**שיעור מספר 1- 11\10\31**

* **מהו משפט חוקתי?**

המשפט החוקתי עוסק בחוקה ובמה שנכלל בתוכה.

* **במה נבדלת חוקה\ מדברי חקיקה אחרים?**

1. **תוכן**- לחוקה יש מאפיינים ייחודיים. מבחינת תוכנה עוסקת וכוללת בעיקר במבנה משטר וערכים וזכויות.
2. **עליונות-** החוקה היא מסמך שמכריז על עצמו ונתפס ע"י הציבור והמערכת המשפטית כבעל התוקף הנורמטיבי הגבוה ביותר בפירמידת הנורמות.
3. **נוקשות\שיריון-** החוקה עצמה קובעת כללים, תנאים ייחודיים לשינוי או לביטול שלה או של סעיף מסעיפיה. ברוב המקרים הכללים הללו מחמירים יותר מאשר כללי שינוי/תיקון או ביטול של חוקים רגילים.
4. **צורת הקבלה**- החוקה נולדת לא ע"י המחוקק הרגיל ולא בפרוצדורה רגילה של קבלת חוקים. ברוב המקרים נוצרת ע"י גוף מיוחד, בד"כ בפרוצדורה ייחודית שונה-"מכונן".
5. **סגנון-** לחוקה יש סגנון תמציתי. היא עוסקת בעקרונות היסוד באופן אבסטרקטי, מופשט בחוקה אין פירוט של הדברים אלא אמירות כלליות יחסית🡨נובע מהעובדה שהחוקה היא נוקשה וקשה לשנותה אז צריך לקבוע משהו כללי כדי שיוכלו להיגזר ממנו כמה משמעויות ולא יצטרכו בכל מקרה לשנות את החוק.

* **סיבות לכינון חוקה**

1. **יציבות**- עוזרת לשמור על כללי המשחק ולמקסם את המצב הקיים. יציבות היא שם המשחק במערכת פוליטית.
2. **להבטיח ערכים-** אנו רוצים להגן על ערכים מסוימים שאנו מאמינים בהם מפני:
3. פגיעה של הדור הבא. להמשיך את הצביון הערכי שלנו.
4. להגן על האדם מעצמו

**מודל מספר 1- החוקה הקלאסית**

* **אילו בעיות החוקה מעלה?**

1. בחוקות נכללות סוגיות שאין לגביהן קונצנזוס, הסכמה כללית.
2. העברת הסמכות להכרעה לבית המשפט- מציאות בעייתית, אנטי – דמוקרטית. החוקה יוצרת מתח (פוטנציאלי) בין הבנת הרוב להבנת בית המשפט. לעיתים ביהמ"ש יכול לייצג את המיעוט.
3. מכפיפה את הדור הנוכחי לערכי הדורות הקודמים- עלול להיווצר מצב שבו אנחנו הופכים להיות "נשלטים ע"י היד המתה של העבר".
4. מחלישה את המוטיבציה לבחון ולחולל שינוי- חברה שמתקבעת, מתייבשת ונכשלת.
5. לא הצלחנו להגן על עצמנו מפני עצמנו- החוקה למעשה "לא מספקת את הסחורה" וזאת משום שגם בית המשפט עושה טעויות ופוסק לעיתים באופן שגוי יחסית לחוקה.

**שיעור מספר 2- 11\11\03**

* **דרכי התמודדות עם הקשיים שיוצרת החוקה**

1. **הגבלת היקף הביקורת השיפוטית**- מתח בין הבנת הרוב להבנת בית המשפט. **לפי ההוגה Thayer-** בית המשפט צריך להתערב בצורה מינימליסטית, אך ורק במקרים בהם יש סתירה ברורה שלא ניתנת לגישור בין הוראות החוקה לחוקי המדינה, בכל המקרים האחרים ביהמ"ש לא יתערב. בגישה זו לא נשמרים הערכים והעקרונות של חוקי היסוד. **לדעת הוגה אחר, Ely,** ביהמ"ש יתערב אך ורק כאשר תהיה פגיעה בחוקי המשחק הדמוקרטי- אפילו אם ביהמ"ש סובר שקיימת סתירה בין החוקה לבין חוקי המדינה, הוא לא יתערב, אלא אם כן נפגעים כללי המשחק הדמוקרטי. פתרון זה נותן אמנם מצמצם את הביקורת השיפוטית אך לא נותן מענה לשאר הבעיות ומותיר את המערכת המשפטית כפופה ומקובעת לערכים של הדור הקודם.

* לדוגמא- בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת- גרוניס נוהג בשיטה של ELY וטוען שאין להתערב בחוק טל ובהחלטה על החוק משום שהדמוקרטיה בעצמה קבעה אותו, על פי שלטון הרוב.
* בשנת 1971 פרסם השופט לנדוי מאמר בו דן בשאלה האם נחוצה לנו חוקה עם הביקורת השיפוטית שמתלווה לה. לנדוי כותב על החששות מפני התגמדות כוחו של בית המשפט, הוא מעלה חשש שהמעורבות השיפוטית בשאלות המהותיות יזיקו במעמדו של בית המשפט, יכתימו אותו ויהפכו אותו ל"מסומן" פוליטית-ערכית. מה שיוביל לכך שחלק לא מבוטל מהציבור יסתכל עליו בתור "אויב" והמערכת הפוליטית תראה בו כ"יריב" משום שבית המשפט מבטל\מגביל את כוחו של המחוקק והרשות המבצעת. לכן לנדוי טוען שהוא בעד החוקה מבחינה מבנית אך נגד חוקה מבחינה ערכית.

1. **מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי-** פתרון לבעיה מס' 2, המתח שיש בין הציבור לבין בתי המשפט.

**מנגנון בחירה דמוקרטי**- השופטים ייבחרו כל כמה שנים בהליך דמוקרטי.

**קציבת משך כהונת השופטים**- התחלופה מאפשרת סוג של יישור קו בין החלטות בית המשפט לדעת שקיימות בציבור.

פתרון זה אמנם נותן לציבור אפשרות להשפיע על עמדותיו של בית המשפט בשאלות שנויות במחלוקת. פתרון זה לא עונה על הצורך של "להגן על עצמנו מפני עצמנו", כי בעצם בחירת השופטים הציבור למעשה קובע את הערכים וכו'. בנוסף, לא פותר את בעיית דלדול השיח הציבורי.

1. **הורדת רף השיריון**- נובע מהעובדה שחוקות רבות משוריינות בשיריון שהוא שיריון גבוה מאוד- דרוש רוב של מעל חמישים אחוז כדי לבטל\לשנות את החוקה. לכן נוצר מצב בו העם חושב ומרגיש אחרת לעומת החוקה שמקובעת לערכים ישנים יותר. אפשר לומר על פתרון זה שהוא מרפא את המחלה אך הורג את החולה, אמנם נפתרת בעיית הקיבעון המוסרי אך אינה נותנת הגנה לערכי היסוד של המדינה.
2. **תורות פרשנות**- פרשנות חוקה: החוקה כמו כל מסמך, היא טעונה פרשנות. חוקות הן אבסטרקטיות.נכתבו הרבה ספרים על פרשנות חוקה, יש המון גישות. אפשר לזהות 2 אסכולות:

**אוריג'ינליזם**- פרשנות החוקה צריכה להלום את כוונתם המקורית של מנסחיה או את המשמעות המקורית של הטקסט. גישה זו מחמירה את הקיבעון ואת חוסר היכולת של הרוב הנוכחי לעצב את תפיסת עולמו. גם אם הפרשנות האורג'ינסליסטית פותרת את בעיית ריכוז הסמכות שבידי בית המשפט, היא אינה פותרת, ולמעשה מחמירה,את המתח בין החוקה לדמוקרטיה.

**נונאורג'ינליסטים**- לא מחויבים לכוונה או למשמעות המקורית.

**מודל מספר 2 - המודל הדיאלוגי:**

* **מודל זה נשען על הנחת היסוד כי בחברה אין הסכמה כללית**

ישנן שאלות יסוד מהותיות שאמורות להיות מוכרעות ע"י דיון מעמיק וחילוקי דעות.

**הבעיה:** למערכת הפוליטית שלנו אין תמריץ לדון בשאלות החשובות אם פוליטיקאי יתחיל לדבר בצורה אבסטרקטית. כשמדובר בשאלות גדולות, חשובות ,העוסקות באבני היסוד של המערכת אנחנו רוצים שהדיון יהיה דיון רציני ומעמיק. אלא שהמציאות מלמדת אותנו שהמערכת הפוליטית לא יכולה להבטיח שהדיון יהיה דיון רציני. היא לא בנויה בצורה שמבטיחה את זה. צריך למצוא מנגנון שיביא לכך שהדיון יהיה רציני ומעמיק. כאן יכולה להיכנס חוקה .לביהמ"ש בשיטה זו יש תפקיד מוגבל, הוא כמו שחקן פוליטי אבל החלטתו היא לא סופית וניתן יהיה לבטל אותה. אנחנו בעצם מחפשים דרך לחזק את הסיכוי שהכרעה בשאלות עקרוניות תתקבל בדיון מעמיק ושקילת כל השיקולים הרלוונטיים. יש שאומרים שאפשר להשתמש בחוקה לצורך העניין. חוקה זאת תהיה אבסטרקטית בהסכמה, היא תכלול את הערכים היסודיים שעליהם אנחנו יכולים להסכים.   
**המילה האחרונה במודל זה תהיה של המחוקק.**

**היתרון:** יש דו שיח וחילוקי דעות בין המחוקק לבין הרשות השופטת –זה מאפיין חשוב של חברה דמוקרטית.

**החיסרון:** אף אחד לא יתייחס ברצינות לביהמ"ש כי המילה האחרונה תהיה של המחוקק. המערכת הפוליטית תתעלם מבית המשפט.

**שיעור מספר 3- 11\11\07**

**מודל מספר 3- חוקה ככלל השתקה**

במודל הראשון אחד החששות הוא להתגבר על הוראות החוקה ופרשנותה מה שיוביל לכך שהציבור בכללותו והמערכת הפוליטית כולה יפסיקו להתארגן עם הנושאים הללו כי הם יקבלו את החוקים בחזקת "ראה וקדש" ויבינו שאין ביכולתם לשנות את החוקים האלו. כלומר, אין שיח ציבורי והתדיינות על הנושאים האלו, הם מפסיקים להיות רלוונטיים, המערכת תהיה "יבשה". במודל זה, החיסרון של החוקה הקלאסית יהיה היתרון של החוקה ככלל השתיקה. לעיתים, יש עניינים שעדיף לא לדבר עליהם ולא להעלות אותם לדיון. לדוגמא: אנשים המשרתים במילואים לא מדברים על פוליטיקה משום שהם לא רוצים לקלקל את האווירה ומבינים כי לכל אחד יש דעה משלו ורעיונות משלו ולכן זה פרודוקטיבי לעסוק בדברים אלו. עפ"י גישה זו, חשוב מאוד שסוגיות מהותיות יועלו ויהיה עליהן דיון בקונטקסט הפוליטי. אך עניינים מסוימים בנסיבות מסוימות, יש עדיפות לא לדון עליהם ולא לדבר עליהם, הם רק מעמיקים את השסע והדרך הטובה ביותר להתמודד עם הנושאים האלו היא "שתיקה".

ישנם סוגים שונים של השתקה- באנגלית נקראים- Gag Rule, לדוג':

* ישנה השתקה בהסכמה- היא לא מעוגנת בהסכם כתוב\פורמלי.
* ישנה השתקה שמעוגנת בהסכם קואליציוני, בחוק וכו'.

בניגוד לשני המודלים הקודמים, השימוש בחוקה זו הוא מאוד סלקטיבי. אנו נעשה שימוש בחוקה זו במקומות שבהם המאפיינים הם כאלה שהסוגיה היא מאוד שנויה במחלוקות וגורמת לנזק\שסע\מחלוקת בין קבוצות מסוימות באוכלוסיה. עושים שימוש בה רק בנסיבות מאוד ספציפיות ולא בהיקף נרחב.

* דוגמא לכלל השתקה שפעל במדינת ישראל- יחסי דת ומדינה- **סטטוס קוו-** היה נהוג במשך שנים רבות, והיה שימוש בו מקואליציה לקואליציה. הוא הצליח במידה לא מבוטלת להוריד מעל סדר היום סכסוכים ומחלוקות בענייני דת ומדינה. מדובר במנגנון שפעל בצורה די מוצלחת- הצליח לצנן את האווירה. הוא לא היה מעוגן בחוקה. חלקו היה מעוגן בחקיקה ראשית וחלקו בחקיקה משנית. זהו כלל השתקה בלתי פורמלי.
* עולה השאלה- כשאנו רוצים להשתמש בהשתקה כדי למנוע העמקת שסעים וכו', למה צריך חוקה בשביל זה ואי אפשר פשוט להשתמש במנגנוני השתקה רגילים?

תשובה מס' 1- במקרים בהם אפשר להשיג השתקה באמצעות כלים יותר קונבנציונאליים נשתמש בהם, אך יש מקרים בהם חייבים מנגנון "סופר-יעיל" אז נשתמש בחוקה.

תשובה מס' 2- באופן פרדוקסלי, כאשר משתמשים במנגנוני השתקה שאינם חוקה, במערכות שבהם כבר יש חוקות מהמודל הקלאסי או האידיאולוגי- המנגנונים הללו אינם יעילים, אנשים לא מתייחסים אליהם כמו שהיו מתייחסים אליהם אם הם היו חוקה.

* במשך שנים ארוכות המציאות במדינת ישראל הייתה שלא ניתן להקים ממשלה- לא היה רוב מוחלט. ולכן למפלגות הגדולות (לדוג' מפא"י) הייתה מוטיבציה לשתף פעולה עם גורמים דתיים ולכן היה את ההסכם הסטטוס קוו והיה צורך בו. אך בתחילת שנות ה-80 כבר קמו מפלגות גדולות וכבר לא היה צורך בהסכמים כאלה כי אין להם צורך לקבל רוב כזה. הייתה התרופפות בסטטוס קוו, אפשר כבר היה "לפזול" לצדדים, ולכן מידת האמון הולכת ונחלשת וההסכמה מראש שנאמרת בשפה רפה, כמו כן גם בית המשפט העליון הפך להיות יותר ויותר אקטיביסט בעניין דת ומדינה. בשנת 1992 הייתה מהפכה חוקתית- מה שהגדיל את כוחו של בית המשפט העליון. ואכן, זמן קצר לאחר המהפכה, יש סוגיה חדשה שמתעוררת- המדינה היא היבואן היחידי של בשר מחוץ לארץ (מדיניות זו מוצדקת על רקע המצב הבטחוני, למנוע ספסרות וכו'), והחלה דרישה לייבוא פרטי של בשר, והמדינה רצתה להעניק רשיונות ייבוא בשר לאזרחים, מה שיביא לכך שבמדינת ישראל יחלו למכור בשר לא כשר, זוהי פגיעה מובהקת בסטטוס קוו, לכן המדינה חוזרת בה ומבטלת את הפרטת הייבוא. אך בית המשפט לא מאשר קביעה ואומר שהיא לא חוקית- פוגע בחוק יסוד חופש העיסוק. אי אפשר לחוקק חוק שאוסר על ייבוא בשר פרטני בגלל כשרות- משום פגיעה בחוק יסוד חופש העיסוק (בגלל המהפכה החוקתית).
* **ישנה טענה כי ההשתקה שמייצרת החוקה היא השתקה בעייתית.**

אם **בית המשפט מפרש** וקובע את התוכן הקונקרטי של החוקה(כמו במודל הקלאסי)- ההשתקה למעשה מתבטלת, אנחנו השתקנו את עצמנו והשארנו את בית המשפט "לצעוק לנו באוזן" ויחליט את מה שהוא רוצה למרות שהאזרחים "שותקים". נוצר מצב שבו החוקה מחמירה את המצב- האזרחים שותקים אל מול בית המשפט.

אם המילה האחרונה היא של המחוקק(כמו במודל הדיאלוגי)- לא מתקיימת השתקה, היא בלתי אפשרית מבחינת המודל.

**איך משיגים השתקה?**

* הנושאים שנבחרים יהיו מעוגנים בחוקה באופן נרחב- לעגן את הפשרה שהגענו אליה בצורה הכי מפורטת שאפשר בתוך החוקה. ברגע שהנושא הזה מסודר באופן מפורט בית המשפט לא יכול לבוא ולהגיד את מה שהוא חושב, אלא הוא יהיה צמוד ללשון החוקה, בגלל שיש פירוט מלא והוא לא יכול לסטות ממנו.
* לקבוע בחוקה שהנושאים שייבחרו למנגנון השתיקה יהיו נושאים שלבית המשפט אסור להתערב בהם.
* **פרופ' ספיר טוען כי האפשרות הראשונה טובה יותר כי:**
* האפשרות למנוע מבית המשפט להתערב היא מוטלת בספק.
* תנאי לכלל השתקה מוצלח היא שיקדם לו דיון. הוא צריך להיות כזה שמוסכם על המתדיינים, על ה"יריבים". אופציה זו תכריח את המדינה לדון בסוגיות האלו.הדרך הטובה ביותר היא דיון ציבורי המעוגן בחוקה בצורה מפורטת.
* הבעיה העולה מחוקה זו, היא בעיית ה-"יד המתה של העבר". חוקה כזו תכפיף את הרוב של היום לרוב של פעם. כדי להתגבר על הבעיה יש את כלי הפרשנות, אך באפשרות הראשונה אי אפשר לשנות ולפרש את החוקה משום שהיא מפורטת לפרטי פרטים.
* יש פתרון לבעיה זו- שיריון זמני, ("מנגנון השמדה עצמית"). כדי שלא נהיה "תקועים" עם ההסדר הזה לתמיד, אז אחת לפרק זמן מסוים שמעוגן בחוק עורכים דיון מחודש על ההסדר שמשוריין ובוחרים אם לשנות, להשאיר או לבטל את ההסדר.

**משפט חוקתי במדינת ישראל**

* בתוך מגילת העצמאות נכללת החלטה מפורשת לחוקק חוקה.
* בשלב הראשון- הכרזת עצמאות- ה' באייר תש"ח.
* בשלב השני- עד ה-48\10\01 יש לחוקק חוקה.
* בשלב השלישי- יהיו בחירות ומהם נקים ממשלה ומחוקק. אך עד אז, תהיה לנו ממשלה זמנית ומחוקק זמני (מועצת העם) שהיו נהוגים באותה תקופה ביישוב היהודי.

מגילת העצמאות מבטיחה לנו חוקה ונותנת פרק זמן מוגדר לחוקק חוקה- 4.5 חודשים לאחר הקמת המדינה. עולה השאלה, האם הם התכוונו ברצינות לכך שתקום חוקה בפרק זמן כל כך קצר ובייחוד שבאותה תקופה העם היה עסוק במלחמת העצמאות. תשובה אפשרית היא, שהם לא התכוונו ברצינות אלא התכוונו בעיקר "לדבר אל העולם", ההכרזה על מדינת ישראל הייתה חד צדדית והיה **צורך להראות לעולם שמדינת ישראל היא מדינה רצינית, שמחויבת לזכויות האדם שיעוגנו בחוקה.** למעשה זה היה כדי להשיג את התמיכה וההכרה של העולם במדינת ישראל. שבועות ספורים לאחר הקמת המדינה, מאותגר בית המשפט העליון ומתבקש לפסוק כנגד חקיקה ראשית: בג"צ 48\10 זיו נ' גוברני- אדון גוברניק, ממונה, במשרד הפנים החליט להפקיע את דירתו של אדם בשם זיו מסוים כדי לתת את הדירה לפקיד בכיר במשרד הפנים בשם תקנה שהייתה קיימת עוד מימי המנדט הבריטי. אדון זיו מבקש לבטל את התקנה הזו, שהיא למעשה חוק, מכיוון שהיא פוגעת בעקרונות שמופיעים במגילת העצמאות, שהוא בעל תוקף של חוקה, עקרונות החירות. הוא מבקש כאן, ליצור לראשונה במדינת ישראל מדרג נורמטיבי. בית המשפט לא משתכנע וטוען כי המגילה היא לשם הכרזת המדינה ותו לא. היא לא חוקה, ואפילו לא חוק.

יש הטוענים כי בית המשפט פסק כך משום שידע שבקרוב תיחקק חוקה למדינת ישראל ואילו ידע בית המשפט כי לא תהיה חוקה בקרוב היה מקבל את העתירה. יש הטוענים כי חבל שלא קיבל בג"צ את העתירה.

בשלב מסוים מתקיימות בחירות לאסיפה המכוננת (הועדה שתחוקק את החוקה). סמוך לבחירות אלו מקבלת מועצת המדינה הזמנית מקבלת חוק ובו היא קובעת שהיא תחדל להתקיים ברגע שבו תבחר האסיפה המכוננת וסמכויותיה אל האסיפה. מועצת העם הזמנית הפכה את האסיפה המכוננת לרשות המחוקקת.

מדוע היא עשתה זאת?

* אורי ידין אומר כי הזמן חלף, והייתה תחושת חוסר נחת בקרב אנשי מועצת המדינה הזמנית ובכלל בקרב המערכת השלטונית. חוסר נחת מהמצב שבו יושבים אנשים במועצת הזמנית מקבלים החלטות מבלי שאף אחד בהם. לכן מין הראוי שהאנשים שייבחרו, יועבר להם המנדט והזכות להיות הרשות המחוקקת על פי בחירת העם.
* סיבה נוספת, אף אחד לא ממש התכוון ברצינות לכך שהאסיפה המכוננת תהיה רק גוף מכונן שמייצר חוקה. אלא מבחינתם הבחירות היו לבחירת רשות מחוקקת.

האסיפה המכוננת משנה את שמה ל"כנסת הראשונה"- הרשות המחוקקת. היא מקיימת דיונים ומקימה וועדת חוקה, ומנסה לגבש מסמך כזה. אך הדיון כולו, הוא דיון מקרטע, לא מתקדם, עקב חוסר ההסכמה על סעיפי החוקה וגם חוסר הסכמה על הצורך בחוקה.

* באמצע שנת 1950 חבר כנסת יזהר הררי, מעלה הצעה שהופכת להיות **החלטת הררי-**אנחנו לא עומדים לייצר חוקה במכה אחת, אלא חלק חלק, נייצר קודם חוקים שייקראו חוקי יסוד ולאחר מכן נאגד את כולם ביחד לחוקה.

מהי הסיבה שבגללה לא מצליחים לייצר לחוקה ונאלצים להסכים לפשרת הררי?

* ישנה טענה שהדתיים מטרפדים את העניין מכיוון שמבחינתם התורה היא החוקה.
* הנימוק העיקרי- **בן גוריון** מתבטא בישיבה של מפא"י ואומר באופן נחרץ- **" לא תהיה חוקה".** דוד בן גוריון הוא ראש ממשלת ישראל והוא לא רואה מצב שבו הוא ומפלגתו מפנים את המושב ומפלגה אחרת עולה לשלטון. לכן הוא לא רואה צורך בכך שתהיה חוקה שתגביל את הכוח שלו ושל המפלגה שלו. למעשה מי שצריך את החוקה היא האופוזיציה ולא הקואליציה משום שהיא מגבילה את הקואליציה.
* אנחנו קבוצה קטנה מבני העם היהודי וזה לא הוגן שדעתנו תוחל על כל היהודים שעוד יעלו לא"י בהמשך.
* נימוק מוסדי- שקשור ל"תקלה" של הפיכת האסיפה המכוננת לרשות המחוקקת. אם האסיפה המכוננת הייתה רק אסיפה מכוננת היא הייתה מתרכזת רק בחקיקת החוקה. אך לעומת זאת כאשר האסיפה המכוננת היא גם הרשות המחוקקת, היא מתעסקת בעיקר בחקיקת חקיקה ראשית ובביקורת על הרשות המבצעת. בנוסף, מטרתה של האסיפה המכוננת הייתה שהיא תחוקק חוקה באופן אובייקטיבי, ושכל האינטרס שלה יהיה לחוקק חוקה, אך כאשר האסיפה המכוננת היא גם הרשות המחוקקת- אין לה סיבה או רצון לחוקק חוקה משום שהיא מגבילה את כוחו של המחוקק. למחוקק אין שום סיבה לחוקק חוקה שתגביל את כוחו.

האם מי שהרים את ידו בעד החלטת הררי עשה זאת מתוך מחויבות מלאה ומתוך כוונה לכבד ולפעול מתוך החלטת הררי? העובדות לא מלמדות על רצינות מיוחדת, משום שעברו 8 שנים ארוכות עד שהכנסת חוקקה את חוק היסוד הראשון (בשנת 1958 חוק יסוד:הכנסת). זהו פרק זמן ארוך מאוד מה שגורם לנו לחשוב שהם לא התייחסו ברצינות גם להחלטת הררי. עד שנת 1992 מתקבלים 9 חוקי יסוד, שהמכנה המשותף שלהם הוא שהם חוקי יסוד שעוסקים בעיקר במרכיב המבני המוסדי (ממשלה, כנסת, מדינה, מבקר המדינה, משק המדינה, הצבא וכיו"ב). לא מתקבלים בכלל חוקי יסוד שעוסקים בפרק של ערכים וזכויות, וזה לא מפני שלא מנסים אלא מפני שמנסים ולא מצליחים. נעשים כמה ניסיונות לקדם את זכויות האדם אך נכשלים ואפילו לא עוברים לקריאה שלישית. כך יצא שכל החוקים עסקו במבנה המדינה והמשטר. נוצר הרושם שזהו יעד בלתי מושג, הכישלונות לקדם את חוקי היסוד של זכויות האדם גרמו לציבור ולמערכת להאמין כי לא ניתן יהיה להשיג הסכמה לגבי עניין זה. בתחילת שנות ה-90 קמה תנועת "חוקה לישראל" המורכבת מפרופסורים באונ' תל אביב שניסו לקדם הצעות שונות לגבי זכויות האדם אך גם ניסיונות אלו כשלו. זהו המצב שבו אנו מגיעים לשלהי שנת 1991, תחילת שנת 1992.

עולות שתי שאלות ממצב זה:

* מה זה אומר שאין לנו מגילת זכויות אדם עד שנת 1992? מה המצב במדינת ישראל מבחינת זכויות אדם?
* החלטת הררי מובנת לנו, אך מה יהיה מעמד חוקי היסוד בפרק הזמן בין חקיקת חוקי היסוד עד להתאגדותם לחוקה?

תשובה על שאלה ראשונה: מדינת ישראל מייצרת מנגנונים אפקטיביים להגנה על זכויות אדם, מי שבונה את המערך המפואר הזה הוא ביהמ"ש העליון:

* **הכרה בקיומן של זכויות האדם:**

פס"ד בז'רנו-1949- בז'רנו שימש ככותב בקשות במשרד הרישוי, שימשו כ-"מעאכרים". יום אחד מחליט שר המשטרה שהוא לא מסכים לו יותר להגיע למשרד הרישוי ולעשות זאת. בז'רנו עותר לבג"צ. בית המשפט פוסק כי יש לאדם זכות טבעית, זכות חופש העיסוק שהאדם "נושא עימו בציקלונו" בית המשפט אומר בעצם שיש לנו זכויות טבעיות מעצם היותנו בני אדם, גם אם הן לא רשומות בשום מקום.

* **דרישה למקור, הסמכה מפורשת-** בכדי לפגוע בהן צריך הסמכה מפורשת. בג"צ 81\337 מיטרני- בפס"ד זה שמגר אומר שאם הממשלה פוגעת בזכות טבעית היא צריכה להצביע על הסמכה מפורשת. לשלטון אסור לעשות שום דבר אלא אם כן יש לו הסכמה לכך. החידוש שמחדש שמגר הוא, **כאשר מודבר בפועלה שהרשות המבצעת עושה ופוגעת בזכויות טבעיות יש צורך בהסמכה מפורשת-** כאשר המחוקק מגדיר את ההסמכה הזו בחוק. מכיוון שאין הסמכה מפורשת לכך שמגר פוסל את ההחלטה של הרשות המבצעת.

**שיעור מס' 4- 11\11\10**

* **חזקה פרשנית**- יש ספק, אין ספק. בכל מקרה בו אפשר לפרש את המחוקק בשתי דרכים: האחת שיש פגיעה והשנייה שאין פגיעה בזכות אדם- נבחר באופציה המיטיבה עם זכויות האדם. נניח שהמחוקק לא רצה לפגוע בזכויות האדם. החזקה הפרשנית "בולעת" את הדרישה להסמכה. אנו לעולם נפרש בצמצום את החוק כאשר יש פגיעה של החוק בזכויות האדם. דוגמא לחזקה הפרשנית- פס"ד שטרייט- תביעת גירושין שבה הבעל מבקש להתגרש והאישה מסרבת. על פי ההלכה העברית, הבעל לא יכול להתגרש ללא הסכמת האישה, מה שמותיר את הבעל "תקוע" משום שמדינת ישראל אוסרת על פוליגמיה. הנישואין של בני הזוג תקפים למרות שהם אינם נשואים נישואים דתיים. לבעל יש "אור בקצה המנהרה" שמצוי ב-ס' 5 לתיקון חוק העונשין- אדם לא ייחשב ביגמיסט אם הוא קיבל היתר נישואין מבית הדין הרבני. ואכן, הוא פונה לבית הדין הרבני ומקבל היתר נישואין. האישה תוקפת את העניין הזה. המטרה של פס"ד **להדגים את מידת הנכונות של בית המשפט לבצע "פעלול פרשני" כדי למנוע פגיעה בזכויות אדם**. ביהמ"ש העליון אומר כי לבית הדין הרבני אין במקרה זה יכולת לשחרר את הבעל מהאיסור על פי חוק- למרות שכתוב במפורש שאם בית הדין הרבני נתן היתר נישואין אז זה בסדר- בית המשפט אומר **שיש לקרוא את ס' 5 בצמצום**, באופן שיוצאים מתחולתו מקרים כמו המקרה של פס"ד- באופן שיעלה בקנה אחד עם ס' 6 (עוסק בעבירת הביגמיה בנוגע ללא יהודים) שבו נאמר שאדם לא ייחשב לביגמיסט רק אם בן הזוג שלו לוקה בנפשו או נעדר במשך 7 שנים או שהוא נפטר. בית המשפט יוצא מנק' הנחה ש-ס' 5 דיבר על היתר של בית דין רבני שיכול להינתן בנסיבות זהות דומות לנסיבות שמדוברות ב-ס' 6. לבית הדין הרבני אין זכות להכריע מהנימוקים ומהשיקולים שנראים לו. לצורך העניין שלנו, הכוח של בית הדין הרבני להפקיע את האיסור הפלילי לביגמיה מוגבל. בית המשפט אומר שאם לא כן אנו יוצרים אבחנה שנראית כאפליה בין יהודים לבין אנשים שאינם יהודים- כלומר- מי שאינו יהודי צריך לכופף את ראשו תחת האיסור של ביגמיה, וליהודי יותר קל לקבל היתר מסוג זה. בימ"ש מכפיף את ס' 5 ל-ס' 6 ולא להפך כפי שעשה בית הדין הרבני. העילה שמציג בית המשפט היא בלתי סבירה בעליל, כי השאלה שנשאלת באופן מיידי למה יש ס' 5 ליהודים ו-ס' 6 ללא יהודים? הניסוח הוא ניסוח שונה לגמרי, ולכן זה מעיד שהמחוקק התכוון לאבחן בין יהודים לבין מי שאינם יהודים.אילו באמת הייתה חפיפה בין יהודים לבין לא יהודים לא היה צורך ב-2 סעיפים אלא היו רושמים שיהודים זקוקים גם להיתר נישואין, לא היה צורך להפריד בין הסעיפים. **המחוקק התכוון לאבחן בין יהודים ללא יהודים- פס"ד זה מציג מצב שבו בית המשפט עשה פרשנות שונה לגמרי מכוונת המחוקק וכל זאת בכדי למנוע פגיעה בשוויון. זוהי חזקת הפרשנות.**
* בחינה מחמירה של שיקול הדעת של הרשות המבצעת-

קול העם ואח' נ' שר הפנים: פקודת העיתונות המנדטורית העניקה סמכות לשר הפנים להוציא צו להפסקת פרסום או הפצת עיתון שיש בו כדי לסכן את שלום הציבור. בעקבות פרסום מאמרי ביקורת חריפים על ממשלת ישראל, עשה שר הפנים שימוש בסמכותו, והורה על הפסקת הוצאתו של העיתון "קול העם" לאור למשך 10 ימים. השקפת שר הפנים הייתה כי פרסום המאמרים כמוהו כהפצת חומר "העלול לסכן את שלום הציבור". השאלה המשפטית שעמדה בפני בית המשפט- מהו האיזון הראוי ביו חופש העיתונות והביטוי לבין הסמכות שבפקודת העיתונות להטיל הגבלה על חופש העיתונות? יש פגיעה בחופש הביטוי. בית המשפט שם על כפות המאזניים את הפגיעה בחופש הביטוי ואת הסדר הציבורי ובודק באילו נסיבות קיימת הצדקה בשם הסדר הציבורי לפגוע בחופש הביטוי. הוא פוסק כי הנסיבות שהיו לא היוו הצדקה לפגיעה בחופש הביטוי. באותה תקופה, פסילת החלטה של שר הייתה דבר מהפכני וחריג מאוד ובהחלט בית המשפט קובע כאן סטנדרט שבו בית המשפט נדרש לבדוק ובמקרה שצריך גם לפסול חקיקה משנית\החלטה של הרשות המבצעת.

מי צריך בכלל חוקה? בית המשפט הגן בצורה מאוד אפקטיבית על זכויות האדם, אז למה צריך להכניס לעניין הזה חוקה? ביהמ"ש מזהה זכויות ועומד עליהן בפני השלטונות ואף פוסל לעיתים חוקים של שרים במקרה שיש פגיעה בזכויות. יש דבר אחד שבית המשפט לא מוכן לעשות ולא עושה- לבטל חוקים של הרשות המחוקקת, בהיעדר חוקה לא ניתן לבטל חקיקה של הכנסת.

מה מעמדם של חוקי היסוד בתקופת הביניים עד למהפכה החוקתית בשנת 1992? מה הסטטוס שלהם?

כשקוראים את החלטת הררי, אין תשובה לשאלה הזו. היא לא אומרת מה הסטטוס של חוקי יסוד בין חקיקת חוקי היסוד עד לאיגוד חוקי היסוד לכדי חוקה אחת? נבחן זאת באמצעות פסיקת בית המשפט בתקופת הביניים- האם הוא התייחס אליהם כאל חוק רגיל או כאל חוק במעמד עליון?

פס"ד ברגמן-הכנסת השישית-חוק מימון מפלגות. מדינת ישראל כמו דמוקרטיות אחרות מתקצבת את הפעילות הפוליטית ואת קמפיין הבחירות (בגלל שזה פתח לשחיתות, נשארים חייבים לגורמים פרטיים שתרמו כסף לקמפיין). מדובר בדבר בעל ערך לכלל האזרחים. על פי חוק מימון לקראת הכנסת השביעית- חוק שאומר במימון מפלגות יזכו רק מפלגות שכיהנו בכנסת היוצאת, בכנסת השישית, גם אם המפלגות שלא כיהנו בכנסת השישית ייכנסו לכנסת השביעית ברוב קולות עם הרבה מנדטים. המפלגות שמחוקקות חוק זה עושות את זה כדי להקל על עצמן, בשביל שיהיה להן יותר קל בבחירות. ברגמן טוען שחוק זה נוגד את האמור ב-ס' 4 לחוק יסוד: הכנסת- שקובע שהכנסת תבחר בבחירות שוות. ס' 4 לחוק יסוד:הכנסת מעגן את המחויבות לשוויון בבחירות. יש כאן סתירה בין ס' 4 לבין חוק המימון. לכן מבקש ברגמן להורות לשר האוצר להימנע מהקצאת כספים על פי חוק הבחירות, להתייחס לחוק כאילו הוא לא קיים. סעיף 46 לחו"י:הכנסת קובע כי אין לשנות את ס' 4 לחו"י הכנסת אלא ברוב חברי הכנסת.

יש הבדל בין שינוי חוק לפגיעה בחוק- לשנות זה לקחת את החוק ולעצב אותו מחדש, לעשות שינוי משמעותי ומהותי-פגיעה מהותית וקשה בחוק. לפגוע – העיקרון עומד על תילו אך אני לא פועל על פי העיקרון הזה אלא מחוקק חוק שפוגע בעקרונות. חוק מימון המפלגות פוגע בס' 4 לחו"י:הכנסת . העיקרון של שוויון בבחירות נשאר תקף, פשוט על פי מקרה חוק המימון לא מתנהגים על פי חוק ובכך פוגעים בחוק. באותה תקופה בית המשפט לא עושה הבחנה בין הדברים- הוא מחשיב את זה בתור שינוי, אומנם לא שינוי מפורש אלא רק שינוי משתמע. במקרה זה פסק בג"צ- לחוקק את החוק באופן שבו לא תהיה פגיעה בשוויון או שתחוקקי את החוק ברוב של 61 ח"כים. מהי עמדת בית המשפט בפס"ד ברגמן בנוגע למעמד ס' 4 חו"י:הכנסת?

על פי מאמרו של קרצ'מר- ניתן להסביר את מעמדו של חוק יסוד על פי שלושה היבטים:

1. **לחוק יסוד יש עליונות נורמטיבית על פני חוק רגיל**. כל סעיף שנמצא בחו"י, הוא מעל חקיקה רגילה.
2. הכנסת יכולה להגביל (לכבול) את עצמה, בין היתר בדרישות רוב. הסיבה שבגללה העדפנו את סעיף 4 לחו"י:הכנסת על פני חוק מימון המפלגות לא קשורה לכך שזהו חו"י, אלא בגלל שהכנסת אמרה שכדי לשנות את ס' 4 יש צורך ברוב של 61 ח"כים. היכולת של המחוקק להגביל את עצמו בניגוד למערכת הכללים הרגילה לא מובנית מאליה, לא ברור שכבילה עצמית היא לגיטימית. באופציה זה יש חידוש- חידוש שאינו נוגע למדרג הנורמטיבי. **העדפת סעיף 4 לא נובעת מהיותו חוק יסוד אלא מהיותו חוק משוריין**.
3. לחוק יסוד משוריין יש עליונות נורמטיבית- הסיבה שבגללה העדפנו את ס' 4 לא הייתה מפני שהוא מופיע בחו"י אלא מפני שהוא מופיע בחו"י והוא משוריין. אם לא היה משוריין, לא הייתי מעדיף אותו. אלא מעדיף אותו בגלל שהוא משוריין בלבד. אם אין נוקשות, אין עליונות. **רק סעיפים משוריינים נהנים מעליונות.**

השופט לנדוי הוא זה שפסק את פס"ד ברגמן. הוא היה נגד מגילת זכויות\חוקה. אחרי 1992 הוא היה מבקר חריף מאוד של התנהלות של בית המשפט העליון והאשים את בית המשפט העליון האשמות חריפות. אז טענו כנגדו כי הוא זה שהחל את המהפכה, זה בכלל לא התחיל בשנת 1992, אלא התחיל בפס"ד ברגמן שאתה פסקת בעצמך.

לנדוי טען כי לא קראנו נכון את פס"ד- הוא הסביר להם מה אומר חו"י:הכנסת ס' 4 ולא פסל את חוק המימון.

אך עמדתו לא מתקבלת.

פס"ד נגב- תחנת דלק נתפסת כמוכרת דלק מהול במים. בעקבות זה האוקטן נמוך ממה שרשום, אז תובעים אותה. בערעור היא אומרת שלפי תקן מסוים היא מחויבת למכור תקן כזה או אחר. מי שקבע את התקן לא הייתה לו הסמכות לקבוע זאת. אם לא הייתה לו סמכות- אז התקן לא תקף- ואז לא עברתי על החוק. מותר לפעמים להאציל סמכויות, ושר העביר את הסמכות לממונה על התקינות. אך לפי חוק יסוד: המשלה, אם זו סמכות בעלת אופי חקיקתי- אז זה כבר לא ניתן לעשות. למה שפקיד זוטר יקבע לי חוקים? **ביהמ"ש קבע-** לא מקבל את הערעור. חוק התקנים קובע שהשר רשאי להאציל סמכויות לממונה על התקינות. איך הגיוני שיש שני חוקים שנוגדים אחד את השני? ביהמ"ש קבע- חוק ספציפי גובר על חוק כללי. היה צריך להיות פה עקרון פרשני אחר- חוק יסוד היה צריך לגבור על חוק רגיל. לא רק שביהמ"ש לא עושה זאת, הוא אף לא מזכיר זאת. אין שום תזכורת לחוק יסוד- רק חוק ספציפי וחוק כללי. ביהמ"ש היה צריך לקבל את עקרון חוק יסוד: הממשלה שבו רק לסמכות מותר לקבוע הלכה חקיקתית על פני חוק רגיל עדכני יותר.

**שיעור מס' 5- 11\11\14**

בג"צ קניאל נ' שר המשפטים: חוק "באדר עופר" – אברהם עופר מהעבודה ויוחנן באדר מ"חירות". חוק שקבע איך יחולקו עודפי הקולות בבחירות וסותר את עיקרון השיוויון בסעיף 4 של חוק יסוד: הכנסת כי הוא נותן משקל גדול יותר לקולות המצביעים למפלגות הגדולות. החוק עובר ברוב של 61 ח"כים. ד"ר קניאל טוען בבית המשפט שהתיקון נעשה בחוק רגיל ולא בחוק יסוד ולכן יש בעייתיות. קניאל מתבסס על תיאוריה חוקתית מול ברגמן שמתבסס על לשון החוק. ביהמ"ש קובע חד משמעית – שינוי חוק יסוד יכול להיעשות גם בחוק רגיל. לא מוסיפים דרישה מעבר למה שכתוב בחוק היסוד עצמו. לכאורה נראה שהלכת ברגמן מבוססת על קביעה שאיננה טריוויאלית שהיא שהכנסת יכולה לכבול את עצמה. אם זאת במהלך השנים. **ביהמ"ש מתייחס להבדל בין שינוי לבין פגיעה. מדובר בפגיעה ולא בשינוי. אם היה מדובר בשינוי של חוק היסוד היה אפשר לקבל את טענת קניאל. לפגוע בחוק יסוד – אפשר לעשות בחוק רגיל ברוב מיוחס (אם יש את סעיף ההגבלה). כאן מדובר בפגיעה בחוק יסוד: הכנסת ולא בשינוי המהות שלו.**

פס"ד תנועת לאו"ר: תנועה זו הוקמה ע"י יעקב חסדאי. היא מגישה עתירה לבג"צ על תיקון חוק המימון- הגדילו את סך המימון לכל מפלגה על כל מנדט שהיא מקבלת. ההיגיון בעתירה הוא כשאדם רץ לבחירות, הוא משער כמה מנדטים אתה עומד לקבל ועל בסיס זה אתה מתכנן את ההוצאות שלך- הוא מוציא באופן מבוקר. המפלגות הגדולות בכנסת היוצאת יודעות והסכימו ביניהם על חקיקת החוק, ולכן ידעו שהן יכולות להוציא יותר כסף על קמפיין הבחירות- כי ידעו שיהיה להם מאיפה לכסות את זה. חוק זה התקבל ברוב של 61 ח"כים. העותרים אומרים שנכון שהיא התקבלה ברוב של 61 ח"כים, אבל בקריאה הטרומית היא לא התקבלה ברוב של 61 ח"כים- הטענה שלהם היא שהם היו צריכים להעביר את החוק ברוב של 61 ח"כים גם בקריאה הטרומית. הדיון הוא על האם החוק היה צריך לעבור בקריאה הטרומית או לא צריכה לעבור בקריאה הטרומית? ואכן, על פי דעת הרוב, העתירה התקבלה והחוק התבטל. **ברק** היה במיעוט- הוא אמר שקריאה טרומית היא לא חלק מהקריאות שצריכות לעבור רוב. עו"ד פרופ' קורינלדי- טען שיש פגיעה לא רק בס' 4 לחו"י:הכנסת, אלא יש ניגוד לעקרון השוויון הכללי, שהוא עקרון יסוד שיטתינו המשפטית. התנגשות זו היא התנגשות קטלנית ולכן מן הראוי לבטל את חוק המימון. ברק טוען שאמירה זו "מביכה אותו" אך הוא אומר שהוא צודק. קודם כל יש "עקרונות יסוד" בשיטתינו המשפטית שהם מכוננים באופן שאפשר להעלות על הדעת- ייתכן מצב בו חוק של הכנסת יעמוד בסתירה כה חמורה לאחד מעקרונות היסוד בצורה כזו שתחייב את המשפט לקבוע את פסלותו של החוק גם בלא חוקקה. אלו הן קביעות עקרוניות.לגבי המקרה שלנו- יש כאן פגיעה חמורה בעקרון השוויון, כזאת שמן הראוי היה לפסול בגינה את חוק המימון משום שביטול חוק לא מקובל במדינת ישראל- אין גיבוי לכך מהציבור, בית המשפט מעולם לא נהג בשיטה כזו.

יש שני חידושים בדבריו של ברק:

* פסילה של חקיקה ראשית אפשרית גם במקרה של עקרונות יסוד שאינם כתובים בשום ספר.
* במקרה של תנועת לאו"ר, יש חו"י, העקרון מעוגן במסמך בעל תוקף חוקתי (עפ"י דעתו של ברק), שוויון הוא לא רק עקרון יסוד של המערכת המשפטית במדינת ישראל, אלא הוא מעוגן בכתב במסגרת החוקה ב-ס' 4 לחו"י:הכנסת. אמנם המחוקק שחוקק את חו"י:הכנסת, החליט כי כדי לשנות\לפגוע בחו"י צריך רוב של 61 ח"כים, אבל זה עדיין לא מספיק- חובתנו וזכותנו היא לשמור על רף השוויון- עקרון העל יש השיטה, גם אם הוא שונה ברוב של 61 ח"כים, הוא עדיין קיים

**לא חלף זמן רב, ומגיע מרץ 1992- הכנסת מקבלת 3 חו"י חדשים-**

* שיטת שינוי הבחירות בישראל – משלב בין המודל הנשיאותי לבין המודל הפרלמנטרי (לא חשוב לנושא שלנו). הוא נכנס לתוקף רק בשנת 1996, ולאחר מכן הוא בטל וחזר להיות המודל הפרלמנטרי.
* חו"י: חופש העיסוק
* חו"י: כבוד האדם וחירותו

השאלה הנשאלת היא, איך זה קרה שלאחר 44 שנים בהן הייתה אמורה להתחוקק חוקה? **מה קרה, מה נשתנה?**

הנושא הזה נידון על ידי כמה כותבים, המאמר של פרופ' גידי ספיר:

1. **רגע היסטורי –**בשנות ה-80 היה משבר חסר תקדים בין אמון הציבור למערכת הפוליטית. הציבור רצה שביהמ"ש יגן עליו מפני השחיתות של המערכת הפוליטית. אחרי "התרגיל המסריח" (1990). ביהמ"ש זכה לאמון חסר תקדים והורגש צורך להעביר את מרכז הכובד אל בית המשפט שיפקח על התנהלות המחוקק ובמקרים שבהם הוא יתנהג בדרך לא ראויה הוא יוכל לבקר אותו.

**העוצמה של הטענה:** היה משבר אמון והייתה תחושת מיאוס של הציבור מהשלטון – "מושחתים נמאסתם", נוצרה תנועת "חוקה לישראל" שרצתה ליצור חוקה והיה איזשהו "באזז" מסביב לעניין.

**החולשה של הטענה:** בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (בקריאה שלישית) משתתפים רק 54 ח"כים, רק מחצית ממס' חברי הכנסת. אם מדובר ברגע היסטורי נראה שבכנסת ובתקשורת אף אחד לא "התלהב" ממנה, לא נראה שיש הבנה של המשמעות של המהלך. כלומר אם מדובר במהלך שהציבור שותף לו, שנובע ממחוייבות ציבורית, צריך היה להיות לו הד בתקשורת. נראה שלא מדובר ברגע היסטורי אלא ברגע שיגרתי.

1. **פשרה–** הרציונאל של החלטת הררי שרצה לחלק אותה לפרקים פרקים, שימש את הכנסת כשהיא חיפשה פשרה ועשו כברת דרך לקראת המפלגות הדתיות באמצעות זה שהם הכניסו לחוק היסוד את הגדרת המדינה כיהודית ודמו', הוצאה של זכויות מסויימות שנתפסו כבעייתיות כמו שיוויון, ע"י הוספת סעיף שמירת דינים שמשמעותו הייתה לתת חסינות לדינים שהיו קיימים לפני (כלומר לא הולך רטרואקטיבית והסטטוס-קוו נשמר), לא מעגנים בחוק את הביקורת השיפוטית. פרופ' אמנון רובינשטיין יזם את הפשרה הזו.

**העוצמה של הטענה:** נוסח החוק שבו אפשר לראות את הפשרות, את הזכויות שאינן נמצאות בו.

**החולשה של הטענה:**ביהמ"ש אינו מורכב מתמונת ראי מהפוליטיקה, איזו סיבה צריכה להיות להם להסכים ולא לטרפד את הפשרה הזו באמצעות פרשנות תכליתית? למה לבית המשפט להסכים בכלל? בנוסף, קשה לראות איזה רווח עומד לדתיים מיצירת חוקה.

1. **הטעיה\טעות –*גרסת ההטעיה*** אומרת שהיוזמים סידרו את המתנגדים ועבדו עליהם. בהסדר הזה היה פער בין יוזמי החוק (לין ורובינשטיין) לבין המתנגדים באופן מסורתי. משחררים הצהרות כאילו ביהמ"ש לא מקבל סמכות ע"י חוקי היסוד לפסול חקיקה.

**החולשה של הטענה:** אמנון רובינשטיין מכחיש את זה, ברק מפרסם מאמר שעליו מסתמך יצחק לוי שאומר כי הוא מבין שעכשיו בעצם אי אפשר לקדם "חקיקה יהודית" כי צריך רוב של 61 ח"כים. אפשר לראות שיצחק לוי הבין מה קורה כאן ולכן אי אפשר להגיד שיש כאן הטעיה מצד יוזמי החוק.

***גרסת הטעות*** אומרת שזה לא שאמנון רובינשטיין שיקר במצח נחושה, אלא שהם לא עשו מאמץ למקד את תשומת הלב במשמעות ההיסטורית של המהלך, לבאר את כמה שהמהלך חשוב. חשו שביעות רצון שהמהלך היה עמום, מלווה בחצאי אמירות, ללא סיקור תקשורתי ולצידה בורות של המתנגדים שלא הבינו מהו המהלך. באותה תקופה אנשים לא התעסקו עם עניינים חוקתיים, הם לא באמת הבינו מה הולך ובגלל זה יכול "לטעות" ולהסכים לחוק. יש טענה של מרידור שגם אוריאל לין לא הבין מה הוא עושה.הגרסה הזו מתבססת על זה שח"כ לא טרחו בכלל להגיע למליאה.

1. עד עכשיו התמודדנו עם השאלה איך מסתדרים עם אי ההסכמה על סוגית **התכנים**. השאלה הבאה היא איך מתמודדים עם האינטרס המובנה של כינון חוקה:
2. למה לקואליציה יש סיבה להתנגד לחוקה? רק במקרה שהיא בטוחה בעצמה וביכולתה לשרוד לפרק זמן ארוך, רק אז היא צריכה להתנגד לחוקה. מי שחושש שהוא יאבד את השלטון – דווקא כדאי לו לחוקק חוקה כי בעצם הוא קובע את חוקי היסוד של הממשלה והוא עוד מעט יהיה באופוזיציה. בכנסת ולא רק בממשלה היה לאורך השנים גוף הגמוני שמחזיק את השלטון (חילונים, אשכנזים, מעין אליטה עם סט של ערכים) ואחרי מהפך 77 יש איזשהו שינוי – הפרטה של תפיסה, חלוקה לקבוצות אידיאולוגיה משניות, וכך נהיות "מפלגות לווין" – רוסים, ערבים. החוקה הייתה מעין דרך לבצר את האינטרסים, הערכים של שלטון שעומד ליפול. לרשות המבצעת יש אינטרס שלא תהיה חוקה. אם אתה נמצא בשלטון ויש סיכוי סביר שאתה עומד להפסיד אותו,כרגע לא נוח לך עם חוקה,אך בעוד שנה שנתיים חוקה כן תועיל לך ביום שתצא אל האופוזיציה. ***האינטרס של הממשלה***
3. האינטרס של המחוקק כקואליציה ואופוזיציה יחד –אם אתה ח"כ יש לך אינטרס שביהמ"ש לא יכנס לך לגבולות המשחק,ולא יתערב לך.נולד אינטרס חזק יותר עבור חלק מהחברים במחוקק – האינטרס של אלו שמרגישים שהקרקע נשמטת מתחת לרגליהם. .במשך 30 שנה בישראל הייתה מפלגת שלטון שלטת אחת, וב-1977 תמונת המצב השתנתה. קבוצות שבעבר היו קבוצות שוליים,הופכות להיות חשובות יותר,ותופסות מקום חשוב בכנסת על חשבון הקב' ההגמוניות. חברי כנסת מהאליטות הישנות מבינים שהשעון מתקתק,ועליהם לבצע צעד על מנת לשמור על האינטרסים שלהם ומעבירים לבית המשפט בעצם את הסמכות לשמור על הערכים שלהם כדי שהם יישמרו גם עם כל הקבוצות מסביב. ***האינטרס של המחוקק.***

לא ברור איזה מהם הוא נכון וזה גם לא הכרחי לבדוק מי מהם הוא הצודק. ארבעת הטענות יחד הן אלו שיצרו את המהפכה החוקתית. ספיר מציין כי לדעתו בכלל לא הייתה מהפכה חוקתית בחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, אלא היא התרחשה רק אח"כ בבימ"ש. ההרחבות שהיו בביהמ"ש הפתיעו גם את יוזמי החוק.

**שיעור מס' 6 11\11\17**

פס"ד בנק המזרחי: מהפכה במובן של המתודולוגיה המשפטית, מלמדים אותנו לקרוא פסק דין ולהבחין בין רציו לאוביטר. לפי כל פרמטר ולפי כל מבחן פס"ד זה הוא תקלה חמורה. ארוך מאוד-500 עמודים.

צריך לצמצם את משפוט היתר שמתרחש במדינת ישראל שפוגע באופן קשה בכושר השיפוטיות של מדינת ישראל. אנו נמצאים בעידן של משבר מנהיגות, אם יש איזשהו סיכוי שיהיה מנהיג טוב, משפוט היתר יוצר מצב שבו אין מנהיגות, אין לקיחת אחריות. דברים אלו צריכים להשתנות- החזרת בית המשפט לגודל הטבעי שלו.

עולות שאלות רבות.

האם הכנסת מוסמכת לכונן חוקה? כדי שחו"י יהיו חוקה, מי שיצר אותם צריך להיות מוסמך לעשות זאת. ברק מציין את תיאורית הירושה- הכנסת מוסמכת לכונן חוקה, והסמכות הזו באה לה בירושה מהכנסות שלפניה- תורת שני הכובעים. יש כובע מחוקק ויש כובע מכונן. הסיטואציה הישראלית היא סיטואציה שבאופן קונטינגנטי (נסיבתי) הגענו למצב שבו יש את הסמכויות. המועצה הזמנית הפכה להיות הכנסת והעבירה לה את הסמכות המכוננת.לכנסת הראשונה הייתה סמכות ולכן לכל הכנסות יש. שמגר מציע את "תורת הכנסת הכל יכולה" – אין מגבלה לסמכותה וכוחה של הכנסת, באופן בסיסי המחוקק יכול גם לייצר חוקה. חשין אומר שהתיאוריה שלכנסת יש סמכות לחוקק ולכונן על פי ברק הפציעה בשלהי שנות ה-60 בעקבות פס"ד ברגמן. ועל פי שמגר היא חדשה הוא לא שמע עליה מעולם. חשין מעלה 2 סוגיות-

* מוסר פוליטי- נניח שיש סמכות פורמאלית לכונן חוקה. זה נכון מבחנה מוסרית שפתאום האזרחים במדינת ישראל קמים ומגלים שיש להם אזיקים על הידיים? צריך מודעות ציבורית דיון ציבורי. לעשות את זה "במחטף".
* תבונה פוליטית- נניח שאין לך עכבות מוסריות. אתה מייצר מנגנון שנקרא חוקה, עם כל מה שקורה מסביבו אתה רוצה שהוא יספק לך איזשהו תוצר שיהיה לו ערך שמקובל על הציבור. אם זו השיטה בה אתה משתמש, אתה מייצר תחושת תסכול עמוקה עם כל ההשלכות שיש לזה ויוצא "שכרך בהפסדך". בית המשפט העליון מאבד גובה, מתרסק, מפס"ד מזרחי והלאה. בנסיבות שנתפסות על ידי חלק מהציבור כ"מחטף" "מהלך בעייתי" הכרסום במעמדו של ביהמ"ש, במעמדם של ההכרעות והחלטות, יוצא שכרו בהפסדו.

השאלות שחשין מעלה- האם מותר לעשות חוקה? האם זה מוסרי לעשות? האם זה חכם לעשות?

מתי הטקסט שהכנסת מייצרת נקרא "חוקה"?

בשיעורים קודמים העלינו את השאלה מה הסטטוס של חו"י, וענינו על כך שחו"י אינם נהנים מעליונות, הם אינם חלק מהחוקה אך החלקים המשוריינים שלהם הם כן מהחוקה. **ברק ושמגר אומרים**- בכל פעם שהכנסת מייצרת חוק וקוראת לו חו"י הוא חלק מהחוקה, חו"י הוא בעל תוקף חוקתי. זה עומד בסתירה לפסיקות אחרות, לדוגמא פס"ד נגב. אך אין התייחסות לפס"ד ישנים אלא "מכאן ואילך".המהפכה החוקית מתבטאת לא רק בכך שיש 2 חו"י חדשים שעוסקים בזכויות האדם, אלא גם בכך שהיא שדרגה את כל החוקים הישנים בעת חקיקת 2 חו"י הנוגעים לזכויות האדם- **בכל פעם שהכנסת מחוקקת חו"י, זוהי חוקה.** זהו אוביטר בתוך אוביטר- חו"י שעמד על הפרק בפס"ד שלנו הוא חו"י:כב"ה וחירותו- זכות לקניין.

מה שלכאורה צריך לדבר עליו זה שאלת המעמד של חו"י:כב"ה וחירותו. בהקשר זה, השאלה לא פשוטה- חו"י:כב"ה וחירותו איננו משוריין. לכן, הוא אינו נהנה מעליונות. ברק אומר שיש כאן שיריון-עד היום דיברנו על שיריון פורמלי, אבל לחו"י:כב"ה וחירותו יש שיריון מהותי- שיריון שדורש תנאים של מהות. השיריון המהותי מוצג כתנאי לפגיעה ושיריון פורמלי מוצג כתנאי לשינוי. לכאורה, ברגע שברק אמר שגם לחו"י שמשוריין מהותית יש מעמד חוקתי, וחו"י:כב"ה וחירותו הוא היה צריך לעצור- הוא לא היה צריך לבצע את השדרוג הנוסף לכל שאר החוקים- זהו אוביטר בתוך אוביטר. השדרוג\אוביטר הנוסף מייתר את האוביטר הראשון. לא משנה לנו כבר אם חו"י משוריין מהותית או פורמלית, כי הוא משוריין מעצם היותו חו"י. קביעות אלו יוצרות מציאות משונה- צריך להתחיל לענות כל מיני שאלות, למרות שהן לא הכרחיות לצורך הכרעה בתיק.מה שמשתמע- חו"י שאין לו שום שיריון בחוק, לא נאמר לנו איך ניתן לשנות אותו או לפגוע בהם.

יש דבר שנקרא חו"י:החקיקה, שבו מסופר על "הוראות ההפעלה" של חו"י- אך אין לנו וכנראה גם לא יהיה לנו חו"י:חקיקה, משום שהמצב "תקוע".

**בהיעדר חו"י:החקיקה, עולה השאלה אם כן- כיצד משנים חו"י?**

ברק ושמגר מאמצים את עמדתו של קניאל. אם חו"י שותק ולא אומר איך משנים אותו, ניתן לשנותו רק באמצעות חו"י אחר. לא זו אף זו, גם אם מצוין בחו"י כיצד ניתן לשנות את חו"י, מה שנאמר מצטרף לתנאי בסיסי זה. לא משנה שיש חו"י שדורש 61 ח"כים ושלא דורש ח"כים- עדיין חייבים לשנותו באמצעות חו"י.

**כיצד פוגעים בזכות\עקרון הנכללים בחו"י?**

אם נאמר לנו כיצד, אז עושים כפי שכתוב. חוץ מחו"י:חופש העיסוק וכב"ה וחירותו- שבהם יש פסקת הגבלה, לא מצוין באף חו"י כיצד לפגוע בחו"י. ברק אומר – יש 3 אפשרויות, 2 מתוכן נראות לי קוטביות ובעייתיות:

* ***אפשרות ראשונה:*** לא מצוין כיצד לפגוע בחוק לכן לא ניתן לפגוע בו
* ***אפשרות שנייה:*** לא אומר איך לפגוע בו, אז פוגעים בו איך שרוצים

2 תיאוריות אלו נראות לברק משונות וקיצוניות מידי תיאור מס' 1- מעלה את חו"י גבוה מידי, גבוה מעל חו"י:כב"ה וחירותו וחופש העיסוק, שהמטרה האמיתית היא להגן עליהם יותר מאשר על שאר חו"י האחרים. תיאוריה מס' 2- הפקר.

* ***אפשרות שלישית:*** ישנה אפשרות ביניים- כשהמחוקק בא לחוקק חוקים שפוגעים בחו"י, הוא צריך לציין באופן מפורש שהוא פוגע בהוראות חו"י, "נותן כבוד".

ברק אומר, אני לא צריך להכריע בעניין זה- חו"י כב"ה וחירותו- לא שותק לנוכח הפגיעה בו, יש בו פסקת הגבלה.

אך כשברק אומר שלא ניתן לפגוע בהוראה של חו"י השותק, זה לא נכון, אי אפשר לפגוע בדרך רגילה, אך הוא יכול לשנות את החוק.

פס"ד חירות- על פי סעיף 137 לחוק הבחירות יש לוועדת הבחירות אפשרות להחליט החלטות סופיות שאין סמכות לבתי משפט לדון בהן.בג"צ אומר על פי ס' 15 לחו"י: השפיטה- לבג"צ יש סמכות שיורית. יש פה מצב של סתירה בין חוק רגיל לבין חו"י- פגיעה בחוק יסוד על ידי חוק רגיל. לבג"צ יש סמכות בלתי מוגבלת, אבל ס' 137 אומר שאין לו אפשרות- פגיעה. זה מעורר את השאלה שנדונה בפרשת בנק המזרחי- חו"י שותק- שלא אומר איך לפגוע בו. השאלה שברק משאיר בצ.ע. בפרשת בנק המזרחי- בגלל שהיא לא הייתה רלוונטית לתביעה. במקרה שלנו, אין לחו"י פסקת הגבלה , הוא שותק- ברק מחליט כי אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחו"י בלי הוראה מפורשת בחו"י איך לפגוע – לכן לא ניתן לפגוע. ברק קובע כי בג"צ לא נכנס לקטגוריית "כל בתי המשפט". יש כאן "פאול"- משום שברק מסתמך על פס"ד בנק המזרחי למרות שהוא לא הכריע שם והוא השאיר את זה פתוח, השאיר בצריך עיון, לכן אין הוא יכול להסתמך על משהו שנשאר פתוח. נטען כנגד ברק שהוא עושה החלטות חוקתיות באופן לא רציני, באופן יחסית "אגבי". ברק אומר "ניתן להגיע לאותה התוצאה עצמה" (התוצאה שלפיה לבג"צ יש סמכות לדון בזה) " ולדעתי זוהי גם הדרך הראויה.... שום בית משפט לא יזדקק כמתייחס לכלל בתי המשפט למעט בג"צ.... עדיף להגיע לצמצום החוק בדרך של פרשנות ולא בדרך של בטלות החוק". (לפי דעתו של גידי) גם לפרשנות יש גבולות, דווקא במקרה זה עדיף, בניגוד למה שברק אומר, לבטל את החוק משום שהפרשנות נמתחה יתר על המידה. כשרשום "שום בית משפט" הכוונה היא גם לבג"צ לא ניתן להוציא את בג"צ מן הכלל. במקרה שבו הולכים לאופציה פרשנית כל כך לא סבירה עדיף ללכת לדרך של ביטול חוק ולעורר דיון ועניין בנושא מאשר "להחביא" את זה.

ס' 4 לחו"י:הכנסת מדבר על עקרון השוויון – כדי לשנות אותו צריך 61 ח"כים. זהו חוק יסוד שותק לגבי שאלת הפגיעה.

* ***אפשרות רביעית:*** פס"ד הופנונג: עולה אפשרות נוספת שלפיה אתה יכול לייצר בשביל החוק מנגנון הדבקה של פסקת הגבלה.

**שיעור מס' 7 – 11\11\21**

פס"ד לשכת מנהלי השקעות: פס"ד הראשון שבית המשפט העליון פוסל חקיקה ראשית של הכנסת, לאחר 1992.

הוא פוסל את החוק באופן מפורש- בלי זיקה לס' 4 לחו"י הכנסת כפי שנעשה עד היום. -זאת לא רק הפעם הראשונה שבית המשפט פסל חוק אחרי 1992, אלא זו פעם ראשונה שבית המשפט אמר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים שעל פי תיאוריה חוקתית נפסל חוק- . נתקפת הוראת מעבר, אשר מפילה את החובה לרישוי מנהלי ההשקעות, על אלו שעסקו כבר בניהול תיקי השקעות ואלו שעוד ירצו לעסוק- אא"כ הם עוסקים 7 שנים.

יש מבחן אחד שאף אחד לא דורש לביטולו- מבחן האתיקה. אך מה קורה עם שאר הבחינות?

עולות כמה שאלות :

* איזו זכות נפגעת? ביהמ"ש קובע כי יש פגיעה בחו"י:חופש העיסוק.
* האם הפגיעה מוצדקת? חו"י:חופש העיסוק הוא חוק שיש בו פסקת הגבלה- כולל בו תנאי מהות שבהתקיימם הפגיעה בזכות תהיה בתוקף. הפגיעה בזכות יכולה להיעשות ע"י הרשות המבצעת או ע"י המחוקקת- במקרה שלנו היא נעשתה ע"י המחוקקת. הפגיעה צריכה להיעשות מכוח פסקת ההגבלה בתנאים הבאים:
* **חוק\לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת**- ישנו חוק .
* **הלימה לערכי המדינה (מדינה יהודית ודמוקרטית)-**
* **תכלית ראויה**- ישנה תכלית ראויה- שתהיה מקצועיות בתחום ניהול ההשקעות.

*כאשר ישנה תכלית ראויה, בית המשפט בדרך כלל לא מתייחס להלימת ערכיה של מדינת ישראל- יוצאים מנק' הנחה שאם ישנה תכלית ראויה אז יש באופן אוטומטי הלימת ערכי מדינת ישראל.*

* **מידתיות:** השופט ברק קובע שלושה מבחנים לבדיקת המידתיות:

1. **קשר אמצעי, מטרה (תכלית)-** מבחן שהוא דיי טכני. לא דורש מהשופט יותר מידי שק"ד.
2. **בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה-** המכשיר שבחרנו יהיה כזה שיגשים את המטרה תוך כדי הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית. יש למזער את הפגיעה.
3. **התועלת (במונחי הגשמת התכלית) עולה על הנזק (במונחי פגיעה בזכות)-** גם אם האמצעי מקיים את מבחן 1 ו-2, יש לבדוק את היחס הראוי בין התועלת לבין הנזק.

**במקרה שלנו,** כדי שהחוק ישרוד למרות שהוא פוגע בזכות הוא צריך לעמוד בשלוש המבחנים המצטברים

העותרים טוענים, אין קשר רציונאלי בין התכלית לבין המטרה, אין בחירה באמצעי מתון, הנזק למנהלי ההשקעות הותיקים עולה בהרבה על התועלת שנוצרת מן החוק.

העותרים טוענים כנגד כל המבחנים- היינו,כל המבחנים לא מתקיימים בחוק זה.

על מה בית המשפט פוסל את החוק?

בית המשפט מייצר שלושה מבחנים למידתיות שהחלוקה ביניהם ברורה, אך במהלך קריאת ההנמקה של בית המשפט לפסילת החוק, לא ניתן למצוא את מידת הבהירות שמצופה מבית המשפט לאור התיאור האנליטי והברור של המבחנים. הבעיה היא במידה רבה בסגנון של פס"ד- הסגנון של בית המשפט צריך להיות חד בסוגיה הזאת ויבהיר במדויק אילו תשובות הוא נותן על המבחנים- איזה מבחן כן התקיים ואיזה מבחן לא. בית המשפט פוסל את החוק לפי מבחן ג', ואולי גם לפי מבחן ב'- אי אפשר לדעת בגלל חוסר הבהירות.**זוהי הפעם הראשונה שבית המשפט פוסל חוק בשל העליונות של חוקי יסוד על חוקים רגילים- יש פגיעה בחו"י: חופש העיסוק.**

בית המשפט פוסק שוותק של 7 שנים הוא פגיעה לא לגיטימית בחו"י, אבל וותק של 5 שנים זה פגיעה כן לגיטימית.

ברק אומר שמחוקק קבע ש-7 שנים נקבעו באופן שרירותי ולכן עולה מכאן השאלה האם אין שרירות בקביעה של 5 שנים?

* למה בחר בית המשפט דווקא לפסול חוק במקרה זה?
* מהם הקריטריונים לפסילת חוק?

בית המשפט העליון במקרה הזה הוכיח שהוא משמש מפלט של החזקים ולא של החלשים- למרות הברירה הטבעית שיש להגן על הזכויות של החלשים. בפס"ד דין זה, עד שבית המשפט כבר בא ומגן על מישהו, הוא מגן דווקא על החזקים ולא על החלשים. מגן על מנהלי ההשקעות ולא על המשקיע הפשוט. יש טענה שבית המשפט הוא מבצרו של החזק ולא של החלש. גידי חושב שבטענה זו יש מידה כזו או אחרת של דמגוגיה. **המטרה של בית המשפט** בעניין הזה- לסמן טריטוריה- אני, **בית המשפט רשאי לפסול חקיקה ראשית**, הנה עשיתי את זה.

פס"ד צמח נ' שר הבטחון: פס"ד זה תוקף את חו"י:כב"ה וחירותו. עיקר חשיבותו הוא שהוא הפך את האוביטר בפס"ד מזרחי לרציו בפס"ד צמח. חו"י:כב"ה וחירותו אינו משוריין שיריון פורמלי ואינו נהנה מעליונות, לא כך היה בפס"ד זה. **טענת העותרים:** סעיף 237א(א) לחוק השפיטה הצבאית, הקובע שניתן לעצור חייל ל-96 שעות, דבר העומד בסתירה לחו"י:כב"ה וחירותו ס' 5- פוגע בחירות. המדינה, מצידה טוענת כי אין לה כסף ומשאבים כרגע להפחית את הזמן הזה ולכן היא צריכה תקופת זמן מסויימת בשביל להפחית את תקופת הזמן שניתן לעצור את החייל. בית המשפט קובע, כי הוא נתן מספיק זמן למדינה להסדיר את העניינים ולא ניתן למשוך זאת. בית המשפט מבסס את קביעתו על מבחן מס' 2- בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה- המבחנים הם מבחנים מצטברים אך לא מדורגים. יכול להיות מצב בו 96 השעות הן כאלה שהתועלת עולה על הנזק ובכל זאת בית המשפט פוסל את ההסדר- כי היה אפשר להשיג את אותה התועלת במעצר לתקופה קצרה יותר- כאן נמצא סעיף ב'- יש לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות תהיה הפחותה ביותר- להפחית את 96 השעות לזמן קוצר יותר. למרות שמבחן מס' 3 כן מתקיים פוסלים את החוק על בסיס מבחן 2- ניתן להשיג את סעיף 3 באמצעי עם פגיעה פחותה.

* אחת הטענות היא שכשבית המשפט השיג את גבולותיו של המחוקק- בזה שהוא אומר מה אי אפשר לעשות- זוהי חקיקה שלילית של בית המשפט.במצבים בהם בית המשפט אומר למחוקק מה כן לעשות- זה נראה חקיקה חיובית של בית המשפט.
* יש הטוענים שבית המשפט צריך לעצור בחקיקה השלילית ולא לעשות חקיקה חיובית. לעומת זאת, יש הטוענים שיש כאן "משחק" במצב שבו מחוקקים חקיקה שלילית ונסוגים מלחוקק חקיקה חיובית- משחק שמבזבז זמן שיפוטי וחקיקתי. נוצר מצב של ניסוי ותעייה- בית המשפט לא קובע מה צריך להיות תוכנו של החוק ורק אומר מה לא צריך להיות תוכנו של החוק כך שיכול להיות מצב שבו יחוקקו את החוק מחדש וישנו את תוכנו ואז שוב יגישו לבית המשפט ושוב בית המשפט יפסוק מה אסור להיות בחוק- בזבוז זמן.

בשני המקרים בהם עסקנו, בית המשפט לא רק פסל את החוק אלא גם קבע את גבולות החקיקה של הסדר שיכול לעמוד בהתאם לחוקה- עשה **חקיקה חיובית**.

פס"ד רובינשטיין- במשך שנים ארוכות מדינת ישראל דחתה ונתנה פטור מהצבא לבחורי ישיבות שתורתם אומנותם. הבסיס שעליו נשענו הוא חוק שירות הביטחון שכולל כמה וכמה מרכיבים של פטור\דחייה או לקבוצות מסוימות או לשיקולים מסוימים או על פי שיקול דעתו של שר הביטחון ועל כן בהוראתו של שר הביטחון יש תקנה שניתנת דחיית שירות לבחורי ישיבות.במשך שנים הגיש רסלר מס' עתירות בנושא זה והוא נדחה פעם אחר פעם משום בטענה שנושא זה הוא לא לדיון או שהאדם שהגיש העתירה אינו מתאים. בשנת 1998, הוגשו מס' עתירות, והראשון שעתר הוא רובינשטיין ולכן נקרא פס"ד רובינשטיין כי הוא הראשון שהגיש את העתירה באותה תקופה

למה ביהמ"ש פסל את ההסדר? בגלל הסמכות הכתובה והמפורשת בחוק הניתנת לשר הביטחון. החוק עצמו לא פתר את בני הישיבות, אלא שר הביטחון מתוקף הסמכות שניתנה לו בחוק. לכן זו החלטה מנהלית. תעלה הטענה כי יש כאן בפס"ד פגיעה בשיוויון. אך ניתן להגיד כי השיוויון לא נכלל בחוק היסוד. גם לפני 92' ביהמ"ש ראה את עצמו כשיר לפסול חקיקה של המחוקק שלפי רראות עיניו פוגעות בזכויות אדם בסיסיות. בנוסף- השיוויון לא מוזכר בחוק, אך הוא ממשיך לתפקד כערך עליון ללא קשר לחוק. מה שעומד על הפרק היא לא פסילה של חוק אלא פסילה של החלטה של הרשות המבצעת. גם אם השוויון לא מכלל בחו"י:כבוד האדם וחירותו הוא עדיין ממשיך להתקיים כזכות של האדם- זכות בלתי מנויה. במקרה של החלטה מנהלית ניתן לפסול אותה אם היא מתנגשת בזכות שאינה מעוגנת בחוק, לעומת פסילה של חוקים רגילים.על מה הפילו את החלטת שר הבטחון?

ישנה הבחנה בין שני קטבים:

* בעיה בסמכות- היעדר סמכות\חריגה מסמכות- למרות שזוהי החלטה מנהלית ולא חוק, ישנה דרישה להסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכויות האדם.
* פגם בשק"ד- צריכים להשתמש ב"נוסחת איזון"- שמאזנת בין התכלית (התועלת) לבין הזכות (זו שניזוקה). מבחני המידתיות הם סוג של נוסחאות איזון, מבחני המידתיות עוזרים לנו לבדוק אם שק"ד הוא תקין או לא תקין. נוסחת האיזון מודדת ובודקת את שיקול הדעת של המחוקקים.

העותרים טוענים - כי הנזק שנגרם לעיקרון השוויון הוא כל כך חמור. בית המשפט- לא מכריע על בסיס עקרון השוויון אלא קובע על בסיס הסמכות. קובע כי לשר הבטחון אין זכות לקבוע תקנות כאלה- ולכן נפסל החוק.

אהרון ברק מייחד חלק ניכר מפס"ד, לתקיפה של ההסדר לגופו- מצד אחד הוא מסביר מה לא נכון מבחינה מוסרית בהסדר (ובכך מסמן את הדרך להמשך), מצד שני הוא יכול להצדיק את עצמו בעיניי השומע, לא פסל חוק בגלל שוויון אלא בגלל שאלת הסמכות של שר הבטחון. למעשה הוא מציג מצב בו הוא לא מחליט באופן מוסרי מה תקין ומה לא תקין, אך למעשה, בעקיפין, הוא קובע שההסדר עצמו הוא הסדר בעייתי לא שוויוני. זוהי טקטיקה של בית המשפט. ישנו קושי להבחין בין הרציו לבין האוביטר בפסק דין זה. בית המשפט: הקביעה על מתן פטור צבאי מהווה הסדר ראשוני ולא משני וצריכה להיות מוסדרת על ידי המחוקק ולא על ידי השר- השאלה הנשאלת היא, למה התעוררת עכשיו? היא נטענה על ידי רסלר ושם לא הטענה לא התקבלה, למה דווקא עכשיו, מה נשתנה?

**1)** כמות עושה איכות- המספרים הלכו וגדלו באופן שזה הפך להיות הסדר ראשוני.

**2)** זה קרה לאחר המהפכה החוקתית- עכשיו יש חוקי יסוד שההסדר סותר. מה יש במהפכה החוקתית שפתאום הופך את זה ללא חוקי?

**3)** מחדד את הפרדת הרשויות במדינה. יש פרשנות שתגיד כי ביהמ"ש אומר: העיקרון שכל אחד מהגופים אמור לייצר תוצרת חוקית שונה תמיד היה קיים. פעם לא לקחנו אותו נורא ברצינות. אם שר בממשלה הדירה הסדר ראשוני, לא פסלנו אותו. משנת 92' ואילך- החלטנו להחמיר יותר. הכוונה בחוק כשנקבעה הסמכות שניתנה לשר הביטחון לתת פטור, זה מדובר על אדם פרטי או אחר, מחלה וכו'. לא מדובר בציבור שלם!

**4)** שפיטות.

פרשנות גידי ספיר- מה עשתה המפכה החוקתית, למה היא משנה פה משהו?

העיקרון שכל אחד מהגופים מייצר סוג אחר של חקיקה ויש היררכיה מסוימת. פעם לא לקחו אותו ברצינות, גם כאשר בפועל שר בממשלה הסדיר הסדר ראשוני, לא ביטלנו אותו. משנת 1992 ואילך החלטנו להחמיר עם זה יותר- מאז שיש חו"י, ישנה חלוקת עבודה יותר ברורה של מה עושים בחוקה, מה עושים בחקיקה ראשית ומה עושים בחקיקת משנה. החליטו לפרש את החוק בצורה מצמצמת- שר הביטחון יכול לתת פטורים בודדים ולא בצורה גורפת כזאת. ההסדר הראשוני קיבל משנה תוקף.

**שיעור מס' 8 – 11\11\24**

מאמרו של הלל סומר- הזכויות הבלתי מנויות: זכויות בלתי מנויות- זכויות אדם שאינן כתובות בחו"י אך הן זכויות חשובות מאוד- לדוגמא זכות חופש הביטוי. בעצם קיומן של זכויות כאלה יש "תאונת עבודה", כלומר, ישנה עדיפות שירותית שאינה מבוססת של חו"י:כב"ה וחירותו וחופש העיסוק על פני הזכויות הבלתי מנויות האחרות שאינן פחות חשובות מהזכויות שכן מעוגנות בחוק.  **הלל סומר- מציע גישות לשיטת בית המשפט העליון בהתייחסותו לזכויות הבלתי מנויות:**

1. עיגונן של הזכויות הבלתי מנויות מכוחו של ס' המטרה- סעיף 1(א) לחו"י:כב"ה וחירותו. יהודית קרפ במאמרה כותבת על כך שההגנה על כב"ה וחירותו על פי פסקת המטרה היא למעשה אמצעי להשגת תכלית רחבה יותר- תכלית העיגון הנורמטיבי של ערכי המדינה בתור מדינה יהודית ודמוקרטית. מאז חקיקת חו"י:כב"ה וחירותו ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מעוגנים בחו"י מתוקף ס' מטרה.

בין הערכים הללו מעוגן עם עקרון השוויון, מכאן שהזכות לשוויון מהווה חלק מחו"י:כב"ה וחירותו.

ביקורת על תיזה זו: פסקת המטרה לא נועדה לקבוע נורמות משפטיות אלא נועדה להציב לנו כלי פרשני כאשר נתקלים בבעיה. אם אכן זו הייתה מטרתו של ס' זה מדוע מנה המחוקק בהמשך החוק את הזכויות שכן מעוגנות בחוק? מדוע יש כפילות?

1. עיגונן של הזכויות הבלתי מנויות מכוח פסקת עקרונות היסוד ומכוח השוויון הקבוע במגילת העצמאות

ביקורת על תיזה זו: פסקת עקרונות היסוד אינה מקור עצמאי לזכויות אלא כלי פרשני.

1. עיגונן של הזכויות הבלתי מנויות כחלק מזכויות היסוד המוגנות של "כבוד האדם"- זוהי הגישה שביהמ"ש עושה בה שימוש. הזכות לשוויון כמו זכויות אחרות צריכות להיקרא לתוך חו"י דרך זכות אחרת הנקראת זכות מסגרת והיא הזכות לכבוד- שוויון צריך להיקרא אל תוך חו"י על פי הבנה מעמיקה של הזכות לכבוד**. הזכות לכבוד היא לא זכות מצומצמת,פרטיקולארית אלא זכות רחבה יותר שממנה נגזרות זכויות רחבות רבות.**

**ההיסטוריה החקיקתית, טיעונים כנגד תיזות אלו:**

* טיעונים כנגד תיזות 1 ו-2- גישה אורג'ינלסטית, היצמדות לכוונת המחוקק. ברור כי המחוקק לא רצה לכלול את כל הזכויות האלו בתוך חו"י:כב"ה וחירותו, שכן החקיקה נעשיתה מתוך פשרה. צריך לקרוא את הזכות לכבוד כמו שהבינו אותה, כזכות פרטיקולארית ולא כזכות מסגרת.
* טיעונים כנגד תיזה 3- הזכות לכבוד זוהי זכות מאוד מצומצמת, פרטיקולאריות שכוללת בתוכה את הגנה מפני השפלה, והגנה על כבוד גוף האדם. יש כוונה מאוד ספציפית.
* טענה נונאורינגליסטית- לאור מבנהו של הטקסט נוכל ללמוד לגבי המשמעות של המינוחים שמופיעים בו. אם הזכות לכבוד היא זכות מסגרת, היא כוללת לא רק את הזכות לשוויון אלא היא יכולה לקרוא עבורנו גם את הזכויות שנמצאות במפורש בחו"י: כב"ה וחירותו שהן- חירות, קניין תנועה. כשהמחוקק בחר את הזכות לכבוד הוא לא בחר אותה שתהיה מסגרת כי הזכויות שהוא כן רצה למנות מופיעות בתוך החוק אז למה הוא כלל את שאר הזכויות?
* אין פוגעים באדם באשר הוא אדם- כשאנו מדברים על חייו, גופו,כבודו מדברים על מהלך של מהכבד אל הקל- כבודו=חייו. לא פוגעים בכבודו= לא פוגעים בחיים ובגוף. כבוד כזכות פרטיקולארית להימנע מהשפלה.

ישנן גם טענות כלליות שניתן לטעון כנגד הפרשנות הרחבה:

* טענה טקטית- לכנסת הייתה כוונה מאוד מסוימת בעת שחוקקה את חו"י- גישה של אטומיזציה, להעביר את חו"י:זכויות האדם פרוטות פרוטות. לא כדאי להתעלם מכוונת המחוקק. היא עשויה לגרום למחוקק שלא ירצה יותר לשתף פעולה עם בית המשפט משום שבסופו של דבר בית המשפט עושה מה שהוא רוצה עם הטקסט בלי להתכוון למה שהתכוון במקור המחוקק.
* אחד מהנימוקים של מתנגדי האוריג'ינליזם- קשה מאוד לזהות כוונה סובייקטיבית, קשה לחלץ מה הייתה כוונת המחוקק. ישנם הרבה שחקנים שמשתתפים בהליך החקיקה ואולי היו להם כוונות סותרות ולכן לא ניתן לדעת בדיעבד מה היו כוונותיהם.
* מחקר היסטורי באופיו הוא מאוד קשה- קשה לחזור אחורה ולהתחקות אחרי הכוונות. למרות שהאנשים שחוקקו את החוק המדובר עדיין נמצאים איתנו ואפשר לשאול אותם וזה מתנגד לנונאוריג'נליסטים.
* יהודית קרפ מעלה את הטענה שלפיה שכאשר השתמשו בביטוי כבוד, כבר אז כל השחקנים היו מאחורי מסך של בערות- לקחו סיכון לא ידעו מה תהיה המשמעות. כולם לקחו סיכון.

ישנה טענה כי אם ביהמ"ש יילך בגישה המרחיבה, הוא לא יילך בניגוד לכוונה המקורית אלא יילך עם הכוונה המקורית של המחוקקים שהיא למנות את כל הזכויות הבלתי מנויות אל תוך החוק- **גידי חושב שזה קשקוש.** כל הח"כים אומרים שהם לא התכוונו להכניס את כל הזכויות אלא רק זכויות ספיצפיות הנכללות באופן מפורש בתוך החוק. יהודית קרפ טוענת שהם בהחלט חשבו שאפשר להכניס את הזכויות- גידי אומר שזאת אמירה לא נכונה ומקוממת. יהודית קרפ היא סוג של גיס חמישי, היא מנסה להכשיר את השרץ.

פס"ד אדם טבע ודין- העותרים טוענים לפגיעה בזכות לאיכות סביבה ראויה, שלטענתם נגזרת מהזכות לכבוד, שמופיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **ברק** לא מקבל את הטענה. אסור לפרש כבוד באופן מאוד מצומצם רק של מניעת השפלה, אבל גם אסור להרחיב את הפרשנות שלו יותר מידי כי אז נייתר את שאר חוקי היסוד.גם לברק יש גבולות. הוא טוען כי יש גבול, לא כל פירוש יכול להיכנס תחת הזכות לכבוד.**זמיר** אומר לעותרים:"לא הצלחת בשום דרך, אל תפנה להשתמש בטיעון "פגעו לי בכבודי", לא ניתן להכיל על הזכות לכבוד כל פגיעה אפשרית שלא מצאת לה טיעון אחר. יש לתת מובן מצומצם ל"זכות לכבוד", לא צריך להגזים"***.*** דבריו של זמיר לא זוכים לפופלריות רבה. הופכים להיות לאוביטר להיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל.  **ביקורת על ברק:** הוא אינו מבהיר מה הקריטריון שעל פיו הוא הוציא את הזכות של איכות הסביבה, זה משאיר אצל הציבור רושם שביהמ"ש יכול לעשות מה שהוא רוצה.

**פרק ב'- מבנה, כללי משחק**

**מהי מידת הריבונות של הכנסת, כמה ביהמ"ש מתערב לכנסת במה שהיא עושה?**

עד עכשיו התעסקנו בהתערבות בית המשפט בחקיקת הכנסת, ולא בהתערבות בית המשפט בניהול הפנימי של הכנסת ובסמכויות הכנסת בעניינים בעלי אופי שיפוטי.

פס"ד פלאטו שרון: **דנים בהחלטה בעלת אופי שיפוטי** : שמואל פלטו שרון הורשע בבית המשפט ונגזר עליו עונש מאסר בפועל של 9 חודשים. הוא הגיש ערעור . בטרם התקבלה החלטה בערעור ועדת הכנסת מחליטה על סמך סעיף 42 ב'(א) להשעות אותו מכהונתו כחבר כנסת למשך פרק הזמן שבו פסה"ד איננו סופי – עד להכרעה בערעור. הכנסת חרגה מסמכותה כי מותר להשעות ח"כ רק אם קיבל עונש מאסר שנה. השאלה המרכזית שנידונה בפס"ד היא האם לביהמ"ש יש סמכות להתערב בהחלטות של וועדת הכנסת? ואם כן אז מתי?

* אין לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטות של וועדות הכנסת. בית המשפט אומר שיש לו סמכות מכוח חוק בתי המשפט- מסומף לתת הוראות לגופים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין- ועדת הכנסת היא אכן גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין ולכן ניתן לעשות ביקורת שיפוטית גם לוועדות הכנסת.
* הנושא אינו שפיט- השאלה לא שפיטה כי צריך לשמור על כבודו של הרשות המחוקקת ולשמור על מערכת יחסים תקינה בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת- לא כדאי להתערב\אין לי כלים לבצע שיפוט על שק"ד של מישהו אחר.

בית המשפט אומר:

1. יש כאן החלטה של הכנסת **שנושאת אופי שיפוטי** "מעין שיפוטי", שזהו תחומו של בית המשפט- בית המשפט יודע להעביר על זה ביקורת בצורה הטובה ביותר, יש לבית המשפט את הכלים לבחון את זה. בנוסף, **יש לו אינטרס**, חבר הכנסת- מייצר את הציבור ויש כאן פגיעה בזכויות חבר הכנסת ובאופן עקיף בזכויותיו של הציבור שבחר בו. זהו לא רק עניין שיפוטי
2. הכנסת פעלה מתוך חוסר סמכות- ועדת הכנסת טעתה בפירוש החוק.

הרציו הוא מצומצם, למען הנסיבות הקונקרטיות. אנו לא מקבלים תשובה כיצד בית המשפט יפעל כאשר הכנסת פעלה באקט שיפוטי מתוך סמכות אך בשק"ד שגוי של הכנסת?

דעת המיעוט, השופט לנדוי:

* הגישה המקובלת היא בית המשפט העליון אינו מוסמך לפסול חקיקה ראשית של הכנסת ועל כן אינו מוסמך לפסול גם חקיקה משנית. כפי שבית המשפט סבור שאין להתערב בחקיקה ראשית יש להחיל זאת גם על חקיקה משנית.
* היועמ"ש לא טען בעניין ולכן לא ניתן להכריע בנושא- הגישה הקבועה של לנדוי.

ניתן לראות בפס"ד זה ראייה לגישתו המרוסנת ביחס לתפקידו לשופט. הוא טוען שכפי שאין לביהמ"ש סמכות להתערב באקטים חקיקתיים כך אין לו רשות להתערב באקטים שיפוטיים, מבקש לשמור עד כמה שניתן על הפרדת הרשויות.

שריד נ' יו"ר הכנסת: יש סעיף בתקנון הכנסת שמציעים הבעה לאי-אמון יש לבצע את ההצבעה בפגישה הראשונה הבאה לאחר הבקשה. יו"ר הכנסת דחה את הישיבה לשעה 17:00 במקום בשעה 11:00 בטענה שיש באותו היום טקס זכרון לבן גוריון. השופט ברק- השאלה היא לא אם יש סמכות לבית המשפט לדון בעניין זה? התשובה היא ברורה. השאלה היא האם השאלה היא שפיטה? ברק מחליט שהשאלה היא לא שפיטה- הנושא הוא לא עניינים בעלי אופי שיפוטי אלא החלטה בעלת אופי מנהלי ולכן מחליט ברק שמתוך כבוד לכנסת אין הוא דן בטענה זו.

הוא מציע את המבחן – עד כמה הפגיעה שביצעה הכנסת פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים ואיך הפגיעה הזו פוגעת ביסודות המבנה החוקתי. הכנסת היא גוף גדול ועיקרי ויש לה השפעה ישירה על יסודות המבנה החוקתי שלנו (עקרונות יסוד חוקתיים). ישנן פגיעות קטנות, סטיות קלות שלא מפריעות למרקם החיים הפרלמנטריים וישנן פגיעות גדולות שמשפיעות מאוד על מרקם החיים הפרלמנטריים ועל יסודות המבנה החוקתי.

האם העניין שפיט או לא תלוי במבחן הנ"ל. במקרה זה ברק לא מתערב בטענה שהייתה סטייה קלה מהוראות תקנון הכנסת שחייבת למצוא את פתרונה בהליכים הפנים-פרלמנטריים עצמם.

פס"ד סיעת כך נ' יו"ר הכנסת: יו"ר הכנסת טוען שסיעת יחיד לא רשאיות להגיש הצעת אי אמון בכנסת.

מגיש מאיר כהנא עתירה לבג"צ כנגד החלטה זו. טענות המשיבים (הכנסת):

1. אנו מוסכמים לפרש.
2. מה שאנו עושים מבוסס על נוהג פרלמנטרי שמתקיים כבר שנים- משהו שאינו מעוגן בחוק אך מתקיים כבר שנים.הנוהג צץ מס' 19 לחו"י:הכנסת שבו במקרים בהם אין נושא מסוים שמעוגן בתקנון, הנוהג של הכנסת הופך להיות נוהל.
3. המבחן של ברק הוא לא המבחן הנכון, הוא רופף מעורפל. בית המשפט לא יכול לדעת לאיזה כיוון הוא צריך ללכת. יועמ"ש מציע מבחן אחר- מבחן פונק', רק כשיש חריגה מסמכות בית המשפט יכול להתערב- המבחן הזה הרבה יותר ברור.

תשובות ברק:

1. לבג"צ יש את זכות המילה האחרונה גם לפירוש תקנון הכנסת ולכן הפירוש המחייב הוא הפירוש של בית המשפט.
2. לא ניתן לייצר נורמה חדשה- הסמכות לייצר תקדימים רק במקרה שאין לך כבר נורמה שנקבעה בחוק או בתקנון. התקדים לא יכול לסתור תקנון- לכן גם טענה זו נפסלת.
3. ברק לא מקבל טענה זו- הצעה שלך גם צרה מידי וגם רחבה מידי.

במקרים בהם יש פגם בשק"ד בית המשפט צריך להתערב גם אם היא לא חרגה מסמכותה ובנוסף, יש מקרים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה ועדיין אין בית המשפט צריך להתערב.

המבחן הפונק' אינו בהיר, מעורפל- יש גם בעניין של חריגה מסמכות עמימות.

האוביטר של פס"ד פלאטו שרון הופך לרציו- החלטת הכנסת פוגעת באופן ניכר במרקם החיים הפרלמנטריים.

פס"ד כהנא נ' יו"ר הכנסת: הצעות החוק של ח"כ כהנא אינן מתקבלות משום היותן גזעניות.

טענותיו של כהנא:

1. סעיף 19 לחו"י:הכנסת מאפשר להסדיר את סדרי העבודה של הכנסת בתקנון, אך לא מדובר בסדרי עבודה אלא בהחלטה בעלת אופי עקרוני,מהותי-זהו תפקידו העיקרי של הכנסת. יש כאן פגיעה קשה מאוד בזכויות בעל אופי חוקתי בשיטת משטרינו. ועל כן הוראה כזו חייבת להיות מעוגנת בחוק ולא בתקנון.

אנו נדון בהמשך הקורס בפס"ד זה שוב.

אלון לא מתערב לא בגלל שהוא לא מוצא פגם אלא בגלל שמדובר בשאלה לא שפיטה, אין חריגה מסמכות וזהו הקריטריון שצריך להפעיל. שיטת ברק: צריך לבחון את מידת הפגיעה בחיים הפרלמנטריים, ושמגר אומר שהוא לא ראה בעיה בפס"ד זה כאשר הוא מפעיל מבחן זה.פרשנות גידי: אלון מרוויח רווח כפול- מאמץ גישה שמרנית, מצד שני, הוא מגיע אל התוצאה שהוא היה רוצה להגיע אליה. מה שעשה אילון זה לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה- גם להגיע לתוצאה הרצויה וגם להישמר שמרן. **חוסר הגינות בסיסית מצידו של אילון.** הוא לא אוהב את כהנא ולא רוצה לראות אותו בחיים הפוליטיים. (פרשנות גידי בלבד).

**שיעור מס' 9 – 11\11\28**

פס"ד פנחסי נ' כנסת ישראל- מוגשת בקשה לנטילת החסנות של פנחסי, פנחסי מעלה שורה של טענות ומבין כל הטענות מתקבלת טענה אחת בלבד- נפל פגם דיוני בהחלטה על נטילת החסינות של פנחסי- חברי הכנסת לא נחשפים אל הטעמים של הסרת החסינות, נפל פגם דיוני שמאיין את ההחלטה ועל בסיס זה בית המשפט מתערב.

מדובר בהליך "מעין שיפוטי" שלא נוגע לעניינים פנים פרלמנטריים. הקביעה הברורה, המפורשת והחד משמעית של בית המשפט- בישראל לא חל ריסון עצמי לגבי החלטות מעין שיפוטיות של הכנסת והאורגנים שלה, כלומר, כאשר מדובר החלטות מעין שיפוטיות, זה לא משנה עם הכנסת עשתה אותה או כל גוף אחר, בית המשפט יתערב!העובדה שמדובר בהחלטה של הכנסת לא משנה את הקביעה שבית המשפט מתערב בכל החלטה מעין שיפוטית של רשות ציבורית שהיא. היקף ההתערבות בעניין זה זהה להתערבות בהחלטות של בתי המשפט בערכאות נמוכות יותר כאשר מוגש כנגד החלטותיהם ערעור- מקרה זה מוגש "ערעור" על החלטה מעין שיפוטית של הכנסת כפי שמוגש ערעור על החלטות של ערכאות נמוכות יותר.

דבריו של אמנון רובינשטיין: אין ספק כי התערבותו הגוברת של בית המשפט העליון בהליכי הכנסת נובעת לא רק מהאקטיביזם הרב של בית המשפט אלא גם מחולשתה של המערכת הפוליטית. העובדה כי מספר כה גדול של חברי כנסת עושה שימוש כה נפוץ בעתירות לבג"צ מצביע על חולשה זו.

ביקורת של גידי על דבריו של אמנון רובינשטיין- שאלת הביצה והתרנגולת- מדוע כל כך חברי כנסת מגישים עתירות לבית המשפט העליון- האם זה מעיד על חולשה של בית המשפט העליון או שזה מעיד על חולשה של הכנסת? ברור שחבר כנסת רוצה גם למלא את תפקידו אבל בעיקר רוצה לחדור לתודעה הציבורית- יעשה שימוש גובר והולך בעתירות של בג"צ, דבר המחליש מאוד את הכנסת- היא תפסיק לקבל החלטות משום התערבותו של בג"צ.

פס"ד התנועה למען איכות השלטון נגד ועדת הכנסת: ועדת הכנסת החליטה שמי שכיהן בכנסת ה-14 אך לא נבחר לכנסת ה-15 יזכה בקצבה כאילו כיהן 4 שנים בכנסת ה-14 אפילו שפועל היא התפזרה לאחר 3 שנים.  **ריבלין** קבע כי ניתן להתערב בחקיקת המשנה שלהכנסת.

**חקיקת משנה שלא הושלמה –** מתערבים כמו בעניינים פנים פרלמנטריים

**חקיקת משנה שהושלמה –**ניתן לפסול אותה אם לא הייתה סמכות או אם החוק אינו סביר

העתירה התקבלה.

**התהליך:   
בצול**במ"ש מסרב להרהר אחר החלטות הכנסת אפילו שברור שיש בהן פסול.  
**פלטו** (כהן) במ"ש **מתערב בעניינים "מעין שיפוטיים" רק כאשר יש חריגה מסמכות.   
שריד**(אוביטר-ברק) בימ"ש מתערב 1.גם בעניינים "פנים פרלמנטרים" אך כאשר ישנה פגיעה ב"מרקם החיים הפרלמנטרי" וב"עקרונות המשטר החוקתי" 2.במ"ש יכול להתערב בפגם בש"ד של הכנסת. אם הפגיעה בהסדר פנים פרלמנטרי היא קלה ואין בה כדי להשפיע על יסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית. יש לקבוע אמת מידה גמישה – האיזון ימצא אם תתקיים אמת מידה שמתחשבת במידת הפגיעה שנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים לבין הפגיעה ביסודות המשטר החוקתי – יש ביניהם קשר.

**כ"ך**(ברק) **האוביטר מפס"ד שריד הופך לרציו**. משתמש במבחן כדי להגיד שלא הייתה פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.

**כהנא 2**(אלון) **1**.מאמץ את מבחן הסמכות הפונקציונאלית מפס"ד כ"ך (שדחה ברק ומציע יאראק) **2**.זועק לריסון התערבות מתוך כבוד לריבונות הכנסת ומעמדה  
**פנחסי**(ברק) **1**.**התערבות** בימ"ש בעניינים "מעין **שיפוטיים" ללא ריסון** (בניגוד לפס"ד פלטו) **2**.**התערבות** בימ"ש בעניינים **"פנים פרלמנטרים" ע"פ המבחנים שקבע בפס"ד שריד באוביטר- ריסון** (בניגוד לאלון בכהנא).   
**התנועה למען איכות השלטון**(ריבלין) במ"ש יכול להתערב בחקיקת משנה כאשר חרגה מגבולות ההסמכה/לא סבירה (בניגוד לדעת לנדוי כמיעוט בפס"ד פלטו).

**מעמדו של תקנון הכנסת:**

פס"ד נמרודי- לחברה של נמרודי יש עניין בחוק ני"ע, היא עומדת להיות מושפעת לרעה מהחוק הזה, לכן היא מחפשת דרך לתקוף את התוצאה והיא נתלית ב-ס' 106 לתקנון הקובע כי- וועדת הכנסת רשאית להזמין כל אדם או בא כוחו של גוף מסוים שיש לו עניין בשאלה שהוועדה דנה בה. **נמרודי טוען** שיש מקרים בהם יש לפרש את המילה רשות כחובה, כי בנסיבות המסוימות ההחלטה איננה סבירה ולמרות שרשום רשאי, שק"ד הוא כ"כ מצומצם עד כדי כך שהמילה רשות הופכת למחויב. בגלל שלא נתנו לחברה של נמרודי להשמיע את דבריה, דין החוק להתבטל. **העתירה נדחתה,** על הכנסת לא מוטלת חובה שמיעה אינדיווידואלית- ועדת הכנסת רשאית להזמין אך לא חייבת להזמין אנשים לשמוע.

* בית המשפט מעלה על דעתו שחוק ראשי ייפסל למרות שבלשון החוק אין שום פגם אלא הפגם שנפל הוא בהליכי החקיקה. רוב ההסדרים הנוגעים להליכי החקיקה מעוגנים בתקנון הכנסת- מדובר בפגמים שעומדים בסתירה לתקנון הכנסת.

אפשר היה לתאר את הדברים באופן הבא- כביכול נותנים עדיפות על פני החוק, זהו תיאור שגוי. משום שבמקרה הזה הדבר הכי פחות נכון לומר שאנו פוסלים חוק אלא החוק שיש בו פגם בהליכי החקיקה הוא אינו חוק מלכתחילה משום שהוא נפגע עוד בהליכיו, הוא לא הבשיל לכדי חוק.

* מתי אנחנו תוקפים? נמרודי עשה זאת אחרי שהליכי החקיקה הסתיימו. אם תוך כדי החקיקה הוא היה תוקף במהלך החקיקה, זה היה נקרא תקיפה של "הליכים פנים פרלמנטריים" ובמקרה זה בית המשפט מפעיל התערבות מאוד מצומצמת.

אך זוהי לא דרכה של בית המשפט- הוא "פוסל" חוק רק אחרי שהחוק מתקבל ולא במהלך חקיקת החוק. מה שיוצא מדברי הכנסת הוא שנכון יותר להמתין לרגע בו שיחקק החוק.

ניתן לפסול חוק גם בגלל פגם טכני, בגלל הליכים פסולים שהביאו לחקיקתו. אך עניין זה לא מתקיים בפס"ד נמרודי, לא היה פגם בהליכי החקיקה. זהו אוביטר שישמש בפס"ד אחרים.

פס"ד ארגון מגדלי העופות- "חוק ההסדרים"- מאמצע שנות ה-80, חוק זה הפך להיות פרקטיקה במדינת ישראל. ישראל נקלעה משבר כלכלי חמור ביותר ומושפעת תכנית חירום כלכלית המחייבת קיצוצים לאורך ולרוחב. ישנם קיצוצים שאפשר לבצע ללא בעיה, אך ישנם סעיפים שהמדינה חייבת על פי חוק להוציא, לתקן מתוך החוקים למטרות כאלה ואחרות אם אתה רוצה לקצץ אתה צריך להבטיח ש-"כל הברזים נסגרים"- באמצעות תיקונים של חוקים רבים- זהו דבר לא אפשרי ולכן המדינה נאלצת להציע תיקון לכל החוקים בצירוף של חוק אחד הנקרא "חוק ההסדרים". המנגנון הזה הרבה יותר יעיל מחקיקה רגילה, עושים דיון אחד על כל החוקים ביחד, יש כאן קיצור דרך. נוצר מצב שבו הכנסת מבצעת עיגון של הרבה הצעות חוק ביחד תחת חוק ההסדרים, בלי שאף אחד יבין מה קורה ועל מה מדובר. עסק זה מתחיל להפריע למחוקקים מסוימים ואף לגורמים חיצוניים. הם טוענים כנגד חוק ההסדרים. השאלה הראשונה שביהמ"ש נדרש לה- האם אנחנו יכולים להתערב בדברים אלו?

השופטת בייניש: התשובה היא חיובית. לא מדובר על חריגה מסמכות התקנון, אלא יש פגם מהותי בהליכי החקיקה. ביהמ"ש יתערב רק במקרה של פגיעה בעקרונות היסוד של המשטר:

1. עקרון הכרעת הרוב
2. עקרון השוויון
3. עקרון הפומביות
4. עקרון ההשתתפות

יש פגיעה בעקרון ההשתתפות, עקרון זה כולל את הזכות הפורמלית להשתתף בכל אחת מהקריאות של הצעת החוק. בנוסף הוא כולל מתן אפשרות מעשית לח"כ לגבש עמדתם ביחס להצעת החוק. העותרים טוענים: ח"כ בנסיבות כאלה לח"כ אין אפשרות מעשית לגבש את דעתו לגבי כל הנושאים הכלולים בחוק ההסדרים בפרק זמן כל כך קצר? צריך לבחון כל נושא בשק"ד. בייניש אומרת שלח"כ יש אפשרות לגבש את דעתו לגבי כל הנושאים הכלולים בחוק ההסדרים בפרק הזמן הקצר שקיים. היא אומרת, קשה לכאורה לחשוב אם יש בכלל מצב שהוא מצב שבו נשללה מחברי כנסת כל אפשרות מעשית לגיבוש דעתם בכל הנוגע להצעת החוק.

מה שהיא אומרת למעשה- "בית המשפט לא מתערב, אבל, כנסת "ראי הוזהרת" " זהו כלי שבו ביהמ"ש משתמש בו הרבה- רוצה לגרום לכך שההליך הפוליטי יעשה בצורה הוגנת וראויה, למרות שבאופן תיאורטי זה חוקי. זה מתבקש שבית המשפט יתערב במצב שכזה אך הוא לא מתערב.

מה קורה אם הכנסת לא פעלה לפי התקנון בזיקה לחקיקה?

פס"ד כהנא הראשון – הסיפור נוגע לשאלה עד כמה נשיאות הכנסת למיין ולפסול הצעות חוק לא רק בשל פגמים פרוצדוראליים, צורניים אלא גם בפגמים תכניים? השאלה מתעוררת כאשר הכנסת מחליטה לפסול או לא לאפשר הגשת מס' ה.חוק שהגיש ח"כ כהנא בטענה שהן גזעניות. הכנסת מסתמכת על ס' 134 לתקנון הכנסת- ביהמ"ש העליון צריך לדון בשאלה האם ההסתמכות על ס' זה היא מספיק חזקה ? ישנן 3 אפשרויות:

1. אין שק"ד ליו"ר הכנסת ביחס לנושא החקיקה.
2. שק"ד חלש- הנוגע רק לעניינים הצורניים.
3. שק"ד חזק- גם בענייני התוכן של החוק.

ביהמ"ש פוסל את אופציה מס' 1. כמו כן הוא פוסל את אופציה מס' 3 באומרו שאין לפסול הצעות חוק של ח"כ בשל תוכנם משום שהצעות חוק אלו באות להגשים את המטרה שלשמה ח"כים נבחרו, לייצג את דעתם של הציבור שבחר אותם. ברגע שיו"ר הכנסת פוסל ה.חוק בשל תוכן הוא גם פוסל את דעתו של הציבור. בסופו של פס"ד ברק מדגיש כי הוא לא מביע כל עמדה לגבי סינון מבחינה תכנית.

**עניין זה מעלה שני סימני שאלה:**

(?) האם לא ראוי להביע עמדה בשאלה זו?

(?) האם בתוך פס"ד זה לא הובעה דעה?

לכאורה מדובר בשאלה בעלת אופי חוקתי- האם מותר לכנסת לעשות דברים כאלה, ואם כאן, איך הכנסת יכולה לעשות זאת- מכוח התקנון, חוק, חוקה (חו"י)? אלו שאלות כבדות משקל. האם זה בסדר שביהמ"ש לא הביע כל עמדה? למעשה לא כל כך בטוח שביהמ"ש לא הביע דעה במהלך פס"ד. ברק מדגיש שגם במדינות שיש בהן חוקה לא נותנים לכנסת סמכות להחליט החלטות כאלה. בהיעדר חוקה, עניין זה לא נשמע לגיטימי, בטח לא לאור ה-ס' 134(ב) לתקנון הכנסת. גידי חושב כי מדברים אלו נראה כי שמגר כן הביע עמדה.

פס"ד כהנא 2- נוסף ס' 134(ג) לתקנון הכנסת- נשיאות הכנסת יכולה לפסול ה.חוק שהן גזעניות. ישנן 2 שאלות-

1. היקף ההתערבות- מצד אחד, מדובר בתקנון הכנסת זהו לא דבר חקיקה ראשי, לא חוק. לכן, בית המשפט העליון יכול לבקר את התקנון.

ישנם שיקולים כנגד ההתערבות:

* התקנון אינו חוק אך הוא מתקבל בדרך של יצירת חוק- הוא נוצר ע"י ח"כ וגם בהצבעת רוב.
* התקנון עוסק בהסדרים פנים-פרלמנטריים. בעניין זה ביהמ"ש מתערב רק במקרים חריגים.

בימה"ש מתערב רק בנסיבות קיצוניות באופיין שבהן מתגלה בתקנון פגם היורד לשורש משטרינו החוקתי ותפיסותינו הדמוקרטיות? האם במקרה שלנו, מדובר בפגם שבו מתגלה בתקנון פגם היורד לשורש משטרינו החוקתי ותפיסותינו הדמוקרטיות? שמגר אומר שלא כך מדובר במקרה שלנו- "הפה שהתיר הוא זה שיכול לקחת"- זכותו של ח"כ להגיש הצעות חוק נובעת מהתקנון עצמו ולכן התקנון הוא זה שיכול גם להגביל את זכותו של ח"כ בדבר הגשת הצעות החוק בין אם ההגבלה היא תוכנית ובין אם ההגבלה היא צורנית. גידי: אך זהו לא הנושא שלנו!! השאלה היא האם ניתן לסנן הצעות חוק על בסיס התוכן? למעשה נותנים לח"כים להיכנס לכנסת ואחר כך שוללים ממנה להציע הצעות חוק שמשקפות את התפיסות הפוליטיות שלו. הנשיא שמגר לא טוען זאת ולא מעלה זאת וזאת דוגמא קלאסית לטענה העקרונית שמדברת על כך ש"סיטואציות בעייתיות מביאות להסדרים חוקתיים קשים".

מאמרו של בנדור:בהינתן המציאות שהתערבות בסוף ההליך היא מכוח התקנון, כשהתקנון מובא כתירוץ, אז בעייתי שמתערבים בסוף ההליך מאשר התערבות בהתחלת או במהלך התהליך. מה יותר גרוע- להרוג חוק בתהליכים או כשהוא כבר חוק? בנדור לא מחווה דעה, אלא מעלה בעיה. **ביקורית שיפוטית א-פריורית-** ביקורת שיפוטית תוך כדי הליכים, **ביקורת שיפוטית א-פוסטריורית-** בסוף הליך החקיקה. הראשונה קצת פחות אנטי דמוקרטי, כי לא פוסלים חוק של הכנסת, אלא מונעים ממנו לסיים את ההליך- עושים הפלה ולא הורגים את התינוק... הוא ביסס את הטיעון על הטיעון המעמדי של התקנון מול חקיקה ראשית ולא על הטיעון הנורמאטיבי. סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת וסעיף זה קובע כי את ההסדרים קובעים בחקיקה או בתקנון. לפסול כאלו הסדרים לא יכולים בחיים להיות ממקום של תוכן. לכן, זה עוד יותר בעייתי וזה עוד יותר התערבות בוטה וברוטאלית בהתנהלות הכנסת.

**שיעור מס' 10 11\11\01**

**חסינות חברי הכנסת**

חו"י:הכנסת נחקק בשנת 1951 קובע כי חסינות חברי הכנסת תקבע בחוק החסינת. למרות שהפרטים כבר נחקקו בחוק עוד לפני חו"י:הכנסת בחוק חסינות ח"כ נחקק בשנת 1958 אבל למען הסדר הנורמטיבי נאמר כי הוא "יחקק" ולא שנחקק כבר.

ישנם שני סוגי חסינות:

1. חסינות עניינית\מהותית
2. חסינות דיונית

ההבחנה ביניהם היא שאת החסינות העניינית לא ניתן ליטול מחבר הכנסת ולעומת זאת חסינות דיונית ניתנת להסרה. ס' 13 לחוק חסינות חברי הכנסת והסעיף אומר כי הכנסת ראשית בהחלטה ליטול מח"כ את החסינות הדיונית. החסינות המהותית ממשיכה להיות תקפה גם לאחר שח"כ חדל להיות ח"כ.

לסיכום, מעשים\התבטאויות\הצבעות וכו' שעשה ח"כ בעת מילוי תפקידו ולמען תפקידו נכנסים תחת החסינות המהותית. אילו מעשים כולל הביטוי- "בעת מילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו?" האם הוא כולל גם מעשים פליליים? ביהמ"ש אומר כי נכנסים תחת ביטוי זה רק פעולות שיש להן קשר,זיקה לתפקידו של חבר הכנסת. איך מזהים מעשים שיש להם אופי פלילי אך נעשים למען ומתוך מילוי תפקידו של חבר הכנסת? בית המשפט דן בשאלה זו במספר פרשיות, לדוג' פס"ד תנועה לאיכות השלטון- פרשת גורלובסקי.

מדוע אנו מבקשים להגן על החסינות העניינית? להבטיח את עצמאותו של ח"כ, לאפשר את תפקודו המלא ללא תלות וחשש שמא עשה עבירה.

ישנם 3 מבחנים לבחינת המקרים הנכנסים בתוך החסינות העניינית (בפס"ד גורלובסקי. לגידי אין כוח לדבר על זה)

**חסינות דיונית-** חלה על עבירות שביצע ח"כ שלא קשורות לתפקידו\בעת מילוי תפקידו\למען מילוי התפקדה.

הבדלים בין העניינית לדיונית:

1. ניתנת להסרה
2. ברגע שחדל להיות ח"כ, היא נעלמת.
3. היא מגינה בפני אישום פלילי ולא בפני הליך אזרחי

התכלית של החסינות הדיונית- להבטיח את פעילותה השוטפת של הרשות המחוקקת פן תפגעה פעילותה ע"י אישומי שווא כלפי הרשות המחוקקת מצידה של הרשות המבצעת. שהרשות המבצעת לא תגיש כתבי אישום נגד ח"כ "שוררים" ע"מ להחליש אותם. ברור לנו לחלוטין שסוג כזה של שחיתות כמעט ולא קיים כאן במדינת ישראל- שלממשלה תהיה השפעה ישירה על היועמ"ש, ושזה ישתף פעולה עם הקנוניה כנגד הכנסת. אנו מייצרים חוק וגדרות בדיוק כנגד האפשרויות הרחוקות והקיצוניות, כדי להימנע מהפתולוגיות, מצבים א-נורמליים גם אם הם נדירים. יש רצון לתת רשת הגנה לכנסת בידי הכנסת, היא תבחר מתי לתת חסינות דיוניות ומתי לאו.

באילו נסיבות החלטה של הכנסת שלא להסיר חסינות היא החלטה לגיטימית ?

בחינת הלגיטימיות של הכנסת להסיר את החסינות על ידי בחינת המניעים – המניעים צריכים לתאום את המטרה הבסיסית של החסינות הדיונית. אם המטרה היא באמת למנוע הפרה בפעילותה של הכנסת ע"י הרשות המבצעת, ח"כ הם אלו צריכים להיות הראשונים שייבקשו "ניקוי אורוות", ולהטיל חסינות דיונית של ח"כ שבאמת ביצע עבירה שאינה קשורה כלל לפגיעה על ידי הרשות המבצעת.

פס"ד התנועה לאיכות השלטון פרשת גורלובסקי: גורלובסקי הצביע פעמיים הצבעה אלקטרונית כפולה. יועמ"ש מבקש להסיר את החסינות שלו בגלל שהוא ביצע עבירה פלילית.באותה התקופה לשונו של החוק הייתה שאם גם בוועדת הכנסת וגם במליאת הכנסת היה רוב בהצבעה להסרת החסינות אז החסינות באמת מוסרת. וועדת הכנסת החליטה לא להציע למליאת הכנסת ליטול את החסינות ומכאן העתירה של התנועה לאיכות השלטון. ישנם שני מחסומים שצריך לעבור כדי שכתב אישום יוכל להיות מוגש- לפי ס13- לבדוק בחוק.

ישנו ספקטרום רחב של אפשרויות:

* שק"ד מוחלט לוועדת הכנסת\הכנסת- אפשרות רחבה- הכנסת\וועדת הכנסת יכולה לדון בעניין רק אם יש מספיק ראיות או אם יש עניין לציבור .צריך הכנסת\וועדת כנסת יכולות לשבת כערכאת ערעור להחלטות של היועמ"ש.
* אין שק"ד לכנסת\וועדת הכנסת בכלל- אפשרות צרה- וועדת הכנסת מוגבלת לבחינת השאלה האם החלטתו של היועמ"ש מובססת על טעמים פסולים שמקורם בהשפעות פוליטיות\חוסר תו"ל של היועמ"ש.
* אפשרות ביניים- בין האפשרות הרחבה לצרה. רשאית וועדת הכנסת לדון בשיקולים שמעבר לתו"ל של היועמ"ש. אפשרות זו היא בעצמה ספקטרום של אפשרויות- יכולה לבחון את סוג העבירה, נסיבות ביצוע, השלכותיה הפנימיות וכו'.

יש לציין כי באת כוח הכנסת תמכה באפשרות הביניים.

מהי האפשרות הנכונה?

אי אפשר להסיק אותה על פי מה שרשום בחוק, יש לתת לה פרשנות. יש לפרש אותה על פי תכלית החקיקה, פרשנות תכליתית:

יש לעשות הבחנה בין תכליות כלליות לבין תכליות ספציפיות. מה ההבדל?

**תכליות כלליות-** תכליות שאני מניחים שכל החקיקה במדינת ישראל באה לקדם. במידה רבה, הן מהוות את הערכים העקרוניים בעלי האופי החוקתי במדינת ישראל.

הערכים העקרוניים בעלי האופי החוקתי במדינת ישראל: הבטחת שלטון החוק, שוויון, הפרדת הרשויות, שמירת אמון הציבור.

במקרה של החסינות מתקיים רק עקרון הפרדת הרשויות.

**תכליות ספציפיות-** מה המטרה הספציפית שהחוק המדובר בא לקיים? במקרה זה תכלית זו היא הבטחת פעילותו התקינה של המחוקק.

ברק דוחה את אפשרות הביניים ואת האפשרות הרחבה. כל העניינים (נסיבות ביצוע העבירה וכו') שנידונים באפשרויות הללו הם עניינים שאין מסמכותה של הכנסת לדון בהם. ברק אומר שגם אם הוא היה בוחר באפשרות הביניים, זה היה רק בעבירות קלות. בעבירות שאינן קלות, הנזק שנגרם לערכים הכללים הוא כבד והוא אינו שקול לתועלת הצומחת מהבטחת הפעילות התקינה של הרשות המחוקקת. מה שעשה ח"כ גורלובסקי אלו עבירות חמורות ביותר, והעובדה שזה נעשה במסגרת הליך דמוקרטי הופך את זה לעוד יותר חמור. לאור חומרת המעשים, אין הכנסת מוסמכת לדון בזה.

בעקבות פס"ד גורולובסקי תוקן חוק החסינות: מעשה שאינו נופל בגדר החסינות המהותית, יוגש כתב האישום לממשלה רק באישור יועמ"ש, ואין היועמ"ש יכול להאציל סמכות זו לאחרים. כמו כן יוגש העתק ליו"ר הכנסת.

בתוך 30 ימים יכול ח"כ לבקש הטלת החסינות, במקרה ולא ביקש רשאי היועמ"ש להגיש את כתב האישום. קבעה הכנסת כי אין להטיל חסינות, לא יכול יועמ"ש לבקש נטילת חסינות של ח"כ באותה כהונת הכנסת אלא אם כן יש שינוי בנסיבות שמצדיקות עיון מחודש של הכנסת בעניין. ההבדלים במצב לפני התיקון ואחרי התיקון:

1. פעם היומע"ש היה צריך לבקש ולקבל הסרת חסינות כתנאי להגשת כתב אישום. כיום הוא לא צריך לבקש אלא רק להודיע, אם ח"כ לא עושה כלום ולא מבקש מהכנסת לא להטיל חסינותו בנידון בתוןך 30 יום, כתב האישום מוגש.
2. בעבר, הוועדה המליצה להסיר וזה היה עובר לכנסת ואם היא מחליטה לא להסיר לא היה קורה כלום. כיום, ההחלטה של הוועדה להסיר חסינות היא סופית-היא לא צריכה להמליץ אלא מחליטה בעצמה להסיר את החסינות. בנוסף,הוועדה יכולה להמליץ לא להסיר ואז העניין מגיע לכנסת. צריך שיתקיימו שתי החלטות על אי-הסרת החסינות.

בעבר, לפני התיקון, בחוק לא היה פירוט של השיקולים שהכנסת רשאית לשקול כאשר היא מחליטה על אי הסרת החסינות. בתיקון הלקונה התמלאה והמחוקק קובע במפורש אילו שיקולים רשאים לקול ח"כ כאשר הם מליטים לא להסיר חסינות.

באיזו אפשרות בחר המחוקק? הצרה, הביניים או הרחבה?האם הוא יישר קו עם פסיקת ביהמ"ש?

הכנסת הקשיבה לביהמ"ש, בכך שהיא צמצמה מבחינה האפקטיבית את החסינות הדיונית:

1. ח"כ הוא בעצמו צריך לבוא ולהגיד בעצמו שהוא מבקש את החסינות, צריך להגיש "אי נעימות", לא יכול להתחבא מאחורי מסך של ערפל. המחיר הפוליטי שהוא ישלם על בקשת החסינות שלו הוא מחיר פוליטי גבוה.
2. פעם היה אפשר "לסגור עניינים" בוועדת הכנסת- היום הדיון חייב להגיע למליאת הכנסת.

עולה השאלה האם יכול להיות שמה שמחוקק "כרסם" בשני התנאים הראשונים, אולי הוא "החזיר" את זה בתנאי השלישי- (זאת התשובה על השאלה המקווקות למעלה)?

התשובה היא שהכנסת כן הלכה עם דעתו של ביהמ"ש, אולם היא חרגה מעט מהגישה המצומצמת אך זוהי לא בטח לא גישת הביניים שהציעה באת כוחה של הכנסת בעתירה. ניתן לראות זאת מתוך הפרטים של סעיף התיקון:

**ס' 4(א)3- התיקון לחוק החסינות:**

* חוסר תו"ל או אפליה
* ריבונות הכנסת:

\*היה הליך שיפוטי בכנסת

\*העבירה בוצעה בכנסת במסגרת הפעילות

\*אין פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.

\*נזק של ממש לכנסת לעיצוב וכו'.

\*לא ייפגע האינטרס הציבורי.

ריבונות הכנסת: המחוקק נתן חסינות שהיא לא הענשה בבית המשפט אלא הענשה בבית המחוקקים עצמו, בכנסת- כך מתבטאת ריבונות הכנסת.

**ישנן 3 עבירות שלא נכנסות לחסינות:** עבירה מנהלית**,** עבירה שנקבעה כעבירת קנס, עבירה תעבורתית.

האם לפי תיקון זה גורלובסקי היה יכול להשתמש באחד מהסעיפים החדשים כטיעון? כן, הוא היה יכול לטעון לכך שהתקיים הליך שיפוטי בכנסת.

חו"י: הממשלה- ס' 1- על כל פעולה ופעולה שהרשות המבצעת מבצעת צריך שתהיה לה מקור סמכות. מהי הסמכות של הממשלה? בד"כ המסכויות שמוענקות לרשות המבצעת הן סמכויות שמוענקות לשרים מסוימים או לפונקציונרים מסוימים בתוך הרשות המבצעת. אך אני לא מדברים על הסמכויות של שרים, אלא על הסמכויות של הממשלה כגוף. מה מקור סמכויות אלה?

מקובל לחלק אותן ל-4 סוגי מקורות:

1. הממשלה יורשת את הסמכויות שהיו בידי הנציב העליון. כל סמכות שהייתה על פי חוק בידי מלך בריטניה או לאחד ממזכירי המדינה שלו תהא מעתה נתונה לממשלה הזמנית.
2. יש חוקים ישראלים שמעניקים את הסמכות לממשלה כגוף. למשל: חוק וועדו חקירה תש"ח מעניק לממשלה סמכות להקים וועדת חקירה בנושא מסועים
3. סמכויות מסדר משני (סמכות לקחת ממישהו סמכות)- סעיף 31 לחו"י:הממשלה, החוק העניק לשר מסוים סמכות אבל הממשלה רשאית באישור הכנסת להעביר אותה לשר אחר.
4. ס' 32 לחו"י:הממשלה שקובע כי הממשלה מוסכמת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת- **סמכות שיורית**.

כדי למנוע מצב שבו תהיה לרשות המבצעת אפשרות לעשות מה שהיא רוצה, יש שני סייגים:

* בכפוף לכל דין- זהו הצמצום המהותי. אם נקבעו איזשהם סטנדרטים בחקיקה לגבי איך צריך לפעול אז הממשלה לא יכולה לפעול בניגוד לסטנדרטים האלו. "החידוש" הוא-בכפוף לכל דין כולל לא רק מה שמופיע בחוק אלא גם עקרונות שנקבעו בפסיקה. כלומר, גם זכויות אדם- ישנן זכויות אדם שהן בגדר דין למרות שהן תוצר של פסיקה ולא תוצר של חקיקה- זהו העקרון שבו אין לפגוע בזכויות האדם אא"כ ישנה הסמכה מפורשת.
* אינה מוטלת על רשות אחרת- אם אף אחד אחר לא מוסמך לעשות אז הממשלה מוסמכת לעשות. זהו למעשה לא ממש צמצום.

למה בכלל נוצרה הסמכות השיורית? התשובה המופיע ה בפסיקה כי אין שום אפשרות מעשית לכסות את כל תחומי הפעולה האפשריים של הרשות המבצעת בחקיקה, לא נאלצה הרשות המחוקקת להוסיף "סעיף שסתום". אפשר גם לומר כי גם אי אפשר להדביק באמצעות החקיקה את קצב ההתפתחות של החיים.

בג"צ וועדת המעקב נ' רוה"מ- בית המשפט אומר כי הסמכות השיורית אמורה להיות מוגבלת לתחומי הפעילות של הרשות המבצעת. רוצה לומר רק דברים שבאופן עקרוני הרשות המבצעת אמורה להסדיר. דוגמא לדברים שהרשות המבצעת לא אמורה להסדיר- הסדרים ראשוניים. התפקיד של הרשות המבצעת הוא לקבוע הסדרים משניים, קביעת הסדרים ראשוניים הוא תפקידה של הכנסת. זהו ההיגיון הפנימי העומד מאחורי החלטת המחוקק. הממשלה לא יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים בלי שהוסכמה לכך- ואין שום הסמכה מפורשת !

ס' 2 ו-4 לחו"י:כב"ה וחירותו- יוצרים סוג של כפילות, אומרים אותו דבר לכאורה- אך לא כך הדבר.

ס' 2- אסור למדינה לפגוע בכבוד האדם

ס' 4- המדינה צריכה להגן על חייו וגופו של האדם

זה מציב בפני המדינה דרישה פוזיטיבית- לא רק שהמדינה לא תפגע אלא המדינה גם תגן על זכויות האדם.

מתעוררת שאלה- האם הסמכות השיעורית כוללת גם את הסמכות לפעול כדי להגן על חייו, כבודו וגופו של האדם? המדינה לא קיבלה הסמכה לצורך זה, אם היא יכולה להפעיל פה את הסמכות השיעורית כדי לממש את החובה שמופיעה ב-ס' 4? ברמת העיקרון עניין זה אמור להיות מוסדר בחוק אך לא כך הדבר לכן הממשלה כן יכול ה להפעיל כאן את סמכותה השיעורית.

בג"צ על שב"כ- ברגע שבג"צ נדרש לתת מענה על פעילות השב"כ בנוגע לשיטות החקירה שלה. באותה תקופה פעילות של השב"כ לא עוגנה בחוק ולכן הטענה שנטענה הייתה- סמכויות החקירה הייחודיות הללו של השב"כ מקורן בסמכות השיעורית המוענקת לממשלה, ורוה"מ מסמיך את ר' השב"כ ור' השב"כ מבצע את מכוח הסמכות השיעורית. בג"צ אמר שאין כאן סמכות שיעורית בגלל שלא קיים חלל מנהלי כאן, הוא מעוגן בכבוד האדם וחירותו. לא היה מדובר כאן בעניין טרוויאלי אלא בסוגיה מהותית ובכ"ז ביהמ"ש אמר כי ברור שהמדינה לא יכולה לחיות בלי זה אך עדיין חייבים להראות הסמכה וכתוצאה מכך נחקק חוק השב"כ שבחלקו הוא סמוי ובחלקו הוא גלוי. לאחר פס"ד זה נמתחה ביקורת חריפה נגד בג"צ "שהעיזו" להתערב כך בביטחון המדינה. זה אמנם לא פופלארי ולא נעים, ובית המשפט נתפס כמי שפוגע ומפקיר את ביטחון אזרחי המדינה אך בג"צ לא עסק בשאלת שק"ד של המחוקק כל מה שהוא אמר שהנושא הזה חייב להיות מוסדר בחקיקה ראשית, בהסדר ראשוני, אי אפשר להתחבא מאחורי "סמכות שיעורית" זה אחד מהיסודות החשובים של שלטון החוק.

הנק' החשובה שצריך להזכיר בהקשר הזה היא שאסור לאדם להסתכל מהזויות של טוב לי או רע לי אלא להסתכל על מהמשקפיים איך מדינה מתוקנת צריכה להתנהל באופן תקין.זהו האינטרס של כל המדינה שהאינטרסים הללו ינוהלו ויוסדרו באופן חוקי.

מתי במדינת ישראל מורכבת ממשלה?

1. בכל מקרה שבו מתקיימות לכנסת בחירות במועדן. שהכנסת תחיה בידיוק באורך הזמן שחו"י הכנסת קבע- 4 שנים. ס' 9 לחו"י:הכנסת.
2. מקרים בהם הבחירות מוקדמות- סמוך או לאחר התקיימות בחירות כלליות- הכנסת לא יכולה להאריך את כהונתה אלא רק לקצר אותה:

* ס' 34,36 לחו": הכנסת, כאשר הכנסת מחליטה להתפזר- כשיהיה רוב בכנסת שיחשוב שכדאי לו הבחירות תתקיימנה עכשיו ולא יותר מאוחר.
* כאשר הכנסת לא מחליטה להתפזר אבל גורם חיצוני מחליט שתתפזר- לדוג' כאשר לא מצליחים להרכיב ממשלה (לא מצליחים להשיג את אמון הכנסת). ס' 11(ב) לחו"י:הממשלה קובע כאילו הכנסת החליטה להתפזר מעצמה. יכול להיות שמה שאומרים: אם אתם לא מתגבשים, אתם חוזרים בחזרה לבחירות (שזהו לא דבר רצוי על חברי הכנסת, להיבחר מחדש).
* ס' 36א (רבתי)- אי קבלת חוק תקציב ע"י הכנסת תוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת התקציב- התקציב צריך להתקבל עד ה-31\3 לאותה השנה. במקרה ולא התקבל, הכנסת מתפזרת. האופוזיציה מחפש דרכים להפיל את הממשלה ולעיתים גם שותפים קואליציוניים- התמריץ הוא לשותפים הקואליציוניים, שיש גבול "לסחיטה".

1. הפלת הממשלה-

* ס' 19 לחו"י: הממשלה. יכולה להיות או בהחלטת ראש הממשלה וזה נחשב להתפטרות הממשלה כולה
* ס' 20 לחו"י: הממשלה כאשר רוה"מ נפטר\נבצר בגלל מחלה שאי אפשר לתפקד בגללה. המשמעות היא כאילו רוה"מ התפטר ואז כל הממשלה התפטרה.
* ס' 21 לחו"י:הממשלה- כאשר רוה"מ חדל להיות ח"כ זה נחשב לזה שהוא התפטר ואז כל הממשלה מתפטרת.
* הבעת אי אמון של הכנסת בממשלה- ס' 28 לחו"י:הממשלה.

1. רוה"מ פיזר את הכנסת- ס' 29 לחו"י:הממשלה- נוכח רוה"מ כי קיים רוב בכנסת המתנגד לממשלה ושעקב כך נמנעת פעילות תקינה של הממשלה רשאי הוא בהסכמת נשיא המדינה לפזר את הכנסת ויתקיימו בחירות מוקדמות. הרעיון שעומד מאחורי הסדר הוא שהכנסת לא תוכל להחזיק את רוה"מ כ-"ראש ערובה"- שהם לא רוצים לתת לרוה"מ לבצע את עבודתו אבל לא רוצים להתפזר וללכת הביתה בגלל טובתם האישית- זה ה"אס" של רוה"מ.

עד שנת 1996 היה קיים במדינת ישראל מנגנון פרלמנטרי שמבוסס על אמון הכנסת וכיו"ב ואז בשנת 1996 שונה המנגנון, שונה חו"י:הממשלה ונקרא חוק הבחירה הישירה – ואז הופרדו הבחירות לכנסת מן הבחירות לממשלה. במודל הזה נחלשת המחויבות של הממשלה והמחוקק. הבעיה במודלים האלה הם מזמינים סיטואציה שבו רוה"מ הוא בן ערובה של הכנסת. אחת השיטות הנקוטות בהם פועל המודל הזה, המודל הנשיאותי, היא להשתמש ב"אס" שציינו למעלה, ס' 4. אך מודל זה לא עבד וחזרו למודל הישן אך השאירו את המכשיר בו השתמשו ב-ס' 4 שציינתי לעיל. מכשיר אינו נחוץ היום, כי אם באמת תיווצר איזושהי מציאות ביזארית כזאת שמשום מה הכנסת לא תרצה לצאת לבחירות וגם לא תרצה לתת לרוה"מ להתפטר, אז לרוה"מ יש אפשרות לפזר את הכנסת באמצעות אישור של הנשיא. אך למעשה משרת הנשיא היא משרה סימבולית, אין לו למעשה שום שק"ד ושום סמכות פוליטית. ב-2 מקומות יש לו סמכות של שק"ד:

1. חנינה
2. ההחלטה על מי להטיל את המשימה להרכיב את הממשלה

נשיא המדינה במקרה הזה של הממשלה יכול לשמש כשומר סף- נשיא המדינה חייב לוודא שמתקיימים התנאים הבאים: יש רוב בכנסת נגד הממשלה וזה לא מאפשר לממשלה לנהל פעילות תקינה.

**שיעור מס' 11- 11\12\05**

**הסכמים פוליטיים**

האם להסכם הפוליטי יש תוקף מחייב?

יש האומרים שיש לו תוקף רק במשפט הפרטי אבל לא במשפט הציבורי, יש האומרים שיש לו תוקף רק במשפט הציבורי ולא במשפט הפרטי ויש שאומרים שיש לו תוקף במשפט פרטי במשפט הציבורי.

זה לא באמת משנה אם יש להסכם הפוליטי תוקף או אין לו תוקף, אך בכל מקרה יש לו השלכות.

למה זה לא חשוב אם יש תוקף או אין תוקף להסכם הפוליטי?

* העובדה שביהמ"ש העליון מתייחס להסכם הפוליטי כהסכם שאפשר להשתחרר ממנו אם הוא מצדיק זאת. בהסכמים בין השלטון לגורמים פרטיים חלה הלכת ההשתחררות דהיינו אם טובת הציבור מחייבת להשתחרר מהסכם, המדינה יכולה לחזור בה מהתחייבויותיה בלי שתצטרך לשאת בסנקציות הכרוכות בהשתחררות מן ההסכם. החוק מחויב להגן קודם כל על האינטרס הציבורי הרחב וכשהמדינה מגיעה למסקנה שצורכי הציבור מצדיקים זאת אני מעדיפים את טובת הכלל.

אומר ברק ואילון- אם המקרים נכונים למקרים בהם יש צד אחד שמייצג את האינטרס הציבור ואחד שמייצג את הפרטי- זה נראה כאילו שניהם מייצגים את האינטרס הציבורי. אומר השופט אילן בפרשת ז'רז'ובסקי: ההשתחררות מההסכמים הפוליטיים.

1. הסכמים אלו הסכמים אלו מחייבים גמישות והתאמה לנסיבות משתנות יש צורך מידי פעם לעשות שינוי, יש נסיבות שמכריחות זאת.
2. **הגבלת ההגנות שניתן לכלול בהסכם פוליטי כדי להבטיח את מימושי, כלומר, הגבלת הסעדים הסטנדרטיים-** הפסיקה מגבילה את הסעדים שניתן לעגן בתוך ההסכם הפוליטי- לא ניתן לכלול סעדים כגון ערבות כלכלית, פיצויים וכו'.

שני הצדדים להסכם הפוליטי הם **גופים ציבוריים** הנאמנים לציבור וממלאים את האינטרס הציבורי. אין כאן אינטרס פרטי שנפגע ולכן קיימת אפשרות חזקה יותר להשתחררות.

כאשר מדובר בהסכם שלטוני, לא כל סיבה תאפשר השתחררות אלא צריך סיבה ממש חזקה. לעומת זאת בהסכם פוליטי לא צריך סיבה כל כך חזקה אלא די בכך שיש שינוי בקונסטלציה הפוליטית ואז יהיה אפשר לסגת ממנו ולא ניתן לאכוף אותו או לקבל פיצויים בגין הפרה.

1. **סעדים-**במשפט הפרטי, הדרך שלנו להבטיח שהסכמים אכן יקוימו היא מנגנוני אכיפה וסעדים כלכליים- ככל שהיקף הסעדים הוא מצומם יותר כך היכולת לאכוף את החוזה הולכת ומצטמצמת. יש לנו סעדים שמעוגנים בהסכם עצמו ויש לנו סעדים שניתנים מכוח חוק והלכות של בית המשפט. בהסכמים פוליטיים המצב לא "מזהיר" מנק' מבטו של הנפגע.

ביהמ"ש פסק בפס"ד ז'רזו'בסקי שכל הסעדים הכספיים שמופיעים בהסכמים רגילים, פרטיים לא ניתן לכלול אותם בהסכמים פוליטיים (ערבויות, סעדים כלכליים ופיצויים). בהסכם פוליטי, גם סעדים אחרים שאינם סעדים כלכליים (למשל אכיפת ההסכם) הם מוגבלים מאוד- בית המשפט לעולם לא יורה על אכיפה. בפס"ד ז'רזובסקי**,** ברק אומר שאם יש איזושהי תרופה בהסכם הפוליטי היא תרופת ביטול ההסכם- אם מישהו הפר את ההסכם הפוליטי שערך עמך, אתה יכול להגיד לו שהחוזה מבוטל (תרופה תמוהה משהו)- ברק לא אומר שאי אפשר או אפשר לאכוף באופן כללי, אלא אינו מכליל אלא משאיר את זה לשק"ד של השופטים לכל מקרה ומקרה בנפרד. הוא מעלה אפשרות ושואל- האם יש איזושהי תרופה אחרת, יעילה יותר? התרופה האחרת היא הכרזה על הפרת ההסכם. הציבור מצפה מהשחקנים במערכת הפוליטית להיות נאמנים במידה מסוימת למה שהם אומרים, לאמירה מצידו של מבית המשפט שחבר כנסת יש משקל מסוים שעלול לפגוע במעמד ובשם הטוב של המפלגה שהפרה את הסכם מה שיכול לבוא לידי ביטוי בקלפי. ניתן לחשוב על תרופות נוספות המיוחדות על ההסכם הפוליטי כגון הודעה לציבור על דבר הפרת ההסכם, התנצלות (למרות שזה לא קרה אף פעם) וכיו"ב פעולות שיש להם אפקט בתחום הציבורי. גם אילון אומר שבאופן עקרוני הסעיד היחיד הראוי- סעד הצהרתי, הצהרה על ביטול החוזה.

אם זהו המצב, זה לא ממש משנה אם להסכם הפוליטי יש או אין תוקף משום שהסעדים הם מאוד מצומצמים- הסעד הסטנדרטי הוא הסעד ההצהרתי.

גם אם אין להסכם הפוליטי תוקף זה לא אומר שהוא לא שפיט- עמדת השופט חשין בפרשת וולנר**-** אוחז בעמדה שלהסכם פוליטי תוקף מחייב- למרות אמרות האגב שמהם השתמע כי להסכם פוליטי תוקף מחייב, בית המשפט העליון מעולם לא פסק כי יש לו תוקף מחייב משפטית אך זה לא אומר שבית המשפט לא יכול לדון בו כלומר זה לא אומר שהוא לא שפיט. היותו של הסכם הסכם פוליטי לא יקנה לו להסכם חסינות מפני הבאתו לבית המשפט לדיון בחוקיותו.

פס"ד וולנר- שנת 1992, מפגלת העבודה וש"ס כורתות הסכם קואליציוני שבסעיפיו דומה להסכמים ישנים באומרו שיישמר הסטטוס קוו, אך ישנה תוספת- במקרה בו הפסיקה תפגע בסטטוס קוו, הפגיעה תבוטל על ידי חקיקה. עד המהפכה החוקתית היה ניתן לעגן סעיפים כאלו בלי שסעיפים אלו ייפסלו- סעיפים אלו הם אינם כלי רלוונטי יותר.

מוגשת עתירה כנגד סעיף זה ומוכרעת על חודו של קול- 3 ברוב ו-2 במיעוט. זהו מצב נדיר מאוד בפסיקות בג"צ- העמדה שמכריעה היא המעדה של השופט גולדברג שמסביר שהסיבה שבגללה הוא לא מתערב, למרות שמעדתו היא לפי עמדת המיעוט (אם הוא היה מתערב המיעוט היה הופך לרוב), היא בגלל שהפסיקה בעניין זה על ידי בית המשפט עלולה להיתפס כניסיון לקדם את האינטרס של בית המשפט על ידי בית המשפט, עלולה להיתפס כהגנה של בית המשפט על הנחלה שלו כי מדובר בסעיף בהסכם שמחליש את כוחו של בג"צ. אנו למדים מכך שההכרעות אינן הכרעות "נקיות"- אלא הן מעורבות בשיקולים מהסוג הזה- של מה יאמרו? איך זה ייראה?- זהו מצב נדיר שבו השופט מציג ומראה את העמדה שלו ואומר שהוא חושב דבר מסוים ופוסק אחרת- הכנסת הציבור לתוך השיקולים הללו של בית המשפט עלולה לגרום לבית המשפט להיראות בעין לא טובה בעיני הציבור. אך במקרה הזה, גולדברג לא מתערב אך בכל זאת משחיל את העמדה הערכית שלו ואת מה שהוא חושב בעניין. מה לגבי הסעיף הזה בהסכם? ברק אומר שסעיף זה "עוקף דמוקרטיה"- אם אתם אומרים מראש שלא משנה מה תהיה ההכרעה של בית המשפט בכל מקרה אתם תלכו ותהפכו אותה, אז אתם הופכים את בית המשפט ללא-שחקן במשחק הדומקרטי. אבל בעיקר, אתם פוגעים בדמוקרטיה- במערכת האיזונים ובלמים של הדמוקרטיה. חשין ושמגר- אין להתערב בסעיף כזה בהסכם שכן אם היה סעיף כזה במצעה של הרשימה לא היה פוסל בית המשפט את המפלגה בשל הסעיף הזה במצע שלה- ולכן אין לפסול הסכם קואליציוני שכל תכליתו היא להגשים את המצע. תשובתו של ברק לדבריו אלו:

1. אני לא מסכים. באופן עקרוני, יכול להיות שאני לא אתערב ואאפשר סעיף מסוים במצע ואח"כ לא אאפשר את הגשמתו בסמגרת הסכם קואליציוני. ההגיון של ברק הוא שבית המשפט מעוניין לצמצם ככל האפשר את הפגיעה בחופש הביטוי, בית המשפט מעוניין לאפשר לכל הדעות להישמע במתחם הציבורי אך ככל שהדעות הופכות להיות יותר ויותר בעיתיות הן מתקרבות יותר ויותר למצב בו הן עלולות לפגוע בדמוקרטיה, על בית המשפט לרסן אותן. לכן אם נקבע רף שרק מי שעובר אותו יכול להתמודד אז ככל שנתקרב לנק' המסוימת נגביה את הרף. הוא נמצא במקום אחד בנוגע להתמודדות בבחירות ובמקום גבוה יותר בנוגע להסכמים פוליטיים ובמקום גבוה יותר בהצעות החוק. ההיגיון הוא שבית המשפט רוצה לתת לו להתבטא אך כשהוא הופך להיות לאין אמיתי לדמוקרטיה בית המשפט יפיל אותו וכך אנו מגנים על הדמוקרטיה ופוגעים כמה שפחות בחופש הביטוי.
2. חשין יוצא מנק' הנחה שברק לא היה פוסל את הרשימה אם סעיף בעייתי היה מופיע בה. ברק אומר שיש הבדל: אם הרשימה תכלול במצע שלה את הסעיף הזה כמרכיב מרכזי- יכול להיות שהוא היה פוסל את הרשימה. אם זה מה שש"ס הייתה מכריזה בבחירות הוא היה פוסל אותה כבר שם. תורת המדרגות של ברק.אם אני אפיל אותך בשלב מוקדם יותר כך הפגיעה בחופש הביטוי תהיה גדולה יותר אך אם אני אפיל אותך בשלב מאוחר יותר הפגיעה בדמוקרטיה תהיה קטנה יותר והסכנה לדמוקרטיה תהיה קטנה יותר.

**השלבים של ברק לפסילה, שיטת המדרגות של ברק:**

**הצעת חוק**

**הסכם פוליטי**

**התמודדות בבחירות**

**רישום כמפלגה**

ס' 22 (ב) לחו"י הממשלה: יש מקרים בהם רוה"מ לא רשאי להעביר שר מכהונתו אלא חייב לעשות זאת.

פס"ד התנועה למען איכות השלטון בפרשת דרעי-בית המשפט העליון אומר שיש איסור על הסכם כזה, כמו שנחתם בין מפלגת העבודה למפגלת ש"ס. רוה"מ דאז, יצחק רבין ז"ל, שהוא מרגיש סוג של מחויבות מוסרית מצידו לא לפטר אותו. הנשיא שמגר מחייב את רוה"מ לפטר את דרעי. מה היקף ההלכה שנקבעת בפרשת דרעי?

על ההסכם הנ"ל חתם רוה"מ לאחר שהתייעץ עם היועמ"ש. שמגר גורס כי יש כאן בעיה של אי סבירות קיצונית בהחלטת רוה"מ לא לפטר את השר כי מפעולותיו של השר עולה קלון שלא יכול להתיישב עם תפקידו הרם מדרג כשר. חייבו בצו את רוה"מ לפטר את השר. על ההסכם רה"מ חתם לאחר שהיועמ"ש נתן את ברכתו. כלו ר, כנראה שלא היה מצב שיוגש כתב אישום. בביהמ"ש גורסים כי היו שינויים בנסיבות. רה"מ גורס כי אולי אין התחייבות אך יש מחויבות גנטלמנית מצידו כלפי השר אך ביהמ"ש אומר לו שהחלטה להשאיר את השר יש עד כדי חוסר סבירות קיצונית לנוכח כתב האישום החמור.

פס"ד צחי הנגבי-פרשת בראון- (לא מה שבחומר הלימוד)- צחי הנגבי הוא שר המשפטים הוא בבחינת סיכון רציני כי יש לו קופה רציני מאחוריו והדבר היחידי שמחזיק אותו זה שבהימ"ש לא מוריד אותו. אז יש הכרזה כי הולכים למנות את רוני בראון ליועמ"ש. אז ברק מתנגד למינוי הזה, הוא פשוט לא עומד בסטנדרטים הגבוהים של התפקיד. הייתה טענה שצחי הנגבי מעלים מידע לגבי בראון. העותרים טוענים- שר המשפטים נמצא כמתנהג נגד נורמות ניהול ציבורי תקין, יש להעבירו מכהותנו. העליון- יש בעיה אם מוגש כתב אישום נגד שר או סגן שר כמה יש חובה להעביר מכהונתו. בית המשפט אומר שהרשות להעביר שר מכהונתו הופכת להיות לחובה רק במקרים בהם יש נסיבות מחמירות ועבירות חמורות- אין להרחיב מעבר למה שנקבע בפרשת דרעי- רק כתב אישום חמור יביא להעברה.

פס"ד הנגבי- פרשת דרך צלחה- מה שכן כלול בחמור הלימוד- חשין : כתב אישום מהווה חוו"ד מומחה (חוו"ד של יועמ"ש), בכתב האישום יש ראיות שתומכות בהעמדתו לדין של הנאשם ורק אלו, ולכן אין בכתב כדי להכריע לחובת השר הנאשם. מה נפקא מינה? רה"מ מתבקש לנקוט בשק"ד עצמאי. כלומר- אם זו חוו"ד, יש להתייחס אליה כחוו"ד. אם יש חומר ראיות אשר לא משאיר ספק- אז זה ברור. אך אם הראיות לא מבטלות כל ספק של אשמה, אז ישנה בעיה ישר לקפוץ למסקנות ולהעביר את השר מתפקידו. הרי יכול להיות מצב שמוגש כתב אישום ע"י היועמ"ש- ורה"מ לא מפטר את השר. רה"מ יכול להגיד שהוא התייעץ עם מומחה משפטי אחר, שאינו היועמ"ש, שלפי המלצתו אין סיבה לפטר את השר. יש בזה בעיה כי מה שהיועמ"ש ממליץ לממשלה- זה החוק עצמו. יש שאלה- כמה משקל יש יש לראיות? זה מגיע למצב אבסודרדי שאו שהיועמ"ש צודק או שרה"מ צודק. יש מצבים בהם הוחלט במשטרה שנסגר התיק אך יש מספיק ראיות בתחום המנהלי שיכולות בהחלט להביא למסקנה שהאדם פסול מלכהן במשרה הציבורית. מה המשמעות של ההחלטה של בית משפט עליון שאומר שיש ראיות מספיקות? השר עלול להיכנס לכלא. קשה מאוד לראות מה המטרה של הרחבת הגישה.

דורנר: לא מסכימה עם חשין. טוענת כי הפרמטר המכריע חייב להיות לא פחות מהגשת כתב אישום, אפילו החלטת המשטרה אינה מספיקה. היא נוהגת בגישה מצמצמת- מסתפקת בהחלטת היועמ"ש בלבד- **וזוהי ההלכה הקובעת.**

האם יש הצדקה או אין הצדקה להלכה כזאת?

נגד ההלכה:

1. **השיקול הדמוקרטי, אמון הציבור-** זוהי החלטה של רוה"מ, למה שלא נשאיר אותה לשק"ד של רוה"מ, ואם שק"ד של רוה"מ ייתפס כאקט פסול, הוא ייענש על זה על ידי הציבור טיעון שנדון ע"י ביהמ"ש בבג"צ אמיתי שעסק בפנחסי שם נדונה השאלה: האם יש לעשות הבחנה בעניין בין נבחר ציבור ובין עובד ציבור? הוחלט שיש הבדל אבל בשורה התחתונה הבדל זה לא מצדיק הבחנה בעניין הדחה מכהונה.
2. **העברה מכהונה מכרסמת בחזקת החפות-** כאשר מעבירים אדם מכהונתו אנו מתחילים לגלגל את כדור השלג כלפי מטה, כבר חרצנו כביכול דין לגביו.
3. **הרתעת יועמ"ש מלהגיש כתבי אישום-** הסכנה היא שדבר זה עלול לגרום ליועמ"ש להירתע מהגשת כתבי אישום מכיוון שכאשר היועמ"ש מגיש כתב אישום באופן אוטומטי השר מועבר מתפקידו, בניגוד לאדם רגיל שכאשר מוגש נגדו כתב אישום קודם מבררים את מה שקרה ורק אח"כ מפעילים סנקציות, אך לא כך הדבר עם השרים. מיד עם הגשת כתב האישום מופעלת סנקציה ושר מועבר מתפקידו.

בג"צ 97\2534- יהב נ' פרקליטות המדינה- הגישה עתירה על אי הגשת כתב אישום נגד ביבי נתניהו.

נקבע: צריך להפעיל את אותו הסטנדרט כאשר מדובר בשר וכאשר מדובר באדם רגיל, היועמ"ש לא עשה שום דבר בעייתי ופעל כמו שצריך.

השופטת דורנר דעת מיעוט: במקרה הזה, היועמ"ש הפעיל אמות מידה מחמירות יותר, הוא נרתע.

פעם נוספת שהעניין נדון 04\4575- התנועה לאיכות השלטון נ' יועמ"ש- מני מזוז נבחר ליועמ"ש מכנס מסיבת עיתונאים ומחליט שלא להגיש כתב אישום בפרשת האי היווני לאחר שוועדת חקירה בדקה את זה.

הטענה היא- היועמ"ש מקים צוות חקירה מיוחד בכל פעם שהוא רוצה לחקור איזושהי עבירה? היועמ"ש החמיר.

התשובה של ביהמ"ש: זה שיועמ"ש גילה זהירות מיוחדת ומוגברת לא אומר שהוא הפעיל סטנדרט בעייתי.

משני פסקי הדין האלו- יש כאן סאבטקסט- הקריירה הפוליטית של שר מסוים עומדת על כתפי הגשת או אי הגשת כתב האישום ולכן הפרקליטות מפעילה סטנדרט מחמיר יותר, כדי לפעול בזהירות יתרה. הסוגייה של אמון הציבור נכנסת כאן- לבדוק אם באמת עשו את כל המאמצים לבדוק ולראות אם הם עשו את כל מה שצריך בשביל לבדוק את העניין. בכל מה שנוגע לסטנדרט לאיש ציבור, ח"כ, שר, רוה"מ- הוא אותו הסטנדרט שיופעל לגבי כל אחד.

**השאלה שעולה היא- האם חו"י הפנים את הלכת דרעי ופנחסי?**

באותה תקופה לא היו עדיין סעיפים 23,27 לחו"י:הממשלה- הגורסים כי ס' שר וגם שר יורשעו בעבירה שיש עמה **קלון** יועברו מתפקידם באופן מיידי, בלי קשר לשק"ד של רוה"מ. המחוקק עיגן בחוק נסיבות חדשות לגבי מתי התפקיד פוקע ולא עיגן את הלכות דרעי ופנחסי? האם זה אומר שהמחוקק דחה את הלכת בג"צ בנושא? לכאורה אם כבר כללנו בחו"י סעיפים שלא היו בו בעבר, למה לא כללנו משהו שהוא מוקדם יותר כלומר, הגשת כתב אישום בעבירה חמורה? נשאר בצ.ע.

האם יש מקרים בהם רוה"מ לא יכול להעביר שר מכוהנתו למרות שהוא רוצה? עניין זה התעורר בפס"ד פוקס-השרים בני אלון וליברמן מועברים מתפקידם ע"י רה"מ שרון יומיים לפני הצבעה על תכנית ההינתקות ובכך מבטיח "רוב מלאכותי" בזה שהוא מפטר אותם. האם ההעברה היא כשרה?

לוי אומר שזה לא ראוי אבל לפי הניסוח שבסעיף 22ב' אי אפשר להגביל את הסמכות של ראש הממשלה.

בשורה התחתונה בית המשפט אומר שלא היה פסול בהחלטת רה"מ. זה לא אומר שתמיד אפשר לפטר שר, אבל למה כאן זה אפשרי?

המבחן שקובע ברק: ניתן להעביר שר מכהונתו רק אם רה"מ משוכנע כי בהעברת השר מכהונתו יש בכך כדי לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות המבצעת של המדינה ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה.

טענה נוספת שעולה היא שרה"מ היה צריך לפטר אותם לפני – ברק אומר שאין בעיה להבטיח רוב, כי זה מאפשר לממשלה להגשים את יעדי המדיניות שלה ותפקידה הראוי של הממשלה הוא לקבל החלטות. אז מה הטעם לחכות להצבעה? אפשר לפטר אותו גם לפני. בשביל מה צריך את הריטואל הזה?

ספיר אומר שלפי הרציונל של פס"ד ולנר שבו אומרים שהמשחק הפוליטי יכול להימשך עד שהוא מסכן אותי, אנחנו מתקדמים איתו עד למצב שאין לנו ברירה – ואם נפעיל את ההיגיון הזה, הפיטורים האלה צריכים לבוא אחרי ההצבעה. רק אז זה הופך ללגיטימי. הרווחנו במונחי דמוקרטיה חופש ביטוי של שחקן פוליטי ואז כדי לקדם את המדיניות שלך – אז תפיל אותו ותפטר אותו, ואם נפטר אותו לפני אנחנו לא נמצה את ההליך הדמו' בצורה מלאה. לוי אומר דברים ברוח דומה וטוען שמתן אפשרות כזו לרה"מ פוגע בהליך וביסודות של עקרונות הדמו'. נותן דוגמה, נניח החלטה על הכרזת מלחמה – נניח שהוא רוצה לפתוח במלחמה, הוא יכול לפטר שרים שמתנגדים ולהעביר את ההחלטה הזו. ללוי זה נראה מסוכן. במלחמת ששת הימים מסתבר שלוי אשכול פעל בחזית הפנימית והתמודד עם ממשלה שיש בה רוב כנגד היציאה למלחמה אבל בסופו של דבר הוא יוצא למלחמה כשיש לו כמעט קונצנזוס למלחמה – ההצלחה היא במידה רבה פונקציה של הלכידות מבפנים ולכן אם לוי אשכול היה מפטר שרים כדי להשיג רוב הוא היה "יורה לעצמו ברגל".

השופטת פרוקצ'יה אומרת שיש אינטרס הנוגד את פעילות רה"מ. ככל שהנושא שעומד על הפרק הוא יותר כבד אז זה יותר בסדר. ספיר חושב ההפך – ככל שהוא יותר שנוי במחלוקת אני מצפה שזה יתקבל רק אחרי דיון רציני ולא אחרי שמנעתי אותו.

נבחר ציבור – דין הבוחר הוא האינדיקטור לאיך הציבור רואה את הדברים. עובד ציבור – אפשר לוותר. בסוף אומרים שאין לעשות הבחנה בעניין הבחנה מכהונה.

**שיעור מס' 12- 11\12\08**

**בתי המשפט:**

* נושא שיטת המינוי והבחירה של השופטים
* שאלת הסמכות העניינית של בתי המשפט- פסילת חוקים\חקיקת משנה\ ביקורת על רשויות השלטון וכו'.

בעולם, ישנם שני מודלים בשאלת הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על החקיקה הראשית:

* **המודל הריכוזי-** רק בית משפט אחד בכל מערכת מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. ההליך החוקתי שבו בית המשפט נדרש לבחון את תוקפו של חוק הוא בשונה מהליך שיפוטי בכל עניין אחר, הוא פוליטי באופיו. הוא מערב בצורה משמעותית שאלות שק"ד, ערכים וכיו"ב ופחות טכני, פחות מקצועי מאשר הכרעות אחרות שביהמ"ש נדרש להכריע. בגלל האופי הפוליטי של הליך זה, זה לא יהיה נכון להעניק את הסמכות הזו לכל גוף שיפוטי, אלא לגוף שיפוטי אחד, בד"כ יהיה זה גוף שיפוטי שאינו שייך למערכת השיפוטית הרגילה, בית משפט לחוקה- שזהו תפקידו היחידי, לעסוק בשאלות של חוקתיות.
* **המודל הביזורי-** הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מופנית לכל בתי המשפט ולאו דווקא לבית משפט אחד. ההיגיון העומד מאחורי המודל הזה הוא שאין שום דבר יוצא דופן או חריג בביקורת שיפוטית של כל בית משפט על הרשות המבצעת התפקיד של כל בתי המשפט הוא ליישם ולפרש חקיקה ראשית ולבחור בחוקים החלים בעניין המסוים. זה נכון למקרה בו יש סתירה בין דברי חקיקה ראשית,בין חוק לבית תקנה, בין חוקה לבין חוק. אין עניין חריג במהותו בסיטואציה של סתירה לכאורית בין חוקה לבין חוק המצדיק ייחוד הסמכות לעסוק בעניין זה לבית משפט אחד. האם ביהמ"ש העסוק בעניין יש לו סמכות מקומית או עניינית? יש לזה כללים. אין שום דבר יוצא דופן בביקורת שיפוטית ובפסילת חקיקה ראשית על ידי כל בית משפט, אין שום סיבה שלא יכול לעשות זאת.

ישנה ביקורת שיפוטית על הפעילות החקיקתית של הרשות המבצעת- בין אם מדובר בתקנות או החלטות מנהליות- זה לא חייב להיות חוק אלא גם תקנה, או החלטה מנהלית של הרשות המבצעת.

נשאלת שאלה- האם הסמכות לתקוף את המדינה ניתנת לבית משפט אחד או למערכת בתי המשפט בכללה?

מה יש בישראל?

חקיקה ראשית- סוג של מודל ביניים במובן הזה שיש להבחין בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה. תקיפה ישירה- פונים לבית המשפט ותוקפים את החקיקה הראשית, זוהי עילת התביעה. תקיפה עקיפה- לדוג' פס"ד נגב, מוגש כתב אישום נגד אדם מסוים שמגיע לבית המשפט וטוען שעשה את מה שנטען כנגדו אך החוק שכנגדו הוא פעל בטל משום שהוא נוגד נורמה חוקתית. דוג' נוספת, פרשת בנק המזרחי- בנק המזרחי הגיש תביעה נגד מושבים בגין חוב כספי שיש למושבים כלפיו, אך המושבים טוענים כי אין להם חוב כלפיו בגלל שמאז שנצבר החוב נחקק חוק יסוד כב"ה וחירותו הכולל בתוכו את זכות הקניין- מה שקורה זה שתוך כדי הדיון בנק המזרחי טוען כנגד החקיקה המשנית.המודל הרווח במדינת ישראל בתקיפה ישירה הוא המודל הריכוזי- אפשר לתבוע כנגד חקיקה ראשית רק בבג"צ אך עקיפה ניתן לבצע גם בבתי משפט רגילים.

**המאפיינים לתקיפת בית המשפט הם:**

1. איפיון ריכוזי- במערכת ריכוזית טהורה בית המשפט שדן בעניין ושהייתה לו סמכות לעסוק בעניין מסוים אך תוך כדי הדיון יש תקיפה עקיפה כנגד החקיקה הראשית, אז בית המשפט הרגיל מעביר את התביעה לבית המשפט שמוסמך לעסוק בעניין זה, ומה שקורה למעשה הוא שלבית משפט רגיל אין סמכות לעסוק בכך.

בישראל- כאשר מתעוררת שאלה אגבית תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, לא מעבירים את התקיפה לבית המשפט המוסמך לכך אלא ניתן לדון בו גם בבית משפט רגיל- זהו לא מודל ריכוזי טהור אלא מודל היברידי.

1. איפיון ביזורי

פס"ד מדינת ישראל נ' בה"ד לעבודה-השאלה איפה נמצאת מדינת ישראל בין המודל הריכוזי לביזורי תלויה במידה רבה בפרשנות ובגישה של ביהמ"ש. על פי גישה מסוימת אנו קרובים יותר למודל הביזורי ועל פי גישה מסוימת אנו קרובים יותר למודל הריכוזי. הסיפור של פסק הדין: יש הסכמי עבודה קיבוציים בין ההסתדרות הכללית לבין התאחדות התעשיינים. בנק' זמן מסוימת ההסתדרות הכללית מגישה בקשה לדיון בסכסוך עבודה בינה לבין התאחדות התעשיינים בנוגע למתן סעדים בעקבות ביטול סעיפים מסוימים בהסכם העבודה הקיבוצי, היא פונה לבית הדין לעבודה. הטענה של ההסתדרות: התאחדות התעשיינים לא מקיימת חובות המוטלות עליה על פי הסכם העבודה הקיבוצי. טענת התאחדות התעשיינים: טוענת כי היא פעלה על פי ביטול סעיפים בהסכמי העבודה הקיבוציים. ההסתדרות טוענת כי בית המשפט צריך לקבוע שהסכמי העבודה תקפים מה שמחייב שהוראות החוק הרלוונטיות שמבטלות את סעיפי בהסכם העבודה יוחזרו לתוך ההסכם, למעשה ישנה דרישה לבטל את ביטול הסעיפים, לבטל החלטה. המדינה מצורפת לדיון משום שהיא זו שביטלה את הסעיפים- המדינה טוענת שהדבר שנעשה הוא ניסיון לתקוף חוק ואפשר לעשות זאת רק בבג"צ – בית הדין הארצי לעבודה דוחה טענה זו ולכן מוגש ערעור לבית המשפט העליון כנגד החלטת בית הדין לעבודה מצידה של המדינה. על פניו, בית הדין לעבודה צדק בקביעה שלו משום שלא מדובר בתקופה ישירה אלא בתקיפה עקיפה ובית משפט בערכאה רגילה כן יכול לדון בתקיפה עקיפה כנגד חקיקה- בית הדין מוסמך לדון באכיפת או אי אכיפת הסכם העבודה ורק אגב הדיון עלתה השאלה של ביטול מרכיבים בהסכם העבודה. הסכסוך האמיתי היה ידוע עוד לפני שזה הגיע לבית הדין לעבודה- שאלת התקוף של ביטול סעיפים בהסכם. השופט אדמונד לוי: ניתן לעטוף כל עתירה כנגד חוקה בעטיפה של דיון אחר שבמסגרתו התקיפה עלתה רק אגב אורחא אך זה לא ייתכן משום שהשאלה העקרונית כאן היא התוקף של החוק ולא השאלה של אכיפת או אי אכיפת הסכם העבודה. ההסתדרות לא מגישה עתירה לבג"צ משום שהיא מעדיפה ללכת לבית הדין לעבודה שבו יש לה סיכוי טוב יותר לזכות. השאלה איפה אנו נמצאים בספקטרום בין הריכוזי לבין הביזורי היא למעשה השאלה איזו עמדה יאמץ בית המשפט שלנו? אם בית המשפט יהיה מוכן לראות בסיטואציה מסוג זה תקיפה עקיפה הוא ימשוך אותנו לכיוון המודל הביזורי שבמסגרתו כל עתירה ניתן "לעטוף". אך אם בית המשפט יהיה דווקני ולא ייתן לבית הדין לעבודה לעסוק בעניין הזה זה היה מעביר אותנו לריכוזי. במקרה הזה ביהמ"ש העליון דחה את טענת המדינה- לקח אותנו קרוב יותר למודל הביזורי. אחת הסיבות לכך היא כדי להרחיב את מימדיה של המהפכה החוקתית- אם כל ההכרעות בשאלות חוקתיות בהן נפסל חוק הן על ידי בג"צ אז כל הביקורת והאש מופנית כלפי בג"צ אך אם זה יינתן לכל בתי המשפט זה יציג את בג"צ בתור גוף ממתן- פעמים רבות הוא מבטל הכרעות של בית משפט נמוך שפסלו חוק.

**לסיכום:**

* מדינת ישראל בדיון בחוקתיות בחוקים מאמצת מודל בין הריכוזי לביזורי- תקיפה ישירה מתאפשרת רק בבית המשפט העליון, תקיפה עקיפה יכולה להתבצע גם בבתי משפט רגילים.
* השאלה לאן אנו קרובים יותר- לביזורי או הריכוזי תלויה בגישת בית המשפט.

בעקבות פס"ד זה נחקק חוק על ידי הכנסת שהעניק סמכות לבתי המשפט המחוזיים לדון בעניינים ובסוגיות האלו- לא בכולם אלא ישנה רשימה מסוימת של נושאים שהם יכולים לעסוק בהם. היום במדינת ישראל הוא מבוזר יותר במובן הזה שבחלק מהעניינים לא עותרים לבג"צ אלא לבית משפט מחוזי- עתירה מנהלית. חשוב לציין כפי שכבר ראינו בפרשת חירות, החוק לא היה יכול לשלול את הסמכות שיש לבית המשפט העליון שיש לתת הוראות הממלאים תפקידים על פי דין, בית המשפט העליון בהם בתי המשפט המחוזיים הסמיכו לעסוק בית המשפט העליון עדיין רואה עצמו מוסמך. המנגנון בישראל הפך תהליך של ביזור בגלל העומס הבלתי נסבל של בית המשפט העליון, העתירות הפכו להיות עתירות רוטיניות ואין שום סיבה שכל העתירות הרוטיניות יוגשו לבג"צ . סוגיית מינוי השופטים- כיצד מתמנים שופטים במדינת ישראל?

ע"י ועדה שמונה 9 אנשים: 3 שופטי עליון, 2 שרים, 2 ח"כים שעל פי נוהג אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה ו-2 חברי לשכת עורכי הדין. עד עכשיו ההחלטות התקבלו ברוב דעות של 5 מול 4. לפני שלוש שנים- גדעון סער העביר חוק שקובע כי בוועדה החלטות מתקבלות רק ברוב של 7. בכללי הבחירה שופטי העליון לא יבחרו כבלוק ולא ידברו ויסכמו בניהם למי להצביע- זה ממש לא קורה. מעולם לא התמנה שופט אם שופטי העליון לא הסכימו. אין מדינה בעולם שלשופטי העליון יש משקל כ"כ גדול בהחלטה על מי יצטרף לשורותיהם. בכל העולם השיטה היא פוליטית- או המחוקקת מחליטה או המבצעת מחליטה- או שילוב של שתיהן (=למשל בארה"ב הנשיא בוחר מועמדים, אך המועדים עומדים לשימוע בפני שני בתי הקונגרס).

* הוקמה וועדה בראשותו של וועדת זמיר- הוועדה גורסת כי השיטה שלנו הכי טובה וכל העולם מקנא בנו. מה האסמכתא שלהם? ספר של אמנון רובינשטיין. בספר הם מסתמכים על מסקנות וועדה שזמיר היה חבר בה... והנה לנו טיעון מעגלי.
* המציאות היא שביהמ"ש העליון של ישראל הוא מונוליטי. הוא מייצג בספקטרום הדעות שלו חוסר גיוון מוחלט של השקפות עולם. למשל: בענייני פנים, תפיסות עולם חברתיות-כלכליות הנוטות ימינה. הוא מגוון רק בעניינים ביטחוניים- יש אנשי שמאל ביטחוניסטיים, ואנשי ימין שהם חשדניים כלפי מערכת הביטחון. אך בשורה התחתונה ביהמ"ש העליון הוא לא מגוון- ויש כאלו שיגידו שצריך שיהיו שופטים דתיים, שיהיו נשים, שיהיה מזרחי, שיהיה ערבי.
* הדעה של גידי: אם יכניסו בכפייה גיוון, זה יהיה דבר נורא אם זה יקרה. למה? כי תמיד יתנוסס מעל אותו האדם שנבחר לביהמ"ש אותה סטיגמה על המצח של ה-"מזרחי", "הערבי". כסאות ייחודיים זה דבר רע, זה לא מכסה את הסוגיות המהותיות. אדמונד לוי שובר את החוסר גיוון- היה היחיד שהיה המזרחי, היחיד שהיה והיחיד שהיה החברתי. הוא לא היה היחיד שהיה דתי. בעניין של הערבי זה דווקא כן יהיה חיובי- זה יהיה סימבולי. כי השמאלניים אומנם מקדמים את זכויות הערבים יותר מהימניים, אך זה חשוב סימבולית לערבים שיהיה להם ייצוג.
* רות גביזון הייתה מועמדת לביהמ"ש העליון ודחו אותה. למה? ברק גרס: יש לה אג'נדה בנוגע לעד כמה ביהמ"ש צריך להתערב- הוא צריך להיות מרוסן יותר.
* לא ניתן להגיד שרק בגלל שבישראל אין בחירה ע"י רשויות פוליטיות היא לא נעשית ממקום של שיקולים פוליטיים- זה יהיה דבר צבוע להגיד. אך מצד שני- בחירה ע"י הרשויות הפוליטיות יכניס פוליטיקה לתוך מקום שאמור להיות נקי מפוליטיקה.
* גם אם זה יותר ראוי או הוגן שהבחירה תהיה דמוקרטית, זה עדיין לא רצוי. למה? זה נעשה כרגע בסוד, יש כיפופי ידיים בפנים, אך הג'יפה לא יוצאת החוצה, ועדיין יש אמון של הציבור בביהמ"ש. אם נראה את הפוליטיקה בביהמ"ש, אז נדע את כל ההחלטות מאיפה הן הגיעו ואז נדע מראש מה יפסקו וזה יוריד מהאמון ברשות השופטת. גידי: זה דווקא טוב! אם מה שמוצג לפני זה מה יש וזה לא מוצג כאילו זה אחרת, אז זה אמיתי ואין צביעות. להיפך- חוסר השקיפות של העליון גורמת לחוסר אמון בציבור, אדם לא אוהב שמשקרים לו בפנים. אם החלטת משהו- תעמוד מאחוריו ואל תגיד שזה נבע משיקולים כאלו או אחרים נאורים ויפים וגבוהים ותנסה להראות כאילו זה נקי משיקולים פוליטיים. תבוא ותגיד שזה נבע מהשיקולים האישיים שלך, מהשקפת העולם

**פרק 3- פרק זכויות האדם**

**דרישת ההסמכה**

בעקבות השילוב שבין פס"ד בז'רנו ופס"ד מיטרני- בית המשפט דקש כתנאי לפגיעה בזכויות האדם על ידי הרשות המבצעת דרש הסמכה מפורשת מצד המחוקק- בית המשפט יפסול את האקט של הרשות המבצעת עוד לפני שיבדוק את שק"ד שהרשות המבצעת נקטה בו.

פס"ד מיטרני- שמגר פוסק כי רק כאשר המחוקק הראשי מסמיך את מחוקק השמנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני- כדי שלשר התחבורה תהיה האפשרות לפגוע בזכות חופש העיסוק היה צורך שהמחוקק הראשי יסמיך את הרשות המבצעת באופן מפורש, שאינו משתמע לשני פנים.

מאמרו של אורן גזל- כאשר אנו בוחנים את ההיסטוריה של פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה הזו מתברר שהדרישה הדווקנית להסמכה המפורשת לא מאפיינת את כל פסקי הדין של ביהמ"ש העליון. הדוגמא שהוא נותן לאפשרות שבה בת המשפט העליון יסיק שקיימת סמכות למרות שההסכמה איננה מפורשת פס"ד פורז- פורז עתר כנגד החלטת רבנות עיריית תל אביב שכדי לבחור את הרב הראשי לתל אביב רק על ידי גברים, לטענתו הדבר מהווה פגיעה בעקרון השוויון, הפליה על בסיס מגדרי. העתירה נבחנת בפני ביהמ"ש העליון- יש כאן תקיפה של החלטה גוף מינהלי\שלטוני- מועצת עיריית תל אביב כנגד הפגיעה בזכות לשוויון. אם היינו מפעילים את המבחן המחמיר של שמגר בפס"ד מיטרני- בית המשפט היה צריך לפסול את ההחלטה עוד לפני שהיה בודק את שק"ד, היה צריך לפסול אותה כבר בבדיקת הסמכות. כאשר אנו בוחנים את פסק הדין אנו רואים שבסופו של דבר ברק פסל את ההחלטה על סמך המסקנה ששיקול הדעת שהופעל היה פגום- אך לא פסל בשל פגם בסמכות, זה מלמד שלפחות במקרה הזה בית המשפט מוכן להסתפק בפחות מאשר הסמכה מפורשת.

על פי גזל, פס"ד פורז קובע פסק דין גבוה יותר מאשר הסטנדרט הנדרש- בין דרישת הסמכה מפורשת לבין דרישת הסמכה "סתם" (כללית- לדוג' שר הפנים יכול להתקין תקנות שיסייעו בפעילות הרשות המבצעת). במקרה של פורז, על פי אורן גזל, בית המשפט הסיק שיש סמכות לאור התשובה שנתנה מועצת עיריית תל אביב- שדבר זה הכרחי על מנת שמועמדים ראויים יציגו את מועמדותם לתפקיד ועל מנת שמי שייבחר יזכה להיות שווה בן שווים בין הקולגות שלו ולא יסתכלו עליו אחרת בגלל שהוא נבחר על ידי נשים. בית המשפט קובע כי שיקול הדעת שניתן לתשובה זו הוא גדול מידי ופוסל את ההחלטה. אורן גזל מסיק מכאן שהסמכות שניתנה היא הסמכות התכליתית של החקיקה- יש קשר ברור בין מטרת החוק לבין פגיעה בזכות. במקרים כאלה הפגיעה בזכות לא נאמרת בצורה ממש מילולית אלא אפשר להסיקה בלי קושי מיוחד מתכלית החקיקה. במקרה הזה, תכלית החקיקה היא לבחור את המועמד הטוב ביותר שיפעל באופן הטוב ביותר.

הסמכה מפורשת

תכלית החקיקה

הסמכה סתם

אם נדרוש הסמכה מפורשת באופן קבוע:

- ידיה של הרשות המבצעת יהיו כבולות

- המחוקק "ידחוף" לכל חוק הסמכה מפורשת

אם לפני 1992, אפשר היה להסתפק בהסמכה רגילה, לאחר המפכה החוקתית נכנסה "פסקת ההגבלה", ישנה דרישה "בחוק או לפי חוק"- על פי גזל יש מקום לעשות הבחנה בין עניינים שונים הם מבקש לצמצם את הדרישה להסמכה מפורשת רק לעניינים מסויימים של הרשות המבצעת ולא לכל העניינים.

פס"ד לם- פסק דין שבו "שיחקו" עם העניין הזה. דורנר קובעת כי יש פגיעה בחופש העיסוק. אם יש פגיעה בחופש העיסוק, נכנסנו למסלול שקובעת פסקת ההגבלה ובתוך המסלול הזה התחנה הראשונה שבה אנו צריכים לעבור היא האם יש הסמכה? ישנה תקנה שהתקין מנכ"ל משרד החינוך, אך האם הפעולה הזו נעשתה בסמכות?

אם כן, נעבור לתחנה הבאה. דורנר קובעת כי אין הסמכה מפורשת, זה כשלעצמו צריך להפיל את המדיניות הזו אך היא מציינת את המאמר של אורן גזל שמדבר על תכלית החוק, יש לה 2 דברים לומר על המסורת שלו:

* מסורת החוק שהוא מצביע עליה גם אם היא נכנונה כבר אינה בתוקף לאור חקיקת חוקי היסוד החדשים
* גם אם הייתי פועלת על פי המסורת הזו, הדבר לא היה משנה את התוצאה משום ששום דבר בתכלית החוק בהקשר הזה לא יכול להסביר למה זה כ"כ חיוני שהאיבחון הדידקטי ייתבצע על ידי פסיכולוגיים חינוכיים ולא על ידי מאבחנים שרכשו השכלה בנושא האבחון הדידקטי.

**הנחת גידי:** בית המשפט העליון יימצא את דרכים משלו לרכך את ההסמכה המפורשת.

**שיעור מס' 13- 11\12\12**

תכלית ראויה יכולה להיות עבור שני דברים:

1. אינטרס ציבורי (פרטי)
2. זכות אדם

יש אינטרסים שלא הוכרו כזכות אבל אנחנו עדיין מצפים מהמדינה לשמור עליהם. למשל, התבטאות מסויימת שעומדת לפגוע ברגשות של קבוצה מסויימת – זה לא נוגע לכלל הציבור אלא לקבוצה מסויימת. יש לאינטרס משקל מסויים אבל לא מספיק כדי שהוא ייחשב כזכות. יש אינטרסים שאנחנו מתרגמים לזכויות ומעניקים זכות בשם האינטרס – אינטרס לשמור על פרטיות והמשפט העניק לנו זכות לפרטיות. ההתנגשות בין זכות האדם יכולה להתנגש עם זכות אדם היא אינטרס ציבורי או פרטי או מול זכות אדם אחרת. זכויות האדם נמצאות הרבה פעמים במסלול התנגשות זו עם זו.

**במידה שאינה עולה על הנדרש- איזונים**

דרושה נוסחת איזון בין הזכות הנפגעת לבין מה שעומד מולה ויש דרישה שהזכות לא תיפגע במידה שאינה עולה על הנדרש – וזו נוסחת איזון שנמצאת בחוק כבוד האדם וחירותו.

**נוסחאות האיזון השונות לפני 92 (הרחבה במאמר של גדעון ספיר, ישן מול חדש):**

**נוסחת איזון אופקי–**איזון בין זכות לזכות בעלות מעמד שווה, זכויות מתנגשות. האיזון הוא לא חצי-חצי אלא וויתור הדדי שבודק מקום, זמן והיקף. איזון של פשרה – כל אחד מוותר על משהו ומקבל משהו.

למשל –זכות התנועה וזכות התהלוכה הן בנות אותו מעמד - ברק אומר שיש לבדוק מקום, זמן, היקף לוויתורים ביניהם. למשל נאפשר הפגנה שמוגבלת בהיקף המשתתפים, בזמן בו היא נערכת וצמצום המקום בו היא נמצאת.

**נוסחת איזון אנכי–**בין ערכים במעמד שונה, אינטרס ציבורי\פרטי לבין זכות.בלבד שקיימת וודאות קרובה, מהי הקרבה לוודאות שייגרם נזק ממשי לאינטרס הציבורי. כלומר מהי ההסתברות של הפגיעה באינטרס ומהי העוצמה שבה תהיה הפגיעה.

למשל – ההתנגשות בין חופש הביטוי לסדר הציבורי. ברק אומר שהאינטרס של השמירה על הסדר הציבורי חזק יותר מחופש הביטוי כשיש נק' היפוך – אם מתמלאים שני התנאים המצטברים האלו. חשש כן ורציני לפגיעה. האיזון תלוי בנוסחת האיזון שתיבחר. באיזון אנכי המשמעות היא שיהיו מקרים רבים, אם לא רוב המקרים – שההתבטאות עלולה לגרום נזק לסדר הציבורי אבל ההסתברות היא לא גבוהה או שהנזק לא חמור מספיק. אם לא התמלאו שני התנאים המצטברים – המשמעות היא שביהמ"ש נותן עדיפות לזכות על פני האינטרס. הוא לא יפגע בחופש הביטוי אלא אם יתמלאו. השאלה היא איפה בית המשפט ממקם את נק' ההיפוך – ככל שהדרישות המצטברות גבוהות יותר, נראה שהוא נותן עליונות דווקא לזכות על פני האינטרס. כשמדובר באיזון אופקי בין שני ערכים שווי מעמד – כל אחד מהם יצטרך לוותר ויתור מסויים. לעומת זאת, בחירה בנוסחת האיזון האנכי היא הכרעה בינארית – זה או 0 או 1. או שנותנים הגנה מלאה לזכות או ששוללים אותה לגמרי. ברוב מכריע של התסריטים אנחנו לא נפגע בה בכלל, לא נחייב אותה להתגמש או לעשות פשרות בכלל. התיאור של האיזון האנכי הוא תיאור מטעה – כי מבחינה מעשית אם נבחרת נוסחת איזון אנכי שהיא כזו מחמירה המשמעות בפועל היא שהזכות מקבלת הגנה חזקה אולי אפילו יותר, דווקא כשמשתמשים לגביה בנוסחת האיזון הזה. כשעומדת על הפרק זכות והיא מתנגשת עם עניין אחר – עדיף לה ללכת לאנכי.

חובת ההוכחה על הפגיעה באינטרס היא על הנפגע. המדינה שפוגעת בזכות לא צריכה להוכיח שאין פגיעה באינטרס – מה שמחזק את הזכות מול האינטרס במבחן האנכי.

כשיש התנגשות **בין אינטרס לאינטרס** אנחנו לא בודקים בתוך משפט ציבורי – אלא בבית משפט מנהלי.

**זמיר** שואל אם אנחנו מכירים גם בחופש הביטוי וגם באינטרס הציבורי – למה אנחנו מייצרים איזון אנכי? למה שלא ננסה מראש לייצר פשרה ביניהם, באופן כזה שנאפשר ביטוי לשניהם? אם לא הגענו לנזק ממשי אלא פחות ממשי, וההסתברות היא לא גבוהה אבל מדאיגה – למה לא ללכת לפשרה? למה יש העדפה מראש של הזכות מול האינטרס? מצד שני, אם אנחנו בסיטואציה של שני ערכים שאנחנו מנסים לייצר ביניהם פשרה והיא לא אפשרית, זאת התנגשות חזיתית בין שניהם וזה או הזכות או האינטרס, במקרים כאלה חייבים להכריע ביניהם. זמיר אומר שאם מדובר בשני ערכים מוכרים, תמיד נכון להתחיל בפשרה ואם היא לא אפשרית – אז ללכת לאנכי. לא תמיד אפשר לייצר פשרה בין הזכות לאינטרס.

**ברק** אומר בע"א ראם נ' ראש עיריית נצרת עילית: האיזון הוא פעולה נורמאטיבית. על השופט לאתר את הערכים המתנגשים. עליו לקבוע את חשיבותם החברתית היחסית. כאשר הערכים הם שווי מעמד בתפישה של שיטת המשפט, עליו לקבוע - בהיעדר הנחיה חקוקה - את מידת הוויתור ההדדי אשר כל אחד מהערכים צריך לוותר לרעהו על-מנת לאפשר קיום בצוותא של כולם ("איזון אופקי"). עליו לדאוג כי, במידת האפשר, תימנע פגיעה מהותית בערכים המתנגשים. לשם כך ניתן להטיל מגבלות של זמן, מקום והיקף. כך הוא הדין, למשל, מקום שחופש התהלוכה מתנגש עם חופש התנועה. פתרון ההתנגשות הוא באיזון אופקי בין הערכים המתנגשים תוך ויתור הדדי. לעתים הערכים המתנגשים אינם שווי מעמד. על בית המשפט לקבוע ­בהיעדר הנחיה של הכנסת - מהי מידת הפגיעה בערך העדיף ומהי ההסתברות של אותה פגיעה, המצדיקים העדפתו של האחד על פני האחר ("איזון אנכי"). אף כאן יש לעשות כל מאמץ למניעת ההתנגשות החזיתית, תוך קביעת ויתורים הדדיים נדרשים. אך בהיעדר כל אפשרות ליישב בין הערכים המתנגשים, אין מנוס ממתן עדיפות - בהתקיים נוסחת האיזון הראויה - לערך האחד על פני האחר. על כן נקבע, למשל, כי מקום שהאינטרס הציבורי בשלום הציבור וביטחונו מתנגש בחופש הביטוי, ידו של האינטרס הציבורי בשלום הציבור על העליונה. עדיפות זו משתכללת כאשר קיימת הסתברות ברמה של קרוב לוודאי כי הגשמת חופש הביטוי תביא לנזק ממשי, רציני וכבד לשלום הציבור.

יש לעשות מאמץ לקביעת ויתורים הדדים – איזון אופקי אך בהיעדר כל אפשרות למתן

**נוסחאות האיזון אחרי 92:**

שני ערכים מוכרים – שצריך לבדוק האם הם פוגעים לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש ולכן אנחנו בודקים לפי מבחני המידתיות:

1. קשר אמצעי-מטרה
2. אמצעי שפגיעתו בזכות פחותה
3. התועלת כמונחי הגנה על האינטרס עולה על הנזק במונחי פגיעה בזכות

נניח שיש שני כפרים – יהודי וערבי ומחליטים לבנות גדר ביניהם – יש אפשרות להקים אותה בשטח של הכפר הערבי. הגדר צריכה לקום במינימום של טווח מקסימלי של נשק קונצב'. אין הבדל בין שני התוואים מבחינת מידת הביטחון הנדרשת – הפער ביניהם לא משמעותי מבחינת ההגנה על הביטחון.

הזכות של הכפר הערבי היא זכות הקניין והזכות של היהודי הוא אינטרס לביטחון המדינה. נניח שבתוואי המצומצם וברחב השמירה על האינטרס היא 8. הפגיעה בזכות תהיה במצומצם היא 6 והפגיעה ברחב תהיה 7. האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה במקרה זה הוא התוואי המצומצם. אנחנו נדרשים להעדיף את א' על פני ב'. במבחן השלישי – התועלת שעולה על הנזק: התועלת עלתה גם כן כי יש לנו 8 מול 6. אם היינו בוחרים באפשרות ב', לפי נוסחת האיזון האנכי לא הייתה שוללת את אפשרות ב', אבל השאלה היא מהי הסכנה לביטחון. אם ה-8 הזה מספק אותנו אז הוא היה מצדיק את הפגיעה בכל מספר שהיא תהיה. אם אנחנו עושים איזון אנכי- אינטרס מול זכות ובוחרים רק באחד, השאלה מהו תוואי הגדר נראית טריוויאלית, אנחנו צריכים לפגוע באינטרס. עצם העובדה שאנחנו נדרשים לשים את הביטחון למעלה אנחנו עדיין נדרשים לשים.

שקלנו שתי אפשרויות שמבחינת ההגנה על הביטחון מספקות את אותו הדבר – הגנה ב-8. מה היה קורה אם המציאות הייתה שבתוואי המצומצם היינו מגיעים להגנה ב-6? היא פוגעת פחות בקניין אבל גם מספקת פחות הגנה על הביטחון. האם גם במקרה זה היינו נדרשים לבחור בתוואי הרחב? התשובה היא שכיום נראה שלא. מה שאנחנו נדרשים כרגע לעשות היא שברגע שהחלטנו באיזו עוצמה אנחנו מבקשים להגן על האינטרס, אנחנו נדרשים לחפש את האמצעי שימזער את הפגיעה בזכות, וישקלו רק אמצעים שנותנים מראש את עוצמת ההגנה על האינטרס שרצינו – לא נבחר באמצעי פחות שגם ימזער את ההגנה על האינטרס. המדינה מגדירה כמה הגנה היא רוצה – אם תאמר 8. אנחנו נבדוק את כל האפשרויות שנותנות הגנה בעוצמה של 8 על האינטרס של ביטחון המדינה – זוהי גישת **ברק.ע"פ ספיר–**שאם עומדות על הפרק רק שתי אפשרויות שנותנות את אותה עוצמת הגנה – כמעט ולא תהיה מסננת במבחן המשנה השני. לא יהיה הבדל בעוצמת הוודאות של הפגיעה ביעד. תמיד אפשר יהיה להגיד שיש הבדל בכמה תגשים את האינטרס ולכן אם אנחנו דורשים שיוויון מוחלט בין שתי האופציות מבחינת הגשמת היעד והאינטרס – המשמעות היא שתמיד תצלח את מבחן המשנה השני. אם אנחנו רוצים לעמוד במבחן המשנה השני – צריך לפרש אותו כאילו לא צריך להשוות רק בין כל אלה שנמצאים באותו רמה מבחינת הפגיעה בזכות אלא לבדוק את האופציות שעומדות על הפרק בזוגות – לנסות לראות את היחס בין השמירה על האינטרס לפגיעה בזכות – זה שייתן לנו הרבה רווח במחיר נמוך, זה שהיחס בו הכי מצומצם. עדיף לבחור לא תמיד בזה שנותן הגנה מקסימלית או זה שפוגע בזכות בצורה המינימלית – אלא לבדוק ביניהם את היחס. הסיטואציה שממקסמת את הרווח, את התועלת. מבחן המשנה השני בעצם מפנים אל תוך מבחני המידתיות את נוסחת האיזון האופקי. הוא מחפש את הפשרה המיטבית. זה לא אומר שמבחני המידתיות הם מבחן אופקי – אלא הם מכניסים את הפשרה שלו למבחן המשנה השני ואת האיזון האנכי למבחן המשנה השלישי. במונחי מחיר מול תועלת – מתברר לך שהנזק יותר גדול ממה שאתה הולך להרוויח. מה יקרה אם יתברר שהתועלת לא עולה על הנזק? אתה דוחה את האפשרות ומבצע "נוק אאוט" – בסוף הדרך יהיה כאן איזון אנכי שיעדיף את הזכות על האינטרס. אם זאת תכלית ראויה צריך לעשות פשרה – למרות שיש מקרים שבסוף הדרך נאמר שהסכנה לאינטרס והתועלת שתצמח לו מהגבלת הזכות בהיקף הזה היא לא משכנעת. **גישת ספיר** קובעת שמבחני המידתיות כוללת במבחן השני מעין איזון אופקי "חכם" ובמבחן המשנה השלישי מעלים אופציה של הכרעה – בדומה לאיזון האנכי.

**ברק** צריך לבדוק קודם כל שהתועלת הכללית גבוהה מהנזק הכללי ואחר כך תוספת התועלת שנבחרה, גבוהה מתוספת הנזק – צריך להשוות את האופציה של המדינה לאופציות אחרות קיימות ורק אם תראה שתוספת הרווח עולה על תוספת הנזק – רק אז עמדת במבחן השלישי. ברק מעביר את מרכז הכובד למבחן המשנה השלישי. צריך לשחק עם השחקנים והאפשרויות השונות להגשמת התכלית ולהשוות גם אפשרויות ששונות זו מזו. לא רק לבדוק את האופציות שעומדות בהגנה על המדינה אלא מראש לקחת גם כאלה שיש ביניהן הבדל במידת הגשמת התכלית. ספיר אומר שזה מגיע במבחן המשנה השני וברק אומר שזה בשלישי.

לא משנה איזו נוסחת איזון תיבחר, לבית המשפט יש שיקול דעת רחב – הוא מגדיר את עוצמת הפגיעה בעצמו.

לנוסחת האיזון יש חשיבות מכרעת והדיון האינטלקטואלי הוא חשוב – אבל בפסיקה יש עירפול ובורות בעניין הזה.

**מה קורה בעימות בין זכות לבין זכות?**

ברק ודורנר אומרים שמבחני המידתיות לא מתאימים לעימות בין זכות לזכות. מבחני המידתיות בנויים להתנגשות בין אינטרס לבין זכות. הסיבה שלהם היא שלא ברור מי הזכות הפוגעת ומי הנפגעת, כי תמיד אפשר לעשות את זה הפוך. ספיר אומר שאחרי שהוספנו את מרכיב הפשרה הדו-צדדית לתוך המידתיות במסגרת מבחן משנה השני או השלישי, זה לא משנה מה מהם הוא התכלית הראויה כי אנחנו נדרשים לבצע כאן איזון אופקי ולכן לדעת ספיר אפשר להשתמש. ברק ודורנר אומרים שהמידתיות לא מתאימה ולכן הולכים חזרה לאיזון אנכי.

מה קורה עם חוקי היסוד המשודרגים שאין בהם נוסחת איזון? בהופנונג זמיר מציע לייבא את מבחני המידתיות אל תוך החוקים האלה. יוצא עכשיו שבעיית היעדר נוסחת איזון שמצדיקה או מסבירה באילו נסיבות ניתן לפגוע – היא קיימת לא רק בחוקי יסוד שותקים אלא גם במשוריינים – כי לפי ברק ודורנר הם לא מתאימים בין זכות לזכות. ביהמ"ש מייצר נוסחאות איזון שיפוטיות לעניין הזה. הנושא לא הוברר בצורה מלאה ואם אנחנו מקבלים את ההנחה שצריך לצאת לפשרה דו-צדדית ולהשתמש במידתיות אז אין כאן עניין מי זאת התכלית הראויה ומי היא הזכות הנפגעת. כל פעולה שהמדינה עושה, גם לשם הגנה, הגשמה וכיבוד על זכות ופוגעת בזכות אחרת היא צריכה לעשות זאת מכוח הסמכה מפורשת.

לכאורה ברגע שהיו לנו מבחני מידתיות הם בלעו לכאורה אחד מהם – האנכי והוא אמור לא לתפקד יותר. אולי הוא ממשיך לפעול לגבי זכות שלא מעוגנת בחוק יסוד? בג"צ אומר שהמידתיות הם נוסחת איזון טובה ומשתלבת בצורה הרמונית עם מבחני האיזון הישנים ולכן אפשר להשתמש בנוסחת האיזון המידתית גם לגבי זכויות שלא כלולות בחוקי היסוד. יותר מזה – חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל סעיף שמירת דינים, הסדרים שהחוק לא חל לגביהם ולכאורה כשאנחנו רוצים לבחון הסדרים ראשוניים, זו חקיקת משנה מכוח חוקים שהם לפני 92 – והם מחוץ לגבולות גזרה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.ברק אומר שאפשר להפעיל את מבחני המידתיות גם ביחס לחוקים ישנים וזכויות בלתי מנויות. כמו בהופנונג –אפשר לייצא אותם גם לחוקי יסוד שותקים.

בג"צ הופנונג טענה לפגיעה בס' 4 לחוק יסוד הכנסת. הוא משוריין מפני שינוי ולא מפני פגיעה – הוא שותק. **השופט זמיר** טוען שמבין כל התסריטים של שיוויון, רק מרכיב קטן יחסית מוכר בחוק. בהקשר החוקתי הוא מצומצם – וזה חוקתי כשזה לא עומד במבחני פסקת ההגבלה. זמיר אומר שמבחינתו אם יש פגיעה והיא עומדת במידתיות – אז אין פגיעה בשיוויון בכלל. ברק אומר שגם אם הוא עומד במידתיות זו פגיעה בשיוויון – זו פגיעה לגיטימית. מבחני המידתיות לא בודקים האם יש פגיעה בזכות, אלא הם מכשיר לבדוק האם היא פגיעה לא לגיטימית.

האם יש פגיעה בזכות?

האם יש פגיעה מוצדקת?

זמיר אמר שלא כל פגיעה קלה בשיוויון היא פגיעה שכלולה בהגנות של חוק היסוד. ולכן כדי לבדוק אם יש פגיעה בזכות – אנחנו בודקים אם זה מידתי. ברק אומר שהמידתיות בודקת אם הפגיעה מוצדקת.

בית המשפט ממשיך להשתמש באיזון האנכי למרות שיש מבחן מידתי. הבעיה היא שהאיזון האנכי מכריח ללכת להכרעה בינארית, למרות שהמידתי מעודד אותי להגיעה לפרה ולכן הבחירה של בית המשפט לנקוט באיזון האנכי במקומות מסויימות מכתיבה תוצאה מראש. למשל בפרשת גור אריה, שההתנגשות היא בין חופש הביטוי לבין הרגשות (אינטרס). רגשות מול חופש ביטוי – האם יש פגיעה ברגשות שמזעזעת את אמות הסיפים? אף פעם לא מתמלא התנאי הזה. אף פעם זה לא מזעזע את אמות הסיפים ולאור השימוש של בג"צ בנוסחת האיזון האנכי – הדבר הזה מוביל את ברק לכך שהוא לא יכול להגביל את חופש הביטוי לטובת הרגשות. המציאות היא שהוא אפילו לא צריך להסביר את עצמו. בפרשת חורבשבה עומד על הפרק חופש התנועה מול רגשות הציבור החרדי (לא בחופש הדת!) לכאורה על פניו, הוא צריך לאזן באנכי – אבל הוא הולך לפשרה שבה חלק מהזמן הכביש יהיה פתוח וחלק יהיה סגור. נשאלת השאלה אם יש פשרה למה לא הולכים אליה ויותר מזה למה לא הסברת למה אתה לא הולך לפשרה? זה צעד לא לגיטימי.

**שיעור מס' 14- 11\12\15**

מה קורה שיש לנו התנגשות בין זכויות מנויות לבין זכויות בלתי מנויות?

לפני 1992, האיזון שצריך להתבצע ביניהן הוא איזון אופקי ולאחר 1992- חלק מהזכויות מעוגנות בחו"י וחלקן לא, מה הדין? האם לדבר הזה יש השפעה משפטית?

מה קורה כשיש התנגשות כזו?

השופט שלמה לוין בפרשת דיין- אין העדפה של אחת על פני השנייה- אין עדיפות לזכות המפורשת.

מה קורה כאשר יש התנגשות בין 2 עקרונות הכלולים בחו"י?

סיטואציה שהתעוררה בפרשת פלונית- עקרון הפומביות חל גם על גופים שיפוטיים שאינם נכללים בחו"י:השפיטה- היה צריך לאזן בין עקרון הפומביות לבין הזכות לפרטיות ולתת לו משקל מסוים ולא ניתן לו משקל באיזון. עקרונות חוקתיים נפגשים זה עם זה- צריך לאזן ביניהם ומה שדורנר הציעה לעשות הוא🡨 בגלל שלא ניתן שום משקל לעקרון הפומביות בעת ביצוע האיזון בין העקרונות ולכן יש לפסול את ההחלטה.

החידוש בפס"ד זה הוא: אם זה לא היה בית דין למשמעת אלא בית משפט רגיל אז לא היינו צריכים לבצע איזון בו שוקלים פרטיות מול פומביות ולמצוא איזון בין שניהם עם ויתור הדדי אז התוצאה הייתה אחרת- הפומביות הייתה צריכה לגבור על הפרטיות כי הפומביות היא נורמה ספציפית ונורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית שהיא הזכות לפרטיות שמעוגנת בחו"י:כב"ה וחירותו- חוק ספציפי מול חוק כללי🡨 זאת משום שבית משפט רגיל כן כלול בתוך חו"י:השפיטה. למעשה, דורנר לא מבקשת לעשות איזון אנכי אלא פוסלת באופן אוטומטי את התכלית הכללית- הפרטיות כלל מתקיימת כאן. זהו אוביטר משום שהמקרה שלנו עוסק בבית דין למשמעת. היא מוסיפה ואומרת שהיה ניתן להגביל את עקרון הפומביות בחוק, אך זה לא נעשה. **ברק:** חולק על דורנר- באופן עקרוני, כשיש עימות בין נורמות חוקתיות לא משתמשים בכלל הפרשנות של העדפת הנורמה הספציפית על הכללית- גם אם היה מדובר בבית משפט רגיל – יש לבצע איזון תוך בחינת מכלול הפרטים של המקרה- כשמדובר בנורמות חוקתיות המצב הוא שונה- הן פוגעות אחת בשנייה- איפה שיש פומביות נפגעת הפרטיות ואיפה שיש פרטיות נפגעת הפומביות- יש לעשות פשרה, ולא כמו שהציעה דורנר, שהפרטיות לא קיימת כשיש פומביות, ההצעה שלה היא שלא תהיה פשרה בין פרטיות לפומביות אלא שהפרטיות בכלל לא תתקיים כשמדובר בפומביות בגלל הספציפיות של עקרון הפומביות. מבחינת ברק, תמיד, צריך לעשות איזון- לחפש דרך שלשני העקרונות או הזכויות יהיה טוב- פשרה. **דעתו של גידי:** אפשר לקרוא בין השורות בגישה של ברק שהוא בעד פסקת ההגבלה, לעומת מה שלמדנו בשיעור הקודם.

**שמירת דינים**

בחו"י:כב"ה וחירותו יש הוראה ב-ס' 10 – אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה ערב חקיקת חו"י🡨 משמעות סעיף זה היא שחוקים שנחקקו לפני חו"י:כב"ה וחירותו לא מתבטלים\נפגעים עקב חקיקת חו"י. שמירת הדינים בחו"י זה עומדת בתוקפה ללא הגבלת זמן, והמטרה שלה היא לשמור על וודאות ויציבות. יתרה מכך, פסקת שמירת הדינים היא בעיקר בשביל לאפשר לכנסת לוודא שסוגים מסוימים של חקיקה שהתקיימה לפני חוק יסוד שספק אם היא עומדת בסטנדרטים של חו"י, חקיקה שהיא בעייתית- היא תמשיך לעמוד באופן מלא- סמכויות וחוקי חירום, דיני נישואין וגירושין וכו'. פסקת שמירת הדינים מעוררת כמה שאלות משפטיות:

1. האם הפסקה הזו חלה על תיקונים חדשים לחוקים אשר קדמו לחקיקת חוק היסוד? אם מדובר בהוספה של פרק חדש לחוק ישן ברור שהוא יהיה כפוף לפיסקת ההגבלה אך יש מקרים שבהם הכנסת מבצעת מהלך טכני שבמסגרתו היא לוקחת כמה חוקים ישנים ומאגדת אותם ביחד- נוסח משולב- אז מתעוררת השאלה איך נתייחס אליהם? מצד אחד נוסח משולב הוא חוק חדש ומצד שני לא עשינו שום שינוי בחוקים הישנים מלבד איגודם ביחד למען הסדר. הסוגיה הזו נידונה בבג"צ מני נ' המוסד לביטוח לאומי- בית המשפט העליון דן בטענה כנגד חוקיות של חוק שפוטר נשים שאינן עובדות מתשלום לביטוח ופטור דומה לא ניתן לגברים שהם "עקרי בית"- חוק זה הותקף בטענה שהוא עומד בסתירה לחוק השוויון ומפלה לרעה דברים בית המשפט דוחה את העתירה וזאת בעקבות שהנוסח המשולב של חוק הביטוח הלאומי נחקק בשנת 1995- אך לא נעשה אף שינוי בחוקי הביטוח הלאומי- ולכן יש להם חסינות מפני הגנה ותקיפה.
2. האם פסקת שמירת הדינים חלה על חוקים חדשים מיטיבים, המשפרים את המצב מנק' מבט כיבוד הזכות לעומת המצב הקודם? שאלה זו התעוררה בפרשת צמח- משנת 1999- נדונה חוקתיות חוק תיקון המעצר הצבאי- על פי הלכת פסק דין זה באופן עקרוני ההסדר הזה היה צריך להיפסל אלא שלחוק הזה היה נוסח קודם ועל פי הנוסח הקודם היה אפשר לעצור חייל לפרק זמן של שבעה ימים והתיקון שאפשר ארבעה ימים שיפר באופן משמעותי את הגנה על הזכות לחירות לעומת החוק הקודם. החוק הקודם נחקק לפני 1992 ואם הכנסת לא הייתה מתקנת אותו 1998 שמירת הדינים הייתה חלה והיה ניתן לעצור חייל לפרק זמן של שבעה ימים. מעורר כמה שאלות

* האם ניתן להגיד שחוק מיטיב פוגע בזכות לכב"ה:וחירותו? התשובה היא בחיוב- הוא אכן פוגע. השופט קדמי (דעת מיעוט) טוען שאם מבטלים את התיקון אז המצב חוזר לקדמותו- שהמעצר יחזור להיות תקופה ארוכה יותר ושמור מפני פסקת ההגבלה. אנו מריעים את מצבו במקום לשפר אותו- התשובה של בית המשפט היא שזה לא חייב לקרות כך משום שהתקווה היא שהכנסת תפעל על פי החלטת בית המשפט ולא תחזור למצב הקודם אלא תצמצם את הפגיעה בחו"י:כב"ה וחירותו. זאת למעשה הייתה הסיבה שבגללה בית המשפט העליון קבע שתוקף הפסילה שלו הוא פרוספקטיבי- התחולה תהיה רק מספר חודשים קדימה ככדי להעניק לכנסת פרק זמן מספק להעביר תיקון לחוק.
* פתיחת פתח לקיומה של ביקורת חוקתית של חוק מתקן מיטיב תרתיע את המחוקק מלשפר את הפגיעה של החוקים הישנים בחו"י:כב"ה וחירותו- (דעתו של קדמי)- במקום לעודד את הכנסת לנסות לשפר את המצב אנו מרתיעים את הכנסת מלשפר את ההסדרים. כנגדו מציע שמגר בפס"ד מזרחי- במקום לחוקק חוקים חדשים הכנסת תתקן חוקים ישנים וכך תהנה משמירת הדינים. ברוב המקרים מה שיש לנו הוא לא חקיקה חדשה אלא תיקון של חוק ישן- זה לא אומר שכל חוק יהנה משמירת הדינים, באותה מידה לא הגיוני להגיד שאנו נעניק את ההגנה של החוק המקורי שנתן שבעה ימים- מדברים על מקרה יחסית נדיר שלקחנו מרכיב בחוק ישן וצמצמנו את הפגיעה שלו ועל הצמצום אנו רוצים לצמצם שוב- גידי אומר שיש בזה היגיון- **מה שנפסק בסופו של דבר הוא שחוק מתקן גם אם הוא מיטיב לא נהנה משמירת דינים.**

1. האם שמירת דינים מגנה מפני פרשנות חדשה לחקיקה ישנה? האם ההגנה של שמירת הדינים היא על חוק ולאופן שבו הוא פורש או רק על לשון החוק?

פרשת גנימאת: האם בגלל שמדובר בעבירה שנאשם מואשם בביצועה והיא מכת מדינה יש להחליט על מעצר עד תום ההליכים? העמדה בעבר הייתה שיש לעשות זאת. אך בגנימאת ביהמ"ש שלל את האפשרות הזו- בית המשפט פירש את החוק של המאסר באופן כזה שלא מאפשר לקחת שיקולים של מכת מדינה**. ברק ודורנר:** צריך להגביל באופן משמעותי את הפגיעה בזכות היסוד שנובעת ממעצר בטרם הרשאה ולפיכך יש לאמץ מדיניות לפיה ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים רק במקרים חריגים בהם יש להבטיח את שלום הציבור וזוהי הדרך היחידה להשיג את שלום הציבור. אין כאן שמירה על פרשנות של חוק ישן. מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין על כל החוקים בין ישנים ובין חדשים הקרנה זו משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן- הדין ישן מוגן מפני ביטול אך לא מפני פרשנות חדשה- יש לעשות הבחנה בין לשון החוק לבין הפרשנות שניתנת לחוק. **חשין**: אין בחו"י גם שינוי בפרשנות מהווה שינוי של הדין הקודם בניגוד להוראות ס' 10 לחו"י:כב"ה וחירות🡨שמירת הדינים חלה גם על הפרשנות. ב-ס' הוראת שעה בחו"י:חופש העיסוק שהוא מן ס' שמירת הדינים, נאמר במפורש שהחוקים הישנים מוגנים אך הפרשנות אינה מוגנת- אמירה זאת לא מופיעה בס' שמירת הדינים בחו"י: כב"ה וחירותו- זה מלמד שהמחוקק התכוון במפורש שהפרשנות על חוק ישן מוגנת מפני חו"י כב"ה וחירותו. אך יש במקרה שלנו סיבה להניח שזה במכוון נכתב בס' הוראת השעה ולא בשמירת הדינים- המטרה של שמירת הדינים היא להקפיא את המצב ולמנוע פגיעה ביציבות של החקיקה הישנה וזה כולל בתוכו גם את הפרשנות לעומת זאת בחו"י חופש העיסוק הסעיף שאפשר לקרוא לו סעיף שמירת הדינים הוא לא באמת שמירת דינים כי הכוונה שלו היא שכל המשטר במדינה יהיה חשוף לחופש העיסוק- אך כללו אותו כדי לאפשר לרשות המחוקקת ולמבצעת לעבור בניחותא לזהות את כל דברי החקיקה הפרומבלמטיים- זהו דבר זמני, בהוראת השעה.

**זהו למעשה ההיגיון הפנימי בדבריו של חשין**- הוא השווה את ס' שמירת הדינים של חו"י:כב"ה וחירותו ל-ס' הוראת השעה בחו"י:חופש העיסוק וכך הגיע למסקנה זו. אך בתגובה לכך דורנר וברק אומרים- אחד העקרונות הבסיסיים שאומצו טרום 1992 הוא עקרון החזקה הפרשנית שלפיה אנו יוצאים מנק' הנחה שהמחוקק הישראלי לא מתכוון לפגוע בזכויות אדם אלא לכבד זכויות אדם ולכן השופטים חייבים לפרש את החוקים באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם- מה שאומר ששאלת הפרשנות הייתה קיימת עוד 1992 – תמיד היו צריכים לבחון את הפרשנות אל מול כבוד האדם- ובכל מקרה יש לבדוק האם פרשת גנימאת עולה בקנה אחד עם זכויות האדם משום ששמירת הדינים היא אמנם כלי חדש אך חזקת הפרשנות היא כלי ישן שיש בה חובת פרשנות למחויבות לזכויות האדם. שורה תחתונה מבחינת ההלכה חקיקה ישנה מוגנת ופרשנות שניתנה לחקיקה ישנה לא מוגנת.

**מבחינת ההלכה: חקיקה ישנה מוגנת, פרשנות שניתנה לחקיקה ישנה לא מוגנת.**

בטלות פרוספקטיבית-מעוניינים לאפשר למערכת הפוליטית להתארגן ולשנות את המדיניות שלה.

בפס"ד צמח ולשכת מנהלי השקעות, הביטול היה ביטול פרוספקטיבי.

אבחנה בין בטלות מוחלטת,נפסדת ויחסית-מהי התוצאה של הפגם שעליו דיברנו? בהקשר הזה נדבר על פס"ד ההגנה לזכויות האזרח: ביהמ"ש מדבר על שלוש הגישות הנ"ל.

בטלות מוחלטת- החוק בטל כי הוא התנגש עם זכות אדם, אקט רטרוספקטיבי.

בטלות נפסדת- חוק או גם החלטה מנהלית שפוגע פגיעה לא מידתית בזכות אדם הוא לא "מת", הוא נפסד. ניתן "להרוג" אותו, ביהמ"ש הורג אותו. אקט קונסטיטוטיבי ולא דקלרטיבי.

בטלות יחסית- יש במושג 2 מובנים: מובן אחת תלוי בחומרה: יש מקרים של בטלות ויש מקרים של נפסדות. מובן שני: בטל לסיטואציה א' ותקף בסיטואציה ב'.

אומר ביהמ"ש שהוא הולך לפי העותרים, מה הגישה הטובה ביותר מבחינתם? גישת הבטלות. ביהמ"ש אומר שגם לגישת הבטלות יש חריגים והחריג הרלוונטי אומר שאם יתברר שהמחוקק התכוון להחזיר לחיים יש לו את שרביט הקסם הזה. אפילו לגישת הבטלות החוקים לא בטלים.

זמיר אומר שכדאי לנו לאמץ את מודל הגמישות היחסית כי כולם פועלים על פיו. בנוסף הוא אומר שבמשפט המנהלי אימצו את מודל הגמישות היחסית ולכן עלינו לפעול באותה צורה במשפט החוקתי- נייצר האחדה בין שני תחומי המשפט המאוד קרובים האלה.

**המשמעות היא שלבית המשפט יש גמישות מקסימאלית.**

בטלות יחסית במובן השני שלה,פס"ד גניס:אופציה נוספת של ביטול: ביטול בעל אופי חקיקתי. חשין: אפשר לקרוא את פס"ד בכך שהסעיף נוגע רק את מי שלא הסמך על החיקוק. מצא וריבלין אומרים שלא ניתן לעשות זאת- מה שנעשה פה זה חקיקה שיפוטית. חשים לא מסכים איתם-כשאתם פוסלים סעיף או חוק זה חקיקה בפרט כשהם מבטלים אבל לא מבטלים עכשיו אלא פרוספקטיבית. הוא אומר שהוא מפעיל את עיקרון העיפרון הכחול: ביטוי מטאפורי, באמצעות עיפרון נסמן מה בסדק בחוק ומה לא- כאשר לשון החוק מאפשרת לעשות הפרדה במרכיבים השונים. ברק מצטרף למסלול השני של חשין: הוא משתמש בכלים פרשניים כדי להסביר למה אפשר לדחוף לסעיף את ההבחנה בין מי שהסתמך ומי שלא.מנקודת מבטו של חשין אין כאן ביטול של חוק.

היה אפשר ללכת במסלול אחר- בטלות יחסית. היה אפשר להגיד שיש כאן פגם גדול אבל אצל חלק מהאנשים הפגם הוא נורא ואיום ואצל חלק הוא נסבל אז ביחס לחלק הפגם מבטל את הסעיף ולגבי אחרים הפגם הוא לא נורא ולכן אפשר לחיות איתו וביהמ"ש לא ייתן סעד.

ייתכן שיש סעדים נוספים למשל:

מה קורה אם אדם בא ואומר שהמדינה פוגעת בזכותו לא באמצעות חוק או תקנה אלא בחוסר המעש שלה? האם ביהמ"ש יכול להוציא צו שיצווה על הכנסת לחוקק חוק? רלוונטי במיוחד אם הכנסת הפרה זכות חוקתית חיובית. זכות כזו קימת ביסוד כב"ה וחירותו, סעיף 4 בחו"י שבו נאמר כל אדם זכאי להגנה על גופו וכבודו. השאלה הזו לא הוכרעה ע"י ביהמ"ש עד היום.

האם אפשר להוציא צו לתיקון חוק? אפשרות של הטלת חובה על הממשלה להגיש הצעת חוק לתקן פגמים בחוקתיות של חוק שקיים,לא לבטלו. ביהמ"ש קובע בפס"ד נאסר שהכנסת תתקן את החוק ולא תבטל אותו.

פיצויים: במקרים מסוימים יכול להיות סעד על הפרת חוק יסוד, אולי אפשר לתת אותו במסגרת שהיא חיצוני למשפט החוקתי, פיצויים ב-2 צורות.

רשות שלטונית גורמת נזק לאדם ע"י הפרכת זכות חוקתית שלו, ייתכן שנחייב אותה לתשלום פיצויים-תיקרא עוולה חוקתית. במונחים של פקודת הנזיקין תיחשב כרשלנות.

הצעה נוספת: יכול להיות שהפרת זכות חוקתית יכולה לתת פיצויים לא דרך פקודת הנזיקין ונרוויח בעיקר שבפקודת הנזיקין בצד קביעת עוולות שמקנות סעדים יש גם כל מיני הגנות שניתנות למי שביצע את העוולה וההגנות הללו הרבה מאוד פעמים ייתנו יתנו "שריון" לשלטון באופן שלא יהיה ניתן לדרוש ממנו פיצויים. בפס"ד אדמה נאמר: יש חוק ,גרמת נזק, אפשר לתבוע אותך לא דרך פקודת הנזיקין.

**שיעור מס' 15- 11\12\19**

**זכויות חברתיות**

דור א'- זכויות אזרחיות פוליטיות- הזכות לביטוי, דת, מדת וכו'.

דור ב'- זכויות חברתיות-רווחה- הזכות לדיור, חינוך, בריאות וכו'.

זכויות אזרחיות כלולות ומוגנות בכל החוקות הדמוקרטיות לעומת הזכויות החברתיות- בחלק מן החוקות הן לא קיימות בכלל ובשאר החוקות הן קיימות אך לא נאכפות- החוקה מנסחת אותן מראש יותר כ-"שאיפה" מאשר זכות שאוכפים אותה וממלאים את המחויבות. בתי המשפט מוצאים דרכים שונות איך לא לאכוף את הזכויות הללו. באופן כללי שהסטטוס של הזכויות החברתיות נחותות מהזכויות האזרחיות בכך שהן לא נאכפות לא רק במישור הלאומי אלא גם במישור הבנ"ל- יש 2 אמנות לזכויות חברתיות, יש באמנות הללו פער ברור בין הזכויות החברתיות לזכויות הפוליטיות. אנו מתקיימים במציאות שבה זכויות פוליטיות מוכרות מעוגנות ונאכפות כאשר הזכויות החברתיות מוכרות אך לא תמיד מעוגנות ונאכפות.

ממה זה נובע?

* **שאלה של זמן**- לפני 200 שנה אף אחד לא דיבר בשפה של זכויות בכלל, לפני 100 שנה החלו לדבר בשפה של זכויות, לפני 50 שנה החלו לדבר על זכויות חברתיות ובעוד 20 שנה יאכפו אותם. על פי גישה אופטימית זו העולם הולך ומתקדם, וזוהי שאלה של תהליך והתפתחות ולאו דווקא בגלל הבדלים בין הזכויות. יש טענה שצריך לקצר את פרק הזמן שבו יוכרו הזכויות הללו- את גידי ההסבר הזה לא מעניין כי אין לו מה להגיד עליו- צריך לקדם את הזכויות החברתיות אם זהו המצב.
* **המחלוקת בין הימין הכלכלי לשמאל הכלכלי היא מחלוקת לגיטימית-** התקופה המודרנית היא תקופה שהביאה בכנפיה את הרעיון של המדינה כפי שאנו מכירים אותו היום אך המדינה, בשלביה הראשונים, נתבעה לעשות הרבה פחות- "מדינה כשומרת לילה"- הייתה אמורה לספק לאזרחיה בטחון פנים וחוץ אך לא הייתה אמורה להתערב בחיי המשחק והחברה. המדינה שאנו מכירים היום, הופכת להיות גוף שמרכז בידו כוח גדול. הרעיון של המודרנה לא רק השיב על הדגם שהמודרנה אימצה אלא השיב גם על החולשות שהיו קודם. הרעיון הוא קודם כל חירויות- אל תפגע בי כי יש לך כוח- אל תסתום לי את הפה, להאמין בדת מסוימת וכו'.

הרעיון שמדינה צריכה לעשות יותר מזה, שלמדינה יש מחויבויות נוספות, הוא רעיון שמגיע יותר מאוחר.

הסוגייה של זכויות חברתיות יכולה להתעורר גם ברמת החוק וגם ברמת החוקה. הדיון שלנו הוא על הפלח של החוקה. כיום, כל מדינות העולם לא פועלות על הדגם של "מדינה שומרת לילה", אפילו מדינה קפיטליסטית כמו ארה"ב- לכל מדינה יש ביטוחים ממלכתיים, סיפוק של דיור- אין מדינה שמתעסקת רק בתחומי חוץ ובטחון בלי להתייחס לחלק של הרווחה של המדינה, הדיור הבריאות וכו'. ישנן מדינות שנוטות לכיוון השמאל הכלכלי- מדינות שהן מדינות רווחה יותר, יש מדינות שנוטות לכיוון הימין הכלכלי- פחות שמות דגש על הרווחה של הציבור אלא חושבות שהמדינה לא צריכה להתערב, במדינה כזאת יש פחות חקיקת רווחה. במדינת ישראל יש סיטואציה ביזארית- פעם, החלוקה של שמאל וימין כלכלי הייתה יותר הומוגנית במדינה, אך ב-30 שנה האחרונות המציאות השתנתה. אף מפלגה לא הניפה את דגל המחויבות החברתית-סוציאלית. הסוגיה של כלכלה וחברה הייתה שקועה ולא נידונה במשך תקופה ארוכה בישראל וזאת בשל העבודה ששאלות החוץ והביטחון בישראל הן מאוד קשות ומאפילות על תחומי הפנים. ההסבר השני אומר- המחלוקת בשאולת של שמאל או ימין כלכלי היא מחלוקת לגיטימית. הימין הכלכלי טוען להתפתחות כלכלית בעוד שהשמאל הכלכלי טוען לשוויון כלכלי.- עם הזמן, הדעות הלכו והתמתנו, הפערים הם לא כאלה גדולים בין הצדדים אך הם לא הבדלים של קצה מול קצה. המקום לנהל את המחלוקת בשאלה זו, הוא הכנסת- זה לא נכון לשדרג סוגיה זו לרמה החוקתית- המשמעות של לשים משהו בתוך החוקה היא להוציא אותו מהמשחק הפוליטי ולא לאפשר לרוב או רוב מזדמן להכריע בסוגייה זו- זה צריך להיות חלק מהמו"מ בויכוח הפוליטי השוטף, זה עלול לגרום למחלוקות שייפלגו את העם, וישנו חשש מדיון ציבורי. 🡨 לכאורה אין שום הצדקה להעלות את הסוגיה, על פי גישה זו, לתוך החוקה. בחוקה שמים דברים שמקובלים על כולם וכדאי להוציא אותם מהמשחק הפוליטי או דברים שצריך לקיים עליהם דיון- ואף אחד מאלו לא מתקיים כדי לאמץ את הזכויות החברתיות בתוך החוקה- זה בסדר שיש מחלוקות ומה שייעשה ייעשה דרך החקיקה של הרשות המחוקקת והמבצעת.

**גידי:** הטענה לא מספקת. גם אם נסכים שיש כאן ספקטרום שכולו לגיטימי, נדמה לו שבתוך משפחת הזכויות האזרחיות והפוליטיות יש כמה זכויות שמהן נגזרים קווים אדומים ברורים לגבי המדיניות החברתית ובעיקר 2 זכויות: הזכות לאוטונומיה והזכות לכבוד(במובן הגרעיני שלה, מניעת השפלה). הטענה של גידי: אדם שאין לו קורת גג לראשו- זהו אדם שכבודו נפגע, כמו כן גם אדם שאין לו טיפול בריאותי כאשר הוא חולה- הוא אדם שכבודו נפגע. מהזכות לכבוד נגזר משהו בנוגע למרכיבים שכלולים בזכות לחינוך, דיור וכו'. דברים אלו נכונים גם לגבי הזכות לאוטונומיה- אוטונומיה נתפסת כיום כמרכזית בעולם המערבי, מן הראוי לאפשר לאדם לבנות את בניין חייו בעצמו ולעצב את חייו בהתאם למה שנראה בעיניו. אם אנו מחויבים לערך האוטונומיה, לא די בכך שאנו נאמר שהמדינה לא מתערבת בחיי הפרט ולא כופה על הפרט, אלא על המדינה לספק סוג של פלטפורמה שבלעדיה הזכות לאוטונומיה נראית חלולה מתוכן- לדוג' אדם שלא זכה לחינוך בסיסי- לא ניתן לומר שזה מתוך האוטונומיה שלו משום שלא ניתנה לו האוטונומיה בשל חוסר היכולת שלו לספק לעצמו חינוך- עצם הענקת הזכות לחינוך נותנת אוטונומיה משום שניתנת לו האפשרות להתפתח ולבחור אם ללמוד או אם לא.

אם גידי צודק, אז יוצא שיש בהחלט קווים אדומים מסוימים שאם הם נכללים במסגרת זכויות דור א' אז הם בעצם נכללים בחוקה- המשחק הוא שיש לו גבולות גם אם אנו מסכימים שהוא לגיטימי (לתפוס עמדת שמאל או ימין), זה עדיין לא מספיק. הטיעון הזה של גידי הוא לא מספק- הטיעון הבסיסי שאומר לא לשים את הדברים הללו בחוקה, עדיין עומד בתוקפו. ישנו מינימום שהמדינה צריכה לספק וזה ממילא תוצר של הזכויות האזרחיות פוליטיות, אך שיטענו ליותר מזה(שמאל כלכלי)- וזה כבר בעייתי וקשה למקם בחוקה.

טיעון שמסביר את מי שאוחז בדעה של שמאל כלכלי, למה ועדיין חושב שלא כדאי לעגן את הערכים הללו בחוקה,שבית המשפט לא "ישחק" עם הזכויות החברתיות? מי שאוחז בדעה זו, מאמין שהמדינה צריכה לספק הרבה יותר מהמינימום אלא חינוך חינם מגיל 3 וכו', הפערים צריכים להיות מוצדקים מבחינה מוסרית. אפשר היה להגיד שההתנגדות נובעת מההתנגדות העקרונית מלהעניק לבית המשפט את הסמכות להכריע בזכויות חברתיות- אז זהו לא הטיעון, הטיעון צריך מצומצם שיעשה ההבדלה והבחנה בין זכויות אזרחיות פוליטיות לחברתיות.

* **לבית המשפט אין כלים זמן, מיומנות ולגיטימציה לעסוק בזכויות החברתיות**- המאמר של מונדלק: הטענה הבסיסית היא שיש הבדל בין זכויות חברתיות לפוליטיות- כשהפוליטיות הן זכויות שליליות והחברתיות הן חיוביות. עולות שתי שאלות:

שאלה מס' 1- האם ההבחנה היא נכונה?

המאמר של גיא מנודלק: טוען שזה לא נכון- זכויות חברתיות וגם זכויות פוליטיות יש להן פן חיובי וגם פן שלילי. למשל: חופש הביטוי- במסגרת חופש הביטוי המדינה נאלצת להוציא הרבה כסף באבטחת איזור ההפגנה וכו' כדי לאפשר למתבטא להתבטא. ואכן, השופט זמיר בפרשת צמח אמר "זכויות אדם עולות כסף". מן הצד השני, גם הזכות לבריאות שהיא כביכול חיובית, יש לה גם מופע שלילי (אסור למדינה לפגוע בבריאות האזרחים). הטיעון לגבי המאפיין החיובי או השלילי הוא טיעון שבודק איפה נמצא מרכז הכובד, בפן החיובי או השלילי? זכויות פוליטיות הן טריוואליות בפן השלילי- מרכז הכובד שלהן הוא בשלילי, לעומת זאת, כשאנו אומרים זכויות חברתיות אנו מתכוונים בעיקר לפן החיובי של הזכות- תביעה מהמדינה לעשות משהו.

שאלה מס' 2- ואם זה נכון איזו השפעה יש לזה על הדיון ? למה זה חשוב?

זה חשוב במובן המוסדי. הטענה היה שלביהמ"ש אין זמן מיומנות ולגיטימציה פוליטית לעסוק בזכויות חברתיות בגלל המאפיין החיובי שלהן, לעומת זאת יש לו את שלושת הדברים הללו כשעוסקים בזכויות פוליטיות.

אלת הלגיטימציה- הזכות האזרחית הפוליטית- חופש הביטוי- אם מתבטאים, עלולים לגלות סודות מדינה ולפגוע במדינה- בפני ביהמ"ש עומדים המתבטא והמדינה- לביהמ"ש יש לגיטימציה לעסוק בזה. לעומת זאת, הזכויות החברתיות מבקשות "לקחת" מהקופה הציבורית- לקופה יש גבולות ברורים, אם לקחת מצד א' לצד ב', הפחתת לצד א'. אל תוך הקופה הזו נכנסים כל האינטרסים. האם נציגי כל האינטרסים כאם יכולים להופיע בפני ביהמ"ש? לא- בביהמ"ש מיוצגים רק האינטרסים לאותו מקרה ספציפי אך לקיחה מן הקופה הציבורית עלולה לפגוע בהרבה צדדים. זה בעייתי מנק' מבט נוספות- זמן- לביהמ"ש אין זמן לעסוק בזה. מיומנות- ביהמ"ש צריך להכריע במחלוקות, האם הוא יודע לעשות מארג כולל של שקלול שיקולים רבים ולהכניס את כל השיקולים והאינטרסים לעניין? לא. אפשר להביא מומחים אך זה לא מספק- צריך להכניס את כל המרכיבים לכל התמונה ולביהמ"ש אין כישורים לעשות את כל זה.

לביהמ"ש אין זמן, כישורים לגיטימציה לעסוק בשאלות של זכויות חברתיות. זה נובע מהמאפיין החיובי של הזכויות הללו. זהו טיעון שיש לו "בסיס", לעומת טיעונים אחרים.

אפשר ללכת גם בדרך אמצע ולאו דווקא בדרך בינארית- לכלול את הזכויות החברתיות בחוקה ותת לביהמ"ש לעסוק בעניינים אלו אך "לחמוק" מן הבעיות שהצגנו לעיל.

פס"ד מנור נ' שר האוצר- **דורנר:** עתירה כנגד החלטת מדינת לקצץ את קצבאות הזקנה- טוענים לפגיעה בזכות חוקתית, הזכות לתנאי מחיה מינמליים. המדינה טוענת שהיא לא פגעה בזכות משום שיש מנגנון אחר שדואג לשכבות הללו, קצבת הבטחת הכנסה. במילים אחרות, כל עוד אין פגיעה בקצבת הבטח הכנסה, אין פגיעה.

פס"ד עמות מחוייבות לשלום נ' שר האוצר: ישנו קיצוץ בקצבת השלמת הכנסה. דורנר (בדיון הראשון): שואלת את המדינה מהם תנאי מחייה מינמליים? נציג המדינה "מגמגם" בתשובה, והיא קובעת דיון חדש שבו תינתן תשובה ובינתיים היא פורשת וברק מתמנה במקומה. מה היה קורה אם דורנר לא הייתה פורשת? ישנה אופציה שדורנר הייתה מקבלת את תשובתה של המדינה- מה שהיא הייתה שדומעת כל הציבור היה שומע- מעורבות מסוימת של ביהמ"ש יכולה לייצר שיח ציבורי מסביב לשאלה מהם תנאים מינמליים במדינת ישראל? גיא דוידוב מציע כמה אופציות, גידי אוהב אופציה אחת – הרעיון שאפשר לעשות חצי דרך- לכאורה יהיה מי שיטען שהשופטים "ממצמצים" ברגע האמת- אך דורנר הייתה יכולה לחייב את המדינה להשיב על השאלה מהם תנאי המחייה המינימאליים במדינת ישראל? מעורבות של ביהמ"ש יכולה להיות תועלת. זוהי צורה אחת שבה ביהמ"ש יכול להיות מעורב ולהביא תועלת.

**לסיכום:**

המציאות בעולם ובישראל היא שזכויות חברתיות גם אם הן מופיעות בחוקה אינן נאכפות, יש לכך שלושה **הסברים:**

* אבולוציוני- שאלה של זמן.
* מחלוקת- חולשת הטיעון היא שזכויות מסוימות צריכות להיות מעל המחלוקות בתוך החוקה.
* גם אם זה לא שנוי במחלוקת- לשים את זה בחוקה פירושו של דבר לתת לבית המשפט לעצב את המדיניות החברתית הכלכלית ובית המשפט הוא לא הגוף הנכון שיש לו את הלגיטימציה לעושת את זה כי הוא לא נותן את ההזמדנות לכל הצרכים להישמע- זה לא חייב להית משחק של הכל או כלום ויכול להיות שיש דרך לבית המשפט להציף את הדיון של הזכויות חברתיות- הדוג' של דורנר.

**בקונטקסט הישראלי ישנן 3 שאלות:**

* האם הזכויות החברתיות מוכרות במשפט הישראלי? כן
* האם הזכויות החברתיות מעוגנות בחקיקת היסוד? כן, באופן חלקי.
* האם הזכויות החברתיות נאכפות ע"י בית המשפט? לא ממש.

פס"ד קבוצת שוחרי גיל"ת- עמותה שמנסה להבטיח נק' התחלה שווה לכל הילדים. המדינה תומכת בעמותה זו ובנק' זמן מסוימת היא מפסיקה לעשות זאת. נציגי הארגון טוענים שהחלטה זו פוגעת בזכות הילדים לחינוך ומבקשים לעגן אותה בשורה של אמצעים- מגילת העצמאות, אמנת זכויות הילד וכיו"ב. הם גם טוענים את הטענה שהזכות לחינוך מהווה תנאי לקיום זכויות אחרות- הזכות לחופש העיסוק וכו'. העתירה נדחית אך מתקיים דיון חלקי בשאלת הסטטוס של הזכות לחינוך ע"י השופט אור- מצד אחד הוא מכבד הזכות לחינוך ואת תפקידו החברתי, מצד שני, אין בדברים אלו כדי לומר שחו"י: כב"ה וחירותו מעגן בתוכו את הזכות לחינוך, אין לומר שהזכות היא חוקתית. אין להשתמש במודל רחב של חו"י:כב"ה וחירותו. הוא למעשה "מתבלבל" הוא קורא, שלא בצדק, את שאלות 1 ו-2 ביחד- אומר שהוא לא יכול לומר שיש כזו זכות במשפט הישראלי בגלל שהיא לא מעוגנת בחקיקת היסוד – אלו 2 שאלות נפרדות. לפני ואחרי 1992, הוכרו זכויות האדם, גם כשלא היה חו"י:כב"ה וחירותו- הזכויות היו קיימות אך לא הוכרו בחוקי היסוד. לכן השאלה האם הזכות לחינוך כלולה במשפט הישראלי? התשובה לשאלה זו אינה זהה לתשובה האם הזכות לחינוך מעוגנת בחקיקת היסוד- אלו שני דברים נפרדים. גם הדרישה של אור שלפיה כדי שהזכות תוכר היא חייבת להיות מעוגנת אין בסיס, כדוג' בסיס בז'רנו בו הייתה הכרה של זכות ללא עיגון בחוק. במקרה שלנו, יש החלטה של הרשות המבצעת ואותה ניתן לתקוף עם זכות ובלי זכות בתוך חו"י- לא זקוקים כאן לעיגון, לכן אי אפשר בשום דרך להסביר את דבריו של אור אך ניתן להבין מאיפה מגיעה הטעות שלו- הבלבול נובע מהביטוי "מודל רחב"- זה מחזיר אותנו לשנת 1993- בתק' שבה ברק דן בשאלת הפרשנות לזכות לכבוד, הוא הציע כמה אפשרויות:

* מודל צר- הזכות לכבוד כוללת את הזכות למניעת השפלה.
* מודל בינוני- הזכות לכבוד כוללת בתוכה את כל הזכויות האזרחיות והפוליטיות, בלי זכויות דור ב'.
* מודל רחב- הזכות לכבוד כוללת בתוכה את כל זכויות האדם- דור א' ודור ב'.

ברק, בספרו, בוחר במודל הבינוני- ברק יוצר מציאות פיקטיבית באמצעות המודל הרחב והצר- שניהם קיצוניים מידי ולכן "ברירת המחדל" באופן אוטומטי היא המודל הבינוני- זהו לא באמת מודל בינוני אך אפשר להבין את ההיגיון העומד מאחורי המודל הזה.

אפשר לומר, שהשופט אור קרא את התשובה של ברק רק לא ידע לאיזו שאלה לחבר את זה- חיברו את זה לשאלה מס' 1 אבל ענו לשאלה מס' 2- התשובה שברק נתן ב-2 היא התשובה שברק חשב שניתנה לשאלה מס' 1. יש בפס"ד ציטוט מפורש מדבריו של ברק, בכובעו כמלומד ולא בכובעו כשופט, הוא כתב את זה בספר. לספר אין את אותה הסמכות של פס"ד.

פס"ד ית"ד: **דורנר**: אומרת שהשופט אור התבלבל. עולה השאלה למה היא לא אמרה זאת בעמותת שוחרי גילת? אין תשובה לכך. בפס"ד זה יש חוק חינוך מיוחד, ובנק' זמן מסוימת הוא מתוקן באופן כזה שמדבר על ועדת השמה שקובעת איזה ילד יושם איפה- במוסד רגיל או במוסד לחינוך מיוחד. החוק אומר שבין האלטרנטיביות האלטרנטיבה שיש להעדיף היא השילוב בכיתה רגילה. מתברר שמשרד החינוך לא מתקצב את השילוב- השילוב כרוך בתקציב גבוה, גם אם הילד מופנה לכיתה רגילה ההורים צריכים לשלם מכספם האישי כדי שהעסק הזה יוכל לפעול. העותרים טוענים שזה פוגע בזכות לחינוך ובזכות לשוויון. המדינה אומרת שהזכות לחינוך מיוחד חינם היא זכות אך הקריאה הנכונה של החוק היא שזכות זו ניתנת לאלה שנמצאים בחינוך מיוחד, ולאו דווקא לאלו שמשולבים בכיתות רגילות. פס"ד היה צריך להיות מוכרע בכלל בלי להיזקק לשיח החוקתי, מתוך קריאה סבירה של החוק- כפי שהובילה השופטת דורנר. ס' 7 אינו מסייג את ס' 3 אלא רק מוסיף העדפה פנימית של אלטרנטיבות וחוק לחינוך מיוחד חינם תקף גם בכיתה רגילה וגם בכיתה מיוחדת. נשאלת השאלה למה המדינה מממנת רק את הכיתות המיוחדות? הטענה היא ששילוב בסופו של דבר יחסוך כסף, איך זה יכול להיות ששילוב חוסך כסף ואם המציאות היא כזו למה המדינה לא פועלת לכך? שילוב יחסוך כסף רק אם הוא יביא לסגירת המוסדות לחינוך מיוחד. אם ישנה כפילות מוסדית ישנה גם כפילות בהוצאות הכספיות. בהתחלה, דורנר דוגלת בפרשנות סבירה של החוק, אך מיד אח"כ היא אומרת שהזכות לחינוך היא זכות מוכרת במשפט הישראלי, למרות שזה לא היה ממש נחוץ.

פס"ד גמזו נ' ישעיהו: גמזו בורח מהארץ וחייב מזונות. וכעבור 20 שנה הוא חוזר ארצה, האמא והבת פותחות נגדו תיק בהוצל"פ, והוא מבקש שיפרסו לו את זה. ביהמ"ש המחוזי אומר שיש להעדיף את הזכאית למזונות על פני החייב, הוא מערער לביהמ"ש העליון בטענה שהוא נותר מחוסר כל. **הנשיא ברק:** לצד הזכות של הזכאי למזונות עומדת גם הזכות של החייב לכבוד. "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור הוא אדם שכבודו נפגע... אדם הרעב ללחם הוא אדם שכבודו נפגע..... וכך כבודו של כל אדם וכך כבודו של חייב ... " לאור הקביעה הזאת והמחויבות שלנו להבטיח את מינימום הקיום האנושי של החייב במזונות, השופט ברק טוען שהזכות לתנאי מחיה מינימאליים כוללת בחובה דיור ובריאות. פס"ד זה לא מביא אותנו אל תשובה מס' 3- מצב בו ביהמ"ש אוכף בפועל את הזכות לכבוד- השופט ברק אומר שכן ונתן לזה שיניים- קבע שהוא ישלם פחות כסף. אך לא כך הדבר, ביהמ"ש לא מפרש זכויות חברתיות במקום בו המדינה נדרשת "לפתוח את הכיס"- המובן החיובי של הזכות. אך המקרה הזה הוא המובן השלילי של הזכות- המדינה לא יכולה להביא את החייב למצב של חסרון כיס שהוא לא יכול לחיות- אין כאן הוראה של המדינה לפתוח את הכיס ולתת לו תנאי מחייה מינימאליים- יש כאן את המופע השלילי של הזכות. זוהי סיטואציה שבה המדינה היא רק מטווחת ומי שמפסיד הוא צד ג'. מהסיבה הזו יש בהחלט משמעות לקביעות העקרוניות הללו אך לא ניתן לתרגם את הפס"ד הזה ולראות בו מקרה בו בית המשפט אכף הלכה למעשה את הזכות- כי מי שמפסיד זה הגב' ישעיהו ולא המדינה.

פס"ד מחויבות לשלום-המשך-: ברק דוחה את העתירה. הוא אומר שאין כאן הוכחה לפגיעה בזוכת לכבוד. המשמעות היא שהזכות לתנאי מחיה מינמאליים "מתה"- אף אחד לא יגיש עתירה בשם פלוני על פגיעה בזכות לכבוד. וגם אם תוגש עתירה ותתקבל לא תהיה לה שום משמעות. יש היגיון במאבק כזה רק אם הוא מעמד של קבוצה שנמצאת באותו מקום. ברק אומר שצריך להסתכל על האדם ועל כל צינורות ההזנה אליו וממנו ולעשות את החשבון הסופי. צריך לבדוק האם הוא מקבל הטבה מסוימת במקום אחר, לראות את כל מקורות ההכנסה ולאחר מכן נראה האם יש לו תנאי מחייה מינימאליים או לא. זאת משימה כמעט בלתי אפשרי ביחס לאדם הבודד, זוהי משימה שלא תיקח אותנו לשום מקום גם במישור הציבורי. היא כנראה לא תוגש לבג"צ בגלל אדם בודד וגם אם כן לא תהיה לה השפעה כללית. איפה הייתה יכולה להיות השפעה כזו? אם היינו מקבלים את מה שאמר ברק בפס"ד מנור שקצבת הבטחת הכנסה היא רשת הביטחון הבסיסית, ואם היא אכן כזאת, אז ברגע שמקצצים בתוכה, אז האדם כבר באמת נפגע זכותו. ברק לא עושה זאת, הוא לא דבק ברציונל שהוא עצמו הצמיד בפס"ד מנור (וגם החוק עצמו הצמיד) שהבטחת ההכנסה היא רשת הביטחון האחרונה, הוא משנה את דעתו. מצד אחד יש כאן ביקורת על ברק(מצידו של גידי), כי ברק "משתפן" ברגע האחרון. מצד שני אין כאן ביקורת על ברק, בכמה רמות- ברמה העקרונית, גידי בספק האם זה נכון שביהמ"ש יכנס לתוך הסיפור הזה (מהסיבות שציינו), זה מגובה במה שרוב בתי המשפט הגבוהים בעולם עושים או יותר נכון לא עושים, ברק לא חריג בעניין הזה. בפרט, הדברים אמורים בקונטקסט הישראלי שבמסגרתו הסטאטוס של הזכויות החברתיות הוא לא ברור, הסטטוס של חו"י הוא לא ברור ומה שנדרש מברק הוא לבטל חוק לאור זכות- לפסול חוק היה צעד מרחיק לכת. אך בכ"ז, גידי עדיין מותח ביקורת על עניין זה- ברק מוכן ללכת עד הקצה לזכויות כמו חופש הביטוי והשוויון שלא נכללות בחו"י:כב"ה וחירותו ומוכן לכלול אותן ולאורן לפסול חקיקה ראשית אבל מצד שני, הזכות לתנאי מחיה מינימאליים היא לא חלק מהזכויות החברתיות, היא חלק מהזכות לכבוד במובן הבסיסי שלה, הזכות למניעת השפלה, אך בכ"ז ברק לא פועל למענה למרות שהיא כן כלולה בזכות לכבוד- זהו מעשה בעייתי. מנק' מבטו של גידי הרגשות הם מעורבים. מאז פס"ד זה ועד היום לא היו שינויים בגישתו של בג"צ לשאלה הזו, ולכן התשובות הללו עדיין תקפות- זכויות חברתיות כלולות רק בהיקפים המצומצמים, הזכויות האזרחיות פוליטיות נכללות באופן מלא.

**שיעור מס' 16- 11\12\26- שיעור העשרה עם טל סלע**

מעמד הזכות- יש הבחנה בסיסית בין שני סוגי זכויות:

* זכויות חוקתיות בעלמא- זכויות שהן יציר הפסיקה, הפסיקה הכירה בהן כי הן חשובות- אפשר לבטל הסדרים משניים במקרה של פגיעה בזכויות אלו. לדוג'- פס"ד בז'רנו. אין שום הסמכה חוקית, לא כתובות עלי ספר.
* זכויות חוקתיות על חוקיות- זכויות מעל החוקים, מעוגנות בחוקה- אם יש חקיקה לא משנה מאיזו דרגה, שפוגעת בהן, הן עלולות להתבטל ע"י ביהמ"ש.

היום, אין שום הבדל בין זכות מנויה שמופיעה במפורש בחו"י לבין זכות בלתי מנויה- ביהמ"ש מפרש את הזכויות הללו כאילו הן קיימות בחו"י, מעמדן אינו שונה.

היקף הזכות לעומת הגנה על הזכות- המסגרת הנורמטיבית לפגיעה בזכויות אדם במדינת ישראל:

* האם נפגעה זכות אדם, הזכות המנויה? התשובה לשאלה נגזרת מתוך ההיקף של הזכות ברמה העל-חוקית. מפרש את חו"י על בסיס ההיסטוריה שלהן ושואל את עצמו האם ישנה פגיעה במקרה הזה. כדי לבדוק את זה מפרשים את היקף הזכות.
* בהנחה שיש פגיעה, האם הפגיעה היא חוקתית? פגיעה שמתאפשרת על בסיס פסקת ההגבלה של חו"י. אם אנו מוצאים שמקרה מסוים אינו נכנס להיקף של הזכות אנחנו לא בודקים את פסקת ההגבלה.
* בהנחה שהפגיעה היא לא חוקתית, מה הסעד שביהמ"ש יספק?

**ההבדלים בין חו"י: חופש העיסוק לבין חו"י:כבוד האדם וחירותו-**

* פסקת ההתגברות- הפסקה שקבועה בחו"י:חופש העיסוק- מאפשרת לכנסת לחוקק חוק שפוגע בצורה לא מידתית בחופש העיסוק באמצעות החוקה. החוקה מאפשרת להתגבר על פגיעה בחו"י:חופש העיסוק. החוק שפוגע בחו"י:חופש העיסוק יהיה תקף ב-4 השנים שלאחר חקיקתו. פסקת ההתגברות מחלישה את חו"י:חופש העיסוק.
* פסקת הנוקשות- חו"י: חופש העיסוק משוריין גם באופן פורמאלי וגם באופן מהותי לעומת חו"י:כב"ה וחירותו שמשוריין באופן מהותי. שיריון זה מגביר את כוחו של חופש העיסוק.
* פסקת שמירת הדינים- כיום,שמירת הדינים מופיעה בחו"י:כב"ה וחירותו ולא בחופש העיסוק. בעבר, הייתה שמירת הדינים חו"י:חופש העיסוק אך היא התבטלה ב-2002. אי שמירת הדינים מחזקת את חופש העיסוק.
* ס' 9 לחו"י:כב"ה וחירותו- פסקת הגבלה מיוחדת לפגיעה באנשי כוחות הביטחון.
* חו"י:חופש העיסוק מתייחס לכל אזרח בעוד שחו"י:כב"ה וחירותו שמתייחס לכל אדם באשר הוא אדם. זה מחליש את חופש העיסוק.

פרופ' מנחם אלון הגיע למסקנה שהזכות לחופש העיסוק היא הזכות המוגנת ביותר בחו"י במשפט הישראלי, נשאלת השאלה אם יש לכך הצדקה? מנחם אלון מפקפק בכך.

* הסבר היסטורי לעניין הזה:חופש העיסוק זוהי זכות תמימה, גם כשהיא נפגעת לא עולות בה שאלות חלוקות- היא לא נגועה בעמדות פוליטיות, שמאל, ימין, דת וכו'. בעוד שלגבי הזכות לכבוד האדם, היו יותר זהירים לגביה בשל המחלוקות.
* הצדקה לעניין הזה: בחוקות אחרות, הזכות לחופש העיסוק היא יותר חלשה, ולא בכולן היא מופיעה- ברוב החוקות הללו יש בד"כ סייגים לזכות הזו ולאו דווקא הגנה עליה. כדי להעביר זכות מסוימת אל מחוץ להכרעה של הכנסת אלא כשאנו רוצים שביהמ"ש יגן עליהף אנו צריכים שני דברים:
* חשיבות הזכות- העובדה שכל אדם יוכל להגשים עצמו ולהתפרנס.
* הצדקה של העברה של זכות להיות חוקתית מלכתחילה- הגנה על עצמנו מעצמנו- לא בטוח שיש את החשש הזה בחופש העיסוק. אנחנו לא פוגעים בעצמנו כשאנו מבטלים חוק של הכנסת שנוגע לחופש העיסוק- לדוג' ההחלטה במנהלי ההשקעות- ביטול החוק של הכנסת לא היה "תמוה", וכשאנו מסתכלים היום בראייה לאחור, לא נראה שהיה עלינו להגן על עצמנו מעצמנו.

מהו עיסוק?

משמעות רחבה יחסית- פעילות מתמשכת של האדם אשר עשויה להעניק לו בסיס לחיים. זה נגזר מהעקרון החוקתי של פיתוח האישיות המעוגן בכבוד האדם וחירותו, מבוסס על החופש של האדם לעצב את אישיותו ומעמדו החברתי🡨' עולה השאלה למה צריך את "חופש העיסוק" בחו"י נפרד? אין סיבה אמיתית או ידועה. הרציונאל של האוטונומיה האישית מתקיים כאשר מגבילים את חופש העיסוק מההיבט של איסור לכניסה למקצוע- הגבלה בתוך העיסוק של המקצוע לא ממש פוגעת במימוש העצמי, אלא במקצוע עצמו.

ברק, במאמרו, מציע- פעילות מתמשכת יכולה להיות קבועה או ארעית, לא נדרשת להיות מתמשכת, לא נדרשת תועלת כלכלית ואף לא נדרשת תועלת חברתית- הגדרה רחבה מאוד של חופש העיסוק. עיסוק כגון גניבה- ברק במאמרו הראשון אומר שהוא לא מוגן בחופש העיסוק, אך בספרו הוא לא עונה באופן מפורש, הוא אומר שלכל אדם יש את הזכות החוקתית לאוטונומיה ובמסגרתה מוגנת גם הפעילות של גניבה, אך יש מקום לאסור על הפעילות הזו ברמת החוקית, והאיסור הזה יהיה גם חוקתי, אך הוא יישאר ברמה החוקית בתחום הפלילים.

**פס"ד איגלו-** דורנר מציגה את הרציונאלים שעומדים מאחורי חופש העיסוק:

* רצינואל האוטונומיה- להגשים את כישרונותיו, אישיותו ומאוויו, אפשרות הקיום הפיזי, הקניית מעמד וקביעת איכות חיים.
* רציונאל חברתי- בחופש הביטוי, האומנות, תקשורת.

דורנר לא מבחינה לחלוטין בין שני רציונאליים שונים:

* הרציואנל של העיסוק כמקור למימוש עצמי
* הרצינואל של העיסוק כמקור פרנסה- פס"ד בז'רנו, השופט חשין- העובדה שאדם יכול להתפרנס הוא הרציונאל העומד מאחורי חופש העיסוק.

אם כן, ישנם שלושה רציונאלים:

* הבז'רנואי- התפיסה האישית, מקור פרנסה
* העיסוק כמקור למימוש עצמי- ברק במאמרו, מתבטא בפסיקה המאוחרת יותר- למשל מנהלי המקרקעין.

המשותף לשני הרציונאליים הנ"ל הוא ששניהם אישיים, מתייחסים לאפשרות של האדם האינדיבידואל לעסוק בעיסוק כלשהו.

* רציונאל התחרות החופשית- מאמרו של אייל גרוס- הרציונאל הזה הרבה יותר רלוונטי כאשר אנו בוחנים את הפגיעה בתוך גבולות המקצועות ולא בודקים את הכניסה לעיסוק מסוים.

**פס"ד כלל -** ניתן לראות את הראייה של התפיסה התחרותית- שתי החברות הביטוח רצו ליזום קרנות פנסיה חדשות, משרד האוצר לא אישר זאת ויצר חקיקה מקבילה, העותרות טענו שהחוק פוגע בחופש העיסוק שלהם. ביהמ"ש קיבל את הטענה, והסכימו שישנה פגיעה בחופש העיסוק.

דעת הרוב- ישנה פגיעה והיא חוקתית, לכן אין לפסול את החוק.

דעת מיעוט- השופט לוין- הרציונאל של חופש העיסוק הוא התחרות החופשית, שם דגש על הרציונאל השלישי שמנינו- חשב שצריך לפסול את החוק הזה משום שאינו חוקתי.

במידה רבה, ההתפתחות של שני הרציונאלים המוקדמים יוצרת את הדרך לרציונאל של השלישי- ההפרדה ביניהם אינה מוחלטת.

הטיעון הזה פחות משכנע כשמדברים על המימוש העצמי, על החברות והתאגידים- מגיעים יותר ויותר לרציונאל של התחרות החופשי.

במבחן- כמשדברים על פגיעה בחופש העיסוק, צריך לומר אילו רציונאליים נפגעים.

המאמר של אייל גרוס- ביקורת: אנחנו לא משוכנעים מהטענה שלו שאומרת ש- אם היינו מקבלים את הרציונאליים של הפרנסה, שחופש העיסוק נועד לאפשר לכל אדם את הזכות להתפרנס אז היו מתבקשים היבטים חיוביים, סוציאליים. הסיבות שהטענה שלו היא קלושה:

* היום, ההיקף של זכויות האדם במדינה הוא מאוד רחב- כמעט כל חוק של הכנסת פוגע בזכויות החוקתיות שלנו- אך בפועל כשאנו מסתכלים על פסיקות ביהמ"ש העליון בהקשר של פסילת החוקים, ביהמ"ש פוסל מעט מאוד חוקים. דווקא בגלל שכמעט כל חוק פוגע בזכות אדם, זה ממתן את ביהמ"ש בבואו לקבוע אם חקיקה והפגיעה שלה הזכויות האדם היא חוקתית או אם לאו. העובדה שחקיקה סוציאלית פוגעת בחופש העיעסוק לא צריכה להטריד אותנו כפי שהוא מציג אותה במאמר- הניתוח החוקתי של ביהמ"ש כשהוא בוחן את הדינים הללו בפסקת ההגבלה היא לא כפי שהוא מתאר אותה.
* הוא מעמיס יותר מידי על "הרציונאל האישי"- שנוצר בבז'רנו- קודם כל רוב המקרים שביהמ"ש עסק בהם כללו גם את ההיבט של רציונאל האוטונומיה ולא רק את הרציונאל של הפרנסה והטילו הגבלות על כניסה למקצוע מסוים- אין בפסיקה מקרה שבו ביהמ"ש אי פעם ייחס לזכות לחופש העיסוק היבט חיובי כלשהו- חופש העיסוק הוא לא הזכות להיות מועסק. אם יש היגיון מסוים בעמדה של גרוס, הוא נובע מהעבודה שהפגיעות הגדולות בחופש העיסוק הן ברמת הפרט ולא ברמת המדינה.

האם יש הבחנות משמעותיות בין הרציונאליים, האם יש נפקות פרקטית בין הרציונאליים?

* רציונאל האוטונומיה מתמקד בכניסה למקצוע בעוד שרציונאל הפרנסה מתמקד על הגבלות העיסוק בתוך המקצוע.
* המעמד של תאגיד- הבחנה בין רציונאל האוטונומיה לבין הרציונאל של התחרות החופשית

**הבחנה בין עיסוק מקצועי לבין פונקציה שלטונית**- משטרה, צה"ל וכיו"ב- מהווים פונקציה שלטונית. אם אזרח מסוים קם ואומר שהוא רוצה להקים משטרה משלו, שתתחרה במשטרת ישראל, והמדינה אוסרת על כך- זה לא נחשב פגיעה בעיסוק משום שגוף כמו המשטרה מהווה פונקציה שלטונית- בפסיקה שלנו, זוהי לא פגיעה מחופש העיסוק. זוהי פסיקה משנת 90' כיום, נראה כי יש לחשוב על זה מחדש, בעידן ההפרטה.

**פס"ד לם-** המדינה פגעה בחופש העיסוק, הרציונאל שלה היה- המאחבנים עדיין יכולים לעבוד במקצוע שלהם אך המדינה לא מקבלת את האבחונים שלהם. ביהמ"ש דחה את טענת המדינה- רשות המהווה מונופול לצרכים מסוימים אסור לא לפגוע בביקוש לצרכים אלו.

חו"י:חופש העיסוק בדומה לחו"י:כב"ה וחירותו מוגבל לאזרח ותושב- באופן כללי הגישה בפסיקה לגבי פרשנות המונח תושב משתנה ממקרה למקרה- צריך לבדוק מה המשמעות של תושב בנוגע לחופש העיסוק. בספרות, הובעה דעה שצריך להתייחס לתושב באופן נרחב- שאלות מעניינות שעולות בהקשר הזה הן מה באשר לפליטים, עובדים לא חוקיים, פלסטינאים תושבי השטחים? וכו'.

**שיעור מס' 17- 11\12\29**

**זכויות אדם במשפט הפרטי**

המוסדות הציבוריים מחויבים לנהוג בזכות החוקתית לשוויון.

השאלה שאנו רוצים לברר 🡨 האם זכויות האדם חלות רק במערכת היחסים בין הפרט למדינה (אנכית) או גם בין פרט לפרט (אופקית)?

זוהי שאלה יסודית במשפט חוקתי. ישנם הבדלים מסוימים בין מדינות שונות- יש מדינות שנוטות לצד של תחולה של עקרון השוויון על המשפט הפרטי ויש מדינות שלא נוטות לתחולה של השוויון על המשפט הפרטי.

אפשר לדבר לאו דווקא על הזכות לשוויון אלא גם על הזכות לחופש הביטוי- כשמפגינים, זקוקים להיתר מהמדינה שתאפשר להפגין. נניח שאני רוצה להפגין נגד ההתעללות בחיות שכרוכה בפרוות מול קניון, או מוסד פרטי אחר- ובעל הקניון לא מאשר לי להפגין בשטחו, האם הוא יכול לאסור עליי זאת או לא?

גם כאן עולה השאלה האם יש מלכתחילה במישור היחסים האופקי (בין פרט לפרט) יש בכלל תחולה לזכויות האדם? כדי להבין האם זכויות אדם חלות בתחולה אופקית אנו צריכים לשאול את עצמנו מלכתחילה מאיפה מגיעות הזכויות? אחד ההסברים למוסד הזכויות הוא שזכות האדם בהוא הכרה של המשפט באינטרס אנושי חשוב שמצוי בסכנה🡨 אנו מקדמים אינטרסים של זכויות אדם שאנו סבורים לגביהם שהם בסכנה.

אפשר לומר שהביטוי נתון בסכנה משום שלמדינה יש לה סיבות טובות לפגוע בו כי האזרחים יכולים להתבטא כנגד המדינה והממשל.

יהיה מי שיאמר שלפחות במימד הסכנה שנשקפת לאינטרסים האלו נובעת בעיקר או כמעט רק מהמדינה- המדינה והשלטון, היא "לוויתן" גדול, מרכזת בידיה עוצמה גדולה. אפשר לומר שמראשית התקופה המודרנית שצומח רעיון המדינה הריכוזית, המדינה הופכת להיות לאיום- כאשר יש גוף שמחזיק בכוח רב, הוא הופך להיות איום. הדברים הלכו ונהיו מסוכנים יותר, ככל שהמדינה המודרנית הפכה להיות יותר ויותר ריכוזית 🡨 הכוונה לתהליך שמתרחש של מעבר מדגם של "מדינה שומרת לילה" (שמתעסקת בעיקר בהבטחת בטחון פנים וחוץ) זה בא מהתפיסה שאם אנו רוצים להשיג יותר עושר אז המדינה צריכה להתעסק רק בבטחון ובשיטור- תפיסה שהתפתחה בעיקר בבריטניה ע"י אדם סמית- תיאוריית "היד הנעלמה"- כביכול יש יד נעלמה שאם אנו מאפשרים תחרות חופשית אז היא תגרום לכך ש"הלא יעילים" ייפלטו מהשוק, וכך נוכל לקבל מקסימום בהוצאה של מינימום והעוגה תגדל וכך הפרוסות שכל אחד יקבל יהיו גדולות יותר ולכולנו יהיה יותר טוב, זוהי נימוק תועלתני.

יש גם נימוק מוסרי- ג'ון סטיוארט מיל וספרו על החירות- רעיונו הבסיסי הוא החירות כערך יסוד בחשיבה המערבית, הזכות של כל אחד לחיות את חייו ללא מגבלות וללא הגבלות בשיטה של ניסוי ותעייה במינימום הגבלות מצד המדינה, זה גם כדאי וגם נכון שהמדינה תמנע מלהתערב.

אלא שהמציאות טפחה על פני ההוגים האלו והתברר שמדינה "כשומרת לילה" לא הובילה לתופסת עושה ואושר ולא הובילה לתוספת של חירות אלא להפך- העוגה אמנם גדלה, אך העניים הפכו עניים יותר והעשירים הפכו עשירים יותר. גם במונחי החירות זה לא צלח- זה גרם לשעבוד של ילדים ונשים. הדגם שצומח הוא הדגם של מדינת הרווחה- מדינה שמתערבת יותר ויותר גם בתחומי הכלכלה והחברה, היא עושה זאת בכמה צורות:

* קובעת סטנדרטים ומפקחת עליהם- למשל בתחום העבודה, שכר מינימום, תנאי עבודה וכו'- כביכול המדינה פוגעת בתנאי החירות אך זה לא כך- כשאין תנאי עבודה הולמים וכו', הפרט וחירותו ניזוקים מכך.
* מספקת שירותים- יוצרת מנגנון של תשלומי העברה לכל מיני אוכלוסיות:נכים,ילדים וכו', מספקת חינוך חינם.
* המדינה הולכת ומתרחבת, היא הופכת להיות המעסיק הגדול במשק. נוצרת "מדינה מנהלית"- נוצר מנגנון הבירוקרטיה.

**תשובה לשאלה ששאלנו:**

* אופקי לא חל- הטיעון הראשון שטענו, שהמדינה היא הסכנה הכי גדולה לזכויות בגלל שהיא ריכוזית, מתחזק גם כאן- ולכן יש להקים מנגנון הגנה מפני המדינה על זכויות האדם, אך זה לא כולל בתוכו את החלת הזכויות בין הפרטים, לא כולל החלה אופקית.
* אופקי כן חל- יצרנו את מוסד הזכות כמכשיר להגבלת כוחה של המדינה, אינסטרומנט- אך יש גם גישה שרואה בזכויות האלו כזכויות הטבע, "זכותו הטבעית של כל אדם..."- אדם נולד אל העולם והגיע עם אגד של זכויות. הזכויות האלו לא נועדו לרסן את המדינה, אלא אגד של זכאויות יש לאדם מעצם היותו אדם. ולכן הזכויות האלו עומדות גם במישור האופקי- גם בין פרט לפרט.
* אופקי כן חל- הסכנה לחירויות של האדם לא נשקפת לו רק מהמדינה, בנוסף למדינה יש עוד מוקדי כוח: המעסיקים וכו'. האמת, המשפט הפרטי כבר הכיר בזה (למשל סעיף העושק בחוה"ח). יש מקום להחיל את הזכויות האלו גם בין יחסים בין בפרטים- יש פרטים שהם לא לא "לוויתן" כמו המדינה אבל הם "כרישים" לא קטנים- יש להם הרבה כוח ביד שהם יכולים להפעילו כנגד פרטים אחרים בחברה.

כיום, המדינה נוטה יותר לכיוון של הפרטה. היא כבר לא מספקת את מקומות העיסוק, היא מעסיקה קבלן שיעסיק את הפרט. מבנה המשפט כזה גורם לחולשה של המדינה כי גורמים מסוימים בתוך החברה מתחזקים. למדינה כבר אין מונופול אלא היא נותנת לגורמים מסוימים את האפשרות להיות בעלי שירותים מונופליים ובכך מרכזת את הכוח בידי פרטים.

אם אנו רוצים ללכת בגישה המרחיבה, שנוהגת גם בתחולה אופקית:

* נניח שאנו רוצים להרחיב, ולנהוג בכיוון האופקי. אפשר לעשות את זה ב-2 דרכים:
* לומר שהגבול שהצבנו בין פרטי לציבורי הוא בעייתי ולא לגיטימי ויש להרחיב את התחולה גם לשחקנים פרטיים🡨 תחולה ישירה של זכויות האדם גם במערכת יחסים אופקית.
* תחולה עקיפה של זכויות האדם גם במערכת יחסים אופקית- לא אוכל לבוא ולתקוף באופן ישיר על חוסר שוויון במערכת יחסים עם פרטים, אך יהיו עילות שיתפרשו לאור הזכות לשוויון(לדוג'- חובת תו"ל בחוזים).

זה שונה מהתחולה הישירה, שהתביעה לא תהיה חוקתית, למשל אם אתבע על תו"ל זו תהיה תביעה חוזית ולא חוקתית ואקבל סעדים של חוזים.

* נניח שאנו רוצים להרחיב, ולנהוג בכיוון אנכי- מרחיבים את מושג המדינה- מתייחסים לגורמים מסוימים שהם במובן מסוים פרטיים ובמובן מסוים ציבוריים- **גופים דו מהותיים-** ולכן חלה עליהם **דואליות נורמטיבית**, כפילות בתחום הנורמות- מחויבים גם לנורמות בתחום המשפט הפרטי אבל גם לנורמות בתחום המשפט הציבורי לרבות החובה לכבד את זכויות האדם. מבחינה פורמאלית אנו עדיין דבקים ברעיון של תחולה אנכית, אך מבחינה מהותית, מעשית אנו הרחבנו את התחולה גם לשחקנים פרטיים, אך אנו מגדירים אותם כבעלי אופי ציבורי- אך זה לא אומר שגופים אלו מחויבים לכבד את הזכויות שלי כפי שהמדינה הייתה מכבדת, אלא בעצמה נמוכה יותר. בנוסף, בתחומי הפעילות שלו כשהוא פועל כשחקן ציבורי הוא חייב לכבד את זכויות האדם אך בתחומי הפעילות שלו כשהוא פועל כשחקן פרטי הוא אינו מחויב לכבד את זכויות האדם!

נטל הזכויות האדם לא נופל באופן מלא על כתפיו של השחקן הדו מהותי אלא רק באופן חלקי.

גופים מהותיים:

* פס"ד מיקרודף נ' חברת החשמל- בעבר, היו משתמשים במזעור של מסמכים למיקרו פילים כדי לאחסן מסמכים. חברת החשמל מחליטה להתקשר עם איזשהו ספק שירות בלי לצאת למכרז. מיקרודף היא אחת החברת הגדולות בתחום והיא "מתעצבנת" על כך שלא נעשה מכרז והיא תובעת את חברת החשמל ותובעת ממנה שתפתח במרכז. זה מוגש לביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ- אם אתה רוצה להחיל את המשפט הציבורי על פרטיים, אתה צריך לעתור לבג"ץ:

1. איזה ביהמ"ש אמור להחיל את זה? בית המשפט מחליט להוריד את ענייני המכרזים לבית המשפט השלום.
2. איזה סט של משפט צריך להחיל פה- המנהלי או האזרחי? בית המשפט מחליט לנהוג על פי חובת השוויון- השאלה היא האם חברת החשמל מחויבת לעקרון השוויון? מבחינה פורמאלית, חברת החשמל היא לא חלק מהשלטון ולכן לכאורה לא אמורים לחול עליה עקרונות כמו החובה לנהוג בשוויון. ברק טוען שחברת החשמל היא **בעלת סמכויות שלטוניות, יש לה בלעדיות והיא נותנת שירות חיוני.** אלו 3 הקריטריונים שנקבעו שהופכים את חברת החשמל לגוף שהם גם גוף ציבורי, גוף מהותי. אך למעשה, אפשר היה מלכתחילה לקבל את העתירה משום שחברת החשמל היא למעשה חברה שהיא בבעלות המדינה- אך ברק בכ"ז בחר להשתמש בדוקטורינת הגוף הדו-מהותי.

* פס"ד קסטנבאום נ' קשידא- תאגיד שאינו בשליטה שלטונית, להבדיל מחברת החשמל. מחלוקת בין חברת קדישא למשפחה של נפטרת- שביקשו לציין את השם הנפטרת באותיות לטיניות ותאריך לועזי על גבי המצבה, וחברת קשידא סירבה. התיק נדון בביהמ"ש המחוזי בדיני חוזים- היה סעיף בחוזה של חלקת הקבר שהפנה לתקנון של חברה קשידא שאומר שאסור לשים אותיות לטיניות ותאריכים לועזיים- ביהמ"ש ביטל את הסעיף. אך כאשר זה הגיע לביהמ"ש העליון שפסק שמלבד הביטול בעקבות דיני החוזים יש גם לראותו מבחינת המשפט ציבורי- משום שכל השופטים הסכימו שהחברה קשידא הוא גוף דו-מהותי ולכן חלה עליו דואליות נורמטיבית ויש לבחון גם את עמידתו בחלק מהעקרונות של המשפט הציבורי- עקרון כבוד האדם, המת ומשפחתו. לחברה קדישא יש אופי דו מהותי כי:
* על פי שמגר- יש לה סמכויות שלטוניות, בלעדיות ושירות חיוני- מקיימת את שלושת הקריטריונים
* אלון- סוגית הבלעדיות לא רלוונטית משום שיש כמה חברות קדישא ולא רק אחת ולא בכולן קיים הסעיף הזה. השירות החיוני זהו תנאי מספיק (לא תנאי הכרחי, אם הוא קיים לא צריך עוד סיבות) על מנת זהות את הגוף כגוף דו מהותי
* ברק- שולל את הקביעה לגבי המעמד המונופוליסטי. מבחינתו מה שמאפיין את חברה קידשא והופך אותה לגוף דו מהותי הוא העובדה שיש לה תפקיד סטטורי-סמכויות שלטוניות. זהו תנאי מספיק.

נקבע שחובה לכבד זכויות אדם, ולכן אפשר לכתוב את הדברים האלו על פני המצבה.

זוהי פסיקה ישנה מאוד, משנות ה-90. עד היום אין פסיקה שמבהירה את העמדה בעניין זכויות האדם.

פס"ד און- השופט זמיר מציין כי אכן לא נקבעו כל התנאים לקביעת גוף כגוף דו-מהותי.

אנו עדיין נשארים בתחולה אנכית ולא עוברים לתחולה אופקית- אבל יש תפיסה מרחיבה- גופים דו מהותיים.

**הפרמטרים לגופים דו מהותיים:**

* סמכותיים שלטוניים- פרמטר פורמאלי
* בלעדיות- פרמטר פורמאלי
* שירות חיוני- פרמטר מהותי ולכן מאוד קשה לקבוע את גבולותיו. מה אנו מגדירים כשירות חיוני? האם מגדירים עיתונות כשירות חיוני או לא חיוני- אין תשובה ברורה, זוהי שאלת מדיניות, שאלה של תפיסת העולם של מי שצריך להכריע בכך. ביהמ"ש נמנע בקביעת גבולות והדגרות, הוא מתחמק מחזיר את זה למחוזי. ועד היום לא בית המשפט לא קבע בזה מסמרות.

פס"ד בית יולס- בית יולס ניהלו מו"מ עם רסקו שהיא חברה ציבורית. דיון נוסף בבית המשפט העליון. השאלה העיקרית שנדונה בפס"ד זה היא – האם החובה שמוטלת על גופים שלטוניים כשהם יוצאים למכרז, חלה גם על מכרז פרטי? דעת הרוב, השופט אלון, אומרת כי אין להטיל חובת מכרז במשפט פרטי משום שאם מטילים חובה כזאת אז זה סוג של חקיקה שיפוטית- מטילים חובה של קיימת בחוק, מתנהגים בצורה פטרנליסטית, ובנוסף ישנה פגיעה בחופש החוזים. לעומת זאת, ברק, סבור שחובת השוויון חלה גם במשפט פרטי. הוא מפעיל שתי קונסטרוקציות:

1. קונסטרוקציה חוזית- חוזה נספח- כשעורכים מכרז, צריך לפנות בהזמנה להציע הצעות אבל גם צריך להוציא הצעה שמי שמקבל אותה נכרת איתו חוזה. ההזמנה להציע הצעות היא לגבי הפרויקט עצמו ומעצם ההצעה ההתחייבות של המציע היא להתנהג בשוויון. יש בזה היגיון- לגשת למכרז לא כרוך רק בלמלא טפסים, אלא מוציאים הרבה זמן וכסף. אם מראש, המשחק הוא לא שוויוני ולא הוגן- רוב האנשים לא יירצו להיכנס למשחק הזה מלכתחילה.
2. קונסטרוקציה טרום-חוזית- חובת תו"ל מוטלת על הצדדים למו"מ גם בשלב כריתת החוזה וגם בביצוע החוזה. ברק אומר שחובת תו"ל כוללת גם את החובה לנהוג בשוויון- זוהי תחולה עקיפה. הוא אומר שיש חובה לנהוג בשוויון, אך את מושג תו"ל מפרשים לאור הזכות לשוויון. זהו מושג שסתום- מושג שאפשר למלא אותו בתוכן על פי הנסיבות. ברק כאן בדעת מיעוט.

בפס"ד קסטנבאום נאמר כי זהו תנאי מקפח בחוזה אחיד, ומדובר בגוף דו-מהותי בעל דואליות נורמטיבית, אך ברק לא מסיים בכך, הניתוח לפיו הוא לא שלם. יש לו עניין אינטלקטואלי.

ברק פסל את הסעיף הזה, אך אומר שהוא היה מגיע לפסילה בלי קשר למהות או לזהות של הגוף שעורך את החוזה- היא פוגעת בתקנת הציבור- פגיעה בזכויות האדם נחשבת לפגיעה בתקנת הציבור. זוהי לא תחולה ישירה, אלא תחולה עקיפה. אנו פוסלים את הסעיף בגלל עילה חוזית (תו"ל) לאור העילה החוקתית (שוויון).

**הזכות לכבוד האדם**

הזכות לכבוד יכולה להתפרש בדרכים שונות, זהו מושג שיש לו הרבה מאוד מובנים. מה שאותנו מעניין הוא מה המובן שניתן להעניק לזכות הזו בקונטקסט של חו"י:כב"ה וחירותו?

הקונסטרוקציה שבה נעשה שימוש היום היא המורחבת יותר- קריאה של זכויות חסרות לתוך חו"י.

יש כמה טיעוני נגד:

* טקסטואלי- הלשון של החוק מלמדת שהכוונה היא להגנה על חייו, פגיעה פיזית פגיעה מנטלית- השפלה. זכות מצומצמת.
* אורג'ינליסטי- משמעות מקורית- היא הגנה על כבוד למניעת השפלה.

(למדנו את כל זה כבר בתחילת הסמסטר)

המאמר של סטטמן, שתי משמעויות של כבוד: הוא דן בשאלה איך ראוי, כדאי ונכון לקרוא את הזכות לכבוד? הוא מבקש לטעון שהמשמעות שבית המשפט נותן לה היום היא משמעות לא רצויה. זהו טיעון עקרוני. סטטמן אומר שכשמדברים על הזכות לכבוד, הוא רוצה לעמת שני מובנים:

* כבוד כמניעת השפלה
* כבוד כזכות לאוטונומיה

הוא מסביר מדוע זה לא מוצלח לפרש את הזכות לכבוד כזכות לאוטונומיה, לכלול במגילת זכויות האדם החוקתיות את הזכות לאוטונומיה?

הזכות לאוטונומיה זוהי המשמעות שהשופטים מאמצים כדי לכלול את הזכויות החסרות בתוך חו"י:כב"ה וחירותו.

הטיעון של סטטמן: אם כוללים בזכות לכבוד את הזכות לאוטונומיה, בעצם הכנסת פנימה ונתת מעמד חוקתי לכל סיטואציה שבה המדינה מגבילה את הפרט בדרך כזו או אחרת. כל הגבלה שהמדינה מטלה על האדם הופכת להיות מיידית כפוגעת בזכות האדם. זוהי מסקנה לא נכונה של בית המשפט – המשמעות של זה היא ריקון של המושג "כבוד" מתוכן- אם כל דבר הוא פגיעה בזכות חוקתית, שום דבר הוא לא פגיעה חוקתית. סטטמן מעלה גם ביקורת אפשרית על הטיעון שלו: מה שמוגן במסגרת הזכות לאוטונומיה הוא לא כל גחמה אלא רק מה שעשייתו מהווה חלק מהמימוש העצמי, מהעיצוב העצמי, רק על אלו יש הגנה חוקתית.

סטטמן אומר שיש לגישה המרחיבה-מצמצמת הזו גם עדות בפסיקה- מצא באחד מפס"ד, מבקש להסביר למה הוא קורא את חופש הביטוי לתוך חו"י- הוא אומר שפיתוח האישיות, הגשמה עצמית- חופש הביטוי נכלל בזכות לכבוד כי הוא משקף האוטונומיה במובן החיובי- וזה כן נכלל בחו"י.

סטטמן לא מקבל זאת- מה שנכון לגבי חופש הביטוי צריך להיות נכון בוודאי גם לגבי חופש המעשה. ביטוי הוא לא יותר מהחופש המעשי- אם זהו המצב, אז אנו שוב נגררים לתוצאה הבלתי סבירה שכמעט כל הגבלה על החירות תבטא פגיעה בכבוד. הצמצום הזה, הוא לא מספיק מצומצם!

סטטמן מוסיף ואומר, אם זה כולל רק את החירות החיובית אז יהיו בהחלט זכויות אדם שלא יוכלו להיכנס פנימה דרך האוטונומיה- למשל חופש תנועה.

סטטמן אומר- אוטונומיה כזכות חוקתית היא מצד אחד רחבה מידי ומביאה דברים עד כדי אבסורד ומאידך היא צרה מידי משום שקשה לראות איך החירות במובן של המימוש העצמי נשללת אם שוללים אחת מהזכויות הפרטיקולאריות במובן הקונקרטי- ביטוי צריך להישלל בנסיבות מסוימות. הוא אומר שאסור להכניס את הזכות לאוטונומיה לחוקה.

**שיעור מס' 18- 12\01\02**

**הזכות לשוויון**

**שוויון פורמלי:**

**שוויון ארסיטוטלי (פורמלי)–** יחס שווה לשווים. לא משנה איפה אתה מתחיל, צריך להפעיל קריטריון שאומר שאם האדם שווה לשני במהותו היחס אליהם הוא שווה.

למה להשתמש בשוויון כזה? מבחינה רציונלית, אם נתייחס למישהו באופן שונה למרות שהוא שווה אנחנו פועלים ב**אופן לא רציונלי**. אם אנחנו לא שופטים אותו לפי קרטריון רלוונטי, מי שהוא בזיקה לעניין הרלוונטי, אנחנו בעצם מסתכלים דרכו ולא עליו. לצורך קבלה לעבודה למשל – לא מתייחסים לכישורים הרלוונטיים אלא לצבע העור, אנחנו עושים החפצה לאדם, לא מתייחס אליו כאל פרסונה בעלת מאפיינים אלא מטיל עליו את הסט של הסטריאוטיפים –**השפלה.**

מה הוא נותן לנו? יש הטוענים שהוא לא נותן לנו כלום, הוא מעגלי. נוכל לראות טיעון אחד כזה:

פס"ד מילר נ' שר הביטחון והדר ליפשיץ וגדעון ספיר*:* אליס מילר מבקשת להתמיין לקורס טיס ולא מאשרים לה מאחר שהיא אישה. הצבא טוען כי הוא לא מוכן לקבל אותה כי זה יעלה יותר – הכשרת טייס היא יקרה מאוד ומכשירים אותו בגלל שמעריכים שהוא ישרת לתקופה ארוכה למילואים (יום בשבוע) והסכום הזה לא משתלם במקרה של אישה מאחר שהיא עלולה להיכנס להיריון, להינשא וכו' והן יכולות להשתחרר משירות מילואים ולכן הנחת המוצא הוא שבפועל נקבל מאישה פחות שנות שירות מגבר. יוצא שאם קיבלתי טייסת לפרק זמן קצר יותר נצטרך להכשיר עוד טייסים וזה יעלה יותר. ***השופטת דורנר***טוענת שבמקרה דנן השוויון האריסטוטלי לא פותר את הבעיה – יחס שווה לשווים. כאן יש שוני, בני אדם בכללותם שונים זה מזה אבל השוני צריך להיות שוני רלוונטי לקונטקסט (לתכלית) אבל במקרה דנן נראה שהשוני הוא כן רלוונטי – אישה מול גבר והתכלית היא גם ראויה. יש מקרים שבהם השוני חשוב אבל התכלית לא ראויה מספיק. אם התכלית ראויה כמו במקרה הזה אז אין כאן פגיעה בשוויון (למשל במקרה הזה מנסים לחסוך כסף ע"י זה שאני נותן יחס שונה לשונים בעלי שונות רלוונטית למטרה שלי). טיעון החיסכון בכסף כאן לא נועד לנצח את עיקרון השוויון, אלא הוא מסביר למה אין כאן פגיעה בכלל.

***השופטת שטרסברג-כהן*** אומרת שבשביל שוויון צריך להוציא כסף והשוני הוא רלוונטי והתכלית היא תכלית ראויה. אפשר ללכת לגישת השיוויון בתוצאה או שוויון הזדמנויות. השופטת דורנר מצאה פתרון ששטרסברג-כהן לא מקבלת אותו.

***השופט מצא*** אומרשהוא לא מקבל את מה שנאמר כאן, לא נבדק שנשים משרתות פחות, צריך לעשות פיילוט ולחזור עם תשובה. לכאורה אם יש תכלית ראויה אז אין פגיעה בשיוויון – מצא אומר שבכלל לא ברור שיש קשר אמצעי-מטרה. אם הגענו לתכלית הראויה ושללנו את הפגיעה בזכות אז למה אנחנו ממשיכים הלאה לקשר בין האמצעי לבין המטרה. קשר אמצעי מטרה נועד לזהות האם התכלית הראויה שלעצמה היא באמת התכלית – מצא בעצם אומר שהוא לא השתכנע שזו התכלית בכלל ושהיא תובא לידי הגשמה, לא הוכח שנשים הולכות לעלות יותר. הסבר לדברי מצא בתחום השוויון הארסיטוטלי – לכאורה הצבא טוען שנותנים יחס שונה לשונים אבל מצא אומר שלא הוכיחו לנו שהשונות היא רלוונטית כי לא הוכח שנשים אכן ישרתו פחות. חושד שהתכלית היא להדיר נשים מהצבא, כלומר תכלית אחרת ממה שהוצגה. ישנם "סיווגים חשודים" – אנחנו נזהרים במקומות שיש לנו סיבה לחשוד כי באופן מסורתי הפלו נשים לרעה. ברגע שזיהיתי הבחנה על בסיס מגדר, אנחנו דורשים רמה גבוהה יותר של הוכחה. פה ישנה סיבה לחשד, מצא לא מוכן לקבל מודל מנבא.

***השופטת דורנר*** אומרת שסגירת קורס הטיס פוגעת בכבוד הנשים ומשפילה אותם. היא יוצאת "מהלופ" של השוויון הארסיטוטלי באמצעות פגיעה בכבוד – "הטובים לטייס, הטובות לטייסים". ספיר טון שדורנר לא הצליחה לצאת מהלופ הזה ורק נתנה נסבר למה המדיניות היא בעייתית (פוגעת בכבוד) וזה לא קשור לשוויון ארסיטוטלי, זה שיקול נפרד של כבוד. מה שמוכיח לנו שהטיעון האריסטוטלי מיצה את עצמו – אנחנו לא מקבלים נשים כי זה עולה כסף – יש שוני רלוונטי לתכלית ראויה. דורנר אומרת שזה נכון שזה עולה יותר כסף אבל בשם עיקרון השוויון צריך להוציא יותר כסף. אם זה שוויון הזדמנויות אז כן, אבל באריסטוטלי לא ברור איך נכנס השוויון הזה, איך התקדמנו האלה אחרי שקבענו שיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה.

**שוויון מהותי:**

1. **שוויון כשוויון הזדמנויות –**לכאורה רחב יותר מאריסטוטלי.לא משנה מה התוצאה הסופית כל עוד שניהם יצאו לדרך בנק' מוצא שווה. המדינה אחראית על כך שכולם יתחילו משווה או להשוות בין כולם בנק' הסיום.
2. **שוויון בתוצאה –** שבסופו של דבר התוצאה תהיה שוויונית לכולם. שוויון בתוצאה אומר שאנחנו בסופו של יום משווים בין העשירים לעניים.

***ג'ון רולס (המאה ה-20)*** הוא שיוויונאי במובן התוצאתי. מאיפה נובע החוזק האינטואיטיבי של שיוויון הזדמנויות? כי הוא אומר לנו שבסופו של דבר ההצלחה של האדם מבוססת על ההצלחה שלו, על מידת המאמץ שהוא השקיע, מכוח הבחירות הנבונות שלי – ואם זה רק בגלל שהוריו עשירים למשל זה לא הוגן וזה לא מגיע לו באמת. רולס אומר בתגובה – מה לגבי חוסר שיוויון בכשרונות טבעיים (שני אנשים בעלי רקע זהה עם אייקיו שונה או כשרונות אומנותיים או הנדסיים וכו') – הם נתונים שרירותיים מבחינה מוסרית. הם לא מבוססים על בחירה אלא על נסיבות שלא בשליטת האדם ואם אלא נסיבות שהם לא בשליטת האדם אז לא מגיע לנו שיהיה יותר מלמישהו אחר. אלו גורמים לא שוויוניים שלא תלויים באדם, ואז גם אם הם התחילו מאותה נק' מוצא זה לא שוויוני אם הם יסיימו אותה בתוצאות שונות כי התוצאה מבוססת על גורמים לא שוויוניים. תוצאה כזו שמבוססת על גורמים לא שוויוניים דינה להתבטל. זה הרציונל מאחורי תפיסת שיוויון בתוצאה. המדינה לפי רולס תהיה מדינה שמאפשרת שוק חופשי והיא תשיג את השוויון באמצעות מנגנון המיסוי – תחלק בין בני האדם. תפיסה משותפת לבעלי תפיסת עולם ליברלית.

שיוויון הזדמנויות

שיוויון אריסטוטלי

שיוויון בתוצאה

**הארי פרנקפורט -**  שוויון אינו בעל ערך לבדו! לפעמים רוצים אותו כי הוא מקדם ערך אחר! מציין כי אם לי יש חיים טובים אבל לך יש חיים טובים, לא אכפת לי שלך יש חיים טובים **אלא שלי יש לא מספיק!**

* **הערך הבסיסי הוא לא שוויון אלא כבוד! –**כבוד דורש שהיחס שיהיה לפלוני יהיה באופן רציונלי –**בהתאם לנתונים שלו!**
* **התייחסות בהתאם לנתונים קשורה לכבוד כי –**כשמתייחסים לאדם לא בתהאם לנתונים אנו כאילו לא רואים אותו בתור סובייקט! **תביעה לשוויון בכל מצב, מעודדות הסתכלות על פלוני ביחס לאחרים – וזה הכי גרוע –הוא מתנגד לשוויון בתוצאה (מתנגד לרולס!)**

**שוויון פורמלי (3.6.2)**

* **פיטר ווסטר:**  מציין כי **שוויון אינו יוצר זכאות!** אם נסתכל בכל המקרים שאנשים טענו לחוסר שוויון – הם אמרו – למה לו מגיע ולי לא?  
  **הם יכלו לטעון את אותו הדבר גם בלי להכניס את השוויון – הם יכלו לטעון – מגיע לי לפי חוק ולא כי יש למישהו אחר!**
* **נדגים את העניין ע"י פס"ד:**

***חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר (טרום חוקי יסוד)***

* יש גוף – חוקה למדינת ישראל – הם מציינים כי יש כמה אופציות של גופים כדי לקבל פטור ממיסים – אחד מהם זה הגדרת הגוף כמוסדר ציבורי, הם מבקשים שיכירו בהם כמוסד ציבורי ושהם יקבלו פטור ממס אבל לא מסכימים להם.  
  **הטענה שלהם היא שגופים אחרים שעוסקים באותה הפעילות כמונו כן מקבלים הטבות מס ואנו לא – לכן יש פגיעה בשוויון!**
* **ברק**: מחלק את כל הנושא לכמה מקרים:

1. **לאדם יש זכות לפי דין –**מישהו מקבל ואני לא. העתירה תתקבל –**בלי קשר לשוויון – אלא כי מגיע לי לפי חוק! (כמו הגישה של ווסטר).**
2. **לא מגיע לי לפי חוק**, **אבל הוא מקבל –**העתירה תידחה, **כי לא מגיע לו בחוק!** ניתן יהיה לתת לו סעד שלילי – גם מאלמוני ייקחו! (אתה תרגיש יותר טוב עם עצמך!).
3. **לפי החוק לא מגיע לי אבל לרשות יש שיקו"ד בנושא –**
4. **הרשות יצרה מדיניות שבה אנשים מסויימים זכאים ופלוני שייך לקבוצה אבל משום מה לא מקבל –**יתנו לו סעד (שוב לא קשור לשוויון אלא כי יש מדיניות שאנשים כמוך אמורים לקבל!)
5. **הרשות קובעת לא להעניק בתנאים מסויימים ופלוני נופל באותם תנאים אבל מגלה כי אחרים מקבלים(בדיוק הנושא של העתירה שלנו) –**ברק פנה לשלטונות המס והם אמרו לו כי הייתה טעות ומכאן ואילך הם לא יתנו יותר, יש שתי אופציות:
6. **אם לא תיתנו יותר –** אז אל תיתנו לכולם יותר.
7. **אם יתברר כי בכל זאת אחרי כמה זמן את נותנת לאחרים –**תצטרכי לתת גם לפלוני (ושוב לא כי לאחרים נותנים אלא כי את קבעת משהו ולא עומדת במדיניות שלך).

**ניתן לראות כי זה תואם את הגישה של ווסטר כי שוויון לא יוצר זכאות!**

**שיעור מס' 19 – 12\01\09**

ברגע שקיים שוני רלוונטי לתכלית ראוה אנחנו לא נדרשים להתיר פגיעה בשיוויון אלא אומרים שלא קיימת פגיעה בשוויון. ה-ש' דורנר מודעת לקושי של השיוויון האריסטוטלי ומתיימרת לפתור אותה בפס"ד מילר, אך כשקוראים את דבריה אנו רואים שהיא לא הצליחה לפתור את הפגיעה. הטיעון שלה הוא שהדבר מהווה פגיעה בנשים, אז הזכות שנפגעת כאן היא לא הזכות לשוויון אלא הזכות לכבוד- עולה השאלה מדוע כבודן של נשים נפגע אם קיימת העדפה רציונאלית של העדפת גברים בטייס? אך זה לא רלוונטי לנושא שלנו. בסיפור של השוויון האריסטוטלי אם קיים שוני רלוונטי לתכלית ראויה אנחנו בעצם אומרים שלא קיימת פגיעה בשוויון. בכך שונה השוויון במובנו האריסטוטלי מזכויות אדם אחרות. כשמודבר בזכויות אחרות קודם אנו יודעים שיש פגיעה בזכות ואז אנו ממשיכים הלאה ושואלים שאלות- האם הפגיעה היא מידתית, תכלית ראויה וכו'- שאלות אלו לא מערערות, מאיינות את העובדה שיש פגיעה בזכות אלא רק מאפשרות לנו שקיימת הצדקה לפגיעה בזכות בשונה מהמצב כשמדובר בשוויון אריסטוטלי, אם קיימת תכלית ראויה ואם קיים קשר בין האמצעי הננקט לבין השגת התכלית הרי שהמסקנה היא שאין כאן בכלל פגיעה בשוויון האריסטוטלי. שונים הדברים כאשר מדברים על שוויון הזדמנויות או שוויון בתוצאה- אז הדבר הוא לא כך. אך בשוויון אריסטוטלי ההצדקות לפגיעה למעשה מייתרות את הפגיעה עצמה והופכת אותה לנעלמת כאילו לא הייתה- אין פגיעה למעשה. בשוויון האריסטוטלי אם אין שוני רלוונטי אז אין תכלית ראויה, או שיש שוני רלוונטי ואז זה כן לתכלית ראויה ואז לא ניתן להצדיק את הפגיעה. אם כך – או שיש פגיעה והיא איננה מוצדקת, או שאין פגיעה כי רואים שהיא נעשתה למעשה למטרה מוצדקת ולכן היא לא קיימת.

**האבחנה בין שוויון הזדמנויות לשיוויון התוצאה:**

חלק מהעקרונות החוקתיים לא עוגנו בחקיקה ראשית וחלק מהעקרונות החוקתיים עוגנו בחקיקה ראשית- לדוג' החוק שאסור לא לאפשר כניסה לאנשים מסוימים להיכנס למקומות פרטיים, כגון מקומות בילוי- במקרה כזה ישנה תחולה אופקית ואנכית של עקרון השוויון אך לא מכוח החוקה אלא מכוח חקיקה ראשית- אם ישנה פגיעה הנפגע יכול לתבוע. דוגמא נוספת לחקיקה- חוק זכויות לאנשים עם מגבוליות- חוג מסגרת שמטפל בכל מיני היבטים של אנשים עם מוגבלויות פיזיות- תחבורה, נגישות וכד'. יש בו פרק שעוסק בתעסוקה- אוסר על אפליה של אנשים עם מוגבלויות בתחום התעסוקה גם על מעסיקים פרטיים אך הפרק הזה מגדיר אפליה למצב שבו לא מתאפשרות התאמות לעובד עם מוגבלויות להיות מועסק- מדובר על התאמות של מקום העבודה (רמפה, שירותים וכד') וגם על התאמות של דרישות העבודה (תפוקה נמוכות יותר, פחות שעות עבודות וכד') מי שלא מבצע התאמות אלו נחשב לכזה שמפלה, אינו נוהג בשוויון באנשים עם מוגבלויות. אם נשתמש במקרה הזה בשוויון במובנו האריסטוטלי יש בעיה- משום שמעסיק בוחר עובדים בהתאם ליכולות שלה, זה גוף שאמור להכניס כסף- זה לא גוף פילנתרופי. אם מתברר שיש עובד עם תפוקה נמוכה יותר, זה שוני אחר לחלוטין. אין זו התעלמות מהמציאות, זוהי התייחסות שונה ורלוונטית למציאות כפי שהיא על פי ההשלכות שהיא נותנת לעבודה. גם אם ההתאמות עולות כסף אך לא פוגעות בתפוקה זה עדיין פרמטר שהמעסיק צריך לקחת בחשבון. לכן השוויון האריסטוטלי לא יכול לעמוד במרכז תביעה כזו.

 שוויון הזדמנויות גם כן לא עושה את העבודה. הדרישה לשיוויון הזדמנויות באה מהמקום של השוואת התנאים, זה השוויון שמתפקד כתנאי ההכרחי להוגנות לאחר חוסר השיוויון בשיוויון בתוצאה. עקרון שיוויון ההזדמנויות במקרה של אנשים עם מוגבלויות: לא לקבל אדם בכסא גלגלים לעבודה כלשהי זה לא הוגן, כי הוא לא נמצא על אותו קן התחלה כמו האחרים. אם הבעיה היא שרירות, אז ניתן לתקן אותה ע"י שתי דרכים: 1) לשים את כולם על אותו קו התחלה. 2) לקחת את התוצאה בסוף ואז אותה לחלק שווה בשווה. לתקן את השרירות בסוף או בהתחלה. זה עדיין לא מסביר את אי השיווין ולא נותן פתרון. אפשר לתת קצבאות לאנשים עם מוגבלויות. הרי בסופו של דבר לקחת מהסוף זה אומר שלוקחים לאנשים שכן יכולים יותר- אנשים בעלי שתי רגליים. זה לקחת להם כסף. אבל עבודה היא לא הרק כסף. עבודה זה גם כבוד ואוטונומיה. למה כבוד? הדרך שבה אדם תופס את עצמו והדרך שבה אחרים תופסים אותו קשורה קשר אדוק לתעסוקה שלו. ככל שהוא יותר מצליח עקב העבודה זה משפיע על הדימוי העצמי ועל האופן שבו אנשים תופסים אותו עקב כך. למה אוטונומיה? 🡨 אוטונומיה היא היכולת לבחור במובן של מה שבא לו לקחת מהחיים- בגיל מסוים זה הופך לחשוב ביותר- תעסוקה וקריירה. המשמעות של זה היא שעדי אדם יוכל להיות אוטונומי צריך שמראש יהיה לו מגוון של אפשרויות בכל תחומי החיים כדי שיוכל לבחור מהן. גידי: הבעיה של שוויון הזדמנויות היא תיקון בעיית השרירות ניתן לפתור אותה בדרכים אחרות.

שוויון הזדמנויות כן עושה את העבודה בצורת מסוימת, משום שהשוויון לכבוד ואוטונומיה צריך את שוויון ההזדמנויות בשביל שיחילו אותם. הרי הטיעונים הללו מסבירים למה זה יהיה נחמד לתת שוויון, אך הם לא מסבירים למה אבן יש חובה לנהוג כך. כאן נכנס מרכיב שוויון ההזדמנויות כי הוא מסביר מה הוא חוסר ההגינות במצב הקיים, במצב בו אדם בריא יכול להיות מועסק ואדם נכה לא. העניין מטיל עלינו חובה מוסרית שעלינו להפוך אותה לחובה חוקתית.

**3.6.6 ברשימת הקריאה- לא לבחינה הסופית- אפליה מתקנת!!**

**ס' 3.7- חופש דת וחופש מדת**

כשמדברים על הזכות לחופש דת, עולות שתי שאלות:

* למה? מדוע האינטרס הזה מוגן חוקתית🡨 ישנם שני תנאים מצטברים כדי שזכות תתמקם ותוגן באופן חוקתי:

1. חשיבות הזכות
2. המסוכנות, מידת החשיפה לסיכון- יש חשש שחופש הדת שלנו יפגע אם מסתכלים אחורנית על ההיסטוריה.

* מהו ההיקף, מה נכלל במסגרת הזכות? ההיקף נגזר מה-"למה"- קודם כל צריך לדעת "למה" ומתוך זה מבינים "כמה"?. לדוג'- בקשר לשוויון, זמיר טוען: יש לעגן חוקתית את השוויון רק במקרים של סיווגים חשודים. למה? או כי יש יותר סכנה או כי יש מימד של השפלה.

ההסקה הבסיסית, היא לראות את חופש הדת כנגזרת של חופש המצפון(זכות חוקתית)- הקשר הוא שהדת כוללת בתוכה חובות "עשה" ו-"אל תעשה", והמצפון עובד גם בדרך הזו. כמו שאנו לא רוצים לפגוע במצפון של אדם, אנו באותה מידה רוצים להגן הגנה כזו לאדם שהחובות המצפוניות שלו נובעות מהפן הדתי- אין הבדל גדול בגישות אלו. למה אנו רוצים להגן על מצפון של אדם?

1. ההצדקה הראשונית להגנה על המצפון עבדה הפוך- התחילה מהדת ומשם הסיקה על המצפון🡨 יש גישות שאומרות שהמצפון הוא שהמצפון הוא "משדר" שאלוקים שם לנו בחזה, והמשדר הזה משדר לנו כל הזמן מסרים מאלוקים- יש לכבד את המצפון משום שהוא מתאר את מה שהאל אומר- זוהי הצדקה שאנו לא יכולים להשתמש בה: (1) יש הרבה מאוד אנשים שלא מאמינים באל, או שלא מאמינים במחויבות לאל. (2) יש לא מעט אנשים דתיים שלא אוחזים בעדה הזו ואומרים שהמצפון איננו מייצג את מה שהאל רוצה. **נימוק זה הוא לא אפשרי.**

לכן ישנם שני כיוונים, נימוקים טובים יותר:

1. חיובי שלו אדם לפעול בניגוד למצפונו הוא דבר שמסב לו כאב, סבל משמעותי- כאב וסבל נפשי. אנו לא רוצים לגרום לאנשים כאב כזה ולכן אנו ,ככל יכולתנו, נשתדל להימנע מלהסב לאדם כאב וסבל, שיש המתארים אותו ככזה שהתוצאה שלו היא שהאדם מתפרק מבפנים, נוצרת אצל האדם תחושה של ניכור עצמי.
2. כיוון תועלתני- רוב בני האדם פועלים ממניעים תועלתניים, אגואיסטיים. אך יש בקרבנו גם אנשי עקרונות הפועל על פי העקרונות שלהם, מה שנכון להם. כשאנו מסתכלים על העולם שלנו אנו מגיעים למסקנה שאם כל העולם שלנו יתנהג בהתאם למה שנעים וטוב אנו נהיה בבעיה- חשוב שיהיו אנשים מסביבנו שיפעלו על פי העקרונות, שגם אם עצם זה שהם פועלים על פי העקרונות שלהם ידרוש מאיתנו סוג של דין וחשבון לעצמנו. החברה כחברה מרוויחה מאותם אנשים ולכן הדרך שלה לטפח אותם היא לא לדחוף אותם אל הקיר אלא "לאמן" אותם, לחשל אותם 🡨 למרות שזה לא ככה במציאות, אלא לא מכבדים עליהם במקום שאפשר לא להכביד משום שהוא נכס.

אם נימוקים אלו נכונים, אז זה נכון גם לגבי אנשים דתיים🡨

* יש האומרים שהמצפון הדתי כבד יותר מהחילוני משום שהדתי הוא מצפון שבו עומדים מול הבורא ואין ברירה ובחירה.
* יש האומרים שהמצפון החילוני כבד יותר מהחילוני משום שהמצפון הדתי לא ממש יודע למה משום שהם פועל על פי מה שאלוקים ציווה לעומת זאת המצפון החילוני הוא משהו מאוד פנימי, המחויבות היא מאוד עמוקה משום שהיא מגיעה מבפנים, מתוך האדם ולא מהאל- זה הרבה יותר כולל את ההיבטים שלו כאישיות ולכן הסבל שלו הוא סבל כבד וקשה יותר.

גידי: שתי הגישות לא נראות לו. זה לא נכון לתאר תיאור לקוי את האדם החילוני כמי שמטיל על עצמו באופן וולונטרי- מרחב הגמישות שלו הוא לא באמת קיים. מאידך, זה לא נכון לתאר את האדם הדתי כמי שמוצמד לו אקדח לרקה- אם זה אדם דתי מאמין סימן שהוא עבר הרבה ומבין את הדת ואת ההלכה ואת האמונה שלו ולמה הוא מאמין בכך.

הטיעון כאן הוא שאם אנו מכבדים את המצפון אנו נכבד את המצפון יהא מקורו אשר יהא- דתי או חילוני.

יש אדם שאומר שמצפונו מחייב אותו להרוג אנשים- אנו לא נקבל את חופש המצפון כאן, יש מעשים שהם נפשעים ונבזיים שאנו מראש לא נכניס אותם לשלב א'- לשלב הגנת המצפון. הגנת המצפון ניתנת לפעולות שאנחנו לכשעצמנו חושבים שהן פעולות לא נכונות, לא מוצדקות- אנו מתייחס לזה כאל פעולה מצפונית שמחייבת אותנו אפריורית הגנה על אותו האדם. בגדול, אנו מכבדים מצפון דווקא ביחס לדברים שנראים בעינינו לא מודצקים.

1. הצדקה מן הזכות לתרבות: חופש הדת הוא נגזרת של זכות אחרת- כל בני האדם חלק ממשפחת גבע האדם. אך קשה להתעלם מההבדלים בינינו- שפה, תרבות, מנהגים. יש צורך בהלחמה ובגיבוש- אך גם חשוב שתהיה אפשרות לבחור. הערך החשוב ביותר הוא ערך האוטונומיה, וסוגיות כמ לאום מאיימות עליו- כך על פי הגישה הליברלית. בעניין זה המדינה לא צריכה להתערב. המדינה צריכה לספק לאדם פלטפורמה כדי שיוכל לקדם את עצמו ולהגיע להספיק בחייו. לצד דפוס חשיבה זה שמבקש להסיר חסמים, זה הגלובלי- יש מול את השמרנים, הזרם הקהילתני. מבחינת הזרם הזה, האידיאל הליברלי הוא אידיאל נבוב וחלול שלוקח את האדם למקום רע- אנשים אגוצנטריים. השמרנים הופכיים את החיים לבעלי ערך זה החיבור לקהילה, לתרבות, להיסטוריה- ועל זה המדינה צריכה לשמור ולהגן. אצל השמרנים המונח הבסיסי הוא חובה. אצל הליברלים נק' המוצא היא זכות. התופעה המעניינת היא שמהלך ה-20, 30 שנים האחרונות יש הפנמה של עקרונות שמרניים אצל הליברליים. זה ניכר ביחס של הליברליים לתרבות. הוגי דעות ליברלים מרכזיים רואים כי למרות התהליך של הליברליזציה שהעולם עובד עדיין באווירה כזו מתחזקת מגמה של בדלנות והתעקשות על מאפיינים יחודיים. הרי יש מדינות שהתפרקו- כמו צ'כוסולובקיה. למשל בלגיה שבה יש שני סוגים שונים של שפות- פלמית וולנית. 🡨 דווקא שההגבלות מוסרות או מונמכות- הנטיות להתבדלות מתחזקות. יש גישה שאומרת כי ההתבדלות תמות עם הזמן. יש גישה נוספת שאומרת שיש כאן משהו יותר עמוק- תהליך של הפנמה של המציאות הזו והכנסתה לתוך החשיבה הליברלית.

הטיעון בגדול הוא- דת יכול להיות שיש לה עוד כמה מאפיינים אך היא גם הדוגמא החזקה ביותר (פרדיגמאטית) לתרבות עשירה, ייחודית ככזאת שיש צורך להגן עליה ולשמר אותה אם אנו חושבים לאוטונומיה יש ערך🡨 לכן יש הגן על דתות ודתות מיעוט משום שהן חולקות את אותו המאפיין.

**שיעור מס' 20- 12\01\12**

אפשר לבסס את חופשת הדת על חופש המצפון והזכות לתרבות.

מתי נפגע חופש הדת של אדם?

צריך לבחון את חופש הדת לאור כל אחד מהרציונאלים שלו.

טענתו של גידי: כשאנו מדברים על חופש הדת במובנו של חופש המצפון זה מצמצם מאוד את המקרים שאדם יכול לטעון בחופש הדת שלו. פגיעה במצפון היא שכופים\מונעים מאדם לעשות דברים שמצפונו מחייבו או לא מאפשר לו לעשותו. לחייב אדם לעשות משהו שמצפונו מונע אותו לעשות זה יותר קשה מלמנוע אדם לעשות דבר שמצפונו מחייב אותו לעשות.

* קשה לדבר על פגיעה בחופש המצפון של האדם כאשר ההתנהגות הבעייתית היא לא של האדם עצמו אלא התנהגות של אדם אחר – כאשר אומרים " ההתנהגות שלך פוגעת במצפון שלי" – זה בעייתי. אולי אפשר להציע את התרגיל הבא: ההתנהגות של האחר היא התנהגות פסולה ואני חושבת שאני צריכה להפסיק אותה ואם לא מאפשרים להפסיק אותה אז זה פוגע במצפון שלי – גידי טוען שזה מאוד מלאכותי.
* כשאנו מדברים על משהו שהמצפון שלי מחייב אותי לעשות, זה צריך להיות משהו מאוד ספציפי שאני ממש מחויב לעשותו ואין לי מנוס ממנו. החובה או האיסור חייב להיות משהו מאוד חזק, צריך להיזהר שזה לא יהפוך להיות לאיזשהו כלי מניפולטיבי. למשל כשאני אומר שאני לא יכול להתגייס לצבא- אם אני פציפיסט אז אני צריך להראות למה לבישת מדים היא דבר שמנוגד לעקרון הפציפיסטי שלי אבל אם נניח שאני מתנגד לכיבוש אז במקרה כזה תשאל השאלה מה הבעיה לשרת שירות עורפי? כשיש סירוב ניתן לקחת את זה לשני כיוונים: כיוון אחד, סרבנות פוליטית ולא סרבנות מצפונית במובן המובהק שלה – אני מסרב כי אני רוצה להחליש את המערכת הפוליטית שעושה מעשה פסול. כיוון שני, למשל כשיש לפנות איזורים כבושים וחייל מסוים לא רוצה לעשות זאת ואז אומרים לו שיהיה במעגל רחב יותר ולאו דווקא אלה שמוציאים באופן פיזי ואז הוא מסרב בכ"ז כי עדיין הוא חלק מהמעשה – ככל שאתה מתרחק מהמעורבות ככה הטענה שלך לפגיעה במצפון היא חלשה יותר. מה שמאפיין את העולם שבו אנו חיים הוא עולם שבו יש לאנשים דעות שונות בהרבה מאוד עניינים ויש הרבה מאוד עם אנשים עם עמדות מצפוניות עקרוניות שונות, אם אנו הופכים את המצפון להיות "סימן עצור" שנותן לאדם פטור או פטור לכאורה ואנו מרחיבים את המעגלים המשמעות היא שלא נוכל לחיות יחד או לחליפין יהיו אנשים שיתפסו טרמפים על אנשים אחרים – אנו צריכים לשתף פעולה חרף המחלוקת.

**איך זה רלוונטי לחופש דת?**

המקרה הכי ברור הוא שאתה מחויב לעשות משהו שהדת שלך אוסרת עלייך לעשות.

יש רושם שאנו עושים שימוש קצת מופרז בטענת חופש המצפון – יש מקרים רבים שבהם הטענה נטענת ללא כל יסוד.

חופש התרבות – הטיעון הוא שהתרבות של האדם חיונית לאדם, זהו התנאי ליכולת של האדם לחיות חיים אוטונומיים. חופש הבחירה הוא היכולת לבצע בחירה מושכלת ובחירה זו נעשית באמצעות המדדים של האדם ואלו תלויים בתרבות שלך.

אפשר ללכת בכיוונים נוספים:

יש טענה שאומר שהתרבות של האדם היא מרכיב יסודי בזהותו, היא מכוננת את זהותו – אדם יגדיר את עצמו לפי המקום בו הוא חי. אם פגעת בתרבות שלו פגעת בזהות שלו.

בין כך או כך אנו מגיעים למסקנה שצריך להגן על תרבותו של האדם – יש כאן ספקטרום רחב יותר מחופש המצפון – זה לא חייב להיות משהו שחייב לעשות או שאסור לעשות.

לדוג' **פס"ד חורב** – איך מעבר של מכוניות ברחוב בר אילן לא ברור כיצד זה יכול לפגוע בחופש הדת שלך? זה לא אמור להפריע לך לשמור שבת. יכול להיות שהתמונה משתנה כאשר אנו מסתכלים על המקרה כאשר אנו מסתכלים עליה מהפריזמה של תרבות שבה ברק מגלה סוג של אמפתיה והבנה לעמדה של החרדים הוא מדבר על המשמעות ואווירת השבת לקהילה ועל עובדת היותה תוצר של קהילה, אוכלוסיה ולאו דווקא של יחידים – יש כאן ניסיון לייצר משהו עם מעטפת רחבה יותר. הוא אומר שנסיעה בלב השכונה בשבת קורעת את האידיליה הזו. הוא מצביע בדיוק על המאפיין של תרבות השבת.

גידי: אפשר טעון שמה שברק אומר אפשר לטעון אותו בתור פגיעה בזכות התרבות – התרבות הדתית נפגעת בגלל נסיעה בשבת. ברק גורס שאין פגיעה בחופש הדת – גידי אומר שאמירה זו משכנעת כאשר מדברים על מובן המצפון אך פחות משכנעת על מובן התרבות.

פס"ד גור אריה – העמדה של ברק תואמת את עמדתו בחורב – אין כאן פגיעה בחופש הדת. מעניין לציין בהקשר הזה שיש מיעוט בפס"ד הזה של השופט דורנר שהיא אומרת שכן יש פגיעה בחופש הדת. האם בחינת הדברים בפריזמה של חופש התרבות הייתה משנה את התמונה? גידי חושב שלא, אף אחד לא מאיים על התרבות שלהם. הם אמנם קבוצת מיעוט אבל הם יכולים להמשיך לחיות את חייהם כרגיל ואלמלא אמרו להם הם לא היו יודעים שזה היה הולך להיות משודר בשבת. התוצאה לא משתנה גם כשאנו מסתכלים בגישה הרחבה יותר, של חופש הדת כזכות לתרבות.

פס"ד קסטנבאום – אין כאן פגיע ה בחופש הדת כי אין איסור הלכתי בחריטה כזו.

פס"ד שביט – השופט אנגלרד אומר שיש כאן טעות גדולה, יש איסור הלכתי בחריטה כזו (אנגלרד צודק) – לכן יש פגיעה בחופש הדת. ברק לא רוצה להכניס את הראש בין שני חכמים והוא מצא שתי דרכים לצאת :

נניח שיש איסור הלכתי אין כאן פגיעה בחופש הדת בגלל שהוא מפרש את זה במובנו כחופש המצפון, חברה קדישא יכולה להגיד שבית קברות שהיא מנהלת וזה משהו שהוא באחריותה, וחילול הדת קורה במקום שהוא ת.פ. שלה. אבל זה לא הם שבאים וחורטים בעצם על המצבות את התאריכים הלועזיים. מרכיב נוסף של הזכות לתרבות שלא הוזכר קודם – מי שצריך הגנה על התרבות שלו זה ייחשב לו כזכות חוקתית אלו תרבויות מיעוט ולא תרבויות רוב. מי ששייך לרוב לא צריך הגנה חוקתית על התרבות שלו משום שהתרבות שלו זוהי התרבות הקיימת.

האם זה משנה את התוצאה? לדעתו אם היינו מוסיפים את מרכיב התרבות זה לא היה משנה את התוצאה. במציאות שבה תרבות האבל במדינת ישראל נמצאת במונופול של האורתודוקסיה, האמירה שתרבות האבל של הדתיים זקוקה להגנה היא קצת קלושה, להפך תרבות האבל החילונית זקוקה להגנה.

פס"ד פסרו או גולדשטיין: השופט שמגר אומר שיש כאן פגיעה בחופש הדת של הגברת פסח או גולדשטיין. חוק השבות אומר שכל יהדו זכאי לעלות ארצה, אין לנו הגדרה למיהו יהודי נאמר בחוק שגם מי שהתגייר יכול לקבל אזרחות אך לא נאמר איזו התגיירות תופסת. אם נאמר שרק גיור אורותודקסי נחשב אז יש כאן פגיעה בחופש הדת של הגברת אבל אם נאמר שזה גישה יותר מרחיבה, שכוללת בחובה את כל סוגי ההתגייריות, הוא נוהג בחזקה הפרשנית –פרשנות שתעלה בקנה אחד עם כיבוד של זכויות אדם. אם אנו לא מכירים בגיור הרפורמי שעשתה הגברת יש פגיעה בחופש הדת שלה. האם באמת הכרה או אי הכרה בגיור רפורמי מהווה פגיעה בחופש הדת של המתגייר? על פניו הרציונאל של מצפון לא מוביל אותנו לשום מקום – כדי שהוא יעבוד צריך להתקיים מצב בו מונעים או מחייבים דבר מסוים, אף אחד לא מנע ולא חייב אותה להתגייר בגיור מסיום. זה שהמדינה לא מכירה בגיור רפורמי זה אומר שהיא לא מכירה ברנים הרפורמים ובגלל שהם מיעוט זה מהווה החלשה שלהם, ההחלשה הזו היא סוג של פגיעה בזכות וזה עלול להטיל על המדינה חובה פוזיטיבית ובהקשר המצפון קשה לראות איך מקיימים חובה פוזיטיבית של המדינה. בהקשר של תרבות אפשר לחשוב על תרבות שהיא מאוד קטנה ומנסה לשמור על התרבות שלה והמדינה תהיה חייבת לבצע מהלכים פוזיטביים ולהכיר בגיורים הרפורמים – אם יש איזשהו סיכוי לטענה של שמגר להתקבל זה לא דרך המסלול של המצפון אלא דרך המסלול המצפון.

יש בעיה עם זה, בפרשה מאוחרת יותר, פרשת נעמת ברק מצטט את שמגר בהסכמה – יש כאן משהו מוזר, מצד אחד ברק בגור אריה, שביט וחורב שבפרשות אלו הוא הסתכל על חופש הדת בפריזמה של חופש המצפון ובפסד נעמת הוא הסתכל מפריזמה של תרבות , כלומר באופן מרחיב, אין כאן עקביות של ברק באופן בו הוא מפרש את חופש הדת.

**יש הבדל נוסף בין הרציונאלים:** נכון שפחות מקרים וטענות של "פגעו לי בחופש הדת" התקבלו במסננת של המצפון, אבל ברגע שהתקבלה טענה כזו יהיה קשה להביס אותה בשלב האיזונים – כשפוגעים לך במצפון צריך להביא אינטרס מאוד חזק כדי להתגבר על הזכות הזו לעומת זאת שזה חופש הדת במובנו של התרבות יותר דברים יעברו בפגיעה של הדת אבל כשנגיע לשלב האיזונים נוכל לדחות יותר בקלות את הזכות מפני אינטרס ציבורי אחר וזאת משום שבמצפון זה להיות או לחדול – או שגרמת לי לכאב וסבל נוראי או שלא לעומת זאת כדי שתרבות תשרוד ותשגשג היא לא תלויה בדבר אחד אלא יש לה פסיפס של מרכיבים, יש מעט מאוד מקרים שבהם אתה יכול להצביע על מאפיין אחד שבגינו התרבות נפגעת או לא נפגעת. מבחינת המשקל של טענת הזכות כאשר מאזנים לאינטרס של מדינה שפוגעת הסיכוי שלך לנצח בשלב של האיזונים הוא אם עברת במסלול של המצפון.

**סטטוס חופש הדת:**

פס"ד פרץ – כפר שמריהו : יש קבוצה רפורמית שמבקשת אולם להתפלל באיזשהו חג – הסיפור מתגלגל בצורה כזו שהיישוב צריך לתת הסבר למה הוא מתנגד אז המועצה המקומית אומרת שהיא רוצה למנוע פילוג בכפר כי אם היא תאפשר את זה יהיה פילוג בכפר בין האורתודוקסי לרפורמי. בית המשפט קובע שזוהי מטרה ראויה אבל מהצד השני, עומד חופש הדת שאותו שואבים ממגילת העצמאות אבל בית המשפט אומר שהעובדה שזה נובע ממגילת העצמאות זה לא אומר שיש לאדם זכות לחופש דת, ביהמ"ש לא מכיר בחופש הדת כזכות אדם. אז איך בכ"ז ביהמ"ש פוסק לטובת העותרים? הוא השתמש במהלך של שיקולים אחרים, זוהי החלטה מנהלית. כאשר רשות שלטונית מפעילה שק"ד וכאשר מפעילים שק"ד צריך להפנים את עקרונות השיטה ושההחלטה תעלה בקנה אחד עם עקרונות השיטה – התוצאה היא שחופש הדת מנצח את שיקול האחידות – ברגע שהשיקול של האחידות כבר לא מחזיק מים אז התוצאה היא שבסירובה של המועצה היא נוהגת בדרך של אפליה, דבר שאסור לרשות מנהלית לעשות. פרץ אומר שהוא יוצא מנק' הנחה שיש לנהוג בשוויוניות בפני כולם, המועצה לא נוהגת בשוויון כי היא רוצה לפעול באחידות אבל יש לקחת בחשבון גם את הערך של חופש הדת. ערך האחידות פה הוא מול ערך חופש הדת (לא מייצר לפרץ זכות אבל מייצר חובה על המועצה המקומית לשקול אותו).

אנו חוזרים שוב למצב הבסיסי בו פונים ומבקשים את אולם הספורט- המועצה נותנת אותו להרבה מטרות אבל לא למטרת התפילה שלהם והפסילה הייתה בגלל אפלייה.

**ויתקון**:יש כאן רכוש ציבורי, כדי לשמש את כלל האזרחים. לאזרח יש זכות- שלא ימנעו ממנו שימוש והנאה מאותו רכוש מטעמים פסולים ופה הטעם הוא פסול כי שיקול האחידות הביס את חופש הדת. חופש הדת מסביר למה אין לך סיבה טובה ובעצם פגעת בזכות אזרח ליהנות מרכוש של כלל האזרחים. ביהמ"ש בפס"ד הזה לא משתמש בחופש הדת כזכות שאי אפשר לפגוע בה אלא כשיקול שיש לקחת בחשבון כשמשווים בינו לבין שיקולים אחרים.

פס"ד רוגוז'ינסקי- זוג שלא רוצה להתחתן בנישואים אורתודוקסים אז הם עושים טקס קידושין פרטי משלהם ומבקשים הכרה בתוקף הנישואין ומכוח זה עוד כמה דברים נוספים. אחת הטענות היא שאם המדינה לא תכיר בנישואין האלו אז המשמעות היא שהם יהיו מחויבים להתחתן ברבנות וזוהי פגיעה בחופש הדת. ביהמ"ש מסכים שיש כאן פגיעה בחופש המצפון , כלומר הזדקקות לחופש המצפון. . ביהמ"ש אומר שיש פגיעה בזכות אדם שלהם אבל יש חוק מפורש שנישואין וגירושים בישראל ייערכו לפי דין תורה ושאלות הקשורות לנישואין יידונו בפני בתי דין רבניים. בעצם ביהמ"ש אומר שיש כאן פגיעה בזכות אדם ואילו היה מדובר כאן בהחלטה של רשות מבצעת הוא היה מבטל אותה אבל במקרה שלנו זו חקיקה ראשית. מעניין לציין שבאי כוח העותרים מנסים עוד אפיק: תרגיל שבוצע ע"י עו"ד קורינלדי בפרשת לאו"ר. הם אומרים שיש חוק אבל זה נוגד את עקרונות היסוד של השיטה, אולי נבטל את הסעיפים הנוגעים לבתי הדין הרבניים. ביהמ"ש לא מסכים עם טענה זו.

השאלה המעניינת היא- והיום מה? כדי לפסול חקיקה ראשית יש צורך בכך שהזכות תהיה מעוגנת בחקיקת יסוד. אז מה לגבי חופש הדת? כיום ישנן אמירות שבהן חופש הדת מוזכר בתור אחת הזכויות המוכרות.

פרשת מנינג נ' שר המשפטים- רוצים להסגיר אותם לארה"ב והם טוענים שלא יתנו להם תנאים מינימאליים לשמור על הדת. וזו פגיעה בחופש הדת.

מול חופש הדת עומדת בסימטריה החופש מדת. אך זו טענה שלא כל כך עובדת. היא תעבוד רק אם נאמר שכל הזכויות הן פועל יוצא של אוטונומיה ואז הזכות ל-X גוררת את הזכות ללא X. אך אם הן לא פועל יוצא של אוטונומיה אז אי אפשר לומר שיש סימטריה.

**שיעור מס' 21- 12\01\16**

* **חופש מדת-** יש הטוענים כי בכל מקרה שבו יש חופש דת יש גם חופש מדת.
* **פס"ד שביט(כמו קסטנבאום)-** ברק אומר שאין פגיעה בחופש הדת בגלל שאין פגיעה במצפון. הוא אומר נניח שהייתה פה פגיעה בחופש הדת אז הפגיעה מתאזנת על ידי חופש מדת. אם לא תהיה חריטה תהיה פגיעה בחופש מדת של משפח' הנפטרת 🡨 גידי חושב שזה לא נכון, אשליית הסימטריה- יש כאלה שמניחים שאם יש זכות ל-X אז זה גורר גם חופש לזכות לא X זה ממש לא נכון, זאת אילוזיה.
* **פס"ד נחמני**- סיפור הביציות המופרות. זוג נשוי שהאישה עברה כריתת רחם ועושים שאיבת ביציות, מפרים אותם ומקפיאים אותן- דא עקא מערכת היחסים בין הזוג עלתה על שרטון והם נפרדו. רותי רצתה להשתמש בביציות המופרות אבל דני אומר שהוא לא רוצה. יש כאן מצב שמצד אחד לרותי יש זכות להורות ולדני יש זכות ללא הורות. אך אלו שני דברים שונים, כל אחת מהן צריכות להיבדק לגופה – כל זכות יש לה משקל שונה, עם ערכים אחרים. אותו דבר בחופש דת וחופש מדת.
* זה מגוחך לקרוא לפגיעה בחופש המצפון לפגיעה כחופש מדת- הדברים צריכים להיבחן לגופם. בוודאי שאין סימטריה מיידית – כלומר שחופש דת גורר חופש מדת – כל טענה של חופש מדת צריכה להיבחן לגופה ואולי גם להכניס בה את המצפון אך כל מקרה לגופו.
* בפסיקה אין דיון מסודר בחופש דת ובחופש מדת.
* נתמקד במקטע אחד של חופש מדת – מה הסטטוס של חוקים שלכשעצמם הם לא בעלי אופי דתי אבל הם מבוססים על נימוקים דתיים? האם זה ייחשב לפגיעה בחופש מדת?

גידי: גם אם אנחנו נגיד שזה נחשב לפגיעה בחופש מדת אפילו אם לא מדובר בריטואל דתי צריך לאבחן בין זה לבין מקרים אחרים – יש מקרים שבהם הטלת החובה או האיסור אינה מבוססת על נימוקים דתיים אך יש להם קשר אל הדת למשל חוקים שנועדו למנוע פגיעה ברגשות דתיים או נועדו להבטיח את חופש הדת. לדוג' :

1. לאסור כניסה לרחוב מסוים בשבת כי כך הדת אומרת- זוהי כן פגיעה בחופש מדת
2. לאסור כניסה לרחוב מסוים בשבת כדי לא לפגוע ברגשות דתיים- זה לא ניתן לקרוא לזה פגיעה חופש מדת. עולה השאלה האם אנו צריכים לכבד רגשות של אנשים במחיר פגיעה למשל בחופש התנועה של אנשים אחרים?

במקרים בהם יש איסור או חובה המבוססים על נימוקים דתיים, ביהמ"ש העליון אם הוא יפסול את הוא לא יפסול את זה בגלל פגיעה בחופש מדת אלא בגלל שזה מהווה "שיקול זר".

לדוג'- פס"ד קפלן: השופטת פרוקצ'יה נתנה פס"ד שבו היא פסלה חוק עזר עירוני בירושלים שאסר על פתיחת בתי עינוגים בשבת. הנימוק שהיא נתנה היה שזה שיקול זר ושזו פעולה בחוסר סמכות משום שחוקי העזר העירוניים צריכים להסדיר חיי מסחר אבל אין עפ"י פקודת העיריות סמכות לסמוך שיקולים דתיים במקרה הזה- הם מחוץ לחתום עפ"י מה שפקודות העיריות מאפשרת. בית המשפט הטיל צל כבד על כל חוקי העזר של כל העיריות שעוסקים בדת – הלכו ותיקנו את פקודת העיריות והוסיפו תקנה שאומרת שאפשר לחוקק חוקי עזר גם אם זה משיקולים דתיים.

פס"ד יזראמקס- תחנת דלק בר"ג שחוק עזר עירוני סגר אותה בשבת אבל היא בכ"ז פותחת בשבת. השאלה המעניינת שעולה היא מה קורה אם השיקולים הם שיקולים דתיים אבל לא כל השיקולים הם דתיים, אם יש לצד השיקולים הדתיים שיקולים סוציאליים?

* יש יסוד דתי- אלוקים ציווה לשמור שבת
* יש גם את היסוד הסוציאלי- הוא יסוד שנזנח בעשורים האחרונים במד"י ומי שמשלם את המחירים הם השכבות החלשות של האוכלוסייה- הם חייבים לעבוד בשבת כי אין להם ברירה, והעסקים הקטנים – כשיש הרבה מאוד מקומות שפותחים בשבת כמו קניונים ומכריחים את החנויות לפתוח בשבת. מה שהשופט זילברג אמר הוא שאם המטרה הדתית אינה המטרה העיקרית או הבלעדית אין לראות את החוק כדתי אפילו אם המטרה שמוגשמת היא מטרה דתית. כאשר המחוקק או מחוקק העזר אוסר על חקיקה מטעמים דתיים, איסור זה משתייך רק לסקטור הלא הרציונאלי של הדת ולא הסקטור של המצוות הרציונאליות של הדת, השכליות. המעורבות של השיקולים הדתיים לא תפסול את החוק גם אם במקרה הזה אין להשתמש בשיקולים דתיים. הוא אומר כי במצוות השבת יש יסוד רצינואלי-שכלי ויסוד לא רציונאלי, דתי. זה נעשה לפני כ-30-40 שנה אבל גם היום הפסיקה לא שונה.

**סיכום:**

1. אין סימטריה הכרחית- לא תמיד כשיש פגיעה בחופש דת יש גם בחופש מדת
2. גם אם יש חופש מדת, הוא ככל הנראה יהיה יחסית מצומצם כי הוא בד"כ ילך דרך חופש מצפון – זה יהיה מצומצם כי זה צריך להיות משהו שאני לא יכול לעשות כי אני לא יכול לעשות ולא משהו שאני לא יכול לעשות כי אמרו לי לא לעשות אותו.
3. גם אם משהו מבוסס על נימוקים דתיים מהווה חופש מדת, יש לאבחן בינו לבין משהו שמבוסס על ההגנה על רגשות או תרבות של אנשים דתיים-גידי לא רואה סיבה שהדבר יהיה פגיחעה בחופש מדת. רצון לכבד את התרבות והרגשות הדתיים. יכול להיות שלא תהיה הצדקה לכבד את הרגשות ותהרבות אבל זה יהיה כבר בשלב האיזונים, מה שבטוח הוא שזה לא נימוק דתי.
4. גם אם יש נימוק דתי, מתעוררת השאלה מה קורה אם יש לנו נימוק דתי לצד נימוק לא דתי.

**חופש הביטוי**

שלושה רציונאליים המבססים את חופש הביטוי ומעניקים לו מעמד של זכות:

1. חקר האמת-הדרך הטובה ביותר לגלות את האמת היא על ידי שמיעת דעות שונות ומגוונות ורק מתוך כך תתברר האמת. ג'ון סטויארט מיל בספרו על החירות מדבר על כמה טיעוני משנה:

* המציאות היא שבסופו של דבר האמת מנצחת והכל עניין של זמן, לכן יש שתי אלטרנטיבות- או שנותנים לה להישמע ואז היא תנצח או שתשתיק אותה ובסופו של דבר היא תצא לאור. האמת תורה את דרכה, בסוף היא תמיד מנצחת אין מה להילחם בה.
* השלטון אומר שהוא משתיק את האמת בגלל שהיא אמת שקרית, אם הוא היה חושב שיש בזה אמת אז הוא היה נותן לה את האפשרות להישמע. היא גורמת נזק- גזענות וכו'. ג'ון מיל אומר שגם אם הדעה היא מוטעית חשוב להציג אותה משום דווקא באמצעות הכרתה אנו מעקרים ממנה את העוקץ ומבהירים לציבור הרחב איפה האמת ואיפה השקר. חשוב שהאמת תתמודד עם דעות כוזבות, רק כך היא תתמודד עם החיוניות שלה.
* עמדה שנראית בעייתית או לא נכונה, אם תאפשר לה להישמע אולי תבין שבעצם היא עולה עם דעתם בקנה אחד.

לטיעונים אלו יש כמה חולשות:

* הטיעון מן האמת הוא וריאציה של תפיסת השוק- אם ניתן תחרות חופשית אז המתחרה היעיל ביותר הוא זה שיביס את המתחרים שלו ואותו דבר גם על גילוי האמת- אם תאפשר סחר חופשי של דעות אז הדעה הנכונה היא זו שתבחר – הבעייתיות היא שזה יאפשר למדינה להתערב יותר מידי – העדר התערבות מוחלט של המדינה לא מאפשר תחרות חופשית, יש צורך בהתערבות ממשלתית כדי לקיים שוק חופשי למשל כדי לבטל מונופולים. בהקשר שלנו אפשר לטעון שיש כל מיני חסמים שמעוותים מסרים ויכול להיות שנצטרך גם כאן להסדיר את שוק הרעיונות והידיעות באופן שיכלול לא מעט התערבות. יש מי שיגיד שזוהי חולשה שהמדינה תתערב ויש מי שיגידו שזה לגיטימי שהמדינה תתערב.
* שיקולים של טווח קצר מול טווח ארוך- יש לתת לדעות להישמע, בתהליך הבירור של הדברים הדעת הלא נכונות ייחלשו. נניח שבטווח הארוך נגלה שהדעות האלו באמת לא נכונות, אבל השאלה היא אלו נזק הם גרמו בדרך – כמה אנשים הם הצליחו לגייס לטובת הדעות האלו? האם אנו צריכים לאפשר למפלגה שהיא גזענית לאפשר להתבטא או שפשוט צריך לבטל את הביטוי שלה ולהוציאו מחוץ לחוק?

1. הטיעון הדמוקרטי- המשמעות שלה היא שאנו מאפשרים לציבור להשפיע על עתידו, על גורלו. מעלים לבחירה את השאלות שנוגעות לכולנו ונותנים לכל אחד את ההזדמנות לתמוך במי שבעיניו מייצג את הגישה הנכונה. אנו רוצים להעניק לאנשים לפני קבלת ההחלטות שלהם את האפשרות לקבל החלטה מושכלת. שוק חופשי של רעיונות הוא תנאי לקיים משחק דמוקרטי אמיתי. הצידוק הזה הוא צידוק טוב אך גם הוא מחייב אותנו לסוג של ויתור, לעשות הבחנה בין סוגים שונים של ביטוי – למה יש חשיבות רבה לגבי הביטוי הפוליטי? לחופש הביטוי האומנותי? איזה שירות דברים אלו מספקים למשחק הדמוקרטי. מה שאפשר להסיק כאן הוא שלביטוי הפוליטי יש חשיבות רבה יותר מאשר לסוגי ביטוי אחרים.
2. טיעון חברתי- האוטונומיה של הפרט. חופש הביטוי הוא נגזרת של הזכות לאוטונומיה. חולשת הטיעון: אנו צריכים להסביר למה יש לתת חשיבות לביטוי? אבל אם הנימוק הוא נימוק של אוטונומיה אז נשאלת השאלה למה דווקא ביטוי? אנו יכולים לממש עצמנו בדרכים רבות ונוספות. הוא מחליש את המעמד של חופש הביטוי. גידי חושב שזהו טיעון פרובלמטי.

הרציונאליים האלו לא מוציאים אחד את השני, הם יכולים להתקיים ביחד וזוהי ככל הנראה צורת ההסתכלות הנכונה על הדברים. צריך לבוחן בכל מקרה איזה מהם עובד, ככל שהרציונאלים נוכחים יותר ביחס לביטוי מסוים אז גם המשקל שניתן לביטוי מסוים יהיה כבד יותר.

מהו הסטטוס, מעמד של חופש הביטוי?

פס"ד קול העם- ביהמ"ש העליון מציב את חופש הביטוי בתור זכות. מאז ועד היום ביהמ"ש העליון מתייחס לחופש הביטוי כאל זכות אדם חוקתית מה שמשאיר את השאלה פתוחה האם ניתן לקרוא אותו לתוך חו"י: כב"ה וחירותו או לא. בעת חקיקת חוקי היסוד הייתה הבנה בכנסת שלא מכניסים את חופש הביטוי לתוך חו"י:כב"ה וחירותו ולכן זה לא ראוי להכניס את חופש הביטוי מהדלת האחורית לתוך חו"י:כב"ה וחירותו.

פס"ד גולן נ' שב"ס: כשמכניסים אדם לבית סוהר זה לא אומר שכולאים את זכויות האדם שלו, ברור שהחירות שלו מוגבלות אך ככל שאתה יכול להמשיך ולכבד את זכויות האדם שלו כך ראוי שיעשה. נשאלת השאלה מה הסטטוס של חופש הביטוי? לכאורה אין חשיבות לשאלה הזו משום שזוהי החלטה מנהלית וזה לא חוק- כשזו החלטה של רשות מנהלית אין צורך לדון השאלה האם זה חלק מחו,י משום שדי בכך שתהיה פגיעה בזכות אדם גם אם אינה מעוגנת בחו"י, להבדיל מפסילת חוק.. מצא ודורנר דנים בזה בכ"ז. דורנר אומרת שחופש הביטוי נכנס בחו"י:כב"ה וחירותו רק כאשר זה נחשב להשפלה, היא משתמשת למעשה באותה רפליקה שהיא השתמשה במילר. האדם מושפל כאשר הביטוי שלו קשור להגשמה העצמית שלו. דורנר אומרת שפגיעה באוטונומיה היא השפלה- הכבוד במובן של השפלה בלע את האוטונומיה- אם עד היום חשבנו שהפרשנות של השפלה היא פרשנות מצמצמת והפרשנות של אוטונומיה היא פרשות מרחיבה, אומרת דורנר שפגיעה באוטונומיה של האדם.

גידי: זהו מהלך עקום, בעייתי מבחינה קונספטואלית. ביהמ"ש העליון נוקט גישה מרחיבה.

ברק- מה זה חופש ביטוי? חופש ביטוי זה אוטונומיה מראש, אבל אז הוא אומר שלא הכל הוא אוטונומיה "לא כל היבטיה של הזכות לחופש הביטוי נתפסים תחת הזכות החוקתית של כב"ה". זה גורם למצב שבו כל מעשה כמעט נכלל בתוך חו"י- אומנותי, פוליטי, מסחרי, אקדמי וכו'. הכל נחשב לאוטונומיה.

מצא-כל ביטוי מוגן דרך אוטונמיה.

ברק- רק כשזה אוטנומיה 🡨 זו העמדה שהופכת להיות מקובלת בפסיקה.

דורנר – עוברת מהשפלה לאוטונומיה, יש השפלה כשהיסוד הדומיננטי של הביטוי הוא אוטונומיה- זה לא זהה למה שאומר ברק.

**שיעור מס' 22- 12\01\19**

**מהו היקפו של חופש הביטוי?** בין אם הוא נכלל בחו"י או לא הוא זכות חוקתית. יש מדינות בהן יש ניסיון לצמצם היקף הזכות. בהתנהגותם של ברק ודורנר ביהמ"ש העליון פירש בהרחבה יתרה את הזכות וכך למשל בפרשת אלבה אמר ברק: חופש הביטוי משתרע כל ביטוי.... גם הגזענות נכללת בתוך חופש הביטוי" לאורך הזמן העמדה של ברק היא זו שמתקבלת. נשאלת השאלה, למה? יש מתח בין הרציונאליים שעומדים מאחורי חופש הביטוי לבין הכללת הביטוי הגזעני בתוך חופש הביטוי- כשאנו בחונים את הביטוי הגזעני בפריזמה של הרציונאלים, יש כאן קושי.

1. גילוי האמת– ברק אומר שהקושי הזה לא מקובל עליו, אכן הגזענות היא שקר אך האמת תצא לאור רק באמצעות סחר חופשי בין כל הדעות. גם אם אנו יודעים שהעמדה שאנו מאפשרים לה להישמע היא שקרית, חשוב מאוד לתת לה להישמע משום שדווקא ההתמודדות איתה תחזק את ההכרה באמת.
2. הגשמה עצמית- ברק אומר שלשם הגשמת עצמנו עלינו להיות מודעים לדעות גזעניות. לגידי זה לא נראה, הוא אומר ש אם נאפשר הגשמה עצמית מסוג של חופש ביטוי שכולל גזענות תמנע הגשמה עצמית של אחרים, כלפיהם מופנה הביטוי הגזעני.
3. דמוקרטיה- ברק אומר שבדרך של הצגת כל הדעות בין אם הן גזעניות, מתגשם הרציונאל הדמוק'.

האם ביטוי שיש בו לשון הרע מכוסה תחת חופש הביטוי? ברק קובע בפרשת אבנרי שכן.

1. הגשמה עצמית של המפרסם.
2. חיפוש אחר האמת יתאפשר רק באמצעות הצגת כלל ההשקפות.
3. רק החלפה החופשית של כל הדעות וכל ההשקפות מאפשרת משחק דמוקרטי ראוי.

חופש הביטוי הוא אחת הזכויות שביהמ"ש עושה כל מאמץ למנוע כרסום בה ומונע פרשנות מצמצת של חקיקה, במקרים בהם לא ניתן שק"ד, ובאופן עקרוני גם בנכונות לשקול חקיקה ראשית במקרה בו היא מגבילה בצור מוצדקת את חופש הביטוי.

עוברים לשלב ב', שלב איזון- מצד אחד שמים את חופש הביטוי ומצד שני את מה שמאפשר שלילה לביטוי. בהקשר של כהנא בחרו איזון אנכי(אותו איזון שבחרו בחופש הביטוי)- נוסחת האיזון הספציפית שתבחר מייצגת את מידת המחויבות שלל ביהמ"ש לזכות שעומדת להישלל לכן היינו מצפים שאם מדובר בביטוי מאוס או גזעני אז בית המשפט ישתמש בנוסחת איזון שתאפשר פגיעה בחופש הביטוי ולא כך קורה. בית המשפט לא רק כולל את הביטוי הגזעני בחופש הביטוי הוא גם מאפשר את אותה מידת ההגנה שהוא מעניק לכל שאר הביטויים.

פס"ד קול העם- סמכות שניתנת לשר לסגור בעיתון אם לדעתו ההתנהגות עלולה לדעת שר הפנים לסכן את שלום הציבור, בעיתון קול העם מתפרסמת אמירה – סמכות שניתנת לשר הפנים לסגור עיתון לפי ס' (??) "מקום שהפרסום עלול לדעת שר הפנים לסכן את שלום הציבור". עיתון קול העם מתייחס לאמירה של שגריר ישראל באו"ם, במלחמת קוראיה, שמידת הצורך ישראל תעמיד את גיסותיה לטובת ארה"ב וזה מעורר את זעמה של המפלגה שנאמנה לתפיסה הקומוניסטית ולאמא רוסיה. הם מתבטאים בחריפות. השר מורה על סגירת העיתון לזמן מסויים ועל זה מוגשת העתירה. בחוות הדעת העיקרית, מפי **השופט אגרנט**: היה שופט בביהמ"ש מחוזי, היה היחיד שבא מרקע אמריקאי- מאונ' שיקגו ולכן גם מושפע מהשיח האמריקאי.

פס"ד זה מחולק לשלושה חלקים- אגרנט מקבל החלטה מושכלת, אסטרטגיות – הוא לא פותר את הבעיה הספציפית אלא את כל הבעיה בצורה מורחבת, פס"ד ארוך במונחי שנות ה-50. כמה נק' חשובות:

1. שלב א':
2. התמקדות בחופש הביטוי- לכאורה היה אפשר לקחת את פס"ד הזה למישור המנהלי בלי להזכיר זכויות האדם ולבדוק האם שק"ד שהפעיל השר היה סביר או לא. אגרנט בוחר לקחת את פס"ד למגרש החוקתי. הוא מדבר על החשיבות של חופש הביטוי והתפקיד המרכזי שלו במדינה דמוק'. הוא משמש תנאי למימוש זכויות אדם אחרות.
3. האופן שבו ביהמ"ש מבסס את חופש הביטוי הוא ע"י הבסיס הדמוקרטי של המדינה- חופש הביטוי יונק ישירות מכך שמדינת ישראל היא מדינה דמוק' אז בהחלט אפשר לומר שהמבנה הדמוק' שלנו ניתן לגזור ממנו גם זכויות חוקתיות אחרות, ניתן גם לגזור ממנו מבנים דמוקרטיים (הפרדת רשויות וכו').
4. ניתן לפגוע בחופש הביטוי, שלב ב': חופש הביטוי הוא לא יחיד, יש עוד ערכים ויש לאזן ביניהם- היום זה מאוד מובן לנו אבל זה לא היה כ"כ מובן בשנות החמישים, אז זה היה מאוד חדשני, לא אמריקאי- בארה"ב יש טשטוש, צורת החשיבה היא מאוד דומה אבל האופן בו הדברים מוצגים הוא אחרת- אם יש הצדקה לפגיעה בזכות אז הזכות בכלל לא קיימת לעומת מדינת ישראל – יש לך זכות אבל אפשר לפגוע בו – בארה"ב שלב ב' מכתיב את התשובה לשלב א'. דווקא השופט אגרנט שמגיע מרקע אמריקאי דווקא הוא לא נסחף אחרי התפיסה האמריקאית.
5. איך ניתן לפגוע בחופש הביטוי? המונח "עלול" בחוק הוא מונח פתוח, איזו מידה של סיכון נכללת בחוק? (פס"ד מתעסק יותר בשאלת ההסתברות ופחות בעצמת הפגיעה) בהקשר הזה אומר אגרנט, אם נבחר דרישה לקש"ס קרוב, אנו מצמצמים את טווח הפעולה של המדינה ומרחיבים את חופש ההגנה של חופש הביטוי, עלומת זאת אם אנו מסתפקים גם בהסתברות נמוכה, אנו מרחיבים את חופש הפעולה של המדינה ומצמצמים את ההגנה על חופש הביטוי- הוא בוחר בגרסא שמרחיבה את חופש הביטוי, דורש את הקרבה לוודאות.
6. הוא לוקח את נסיבות המקרה ובוחן אותם לאור נוסחת האיזון שהוא הציע ומסקנתו היא כי לא קיימת וודאות קרובה לכך שאם העיתון ימשיך להיות מפורסם, תהיה פגיעה בשלום הציבור.

להבדיל מפרשת בז'רנו שבה השיקולים הם שיקולים מן התחום האזרחי, פה אנו נוגעים בשיקולים שהם ענייני בטחון וכאן לכאורה היה ניתן לצפות שביהמ"ש יהיה הססן יותר, אך אגרנט לא מהסס ופוסל החלטה שכביכול פוגעת בשלום הציבור ובשיקולים ביטחוניים. מדובר בשנות החמישים, לכן במובן הזה פס"ד הוא חשוב מאוד. גם לפסקי דין יש אורך חיי מדף מסוים, מועד פקיעה בו פס"ד מפסיק להיות רלוונטי- זהו אחד מפס"ד הבודדים שימשיכו להילמד כ"כ הרבה זמן, בגלל הראשוניות, החדות, הבהירות והאומץ שעומדים מאחורי ההנמקה.

מבחן הקרבה לוודאות שהוצמד ע"י אגרנט לביטוי מסוים שמופיע בחוק מסוים, הביטוי "עלול"- אפשר להגיד ש"עלול" זה קרבה לוודאות.

ברק בפרשת שינצר – מייבא את המבחן הזה לכל סיטואציה שבה ממצד אחד יש לנו חופש ביטוי ומצד שני יש לנו בטחון המדינה או שלום הציבור. הפרדיגמה מתרחבת.

פס"ד אבנרי- חופש הביטוי מול הזכות לשם טוב. אבנרי עומד להוציא ספר נ' אברום שפירא. ביהמ"ש העליון שואל האם פרסום שיש בו לשון הרע מכוסה תחת חופש הביטוי ונקבע שכן. יש כאן התנגשות בין חופש הביטוי לשם טוב, צריך לאזן. לכאורה יש נוסחת איזון, אז מה נשאר לביהמ"ש? הוא צריך אחרי 92 הוא לקבל או לפסול את החוק, לפני 92 אין לו אפשרות לפסול את החוק אלא הוא צריך להשתמש בנוסחת האיזון שקבע המחוקק- ברק לא מקבל את זה ואומר שהוא יכול גם להפעיל שק"ד האם לספק את הסעדים שביקש שפירא, במסגרת תקנות סד"א יש לנו שק"ד – אם יש לנו שק"ד באיזה כיוון עלינו ללכת?

1. ברק אומר שבאיזון זה בין הערך האישי והציבורי לשם טוב לבין הערך לחופש הביטוי יש לתת משקל מיוחד לחופש הביטוי.
2. חופש הביטוי נוגע לאישי ציבור- לכן יש לתת לו משקל גדול.

אם בד"כ ביהמ"ש העליון שם זכויות זו מול זו ומדגיש את זה שהן בעלות שווה, מה שמצדיק ומסביר את סוג האיזון הנבחר, הלוא הוא האופקי, כאן ברק מראש אומר שיש כאן שתי זכויות אדם אבל אחת יותר חשובה מהשנייה. זאת פעם כמעט היחידה שברק מאזן בין שתי זכויות ומציין שאחת יותר חשובה מהשנייה.

הדיון הוא דיון שיכול להתקיים באחד משני השלבים:

1. לפני הפרסום- האם לצנזר? האם לסייע לתובע לבסס טענה? בשלב זה לביהמ"ש יש מרחב תמרון יותר גדול.
2. אחרי הפרסום- סעדים ופרשנות החוק וכיו"ב לגבי נושא הסעדים.

**בשלב מס' 1 ברק נוקט בגישה מקסימליסטית בכל הנוגע להגנה על החופש הביטוי:**

1. בד"כ אני לא נותן ציווי לשעה משום שזה ייפגע בתפקודה של העיתונות ושאר אמצעי הביטוי. מודע לכך שיש פגיעה בשם הטוב אך הוא רק כך יתקיים עקרון חופש הביטוי. עם זאת זה לא סותר את האיזון שנקבע בחוק איסור לשון הרע. האם לתת הגנה לשם הטוב? לא, רק כאשר שהתובע מראה שאין שום סיכוי שהנתבע יצליח להראות שאין כאן פגיעה. בד"כ אני לא נותן צו עיוץ אפשר לומר שבכל המור בעימות שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב בשלב המוקדם, לפני הפרסום, ברק משתמש בנוסחת איזון אנכית, הוא לא מבצע פשרה בין שני הערכים, הוא בעצם מבצע פה הכרעה. נותן צו מניעה רק בתנאי שהתובע יוכיח שהשם הטוב אכן הולך להיפגע.
2. יש כאן מדרון חלקלק- במקרה של ספק עדיף לטעות לטובת חופש הביטוי. צריכים להגן על חופש הביטוי יותר מכל זכות אחרת- היא הזכות הרגישה והפגיעה ביותר ולכן אני מעדיף לטעות לטובתה.

לסיכום, לפני הפרסום ברק נוקט באיזון אנכי ונותן עדיפות ברורה לחופש הביטוי לעומת זכויות אחרות.

אחרי מעשה, אחרי הפרסום:

1. פיצויים בגין הפגיעה בשם הטוב- זה לא עוזר, אי אפשר להחזיר את הגלגל לאחור, הפגיעה בשם הטוב של איש ציבור היא פגיעה קשה שקשה מאוד לשפות עליה ולהחזיר את המצב לקדמותו
2. המחוקק יצר מנגנון הרתעה- אזרחי ופלילי, ובנסיבות האלה, אם אדם בכ,"ז מתבטא חרף הסכנה שצפויה לו – זה מוריד את ההסתברות לפגיעה בשם הטוב משום שהמפרסם לקח בחשבון את העונש הצפוי לו וכך הוא לא יפגע בשם הטוב.

המטרה של הדיון הזה הוא להראות כיצד יש כאן סטייה מהמשחק הרגיל של האיזון האופקי, יש העדפה חזקה מאוד של חופש הביטוי מעל השם הטוב בשל החשיבות הרבה הנודעת לזכות לחופש הביטוי והפגיעות הרבה שיש לחופש הביטוי כאחד הערכים או הזכויות שתהיינה הראשונות להיפגע במשטר שרוצה לשלוט, הרי הדיבור הביקורתי מעורר כעס אצל אנשי השררה. כשיש פגיעה בשם הטוב בית המשפט לא מסתפק בפחות מוודאות כדי לפגוע בחופש הביטוי.

פס"ד כהנא- השוואה קצת יותר מורכבת, מתקבלת החלטה לצנזר בצורה משמעותית את הסיקור התקשורתי של כהנא והעותרים טוענים שהדבר פגע בחופש הביטוי שלהם. הנק' המעניינת במקרה הזה היא ביהמ"ש מתייחס אל רשות השידור התייחסות מורכבת יותר ממה שקורה בד"כ כשמודבר בשלטון ובמדינה, בד"כ המדינה היא בורר בין ערכים, עוסקת בחלוקת הזכויות והאינטרסים במקרה שיש ביניהם התנגשות. כאן, רשות השידור היא משהו מיוחד, מלבד היותה פונק' שלטונית היא גם עוד שני דברים: מצד אחד במה שצריכה להתאפשר לדעות להישמע ומכוח זה מוטלת עליה חובה מוגברת לכבד את חופש הביטוי ולאפשר נישות שווה למכשיר הזה שמצוי בידיה, זה נשמע משכנע בפרט כשמדובר בערוץ תקשורת יחיד באותה התק' – זהו היבט משכנע. מצד שני, ביהמ"ש מתייחס לרשות השידור גם כאל דובר- יש כאן לא רק את חופש הביטוי של כ"ך אלא גם את חופש הביטוי של רשות השידור- חופש להתבטא וחופש להימנע להתבטאות, שגם היא בפני עצמה מהווה סוג של התבטאות, רשות השידור בפני עצמה יש לה את הזכות הבסיסית לשקול מה להביא לשידור ומה לא להביא לשידור כחלק מחופש הביטוי שלה- זהו נימוק פחות משכנע מהסיבה שאם מדובר בגוף שהוא חלק מהשלטון זה קצת משונה להתייחס אליו כאילו יש לו חופש ביטוי משלו. זה בין כה וכה לא משנה לנוסחת האיזון שביהמ"ש מפעיל- וודאות קרובה. זוהי קלישאה חוקתית- ביהמ"ש לוקח נוסחת איזון קיימת במקום מסוים ומעתיק אותה למקום אחר ללא כל התייחסות לפרטי המקרה. שורה תחתונה, אין כאן שום דבר חדש.

**ביטוי מסחרי:**

פס"ד קידום נ' רשות השידור- תקנון רשות השידור מסמיך את רשות השידור לפסול תשדיר אם אינו עומד באמת המידה של טעם טוב, רשות השידור אכן מגיעה למסקנה הזו בנוגע לפרסומת של קידום- קונוטציה לקללה, פגיעה ברגשות וכו'. השופטת דורנר (דעת רוב)- קיים קשר ישיר בין הרציונאליים לבין המשקל של הביטוי- הם מגידים את ההיקף של החופש הביטוי ובעיקר את משקלו של חופש הביטוי. בהקשר זה לא כל הרציונאליים האמורים מתקיימים לגבי כל סוגי הביטויים באותה עוצמה. אין להגביל ביטוי פוליטי אך בשל פגיעה ברגשות, לא כל הרציונאליים של חופש הביטוי חלים על ביטוי מסחרי- לדוג' שמירה על ההליך הדמוק' על כן אין מניעה עקרונית מלהגביל ביטוי מסרחי הפוגע ברגשות הצבור ואולם הגבלה זו צריכה לעמוד במבחנים שנקבעו לחופש הביטוי ואין הבדל בעניין זה בין ביטוי מסרחי לבין אף ביטוי אחר – ההר הוליד עכבר – אם חשבנו שהולכים להפריד בין ביטוי מסחרי לבין ביטוי אחר – זה לא מה שקורה, אין הבדל.

לעומת זאת, פסיקה מאוחרת יותר אומרת דורנר- גבולות חופש הביטוי המסחרי צרים יותר מהאמנותי ועוד יותר צרכים מהפוליטי.

**פרק ד'- מדינה יהודית ודמוקרטית**

למד"י יש מאפיינים שמשפיעים על המבנה החוקתי של המדינה:

1. מדינה שמאז והקמתה מצויה בסיכון קיומי. ישנה השפעה על כללי המשחק- מדינות שנמצאות באיום בטחוני, יש להן נטייה להעצים את הרשות המבצעת על חשבון המחוקקת.

בתחום זכויות האדם- מדינה שנמצאת באיום בטחוני לא יכולה להרשות לעצמה את המותרות של הגנה על זכויות האדם בצורה הכי אידיאלית. הדברים מתחדדים כשאנו בוחנים את האופן שבו מדינות אחרות מתמודדות עם סיכונים שהם הרבה יותר מרחיקי לכת מאלו שאנו נוקטים. הן מבחינת ההגנה על זכויות האדם והן מבחינת הפרדת הרשויות אנו אף יכולים לתת להם שיעורים. אין ספק שהעובדה שמד"י מתמודדת עם האיומים האלו בזמן כלכך ארוך מחייבת אותה לבדוק איך מצמצמים את הסטייה מהסטנדרט הן בתחום כללי המשחק והן בתחום של זכויות האדם ולבדוק איך אנו יכולים להצשיך ולחיות את חיינו. ביהמ"ש העליון יש תפקיד מרכזי בניסיון להוביל את הספניה שלנו למקום הנכון. יש הטוענים שבמקומות מסוימים בית המשפט הפריז בהחלטותיו ובניסיונותיו להוביל אותנו לאוטופיה.

1. מד"י היא מדינת הלאום של העם היהודי- לא מדובר באיפיון ייחודי. במדינות המערב הדמוק' יש שני דגמים- חלק ממדינות הלאום ההשתייכות ללאום היא באמצעות אזרחות ובחלק מהמדינות הלאום יש לו זכות קיום עצמאית במנותק מהמדינה, אלא בשיוך לקבוצה אתנית בעלת מאפיינים משלה. קבוצה קיימת ועצמאית מהמסגרת הפוליטית ומדינת הלאום היא מדינה שמנסה לייצר חפיפה כמה שיותר גדולה בין המסגרת הפוליטית לבין הקבוצה הלאומית המדוברת. המציאות הזו של מד"י מאתגרת את המבנה החוקתי, משום שעצם המחויבות של המדינה ללאום שעבור הגדרתו היא הוקמה עומד במתח עם המחויבות שלה לשוויון בין כל אזרחיה שכן לא קיימת בנמצא מדינה שבה ציבור האזרחים כולו משתייך לקבוצת הלאום של המדינה.
2. יש למד"י מאפיין ייחודי לעומת מדינות לאום אחרות- הגדרת ישראל כמדינה יהודית מכניסה אותנו ל"לופ" נוסף- ההגדרה הזו של מד"י כמדינת לאום מכניסה אותנו פנימה לסוגיות שקשורות לדת. יהודי הוא מגדיר לא רק של לאום ייחודי אלא גם של דת ייחודית- מה שמעורר באופן מיידי מתח פוטנציאלי בשאלות שיש בהן התנגשות בין דרישות הדת לבין הדרישות הדמוק'.

**ישנם שני שסעים במדינה:**

1. בין היהודים ללא יהודים
2. בתוך הקבוצה היהודית- בשאלות של זיקת המדינה ליהדות והיצמדות האורתודוקסית של המדינה.

ניתן לזהות שלוש גישות אפשרויות:

1. הכיוון בו אוחזת המנהיגות של המיעוט הערבי במדינה וחלקים מאוד מצומצמים מקבוצת הרוב היהודי- מד"י לא יכולה להיות בעת ובעונה אחת גם יהודית וגם דמוק'- אם היא רוצה להיות באמת דמוק' היא צריכה להפסיק להיות מדינה יהודית. מדינה שתאפשר לכל קבוצת לאום אוטונומיה במישור התת מדינתי, אבל במישור המדיני היא צריכה לייצג את שני הלאומים. הטיעון הזה הוא לא רק כנגד המאפיין של מד"י, שכן היא לא היחידה שמתפקדת כמדינת לאום – זה נראה כמו טיעון נגד הקיום של מדינת לאום והפרעתו לדמוק'. זה נוגד את רצונם של הפלשטינאים- איך אפשר לגנות את מדינת ישראל כמדינת לאום ובאותה נשימה לבקש לעם הפלשטינאי מדינה משלהם.
2. ננקט ע"י ביהמ"ש העליון- מכחיש את קיומו של המתח בין המאפיין היהודי לבין המאפיין הדמוק'- מד"י יכולה להיות גם יהודית וגם דמוקרטית ואין שום מתח ביניהם. גידי: זוהי עמדה מגוחכת, אפולוגטית, שמתעלמת מהמציאות. בשלה הראשון היא מתעלמת מהמציאות ובשלב השני היא מתחילה להתאים את המציאות לאיפיון הזה. כל פעם שעולה על הפרק מאפיין של מד"י שיש לו זיקה להגדרתה כמדינה יהודית, ניתן לזהות בהתנהגות של ביהמ"ש השהייה ונסיגה תוך איון המאפיין היהודי. אם טוענים כשאין מתח, אז כדי כשלא יהיה מתח הדבר מחייב לוותר על המאפיינים של המדינה כיהודית, מה שמוביל אותנו לאפשרות ג'.
3. קיים מתח באיפיון של מדינה כמדינת לאום לבין ערכי יסוד בסייסים כמו שוויון- המתח הזה לא צריך להפחיד אותנו, הוא בן לוויה קבוע של השיח החוקתי- יש לאזן בין הערכים. השאלה החשובה היא האם להגדרה עצמית של מדינת לאום יש בסיס מוסרי, האם זה ניתן להצדקה? אם כן, יש התנגשות בין ערכים- בין הזכות של חבר קבוצת המיעוט לשוויון לבין הזכות של חבר קבוצת הרוב להגדרה משלו 🡨 יש לעשות איזון. במסגרת האיזון יש לבחון עד כמה פרקטיקה מסוימת היא הכרחית לצורך שמירה על המאפיין הלאומי של המדינה, מהי מידת הפגיעה של המדינה בחברי קבוצת המיעוט. ברגע שאנו מבינים את הדברים האלו, אז אפשר להתחיל ולדון בעניין מתוך גישה שמישירה מבט אל המציאות ומתמודדות איתה.

השסע הפנים יהודי הוא לא שסע שיוכל להיות מוכרע ישירות על בסיס הגדרת מד"י כמדינה יהודית.יש לברר האם פרקטיות מסוימות שיש לאמץ אותן פוגעות בזכויות אדם? האם כל פרקטיקה שמזהה בין כל מדינה לבין הדת היא פרקטיקה שפוגעת בזכויות האדם? התשובה היא לא, יש לפגוע כל מקרה לגופו.

**לסיכום:**

1. שום דבר אין מתבקש מהגדרת המדינה כמדינה יהודית-0 היא יכולה להיות יהודית גם בלי להכניס כללים יהודים לספק החוקים.
2. לא כל אימוץ של כללים דתיים הוא באופן אוטומטי פגיעה בזכויות אדם.

**שיעור מס' 23- 12\01\23**

**שבות אזרחות ומרשם**- בנושא זה באים לידי ביטוי שני שסעים- השסע הפנים יהודי והשסע הערבי יהודי.

בהיבט הפנים-יהודי הדברים מתמקדים ביחס לשני חיקוקים: חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין. חוק מרשם האוכלוסין הוא חוק פשוט- מייצר מאגר רשומות ביחס לכל אחד מהאנשים שחיים בארץ באופן חוקי ואחד מהם הוא מרכיב הלאון. חוק השבות- כל יהודי יכול לקבל אזרחות באופו כמעט אוטומטי. כיום החוקים האלו מחוברים- חוק השבות מגדיר יהודי וחוק מרשם האולוכסין מדבר על יהודי כהגדרתו בחוק השבות. עד שנות ה70 לא הייתה הגדרה למיהו יהודי והחוקים הללו לא היו מחוברים. לחוק המרשם אין נפקויות בפרט לא בסוגיית הלאום, והוא מתבטא בעיקר בהיבט הסמלי. חוק השבות- כל יהודי מקבל אזרחות והחל משנות ה-70 גם קרוב משפחה של יהודי מדרגה מסוימת מקבל אזרחות.

חוק השבות נחקק ב-1950, תש"י- לא כלל את ההגדרה למיהו יהודי. למה לא הייתה בו הגדרה? אף אחד לא העלה בדעתו שיהיה בנושא הזה ספק, מחלוקת ולכן לא היה צורך להגדיר מיהו יהודי אך עם השנים התברר כי יש צורך להגדיר מיהו יהודי.

**פס"ד שבהם השאלה מיהו יהודי לצורך החוקים הנ"ל עמדה על הפרק:**

בג"צ רופאייזן- 1962-(לא ברשימת קריאה)- נולד יהודי והתנצר במהלך השואה והצטרף למנזר ושם הוא קיבל את השם האח דניאל ולאחר קום המדינה הגיע למדינה כדי להיות במנזר הזה וחי בארץ כשתושב קבע ורצה לקבל תעדות עולה, להירשם כיהודי ולהפוך להיות כאזרח המדינה. בקשתו נדחתה, שופטי הרוב הביעו סימפטיה- השופט זילברג- האח דניאל לא ייטול חלק אמיתי בעולמה של היהדות, לא ניתן להתנתק מההיסטוריה- מי שהמיר דתו לא יכול להיות מוגדר לצורכי לאום כיהודי. עמדתו של זילברג הייתה מקובלת גם על דתיים וגם על חילוניים במד"י, לא ניתן לנתק את עצמנו מההיסטוריה ומהמורשת של העם היהודי.

יש דעת מיעוט, חיים כהן- לא מחויב למה שהיה בעבר, מייצר דברים חדשים ועובר לפרשנות טכנית של החוק-הזכות לשוב למד"י נתונה לכל אדם המעוניין לחזור לישראל ולהשתקע בה. מבחינת חיים כהן מדובר במבחן סובייקטיבי- אדם המצהיר בתו"ל כי הוא יהודי ורואה עצמו כיהודי אין למנוע ממנו לקבל אזרחות מכוח חוק השבות. יש כאן גישה קיצונית של חיים כהן שמנתק לחלוטין את המושג יהודי באופן אובייקטיבי אלא משאיר את החלק הסובייטקייבי- מי שרואה עצמו יהודי. זה מוביל לגישה שאומרת שחייבים להיות יסודות אובייקטיבים בהגדרה. עפ"י תפיסות מסוימות דתיות אדם הממיר את דתו עדיין יהודי במבונים מסוימים.

פרשת שליט-סוף שנות ה-60- שליט פוגש מישהי סקוטית לא יהודיה, הוא נישא לה אזרחיים, היא מקבלת תעודת תושב, מצהירה על עצמה מחוסרת דת וכבת הלאום הבריטי. נולדים להם בן ובת, אין להם בעיה של אזרחות עפ"י חוק האזרחות. הסוגיה נסבה סביב שאלת המרשם, וסביבה בלבד- הם מבקשים להירשם כחסרי דת בסעיף הדת והבקשה מתקבלת ובסעיף הלאום הם מבקשים להירשם כיהודים והבקשה מסורבת-הוא טוען כי מבחינת דת הם אל יהודים אך מבחינת הלאום הם כן יהודים, הוא לא חוזר על עמדתו של חיים כהן, אלא אומר שהיסוד הסובייקטיבי קיים אך חייב להיות גם אובייקטיבי- והוא קיים כאן, הם גדלים במד"י מדברים עברית ותרבותם היא יהודית ישראלית- שייכים ללאום היהודי. ביהמ"ש העליון בהרכב של תשעה שופטים (היה נדיר ביותר באותה תקופה, פעם שנייה בתולדות ביהמ"ש העליון ב22 שנותיו שביהמ"ש ישב בהרכב כ"כ גדול, מצביע על חשיבות הנושא)- בשלה הראשון הם עושים ניסיון להימנע מהכרעה הם עושים זאת בפנייה למד"י למחוק את ס' הלאום מחוק המרשם, מדובר כאן בשאלה, אמר הנישא אגרנט, אידיאולוגית במהותה ולא משפטית ושנויה במחלוקת עמוקה במשפט הישראלי ולכן כדאי שהמדינה תמחק את הסעיף הזה. הממשלה מסרבת ואז חייבים לתת פס"ד, זה נפסק לטובת העותרים ברוב של חמישה מול ארבעה.

התוצאה מהלכה זו- מחייבים לרשום את ילדי העותרים כיהודים, זה מעורר זעזוע, סערה ציבורית ומשבר קואליציוני- כתוצאה מהלחץ מתוקנים חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין- נחקק סעיף המגדיר מיהו יהודי- "בן לאם יהודיה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת"- מי כאן ואילך השאלה הופכת להיות מיהו גר? מה נחשב כתהליך גיור לצורך החיקוק שלנו? פה חשוב לציין, להבדיל משנות ה-50 ששם נמנעו מלהגדיר יהודי כי לא חשבו על האפרות הזו, במקרה זה ברור לחלוטין שאין הגדרה לגר כתוצאה מהימנעות מכוונת של המחוקק, הייתה מחלוקת קשה בכנסת- האם זה עפ"י ההלכה, או עפ"י הזרמים הליברליים יותר ובסופו של דבר החליטו לא לעשות את שניהם, השאירו את השאלה המשמעותית פתוחה. ח"כ שלום כהן התנגד קשות לעניין כזה, הוא אומר שהשאירו את השאלה הכי גדולה פתוחה- הם מרגיעים אותו ואומרים לו שזה "יסתדר תוך כדי תנועה", יהיה בסדר. הבעיה היא שזה לא כ"כ הסתדר, הנק' החשובה היא שזוהי לא תוצאה של שגגה אל תוצאה מובהקת של החנקת מחלוקת כדי לסגור את הסיפור ולהמשיך הלאה. באותה תחנה מוסיפים עוד סעיף לחוק השבות 4(א) שהעניק את הזכות לעלות ארצה ולהתאזרח לא רק ליהודי אלא גם לקרוב משפחה של יהודי. בהיסטוריה הלא רחוקה אנשים הוגדרו יהודים גם כשמבחינה הלכתית הם לא היו כבר יהודים ובכ"ז נרדפו על עצם היותם יהודים ולכן מן הראוי שנתייחס גם אנו לאנשים אלו כיהודים.

פס"ד סוזן מילר- 1987- צעירה אמריקאית שמתגיירת בחו"ל, גיור לא אורתודוקסי ומשנה את שמה לשושנה ואפילו משמשת כחזנית בבית הכנסת ואז מהגרת לישראל, עולה ארצה. מקבלת אשרת עולה משום שקוראים לה שושנה מילר- זהו שם גרמני יהודי ולא יהודי, פעם חשבו שהוא יהודי. היא מגיעה למשרד הפנים בשביל לקבל ת.ז., היא מביאה להם את תעודת הגיור, והם לא מקבלים את זה ולא רושמים אותה כיהודיה- שר הפנים רוצה לרשום שהיא יהודיה שהתגיירה, בית המשפט לא מקבל את זה. בסופו של דבר היא נרשמה כיהודיה, אך לא חיה בישראל.

פס"ד אליאן פסרוב גולדשטיין 1993- מתגיירת גיור לא אורתודוקסי והתחנה עם מישהו יהודי, הבקשה שלה לאזרחות נדחת. היא עותרת לביהמ"ש העליון. חשוב לציין כי בדרך הגיעה לביהמ"ש פרשת ש"ס שבה נקבע כי יש לרשום אדם כיהודי אם עבר גיור כלשהו, הלכת ש"ס. בפרשת מילר עוד אין הלכה, משום שמשרד הפנים לא אומר שהוא לא יכול לרשום שהוא יהודי אלא שהוא רוצה לרשום יהודי שהתגייר- בפרשת ש"ס יש ממצא פוזיטיבי. השאלה שעולה היא מדוע לא רוצים לרשום את פסרוב בתור יהודיה, הרי עפ"י הלכת ש"ס צריך לרשום אותה כיהודיה- שר הפנים אומר שמה שנקבע בפרשת ש"ס היה לגבי אנשים שהתגייר בחו"ל, וגב' פסרוב התגיירה בארץ- זה משנה משום שיש לנו חוק שנקרא "פקודת העדה הדתית(המרה)" שקובעת כי המרת דת שבוצעה בשיראל, כדי שתקבל תוקף, צריכה לקבל בין היתר לקבל את האישור של ראש העדה הדתית שאליה מבקש ממיר הדת להצטרף. ביהמ"ש לא מקבל זאת ואומר שפקודה זו אין לה רלוונטיות לצורכי חוק השבות ומהרשם, היא מתעסקת רק בסוגיות דתיות, אם היא רוצה להתחתן וכו'. זה קצת דומה לפרשת מילר, מד"י אומרת "בסדר, אבל..." ודוחה את הטענה שנגדה. חזרנו לאותו המצב בו צריך לרשום עליה ולתת לה זכאות לשבות- פה ביהמ"ש נעצר, ברק אומר, שאלת הפירוש של חוק השבות והמרשם לא הוצגה בפני ביהמ"ש אלא נשאלה רק מה הרלוונטיות של חוק ההמרה ביחס לחוק השבות והמרשם, זה מגוחך. מוסיף ואומר, אם המחוקק לא יוסיף על דברו ויפתור בעיה זו, הייתי יכולת לתת תשובה, אבל אני לא נותן את התשובה שלי כי אני רוצה שבית המחוקקים ייתן את התשובה שלו לעניין זה ואם הם לא יקבלו את החלטה בעניין זה, אז ביהמ"ש ייקבל החלטה בעניין זה וההחלטה תהיה משפטית ולא חוקית.

פס"ד נעמ"ת- מתחילים להתרכז תיקים שהם רק תיקי מרשם וכמה תיקים שהם גם מרשם וגם שבות. ברק "מריח" שאין לו רוב מספק בעניין המרשם והשבות והוא הולך רק על התיקים שבהם השאלה היא שאלת המרשם ויש כאן הכרעה חלקית, כלומר, אומר ביהמ"ש בכל הנוגע לרישום (מדובר בגיורין שבאופן עקרוני התרחשו בארץ) יש לרשום את המתגייר כיהודי. אבל ביהמ"ש אומר במפרוש כי הוא לא מכריע בשאלה מה משמעותו של הביטוי "או שהתגייר" בחוק השבות- שאלה זו נותרה פתוחה. הכיצד? איך אתה אומר שהשאלה פתוחה הרי הרגע חייבת אותם לרשום את הילדים של אלה שתגיירו בארץ כיהודים. כדי להכריע כך אני לא צריך לקבל החלטה בעניין המהותי מיהו יהודי או מיהו גר. אני מסתמך כאן על קונסטרוקציה, ככה אומר ביהמ"ש, שהוצעה ע"י ביהמ"ש העליון בעניין אחר לגמרי- בעניין סטטוס- בפרשה שנקראת פונק שלנזינגר- זוג שנישא בקפריסין וחוזר לארץ ורוצים להירשם כנשואים- ביהמ"ש מקבל את הבקשה אך אומר כי הוא לא הולך להכריע האם הנישואים תקפים או לא. איך אפשר לומר דבר כזה, אומר ביהמ"ש כל מיני דברים לא ברורים כמו "לפקיד המרשם, לאנשי משרד הפנים, אין סמכות לבחון ולהכריע בשאלת התקוף של מהמסכמים שמובאים לפניי, מסמכי הנישואים" והרי זוהי הסיבה שזה הגיע לביהמ"ש, כדי שביהמ"ש יכריע- אך ביהמ"ש אומר שאין חשיבות לעניין משום שחוק מרשם האוכלוסין עצמו אומר לגבי סעיף הסטטוס, שמה שכתוב בו אינו מהווה ראייה לשום דבר ועניין, במילים אחרות, נניח מחר בבוקר תתעורר שאלה לגבי הסטטוס של גב' פונק, אז התשובה תהיה שאין שום תוקף למסמכי הנישואין, זה לא מהווה ראייה. ביהמ"ש אומר שיש כאן מסמך שהתוקף שלו לא ברור אבל זה לא חשוב ואין לזה שום רלוונטיות ובעצם אנו יכולים להורות על הרישום של בני הזוג כנושאים מבלי שקבענו דבר לגבי הטקס. ברק משתמש באותו רציונאל במקרה שלנו- האמור בו לא מהווה ראייה לשום דבר ועניין, אפשר להורות על רישומם של העותרים כיהודים מבלי שתהיה לזה שום השלכה האם הם יהודים לצרכים אחרים כמו חוק השבות. בעבות פרשת נעמת נחקק חוק שסעיף הלאום לא מופיע בת.ז., הוצע על ידי ש"ס.

פרשת טושביים 1: ישנם כמה תיקים שיש בהם גם גיור וגם שבות וביהמ"ש דחה אותם בפרשת נעמת משום שברק ראה שהוא לא מצליח להשיג רוב כדי לקבוע שיש להם אזרחות ישראלית והוא דוחה את זה להמשך. בא כוח העותרים, הרב אורי רגב, נציג הזרוע האופרטיבית של התנועה הקונסרבטיבית בארץ, מגיש בקשות על גבי בקשות לבג"ץ כדי לדרוש הכרעה- יש שלושה תיקים כאלו שלא הוכרעו. לכאורה, השאלה שעומדת על הפרק היא שאלה של גיורים לא אורתודוקסיים לצרכי חוק השבות ונציג המדינה מגיע עם טענה חדשה- אנחנו בכלל לא מדברים על סוג הגיור שאנשים אלו עברו אלא על נסיבות הגיור, כלומר, המתגיירים פה עברו גיור אחרי שהם חיו בארץ כלא יהודים, זה שהם שהו בארץ כלא יהודים לפני שהתגיירו, שולל מהם את הזכות להפוך להות לעולים עפ"י חוק השבות בלי קשר לשאלת תוקף הגיור שהם עברו, מדובר כאן גם על גיור אורתודוקסי. חוק השבות חל רק על יהודים ששוהים מחוץ לישראל או על יהודים שהגיעו לארץ ורוצים להפוך להיות לאזרחים. חוק השבות לא רלוונטי לאדם שהגיע לישראל כלא יהודי ואז כשהיה בארץ עבר תהליך גיור, כל הרעיון של חוק השבות הוא קב"ג, זהו לא סתם חוק הגירה רגיל- אם זה קב"ג הוא צריך להיות קב"ג של יהודים אך אם אדם מתקבץ לפני שהוא היה יהודי אז איזה מן קב"ג יהודי יש כאן? ישראל הפכה להיות ליעד הגירה נחשק, אנו נוצף במהגרי עבודה שיהיו כאן אזרחים לכל דבר ועניין, מנוגד לסדר הציבורי. לא מקפחים את הקונסרבטיבי והרפורמי אלא מדברים גם על האורתודוקסי- המדינה מתחילה להריח שהיא הולכת להפסיד בעניין של סוג הגיור ופשוט שוללת את השבות של כל מי שהתגייר אחרי שהיה בארץ, יכול להיות שזה הצטרף לעמדה של פרלמנטרים שרחוקים מתפיסה דתית אך חוששים מהסיפור הדמוגרפי. גידי מציע שיש כאן ברית משונה בין הממסד האורתודוקסי לבין דמוגרפים לא דתיים, סוג של מעמד ביניים שחושש מהצפת המדינה ממהגרי עבודה- המטרה זהה והמניעים שונים. ביהמ"ש לא מקבל עמדה זו, מקושש רוב של שבעה מול ארבעה: עפ"י עקרון החזרה הפרשנית אנו נפרש את החוק באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות אדם, ובמקרה הזה, שוויון. המדינה הפסידה גם במקרה זה ומה שהיה צריך לקרות זה שביהמ"ש העליון ייתן להם אזרחות ורישום, אך הוא לא עושה זאת, הוא רוצה לשמוע מי הוא כן יהודי לצורך חוק השבות? פרשה זה הסתיימה ללא צו אופרטיבי. וכך נולדה לה

פרשת טושביים 2: המדינה עוד פעם "מפתיעה" ומגיעה מכיוון חדש. הסיפור במקרה זה, חבר'ה שהגיעו לישראל ועברו חלק מהגיור בארץ ואת הסיומת עשו בחו"ל. המדינה לא חולקת על כך שחוק השבות מכיר בגיור שנערך מחוץ לישראל, יהא הזרם שבמסגרתו נערך הגיור אשר יהא, כלומר גיור בחו"ל כן תופס, אך טוענת המדינה כי לא ניתן לרשום את בשבות משום שמתגייר הוא כזה שמצטרף לקהילה- הם נסעו לחו"ל, עברו גיור וחזרו לארץ בחזרה, ע"מ שלגיור שלהם יהיה תוקף, הם צריכים להתגייר בקהילה ולחיות בקהילה עוד תקופה. ברק אומר: אני מבין שאתם רוצים שהתהליך יהיה רציני, אז בואו נבדוק האם הליכי הגיור בארץ זהים להליכי הגיור בחו"ל, מה הבעיה בכך שהוא נסע וחזר לארץ אחרי הגיור? ברור שמי שיישאר בתוך הקהילה לאחר הגיור יהיה הרבה יותר רציני אך זה לא מחייב, לא בלעדי- אם אדם היה מתגייר גיור אורתודוקסי בקהילה גדולה מאוד שנמצאת בחו"ל, האם גם אז זה הגיוני לא לקבל את הגיור??? הם לא יקבלו את הגיור אך זה יהיה בוודאי מעשה לא הגיוני. במילים אחרות אומר ברק, שכל גיור שייעשה בחו"ל, אם הוא מתקבל בקהילה בחו"ל, יתקבל גם עלינו.

**המדינה כשהיא אמרה שהיא מכירה בכל סוגי הגיורים כללה שני סייגים לגבי הגיור שהתבצע בארץ:**

(א) גיור שהתבצע בארץ חייב לעמוד בפקודת ההמרה- זה בכלל לא רלוונטי לנושא שלנו- זה נדחה בפרשת פסרוב. (ב) חייב לחיות בקהילה בה הוא מתגייר.

מועלית טענה לגבי מסקנות ועדת נאמן- שהמליצה להקים גוף אחד שיגייר וכל הזרמים יכירו בגיור זה- הכנסת קיבלה המלצות אלה. המדינה טוענת שגיור בארץ תקף רק אם הוא נערך על ידי בית הדין ששייכים מערך הגיור שהוקמו בעקבות וועדת נאמן. הגיור בעניינו נערך מחוץ לישראל, אז לא צריך לדבר על שאלת התוקף שבגיור שבארץ, למה המדינה העלתה את זה? כדי להראות שהיא מוותרת בחו"ל אבל פה היא לא תוותר.

מסקנות הועדה: גיור בארץ תקף רק אם נערך בבית דין שמייצג את שלושת הזרמים. הגיור בעניינו נערך מחוץ לישראל. אין צורך אפוא לבחון את דעת המדינה כי הוא נערך בחו"ל.

**סיכום:** בפרשת נעמת נקבע כי צריך לרשום במרשם לאום יהודי אבל זה לא משנה כלום כי זה לא משפיע על כלום.

שאלת השבות:

פסרוב גולדשטיין- המדינה טוענת לפקודת ההמרה וביהמ"ש לא מקבל. אח"כ המדינה טוענת כי יש עדה דתית אחת ורק אליה צריך להשתייך.

טושביים 1- מי שלא מצטרף לעדה כשהוא כבר יהודי, לא יכול לקבל אשרת עול. ביהמ"ש לא מקבל את זה, מנוגד לשוויון.

טושביים 2- המדינה טוענת להחלטות ועדת נאמן. בית המשפט לא מקבל את זה, אומר שהוא לא צריך להכריע את זה עכשיו ומה שמעניין אותנו זה פרשנות החוק ובית המשפט לא רוצה להגיד לנו מה היא פרשנות החוק.

אנו נמצאים בסיטואציה שבה הסדר בעל אופי ראשוני (חוק השבות) והמחוקק צריך לקבל את ההחלטה אך הוא לא מקבל את ההחלטה, ובמקום זה הוא מעביר את זה הלאה- עושה "האצלה סמויה", זוהי לא "האצלה גלויה"- לא בא ואומר ששר הפנים יחליט איזה גיור תקף ואיזה גיור לא תקף אלא הוא עושה מהלך שבמכוון משתמש במונח עמום כשיודע שאפשר להבין אותו בכמה דרכים ו"שולח את הספינה לדרך" כשברור שבנק' מסוימת השאלה מה המשמעות של מה המונח העמום תצטרך להיקבע – מי ייקבע? בהתחלה, הרשות המבצעת- הסיטואציה שבפנינו היא שמישהו לא אוהב את ההחלטה של הרשות המבצעת ומעביר אותה לשופטת. השאלה היא מה צריך ביהמ"ש צריך לעשות בנסיבות של האצלה סמויה? נענה על זה בשיעור הבא.

**לא הייתי השלמתי את השיעור מסווט - שיעור מס' 24- 12\01\26**

בנוגע לרישום- בשורה התחתונה יש לרשום.

בתרגיל של פונק שלזינגר, בו ביהמ"ש בהקשר של סטטוס אמר שאפשר לרשום אבל זה לא אומר כלום. יבאו את זה גם לעניין הלאום, כיוון שבשני עניינים אלו אמרו שאין זו ראייה אמיתית (ולכן אין משמעות אמיתית לדבר).

בנוגע לגיור ההלכה בבתי המשפט אומרת שגיורים שהתבצעו בחו"ל בקהילות יהודיות מוסמכות, מתקבל.

באשר לגיורים בארץ, אין עדיין הכרעה בעניין הזה.

בהקשר למה שדובר בשיעור הקודם, כשאין הסמכה מפורשת בחוק, המחוקק עושה "האצלה נסתרת/סמויה"- כלומר המחוקק נמנע מלהחליט בנוגע להחלטה החשובה ומעביר אותה הלאה- לרשות השופטת או לרשות המבצעת.

האצלה גלויה היא האצלה שבמפורש מדברת על הסמכה שהמחוקק מסמיך גוף או בעל תפקיד מסוים לביצוע החלטה. זה לא קורה במקרה הנ"ל לפי גידי.

השאלה אם כך היא מה צריך לעשות ביהמ"ש כשהעניין מתגלגל לתחום שיפוטו?

גידי מציע 4 כיוונים לעמדות השופטים השונים לאורך השנים בפסיקות הבג"צ:

> כיוון אחד- הכרעה לגופו של עניין. כשהשופט מבטא בזאת את תפיסתו או את השקפת עולמו או השקפת העולם הראויה או את השקפת העולם שרוב הציבור אוחז בה וכיוצא בזה. בגישה זו נקטו שורה של שופטי מיעוט לאורך השנים. בפרשת שליט היו השופט זילברג וקיסטר. בפרשת נעמת זה היה השופט אנגלרד וכו'. מה שמשותף לכל השופטים האלה הוא שכולם למעט שופט אחד יושבים על הכס הדתי. פעם אחת עשה את זה שופט שהוא חילוני, אולם כשהוא עשה זאת הוא ישב גם על הכס הדתי. כלומר היה דתי בעברו- מדובר בחיים כהן. רוב השופטים הם אורתודוקסים ולכן לא במפתיע עמדתם היא אורתודוקסית. הם מציעים שהפרשות של "או שהתגייר" תהיה לפי ההלכה ההלכתית האורתודוקסית. חיים ככהן אומר: אני לא רוצה שום דבר, אבל הוא גם לא מציע כאלטרנטיבה את העמדה הדתית הליברלית (כלומר גיור רפורמי וכד')- מספיק שהאדם רואה את עצמו כיהודי וחש עצמו כיהודי ומחליט לקשור עצמו לעם היהודי- המבחן הסובייקטיבית. הדתיים אומרים זה לא מה שאני חושב זה מה שהציבור חושב, זה מה שהיה לאורך הדורות , זו התפיסה המקובלת ע"פ רוב ולא רק על פי דעתי. אין בחוק תשובה ברורה לשאלה מהסיבה הפשוטה שהמחוקק נמנע מקביעה בשאלה. איך נפרש את החסר הזה? באמצעות מה שנראה לנו נכון תוך שאנו משתמשים בכלים כדי לגלות את מה שנכון.

כשאנו בוחרים שופטים אנו מצפים מהם לקבוע ולהחליט אבל לא בוחרים אותם כדי שיחוקקו חוקים. עצם העובדה שאנו יודעים שלא התקבלה החלטה ע"י המחוקק ברגע שביהמ"ש ממלא את העניין קל ותוכן הוא בעצם ממלא פונ' חקיקתית וזה על פניו מעט בעייתי. השופט זילברג בפרשת שליט אומר: זו צררה צרורה, לא ידוע אם בהיסטוריה של בית המשפט העליון התמודדו עם שאלה כה כבדה, אבל אין מנוס. למה אין מנוס שואל גידי? למה אין ברירה? תגיד השאלה לא שפיטה ולכן אני לא מתעסק איתה. בדבריו ניתן לשמוע/לראות שזה לא ראוי לדחות את הנושא על סף אבל גידי מציע שאולי זה כן ראוי שיגיד את הדברים כמות שהם- ולהגיד שהוא לא רוצה להתעסק ולדון בזה. נכון שאם הוא נמנע מלדון בזה נגזרת תוצאה כי אז ההחלטה של הרשות המבצעת היא הקובעת. יש למלא את החסר ולהכריע בסוגיה לגופה.

**# נק' מעניינת:** אם נחשוב על 20 -30 שנה האחרונות נמתחת ביקורת על ביהמ"ש העליון בטענה שהוא בימ"ש אידיאולוגי שמקפח תפיסות עולם אחרות שלא מיוצגות בביהמ"ש. זה לא לגיטימי שביהמ"ש מביא לידי ביטוי את תפיסות העולם של שופטיו בלא לייצג את הדעות הרווחת בציבור- כלומר את האופי הדמוקרטי שעל ביהמ"ש לייצג.

> כיוון שני- גישה שננקטה ע"י שופטי הרוב- ניסיון לפתרון הבעיה בלי הכרעה מהותית בנוגע לשאלה. יש לי סיפור או בעיה ואני נמנע מלקבל החלטה מהותית כי זה לא מתפקידי, ולכן אני מנסה לראות אם יש אופציה לבדוק פתרונות טכניים שייתרו את הצורך שלי להחליט. החל מפרשת שלי וכן הלאה. השופטים אומרים: ככל שהדברים נוגעים בשאלת המרשם, אז אנחנו לא ממש צריכים להחליט במחלוקת המהותית, אנו יכולים להורות לרשום בלי שנקטנו עמדה במחלוקת האמיתית. בכך בעצם ביהמ"ש את שאלת המרשם סוגר אבל בנוגע לשבות הוא כל הזמן הודף את הנושא מעליו. ביהמ"ש מחליט החלטות שלא מחייבות הכרעה במחלוקת בעניין הראשוני שעומד על הפרק. לפי גידי זה נחמד, אך לא אפשרי. כנגד גישה זו נטען 2 טענות:

1. זה לא אפשרי- אי אפשר להישאר בחוץ באמצעות פתרונות טכניים.השופטים אומרים שהרישום הוא חסר משמעות. אני לא מחליט בסוגיה אלא אני מורה על רישום באופן טכני כי אין לזה משמעות. כמו שאמר אנגלרד בנעמת:"אם זה חסר משמעות אז על מה הויכוח?" אם כך למה שליט כל כך מתעקש? זה סמל. זה אולי חסר משמעות עבור מישהו אבל בשביל אחר זה הכל. כבר בעניין סמלי זה יש מחלוקת חריפה. להגיד שזה חסר משמעות זה להתעלם מהעובדות. אז אי אפשר להגיד שלא הכרעת- כי הכרעת. לגידי יש 2 הסגות נוספות בהקשר זה: יש לזה משמעות כבר עכשיו, וגם יש לזה משמעות אופרטיבית. גם אם אין לזה עכשיו משמעות אופרטיבית- תהיה לזה בעתיד משמעות אופרטיבית. הסבר לאופציה הראשונה של המשמעות אופרטיבית כבר עכשיו: בפונק שלזינגר, ביהמ"ש אומר לרשום אותם כנשואים. נניח שהם רוצים ללכת לבנק לקבל משכנתא, הם לא יקבלו. בפועל למסמך הזה כביכול אין משמעות, בפועל יש לו משמעות אופרטיבית מאוד גדולה.האופציה השנייה- משמעות אופרטיבית בעתיד- ביום אחרי פס"ד נעמת, אם היינו פותחים עיתון, "מי שהתגייר גיור קונסרבטיבי או רפורמי- הוא יהודי", כלומר יש קביעה של ביהמ"ש בעניין המרשם מתפרשת בציבור כהכרעה מהותית והכרעת ביהמ"ש יש לה השפעה על האופן שבו אנו כציבור רואים את הדברים. אנו מתרגלים למחשבה שגיורים ליברליים הם גיורים תקפים. זה שזה לא נאמר במפורש בפס"ד זה משהו אחד אבל בפועל הדברים מתפרשים אחר. נושא זה מתחזק אחרי שנות ה70- כשיש תיקונים בחוק השבות וחוק האזרחות בה יש הקשרים בין החוקים בנוגע למיהו יהודי. בפרשת אגרנט נטען שזה לא רציני להגיד שאנחנו לא מחליטים. גם אם אין לזה רלוונטיות מבחינה מעשית כבר עכשיו, זה יוביל למהלך שבסיכומו תתקבל עמדה מסויימת. זה לא עובד להגיד שלא עשינו כלום- גם אם זה ברמה הסמלית, גם ברמה המעשית, וגם אם אין ברמה המעשית זה מוביל לקראת כיוון מסויים.

לסיכום: לסמל יש משמעות, גם מעשית יש משמעות, הקביעה כאן תוביל למשמעות.

2. זו רמאות- אתם אומרים שאתם סוגרים את העניין ברמה הטכנית אבל זה ממש לא מה שהם רוצים לעשות, הם עושים בדיוק את מה שעשו השופטים בכיוון הראשון אך יותר גורע. כי השופטים בכיוון הראשון הם גלויים עם המניעים שלהם ואלה לא.

> כיוון שלישי- להימנע מלהתערב בהחלטות הרשות המבצעת. שני השופטים **בפרשת שליט- לנדוי ואגרנט** עושים זאת. המציאות היא כזאת שבה נוכל להכריע מבלי להיכנס לתוך המחלוקת. אנחנו צריכים לדעת מה הציבור חושב. אם נקבל בסופו של דבר החלטה היא תבוא ממקום אחד- מהמקום שאנו מאמינים בו. והחלטה זו שלנו לא תהיה בשום צורה יותר טובה ממה ששר הפנים יחליט. זה לא מענייננו להחליט. יש כאן בעיה לפי גידי. מה שמטריד זה שהימנעות מהחלטה מהתערבות היא בעצם החלטה. אם אנו לא מקבלים החלטה ולמעשה נמנעים- בהימנעות שלנו אנו גם מקבלים החלטה כי אנו נותנים לבעיה לקרות. איך זה עולה בקנה אחד עם התפיסה הדמוקרטית שעל פיה ההחלטה צריכה להתקבל ע"י הגוף המחוקק? **לנדוי** אומר: זה לא נכון שנאי בעצם החלטתי בעצמי ע"י ההימנעות שלי. וזה לא נכון שאני נותן להליך לא דמוקרטי להתנהל. המחוקק חוקק, הרשות המבצעת באה ופירשה או במקרה הזה גם יצרה. מה קרה? החוק עשה משהו? לא עשה כלום. איך אני אפשר את האי-עשייה של המחוקק. השתיקה במקרה הזה היא שתיקה כהודעה. זה נכון שבמקרה הזה המחוקק לא החליט באופן אקטיבי אך ההתנהלות הפסיבית שלו היא אקוויבלנטית להסכמה שלו. מבחינת לנדוי זו לא רק החלטה פוזיטיבית של המחוקק אלא זו גם החלטה נגטיבית. זה שהמחוקק לא התערב סימן שנוח לו עם העניין. זה כשלעצמו פותר אותי מהמחויבות הזאת לקדם החלטה דמו', או האשמה בדבר ההימנעות שלי. הכוח הוא בידי המחוקק, ואם הוא לא קבע או לא שינה או לא קבע בנושא- זו החלטתו ואני לא מתערב- זה לא מתפקידי.

\*\*\*\*מבין שלוש האפשרויות לגידי הכי מתאים הגישה של אגרנט ולנדוי- הכיוון השלישי.

אולם יש גם גישה רביעית.

> כיוון רביעי- לגרום למחוקק להכריע- טירקל בפרשת נעמת. יש את שופטי הרוב החילוניים את שופטי המיעוט האורתודוקסים וטירקל שהוא "כיפה סמויה"- שומר מצוות אבל לא חובש כיפה ביום-יום. טירקל אמר את הדבר הבא: את אלה שנמצאים בפרשת נעמת- אותם תרשמו, אבל מכאן והילך אם דעתי הייתה נשמעת הייתי מורה לא לכתוב שום דבר. שום גיור. לא לכתוב יהודי או לא יהודי. פשוט לא לכתוב כלום (לא לבטל את הס' פשוט לא לכתוב כלום). יש פה איזשהו ביטוי אמביוולנטי וחסר משמעות מבחינתו. זה נאמר מבחינתו על המרשם אבל זה לוקח אותנו הלאה גם לשבות. מה קורה אם ביהמ"ש העליון אומר שמכיוון שיש מושג לא ברור- אנחנו מכאן ואילך לא נותנים שבות לאף אחד שהתגייר בגיור- לא משנה אם זה אורתודוקסי, רפורמי או קונסרבטיבי. עד שלא יתבהר המושג ויגדירו לי מה משמעות הביטוי "גיור"🡨 אני לא נותן זכאות לשבות. לדעת גידי לגישתו זו של טירקל יש הרבה פוטנציאל לגרום לגופים האחראים לקבל את ההחלטה- דירבון למחוקק. בסיפור הנ"ל אסור היה לביהמ"ש לקבל החלטה- לא הגענו אפילו לשלב שבו יש לנו אפשרות לפירוש החוק, כאן עדיין אין אפילו חוק לפרש. אין החלטה של המחוקק שנתונה לפרשנות. גם האקטיביסט הגדול ביותר לא יתמוך בקבלת החלטות עבור המחוקק. לביהמ"ש אין תפקיד המחליף את תפקיד המחוקק. למה רק טירקל עשה זאת? יש גם את ברק בפרשת פסרו-גולדשטיין: הוא דיבר דיבר ודיבר וברגע של ההכרעה הפסיק, ובחר לא לקבל החלטה כי קבע שזה לא מתפקידו של ביהמ"ש. גם בפרשת טושביים 1, יכל לכאורה להחליט, אבל רק קבע על דרך השלילה למה לא התכוון המחוקק אבל לא למה כן באופן פוזיטיבי התכוון המחוקק- שוב נמנע מלקבל את ההחלטה עבור המחוקק. ברק לאורך תק' של 15 שנה פחות או יותר מוביל את הפרשייה לקראת פתרונה בהתאם למה שנראה לו נכון. בסוף המדינה מביאה לו את זה על מצע של כסף- ואז אומר ברק שזה באמת עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק (פרוקצ'יה אומרת- זה עולה בקנה אחד עם השקפת העולם הליברלית). ברק מנסה להימנע להכריע בעצמו- הוא בעצם לא גורם למחוקק להכריע אלא מוריד את הרשות המבצעת על הברכיים. ברק לא ניסה להשיג הכרעה של המחוקק אלא הוא ניסה להשיג הכרעה מאוד ספציפית במחיר כמה שיותר נמוך מנק' מבטו של אדם בעל השקפת עולמו שלו. זו גישה של מי שמנסה להכריע לגופו של עניין בלא שהוא בעצמו יהיה אחראי להשלכות. הוא מוביל את התפתחות המהלך בכיוון שהוא רוצה אותו. מהלך גאוני לפי גידי. אי אפשר להגיד שברק הלך בגישה של טירקל.

עד היום כנסת ישראל לא דנה בנושא הזה לעומקו וקיבלה החלטה.

עד כה דיברנו על שסעים פנים יהודית אבל זו לא סתם מחלוקת פנים-יהודית אלא זו מחלוקת פנים-דתית בתפיסה היהודית. כי על פניו היינו צריכים לחפש, למצוא, אולי להניח שתהיה גם עמדה. הקונסטרבטיבים והרפורמים מציגים תפיסות דתיות אחרות, אבל דתיות. בדיון הציבורי היהודי בעולם ובארץ אין כמעט נראות המציע פרשנות חילונית למושג היהודי ולהציעה אותה בתור המבחן הרלוונטי כיום. לא קיים מושג של "התגיירות" במובן החילוני. לא מוצגת האלטרנטיבה שהיית מצפה שתוצג- אלטרנטיבה של ההיבט החילוני של הפירוש החקיקתי.

חוק השבות הוא מטריד גם מנק' מבט של היודים-ערבים. שכן הוא נותן העדפה ברור ליהודים על פני הערבים ולכן דינו להתבטל. מה עונים על זה?

למשל בפרשת קעאדן: מפתח מיוחד ניתן לבני העם היהודי בכניסתו ארצה אבל מרגע שהוא נכנס ארצה, ניתן שוויון מלא בין האזרחים. אין הפליה בין אזרחים אלא בין מבקשי האזרחות. מאיפה מגיעה הטענה הזו? מגיעה מדפוס חשיבה ליברלי מאוד מוכר, מה שבפנים אני חייב לו- כל מי שאזרח במדינה, ומה שבחוץ – כל מי שלא אזרח- אני לא חייב לו. מה ההגיון? מה אני חייב לכל העולם? מבחינה מוסרית, המחוייבות שלי היא כלפי אזרחים בתוך המדינה בכתיבה הליברלית של השנים האחרונות יש על זה עוררין והטענה היא שהחלוקה היא שרירותית. זו הטענה הטענת בהקשרנו, נכון שהיהודים מקבלים מסלול ירוק בכניסה אבל ברגע שנכנסת פנימה הכל שווה. מכיוון אחד נתקוף את זהו נגיד למה בכניסה הם מקבלים עדיפות? מכיוון שני: היהודים חושבים שחוק השבות הוא לגיטימי. חוק השבות מדבר על הזכות של כל יהודי לעלות ארצה0 זה לא מדבר על כך שהיהודים בארץ מביאים אנשים אחרים בחו"ל. זה לא שיטת "חבר מביא חבר".

יש הביט מסויים שבו סוגיית השיוויון עול העל הפרק- ס' 4 (א) לחוק השבות שאמר שהזכות לעלות ארצה היא זכות שניתנת לבן זוג, לבן ולבן זוגו ולנכד ובן זוגו. בפרשת סטמקה נ' שר הפנים: האם כל בן זוג של יהודי זכאי לזכות השבות או שמא נאמר הכתוב מדבר על בן זוג של יהודי טרם עלה לישראל? (או בן זוג של אזרח ישראל?).

**חשין**: אם אני אפרש את החוק באופן כזה שלפיו הזכות לשבות תוקנה לא רק לבן זוג של יהודי כשהיהודי עצמו או שעדיין איננו אזרח או עולה, אלא חלה גם על יהודי שהוא אזרח הארץ הדבר הזה יהפוך להיות הפליה פסולה. ע"י כך יוכל אזרחי יהודי לגייר את חברתו הלא יהודיה ולעומת זאת ערבי-ישראלי לא יוכל לאזרח את חברתו הלא יהודיה. החוק הוא עבור אלה שטרם עלו כדי למנוע פירוק משפחות, אולם כשאתה כבר בארץ זה לא חל עלייך ועל בן/בת זוגתך.

למדינת ישראל בצד חוק השבות יש חקיקת הגירה ומדיניות הגירה כוללת ובמסגרתה אדם המגיע ארצה ורוצה להתאזרח זה לא בלתי אפשיר, בגדול זה אפשרי. זה תהליך כשמדובר בבני זוג אזרחי המדינה שרוצים להתאזרח יש את חוק האזרחות- המייצר להם סולמות- שאם אתה בן זוג של אזרח תוך כמה שנים תקבל אזרחות במדינת ישראל. בשנת 2002 הגבילו בצורה משמעותית, היום אנחנו בחוק בגרסתו השלישית (הגמישה), את היכולת של בני זוג ואזרחי מדינת ישראל אם הם מגיעים מהאיזור של יהודה/שומרון ועזה וגם ממדינות אוייב אי אפשר לאזרח אותם. כנגד המדיניות הזאת הוצדקה על בסיס המציאות שלפיה 20-30 שותפים למעשי טרור היו כאלה או שכאלה שנולדו מזוגיות כזאת- אנשים שהתאזרחו מכוח האיחוד המשפחתי והדבר היווה איום בטחוני על מדינת ישראל. בשל כך יש חוק הוראת שעה שאוסר או מונע התאזרחות של תושבי האזור (היום גם מדינות אויב). כשמני מזוז היה מועמד ליועץ הממשלתי למששלה, נכתב מכתב לפסול את מני מזוז מתפקידו בשל חקיקת חוק כה גזעני. ברק (דעת מיעוט): החיקוק פוגע בזכות לשיוויון הנכללת בחוה"י והן הזכות לחיי משפחה- והזכות לחיי משפחה במדינת ישראל. התכלית הביטחונית היא תכלית ראויה, ברם, קשר אמצעי-מטרה? יש, האמצעי שמידתו פחותה? יש. מידת התועלת העולה על הנזק? פה זה לא. אם בנוגע לכל מי שרוצה להתאזרח נעשה "ניקוי שיטתי" נפגע בזכויות במידה רבה מדי. תוספת הנזק מול תוספת התועלת, בהשוואה לאלטרנטיבה האחרת העומדת על הפרק-

במבחן השני אני מקבל את הגדרת המדינה, איזו רמת הישג היא רוצה להשיג ואז נבדוק אם ניתן להשיג את מה שהמדינה רוצה במחיר יותר נמוך. במבחן השלישי נבחן הנזק מול תועלת: תוספת התועלת לא עולה על תוספת הנזק, ולכן אני פוסל את החוק במתכונתו הזו.

בעמדת הרוב- שופטת פרוקצ'יה: אתם אומרים בטחון אני שומעת דמוגרפיה. נראה לי שזה לא רק בטחון וזו גם דמוגרפיה אבל אתם לא אומרים את זה. אני מפילה את זה על זה. האם זה לתכלית ראויה אני לא צריכה להכריע בזה.

חשין: פרוקצ'יה מעלה באוב שיקולים שאף אחד לא העלה. המדינה אומרת שזה שיקולים ביטחוניים אז אנו מקבלים את עמדתה.

לפי גידי ישמשהו בדבריה של פרוקצ'יה, אם השיקול היה שיקול דמוגרפי- זה היה בסדר, אבל זה לא שיקול דמוגרפי. יש קבוצה שרוצה להצטרף למה חשין הודף את דעת פרוקצ'יה? האם זה לא אומר שחשין פוחד מהטיעון הזה של פרוקצ'יה.

בין שופטי הרוב יש את אלה שאומרים שאין בכלל זכויות כאלה, או שיש כאלה שאומרים שיש אבל הפגיעה היא מוצדקת או שיש את אלה שאומרים מה זה בעצם הפגיעה הזו בזכויות אדם? כשזה מגיע לחיי אדם זה שיקול רציני אבל בזכויות לחיי משפחה זה לא כזה קריטי.

בשורה התחתונה גישת פרוקצ'יה נפלה, נכנס אנדל. חוות דעת של המיעוט נכתב ע"י אדמונד לוי: א אפשר לעשות זאת מסודר? השמאלנים ביד הזכויות של ערבים הימנים בעד הזכויות של היהודים. לוי כותב חוות דעת קשה ביותר. גרוניס פותח בחוות דעתו ואומר שזכויות אדם זה לא מרשם להתאבדות לאומית. לוי כנגד אומר: אתה אומר לי שאני לא לאומי? אתה לא יותר לאומי ממני? אתה דואג לאינטרסים של מדינת ישראל יותר ממני? ריבלין: לא העלו את הטיעון הדמוגרפי. אם יעלו את הטיעון הדמוגרפי אנו נדון בו אבל במקרה הנ"ל זה לא הסיפור. ג'ובראן מצטרף לפרוקצ'יה. (חוות דעתו של לוין הייתה צריכה להיות דעת רוב אבל הקערה מתהפכת על פיה וזו הופכת לדעת מיעוט). בייניש: מה צריך לרוץ ולבטל את חוק האזרחות.

\*\*רובינשטיין: אם מסתכלים על מה שקורה בחוקי הגירה במדינות שונות בעולם, הגישה היא שמדינה לא מאזרחות אזרחי מדינת אויב.

הטיעון הדמוגרפי: בין שנת 94' ועד 02', גמר החתימה על הסכמי השלום, מתאזרחים כ40,000 תושבי השטחים. יש בישראל כיום מליון וחצי ערביי ישראל, לא מריבוי טבעי אלא מהגירה. זו זכות שיבה. זה מעל לטובת הפלשתינאים. זה מעוגן בחו"י במובן כזה שאתה לא רשאי אפילו לערער על העובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית. כלומר יש שריון ליהדות המדינה בשריון הכי חזק אפשרי. לא ע"י רוב יחסי ואף לא רוב מוחלט אלא אף אמרנו שאתה אפילו לא יכול לטעון טענה כלשהי נגד אופייה היהודי של המדינה ואנו מעגנים זאת בחוקתנו. זה לגיטימי, כל עוד היהודים מהווים רוב ברור ומוצק במדינת ישראל. ברגע שהם מפסיקים להוות רוב ברור ומוצק, אז אפשר לעגן את זה אלף פעמים בחוקה אבל אין לכך לגיטימיות מעשית. כלומר במצב בו אין רוב מוחלט תעלה השאלה למה יש עיגון ללאום אחד ולא ללאום אחר. במילים אחרות, הדמוגרפיה היא תנאי להמשך הלגיטימיות של מדינת ישראל כמדינת לאום, ובאופן פרטי כמדינת לאום של היהודים. אם זו מדינת לאום אנו צריכים לשאול את עצמנו את השאלות הבאות:

- מהו המשקל של מדינת הלאום? האם זה ערך? המטרה שלנו היא לחזק ולשמר את הרוב היהודי. נכניס את זה לדפוס החשיבה המוכר לנו- יש לנו תכלית שעלולה להתנגש בזכויות נצטרך לבצע איזון. אם זה רואי אפשרי שזה יצדיק את המדיניות שכרוכה בפגיעה בזכויות של אחרים. חוק השבות מעבר להיותו לבטא את זכותו של כל יהודי לעלות ארצה, זהו גם חוק הגירה להביא מסה של יהודים ארצה. חוק השבות עומד באיזשהו מתח עם התפיסה השוויונית ואי אפשר להתעלם מהעובדה הזו. המציאות היא שרובו המחולט של האזרחים היהודים במדינה חושבים שזה לגיטימי שחוק השבות יהיה קיים. גם אם מחר בבוקר מוקמת רשות פלשתינית תהיה לנו תנועה חד סטרית. אף פלשתיני שפוי בדעתו לא יעבור להתגורר בשכם. לעומת זאת פלשתיני תושב שכם יעשה כל מאמץ לעבור לגור באום אל פאחם. גם אם זו זכות שנוטה בהרבה מחלוקות אין מה לעשות, זו זכות השיבה.

למדינה יש יעד, והיעד לפחות באופן חלקי הוא דמוגרפי, אולם היא לא שמה את זה על השולחן כי היא פוחדת מעצמה. איך אני יראה אם אני אגיד במוצהר שהיעד שלי הוא דמוגרפי? זה שיקול.

נק' שניה- להמשיך עם השיח הניטרלי לא רק שהוא לא נדרש מבחינה מוסרית זה אף עוול מוסרי וזה בעצם בריחה מהמציאות.

לסיכום: דרך הסיפור של התיקון לחוק האזרחות רצה גידי להראות את הדילמה שנוגעת לא רק לשסע הפנים-יהודי- שכן עם הזמן פוחתות המחלוקות והעניין מתיישב, אלא אף יותר שהדילמה רלוונטית לשסע היהודי-ערבי- שם אין לדעת לאן הסיפור הולך. דבר אחד ברור – אם אתה חושב שליהודים יש זכות להגדרת הלאום במדינה יהודית משלהם- אז תגיד את זה בגלוי, אבל להגיד שאני לא מתמודד עם השאלה בגלל שמדובר בסוגיה של איחוד משפחות זה לטמון את הראש בקיר!

**שיעור מס' 25- 12\01\30**

**בחירות לכנסת:**

נדבר על שני חיכוכים" יש להם רלוונטיות בהיבט החוקתי מתוך המקום הרעכי- חוק המפלגות וחוק יסוד:הכנסת. הם מגבילים את היכולת להיבחר לכנסת.

פרשת ירדור: בחירת לכנסת ה-6. ועדת הבחירות לכנסת פוסלת את רשימת הסוציאליסטים כי מועמדיה הם חלק מהקבוצה ששוללת את קיומה של מד"י. הנימוק שנתנה ועדת הבחירות הוא שהמפלגה חותרת תחת קיומה של מד"י ומאיימת להביא לחיסולה. ביהמ"ש העליון קיבל את ההנמקה. מה הרציו של ביהמ"ש העליון בקבלת הנימוק הנ"ל?

שופט המיעוט- חיים כהן – פוזיטיביסט, הולך עד הקצה באכיפת עקרון החוקיות, העיקרון שלפיו – בוודאי כשמודבר בזכויות אדם – יש צורך בהסמכה – כך לכאורה משתמע מדבריו. מן הראוי שתהיה אפשרות לפסול רשימה כזו אך צריכה להיות הסמכה לזה ואין בספר החוקים של מד"י הסכמה לפסילת רשימה כזו. הכיוון שחיים כהן לוקח הוא כיוון לא של סמכות אלא של שק"ד . החלק הראשון שדל דבריו הוא חלק של טיעון קלאסי מכיוון הסמכות, החלק השני של דבריו אנו רואים כי חיים כהן אומר שגם אם הייתה סמכות לפסו ל רשימה כזו, הוא לא היה מאשר את הפסילה משום ששק"ד של ועדת הבחירות הוא פגום כיוון שכאשר פוסלים מפלגה בעצם פוגעים בזכויות אדם ולכן צריך להצדיק את זה – צריך לבדוק מהי חומרת הפגיעה באותו הערך ומהי ההסתברות של הפגיעה – הוא אומר כי ההסתברות לפגיעה במקרה הזה היא כ"כ נמוכה וכ"כ לא ריאלית ולכן בסופו של דבר כאשר מבצעים את האיזון (איזון אנכי, למרות שחיים כהן לא אומר את זה) אין מקום לפסילה של הרשימה. זוהי דוג' קלאסית לעד איפה ניתן למתוח את עיקרון החוקיות ואת דרישת ההסכמה – יש לו שיניים חזקות מאוד שיכולות לאפשר באמת הגנה על זכויות אדם אפילו בנסיבות כגון אלו.

עמדת שופטי הרוב – זוסמן ואגרנט – מאשרים את הפסילה (לא מקבלים את העתירה). השאלה היא מנו הנימוק שבגינו הם מבקשים לקבל את הנימוק ולפסול את העתירה? תשובה נוכל למצוא בפס"ד ניימן 1 – בחירות לכנסת ה11. כששופטי הרוב מפרשים את עניין ירדור הם מדברים על זה בשני היבטים: (1) ההיבט הביטחוני- רשימה שמתבקשת להביא לביטולה של מד"י. (2) היבט רעיוני- מבקשת בדרכי שלום להביא לשינוי אופיה של מד"י, שתחדל להיות מדינה יהודית. 🡨 אלו שני כיוונים אפשריים של רשימה רוצה לפסול את יהדות המדינה. שופטי הרוב אמרו כי את פרשת ירדור צריך להבין במובן הראשון ושבגלל ההיבט הראשון פסלו שופטי הרוב את הרשימה – שהם תומכים בחיסול מד"י.

ספיר טוען כי הדברים אינם ברורים וסגורים עד הסוף, כדבירה של רות גביזון במאמר, אפשר להתייחס לזה כאילו סיבת הפסילה היא לא ביטחונית אלא די היה בכך שירדור מבקשת לחסל את מד"י בשינוי רעיוני, מהותי, יסודי. מצד אחד, זוסמן, בפרשת ירדור, אומר שרשימת הסוציאליסטים המטרה שלה היא לחסל את המדינה ולהתחבר עם אויביה וזה עולה בקנה אחד עם המובן הראשון- הביטחוני. אך בנוסף לזה, מצביעה גביזון על העובדה, שהוא משתמש בביטוי "דמוקרטיה מתגוננת" על כך אומרת רות גביזון ומכאן ניתן להסיק שגם שינוי מהפכני באופיה של המדינה נחשב לאיום מספק כדי לפסול את הרשימה. גביזון אומרת שאפשר לזהות גם אצל אגרנט: מצד אחד הוא אומר, שקבוצת האנשים שרוצה לחתור תחת קיומה של המדינה – היבט פיזי, ביטחוני – לא יכולה להתקיים בכנסת, היא מוסיפה ואומרת שעיקר פס"ד הוא רעיוני – אגרנט מדגיש את העובדה שמד"י היא מדינה שאפיונה הוא יהודי ולכן גביזון טוענת שהוא תולה את החלטתו בהיבט הרעיוני. לסיכום, גביזון טוענת כי היה אפשר לקרוא קריאה מרחיבה – כלומר שקיים גם ההיבט הביטחוני וגם ההיבט הרעיוני בפרשת ירדור אך זה לא מה שנקבע בפרשת ניימן.

פרשת ניימן 1 : ועדת הבחירות הרמכזית מחליטה לפסול שתי רשימות: רשימת כך ורשימת המתקדמת לשלום. השופטים מחליטים לקבל את שתי רשימות. כל השופטי כאמור מקבלים את הלכת ירדור בצורה מצמצמת.

יש לנו 4 שופטי רוב – אילון, בייסקי, שמגר, ברק.

שופטת מיעוט- בן פורת.

ברק – שואל האם אפשר לפסול כשהאיום הוא איום רעיוני? ברק אומר שכן. הכיצד? ברק שדוגל בזכויות אדם כיצד מאפשר זאת? איילון ובייסקי סבורים כי היום אי אפשר לפסול כי צריך לחוקק חוק שיאפשר לפסול רשימה שמאיימת על קיום המדינה. שמגר אומר אי אפשר וגם לא ראוי לחוקק חוק שיאפשר לפסול רשימה שמבקשת לשנות בדרכי שלום את אופיה של המדינה ממדינה יהודית למשהו אחר. זו הייתה המחלוקת הראשונה בין השופטים. המחלוקת השנייה – האם כשאנו באים לפסול רשימה, אנו מכניסים לתוך עילות הפסילה גם את מרכיב ההסתברות להתממשות האיום שנשקף מאותה רשימה? ברק- כן, מבחן ההסתברות שצריך להפעיל הוא מבחן האפשרות הסבירה (קצת פחות מאשר קרבה לוודאות). שמגר אומר- כן, המבחן שצריך להפעיל הוא קרבה לוודאות (באיום בטחוני הולך לקרבה לוודאות, זה נשמע קצת תמוה לדעתו של ספיר, "משחק באש"). אילון בצורה מובהקת אומר כי הוא לא בעד מבחן תוצאתי ומעניין שהנימוק של איילון עולה בקנה אחד עם השקפתו השיפוטית – אין לשופטים כלי מדידה לומר מהי מידת הסיכון שלוקחים, מהי ההסתברות.

נחזור לשאלה ששאלנו קודם – איך יכול להיות שברק "נדיב" כ"כ ומאשר לפסול מפלגה בהיעדר הסכמה בחוק? הרי הוא דוגל בזכויות אדם?

ברק משתמש במבחני ההסתברות וברוב המקרים מבחני ההסתברות לא מייצרים אפשרות סבירה לפגיעה – זה עולה בקנה אחד עם הנטייה של ברק להרחיב עד כמה שניתן את היקף שק"ד השיפוטי – הוא מעדיף לתת בידי המערכת הפוליטית את הסמכות אך כיוון שהדבר עובר את מנגנון הביקורת של ביהמ"ש המשמעות היא של ביהמ"ש בפועל יש את היכולת לסנן ולומר את המילה האחרונה בעניינים הללו. ברק למעשה מבטל את המגבלה על ביהמ"ש מראש, לקבוע מה יתקבל ומה לא. הוא "מסנן" את המקרים שנראים בעיניו לא ראויים. בסופו של דבר, בפועל – הפעילו את הלכת ירדור , רק במקרה של איום בטחוני. לגבי הרשימה המתקדמת לא היו ראיות שהיא מאיימת איום פיזי אלא רק איום רעיוני. לגבי רשימת כ"ך זה לא עלה אפילו על הפרק משום שהיא דיברה על שינוי רעיוני, איום רעיוני – לדעת שלושה שופטים (שמגר, אילון ובייסקי)- אי אפשר לפסול רשימה כזו. על פי ברק כן אפשר אבל הוא דורש אפשרות סבירה ועל פי טענתו אין אפשרות סבירה שהיא תפגע.

בעקבות זאת, הכנסת ה-11, מתקנת את חו"י:הכנסת ומוסיפה את ס' 7(א) ומחוקקת את ס' 5 לחוק המפלגות 🡨 השוללים ממפלגות שפוגעות במד"י להשתתף במשחק הפוליטי.

חוק המפלגות עוסק ברישום במפלגה – ולכן מלכתחילה לא תוכל מפלגה כזו לרוץ משום שלא תוכל בכלל להירשם כמפלגה.

המטרה העיקרית הייתה להבטיח שרשימת כ"ך לא תכנס יותר לכנסת – כדי להשיג תמיכה מספקת גם מימין מוסיפים גם את עילת האופי היהודי של המדינה ובכך כביכול מכסים רשימות כמו "הרשימה המתקדמת" למרות שבפועל החלק "היהודי" לא התקיים אלא רק החלק הראשון – המטרה העיקרית הייתה להרחיק את כך מה שאכן בפועל קרה.

נק' חשובות:

* ס' 7 א' לחו"י:הכנסת – מנוסח בלשון קטגורית, לא מעניק לוועדת הבחירות המרכזית שק"ד ולא כולל מבחנים הסתברותיים – מדבר על קריטריונים ולא על שק"ד. שמגר בפרשת ניימן 2 (לא ברשימת הקריאה)- עד היום, היה מבחן הסתבורתי ומכאן ומאילך אין מבחן כזה משום שלשון החוק לא כוללת מבחן כזה. בהקשרים אחרים, ביהמ"ש הרשה לעצמו להוסיף מרכיב הסתברותי למרות שלשון החוק לא כללה מרכיב כזה. החוק מנוסח מבלי שיש בו מינוחים או מילים שכוללים מרכיב הסתברותי, הלשון לא הייתה חייבת לסתום את הגולל על ההכללה של מבחנים הסתברותיים. חרף העובדה שלשון החוק אין בה מונח שסתום שדרכו אפשר "לדחוף" מבחן הסתברותי. ביהמ"ש יכול לפרש את החוק ככזה שכולל מבחן הסתברותיים 🡨 אך זה לא קרה, השאלה היא למה זה לא קרה? מי שעושה מאמץ כדי שכן נשתמש במבחנים כאלו הוא ברק – בשלב הראשון, לשיטתו, הוא מוכן ללכת לאיזושהי "פשרה" – בפרשת יאסין (לא ברשימת הקריאה)- היה ערעור על אישור מפלגה שדגלה בהשלטת ההלכה במדינה. ברק אומר שם כי לפחות ב-ס' 5 לחוק המפלגות להכניס מבחן הסתברותי לעומת ס' 7 (א) לחו"י:הכנסת. מדוע? ההחלטה לא לאפשר את הרישום פוגעת בעצם ההתאגדות (ס' 5 לחוק המפלגות) – ממשיך את שיטת המדרגות שדיברנו עליה בהקשר אחר – מבחינתו, הוא לא רוצה לפגוע בזכויות אדם אך הוא מוכן לבנות סוג של "מדרוג" שבו הוא כל הזמן מעלה את הרף. בשלב הראשון של רישום מפלגה, הוא ישים את הרף הכי נמוך, ידרוש הסתברות אך שהוא יגיע לאישור מועמדים הוא יעלה את הרף וכן הלאה. ולכן ברישום מפלגות הוא יכלול מבחן הסתברותי אך בשלבים שלאחר מכן הוא לא יכלול מבחן הסתברותי.

ברק ממשיך לאחוז בעמדה זו גם בפרשת טיבי ובשארה – ברק מציג את העמדה שבה צריך להוסיף מבחן הסתברותי בשני הסעיפים – גם בחו"י:הכנסת וגם בחוק המפלגות.

שלמה לוין בטיבי ובאשרה לא מסכים עם עמדתו זו של ברק ואינו רואה מקום לסטות מההלכה הקובעת- כלומר בהיעדר מבחן הסתברותי בחוק אין להחילו. קחו לדוג' רשימה קקיונית (ראשונית). לכל הפחות בנושא של השמדת מד"י הוא לא מוכן לתת לה להשתתף בבחירות לכנסת רק בגלל שאני חושב שאין לה סיכוי להיבחר לכנסת? מה פתאום שאני אתן להם להשתתף? אם יש רשימה שלא מוכנה לקבל את הנחות המוצע הבסיסיות של מד"י לא ראוי לתת לה להשתתף. אגב, בפרשה זו ברק מוסיף את העמדה שיש להוסיף את המבחן ההסתברותי לא רק ביחס לס' 5 אלא גם ביחס לס' 7א. עמדתה של איילה פרוקצ'יה בפרשת טיבי – בית המשפט נדרש גם לעילה של גזענות וכאשר השופטת דנה בזה היא תומכת בעמדתו של ברק, אבל לפי תפיסתה מן הראוי לא להוסיף מבחני הסתברות בהסתה לגזענות אלא רק ביהודי ודמוקרטי 🡨 מי שמתבטא בגזענות לא צריך לאפשר לו לשחק את המשחק הפוליטי כבר בשלב רישום המפלגה. עמדת ברק עד היום, לא התקבלה.

**מה הסיבה שבגינה המחוקק לא כלל מבחן הסתברותי?**

הסיבה של ברק מדינה, התוצר של החקיקה היא עילת ניימן 1, כדי למנוע את אפשרות הכניסה של מפלגות השוללות את אם נחיל מבחן הסתברותי לא נוכל למנוע כניסה של מפלגות לכנסת. אם באמת נכון שהמהלך הוא מהלך ללכת על קואליציה רחבה במטרה לנסות לפסול את כך ובכל למנוע הסתה לגזענות ולהאיר מרכיב דמו' ויהודי של מדינת ישראל, אם במהלך מס' 2 אתה רוצה להבטיח שכך לא תיכנס- לא תוכל להוסיף מרכיב הסתברותי- "כך" תיכנס ולכן אתה לא יכול לכלול מרכיב הסתברותי. ואם זה כך לא תוכל לכלול מרכיב הסתברותי ביחס לעילת הפסילה על בסיס עילת הפגיעה במדינה היהודית. עילת היהודית לא יצרה פסילה של רשימות.

בטענה נגד המבחן ההסתברותי של ברק ככל שעולים בשלב הכניסה לכנסת, נאמר שאם כבר הפעלת מבחן הסתברותי ברישום המפלגה והיא עברה, אז למה להפעיל את המבחן בשנית בשלב האישור מועמדים. זה כפילות מיותרת. פרוקצ'יה מתחברת לגישתו של ברק, חלקית.

חשין בפרשת יאסין- לא מתרשם מטיעונו של ברק על הצורך לעשות הבחנה בין הסעיפים – מי באמת יודע לעשות את האבחנה הזאת וכאילו מצטרף לעמדתו של אילון.

עילות הפסילה השונות: בפועל, נפסלה רק רשימה אחת, רשימת כ"ך. עם זאת, רשימות מסוימות החלו לאתגר את מערכת החוק במד"י – מדובר בקשרים עם גורמי טרור ובהזדהות איתם – זה הביא לתיקון החוקים. עיקרי התיקונים:

1. עילה פרטנית של פסילת חבר מסוים מתוך הרשימה – אם פעם היה אפשר לפסול רשימה היום אפשר לפסול גם חבר בודד מן הרשימה. באופן עקרוני,ההנחה היא שהוספת האופציה הזו תקל על ועידת הבחירות אפשרות של פסילה – אנו לא פוסלים אפשרות של רשימה שלמה להתאגד או לנסות להיבחר אלא אנו שוללים רק את הזכות של אדם פלוני. היקף הפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר באופן כללי מצמצמת. מצד שני, מייצרים מנגנון הגנה שנוגע לפסילת אדם בודד – כשמדובר בפסילת הרשימה ביהמ"ש העליון מתערב רק במקרה של ערעור. לעומת זאת, כשמדובר בפסילת אדם בודד זה עובר באופן אוטומטי לביהמ"ש העליון. ההבדל נעוץ בהיקף הביקורת השיפוטית. ערכאת ערעור לא מחליפה את החלטת הרשות המוסמכת – גם אם ביהמ"ש חושב שהרשות פעלה כראוי אבל בכ"ז זה לא מה שביהמ"ש היה עושה, ביהמ"ש לא יכול להתערב כאשר הוא יושב כערכאת ערעור – לעומת זאת אם בית המשפט יושב בעמדה של "אישור ההחלטה" אז הוא כן יכול להתערב. ברק: אין הצדקה להבחנה בין השנים, יש להחמיר גם במצב של פסילת רשימה שלמה. אם כך, מבחינתו, התהליך עובר לאישור ההחלטה ולא במצב לערעור.
2. עילת פסילה נוספת – תמיכה במאבק מסוים של מדינת אויב ושל ארגון טרור נגד מד"י – לשון דווקנית, מדובר על כל ארגון טרור. לכאורה, זה מאוד ברור למה בכלל צריך לכתוב את זה? המציאות היא כזאת ששני דברים השתנו: (א) הרטוריקה והתוכן של המתמודדים הולכים ומסלימים. (ב) עילות הפסילה האחרות לרבות האופי הדמוקרטי והיהודי הופכות להיות לאות מתה, אף רשימה לא נפסלת בשל העילות האלה, אז הגישה היא שעילת הפסילה הזו תהפוך להיות היחידה שתהיה פעילה.

פרשת בן-שלום, הכנסת ה-12- רשימה שנפסלה ע"י ועדת הבחירות אך אושרה ע"י ביהמ"ש העליון. השופט דב לוין, שהיה איש אצ"ל, אומר שהוא מיישם את החוק, ואם זה לא מקובל על וועדת הבחירות אז שיתקנו את החוק. שלמה לוין: מי שלא מקבל את זה שמד"י היא מדינה שכוללת הגירה של יהודים כדי לאפשר ליהודים לשמור על הלאום שלו, אז צריך לפסול אותו. זהו מרכיב דומיננטי.

פרשת איזקסון- איזקסון מנסה לפסול רשימה. חשין- נמנע במפורש גם מהגדרת מינימום כלשהי של יהדותה של המדינה וגם מהבהרת המשמעויות הנזגזרות של הגדרת המדינה כמדינת כל אזרחיה. "מדינת כל אזרחיה" – בא לשלול את האופי היהודי של מד"י, חשין מתעלם מהמאירה הזו כדי לא לעשות שימוש בעילת היהדות. בפרשה זו עולה גם שאלת השיבה – חשין לא מוצא פגם בזכות השיבה של הפלשטינאים.

פרשת ארליך- בקשה לפסילת רשימת בלד – עזמי בשארה – מבקש להתמודד לכנסת ה-15. בעיתונאות הוא אומר שאין ליהדות זכות להגדרה עצמית ולא נותן לישראל לגיטימציה היסטורית 🡨 הוא לא מתחרט על זה. השופט טירקל קובע כי קשה לפרש את האמירות של בשארה באופי שאינו שולל את היהדות של המדינה, יש לו קרבה מסוימת לגבול שאין לחצותו, הוא מסלים את התבטאויותיו. נימוקיו של בית המשפט להחלטה זו:

ביהמ"ש סבור שפסילת רשימה שמבקשת לשנות בדרכים דמוק' את זיקת היסוד של מד"י לעם היהודי, היא צעד לא לגיטימי – המשמעות של היא סוג של שיריון חוקתי חזק מאין כמוהו, שהרי אתה יכול לכלול בחוקה את הגדרתה של מד"י כמדינתו של העם היהודי – נניח שעשינו זאת, עדיין אפשר לשנות זאת וגם אם א"א לשנות מותר לנו להתבטא כנגד זה, אבל ברגע שאנו פוסלים אותם מלהיכנס לכנסת אז אנחנו גם לא מאפשרים להם להביא לשינוי החוקה 🡨 כיוון מוסרי.

כיוון פרקטי 🡨 אם אנו פוסלים אנשים כאלו מלהיות במשחק הדמוק' אנו דוחפים אותם למעשה לארגוני טרור. אסור לנדות אותם ולהוציא אותם אל מחוץ לגדר.

בפרשת טיבי ובשארה ביהמ"ש מוכן להחיות את העילה הזו – השופט שלמה לוין סבור כי האמירה של טיבי כי "המדינה לכל אזרחיה" מהווה פגיעה באופי היהודי של המדינה. מעבר לכך, בשארה תומך במאבן מזויין, אז ניתן לפסול אותו ממילא בגלל זה. "וידוא הריגה"- שתי עילות. לא ברור מה היה קורה אם זה היה הנימוק היחידי. אך בכל מקרה, דעת הרוב של ברק "קברה" את העילה הזו.

פס"ד בלד ורע"מ טל, 2009- פוסלים את שתי הרשימות, יש ערעור על כך – ביהמ"ש מקבל את הערעור. פס"ד זה קבר רשמית את עילת שלילת היהדות.

עילת מאבק מזוין נגד המדינה- טיבי ובשארה- מעשה טרור בלבד לא יפסול אלא חייבים להשתייך לארגון טרור במאבק מזוין. סתם מעשי טרור או תמיכה במעשה טרור אינם נכנסים במסגרת הפסילה.

בפועל, לפחות בפרשה זו, העילה לא עבדה ובית המשפט ביטל את הפסילה שלהם מבחינה ראייתית.

טרם נפסלו היום רשימות בגין העילה הזו.