוח זמנים מתי זה יקרה.

ב'. אין ביקורת שיפוטית, אם מישהו סותר חוק יסוד. כל דבר שהוא חלק מהויכוח, מהמחלוקות אז אי אפשר לכתוב אותו בתוך ההחלטה.

ג'. מה שהכי לא ברור שלא מגדירים בהחלטה, מהו חוק יסוד. מי קבע שהוא חוק עליון. אם היא הייתה מגדירה מהו חוק יסוד, איך מתקבל, איך מתקנים, משנים מה יחסו ביחס לחוקים אחרים, אם הוא היה אומר את זה הכל היה נפתר, אבל לא יכול להיפתר כי יש לנו מחלוקת.

הכנסת הראשונה כאסיפה מכוונת היו צריכים לקבל חוקה הם החליטו שהם מעבירים את זה הלאה, והרי שהם לא יכולים להעביר את זה הלאה כי מי שנתן את הסמכות להעביר את הסמכות המכוונת? נתנו לכם את הסמכות הזאת הלאה.

החלטת הררי היא תוצאה לבעיות החוקתיות הקיימות שהן מיוחדות. אם מדברים על מבנה חוקתי נורמאלי, החלטת הררי זה לא נורמאלי. החלטת הררי וחוק המעבר לכנסת השני יוצרים תהליך שנוגד כל הגיון חוקתי בריא.

#### חוק המעבר לכנסת השנייה-

החוק הזה מעביר את הסמכויות של הכנסת הראשונה לכנסת השנייה, השלישית והרביעית בהתאמה. מה הבעיה בחוק הזה? לכאורה אין איתנו בעיה, הוא מעביר את כל הסמכויות שיש לכנסת השנייה והלאה. איזה סמכויות מעניינים אותנו? הסמכות לחוקק חוקה, המסכות המכוונת. החוק לא אמר הסמכות המכוונת, מה שמופיע הוא שכל הסמכויות יעברו. חשין בבנק המזרחי 1951 כל הסמכויות יעברו עדיין לא אומר סמכות מכוונת, סמכות מכוונת זה משהו מיוחד צריך היה להגיד את זה.

#### חוק יסוד: הכנסת

1957 חוק יסוד ראשון, חוק יסוד הכנסת. לא במקרה זה החוק יסוד הראשון. הכנסת כבר מתפקדת, איך מקבלים חוק וכל התהליכים. בגלל שזה הדבר שהכי קל להסכים עליו. הכנסת קובעת חוק לפי איך שהיא עובדת, כי היא כבר עובדת. (הכנסת השלישית) כן חשוב לציין 1957 כשחוקק חוק הכנסת מתקבל סעיף 4 והסעיף הזה יהיה חשוב לנו להמשך כי הוא קובע עקרונות לגבי הבחירות בכנסת, איך הכנסת נבחרת. סוף הסעיף אומר שאין לשנות סעיף זה רק ברוב של חברי הכנסת. לרוב חוקי היסוד אין סעיף שריון.

#### פס"ד ליון, זיו, אל כרבוטלי

זמן קצר לאחר הקמת המדינה, טרם הבחירות לאסיפה המכוונת, עותרים שונים לבית המשפט בניסיון לשכנע לאמץ את מוסד הביקורת השיפוטית. בשלושת העתירות הללו (ליון, זיו ואל כרבוטלי), כלומר לשכנע את בית המשפט כי יבטל חוקים, שבית המשפט יבוא ויגיד שיש לו הכוח לבטל חוקים. העתירות היו עתירות נגד תקנות ההגנה המנדטורית, תקנות אלה נקראות תקנות ההגנה אשר נחקקו ע"י המנדט הבריטי, הן אמנם נקראות תקנות, אבל הם למעשה כמו חקיקה ראשית של הכנסת. אלה תקנות לשעת חירום, המאפשרות לשלטון להחרים רכוש, לסגור מוסדות. יש לציין כי במועד הגשת העתירות בעניין ליון, זיו ואל-כרבוטלי וההכרעה בהן, האסיפה המכוונת, הגוף שצריך היה לפי ההכרזה לקבוע חוקה, ושלימים שינתה את שמה לכנסת הראשונה, עדיין לא נבחרה. הסמכות המחוקקת הייתה באותה תקופה בידי מועצת העם או מה שהכרזה מכנה מועצת המדינה הזמנית. העתירות בעניין ליון, זיו ואל-כרבוטלי תקפו את תקנות ההגנה המנדטוריות, שנועדו לאפשר לבריטים להפעיל סמכויות חירום כנגד הישוב היהודי (הפקעת רכוש, מעצרים ללא משפט, גירושים, תחומת מקום מושב וכו').

בליון וזיו יש לנו החרמה של דירות, המדינה צריכה דירות ליועץ המשפטי לממשלה ולפקיד במשרד האוצר. באותה תקופה הישיבות של הממשלה נמצאות בת"א, ולכן הם מפקיעים דירות בת"א. הם עושים את זה ע"פ דבר חקיקה שחלק ממנו קיים עד היום, קוראים לזה תקנות ההגנה המנדטוריות או תקנות ההגנה לשעת חירום. הכנסת מאז ועד היום מוכרז על מצב חירום. אלה תקנות שנחקקו ע"י הבריטים כשהם היו צריכים לחזק את האחיזה שלהם. התקנות האלה

מאפשרות לשלטון לעשות דברים רעים בלי משפט, כמו לסגור עיתונים, הורסים בתים (תקנה 119), להפקיע רכוש, לתחום מושב, ומעצרים מנהליים. תקנות אלו סותרות את הכרזת העצמאות, הכרזת העצמאות קובעת שמדינת ישראל תהיה מושתתת על עקרונות החירות הצד והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל. הטענה של העותרים היא שתקנות הגנה, תקנות לשעת חירום שמאפשרות הפקעת רכוש בלי משפט, הן תקנות שפוגעות בחירות בצדק ובשלום. ההכרזה יוצרת מסגרת חוקתית. ותקנות שמאפשרות לקחת רכוש מאנשים להכניס אותם לכלא וכל זה בלי משפט אזי דברים אלו סותרים את עקרונות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל. דבר נוסף שזה ההכרזה עצמה פתוחה לפרשנות. ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט הוא סעיף שנועד למנוע ואקום משפטי, נועד ליצור מעבר בין תקופת המנדט לבין השלטון הישראלי. זה שקמה מדינה זה לא אומר שעכשיו יהיה הפקרות, המשפט שהיה הוא המשפט שיהיה בשינויים המחויבים בהקמת המדינה ורשויותיה. זה מכון לכך שמועצת העם כבר ביטלה חקיקה מנדטורית שהיא תפסה אותה כחקיקה דיכאונית (הספר הלבן שמנע עלייה יהודית). ביהמ"ש לא מקבל טיעונים אלו, הוא לא מבטל את התקנות, ביהמ"ש לא מאמץ ביקורת שיפוטית.

בליון וזיו אישרו את ההפקעות. באל כרבוטלי נקבע לשחרר את העצור מכיוון שע"פ תקנות אלו צריכה להיות זכות ערעור לוועדת ערער (מייצעת), ומכיוון שלא הייתה הוועדה ביהמ"ש העליון לא איפשר לעצור אותו, ועדת ערער היא תנאי מוקדם למעצר. בזמן שהשופטים נותנים את פס"ד הדין, הצבא יכול לעצור אותו מחדש כי הצבא כבר כינס ועדה, אבל הצבא לא עוצר אותו, נותנים לו ללכת.

קביעות ביהמ"ש לפסקי הדין:

1. ההכרזה היא לא חוקה היא לא חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה קיום תוקפן של פקודות.
2. סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט שם ביהמ"ש בא ואומר שכשדיברו על השינויים המחויבים ברמת המדינה ומוסדותיה דיברו על שינויים טכניים ולא על שינויים מהותיים. הכוונה, באותו זמן יש צו שאומר שהכניסה לארץ ישראל היא בגשר אלנבי, השופט זמורה אומר כי בצד זה אי אפשר לקלוט כיוון שגשר אלנבי הוא לא בידי ישראל. המשפט שהיה הוא המשפט שיהיה בשינויים המחויבים בהקמת המדינה ורשויותיה, כיוון שאלו שינויים טכניים (קווי גבול). אבל אין כוונה פה לשינויים מהותיים שישראל היא דמוקרטיה.

פרופסור פנינה להב- ביהמ"ש עשה טעות, הוא היה קובע שההכרזה היא חוקה, אז כל פעם שפוגעים בזכויות אדם היה אפשר ללכת להכרזת העצמאות אז אפשר היה לשלול את החוק מכוח ההכרזה. מעצר מינהלי – עוצרים לא על מה שמישהו עשה אלא על מה שהוא עלול לעשות.

### פס"ד ברגמן-

פסק הדין החשוב ביותר, עד המהפכה החוקתית (בנק המזרחי), עורך דין דוקטור שקוראים לו אהרון ברגמן עותר לבג"ץ נגד חוק המימון. הטענה של ברגמן היא שחוק המימון לא נחקק כדין. חוק המימון הקצה מימון ציבורי למפלגות בבחירות. מפלגות שרצות לבחירות יכולים לקבל כסף מהמדינה לממן את הפעילות שלהם. ב1969 חוקק חוק מימון מפלגות, מאז הוא תוקן הרבה מאוד פעמים (כמעט כל בחירות מתקנים אותו) החוק הראשון (על מה שהפס"ד מדבר) אמר שמי שמקבל מימון זה מי שהיה בכנסת היוצאת, מפלגות חדשות לא יכולות לקבל מימון. ברגמן טען שהחוק לא נחקק כראוי כיוון שס' 4 לחוק יסוד הכנסת- בא ואומר שהכנסת תבחר בבחירות שוות, חשאיות, כלליות, ארציות בהתאם לחוק הבחירות לכנסת. אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת(61). ברגמן אומר שחוק המימון סותר את ס' 4 ואם הוא סותר את ס' 4 – הוא לא נותן שיווין בין מפלגות, זה לא בחירות שוות והוא נחקק בפחות מרוב חברי הכנסת. חוק המימון לא נחקק כמו שצריך(היה צריך לחוקק אותו ב61 חברי כנסת). מוגשת לביהמ"ש עתירה, ולאחר מכן בימ"ש צריך לבדוק מבחנים מסוימים על מנת לבדוק עתירה

זו:

1. אי שפוטות - אם סוגיה היא סוגיה פוליטית, ביהמ"ש לא דן בפוליטיקה, יש שאלות שהן לא משפטיות. אנו דנים רק בשאלות משפטיות.



2. זכות עמידה – באותה תקופה, השיטה הייתה שאם אתה עותר לבג"ץ אתה צריך להראות שהסכסוך קשור אליך. בג"ץ מבקש מברגמן הוכחה שיש לו זכות להישמע. "אל תהיה סגור על עם ישראל" תבוא בבעיות שלך. ברגמן עותר בשם כולם.
3. באותה תקופה הכנסת היא ריבונית-היא לא מקבלת הוראות מאף אחד ולכן אם אתה מבקש מבית המשפט סעד שהוא לא יכול לתת לך אז אתה הולך הביתה, העתירה נדחית. ברגמן יודע שהוא לא יכול לעתור נגד הכנסת אז הוא עותר נגד שר האוצר.

המבחן השלישי הוא האם אפשר לקבל סעד.

שמגר מפרש את ס' 4 לחוק יסוד הכנסת – בחירות שוות = קול אחד לכל אחד.  
 היועץ המשפטי מגיע לדיון, אין זמן יש בחירות. אני יודע שברגמן צריך להפסיד, צריך לדון על ס' 4. לנדוי אומר שס' 4 גם נותן בחירות שוות בזכות להיבחר לא רק בלבחור. הוא אומר לשמגר שהוא מסכים שס' 4 יכול להתפרש בכמה מובנים. לנדוי אומר זה מקרה גבולי, אנחנו בוחרים באפשרות שהיא יותר מגינה על זכויות, מכבדת יותר על זכויות. מתחיל מהכרזת העצמאות.  
 חברי הכנסת לא ראו את פסק הדין כבעייתי. הכנסת נותנת מימון גם למפלגות חדשות, דבר שני היא באה ומעבירה חוק – חוק התשריר (אישור) חוק הבחירות (אישור תוקפן של חוקים) 1969, החוק הזה אומר למען הסר ספק חוקי הבחירות הם תקפים לכל הליך ועניין, העבירו את החוק הזה (ברוב של 61) במקום להתחיל לחוקק מחדש את כל חוקי הבחירות ב16 כדי שלא יהיה מצב שיגידו שהם סותרים את ס' 4 הם מחוקקים חוק שמאשר את רטרואקטיבית על כל החוקים.

קלוד קליין אומר שזה פס"ד מאוד קשה יש לו 2 טענות על ברגמן, (כי בסופו של דבר הביקורת של קליין זה מה שיאמצו בבנק המזרחי). יש בעיות מרכזיות עם הפס"ד – למעשה, מה שהיה לנו פה זה שביית המשפט ביטל חוק (חוק המימון) איך הוא יכול לבטל חוק בלי לדון בשאלה האם יש לו סמכות לבטל חוקים?

לנדוי משאיר את השאלה של אי שפיטות בצריך עיון (היעדר סמכות). קליין במאמרו אומר שאתה לא יכול לא לדון בשאלה אם יש לך סמכות לעשות את זה.

הבעיה השנייה, קליין אומר אם ביטלת את חוק המימון בגלל ס' 4 אבל אתה לא הסברת למה ס' 4 מחייב את הכנסת? ס' 4 אומר אין לשנות את הסעיף אלא ברוב של 61 חברי כנסת. הוא לא מסביר מה זה חוק יסוד הכנסת? איך אתה מבטל חוק בגלל שהוא סותר חוק יסוד אבל אתה לא מסביר למה החוק יסוד מחייב.

לקלוד קליין לא אכפת מהתוצאה הסופית אכפת לו מהדרך. הוא אומר שהוא יסביר למה ס' 4 מחייב כי הוא נחקק מהסמכות המכוננת וזה קובל את הסמכות המחוקקת (שחוקקה את חוק המימון).

חוק יסוד משנים/מתקנים/מבטלים רק בחוק יסוד. ושינוי של ס' משורין בחוק יסוד אפשר לבטל רק כשמשתמשים בחוק יסוד + עומדים בדרישת הרוב. למעשה מה שקליין אומר זה שיש לנו חוקה לחוקה קוראים חוקי יסוד.

**בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794.**

קניאל החליט שהוא רוצה לבדוק את חוק הבחירות והוא מצא שחוק זה למעשה מפלה מפלגות קטנות לעומת מפלגות גדולות. חוק הבחירות בא ואומר שתהיה חלוקת מנדטים ראשונית אבל אחרי זה מספר המצביעים בבחירות זה לא מתחלק בדיוק ל20. ולכן יש חלוקה נוספת של השאריות ומה שקניאל הראה שאם מדובר במפלגה גדולה הסבירות שלה לכל עוד מנדט היא גדולה יותר מהסבירות שמפלגה קטנה תקבל. בגלל בדיקת הממוצע שחשב שיש יותר אנשים. קניאל אומר העיקרון שקבוע בסעיף 4 הוא עקרון של כל אחד לקול אחד. אבל אם אתה את הקול הנוסף שהמפלגות קיבלו סופר בצורה לא שיוויונית, נותן בחלוקת העודפים משקל גדול יותר למפלגות גדולות, אתה פוגע בשיווין של ס' 4 (בחירות שוות). זה לא מספיק שהעברתם ב16 חברי כנסת, הייתם צריכים לעשות את זה גם כחוק יסוד. ס' 46 לחוק יסוד הכנסת אומר שאפשר לעשות שינוי של ס' 4 במפורש או במשתמע, זה אומר שלא חייבים חוק יסוד. ביהמ"ש דוחה בצורה לא מפורשת את התיאוריה של קליין.

**בג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות:** טענתו היא שחוק הבחירות פוגע בשיווין והוא היה צריך להיות חוק יסוד, שוב מזכירים את פרופסור קליין. רסלר בא וטוען את אותו טיעון. מה

ההבדל בין חוק יסוד לבין חוק לפי בית המשפט (פס"ד רסלר) – ההבדל הוא סמנטי, לשוני. (אין הבדל).

### ע"פ 107/73 נגב נ' מדינת ישראל

חברת נגב היא תחנת דלק, שמוכרת דלק והיא מואשמת בעבירה פלילית, היא מכרה דלק מדולל במים (לא כמו בתקן שנקבע) מגינת ישראל תבעה אותה, לטענת החברה יש טיעון חוקתי – יש את חוק יסוד הממשלה ששר לא יכול להאציל סמכויות, להתקין תקנות למישהו אחר, חוק התקנים ששר מסחר התעשייה יכול להעביר את הסמכות שלו לממונה. יש סתירה בין חוק התקנים לחוק יסוד הממשלה. בחוק יסוד הממשלה ניתנת סמכות לשר והוא לא יכול להעבירה למישהו אחר, שר המסחר והתעשייה בחוק התקנים יכול להעביר את הסמכות למישהו אחר. אם חוק התקנים בטל כי הוא סותר את חוק יסוד הממשלה אז גם התקן בטל. תשובת בית המשפט שחוק התקנים הוא חוק ספציפי וחוק יסוד הממשלה הוא חוק כללי, הנועד לחול באופן כללי והספציפי נועד לחול במקרה חריג. הבעיה בפרשנות בין ספציפי לכללי, לכללי יש לו את כל ההיגיון שמדברים על פרשנות של חוקים הוא הגיוני והוא לא הגיוני שמדברים על חוקי יסוד מול חוקים. פס"ד נגב הוא הכי גרוע מבחינת הפרויקט של חוקי יסוד.

**פס"ד דרך ארץ** שנת 81, מדובר בזמנים שבהם משדרים שידורי תעמולה ברדיו ובטלוויזיה. דרך ארץ הייתה מפלגה חדשה. כל מפלגה קיבלה זמן שידור בטלוויזיה ע"פ גודל המפלגה. הם עתרו לבג"ץ והיועץ המשפטי רצה לבדוק מה יגידו על החוק הזה. (השופטים לנדוי, שמגר, ברק, בן פורת, בייסקי). אין כל מיוחד בפס"ד, מבטלים חוק. מה שמיוחד זה שהיועץ המשפטי ממש רוצה שבית המשפט יתערב. אין ספק שהיועץ המשפטי משפיע והעמדה שהוא נוקט משפיעה. בסופו של דבר נוצרת סינרגיה בין היועץ המשפטי לממשלה לבין בית המשפט העליון.

**פס"ד רובינשטיין**, מדובר בעתירה של מפלגת שינוי כנגד חוקתיות של חוק המימון מס' 5, טענתם היא שהחוק יוצר בעייתיות – הבחירות היו 81, היו בחירות קשות, שעלו הרבה מאוד כסף למפלגות הגדולות והן נכנסו לחובות. הבעייתיות בחוק המימון שהוא מנסה לתמרץ את המפלגות לא לבזבז יותר מידי, הוא נותן סכום מסוים אבל במידה וקיימת חריגה ממסגרת הסכום שניתן הוא מעניש אותך, העונש שתקבל סכום מופחת. אם עברת את המסגרת אתה מקבל קנס. גם הליכוד וגם המערך היו צריכים לקבל קנס אז הם שינו את החוק. מפלגת שינוי מרגישה מקופחת. החוק החדש מפר את השיוויון בבחירות. עולה שאלת השפיטות, רינות הכנסת. בית המשפט אומר שהיועץ אמר לא להיכנס לסמכות. הוא נקודת האל חזור. אתם הפכת את הנושא לשפיט. לבית המשפט נמאס מזה שאין חוקה, מזה שבאים אליו כל פעם שהוא צריך לפרש את ס' 4 בחוק יסוד הכנסת. הפגיעה היא בשיוויון הכללי, בהגינות הפוליטית.

**פס"ד לאור** שנת 89, אחד מפסקי הדין החשובים שניתנו, הוא תמיד פס"ד שיהיה ברקע. בלאור קיימת עתירה שבה נטען כי חוק מימון מפלגות לא נחקק כדין, הוא לא נחקק ברוב של 61 בכל השלבים. ברק בפס"ד זה מסביר למה ס' 4 מחייב, הוא מתייחס למצב בו עולה טענה לביטול חוקים לאור עקרונות יסוד. ברק מסביר כי ס' 4 לחוק יסוד הכנסת ניתן מכוח הסמכות המכוננת שמצויה בידי הכנסת בנוסף לסמכות המחוקקת. לכנסת יש 2 כובעים, "כובע המחוקק" ו"כובע המכונן". הכנסת מחוקקת חוקים רגילים – סמכות מחוקקת וכשהיא מחוקקת חוקי יסוד – היא משתמשת בסמכות המכוננת שלה.

השורה התחתונה של ברק בלאור (באותו זמן זה דעת מיעוט) זה שס' 4 מחייב כי הוא ניתן מכוח הסמכות המכוננת. השופט איילון טוען שזה לא תפקידו של בימ"ש. מבימ"ש נדרש לדון אם חוק המימון סותר את ס' 4, זה תפקידו. על בימ"ש לא לסתור את מהות וכוחה של הכנסת. השופטים האחרים לא הסכימו עם ברק. פרופסור קוריןלדי אשר ייצג את העותרים אמר שצריך לבטל את חוק יסוד הכנסת. גם אם חוק המימון חוקק בהתאם ל ס' 4 בחוק יסוד הכנסת, יש חוקים שצריך לבטלם גם אם הם עומדים בניגוד לחוק יסוד, אם החוק סותר את עקרון יסוד (שיוויון). ברק אומר שהוויכוח האם לבטל חוקים אפילו אם הם חוקי יסוד או חוקה לאור עקרונות יסוד זה ויכוח עתיק, הולך אחורה לוויכוחים בין המשפט הטבעי לבין הפוזיטיבי.

אחרי שברק הולך ומעלה אפשרות שאף אחד לא חשב עליה, הוא בודק אותה ומפתח אותה. ברק יצר את האפשרות לביטול חוקים בפס"ד זה. פס"ד לאור תמיד רלוונטי כי הצטרפו לפס"ד הרבה אנשים שהביעו תמיכה בו.

בשורה תחתונה, לא ביטלו את החוק כי הוא סתר את עקרונות היסוד של השיטה, אבל זה לא אומר שפס"ד לאור הוא פסק דין זניח, כי לפעמים יש משמעות גם לאמירותיהן של השופטים.

### ביקורות על עמדתו של השופט ברק בעניין לאור:

אפשר לבקר את ברק בקלות, השאלה קודם כל כשהוא אומר נבטל חוקים לאור עקרונות יסוד, השאלה היא למה אתה מתכוון בדיוק.

1. פרשנות על פי המשפט הטבעי - יצחק אנגלרד כותב בספר שלו שברק אימץ בפס"ד לאור גישה של משפט טבעי – חוק שאינו צודק אינו חוק. במשפט הטבעי ישנם שני מישורים:
  - יש עקרונות מוסר אוניברסאליים.
  - חוק שסותר את עקרונות המוסר האוניברסליים אינו חוק.
 הבעיה בגישה זו, ששני המרכיבים שלה הם בעייתיים. אם ברק מסתמך על משפט טבעי כביסוס לביטול חוקים. ברק מדבר על עקרונות יסוד של השיטה, לא אוניברסלי, של השיטה. גם זה בעייתי. כי מסתכלים על בית הדין הרבני, מסתכלים על כנסת ישראל, על בית המשפט העליון, על בית הדין לעבודה. לא לכולם יש את אותם עקרונות יסוד של השיטה. יש עקרונות שכולם מחויבים להם- חירות, שוויון, צדק, יש עקרונות מוסר אוניברסלי- חוק שסותר את עקרונות המוסר האוניברסלי- אינו חוק. גישה זו בעייתית, יש הרבה חוקים שהם לא צודקים והם עדיין חוקים, איך אפשר לומר שזה לא חוק, שזה לא קיים, גישה זו אינה גישה שלוקחים אותו ברצינות היום.
2. פרשנות על פי המשפט של עדי פרוש- ברק לא מאלץ משפט טבעי, לא מדבר על עקרונות מוסר אוניברסאלי. גם פרשנות זו בעייתית כי אפשר לנקוט בגישה שבאה ואומרת בכל שיטת משפט יש סתירות, אתה בא ואומר שיש עקרונות יסוד, אני אומר שאין.
3. הוויכוח אם לא אם יש עקרונות לשיטה הישראלית או אין, השאלה היא מי מזהה את העקרונות האלה. אם מישהו בא ואומר שהוא סותר את עקרונות היסוד, המחוקק יודע שהוא מחוקק הוא חושב שהוא מגשים את עקרונות היסוד, השאלה היא מי מזהה את עקרונות היסוד יותר טוב. למה שופטים מזהים עקרונות יסוד יותר טוב ממחוקקים.
4. אנטי היסטורית- לא דובר על החלטת הררי, שאין חוקה ולמה אין חוקה, הוא לא רצה להעלות את הנושא, במדינות שבהן יש ביקורת שיפוטית היא נעשית על פי חוקה כי החוקה מייצגת את עקרונות היסוד המוסכמים על כולם, בישראל לא הייתה הסכמה על עקרונות היסוד, אין הסכמה על עקרונות היסוד אין חוקה, אם אין חוקה אין ביקורת שיפוטית. בסופו של דבר, יש כאלה שחושבים שצריך להסתכל על העניין החוקתי בעין היסטורית.

**פס"ד בג"ץ חוק טל – 2005** - פס"ד אחרון של חשין. השאלה בפס"ד האם חוק טל הוא חוק חוקתי. חוק טל נתן דחייה ואחרי זה פטור מגיוס לצה"ל לתמידי ישיבות. ברק בודק את החוק הזה אל מול חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ואחרי שהוא בודק אם יש פגיעה בשוויון, ופגיעה בשוויון יש פגיעה בכבוד, אחרי זה לפסקת ההגבלה, ובסוף התוצאה הסופית – החוק פוגע אך עומד בתנאי פסקת ההגבלה. חשין אומר שהוא מוכן לבדוק את חוק היסוד כפגיעה בכבוד, כי להתגייס לצה"ל היא לא רק חובה אלא גם זכות. ולכן, זה שלא מגיבים מישהו ומגייסים אותך זאת לא פגיעה בכבוד שלך. אבל חשין בא ואומר שצריך לבדוק האם החוק הזה לא סותר עקרונות על (לא עקרונות יסוד). העקרונות העל הם חלק מהאמנה החברתית של מדינת ישראל. הם ערכי העומק של מדינת ישראל. חשין אומר שחוק טל פוגע בערכי העומק כי הוא לא שיווני, לא דמוקרטי והוא גם לא חוק יהודי (כי לפי ההלכה כולם צריכים להתגייס) ולכן לדעת חשין צריך לבטל את חוק טל. ברק אחרי שסיים לבחון את חוק טל ולדעתו לא צריך לבטלו הוא מגיב לחשין בכך שלבטל חוקים לאור עקרונות יסוד זה אני המצאתי בפרשת לאור. דבר שני אני כבר אמרתי שלא כל חוק שסותר את עקרונות היסוד אנחנו נבטל, אנחנו נבטל רק את החוקים שפוגעים בליבת הדמוקרטיה, רק מה שפוגע בפגיעה אנושה בעקרונות היסוד, לא סתם במעטפת של עקרונות היסוד. ברק אומר חוק טל פוגע בעקרונות היסוד אבל הוא לא מגיע לידי כפגיעה אנושה, בליבה של הדמוקרטיה. חשין אומר לו שאני אמרתי שחוק טל פוגע, אני אמרתי שהוא פוגע בלב.

**(במבחן) פס"ד בג"ץ בראון 2010** – בו היה מדובר על חוק יסוד הוראת שעה, חוק יסוד זה קבע באופן זמני תקציב לשנתיים. חבר הכנסת בראון עותר צריך לבטל את החוק הזה כי זה חוק לא חוקתי. למעשה זה לא סתם חוק, זה חוק יסוד לא חוקתי. הטענה שחוקה אמורה להיות יציבה,

חוקה לא אמורה להיות זמנית וכאשר החוק יסוד הוא זמני זה כמו חוקה זמנית אז זה סותר. הטענה פה היא טענה שחוק יסוד הוא חלק מהחוקה, והחוקה לא צריכה להיות זמנית היא צריכה להיות קבועה. ותיקונים זמניים לחוקה הם לא חוקתיים בגלל שהם זמניים. הנשיאה בייניש אומרת יש במשפט שלנו דוקטרינה, התיקון החוקתי הלא חוקתי. אנחנו לא מכריעים בה. מכיוון שגם היא תקפה ונכונה רק תיקון חוקתי שפוגע פגיעה אנושה ופגיעה קשה בעקרונות היסוד, רק הוא יפסל. לא סתם פגיעה. לא סתם תיקון חוקתי לא חוקתי.

### ג'. המהפכה החוקתית

המהפכה החוקתית היא יותר מהפכה רעיונית, פחות על איזה שהוא סוגיה ספציפית, מקרה ספציפי, זה יותר עניין רעיוני-"מי לובש את המכנסיים בבית?", מי מקבל פה החלטות. במרץ 92 הכנסת מחוקקת שני חוקי יסוד. אחרי שהכנסת כבר עומדת להתפזר (הולכת לבחירות).

(1) ראשית נחקק חוק יסוד: חופש העיסוק.

(2) לאחר מכן, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שני חוקים אלה מעגנים בחקיקת יסוד. עד שנת 1992 לא נחקק חוק שעיגן זכויות מלבד חוק יסוד: הכנסת, וזכות לבחור ולהיבחר שווין בבחירות סביב סעיף 4. ב-1974 היו הצעות חוק לקידום של מגילת זכויות, הצעות חוק יסוד, הן לא התקדמו בגלל כמה נושאים שתמיד סיכלו את ההתקדמות:

(1) דת ומדינה- מדברים על חקיקת חוק יסוד צריך להסדיר את כל העניין של יחסי דת

ומדינה בהקשר של זכויות יסוד.

(2) נושאים ביטחוניים- זכויות אדם וזכויות אזרח היה קשה להתקדם עם זה.

בית המשפט מתחיל להיות חלק מהסיבה למה לא מחוקקים. בקום המדינה היה ויכוח לגבי בית המשפט אבל הוויכוח האמיתי היה לגבי החוקה ובגלל שלא היה חוקה ברור שאי אפשר לתת לבית המשפט לבטל אם אין חוקה- קודם נסכים על אמות מידה שבהתאם להם המדינה צריכה להתארגן ואם נסכים נאמץ ביקורת שיפוטית בהתאם לסטנדרטים האלה. המחשבה לאמץ ביקורת שיפוטית ללא הסכמה על הסטנדרטים זה לא דבר אפשרי. לאט לאט בית המשפט העליון נכנס לווקום והתחיל להגן על זכויות אדם ללא חוקה שכתובה על ספר. הוא מגן בכלים טכניים שניתנו לו והוא יוצר לבד, ולא באמצעות חוקה, כלומר מ-1974 שכבר יש הצעת חוק יסוד זכויות האדם, הדתיים ופלגים לאומיים לא בטוחים לגבי העמדה שלהם לגבי בית המשפט- הם יותר חשדניים לבית המשפט והסוגיה של ביקורת שיפוטית על מנת לאכוף חוק יסוד שיאמץ זכויות אדם, מונעת חקיקת מגילת זכויות שלמה לגבי חוק יסוד.

ב-1992- הממשלה הולכת לבחירות- הכנסת הולכת לבחירות ובאותו רגע שהולכים לבחירות אין שיקולים של קואליציה. יש עבודה של וועדת חוקה חוק ומשפט, הסכמה מצד שר המשפטים ליסודות האלה וחלק מהאופוזיציה חלק מהקואליציה, מכיוון שדי ברור שאי אפשר להגיע להסכמה על מגילה זכויות שלמה, מה שפרופסור אמנון רובינשטיין עושה הוא מפצל את מגילת הזכויות לכמה חוקי יסוד- (אטומיזציה של זכויות האדם) לקחו את מגילת הזכויות ופירקו אותה לאטומים נפרדים. במקום לחוקק מגילת זכויות שלמה מפרקים אותה, ואומרים נחוקק בשלב הראשון רק את אלה שיש עליהם הסכמה- זה בדיוק אותו מהלך כמו מתחילת הקמת המדינה עם החלטת הררי, מחוקקים שני חוקי יסוד (העיסוק, כבוד האדם וחירותו) בנוסף היה צריך להיות עוד כמה חוקי יסוד (נמצאות כרגע הצעות חוק יסוד- זכויות במשפט, זכויות פוליטיות, זכויות במשפט, זכויות חברתיות כלכליות, זכויות האזרח וכו'). אלה היו צריכים להיות מוגשים בשלב השני והשלישי שתייה עליהם הסכמה.

שני חוקי יסוד שעוגנו, חופש העיסוק קיבל חוקי יסוד משל עצמו, לעומת זאת כבוד האדם וחירותו הוא בעל שורה של זכויות (הגנה על החיים, שלמות הגוף, זכות לקניין, הגנה ושמידה על כבוד האדם, חירות האדם ממאסר ומעצר, הגנה על זכות לפרטיות וחופש התנועה- לא כולו עוגן, יש זכות לצאת מישראל והזכות להיכנס אליה של אזרחים, כל אחד יכול לצאת, להיכנס רק אזרחים). מגילת זכויות שאין בה את הדברים הכי חשובים בדמוקרטיה- לא עקרון השוויון, חופש התנועה, חופש ביטוי יש להם היבטים ביטחוניים ושל דת ומדינה ועליהם לא הייתה הסכמה. לא שכחו את הזכויות האלה, הם בכוונה לא הביאו אותם והשאירו אותם בכוונה בצד, כי אי אפשר היה לגבש עליהם הסכמה.

הבעיה הראשונה עם שני חוקי היסוד 1992:

בעיה ראשונה: רשימת הזכויות שם היא רשימה חלקית וזכויות מרכזיות וחשובות אפילו היסודיות ביותר בדמוקרטיה לא נמצאות שם.

בעיה שניה: בעיה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו- בהצעת חוק יסוד היה סעיף 10: "פיסקת נוקשות" הסעיף הזה אמר אין משנים חוק יסוד זה בחוק יסוד וברוב של חברי הכנסת. הסעיף הזה עולה להצעה יש הסתייגות ואז מיקי איתן אומר "רגע נראה לי שאנחנו עושים טעות, מה שקורה זה חקיקת סמכויות על ידי בית המשפט מהכנסת- מה שיקרה זה שכל הנושאים החשובים והערכיים, אם תעבירו את חוק היסוד, אתם מעבירים את הכוח מהכנסת לבית המשפט, כל הנושאים העיקריים הם ידונו בבית המשפט". עולה חבר הכנסת רביץ ואומר- "אם מיקי איתן כל כך מתנגד יכול להיות שעשינו טעות, אולי אנחנו באמת מעבירים סמכויות ואולי באמת הלכנו רחוק מידי, אני מציע להוריד את סעיף הנוקשות, ואם נרצה לשנות נוכל לשנות". עולה חבר הכנסת אמנון רובינשטיין ואומר- "אתם מורידים את הסעיף הזה אין שום משמעות לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו אם אתם מורידים את סעיף השריון, בלי השריון לחוק אין משמעות במשפט החוקתי". הוא אומר את זה בגלל פסק דין קניאל ורסלר. בשני פסקי הדין הזה נאמר שבין חוק רגיל לחוק יסוד אין הבדל, ההבדל הוא הבדל סמנטי. רובינשטיין מכיר את הפסקה הזאת, ואומר שאין לחוק עליונות. כל הפסיקה מברגמן צפונה ביטלה חוקים רק כאשר הייתה עליונות והעליונות קשורה בשריון- זו הפסיקה הוא אומר את זה לחברי הכנסת הם שומעים את מה שהוא אומרים והם מורידים את השריון.

המצב הוא שחוק היסוד חופש העיסוק משורייני עם רוב של 61 ויש לו עליונות. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש בעיה כי לחוק הזה אין סעיף שריון ואם מבינים את הפסיקה יודעים שהחוק הזה הוא בעצם כמו חוק רגיל הוא באותו מדרג- זו חקיקת חוקי היסוד החדשים. ההשתתפות בחברי הכנסת בחקיקה הזאת הייתה מינימאלית, חוק יסוד: חופש העיסוק נחקק ברוב של 23-0 חברי כנסת, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק 31-20 (בערך לא מדויק).

זכויות שלא נמצאות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בגלל כל מיני סיבות. רצו לבטל את חופש השיוון וחופש הביטוי מכיוון שזה יוצר בעיות בחברה. וגם זכויות חברתיות וכלכליות.

מה שלא נמצא זה ענין של תהליכים של יחסי כוחות פוליטיים.

הזכויות הבלתי מנויות – שוויון, חופש דת והמצפון, חופש הביטוי, זכויות חברתיות – הזכות לחינוך, זכות לבריאות, חופש התנועה, זכות השביתה, הזכות להליך הוגן, אוטונומיה של הפרט – אוטונומיה של הרצון: כל אדם יוכל לבחור כיצד לחיות את חייו.

זכויות אלה הן רשימה בעייתית. כי מי שנוקט עמדה ניטרלית של עמדה פוליטית איך הוא יגיד למה זה כן והשני לא. יש רק הסכמה על הזכויות הקלאסיות.

נקודה שניה בעייתית שחבר הכנסת מיקי איתן עולה לפודיום ואומר תקשיבו מה שאתם עושים עם חוק היסוד הזה – כבוד האדם וחירותו זה מעבירים סמכויות מהכנסת לבית המשפט העליון. מאיפה באתם עם הדבר הזה? עולה חבר הכנסת יהודה רביץ (היה עם אמנון רובינשטיין) והוא אומר תקשיבו אולי עשינו טעות אולי באמת הפרנו את האיזון בין הכנסת לבין בית המשפט, אולי הגזמנו קצת. אני מציע שנווריד את ס' השריון בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. (היה אמור להיות סעיף נוקשות בחוק יסוד זה). מכיוון שלאור מה שרביץ אמר ומיקי איתן חברי הכנסת מצביעים לקבל את הסתייגות ומורידים את ס' השריון. אמנון רובינשטיין אמר שאם יורידו את סעיף השריון כל חוק היסוד הזה מיותר, כי בלי הס' הזה לחוק הזה אין משמעות כי בברגמן, בדרך ארץ, ברובינשטיין תמיד ביטול החוקים היה כאשר הייתה הסתירה בין חוק לבין ס' משורייני בחוק יסוד. רובינשטיין חושב שבאותו רגע בלי השריון אין עליונות. רובינשטיין סבר שהעליונות היא מכוח השריון ולא מכוח זה שקוראים לחוק – חוק יסוד.

הסיבה היא מפורשת הם לא רוצים שיעבור יותר מידי כוח לבית המשפט העליון וזו הסיבה למה השריון נופל. כל זה עובדות.

אהרון ברק הוא שופט בבית משפט העליון והוא עתיד להיות נשיא. אחרי ששני חוקי יסוד אלו יוצאים הוא כותב 2 מאמרים – "המהפכה החוקתית" המאמרים משלימים זה את זה. הראשון שקרא לחוקי היסוד – המהפכה זה פרופסור קלוד קליין. זכויות האדם קיבלו שדרוג, עד אז המעמד שלהן הייתה הלכה פסוקה, מהרגע שחוקקו שני חוקי היסוד האלה, הזכויות הפכו לזכויות חוקתיות (מעל החוקים) ישראל הצטרפה למדינות הנאורות שיש להם חוקה. ברק אומר יש בעיות, לא הכל מושלם, אבל יש לי גם פתרונות. זה לא חוקה מושלמת זו חוקה נכה.



**המודל של הארט** - הוא לא מודל שנוגע לרציפות כרונולוגית. הוא לא הולך היסטורית אחורה כמו שקלזן הולך. הארט אומר שכדי לדעת אם לגוף מסוים יש סמכות צריך לבדוק את כלל ההכרה. כלל ההכרה זה כלל ששואל איך השופטים תופסים את הגוף הזה. איך גוף מסוים נתפס בתודעה של השופטים. איך הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית? רק כמכוננת או גם כמחוקקת. ברק אומר שהכנסת נתפסת בתודעה הלאומית גם כמחוקקת וגם כגוף שראי לתת חוקה (מכוננת). **ביקורת** - מאיפה אתה יודע את זה? איפה זה כתוב? זה מוזר שאתה בא ואומר שהכנסת נתפסת בתודעה הלאומית והחברתית כבעלת סמכות לתת חוקה כי עד אותו רגע אין לנו פסקי דין שאומרים את זה. לברק יש פה בעיה. הוא לא עשה סקר בציבור מה הם חושבים על הכנסת. צריך לציין אולי היום יותר מ-20 שנה אחרי בנק המזרחי כן אפשר להגיד שבקרב השופטים הכנסת נתפסת כבעלת סמכות לתת חוקה.

**המודל של דבורקין** - מה הפרשנות הכי טובה להיסטוריה המשפטית חברתית שלנו. ככה דבורקין מביאה שאלות משפטיות. ברק אומר מה הפרשנות הכי טובה לתהליך החוקתי שעברנו? הפרשנות הכי טובה שחוקי היסוד הם חוקים רגילים או שהפרשנות הכי טובה שלכנסת יש סמכות מכוננת וחוקי היסוד הם חוקה ושביית המשפט ביטל חוקים הוא עשה את זה לאור החוקה. לדעתו הפרשנות הכי טובה זה שחוקי היסוד הם חוקה. כי זו הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה המשפטית חברתית שלנו.

**ביקורת** - יוצר פער בין המציאות לבין הפרשנות של המציאות. וככל שהפער מתרחב יותר ויותר אז מה שקורבה זה שאין קשר בין המציאות לבין הפרשנות של המציאות.

#### ביקורת על כל המודלים ביחד -

בדרך שברק מוכיח שיש לנו חוקה. אצל ברק הכל מאוד תאורטי ומאוד מופשט. הרבה אנשים יכולים להתווכח עם ברק על הנושאים האלה. להכריע את שאלת החוקה דרך מודלים תאורטיים זה דרך מאוד אליטיסטית, שהיא רק רוצה חוקה.

#### הסמכות לבטל חוקים - (טיעונו של ברק למה לתת לבית המשפט סמכות לבטל חוקים)

- ◆ **שלטון החוקה** - חוקי היסוד ברק אומר הם חוקה, אם חוקי היסוד הם חוקה אז החוקה היא שולטת.
- ◆ **הפרדת רשויות** - מערכת של איזונים ובלמים, כל רשות מאזנת ובלמת את הרשות האחרת (מחוקקת, מבצעת ושופטת) אם הרשות שופטת רוצה לאזן ולבלום את הרשות המחוקקת זה ע"י ביטול החוק שמפר את החוקה.
- ◆ **הגנה על זכויות אדם** - ברק אומר שדמוקרטיה זה לא רק שלטון הרוב, זה גם הגנה על המיעוט וזכויות הפרט. הוא אומר שצריך להבדיל בין דמוקרטיה מהותית לפורמלית. דמוקרטיה מהותית - זה שמירה על זכויות האזרח והאדם (בית המשפט ישמור, להגן על המיעוט, על הפרט) בית המשפט לא פועל על פי עקרון הרוב. דמוקרטיה פורמלית זה שהולכים לבחירות בקלפי.
- ◆ **אובייקטיביות שיפוטית** - ששופט מבטל חוק הוא לא עושה את זה לפי הערכים הסובייקטיביים שלו אלא לפי הערכים האובייקטיביים, הערכים שנמצאים בתוך חוקי היסוד. הביקורת - כשבית המשפט מבטל חוקים זה לא פוגע באובייקטיביות השיפוטיות כי הוא עושה זאת בשם הערכים החוקתיים הציבוריים.

האם אנחנו צריכים לאמץ את המודל האמריקאי או את המודל האירופי על פי הסמכות לבטל את החוקים. **המודל האמריקאי** - הקרב החוקתי מתנהל בכל במקום ובכל בית משפט אם יש פה סוגיה חוקתית אז הוא יעלה את זה כבר בהזדמנות הראשונה כי כל בית משפט מוסמך. זה המודל שאומץ בפס"ד מרבורי נ' מדיסון. אין הוראה מפורשת שמסכימה את בית המשפט לבטל חוקה, הסמכות מובנה או מוסקת בצורה משתמעת. בחוקה האמריקאית אין הוראה מפורשת שיש סמכות לבית המשפט לבטל חוקים. **המודל האירופי** זה המודל הריכוזי שבו רק לבית משפט אחד יש את הסמכות לבטל חוקים. בכל מצב שמתעוררת שאלת חוקתית בבית משט אחר נמוך עוצרים את הדיון ושולחים את זה לבית משפט לחוקה, הוא יכריע ויחזיר את התשובה לבית המשפט הנמוך ואז הדיון יימשך. יש הוראה מפורשת אבל אז רק בית המשפט לחוקה מוסמך.

בהקשר הזה של האם כל בית משפט או רק העליון כולם הסכימו עם ברק. לאורך השנים, אם בית משפט שלום ביטל חוק אז לבית משפט שלום יש ערעור למחוזי ומהמחוזי יש ערעור ברשות לעליון אז ברור שכמעט הכל תמיד נגמר בעליון. כל ההבחנה בין המודל האירופי בישראל למודל האמריקאי מאוד היטשטשה אם הכל נגמר בעליון אז יש הבדלים. לזה אנחנו נראה הלכה שהתקבלה לפני כמה שנים – **"בשלות חוקתית"**. בית המשפט העליון קבע הלכה שאם אפשר ללכת לבית משפט אחר לפני שהולכים אליו אז צריך לעשות את זה. לא לעתור ישר לבית המשפט העליון. ההבדל הוא שזה יוצר שאתה לא יכול לבצע תקיפה ישירה ולהגיע לבג"ץ. **"בשלות חוקתית"** – בג"ץ אומר לא נשמע אותך רק אחרי שתלך להתדיין בבתי משפט אחרים, ואז נשמע אותך רק אם לא נתנו לך משהו. ישראל פועלת בכיוון השיטה האמריקאית למרות שצריך לציין שיש סיבות טובות לא ללכת בדרך זו.

של החברה האמריקאית אין לנו שום מומחיות בערכים מתפתחים. אתה רוצה לדבר על התפתחות על מודרניות, אנחנו השופטים האמריקאים מומחים בחוקה המקורית. אנחנו עורכי דין. ולכן לקחנו לעצמנו את הסמכות לבטל חוקים זה עסק של עורכי דין. אין לנו שום יכולת או עדיפות להסביר מהם הערכים הנכונים היום. הוויכוח הוא בין אלה שמאמינים שבית המשפט הוא מייצג של הערכים הציבוריים, המתקדמים הנאורים לבין אלה שאומרים מה פתאום שישאלו אותנו מה הם הערכים האובייקטיביים, הערכים המתקדמים. אנחנו בסך הכל חבורה של עורכי דין. אנחנו יכולים להסביר לך מה הטקסט המשפטי אמר. השקפה אחת – זו השקפה שבה בית המשפט הוא אמור לשמור על ערכי היסוד הישנים, הגרעיניים. השקפה השנייה – בית המשפט צריך לתת ביטוי לערכי החברה המשתנים, המודרניים, המתקדמים.

ברק ייצג את ההשקפה שבית המשפט הוא כלי לשינוי חברתי.

### הסמכות של הכנסת לכבול את עצמה –

בניגוד למה שנראה יש כמה שאלות פתוחות שנשארו אחרי בנק המזרחי שיכולות להגיע אם פתאום הכנסת תחליט לבצע איזשהם מהלכים דרסטיים. לא הכל הוכרע בבנק המזרחי. אפשר לראות את זה איך שהשופטים מגיעים למסקנות שלהם. שמגר בר וחשיין – נסתכל איך כל אחד מהם מגיע למסקנה שהכנסת יכולה לכבול את עצמה. **ברק** – עמדתו שלכנסת יש סמכות מכוננת ולכן הוא ואמר שהכנסת יכולה לכבול את עצמה מהותית (פסקת ההגבלה= כבילה מהותית, רובה מהותית). שלושת הדרישות האחרונות הן דרישות מהותיות. (פגיעה שהזכויות יהיו בחוק – פגיעה פרוצדוראלית). המכונן יכול לכבול את המחוקק מהותית. בנוסף לכבילה המהותית הכנסת יכולה לכבול את עצמה גם פרוצדוראלית (דרישה לרוב מיוחד ס' 4 לחוק יסוד הכנסת). כל כבילה פרוצדוראלית כל עוד היא נעשית בחוק יסוד היא תקפה. כי אם זה נעשה בחוק יסוד זה מראה שיש כאן ביטוי לסמכות המכוננת. זה נמצא בתאוריה של הסמכות המכוננת – המכוננת כובלת את המחוקקת. **שמגר** – ריבונות הכנסת, הכנסת היא ריבונית (הוא לא אומר שהכנסת מכוננת כנראה בגלל שהוא מהדור הקודם, הוא מכיר את המשפט החוקתי ישראלי לפני הרבה זמן, הוא היה היועץ המשפטי לממשלה בזמן פס"ד ברגמן). הכנסת היא הרשות העליונה אין מישהו אחר מעליה. כל הסמכויות נטמעה בה. כולל הסמכות המכוננת. הוא לא אומרת בפירוש מכוננת, הוא אומר שהיא ריבונית. ואפם היא ריבונית היא יכולה לכבול את עצמה גם מהותית וגם פרוצדוראלית. **חשיין** – ריבונות הכנסת, אבל בגלל שהיא ריבונית, כל כנסת היא ריבונית וכנסת אחת לא יכולה להגביל כנסת אחרת. כל כנסת היא כל יכולה. כנסת אחת לא יכולה לכבול את עצמה מהותית את הכנסת הבאה, היא גם לא יכולה לכבול את עצמה פרוצדוראלית. היא יכולה לכבול את עצמה פרוצדוראלית בכוונה של דרישת נוכחות- עד 61. ע"פ עקרון שלטון הרוב פועלת הכנסת. זה אומר שהמיעוט לא יכול לכבול את הרוב. ולכן אם חוק קובע שכדי לשנות אותו צריך 80 חברי כנסת הדרישה הזו לא תקפה. יראו אותה רק כ61. "הפה שאסר הוא הפה שמתיר" כי כל כנסת היא כל יכולה. אם עושים רוב יותר גדול מ61 אז בעצם פוגעים בעקרון הדמוקרטי. הרוב לא כבול על ידי המיעוט. אתה פשוט צריך להשיג את הרוב. אין בכלל מה לדבר על משפט חוקתי. יש לנו גוף שהוא פועל על פי עקרון הרוב, הוא לא יכול לכבול את עצמו הוא כן יכול להציב לעצמו דרישה



פרוצדוראלית של עד 61 הוא לא חייב לעשות את זה בחוק יסוד, הוא יכול לעשות את זה בחוק רגיל. חשין נתן משל מהמשפט העברי – שאלוהים הוא לא כל יכול כמו שהכנסת היא לא כל יכולה. כל עוד היא מקיימת את הדרישה הדמוקרטית שלה. זה יוצר בעיות בין מגבלות פרוצדוראליות למגבלות מהותיות לא תמיד יש הבחנה בין השניים.

לכאורה לפי חשין, חשין לא מכיר בכבילות, אז צריך להתעלם מפסקת ההגבלה. אז חשין אומר לגבי פסקת ההגבלה שעקרונית צריך לכבד אותה אלא אם המחוקק אומר במפורש שהוא רוצה לסטות ממנה. נשתמש בפסקת ההגבלה ככלי פרשני, אנחנו נגיד שכעניין של פרשנות הכלים צריכים להיות בפסקת ההגבלה. אבל אם המחוקק יגיד במפורש שהוא סוטה מפסקת ההגבלה אז חשין יכבד את זה. זה מה שקורה שבית משפט עליון יוצר חוקה או משדרג חוקי יסוד. אז כל שופט יש לו את הטקטיקות הפרשניות שלו. חשין מנסה למצוא איזושהי דרך שלא תחזק את פסקת ההגבלה וכן תחזק את פסקת ההגבלה. חוקים שנחקקים צריכים לעמוד בפסקת ההגבלה אלא אם הכנסת אומרת במפורש שהיא לא עומדת בפסקת ההגבלה. לזכור – שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא משוריין פרוצדוראלית ולכן אם הכנסת תבוא ותחוקק חוק שתגיד במפורש היא לא רוצה להיות כבולה ע"י חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אפילו אם היא תעשה את זה בחוק יכול להיות שזה יתפוס.

### שלבי הבחינה החוקתית –

ברק קבע את השלבים האלה. השלבים נמצאים בפסקאות ההגבלה. ברק אומר בבנק המזרחי שהוא מעוניין להכניס שיטות עבודה מסודרות מעין מדעיות למשפט החוקתי. הוא רוצה שהמשפט החוקתי יהיה מסודר, שהמחשבה החוקתית תהיה מסודרת. יש הסכמה מאוד רחבה שהולכים לפי המבחנים שברק קבע. זו דרך מאוד נוחה ויעילה לסדר את המשפט החוקתי דרכה. צריך לזכור שהרבה פעמים כמו שתבניות עושים חשיבה מהירה לפעמים אתה לא מסוגל לפרוץ את המסגרת. פסקת שימור הדינים -מדובר רק לגבי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לגבי חוק יסוד חופש העיסוק אין שימור דינים.

**המבחן הראשון** – האם נפגעו זכויות מוגנות. צריך להבדיל בין זכויות מנויות לזכויות לא מנויות. בהירות המחשבה- הוא מנסה ליצור מצב שבו כולנו מדברים על אותו דבר. מנויות – כבוד האדם, הגנה על החיים, זכות להיכנס לישראל של אזרחים ולצאת ממנה. זכויות בלתי מנויות – שוויון, חופש ביטוי, זכויות חברתיות וכלכליות. בתוך הלא מנויות כמעט תמיד צריך לקיים איזושהו דיון אם הזכות היא מוגנת למרות שהיא לא מנויה. רק זכויות לא מנויות שהן גם לא מוגנות אז אנחנו נפעיל עליו את אותם המבחנים שהיו עד 92.

אם אתה לא מגן גם על שוויון וגם על חופש ביטוי בסופו של דבר אתה לא מגן על כבוד האדם, זה מודל מצמצם מידי. יש מודל רחב שאומר שכבוד האדם כולל הכל. א כבוד האדם כולל גם את כל שאר הזכויות אז למה השאירו את חלק מהזכויות בחוץ? למה צריך להגיד יש הגנה על כבוד האדם, אם כבוד האדם כולל הכל אז הוא אומר שגם הפרשנות הזו היא לא הגיונית, הוא מאמץ את מודל הביניים- רק הזכויות שקשורות בקשר הדוק לכבוד האדם זוכות להגנה. כמו שוויון, ביטוי, בריאות (זכות לבריאות במובן של תנאים מינימליים של חיים בכבוד, קבלת טיפול רפואי מינימלי, חופש ההתאגדות). ברק אומר שהזכות לחינוך, הזכות לעבוד לא נכנסות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הזכויות החברתיות כלכליות שהן חשובות לאדם העובד לא נכנסות. הביקורת - רות בן ישראל אומרת כשאתה הכנסת פנימה את כל הזכויות הפוליטיות, אבל לא הכנסת פנימה את הזכויות החשובות כלכלית וחברתית.

**השלב השני** – האם הפגיעה היא כדין- פסקת ההגבלה קובעת מבחנים, המבחנים האלה מבטאים את היחסיות של הזכויות החוקתיות. הזכויות החוקתיות הן לא מוחלטות. זה שיש לך זכות זה לא אומר שמיד אתה מקבל את מה שאתה רוצה, זה אומר שצריך להגן על האינטרסים אבל אפשר לפגוע בהם אם עומדים בתנאים של פסקת ההגבלה. מצד אחד, פסקת ההגבלה מגנה על זכויות מצד שני, פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכויות אם אתה כן עומד. זכויות הן יחסיות ברק מסביר מכיוון שזכויות מגבילות זו את זו. בנוסף הוא אומר שהחוקה היא לא מרשם התאבדות לאומית, בסופו של דבר זה שיש זכויות זה לא אומר שעכשיו אנחנו בעצם מתאבדים על הזכויות האלה, יש אינטרסים ציבוריים שראוי להגן עליהם גם אם זה פוגע בזכויות.

פסקת ההגבלה –

- א'. **בחוק או לפי חוק** – פגיעה זכויות מוגנות צריכה לעשות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. לבדוק אם יש לנו חוק. הפגיעה בזכויות חייבת להיעשות בחוק אבל היא יכולה להיעשות גם בחקיקת משנה (תקנות).
- ב'. **הולם את ערכיה** – כמדינה יהודית ודמוקרטית. היהודים היו בטוחים שזה שהם הצליחו לשים את היהודית לפני הדמוקרטים ושלערכים היהודים יש איזשהו קדימות לערכים הדמוקרטים. כמובן שזוהי מחשבה נאיבית.
- ג'. **לתכלית ראויה** – מטרה שהיא רגישה לזכויות אדם. למשל אם יש לנו חוק שקובע שחברות כוח אדם יחזיקו הון עצמי של 500 אלף שקל אז זה פוגע בזכות לקניין אבל מטרת החוק זה להגן על העובדים של חברת כוח אדם. ברגע שהמטרה היא רגישה לזכויות אדם, היא קשורה לזכויות אלה היא לתכלית ראויה.
- ד'. **מידתי** – המבחן הכי חשוב. המבחן היחיד שבו בעל משמעות אמיתית שעליו ביטלו את כל החוקים שבוטלו עד עכשיו זה המידתיות.
1. **מבחן ההתאמה** – האמצעי שהמחוקק בוחר על מנת להגשים את התכלית, האמצעי אכן מוביל לתכלית.
  2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** – כשאתה רוצה להשיג את התכלית אתה צריך לבחור את האמצעי שהוא הכי פחות פוגע בזכויות.
  3. **יחס הולם בין תועלת לנזק** – יש איזושהי תועלת שיוצאת מהחוק, התועלת הזו צריכה לעמוד ביחס הולם לנזק שנגרם לפרט. צריך לשקול

שאלה – נניח ויש לי חוק המקרקעין ובחוק זה יש לי הוראה לגבי ההפקעה של מקרקעין. אם נניח בית המשפט בעבר נתן פרשנות מסוימת לסעיף הזה, שאפשר להפקיע 40% ועכשיו הוא השופט אומר שמותר 60%.

### שלבי הבחינה החוקתית – המשך

**השלב הראשון** – האם נפגעו זכויות מוגנות. עולה גם בזכויות מנויות ולא מנויות. שלב חשוב. אם זכות מוזכרת במפורש ברור שהיא מוגנת לגבי זכות שלא מוזכרת במפורש אז עולה השאלה אם היא מוגנת או לא מוגנת. אז עולה השאלה על מודלים השונים להגנה עליה. הזכות לכבוד היא זכות מסגרת שיכולה להכניס בתוכה גם זכויות אחרות. זכות לחירות – יכולה להיות זכות מסגרת. קודם כל להיכנס לחוק היסוד אם אתה מגיע לאופציה שיכול להיות שהזכות הזו לא מוגנת בחוק היסוד (כל המודלים לא עובדים) אז המבחן הוא "כל העם". זוהי הדרך לעבוד עם זכות שהיא לא מוגנת עד היום.

**השלב השני** – האם הפגיעה היא כדין? פסקת ההגבלה.

**השלב השלישי** – אם הפגיעה היא לא כדין, תמיד חייב להגיע לשלב השלישי. שאלת הסעד, סעד זה מה תקבל מבית המשפט. כאן יש 2 דוקטרינות –

**הראשונה, עיפרון כחול** – בית המשפט פוסל רק את החלקים הלא חוקתיים. יכול להיות שהוא יפסול רק ס' אחד בחוק. כאן צריך להפעיל איזשהו דיון בנושא הזה. הפסיקה אומרת שמה שמנחה את העיקרון הזה

**השנייה, בטלות יחסית** – דוקטרינה זו נולדה במשפט המנהלי, היא הייתה קיימת בערך מסוף שנות ה-60 וזה כאשר נניח היה מעשה מנהלי שהיה נגוע באי חוקיות. בית המשפט קבע בנוגע למקרים כאלה למרות שמעשה מסוים הוא לא חוקי הוא לא מיד מתבטל, הוא לא בטל מלכתחילה. הוא לא בטל מעיקרו. למה? כי רצו ליצור איזשהו מנגנון של שיקול דעת שיאפשר גמישות. בטלות יחסית זה שם נרדף לשיקול דעת שיפוטי בהענקת הסעד, זה אומר שגם אם הצבעת על אי חוקתיות החוק לא מתבטל אוטומטית, אלא בית המשפט יתפור את סעד המתאים והתרופה המתאימה לפגם החוקתי. אחד הדברים שלרוב קורה בעקבות הפעלה של בטלות יחסית זה למשל הקביעה שהחוק לא מתבטל מיד אלא מתבטל בעוד תקופת זמן (חצי שנה, שנה) השאלה אם הוא מתבטל מיד. השאלה אם הוא מתבטל בעוד חצי שנה, זה נושא של שיקול דעת שיפוטי (לשופט יש שיקול דעת). למשל – האם הכנסת עכשיו יכולה לחוקק במהירות חוק חדש? או שזה מצריך איסוף נתונים. כל מקרה הולכים ואוספים את הסעד משלו. חלק מהרצון לא לבטל את החוק בצורה אוטומטית זה הרצון להימנע מוואקום חוקתי/ משפטי.

**סיכום הלכות – בנק המזרחי.**

1. חשוב לזכור - **אין לשנות או לתקן או לבטל חוק יסוד אלא בחוק יסוד**. אבל יש לזה סייג – אלא אם חוק היסוד אומר אחרת. ואז תמיד על זה נצטרך לקיים דיון. (ס' 4 לחוק יסוד הכנסת) הוא דוגמא בשביל ברק למצב שבו יש לנו סייג לכלל של לא משנים חוק יסוד אלא בחוק יסוד. מי שמכיר את הפסיקה מבין שיש פה איזשהו שכתוב מחדש.
2. **שינוי של חוק יסוד יכול להיות במפורש או במשתמע**. לא חייבים לתקן חוק יסוד באופן מפורש (ס' זה מחליף / משנה/ מתקן את הסעיף בחוק) מספיק שחוקקת חוק יסוד משנה בצורה פרשנית משהו בחוק יסוד אחר.
3. **הכנסת יכולה לכבול את עצמה והיא יכולה לעשות את זה פרוצדוראלית ומהותית, אבל** יש גישות שונות זה שהיא יכולה לכבול את עצמה זה לא אומר שלכל שופט תהיה אותה עמדה לגבי עד כמה היא יכולה לכבול את עצמה פרוצדוראלית, שמגר למשל מוכן לקבל כבילה של 80 חברי כנסת לעומת חשין שלא מקבל שריון של מעל 61.
4. **פגיעה בחוק יסוד ע"י חוק רגיל מותרת רק בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה – כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק**. בבנק המזרחי פס' ההגבלה היא משהו שהוא קשור לשני חוקי היסוד הללו. התפתחות שתהיה בהמשך זה שבית המשפט ירחיב את הכלל הזה לשאר חוקי היסוד.  
בית המשפט יבוא ויגיד שאם אתה רוצה לפגוע בחוקי היסוד גם אם לא מופיעה בהם פסקת ההגבלה, הוא קובע פסקה כזאת. היום הדרישה של פגיעה בחוקי יסוד צריכה להיעשות בהתאם לפסקת ההגבלה, זוהי דרישה כללית לכל חוק יסוד. (בכל חוק יסוד – לחשוב שיש את פסקת ההגבלה). פסקת הגבלה שיפוטית – פסקת הגבלה לכל חוק יסוד.
5. **איך מזהים חלק מהחוקה הישראלית?** פרק בחוקה הישראלית. זאת אחת הסוגיות היותר מורכבות ובעייתיות. לפני בית המשפט העליון היו כמה אופציות.

**פס"ד מנהלי השקעות-**

- אנשים לא מתייחסים לבנק המזרחי כאוביטר, הם מתייחסים אליו כפסק דין שקבע הלכה. אבל צריך לזכור שבנק המזרחי זה פס"ד ששובר הסכמות יסוד בנושא של תקדימים מחייבים במשפט החוקתי. פס"ד שבאמת עושה את העבודה מבחינת תקדימית – פס"ד מנהלי השקעות. כל מי שרוצה לייעץ ולנהל תיק השקעות בבורסה עושה את זה, המדינה אומרת שזה לא נראה לה וצריך להסדיר את התחום הזה.
- לחוק יש כמה סעיפים מרכזיים שעליהם לשכת מנהלי ויועצי השקעות –
- לדוגמא 300 אלף שח הון עצמי-להגן על ציבור המשקיעים והגנה על הכלכלה הישראלית.
  - להתאגד בחברה- פרוצדורה, המטרה בסעיף הזה זה למנוע מצב של ניגוד אינטרסים והשפעה בלתי הוגנת.
  - בחינות – הבחינות לא מבטיחות שאכן תקבל ייעוץ טוב, אלא הן מבטיחות כי האדם עמו אתה בא במגע עומד בדרישות מינימליות של התחום.
  - הוראת המעבר – נועדה להסדיר את המעבר ממצב שבו אין לי חוק למצב שבו יש חוק. עוברים ע"י פטורים. החוק אומר שאנשים שעוסקים 7 שנים במקצוע מקבלים פטור מבחינה.

כבר בתחילת הדיון מוסכם ע"י כולם כי חופש העיסוק נפגע, כמו כן נפגע זכות הקניין וכבוד, שיוויון.

מוסכם על כולם והם לא מנהלים על זה דיון. ואז עוברים על פסקת ההגבלה. הולם את ערכיה של מדינת ישראל ותכלית ראויה – מדובר בחוק שהולם את ערכיה ומוסכם על שני הצדדים. הגנה על הכללה הישראלית – תכלית ראויה. בכל מקום מסדירים עיסוק זה בסדר. ואז עוברים למבחן המידתיות – השופטים די רצים למבחן השני והשלישי.

- להתאגד בחברה – זה לא דרישה קשה. מה אפשר לדרוש פחות מזה?
- הון עצמי- זה דרישה מאוד נמוכה – מדובר באנשים שמגלגלים כסף רב והם רק צריכים להראות הון עצמי.

- בחינות זו דרישה מינימלית – בית המשפט מהר מאוד רואה שבאמת החוק עומד בדרישות פסקת ההגבלה ובמידתיות.
- מה שלא עומד זה הוראת המעבר – כי הוראת המעבר נותנת פטור רק מ7 שנים ומעלה. אין יחס הולם בין התועלת לנזק. ככה עושים יישום. תמיד צריך לזכות מה התכלית של הוראת המעבר – מה התכלית של החוק – שיעסקו במקצוע אנשים שהם מיומנים ומכירים את התחום. בית המשפט פוסל את הוראת המעבר בשלב השלישי של המדיניות כי התועלת לכלל אינה עומדת ביחס הולם לנזק שנגרם לפר. הנזק שנגרם לפרט הוא מאוד גדול.

עוברים לסעד – עיפרון כחול ובטלות יחסית, הכנסת עושה מה שבית המשפט קבע. יהיה בטל עוד חצי שנה. פטור חלקי- למי שעסק 3 שנים בתחום- מורידים לו סעיפים במבחן. פטור מלא למי שעסק 5 שנים בתחום.

**פס"ד בראון נ' ועדת החינוך**: פס"ד החשוב ביותר בעולם! עד אותו רגע במשפט החוקתי האמריקאי הייתה דוקטרינה של נפרד, אבל שווה זה שווה. כלומר, ניתן להעניק יחס שווה גם אם זה בצורת הפרדה. ילדה שחורה רוצה ללכת לבית ספר של לבנים, אבל העולם באותו תקופה מחולק לשניים – לשחורים לחוד וללבנים לחוד. בית המשפט העליון החליט כי נפרד, אבל שווה זה לא שווה.

#### פסקת ההתגברות

חוק היסוד שנחקקו 92, לחוק יסוד חופש העיסוק הוא נחקק קודם. אמרו למפלגות הדתיות שחוק יסוד וחופש העיסוק אין לו קשר לענייני דת ומדינה. זה גם חוק יסוד משוריין, אי אפשר לשנותו אלא ברוב של 61. אבל מהר מאוד הדתיים גילו שהמציאות היא לא בדיוק ככה. ממשלת רבין (בנק מזרחי ניתן שבוע אחרי שרבין נרצח) ב93-94 מתחילה את הכהונה שלה בלי הדתיים ואז הממשלה מחליטה להפריט את שוק יבוא הבשר הקפוא. כלומר, במקום שיהיה יבוא בשר קפוא בצורה ממשלתית, הם יתנו לחברות פרטיות לייבא. הנקודה היא שיש חברות שרוצות לייבא בשר חזיר.

בשלב הראשון שהדתיים נכנסים לקואליציה אז הממשלה מחליטה להקפיא את ההפרטה של יבוא הבשר הקפוא. חברת מיטראל אומרים לה תחכי אנחנו רוצים לבדוק את העניין והיא עותרת לבג"ץ לפני השופט אור.

באותו זמן יש פסיקה אחרת בבג"ץ שאומרת שהמדינה צריכה לשקול רק שיקולים שהם רלוונטיים למשל אם הממשלה או הרבנות נותנת רישיון כשרות אז היא חייבת לשקול רק שיקולים רלוונטיים.

אנחנו חושבים לעשות חוק שימנע יבוא בשר חזיר, השופט אור (אקטיביזם) אומר להם לא נראה לי שחוק כזה יעמוד כי הוא יהיה מנוגד לתנאים של פסקת ההגבלה. שאומרת שהחקיקה צריכה להיות לתכלית ראויה. חופש העיסוק הוא חוק משוריין. אין לשנות את החוק הזה אלא ברוב של חברי הכנסת.

#### פס"ד מיטראל:

במיטראל הראשון אנחנו נחקק חוק שימנע יבוא חזיר, אז השופט אור (אחד ההתבטאויות היחידות לגבי המבחן בתוך פסקת ההגבלה של מדינה דמוקרטית)

**פסקת ההתגברות**: יש להבין שמבחינת הזמן מיטראל זה 1994, לפי בנק המזרחי. ההשלכות של מיטראל הן למעשה עד היום. כשח"י נחקקים- אין קשר בין חופש העיסוק לדת ומדינה. הם מודאגים מח"י כבוד האדם וחירותו. חופש העיסוק שוריין. ס'7 לח"י חופש העיסוק- אומר אין לשנות את ח"י הזה אלא ברוב של חברי הכנסת.

מהר מאוד, לאחר ההפרטה של הבשר לחופש העיסוק יש השפעה על דת ומדינה. **במיטראל 1-** אומרים, אנחנו נחוקק חוק שימנע יבוא חזיר. השר אור אומר- אחת ההתבטאויות היחידות לגבי המבחן בתוך פס' ההגבלה של מדינה דמוקרטית. בחוק או לפיו, הולם את ערכיה, לתכלית ראויה ושאינו עולה על הנדרש.

נכתב ע"י: רוני פאלח

שלב המהפכה החוקתית כאשר אומרים שנחוקק חוק והש' אור אומר לא נראה לי שזה יעמוד בדרישות של מדינה דמוקרטית, כי התחשבות ברגשות הציבור הדתי הש' אור קולט זאת כשיקול לא רלוונטי.

הדתיים באים לרביץ ראש הממשלה ואומרים לו אם אתה רוצה שנישאר בקואליציה תמצא דרך למנוע יבוא בשר חזיר לארץ. המוטו של רבין- "בלי בג"ץ ובצלם". רבין מעוניינת לשלוט ולא רק להישאר בתפקיד רה"מ. ואם אתה רוצה אותנו בקואליציה תמנע דרך להעביר את החוק. הם מתחילים לחשוב איך נמנע יבוא בשר חזיר לארץ.

אקטיביזם שיפוטי- אור אומר, במיטיאל ה-1, אם תעשו חוק נפסול אותו. אתה לא מכריע רק במקרה שלך, אלא מנסה להכריע עוד לפני שמכריעים.

הנק'- באים ואומרים בואו נתקן את החוקה כי אין לנו למעשה ברירה. כי אם נרצה לחוקק חוק יפסלו אותו, ואם נתקן את החוקה יהיה אפשר לייבא בשר חזיר לארץ. הבעיה- מה נכתוב בחוקה? שאי אפשר לייבא בשר חזיר? הדבר לא כשר, לא מריח טוב. אהרון ברק שולח מכתב לוועדת חוקה-חוק ומשפט.

**מגילת זכויות קנדית**- אם פתאום הדמוקרטיה נמצאת בבעיה, זה שיש מגילת זכויות, אבל זה לא אומר שמתאבדים על מגילת הזכויות. יש מצבים שבהם אפשר לעשות התגברות על מגילת הזכויות. ברק רוצה להביא את הסי' הזה לחוקה הישראלית. הדבר הזה מביא לחקיקה של סי' 8 לח"י חופש העיסוק והוא אומר: הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תיהיה תקפה אף שאינה בהתאם לסי' 4 לפסי' ההגבלה, אם נכללה ברוב שהתקבל בחברי הכנסת.. והוא תקף על אף האמור בח"י זה..... יפקע 4 לאחר ..... "ז"א, אתה יכול להתגבר על ח"י חופש העיסוק. אתה צריך לחוקק חוק והוא יעמוד בתנאים הבאים (חוק חורג): 1) רוב של 61. 2) פסקת על האף האמור- כלומר, שהחוק החורג יאמר שהוא על אף האמור בח"י חופש העיסוק. דן מרידור אומר- "שלא לשמה בא לשמה" הנה, כל חברי הכנסת מצביעים עבור ח"י חופש העיסוק. אבל זה בעצם מהפכת נגד.

ח"י חופש העיסוק וכבוד האדם-מציבים מגבלה על הקואליציה – מה עושים- משנים אותו. האבסורד- במקום שהחוקה תגביל את הפוליטיקאים, הפוליטיקאים מגבילים את החוקה. הם משנים אותה.

לאחר שמשנים ח"י בח"י- מעבירים את חוק הבשר/איסור יבוא בשר חזיר.

**חוק הבשר הוא חוק חורג. יש בו 2 דברים מעניינים:**

1) אי אפשר לייבא בשר לארץ ללא אישור מהרבנות. למעשה, אי אפשר לייבא חזיר כי הרבנות לא תאשר.

2) סי' 5 לחוק הבשר אומר שמשם שנקבע בחוק הבשר זה על אף האמור בח"י חופש העיסוק.

3) חוק הבשר עבר מעל ל-61 (הגיע אפילו ל-80).

התוצאה של משהו שהוא חוק חורג- החוק תקף ל-4 שנים. יש לו זמניות. הבעייתיות- משתמשים בכלי לא נכון בסיטואציה לא נכונה. מה שקורה בכל 4 שנים ואפילו פחות זה הבחירות. ומכאן אפשר לראות איך המדינה מתנהלת מבחינה חוקתית. באים ואומרים אנחנו נעשה את פסי' ההתגברות והחוק יהיה תקף ל-4 שנים. ז"א, עוד 4 שנים יהיה רה"מ אחר והוא יצטרך להתמודד עם זה.

חברת מיטראל שכל רצונה זה לייבא בשר חזיר, לא משתכנעת מהדברים החוקתיים. היא עותרת שוב לבג"ץ. היא אומרת שחוק הבשר לא חוקתי:

1) חוק הבשר אומנם לא צריך לעמוד בפסקת ההגבלה של חופש העיסוק, אבל יש עוד פסקאות כגון סי' 1 לח"י חופש העיסוק הנקרא סעי' העקרונות. מיטראל אומרת שאתם לא נותנים לנו את פסי' ההגבלה, זה בסדר, אבל עדיין את פסי' העקרונות. גם פסי' העקרונות יוצרת מבחנים חוקתיים.

2) אוקי, חוק הבשר נחקק לפי פסי' ההתגברות, חופש העיסוק. אבל גם לכבוד האדם וחירותו יש פסקת הגבלה. על חופש העיסוק לא נדרש להתחשב בו. נפגעת הזכויות לשווין, פגיעה בקניין, חופש הדת, חופש מדת, חופש המצפון.

ביהמ"ש אומר: א) לגבי פסי' העקרונות- אני משאיר בצריך עיון את המבחן. למה הוא משאיר את המבחן בצריך עיון- כי גם אם פסי' העקרונות קובעת מבחן חוקתי והיא לא רק הצהרה, גם אם היא קובעת מבחן הרי שהמבחן הוא מבחן הפגיעה האנושה. האם הייתה פגיעה אנושה בעקרונות המוגנים ע"י ח"י. אם לא הייתה פגיעה אנושה, אז וודאי שהחוק תקף. ביהמ"ש אומר שהפגיעה

נכתב ע"י: רוני פאלח

היא לא אנושה. ביהמ"ש בא וקובע מבחן מהותי: מצד אחד הוא משאיר את זה בצריך עיון ומצד שני הוא אומר שזה לא פגיעה אנושה. בהמשך, "דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי" פס"ד מיטראל זה ההתחלה של הדיבורים על זה שאפשר לתקן את החוקה והתיקון של החוקה יהיה לא חוקתי. זה מתחיל **ממבחן הפגיעה האנושה**.

**\*\*מתי חוק חורג יצטרך לעמוד גם בדירשות של פסקת ההגבלה של כבוד האדם.**

1. מבחן הפגיעה האנושה.
  2. המבחן המשולש מתחלק ל-3 תנאים: **א- לוואי**, **ב- משנית ולא עיקרית**. הפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק. הפגיעה בזכויות הנלוות (קניין, שוויון, מצפון זה משני).
- לדוגמא- אם קבעתי מס על יבוא אז המס הוא לא משני. אבל אם אני אוסר יבוא- אז הפגיעה בקניין היא משנית ולא עיקרית. **ג- מבחן הפגיעה הלא ממשית**.
- המבחן הראשון והשני מתייחסים לפגיעה הנלווית ביחס לחופש העיסוק. אנחנו גם נצטרך להסתכל על הקניין. האם זה פגיעה ממשית. ביהמ"ש אומר שזה לא פגיעה ממשית, כי חזיר אתם לא יכולים אבל אתם יכולים לייבא בשר כשר.

ביהמ"ש אומר שבסופו של דבר זה לא שבאמת באו ולקחו להם כסף/קניין. ביהמ"ש מנסה להשוות בין חופש העיסוק לזכויות האחרות שנפגעות. אם משהו נפגע משהו זה בסדר. אם זה העיקרי וזה המשני זה גם בסדר. המבחן השלישי עוזב את חופש העיסוק בצד ושואל היכן נפגעת הזכות לקניין- היא נדרשת להוכיח רמה של וודאות ממשית!!

חוקות ומשפט חוקתי לעניין זה כוללים לרוב שני חלקים עיקריים :

1. חלק מוסדי – קובע את המוסדות האורגנים וכללי הבסיס לארגון המשטר במדינה נתונה.
2. זכויות אדם – אינטרסים של הפרט שהמשפט החוקתי מכיר בהם, האינטרסים הראויים להגנה מיוחדת, ובנסיבות מסוימות ניתן לפנות לבית המשפט על מנת שיגן עליהם.

מדובר על 40 שנה לפני מזרחי, המדינה רק הוקמה.  
חוקי יסוד נחקקו ב1992, חלק מהזכויות נמצאות בתוך חוקי היסוד.  
נתקלים במצבים שצריך להגן על זכויות אדם אבל אין איך לעשות את זה.

**בית המשפט מתמודד על בעיות אלו באופן הבא:**

1. **הכרת הזכויות שאינן כתובות עלי ספר** – לא נמצאות בספר החוקים – הוקמה המדינה, מדובר על **בג"ץ בזרנו נ' שר המשטרה** – בית המשפט הכיר בחופש העיסוק, שהיא בין הזכויות הראשונות שזכו להכרה. מדובר בהכרה הלכתית – הכרה של בית המשפט, לא בחוק. מכוח ההלכה הכירו בחוק.
2. **פגיעה בזכויות אדם רק מכוח חקיקה ראשית או הסמכה בה**- על פי גישה זו מותר לפגוע בזכויות אדם רק ע"פ חוק - **בג"ץ שייב נ' שר הביטחון**- שנת 1951, ראש הממשלה ושר הביטחון דוד בן גוריון. בית המשפט העליון מורה לו להימנע מלהתערב בהעסקה של שייב, שייב היה פעיל ימני קיצוני. לא היה שום חוק שמסמך את שר החינוך ושר הביטחון להתערב בהחלטה בהעסקה מורה

בבית ספר פרטי ולכן כל ניסיון, התערבות שמגביל את חירויות הפרט הוא לא חוקי. שופטי בג"ץ מודים שחייבים להטיל הגבלות על חירות הפרט. אבל, כל הגבלה כזו צריכה להיות מבוססת על רצון החברה. כפי שהעניין משתקף בהחלטת נבחרי העם בבית המחוקקים – הגבלה כזו היא לא תקינה לעומת בן אדם שרצח ושימו בכלא. **פס"ד ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-6 – השופט חיים כהן** – נצמד לעקרון חוקיות המנהל- הרשות מוסכמת לעשות פעולה רק אם יש חוק שמתיר לה לעשות. שום נימוק אחר לא הגיון ולא אהבת המולדת, לא מצדיקים לשלול זכות ממישהו להשתתף בהכרעות הפוליטיות והמדיניות. דעת הרוב בירדור – אפשרה פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר גם בהיעדר הסמכה מפורשת. **פס"ד הועד הציבורי נ' עינויים** – מדובר באמצעי חקירה שהיה מפעיל השב"כ על ערבים, בית המשפט פוסל את השימוש באמצעי חקירה אלימים אם אין חקיקה שמצדיקה, גם אם זה מצדיק לחימה בטרור. מה קורה שהחוק מסמיך לפגוע בזכויות אדם? איך בית המשפט יעזור למנוע מצב זה? התשובה 3.

3. חזקה פרשנית לטובת זכויות אדם – לרשויות השלטון היה להם חופש לפעול אך שהם רוצים, אבל בית המשפט רצה להגן על זכויות אדם. אז הוא מפעיל חזקה פרשנית לטובת זכויות אדם – יש לנו חוק אפשר לפרש אותו לכמה דרכים. ובחרים בפרשנות שפוגעת הכי פחות בזכויות אדם. בית המשפט העליון יוצא מנקודת הנחה שהמחוקק לא רוצה לפגוע בזכויות אדם. **פס"ד קול העם** – מתייחסים לפרשנות של ס' 19(2)(א) לפקודת העיתונות, הסי' קובע ששר הפנים יכול להורות על הפסקת עיתון לציבור אם הוא רואה שיש סיכון לציבור. שר הפנים רצה להפסיק את פעולתם ואז הם עתרו לבג"ץ. השאלה – האם שר הפנים פעל לפי ס' 19(2)(א). **השופט אגרונט** – מפרש לפי עקרונות ההכרזה על הקמת המדינה. העקרונות המגולמים במערכת החוקים שלפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל והערכים אותם ניתן ללמוד ממערכת החיים הלאומיים. ישראל היא מדינה דמוקרטית, מתקיים בה ממשל עצמי ולכן זה מחייב את זכות חופש הביטוי ולכן צריך לפרש את המונח עלול שמופיע בפקודת העיתונות – לפי מבחן וודאות קרובה במקום מבחן הנטייה הרעה או סיבתיות אמצעית. וודאות קרובה לפגיעה באינטרס שלום הציבור. קול העם תקדימי גם ביחד שלו למגילת העצמאות. להכרזת העצמאות לא היה מעמד במשפט החוקתי – למשל **בפס"ד זיו נ' גוברניק** – הוא אומר שלמרות שההכרזה היא לא חוקה אפשר להשתמש בה ככלי פרשנות חוקתית. ההבדל בין קול העם לבזרנו – בזרנו דיבר על זכות טבעית (לעסוק בכל מקצוע שאתה רוצה) לא היה לזה מקור, זה היה עמום. בקול העם – דיברו על משהו ספציפי. שהולכים להכרזת העצמאות וגוזרים משם את הזכויות. **פס"ד פורז נ' ראש עיריית ת"א יפו** – עיריית תל אביב מחליטה למנות רק גברים לנציגות בשפה שבחרת את הרב של העיר, הם לא מוכנים שישתתפו נשים. כי הם מפחדים מאי שיתוף פעולה של רבנים אחרים עם רב העיר. **ברק** בוחן את החוק שמסמיך את העירייה לקבוע אסיפה בוחרת לבחירת רב (מסתכל על חוק שירותי הדת היהודים ותקנות בחירה רבני עיר) – העירייה יכולה לקחת בחשבון כל שיקול שהיא צריכה כדי להחליט את מי למנות כולל לא לבחור בנשים שיבחרו את הרב. אבל, בגלל שכל חקיקה נועדה להגשים את ערכי היסוד של השיטה ולא להיות מנוגד להם. בהיעדר הוראה מפורשת מהמחוקק אי אפשר להסיק שהוא התכוון לפגוע בערכי השיטה – בשיווין. כשחוקק את החוקים המחוקק לא התכוון לפגוע בשיווין בגלל זה אסור להם לא להכניס את הנשים. דוג' לפס"ד שבית המשפט לא מצליח להגן על זכויות אדם – **ע"א 450/70 רוגנזסקי נ' מדינת ישראל** – שני זוגות יהודים שרצו שיכירו בהם כבעל ואישה בטקס פרטי, בנוכחות 2 עדים. הם התחתנו בנישואים דתיים אבל הם לא. המחוזי קובע כי מדובר בנישואים של יהודים והוא בתחום. הם אומרים שהכרזת העצמאות הובטח להם חופש הדת והמצפון וזה כולל את החופש לא להשתייך לשום דת. בית המשפט דוחה את הערעור – אם המחוקק מחוקק חוק ברור שפוגע בזכויות, בית המשפט לא יכול לעזור. הוא אומר שהכרזת העצמאות היא לא חוקה למרות שצריך לפרש כל חוק בהתאם לעקרונות שנמצאים בה ולא בניגוד להם. אבל אם יש הוראת חוק מפורשת שאין לגביה ספקות פועלים לפיה.

4. אפשרות להגנה על חוקית מכוח עקרונות יסוד של השיטה (פס"ד לאור, לא מומש אף פעם). **פס"ד לאור** – פס"ד לפני המהפכה החוקתית, **ברק** מעלה את האפשרות להגן על זכויות אדם מפני חקיקה ראשית של הכנסת שפוגעת (שוויון) מדובר על לאור שחלק מעקרונות היסוד של השיטה, ולכן קיימת אפשרות לפסול חוקים של הכנסת (אפילו חוקי יסוד) בגלל שהם פוגעים פגיעה קשה בחוקי יסוד – אפשרות תאורטית בלבד ולעולם לא עשו איתה כלום.

**המבחן -**

קייס (חוק דמיוני) הוא נותן דברי הסבר לחוק – רמזים, לוקחים משם זכויות שנפגעו.

שינוי חוק יסוד צריך להיעשות בחוק יסוד ופגיעה נעשית על פי פסקת ההגבלה. בג"ץ כן הפך את העניינים במרוצת השנים מאז בנק המזרחי אבל זה כבר התחיל במזרחי שהוא הפך את זה למורכב. הבעיות לא מגיעות משום מקום יש להם סיבה. הסיבה היא לרוב תהיה בקום המדינה, החלטת הררי, זה שמחוקקים חוקי יסוד בהדרגה. הרבה מהבעיות החוקתיות המקור שלהם זה שם. בבנק המזרחי ניסו לסדר את העניינים, לעשות משפט חוקתי שיהיה מסודר. להבחין בין שינוי של חוק יסוד לבין פגיעה. כל הרעיון של משפט חוקי מודרני סטייל אמריקאי. כל הרעיון של בנק המזרחי זה להביא אותנו למצב חוקתי דומה לאמריקאי. יש את החוקה (חוקי יסוד) ויש את החוקים. השופטים קבעו במזרחי – שמגר וברק, הם אומרים צריך להבחין בין שינוי חוק יסוד לבין פגיעה בחוק יסוד. ההבחנה היא בין שינוי – הגבלה רחבה של הזכות לעומת פגיעה – הגבלה נקודתית של הזכות. יש בעתיות מסוימות, כי ההבדל בין שינוי לפגיעה זה עניין של דרגה. כלומר, שינוי הוא רחב ביחס לפגיעה. אבל זה ההבחנה שעשו השופטים במזרחי.

**פס"ד פורת** – עסק בביטול וחקיקה מחדש של חוק יסוד חופש העיסוק. חוק יסוד חופש העיסוק מ'92, ורוצים להכניס בו פסקת התגברות ומחוקקים את חוק יסוד חופש העיסוק ומחוקקים חדש. (ס' 9) אומר חוק יסוד חופש העיסוק בטל. אדון פורת עותר לבית המשפט, צריך לבטל את חוק יסוד חופש העיסוק החדש. כי הוא לא נחקק בהתלם לפסקת ההגבלה של חוק יסוד חופש העיסוק המקורי. הוא לא עומד בה בגלל כי בחוק יסוד חופש העיסוק החדש יש את פסקת ההתגברות, המאפשרת לחוקק חוקים שהם לא בהתאם לפסקת ההגבלה. בית המשפט דוחה את העתירה ואומר שצריך להבחין בין שינוי חוק יסוד לבין פגיעה בזכות יסוד שהיא חלק משינוי החוק לבין פגיעה בחוק יסוד שהיא לא חלק משינוי חוק יסוד. פגיעה והגבלה שהם לא חלק משינוי חוק היסוד היא תעשה דרך פסקת ההגבלה. פגיעה או הגבלה של זכות מוגנת שהיא חלק משינוי חוק היסוד, היא צריכה להיעשות דרך פסקת הנוקשות. זה דומה מאוד למזרחי, אבל זה פתוח לפרשנויות. אפשר לפרש את פורת כהולך למבחן יותר פרוצדוראלי, צורני. הכוונה היא אם אתה משתמש בחוק יסוד זה שינוי. ואם אתה לא משתמש בחוק יסוד זה פגיעה – פסקת הגבלה. זאת ההבחנה הנכונה, כי לפי בנק מזרחי לא יכול להיות שינוי שהוא נקודתי. המכונן לא יכול לשנות נקודתית את החוקה. נניח והמכונן זיהה איזושהי בעיה במבנה החוקתי, אבל בעיה נקודתית, למה זה תמיד צריך להיות בפגיעה.

**פס"ד בראון** – מחוקקים חוק יסוד הוראת שעה, העותר בא ואומר שאין כזה דבר, אין תיקונים חוקתיים. תיקון חוקתי הוא לטווח ארוך. העותר ניסה להגיד זה לא ממש שינוי זה פגיעה, אבל הם מתחמקים מזה שהם קוראים לזה חוק יסוד. הכנסת היא הגוף המחוקקת והמכוננת. וכשהיא לא יכולה ללכת דרך החקיקה היא הולכת לכינון. חוק יסוד הוראת שעה- הוא לא שינוי הוא פגיעה. ואם הוא פגיעה הוא היה צריך לעבור את פסקת ההגבלה. הוא תיקון לא חוקתי. בית המשפט לא קיבל באותו מקרה את העתירה. זה שינוי ולא פגיעה ו הוא נבדק בצורה צורנית. **פסקת נוקשות** - ס' 7 לחוק יסוד חופש העיסוק – "אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד וברוב של חברי הכנסת" אין את ההוראה הזו בכבוד האדם, לא צריך 61 כדי לשנות אותו. צריך רק חוק יסוד.

**פס"ד צמח** - מתייחס לפסקת ההגבלה, להפעלת של פסקת ההגבלה. מדובר היה בחייל שנעצר לחמישה ימים במעצר טרם העמדה לדין. זה היה עבירה של עריקות. בינתיים הכנסת מתקנת את החוק ובמקום חמישה ימים (חוק השיפוט הצבאי, ס'237א) היא מתקנת לארבעה ימים. ואז השאלה הראשונה שבית המשפט צריך להתמודד איתה זה האם חוק שמטיב את המצב הקיים, האם הוא חשוף לביקורת שיפוטית.

החוק הקיים אפשר 5 ימים, החוק החדש הוריד את זה 4 ימים. המדינה אמרה אם החוק מטיב את המצב הקיים, אז הוא צריך להיות חסין. בית המשפט קובע שגם חוק מטיב חשוף לביקורת שיפוטית בגלל שהוא אומר שהרבה פעמים הוא לא ידע אם זה מטיב או לא מטיב. יכול להיות שהוא יטיב במובנים מסוימים או במשמעותיות מסוימות. ולכן המבחן של בית המשפט הוא האם החוק נחקק לפני מרץ 92 או אחרי מרץ 92. ואז יש פסקת שימור דינים והוא לא חשוף לכבוד



האדם וחירותו. אם הוא נחקק אחרי הוא תמיד יעבור לפי פסקת ההגבלה, ביקורת שיפוטית. עומד מאחורי זה הרצון לוודאות ויציבות, שיהיה סדר ויהיה ברור מה עושים מבחינה חוקתית, שיטתיות. גם חוק מיטיב חשוף לביקורת שיפוטית, וכאשר בית המשפט יפעיל את זה הוא ייתן לזה משקל שמדובר בחוק מיטיב.

**פס"ד הופנונג** – מדובר בתיקון 18 לחוק המימון. התיקון הזה לא היה תיקון משמעותי. הוא שינה משהו בהסדרי התשלומים. התיקון פגוע בשיווין בבחירות. תמיד להבחין בין שיווין לנורמה כללית שהיא מעוגנת בכבוד האדם, לעומת שיווין בבחירות שמעוגן בס' 4 בחוק יסוד הכנסת. בית המשפט דוחה את העתירה כי לא כל פגיעה בשיווין תביא לביטול של החוק. רק פגיעה שהיא משמעותית ובולטת. זה סטייה מברגמן. בברגן פגעת בשיווין בבחירות – 61. אין 61 זה בטל. כאן, זמיר וברק אומרים יש פגיעה ויש פגיעה. יש פגיעה שהיא זעירה וזניחה ויש פגיעה שהיא מהותית ומשמעותית. איך אני יודע מה משמעותי ובולט לעומת מה זעיר וזניח? השופט זמיר – אומר שיש מבחנים, המבחנים הם המבחנים של פסקת ההגבלה. אם הפגיעה אינה עומדת במבחן של ערכי המדינה, תכלית ראויה והמידתיות אז היא מהותית. בית המשפט יוצר פסקת הגבלה שיפוטית. לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, יש פסקת הגבלה. לחוק יסוד חופש העיסוק – יש פסקת הגבלה. לחוק יסוד הכנסת – אין לו פסקת הגבלה. יש לו פסקת שריון, אין לשנות ס' זה אלא ברוב של חברי הכנסת. אני אקרא לתוך חוק יסוד הכנסת פסקת ההגבלה שיפוטית.

זמיר- זה טוב כי זה יוביל אותנו למשטר חוקתי הרמוני. הרמוניה פרשנית. השופטים הולכים כל הזמן "בוא נסדר את החדר החוקתי, נארגן אותו בצורה שיש לה הגיון, מאפשרת חשיבה שיטתית, בכל מקום מפעילים את אותם מבחנים".

**פס"ד חירות** – יש לנו מפלגה שעושה תשדיר בחירות. חלק מהתשדיר רואים את הכנסת. המסר של התשדיר שגורמים עוינים משתלטים על הכנסת. חשין – יושב ראש ועדת הבחירות, הוא פוסל את התשדיר. זה ביזוי של ההמנון והדגל והתשדיר עלול לגרום הסתה.

המדינה מגיעה לדיון ואומרת שליחה בג"ץ זה יפה שאתם רוצים לדון בזה אבל יש את ס' 137 לחוק הבחירות. שהוא אומר, שבית משפט לא יכול לדון בעניינים שקבועים לפי חוק הבחירות, למעט המקרים שמפורטים ומצוינים בחוק הבחירות. יש כל מיני מקרים שאתה יכול לפנות בגינת לבית משפט. למשל – פסילת מועמד, מפלגה, בוחרים. כל אלה יש לך זכות ערעור לבית המשפט. לא יינתנו זכות ערעור לגבי פסילת תשדיר. בג"ץ אומר שס' 137 – זה חוק רגיל. סמכות בג"ץ קבועה בס' 15(ג) לחוק יסוד השפיטה – הוא אומר שבג"ץ ידון בעניינים בהם הוא מוצא לנכון להעניק סעד למען הצדק. זה הסמכות הכללית של בג"ץ. חוק רגיל לא יכול לשנות חוק יסוד. לכן, בג"ץ קובע ס' 137 בטל בכל הקשור לבג"ץ. כלומר, הוא לא בטל לגבי המחוזי או השלום אבל הוא כן בטל ביחס לבג"ץ. הבעיה היא שבית המשפט היה צריך להפעיל את פסקת ההגבלה השיפוטית. בג"ץ אמר בפס"ד הופנונג שצריך ליצור הרמוניה בין חוקי היסוד. למה הוא לא מפעיל את פסקת ההגבלה השיפוטית. ההגיון הוא שאתה רוצה לאפשר לאנשים לפנות לבית המשפט רק בדברים חשובים. אחד הטענות שאמרו שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו דן בזכויות, חוק יסוד חופש העיסוק וחוק יסוד הכנסת – גם דן בזכויות. הטענות שעלו למה בית המשפט לא מפעיל פסקת הגבלה שיפוטית בחירות – כי חוק יסוד השפיטה הוא חוק יסוד משטרי ולא דן בזכויות. רק חוק יסוד שדנים בזכויות, צריך לאמץ לגביהם פסקת הגבלה שיפוטית. הבעיה היא שברק בחירות אומר שהזכות לפנות לבג"ץ זו זכות יסוד – זכות הגישה לערכאות. זו זכות מאוד יסודית כי כל שאר הזכויות תלויות בזכות הזו שלך לפנות לערכאות. לא ברור למה בית המשפט לא השתמשה בפסקת ההגבלה (אולי כי זה מצמצם את החלטת בג"ץ).

\*\*המטרה מאחורי בנק המזרחי הייתה מטרה טובה, הכוונה הייתה ליצור משטר חוקתי מסודר, הגיוני.

פס"ד חירות לא מתאים לתבנית הכללית הזו. זה מתחיל להחזיר אותנו לאותו מצב שהיינו לפני 95 (מזרחי).

**פס"ד מופז** – היה רמטכ"ל של צה"ל. מופז רוצה להיות חבר כנסת. הוא רוצה לחבור לליכוד. חברי כנסת לא אוהבים שמצטרפים אליהם. הם מחוקקים חוק – חוק הצינון- אם מישהו שירת בתפקיד בכיר במערכת הביטחון, צריך תקופת צינון של חצי שנה לפני שהם יוכלו להיבחר לכנסת. הם חוקקו אותו למופז (רצו גם לעשות ליאיר לפיד). מופז אומר למה נטפלים אלי? יפה טוב שאתם רוצים תקופת צינון, אבל למה לא צריך גם לנשיא המדינה, לשופטים? הטענה שלו היא

שפוגעים בשיווין בבחירות. הטענה הזו לא הייתה כל כך חשובה אם לא היה את הפרט הבא- באחד משלבי החקיקה של חוק הצינון, החוק לא זכה ל-61 חברי כנסת. כלומר בקריאות הראשונה או הטרומית לא היו 61 חברי כנסת. ולפי בג"ץ, פרשנותו לסי' 4 – צריך 61 לכל השלבים. בג"ץ דוחה את העתירה. הוא אומר, יש פסקת הגבלה שיפוטית, חוק הצינון יש לו תכלית ראויה – למנוע ערבוב של פוליטיקה וצבא. הוא משרת מדינה יהודית ודמוקרטית, כי מדינה דמוקרטית צריך שתהיה הפרדה בין צבא לפוליטיקה. והוא גם מידתית – כי הוא חצי שנה. בפס"ד זה בית המשפט החליש את השיווין בבחירות. לפי מופז, לא חייבים. לפי ברגמן כל פגיעה בשיווין בבחירות – צריך 61. אם הפגיעה היא לתכלית ראויה שהולמת את ערכיה והיא מידתית לא צריך 61.

תמיד אומרים שהבעיות מתחילות בהחלטת הררי, הכרזת העצמאות. המבנה שבית המשפט שואף אליו הוא – למטה-חוקים, באמצע – פסקת הגבלה שיפוטית, למעלה- חוקה.

**פס"ד גוטמן** – במפלגת ישראל ביתנו, לליברמן היה רעיון מבריק שאם יעלה אחוז החסימה ואז המפלגות הערביות לא יצליחו לעבור אותו. קראו לזה חוק המשילות. ההסכם היה שכולם מצביעים לכל היוזמות האלה. תיקונים חוקתיים מתקבלים פה במסגרת עסקת חבילה, חלק מהדברים שהם עסקת חבילה קשורים לחוקה וחלקם לא. פוליטיקה רגילה – עושה שינוי בחוקים. פוליטיקה חוקתית – עושה שינויים בחוקה. סי' 4 לחוק יסוד הכנסת – איך עושים פה שינויים חוקתיים. התיקון שהעלה את אחוז החסימה נחקק ברוב של 61 לפי סי' 4 לחוק יסוד הכנסת. גוברן אומר שלמרות שהוא נחקק ב-61, עדיין הוא צריך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית ולא דווקא בדרישה של 61. לפעמים לכנסת יותר קל לחוקק ב-61 מאשר לעמוד בדרישות של פסקת הגבלה שיפוטית שבית המשפט הוסיף. בית המשפט עשוי להשתמש **במבחנים האלה** כשהוא מרגיש שמבחן אחד לא מספיק. בגוטמן זה היה תיקון לחוק יסוד הבחירות-

1. דרישת הרוב המיוחד

2. פסקת הגבלה

בגוטמן יש לנו תיקון של חוק הבחירות ב-61. גובראן אומר לא – יש פגיעה ויש שינוי. ומכיוון שעליית אחוז החסימה זה פגיעה, למרות שהשינוי של אחוז החסימה נחקק ב-61, גובראן אומר עדיין נעביר אותו דרך פסקת הגבלה שיפוטית. גובראן בדעת מיעוט. הכיוון העתידי זה שיש לך מבחן של רוב, ויש לך מבחן של פסקאות הגבלה. בית המשפט עשוי לפנות למבחנים של פסקת ההגבלה כי המבחן הזה הוא מבחן שלא מאפשר לעקוף אותו, בכנסת דרך רוב. פסקת הגבלה שיפוטית, תמיד אתה תבוא אלי כדי שאני אחליט אם זה מתקיים או לא מתקיים. בסופו של דבר, שופטים לא אומרים את זה במפורש, אבל העדפת בית המשפט זה להעביר את הכל דרך פסקת הגבלה שיפוטית, אבל זה לא מסתדר עם כנסת מכוננת. לגבי גוטמן, גובראן אומר שהפרשנות שלו תביא את הכל להרמוניה חוקתית ושהכל יהיה בצורה מאוד מאורגנת ומסודרת.

**פס"ד איתן כבל** – עתירה נ' חוק הבזק – החוק הזה העניק רישיון לתכנת הרדיו הימני בערוץ 7, אז המחוקק התחכם אמר שהוא מעניק רישיון שלכל מיש הוא שידר בכל רחבי ישראל ב-5 שנים האחרונות. בית המשפט פוסל את חוק זה. התנהגות חופשית זה ערך חוקתי ומתן הקלות, זיכיון לפי שפעל שלא כדין אז זה פגיעה במידתיות.

פס"ד המועצה האזורית חוף עזה – ב-2005 מחליטה מדינת ישראל, ראש הממשלה שרון על פינוי של רצועת עזה ואז מחוקקים את חוק ההתנקות. העתירה היא נגד החוקתיות של חוק ההתנקות. טענת העותרים – חוק ההתנקות פוגע בזכויות המתיישבים לכבוד, לחירות ולקניין המעוגנות בחוקי היסוד החדשים.

בית המשפט מכיר בפגיעה הניתנת וקובע שהחוק עומד בפסקת ההגבלה. מה שמעניין בפס"ד זה שבית המשפט בודק את פסקת ההגבלה, **בדרישה של החוק** – (מוסבר בדף), **הולם את ערכיה** – (מוסבר בדף)

**תכלית ראויה** – היה ויכוח בין העותרים למדינה. פתאום צצה לה תכלית מדינית. העותרים טוענים שהתכלית של ההתנקות זה בעצם לחלץ את ראש הממשלה מהחקירות שלו והם מסבירים שהחוק לא יביא לא לביטחון ולא לשיפור מצבה המדיני של ישראל. המדינה אומר שזה לא נכון כן יש בחוק סיכוי לשיפור המצב הביטחוני, המדיני, השאלה מה בית המשפט צריך לעשות במצב זה

– שכל אחד אומר תכלית אחרת. בית המשפט לא מוכן להכריע בוויכוח, הוא אומר שהוא לא השתכנע ממה שהביאו העותרים, מה שאנחנו כן יכולים לומר זה שאם התכלית היא מדינית וביטחוניית אז התכלית הזו יכולה להצדיק פגיעה בזכויות של המתיישבים. היא מצדיקה את הפגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים.

**מידתיות** – במבחן הראשון והשני – בית המשפט לא מפעיל אותם. בית המשפט מתרכז במבחן השלישי- מבחן של היחס ההולם בין תועלת לנזק. מה הנזק לישראלים המפונים – נזק אדיר, הזכות לקניין, הזכות לכבוד.

**פס"ד עדאלה** – המדינה לא אחראית בנוזיקין למעט כמה חריגים. עשו את התיקון הזה כדי שלא יהיו תביעות. (מוסבר בדף).

בית המשפט הולך למבחן המידתיות – מתרכזים במבחן השני והשלישי. הם אומרים שמבחינה אלו לא מתקיימים. כלומר החוק לתיקון דיני הנוזיקין בזה שהוא שולל את האחריות של המדינה באופן גורף לכל נזק שנגרם זה לא האמצעי שמידתו פחותה, היה עדיף שתהיה בחינה אינדיבידואלית, כלומר – תמיד שמפעילים את מבחן המידתיות השני – (למבחן) האם הייתי יכול לקבל פגיעה פחות קשה ע"י בחינה אינדיבידואלית – למה אתה נותן פטור גורף? תבוא ותבדוק כל מקרה לגופו. תקימו וועדה, שתבדוק איזה מקרים הם פעולות מלחמתיות או אילו מקרים הם לא וזה אמצעי שמידתו פחותה, מאשר אמצעי שנותן פטור גורף למדינה מפטור בנוזיקין. גם המבחן השלישי לא מתקיים – כי מצד אחד, מה התועלת של המדינה? חסכון של משאבים מנהליים.

**פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים** – לא דומה לפסקי דין אחרים כי הוא משמעותי, כל הפסקי דין שדיברנו עליהם על ביטול חוקים אחרי המהפכה החוקתית, רוב פסקי הדין האלה היו די זניחים במשמעות החוקתית והציבורית שלהם. בית משפט מחליט בעתירה אחרי הרבה שנים, שבית הכלא כבר מתחיל להיכנס לפעולה. הנשיאה בייניש כתבה את פס"ד המרכזי- פגיעה קשה בזכות לחיים, הזכות לחירות אישית ובזכות לכבוד. כל ענישה פוגעת בזכויות האלה. ברגע שאני מעניש עבריין או כולא אותו – זה פגיעה בחירות, כבוד. התנאים בבית הכלא אלו תנאים קשים. בייניש אומרת שבעצם זה שהמדינה מעניקה או מפריטה את סמכויות הענישה לזכין פרטי שפועל על פי שיקולי רווח והפסד, עצם זה יוצר פגיעה נוספת בזכות לכבוד ובזכות לחירות ובזכות לחיים. לאדם יש זכות שהמדינה תעניש אותו ולא שזה יתבצע ע"י מישהו שמונע משיקולי רווח או הפסד. הרעיון הוא לשפר את תנאי הכליאה דרך חסכון במשאבים שמפנים לבתי הסוהר.

#### **סעד למען הצדק –**

סמכות בג"ץ. בג"ץ הוקם ע"י הבריטים, השלטון המנדטורי. הסמכות שלו קבוע כבר בסימן 43 לדבר המלך במועצה. אחרי שקמה מדינת ישראל בג"ץ המנדטורי התפרק – היה מורכב משופטים אנגלים, שופט אחד יהודי והיו שלושה או ארבעה שופטים ערבים. לאנגלים היה רוב בבג"ץ המנדטורי. בג"ץ התפרק ואז הוקם בג"ץ הישראלי אבל הוא התנהל לפי אותו סימן 43 לדבר המלך שנקלט לפי סי' 17. ממשיכים לפי סימן 43. סי' 7(א) מחליף את סימן 43 והופך אותו ליותר פשוט. הם תרגמו את סימן 43, הורידו כמה דברים אבל בגדול נשאר אותו הדבר. בשנת 84 מחוקקים את חוק יסוד השפיטה שגם הוא בגדול מאמץ את אותם הסדרים שהיו קודם, מעתיק את הסעיף כמעט מילה במילה. כשהציעו הצעות חוקה ב10 שנים האחרונות אז כן חשבו להוריד את העניין הזה של הצדק.

ראינו פס"ד חירות – מזכיר סי' 137 לחוק הבחירות – אף בית משפט לא ידון בעניינים לפי חוק הבחירות אלא לפי מה שקבוע בחוק.

**פס"ד פוקס** – יש את סי' 13 לחוק יסוד נשיא המדינה, קובע שלנשיא יש חסינות בהליכים משפטיים בנושאים הקשורים לתפקידו ולסמכויותיו. הנשיא לא ייתן את הדין לפני שום בית משפט בנושאים הקשורים לתפקידו או לסמכותו. התפטרות מתפקיד זה וודאי קשור לסמכות או לתפקיד. זה מגיע לבג"ץ, בג"ץ לא זורק את העותר, יש לי מצד אחד, את חוק יסוד השפיטה שקובע סמכות כללית לבג"ץ להגיש סעד למען הצדק אבל יש לי נורמה אחרת ספציפית שדנה בנשיא האומרת ששום בית משפט לא ידון בנושאים הקשורים לתפקידו של הנשיא. בית המשפט לא זורק את העותר ומבטיח שאם יוגש כתב אישום נגדו והוא יתפטר העתירה נמחקת תוך

שהעותרים יכולים לעלות אותה שוב אם הנשיא לא יתפטר. זה מראה לנו שגם אתה מנסה לשנות את סמכות בג"ץ בחוק יסוד לא בטוח שתצליח לעשות את זה.

### ד'. סמכות בג"ץ -

הבעייתיות של פסקי הדין הנ"ל – התרשים מבהיר את הבעיות. השאל היא – בג"ץ צריך להגיש סעד למען הצדק, למה הכוונה? מצד אחד, יש את השופטים המרחיבים – חיים כהן – הצדק שעליו מדבר הס', צדק שונה מן הדין ומחוץ לדין. מצא, דורנר ולוי – הולכים בעקבות ברנזון. המצמצמים – לא אוהבים את הסמכות הזו.

זמיר אומר – (מצמצמים) הרי סימן 43 אומר שלבג"ץ יש סמכות להתערב בעניינים הנחוצים לשם האדמנירציה של הגסטו. המחוקק הישראלי עשה טעות בתרגום. הוא תרגם גסטו לצדק והוא היה צריך לתרגם למילה שפיטה.

זמיר אומר שהייתה טעות בתרגום ומה שהוא ממליץ לבג"ץ זה להפסיק לדחות עותרים ולהשתמש בס' זה שהוא "מאפשר לו להשתמש למען הצדק" והוא ממליץ למחוקק לשנות את הס'. המחוקק לא שמע לו, והשופטים האחרים אומרים לו יכול להיות שאתה צודק אבל כתוב היום צדק, ואנחנו לא מוכנים לחזור אחורה.

### מרחיבים -

1. צדק אינו יחסי – יש נכון ולא נכון לגבי צדק. אם הוא אובייקטיבי אז אפשר לפנות אליו כשמפעילים את הסמכות של בג"ץ.
2. לא פוגע ביציבות – זה לא פוגע עד כדי כך ביציבות. גם אם החוק לא כל כך ברור לרוב אתה יודע מה צודק ומה לא צודק.
3. עומד ביצירת כללים דמוקרטיים –

### מצמצמים -

1. צדק הוא יחסי – אומרים שאין נכון או לא נכון לגבי צדק. לכל אחד יש צדק משלו.
2. פוגע ביציבות – כשאתה משתמש בצדק אתה פוגע ביציבות ובהכוונת התנהגויות. מאוד קשה לכוון התנהגות עם מושג שהוא כל כך מופשט.
3. אי לגיטימיות דמוקרטית –

פס"ד סולמין בלאן – רוצה לצוד חיות כדי לעשות ספורט יש חוק – חוק הגנת חיות הבר. החוק הזה מאפשר למי שרוצה להגיש בקשה לשר החקלאות לצוד חיות. ואז שר החקלאות יתן לו רישיון צייד. שר החקלאות החליט שהוא לא נותן לסולמין את הרישיון הזה. למה? אנחנו לא יודעים כי בג"ץ אוהב חיות. צייד חיות לשם ספורט זה לא מסוג העניינים שאנחנו נעזור לך בהם. הכנסת אמרה – כשחוקקו את חוק הגנת חיות הבר, ההלכה היהודית מתירה ציד חיות רק אם יש בהם איזשהו שימוש מעבר לספורט (לדוג' מאכל) ההלכה היהודית לא מאפשרת צייד חיות לשם ההנאה. העמדה של חברי הכנסת הדתיים – נדחתה. והכנסת החליטה שכן יהיו צייד חיות לשם ספורט אבל צריך שיהיה רישיון. בג"ץ החליט שהוא מוחק את החוק הזה. בג"ץ החליט שצייד חיות זה לא מוסרי או לא צודק או לא ראוי שהוא יפקח על זה. אם אתה לא תפקח על צייד חיות לשם ספורט אף אחד לא יפקח. הבעיה פה היא שלכנסת יש תפיסת צדק אחת ולשופט יש תפיסת צדק אחרת והשופט מחליף את תפיסת הצדק שלו באחרת. הבעיה בסולמין בלאן שיש חוק ובג"ץ הופך אותו לאות מתה. אנחנו לא יודעים למה סולמין לא קיבל רישיון זה יכול להיות מהטעמים הכי לא בסדר. זה יכול להיות בגלל אפליה או בגלל ניגוד עניינים. את בג"ץ זה לא מעניין למה הוא לא קיבל רישיון. הוא הופך את החוק לאות מתה. מה שבג"ץ בעצם אומר – תפיסת הצדק שלי חשובה ותפיסת הצדק של הכנסת לא. יש פה בעיה דמוקרטית. כשהשופט מחליף את תפיסת הצדק של המחוקק או הציבור בתפיסת הצדק שלו יש לנו בעיה. כמוכן אלו שמרחיבים ינקטו בגישה ההפוכה, יגידו בעזרת סעד למען הצדק אני מקדם דמוקרטיה כי יש לא מעט פסקי דין שבהם בג"ץ אומר הסמכות שלנו ליצור זכויות חדשות, המקור שלה הוא בסעד למען הצד למשל – זכות הטיעון. יש הלכה שבאה ואומרת (אין חוק) שלפני שהמדינה פוגעת בך היא צריכה לתת לך זכות טיעון. הפס"ד שיצר את הזכות הזו – פס"ד ברמן מ1958. רצו להעביר שכונה מתל אביב

לגבעתיים, התושבים לא רצו להעביר ושר הפנים החליט להעביר אותם. הם ביקשו שייתן להם לדבר לפני שיעבירו אותם (זכות טיעון) הוא לא הסכים הוא סירב לדבר ולפגוש אותם. הם עתרו לבג"ץ. השופט זילבר ב-1958 – אומר לפני שאתה פוגע במישהו אתה צריך לתת לו לדבר, אפשר לראות את זה כנגזרת מהסמכות שלנו סעד למען הצדק.

**בג"ץ בינוי ופיתוח נ' שר הביטחון** - מדינת ישראל מנהלת משא ומתן עם בינוי ופיתוח, משרד הביטחון מחליט שהוא לא רוצה לעשות חוזה. לא היה מכרז אבל היא ניהלה איתם משא ומתן. עקרונית בינוי ופיתוח צריכה לתבוע על חוסר תום לב. אבל זה ב-1974, חוק החוזים בדיוק נכתב, הם לא חשבו שהם יוכלו לתבוע לפי ס' 12, הם עותרים לבג"ץ נגד שר הביטחון בדרישה לפיצויים. היה ויכוח באותה תקופה שנקרא מחסום הכסף – האם אני יכול לקבל פיצויים מבג"ץ. בבינוי ופיתוח הבעיה היא לא הפיצויים שאני צריך לקבל אלא הבעיה היא בעיית העילה. על מה תקבל פיצויים? בינוי ופיתוח לא נחתם בחוזה ולא היה עוולה נזיקית. לא ברור על מה יתנו לה כסף, היא יודעת שאם היא תפנה למחוזי – היא לא תקבל כלום כי היא צריכה עילה חוזית או עילה נזיקית. השופט ברנזון – מכוח סעד למען הצדק אני יוצא עילה חדשה. אחריות כללית של המנהל. למנהל יש אחריות כללית להתנהג בצורה הוגנת, סבירה, שיוונית. אם המנהל לא מתנהג בצורה ראויה, תקינה הוא צריך לשלם פיצויים על זה. זה לא כתוב, ברנזון עכשיו יוצר עילה חדשה שלא קיימת בספר החוקים. השאלה היא פה שאלה מהותית לא דיונית – על מה הפיצויים? צריך איזשהו הפרה של חובה. ברנזון בעצם מכוח הסמכות להגיש סעד למען הצדק יצר עילה חדשה מקום העילות האזרחיות לא מעניקות לך זכות תביעה.

זה לא סתם סמכות, זה לא כמו הסמכות של שופט בשלום או במחוזי, סמכות שלי היא סמכות שאני יכול ליצור עילות, ליצור משפט, להעניק סעדים. גם כשהחוק לא נותן לי את זה. זה מכוח סעד למען הצדק. רק שיש בעיה עם זה, למה שהחברות ילכו למחוזי, כולם יפנו לבג"ץ.

**פס"ד ישי פאב נ' עיריית ירושלים** – אותה מערכת נסיבות, ישי פאב תובע את עיריית ירושלים על זה שהיא התנהגה איתו לא כמו שצריך. והוא מבקש פיצויים. הפעם יושבים ויתקון וסוצמן ואומרים לא נראה לנו שאפשר לתת לך פיצויים. מתוך עילה של ברנזון יצר? לא נראה לנו שזו הפעלה נכונה של סעד למען הצדק. אם השופט נותן פיצויים במקרה הזה, אז מאיפה מגיעים הפיצויים? מהתקציב. ואז מי אמר שהמדינה צריכה לשלם לישי פאב פיצויים ולקחת מבתי חולים. למה זה צודק לתת לכם פיצויים למה שעשו נגדכם אבל הכסף ילך מאיזשהו מקום אמיתי, שאמור לקבל את הכסף.

**בפס"ד מגדל** – ברק משאיר את זה בצריך עיון.

**פורום לדו קיום בנגב** – מבקשים להקים גשרון למרות שזה סותר את חוק תכנון והבניה. יש לי חוק שהטענה בו שהיא פוגעת (פסקת ההגבלה) הם אומרים איפה כל זה? זה לא קיים. כי השופטים בפורום לדו קיום בנגב, אמרו צדק. אנחנו פועלים מכוח הצדק, אבל מה עם כבוד האדם, הזכות לחיים, הזכות לחירות, חופש העיסוק, פסקת ההגבלה? איפה זה? הבעיה היא שפורום לדו קיום בנגב יוצר את הצדק כעילה חוקתית, הבעיה היא אם יש לי את העילה הזו למה אני צריך בכלל משפט חוקתי? הצדק לפי פורום זה, היא עילה חוקתית. (זה אחרי המהפכה החוקתית). זה הגיע כהחלטת ביניים באיזשהו מקום זו החלטה סופית כי אין המשך לזה.

**ה'. פיקוח בג"ץ: סמכות שבשיקול דעת (שפיטות, מעמד, פיקוח על הליכים**

**פנים פרלמנטריים)**

**סמכות שבשיקול דעת** –

גם אם נושא הוא בתחום הסמכות שלו, הוא עדיין יכול לסרב לדון בו. זה חריג. למה? כי במחוזי, בבית הדין הרבני. הסמכות שלנו היא סמכות שיקול דעתית. יש לנו שיקול דעת אם לדון או לא לדון. למחוזי אין שיקול דעת, הוא יכול לדחות לך את העתירה. בג"ץ כן יכול לעשות את זה. רק בג"ץ יכול לעשות את זה. בית המשפט העליון כשהוא יושב כבית משפט לערעורים הוא לא יכול

לעשות את זה. רק שהוא יושב כבג"ץ מכוח מה? לרוב יגידו שזה מכוח הסמכות להעניק סעד למען הסעד, צדק – יש לך סמכות להעניק שיקול דעת. אבל הבעיה שאם אתה תתנהג בצורה שהיום בא לי ומחר לא באלי, זו התנהגות קפריזית, שרירותיות. זה לא תואם שלטון חוק. מה שבג"ץ עשה והוא עשה את זה בעקבות וכאן זה גם המקורות ההיסטוריים, בג"ץ דומה לבית המשפט של המלך האנגלי, הוא שואב משם את הכללים והעקרונות והמבחנים שבהתאם להם הוא הולך להפעיל את סמכותו. יש לי שיקול דעת, הוא צריך להתבצע על פי כללים ומבחנים שפותחו לאורך הזמן, מאות שנים. זה לא רשימה סגורה, תמיד יול להיות לי מצב שבית המשפט פתאום יצור מבחן חדש או יאמץ איזשהו עילת סף חדשה. כי בודקים אותם על הדלת, על הסף. המקום שבו הכל מתרחש זה החלטה לגבי האם לשמוע אותך או לא לשמוע אותך, האם לתת לך להיכנס בדלת או לא – החלטה זו צריכה להיות בתחילת הדיון, **לרוב**. הסמכות היא סמכות שבשיקול דעת, יכול להיות מצב שלא יכריעו את זה בהחלטה, יכול להיות שתכנס, ותדבר ותוכיח שמגיע לך לקבל אבל אז יגידו לך החלטנו לא לדון בזה. למה? כי סה הכל חוזר לשיקול הדעת. בסופו של דבר, זה **מבחני סינון** – הם נובעים מכל מיני שיקולים שקשורים מהתפיסה שלך לגבי תפקיד בית המשפט. בתי משפט עליונים זה לא רק אצלנו, ה לא יכולים לשמוע כל דבר, הם צריכים לפתח לעצמם מבחנים מי הם רוצים שיגיע אליהם ומי שלא יגיע אליהם, לא כי הם לא רוצים אלא כי זה לראוי. האם אפשר לנהל ת המדינה הזו דרך בג"ץ? התשובה היא לא. האם ראוי לנהל את המדינה דרך בג"ץ? התשובה היא גם לא.

### **מבחן ניקיון כפים –**

לנקות את עצמך לא רק פיזית אלא גם נורמטיבית. הוא חייב לגלות את כל העובדות, גם עובדות לרעתו. בבג"ץ אין חקירות, יש תצהירים. ההליכים בבג"ץ לא מתאימים לערכאה ראשונה.

### **מבחן מיצוי הליכים-**

מי שמגיע לבג"ץ צריך להראות שהוא מיצה הליכים, אם מדובר בהחלטה שלטונית, אז העותר לפני שהוא עותר צריך לפנות לממונה, צריך לנסות למצות הליכים בתוך הרשות המבצעת. יש דבר הנקרא בשנים האחרונות גם מיצוי הליכים ברשות המחוקקת. אי אפשר לעתור לבג"ץ בלי לנסות למצות הליכים גם בכנסת.

אם אתה לא תצליח לשנות את החוק ואם לא תצליח להשפיע על הוועדה שצריכה להמליץ שבהתאם אליה יעשו חקיקה. צריך למצות הליכים גם ברשות המבצעת, גם ברשות השופטת וגם ברשות המחוקקת.

אנחנו בג"ץ זה המוצא האחרון, האפשרות האחרונה.

### **מבחן שיהוי-**

לאדם אסור לשעון על זכויותיו. אם אתה מקדים לבוא לבג"ץ ואומרים לך מה באת לך תמצא הליכים, ואם אתה הולך וממצא הליכים וממצא ולא פונה בזמן אז אומרים לך – "איחרת את המועד". זה חלק מהטריק, מצד אחד אתה ממצא הליכים ומצד שני אתה עומד עם היד על הדופק כדי לראות שברגע שההליכים מוצו לא להחטיא את הזמן. זה יכול להתרחש גם לא באשמתך. בג"ץ הבחין ביו שיהוי סובייקטיבי- שזה באשמתך לבין שיהוי אובייקטיבי – זה לא באשמתך אבל אתה עדיין יכול לפנות אלינו.

**פס"ד אוסי נחום נ' גיורא לב** – היה לנו מישהו שמונה להיות איזשהו בעל תפקיד בשירות הכבאות הארצית, במשך שנתיים הוא נמצא בתפקיד הזה. העותר מגלה שהמינוי של אותו בעל תפקיד גיורא לב היה לא חוקי. אוסי מגלה שהוא מונה שלא כדין. אוסי לא יכל לדעת שהמינוי לא כדין, הוא גילה את זה כאשר הוא קיבל מסמכים לידייו שאפשרו לו לדת שמלכתחילה המינוי לא היה תקין. לכאורה, אין פה שיהוי סובייקטיבי – זה לא באשמתו. אבל **השופט זמיר** אומר שצריך להבדיל בין שיהוי סובייקטיבי שזה באשמתך לבין אובייקטיבי שאתה לא השתתתה אבל הנסיבות השתנו ואנחנו לא יכולים להגיש לך עזרה.

הוא כבר מינה כשנתיים כמפקד, אתה לא יכול עכשיו לעתור ושהוא יחזיר את המשכורת שלו ויתפטר מתפקידו. אם הייתה עותר בזמן אולי היינו יכולים לעזור לך בעתירה. אבל אחרי שנתיים זכויות הפרט והכלל מונעים מאתנו לעזור לך. מתרחש פה **שיהוי אובייקטיבי** – הוא חל בכל מקום שטובת הכלל מורה לנו שלא להתערב כי הנסיבות השתנו.

**מבחן זכות עמידה –**

זכות עמידה- עותר שפונה לבג"ץ צריך להראות שיש לו מעמד, שבג"ץ ישמע אותו ולא ישמע מישהו אחר בסכסוך או בעתירה. מעמד זו זכות דיונית, זו הזכות להישמע. יכול להיות שבג"ץ ישמע אותך ויגיד שמענו אותך אבל לא שכנעת אותנו. הנקודה היא האם לשמוע אותך. לכן יש על זה את המריבות הכי גדולות כי לפעמים, לפחות שמעו אותך. יש הבדל בין זכות להישמע לבין זכות לנצח. זה שני דברים שונים. הזכות לנצח – היא זכות מהותית. הזכות להשתתף, להישמע – זכות דיונית. מעמד זה להיכנס, ולהיכנס בדיון ולהשתתף בו יש בו ערך כשלעצמו. לבג"ץ היו שלוש תקופות עיקריות לגבי זכות העמידה-

1. **תקופת המנדט** – כדי לעתור לבג"ץ המנדטורי, היית צריך להראות שהמדינה או שהפקיד הפר איזושהי חובה פורמלית או פוזיטיבית כלפי העותר. בתקופה זו היה צריך לחפש חובה בחוק או בתקנות או בפסיקה, והיינו צריכים להראות שהפקיד, עושה או לא עושה לך משהו שע"פ החוק הוא חייב לעשות. לרוב לא היה כזה דבר, אז לא היית יכול לעתור לבג"ץ.
2. **קום המדינה ועד שנות ה-80** – בג"ץ בחמש שנים הראשונות משחרר מהלכות האנגליות הנוקשות, זה גם קשור למשפט חוקתי מהותי. כבר בשנים הראשונות בג"ץ אמר – אני מכיר בזכויות שלא כתובות על ספר (פס"ד בזרנו) ופס"ד ברגמן – עלי ספר, מפי השופט לנדאו כשהוא מפרש את ס' 4 לחוק יסוד הכנסת. מספיק להראות אינטרס לגיטימי- זה יכול להיות כל דבר, אינטרס רוחני, רכושי. מה לא יכול להיות אינטרס לגיטימי – הרצון שלך שהרשות תתנהל בצורה חוקית. זה שאתה רוצה שמדינת ישראל תהיה מדינה עם מנהל תקין, מדינה נאורה ומדינה מתוקנת זה לא אינטרס לגיטימי, אתה צריך להראות משהו מעבר למשל – אינטרס עסקי. לדוג' - עיריית אשקלון פותחת מסלול מרוצים שיהיה פתוח בשבת העותר ששומר שבת אומר שזה יהרוס לו לשמור את השבת. שמירת השבת זה אינטרס לגיטימי – גם משהו רוחני נחשב. תמיד צריך לשאול אם זה אישי ומדויק לעומת ציבורי וכללי.
3. **למן שנות השמונים** – די שאתה מראה שאלה חוקתית ציבורית מהמעלה הראשונה. **פס"ד סגל 81-** בעלי מפעלים וראשי המשק עותרים נ' שר הפנים על זה שהוא לא הפעיל שעון קיץ, שר הפנים (פרץ) לא רצה שעון קיץ. הם ביקשו להיפגש אתו והוא לא התייחס. עקרונית אין להם זכות עמידה- המשק ירוויח מעוד שעה של שמש. השופט ויתקון בדעת מיעוט – אומר שאין אינטרס אישי ומיוחד, כי בא מישהו אמר אנחנו בעד שעון קיץ, הוא לא הצביע למה שעון קיץ חשוב לו יותר מאחרים. בית המשפט שמעו אותם ואז הם השתכנעו. **פס"ד ברזיאל 86-** ממשלת ישראל וביחד עם הנשיא רוקחים חנינה לשלושה אנשי שבי"כ שמעורבים בפרשת קו 300, עותרים נגד החנינה הזו עשרות פרופסורים למשפטים מרחבי הארץ וגם אנשים שסולקו מהפרקליטות, בג"ץ לא דוחה להם את העתירה על היעדר זכות עמידה, הוא דן בזה והוא מחליט שלנשיא יש סמכות כזו. הוא דן כי מדובר בעתירה חוקתית מהמעלה הראשונה, עם חשיבות ציבורית. יש ספק גדול אם לעותרים יש להם בכלל אינטרס לגיטימי. הם אומרים שהם רוצים שמדינת ישראל תהיה מדינה מתוקנת. **פס"ד אלוני 87-** חברת הכנסת שולמית אלוני וחבר הכנסת יוסי שריד ועוד כמה חברי כנסת עותרים נ' שר המשפטים. שר המשפטים החליט לא להסיג אדם בשם נאקש לשלטונות צרפת. נאקש רצח מישהו בצרפת וברח לישראל. הטענה שלו אם הוא יוסגר יהרגו אותו. שר המשפטים משה ניסים מהליכוד, אומר אני לא מסגיר אותו. לצרפת יש מדיניות של אי הסגרה ולישראל יש מדיניות של הסגרה. חברי הכנסת לא השתכנעו מהטענה שלו ואמרו שאין לו אינטרס מיוחד ולא אינטרס לגיטימי. פס"ד הכי בולט בביטול זכות העמידה – **פס"ד רסלר 86-** הוא עותר סידרתי, חלק מהעתירות שלו היו נגד אי גיוס בחורי הישיבות. ב181 ו82 דוחים לו את העתירות כי אין לו זכות עמידה ולא שפיטות. ב86 הוא מתייצב בבג"ץ ומביא לוח מתמטי ומראה שאם בית המשפט יקבל את העתירה, ויורה לשר הביטחון לגייס את בחורי הישיבות, הוא רסלר יעשה פחות מילואים. השופטים ברק ובן פורת – מקבלים את הטענה של רסלר שיש לו זכות עמידה. השופט ברק אומר – זו בכלל טעות עם הזכות העמידה, חייב להתנות את הסמכות של בג"ץ, הוא מנוי על חוקיות הממשל, איך יכול להיות שאנחנו נוכל לעשות את התפקיד שלנו אם דווקא במקרים שבהם הפרת החוק היא סיטונאית, רחבה, ציבורית, דווקא במקרים האלה אנחנו לא יכולים להתערב או לדון. ברק אומר אין שום הצדקה לזכות העמידה. ולכן הוא בעצם בא ואומר ראוי שאנחנו נזנח את הדרישה הזו למעמד. כאשר הפגיעה היא נרחבת הקורבן היא שלטון החוק. לא צריך לחפש קורבן ספציפי.

4. **משנות ה-90 ואילך** – בהתחלה הם מאופיינות ע"י עוד ליברליזציה של זכות העמידה, עוד התרופפות של זכות העמידה. שברק אמר שלא צריך זכות עמידה זה חריג לקיומו של עותר פרטי. לדוג' – המדינה מקימה מפעל בשטח של עיריית דימונה או סוללת כביש בתוך השטחים של דימונה ועושה זאת שלא בחוק. מי שיכול לעתור – עיריית דימונה, מי שגר שם. למשל ארגון אדם טבע עותר נ' המפעל מה היו אומרים לו? היו אומרים לו עקרונית לא צריך זכות עמידה, כי זה יכול להיות עניין ציבורי מהמעלה הראשונה, אבל פה יש לנו עותר פרטי, הוא יחליט אם לעתור או לא. כלומר חריג לגישה שבאה ואומרת יש הכרה בעותר ציבורי – החריג לו זה שיש עותר פרטי.

**פס"ד האגודה לזכויות האזרח 651/03-הכלל** – הכרה בעותר ציבורי. **חריג** – יש עותר פרטי. **חריג לחריג** – עניין בעל משמעות ציבורית החורגת מהמקרה הפרטי. השופט חשין – פסל את התשדירים של המפלגות הערביות. הם לא פנו לבג"ץ כי זו תקופת בחירות ואין להם זמן וכסף לבזבז על עתירות. האגודה לזכויות האזרח עותרת לבג"ץ וטוענת שהפסילה של חשין היא לא חוקתית, הבעיה שאין לה מעמד, למי שיש מעמד זה למפלגות הערביות. אז מצרפים את המפלגות הערביות כמושיבים לעתירה (משיבים פורמליים). למרות שהמפלגות הערביות הם עותר פרטי אני עדיין יכיר כעותר ציבורי. מה שמעניין זה פס"ד האגודה לזכויות האזרח שהיה בנושא בחירות, ובבחירות בית המשפט מאוד לא מקפיד על זכות העמידה. היה מאוד קל להגיד טוב זה נושא בחירות ולא נכיר בעותר הפרטי. השופט רובינשטיין אמר בנושאים אחרים שזה לא מוגבל בבחירות.

#### **בעד הגישה החדשה – ברק אומר**

צריך לבטל את הזכות העמידה המסורתית :

1. שלטון החוק
2. דמוקרטיה השתתפויות – אם אני מאפשר לאנשים לעתור לבג"ץ, יש להם מעורבות.

#### **בעד הגישה הישנה – ברק אומר**

1. טיעון היעלות ומניעת העומס – זה טיעון שקרי, כי ברק מביא אותו כדי להפיל אותו. יש לנו כלים אחרים לטפל בעומס.
2. מומחיות – שופט מומחה בלפתור סכסוכים ספציפיים ולא סכסוכים כללים.
3. דמוקרטי – הסיבה שאתה דורש אינטרס אישי ומיוחד זה כדי שלא לדון באינטרסים, בסכסוכים שהם כללים וציבוריים כי הם צריכים לדון בכנסת.
4. אל תתערב על ריב לא לך – כל משטר ליבראלי ודמוקרטי כולל בתוכו את ההפרדה בין דברים ששייכים לי לבין הציבור בתורה משותפת. מה שיש לי – לי יש את הזכות להחליט לגביה.

#### **הבעיה עם הגישה הברוקית – שוקי חושב שהגישה היא לא שהמנצח לוקח הכל, צריך לבדוק**

כל מקרה לגופו וכל מקרה לגופו מצריך בדיקה ספציפית. בג"ץ לא פועל ככה היות – הוא אומר שאם זו עתירה ציבורית – כולם יכולים לבוא. שוקי חושב שעדיף מה שהיה לנו קודם, אבל לפעמים צריך ליצור חריגים לזכות המסורתית, אבל צריך להיות ממקרה למקרה.