**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, אוקטובר 2014, ***פגישה 1***

*ברוכים הבאים ובהצלחה.*

**מספר הערות על מספר "תופעות":**

**תופעת "המשפט";**

**"המשפט הציבורי", וקונקרטית, "המשפט הציבורי בישראל";**

**ועל "ישראל";**

**ומספר נקודות על לימודים באוניברסיטה**

***היש קושי בטיעון הלוגי הבא?***

בעלי חיים מגדלים את צאצאיהם

בני אדם הם בעלי חיים

=> בני אדם צריכים לגדל את צאצאיהם

**=-=**

**דוגמא לפעולה אנושית שגרתית ולמעטפת המשפטית המלווה אותה:**

***הפעלת מסעדה***

שותפים שוכרים מקום כדי להפעיל מסעדה (הסכם ביניהם);

בוחרים לו שם (האם השם לא תפוס? סימני מסחר); שילוט (מיקום השלט, גודלו, האם אפשר להתערב בשפתו?);

ההסכם שלהם עם בעל הבית (הסכם שכירות);

עם עובדי המסעדה (הסכם עבודה);

מערכת היחסים למול הלקוחות (יחסים חוזיים; יחסים נזיקיים; יחסים, חלילה, פליליים);

למול עסקים ואנשים ("ספקים") שהם נותני מוצרים ושירותים למסעדה: ההסכמים בינם לבין נותני שירותים – החשבונות:

מוצרי מזון גולמיים

מים, חשמל, גז, טלפון

ניקיון, עם זה דרך קבלן ניקיון

Wi-Fi, אינטרנט, טלוויזיה (כבלים/ לוויין)

הסדרי פרסום

מוזיקה (זכויות יוצרים)

קבלת רישיון עסק והתנאים הנלווים לו:

חופש העיסוק

מטרד רעש, ריח, סוג של סכנות במישור התברואה

פעילות בשבת; פעילות בימי מועד – יום כיפור; ט' באב

הגבלות על טיב המזון (תברואה); הגבלות על סוג המזון (מוצרי חזיר למשל);

סוגיית הכשרות

המיסוי

מס הכנסה

מע"ם

ארנונה (המיסים העירוניים)

[...]

איך היחסים הללו מוסדרים?

ראשית, דרך מערכת יחסים שהיא כולה או בעיקרה מחוץ למשפט, לא מוסדרת ממשית על ידי המשפט.

מערכת התמריצים הפועלת על הצדדים, למשל, ביחסים של נותן שירות וצרכן: כדי שמסעדה תצליח צריך לעשות א' ו-ב'. האוכל צריך להיות טוב; שאלת מחירו; איכות השירות; הדימוי; המקום, נגישותו, יופיו, יוקרתו..

חלק חשוב מהיחסים, מההצלחה, לא ממש מושפע מהמשפט, או מושפע מעט: המשפט קובע סטנדרטים מסוימים של מינימום – למשל בנושא תברואה או בנושא רמת-השירות; אך הוא לרוב הוא לא מתערב בשאלת המחיר של הארוחה.. ולא קובע אם יהיה מאד נקי.. או השירות יהיה בדרגה סבירה, להבדיל מטובה או טובה מאד. הוא משרטט את המינימום ההכרחי – ומעבר לו יש מרווח של חופש.

רמת הבישול, רמת השירות, רמת הניהול – מקצועות/ מקצועיות

שנית, חלקים חשובים ממערכות היחסים המופיעות סביב המסעדה מוסדרים בכל זאת באמצעות המשפט, מערכות מצטברות של הוראות-דין:

חלקן מצויות בעיקרן במישור העובר **בין אדם לחברו, "המשפט הפרטי":**

דיני חוזים

דיני נזיקין

דיני עבודה

דיני העונשין (המשפט הפלילי) – רישוי עסק, תברואה, סוג האוכל, מכירת אלכהול מתחת לגיל, *[לא ניכנס כאן לדיון בשאלת הסיווג של המשפט הפלילי בגדר משפט פרטי או משפט ציבורי]*...

דיני ...

אך יש עוד מערכת אחת מאד משמעותית של דין – היא **"המשפט הציבורי", זה המצוי בינינו לבין השלטון (השלטון המרכזי/ המדינה/ הממשלה, או השלטון המקומי – העירייה/ הישוב שבתוכו אנו פועלים)**:

מה מקור התוקף של עצם דרישת הרישיון? או מקור הסמכות להטיל מס מסוים בשיעור מסוים?

מה מקור התוקף של כל הדינים שהוזכרו לעיל: חוזים, נזיקין, דיני העונשין?

בהנחה שיש סמכות תקפה לדרוש רישיון עסק: מי מוסמך לתת או לא לתת רישיון?

כיצד צריכים הפקחים לפעול? מה מקור סמכות הפיקוח שלהם?

איזה דברים יהיו בסמכות הרשות המקומית ואיזה בסמכות השלטון המרכזי?

בתוך השלטון המרכזי: האם בסמכות הכנסת או שמא בסמכות הממשלה?

מה התפקיד של בתי המשפט כאן? ומי ממנה את השופטים? ומהי סמכותם של השופטים? ומי קובע שכך תהיה הסמכות, שכך ייעשה המינוי? ...

**=-=**

**מהו הדימיון, מהו השוני, בין הנורמות המופיעות להלן?**

**חוק יסוד: הכנסת**

1. [המהות]

הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה.

4. [שיטת הבחירות]

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

5. [הזכות לבחור]

כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית-משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק; חוק הבחירות יקבע את המועד שבו ייחשב אדם בן שמונה עשרה שנה לענין השימוש בזכות הבחירה לכנסת.

25. [רוב]

הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה; סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לענין זה.

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

6. (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.

(ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל

...

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**חוק העונשין, תשל"ז-1977**

300. [רצח]

(א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד: [...];

(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם; [...]

**חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973**

1. [כריתת החוזה – כיצד]

חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה.

**חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969**

8. [צורתה של התחייבות]

התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

=-=

**"ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית;..."**

**– השופט רובינשטיין בפסק דין האגודה לזכויות האזרח[[1]](#footnote-2)**

אם למתוח קצת את הדברים של השופט רובינשטיין, הרי שניתן לדבר דרכם על המימד 'הסכיזופרני' שבקיום שלנו כחברה, ועל השתקפות הסכיזופרניה הזו גם במשפט שלנו:

יש את החיים הרגילים שהוא, המשפט, מנסה להסדיר; ומופיעים גם החיים הסוערים והקשים שאותם הוא מנסה להסדיר.

במילים אחרות, מצד אחד יש לנו את התכנים 'הרגילים', הכמעט אוניברסאליים, של החיים: דיני חוזים, נזיקין, עבודה, משפחה, דיני תאגידים, קניין, קניין רוחני וכדומה; זה העיסוק בנורמאלי, בשוטף. מצד שני, המשפט עוסק, בו-זמנית ובעיקר דרך דיני העונשין ודרך חלקים מהמשפט הציבורי, גם במה שהוא פתולוגי בחיים האנושיים וגם במה שהוא מיוחד או קשה במיוחד במציאות החברתית של ישראל.

**במשפט הציבורי יש ארבעה סוגים עיקריים של הכרעות נורמטיביות.**

מהצד האחד מצויה שגרת החיים הרגילה, שבה מעורבת המדינה כשחקן כלכלי או כגורם רגולטיבי (גורם מסדיר ומפקח) או כגורם שלטוני קובע-מדיניות ומקבל הכרעות שוטפות (גורם מנהל). ראו בין היתר, **דיני מכרזים, דיני תכנון ובנייה, רישיונות עסק, חוזי-רשות, סוגיות של מיסוי מקומי וארצי, ביטוח לאומי, דיני רשויות מקומיות, ועוד ועוד**. זהו עולם של נורמאליות, של דרמות קטנות.

[אך גם דרמות קטנות אלו עשויות להיטען באנרגיות של דרמה יותר גדולה אם הן יהוו זירה לסכסוך עמוק יותר, למשל לאומי או דתי].

מעבר לכך מופיעים שלשה סוגים נוספים של הכרעות של משפט ציבורי, והם נושאים *מלכתחילה* פוטנציאל לדרמה גדולה.

סוג אחד ומאד מרכזי נוגע **ל"כללי המשחק" בחברה**. כלומר לכללים שמפרטים ומבטאים את ערכי היסוד של החברה, ואלו הנוגעים לחלוקת התפקידים השלטוניים בה. חלוקת תפקידים היא **חלוקה של כוח/עוצמה** בין רשויות (ובעצם גם בין אנשים) וזו פעולה עם רגישיות רבה. באופן קונקרטי יותר מדובר בשאלות הבאות:

מהן זכויות האדם וכיצד ובאיזה היקף הן יוגנו? מהו אופן הבחירה או המינוי של הרשויות השלטוניות? מה הכוח/הסמכות של כל רשות? איך ומי מקבל הכרעה על מלחמה ועל שלום? איך מתקבלת חקיקה? איך נערכים הבחירות? האם יש נורמות גבוהות שהן בסיס לביקורת שיפוטית חוקתית, ואיך מקבלים אותן ואיך משנים אותן? ועוד שאלות ממין זה.

סוג שני של הכרעות בעלות פוטנציאל דרמטי נוגע לנורמות הפליליות ולנורמות האתיות שמלוות אנשי שלטון. זהו **המאבק בשחיתות השלטונית**.

סוג שלישי של **הכרעות דרמטיות שבהן מעורב המשפט הציבורי, הן ההכרעות בסוגיות מעולם המציאות 'שבחוץ' והן הרות-גורל**: סוגיות הנוגעות בפחדים הגדולים של החברה, ולפחות של קהילת-הרוב בתוכה – פחדים ביטחוניים, פחדים דמוגרפיים; פחדים מפני שינוי עמוק במעמד הכלכלי; התנגדויות עמוקות בתחום הערכי (דת, מצפון); ובמקביל, הכרעות שמגרות פחדים של קהילות מיעוט מפני דיכוין, הדרתן, או קמילת זהותן הקבוצתית, תרבותן, שפתן וכדומה.

=-=

**קטגוריות של "מעמד אזרחי"**

**אזרח,**

**תושב**

**הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית;**

**הדרוזים ברמת-הגולן**

**"מתאזרח"**

**(בעיקר איחוד משפחות בין בני-זוג, לאחר תקופת תושבות),**

**בעלי היתר שהייה לסוגיו:**

**תיירים;**

**מבקשי-מקלט/ מסתננים;**

**עובדים זרים עם ויזת עבודה; ...**

**חסרי היתר שהייה**

**הפלסטינים בשטחים**

**בגדה המערבית**

**ברצועת עזה**

**=-=**

**תשע"ה מיליון**

**המספר הכל כך מצמרר מקבל משמעות אחרת, של תקומה: יותר מ־6 מיליון יהודים חיים בישראל ערב השנה החדשה (לפי הלמ"ס הרף נחצה אשתקד) • מספר בעלי האזרחות הישראלית נוגע ב־9 מיליון נפש**

* **יורי ילון**

 22.09.2014 ***ישראל היום***

קצת קשה להתרגל למספרים הללו, אבל מתברר שגדלנו, ולא רק בשנה. ערב השנה החדשה לפי מרשם האוכלוסין וההגירה, עם תחילת שנת תשע"ה כבר יש כמעט 9 מיליון ישראלים - 8,904,373 ליתר דיוק (חלקם אינם מתגוררים בישראל), מתוכם כ־6,104,000 יהודים (יש לציין כי לפי נתוני הלמ"ס, הרף של 6 מיליון יהודים נחצה כבר לפני שנה).

לשם השוואה, בשנה הקודמת לכך נרשמו בנתוני משרד הפנים 8,730,562 ישראלים. לפי נתוני הלמ"ס, מתוכם היו אז 6,066,000 יהודים. מהנתונים עולה כי מספר הבנים שנולדו בשנה העברית הנוכחית גדול ממספר הבנות. כך, 90,646 בנים נולדו בתשע"ד בעוד מספר הבנות שנולדו עמד על 85,584. בסך הכל נולדו 176,230 תינוקות שנרשמו בשנה המסתיימת לה בימים אלה. מדובר בעלייה ביחס לשנת תשע"ג, שבה נולדו 160,749 תינוקות.

חיזוק ללידות מבית היה אפשר לקבל בזכות העולים מחו"ל. מספר העולים שנרשמו בשנת תשע"ד הוא 24,801 - גידול לעומת 16,968 עולים בתשע"ג.

ולא מעט מהעולים ארצה מקווים גם למצוא בה אהבה. הם יכולים להתרשם מכך שבשנת תשע"ד נרשמו נישואיהם של 140,591 ישראלים, לעומת 127,052 ישראלים שנישאו בתשע"ג. מנגד, נרשמו בשנה העברית המסתיימת גירושיהם של 32,457 ישראלים, לעומת 29,616 גירושים של ישראלים בתשע"ג.

**רויטרס**

ראש הממשלה בנימין נתניהו, שקיבל אתמול מהסטטיסטיקן הממשלתי פרופ' דני פפרמן את השנתון הסטטיסטי של שנת 2013, ציין בפתח ישיבת הממשלה כי "ערב ראש השנה אוכלוסיית ישראל עברה את 8 מיליון בני האדם, ולא פחות חשוב מזה - בפעם הראשונה בתולדות מדינת ישראל חיים בישראל יותר מ־6 מיליון יהודים". נתניהו הדגיש כי "למספר הזה יש משמעות כפולה ומכופלת לאור הנתיב שעבר עמנו במאה האחרונה גם לתוך המאה הזאת". מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שאליהם התייחס נתניהו, עולה כי בסוף השנה מנתה אוכלוסיית ישראל 8,134,000 נפש, מתוכם 6,104,000 יהודים, 1,683,000 ערבים ו־347 אלף אחרים.

יצוין כי הנתון שפורסם אתמול על ידי משרד הפנים כולל ישראלים ויהודים ששוהים בחו"ל, ולכן יש הבדל בין נתונים אלו ובין נתוני הלמ"ס.

=-=

**עצמאות 65 || יותר מ-8 מיליון תושבים בישראל; 70% צברים**

**הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה פירסמה היום: בישראל חיים 6.042 מיליון יהודים**

* [**מוטי בסוק**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.474)
* 14.04.2013, ***הארץ***

ערב יום העצמאות ה-65 למדינת ישראל, אוכלוסיית ישראל מונה לראשונה יותר מ-8 מיליון נפש. מנתונים שפירסמה היום הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה עולה כי בישראל חיים 8.018 מיליון תושבים. עם קום המדינה חיו בארץ 806 אלף תושבים בלבד.

בישראל חיים 6.042 מיליון יהודים (75.3% מכלל אזרחי המדינה) 1.658 מיליון ערבים (20.7%) ו-318 אלף (4%) נוצרים לא ערבים, בני דתות אחרות וחסרי סיווג דת במשרד הפנים. מספר תושבי המדינה אינו כולל את אוכלוסיית העובדים הזרים, המוערכת בלפחות 200 אלף איש.

מאז יום העצמאות הקודם, גדלה אוכלוסיית ישראל בכ-137 אלף איש (1.8%), גידול דומה לזה שבשנים האחרונות. בתקופה זו נולדו כ-163 אלף תינוקות ונפטרו כ-41 אלף איש. מספר העולים שהגיעו לארץ היה כ-19.5 אלף.

בסוף 2011 למעלה מ-70% מתושבי הארץ היו צברים, ילידי ישראל (יותר ממחציתם לפחות דור שני בארץ) לעומת 35% עם קום המדינה ב-1948.

ב-1948 רק עיר אחת בישראל מנתה יותר מ-100 אלף תושבים - תל אביב. היום יש בישראל 14 ערים המונות יותר מ-100 אלף תושבים, מהן שש עם יותר מ-200 אלף תושבים: ירושלים, תל אביב, חיפה, ראשון לציון, אשדוד ופתח תקווה.

=-=

**בניגוד לטענות בימין: מסמך רשמי מראה כי 2.6 מיליון פלסטינים מתגוררים בגדה**

בשנים האחרונות ניטש מאבק עז יצרים על מספר הפלסטינים בשטחים. בימין אומרים כי בגדה חיים מיליון וחצי פלסטינים, אך הנתונים מספרים סיפור אחר

* [**ניר חסון**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.815)
* 30.06.2013, ***הארץ***

במאי 2012 חיו בגדה המערבית 2,657,029 פלסטינים – כך מתברר ממסמך של המינהל האזרחי שהגיע לידי "הארץ". בנוסף, המסמך מצביע על עלייה של 29% במספר הפלסטינים מאז שנת 2000. אבל בשנים האחרונות ניטש מאבק עז יצרים על מספר הפלסטינים הגרים בשטחים, וקבוצת חוקרים בשם "הצוות האמריקאי-ישראלי לדמוגרפיה", מנסה זה שמונה שנים להוכיח שהפלסטינים הצליחו בתחכום רב להוסיף למספרם עוד כמיליון איש. אף שאין לטענות הקבוצה סימוכין בקרב מומחי הדמוגרפיה בארץ ובעולם, היא זוכה לעדנה רבה בין דוברים ופוליטיקאים בימין.

לטענת הצוות האמריקאי-ישראלי, בגדה חיים מיליון וחצי פלסטינים. טיעון נוסף ולא פחות חשוב של הצוות הוא שהזמן והדמוגרפיה פועלים לטובת ישראל ולא לטובת הפלסטינים. את הנתון אימצו חלקים בימין – מיו"ר הבית היהודי נפתלי בנט, דרך ח"כ ציפי חוטובלי (ליכוד) ועד משה ארנס. מסקנתם היא שאם יש רק מיליון וחצי פלסטינים, והשד דמוגרפי אינו קיים, אין צורך להיכנס למו"מ על הקמת מדינה פלסטינית; הגיע הזמן לדבר על אופן סיפוח השטחים והתושבים.

ח"כ חוטובלי מאמינה שבטווח ארוך, ישראל יכולה לאזרח את כל הפלסטינים בגדה ולשמור על זהותה היהודית. "יש מיליון וחצי פלסטינים ביהודה ושומרון ו-400 אלף מתנחלים, ואף אחד לא הולך לשום מקום", [אמר לאחרונה בנט בריאיון לוושינגטון פוסט](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.2052435). כשבודקים מהיכן נלקח המספר מיליון וחצי, מגיעים תמיד לאותו המקום – הצוות האמריקאי-ישראלי לדמוגרפיה. "מה שהקבוצה הזאת עושה גובל בפשע, זו הונאת מקרו", אומר הגיאוגרף, [הפרופ' ארנון סופר](http://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2057018), גדול המבקרים של פעילות הקבוצה.

אחד מראשי צוות הוא יורם אטינגר, איש ימין ודיפלומט לשעבר. בצוות המדעי שאחראי לנתונים חברים בנט צימרמן, אנליסט של בנק השקעות, ולצדו מייקל זייד, ד"ר לפיזיקה, וההיסטוריונית רוברטה זייד. המסמך שלהם פורסם זמן קצר לפני ההתנתקות ב-2005 ונתפס אז כניסיון לבלום את ההתנתקות באמצעות ערעור על הנתונים הדמוגרפיים. זאת, באמצעות ערעור על שני מפקדי האוכלוסין של הרשות הפלסטינית ב-1997 וב-2007, המפקדים היחידים בשטחים מאז 1967. הם נעשו בפיקוח ממשלת נורבגיה.

על בסיס המפקדים האלו מעריכים הפלסטינים, ובעקבותיהם צה"ל, האו"ם, השב"כ, כל מדינות העולם ורוב הדמוגרפים בארץ, את מספר הפלסטינים בגדה ב-2.7-2.6 מיליון איש.

לטענת הצוות האמריקאי-ישראלי, המפקדים מעוותים מכמה סיבות: מפני שבחישובים מונים הפלסטינים את 300 אלף תושבי מזרח ירושלים כפלסטינים, בעוד ישראל מונה אותם כערביי ישראל; עוד טוענים חברי הצוות, שהפלסטינים מכלילים תושבים שעזבו את הגדה לפני שנים רבות; ושלישית, הם מציגים גידול אוכלוסין בלתי מוסבר, יותר מדי לידות ופחות מדי מיתות.

"אלה לא בהכרח שקרים", אומר אטינגר, "אבל הפלסטינים סופרים אחרת. הבעיה היא לא אתם, הבעיה היא עם אלו שמקבלים את הנתונים שלהם בלי לבדוק. למשל, בעניין הלידות יש שם עבודה מאוד לא מדויקת, בלשון המעטה". אנשי הצוות מצביעים על ירידה דרמטית בפריון בחברה הערבית בכל המזרח התיכון. לדברי אטינגר, הפריון של אשה יהודיה בישראל גבוה היום משל נשים במדינות שכנות.

[הפרופ' סופר ידוע זה שנים ארוכות כנביא זעם דמוגרפי](http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1223583). פגישתו עם ראש הממשלה לשעבר, אריאל שרון בשנת 2004, נחשבת אבן דרך בהחלטת אריאל שרון לצאת מרצועת עזה. בעיניו, הצוות הישראל-אמריקאי הוא חבורה של שרלטנים שעושם מעשי רמייה מסוכנים, מסיבות פוליטיות. כבר ב-2007 פרסם סופר, עם יניב גמבש, מסמך ארוך, בשם "תעתועי פער המיליון", שמתייחס לטענות הצוות. המסמך, שגולש לעתים ללשון לא-אקדמית, קובע שכל 21 ההנחות במסמך של הצוות הישראלי-אמריקאי פגומות מדעית.

"קח, למשל, את נושא התמותה", אומר סופר. "היהודים שייכים לעם נורמלי שיש לו הרבה זקנים, באוכלוסייה הערבית אין הרבה מבוגרים ולא מתים שם הרבה. בתוך ישראל, על כל 1,000 איש יש כשישה מתים בשנה, אצל הערבים - 2.5".

סופר מסכים שיש ירידה בילודה, אבל מכיוון ששיעור הדור הצעיר בשטחים גדול מאוד ביחס לשאר האוכלוסייה, נוצר "מומנטום דמוגרפי", שלפיו מספר הלידות של פלסטיניות אמנם יורד, אף בגלל שיעור הצעירים הגבוה מספר האמהות יהיה גדול בשנים הקרובות.

"חברי הצוות גם מספרים שבכל שנה עוזבים בין 60 ל-80 אלף איש את הארץ. אז אם תהיה לנו סבלנות, עוד כמה שנים הערבי האחרון יכבה את האור. תאמין לי, הייתי בכל המעברים, אין דבר כזה. זה בלבול מוח. הם גם טוענים שצריך להוריד מהספירה 400 אלף פלסטינים שגרים בחו"ל, אבל מה מספר הצברים שיושבים בניו-יורק?".

הוויכוח מתנקז בסופו של דבר לשאלה מספרית פשוטה – האם יש רוב יהודי בין הירדן לים? לדברי אטינגר, הרוב היהודי קיים ומוצק. לדבריו, שיעור היהודים בקרב התושבים בין הים לירדן הוא 66%. חשוב מכך, בשל השינוי בשיעורי הפריון, הרוב יציב. "אין פצצת זמן ערבית, יש רוח גבית יהודית", הוא אומר.

הנתונים של סופר, המקובלים על כל מי שעוסק בדבר, מספרים סיפור אחר: בישראל חיים 6.2 מיליון יהודים ואחרים; בעזה חיים 1.7 מיליון פלסטינים; בגדה חיים כ-2.5 מיליון פלסטינים. בישראל חיים עוד 1.6 מיליון פלסטינים, לא כולל דרוזים. כך שיוצא שיש 5.8 מיליון ערבים ו-6.2 מיליון יהודים. "תוסיף לזה 60 אלף מסתננים, 120 אלף תיירים כביכול שנשארו בישראל, 300 אלף פלסטינים שנכנסו מאז 67' וחיים בישראל, עובדים זרים, ויוצא שנכון להיום אנחנו 49% בין הירדן לים". "אם זה היה ויכוח אקדמי, לא היה שווה לי להתעסק אתם", אומר סופר, "אבל פתאום בוגי (משה יעלון, שר הביטחון) אומר לי שאין לנו בעיה דמוגרפית".

"הדיון על עתיד השטחים חשוב מספיק כדי שנקיים אותו על בסיס עובדות ונתונים אמיתיים", אומר ד"ר אסף שרון, מנהלה האקדמי של מולד, מכון מחקר שמאל. "ה'עובדות' עליהן מבוססת האסטרטגיה של הימין האידיאולוגי משוללות יסוד. אנשי הימין שוכחים ששקר שחוזרים עליו ללא הרף לא הופך לאמת. סיפוח השטחים פירושו מדינה דו-לאומית. אפשר לתמוך בזה ואפשר להתנגד לזה, אבל אי אפשר להכחיש את זה".

=-=

<http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%AA%20%D7%A2%D7%96%D7%94.html>

# רצועת עזה

מתוך ויקיפדיה, האנציקלופדיה החופשית

**רצועת עזה** (ב[ערבית](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A2%D7%A8%D7%91%D7%99%D7%AA.html): **قطاع غزّة** - קֻטַאע עַ'זֶה) היא רצועת אדמה [חופית](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%97%D7%95%D7%A3.html) בדרום [מישור החוף הדרומי](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%9E%D7%99%D7%A9%D7%95%D7%A8%20%D7%94%D7%97%D7%95%D7%A3%20%D7%94%D7%93%D7%A8%D7%95%D7%9E%D7%99.html) של [ארץ ישראל](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%90%D7%A8%D7%A5%20%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C.html). היא גובלת ב[מצרים](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%9E%D7%A6%D7%A8%D7%99%D7%9D.html) מדרום-מערב וב[ישראל](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C.html) מדרום, מזרח וצפון. אורכה כ-41 [קילומטרים](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A7%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%9E%D7%98%D7%A8.html), רוחבה נע בין שישה לשנים עשר קילומטרים ושטחה הכולל כ-360 קילומטר רבוע. מבחינת ריבונות היא מזוהה עם [הרשות הפלסטינית](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%94%D7%A8%D7%A9%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A4%D7%9C%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%AA.html), ומאז [2007](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/2007.html) היא בשליטת החמאס. נכון ליולי 2008 מתגוררים ברצועת עזה כ-1.5 מיליון תושבים, מתוכם קרוב למיליון מוגדרים כ[פליטים](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%91%D7%A2%D7%99%D7%99%D7%AA%20%D7%94%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%98%D7%99%D7%9D%20%D7%94%D7%A4%D7%9C%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D.html) וכמחציתם מתגוררים ב[מחנות הפליטים](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%9E%D7%97%D7%A0%D7%94%20%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%98%D7%99%D7%9D.html)[[1]](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%AA%20%D7%A2%D7%96%D7%94.html#cite_note-CIA-1). גבולותיה של הרצועה הוגדרו ב[הסכמי שביתת הנשק בתום מלחמת העצמאות](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%94%D7%A1%D7%9B%D7%9E%D7%99%20%D7%A9%D7%91%D7%99%D7%AA%D7%AA%20%D7%94%D7%A0%D7%A9%D7%A7%20%D7%91%D7%AA%D7%95%D7%9D%20%D7%9E%D7%9C%D7%97%D7%9E%D7%AA%20%D7%94%D7%A2%D7%A6%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA.html) שנחתמו ב[רודוס](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A8%D7%95%D7%93%D7%95%D7%A1.html) בין [ישראל](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C.html) ל[מצרים](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%9E%D7%A6%D7%A8%D7%99%D7%9D.html) בשנת [1949](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/1949.html).

...

נכון ליולי [2008](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/2008.html) מתגוררים ברצועת עזה כ-1.5 מיליון תושבים, מתוכם קרוב למיליון מוגדרים כפליטים וכמחציתם מתגוררים במחנות פליטים. רצועת עזה נמצאת במוקד בעיית הפליטים. חמישית מאוכלוסיית הפליטים ה[פלסטינים](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A4%D7%9C%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D.html) יושבים בחבל [עזה](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A2%D7%96%D7%94.html) והם מהווים את מרבית ה[אוכלוסייה](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%90%D7%95%D7%9B%D7%9C%D7%95%D7%A1%D7%99%D7%99%D7%94.html) בחבל כולו. [המקור לנתונים אלו: [1.0](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%AA%20%D7%A2%D7%96%D7%94.html#cite_ref-CIA-1-0) [1.1](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%AA%20%D7%A2%D7%96%D7%94.html#cite_ref-CIA-1-1) [The world Factbook, Middle East, Gaza Strip](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gz.html) באתר ה[CIA](http://library.kiwix.org/wikipedia_he_all/A/CIA.html)]

=-=



=-=

**לפגישה הקרובה:** אנא קראו את העמודים שלעיל, וכן את פסק דין **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל** המופיע במערכת המוּדל.

נסו לעקוב אחרי השאלות שבית המשפט שואל, וראו את תשובותיו.

מדוע העתירה מתקבלת?

איזה שאלה בית המשפט מזכיר, אך לה אין הוא עונה, שכן היא לא עמדה על הפרק (לא בשלה/הבשילה) בעת מתן פסק הדין?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, אוקטובר 2014, ***פגישה 2***

**מתווה הקורס**

**סמסטר א'**

**פגישות מבוא**

"הנורמטיביות" שבמשפט: לא מה יש, אלא מה צריך להיות; וכן חשיבות המושג "סמכות" במשפט הציבורי

**החוקה המהותית/ החוקה המטריאלית של ישראל**

"עקרונות היסוד" של "המדינה היהודית והדמוקרטית" (מקור מרכזי לזיהויים: "מגילת העצמאות")

משמעותם המשפטית של עקרונות אלה:

מיקומם בפירמידה הנורמטיבית

השפעתם העמוקה על "הפרשנות התכליתית"

**החוקה הפורמאלית של ישראל: חוקי היסוד**

"הסמכות המכוננת" של הכנסת – תפיסת "שני הכובעים" של הכנסת: הכובע המכונן והכובע המחוקק שלה

כינון חוקי היסוד מכוח הסמכות המכוננת: עיגון חוקתי של ערכים, עקרונות, "כללי-המשחק", מוסדות שלטון

מהם כללי ההכרעה בעת "מתקל דינים": התנגשות בין דין אחד לדין אחר?

"ביקורת שיפוטית חוקתית" – היש סמכות לבתי המשפט לבחון את תוקפם של חוקים?

"פסקת ההגבלה"

"פסקת ההתגברות"

"פסקת שמירת הדינים"

**הרשויות השלטוניות המרכזיות/ מוסדות שלטוניים מרכזיים** (חלק חשוב מהסדרתם גם הוא נעשה בגדרם של חוקי היסוד)

**הכנסת וכן חסינות חברי הכנסת**

**הממשלה**

[נשיא המדינה]

[מבקר המדינה]

[הרשות השופטת]

**השלטון המקומי – הרשויות המקומיות**

**היועץ המשפטי לממשלה**

**יסודות של המשפט המינהלי של ישראל** [שיעורים לא מעטים..]

**דיני הסמכות המינהלית**

**דיני ההליך המינהלי**

**סמסטר ב'**

**דיני שיקול הדעת המינהלי**

**סוגיות מיוחדות במשפט המינהלי**

**זכויות האדם בישראל**

קטגוריות של מעמד אזרחי (אזרח, תושב, עובד זר, מבקש מקלט, פליט...)

סמכויות שעת חירום

כולל הדין שעניינו הפלסטינים בשטחים הכבושים, או השטחים הנתונים "בתפיסה לוחמתית"

זכויות מיעוטים (המיעוט הערבי-פלסטיני והמיעוט הדתי בתוך קהילת הרוב היהודית): זכויות קיבוציות/ זכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית, מהשתייכות לקבוצת מיעוט תרבותית, שהמשכיות תרבותה תלויה בהגנה נוספת

הזכות לבחור ולהיבחר

חופש הביטוי

חופש ההפגנה

חופש הדת והמצפון

הזכות לשוויון

זכויות חברתיות

**תוצאות ההפרה של כללי המשפט הציבורי: תרופות שניתנות/ סעדים שניתנים**

**סמכויות השיפוט בעניינים של המשפט הציבורי**

סמכויות השיפוט בעניינים של המשפט הציבורי

שיקול-הדעת בהפעלת סמכות השיפוט בעניינים של המשפט הציבורי – בין היתר, "עילות הסף" לדיון בעתירות

**פירמידת הנורמות ופירמידת המוסדות, ולשם קיצור "הפירמידה הנורמטיבית"**

**הנורמה הבסיסית** **"הריבון"**

"ערכי חוקה המוסד המכונן

היסוד" חוקים המוסד המחוקק

*"משפט מקובל נוסח ישראל"*

תקנות וחוקי-עזר פסקי דין בתי המשפט הממשלה ,

השלטון המקומי

צווים ו"פעולות מינהל" אחרות ורשויות המינהל האחרות

נורמות ופעולות בתחום המשפט הפרטי

**פירמידת הנורמות פירמידת המוסדות**

**הפירמידה הנורמטיבית הקודמת, זו ש*בטרם* "המהפכה החוקתית" שהתרחשה בשנות התשעים**

**הנורמה הבסיסית** **"הריבון"**

"ערכי חוקי יסוד וחוקים

היסוד" הכנסת

*"משפט מקובל נוסח ישראל"*

תקנות וחוקי-עזר פסקי דין בתי המשפט הממשלה ,

השלטון המקומי

צווים ו"פעולות מינהל" אחרות ורשויות המינהל האחרות

נורמות ופעולות בתחום המשפט הפרטי

**פירמידת הנורמות פירמידת המוסדות**

**=-=**

הניחו את הדוגמא הבאה:

סגן ראש עירית בית שמש מודיע לבעליה של מסעדת "ספר-ריבּז" על ביטול רישיון העסק שלה.

נימוקי הביטול: הפרה של **תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל), התשמ"ג-1983**.

**תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל), התשמ"ג-1983**

בתוקף סמכותי לפי סעיף 10 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968 (להלן - החוק), ובתוקף הסמכות לפי סעיף 3 לפקודת בריאות הציבור (מזון), 1935, שנטלתי לעצמי בהתאם לסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, אני מתקין תקנות אלה: […]

{שורה של הוראות ביחס לשמירת מזון בקירור; מים; אוורור, סילוק שפכים ופסולת, וכדומה}

**חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968**

1. [צווים בדבר עסקים טעוני רישוי]

(א) שר הפנים, רשאי לקבוע בצווים עסקים טעוני רישוי ולהגדירם, כדי להבטיח בהם מטרות אלה או מקצתן:

(1) איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים; [...]

(3) בטיחות של הנמצאים במקום העסק או בסביבתו;

(4) מניעת סכנות של מחלות בעלי חיים ומניעת זיהום מקורות מים בחמרי הדברה, בדשנים או בתרופות;

(5) בריאות הציבור, לרבות תנאי תברואה נאותים; [...]

(ב) היתה אחת ממטרות הרישוי מטרה כמפורט להלן, טעון הצו התייעצות —[...]

(5) בסעיף קטן (א)(5) — עם שר הבריאות.[...]

5. [רשויות הרישוי]

(א) רשות הרישוי לעסק טעון רישוי היא -

(1) בתחום רשות מקומית - ראש הרשות המקומית או מי שהוא הסמיכו לכך; [...]

6ו. [בדיקות עזר]

רשות הרישוי או נותן האישור רשאים להסתייע בבעלי מקצוע שקיבלו הסמכה לפי חוק זה, שאינם עובדי מדינה או עובדי הרשויות המקומיות, לענין עמידתו של עסק בתנאים שנקבעו לפי סעיף 7 ובדרישות החוק והתקנות החלים עליו.

7ג. [ביטול רשיון והיתר זמני]

(א) רשות הרישוי רשאית לבטל רשיון או היתר זמני מיוזמתה היא או מיוזמת נותן האישור.

(ב) לא יבוטל רשיון או היתר זמני מיוזמתה של רשות הרישוי אלא לאחר התייעצות עם נותן אישור המומקד על קיום מטרה מן המטרות האמורות בסעיף 1(א) שאי קיומה משמש עילה לביטול.

(ג) לא יבוטל רשיון או היתר זמני אלא לאחר שניתנה לבעל הרשיון או ההיתר הזמני הזדמנות להשמיע את טענותיו. [...]

10. [(הסמכות להתקין) תקנות בריאות הציבור]

(א) שר הבריאות, בהתייעצות עם השר לאיכות הסביבה, רשאי להתקין לכלל העסקים טעוני הרישוי או לסוגים מהם, תקנות להגנה על בריאות הציבור, לרבות הבטחת תנאי תברואה נאותים ולרבות תקנות שענינן הוראות בנוגע להדרכת מועסקים לצורך הבטחת המטרות האמורות. […]

**פקודת בריאות הציבור (מזון) [נוסח חדש], התשמ"ג-1983**

3. [סמכות המנהל להתקין תקנות]

המנהל {מנכ"ל משרד הבריאות}רשאי, באישור שר הבריאות, להתקין תקנות המרשות – דרך כלל או ביחס לאזור או למקום שיפורטו - נקיטת אמצעים למניעת סכנה לבריאות הציבור מיבוא, הכנה, החסנה והפצה של מזון שנועד למכירה למאכל אדם, וכן למניעת סימון כוזב של מזון, ובלי לגרוע מכלליות הסמכויות הניתנות בזה, יכולות תקנות כאמור – [...] (2) להגדיר, לפי הצורך, איכותו, מהותו ותכונותיו של מזון, לפרט תקנים הנדרשים ביחס למזון כאמור ולקבוע איזה חסר ברכיב מן הרכיבים הרגילים של חומר, ואיזו תוספת של דבר זר בחומר או איזה שיעור של מים בו, יהיו לענין פקודה זו ראיה לכך שאין החומר אמיתי או שהוא מזיק לבריאות; […]

=-=

**חוק יסוד: הכנסת**

1. [המהות]

הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה.

4. [שיטת הבחירות]

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

5. [הזכות לבחור]

כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית-משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק; חוק הבחירות יקבע את המועד שבו ייחשב אדם בן שמונה עשרה שנה לענין השימוש בזכות הבחירה לכנסת.

25. [רוב]

הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה; סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לענין זה.

**חוק יסוד: הממשלה**

34. [נטילת סמכויות]

שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת.

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

8. [פגיעה בזכויות (פסקת ההגבלה)]

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**10. [**שמירת דינים]

אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.

**חוק יסוד: חופש העיסוק**

3. [חופש העיסוק]

כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.

4. [פגיעה בחופש העיסוק (פסקת ההגבלה)]

אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

=-=

**"שלטון החוק"**

בג"צ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל,** פ"ד נג(4) 817 (1999)

**מהי השאלה המרכזית שבית המשפט שואל?**

**על איזה שאלות-משנה הוא עונה בדרך?**

**איזה שאלה בית המשפט מזכיר, אך לה אין הוא עונה, שכן היא לא בשלה ולא ברור אם תהיה בשלה להכרעה?**

**מדוע העתירה מתקבלת – מהו לב הדברים?**

**מה עוד אנו למדים מפסק הדין לבד מההכרעה בסוגיה או בסוגיות הקונקרטיות שעמדו בו להכרעה?**

הוראות דין רלבנטיות:

סעיף 40 (דאז, והיום סע' 32) לחוק יסוד: הממשלה –

"הסמכות השיורית" – סמכות הממשלה: "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"

סע' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)

“An officer of police of or above the rank of inspector, or any other officer or class of officers generally or specially authorised in writing by the Chief Secretary to the Government, to hold enquiries into the commission of offences, may examine orally any person supposed to be acquainted with the facts and circumstances of any offence in respect whereof such officer of police or other authorised officer as aforesaid is enquiring, and may reduce into writing any statement by a person so examined.”

סעיף 34 יא' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – הגנת "הצורך":

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

סע' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [לעיל]

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

=-=

[קטעים מתוך פסק הדין]

שירות הביטחון הכללי חוקר חשודים בביצוע עבירות כנגד ביטחון המדינה. המוסמך הוא לערוך חקירות אלה? הוא עושה כן על פי הנחיות הקובעות את שיטות החקירה. ההנחיות מתירות לחוקרים גם שימוש באמצעים פיזיים כנגד הנחקרים (כגון "טלטולים" ותנוחת "שבאח"). הבסיס להיתרים הוא, שהדבר דרוש באופן מיידי להצלת חיי אדם. האם היתרים אלה הם כדין?

החקירה נעשית לרוב במקום שהנחקר עצור בו. חקירה זו - אפילו אם אין היא נעשית תוך כדי שימוש באמצעים פיזיים - פוגעת בחירותו של הנחקר. היא פוגעת לעיתים בכבודו ובצנעת הפרט שלו. במדינת חוק אין סמכות לבצע חקירה כזו בלא הסמכה בחקיקה ראשית, או בחקיקת משנה מכוח הסמכה מפורשת לכך בחקיקה ראשית.

ביטוי לעיקרון זה נתן המחוקק בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו 1996-, בקבעו:

"אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 1(א)).

כך דורש עקרון שלטון החוק (הפורמלי והמהותי). כך נדרש על פי עקרון חוקיות המנהל. "אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק ממנו נובעת הסמכות לעשות אותו מעשה, המעשה אינו בתחום הסמכות ולכן הוא בלתי-חוקי"**.**

החוק וחקיקת המשנה צריכים לקיים את הדרישות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 8 לחוק היסוד).

האם קיימת הוראת חוק המסמיכה את חוקרי השב"כ לבצע חקירות במובן עליו עמדנו?

סמכותה ה"שיורית" של הממשלה [סעיף 40 (דאז, והיום סע' 32) לחוק יסוד: הממשלה – הסמכות "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"] אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה"שיורית" של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים "חלל מנהלי" (ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 832, 843). "חלל מנהלי" כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא "מולא" בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט.

התשובה [לסמכות החקירה] מעוגנת בסעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**.**

“An officer of police of or above the rank of inspector, or any other officer or class of officers generally or specially authorised in writing by the Chief Secretary to the Government, to hold enquiries into the commission of offences, may examine orally any person supposed to be acquainted with the facts and circumstances of any offence in respect whereof such officer of police or other authorised officer as aforesaid is enquiring, and may reduce into writing any statement by a person so examined.”

מכוחה של הוראה זו הסמיך שר המשפטים באופן פרטני, חוקרים של השב"כ, ששמותיהם מפורטים בכתב ההסמכה, לערוך חקירות על ביצוע עבירות בתחום הפעילות החבלנית העוינת. [...]

לחוקרי השב"כ הוענקה סמכות חקירה ... מהו היקפה של סמכות זו, והאם היא משתרעת גם על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה ולשם קידומה? האם ניתן לעשות שימוש באמצעים הפיזיים הננקטים על ידי חוקרי השב"כ (כגון טלטולים, תנוחת "שבאח", מניעת שינה) מכוח סמכות החקירה הנתונה לחוקרי השב"כ?

נטען בפנינו, כי חלק מהאמצעים הפיזיים הננקטים על ידי חוקרי השב"כ מותרים הם על פי דיני החקירה עצמם.

האם מאפשרים "דיני החקירה" שימוש באמצעים פיזיים אלה בחקירות השב"כ?

ראשית, חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה**.**

מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי - אשר ישראל צד לו - האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment).

איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן,אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה.

שנית, חקירה סבירה עלולה לגרום לחוסר נוחות; תוצאתה עלולה להיות חוסר שינה מספיקה; תנאי עריכתה עשויים להיות בלתי נעימים. אכן, ניתן לקיים חקירה יעילה גם בלא אלימות; מותר להזקק, במסגרת הדין, לתחבולות מסויימות ולפעולות מתוחכמות, המשמשות כבר כיום את החוקרים (במשטרה ובשב"כ); חקירות כאלה - המותרות במתוקנות שבאומות - יכולות להיות יעילות ולהשיג את מטרתן. בסופו של דבר, חוקיות החקירה נגזרת מתכליתה הראויה ומאמצעיה המידתיים. כך, למשל, מניעת שינה לתקופה ארוכה, או מניעת שינה בלילה בלא שצורכי החקירה יחייבו זאת, הוא שימוש באמצעי חקירה מעבר למידה הדרושה.

**מן הכלל אל הפרט**

טלטול; תנוחת שבאח

שק על הראש – כיסוי הראש כולו, להבדיל מן העיניים

מוסיקה רועשת

עייפות/ שינה – האם מופיע כאן מעבר מ"תוצאת לוואי של צרכים חקירתיים אינהרנטיים, למטרה בפני עצמה. אם נמנעת שינה מן הנחקר במכוון, לאורך זמן, וזאת אך בשל מטרה להתישו ולשבור את רוחו- אין הדבר מצוי בגדריה של חקירה הוגנת וסבירה."

סמכות החקירה המוקנית על פי חוק לחוקר שב"כ היא אותה סמכות חקירה המוקנית על פי חוק לחוקר משטרה. יוצא כי הסייגים החלים על חקירת משטרה חלים גם על חקירת שב"כ. אין הוראת חוק המקנה לחוקר שב"כ סמכות חקירה מיוחדת, שונה וחמורה מזו המוקנית לחוקר משטרה.

הגענו לכלל מסקנה כי אנשי השב"כ שקיבלו הרשאה לכך (על פי פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)) מוסמכים לבצע חקירות. סמכות זו - כמו סמכות החקירה של שוטר - אינה כוללת בחובה את רוב רובם של אמצעי החקירה הפיזיים, נשוא העתירה שלפנינו.

האם ניתן לבסס את הסמכות להפעיל אמצעי חקירה אלה על מקור משפטי שמעבר לעצם סמכות החקירה?

הסייג לאחריות הפלילית הקבוע בהוראת ה"צורך" שבחוק העונשין. וזו לשון ההוראה (סעיף 34 יא' [לחוק העונשין, התשל"ז-1977]):

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

[טענת המדינה] לא רק שמותר ולגיטימי הוא לנקוט בפעולות לסיכול הטרור, אלא שחובה מוסרית היא לנקוט באותן פעולות.

מכיון שכך, אין כל מניעה שתמנע ממפקדיו של החוקר להדריכו ולהנחותו ביחס לשאלה מתי מתקיימים יסודות הסייג ומהם גבולות פעולתו בנסיבות אלה. מכאן חוקיות ההנחיות בעניין השימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ. במסגרת טיעונם, הניחו לפתחנו באי כוח המדינה את טענת "הפצצה המתקתקת": פלוני נעצר על ידי השב"כ. הוא מחזיק בידיו מידע אודות מיקומה של פצצה שהוטמנה ותתפוצץ בקרוב. ללא מידע זה לא ניתן בשום דרך לנטרל את הפצצה. אין גם כל דרך אחרת להשיג את המידע. אם יושג המידע, תנוטרל הפצצה. אם לא תנוטרל, ייפגעו וייהרגו רבים. כלום רשאי, במצב זה, חוקר השב"כ להפעיל אמצעים פיזיים כדי להשיג מידע על אודות מיקום הפצצה?

מוכנים אנו לצאת מתוך ההנחה - אף שעניין זה שנוי במחלוקת - כי סייג ה"צורך" עומד לכל אדם, לרבות לחוקר מטעם השלטון, הפועל במסגרות האירגוניות של השלטון, המקובלות לחקירות שכאלה. כן מוכנים אנו להניח - אף שגם עניין זה שנוי במחלוקת - כי סייג זה עשוי להתקיים במצבים של "פצצה מתקתקת", וכי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מיידי" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר, שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ. על כן מוכנים אנו להניח, כפי שקבעה ועדת החקירה *[ועדת לנדוי],* כי אם חוקר שב"כ - שהפעיל אמצעי חקירה פיזיים להצלת חיי אדם - מובא לדין פלילי, עשוי לעמוד להגנתו בנסיבות מתאימות הסייג של "צורך" (ראו ע"פ 532/91 פלונים נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אכן, ניתן להעלות שורה ארוכה של טיעונים מתחום האתיקה ומדע המדינה בעד ונגד הסייג של "צורך". אך בעניין זה נפלה ההכרעה במשפטנו, וחוק העונשין מכיר בסייג של "צורך".

הנה כי כן, מוכנים אנו להניח, כי בנסיבות מתאימות, יעמוד הסייג של "צורך" להגנת חוקר שב"כ שיעמוד לדין פלילי. אך זו אינה הבעיה הניצבת לפנינו. אין אנו עוסקים באחריות הפלילית (או המשמעתית) של חוקר שב"כ שעשה שימוש באמצעי חקירה פיזיים בנסיבות של "צורך", כשם שאיננו עוסקים בשאלת תוקפה של הודאה שניתנה בפני חוקרי שב"כ שהפעילו אמצעים פיזיים כלפי נחקר. אנו עוסקים בשאלה שונה. השאלה שלפנינו הינה אם מהסייג בדבר "צורך" ניתן להסיק סמכות לקביעת נוהל קבוע מראש באשר לאמצעי החקירה הפיזיים בהם מותר לחוקר לנקוט במצב של "צורך", והאם סייג ה"צורך" מהווה מקור של סמכות לחוקר השב"כ במסגרת מילוי תפקידו.

לדעתנו, אין להסיק מהסייג של "צורך" סמכות כללית לקביעת הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה על ידי חוקרי השב"כ. הסייג של "צורך" אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט באמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד-הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביציה נוכח התרחשות בלתי צפויה (ראו פלר, שם עמ' 209). אופי זה של הסייג אינו מאפשר לו להוות מקור של סמכות מנהלית כללית. זו מבוססת על קביעת אמות מידה כלליות, הצופה פני העתיד.

עצם העובדה שפעולה מסוימת אינה מהווה עבירה פלילית (בשל הסייג של "צורך"), אין בה, כשלעצמה, כדי להסמיך את המנהל לבצע אותה פעולה ובכך לפגוע בזכויות האדם. עקרון שלטון החוק (הפורמלי והמהותי גם יחד) מחייב שפגיעה בזכויות אדם תעוגן בהוראת חוק המסמיכה את המינהל לכך. שלילת אחריות פלילית אינה משמשת הסמכה לפגיעה בזכויות אדם.

סייג ה"צורך" אינו יכול לשמש מקור לקביעת כללים באשר לצרכי החקירה. הוא אינו יכול לשמש מקור להסמכת החוקר האינדיבידואלי להפעיל אמצעים פיזיים בחקירה שהוא מנהל. סמכות להתקנת כללים ולפעולה על פיהם מחייבת הסמכה בדבר חקיקה שעניינו סמכות החקירה. בגדריה של חקיקה זו, אם המחוקק ירצה בה, יתן המחוקק דעתו לבעיות החברתיות, המוסריות והפוליטיות הקשורות במתן הסמכה להפעלת אמצעים פיזיים בחקירה. שיקולים אלה לא עמדו, מטבע הדברים, בפני המחוקק שעה שנקבע סייג ה"צורך".

מתן סמכות לחוקרי השב"כ להפעיל כוח פיזי במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עויינת הפוגעת בכבוד האדם ובחירותם של אלה, מעוררת שאלות יסוד של משפט וחברה, של מוסר ומדיניות, של שלטון חוק ובטחון. שאלות אלה והתשובות להן צריכות להיקבע על ידי הרשות המחוקקת. כך מתבקש מעקרון הפרדת הרשויות ומעקרון שלטון החוק. כך מתבקש מתפיסת הדמוקרטיה עצמה.

מסקנתנו הינה איפוא זו: על פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הבטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. בדומה, לחוקר שב"כ אינדיבידואלי - כמו לכל שוטר - אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה. אם חוקר עומד לנקוט אמצעים אלה, או נוקט בהם הלכה למעשה, הוא חורג מסמכותו. אחריותו לכך תיבחן על פי הדין הכללי. אחריותו הפלילית תיבחן במסגרת סייג ה"צורך", ועל פי הנחתנו (ראו פסקה 35 לעיל), אם נסיבות המקרה מקיימות את דרישות הסייג, עשוי החוקר לחסות תחת כנפיו. כשם שקיומו של הסייג בדבר "צורך" אינו יוצר סמכות, כך העדר סמכות אינו שולל, כשלעצמו, את סייג ה"צורך"או סייגים נוספים לאחריות פלילית. היועץ המשפטי לממשלה יכול להדריך עצמו באשר לנסיבות בהן לא יועמדו לדין חוקרים, אשר לפי הטענה פעלו במקרה בודד מתחושה של "צורך". כמובן, כדי להביא לידי כך שהממשלה תהא מוסמכת להורות על שימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה מעבר למותר על פי דיני החקירה הרגילים - וכדי לגרום לכך שלחוקר השב"כ האינדיבידואלי תהא סמכות לנקוט באמצעים אלה - יש צורך בהוראת חוק כדין המעניקה סמכות זו. הסייג בדבר "צורך" אינו יכול לשמש עוגן לסמכויות אלה.

39. פתחנו את פסק דיננו בתאור המציאות הבטחונית הקשה בה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק דיננו. מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אוייביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה.

עם זאת תיתכן עמדה הגורסת שהקשיים הבטחוניים הם רבים מדי, וכי נדרשת הסמכה לנקיטה באמצעים פיזיים במהלך החקירה. אם אמנם כך יוחלט - ואך טבעי הוא שבעניין זה איננו נוקטים בשלב זה כל עמדה - כי אז ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל - בשל קשייה הבטחוניים - לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים - החורגים מכללי החקירה "הרגילה" - היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. כאן צריכים להישקל השיקולים השונים. כאן צריך להתנהל הדיון הנוקב. כאן יכולה להתקבל החקיקה הנדרשת, ובלבד, כמובן, שחוק הפוגע בחירותו של הנחקר יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

40. ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין. עלינו לפעול על פי מיטב מצפוננו והכרתנו באשר לדין.

*"לב הדברים" מתוך סוף פסק הדין*

"מתן סמכות לחוקרי השב"כ להפעיל כוח פיזי במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת הפוגעת בכבוד האדם ובחירותם של אלה, מעוררת שאלות יסוד של משפט וחברה, של מוסר ומדיניות, של שלטון חוק וביטחון. שאלות אלה והתשובות להן צריכות להיקבע על-ידי הרשות המחוקקת. כך מתבקש מעקרון הפרדת הרשויות ומעקרון שלטון החוק. כך מתבקש מתפיסת הדמוקרטיה עצמה (ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** [25]). ...

פתחנו את פסק דיננו בתאור המציאות הבטחונית הקשה בה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק דיננו. מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אוייביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה.

עם זאת תיתכן עמדה הגורסת שהקשיים הבטחוניים הם רבים מדי, וכי נדרשת הסמכה לנקיטה באמצעים פיזיים במהלך החקירה. אם אמנם כך יוחלט - ואך טבעי הוא שבעניין זה איננו נוקטים בשלב זה כל עמדה - כי אז ההכרעה בשאלה אם ראוי לה לישראל - בשל קשייה הבטחוניים - לאפשר אמצעים פיזיים בחקירותיה, ובשאלת היקפם של אותם אמצעים - החורגים מכללי החקירה "הרגילה" - היא שאלה שההכרעה בה צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. כאן צריכים להישקל השיקולים השונים. כאן צריך להתנהל הדיון הנוקב. כאן יכולה להתקבל החקיקה הנדרשת, ובלבד, כמובן, שחוק הפוגע בחירותו של הנחקר יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). ...

אנו מצהירים כי אין לשב"כ סמכות 'לטלטל' אדם, להחזיקו בתנוחת 'שבאח' (הכוללת את שילוב האמצעים, כאמור בפסקה 30), לחייבו ב'כריעת צפרדע' ולמנוע ממנו שינה באופן שאינו מתחייב מצרכי החקירה. כן אנו מצהירים, כי סייג ה'צורך' שבחוק העונשין אינו יכול לשמש מקור סמכות לשימוש בשיטות חקירה אלה וכי אין בו בסיס לקיום הנחיות לחוקרי השב"כ, המאפשרות שימוש בשיטות חקירה מעין אלה. בה בעת, אין בהחלטתנו שלילת האפשרות כי סייג 'הצורך' יעמוד לחוקר שב"כ, בין במסגרת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אם יחליט להעמיד לדין ובין, אם יועמד לדין פלילי, במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט".

=-=

שאלה למחשבה:

לאחר הכרעת בית המשפט בפסק דין **הועד נגד עינויים** התקבל חוק שירות הבטחון הכללי, תשס"ב-2002, הקובע בין היתר כך [הניחו כי ההוראות שלהלן הן ההוראות היחידות מתוך החוק, שהן רלבנטיות לשאלה למטה]:

8. [סמכויות כלליות של השירות]

1. לצורך מילוי תפקידיו השירות [שירות הבטחון הכללי] מוסמך, באמצעות עובדיו -
2. לקבל ולאסוף מידע; […]
3. לחקור חשודים וחשדות בקשר לביצוע עבירות או לערוך חקירות לשם מניעת עבירות בתחומים המפורטים בסעיף 7(ב)(6); […]

20. [ביצוע, תקנות, כללים, הוראות שירות ונהלי שירות]

1. ראש הממשלה ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, באישור ועדת השרים וועדת הכנסת לעניני השירות, ובכפוף להוראות חוק זה, להתקין תקנות וכללים, לפי הענין, בכל הנוגע לביצועו. […]

הניחו [הנחה, שבמציאות לא התקיימה/ טרם התקיימה] כי ראש הממשלה מתקין, בדרך הקבועה בסעיף 20 לחוק, את תקנות שרות הביטחון הכללי (אמצעי חקירה מיוחדים), תשע"ה-2014. ההוראות המהותיות של תקנות [היפוטטיות] אלה מתמצות בתקנה הבאה:

ראש שירות הביטחון הכללי רשאי להתיר שימוש באמצעי חקירה מיוחדים כלפי חשוד שקיים כלפיו חשד ממשי למעורבות בפעילות חבלנית עוינת.

**וזו שאלת המחשבה:** האם חוקרי השב"כ מוסמכים עתה להשתמש בשיטות החקירה הנזכרות בפס"ד הועד הציבורי נגד עינויים (או בשיטות חקירה הדומות להן)?

=-=

**סיכום ביניים:**

פסק הדין של **הוועד הציבורי נגד עינויים** מדגים לנו את מרכזיותה של סוגיית "הסמכות" במשפט הציבורי.

**סוגיית העינויים, המצב הביטחוני ודילמת "הפצצה המתקתקת"** מדגימים עבורנו את הקושי לקבוע **גבולות נכונים לסמכות ולאופן הפעלתה.** או, במילים אחרות, את **הקושי לקבוע "מה צריך"** – איך לעצב את הנורמה.

קושי דומה לזה האחרון משתקף גם בשני השירים שלהלן.

**חיי אנוש הם סבוכים, ומשום כך סבוך גם המשפט המבקש להסדירם**

אנא ראו את שני השירים שלהלן, פרי עטם של שניים מהמשוררים הגדולים ביותר שלנו. יש מתח במסר העולה מכל אחד משני השירים. מי לטעמכם צודק יותר?

*יהודה עמיחי*

**המקום שבו אנו צודקים**

מן המקום שבו אנו צודקים,

לא יצמחו לעולם

פרחים באביב.

המקום שבו אנו צודקים

הוא רמוס וקשה

כמו חצר.

אבל ספקות ואהבות עושים

את העולם לתחוח

כמו חפרפרת, כמו חריש.

ולחישה תשמע במקום

שבו היה הבית

אשר נחרב.

*נתן זך*

**שיר NO טיפוסי**

אמר החכם לי טאי פּה

ויש הגורסים לי טאי פֹה:

מי שלא אמר מימיו לא

לרוצח, שקרן וטמא

לא רק שלא כתב שיר נוֹ נאה

כי אם לא למד דבר מלי טאי פה.

כי אולי אין לנו די זמן לעקור הר

ואולי לא באנו לכאן לעקֹר הרים

אבל יש לנו מעט זמן לכתוב שירים

על הזכות הגדולה להיות פֹה

על הזכות הגדולה לומר לא

=-=

**קריאה לפגישה הקרובה**

אנא חשבו על השאלה הסמוכה לעיל. נדון בה בפתח הפגישה הקודמת.

אנא קראו את פסק דין **פלוני** - הקטע שאליו אתם מופנים.

איך הוא מתקשר לדיון שהיה לנו היום בעניין פס"ד הועד הציבורי נגד עינויים?

מהי השאלה המרכזית הנדונה בו?

מדוע מתקבלת ההכרעה שמתקבלת?

אנא קראו גם את פס"ד **מושלב**. פסק דין קצר מתחום המשפט המינהלי.

מהי השאלה העיקרית/ השאלות העיקריות שבהן עוסק פסק הדין?

מהי התשובה הניתנת לה או להן?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 3***

המשך הדיון המבואי במשפט הציבורי של ישראל

***המשך קצר לפגישה הקודמת***

א.

**יהודים וערבים** [ערבים = הפלסטינים וכן אזרחי מדינות ערב; נתמקד כאן בפלסטינים]

**יהודים**

בישראל;

וכן בירושלים המזרחית וברמת הגולן – אזורים שסופחו לישראל מבחינת משפטה הפנימי – אזרחים ככל האזרחים;

המתיישבים/המתנחלים בגדה המערבית – אזרחים ככל האזרחים בכפוף למקצת הדינים;

יהודים בגולה/ בתפוצות/ כלומר מחוץ לישראל (העדר אזרחות ישראלית, למעט מהגרים מישראל, מי שקרויים לעיתים "יורדים"; בעלי אזרחות של מדינתם/מולדתם; ובמקביל, בעלי זכות להגיע לישראל בכל עת ולקבל אזרחות אוטומטית – חוק השבות)

**הפלסטינים** (עם נטול מדינה המפוצל לקבוצות שונות):

**[אבחנה אחת היא בין מי שהם פליטים (או צאצאיהם) ומי שאינם פליטים**

פליטים וצאצאיהם: מי שברחו או גורשו ב 1948 לגדה, לעזה, לירדן, לבנון, סוריה;

מי שאינם פליטים (כמו הפלסטינים שנותרו בישראל, כלומר אזרחי ישראל הערבים – שחלקם נותרו על אדמתם אך חלקם נעקרו ממנה למקום אחר בישראל, והם, האחרונים, מכונים "עקורים" או "פליטים פנימיים"; או חלק מהפלסטינים בגדה או חלק מהפלסטינים ברצועה או חלק מהפלסטינים בירושלים המזרחית, שנותרו ב 1948 על אדמתם).]

**פיצול על יסוד המעמד האזרחי:**

הפלסטינים אזרחי ישראל = הערבים אזרחי ישראל = **אזרח, שאמור להיות, ככל אזרח**

הפלסטינים בירושלים המזרחית = **תושבי קבע (אך לא אזרחים)**

הפלסטינים בגדה = **"תושב מוגן"** מכוח ענף המשפט ההומניטארי של המשפט הבינלאומי (דיני "התפיסה הלוחמתית") [הבחנה מסוימת בין תושבות לפי אזור בתוך הגדה – A, B, ו-C:

שטחי A בגדה: בשליטה אזרחית וביטחונית-משטרתית פלסטינית;

שטחי B: בשליטה אזרחית פלסטינית אך בשליטה ביטחונית ישראלית;

שטחי C: בשליטה אזרחית ובשליטה ביטחונית ישראלית (כ-60 אחוז ויותר משטח הגדה)]

הפלסטינים ברצועת עזה = מחלוקת מבחינת מעמדם. בית המשפט העליון קבע שעזה, לאחר ההתנתקות, איננה נתונה עוד ב"תפיסה לוחמתית", ואולם בעת עימות צבאי חל עליהם המשפט הבינלאומי של דיני המלחמה;

הפלסטינים בתפוצות:

האם הפליטים זכו לאזרחות או לא זכו?

פליטים בירדן זכו לאזרחות, פליטים בלבנון לא זכו לאזרחות, ...

צאצאי פליטים שהפכו במרוצת הזמן לתושבים באחת המדינות בעולם המערבי, לרוב התאזרחו באותן מדינות, והם וצאצאיהם עתה תושבי ארה"ב, קנדה, אוסטרליה, בריטניה וכדומה.

ב.

הסבר קצר, שאני מקווה שיתרום לבהירות, ביחס לנשלטותו של אדם פלסטיני על ידי ישראל, אפילו אם הוא תושב שטח A (הערים הפלסטיניות: רמאללה, שכם, חברון, בית לחם, ג'נין, טול כרם, קלקיליה וכדומה) בגדה:

**הגבלת הזכות להקמת משפחה** בין בן-זוג פלסטיני בגדה לבין בן-זוג שאינו מהגדה:

צורך בהיתר של המפקד הצבאי הישראלי;

ואם ניתן היתר, ונאמר שבת הזוג תעבור בעקבות בן-זוגה לעזה – הרי שיכולתה לבקר את בני משפחתה בגדה כפופה להיתר נוסף;

**הגבלת חופש תנועה** **והחיים** בהקשרים נוספים, בין היתר, למטרות לימודים, השכלה, ביקורי משפחה או ביקור באתרים קדושים כמו אל-אקצה:

הגבלת המעבר בין עירו של התושב הפלסטיני לעיר אחרת/ ישוב אחר (אפילו בתוך הגדה): שליטה ביטחונית של ישראל בשטחי B ו-C, שדרכם יש הכרח לעבור – היכולת להציב מחסום (קבוע או זמני) בכל עת;

חסימת היכולת לעבור בין הגדה לבין רצועת עזה;

יציאה מהגדה לחוץ לארץ רק דרך ירדן; היציאה לירדן היא דרך הגשרים שבשליטת ישראל;

זכות שיבה לפליטים אל הגדה, להבדיל מישראל – לא ממש אפשרית; כניסה רק דרך גשרי הירדן שבשליטת ישראל – יכולת לכניסה זמנית בלבד;

**הכלכלה:**

יבוא/יצוא לגדה דרך נמלי ישראל או דרך הגשרים או דרך המעברים בגדר (שליטת ישראל) [העדר שדה תעופה או נמל];

המטבע המשמש הן בגדה והן בעזה הוא השקל הישראלי

**הזכות לבחור ולהיבחר** – משמע, ההשתתפות שלנו כבני-אדם בגורמים מרכזיים המעצבים/ מכוונים את חיינו (בין היתר, ובמקום ראשון בעצם, ישראל) – אינה בנמצא

**חופש הביטוי וחופש ההפגנה כנגד ישראל**

למשל הפגנה בסמוך לגדר כנגד תוואי הגדר, כנגד הפקעת קרקעות, כנגד ההתנחלויות וכדומה: הגבלות קשות

**מה משמעות ריבונות ללא שליטה בטריטוריה הריבונית?** (הגבלת השליטה לערים בלבד, וגם שם הענקת ממדי שליטה מוניציפאליים בעיקרם) – העדר צבא, העדר שליטה במרחב האווירי ובמעברי הגבול, ויותר מכך גם העדר שליטה במרחב הקרקעי.

[...]

שימו לב, בדיון בנקודה ב' לא עסקתי בויכוח על **הצדקת** מצב הדברים הנזכר. משמע, לא עסקתי בשאלת הצדקת המשכו של הכיבוש (והמשכן של ההתנחלויות או מלאכת הרחבתן) אלא רק בתיאורו של מצב דברים זה, כדי שיובן שחירויות משמעותיות ביותר לא נתונות לפלסטינים גם אם הם תושבי איזור A בגדה.

=-=

**נשוב עתה לדיון אבסטרקטי (מופשט) יותר**

=-=

***דיון בשני השירים שבדפי הפגישה הקודמת***

=-=

מה הדימיון, מה השוני:

**אדם**

**תאגיד רב-כוח**

**מדינה/ איש-רשות**

=-=

המשך דיון בפסק הדין **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל** (1999)

מהן שאלות פסק הדין, מהן תשובותיו?

מהן השאלות/ מהם "הכללים מסדר ראשון" המטופלים בפסק הדין?

^ הנתונה סמכות "חקירה" לחוקרי השב"כ?

^ הנתונה להם סמכות להשתמש ב"אמצעי חקירה מיוחדים"?

^ מה קורה בסיטואציית "הפצצה המתקתקת"?

מהן השאלות/ מהם "הכללים מסדר שני" המטופלים בפסק הדין?

^ איש-רשות/ רשות שלטונית לא יכולים לעשות אלא את מה שהוסמכו לעשותו ("עקרון הסמכות/ עקרון החוקיות");

^ שאלה ביחס לצורת/ אופן ההסמכה ("בחוק... או מכוח הסמכה מפורשת בו") – על ידי הכנסת ולא על ידי הממשלה;

^ ...

=-=

***דיון בשאלת המחשבה מסוף הדפים של הפגישה הקודמת***

=-=

בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2010)

מהן השאלות העולות בפסק הדין?

^ 1. **תוקף סמכות "המעצר"** הנתונה לרשויות חקירה ביחס לחשודים בעבירות ביטחון [משך תקופת המעצר עד למפגש של השופט עם העציר] **– סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006**

[^ 2. מה קורה בסיטואציית "הפצצה המתקתקת"?]

^ השאלה המרכזית – שאלה 1 – של תוקף סמכות המעצר שנקבעה בחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) עוברת דרך השאלות הבאות:

^ 1א ו-1ב: האם החוק **"פוגע" ב"זכות חוקתית"**?

וכשהוא משיב לכך בחיוב, פסה"ד עובר ליישום "פסקת ההגבלה" על הוראת החוק הנבחנת (סעיף 5 הנזכר):

^ 1ג: האם ההוראה היא **לתכלית ראויה**?

^ 1ד: האם היא עומדת בדרישה בדבר **אמצעים מידתיים** להגשמת התכלית?

[שלושה מבחני משנה, שהחוק כושל בשניים מהם].

משתנים חשובים שעליהם עומד בית המשפט **בפלוני** במסגרת תשובתו לשאלת "המידתיות" (מה שהוא קורא "**האפקט המצטבר**"):

מעצר **משטרתי** – משך הזמן האפשרי ללא הארכת מעצר על ידי שופט?

**הארכת המעצר באישור שופט? האם הארכת המעצר יכולה להיעשות (ולכמה זמן) שלא בנוכחות העציר?**

פעולות **החוקרים**: איזה שיטות החקירה המופעלות על העציר? יש לזכור כי לפי פס"ד **הועד הציבורי**: אין הסמכה לשיטות חקירה מיוחדות;

היש מפגש עם **עורך דינו של העציר**? באיזו תדירות?

אי-היחשפות העציר לחומר החקירה (הטענות והראיות) כנגדו, משום שמדובר בשלב החקירה, להבדיל מכתב אישום;

מתי יפגוש **השופט** את העציר? כלומר למתי תיקבע הארכת המעצר והאם היא ניתנת להארכה? ואם כן, לאיזו תקופת זמן?

מתוך פסק הדין:

העורר נעצר ביום 5.10.2007 בחשד לעבירה של חברות בהתאגדות בלתי-חוקית (על-פי תקנה 85(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945).

... החליט "הממונה" לדחות את פגישתו של העורר עם עורך-דין לתקופה של שלושה ימים (לפי הסמכות הקבועה בסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) ובתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות בטחון עם עורך דין), התשנ"ז-1997).

..החליט בית משפט השלום בירושלים להאריך את מעצרו של העורר עד ליום [ ].

העורר השיג על החלטה זו, והמשיבה מצדה הגישה בקשה לקיים את הדיון בערר שלא בנוכחות העצור, לפי סעיף 5(2) לחוק. זה המקום לצטט את סעיף 5 לחוק, כולו.

**סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006**

5. [דיון שלא בנוכחות עצור בעבירת ביטחון]

הוראות סעיפים 16(2) ו-57 לחוק המעצרים, לענין נוכחותו של עצור בדיונים כאמור באותם סעיפים, יחולו לגבי נוכחות עצור בעבירת ביטחון בתקופת המעצר כאמור בסעיף 4(1), בשינויים אלה:

(1) ציווה בית המשפט, בנוכחות עצור בעבירת ביטחון, על מעצרו לתקופה הקצרה מ-20 ימים, רשאי בית המשפט, שלא בנוכחות העצור, להאריך את מעצרו לתקופה שלא תעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, אם הוגשה לו בקשה לכך, באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם;

(2) בית המשפט רשאי להורות על דיון בבקשה לעיון חוזר לפי סעיף 52 לחוק המעצרים או בערר לפי סעיף 53 לחוק האמור, שלא בנוכחות העצור, אם הוגשה לו בקשה לכך באישור הגורם המאשר, והוא שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה;

(3) הוראות סעיף 15(ג) עד (ח) לחוק המעצרים יחולו, בשינויים המחויבים, גם על דיון בשאלת נוכחות העצור בהליכים כאמור בסעיף זה;

(4) החלטת בית משפט שהתקבלה בדיון שהתקיים שלא בנוכחות העצור בעבירת ביטחון לפי סעיף זה, תובא לידיעת העצור בהקדם האפשרי, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת, לבקשת נציג המדינה, אם שוכנע כי הדבר עלול למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם.

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**המשנה לנשיאה ריבלין** [הכרעת בית המשפט; ההדגשות הוספו, אלא אם כן מצוין אחרת]

12. [...] החוק בנוסחו דהיום כולל מספר מרכיבים מרכזיים. מרכיב אחד עניינו הארכת פרק הזמן שבו ניתן להשהות את הבאתו של עצור בעבירת ביטחון לפני שופט – פרק זמן של עד 96 שעות במקום 24 שעות או 48 שעות כקבוע בחוק המעצרים (סעיף 3). מרכיב שני עניינו מתן סמכות לבית המשפט להאריך את מעצרו של העצור בעבירות ביטחון לתקופה של 20 ימים לכל היותר, בכל פעם – זאת חלף התקופה של 15 ימים הקבועה בחוק המעצרים (סעיף 4(1)). מרכיב שלישי עניינו הארכת התקופה שלגביה לא נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה בבקשה למעצר נוסף – עד 35 ימים, במקום 30 ימים לפי חוק המעצרים (סעיף 4(2)). מרכיב רביעי עוסק בענייננו-שלנו: קיום דיונים בנושא המעצר שלא בנוכחותו של העצור (סעיף 5). החוק מוסיף וקובע כי דיון לפי סעיף 5 ייערך כאשר העצור מיוצג בידי סנגור (סעיף 6). כמו-כן נקבעו הוראות באשר לדיווח שימסור שר המשפטים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לגבי יישומו של החוק (סעיף 8).

**הזכות החוקתית להיות נוכח: במשפט הפלילי ובהליכי המעצר**

15. העורר טוען כי הוראת השעה פוגעת בזכויות יסוד המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענה זו יש לקבל. כלל יסוד של המשפט הפלילי הוא כי אין אדם נשפט שלא בפניו. [...] זכותו של נאשם להיות נוכח במשפטו, כך נקבע, באה להבטיח כי "נאשם לא יישפט 'מאחורי גבו' וכי תינתן לו ההזדמנות להתמודד עם ראיות התביעה ולפרוס את הגנתו".

16. האם הזכות של נאשם להיות נוכח במשפטו – זכות חשובה ויסודית לכל הדעות – היא גם זכות בעלת מעמד חוקתי על-חוקי? התשובה לשאלה זו היא בחיוב. בית המשפט העליון הכיר בזכות להליך הוגן, לפחות במרכיבים מסוימים שלה, כזכות חוקתית מוגנת. "חוק היסוד" – כך נפסק – "ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנו". [...]

19. האם גם לחשוד או לעצור עומדת הזכות החוקתית להיות נוכח בהליכי מעצרו, כחלק מן הזכות להליך הוגן? תשובתי לשאלה זו היא בחיוב. ככלל, הזכות להליך פלילי הוגן מתפרסת על כל שלביו של ההליך הפלילי - "אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט" (דברי השופט ברק ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981); דברי הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב הנ"ל, פס' 66). הדברים יפים במיוחד לגבי הליך המעצר, שהוא "הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית" (עניין צמח הנ"ל, פס' 17 לפסק-דינו של השופט זמיר). הליך המעצר עצמו הוא הליך הכרוך בפגיעה קשה בזכויותיו של החשוד או הנאשם. הביקורת השיפוטית האפקטיבית היא חלק בלתי-נפרד מהליך המעצר החוקתי. על כן, שמירה על הליך מעצר הוגן היא עקרון חוקתי יסודי המתחייב מן ההגנה על הזכות לחירות ולכבוד. נוכחותו של החשוד או הנאשם בהליך המעצר היא חלק מן ההליך ההוגן. זכות זו לנוכחות בהליך המעצר מעוגנת בסעיפים 16(2) ו- 57 לחוק המעצרים, והיא מהווה גם, לאור הטעמים שנמנו לעיל, זכות חוקתית הזוכה להגנה בחוק-היסוד. [...]

**תכלית הוראת השעה**

23. תכליתו המרכזית של החוק, כאמור, היא לשפר את היכולת של גורמי האכיפה לבצע חקירה אפקטיבית בתחום עבירות הביטחון, בהתחשב במאפיינים המיוחדים של עבירות אלה, ובכלל זה הקושי באיסוף מידע והצורך לפעול לסיכול פעולות טרור. זו גם תכליתו של סעיף 5 העומד לבחינה חוקתית לפנינו. ... הועלתה לפנינו טענה כי החוק מופעל למעשה נגד חשודים פלסטינים בלבד, וכי בכך יש משום פגיעה בזכות לשוויון, אולם הנושא לא לובן דיו במסגרת ההליך שלפנינו ולאור המסקנה שאליה הגענו לא ראינו להרחיב לגביו.

24. הדגש המרכזי של הוראת השעה – ושל סעיף 5 בפרט – נעוץ בצורך לקיים חקירה מהירה, רציפה ויעילה. המשיבה מסבירה כי החקירות של שירות הביטחון הכללי בעבירות ביטחון נועדו, כמטרה מרכזית ועיקרית, לחשוף התארגנויות טרור ולסכל פעולות טרור עתידיות. חקירה מסוג זה, הצופה פני-עתיד, חייבת להיעשות בצורה מהירה, בין היתר על-מנת למנוע מבעוד מועד פעילות טרור מתוכננת, או לאתר ולתפוס פעילי טרור נוספים, נשק ואמצעי חבלה – הכול לפני העברתם למקום מסתור אחר. המשיבה הוסיפה ופירטה לפנינו, במעמד צד אחד, את הסיבות המבצעיות שלפי תפיסתה מחייבות חקירה תקינה, רציפה ומהירה – ללא עיכובים והפרעות. עוד פורטו, בעיקר במסגרת טיעונים שנשמעו במעמד צד אחד, שיטות החקירה המיוחדות המאפיינות חקירות מהסוג הנדון, הדורשות זמן ומחייבות רצף חקירתי. [...]

25. על רקע הסברים אלו ניתן לקבוע כי סעיף 5 נחקק לתכלית ראויה. [...]

**מידתיות**

26. מכוח הוראות פסקת ההגבלה, חוק הפוגע בזכות להליך הוגן – וכזה הוא החוק שלפנינו – הוא חוקתי רק אם הפגיעה בזכות היא במידה שאינה עולה על הנדרש. השאלה הצריכה תשובה כאן היא האם האמצעי שבחר בו המחוקק הוא מידתי ביחס לתכלית הראויה של החוק. הפסיקה בישראל, כמו גם בשיטות משפט אחרות, בוחנת את המידתיות לפי שלושה מבחני-משנה, המסייעים בקונקרטיזציה של אמת המידה הכללית (ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997)). שלושת מבחני המשנה הם: מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי שנבחר, הפוגע בזכות, לבין התכלית; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ולבסוף – מבחן האמצעי המידתי במובן הצר [...]

בענייננו, שוכנענו על-ידי החומר שהוצג לנו כי קיים קשר של התאמה בין השגת תכליותיו של החוק לבין השימוש באמצעי של מניעת האפשרות של העצור להיות נוכח בדיוני מעצרו. סעיף 5 עצמו קובע כי ניתן להאריך מעצר שלא בנוכחות העצור רק כאשר בית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של עבירת ביטחון או סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם" (סעיף-קטן (1)); וכי ניתן לקיים דיון בבקשה לעיון חוזר או בערר שלא בנוכחות העצור רק כאשר בית המשפט "שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה" (סעיף-קטן (2)). כלומר, סעיף 5 יוצר בלשונו זיקה בין הפגיעה בזכות לבין הגשמת התכלית של קיום חקירה אפקטיבית לצורך סיכול עבירות ביטחון ופגיעה בחיי אדם. אכן, הפסקת חקירה לצורך התייצבות בבית המשפט עלולה להקשות על החוקרים. כפי שנמסר לנו, היא עלולה לשבש יישום של שיטות חקירה מסוימות. לכן, ניתן לומר שמתקיים קשר רציונאלי בין מניעת הפסקת החקירה (לפרק זמן מסוים) לבין השגת מטרות החקירה.

27. עם זאת, לא שוכנענו כי האמצעי שנבחר בסעיף 5 הוא האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר, או שמתקיים בסעיף זה איזון ראוי בין הפגיעה בזכות להליך הוגן – במובן של נוכחות העצור בדיוני המעצר – לבין השגת מטרות החקירה. ביסוד עמדתנו-זו ניצבים הנדבכים המצטברים שיפורטו להלן.28. הנדבך הראשון נוגע להיקף הפגיעה בזכות להליך הוגן ובביקורת השיפוטית האפקטיבית. הפגיעה בזכות להליך הוגן מכוח סעיף 5 לחוק היא פגיעה קשה. הנוכחות של עצור בהליכי המעצר היא כאמור מרכיב גרעיני בזכותו להליך הוגן. **היעדרותו מן ההליך מעלה חשש לפגיעה ביכולתו להתגונן מפני הטענות המבססות את עילת המעצר, כמו-גם להעלות לפני בית המשפט טענות בעניין תנאי המעצר ודרך ביצוע החקירה. היא גם מאיינת את יכולתו של בית המשפט לחזות במו עיניו בעצור ולעמוד על מצבו. חשש זה מועצם במידה רבה כאשר מדובר בחשוד בעבירות ביטחון, אשר יכולתו להתגונן בהליכי המעצר מוגבלת מכוח אמצעים אחרים שניתן להפעיל כלפיו.** [...]

30. כאשר עורך-הדין לא פגש בעצור, ובית המשפט מנוע אף הוא מלהציג שאלות לעצור ולברר עניינים הטעונים בירור, נוצרת מגבלה ממשית על האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית והוגנת. בית המשפט נסמך למעשה על עמדתו ועל דבריו של צד אחד בלבד. תוצאה זו קשה היא לאור מאפייניו של ההליך המשפטי התקין ולאור הנושא שעל הפרק – הגבלת חירותו של אדם ...

בדומה, לא ניתן להתעלם מכך שלפי הדין הקיים, בהליכי המעצר מוצג תכופות לבית המשפט חומר במעמד צד אחד. למותר לציין כי בכך לבד יש משום פגיעה ביכולתו של העצור להתגונן. בכך לבד יש משום פרקטיקה שגם אם היא הכרחית במקרים מסוימים, מקשה היא על העצור לנהל את הגנתו ועל בית המשפט לפסוק על-פי הכללים הרגילים המנחים אותנו. בתי המשפט נוקטים בהקשר זה באמצעים שונים לצמצום הפגיעה בזכויות העצור, בין השאר על-ידי כך שלאחר הדיון במעמד צד אחד נמסר לעצור או לבא-כוחו כל המידע שניתן למסור אותו. ברי כי היכולת למזער את הפגיעה בזכויות העצור, במובן של מתן אפשרות להגיב למידע בעניינו, נחלשת כאשר העצור אינו נוכח וסנגורו – לעיתים תכופות – טרם פגש בו.

כפי שציינתי, יש לדחות את טענת המשיבה כי לאור המגבלות השונות המוטלות מכוח דינים אחרים על היכולת של חשוד בעבירות ביטחון להתגונן – למשל מגבלת החשיפה לעיקרי התשתית הראייתית – תוספת הפגיעה עקב אי-הנוכחות בדיון המשפטי "אינה גדולה". טענה זו עלולה להישמע כאילו פגיעה קיימת בזכויותיו של החשוד ובהליך המשפטי התקין מחלישה את הטענה כנגד פגיעה נוספת באפשרות של החשוד להתגונן ובאפשרות של בית המשפט לברר את העובדות והנתונים לאשורם. אם לכך כיוונה המשיבה הרי שיש לדחות את הטענה בשתי ידיים. גם בהליך הנסב על מעצרם של חשודים בעבירות ביטחון יש לשמר את הביקורת השיפוטית הממשית. ... **כאשר זכות יסוד נפגעת במספר היבטים, או באופן הדרגתי, יתכן בהחלט שהאפקט המצטבר הוא שיחצה את רף החוקתיות, באופן ש"הפגיעה השולית" האחרונה לא תוכל לעמוד**.

31. מן המקובץ עולה כי הוראת סעיף 5, במיוחד כשהיא חוברת להוראות נוספות הקיימות בדין, עלולה דה-פקטו להוביל לבידודו של העצור מן ההליך המשפטי המתקיים בעניינו – הליך הנסב על פגיעה בזכות היסודית לחירות ממעצר. המשמעות של מכלול ההוראות הנוגעות לשלבי החקירה הראשוניים של חשודים בעבירות ביטחון עלולה להיות איון האפשרות לקיים ביקורת אפקטיבית מינימאלית על שמירת זכויותיו של העצור במסגרת הליכי המעצר והחקירה. [...]

הוראת סעיף 5 עלולה אפוא לפגוע פגיעה קשה בהליך המשפטי עצמו, באפקטיביות שלו ובהגינותו. היא פוגעת בזכותו של העצור להליך הוגן, הנגזרת מזכותו לחירות ולכבוד. יודגש: העובדה כי הוראת סעיף 5 לחוק מאפשרת למנוע את הבאתו של העצור לדיוני מעצרו רק לאחר שהתקיים דיון ראשון בנוכחותו, יש בה אמנם כדי למתן את הפגיעה אך לא יותר מכך. **הביקורת הרציפה על הליך המעצר לצורך חקירה חשובה לשמירת זכויות האדם, לפחות כפי שהחקירה הרציפה חשובה לצורך הגשמת מטרות החקירה.** [ההדגשה במקור].

32. [...] ככל שמבקשים לצמצם את הפגיעה בחקירה עקב הפסקתה לצורך קיום הליך שיפוטי, יש לבחון את האפשרות לעשות זאת בדרכים שפגיעתן בזכויות העצור פחותה. כך גם, אם קיים קושי להפסיק את החקירה כדי להביא את העצור לבית המשפט, יש לבחון דרכים לצמצום הקושי הזה, דרכים שהן מידתיות יותר מאשר מניעת נוכחותו של העצור בהליך. לעניין זה, עניין מבחן המשנה השני של המידתיות, נציין רק כי לא עלה בידי המשיב לשכנענו כי אין בנמצא דרכים אחרות שפגיעתן בזכויות העצור מעטה יותר, ושיש בהן, בה בעת, כדי להשיג את תכלית החקיקה; ...

**הנשיאה ביניש**

לאחר שנתתי את הסכמתי לפסק הדין, באו לפניי חוות הדעת של חבריי השופטים נאור וגרוניס הסבורים כי ניתן להסדיר הסוגיה שלפנינו בחקיקה שבתנאים מסוימים, תהיה מידתית. אכן, אפשר שייתכנו מצבים חריגים ונדירים בהם הימנעות מהבאת העצור בפני שופט לשם הארכת מעצרו נדרשת לשם מניעת סיכון מיידי וקונקרטי, וזאת במקרים חריגים מאוד, בהם עצם הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור לבית המשפט עלולה להביא לפגיעה מיידית בחיי אדם, כאשר הסכנה היא ברמת ודאות גבוהה ביותר כדוגמת "הפצצה המתקתקת". כשלעצמי אני סבורה כי ניתן למצוא פתרון למקרים נדירים אלה במענה משפטי, ולו חלקי, הקיים בהסדרים אחרים. בעניין זה אני מצטרפת לעמדה שהביע חברי השופט רובינשטיין בפיסקה כו' לפסק דינו, בה הביע ספק אם חקיקה זו כדאית לצורך אותם מקרים נדירים. אכן מתעוררת תהייה האם קיימת הצדקה להסדיר מצבים נדירים אלה בחקיקה ייחודית כדוגמת הוראת השעה בעתירה שלפנינו, והאם חקיקה שכזו לא תפתח פתח ל"מדרון חלקלק". שאלות אלה אינן לפנינו ואינני רואה לנקוט עמדה בהן.

**השופטת נאור**

3. [...] המפתח החוקתי מצוי בדרישת המידתיות. אין להסתפק בטענת המדינה כי ביצוע החוק בפועל הוא "מוגבל ומידתי" (פסקה 41 לטיעונים בכתב). החוק הקובע את הסמכות הפוגעת בזכות החוקתית צריך להיות, הוא עצמו, "מוגבל ומידתי". סעיפים 5(1) ו-5(2) לחוק מגדירים "נוסחאות איזון" שונות לתחולת החריג, אפרטן מן הכבדה אל הקלה: סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם (ביחס להארכת מעצר), סיכול של עבירת ביטחון (ביחס להארכת המעצר) או פגיעה ממשית בחקירה (ביחס לעיון חוזר וערר). המבחן המחמיר ביותר הינו סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. הוא מחמיר בהשוואה למבחן סיכול של עבירת ביטחון, שכן בהתחשב בהגדרה של "עבירת ביטחון" בסעיף 1 לחוק אין הדבר כרוך בהכרח בהוכחת חשש לפגיעה בחיי אדם אלא די בחשש לפגיעה בביטחון המדינה (ראו סעיף 3 לטיעונים בכתב מטעם המדינה). הוא מחמיר גם בהשוואה למבחן של פגיעה ממשית בחקירה (ראו בש"פ 8473/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 5 להחלטת השופט פוגלמן (לא פורסם, 10.10.2007)). ביחס לשתי נוסחאות האיזון האחרונות, המקלות, מקובלת עלי מסקנתו של חברי המשנה לנשיאה לפיה הן אינן מקיימות את דרישת המידתיות כיוון שהן מתירות מרחב רחב מידי לפגיעה בזכות החוקתית. לפיכך דין סעיף 5(2) לחוק הוא בטלות. גם דין האפשרות של דיון בלא נוכחות העצור לשם סיכול של עבירת ביטחון כאמור בסעיף 5(1) לחוק הינו לדעתי, כמו לדעת המשנה לנשיאה – בטלות.

4. עמדתי שונה, על דרך העקרון, לגבי נוסחת האיזון המחמירה יותר המופיעה בסעיף 5(1) הדורשת שכנוע כי הפסקת החקירה עלולה למנוע סיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם. דרישה כזו עשויה להיות מידתית אם יוטלו מגבלות נוספות. מגבלה אחת ניתן היה להשיג בדרך של פרשנות: ניתן היה לפרש את הביטוי "עלולה" כמבחן הדורש ודאות קרובה לכך שנוכחות העצור בדיון בבית המשפט תביא לסיכול מניעת פגיעה בחיי אדם (על מבחן הוודאות הקרובה ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953); ... הדרישה לוודאות קרובה יש בה כדי להבהיר כי להפעלת החריג נדרשים טעמים חיוניים, הכרחיים ו"החלטיים" למניעת סיכול פגיעה בחיי אדם (...)). המקרה הטיפוסי בו מתקיימים הטעמים הללו, אך לא בהכרח היחיד, הוא במקרה של "פצצה מתקתקת" כאשר "קיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ" (ראו והשוו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 841 (1999)).

5. ככלל, יש בכוחה של פרשנות אפשרית כדי להביא להתאמה בין החוק לחוקה ... קיימת זיקה בין נוסחאות האיזון ההלכתיות-הפרשניות כגון מבחן הוודאות הקרובה, שגובשו בפסיקה עוד בטרם "העידן החוקתי", לבין עקרון המידתיות בפיסקת ההגבלה החוקתית. לגישתי נוסחאות האיזון ההלכתיות מוצאות את מקומן, בשינויים הנדרשים, במסגרת מבחן-המשנה השלישי של המידתיות המבוסס על איזון ערכי ... אילו הקושי היחיד שהייתי רואה בסעיף 5(1) לחוק, לגבי המבחן המחמיר, היה בכך שאין הוא נוקב במפורש במבחן הוודאות הקרובה ניתן היה לקבוע זאת בדרך של פרשנות (תוך ביטול המבחן של סיכול עבירת ביטחון).

ואולם, בענייננו, לא די בטכניקה הפרשנית האמורה בכדי שהחוק יצלח את הבחינה החוקתית, וזאת אפילו לגבי המבחן המחמיר. גם אם תיקבע אמת-מידה פרשנית מחמירה לסעיף 5 לחוק, הדורשת ודאות קרובה לכך שהפסקת החקירה תימנע סיכול פגיעה בחיי אדם (תוך ביטול המבחנים האחרים המקלים) עדיין יוותר פגם חוקתי שאין דרך לרפאו אלא באמצעות התערבות המחוקק, אם יחליט המחוקק לעשות כן: קיימת עדיין בחוק סמכות לקבוע, בהחלטת הארכת המעצר, משך זמן העלול להיות בלתי-מידתי עד כדי השלמת התקופה המירבית. הארכת מעצר עד מלוא התקופה המירבית ברציפות, בהיעדר העצור, עלולה לפגוע בזכות החוקתית מעבר לנדרש, ובפרט אם תקופת המעצר הראשונה היתה קצרה. לפיכך הגעתי לכלל מסקנה שאין מנוס אלא לבטל גם את סעיף 5(1) כפי שמציע חברי.

6. ביטול חוק הינו מוצא אחרון. השאיפה החוקתית היא לאיזון בין הערכים המתנגשים ולא להכרעה ביניהם. "נדרש האיזון בין צרכי הביטחון לזכויות הפרט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על העוסקים בביטחון. לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. המטרה אינה מקדשת את האמצעים... איזון זה מטיל מעמסה כבדה על השופטים, אשר צריכים לקבוע – על בסיס המשפט הקיים – את המותר והאסור" ...

על רקע זה שקלתי אם ניתן להכשיר את חוקתיות החוק, לגבי נוסחת האיזון המחמירה בלבד תוך פרשנות המצריכה ודאות קרובה, תוך הסתמכות על כך שהשופט היושב בדין יגיע בכל מקרה ומקרה לתוצאה מידתית מבחינת אורך תקופת המעצר בהעדר העצור (...). בסופו של דבר הגעתי למסקנה כי נסיון שכזה לא יצלח. אם, כפי השקפתי יש לבטל כליל את סעיף 5(2) לחוק, ממילא אין משמעות לאפשרות לקיים דיון שלא בנוכחות העצור בהארכת המעצר: מיד יוגש ערר, המחייב את נוכחות העצור מכוח דין העררים הכללי הקבוע בסעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996) וחקירת העצור תיפסק. זאת ועוד: קביעת פרק הזמן המירבי היא בראש ובראשונה מלאכתו של המחוקק, ויש לאפשר לו פרק זמן הולם לצורך קביעת ההסדר שיעמוד באמת-המידה החוקתית [...]

8. לסיכום, אם תישמע דעתי נקבע כי דין סעיף 5(1) ו-5(2) לחוק – בטלות. הדבר גורר את בטלות סעיף 5 לחוק כולו, כיוון שסעיף 5(3) וסעיף 5(4) אינם עומדים לבדם. עמדתי היא כי יש לאפשר למחוקק לקבוע, בתוך שישה חודשים, אם רצונו בכך, הסדר אחר המגביל את האפשרות לקיים דיון בהארכת מעצר, עיון חוזר או ערר שלא בנוכחות העצור. ההסדר יכול להתבסס לדעתי על מניעה בדרגה של וודאות קרובה לסיכול פגיעה בחיי אדם, ולמשך זמן מוגבל שיעמוד באמת-המידה החוקתית. אציע אפוא לחבריי להשעות את הכרזת הבטלות בפסק דיננו למשך שישה חודשים מיום מתן פסק הדין..

**השופט גרוניס**

5. התקופה המירבית בה ניתן למנוע מפגש בין חשוד לבין פרקליטו הינה עשרים ואחד ימים (סעיף 35(ד) לחוק המעצרים). ככל שמדובר במניעה של נוכחות החשוד בבית המשפט, מדובר בתקופה מירבית של תשעה עשר ימים (סעיף 5(1) לחוק הוראת שעה, אשר מדבר על אפשרות שתקופת המעצר עליה יורה בית המשפט הינה קצרה מעשרים ימים; בהנחה שלא מונים את יום הדיון, מגיעים אנו, על כן, לתקופה מירבית של תשעה עשר ימים). מכאן, שקיימת סמכות למנוע מפגש בין חשוד לעורך דינו, ולאסור נוכחות של חשוד בהליכי המעצר, במשך שמונה עשר ימים. לטעמי, תקופה כה ארוכה אינה עומדת בדרישות של פיסקת ההגבלה במישור המידתיות. זאת, הן לענין המבחן הנוגע לאמצעי שפגיעתו פחותה, והן לגבי מבחן המידתיות במשמעותו הצרה.

6. לאור העובדה שהוראות סעיף 5 לחוק הוראת שעה נמצאו פגומות על יסוד מבחני המשנה הנזכרים של המידתיות (במשמעותה הרחבה), איני רואה מניעה עקרונית שהמחוקק יאמץ הסדר שונה בכל הנוגע למניעת נוכחות של חשוד בהליכי מעצר. כמובן, שכל הסדר חדש בנושא חייב לקחת בחשבון את ההסדר הקיים בנושא של מניעת מפגש של החשוד עם סניגורו. במלים אחרות, על מנת שהסדר חדש יקיים את מבחניו של עקרון המידתיות שבפיסקת ההגבלה, יש ליתן את הדעת לתחולה הסימולטנית (או האפקט המצטבר) של ההוראות בענין איסור מפגש עם עורך דין ואיסור נוכחות של החשוד בבית המשפט. הסדר מידתי חדש יכול לבוא לידי ביטוי בצורות שונות. נציין, בין היתר, את האפשרות לקצר את משך התקופה בה קיימת תחולה סימולטנית של שתי המגבלות – איסור נוכחות בהליך ואיסור מפגש עם עורך הדין. לטעמי, ספק אם די בקיצור התקופה. אפשרות נוספת היא הגבלה משמעותית של העילות בגינן ניתן לאסור נוכחות של חשוד בהליכי המעצר (ראו חוות דעתה של השופטת מ' נאור). ראוי לחשוב על פיתרון המשלב בין שתי האפשרויות שצוינו.

**הוחלט כאמור בפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין לקבל את הערר במובן האמור בפסקה 35 לפסק-הדין, ולקבוע כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, בטל.**

[אל המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, הצטרפו השופטים ביניש, ארבל, לוי, ג'ובראן, רובינשטיין ופרוקצ'יה. השופטים נאור וגרוניס הצטרפו אך בכפוף להנמקות שפורטו לעיל].

=-=

*המשך:*

*בשנת 2010, כמה חודשים לאחר פסק דין* ***פלוני*** *שביטל את סעיף 5 בנוסחו דאז, תיקנה הכנסת את החוק. ראו להלן.*

*האם התיקון, כלומר ההתפתחות שלהלן, תואמים את ההכרעה בפס"ד* ***פלוני****?*

חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א*–*2010

5. על אף הוראות סעיף 16(2) לחוק המעצרים, לעניין נוכחותו של עצור בעבירת ביטחון בדיון בהארכת מעצרו בתקופת המעצר כאמור בסעיף 4, ציווה בית המשפט, בנוכחות העצור, על מעצרו לתקופה הקצרה מ-20 ימים, רשאי שופט של בית המשפט העליון לבקשת ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי שהוגשה בכתב בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, להאריך את מעצרו של עצור כאמור שלא בנוכחותו, אם שוכנע כי אם תופסק החקירה לשם הבאת העצור לדיון קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם; הארכת מעצר כאמור תהא לתקופות נוספות שלא יעלו על 72 שעות כל אחת, ובלבד שסך התקופות שבהן יוארך המעצר ללא נוכחות העצור לא יעלה על 144 שעות, או לא יעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, לפי הקצר.

חומר לקריאת רשות – עוסק בשאלה שהוצגה זה עתה, על ההתאמה בין התיקון החדש שלאחר **פלוני** לקביעות בית המשפט בתוך פסק הדין: \* **עורך הדין**, חוברת 10, ינואר 2011, שני מאמרים קצרים וחולקים של עו"ד שי ניצן (היום, פרקליט המדינה) ועו"ד אלקנה לייסט (מהסנגוריה הציבורית) על התיקון לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה) התשס"ו-2006, עמ' 30-21 [החומר מצוי במערכת המוּדל].

=-=

**לקראת סיום החלק המבואי... – היכרות עם פסק דין שהוא באופן מובהק יותר משדה "המשפט המינהלי"**

פס"ד **מושלב נ' הוועדה המחוזית** הוא דוגמא לאותו חלק מהמשפט הציבורי הקרוי **המשפט המינהלי.** משמע, הנורמות המשפטיות החלות על רשויות המינהל: קרי, הממשלה וזרועותיה, השלטון המקומי (=הרשויות המקומיות), וגורמי מינהל אחרים עליהם נלמד.

פגשנו דוגמאות נוספות בפגישות הקודמות:

**דוגמת המסעדה בבית שמש, "ספר-ריבז"** – סמכות סגן ראש העיר לבטל את רישיון העסק; סמכות הפקחים לבדוק את הנושא התברואתי; זכות הטיעון שצריכה להינתן לבעלי המסעדה במהלך בירור עניינם; סמכות שר הבריאות (באותו עניין) ליטול את סמכות התקנת התקנות ממנכ"ל המשרד; ועוד;

ואפילו סמכות חוקרי השב"כ בפסק דין **הועד הציבורי נגד עינויים** – לחקור ולהשתמש באמצעי חקירה מיוחדים – היא עניין של משפט מינהלי;

עם זאת, בפסק דין זה של **הועד הציבורי** היינו סמוכים מאד ל**"משפט החוקתי"**, שכן עסקנו *בחלוקת הכוח המשטרית בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת*. בית המשפט קבע, כי הסדרת "אמצעי חקירה מיוחדים" שמורה למחוקק.

הדוגמא המובהקת ביותר של משפט חוקתי עד עתה הייתה פס"ד **פלוני**, שעסק *בתוקפה של הוראת חוק,* כלומר בעמידתה בתנאים שקבעה הכנסת בכובע רם ונישא יותר: סמכותה המכוננת (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה שבו).

אל תתרגשו יותר מדי מההבחנה הזו שבין משפט חוקתי למשפט מינהלי. היא בעלת משמעות ואולם אין מדובר "במגירות נפרדות". ואכן לא לחינם אנחנו לומדים את הקורס "משפט ציבורי", שהוא קורס משולב, הבוחן את הסמכויות הנתונות ***לכל*** *רשויות השלטון* (מחוקק, רשות מבצעת, רשות שופטת), ואת החובות או הכללים המשפטיים הקבועים בעניינן.

בג"צ 3132/92 **מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון**, פ"ד מז(3) 741 (1993)

1. העותר הוא בעליה של חלקת אדמה באבו-סנאן, הגובלת בכביש שלומי-אחיהוד. גם לקיבוץ כברי (להלן: הקיבוץ) קרקע באותו צד של הכביש הנ"ל במרחק של פחות מ-15 ק"מ מאדמת העותר. הן העותר והן הקיבוץ מבקשים להקים על אדמותיהם תחנת דלק, שירותי דלק ומסעדה.

הקמת תחנה כזו טעונה אישור תוכנית מפורטת על-פי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: החוק).

2. ההסדר הקבוע בחוק למתן האישור הוא דו-שלבי. תחילה יש להגיש את התוכנית המפורטת לוועדה מקומית לתכנון ולבניה שהקרקע אליה מתייחסת התוכנית נמצאת במרחב תכנונה. תוכנית המאושרת על-ידי הועדה המקומית מועברת על-ידיה לוועדה מחוזית לתכנון ולבניה, שמרחב התכנון הרלוואנטי נמצא בתחום מחוזה (סעיפים 67ו-68 לחוק).

חלקת העותר נמצאת במרחב התכנון שעליו מופקדת הוועדה המקומית הגליל המרכזי. אדמת הקיבוץ היא בגבולות מרחב התכנון הנשלט על-ידי הוועדה המקומית מטה אשר (להלן: הועדה המקומית), שהיושב-ראש שלה הוא חבר הקיבוץ יחזקל בריט. שתי הוועדות המקומיות נמצאות במרחב תכנון מחוז הצפון.

3. העורר הגיש את התוכנית המפורטת (להלן: תוכנית אבו-סנאן) לוועדה המקומית הגליל המרכזי ביום 1.12.1987. הוועדה המקומית אישרה את התוכנית והעבירה אותה לוועדה המחוזית ביום 22.1.89. המשך הטיפול בתוכנית אבו-סנאן בוועדה המחוזית התעכב בשל הצורך לקבל את אישור הוועדה לשימור קרקעות חקלאיות (ולק"ח). בתוך כך, ביום 19.6.1990, הקיבוץ הגיש תוכנית מפורטת לוועדה המקומית מטה אשר (להלן: תוכנית כברי). ביום 16.7.1990 אישרה הועדה המקומית בראשותו של בריט, שאף השתתף בהצבעה, פה-אחד את תוכנית כברי, והעבירה אותה לוועדה המחוזית. המסלול שתוכנית כברי עברה היה קצר למדי, וכך שתי התוכניות אושרו להפקדה על-ידי הוועדה המחוזית באותו יום - 16.11.1990. תוכנית כברי פורסמה ברשומות שבוע לפני פרסום תוכנית אבן-סנאן. [...]

9. סעיף 47 לחוק [חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965] קובע:

"(א) חבר במוסד תכנון שיש לו, במישרין או בעקיפין, בעצמו או על-ידי קרובו, סוכנו או שותפו או על-ידי קרוביהם, כל חלק או טובת הנאה בכל תכנית או ענין העומדים לדיון במוסד או בועדה מועדותיו -

(1) יודיע על כך ליושב ראש בכתב או בעל פה מיד לאחר שנודע לו כי התכנית או הענין האמורים עומדים לדיון; נמסרה ההודעה בעל פה, תירשם בפרוטוקול הישיבה הקרובה של המוסד או הועדה; (2) לא יהיה נוכח בדיוני המוסד או הועדה באותם תכנית או ענין ולא יצביע בהחלטה על כל אלה בקשר אליהם. [...]

(ג) העובר על הוראות סעיף זה, דינו - מאסר שנה אחת או קנס 000, 50לירות; הוראה זו אינה גורעת מאחריותו הפלילית או האזרחית של אדם על-פי כל דין אחר.

(ד)בסעיף זה קרוב לאדם פלוני -

(1) בן זוג; (2) הורה, הורי הורה, צאצא, צאצאי בן זוג ובני זוגם של כל אחד מאלה; (3) אח או אחות ובני זוגם; (4) איגוד שהוא מנהלו או שחלקו בהונו או ברווחיו עולה על 5%".

האיסור הוא רחב, והוא מתייחס גם לאינטרסים של האנשים הקשורים לחבר במוסד תכנון. ואולם בענייננו יש לראות בבריט עצמו בעל עניין. לדעתי, לעניין סעיף 47 קיימת זהות בין חבר קיבוץ לקיבוצו כדי כך שיש לראות בטובת הנאה של הקיבוץ כטובת הנאה שיש לחבר "בעצמו".

10. הרעיון המונח ביסוד האידיאולוגיה הקיבוצית הוא שיתוף מלא בין חברי הקבוצה. שיתוף זה, המבוסס על הזדהות חברתית של הפרט עם הקבוצה, בא לביטוי מבחינה כלכלית בערבות הדדית על-פי העקרון "כל אחד לפי יכולתו, ולכל אחד לפי צרכיו" ובשוויון בהנאה הכלכלית.

במהותו, הקיבוץ הוא מעין משפחה גדולה, שכל חבריה סובלים במידה שווה ממצוקותיה ונהנים באותה מידה מיכולתה הכלכלית. טובת הנאה הצומחת לקיבוץ מצמיחה טובת הנאה לכל אחד מחבריו,[...]

אישור הקמתם של תחנת דלק, שירותי דלק ומסעדה מהווה טובת הנאה בעלת ערך כלכלי ניכר לקיבוץ בכללותו ומכאן שגם לכל אחד מחבריו.

עולה מן המקובץ כי בריט, בהשתתפו בדיון הוועדה המקומית בתוכנית כברי, פעל בניגוד להוראת סעיף 47(א) לחוק.

11. [...] עם-זאת, לא כל ניגוד עניינים פוסל את ההחלטה המינהלית. פסלותה של ההחלטה היא פועל יוצא מעוצמתו של ניגוד העניינים. על-כן, ניגוד רחוק המקים חשש תיאורטי להשפעה של אינטרסים זרים על ההחלטה, אינו מספיק לפסילת ההחלטה. המבחן לניגוד עניינים בין עניין ציבורי לבין עניין פרטי הוא **מבחן החשש הסביר**. על-פי מבחן זה, **עובד הציבור יהיה מנוע מלדון בנושא שבו יש לו עניין פרטי, אם מתקיים חשש סביר כי ההחלטה תושפע מעניינו הפרטי**, וזאת **אף אם חשש זה אינו עולה כדי אפשרות ממשית** (בג"צ 244/86, שם, 186). לגישה שונה, שעל-פיה - להבדיל ממקרה של ניגוד בין אינטרס שלטוני לאינטרס פרטי - דרושה אפשרות ממשית של השפעת ניגוד העניינים כאשר ההתנגשות היא בין שני אינטרסים שלטוניים, השווה לדברי המשנה לנשיא, השופט אלון, בבג"צ 244/86 הנ"ל שם, 188.

12. **מבחן החשש הסביר מבוסס על אמת מידה אובייקטיבית. השאלה אינה מה הן אישיותו ותכונותיו של עובד ציבור מסויים זה או אחר,** אלא מהי עוצמתו של הניגוד בין העניין הציבורי לבין עניינו הפרטי של עובד הציבור הנוגע בדבר. עוצמת ניגוד העניינים נקבעת על-פי הקירבה בין האינטרסים המנוגדים.

.13 לנוכח הרגישות המיוחדת של תחום התכנון והבנייה וההשלכות הכספיות של החלטות ועדות התכנון, ראה המחוקק להגביר את ההגנה על הערך החברתי שבטוהר ההליך המינהלי על-ידי קביעת נורמה פלילית בסעיף 47(א) לחוק ...

15. יש גם לדחות את הטענה בדבר ניתוק בין החלטת הוועדה המקומית להחלטת הוועדה המחוזית. טענה זו נסמכת על סעיף 134(א) לחוק, שעל-פיו רשאית ועדה מחוזית להתחיל בהליכי האישור ללא קבלת חוות-דעתה של ועדה מקומית. כן מסתמכים המשיבים על בג"צ 518/80 דיקמן נ' עירית אשדוד..., בו נפסק כי אין לפסול החלטה של רשות, אף שבהמלצת ועדת-משנה שלה, שהיתה חוליה אחת בשרשרת ארוכה של החלטות מינהליות, נפל פסול בשל ניגוד עניינים.

בענייננו, הועדה המחוזית לא טיפלה בתוכנית כברי בדרך המותווית בסעיף 134(א) הנ"ל שהיא חריג, אלא הלכה בדרך המקובלת הקבועה כאמור בסעיפים 67 ו-68 לחוק. על-פי דרך זו החלטת ועדה מקומית אינה המלצה מינהלית רחוקה, אלא תשתית שהחוק דורש לקבלת ההחלטה של הועדה המחוזית. יצויין כי בסעיף 68(ג) לחוק ניתנת זכות ערר בפני ועדה מחוזית על דחיית תוכנית מפורטת על-ידי ועדה מקומית. מכאן שבענייננו, אישור הוועדה המקומית היה תנאי להעברת התוכנית לוועדה המחוזית, והיפוכו של דבר - אלמלא אישרה הועדה המקומית את תוכנית כברי, התוכנית לא היתה באה לדיון בפני הוועדה המחוזית. התקיים כאן איפוא קשר שאינו ניתן לניתוק בין ההחלטות של שתי הוועדות. מקשר זה מתחייב לפסול לא רק את אישור הוועדה המקומית, אלא גם את החלטת הוועדה המחוזית.

=-=

לפגישה הבאה:

אני יוצא לכנס בחוץ לארץ ולכן לא יתקיים שיעור ביום חמישי הקרוב. אחזיר אותו כשיעור השלמה בחלון הפקולטטי של אחד מימי שלישי הקרובים.

אנו נפרדים מהדיון המבואי שלנו ב'שלד' של המשפט הציבורי. הדיון בשלוש הפגישות הקרובות יהיה במה שקרוי "החוקה המהותית" (או החוקה המאטריאלית) של ישראל. אלו הם ערכי היסוד של מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית", ויש להם השפעה גדולה ביותר על המשפט של ישראל, ובמיוחד על המשפט הציבורי שלה.

בהמשך הדרך נגיע לפרק ארוך של דיון "בחוקה הפורמאלית" של ישראל – בחוקי היסוד שלה – ואולם נכון לדעתי להתחיל מהחוקה המהותית, שכן זה תואם את סדר ההתפתחויות במשפט הישראלי. החוקה הפורמאלית מתגבשת/ מוכרת במשפט הישראלי רק החל מאמצע שנות התשעים של המאה הקודמת. כלומר זה התרחשות שמופיעה לאחר יותר מארבעה עשורים של התפתחויות חשובות מאד בלעדיה. אנחנו נלמד חלק מההתפתחויות הללו.

נתחיל מפסקי הדין של **בז'רנו וקול-העם** וכן נדון ב**הכרזה על הקמת מדינת ישראל** [הכרזת העצמאות/ מגילת העצמאות]

אנא קראו בעיון את ההכרזה. מה היא בעיניכם? איזה דברים חשובים היא אומרת? איזה הוראות משפטיות מרכזיות מצויות בה?

האם פס"ד **בז'רנו** מתיישב עם הפירמידה הנורמטיבית שפגשנו בפגישה 2 (הפירמידה הרלבנטית היא זו שקודמת למהפכה החוקתית)? ואם כן, כיצד?

מהו המהלך החשוב או המהלכים החשובים ביותר של השופט אגרנט בפס"ד **קול העם**? – א. מדוע צפונה במהלכים הללו חשיבות משפטית מיוחדת/ ארוכת-טווח? ב. מהי ההתייחסות/ המשמעות המוקנית להכרזת העצמאות?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 4***

*הדפים של תחילת הפגישה הקודמת הם דפים "למיטיבי לכת", כלומר, קצת קשים, קצת מקדימים את השלב הלימודי שבו אנחנו נמצאים. עם זאת, הם חשובים ומכאן התעקשותי שתכירו אותם. זה לא משהו ללמוד בעל פה אלא משהו להבין באופן בסיסי.*

*עברתי עליהם כדי לעשותם לקצת יותר בהירים. תעדיפו לפיכך את הניסוח שלהלן על פני זה שבדפים של הפגישה הקודמת.*

**סוגיית "המעמד האזרחי": מי אנחנו, מה מעמדנו המשפטי במשפט הישראלי?**

(שאלה זו קרובה, אך לא זהה לשאלת מעמדנו הפוליטי)

א.

**שסע מרכזי והנתון המרכזי ביותר של המציאות הישראלית הוא הסכסוך בין יהודים לערבים**

[בערבים הכוונה היא לערבים-הפלסטינים וכן לאזרחי מדינות ערב באופן כללי יותר; נתמקד כאן בפלסטינים; ראו להלן.]

**היהודים**

^ יהודים בישראל;

וכן בירושלים המזרחית וברמת הגולן – אזורים שסופחו לישראל מבחינת משפטה הפנימי – הם אזרחים ככל האזרחים;

^ יהודים המתיישבים/המתנחלים בגדה המערבית – הם אזרחים ככל האזרחים בכפוף למקצת הדינים;

^ יהודים בגולה/ בתפוצות/ כלומר מחוץ לישראל ומחוץ לגדה המערבית

אין להם אזרחות ישראלית (למעט מהגרים מישראל, מי שקרויים לעיתים "יורדים"); הם בעלי אזרחות של מדינתם/מולדתם; אך במקביל הם בעלי זכות להגיע לישראל בכל עת ולקבל אזרחות אוטומטית – חוק השבות)

**הפלסטינים** (עם נטול מדינה המפוצל מבחינות לא מעטות):

**[אבחנה אחת היא בין מי שהם פליטים (או צאצאיהם) ומי שאינם פליטים**

פליטים וצאצאיהם הם מי שברחו או גורשו ב 1948 לגדה, לעזה, לירדן, לבנון, סוריה;

ויש את מי שאינם פליטים

כמו הפלסטינים שנותרו בישראל, כלומר אזרחי ישראל הערבים – שחלקם נותרו על אדמתם אך חלקם נעקרו ממנה למקום אחר בישראל, והם, האחרונים, מכונים "עקורים" או "פליטים פנימיים";

או חלק מהפלסטינים בגדה או חלק מהפלסטינים ברצועה או חלק מהפלסטינים בירושלים המזרחית, שנותרו ב 1948 על אדמתם.]

**הפלסטינים גם מפוצלים על יסוד מיקומם ועל יסוד מעמדם האזרחי:**

^ הפלסטינים אזרחי ישראל = הערבים אזרחי ישראל = **אזרח, שאמור להיות, ככל אזרח**

^ הפלסטינים בירושלים המזרחית = **תושבי קבע (אך לא אזרחים)**

^ הפלסטינים בגדה = הם במעמד של **"תושב מוגן",** משמע, תושב של שטח כבוש. המעמד הוא מכוח ענף המשפט ההומניטארי של המשפט הבינלאומי (דיני "התפיסה הלוחמתית")

וביחס אליהם מופיעה הבחנה מסוימת לפי האזור בגדה שבו הם חיים – שטחי A, B, ו-C:

שטחי A בגדה: הם בשליטה אזרחית וביטחונית-משטרתית פלסטינית, אך בשליטת-על של ישראל (ראו להלן);

שטחי B: בשליטה אזרחית פלסטינית אך בשליטה ביטחונית ישראלית;

שטחי C: בשליטה אזרחית ובשליטה ביטחונית ישראלית (כ-60 אחוז ויותר משטח הגדה)]

^ הפלסטינים ברצועת עזה = מחלוקת מבחינת מעמדם. בית המשפט העליון קבע שעזה, לאחר "ההתנתקות" של 2005, איננה נתונה עוד ב"תפיסה לוחמתית", ואולם בעת עימות צבאי חל עליהם המשפט הבינלאומי של דיני המלחמה;

^ הפלסטינים בתפוצות:

האם הפליטים זכו במקום מושבם לאזרחות או שמא לא זכו?

פליטים בירדן זכו לאזרחות, פליטים בלבנון לא זכו לאזרחות, ...

צאצאי פליטים שהפכו במרוצת הזמן לתושבים באחת המדינות בעולם המערבי, לרוב התאזרחו באותן מדינות, והם וצאצאיהם עתה תושבי ארה"ב, קנדה, אוסטרליה, בריטניה וכדומה.

ב.

הסבר קצר, שאני מקווה שיתרום לבהירות, ביחס לנשלטותו של אדם פלסטיני על ידי ישראל, אפילו אם הוא תושב שטח A (הערים הפלסטיניות: רמאללה, שכם, חברון, בית לחם, ג'נין, טול כרם, קלקיליה וכדומה) בגדה:

**הגבלת הזכות להקמת משפחה** בין בן-זוג פלסטיני בגדה לבין בן-זוג שאינו מהגדה:

צורך בהיתר של המפקד הצבאי הישראלי;

ואם ניתן היתר, ונאמר שבת הזוג תעבור בעקבות בן-זוגה לעזה – הרי שיכולתה לבקר את בני משפחתה בגדה כפופה להיתר נוסף;

**הגבלת חופש תנועה** **והחיים** בהקשרים נוספים, בין היתר, למטרות לימודים, השכלה, ביקורי משפחה או ביקור באתרים קדושים כמו אל-אקצה:

הגבלת המעבר בין עירו של התושב הפלסטיני לעיר אחרת/ ישוב אחר (אפילו בתוך הגדה): שליטה ביטחונית של ישראל בשטחי B ו-C, שדרכם יש הכרח לעבור – היכולת להציב מחסום (קבוע או זמני) בכל עת;

חסימת היכולת לעבור בין הגדה לבין רצועת עזה;

יציאה מהגדה לחוץ לארץ רק דרך ירדן; היציאה לירדן היא דרך הגשרים שעל הירדן שהם בשליטת ישראל;

זכות שיבה לפליטים (אפילו אל הגדה המערבית, שלא לדבר על שיבה אל ישראל שבקו הירוק) – לא ממש אפשרית; זאת שוב, בין היתר, משום שהכניסה היא רק דרך גשרי הירדן שבשליטת ישראל – וההיתר הניתן, ככל שניתן, הוא לכניסה זמנית בלבד;

**הכלכלה הפלסטינית והתעסוקה:**

יבוא/יצוא לגדה דרך נמלי ישראל או דרך הגשרים או דרך המעברים בגדר (שליטת ישראל) [העדר שדה תעופה או נמל];

המטבע המשמש הן בגדה והן בעזה הוא השקל הישראלי;

"הגדר": היתר לעבוד בישראל ניתן רק למתי-מעט, לאחר אישור ביטחוני, ובהתאם לצרכיה של ישראל (להבדיל מצרכי הפלסטינים בשטחים, שמצבם הכלכלי הוא כידוע קשה או קשה למדי);

**הזכות לבחור ולהיבחר** – משמע, אפשרות ההשתתפות שלנו כבני-אדם בבחירת המוסדות המרכזיים המעצבים/ מכוונים את חיינו (בין היתר, ובמקום ראשון בעצם, ישראל) – אפשרות זו אינה בנמצא;

**חופש הביטוי וחופש ההפגנה כנגד ישראל**

למשל הפגנה בסמוך לגדר כנגד תוואי הגדר, כנגד הפקעת קרקעות, כנגד ההתנחלויות וכדומה: הגבלות קשות;

**מה משמעות "ריבונות" ללא שליטה בטריטוריה הריבונית?** (הגבלת השליטה לערים בלבד, וגם שם הענקת ממדי שליטה מוניציפאליים בעיקרם) – העדר צבא, העדר שליטה במרחב האווירי ובמעברי הגבול, ויותר מכך גם העדר שליטה במרחב הקרקעי (המחסומים, הפקעת קרקעות, הקמת התנחלויות על ידי ישראל, ועוד).

[...]

שימו לב, בדיון בנקודה ב' לא עסקתי בויכוח על **הצדקת** מצב הדברים הנזכר. משמע, לא עסקתי בשאלת הצדקת המשכו של הכיבוש (וסוגיית הצדקת המשכן של ההתנחלויות או מלאכת הרחבתן; וגם לא בהצדקתה של הגבלה כזו או אחרת), אלא רק **בתיאורו** של מצב דברים זה. כדי שיובן שחירויות משמעותיות ביותר לא נתונות לפלסטינים אפילו הם תושבי איזור A בגדה.

=-=

**החוקה המהותית של ישראל:**

**ערכי היסוד ועיקרי המשטר המדיני שלה**

**פירמידת הנורמות ופירמידת המוסדות, ולשם קיצור "הפירמידה הנורמטיבית"**

**הפירמידה הנורמטיבית של ישראל**

**הנורמה הבסיסית** **"הריבון"**

"ערכי חוקה המוסד המכונן

היסוד" חוקים המוסד המחוקק

*"משפט מקובל נוסח ישראל"*

תקנות וחוקי-עזר פסקי דין בתי המשפט הממשלה ,

השלטון המקומי

צווים ו"פעולות מינהל" אחרות ורשויות המינהל האחרות

נורמות ופעולות בתחום המשפט הפרטי

**פירמידת הנורמות פירמידת המוסדות**

**הפירמידה הנורמטיבית הקודמת, זו ש*בטרם* "המהפכה החוקתית" שהתרחשה בשנות התשעים**

**הנורמה הבסיסית** **"הריבון"**

"ערכי חוקי יסוד וחוקים

היסוד" הכנסת

*"משפט מקובל נוסח ישראל"*

תקנות וחוקי-עזר פסקי דין בתי המשפט הממשלה ,

השלטון המקומי

צווים ו"פעולות מינהל" אחרות ורשויות המינהל האחרות

נורמות ופעולות בתחום המשפט הפרטי

**פירמידת הנורמות פירמידת המוסדות**

**עקרון ההתאמה**

כל מוסד רשאי ליצור נורמה עיקרית מדרגה מסוימת אחת או נורמה שמשתייכת לדרגה נמוכה יותר. אולם בכל מקרה אין הוא רשאי לקבוע נורמה מדרגה גבוהה יותר.

**עיקרון ההיררכיה** ו**עיקרון ההסמכה**

1. כדי שנורמה תהיה תקפה, היא צריכה להתקבל ע"י מוסד שהוסמך לכך, בנורמה גבוהה יותר.

2. כאשר יש סתירה בין שתי נורמות, ואין ביכולתנו למצוא דרך פרשנית ליישבן, נפעל לפי הגבוהה ביניהן.

=> [קלזן:] תקפותה של נורמה משפטית מותנית בשתיים: **קבלתה מכוח הסמכות המתאימה**, **ושלא תסתור נורמה שהיא גבוהה** ממנה.

=-=

הדגמה

1. **כדי שנורמה תהיה תקפה, היא צריכה להתקבל ע"י מוסד שהוסמך לכך. הסמכה זו ניתנת באמצעות נורמה גבוהה יותר.**

למשל, **חוק יסוד או חוק יסמיכו את הרשות המבצעת להתקין תקנות ולהוציא צווים ולבצע "פעולות מינהל"/** פעולות שלטוניות.

אם נחזור לדוגמא של רישיון העסק למסעדת "ספר-ריבז" וביטולו. [\*ראו פירוט הוראות הדין בפגישה 2]:

רישיון העסק שניתן למסעדה הוא **"פעולת מינהל",** כך גם ביטול רישיון העסק;

^ אך מהיכן יש תוקף לפעולת המינהל, כלומר, מהיכן לקוחה (בין היתר) הסמכות לתת רישיון-עסק והסמכות לשלול אותו?

– בין היתר, מכוח חקיקת-המשנה הבאה: **תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבתי אוכל), התשמ"ג-1983**;

^ אך מהיכן הסמכות להתקין את התקנות?

– מכוח שני דברי חקיקה: **חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968** ומכוח **פקודת בריאות הציבור (מזון) [נוסח חדש], התשמ"ג-1983**

^ אך האם החקיקה הזו עצמה תקפה? האם ההגבלה שהוטלה כאן על חופש העיסוק של אדם בעת שיבוא לעסוק במסעדנות תואמת נורמות/סייגים/'מסננים' חוקתיים? זו שאלה שאותה "המהפכה החוקתית" העלתה, ובענייננו **חוק יסוד: חופש העיסוק.**

^ אך מה מקור התוקף של חוק יסוד: חופש העיסוק? תשובה: הסמכות המכוננת של הכנסת.

^ מהיכן לקוחה הסמכות המכוננת של הכנסת? תשובה שאותה נראה בקרוב יותר מקרוב: ה"נורמה הבסיסית".

2. **כאשר יש סתירה בין שתי נורמות, ואין ביכולתנו למצוא דרך פרשנית ליישבן, נפעל לפי הגבוהה ביניהן.**

***חריג חשוב: אלא אם כן נורמה גבוהה הסמיכה את הנורמה הנמוכה לסתור את זו הגבוהה ממנה****. דוגמא:*

**חוק יסוד: הממשלה**

38. [הכרזת מצב חירום]

(א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום רשאית היא, ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה, להכריז על מצב חירום. [...]

39. [התקנת תקנות שעת חירום ]

(א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

[...]

(ג) **תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים**, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.

(ד) אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.

(ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

(ו) תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על-ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת. […]

=-=

***פס"ד בז'רנו***

פס"ד **בז'רנו** אותו התבקשתם לקרוא להיום: מבטא/ מצהיר על **עקרון ההסמכה** בהקשרה של פירמידת המוסדות =

בפסה"ד מכונה עקרון ההסמכה – **עקרון החוקיות:**

רשות שלטונית לא יכולה לעשות אלא את שהוסמכה באופן תקף לעשותו

ובפסק הדין יש ביטוי חשוב ל**עקרון החירות**: הפרט יכול לעשות כל מה שלא הוגבל – באורח תקף – מלעשותו

**-> אך מהם העקרונות הללו?**

הן נורמות משפטיות בכירות של המשפט הישראלי (ושל חברות דמוקרטיות אחרות) – עקרונות של "כללי המשחק" – "כללים מסדר שני", כפי שקראנו להם.

**-> כן, אך מה מקור תקפותם המשפטי?**

מקור תקפותם בהווה הוא בכך שהם כוננו או **בחוקה הפורמאלית** של המדינה (חוקי היסוד שלה). החוקה הפורמאלית עושה פורמליזציה לחלקים גדולים מחוקתה המהותית של ישראל. בעבר, לפני "המהפכה החוקתית" של שנות התשעים, עקרונות אלו הוכרו ישירות מכוח **חוקתה המהותית** של ישראל.

**-> מהם מרכיביה של החוקה המהותית שלנו?**

**עקרונות היסוד/ ערכי היסוד** של השיטה המשטרית-משפטית

ערכי היסוד של המדינה כמדינה דמוקרטית וכמדינת הלאום של העם היהודי;

**מוסדות היסוד** של המדינה והחלוקה הבסיסית של הסמכויות ביניהן

רשות מחוקקת, רשות מבצעת, רשות שופטת ועוד מוסדות יסוד: נשיא המדינה; מבקר המדינה; הצבא...;

**הסדרי היסוד**

הפרוצדורות המרכזיות לגיבוש נורמות, ובתוכן, אופן הכינון והשינוי של הוראות החוקה עצמן –

[בעיקר, היותנו "דמוקרטיה פרלמנטרית" (דמוקרטיה ייצוגית, להבדיל מישירה) – וכן היכולת לעשותנו ל"דמוקרטיה חוקתית" פרלמנטרית].

**-> כיצד מזוהים חלקיה/תכניה של החוקה המהותית?**

**בישראל חלק ממנה כבר מעוגן בחוקה הפורמאלית, וכך הוא מזוהה, אך כיצד מזוהה אותו חלק ממנה שאינו מופיע שם (שאינו מופיע בחוקי היסוד)**?

חלקים/תכנים אלה מזוהים ככאלה על ידי **הפרשן המוסמך העליון** של המשפט בישראל: בית המשפט העליון;

**-> כן, אך מכוח מה נקבע הפרשן המוסמך?** –> הסמכתו מופיעה בחוק יסוד: השפיטה;

**-> ואולם מה מקור התקפות של חוק יסוד: השפיטה?** –> הכלל החוקתי לפיו בסמכות הכנסת לקבל חוקי יסוד;

-> **אך מכוח מה יש כלל חוקתי ביחס לסמכותה זו של הכנסת?** "הסמכות המכוננת" –> מכוח הבנתו של בית המשפט את מצב הדברים המשפטי, ובעיקר על יסוד השתלשלות מהכרזת העצמאות;

-> **ואולם מהיכן מקור הכוח של בית המשפט לקבל הכרעה בסדר גודל שכזה?** -> התשובה: **"הנורמה הבסיסית"**

(על המשקל שזו, הנורמה הבסיסית, נותנת למקורות שעליהם מסתמך בית המשפט כדי להעניק את תשובתו ביחס לסמכות המכוננת של הכנסת, ועל המשקל שהנורמה הבסיסית נותנת לבית המשפט העליון בהקשר להכרעות משפטיות שכאלה).

**-> מהי "הנורמה הבסיסית"? כלומר מה נמצא שם בסוף הסולם או הפירמידה?**

הנורמה הבסיסית היא מושג מופשט ומורכב, ולא במקרה.

(ויכוחים סבוכים, שנשוב אליהם לעת דיון בחוקתה הפורמלית של ישראל ותדונו בהם בקורס בתורת המשפט)

הגדרה ראשונית – הנורמה הבסיסית איננה כלל-יסוד משפטי אלא **חוץ-משפטי**. כלל הקרוי לעיתים "**כלל הזיהוי**" [בעקבות הפילוסוף הארט]:

מדובר בתיאוריה הפוליטית-מוסרית המקובלת בקרב רוב החברה, ומכוחה מזוהה המוסד השלטוני-משפטי העליון באותה חברה. המוסד שהוא בראש הפירמידה המוסדית, ולו כולם חבים ציות.

במדינות הדמוקרטיות – ברובן – מוסד זה הוא **הרשות המכוננת**.

במדינות דמוקרטיות זיהוי חובת הציות לאותו מוסד, אינו זהה לזיהויה של "כפייה אפקטיבית", כלומר יכולתו של אותו מוסד לכפות עלינו בכוח הזרוע לעשות את שהוא מחליט, אלא הוא קשור בזיהויה של "לגיטימיות": קרי, הסכמה למיקומו של אותו מוסד בראש הפירמידה, והסכמה לצורך לציית להוראותיו.

ואולם האם מוסד זה הוא "כל-יכול" – האם אנו חבים לו ציות מוחלט? האם סמכותו נטולת מגבלות? האם הנורמה הבסיסית לא "מזהה" את הסמכות ביחד, כלומר בו-זמנית, עם זיהוי מגבלותיו של מוסד זה?

יתר על כן, בצד אותו מוסד עליון הקובע את הנורמות העליונות מזוהה גם המוסד המוסמך לפרשן וליישמן.

=-=

**חשיבותה וייחודה של מגילת העצמאות**

**"אבן הפינה", "נקודת הראשית", של המשפט הישראלי היא *מגילת העצמאות.***

**חלקים ממנה מספרים את הנארטיב הרשמי, הסיפור הרשמי, של המדינה, של הציונות, והם חשובים מאד משום כך. זה "הסיפור" הרשמי, החרוט עלי מסמך בעל חשיבות מיוחדת, ולכן גם לא פתוח לשום שינוי פשוט.**

**ואולם חלקים אחרים של מגילת העצמאות (או הכרזת העצמאות) אינם סיפור או תיאור אלא הם מתנסחים כ"נורמה". אומרים מה צריך להיעשות ואיך. הם מהווים את הנורמה המשפטית הראשונה של המשפט הישראלי;**

**ההכרזה גם מפרטת ומצהירה על ערכיה של המדינה ועל צורת משטרהּ (דמות המשטר שלה). בפועל היא המקור המרכזי לזיהויה של החוקה המהותית/ המאטריאלית של ישראל;**

**יתר על כן, היא מקור משמעותי לזיהוי סמכויות שונות, ובתוך כך הסמכות לכינון נורמות חוקתיות ("החוקה הפורמאלית").**

**החוקה המהותית של ישראל –**

**"ערכי היסוד" של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית"**

##### ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ['מגילת העצמאות']

לפיכך נתכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות *אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל.*

*אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 - תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל.*

*מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.*  […]

אנו קוראים - גם בתוך התקפת-הדמים הנערכת עלינו זה חדשים - לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים.

=-=

## מגילת העצמאות וחשיבותה המיוחדת (פירוט)

## ^ היא נקודת הראשית, נקודת ההתחלה: נקודת הזמן שבו נולדת מדינה חדשה; והמסמך המשפטי הראשון של מדינת ישראל;

^היא מסמך משפטי מכונן: באמצעות מילים – הנלוות לנסיבות חברתיות-פוליטיות וגאו-פוליטיות – מתחוללת מטמורפוזה [=שינוי צורה ומהות] או טרנספורמציה – קמה מדינה:

**- מופיע מעבר מאין-מדינה למדינה;**

**- מופיע מעבר ממוסדות של תנועת שחרור לאומי למוסדות של מדינה:**

מועצת העם -> מועצת המדינה הזמנית;

מינהלת העם -> הממשלה הזמנית של המדינה היהודית;

^היא מסמך משפטי הבא לקבוע **חלק מכללי המשחק המשמעותיים ביותר** –

היא מורה על דמוקרטיה ייצוגית ("השלטונות הנבחרים"), וחוקתית ("בהתאם לחוקה שתיקבע") – והיא קובעת מי יכונן את החוקה ומי יקבע את החוקים; היא גם מצביעה על "ערכי יסוד" של ישראל (להלן);

^היא מצהירה ופורשת את ערכי "המדינה היהודית" שמוקמת – **ערכי היסוד של מדינה יהודית ודמוקרטית**:

עלייה יהודית וקיבוץ גלויות; במקביל להתחייבות לשוויון אזרחי מלא ולחירויות האדם:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות...";

^היא מצביעה על **הצידוקים בעיני "האבות המייסדים" להקמתה של מדינה יהודית, ולהקמתה דווקא בכברת-הארץ הזו**: "בתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטה עצרת האומות המאוחדות". [הצידוקים מפורטים בעיקר בחלק הראשון של ההכרזה, הריהו להלן:]

ב[ארץ-ישראל](javascript:getWord('israel.htm#1')) קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי [קוממיות ממלכתית](javascript:getWord('independ.htm')), בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את [ספר הספרים הנצחי](javascript:getWord('book.htm')).

לאחר שהוגלה העם היהודי מארצו ב[כוח הזרוע](javascript:getWord('force.htm')) שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו, ולא חדל מתפילה ומתקווה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית.

מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהיאחז במולדתם העתיקה; ובדורות האחרונים שבו לארצם בהמונים, ו[חלוצים](javascript:getWord('pioner.htm')), מעפילים ומגינים הפריחו נשמות, [החיו שפתם העברית](javascript:getWord('live.htm')), בנו כפרים וערים, והקימו יישוב גדל והולך השליט על משקו ותרבותו, שוחר שלום ומגן על עצמו, מביא ברכת הקידמה לכל תושבי הארץ ונושא נפשו לעצמאות ממלכתית.

[בשנת תרנ"ז (1897)](javascript:getWord('year.htm')) נתכנס [הקונגרס הציוני](javascript:getWord('congres.htm')) לקול קריאתו של הוגה חזון המדינה היהודית תאודור [הרצל](javascript:getWord('herzel.htm')), והכריז על זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו.

זכות זו הוכרה בהצהרת [בלפור](javascript:getWord('balfur.htm')) מיום ב' בנובמבר 1917 ואושרה במנדט מטעם [חבר הלאומים](javascript:getWord('chever.htm')), אשר נתן במיוחד תוקף בין-לאומי לקשר ההיסטורי שבין העם היהודי לבין ארץ-ישראל ולזכות העם היהודי להקים מחדש את [ביתו הלאומי](javascript:getWord('hazarat_balfor.htm')).

ה[שואה](javascript:getWord('soaa.htm')) שנתחוללה על עם ישראל בזמן האחרון, בה הוכרעו לטבח [מיליונים יהודים](javascript:getWord('million_jews.htm')) באירופה, הוכיחה מחדש בעליל את ההכרח בפתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ-ישראל, אשר תפתח לרווחה את שערי המולדת לכל יהודי ותעניק  לעם היהודי מעמד של [אומה שוות-זכויות](javascript:getWord('nation.htm')) בתוך משפחת העמים.

[שארית הפליטה](javascript:getWord('sherit_apleta.htm')) שניצלה מהטבח [הנאצי](javascript:getWord('nazim.htm')) האיום באירופה, ויהודי ארצות אחרות לא חדלו [להעפיל](javascript:getWord('haafala.htm')) לארץ-ישראל, על אף כל קושי, מניעה וסכנה, ולא פסקו לתבוע את זכותם לחיי כבוד, חירות ועמל-ישרים במולדת עמם.

ב[מלחמת העולם השנייה](javascript:getWord('war2.htm')) תרם היישוב העברי בארץ את מלוא [חלקו למאבק](javascript:getWord('fight.htm')) האומות השוחרות חירות ושלום נגד כוחות הרשע הנאצי, ובדם חייליו ובמאמצו המלחמתי קנה לו את הזכות להימנות עם העמים מייסדי ברית האומות המאוחדות.

ב-29 בנובמבר 1947 קיבלה עצרת האומות המאוחדות [החלטה](javascript:getWord('division.htm')) המחייבת הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל; העצרת תבעה מאת תושבי ארץ-ישראל לאחוז בעצמם בכל הצעדים הנדרשים מצדם הם לביצוע ההחלטה. הכרזה זו  של האומות המאוחדות בזכות העם היהודי להקים את מדינתו אינה ניתנת להפקעה.

זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית.

=-=

**נקודות מרכזיות נוספות של ההתחלה – המשפט הציבורי של ישראל, עם הקמת המדינה:**

**פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948**

בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמנשר מאותו יום, מחוקקת בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור: ...

פרק רביעי – המשפט

11. המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה.

המשפט הקיים

**הגישה הבסיסית אל המשפט מצד הרשות השופטת בראשית המדינה היא נקודת מוצא "פורמאליסטית"-טכנית:**

הדגמה לכך – בג"צ 46/50 **אל איובי נ' שר הבטחון**, פ"ד ד 222, 227, שם אומר בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

סמכותו של בית משפט זה, בבואו לבקר את פעולת הרשות המוסמכת, הפועלת בתוקף תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, היא בעלת אופי מצומצם ביותר. כאשר התקנה הנדונה מקנה סמכות בידי הרשות המוסמכת לפעול כלפי הפרט בכל מקרה בו היא "סבורה" או "נראה לה" שקיימים תנאים ידועים המצריכים זאת, הרי בדרך כלל הרשות המוסמכת בעצמה היא הפוסק האחרון לגבי שאלת קיום התנאים האלה.

בג"צ 7/48 **אל כרבוטלי נ' שר הביטחון**, פ"ד ב 5

[שימו לב, עם זאת, כי גם מנקודת מוצא פורמאליסטית זו **ניתן לעשות דברים חשובים** בתחום ההגנה על זכויות האדם.

כך למשל, בית המשפט העליון בחן את חוקיותו של צו מעצר מינהלי מכוח תקנה 111 לתקנות ההגנה (שע"ח) 1945, והוא הכריז על אי-חוקיותו, בהינתן העובדה שלא הוקמה ועדה מייעצת למפקד הצבאי, שתבחן את שאלת הוצאת הצו והמשך תוקפו כלפי האדם הקונקרטי, כנדרש בתקנות ההגנה.

במילים אחרות, הסמכות הפורמאלית לוותה בסייגים פורמאליים, סייגים מפורשים שהופיעו בדין, והם לא נשמרו כאן.

**ואולם** בכך זכו זכויות האדם להגנה מאד מוגבלת, שכן המשפט המנדטורי שאומץ למשפטה של המדינה החדשה, שזה מקרוב קמה, היה דרקוני במונחי ההגנה על זכויות האדם – משמע, הסייגים המפורשים שהופיעו בדין, כלומר הסייגים לאותן סמכויות גורפות של הרשויות, *היו מעטים מאד*].

=-=

**אך כאן מגיעה דינמיקה חשובה וחיובית שמקורה בפסיקת בית המשפט העליון:**

**התפתחויות מרכזיות לאחר אותה נקודת פתיחה פורמאליסטית**

בג"צ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949)

4. מר כהן [היועץ המשפטי לממשלה, ולימים שופט בית המשפט העליון, חיים כהן], בשם המשיבים, טוען, כי אין חוק אשר יקנה למבקשים את הזכות לעסוק במשרדי התנועה כ"שליחים מקצועיים", ואין חוק המטיל על המשיבים איזו חובה ציבורית שהיא כלפי המבקשים; ומכיון שכך, אין בית-המשפט הזה מוסמך להיעתר לבקשה, [...]

מקום שמבקש מתאונן על כך, שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסויימת, אין על המבקש להוכיח, כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך, על הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר, [...]

5. כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק. מקצוע או אומנות שהמחוקק עשה סייגים או הגביל הגבלות בצורת תנאים מוקדמים לתופסים בהם, אין אדם רשאי לעסוק בהם, אלא אם-כן קיים תחילה תנאים מוקדמים אלה. כך, למשל, אין אדם רשאי לעסוק במקצוע הפרקליטות, אלא אם-כן יש בידו רשיון מיוחד לכך, כאמור בפקודת עורכי-הדין, ורשיון זה אינו ניתן אלא לאדם אשר קנה ידיעה בחכמת המשפט. [...]

6. ומהי החובה המוטלת על המשיבים כלפי המבקשים? זוהי החובה הציבורית המוטלת על פקידים וגופים ציבוריים, והנובעת מעצם תפקידם, לא להפריע לפרט מההתעסקות במלאכתו, מקום שמלאכה זו אינה אסורה מטעם החוק. מר כהן טוען, כי "אין להכריח את המשיבים לתת למבקשים את הרשות לעבוד במשרדי התנועה". זוהי, לדעתנו, גישה בלתי- נכונה. אין משרד התנועה מוסד פרטי, אשר בעליו - ברצותם מרשים את הכניסה אליו וברצותם אוסרים. זוהי מחלקה ציבורית אשר דלתותיה מחוייבות להיות פתוחות לכל דורשיה. [...] זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה.

7. [...] אין יורדין לחייו של אדם ואין מקפחין פרנסתו על יסוד שמועות פורחות בלבד. [...] [הרשות אינה רשאית] לבטל את רשיונו של כותב בקשות ולהטיל איסור על עבודתו, על סמך התנהגות בלתי-הוגנת, אלא אם-כן ניתנה לו, לכותב הבקשות, תחילה האפשרות להשמיע את טענות הגנתו.

8. [...] מסקנתנו היא, [כי המעשה שעשו המשיבים הוא] מעשה אשר יש בו משום קיפוח אחת מזכויות היסוד של אזרח, וכי בהעדר סמכות מפורשת או מכללא בחוק אין לו, לאיסור, צידוק כלשהו. אם אמנם אין דרך אחרת לתיקון המצב... על המחוקק להגיד דברו.

בג"צ 73/53; 87/53 **חברת "קול העם" בע"מ; עתון "אל אתיחאד" נ' שר הפנים**, פ"ד ז' 871 (1953) [ההדגשות הוספו]

**סגירה זמנית של עיתון מכוח סמכות הניתנת בפקודת העתונות, 1933**

19 [התראה והפסקת פרסומם של עתונים]

(2) בין שמסר לבעל העתון או למו"ל של העתון התראה עפ"י סעיף-קטן (1) לסעיף זה ובין שלא מסר לו התראה כזאת, **רשאי שר הפנים עפ"י צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העתון לאותה תקופה שימצא לנכון**, ויפרט באותו צו את תקופת אותה הפסקה:

(א) **אם מתפרסם בעתון דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור;**

(ב) אם מפרסם עתון ידיעות-שקר או שמועות-שקר שיש בהן, לדעת שר הפנים, כדי לעורר בהלה או יאוש.

קטע העיתון שעורר את תגובתו של שר הפנים

"למרות ההסתה האנטי-סובייטית יודעים המוני העם בישראל שברית- המועצות נאמנה למדיניות של אחוות עמים ושלום. הנאומים של הח"ח מאלנקוב, ברייה ומולוטוב, אישרו דבר זה פעם נוספת. באם אבא אבן או מישהו אחר רוצה ללכת להילחם לצד מציתי המלחמה האמריקאיים, שילך, אך שילך לבדו. המוני העם רוצים בשלום, בעצמאות לאומית ואינם מוכנים לוותר על הנגב תמורת הצטרפות ל'פיקוד מזרח-תיכוני'.

נגביר את מאבקנו נגד המדיניות האנטי-לאומית של ממשלת בן-גוריון המספסרת בדם הנוער הישראלי.

[פסק הדין פורש בפנינו *דיון תיאורטי חשוב מאד בחופש הביטוי והעיתונות*; בעקבותיו הוא מגיע להנחות ולמסקנות מורכבות.]

הפועל-יוצא מכל זה הוא: הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על-ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. [879]

עד כה טיפלנו בבעיה בצורה כללית וקבענו, כי הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה… […] ברור כי אין בגישה זו כדי להוות, כשלעצמה, פורמולה מתימטית שאפשר להתאימה בצורה מדוקדקת לכל מקרה ומקרה. אמנם יש והמחוקק עושה את מלאכת השקילה והאיזון בעצמו, כלומר, הוא גופו קובע מראש את טיב החומר שאין לפרסמו – או את התנאים שבהם חל איסור על פרסומו – מחמת שיקולים שיסודם בבטחון המדינה. כך, למשל, נהג הוא בפקודת הסודות הרשמיים. אך יש והמחוקק משאיר את שיקול הדעת בשטח זה בידי אחרים, כגון בידי הרשות המבצעת. בסוג האחרון של המקרים, מן ההכרח שתתעורר השאלה… מהו העקרון הרציונאלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך [האיזון]? […] מהו המבחן שעל פיו חייב שר הפנים להדריך את עצמו בעת שהוא בא להחליט אם החומר שנתפרסם "עלול לסכן את שלום הציבור" במידה המצדיקה את הפסקת העתון…? [881-2]

אולם כתוב בסעיף 19 (2) (א) "*עלול* לסכן". למה מתכוון המונח "עלול"? התשובה לשאלה זו תלויה בבחירה באחת משתי גישות אפשריות. לפי הגישה האחת, מספיק… שדברי הפרסום יגלו אך נטיה – ואפילו נטיה קלה או רחוקה – בכיוון אחת התוצאות שכללנו במושג "סיכון שלום הציבור"; ואילו לפי הגישה השניה, חייב שר-הפנים להשתכנע מראש, שבין דברי הפרסום – בהתחשב במסיבות שבהן נתפרסמו – לבין האפשרות שתצמח אחת התוצאות הנ"ל נוצר קשר המחייב את המסקנה, שהאירוע של אותה תוצאה הוא קרוב לודאי במובן של "probable". הננו סבורים, כי הגישה השניה היא המשקפת את כוונת המחוקק בסעיף 19 (2) (א) הנ"ל. [882]

… אותה גישה של "נטיה רעה" מתאימה אולי לשיטה הפוליטית הנהוגה במדינה המושתתת על משטר אוטוקרטי או טוטליטרי, אך היא מסכלת או לפחות עושה לבלתי יעיל, את השימוש באותו תהליך המהווה עצם מעצמו של כל משטר דמוקרטי – דהיינו, התהליך של בירור האמת.

מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון – פירושם כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה, "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" [בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק], אך במידה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו" (שם), מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח1948-; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו. [884]

=-=

***התפתחויות עוקבות לקול העם:***

***א. אימוצו של מבחן האיזון של "הודאות הקרובה" מתרחב אל מכלול של הגבלות מגוונות על חופש הביטוי, ובהמשך מתרחב גם כסייג להטלת הגבלות על זכויות יסוד אחרות;***

***ב. יתר על כן, בפס"ד קול העם טמונה עוד נקודת חשיבות שקשה להפריז בעוצמתה – מהי?***

***דוגמאות ל-א':***

**^ סמכויות המועצה לביקורת סרטים ומחזות**:

השופט לנדוי בבג"צ 243/62 **אולפני הסרטה נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד טז' 2418 (1962):

"בענין 'קול העם', פירש בית-המשפט את ההוראה הסטטוטורית הספציפית שבסעיף 19(2) לפקודת העתונות, בעוד שכאן אנו דנים בשיקול-דעת מינהלי, שלא הוגדר הגדרה נוספת בסעיף 6(2) של פקודת סרטי הראינוע. אך ההחלטה בענין 'קול העם' הועמדה על בסיס רעיוני רחב, ההולם במלואו גם את הענין שלפנינו".

בג"צ 14/86 **לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421(1987)

העיקרון של חופש הביטוי מתנגש עם העיקרון של הסדר הציבורי. במצב דברים דומה נתקל השופט אגרנט בפרשת "קול העם", בציינו כי "עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה" (עמ' 880). סבך זה ניתן להתיר - כך למדנו ופסקנו מאז "קול העם" - על ידי איזון בין העקרונות המתנגשים. לעתים, המחוקק קובע את האיזון הדרוש. לרוב מוטל תפקיד על בית המשפט, אשר צריך לקבוע "עקרון רציונלי" (פרשת "קול העם" , עמ 881), שיהווה "אמת המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", תוך התרחקות מכל "אמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה" ***...***

מהי נוסחת האיזון בין חופש הביטוי של מחזאי המבקש להציג את מחזהו לבין הסדר הציבורי העלול להפגע חמורות? שאלה זו התעוררה בבג"צ 243/62 (פ"ד טז 2406).בית המשפט העליון החליט כי לענין סמכות המועצה על פי פקודת סרטי הראינוע, נוסחת האיזון היא זו שנקבעה בפרשת "קול העם", כלומר הודאות הקרובה.

**^ סמכויות הצנזור הצבאי מכוח תקנות ההגנה** ומבחן "הוודאות הקרובה":

בג"צ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617 (1989)

**ב':**

**נקודה נוספת, מהותית מאד, נקבעה בפס"ד קול העם, והיא בעלת השלכות דרמטיות. בפסק הדין מונח הבסיס לתיאוריה הפרשנית שתנחה (והיא אכן מנחה, שנים ארוכות) את המשפט הישראלי: "הפרשנות התכליתית":**

מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון – פירושם כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה, "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" [בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק], אך במידה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו" (שם), מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח1948-; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו. [שם, עמ' 884]

***דוגמא מאוחרת יותר מסכמת זאת:***

השופט חשין בבג"צ 7351/95 **נבואני נ' השר לעניני דתות**, פ"ד נ(4) 89, בסע' 35 לפסק דינו:

נדע כי עם קום המדינה נתחולל מהפך-זוטא בפירושם של דברי-חוק אלה. אכן, דברי-חקיקה שהורתם בתקופת המנדט יימלאו תוכן בעקרונות-יסוד המקובלים עלינו כיום, והרי את חיינו כהיום הזה אמורים אנו לנהג לפיהם. […] העיקרון הדימוקרטי - באשר הוא - מחלחל בכל שיטת המשפט בישראל, ומצרף הוא עצמו לצופן הגנטי של כל הנורמות המחייבות במשפט ישראל.

=-=

***ועוד התפתחויות:***

דברים חשובים רבים נוספים מתרחשים במשפט הציבורי של ישראל בשנות החמישים, השישים, השבעים והשמונים של המאה הקודמת. את רובם נפגוש בקורס. ואולם בשנות התשעים מגיעה התפתחות בעלת עוצמה מיוחדת. היא מכונה **"המהפכה החוקתית"**. היווצרותה של חוקה פורמאלית. דיברנו על כך בפגישה הפותחת של הקורס.

חוקה זו מעצימה את החוקה המהותית של ישראל – ערכי היסוד, מוסדות היסוד שלה, הליכי היסוד שלה. היא עושה כן: (א) על ידי עיגונם של חלקים מרכזיים של החוקה המהותית בתוכה, בתוך החוקה הפורמאלית; (ב) היא גם מעניקה לחוקה המהותית תפקידים נוספים, מפורשים, שעליהם נעמוד.

כך למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובלשון דומה גם חוק יסוד: חופש העיסוק, מכילים את ההוראות הבאות:

**1. ["עקרונות יסוד"]**

**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**

**8. ["פסקת ההגבלה"]**

**אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.**

בכל זה נדון בהרחבה כשנסיים את הפרק הנוכחי, הקצר יחסית, על החוקה המהותית.

=-=

**לפגישה הקרובה, שהיא פגישת ההשלמה של יום שלישי הקרוב:** אנא קראו את פסקי הדין הבאים:

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 5***

**החוקה המהותית של ישראל:**

**מקורותיה, תכניה, משמעותה המשפטית**

**א. מקור מרכזי של החוקה המהותית היא** "**מגילת העצמאות" – מהם תכניה העיקריים של המגילה?**

**^ "הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל"**

**^ יסודות משטריים דמוקרטיים**

*אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 - תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל.*

"דמוקרטיה ייצוגית" (פרלמנטרית)

(שאמורה להיות) "דמוקרטיה חוקתית"

**^ ערכי יסוד דמוקרטיים ואחרים**

תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות

תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

**=-=**

**ב. משמעויות עיקריות של החוקה המהותית:**

**ב1. היותה בסיס/מקור *ל"פיתוח המשפט"***

**[משמע, ליצירה או להצהרה על נורמות משפטיות במסגרת מה שקרוי "המשפט המקובל נוסח ישראל"]**

פס"ד **בז'רנו**

**זיהוי ומתן הכרה משפטית – בשל החוקה המהותית – לעקרונות יסוד שונים של החוקה המהותית:**

**"עקרון החירות":** אדם יכול לעשות כל שביכולתו לעשות, אלא אם העשייה (או אי-העשייה) נאסרה עליו בדין. קונקרטית מדבר בית המשפט כאן על פעולה בגדר זכויותיו הטבעיות של האדם (ובעניינו של בז'רנו, חופש העיסוק);

**"עקרון החוקיות":** רשות שלטונית אין לה אלא מה שהוענק לה בדין.

**ההכרה "בזכויות הטבעיות" של האדם (זכויות היסוד)** כחלק ברור מהמשפט הישראלי,

ובמקביל, הכרה בכפיפותן של הזכויות להגבלה אפשרית, אך כזו שתגיע מכוח "חוק".

**יישומם של עקרונות אלה בנסיבות המקרה:**

משרד התחבורה לא הצביע על סמכות (מפורשת או משתמעת) בחוק להגביל את כניסתם ופעילותם של 'המאעכרים' במשרד הרישוי, ולכן הגבלתו בטלה.

**ב2. היותה של החוקה המהותית יסוד חשוב מאד בפעולת *הפרשנות* של הדין**

בג"צ 73/53; 87/53 **חברת "קול העם" בע"מ; עתון "אל אתיחאד" נ' שר הפנים**, פ"ד ז' 871 (1953)

**סגירת עיתון למספר ימים מכוח סמכות הניתנת בפקודת העתונות, 1933**

19 [התראה והפסקת פרסומם של עתונים]

(2) בין שמסר לבעל העתון או למו"ל של העתון התראה עפ"י סעיף-קטן (1) לסעיף זה ובין שלא מסר לו התראה כזאת, **רשאי שר הפנים עפ"י צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העתון לאותה תקופה שימצא לנכון**, ויפרט באותו צו את תקופת אותה הפסקה:

(א) **אם מתפרסם בעתון דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור;**

(ב) אם מפרסם עתון ידיעות-שקר או שמועות-שקר שיש בהן, לדעת שר הפנים, כדי לעורר בהלה או יאוש.

**מהלך פרשני בעל חשיבות מיוחדת (מהו המהלך, ומה חשיבותו?)** + **מהלך של "פיתוח המשפט":**

הכרה מקיפה בחופש הביטוי ובמשמעותו הגדולה כל כך במדינה דמוקרטית,

הכרה זו מובילה לבחירה פרשנית באופציה לשונית אחת על פני אחרת למונח "עלול" המופיע בחוק ->

עיצובו של **"מבחן איזון"** במצבי התנגשות בין ערכים: התנגשות בין ביטחון הציבור/ שלום הציבור לבין חופש הביטוי. -> **"מבחן הוודאות הקרובה"**

=-=

פס"ד מעניין וחשוב נוסף שממחיש את "פיתוח המשפט":

הכפפת הרשות המינהלית לחובה (משפטית) להימנע מאפליה

בג"צ 262/62 **פרץ נ' כפר שמריהו,** פ"ד טז 2101 (1962)

*[עובדות]*

סירוב רשות מקומית להשכיר אולם ציבורי לתושבים המתפללים בנוסח הזרם הרפורמי [אחד הזרמים הדתיים ביהדות, לצד הזרם האורתודוקסי והזרם הקונסרבטיבי].

להלן שלש **מההנמקות הרשות**.

(1) מאז ומתמיד קיים בכפר בית כנסת אחד ויחיד, המסוגל לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום;

(2) חוגים מסויימים בכפר הביעו התנגדות נמרצת להשכרת רכוש המועצה, לצרכי עריכת תפילה, לחוג שהמבקשים נמנים עליו, וציינו שיראו במעשה זה פגיעה חמורה ברגשותיהם;

(3) אפיינית לכפר-שמריהו השאיפה לקיים אחדות בחיי הציבור, והמועצה עושה ככל שאפשר להגשים שאיפה זו ואינה מוכנה לתת יד לפילוג;

**השופט חיים כהן**:

*[פגיעה ברגשות]*

ואשר לחשש הפגיעה החמורה ברגשותיהם של "החוגים" ההם, הרי אפילו אניח - ולא אפסוק - שחשש שכזה יכול ויהא בו שיקול כשר ולגיטימי כשלעצמו, על-כל-פנים ברור הוא שכאן חשש זה אינו אלא אחת משתי רעות: כדי למנוע פגיעה ברגשות המתנגדים, פוגעים ברגשות המבקשים; ואין דמם של אלה סומק טפי מדם של אלה. […]

*[פעולות מסחריות של הרשות; השפעת שינויי הזמן]* [השופט חיים כהן מצטט כאן מתוך פסק-דין של השופט ברנזון במקום אחר, ואז מוסיף משלו.]

".....הממשל יכול להופיע פעם בדמות של מבצע פעולות בעלות אופי שלטוני מובהק ופעם בדמות של בעל רכוש או עסק העוסק בפעולות רכושניות, מסחריות או עסקיות גרידא, ולעתים עשוי הוא להופיע חליפות בדמות זו או זו אף באותו ענין בשלביו או בפרטיו השונים. בכלל מחמת פעילותה הכלכלית, המשקית והחברתית של הממשלה ההולכת ורבה וחדירתה לשטחי החיים השונים, הולכים ומיטשטשים יותר ויותר הגבולות שבין פעולות השלטון כבעל שלטון לבין פעולותיו כבעל נכס או עסק....."

גם לי נראה שבמשק הממלכתי והציבורי דהאידנא, אין עוד יעילות מעשית בהבחנה המקובלת בין פעולות מסחריות או אזרחיות של רשות מרשויות המדינה או של רשות מקומית, לבין פעולותיהן השלטוניות או הציבוריות.

השופט ויתקון

*[השימוש של הרשות ב"כוחה המקצה" – פתיחת עילת האפליה]*

אילו לא היתה לפנינו אלא החלטה של מועצה שלא להשכיר רכוש ציבורי בכלל או שלא להשכירו לכל מטרה דתית (או כל מטרה ספציפית אחרת), ייתכן ולא הייתי מוצא עילה מספקת להתערבותנו בענין. אך עצם הנימוקים, שבהם ביקשה המועצה לנמק ולהצדיק את החלטתה הם הם אשר פסולם גלוי על פניהם והם מעידים עדות ברורה וחותכת על חריגת המועצה מגדר סמכותה.

*[שיקולים פסולים, שיקולים זרים, שאלת "הניטראליות"]*

בנימוקים אלה נקטה המועצה עמדה בענין של דת, והלא הלכה פסוקה היא שתחום זה אינו מן התחומים הנתונים בסמכות המועצה המקומית. גדולה מזו, בהחלטתה האמורה מגלה המועצה נטיה למגמה דתית אחת ושוללת את זכות קיומה של מגמה אחרת, ובנימה יומרנית במקצת קובעת היא, שאותה צורה של תפילה, הנהוגה מאז ומתמיד בכפר, מסוגלת לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום. כסבור הייתי, כי ענינו של כל פרט ופרט הוא לעשות חשבון-נפש להחליט, מהי עבודת הקודש וצורת התפילה, בהן ימצא סיפוק נפשי והתרוממות הרוח. ואם לאחדות בחיי הציבור, אליה שואפת המועצה, ולמניעת פילוג, הרי לא בכפיה ניתן להשיג מטרות אלו, ולא על חשבון חופש המצפון והדת.

השופט זוסמן

*[ההבדל בין פרט לבין רשות; "ההבחנה 'ציבורי/פרטי'"]*

2. ואולם עם זאת לא הרי דין רשות ציבורית כדין אזרח פרטי. אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן-חורין לקבוע, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן. לא כן רשות ציבורית. […]

כיוצא בזה, אזרח פרטי רשאי להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני, ויהיו נימוקיו אשר יהיו. אך רשות ציבורית אינה רשאית לנהוג כך והיא אינה רשאית לקבוע, כי לפלוני מותר לבוא במחיצתה ואילו לאלמוני יהא הדבר אסור… […]

עינינו הרואות: בעוד שאזרח פרטי רשאי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו מניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס ביחס של שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זוהי עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית-משפט זה. […]

*[שיקולים פסולים, שיקולים זרים, שאלת "הניטראליות"]*

הנימוקים שהניעו את המועצה להשיב את פני המבקשים ריקם מובאים בפסק-דינו של השופט כהן, והם, בקיצור, כי אין המועצה חפצה לאפשר בגדר שיפוטה עריכת תפילה בנוסח פלוני. זה הוא נימוק פסול לחלוטין, כי לא זו בלבד כי הדאגה לעניני הדת לא הופקדה בידי מועצה מקומית אלא לא עליה להחליט שתושבי המקום יתפללו בנוסח פלוני ולא יתפללו בנוסח אלמוני. פולחן אחיד ותפילה אחידה היו אולי מקובלים בזמן מלחמת-שלושים-שנה, כאשר דגלו שליטים בכלל CUIUS REGIO - EIUS RELIGIO {"לוֹ השליטה באזור - לוֹ הדת" (הדת בעקבות השליט)}. אך מגילת העצמאות הבטיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה, וגם אם לא העניקה המגילה עצמה זכות לאזרח הניתנת לביצוע על דרך של תביעה משפטית, אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה. משלא היה בפי המועצה אלא נימוק זה לסירובה יוצא, כי אלמלא נימוק זה, היתה נעתרת לבקשת המבקשים, נמצא כי הפלתה אותם לרעה על יסוד נימוקים פסולים, והפליה זו משמשת יסוד לעתירה לבית-משפט זה.

=-=

**ב3. היותה של החוקה המהותית בסיס אפשרי *לביקורת שיפוטית "מטא טקסטואלית" – בסיס אפשרי להתגברות על חוק, לביטול חוק***

ע"ב 1/65 **ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות,** פ"ד יט)3( 367 (1965) [ההדגשות הוספו]

סע' 23 לחוק הבחירות לכנסת, תשי"ט-1959: **"רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה או שתוקנה לפי הסעיף הקודם, תאשר אותה הוועדה המרכזית ותודיע על כך...לבא-כוח הרשימה ולממלא מקומו."**

[שופט המיעוט] **השופט חיים כהן:**

והיה אם נמצאה רשימה ערוכה כדין, וכל הוראותיהם של הסעיפים הקודמים נתקיימו בה ככתוב, כי אז אין החוק מעניק לוועדה שיקול דעת: רוצה, תאשר את הרשימה, רוצה, תסרב לאשרה: אלא אין אז לפני הוועדה כי אם דרך אחת בלבד, והוא לאשר את הרשימה. [376]

…גם אילולא ההוראה המפורשת בחוק יסוד: הכנסת, יש להעמיד את המחוקק בחזקתו שלא יבוא לשלול את הזכות לבחור או להיבחר לכנסת, אלא על פי חוק מפורש או על פי הכרעה שיפוטית של בית משפט מוסמך. [377]

אומר מיד שמסכים אני בכל לב שיש הכרח בדבר שתהא נתונה הסמכות בידי גוף כלשהו, אם ועדת הבחירות המרכזית, או אם הכנסת עצמה, או אם בית המשפט, להוציא מן הכנסת כופרים בעיקר שכאלה הבוגדים במדינה והמסייעים בידי אוייביה. אבל אין זאת אומרת שסמכות זו אמנם מצויה בידי גוף כלשהו, לרבות ועדת הבחירות המרכזית. לפי החוק הקיים. במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע המסוכן והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד. [379]

ולא זו אף זו: אפילו מקום שהיתה קיימת הסמכה מפורשת בחוק לשלול מאזרח זכות פלונית, והזכות היא מזכויות היסוד של האזרח, כמו חופש הדעה והדיבור, לא סמך בית-משפט זה את ידו על השימוש בסמכות חוקית זו, אם השלילה לא באה למנוע סכנה ממשית, ברורה ומידית (בג"צ 73/53: 87/53 - חברת "קול העם" בע"מ…). אין אני יכול לראות את הסכנה הממשית או הברורה או המידית הצפויה למדינה או למוסד ממסודותיה או לזכות מזכויותיה מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת. …בחומר שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית, ושהוגש גם אלינו, לא היה כדי להצדיק, ולא כל שכן לחייב, מימצא שקיימת סכנה כאמור, ותשומת לב חברי הוועדה אף לא הופנתה לסכנה של ממש כאילו היא קיימת ומרחפת עלינו. [381]

יש מהן מן המדינות אשר בהן בטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הריבולוציה וסכנות הקונטררבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהם אשר המציאו להם "משפט טבע" הגבוה מעל כל חוק, והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. כל אלה אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת. [382]

**הנשיא אגרנט:**

קראתי בעיון רב את פסק דינו המאלף - ואם מותר לי להוסיף: האמיץ - של חברי הנכבד, השופט כהן, אך אין בידי להסכים למסקנה הסופית, אליה הגיע, [...]

הרי ברור, שכדי לעמוד על תוכן סמכותה הנזכרת של הוועדה, מחובתנו לשים קודם אל לבנו את "הנתונים" הקונסטיטוציוניים, השייכים לשאלה זו. והנה, לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל"…[385]

למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חזון העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתנו איפוא לשוותם לנגד עיניו "בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה" (בג"צ 87/53 :73/53, קול העם נגד שר הפנים…), משמעותו של אותו "אני מאמין" הוא, שדבר המשכיותה - ואם תמצי לומר: **"נצחיותה - של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית",** אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה - בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית - להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה… [386]

על כן, אם הנתון הקונסטיטוציוני, ששומה עלינו להתחשב בפרשנו את חוקי המדינה - ובפרט חוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני - הוא הנתון, שמדינת ישראל הינה מדינה בת קיימא ושאין להרהר אחרי המשכיותה ונצחיותה, כי אז ברור שדין זה חל גם על הפירוש שיש לתת לאותה הוראת חוק, הקובעת את המוסד השלטוני, אשר למען בחירתו מתקיימות הבחירות הנדונות, הלא היא ההוראה הבאה בסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, ואשר לשונה היא: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה". הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד, באמצעות הממשלה הנושאת באחריות כלפיו, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה, ואם לאו - **שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומו**: שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו.

הפועל יוצא מהדברים הללו הוא, שרשימת מועמדים הכופרים בעיקר הנ"ל אין לה, QUA רשימה, כל זכות להשתתף בבחירות לבית הנבחרים. [386-7] [...] [ציטוט מפסק דינו של השופט ויתקון בבג"צ 253/64 **ג'יריס**:]

"לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש הדיבור, העתונות וההתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנהל את פעילותן ההרסנית בחסותן. **מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימר לא ישכח את הלקח**".

**השופט זוסמן:**

גם בלבי אין ספק בכך שחוק הבחירות לכנסת לא הסמיך את ועדת הבחירות המרכזית לאשר או לסרב לאשר רשימת מועמדים לפי שיקול דעתה. … אך לא זו היתה השאלה שעמדה לפנינו, אלא השאלה היתה כפי שהגדיר אותה יושב ראש הוועדה בישיבתה מיום 29.9.65 … אם רשאית הוועדה לבחון את כשרות הרשימה על פי עקרון שאינו כתוב בספר החוקים. [389]

בחוות דעת שמסר בית המשפט העליון הגרמני ביום 6 בספטמבר 1953… הוא מביא, תוך הסכמה… דברים אלה…:

"אין לשלול פסלותה של הוראה בחוקה על שום כך בלבד שההוראה עצמה היא חלק מן החוקה. **ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין על חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו**; הוראות חוקה אחרות, שאינן בעלות דרגה כזאת והן עומדות בסתירה לכללים אלה, יכולות להיפסל".

אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה, שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידים ולהתייאש מהעדר דין פוזיטיבי שבעל דין מבקש מהם, שיושיטו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה. כיוצא בזה גם רשות אחרת מרשויות המדינה אינה צריכה לשמש מכשיר בידי מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה, ואין לו - אולי - מטרה אחרת זולתה. [390]

…בית המשפט הגרמני לחוקה, בדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על "דמוקרטיה לוחמת" שאינה פותחת את שעריה למעשי חתירה במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית. כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב**"דמוקרטיה מתגוננת"** וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידינו, גם אם לא מצאנום מפורטים בחוק הבחירות. [390]

=-=

**ההשתלשלות העוקבת לפסק דין *ירדור* מתחילה כמעט עשרים שנה אחר כך:**

**1984.** פס"ד **ניימן1**

ועדת הבחירות פוסלת 2 מפלגות: את רשימת "כך" הגזענית, זו שמנהיגה הוא הרב מאיר כהנא, ואת "הרשימה המתקדמת" הערבית.

בפסק דין זה, בית המשפט העליון מתחם {מסמן גבולות, גבולות צרים} את הלכת **ירדור.** הוא מבהיר שהבסיס היחיד שהצדיק שם, ב**ירדור**, את הסטיה מעקרון החוקיות, הוא החתירה *כנגד עצם קיום המדינה*.

לגבי חתירה מסוג אחר: חתירה לשנות את אופי המדינה ממדינה יהודית למדינה אחרת ("מדינת כל אזרחיה", שעליה דיברה הרשימה המתקדמת), או חתירה כנגד אופיה הדמוקרטי (גזענותה של כך) – אלו אינן יכולות להוות בסיס המצדיק את הסטיה מעקרון החוקיות. אם הכנסת רוצה לפוסלן, או לפסול מי מהן, היא צריכה להתכבד וליצור את סמכות הפסילה.

ראו את דבריו של הנשיא שמגר:

האמור לעיל יש בו כדי להשיב על השאלה הרביעית שהוצגה לעיל, והיא, מהי המידה, אם בכלל, בה ניתן להוסיף על מה שנקבע על-ידי בת המשפט העליון בע"ב 1/65[1] {**ירדור**}, היינו, האם ניתן להוסיף מכוח הפסיקה בלבד על סוגי המקרים, בהם ניתן לאסור על השתתפותה של רשימה בבחירות, מבלי שהונח לכך תחילה היסוד בחוק החרות.

התשובה הברורה לשאלה זו, בה היו מעוגנות החלטותינו מיום 28.6.84, הייתה לדעתנו שלילית. רק הניגוד הקיצוני בין המגמה לחסל את המדינה, מחד גיסא, לבין הרצון להשתתף בבחירות למוסד ממוסדותיה של המדינה, מאידך גיסא, יכול היה לשמש בסיס לקביעה שיפוטית, הנשענת על עקרון-על ואשר איננה נזקקת לביסוס משפטי קונקרטי בהוראה מפורשת של החוק. ההשתתפות בעיצוב דמותה של המדינה על-ידי החברות בכנסת של מי ששולל את עצם קיומה היא בגדר תרתי דסתרי, וסתירה פנימית תהומית כמתואר שחררה את הרוב בע"ב 1/65 [ירדור] מן המגבלה, שנבעה מהעדרה של המלה הכתובה שבחוק; אולם, לוּ ניסו להוסיף על כך עוד כהנה וכהנה, ולו הייתה מתפתחת פסיקה מרחיבה, המוסיפה ויוצרת נסיבות חדשות בהן מותר לשלול את זכות ההשתתפות בבחירות בלי שיש לכך שורשים בחוק שלנו, גם בשל טעמים שאינם נובעים מן הסתירה המהותית המתוארת, עלול היה להיות בכך כדי לפגוע באופן ברור ביותר במהותו של המשטר המדיני בו אנו חיים וכדי לחתור תחת המשך קיומן של תפיסות היסוד מהן הוא יונק. הוספת טעמים נוספים לפסילת רשימה לא הייתה רק בגדר תוספת במידה ובהיקף אלא משום מעבר אל ממד אחר: במקום הישענות על עקרון היסוד של קיום המדינה, אשר הוא בלבד יכול היה לגשר על פני התהום המשפטית שנוצרה עקב העדר החקיקה, היו באים הערכה מהותית או שיפוט ערכי של הרשימה על-פי השקפותיה. לכך דרושה חקיקה ברורה ומפורשת, המתווה תחומים ואינה משאירה את העניין לשיקול-דעת בלתי מוגבל. סממן בולט של המשטר הדמוקרטי הוא, בין היתר, בכך שנקבעים בו לא רק איזונים בין הרשויות אלא גם נמנעים ככל האפשר מהענקת שיקול-דעת בלתי מוגבל לרשות כלשהי: הן הרשות המבצעת, הן המחוקקת והן השופטת חייבות לפעול בתחומים החוקתיים באופן כזה שערכי היסוד ישמשו הן כאשיותיהן והן כמבחנים מוגדרים להפעלת שיקול הדעת.

ב**ניימן1** בית המשפט *מבטל על כן את הפסילה* של שתי המפלגות.

**1985**. בעקבות פסק הדין הכנסת **מתקנת את חוק יסוד: הכנסת** ומוסיפה לו את **הוראת סע' 7א, וזהו נוסחה** (בהווה, לאחר שינויים נוספים שעברה):

7א. (א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל. [...]

**1988**. בבחירות של 1988 מופעלת הוראת סעיף 7א: נפסלת רשימת "כך" מלהתמודד לכנסת, ובית המשפט העליון מאשר זאת (פס"ד **ניימן2**); "הרשימה המתקדמת" לא נפסלת, ובית המשפט העליון מאשר את אי-הפסילה (פס"ד **בן-שלום**). [נרחיב בכך בסמסטר ב'].

=-=

**הביקורת על הכרעת הרוב בפס"ד ירדור**

**נקודות ביקורת מנקודת-ראות *ערכית/מוסרית*:**

^ פסק הדין מכיל **ויתור על מבחן איזון/ הסתברות הסכנה** (הערתו השנייה של השופט חיים כהן, המפנה **לקול העם**);

^ ויתור זה מתעלם גם מהבחנה חשובה נוספת: הבחנה בין "מיעוט כרוני" לבין מיעוט פוליטי עכשווי שעשוי להפוך לרוב (תקפות **האנלוגיה לויימאר**);

^ יש מצבים שבהם חתירה למטרות מסוימות מלווה **בשימוש באמצעים אלימים** לשם השגתן. אמצעים אלימים הם כמעט תמיד בלתי חוקיים, והם על כן הצדקה בפני עצמה (הצדקה בעלת עוצמה רבה) להגבלה של התנועה המשתמשת בהם – ואולם שימוש שכזה ואפילו נכונות ברורה לשימוש שכזה ***לא הוכחה*** כאן;

^ אם נקבע כי חתירה לשינוי אופייה הלאומי של ישראל מספיקה לצורך פסילה של רשימה לכנסת, אזי תתעורר שאלה ביחס לפסילה של רשימה התומכת בביטול אופייה הדמוקרטי של ישראל – סוגיית המפלגות החרדיות השואפות ל"מדינת הלכה" – היש תמיכה בכך?

העקביות מצדיקה לכאורה יחס שווה; [אני, ככל שזה משנה, מתנגד לשני כיווני הפסילה]

ואכן הטיעונים הנוספים תומכים בכך שהיחס השווה יהיה אי-פסילה – זאת במציאות הנוכחית של ישראל.

[ראו עם זאת את ההערה הנוספת הבאה.]

^ השמעת השוואה זו – בין האזרחים הערבים לבין האזרחים החרדים – עשויה להטעות. אדגיש לפיכך את עמדתי, לפיה אין זהות ערכית בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לבין אופייה הלאומי.

קיים כאן הבדל ממשי. גם מי שחושב כי לישראל עומד צידוק לשני יסודותיה (יהדותה במישור הלאומי, והדמוקרטיות שלה), צריך להסכים כי קיים שוני בין שניהם, וכי הצידוק לזהותהּ הלאומית של ישראל הוא צידוק תלוי-נסיבות, להבדיל מהצידוק לאופייה הדמוקרטי. במילים אחרות, שינוי נסיבות – דוגמת שינוי דמוגראפי מקיף בין תושבי המדינה או שינוי בזהויות או בשאיפות הפוליטיות של תושבים אלו – עשוי להשמיט את הצידוק לשמירת זהותה הלאומית של ישראל; זאת שעה, שעל פי התפיסה הליברלית לא כך ביחס לדמוקרטיה.

אמנם שינוי נסיבתי קיצוני (למשל, שעת-חירום) עלול להשעות את התנהלותה של מדינה בדרך דמוקרטית – *ואולם זאת רק באופן זמני מאד ובאופן הפיך*.

ביתר קונקרטיות: קשה מאוד לשלול את האפשרות לחולל, בדרכי שלום, דינאמיקה בזהויות קיבוציות של בני אדם ובמסגרת היחסים הבין-קהילתיים במדינה. מה מצדיק למשל הגבלות מהותיות על היכולת לנסות לשכנע כי הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי תישמר במידה רבה גם במדינה דו-לאומית (כפי שנשמרת הזהות האנגלופונית – זהותם של הקנדים דוברי-האנגלית, להבדיל מדוברי-הצרפתית – בקנדה)? אשר על כן, גם מי שאינו תומך בניסיון מעבר למדינה הדו-לאומית מסיבות שונות חייב להכיר בזכותם של נוקטי מהלך זה לחתור להגשמתו במכלול האמצעים שדמוקרטיה מהותית תעמיד למאבקים מעין אלו.

ההגבלה העיקרית לפיכך היא *על האמצעים* להשגת התכלית של שינוי הזהות הלאומית של ישראל, וקשה מאוד להצדיק הגבלות על אמצעים לא-אלימים להשגת שינוי שכזה.

*מנגד, אופייה הדמוקרטי של מדינה הוא אקסיומטי מנקודת ראות ליברלית*. הוא אינו תלוי ב"הסכמת רוב". אדם אינו יכול למכור עצמו לעבדות, וחברה אינה יכולה בהחלטת-רוב לוותר על חירותה. על כן ניתן לחסום גם מי שחותר להשיג את ביטול הדמוקרטיה *שלא בדרך אלימה*; די בזיהוי מהימן לשלב שבו מתגבשת **הסתברות ממשית** לכך שהדמוקרטיה במדינה תתבטל אם לא יוגבלו הכוחות הלא-דמוקרטיים.

**נקודות ביקורת על פסק הדין מנקודת ראות *משפטית*:**

^ **ביקורתו של שופט המיעוט חיים כהן**:

^ הגבלת זכות יסוד קריטית ללא מילוי אחר "עקרון ההסמכה"/ שלטון החוק (הפורמאלי) – הסמכתו של המחוקק;

^ הויתור על מבחן האיזון (התייחסות לעיל); והויתור על הדרישה לאישוש ראייתי/ ביסוס עובדתי של טענת הסכנה;

הביקורת שניתן להוסיף:

^ השופט זוסמן מבצע כאן פעולה "מטא-טקסטואלית", פעולה מחוץ לטקסט, שבה בית המשפט מתערב ללא סמכות ברורה, ומשנה את הסמכויות של הרשויות השלטוניות, וכאן משנה את חקיקת הכנסת עצמה. פעולה מעין זו צריכה להיות שמורה למצבי חירום קיומיים – שבהם מאוים ממש עצם קיומה או מאויימים יסודותיה – מצבים שזועקים להתערבות מצילה. אלא שאין זה מצב הדברים בנסיבות **ירדור**.

כאן יכולה היתה קהילת הרוב לפעול, כפי שאכן עשתה במחצית שנות השמונים: לגייס את כוחה בכנסת לתקן את חוק יסוד: הכנסת, וכן להפעיל אמצעים נוספים או חלופיים, דוגמת הגבלת הצעות החוק שניתן להגיש בכנסת.

=-=

**החוקה המהותית ו"הפרשנות התכליתית"**

**קול העם** היה הניצן החשוב של "הפרשנות התכליתית" – הסנונית שבישרה על בואה.

מעשית, תורת פרשנות זו התבססה רק כחצי יובל (25) שנים לאחר מכן, בתקופתם של השופטים שמגר וברק.

בפגישה הבאה נרחיב בשאלת השפעתה של החוקה המהותית של ישראל על פרשנותו של הדין (פרשנות חוקי היסוד, החוקים, חקיקת המשנה וכדומה). כלומר נעסוק מקרוב בשאלה, איזה תפקיד יש לחוקה המהותית במסגרתה של "הפרשנות התכליתית"?

[נושא הפרשנות התכליתית, שהיא תורת הפרשנות הנוהגת במשפט הישראלי, אתם פוגשים בקורס ב"מקורות המשפט הישראלי", אך מרכזיותה של הפרשנות בלימודי המשפטים תגרום לכם לפוגשה בכל קורס שתלמדו בפקולטה].

אנא קראו את החומרים הבאים כרקע לפגישתנו הקרובה.

=-=

אריאל בנדור וזאב סגל, **עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק** (כנרת וזמורה ביתן, 2009), עמ' 181-180

אהרן ברק [מגונן על תפיסתו הפרשנית בפסק דין **אפרופים**, פסק דין מרכזי בדיני החוזים]:

למשל, אם בצוואה כתוב, "כל רכושי לאבא'לה", ולמורישה יש אבא. האם יש ספק בפירוש הצוואה?

לפי ההלכה שקדמה לפסק דין **אפרופים**, ברגע שהרצון עולה מתוך לשון הצוואה, אסור לבדוק מחוץ לצוואה. אבל אם במקרה הזה היית בודק מחוץ לצוואה, היית מוצא שבמשפחה [הגרעינית] הזאת כולם קראו לבעל "אבא'לה". לכן, כשהאישה כתבה בצוואה "אבא'לה", היא התכוונה לבעלה ולא לאבא שלה, שבכלל היא לא דיברה איתו שנים ושנאה אותו. אם אנחנו לוקחים באמת את הכוונה של המצווה ברצינות, אי-אפשר להסתפק בבדיקת לשון הצוואה. צריך לבדוק גם מחוץ ללשון הצוואה.

כמובן, כדי להתגבר על מה שעולה מלשון הצוואה צריך הוכחות אמינות מאד. אבל אם יש הוכחות כאלה, צריך לכבד את רצון המצווה. לפי הגישה שקדמה להלכת **אפרופים**, אסור היה לבדוק מחוץ ללשון החוזה או הצוואה במקרים שבהם הלשון היתה ברורה. אסור היה לבית המשפט לקבל ראיות לגבי דברים שחיצוניים לטקסט של החוזה או הצוואה. כיום אין כבר מחסום של קבילות, ובית המשפט יכול לשקול את כל החומר.

שאלה: האם יש הבדל בין פרשנות חוזה לפרשנות חוקה?

ברק: כן ולא. אין הבדל, במובן זה שעל כולם חלה גישת הפרשנות התכליתית. [ואולם] יש הבדל מבחינת קביעת העדיפות בין התכלית הסובייקטיבית [של יוצרי הנורמה] לתכלית האובייקטיבית. בחוקה, וכך גם בחוקים, צריך לתת את המשקל המכריע לשיקולים אובייקטיבים ולא לכוונה הסובייקטיבית של חברי הכנסת, שלעיתים קרובות גם לא יודעים מהי. לעומת זאת, כשמדובר בחוזים אני חושב שהמשקל המכריע צריך להיות לכוונה הסובייקטיבית של הצדדים. שיקולים אובייקטיביים חלים רק כהשלמה, כשאין לך נתונים מספיקים על הכוונה הסובייקטיבית.

=-=

להלן פסק דין *מוקדם*, שהיה צעד נוסף (אחרי **קול העם**) בביסוסה של הפרשנות התכליתית.

השוו להלן בין עמדת הרוב לבין גישתו של שופט המיעוט, שהיא פורמליסטית ודוגלת בפרשנות מילולית.

ד"נ 3/62 **שר הפנים נ' מוסא**, פ"ד טז 2469

פרשנותו של חוק האזרחות ושאלת מעמדו המשפטי של אדם – העותר מוסא – האם הוא אזרח או שמא לא, והוא צריך לעזוב את כפרו ואת המדינה?

3. (א) מי שערב הקמת המדינה היה נתין ארצישראלי, ולא היה לאזרח ישראלי לפי סעיף 2, יהיה לאזרח ישראלי מיום הקמת המדינה אם נתקיימו בו תנאים אלה:

אזרחות מכוח

ישיבה בישראל

(1) ביום ד' באדר תשי"ב (1 במרס 1952) היה רשום כתושב לפי פקודת מרשם תושבים, תש"ט-1949;

(2) ביום תחילת תקפו של חוק זה היה תושב ישראל;

(3) מיום הקמת המדינה עד יום תחילת תקפו של חוק זה היה בישראל או בשטח שהיה לשטח ישראל אחרי הקמת המדינה, או שבתקופה זו נכנס לישראל כדין.

(ב) מי שנולד אחרי הקמת המדינה, וביום תחילת תקפו של חוק זה היה תושב ישראל, ואביו או אמו היו לאזרחים ישראליים לפי סעיף קטן (א), יהיה לאזרח ישראלי מיום לידתו.

עמדת הרוב – השופט זוסמן: שאלת פסק הדין -

[הכרה במשיב מוסא כאזרח ישראל] אם נתקיים במשיב התנאי שבסעיף 3(א)(3) **לחוק האזרחות, תשי"ב-1952**, היינו, אם –

"מיום הקמת המדינה עד תחילת תקפו של חוק זה **היה** בישראל או בשטה היה לשטח ישראלי אחרי הקמת המדינה..."

[מודל הפרשנות הראוי]:

"המחוקק פתח במחשבה או ברעיון וגמר בדיבור, ואנו פותחים בדיבורו ומנסים משם לחזור על עקבותיו של המחוקק ולגלות את דעתו". [...] "דברים שבלב אינם דברים וכוונת המחוקק שלא באה לביטוי בחיקוק עצמו אינה מעלה ואינה מורידה. … וחובתו הראשונית היא, לגלות את "כוונת המחוקק" ואת מטרתו מתוך החיקוק עצמו".

"חייבים אנו ליתן ממש אותה תשובה שהמחוקק היה משיב לו נדרש הוא לחוות דעתו עליה, ותשובה זו של המחוקק – תשובתו המשוערת, שכן בפועל לא היה הענין לפניו והוא לא נתן אותה – חייבים אנו לגלות על ידי כך שבמסגרת הפירושים האפשריים על פי הדיבור נבחר **בפירוש הקרוב ביותר למטרת** [תכלית] **התחיקה**".

[מסקנה:]

[...] שורת ההגיון והצדק כאחת מחייבות שמי שנעדר מן הארץ על פי עילה חוקית ועל יסוד היתר יהיו רואים אותו כמי שהיה בארץ לענין האזרחות ולא יראו אותו כמסתנן.

שופט המיעוט – השופט מני:

בסעיף 3 (א)(1) משתמש המחוקק במילה "תושב" ובסעיף 3(א)(2) הוא משתמש במילים "תושב ישראל", בעוד שבסעיף קטן (3) לא נאמר "גר" או "ישב" בישראל אלא "**היה** בישראל". מכאן אתה למד... [כי הכוונה היא ל] ישיבה בישראל **ללא כל הפסק...**

***=-=***

להלן פסק דין *אחר המסביר שניים משלבי הפרשנות*.

ד"נ 40/80 **קניג נ' כהן**, פ"ד לו(3) 701, 726-706 (1982) –

חוק הירושה, התשכ"ה-1965 **[כנוסחו בעת מתן פסק הדין]**

לפי סעיף 18 נעשית צוואה בכתב-יד, בעדים, לפני רשות או בעל-פה.

לפי סעיף 19: "צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו".

בסעיף 25 לחוק נאמר:

"לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה או בהליכים המפורטים בסעיפים 20 עד 23 או בכשרות העדים".

**השופט ש' לוין**: .1המנוחה גיזל כהן (להלן - המנוחה) מצאה את מותה בנסיבות טראגיות: נישואיה למשיב לא עלו יפה, והיא גם לא הצליחה להתגרש. היא שכרה חדר בקומה העשרים של בית-מלון בתל-אביב. כעבור שעה קלה היא התאבדה, כשקפצה מחלון החדר ובידיה בתם הקטנה של בני הזוג. בחדר נמצאו לאחר מכן תשעה פתקים כתובים בכתב-ידה של המנוחה, שלא נחתמו על-ידיה, ולא נשאו תאריך. בפתק האחד (מ/3) נכתב לאמור:

"בס"ד

צוואה

כל מה ששיך לי באופן רשמי כספים וכו' לחלק בין ארבע אחים שלי. השאר שאמי תחיה תחליט בעצמה כרצונה".

בפתק אחר (מ/4) כתבה המנחה לקרוביה, שידאגו שהמשיב לא ישתתף בהלוויה. שיש לומר לו שדרך ארץ קודם לתורה, שאת הבת לקחה המנוחה עמה כי המשיב מציק לה; שהשתיים תשכבנה יחד [בבית הקברות] אם הדבר מותר על-פי דין "ולדאוג שיהושע (המשיב) יקבל כמה שפחות". שאר הפתקים אינם רלוואנטיים לנושא הדיון שלפנינו.

.2העותר הוא אחיה של המנוחה, והוא ביקש בבית המשפט המחוזי בירושלים לקיים את שני הפתקים הנ"ל כצוואתה של המנוחה. המשיב הגיש התנגדות, וביום 31.12.78דחה בית המשפט (מפי השופט מ' כהן ז"ל) את הבקשה על יסוד הטעמים הבאים: א) הפתקים שעליהם סבה הבקשה אינם מהווים צוואה לפי החוק, משום שאינם נושאים עליהם את חתימת המנוחה ואת תאריך העשייה; ב) [...]

**השופט א' ברק** (שהיה בדעת המיעוט לעניין התוצאה):

.2גדר הספקות בעניין שלפנינו הוא, אם הדיבור "פגם" בסעיף 25 ל[חוק הירושה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/181_001.htm) משתרע לא רק על המקרה של החסרת דבר מהשלם, אלא גם על המקרה של חסר השלם עצמו. ודאי שחוסר חתימה הוא פגם בצורת הצוואה, אך הניתן לומר, כי חוסר חתימה הוא "פגם" בחתימה? על שאלה זו יש להשיב תוך עריכתן של שתי בדיקות: האחת, בדיקה לשונית, אשר מטרתה לבחון, אם ניתן לכלול במונח "פגם" לא רק חיסרון בשלם אלא חסר כשלעצמו. אם בדיקה זו תעלה, כי ניתן, ולו גם בדוחק, ולו גם בקושי, לכלול בדיבור "פגם" לא רק חסר בדבר קיים אלא גם העדר אותו דבר עצמו, כי אז יהא מקום לעריכתה של הבדיקה השנייה, והיא, אם מבין המשמעויות הלשוניות השונות מן הנכון הוא לבחור במשמעות יוצאת דופן זו לדיבור "פגם". בבדיקה הראשונה פועל השופט כבלשן, תוך שהוא בוחן אופציות לינגוויסטיות; בבדיקה השנייה פועל השופט כפרשן, תוך שהוא מבקש לבחון את מטרת החקיקה, ותוך שהוא מבקש לבחור באותה אופציה לינגוויסטית, אשר יהא בה כדי להגשים את מטרת החקיקה. שתי הבדיקות האמורות חיוניות הן. אין השופט רשאי - בהעדר תחושה כי לפניו אבסורד פרשני - ותחושה זו אינה מצויה בענייננו - להגשים מטרה שאין לה אחיזה, ולו הקלושה ביותר, בלשון החוק. מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש (ראה: .L . Colum 47"some reflections on the reading of statues", f. Frankfurter . 544, 527(1947) . . Revייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק. אך באותה מידה אין השופט רשאי להסתפק בבדיקה הלשונית, שכן החוק אינו אך טקסט בלשני גרידא. החוק הוא יצירה נורמאטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית. והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק (ע"א 481/73[9], 511). [...]

***=-=***

***שתי שאלות חשובות:* פרשנות וגבולותיה;**

**וההבחנה בין פעולת "פרשנות" לעומת "חקיקה שיפוטית" [בדרך של השלמת חסר (לאקונה) או בדרך של "פיתוח המשפט"]**

# "השלמת חסר": חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980

[מקורות משפט משלימים]

**1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.**

=-=

ע"א 3622/96 **חכם נ' קופת חולים "מכבי"**, פ"ד נב(2) 638, הנשיא א' ברק [בהשמטת אסמכתאות]

פרשנות

1. המערער מס' 1 סובל מפיגור שכלי מלידה, הנובע ממחלה אורגנית או מפגם אורגני. הוא אינו מסוגל לתקשר ולתפקד. בתובענה שהגיש נטען מטעמו כי מצב דברים זה נגרם בשל רשלנות המשיבים [קופת החולים]. אלה מתגוננים בטענת התיישנות. אין מחלוקת כי תקופת ההתיישנות הרגילה (של שבע שנים מאז מלאו לו שמונה-עשרה שנה: סעיפים 5 ו-10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958) חלפה.

האם עומדת לזכותו טענה טובה להפסקת מירוץ ההתיישנות - זו השאלה הניצבת בפנינו?

2. ההוראה העיקרית לעניין זה מצויה בסעיף 11 לחוק ההתיישנות, הקובעת:

"בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו היה התובע חולה-נפש ולא היה עליו אפוטרופוס; היה עליו אפוטרופוס, לא יבוא במנין הזמן שבו טרם נודעו לאפוטרופוס העובדות המהוות את עילת התובענה".

האם חלה הוראה זו בענייננו? התשובה לשאלה זו היא פרשנית. עלינו לפרש את הדיבור "חולה נפש" בהקשרו של חוק ההתיישנות. עלינו לקבוע אם הדיבור "חולה נפש" משתרע על המקרה שלפנינו. זוהי פעילות פרשנית "במובן הצר". היא בוחנת את המובן שיש ליתן ללשון החוק. היא שולפת, מתוך מיגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט, את משמעותו המשפטית. שליפת המשמעות המשפטית של הטקסט נעשית על פי אמת המידה של התכלית המונחת ביסוד הטקסט. במעשה השליפה מוגבל הפרשן למיגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט. אין הוא רשאי ליתן לטקסט משמעות שהוא אינו יכול לשאת בלשון בה הוא מבוטא. לכל מובן משפטי צריך שיהא עיגון לשוני. חייב להתקיים קשר מילולי, ולו מינימלי, בין המובן המשפטי למובן הלשוני [...] אמת, המרכיב הלשוני אינו תנאי מספיק לפרשנות, אך הוא תנאי הכרחי לה. [...]

"מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש. יתכן שינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למילה בלשון החוק".

האם המקרה שלפנינו נופל לגדר מיתחם האפשרויות הלשוניות, אשר הדיבור "חולה נפש" יוצר? חברי, השופט אנגלרד, משיב על כך בשלילה. דעתי כדעתו. הדיבור "חולה נפש" מניח מיתחם של אפשרויות, אשר משותפת להן מחלת הנפש. מי שלוקה בשכלו בשל פגיעה מוטורית אינו נופל לגדר "חולה נפש". לא הרי מי שלוקה בשכלו כהרי מי שלוקה בנפשו.

3. חוק ההתיישנות קובע, איפוא, השעיית מירוץ ההתיישנות במקרה של מחלת נפש. אין בו כל הוראה באשר להשעיית מירוץ ההתיישנות במקרה של ליקוי שכלי. מה משמעותה של שתיקה זו? התשובה על שאלה זו היא פרשנית. עניין לנו בפירושו של סעיף 11 לחוק ההתיישנות. עקרונית תתכנה שלוש תשובות (ראה ברק, פרשנות במשפט 465 (חלק ראשון, 1992)). התשובה הראשונה גורסת כי את שהחוק הסדיר במפורש, הוא הסדיר במפורש. את שלא הסדיר במפורש, הוא השאיר לאוטונומיה של רצון הפרט. על פי מובן זה, ההסדר של החוק הוא שלם. בחוק אין חסר. ההסדר של הסוגיה הלא מוסדרת יבוא מהכוחות החברתיים, פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי.

התשובה השניה קובעת, כי את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש הוא הסדיר במשתמע. ההסדר המשתמע יכול שיהא חיובי (בבחינת "קל וחומר": (argumentum a fortiori. ההסדר המשתמע יכול שיהא שלילי (בבחינת הסדר שלילי: argumentum a contrario ).

בשני המקרים הללו, הסדר החוק הוא שלם. החוק אינו חסר. התשובה השלישית קובעת, כי את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם. קיים חסר (לאקונה). הנה כי כן, שתיקת החוק עשויה להשתמע לכמה פנים. בשתיקתו עשוי החוק להעביר מספר מסרים. כאשר החוק "שותק" הוא "דובר" בכמה לשונות; ההכרעה בין האפשרויות השונות היא פרשנית במהותה. מה משמיע לנו, בעניין זה, חוק ההתיישנות?

4. חוק ההתיישנות אינו מפנה את הצדדים לאוטונומיה של הרצון הפרטי.

הסוגיות שלפנינו אינן מאותן סוגיות שהפתרון להם יימצא בכוחות החברתיים.

אם במסגרתו של חוק ההתיישנות לא ימצא הסדר לסוגייה שלפנינו, לא תושעה תקופת ההתיישנות. גדר הספיקות הוא בין הסדר משתמע לבין חסר. חברי, השופט אנגלרד, קובע כי שתיקת החוק אינה הסדר שלילי, אלא חסר. מסכים אני עימו. המסקנה של הסדר שלילי תבוא רק אם פירוש החוק על פי תכליתו מוביל למסקנה כי החוק ביקש לקבוע הסדר, בעל אופי שלילי. בענייננו, קיומו של הסדר שלילי יהא פירוש ראוי אם תכליתו של חוק ההתיישנות הינה למנוע השעיה במקרה של ליקוי שכלי. לעומת זאת, המסקנה של חסר תבוא אם פירוש החוק על פי תכליתו מוביל למסקנה כי החוק ביקש להסדיר את הסוגיה, אך לא השיג את מטרתו זו. חסר - משמעותו אי-שלמות של ההסדר החקיקתי הנוגד את תכליתו. קיומו של חסר יהא פירוש ראוי אם תכליתו של חוק ההתיישנות הינה להכיר בהשעיית מירוץ ההתיישנות גם במקרה של ליקוי שכלי. שתי ההכרעות - הסדר שלילי או חסר - הן פרי היחס בין הלשון לבין התכלית. הסדר שלילי מבוסס על התפיסה כי הלשון מיצתה את התכלית. השתיקה היא מדעת. חסר מבוסס על התפיסה כי הלשון השאירה חללים בהגשמת התכלית. השתיקה היא בהיסח הדעת. בסוגיה שלפנינו, המסקנה המתבקשת הינה כי לשון חוק ההתיישנות - המאפשרת השעיה של מירוץ ההתיישנות במקרה של מחלת נפש - לא מיצתה את התכלית המונחת ביסוד החוק. תכלית זו הינה להשעות את מירוץ ההתיישנות במקום שקיימים נתונים אובייקטיביים הגורמים לכך שהתובע אינו מסוגל - בין אם סיבת אי המסוגלות הינה נפשית ובין אם סיבת אי המסוגלות הינה שכלית - לדאוג לענייניו ולממש את זכותו. הסדרה (חיובית) של המקרה בדבר אי אפשרות נפשית לא בא להסדיר (שלילית) את המקרה של אי אפשרות שכלית. אין כל הגיון (פנימי) - מנקודת מבט הערכים והאינטרסים שחוק ההתיישנות בא להגשים - להכיר בהשעיית מירוץ ההתיישנות במקרה של מחלת נפש, אך לשלול הכרה זו במקרה של ליקוי שכלי. נהפוך הוא:

הכרת חוק ההתיישנות בהשעיית מירוץ ההתיישנות במקרה של מחלת נפש היא ביטוי למדיניות המתחשבת בחוסר היכולת של תובע לדאוג לענייניו. מדיניות זו חלה, באותה מידה, גם לעניין ליקוי שכלי. נמצא כי ההסדר של חוק ההתיישנות הוא לקוי. מצטרף אני על כן לעמדתו של חברי, השופט אנגלרד, כי אי הסדרת המקרה של אי אפשרות שכלית הוא חסר בחוק ההתיישנות. ההסדר של החוק (לעניין מחלת נפש) "זועק להשלמה" (לעניין אי יכולת שכלית). ב"חומת ההשעיה" אשר חוק ההתיישנות קבע חסרה לבנה בדבר הלקוי בשכלו.

5. מה יעשה שופט, המגיע למסקנה כי בנקודה הדורשת הכרעה שיפוטית החוק חסר?

התשובה על שאלה זו משתנה בשיטות המשפט השונות. במשפט הישראלי, התשובה לכך נתונה בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 [לעיל]

מכוחה של הוראה זו הוסמך שופט בישראל, להשלים חסר בחקיקה. הוראה זו אף קובעת את המקורות אליהם יפנה השופט לצורכי ההשלמה ואת סדר הפניה למקורות אלה. המקור הראשון הוא ההיקש. זוהי דרך טבעית להשלמת חסר בחקיקה. מרבית שיטות המשפט מפנות אל ההיקש כדרך למילוי חסר (ראה סעיף 7 לקודקס האזרחי האוסטרי; סעיף 12 לקודקס האזרחי האיטלקי). כאשר ההיקש אינו מניב נורמה משלימה, על השופט לפנות למקור השני. מקור זה הם "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". אכן, חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, חידש חידוש חשוב במשפט הישראלי. בעבר חוייב שופט למלא חסר בחוק על ידי פניה לעקרונות המשפט המקובל האנגלי ולדוקטרינות האקויטי האנגלי (סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947). עתה מופנה הפרשן, להשלמת החסר, למקור דו-שלבי. תחילה עליו לפנות להיקש. משלא נמצא היקש מתאים, עליו להשלים החסר לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

6. מה נשתנה פירושו של טקסט (כגון חוזה או חוק) מהשלמת חסר בו? השוני הוא מהותי. בפירוש טקסט השופט נותן מובן ל"יש". בהשלמת חסר השופט מוסיף "יש" ל"אין". בפירוש השופט נותן מובן לטקסט (שנוצר על ידי אחרים). בהשלמת חסר השופט יוצר בעצמו טקסט (על פי אמות מידה שנקבעו בדין). השלמת החסר נעשית, בראש ובראשונה, על ידי היקש. בכך בא לידי ביטוי עיקרון השיוויון, לפיו מצבים דומים צריכים לקבל פתרון דומה. בכך בא לידי ביטוי עיקרון ההרמוניה, לפיו התוספת לטקסט היא הרמונית וקוהרנטית למבנה הפנימי של הטקסט. ודוק: לעתים משמש ההיקש לפרשנות הטקסט. הפרשן מפרש דיבור בחוק אחד "בהיקש" מהפירוש שניתן לאותו ביטוי בחוק אחר. בהיקש פרשני, משמש ההיקש כאמצעי מסייע להבנת הטקסט. לא זהו ההיקש בו אנו עוסקים בהשלמת חסר. זהו היקש משלים, באמצעותו משלים השופט חסר בטקסט (ראה בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(860 ,749 (1). כך, למשל, היקש פרשני הוא אמצעי שהשימוש בו מותר בכל טקסט. לעומת זאת, היקש משלים אסור בחוק פלילי לעניין יצירת עבירות חדשות (ראה כהן, "דין השיור", שנתון המשפט העברי יג 290 ,285 (התשמ"ז)).

7. כיצד יושלם החסר בחוק ההתיישנות? התשובה הינה, כי בראש וראשונה, על השופט לבחון אם קיים דין דומה ממנו ניתן להקיש. אם בחינה זו תעלה חרס, על השופט לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

נפנה, איפוא, תחילה להיקש. האם קיימת הוראה בדין, העוסקת בסוגיה דומה, ממנה ניתן להקיש. התשובה היא בחיוב. הוראה זו מצויה בסעיף 11 לחוק ההתיישנות. אכן, קיים דמיון רב בין תובע שאין לו אפשרות נפשית להסדיר את ענייניו - ואשר עניינו נידון בסעיף 11 לחוק ההתיישנות - לבין תובע שאין לו אפשרות שכלית להסדיר את ענייניו - שלגביו יש חסר בחוק ההתיישנות.

בשני המקרים, התכלית המונחת ביסודם היא אחת. בשני המקרים המטרה - השעיית ההתיישנות במקום שהתובע אינו מסוגל לדאוג לענייניו ולממש את זכויותיו - היא אחת. אך טבעי הוא שהדין המסדיר את שני המצבים יהא אחד. עלינו להשלים, איפוא, את החסר בחוק ההתיישנות על ידי הקביעה כי מירוץ ההתיישנות יושעה - כאמור בסעיף 11 לחוק ההתיישנות - אם התובע אינו מסוגל לדאוג לענייניו בשל ליקוי שכלי [...].אינני נדרש, בערעור זה, לקבוע את מהותו של הליקוי השכלי ומידת חריפותו.

נוכל להשאיר עניין זה לעת מצוא, תוך תקווה שהמחוקק ייתן דעתו לשאלה, וישקול האפשרות להחליף את ההשלמה השיפוטית בהשלמה חקיקתית.

=-=

לפגישה הקרובה:

חזרו על דפי הפגישה הזו, וכן קראו את הדברים בעניינה של הפרשנות התכליתית המופיעים בהם.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 6***

**החוקה המהותית של ישראל – ערכי היסוד שלה כמדינה "יהודית ודמוקרטית" (המשך)**

בפגישות קודמות פגשנו את **החוקה המאטריאלית** ופגשנו שתיים מהשפעותיה המרכזיות, וכן השפעה שלישית, חשובה אך בעייתית:

^ ראשית, השפעתה על **פרשנותן** של כל הנורמות המשפטיות, מכוח היותה "המטרייה הנורמטיבית" המלווה את מכלול המשפט הישראלי – היא "התכליות הכלליות" שחזקה על המחוקק הישראלי שהוא מבקש להגשימן במקביל ל"תכליות המיוחדות" של החוק; חזקה זו ניתנת לסתירה אם המחוקק מתאמץ למשל לדחות את התכליות הכלליות במפורש; ואולם תכופות המחוקק לא עושה כן, וכך מתאפשרת פרשנות של הנורמות המכבדת ומאזנת מכלול של מטרות/תכליות שמדינה דמוקרטית מעמידה לנגד עיניה כשהיא מסדירה את חייה החברתיים.

לעיתים יש מתח בין התכליות השונות ואז נוצר צורך ב"איזון":

**קול העם** => "נוסחת איזון" בין חופש הביטוי לבין ביטחון הציבור: מבחן "הוודאות הקרובה"**;**

**קעאדן** – [הפגישה של היום] פרשנות ואי-מציאת סמכות להפלות (על בסיס לאומי, בין ערבים ליהודים) בהקצאת קרקע של המדינה;

^ שנית, היותה של החוקה המאטריאלית **מקור ליצירת** נורמות משפטיות ("פיתוח המשפט"/ "המשפט המקובל נוסח ישראל") חובות משפטיות המוטלות על רשויות שלטוניות:

**בז'רנו**: עקרון החירות (של האדם) ועקרון ההסמכה/ עקרון החוקיות (של הרשות השלטונית) –> שלטון החוק (הפורמאלי – הצורך בחוק או בהסמכה מפורשת מכוחו);

**פרץ נ' כפר שמריהו**: חובות הנובעות מהיות הרשות השלטונית "נאמן של הציבור" –> חובת איסור האפליה;

^ פגשנו גם השפעה אפשרית שלישית של החוקה המאטריאלית – בסיס **"לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית"**

מהלכו המיוחד והשנוי-במחלוקת של השופט זוסמן בפס"ד **ירדור**:

שימוש בחוקה המאטריאלית, במצב הנתפס כמצב חירום: א. בכדי 'לדלג' על עקרון/חובת ההסמכה של הרשות השלטונית כבסיס להגבלת זכות יסוד (הזכות להיבחר לכנסת, הקבועה בח"י הכנסת); ו-ב. שימוש בו כמקור נורמטיבי המאפשר אפילו לגבור על מצוות החוק (חוק הבחירות לכנסת) – כפי שמפרשו השופט זוסמן (בניגוד לשופט אגרנט).

-=-=

**פרץ נ' כפר שמריהו** – המשך קצר

מה היא השאלה המשפטית? האם היא נוגעת לסמכותה/ חוסר-סמכותה של המועצה-המקומית או האם היא מתייחסת להפליה על ידי המועצה?

*תשובה:* הדיון **בפרץ נ כפר שמריהו** אינו על הסמכות אלא על אופן הפעלת הסמכות. המשפט הציבורי גיבש חובות הן לעניין הצורך בסמכות (סמכות תקפה) והן לעניין חובות המלוות את הפעלתה. אחת החובות – שנגזרה מהבנת היות הרשות השלטונית **'נאמן של הציבור'** – היא איסור הפליה.

[הסמכות עצמה הייתה מצויה בפקודת המועצות המקומיות (1941), והיא נוגעת לשימוש המועצה בנכסיה וליכולתה לאפשר שימוש בהם לתושביה ולאחרים].

אמנם אחד השופטים מדבר על העדר סמכות לרשות המקומית, ככזו (להבדיל מהשלטון המרכזי) להפעיל שיקולי דת, ואולם למרות הניסוח מדובר שוב בחובה הנוגעת לאופן הפעלת הסמכות. משמע, האיסור על שקילת 'שיקולים זרים' בעת הפעלת הסמכות הקיימת, ובתוך כך איסור האפליה.

=-=

**ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית**

[דפי הפגישה הקודמת]

ראו להלן התכתבות מייל עם סטודנט באחת השנים הקודמות, זאת ביחס לדיון ולטיעונים שהשמעתי בעניין ירדור.

*הסטודנט:* לטעמי הדגש בפרשת ירדור צריך להיות/ צריך היה להיות על היסוד הראייתי או הביסוס העובדתי לטענות. הרי ברור לכולם שחברי הרשימה לא האמינו ביכולתם לשנות את פני המדינה, לגרום להפיכה או להשתלט עליה בדומה למפלגה הנאצית. כוונתם המפורשת, על סמך התרחשויות העבר, הייתה לגרום לנזק כלשהו, אולי להציג את ישראל בצורה נלעגת, אולי נזק פיזי ממשי, אולי כל דבר דומה אחר. ולכן אין לנו צורך בהעמדת הסיטואציה במבחן איזון כזה או אחר.

ברור לעין כל, שחברי המפלגה ביקשו לנצל בצורה צינית את הכלים הדמוקרטיים לטובתם האישית ולא לצורך ציבור או מגזר כלשהו, וזאת בכדי לקבל חסינות פרלמנטרית שתאפשר להם מרווח תמרון רחב יותר למול החוק.

יש שיקראו להם, לחברי מפלגה זו ותומכיה, "מיעוט כרוני", אך לעובדה זו אין ולא צריכה להיות שום השפעה במישור המשפטי. הרי המשל שלומד כל כבאי מתחיל בקורס כבאות הוא שאת השרפה הגדולה ביותר בעולם ניתן לכבות עם כוס מים אילו עושים זאת בתחילה. מירב השינויים שנעשו בעולם התחילו במהלך קטן ומצומצם ולא תמיד באו לידי ביטוי במהפך בן-לילה.

לעניות דעתי, השאלה שאמורה להנחות אותנו במקרה שכזה, היא לא מה יהיה המחיר שנשלם אם תורשה הרשימה להתמודד בבחירות או אפילו אם תצליח להיבחר לכנסת, אלא מה התועלת שתצמח לנו ממצב שכזה?  בשביל איזו מין תועלת שווה לנו לקחת סיכון?

בנוגע להשוואה האפשרית עם המפלגות החרדיות, לא גדלתי בעולם החרדי, ואני לא מתיימר להכיר אותו או את מנהיגיו, אבל אני כן מזהה נכונות של מפלגות אלו לשחק במגרש המשחקים הפוליטי תחת גבולות הגזרה המאוד ברורים שלו. רובן אמנם משחקות "מלוכלך" וגם חבריהן לפעמים מנצלים אותו לטובתם האישית, אבל הן אף פעם לא נמצאו בקונפליקט מעשי הנוגע ללגיטימציה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

אפשר אולי לומר שהן שואפות לקיים מדינת הלכה שאיננה דמוקרטית בארץ ישראל אך למעשה, בפועל, הן אינן עושות דבר בכדי לקיים או לקדם רעיון זה. הן רואות בו כאידיאל בדיוק כמו שבית המשפט רואה ב"מדינת כלל אזרחיה" אידיאל בעולם מקביל משל עצמו.

ולבסוף, כדי להוכיח מעט מטענתי, אטען ואומר שממש לא צריך לחזור לימי גרמניה הנאצית. במדינת ישראל של ימינו אנו, נבחר חבר הכנסת עזמי בשארה בכדי לייצג מיעוט לא קטן, ולאחר הגיעו לעמדת ההשפעה שניתנה לו (בדרך דמוקרטית, "נאורה", חוקית לחלוטין ללא מגבלה וללא שום מכשול) - תקע סכין בגבו של הרעיון הדמוקרטי ובתושבי מדינת ישראל כולם.

...

טיעונים מעניינים. אני מתקשה, עם זאת, להסכים עמם.

עד כמה פרשת עזמי בשארה מוכיחה טענה מיוחדת ביחס להשתתפות במשחק הדמוקרטי?

כלומר, עד כמה היא מוכיחה שלא צריך לאפשר למי שתומכים בשינוי אופיה הלאומי של ישראל להיכנס לכנסת?

באיזה מובן תפקידו של בשארה כחבר כנסת או החסינות הפרלמנטרית לה זכה הקלו על הנזק שגרם, בהנחה שגרם?

וחשוב מכך, מדוע שניצול לרעה של זכות על ידי אדם תיתפס כטעם מספיק לחסום את הזכות הזו לאחרים שאינם הוא?

האנלוגיה לאש מתקשה לשכנע לטעמי. אש שאינה מבוקרת היא כמעט תמיד רע. האם תוכל לומר זאת על ביטויַים של רעיונות או שאיפות? תאמר: לא, כוונתי לרעיונות מסוימים בלבד - שינוי אופייה הלאומי, או אופייה הדמוקרטי, או כמובן עצם קיומה של ישראל. אנא חזור לפסק דין **קול-העם**, להבדיל מ**ירדור**, וראה את טיעוניו של השופט אגרנט עצמו ביחס לחופש הביטוי במדינה דמוקרטית, ועל הצורך שלה ליטול סיכון. כלומר על הטעמים שלא להסתפק בחשש לסכנה אלא לדרוש וודאות קרובה לסכנה.

דמוקרטיה לא מסתפקת בזיהוי של רעיון כרע אלא תתנה הטלת הגבלה על כל חירות יסוד, קל וחומר חופש הביטוי, בכך שהנזק שטמון בהפעלת החירות מסתמן *בבהירות מספקת, בקירבה מספקת*.

ועוד נקודה סמוכה: עם רעיונות ועם ביטוים של רעיונות ניתן להתמודד באופנים יותר מגוונים ויותר הדרגתיים מאשר עם מעשים (או עם אש).

לבסוף, הטיעון של שופט המיעוט חיים כהן, וגם אחד מטיעוני, אינו עוסק בשאלה איזה הסדר הוא הראוי, אלא בשאלה כיצד יש לקבלו.

=-=

# השלכותיה של החוקה המהותית של ישראל ("ערכי היסוד" שלה) על פרשנות הדין:

# תפקידה בגדרה של "הפרשנות התכליתית"

ניצני "הפרשנות התכליתית" מופיעים בפס"ד **קול העם** [ראו דפים בפגישות קודמות]

וראו ביתר פירוט את מצב הדברים בעשורים האחרונים:

בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 264 (2000)

14. הרשאית היתה מדינת ישראל לקבוע מדיניות לפיה יינתנו על ידה במישרין הרשאות לשימוש בקרקע לשם הקמת היישוב הקהילתי קציר המיועד ליהודים בלבד?

מתן תשובה לשאלה זו מחייב פניה אל המערכת הנורמטיבית החלה על הקצאת מקרקעין של המדינה. נקודת המוצא היא חוק-יסוד: מקרקעי ישראל. חוק יסוד זה קובע כי "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת" (סעיף 1). עניננו הוא במקרקעי ישראל שהם המקרקעין של המדינה, ובחינתנו מוגבלת למקרקעין אלה בלבד. מקרקעי ישראל מנוהלים על ידי מינהל מקרקעי ישראל (חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך1960-). המדיניות הקרקעית של המינהל נקבעת על-ידי מועצת מקרקעי ישראל (סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל).

15. בקביעת מדיניות המינהל, על מועצת מקרקעי ישראל לפעול להגשמת התכליות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל והקובעות את היקף שיקול דעתו. תכליות אלה - כתכליות המונחות ביסוד כל סמכות המעוגנת בדבר חקיקה - הן משני סוגים: תכליות מיוחדות, הנובעות באופן ישיר מהחוק המסדיר את סמכותו של המינהל, ותכליות כלליות, הפרוסות כמטריה נורמטיבית על פני כל דברי החקיקה כולם. נבחן תחילה את התכליות המיוחדות ולאחר מכן נפנה לבחינת התכליות הכלליות.

פעילות המינהל: תכליות מיוחדות

16. בחינת התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של מינהל מקרקעי ישראל מגלה תמונה מורכבת: ביסוד החוקים המסדירים את ניהול מקרקעי ישראל עומדת השאיפה ליצירת ניהול אחיד ומתואם של מכלול המקרקעין. […] דא עקא, מעבר לעצם ריכוז הסמכויות הנוגעות לניהול מקרקעין, אין בחוקים הנוגעים בדבר הגדרה באשר לתכליות וליעדים שלשמם תופעל הסמכות הריכוזית. חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך1960-, אינו מגדיר מהם היעדים והתכליות המיוחדות הניצבים בפני המינהל. כל שנאמר, לעניין זה בחוק הוא, כי:

"הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל") שינהל את מקרקעי ישראל"

17. נוכח שתיקה זו של החוק, שומה עלינו לפנות למקורות חיצוניים לו ולבחון את התכליות המיוחדות שעמדו ביסודו. […]

19. נמצא אם כן, כי התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות בטחון ולאפשר ביצוע פרוייקטים לאומיים, דוגמת קליטת עליה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצרכי הציבור, כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה (וראו לעניין זה גם ויסמן, בעמ' 216-218). ודוק: עד כמה שהתכליות המיוחדות קבועות באופן מפורש בחוק או נובעות ממנו בצורה ברורה, על השופט לתת להן ביטוי. עד כמה שהתכליות המיוחדות אינן קבועות במפורש בחוק ואינן נובעות ממנו באופן ברור - כפי שהדבר בעניננו - על בית המשפט ללמוד על דבר תכליות מיוחדות לא רק מתוך החוק עצמו, אלא גם מתוך מקורות נוספים ובהם מההיסטוריה החקיקתית, ממהות הענין, ממהותה של הרשות המוסמכת ומערכיה הכלליים של שיטת המשפט. אכן בגיבוש התכליות המיוחדות - עד כמה שהן אינן עולות במפורש ובאופן ברור מהחוק - יש לעמוד על כך שאותן תכליות תתיישבנה עם מכלול ערכיה של השיטה.

פעילות המינהל: תכלית כללית של שוויון

20. בצד התכליות המיוחדות, המונחות ביסוד סמכותו ושיקול דעתו של המינהל, קיימות גם תכליות כלליות הפרושות כמטריה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם. תכליות כלליות אלו משקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה בישראל. הן ביטוי לכך, שכל דבר חקיקה הוא חלק אינטגרלי משיטת משפט כוללת. עקרונות היסוד של השיטה "מחלחלים" לכל דבר חקיקה, ומהווים את תכליתו הכללית […] עקרונות יסוד אלה מבטאים גם את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. … רלבנטי לעניננו עקרון השוויון.

השוויון כעקרון יסוד

21. השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות בישראל - ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה - חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה (ראו זמיר וסובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (1999) 165). כך מתבקש מאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה; כך נגזר מעקרון שלטון החוק הנוהג במדינה. ביטוי לכך ניתן, בין השאר, בהכרזת העצמאות, הקובעת כי:

"מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין..."

אכן, המדינה חייבת לכבד ולהגן על זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון. השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי. הוא "תחילת התחילות" … הוא "מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. הוא חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי" … עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"[…] אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם". ..

22. חובתה זו של המדינה לפעול בשוויון חלה על כל פעולה מפעולותיה. … עמד על כך השופט זוסמן, בציינו:

"בעוד שאזרח פרטי רשאי 'להפלות' בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה: […]" (בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו).

23. חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה, איפוא, גם לענין הקצאת מקרקעי המדינה. […]

24. השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. […] הטיב להביע זאת השופט ברנזון, בציינו:

"כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קרבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפליות רק בגלל היותנו יהודים 'שדתיהם שונות מכל עם'. מלומדי נסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית, ניתן לצפות שלא נלך בדרכים הנלוזות של הגויים, ובהתחדש עצמאותנו במדינת ישראל עלינו להיזהר ולהישמר מכל צל של הפליה ומנהג של איפה ואיפה כלפי כל אדם לא-יהודי שומר חוק הנמצא אתנו ורוצה לחיות עמנו בדרכו שלו, לפי דתו ואמונתו. שנאת זרים קללה כפולה בה: היא משחיתה את צלם אלוהים של השונא וממיטה רעה על השנוא על לא אוון בכפו. עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני-אדם בזכויות ובחובות". (בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764, 771)

התרגום המעשי של תפישות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה […]. אמרנו שהטיפול הוא "לכאורה" מפלה, שכן עשויות להיות נסיבות - כגון בגדרי ההעדפה המתקנת …שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה. זאת ועוד: טיפול שונה על בסיס דת או לאום עשוי להיות בהתאם לחוק. דבר זה יקרה, למשל, מקום בו לשונו המפורשת והברורה של דבר חקיקה קובעת תכליות מיוחדות המובילות לטיפול מפלה, ובאיזון שבינן לבין התכלית הכללית בדבר שוויון, ידן של התכליות המיוחדות על העליונה. לאיזון זה שבין התכליות המיוחדות לתכליות הכלליות נעבור עתה.

25. בגיבוש תכליתה של החקיקה יש להתחשב בתכליות המיוחדות ובתכליות הכלליות גם יחד. לעתים קרובות הן מובילות כולן לכיוון אחד, ומחזקות האחת את רעותה. אך לעתים מתגלות סתירות בין התכליות השונות. כך, למשל, עשויות להתעורר סתירות בין תכליות מיוחדות, המבקשות להגשים יעדים חברתיים, לבין תכליות כלליות המבקשות לקיים זכויות אדם. כאשר התנגשות כזו מתרחשת יש לקיים איזון (עקרוני ואנכי) בין התכליות המתנגשות. בדרך זו נקט בית משפט זה מאז פרשת קול העם. באותה פרשה נקבע, כי באיזון בין התכליות המיוחדות שעמדו ביסוד דבר החקיקה שנדון שם ושעניינן שלום הציבור ובטחונו, לבין התכלית הכללית בדבר חופש הביטוי, תינתן עדיפות לתכלית המיוחדת (שלום הציבור) אם קיימת ודאות קרובה כי הגשמת התכלית הכללית (חופש הביטוי) תגרום לנזק ממשי, קשה ורציני לאפשרות הגשמתה של התכלית המיוחדת (שלום הציבור). מאז נוקט בית משפט זה "בנוסחת איזון" דומה בשורה ארוכה של התנגשויות בין תכליות מיוחדות לבין תכליות כלליות (…). שאלה יפה היא אם נוסחת איזון זו צריכה לשמש אותנו גם בהתנגשות בין התכליות הכלליות לתכליות המיוחדות בעניננו? האם אין מקום לנוסחת איזון שונה, כגון זו של האפשרות הסבירה? והאם לא נדרשות, בתחום השוויון, נוסחאות איזון מגוונות על פי מהותה של הפגיעה בשוויון? [...]

ברצוננו להעיר שתי הערות אלה: ראשית, עוסקים אנו בתכלית המונחת ביסוד חוק מינהל מקרקעי ישראל. במצב הדברים הרגיל לאחר שנקבעה התכלית - ובמסגרת בחינת חוקיות פעולות המינהל - יש לבחון גם אם האמצעים הננקטים להגשמת התכלית הם מידתיים. ענין זה לא מתעורר בעתירה שלפנינו, ולא נרחיב בו; שנית, במצבים מיוחדים - בהם התכליות המיוחדות קבועות במפורש בדבר החקיקה או משתמעות בבירור ממנו - לא די בכך שנוסחת האיזון מאפשרת לקבוע את התכלית המונחת ביסוד החוק המסמיך. יש להמשיך ולבחון אם תכלית זו היא חוקתית, וזאת מנקודת המבט של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש העיסוק) ופסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). שאלה זו לא מתעוררת בפנינו כלל, שכן שאלת חוקתיותו של חוק מינהל מקרקעי ישראל אינה מונחת להכרעתנו. השאלה היחידה בה נתבקשנו להכריע הינה, אם החלטתו של מינהל מקרקעי ישראל, בכל הנוגע להקצאת קרקעות להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד, היא במסגרת הסמכות שהוקנתה למינהל בחוק מינהל מקרקעי ישראל.

מן הכלל אל הפרט

26. [...] אך במה שונה היישוב הקהילתי מהיישוב העירוני? [...] הקצאה כזו פוגעת בזכות לשוויון של העותרים שכן יש בה טיפול שונה על בסיס של לאום. מהן התכליות המיוחדות אשר הגשמתן פוגעות כדין בעקרון השוויון? על שאלה זו לא שמענו כל תשובה מטעם המדינה.

27. תשובה לטענות אלה באה מפי הסוכנות היהודית, התאחדות האיכרים בישראל והאגודה השיתופית קציר. בתשובה הן ציינו, כי הישוב הקהילתי הינו "חוליה בשרשרת המיצפים שנועדו לשמור על מרחבי ישראל למען העם היהודי" (כאמור במגילת היסוד של הישוב הקהילתי) וכי קיומו מתיישב עם התכליות שהתוו לעצמן, היינו יישוב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ובאזורי כפר ואזורים שהנוכחות היהודית בהם דלילה בפרט; פיזור אוכלוסין; והגברת בטחון ישראל על-ידי כך. בהקשר הספציפי, טוענת התאחדות האיכרים, כי מתיישבים ערביים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על הישוב, שנחשף בעבר לפעולות טרור שונות. זאת ועוד, לטענת המשיבות, עלולה נוכחותם של תושבים ערבים בישובים יהודיים לגרום לעזיבתם של התושבים היהודים ולהפיכת ישוב שנועד להתקיים כישוב יהודי לישוב ערבי.

28. תשובות אלו מעוררות בעיות כלליות קשות וסבוכות. יש להן חשיבות הן לגבי העבר והן לגבי העתיד. עם זאת, אין לנו צורך להתמודד עמן בעתירה שלפנינו. עתירה זו, אין ענינה מכלול ההתיישבות היהודית על כל היבטיה; עתירה זו אין עניניה פעולותיה של הסוכנות היהודית על כל גווניה. העתירה שלפנינו ענינה יישוב קהילתי מסויים שהקמתו אינה מעוררת את מכלול הבעיות שהסוכנות היהודית והתאחדות האיכרים מעוררות. אכן, המשיבים אינם חולקים על זכותם של העותרים להתגורר באזור נחל עירון. אין הם שוללים את קיומם של ישובים "מעורבים", עירוניים או כפריים, בהם דרים יהודים וערבים באותו ישוב, אותה שכונה, או אותו בית דירות. יתרה מזו, המשיבים אינם חולקים גם על זכותם של העותרים להתגורר בישוב קציר עצמו, בשכונה שנבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון, יחד עם יתר תושבי השכונה, יהודים וערבים כאחד, תחת חסותה של אותה מועצה מקומית ותוך קיום מסגרות חינוכיות וחברתיות משותפות. לא ניתן להבין - ולא הונחה בפנינו כל תשתית עובדתית - מדוע דווקא מגוריהם של העותרים בישוב הקהילתי, מרחק של כ-2 ק"מ מן השכונה שנבנתה על ידי משרד הבינוי והשיכון, מצדיקה פגיעה בעקרון השוויון.

29. מסקנתי הינה, איפוא, זו: החלטה שהמינהל היה מקבל להקצות במישרין מקרקעין בטל עירון להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, היתה פוגעת בתכלית (הכללית) המונחת ביסוד סמכותו של המינהל, והיא הגשמת השוויון. החלטה כזו, לא היה בה כדי להגשים תכליות מיוחדות של חוק מינהל מקרקעי ישראל שבנסיבות העניין - ועל פי נוסחת האיזון הראויה - ידן על העליונה. נמצא, כי החלטה כזאת, לו היתה מתקבלת, היתה בלתי חוקית. כנגד מסקנה זו העלו בפנינו הסוכנות היהודית והתאחדות האיכרים שתי טענות עקרוניות, אליהן נפנה עתה.

.30 הטענה העקרונית הראשונה היא זו: החלטה על הקצאת מקרקעין להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד אינה פוגעת בשוויון, שכן מנהל מקרקעי ישראל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. טענה זו, בלבושה המשפטי הינה, כי טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול שווה. כידוע, טענה זו הועלתה בשנות החמישים בארצות הברית לענין מדיניות החינוך בארצות הברית שהפרידה בין חינוך לתלמידים לבנים וחינוך לתלמידים אפרו-אמריקאים.

[...] במשך השנים רבתה הכתיבה בנושא זה, תוך שהודגש, כי לעתים עשוי טיפול נפרד להוות טיפול שוויוני או, למצער, שההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון. בעיקר כך, בין השאר, במקום שהרצון לטיפול נפרד אבל שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" [...]. אכן, מוכן אני להניח - בלי לפסוק בדבר - כי קיימים מצבים בהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי. [...]

מצב דברים זה - בו טיפול נפרד עשוי להחשב חוקי - אינו מתקיים במצב הדברים שבפנינו, וזאת משני טעמים: ראשית, הלכה למעשה אין פנייה להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד. בפועל אין מדינת ישראל מקצה מקרקעין אלא לישובים קהילתיים יהודיים. התוצאה ("האפקט") של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה, גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות. קיומה של הפליה נקבע, בין השאר, על פי האפקט של ההחלטה או המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה; נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל, טיפול נפרד ולא שווה. שנית, אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא (כפוף לתנאי קבלה שאינם מופיעים בתקנות האגודה השיתופית ושאת תכנם איננו יודעים). ממילא, תושבי היישוב אינם מהווים "קבוצה ייחודית" (כלשונו של השופט אור בפרשת אביטן). נהפוך הוא: כל יהודי בישראל כחלק מרוב התושבים, שנפשו חפצה בחיים קהילתיים כפריים כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית. האגודה פונה איפוא, אל רוב רובו של הציבור בישראל. הגורם המאפיין את קבוצת התושבים ביישוב אינו בייחוד זה או אחר של הקבוצה או בני הקבוצה, אלא אך הקריטריון של הלאום, אשר משמש, הוא עצמו, בנסיבות הענין שלפנינו, קריטריון מפלה. אכן, מרבית השיקולים שהוצגו בפנינו על ידי הסוכנות היהודית מבוססים על אותו סיווג "חשוד" של השתייכות לאומית, וכל מטרתם לא באה אלא לקדם התיישבות יהודית באיזור.

31. הטענה העקרונית השניה שהועלתה בפנינו היא זו: גם אילו החליט מינהל מקרקעי ישראל להקצות בנסיבות המקרה שלפנינו במישרין מקרקעין להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, היתה זו החלטה חוקית, שכן היא היתה מגשימה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. ערכים אלה הם בעלי אופי חוקתי (ראו סעיף 1א' לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) והיה בהם כדי להעניק אופי חוקי להחלטתו של מינהל מקרקעי ישראל. טיעון זה מעלה שאלות רבות וחשובות. אין לנו צורך להכריע במרביתן. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, עד כמה שטעון זה בא לומר כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (המהווים תכלית כללית המונחת ביסוד החוק), מתנגשים עם הערך בדבר השוויון, הרי התשובה היא שהתנגשות כזו אינה קיימת. אכן, אינה מקובלת עלינו התפישה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק - ברמה של תכלית כללית - הפליה על ידי המדינה בין אזרחים של המדינה על בסיס דת או לאום. […]

אכן, שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד י"ט(3) 365, 385). מערכיה אלה של מדינת ישראל - מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה - מתבקשות מספר מסקנות: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית, ומתבקשות מסקנות נוספות שאין לנו צורך לעמוד עליהן. אך מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. […] לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים […]. השופט אלון עמד על כך כי "ייסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוקים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו" […] מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש"י1950-). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות, אשר קראה "לבני העם הערבי, תושבי מדינת ישראל, לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה". אין, איפוא, כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא - נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. נמצא כי הטענה העקרונית השניה שהועלתה בפנינו, עד כמה שהיא נוגעת לתכלית הכללית המונחת ביסוד החוק, דינה להדחות.

37. [...] לא זו בלבד שהעתירה צופה פני עתיד, אלא היא גם ממוקדת ביישוב הקהילתי קציר, בנסיבות כפי שהובאו בפנינו. מטבע הדברים, קיימים יישובים מסוגים שונים, כגון, קיבוצים, מושבים ומצפים. יישובים מסוגים שונים עשויים לעורר בעיות שונות. לא שמענו טענות בנוגע ליישובים מסוגים שונים ולכן גם לא ננקוט עמדה לגבי יישובים כאלה. זאת ועוד. יש לקחת בחשבון שאפשריות נסיבות מיוחדות מעבר לסוג היישוב, כמו נסיבות מיוחדות מבחינת בטחון המדינה, שעשוייה להיות להן חשיבות. לא שמענו טענות לגבי המשמעות של נסיבות כאלה, ולכן גם לא נביע דעה לגבי המשמעות שלהן. נוסף לכך, לדעת ולזכור כי אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל, שלא נמעד וניכשל, אלא נתקדם בה בזהירות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות של כל מקרה. עם זאת, גם אם הדרך תהיה ארוכה, חשוב שנדע תמיד, לא רק מאין באנו, אלא גם לאן אנו הולכים.

הסעד

40. במצב זה, מתוך רצון לקחת את כל השיקולים והקשיים בחשבון, ולהגיע לכלל איזון ראוי, החלטנו לעשות בעתירה זאת צו מוחלט במובן הבא: א. אנו מצהירים כי המדינה לא היתה רשאית על פי דין להקצות מקרקעי המדינה לסוכנות היהודית לצורך הקמת היישוב הקהילתי קציר על בסיס של הפליה בין יהודים לבין מי שאינם יהודים. ב. על המדינה לשקול את בקשתם של העותרים לרכוש לעצמם חלקת מקרקעין ביישוב קציר לצורך הקמת ביתם, וזאת על יסוד עקרון השוויון, ומתוך התחשבות בשיקולים השייכים לעניין - לרבות השיקולים הנוגעים לסוכנות ולמתיישבים במקום - וכולל הבעיות המשפטיות הכרוכות בענין זה. על יסוד שיקולים אלה, על המדינה להחליט במהירות הראויה אם יש בידה לאפשר לעותרים, במסגרת הדין, להקים לעצמם בית בתחום היישוב הקהילתי קציר.

**=-=**

**מייד בסמוך לפסק הדין:**

לאגודה לזכויות האזרח 'התגלגל' מסמך פנימי של הסוכנות היהודית שנערך זמן קצר לאחר מתן פסק הדין. מופיע בו סיכום, שהועלה על הכתב, ובו מותוות דרך לעקוף ולעקר מתוכן את פסיקת בית המשפט. המסמך מיום 29.6.2000 (דהיינו שלושה וחצי חודשים לאחר מתן פסה"ד) כולל מסקנות של צוות של הסוכנות, שדן בהשלכותיו של פסק הדין. המסמך נכתב על ידי דן בריר, חבר הצוות, וזה עיקרו:

"מסקנות:

* 1. פסק דין קציר כמעט ולא מותיר "חורים" שמאפשרים מיון תושבים ללא אפליה.
  2. האפשרות של מיון באמצעות "אגודה" מצטיירת כבעייתית.
  3. הגדרות של קריטריונים למיון מתיישבים בתנאים הנ"ל נראות מאוד בעייתיות.
  4. מהלכי מיון עפ"י קריטריונים שיקבעו על ידנו (ישוב לאומנים, ישוב לעולים, ישוב ל"ירוקים" וכו') עשויים להתפרש כהתחכמות שבאה לעקוף את בג"צ.
  5. מהלכים פוליטיים לשינוי החוק עשויים שלא לעמוד במבחן "חוקי היסוד".
  6. לאור הנ"ל, **נראה שדרך הפעולה הנכונה היא: לא לעשות רעשים במערכת ולהמשיך לעשות את מה שעושים**".

(ההדגשה הוספה, המסמך צורף לעתירת-המשך בעניין קעדאן – בג"צ 8060/03).

=-=

**11 שנים לאחר פסק הדין:**

חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| תיקון סעיף 2 | 1. | בפקודת האגודות השיתופיות (להלן – הפקודה), בסעיף 2 – | | | | | |
|  |  | (1) אחרי ההגדרה "אגודה מרכזית" יבוא: | | | | | |
|  |  |  | ""הגליל" – כהגדרתו בחוק הרשות לפיתוח הגליל, התשנ"ג–1993; | | | | |
|  |  |  | "הנגב" – כהגדרתו בחוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב–1991;". | | | | |
|  |  | (2) אחרי ההגדרה "ועד" יבוא: | | | | | |
|  |  |  | ""ועדת ההשגות" – ועדת ההשגות כמשמעותה בסעיף 6ב; | | | | |
|  |  |  | "ועדת קבלה" – ועדת קבלה כמשמעותה בסעיף 6ב; | | | | |
|  |  |  | "זכות במקרקעין" – זכות חכירה או זכות חכירה לדורות במקרקעי ישראל כמשמעותם בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, לרבות זכות להירשם כחוכר או כחוכר לדורות, זכות של מי שהוא צד לחוזה פיתוח ביישוב קהילתי להירשם כחוכר או כחוכר לדורות לאחר קיום תנאי החוזה, ושכירות לתקופות שבמצטבר עולות על חמש שנים; לעניין זה, "חכירה" ו"חכירה לדורות" – כמשמעותן בחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969;"; | | | | |
|  |  | (3) אחרי ההגדרה "חבר" יבוא: | | | | | |
|  |  |  | ""יישוב קהילתי" – יישוב בגליל או בנגב המאוגד כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית (בהגדרה זו – יישוב), או הרחבה של קיבוץ, של מושב שיתופי, של מושב עובדים או של כפר שיתופי (בהגדרה זו – יישוב מקורי), המאוגדת כאגודה שיתופית שהרשם סיווג אותה כיישוב קהילתי כפרי או כאגודה שיתופית להתיישבות קהילתית, ומתקיימים כל אלה: | | | | |
|  |  |  |  | (1) מספר בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 400; | | | |
|  |  |  |  | (2) המספר המרבי של בתי האב ביישוב, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, הוגבל בהתאם להוראות תכנית מיתאר ארצית או תכנית מיתאר מחוזית, כמשמעותן בחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה–1965;". | | | |
| הוספת סעיפים  6ב עד 6ד | 2. | אחרי סעיף 6א לפקודה יבוא: | | | | | |
|  |  | "הקצאת מקרקעין והעברת זכות במקרקעין ביישוב קהילתי | | | 6ב. | (א) | (1) הקצאת מקרקעין לאדם לשם רכישת זכות במקרקעין ביישוב קהילתי שבו פועלת ועדת קבלה, תיעשה לאחר קבלת אישורה של ועדת הקבלה. |
|  |  |  |  |  |  |  | (2) העברה של זכות במקרקעין שהוקצו לאדם או של זכות במקרקעין שהועברה לפי דין, ביישוב קהילתי כאמור בפסקה (1), תיעשה לאחר שהמעביר קיבל את אישורה של ועדת הקבלה בנוגע לנעבר; הוראות פסקה זו יחולו, בשינויים המחויבים, גם על נעבר המעוניין להעביר את זכותו במקרקעין לאחר. |
|  |  |  |  |  |  |  | (3) העברת זכות במקרקעין בירושה, בין על פי דין ובין על פי צוואה, ביישוב קהילתי כאמור בפסקה (1), אינה טעונה את אישורה של ועדת הקבלה; ואולם, הוראות פסקה (2) יחולו על יורש, בין על פי דין ובין על פי צוואה, המעוניין להעביר את זכותו לאחר. |
|  |  |  |  |  |  | (ב) | (1) ועדת קבלה של יישוב קהילתי תורכב מחמישה חברים והם: שני נציגי היישוב הקהילתי; נציג התנועה שהיישוב הקהילתי מסונף אליה או חבר בה, ואם היישוב הקהילתי אינו מסונף לתנועה כאמור או חבר בה או אם התנועה ויתרה על נציגות – נציג נוסף של היישוב הקהילתי; נציג הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית; ונציג המועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא היישוב הקהילתי. |
|  |  |  |  |  |  |  | (2) נציג המועצה האזורית בוועדת הקבלה יהיה ראש המועצה האזורית או סגנו, או עובד המועצה שימנה ראש המועצה, ובלבד שאינם תושבי היישוב הקהילתי – והוא יהיה יושב הראש. |
|  |  |  |  |  |  | (ג) סירבה ועדת הקבלה לקבל מועמד ליישוב הקהילתי, תמציא לו החלטה מנומקת בדבר סירובה. | |
|  |  |  |  |  |  | (ד) המועמד והיישוב הקהילתי רשאים להגיש השגה על החלטת ועדת הקבלה לוועדת ההשגות. | |
|  |  |  |  |  |  | (ה) ועדת ההשגות תורכב מחמישה חברים שימנה שר הבינוי והשיכון, והם: איש ציבור בעל השכלה בתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית או מדעי ההתנהגות לפי המלצת שר המשפטים – והוא יהיה יושב הראש; רשם האגודות השיתופיות או סגנו; עובד רשות מקרקעי ישראל; עובד משרד הרווחה והשירותים החברתיים לפי המלצת שר הרווחה והשירותים החברתיים; ועובד משרד החקלאות ופיתוח הכפר לפי המלצת שר החקלאות ופיתוח הכפר. | |
|  |  |  |  |  |  | (ו) ועדת ההשגות רשאית לבטל את החלטת ועדת הקבלה, לאשרה, להחזיר את הנושא לדיון מחודש בפני ועדת הקבלה או לקבל החלטה אחרת במקומה. [...] | |
|  |  | שיקולי ועדת הקבלה | | | 6ג. | (א) ועדת קבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב הקהילתי בהתבסס על אחד או יותר משיקולים אלה בלבד: | |
|  |  |  |  |  |  |  | (1) המועמד הוא קטין; |
|  |  |  |  |  |  |  | (2) המועמד נעדר יכולת כלכלית להקים בית ביישוב הקהילתי בתוך פרק זמן הקבוע בהסכם הקצאת המקרקעין; |
|  |  |  |  |  |  |  | (3) אין למועמד כוונה לקבוע את מרכז חייו ביישוב הקהילתי; |
|  |  |  |  |  |  |  | (4) המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה; החלטת ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד בשל שיקול זה, תהיה על סמך חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור; |
|  |  |  |  |  |  |  | (5) חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה; |
|  |  |  |  |  |  |  | (6) מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם. |
|  |  |  |  |  |  | (ב) בשוקלה את השיקולים האמורים בסעיף קטן (א), תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו. | |
|  |  |  |  |  |  | (ג) ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. | |
|  |  | שמירת סמכות | | | 6ד. | אין באמור בהוראות סעיפים 6ב ו-6ג, כדי לחייב הקצאת מקרקעין לאדם שוועדת הקבלה אישרה את מועמדותו." | |

=-=

**אז מה זו בדיוק ועדת קבלה ליישוב קהילתי**

למה הוקמו ועדות הקבלה ליישובים הקהילתיים, את מי הן לא מקבלות ומה אמרו עליהן שופטי העליון? בהמתנה להכרעת בג"ץ, מדור מורה נבוכים מספק תשובות

* **הארץ,** [**ג'קי חורי**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.641), 12.12.2012

**מהו חוק ועדות הקבלה?**

בג"ץ דן בשבוע שעבר בעתירות נגד תיקון החוק לפקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) המוכר בשם [חוק ועדות הקבלה](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1639370). התיקון, שהתקבל במארס 2011, מאפשר לוועדות הקבלה ביישובים קהילתיים לסנן מועמדים למגורים באמצעות קריטריונים שייקבעו בתקנון היישוב.

העותרים נגד החוק טוענים שהוא מפלה וסותר הן את המשפט הבינלאומי והן את המשפט הישראלי, האוסרים על אפליית אדם בגלל שונותו מהקבוצות הדומיננטיות בחברה. על אף שלשון החוק אוסרת אפליה של חברי קבוצות חברתיות שונות, הוא מתיר לדחות מועמדים מחמת "חוסר התאמה לחיי חברה בקהילה... ולמרקם החברתי-התרבותי של היישוב הקהילתי".

**אז מהי ועדת קבלה?**

ועדת הקבלה דנה בבקשות של אזרחים המבקשים להתגורר ביישוב קהילתי. נציגיה נמנים עם תושבי היישוב וממונים או נבחרים על פי תקנון היישוב. עד השנה שעברה, הוועדות לא היו מוגדרות ולא עוגנו בחוק. עם זאת, לאחר תיקון החוק לפקודות האגודות השיתופיות, הוועדות פועלות כיום על פי החוק.

**למה הוקמו ועדות הקבלה?**

בשנת 2000, במה שמוכר [כתקדים קעדאן](http://www.haaretz.co.il/misc/1.911089), אסר בג"ץ אפליה בהקצעת קרקעות על רקע לאום. בג"ץ קיבל אז את עתירתם של אימאן ועאדל קעדאן, בני זוג מבקה אל-גרבייה שביקשו לרכוש חלקת אדמה ביישוב הקהילתי קציר ולבנות בה את ביתם. בארגוני זכויות האדם טוענים כי ועדות הקבלה הוקמו בעקבות פסיקה זו, במטרה לעקוף את החלטת בג"ץ.

בפברואר 2007 פורסם ב"הארץ" [סיפורם של בני הזוג פאתנה ואחמד זבידאת](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1472313) שביקשו לגור ביישוב הקהילתי רקפת שבתחום המועצה האזורית משגב. ועדת הקבלה של היישוב החליטה לדחות את בקשת בני זוג. בהחלטה נקבע כי אחמד זבידאת "חסר מידה מספקת של תחכום בין-אישי", ואילו לגבי פאתנה נקבע שהיא "אינדיבידואליסטית מדי".



**בני הזוג זבידאת במגרשם ביישוב רקפת.**צילום: עבדאללה שמא

בני הזוג עתרו לבג"ץ בטענה לאפליה פסולה מטעמי לאום ודת. העתירה התבססה בין היתר על תקדים קעדאן. בעתירה נטען כי נימוקי הוועדה לפסילת בני הזוג פוגעים בזכויות היסוד שלהם לכבוד, חירות ושוויון. "לא ניתן להגביל אזרח ישראלי לבנות ביתו על קרקע ציבורית, שכללי המשפט הציבוריים מחייבים את חלוקתה באופן שוויוני ועל פי קוד הצדק החלוקתי. זו אפליה מנימוקים הקשורים בתכונות אישיות, מעמד חברתי ואישי, השקפות פוליטיות, צבע עור ומוצא עדתי או לאומי", נכתב בעתירה.

**איך עוגן מעמדן של ועדות הקבלה בחוק?**

בתום כמעט שש שנים של מאבק ארוך ומתיש, קיבל בג"ץ את עתירת בני הזוג זבידאת בספטמבר 2011. הרכב השופטים, בראשות הנשיאה לשעבר דורית ביניש והשופטים אליקים רובינשטיין ועדנה ארבל, הורה למדינה למסור לבני הזוג מגרש למגורים. במקביל להליך המשפטי, ביישובי המועצה האזורית משגב יזמו תיקון לתקנוני היישובים, [שחלקם נחשפו ב"הארץ"](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1478177). על פי התקנונים, חברי הקהילה (המאוגדים באגודה שיתופית) יתקבלו ליישוב לפי ערכי מדינת ישראל, התנועה הציונית ומורשת ישראל.

פסיקת בג"ץ וחשיפת התקנונים עוררו ויכוח ציבורי בנושא, שהוביל להגשת הצעת החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8). החוק, שהתקבל במארס 2011, מסדיר את הרכבן וסמכויותיהן של ועדות הקבלה הפועלות ביישובים הקהילתיים והחקלאיים בנגב ובגליל, ומאפשר ליישובים לסנן מועמדים למגורים באמצעות הוועדות.

**אז באיזו עתירה דן בג"ץ בימים אלו?**

בניגוד לפסק הדין בפרשת זבידאת, שדן בסוגיה הקונקרטית של בני הזוג, ארגונים חברתיים [הגישו בשנה שעברה עתירות עקרוניות נגד החוק](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1639370). באמצעות המרכז המשפטי עדאלה והאגודה לזכויות האזרח, עתרו ארגונים הן בשם קבוצות אוכלוסייה שנפגעו בעבר והן בשם קבוצות שעלולות להיפגע מהחוק בעתיד, בכך שלא יוכלו להשתלב ביישובים הקהילתיים, המהווים כ-42 אחוזים מהיישובים בישראל.

לעתירה צורפו תצהירים של תושבים ביישובים שבהם מונהגות ועדות קבלה, לפיהם מטרתן המרכזית של ועדות הקבלה היא למנוע מכירת נכסים ביישוב לערבים ולחרדים, כלומר, עקיפת פסיקת בג"ץ שאסרה על אפליה. אליהו שטרן, תושב היישוב הקהילתי יעד, ואחד העותרים נגד החוק, אמר בהודעה שפרסם כי "כיוון שגם ישבתי בוועדות קבלה לא מעטות, אני יכול להעיד ממקור ראשון שבמקרים רבים הן משמשות לאפליה בלתי מוצדקת. היישובים הקהילתיים והרחבות הקיבוצים מספיק חזקים בשביל לקבל אליהם את כולם, ללא סלקציה. לא היישובים נפגעים כאן, אלא כל אותן משפחות שנדחו. עבורן זו סטירת לחי שקשה להתאושש ממנה".

בנוסף לעתירה העקרונית, בפברואר השנה [עתרו לבג"ץ נגד החוק גם בני הזוג אופיר ודנה לי כלפה משדרות](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1714622). הזוג ביקש לגור בהרחבה של הקיבוץ גבים, הסמוך לרצועת עזה. ועדת הקבלה של הקיבוץ החליטה לדחות את מועמדותם בטענה שהם לא מתאימים לחיים הקהילתיים. בעקבות העתירה, הוחלט כי הזוג יגיש ערעור על החלטת הקיבוץ לוועדת ערר. בסיום הדיון החליטה הוועדה לקבל את ערעורם. מינהל מקרקעי ישראל החליט לאמץ את ההמלצה.

**מהי עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין החוק?**

[בתגובה שהגיש לבג"ץ](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1626216), דרש היועץ המשפטי יהודה וינשטיין לדחות את העתירה העקרונית, בנימוק שהיא מוקדמת ותיאורטית. לדבריו, לא הובאו תיקים קונקרטיים נגד החוק. בנוסף לכך טען כי ועדות הקבלה רשאיות להחליט אם לקבל מועמדים או לדחות אותם על בסיס "פסיכולוגי-חברתי" ועל בסיס התאמתם למרקם החברתי של היישוב, מבלי להדירם על בסיס גזע, דת, מגדר או לאומיות.

וינשטיין סבר כי החוק מידתי ואין עילה לפסול אותו. לדעתו, הוא מאזן בין צורכי ההתפתחות של יישובים קטנים בפריפריה באמצעות קליטת מתיישבים חדשים שיתאימו לחיי הקהילה ויתרמו ללכידותה החברתית, לבין החובה להבטיח הקצאת קרקעות באופן בלתי מפלה.

**מהם הצעדים שנקט בג"ץ עד היום?**

הרכב השופטים, בראשות הנשיאה דורית ביניש והשופטים עדנה ארבל ויורם דנציגר, הוציא ביוני 2011 צו על תנאי נגד חוקתיות חוק ועדות הקבלה, ולפיו על המדינה לנמק בתוך 60 ימים מדוע לא לבטל את החוק. עוד קבעו השופטים כי התיק יועבר להמשך דיון בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. [בשבוע שעבר התקיים הדיון בהרכב המורחב בראשות הנשיא אשר גרוניס](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1879734). השופטים אמורים למסור את פסק הדין במועד שטרם נקבע.

=-=

**החלטת בית המשפט העליון בעתירות - בינתיים נסתפק בדיווח זה ויתכן מאד שנפגוש את פסק הדין בסמסטר השני.**

**ברוב דחוק: בג"ץ אישר לקיים ועדות קבלה ביישובים קהילתיים**

**שורה של ארגוני זכויות אדם עתרו נגד חוק ועדות הקבלה בטענה כי הוא מאפשר אפליה; 5 מתוך 9 שופטים דחו את העתירות בטענה כי אינן בשלות**

* **הארץ,** [**רויטל חובל**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.681421)**,** [**ג'קי חורי**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.641)
* 17.09.2014

בג"ץ דחה היום (רביעי) את העתירות נגד ["חוק ועדות הקבלה"](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1878964). בית הדין, שדן בהרכב מורחב של תשעה שופטים בעתירות שהגישו ב-2012 ארגוני זכויות אדם, דחה את העתירות ברוב של חמישה נגד ארבעה שופטים. ארגון עדאלה, שהיה בין העותרים, מסר בתגובה כי "בג"ץ אישר את אחד החוקים הגזעניים ביותר שניתנו בשנים האחרונות".

החוק, שנקרא "תיקון החוק לפקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) המוכר", אושר בכנסת במארס 2011, והוא מאפשר לוועדות הקבלה ביישובים קהילתיים לסנן מועמדים למגורים באמצעות קריטריונים שייקבעו בתקנון היישוב.

שורה של ארגוני זכויות אדם, ובהם המרכז המשפטי עדאלה והאגודה לזכויות האזרח עתרו נגד החוק בטענה כי הוא [מצדיק את דחיית מועמדותו](http://www.haaretz.co.il/news/whatis/1.1884608) של הומוסקסואל, אדם הסובל מנכות פיזית או אזרח ערבי, רק בגלל השונות החברתית שלהם. לטענת העותרים, החוק מפלה וסותר הן את המשפט הבינלאומי והן את המשפט הישראלי, האוסרים על אפליית אדם בגלל שונותו מהקבוצות הדומיננטיות בחברה. על אף שלשון החוק אוסרת אפליה של חברי קבוצות חברתיות שונות, הוא מתיר לדחות מועמדים על בסיס קריטריונים עמומים כמו "חוסר התאמה לחיי חברה בקהילה... ולמרקם החברתי-התרבותי של היישוב הקהילתי" ו"מאפיינים יחודיים של היישוב הקהילתי הקבועים בתקנות האגודה". הוועדות אף רשאיות לשלוח את המבקשים לגור ביישוב למבחנים במכוני מיון‫ ואפילו לגרפולוג, ולבקש פרטים רבים על חייהם.

הנשיא אשר גרוניס, המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים אליקים רובינשטיין, אסתר חיות וחנן מלצר תמכו בדחיית העתירות וקבעו כי אינן "בשלות" להכרעה. גרוניס, שכתב את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין כתב כי "טרם התברר כיצד החוק ייושם הלכה למעשה" ועל כן לא מדובר בהתחמקות מדיון בעתירה, אלא "שבית המשפט במשאביו המוגבלים לא יעסוק בבירורן של טענות היפותטיות ותיאורטיות".

השופטת בדימוס עדנה ארבל והשופטים סלים ג'ובראן ויורם דנציגר סברו שיש להורות על ביטול הסעיפים בחוק שמאפשרים לסרב לקבל מועמד ליישוב אם "המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה" ו"חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי- תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה". השופט דנציגר כתב כי מדובר ב"הסדר חקיקתי עמום, אשר פותח פתח רחב להכנסת שיקולים בלתי רלוונטיים ולהפליה בפועל". השופט ניל הנדל סבר שיש להורות על פסילת הסעיף הקובע את הרכב ועדת הקבלה, המעניק רוב לבני היישוב הקהילתי אליו מבקש המועמד להתקבל ובכך עלולה להיווצר "הפליה בלתי מודעת".

מארגון עדאלה נמסר בתגובה כי "בג"ץ אישר את אחד החוקים הגזעניים ביותר שניתנו בשנים האחרונות, אשר נחקק בכוונה מוצהרת של הרוב בכנסת להדיר בעיקר את האזרחים הערבים מיישובים קהילתיים".

עו"ד סוהאד בשארה ממרכז עדאלה, שהגישה את העתירה נגד החוק, אמרה כי "מדובר בנסיגה מהותית מפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין [קעדאן](http://www.haaretz.co.il/misc/1.911089), והוא המשך ההידרדרות בהגנות החוקתיות על מעמדם המשפטי של האזרחים הערבים בישראל. בעקבות החלטה זו מאות יישובים בישראל, 434 יישובים, יתנהלו באופן חוקי ובאישור בג"ץ על בסיס אפרטהייד בדיור", אמרה עו"ד בשארה".

בתקדים קעדאן משנת 2000, בג"ץ אסר על אפליתם של אימאן ועאדל קעדאן, בני זוג מבקה אל-גרבייה שביקשו להקים בית ביישוב הקהילתי קציר. בג"ץ אף קיבל את עתירתם של בני הזוג פאתנה ואחמד זבידאת נגד ועדת הקבלה של היישוב רקפת בספטמבר 2011, כמה חודשים לאחר אישור חוק ועדות הקבלה. בני הזוג עתרו לבג"ץ עוד ב-2007 בטענה לאפליה פסולה, ואחרי 6 שנות דיונים קיבלו השופטים את עתירתם.

סיפורה של [משפחת זבידאת נחשף לראשונה ב"הארץ"](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1472313) ובעקבותיו התפרסמו תקנונים חדשים שאושרו בישובים הקהילתיים במשגב לפיהם חברי הקהילה יתקבלו לפי התאמתם לערכי מדינת ישראל ומורשת ישראל.

=-=

**החוקה הפורמלית של ישראל – א'**

**1. מונחים, הבהרות מושגיות**

**דוגמא:** **חוק יסוד: הכנסת**

4. [שיטת הבחירות] **הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.**

9א. [הארכת תקופת כהונה (תיקון: תשנ"ב)] **(א) הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות; בחוק כאמור ייקבע מועד הבחירות.** [...]

44. [יציבות החוק] **על אף האמור בכל דין אחר, אין בכוחן של תקנות-שעת-חרום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים.**

45. [נוקשות סעיפים] **אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת.**

45א. [תחולת נוקשות (תיקון: תשנ"ב)] **הוראת סעיף 45 תחול גם לענין שינוי סעיף 9א(א).**

46. [מתי דרוש רוב מיוחד (תיקון: תשי"ט, תש"ן, תשנ"ב)] **הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי סעיפים 4, 9א, 34, 44 או 45 יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השניה בקריאה השלישית. לענין סעיף זה "שינוי" - בין מפורש ובין משתמע.**

**דוגמא נוספת: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

8. [פסקת ההגבלה] **אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.**

**מונחים והבהרות מושגיות**

**א. דמוקרטיה חוקתית ("חוּקתיוּת" constitutionalism)** **V. דמוקרטיה רובנית;**

חוקתיות היא תיאוריה מוסרית-פוליטית פרי הליברליזם, וציר מרכזי בה הוא עיגונה של הדמוקרטיה הליברלית – על ערכי היסוד שלה (זכויות אדם וזכויות מיעוט) – במבנה פורמאלי המכיל הגנה מפני עקרון הרוב. מבנה זה הוא בדמות "חוקה פורמאלית".

תיאוריה זו מכבדת כמובן את "עקרון הרוב" (שהוא נגזרת של "האוטונומיה האנושית" – היותנו בני-חורין השווים בערכם), אך היא מציבה לעיקרון זה מגבלות/סייגים מסוימים, בדיוק בשל נקודת המוצא של האוטונומיה האנושית (היותנו בני-חורין ושווים, באופן בסיסי).

הסייגים נוגעים להגנה על זכויות אדם ומיעוט, ולהגנה על מוסדות שונים וביניהם מוסדות בקרה, ועל כללי משחק מרכזיים.

מנגנון ההגנה המרכזי שהחוקתיות מאמצת הוא, כאמור, **החוקה הפורמאלית**.

זו מוציאה את ההסדרים החברתיים הנזכרים (זכויות אדם, כללי המשחק של השיטה הדמוקרטית) מתוך תחום השליטה/ההסדרה של מנגנון ההחלטות הרגיל של יוצרי החוקים ("עקרון הרוב"). היא עושה כן באמצעות כינון **"מדרג נורמטיבי"**: משמע, הגבלה אפקטיבית על כוח החקיקה של המחוקק (המייצג את כוח הרוב) ביחס לאותם הסדרים המעוגנים בדרגה נורמטיבית גבוהה יותר מהחקיקה. יתר על כן, ומכוח אותו רציונאל/ אותו היגיון, החוקה תכופות **מגוננת על עצמה מפני תיקונה/ שינויה**. נבהיר:

**"עליונות"**: לחוקה מעמד על-חוקי. היא עומדת מעל לחקיקה הרגילה בפירמידה. *זו ההגנה הבסיסית/ המהותית של חוקה מפני חוק המבקש לשנותה.*

**"נוקשות"** – המופיעה ברוב החוקות הקיימות – משמעה, כי לצורך שינוי החוקה נדרשת פרוצדורה מיוחדת, שונה/ מכבידה יותר, מזו הנהוגה כלפי חקיקה רגילה (למשל, חקיקה מתקבלת בשלוש קריאות וברוב, רוב רגיל; שינוי חוקה יחייב רוב מיוחד, מוגבר, ואולי פרוצדורה מיוחדת, ואולי הסכמה/שיתוף של מוסדות נוספים).

בעשותה את כל אלה, חוקה עושה פעולה נוספת: היא מוסיפה כוח לגורם הבקרה המפקח על שמירת הסייגים הנזכרים – **הרשות השופטת**.

**ב. נוקשות/שריון כסוג של "כבילה עצמית"**:

הרשות המכוננת מבקשת לכבול את ידיה שלה עצמה מפני שינויים מסוימים בעתיד. בהקשר החוקתי מדובר על המשוכות שחוקה עשויה להציב בפני שינויה/ תיקונה שלה; זאת בדרך כלל בדרך של **דרישות צורניות ביחס להליך קבלת הנורמה המתקנת** – למשל, דרישת רוב מיוחד, פרוצדורה מיוחדת, או אישור גוף מיוחד 'חיצוני' (אישור במשאל עם, למשל).

ארה"ב: ההליך לתיקון החוקה האמריקאית (על פי סעיף 5 לחוקה) מחייב רוב של שני שלילים בשני בתי הקונגרס הפדרליים, ואישור של התיקון בפרלמנטים המדינתיים של שלושה רבעים לפחות ממדינות האיחוד;

גרמניה ואוסטריה – תיקון החוקה ברוב של שני שלישים בשני בתי הפרלמנט;

**ישראל**: דרגה אחרת לגמרי של כבילה עצמית, **ורק ביחס לחלקים קטנים בחוקי היסוד**; למשל, סע' 7 לחוק יסוד: חופש העיסוק

אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.

**ג. "שריון פורמאלי" כלפי מטה**:

בשל "עליונות" החוקה על חקיקה ויתר הנורמות בדרגות הנמוכות יותר של הפירמידה הנורמטיבית, הרי שחקיקה אינה יכולה "לשנות" את הוראות החוקה.

יתר על כן, לעיתים קובעת החוקה דרישות-קדם צורניות ביחס ליכולתה של *רשות נמוכה ממנה* "לסטות" מנורמות שאותן קבעה. דרישות-קדם צורניות אלה הן סוג של שריון פורמאלי. הן נוגעות לאופן קבלת הנורמה המבקשת לסטות מזו הגבוהה ממנה: כלומר להליך קבלתה, היקף הרוב התומך בה, משך תוקפה וכדומה. **"פסקת ההתגברות"** בחוק יסוד: חופש העיסוק (סע' 8 (א)) היא דוגמא מובהקת לכך במשפטנו.

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 [של חוק היסוד], אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

**ד. "שריון מהותי"**: **"פסקות ההגבלה"** למיניהן.

לעיתים קובעת החוקה דרישות-קדם "תוֹכניות"/ מהותיות ביחס ליכולתה של *רשות נמוכה ממנה* לסטות מנורמות שאותן קבעה.

הדוגמאות הבולטות ביותר במערכת המשפט שלנו מופיעות בחוקי היסוד על זכויות האדם – סע' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סע' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, אך אין הן יחידות; ר' למשל בתוך סע' 9א(א) לחוק יסוד: הכנסת, שצוטט לעיל.

במילים אחרות, זהו מצב בו חוק יסוד קובע כי חוק רשאי לסטות מהוראותיו אך זאת רק בהתקיים **תנאי מהות** מסוימים. משמע, מופיעה קביעה מפורשת המגבילה את **תוכנם** של החוקים:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**ה. ביקורת שיפוטית חוקתית** [= **ביקורת שיפוטית 'טקסטואלית'**]

זו הביקורת השיפוטית החוקתית המוכרת. ביקורת על תוקפן של הוראות חוק מכוח הוראותיה של החוקה (הפורמאלית). שהרי להוראות החוקה יש עליונות.

**ו. ביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית/ ביקורת שיפוטית חוקתית מכוח ערכי היסוד**:

ביקורת שיפוטית חוקתית עשויה – **במקרים חריגים מאד** – להישען על טיעונים מטא-טקסטואליים, היינו, הטיעונים לפיהם ההתערבות השיפוטית בהכרעות תחיקתיות מסוימות נדרשת **ללא כל תלות בטקסט חוקתי שיסמיך את בית המשפט לעשות כן**. זו טענה לסמכות **אינהרנטית** לתיקון כשלים המובנים בשיטת הממשל הדמוקרטית. כאלו הפוגעים ברעיון הדמוקרטי עצמו, ושההליך הדמוקרטי הרגיל אינו יכול (בשל אופי הכשל) לתקנם. במילים אחרות: זהו קו טיעון הנשען על קיומן של נורמות הגבוהות מהטקסט (גבוהות מהחקיקה, ובמקרים נדירים אף גבוהות מהחוקה הנוכחת במדינה). נורמות-על אלו הן ערכי היסוד, ערכי הבסיס, של המדינה. זהו קו הטיעון עליו מצביע השופט זוסמן ב**ירדור**, בעקבות בית המשפט העליון הגרמני:

"אין לשלול פסלותה של הוראה בחוקה על שום כך בלבד שההוראה עצמה היא חלק מן החוקה. **ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין על חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו**; הוראות חוקה אחרות, שאינן בעלות דרגה כזאת והן עומדות בסתירה לכללים אלה, יכולות להיפסל".

זו גם עמדתו של השופט חשין בעמדת היחיד שלו בפס"ד **בענין חוק טל** ובעמדת המיעוט שלו בפסה"ד המרכזי שניתן לפני כמעט שני עשורים, **בנק המזרחי**:

כנסת פלונית מחוקקת חוק יסוד וקובעת בו כי תקופת כהונתה שלה-עצמה תורחב בארבע שנים נוספות אל-מעבר לארבע השנים שנקבעו בסעיף 8 לחוק יסוד: הכנסת… חוק זה, לדעתי, יהיה בלתי חוקי בעליל – מבחינה משפטית – ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי הכנסת (אשר יאמרו להאריך את כהונתם שלהם)… העם לא נתן יפוי-כוח בידי הכנסת להאריך את תקופת כהונתה שלה עצמה…

=-=

2. חוקה (פורמלית) וביקורת שיפוטית חוקתית, ובלשון קיצור "חוּקתיוּת":

טעמים בעד ונגד[[2]](#footnote-3)

**א. טעמים *כלליים* בעד ונגד חוקה וביקורת שיפוטית חוקתית – המישור העקרוני;** [העמודים שלהלן מוקדשים בעיקר לטעמים הללו];

**ב. טעמים בעד ונגד (המתחדדים או מתקהים) בשל ההקשר הקונקרטי של ישראל, נסיבותיה הפרטיקולאריות (=אלו הנוגעות לה, מיוחדות לה);**

**ג. בעיותיה המיוחדות של החוקה שהתגבשה בישראל בחוקי היסוד, זאת לאור האופן שבו התקבלו חוקי היסוד, האופן שבו הובנה משמעותם, וכן לאור תכניהם ומידת שיריונם.**

=-=

**שני קשיים מרכזיים במישור הכללי-עקרוני לקיומן של חוקה וביקורת שיפוטית חוקתית**

1. **"הטיעון הרובני (המג'וריטרי)":** הכלים של חוקה ושל ביקורת שיפוטית חוקתית הם בעייתיים שכן הם גוברים על רצונו של הרוב.

אם בסיס ההצדקה של הדמוקרטיה הוא הסכמת הנשלטים, כיצד זה מתיישב עם חסימתם של רוב הנשלטים מלהכריע הכרעות מסוימות? מדוע מעניקים למיעוט אפשרות למנוע קבלת החלטות מסוימות המועדפות על-ידי הרוב? האם אין כאן פגיעה בשוויון בין בני האדם? יתר על כן, מדוע מעבירים כוח כה רב למוסד (בתי המשפט) שאינו נבחר בפרוצדורה דמוקרטית רגילה, ואינו משתנה על פי פרוצדורה כזו (מוסד אנטי-רובני)?

2. **הכשל הבין-זמני/ הבין-דורי**

דוגמא המופיעה במאמר של פרופ' דותן:

חוקה שהתקבלה במאה ה-19, ולפיה רק גברים זכאים להיבחר למשרות ציבוריות. נניח כי החוקה כוללת סעיף המשריין את קביעות החוקה במובן זה שכדי לשנותן נדרש רוב של שני שלישים לפחות מקולות המצביעים במשאל-עם. נערך בהווה משאל-עם שכזה. תומכים 65% מהאזרחים בשינוי סעיף החוקה, ובהשוואת זכות ההיבחרות למשרות ציבוריות של גברים ונשים. במערך נתונים עובדתי כזה עדיין תמנע החוקה את הרפורמה בנושא זה. כלומר: מיעוט שוביניסטי קטן-יחסית של קצת יותר משליש מהמצביעים יכול למנוע רפורמה בנושא קריטי במהותו ובחשיבותו; וזאת הגם שהרוב המכריע של הציבור כיום תומך בקיום רפורמה כזו.

משמע, חוקה היא מכשיר המאפשר לרוב (כלשהו, בהתאם לקביעות מכונני החוקה) בנקודת זמן מסוימת (בדוגמא: אי שם במאה ה-19) להגביל את יכולת ההכרעה הפוליטית של רוב האזרחים בנקודת-זמן מאוחרת יותר. אך הנה, כמו בדוגמא לעיתים אין זה ראוי. **מתי ראוי?** ראוי לגונן על "כללי המשחק" ועל "ערכי היסוד". אך מהותם זו של הכללים המוגנים היא תנאי הכרחי, להבדיל מתנאי מספיק. שהרי אין זה ראוי לגונן הגנה מיוחדת על כלל משחק לא הוגן או בלתי ראוי או על ערך היסוד פסול.

[יש קשיים נוספים המופיעים בהקשרה הקונקרטי של ישראל ושל המסגרת החוקתית שנוצרה בה. נדון בכך בהמשך].

**יתרונות עיקריים של החוקתיות – טיעונים במישור הכללי-עקרוני**

1**. בעיית הנציג**. דמוקרטיות מודרניות מתנהלות (בעיקרן או באופן מלא) כדמוקרטיות שאינן ישירות – דמוקרטיות המתנהלות על-פי נציגים: אנחנו, אזרחי החברה, שולטים בגורלנו דרך בחירת שליטינו, שהם נציגינו. כדי להבטיח שהשלטון העצמי שלנו לא יהיה פיקטיבי; וכדי שנוכל להפעיל את זכותנו לשנות עמדות/הכרעות קודמות שלנו לאור מסקנות העולות מניסיוננו; וכדי להבטיח שהנציגים יפעלו כנאמנינו שלנו, ולא של עצמם – חייבות להישמר בקפדנות הפרוצדורות הדמוקרטיות. למשל, בחירות תקופתיות. פרוצדורות אלו הן תנאי הכרחי לדמוקרטיה, והן זקוקות להגנה מיוחדת. הגנה זו מתגבשת היטב בחוקה, והיא צפויה להישמר טוב יותר עם על משמר החוקה יעמוד מוסד שאינו מורכב מהנציגים המבוּקרים עצמם או ממי שעלולים לתפוס את עצמם כנציגיהם של אותם נציגי/נבחרי ציבור.

ראו את הדוגמאות הבאות – שבהן מתעורר קושי של ניגוד אינטרסים מובְנה של נציגינו בשלטון. השופט חשין ב**בנק המזרחי** כינה זאת *מצבים שבהן הכנסת "מחוקקת לעצמה".* קיומן של חוקה ושל ביקורת שיפוטית חוקתית מהווה משוכה בפני התגבשות בעיות שכאלו:

^ הכנסת הנוכחית מחוקקת בחוק את הארכת תקופת כהונתה – כך שתכהן למשל שבע שנים במקום ארבע;

^ הכנסת מחוקקת חוק המגדיל את מימון הבחירות לכנסת (ו/או את הקצאת זמן שידור תעמולת הבחירות) באופן המגדיל משמעותית את הפער הקיים במימון בין סיעות המכהנות בכנסת לבין סיעות המתמודדות על כניסה לכנסת.

2. **הכשל הרובני ("הטיעון האנטי-רובני").** הטיעון הבא נובע מהתפיסה, כי הפרוצדורות הדמוקרטיות הן אמנם תנאי הכרחי לדמוקרטיה אך לא תנאי מספיק. כבר בדוגמא השניה שלעיל (הגדלת פערי מימון המפלגות) רואים כי לא די בפרוצדורה מסוג של בחירות תקופתיות – אלא נדרשת תוספת של דרישה מהותית לשוויון: שוויון ההזדמנויות בהתמודדות על היבחרות לשלטון. מכל מקום בפרוצדורות אין ערובה מספקת לכך שכשלים ועיוותים בשיטת הממשל יתוקנו/ יוקהו במידה מספקת.

הטיעון שהוא קרוב לוודאי החשוב מכל הטיעונים לתמיכה בחוקתיות הוא, כי הבעייתיות המתעוררת על ידי החוקה והביקורת השיפוטית, זו שהוזכרה לעיל תחת הכותרת "הטיעון הרובני", התוהה על הסטייה מעקרון הרוב, היא בעייתיות הכרחית בחשבון אחרון. זאת משום שהחוקה מהווה דרך התמודדות מרכזית והכרחית עם הבעיה הטמונה בהישענות-יתר על עקרון הרוב. במילים אחרות, חוקה מגיבה ל**חשש מפני "עושק המיעוט"/ "דיקטטורה של הרוב".**

[חשש זה מתעצם מאד במדינות שסועות דוגמת ישראל: מדינות בהן "מיעוטים כרוניים/ מיעוטים קבועים" המצויים במתח ממשי עם קהילת הרוב.]

טיעון זה נגזר מלב התיאוריה הדמוקרטית-הליברלית.

זו בנויה על יסוד/ יסודות שמכילים מתח מובנה. מדובר ב"אוטונומיה האנושית" – כבוד האדם במובנו הרחב. זוהי **חירותו** הבסיסית של **כל** אדם לפעול למימושו העצמי (החירות הבסיסית שנתונה לנו כבני אדם והשוויון הבסיסי בינינו ביחס לאחיזתנו בחירות הזו). משני ערכי היסוד הללו – **חירות ושוויון** – נגזרים זכויות האדם, והם מובילים למסקנה ולהבחנה חשובה בבסיסה:

**ההכרעות הרגילות תתקבלנה על פי רוב, אחרת ייפגע העיקרון של השוויון בין "קולי לקולך" – "קול אחד לכל אחד". מאידך, יכולתו של הרוב אינה בלתי מוגבלת. אין לו סמכות לקבל הכרעות המפרות את זכויות האדם של המיעוט, כלומר הכרעות העומדות בסתירה לערכי-היסוד שהשיטה מבוססת עליהם (חירותו הבסיסית ושוויונו הבסיסי של כל אדם) – כלומר העקרונות שמהם נגזר כוחו של עקרון הרוב מלכתחילה.**

פרופ' דותן: האם כספי המיסים ישרתו פעולה א' או פעולה ב' (הקמת כביש בציר א' במקום בציר ב'; החלטה להעדיף שמורת טבע על פני כביש חדש; העדפת כביש על פני רכבת; בחירה במס בשיעור X על פני שיעור Y הסמוך לו, וכדומה) –> בדרך כלל הכרעת רוב; לעומת זאת, הרעיון הדמוקרטי איננו מחייב, ואף שולל, אפשרות שרוב (ולוּ גם מכריע) של בני החברה יוכל להחליט כי מיעוט יהפוך לעבדי הרוב, או המיעוט יהפוך להיות נטול זכות הצבעה, או שרכושו של המיעוט יישלל ממנו ויחולק בין חברי קבוצת הרוב, וכדומה. מהלכים כאלו הם סתירה לרעיון הדמוקרטי עצמו.

זו אם כן **הבחנה בין שני סוגים של הכרעות בשיטה דמוקרטית: הכרעות רגילות ("הכרעות תלויות-העדפות" -> עקרון הכרעת הרוב), והכרעות מיוחדות (אלו הנוגעות לפגיעה ממשית בזכויות האדם)**. הבחנה זו מחייבת **קו-תיחום** בין שני סוגי ההכרעות; וחשוב מכך, היא מחייבת הכרעה לגבי **מיהות המוסד** שיהיה מוסמך לקבוע את קו התיחום.

הטיעון האנטי-רובי גורס, כי **המוסד שיקבל את ההכרעות בדבר גבולות כוחו של הרוב בדמוקרטיה אינו יכול להיות מוסד המייצג באופן ישיר את אותו רוב.** זה צריך להיות מוסד שתהיה לו עצמאות, חלקית לפחות, לגבי ההשפעה הישירה של הרוב, שכנגדו נטענת הטענה של הפרת חירויות המיעוט. אחרת אין ערובה ממשית כי מוסד כזה יוכל להעניק הגנה של ממש למיעוט. בתי המשפט הם מוסד מתאים לשאת בתפקיד 'מאזן הרובניות' הזה, שכן הם אינם תלויים באופן ישיר ומיידי באישור או בתמיכה של רוב הציבור להכרעותיהם. שופטים מתמנים "לכל החיים", ואם הם נבחרים בפרוצדורה שהיא בעיקרה איננה פוליטית-מפלגתית, כי אז גם אין על השופטים לחצים של 'פדיון-חוב'.

3. כשל נוסף שמופיע תכופות הוא מכיוון אחר – כיוון מנוגד. הוא אינו נוגע למיעוט 'כרוני' שהחוקה והביקורת השיפוטית נועדו לאזן את חולשתו, אלא עוסק ב**עודף הכוח של קבוצות מיעוט מסוימות**. במילים אחרות, התערבות בדרך של חוקה וביקורת שיפוטית חוקתית נחוצה לא רק כנגד רודנות של הרוב הנכפית על המיעוט, אלא גם בשל סכנה הפוכה; מיעוט המנצל את כוחו העודף, כדי ליצור הלכה למעשה רודנות כלפי הרוב. כיצד נוצרות בעיות מסוג זה? =קבוצות שונות שאינן יכולת לממש הלכה למעשה את הפוטנציאל הפוליטי הטמון בגודל המספרי של חבריהן, והן נאלצות לקבל וטו או הכתבת מיעוט שאיננה מוצדקת. כמה סיבות אפשריות:

**א. תיאורית הבחירה הציבורית** (public choice): קיומן של קבוצות לחץ חברתיות ("קבוצות אינטרסים") מאורגנות מוביל לכך שהנציגים מקבלים לעיתים הכרעות מהותיות שהן מנוגדות לרצון בוחריהם. לאותן קבוצות ובעלי האמצעים יש בעצם יותר מ"קול אחד לכל אחד". מנגד, חברי קבוצות רוב הם לעיתים במצב סוציו-אקונומי חלש, או במצב נסיבתי אחר שמקשה עליהם, הלכה למעשה, להתארגן כדי להגן על האינטרסים היסודיים שלהם. חוקה וביקורת שיפוטית חוקתית, היא על כן פתח להתערבות כדי שהליך החקיקה יהיה שוויוני יותר במישור הייצוג. [ראו בהמשך הדרך את דבריו של רולס אליהם מפנה השו' ברק ב**בנק המזרחי**].

דוגמא של פרופ' דותן 'לייצוג יתר' – השתלשלות העניינים שהוליכה לחקיקת חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996. חברת החשמל היא גוף הומוגני ומאורגן היטב, המסוגל לנצל את הכספים שנצברו בקופתו בעקבות המונופול שנהנה ממנו במשך שנים ארוכות כדי לנהל מסע מאורגן של יחסי-ציבור והפעלת שדולה נמרצת על חברי הכנסת. לעומת זאת, קבוצת הצרכנים היא קבוצה גדולה יותר במישור המספרי, אך עוצמת האינטרס של כל חבר בקבוצה בשאלה זו היא נמוכה, והוצאות ההתארגנות והפעלה של שדולה פוליטית נגדית הן גבוהות יחסית. התוצאות של מאבק פוליטי בין שתי קבוצות אלו כמעט צפויות מראש. ואכן בשלהי ימיה של הכנסת השלוש-עשרה נחקק חוק החשמל החדש: הארכת המונופול של חברת החשמל בעשר שנים נוספות והענקה של שורה של הטבות מפליגות. חקיקת החוק נעשתה אגב הפעלת לחץ רצוף על נציגי עובדי החברה על חברי הכנסת, תוך ניצול אופטימלי של התזמון של תקופת הבחירות המקדימות במפלגות (הפריימריז) ולאחר שאלפים מעובדי החברה דאגו להתפקד לשורותיה של מפלגת העבודה. כל זאת, על אף שההסדר שעוגן בחוק החדש עמד בניגוד להמלצות של ועדות מקצועיות שבחנו את הנושא ונמתחה עליו ביקורת נמרצת בעיתונות.

מה היא אם כן חשיבותן של החוקה והביקורת השיפוטית: החוק שגובש עשוי לעורר בעיה חוקתית שתצטרך להיות מוכרעת בבית המשפט משום שלכאורה החוק פוגע בחופש העיסוק של גורמים אחרים בענף החשמל במשק ->פסקת ההגבלה.

**ב. "דילמת אסיר"** – תורת המשחקים – סימולציות של הכרעות חברתיות בתנאים של אי-ודאות.

המשל: שני אסירים חשודים בביצוע פשע חמור, אולם אין די ראיות כדי להעמידם לדין פלילי על אותה עבירה, אלא רק על עבירה קלה יותר. אם שניהם יודו בבצוע העבירה הקלה הם יקבלו עונש קל. אם אחד יהיה מוכן להיות עד-מדינה כנגד השני, הוא כלל לא ייכנס לכלא, ואילו השני יכנס לתקופה ארוכה. מבחינת טובת שני האסירים, עדיף לשניהם להודות בעבירה הקלה ולא להודות בעבירה החמורה. אולם אם כל צד יחשוב רק על האינטרס הרגעי שלו, הוא יהיה מוכן להיות עד-מדינה, להשתחרר בכלל מהכלא ולהביא לכך שהשני ישב תקופה ארוכה מאוד.

הנמשל: דילמה זו אנלוגית במידה מסוימת לקושי של המפלגות הגדולות בדמוקרטיה ייצוגית לממש את האינטרסים שלהן.

נמשל אפשרי – אך אל תקבלו אותו כמוסכם או כנכון עד שתחשבו עליו: בישראל ישנו רוב לאוכלוסייה היהודית הלא-דתית, אולם מכיוון שכל אחת מהמפלגות הגדולות חוששות שהשניה תשיג את תמיכת הדתיים, הן מוכנות לוותר על ערכים המשותפים לשתי המפלגות בתחום דת ומדינה ובתחום השוויון. בהיותן שבויות במעין "דילמת אסיר", המיעוט מצליח במידה לא מועטה לכפות הכרעות הנוגדות את אותם ערכים משותפים.

חוקה עשויה להוות איזון כנגד כשל דמוקרטי זה (בהנחה, כאמור, שהוא אכן כשל). הבה נבחן את ההשתלשלות בנושא גיוס בני ישיבות בעקבות פסק דין **רובינשטיין נ' שר הביטחון.** בעניין גיוס בחורי ישיבות. הרוב (נניח) מעוניין בגיוס בחורי ישיבות. אולם המערכת הפוליטית איננה מסוגלת לממש רוב זה בשל דילמת האסיר. בית המשפט יכול לפעול בשני מישורים. האחד: לחייב את הכנסת לקבל את ההכרעה המהותית שהיא מעוניינת לקבל, אך איננה מסוגלת בשל אותה דילמה. והשני, לקבל הוא עצמו את ההכרעה המהותית שהרוב רוצה, וזאת במקום שהכנסת תקבל זאת. בית המשפט העדיף בשלב הראשון את אופציית הפעולה הראשונה; הוא לא קיבל את ההסדר שנקבע על ידי שר הביטחון, וחִייב כי הסדרת הסוגיה של פטור על בסיס קבוצתי משירות צבאי תוסדר על ידי המחוקק. הכנסת קיבלה הכרעה שהגיעה אחר כך לבית המשפט לצורך הכרעה מהותית. האם יהיו לו לביהמ"ש כלי התמודדות עם ההכרעה המהותית של המחוקק? שאלה זו תלויה בשתיים: האם קיימת חוקה ובה מעוגנת הזכות לשוויון, והאם נתונה לביהמ"ש סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית? [ר' **פס"ד בענין חוק טל**, אותו נלמד בהמשך].

4. **"ההתחייבות המוקדמת"** pre-commitment

טיעון זה נקרא לעיתים טיעון "שירת הסירנות".

באליאדה (מסעות אודיסאוס במיתולוגיה היוונית) מופיע משל על הפיתוי הגדול שעלול להוביל לאובדן, ועל היכולת להתמודד עמו. הספינה עוברת ליד אי הסירנות (בנות-הים) שכן הם חייבים לעבור דרך מיצר הים החיוני שעובר לצדו. אם יימשכו הספנים אל קולות שירתם הנפלאה של הסירנות, הספינה תיטרף בסלעי האי שכן הם יכוונו עצמם להגיע אליהן, אל הסירנות. מאידך, אם הם לא יקשיבו לקולות, הם לא ידעו לזהות את מיצר הים החיוני להם להימלטות מהתהום ולהמשך מסעם (כלומר הם ייקלעו לסכנה נוראה אחרת). אודיסאוס חושב על פתרון ומוצא אותו. הוא מותיר את אוזניו פקוחות אך מורה לספניו לאטום את אוזניהם שלהם בדונג; במקביל הוא מורה להם לקשור אותו אל התורן, זאת כדי למנוע ממנו לרדת אל הגה הספינה כשישמע את השירה המופלאה והכובשת. שילוב אוזניו הפקוחות עם קשירתו נועד לאפשר לו בו-זמנית לזהות את הכיוון הנכון אך להימנע מהפיתוי הקטלני.

מה הנמשל? טעם להגבלה העצמית (=טעם לחוקה): הרוֹב מבין, או צריך להבין, שיש סיטואציות שבהן הוא עלול להתפתות, בלהט הרגע, משיקולים קצרי-טווח, לעשות דברים שהם פסולים מוסרית, ולפחות בעייתיים מוסרית – ולכן הוא נוטל על עצמו מגבלות משמעותיות מוקדמות.

[אם נוצרת חוקה פורמאלית מהטעם האמור, כי אז לביקורת השיפוטית החוקתית יש צידוק הנובע מכך שהיא מגבילה את הרוב מכוח הכרעה מפורשת של הרוב להגביל את עצמו. זהו מצב בו יש פחות מתח בין עקרון הכרעת הרוב לבין זכויות האדם והמיעוט.]

5. טיעון נוסף – חשוב – נשען על **ניסיון, להבדיל מהישענות על תיאוריה** לבדה. הסתמכות על המשפט ההשוואתי, המגלה כי לכמעט כל המדינות הדמוקרטיות בעולם יש חוקה, ושלחלק חשוב מהן יש גם מערכת של ביקורת שיפוטית חוקתית.

6. לבסוף, חוקה וביקורת שיפוטית אינן יוצרות "מלך-פילוסוף"/ "דיקטטור נאור" בדמות בית המשפט, זאת הן בשל האתוס של בית המשפט כמי שרגיש וקשוב לעקרון הרוב, והן משום שהחלטות הרשות השופטת, גם בעת שהיא מפעילה את הביקורת השיפוטית החוקתית שלה, **הן הכרעות הפיכות.** ציבור האזרחים יכול לגייס רוב מיוחד – כפי נוקשות החוקה – כדי לקבל החלטה תקפה חדשה.

=-=

**קריאה לפגישה הבאה:** אנו עוברים לנושא החוקה הפורמאלית של ישראל.

אנא קראו את הדפים לעיל שנוגעים לכך.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 7***

**החוקה המהותית של ישראל, סיום הדיון המבואי בה**

תורת הפרשנות שאומצה במשפט הישראלי:

"הפרשנות התכליתית" והזיקה בינה לבין החוקה המהותית – רעיון "המטרייה הנורמטיבית"

הפסיקה שפגשנו ומלאכת הפרשנות:

פס"ד **הוועד הציבורי נגד עינויים**

סמכות/ העדר סמכות לחוקרי השב"כ ביחס לחקירה של חשודים וביחס לשימוש "באמצעי חקירה מיוחדים"

סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה –

"הסמכות השיורית" – הסמכות: "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"

סע' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)

“An officer of police of or above the rank of inspector, or any other officer or class of officers generally or specially authorised in writing by the Chief Secretary to the Government, to hold enquiries into the commission of offences, may examine orally any person supposed to be acquainted with the facts and circumstances of any offence in respect whereof such officer of police or other authorised officer as aforesaid is enquiring, and may reduce into writing any statement by a person so examined.”

סעיף 34 יא' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – הגנת "הצורך":

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

-> [בהמשך אליו, לאחר שנים לא מעטות:] **חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006**

=-=

פס"ד **פלוני** – בחינת תוקפו של סע' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) שהוזכר זה עתה

**-> [תחיקת המשך מתקנת:]** חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א*–*2010

=-=

פס"ד **בז'רנו**

הגבלת עיסוקם של 'המאעכרים' במשרד הרישוי

=-=

פס"ד **קול העם**

סמכות שר הפנים לסגירה זמנית של עיתון מכוח סמכות הניתנת בפקודת העתונות, 1933

19 [התראה והפסקת פרסומם של עתונים]

(2) בין שמסר לבעל העתון או למו"ל של העתון התראה עפ"י סעיף-קטן (1) לסעיף זה ובין שלא מסר לו התראה כזאת, רשאי שר הפנים עפ"י צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העתון לאותה תקופה שימצא לנכון, ויפרט באותו צו את תקופת אותה הפסקה:

(א) אם מתפרסם בעתון דבר העלול, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור;

(ב) אם מפרסם עתון ידיעות-שקר או שמועות-שקר שיש בהן, לדעת שר הפנים, כדי לעורר בהלה או יאוש.

=-=

פס"ד **פרץ נ' כפר שמריהו**

הפלייה של זרם דתי על ידי רשות מקומית בכל הנוגע להשכרת אולם של הרשות

=-=

פס"ד **ירדור**

סע' 23 לחוק הבחירות לכנסת, תשי"ט-1959: "רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה או שתוקנה לפי הסעיף הקודם, תאשר אותה הוועדה המרכזית ותודיע על כך...לבא-כוח הרשימה ולממלא מקומו."

הנשיא אגרנט – סע' 1 לחוק יסוד: הכנסת: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה".

=-=

פס"ד **מוסא**

פרשנותו של חוק האזרחות ושאלת מעמדו המשפטי של אדם – העותר מוסא – האם הוא אזרח או שמא לא, והוא צריך לעזוב את כפרו ואת המדינה?

חוק האזרחות, תשי"ב-1952:

3. (א) מי שערב הקמת המדינה היה נתין ארצישראלי, ולא היה לאזרח ישראלי לפי סעיף 2, יהיה לאזרח ישראלי מיום הקמת המדינה אם נתקיימו בו תנאים אלה:

אזרחות מכוח

ישיבה בישראל

(1) ביום ד' באדר תשי"ב (1 במרס 1952) היה רשום כתושב לפי פקודת מרשם תושבים, תש"ט-1949;

(2) ביום תחילת תקפו של חוק זה היה תושב ישראל;

(3) מיום הקמת המדינה עד יום תחילת תקפו של חוק זה היה בישראל או בשטח שהיה לשטח ישראל אחרי הקמת המדינה, או שבתקופה זו נכנס לישראל כדין.

(ב) מי שנולד אחרי הקמת המדינה, וביום תחילת תקפו של חוק זה היה תושב ישראל, ואביו או אמו היו לאזרחים ישראליים לפי סעיף קטן (א), יהיה לאזרח ישראלי מיום לידתו.

=-=

פס"ד **חכם נ' קופת חולים מכבי**

1. המערער מס' 1 סובל מפיגור שכלי מלידה, הנובע ממחלה אורגנית או מפגם אורגני. הוא אינו מסוגל לתקשר ולתפקד. בתובענה שהגיש נטען מטעמו כי מצב דברים זה נגרם בשל רשלנות המשיבים [קופת החולים]. אלה מתגוננים בטענת התיישנות. אין מחלוקת כי תקופת ההתיישנות הרגילה (של שבע שנים מאז מלאו לו שמונה-עשרה שנה: סעיפים 5 ו-10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958) חלפה.

האם עומדת לזכותו טענה טובה להפסקת מירוץ ההתיישנות - זו השאלה הניצבת בפנינו?

2. ההוראה העיקרית לעניין זה מצויה בסעיף 11 לחוק ההתיישנות, הקובעת:

"בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו היה התובע חולה-נפש ולא היה עליו אפוטרופוס; היה עליו אפוטרופוס, לא יבוא במנין הזמן שבו טרם נודעו לאפוטרופוס העובדות המהוות את עילת התובענה".

האם חלה הוראה זו בענייננו? התשובה לשאלה זו היא פרשנית. עלינו לפרש את הדיבור "חולה נפש" בהקשרו של חוק ההתיישנות. עלינו לקבוע אם הדיבור "חולה נפש" משתרע על המקרה שלפנינו. [...] [הפנייה לחוק יסודות המשפט לצורך השלמת חסר].

# "השלמת חסר": חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980

[מקורות משפט משלימים]

**1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.**

=-=

פס"ד **קעדאן**

נקודת המוצא היא **חוק-יסוד: מקרקעי ישראל**.

חוק יסוד זה קובע כי:

"מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת" (סעיף 1).

עניננו הוא במקרקעי ישראל שהם המקרקעין של המדינה, ובחינתנו מוגבלת למקרקעין אלה בלבד.

מקרקעי ישראל מנוהלים על ידי מינהל מקרקעי ישראל (חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך1960-).

המדיניות הקרקעית של המינהל נקבעת על-ידי מועצת מקרקעי ישראל (סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל).

חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך1960-, אינו מגדיר מהם היעדים והתכליות המיוחדות הניצבים בפני המינהל. כל שנאמר, לעניין זה בחוק הוא, כי:

"הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל") שינהל את מקרקעי ישראל"

-> [בהמשך ל**קעדאן**, לאחר שנים לא מעטות:] **חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011**

[דחיית העתירות בעילת סף של חוסר בשלות - דעת רוב צרה של]

=-=

**קריאה לפגישה הבאה:** אנו עוברים לנושא החוקה הפורמאלית של ישראל.

אנא קראו את הדפים של פגישה 6 המטפלים בחוקה הפורמאלית: הם מציגים מושגי יסוד, וגם משמיעים טעמים בעד ונגד חוקה פורמאלית. נחזור אליהם בפגישה הקרובה אך אנא חשבו עליהם בעצמכם. אנא הגיעו איתם לפגישה הבאה.

קראו גם את סעיפים 82-74 לפס"ד של הנשיא ברק **בבנק המזרחי**, שם הוא עוסק בטעמים התומכים בביקורת שיפוטית חוקתית, ועל המשפט השוואתי שהוא משמיע בהקשר זה.

קראו גם את מאמרו של ד"ר יובל שטייניץ (שר האוצר דהיום ומרצה לפילוסופיה באוניברסיטת חיפה בעבר). הוא מציג טיעונים כנגד "החוקתיות". שטייניץ מסכם את מאמרו במשפט הבא: "היזהרו 'בדמוקרטיה הליברלית' כי ממנה תצא דיקטטורה". האם טיעוניו משכנעים? מי מהם? היש טיעוני-נגד שעליהם אתם חושבים? היש טיעונים כנגד טיעוני הנגד?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 8***

סיום נושא "החוקה המהותית"

פס"ד **קעדאן**

**[מתוך דפי פגישה 6]**

**מייד בסמוך לפסק הדין:**

לאגודה לזכויות האזרח 'התגלגל' מסמך פנימי של הסוכנות היהודית שנערך זמן קצר לאחר מתן פסק הדין. מופיע בו סיכום, שהועלה על הכתב, ובו מותוות דרך לעקוף ולעקר מתוכן את פסיקת בית המשפט. המסמך מיום 29.6.2000 (דהיינו שלושה וחצי חודשים לאחר מתן פסה"ד) כולל מסקנות של צוות של הסוכנות, שדן בהשלכותיו של פסק הדין. המסמך נכתב על ידי דן בריר, חבר הצוות, וזה עיקרו:

"מסקנות:

* 1. פסק דין קציר כמעט ולא מותיר "חורים" שמאפשרים מיון תושבים ללא אפליה.
  2. האפשרות של מיון באמצעות "אגודה" מצטיירת כבעייתית.
  3. הגדרות של קריטריונים למיון מתיישבים בתנאים הנ"ל נראות מאוד בעייתיות.
  4. מהלכי מיון עפ"י קריטריונים שיקבעו על ידנו (ישוב לאומנים, ישוב לעולים, ישוב ל"ירוקים" וכו') עשויים להתפרש כהתחכמות שבאה לעקוף את בג"צ.
  5. מהלכים פוליטיים לשינוי החוק עשויים שלא לעמוד במבחן "חוקי היסוד".
  6. לאור הנ"ל, **נראה שדרך הפעולה הנכונה היא: לא לעשות רעשים במערכת ולהמשיך לעשות את מה שעושים**".

(ההדגשה הוספה, המסמך צורף לעתירת-המשך בעניין קעדאן – בג"צ 8060/03).

=-=

**11 שנים לאחר פסק הדין:**

חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011

...

=-=

**14 שנים לאחר קעדאן: החלטת בית המשפט העליון בעתירות התיקון לפקודת האגודות השיתופיות.**

**ברוב דחוק: בג"ץ אישר לקיים ועדות קבלה ביישובים קהילתיים**

**שורה של ארגוני זכויות אדם עתרו נגד חוק ועדות הקבלה בטענה כי הוא מאפשר אפליה; 5 מתוך 9 שופטים דחו את העתירות בטענה כי אינן בשלות**

* **הארץ,** [**רויטל חובל**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.681421)**,** [**ג'קי חורי**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.641)
* 17.09.2014

בג"ץ דחה היום (רביעי) את העתירות נגד ["חוק ועדות הקבלה"](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1878964). בית הדין, שדן בהרכב מורחב של תשעה שופטים בעתירות שהגישו ב-2012 ארגוני זכויות אדם, דחה את העתירות ברוב של חמישה נגד ארבעה שופטים. ...

הנשיא אשר גרוניס, המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים אליקים רובינשטיין, אסתר חיות וחנן מלצר תמכו בדחיית העתירות וקבעו כי אינן "בשלות" להכרעה. גרוניס, שכתב את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין כתב כי "טרם התברר כיצד החוק ייושם הלכה למעשה" ועל כן לא מדובר בהתחמקות מדיון בעתירה, אלא "שבית המשפט במשאביו המוגבלים לא יעסוק בבירורן של טענות היפותטיות ותיאורטיות".

השופטת בדימוס עדנה ארבל והשופטים סלים ג'ובראן ויורם דנציגר סברו שיש להורות על ביטול הסעיפים בחוק שמאפשרים לסרב לקבל מועמד ליישוב אם "המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה" ו"חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי- תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה". השופט דנציגר כתב כי מדובר ב"הסדר חקיקתי עמום, אשר פותח פתח רחב להכנסת שיקולים בלתי רלוונטיים ולהפליה בפועל". השופט ניל הנדל סבר שיש להורות על פסילת הסעיף הקובע את הרכב ועדת הקבלה, המעניק רוב לבני היישוב הקהילתי אליו מבקש המועמד להתקבל ובכך עלולה להיווצר "הפליה בלתי מודעת".

=-=

חוקה (פורמאלית) וביקורת שיפוטית חוקתית,

ובלשון קיצור "חוּקתיוּת":

טעמים בעד ונגד

**מאפייניה של חוקה פורמלית**

**א. עליונות**

**ב. נוקשות** (רצף של אפשרויות: מידת הנוקשות מתגוונת בין מדינות שונות)

**ג. ביזור מסוים של הכוח השלטוני: הגדלת הכוח המסוּר לבתי המשפט כפרשניה ושומריה של החוקה** (הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית)

**הטיעונים בעד ונגד מפורטים בדפי פגישה 6:**

**טעמי הנגד לחוקה הפורמאלית**

**הטיעון הרובני-שוויוני: "קול אחד לכל אחד" והכרעת רוב**

**[+ הטענה חוקה מעניקה כוח-יתר למיעוט (כזה או אחר) ולגורם שלטוני לא-נבחר (הרשות השופטת)]**

**הכשל הבין-זמני/ בין-דורי**

**טעמי הבעד**

**"בעיית הנציג"**

**ההבחנה בין שני סוגים של הכרעות: "הכרעות שוטפות/ תלויות-העדפות" V "הכרעות מסוג מיוחד"; ושאלת טיבו של המוסד שאמור לפקח על קו-ההבחנה בין שני סוגי ההכרעות, וזה שאמור לפקח על המנגנונים המלווים את ההכרעות מהסוג המיוחד:**

**הגנה על המיעוט/ החשש מפני "דיקטטורה של הרוב"**

**התמודדות עם כשלים נוספים: כשלים המובילים לכוח מופרז למיעוט פוליטי רב-כוח/ לקבוצת-אינטרס**

**"ההתחייבות המוקדמת" ('שירת הסירנות') – 'הפיתוי' של מצבי החירום**

**הניסיון ההשוואתי של מדינות דמוקרטיות רבות**

**היוותרותו של "דיאלוג חוקתי" ממשי? – מי הוא בעל המילה האחרונה בחברה? – גבולות הכוח של בית המשפט**

=-=

**טיעונים נוספים בויכוח המוסרי/הערכי ביחס לליברליזם ולחוקתיות**

**יובל שטייניץ, "דמוקרטיה: האיום הליברלי" מחקרי משפט יז 91 (תשס"ב)**

**להלן טיעוניו העיקריים של ד"ר שטייניץ:**

המוטו: היזהרו ב"דמוקרטיה הליברלית" כי ממנה תצא דיקטטורה.

א. בקליפת אגוז: היה כאן מחטף. הליברליזם ניכס את "הדמוקרטיה" לעצמו. זאת שעה שדמוקרטיה היא מערכת קבלת הכרעות בלבד. מערכת כללי-משחק שהיא ניטראלית {עקרון הרוב, בחירות עתיות וכדומה}. והנה הליברליזם הופך את הדמוקרטיה למערכת ערכית מקיפה.

ב. על-ידי כינון של "חוּקתיות" – הליברליזם עלול להפוך לדיקטטורה, שכן יהיו בידיו הכלים לחסום את יריביו או לנטרל את כוח השפעתם – למשל, את יכולתם לחוקק חקיקה המגשימה את תפיסת עולמם ופוגעת תוך כדי כך במה שהם תופסים כזכויות היסוד.

ג. הליברליזם הוא אידיאולוגיה ככל אידיאולוגיה טוטלית אחרת. היא נכנסה ליותר ויותר תחומים, ונמצאת ביותר ויותר מצבי התנגשות עם אידיאולוגיות מתחרות. מה מקור הלגיטימיות להעדפת פסילת שניצל לוויתן על פני פסילת שניצל חזיר? מה מקור הלגיטימיות לאיסורים בתחום חיי המשפחה המוכרים בליברליזם (איסור גילוי עריות, למשל) בהשוואה לפסילת איסורי הנישואין הדתיים (כהן וגרושה)?

ד. במשתמע: בית המשפט העליון מהווה מעין "מועצת חכמים" חילונית ליברלית. מדוע שיוענקו לו כוחות לפסול חקיקה שהתקבלה על פי עמדת הרוב?

**ניסיון תשובה למאמרו של שטייניץ:**

[אינני כולל כאן, בשלב זה, טיעונים המיוחדים לישראל: העדרה של חוקתיות עמוקה, זאת בשל אי-נוקשותם של חוקי היסוד – כלומר הקלוּת שבה ניתן לשנותם במשפט הישראלי – נדבר בכך בהמשך דיונינו].

^ אמנם שטייניץ אינו בעד רלטיביזם מוסרי, ואולם הישענותו הבלעדית על הבנת הדמוקרטיה במונחים של עקרון הרוב ופרוצדורת הבחירות, מובילה לכאורה לתוצאות הדומות לאלו של הרלטיביזם המוסרי. מדוע? משום שנראה כי הוא מאמץ כמנגנון הכרעה *בלעדי* את "עקרון הרוב". והנה עקרון זה מוביל לכאורה לדומיננטיות של כל אידיאולוגיה המאומצת על ידי הרוב בציבור. כלומר לרלטיביזם מוסרי.

הסייגים שהוא מוכן להטיל על האידיאולוגיה שתיבחר הם צרים: שמירת ההפיכות, כלומר שמירת המשך הפרוצדורה הרובנית (בחירות וזכות הצבעה) גם בעתיד.

האם הסדרת העולם האנושי שלמדנו להכיר לא מצריכה הגנות מקיפות על חירויות רבות ועל הזכות לשוויון, ולא רק על זכות ההצבעה בבחירות?

[נקודה נוספת, סמוכה: לא ברור כיצד שטייניץ מתכנן לגונן על הפרוצדורות הדמוקרטיות/ הפרוצדורות הרובניות שלו עצמו. *איך הוא יעשה זאת ללא חוקה ולוּ "חוקה רזה"?* כנראה שלא יהיה לו מנוס מלהסכים לפחות לחוקה רזה, *אך הוא אינו מתייחס לכך/ אינו מודה בכך*. אם הוא יסכים לכך, כי אז "חזית המריבה" משתנה במידה לא זניחה. הויכוח יעבור עתה בין תומכי חוקה רזה לתומכיה של חוקה מקיפה, המכילה מגילה של זכויות יסוד, להבדיל מהסתפקות בזכות לבחור ולהיבחר ובחופש ביטוי ומחאה (ובזכות הקניין והזכות לחיים, שגם אותן שטייניץ מזכיר באחד מחלקי המאמר)].

^ טענות אחרות של שטייניץ: האם הליברליזם-הדמוקרטי הוא אידיאולוגיה? אם אידיאולוגיה היא השקפת-עולם ערכית, כי אז אכן כן.

אך מה בכך? הרי השאלה החשובה נוגעת לצדקת טענותיה של האידיאולוגיה הזו בהשוואה לאלו של אידיאולוגיות מתחרות. הליברליזם נשען על תפיסות (מוסריות ותיאורטיות) עמוקות.

הישענות מוכרת אחת, היא על "**צדק כהוגנות**", ובעיקר על תפיסתו של הפילוסוף ג'ון רולס. רולס מציע לנו לשרטט את עקרונות הצדק על יסוד תרגיל מחשבתי, שלפיו עקרונות אלו הם אותם כללים שהיינו מקבלים – כולנו – **מאחורי "מסך הבערות"** – מסך שמאחוריו אנחנו יודעים דברים עמוקים על העולם אך איננו יודעים את השתייכותנו הקונקרטית לקבוצה כזו או אחרת (גבר או אישה, הטרוסקסואל או הומוסקסואל, דתי או חילוני, יהודי או מוסלמי או נוצרי או בודהיסטי, ערבי או יהודי, עשיר או עני, וכדומה). במצב מעין זה אנו מעצבים כללים שאינם יכולים להיטיב עמנו קונקרטית אלא מטיבים באופן הנכון יותר האפשרי (הרחבה בהמשך).

ישאל הליברליזם לפיכך: האם הכללים שנאמץ בסוגיית "החוקתיות" יהיו דומים לתפיסתו הרובנית, הרזה מאד, של שטייניץ או שמא לתפיסה עבה משלו? [התשובה לכך טמונה בעמדתנו ביחס לטיעונים שנפרסים בדיון ביחס ליתרונות החוקה הפורמאלית ובעיותיה].

ישיב לנו שטייניץ: אבל מה עושים במציאות האמיתית, זו שאין בה "מסך בערות", והכרעותינו מתקבלות, מעשית, בלעדיו?

תשובתו של הליברליזם היא מורכבת. הוא מכיר בקושי האנושי לפעול כמי שמצויים "מאחורי מסך בערות" אך עדיין תובע מאיתנו להתאמץ לפעול כך, כלומר לפעול מתוך מאמץ הוגנות. התוצר של מהלך מעין זה, בכל הנוגע לשאלת הטוב והרע וההיקף הראוי של "החוקתיות" מוביל את הליברליזם לתשובה הבאה:

א. ניסיון לאזן היטב בין עקרון הרוב לבין מגבלות ראויות על עקרון זה (רוב גדול של הדמוקרטיות הליברליות מלבישות זאת במבנה הצורני של חוקה המגוננת על זכויות האדם);

ב. הפקדה של מוסד שיפוטי על שמירת האיזון הזה – משום שהוא זה הפועל באופן הקרוב ביותר להגינות שמאחורי מסך הבערות;

ג. הותרת פתח ברור לתיקונו של המוסד השיפוטי – "דיאלוג חוקתי" (נוקשות, אך נוקשות מוגבלת, של החוקה – אפשרות לתיקונה).

^ עיקר הביקורת של שטייניץ היא על הדמוקרטיה הליברלית בוורסיה החוקתית שלה. הוא גורס שהיא מבוֹא לדיקטטורה, והוא עושה אנלוגיה בין מהלכיה לבין "הדמוקרטיות העממיות" הידועות לשמצה (המדינות הקומוניסטיות, החד-מפלגתיות). עד כמה רצינית טענה זו/ אנלוגיה זו?

ראשית, מותר לנו לשאול, על מה שטייניץ מסתמך? האם הוא מצביע על דוגמא היסטורית אחת לכך?

הוא מצביע על גרמניה של ויימאר (זו שהנאצים החליפוה). ואולם בכך הוא מצביע על אפשרות שיברונה/ על חולשתה של דמוקרטיה ליברלית מסוימת, ואולם בטענתו לסכנת הדיקטטורה הטמונה בדמוקרטיה הליברלית *הוא הרי טוען בכיוון ההפוך* – לא לחולשת-יתר של הדמוקרטיה הליברלית אלא לחוזק-יתר שלה ("ממנה תצא דיקטטורה"); כלומר הוא טוען שדמוקרטיה ליברלית תתגלגל, *היא עצמה*, להיות דיקטטורה.

היכן אישושיו לטענותיו? ככלות הכל יש לנו לפחות 70-60 שנים של התנסות עם הרחבת התופעה של דמוקרטיות ליברליות-חוקתיות – היש דוגמא, ולוּ אחת, התומכת באזהרתו?

שנית, הדמוקרטיה הליברלית פונה יותר מכל אידיאולוגיה אחרת בכיוון ההפוך מדיקטטורה. זאת משום שהיא דוגלת *בסובלנות* ומפעילה סובלנות שהיא רחבה יותר מבכל אידיאולוגיה אחרת. זאת משום שסובלנות היא הנגזרת הישירה של נקודת המוצא הליברלית בדבר **האוטונומיה האנושית**.

מהם ביטויה העיקריים של הסובלנות הליברלית?

א. הפער בין מה שראוי לסימון כ"רע" לבין הצדקת סימונו כ"אסור". במילים אחרות, כמו באידיאולוגיות אחרות יש בליברליזם סימון של "טוב" ו"רע" ושל "מותר ואסור", ואולם בשונה מאידיאולוגיות אחרות, בדמוקרטיה ליברלית יש זהירות מוגברת ביחס לסימון ה"רע"; וחשוב מכך, יש בה זהירות גדולה ממש ביחס לסימון ה"אסור". כתוצאה מכך נשמר פער ממשי בין מה שהוא רע לבין מה שניתן לאוסרו. יתרה מזו, יש בליברליזם מידה של ספקנות ונכונות לפתיחת חלק מהסיווגים שהתגבשו ביחס למהו "רע" ולמה ראוי "לאסור";

ב. יש בדמוקרטיה הליברלית דגש על ההבחנה בין *מחשבה וביטוי* מצד אחד, לבין *מעשה* מצד שני. במילים אחרות, מופיעה סובלנות רבה כלפי מחשבה וביטוי. זהו המקום הכל-כך מרכזי שיש לחופש הביטוי בדמוקרטיה הליברלית.

=> ואכן, זכויות האדם והחוקה שנועדה להגביר את ההגנה עליהן הן מעטה-הגנה ממשי (אך לא-בלתי-מוגבל) המוענק לכולם, ובכללם גם "ללא סובלן".

שטייניץ יוסיף אולי, בעניין חופש הביטוי כך: אמנם בליברליזם אין פסילה ישירה – אין איסור – על השמעת עמדות נוגדות, אך

(א). הדמוקרטיה הליברלית חוסמת את האפשרות שעמדות אלו **ינצחו**;

(ב). בליברליזם מופיע דיכוי עקיף, זאת בדמות ה"תקינות פוליטית" political correctness.

אשר ל-א' – טענה זו נכונה (אלא אם כן זו דמוקרטיה ליברלית חלשה, בסגנון הרפובליקה הוימארית); ואולם כל אידיאולוגיה (שאינה רלטיביזם מוסרי/ ניהיליזם) מכילה תחומי טאבּוּ, כלומר תחומים של איסור, ומכילה מנגנוני הגנה על עיקריה. השאלה העיקרית לפיכך, היא מהו היקף המרווח שהאידיאולוגיה שאותה אנו בוחנים מעניקה לאפשרות איתגורה על ידי יריביה האידיאולוגיים. והנה הדמוקרטיה הליברלית מעניקה את המרווח הרחב ביותר (חוץ אולי מהרלטיביזם המוסרי, שאת כשליו המוחצים למדנו להכיר).

מה באשר ל-ב': לטיעון הדיכוי הנובע מ"התקינות הפוליטית"?

ראשית, יש הבדלים חשובים במיוחד בין דיכוי ישיר ל"דיכוי עקיף".

יעיד על כך הויכוח על התקינות הפוליטית עצמה, ויעידו האמצעים החברתיים הלא-אלימים המשמשים לאכיפת התקינות הפוליטית, להבדיל מהפעלתם של אמצעים שלטוניים-אלימים;

שנית, מרחב התקינות הפוליטית אינו כה גורף. יעידו על כך הויכוחים הרבים והעזים שהליברליזם מקיים ומאפשר בין אוחזיו שלו עצמו:

למשל, ויכוחים בדבר המדיניות הכלכלית-חברתית:

הויכוח על מדיניות הרווחה; על הגלובליזציה; על צרכי פיתוח אל מול שאלות של איכות סביבה, וכדומה;

ויכוחים על מלחמה ושלום – למשל, ויכוחים ביחס לאמצעי ההתמודדות עם טרור;

או הויכוח בין השקפות דתיות או אמוניות שונות; או על היקף הזכויות הקיבוציות שצריך לעמוד לקהילות מיעוט; וכדומה;

שלישית, ניקח את הדוגמא ששטייניץ מביא: "במה שונה איסור אכילת שניצל לוויתן מאיסור מכירת חזיר?"

א. ליברליזם ושניצל הלווייתן: הליברליזם יעניק העדפה בסיסית לחינוך ציבורי (ו"חרם צרכנים") על פני הטלת איסור מדינתי;

ב. יתר על כן, על איסור *הרג יונקים גבוהים המצויים בסכנת הכחדה*, ועוד יותר על איסור גילוי עריות (הדוגמא השנייה ששטייניץ נותן), מגונן אינטרס אוניברסלי – אינטרס שכולנו נקבל לוּ היינו מאחורי מסך בערות. זאת בשעה, שמנגד, הצידוק הניתן ל"דיני הכשרות" (או להטלת איסור על נישואי כהן עם גרושה או לפסילת "ממזרים" מנישואין עם אחר) הוא פרטיקולרי/ תלוי-אמונה-דתית-קונקרטית (שאנחנו ממאמיניה או שאין אנו בין מאמיניה). אכן, איסור אכילת בשר חזיר (והאיסורים האחרים שהוזכרו) הוא חובה שכל הנמקתה היא "כך שמענו; כך קיבלנו כתורה מסיני".

[זו ההבחנה, שניגע בה גם בסמסטר הבא, בין "מצוות שמעיות" לבין "מצוות שכליות", כלומר מצוות אוניברסליות].

**מעט ביתר הרחבה: טיעון "מסך הבערות" – למה הכוונה?**

זו קונסטרוקציה מחשבתית (כלומר מסגרת של ניתוח וטיעון) של אחד הפילוסופים החשובים ביותר של המאה ה-20: ג'ון רולס.

בספרו, שהוא בלי ספק אחד החשובים בעת המודרנית A Theory of Justice, הוא מסביר כי חתירה לצדק קשורה עמוקות בהוגנות (fairness), וכי ניסוח של כללים מדיניים צודקים, מותנים בתרגיל מחשבה מסוים שכשהוא מתקיים הוא מזין תנאים של הוגנות.

מהו תרגיל מחשבה זה, ומדוע הוא מספק תנאים של הוגנות?

מדובר בקבלת הכרעות היסוד שלנו, שהן המצע ליתר ההחלטות החברתיות שלנו, מאחורי **"מסך בערות"**.

במצב זה, של היות מאחורי "מסך בערות", אנחנו בני החברה, מקבלי ההכרעה, נמצאים במצב מיוחד של ידע. יש לנו את הידע העכשווי, העמוק יחסית, על העולם הפיזי ועל העולם החברתי, יש בנו גם תבונה; ואולם אנחנו עיוורים/בורים ביחס לידע מסוים: זהו הידע הנוגע *לזהותנו שלנו והמצב הקונקרטי שלנו בעולם*. אנחנו לא יודעים האם אנחנו גבר או אישה, חזק פיזית או חלש, עשיר או עני, בן קהילת הרוב או בן-קהילת המיעוט, הומוסקסואל או הטרוסקסואל, צעיר או זקן, וכו' וכו'].

בלשון פשוטה, כשנבצע פעולות של חלוקה (הקצאה) או נחליט על עקרונות של חלוקה, הרי שאם נעשה זאת מאחורי מסך בערות, לא נדע "באיזה צד של הפרוסה מרוחה החמאה" – לא נדע אם אנחנו (בחיים הקונקרטיים) מוטבי-החלוקה הנובעת מהפעלת הכללים שגיבשנו.

פילוסופית: מתוך מצב דברים זה (ומתוך הנחה נוספת, לפיה אנחנו, בני האדם, "שונאי סיכון") אנו צפויים לקבל עלינו שני עקרונות של צדק:

**"עקרון שוויון החירות" ו"עקרון ההבדל"** –

"בני האדם במצב הראשוני יבחרו שני עקרונות שונים למדי: האחד דורש שוויון בהקצאת זכויות וחובות בסיסיות, ואילו השני קובע כי הבדלים חברתיים וכלכליים, למשל הבדלים בנכסים ובסמכות, צודקים רק אם הם מניבים יתרונות מפצים לכל, ובמיוחד לחברים המקופחים ביותר בחברה."

תיאוריה זו מספקת ביסוס חשוב מאד לעולם הערכי של הליברליזם, שבו כל כך מרכזיים הערכים של חירות ושל השוויון בזכויות הנקשרות בחירות.

אם אנחנו משתכנעים מתיאוריה זו, **כי אז איננו ניטראליים כלפי תפיסות שעוינות או שדוחות את החירות ואת השוויון הבסיסיים הללו** (למשל, באמצעות הענקת כוח מפורז ל"עקרון הרוב").

=-=

***תשובה לסטודנט בשנה קודמת ביחס לאי-השרירותיות/ הצידוק הקיים להטלת איסור על גילוי עריות.***

לא מספיק שדבר יהיה אוניברסאלי במישור הסוציולוגי בכדי שהוא יהיה מוצדק.

א. הדוגמא לאיסור העבר על הומוסקסואליות היא במקומה. מנקודת ראות ליברלית איסור זה הוא איסור פסול, על אף היותו אוניברסאלי בעבר.

ב. בעבר המנהג ברוב החברות היה להשיא קטינות וקטינים, ובחלק מהחברות המנהג היה גם לפוליגמיה (היתר לגבר לריבוי נשים), והנה אנו מוצאים זאת בהווה לא רק כמגונה אלא גם כראוי לאיסור, משום הנזק הטמון בכל אחד מאותם מנהגים.

[לסטודנט:] אשר לגילוי העריות. העליתי את שני הטעמים שאתה מזכיר, והם לא טעמים מוציאים (באים אחד על חשבון השני) אלא הם מצטברים.

א. הצורך בהגנה על ילד, שבשל גילו, רגישותו, תלותו, כושר-שיפוטו, הוא פגיע במיוחד במערכת יחסים שבה ההורה הוא דמות דומיננטית שאינה חסומה מכוח טאבּוּ (פסיכולוגי וחברתי) מפני ניצול מעמד זה;

ב. הטעם השני מסביר, בין היתר, מדוע הטאבּוּ על גילוי עריות הוא אוניברסלי וקרוב לוודאי על-זמני.

העולם הנפשי שלנו מורכבות מהסובלימציות/ ההדחקות הקשורות למין ולבלעדיות מול האם והאב. ההבדל בין אהבת הורה-ילד ואהבת ילד-הורה לבין אהבת גבר-ואשה, הוא גם בסיס ההיכרות האנושי עם צורות מגוונות למדי, לעומת חד-ממדיות למדי, של רגש. אנחנו מכירים בעזרת ההבדל הזה את ההבדל בין אהבה לתשוקה, בין אהבה בלעדית לבין אהבה מרובת מושאים (למשל, הורים לכמה ילדים), ועוד.

[אגב, נדמה לי שאין בדין הפלילי סעיף *מיוחד* (כלומר מעבר להגנה על קטינים וחסרי ישע באופן כללי) של איסור על גילוי עריות; דומה שזה נובע מרוב שאיסור זה מוגן/ מובן-מאליו/ טאבו פסיכולוגי שלנו].

ואולם מה מצדיק **הטלת איסור**? הטלת איסור הרי חורגת מהתבוננות במישור הטוב והרע. היא מצריכה "נזק" הטמון בהתנהגות שאנו שוקלים לאוסרה.

תשובה: טעם א' מצביע על סיכון/נזק משמעותי, המצטרף למימד נזק נוסף המצוי בטעם ב', ויחדיו הם מגבשים בצורה חדה **נזק שמצדיק הטלת איסור** על גילוי עריות.

=-=

**עד עתה דנו בשאלה האם טובה, ועד כמה, חוקה פורמאלית.**

**מה יתרונותיה, מה קשייה, באיזה פרמטרים קשורים היתרונות ובאלו משתנים טמונים הקשיים?**

**זו שאלה שממדים חשובים שלה הם במישור הערכי, להבדיל מהמשפטי, והיא חלק מויכוח בין תפיסת הדמוקרטיה הליברלית לבין תפיסות ערכיות אחרות.**

**נוספות אליה השאלות הבאות, שהן שאלות משפטיות מרכזיות במיוחד, ובהן נדון בפגישות הקרובות:**

**1. היש סמכות מכוננת בישראל?**

**2. האם כוננה מכוחה של סמכות זו חוקה לישראל**?

**3. מהם תכני החוקה?**

**4. היש סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית**

=-=

**3. מהם תכני החוקה?**

חוקי היסוד

**חוק יסוד: הכנסת**

4. [שיטת הבחירות] **הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.**

9א. [הארכת תקופת כהונה (תיקון: תשנ"ב)] **(א) הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות; בחוק כאמור ייקבע מועד הבחירות.** [...]

**חוק-יסוד: הממשלה,**

**חוק-יסוד: השפיטה,**

**חוק-יסוד: נשיא המדינה,**

**חוק-יסוד: הצבא,**

**חוק-יסוד: מבקר המדינה,**

**חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל,**

**חוק-יסוד: מקרקעי ישראל,**

**חוק-יסוד: משק המדינה,**

**חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה),**

**חוק-יסוד: משאל עם.**

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

**1.** עקרונות יסוד [תיקון: תשנ"ד]

**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**

**1א.** מטרה [תיקון: תשנ"ד]

**חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

**2.** שמירה על החיים, הגוף והכבוד

**אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.**

**3.** שמירה על הקנין

**אין פוגעים בקנינו של אדם.**

**4.** הגנה על החיים, הגוף והכבוד

**כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.**

**5.** חירות אישית

**אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.**

**6.** יציאה מישראל וכניסה אליה

**(א)כל אדם חופשי לצאת מישראל.**

**(ב)כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.**

**7.** פרטיות וצנעת הפרט

**(א)כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.**

**(ב)אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.**

**(ג)אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.**

**(ד)אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.**

**8.** פגיעה בזכויות [תיקון: תשנ"ד]

**אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.**

**9.** סייג לגבי כוחות הבטחון

**אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.**

**10.** שמירת דינים

**אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.**

**11.** תחולה

**כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה.**

**12.** יציבות החוק

**אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.**

**חוק-יסוד: חופש העיסוק**

**1.** עקרונות יסוד

**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**

**2.** מטרה

**חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

**3.** חופש העיסוק

**כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.**

**4.** פגיעה בחופש העיסוק

**אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.**

**5.** תחולה

**כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב.**

**6.** יציבות

**אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.**

**7.** נוקשות

**אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.**

**8.** תוקפו של חוק חורג [תיקון: תשנ"ח]

**(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.**

**(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה.**

**10.** הוראות שעה [תיקון: תשנ"ז, תשנ"ח]

**הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה.**

=-=

4. עצם הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית –

התשובה נסמכת על תשובה חיובית לשלשת השאלות האחרות שהוצגו קודם

בית המשפט כופה על הרשויות השלטוניות להצביע על מקור הסמכות לפעולתם – עקרון החוקיות – כיצד הוא פותר את בעיית עצמו ביחס לסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית? **הרי סמכות זו אינה מופיעה במפורש בחוקי היסוד**.

א. דרישת החוקיות המיוחדת – הדרישה ל*"הסמכה מפורשת"* – באה רק בהקשר להגבלת זכויות יסוד. בביקורת שיפוטית חוקתית בית המשפט לא מגביל זכויות; נהפוך הוא, ברוב המקרים הוא שומר על הסייגים החלים על הגבלת זכויות. זהו הבדל עקרוני וחשוב בין רשות מגבילה (הרשות המחוקקת או המבצעת) לבין הרשות השופטת (שכאן פועלת כמבקרת את הרשויות המגבילות). די על כן, *בהסמכה משתמעת.*

ב. הסכמה משתמעת זו מופיעה, והיא מופיעה בלפחות שני אופנים (אופנים הנעוצים בקיומו של רובד חוקתי בפירמידה הנורמטיבית):

1. אם הוענקו זכויות במשפט, ונקבעה בו מסגרת של מוסדות וכפיפויות, שנועדה בין היתר לגונן עליהן – ואכן מופיע מדרג נורמטיבי בין רשות מכוננת לבין רשות מחוקקת, ונוצר הסדר המגונן על זכויות אדם (קביעתן ב"חוקי יסוד" והגנה עליהן ב"פסקת ההגבלה") – מה ממשותן של הזכויות הללו אם אין סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית? הטיעון, אם כן, הוא מהתבנית הבאה: **אין זכות אם אין סעד** [Marbury v. Medison]

2. הביקורת השיפוטית החוקתית היא *תולדה הכרחית* של **הסמכות העיקרית – הלא שנויה במחלוקת – של בית המשפט: להכריע בסכסוכים**. שהרי מגיעים סכסוכים – למשל, בין הפרט למדינה – המציבים צורך בהכרעה בין שתי נורמות מתנגשות – למשל (פס"ד **צמח**, אותו נלמד בקרוב) בין חוק השיפוט הצבאי לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרעה בסכסוך מותנית בהכרעה בין שתי הנורמות, וכאשר אחת מהן היא חוקתית והאחרת היא חוק, הרי שההכרעה היא ביקורת שיפוטית חוקתית על תוקפו של החוק.

למשל, פס"ד **בנק המזרחי**: בית המשפט חייב להתמודד עם השאלה הבאה במסגרת הסכסוך המובא בפניו, וזו שאלה חוקתית מובהקת שמצריכה תשובה –

האם חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993 פוגע בהוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואם יש לראותו בשל כך כבטל?

חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון) – או בכינויו, 'חוק גל' – מעניק הגנה (מסוימת) על הקיבוצים והמושבים מפני נושיהם, בעלי-החוב שלהם. בכך הוא מכיל פגיעה לכאורה בזכות הקנין של הנושים. זכות הקנין מוגנת במפורש על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמה נושים של מושבים וקיבוצים (ובתוכם בנק המזרחי) מערערים לבית המשפט העליון, לאחר שתביעתם נדחית בבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון **מאשר את סמכותו של בית המשפט המחוזי ואת סמכותו שלו לבחון את תוקף החוק הנזכר [= זו הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית]**, אך הוא דוחה, **לגופם של דברים**, את הטענה כי החוק פוגע בחופש הקניין שלא בהתאם להוראותיה של פסקת ההגבלה.

=-=

**מה הרציונאלים/ ההגיונות של הביקורת השיפוטית החוקתית? מה צריך להיות היקפה? מידת נמרצותה?**

הויכוח בין השופט גרוניס לבין רוב השופטים האחרים בפסקי הדין בעניין חוק טל

בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** (2006) [פס"ד חוק טל 1]

החוק יוצר הסדר מיוחד ביחס לחובת השירות הצבאי לתלמידי ישיבות. הסדר זה בא לתקן מקצת האפליה של המשרתים בצבא אך הוא משמר חלק חשוב ממנה. => עולה לפיכך סוגיית חוקתיותו של "חוק טל".

להלן דברי רקע חשובים שמציג הנשיא ברק בבואו לבחון את הסוגיה הנזכרת.

חוקיותה וחוקתיותה של דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם נבחנה בבית משפט זה מספר פעמים. בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (פ"ד נב(5) 481; להלן – פרשת רובינשטיין) קבענו כי שר הביטחון הפעיל את סמכותו בעניין דחיית השירות של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם שלא כדין. קבענו כי הסמכות לקביעת ההכרעה העקרונית בעניין זה נתונה לכנסת.

לאחר פסק דיננו בפרשת רובינשטיין, חוקקה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן – חוק דחיית השירות). החוק קובע הסדר מיוחד בכל הנוגע לדחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר תורתם אומנותם. האם הסדר זה – כפי שעוגן בחוק – הינו חוקתי? זו השאלה המונחת בעתירות שבפנינו.

=-=

[ההשתלשלות המוקדמת]

2.        הסדר דחיית שירות הביטחון של תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם נמצא במרכזו של דיון ציבורי מתמיד. הוא נדון פעמים רבות בכנסת (פרשת רסלר 1, עמ' 450; פרשת רובינשטיין, עמ' 494). כן נדרשו לו מספר ועדות שמונו לצורך כך, שהעלו הצעות שונות לפתרון בעיית גיוסם של תלמידי הישיבות (ראו למשל: פרשת רובינשטיין, עמ' 492). עניין יישום סדרי דחיית גיוסם של תלמידי הישיבות עלה אף מספר פעמים בדו"ח מבקר המדינה (שם, עמ' 493).

במקביל, הונחה מספר פעמים בפני בית המשפט העליון שאלת חוקיותו וחוקתיותו של הסדר זה.

הניסיונות הראשונים לתקוף את ההסדר שאימץ שר הביטחון לא צלחו, לאור עמדת בית המשפט העליון כי לעותרים אין מעמד בדין והנושא אינו שפיט (ראו: בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 238; בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81; ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708; בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421).

שינוי בעמדת בית המשפט העליון אירע בפרשת רסלר 1. נקבע בה כי לעותר מעמד בדין וכי עתירתו שפיטה (נורמטיבית ומוסדית). לגוף העתירה נפסק כי דחיית השירות הניתנת על ידי שר הביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם היא בגדר סמכותו של השר ואינה חורגת ממיתחם הסבירות. קביעות אלו התבססו על הנתונים העובדתיים שהוצגו באותה פרשה, לפיהם, מתוך המחזור המתגייס לצה"ל ב-1987 קיבלו 1,674 תלמידי ישיבות דחיית גיוס (כ-5.4% מכלל המחזור). 17,017 תלמידים נמצאו בהסדר של דחיית שירות. עם זאת, כפי שציינו שם, "יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות" (פרשת רסלר 1, עמ' 505).

3.        בשנת 1997 הוגשה עתירה נוספת לבית המשפט העליון. נטען בה כי הסדר דחיית השירות של תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם אינו חוקי (פרשת רובינשטיין). לפי הנתונים שהוצגו בפנינו, חל גידול עקבי במספר תלמידי הישיבות שגיוסם נדחה. נכון לשנת 1996 היו 28,547 "דחויי שירות" במעמד תורתו אומנותו. מספרם של המקבלים דחיית שירות מטעם זה עמד על כ-7.4% משנתון הגיוס.

בפסק דיננו בפרשת רובינשטיין (שניתן ביום 9.12.1998), התקבלה העתירה. הגענו למסקנה כי שר הביטחון אינו רשאי עוד ליטול לעצמו את הסמכות להכריע בסוגית גיוס תלמידי הישיבות שתורתם אומנותם. צויין בפסק הדין כי הבעיה האידיאולוגית והחברתית הקשורה בגיוסם של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם חייבת למצוא את פתרונה בהסדר ראשוני, כלומר בחוק של הכנסת (שם, שם). עם זאת, ומתוך שסברנו כי "אין אפשרות מעשית לשנות את המצב הקיים בעניין זה, זמן רב כל כך, מהיום למחר" (שם, 530), החלטנו להשעות את תוצאות הכרעתנו לשנה מיום מתן פסק הדין. מטרת ההשעיה הייתה "לאפשר לשר הביטחון או לכנסת לקיים דיון ענייני ומסודר בסוגיה זו, על כל השלכותיה", וכן, להכין את המסגרות הנדרשות לשינוי המצב הקיים אם אכן יוחלט על כך (שם, שם).

**השלכות פרשת רובינשטיין והליכי החקיקה שבעקבותיה**

 4.        באוגוסט 1999, מינה ראש הממשלה ושר הביטחון דאז (מר אהוד ברק) ועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם לצה"ל. בראשות הוועדה עמד שופט בית המשפט העליון (בדימוס) צ' א' טל (להלן – ועדת טל). כן מונו כחברי הוועדה..

**[קבלת "חוק טל": חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002]**

10. החוק קובע שבהתקיים תנאים מסוימים, שר הביטחון רשאי להעניק צו דחיית שירות, למשך שנה, לתלמידי ישיבות (סעיפים 2 ו-3 לחוק). עם תנאים אלו נמנים, בין היתר, מכסה מינימאלית של שעות לימוד לתלמיד ישיבה, איסור עבודה בשעות הלימוד בישיבה, תצהיר של תלמיד הישיבה ואישור מראש הישיבה.

החידוש העיקרי בחוק, לעומת המצב שקדם לו, הוא קיומה של "שנת הכרעה" (סעיף 5 לחוק). לפי הסדר זה יכול תלמיד ישיבה שגיוסו נדחה במשך ארבע שנים והוא הגיע לגיל 22, לקבל צו לדחיית גיוס למשך שנה אחת, אפילו לא מתקיימים בו התנאים הרגילים לשם דחיית השירות. לאחר "שנת ההכרעה" יוכל תלמיד הישיבה לבחור האם לשוב למסלול הקודם של לימודים בישיבה – תוך המשך דחיית השירות הצבאי – או שמא להתגייס למסלול של שירות ביטחון. האפשרות לקבל "שנת הכרעה" נתונה לכל תלמיד ישיבה פעם אחת בלבד.

בד בבד, קובע החוק מסלול חלופי המיועד לבחורי הישיבה, הוא מסלול של שירות אזרחי (סעיף 6 לחוק). שירות זה הינו חלופי לשירות הצבאי. האפשרות לבחור בו נתונה רק למי ששירותו נדחה במשך ארבע שנים והוא בן 22, והוא עומד ממילא גם לרשות אותם תלמידי ישיבות ששירותם נדחה למשך שנת ההכרעה ובסופה מבקשים הם לשרת שירות אזרחי.

כפי שנמסר לנו (בהודעת המשיבים מיום 9.8.2004), ההכרעה בעניין זה בין שירות צבאי ושירות אזרחי תלויה באישור שלטונות צה"ל ואין היא נתונה בידיו של המיועד לשירות ביטחון בלבד.

מיועד לשירות ביטחון המשרת שירות אזרחי במשך שנה אחת פטור מחובת שירות סדיר.

באופן דומה, שירות אזרחי עשוי להוות תחליף לשירות מילואים בשנה מסוימת.

יש לציין, כי חלופת השירות האזרחי כפופה להתקנת תקנות מתאימות בידי שר העבודה והרווחה, בהסכמת שר הביטחון ושר האוצר. תקנות אלו טרם הותקנו.

=-=

**חומר קריאה לפגישה הקרובה** – קראו בעיון את העמודים שלעיל ואת החומר שלהלן.

בשני פסקי הדין המופיעים בסילבוס בעניינו של חוק טל (גיוס בני ישיבות) – פס"ד **התנועה לאיכות השלטון** ופס"ד **רסלר** - אתם מופנים לפסקאות מסוימות בתוכם. בפסקאות אלו מופיע ויכוח בין השופט גרוניס (נשיא בית המשפט העליון דהיום) לבין רוב השופטים. קראו את הקטעים המסוימים אליהם אתם מופנים ונסו להתעמק בויכוח זה. מהו לב הויכוח? מהי עמדתכם בו?

בעמודים שלעיל מצויה הצגת דברים קצרה ביחס לחוק טל, שתהיה רקע טוב להבנת אותן פסקאות.

כמו כן קראו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק יסוד: חופש העיסוק, וכן עיינו (להבדיל מקריאה מדוקדקת) בכל חוקי היסוד.

מהם המוסדות והנושאים המרכזיים המטופלים בהם?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 9***

**החוקה הפורמאלית של ישראל: חוקי היסוד שלה**

**המשך קצר לדיון בטעמים בעד ונגד חוקה פורמאלית**

**שורה של טיעונים.**

**אתעכב כאן רק על אחד שלא התעכבתי עליו מספיק בסוף הדיון בכיתה בפגישה הקודמת. טיעון זה כרוך בנקודה הבאה:**

**חשיבות ההבחנה בין שני סוגים של הכרעות: "הכרעות שוטפות/ תלויות-העדפות" V "הכרעות מסוג מיוחד";**

**ושאלת טיבו של המוסד שאמור לפקח על קו-ההבחנה בין שני סוגי ההכרעות, וזה שאמור לפקח על המנגנונים המלווים את ההכרעות מהסוג המיוחד**

**זהו הטיעון: הכשל הרובני ("הטיעון האנטי-רובני").**

טיעון זה נובע מהתפיסה, כי הפרוצדורות הדמוקרטיות הן אמנם תנאי הכרחי לדמוקרטיה אך לא תנאי מספיק.

וזה תוכנו של הטיעון: הבעייתיות שאכן מתעוררת על ידי חוקה וביקורת שיפוטית (קרי הסטייה מ"עקרון הרוב"), היא בעייתיות הכרחית בחשבון אחרון. זאת משום שהחוקה מהווה דרך התמודדות מרכזית עם הבעיה שקשה לעוקפה, הטמונה בהישענות-יתר על עקרון הרוב. חוקה מגיבה (בין היתר) ל**חשש מפני "עושק המיעוט"/ "דיקטטורה של הרוב".**

[חשש זה מתעצם מאד במדינות שסועות דוגמת ישראל: מדינות בהן "מיעוטים כרוניים/ מיעוטים קבועים" המצויים במתח ממשי עם קהילת הרוב.]

טיעון זה נגזר מלב התיאוריה הדמוקרטית-הליברלית.

תיאוריה זו בנויה על יסוד/ יסודות שמכילים מתח מובנה. מדובר ב"אוטונומיה האנושית" – כבוד האדם במובנו הרחב. זוהי **חירותו** הבסיסית של **כל** אדם לפעול למימושו העצמי (החירות הבסיסית שנתונה לנו כבני אדם והשוויון הבסיסי בינינו ביחס לאחיזתנו בחירות הזו). משני ערכי היסוד הללו – **חירות ושוויון** – נגזרים זכויות האדם, והם מובילים למסקנה ולהבחנה חשובה בבסיסה:

**ההכרעות הרגילות תתקבלנה על פי רוב, אחרת ייפגע העיקרון של השוויון בין "קולי לקולך" – "קול אחד לכל אחד". מאידך, יכולתו של הרוב אינה בלתי מוגבלת. אין לו סמכות לקבל הכרעות המפרות את זכויות האדם של המיעוט, כלומר הכרעות העומדות בסתירה לערכי-היסוד שהשיטה מבוססת עליהם (חירותו הבסיסית ושוויונו הבסיסי של כל אדם) – כלומר העקרונות שמהם נגזר כוחו של עקרון הרוב מלכתחילה.**

פרופ' דותן: האם כספי המיסים ישרתו פעולה א' או פעולה ב' (הקמת כביש בציר א' במקום בציר ב'; החלטה להעדיף שמורת טבע על פני כביש חדש; העדפת כביש על פני רכבת; בחירה במס בשיעור X על פני שיעור Y הסמוך לו, וכדומה) –> בדרך כלל הכרעת רוב; לעומת זאת, הרעיון הדמוקרטי איננו מחייב, ואף שולל, אפשרות שרוב (ולוּ גם מכריע) של בני החברה יוכל להחליט כי מיעוט יהפוך לעבדי הרוב, או המיעוט יהפוך להיות נטול זכות הצבעה, או שרכושו של המיעוט יישלל ממנו ויחולק בין חברי קבוצת הרוב, וכדומה. מהלכים כאלו הם סתירה לרעיון הדמוקרטי עצמו.

זו אם כן **הבחנה בין שני סוגים של הכרעות בשיטה דמוקרטית: הכרעות רגילות ("הכרעות תלויות-העדפות" -> עקרון הכרעת הרוב), והכרעות מיוחדות (אלו הנוגעות לפגיעה ממשית בזכויות האדם)**. הבחנה זו מחייבת **קו-תיחום** בין שני סוגי ההכרעות; וחשוב מכך, היא מחייבת הכרעה לגבי **מיהות המוסד** שיהיה מוסמך לקבוע את קו התיחום.

הטיעון האנטי-רובי גורס, כי **המוסד שיקבל את ההכרעות בדבר גבולות כוחו של הרוב בדמוקרטיה אינו יכול להיות מוסד המייצג באופן ישיר את אותו רוב.** זה צריך להיות מוסד שתהיה לו עצמאות, חלקית לפחות, לגבי ההשפעה הישירה של הרוב, שכנגדו נטענת הטענה של הפרת חירויות המיעוט. אחרת אין ערובה ממשית כי מוסד כזה יוכל להעניק הגנה של ממש למיעוט. בתי המשפט הם מוסד מתאים לשאת בתפקיד 'מאזן הרובניות' הזה, שכן הם אינם תלויים באופן ישיר ומיידי באישור או בתמיכה של רוב הציבור להכרעותיהם. שופטים מתמנים "לכל החיים", ואם הם נבחרים בפרוצדורה שהיא בעיקרה איננה פוליטית-מפלגתית, כי אז גם אין על השופטים לחצים של 'פדיון-חוב'.

**=-=**

**הויכוח של ד"ר שטייניץ עם הליברליזם, וקונקרטית עם "החוקתיות".**

דפי הפגישה הקודמת.

**=-=**

**1. היש סמכות מכוננת בישראל?**

**2. האם כוננה מכוחה של סמכות זו חוקה לישראל**?

**3. מהם תכני החוקה?**

**4. היש סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית**

**שאלות 1 ו-2** נדונו והוכרעו בפס"ד **בנק המזרחי** (1995), בו נדון מקרוב בפגישה הקרובה

=-=

**3. מהם תכני החוקה?** = חוקי היסוד

[חוקי היסוד בכללותם ולא רק אותן הוראות בהם שזכו לשריון]

=-=

**4. היש סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית**

גם משמוכרת הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת, מתעוררת שאלה ביחס לסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית של בית המשפט – מה מקור סמכותם של בתי המשפט?

מה התשובה/התשובות לכך?

[התשובות ניתנו **בבנק המזרחי**, בעמודים אותם התבקשתם לקרוא מתוך פסק הדין; תמציתם בעמ' 6-5 בדפי הפגישה הקודמת]

כל השופטים בפסקי הדין בעניין ***חוק טל*** מסכימים לקיומה של הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית, משמע, מכירים בסמכותם של בתי המשפט לבחון תוקפם של חוקי כנסת. ככלות הכל, אנו נמצאים שנים לא מעטות – היום 19 שנים – לאחר פסק דין **בנק המזרחי**. הויכוח בפסקי הדין הללו נוגע, בעיקרם של דברים, *לאופן הפעלת הסמכות הזו* על ידי בתי המשפט.

בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** (2006) *[פס"ד חוק טל 1]*

בג"צ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (2012) *[פס"ד חוק טל 2]*

בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** (2006) *[פס"ד חוק טל 1]*

**השופט גרוניס**

[סע' 1] בחינתי שלי את הסוגיה נעשית מזווית שונה לחלוטין מזו של חבריי. להשקפתי, אין מקום שבית משפט זה יקבע את דבר בטלותו של החוק. זאת, מאחר שאין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק, שכן מדובר בחוק המעניק זכות יתר למיעוט כאשר טענת הרוב היא לפגיעה בשוויון. במילים אחרות, כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרונו של הרוב. קביעה שמעשה הרוב פסול הוא בהיותו מפלה, מהווה מעשה של פטרונות שאין לו צידוק בנסיבות דוגמת אלה בהן אנו עוסקים. לעניין הנסיבות, כוונתי לכך שהחוק הינו פרי של פשרה חברתית (כדברי הנשיא בפיסקה 54 לחוות דעתו) בין קבוצת הרוב לקבוצת המיעוט (ראו בפיסקה 9 להלן).

[סע' 6 ו-7] כיצד אם כן נצדיק קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה? [...] כל האמירות הללו מתמצות בביטוי "עריצות הרוב" (tyranny of the majority). [...] הצורך להגן על מיעוט מפני רוב כצידוק מרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית, הינו מוטיב חוזר בהגותו של המלומד ג' ה' איליי (J. H. Ely) [...] ראוי להוסיף, כי התערבות של בית המשפט תהא מוצדקת אף במקרים בהם המחוקק משנה את כללי המשחק, באופן שעלול לעוות את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, לשבש את הכלל לפיו לכל אחד יש קול אחד או להקשות על קבוצת מיעוט להפוך לקבוצת רוב. דוגמה קיצונית שניתן לחשוב עליה בהקשר זה, היא של חוק הקובע שלאנשים מסוימים תהיה זכות בחירה כפולה בבחירות לכנסת. חוק מעין זה יהא פסול בוודאי אם קבוצת הרוב נוטלת לעצמה זכות כאמור, אך דבר בטלותו יהא נכון אפילו כאשר הזכות האמורה תוענק על ידי הרוב לקבוצת מיעוט בלבד (...). הוא הדין בחוק המאריך את תקופת כהונתו של הפרלמנט (...). דוגמה נוספת שניתן לחשוב עליה היא העלאה של אחוז החסימה לרמה כה גבוהה עד שהדבר עלול להביא להדרה של קבוצות מיעוט מן המערכת הדמוקרטית-ייצוגית (...). דוגמה אחרת היא קבלתו של חוק בהליך פסול, בו חברי כנסת מסוימים מצביעים פעמיים והצבעתם הכפולה מכריעה את התוצאה מבחינת הרוב (...). במצבים דוגמת אלה, על בית המשפט לעמוד על המשמר ולתקן את המעוות, שכן אין גורם אחר מלבדו שיש בידו לעשות כן.

סיכום

15.     דומה, כי אין מחלוקת שהחוק הפוטר בני ישיבה משירות בצבא מעורר רגשות עזים. אלה המתגייסים לצבא הגנה לישראל, ולעיתים מסכנים את חייהם, אפשר שיחושו תסכול ואף זעם על כך שקבוצת מיעוט נהנית מזכות יתר, במובן זה שבניה אינם חייבים להתגייס לצבא. ניתן להניח שהיה והחוק לא ישיג את מטרותיו, כי אז אותם רגשות יתגברו ויתעצמו. אם כך יקרה, ייתכן שקבוצת הרוב, או למצער חלקים מתוכה, יפעלו לחקיקת חוקים שישללו הטבות שונות מאלה שיימנעו משירות צבאי וגם משירות אזרחי (ראו דעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין בפיסקה 57 לחוות דעתו). אולם, לעת הזו עלינו לזכור כי זכות היתר ניתנה לקבוצת המיעוט באמצעות הכרעה דמוקרטית שנתקבלה בכנסת. משמע, קבוצת הרוב היא זו שהחליטה ליתן את זכות היתר לבני קבוצת המיעוט. נתון זה מחייב אותנו, על פי השקפתי, להתייחס לביקורת השיפוטית על החוק בצורה שונה לגמרי ממקרה בו דבר חקיקה מפלה לרעה קבוצת מיעוט. הצידוק המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הינו הצורך להגן על מיעוט ועל יחידים מפני עריצותו של הרוב. בית המשפט הינו המחסום האחרון שיכול למנוע מן הרוב לפגוע ביחידים ובקבוצות מיעוט. הפגיעה של החוק במקרה דנא הינה פגיעה קבוצתית בבני קבוצת הרוב. אין מדובר בפגיעה ביחידים, שכן לא הוכח שגיוסם של בני הישיבות לצבא יקטין במקביל, באופן יחסי ובצורה נקודתית את הנטל על מי מבין קבוצת הרוב. כאשר לכל אלה מצרפים אנו את העובדה שהחוק הינו פרי של פשרה חברתית, אין מקום לקבוע כי בטל הוא. אין זה מתפקידו של בית המשפט לשמש כאפוטרופוס לבני קבוצת הרוב ולהוציא עבורם את הערמונים מן האש.

**הנשיא ברק**

76.      על פי גישתו של חברי, השופט א' גרוניס, יש להבחין בין הגנה על הרוב לבין הגנה על המיעוט; יש להבחין בין הגנה על מהותה של הדמוקרטיה לבין הגנה על הליכי קבלת ההחלטות בה. חברי אינו מסביר מהן אמות המידה להבחנות אלה. כיצד נבחין בין הרוב למיעוט? וכיצד נבחין בין המהות להליך? כך למשל, במשטר פרלמנטרי רב מפלגתי המבוסס על קואליציות, מיהו הרוב ומיהו המיעוט? מפלגה קטנה המשמשת לשון מאזניים בקואליציה – האם מצביעיה הם חלק מהרוב או מהמיעוט? האם פגיעה בחופש הביטוי היא פגיעה במהות הדמוקרטיה, או בהליך הדמוקרטי? האם הקפדה על השוויון בזכות לבחור ולהיבחר מגנה על ערכיה המהותיים של הדמוקרטיה, או שמא מגנה היא על ההליך הדמוקרטי? (...). ולבסוף, על-פי אילו אמות מידה נבחין בין פגיעה במיעוט שהיא חלק מההליך הדמוקרטי התקין, ומתי נאמר שהפגיעה במיעוט הינה ביטוי של "עריצות הרוב"? [...]

 79.      תהא גישתו של אילי [Ely] אשר תהא, לא ניתן לעגנה במבנה החוקתי של ישראל. חברי השופט א' גרוניס לא הסביר כלל, כיצד זה ניתן לאמצה בישראל? לא הוסבר כלל, כיצד ניתן לישבה עם פסיקתו של בית משפט זה מאז פרשת בנק המזרחי המאוחד. האם הבנקים והנושים של המגזר החקלאי אשר חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993 פגע בהם, הם קבוצת מיעוט שיש להגן עליהם? האם זהו ההגיון המונח ביסוד כל חוות הדעת שניתנו בפרשה זו? והאם יועצי ההשקעות אשר נפגעו מהוראות חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995, הם קבוצת מיעוט? [...] האם החייל שנעצר והוחזק בכלא חמישה ימים על פי הוראות חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, שייך לקבוצת מיעוט שעליה יש להגן? [...] וכיצד מסביר חברי את הביקורת השיפוטית בפרשת ח"כ אורון ובפרשת המועצה האזורית חוף עזה?

80.      אכן, המבנה החוקתי שלנו מעניק הגנה לכל אדם באשר הוא אדם. הוא "מושתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין" (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). הוא מגן על זכותו של כל יחיד, בין אם הוא חלק מקבוצת מיעוט ובין אם הוא חלק מקבוצת רוב. אכן, כל אדם עומד לעצמו. בהיבטים מסויימים הוא שייך לרוב פלוני. בהיבטים אחרים הוא שייך למיעוט אלמוני. חוקי היסוד שלנו  עוסקים באדם על כל היבטיו. פגיעתו של חוק דחיית השירות אינה בקבוצת הרוב. פגיעתו אינה קבוצתית. פגיעתו היא אישית. על זכות אישית זו מגינים חוקי היסוד שלנו. ניתן לפגוע בה אם מתקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה. זוהי המסגרת החוקתית, לפיה נבחנת חוקתיותם של חוקים בישראל. אינני סבור שיש מקום לסטות ממנה. [...]

=-=

בג"צ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (2012) *[פס"ד חוק טל 2]*

**השופט גרוניס**

1. שוב ניצבת בפנינו הסוגייה בדבר אי גיוסם של בני ישיבות חרדיות לצבא ההגנה לישראל. דעתי היא, בניגוד לדעת חבריי, כי עדיף היה לו לבית המשפט שלא להידרש כלל לסוגייה ולהותירה במרחב הציבורי, מחוץ לתחומו של בית המשפט. בחוות דעתי שניתנה לפני כשש שנים ב[בג"ץ 6427/02](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%206427/02) התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (לא פורסם, 11.5.06), הסברתי את עמדתי, כי אין צידוק להפעיל בקורת שיפוטית במקרה זה לגבי חוק של הכנסת. זאת, משום שהחוק הרלוונטי – [חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/999_152.htm), התשס"ב-2002 – הינו חוק בו הרוב העניק זכות יתר למיעוט. כפי שכתבתי, "כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט, אין מקום שבית המשפט יהפוך לפטרונו של הרוב" (פיסקה 1 לחוות דעתי ב[בג"ץ 6427/02](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%206427/02) הנ"ל).

2. על פי התוצאה של עמדת הרוב בהליך דנא (הנשיאה ד' ביניש, השופטת מ' נאור, השופט א' רובינשטיין, השופטת א' חיות, השופט ח' מלצר והשופט נ' הנדל), יעמוד החוק בתוקף עד ליומו האחרון - 1.8.12 - ולא ניתן יהיה להאריכו שוב. עקב הכרעה זו פתוחות בפני הכנסת שתי אפשרויות: האחת, אי קבלה של חוק אחר תחת החוק שיפקע; השנייה, קבלתו של חוק חדש שינסה לענות בצורה טובה יותר לבעיות ולפגמים עליהם מצביעים שופטי הרוב.

אם תאומץ האפשרות הראשונה, היינו הכנסת לא תחוקק חוק חדש בנושא,  המשמעות התיאורטית תהא שהצעירים החרדים, שאינם מתגייסים כיום לצבא, יהיו חייבים להתגייס, כבני הרוב. דומני שמעטים במדינה (ואולי אף זו הגזמה) סבורים שאכן צפוי גיוס המוני של בני ישיבות חרדיות לצה"ל. אם אכן לא יתקבל חוק חדש ותוגש עתירה חדשה בה תידרש הממשלה, כולל שר הביטחון, לכפות גיוס, האם פסק דין שיקבל את העתירה יביא את הגיוס המיוחל?! דומה שהתשובה מתבקשת מאליה.

האפשרות האחרת, ונראה שזו ריאלית יותר מן הקודמת, היא שבעקבות פסק הדין תקבל הכנסת חוק חדש שינסה לתקן, במידה כלשהי, את הפגמים שבחוק הנוכחי. ניתן להעריך כבר עתה שחוק כזה לא יספק את הדרישות של חלקים מן הרוב (המורכב מחילוניים, מסורתיים ודתיים המתגייסים לצבא). על כן, אין ספק שתוגש בעתיד עתירה נוספת בה תבואנה השגות לגבי החוק החדש. ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט. זאת ועוד, זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל ולכניסתם לשוק העבודה. שינויים חברתיים וכלכליים עשויים להביא לתוצאה המקווה. היכולת של בית המשפט להשפיע במקרה דוגמת זה שבפנינו הינה מועטה.

3. לסיכום, אין הצדקה להתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק במקרה זה. זאת, משום שבמקרה דנא עסקינן בהחלטה של הרוב במדינה (על פי הייצוג בכנסת) לקבל חוק הנותן זכות יתר - שלא להתגייס לצבא - למיעוט. כאשר מדובר בזכות כאמור, שאינה כרוכה בפגיעה במנגנונים הדמוקרטיים, בפגיעה ביחידים ככאלה או בפגיעה בקבוצת מיעוט, אין צידוק להפעיל בקורת שיפוטית. מה גם שהתרומה של בית המשפט לשינוי בהתנהלות החברתית של מגזר שלם בחברה הישראלית מצומצמת ביותר, ואינה מצדיקה את מעורבותו של בית המשפט בנושא.

**הנשיאה ביניש**

69. ומכאן לחוות הדעת של חברי השופט גרוניס, שסבר כי העניין איננו מתאים לדיון בבית המשפט. לגישת השופט גרוניס, על בית המשפט להימנע מדיון בחוקתיות חוק דחיית השירות, הואיל ובחוק ניתנה למיעוט זכות יתר על ידי הרוב. תפיסה זו עמדה גם ביסוד חוות דעתו של חברי השופט גרוניס בפרשת התנועה לאיכות השלטון.

הנשיא א' ברק, שכתב את פסק הדין העיקרי בפרשת התנועה לאיכות השלטון, עמד על הקשיים הטמונים בתיאוריה של ביקורת חוקתית המצדיקה הימנעות של בית המשפט מהפעלת ביקורת שיפוטית על חוק המשקף הענקת זכות יתר למיעוט על ידי הרוב (ראו: פרשת התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 721-717) ואין מקום לחזור על הדברים כאן. אני אעמוד רק על מספר נקודות בעייתיות העולות מעמדה זו.

70. ראשית, ביסוד תפיסתו של השופט גרוניס עומדת ההנחה לפיה הביקורת השיפוטית נועדה להגן על תקינות ההליך הפוליטי. ואכן, הביקורת השיפוטית אמורה, בין היתר, להגן גם על תקינות ההליך הפוליטי; לשמור מפני פגיעה של הרוב בזכויות המיעוט ולוודא שהרוב אינו מנצל את כוחו באופן פסול. אבל, הביקורת השיפוטית אינה נעצרת שם. הביקורת השיפוטית אינה מוגבלת לתפיסה הצרה של הדמוקרטיה כשלטון רוב בלבד, אלא משתרעת על תפיסת הדמוקרטיה כשלטון המגן על זכויות היסוד של האדם. זהו הלקח המרכזי שנלמד לאחר מלחמת העולם השנייה ואשר הופנם בחוקותיהן של מדינות רבות. אין די בהבטחת ההליך הדמוקרטי; יש לשמר גם את המהות הדמוקרטית הבאה לידי ביטוי בהגנה על זכויות אדם. הגנה זו אינה מוגבלת למצבים של פגיעה במיעוט.

שנית, ספק בעיני אם הגישה המוצגת על ידי חברי מתאימה למציאות הפוליטית בישראל. במציאות הקואליציונית בישראל, ההגנה על ההליך הדמוקרטי התקין – במסגרתה נבחן רצונו של הרוב לתת זכות יתר למיעוט – מקבלת משמעות ייחודית. במערך פוליטי המורכב ממספר רב של מפלגות, במסגרתו מפלגות קטנות המשמשות לשון מאזניים, האם ניתן לדבר בפשטות על יחסי רוב ומיעוט? באילו מצבים נוכל לומר שהרוב מעניק מיוזמתו הטבת יתר למיעוט? דומה שאין דוגמה המייצגת יותר את הקושי של חלוקה בין זכויות הרוב לזכויות המיעוט כמו העניין שלפנינו. מבחינת הרקע העובדתי אין זה סוד שבכל תולדות הטיפול בהסדר דחיית השירות, מדובר היה באילוץ קואליציוני בו הרוב מקבל את דין המיעוט, בין היתר, בשל אינטרסים פוליטיים קואליציוניים. קשה בנסיבות אלה להבחין מהו ביטוי לרצון הרוב ומהו אילוץ.

מעבר לכך, לגישה זו קשיים יישומיים משמעותיים. באילו תנאים נאמר כי מדובר ברוב המעניק זכות יתר למיעוט? מהן אמות המידה לאבחנה בין קבוצת רוב לקבוצת מיעוט? האם ההבחנה נשענת על חלוקה מספרית? האם ההבחנה מבוססת על היכולת להתמודד בהצלחה בהליך הפוליטי? האם ההבחנה מבוססת על מעמד חברתי? כלכלי? פוליטי? האם קבוצה יכולה בנסיבות מסוימות להיחשב קבוצת רוב ובנסיבות אחרות להיחשב כמשתייכת לקבוצת מיעוט?

שלישית, וזה העיקר, ביקורת חוקתית הנוגעת לפגיעה בזכויות מתייחסת לאדם כפרט, כיחיד. ככלל, העובדה שרבים נפגעים מפעולה שלטונית כזו או אחרת – והעובדה שהם אולי מהווים את הרוב בחברה – אינה פוטרת את בית המשפט מלבחון את חוקתיות הפגיעה. המשפט החוקתי מתמקד בחוקתיות הפגיעה – ולא במיהות הנפגע. העובדה שפרט שנפגעו זכויותיו משתייך לקבוצה כזו או אחרת תהא רלוונטית לא לעצם השאלה אם יש מקום לביקורת חוקתית, אלא מהו אופייה של הביקורת החוקתית ומהו היקפו של מרחב התמרון שיינתן למחוקק.

71. לבסוף, חברי מעלה את החשש שמא בעקבות הכרעתנו בהליך הנוכחי תוגש לבית המשפט בעתיד עתירה נוספת שתבקש לבחון את העניין שלפנינו שוב. לגישתו, "ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט". אני מתקשה לקבל עמדה זו. ראשית, מבחינה עובדתית אינני סבורה שניתן לומר כי לא הושגה התקדמות ממשית. מאז החל בית המשפט לבחון את הסדרי דחיית השירות, הוסדרה הסוגיה בחקיקה, וחרדים החלו לשרת בשירות צבאי ובשירות אזרחי. מעורבות בית המשפט היוותה, במידה מסוימת, קטליזטור לתהליכים בכנסת. שנית, בעניינים כדוגמת העניין שלפנינו, שביסודו מחלוקת ערכית-אידיאולוגית בין קבוצות שונות בחברה הישראלית, אין לצפות שניתן יהיה לפתור אותם באבחת פסק דין אחד – אם בכלל ניתנות הן לפתרון מלא. הסוגיה שלפנינו קשה ומורכבת, בין הסוגיות הקשות ביותר בחברה הישראלית. משכך, הציפייה שהיא תיפתר בפרק זמן קצר אינה ריאלית.

אך מובן שבית המשפט אינו מתיימר להביא לשינוי חברתי מלא, אבל הוא בהחלט אחד מהגורמים החברתיים החשובים ביותר לקידום תהליכים של שינוי. בית המשפט, בישראל כמו גם בדמוקרטיות אחרות, הוא אחת מהזרועות הפועלות במסגרת המוסדות השלטוניים, וביכולתו לסייע בכלים שבידיו בפתרון – גם אם פתרון הדרגתי או חלקי – של מחלוקות חברתיות. לא תמיד תרומתו של בית המשפט לקידום פתרון המחלוקת החברתית היא ברורה או מיידית; ולא אחת הדיון בבית המשפט ופסיקותיו מניעים תהליכים חברתיים מגוונים – ולעיתים אף שונים מאלה שנתבקשו בעתירות לבית המשפט (השוו: לעניין ההשפעות המגוונות של פסק הדין המונומנטאלי  *Brown v. Board of Education,* 347 U.S. 483 (1954)*:* Martha Minow, In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark (2010), ובפרט בעמ' 33-5). אכן, מורכבותה של המחלוקת שבפני בית המשפט משפיעה מיניה וביה על אופי מעורבותו של בית המשפט ועל היקף תרומתו לפתרון הסוגיה, אך אין בעצם המורכבות כשלעצמה כדי להוביל למסקנה שעל בית המשפט למשוך ידיו מהעיסוק בסוגיה החברתית. משום כך, איני רואה כל קושי בכך שבית המשפט יידרש לסוגיה שלפנינו שוב בעתיד, היה ותקום לכך עילה משפטית-חוקתית.

סוף דבר

72. חוק דחיית השירות נחקק, כאמור, על דרך של הוראת שעה. תוקפו עתיד להסתיים בקרוב. זוהי ההזדמנות לערוך חשבון נפש ולבחון בקפידה את הוראותיו. כל מהותה של חקיקה על דרך של הוראת שעה מבוססת על זמניות ועל הצורך להעריך, ולשוב ולהעריך, את התאמת החוק לתכליותיו ולמציאות על רקע השינויים שחלים במשך הזמן ועל רקע הגשמתו הלכה למעשה. הצבעתי בחוות דעתי על הכשלים הקיימים בחוק. ניתן, וצריך, לתקן את הכשלים לפני שתסתיים תקופת חייו של חוק דחיית השירות.

כאמור, ערה אני לכך שאם דעתי תתקבל עדיין אפשר שבהתפתחויות הטבעיות ישוב הנושא ויגיע לפתחו של בית המשפט. אין סיבה לחשוש מכך. התהליכים החברתיים כבר יצאו לדרך. איננו עומדים במקום בו עמדנו לפי שלושים או ארבעים שנה. בית המשפט היה שותף לתהליכים שתוצאתם חקיקת חוק דחיית השירות. ביטולו של החוק אין משמעו חזרה לנקודת ההתחלה. את השינויים אין ניתן להשיב. המטרה כעת היא לתקן את שנמצא פגום בהסדר הנוכחי.

[...]

**השופט רובינשטיין**

סוף דבר

ל"ג. נוכח תמונה זו יש לבחון את חוקתיותו של חוק טל כיום. ולצערי הרב, כאמור, התשובה אינה יכולה להיות בחיוב. במונחי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק טל הולם את ערכיה של מדינת ישראל במובן של לימוד תורה; הוא נועד לתכלית ראויה של שילוב בני הישיבות בשירות הצבאי תוך מתן אופציות מסוגים שונים. אך תוצאתו בפועל - ולא בשל הוגיו, מציעיו או מנסחיו, אלא בשל נמעניו והרשויות - לא הולידה מידתיות אלא הנציחה כמעט את אי השויון, שכן הקצב הנוכחי של הצטרפות למסלולים למיניהם עלול להימשך עד אין קץ, ומה הועילו חכמים בתקנתם. שאלת המידתיות היא תמיד שאלה מורכבת, ובפרט כשמדובר בפגיעה בזכויות שהן מטבען מורכבות. את המצב הנוכחי ניתן לנתח הן כפגיעה בלתי מידתית בזכות לשויון (מבחינות מסוימות, פגיעה בזכות חיובית), והן כפגיעה בזכויות נקודתיות של הנדרשים לשרת במידה העולה על הנדרש עקב היקף הפטור (ובמובן זה, פגיעה בזכויות שליליות; ראו א' ברק, מידתיות במשפט (תש"ע) 514-513). אף דומה כי הקושי העיקרי באיזון אינו נובע - כפי שהדבר מצוי בדרך כלל במשפט החוקתי - בקושי לאזן בין שתי זכויות בעלות ערך דומה; אלא נוכח קושי מעשי להניע תהליך חברתי, ושאלת האמצעיים אשר מידתי להפעיל כדי להניע תהליך כאמור. ואולם, חרף המורכבות האנליטית, ובהתחשב בדברים שנאמרו בפרשת התנועה לאיכות השלטון, אין לדידי ספק כי המצב הנוכחי אינו יכול לעמוד. על כן איני רואה מנוס מהצטרפות לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה.

ל"ד. הנשיאה הניחה לפתחה של הכנסת את ההכרעה בדבר פתרון, משלא ניתן יהא להאריך את החוק הנוכחי. היא לא נדרשה לפתרון עצמו. ארשה לעצמי להוסיף, כי בתוך עמנו אנו יושבים, ועל הפתרון להיות רדיקלי בהרבה הפעם, כדי שיעמוד במבחן פסקת ההגבלה. מובן כי אחת האפשרויות היא שיבה להגבלה מספרית כפי שנהגה מכבר, אם גם במספרים שונים; קרי, שלאחר גיל מסוים - נאמר 21 או 22, כתום שלוש או ארבע שנות ישיבה גבוהה - יתגייסו הכל למעט מספר שיוסכם על פי מדדים שייקבעו, ואשר יביאו בחשבון את צרכי עולם התורה והמשכיותו לצד צרכי המדינה; ואלה שייכללו ימשיכו בתורתם כאומנותם ככל שיחפצו בכך, ונר ה' לא יכבה. יתכנו גם כיוונים אחרים מסוגים שונים, ואולם ההסדר צריך להיות מותאם ומכוון למציאות כפי שהיא כיום, ולהתבסס - לצערי - פחות על ציפיות ותקוות לשינויים חברתיים עתידיים.

הערה בטרם סיום

ל"ה. איני יכול שלא להידרש בקצרה - הנושא ראוי ליותר מזה, אך כולנו עבדי הזמן ואילוציו - לדברי חברי השופט (הנשיא הנבחר) גרוניס. חברי מציע לא לנקוט התערבות חוקתית בתיק זה, שכן "עסקינן בהחלטה של הרוב במדינה (על פי הייצוג בכנסת) לקבל חוק הנותן זכות יתר - שלא להתגייס לצבא - למיעוט"; לשיטתו, החלטה זו אינה כרוכה "בפגיעה ביחידים ככאלה או בפגיעה בקבוצת מיעוט" ולפיכך "אין צידוק להפעיל בקורת שיפוטית" (פסקה 3). דעתי שונה. לטעמי, מדובר בנושא היורד לשורש בעולם הזכויות. תפקידו של בית משפט זה הוא ליתן בעניין דנן פתחון פה לזכויות האדם של יחידי הרוב - ואף איני יודע אם העותרים אכן רואים עצמם בעניין זה חלק מאותו רוב פרלמנטרי אשר העניק "על חשבונם" הטבות לקבוצת מיעוט אחרת שאין הם נמנים עליה, ואין הם יכולים להצטרף אליה כדי לזכות באותן הטבות שחילק אותו רוב. זכויות אלה אינן יכולות להירמס על-ידי הרוב הפרלמנטרי בלא שייבחנו בחינה חוקתית, והבחינה מגלה את שנאמר בחוות דעתם של השופטים התומכים בביטול החוק.

ל"ו. גם אם יש לדעתי לנהוג ריסון בהתערבות שיפוטית (ראו, לדוגמה, פסקה כ"ח לחוות דעתי ב[בג"ץ 466/07](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20466/07) גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)), יתר על זה הנוהג במשפט המינהלי בכלל - שבו מניסיון רב שנים בתפקידים שונים ובמערכות ממשל שונות, סבורני כי לבית משפט זה נודע תפקיד חשוב ממדרגה ראשונה, ואילולא מילא אותו לא היה ממלא את שליחותו; בתחומי חיים שונים, ויקצר המצע מפירוטם, בעקבות הכרעות בית המשפט חלו שינויים חיוביים בהתנהגות המינהל הציבורי, וכן נחקקו חוקים ותיקוני חקיקה לא מעטים והם זרועים על פני תולדות המדינה. **אך גם במשפט החוקתי, אין בית המשפט רשאי להתנצל ולהתפרק ממה שהטיל עליו המחוקק-המכונן**, הוא ולא אחר, בחוקי היסוד הנוגעים לזכויות. [הדגשה במקור]

ל"ז. מעבר להנמקות המלומדות והמפורטות של הסמכות החוקתית (ראו[ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%206821/93&Pvol=מט)(4) 221), דעת לנבון ואף להדיוט נקל, מקריאה בחוקי היסוד שלזכויות כפשוטם, משמדברים הם בזכויות יסוד ובהגבלת האפשרות לפגוע בהן - אפילו בחקיקה - באופן שאינו עומד במבחני המידתיות של פסקת ההגבלה, כי על בית המשפט הוטל לבחון אם נפגעות זכויות ואם הפגיעה ראויה ומידתית היא. חברי סבור, כי נושא זה שבפנינו אינו עניין להידרש אליו. חלוק אני, כאמור, על גישתו.

ל"ח. יש אולי הבדל בגישותינו באשר לתרומה האפשרית של בית המשפט בנושא זה, ואולם אין חולק כי ענייננו בחובה, שיש בה ערכיות מהסוג הרגיש ביותר, עד כדי סיכון החיים. אין לדעתי דרך שבעולם שבית משפט זה יתנער מעיסוק בה. אם יש מתחם שויון במובן הערכי - גם אם לא במובן המעשי, אחד לאחד, דבר בלתי אפשרי - אולי אין נושא שויוני נעלה מן השירות הצבאי. ועוד, לטעמי גם השינויים שבכל זאת אירעו בחברה החרדית בהקשר הגיוס, היו קשורים לפחות בחלקם בהתערבות השיפוטית, שאילולא היא ספק אם היו מתרחשים כל עיקר. בחברה שמרנית (החרדית) עסקינן, על כל המשתמע, על כן גם אם תרומתנו בהעמדת הגבול החוקתי לא תהפוך את סדרי החברה החרדית מהיום למחר, יש לקוות כי היא זורעת זרעים שגם ינבטו ויעשו פרי.

=-=

***חוק טל*** *והפסיקה בעניין* ***חוק טל*** כהדגמה לאחד מהטיעונים בעד חוקה פורמאלית:

**החשש מפני קבוצות אינטרס או קהילות מיעוט רבות-כוח העושות שימוש לרעה בכוחן.**

*[חזרה לטיעון שהופיע בדפי שיעור קודמים, דפי שיעור 6 – להלן הדברים:]*. כשל נוסף שמופיע תכופות הוא מכיוון אחר, כיוון המנוגד לכיוון של "עריצות הרוב". הוא אינו נוגע למיעוט 'כרוני' שהחוקה והביקורת השיפוטית נועדו לאזן את חולשתו, אלא עוסק ב**עודף הכוח של קבוצות מיעוט מסוימות**. במילים אחרות, התערבות בדרך של חוקה וביקורת שיפוטית חוקתית נחוצה לא רק כנגד רודנות של הרוב הנכפית על המיעוט, אלא גם בשל סכנה הפוכה; מיעוט המנצל את כוחו העודף, ובתהליך נפגעות זכויות של בני אדם השייכים לקהילת הרוב או של בני אדם המשתייכים לקהילת המיעוט ("המיעוט שבתוך המיעוט", למשל נשים בקהילות מיעוט פטריארכאליות).

כיצד נוצרות בעיות מסוג זה, כלומר, קבוצות שונות שאינן יכולות לממש, הלכה למעשה, את הפוטנציאל הפוליטי הטמון בגודל המספרי של חבריהן, והן נאלצות לקבל וטו או הכתבת מיעוט שאיננה מוצדקת?

מספר סיבות אפשריות (ראו שם, באותם דפים):

**א. תיאורית הבחירה הציבורית** (public choice);

**ב. דילמת האסיר**

אך כיצד ממתנת קיומה של חוקה פורמלית את הכשלים/ הקשיים הללו?

האם חוק טל עשה כן? האם הפסיקה בעניינו עשתה/עושה כן?

היש טיעון *נוסף*, מהטיעונים בעד החוקה, שאולי מתעורר בפרשה זו?

=-=

**תיאור תמציתי של מצב הדין *בהווה* בנושא גיוס תלמידי ישיבות חרדיות (מתוך הויקיפדיה)**

**תפוגת חוק טל**

ב־[21 בפברואר](http://he.wikipedia.org/wiki/21_%D7%91%D7%A4%D7%91%D7%A8%D7%95%D7%90%D7%A8) [2012](http://he.wikipedia.org/wiki/2012) פסק [בג"ץ](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%92%22%D7%A5) שחוק טל אינו חוקתי, ולכן הכנסת לא תוכל לשוב ולהאריכו מעבר למועד פקיעת תוקפו, [1 באוגוסט](http://he.wikipedia.org/wiki/1_%D7%91%D7%90%D7%95%D7%92%D7%95%D7%A1%D7%98) [2012](http://he.wikipedia.org/wiki/2012).

מנהיגים וח"כים חרדים הביעו תגובות נחרצות נגד פסיקת בג"ץ, הרב [שמואל אויערבך](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%90%D7%9C_%D7%90%D7%95%D7%99%D7%A2%D7%A8%D7%91%D7%9A), למשל, כתב: "על דבר הגזירה הנוראה לפגוע בלב היהדות, אשר חושבים על גיוס בני הישיבות חלילה וחלילה וח"ו לא תהא כזאת בישראל"‏[[12]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-12).

בחודש מאי 2012 הקימה הממשלה את [הוועדה לקידום השוויון בנטל](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%95%D7%95%D7%A2%D7%93%D7%94_%D7%9C%D7%A7%D7%99%D7%93%D7%95%D7%9D_%D7%94%D7%A9%D7%95%D7%95%D7%99%D7%95%D7%9F_%D7%91%D7%A0%D7%98%D7%9C), בראשות חבר הכנסת [יוחנן פלסנר](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%95%D7%97%D7%A0%D7%9F_%D7%A4%D7%9C%D7%A1%D7%A0%D7%A8) כדי לגבש חלופה לחוק טל, באופן שיבטל את דחיית גיוסם של בני הישיבות ללא הגבלה במספרם, הוועדה כללה נציגים ממפלגות הקואליציה למעט נציגי המפלגות החרדיות שהחרימו את הוועדה, והודיעו כי לא ישתפו פעולה עמה. לקראת סיום עבודתה כחודש וחצי לאחר שהוקמה, הודיע ראש הממשלה על פירוק הוועדה, זאת לאחר שמספר נציגים ממפלגות הקואליציה פרשו ממנה, לאחר שהתנהלות הוועדה הייתה שלא לרוחם.

לאחר ביטול חוק טל, פרסמו ראשי הישיבות הוראה לתלמידיהן לא לחתום על מסמכים בלשכת הגיוס מעבר לאישור הפרטים האישיים, וחלק אף הורו לא להתייצב כלל עם קבלת זימון ללשכת הגיוס‏[[13]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-13).

**ועדת פרי**

לאחר הקמת ממשלת נתניהו השלישית במרץ 2013, הוקמה ועדת שרים בראשותו של [יעקב פרי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A2%D7%A7%D7%91_%D7%A4%D7%A8%D7%99), שהמליצה על תוכנית גיוס אשר לפיה יהיו פטורים מגיוס רק 1,800 "מתמידים" בכל שנתון. הוועדה קבעה כי יוטלו סנקציות כלכליות על ישיבות שלא יעמדו ביעדי הגיוס, ואילו ישיבות בעלות אחוזי גיוס גבוהים יתוגמלו כספית. כמו כן המליצה הוועדה כי אם יעדי הגיוס לא יתממשו, ייפתחו הליכים פליליים כנגד המסרבים להתגייס‏[[14]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-14).

ביולי 2013 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת שתי [הצעות חוק](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA_%D7%97%D7%95%D7%A7): להסדרת גיוסם של בני ישיבות לצה"ל‏[[15]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-15)  ולשילובם בשירות אזרחי‏[[16]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-16).

**ועדת שקד**

לאחר שוועדת פרי הגישה את מסקנותיה, ולאחר שהחוק עבר בכנסת בקריאה ראשונה, קמה הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת החוק בעניין השוויון בנטל בשירות הצבאי, בשירות האזרחי ובשוק העבודה, ולהסדרת מעמדם של תלמידי הישיבות בראשות [חברת הכנסת](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%91%D7%A8%D7%AA_%D7%94%D7%9B%D7%A0%D7%A1%D7%AA) [איילת שקד](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%99%D7%99%D7%9C%D7%AA_%D7%A9%D7%A7%D7%93) מ[הבית היהודי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%99%D7%94%D7%95%D7%93%D7%99) ("ועדת שקד"), שתפקידה לגבש את טיוטת החוק שיוגש לכנסת. בוועדה נכחו נציגי החרדים שהשמיעו את התנגדותם לחובת גיוס תלמידי ישיבות, בשאר המפלגות נתגלעו ויכוחים שונים, הבולט מביניהם היה מחלוקת בין סיעת "[יש עתיד](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A9_%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%93)" לסיעת "[הבית היהודי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%99%D7%94%D7%95%D7%93%D7%99)", האם יש להטיל על המשתמטים מגיוס סנקציות כלכליות או פליליות. בפברואר [2014](http://he.wikipedia.org/wiki/2014) לאחר התערבותו של ראש הממשלה בנימין נתניהו, אישרה ועדת שקד את סעיף הסנקציות הפליליות בחוק השוויון בנטל‏[[17]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-17). בתגובה לאישור המלצות ועדת שקד, התקיים כינוס של מנהיגי כל הפלגים של הציבור החרדי, ובו הוחלט להכריז מלחמה נגד המלצות הוועדה‏[[18]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-18).

ב-[12 במרץ](http://he.wikipedia.org/wiki/12_%D7%91%D7%9E%D7%A8%D7%A5) [2014](http://he.wikipedia.org/wiki/2014) הוצג בכנסת חוק הגיוס של ועדת שקד‏[[19]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-19) ואושר בקריאה שנייה ושלישית ברוב גדול מול מתנגד אחד (ח"כ [יוני שטבון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99_%D7%A9%D7%98%D7%91%D7%95%D7%9F))‏[[20]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-.D7.97.D7.95.D7.A7-.D7.95.D7.A2.D7.93.D7.AA-.D7.A9.D7.A7.D7.93-20)‏[[21]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-.D7.97.D7.95.D7.A7-.D7.95.D7.A2.D7.93.D7.AA-.D7.A9.D7.A7.D7.93-.D7.9B.D7.A0.D7.A1.D7.AA-21).

לאחר תיקון החוק התבססו בציבור החרדי שני זרמים. את מחנה הרוב מוביל הרב [אהרן לייב שטיינמן](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%94%D7%A8%D7%9F_%D7%9C%D7%99%D7%99%D7%91_%D7%A9%D7%98%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%9E%D7%9F) המורה על שיתוף פעולה עם דרישות הצבא לעניין ההתייצבות וקבלת הדיחוי או פטור על פי החוק. את המחנה השני מוביל הרב [שמואל אוירבך](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%90%D7%9C_%D7%90%D7%95%D7%99%D7%A8%D7%91%D7%9A) המורה שאין להתייצב בלשכת הגיוס כלל. בספטמבר 2014 נערך בירושלים כינוס רבנים המתנגדים להתייצבות, ובהם ראשי ישיבות ליטאים המזוהים עם "[בני תורה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%AA%D7%95%D7%A8%D7%94_(%D7%9E%D7%A4%D7%9C%D7%92%D7%94))", רבני [העדה החרדית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%A2%D7%93%D7%94_%D7%94%D7%97%D7%A8%D7%93%D7%99%D7%AA), אדמו"רים ורבנים ספרדים ובהם הרב [דוד בצרי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%93%D7%95%D7%93_%D7%91%D7%A6%D7%A8%D7%99) והרב [בן ציון מוצפי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%9F_%D7%A6%D7%99%D7%95%D7%9F_%D7%9E%D7%95%D7%A6%D7%A4%D7%99)‏[[22]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-22).

**תקצוב תלמידי ישיבות שגיוסם נדחה**

ב-[4 בפברואר](http://he.wikipedia.org/wiki/4_%D7%91%D7%A4%D7%91%D7%A8%D7%95%D7%90%D7%A8) [2014](http://he.wikipedia.org/wiki/2014) החליט הרכב של תשעה שופטי [בג"ץ](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%92%22%D7%A5), ברוב של שמונה מול אחד, להוציא [צו ביניים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A6%D7%95_%D7%91%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%9D) האוסר על המדינה לתקצב את תלמידי הישיבות שנדחה מועד גיוסם בהוראה כללית (ולא מסיבות אישיות)‏[[23]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1_%D7%91%D7%A0%D7%99_%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%91%D7%95%D7%AA#cite_note-23). הצו מתייחס רק להעברות כספים הנעשות בהתאם ל"מבחנים לחלוקת כספים לצורך תמיכה של משרד החינוך במוסדות תורניים – לימוד ופעולות".

=-=

לפגישה הבאה: לשאלות אחרות, ראשוניות ומרכזיות:

**1. היש סמכות מכוננת בישראל?**

**2. האם כוננה מכוחה של סמכות זו חוקה לישראל**?

**השאלה הגדולה והכרעתה: היש סמכות מכוננת בידי הכנסת? – פס"ד בנק המזרחי (1995)**

הנשיא ברק, סע' 5 לפסק דינו ב**בנק המזרחי**:

כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמאטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. החוק אינו יכול ליצור את הסמכות שתיצור אותו. מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם.

השופט חשין, בפתח פסק דינו ב**בנק המזרחי:**

דומני כי למיום היות בית המשפט העליון לישראל - למיום היווסדו ועד עתה - לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, כשאלה אם ניתנה חוקה לישראל, [...]

**כרקע לויכוח על השאלה הנזכרת, קראו את הקטעים להלן ביחס "לגישה המקורית", זו המוקדמת יותר;**

**וקראו לאחר מכן גם את טיעוניו העיקריים של שופט המיעוט חשין בפס"ד בנק המזרחי, המופיעים בהמשך.**

**החוקה הפורמלית של ישראל –**

**הגישה המקורית, *זו שבטרם "המהפכה החוקתית"***

התפיסה החוקתית שבטרם "המהפכה החוקתית" – משמע, בטרם חוקי היסוד 'החדשים' בתחום זכויות האדם ובטרם **בנק המזרחי**.

ע"א 228/63 **עזוז נ. עזר**, פ"ד יז 2541, 2547 [השופט ברנזון]:

"נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשתה כדין על יסוד נימוק זה או אחר" .

בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 [השופט לנדוי] – ***פסילתה הראשונה של הוראת חוק***

טענתו השניה של העותר היא שחוק המימון [חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), תשכ"ט-1969] לא נתקבל כדין. היות והוא נוגד את עקרון השוויון של הבחירות הקבוע ב**סעיף 4 של חוק-יסוד: הכנסת** (להלן חוק-היסוד). לפי **סעיף 46**, שהוסף לחוק-היסוד בשנת תשי"ט ...:

**"הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי הסעיפים 4, 44 או 45 יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בכל שלב משלבי החקיקה, למעט הדיון בהצעה לסדר יומה של הכנסת. לענין סעיף זה 'שינוי' - בין מפורש ובין משתמע."**

וזה לשון הסעיף 4 של חוק-היסוד:

**"הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת, אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת."**

חוק המימון נתקבל בכנסת בקריאה ראשונה ברוב של 24 נגד 2 (דברי הכנסת, הכנסת הששית, מושב רביעי, ע' 1377), כלומר בפחות מרוב מנין חברי הכנסת (61). [...]

הגענו לכלל דעה שבשלילה המוחלטת של ההקצבה מרשימות מועמדים חדשות יש הפרה מעשית של שוויון הסיכויים בין הרשימות, הנוגדת את עקרון השוויון שבסעיף 4 במידה שאין להצדיקה, ולא רק סטיה קלה מעקרון זה. [...]

יוצא איפוא שהכנסת יכולה לעשות אחת משתיים: היא יכולה לחזור ולחוקק את הוראות המימון שבחוק המימון, למרות חוסר השוויון שבהן, אם יימצא להן הרוב הדרוש לפי הסעיפים 4ו-46 של חוק-היסוד, או שהיא יכולה לתקנו כדי להסיר את חוסר השוויון, והצבענו לעיל על דרך אפשרית בה ניתן לעשות זאת.

בג"צ 60/77 **רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לא(2) 556 [השו' עציוני]

אלא, שהעותר בא לערער על תקפותו של חוק זה בטענו כי חוק-יסוד כמו חוק-יסוד: הכנסת, אין לשנותו אלא בחוק-יסוד אחר, והיות וחוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים) לא כונה חוק-יסוד, הרי הוא איננו יכול להכשיר חוקים אחרים אשר באו לשנות את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בענין זה הוא מסתמך על מאמרו של פרופסור קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" (משפטים ב 51).

בצדק טוענת הגב' ביניש שעם כל הכבוד לפרופסור קליין, **אין כל אסמכתה לכך שלא ניתן לשנות חוק-יסוד אלא על-ידי חוק שהכנסת כינתה אותו כחוק-יסוד,** שהענין הוא ענין שבסמנטיקה בלבד, וכי למעשה הפסיקה היא אחרת. [...] נקבע שהכנסת שהיא בית-המחוקקים הסוברני של המדינה, רשאית לשנות מהוראות חוק-היסוד כל זמן שהדבר נעשה בהתאם להוראות שחוק-היסוד עצמו קבען. כן נקבע באותו פסק-דין שחוק-יסוד: הכנסת עצמו העניק לכנסת כוח לסטות מעקרון השוויון בדרך שהיא התוותה לעצמה מראש בסיפא של סעיף 4 לחוק-היסוד ואם אמנם נתקבל החוק המהווה שינוי לסעיף 4 הנ"ל ברוב שנקבע בסעיף 4, סיפא, הרי הוא תקף.

בג"צ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, 554-553 [השופט ברק]

12. סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובע עקרון של שוויון בשיטת הבחירות. הוא מוסיף וקובע, כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". בכך ניתן "שריון" להוראת סעיף 4 לחוק היסוד. "שריון" זה תופס בשיטתנו, שכן מכירים אנו בסמכותה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת ולהכין חוקי יסוד אשר יהוו את פרקיה השונים של חוקת המדינה. במסגרת זו אנו מכירים בכוחה של הכנסת - שעה שהיא פועלת כרשות מכוננת - לשריין הוראות של חוק-יסוד מפני שינויים - בין שינויים בחוק "רגיל" ובין שינויים בחוק-יסוד - המתקבלים ברוב "רגיל". [...]

27. מה תוקפו של חוק הסותר עקרונות יסוד, כגון את עקרון השוויון? השאלה "פשוטה" יחסית, אם עקרונות היסוד מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. כפי שראינו, במקרה זה יד העקרונות על העליונה, שכן הם מעוגנים בנורמה משפטית עליונה, ומכוחם החוק בטל. בית המשפט מוסמך להצהיר על כך. אך מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוקי-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק "רגיל" לקבוע הסדר הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה? והאם יכולים חוקה נוקשה וחוק-יסוד משוריין לנגוד עקרונות יסוד אלה? כפי שציינתי, שאלה זו אינה חדשה. כמוה בימי המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיביסטית לבין הפילוסופיה המבססת עצמה על משפט טבעי. [...]

28. הגישה המקובלת באנגליה, אינה הגישה היחידה האפשרית. אמת, מוכרת ריבונותו של בית המחוקקים. אך כמו כל ריבונות, גם ריבונות זו יכולה להיות מוגבלת (...). אכן, בגרמניה, למשל, הודגשה ההשקפה כי המחוקק כבול לעקרונות יסוד מסוימים, גם אם לעקרונות יסוד אלה אין עיגון חוקתי. [...]

30. מהי המסקנה העולה מניתוח זה? לדעתי שלש הן המסקנות המתבקשות: **האחת**, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. אין כל דבר אקסיומתי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד, אינה יכולה להיתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק. **השניה**, כי על פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מהתפיסה האנגלית, ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור. רק על רקע תפיסה זו ניתן להבין את המחלוקת המפלגת אותנו באשר לצורך בחוקה נוקשה ובביקורת שיפוטית. **השלישית**, כי לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו ואין זה ראוי כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק - שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק יסוד - והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, נראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להעשות - בשלב זה של חיינו הלאומיים - על ידי העם ונציגיו הנבחרים. מטעמים אלה יש לדעתי לדחות את טענותיו של ד"ר קורינלדי בעניין זה, בלא לבחון לגופו של עניין את מידת הפגיעה בעקרון השוויון ובעקרונות אחרים שיש בו, בחוק המתקן.

**=-=**

**השינוי: חוקי היסוד 'החדשים' ופסק-דין בנק המזרחי (1995)**

**השופט חשין – עמדת המיעוט**

^ דחיית תורת שני הכתרים/ שני הכובעים, שלפיה בידי הכנסת שני סוגים נפרדים של סמכויות; חוקתית וחקיקתית.

^ ל"אסיפה המכוננת" (הכנסת הראשונה) לא היתה סמכות להעביר את כוחה המכונן לגוף אחר;

^ ובכל אופן, גם לוּ היתה לה סמכות כזו, הרציפות החוקתית נקטעה משום שהאסיפה המכוננת לא עשתה כל פעולה של העברת סמכותה זו.

^ השופט חשין גם מצביע על הקשיים, חוסר האחידות והסכנות הצפויות מאימוץ תורת שני הכתרים, מנקודת ראות דמוקרטית ומנקודת הראות של התפתחות המשפט החוקתי בישראל: העדר קונסנזוס חברתי, היעדר פרוצדורה ברורה וראויה לגיבוש החוקה, ועוד.

^ עם זאת, השופט חשין מצהיר על כך שלבית המשפט יש סמכות לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית בעת פגיעה בוטה של המחוקק/הכנסת בעקרונות היסוד של ישראל (והוא מבקש להפעיל אותה, מעשית, מאוחר יותר בשנת 2006, בפס"ד המיעוט שלו בעניין ***חוק טל*** 1).

[משמעות עמדתו של השופט חשין, לו התקבלה:

**אין גוף/גורם בישראל שיכול לכונן חוקה, (וגם לא ברור באיזה נתיב, אם בכלל, ניתן ליצור גוף כזה בעתיד).**

**מהלך הכנסת בחוקי היסוד החדשים שנועדו להעניק הגנה חוקתית לזכויות האדם במידה רבה לא צלחו; זאת משום שאין לכנסת סמכות מכוננת ולכן "השריון המהותי" (פסקת ההגבלה) אינו תופס.**

**עם זאת, יש לו, לשריון המהותי, השפעה (מוגבלת): קיומה של חובה לקבל חוק הנוגד את חוקי היסוד בתחום זכויות האדם מתוך מודעות מפורשת לאפשרות הסתירה (משמע, הוספה של המחוקק משהו בסגנון: "על אף האמור בחוקי היסוד").**

**כמו כן נתונה לכנסת אפשרות לכבילה עצמית צורנית מוגבלת = דרישה לקבלת חוק/ חוק-יסוד ב"רוב חברי הכנסת" (דרישת קוורום).**

**ואולם בנוסף/ במקביל, השופט חשין פותח אפשרות לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית**.]

67. דומה כי תורת שני הכתרים ["שני הכובעים"] - וכמוה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת – יוצרות במשפט החוקתי של ישראל מערכת שטרם נודעה במדינות אחרות: אותו גוף עצמו, במשך קרוב לחמישים שנה לעבר - ועוד משך זמן אשר לא נדע לעתיד - אמור לשמש, כביכול, גם מחוקק רגיל גם מחוקק חוקה, ובלא שהוא נדרש לכל הליך חוצה לו או לכל גוף אחר. ואת פי העם לא שאלנו. הכך נבקש לבנות חוקה? הכך נאמר להקנות לבית-משפט סמכות לפסול חוקי כנסת? קשה בעיניי כי נרכיב תורות אלו עטרה לראשנו, כי על פיהן תקנה הכנסת סמכות לכבול את סמכותה, כי בית-משפט על מושבו יקנה סמכות לפסול חוקי כנסת. אכן, עד שהכנסת תחזיק בסמכות לחוקק חוקה, נצפה כי תקנה סמכות כך לחוקק באורח מפורש, ברור וחד-משמעי. בנייתה של חוקה כיום על סמכות שקנתה האסיפה המכוננת לפני ארבעים ושבע שנים - בוודאי בהיעדר רצף חוקתי בין ראשית לבין אחרית - אין לקבלה, לא כל שכן שמדובר באותו גוף עצמו - באותה כנסת - האמור גם לחוקק חוקים גם לחוקק חוקה.

68. דומני שלא אטעה אם אומר, כי המבקשים להכיר בסמכותה של הכנסת דהאידנא לחוקק חוקה שאינה ניתנת לשינוי אלא ברוב מיוחד ומיוחס שלמעלה מ 61 חברי-כנסת [...], משווים נגד עיניהם חקיקה המשריינת זכויות וחירויות לפרט: חופש התנועה, חופש הביטוי, חירות ממעצר. ובראותנו כל אלה פחד ורחב לבבנו. הנה מה טוב ומה נעים. שמחתי באומרים לי תחזקנה זכויות האדם. נרחיב את חירויות הפרט, נצר את כוחות השלטון, ניטיב ליחיד ולכלל וירווח לנו. אשרי הגבר אשר יבטח בבית המשפט והיה בית המשפט מבטחו. חזקה עליו על בית המשפט כי ימצא את ה"איזונים" הראויים בין יחידים, ביניהם לבין עצמם, בין פרט לבין כלל, בין היחיד לבין חברה. טוב לחסות בבית המשפט מבטוח בשליטים.

גם אם נכונים הם כל דברים אלה כולם - ונסכים כי נכונים הם - נזכור נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם; חלק נכבד מן החוקה - אפשר חלקה העיקרי - עניינו במוסדי השלטון, ברשויות השלטון, בכוחות ובסמכויות המוקצים לכל אחת מן הרשויות, אפשר ביחסי דת ומדינה אפשר בגבולות המדינה. כך, למשל, נניח שחוק יסוד יקבע כי תיערכנה בנפרד בחירות לרשות מחוקקת ולרשות מבצעת; כי בחירות תהיינה בדרך פלונית; כי הקצאת סמכויות בין אבריה של הרשות המבצעת העליונה - ראש ממשלה וממשלה - תהיה כך וכך; כי גבולות המדינה יהיו אלה ואלה; וכי חוק יסוד זה לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של שמונים חברי-כנסת. במערך הכוחות הפנימי בישראל אפשר לא ניתן יהיה לשנות חוק זה שנים רבות מאוד, למרות שרוב העם ורוב מבין חברי הכנסת - ואפילו רוב כבד – יאמר לשנותו. הנקבל זאת עלינו?

69. מאז קוממיות אין לנו מנוח, לא לעם ולא למדינה. הכרעות קשות ומכאיבות תוכפות עלינו. רישומיהן של אותן החלטות ניכרים בחיי היום-יום, ולעתיד פתרונים מה יבוא עלינו. שאלות הרות גורל לפרט ולקהילה רודפות אותנו כל העת, ובקרב העם דעות והשקפות שונות, מי בכה ומי בכה. נשווה נא עתה נגד עינינו שאלה פלונית שהעם מתייסר בה ומפולג בה, ונניח כי עולה הדבר בידי הממשלה, או בידי האופוזיציה, והכנסת מחוקקת חוק יסוד באותו נושא, בניגוד למחאות קשות של המתנגדים, מחאות של כנסת ומחאות של רחוב. הנושא הוא נושא חוקתי, והכנסת מוסיפה ומחליטה כי לא ניתן יהיה לשנות אותו חוק יסוד אלא ברוב של 80 חברי-כנסת. מובן שהחוק מתקבל ברוב רגיל, כמקובל בכנסת. למשל, ברוב שבו נתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: ברוב של 32 נגד 21 ונמנע אחד, או ברוב שבו נתקבל חוק-יסוד: הממשלה (55 קולות בעד ו-22 קולות נגד). והנה בא יום, והוא למחרת יום קבלתו של החוק, אפשר שבועיים לאחריו, אולי חודשיים, אולי שנה או שנתיים. הממשלה או האופוזיציה (לפי העניין), מבקשת לשנות את החוק. אך זאת אין בכוחה לעשות. בחוק החדש תומכים רק 70 חברי-כנסת, אולי 75 חברי-כנסת, אולי 61 חברי כנסת. אליבא דחבריי החוק הוא חוק, שהרי חוק חוקה הוא, חוקה לישראל.

ואני אומר: לא ולא! לא יעלה על הדעת כי נציגיו של רוב העם יסברו כפי שיסברו, אך בבואם לשנות את חוק היסוד נמנע אותם מהשגת מבוקשם בהעמידנו על דרכם קונסטרוקציה משפטית של שני כתרים או של ריבונות בלתי מוגבלת. הכך נמנע מרוב - אף מרוב מאסיבי - לשנות את גורל העם? דומני כי מניעת הרוב שקולה כנגד הליך אנטי-דמוקרטי בעליל. אמרתי כמה וכמה פעמים, ולא אלאה מחזור על כך: לא זה הדרך לחוקק חוקה. אם ברצוננו להעמיד את העם לפני עובדה מוגמרת ואת פיו לא נשאל - זה אמנם הדרך. ואולם אם על דעת העם נאמר לפעול, נפנה נא אליו ונשאל את פיו כמעשה האסיפה המכוננת האמיתית שלפני ארבעים ושש שנים. אפשר ייעשה מעשה אחר, מעשה החורג באורח חוקתי בולט משגרת החקיקה הרגילה, וגם אותו נאהב. אך אנא, אל נא נקבע עתה - לראשונה – הלכה משפטית המיוסדת על חוק שמשנת תשי"א (1951) ונכונן במו ידינו את הכנסת כרשות מכוננת לחקיקתה של חוקה נוקשה למדינה.

=-=

במקביל, השו' חשין מציג במפורט גישה חוקתית חלופית לגבי מקור כוחו וגבולות סמכותו של בית המשפט בבואו להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה של הכנסת. בראש ובראשונה חשין שולל במפורש את העיקרון של ריבונות המוחלטת של הפרלמנט. הוא קובע, כי הכנסת, כמו כל גוף או אדם בישראל, כפופה לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית והמשטרית אצלנו. כלומר: הוא מקבל ומנסח את העיקרון שלפיו ישנם גבולות לכוחה של הכנסת – גבולות שבמקרה הצורך יתערב בית המשפט כדי לכפותם. למשל, סיטואציות של "כנסת המחוקקת לעצמה" (עבור עצמה), אך לא רק.

**עמדת הרוב בבית המשפט העליון**

**א. מהלכה של הכנסת להעניק הגנה חוקתית (לחלק) מזכויות האדם ולמוסדות יסוד והסדרי יסוד של המדינה – בין היתר, על דרך הגבלתה שלה, של הכנסת, בפוֹעלה כרשות מחוקקת – הצליח; שכן *יש לה לכנסת סמכות מכוננת*.**

**ב. זיהוי חוקי היסוד כפירות של הפעלת הסמכות המכוננת משפיע על מכלול מעמדם. הוא מעניק להם *עליונות* ביחס לכל הנורמות הנמוכות יותר, והוא מקנה לגיטימציה *למהלכי הכבילה העצמית (יצירת הנוקשות)* ככל שתופיע בהם.**

***קיימת על כן לישראל חוקה פורמלית (אמנם חלקית ובעייתית) – היא חוקי היסוד של ישראל.***

**ג. אחת המסקנות הנובעות מכך (וקונקרטית, מעליונותם של חוקי היסוד) היא *כי אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד***

**(ביחס "לפגיעה" בחוק יסוד בחוק רגיל, להבדיל מניסיון לשנותו באמצעות חוק – יבוא דיון בהמשך).**

**ד. *נתונה לבתי המשפט סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית*.**

## ה. נפתחת בצורה יותר מפורשת האפשרות לביקורת מטא-טקסטואלית של בית המשפט על הכרעות הכנסת, ואף על אלו מהן שהיא מקבלת או מציגה כמקבלת מכוח סמכותה המכוננת. אפשרות זו לא נקבעה באופן חד (נותרה בצריך עיון), ואם תופעל ודאי תהיה נדירה ביותר, ותחול ככל הנראה רק כנגד פגיעה קשה ממש באושיותיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".

**=-=**

**לפגישה הקרובה:**

קראו את ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 415-352 (פסק דינו של הנשיא ברק, סע' 50-1, וכן סע' 59 עד 63, 66 ו-67; וכן סעיף 8 לפסק הדין של השופט בך) (1995).

אנא נסו לזהות את הנימוקים שמשרטט הנשיא ברק בדרכו **למציאת סמכות מכוננת בידי הכנסת**.

אנא בחנו את האופן שבו מנסים שני השופטים לענות לנימוקיו של שופט המיעוט, השופט חשין, המפורטים בעיקרם לעיל.

נדון בפגישה הקרובה גם בשאלה, מדוע חוקי היסוד החדשים גרמו – משפטית – דווקא הם "למהפכה החוקתית"?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 10***

בשולי אירועים של הימים הללו

**הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** (המכונה בשיח הציבורי: "חוק הלאום")

*לא נדון בה לגופה בעת הזו. נדחה זאת למועד הראוי על פי הסילבוס*

*להלן נקודות פרוצדוראליות שונות המלוות את קבלתה וקבלות הצעות אחרות לתיקוני חקיקה או תיקונים בחוקי יסוד:*

הצעת חוק פרטית

הנחה על שולחן הכנסת

סמכות, במצבים חריגים, לנשיאות הכנסת לפסול את ההצעה

קריאה טרומית +

שלושת הקריאות

פרסום ברשומות

הצעת חוק ממשלתית

שלוש קריאות

פרסום ברשומות

ועדת השרים לענייני חקיקה

"משמעת קואליציונית"

פעולה של שר בניגוד להחלטת הממשלה או ועדת השרים

שקולה להצבעת "אי-אמון" בממשלה

האפשרות לפיטורי שר על ידי ראש הממשלה

=-=

**החוקה הפורמאלית של ישראל – המשך**

**3. מהם תכני החוקה?**

חוקי היסוד

**חוק יסוד: הכנסת**

4. [שיטת הבחירות] **הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.**

9א. [הארכת תקופת כהונה (תיקון: תשנ"ב)] **(א) הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות; בחוק כאמור ייקבע מועד הבחירות.** [...]

**חוק-יסוד: הממשלה,**

**חוק-יסוד: השפיטה,**

**חוק-יסוד: נשיא המדינה,**

**חוק-יסוד: הצבא,**

**חוק-יסוד: מבקר המדינה,**

**חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל,**

**חוק-יסוד: מקרקעי ישראל,**

**חוק-יסוד: משק המדינה,**

**חוק יסוד: חופש העיסוק,**

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,**

**חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה)**

**חוק יסוד: משאל עם**

**החוקה הפורמאלית היא חוקי היסוד כולם.**

להלן שניים מחוקי היסוד.

**מדוע דווקא הם הניעו/חוללו שינוי בתפיסת המבנה החוקתי שלנו? מדוע הם הולידו את מי שמכונה "המהפכה החוקתית"?**

**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**

**1.** עקרונות יסוד [תיקון: תשנ"ד]

**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**

**1א.** מטרה [תיקון: תשנ"ד]

**חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

**2.** שמירה על החיים, הגוף והכבוד

**אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.**

**3.** שמירה על הקנין

**אין פוגעים בקנינו של אדם.**

**4.** הגנה על החיים, הגוף והכבוד

**כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.**

**5.** חירות אישית

**אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.**

**6.** יציאה מישראל וכניסה אליה

**(א)כל אדם חופשי לצאת מישראל.**

**(ב)כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.**

**7.** פרטיות וצנעת הפרט

**(א)כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.**

**(ב)אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.**

**(ג)אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.**

**(ד)אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.**

**8.** פגיעה בזכויות [תיקון: תשנ"ד]

**אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.**

**9.** סייג לגבי כוחות הבטחון

**אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.**

**10.** שמירת דינים

**אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.**

**11.** תחולה

**כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה.**

**12.** יציבות החוק

**אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.**

**חוק-יסוד: חופש העיסוק**

**1.** עקרונות יסוד

**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**

**2.** מטרה

**חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

**3.** חופש העיסוק

**כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.**

**4.** פגיעה בחופש העיסוק

**אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.**

**5.** תחולה

**כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב.**

**6.** יציבות

**אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.**

**7.** נוקשות

**אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.**

**8.** תוקפו של חוק חורג [תיקון: תשנ"ח]

**(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.**

**(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה.**

**...**

=-=

**1. היש סמכות מכוננת בישראל?**

**2. האם כוננה מכוחה של סמכות זו חוקה לישראל**?

**התפיסה החוקתית שבטרם "המהפכה החוקתית" – בטרם חוקי היסוד 'החדשים' בתחום זכויות האדם ובטרם בנק המזרחי.**

דפי הפגישה הקודמת

=-=

**החוקה הפורמאלית: הסמכות המכוננת של הכנסת**

**השאלה הגדולה והכרעתה: היש סמכות מכוננת בידי הכנסת? – פס"ד בנק המזרחי (1995)**

הנשיא ברק, סע' 5 לפסק דינו ב**בנק המזרחי**:

כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמאטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. החוק אינו יכול ליצור את הסמכות שתיצור אותו. מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם.

השופט חשין, בפתח פסק דינו ב**בנק המזרחי:**

דומני כי למיום היות בית המשפט העליון לישראל - למיום היווסדו ועד עתה - לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, כשאלה אם ניתנה חוקה לישראל, [...]

**השופט חשין – עמדת המיעוט**

^ דחיית תורת שני הכתרים/ שני הכובעים, שלפיה בידי הכנסת שני סוגים נפרדים של סמכויות; חוקתית וחקיקתית.

^ ל"אסיפה המכוננת" (הכנסת הראשונה) לא היתה סמכות להעביר את כוחה המכונן לגוף אחר;

^ ובכל אופן, גם לוּ היתה לה סמכות כזו, הרציפות החוקתית נקטעה משום שהאסיפה המכוננת לא עשתה כל פעולה של העברת סמכותה זו.

^ השופט חשין גם מצביע על הקשיים, חוסר האחידות והסכנות הצפויות מאימוץ תורת שני הכתרים, מנקודת ראות דמוקרטית ומנקודת הראות של התפתחות המשפט החוקתי בישראל: העדר קונסנזוס חברתי, היעדר פרוצדורה ברורה וראויה לגיבוש החוקה, ועוד.

^ עם זאת, השופט חשין מצהיר על כך שלבית המשפט יש סמכות לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית בעת פגיעה בוטה של המחוקק/הכנסת בעקרונות היסוד של ישראל (והוא ביקש להפעיל אותה, מעשית, מאוחר יותר בשנת 2006, בפס"ד המיעוט שלו בפס"ד **חוק טל 1**).

[וראו דפי הפגישה הקודמת ביחס לעיקרי נימוקיו של השופט חשין]

**עמדת הרוב בבית המשפט העליון**

**א. מהלכה של הכנסת להעניק הגנה חוקתית (לחלק) מזכויות האדם ולמוסדות יסוד והסדרי יסוד של המדינה – בין היתר, על דרך הגבלתה שלה, של הכנסת, בפוֹעלה כרשות מחוקקת – הצליח; שכן *יש לה לכנסת סמכות מכוננת*.**

**ב. זיהוי חוקי היסוד כפירות של הפעלת הסמכות המכוננת משפיע על מכלול מעמדם. הוא מעניק להם *עליונות* ביחס לכל הנורמות הנמוכות יותר, והוא מקנה לגיטימציה *למהלכי הכבילה העצמית (יצירת הנוקשות)* ככל שתופיע בהם.**

***קיימת על כן לישראל חוקה פורמלית (אמנם חלקית ובעייתית) – היא חוקי היסוד של ישראל.***

**ג. אחת המסקנות הנובעות מכך (וקונקרטית, מעליונותם של חוקי היסוד) היא *כי אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד***

**(ביחס "לפגיעה" בחוק יסוד בחוק רגיל, להבדיל מניסיון לשנותו באמצעות חוק – בכך נדון בהמשך).**

**ד. *נתונה לבתי המשפט סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית*.**

## ה. נפתחת בצורה יותר מפורשת האפשרות לביקורת מטא-טקסטואלית של בית המשפט על הכרעות הכנסת, ואף על אלו מהן שהיא מקבלת או מציגה כמקבלת מכוח סמכותה המכוננת. אפשרות זו לא נקבעה באופן חד (נותרה בצריך עיון), ואם תופעל ודאי תהיה נדירה ביותר, ותחול רק כנגד פגיעה קשה ממש באושיותיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".

## להלן עיקר תשובותיו של הנשיא ברק לטיעוניו של שופט המיעוט חשין:

43 […] (א) חברי מדגיש כי הכנסת הראשונה - זו שעל דעת הכל הייתה מוסמכת ליתן חוקה לישראל - לא הייתה מוסמכת להעביר את סמכותה לכנסת השנייה, ואף אם הייתה מוסמכת לכך, לא נתכוונה לכך. תשובתי הפשוטה לכך הינה כי רעיון ההעברה או השליחות, לפיו אין שלוח עושה שלוח, אינו תופס בענייננו. לכנסת הוענקה – מכוחה של הנורמה הבסיסית ועל-פי תפיסות היסוד של החברה הישראלית – הסמכות לכונן חוקה. סמכות זו נתונה לכל כנסת. הכנסת הראשונה לא העבירה סמכויות לכנסת השנייה, כשם שהכנסת השתים-עשרה לא העבירה את סמכות החקיקה לכנסת השלוש-עשרה. כנסת מאוחרת אינה שלוח משנה של כנסת קודמת. הכנסת היא אורגן מרכז של המדינה, שעל-פי המבנה החוקתי שלנו, נתונה לה סמכות מכוננת וסמכות מחוקקת. על כל פנים, גם על-פי קו מחשבתו של חברי, ביקשתי להראות שהכנסת הראשונה נתכוונה (סובייקטיבית) לראות בכנסת השנייה את יורשתה, וכי כוונה זו צלחה.

(ב) חברי חוזר שוב על הטענות הישנות לפיהן העברת סמכות הכינון מהכנסת הראשונה לשנייה נעשתה בחוקים רגילים ולא בחוקי יסוד. שאלה זו אינה מתעוררת לגבי חוק המעבר, תש"ט-1949 שהרי הוא הוחק לפני "החלטת הררי". כשלעצמי, רואה אני בו הוראה חוקתית, כפי שאכן כונה ("חוקה קטנה"). פרופ' ידין ציין כי חוק המעבר הוא "מעשה חקיקה יסודי בשטח הקונסטיטוציה המדינית" (ספר ידין, עמ' 90).

אשר לחוק המעבר לכנסת השנייה, הוא הוחק לאחר החלטת הררי, ואותו צריך היה לחוקק כחוק-יסוד. יש להצטער שהדבר לא נעשה. האם בשל כך נופל כל המבנה החוקתי? כבר ציינתי, שלגבי דידי לא היה נחוץ כלל חוק זה, והוא בעל אופי הצהרתי, תוך שהדגיש את המעבר ממצב של ארעיות למצב קבע.

(ג) חברי, השופט חשין מצביע על חולשתה של תורת הסמכות המכוננת, … [ ]כי היא עשויה להוביל לצורך לקבוע אם הוראות מסוימות המופיעות בחוק-יסוד אין בהן משום חריגה מהסמכות המכוננת. […] עשוי אכן להתעורר הצורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור "חוק-יסוד". ביקשתי להשאיר עניין זה בצריך עיון ואני ממשיך לדבוק ברצוני זה. אציין, עם זאת, כי דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של "צורה" (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות (ראה פסק-דינו של בית המשפט העליון של הודו בפרשת KESAVANDE V. STATE OF KERALA […]

הצורך בביקורת שיפוטית במצב דברים זה אינו יוצא דופן. דומה שגם חברי, השופט חשין, מפעיל ביקורת שיפוטית במצבים דומים. כך, למשל, לשיטתו, הנסיון של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) להעביר מכוחותיה לכנסת השנייה לא צלח. האין כאן מצב שבו בית המשפט קובע את גידרי החוקה? חברי השופט חשין ממשיך וקובע שאם הכנסת תחוקק חוק (ואף חוק-יסוד) המאריך את כהונתה מעבר לארבע שנים, יהא בכך מעשה לא חוקתי. האין בכך מצב בו בית המשפט קובע את גבולותיה של הרשות המכוננת? [...]

44. [...] כפי שביקשתי להראות, סמכותה המכוננת של הכנסת לא באה לה רק בירושה מהאסיפה המכוננת המקורית (לפי שיטת קלזן). חזרתי וציינתי כי הכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת משקפת את כלל ההכרה של המשפט הישראלי היום (לפי שיטת הארט) והיא הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית והמדינית של ישראל, כפי שהוא נתפס כיום (לפי שיטת דבורקין). אכן, ללא כל קשר למצב המשפטי אשר שרר עם פיזורה של האסיפה המכוננת, ואפילו אם לא הייתה אסיפה מכוננת כלל, עדיין קמה ועומדת השאלה, מהו כלל ההכרה של המשפט הישראלי היום? האם המשפט הישראלי היום מכיר בסמכותה של הכנסת ליתן חוקה לישראל? על שאלה זו השבתי בחיוב. כתמיכה בגישתי הבאתי את הבנת הכנסת את עצמה, את המצעים של המפלגות לבחירות השונות המשקפים את הנושאים עליהם נתן העם את דעתו בבחירות, את דברי החכמים והמלומדים המשקפים את הקונסנסוס המקצועי, את פסיקת בית המשפט העליון, ואת תגובת הכנסת עליהם. כל אלה ביחד - בלא שניתן לבודד גורם אחד ולראות בו חזות הכל - משמשים תשתית "עובדתית" למסקנתי המשפטית כי כיום - כמו בעבר - מוכר כוחה של הכנסת ליתן חוקה לישראל. מסקנתי בדבר כוחה של הכנסת לכונן חוקה מבססת עצמה על "תשתית עובדתית" רחבה. היא פרי ההיסטוריה החוקתית, הבנת הכנסת את עצמה, תפיסות היסוד של מלומדים וסופרים, הבנתם של בוחרים שהלכו לבחירות השונות, הלכות ואמרות של שופטים ותגובת הכנסת עליהם. כאן טמונה הביקורת שלי על עמדתו של חברי, השופט חשין. אין היא תואמת את הבנתה של הקהילייה הישראלית היום. אין היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של מדינת ישראל. אין היא מתמודדת עם הבעיה החוקתית.

45. […] ואני שואל: שופט בית המשפט העליון, המסתכל על ההיסטוריה המשפטית שלנו, דרכיה, ומסורתה, כפי שהיא משתקפת לפנינו היום - על רקע מגילת העצמאות, כינונה של אסיפה מכוננת, החלטת הררי, בחירות אשר במהלכן חזרו המפלגות וציינו כי הן מבקשות לכונן חוקה לישראל, חקיקתם של שנים-עשר חוקי יסוד הכוללים הוראות שריון וכבילה, פסיקתם של בתי המשפט ותגובת הכנסת אליה, ועמדת הקהילה המשפטית - האין זה מתבקש כי ייקבע שכיום נתונה לכנסת הסמכות המכוננת; כי כיום מוסמכת הכנסת - בצד כוח החקיקה הרגיל שלה - לכונן חוקה? האין זה הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה הלאומית שלנו?

46. […] הפירוש הטוב ביותר להבנה זו הינו כי הכנסת ביקשה להגביל את כוח החקיקה שלה בעניינים חוקתיים; כי היא ראתה עצמה פועלת בגדרי המפעל החוקתי; כי היא ראתה עצמה ככותבת חוקה לישראל. נתמקד נא עוד בהוראות השריון שבחוק-יסוד: הכנסת. האם ההסבר הטוב ביותר לפרקטיקה זו, על רקע מכלול ההיסטוריה המשפטית והחברתית שלנו, הוא שנעשה כאן נסיון של הכנסת לראות בנמנעים ובלא משתתפים כמי שמצביעים נגד, תוך רצון לקבוע רוב "רגיל"? או שמא ההסבר הטוב ביותר הוא זה שנעשה כאן נסיון ליצור נורמה חוקתית-על-חוקית, אשר תבטיח את יציבות המשטר? או טול את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם ההסבר הטוב ביותר לחוק-יסוד זה הינו, כי הכנסת ביקשה למנוע מצב דברים שבו כנסת מאוחרת עשויה לפגוע בזכויות יסוד בלא לתת הדעת על כך במודע ובמפורש (כעמדת חברי, השופט חשין)? או שמא ההסבר הטוב ביותר להוראת חוק זה הוא כי הכנסת ביקשה למנוע מהכנסת את האפשרות לפגוע בזכויות יסוד בלא לקיים את דרישתה של פסקת ההגבלה, ובכך למנוע מכנסת מאוחרת – {גם זו} הקובעת במפורש כי היא סוטה מההסדר של חוק היסוד - מלהשיג את מטרתה? האם פירוש זה - הוא הפירוש שלי - אינו הפירוש היחיד היוצר הרמוניה בין הסדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והסדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, בו מצויה הוראה מפורשת בעניין פסקת ההתגברות, שנועדה להשיג את הפירוש של חברי בגדריו של חוק-יסוד זה, אך שחסרה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? האם ההסבר הטוב ביותר להיסטוריה המשפטית שלנו באשר לשימוש בביטוי "חוק-יסוד" הוא שזה עניין צורני גרידא, שאין מאחוריו ולא כלום? או שמא ההסבר הטוב ביותר לשימוש בדיבור "חוק-יסוד" הוא שהדבר הוא מהותי באופיו, ומשקף את מעמדו הנורמאטיבי העליון של חוק היסוד? […]

=-=

**תשובתו החלקית של שופט אחר משופטי הרוב, השופט בך, לאחת מטענותיו של השופט חשין**

8. השופט חשין מעלה בפסק-דינו, בין היתר, חששות מפני תופעות שליליות העלולות להתרחש בעתיד אם אכן נכיר בסמכות הכנסת לכבול בחוק יסוד ללא הגבלה את סמכותן של כנסות באות לבטל חוק כזה או לתקנו. כך שואל חברי, מה יקרה אם בעתיד יתקבל חוק יסוד כובל אשר ידרוש הצבעה של 90 או 100 או עוד יותר חברי-כנסת לקבלת תיקון עתידי. אכן, מחשבה כזו מעוררת חשש לעניין חיינו הדמוקרטיים בעתיד, אך נראה כי חשש כזה הוא תיאורטי יותר ממעשי. אין אנו המדינה היחידה שבה התקבלו חוקים בעלי אופי חוקתי, הכוללים סעיפי שריון והגבלה באשר לחקיקה עתידה. בחוקים כאלה מדובר בצורך ברוב חברי הפרלמנט לשינוי חוק חוקתי, או אף בצורך ברוב של שני שלישים של הפרלמנט או של המשתתפים בהצבעה. לא שמענו על דרישת רוב מוחלט של 100%, היינו הצבעה פה אחד, או אף של דרישת רוב של 90% או 80% של חברי הפרלמנט.

החשש המובע מזכיר לי את השאלות הבאות ששאלתי את עצמי לא פעם: מה יקרה, אם בטקס של ערב יום העצמאות, כאשר המפקד הממונה על האירוע מציע ליושב-ראש הכנסת ומבקש את רשותו להתחיל בטקס, תיתקל בקשתו זו בסירוב מטעם יושב-ראש הכנסת?! ומה יקרה, אם נשיא המדינה או ראש הממשלה או השר הנוגע בדבר יסרבו לחתום על חוק שנתקבל בכנסת? ומה אם נשיא המדינה יסרב לחתום על כתב מינוי לשופט אשר נבחר לכהונתו על-ידי ועדת המינוי לשופטים, ולא נמצא כל פגם במינויו? התשובה הפשוטה לשאלות כאלה היא, כי ישנם דברים מסוימים, אשר יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין פשוט לא יקרו. ואם חס וחלילה, בצורה בלתי סבירה, בכל זאת יתרחשו, גם אז יימצאו לכך במשטר דמוקרטי פתרונות במישור השיפוטי או במישור ממלכתי אחר. בחשש זה ובבעיות אחרות הקשורות בקבלת חוקי יסוד להבא ובתיקונם, אשר בעתיד יימצאו להם פתרונים, אין כדי לגבור על השיקולים המובילים למסקנה כי הכנסת, כגוף המחוקק העליון, אכן מוסמכת הן לחוקק חוקים רגילים והן לקבל חוקי יסוד המעניקים חוקה לישראל.

=-=

אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד, פרק 2 (מהדורה שישית, 2004)

התפיסה המקובלת כיום היא כי לכנסת "שני כובעים": רשות מחוקקת מזה, ורשות מכוננת מזה. הנורמות שקובעת הכנסת כרשות מכוננת ("חוקי-יסוד") הן בעלות מעמד "חוקתי", כלומר נמצאות בראש פירמידת הנורמות; ואילו הנורמות שקובעת הכנסת כרשות מחוקקת (חוקים "רגילים") כפופות לנורמות הנקבעות על-ידי הרשות המכוננת. כלומר, כוחה של הכנסת, כרשות מחוקקת, מוגבל מכוח נורמות שקבעה היא עצמה, כרשות מכוננת. אין זו אמנם תופעה יוצאת דופן בעולם שבית-המחוקקים הוא גם בעל הסמכות המכוננת (לפחות ככל שמדובר בסמכות לתקן את החוקה). הייחוד הוא בכך שאין נהוגה כל פרוצדורה מיוחדת להפעלת הסמכות, ובעיקר בכך שעצם קיומה של סמכות זו בידי הכנסת איננו מובן מאליו ומוסכם על הכול, כך שנדרשה הכרעה שיפוטית, בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**, שכללה גם דעת מיעוט, לשם הכרה בה. מצב זה נובע מהתרחשויות מצערות בימיה הראשונים של המדינה, שביטלו את קיומה העצמאי של האסיפה המכוננת.

השאלה הקשה היא, מהו המבחן לפיו יש להכריע האם לכנסת מוקנית סמכות מכוננת? בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** הוחלו שלושה מבחנים שונים: מבחן **אחד** הוא "משפטי-פורמאלי" (או "פוזיטיביסטי"). הוא מבוסס על התפיסה כי לכנסת סמכות לקבוע נורמות חוקתיות משום שהיא הוסמכה לכך מכוח נורמה משפטית מחייבת; מבחן **שני** הוא "חברתי" במהותו. לפיו, לכנסת סמכות מכוננת שכן היא נתפסת על-ידי הציבור כבעלת סמכות שכזו, כלומר היא זוכה לאמון ציבורי לקבוע נורמות "עליונות" ו"נוקשות", והיא עצמה מתייחסת אל חוקי-היסוד כבעלי תכונות אלה. כפי שנראה מיד, היישום של כל-אחד משני מבחנים אלה אינו מוליך לתוצאה חד משמעית. בסופו של דבר, בלתי נמנעת ההתבססות על מבחן **שלישי**, שהוא אקסיומטי במהותו. לפי מבחן זה, לכנסת מוקנית סמכות מכוננת משום שרצוי, על-פי הערכה ערכית, כי תהא לה סמכות כזו. הערכה זו מבוססת, בעיקרה, על בחינת התוכן של מעשי החקיקה המועמדים לזכות בהכרה כבעלי מעמד חוקתי. כפי שכבר הוזכר לעיל, נראה כי מבחן זה הוא שעמד ביסוד העמדות השונות של השופטים בעניין **בנק המזרחי**, אף שלכאורה, עיקר הדיון בפסק-הדין מוקדש דווקא להחלה של שני המבחנים הראשונים, בהם אין נדרשת חשיפה ברורה של היסודות הערכיים והפוליטיים של ההכרעה.

**1. מבחן "משפטי-פורמלי": האם הכנסת "הוסמכה" לפעול כרשות מכוננת? – סוגיית הרציפות החוקתית**

כדי ליישם מבחן זה, יש לחזור אל "נקודת ההתחלה", כלומר אל "הנורמה הראשונית" (או "הבסיסית"), ממנה מתחילה "שרשרת ההסמכות". [יש לזכור, עם זאת, כי תוקפה של נורמה זו אינו נקבע על-פי המבחן ה"משפטי-פורמלי" האמור (שהרי היא "ראשונה"), אלא על-פי מבחן "חברתי"; נורמה זו היא אותה "נקודת אחיזה שמחוץ למחוקק … הצריכה לינוק עצמה מהעם"]. התפיסה המקובלת היא כי נקודת אחיזה זו היא הסמכת מועצת המדינה הזמנית, שנקבעה בהכרזה על הקמת המדינה, לקיים בחירות ל"אסיפה המכוננת", שתהא הגוף המוסמך לכונן חוקה.

2. מבחן "חברתי": האם "התודעה הלאומית" מכירה בסמכותה המכוננת של הכנסת?

**3. מבחן אקסיומטי: האם רצוי כי לכנסת תהא סמכות מכוננת?**

=-=

**סוגיית "הרציפות החוקתית"**

[הדברים להלן הם ציטוטים מתוך חוות-דעתו של הנשיא ברק ב**בנק המזרחי**].

מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה על-ידי אסיפה מכוננת אשר תיבחר לא יאחר מ-1 באוקטובר 1948. […]. וזו לשון **הכרזת העצמאות**:

**"אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת, ו' באייר תש"ח 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 - תפעל מועצת העם כמועצת המדינה הזמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תקרא בשם 'ישראל'".**

מועצת המדינה הזמנית **פירסמה את המנשר וחוקקה את פקודת סדרי השלטון והמשפט**. נקבע בפקודה זו, בין השאר, כי "מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת" (סעיף 7א)). כן חוקקה מועצת המדינה הזמנית את **פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת**.

הצעד החוקתי הבא בשרשרת הרציפות החוקתית הוא החלטתה של מועצת המדינה הזמנית להתפזר. […] במקביל להחלטת הפיזור החליטה מועצת המדינה הזמנית כי כל סמכויותיה יועברו לאסיפה המכוננת. מעבר זה נעשה בפעולת חקיקה של מועצת המדינה הזמנית, הלוא היא **פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תש"ט 1949**. נקבע בפקודה זו כי:

"מועצת המדינה הזמנית תוסיף לכהן עד התאסף האסיפה המכוננת של מדינת ישראל; בהתאסף האסיפה המכוננת תתפזר מועצת המדינה הזמנית ותחדל מלהתקיים" (סעיף 1). נקבע עוד כי "לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בעניין זה" (סעיף 3).

השלב הבא ברציפות החוקתית הוא בחקיקתו של **חוק המעבר, תש"ט 1949**. זהו דבר החקיקה החשוב ביותר אשר חוקקה הכנסת (שהיא עתה הן רשות מכוננת והן רשות מחוקקת). בחוק זה נקבע:

"לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת'" (סעיף 1).

כן נקבע כי לדבר חקיקה של הכנסת ייקרא 'חוק' (סעיף 2(א)). חוק המעבר לא השפיע על סמכותה הכפולה של האסיפה המכוננת (כעת "הכנסת הראשונה"). אכן, הכנסת הראשונה קיימה דיונים נרחבים באשר לחוקה (ראה ד"כ 5, בעמ' 714). […] הדיון הסתיים בהחלטת פשרה של הכנסת הראשונה (האסיפה המכוננת) שנתקבלה ביום 13.6.50. יוזם ההחלטה היה חבר הכנסת הררי **("החלטת הררי")**. וזו לשון ההחלטה:

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

**חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א 1951**. נקבעה בו רציפות בין תום כהונתה של הכנסת הראשונה לבין תחילת כהונתה של הכנסת השנייה (סעיף 1). נקבע כי "לכנסת השנייה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה" (סעיף 5). הוסף כי הכנסת השנייה תנהג על-פי התקנון, ההחלטות, התקדימים והנוהג של הכנסת הראשונה (סעיף 6). כן נקבע במפורש (בסעיף 9) כי:

"כל מקום בחוק בו מדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה ייקרא, מיום כינוס הכנסת השנייה, כאילו המדובר בכנסת השנייה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מגופו של ענין".

כן נקבע כי "חוק זה יחול, בשינויים המחוייבים לפי הענין, גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנידונים בחוק זה" (סעיף 10).

**=-=**

**"הדיאלוג החוקתי" ומיהו "בעל המילה האחרונה" – העדר שינוי דרסטי** – **ניתוחו של פרופ' דותן**

ביקורת שיפוטית היא סוג של דיאלוג בין בתי המשפט לבין הרשויות הפוליטיות. הן חייבות להביא בין שיקוליהן את האפשרות שפעולותיהן יעמדו למבחן שיפוטי. ובית המשפט, מנגד, מביא בפועל בחשבון את התגובות הציבוריות הצפויות לפסיקתו, ואת המהלכים המשפטיים האפשריים בעקבותיה.

אצלנו, טרם המהפכה החוקתית (ובכפוף לחריג שהופיע בפסק דינו של השופט זוסמן ב**ירדור** ולפתח העקרוני שעליו דיבר השופט ברק ב**תנועת לאו"ר**) המילה האחרונה היתה שמורה ללא עוררין למחוקק. מבחינה משפטית, הדיאלוג בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות היה פשוט ומורכב משניים או שלשה שלבים. (1) פעולה של גורם ברשות המבצעת. (2) פעולה/פסיקה של בית המשפט. (3) התערבות אפשרית או לחלופין חוסר מעש של המחוקק, שהעניק הלכה למעשה תוקף להחלטה השיפוטית.

**המהפכה החוקתית יצרה שינוי ממשי.** פעולת המחוקק אינה סוף פסוק. (4) בית המשפט יכול להגיב ולהעמיד למבחן חוקתי את התאמתו של החוק שהתקבל למול חוקי היסוד.

(5) אולם גם לאחר הפסיקה השיפוטית ברמה החוקתית, זכות ההכרעה הסופית בדיאלוג הזה נשארה לכאורה לכנסת. אמנם היא נדרשת (במקרה של חוק יסוד: חופש העיסוק, או מאפייני שיטת הבחירות הקבועים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) לגייס רוב מוחלט של 61 מחבריה, או (במקרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) רק להכתיר את מהלך התגובה שלה בכותרת "חוק יסוד"; אולם במישור הפורמאלי, המהפכה החוקתית הותירה לכנסת מרחב ניכר להפעיל את כוחה המכונן כדי לתקן קביעות של בית המשפט שאינן נראות לה. אין מגבלות קשות על אפשרות שינוי החוקה כדי לתקן או לבטל קביעות של בית המשפט. לא נדרש הליך חוץ-פרלמנטרי מיוחד וגם לא נדרש (במרבית המקרים) רוב מיוחד מבין חברי הכנסת; וגם כשנדרש רוב מיוחד, אין מדובר בדרישה שהיא בלתי עבירה לחלוטין במישור הפרקטי. בקצרה: הכנסת יכולה בכל עת "ללבוש את כובעה המכונן" – כדברי הנשיא ברק – ולעשות בכובע הזה (כמעט) אותו שימוש שעשתה בכובעה החקיקתי בתקופה של טרום המהפכה החוקתית.

**פירוש הדבר, *משפטית,* הוא, *שאין שינוי דרסטי* מבחינת מערך הכוחות הבסיסי של השחקנים המשתתפים בדיאלוג הקונסטיטוציוני.**

**עם זאת, אם קודם היו כלי-משחק קונבנציונליים בידי כל צד (ביקורת שיפוטית מנהלית וחקיקה רגילה), הרי כעת יש בידי שניהם כלי-משחק בלתי קונבנציונליים (ביקורת שיפוטית חוקתית, ומנגד, סמכות הכינון הנתונה לכנסת). כלים המשפיעים לא רק על הפתרון של שאלה קונקרטית, אלא גם כלים כדי לשנות אד-הוק את המסגרת הכוללת שהמשחק מתנהל בה ולנסות לקדם על-ידי כך את מעמדו שלו כאחד הצדדים המתחרים במשחק**.

(6) **ביקורת מטא-טקסטואלית**: לאמור כאן ראוי להוסיף את האפשרות לפיה בית המשפט עלול להתערב ולפסול גם פעולות של הכנסת בגדר כוחות הכינון שלה. ניתן להניח שזוהי דרך פעולה שבית המשפט ינקוט רק **במצבים קיצוניים מאד – משמע, בעת פגיעה קשה באושיות המדינה/ בעקרונות היסוד שלה**. [ההשלכות הפוליטיות האפשריות קשות].

=-=

[תחילת דיון]

**הביקורת השיפוטית מטא-טקסטואלית:**

**ביקורת שיפוטית חוקתית *מכוח ערכי היסוד, כלומר החוקה המהותית* – האם נתונה ומהם גבולותיה?**

**הנשיא ברק בפס"ד התנועה לאיכות השלטון (חוק טל 1):**

**[הוא מנהל כאן ויכוח *אחר* עם השופט חשין, שרוצה להפעיל כאן את הביקורת המטא-טקסטואלית, קרי את הביקורת מכוח החוקה המהותית]:**

[בעקבות המהפכה החוקתית] הצורך להיזקק לשאלת החוקתיות של חקיקה מחוץ למסגרת של חוקי היסוד קטן עד מאוד. צורך זה אינו קיים במקרה שלפנינו. זאת, משום שבפסק דיננו קבענו כי השוויון – עד כמה שיש בו ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה – נכלל בכבוד האדם. כן קבענו כי לשוויון זה מוענק מעמד חוקתי-על-חוקי. מכוחה של הכרעה זו קבענו כי חוק דחיית השירות פוגע בכבוד האדם. הוספנו וקבענו כי חוקתיותו תיקבע על פי מידתיותו. במצב דברים זה אין מקום לבחון את חוקתיותו של חוק דחיית שירות ביחס לערכים ולעקרונות שאינם מהווים חלק מחוקי היסוד.

שנית, גם אם קיים תחום צר שבמסגרתו ניתן לבחון את חוקתיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד, המקרה שלפנינו אינו נופל לתחום זה. במקום אחר עמדתי על הגבלה המוטלת על הכוח לשנות חוקה (בעיית השינוי החוקתי הלא חוקתי), תוך שציינתי:

"הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (שופט בחברה דמוקרטית 99).

באחת הפרשות, נטען כי חוק שפגע בחופש העיסוק שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, ושאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, אינו חוקתי חרף העובדה שהוא עומד בתנאיה של פסקת ההתגברות ("חוק חורג") . אי החוקתיות שנטענה היתה בהיות החוק נוגד את ערכיה של מדינת ישראל. בדחותי טענה זו כתבתי:

"גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה" (בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד כ(3) 15, 28).

על כן, יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם. המקרה שלפנינו אינו נופל למסגרת צרה זו. הוא רחוק ממנה מרחק רב. חוק דחיית שירות אינו פוגע בליבת הדמוקרטיה. הוא אינו שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי. אמת, הוא פוגע פגיעה קשה בכבוד האדם. פגיעה זו נעשית במסגרת ההסדר הדמוקרטי שלנו. אין כל פגיעה בליבת הדמוקרטיה אם המדינה מחליטה לצמצם או להרחיב את הגיוס לצבאה. אמת, השוויון בין אזרחים נפגע במקרה שלפנינו; כבוד האדם נפגע; הפגיעה היא קשה. אך מכאן ועד למסקנה כי פגיעה זו מהווה פגיעה בליבת הדמוקרטיה, ובדרישות המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית, רחוקה הדרך. פגיעתו של חוק דחיית השירות אינה שונה באופן מהותי מפגיעות רבות אחרות בזכויות אדם הנבחנות במסגרת חוקי היסוד על דבר זכויות האדם.

=-=

וראו עוד, בג"צ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 481 [השו' דורנר]

1. בתאריך 1.8.99 אישרה הכנסת ברוב חבריה, בכל שלבי החקיקה, את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מספר 9) (להלן: התיקון), אשר בגידרו בוטלה המיגבלה שנקבעה בסעיף 33(א) לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיה מספר חברי הממשלה לא יעלה על 18. [...]

2. בעתירה שבפנינו ביקשה העותרת כי נכריז על בטלותו של התיקון האמור, וזאת מטעמים אחדים: [...] חמישית, העותרת טענה כנגד סבירותו של התיקון והמניעים לקבלתו.

7. טענתה האחרונה של העותרת מתייחסת לסבירות התיקון והמניעים לקבלתו. העותרת מציינת את העלויות הרבות, ולדעתה המיותרות, שיגרום התיקון. בתשובה לטענה זו כנראה לא למותר לציין, כי עצם העלות הכספית הכרוכה בביצוע חוק - ולא-כל-שכן חוק-יסוד - אינה מהווה פגם משפטי, ואינה מהווה נושא לביקורת שיפוטית. מקומה של ביקורת בעניין זה הוא במישור הציבורי בלבד.

התיקון נועד לתת מענה לרצונם של התומכים בממשלה שהוקמה לאחרונה להרחיב את שורותיה לנוכח ריבוי המפלגות התומכות בה והדרישה להרחבת ייצוגן. לא נטען, כי ב-18 שרים ושישה סגני-שרים אין די לניהול תקין של משרדי הממשלה. אכן, ככלל אין זה רצוי שחוקי-יסוד - המהווים פרקים של חוקת המדינה - יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי-שעה קואליציוניים.

עם זאת, במקרה שלפנינו אין מקום להתערבות שיפוטית. ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק-יסוד - אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים - עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית. על-כל-פנים, במניעי החקיקה במקרה זה, כמו גם בתוכן הפוליטי של התיקון, אין סתירה של עקרונות-על של שיטתנו. והלוא גם אלה שאינם שוללים על הסף את האפשרות מרחיקת-הלכת של ביקורת שיפוטית על תוכן חוקי-יסוד וחוקים שאינה מבוססת על טענה להפרת חוק-יסוד, מגבילים את האפשרות למקרים של פגיעה בעקרונות-על כאלה. ראו [תנועת לאו"ר].

**=-=**

**פסק הדין המנחה בסוגייה זו, של הביקורת השיפוטית המטא-טקסטואלית הוא פסק דין בר-און, שאליו נגיע בפגישה הבאה.**

=-=

**סיכום ביניים**

**החוקה הפורמאלית של ישראל: חוקי היסוד שלה**

**שאלות המפתח**

**האם נתונה לכנסת סמכות מכוננת?**

**האם היא הופעלה ומכוחה נוצרה חוקה פורמאלית?**

**מה תכניה? האם נוצרה סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית?**

**תכני החוקה:**

**מי מוסמך לכונן נורמות חוקתיות? מי מוסמך לשנותן? באיזה דרך?**

**כיצד מזהים את הנורמות החוקתיות?**

**מה משמעותן של הנורמות החוקתיות?** ["עליונות": "מתקל הדינים"]

**מהן זכויות היסוד שזכו למעמד חוקתי-על-חוקי?**

**מהם הסדרי היסוד ביחס למוסדות היסוד של המדינה – רשויותיה הבכירות?**

**מתי מאפשרת החוקה פגיעה בזכויות המוגנות בה?** ["פסקת ההגבלה"; "פסקת ההתגברות" בחוק יסוד: חופש העיסוק; פסקת "שמירת הדינים"; ..]

**האם נתונה לבתי המשפט הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית?**

**איזה סוג של ביקורת שיפוטית חוקתית?** – "מקדמית" (על חוקים שהתקבלו בפרלמנט אך תקפותם נבחנת על ידי בית המשפט בטרם ייכנסו לתוקף, כמו בצרפת)? או "מאוחרת" – לאחר כניסת החוק לתוקף? שילוב של שתיהן?

**האם מודל הביקורת הוא צנטרליסטי** (רק לבית המשפט העליון/ או בית המשפט לחוקה)? **או שמא דה-צנטרליסטי?**

\* **שאלה מפתח אך מהתחום *הפוליטי והמוסרי*: האם מה שנוצר הטיב את מצב הדברים מנקודת ראות דמוקרטית?**

במילים אחרות, מה מאזן התועלת/נזק של החוקה הישראלית במתכונתה הנוכחית? [ראו דיון בהמשך]

**החוקה החלקית שנוצרה היא חלקית והיא בעייתית - במה?**

העדרו (הכמעט מלא) של מרכיב הנוקשות. קלות שינוייה של החוקה הישראלית: חוקי היסוד ברובם אינם משוריינים (וכמו כן, חופש העיסוק מסויג על ידי "פסקת התגברות")

בפועל נוצר "דיאלוג חוקתי", שבו לכנסת/ לרוב בכנסת נתונה בקלות "המילה האחרונה";

האם נוצרה לפיכך "חוקתיות" ראויה לשמה? [בשל אי שריונם של רוב מרכיבי חוקי היסוד, יש שלא משתמשים במונח "חוקה" בהקשרה של ישראל];

עדיין חסרים בחוקה הפורמאלית שהתגבשה חלקים חשובים, וחלקם חשובים מאד:

במיוחד, חוק יסוד: החקיקה

משמע, חסרה קביעה חוקתית מפורשת של אופן קבלת נורמות חוקתיות ואופן שינויין (ראו להלן: *הצעת* חוק יסוד: החקיקה):

**בשל חסר זה צומח החשש של השופט חשין: האפשרות בהווה לשריין הוראות שונות בקלות, ברוב רגיל;**

לחששו של השופט חשין ניתן מענה מסוים, חלקי: האפשרות ל"ביקורת מטא-טקסטואלית";

חלק מזכויות האדם אינן מוגנות חוקתית;

אין הכרעה מקיפה, כל-כוללת, בשאלה מי מבין זכויות האדם – שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד – זכו למעמד חוקתי-על-חוקי.

[עם זאת, חל בכך לאחרונה שינוי: בית המשפט מוצא – בדרך של פרשנות של "זכויות הסל" של הזכויות ל"כבוד האדם" ול"חירות" – הגנה חוקתית על היבטים חשובים של הזכות לשוויון (בעיקר איסור אפליה על בסיס קבוצתי); הזכות לחיי משפחה (זוגיות ויחסי הורה-ילד); חופש הביטוי הפוליטי; ועוד];

קיומה של פסקת "שמירת הדינים" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – מקנה 'חסינות' לחוקים ותיקים, שהם בחלקם פוגעניים כלפי זכויות המוגנות בחוק היסוד;

קושי בתחום היציבות והוודאות המשפטית, בשל השאלות הלא-מעטות שנותרות פתוחות בה; ובשל ההתנגדות הפוליטית בקרב חלקים מהציבור ל"מהפכה החוקתית".

**מאזן "התועלת/ נזק" בעניינה של החוקה שנוצרה בישראל – דיון פוליטי ומוסרי**

^ היווצרות כלי להגנה מוגברת על זכויות האדם בישראל – הגנה גם מפני המחוקק, מפני "עיקרון הרוב" וייצוגו במוסד העליון של ישראל, הכנסת: ביקורת שיפוטית חוקתית [בחינה שיפוטית של תוקפה של חקיקה (ולרוב, חקיקה חדשה, שלאחר 1992) למול חוקי היסוד]

^ האם זכינו מעשית ליתר הגנה על זכויות האדם? (לדעתי כן, אך השאלה החשובה היא "באיזו מידה?" התפעלותי מוגבלת..);

^ נקודה סמוכה: האם השתנו דברים ממשיים בתרבות הפוליטית של החברה הישראלית בהקשרן של זכויות האדם?

ביחס לשתי השאלות האחרונות יש לשים לב לקושי שלנו לבודד מרכיב אחד ולשאול שאלות סיבתיות ביחס אליו. החברה הישראלית ניצבת בפני נסיבות קשות – ולא משנה כרגע מידת "האשם התורם" שלה – ועל כן קשה לקשור בין מצבה הנוכחי הקשה או הלא-פשוט לבין שאלת המהפכה החוקתית. השאלה הממוקדת יותר, על כן, היא האם התייצבותה של ישראל לנוכח נסיבותיה בלי המהפכה החוקתית היתה מועילה יותר או מועילה פחות להתמודדותה עם קשייה? זו שאלה שאינה פשוטה למענה.

^ האם החוקה שנוצרה העמיקה או מיתנה את השסעים בחברה הישראלית: השסע הלאומי, השסע הדתי? האם השפיעה על כל אחת מהן באותו אופן?

^ המהפכה החוקתית תרמה לפוליטיזציה במעמדו/ בדימויו של בית המשפט העליון – וכך העצימה את הסכנה לפגיעה בו.

היכן **בעיית הלגיטימיות**?

ראשית, חלק מהציבור ונציגיו לא אוהבים את התוצאות. קרי, ריסון "עקרון הרוב" לטובת הגנה על זכויות אדם וזכויות מיעוט.

שנית, חלק כועסים על הדרך שבה זה נעשה. מדובר, בין היתר, בטענה למעורבות יתר של בית המשפט העליון, והגעה לדברים שהם (מי מהם שתמך באימוץ חוקי היסוד) לא התכוון להם. למה הכוונה? בעיקר לשני מבין השינויים הבאים אך אולי גם לראשון:

א. הרחבת "העליונות" לכל חוקי היסוד, לא רק לאלה שהם נוקשים או שיש בתוכם ביטוי מובהק של עליונות (דוגמת "פסקת ההגבלה"), אלא למכלול חוקי היסוד; תולדה חשובה של עליונות זו, היא כי אין שינוי של חוק יסוד אלא בחוק יסוד (עם זאת, פגיעה בחוק כן מתאפשרת אם חוק היסוד מאפשר זאת);

ב. מציאת עיגון משתמע בחוקי היסוד לזכויות-יסוד מרכזיות שלא הופיעו בתוכם במפורש (דוגמת היבטים מרכזיים של הזכות לשוויון וחופש הביטוי הפוליטי) – וכך הענקת סמכות ביקורת שיפוטית חוקתית ביחס לחוקים הפוגעים שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה באותן זכויות יסוד כבדות-משקל אך שנויות במחלוקת;

מנגד, תרומתו של "הדיאלוג החוקתי" ללגיטימיות של המבנה החוקתי שנוצר – מה המשמעות שיש לתת לכך שמבנה זה לא שונה למרות שאין זה מסובך לשנותו?

^ ויש כמובן עוד שאלה חשובה מאד: האם נאמרה המילה האחרונה ביחס למבנה החוקתי של ישראל? נראה שלא. לאיזה כיוון יוביל העתיד?

[...]

=-=

קושי וחולשה טמונים, בין היתר, בחלקיותה של החוקה הפורמאלית שהתגבשה. לחוקי היסוד הקיימים חסרה הצטרפותו של חוק יסוד שעניינו **אופן הקבלה והתיקון של חוקי היסוד**. ניתן לראות חלק מהחסר בתוך מה שמופיע בהסדרים המוצעים לאימוץ בהצעת חוק-יסוד: החקיקה.

להלן גרסה אחת, המעודכנת ביותר, שגובשה על ידי שר המשפטים בשנת 2012. יש כמה גרסאות, וביניהן מספר הבדלים.Don't hold your breath; it's not just around the corner. המתנגדים להצעה הם רבי-כוח, ולכן סיכוייה להתקבל אינם רבים, ודאי בטווח הקרוב.

***הצעת* חוק-יסוד: החקיקה** *(זוכרים? הצעה היא רק הצעה..)*

**פרק א': הרשות המחוקקת**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| הרשות המחוקקת והסמכות המכוננת |  | 1. הרשות המחוקקת היא הכנסת, ונתונות לה סמכויותיה של האסיפה המכוננת. |

**פרק ב': חוקי-יסוד**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| חוקי-יסוד |  | 2. חוקי-היסוד נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה לכונן חוקה שתכלול הוראות בדבר סדרי המשטר, מוסדות המדינה, עקרונות-היסוד של המדינה וזכויות האדם. | | |
| הגשה ופרסום של הצעת חוק-יסוד |  | 3. הצעת חוק-יסוד תוגש לכנסת בידי הממשלה או בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, תפורסם ברשומות ותונח על שולחן הכנסת. | | |
| שלבי החקיקה |  | 4. | (א) | חוק-יסוד יתקבל בארבע קריאות במליאת הכנסת. |
|  |  |  | (ב) | חוק-יסוד יתקבל בקריאה ראשונה ובקריאה שניה במליאת הכנסת  ברוב של חברי הכנסת שהצביעו, ולענין זה לא יבואו הנמנעים במניין המשתתפים בהצבעה. |
|  |  |  | (ג) | חוק-יסוד יתקבל בקריאה השלישית במליאת הכנסת  ברוב של חברי הכנסת. |
|  |  |  | (ד) | חוק-יסוד יתקבל בקריאה רביעית במליאת הכנסת, בנוסח שאושר בקריאה השלישית, ברוב של ששים וחמישה חברי הכנסת; הקריאה הרביעית תהיה בישיבת הכנסת שנועדה לשם כך בלבד, אשר תיערך לא לפני חלוף ששה חודשים ממועד קבלת חוק היסוד בקריאה השלישית. |
| ביטול חוק-יסוד ושינויו |  | 5. חוק-יסוד לא יבוטל ולא ישונה אלא בחוק-יסוד. | | |
| יציבות חוקי-יסוד |  | 6. אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק-יסוד, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים. | | |

**פרק ג': חוקים**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| חוקים |  | 7. חוקים נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה כרשות המחוקקת. | | |
| הגשה ופרסום של הצעת חוק |  | 8. | (א) | הצעת חוק תוגש לכנסת בידי הממשלה או בידי חבר הכנסת. |
|  | (ב) | הצעת חוק שענינה הכנסת, בחירות לכנסת, חברי הכנסת או מבקר המדינה יכול שתוגש לכנסת בידי ועדה של הכנסת שהוסמכה לכך בתקנון הכנסת. |
|  | (ג) | בחוק או בתקנון הכנסת ניתן לקבוע הגבלות על הגשה של הצעות חוק. |
|  | (ד) | הצעת חוק של הממשלה או של ועדה של הכנסת תפורסם ברשומות ותונח על שולחן הכנסת. |
|  |  |  | (ה) | הצעת חוק של חבר הכנסת תובא לדיון מוקדם במליאת הכנסת; החליטה הכנסת לאשר את ההצעה, תועבר ההצעה לוועדה של הכנסת; אישרה הוועדה את ההצעה, תפורסם ההצעה ברשומות בנוסח שקבעה הוועדה ותונח על שולחן הכנסת. |
| שלבי החקיקה |  | 9. | (א) | חוק יתקבל בשלוש קריאות במליאת הכנסת. |
|  |  |  | (ב) | חוק יתקבל במליאת הכנסת ברוב של חברי הכנסת שהצביעו, ולענין זה לא יובאו הנמנעים במניין המשתתפים בהצבעה. |
| **עליונות** חוק-יסוד |  | 10. חוק לא יסתור הוראה בחוק-יסוד. | | |
| **תוקפו של חוק סותר** |  | 11. | (א) | קבע בית המשפט העליון, לפי סעיף 15א לחוק-יסוד: השפיטה כי חוק אינו תקף משום שהוא סותר הוראה בחוק-יסוד,יעמוד החוק הסותר בתוקפו חרף הסתירה, אם קבעה הכנסת במפורש, בחוק שהתקבל בשלוש הקריאות ברוב של ששים וחמישה חברי הכנסת, לאחר שהונח בפניה פסק דינו של בית המשפט העליון, כי החוק הסותר יהיה תקף על אף האמור בחוק-היסוד (בסעיף זה – חוק התגברות). |
|  |  |  | (ב) | תוקפו של חוק התגברות יהיה לחמש שנים, זולת אם נקבעה בו תקופה קצרה יותר או אם בוטל החוק הסותר, ורשאית הכנסת לשוב ולחוקקו טרם פקיעתו לתקופות נוספות שלא יעלו כל אחת על חמש שנים. |
|  |  |  | (ג) | בתום תקופת תוקפו של חוק ההתגברות לא יהיה תוקף לחוק הסותר, כפי שקבע בית המשפט. |
|  |  |  | (ד) | בסעיף זה, "חוק" – לרבות הוראה בחוק. |
| נוסח חדש ונוסח משולב |  | 12. העקרונות לקביעת נוסח משולב של חוקים, והדרכים לעריכתו, ייקבעו בחוק..  [...] | | |

**פרק ו': הוראות מעבר, תיקונים עקיפים והוראות שונות**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **חקיקת חוקי-יסוד**  **בתקופת המעבר** |  | 20. | (א) | בתקופת המעבר יקראו את סעיף 4(ד) כך:   1. במקום "ברוב של ששים וחמישה חברי הכנסת" יקראו "ברוב של חברי הכנסת"; 2. בסופו יקראו "ואולם רשאית הכנסת, להחליט, ברוב חבריה, אחרי קבלת חוק היסוד בקריאה השלישית, כי הקריאה הרביעית תתקיים במועד מוקדם יותר שקבעה." |
|  |  |  | (ב) | בסעיף זה, "תקופת המעבר" - תקופה שתחילתה ביום תחילתו של חוק-יסוד זה וסיומה במועד שעליו תחליט הכנסת, ברוב של ששים וחמישה חברי הכנסת, בישיבה שנועדה לשם כך בלבד. |
| **הוראת מעבר** |  | 21. | חוק-יסוד שהיה בתוקף ערב תחילתו של חוק-יסוד זה, יראו אותו כאילו נתקבל לפי הוראות חוק-יסוד זה.  [...] | |

=-=

בית המשפט מגלה מידה רבה של זהירות בהפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית

**להלן פסיקת המפתח במישור הפעלתה בפועל של הביקורת השיפוטית החוקתית עד להווה –**

**זאת מעבר לפס"ד *בנק המזרחי* (שהוא החשוב מכולם, אך בו לא הייתה התערבות בפועל):**

**^ברגמן,**

**^דרך ארץ,**

**^רובינשטיין,**

**^תנועת לאו"ר**:

פסיקה מוקדמת מסוף שנות ה-60 עד שנות ה-80, שעניינה סע' 4 לחוק יסוד: הכנסת – "**הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".**

**"בחירות שוות"** –> פסילת חקיקה שפגעה ברשימות המתמודדות לכנסת בכל הנוגע להקצאת כספי מימון מפלגות או הקצאת זמן שידור תעמולת בחירות; הפסילה היא על בסיס התפיסה החוקתית שבטרם "המהפכה החוקתית".

**=**-=

**פסיקה לאחר "המהפכה החוקתית":**

**המונח "המהפכה החוקתית".** השופט ברק:

עקרון "ריבונות הכנסת" איננו עוד ראש הפירמידה הנורמטיבית של מערכת המשפט הישראלית. תוקפן של חלק מזכויות האדם השתנה באורח מהותי. אם בעבר הן היו הלכתיות (תוצרי פסיקה) במהותן {"המשפט המקובל נוסח ישראל"}, והן נדחקו לאחור בעת שנסתרו על ידי חקיקת הכנסת, הרי שעתה הן מחייבות את הרשות המחוקקת עצמה – הן הפכו ל"נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של דברי החקיקה כולם". זוהי "המהפכה החוקתית".

[אנא חיזרו לתרשים הפירמידה הנורמטיבית: עלייתן של חלק מרכזי בזכויות האדם לחלקה העליון, החוקתי, של הפירמידה];

[ודוקו (כלומר, שימו לב): פס"ד **בנק המזרחי** עצמו שהצהיר/שקבע את "המהפכה החוקתית", הוא עצמו לא פסל הוראות בחוק גל; הוא הצהיר על יכולתו של בית המשפט לעשות כן, אך מצא כי "פסקת ההגבלה" של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הופרה, ולכן אין עילה לפסילת הוראה כזו או אחרת בחוק].

**^לשכת יועצי השקעות** (1997) – חוק יסוד: חופש העיסוק – **העדרן של "הוראות המעבר" ראויות בחוק יועצי השקעות**, ביחס למי שכבר בעת קבלת החוק פעלו כיועצי השקעות;

**^צמח** (1999) – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – **משך מעצר חיילים עד להבאתם בפני שופט צבאי**;

**^אורון** (2002) – חוק יסוד: חופש העיסוק – **חופש התחרות ביחס לרדיו ארצי יעודי** וסוגיית ערוץ 7;

^**חירות** (2003)– חוק יסוד: השפיטה – אפשרות ביטולה של הוראת הדין בחוק הבחירות לכנסת, ככל שהיא נוגעת לניסיונה לחסום (בחוק בניגוד לחוק יסוד) את סמכות בג"צ לבחון את הכרעותיו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית; עם זאת, ביהמ"ש מצא שקיימת באותן נסיבות גם אופציה פרשנית שאולי מייתרת את אפשרות ביטול אותה הוראה בחוק;

**^חוף עזה** (2005) – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו **וחוק פינוי-פיצוי (ההתנתקות מרצועת עזה וצפון השומרון)** – אי-התערבות במרכיב "ההתנתקות" עצמו, אך פסילת סעיפי פיצוי מסוימים משום התנאים המגבילים מדי שהופיעו בהם;

**[*מקרה חשוב של אי-פסילה:* *פס"ד חוק טל1*** (פס"ד **התנועה לאיכות השלטון**, 2006) (גיוס תלמידי ישיבות)– אי-התערבות ("בשלב זה") להצהרה על בטלותו בשל אי-מידתיותו;

***מקרה חשוב של אי-פסילה:* *פס"ד חוק האזרחות והכניסה לישראל 1*** (מ-2006) (הטלת איסור על איחוד בין בני-זוג בישראל, אם אחד מהם הוא פלסטיני מהשטחים או אדם ממדינות אויב, וכן בין הורים וילדיהם הקטינים, כשאחד ההורים הוא בן-זוג שכזה)– החלטת בית המשפט ברוב מאד דחוק: אי-פסילת החוק];

**^פס"ד חוק פיצויי אינתיפדה** (2006) **–** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – **ביטול חלקי של הסדר הקבוע בחוק המקנה חסינות למדינה מתביעות נזיקין של פלסטינים:** חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005;

**^המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (2009) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – **פס"ד חוק הכלא הפרטי – ביטול הפעלת כלא על ידי תאגיד פרטי;**

**^פלוני** (2010) **–** (אותו כבר פגשנו) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – **ביטול הוראת חוק בחוק סדר הדין הפלילי (חשוד בעבירות ביטחון), שעניינה הארכת מעצרו של עצור שלא בנוכחותו**;

**[^יקותיאלי** (2010) **– פסילת הוראה בחוק התקציב** בשל **התנגשות עם חוק יסודות התקציב (שאינו חוק יסוד)**; ניתוח סבוך, נטפל בו מעט בהמשך**];**

**^חוק טל 2** (פס"ד **רסלר**, 2012) **–** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אי גיוס תלמידי ישיבות – **ביטול חוק טל**;

**^חסן** (2012) **–** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביטול הוראה בחוק הבטחת הכנסה, שהתנתה באופןגמלת הבטחת הכנסה באופן גורף בהיעדר בעלות במכונית או החזקה/שימוש במכונית;

^**נסר** (2012) **–** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - סוגיית תקפותה של תוספת לפקודת מס הכנסה שהעניקה פטור חלקי ומפלה מתשלום מס הכנסה לתושביהם של ישובים מסוימים ולא אחרים.

[***פס"ד חוק האזרחות והכניסה לישראל 2*** (2012) (ראו לעיל) – החלטה מחודשת של בית המשפט, שוב ברוב דחוק מאד: אי-פסילת החוק]

^**אדם** (2013) – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – פסילתו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 בעניין כליאתם של מסתננים/ מבקשי מקלט.

^**איתן/ גבריסלאסי** (2014) – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – פסילתו של תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, שהוחק לאחר פסק דין **אדם**, בעניין כליאתם של מסתננים/ מבקשי מקלט.

**סיכום ביניים:** במשך 19 השנים מאז **בנק המזרחי**, מופיעות 14 (אם כוללים גם את פס"ד **חירות**) התערבויות חוקתיות – משמע, פסילת הוראות חוק על ידי בית המשפט.

**משפט השוואתי:**

במאמרו ["המהפכה החוקתית – בת-מצווה", **משפט ועסקים** א' (2004) 1] מצביע פרופ' אהרן ברק על הנתונים הבאים: *בעשור השנים 2002-1992 הכריז בית המשפט העליון שלנו על בטלותן של 3 הוראות חוק. באותה עת, ביטל בית המשפט העליון האמריקאי 55 הוראות חוק, ובית המשפט החוקתי של גרמניה הכריז על בטלותן של 104 הוראות חוק.*

עוד:

**"המהפכה החוקתית" – "שני הכתרים" של הכנסת והביקורת השיפוטית החוקתית – התקבלה/התקבלו על ידי הרשויות האחרות.**

מהם הביטויים לאותה קבלה (או לפחות השלמה)?

א. חוקי היסוד ברובם אינם משוריינים, וגם אלו מתוכם שהם משוריינים, משוריינים לרוב בשיריון חלש ("רוב" חברי הכנסת – 61), והנה הכנסת – במשך שני עשורים – לא ביטלה את חוקי היסוד "שמפריעים לה", לא שינתה אותם באופן עמוק, לא כוננה כל חוק-יסוד המבקש לפגוע במעמד חוקי-יסוד לעומת חוקים, וגם לא ניסתה לבטל את סמכות הביקורת השיפוטית של הרשות השופטת על התאמת חוקים לחוקי יסוד.

"פסקת ההתגברות" בחוק יסוד: חופש העיסוק (שלא הופיעה בחוק היסוד מ 1992, אלא במחליפו מ 1994), אינה פוגעת בעליונות חוק יסוד זה על פני חוקים. במידה רבה היא דווקא מאוששת את העליונות הזו, שכן היא נקודתית, ועולה ממנה, שחוק הנוגד את "פסקת ההגבלה" שבסעיף 4 לחוק יסוד צריך לגייס כמה תנאים חריגים ומצטברים כדי להיות תקף. הוא יהיה תקף רק לתקופה שלא תעלה על ארבע שנים, ואף זאת רק אם התקבל ברוב של חברי הכנסת, ורק אם צוין בו במפורש כי הוא תקף למרות האמור בחוק היסוד.

ב. במקרים (הלא רבים, כאמור לעיל) שבהם בית המשפט העליון קבע שהוראות חוק פסולות בשל אי-התאמה לדרישות השריון המהותי בחוקי היסוד על זכויות-האדם תיקנה הכנסת את החוקים פחות או יותר בהתאם להנחיות בית המשפט (או לא ניסתה להחיותם). חריג מסוים הוא התנהגותה של הכנסת לאחר הפסיקה בעניין מבקשי המקלט/ המסתננים – פסקי הדין של אדם ושל איתן/ גבריסלאי. נדון בכך בנפרד.

ג. הכנסת הקימה מערכת מיוחדת לבדיקת החוקתיות של *הצעות חוק*.

לתיאור המערכת ראו רובינשטיין ומדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, פרק 2. להלן עיקר ניתוחם בהקשר זה:

**עיקר השפעתה המעשית של המהפכה החוקתית הוא דווקא על חקיקת הכנסת, ולא על פסקי הדין שבהם נערכה ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים.**

עד עתה, מיום פרוץ "המהפכה החוקתית" ביטל בית המשפט העליון הוראות חוק ספורות בלבד. לעומת זאת, בהליכי החקיקה של הכנסת (לרבות ההליכים הנערכים בתוך הממשלה כהקדמה ליוזמות חקיקה ממשלתיות) חלה מאז קבלתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אם לא "מהפכה", לפחות התפתחות ניכרת בתחום ההתחשבות בזכויות האדם. קשה למצוא הצעת חוק בתחום שבו עשויה להיגרם פגיעה בזכויות האדם שבטרם הגשתה לכנסת או במסגרת הליכי החקיקה לא בודקים היועצים המשפטיים בממשלה ובכנסת, ובודקים חברי הכנסת עצמם, בקפידה ובתשומת-לב, אם היא פוגעת בזכויות האדם בניגוד להוראות חוקי היסוד. הצעות שמתעורר ספק בדבר התאמתן לדרישות הרי שהן *[על פי רוב]* מבוטלות, מעוכבות או מנוסחות מחדש.

זאת ועוד: הכנסת, גם זאת בהשפעתם הוודאית של חוקי היסוד בתחום זכויות האדם, חוקקה מאז המהפכה החוקתית שורה של **חוקים** חדשים שנעשה מאמץ ניכר לכבד בהם במידה מרבית את זכויות האדם (חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998; חוק שיווי זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000; חקיקה ביחס למעצר וחיפוש, ועוד).

*[ראוי להזכיר מנגד, כי בשנים האחרונות יש גל די נמרץ של חקיקה אחרת, שנויה במחלוקת, בתחום זכויות האדם].*

ד. **היכן בכל זאת מופיעים בהווה ביטויים לעימות סמוי או גלוי בין גורמים חשובים ברשויות הפוליטיות לבין בית המשפט העליון?**

ביטויים אלה מופיעים בעיקרם לא בהצעות הנוגעות לעצם סמכותה המכוננת של הכנסת, אלא בהצעות הנוגעות לביקורת השיפוטית החוקתית –

**ההצעה ל"בית המשפט לחוקה"** (נזנחה בשנים האחרונות אבל אי אפשר להיות בטוחים שהיא לא תשוב)**;**

**או לשינוי חוק יסוד: השפיטה;**

**הצעות לשינוי הרכב הועדה לבחירת שופטים;**

**לשימוע פומבי/ תחקיר פומבי בכנסת לשופטים;**

**"לפיסקת התגברות" גורפת -** הצעתה של חברת הכנסת שקד ואחרים לאחר פסק הדין השני בנושא התיקון לחוק למניעת הסתננות**;**

**לדרישה לרוב מיוחד בקרב שופטי ההרכב כתנאי לפסילתו של חוק;**

**להגבלה מפורשת של האפשרות לביקורת מטא-טקסטואלית;**

**צמצום הביקורת השיפוטית החוקתית לבית המשפט העליון בלבד ולא לרשות השופטת בכללותה;**

**הצעות לצמצום הביקורת השילטונית "בסוגיות ביטחוניות",** ועוד.

[מקצת המהלכים הללו מופיעים גם בהצעת חוק יסוד: החקיקה המובאת בחלקה לעיל; נסו לזהותם].

**=-=**

**חומר הקריאה לפגישה הבאה:** קראו בעיון שוב את הדפים של היום והביאו אותם לפגישה הקרובה, וקראו את פסה"ד החשוב של **בר-און**.

**כיצד מזוהות הוראות החוקה?**

**האם וכיצד ניתן לזהות שימוש פסול בסמכות המכוננת, ועד כמה נתונה סמכות לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית?**

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, נובמבר 2014, ***פגישה 11***

**החוקה הפורמאלית – המשך**

**הויכוח *בבנק המזרחי* ביחס לשאלת הלגיטימיות של הכנסת כרשות מכוננת והלגיטימיות של הביקורת השיפוטית החוקתית (המשך קצר) –**

**הערות של המתרגל אורי סבח, שתרגל בשנתיים החולפות, והתייחסות שלי להערותיו:**

אורי – שתי הערות בהמשך לדיון על המהפכה החוקתית שנערך בכתה:  
  
1. לגבי הטענה לפיה הלגיטימיות מתחזקת מכוח העובדה לפיה הכנסת לא שינתה את חוקי היסוד לאחר פסיקות בית המשפט, ולא צמצמה את תוקפם:  
יש לומר במקביל, כי הכנסת גם לא חוקקה חוקי יסוד חדשים, וקשה לחשוב על אפשרות מעשית לחקיקת חוקי יסוד חדשים. לפחות לא בקונסטלציה הקיימת [=במבנה היחסים הפוליטיים/ הנסיבות הקיימות] בכנסות האחרונות.  
במילים אחרות, יכול להיות שהמצב הקיים לא משקף קבלה של המהפכה החוקתית, אלא מדובר במצב שבו המהפכה "נתקעה" או מתקשה להתקדם.  
  
2. בנוגע לביקורת של השופט חשין, וללגיטימיות של פעילות הכנסת בכובעה המכונן, בהמשך לטיעון שהושמע בשיעור על ידי אחת הסטודנטיות:  
הקושי האישי שלי הוא שהבחירות הנערכות לכנסת אינן בחירות לאסיפה מכוננת, ולא נתפסות ככאלה על ידי הבוחרים וכנראה שגם לא על ידי המפלגות. כלומר - כשהבוחרים משתתפים בתהליך הבחירות לכנסת הם לא ממש חושבים על כך שיש משמעות לבחירות שלהם במובן של השפעה על חוקי היסוד ועל המצב החוקתי בישראל. זה פוגם בלגיטימיות של הפעילות של הכנסת בכובעה המכונן.   
אם כבר, הציבור מודע ליחסי הכוחות וליריבות בין הכנסת לבין בית המשפט, לנסיונות "קטנים" יותר של הכנסת להשפיע על יחסי הכוחות כמו החוקים ה"אישיים" שחוקקו או שהוצע לחוקק בכנסת האחרונה (לגבי הנשיאות של השופט גרוניס, הרכב חברי הוועדה לבחירת שופטים מטעם לשכת עורכי הדין). כלומר, הציבור תופס את היריבות בין הכנסת לבית המשפט כויכוח שקשור לחוקים "רגילים" ולא לחוקי יסוד.   
לשון אחרת, בפועל, יש כנסת עם סמכויות מכוננות, ששואבת את הלגיטימיות שלה מהצבעה של הציבור על בסיס שיקולים שאינם שיקולים חוקתיים (שאלות של חוץ וביטחון בדר"כ). ההכרעות החוקתיות (או אי-ההכרעה החוקתית) לא מתבססת על דיון של הציבור על הנושאים החוקתיים.

התייחסותי.

אשר לנקודה הראשונה. לדעתי יש קבלה של הכנסת (גם אם לא קבלה בשמחה ובשקיקה) של מצב הדברים החוקתי הקיים. כלומר השלמה עם המצב "התקוע" כלשונך; אחרת – ומשום שקל יחסית לשנות מצב זה – הוא היה משתנה.

זה נובע, בין היתר, א. מכך שבית המשפט נזהר מלעשות דברים שיכעיסו מאד גורמים רבי-כוח בכנסת; ו-ב. גם משום שחוקי היסוד קלים לשינוי, וקלות זו מרגיעה את אותם מתנגדים, ומרתיעה במקביל את בית המשפט. מטפורית (=המשל:) זהו שיח של בני-זוג נרגנים אך שלא החליטו להתגרש..

אינני נוטה להסכים גם עם חלק מהנקודה השנייה.

אני חושב שהציבור מבין את נושא חוקי היסוד, ובעיקר את רעיון הפרדת הרשויות וההגנה על זכויות האדם הטמון בהם. כמובן שחלק מהציבור חושב שהגנה זו מופרזת, ואז אותו חלק עשוי להצביע בעד רשימות שהן אסרטיביות/תוקפניות כלפי הרשות השופטת. עם זאת, את נושא הסיכון המיוחד הטמון בנורמות חוקתיות, כלומר אפשרות השיריון שלהן, הציבור פחות מבין.

[שאלה מעניינת היא מדוע פוליטיקאים פופולריים, שלא אוהדים את בית המשפט, לא מנצלים את כוחם הפוליטי, ומגבילים למשל את היקף הביקורת השיפוטית? במילים אחרות, מדוע הצעות שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן לא התקבלו אז ואינן מתקבלות עתה? אנא חשבו על כך. אלה אינן שאלות פשוטות.

יתר על כן, ומכיוון אחר: לא בטוח שמה שנכון עד עתה יהיה נכון גם בעתיד.]

הנקודה שניתן להסכים ביחס אליה, היא שברגע שהתרבות הפוליטית הדמוקרטית בישראל אינה בטוחה והיא נשחקת עוד – גוברת האפשרות להתממשות אזהרותיו של השופט חשין, ביחס לפוטנציאל הסכנה הטמון במסגרת החוקתית דהיום.

\*הערה: חלק מהטיעונים לעיל – הן שלי והן של אורי – נשענים על הנחות עובדתיות/ סוציולוגיות/ פוליטיות ביחס לחברה הישראלית. הנחות אלו אינן עמוק בתחום המומחיות של מי מאיתנו, ולכן יש לקבל את הטיעונים הנשענים עליהן בלוויית ספק.

=-=

**"מתקל דינים": התנגשות בין נורמות משפטיות**

**מהם כללי ההתנגשות?**

**יש פעולה חשובה והכרחית טרם זיהויה של התנגשות בין נורמות משפטיות/"מתקל דינים"**

**חשיבותה של הפעולה הפרשנית:**

**המהלך המקדמי שיש לנוקטו הוא הבדיקה האמנם מדובר במִתקל, קרי, האם אנו פוגשים בהתנגשות של ממש בין שתי הוראות הדין, או שמא זו רק התנגשות לכאורית:**

**שומה עלינו לעשות כמיטבנו כדי ליישב בין הוראות-חוק הנוגדות, לכאורה, אשה את אחותה […] – ואולם מה נעשה לכשיכלו הקיצין והסתירה בעינה תעמוד? ידו של איזה חוק תהא על העליונה ואיזו הוראה תגבר על רעותה?** [השו' חשין, סע' 7 לפס"ד **תנועה המסורתית**].

**כללי היסוד/ כללי ההתנגשות במצבי מתקל דינים**

***א. נורמה מדרגה גבוהה יותר גוברת על נורמה מדרגה נמוכה יותר***

***ב. נורמה ספציפית גוברת על כללית***

***ג. נורמה מאוחרת גוברת על מוקדמת***

ואולם הכללים הנזכרים עשויים להתנגש בינם לבין עצמם – ***מהם כללי הבכירוּת בינם לבין עצמם?***

סוגי מתקלי-הדינים בהקשרם של חוקי היסוד

# [האם ההוראה הנבחנת בחוק היסוד או חוק היסוד הנבחן עצמו הוא אכן "חוק יסוד" או שמא מופיעה כאן 'התחזות' לחוק יסוד? האם בחינה שכזו כלל מתבצעת?

*ראו הדיון בפס"ד* ***בר-און*** *בסוגיה של "זיהוי הנורמות החוקתיות"***]**

# א. מתקל בין חוק יסוד לבין עקרונות יסוד על-חוקתיים

# ביקורת "מטא-טקסטואלית"/ ביקורת על הוראות בחוק יסוד מכוח "ערכי היסוד" (החוקה המהותית/המאטריאלית) –

# האם אפשרית? מתי?

# [דברים שדיברנו ודברים שנדבר, חומרי קריאה ודפי-שיעור]

**ב. מתקל בין חוק יסוד אחד לחוק יסוד אחר**

**מדובר בכללי "מתקל הדינים" בין דינים *המצויים באותו רובד נורמטיבי***

**נבדוק האם נשמרו הוראות "כבילה עצמית" הקבועים (אם אכן קבועים) בחוק היסוד המוקדם יותר** (וכמובן נעסוק קודם לזיהויו של מתקל בשאלת הפרשנות של שני חוקי היסוד. היש מתקל? ראו את עמדתו של הנשיא ברק בפס"ד **פלונית נ' בית הדין המשמעתי**, שבו נעסוק בהמשך)

**ב"כבילה עצמית" בחוק יסוד הכוונה להגבלות של הרשות המכוננת ביחס לרשות המכוננת עצמה:**

**למשל סע' 7 לחוק יסוד: חופש העיסוק:** "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת"

# ג. מתקל בין חוק לבין חוק יסוד

**[הרחבה בהמשך]**

**ד. מתקל בין חוק (להבדיל מחוק יסוד) לבין עקרונות יסוד על-חוקתיים**

[פגשנו את **ירדור**; ראו גם פס"ד **מיטראל**, בהמשך דיוננו]

=-=

**א. מתקל אפשרי בין החוקה הפורמאלית לחוקה המאטריאלית,**

**משמע, בין הוראה בחוק יסוד לבין עקרונות היסוד:**

**מדובר באפשרות הסבוכה, שאין עדיין הכרעה ברורה בעניינה, ביחס לסמכות להפעיל ביקורת מטא-טקסטואלית:**

**הניתן לפסול מכוח החוקה המהותית, בין היתר, גם הוראות חוקה (שאינן חוקתיות)?**

**אם בכלל עומדת לבית המשפט סמכות שכזו, הרי שמדובר רק במקרה של פגיעה עמוקה מאד בעקרונות היסוד**

עוסק בכך בג"צ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** (2011)

ביום 22.6.2010 התקבל בקריאה שנייה ושלישית חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון) (להלן: חוק יסוד הוראת השעה או החוק). חוק יסוד הוראת השעה קובע כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו-2012 יהיה תקציב דו-שנתי שיקבע בחוק אחד. חוק יסוד הוראת השעה הוא המשך של חוק יסוד קודם שקבע, אף הוא בהוראת שעה, כי תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 יהיה תקציב דו-שנתי (להלן: הוראת השעה המקורית). חוק יסוד הוראת השעה, כהוראת השעה המקורית, משנה את ההוראות הקבועות בסעיפים 3(א)(2), 3(ב)(1) ו-3א לחוק יסוד: משק המדינה, לפיהן תקציב המדינה ייקבע לשנה אחת בלבד.

**ב. מתקל בין הוראה בחוק יסוד והוראה אחרת *בחוק יסוד***

הכנסת כרשות מכוננת מוסמכת לקבוע הוראות של **"כבילה עצמית"** **("פסקאות נוקשות")**.

סמכות זו מסויגת, אם בכלל, רק בחריג הצר של ביקורת מטא-טקסטואלית.

רק חוק יסוד יכול לשנות חוק יסוד אחר.

אם חוק היסוד שאותו באים לשנות מוגן על ידי פסקת נוקשות/ כבילה עצמית, אזי חוק היסוד המשנה צריך לעבור את משוכת הכבילה העצמית.

הוראות הכבילה העצמית מכבידות על יכולת השינוי של ההוראות החוקתיות שעליהן הן מגוננות, כלומר מכבידות על הכנסת אפילו בפוֹעלה כרשות מכוננת. הכבדה זו קשורה לחשיבותן של ההוראות החוקתיות ולרצון לשמור על יציבותן ועל כוחן. (משפט חוקתי השוואתי: רוב חוקות העולם הדמוקרטי הן נוקשוֹת, נוקשוּת של ממש).

בישראל "הכבילה העצמית" המלווה את חוקי היסוד היא **מוגבלת.** הוראות כבילה עצמית כלולות רק בהקשרים הבאים:

א. ביחס למכלול הוראות **חוק-יסוד: חופש העיסוק**

ב. ביחס למכלול הוראות **חוק-יסוד: הממשלה** [ר' סע' 44 שם];

ג. ביחס למכלול הוראות **חוק-יסוד: משאל עם**;

ד. הן כלולות גם ביחס ***להוראות ספורות* בחוק-יסוד: הכנסת, בחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ובחוק-יסוד: משק המדינה**.

**רובינשטיין ומדינה**:

ראוי לשים לב בהקשר זה לשאלת קיומו [או העדרו] של **מנגנון "הכבילה הכפולה"**:

בסעיף 45 וכן (כפי הנראה) בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, נקבע, כי לא רק שינוי של ההוראה המהותית (ההוראה "המשוּריינת") צריך שייעשה ברוב המיוחד שנקבע, אלא גם שינוי של ההגבלה עצמה [השריון החלקי מפני שינוי] ("ההוראה המשריינת") צריך שיהיה כך. ראו להלן:

4. שיטת הבחירות

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

9א. הארכת תקופת כהונה (תיקון: תשנ"ב)

(א) הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות; בחוק כאמור ייקבע מועד הבחירות. [....]

44. יציבות החוק

על אף האמור בכל דין אחר, אין בכוחן של תקנות-שעת-חרום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים.

45. נוקשות סעיפים

אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת.

45א. תחולת נוקשות (תיקון: תשנ"ב)

הוראת סעיף 45 תחול גם לענין שינוי סעיף 9א(א).

בהעדר כבילה כפולה, נפקותה של ההגבלה מצטמצמת לדרישה כי השינוי יהיה במפורש: כדי לשנות את ההוראה המשוריינת, נדרש לשנות − אמנם גם ברוב רגיל, אך במפורש − את ההוראה המשריינת.

לעיתים המתקל אינו נוגע לניסיון "שינוי" של חוק היסוד, אלא הוא התנגשות (או התנגשות לכאורית) בין הוראה בחוק יסוד אחד והוראה בחוק יסוד אחר. ראו בהמשך דיוננו את המחלוקת בין השופטים דורנר וברק בפס"ד **פלונית נ' בית הדין המשמעתי**.

=-=

ג. התנגשות בין חוק לבין חוק יסוד

***חוק רגיל איננו יכול לשנות חוק יסוד*** *[זהו ביטוי למימד "העליונות" של הרובד החוקתי על הרבדים שמתחתיו]****;***

***עם זאת, חוק יכול לפגוע בהוראה חוקתית, ואולם הוא יכול לעשות כן רק אם המסגרת החוקתית קבעה לכך*** *(במפורש או במשתמע)* ***מסלול פגיעה לגיטימי, והחוק אכן עומד בו [למשל, תנאי פסקת הגבלה או פסקת התגברות (במקום שבו היא חלה)].***

**א. מהו, אם כן, שינוי? במה שונה "שינוי" מ"פגיעה"? [בהמשך]**

**ב. היש הבדל בין פגיעה בחוקי יסוד בעלי פסקות עליונות מפורשות או בעלי הוראות של נוקשוּת לבין פגיעה בחוקי יסוד 'רגילים'?**

*פגיעה בחוקי היסוד 'הרגילים'*

רעיון "פסקת ההגבלה השיפוטית": ההתפתחות בפס"ד **חירות**, **מופז**, **פלונית**; ראשית ההתפתחות מופיעה בפס"ד **הופנונג**, ראו בהמשך דיונינו;

*פגיעה בחוקי היסוד המכילים הוראות מיוחדות – הצורך של חוק הניצב מולם לעמוד בדרישות הללו*:

פסקת ההגבלה [שני חוקי היסוד בתחום זכויות האדם][[3]](#footnote-4)

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

פסקת ההתגברות [חוק יסוד: חופש העיסוק – "רוב" + "על אף האמור" + תוקף זמני]

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

שריון פורמאלי: דרישה לקבלת החוק ב"רוב" (ולעיתים רוב מוגבר) של חברי הכנסת [למשל, בחוק יסוד: הכנסת]

שריון משולב: מהותי ופורמאלי יחדיו [כמו בסע' 9א לחוק יסוד: הכנסת – המובא בדפים]

קצת יותר במפורט וקצת יותר בהרחבה:

שאלת מפתח, היא מה אופייה של ההוראה בחוק היסוד (או חוק היסוד עצמו) שבו "נתקלת" הוראת החוק הנבחנת?

יש כמה אופציות ביחס לאופי זה של ההוראה החוקתית:

**1. מצב בו מתרחשת הגבלה של זכות המוגנת בחוק יסוד, אך חוק היסוד קובע נתיב למחוקק להגבלה שכזו –**

**א**. למשל, אותן "פסקאות" מיוחדות המלוות ומסייגות את הזכויות המוגנות חוקתית. מדובר בפסקת ההגבלה ובפסקת ההתגברות וכדומה [לעיל]

**ב**. חוקי יסוד הקובעים הסמכה למחוקק לפגוע בזכות המוגנת בחוק היסוד באמצעות המילה **"בחוק"** - לדוגמא:

**חוק-יסוד: השפיטה:**

3. "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת **לפי חוק**".

ואולם, האין דרישות נוספות הנכפות על "חוק" שכזה?

פס"ד **פלונית**, שאותו תפגשו בפגישה קרובה:רעיון "פסקת ההגבלה השיפוטית"

**חוק יסוד: הכנסת.** סע' 6 – הזכות להיבחר, סע' 4 – בין היתר, החובה ל"בחירות שוות"

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, **לפי חוק** הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

פס"ד **הופנונג** – העלאה לראשונה של רעיון של פסקת ההגבלה השיפוטית

פס"ד **מופז** – סע' 6 לחוק היסוד אל מול חוק הצינון**: הפעלה מעשית** של "פסקת הגבלה שיפוטית".

**2. פגיעה בהוראות בחוקי יסוד המגוננים על זכויות, זאת ללא סימון של נתיב למעורבות המחוקק** – דוגמאות:

**חוק יסוד: הכנסת –**

**סע' 22**: [ועדות חקירה] הכנסת רשאית למנות ועדות חקירה, אם על ידי הסמכת אחת הועדות הקבועות ואם על ידי בחירת ועדה מבין חבריה, כדי לחקור דברים שהכנסת קבעה; סמכויותיה ותפקידיה של ועדת חקירה ייקבעו על ידי הכנסת; **בכל ועדת חקירה יהיו גם נציגים של סיעות שאינן משתתפות בממשלה, לפי יחסי הכוחות של הסיעות בכנסת**.

**סע' 27:** [פומביות] **הכנסת תשב בפומבי.**

**3. חוקי יסוד ובהן הוראות חוקתיות 'רגילות' ללא סימון של נתיב למעורבות המחוקק** – דוגמא:

**חוק יסוד: הממשלה – סע' 2**: [מקום המושב]: **מקום מושבה של הממשלה הוא ירושלים.**

**האם לגבי אפשרויות 2 ו-3 שלעיל חלה "פסקת הגבלה שיפוטית"?**

עמדתו של פרופ' ברק בספרו "שופט במדינה דמוקרטית", עמ' 351-3, עושה הבחנה בין שתי האפשרויות:

אכן, עם העמדתם של חוקי היסוד כולם – ולא רק אלה הדנים בזכויות האדם – על רמה חוקתית-על-חוקית, מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות **בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם**. הרמוניה חוקתית מצדקה פיתוח פסקאות הגבלה שיפוטיות אלה לאור ההנחיה החוקתית הקבועה בפסקאות ההגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. **עד כמה שאלה אינן מתאימות לסוגיה הנדונה**, יהא צורך לסטות מהניסוח הקיים ולעצב פסקאות הגבלה שיפוטיות הנגזרות ממהותו של ההסדר החוקתי [המסוים]. **כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם** אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו.

**פרופ' ברק מדינה – מתקל בין חוק-יסוד לבין חוק:**

**נקודות נוספות ונקודות הבהרה**

א) נקודת המוצא היא שכל הוראות חוקי היסוד הן בעלות מעמד נורמטיבי עדיף על פני חקיקה רגילה, ולפיכך בכל מקרה של אי התאמה, ההוראה שבחוק היסוד גוברת.

אולם, בחלק מחוקי היסוד קבועות הוראות המסדירות את היחס בין חוקי היסוד לבין חקיקה רגילה. חמישה סוגים של הוראות שכאלו:

(1) **פסקת שימור דינים**: סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד".

אשר על כן, חקיקה שהתקבלה לפני 25.3.1992 היא תקפה אף אם היא סותרת את חוק היסוד הזה.

עם זאת, תיקון מאוחר (אחרי מועד זה) של חוק קודם (חוק שהתקבל לפני המועד הנזכר) כפוף להוראות חוק היסוד. מדוע? משום שהוראת החוק הנבחנת חוקתית היא ההוראה המתוקנת, כלומר המאוחרת, ולכן אין היא חסינה מביקורת תקפותה מכוח "שמירת הדינים" [ראו התייחסות נוספת בהמשך, בפס"ד **צמח**].

נקודה נוספת: הוראת חוק שהתקבלה לפני 1992 אמנם מוגנת מתקיפה חוקתית (כלומר לא תוכרז כבלתי תקפה), ואולם פרשנותה עשויה להשתנות. [ראו מייד את פס"ד **גנימאת**].

שימו לב עוד, כי בחוק-יסוד: חופש העיסוק **אין** פסקת שימור דינים.

בעבר גוננה פסקה זו גם על חקיקה ותיקה הפוגעת בחופש העיסוק – ואולם **תוקפה של פסקה זו בחופש העיסוק היה זמני** והיא אכן פקעה ב-2002 **ולא הוארכה מחדש**.

(2) **הסמכת המחוקק (הכנסת כמחוקק) להסדיר סוגיות מסוימות**:

מצויות הוראות שכיחות בחוקי היסוד שאינן מסדירות בעצמן את הסוגיות שאליהן הן מתייחסות אלא מסתפקות בקביעה כי פרטים ייקבעו בחוק. למשל: סעיפים 5א, 14, 15 ו- 17 לחוק-יסוד: הכנסת.

5א. "רשימת מועמדים לכנסת תוגש על ידי מפלגה בלבד; דרכי התאגדותן ורישומן של מפלגות ותנאים להגשת רשימת מועמדים ייקבעו בחוק".

(3) **הסמכה כללית לסטות מן ההסדר שבחוק היסוד**:

הוראות בחוקי היסוד שבהן נקבע כי ההסדר שבחוק היסוד יחול אלא אם נקבעה הוראה אחרת בחוק. למשל: סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, שנדון בעניין **מופז**; סעיף 2 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל; או סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה:

"בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק".

(4) **פסקה המטילה מגבלה "צורנית"**:

הוראה בחוק-יסוד המסדירה את התנאים בדבר הליך החקיקה (הרוב הדרוש) או "צורת" החוק שבהתקיימם מוסמכת הכנסת לחוקק חוק "רגיל" אשר "פוגע" בהוראה הקבועה בחוק-יסוד.

שני סוגים של פסקאות "צורניות":

(א) **"פסקת התגברות"**: סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק:

"חוק הסותר חוק יסוד זה יהיה תקף למשך 4 שנים אם התקבל בתמיכת רוב חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה".

(ב) **הוראות בדבר רוב מיוחס**: בחוק-יסוד: הכנסת, סעיפים 4 (חוק הסותר את ההוראה בדבר שיטת הבחירות לכנסת יהיה תקף רק אם התקבל בתמיכת "רוב חברי הכנסת"), 9א (הארכת כהונת הכנסת) ו- 34 (התפזרות):

"לא תחליט הכנסת להתפזר לפני גמר תקופת כהונתה, אלא בדרך קבלת חוק לענין זה, ברוב חברי הכנסת".

(5) **"פסקת הגבלה"**: סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

ב) בית-המשפט נוהג לפרש את **חוקי היסוד שאין בהם פסקת הגבלה מהותית** באופן שתוחל גם לגביהם פסקת הגבלה שכזו (ולפיכך זו מכונה "פסקת הגבלה שיפוטיות" או "משתמעת"). הדבר נעשה בשתי דרכים:

1) **הבחנה בין פגיעה לבין שינוי**: נפסק כי הכנסת מוסמכת לחוקק חוק שיש בו רק משום "פגיעה" בהסדר שבחוק היסוד, כלומר סטייה נקודתית ומתוחמת מהוראות חוק היסוד, אך לא "שינוי" של ההסדר [אנא אל תתבלבלו: "שינוי" עשוי להיות מה שהיינו קוראים לו פגיעה, אלא שהיא פגיעה מקיפה/ רחבה].

למשל, *ניתן לפגוע בעקרון השוויון בבחירות בחוק רגיל שהתקבל בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת אך הכנסת* ***אינה*** *רשאית לקבוע בחוק חדש, כי שיטת הבחירות תשתנה ותהיה, למשל, "אזורית" (במקום "היחסית" הנוהגת)*; נדרש לכך חוק יסוד.

במילים אחרות, שינוי של הוראה בחוק-יסוד יכול להיעשות בחוק-יסוד בלבד (ברוב רגיל, או ברוב מיוחס הקבוע בהוראות "שריון"/"כבילה-עצמית" שבחוקי היסוד, ככל שקבועות הוראות שכאלה שהן רלבנטיות לשינוי שמבקשים לעשותו).

2) **החלת פסקת הגבלה "שיפוטית"**: כוחה של הכנסת לפגוע בזכות הקבועה בחוק-יסוד שכזה מוגבלת מכוח פסקת הגבלה שכזו, כלומר רק אם הפגיעה היא "לתכלית ראויה" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש".

=-=

בהתייחס לנקודה א'(1) לדבריו לעיל של פרופ' מדינה: "שמירת הדינים" – פסקה מיוחדת המופיעה רק באחד מחוקי היסוד

פסקת "שמירת הדינים": סע' 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

**"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".**

# בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589

תוקף הדין נשמר, **אך עד כמה עשויה להשתנות פרשנותו**?

פרשת **גנימאת**:

סעיף 21א(א) ל[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_096.htm), שהוסף לחוק מכוח חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9 [משנת 1988]), מונה ומגדיר שלוש עילות אפשריות למעצרו של נאשם עד תום ההליכים נגדו. ההבחנה בין שלוש העילות נסמכת על ראציונאל שונה להצדקת קיומה של עילת מעצר.

סעיף-קטן (א)(1) עניינו במקרים שבהם הצידוק למעצר נובע מקיום חששות לסיכונים הכרוכים בנאשם: החשש שישבש את הליכי המשפט, החשש שיימלט מן הדין והחשש שיסכן את שלומם וביטחונם של אחרים או את ביטחון המדינה.

סעיף-קטן (א)(2) מעמיד צידוק למעצר במקרים שבהם העבירה המיוחסת לנאשם נמנית עם אחד מסוגי עבירות המתאפיינים בחומרה מיוחדת;

וסעיף-קטן (א)(3) מעמיד עילה למעצר במקרים מיוחדים שבהם לא הומצאה ערובה שעליה הורה בית המשפט, או הופר תנאי מתנאיה של ערובה או נתקיימה עילה מוגדרת אחרת לביטול שחרורו בערובה של הנאשם.

התלבטות בית המשפט: מהו הפירוש שיש לתת בהווה להוראה הנזכרת, שהיא דין הקודם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? קונקרטית: **האם עבירה שהיא "מכת מדינה" (גניבת מכוניות) היא עילה למעצר עד תום ההליכים**? **(כפי שהיה מכוח הפרשנות שנלוותה *בעבר* לסעיף קטן (א)(1))**.

בית המשפט עונה על השאלה הקונקרטית בשלילה: לא, היותה של עבירה מסוימת "מכת מדינה" אינה יכולה להוות בסיס כשלעצמה למעצר עד תום ההליכים.

במהלך הדיון התגלעה מחלוקת ביחס למשמעותה של פסקת "שמירת הדינים".

**העמדה שזכתה להיות זו המקובלת בבית המשפט העליון קבעה, כי דברים השתנו ובעטיים גם צריכה להשתנות פרשנות העבר לאותה הוראה בחוק סדר הדין הפלילי**. ביתר הרחבה: בחוקי היסוד החדשים גלום שינוי מסוים בתכלית האובייקטיבית המלווה את דיני המעצרים (שינוי "במטרייה הנורמטיבית"). חוקי היסוד החדשים משמעותם אינה רק במתן הגנה חוקתית לזכויות האדם, או לזכויות אדם מסוימות, אלא מתן יתר משקל לזכויות הללו לעומת ערכים ואינטרסים מתנגשים. יש כאן שינוי בקדימויות, ומכאן גם השינוי בנקודת האיזון שהופיעה בפרשנות להוראת הדין שנבחנה בפסק הדין.

בקצרה, החקיקה הקודמת תקפה (היא 'חסינה' באשר לתקיפת תוקפה, כלומר אינה כפופה **לתקיפת עצם תוקפה** מכוח פסקת ההגבלה בח"י כבוד האדם וחירותו), ואולם פרשנותה הקודמת עשויה להשתנות.

**=-=**

**פס"ד *בר-און*, שתי נקודות רבות-חשיבות, שעניינן האפשרות ל"שימוש לרעה" בסמכות המכוננת:**

**זיהוי הנורמות החוקתיות**

**היש סמכות לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית?**

**זיהוי הנורמות החוקתיות – זיהוי מרכיבי החוקה הפורמאלית**

55. [מתוך פסק דינו של הנשיא ברק ב**בנק המזרחי**, ההדגשות הוספו]

הכנסת מוסמכת להעניק חוקה למדינה. כיצד היא עושה זאת? מתי נורמה הנוצרת על ידה היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הנורמה היא חוק "רגיל"? לדעתי, התשובה הנה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת ("מעשה חוקה" בלשונו של רובינשטיין, שם, עמ' 451) כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו "חוק-יסוד" (ללא ציון שנת החקיקה). אמת מידה צורנית זו תואמת את הנסיון הפרלמנטרי. הכנסת לא כינתה כ"חוק-יסוד" דברי חקיקה שעל פי מהותם אינם בעלי אופי חוקתי. הכנסת השכילה בעבר לייחד הדיבור "חוק-יסוד" אך לפרקיה של החוקה, על פי "החלטת הררי". […]

58 […] מבחן צורני זה - השימוש בדיבור "חוק-יסוד" - הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק בטחון וודאות. מבחן זה מעורר **שתי שאלות**, אותן אני מבקש להשאיר בצריך עיון. השאלה האחת הינה, מהו מעמדה החוקתי של החקיקה שקדמה להחלטת הררי ואשר מטבע הדברים אינה מכונה "חוק-יסוד"? ובעיקר, האין לומר כי חוק המעבר, תש"ט-1949 הוא חלק מחוקתה של המדינה. אני נוטה לדעה כי קיימת חקיקה חוקתית - פרי הסמכות המכוננת גם לפני החלטת הררי. עם זאת, ניתן להשאיר שאלה זו בצריך עיון. **השאלה השנייה הינה, מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה "שימוש לרעה" בדיבור "חוק-יסוד" תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט). אף אותה אני מבקש להשאיר בצריך עיון.**

הנשיא לשעבר שמגר [שם, בעמדה מעט שונה]:

38. … ראשית דבר, חוקה נבדלת מחוק רגיל במספר מאפיינים עיקריים: חוקה דנה בעקרונות יסוד. היא מבקשת לתת לעקרונות מעמד מנחה, בכל הנוגע לחיקוקים אחרים ולאקטים של רשויות המדינה בדרך כלל. […]

לשון אחר: חוקה כוללת סממנים ענייניים מסוימים (המבנה השלטוני, עקרונות וזכויות יסוד), וכוללת סממנים צורניים מסוימים (כגון - דרך קבלתה ושינויה של החוקה, כינוי החוק, לשונו, סגנונו, ניסוחו, מושגיו). חוקה מתאפיינת בניסוח תמציתי. חוקה מצטיינת במופשטות.

**=-=**

**מבחן צורני בלבד**: כותרת חוק יסוד.

*יתרון*: ודאות; *חסרון*: סכנת התחזות("חקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום", ובכל זאת היא מוכתרת כחוק יסוד).

**מבחן מהותי**: נושא מהותי שמתאים לחקיקת יסוד.

*יתרון*: מונע התחזות. *חסרון*: מבחן עמום – קושי לא פשוט בזיהוי הנורמה החוקתית, משמע אותו "נושא מהותי שמתאים להיות מוכתר כחוק יסוד".

**מבחן משולב מהותי וצורני מצטבר** – הגישה שהנשיא לשעבר שמגר נוטה לה: נושא מהותי שמתאים לחקיקת יסוד, וכן ניסוח מופשט/ 'מלכותי' של אותה נורמה, בתוספת כותרת "חוק יסוד" וסממנים צורניים נוספים.

השוו לסע' 1 להצעת חוק יסוד החקיקה (שצוטטה בדפי הפגישה הקודמת): "חוקי-היסוד נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה לכונן חוקה שתכלול הוראות בדבר סדרי המשטר, מוסדות המדינה, עקרונות-היסוד של המדינה וזכויות האדם."

**תולדה:** ניסוח זה מייצר **"**מסננת תוכנית", הנותנת כוח לרשות השופטת שאמורה לפרש את "כלל המשחק" הבכיר ביותר הזה.

**המבחן שאומץ בפסיקת בית המשפט העליון**? רוב השופטים בפס"ד **בנק המזרחי** כנראה הצטרפו למבחן הצורני. זאת כנראה משום שרצויה בעיניהם תשובה פשוטה, בהירה ככל האפשר, לשאלה מהי החוקה. ואולם עשוי להיות לכך **חריג צר**: במקרים של חשד עמוק ל"שימוש לרעה" בדיבור "חוק-יסוד" עשוי בית המשפט לפנות גם **למבחן סינון מהותי, כלומר להפעיל מעין סמכות לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית**.

עם זאת, בפס"ד מרכזי חדש מושארת בצריך עיון ההכרעה ביחס למבחן הזיהוי.

בג"צ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** (2011)

[ביום 22.6.2010 התקבל בקריאה שנייה ושלישית חוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון) (להלן: חוק יסוד הוראת השעה או החוק). חוק יסוד הוראת השעה קובע כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו-2012 יהיה תקציב דו-שנתי שיקבע בחוק אחד. חוק יסוד הוראת השעה הוא המשך של חוק יסוד קודם שקבע, אף הוא בהוראת שעה, כי תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 יהיה תקציב דו-שנתי (להלן: הוראת השעה המקורית). חוק יסוד הוראת השעה, כהוראת השעה המקורית, משנה את ההוראות הקבועות בסעיפים 3(א)(2), 3(ב)(1) ו-3א לחוק יסוד: משק המדינה, לפיהן תקציב המדינה ייקבע לשנה אחת בלבד.]

 11.      המבחן הצורני קיבל משנה תוקף בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי. בדעת רוב השופטים נקבע המבחן הצורני כמבחן מכוחו מזוהים חוקי יסוד. הנשיא ברק, אליו הצטרפו רוב השופטים, קבע בפסק דינו:

 "מתי נורמה הנוצרת [על ידי הכנסת] היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הנורמה היא חוק 'רגיל'? לדעתי, התשובה הינה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת ... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)" ..

ביסוד ההחלטה לאמץ את המבחן הצורני עמדה ההנחה כי נדרש מבחן פשוט לזיהוי חוקי יסוד, באופן שלא יתעוררו קשיים ותשרור אי וודאות באשר לחוקים שמעמדם הנורמטיבי על-חוקי. ...ואכן, המבחן הצורני איפשר – ועודנו מאפשר – לסווג את דברי החקיקה שמהווים חלק מחוקת המדינה, והם בלבד. המבחן הצורני גם מאפשר לכנסת לדעת מבעוד מועד מתי היא פועלת כרשות מכוננת, "להיכנס" לאותה מחויבות המתבקשת מחקיקת יסוד ו"לחבוש" את כובע הרשות המכוננת, בטרם תדון בהצעת חוק שעתידה להיות חלק מחוקת המדינה.

12.      לא אחת הושמעה הטענה כי המבחן הצורני פשטני מדי ...על כן, תכופות נשמעת הטענה כי יש מקום לשלב, לצד המבחן הצורני, גם מבחן מהותי, באופן שהכללת המילים "חוק יסוד" בכותרת החוק יהוו תנאי ראשוני, אך לא תנאי מספיק, להכרה בחוק כחוק יסוד...

13.      הצעה זו, של כינון מבחן משולב לזיהויו של חוק יסוד, היא הצעה שיש יתרונות וחסרונות בצידה. מחד גיסא, הצעה זו מאפשרת בחינה מקיפה של דבר חקיקה שעתיד להצטרף לחוקת המדינה. המבחן המהותי או המבחן המשולב מסייע להתגבר על הבעייתיות הטמונה במבחן הצורני, שעיקרו פורמאלי, והוא מוודא שלא ייעשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" לשריון הסדרים שאינם מתאימים מבחינת תוכנם להיות חלק מחוקת המדינה. מאידך גיסא, השימוש במבחן מהותי או במבחן משולב כלשהו אינו חף מקשיים. טמונה בו, בראש ובראשונה, מידה לא מבוטלת של חוסר וודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית בשאלה אם מהווה היא חלק מן החוקה. טמון במבחן המהותי גם קושי ממשי אשר, כלשונו של הנשיא ברק, יורד "לשורש היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)" (פרשת בנק המזרחי, עמ' 406), בידיה תופקד הסמכות לקבוע אם דבר חקיקה, מבחינת תוכנו, מתאים להיכלל בחוקה.

14.      השאלה אם יש מקום להחיל בישראל מבחן משולב היא שאלה מורכבת שאני סבורה שניתן להותירה בצריך עיון ואין הכרח להכריע בה במסגרת העתירה שלפנינו. אמנם, יש ממש בטענה כי יש דברי חוק שראויים היו, מבחינת תוכנם, להיכלל בחוקת המדינה. בדומה, יש ממש בטענה כי קיימים סעיפים והוראות בחוקי היסוד שספק אם הם מסוג ההוראות שראויות להימצא בחוקה. יחד עם זאת, בעובדה זו בלבד אין בהכרח כדי להוביל למסקנה לפיה יש מקום לשנות מן המבחן שהיה מקובל עד כה. אין חולק כי השימוש במבחן הצורני מחייב ריסון עצמי של המחוקק, שבידיו הסמכות המרכזית לקבוע, א-פריורי, אילו דברי חקיקה יזכו למעמד חוקתי. המבחן הצורני מניח שהמחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת, ויצמיד את הכותרת "חוק יסוד" לחקיקה שאינה ראויה להיות חלק מן החוקה. עיון בחקיקת חוקי היסוד משנת 1958 ועד היום, מעלה כי לא נעשה שימוש לרעה כזה...

15.      בנוסף, אין הכרח להכריע בשאלת המבחן לזיהוי חוקי יסוד במקרה שלפנינו מאחר שגם שימוש במבחן המשולב מוביל למסקנה שחוק יסוד הוראת השעה הוא חוק יסוד. על פי תנאי המבחן הצורני, כותרתו של חוק יסוד הוראת השעה נושאת את המילים "חוק יסוד" ושנת חקיקתו אינה מצוינת בו. העותרים טענו כי העובדה שכותרת החוק נושאת את שנות תחולתו כמוה כציון שנת החקיקה. טענה זו אינה משכנעת. ציון תקופת התחולה של חוק היסוד אינה משולה לציון שנת החקיקה, ואין בה כדי לפגום בתוקפו של החוק על פי המבחן הצורני. גם לפי המבחן המהותי, אין מקום למסקנת העותרים לפיה מעמדו של חוק יסוד הוראת השעה הינו של "דבר חקיקה הנחות אף מחוק רגיל"; הגם שאין חולק כי החוק מעורר קשיים לא מבוטלים. המאטריה בה עוסק החוק – תקציב המדינה – היא מאטריה שהוסדרה בחוק יסוד: משק המדינה והוכרה כתחום המהווה חלק מחוקי היסוד בישראל. חוק יסוד הוראת השעה משנה את ההסדר החוקתי הנוגע לתקציב המדינה, בקובעו כי תקציב המדינה לשנים 2012-2011 יקבע כתקציב דו-שנתי במקום תקציב חד-שנתי. על כן, אף מן הטעם הזה אין לומר כי החוק, מבחינת תוכנו, אינו מתאים להיכלל בחוקי היסוד שלנו.

            ממכלול טעמים אלה, אני סבורה כי בנסיבות המקרה שלפנינו אין הכרח להכריע בשאלת החלתו של מבחן משולב לזיהוי חוקי יסוד, המעלה, כאמור, סוגיות מורכבות הן לעניין אפיון חקיקה כחקיקת יסוד והן לעניין חלוקת הסמכויות שבין הרשות המחוקקת והרשות השופטת.

16.      שאלה נפרדת היא האם נעשה במקרה שלפנינו שימוש לרעה בכותרת "חוק  יסוד". העותרים טענו בהרחבה כי לא ניתן להפקיע עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד בהוראת שעה שמשך תחולתה נקבע אך ורק למשך תקופת כהונתה של הממשלה הנוכחית. לפי הטענה, ממשלת ישראל מבקשת לנצל את הרוב שיש לה בכנסת כדי לשנות את כללי המשחק הפרלמנטרי, "תוך ניצול לרעה של הרוב האוטומטי הנתון היום לממשלה בבית הנבחרים, על מנת לשנות חוק יסוד באופן זמני ומגמתי – עד תום כהונת הממשלה הנוכחית בלבד" (עתירה מיום 3.6.2010, עמ' 3-2). עוד טענו העותרים כי "לא שיקולים של טובת המשטר הפרלמנטרי או של טובת הדמוקרטיה עמדו לנגד עיני אדריכלי החוק, כי אם שיקולים של נוחות והישרדות הממשלה (גם על חשבון עקרונות יסוד)" (שם, עמ' 3). לטענת העותרים, אילו היו חברי הכנסת מבקשים לערוך ניסוי "אמיתי" בניהול תקציב דו-שנתי, היה עליהם לקבוע כי התקציב הדו-שנתי יחול מהכנסת הבאה ואילך.

האם העובדה שחוק היסוד נקבע על דרך של הוראת שעה פוגמת בתוקפו? [..]

19.      האפשרות לחוקק הוראה חוקתית שתחילתה וקיצה נקבעים מראש לפרק זמן קצוב מציפה שורה של קשיים הקיימים במשפט החוקתי הישראלי. יש לזכור כי המערך החוקתי בישראל הוא מיוחד ואינו שלם. אמנם, אין חולק כי המפעל החוקתי במדינת ישראל התקדם באופן משמעותי מאז חקיקת חוק היסוד הראשון בשנת 1958, אך מפעל זה טרם הושלם (ראו, למשל: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 79 (2004)). בשל כך, חסרים בחוקה שלנו מאפיינים רבים המקובלים במדינות בהן יש חוקה שלמה. כך למשל, חלק מן הזכויות הבסיסיות אינן מוגנות בחקיקת יסוד. חלק מההוראות הקבועות בחוקי היסוד משוריינות ואחרות ניתנות לשינוי ברוב רגיל. חלק מן ההוראות מנוסחות בלשון חגיגית, כללית וקצרה וחלק מן ההוראות מפורטות מדי ומסורבלות (ראו, זמיר, חוקי-היסוד בדרך לחוקה). חלק מחוקי היסוד מסדירים נושאים שמטיבם נועדו להוות חלק מחוקה עתידית בעוד שחלק מחוקי היסוד מסדירים נושאים שאינם כלולים, בדרך כלל, בחוקות המוכרות לנו בעולם. חלק מן הנושאים המרכזיים בחוקות העולם אינם מוסדרים אצלנו בחוקי יסוד כלל ומתעוררת שאלה לגבי מעמדם החוקתי (ראו דברי הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, בעמ' 403-402). זוהי החוקה "נוסח ישראל". במידה לא מבוטלת, היא חוקה שעודנה בתהליך התגבשות.

 20.      חסר בולט במשטרנו החוקתי קיים בכל הנוגע לאופן חקיקת חוקי יסוד. בהתחשב בכך שטרם נחקק חוק יסוד: החקיקה, לא נקבע המתווה לתיקון ולשינוי החוקה; הרוב הדרוש לתיקון החוקה; והאפשרות, אם בכלל, לתקן את החוקה או לתקנה באופן זמני. כתוצאה מכך, תקנון הכנסת הוא המנגנון המרכזי החל על הליכי החקיקה של חוקי יסוד, והוא אינו כולל הוראה מיוחדת המבחינה בין הליך החקיקה של חוקים "רגילים" והליך החקיקה של חוקי יסוד. מן הטעם הזה, ניתן לחוקק חוקי יסוד בכל רוב בכנסת; וניתן לשנות חוקי יסוד – אלא אם הם משוריינים בשריון מיוחד – בכל רוב, ובלבד שהחוק המשנה הוא חוק יסוד. בפועל, עיון בהיסטוריית התיקונים של חוקי היסוד שלנו מעלה כי חוקי היסוד תוקנו או שונו מספר רב מאוד של פעמים (ראו, למשל, אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 445-444 (1995)); לעין ערוך מספר גדול הרבה יותר מתיקוני החוקה שנעשו במדינות דמוקרטיות אחרות (החוקה האמריקנית, למשל, תוקנה 18 פעמים (ובסך-הכל 27 תיקונים) ב-227 שנות קיומה; החוקה ההולנדית, שהתקבלה בשנת 1814, תוקנה 24 פעמים; החוקה הצרפתית תוקנה שמונה פעמים מאז התקבלה בשנת 1958. ..

21.      הקלות בה ניתן לשנות את חוקי היסוד בישראל פוגעת במעמדם. המאפיין המרכזי של חוקה – מאפיין שהוא חלק מהגדרת היסוד של חוקה וגם חלק מהיתרונות הגלומים בעצם קיומה של חוקה – הוא יציבותה. חוקה נועדה לשרוד שינויים תכופים ולעמוד איתנה מול שינויים בהרכב הפוליטי של השלטון ואל מול שינויים חברתיים כאלה ואחרים. חוקה מציבה בפני החברה אמת מידה נורמטיבית. הליך השינוי המורכב של החוקה הוא המאפשר לאמת מידה זו לעמוד איתנה ויציבה גם אל מול חברה גועשת ומשטר משתנה. בישראל המצב אינו כזה. מרבית חוקי היסוד שלנו אינם משוריינים ועל כן ניתנים לשינוי על ידי הכנסת ברוב רגיל בהליכי חקיקה רגילים. מציאות חוקתית זו היא, במידה רבה, נגזרת של העובדה שהחוקה שלנו מתגבשת פרקים-פרקים ולא באקט מכונן חד-פעמי שלאחריו כל שינוי דורש פרוצדורה נוקשה וייחודית. חוקי היסוד שלנו נחקקו על פני תקופת זמן ארוכה. הם לא נחקקו כחלק ממסמך היסוד של הקמת המדינה ואף לא בתקופה של מהפכה, מלחמה, או כתגובה לשינוי קיצוני אחר בחברה או במשטר ..

22.      יחד עם זאת, ניתן לומר שחוקי היסוד השתרשו בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה. במידה לא מבוטלת, כוחה של חוקה ושל משטר חוקתי תקין נבחנים ביכולת של החוקה להוות אמת מידה נורמטיבית למחוקק, לרשות המבצעת, לרשות השופטת ולפרטים במדינה. גדולתה של חוקה בכך שהיא מצליחה לכוון את ההתנהגות של פרטים ושל רשויות המדינה, ולהגביל את כוחו של המחוקק לפגוע בהסדרים חוקתיים. משכך, התשובה לשאלה אם חוקי היסוד "השתרשו" במסורת החוקתית שלנו אינה תלויה אך בביקורת השיפוטית המופעלת על ידי בית משפט זה, אלא היא ניכרת גם, ואולי אף במיוחד, במקרים בהם העניין כלל אינו מגיע לפתחו של בית המשפט משום שהגורמים המעורבים בהליכי החקיקה, כמו גם רשויות השלטון, הפנימו את כללי המשחק המקובלים במשטר החוקתי.  ...

24.      היכן משתלב במארג החוקתי המתואר חוק יסוד הוראת השעה? האם משמעותו של הריסון העצמי של הכנסת הינה כי אין מקום לשנות את חוקי היסוד לפרקי זמן קצרים וקצובים? דומה כי אין מי שיחלוק על כך שהוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה הן קבועות, ויש שיאמרו אף נצחיות. כאמור, ביסודה של חוקה עומד הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף. שינוי החוקה בדרך של הוראת שעה מניח שניתן להפקיע עקרון חוקתי לזמן מוגבל. האם הדבר פסול?

            במצב דברים אידיאלי, בו קיים מנגנון מוסדר ונוקשה לשינוי ותיקון החוקה, ספק אם שינוי החוקה על דרך של הוראת שעה היה אפשרי. ראו והשוו, למשל, פסק דינו של בית המשפט החוקתי בצ'כיה מספטמבר 2010: 2009/09/10 - PL. ÚS 27/09: Constitutional Act on shortening the Term of Office of the Chamber of Deputies, (להחלטה מתורגמת לאנגלית ראו: <http://www.concourt.cz/view/pl-27-09>), בו פסל בית המשפט החוקתי אקט חוקתי שקיצר את תקופת הכהונה של הבית התחתון הנוכחי של הפרלמנט (Chamber of Deputies) והוביל לבחירות מוקדמות. הפסילה שם הייתה מהטעם שההוראה החד-פעמית עמדה בניגוד לפסקת הנצחיות הקבועה בחוקה. ספק אם גישה נוקשה זו הייתה מתאימה לתפיסת היסוד החוקתית בישראל. מכל מקום, לפי המצב בישראל כיום, אין לתפיסה הקשיחה ביחס להליכי החקיקה מסגרת הולמת. כאמור, בהיעדר חוק יסוד: החקיקה, ההגבלות על הליכי החקיקה או השינוי של חוקי יסוד הן מצומצמות, וכדי לחוקק חוק יסוד בישראל אין צורך בהליכים מיוחדים בכנסת. בנסיבות אלה, אין לומר כי עצם העובדה שחוק היסוד נחקק על דרך של הוראת שעה פוסלת אותו מעיקרו או מעמידה אותו במדרג נורמטיבי נמוך מזה של חוק רגיל, כטענת העותרים. יחד עם זאת, אין גם לומר כי פרקטיקה זו נטולת קשיים. קביעת הסדר חוקתי זמני אכן פוגעת במעמדם של חוקי היסוד ומוטב שייעשה בה שימוש במשורה, אם בכלל. במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד". בבחינת כל מקרה לגופו, יש לתת את הדעת, בין היתר, לקיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני על פני הסדר קבוע; יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד; ויש להעריך את מידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. חשוב לציין כי החלת המבחנים הללו על בחינת חוקתיות הוראה זמנית מעצם טיבה כרוכה בשאלת החלתו של מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד. יחד עם זאת, שאלה זו גם עומדת על רגליה כשאלה עצמאית. כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד. [..]

28.      מכלול הנסיבות בעניין שלפנינו – ובכלל זה, זיהויו של חוק יסוד הוראת השעה כחוק יסוד לפי המבחן הצורני והמבחן המשולב; המאטריה אותה הוא מסדיר; וצירוף הנסיבות שהוביל להחלטה לכונן תקציב דו-שנתי לשנתיים – מוביל למסקנה כי הגם שרואים אנו קשיים משמעותיים בחקיקה או בשינוי זמני של חוקי יסוד, אין מקום לקביעה כי חוק יסוד הוראת השעה בטל מעיקרו. ..

30.      יש לדחות גם את הטענות הנוספות שהועלו על ידי העותרים לעניין סבירות חוק היסוד והרוב בו התקבל בקריאות השונות בכנסת. מבלי להביע עמדה כלשהי ביחס ליתרונות או לחסרונות של שיטת תקצוב דו-שנתי, שיקולים של סבירות חוק היסוד אינם מן השיקולים המצדיקים את התערבות בית משפט זה בחקיקת יסוד. גם טענות לפיהן היה על החוק להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת בשלוש הקריאות אינן מבוססות, שהרי סעיף 36א לחוק יסוד: הכנסת איננו משוריין. שינוי שלו, על כן, אינו מצריך רוב מיוחד. יש לדחות גם את הטענה כאילו חוק יסוד הוראת השעה משנה במפורש או במשתמע את סעיף 34 לחוק יסוד: הכנסת, ועל כן, על הכנסת היה להעבירו ברוב מיוחד. מקובלת עלינו עמדת המדינה ועמדת הכנסת לפיה סעיף 34 איננו סעיף כללי המגדיר מתי מתפזרת הכנסת, כי אם סעיף העוסק באפשרות של הכנסת לקבל החלטה על פיזורה – החלטה שיכולה להתקבל בחוק המתקבל ברוב חברי הכנסת. משכך, אין לראות במעבר לתקציב דו-שנתי שינוי במשתמע של סעיף 34 לחוק יסוד: הכנסת.

**דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי**

31.      משקבענו כי חוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד, נפנה לטענה מרכזית נוספת שהעלו העותרים בעתירה – אם כי דומה כי נסוגו ממנה במהלך הדיון בעל-פה – הנוגעת לאפשרות של בית המשפט לבטל את חוק יסוד הוראת השעה משום שהוא פוגע בעקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית. סוגיה זו, המכונה בספרות ההשוואתית דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי (The unconstitutional constitutional amendment), עניינה בביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי היוצא תחת ידי הרשות המכוננת.

           לפי הטענה, חוק יסוד הוראת השעה מפר את האיזון החוקתי שבין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ופוגע בעיקרון החוקתי לפיו אם לא ניתן פעם בשנה אישור הכנסת לתקציב, הן הממשלה והן הכנסת מתפזרות (בהתאם לסעיף 36א לחוק יסוד: הכנסת). העותרים הפנו למקורות משפטיים ולבר-משפטיים רבים לביסוס טענתם לפיה לאישור התקציב במדינה דמוקרטית בכלל, ובמדינת ישראל בפרט, משמעות מיוחדת. בקביעת תקציב המדינה, טוענים העותרים, הכנסת ממחישה את ריבונותה ועליונותה על פני הממשלה; ובתקופת אישור תקציב המדינה, עומדת הממשלה תחת שבט הביקורת של הכנסת, ומקיימת עימה שיג ושיח אודות סדרי העדיפויות של המדינה (ראו, בין היתר: חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009), עמ' 34-33). חוק יסוד הוראת השעה, נטען, מחליש את הכנסת ופוגע ביכולתה לפקח אחר עבודת הממשלה, אופן פעילותה וסדרי העדיפויות הנקבעים על ידה. פגיעה זו מצדיקה, לגישת העותרים, את התערבות בית משפט זה בדרך של ביטול חוק היסוד, מאחר ש"אישור חוק התקציב על בסיס שנתי נחשב לאחת מאבני היסוד של המדינה הדמוקרטית בעולם כולו, ובישראל בפרט" (עתירה מיום 30.6.2010, עמ' 3). בנוסף, העותרים טענו כי חוק היסוד פוגע בעיקרון יסוד נוסף – היכולת לגרום לפיזור הכנסת ולבחירות חדשות באמצעות 60 חברי כנסת בלבד, היה ותקציב המדינה אינו מתקבל בתוך שלושה חודשים מתחילת שנת התקציב.

32.      דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי נדונה בהרחבה בשיטות משפט זרות ...

33.      דוקטרינה זו, המכירה בעקרונות-על "נצחיים" בשינויים כאלה ואחרים, נזכרה גם במספר אמרות אגב בפסיקת בית משפט זה, אך טרם נעשה בה שימוש בישראל (ראו: ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390-389 (1965), השופט י' זוסמן; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח אחת נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד מד(3) 529, 554-551 (1990), השופט (כתוארו אז) א' ברק; פרשת בנק המזרחי, עמ' 394, 546, הנשיא א' ברק והשופט מ' חשין; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630-629 (1997), השופט מ' חשין; בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996), הנשיא א' ברק; פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, עמ' 96, השופטת ד' דורנר; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם,  11.5.2006) פסקה 74 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; פסקה 11 לפסק דינו של המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין). אצלנו, נוכח העובדה שטרם כוננה חוקה שלמה, ובכלל זאת, טרם נקבעו ההליכים לקבלה ולשינוי של חוקי יסוד, מקבלת הדוקטרינה משמעות ייחודית. בנסיבות אלה, השאלה אם בית המשפט בישראל מוסמך לפסול חקיקת יסוד משום שהיא עומדת בסתירה לעקרונות-על של שיטתנו, היא שאלה סבוכה היורדת לשורש הלגיטימיות של הרשות המכוננת לקבל הסדרים חוקתיים המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת. יחד עם זאת, בתי המשפט בישראל הכירו בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי המרכזי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס לאופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה. לכשתושלם חוקת המדינה, תעלה לדיון שאלת הכללתן של פסקאות נצחיות המבטאות את עקרונות העל של המשטר והחברה בישראל. בהקשר זה ציין הנשיא א' ברק במאמרו על הסוגיה כי:

"עם סיום מפעל חוקי היסוד ואשרורו על ידי העם, ועם כינונה של חוקה שלמה חדשה, יהא מקום לקבל החלטה באשר לתיקון החוקתי הלא חוקתי. ייתכן שהחוקה עצמה תפתור שאלה זו במפורש; יתכן שייקבעו בה פסקאות נצחיות שיהא  בהן כדי לסייע לפתרון השאלה; ייתכן שהטקסט החוקתי ישתוק בסוגיה זו ובית המשפט העליון יידרש לקבל החלטה אם לאמץ את תורת המבנה הבסיסי של החוקה או תורה דומה לה או לדחותן; ייתכן שתיקון החוק יהא קשה וסבוך עד כדי כך שהשאלה לא תעלה לדיון כלל.

 האם משמעות הדבר היא שבשלב הנוכחי של ההתפתחות החוקתית בישראל אין מקום לשקול את מקומה של שאלת התיקון החוקתי הלא חוקתי? אכן, במובן המקיף והשלם של דוקטרינה זו במשפט המשווה אין לה מקום בישראל. הטעם לכך הוא שהמושג 'תיקון' חוקתי הוא עצמו בעייתי בישראל. מפעל החוקה הוא מפעל בהתהוות. המשימה טרם הושלמה. 'השלם' טרם הושלם וממילא התיקון החוקתי טרם הבשיל. עם זאת, יש לנו בישראל תהליך של כינון חוקי יסוד. לעתים בא חוק יסוד חדש בתחום שטרם היה בו חוק יסוד; לעיתים בא תיקון לחוק יסוד קיים בדרך של כינון חוק יסוד מתקן. על רקע מצב זה יש מקום לעורר בישראל את השאלה הבאה: האם יש מגבלות על כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, בגיבוש תוכנן המהותי של חוקי היסוד, באופן שנוכל לדבר על חוק יסוד לא חוקתי? האם לעניין זה יש שוני בין תחום שכבר טופל על ידי חוקי יסוד ומתבקש בו שינוי לבין תחום שטרם כונן בו חוק יסוד?  ...

 לדעתי יש מקום לגישה שלפיה סמכותה המכוננת של הכנסת אינה מוחלטת. כך לעניין כינונו של חוק יסוד חדש וכך לעניין תיקונו של חוק יסוד קיים. בשני המקרים הכנסת, כרשות מכוננת... חייבת לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו... הכנסת לא הוסמכה לפגוע ב'ליבת הדמוקרטיה, ובדרישת המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית'. בדומה, היא לא הוסמכה לפגוע בליבת היותה של ישראל מדינה יהודית ובדרישות המינימום לאופייה זה" (ברק, "התיקון החוקתי הלא חוקתי").

 34.      אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. המקרה שלפנינו אינו מקרה כזה. אמנם, אין חולק כי מערכת היחסים שבין הממשלה והכנסת בהליך אישור תקציב המדינה היא מערכת יחסים חשובה מאוד המבטאת את עקרון הפרדת הרשויות. אין גם חולק כי פיקוח הכנסת על הממשלה הוא חלק מהותי של עקרון הפרדת הרשויות. אך האם הדרישה כי אישור הכנסת יתקבל פעם בשנתיים במקום פעם בשנה מהווה, למשל, שלילה של אופייה הדמוקרטי או היהודי של המדינה? האם מהווה ההחלטה לעבור לתקציב דו-שנתי לשנתיים פגיעה בעקרונות היסוד של המשטר כפי שבאו לידי ביטוי במגילת העצמאות? התשובה לכך שלילית. הגם שיש פגיעה בסמכותה של הכנסת שעה שנדרשת היא לאשר תקציב אחת לשנתיים ולא אחת לשנה, עומדת לחברי הכנסת האפשרות לבחור לשנות את תקופת התקציב. לזאת יש להוסיף גם את ייחודיותו של חוק התקציב במדרג הנורמות החוקיות (ראו: בג"ץ 4124/00 יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות (טרם פורסם, 14.6.2010); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999)). מכאן, הפגיעה הנגרמת לכנסת כתוצאה מן המעבר לתקציב דו-שנתי אינה עולה כדי פגיעה בעקרונות העל של שיטתנו באופן שיצדיק ביטולו של חוק היסוד מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי – יהא אשר יהא היקף תחולתה בישראל. בנסיבות המקרה הנוכחי אין לנו הכרח להכריע בשאלה זו.

 35.      סוף דבר. ממכלול הטעמים שהוצגו לעיל, הייתי מציעה לחבריי לדחות את העתירה. חוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד, והפגיעה הנטענת בו אינה מן הסוג המצדיק את התערבות בית המשפט בחקיקת יסוד, גם אם החוק נחקק בדרך שרצוי להימנע מלעשות בה שימוש. כאמור, משאירים אנו בצריך עיון את אפשרות החלתו של מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד, ואיננו רואים לנכון להכריע בשאלת תחולתה, או היקף תחולתה, של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי בישראל. הכרעה בשני עניינים אלה אינה נחוצה במקרה שלפנינו, ונקווה שלא ניזקק לה בעתיד.

 36.      בשולי הדברים רואים אנו לציין כי מעל לכל מצביעה העתירה שלפנינו על הצורך להשלים את מפעל החוקה ולעגן את ההליכים לקבלה ולשינוי חוקי יסוד באמצעות חוק יסוד: החקיקה (ראו, בהקשר זה, את הצעות חוק יסוד: החקיקה שהוגשו לכנסת; למשל, ראו הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 2988 והצעות החוק הקודמות הנזכרות בדברי ההסבר. כן ראו, דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה" משפט וממשל א 387 (1992)). אין להתעלם מכך שלפרוצדורת השינוי של חוקי היסוד עלולות להיות השלכות משמעותיות על המשטר החוקתי. למידת הנוקשות ולאופן שבו ניתן לשנות חוקי יסוד השפעה ישירה על מעמדם של חוקי היסוד, יציבות ההסדרים הקבועים בהם, ומידת היכולת של רוב מזדמן לשנות את זהותה הפוליטית, החברתית והערכית של מדינת ישראל (ראו גם, לטענה כי לפרוצדורת השינוי השפעה על אופי המשטר שהחוקה מכוננת, אביחי דורפמן "התיאוריה של כלל השינוי החוקתי" משפט וממשל י 429 (2007)). כאמור, מספר פעמים בעבר גובשו הצעות חוק להסדרת הליכי החקיקה של חוקי יסוד. הצעות אלה לא הבשילו לכדי חוק יסוד שלם ומקיף. דומה כי כיום, חמישה עשורים לאחר קבלת חוק היסוד הראשון, הגיעה השעה לעשות כן.

השופט א' רובינשטיין:

א.        תיק זה, אף אם תוצאתו אי היעתרות לעתירה, הורתו לדעתי בכישלון מערכתי מהדהד – להנחיל לעם בישראל, ועצוב מזה, לנציגיו בכנסת, את התודעה החוקתית. העובדה שהטכסטים החוקתיים, חוקי היסוד, הם "כחומר ביד היוצר, ברצותו מרחיב וברצותו מקצר", כלשון הפיוט הנאמר בבתי הכנסת בליל יום הכיפורים, היא עדות עצובה לכך. מצויים אנו בעידנים מתמשכים של "מעין חוקה" –חוקי היסוד – מזה, לרבות ביקורת שיפוטית חוקתית בגדרי ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221 והתיקים הבאים אחריו, ומנגד מזה, זילות חוקי היסוד משל היו "תכנית כבקשתך". השאלה שלפנינו היא האם ניתן, בדרך שיפוטית, להגיע לכיבוד רב יותר של הטכסט החוקתי? התשובה אינה ברורה.

 ב.        הסוגיה הספציפית שעל הפרק היא בעיני כפולה. חלקה האחד הוא, האם ניתן לשנות חוק יסוד בהוראת שעה? השני, בהמשך לאמור, הוא המדרון החלקלק של הזילות בכבודו החוקתי של חוק יסוד.

 ג.        במישור המשפטי קשה לקבוע באופן נחרץ כי אין לשנות חוק בהוראת שעה בהיעדר חוק יסוד: החקיקה, ולא כל שכן בטרם השלמת החוקה. בגדרי תשובתה של הכנסת צוטט ממכתבי מיום 19.7.99, שעה שכיהנתי כיועץ משפטי לממשלה, ליושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, אשר עסק במשאלת הממשלה לשנות את חוק יסוד: הממשלה, כך שתוסר ההגבלה שהיתה קיימת בנוסח חוק היסוד אז על מספר השרים. ההצעה נראתה לי בעייתית מבחינה משפטית, והבעתי הסתייגות מכך נוכח העיגון החוקתי שניתן לפי חוק היסוד הקיים למספר השרים, לרבות באשר "לאינטרס שביציבות המבנה החוקתי והצורך להימנע ככל הניתן משינויים תכופים בחוקי היסוד...". הוספתי, עם זאת, "ואולם, ככל שהדבר נעשה בהתאם להוראות חוק היסוד הנוגעות לענין, אין בידי לקבוע כי קיימת מניעה משפטית לכך". נוכח הבעייתיות, וכדי לאזן בין משאלת הממשלה והצרכים שהציגה, לבין רצון להימנע מקיבוע ההרחבה לאורך ימים, הוצע על ידי משרד המשפטים, ואף הממשלה ניאותה לכך, עיגון ההצעה בהוראת שעה, לתקופת כהונתה של אותה כנסת. במכתב נוסף ליו"ר הועדה מ-21.7.99, ציינתי, כי לשם צמצום הבעייתיות העליתי את מחשבת הוראת השעה, ושאמנם ניתן לטעון "כי חוק יסוד עדיף ומכובד לתקן בהוראת קבע, כיון שבמסמך חוקתי עסקינן. ואולם, יש לשקול דברים במאזני רווח והפסד גם לטווח הארוך, ולדעתי המסר של אפשרות להרחבת קבע של הממשלה נזקו עולה על הקושי, שאיני מקל בו ראש, של תיקון טכסט חוקתי בהוראת שעה (ולדאבוני עדיין לא זכינו לשוות למרבית הטכסטים החוקתיים, חוקי היסוד, את ההילה ה'חוקתית' בציבור ובכנסת מטעמים שונים)". סברתי כי הוראת שעה תחייב ייזומם של הליכים מחודשים בעתיד ואולי יחזור הגלגל; היו גם אז דוגמאות להוראת שעה – סעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק. סברתי איפוא כי "הכף נוטה להוראת שעה, כדי שלא לקבע דבר העשוי להתברר כבעל נחיצות זמנית". הכנסת החליטה בסופו של יום על תיקון קבע, עמו אנו חיים עד היום בממשלות רבות שרים.

 ד.        הבאתי דברים אלה באריכות מה, כדי לעמוד על הנסיבות של "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי, ברכות, ס"א, א'). חוקי היסוד לא זכו למעמד הראוי להם, וראיה לדבר, בין השאר, תהפוכות שעבר חוק יסוד: הממשלה אשר נחקק, תוקן (לא בהכרח בהוראת שעה), והוחלף, בחלק ניכר על-פי מצבים מתחלפים של צרכים קואליציוניים שבינם לבין כבוד חוקתי אין על פי רוב ולא כלום (ראו מאמרי "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה", משפט וממשל ג' (תשנ"ו) 521, 583-578, פורסם גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 79, 91-86). על כן, משבאה הממשלה לפעול להגדלת מספר השרים ב-1999, חשבתי כיועץ משפטי כי הדבר שגוי וחבל שיקובע (כפי שלבסוף אירע) כ"בכייה לדורות", ועל כן סברתי כי עדיפה הוראת שעה, כאמור, בחינת "בוחרים בקטנה שבשתי רעות", כלשון המג'לה. גם היום לא אוכל לומר בפה מלא כי אין להוראת שעה חוקתית אחיזה בדין באופן המאלץ לפסול אותה, כפי שאנו מתבקשים עתה, והדברים נאמרים בצער.

 ה.        והנה הנושא שעליו נסבה העתירה אינו ענין של מה בכך. התקציב הוא אחד מן העמודים המרכזיים עליהם נשען הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה, ורוב מלים אך למותר. כשלעצמי איני סבור שטכסט חוקתי הוא שדה ניסויים, כפי שמבקשים בעלי התיקון לומר. נודה על האמת, הוראת שעה שהיא כורח ברור – כפי שציינה חברתי השופטת נאור (פסקה 3), למשל הוראת שעה לענין הבחירות אחרי מלחמת יום הכיפורים – היא נדירה. הוראות השעה על פי רוב ינבעו מצרכים קואליציוניים ופוליטיים, שביניהם לבין חוקה המסמלת קביעות, נצחיות המדינה והאומה, זכויות האדם והאזרח ובתוכן זכויות המיעוטים, אין קשר של ממש. במקרה דנא, רעיון התקציב הדו-שנתי אמנם במהותו אינו קוניונקטורלי ויש לו אחיזה - כפי שהוצג בפנינו - בגישה מקצועית ובהיבט בינלאומי, ואולם הוא כרוך - כאמור - ביכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה; האם ראוי הוא לניסויים חוקתיים ולשבשבת?

 ו.        ועוד, לא אמנע מאמור כאן כי התקציב הדו-שנתי עלול להיראות על פניו כאחיו הצעיר של חוק ההסדרים הידוע שלא לטובה, שלא לומר לשמצה – אשר ממשיך, חרף שיפורים אחדים בעקבות התעוררות פרלמנטרית מסוימת והערות משפטיות ושיפוטיות, ללוות כל תקציב כסטירת לחי מתמדת לרעיון החקיקה הראויה, ובעיניי גם כאי כבוד לכנסת, וכבר נכתב ונאמר על כך לא מעט, והמוסיף כמעט גורע.

 ז.        אך לאחר שאמרנו כל אלה, כדי לפסול את חוק הוראת השעה, יש צורך בעיגון משפטי איתן יותר מזה הקיים, אף כי לא הייתי נועל את הדלת במבט לעתיד; בנסיבות לא נוצרה המסה הקריטית שתביא לפסילתו. חברתי השופטת נאור (בפסקה 3 לחוות דעתה) ציינה, כי "אכן הסדרים חוקתיים ראויים חייבים להשאיר לפחות פתח צר לשינוי חוקי היסוד בדרך של הוראת שעה". הייתי מותיר זאת בצריך עיון; למשל, בארצות הברית תיקון החוקה (לפי סעיף 5 בה) מחייב פרוצדורה ענפה וממושכת, המשלבת החלטות קונגרסיונליות עם הסכמת המדינות. אך בודאי אוכל להסכים לדברי השופטת נאור, כי אם נעשה הדבר ומתקבלת הוראת שעה, צריך שייעשה כן במשורה ולדידי במשורה שבמשורה. מכל מקום לעת הזאת, ובמקרה דנא במצב המשפטי הקיים, לא נוכל לכבד את הכנסת יותר מאשר היא מכבדת את עצמה, ועל כן אין בידינו לקבל את העתירה.

 ח.       אסיים בהצטרפות לדברי חברתי הנשיאה לענין הצורך בהשלמתו של מפעל החוקה. אומר באופן חד ובוטה במקצת: הטעם העיקרי לאי השלמתו עד הנה, כך נראה בעיניי – ונזכיר כי מזה כמעט שני עשורים לא נחקק ולוא גם חוק יסוד אחד, חרף מאמצים – הוא לא מה ייכתב בחוקה, אלא ככל הנראה השאלה מי יפרש אותה. חוקי היסוד האחרונים באו לעולם בשנת 1992, אך ב-1995 ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי הקובע את הסמכות החוקתית, ומאז שוררת "דממת חוקה" במובן האופרטיבי, להבדיל מהצעות מהצעות שונות. דומה כי חלקים בכנסת אינם מאושרים מן הסמכות החוקתית של בית משפט זה, וחוששים הם פן טכסטים חוקתיים נוספים יעצימו את כוחו. ארשה לעצמי לומר רק, כי לא זו בלבד שהסמכות לביקורת חוקתית מופעלת על ידי בית המשפט בזהירות ובמשורה, אלא הבוחן אותה ימצא כי משהופעלה, היה הדבר בתחומים שעל פי רוב לא הם המדאיגים את הדואגים. חיים אנו בעולם של מראיות עין ופרספציות ציבוריות ותקשורתיות המזינות את עצמן. יפה יהיה אם הבדיקה תהא מדי פעם גם לגופם של דברים, אם אפשר להעלות בקשה צנועה זו; זאת, אף כי כמובן – בחינת פשיטא – ביקורת היא לגיטימית, והרי יש גם הכרעות רוב ומיעוט בבית המשפט עצמו. אך תמיד יפה בדיקה, כך שהביקורת תבוא אחריה ולא לפניה. מדוע מאמין אני בחשיבות השלמתה של החוקה, והרי בפועל אנו חיים במשטר מעין-חוקתי? מטעמים חינוכיים, של הנחלת ערכי ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כטכסט שיילמד ושיהוה מעיין היסטורי מפכה לערכי אומה ואדם כאחד. הכרזת העצמאות, המהוה מקור פרשני מרכזי לפי סעיף 1 לחוק יסוד; חופש העיסוק וסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו יכולה למלא חלק מתפקידים אלה (ראו רשימתי יחד עם נ' סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל – אחר בלותה (כמעט) היתה לה עדנה", נתיבי ממשל ומשפט 179, 195-191). אך חוקה שלמה תשדרג ותעצים במישור החינוכי ובראיה לדורות, ועל כן ראוי לה שתבוא לעולם.

=-=

**ביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית (המשך)**

האפשרות כי תופעל ביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית כלפי הוראה חוקתית – חוק יסוד, תיקון לחוק יסוד – תלויה בעוצמת הפוגענות/ הבוטות/ עומק הפגיעה הגלומה בהוראה החוקתית הנבחנת. עוצמה זו של פוגענות קשורה, קרוב לוודאי, בשלשה משתנים:

**תוכן הפגיעה** (סוג הפגיעה, היקף הפגיעה) בזכויות אדם או בעקרונות יסוד אחרים המתגבשת בחוק היסוד או בתיקון לחוק היסוד שאת תוקפו אנחנו מבקשים לבחון;

**מידת שריונה של הפגיעה** – מה מידת שריונה של ההוראה הפוגעת (המופיעה בחוק היסוד או בתיקון לו) מפני תיקונה שלה בעתיד? (כלומר, עד כמה מכונניה התכוונו להופכה לבלתי-הפיכה, ובלי הביקורת המטא-טקסטואלית היא אכן עלולה להיות בלתי הפיכה? זאת בהנחה שאין הצדקה לעשותה אכן לבלתי הפיכה);

**ההליך שבו התקבלה אותה הוראה פוגעת** – עד כמה היה הליך כינונה של אותה הוראה חוקתית מסודר, מודע, "לא-מחטפי", הוגן? (חשבו, למשל, על הדוגמא של כנסת שמכוננת ברוב של שלושים וחמישה חברי כנסת הוראה המשריינת עצמה בדרישה לשינוי באמצעות רוב של שמונים חברי כנסת).

אין כוונתי לכך ששלושת המשתנים הללו חייבים להופיע במצטבר ולהיות פגומים כל אחד מהם במידה עמוקה. ניתן לחשוב על דברים "בלתי נסבלים" שאולי יופיעו באחד מהמשתנים הללו, ויצדיקו כשלעצמם ביקורת מטא-טקסטואלית.

**אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" (ספר בך, 2011)**

[הקטעים להלן לקוחים מגרסת וורד, טיוטא מתקדמת של מאמרו של פרופ' ברק, אך יש הבדלים מסוימים בגרסה הסופית; כמו כן השמטתי חלק מהסימוכין.]

5. שינוי חוקתי לא חוקתי בישראל

מפעל חוקי היסוד מבוסס על כוחה של הכנסת כרשות מכוננת. מפעל זה טרם הסתיים. עם סיום מפעל חוקי היסוד ואישרורו על ידי העם ועם כינונה של חוקה שלמה חדשה, יהא מקום לקבל החלטה באשר לתיקון החוקתי הלא חוקתי. ייתכן שהחוקה עצמה תפתור שאלה זו במפורש; יתכן שייקבעו בחוקה פסקאות נצחיות שיהא בהן כדי לסייע לפתרון השאלה; ייתכן והטקסט החוקתי ישתוק בסוגיה זו ויהא על בית המשפט העליון לקבל החלטה האם לאמץ את תורת המבנה הבסיסי של החוקה או תורה דומה לה או לדחותן; יתכן ותיקון החוקה יהא כה קשה וסבוך, עד כי השאלה לא תעלה לדיון כלל.

האם משמעות הדבר הינה כי בשלב הנוכחי של ההתפתחות החוקתית בישראל אין מקום לשקול את מקומה של שאלת התיקון של חוקה שאינו חוקתי? אכן, במובן המקיף והשלם שדוקטרינה זו מקובלת במשפט המשווה אין לדוקטרינה זו מקום בישראל. הטעם לכך הוא שהמושג "תיקון" חוקתי הוא עצמו בעייתי בישראל. מפעל החוקה בישראל הוא בהתהוות. המשימה טרם הושלמה. "השלם" טרם הושלם, וממילא התיקון החוקתי טרם הבשיל. עם זאת, יש לנו בישראל תהליך של כינון חוקי יסוד. לעתים בא חוק-יסוד חדש בתחום שטרם היה בו חוק-יסוד. לעתים בא תיקון לחוק-יסוד קיים בדרך של כינון חוק-יסוד מתקן. על רקע מצב זה יש מקום לעורר בישראל את השאלה הבאה: האם יש מגבלות על כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, בגיבוש תוכנם המהותי של חוקי היסוד, באופן שנוכל לדבר על חוק-יסוד לא חוקתי? האם לעניין זה יש שוני בין תחום שכבר כוסה על ידי חוקי-יסוד ומתבקש בו שינוי, לבין תחום שטרם כונן בו חוק-יסוד?

התשובות לשאלות אלה שנויות במחלוקת.[[4]](#footnote-5) לדעתי, יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק-יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק-יסוד קיים. ניתן לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו.[[5]](#footnote-6) עליה לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות עליהן מבוססת הכרזת העצמאות ועליהן מבוסס מפעל החוקה כולו. על-פי תפיסה זו חוק-יסוד חדש או תיקון לחוק-יסוד "אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר, כפי שבאו לידי ביטוי בהכרזת העצמאות. היא לא הוסמכה לבטלם".[[6]](#footnote-7) הכנסת לא הוסמכה לפגוע בעקרונות יסוד ומטרות "אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה".[[7]](#footnote-8) הכנסת לא הוסמכה לפגוע "בליבת הדמוקרטיה, ובדרישת המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית".[[8]](#footnote-9) בדומה, היא לא הוסמכה לפגוע בליבת היותה של ישראל מדינה יהודית ובדרישות המינימום לאופייה זה.

גישתי זו שונה היא במקצת מגישתו של המשפט המשווה לשאלת התיקון של חוקה שאינו חוקתי. הגישה באשר לתיקון החוקתי הלא חוקתי מניחה חוקה קיימת ומניחה תיקון חוקתי במסגרתה. ואילו בישראל אנו מצויים בגדריו של תהליך חוקתי שטרם הושלם. גם אם מקבלים את הגישה הבסיסית כי מוטלות מגבלות על כינונה של חוקה בישראל או על תיקונה, דעתי הינה, כי כל עוד מפעל החוקה לא הסתיים, מגבלות אלה פועלות במסגרת צרה יותר מאלה המקובלות במשפט המשווה. כך, למשל, תיקון חוקתי המצמצם את היקפה של הזכות לכבוד האדם (חוק טל) עשוי לפגוע בדוקטרינה (ההודית) של המבנה הבסיסי של החוקה. אך הוא עשוי שלא לפגוע בליבת הדמוקרטיה, ועל כן אינו מאפשר ביטול שינוי חוקתי זה בישראל.[[9]](#footnote-10) בדומה, ביטול הביקורת השיפוטית הקיימת על חוקתיות החוק והחלפתה בביקורת שיפוטית "רכה" יותר עשויה להיחשב כפגיעה במבנה הבסיסי של חוקה קיימת. לדעתי, אין לראותה כפגיעה בליבת הדמוקרטיה ועל כן אם הכנסת תמצא לנכון לקבוע הוראות בעניין זה, הסמכות בידה לעשות כן כל עוד מפעל חוקי-היסוד לא הסתיים. השוני בין עמדתי לבין אותם בתי משפט אשר הכירו בתיקון החוקתי הלא חוקתי אינו שוני עקרוני או איכותי. הוא שוני יישומי או כמותי. מכיר אני בתורת התיקון החוקתי הלא חוקתי כתורה לגיטימית וראויה. הנני סבור כי במצב החוקתי הקיים בישראל וכל עוד מפעל החוקה לא הסתיים, תורה זו פועלת בגבולות צרים יותר.

[...]

=-=

**התייחסותי:** אני עצמי מקבל את רוב ניתוחו של פרופ' ברק במאמרו.

יש לי, עם זאת, אי-בהירות ביחס לאחד הטיעונים ואי-הסכמה עם טיעון אחר:

א. צמצומה של הביקורת השיפוטית המטא-טקסטואלית (הביקורת על תיקון חוקה שאינו חוקתי) בישראל, בתקופה זו של טרם השלמת החוקה;

ב. הסימטריה שפרופ' ברק רואה בין פגיעה בדרישות המינימום של מדינה יהודית לבין פגיעה בדרישות המינימום של מדינה דמוקרטית.

אשר לנקודה א'. אין כאן דומני הנמקה מספקת לעמדה לפיה ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי במדינה כמדינתנו, שחוקתה לא שלמה, צריכה להיות מוגבלת יותר בהשוואה למדינות ששפר עליהן גורלן יותר מאיתנו.

יתר על כן, נקודה זו במאמר מופיעה במקביל לתשומת-הלב שניתנת בו להבחנה בין מדינות בעלות חוקה נוקשה (ונוקשה מאד, ארה"ב) לבין מדינות שבהן רוב שרירותי/קטן יכול לשנות את הוראות החוקה. הבחנה זו מצדיקה גם לטעמו של פרופ' ברק ביקורת שיפוטית פשוטה יותר/מתירנית יותר על תיקונים חוקתיים במדינות מהסוג השני (שכן בית המשפט המפעיל את הביקורת השיפוטית החוקתית אינו "בעל המילה האחרונה", לאור קלות השינוי של הכרעתו). כיצד משתלבות לפיכך שתי הנקודות הללו?

זאת ועוד, דומה כי חוקתנו חסרה 'רק' את המרכיבים המטופלים בהצעת חוק יסוד: החקיקה – בעיקר, דרך קבלת הוראות החוקה ודרך שינויין, ובתוך כך התוויית הדרך בכל הנוגע ליצירת נוקשות, נוקשות מיוחדת, נצחיות (אם בכלל) וכדומה. ואכן החשש הוא גם מפני ניצול לרעה של היכולת להפוך לנוקשות הוראות שלא ראוי שתהיינה כאלו (מצד מהותן או מצד הפרוצדורה והרוב שבה התקבלו).

בקצרה, האם 'תמונת המכלול' של טעמים לצמצום הביקורת השיפוטית על "תיקון החוקה שאינו חוקתי" ושל טעמים להרחבת ביקורת זו במציאותה החוקתית של ישראל, אינה מובילה אותנו דווקא להרחבה במקום לצמצום (או לפחות, לא-לצמצום ולא-להרחבה)?

ביחס לנקודה ב' [הסימטריה שפרופ' ברק רואה בין פגיעה בדרישות המינימום של מדינה יהודית לבין פגיעה בדרישות המינימום של מדינה דמוקרטית], השמעתי דברים בעבר, במסגרת הדיון בפס"ד **ירדור,** ראו להלן את הדברים מתוך דפי הדיון בפגישה 5:

... אדגיש לפיכך את עמדתי, לפיה אין זהות ערכית בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לבין אופייה הלאומי.

קיים כאן הבדל ממשי. גם מי שחושב כי לישראל עומד צידוק לשני יסודותיה (יהדותה במישור הלאומי, והדמוקרטיות שלה), צריך להסכים כי קיים שוני בין שניהם, וכי הצידוק לזהותהּ הלאומית של ישראל הוא צידוק תלוי-נסיבות, להבדיל מהצידוק לאופייה הדמוקרטי. במילים אחרות, שינוי נסיבות – דוגמת שינוי דמוגראפי מקיף בין תושבי המדינה או שינוי בזהויות או בשאיפות הפוליטיות של תושבים אלו – עשוי להשמיט את הצידוק לשמירת זהותה הלאומית של ישראל; זאת שעה, שעל פי התפיסה הליברלית לא כך ביחס לדמוקרטיה.

אמנם שינוי נסיבתי קיצוני (למשל, שעת-חירום) עלול להשעות את התנהלותה של מדינה בדרך דמוקרטית – *ואולם זאת רק באופן זמני מאד ובאופן הפיך*.

ביתר קונקרטיות: קשה מאוד לשלול את האפשרות לחולל, בדרכי שלום, דינאמיקה בזהויות קיבוציות של בני אדם ובמסגרת היחסים הבין-קהילתיים במדינה. מה מצדיק למשל הגבלות מהותיות על היכולת לנסות לשכנע כי הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי תישמר במידה רבה גם במדינה דו-לאומית (כפי שנשמרת הזהות האנגלופונית – זהותם של הקנדים דוברי-האנגלית, להבדיל מדוברי-הצרפתית – בקנדה)? אשר על כן, גם מי שאינו תומך בניסיון מעבר למדינה הדו-לאומית מסיבות שונות חייב להכיר בזכותם של נוקטי מהלך זה לחתור להגשמתו במכלול האמצעים שדמוקרטיה מהותית תעמיד למאבקים מעין אלו.

ההגבלה העיקרית לפיכך היא *על האמצעים* להשגת התכלית של שינוי הזהות הלאומית של ישראל, וקשה מאוד להצדיק הגבלות על אמצעים לא-אלימים להשגת שינוי שכזה.

*מנגד, אופייה הדמוקרטי של מדינה הוא אקסיומטי מנקודת ראות ליברלית*. הוא אינו תלוי ב"הסכמת רוב". אדם אינו יכול למכור עצמו לעבדות, וחברה אינה יכולה בהחלטת-רוב לוותר על חירותה. על כן ניתן לחסום גם מי שחותר להשיג את ביטול הדמוקרטיה *שלא בדרך אלימה*; די בזיהוי מהימן לשלב שבו מתגבשת **הסתברות ממשית** לכך שהדמוקרטיה במדינה תתבטל אם לא יוגבלו הכוחות הלא-דמוקרטיים.

**תשובתו האפשרית של פרופ' ברק:** שאלת סמכות בית המשפט ביחס לתיקון החוקה שאינו חוקתי (הביקורת המטא-טקסטואלית) זוכה לתשובה מתוך המשפט הישראלי, שאינו חופף בהכרח את מלוא התפיסה הליברלית שמכוחו הועלתה טענת הביקורת לעיל. "החוקה המטריאלית" של ישראל רוצה לשמור על שני היסודות של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

**תשובה לתשובה?** מוסכם אמנם כי יש להבחין בין תפיסתו המוסרית של השופט לבין ערכי היסוד של השיטה המשפטית. אך אם רוב הציבור מחליט, בדרכי שלום, כי ראוי לשנות את האופי הלאומי של ישראל, נאמר בכיוונה של מדינה דו-לאומית, כי אז עצם השינוי הזה יוליד שינוי "בערכי היסוד" של החברה הישראלית המלווים את המשפט הישראלי – החוקה המהותית תשתנה; בית המשפט צפוי יהיה להיות מודע לשינוי זה, וגם להכיר בו. ואם כך, הרי שתישמט ההצדקה לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית שתפסול תיקון חוקתי של הכנסת הפונה בכיוונה של המדינה הדמוקרטית הדו-לאומית.

האם ניתן לומר דבר דומה על רוב של אזרחים שישנה את עמדותיו ביחס לדמוקרטיות של ישראל? אם לא, מדוע? [אלו דברים שתתעמקו בהם יותר בקורס בתורת המשפט].

=-=

**החוקה הפורמאלית של ישראל – המשך**

\*לקריאה – פירוט לנושא שרמזתי לו בכיתה: העמימות/ הערפל המלווה את המשפט הציבורי בהשוואה למשפט פלילי, למשל

הטעמים לכך מגוונים למדי; אצביע על העיקריים שבהם:

א. **ריבוי של שאלות/סוגיות המתעוררות בו-זמנית, ויש ביניהן 'התכתבות'**.

ראו את הדוגמא של פס"ד **חירות:**

לא רק השאלה כיצד ראוי להכריע בשאלה הממוקדת שם – כלומר, האם קמה עילה לפסול את תשדיר הבחירות של תנועת חירות, בשל הטענה לביזוי הדגל וההימנון והפגיעה ברגשות הנלוות לכך? – אלא גם שורה של שאלות נוספות:

היש סמכות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית להגביל תשדיר בחירות ברדיו (לגבי תשדיר בחירות בטלוויזיה, החוק מפורש)?

היש סמכות לבית המשפט העליון לבקר את החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית ביחס להכרעה זו?

(ושאלה זו עצמה נושאת מורכבות נוספת בשל הפירמידה הנורמטיבית והיחס בין **סע' 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969** לבין **סע' 15 לחוק יסוד: השפיטה**);

ועוד.

ב. **חשוב יותר לעניין "הערפל": ההכרעות של המשפט הציבורי הן תכופות גדולות ומורכבות ולעיתים הן גם גורליות ורגישות**.

הן רגישות ומורכבות מצד עצמן – כלומר, נושאות תכופות **אופי של דילמה**: **כיצד לאזן** בין שניים או יותר דברים שכולם חשובים? – למשל, האיזון בין הגבלה על איחוד בין בני-זוג או בין הורה וילדו הקטין, לבין טעם נטען ביטחוני. וראו גם את הדברים של הנשיא ברק בפס"ד **פלונית**:

אכן, המאפיין את הדמוקרטיה הוא בעושר הזכויות, הערכים והעקרונות ובהתנגשות המתמדת ביניהם. ... אכן, פתרונם של ניגודים אלה - שהם טבעיים לדמוקרטיה ומעניקים לה את חיותה - לרוב אינו בקביעת היקפם של הזכויות, הערכים והאינטרסים ובהוצאת ההיבטים שידם על התחתונה מתחום השיח החוקתי ומתחום הביקורת החוקתית. פתרונם של ניגודים אלה הוא בהשארת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות, לערכים ולאינטרסים המתנגשים ברמה של חקיקה רגילה (איזון אנכי) החייבת לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אכן {לכן}, אנו מבחינים {למשל} בין היקף הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה בחקיקה הרגילה.

והן הכרעות רגישות, משום שהן לא מתקבלות מאחורי "מסך בערות". אנחנו בחברה שסועה, ומי שמשלם יותר את מחיר הסיכון הם לעיתים בני קבוצה X, ומי שמשלם יותר את מחיר הגבלת זכויות האדם בשם ההתמודדות עם הסיכון הם לעיתים בני קבוצה Y.

והן רגישות, גם בשל המתח בין עקרון הרוב לבין זכויות האדם/ זכויות המיעוט, והמתח בין רשות פוליטית או רשות מינהלית (כמו הצבא או השב"כ) לבין רשות שמבקרת אותה –> איך צריכה להיות חלוקת הכוח בתוך חברה דמוקרטית בנסיבות שונות, כולל נסיבות חירום? [זו שוב דילמה, דילמה נוספת, המתעוררת בשל המתח בין שני דברים שחשובים לנו, שאנו צריכים להכריע ביניהם או לאזן ביניהם].

ג. בשל הרגישות, בשל המורכבות, **יש ריבוי של שימוש במונחים מופשטים או עמומים – למשל, "מידתיות", "סבירות".**

ראו לדוגמא את קטע העיתונות הבא, הנוגע למאטריה משפטית [=תחום עיסוק/ נושא משפטי] הסמוכה למשפט הציבורי: זו של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

קטע זה מדגים כמה מהנקודות שמוזכרות כאן:

**הרג בחסות הענן**

* [**יעל שטיין**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.1878592), 03.12.2012, הארץ

"כל עוד מספר האזרחים הנפגעים בעזה כתוצאה של תקיפות צה"ל אינו נתפש כמופרז ביחס להיקף המטרות הנתקפות, אופיין הצבאי וחשיבותן הברורה, נראה שגם אופן הפעלת הכוח על ידי צה"ל זוכה ללגיטימציה" -- כתב מי שהיה ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, לירון ליבמן (["לא הכל מותר", "הארץ" 22.11](http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1870635) ,(על [מבצע "עמוד ענן"](http://www.haaretz.co.il/misc/search-results?searchType=textSearch&text=%D7%A2%D7%9E%D7%95%D7%93%20%D7%A2%D7%A0%D7%9F%20).

"מופרז"? "אופיין הצבאי"? "חשיבותן הברורה"? - מונחים אלה יזכו, מן הסתם, לפרשנות שונה מאנשים שונים. כאן נעוצה הבעיה העיקרית במשפט ההומניטרי הבינלאומי: הוא נשען על מושגים מעורפלים כמו "צרכים צבאיים" ו"מידתיות", שניתן לפרש בדרכים שונות.

...

דוגמה שנייה היא הטענה שעליה חוזרים גורמים רשמיים שוב ושוב, ולפיה האחריות לפגיעה באזרחים בעזה מוטלת על חמאס, המשתמש בהם כב"מגן אנושי". נכון, חמאס מפר את המשפט הבינלאומי ואף מבצע פשעי מלחמה כמו ירי מכוון על אזרחים, לפעמים מתוך אזורי מגורים צפופים, ועוד. ואולם, אין בעובדות אלה כדי להוות הצדקה כלשהי לפגיעה באזרחים בצד הפלסטיני, גם אם אין חולק על כך שלחימה בתנאים כאלה מקשה מאוד על הצבא. העובדה שצד אחד מפר את דיני הלחימה אין בה כדי להתיר לצד השני להפר אותם, ועקרון ההדדיות אינו מוכר בדיני הלחימה. ההיתלות בפשעי חמאס עלולה לעורר את הרושם, שהצבא רואה באופן הפסול שבו מתנהל חמאס אישור להתנהלות פסולה שלו.

...

המשפט ההומניטרי הבינלאומי, שצה"ל מצהיר כי מכוחו הוא פועל, מורכב ועמום, ומתווה עקרונות כלליים המאפשרים טווח פרשנויות רחב. תפקידם של יועצים משפטיים אינו לנצל את הערפל כדי להצדיק פגיעה באזרחים, אלא לפזרו, להציב גבולות שיגנו על אזרחים ולהזכיר לגורמי הפיקוד שההגנה הזאת היא חובתה של ישראל. לא מדובר בסוגיה תדמיתית, או בחסד שישראל עושה עם הפלסטינים ברצועה. זוהי חובה מפורשת של ישראל כמדינה שחתמה על האמנות הבינלאומיות וכמי שמצהירה כי היא פועלת לאורן.

[עו"ד שטיין היא מנהלת המחקר של בצלם, מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים]

ד. (מצד הסוציולוגיה של השיפוט או הפוליטיקה של השיפוט:) **תחושת פגיעותו של בית המשפט בתרבות הפוליטית בישראל** גורמת לבית המשפט לרצות לשמור על "מרחב תמרון" עבור עצמו, והוא עושה כן על ידי הותרת "מרחב תמרון" לרשויות הפוליטיות והמנהליות המבוקרות על ידו (כגון "מתחם מידתיות" ו"מתחם סבירות" רחבים, בעיקר בסוגיות רגישות; וכן באמצעים נוספים שעליהם נלמד).

מרחב זה נוצר ונשמר גם באמצעות עמימות של מונחים וכן באמצעות ריבוי של עקרונות חשובים שלא פועלים בכיוון אחד, ויש על כן לאזן ביניהם. הצורך באיזון מכיל, בהגדרה, מידה של אי-ודאות.

ה. נקודה חשובה, מאזנת: זה שיש הבדל במידת הוודאות של תחומים משפטיים שונים – הבדל שלחלקים ממנו יש הצדקה ממשית – לא מוביל אותנו לקוטב של שרירותיות או של ערפל מלא. מדובר במיקומים שונים על פני *הרצף* שבין וודאות לבין חוסר-וודאות מלא. דרגות שונות של ערפל. **ויש הכרח לפעול ולהכריע גם בתנאים פחות נוחים בכל הנוגע לבהירות. יתר על כן, לעיתים יש למתוח "קווים אדומים", ואלו מטבעם יחסית ברורים. מכל מקום, במדינה דמוקרטית אין לנו מנוס מהצורך לפעול לעיתים בדרך של איזון, לעיתים בדרך של שרטור "קווים אדומים".**

[דומה שהצורך בהכרעה המגוננת על אזרחים תמים היא הנקודה שאליה מכוונת יעל שטיין בסוף דבריה].

ראו הצגת דברים נוספת שלי, שמחדדת נקודות שאותן העליתי זה עתה, בעיקר את השתיים האחרונות. היא מזכירה פסיקה שאותה נפגוש בהמשך הקורס.

הצגת דברים זו הופיעה בהרצאה במסגרת כנס של הפקולטה "לסיכום שנת המשפט" – שהתקיים בחודש אוקטובר 2012:

**סקירת התפתחויות וניסיון לאבחן תהליכי-עומק**

**במשפט הציבורי**

ד"ר אילן סבן

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

**1. דברים חשובים שנאמרו בכנס זה בעבר, לפני שנה ושנתיים**

לפני שנתיים היה כאן פרופ' אריאל בנדור, ולפני שנה – בהרצאת פתיחה – היה כאן היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד איל ינון. ארצה להשתמש באבחנות שהשמיע כל אחד מהם כבסיס לטיעונים משלי, אך אפנה גם בכיוונים נוספים.

לב הרצאתו של פרופ' בנדור[[10]](#footnote-11) התמקד בתופעה – מדאיגה בעיניו ומדאיגה בעיני – של פיחות בוודאות של המשפט הציבורי, וכך ביכולתו לכוון אורחות התנהגות שלטונית, והתעצמות מקבילה בדימוי הפוליטי של המשפט הציבורי ושל בית המשפט העליון המזוהה עמו, התעצמות הגורעת מהלגיטימיות שלהם הנשענת על דימוי א-פוליטי של ציות ל"מרוּת הדין". תופעה זו היא תולדה של מגמות או תהליכים מגוונים, שמתוכם עמד בנדור על שלושה:

א. תהליך ראשון הוא פרקטיקה גוברת של "תהליכים מתגלגלים" – כלומר חריגה ממסגרת של סכסוך והכרעה בו, לטובת יצירת 'מעין-שיחה', שיחה בין שלושה: הפרט, הרשות ובית המשפט; שיחה שתפקידה להוביל לשינוי מצב הדברים במעין גישור או דירבּון של בית המשפט. לעיתים דומה שיש בכך נטילת תפקיד של 'שמרטף' על ידי בית המשפט כלפי רשות שלטונית כזו או אחרת.

ב. תהליך שני, הוא נטייתו הגוברת של בית המשפט להסתמך על עילות התערבות או על כללים שאינם 'קביעים'; כלומר כאלה שהם קשים יותר לאיבחון או לאומדן. והוא הצביע בעיקר על עילת "הסבירות" ועל מבחן המשנה השלישי של המידתיות: עילת הפרופורציונליות או "המידתיות במובן הצר".

ג. התהליך השלישי הוא שגשוג השימוש בסעד של "הבטלות היחסית".

אינני רוצה לשוב לדוגמאות שנותן בנדור, גם לא לספק דוגמאות חדשות. יש כאלה למכביר.[[11]](#footnote-12) אני מעדיף לנסות לספק גורם מרכזי של הסבר להתעצמות התופעה הזו של הפיחות בוודאות של המשפט הציבורי. אגיע לכך בסוף דברי.

...

**4. אי-ודאותו של המשפט הציבורי כמנגנון הגנה על מוסד בקרה שברירי - בית המשפט**

הסכמתי עם דבריו של פרופ' בנדור אותם איזכרתי בתחילת דברי. כוונתי לחששו מתהליך הפיחות בוודאותן של נורמות המשפט הציבורי, והפיחות הנגזר בלגיטימציה המלווה את ההליך השיפוטי ואת בית המשפט.

אגב, אי-הודאות גדלה גם בשל "טכניקות הימנעות" שונות שמלוות את מלאכת השיפוט, והמרכזיות שבהן טמונות בעילות הסף, דוגמת "אי-הבשלות" אותה פגשנו בפסק הדין בעניין חוק הנכבה, או עילת הכוללנות, שהופיעה בפס"ד **המחצבות בגדה**,[[12]](#footnote-13) או עילת השיהוי שהופיע בפסק הדין **בית איכסא**[[13]](#footnote-14) בעניין הפקעת קרקעות לצורך סלילת קו הרכבת המהירה ירושלים תל-אביב. ראו בעניין זה את הבלוג המעניין של אדם שנער באתר "הטרקלין".[[14]](#footnote-15)

הנקודה שחסרה לי בדבריו של פרופ' בנדור נוגעת לפישרה של התופעה ולשאלה עד כמה יש ממנה מנוס.

טענתי 'הכותרתית' היא זו: בית המשפט חש שברירי ופגיע. סמכותו אינה מעוגנת/מוגנת בחוקה *נוקשה*. יותר מכך, ואולי חשוב מכך, אין תרבות פוליטית חוקתית ממשית, ודאי לא תרבות מושרשת התומכת בסמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה. כמו כן פוחתים מגונניו בקרב האליטות הפוליטיות השולטות. והנה הוא צריך להגיב להחלטות שחלקן - לא כולן - מערבות פחד ונחרצוּת של מקבליהן. משום כך הוא זקוק לכוחות לוליינות מורכבים יותר, למרחב תמרון גדול יותר, שאותו הוא משיג דרך מרחב התמרון שהוא מעניק למבוקריו, משמע, דרך אי-הוודאות שעליו מדבר פרופ' בנדור, ודרך טכניקות הימנעות שונות.

המשפט פועל בדרך של כללים ודוקטרינות ולכן הגמישות הזו - הנחוצה לנושאים רגישים - מחלחלת ואפילו חלה ישירות על נושאים רגילים, 'נורמאליים'.

עולה השאלה האם טיעון זה אינו משום מענה לחלקים מביקורתי שלי על בית המשפט, ביקורת שהשמעתי לעיל [ביחס להמנעות מלתת סעדים אפקטיביים ומהירים לעותרים]. אני צריך לחשוב על כך עוד, ואולם אשמיע כאן - טנטטיבית - תשובת-נגד אחת; זו נקודה שהשמעתי כבר בעבר:

הסעד המשפטי הוא נקודת המפגש בין המשפט לבין הפוליטיקה: הוא המנוף העיקרי שדרכו מחדיר המשפט שינוי לתוך החברה, לתוך הפוליטיקה, ובה בעת, הוא השילוב בין "הראוי משפטית" לבין "מה שאינו בלתי אפשרי פוליטית" בעיני בית המשפט. והנה עתירות ההפליה שהצגתי לעיל הן בין חלקיו הפחות אוונגרדיים של "החזון המגשר". הן מבקשות סעד נחוץ, התואם לחלוטין את הרטוריקה הערכית של המדינה, ואינו מלווה בקשיים משפטיים של ממש. אך הנה הן נדחות, משתהות, או מדוללות בסעדיהן על ידי בית המשפט.

=-=

**נורמה כללית ונורמה מיוחדת**

דיברנו באחת הפגישות הקודמות על המתקל בין "נורמה כללית" ל"נורמה מיוחדת", נורמה ספציפית.

פגשתם בדפי הפגישה הקודמת מתח בין **שתי נורמות מיוחדות** (מתח שנפתר בדרך פרשנית) – בין הוראות חוק יסוד: הממשלה לבין אלו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ביחס למגבלות החלות על תקנות שעת חירום הפוגעות/ מגבילות את "כבוד האדם".

פגשתם טענה למתקל בין נורמה כללית ונורמה מיוחדת ב**פלונית נ' בית הדין למשמעת** בעת הקריאה להיום. מתקל בין שני חוקי יסוד. השופטת דורנר טוענת שמופיע כאן מתח בין נורמה כללית ונורמה מיוחדת, ובכך המפתח לתשובה המשפטית (ראו להלן: עמדתה אינה מתקבלת על ידי שני השופטים האחרים).

הדגמה למתקל בין נורמה כללית ונורמה מיוחדת – במישור של שני חוקים – ראו את הדוגמא הבאה:

**ס' 300(א) לחוק העונשין:** "העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד: ...".

**ס' 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971**: "אדם שהיה קטין ביום ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות, ועל אף האמור בכל דין אין חובה להטיל עליו מאסר עולם, מאסר חובה או עונש מינימום".

**משפט ציבורי**, *תשע"*ה, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, דצמבר 2014, ***פגישה 12***

**החוקה הפורמאלית – המשך**

**מתקל דינים**

דיון בכיתה על בסיס דפי הפגישה הקודמת והדפים שלהלן.

משפט ציבורי עוסק בעיקר בסמכויות שלטוניות ובאופן הפעלתן. משמע, סמכות שלטונית אחת המופעלת כלפי אחרת, ובעיקר סמכות שלטונית המופנית כלפינו, בני החברה.

אנחנו שואלים: **האם הופעלה סמכות תקפה? והאם הופעלה באופן תקף – כלומר מתוך ציות לחובות החלות על הפעלתה?**

היכן מצויה שאלת תקפוּת הסמכות ושאלת החובות/כללים המלווים את הפעלתה? בנורמות המשפטיות, כמובן.

והנה הנורמות המשפטיות הללו מגוונות מבחינת מעמדן בפירמידה הנורמטיבית, ואנחנו רגישים לשאלה איזו מהנורמות הנתקלות האחת בשנייה היא גבוהה יותר, שהרי במקרה של "מתקל" (התנגשות בין נורמות) הנורמה הנמוכה נסוגה בפני הנורמה הגבוהה.

ואולם שימו לב לשניים:

^קיומו של מתקל מזוהה רק לאחר **פרשנותן** של הנורמות שיש ביניהן מתח. לעיתים הפרשנות מגלה *שאין מתקל* (ראו להלן).

^ועוד נקודה: לעיתים תכופות מוגשות עתירות שבהן *נטען* כי מופיע מתקל, ואולם הביקורת השיפוטית – לאחר בחינת הדברים – דוחה את טענת המתקל, קובעת *שאין מתקל*.

זה קורה למשל, כאשר נטען בעתירה כי הרשות השלטונית פעלה **תוך הפרה של חובות החלות עליה** [למשל, כי שללה רישיון עיסוק מאדם תוך הפרה של חובות החלות עליה, דוגמת חובת המידתיות או חובת הסבירות או חובת ההגינות (למשל, שלא העניקה זכות טיעון/ שימוע לפני ביטול הרישיון)], ואילו בית המשפט **לא מוצא שהחובות הנטענות אכן הופרו**.

מטבע הדברים, אנחנו לומדים יותר *פסיקה שהיא מתערבת* – כזו שמצאה הפרה של החובות/הכללים החלים על הרשות. ואולם אל תטעו, פסיקה זו מהווה *מיעוט* מבין ההכרעות השיפוטיות בעתירות כנגד רשות מינהלית.

[חשבו שוב על הדוגמאות שאותן כבר פגשנו.

**האם כלל התגלה בהן מתקל דינים?(כן, ברובם אך לא בכולם); בין מי למי, כלומר, באיזה ממדרגותיה של הפירמידה הנורמטיבית?**

פס"ד **בז'רנו**

פס"ד **קול העם**

פס"ד **ירדור**

פס"ד **פרץ נ' כפר שמריהו**

פס"ד **ברגמן**

**=-=**

פס"ד **קעדאן**

פס"ד **הוועד הציבורי נגד עינויים**

פס"ד **פלוני**

פס"ד **בנק המזרחי**

פס"ד **"חוק טל"1 (התנועה לאיכות השלטון)**

פס"ד **"חוק טל"2 (רסלר)**

פס"ד **בר-און]**

=-=

דוגמאות לדיון

^ נקודה חשובה: אנחנו מוצאים "מתקל", כלומר התנגשות בין שתי נורמות, רק לאחר פרשנותן של שתי הנורמות הללו. במילים אחרות, המתקל או ההתנגשות עשוים להיות רק לכאוריים; שכן, המתח ביניהם עשוי להיפתר בדרך פרשנית.

א.

ראו את הדוגמא הבאה. היא אכן מראה את משמעותה של מלאכת הפרשנות; היא מדגימה את האופן שבו ניתן ליישב בדרך פרשנית (ראויה) את הסתירה לכאורה/ ההתנגשות לכאורה המופיעה בין שתי הוראות דין:

חוק יסוד: הממשלה

39.(א) במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת-חירום כדי להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת-חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והבטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.

(ב) ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים צורף דחוף וחיוני להתקין תקנות שעת-חירום, רשאי הוא להתקינן או להסמיך שר להתקינן.  
 (ג) תקנות שעת-חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.

(ד) **אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם.** (ה) לא יותקנו תקנות שעת-חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.  
 (ו) תוקפן של תקנות שעת-חירום יפקע כעבור שלושה חדשים מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על-ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת. […]

#### חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

2. **אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.**

12. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור **שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה**, **ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.**

=-=

ב.

בג"ץ 5113/12 **פרידמן נ' כנסת ישראל** (2012)

[השופטת ארבל]

עניינה של העתירה בבקשת העותר לקבוע את בטלותו של תיקון מס' 45 לחוק מבקר המדינה, התשע"ב-2012 (להלן: התיקון).

על פי התיקון הוסף לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב] (להלן: חוק מבקר המדינה) סעיף 8ג הקובע כי מבקר המדינה אשר כהונתו הסתיימה, יהיה מוסמך לסיים הכנת דו"ח או חוות דעת בתוך שלושה חודשים מיום סיום כהונתו, ובלבד שטיוטת הדו"ח או חוות הדעת נמסרה למבוקרים לפחות שלושה חודשים לפני מועד סיום הכהונה.

1.        ביום 24.6.12 פורסמה מטעם הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת הצעת חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 45) (השלמת דין וחשבון וחוות דעת על ידי מבקר שכהונתו תמה), התשע"ב-2012. ביום 25.6.12 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה, וביום 26.6.12 עבר התיקון בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת. יוער כי התיקון נערך בתקופת פרישתו של מבקר המדינה היוצא, השופט מיכה לינדנשטראוס, אשר כהונתו פקעה במהלך חודש יולי 2012.

טענות הצדדים

2.        העותר מבקש, כאמור, לקבוע את בטלותו של התיקון, ולחלופין לקבוע כי לא יחול על מבקר המדינה היוצא. טענתו המרכזית של העותר כי התיקון סותר את הוראת סעיף 7(ב) לחוק יסוד: מבקר המדינה (להלן: חוק היסוד) הקובע כי "תקופת כהונתו של מבקר המדינה תהיה שבע שנים". לטענתו, בתיקון לחוק אין כדי לעקוף את פרשנותו המפורשת של חוק היסוד לפיה כהונת המבקר נמשכת 7 שנים בלבד. עוד לטעמו, מדובר בחוק פרסונאלי וספציפי שאושר על ידי מספר קטן יחסית של חברי כנסת והוא פוגע באינטרס הציבורי.

3.        עמדת המשיבים מלכתחילה בדיונים שנערכו בכנסת היתה כי קיים קושי חוקתי בתיקון לחוק מבקר המדינה. היועץ המשפטי לממשלה כמו גם היועץ המשפטי לכנסת סברו כי התיקון כפשוטו אינו עולה בקנה אחד עם חוק יסוד: מבקר המדינה, כי הדבר מעורר קשיים חוקתיים ומוסדיים, ולכן מלכתחילה הביעו עמדתם כנגד חקיקת החוק. עם זאת, לעת הזאת, לאחר שעבר התיקון על ידי הכנסת, עמדת המשיבים היא כי דין העתירה להידחות. המשיבים מסכימים שקיים מתח מסוים בין התיקון לבין סעיף 7(ב) לחוק היסוד, אך סבורים כי אין במתח זה כדי להוביל לבטלותו של התיקון. הם סבורים כי גם מבלי להכריע בסוגיה כבדת המשקל בעניין פגיעה בחוק יסוד נעדר שריון ונעדר פסקת הגבלה באמצעות חקיקה רגילה, יש מקום לדחות את העתירה. זאת, באמצעות פרשנות מצמצמת לתיקון באופן שימנע סתירה עם חוק היסוד. לפי פרשנות זו מכהן בפרק הזמן המדובר מבקר מדינה אחד, הוא המבקר הנכנס, וכל סמכויות מבקר המדינה לגבי כלל ענייני ביקורת המדינה נתונות בידיו. המבקר היוצא רשאי להשלים את כתיבת הדו"ח, אך מדגיש המשיב 2 כי אין הוא רשאי לפעול ללא הסכמת המבקר המכהן, וכי  תידרש הסכמה של המבקר המכהן לכל הפעולות המתבצעות על ידי המבקר היוצא וסמכויות העזר אותן הוא מפעיל במשך שלושת החודשים שלאחר סיום כהונתו. עוד, לטענת המשיב 2, יש לפרש את התיקון כך שנדרשת הסכמת המבקר הנכנס גם לשם הנחת הדו"ח על שולחן הכנסת. התיקון מכוון למקרים חריגים ויש לעשות שימוש בו במשורה.

דיון והכרעה

4.        לאחר ששמענו את טענות הצדדים הגענו לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. חוק יסוד: מבקר המדינה קובע כי תקופת כהונתו של מבקר המדינה תעמוד על שבע שנים, וכי המבקר יכהן תקופה אחת בלבד (סעיף 7(ב) ו-(ג) לחוק היסוד). המחוקק בחר לגדור את משך תקופת כהונתו של מבקר המדינה, ואף עשה זאת במסגרת חוק יסוד. לא יכול להיות ספק כי קביעה לפיה מבקר המדינה היוצא יוכל להמשיך ולכהן במקביל למבקר המדינה המכהן, אף אם לתקופה קצרה, אינה עולה בקנה אחד עם ההסדר הקבוע בחוק היסוד. מאחר שמדובר בחוק יסוד אשר אינו מכיל פסקת הגבלה או שריון כלשהו, מתעוררת לכאורה השאלה מה דינה של חקיקה רגילה של הכנסת אשר סותרת את חוק היסוד. שאלה זו נידונה באמרות אגב במספר פסקי דין, תוך קביעה כי "אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד" (בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 755 (2003); כן ראו בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (2002); בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206 (1998)). עם זאת, כפי שטענו המשיבים, אין אנו נדרשים גם במסגרת זו להכריע בסוגיה, וזאת מאחר שניתן לצקת לתיקון פרשנות שתמנע את הסתירה בינו לבין חוק היסוד.

5.        בית משפט זה חזר ואמר לא אחת כי כאשר תוקפו של חוק מועלה לדיון ומתעורר ספק בדבר חוקתיותו, שומה על בית המשפט לבחון תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה אשר תמנע את הסתירה בינו לבין חוק היסוד. זאת, כמובן, כל עוד פרשנות כזו אפשרית ואינה נוגדת את לשונו הברורה והמפורשת של החוק. ובלשונו של המשנה לנשיא, מ' חשין:

"כפי שלמדנו ושנינו, עד שנידרש לטענת בטלותו של חוק, שומה עלינו, בראש וראשונה, לפרש את החוק כלשונו וכתכליתו; להוסיף ולקבוע את תחומי פרישתו; ואגב פרשנות זו הוטל עלינו הנטל לעשות כמיטבנו ולנסות להשלים בין הוראות החוק לבין הוראות חוק היסוד" (בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 257 (2004)).

           לכך יש להוסיף כי נקודת המוצא לבחינת חוקתיות החוק היא חזקת החוקיות, במיוחד כאשר מדובר במעשה חקיקה. בית המשפט ינהג ריסון ואיפוק בהתערבות במעשה חקיקה, במיוחד מעשה חקיקה ראשית:

"מושכלות יסוד הם כי דבר חקיקה משקף את רצון נבחרי הציבור, שההליך הדמוקרטי הפקיד בידם את מלאכת קביעת הנורמות החקיקתיות במדינה. הרשות המחוקקת היא האחראית למעשי החקיקה שנועדו להגשים תכליות ראויות באמצעים מידתיים. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית, צרה בהיקפה, על חקיקת הכנסת, ובוחן במסגרתה לא את תבונתה של החקיקה אלא את חוקתיותה" (בג"ץ 6304/09 לה"ב - לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 62 (לא פורסם, 2.9.10)).

           מכאן, שיש להעדיף פרשנות לתיקון שעולה בקנה אחד עם חוק יסוד: מבקר המדינה, על פני פרשנות לפיה קימת סתירה בין התיקון לבין חוק היסוד.

6.        ברי כי פרשנות לתיקון המטשטשת את מועד סיום כהונת המבקר היוצא ואת עקרון רצף הכהונה, ואשר מאפשרת למבקר היוצא לפעול כמבקר מדינה במקביל למבקר המדינה המכהן, אינה עולה בקנה אחד עם התשתית החוקתית של חוק יסוד מבקר המדינה, וזאת אף אם מדובר בתקופה זמנית וקצרה. אלא שאיני סבורה כי זוהי הפרשנות המחייבת לתיקון שהתקבל בכנסת. כפי שהציעו המשיבים, ניתן להעניק לחוק פרשנות סבירה, המתיישבת עם לשונו ותכליתו, באופן שהתיקון לא יעמוד בסתירה חזיתית לחוק היסוד, ושלא יתפרש כהארכת תקופת כהונתו של המבקר היוצא כך שיכהנו שני מבקרים בו זמנית.

7.        לשון התיקון הינה כללית ביותר, ולפיה המבקר היוצא "מוסמך לסיים את הכנת הדין וחשבון או חוות הדעת" בשלושת החודשים לאחר סיום כהונתו.     הפרשנות המתחייבת היא פרשנות מצמצמת אשר עיקרה הוא כי כל הסמכויות לגבי ביקורת המדינה נתונות בידי המבקר המכהן, הנכנס, בעוד המבקר היוצא סיים את כהונתו, ואין לו סמכות אלא זו הניתנת ומאושרת לו על ידי המבקר הנכנס. המבקר היוצא, אם כן, תלוי לצורך השלמת הדו"ח בהתאם לתיקון, במבקר הנכנס. חשוב להדגיש כי גם להנחת הדו"ח שהשלמתו נתבקשה על שולחן הכנסת תידרש הסכמת המבקר המכהן שבידיו נתונה הסמכות. יתרה מכך, תכלית החקיקה היא השלמת הדו"ח שהחל המבקר היוצא והגשתו לכנסת, הא ותו לא, וזאת בעיקר משיקולי יעילות וחיסכון בזמן ובמשאבים. לשם כך, עיקר עבודתו של המבקר היוצא בתקופת הזמן שהותיר לו התיקון, תהיה השלמת כתיבת הדו"ח אשר את הטיוטה בעניינו מסר שלושה חודשים לפחות טרם סיום כהונתו. הפעלת סמכויות עזר, כגון חקירה נוספת או השלמת הבדיקה, תיעשה באופן חריג ביותר, כל עוד הדבר הכרחי לצורך השלמת הדו"ח, וכמובן על דעת ובהסכמת המבקר המכהן. באופן כללי ניתן לומר כי התיקון נועד למקרים חריגים ביותר והשימוש בו יעשה בזהירות ובמשורה.

=-=

מתקל/התנגשות בין חוק לבין חוק יסוד

***חוק רגיל איננו יכול לשנות חוק יסוד*** *[זהו ביטוי למימד "העליונות" של הרובד החוקתי על הרבדים שמתחתיו]****;***

***עם זאת, חוק יכול לפגוע בהוראה חוקתית, ואולם הוא יכול לעשות כן רק אם המסגרת החוקתית קבעה לכך, במפורש או במשתמע, מסלול פגיעה לגיטימי, והחוק אכן עומד בו.***

***[קביעות מפורשות: פסקת הגבלה ו/או פסקת התגברות; קביעות לא מפורשות: "פסקת ההגבלה השיפוטית"].***

**מהו, אם כן, שינוי? במה שונה "שינוי" מ"פגיעה"?**

למשל, ניתן לפגוע בעקרון השוויון בבחירות בחוק רגיל שהתקבל בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת – חוק מימון מפלגות (**ברגמן**); חוק העוסק בהקצאת זמן לשידורי תעמולה (**דרך-ארץ**), וכדומה; אך הכנסת אינה רשאית לקבוע בחוק רגיל שיטת בחירות "אזורית" (במקום השיטה "היחסית" הנוהגת).

**דוגמאות נוספות לדיון:**

א. נניח שהכנסת תקבל חוק חדש: חוק מגילת זכויות האזרח, התשע"ד-2013, ובו תקבע כי "חופש העיסוק נתון רק לאזרחי המדינה בגיל עשרים שנים ומעלה". והנה סע' 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובע: "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד".

ב. נניח כי בחודש ינואר 2014 מתקבל חוק מדבירי מזיקים בחקלאות, התשע"ד-2014, הקובע, כי "עבודת מדביר מזיקים בחקלאות טעונה רישוי".

ג. [ראו תשובה מפורטת בהמשך]

הניחו כי ב-4 לנובמבר 2013 מקבלת הכנסת את **חוק שחרור על תנאי ממאסר (תיקון), תשע"ד-2013** אשר קובע:

בחוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001 בסעיף 5, האמור בו יסומן "(א)" ואחריו יבוא:

ב. הורשע אדם ברצח ראש הממשלה והתברר כי פעל ממניע פוליטי-אידיאולוגי, לא תינתן לו חנינה, בין אם בדרך של קציבת עונש ובין אם בדרך אחרת. כן לא יופחת עונשו ולא תקוצר תקופת מאסרו.

סע' 11 (ב) **לחוק יסוד: הנשיא** קובע: "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם".

ד. [בהמשך] פס"ד **חירות**: המתקל (או המתקל לכאורה) בין **סע' 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969** לבין **סע' 15 לחוק יסוד: השפיטה**

**=-=**

**דוגמא נוספת למתקל דינים לכאורה**

**בהקשרם של חוקי יסוד *ללא* פסקת הגבלה –**

**רעיון "פסקת ההגבלה השיפוטית";**

**וכן דוגמאות ביחס לפעולתה של הפרשנות**

בג"צ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003)

[רשימה המתמודדת לכנסת תוקפת בעתירתה החלטה של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (באותה עת, השופט חשין) לפסול לשידור הן ברדיו והן בטלוויזיה תשדיר בחירות שהוכן על-ידיה במסגרת שידורי התעמולה לקראת הבחירות לכנסת השש-עשרה.

התשדיר כלל זמריר (ג'ינגל) הכולל דברי שבח וברכות ליאסר ערפאת וקריאה לגירוש יהודים מיפו ומרמלה. בפתח תשדיר הטלוויזיה מוצג דגל ישראל מעל לבניין הכנסת אשר הופך תוך שניות מספר לדגל פלסטין. החלטת יושב-ראש הוועדה התבססה על כך שהתשדיר גרם לפגיעה קשה בכבוד הדגל וההמנון הלאומי ולביזוים ("ביזוי ההמנון הלאומי ופגיעה בו, ביזוי ופגיעה המביאים לגירוי יצרים ואף להסתה").]

שאלות פסק הדין:

א. **האם לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ סמכות לביקורת שיפוטית על החלטות** מסוג זה של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית?

ב. **האם ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית סמכות להגביל תשדירי תעמולה ברדיו** (להבדיל מסמכותו ביחס לתשדירי תעמולה בטלוויזיה)?

ג. ואם כן, **מהם הסייגים/ המגבלות הנלוות לסמכות הגבלת ביטוי זו** (**מהו שיקול דעתה של הרשות ביחס לשימוש בסמכותה**), והאם עמד בהם יו"ר ועדת הבחירות המרכזית?

ד. **מהו שיקול הדעת של בית המשפט עצמו ביחס לסמכותו שלו לבקר** את החלטותיו יו"ר ועדת הבחירות?

שלשת השופטים – ברק, מצא ושטרסברג-כהן – מסכימים על א', ב', ג' ו-ד', אך חלוקים ביחס *ליישומו* של ג', וזה מוביל אותם לתוצאה שונה. הנשיא ברק היה בעד קבלת העתירה, שני השופטים האחרים בעד דחייתה.

אנו נתמקד כאן בעיקר בשאלה א', שהיא זו שמעוררת שאלה חוקתית חדה.

**סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969**:

"כל קובלנה בקשר למעשה או למחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הוועדה המרכזית; שום בית משפט לא יזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או למחדל כזה או בקשה להחלטה או להוראה של הוועדה המרכזית, של יושב ראש הוועדה וסגניו, של יושב ראש הוועדה, של ועדה אזורית או ועדת קלפי - חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת".

**חוק יסוד: השפיטה – סע' 15**

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –

[…] (2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול; […]

סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק

3. בפתח הדיון בפנינו העלה בא-כוח פרקליטות המדינה את הטענה כי החלטתו של יושב-ראש ועדת הבחירות הינה סופית, ואין לבית-המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בה. הוא סמך בעניין זה על הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 (להלן – חוק הבחירות), ...

הוראה זו חלה גם על החלטותיו של יושב-ראש ועדת הבחירות בדבר שידור תעמולת בחירות ברדיו ובטלוויזיה (ראו סעיף 20ב לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 (להלן – חוק דרכי תעמולה)). היא נתפרשה בפסיקה כמעניקה "חסינות דיונית" כנגד ביקורת שיפוטית, לרבות ביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק (ראו: בג"ץ 344/81 נגבי נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית [1]; בג"ץ 637/88 תנועת לאו"ר נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתים-עשרה [2]). מכוחה של פסיקה זו – כך טען לפנינו בא-כוח הפרקליטות – דין העתירה להידחות.

4. אין בידינו לקבל טיעון זה. סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק יונקת חיותה מהוראות חוק-יסוד: השפיטה (סעיף 15). היא מעוגנת אפוא בהוראה חוקתית-על-חוקית. אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד. עמדתי על כך בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (להלן – פרשת בנק המזרחי [3]**)**, בצייני:

"חוק יסוד הוא פרק מחוקתה של המדינה. הוא פרי סמכותה המכוננת של הכנסת. בכינונו של חוק יסוד אנו מצויים בדרגה הנורמאטיבית הגבוהה ביותר. מתבקש מכך, כי אין לשנות חוק יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק יסוד" (שם [3], בעמ' 406. ראו גם בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה [4]).

בדומה, אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד אלא אם כן הדבר מתאפשר על-ידי פיסקת ההגבלה (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [5]). על רקע זה פסקנו כי אין בכוחו של חוק בתי משפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000, לשלול את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בעניינים מינהליים. ציינו כי "אין דבר חקיקה רגיל – בין שנחקק לפני כינונו של חוק היסוד ובין שהוחק לאחר מכן – יכול לשנות מהוראות חוק היסוד... על-כן דבר חקיקה המעניק לבית-משפט אחר סמכות בעניינים שבית-המשפט הגבוה לצדק הוסמך לדון בהם בחוק-יסוד: השפיטה אינו יכול לשנות את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק" ...

5. על-כן אין בכוחה של הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק. פסקי-הדין אשר הובאו על-ידי פרקליטות המדינה לתמיכה בטיעוניה ניתנו לפני פסק-דיננו **בפרשת** בנק המזרחי [3], ואין הם מתיישבים עמו, על-כן עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות כי "שום בית משפט" לא ייזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית, והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית-המשפט הגבוה לצדק. היא תופסת כמובן לעניין כל בתי-המשפט האחרים. ניתן להגיע לאותה תוצאה עצמה – ולדעתי זו גם הדרך הראויה – על-ידי מתן פירוש חדש לדיבור "שום בית משפט" כמתייחס לכלל בתי-המשפט למעט בית-המשפט הגבוה לצדק. פירוש זה משקף את הגישה כי "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מהחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור [8], בעמ' 814). פירוש זה עולה בקנה אחד עם התפיסה כי "זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד... []קיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ [9]**,** בעמ' 629). נמצא כי מוסמכים אנו לדון בעתירה שלפנינו. נעבור אפוא לבחינת הטענות האחרות המועלות בפנינו.

=-=

מהי "פגיעה" בהוראת חוק יסוד, ומהו הרעיון של "פסקת הגבלה שיפוטית"?

**"פסקת ההגבלה השיפוטית"**

**מהי פסקת ההגבלה השיפוטית?**

פיסקה זו היא הכפפה של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד, שלא מכילים פסקת הגבלה מפורשת, לתנאיה של פסקת ההגבלה המפורשת הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ["הסמכה בחוק.. או מכוח הסמכה מפורשת בו"; "תכלית ראויה"; ו"במידה שאינה עולה על הנדרש".]

**כיצד היא נוצרה? מכוח איזו סמכות?**

מקור הסמכות הוא בסמכות שמסורה לבית המשפט לפרש את הדין, ובתוך כך את החוקה.

בית המשפט מפרש את הוראות החוקה שעניינן הגנה על זכויות אדם, ככאלו שלא עושות אותן, את הזכויות, למוחלטות; אלא ניתן לפגוע בהן בתנאים מסוימים. בהתבסס על פירוש חוקי היסוד כמכלול אחד ומתוך היקש מפרק אחד בחוקה לפרק אחר, הוא קובע כי תנאים אלה יהיו תנאיה של פסקת ההגבלה.

**בואו נקשיב להנמקות המלוות את המהלך הפרשני הזה:**

בג"צ 3434/96 **הופנונג נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(3) 57 (1996)

[עתירה לפסול חוק בעניין שינויים במימון מפלגות לקראת הבחירות, בטענה שהוא פוגע בשוויון, נוגד את חוק יסוד: הכנסת, וטעון רוב מיוחד לאישורו.]

**השופט זמיר**

. 1סעיף 4 ל[חוק-יסוד: הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_001.htm) קובע את עקרון השוויון בבחירות לכנסת. וכך הוא אומר:

"הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי [חוק הבחירות לכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_026.htm); אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

על יסוד סעיף זה החליט בית המשפט פעמים אחדות לפסול חוקים שפגעו בעקרון השוויון בבחירות לכנסת ולא נתקבלו ברוב של חברי הכנסת. עכשיו פונים העותרים אל בית המשפט כדי שיפסול, על יסוד סעיף זה, חוק שנתקבל בכנסת זה מקרוב: [חוק מימון מפלגות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/236_001.htm) (תיקון מס' 18), תשנ"ו- 1996(להלן - תיקון מס' 18). מה, אם כן, קובע חוק זה? [...]

12. לכאורה יש הבדל לעניין זה בין פגיעה בעקרון השוויון בבחירות לכנסת לבין פגיעה באחת מזכויות האדם המעוגנות בחוק-היסוד. הכיצד? סעיף 4 לחוק-יסוך: הכנסת אוסר, לפי לשונו, כל פגיעה בשוויון, תהא תכליתה אשר תהא ותהא מידתה אשר תהא, אלא אם התקבלה ברוב של חברי הכנסת. לעומת זאת, חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מתירים, שניהם כאחד, פגיעה בזכויות המעוגנות בחוקי-היסוד, אם התקיימו התנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה, כלומר, בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק וסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

משמע, לפי פיסקת ההגבלה, גם כאשר פגיעה בזכות יסוד עוברת את המידה של פגיעה מזערית (de minimis), עדיין אפשר שהפגיעה תיחשב חוקית, אם היא הולמת את ערכי המדינה, נועדה לתכלית ראויה ואינה עוברת את המידה הנדרשת.

האם, מבחינה זאת, דין אחד הוא לפגיעה בזכות יסוד ודין אחר הוא לפגיעה בעקרון השוויון בבחירות לכנסת? אני נוטה לחשוב שעל אף ההבדל בלשון החוקים, לעניין זה, לא צריך להיות הבדל במשמעות החוקים. אכן, השוויון בבחירות הוא ערך מרכזי והוא ראוי להגנה מירבית, כמו החשובים שבערכים החוקתיים, כגון זכויות היסוד של האדם, כמו חירות האדם וכבוד האדם. אך דומה כי השוויון אינו צריך הגנה מוחלטת, מעבר להגנה המוקנית לזכויות היסוד של האדם, שכן גם השוויון, כמו זכויות היסוד של האדם, אינו בגדר זכות מוחלטת.

אמנם ההלכה קבעה כי פגיעה בשוויון, כמשמעותו בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, פוסלת חוק. אולם הלכה זו חלה רק על פגיעה בשוויון המהותי להבדיל מפגיעה בשוויון הפורמלי. ההלכה אומרת כי השוויון המהותי הוא שוויון הסיכויים, אך היא לא השיבה מעבר לכך על השאלה מהו השוויון המהותי או מהי פגיעה בשוויון המהותי. שאלה זאת נותרה פתוחה. יתכן, לכן, שיש מקום לומר כי פגיעה בשוויון המהותי, בהקשר של הבחירות לכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש: ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה ראויה, שהפרשן שואף אליה, בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים. ...

**הנשיא ברק**

מסכים אני לפסק דינו של חברי, השופט זמיר. אף אני סבור, כי גם אם ההוראות בחוק מימון מפלגות (תיקון מס' 18), התשנ"ו-1996 פוגעות בעיקרון השיוויון (המהותי), הפגיעה אינה מהותית. מקובל עלי, כי רק פגיעה מהותית בעיקרון השיוויון יוצרת ניגוד בין החוק הפוגע לבין סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. מכיוון שהפגיעה בענייננו הינה קלה - ולעניין שיטת המימון היא גם ארעית - לא נוצר הניגוד שיש בו כדי להביא להכרזה על בטלות החוק.

חברי, השופט זמיר, מעלה רעיון מעניין באשר להבנת עיקרון השיוויון בחוק-יסוד: הכנסת. על פי גישתו, פגיעה בשיוויון (המהותי) תתרחש רק אם החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. יש בהצעתו של חברי משום פיתוח פסקת הגבלה שיפוטית, מקום שחוק היסוד אינו קובע הוראה מפורשת בעניין זה. בדרך דומה נקט בית המשפט העליון של ארצות-הברית. ה-Bill of Rights האמריקני כולל מספר זכויות - כגון חופש הביטוי וחופש הדת - המוגדרות במונחים מוחלטים, ואין בהן כל פסקת הגבלה. בית המשפט העליון לא היסס לפתח פסקאות הגבלה שיפוטיות, ובכך הפך את הזכויות המוחלטות לזכויות יחסיות. רעיונו של חברי, השופט זמיר, הוא איפוא רעיון מעניין וחשוב. עם זאת, אין הוא רעיון פשוט. […]

[התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית:

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.[*

=-=

^עמדתו של פרופ' ברק בספרו "שופט במדינה דמוקרטית" – עמ' 351-3 [כאן הוא כבר לאחר אימוץ רעיון פסקת ההגבלה השיפוטית]:

אכן, עם העמדתם של חוקי היסוד כולם – ולא רק אלה הדנים בזכויות האדם – על רמה חוקתית-על-חוקית, מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות **בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם**. הרמוניה חוקתית מצדיקה פיתוח פסקאות הגבלה שיפוטיות אלה לאור ההנחיה החוקתית הקבועה בפסקאות ההגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. **עד כמה שאלה** [דרישות פסקת ההגבלה] **אינן מתאימות לסוגיה הנדונה**, יהא צורך לסטות מהניסוח הקיים ולעצב פסקאות הגבלה שיפוטיות [מיוחדות] הנגזרות ממהותו של ההסדר החוקתי [המסוים]. **כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם** אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו.

=-=

\* לקריאה – ראו להלן התייחסות לדוגמא שהוזכרה לעיל. התייחסות זו מופיעה בתרגיל מן העבר (פתרון התרגיל עוסק גם בסוגיות אחרות):

**עיקרי פתרון תרגיל מספר 1** [תרגיל מן העבר]

הניחו כי ב-4 לנובמבר 2001 מקבלת הכנסת את **חוק שחרור על תנאי ממאסר (תיקון), התשס"ב-2001** אשר קובע:

בחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 בסעיף 5, האמור בו יסומן "(א)" ואחריו יבוא:

ב. הורשע אדם ברצח ראש הממשלה והתברר כי פעל ממניע פוליטי-אידיאולוגי, לא תינתן לו חנינה, בין אם בדרך של קציבת עונש ובין אם בדרך אחרת. כן לא יופחת עונשו ולא תקוצר תקופת מאסרו.

תוקפו של החוק עומד לבחינה שיפוטית.

א. מהם הקשיים המרכזיים המתגלעים בחוק? כיצד הם צפויים להיות מוכרעים בבית המשפט העליון?

1. קשה בדרך פרשנית ליישב בין התיקון (ההיפוטטי) לבין **סע' 11(ב) לחוק יסוד הנשיא**. סעיף זה קובע כלהלן: "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם".

מופיע כאן, אם כן, ניסיון לגרוע באמצעות חוק מסמכות הנשיא הקבועה בחוק יסוד. זהו ניסיון היוצר קושי במישור החוקתי.

אין זהו מקרה של נושא טריוויאלי או פגיעה זניחה בחוק היסוד (השוו למקרה ב**הופנונג**). מנגד, אין מדובר בניסיון "לשינוי" חוק היסוד, אלא ב"פגיעה" בחוק יסוד, שהרי מדובר בגיזרה נקודתית של סמכות החנינה של הנשיא (סמכותו ביחס לרוצח ובהקשר מיוחד של רצח) [היזכרו בדיון שלנו בכיתה בשאלת סיווג הפגיעה בחוק יסוד: השפיטה באמצעות סע' 137 לחוק הבחירות לכנסת – פס"ד **חירות**].

על פי המבנה החוקתי שלנו זהו מתקל דינים בין נורמה נמוכה לבין נורמה גבוהה, שמוביל לכאורה לדחיית הנמוכה. ואולם הפסיקה הוסיפה בהקשר דומה את הרעיון של "פסקת הגבלה שיפוטית" (**הופנונג, חירות, מופז**) לבחינת תוקפו של "חוק פוגע". במילים אחרות, לא כל חוק פוגע יימצא בטל משום מתקל הדינים: על פי גישה זו החוק הפוגע יימצא *תקף* אם יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית. תנאי פסקה זו דומים לתנאי פסקת ההגבלה המוכרת.

2. בנתוני השאלה מתעוררת סוגיה לא פשוטה הנובעת מכך שנראה כי מדובר בחוק שאינו ממש נורמה כללית, אלא קביעה החותרת לגופו של אדם מסוים – יגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה יצחק רבין. האומנם כזה הוא החוק? גם בהנחה שכן, היש בכך מתגבש לכדי פגם משפטי-חוקתי הגורר את בטלותו של חוק? איננו בטוחים כלל [ראו התייחסות נוספת בהמשך]

3. במקביל יש לשים לב לבעייתיות חוקתית הצומחת ממקור אחר – האם החוק אינו מתנגש לכאורה בחוק יסוד נוסף, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? תשובה חיובית לשאלה זו מותנית באיתור פגיעה של החוק בזכויות המוגנות על ידי חוק היסוד.

ראשית, האין כאן פגיעה ב"זכות לחיים"?

התיקון יוצר לכאורה מאסר עולם-לעולם – עד סוף חייו של האסיר. האם מתעוררים הקשיים הנלווים לעונש מוות? לא נראה לנו. זהו עונש מאסר עד תום החיים, לא עונש מוות שבו המדינה מוציאה להורג את האדם (ועושה כן סמוך לגזר הדין).

שנית, נחסמת האפשרות לשחרר אדם אל מחוץ לכלא, למשל, בעת גסיסתו. האין בכך – או בדברים נוספים הנלווים לתחושתו ולחייו של אסיר שנכלא מאסר עולם-לעולם – משום פגיעה ב"כבוד האדם"?

שלישית, האין מופיעה פגיעה ב"כבוד האדם" בשל פגיעה בשוויון (שוויון בין רוצחים; שוויון בין קורבנות – השוו לדברי ההסבר להצעת החוק של ח"כ קליינר)? השאלה המרכזית היא, האם כל פגיעה בשוויון פירושה פגיעה בכבוד האדם? כיצד נסווג את הפגיעה כאן?

4. הפגיעה או הפגיעות הנזכרות מפעילוֹת את פסקת ההגבלה, שהרי זיהוי של פגיעה בזכויות מוגנות חוקתית (או פגיעה בחוק יסוד אחר) היא רק שלב ראשון בניתוח החוקתי. פסקת ההגבלה עוסקת בשאלת ההמשך: האם אותה פגיעה בזכות אינה מוצדקת חוקתית?

[שימו לב, כי פסקת ההגבלה מתעוררת כאן משני כיוונים אפשריים – מכיוון אנלוגי (של פסקת הגבלה שיפוטית, ביחס לפגיעה בחוק יסוד: נשיא המדינה), ומכוח תחולה ישירה (פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם נגלה פגיעה בזכות המוגנת מכוחו של חוק יסוד זה)].

לענייננו כאן, הבעיה המרכזית של החוק הנדון אל מול פסקת ההגבלה מופיעה במישור מבחני דרישת המידתיות.

המבחן הראשון של המידתיות (הקשר הרציונלי) חושף בעיה בשל הפער בין התכלית המוצהרת לבין האמצעים שננקטו לכאורה להגשמתה. אם התכלית נוגעת לרצון להגן על החברה מפני גלישה לטרור פוליטי פנימי, ומפני פגיעה ביציבות הדמוקרטיה הישראלית בשל הפגיעה בנושאי תפקיד ממלכתי, מדוע לגבש חוק שכזה רק ביחס לרוצחי ראש ממשלה, ולא רוצחי נשיא המדינה, נשיא בית המשפט העליון, יו"ר הכנסת, שרים וכדומה. האם אין כאן מצב של under inclusiveness המעיד על תכלית שונה מזו המוצהרת? משמע, מעיד על התכלית של לכידה של יגאל עמיר לבדו ברשתו של החוק ולא הטיעון הכללי יותר של מציעי החוק. [ואולם עד כמה תכלית סמויה זו פסולה? האם זה מקרה של חריגה ממתחם המידתיות?]

מבחן המידתיות השני: אמצעי חלופי פחוּת בחומרתו – האם לא ניתן להסתפק בפתרון שננקט בסופו של דבר – התיקון (הממשי) לחוק, שמקשה על קציבת העונש ועל חנינה אך לא שולל את הסמכות לתתן? [טענה חשובה; ראו בהמשך – בסע' ג']

האם לא מתעוררת בעיית "מידתיות במובן הצר"? [עמדתנו כאמור לעיל, היא כי לא מדובר בעונש מוות – ועל כן קשה יותר לגבש תשובה החלטית ביחס למרכיב זה של מבחן המידתיות].

יש לזכור, עם זאת, כי שלשת מרכיבי המידתיות הם **מצטברים**, ואם החוק אינו עומד באחד מהם כבר מתגבש כנגדו ספק חוקתי של ממש.

קשיי החוק (ההיפוטטי) שבפנינו הם בסך הכול ממשיים. ייתכן לפיכך שעל אף הרגישות הפוליטית הרבה הקשורה לביטול כל חוק, קל וחומר החוק שבפנינו, יפעל כנגדו בית המשפט העליון.

=-=

ב. כיצד משתנים הקשיים, האם תשתנה ההכרעה, אם ההוראה האמורה הייתה מתקבלת בסע' 11 (ב) **לחוק יסוד: נשיא המדינה**, במקום בסע' 5 ל**חוק שחרור על תנאי ממאסר תשס"א-2001**?

1. בהנחה שהתיקון האמור נעשה בחוק היסוד, הרי שהקשיים החוקתיים הנובעים מהתנגשות בין נורמה נמוכה לנורמה שהיא גבוהה ממנה נעלמים ברובם הגדול. לכנסת כרשות מכוננת נתונה הסמכות לשנות את חוק היסוד באמצעות חוק יסוד חדש, זאת ללא כל דרישה לרוב מיוחד כל עוד אין הוראת שריון בחוק היסוד שאותו משנים. יש לכנסת כרשות מכוננת יכולת לסטות במשתמע גם מהוראות חוק יסוד אחר (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

2. אין זה המקרה לביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית – קרי, התערבות בית המשפט על סמך עקרונות-יסוד על-חוקתיים (פגיעה קשה באושיות המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית) [**בר-און**]. [הודגש בפניכם שביקורת מטא-טקסטואלית היא משהו מאד קשה ומאד רגיש; אנו איננו רואים נסיבות המצדיקות התערבות שיפוטית חריגה שכזו; הסיווג שלנו את מצב הדברים ככזה שאינו זהה לעונש מוות מקל עלינו את התשובה].

3. טענה נוספת שניתן לטעון נגד התיקון לחוק היסוד, היא שאין מדובר כאן במעשה כינון של ממש. אם נפעיל את "המסננת המהותית" של "המבחן המשולב" לזיהוי נורמות חוקתיות, תיקון זה – כך תהיה הטענה – אינו נורמה חוקתית, שכן היא מתכוונת להתמודד עם מקרה מיוחד ואדם מסוים.

ואולם האם כלל ניתן להפעיל כאן "מבחן מהותי" להבדיל "מצורני" לזיהוי מה מצוי בגדר נורמה חוקתית? [הושאר בצריך עיון **בבר-און**]

יתרה מכך, האם זה המקרה של חשד גבוה לניצול לרעה של הכוח המכונן, המצדיק אולי חריגה מהמבחן הצורני? נטינו לענות לכך בשלילה.

=-=

1. אלו מהקשיים בהם דנתם נפתרו בתיקון *שהתקבל בפועל* **לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001,** ואשר קובע:

בחוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א-2001, אחרי סעיף 30 יבוא:

30א. מצאה ועדת שחרורים מיוחדת שאסיר עולם שהורשע ברצח ראש הממשלה פעל ממניע פוליטי-אידאולוגי, יראו לענין סעיף 29 כאילו המליצה הועדה שלא לקצוב את עונשו של האסיר, ולענין סעיף 30 כאילו המליצה שלא להפעיל את סמכות הנשיא לפי סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה; הוראות סעיף 29(ג) לא יחולו לענין זה."

1. הסעיף אינו מתנגש בחוק יסוד. הוא אינו מגביל את סמכות הנשיא ביחס לרוצח ראש הממשלה, אלא קובע כי במקרה כזה יראו את הועדה הממליצה לנשיא ככזו שהמליצה שלא לחון או לקצוב את עונשו של הרוצח.

2. בנוסף, התיקון שהתקבל בפועל פוגע בזכויות האדם באופן מצומצם יותר, מכיוון שהוא מאפשר לנשיא לחון ולקצוב את העונש בכל זאת. כך למשל, ניתן לשער מקרה מיוחד שבו הנשיא שוקל בכל זאת את חנינת רוצח ראש הממשלה, כשזה נמצא על ערש דווי בשל מחלה קשה בה לקה בכלא.

[3. א. קושי אחד שנותר עם הסעיף, הוא הטענה, כי מדובר בחוק שנועד לחול על בן אדם אחד וספק אם מבחינת פירמידת הנורמות יכולה הכנסת (בשונה מהרשות המבצעת, המוציאה לעיתים צו אינדיבידואלי מכוח נורמה כללית – דוגמת חוק או תקנה) ליצור הסדרים שכאלו. ואולם ניתן להשיב לכך שהרצון להרתיע טרור פוליטי רואה לנגד עיניו – ברמת החשש – יותר מרוצח אחד שכזה.

ב. קושי שני הוא טענת ההפליה בין רוצח מסוג אחד, ואפילו רוצח פוליטי מסוג אחד לרוצח פוליטי מסוג שני – נטייתנו לומר שאין זו מסוג הבעיות שיצדיקו פסילת חוק, משמע התגבשותה של חריגה של החוק ממתחם המידתיות; כמו כן צפוי להופיע פקפוק בעצם קיומה של "זכות החוקתית" שחוק מעין זה פוגע בה.]

**=-=**

[קריאה לפגישה הקרובה]

**מי מזכויות היסוד של האדם זכו למעמד חוקתי**

**לשון אחרת, מהן זכויות האדם הזוכות למעמד חוקתי-על-חוקי במשפט הישראלי?**

זכויות יסוד חוקתיות, להבדיל מזכויות יסוד 'סתם' (זכויות שעשויות להיות חשובות ביותר אף הן, מצד מהותן), הן זכויות שזכו להגנה בחוקי היסוד של ישראל.

ההגנה החוקתית יכולה להיות (א) מכוח עיגון מפורש של הזכות בהוראה בחוק יסוד, והיא יכולה להיות (ב) מכוח פרשנות שהכלילה זכות יסוד כזו או אחרת בגדרה של זכות יסוד שעוגנה במפורש.

אין הבדל במעמד המשפטי של זכות חוקתית שזכתה להגנה בנתיב (א) בהשוואה לנתיב (ב).

ההבחנה העיקרית במישור המשפטי נוגעת לעצם המעמד החוקתי עצמו, והיא מבחינה בין זכויות יסוד שזכו למעמד חוקתי (בין בדרך א' ובין בדרך ב') לבין זכויות יסוד שלא זכו למעמד שכזה. הבחנה זו משמעותית ואולי משמעותית מאד, שכן היא מקימה סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית – ביקורת על תוקפו של חוק הפוגע בזכות החוקתית.

[זכויות יסוד שלא זכו למעמד חוקתי זוכות על כן להגנה מופחתת. חוק עשוי להפר אותן (כלומר לפגוע בהן באופן שאינו מוצדק) אך לא יתאפשר סעד של ביקורת שיפוטית חוקתית עליו.

עם זאת, גם זכויות אלו מוגנות עדיין ומוגנות ממשית במשפט הישראלי, שכן הן חלק מהחוקה המטריאלית של ישראל. (זכרו את **בז'רנו, קול-העם, פרץ נ' כפר שמריהו** וכדומה) – מהם אופני ההגנה?

1. הן – אותן זכויות יסוד שלא זכו למעמד חוקתי – מוגנות עדיין בדרך של **פרשנותם של החוקים** (והוראות דין אחרות) במסגרתה של "הפרשנות התכליתית" (שכן הן חלק מהחוקה המהותית של ישראל, שהיא "המטרייה הנורמטיבית" של המשפט הישראלי) – הדוגמא של **קול העם** ופסיקה רבה מאד נוספת.
2. הן מוגנות גם במסגרת **"המשפט המקובל נוסח ישראל",** המצוי בפירמידה הנורמטיבית מעל לחקיקת משנה ופעולות מינהל אחרות – ולכן ההוראות הנמוכות לא יכולות לסתור/להפר אותן – **בז'רנו** הרי ניתן מכוח הנמקה זו
3. במקרים חריגים מאד, של פגיעה קשה ביותר במי מאותן זכויות, מתאפשרת אולי **ביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית**].

**זכויות יסוד חוקתיות:**

דוגמאות:

חוק יסוד: הכנסת

**הזכות לבחור**

**הזכות להיבחר**

**והשוויון ביחס לזכויות הללו**

...

חוק יסוד: השפיטה

**פומביות הדיון המשפטי**

**נגישות להליך המשפטי** – היכולת לגונן על זכויות וסמכות הבקרה של בתי המשפט

...

חוק יסוד: הממשלה

למשל, בכל הנוגע לסמכויות לתחיקת חירום של הממשלה – תקנות שעת-חירום – והסייגים המלווים אותן

...

חוק יסוד: נשיא המדינה

חוק יסוד: מבקר המדינה

...

חוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו**

חוק יסוד: **חופש העיסוק**

**מרכיבי פסקת ההגבלה**

**"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה"**

א. **"אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק"**

ב. (חוק) "ההולם את **ערכיה של מדינת ישראל**"

ג. "שנועד ל**תכלית ראויה**"

ד. **"ובמידה שאינה עולה על הנדרש"** – זו דרישת המידתיות

***1. דרישת הרציונליות***. האמצעי שנבחר בחוק אכן משרת את התכלית המיועדת – "מבחן ההתאמה"

***2. דרישת האמצעי הדרסטי פחות.*** האין "אמצעי חלופי פחות בחומרתו" להשגת התכלית?

***3. מבחן היחסיוּת (הפרופורציונליות)***. מבחן "המידתיות במובן הצר": האם קיים יחס נאות, איזון סביר, בין מידת התועלת הצפויה לצמוח לציבור מהפעלתו של האמצעי החקיקתי לבין מידת הנזק הנגרמת בעטיו לזכות המוגנת?

**"אין פוגעים"** – האם במקרה הנבחן/ בדין הנבחן מדובר **"בפגיעה"** בזכות?

**"בזכויות שלפי חוק יסוד זה"** – זכויות שזכו לעיגון מפורש, וזכויות שזכו להגנה מכוח פרשנות של זכויות אחרות.

ההכרעות של השנים האחרונות. מתן מעמד חוקתי-על-חוקי לחלק חשוב מזכויות היסוד שאינן נזכרות במפורש בחוקי היסוד:

**"הזכות לשוויון"** (הקשרים מסוימים שלה) – פס"ד *חוק טל*; פס"ד *חוק האזרחות והכניסה לישראל*; במקביל, פס"ד *פולגת-ג'ינס*;

**"הזכות לחיי משפחה"** (היבטיה הנוגעים לבני-זוג ולהורים-ילדיהם הקטינים) – פס"ד *חוק האזרחות והכניסה לישראל*;

**"חופש ביטוי וחופש הפגנה במישור הפוליטי והחברתי",** להבדיל מסוגיית חופש הביטוי המסחרי – פס"ד *מטה הרוב*;

**למי נתונות**, משפטית, "זכויות שלפי חוק יסוד זה"? –

הגנת חוקי היסוד הוחלה על אזרחים ישראלים בשטחים (פס"ד *חוף עזה – חוק ההתנתקות*);

שאלת ההגנה הזו על פלסטינים תושבי השטחים (להבדיל מהפלסטינים אזרחי-ישראל או תושבי ישראל, כמו בירושלים המזרחית), הותרת "בצריך עיון", כלומר ללא הכרעה (פס"ד *חוק פיצויי נזיקין באינתיפדה*); נדון בכך בסמסטר הבא.

=-=

**זכויות יסוד רבות זכו – חלקן במפורש וחלקן במשתמע, קרי בדרך פרשנית – למעמד חוקתי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**

**1.** עקרונות יסוד [תיקון: תשנ"ד]

**זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.**

**1א.** מטרה [תיקון: תשנ"ד]

**חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

**2.** שמירה על החיים, הגוף והכבוד

**אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.**

**3.** שמירה על הקנין

**אין פוגעים בקנינו של אדם.**

**4.** הגנה על החיים, הגוף והכבוד

**כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.**

**5.** חירות אישית

**אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.**

**6.** יציאה מישראל וכניסה אליה

**(א)כל אדם חופשי לצאת מישראל.**

**(ב)כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.**

**7.** פרטיות וצנעת הפרט

**(א)כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.**

**(ב)אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.**

**(ג)אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.**

**(ד)אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.**

**הזכויות המנויות במפורש:**

**הזכות לחיים,**

**(שלמות) הגוף,**

**"כבוד האדם",**

**זכות הקנין,**

**"החירות" האישית,**

**זכות יציאה מישראל,**

**זכות הכניסה לישראל,**

**פרטיות;**

**הזכות לחופש העיסוק – חוק יסוד: חופש העיסוק;**

**זכויות נוספות המוגנות במפורש בחוקי היסוד האחרים** [ראו התייחסות קצרה לעיל]

**זכויות שאינן מנויות במפורש אך הן חלק מהזכויות המוגנות חוקתית:**

**א. זכויות שנמצאות מעוגנות בחוקי היסוד מכוח פרשנות לזכויות המנויות במפורש או מתוך פרשנות להוראות מיוחדות המופיעות בחוקי היסוד**

דיון עיקרי והכרעה חלקית בכך מצויים בפסקי הדין בעניין חוק טל (התנועה לאיכות השלטון) ובעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (עדאלה)

**ב. "זכויות היסוד של האדם בישראל... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" – מה משמעות הדבר? האם ההכרזה היא מקור נוסף לזכויות אדם המוגנות חוקתית?**

מדינת ישראל תהא פתוחה ל[עלייה](javascript:getWord('aliaa.htm')) היהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצד והשלום לאור חזונם של [נביאי ישראל](javascript:getWord('prop.htm')); תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון,  לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות;  ותהיה נאמנה לעקרונותיה של [מגילת האומות המאוחדות](javascript:getWord('megilat_aum.htm')).

בשאלה ב' עוסק קצרות בג"צ 1554/95 **עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נ(3) 2

[השאלה מועלית אך לא זוכה להכרעה ברורה; השופט אור גם נוטה לפרש את המימד החוקתי של הזכות לחינוך בכיוון צר למדי.]

36. […] זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון חוקתי. טיעונם של העותרים מחייב איתור של מקור חוקתי, ממנו נגזרת זכות היסוד החוקתית לחינוך. המסמך החוקתי היחיד אשר עשוי להיות רלוונטי לטיעון זה, הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך. האם ניתן לטעון, כי במסגרת זכותו של כל אדם לכבוד, המעוגנת בחוק זה, כלולה גם הזכות לחינוך? טענה כזו מניחה "מודל רחב" בפרשנות הזכות לכבוד. מודל כזה מעורר קושי ניכר. [...]

37. גם במקורות אליהם מפנים העותרים לא נמצא עיגון לזכות החוקתית לה טוענים העותרים. העותרים פונים בעתירתם לעיקרון "חופש החינוך" שבמגילת העצמאות. פניה זו מעוררת את שאלת מעמדה הנורמטיבי של מגילת העצמאות. עד לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התפישה המשפטית המקובלת היתה כי אין במגילת העצמאות משום "חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" (ראו: בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א' 85, 89). בחוקי היסוד שנתקבלו בשנים האחרונות – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק - נכללה הוראה המתייחסת למגילת העצמאות. כך קובע סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

הוראה זו מעוררת שאלה, מהו מעמדה של מגילת העצמאות כיום. שאלה זו אינה פשוטה. יתכנו לגביה פתרונות שונים. פיתרון אפשרי אחד הוא, שניתן למגילת העצמאות מעמד של מקור וכלי עזר לפרשנות, מבלי שהפכה מקור עצמאי לזכויות אדם (ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית (ירושלים, 1994), בעמוד 305). פיתרון אפשרי אחר הוא, שמכוח הוראת סעיף 1 הנ"ל הפכה מגילת העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם (שם, בעמוד 306). בין מודלים אפשריים אלה אין הכרעה. הנושא נשאר פתוח, הן בספרות והן בפסיקה. […]

מה שראוי להדגיש לענייננו הוא, כי העותרים לא התמודדו עם השאלה כיצד נובעת מן החירות שעוגנה במגילת העצמאות – "חופש החינוך" – חובה אפירמטיבית [ברורה/מחייבת] של המדינה לספק חינוך לילדים בגילם של העותרים 3 ו-5 ברמה לה הם שואפים. הזכות ל"חופש חינוך", על פי פשוטה, באה להבטיח חירות ובחירה בחינוך. כך, למשל, הורים המבקשים ליתן חינוך דתי לילדיהם, שמורים להם החופש והבחירה להקנות להם חינוך כזה. ובדומה, להורים החפצים להקנות לילדיהם חינוך אחר, שאינו דתי, החופש לבחור עבורם בחינוך כזה. אך הזכות "לחופש חינוך", כשלעצמה, אינה כוללת את חובתה של המדינה לספק חינוך כזה או אחר. לא ניתן, על כן, להיענות לעתירת העותרים על בסיס זה, אפילו היינו גורסים - מבלי שנקבע עמדה בעניין זה - שמגילת העצמאות הפכה למקור עצמאי לזכויות אדם.

=-=

**פרשנותן של "זכויות סל" דוגמת "חירות" או "כבוד האדם"**

**שאלה מרכזית היא היקף תחולתה של הזכות בדבר "כבוד האדם" – האם תגונן על "השוויון", שאינו מוגן *במפורש* בחוק היסוד? האם הזכות ל"כבוד האדם" מגוננת על זכויות יסוד אחרות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד?**

**התשובה שנתנה הפסיקה לשתי השאלות היא תשובה חיובית. יש עם זאת, הבדלים מסוימים ביחס למודלים הפרשניים, וכתולדה מכך הבדל בהיקף הזכויות שזוכות להגנה חוקתית. ראו להלן את השוני ביחס לסוגיית ההגנה על השוויון/ איסור ההפליה.**

**=-=**

**הזכות ל"כבוד האדם": סוגיית הזכות לשוויון וההגנה עליה ברובד החוקתי –**

עמדה חשובה שהושמעה בהקשר זה באמצע שנות ה-90, היא עמדתה של השופטת דורנר בפס"ד ***מילר.*** היא עסקה שם ישירות בשאלת ההגנה על הזכות לשוויון מכוח ההגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הזכות "לכבוד האדם".

עמדה זו מעניינת וחשובה משני טעמים עיקריים: א. היא מבהירה שם היטב את הקשר בין אפליה על בסיס קבוצתי לבין השפלה (= קרי, התרחשות שאין חולק כי היא פגיעה בכבוד האדם); ו-ב. היא חשובה משום שהיא עוסקת שם ישירות בשאלה של איזה משמעות יש לייחס לכך שהכנסת בחרה שלא להכניס זכות מפורשת לשוויון אל תוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

[עשור אחר כך, בית המשפט העליון בוחר בגישה מרחיבה יותר; כזו שכוללת בין ההיבטים של הזכות לשוויון הזוכים למעמד חוקתי מכוח הזכות לכבוד האדם, היבטים הפוסעים גם מעבר לאיסור אפליה על בסיס קבוצתי מהסוג שמשדרת נחיתות/ מגבשת השפלה. עמדה זו הופיעה בפס"ד ***חוק טל 1***. ]

**עמדתה של השופטת דורנר**: בג"צ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131-3 (1995) [כניסת נשים לקורס טיס]:

4. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד) נתן מעמד חוקתי -על-חוקי - לאיסור על הפליית נשים. מעמד זה נובע משתיים אלה:

ראשית, בסעיף 1 לחוק-היסוד (המופיע אף כסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) נקבע:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

סעיף זה קובע, למיצער, כי את זכויות-היסוד יש לכבד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות, וביניהם שוויון האזרחים ללא הבדל מין. על-כן, למשל, אין להפלות נשים מבחינת זכותן לקניין (זכות המעוגנת בסעיף 3 לחוק-היסוד) או מבחינת חופש העיסוק שלהן (זכות המעוגנת בס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

שנית, איסור הפלייתן לרעה של נשים כלול בזכות לכבוד המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד. השאלה אם עקרון השוויון בכללותו כלול בזכות לכבוד, כמשמעותה בחוק-היסוד, זכתה להתייחסות במספר אימרות-אגב בפסיקתו של בית-משפט זה.; ....

ההיסטוריה החקיקתית של חוק-היסוד מלמדת, כי ההימנעות מלעגן בו את עקרון השוויון הכללי הייתה מכוונת. בדיון בכנסת בהצעת חוק-היסוד, טענו חברי הכנסת שולמית אלוני ומשה שחל כנגד אי ההכללה בחוק היסוד של סעיף בדבר הזכות לשוויון (ראו ד"כ התשנ"ב 1241, 1244). בתשובתו לטענות אלה (שם, 1532) אמר מציע חוק-היסוד, חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, את הדברים הבאים:

"אין כאן סעיף שוויון כללי. נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי אפשר לקבל את הצעת החוק הכוללנית".

על רקע זה ספק בעיני אם ניתן - ועל-כל-פנים, אם ראוי - לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק-היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי. כוונתו הברורה של המחוקק, כעולה מעבודות ההכנה, הייתה דווקא שלא לעגן בחוק-היסוד עיקרון כללי זה. לעבודות ההכנה של חוק משקל בקביעת תכליתו. ראו […]. אכן, משקלן של עבודות ההכנה - המגלות את כוונתם של חברי הכנסת בחוקקם את החוק - יורד ככל שהתקופה שחלפה מאז החקיקה ארוכה יותר, והספיקו להתחולל שינויים מדיניים, חברתיים או משפטיים העשויים להצדיק חריגה מכוונה זו. ואולם, אך שנים ספורות חלפו מיום חקיקת חוק-היסוד ועד עתה, ולכאורה אין לפרש את חוק-היסוד באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה.

עם זאת, לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק-היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק-היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות. אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד. כך, למשל, נפסק כי הפליה לרעה של רשימות קטנות לעומת רשימות גדולות או של רשימות חדשות לעומת רשימות ותיקות פוגעת בעקרון השוויון. ראו, למשל, [פסקי-דין **ברגמן, אגודת דרך ארץ, רובינשטיין, תנועת לאו"ר**]. עם זאת, פגיעות כאלה בעקרון השוויון, שאף גררו פסילתם של חוקי-הכנסת, לא התבטאו בהשפלה, ולכן, אף לא הייתה בהן פגיעה בכבוד האדם.

לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה. כך, למשל, [נקבע] בפסק-הדין המפורסם של בית-המשפט העליון האמריקני בפרשת BROWN V. BOARD OF EDUCATION…[…].

סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעימה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה. התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או הגזעית, גורמת להפליה, וההפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המופלה. היסוד המרכזי, על-כן, בהפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה הוא השפלת הקורבן. דעתי היא איפוא כי חוק-היסוד מגן מפני פגיעה בעקרון השוויון כאשר הפגיעה גורמת להשפלה, כלומר לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם. וכך הוא כאשר אישה מופלית לרעה בשל מינה.

=-=

**העמדה שזכתה להיות עמדת הרוב בפסיקה בהקשרה של "הזכות החוקתית לשוויון"**

בג"צ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** ["פסק דין חוק טל"], (בהשמטת אסמכתאות)

31.      [...] כבוד האדם בישראל אינו רק בסיס ותשתית לזכויות האדם השונות. כבוד האדם בישראל אינו אך ערך חברתי. כבוד האדם הוא זכות עצמאית, העומדת על רגליה היא. יש לה קיום בצידן של זכויות האדם האחרות. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע (סעיף 2):

"שמירה על החיים, הגוף והכבוד

 אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

וסעיף 4 מוסיף וקובע:

"הגנה על החיים, הגוף והכבוד

 כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה (שלילית) שלא לפגוע בכבוד האדם, וחובה (חיובית) להגן עליו. הן ההיבט הפסיבי והן ההיבט האקטיבי הם חלקים שונים של השלם, שהוא הזכות לכבוד [...]

33. מהו, איפוא, המסר הנורמטיבי היוצא מהזכות ל"כבוד" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? בעניין זה הועלו בספרות המשפטית שלושה מודלים אפשריים (...). מודל אחד הוא המודל המצומצם. על-פיו, כבוד האדם משתרע רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם. זהו, בלשונה של י' קרפ, "הגרעין" של כבוד האדם (...). אלה הן פגיעות גופניות ונפשיות, השפלה, השמצה וכיוצא בהם פגיעות המצויות בגרעין ההגנה על כבוד האדם. המודל השני והנוגד הוא המודל הרחב. על פיו כבוד האדם הוא הבסיס לכל זכויות האדם, וכולן כלולות בו. מודל שלישי הוא מודל ביניים. על פיו כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל זה, רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק. [...]

35.      [...] מסקנתנו היא כי הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים (...).

 36.      האם כבוד האדם כזכות חוקתית נפגע על ידי הוראותיו המפלות של חוק דחיית השירות? כדי להשיב על שאלה זו יש לעמוד על היחס בין כבוד האדם לבין השוויון (...). יחס זה משתנה על פי המודל הראוי (המצומצם, הרחב, מודל הביניים) להבנת כבוד האדם כזכות חוקתית. כפי שראינו, המודל המצמצם מתרכז בגרעין של כבוד האדם, שעניינו פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה. על פי מודל זה, כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע על אותן פגיעות בשוויון הפוגעות בגרעינו של כבוד האדם. בגישה זו נקטה השופטת ד' דורנר בפרשת מילר. באותה פרשה נידונה השאלה אם הפליית אשה באשר היא אשה פוגעת בכבוד האדם. השופטת ד' דורנר השיבה על כך בחיוב [...]

38.      מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. [...]. על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.

40.      אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים. לדעתי, אין לאמץ את המודל המצומצם. הטעמים לכך הם שלושה: ראשית, עמדת הביניים התקבלה לעניין קביעת תחום התפרסותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע על-פיה, בין השאר, כי את מידותיה החוקתיות של כבוד האדם אין לצמצם אך לעינויים ולהשפלה (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). איני רואה טעם לצמצם את היבט השוויון שבחוק היסוד להשפלה בלבד; שנית, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". דברים אלה – גם אם אין בהם מקור ישיר לזכות החוקתית לשוויון (שאלה שכשלעצמה שנויה היא במחלוקת ואשאירה בצריך עיון (...) – בוודאי יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי. אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי זכויות היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1); שלישית, התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכזו את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם. [...]

וכפי שמציין חברי השופט לוי בחוות דעתו "אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא טעם ממשי לדבר, הוא ללא ספק אדם שכבודו נפגע" (פסקה 4 לפסק דינו).

41. [...] בעוד שמרבית בני החברה מחוייבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכל, לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטרי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם לאפליה וקיפוח.

43. [...] האם לא נובע מכאן ..., כי כבודו של מי שמתחייב בשירות צבאי תובעני וממושך, תוך סיכון חיים, נפגע כאשר אחר זוכה לדחיית השירות אך בשל היותו בחור ישיבה שתורתו אומנותו? האין בכך פגיעה באוטונומיה, בשלמות הפיזית והרוחנית של האדם ובמכלול אנושיותו? ודוק: הפגיעה בכבוד האדם אינה בעצם הגיוס לצבא והשירות בו. אלה הם זכות וחובה גם יחד; והם מתעצמים עם גידול הנטל והסיכון האישי. הגשמתם היא כבודו של האדם. הפגיעה בכבוד האדם היא בתחושה הקשה שהאחר אינו חייב בכך במידה שווה.

=-=

[דוגמא אחרת עם הכרעה אחרת]

בג"צ 9722/04 **פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל** (ניתן ביום 7.12.2006)

1.        ביום 15.8.04 קבלה הממשלה החלטה (מס' 2445) שעניינה שילוב עובדים ישראלים בשוק העבודה. עיקרה של ההחלטה בהנחיית הממונה על יחידת הסמך לעניין עובדים זרים במשרד המסחר התעשייה והתעסוקה (להלן – הממונה) להקצות היתרי העסקה לעובדים זרים בענפי התעשייה והשירותים רק ל"מומחי חוץ". לצורך עניין זה, מומחה חוץ הוא תושב חוץ שהוזמן לעבוד בישראל בידי תושב ישראל שאינו קבלן כח אדם או מתווך כח אדם, כדי לתת שירות לאותו תושב ישראל בתחום שיש לו בו מומחיות ייחודית, ושעבור שירותיו ישולם לו שכר חודשי בסכומים מוגדרים. על פי אותה החלטה, החל ב- 1.9.04, השכר שישולם לא יפחת מ 5,000 ₪, ולאחר העלאה הדרגתית, החל מ- 1.1.07, ישולם לעובד שכר שלא יפחת מפעמיים השכר הממוצע במשק. [...]

2. לפנינו שתי עתירות המופנות כנגד החלטות הממשלה בעניין העסקת עובדים זרים בתעשייה. [אחת של 50 תאגידים, והאחרת של התאחדות התעשיינים]. [...]

12.      טוענים עוד העותרים [מעבר לטענת הפגיעה בחופש העיסוק], כי מדיניות הממשלה בעניין העובדים הזרים בתעשייה פוגעת בזכותם החוקתית לשוויון. אף דין טענה זו להידחות.

            מעמדה החוקתי של הזכות לשוויון מותנה בשילובה כחלק מהזכות לכבוד האדם (...[פס"ד חוק טל]). מעמד זה מותנה במהות הפגיעה בשוויון, ובמידת נגיעתה למושג כבוד האדם. [...] הזכות לכבוד האדם האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון ככל שזכות זו קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם.

           טענת הזכות לשוויון כפי שעלתה בהליך זה איננה קשורה קשר הדוק לכבוד האדם, ולכן אין להגדירה כזכות חוקתית. טענות העותרים לפיהן הטלת הגבלות על מתן היתרים לעובדים זרים בתעשייה משמען פגיעה בזכות לשוויון ביחס לעוסקים בענפי משק אחרים אינה שקולה בגרעינה, ואף בשוליה, לפגיעה בכבוד האדם. זו טענה שמשמעה, לכל היותר, טענת הפלייה במישור המעשה המינהלי של הרשות הציבורית, שעניינה השפעה על הפעילות הכלכלית-עסקית ועל התחרות והרווחיות של העוסקים. כפי שפורט לעיל, טענה זו דינה להידחות. לאור האמור, טענת הפגיעה בשוויון אינה מעלה שאלה בעלת היבט חוקתי.

***=-=***

**מה הרבותא של השאלה דלעיל? [כלומר, מדוע יש לה חשיבות משפטית כבדת-משקל?]**

זכרו זכויות יסוד מוגנות במשפט הישראלי במגוון דרכים. כולן מוגנות בחוקה המהותית של ישראל, אך רק חלקן זכו להגנה בחוקה הפורמאלית שלה, חוקי היסוד שלה.

אותן זכויות שלא זכו למעמד חוקתי על-חוקי (כלומר לא עוגנו, במפורש או במשתמע, בחוקה הפורמאלית, ולכן לא זכו להגנתה) זוכים בכל זאת להגנה משמעותית בדרכים שעליהן כתבתי לעיל. כך למשל, הן עשויות לזכות להגנה בחוק של הכנסת (להבדיל מחוק יסוד), וכמו כן, הן – כולן – מוגנות מכוח "המשפט המקובל נוסח ישראל".

ההבדל המשמעותי בין זכויות יסוד חוקתיות לבין זכויות יסוד שאינן חוקתיות, זה שהראשונות גוברות על חוק (שלא עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה) ואילו האחרונות נסוגות בפני חוק שכזה.

=-=

זכויות נוספות שזכו להגנה חוקתית מכוח הזכות "לכבוד האדם":

הזכות לכבוד האדם ו"הזכות לחיי משפחה" – במובן הגרעיני – של בני-זוג וכן הורים וילדיהם

בג"צ 7052/03 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** *[פס"ד "חוק האזרחות והכניסה לישראל 1"]*

[השורות הקרובות הן שלי] למן שנת 2002 מגבילה ישראל הגבלה גורפת את איחוד המשפחות בין אזרחי המדינה לבין בני-זוגם שהם תושבים פלסטינים תושבי השטחים (או אזרחים או תושבים של מדינות המופיעות בתוספת לחוק).

אופייה הגורף של ההגבלה נעוץ בכך שהיא פוטרת עצמה מהצורך לבדוק האם אכן טמון סיכון ביטחוני קונקרטי בבן-הזוג הפלסטיני. **היא יוצרת "חזקת מסוכנות" המלווה כל פלסטיני תושב השטחים באשר הוא (אם הוא גבר מתחת לגיל 35 או אישה מתחת לגיל 25), והיא עושה חזקה זו *לבלתי ניתנת לסתירה*.** בכך פוגעת מדיניות זו באורח קשה מאד בזכות לנישואין ולהורוּת של אזרחי ישראל, פגיעה הנוגעת, הלכה למעשה, אך לאזרחיה הערבים של ישראל, וכך היא מולידה גם אפליה על בסיס לאומי.

ביום 14.5.2006 נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בעתירות שהוגשו כנגד תוקפו של החוק. 6 שופטים כנגד 5 הכריעו אמנם שהחוק ייוותר בתוקפו, אך אחד משופטי הרוב, השופט לוי, קבע כי הוא שותף לעמדת השופטים מתנגדי החוק, כי החוק בנוסחו הקיים אינו מידתי; קרי, אינו עומד באמות המידה החוקתיות. "מסכים אני עם חברי הנשיא, כי במתכונתו הקיימת מעורר החוק קשיים, הואיל וחוששני כי פגיעתו אינה רק בבני הזוג המבקשים להינשא, כי אם גם בצביונה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ובמרקם היחסים העדין עם ציבור לא מבוטל החי בתוכה" (פסקה 9 לפסק דינו). השופט לוי החליט, עם זאת, שלא לבטל את החוק בשלב זה, בשל הצורך "בעבודת מטה מורכבת", תוך שהוא מציב "מסגרת על פיה יידרשו המשיבים להעמיד בתוך תשעה חודשים הסדר משופר".

[בינואר 2012 ניתן פסק דין נוסף (פס"ד "חוק האזרחות והכניסה לישראל 2"), שוב על ידי 11 שופטים, אך עתה 6 חשבו שהוא מידתי. נדון בפסק דין זה בסמסטר הבא].

האם זכות בן הזוג הישראלי לחיי משפחה ולשוויון היא חלק מכבוד האדם?

30. הזכות לחיי משפחה היא חלק מהמשפט המקובל של ישראל. עם כל חשיבותו של המשפט המקובל, בכוחו של חוק לפגוע בזכות המעוגנת בו, ובלבד שהחוק נוקט בלשון ברורה, חד-משמעית ומפורשת (...). חוק האזרחות והכניסה לישראל נוקט בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית. ביקורת חוקתית על הוראותיו המפורשות, הברורות והחד-משמעיות אפשרית רק אם הזכות לחיי משפחה מוגנת בחוק יסוד. חוק היסוד הרלבנטי לענייננו הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם הזכות לחיי משפחה מעוגנת בו ומוגנת על ידו?

31. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בעניין הזכות לחיי משפחה. השאלה הינה אם ניתן לכלול זכות זו בגדרה של הזכות לכבוד האדם. האם הזכות לחיי משפחה היא "זכות ללא שם" הנגזרת מהזכות לכבוד (ראו ה' סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפיכה החוקתית", משפטים כח 257 (1997))? ודוק: השאלה אינה אם בנוסף לזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכלול בחובו זכויות אדם נוספות שאינן קבועות בו במפורש. השאלה הינה אם במסגרת הזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש – לעניייננו, במסגרתה של הזכות לכבוד האדם – נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה. אכן, השאלה אינה אם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קיים "חסר" באשר לזכות לחיי משפחה, והאם ניתן להשלים חסר זה. השאלה הינה אם פירושה של הזכות לכבוד האדם מובילה למסקנה כי במסגרתה של זכות מפורשת זו כלול גם ההיבט של האוטונומיה של הרצון הפרטי המכוונת להקמת חיי משפחה ולהגשמתה בישראל. אכן, הזכות לכבוד האדם היא במהותה זכות "מסגרת" או "זכות-אם". המאפיין זכות שכזו הוא כי על פי ניסוחה, אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות עליהן היא משתרעת. היא בעלת פריסה פתוחה (...). המצבים עליהם היא משתרעת נלמדים מפרשנות לשונו הפתוחה של חוק היסוד על רקע תכליתו. מצבים אלה ניתן, לשם הנוחות, לקבץ לקטיגוריות וסוגים, כגון הזכות לקיום אנושי בכבוד ([הפנייה לפסיקה] ...); הזכות לשלמות הגוף והנפש (...); הזכות לשם (...); הזכות של בגיר לאימוץ (...), וכיוצא בהן "זכויות בת" הנגזרות מזכות האם. הן מכונות בספרות החוקתית זכויות חוקתיות נגזרות (derivative constitutional rights norms) (...). כמובן, תחום הפריסה של זכויות הבת מעורר שאלות פרשניות קשות. כל עוד הן לא הופרדו על ידי הכנסת מכבוד האדם והועמדו על רגליהן הן, אין מנוס מפעילות פרשנית המתרכזת בכבוד האדם, והמבקשת לקבוע את היקפה של זכות זו, תוך נסיון לגבש סוגים של מקרים הכלולים בה. כמובן, קטיגוריזציה זו לעולם לא תשקף את מלוא ההיקף של הזכות לכבוד האדם, ואין היא מכוונת לכך. היא נועדה לסייע בהבנת הוראת המסגרת בדבר כבוד האדם (...). על היקפה של הזכות לכבוד האדם עמדנו בפרשת התנועה לאיכות השלטון:

"הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו וכוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו" (...).

תפיסה זו של הזכות לכבוד מבוססת על התפיסה כי את הזכות לכבוד "אין לצמצמה אך לעינויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסוד. אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד" (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). [...].

על רקע זה קמה ועולה השאלה שלפנינו: האם הזכות של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם הקבועה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32. התשובה על שאלה זו מורכבת היא. לא כל ההיבטים של חיי המשפחה נגזרים מכבוד האדם. עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם. נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה "יחידה חוקתית" (ראו ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 17). היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם. היא נשענת גם על הזכות לפרטיות (ראו סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד (ראו ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499). אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם.

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו (ראו Roberts v. United States Jaycees, 469 U.S. 609, 618-619 (1984)). מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם. [...]; "זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם. זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה" (הנשיא מ' שמגר בע"א 2266/93 פלונים נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235).

33. הזכות לחיי משפחה זוכה להגנה חוקתית במשפטן הפנימי של מדינות רבות. היא קבועה כזכות חוקתית בחוקתן של מדינות אירופיות, כגון צרפת (המבוא לחוקה משנת 1958), אירלנד (סעיף 41 לחוקה משנת 1937), ספרד (סעיף 18 לחוקה משנת 1978), גרמניה (סעיף 6 לחוק היסוד), שבדיה (סעיף 2 לחוקה משנת 1975) ושוויץ (סעיף 14 לחוקה משנת 2000). גם במשפט האמריקאי, ועל אף היעדרה של זכות מפורשת לחיי משפחה מהחוקה, הוכרה הזכות להינשא ולקיים חיי משפחה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכויות החוקתיות לחירות ולפרטיות [...]

34. הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן זוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. לענייננו, יפים דבריו של השופט מ' חשין בפרשת סטמקה, שלאור חשיבותם אביאם שוב [...] אכן, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי – זכות הנובעת מגרעינו של כבוד האדם כזכות חוקתית – הינה "לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה".

=-=

**הזכות ל"כבוד האדם" ושאלת ההגנה החוקתית על הזכות "לחופש הביטוי ולחופש ההפגנה"**

בג"צ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, (טרם פורסם, ניתן ביום ה-12.12.06)

העותרות ביקשו לקיים הפגנה. מפקד המשטרה התנה מתן הרישיון להפגנה בהצבתם של גדרות, מאבטחים, וסדרנים מטעם מארגני ההפגנה ועל חשבונם. כן התנה הוא את מתן הרישיון בהצבתם של כבאיות ואמבולנסים. רשות הכבאות ואגודת מגן דוד אדום התנו את מתן שירותיהם בתשלום מצד מארגני ההפגנה. כנגד חוקיותן של דרישות אלה – מצד מפקד המשטרה, רשות הכבאות, ואגודת מגן דוד אדום – מופנית העתירה שלפנינו.

9. סמכותו של מפקד המשטרה להתנות את קיומה של הפגנה בתנאים מעוגנת בהוראות סעיפים 84 ו-85 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א – 1971 ... סעיפים 85 ו-86 לפקודת המשטרה קובעים כי המפקד על המחוז רשאי ליתן את הרישיון, לסרב לתתו, או לתתו בתנאים [...] עיון בלשונו של סעיף 85 לפקודת המשטרה מעלה כי ההסמכה הניתנת בו למפקד המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בתנאים, הינה כללית ועמומה. הסעיף איננו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים אותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע, ובשל אילו שיקולים רשאי הוא לקבוע תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. זוהי חקיקה סתומה (vague). חקיקה סתומה איננה רצויה. יש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק (ראו בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 520; להלן – פרשת שנסי). בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? עקרון זה מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, תקבע את אמות המידה הכלליות להפעלתה של סמכות מנהלית. הסמכה רחבה וסתומה פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת. בעקרון שלטון החוק כיצד? שלטון החוק המהותי מחייב שהחוק יהיה "ברור ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם" (שם, שם). הסמכה כוללנית ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם. כך, למשל, היה הדבר בענייננו, כאשר העותרים הופתעו מהדרישות אותן הציבה בפניהם המשטרה. חקיקה עמומה נוגדת את הוראות החוקה (ראו למשל L. Tribe, American Constitutional Law 2nd ed. 1988) 1033-1035; P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada (Student ed. 2005) 1063-1068). גישה זו חלה גם במשפטנו, וזאת לעניין חקיקה שאינה "מוגנת" מביקורת חוקתית באמצעות הוראות של "שמירת דינים". כן תחול גישה זו ביחס לחוקיותה של חקיקת משנה (ראו פסק דינו של השופט מ' חשין בפרשת שנסי, ע' 514-519).

10.     האם ניתן לראות בסעיף 85 לפקודת המשטרה מקור הסמכה להתנות מתן רישיון להפגנה בהצבתם של מאבטחים, גדרות ביטחון ועמדות בידוק, מערכות הגברת קול וכריזה, וכיוצא באלה תנאים הקשורים באבטחתה של ההפגנה והכרוכים בעלויות גבוהות עבור מארגניה? דעתי היא שהתשובה על שאלה זו היא בשלילה. זאת, לנוכח חשיבותה ומעמדה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה מחד, ולנוכח תפקידה של המדינה בכלל, ושל משטרת ישראל בפרט, להגן על זכות זו ועל האפשרות לממשה מאידך. אעמוד על שני טעמים אלה כסדרם.

**הזכות החוקתית להפגנה ולחופש הביטוי**

12.      בשנת 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיקרון חופש הביטוי לא זכה לעיגון מפורש בלשונו של החוק. אולם בשורה של פסקי דין קבע בית משפט זה שחוק היסוד כולל, במסגרת הזכויות והחירויות המוגנות על-ידו, גם את חופש הביטוי, ומקנה בכך לחופש הביטוי מעמד של זכות חוקתית. [...] אכן, "כיום אין עוד חופש הביטוי בבחינת זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר... מדובר בזכות חוקתית מוגנת" (דברי השופט א' ריבלין ברע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (טרם פורסם), פיסקה 10 לפסק דינו).

13.     עם זאת, לא כל היבטיה של הזכות לחופש ביטוי נתפסים תחת הזכות החוקתית לכבוד האדם, כי אם אותם היבטים שלה הנגזרים מכבוד האדם ואשר מקיימים קשר הדוק עם "אותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם)...), ... אכן, "אין 'לקרוא' אל תוך הזכות לכבוד יותר ממה שבכוחה לשאת. לא כל הזכויות כולן נלמדות מפירושו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ... בגזירת זכויות, שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם, אך נכללות בתוך המושג של כבוד האדם, לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן כזכויות 'בעלות שם'" (...). קביעת היקפה של הזכות לחופש ביטוי כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם צריכה להיעשות בהתאמה למובן אותו יש ליתן למושג כבוד האדם. אין לנו צורך, במסגרת זו, לעמוד באופן מפורט על היבטיה של הזכות לחופש ביטוי הנכללים במושג כבוד האדם. נראה לי כי הפגנה על רקע פוליטי או חברתי היא ביטוי לאותה אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפסילה, הנכללים במסגרת כבוד האדם כזכות חוקתית. **[...]**

=-=

**בג"ץ 10203/03** "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפט לממשלה **(טרם פורסם, ניתן ביום 20.8.2008)**

האם האיסורים על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, הקבועים בכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993 ובכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999, הינם בטלים בהיותם פוגעים בחופש הביטוי באופן בלתי חוקתי? זו השאלה הניצבת בפנינו בעתירה זו. [תשדיר ביחס ל"הסכמות ג'נבה"].

[פסק הדין עוסק בשלוש שאלות עיקריות:

**א. הזכויות המוגנות: האם חופש הביטוי הפוליטי מוגן חוקתית? האם שלילת האפשרות לפרסומות פוליטיות היא פגיעה בזכות החוקתית?**

**ב. מה משמעות הדרישה להגבלה "בחוק... או מכוח חוק... על פי הסמכה מפורשת..."?**

**ג. "דוקטרינת ההגינות" בכלי התקשורת האלקטרוניים בישראל וסוגיית הפרסומות הפוליטיות**]

**השאלה הראשונה היא הכרעה ביחס למעמדו החוקתי של חופש הביטוי הפוליטי? בית המשפט משיב לשאלה זו בחיוב** – הפעם כחלק מהרציו של הכרעתו (להבדיל מפס"ד מטה הרוב). חופש הביטוי הפוליטי נוסף על כן לרשימת הזכויות המוגנות חוקתית. הוא זוכה להגנה מכוח ההגנה על הזכות ל"כבוד האדם".

**השופטת נאור** עוברת דרך שתי שאלות-משנה עיקריות בדרכה לתשובתה כאן.

19. [...] כיצד עלינו לסווג איפוא את ה"ביטוי" שנפגע בענייננו – ביטוי פוליטי או ביטוי מסחרי?

20. דעתי היא כי תוכנו של הביטוי שנמנע בענייננו הוא פוליטי, וכי הוא מובא במסגרת מסחרית. המרכיבים הדומיננטיים בעיני לסיווג הביטוי הם תוכנו של הביטוי (פוליטי או מסחרי), אופיו של המתבטא (גוף פוליטי או מסחרי) ומטרותיו של הביטוי (פוליטיות או מסחריות). לעומת זאת, מרכיב פחות חשוב בעיני הוא האמצעי הטכני הנושא את הביטוי או המסגרת החיצונית בה הוא מובא. יש לבחון מהו האפקט הדומיננטי של התשדיר, מנקודת מבטו של הצופה...

21. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות עצמאית ונפרדת אשר כותרתה "חופש הביטוי הפוליטי". עם זאת, חוק-יסוד זה כולל זכות עצמאית ונפרדת שעניינה כבוד האדם. הטענה הינה, כי חופש הביטוי אשר הכללים פוגעים בו - חופש הביטוי הפוליטי - הוא חלק מכבוד האדם. האם טענה זו בדין יסודה? זוהי השאלה השניה הניצבת בפנינו. לבחינתה נעבור עתה.

**האם הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מהווה פגיעה בכבוד האדם?**

23. אכן, נקבע בפסיקתנו כי חופש הביטוי הפוליטי הוא בגרעין הזכות לחופש הביטוי (פרשת שינוי פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין). "חופש הביטוי הפוליטי ראוי להגנה מירבית, הן משום שנודעת לו חשיבות יתירה מבחינה חברתית, כיסוד מוסד של המשטר הדמוקרטי, והן משום שהוא חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות מצד השלטון" (פרשת זקין). ...

ומכאן - לשאלה האם הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מהווה פגיעה בכבוד האדם?

24. הכרעה בשאלה זו כרוכה בפרשנות טבעה של הזכות לכבוד האדם וגבולות פריסתה. ...

26. באחרונה, בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל נפסק ביחס לזכות לשוויון כי כבוד האדם כולל רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו)... אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים... התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכזו את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם" (שם, פסקאות 38, 40 לפסק דינו של הנשיא ברק).

אמת מידה זו הולמת, לדעתי, גם את היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין חופש הביטוי הפוליטי. דעתי היא כי הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על פי תפיסתנו המשפטית "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם" שהרי:

"מהו כבוד האדם על פי גישתו של בית המשפט העליון?... ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (שם, פסקה 35).

מתפישה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה, כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם... אכן, חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. וכאמור, נאמר כבר כי חופש הביטוי הפוליטי הוא ב"גרעין" הזכות לחופש הביטוי... אשר לחופש הביטוי המסחרי - עניין זה כאמור לא מתעורר לשיטתי בפנינו ואשאיר אותו בצריך עיון.

27. המסקנה היא, שפגיעתם של הכללים בחופש הביטוי הפוליטי מקימה פגיעה בכבוד האדם. הכללים פוגעים באותם זכויות וערכים העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי... בכך ניתן מענה חיובי גם לשאלה השניה שהצבתי.

29. [...] ארבעה הם תנאיה של פיסקת ההגבלה, וכולם צריכים להתקיים. נבחן את התנאים בענייננו אחד לאחד. [...]

=-=

לשיעור הבא – א.קראו את פס"ד **מופז** ואת פס"ד **פלונית נ' בית הדין המשמעתי**, ואנא חשבו על השאלות הבאות:

כיצד מופעלת "פסקת ההגבלה השיפוטית" על ידי השופט מצא ב**מופז**?

על מה מתנהל הויכוח ב**פלונית** בין השופטים ברק ודורנר שם? כיצד תורם ויכוח זה לזיהוי קו הגבול העובר בין קיומו של "מתקל" לבין התמודדות עם מתקל לכאורי ב"דרך של פרשנות"?

ב. לאור הדפים שלעיל, **אלו זכויות זכו למעמד חוקתי?**

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, דצמבר 2014, ***פגישה 13***

**החוקה הפורמאלית של ישראל – המשך**

מתקל/התנגשות בין חוק לבין חוק יסוד שאין בו פסקת הגבלה מפורשת

פס"ד **חירות** (דפי הפגישה הקודמת)

=-=

ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003)

**חוק יסוד: הכנסת**

4. [שיטת הבחירות]

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

6. [הזכות להיבחר]

(א) כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק או שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון; [...]

 7. [מי לא יהיה מועמד]

אלה לא יהיו מועמדים לכנסת:

(1) נשיא המדינה;

(2) שני הרבנים הראשיים;

(3) שופט;

(4) דיין של בית-דין דתי;

(5) מבקר המדינה;

(6) ראש המטה הכללי, צבא-הגנה לישראל;

(7) רבנים וכהני דתות אחרות, כשהם משמשים בכהונתם בשכר;

(8) עובדי-מדינה בכירים וקציני-צבא בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק.

(9) שוטרים וסוהרים בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק.

(10) עובדי תאגידים שהוקמו בחוק, בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק.

זולת אם חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור.

  חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט‑1969 – סעיף 56(א1) קובע לאחר תיקונו :

|  |  |
| --- | --- |
|  | 56. [הוראות בעניין עובדי מדינה, חיילים, שוטרים וסוהרים] (א) ‑ ‑ ‑   (א1) [...] |
|  | זולת אם חדלו להיות עובדי המדינה, קציני צבא, שוטרים או סוהרים, כאמור, לפני היום הקובע; בסעיף קטן זה, "היום הקובע" ‑   (1)  לענין ראש שירות הביטחון הכללי, ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, קצין צבא בדרגת אלוף ומעלה, קצין משטרה בדרגת ניצב ומעלה, ונציב שירות בתי הסוהר ‑ שישה חודשים לפני יום הבחירות;   (2) לענין עובדי המדינה, קציני צבא, שוטרים או סוהרים, שאינם מנויים בפסקה (1) ‑ 100 ימים לפני יום הבחירות; לענין בחירות מוקדמות שביום שבו נקבע המועד לעריכתן לפי כל דין נותרו פחות מ‑110 ימים עד לעריכתן, יהיה היום הקובע ‑ 10 ימים מיום קביעת המועד האמור. |

מה היא השאלה/ מהן השאלות המשפטיות המלובנות ב**מופז**?

ההתפתחות בפס"ד **מופז:** אימוץ רעיון פסקת ההגבלה השיפוטית כחלק מההכרעה השיפוטית, ויישומו

16. [...] הכלל הוא כי שונות רלוונטית בין הגורמים המושווים עשויה להצדיק הבחנה ביניהם. הבחנה כזאת אינה סותרת את הדרישה לשוויון מהותי בין הגורמים. בכך, כידוע, טמון שורש ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת (ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל [8], בעמ' 35), ובלבד שעצם ההבחנה בין הגורמים המושווים ומידתה אכן דרושות ומוצדקות, בנסיבותיו של העניין, להשגת המטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון [9], בעמ' 110). החלת כלל זה על פרשתנו הובילני למסקנה כי בהסדר הצינון המחמיר שחוק הבחירות החיל על שכבת הקצינים והמפקדים היותר בכירים במערכות הביטחון, אין משום פגיעה בשוויון. אך גם בהניחי שהסדר הצינון האמור פוגע בשוויון אין לדעתי יסוד לומר שפגיעתו חורגת מגדרו של חוק-יסוד: הכנסת.

17. ניתן להעמיד זאת במבחנו המשולש של סעיף 8 לחוק‑יסוד: כבוד האדם וחירותו – ערכי מדינת ישראל, קיומה של תכלית ראויה ומידתיות. חוק‑יסוד: הכנסת אמנם איננו כולל פיסקת הגבלה, כדוגמת סעיף 8 הנ"ל, וכבר התעוררה השאלה אם בביקורת חקיקה שנטען לגביה שהיא סותרת את עקרון השוויון כמשמעו בחוק‑יסוד: הכנסת, רשאי בית‑המשפט להחיל, בדרך שיפוטית, את מבחניה המוכרים של פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [10], דברי השופט זמיר בעמ' 70-69). כשלעצמי, אינני רואה מניעה לעשות כן. מבחנה המשולש של פיסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית‑המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פיסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו.

קביעת הסדר צינון מחמיר לשכבת הקצינים והמפקדים היותר בכירים במערכות הביטחון הולמת את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה ואינה סותרת את ערכיה היהודיים. כן עומדת היא במבחן התכלית הראויה. ככל ששמירת האופי הבלתי תלוי של מערכות השירות הציבורי – ושל כוחות הביטחון בכללן – היא חשובה, הרי שלשמירת האופי הבלתי תלוי של הפיקוד הבכיר במערכות הביטחוניות השונות נודעת חשיבות מיוחדת ומודגשת. התמודדותו בבחירות של מי אשר רק לפני חודשים מעטים לבש מדי צבא ונשא דרגת רב‑אלוף או אלוף, או כיהן בדרגה מקבילה באחת מזרועות הביטחון האחרות, טומנת חשש שמא החלטות שקיבל זה לא כבר, במסגרת תפקידו הצבאי או הביטחוני, הושפעו מהשקפותיו הפוליטיות, שעם צירופו לרשימת מועמדים לקראת הבחירות ניתן להן פומבי. לא פחות חשובה מראית העין הכרוכה בהצגת מועמדות לחברות בכנסת של מי שהיה, זה לא כבר, בעל סמכויות רחבות באחת ממערכות הביטחון של המדינה. חיובם של קצינים ומפקדים בכירים בתקופת צינון ארוכה מזו הנדרשת מבעלי דרגות נמוכות יותר נועד למתן חששות אלה ולשככם. נמצא שחיוב זה נועד להשגתה של תכלית ראויה. קביעתה של תקופת צינון בת שישה חודשים משקפת מינון שהמחוקק העריכו כמשך הזמן הנדרש להשגת התכלית האמורה, ולטעמי, אין כל יסוד לומר כי התקופה שנקבעה חורגת ממיתחם המידתיות. נמצא שתקופת הצינון מקיימת גם את דרישת המידתיות.

אכן נכון הדבר כי לקצין בדרגתו של המערער אין עומדת זכות ברירה שווה לזו הניתנת (בסעיף 56(א1) סיפה) לקציני צבא בדרגות תת‑אלוף ומטה ולבעלי דרגות מקבילות במערכות ביטחוניות אחרות: לפרוש משירותם עם ההכרזה על מועד עריכתן של בחירות מוקדמות ולהיות כשירים להצגת מועמדות. אלא שהשמירה על אי‑תלותן של מערכות הביטחון מחייבת ומצדיקה להקפיד עם נושאי הדרגות הבכירות יותר, המוכרים היטב לכלל הציבור, יותר מאשר עם נושאי הדרגות הבכירות פחות, שלגבי הציבור הרחב רובם המכריע הם בבחינת אלמונים. שלילת זכות הברירה מן הקצינים והמפקדים הבכירים יותר נועדה להשגת התכלית שלשמה הותנתה כשירותם של מועמדים אלה בתקופת צינון ארוכה יותר. שלילת זכות הברירה מהם – כמו חיובם לקיים את הדרישה לתקופת צינון ארוכה יותר – היא חלק מן המגבלות המתחייבות מדרגותיהם הגבוהות ומן התפקידים הבכירים שמילאו בתקופת שירותם.

[שאלה מסקרנת צדדית: מדוע התעקשות הכנסת כאן על יצירת מנגנון בתוך סע' 7 לחוק יסוד הכנסת, שיאפשר קבלה של "חוק צינון"; כלומר מדוע מופיעה התעקשות על תיקון חוק היסוד ("שינויו" בדרך של תיקון לחוק יסוד)?

הרי יצירת "תקופת צינון" בין משרות ציבוריות מסוימות לבין כניסה לחיים הפוליטיים היא "פגיעה", להבדיל מ"שינוי" (שינוי הוא פגיעה רחבה/ שינוי של מימד רוחבי-כללי של הזכות החוקתית או ההוראה החוקתית) של הזכות להיבחר. אשר על כן, **היא לא הצריכה עקרונית תיקון של חוק היסוד**.

הסיבה שבגללה היה בכל זאת כורח בתיקון חוק היסוד, היא שסעיף 7 לחוק היסוד, בנוסחו הקודם, הכיל **בתוכו** התייחסות לתקופת הצינון ביחס למשרות מסוימות. שינוי של תקופת הצינון הזו והרחבת הצינון לכל המשרות בהן עוסק סעיף 7 חייבו לפיכך תיקון בחוק יסוד, להבדיל מקבלת הדברים בחוק. כך קבע סע' 7 בטרם תיקונו:

(3) שופט כל עוד הוא משמש בכהונתו;

(4) דיין של בית-דין דתי כל עוד הוא משמש כהונתו;]

**=-=**

**סוג נוסף של מתקל:**

מתקל/התנגשות בין חוק יסוד אחד לבין חוק יסוד אחר/

בין הוראה חוקתית אחת להוראה חוקתית אחרת

**דוגמא למתקל שהוא *לכאורי בלבד* – כוחה של פרשנות**

**בג"ץ 1435/03** **פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ"ד נח(1) 529 (2003) [הדגשות הוספו, השמטת אסמכתאות]

מתלוננת הגישה תלונה לנציבות שירות המדינה כנגד עובד מדינה בגין הטרדה מינית, ביצוע מעשים מגונים ואינוס. בית הדין למשמעת של עובדי המדינה החליט כי הדיון המשמעתי יתקיים בדלתיים סגורות, וכי החלטה זו חלה גם על המתלוננת (נוכחותה בדיון). האם החלטה זו היא כדין?

פלונית (המתלוננת) מדגישה את פומביות הדיון ואת זכותה כנפגעת עבירה; הנאשם, המשיב השני כאן, טוען (בין היתר) להגנתה של הפרטיות.

**חוק-יסוד: השפיטה:**

3. "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק".

**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:**

7. (א) "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"; [...]

[8. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".]

**חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963**

41. [פומביות הדיון]

(א) בית הדין ידון בפומבי.

(ב) בכל שלב משלבי הדיון רשאי בית הדין להחליט, מנימוקים שיירשמו בהחלטתו, על עריכת הדיון, כולו או חלק ממנו, בדלתיים סגורות, אם לדעתו הדבר דרוש לשם שמירה על בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה, או לשם הגנה על המוסר, על שלומו של קטין או על פעולתו התקינה של שירות המדינה.

(ג) החליט בית הדין על עריכת דיון בדלתיים סגורות, רשאי הוא להרשות לאדם או לסוגי בני אדם להיות נוכחים בשעת הדיון, כולו או מקצתו.

**חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001**

15. "[זכות לנוכחות בדיון הנערך בדלתיים סגורות]

(א) ... נפגע עבירה זכאי להיות נוכח בדיון בבית המשפט בענין העבירה שממנה נפגע, הנערך בדלתיים סגורות לפי סעיף 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, וכן זכאי הוא שאדם המלווה אותו, לפי בחירתו, יהיה נוכח עמו בדיון כאמור.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, שלא לאפשר את נוכחותו של נפגע העבירה או של האדם המלווה אותו בדיון בבית המשפט."

**השופטת דורנר**

[הכרעה] אמנם, בענייננו לא חל סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק", שכן בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה אינו "בית משפט" כמשמעותו בחוק-יסוד: השפיטה. עם זאת עקרון פומביות הדיון הוא עקרון יסוד במשפטנו, כמו במשפטה של כל מדינה דמוקרטית, והוא חל גם על הליכי שפיטה שאינם מוסדרים על-ידי סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה. תחולתו של עיקרון זה על בתי-הדין למשמעת של עובדי המדינה נובעת גם מהוראת סעיף 41(א) לחוק שירות המדינה (משמעת) כי "בית-הדין ידון בפומבי". הפומביות אינה עיקרון מוחלט, וניתן לאזנה כנגד שיקולים המתנגשים בה, לרבות השיקולים הקבועים בסעיף 41(ב) לחוק, תוך מתן משקל הולם לזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הגם שעל החוק חלה [פיסקת] שמירת הדינים. השוו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל. במקרה שלפנינו, כמוסבר בפסק-דינו של חברי [הנשיא ברק], נגדה החלטתו של בית-הדין את עצם רעיון הפומביות, ולכן אין לקבלה.

[קו הנמקה אלטרנטיבי] לתוצאה דומה, אך מנימוקים שונים, הייתי מגיעה גם אילו היה ההליך מתנהל בבית-משפט. זכות לפרטיות היא, כאמור, זכות חוקתית, המעוגנת בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". אך גם עקרון פומביות הדיון בבתי-משפט קבוע, כפי שצוין, בחוק-יסוד – סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה. מעמדן הנורמטיבי של שתי הוראות שווה איפוא. אך בעוד שחוק-יסוד: השפיטה מסדיר את הסוגיה של פומביות הדיון בלבד – הפוגעת תמיד בפרטיות – ומהווה נורמה מיוחדת לעניין זה, הרי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בפרטיות במלוא היקפה והוא, על-כן, נורמה כללית, הנסוגה מפני הנורמה המיוחדת (Lex specialis derogat generali). ... על-כן בהיעדר חוק הגורע מפומביות הדיון או המאפשר לבית-משפט לדון שלא בפומבי - כאמור בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה - תהיה פומביות הדיון בבית-משפט מלאה. ... בענייננו לא הסמיך החוק את בית-הדין לפגוע בפומביות הדיון מטעמים של פרטיות הנאשם, ולכן גם אילו היה מדובר בבית-משפט החלטתו לא הייתה עומדת.

**הנשיא ברק (אליו מצטרף השופט טירקל)** [תוך השמטת אסמכתאות]

[...] להוראות סעיף 15 לחוק [זכויות נפגעי עבירה] אין תחולה ישירה על ענייננו, משום שהחוק עוסק בדיון בבית-משפט פלילי, ואילו אנו עוסקים בהליך משמעתי, ואין הרי הליך משמעתי כהרי הליך פלילי. עם זאת ישנם מקרים שבהם הדין הפלילי מקרין על הדין המשמעתי ומשליך על שיקול-הדעת שמפעילים בתי-הדין המשמעתיים. באותם מקרים יש לפרש את הדין המשמעתי בהרמוניה עם הדין הפלילי אם התכלית העומדת ביסוד החקיקה היא מאותו עניין. זהו הדין בענייננו. העותרת טוענת כי היא נפגעה מהטרדה מינית, מעשים מגונים ואינוס. כולם מעשים היכולים להוות עבירה פלילית. תלונתה הוליכה לפתיחת הליך משמעתי כנגד המשיב. הרצון להבטיח את "...[ ]שיתוף פעולה של קרבנות עבירה עם רשויות אכיפת החוק, שיתוף המותנה בהבנה ובהתיחסות לבעיות הקרבנות..." הוא שעמד בבסיס חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה. רצון זה יפה ודאי גם להליך המשמעתי. לפיכך על בית-הדין לייחס לו חשיבות רבה בבואו למנוע מנפגע עבירה להיות נוכח בדיונים של הנאשם.

...לאור האמור לעיל החלטה זו של בית-הדין אינה יכולה לעמוד. היא נוגדת את עצם רעיון הפומביות. אם פגיעה בפרטיות הנאשם תאפשר סגירת דלתות בית-המשפט, מה יישאר מעקרון הפומביות? אם ההשפעה על משפט אפשרי אחר תאפשר סגירת הדלתות, מה נותר מעקרון הפומביות? אכן, בהליכים פומביים תמיד עלולה להיפגע פרטיותו של הנאשם. מניעת נוכחתם של העותרת ושל האדם המלווה אותה בשל שיקול זה באופן שקבע בית-הדין, תעקר את החשיבות שמייחסת שיטת המשפט לנוכחותו של המתלונן בהליכים פרי תלונתו. הוא הדין לעניין היתרונות הדיוניים שיכולה להשיג המתלוננת. אכן, לנוכחותה של המתלוננת יכול שיהיה מחיר מבחינתו של המשיב, אך זהו המחיר הטמון בעקרון פומביות הדיון ובהבטחת זכותה של המתלוננת להיות נוכחת בהליכים המתנהלים כנגד מושא התלונה. משכך, נשמט הבסיס להחלטת בית-הדין שלפיה העותרת והמלווה אותה מנועים מלהיות נוכחים בדיונים באופן עקרוני, ודינה להתבטל. אין בכך כדי למנוע מבית-הדין לסגור הדלתיים גם בפני העותרת והמלווה אותה מטעמים מיוחדים בישיבה כזו או אחרת (השוו סעיף 15(ב) לחוק זכויות נפגעי עבירה).

[הויכוח ביחס לקו ההנמקה האלטרנטיבי] עיינתי בפסק-דינה של חברתי השופטת דורנר. על-פי גישתה, עניין לנו בהתנגשות בין שתי הוראות חוקתיות - הזכות לפרטיות ועקרון הפומביות - המצויות ברמה נורמטיבית שווה. בהתנגשות זו ידה של הפומביות על העליונה, שכן היא מהווה נורמה מיוחדת הגוברת על הזכות לפרטיות, המהווה נורמה כללית. זאת, על-פי הכלל הפרשני כי נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. למתודה זו של השופטת דורנר לבעיה שלפנינו איני יכול להסכים. גישתי מבוססת על התפיסה כי בהתנגשות (אופקית) בין נורמות חוקתיות השוות במעמדן הנורמטיבי והמשקפות ערכים ועקרונות, בדרך כלל אין לנקוט בכלל הפרשני לפיו נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. את ההתנגשות יש לפתור בדרך כלל תוך בחינת מהות והיקף הפגיעה בכל אחד מהערכים והעקרונות המתנגשים – תוך הבחנה בין פגיעה בגרעין הזכות או בשוליה – ואת השפעת ההתנגשות על המערך הנורמטיבי הכללי. ....

על-פי גישתה של חברתי, הזכות החוקתית לפרטיות אינה משתרעת על מצבים של פרטיות הפוגעים בפומביות הדיון, שכן על היבט זה של פרטיות מתגברת הפומביות תוך שגבולה של הפרטיות נתחם באופן שהוא איננו משתרע על פרטיות הפוגעת בפומביות. מכאן גישתה של חברתי כי חקיקה רגילה בתחום זה חופשית מכל הגבלה חוקתית הקשורה בזכות לפרטיות. לדעתי, אין לקבל גישה זו. אין מחלוקת בין חברתי לביני כי עניין לנו בתחום שבו הזכות לפרטיות ועקרון הפומביות מתנגשים זה בזה. התנגשות זו משקפת מצב טבעי בחברה דמוקרטית, שבה זכויות אדם מתנגשות אלה באלה (כגון הזכות לחופש הביטוי המתנגשת בזכות לשם הטוב), ושבה זכויות האדם מתנגשות בערכים ובעקרונות של החברה (כגון חופש הביטוי המתנגש עם הביטחון ושלום הציבור). פרט למקרים קיצוניים תוצאתה של התנגשות זו אינו מחייב קביעת הגבולות של הזכויות, הערכים והאינטרסים ברמה החוקתית תוך ביטולם של הזכות, הערך או האינטרס שידם על התחתונה. כך למשל איננו קובעים כי הזכות לחופש הביטוי אינה כוללת בחוּבּה ביטוי הפוגע בשם הטוב. אילו כך קבענו היינו מדללים את היקפן של הזכויות החוקתיות ושל הערכים והעקרונות הזוכים להכרה חוקתית, והיינו יוצרים מצב נורמטיבי שלפיו חקיקה רגילה הנוגעת לשם הטוב אינה כפופה למגבלות חוקתיות. תוצאה זו אינה ראויה ויש למונעה, אלא אם אין מנוס מהצורך להכריע ברמה החוקתית מהו גבולה של כל זכות. אכן, המאפיין את הדמוקרטיה הוא בעושר הזכויות, הערכים והעקרונות ובהתנגשות המתמדת ביניהם. ... אכן, פתרונם של ניגודים אלה - שהם טבעיים לדמוקרטיה ומעניקים לה את חיותה - לרוב אינו בקביעת היקפם של הזכויות, הערכים והאינטרסים ובהוצאת ההיבטים שידם על התחתונה מתחום השיח החוקתי ומתחום הביקורת החוקתית. פתרונם של ניגודים אלה הוא בהשארת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות, לערכים ולאינטרסים המתנגשים ברמה של חקיקה רגילה (איזון אנכי) החייבת לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אכן, אנו מבחינים בין היקף הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה בחקיקה הרגילה.

במקרה שלפנינו אין נדרשת כלל הכרעה ברמה חוקתית בהתנגשות בין הזכות לפרטיות לבין עקרון הפומביות. אף לא נטען בפנינו כי הוראת חוק זו או אחרת היא בלתי חוקתית. אין לנו צורך אפוא לקבוע את היקפן של הזכויות, הערכים והאינטרסים המצויים ברמה החוקתית, ופתרונו של המקרה שלפנינו הוא בפירושה של החקיקה המגנה על הפומביות. אכן, הזכות לפרטיות היא זכות מורכבת, שאת גבולותיה לא קל לקבוע. הוא הדין בפומביות. ... מקובל עליי כי בפרשה שלפנינו הפרטיות מתנגשת בפומביות. בהתנגשות זו אין ידה של האחת על העליונה, ואין האחת מבטלת את האחרת. השתיים ממשיכות להתקיים במלוא היקפן במשפט הישראלי. על-כן משתרעת פרטיותו של אדם גם על פרטיות בכל הנוגע לדיונים בבית-המשפט, ועל-כן משתרעת הפומביות גם מקום שהיא פוגעת בפרטיות. פתרונה של התנגשות זו - פתרון שיש להגיע אליו כדי שהפרט והציבור ידעו כיצד עליהם לפעול - אינו ברמה החוקתית. הפתרון מצוי בדברי החקיקה השונים ובפרשנותם הראויה. אלה פוגעים הן בפרטיות הן בפומביות. חוקתיותם נקבעת על-פי הוראותיה של פיסקת ההגבלה. פרשנותם נקבעת על-פי תכליתם. הן בקביעת התוקף של הוראת החוק הנוגעת לפומביות הדיון והפוגעת בפרטיות (על-פי פיסקת ההגבלה) הן בקביעת המובן של הוראה זו (בעת מתן פירוש ראוי) יש לאזן בין הפרטיות לפומביות. מקובל עליי כי באיזון זה - וכל איזון הוא תמיד צמוד מצבים טיפוסיים - יד הפומביות על העליונה. עם זאת אין בכך כדי לצמצם את היקפה של הזכות לפרטיות, הממשיכה להשתרע גם על דיונים בבית-המשפט. יש בכך רק כדי למנוע הגנת החוק על פגיעה בפרטיות הנערכת בין כותלי בית-המשפט במצב דברים כמו זה שלפנינו.

במישור החוקתי-העל-חוקי מוכרת הן הפומביות והן הפרטיות, בלא שנצטרך לקבוע את גבולותיהן. מידת ההגנה הניתנת לפומביות ולפרטיות קבועה בחקיקה הרגילה. אכן**,** סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה המכיר בפומביות, מוסיף וקובע כי זו מוכרת "זולת אם נקבע אחרת בחוק". חוק רגיל הקובע אחרת אינו חופשי לקבוע כל הסדר שיעלה על דעת המחוקק. עליו להיות לתכלית ראויה. עליו לקיים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; עליו להיות מידתי ({"פסקת ההגבלה השיפוטית"} ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 69-70; בג"ץ 312/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות (טרם פורסם); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם)). {במקביל} מידת ההגנה על הפרטיות קבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: האדם וחירותו. הוראה זו מאפשרת פגיעה בפרטיות באמצעות חקיקה רגילה. גם חקיקה זו אינה חופשית בתכניה. על החוק הפוגע לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. {במילים אחרות,} ההגבלה בחוק של הפומביות חייבת, איפוא, להתחשב – במסגרת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – בפרטיות; [ו]ההגבלה בחוק של הפרטיות חייבת להתחשב – מאותם טעמים עצמם – בפומביות. שתי ההגבלות צריכות להיות מידתיות. עניין לנו איפוא בסינתזה ובאחדות באשר להפעלתן של ההוראות בחוק הפוגעות בזכויות, בערכים ובאינטרסים הקבועים בהוראה חוקתית..

=-=

**פסקת ההגבלה ומרכיביה**

**"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה"**

א. **"אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק"**

ב. (חוק) "ההולם את **ערכיה של מדינת ישראל**"

ג. "שנועד ל**תכלית ראויה**"

ד. **"ובמידה שאינה עולה על הנדרש"** – זו דרישת המידתיות

=-=

**"אין פוגעים"** – האם החוק הנבחן חוקתית כלל פוגע (= שולל, מגביל) בזכות יסוד?

האם הפגיעה היא **בזכות-היסוד מוגנת** **ב"חוק יסוד"** – כלומר האם היא זכות חוקתית? *[דפי הפגישה הקודמת, הדיון היום בכיתה, וראו גם תוספת קצרה להלן]*

אם חצינו שתי משוכות אלו הגענו אל מרכיביה הבסיסיים של **"פסקת ההגבלה"** [מרכיבים א' עד ד' לעיל]

=-=

סוגיה לדיון **(המשך קצר לדפי הפגישה הקודמת)**:

**היקף ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון: אלו היבטים של זכות זו מוגנים מכוח הזכות ל"כבוד האדם"?**

*אני מניח כי חלקכם הוטרד* ממהלכו של בית המשפט העליון בפס"ד **חוק טל 1** **(התנועה לאיכות השלטון)** ביחס להיבטי השוויון הכלולים בגדרה של הזכות לכבוד האדם. דבריו של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, שצוטטו על ידי השופטת דורנר בפס"ד **מילר**, מצביעים על נקודה חשובה והם מעוררים תהייה (=שאלה) ביחס לאופן שבו בית המשפט בפס"ד חוק טל 1 מתמודד עם נקודה זו. להלן הדברים שנאמרו בדיון בכנסת על ידי חבה"כ רובינשטיין, מי שהיה יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט בעת קבלת חוקי היסוד:

"אין כאן [בחוק היסוד] סעיף שוויון כללי. נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי אפשר לקבל את הצעת החוק הכוללנית".

אני תומך במהלכו של בית המשפט. אני חושב שדבריו של חבה"כ רובינשטיין אינם מקימים משוכה גבוהה של ממש בפני מהלך זה. להלן נימוקי.

ראשית, חבה"כ רובינשטיין מדבר על העדר עיגון של סעיף שוויון ***כללי***, קריאיסור אפליה כללי, ברמה החוקתית. והנה פסק דין **חוק טל 1** לא גיבש סעיף שוויון שכזה. בית המשפט העליון גיבש כאן – סביב הזכות לכבוד האדם – ***הגנה על השוויון בהקשרים שבהם היחס השונה בין בני קבוצה אחת לבין בני קבוצות אחרות נוגע לפעולות שנוגעות או קרובות לליבת כבוד האדם***. דוגמא אכן מובהקת, היא השירות הצבאי, על מידת הסיכון ועל היקף הגבלת האוטונומיה הטמונה בו.

שנית, חוקים עובדים *דרך טקסט מילולי*, בין היתר, משום שהם נוצרים על ידי פעולה של *גוף קולקטיבי* – גוף המורכב מחברים רבים. כלומר חברי כנסת המתבוננים בטקסט, מבארים אותו לעצמם, מקשיבים לדיונים ביחס אליו, וכדומה. קשה לדלות (=לאתר) את ההבנה המדויקת, הברורה, של הטקסט, שכן אנשים שונים אולי הבינו כל אחד באופן קצת שונה מהאחר. יתר על כן, בטקסט חוקתי, בשל דרגת מופשטותו, נקודה זו נכונה מקל וחומר.

שלישית, ואולי בשל "הקולקטיביות" של הגוף המחוקק, שיטת הפרשנות הנוהגת בישראל היא "הפרשנות התכליתית". זו מתחקה אחר "תכלית הנורמה", להבדיל מכוונת מחוקקהּ [=מחוקקיה הרבים]. והנה פרשנות זו מפנה הן לתכליות הסוביקטיביות/ המיוחדות של הנורמה המשפטית והן לתכליות האוביקטיביות/ הכלליות שלה (=ערכי היסוד). וגם זה מרחיק אותנו – חלקית – מכוונת המחוקק, שבוטאה כאן, בין היתר, על ידי יו"ר ועדת החוקה.

רביעית, הכנסת בכובעה המכונן גוננה מפורשות על הזכות ל"כבוד האדם". היא קבעה את הזכות הזו – פעמיים, "אין פוגעים..." (סע' 2), "כל אדם זכאי להגנה..." (סע' 4) – ובית המשפט ניצב מול טקסט זה וצריך לפרשו. האם לפרשו כגישת השופטת דורנר (איסור השפלה בלבד) או כגישת השופטים **בחוק טל 1**? זו שאלה רצינית, אך אם מקבלים את הנקודות המושמעות כאן, הרי שאין טעם חזק להגביל את הזכות לכבוד האדם באופן צר למדי, כגישתה של השו' דורנר.

חמישית – ונקודה זו נכונה למהלכים מוּקשים או מורכבים של בית המשפט בכל הנוגע למבנה החוקתי של ישראל. צריך אכן להודות: החוקה של ישראל היא 'צולעת', והיא נבנתה והיא נבנית בצורה יוצאת-דופן בהשוואה לחוקות רגילות. עם זאת, חלק חשוב מהלגיטימיות של המבנה החוקתי שנוצר, נובעת מכך שמבנה זה הוא הפיך. במילים אחרות, זה לא בית משפט עליון בארצות הברית שמפרש חוקה נוקשה מאד, שלא תשתנה (מעשית) אלא באמצעות שינוי בפרשנותו שלו, של בית המשפט. קביעותיו של בית המשפט העליון בישראל בעניין תכני החוקה פתוחים לשינוי, ולטעמי אפילו פתוחים מדי לשינוי. והנה, אנו מצויים שמונה שנים לאחר פסק דין **חוק טל 1** והכנסת בכובעה המכונן לא פעלה כלל לשנות את הפרשנות שניתנה שם.

האין לתת לכך (ולטעמים הנוספים שהוזכרו) משקל של ממש?

=-=

להלן תרגיל מלפני מספר שנים. אנא "שבו" עליו ברצינות ונסו לפותרו

הניחו כי הצעת חוק שירותי תיירות (תיקון – מורי דרך), התש"ע–2010, המופיעה להלן, התקבלה. [אין זה מצב הדברים בהווה].

הכנסת השמונה-עשרה

הצעת חוק של חברי הכנסת **גדעון עזרא**

**אורי אריאל**

**כרמל שאמה**

**דני דנון**

**אברהם מיכאלי**

עתניאל שנלר

פ/2195/18

הצעת חוק שירותי תיירות (תיקון – מורי דרך), התש"ע–2010

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הוספת סעיף 3ב | 1. | בחוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976[[15]](#footnote-16), אחרי סעיף 3א יבוא: | | | | |
|  |  | "רישיון מורה דרך | | | 3ב. | (א) לא ישמש אדם מורה דרך בתמורה, לא ישמש מסיע בתמורה כמורה דרך ולא יציע שירותיו כמורה דרך בתמורה, אלא אם כן יש בידיו רישיון תקף לפי חוק זה (בסעיף זה – מורה דרך מורשה). |
|  |  |  |  |  |  | (ב) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיורים בישראל לתיירי חוץ, לא יעסיק מורה דרך, אלא אם כן הוא מורה דרך מורשה. |
|  |  |  |  |  |  | (ג) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיור בישראל שבו משתתפים לפחות 11 תיירי חוץ, ידאג לכך שהסיור ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי. |
|  |  |  |  |  |  | (ד) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ג), סיור בישראל שבמהלכו נוסעים תיירי חוץ במספר כלי רכב, ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי בכל אחד מכלי הרכב כאמור." |

דברי הסבר

מטרת הצעת החוק היא להביא לפתרונה של בעיה בענף התיירות, לפיה מספר רב של מורי דרך שלא קיבלו רישיון לפי חוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976, פוגעים בתדמיתה של מדינת ישראל, עקב כך שלא עברו הסמכה מתאימה ואינם יכולים להציג את מדינת ישראל בדרך נאותה. בנוסף, יש בעבודתם ללא רישיון כדי לפגוע בפרנסתם של מורי דרך מורשים. יש לציין כי חלק מההוראות המוצעות בהצעת החוק מעוגנות כיום בתקנות שירותי תיירות (מורי דרך), התשכ"ז–1967, אך בשל החשיבות העקרונית ראוי לעגן אותן בחקיקה ראשית.

בהתאם להצעת החוק, סוכנויות, ארגונים ומוסדות, שמארגנים סיורי תיירות בישראל, יחויבו לשכור את שירותיהם של מורי דרך מורשים בלבד, שכן הוצאת רישיון למורי דרך הינה מנגנון פיקוח להבטחת מקצועיותם של מורי הדרך ולשמירה על תדמיתה של מדינת ישראל, מה גם שמדינת ישראל משקיעה אמצעים רבים לשיפור תדמיתה כמדינה מודרנית, מערבית דמוקרטית וחופשית. זאת ועוד: הבאת תיירים לישראל כרוכה בהשקעה רבה מצד כלל הגורמים במשק, וכדי למנוע פגיעה בהשקעות אלה, ראוי להבטיח, כי יועסקו רק מורי דרך שעברו הכשרה מתאימה וקיבלו רישיון.

במדינת ישראל ישנם אתרים תיירותיים רבי-ערך. לא אחת ישנם חילוקי דעות באשר לאופן הצגתם של אותם אתרים מבחינה היסטורית, דתית, תרבותית ועוד. העיר ירושלים, על אתריה ההיסטוריים הרבים, מהווה דוגמא לאתר שקיימים לגביו חילוקי דעות כאמור. לחלק מתושבי מדינת ישראל, דוגמת תושבי מזרח ירושלים, ישנה פעמים רבות "נאמנות כפולה", שכן הם מצביעים לרשות הפלסטינית: תושבים אלה מציגים לעיתים עמדות אנטי-ישראליות בפני קבוצות תיירים אותן הם מדריכים. כדי להבטיח שתיירי חוץ ייחשפו לנקודת המבט הלאומית הישראלית, מוצע לקבוע כי סוכנויות נסיעות, וכל גוף המארגן סיורים לתיירי חוץ, ידאגו לכך שסיורים אלה ילוו על ידי מורה דרך שהוא אזרח ישראלי, אשר יש לו נאמנות מוסדית למדינת ישראל. הצורך בשמירה על האינטרס הלאומי של הצגת ישראל בדרך נאותה גובר על אינטרסים אחרים.

יצוין כי הוראות חוק דומות חלות במדינות זרות, בהן נהוג ומקובל כי מדריך מקומי מלווה כל קבוצות תיירים אשר נכנסת למדינה.

---------------------------------

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים, והונחה על שולחן הכנסת ביום, כ"ב באדר התש"ע – 8.3.10

א. התיקון לחוק מותקף משפטית.

ב. הניחו כי בית המשפט העליון מורה על בטלות ההוראה המתקנת.

הניחו עוד, כי לאחר הביטול מחליטה הכנסת לחוקק את התיקון מחדש, אך מוסיפה לצידו הוראה, שזו לשונה: "הוראות סעיפים [סעיפי התיקון] תקפות על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הניחו כי התיקון החדש מתקבל ב"רוב של חברי הכנסת".

עתה הניחו כי גם תיקון חדש זה מותקף.

ג. הניחו כי בית המשפט העליון מורה גם על בטלות התיקון החדש.

הכנסת מתקנת את חוק יסוד: ירושלים, ומוסיפה את ההוראה הבאה, ובה שני סעיפי משנה:

א. לא ישמש אדם מורה דרך בתמורה, אלא אם כן יש בידיו רישיון תקף לפי חוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976;

ב. נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיור בירושלים שבו משתתפים לפחות 11 תיירי חוץ, ידאג לכך שהסיור ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי.

התיקון לחוק היסוד התקבל ברוב רגיל של חברי הכנסת. **סעיף משנה ב'** מותקף.

=-=

חלקו את פתרונכם לשלשה חלקים: העלו את הטענות ואת טענות-הנגד העיקריות הצפויות בכל אחת משלש העתירות.

במקום שבו אתם יכולים לגבש בקלות יחסית הכרעה – לו הייתם בית המשפט המכריע בעתירות – אזי תשמיעו אותה ואת נימוקיה.

עם זאת, בשלב זה של הקורס, שבו הדיון המורכב בזכויות האדם עוד בפנינו, אין לנו ציפייה להכרעה מקיפה ומעמיקה. אנו רוצים לראות בעיקר את מתווה הניתוח המשפטי שלכם (כלומר, את הצורה שבה ניגשים להתמודדות עם השאלות העולות כאן), ולשמוע את האופן שבו אתם מזהים את הסוגיות המשפטיות העיקריות ואת הטיעונים העיקריים בעניינן.

כללית, לעניין ניסיון ההכרעה שלכם בשאלות מסוימות המטופלות על ידיכם: חלק מהסוגיות הטמונות בתרגיל זכו להכרעה בבית המשפט העליון, וחלק לא. במקרה של העדר הכרעה משפטית ברורה בסוגיה משפטית-חוקתית כזו או אחרת, הפנו לעמדות מרכזיות שונות שעמן נפגשתם בחומר הקריאה ובדיוני הכיתה. עם זאת, אם עמדה מסוימת הפכה להיות הלכה פסוקה או שהיא מסתמנת בבירור כעמדה המקובלת יותר בבית המשפט העליון, אינכם חייבים – במגבלות הקיימות של ההיקף – לעמוד על המחלוקת.

**מספר הערות שתפקידן לכוון עוד יותר את הניתוח הקונקרטי בתרגיל:**

^ שאלת חובת הרישיון – משמע, התניית פעילותם בתמורה של מורי דרך, כולם או חלקם, ברישיון מטעם משרד התיירות – מוסדרת במידה מסוימת בדין הקיים בטרם התיקון. עם זאת, לצורך הפחתת המורכבות, **הניחו כי חובת הרישיון נוצרת עתה כאן בתיקון**.

^ בכל אחד מהחלקים התמקדו בשאלת **תוקף התיקון המותקף**, זאת להבדיל משאלות משפטיות אפשריות נוספות שמושמעות במידע המופיע בחלק מחומר הקריאה שיוזכר להלן.

^ ובסמוך, בחלק מחומר זה תיתקלו בטענות ביחס למשפט השוואתי וביחס למשפט הבינלאומי. כללית, הנחות/טענות אלו כמובן דורשות בדיקה בטרם אימוצן; ואולם בתרגיל זה **אל תיכנסו כלל לשאלת בירור הדין הבינלאומי או ההשוואתי**.

=-=

מדובר בהצעת חוק קיימת שהיו כלפיה תגובות סוערות למדי בשיח הציבורי. היא מנמקת את עצמה, כפי שראיתם לעיל. במקביל, ראו להלן קישוריות לשורה של תגובות ביקורתיות (ברובן). מדובר בקטעי עיתונות או תכתובת של ארגונים שונים. תגובות אלו מסייעות להבין "על מה המהומה", אך הדיון המופיע בהן עלול להיות לעיתים לא מדויק או שטחי, מנוסח בלשון גסה, וכדומה. מכל מקום תגובות אלו רחוקות מלמצות את מכלול הסוגיות המתעוררות בתרגיל, ובוודאי רחוקות מלהבהיר את לבושן המשפטי ואת ניתוחן המשפטי.

חיפשתי די הרבה באינטרנט אחר כתיבה עיתונאית האוהדת את הצעת החוק, אך מדובר בהתרחשות די טרייה, ואולי לכן לא נכתבה עדיין תגובה מכיוון זה. אם תמצאו כתיבה אוהדת שכזו שלחו אלי את הלינק ואעביר גם אותו.

אתם מוזמנים לפיכך להסתייע בתגובות הללו אך זאת בזהירות המתבקשת:

<http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1194258.html>

[http://www.itga.org.il/ArticleDetails.aspx?Id=314#](http://www.itga.org.il/ArticleDetails.aspx?Id=314)

<http://www.ir-amim.org.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/tguva.doc>

<http://www.adalah.org/newsletter/ara/oct10/tourism.pdf>

<http://www.nrg.co.il/online/54/ART2/156/074.html>

<http://www.nrg.co.il/online/55/ART2/164/861.html>

<http://zope.gush-shalom.org/home/he/channels/avnery/1287833216/>

<http://www.hahem.co.il/friendsofgeorge/?p=1958>

=-=

**לפגישה הקרובה:**

א. קראו את פס"ד **צמח** (אורך תקופת המעצר המירבית של חיילים, בטרם הבאתם בפני שופט, בהשוואה לאזרחים): הפסקאות המבוקשות מפסק דינו של השופט זמיר. אנא ראו את האופן שבו פוסע מסלול ההנמקה ובחנו את הנימוקים. האם מוסכמים עליכם?

ב. קראו כמו כן את התרגיל לדוגמא שהופיע לעיל. אל תחפשו את פתרונו. אשמיע את הפתרון בדפי הפגישה הקרובה. נסו פשוט לחשוב עליו באופן עצמאי ונדבר עליו בפגישה הקרובה.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, דצמבר 2014, ***פגישה 14***

**החוקה הפורמאלית של ישראל**

**"מתקל בין דינים" – סוגים שונים של מתקלים;**

**הזכויות המוגנות חוקתית;**

**ומרכיביה של "פסקת ההגבלה"**

**כמה משפטי קישור או הבהרה ביחס למתקלים של דינים, ובאשר לדיונינו עד עתה**

בעת שדיברנו על "החוקה המהותית" של ישראל דיברנו על **ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית**.

דיברנו על **פרשנות** שנעשית בהשראתם של ערכי יסוד אלה ("הפרשנות התכליתית" של הדין, הפונה אמנם גם לתכליות המיוחדות של הוראת דין כזו או אחרת, אך גם פונה במקביל לתכליות הכלליות של הדין, כל דין – שהן לשרת את אותם ערכי יסוד, ולחתור לאיזון הראוי ביניהם בעת שמופיע מתח בינם לבין עצמם).

דיברנו גם על "מתקלים" שונים, כמו בין "פעולות מינהל" למיניהן – דוגמת סגירת משרדי הרישוי בפני המאכרים (**בז'רנו**) או הסירוב להשכיר רכוש ציבורי מטעמים מפלים (**פרץ נ' כפר שמריהו**) – לבין זכויות האדם שבית המשפט הכיר בהם כחלק מהמשפט הישראלי (רובד "המשפט המקובל נוסח ישראל").

מאז התפתח המשפט הישראלי.

**חלק מזכויות האדם זכו עתה להגנה בחקיקה של הכנסת** – זכויות חברתיות חשובות מאד – דוגמת חינוך, בריאות, רווחה, שיכון – אך גם זכויות אדם במישור חירותו – בנושא מעצרים וחיפוש, ביחס להעמדה לדין פלילי, ביחס להאזנת סתר, פגיעה בפרטיות ועוד ועוד.

**ואז במחצית הראשונה של שנות ה-90 מגיעים חוקי היסוד של זכויות האדם**, ובעקבותיהם פס"ד **בנק המזרחי**, **ו"המהפכה החוקתית"** מתגבשת.

מהי "המהפכה החוקתית"?

א. ממודל משטרי ווסטמינסטריאלי – של הפרלמנט כ"ריבון" שאין ערעור על תחיקתו -> הפיכתה של ישראל לסוג של דמוקרטיה פרלמנטארית-חוקתית.

אלא שחוקתה של ישראל היא בעייתית מטעמים שעליהם דיברנו בפגישות קודמות.

ב. מה המשמעות הגדולה של השינוי הזה?

1. אם בעבר זכויות היסוד היו כפופות לאפשרות סיוגן/שלילתן בחקיקה של הכנסת, עתה, בעקבות המהפכה החוקתית, תוקפם של חוקים מותנה בהתיישבותם עם הוראות חוקתיות – אלו המגוננות על זכויות אדם רבות (אך לא על כל זכויות האדם), אך גם מאפשרות להגבילן – אם ההסדר המגביל המופיע בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בחוק) מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

במילים אחרות, רוב זכויות האדם המרכזיות (וכן הסדרי-יסוד נוספים) שינו את מיקומן בפירמידה הנורמטיבית, והן עלו "שתי קומות" – זכויות אדם עלו מהמשפט המקובל נוסח ישראל אל חוקי היסוד – או עלו קומה אחת, מדרגה השווה לחוקים לדרגה העליונה על חוקים (חוקי היסוד המוסדיים: הממשלה, נשיא המדינה, מבקר המדינה, הצבא, ירושלים בירת ישראל וכדומה).

2. הקניית הסמכות לבתי המשפט ל"ביקורת שיפוטית חוקתית" – ביקורת על תוקפם של חוקים.

בפגישות האחרונות עסקנו ב"מתקלים" חדשים המאפיינים את התקופה של אחרי המהפכה החוקתית, ואולם שימו לב שהמתקלים "הישנים" – אלו שבין, למשל, פעולות מינהל למיניהן לבין המשפט המקובל נוסח ישראל, נותרו גם נותרו.

מה המתקלים החדשים שפגשנו?

פגשנו מתח בין החוקה הפורמאלית לבין החוקה המהותית – פסק דין **בר-און**, ותקיפתו של חוק יסוד תקציב המדינה הדו-שנתי;

פגשנו מתח/ מתקל אפשרי בין הוראה חוקתית אחת לבין הוראה חוקתית אחרת – פס"ד **פלונית נ' בית הדין המשמעתי,** בנושא פומביות הדיון לעומת פרטיות הנאשם

**התחלנו גם לפגוש את המתקל השגור יותר, הטיפוסי יותר, זה שבין חוק לבין הוראת חוק יסוד**:

התחלנו מהמקרה שהוא קצת סבוך יותר, **זה שבין חוק לבין הוראת חוק יסוד שאיננו מלווה בפסקת הגבלה**. פגשנו כאן את **"פסקת ההגבלה השיפוטית"** (שקרויה לעיתים, פסקת ההגבלה האנלוגית) – פס"ד **מופז**;

עתה אנחנו נכנסים יותר לעומק של מרכיבי "פסקת ההגבלה".

אך לפני זה אנחנו מנסים להבין מהן זכויות האדם שזכו למעמד חוקתי, ומהן זכויות האדם שלא זכו למעמד זה.

=-=

**מי מזכויות היסוד של האדם זכו למעמד חוקתי?**

דפי פגישה 12

=-=

**פסקת ההגבלה ומרכיביה**

**מהלך הבדיקה/ הניתוח החוקתי:**

**"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה** אלא..." בכפוף לתנאי "פסקת ההגבלה".

1**. "אין פוגעים"** – האם החוק הנבחן חוקתית כלל פוגע (= שולל, מגביל) בזכות יסוד?

2. האם הפגיעה היא **בזכות-היסוד מוגנת** **ב"חוק יסוד"** – כלומר האם הזכות הנפגעת היא חוקתית?

3. (רק) אם חצינו שתי משוכות הללו הגענו אל מרכיביה הבסיסיים של **"פסקת ההגבלה"**

**מרכיבי פסקת ההגבלה**

א. **"אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק"**

ב. (חוק) "ההולם את **ערכיה של מדינת ישראל**"

ג. "שנועד ל**תכלית ראויה**"

ד. **"ובמידה שאינה עולה על הנדרש"** – זו דרישת המידתיות

# =-=

# המרכיב הראשון – "דרישת ההסמכה":

# "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא … בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו"

כשלמדנו על החוקה המאטריאלית למדנו כי אחד מעקרונותיה החשובים הוא **עקרון חוקיות המינהל**: "אין סמכות לשום רשות מינהלית אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק".

לכאן הצטרף עקרון/ כלל מרכזי נוסף **דרישת החוקיות המיוחדת** – הקפדה מיוחדת עם הרשות ביחס להתיימרות לסמכות להגביל זכויות יסוד: הצורך בכך שההסמכה לכך, המוענקת בחוק (=חקיקה ראשית), תהיה הסמכה מפורשת/ הסמכה ברורה.

בג"צ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב' 80, 83:

כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם, וכל זמן שלא הוטל מטעם החוק… כל תנאי מוקדם להכשרתם… זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק.

**דרישת החוקיות המיוחדת עוגנה עתה ברמת החוקה הפורמאלית – "בפסקת ההגבלה"; זאת *ביחס לזכויות המוגנות בחוקי היסוד*.**

**=-=**

בג"צ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (2006)

[דפי פגישה 12]

העותרות ביקשו לקיים הפגנה. מפקד המשטרה התנה מתן הרישיון להפגנה בהצבתם של גדרות, מאבטחים, וסדרנים מטעם מארגני ההפגנה ועל חשבונם. כן התנה הוא את מתן הרישיון בהצבתם של כבאיות ואמבולנסים. רשות הכבאות ואגודת מגן דוד אדום התנו את מתן שירותיהם בתשלום מצד מארגני ההפגנה. כנגד חוקיותן של דרישות אלה – מצד מפקד המשטרה, רשות הכבאות, ואגודת מגן דוד אדום – מופנית העתירה שלפנינו.

נידונות כאן שתי סוגיות נוספות וחשובות:

ההוראה הרלבנטית בפקודת המשטרה היא חקיקה "עמומה" – האין זה פוגע בחוקתיותה? [המרכיב הראשון של פסקת ההגבלה; אך אזכורה במקביל של פסקת "שמירת הדינים", שמגוננת על פקודת המשטרה מפני ביקורת שיפוטית חוקתית]

האם חופש הביטוי הפוליטי וחופש ההפגנה מוגנים חוקתית? (שהרי הם אינם מוגנים מפורשות) [אוביטר]

**פקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971**

סימן ב': אסיפות ותהלוכות

83. בסימן זה –

הגדרות

"אסיפה" – חמישים איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני או כדי לדון בנושא כזה;

"תהלוכה" – חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי להלך יחד, ממקום למקום, בין שהם בתנועה ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו;

"מחוז", לענין סעיף 84 – מחוז משטרה, או כל תחום משטרתי משני שהמשטרה שבו נתונה לפיקודו של קצין המשטרה הבכיר שנתן את ההודעה לפי אותו סעיף.

84. (א) סבור מפקד משטרת המחוז כי קיום הבטחון הציבורי או הסדר הציבורי מחייבים זאת, רשאי הוא לדרוש, בהודעה לציבור, כללית או מיוחדת, שכל הרוצה להועיד, לארגן או לקיים במחוזו אסיפה או תהלוכה יבקש בכתב מאת הממונה רשיון לכך, לא פחות מחמישה ימים או זמן אחר שיפורש בהודעה לפני היום שנועד לקיום האסיפה או התהלוכה. [...]

הסדרת אסיפות ותהלוכות

85. הוגשה בקשה לרשיון, בעקבות הודעה שפורסמה לפי סעיף 84, רשאי הממונה –

רישוי

(1) ליתן את הרשיון;

(2) ליתן את הרשיון בערובה או בתנאים או בסייגים אחרים שיראה לנכון לחייב בהם, והתנאים והסייגים יירשמו על גבי הרשיון;

(3) לסרב ליתן את הרשיון.

86. אין חובת אגרה בעד רשיון לפי סעיף 85.

רשיון פטור

מאגרה

=-=

השו' דורנר בבג"צ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נג(4) 673 (1999)

**[הסיטואציה ושאלת "הפגיעה" בזכות]**

1. העותרים 1 ו-3 (להלן: העותרים) עוסקים באיבחון של ליקויי למידה אצל תלמידים. [...]

2. בחודש ספטמבר 1996 הוציא משרד החינוך חוזר בחתימת מנהלו הכללי, בן -ציון דל, שהופץ במוסדות החינוך בכל הרמות. בחוזר נקבע, כי משרד החינוך יכיר רק באבחנה של ליקויי למידה (אבחנה מבדלת) שנעשתה על-ידי פסיכולוג חינוכי מומחה (כמוגדר בתקנות הפסיכולוגים (אישור תואר מומחה), תשל"ט1979 -). משנשללה ההכרה של מערכת החינוך באיבחוניהם של [העותרים], שוב לא היה טעם לתלמידים שנזקקו לאיבחון לבקש את שירותיהם. מספר הפונים אליהם ירד במידה ניכרת.

3. [...] העותרים טענו בעתירתם, כי העדפת הפסיכולוגים החינוכיים, ....פוגעת בחופש העיסוק של המאבחנים, ולפיכך נוגדת את הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק. בעניין זה העותרים טענו, כי חוזרי המנכ"ל אינם מעוגנים בחוק של הכנסת.

5. ... המשיבים [משרד החינוך] טענו כי אין בחוזרי המנכ"ל כל פגיעה בחופש העיסוק, משום שאין הם אוסרים על העותרים או על אחרים להמשיך בעיסוקם. אין לקבל טענה זאת.

השאלה, אם החלטה של רשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, צריכה להיבחן באופן מהותי ולא פורמלי. פגיעה בחופש העיסוק אינה מתרחשת רק כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, למשל על-ידי הטלת איסור על העיסוק או דרישת רישיון. גם שלילה בפועל של האפשרות לעסוק בעבודה או משלח-יד מסוימים מהווה פגיעה בחופש העיסוק. [...] רשות עשויה לפגוע בחופש העיסוק על-ידי כך שתסכים לקבל את תוצר העיסוק מבעלי הכשרה מסוימת בלבד, וזאת אף מבלי שתטיל איסור על עצם העיסוק של בעלי הכשרה שונה. מדיניות כזאת של רשות תיחשב פגיעה בחופש העיסוק אם בפועל היא שוללת, או מגבילה באופן קשה, את אפשרות העיסוק. [...] אומנם, ככלל, חופש העיסוק אינו מטיל על המדינה ורשויותיה חובה להעסיק. חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק. ... המצב שונה מקום שבו למדינה מונופול על ההעסקה או על השימוש בתוצרי העיסוק, והימנעותה מלהעסיק שוללת את אפשרות העיסוק. שלילה כזו מהווה, במהותה, פגיעה בחופש העיסוק.

6. בענייננו, המדינה אינה אך נמנעת מלהעסיק את העותרים ושכמותם כמאבחנים של ליקויי למידה, אלא נמנעת מלהכיר באיבחוניהם אף כששירותיהם נרכשים על -ידי אחרים. אי-ההכרה של משרד החינוך באיבחוני העותרים חוסמת בפניהם את העיסוק כולו. הגורם היחיד הנזקק לאיבחונים, ואשר חולש בפועל על עיקרו של תחום החינוך בארץ הוא משרד החינוך. ... מבחינה מהותית אין הבדל של ממש בין אי-הכרה זו לבין קביעת תנאי, שלפיו יוכלו לעסוק באיבחון של ליקויי למידה רק בעלי הכשרה בפסיכולוגיה חינוכית.

**[האם סעיפי הסמכה כלליים מספיקים?]**

10. […] תיתכן טענה, כי עניינים אלה נופלים למסגרת הוראות ההסמכה הכלליות בחוקים אלה, הקובעות את שר החינוך והתרבות כממונה על ביצועם. ראו סעיף 34 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953, וסעיף 23 לחוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988. לפי טענה זאת, מסמיכות הוראות אלה את השר לעשות את כל הדרוש לביצוע יעיל של החוקים ולהגשמת מטרותיהם, ודי בכך לשם הגשמתו של עקרון חוקיות המינהל. […] טענה זאת יש לדחות. ככלל, אין לפרש חוק כפוגע או כמסמיך לפגוע בחופש העיסוק, זולת אם הדבר נקבע בו במפורש. […] הלכה דומה חלה לעניין היקפן של סמכויות-עזר לפי סעיף 17(א) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981. ככלל, אין באמור בסעיף זה, כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת", כדי להוות מקור לסמכות של רשות מינהלית לפגוע בזכויות-האדם.

[עיינו אכן בסע' 34 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953 *(והשוו בתוכו בין הסמכה כללית לבין הסמכה ממוקדת/פרטנית)*:

"**השר ממונה על ביצוע חוק זה והוא יתקין תקנות *בכל ענין הנוגע לביצועו***, ובכלל זה תקנות בדבר — [...]

*{השוו להסמכה הממוקדת הבאה:}*

(8) מניעת כל תעמולה מפלגתית ומדינית במוסד חינוך בכל צורה שהיא, בין על ידי מורי המוסד ועובדיו ובין על ידי אנשים מן החוץ.]

**[מהו אחד הרציונלים העיקריים העומד בבסיס דרישת החוקיות המיוחדת?]**

9. […] אומנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת-משנה, ולא-כל-שכן בחוזרי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר. שכן, במרבית המקרים הליך החקיקה בכנסת הוא מורכב, ממושך, ויקר יותר מן ההליך המינהלי. אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום בו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות-האדם. דווקא "סרבולה" של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש.

11. כאמור, הצדקה מרכזית של הדרישה לכך שפגיעה בחופש העיסוק תיעשה בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו, היא בערכי הדמוקרטיה. במדינה דמוקרטית נדרשות פגיעות בזכויות-האדם לקבל גושפנקא של נבחרי העם. ממילא, פגיעה בזכויות-האדם אך מכוח הנחיה מינהלית אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל... ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

=-=

משפט משווה:

**מה פירוש "הסמכה מפורשת"?**

האם רק הסמכה לפגיעה בזכות יסוד המצוינת בחוק הנבחן "בלשון מפורשת" או **גם** כאשר אותה "סמכות [לפגיעה בזכות] נחוצה להגשמת התכלית הפרטיקולרית של החוק".

**דוגמא** מפסק דין קנדי: R. v. Tompsen (1988) 63 C.R. 3d 1, העוסק בדרישת "ההסמכה" המוצבת בצ'רטר הזכויות והחירויות שם (מגילת הזכויות החוקתית של קנדה): האם נדרשת "לשון מפורשת" בחוק המסמיך או די לעיתים ב"**תכלית** מפורשת"?

האם לא ראוי לטעון, כי כאשר הסמיך המחוקק במפורש את המשטרה לעצור כלי רכב ולבצע לאלתר בדיקת נשימה לנהג, הרי שממטרת החוק הזה, שהיא מטרה ברורה, ניתן להסיק מכללא (במשתמע) שהחוק **הגביל את הזכות החוקתית של הנהג להיוועץ בעורך דין**, **על אף שהחוק שהסמיך את המשטרה שתק** בנקודה זו?

ביתר הרחבה:

האם נהג שעוכב על פי חוק כדי להיבדק בנוגע לכמות האלכוהול בדמו זכאי להיוועץ עם עו"ד?

ס' 10b של הצ'ארטר מעניק זכות היוועצות לכל אדם שנעצר או עוכב על ידי המשטרה;

ואולם, אפשר להגביל את הזכות החוקתית הזו לפי חוק, אם הדבר תואם את מרכיביה של "פסקת ההגבלה" (הפעם זו הקנדית, המופיעה בסע' 1 לצ'ארטר):

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it **subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.**

**בית המשפט בפס"ד R. v. Tompsen** קובע כי הסמכה בחוק יכולה לנבוע גם באופן משתמע מחוק, או מהדרישות הקשורות ליישומו בפועל. משמע, לא נדרש שהגבלת הזכות בחוק תהיה כזו שבהכרח מציינת במפורש את הפגיעה ואת הזכות הנפגעת.  
במקרה זה סעיף החוק מורה שעל הנהג להיענות לדרישה להיבדק באופן מיידי. ברור שכדי לבצע את הבדיקה (של שיעור האלכוהול בדם) באופן יעיל לא ניתן להמתין לעו"ד, שהרי בדיקה שכזו צריכה להיעשות באופן מיידי. לפיכך ניתן להסיק שהחוק מתיר את הפגיעה בזכות ההיוועצות בעו"ד אף מבלי שהוא, החוק, ציין זאת מפורשות. במלים אחרות, הפגיעה כאן בזכות ההיוועצות נעשית לפי חוק.

=-=

**מרכיביה הנוספים של פסקת ההגבלה: דרישת "התכלית" ודרישת "המידתיות"**

**(מידתיות האמצעים שמופעלים בשירותה של התכלית)**

בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון** (1999) [ההדגשות הוספו] **–** השופט זמיר

17. החירות האישית היא, מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתירה מזאת. החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקנין ובזכויות נוספות. [...] מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית. מעצר כזה, להבדיל ממאסר, אינו מוטל על ידי בית המשפט, לאחר הליך שיפוטי, כעונש על ביצוע עבירה. הוא מוטל על ידי רשות מינהלית, על אדם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, על יסוד חשד בלבד. [...] **מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות.** בהתאם לכך, יכול להיות הבדל, לדוגמה, **בין רמת ההגנה על החירות האישית לבין רמת ההגנה על זכות הקנין**, כשם שיכול להיות **הבדל ברמת ההגנה בין מקרה של שלילה מוחלטת של החירות לבין מקרה של פגיעה מוגבלת בחירות**. [...] עם זאת, כידוע, לא כל פגיעה בחירות האישית עומדת בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. החירות האישית, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ניתן להגביל את החירות האישית, ובנסיבות מסויימות אף צריך להגביל אותה, כדי להגן על זכויות אחרות או על אינטרס ציבורי. חוק-היסוד מכיר בצורך זה והוא קובע תנאים לצורך זה. תנאים אלה נקבעו בפיסקת ההגבלה שבחוק-היסוד.

38. […] וזו הרי טענת המשיבים, שקיצור תקופת המעצר, בשלב זה, עלול לפגוע במשמעת הצבא, לגרום להתרחבות התופעה של היעדרות מן השירות, ותוצאות נוספות שיפגעו במהות ובאופי של השירות הצבאי.

39. עם זאת, המשיבים אינם מציגים תוצאות שליליות אלה כתוצאות בלתי-נמנעות. לדבריהם, אפשר למנוע אותן. כדי למנוע אותן הם צריכים שניים אלה: ראשית - זמן; שנית - משאבים. לכן השאלה היא, אם צרכים אלה יש בהם כדי למנוע, כיום הזה, קיצור תקופת המעצר.

נבדוק תחילה את הצורך במשאבים. האם הצורך במשאבים יש בו כדי למנוע את קיצור תקופת המעצר? באופן עקרוני, אין לשלול את האפשרות שהיקף המשאבים הנדרשים ימנע, באופן מעשי, את קיצור התקופה. וכבר אמר מי שאמר כי הפער בין מצוי לבין רצוי הוא, בגימטריה, כסף.

המשיבים פירטו בפני בית המשפט את המשאבים שיידרשו לצורך קיצור תקופת המעצר. ראו לעיל פיסקה 36. משאבים אלה, אף כי אינם מבוטלים, אינם בסדר גודל שמחוץ ליכולת הצבא. יש להעמיד את סדר הגודל של המשאבים הנדרשים (אפילו אם לא ניתן לצמצם אותם) כנגד סדר הגודל של הפגיעה בחירות האישית של החיילים: כ10,000- חיילים הנעצרים מדי שנה (ברוב גדול של המקרים - בגין עבירה של עריקה) על ידי שוטרים צבאיים. מה מכריע את הכף? התשובה תלוייה בעיקר במשקל היחסי של החירות כנגד המשאבים. מהו, אם כן, המשקל היחסי? שאלה זאת מציבה מבחן לחברה בישראל: החברה נבחנת, בין היתר, על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי, לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם. […].

נראה כי המחיר הנדרש במשאבים של אדם וכסף, כדי לקצר את תקופת המעצר הקיימת, בהתחשב במשקל המיוחד הנודע לצמצום הפגיעה בחירות האישית של חיילים, הינו מחיר סביר. קל וחומר אם ייבדק ויימצא כי ניתן (והדעת נותנת שניתן) לשנות את ההיערכות והנהלים, בכל הנוגע למעצר חיילים, באופן שיפחית את המחיר. מכל מקום, מחיר זה אינו יכול לשמש טעם טוב לפגיעה בחירות האישית של חיילים כה רבים מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. אכן, גם הקיצור של תקופת המעצר בידי שוטר אזרחי, מתקופת של 48 שעות לתקופה של 24 שעות, חייב את המשטרה להיערכות מיוחדת, והיערכות כזאת דורשת משאבים של אדם וכסף. אף-על-פי כן, לא היה בכך כדי להרתיע את המחוקק מקיצור תקופת המעצר, מתוך נכונות לשלם מחיר כדי להגן על חירות האדם. ...

40. נותר הצורך בזמן, הנדרש על ידי הצבא כדי להיערך כראוי לקיצור תקופת המעצר, באופן שלא תיפגע המשמעת בצבא ולא תורחב התופעה של היעדרות מן השירות.

המשיבים הודיעו לבית המשפט (בחודש ספטמבר 1997) כי לאחר שתקופת המעצר המירבית תקוצר ל-96 שעות, בחודש יולי 1998, הם זקוקים לשנה אחת לצורך בחינה של ההסדר החדש, וכי בעקבות הבחינה, לקראת שנת 2000, הם יציעו תיקון לחוק, "אשר יביא לצמצום משך המעצר הראשוני עד להבאה בפני שופט ל48- שעות בלבד, וזאת במידה ולא יתקיימו נסיבות אשר יחייבו לדחות את החקיקה לתקופה לא ארוכה נוספת". ראו לעיל פיסקה 36. כיוון שהצבא עצמו הכיר בכך שראוי ואפשר לקצר את תקופת המעצר, היה בידו זמן לא מועט, במהלך ההתדיינות, כדי להיערך לקיצור התקופה. אולם, עד היום לא שמענו מפי המשיבים כי הם נערכו או נערכים לקיצור התקופה. מכל מקום, עד היום לא הופץ אפילו תזכיר חוק המציע קיצור התקופה. ואנו כבר בשלהי השנה, ושנת 2000 בפתח. מסתבר, אם כן, כי יש צורך בהכרעה של בית המשפט.

41. מכל האמור עולה מסקנה כי החוק המתקן הקובע שתקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי היא 96 שעות, אינו עומד עוד במבחן המידתיות: כיום הוא פוגע בחירות האישית של החייל מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

מה הסעד הראוי בעקבות מסקנה זאת? ברור, כפי שבית-המשפט אמר לא פעם, שבית-המשפט נוהג בזהירות ובאיפוק עד שהוא מצהיר על הוראת חוק כי היא סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך היא בטלה. אולם, במקרה זה, אפילו המשיבים אינם חולקים על כך שהחוק המתקן פוגע בחירות האישית של חיילים מעבר למידה הנדרשת ורצוי, אף לדעתם, לקצר את תקופת המעצר שנקבעה בחוק, ולהעמיד אותה על 48 שעות בלבד. המחלוקת בין העותרים לבין המשיבים סבה, לכאורה, על המשאבים הנדרשים כדי לעבור מן המצוי אל הרצוי. אך לא זו בלבד שהמשאבים הנדרשים, לפי חישובים שנערכו על-ידי המשיבים, אינם בסדר גודל בלתי סביר, אלא אף המשיבים סבורים כי אפשר וראוי להשקיע משאבים אלה. אכן, בהתחשב בחשיבות המיוחדת של החירות האישית, וכן בהתחשב בכך שהחוק הנדון חל על מעצר של 10,000 חיילים לערך מדי שנה בשנה, סדר הגודל של המשאבים הנדרשים אין בו כדי למנוע, או אפילו לעכב, את תיקון החוק באופן שיקצר את תקופת המעצר בידי שוטר צבאי, עד שפגיעתו בחירות האישית לא תעבור את המידה הנדרשת.

42. לפיכך אנו מצהירים בזה כי הוראת החוק המתקן, הקובעת תקופת מעצר מרבית של 96 שעות, סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותה פוגעת בחירות האישית, כפי שנקבעה בסעיף 5 לחוק היסוד, במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, ולפיכך היא בטלה.

43. שאלה היא, מהי הוראת החוק שצריכה לבוא במקום ההוראה הבטלה. לשון אחר, מהי תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי, עד שהוא מובא בפני שופט, שפגיעתה בחירות האישית לא תעלה על המידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. בנסיבות המקרה, בית-המשפט פטור ממתן תשובה, שכן המשיבים עצמם הגיעו למסקנה, והודיעו עליה לבית-המשפט, שראוי לקבוע בחוק תקופת מעצר מרבית של 48 שעות. האם תקופת מעצר של 48 שעות תעמוד במבחן המידתיות? הסמכות לקבוע את תקופת המעצר נתונה למחוקק, ובידו גם שיקול-הדעת בשאלה מהי התקופה הנדרשת, ובלבד שהתקופה לא תחרוג ממיתחם המידתיות. לכאורה, אם המחוקק יקבע תקופת מעצר של 48 שעות, היא התקופה הנראית למשיבים כתקופה ראויה, יש יסוד לטענה כי במצב הקיים כיום תקופה זאת לא תחרוג ממיתחם המידתיות, כפי שנדרש על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשלב זה אין בית-המשפט נדרש לתת תשובה פסקנית יותר.

44. כידוע, הצהרה של בית-המשפט על בטלות חוק, או הוראה בחוק, אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי. היא יכולה להיות עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 1715/97 [11], בעמ' 417. במקרה זה, הנסיבות מחייבות לדחות את מועד הכניסה לתוקף של הצהרת הבטלות, כדי לתת סיפק בידי המשיבים להגיש את הצעת החוק הנדרשת לכנסת, לתת סיפק בידי הכנסת לדון כנדרש בהצעת החוק, ובין לבין לתת סיפק בידי המשיבים להכין את הצבא כנדרש לקראת החקיקה הצפויה. בהתאם לכך אנו קובעים כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שישה חודשים מיום מתן פסק-דין זה.

=-=

בפס"ד **צמח** יש טיפול בסוגיה נוספת, שעניינה פסקת "שמירת הדינים". מה היה מיוחד בהקשר זה בפסק הדין, וכיצד הוא הוכרע?

פסקת "שמירת הדינים" – סע' 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

**"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".**

פסקה זו מגוננת על חוקים ישנים הפוגעים בזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך לא על זכויות חוקתיות המוגנות בחקיקת יסוד אחרת, שכן בחוקי היסוד האחרים לא מופיעה פסקת שמירת דינים. בחוק יסוד: חופש העיסוק היא הופיעה בעבר אך תוקפה פקע בשנת 2002.

מה משמעותה של פסקת שמירת הדינים, כאשר היא חלה? **= תוקף הוראת החוק הותיקה נשמר;** אך **עד כמה עשויה להשתנות פרשנותה**?

[ראו דפים קודמים, פגישה 11, העוסקים בפסק דין חשוב שהתלבט בכך, והכריע בכיוון של השפעה פרשנית ממשית: **גנימאת**].

=-=

**ביקורת שיפוטית חוקתית – על מי נטל ההוכחה?**

נקודה חשובה בביקורת השיפוטית על רשויות שלטוניות נוגעת לנטל ההוכחה: על מי מוטל נטל ההוכחה בעת הביקורת השיפוטית? על העותר? על הרשות? על שניהם, תוך כדי 'פינג-פונג' מסוים? [אנחנו עושים כאן מעבר מדיון בשאלה אלו נורמות תקפות חלות על רשויות שלטון, והאם הופרו, לשאלה ***כיצד מוכחת*** הפרה כזו או אחרת?]

**בהקשרי ביקורת שיפוטית חוקתית** – **ביקורת על תוקפם של חוקים שנטען כי הם פוגעים בזכויות אדם** – אולי בשל כובד ההכרעה – אין תשובה ברורה. בפסק הדין המנחה של **בנק המזרחי** הושמעו עמדות שונות ואין בו הכרעה. מצויה בו עמדת בינים שזה מהלכה:

על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית מוטל להוכיח כי אכן נגרמה פגיעה בזכותו;

בשלב זה עובר הנטל אל מי שמבקש להצדיק את הפגיעה – ובענייננו, הנטל עובר למדינה לשכנע כי התקיימו תנאי פסקת ההגבלה.

ואולם, כאן הוסיפה עמדת הביניים כי "יש טעם בחלוקת הנטל בין הצדדים, באופן שעל המדינה יוטל לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, וכן שהאמצעי אשר נבחר מתאים להשגת התכלית, ואילו הנטל להוכיח שעל השלטון היה לבחור באמצעי חלופי פחוּת בחומרתו ירבץ על שכמו של הטוען לאי חוקיות הפגיעה" (השופט מצא, בפיסקה האחרונה של פסק דינו בבנק המזרחי).

*עמדה מפורטת ומעט שונה הושמעה על ידי השופט זמיר ב*בג"צ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון** *[ההדגשות הוספו]*

השאלה העיקרית העומדת להכרעה בעתירות אלה היא, אם כן, אם הסמכות שהוענקה בחוק לשוטר צבאי לעצור חייל, עומדת במבחן המידתיות בהתחשב במהות ובאופי של השירות הצבאי. האם אפשר לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר?

24. התשובה לשאלת המידתיות תלוייה במידה רבה בראיות. האם הוכח לבית המשפט, בראיות כדין, כי אפשר לקצר את תקופת המעצר, ובדרך זאת לצמצם את הפגיעה בחירות האישית, בלי לפגוע בתכלית המעצר? כדי להשיב על שאלה זאת יש לברר תחילה על מי מוטל נטל ההוכחה בשאלת המידתיות: על העותרים או על המשיבים?

השאלה של נטל ההוכחה בשאלת המידתיות, אף כי עלתה לדיון, טרם הוכרעה על ידי בית המשפט. הדעות בשאלה זאת נחלקו בין השופטים. חילוקי הדעות באו לידי ביטוי בפסק הדין שניתן במשפט בנק המזרחי (…). בפסק הדין הבחינו השופטים בין **שני הנטלים הנכללים בנטל ההוכחה: הנטל העיקרי, הוא נטל השכנוע; והנטל המשני, הוא נטל הבאת הראיות.** […]

לפי דעה אחת, מבין הדעות שהובעו במשפט בנק המזרחי, נטל השכנוע עובר מצד לצד לפי שלב ההתדיינות. בשלב ההתדיינות הראשון, השאלה היא, אם החוק הנדון פוגע בזכות חוקתית. בשלב זה החוק נהנה מחזקת חוקתיות. לכן נטל השכנוע כי החוק פוגע בזכות חוקתית מוטל על מי שטוען כי החוק פוגע בזכות, כלומר, בדרך כלל על אותו אדם או גוף שנפגע מן החוק. בשלב השני, השאלה היא, אם הפגיעה בזכות החוקתית נעשתה כדין, כלומר, בהתאם לפיסקת ההגבלה: בחוק או לפי חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראוייה ובאופן מידתי. בשלב זה נטל השכנוע כי הפגיעה נעשתה כדין מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה, כלומר, בדרך כלל על הרשות המינהלית הפועלת מכוח החוק. ראו השופט ברק, שם, בעמ' 429-428; השופט ד' לוין, שם בעמ' 459-458.

לפי דעה נוגדת, כל חוק נהנה בכל שלב של ההתדיינות מחזקת החוקתיות, ולפיכך מי שטוען אחרת עליו נטל השכנוע בשני השלבים. ראו השופט א' גולדברג, שם בעמ' 577; השופט ג' בך, שם בעמ' 586.

דעה אחרת, הנוקטת עמדת ביניים, מפצלת את נטל ההוכחה בשלב השני. לפי דעה זאת, נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הטוען לחוקתיות החוק, כלומר, בדרך כלל על הרשות המינהלית הפועלת מכוח החוק; אולם, בשאלת המידתיות נטל הבאת הראיות מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית, כלומר, עליו להביא ראיות כי קיימות דרכים מתונות יותר לפגיעה בזכות. ראו הנשיא שמגר, שם בעמ' 348; השופט מצא, שם בעמ' 579-578 [השוו לניסוח של השופט מצא לעיל, שהוא מעט יותר מורכב – א.ס.-]. ראו גם דעה דומה של השופט חשין בעמ' 570. אך, בסופו של יום, המחלוקת שנתגלעה בין השופטים במשפט בנק המזרחי נשארה **ללא הכרעה**.

במאמר מוסגר אעיר, ש**ספק בעיני אם ההלכה בעניין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי, חלה באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי.** אכן, גם בתחום המשפט הציבורי, כמו בתחום המשפט האזרחי, חל הכלל הקובע כי המוציא מחברו עליו הראיה. לכן, בשלב הראשון של ההתדיינות בתחום המשפט הציבורי, מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה (בין אם הוצא צו על-תנאי ובין אם לא הוצא צו כזה) שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר. למשל, **אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של ההחלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם ההחלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסויימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים, ועוד**. זהו אחד ההבדלים בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי והליך אזרחי. הבדל זה נובע, ראשית, ממהותו של ההליך המינהלי: הליך זה עוסק בהחלטה שנתקבלה על ידי הרשות מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן יש לציבור זכות עקרונית לדעת את העובדות והטעמים שביסוד ההחלטה. שנית, הבדל זה נובע גם מן העקרון של שלטון החוק: בהליך מינהלי בית המשפט אמור, לא רק להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אלא גם לשמור על העקרון של שלטון החוק. על פי עקרון זה, אם נתעורר ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה, כדי שלא תישאר החלטה בלתי-חוקית על כנה. מכאן נובע גם הבדל בשאלת נטל ההוכחה בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי או הליך אזרחי. בהליך מינהלי, יותר מאשר בהליך פלילי או בהליך אזרחי, בית המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. **משום כך, בהליך מינהלי, לאחר שבתחילת ההליך התעורר ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית, בדרך כלל לא מתעוררת יותר, בהמשך ההליך, השאלה של נטל ההוכחה.**

**אך לא תמיד כך**. לעתים תשתית הראיות נשארת, גם בסופו של הליך, רופפת עד כדי כך שבית המשפט אינו יכול לבסס עליה ממצאים כפי שנדרש לצורך הכרעה בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. במצב כזה אפשר שבית המשפט יהיה נאלץ להכריע בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית, לא לגוף העניין, אלא על יסוד הכרעה בשאלה של נטל ההוכחה. **אולם ההכרעה בשאלה זאת, אף היא עשוייה להיות מושפעת מן המהות המיוחדת של ההליך המינהלי. היא עשוייה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של חוק וחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, החשיבות של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בזכות, יעילות המינהל ואינטרסים ציבוריים אחרים.** **המשקל היחסי הניתן לשיקולים עשוי לקבוע אם נטל ההוכחה יישאר מוטל על העותר, המוציא מן הרשות, או שהוא יעבור אל הרשות.** ייתכן כי זהו גם הסבר, ולו רק הסבר חלקי, לחילוקי הדעות בשאלה של נטל ההוכחה שנתגלעו בין השופטים במשפט בנק המזרחי.

**מכל מקום, במשפט זה, כמו במשפט בנק המזרחי, אפשר להשאיר את המחלוקת בדבר נטל ההוכחה ללא הכרעה. לכן אשאיר אותה בצריך עיון. כך הדבר משום שבפועל, לאחר שהוצא צו על-תנאי, ולאחר מכן בעקבות בקשה של בית המשפט, הביאו המשיבים בפני בית המשפט את מלוא הראיות, גם בשאלת המידתיות. הראיות שהובאו בפני בית המשפט די בהן כדי שבית המשפט יוכל לפסוק בשאלת המידתיות של הוראת החוק המסמיכה שוטר צבאי לעצור חייל לתקופה של 96 שעות, בלי להכריע בשאלה של נטל ההוכחה.**

=-=

נושא חשוב אחר.

**כניסתו של מרכיב של "דמוקרטיה ישירה" – משאל עם –**

**לתוך המשטר הדמוקרטי של ישראל, מדינה שמאז ומעולם היתה "דמוקרטיה ייצוגית"**

**"משאל עם" ואופן הסדרתו, התוכני והנורמטיבי: התפתחות חוקתית חדשה בגזרה מסוימת וחלקית של החלטות**

**ראו את ההשתלשלות המשפטית שלהלן**

**א.**

**חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט 1999 [הנוסח המקורי, בטרם התיקון מ-2010]**

1. לענין חוק זה -

הגדרות

"החלטת ממשלה" - החלטה של הממשלה, בדרך של אישור אמנה או הסכם או בדרך אחרת, לרבות התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים;

"שטח" - שטח שחלים בו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל.

2. החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה.

אישור הכנסת

3. החלטת ממשלה, שאושרה על ידי הכנסת, כאמור בסעיף 2, טעונה גם אישור במשאל עם, שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל.

משאל עם

4. תחילתו של סעיף 3 ביום תחילת תוקפו של חוק יסוד, אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם.

תחילה

**ב.**

לחוק זה התקבל תיקון בנובמבר 2010.

התיקון מבטל, בין היתר, את סעיף 4, ומסדיר בתוך חוק זה עצמו (להבדיל מחוק יסוד) את הליך משאל העם.

## חוק משאל העם: מהפיכה שחוקיותה בספק

### העובדה שהכנסת קבעה את החובה לקיים משאל עם בחוק רגיל, תאפשר גמישות. על רקע נסיבות פוליטיות מסוימות, ניתן יהיה לבטלה ברוב רגיל

מאת [זאב סגל](mailto:contact@haaretz.co.il), הארץ 23.11.2010

[פרופ' זאב סגל המנוח היה פרופסור למשפט חוקתי בבית הספר למדע המדינה באוניברסיטת תל-אביב, וכן הפרשן המשפטי של עיתון הארץ]

הכנסת קיבלה אתמול [ברוב של 65 תומכים, מול 33 מתנגדים] תיקון לחוק סדרי השלטון והמשפט ואימצה לראשונה בתולדות המדינה את מוסד [משאל העם](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1199963.html). שילוב מוסד זה בסדרי הממשל מגביל את עליונותה וכוחה של הכנסת בנושא שנקבע - ביטול החלת השלטון והמשפט של ישראל במזרח ירושלים וברמת הגולן, שבהם חל המשפט הישראלי. כך, אין די באישורה - בחוק או בהחלטה - ונדרש אישור העניין במשאל עם.   
  
החוק קובע את חובת קיום משאל העם בנושא ספציפי, אך אין ספק שמדובר במהפכה בסדרי הממשל בישראל. הואיל וכך, מתבקש היה שהכנסת תקבע שינוי כזה בחוק יסוד, הנהנה ממעמד חוקתי מיוחד. טיוטת הצעת חוק יסוד: משאל עם, שהוכנה בשעתה במשרד המשפטים, קבעה שמשאל עם ייקבע, במקרה שיוחלט על כך, בחוק יסוד, שניתן יהיה לשנותו רק בחוק יסוד חדש, שיתקבל ברוב של 61 ח"כים.   
  
העובדה שהכנסת קבעה את החובה לקיים משאל עם בחוק רגיל, תאפשר גמישות בבוא היום. על רקע נסיבות פוליטיות מסוימות, ניתן יהיה לבטל את החובה בחוק רגיל שיתקבל ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה. הואיל ומדובר בחוק "רגיל", החוק החדש כפוף לביקורת שיפוטית-חוקתית של בג"ץ. המתנגדים לקיום משאל עם כמוסד ממשלי, יוכלו לטעון בעתירה כי שינוי כזה בסדרי הממשל נוגד את עקרונותיו של חוק יסוד: הכנסת ולפיכך בטל. לו התקבל מוסד משאל העם בחוק יסוד, סביר להניח שהוא היה נחשב חסין מביקורת שיפוטית.   
  
באשר לעקרונות משאל העם, נותן החוק תשובות לשאלות מורכבות. הוא כובל את הממשלה בכוחה לחתום הסכם לביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי, וכופף אותו לאישור הכנסת. ההסכם צריך להתקבל ברוב של 61 ח"כים ומותנה באישור במשאל עם, שייערך לאחר מכן. החובה לקיים משאל עם **לא תחול**, אם תאשר הכנסת את ההסכם ברוב של שני שלישים (80 ח"כים), הנחשב מאז ומתמיד לרוב מיוחד ומיוחס, המחייב הסכמה בין הגושים הפוליטיים הגדולים.   
  
החוק עצמו קובע את נוסח השאלה שתוצג - האם את/אתה בעד או נגד ההסכם שאישרה הכנסת? - ובכך נחסך הוויכוח המוכר במדינות אחרות סביב ניסוח השאלה במשאל. החוק נותן גם תשובה החלטית בדבר שאלת הרוב הנדרש להכרעה. הרוב הוא - רוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל. המשאל ייחשב כמאשר את ההסכם אם "היה מספר המצביעים בעד גדול ממספר המצביעים נגד".   
  
קבלת החוק, הקובע לראשונה חובה לקיים משאל עם, מסיימת ויכוח בנושא שראשיתו בשנות ה-50, סביב קבלת השילומים מגרמניה. משאלי עם מקובלים ברוב מדינות העולם הדמוקרטי, להוציא ארצות הברית במישור הפדרלי, גרמניה ויפן. משאלי עם נערכו בנושא ההצטרפות לשוק המשותף גם בבריטניה - "אם הפרלמנטים" - שאינה רואה בכך המעטה בלתי-ראויה בכוחו של הפרלמנט.   
  
החוק, כפי שהתקבל אתמול, מייחד את המשאל לנושא מסוים ומוגדר, הרגיש במיוחד בהוויה הישראלית. נותר לראות אם יהיה בו כדי ליצור תשתית ותקדים להנהגת משאל עם בנושאים רבים אחרים. לכך מתנגדים מומחים רבים הרואים במשאלי עם הכרעה חדה מדי וחידוד מחלוקות ומתחים בחברה מקוטבת.

=-=

המשך לנקודה שלעיל: קבלת מנגנון של **משאל-עם ביחס להכרעה מסוג מסוים** – העברת שטח מריבונותה של ישראל.

שימו לב, לא מדובר בסייג להחזרת "השטחים" ("השטחים הכבושים"/ "השטחים המוחזקים") או חלק מהם, אלא הוצאה מריבונותה של ישראל של שטח שהוא שטח שלה מלפני 1967 או שטח שנכבש/נתפס ב-1967 וסופח אליה: כלומר, ירושלים המזרחית ורמת הגולן.

*[אגב, סיפוחים אלה אינם מוכרים מבחינת המשפט הבינלאומי, אך כאן אנו עוסקים במשפט הפנימי-החוקתי של ישראל.]*

עודכן ב- 06:24 29/11/2010

## זאב סגל | משאל עם, הכרעה בגיליוטינה

מאת [זאב סגל](mailto:contact@haaretz.co.il)

ביום שני שעבר, סמוך לחצות, חוללה הכנסת מהפיכה בדמוקרטיה הישראלית. ברוב של 65 נגד 33 היא קיבלה חוק "רגיל" שהחדיר לממשל לראשונה את מוסד משאל העם, שהוויכוחים סביבו נמשכים כ-60 שנה.   
  
החובה לקיים משאל עם מגבילה את עליונות הכנסת בעניין שנקבע בחוק - ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל במזרח ירושלים ורמת הגולן. [פרופ' סגל לא לגמרי מדייק כאן: מדובר בכל שטח שמבחינת המשפט הפנימי נתפס כשטחה של ישראל, לאו דווקא מאותן טריטוריות שישראל סיפחה מתוך שטחים שנכבשו ב-1967] שינוי ממשלי כה בסיסי אמור היה להיקבע בחוק יסוד.   
  
הקביעה של חובת משאל העם בחוק רגיל תאפשר בבוא היום, לקראת הסדר במזרח ירושלים או ברמת הגולן, לבטלה בחוק שיתקבל ברוב רגיל. מכיוון שאין מדובר בחוק יסוד, החוק החדש גם כפוף לביקורת שיפוטית-חוקתית של בג"ץ. אפשר לטעון בצדק לפני שופטי בג"ץ, ששינוי כה עמוק בסדרי הממשל נוגד את עקרונות חוק יסוד: הכנסת, המציב את הכנסת כגוף עליון הקובע את כללי המשחק, ולפיכך הוא בטל.   
  
ובכל זאת, חוק משאל העם קובע עובדות בשדה החוקתי ורושם ציון דרך בדיונים בסוגיה, שהחלו בשנות ה-50. בוויכוחים הסוערים בשאלה האם להסכים לקבלת שילומים מגרמניה, הציע חבר הכנסת מנחם בגין, שייערך משאל עם בעניין. במשך השנים הוצע לערוך משאלים על שינויים בשיטת הבחירות לכנסת, על ענייני דת ומדינה, בשאלת הסמכות לפסול התמודדות רשימות לכנסת וויתורים טריטוריאליים.   
  
ב-2004 אמר ראש הממשלה אז, אריאל שרון, כי ההצעה לקיים משאל עם על התוכנית לפנות יישובים מחבל עזה היא "רעיון טוב". שר האוצר אז, בנימין נתניהו, צידד במשאל עם על תוכנית ההתנתקות, כדי לשמור על "אחדות העם".   
  
לאחר שהתקבל בכנסת חוק יישום ההתנתקות טען ועד יישובי חבל עזה בבג"ץ שהחוק אינו חוקתי, מכיוון שהחלטה כה מהותית היתה צריכה להתקבל במשאל עם. בג"ץ דחה את העתירה וקבע ששיטת הממשל בישראל בנויה על "ממשל נציגים", שמוסד משאל העם אינו מוכר בה.   
  
בניגוד לעמדת נתניהו, הרואה במשאלי עם מתכון לחיזוק "אחדות העם", מיטב מומחי מדע המדינה מזהירים מפני הסכנה הטמונה בהם: חידוד המחלוקות בחברה המשוסעת. עם קבלת החוק הדגישה פרופ' מיכל שמיר מאוניברסיטת תל אביב, שמשאלים יובילו להעמקת הניגודים בחברה הישראלית המפולגת.   
  
אכן, אם מוסד המשאל יתאזרח אצלנו בעקבות התקדים החוקי שנוצר, לא יקשה לתאר הכרעות חדות במשאלי עם בנושאים שונים שבעקבותיהן יגברו המתחים בין ימין לשמאל, חילוניים ודתיים, יהודים וערבים. ישראל מושתתת על משטר פרלמנטרי המבוסס על פשרות פוליטיות והסכמות בין מגזרים. לא אחת מתקבלות פשרות לא ראויות, אבל אלה עדיפות בדרך כלל על פני הכרעות של גיליוטינה - דימוי מקובל בהתייחסות למשאלי עם שההחלטה בהם עשויה ליפול על חודם של קולות בודדים.   
  
משאלי עם מקובלים במדינות רבות. באירופה נערכו משאלים באשר להצטרפות לאיחוד האירופי ובאחרונה, בעניין אישור החוקה הכלל-אירופית. משאלים הם חלק ממטענן של דמוקרטיות רבות - להוציא ארצות הברית במישור הפדרלי, גרמניה ויפאן - ואי אפשר לטעון שעצם קיומם מנוגד לדמוקרטיה.   
  
התשובה לשאלה אם משאלי עם טובים לדמוקרטיה תלויה במציאות במדינה המדוברת. מה שטוב לאנגליה - שהמשאל שנערך בה ב-1975 בדבר ההישארות בשוק האירופי נועד לעקוף חילוקי דעות מפלגתיים - יכול להיות מסוכן לישראל.   
  
המוטיווציה של השלטון להשתמש במשאל עם כדי לפתור בעיות קואליציוניות, ולא כדי לשמוע את דעת הציבור בבעיה משמעותית, מוכרת בישראל כמו במדינות אחרות. אלא שאסור שחברה מקוטבת בתחומים רבים מאוד, הנעדרת חוקה, תשמש שדה ניסוי לכלי העלול להיות הרסני.

=-=

*[יש טענות נוספות כנגד – ויש טענות בעד – משאלי עם; לא נדון בהן כאן].*

**ג.**

כנגד התיקון לחוק הוגשה העתירה הבאה – וניתן בה צו על תנאי, המזמין את המדינה לשכנע בתקפותו של מהלכה

[ד"ר ותד, העותר, הוא מרצה בכיר למשפט חוקתי בבית-הספר למשפטים של המכללה האקדמית צפת, והוא גם בוגר מצטיין של הפקולטה]:

|  |
| --- |
| **בג"ץ  9149/10** |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופטת מ' נאור |
|  | כבוד השופט א' רובינשטיין |
|  | כבוד השופטת א' חיות |

|  |  |
| --- | --- |
| העותר: | ד"ר מוחמד ס. ותד, עו"ד |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ  ג  ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבים: | 1. כנסת ישראל |
|  | 2. יושב ראש הכנסת השמונה עשרה, ראובן ריבלין |
|  | 3. ראש הממשלה |
|  | 4. שר הפנים |
|  | 5. נשיא המדינה |

|  |
| --- |
| עתירה למתן צו על תנאי |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | כ"ה בכסלו התשע"ב | (21.12.2011) |

|  |  |
| --- | --- |
| העותר: | בעצמו |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבים 2-1: | עו"ד גור בליי |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבים 5-3: | עו"ד חני אופק |

°

|  |
| --- |
| **החלטה** |

1.        לאחר שמיעת טענות הצדדים, אנו מחליטים להעביר את העתירה להרכב מורחב של שופטים שייקבע על ידי הנשיאה.

2.        בהסכמת העותר, בעקבות הדיון, יצומצם הדיון לשאלה האם ההסמכה לעריכת משאל עם אינה חייבת להיות מעוגנת בחוק יסוד.

3.        10 ימים לאחר החלטת הנשיאה ימציאו המשיבים 1-2 במספר עותקים כנדרש העתקים של הפרוטוקול או קטעי הפרוטוקולים של הכנסת במליאתה או של הועדה המשותפת, המתייחסים לשאלה האמורה.

 ניתנה היום, ‏‏‏כ"ט כסלו, תשע"ב (25.12.2011).

=-=

**ד.**

לאחרונה התפתחות חשובה מאד:

**חוק-יסוד: משאל עם**

1. (א) החליטה הממשלה לאשרר הסכם או לחתום על הסכם, שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים, יהא ההסכם, לאחר שאושר בכנסת ברוב חבריה, טעון אישור במשאל עם, אלא אם כן אושר ברוב של שמונים חברי הכנסת.

משאל עם

(ב) החליטה הממשלה, שלא בדרך של הסכם, שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, תהא ההחלטה, לאחר שאושרה בכנסת ברוב חבריה, טעונה אישור במשאל עם, אלא אם כן אושרה ברוב של שמונים חברי הכנסת.

2. זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם.

הזכות להשתתף במשאל העם

3. על עריכת משאל העם יחולו הוראות הדין בעניין הבחירות לכנסת, בשינויים המחויבים ובשינויים שנקבעו בחוק.

החלת הוראות

4. אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

יציבות

5. אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.

נוקשות

*חוק היסוד אושר בכנסת ב-*[*12 במרץ*](http://he.wikipedia.org/wiki/12_%D7%91%D7%9E%D7%A8%D7%A5)[*2014*](http://he.wikipedia.org/wiki/2014)*ברוב של 68 תומכים וללא מתנגדים, על רקע החלטת סיעות ה*[*אופוזיציה*](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%95%D7%A4%D7%95%D7%96%D7%99%D7%A6%D7%99%D7%94)*להחרים את ההצבעה.*

=-=

דוגמאות לניתוח שאלות וסוגיות שונות של משפט חוקתי

**א. תרגיל מספר 1 מלפני מספר שנים** – תרגיל קשה למדי, קראו אותו בעיון; אם נמצא את הזמן נדבר עליו בפגישה הבאה

**חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל**

1. ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל.

ירושלים – בירת ישראל

2. ירושלים היא מקום מושבם של נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון.

מקום מושבם של הנשיא, הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון

3. המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.

שמירת המקומות הקדושים

4. (א) הממשלה תשקוד על פיתוחה ושגשוגה של ירושלים ועל רווחת תושביה על-ידי הקצאת משאבים מיוחדים, לרבות מענק שנתי מיוחד לעיריית ירושלים (מענק הבירה) באישור ועדת הכספים של הכנסת.

פיתוח ירושלים

(ב) לירושלים יינתנו עדיפויות מיוחדות בפעילויות של רשויות המדינה לפיתוחה של ירושלים בנושאי משק וכלכלה ובנושאים אחרים.

(ג) הממשלה תכונן גוף או גופים מיוחדים לביצוע סעיף זה.

מיום 7.12.2000

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשס"א מס' 1760](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1760.pdf) מיום 7.12.2000 בעמ' 28 ([ה"ח 2908](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2908.pdf))

**הוספת סעיף 4**

5. תחום ירושלים כולל, לענין חוק-יסוד זה, בין השאר, את כל השטח המתואר בתוספת לאכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום כ' בסיון תשכ"ז (28 ביוני 1967), שניתנה לפי פקודת העיריות.

שטח תחום ירושלים

(תיקון מס' 1) תשס"א-2000

מיום 7.12.2000

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשס"א מס' 1760](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1760.pdf) מיום 7.12.2000 בעמ' 28 ([ה"ח 2908](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2908.pdf))

**הוספת סעיף 5**

6. לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים.

איסור על העברת סמכויות

תיקון תשס"א-2000

מיום 7.12.2000

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשס"א מס' 1760](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1760.pdf) מיום 7.12.2000 בעמ' 28 ([ה"ח 2908](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2908.pdf))

**הוספת סעיף 6**

7. אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.

נוקשות

(תיקון מס' 1) תשס"א-2000

מיום 7.12.2000

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשס"א מס' 1760](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1760.pdf) מיום 7.12.2000 בעמ' 28 ([ה"ח 2908](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2908.pdf))

**הוספת סעיף 7**

[הניחו כי] הכנסת אימצה לאחרונה בקריאה שנייה ושלישית, ברוב של 55 חברי כנסת כנגד 25 חברי כנסת ו-10 נמנעים, את **הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – ירושלים בירת העם היהודי)** (להלן: "התיקון").

זו לשון התיקון שכביכול התקבל:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תיקון סעיף 1 | 1. | א. בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, בסעיף 1, בסופו יבוא "והעם היהודי".  ב. הוראה סעיף 1 המתוקנת תסומן (א) ואליה תתווסף ההוראה הבאה:  (ב) הסכם שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו על שטח מתחום ירושלים טעון אישור באופן המצטבר הבא:  (1) אישור במשאל עם, שיתקבל ברוב של שני שליש מהקולות הכשרים של המשתתפים במשאל; הוראות בדבר עריכת משאל העם יקבעו בחוק;  (2) אישור בהכרעת רוב של שני שליש של צירי הקונגרס הציוני המשתתפים בהצבעה שתיערך בכינוס מיוחד של הקונגרס. |

ביחס להרכבו של הקונגרס הציוני, הניחו את מצב הדברים הבא:

על פי סעיף 17 פיסקה 1 של חוקת ההסתדרות הציונית, מספרי צירי הקונגרס – מלבד אלה הנבחרים לפי רשימות עולמיות ואלה המייצגים ארגונים בין לאומים – לא יעלה על 500. על פי פיסקה 3, מספר צירי הקונגרס יחולק כדלקמן: ישראל 38%, ארצות הברית 29%, ויתר ארצות התפוצות 33%.

=-=

**1. באיזה זכויות אדם פוגע, אם בכלל, תיקון זה? זכויות של איזה בני-אדם? מהן תכליתו או הצדקותיו האפשריות? מהן בעיותיו הגדולות, ככל שיש כאלו? מה עמדתך (הערכית) ביחס אליו?**

***מהן תכליות התיקון לחוק היסוד, ומה הוא בעצם עושה?***

התיקון חותר לשתי תכליות לפחות: ראשית, לסמל את היותה של ירושלים לא רק בירת ישראל אלא גם בירתו של העם היהודי כולו, זה שכאן וזה שבתפוצות; שנית, ליצור משוכות גבוהות בפני חלוקת העיר.

את התפיסה לפיה ירושלים היא גם בירת העם היהודי מבטא התיקון גם במילים וגם בדרך נוספת: הוא מתנה את חלוקתה של ירושלים במעורבותם ובהסכמתם של צירי הקונגרס הציוני, שרובם תושבי התפוצות.

את המשוכות הגבוהות בפני חלוקתה של ירושלים יוצר התיקון בשתי דרכים:

א. באמצעות עירובו של גורם הכרעה נוסף, הוא הקונגרס הציוני – שלו ניתנה כאן "סמכות וטו" לעצור הסכם מדיני שאחת מהסכמותיו היא חלוקת שטחה של ירושלים.

ב. יצירת דרישה לרוב מיוחד, של שני שליש, בקרב משתתפי ההצבעה בשני פורומים מצטברים של הכרעה בסוגיה זו: משאל עם בקרב אזרחי ישראל, וכינוס מיוחד של הקונגרס הציוני.

נקודה נוספת. ישראל היא דמוקרטיה פרלמנטרית, משמע, דמוקרטיה ייצוגית, להבדיל מדמוקרטיה ישירה, ולכן יצירת פרוצדורה של משאל-עם משנה משהו-של-ממש בכללי המשחק שלה. [בעבר הכנסת גילתה דעתה, כי משאל עם ביחס להעברת שטח משטחה יתקיים רק כאשר יתגבש חוק יסוד: משאל-עם, ואולם לפני כשנה היא תיקנה את הוראת חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999, והכניסה פרוצדורה מפורטת של משאל-עם בתוך חוק זה עצמו (כלומר לא בחוק יסוד). שאלת סמכותה לעשות זאת נבחנת עתה בבית המשפט העליון במסגרת עתירה שהוגשה כנגד אותו תיקון חוק]. ואולם כאן בעיה זו נעקפת לכאורה, שכן התיקון שמוצג בתרגיל קובע את הדרישה למשאל-עם בתוך חוק יסוד, הוא חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.

עם זאת, נוצרת במקביל בעיה נוספת במישור הדמוקרטיה הייצוגית: פרשנית נראה כי חוק היסוד המתוקן משמיט כליל את הכנסת מהליך קבלת ההכרעה ביחס לחלוקת ירושלים. הסכם מדיני בעניין ירושלים (הסכם שרק הממשלה יכולה לגבש את מסגרתו) כבר אינו צריך לבוא לאישורה של הכנסת ולאישור במשאל עם כנדרש בחוק סדרי השלטון והמשפט, אלא לאישורו של משאל עם ולאישורו של הקונגרס הציוני. במילים אחרות, בעניין חשוב זה הקונגרס הציוני מחליף את כנסת ישראל!

***מהן הבעיות המיוחדות של התיקון במישור הערכי?***

מנקודת-ראות ליברלית, נקודת-הראות שאותה אימצתי, מתעוררות בעיות רבות, והן בעיות מצטברות.

[אני מכניס את הנקודה הבאה לסוגריים, שכן לא למדנו על מעמד אזרחי ולא עסקנו בפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית.

בעיה גדולה ביותר בעיני נוגעת לפלסטינים תושבי ירושלים. הגבהת המשוכות לחלוקתה של ירושלים מנציחה יותר ויותר את מצבם. מאז שנת 1967 הם מוחזקים תחת שלטון ישראל, בסטאטוס של תושבים, ללא הזכויות הפוליטיות של אזרחים. יתר על כן, גדר ההפרדה שהוקמה עתה ועוטפת גם את מרבית ירושלים המזרחית מחריפה את הניתוק בינם לבין בני-עמם, שעמם הם מצויים בקשרי שאירות משפחתיים, ובקשרים קהילתיים ותרבותיים הדוקים יותר – הפלסטינים בגדה המערבית.

יתר על כן, הגבהת המשוכות לחלוקתה של ירושלים פוגעת בפלסטינים כעם, כקהילה לאומית, שכן גם הם רואים בירושלים את בירתם; יתר על כן, הגבהת המשוכות מנציחה יותר ויותר את הפיצול הפנימי שלהם, את הנתק המתעצם בינם לבין הפלסטינים תושבי ירושלים].

**במקביל, תיקון חוק היסוד מכיל קשיים רבים גם במישור הפנים-ישראלי.**

הגבהה של משוכות מפני שינוי נעשית בדרך כלל בחוקה, והיא נוגעת לסוגים מסוימים, חשובים במיוחד, של הכרעות. מדובר או בהכרעות שעניינן "כללי המשחק" של הדמוקרטיה – כלומר הכללים ביחס *לאופן* קבלת ההכרעות הגורליות/ היסודיות בדמוקרטיה – או הכרעות שנוגעות לערכי היסוד של מדינה דמוקרטית, ובהם ההגנה על זכויות האדם וזכויות המיעוט. האם תיקון זה לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל – הגבהת המשוכות מפני חלוקת ירושלים – הוא סוג החלטה שכזה?

[אני כמובן מודע לכך שהגבהה מסוימת של המשוכות מפני חלוקת ירושלים נעשתה כבר בשנת 2000, דרך התיקון לחוק יסוד: ירושלים שעיצב את סעיפים 7-5 המופיעים עתה, והמתנים את חלוקת ירושלים בשינוי מוקדם של סעיף 6 בחוק יסוד, שינוי שצריך להתקבל בחוק יסוד אחר, שיתקבל ברוב של חברי הכנסת. ואולם השאלה הערכית נותרת ביחס למוסריותו של כל הסדר "משריין גבול" שכזה, זה של שנת 2000, ובמיוחד ההסדר החדש שבו עוסקת השאלה, שמבקש להערים משוכות נוספות מפני חלוקת העיר].

א. התיקון מעניק משקל עודף לתומכי הסטטוס-קוו (מצב הדברים הקיים) על פני תומכי שינויו – שכן הוא דורש רוב מיוחד, גבוה מאד, של שני שלישים, לצורך שינוי מצב הדברים; במילים אחרות, המיעוט הפוליטי שתומך בסטטוס-קוו, גם אם הוא רק שליש, מקבל כאן סמכות וטו.

ב. יתר על כן, התיקון מעניק "סמכות וטו" לגורם נוסף, גורם שאינו אזרחי המדינה או נציגיהם. מדובר בגורם המורכב בעיקרו ממי שאינם אזרחי ישראל. הענקה זו מדללת, וכאן אפילו מאיינת, את כוחם של אזרחי המדינה לקבל הכרעה מרכזית שהיא גורלית עבורם.

ג. אין מדובר בהעברה של סמכות וטו לגורם חיצוני סתם (למשל לאזרחי ניו-זילנד). מדובר בהעברה לגורם שמזוהה עם אחת הקהילות הלאומיות בישראל, קהילת הרוב. כלומר זה הוספת "מגבר", הוספת קולות, שצבועה בצבעים אתניים-לאומיים חדים. נוצרת כאן גם אפליה עמוקה על בסיס לאומי.

מהי לפיכך, בתמצית, בעיית העומק המופיעה כאן? הסכם מדיני הוא עניין של מלחמה ושלום, חיים ומוות. הכרעות גורליות שכאלה צריכות להתקבל בדמוקרטיה על ידי בני החברה הזו, שצריכים לשלם את המחיר העיקרי בגין אותן הכרעות. הן צריכות לפיכך להתקבל **על ידם**, ולא על ידי גורמים חיצוניים (ראו את הדיון בהצעת החוק שכונתה "חוק היורדים"); ויתר על כן, הן צריכות להתקבל **ברוב רגיל**, שכן אין הצדקה שבנושאים של חיים ומוות יהיה לקול של חלק מאיתנו יותר כוח, יותר משקל, בהשוואה לקולו של חלק אחר מאיתנו. קל וחומר ש**אסור שתהא אפליה על בסיס אתני** בכל הנוגע למשקל קולו של אדם ביחס להכרעה מהסוג המעורב בהסכם מדיני.

[הרב אליעזר מלמד בקטע שאליו הופנתם אומר כך: "צריך שיהיה רוב ברור בקרב מי שעלול לשאת בתוצאות ההכרעה. את מחיר המלחמות כאן משלמים היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא, והם שצריכים להכריע".

הבעיה העמוקה של תפיסה הקושרת בין הכרעות פוליטיות לבין שירות צבאי היא בכך שהיא חורגת עמוקות מהתפיסה הדמוקרטית. תפיסה זו קושרת זכויות לעצם האזרחות – לא לתועלת חברתית או למילוי חובה כזו או אחרת. היא לא מבחינה בין "קרביים" "ללא קרביים", בין נשים לגברים, זקנים וצעירים, יהודים וערבים, אזרחים ותיקים ואזרחים-זה-מקרוב. יתר על כן, את מחיר המלחמות משלמים כל בני החברה; וכמו כן, רוב האזרחים מן היישוב, מכוח אנושיותם, ללא כל קשר ללאומיותם, הם תאבי שלום וביטחון, להבדיל ממלחמה. הטוענים אחרת מבלבלים (ואולי רוצים לבלבל) בין ויכוח בשאלה האם עמדה א' תוביל למלחמה – ויכוח לגיטימי – לבין השאלה האם מי שתומך בעמדה א' עושה זאת משום שהוא תאב-מלחמה. תמיכה בעמדה א' היא אולי מוטעית (ואולי צודקת), אך ברוב רובם של המקרים היא נובעת מהחיפוש האנושי אחר שלום וביטחון על פי תפיסתו של התומך בה.]

הנקודה שהושמעה זה עתה מופיעה במשתמע גם בעמדה המשפטית שמשמיע בית המשפט העליון בכל הנוגע למובנה של מדינה "יהודית ודמוקרטית". ראו את הדברים הבאים מתוך **קעדאן**:

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש"י1950-). **אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים**.

וזכרו גם את הוראותיה של מגילת העצמאות:

מדינת ישראל... תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; […]

אנו קוראים - גם בתוך התקפת-הדמים הנערכת עלינו זה חדשים - לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים.

נקודה אחרת. בכיתה דיברנו על מצבים שבהם הקושי הערכי והמשפטי מופיע לא רק במישור תוכנו של ההסדר שקובעת הכנסת אלא במישור "נוקשותו", כלומר צמצום הפיכותו של הסדר זה. הוספתי כי במקרה שכזה אנחנו שואלים את עצמנו שתי שאלות חדשות: שאלה ביחס להצדקת עצם הקניית הנוקשות להסדר מעין זה – עצם הדרישה לכך ששינויו בעתיד יהיה כפוף לרוב שהוא שונה מרוב פשוט; ושאלה נוספת, ביחס לאופן התגבשותה של אותה נוקשות: איך היא עצמה התקבלה? במילים אחרות, באיזה רוב קיבלה הכנסת את הדרישה כי שינויו של ההסדר שאותו קבעה יהיה רק ברוב מיוחד (למשל, של שני שלישים מחברי הכנסת)? האם את הדרישה המיוחדת הזו היא קיבלה ברוב פשוט, למשל, של 50 כנגד 20 חברי כנסת, או שמא היא קיבלה אותו ברוב של שני שלישים, כלומר 80 חברי כנסת? **כאן בעיה זו אינה מתעוררת**. התיקון אמנם דורש רוב של שני שלישים מהקולות הכשרים במשאל העם ובכינוס המיוחד של הקונגרס הציוני (וביחס לכך אנחנו משמיעים קובלנה חריפה), ואולם **הסדר זה עצמו אינו נוקשה**. הכנסת, בלובשה את כובעה המכונן, יכולה לשוב ולתקן את התיקון שאותו אנחנו בוחנים עתה, וזאת ברוב פשוט, למשל של שני חברי כנסת נגד אחד.

***מהם הטעמים שתומכי התיקון צפויים להשמיע?***

מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. ב"יהודית" הכוונה בין היתר למדינתו של העם היהודי, ועל כן עיר בירתו היא בירת העם היהודי, ולכך ניתן ביטוי סימבולי כאן.

באשר לדרישת הרוב המיוחד לשינוי מצב הדברים. יאמרו התומכים: חלוקת ירושלים תפגע/ עלולה לפגוע באזרחים של ישראל היושבים בחלקה המזרחי של העיר. [ואולי הם יוסיפו, מתוך צביעות או ללא צביעות, כי היא גם משפיעה גם על גורלם של תושבים שאינם אזרחים – הפלסטינים תושבי מזרח העיר]. תומכי דרישת הרוב המיוחד יצדיקו אותה גם בערך תרבותי עמוק במיוחד של העם היהודי – העיר ירושלים, על חשיבותה הלאומית, התרבותית והדתית. הרי חלק מהטקסים המרכזיים בחייו של אדם – למשל חתונתו – מלוות במילים "אם אשכחך ירושלים, תשכח ימיני. תדבק לשוני לחכי אם לא אזכרכי, אם לא אעלה את ירושלים על ראש שמחתי" (תהלים קל"ז, ה'-ו'). כה מרכזית היא.

תומכי התיקון יאמרו כי יש מקום לנוקשות (להגבהת משוכות) לצורך שמירה על ערכים. ערכים אינם רק דמוקרטיים אלא גם לאומיים, כך הם יוסיפו; וירושלים היא ערך לאומי מרכזי.

[ייתכן בהחלט כי קיימים עוד טיעונים. לא היינו כאן שיפוטיים. ביקשנו לשמוע את עמדתכם הערכית].

אוסיף בקצרה כי הטעמים הנזכרים אינם משכנעים אותי, זאת משום שנקודת הראות שלי היא ליברלית, והדגש שלה לפיכך הוא על זכויות האדם באשר הוא אדם. נקודת ראות ליברלית אמנם מעניקה כבוד וחשיבות לזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, וכמו כן הזכות לתרבות של כל אדם מגוננת גם על הזיקה הרגשית והתרבותית של יהודים לירושלים. אלא שכאן איננו עוסקים בקיומה או בהעדרה של זיקה רגשית ותרבותית הראויה להגנה, אלא נשאלת שאלה ביחס **להיקף** ההגנה הניתנת לה כאן.

ההגנה הניתנת כאן חורגת מהגנה על המשך עצם היותה של ירושלים בירת ישראל; וחורגת אפילו משאלת השליטה הישראלית במקומות הקדושים; היא ניתנה על כל מרחב ירושלים – כפי שעוצב בעקבות הסיפוח שלאחר 1967. יתר על כן, המשוכה המוגבהת מפני שינוי מצב הדברים הקיים לא מתמודדת עם העובדה שמדובר בהכרעה שעניינה מלחמה ושלום, חיים ומוות, ועל כן היא צריכה להתקבל ברוב רגיל. זאת ועוד, טעמי ההגנה על התיקון, אלה שהושמעו לעיל, מצדיקים אמנם חופש פעולה במסגרת הזיקה בין העם היהודי השוכן בישראל לבין תפוצותיו, אך לא עד כדי העברת הכרעה בסדר גודל שכזה ל"סמכות וטו" של התפוצות, להבדיל (אולי) מהיוועצות עמן. [אגב, התיקון בוחר רק בגורם מסוים מקרב התפוצות היהודיות, מי שהאידיאולוגיה שלו ציונית]. אנשי התפוצות אינם כאן למרות שחוק השבות מאפשר להם בכל עת להשתקע כאן; הם לא צפויים לספוג את השלכותיה של ההכרעה שבעניינה הם זכו למשקל כה גדול – משקל של סמכות-וטו. יתר על כן, התיקון כאן שונה 'איכותית' מעירובם של מוסדות משותפים ("המוסדות הלאומיים") בסוגיות דו-צדדיות מוגבלות, דוגמת איסוף והענקת תרומות או קשרי תרבות בין יהודים בישראל ליהודים בתפוצות. כאן התיקון מבקש להעניק לקונגרס הציוני כוח הכרעה המדלל עוד יותר את כוחם המועט של האזרחים הערבים בכל הנוגע להכרעות הנוגעות לגורלה של החברה הישראלית שהם אזרחיה.

=-=

**2. האם הפגיעות הטמונות בתיקון, או קשיים מכיוונים נוספים, עשויים להוביל להכרזה על חוסר תקפותו במישור המשפטי?**

**אל תנסו כאן להשיב החלטית לשאלה המשפטית, אלא רק שרטטו את המתווה של הטענות האפשריות הקונקרטיות (וטענות-הנגד) לתקיפת תוקפו של התיקון הנבחן או חלק ממנו.**

המעבר ממישור של דיון ערכי למישור של דיון משפטי הוא מעבר חשוב ומורכב.

מדובר בענייננו בתיקון לחוק יסוד, כלומר בהוראה חוקתית, המצויה בחלק העליון של הפירמידה הנורמטיבית שלנו. נורמה שכזו יכולה להימצא בלתי תקפה רק בשני מקרים:

א. אם היא מתנגשת בהוראה כובלת של החוקה הפורמאלית, הוראת נוקשות.

אין מדובר בהתנגשות עם "פסקת ההגבלה", שכן פסקת ההגבלה מסמנת את עליונותה רק ביחס "לחוק" (להבדיל מחוק יסוד) הנוגד הוראה חוקתית. ההוראה החוקתית שהיא מחייבת או כובלת נורמות חוקתיות חדשות או מתקנות היא **הוראת נוקשות**, שבה הכנסת כרשות מכוננת כובלת את עצמה. כך למשל קובע סעיף 7 לחוק יסוד: חופש העיסוק, תחת כותרת השוליים "נוקשות", כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת"; וכך קובע גם בענייננו חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, בסע' 7 שלו, כי "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת"; וכך קובע גם סע' 4 לחוק יסוד: הכנסת, כי "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

האם הוראה חוקתית כובלת הופרה בענייננו?

ב. לחלופין, מקרה נדיר וסבוך יותר: נורמה חוקתית עשויה להיות מוכרזת כבלתי תקפה, אם היא מתנגשת באופן עמוק מאד עם "החוקה המהותית" של ישראל.

זו הביקורת המשפטית המטא-טקסטואלית או דוקטרינת "תיקון החוקה שאינו חוקתי", שאותן פגשנו בפס"ד **ירדור**, בפס"ד **בר-און**, וכן במאמרו של פרופ' אהרן ברק.

האם מי משתי האפשרויות הללו מתגבשת בענייננו?

נתחיל באפשרות השגורה יותר, אפשרות ההתנגשות **בחוקה הפורמאלית**.

(1). התיקון שבענייננו אמנם פוגע בזכות ל"כבוד האדם" (גם לפי הלכת בית המשפט העליון ב**פסה"ד בעניין חוק טל 1**, וגם לפי הגישה הצרה יותר לזכות זו – גישתה של השופט דורנר בפס"ד **מילר**), שכן הוא פוגע, ובאופן עמוק, על בסיס אתני-לאומי בשוויון בין אזרחים בכל הנוגע לזכותם ליטול חלק בהכרעות שנוגעות לגורלם. לו היה מדובר בחוק יתכן בהחלט שהוא לא היה עובר את השלב החוקתי הבא: שאלת עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה; ואולם בענייננו אין מדובר בחוק מתקן אלא ***בתיקון לחוק יסוד***, ועל כן אין בכך בכדי לשלול את תוקפו של התיקון (השוו לפסה"ד של **פלונית**).

(2). האם התיקון כאן, שהוא תיקון של סע' 1 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל פוגע בסע' 6 לחוק היסוד, הקובע כי "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים"? סע' 7 לחוק היסוד מקנה נוקשות לסע' 6. הוא הרי קובע, כי "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". כאן התיקון מתקבל אמנם בחוק יסוד, אך כזה שלא מתקבל "ברוב של חברי הכנסת" (הוא התקבל רק ברוב של 55 חברי כנסת, להבדיל מ-61 חברי כנסת ומעלה). האם הוראת הכבילה העצמית/ הוראת הנוקשות הופרה לפיכך?

התשובה לכך מחייבת פרשנות של הוראת סעיף 6, ובעיקר השאלה מהו "גורם זר". הפרשנות התכליתית מובילה אותנו, בין היתר, לתכליות הסובייקטיביות של ההוראה, שביקשה לסייג העברת סמכויות לרשות הפלסטינית ולמדינה פלסטינית עתידית. התכלית האובייקטיבית מובילה אותנו לערכיה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" – האם הקונגרס הציוני יזוהה כ"גורם זר"? אני נוטה לתשובה שלילית. ואולם בכך כלל לא תם הדיון, שהרי כיווני תקיפה נוספים קיימים כאן.

(3). האם התיקון הנבחן לא פוגע בהוראות משוריינות בחוק יסוד: הכנסת? נתבונן בסעיפים הבאים:

1. הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה.

4. הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

5. כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק; ... מיום 27.2.1996

**תיקון מס' 19** (בוטל על ידי תיקון מס' 21)

[ס"ח תשנ"ו מס' 1566](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1566.pdf) מיום 27.2.1996 עמ' 106 ([ה"ח 2499](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2499.pdf))

**הוספת סעיף 5א**

הנוסח:

~~הגשת רשימת מועמדים~~

~~5א. רשימת מועמדים לכנסת תוגש על ידי מפלגה בלבד; דרכי התאגדותן ורישומן של מפלגות ותנאים להגשת רשימת מועמדים, ייקבעו בחוק.~~

מיום 29.2.1996

**תיקון מס' 21**

[ס"ח תשנ"ו מס' 1568](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1568.pdf) מיום 29.2.1996 עמ' 112 ([ה"ח 2514](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2514.pdf))

**הוספת סעיף 5א**

6. (א) כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק או ...

התיקון הנבחן כאן לא משנה את סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. הוא לא משנה את שיטת הבחירות. עם זאת, האם לא ניתן לטעון כי הוא פוגע בשוויונן של הבחירות? אם כן, האם הוא לא צריך להתקבל ב"רוב של חברי הכנסת"?

[האם לא ניתן לטעון עוד, שהוא פוגע גם באיפיונן של הבחירות בישראל כבחירות "ארציות"].

נקודה נוספת: בעיה גדולה של התיקון נעוצה בכך שהוא פוגע בסע' 1 לחוק יסוד: הכנסת, לפיה "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה". כאן מצוי הלב של שיטת המשטר שלנו כדמוקרטיה ייצוגית. והנה התיקון מנטרל את הכנסת כליל ביחס להכרעה מהמעלה הראשונה – הסכם מדיני העוסק במלחמה ושלום, והעוסק בין היתר בחלוקתה של ירושלים. זו אכן בעיה עמוקה מאד, אך האם גם במישור החוקה הפורמאלית? שהרי סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, להבדיל מסע' 4, אינו נוקשה.

**סיכום ביניים**: התיקון החוקתי כאן ככל הנראה לא מתנגש בהוראותיה של החוקה הפורמאלית, למעט אולי התנגשותו בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. ואולם האם הוא לא מתנגש עמוקות בחוקה המהותית של ישראל?

**התנגשות למול החוקה המהותית של ישראל**

הביקורת המטא-טקסטואלית (או דוקטרינת תיקון החוקה שאינו חוקתי) היא מקרה חריג ביותר, של מצב חירום חוקתי קשה ביותר. בפסיקה מצאנו הפעלה שלה כנראה רק ב**ירדור.**

**מכל הטעמים המפורטים בחלק א' של השאלה, ובשל היותם טעמים מצטברים, אני מוצא שזה אכן אותו מקרה מיוחד וחריג של ערעור היסודות הדמוקרטיים של ישראל: שלילה מקיפה של מעורבותה של הכנסת בהכרעה מהשורה הראשונה; הבחירה הלא מוצדקת ברוב מיוחד של שני שליש לשימור סטטוס-קוו פוליטי בעניין גבולותיה של ירושלים; והעברת סמכות-וטו לגורם חיצוני המשמש "מגבר כוח" לאחת הקהילות הלאומיות, קהילת הרוב; כל זה יוצר, לטעמי, "מסה קריטית" של פגיעה בדמוקרטיה – ערעור יסודותיה העמוקים ביותר.**

יתכן מאד שבית המשפט ייקח בחשבון שהסדר זה עצמו אינו משוריין, והכנסת יכולה לשנותו ברוב רגיל, והוא יעדיף להצהיר בשלב ראשון רק על עומק הבעיה העצומה שבתיקון, זאת מתוך תקווה שהכנסת אכן תבטל את ההסדר.

כלומר ייתכן ובית המשפט יפעל כאן בגישה דו-שלבית, שבה הוא יפעיל בפועל ביקורת מטא-טקסטואלית אך בצורה הדרגתית. בתחילה הוא יצהיר על הבעייתיות הגדולה של התיקון, ורק אם ההצהרה הראשונית לא תוביל את הכנסת לתיקון עצמי של ההסדר החדש, הוא ייתן צו המכריז על בטלותו.

=-=

**3. האם הייתה משתנה תשובתכם (ואם כן, כיצד ומדוע) לו הסעיף הראשון של התיקון הנדון היה מתקבל כפי שהתקבל, אך חלקו השני היה מתקבל כתיקון לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999 בנוסחו דהיום?**

***מה השוני למול הניתוח שבסעיף הקודם?***

**משמדובר בחוק הרי שיש לבדוק את התנגשותו למול חוקי היסוד, על עליונותם ופסקת ההגבלה הישירה או האנלוגית שבהם.**

לענייננו מדובר בבחינה של כמה פגיעות, שיש לבחון את עמידתן בתנאי הצדקה מסוימים. מדובר הן בפגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הזכות ל"כבוד האדם" הנפגעת עמוקות בשל ההטיה האתנית-לאומית של ההסדר כאן; והן בהתנגשות למול סעיפי שונים של חוק יסוד: הכנסת: סע' 1, בדבר היותה של הכנסת, ולא גורם אחר, בית הנבחרים של המדינה; והן בפגיעה אפשרית בסע' 4 ביחס לשוויון בבחירות [ואולי גם ביחס להיותן "ארציות"]. ויש להוסיף ולשאול, האם החוק המתקן לא פוגע גם בזכות לבחור ובזכות להיבחר (סעיפים 5 ו-6 לחוק יסוד: הכנסת).

חוק פוגע מעין זה צריך לעמוד בתנאי "פסקת הגבלה": פסקת הגבלה ישירה בכל הנוגע לפגיעתו בזכות לשוויון המעוגנת בזכות לכבוד האדם; ופסקת הגבלה אנלוגית ביחס לפגיעותיו בחוק יסוד: הכנסת.

מהטעמים שצוינו בחלק א' של השאלה, החוק אינו עובר בעיני את משוכת דרישותיה של פסקת ההגבלה. הבעיה המרכזית היא במישור **המידתיות**. [מטעמים שונים אני חושב שבעיית החוק מופיעה כבר במישור "התכלית הראויה", אך לא אעסוק בכך כאן, שכן לא לימדתי אתכם נקודה זו].

ראשית, ערכה התרבותי המיוחד של ירושלים נוגע למקומות הקדושים בה. אין הוא נוגע דווקא למרחב הנוכחי של ירושלים, ועל כן מבחנה השני של המידתיות – ביחס "לנחיצות"/ העדרן של חלופות פחותות בחומרתן – מופר כאשר ההגנה חורגת משאלת הר-הבית והכותל המערבי.

שנית, **וחשוב מכך,** בעיית המידתיות הקשה ביותר קיימת במבחן השלישי. מבחן זה מופר – *ובאופן מצטבר* – הן על ידי דרישת הרוב המיוחד ביחס להכרעה שצריכה להתקבל על בסיס רוב רגיל, והן משום שדרישת הרוב המיוחד היא בעצם תוצר של רצון להתנות החלטה שכזו ב"רוב יהודי", והן משום שמוענקת כאן סמכות-וטו לגורם חיצוני ומוטה-לאומית. אלו פגמים עמוקים מאד.

=-=

**ב. פתרון שאלה באחד ממועדי הבחינה השנתית באחת השנים הקודמות (שאלה שנשאלה גם, בשלב מוקדם יותר, כתרגיל 1):**

**מורי דרך – חובת רישוי ודרישת אזרחות**

**הניחו כי התיקון הבא לחוק התקבל בכנסת. (*בפועל הוא לא התקבל/ טרם התקבל*).**

**בהמשך מופיעים דברי ההסבר שליוו את הצעת החוק.**

[הנוסח שלהלן מוסיף סעיף קטן (ד), שלא מופיע בפועל בנוסח הצעת החוק].

חוק שירותי תיירות (תיקון – מורי דרך), התשע"א–2011

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הוספת סעיף 3ב | 1. | בחוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976, אחרי סעיף 3א יבוא: | | | | |
|  |  | "רישיון מורה דרך | | | 3ב. | (א) לא ישמש אדם מורה דרך בתמורה אלא אם כן יש בידיו רישיון תקף לפי חוק זה (בסעיף זה – מורה דרך מורשה). |
|  |  |  |  |  |  | (ב) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיורים בישראל לתיירי חוץ, לא יעסיק מורה דרך, אלא אם כן הוא מורה דרך מורשה. |
|  |  |  |  |  |  | (ג) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיור בישראל שבו משתתפים לפחות 11 תיירי חוץ, ידאג לכך שהסיור ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי. |
|  |  |  |  |  |  | (ד) הוראה זו תהא תקפה על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק." |

דברי הסבר

מטרת הצעת החוק היא להביא לפתרונה של בעיה בענף התיירות, לפיה מספר רב של מורי דרך שלא קיבלו רישיון לפי חוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976, פוגעים בתדמיתה של מדינת ישראל, עקב כך שלא עברו הסמכה מתאימה ואינם יכולים להציג את מדינת ישראל בדרך נאותה. בנוסף, יש בעבודתם ללא רישיון כדי לפגוע בפרנסתם של מורי דרך מורשים. ...

בהתאם להצעת החוק, סוכנויות, ארגונים ומוסדות, שמארגנים סיורי תיירות בישראל, יחויבו לשכור את שירותיהם של מורי דרך מורשים בלבד, שכן הוצאת רישיון למורי דרך הינה מנגנון פיקוח להבטחת מקצועיותם של מורי הדרך ולשמירה על תדמיתה של מדינת ישראל, מה גם שמדינת ישראל משקיעה אמצעים רבים לשיפור תדמיתה כמדינה מודרנית, מערבית דמוקרטית וחופשית. זאת ועוד: הבאת תיירים לישראל כרוכה בהשקעה רבה מצד כלל הגורמים במשק, וכדי למנוע פגיעה בהשקעות אלה, ראוי להבטיח, כי יועסקו רק מורי דרך שעברו הכשרה מתאימה וקיבלו רישיון.

במדינת ישראל ישנם אתרים תיירותיים רבי-ערך. לא אחת ישנם חילוקי דעות באשר לאופן הצגתם של אותם אתרים מבחינה היסטורית, דתית, תרבותית ועוד. העיר ירושלים, על אתריה ההיסטוריים הרבים, מהווה דוגמא לאתר שקיימים לגביו חילוקי דעות כאמור. לחלק מתושבי מדינת ישראל, דוגמת תושבי מזרח ירושלים, ישנה פעמים רבות "נאמנות כפולה", שכן הם מצביעים לרשות הפלסטינית: תושבים אלה מציגים לעיתים עמדות אנטי-ישראליות בפני קבוצות תיירים אותן הם מדריכים. כדי להבטיח שתיירי חוץ ייחשפו לנקודת המבט הלאומית הישראלית, מוצע לקבוע כי סוכנויות נסיעות, וכל גוף המארגן סיורים לתיירי חוץ, ידאגו לכך שסיורים אלה ילוו על ידי מורה דרך שהוא אזרח ישראלי, אשר יש לו נאמנות מוסדית למדינת ישראל.

הצורך בשמירה על האינטרס הלאומי של הצגת ישראל בדרך נאותה גובר על אינטרסים אחרים, ובכללם חופש העיסוק.

התיקון לחוק מותקף משפטית. הניחו כי כל הטענות הרלבנטיות מושמעות, וכי אתם בית המשפט. אנא כתבו את פסק דינכם המנומק.

**[הניתוח להלן מתמקד בעיקר בדרישת "האזרחות" שמוספת כאן, בהצעת החוק/ בחוק.**

**ביחס לעצם דרישת הרישוי כתנאי לעיסוק יש דיון קצר בהמשך.**

**מה שלא נדון שם, בין היתר, הוא נושא תכני בחינות הרישוי:**

איזה גוף-ידע, למשל, נדרש לצורך קבלת הרישיון? האם תואר אקדמי הוא תנאי? באיזה חוגי לימוד? האם מוכרים תארים אקדמיים מקבילים מאוניברסיטאות פלסטיניות, למשל? מאוניברסיטות פלסטיניות בירושלים המזרחית? האם לא עשויה להתעורר גם בעיה מצפונית (פגיעה אפשרית בזכות "לכבוד האדם"), אם תופיע דרישה לענות תשובות 'נכונות' מסוימות לבחינת רישוי העוסקת למשל בהיסטוריה של ירושלים/ אל-קודס?**]**

הנקודה הראשונית, נקודת המוצא בניתוח המשפטי, צריכה להיות פרשנות הוראות הדין הנבחן. משמע, ניסיון להתחקות אחר משמעות ההוראות החדשות שהתווספו לחוק בעת תיקונו.

שיטת הפרשנות הנוהגת בישראל היא "הפרשנות התכליתית". פרשנות זו של ההוראות מאפשרת להבינן ככאלו שמטילות שתי חובות:

(א) חובת רישוי על כל מורה-דרך בתמורה, כלומר בשכר;

(ב) חובה לפיה כל קבוצה של 11 תיירי-חוץ ומעלה תהא מלווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא "אזרח ישראלי".

ואולם על פי תפיסתנו, לאור "המטריה הנורמטיבית" של ערכיה הדמוקרטיים של ישראל יש לפרש את חובה ב' ככזו שמחייבת ליווי "גם" על ידי מדריך מורשה שהוא אזרח ישראל, זאת להבדיל מליווי "רק" על ידי מדריך שכזה. פרשנות זו ממתנת את הפגיעה המתעוררת בזכויות האדם, אך היא מאד רחוקה מלפתור אותה. נרחיב בכך מייד.

השאלה שעורר התרגיל עוסקת בתוקפה של הוראת חוק. הוראה זו יכולה להיות מותקפת, ולהיות מושא לביקורת שיפוטית חוקתית, רק בעת מתקל בנורמה הגבוהה מחוק, ולענייננו חוק יסוד או חוקי יסוד. מייד נבדוק את קיומו של המתקל.

[נקדים ונאמר כי אכן מופיע כאן מתקל, וזאת משום שהוראת החוק פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות שהוגנו בחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, משום שהוראת החוק הנבחנת אינה מתיימרת לשנות מרכיב מרכזי/רחב בחוק יסוד, אלא רק לפגוע/להגביל גזרת פעילות מסוימת בגדרה של זכות יסוד מסוימת שעליה מגונן חוק יסוד, הרי שאין צורך שהכנסת תנסה להשיג את מטרתה כאן בדרך של תיקון חוק היסוד על ידיה כשהיא פועלת בכובעה המכונן. ניתן לעשות כן באמצעות הוראת חוק, ואולם הוראה זו צריכה לעמוד בדרישותיה של הכנסת ביחס לפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות. דרישות אלו מופיעות ב"פסקת ההגבלה" ולעיתים ב"פסקת ההתגברות".]

**האם מופיע מתקל בין הוראת החוק הנבחנת לבין הרובד החוקתי שמעליה?**

**זיהוי הזכויות הנפגעות ומעמדן בפירמידה הנורמטיבית של שיטת המשפט שלנו**.

ראשית, מהי ההגבלה או הפגיעה בזכויות המופיעה כאן?

שנית, האם החוק הפוגע מגביל זכויות שהן בדרגה חוקתית, קרי כאלה שזכו למעמד משפטי הגבוה מחוק?

אשר לנקודה הראשונה, השינוי התחיקתי מגביל את חופש העיסוק כמורה-דרך, בכך שהוא מתנה עיסוק שכזה ברישיון מטעם המדינה. שנית, בנסיבות מסוימות מוגבל חופש העיסוק רק למי שהם בעלי אזרחות ישראלית. מדריכים שהם תושבי ישראל אך אינם אזרחיה (בעיקר מדובר בתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית אותה סיפחה ישראל אליה לאחר 1967), וכן מדריכים זרים, אמנם יכולים עדיין להדריך לבדם קבוצות שהן קטנות מ-11 תיירי חוץ או יכולים להדריך – יחד עם מדריך שהוא אזרח ישראלי – קבוצות גדולות יותר, ואולם חופש העיסוק שלהם צומצם בכך, והם גם מובחנים/מופלים בכך בהשוואה למדריכים שהם אזרחים.

איזה זכויות מרכזיות נפגעות כאן, והאם הן במעמד חוקתי?

1. נפגע חופש העיסוק של כל מי שמבקש להיות מורה-דרך, שכן (בנתונים שנמסרו) התיקון החדש הוא זה שמכפיף עיסוק זה לחובת הרישוי. במקביל מתגבשת פגיעה מוגברת בחופש העיסוק של המדריכים שאינם אזרחים, זאת משום שפחות משתלם להעסיקם יחד עם המדריך שהוא אזרח ישראלי, שהרי ברוב המקרים ניתן להעסיק את האחרון לבדו.

חופש העיסוק של תושב שאיננו אזרח (זאת להבדיל ממדריך זר) מוגן ברמה החוקתית על ידי סע' 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק: "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד".

2. כשנפגע חופש העיסוק של מי שמבקש להיות מורה-דרך הרי שנפגע גם חופש הביטוי שלו, זאת בשל אופי משלח-היד הזה. ביחס למורי-דרך מירושלים המזרחית בעיית חופש הביטוי מתעצמת. יוזמי החוק לא מסתירים שהם מבקשים להגביל את חופש הביטוי של תושבי ירושלים המזרחית כדי למנוע פגיעה בתדמיתה של מדינת ישראל. מדובר בהגבלת חופש הביטוי ביחס לנרטיבים היסטוריים שנוגעים לעיר ירושלים ולאתרים נוספים; במילים אחרות, מדובר בחופש הביטוי הפוליטי. חופש ביטוי פוליטי, אקדמי, אמנותי נתפס על ידי בית המשפט כמוגן מכוח הזכות "לכבוד האדם", כלומר כזוכה למעמד חוקתי (פס"ד **מטה רוב**, באוביטר, ומופיעה גם הכרעה ברורה בנקודה זו בפס"ד **המפקד הלאומי**).

[בניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק המקנה את הגנתו לאזרח או תושב, הרי שח"י: כבוד האדם וחירותו מדבר על "אדם". מתעוררת לפיכך השאלה, האין חלה הגנה חוקתית ביחס לפגיעה בחופש הביטוי ובשוויון של אדם שהוא אזרח זר המדריך תיירים זרים בישראל? שאלה נוספת: האם חופש הביטוי הוא רק הזכות להשמיע דברים או שמא גם הזכות לשמוע את הדברים (זכות של התיירים הזרים המבקשים לשמוע ממורה-הדרך שבו בחרו)? לא נעסוק בכך כאן].

3. מופיעה אפליה שמתבססת על המעמד האזרחי, בין מי שהוא אזרח לבין מי שהוא תושב אך אינו אזרח. כשקוראים את דברי ההסבר לתיקון לחוק, מבינים כי החוק מתקבל על בסיס חשד המופנה כלפי תושביה הפלסטינים של ירושלים כקבוצה. אפליית אדם על בסיס השתייכותו הקבוצתית (היותו פלסטיני-תושב, להבדיל מיהודי או ערבי-פלסטיני אזרח ישראל), היא מהלך הפוגע לכאורה בכבוד האדם שלו (ראו הבנת הזכות "לכבוד האדם" בפס"ד **חוק טל –** זו הכוללת את תפיסת ההשפלה של השופטת דורנר אך פוסעת גם מעבר לה), זאת במיוחד משום שלהניח שתושב המדינה הוא מסוכן, זאת ללא חשד קונקרטי כלפיו, 'פשוט' על סמך השתייכותו הקבוצתית, הוא מהלך פוגעני מאד של תיוג (פרופיילינג).

[נדון ב"תיוג" ארוכות בהמשך דיוני הקורס, דרך העיסוק בחוק האזרחות והכניסה לישראל (איחוד המשפחות) ודרך העיסוק בפרקטיקה של המדינה בנמלי היציאה מן הארץ.]

**התקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה?**

**ההגבלה התקבלה "בחוק".**

**נמשיך לסוגיית "התכלית הראויה" (סוגיה זו, כך מקובל לנתח, מפנימה אל תוכה את הדרישה כי ההגבלה תהא בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל")**.

א. אשר לתכלית הראשונה של החוק: הטלת (ואכיפת) דרישת רישוי על מי שמבקשים להיות מורי דרך. *האם חובת רישוי ראויה ביחס למקצוע זה?* האם זה מקצוע שבו טמונים סיכונים של ממש לגוף, לנפש, לחירות, לקניין, של האדם נותן-השירות ובעיקר של זולתו, מקבל-השירות, ולכן ראויה הסדרתו ברישוי? (מקצועות רפואה, מקצועות רווחה וטיפול נפשי, עו"ד, רואה-חשבון וכדומה). [קיבלנו כל תשובה מנומקת כאן].

ב. מה באשר לשמירת תדמיתה של המדינה? כאן מתעוררת בעיה של ממש.

יש לשים לב כי אין מדובר בהדרכת תלמידים/קטינים במסגרת חינוך ממלכתי, ולא מדובר בדוברי משרד החוץ הישראלי או משרד התיירות. החוק מגביל בני-אדם פרטיים הפועלים במסגרת עסק פרטי במקצוע של מורי-דרך. האם מקצוע כזה יכול להיות "מולאם" לטובת תדמיתה של המדינה?

המדינה יכולה לעמול, תוך שימוש במשאבים ציבוריים (תקציבים, כוח אדם), על שמירה ושיפור של תדמיתה הבינלאומית – זו המשפיעה על מידת העוינות המופנית כלפיה, וזו המשפיעה אולי גם על התיירות אליה. ואולם השאלה היא עד כמה תכלית שכזו היא תכלית ראויה/ תכלית לגיטימית כבסיס **להגבלת** בני אדם פרטיים. אנו יכולים להבין מצב שבו סכנה לביטחון הציבור או אינטרס חשוב אחר הוא בסיס להגבלת זכויות אדם, אך האם תדמיתה של ישראל היא אינטרס חשוב שכזה?

בניסוח אחר, השאלה היא האם אינטרס "תדמיתה של ישראל" צריך להיפסל כבר בשלב התכלית, או שמא צריך להתמודד עם חולשתו בשלב הדיון במידתיות האמצעים?

[דעתנו שלנו היא כי היות תכלית מסוימת "חיובית" או לגיטימית, במובן כזה או אחר, אינו תנאי מספיק להיותה "תכלית ראויה" להגבלת זכויות אדם. כדי להיות תכלית ראויה נדרש אינטרס רב-כוח שאוצר בחוּבו כוח/הצדקה להגבלת זכויות אדם; זה אינו המקרה; עם זאת, קיבלנו כמובן גם עמדה אחרת; יתר על כן, טענות חשובות אכן עולות גם במישור המידתיות, ולכך נפנה עתה].

**מידתיות האמצעי שבשירותה של התכלית**. הפרשנות שאותה קיבלנו בפתח הדברים מרככת במידה מסוימת את הפגיעה. היא קובעת כי מדריך שהוא אזרח ישראלי ילווה את הקבוצה אך גם מדריך פלסטיני תושב ירושלים (קרי, תושב ישראל) יוכל לעשות כן, במקביל. משמע, מהלך זה מאפשר לכאורה שאותו מדריך-תושב-שאינו-אזרח יוכל להשמיע את הנארטיב/ את התפיסה שלו ביחס להיסטוריה של העיר או של מקומות אחרים בהם הוא מדריך. נקודה זו נשמעת יפה יותר מכפי המציאות שבפועל תיווצר. שהרי אם לא משתלם להעסיק את המדריך תושב ירושלים המזרחית, שכן ממלא צריכים לשכור את שירותיו של מדריך שהוא אזרח ישראלי, הרי שבפועל גם חופש העיסוק של אותו מדריך וגם חופש הביטוי שלו מצטמצמים. יתר על כן, נפגעת כזכור גם זכותו של אותו תושב לכך שלא יופלה למול אזרח ביחס לזכות שבשל אופייה ומהותה היא נתונה גם לתושב וגם לאזרח (זאת, להבדיל למשל מהזכות לבחור ולהיבחר בבחירות הארציות, הנתונה לאזרחים בלבד).

הבעיה העיקרית מופיעה במישור מבחן המידתיות השלישי: מבחן המידתיות במובן הצר. אם נזכור שבפסק דין **קול העם** דורש בית המשפט מבחן איזון של "ודאות קרובה" לנוכח סכנה לאינטרס ציבורי חיוני דוגמת "ביטחון הציבור", הרי שנבין את גודל הבעייתיות הטמונה בתיקון זה לחוק. תיקון זה גוזר איסור מוחלט על כל תושב, איסור של קבע (כל עוד הוא לא הופך לאזרח), וזאת ללא כל הוכחה של סיכון ממשי וקונקרטי הנשקף מאותו אדם לביטחון הציבור. יתר על כן, התכלית העומדת כאן על הפרק – פגיעה "בתדמיתה של ישראל" – אם היא בכלל לגיטימית כטעם להגבלת זכויות יסוד – היא בוודאי מהסוג שהוא כבד-משקל-הרבה-פחות מאשר אינטרס בטחון הציבור.

במילים אחרות, התיקון לחוק הגביל את חופש הביטוי וחופש העיסוק על בסיס חשש כללי, המופנה באופן גורף לכל יחידיה של קבוצה של תושבים, תושבים שקרוב לוודאי שלא-במקרה הם ערבים בלבד, ביחס לפגיעה אפשרית "בתדמיתה של ישראל". זהו 'איזון' שהוא בעליל בלתי מידתי.

[בסמסטר ב' נוסיף לדיון שלעיל שאלה נוספת:] האם מופיעה הצדקה אפשרית נוספת לפגיעה בחופש הביטוי – האם מתעוררת טענה רצינית של "פגיעה ברגשות", פגיעה שהיא "מעבר לסף הסיבולת"? אנו משיבים לכך בשלילה. יש לזכור כי מורי הדרך אינם מדריכים של משרד התיירות – אין "הכשר" מדינה הניתן לדבריהם. הם מדברים בשם עצמם וכך הם מתקבלים.

**פסקת ההתגברות ופס"ד מיטראל**

חלקכם לא שם לב לקיומו של סעיף קטן (ד) של התיקון לחוק – שהוא **ניסיון "התגברות"**. הסעיף הקטן קובע:

הוראה זו תהא תקפה על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק

לצורך הצלחה במהלך התגברות נדרשת הכנסת לעמוד בדרישותיה של הרשות המכוננת – זו אפשרה להתגבר על הוראותיה שלה בדרך שהותוותה בסעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק, היא "פסקת ההתגברות":

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 {"פסקת ההגבלה"}, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

אם להיות קונקרטיים, הרי שהכנסת (בכובעה המכונן, כפי שאכן נדרש) איפשרה בחוק היסוד התגברות של חוק הכנסת על ההגנה המוקנית לחופש העיסוק, ואולם היא התנתה זאת, בין היתר, בכך ש"החוק המתגבר" יתקבל ב"רוב" (קרי, ב-61 חברי כנסת לפחות). היה צורך לפיכך להניח הנחה ביחס להיקף התמיכה שלה זכה התיקון בכנסת. [החוק המתגבר צריך כמו כן לציין במפורש כי הוא "תקף על אף האמור" בחוק יסוד: חופש העיסוק – דרישה זו התמלאה].

ואולם בכך לא די, שכן התיקון בענייננו פוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות חוקתיות מוגנות אחרות: חופש הביטוי הפוליטי של תושביה הפלסטינים של ירושלים וכן בשוויונם, מכוח ההגנה על "כבודם" (פסק הדין בעניין חוק טל).

סיטואציה מעין זו טופלה בהלכת **מיטראל**, שעניינה מצבים שבהם מופעלת פסקת ההתגברות בכדי לגונן על הוראת חוק הפוגעת לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות יסוד חוקתיות אחרות. הלכת **מיטראל** מציגה שלשה תנאים *מצטברים*.

ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית. שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית.

מבין שלשת התנאים נראה לנו בבירור שפגיעת התיקון התחיקתי הנדון כאן בחופש הביטוי ובזכות החוקתית לשוויון אינם עונים לדרישה השלישית, לפיה: "הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית". הפגיעה כאן היא ממשית עד מאד (ראו דיונינו לעיל). אשר על כן, התיקון התחיקתי הנבחן בענייננו לא זוכה להגנה על תוקפו מכיוונה של פסקת ההתגברות.

**לסיכום,** התיקון לחוק כושל הן בדרישת "התכלית הראויה" והן בדרישת "המידתיות" – ולכן אין הוא ממלא אחר "פסקת ההגבלה"; ניסיון "ההתגברות" על קושי זה לא צולח, זאת גם אם זכה החוק המתקן ב"רוב" של חברי הכנסת, שכן לא התמלאו דרישות הלכת **מיטראל** ביחס לחוק הפוגע בזכויות חוקתיות שמעבר לחופש העיסוק. אשר על כן, החוק המתקן צפוי להיות מוכרז כלא תקף.

[בעקבות סמסטר ב': חלקכם העלה טענה יפה, בעקבות פס"ד **יועצי השקעות** ופסיקה נוספת (**לם**) שעוסקת בצורך ב"הוראות מעבר", בין היתר בעת החלת חובת רישוי חדשה, קרי, כאשר לא הופעלה דרישה שכזו קודם. במצב מעין זה בני אדם כבר רכשו מיומנות מקצועית, ביצעו השקעות שונות עבור רכישת אותה מיומנות, ויתרו על כיווני עיסוק אחרים וכדומה; ולכן הוראות מעבר – כאלו המחילות את החובה החדשה באופן הדרגתי ואולי גם סלקטיבי – מתחייבות מתוך חובת ההגינות המוטלת על הרשות].

=-=

חומר הקריאה לפגישה הבאה:

קראו את הדפים שלעיל, על הסוגיות השונות המטופלות בהן, ובתוך כך את הדיון במרכיב פסקת ההגבלה שעניינו **"הסמכה" – הסמכה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק**.

קראו גם את פס"ד **מנאע**, פס' 1, 45-13 ו-50 לפסק דינו של השופט פוגלמן – איזה סוגיות עיקריות מוכרעות כאן? האם יש בהן מרכיב של חידוש?

נדבר קצת על **חוק יסוד: משאל עם**. קראו את הדפים שלעיל.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, דצמבר 2014, ***פגישה 15***

**החוקה הפורמאלית של ישראל**

**"פסקת ההגבלה"**

**פתרון תרגיל לדוגמא**

הכנסת השמונה-עשרה

הצעת חוק של חברי הכנסת **גדעון עזרא ואח'**

הצעת חוק שירותי תיירות (תיקון – מורי דרך), התש"ע–2010

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הוספת סעיף 3ב | 1. | בחוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976, אחרי סעיף 3א יבוא: | | | | |
|  |  | "רישיון מורה דרך | | | 3ב. | (א) לא ישמש אדם מורה דרך בתמורה, לא ישמש מסיע בתמורה כמורה דרך ולא יציע שירותיו כמורה דרך בתמורה, אלא אם כן יש בידיו רישיון תקף לפי חוק זה (בסעיף זה – מורה דרך מורשה). |
|  |  |  |  |  |  | (ב) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיורים בישראל לתיירי חוץ, לא יעסיק מורה דרך, אלא אם כן הוא מורה דרך מורשה. |
|  |  |  |  |  |  | (ג) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיור בישראל שבו משתתפים לפחות 11 תיירי חוץ, ידאג לכך שהסיור ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי. |
|  |  |  |  |  |  | (ד) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ג), סיור בישראל שבמהלכו נוסעים תיירי חוץ במספר כלי רכב, ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי בכל אחד מכלי הרכב כאמור." |

דברי הסבר

מטרת הצעת החוק היא להביא לפתרונה של בעיה בענף התיירות, לפיה מספר רב של מורי דרך שלא קיבלו רישיון לפי חוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976, פוגעים בתדמיתה של מדינת ישראל, עקב כך שלא עברו הסמכה מתאימה ואינם יכולים להציג את מדינת ישראל בדרך נאותה. בנוסף, יש בעבודתם ללא רישיון כדי לפגוע בפרנסתם של מורי דרך מורשים. יש לציין כי חלק מההוראות המוצעות בהצעת החוק מעוגנות כיום בתקנות שירותי תיירות (מורי דרך), התשכ"ז–1967, אך בשל החשיבות העקרונית ראוי לעגן אותן בחקיקה ראשית.

בהתאם להצעת החוק, סוכנויות, ארגונים ומוסדות, שמארגנים סיורי תיירות בישראל, יחויבו לשכור את שירותיהם של מורי דרך מורשים בלבד, שכן הוצאת רישיון למורי דרך הינה מנגנון פיקוח להבטחת מקצועיותם של מורי הדרך ולשמירה על תדמיתה של מדינת ישראל, מה גם שמדינת ישראל משקיעה אמצעים רבים לשיפור תדמיתה כמדינה מודרנית, מערבית דמוקרטית וחופשית. זאת ועוד: הבאת תיירים לישראל כרוכה בהשקעה רבה מצד כלל הגורמים במשק, וכדי למנוע פגיעה בהשקעות אלה, ראוי להבטיח, כי יועסקו רק מורי דרך שעברו הכשרה מתאימה וקיבלו רישיון.

במדינת ישראל ישנם אתרים תיירותיים רבי-ערך. לא אחת ישנם חילוקי דעות באשר לאופן הצגתם של אותם אתרים מבחינה היסטורית, דתית, תרבותית ועוד. העיר ירושלים, על אתריה ההיסטוריים הרבים, מהווה דוגמא לאתר שקיימים לגביו חילוקי דעות כאמור. לחלק מתושבי מדינת ישראל, דוגמת תושבי מזרח ירושלים, ישנה פעמים רבות "נאמנות כפולה", שכן הם מצביעים לרשות הפלסטינית: תושבים אלה מציגים לעיתים עמדות אנטי-ישראליות בפני קבוצות תיירים אותן הם מדריכים. כדי להבטיח שתיירי חוץ ייחשפו לנקודת המבט הלאומית הישראלית, מוצע לקבוע כי סוכנויות נסיעות, וכל גוף המארגן סיורים לתיירי חוץ, ידאגו לכך שסיורים אלה ילוו על ידי מורה דרך שהוא אזרח ישראלי, אשר יש לו נאמנות מוסדית למדינת ישראל. הצורך בשמירה על האינטרס הלאומי של הצגת ישראל בדרך נאותה גובר על אינטרסים אחרים.

יצוין כי הוראות חוק דומות חלות במדינות זרות, בהן נהוג ומקובל כי מדריך מקומי מלווה כל קבוצות תיירים אשר נכנסת למדינה.

---------------------------------

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים, והונחה על שולחן הכנסת ביום, כ"ב באדר התש"ע – 8.3.10

א. התיקון לחוק מותקף משפטית.

ב. הניחו כי בית המשפט העליון מורה על בטלות ההוראה המתקנת.

הניחו עוד, כי לאחר הביטול מחליטה הכנסת לחוקק את התיקון מחדש, אך מוסיפה לצידו הוראה, שזו לשונה: "הוראות סעיפים [סעיפי התיקון] תקפות על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הניחו כי התיקון החדש מתקבל ב"רוב של חברי הכנסת".

עתה הניחו כי גם תיקון חדש זה מותקף.

ג. הניחו כי בית המשפט העליון מורה גם על בטלות התיקון החדש.

הכנסת מתקנת את חוק יסוד: ירושלים, ומוסיפה את ההוראה הבאה, ובה שני סעיפי משנה:

א. לא ישמש אדם מורה דרך בתמורה, אלא אם כן יש בידיו רישיון תקף לפי חוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976;

ב. נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיור בירושלים שבו משתתפים לפחות 11 תיירי חוץ, ידאג לכך שהסיור ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי.

התיקון לחוק היסוד התקבל ברוב רגיל של חברי הכנסת. **סעיף משנה ב'** מותקף.

=-=

מהלך הבדיקה/ הניתוח החוקתי:

**"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה** אלא... [בכפוף לתנאי "פסקת ההגבלה]".

1**. "אין פוגעים"** – האם החוק הנבחן חוקתית כלל פוגע (= שולל, מגביל) בזכות יסוד?

2. האם הפגיעה היא **בזכות-היסוד מוגנת** **ב"חוק יסוד"** – כלומר האם הזכות הנפגעת היא חוקתית?

3. (רק) אם חצינו את שתי משוכות הללו הגענו אל מרכיביה הבסיסיים של **"פסקת ההגבלה"**

**שלב 3: מרכיבי פסקת ההגבלה**

א. **"אלא בחוק... או מכוח הסמכה מפורשת בו"**

ב. (חוק) "ההולם את **ערכיה של מדינת ישראל**"

ג. "שנועד ל**תכלית ראויה**"

ד. **"ובמידה שאינה עולה על הנדרש"** –

זו דרישת המידתיות, על שלושת מבחני-המשנה המצטברים שלה:

(1) קשר רציונאלי;

(2) האמצעי שפגיעתו פחותה;

(3) מידתיות במובן הצר.

=-=

א. **"אלא בחוק... או מכוח הסמכה מפורשת בו"**

**בפסק הדין של *מנאע* מתקיים ליבון מקיף של התנאי הראשון של פסקת ההגבלה;**

ליבון זה מצטרף לדברים שפרטתי בהקשר זה בדפי הפגישה הקודמת (חזרו ועיינו שם).

בג"צ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים** (2010)

*האם המשיבים, רשות המיסים והמוסד לביטוח לאומי, מוסמכים לגבות חובות באמצעות עיכוב החייבים במחסומי דרכים שהוצבו לצרכים מבצעיים על-ידי כוחות שיטור, ובאמצעות עיקול רכבו של חייב שאינו משלם את חובו (או חלק מחובו) על-אתר [כלומר, כאן ועכשיו/ בו-במקום]?*

14. תחולתו של עיקרון חוקיות המינהל אינה מצטמצמת למצבים שבהם פוגעת הרשות בפעולתה בזכויות יסוד של הפרט. אכן, פרט המבקש לטעון כי בפעולתה חרגה הרשות מן הסמכות המוקנה לה בדין, אינו חייב להצביע על כך שפעולתה של הרשות גרמה לפגיעה בזכויות יסוד או בזכות חוקתית, ובמקרים שונים נתקפה פעולת הרשות בבית המשפט בהתבסס על עיקרון זה, הגם שלא היו לה השלכות על זכויות אדם מוכרות, והשפעתה התמצתה בפגיעה באינטרסים (ראו למשל בג"צ 3424/90 איגוד העיתונים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24 (1991); בג"צ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769 (1998)). עם זאת, כשפעולתה של הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכות יסוד מוכרת, מקבלת ההקפדה על עיקרון זה משנה חשיבות. לפיכך, נקבע כי כאשר הפעולה המינהלית שבנדון עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה (בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)). במקרה שכזה, על ההסמכה לפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית (בג"צ 3355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004)).

15. ... תתאפשר פגיעה בזכויות המוגנות בגדר חוק היסוד רק בחוק, או "לפי חוק כאמור מכוח הסכמה מפורשת בו". בדנג"צ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון .., דן בית משפט זה בפרשנות המונח "מפורשת" המתייחס לאופי ההסמכה הנדרשת בחוק היסוד. בית המשפט קבע כי אין ליתן למונח "הסמכה מפורשת" משמעות צרה והכרחית אחת, שכן "מונח זה יוצר קשת של פרשנויות אפשריות שהבחירה ביניהן תלויה בנסיבות המקרה, ובין היתר בטיב הזכות הנפגעת והטעמים שבבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת, בעוצמת הפגיעה הנגרמת לזכות המוגנת בהקשרם של דברים" (סעיף 11 לפסק דינה של חברתי הנשיאה, ד' ביניש). כפועל יוצא, ככל שזכות היסוד שעלולה להיפגע נושאת זיקה עניינית הדוקה לזכויות אדם מוגנות, וככל שמדובר בזכות מרכזית יותר, כך תפורש ביתר הקפדה הדרישה לקיומה של "הסמכה מפורשת" בחוק ...

דברים אלה התייחסו בעיקרם להסמכה חוקית לפגיעה בזכויות יסוד בגדרה של חקיקת משנה, ולזכויות שהוכרו ככלולות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם, לטעמי, יש להלכה זו תחולה גם במקרה של הפעלת סמכות מינהלית הפוגעת בזכות אדם שאינה מעוגנת בחוקי היסוד. מתן פרשנות "גמישה" שאינה "דווקנית" לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, ונקיטה בגישה "הקשרית", שלפיה מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, למידת הפגיעה בה, לתכלית החוק ולמכלול הנסיבות, מקדמת הרמוניה פרשנית, והיא מוצדקת גם מטעמים מהותיים, באשר היא מתאפיינת בגמישות ובחוסר דוגמטיות, כמתחייב משיח הזכויות, ומאזנת בין הטעמים המצדיקים הגבלת זכויות אדם רק בחקיקה ראשית, לבין ערכים נגדיים של יעילות מינהלית ומרחב פעולה אפקטיבי.

17. מן האמור בפקודה [פקודת המיסים (גביה)] עולה, כי אדם שלא שילם את המס המוטל עליו, ונמנע מלשלמו גם לאחר שנשלחה לו דרישה בכתב – רשאיות רשויות הגביה לדרוש ממנו תשלום מיידי של חוב המס, שאחרת ייתפסו מיטלטליו ויימכרו. לשם הוצאתה לפועל של סמכות זו – רשאי נציג רשויות הגביה להיכנס לחצריו של הנישום שבהם מצויים מיטלטליו, או לחצרו של צד שלישי שבו מצויים מיטלטלי הנישום, לעקל את המיטלטלין ולמכרם, ובדרך זו להיפרע את חוב המס. בידי רשויות הגביה קיימות, אפוא, סמכויות נרחבות לפעול לשם מימוש חוב מס שבו חב הנישום. הרשות מבקשת ללמוד מהיקף סמכויות נרחב זה גם על קיומה של סמכות לעקל את רכבו של חייב באמצעות שימוש "נלווה" במחסומים המוצבים בכבישים בנקודות שונות ברחבי הארץ מטעמים ביטחוניים. לדידה, סמכות זו נלמדת על דרך קל וחומר, והיא בבחינת "מרובה המחזיק את המועט", שכן ברי – להשקפתה – כי אם נתונה בידי רשויות הגביה סמכות להיכנס לחצריו הפרטיים של החייב לשם עיקול מיטלטליו, נתונה להם גם הסמכות לעשות זאת ברשות הרבים. נוכח דברינו שלעיל, כי לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, יש ליתן פרשנות גמישה ו"הקשרית", שלפיה מידת דווקנותה של ההסמכה המפורשת הנדרשת תיגזר מן החשיבות היחסית של הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה, תכלית החוק ומכלול הנסיבות, עלינו לנקוט מהלך פרשני לבחינת הוראות פקודת המסים (גביה), ובגדרו לבחון האם ניתן לראות בפקודה מקור סמכות לביצוען של הפעולות נושא העתירה.

פרשנות דיני המס

19. התחנה הראשונה בדרכו של הפרשן הינה, איפוא, לשון החוק, ובגדרה יינתנו למילותיו של דבר החקיקה, ולשפה שבה בחר המחוקק להשתמש, רק אותן משמעויות המצויות ב"מתחם האפשרויות הלשוניות", משמע כאלה שהמילים יכולות "לשאת" מן הבחינה הלשונית. פרשנות הנעדרת כל עיגון לשוני אינה יכולה להתקיים, שהרי "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון" (ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 827 (1999)). מבין האפשרויות השונות שבמתחם, יש לקבוע מהי האפשרות המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה. אפשרות זו היא משמעותה המשפטית של הוראת החוק ... בגדר כך, ייתן הפרשן דעתו להבחנה שבין תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה, היא המטרה שביקש המחוקק להגשים באמצעות החוק; לבין התכלית האובייקטיבית, המבטאת את "כוונת השיטה המשפטית" או כוונת "המחוקק הסביר" .., הטומנת בחובה את המטרות והמדיניות, הערכים והעקרונות שאותן נועד להגשים כל דבר חקיקה בחברה דמוקרטית מודרנית ... על תכליות אלה ניתן ללמוד מכל מקור אמין, ובכלל זה לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית, הרקע הכללי ועקרונות היסוד של השיטה המשפטית ... בהתגלע סתירה בין תכליות שונות, יאזן הפרשן ביניהן תוך הפעלת שיקול-דעת שיפוטי, כשבתום התהליך, תיקבע תכליתו הסופית של דבר החקיקה...

רכיב הלשון

20. לשון החוק בענייננו אינה כוללת כל התייחסות לאפשרות של עיקול מיטלטלין המצויים ברשות הרבים. תחת זאת, מורה היא כי משלא שילם נישום את חובו גם לאחר שנשלחה אליו הודעה על כך בכתב, והוסיף ונמנע מלשלם גם לאחר דרישה נוספת של "גובה המס", רשאי האחרון להיכנס לחצריו או לחצריו של אדם שלישי – בנסיבות מסוימות אף תוך הפעלת כוח – לעקל את המיטלטלין ובהמשך גם למכרם. האם מהיעדר התייחסות לגבייה ברשות הרבים יש ללמוד על קיומו של הסדר שלילי? לשון אחר, האם מכלל ההן בנוגע לכניסה לחצרים, יש ללמוד על הלאו בנוגע לגביה ברשות הרבים? האם היעדרה של התייחסות מפורשת מלמדנו כי ניתן ללמוד על קיומה של סמכות על דרך ההיקש, או בבחינת קל וחומר?

21. ככלל, יש לנקוט זהירות יתרה בטרם ייעשה שימוש בעיקרון שלפיו מכלל ההן ניתן לשמוע את הלאו ... על כל פנים, מוכן אני להניח לצורך הדיון, לטובת המשיבים, מבלי לקבוע מסמרות, כי מתחם האפשרויות הלשוניות של הכתוב רחב דיו כדי לשאת את שתי המשמעויות שמציעים הצדדים. על מנת להכריע בשאלת מובנו המשפטי של דבר החקיקה, יש לעמוד על התכלית שעמדה ביסוד חקיקת החוק (ברק, בעמ' 115).

רכיב התכלית הסובייקטיבית

22. ראשית לתכלית הסובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית אשר יוצר החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו (בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993)). מקור מרכזי ללמידה על תכלית זו מצוי בדברי ההסבר להצעת החוק. ...

23. מדברי ההסבר עולה, אפוא, כי אחת ממטרותיו של התיקון היתה להעמיד כלים נוספים בידיו של גובה המס כדי שיוכל לגבות את חובותיהם של סרבני מס באופן אפקטיבי. מגמה זו באה לידי ביטוי גם בכמה מן התיקונים לפקודה בשנים מאוחרות יותר...

24. הנה כי כן, מניתוח התכלית הסוביקטיבית קשה "לזקק" כוונה ברורה להעניק סמכות לרשויות הגביה לעקל כלי רכב במחסום על אם הדרך; מאידך גיסא, לא ניתן לזהות התייחסות קונקרטית נוגדת לנושא זה. נמשיך, אפוא, לבחינת התכלית החיצונית לטקסט, היא התכלית האובייקטיבית.

רכיב התכלית האובייקטיבית

(א) גבייה אפקטיבית של תשלומי חובה

25. מרכיב מרכזי בתכלית האובייקטיבית העומדת ביסוד פרשנותה של פקודת המסים (גביה) ושל מרחב פרישתן של הסמכויות המוקנות בסעיפים 5-4 לה בפרט, הוא הצורך בקיומה של גבית מס אפקטיבית, לצורך ביצוע פעולות ציבוריות המשרתות את כלל האזרחים. דברים אלה יפים גם לעניין גביית דמי הביטוח הלאומי, שאינם אלא תשלום חובה "ייעודי" המבטיח מערכת של ביטחון סוציאלי ומעניק אמצעי קיום, רשת ביטחון ושירותים חיוניים מינימאליים לקבוצות רחבות של האוכלוסייה בקהילה שבה נגבה המס, בהתקיים מצב של נזקקות (להרחבה, ראו: רות בן ישראל ביטחון סוציאלי 127-35 (2006); בג"צ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיפים 53-42 (לא פורסם, 2.9.10)). מערכת גבייה יעילה של תשלומי חובה מגשימה גם ערכים של צדק חברתי, צדק חלוקתי ושל שוויון מהותי; היא מממשת את אופיה של המדינה כמדינת רווחה (רע"א 9823/02 "המגן" חב' לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, סעיף 17 (לא פורסם, 27.12.04)); היא מאפשרת הספקתם של מוצרים ציבוריים הנחוצים לכלל חברי הקהילה אך אינם מיוצרים על-ידי השוק החופשי מחמת כשלי שוק (ראו יוסף אדרעי מבוא לתורת המסים 28, 39-38 (2008) (להלן: אדרעי)). בכך מוגשמת באופן רחב את זכות האדם לכבוד (רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 376-375 (2001)). מי שנמנע מתשלום מס או תשלום חובה אחר פוגע בכלל, הן משום שבהימנעותו מלהשתתף בנטל הוא מביא לצמצום בהיקף הסחורות והשירותים שהמדינה יכולה לספק, והזכויות הסוציאליות שהיא יכולה להבטיח, הן בכך שכדי למלא את החסר בקופה הציבורית חייב כל אחד מיתר חברי הקהילה לשלם מחיר גבוה יותר, ופעמים רבות – אף גבוה מנטל המס שהיה מוטל עליו לפי נקודת האיזון החברתית, בהתאם ליכולתו הכלכלית..

(ב) שלטון החוק

27. תכלית חיצונית נוספת, רחבה יותר, העומדת ביסוד הסדרי הגביה הקבועים בפקודה, עניינה בהבטחת שלטון החוק ואכיפת החוק, שהם משום עיקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית (ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין (לא פורסם, 9.12.08); עע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ (לא פורסם, 20.10.10)). נדבך מרכזי של שלטון החוק, עניינו בידיעתו של מפר החוק כי בעשותו כן צפוי הוא לסנקציה מאורגנת של החברה. אכן, שלטון החוק מחייב את אכיפת החוק באופן שוויוני ללא שרירות וללא מקריות, שאחרת ייעשה החוק פלסתר, ייפגע אמון הציבור ברשויות השלטון ויישחק גורם ההרתעה מפני הפרתו (ראו ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441, 456 (1993); ראו גם אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 122-116 (2004)). אכיפת בלתי שוויונית של החוק עלולה אף להוביל למצב שבו חוטא יוצא נשכר שכן מפר החוק נהנה מפרי הפרתו (ראו ע"א 6416/01 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נז(4) 197, 206 (2003)). על רקע זה, נקבעה חזקת תכלית שלפיה יש להימנע מפירוש המביא לעקיפתו של חוק (ברק, בעמ' 575-574). התכלית בדבר הבטחתה של גביה אפקטיבית, המקשה על מפר החוק להתעלם מבקשות כתובות המופנות אליו ולחמוק מתשלום מס – הנגזרת מן התכלית הרחבה בדבר הגנה על שלטון החוק – תומכת בשימוש באמצעים לשם גביית מס, כדוגמת אלה הננקטים על-ידי המשיבים.

28. בצד תכליות אובייקטיביות אלה, התומכות בפרשנות מרחיבה ובלימוד סמכות משתמעת בנוגע לאפשרות לעקל כלי רכב במחסום על אם הדרך, קיימות תכליות נוספות הנלמדות מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית ומהמערך החקיקתי המצוי בה, שעשויות להצביע על תוצאה שונה. בין תכליות אלה מצויה קיומן והגשמתן של זכויות אשר זכו למעמד חוקתי בישראל, בחוק ובפסיקה, ובכלל זה הזכות לכבוד, לקניין, לחופש תנועה, לפרטיות, להליך הוגן וכן זכות הגישה לערכאות. אמנם, ככל זכות, גם זכויות אלה אינן מוגנות בכל הנסיבות במלוא היקף פרישתן, ובמצבים מסוימים – בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – יוּצַר היקף ההגנה החוקתית הניתנת להן, כאשר כנגדן עומד ערך נוגד חשוב אחר ... ואולם, גם בהינתן האמור, ברי כי לאפשרות הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות יש ליתן משקל בבואנו לפרש סעיף חוק המקים פוטנציאל לפגיעה בזכויות ובחירויות כאמור.

יצוין, כי נוכח סעיף שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נתונות הוראות פקודת המסים (גביה) – אשר קדמו לחוק היסוד, לביקורת חוקתית. עם זאת, כפי שנפסק לא אחת, את הפקודה – כמו כל חוק אחר שקדם לחוק היסוד – יש לפרש לאור העקרונות והערכים שהתוו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכויות הנגזרות ממנו (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 643, 653 (1996)).

(ג) הזכות לכבוד

29. הרעיון הבסיסי העומד ביסוד התיאוריה של זכויות האדם הינו שלאדם כפרט יש כבוד, שהוא ראוי שינהגו בו בכבוד, וכי שומה על הגורמים המופקדים על כך, ובכלל זה בית המשפט, להגן על הפרט מפני פגיעה בכבוד. באופן פרטני, כולל כבוד האדם אגד של זכויות, שבהיעדרן אין משמעות להיותו של האדם יצור חופשי, אוטונומי ובעל ערך בתור שכזה (ראו בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר פ"ד ס(3) 464, 480 (2005)). היקף פרישתה של הזכות לכבוד נידון בבית משפט זה ובספרות פעמים רבות. כך למשל, הציע המלומד ד' סטטמן שני מושגים שונים של המונח כבוד: האחד, המתבסס על תורתו של עמנואל קאנט, רואה בכבוד "יחס מוסרי" כך ש"לבני האדם (...) אין מחיר, שכן ערכם הוא פנימי, אובייקטיבי ומוחלט, ובלתי תלוי ברצון אנושי מקרי" (דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד(3) 541, 546-545 (2001) (להלן: סטטמן)). לפי גישה זו, אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו, ובלשונו של קאנט "הציווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד" (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות 95 (תרגום: משה שפי, 1965)). המושג השני של המונח כבוד רואה בו משום "יחס לא משפיל". לפי גישה זו, פגיעה בכבודו של אדם פירושה "השפלתו, העלבתו, הלבנת פניו" הגורמים ל"הורדת ערכו של אדם בעיני עצמו ובעיני זולתו" (סטטמן, בעמ' 548). ...

30. בסופו של יום, אומץ בבית משפט זה מודל ביניים לעניין היקף פרישתה של הזכות לכבוד לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מודל זה אינו מתמצה רק בפגיעות מובהקות בכבוד הכוללות מרכיבים של השפלה וביזוי, אך גם אינו משתרע על פני זכויות האדם כולן ..

31. גם בעת הנוכחית, טרם תוחמו גבולותיו המדויקים של המונח "כבוד האדם", ועדיין קיימת בו מידה של עמימות. עם זאת, נראה שלא קיימת מחלוקת בדבר מרכיביה הגרעיניים של הזכות, ובכלל זה, בדבר האיסור לבייש, להשפיל או לבזות אדם; בדבר האיסור להלבין את פניו ברבים ולגרום לו תחושה של עלבון; ובדבר האיסור להעמידו במצב של חוסר אונים כשהוא נתון לשרירות רצונם של אחרים (ראו גם סטטמן, בעמ' 560).

32. לטעמי, הנוהל המאפשר למשיבים לעקל כלי רכב במחסום על אם הדרך, פוגע בזכותם של הנישומים לכבוד, באופן החורג מזה שנגרם כשהגביה נעשית בחצרים ומזה שנובע מעצם גביית המס. קיומו של חוב מס בלתי מוסדר אינו מפשיט את החייב מזכויותיו ואינו הופך את כבודו הפקר. הליכי גבייה המתבצעים אגב עיכוב אקראי של החייב שנעשה בשל טעמים בטחוניים, כשהוא חשוף לעיני כל ומצוי בעמדה רגישה ומוחלשת, שבה יכולתו להתגונן פחותה; כל זאת כשהימנעותו מלהסדיר את חובו, אפשר שנגרמה בתום-לב, פוגעת בכבודו. ודוק: ייתכן שהחייבים נמנעו מתשלום חוב המס בשל בורות או חוסר התמצאות בניהול ההליכים, ואין באפשרותם לזכות בייעוץ משפטי; ייתכן שדרישת התשלום הקבועה בסעיף 4 לפקודה לא הגיעה לידיהם והם לא ידעו על קיומו של חוב; ייתכן שידעו על החוב, אך ידיהם לא היתה משגת לפורעו במועד שנקבע, והם עמלו על השגת יתרת התשלום; תיתכן טעות מצידה של הרשות; ייתכנו טעמים נוספים (ראו והשוו: בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 725-723 (1983)). כל אלה נעלמים ואינם כשהחייב עובר עם מכוניתו במחסום, ומספר תעודת הזהות שלו נקלט על-ידי גופי הגבייה.

33. החייב הנעצר במחסום באמצע הדרך, נותר – הוא ומיטלטליו – בצד הכביש, אפשרויות הפעולה שלו מוגבלות, כמו גם יכולתו להיעזר בבני משפחה או בחברים. אפילו ירצה אותו חייב לפרוע את חובו או לברר את עצם קיומו של חוב, יכולתו לעשות כן כשהוא בצד הדרך נופלת מזו הנתונה לו בביתו, כשהוא מצוי בסביבה המאפשרת לו להעמיד את המעשה המינהלי – במקרה מתאים – לביקורת שיפוטית (כפי שיבואר גם להלן). המחשה לעוצמת הפגיעה בנישום, ניתן לראות בתשתית שאותה הציג לפנינו העותר 1, ד"ר עאדל מאנע, מנהל המרכז לחקר החברה הערבית בישראל במכון ון ליר בירושלים. עותר זה יצא מביתו שבירושלים לכיוון האוניברסיטה העברית. לאחר שנסע כמאתיים מטר, עצר אותו שוטר וביקש ממנו להציג תעודותיו. העותר ביקש לדעת מהי העילה שבגינה עוכב. במרחק כמה מטרים מן הכביש, חנה רכב אזרחי שאליו נלקחו התעודות על-ידי השוטר. בחלוף כעשר דקות, חזר השוטר והודיע לו כי עומד נגדו חוב במס רכוש, שאת מחציתו, כ- 7400 ש"ח, עליו לשלם בתוך 30 דקות, שאם לא כן ייגרר רכבו. הסבריו כי העניין מצוי בהליך הסדר, ואף עומדת לזכותו יתרה במס רכוש, לא נשמעו. כמוהם נדחתה גם בקשתו לשלם את הסכום בשיק או באמצעות כרטיס אשראי. העותר נאלץ ללכת ברגל לסניף בנק, למשוך את סכום הכסף הנדרש ולשלמו במחסום. רק אז, לאחר כשעתיים וחצי, שוחרר רכבו. כשלושה שבועות לאחר מכן הודע לו בכתב מאת רשויות המס שאכן נזקפת לזכותו יתרה של 26,005 ש"ח, וזו הופקדה בחשבון הבנק שלו. אין צריך להוסיף ולהרחיב על מידת הפגיעה הכרוכה במי שנעצר במהלך נסיעתו מטעם שאינו ברור לו ונדרש לשלם לאלתר ובמזומן חוב, בלא אפשרות בירור וערעור ובלא נגישות לאמצעי התשלום הנדרש, כל זאת לעיניהם של עוברים ושבים. אכן, אין חולק על האפקטיביות של אמצעי זה לשם גביית מס. עמדנו על כך לעיל ועל המשבצת הראויה לאיזון בין הפגיעה בזכות לבין התכלית הציבורית נעמוד גם להלן. בשלב זה של דיוננו, המיקוד כאמור הינו בפגיעה בזכות, שעליה דומה שקשה לחלוק. השימוש שנעשה במחסומים משטרתיים ובסמכויות העיכוב של המשטרה לשם גביית מס, כשלאזרח לא ברורה מהות השימוש האנדרוגיני במחסום, יכול אף להעצים את מידת הפגיעה.

הנה כי-כן, אפילו נתייחס לכבוד האדם במשמעותו הגרעינית והמיידית, נימצא למדים כי הליכי הגביה נושא העתירה פוגעים בכבוד האדם של הנישום.

(ד) הזכות לפרטיות

36. על פי אמות מידה אלה, שאלת הפגיעה בפרטיות כפועל יוצא של הפעלת אמצעי הגבייה נושא העתירה מתעוררת בענייננו בשני מישורים: הראשון נוגע לעצם העברת מספר הזהות של הנישום מגורמי השיטור לגורמי הגבייה והשני נוגע לעיכוב הנהג במחסום ועיקול הרכב ברשות הרבים.

37. ההיבט הראשון של הפגיעה בפרטיות, עניינו בהעברת מספר הזהות של הפרט, הנמסר למשטרה מכוח סמכותה, לרשויות הגביה המוצבות במחסום. אין חולק כי יש זיקה בין השימוש שנעשה במספר הזהות של אדם לבין זכותו לפרטיות. אכן, מספר הזהות אינו רצף ספרות בעלמא. המספר, אשר ניתן לתושב ישראל לראשונה עם לידתו, מלווה אותו בכל צעדיו. הוא מופיע בתעודת הזהות שלו, בדרכונו, ברישיון הנהיגה שלו, במסמכי הבנק, בתעודות הצבא, במסמכי המסים, במסמכים משפטיים שונים, בעסקאות שהוא צד להן וכן – לאחר מותו – בתעודת הפטירה ובצווי הירושה. מספר הזהות אינו ניתן לשינוי והוא אינו נמחק ממרשם האוכלוסין גם כשהנישום נפטר או עוזב את הארץ. משכך, ברי כי מן המספר ניתן ללמוד מידע ונתונים הנוגעים למעשיו, עיסוקיו, טעמו ומאפייניו של בעליו במגוון תחומים עד כי נוצרת זהות בין האדם לבין מספר הזהות שמאחוריו (ראו בירנהק, בעמ' 42). שליטה של אחר במידע מעין זה, לא כל שכן הצלבתו עם מקור מידע נוסף, ניתוחו והעברתו לצדדים שלישיים, וקבלת החלטות בהסתמך על מידע זה, פוגעים בפרטיות (בירנהק, שם).

38. הקשיים המלווים מסירת מידע הכולל נתונים אישיים על אודות אדם מאת גוף ציבורי, לא נעלמו מעיני המחוקק, אשר אסר בסעיף 23ב(א) לחוק הגנת הפרטיות מסירת מידע מעין זה על-ידי גוף ציבורי, "זולת אם המידע פורסם לרבים על-פי סמכות כדין, או הועמד לעיון הרבים על-פי סמכות כדין, או שהאדם אשר המידע מתייחס אליו נתן הסכמתו למסירה". איסור זה סויג בסעיף 23ג(2) לחוק הגנת הפרטיות, המתיר מסירת מידע אם המסירה "דרושה למטרת ביצוע כל חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו". בין הצדדים נטושה מחלוקת בשאלת תחולתה של הוראה זו על ענייננו, לשון אחר: האם העברת מספר הזהות מן השוטרים לאנשי הגבייה לשם בחינת קיומו של חוב מס מהווה פגיעה בפרטיות, ובמקרה שכן – האם חוסה היא תחת ההגנה הקבועה בסעיף 23ג(2). .. לא ראיתי להכריע בשלב זה, של הצגת התכליות האובייקטיביות, בשאלת תחולתו של סעיף 23ג(2) על ענייננו, ואותירה בצריך עיון.

39. ההיבט השני של הפגיעה בפרטיות נוגע, כאמור, לעיכוב הנהג ועיקול הרכב המתבצעים ברשות הרבים. ביצוע הגביה בהליך נושא העתירה, נושא בצידו פגיעה בפרטיות שאין לה מקבילה בביצוע העיקול בחצריו של הנישום. עיכוב הנהג וייחוס לו חוב מס מתבצעים בפומבי, על אם הדרך, לאור היום ובאופן חשוף נטול דיסקרטיות, תוך פגיעה ביכולתו של הפרט לווסת את היקף המידע על אודותיו, ולהותירו במרחב שבינו לבין הרשויות. בדרך זו, נחשף הנישום לציבור, בלא יכולת להתגונן או להימנע מכך. הליכי הגבייה הננקטים נגד הנישום כרוכים, אפוא, בפגיעה בפרטיותו החורגת מזו הנגרמת מעצם הליך הגבייה.

(ה) חופש התנועה

41. לטעמי, הליכי הגביה נושא הערעור פוגעים בחופש התנועה של הפרט, ובכך מוסיפים הם היבט נוסף של פגיעה בזכויות, החורג מן הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהליכי גביה המתבצעים בחצריו של החייב. כך, הן בעיכובו במחסום, הן בעיקול הרכב שבו הוא נוהג. במציאות שבה כלי רכב פרטי משמש אמצעי לתנועה ממקום למקום ולסיפוק צרכים חברתיים ותרבותיים של הכלל והפרט, יש בעובדה שעיכובו של הנישום במחסום לשם גביית חובו על אתר ועיקול רכבו מתבצעים ב"הפתעה", לאחר שכבר יצא מן הבית והחל בנסיעתו, משום פגיעה ממשית בחופש התנועה שלו, וביכולתו להגיע למחוז חפצו. הנישום עלול למצוא את עצמו בעל-כורחו, באמצע הדרך, חשוף לפגעי מזג האוויר, כשהוא ממתין ממושכות לבחינה של דבר קיומו של חוב. בהימצא חוב, שעלול להגיע כדי סכומים ניכרים – יידרש הנישום לשלמו לאלתר, דבר שעשוי להיות כרוך בהתניידות נוספות ובפרק זמן משמעותי שבמהלכו נמנע ממנו להמשיך בתנועה ובשגרת חייו. כל זאת, בלא שיעמוד לרשותו, בהכרח, אמצעי תחבורה סביר שיביאו ליעד נסיעתו בהתאם ללוח הזמנים המתוכנן. בכך, מוטלת – כאמור – מגבלה ממשית על יכולתו של הנישום לנוע באופן אפקטיבי ממקום למקום. אמנם, המשטרה רשאית להגביל את חירות התנועה של אדם ולעכב כלי רכב בהתאם לסעיפים 69-67, 71 לחוק המעצרים, הקובע איזון פרטני בין הזכויות והאינטרסים השונים, ואולם מעצר ועיכוב לפי חוק זה נועדו להגשים את התכלית הקבועה בהם – ובראשה בחינת חשד לביצועה בעבר או בעתיד של עבירה בת מעצר – וזו אינה כוללת גביית מס. ...

(ו) זכות טיעון, הליך הוגן וגישה לערכאות

42. כלל יסוד בשיטתנו המשפטית מורה כי רשות מינהלית תימנע בדרך-כלל, מהחלטה הפוגעת בזכות או באינטרס מוגן של אדם, קודם שהעניקה לו הזדמנות נאותה להשמיע את דבריו ולשטוח את טענותיו .. ביסוד הכלל, עומדת חובתה של הרשות להתייחס בהגינות לאזרח, תוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים שיש להם רלבנטיות לצורך ההחלטה, כך שהצדק ייעשה וגם ייראה .. ההזדמנות להשמיע טענות צריכה להיות הוגנת, בהתחשב במכלול נסיבות העניין.. לכך יש להוסיף כי ככל שהפגיעה הצפויה באזרח חמורה יותר, כן רחבה זכותו להשמיע טענותיו...

43. בנפרד מכלל זה, עומדת לפרט זכותו להביא את עניינו לביקורת שיפוטית. אכן, לזכות הגישה לערכאות שיפוטיות, אשר הוכרה בשיטתנו כזכות בעלת מעמד חוקתי.. קיימת חשיבות רבה, הנגזרת מן הצורך להבטיח, כי למי שסבור שהוא זכאי לסעד משפטי יתאפשר להביא את עניינו בפני בית המשפט, על מנת שזה יכריע בו. לא יתאפשר כן – לא יוכל אותו אדם לזכות בסעד בגין פגיעה בזכויותיו, וממילא לא תהיה משמעות אפקטיבית לזכויות אלו.. יפים לעניין זה דברי השופט חשין בעניין ארפל אלומיניום:

"זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומַר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד (...) באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד (...) בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדַיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו" (עמ' 629).

דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר הגישה לערכאות נעשית לצורך ביקורת שיפוטית על החלטה המתקבלת על-ידי רשות מינהלית (להבדיל מביקורת ערעורית על החלטה שיפוטית).

44. החוב נושא ההליכים שלפנינו, דינו – כפי שהוסבר – כדין חוב מס סופי ופסוק, שלגביו, פתוחה בפני הרשות הדרך לקיים הליכי גבייה. אמנם, הדין אינו כולל דרישה לקיומו של שימוע נוסף כאשר מדובר בחוב מס סופי; עם זאת, במהלך הדברים הרגיל, תחילתם של הליכי גבייה אינה מונעת העלאת טענות מצד הנישום בין לפני הרשות ובין בהליך של ביקורת שיפוטית על חוקיות הליכי הגבייה. בגדרן של פעולות גבייה המתבצעות בחצרי חייב, מוטל אמנם עיקול על מיטלטליו, ואולם, בידי גובה המס נתונה הסמכות להותירם במקומם בחצרים לפי שיקול דעתו (על חשבונו ועל אחריותו של הסרבן), תוך קציבת פרק זמן לחייב לתשלום החוב (ומכירת המעוקלים במקרה שלא ייעשה כן) (סעיפים 5(2) ו 5(2א) לפקודה). בדרך פעולה מעין זו, מתאפשר לחייב לפנות לרשות קודם להמשך הליכי הגבייה ואף להעמידם לביקורת שיפוטית, אם קיימת עילה לכך. בחינה אמפירית של הליכי גבייה שנערכים על ידי הרשויות תגלה – לדוגמה – כי בעקבות הליכים לפי הפקודה שננקטים על ידי רשויות מקומיות, מוגשות – במקרים רבים – עתירות לבתי המשפט המינהליים שבהן נתקפים הליכי גבייה אלה, ומתבקש צו ביניים לעיכובם, עד לבירור ההליך העיקרי. כך, במקרה שבו עולה טענה כי לא קיים חוב, כי נפלה טעות, כי החוב התיישן (השוו: רע"א 187/05 נסייר נ' עירית נצרת עלית, סעיף 19 (לא פורסם, 20.6.10)) ועוד טענות כיוצא באלה, ניתן לבררן לגופן קודם למכירת המעוקלים. כאמור, לביקורת שיפוטית נודעת חשיבות יתר, בנסיבות שבהן ניתן לרשות הכוח לפעול לגביית חוב, מבלי ששאלת קיומו של החוב ושיעורו נבחנה קודם לכן בהליך שיפוטי. להבדיל מכך, כאשר הליכי הגבייה מתבצעים באין התרעה, במהלך נסיעה ברכב, מוצא עצמו הנישום, כשהוא לא ערוך לכך, בפני גופי גבייה, כשהוא נדרש לשלם במזומן סכום ניכר שבמקרים רבים אינו מצוי בידיו; שאם לא כן – יילקח מידיו הרכב שבו הוא נוהג, לאלתר. ברירה זו מוצגת לנישום כשהוא ברשות הרבים וחשוף לעיני כל, בתנאי לחץ ומתח, וכשלא ניתנת לו שהות של ממש לבחון את הנתונים ולפרוש את טענותיו. אפילו יתעשת ויבקש להציג גרסה סדורה – כפי שאירע בעניינו של העותר 1 – זו לא תזכה לבחינה ממשית. אין צריך לומר כי בסד הזמנים שבו מדובר, אין אף אפשרות מעשית לפרט להעמיד את הליכי הגבייה לביקורת שיפוטית מבעוד מועד.

45. בטענותיהם, הציגו המשיבים לפנינו אמצעים המקהים, לגישתם, מן החדות והמיידיות שבנטילת הרכב על אתר באמצע הדרך. כך למשל, מצביעים המשיבים על שיקול הדעת הנתון בידיו של גובה המס להתחשב בנסיבות כגון השעה, קיומה של תחבורה ציבורית במקום, זמן העיכוב הכולל וכיוצא באלה, בטרם יחליט אם לעכב את הרכב ולהותירו במחסום. עוד מצביעים הם על נכונותם של גובי המס להתיר לרכב ולנהגו לעזוב את המחסום בכפוף להגעה להסדר עימם, שבגדרו יוכל החייב לשלם חלק מהחוב ולהגיע להסדר על מועד קרוב לתשלום יתרת החוב. גם אמצעים אלה אינם מספקים, לטעמי, מענה, לקושי הכרוך בשלילת אפשרות מעשית מן הנישום להתמודד עם האמצעי הדרסטי שננקט כלפיו. למתן אפשרות טיעון וביקורת שיפוטית אפקטיבית קיימת חשיבות מיוחדת דווקא בשל אופיו של הליך גביית המס, המגדיר חוב שלגביו נשלחו שתי הודעות תשלום כחוב פסוק, שכן, כאמור, בניגוד לחובות בהקשרים אחרים, החוב הנדרש כפועל יוצא מדרישת הרשות, ניתן לגבייה גם בלא הכרעה שיפוטית במחלוקת. במקרה שההודעות לא הגיעו לידי הנישום, הוא עלול למצוא עצמו מתוודע לראשונה לדבר קיומה של דרישת חוב בהגיעו אל מחסום הגבייה. ההזדמנות לטעון טענות ולנקוט בהליכים, במתכונת שקיימת בפועל עת מבוצע עיקול בחצרים, היתה עשוי להניב גם יתרונות שבמהות, על רקע החשש המוגבר מפני טעות והערך הגלום בשמיעת הנישום ככלי להקטנת סיכון זה (ראו ברק-ארז, בעמ' 498). אמנם, כפי שמציינת המדינה, בפני החייב מוסיפה להיות פתוחה הדרך לפנות לערכאות גם לאחר התפיסה, בבקשה כי יורו על השבת הרכב שנתפס. ברם, ברי כי אין דין הליך מעין זה, שמתבצע לאחר מעשה, ואשר לבירורו יידרש פרק זמן מתאים, כדין הליך שננקט בטרם עוקל הרכב, ואין בקיומו כדי לאיין את הפגיעה החריפה שכבר נגרמה לנישום.

סיכום ביניים

46. נסכם את שלבי התהליך הפרשני עד כה. בתחילת הילוכנו מוכנים היינו להניח, לטובת המשיבים, כי קיים עיגון לשוני לשתי הפרשנויות המוצעות: זו הרואה בסמכות העיקול בחצרים שבפקודת המסים (גביה) כמקור סמכות לעיקול נכסים במחסומים, וזו הגורסת כי מקור סמכות כאמור אינו קיים בפקודה. המשכנו ובחנו את התכלית הסובייקטיבית של סעיפים 5-4 לפקודה, ולמדנו כי ההיסטוריה החקיקתית מצביעה על כך שמטרתו של המחוקק בתקנו את הפקודה המנדטורית, היתה להרחיב את סמכויות הגבייה המנויות בפקודה במובנים מסוימים, ולצמצמן במובנים אחרים, בלא שקיימת התייחסות קונקרטית לנושא המחלוקת. בהמשך עמדנו על התכלית האובייקטיבית של החוק, וראינו כי זו כוללת היבטים שונים אשר מוליכים לכוונים מנוגדים: מן הצד האחד השאיפה להביא לגביה אפקטיבית של מס ולשמירה על שלטון החוק, ומן הצד השני הרצון לשמור ולהגן על זכויות אדם שונות ובכלל זה הזכות לכבוד, לחופש תנועה, להליך הוגן ולפרטיות. הגענו עתה לקו הגמר. עלינו להציב את התכליות השונות, אלה מול אלה, לאזן ביניהן, בשים לב לכלל הפסיקתי הדורש סמכות מפורשת ולגישה הפרטנית והגמישה שיש לנקוט לגביו, ולגבש את תכליתו הסופית של דבר החקיקה.

גיבוש התכלית הסופית של דבר החקיקה

47. לאחר שפסענו בנתיבי הפרשנות, נחזור לנקודת המוצא של דיוננו, לשאלת קיומה של הסמכה מפורשת להליכי גבייה במחסומי הגבייה, ולאמות המידה שעל יסודן ניתנת תשובה לשאלה זו...

48. הגבולות ששרטט המחוקק הראשי מתווים את האיזון בין השאיפה לקיים גביית מס יעילה לבין השמירה על זכויות אדם. בגדר כך, מתאפשרת כניסה לחצריו של נישום שלא עמד בחובו, בסייגים שנקבעו. מאידך גיסא, נמנע המחוקק מלהתיר ביצוע גביה מסוג זה במחסומי דרכים, גם אם אלה הוקמו במקור משיקוליה המבצעיים של המשטרה. אמנם, מן הטעמים שפורטו, ישנה חשיבות מרובה לקיומה של גבית מס אפקטיבית ולאכיפת החוק על מי שנמנע מלשלם את חובו, הגם שנדרש לעשות כן. ואולם, צורך זה, על כל חשיבותו – אין פרישתו מוחלטת, ועל רקע הפגיעה הכרוכה באמצעי הננקט להגשמתו, בזכויות יסוד, יש להצביע על מקור סמכות מפורש, ישיר וברור לשם שימוש באמצעי זה.

49. לא זו בלבד שהמשיבים פוגעים פגיעה ממשית באגד של זכויות שעליהן עמדנו; אף זו – עצמת הפגיעה בזכויות הינה רבה וניכרת, והיא שונה באופן מהותי מהפגיעה הנגרמת לפרט במקרה של עיקול בחצריו – הסמכות שממנה ניסו המשיבים לגזור את הסמכות להפעיל סמכויות גבייה בדרך של קל וחומר. להשקפתי, גם בנפרד מהדרישה לקיומה של סמכות מפורשת שעליה עמדנו, קשה לעמוד על הגיונה של טענת "הקל וחומר" מקום שבו הפגיעה בפרט במקרה של הפעלת הסמכות נושא העתירה, מצויה במישורים נוספים ובעוצמה גבוהה יותר ביחס לסמכות שממנה מבקשים להקיש. כאשר מדובר בעוצמת פגיעה ממשית בזכויות יסוד מרכזיות ("מן השורה הראשונה" כלשונו של הנשיא ברק), דרישת ההסמכה המפורשת צריכה להתפרש בקפדנות יתר. כשעסקינן במאטריה של דיני המס, זוכה החובה בדבר קיומה של הסמכה חוקית מפורשת לתוקף נוסף, ובנוגע לעצם הטלתם – היא אף זכתה לעיגון בחוק יסוד: משק המדינה הקובע זכות חוקתית שלא לשלם מסים, אגרות ותשלומי חובה אחרים שלא הוטלו בחוק או על-פיו. תוקף מוגבר זה – אף טעם מהותי בבסיסו, שכן כשמדובר בגביית כסף מן הפרט לשם מימון פעילותה של הממשלה לטובת הציבור בכללותו, יש מקום שהדבר ייעשה מתוך הסכמה קולקטיבית, המתבטאת במעשי ידיהם של נציגי הציבור בכנסת (ראו גם אדרעי בעמ' 16-15, 32 (2008)). דברים אלה המתייחסים לעצם הטלת המס, תקפים הם גם לגבי דרך גבייתו.

50. נוכח המקובץ, ועל יסוד הטעמים שעליהם עמדנו, אין לפרש את הוראות סעיפים 4 ו-5 לפקודת הגביה כמעניקות סמכות כללית, רחבה, גורפת ובלתי מוגבלת לגבות מן הנישום מס בכל אמצעי שהוא. סמכות זו כרוכה בפגיעה בזכויות יסוד ובאינטרסים שונים, שמן הראוי כי המחוקק ייתן עליהם את דעתו, ולא ניתן להסיק קיומה של סמכות באופן משתמע או על דרך ההיקש. אכן, פקודת המסים (גביה) מעניקה סמכויות נרחבות לגובה המס ומתירה לו לבצע פעולות שונות שעלולות להיות כרוכות בפגיעה בזכויות יסוד. ואולם, דווקא בשל אופיין של סמכויות אלה, קיים חשש מפני "פריצת הסכר". ריבוי הסמכויות בפקודה ואופיין הפוגעני מחייב עמידה דקדקנית על קיומם של תנאי הסמכות ואי חריגה ממנה. אין ללמוד, אפוא, משתיקת המחוקק בפקודה בנוגע לשאלה שלפנינו על מתן הרשאה לפגיעה גורפת בזכויות יסוד, זולת זו שהותרה באופן מפורש, ואין ללמוד סמכות משתמעת לבצע את הגביה באמצעי נושא העתירה, במחסומי דרכים ברשות הרבים.

51. בדברינו אלה, איננו מתעלמים מהתכליות הציבוריות החשובות שהוזכרו, העומדות בבסיס הליכי הגבייה המנהלית, ובכלל זה – השאיפה לגביית מס אפקטיבית, הבטחת שלטון החוק ואכיפת החוק. אף לא באנו להטיל דופי בהליכים אלה שמשרתים גם הם – במקרים המתאימים – את האינטרס הציבורי. ואולם, לשם הפעלת האמצעי נושא העתירה במסגרת מחסומי דרכים, נדרשת, בראש ובראשונה, הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. ככל שהמחוקק ימצא לנכון להקנות סמכות אכיפה בהסדר חקיקתי מפורש שיתייחס לרשות הרבים בכלל, ולגבייה במחסום דרכים בפרט, יהיה עליו לערוך את האיזונים הנדרשים בין הפגיעה בזכויות יסוד לבין התכליות שאותן מבקשות רשויות המס לקדם, ולבחון את עמידתו של ההסדר בתנאיה של פסקת ההגבלה. אין צריך לומר – בצד האמור – כי כל חקיקה ראשית חדשה שתצא מלפני המחוקק, תהא נתונה לביקורת חוקתית.

52. סוף דבר – מצאנו כי הפעלת סמכויות של גבייה מינהלית במחסומי דרכים המוקמים על-ידי משטרת ישראל לצרכים מבצעיים, פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לפרטיות, בחופש התנועה ובזכות להליך הוגן ולגישה לערכאות. עוד מצאנו כי פקודת המסים (גביה) בנוסחה הנוכחי, אינה מסמיכה את המשיבים 2-1 להפעיל סמכויות גבייה במחסומים האמורים. מטעם זה, אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי למוחלט. המשיבים ישלמו לעותרים שכ"ט עו"ד בסך 20,000 ש"ח.

=-==-=

**כמה נקודות נוספות:**

**א. שלבי הביקורת השיפוטית החוקתית; ב. "מתחם המידתיות", ג. סוגיית "מדרג הזכויות"**

בג"צ 450/97 **תנופה נ' שר העבודה**, פ"ד נב(2) 433 (1998) [ההדגשות הוספו]

**טענת חברות כח אדם כי החוק הדורש רישוי לעיסוק זה ותנאי הרישוי נוגד את חוק יסוד: חופש העיסוק. חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, קובע חובת רישוי על קבלן כוח אדם. החוק קובע תנאים למתן רשיון. אחד מאלה דורש ממי שמבקש לעסוק כקבלן כוח אדם להמציא ערבות בנקאית או ערבות מתאימה אחרת למילוי חובותיו כלפי עובדיו. האם דרישה זו היא חוקתית?**

***הנשיא ברק***

6. כאשר בית משפט נתקל בטענה כי חיקוק אינו חוקתי בהיותו סותר לחוק-יסוד, מן הראוי הוא - למען בהירות הניתוח ודיוק החשיבה - שיבחן את הטענה בשלושה שלבים (ראה ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 222, 428).

**בשלב הראשון נבחנה השאלה אם החיקוק פוגע בהסדר המעוגן בחוק-יסוד**. כאשר הטענה הינה לפגיעה בזכות אדם, יש לבחון אם החיקוק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק היסוד. בחינה זו מתחלקת לשני שלבי משנה. שלב המשנה הראשון, עניינו **פירוש ההוראה החוקתית**. תפקידו של שלב זה לקבוע את היקף הפריסה של ההסדר החוקתי. כאשר הטענה נוגעת לפגיעה בזכות אדם חוקתית, על בית המשפט לקבוע את היקף הפריסה של זכות האדם המעוגנת בחוק היסוד. בחינה זו נעשית על פי הכללים הנוהגים במשפטנו בדבר פרשנות הוראות חוקתיות. זוהי הפרשנות החוקתית (…). כללים אלה הם חלק מתורת הפרשנות שלנו. כמו כל טקסט משפטי, גם הטקסט החוקתי מתפרש על פי הפרשנות התכליתית. עם זאת, אופיו של הטקסט משפיע על פרשנותו התכליתית. […] "לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית" (…). שלב המשנה השני, עניינו **פירושו של החיקוק שלפי הטענה פוגע בהסדר החוקתי**. פרשנות זו נעשית על פי הכללים המקובלים עלינו בפרשנות החקיקה. בין שני שלבי המשנה קיים קשר הדוק. קשר זה מתבטא, בין השאר, בחזקה כי תכליתו של חיקוק תואמת את חוק היסוד. אכן, אנו שואפים להרמוניה נורמטיבית; אנו שואפים לאחדות חוקתית. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני: **"מבין שני פירושים *אפשריים*, יש לבחור באותו פירוש המתיישב עם החוקה"** (בג"צ 4562/92 הנ"ל, פסקה 19).

כמובן, "חזקת החוקתיות" ניתנת לסתירה; הפירוש התואם עשוי שלא להיות סביר. בכל המקרים הללו נוצר עימות בין החוקה לחוק, בין חוק היסוד לחיקוק הפוגע בזכות המעוגנת בו. עימות זה אינו גורר אחריו בהכרח אי חוקתיות החוק, שכן יתכן והפגיעה בהסדר החוקתי היא חוקתית. עניין זה נבחן בשלב השני מבין שלושת שלבי הבחינה החוקתית.

7. **השלב השני בוחן אם הפגיעה בהסדר החוקתי נעשתה על פי ההוראות החוקתיות עצמן**. כאשר הפגיעה הינה בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, הבחינה הינה אם הפגיעה בזכות האדם עולה בקנה אחד עם **פסקת ההגבלה** שבחוקי היסוד (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אכן, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן לפגוע בהן כדי לקדם יעדים לאומיים. ראוי לפגוע בהן כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. השמירה על זכויות האדם מחייבת הטלת חובות על האדם. בצד זכותו של הפרט כלפי הכלל עומדת חובתו של הפרט כלפי הכלל (השווה בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר (טרם פורסם)). אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא חוקתית, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה חוקתית, על השופט לעבור לשלב השלישי.

8. **השלב השלישי הוא השלב התרופתי**. בגדרו של זה נבחנות התוצאות של אי החוקתיות. ניתנת תשובה לשאלה מה תוקפו של החיקוק הלא-חוקתי? מה דינן של פעולות (אזרחיות ופליליות) שנעשו מכוחו? האם הפגם בחיקוק פועל רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית? באלו נסיבות ובאלו תנאים ישהה בית המשפט את הכרזתו כי החיקוק בטל (ראה בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (טרם פורסם)). אכן, אי החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית הקובעת תוצאות מעשיות מבחינת התחולה בזמן, במקום ובצדדים.

10. […] **האם תנאיה של פסקת ההגבלה מתקיימים בעתירות שלפנינו?** אין מחלוקת בין הצדדים כי הפגיעה של חוק קבלני כוח אדם היא **פגיעה "בחוק",** וכי הפגיעה של תקנות הערובה היא "מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. טענות הצדדים התמקדו בשניים מהתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה: התכלית הראויה וטיב האמצעים. לבחינתם של אלה נפנה עתה.

12. נראה לי כי התכלית המונחת ביסוד חוק קבלני כוח אדם בכלל והדרישות בעניין הערובה בפרט, הנה **תכלית ראויה**. היא נועדה להבטיח את זכויות העובד ורווחתו. היא באה למנוע פגיעה חמורה בבטחון הסוציאלי של העובד. כל אלה הן תכליות ראויות. הן משרתות מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. בפרשת בנק המזרחי המאוחד ציינתי כי:

"תכלית היא ראויה, אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן" (שם, עמ' 435).

מבחן זה מתקיים בעתירות שלפנינו. הגנה על זכויות העובד היא תכלית ראויה; הבטחת בטחון סוציאלי לעובד היא תכלית ראויה; שמירת המסגרת של חוקי מגן שתגן על עובדים היא תכלית ראויה. אכן, הגנה זו על זכויות העובד היא בעלת חשיבות חברתית בסיסית בחברה שלנו. היא מהווה תכלית ראויה מהבחינה החוקתית. בצדק ציינו המשיבים, כי קיים צורך חברתי חיוני בהסדרת העיסוק כקבלן כוח אדם ובהגנה על האינטרס של ציבור עובדים חלש במיוחד.

13. חוקתיותה של חקיקה הפוגעת בזכות אדם חוקתית מותנית, בין השאר, בכך, ש**הפגיעה בזכות החוקתית "אינה עולה על הנדרש". זהו מבחן של מידתיות (proportionality).** על פיו, האמצעי שנבחר על ידי המחוקק, צריך שיהא מתאים להשגת התכלית; שפגיעתו בזכות החוקתית תהא הפחותה; ושיתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק הנגרם בשל פגיעה בזכות החוקתית (…). האם תנאים אלה מתקיימים בעתירות שלפנינו? גדר המחלוקת בין הצדדים סובב סביב החובה להמציא ערובה (בין ערובה בנקאית ובין ערובה מתאימה אחרת). נטען בפנינו כי אין כל סיבה להבחין בין קבלני כוח האדם (עליהם מוטלת חובת ערובה) לבין מעבידים אחרים (עליהם אינה מוטלת חובה לערובה). ההבחנה בין קבלני כוח אדם לבין מעבידים אחרים הינה, לטענת העותרות, מפלה. כמו כן נטען בפנינו, כי הערובה הנדרשת הינה אמצעי שאינו מתאים להשגת התכלית הראויה. הטעם לכך הוא שאמצעי זה מעמיד את קבלני כוח אדם בפני סכנה ממשית של חוסר יכולת לעמוד בהתחייבויותיהם. זאת ועוד: ניתן להשיג את התכלית הראויה באמצעים שפגיעתם בחופש העיסוק של העותרות קטנה יותר מהפגיעה הנגרמת להם על ידי דרישת הערובה. לדעת העותרות ניתן להגן על זכויות העובדים באמצעות המוסדות הקיימים (האיגוד המקצועי, מערכת בתי הדין לעבודה, חוקי הביטוח הלאומי ומערכת ההוצאה לפועל), ואין צורך בהטלת חובת ערובה על העותרות. לבסוף, נטען כי הפגיעה שנפגעות העותרות מדרישות הערובה היא לא מידתית ביחס לתועלת שתצמח מהערובה לעובדים.

14. לא מצאתי ממש בטענות אלה. קיים שוני מהותי בין מעביד "רגיל" לבין מעביד שהוא קבלן כוח אדם. מעביד רגיל צריך לדאוג למקום עבודה ולאמצעי יצור, ואילו קבלן כוח אדם זקוק לשולחן וכסא. גם אם יש לו לקבלן כוח האדם אלפי עובדים - כפי שהדבר הוא במציאות -"כרית הבטחון" שיש לו להבטחת זכויות העובדים היא מינימלית; אין לו מבנים ואין לו מכונות מהם ניתן לפרוע החוב לעובדים. הוא מנייד עובדים ממקום למקום מבלי שאלה מתקשרים אליו; היום הוא קיים, מחר הוא איננו. בדיונים שהתקיימו בועדת העבודה והרווחה הובאו נתונים על הקלות היחסית בה ניתן להקים חברת כוח אדם ולהיעלם בין-לילה, תוך שהעובדים נשארים בלא משכורת ובלא כתובת אליה יוכלו לפנות. הובאו בפני הועדה מקרים של קבלני כוח אדם, אשר הפסיקו פעילותם ונעלמו מהשטח - אם מתוך שעזבו את הארץ ואם מתוך שפשטו רגל - והשאירו העובדים חסרי כל, בלא שיהא מי שידאג לזכויותיהם. כל אלה מצדיקים הבחנה בין מעביד רגיל - שאינו חייב בערובה - לבין קבלן כוח אדם - החייב בערובה כתנאי לעיסוקו.

15. האמצעי שנקבע על ידי חוק קבלני כוח אדם - ערובה (בנקאית או ערובה מתאימה אחרת) - הוא אמצעי מידתי. קיים קשר רציונלי בין הטלת הערובה לבין השגת התכלית הראויה. האמצעי מתאים להשגת המטרה. אכן, על ידי הטלת חובת ערובה מבטיח החוק הגנה על זכויות העובדים כדי הערובה. אמצעי זה פגיעתו בחופש העיסוק של קבלני כוח האדם היא הפחותה. […]

16. הנה כי כן, חוק קבלני כוח אדם הוא חוקתי. אמת, הוא פוגע בחופש העיסוק. אך פגיעה בזכות חוקתית מוגנת, כשלעצמה, אינה עושה חוק ללא חוקתי. החוק הוא חוקתי, שכן הפגיעה בחופש העיסוק היא כדין. היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. המקרה שלפנינו נראה לי כמקרה "קל". [...] לאור מסקנתי כי חוק קבלני כוח אדם עובר את הבחינה החוקתית, ממילא אין צורך לבחון את השלב השלישי, שעניינו התרופות החוקתיות. לא הגענו לשלב זה, שכן החוק הוא חוקתי.

***השופטת דורנר (ראו נקודות נוספות מטה, בדיון על "מידתיות ומבחניה")***

אלא שמבחני-המשנה אינם מוחלטים או דווקניים. לרשויות יש שיקול-דעת ביישומם, ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת **"מתחם המידתיות"** כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות. הדבר בוודאי נכון באשר לרשות המחוקקת. […] והדבר נכון אף באשר לנורמות המתקבלות על-ידי הרשות המבצעת. […] עם זאת, **הדעת נותנת כי "מיתחם המידתיות" הנתון לרשות המבצעת עשוי להיות צר יותר מזה הנתון לרשות המחוקקת**. "מתחם המידתיות" **אף נקבע בהתחשב במהות של הזכות או האינטרס הנפגעים, ובמידת החשיבות המיוחסת להם.** עמדתי על כך בבג"צ **לשכת מנהלי ההשקעות** בסעיף 8 לפסק-דיני:

באשר למבחן בדבר התאמת האמצעי לתכלית, מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת-משקל, עשויה להידרש "ודאות קרובה", ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת-משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב"אפשרות סבירה" לקידומה של התכלית. באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, שכאמור אינו מבחן מוחלט, תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות-יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המיזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת. הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה, שלשם שמירתה לא תידרש המדינה לנקוט באמצעים העלולים לגרום להכבדה מיוחדת. באשר למבחן שבמסגרתו נערך איזון בין התועלת שבתכלית לבין הנזק שבאמצעי להשגתה, הוא יופעל - כמקובל בפסיקה שבה דנתי לעיל, העוסקת בהחלטות של רשויות מינהליות - בהתחשב במהות הזכות שעל הפרק, הטעמים שביסודה והערכים והאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי.

**בענייננו, מדובר בזכות שהיא במהותה כלכלית. הטעם העומד ביסוד הזכות לחופש העיסוק של העותרים הוא עניינם האישי במשלח-ידם. זכות זו חשובה היא, אך אין היא זכות-על.** [השופטת דורנר אף היא דוחה את העתירה].

=-=

*מידתיות ומבחניה****[[16]](#footnote-17)***

**המידתיות נקבעה בפסקת ההגבלה כתנאי הכרחי לצורך פגיעה בזכויות המוגנות בחוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם.**

מדובר קרוב לודאי בחשובה מבין ארבעת היסודות של פסקת ההגבלה. זאת משום שהיא מטילה על רשויות השלטון את הנטל המשמעותי והמכביד ביותר. דרישת המידתיות יורדת לפרטי ההסדרים, לרבות חלופות פוטנציאליות להם. היא אינה מסתפקת בצורה הפורמלית של עיגונם, בהלימתם העקרונית את ערכי המדינה, או בלגיטימיות הכללית של תכליתם. היא ביטוי לרעיון מוסרי מרכזי: **"לא כל האמצעים כשרים".** תכלית – גם אם טובה מאד – צריכה להיות משורתת על ידי אמצעים ראויים. בין היתר, אמצעים שאינם מופרזים.

במקביל – וגם זה תורם לחשיבותה של המידתיות (מכיוון המישור של "הפוליטיקה של השיפוט") – התמקדות באמצעי פסול/מופרז היא מישור עימות חד פחות עם הרשויות הפוליטיות מאשר הכרזה על תכלית של המחוקק כתכלית לא-ראויה.

אנא שימו לב: דרישת המידתיות אינה רק חובה שחלה על המחוקק בבואו לפגוע בזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זו חובה החלה **על כל רשות שלטונית** (כל גורם "הממלא תפקיד ציבורי על פי דין"), וביחס לכל פעולה שלטונית (חקיקת משנה, "פעולת מינהל" – דוגמת הוצאת צו לסגירת עיתון מכוח פקודת העיתונות, חזרה מהבטחה שלטונית). היא חובה מהמשפט הציבורי החלה על כל מושאיו. כאן, בשלב זה, אנחנו מתעמקים בה בעיקר אל מול המחוקק.

המידתיות מורכבת משלשה מבחני משנה שמוחלים *באופן מצטבר*. פעולה שלטונית היא מידתית רק אם היא עומדת בשלושתם גם יחד.

מבחן המשנה הראשון – ***מבחן ההתאמה*** – קובע, כי על הפעולה להיות מתאימה להשגת תכליתה. אם אין בכוחו של האמצעי שננקט לתרום להגשמת התכלית שאותה הוא מיועד לקדם, הפעולה אינה כדין.

מבחן המשנה השני – ***מבחן הפגיעה הפחותה*** – מורה, כי מבין האמצעים החלופיים העשויים לקדם את הגשמת התכלית יש לנקוט אמצע שמידת פגיעתו בזכות היא הפחותה.

מבחן המשנה השלישי – ***מבחן היחסיות*** – מחייב, כי פעולה הפוגעת בזכות או באינטרס מוגנים תינקט רק אם היחס בין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת הוא יחס סביר. פירוש הדבר, בין היתר, שהוראת חוק (או פעולה שלטונית אחרת) שפגיעתה בזכות יסוד היא עזה, ותכליתה – גם אם היא ראויה כשלעצמה – היא בעלת חשיבות משנית, עשויה להיאסר. פירוש הדבר גם, שיש אמצעים שחוצים קווים אדומים גם אם הם באים לשרת תכלית דגולה (ראו למשל, סוגיית איסור העינויים).

המידתיות ומבחניה מקדמים ממשית את הביקורת השיפוטית – הם מעניקים, למשל, כלים מעודנים ומשוכללים יותר (וממלא משכנעים יותר) לזהוֹת מצבים שבהם המחוקק (או רשות אחרת) חתרו ככל הנראה לתכלית השונה מהתכלית המוצהרת. תכופות אין לנו מידע ישיר (ראיות מפורשות) על התכלית הסמויה, אך אנו למדים עליה בעקיפין מתוך אי-העמידה במבחני המידתיות. מתוך שהאמצעים שנבחרו אינם מתאימים להשגת התכלית המוצהרת, או משום שהם 'משיגים' יותר מדי, פוגעים יותר מכפי שנחוץ באותה מטרה מוצהרת, וכדומה.

נדרשים עם זאת עידונים נוספים לתיאור דברים זה. טעם חשוב לכך, הוא כאמור לעיל עובדת הטלתה של המידתיות כחובה "בכל רחבי המשפט הציבורי". היא מוטלת, אם כן, על כל רשות שלטונית – לא רק על למחוקק. נקודה זו עשויה להשפיע על השימוש בה בביקורת השיפוטית, שכן לא הרי הביקורת הראויה על רשויות המינהל, כהרי הביקורת על המחוקק.

יתר על כן, המידתיות חלה לגבי הפגיעה במגוון זכויות היסוד: משמע, גם בהקשרן של פגיעות בזכויות שאינן מוגנות בחוקי היסוד וגם בהקשרן של הזכויות המוגנות חוקתית; זאת ועוד, היא מוטלת ביחס לפגיעה בזכויות מוגנות/מעוגנות מדרגות חשיבות גבוהה יותר ונמוכה יותר (למשל, חירות גופנית, לעומת קנין או חופש עיסוק); ועוד. גיוון גדול זה מחייב התאמה, מחייב גמישות מסוימת.

כך למשל, הפעלה אחידה של עיקרון המידתיות על כל הזכויות והאינטרסים הללו עלולה לטשטש הבחנות חיוניות ביניהם, ועלולה לפגוע ברמת ההגנה על הזכויות החשובות יותר. על כן:

יש להבחין בין זכויות הצומחות ישירות מן הליבה של כבוד האדם והשמירה על צלמו – כגון הזכות לחיים, הזכות לחירות מפני מעצר, הזכות לשוויון בלא הבדל דת, לאום, גזע, מין, נטייה מינית והשתייכויות קבוצתיות אחרות, חופש היצירה האומנותית וחופש הביטוי הפוליטי – לבין זכויות המרוחקות מליבה זאת, כגון זכות הקניין, חופש העיסוק וחופש הביטוי המסחרי. זהו **מדרג זכויות.**

עוד מימד של גמישות: אנחנו מבחינים בין רשות שלטונית מסוג א' [המחוקק] לבין רשות שלטונית מסוג ב' [הרשות המבצעת] לעניין מרחב הפעולה שלהן (דיברנו על הטעמים לכך בעבר). ואנחנו מבחינים גם בין מרחב הפעולה שצריך להישמר לתכלית שלטונית-חברתית א' [למשל, ביטחון] לעומת תכלית שלטונית-חברתית ב' [למשל, צרכים כלכליים]:

במילים אחרות, יש כאן מדרג של מוסדות שנתונים לפיקוח; מדרג של זכויות שהפגיעה בהן נבחנת; ומדרג של האינטרסים שנטען כי הם מצדיקים את הפגיעה האמורה. כל פעולה של ביקורת על חוק/ חקיקת משנה/ פעולת מינהל ניצבת על כן מול גיוון, מול שילוב דברים שהוא מיוחד /לא-אחיד. קיומו של מגוון זה מצריך גיוון מקביל במידת הדווקנות שבה יופעלו מבחני המשנה של המידתיות. זהו **"מתחם המידתיות".**

כך ביחס למבחן הראשון – **מבחן ההתאמה**. אין נדרשת ודאות מוחלטת כי הפעולה השלטונית תגשים באופן מוחלט את תכליתה. די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות/ אינטרס תתרום במידה סבירה להשגת התכלית. הנאותות והסבירות ייקבעו בהתאם למידת החשיבות היחסית של הזכות/אינטרס (ועוצמת הפגיעה בה) אל מול התכלית שהרשות מבקשת את הגשמתה.

כך למשל, הגם שאין בכוחה של הריסת בתיהם של מחבלים מתאבדים להרתיע באופן מלא מביצוע פיגועים בעתיד, נפסק כי קיום אמצעי זה עשוי להרתיע מפני ביצוע פיגועים מסוימים, ולנוכח משקלה הכבד של התכלית של מניעת פיגועים קטלניים די בכך כדי לעמוד במבחן ההתאמה.

*[ואולם האם לא ניתן להשמיע טיעונים אחרים נגד הריסת הבתים מכיוון מבחני המשנה האחרים של המידתיות?]*

באשר **למבחן הפגיעה הפחותה**, לא נדרש כי האמצעי שבו הרשות תבחר להגשמת התכלית יהיה – בכל תנאי ובכל מחיר – האמצעי הפוגע בזכות או באינטרס במידה הפחותה ביותר האפשרית. מטבע הדברים, המשאבים הציבוריים מוגבלים, לא ניתן ולא ראוי, לתת בכל מקרה עדיפות מוחלטת להגשמת זכויות האדם על פני שאר המשימות שרשויות השלטון נדרשות לקצוב להן ממשאביהן.

כך למשל, נראה כי אפשר להבטיח בכל מקרה כי חשודים ונאשמים לא יסכנו את שלום הציבור אם יוחזקו ב"מעצר בית" בפיקוח צמוד של כוח שוטרים. ואולם לנוכח עלותו הרבה של אמצעי זה (אם ימומן על ידי המדינה) או טעמים של הימנעות מפגיעה בשוויון (אם אמצעי זה יאופשר לאותם חשודים ונאשמים המסוגלים לממן אותו), הרי שאמצעי זה יינקט, אם בכלל, רק בנסיבות נדירות.

דוגמא אחרת: נפסק כי מתן רשיון לעריכת אירוע *תרבותי-מסחרי* יכול להיות מותנה בכך שמפיקיו יממנו העסקה של שוטרים בשכר לצורך אבטחתו. זאת הגם שזכויות שונות של מארגני האירוע והמשתתפים בו – כגון חופש העיסוק והקניין – הנפגעות עקב הדרישה הנזכרת, לא היו נפגעות כלל אילו המשטרה היתה מספקת את האבטחה הנדרשת ללא תשלום.

מנגד: מקום שבו על הפרק עומדת זכות שמשקלה כבד במיוחד – כגון הזכות לכבוד – צפויה הרשות להידרש להשיג את תכליתה באמצעים פוגעניים פחות גם אם עלוּתם נכבדה. [פס"ד **צמח** – זכות-העל של חירות הגוף – התערבות באורך תקופת מעצר חיילים על ידי שוטר צבאי; פס"ד **מטה הרוב** וההתניות שביקשו להטיל בו על ההפגנה].

=-=

**קריאה לפגישה הקרובה**:

פס"ד **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** – פס"ד חשוב שעניינו חוקתיותו של **בית סוהר פרטי (בפיקוח ציבורי)**. קראו את הסעיפים המבוקשים בסילבוס, **ונסו להבין את ההנמקה המורכבת** המלווה את ההכרעה הניתנת.

פס"ד **מיטראל** – **כיצד תופעל "פסקת ההתגברות" במצבים של פגיעה מורכבת, כלומר פגיעה שאינה רק בזכות לחופש העיסוק, אלא גם בזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?** (יש כאן, בפסק הדין, גם עיסוק נוסף, קצר, בביקורת השיפוטית המטא-טקסטואלית).

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, דצמבר 2014, ***פגישה 16***

**החוקה הפורמאלית של ישראל**

**פסקת ההגבלה (המשך)**

המשך קצר לדיון בחוק יסוד: משאל עם

דברים שכבר אמרתי ותוספת המצטרפת אליהם.

לדעתי **חוק יסוד: משאל עם** הוא התפתחות שהיא כנראה גורלית. זה נכון למרות שחוק היסוד לכאורה לא עוסק בגדה המערבית. זאת משום שחוק היסוד עוסק בירושלים המזרחית שסופחה לישראל (וכן עוסק בכל סיטואציה של "חילופי שטחים" בין הגדה לבין ישראל). והנה משום שירושלים תידון ותושפע מכל הסדר עם הפלסטינים, אזי כל השפעה שכזו, כל נגיעה בגבולות המוניציפאליים של ירושלים, תצטרך להגיע למשאל עם. כך גם ביחס לכל הסדר שמכיל חילופי שטחים, וקשה לדמיין הסכם עם הפלסטינים שלא מכיל אלמנט שכזה.

**חוק-יסוד: משאל עם**

1. (א) **החליטה הממשלה לאשרר הסכם או לחתום על הסכם, שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו**, לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים, יהא ההסכם, לאחר שאושר בכנסת ברוב חבריה, טעון אישור במשאל עם, אלא אם כן אושר ברוב של שמונים חברי הכנסת.

משאל עם

(ב) החליטה הממשלה, שלא בדרך של הסכם, שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, תהא ההחלטה, לאחר שאושרה בכנסת ברוב חבריה, טעונה אישור במשאל עם, אלא אם כן אושרה ברוב של שמונים חברי הכנסת.

2. זכאי להשתתף במשאל העם **מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת** לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם.

הזכות להשתתף

במשאל העם

3. על עריכת משאל העם יחולו הוראות הדין בעניין הבחירות לכנסת, בשינויים המחויבים ובשינויים שנקבעו בחוק.

החלת הוראות

4. אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

יציבות

5. **אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת**.

נוקשות

*[הוא אושר בכנסת ב-*[12 במרץ](http://he.wikipedia.org/wiki/12_%D7%91%D7%9E%D7%A8%D7%A5)[2014](http://he.wikipedia.org/wiki/2014)*ברוב של 68 תומכים וללא מתנגדים, על רקע החלטת סיעות ה*[אופוזיציה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%95%D7%A4%D7%95%D7%96%D7%99%D7%A6%D7%99%D7%94)*להחרים את ההצבעה.]*

מדוע חוק היסוד הזה הוא התפתחות כנראה גורלית?

[היבט מקטין-גורליות, הוא האפשרות של הכנסת בכובעה המכונן לבטל את חוק היסוד "ברוב" (61) של חברי הכנסת].

ראשית, יהיו הבדלים ממשיים בעוצמת האהדה או עוצמת ההתנגדות להסדר שיובא להכרעה (הכל כמובן בהנחה שהצדדים יגיעו להסכם). הבדלי העוצמה יתבטאו בהבדלים בשיעורי ההצבעה. כך למשל האזרחים הערבים לא צפויים להיות מאד בעד ההסכם, שהרי הוא צפוי להתפשר עמוקות על זכות השיבה; וגם כך אחוז ההצבעה הטיפוסי בציבור הערבי הוא נמוך מבציבור היהודי. מנגד, הציבור הדתי-לאומי צפוי להתנגד להסכם בחריפות ובנחישות. [מתוך התבוננות בתקופת "ההתנתקות":] הוא צפוי להפעיל את הנוער של בני-עקיבא למבצעי "הקש בדלת", יפעיל תקציבים ציבוריים לקמפיינים כנגד ההסכם העומד על הפרק, יוציא ציבורים גדולים (מתוכו אך גם קבוצות נוספות בחברה) למחאה ענקית שצפויה להיות עצומה בהרבה מזו של תקופת ההתנתקות, ואולי גם תהיה אלימה יותר, וכדומה.

שנית, משאל העם עלול לפיכך להתקבל 'על הקשקש'. הקשקש ישוייך כמובן להצבעת המיעוט הערבי-פלסטיני, וכך זה יהיה "העם" ('האמיתי', עם-ישראל) נגד העם – במובן הדמוקרטי, של האזרחים. והנה אין מתכון קשה יותר לחידוד היחסים בין יהודים לערבים, ולחידוד שאלת הדמוקרטיות של ישראל לעומת האתנוצנטריות שלה. פירוש הדבר מתחים עמוקים, ואולי אלימים, בין יהודים לערבים ובין ימין לשמאל בתוך קהילת הרוב.

האם השילוב הנזכר יגדיל או יקטין את החשש לאלימות פנימית? [התשובה אינה חד-משמעית; שכן לא ברור מה תהיה התגובה בהעדר משאל עם].

ומנגד, או במקביל, האם השילוב הנזכר יגדיל או יקטין את האפשרות להתעצמות האלימות בסכסוך הישראלי-פלסטיני? אני מניח שזה תלוי בתוצאות משאל העם ובעיקר בשאלת מימוש ההסכם, אם הוא יאושר, וההתפתחויות השונות בעקבות ההסכם, אישורו ומימושו. [צריך לזכור שלהסדר צפויים גם מתנגדים, חלקם אלימים מאד, בתוך הצד הפלסטיני; למתנגדים האלימים, בשני הצדדים, קוראים: בעיית ה-spoilers].

לבד מהבעיות או השאלות שהזכרתי, צצה **בעיה מרכזית נוספת**: משאל העם מוגבל לאזרחים (סעיף 2); משמע, **הוא שולל את זכות ההשתתפות במשאל העם מציבור שההכרעה במשאל קריטית עבורו: התושבים הפלסטינים של ירושלים.**

**אך כאן עולה שאלה חשובה: עד כמה אי השתתפותם של הפלסטינים מירושלים המזרחית במשאל העם בישראל על עתידה של ירושלים, היא בעיה שנפתרת דרך השתתפותם בהליכים מקבילים – של דמוקרטיה ייצוגית או דמוקרטיה ישירה – ברשות הפלסטינית?**

תשובתי השלילית לשאלה זו צעדה בנתיב שמייד יפורט, אבל היא נתקלת בטענת-נגד ממשית.

ישראל שולטת בהווה בירושלים המזרחית, כלומר שולטת בפלסטינים של ירושלים המזרחית. היא סיפחה את השטח אליה והפכה אותם לתושבי קבע שלה. התיאוריה הדמוקרטית מסבירה שדמוקרטיה מובחנת משיעבוד בכך שאנחנו, נתיני המדינה, בו-זמנית שולטים בה; דרך מנגנוני ההשפעה השונים – הצבעה בבחירות, הצבעה במשאלי עם וכדומה.

ואכן בעיה עצומה המופיעה בהווה נוגעת לכך שהפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית הם תושביה של ישראל אך לא אזרחיה. והנה אנחנו רק מחמירים את הבעיה כאשר אנחנו שוללים את יכולתם להשפיע על ההחלטה שהיא הגורלית ביותר בעניינם – תחת איזו ריבונות הם יחיו, ובאלו הסדרים?

אם נאמר להם: תסתפקו בהצבעתכם במסגרתה של הרשות הפלסטינית, האם איננו אומרים משהו נבוב ובעייתי ביותר? אולי להם באופן ספציפי יש זכות להשתתף בשני משאלי העם, גם הישראלי וגם הפלסטיני, שכן לכל אחד ממשאלי העם יש כוח וטו ביחס לגורלם. אבל מכל מקום, אם היה צריך לבחור בין השניים הרי שהחשוב שביניהם, ולכן זה שיש להם את הזכות הגדולה ביותר בעניינו, הוא השתתפות במשאל העם בקרב הכוח השולט בהם בהווה. רק כך אדם נשלט הוא גם אדם המשתתף בעיצוב גורלו.

אך כאן צפויה להישמע טענת נגד חשובה: הטיעון הזה חל גם לגבי הפלסטינים בחלקים האחרים של הגדה המערבית, אלה שלא בשטח ישראל אך תחת שליטתה. מדוע הם לא יטענו לזכאותם להשתתף במשאל העם האפקטיבי הקובע את גורלם – כלומר זה המתקיים בישראל?

תשובת נגד לטענת הנגד? מנקודת הראות של המשפט הבינלאומי תושבי ירושלים המזרחית הם "תושבים מוגנים", כמו יתר הפלסטינים בגדה המערבית. מנגד, מנקודת הראות של המשפט הפנימי של ישראל מצבם אחר. כלומר תושבי ירושלים הם תושבי ישראל ולא תושבים כבושים ("תושבים מוגנים"). האם הבדל הסטטוס הזה, כלומר המעמד של הפלסטינים בירושלים, במשפט הפנימי של ישראל, כתושבי קבע שלה, לא אמור להעניק להם את הזכות להשתתף במשאל עם ביחס לגורלם?

ואולם המשפט מבדיל בין אזרח לבין תושב לעניין החלטות מסוימות – למשל, הזכות להשתתף בבחירות לכנסת. מדוע שזה לא יחול כאן?

זו תשובתי: ההבדל 'הרגיל' שבין "תושב" לבין "אזרח", לעניין ההשתתפות בהכרעות מסוג מסוים, חל לגבי תושב שהוא מהגר לישראל שטרם התאזרח בה. הבדל זה לא אמור להתקיים ביחס **לתושב-יליד** **של המקום**. לא הוא נכנס אל המדינה אלא המדינה נכנסה אליו, כבשה אותו ואת בני-עמו, והיא זו שהפכה אותו ואת בני העיר שלו למסופחים לישראל ובמעמד של תושב בה. ככאלה יש להם זכות, מבחינת המשפט הפנימי, להשתתף בהכרעה הנוגעת להתמשכות או שינוי במצב דברים זה.

תמשיך המדינה ותטען, אבל לתושבים הפלסטינים יש אפשרות להתאזרח. אפשרות שאותה הם מסרבים, ברובם, לממש. היא תטען שזה פותר את הקושי. אינני חושב כך. זאת שוב, מהטעמים שהזכרתי זה עתה. הפלסטינים בירושלים הם תושבים ילידים שמתנגדים לסיפוחם ולכן מסרבים להתאזרח. אין לכפות זאת עליהם, ואין להשתמש בסירוב זה כתירוץ להדירם ממשאל עם הנוגע ישירות להסדר החל עליהם.

=-=

*[שאלתי את עו"ד חסן ג'בארין, מנכ"ל ארגון עדאלה, ביחס לשאלת הדרתם של תושבי ירושלים המזרחית ממשאל העם בישראל; להלן תשובתו:]*

ההיבט הדמוקרטי והחוקתי של השאלה מחייב גם דיון בשאלה הבאה: מה הפלסטינים הירושלמים רוצים? לדעתי הם לא תובעים ולא יתבעו להשתתף במשאל עם בישראל. מבחינתם הם נמצאים תחת כיבוש. השתתפותם במשאל עם, מבחינתם, היא הענקת לגיטימציה לכובש. לא חוקיו הם שיקבעו באם הם כבושים אלא המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ומשפט זה מזהה אותם ככבושים/ כתושבים מוגנים. הוא לא מחיל עליהם חובת נאמנות למדינה הכובשת, והוא לא מעניק את הזכות הזו, להשתתפות במשאל העם, שטמונים בה ערכי נאמנות.

https://ssl.gstatic.com/ui/v1/icons/mail/images/cleardot.gif=-=

https://ssl.gstatic.com/ui/v1/icons/mail/profile_mask2.pngתודה חסן.  
דבריך מעניינים וחשובים, אבל א. אתה מאיר את נקודת ראותם של הפלסטינים בירושלים המזרחית, ואילו אני שואל ביחס לזכותם, וזאת מנקודת הראות של המשפט החוקתי הישראלי על הערכים שביסודו. ב. הם לא חייבים לממש זכות, ואולם השאלה היא האם עומדת להם הזכות. חוק יסוד משאל עם שלל מהם את הזכות. על זה הויכוח.  
אילן

=-=

*\*הערה לסטודנטים: אלו מחשבות, ראשוניות למדי, שעלו בי ביחס לחוק יסוד משאל עם. אשמח[!] להערות שלכן המאתגרות אותן.*

=-=

המשך קצר לתרגיל בנושא מורי הדרך.

תודה לאביחי על שאלה שהוא הפנה אלי במייל לאחר בדיקת הדין הרלבנטי.

בהווה יש כבר חובת רישוי מכוח **תקנות שירותי תיירות (מורי דרך), תשכ"ז-1967**. עד כמה זה משנה?

להלן הדין הקיים:

**חוק שירותי תיירות, תשל"ו-1976**

מיום 5.8.1987

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשמ"ז מס' 1222](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1222.pdf) מיום 5.8.1987 עמ' 151 ([ה"ח 1837](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-1837.pdf))

**הוספת סעיף 3א**

מיום 1.1.2002

**תיקון מס' 3**

[ס"ח תשנ"ט מס' 1704](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1704.pdf) מיום 15.2.1999 עמ' 112 ([ה"ח 2785](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2785.pdf))

**ביטול סעיף 3א**

הנוסח הקודם:

~~ערובה לא ניתנת לשיעבוד~~

~~3א. ערובה כאמור בסעיף 3(3) וכספים ממימושה הנמצאים בידי מי שנקבע על פי הסעיף האמור, לא ישמשו אלא למילוי ההתחייבויות כאמור באותו סעיף וכפי שנקבע בתקנות, והם אינם ניתנים –~~

~~(1) לעיקול או שיעבוד;~~

~~(2) להעברה, אלא בדרך שנקבעה בתקנות או בהוראות מינהל.~~

4. (א) השר רשאי לקבוע בתקנות -

(1) חובה ששירות תיירות פלוני יינתן על ידי בעלי כשירות מקצועית;

(2) בהתייעצות עם שר העבודה והרווחה - הסדרים בענין הכשרה וכשירות של מורה דרך, כהגדרתו בתקנות.

[...]

ואכן **בתקנות שירותי תיירות (מורי דרך), תשכ"ז-1967** נקבע בסעיף 2 כך:

2. הממונה רשאי לתת למבקש רשיון מורה דרך אם התקיימו בו כל אלה:

(1) הוא תושב ישראל;

(2) מלאו לו 21 שנים;

(3) אין לגביו רישום במרשם הפלילי על עבירה שיש עמה קלון;

(4) עמד בבחינות לפי תקנות אלה.

להלן הצעת החוק, שלצורך התרגיל הנחנו כי הפכה לחוק:

חוק שירותי תיירות (תיקון – מורי דרך), התשע"א–2011

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הוספת סעיף 3ב | 1. | בחוק שירותי תיירות, התשל"ו–1976, אחרי סעיף 3א יבוא: | | | | |
|  |  | "רישיון מורה דרך | | | 3ב. | (א) לא ישמש אדם מורה דרך בתמורה אלא אם כן יש בידיו רישיון תקף לפי חוק זה (בסעיף זה – מורה דרך מורשה). |
|  |  |  |  |  |  | (ב) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיורים בישראל לתיירי חוץ, לא יעסיק מורה דרך, אלא אם כן הוא מורה דרך מורשה. |
|  |  |  |  |  |  | (ג) נותן שירותי סוכנות נסיעות או גוף אחר, המארגן סיור בישראל שבו משתתפים לפחות 11 תיירי חוץ, ידאג לכך שהסיור ילווה על ידי מורה דרך מורשה שהוא אזרח ישראלי. |
|  |  |  |  |  |  | (ד) הוראה זו תהא תקפה על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק." |

1. שימו לב כי החוק החדש מנסה להפעיל את "פסקת ההתגברות" שבחוק יסוד: חופש העיסוק. האם הצליח?

א. נשאלת השאלה האם הוא התקבל "ברוב" של חברי הכנסת.

ב. מכיוון שההוראה מגבילה/פוגעת גם בחוק יסוד: חופש העיסוק וגם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עולה השאלה האם הוא צולח את דרישות פס"ד **מיטראל**, שאותו התבקשתם לקרוא.

2. פסקת "שמירת דינים" מעניקה "לדין ותיק" (ומעשית ל"חוק ותיק") חסינות מפני תקיפה, כך שאיננו יכולים לעסוק בתוקפה של "ההוראה שנשמרה", גם אם היא נמצאת במתקל עם חוק היסוד שמכיל את פסקת שמירת הדינים – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואולם:

א. איננו יכולים לתקוף (על יסוד חוק יסוד זה) את תוקפה של אותה הוראה שנשמרה, ואולם אנו מצווים לבחון את פרשנותה. הפרשנות עשויה להשתנות בחלוף הזמן ולאור התפתחויות שונות – ראו את פסק דין **גנימאת** שהזכרתי בדפי פגישות קודמות.

ב. שימו לב למצבים, כמו במקרה שבפנינו, שבהם החוק הנבחן פוגע במספר זכויות. התיקון פוגע לפחות בשתי זכויות חוקתיות: בזכות לכבוד האדם – בשל הפגיעה בשוויון על בסיס גורף של השתייכות קבוצתית וגם בשל הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי – וכן בזכות לחופש העיסוק, המוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק.

במצב הנבחן בתרגיל החוק/התיקון פוגע גם בזכות המוגנת בחוק יסוד המכיל פסקת שמירת דינים (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), וגם בזכות המוגנת בחוק יסוד שלא מכיל פסקת שמירת דינים (חוק יסוד: חופש העיסוק). האם יש לכך משמעות?

באופן בסיסי, לענייננו כאן, אין לכך משמעות. התיקון המותקף הוא חדש, ולכן לא חלה שמירת הדינים.

מה ביחס לעצם דרישת הרישוי למורה דרך? היא הייתה קיימת כבר בתקנות ותיקות, משנת 1967.

להלן התשובה:

הגבלה של חופש העיסוק אינה כפופה לפסקת שמירת הדינים, ולכן הוותק לא עוזר כאן.

שנית, ומסיבות הקשורות לפירמידה הנורמטיבית, שמירת הדינים מועילה רק לחקיקה ותיקה. היא לא רלבנטית לחקיקת משנה (תקנות, כללים, חוקי-עזר עירוניים וכדומה). זה קשור בפירמידה הנורמטיבית ובמיקומה של חקיקת משנה בפירמידה מתחת לזכויות היסוד מכוח המשפט המקובל נוסח ישראל. מיקום זה הפך את חקיקת המשנה לפתוחה לכל העילות השונות, זאת עוד לפני המהפכה החוקתית. [ארחיב בכך בהזדמנות קרובה].

3. אני חושב, בעקבות הדיון בכיתה, כי רישוי חלקי של מורי דרך הוא בהחלט אפשרי. יש תכלית ראויה ביחס להסדרה של מורי דרך, אך היא בעיני לא גורפת, אלא כזו שצריכה להיות תחומה להקשרים נושאי סיכון כזה או אחר. ברישוי מקיף יש על כן בעיה לפחות במישור המידתיות.

=-=

**גבולותיה החוקתיים של ההפרטה: מקרה בית הסוהר הפרטי**

בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (2009)

שי אוצרי, אוהד איציק, גיא זאבי "פסק דין החודש – דצמבר – בג"צ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009)" **הארת דין** ו(1) (2010)

ביום 31.3.2004 התפרסם החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004. על פי התיקון נוסף לפקודת בתי הסוהר פרק ג'2 המסדיר את הקמתו של בית סוהר אחד שיוקם, ינוהל ויופעל על ידי זכיין פרטי. כנגד חוקתיות התיקון הוגשה עתירה ב-16.3.2005. העותרים טענו כנגד התיקון בשני מישורים: במישור הראשון טענו העותרים שהפרטה כאמור מהווה פגיעה בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם שאינה עומדת בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במישור השני טענו העותרים שהתיקון מהווה פגיעה בכלל החוקתי הקבוע בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

בית המשפט שישב בהרכב מורחב של תשעה שופטים קיבל בדעת רוב, נגד דעתו החולקת של השופט אדמונד לוי, את העתירה נגד החוק וביטל את התיקון. חוות הדעת העיקרית, מבין כמה חוות דעת שניתנו על ידי שופטי הרוב, ניתנה על ידי כבוד הנשיאה בייניש, שאל נימוקיה הצטרפו מרבית השופטים בהרכב. בחוות דעתה סקרה הנשיאה תחילה את התיקון ואת ההסדרים שנקבעו בו, ועמדה על כך שבמסגרת התיקון הוענקו לזכיין, למנהל בית הסוהר מטעמו ולעובדים הכפופים לו סמכויות הפוגעות בחירות האישית של האסירים. סמכויות אלו אינן שונות במהותן מהסמכויות המוקנות לעובדים וסוהרים המשרתים בבתי הסוהר של שירות בתי הסוהר. במקרים אחדים אף צומצמו הסמכויות במקצת.

עם זאת הנשיאה סברה שעצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי תאגיד פרטי, המונע משיקולים כלכליים של רווח והפסד, מהווה פגיעה נוספת ועצמאית בחירות האישית של האסירים. ודוק, לשיטתה של הנשיאה מיהותו של הפוגע מגבירה את עוצמת הפגיעה בחירות האישית "גם אם משך המאסר אותו מרצים שני האסירים הללו זהה וגם אם הפגיעה בזכויות האדם המתרחשת בפועל בין כתליו של כל אחד משני בתי הסוהר בהם הם מרצים את עונשיהם היא זהה." (פסקה 33). אם כן ההלכה החשובה היוצאת מתחת ידי בית המשפט הינה שמהות ומיהות הגוף הפוגע בזכות חוקתית עלולה להוות פגיעה נוספת באותה זכות חוקתית. הטעם לקביעתה נעוץ בשני היבטים: ראשית, המדינה, לאחר שקבעה באמצעות מערכת בתי המשפט שלה כי יש להטיל על אדם עונש מאסר, אינה נושאת במלוא האחריות להוצאתה לפועל של החלטה זו, על הפגיעה הנובעת ממנה. מצב דברים זה מביא לפגיעה בלגיטימיות של עונש המאסר עצמו ושל הפגיעות בזכויות אדם שונות המתחייבות ממנו. שנית, ובמקביל, האסיר נחשף לפגיעה בזכויותיו על ידי גורם המונע ממערכת שיקולים ואינטרסים שונה מזו המניעה את המדינה כאשר זו מנהלת ומפעילה את בתי הסוהר הממשלתיים.

עוד קבעה הנשיאה כי לא ניתן לראות בסמכויות הניתנות לזכיין ועובדיו הסתייעות באחר שכן מדובר בסמכויות פוגעניות, הכרוכות באופן שגרתי בהפעלת שיקול דעת. זאת ועוד, ניהול בית הסוהר מחייב התמודדות עם סיטואציות בלתי-צפויות תוך מגע בלתי אמצעי עם האסירים וקבלת החלטות מהירות באופן מיידי, בעוד שהפיקוח והבקרה על קבלת ההחלטות ועל אופן הפעלת שיקול הדעת יכולים להיעשות רק בדיעבד.

מעבר לפגיעה בחירות האישית קבעה הנשיאה ביניש שהתיקון פוגע גם בכבוד האדם של האסירים. כליאת אסירים בבית סוהר בניהול פרטי מביאה לכך שהתכלית הציבורית המובהקת של המאסר משולבת ברצון התאגיד למקסם את רווחיו. במצב זה יש חשש טבוע ומובנה שהאסירים יהפכו לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד. עצם קיום מוסד של "בית סוהר למטרות רווח" מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם. אין מדובר בפגיעה סובייקטיבית של אותם אסירים, אלא פגיעה אובייקטיבית בזכותם החוקתית לכבוד האדם.

משקבעה הנשיאה שהתיקון לחוק פוגע בזכות לחירות אישית ובכבוד האדם, בחנה הנשיאה את עמידתו של תיקון 28 במבחני פסקת ההגבלה: הנשיאה הייתה מוכנה להניח שהתיקון לחוק עשוי להגשים את מטרות החיסכון הכספי ושיפור תנאי הכליאה של האסירים העומדים בבסיסו, ועיקר חוות דעתה התמקד במבחני המשנה של דרישת המידתיות. הנשיאה הייתה מוכנה גם לקבל את עמדת המדינה, שעל פיה הבחירה ב"מודל האנגלי המורחב", הכולל מסירת הפרויקט ליזם הפועל תחת פיקוח המדינה תוך שמירת סמכויות בתחום השיפוט והענישה בידי המדינה, מהווה את הפגיעה הפחותה ביותר מבין האפשרויות האפקטיביות דיין להגשמת תכלית החוק. הנשיאה קבעה, אם כן ,שהתיקון עומד במבחני המשנה הראשון והשני. אלא שלדידה של הנשיאה לא עמד התיקון במבחן השלישי, מידתיות במובן הצר, הדורש יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי דבר החקיקה. הנשיאה ציינה כי על כפות המאזניים מונחים מחד גיסא הפגיעה בחירות האישית וכבוד האדם של האסיר ומאידך גיסא שיפור תנאי הכליאה והתועלת ציבורית הגלומה בחסכון כספי ניכר המוערך ב-350 מיליון ₪ לכל 25 השנים בהם יפעל בית הסוהר הפרטי. בבחינת היחס בין אלה הגיעה הנשיאה למסקנה שהיחס בין התועלת החברתית לעוצמת הפגיעה אינו מידתי. לדידה הפגיעה המועצמת בזכויות המצויות בגרעין הקשה של כבוד האדם אינה שקולה כנגד התועלת בחסכון הכלכלי הצפוי מהקמה וניהול בית סוהר על ידי זכיין פרטי.

הנשיאה השאירה בצריך עיון את טענות העותרים המבוססות על הוראות סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה... משקבעה שהתיקון איננו עומד במבחני פסקת ההגבלה, קבעה הנשיאה שהסעד החוקתי הראוי הינו הצהרה על בטלות התיקון לחוק.

השופטת פרוקצ'יה הסכימה עם התוצאה אליה הגיעה הנשיאה בייניש, אולם ניתחה את הסוגיה באופן שונה. את עיקר הדגש שמה השופטת פרוקצ'יה על הסיכון בהעברת סמכויות מהסוג האמור לגוף פרטי, שאינו כפוף למערכת כללי הבקרה וההרתעה המורכבים המובנים בכללי הפעולה של השירות הציבורי, ושפועל משיקולים כלכליים. לדידה, העברת הסמכויות לגוף כאמור מגדילה את הסיכון לפגיעה בזכויות האדם של האסירים. הפוטנציאל לפגיעה בזכויות אדם, הטמון בשימוש בכוח המרות השלטוני המסור לידי גוף שאינו שלטוני ומטרתו היא השאת רווחים לבעלי המניות – יוצר את הפגיעה החוקתית המצריכה את ביטול התיקון לחוק.

השופט א' לוי, בדעת המיעוט, לא קיבל את עמדת הנשיאה בייניש בדבר האפשרות לקבוע כבר בשלב זה כי הפגיעה הנוספת הנגרמת בשל זהותו של מגביל הזכות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. כמו כן דחה את עמדת השופטת פורקצ'יה בדבר הגדלת הסיכון לפגיעה פוטנציאלית. לדידו של השופט לוי יש לבחון אמפירית את התנהלותו של ההסדר. לפיכך סבר השופט לוי שיש לדחות את העתירה.

***דיון:***

שאלת **"הפגיעה בזכות"** יסוד חוקתית – מהי הפגיעה, מהן הזכויות?

שאלת עמידתה **בתנאי פסקת ההגבלה**?

**בחוק**? – התיקון המותקף לפקודת בתי הסוהר

**תכלית ראויה**? – חיסכון תקציבי ושיפור תנאי

**מידתיות** האמצעי שבשירות התכלית/ מידתיות הפגיעה? מבחני המשנה של המידתיות. המבחן השלישי – "מידתיות במובן הצר".

**פרופ' ברק מדינה, הערות בעקבות פסק הדין בעניין ההפרטה:**

1. הדבר העיקרי בפסק הדין הוא איסור על הפרטה של "גרעין" מסוים. עם זאת, אין הגדרה ברורה מה נכלל בגרעין הזה.

התפיסה היסודית היא שהאיסור אינו מבוסס על חשש מכך שהשירות שיסופק [הכליאה] יהיה בלתי מתאים. אין צורך בהוכחה שהשירות יהיה לקוי. יש כאן תפיסה עקרונית האוסרת על הפרטה בשל איסור דאונטולוגי/ איסור קנטיאני. האיסור אינו נובע מן החשש אלא מקביעה עקרונית שאסור.

במובן זה יש כאן דמיון מסוים לאיסורים בתחום חופש הביטוי או הגבלת הזכות להיבחר – האיסור אינו נובע מהערכה מה יהיו התוצאות הצפויות, אלא מקביעה א-פריורית [קביעה עקרונית מראש] שאסור.

2. מאפיין מעניין של ההכרעה הוא בקביעה שהאיסור נובע מהכרה בזכות יסוד לכבוד. זו קביעה מעניינת. למשל, בהקשר של איסורים על חופש ביטוי או זכות להיבחר, אין מקובל לבססם על הכרה בזכות יסוד לכבוד. אם כבר, הכיוון הוא הפוך – יש זכות יסוד לחופש ביטוי וצריך לבסס את הפגיעה. כאן הכיוון הוא שאין זכות לחופש עיסוק, ולמעשה יש זכות יסוד [לאסירים] לכך שיוטל איסור על עיסוק מסוים.

אני מבקש לדון בהשלכות של הגישה הזו, הן בהקשר של הפרטה והן בהקשר של זכויות אדם בכלל.

3. ביחס להפרטה: הבסיס כאן הוא הזכות לכבוד והזכות לחירות. הזכות נפגעת אם סמכות שלטונית, המופעלת אגב פגיעה באינטרס הנכלל בגדר זכות היסוד, מופעלת בדרך שנתפסת כבלתי לגיטימית. כלומר, האיסור אינו דווקא על התוצאה הצפויה מאופן הפעלת הסמכות אלא על הדרך.

כאן זה הופעל לעניין הפעלת הסמכות על-ידי גורם פרטי: מסחור הכליאה.

הרחבות אפשריות של איסור ההפרטה?: מסחר שירותי רפואה או שירותי חינוך.

עצם העובדה שהשירות מסופק על-ידי גורם פרטי, בדרך מסחרית, בעייתי.

למשל, תרופות – האם אפשרית הספקה פרטית?

זו הרחבה של הגישה המקובלת נגד הפרטה, שעניינה **תוצאות צפויות** (כמו פגיעה בשוויון או יחס לא ראוי) לעבר **איסור עקרוני**.

4. כמו אילוץ דאונטולוגי אחר, גם כאן יש הכרה בסף. ההפרה של האילוץ עשויה להיות מוצדקת אם יש מספיק תועלת מכך. בית-המשפט התמקד בשאלת החיסכון הכספי. אבל יתכן שיש גם פגיעה בשירות שמקבלים האסירים [במתכונת הרגילה, של בתי הסוהר המדינתיים]. השאלה בהקשר זה היא מהי התועלת נטו, ודבריו של לוי מכוונים לכך.

יש כאן קושי מובנה [לטיעון העיקרי של בית המשפט], שכן בירור שאלת התועלת מחייבת הכרה (זיהוי) של כישלון הפיקוח המינהלי-שלטוני, השיפוטי והפרלמנטארי להבטיח שירות ראוי לכלואים.

5. בהקשר רחב יותר, יש כאן הרחבה של זכויות אדם; הרחבה של ההגנה על זכויות במובן זה שאין כאן דרישה להוכחה שנגרע אינטרס מסוים ממשי של הפרט, אלא שדי בכך ש"היחס הנורמטיבי" אליו אינו עולה בקנה אחד עם דרישות חוקתיות כדי להכיר בקיומה של פגיעה חוקתית.

(עם זאת, אין כאן ביסוס מלא לקו מחשבה זה, שכן אין בפסק הדין הכרה מפורשת בכך שזו מהות הפגיעה שבה מדובר. הניסוח של הדברים בפסק הדין של השופטת ביניש אינו מאד חד משמעי בהקשר זה.)

=-=

**"פסקת ההתגברות" – סע' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק**

**והסיטואציה של הוראת חוק הפוגעת בכמה זכויות יסוד חוקתיות – פס"ד *מיטראל***

**חוק יסוד: חופש העיסוק**

8. [תוקפו של חוק חורג:]

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| (א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר. |  |  |
| (ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה. |  |  |

סעיף זה מעגן את מי שקרויה "פסקת ההתגברות" ((notwithstanding clause

הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4,

א. אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת

ב. ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה;

ג. תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

פסקה זו מופיעה רק בחוק יסוד: חופש העיסוק.

בג"צ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15 – "חוק חורג" – "על אף האמור בחוק יסוד זה":

[סוגיית תקפותו של חוק יבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994. מדובר בחוק שמונע ייבוא בשר שאינו כשר (זאת, אגב, להבדיל משאלות של ייצור ושיווק מקומי של בשר שאינו כשר, שמוסדרות חלקית באופן אחר). ביחס לחוק הופעלה פסקת ההתגברות שבחוק יסוד: חופש העיסוק.

שאלת פסה"ד: מה מתרחש ביחס לחוק הפוגע במספר זכויות יסוד?

פסק הדין נוגע גם בשאלה של הביקורת המטא-טקסטואלית.

(אגב, חוק זה לא מתחדש מידי ארבע שנים, בשל סעיף קטן (ב) של סע' 8)]

16. […] גם אם נניח - בלא להכריע בדבר - כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה (השווה: [**ירדור**] [**תנועת לאו"ר**]). שאם לא כן, מתרוקנת פסקת ההתגברות מעיקר תוכנה. זה אינו המקרה שלפנינו. הפגיעה בחופש העיסוק היא מוגבלת, שהרי פתוחה בפני העותרות האפשרות לעסוק ביבוא של בשר כשר, וזאת - בניגוד למצב שהיה לפני השינוי במדיניות הממשלה - בלא כל צורך ברשיונות יבוא. הפגיעה בקניין, בחופש המצפון ובשיוויון - ככל שהיא חבויה בין קפליו של החוק - אין היא מגיעה כדי פגיעה באושיות המשטר החוקתי שלנו. מטעמים אלה דין טענתן הראשונה של העותרות להידחות.

17. פסקת התגברות מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. משמעות הדבר הינה כי חוק חורג - כלומר, חוק הפוגע בחופש העיסוק, אשר נתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק - תקף אף שאינו בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק. כידוע, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל בחובו פסקת התגברות. מה דינו של חוק חורג הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק-יסוד זה?

[...]

20. […] פרשנות חוקתית ראויה צריכה מחד גיסא להתחשב בכך שפסקת ההתגברות מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ואינה מצויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאידך גיסא, היא צריכה להתחשב בכך שקיומה של פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק - יש לה השלכות על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק ממכלול הנורמות החוקתיות. עניין לנו, איפוא, בצורך לאמץ גישה פרשנית, המאזנת בצורה ראויה בין נתונים פרשניים אלה והמפלסת לעצמה דרך ראויה במתח פרשני זה. מהי גישה פרשנית זו? באלו נסיבות תינתן הגנה חוקתית לחוק חורג הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

21. נראה לנו כי פרשנות ראויה צריכה להעניק הגנה חוקתית לחוק חורג, הפוגע לא רק בחופש העיסוק אלא גם בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים אלה: ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית. שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית. [...]

22. התנאי הראשון קובע כי תוענק הגנה חוקתית לחוק חורג הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם פגיעה זו היא אך תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק. אכן, פגיעה בחופש העיסוק כורכת לעתים קרובות כתוצאת לוואי טבעית פגיעה בשוויון או בקניין. איסור על סוג אלמוני של אנשים מלשלוח ידם בעיסוק המותר לסוג פלוני של אנשים כרוך לעתים מטבעו וטיבו של העניין בפגיעה בקניינם ובזכותם לשוויון של האנשים המשתייכים לסוג אלמוני. במצב דברים זה, ההגנה החוקתית הניתנת בפיסקת ההתגברות של הפגיעה בחופש העיסוק מחייבת גם הגנה חוקתית על הפגיעה בקניין ובשוויון, שאם לא כן תרוקן פיסקת ההתגברות מכוחה הנורמאטיבי. התנאי השני קובע כי עיקר הפגיעה צריך להתמקד בחופש העיסוק, ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות צריכה להיות משנית. אין להפוך עיקר לטפל. אכן, אם תוצאתו של החוק החורג הינה כי עיקר פגיעתו אינה בחופש העיסוק אלא בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין ליתן לפגיעה זו הגנה חוקתית. קיומה של פיסקת התגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק אינו מספיק להעניק הגנה חוקית, מקום שפגיעתו העיקרית של החוק החורג היא מחוץ לגדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. התנאי השלישי קובע כי הפגיעה בזכויות האחרות - כאשר היא נבחנת כשלעצמה, וללא השוואה לפגיעה בחופש העיסוק - צריכה להיות בעלת עוצמה שולית. אין לאפשר פגיעה ממשית וקשה בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אגב פגיעה בחופש העיסוק. ההשלכות ה"עקיפות" של פיסקת ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, יכולות "לכסות" פגיעות שאינן ממשיות ואינן עיקריות, בזכויות אדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

23. בהפעילנו אמות מידה פרשניות אלה על העניין שלפנינו, על-פי ההנחות שהנחנו בדיוננו, הננו סבורים כי שלושת התנאים הנדרשים למתן אפקט לפיסקת ההתגברות מחוץ לגדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, מתקיימים. הפגיעות בחופש המצפון, השוויון והקניין של העותרים - בהנחה שזכויות אלה אכן נפגעות - הן תוצאות לוואי טבעיות מהפגיעה בחופש העיסוק שלהם. אין אלה תוצאות עצמאיות, העומדות על רגליהן הן. אלה הן תוצאות נגזרות המתבקשות באופן טבעי מעצם הפגיעה בחופש העיסוק. עיקר הפגיעה הוא בחופש העיסוק. הפגיעות בזכויות האחרות הן משניות ואינן ממשיות. אשר לפגיעה האפשרית בחופש המצפון, יש לזכור כי כל מי שרוצה יכול לרכוש בישראל בשר לא כשר. אין כפייה לאכול רק בשר כשר. עם זאת, אין ספק כי הפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק. אשר לפגיעה האפשרית בשוויון, הטענה של העותרים הינה כי השוויון נפגע בכך שנדרש הכשר של הרבנות ולא נדרש "הכשר" של רשות מוסלמית, ובכך יש פגיעה בשוויון בין יהודים למוסלמים. אפילו נראה בכך פגיעה בשוויון, זו בוודאי משנית לפגיעה בחופש העיסוק, ואין היא בעלת עוצמה ממשית. אשר לפגיעה האפשרית בחופש הקניין, היא משנית לפגיעה בחופש העיסוק, וכשלעצמה אינה בעלת עוצמה ממשית. בהתקיים שלושת תנאים אלה מתבקשת המסקנה הפרשנית כי יש ליתן לחוק יבוא בשר קפוא הגנה חוקתית לא רק בגדריו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, אלא גם בגדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

=-=

**"פסקת ההגבלה" (המשך) – זיהויה של "פגיעה", התנאי של "תכלית ראויה", ותנאי "המידתיות":**

**הפעלת פסקת ההגבלה ביחס להוראת חוק הפוגעת *ב"חופש העיסוק"*** **ומציאת הפרתה**

# בג"צ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002)

[עתירה כנגד תיקון לחוק שהעניק זיכיון להפעלת רדיו פרטי בעל טווח שידורים ארצי – העתירה התקבלה.

סיפור הדברים נגע לכך שהתיקון נועד להעניק הכשר – סלקטיבי – לתחנת רדיו *מסוימת* (ערוץ 7) שפעלה עד אותה עת באופן פירטית].

ביום 23.2.99 התקבל בכנסת התיקון לחוק הבזק אשר הוסיף... את סעיף משנה (7) לסעיף 3 לחוק. סעיף 3 לחוק הבזק קובע פטורים וסייגים להוראה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק, המטילה חובת רישוי לפעולות ושירותי בזק. סעיף 3(7) הוסיף פטור נוסף מחובת הרישוי וכך נאמר בו:

"3. הוראות סעיף 2(ב) לא יחולו על - ...

(7) מי שהקים או שהפעיל במשך חמש שנים רצופות לפני יג' בטבת התשנ"ט (1 בינואר 1999), תחנת שידור לשידורי רדיו המיועדים בעיקרם לציבור בישראל, באופן ששידורים אלה נקלטו במרבית שטחי ישראל, והמשיך לעשות כן גם לאחר התאריך האמור, יראו אותו כמי שקיבל רשיון לפי חוק זה, לפי סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ז-1977, וכמי שקיבל זיכיון לפי סעיף 32(א) לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990."

**משמעות?**

[א. הזיכיון ניתן למי (ורק למי) שהפר חוק, ופעל 5 שנים כרדיו ארצי ללא היתר כדין ("רדיו פיראטי"); ב. הזיכיון לרדיו הארצי הייעודי ניתן ללא מכרז; ג. הזיכיון – שהוא פעולת הקצאה מובהקת – ניתן גם ללא קריטריונים שיוויוניים וסבירים ביחס לאופן הזיהוי הן של הקבוצות שצרכיהן מצדיקים "רדיו ארצי ייעודי", והן של אופן איתור המועמדים המתאימים להפעלת תחנת רדיו שכזו.]

**טענות העותרים:** התיקון לחוק נוגד את חוק יסוד: חופש העיסוק בכך שהוא פוגע בחופש העיסוק בפגעו בעקרון השוויון בין מתחרים. כמו כן, נטען כי התיקון לחוק נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכך שהוא פוגע בעקרון השוויון ובכך שהוא פוגע בזכות הקניין. לטענת העותרים, התיקון לחוק אינו עומד בדרישות פסקות ההגבלה הקבועות בחוקי יסוד אלה (סעיף ‎8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף ‎4 לחוק יסוד: חופש העיסוק).

**בית המשפט וחופש העיסוק:**

בנסיבות המקרה דנן, אין כל ספק שהתיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק. ספקטרום התדרים לשידור ערוצי רדיו מסחריים-ארציים הוא משאב מוגבל השייך לציבור בכללותו. תפקיד השלטון הוא לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה, ולניצולו לתועלת הציבור. במסגרת זאת, אחראי הוא גם על הקצאתו באופן יעיל והוגן בין אלה המבקשים לנצלו. התיקון לחוק פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאלים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו ארציים בכך שהוא מעניק זיכיון ורשיון לשידורי רדיו ארציים-פרטיים לגוף משדר העומד בתנאי התיקון לחוק, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו. לשון אחרת, הרשיון והזיכיון מוקצים לגופים ספציפיים וזאת מבלי שניתנה למתחרים נוספים הפועלים בענף שידורי הרדיו כל הזדמנות להתחרות עמם על בסיס שווה. פגיעה זו מוחרפת בנסיבות העניין מעצם הדבר כי אמת המידה לקבלת הזיכיון והרשיון לפי התיקון לחוק היא קיום ותק מינימלי של שימוש לא מורשה ושלא כדין בתדרי רדיו.

*[איזה שלב נותח בפסקה לעיל? מהם שלבי הביקורת הבאים?]*

**סוגיית "התכלית הראויה":**

סומר וזיידמן, מתוך מאמר שלהם: נפסק שם [בפס"ד **אורון**], כי הכוונה הלא-מוסתרת של יוזמי החקיקה ותומכיה הייתה להכשיר את שידורי ערוץ 7, וכי תכלית זו של מתן רישיון וזיכיון לתחנות-רדיו שפעלו עד כה ללא רישיון וזיכיון כדין אינה ראויה בעליל. בית-המשפט פסק אומנם כי ייתכן שלתיקון לחוק הייתה תכלית נוספת ברמת הפשטה גבוהה יותר – מתן ייצוג תקשורתי פלורליסטי – אולם נמנע מלדון בשאלת דינה של חקיקה שחלק מתכליותיה ראויות וחלקן בלתי-ראויות, לנוכח קביעתו כי דינו של התיקון לחוק להיפסל בשל אי-עמידתו במבחנים האחרים של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

באיזה מבחן/מבחנים אחרים של פסקת ההגבלה לא עמד החוק?

**בדרישת המידתיות.** בית המשפט מצא כאן בעיה למול כל אחד ממבחני המשנה של דרישה זו. [סע' 41-36 לפסה"ד]

הערה: שימו לב כי כדי שהוראת חוק הפוגעת בזכות חוקתית תמצא תקפה עליה לעמוד, בין היתר, בכל מבחני המשנה של המידתיות. כלומר אם היא כושלת, **ולו באחד מהם**, היא צפויה להימצא בלתי תקפה. כאן מצא בית המשפט בעיה לא באחד ממבחני המשנה אלא בכולם; כלומר הוא מצא בעיה מוגברת; ואולם לצורך פסילת הוראת החוק, די אם היה מוצא בעיה ממשית באחד מאותם מבחני משנה.

=-=

*אנא קראו לפגישה הקרובה את הדפים שלהלן, העוסקי בפס"ד* ***יקותיאלי****.*

*דפים אלו עומדים על חלקים מהויכוח המלווה את קצבאות הבטחת הכנסה לאברכים. כמו כן מופיעים בדפים גם כמה קטעים מתוך פס"ד* ***יקותיאלי****, וכן סעיפים מתוך חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985*

**סוגיה מיוחדת: ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק מכוח חוק אחר – פס"ד *יקותיאלי***

[**החוקיות של הענקת קצבאות הבטחת הכנסה ל"אברכי כוללים"**](http://hebrewu-law.blogspot.com/2010/10/blog-post_28.html)

**ברק מדינה**  
  
*כידוע, בית-המשפט הגבוה לצדק הכריע בסוגיה זו לאחרונה (בג"ץ 4124/00 בעניין* [*יקותיאלי*](http://elyon1.court.gov.il/files/00/240/041/n43/00041240.n43.pdf)*), וקבע כי החל משנת התקציב 2011, "לא תעמוד עוד התמיכה באברכי כוללים מכוח הסעיף התקציבי בחוק התקציב השנתי". בעקבות פסק-הדין נדונה כעת בממשלה ובכנסת הצעת חוק, שנועדה לאפשר את המשך הענקת הקצבאות. בשורות הבאות אני מבקש לבחון באופן ביקורתי את ההכרעה של בג"ץ בנושא ולהעיר הערות לגבי החוקיות של הצעת החוק האמורה.*  
  
1. **חוק התקציב כמקור סמכות**. אחת הסוגיות שהתעוררו בפרשה הנדונה היא היחס שבין ההסדר הקבוע בחוק "מהותי", כלומר החוק הקובע את סמכותה של המדינה, ולעיתים אף חובתה, לשלם קצבאות (במקרה הנדון, חוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980), לבין הוראות בחוק התקציב. בפרט, השאלה היא באילו נסיבות יש לפרש את הוראות החוק המהותי כ"הסדר שלילי", כך שהמדינה אינה רשאית לשלם קצבאות בתחומים המוסדרים בחוק זה, שלא בהתאם לאמות-המידה הקבועות בו.  
בהקשר הנדון, בסעיף 2 לחוק נקבעו תנאים שונים, שמי שמתקיים בו לפחות אחד מהם זכאי לגמלת הבטחת הכנסה; אך בסעיף 3 נקבע לכך סייג, שלפיו, בין היתר, "תלמיד הלומד במוסד שקבע השר בתקנות ובתנאים שקבע" לא יהיה זכאי לגמלה, אף אם מתקיים בו אחד התנאים שבסעיף 2. מכוח התקנות שהותקנו על-פי סעיף 3, נשללת הזכאות לגמלה מסטודנטים באוניברסיטאות, במוסדות להשכלה גבוהה וללימודים על-תיכוניים, מתלמידים בישיבות ובמוסדות תורניים. למרות הוראה זו, שנקבעה בסמוך לכניסת חוק הבטחת הכנסה לתוקף, ב- 1982, שולמה גמלה, שכונתה "גמלת הבטחת הכנסת מינימום" לתלמידים הלומדים בישיבות ("אברכי כוללים"), וזאת מכוח סעיף בחוק התקציב השנתי. הסעיף הזה נכלל בכל חוקי התקציב השנתיים מאז נכנס חוק הבטחת הכנסה לתוקף, כלומר מ- 1982 ועד 2010.  
האם הכנסת רשאית לקבוע הוראה בחוק התקציב המרחיבה את סכום הקצבאות או את הזכאים להן, מעבר לקבוע בחוק הבטחת הכנסה? סוגיה זו נדונה כבר בעבר, ובית-המשפט נמנע עד כה מלשלול את התוקף של הרחבה כזו (דוגמא מפורסמת לכך היא בג"ץ 381/91 בעניין גרוס, שם נקבע כי "החוק קובע הסדרי מינימום לחיילים משוחררים אך אין בו כדי למנוע מן הממשלה לתת יותר לאוכלוסיה חלקית מקרב החיילים המשוחררים... . הכנסת רשאית להקציב [בחוק התקציב – ב"מ] כספים נוספים למטרה זו... מעבר למה שהעניקה בחוק החיילים המשוחררים").  
הסוגיה הזו לא הוכרעה בפרשת יקותיאלי (פס' 27 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש), שכן ההוראה הנדונה בחוק התקציב נפסלה מטעם אחר, כמפורט להלן. אציין עם זאת כמה שיקולים עיקריים בהקשר זה: לכאורה, במקרה הטיפוסי החוק ה"מהותי" אינו קובע הוראות מפורשות בדבר הסדר שלילי. החוק קובע את התנאים שבהם קמה לאזרח הזכות .. לקבלת הגמלה. חוק התקציב אינו מקנה לאזרח זכות דומה, אלא רק מעניק לממשלה הרשאה להעניק גמלאות נוספות. קשה גם לתחום את היקף התחולה של החוק המהותי: למשל, חוק הבטחת הכנסה מקנה לזכאים לכך גמלה בסכום מסוים, שאינו תלוי בהיקף הבקשות האחרות לגמלה; בעוד שחוק התקציב קובע סכום כללי (במקרה הנדון, כ- 110 מיליון ש"ח) שיחולק בין הזכאים, כך שסכום הגמלה משתנה משנה לשנה (כפי שאכן אירע במקרה הנדון).  
אולם, אני סבור שראוי לצמצם במידה ניכרת את כוחה של הממשלה להקצות כספים מכוח הוראות מסוג זה בחוק התקציב. במישור העקרוני, ראוי לשאוף לכך שאמות המידה לתקצוב יקבעו על-ידי הכנסת (בחוק המהותי) או לפחות יהיו כפופות לאישורה (בתקנות הנקבעות מכוח החוק המהותי). יעד זה אינו מושג כאשר ההקצאה היא מכוח חוק התקציב. בחוק התקציב אין נקבעות אמות מידה להקצאת הגמלאות, והסמכות לקבוע את ה"מבחנים" מסורה ל"הממונה על סעיף התקציב", כלומר לשר הנוגע בדבר (סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985). המבחנים להקצאה אינם טעונים אישור הכנסת, ובמרבית המקרים הם מתפרסמים רק לאחר האישור של חוק התקציב. קושי זה קיים גם אם אין הסדר של הנושא בחוק המהותי, אך הוא מתעצם כאשר הכנסת כבר הכריעה בסוגיה בחוק מהותי.  
במישור הקונקרטי הנדון כאן, אני סבור שיש בסיס סביר למסקנה שהחוק המהותי קובע הסדר שלילי. התכלית של חוק הבטחת הכנסה היא להבטיח קיום בסיסי בכבוד למי שאינו מסוגל להתפרנס, והכנסת נדרשה לשאלה האם הקדשת זמנו של אדם ללימודים צריכה להיחשב ככזו השוללת ממנו את היכולת להתפרנס. ההכרעה בשאלה זו אינה מובנת מאליה, ויתכן שעמדת הכנסת בעניין זה היא שגויה, בין משום שראוי להכיר בלימודים ככלל כסיבה ראויה לחוסר יכולת לעבוד ולהתפרנס, ובין משום שראוי להבחין לעניין זה בין לימודים במסגרות שונות או בתחומים שונים. אך זו הכרעה ברורה של הכנסת, וההכרה באפשרות לסטות ממנה באמצעות הרשאה בחוק התקציב אינה רצויה. אין מניעה לפיכך לקבוע כי ההרשאה שבחוק התקציב אינה מתירה לממשלה לפעול בניגוד לקבוע בחוק המהותי, במקרה זה חוק הבטחת הכנסה. [...]

2. **קביעת "מבחנים" להקצאת הגמלה**. בנסיבות שבהן החוק המהותי אינו מתפרש כקובע "הסדר שלילי", כך שניתן עקרונית להקצות כספים גם מכוח הוראה בחוק התקציב, חלה מכוח סעיף 3א לחוק יסודות התקציב החובה לקבוע "מבחנים שוויוניים" שלפיהם יוענקו הגמלאות. בהקשר הנדון כאן, הופרה הדרישה לקבוע "מבחנים" במשך כעשרים שנים: לכל אורך השנים שבהן הוקצו הכספים שנועדו, לפי הסעיף בחוק התקציב, לשם "הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים", משנת 1982 ואילך, לא נקבעו מבחנים. סכום התמיכה, למעלה מ- 100 מיליון ש"ח בשנה, הוקצה בין האברכים בהתאם לשיקולים עלומים. בפסק-דינו בעניין יקותיאלי ציין בית-המשפט בהקשר זה כך: "רק לאחר הגשת העתירה [בשנת 2000 – ב"מ] החלה המדינה בגיבוש קריטריונים לקביעת הזכאות לקבלת גמלת הבטחת הכנסה מכוח הסעיף התקציבי. במהלך בירור העתירה ניסו העותרים מספר פעמים לקבל עדכון על ההליכים לקביעת הקריטריונים ופנו למדינה בבקשה לקבל עותק מהמלצות הוועדות השונות, אך נענו בשלילה. גם לאחר שנקבעו הקריטריונים סירבה המדינה להעביר עותק מן הקריטריונים לעיון העותרים ובית-המשפט, ורק בשנת 2005, כשני עשורים לאחר שהחל תשלום הגמלה, העבירה המדינה לעיון הצדדים את הקריטריונים". אפשר רק לתמוה מדוע לא ניתנה הכרעה שיפוטית בעניין זה כבר בסמוך להגשת העתירה, בשנת 2000, הקובעת שאין להקצות את הכספים בטרם נקבעו ופורסמו כדין המבחנים.  
כאמור, בשנת 2005 פורסמו המבחנים, ולפיהם זכאי לגמלה אברך, שהוא אזרח ישראל או תושב קבע, הלומד בכולל, המקיים שורה של תנאים, ובהם: יש לו שלושה ילדים לפחות, הכנסתו החודשית הכוללת אינה עולה על 60% מגובה הגמלה המשולמת מכוח ההרשאה התקציבית הנדונה, ואין בידי האברך ומשפחתו דירה נוספת, עסק או כלי רכב. מעת שנקבע בחוק התקציב כי הגמלה משולמת ל"הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים", קבוצת השוויון הרלבנטית כאן היא מצומצמת, והשאלה האם המבחנים שנקבעו הם שוויוניים היא בעלת משמעות מוגבלת למדי. השאלה העיקרית היא האם יש מגבלה על כוחה של הכנסת (והממשלה) להקצות כספי גמלה אך ורק לאברכי כוללים.

3. **העיגון הפורמאלי לאיסור להפלות בחוק יסודות התקציב**. בפרשת יקותיאלי קבע בית-המשפט כי הסעיף שבחוק התקציב בדבר הרשאה להעניק "הבטחת הכנסת מינימום לאברכי כוללים" אינו תקף, משום שהוא מפר את עיקרון השוויון. בית-המשפט ביסס זאת על הוראת סעיף 3א לחוק יסודות התקציב. אני סבור שזוהי אמנם גישה רצויה, אך ביסוסה על הוראה זו אינו נקי מקשיים.  
כפי שציין בית-המשפט, סעיף 3א, שנחקק ב- 1992, נועד למנוע את התופעה שהיתה ידועה בשם "הכספים הייחודיים", שמכוחה הוקצו מכוח חוק התקציב כספי תמיכה בגופים שונים, על יסוד שיקולים מפלגתיים. בסעיף זה נקבעו, בעיקרו של דבר, שתי הוראות עיקריות: ראשית, "הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב [בחוק התקציב השנתי] בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור" (סעיף 3א(ג) לחוק. ההדגשה הוספה); שנית, "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים" (סעיף 3א(ד)).  
בית-המשפט נדרש כאן להתגבר על ארבעה קשיים עיקריים: האחד, חוק יסודות התקציב אינו חוק-יסוד. חרף זאת, בית-המשפט קבע כאן, בהסתמך על אמרות-אגב בפסקי-דין קודמים, כי "חוק התקציב השנתי כפוף לחוק יסודות התקציב", כלומר, כי "הוראה בחוק התקציב השנתי העומדת בסתירה להוראה בחוק יסודות התקציב אינה יכולה לעמוד". הבסיס לקביעה זו הוא, בעיקרו של דבר, ההתייחסות אל חוק התקציב כאל נורמה בדרגה נמוכה מדבר חקיקה ראשי, לאור מהותו.  
השני, החובה הקבועה בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב מתייחסת, כאמור לעיל, לתמיכה ב"מוסדות ציבור", המוגדרים שם כ"גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע" ועוד. בית-המשפט קבע כי אין מניעה להרחיב את החובה הזו גם על הענקת גמלאות לאנשים פרטיים, וזאת בהתבסס על העמדה שלפיה תכליתה של החלת חובה זו היא להסדיר גם הענקת תמיכות מסוג זה: "הסעיף התקציבי מכוחו משולמת גמלת הבטחת הכנסה לאברכי כוללים אמנם אינו מופנה למוסדות ציבור, אך הוא דוגמא למודל התמיכה שסעיף 3א מתייחס אליו, ושעקרון השוויון, המעוגן בסעיף 3א, נועד לחול עליו. ... העיקרון הקבוע בסעיף 3א חל על התמיכה באברכי כוללים, אם לא כפשוטו ובאופן ישיר, הרי כרוחו ובהתאם לרציונל העומד בבסיסו".  
קושי שלישי נובע מכך שסעיף 3א אינו קובע מגבלות ברורות על התחומים שלהם מותר להקצות כספים בחוק התקציב. כאמור, החובה לקבוע "מבחנים שוויוניים" מתייחסת לקביעת אופן ההקצאה של התקציב המיועד לפעילות בתחום מסוים, אך לא לעצם הקביעה לאילו תחומים יוקצו כספים. ההוראה הרלבנטית בהקשר זה היא זו המטילה חובה לקבוע בחוק התקציב תקצוב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור, או, לצורך העניין כאן, לכל סוג של הענקת גמלה או תשלומי העברה. כאמור, סעיף 3א נועד למנוע קביעה בהוראות התקציב של מוסדות המנויים בשמם, בלא שיפורטו אמות-המידה לתמיכה בהם דווקא. כלומר, הדרישה היא שההקצבה תקבע בנורמה "כללית" ולא בנורמה "פרטית". בהקשר הנדון כאן אין מדובר כמובן בתמיכה באנשים המנויים בשמם, אלא בקבוצה שמתקיימים בה המבחנים המקובלים ל"כלליות" של נורמה, קבוצת "אברכי הכוללים". הוראות חוק התקציב כוללות הרי, כך ניתן להניח, תמיכה בקבוצת "המוסדות להשכלה גבוהה", ובנפרד תמיכה ב"כוללים", ובמוסדות אחרים המאופיינים לפי תחום העיסוק שלהם. הקביעה של בית-המשפט שלפיה סעיף 3א מחייב לנהוג בשוויון גם בקביעת ה"סוג" של פעילויות שיזכו בתמיכה מכוח חוק התקציב מרחיבה את הדרישה ל"כלליות" לעבר הדרישה ל"שוויון". זוהי קביעה שעשויות להיות לה משמעויות מרחיקות לכת בכל הקשור להיקף הביקורת השיפוטית על חוק התקציב השנתי.  
לבסוף, קושי רביעי נובע מכך שסעיף 3א אינו קובע הסדר מפורט באשר לשאלה באילו מקרים ניתן להכיר בתוקפה של הקצאת כספי תמיכה שאינה עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון. בית-המשפט קבע בהקשר זה שיש להחיל כאן את פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בלשונו של בית-המשפט: "הכול יסכימו כי על אף חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לשוויון, אין היא זכות מוחלטת. כשאר הזכויות בחברה המודרנית, גם הזכות לשוויון נסוגה, במקרים המתאימים, אל מול זכויות או אינטרסים נוגדים, ויש מצבים בהם נקבע כי ההפליה או הפגיעה בשוויון אינה בלתי חוקתית. לפיכך, נותר לנו לבחון אם הפגיעה בזכות לשוויון שיוצרת התמיכה באברכים על פי העיגון בחוק התקציב עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". ככל הנראה, בית-המשפט מחיל כאן את פסקת ההגבלה מכוח היקש (במסגרת מה שמכונה לעיתים "פסקת הגבלה שיפוטית").  
הקשיים הללו, כל אחד לעצמו ובהצטברם יחד, מעוררים ספק האם המסלול שנבחר כאן – החלת ביקורת שיפוטית על הוראה בחוק התקציב בהתבסס על סעיף 3א לחוק יסודות התקציב – הוא המיטבי. בפני בית-המשפט עמדו שתי דרכים חלופיות: האחת, שכבר הוזכרה לעיל, היא הקביעה שכוחה של הממשלה להקצות כספים כפופה בכל מקרה למגבלות שנקבעו בחוק המהותי (במקרה זה, חוק הבטחת הכנסה), ואין בהרשאה שבחוק התקציב השנתי כדי להסיר את המגבלות הללו. כלומר, ניתן היה לפרש את ההרשאה התקציבית ככפופה להסדרה חוקית של האפשרות להעניק את התמיכה, למשל בדרך של תיקון חוק הבטחת הכנסה או התקנות שקבועות בו. הדרך השנייה היא "דרך המלך" של הביקורת השיפוטית, כלומר קביעה כי ההוראה שבחוק התקציב השנתי מהווה פגיעה בזכות היסוד לשוויון, הנכללת במסגרת הזכות לכבוד האדם המעוגנת מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין זה ברור מדוע נמנע בית-המשפט מלפסוע בדרך סלולה זו, שכבר הוכרה, עקרונית, בפרשת עדאלה (בעניין איחוד המשפחות) ובמקרים אחרים. דרך זו תהיה בלתי נמנעת אם הכנסת אמנם תתקן כעת את חוק הבטחת הכנסה, באופן שיאפשר את הענקת הגמלה לאברכי כוללים.

4. [ועתה אנו באים לשאלה המהותית, סוגיית התגבשותה של הפליה]... [פרופ' מדינה מטיל ספק בטענה כי גובשה טענת אפליה. אני "עונה" לחלק מטענותיו בהמשך]. לטיעוניו של פרופ' מדינה, ראו בקישורית הבאה: <http://hebrewu-law.blogspot.com/2010/10/blog-post_28.html> .

=-=

**שוויון וביקורת שיפוטית *על תוקפו של חוק מכוח חוק אחר* – פס"ד *יקותיאלי***

בג"צ 4124/00 **יקותיאלי נ' השר לענייני דתות** (2010)

**שתי סוגיות מלובנות בפסק הדין:**

**חוקיות הוראה בחוק התקציב לאור התנגשות בדרישת השוויון הקבועה בחוק אחר, חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985,**

**בירור סוגיית הפגיעה בשוויון בהקשרה של הענקת גמלת הבטחת ההכנסה לתלמידי כוללים (בנסיבות מסוימות) -**

**[חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985**

3א. (א) בסעיף זה –

"מוסד ציבור" – גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה;

"סעיף תקציב" – סעיף בחוק תקציב שנתי הקובע את ההוצאות של משרד ממשלתי.

(ב) חוק תקציב שנתי יקבע את הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור.

(ג) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור.

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

(ה) הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן – מבחנים).

(ו) שר האוצר יקבע בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, נוהל שלפיו יוגשו ויידונו בקשות של מוסדות ציבור לקבלת תמיכה מתקציב המדינה (להלן – נוהל).

(ז) המבחנים והנוהל יפורסמו ברשומות.

(ח) לא יוצא סכום שנקבע בחוק תקציב שנתי לצורך תמיכה במוסד ציבור אלא אם כן הוא מואגד ומקיים את הוראות הנוהל ובמידה המתיישבת עם המבחנים.

(ח1) (1) לא יקבל מוסד ציבור תמיכה מיותר ממשרד ממשלתי אחד, אלא אם כן נתקיימו לגביו שני אלה:

(תיקון מס' 24א) תשנ"ט-1999

(א) סך כל סכום התמיכה לא יעלה על 90% מעלות הפעולות שבעבורן מבקש מוסד הציבור את התמיכה;

(ב) הממונה על סעיף התקציב שבו נקבע הסכום הגבוה ביותר של התמיכה כאמור בפסקה (א) יאשר, לפני העברת יתרת סכום התמיכה, כי מוסד הציבור מקיים את הוראות הנוהל ואת כל יתר התנאים על פי סעיף זה; לענין זה, "יתרת סכום התמיכה" – 20% מהסכום הכולל של התמיכה כאמור בפסקה (א).

(2) שר האוצר יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה ובאישור הוועדה, הוראות לביצוע סעיף קטן זה.

(ט) סעיף זה לא יחול על –

(1) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד שהוקם בחוק;

(2) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד מרכז החינוך העצמאי.

(3) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה בתאגיד מרכז מעיין החינוך התורני בארץ ישראל.

(י) (1) התאגידים האמורים בסעיף קטן (ט)(2) ו-(3), יתוקצבו בתקציב משרד החינוך והתרבות למטרות חינוך בלבד, לפי אמות מידה שוות לשני התאגידים על פי קריטריונים עניניים אחידים ושוויוניים כמו לכלל ילדי ישראל.

(2) תאגיד מרכז החינוך העצמאי יתוקצב על בסיס תקציבו האחרון לפני תחילתו של חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), תשנ"ב-1992.

(3) יישמרו אופיו ומעמדו של החינוך החרדי בתאגידים האמורים בסעיף קטן ט(2) ו-(3).]

**המסגרת הנורמטיבית החולשת על הסעיף התקציבי**

15. המסגרת הנורמטיבית לחוקי התקציב השנתיים מצויה בשני דברי חקיקה מרכזיים: חוק יסוד: משק המדינה וחוק יסודות התקציב. סעיף 3 לחוק יסוד: משק המדינה מתווה את העקרון הבסיסי לפיו תקציב המדינה יהיה בחוק, לשנה אחת, ויכלול את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות (כפי שצוין לעיל, תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 הוא תקציב דו-שנתי, בהתאם לאמור בחוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), תשס"ט-2009). חוק יסוד: משק המדינה קובע את תוואי העבודה המרכזי, על פיו הממשלה היא האמונה על הכנת התקציב, והיא המניחה את הצעת התקציב על שולחן הכנסת במועד שקבעה הכנסת או במועד שקבעה ועדת הכנסת שהוסמכה לכך. בכל מקרה, הצעת התקציב תובא לעיון הכנסת לא יאוחר משישים ימים לפני שנת הכספים.

בעוד שחוק יסוד: משק המדינה קובע את חלוקת העבודה בין הממשלה והכנסת, חוק יסודות התקציב מניח את המסד לחוקי התקציב השנתיים. כשמו כן הוא, חוק יסודות התקציב קובע את היסודות החיוניים לכל חוק תקציב שנתי. חוק יסודות התקציב מפורט מאוד, והוא כולל רשימה ארוכה של הוראות המסדירות עניינים שונים הנוגעים למבנה חוק התקציב השנתי, אופן קביעתו של התקציב השנתי והפעולות המותרות במסגרת התקציב. ...

19. חוק יסודות התקציב מהווה מעין הוראת שריון מהותי החלה על חוקי תקציב שנתיים, והוא נחקק במגמה להדק את הפיקוח על התקציב (ראו דפנה ברק-ארז "אכיפתו של תקציב המדינה וחוזי המינהל" המשפט א' 253, 254 (1993)). הדבר נלמד הן מהוראות החוק עצמו והן מהנסיבות בהן התקבל. ...

20. חוק יסודות התקציב הוא דוגמא למה שמכונה בספרות ההשוואתית "חוק מסגרת" (Framework Legislation). חוקי מסגרת הם חוקים אשר מבנים את אופן החקיקה של חוקים בתחום העניין אותו הם מסדירים. על פי רוב, חוקי המסגרת כוללים הוראות הנוגעות לדרכי ההצבעה והדיון בבית המחוקקים בעת ההצבעה על החקיקה הרלוונטית לחוקי המסגרת ולעיתים, כמו בחוק יסודות התקציב, יש בהם גם הוראות הנוגעות לתוכן החקיקה ...

21. חוק יסודות התקציב, כחוק מסגרת לחוקי התקציב השנתיים, כולל הוראות שונות שנועדו להסדיר חקיקת תקציב עתידית, הן במישור המתייחס להליך החקיקה של חוקי התקציב השנתיים והן במישור המתייחס לתוכן של חוקי התקציב השנתיים. חלק מן ההוראות בחוק יסודות התקציב נושאות אופי פרוצדוראלי ועניינן היקף הפרטים שצריכים להיכלל בחוק התקציב השנתי. ... לצד הוראות אלה קובע חוק יסודות התקציב הוראות בעלות אופי מהותי. סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, הוא הסעיף הרלוונטי לעתירה שלפנינו ואשר נדון בו בהרחבה בהמשך, הוא דוגמא להוראה כזו, ועניינו החלה של עקרון השוויון בחלוקת תמיכות המדינה למוסדות ציבור. סעיף 3א גם מדגים את האופן שבו חוק מסגרת נותן מענה לבעיה חוזרת ונשנית שקדמה לו – במקרה זה, תופעת הכספים הייחודיים שהמחוקק ביקש למגר עם הוספת סעיף 3א לחוק יסודות התקציב.

22. לצד מעמדו של חוק יסודות התקציב כחוק שנועד לעמוד בבסיס חוקי התקציב השנתיים ניצב אופיו הייחודי של חוק התקציב השנתי. חוק התקציב, כפי ששמו מעיד עליו, הוא חוק המתקבל על ידי הכנסת, אם כי הדיון בו, כמו גם תוכנו, שונים מהמקובל ביחס לחקיקה ראשית אחרת. סעיף 131 לתקנון הכנסת, שכותרתו "סדרי-דיון מיוחדים", קובע כי "בדיון על תקציב המדינה, ובמקרים אחרים יוצאים מן הכלל, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים". הצעת התקציב השנתי, אותה מחויבת הממשלה להניח על שולחן הכנסת לא יאוחר משישים ימים לפני שנת הכספים, אינה מופצת כתזכיר חוק על-ידי משרד המשפטים, היא אינה מתפרסמת ככל הצעת חוק אחרת ואינה עוברת קריאה ראשונה מלאה ...

אך לא רק סדרי הדיון מייחדים את חוק התקציב השנתי מחקיקה ראשית אחרת. גם מבחינה מהותית אין ניתן לומר שחוק התקציב כמוהו ככל חוק אחר המתקבל על ידי הכנסת. ביסודו, חוק התקציב הוא חוק שנותן הרשאה לממשלה לפעולה. בחלקו העיקרי, החוק מורכב מסעיפים סעיפים המפרטים את סכום ההקצאה לפעולות שונות במשרדי הממשלה בהתאם למדיניות הכלכלית הנקבעת על ידי הממשלה. על פי רוב, חוק התקציב אינו כולל מימד נורמטיבי מהותי או נורמות הקובעות התנהגות מותרת ואסורה הניתנת לאכיפה. חוק התקציב הוא למעשה מסגרת של פעולות הממשלה, שזקוקה, במבנה המשטרי שלנו, לאישור הכנסת להוצאות הנחוצות לה לשם ביצוע פעולותיה השוטפות והגשמת מדיניותה. חוק התקציב הוא גם חוק מוגבל בהיקפו – ככלל, הוא תקף לשנה אחת בלבד (או לשנתיים, כמו בשנה זו, במקרה של חוק תקציב דו-שנתי), והוראות התקציב הקבועות בו מעניקות היתר לממשלה להוציא כספים למטרות מסוימות או להתקשר בהתחייבויות כספיות, אך אין הן מטילות חובה על הממשלה להוציא כספים אלה; על פי סעיף 3 לחוק יסודות התקציב, הממשלה רשאית להוציא בשנת כספים פלונית את הסכום הנקוב כהוצאה בחוק התקציב, אך אין היא חייבת לעשות כן.

23. בתי המשפט בישראל הכירו באופיו הייחודי של חוק התקציב. כך למשל, אפיין השופט י' זוסמן את חוק התקציב השנתי בע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 698 (1957):

"...חוק כזה, אשר אינו אלא חוק בצורתו, אך לא במהותו, הוא תקציב המדינה: נורמה המופנית לאזרחי המדינה אין בו. אף-על-פי-כן, מפאת חשיבות הענין, נקבע התקציב על-ידי הכנסת, בצורת חוק ובלבד שלא תהא קביעתו בידי הרשות המבצעת. אך אין בכך כדי לשנות את מהות הדברים: המדובר הוא בדבר מינהל הנעשה על-ידי הרשות המחוקקת, ובצורת חוק נעשה".

בדומה קבע השופט מ' חשין כי "חוק תקציב שנתי מכיל אלפים רבים של פריטים, והרי בעיקרו אין הוא אלא אוסף פריטים של הסמכה להוצאה" (פרשת התנועה המסורתית, עמ' 387). עוד נאמר כי חוקי התקציב השנתיים הם "חוקים יחידים ומיוחדים, שונים מכל שאר חוקים, ומאפייניהם הייחודיים מחייבים מאליהם דרך טיפול מיוחדת בהם" (בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 189 (1998); להלן: פרשת עדאלה).

24. חוקי תקציב נושאים אופי מיוחד לא רק בשיטה הפרלמנטרית בישראל, אלא גם במדינות אחרות שלעניין זה שיטותיהן הדמוקרטיות דומות וגם בהן מהווה התקציב אישור פרלמנטרי לפעולות הרשות המבצעת. ...

25. נראה, אפוא, כי חוק התקציב – בישראל כמו גם במדינות אחרות בעולם – מתקבל על ידי המחוקק הראשי, אך אין לומר כי מעמדו ככל חוק אחר, במיוחד על רקע חקיקה אחרת המסדירה את העניינים המופיעים בחוקי תקציב שנתיים, כדוגמת חוק יסודות התקציב. חוק התקציב הוא חוק ייחודי, ולמאפיינים הייחודיים שלו, הן מבחינת סדרי הדין בהליכי חקיקתו והן מבחינת היקף וסוג העניינים המוסדרים בו, יש מספר השלכות. ראשית, כפי שקבענו בפרשת התנועה המסורתית, חוק התקציב השנתי כפוף לחוק יסודות התקציב. ברי כי במצב הדברים הרגיל, אין מתקיים יחס דומה בין שני דברי חקיקה כלשהם, שהרי ככלל, חוקים – למעט הכפיפות של חקיקה רגילה לחוקי יסוד – מצויים באותה מדרגה בפירמידת הנורמות ואין בכוחו של חוק אחד להוביל לבטלות סעיפים בחוק האחר. מכאן נובע הכלל הבסיסי בשיטת המשפט שלנו לפיו הוראת חוק מאוחרת גוברת על הוראת חוק מוקדמת, ובלבד ששתי ההוראות שוות מעמד. ביסוד כלל זה עומד עקרון ריבונות המחוקק, ומטרתו למנוע את כבילת המחוקק העתידי ומתן אפשרות לכנסת לסטות מההוראות ומדברי החקיקה של כנסות קודמות. אולם, לצד כלל חשוב זה קיימים חריגים, כדוגמת כללי ברירת הדין אשר עניינם הסדרת סתירות בין דברי חקיקה שונים. לחריגים אלה מצטרף גם היחס המיוחד המתקיים בין חוק יסודות התקציב וחוק התקציב השנתי, הנובע מן המאטריה בה עוסקים שני החוקים והאופי הייחודי של כל אחד מהם.

26. מההירארכיה שבין חוק יסודות התקציב וחוק התקציב השנתי מתבקשת המסקנה כי על הכנסת ועל הממשלה, בהכינה את התקציב השנתי, החובה לוודא שהוראותיו תואמות את ההוראות הקבועות בחוק יסודות התקציב. התוצאה המתחייבת מכך היא שככלל, הוראה בחוק התקציב השנתי העומדת בסתירה להוראה בחוק יסודות התקציב אינה יכולה לעמוד.

יחד עם זאת, בשל אופיו של חוק התקציב השנתי, הביקורת השיפוטית, שנועדה לבחון את חוק התקציב במישור החוקתי אל מול חוקי היסוד ובמסגרת כפיפותו לחוק יסודות התקציב, תהיה על פי טיבה מרוסנת ומצומצמת. חוק התקציב משקף את מדיניות הממשלה ואת הבחירות הערכיות והמהותיות המתקבלות על ידי הכנסת והמיושמות בדרך של הקצאת משאבים. קביעת המדיניות הכלכלית של המדינה היא אחת הסמכויות הבסיסיות והיסודיות של הממשלה והכנסת, ובית המשפט ימנע מלהתערב בה במסגרת ביקורתו אלא אם הפגיעה בזכויות יסוד – כפי שהיא באה לידי ביטוי בתקציב – היא משמעותית וקשה. ...

27. למעלה מן הצורך יצוין כי העתירה שלפנינו מעוררת שאלה נוספת הנוגעת לסתירה שבין חוק התקציב השנתי ובין חקיקה מהותית קודמת. בענייננו מתעוררת השאלה נוכח הסתירה הקיימת בין הוראות חוק הבטחת הכנסה – לפיהן קבוצות של לומדים, ובהן אברכי כוללים, אינן זכאיות לתשלומי הבטחת הכנסה – ובין הסעיף התקציבי, לפיו משולמת גמלת הבטחת הכנסה לאברכי כוללים. השאלה בהקשר זה נוגעת לאפשרות לסטות, ולמצער, לשנות חקיקה מהותית קודמת באמצעות הקצאה תקציבית בחוק התקציב השנתי. שאלות דומות נדונו בהרחבה בארצות הברית. בשורה של פסקי דין קבעו בתי המשפט האמריקאיים, ובראשם בית המשפט העליון הפדראלי, כי מקום בו חוק תקציב סותר חקיקה מהותית אחרת, ניתן לראות בכך שינוי משתמע של החוק המהותי. בית המשפט העליון קבע כי שינוי של חקיקה מהותית בחוק התקציב השנתי הינו אפשרי רק מקום בו הקונגרס הביע את רצונו באופן מפורש ובלתי משתמע לשתי פנים, וגם אז, בית המשפט יהיה נכון להכיר בחוקיות השינוי המפורש לשנה אחת בלבד. בפסק הדין המוביל בסוגיה זו, *Tennessee Valley Auth. v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978), קבע בית המשפט...

ביסוד פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי עומדת ההנחה שההיקף הנרחב של העניינים המוסדרים בחוק תקציב שנתי ואופן ההצגה הטכני של ההרשאות התקציביות המובאות בתקציב, מקשים מאוד על הבנת העניינים המוסדרים בגדר התקציב ואינם מאפשרים למחוקקים, הלכה למעשה, לדעת באופן מלא ומקיף מהם העניינים הכלולים בתקציב. בנסיבות אלה, קשה לומר שחברי הגוף המחוקק, שעה שהם מצביעים על התקציב השנתי, מודעים לכל סעיף וסעיף בו, ונותנים הסכמתם לשינוי משתמע של חקיקה מהותית קודמת...

גישת בית המשפט העליון האמריקאי מעוררת שאלות מעניינות לגבי היקף העניינים אותם ניתן להסדיר בחוק התקציב השנתי, ובכלל זה האפשרות לשנות – במפורש או במשתמע – חקיקה מוקדמת באמצעות הוראה בחוק התקציב השנתי. ההכרעה בשאלות אלה אינה נחוצה בעתירה שלפנינו, ולפיכך, נותירן בשעה זו בצריך עיון.

=-=

הכנסת השמונה-עשרה

הצעת חוק של חברי הכנסת **משה גפני**

**אורי מקלב**

**אמנון כהן**

**יצחק וקנין**

**אברהם מיכאלי**

**מנחם אליעזר מוזס**

**אורי אריאל**

פ/2657/18

הצעת חוק מלגת קיום לתלמידי כולל, התשע"א–2010

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| מטרה | 1. | מטרתו של חוק זה לעגן את זכותם של תלמידי כולל למלגת קיום ולקבוע כללים אחידים להענקתה. | | |
| הגדרות | 2. | בחוק זה – | | |
|  |  | "הכנסה" – הכנסה מהמקורות המפורטים בסעיף 2 לפקודת מס הכנסה[[17]](#footnote-18), אף אם לא צמחה, הופקה או נתקבלה בישראל, לרבות – | | |
|  |  |  | (1) כל גמלה כמשמעותה בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995[[18]](#footnote-19) (להלן – חוק הביטוח הלאומי), למעט קצבת ילדים לפי פרק ד' לחוק הביטוח הלאומי וקצבה לילד נכה לפי פרק ט' לחוק האמור; | |
|  |  |  | (2) תשלומים למי שמצוי בהכשרה מקצועית; | |
|  |  |  | (3) גמלה לפי חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980[[19]](#footnote-20); | |
|  |  |  | (4) דמי מזונות שמקבל אדם לפי כל דין בעדו ובעד ילדיו, לרבות תשלום בעדו ובעד ילדיו לפי חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב–1972[[20]](#footnote-21); | |
|  |  | ולמעט – | | |
|  |  |  | (1) | מלגת לימודים שתלמיד הכולל מקבל מהכולל; |
|  |  |  | (2) | הכנסה בשיעורים ובתנאים שקבע שר החינוך; |
|  |  | "הממונה" – כמשמעותו בסעיף 5; | | |
|  |  | "חודש לימודים מלא" – חודש של ימי לימודים מלאים בכולל או בשני כוללים; | | |
|  |  | "חוק התקציב השנתי", "תחום פעולה" ו"סעיף תקציב" – כמשמעותם בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985[[21]](#footnote-22); | | |
|  |  | "ילד" – מי שטרם מלאו לו 18 שנים במהלך שנת המס שבשלה נתבעת מלגת הקיום; | | |
|  |  | "ילד נכה" – כהגדרתו בפרק ט' לחוק הביטוח הלאומי; | | |
|  |  | "כולל" ­– מוסד תורני שזכאי לתמיכה ממשרד החינוך לפי חוק התקציב השנתי; | | |
|  |  | "רכב" – רכב מנועי כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת התעבורה[[22]](#footnote-23), למעט קטנוע שנפחו אינו עולה על 50 סמ"ק; | | |
|  |  | "תלמיד כולל" – אזרח ישראל או תושב קבע הלומד בכולל חודש לימודים מלא לפי כללים שיקבע שר החינוך. | | |
| זכאות למלגת קיום | 3. | (א) על אף האמור בכל דין, תלמיד כולל שהכולל בו הוא לומד דיווח לממונה על לימודיו, שלו שלושה ילדים לפחות ושאין לו או לבת זוגו הכנסה בשנת המס יהיה זכאי, בכפוף להוראות סעיף 4, למלגת קיום בעד כל חודש לימודים מלא בשנת המס, בסכומים שיקבע שר החינוך, ועל פי תקציב שנתי שיוקצה לכך כאמור בסעיף קטן (ב). | | |
|  |  | (ב) התקציב השנתי שיוקצה ייקבע בתחום פעולה נפרד בסעיף תקציב משרד החינוך בחוק התקציב השנתי. | | |
| סייגים לזכאות | 4. | הזכאות למלגת קיום לפי סעיף 2 לא תחול על תלמיד כולל שהתקיים בו במועד כלשהו בשנת המס או בשנת המס שקדמה לה אחד מאלה: | | |
|  |  | (1) לו, לבת זוגו או לילדו הסמוך על שולחנו זכות במקרקעין, בין בישראל ובין מחוץ לישראל, שאינה דירת מגורים יחידה, ובלבד שחלקם יחד בזכות כאמור עולה על 50%; לעניין זה, "דירת מגורים" ו"זכות במקרקעין" – כהגדרתם בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג–1963; | | |
|  |  | (2) בבעלותו, בהחזקתו או בשימושו של תלמיד הכולל, בת זוגו או ילדו, רכב; | | |
|  |  | (3) בבעלותו, בהחזקתו או בשימושו העיקרי, נכס מסוג שקבע שר החינוך. | | |
| תנאים לקבלת מלגת הקיום | 5. | תלמיד כולל אשר זכאי למלגת קיום לפי הוראות חוק זה יגיש לממונה שמינה שר החינוך לענין חוק זה תביעה לקבלת מלגת הקיום בטופס ובצירוף המידע כפי שיקבע שר החינוך ובמועד שיקבע כאמור; הממונה יברר את התביעה ויחליט על תשלום מלגת הקיום ועל תקופתה. | | |
| ביצוע ותקנות | 6. | שר החינוך ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו. | | |
| תחילה | 7. | תחילתו של חוק זה בשנת התקציב 2011. | | |

דברי הסבר

הצעת חוק זו מעגנת את זכותם של תלמידי כוללים שתורתם היא אומנותם למלגת קיום וקובעת כללים להענקתה.

להווי ידוע כי לימוד התורה מהווה ערך מרכזי עבור העם היהודי. לאורך ההיסטוריה ארוכת היומין של עם ישראל עמד לימוד התורה במרכז החיים היהודיים, כציווי מדאורייתא ומפירושם של חכמינו זיכרונם לברכה. ערך זה מתמצה בנאמר במשנה במסכת פאה "ותלמוד תורה כנגד כולם".

יסוד מוסד באמונה היהודית הוא שבזכות לימוד התורה ע"י תלמידים חכמים המקדישים את כל עיתותיהם לתורה, מתקיים העולם וישראל, כעם עולם. קולה של התורה לא נדם גם בתקופות האפלות ביותר בהיסטוריה היהודית וציבור גדול מאוד בארץ רואה בלימוד התורה המתקיים בכוללים מקדמת דנא את תמצית הווייתו של העם היהודי וערובה להמשכיותו לנצח נצחים.

משום כך, נקבע בחוקי התקציב השנתיים מחוק התקציב לשנת 1980 ואילך סעיף תקציבי אשר קבע הבטחת הכנסת מינימום לאברכים הלומדים בכוללים בהתאם לקריטריונים שנקבעו בתחילה על ידי משרד הדתות ובהמשך על ידי משרד החינוך.

בעניין זה הוגשו שתי עתירות לבית המשפט העליון. בעתירה הראשונה (בג"צ 200/83 **מוחמד וותאד נ'** **שר האוצר**) נטען כי הקריטריונים מתאימים לתלמידי ישיבות במוסדות דת יהודיים בלבד ואינם חלים לגבי מוסדות דת לא יהודיים. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקיבל את טענת המדינה כי ישנם טעמים לייחד הסדר ביחס לאברכים על מנת שיוכלו לעסוק בתורה. בעתירה השניה (בג"צ 4124/00 **ארנן יקותיאלי ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'**), נטען כי הסעיף התקציבי והקריטריונים להענקת הבטחת ההכנסה לאברכים פוגעים בשוויון משום שאינם חלים על מי שלומדים במוסדות שאינם מוסדות דת. לאחר עשר שנים מהמועד שבו הוגשה העתירה פסק בית המשפט העליון ברוב דעות כי הסעיף התקציבי מפר את החובה לחלק את תמיכות המדינה בשוויון ולכן אינו יכול להמשיך ולהיכלל במתכונתו הנוכחית בחוקי התקציב החל מחוק התקציב לשנת 2011 ואילך.

עם זאת, בית המשפט העליון ציין שהוא מקבל באופן עקרוני את עמדת המדינה כי יש לבחון את מכלול הסדרי התמיכה הרלוונטיים לתלמידים ואת הנתונים הקיימים בענין זה. לפיכך, נקבע כי ביטול הסעיף התקציבי ייעשה רק החל מחוק התקציב השנתי לשנת 2011, וזאת על מנת להעניק למחוקק שהות לערוך בחינה מקיפה להסדר, לבחון את מכלול ההסדרים הקיים ולגבש הכרעה בסוגיה זו.

בעקבות פסיקת בית המשפט העליון כאמור קיימה ועדת הכספים של הכנסת דיון בענין זה וביקשה ממשרדי הממשלה השונים לבחון את סבסוד שכר הלימוד במוסדות להשכלה גבוהה ואת מנגנוני קרנות הסיוע והמלגות שעומדים בפני הסטודנטים.

לאחר הדיון כאמור העבירו משרד הביטחון והחשב הכללי של משרד האוצר את סיכום הנתונים על היקף התמיכה המוענקת על ידי המדינה לסטודנטים. מהנתונים עולה כי סך התקציב שייעדה המדינה בתקציב 2010 לתמיכה בסטודנטים עומד על 450 מליון שקלים חדשים וזאת בלי קשר למלגות נוספות המוענקות על ידי המוסדות להשכלה גבוהה והיחידה להכוונת חיילים משוחררים מכספי תורמים שונים. זאת בעוד שהסעיף התקציבי להבטחת הכנסה לאברכים עמד בתקציב 2010 על סך של 121 מליון שקלים חדשים.

לאור הנתונים המלמדים על כך שביחס לסטודנטים קיים מכלול הסדרים למלגות מחיה ולמלגות לשכר לימוד בהיקפים גבוהים, שהקריטריונים לקבלתם מותאמים לאוכלוסיית הסטודנטים ולאור העובדה שתכליתו של ההסדר בדבר מלגת קיום לאברכים שונה מתכלית המלגות לסטודנטים, בהצעת חוק זו מוצע לקבוע הסדר ייחודי לגבי תלמידי הישיבות שתורתם היא אומנותם. בבסיס ההסדר ההבנה כי המדינה כאמור רואה חשיבות רבה בעידוד הלימוד התורני שכאמור מהווה ערך מרכזי בחיי העם היהודי, ולפיכך מוצע לאפשר מלגת קיום צנועה לאברכים אשר בחרו ללכת בדרך זו. מטבע הדברים קיימים הבדלים רבים בין תלמיד כולל שבחר כדרך חייו לקדש את לימודי התורה לבין סטודנטים הלומדים במשך תקופה מסוימת וזמנית, מה גם שלפי הנתונים שהועברו לוועדת הכספים כאמור אוכלוסיית הסטודנטים נהנית מהסדרים אחרים ומהיקפי תמיכה לא מבוטלים. לפיכך, הצעת חוק זו קובעת הסדר ייחודי ביחס לתלמידי כולל בלבד.

לפי הצעת החוק, תלמיד כולל שלומד חודש לימודים מלא בכולל לפי כללים שיקבע שר החינוך ושהוכיח כי הוא עומד בתנאים הקבועים בהצעת החוק: יש לו שלושה ילדים לפחות, אין לו הכנסה אחרת ואין בבעלותו רכב, יהיה זכאי למלגת קיום בשיעורים שייקבעו בחוק התקציב השנתי.

---------------------------------

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים

והונחה על שולחן הכנסת ביום

י' בחשוון התשע"א – 18.10.10

עודכן ב- 07:01 18/11/2010

**שחר אילן | תמריצים לא לעבוד**

הנה כמה נתונים מעודדים: שיעור ההשתתפות החרדית בשוק העבודה נמצא בעלייה ועבר את ה-40%. יותר מאלפיים גברים חרדים הצטרפו השנה לשירות צבאי או אזרחי. כ-5,000 חרדים לומדים באוניברסיטאות. ההישגים האלה מעידים על מאמץ אמיתי שעושה הממשלה לשלב גברים ונשים מהמגזר החרדי בשוק העבודה.   
  
אבל למרבה הצער, אלה אינם אלא עשירית הכוס המלאה. מספר האברכים (תלמידי ישיבות נשואים) שמשרד החינוך מממן גדל בשנתיים האחרונות בעשרת אלפים, מ-65 אלף ל-75 אלף. כלומר, כוס התעסוקה החרדית ריקה עדיין ברובה המכריע.   
  
מאות מיליוני השקלים שהמדינה משקיעה בסיוע לחרדים לצאת לעבודה אינם מונעים את הגידול המהיר בעולם האברכים. הסיבה העיקרית לכך היא, שבכל שנה מצטרפים לכוללים (ישיבות לגברים נשואים) יותר מ-6,000 תלמידים צעירים חדשים. מספר האברכים היוצאים לעבודה אינו מתקרב למספר האברכים החדשים. הבעיה תלך ותחריף. ב-2015 צפויים כ-8,000 אברכים חדשים. ב-2020 - כ-12 אלף.   
  
שוב ושוב מנסים להרדים את הציבור בטענה, שהשינויים בכלכלה החרדית קורים מעצמם ואסור לנקוט דרכי כפייה. האמת היא, שהשינויים בציבור החרדי החלו בגזירות של בנימין נתניהו ב-2003 ובעיקר בקיצוץ הגדול בקצבאות הילדים. השינויים האלה אטיים מאוד, והגידול של הציבור החרדי מהיר. ישראל מתקרבת בקצב מואץ למימוש התחזיות הקודרות של בכירי הכלכלנים, ולפיהן המשק הישראלי לא יעמוד במשא עולם הישיבות.   
  
אין ספק, שצריך להמשיך להשקיע כסף רב בהכשרה מקצועית ואקדמית לחרדים, ביצירת מקומות עבודה, בתקנים לחיילים חרדים - בכל מה שיהפוך את היציאה לשירות ולעבודה לכדאית. אבל לא די בכך. עולם שלם של קצבאות והנחות בשווי של אלפי שקלים הופך את היציאה מהכולל ללא כדאית. קשה מאוד לאברך למצוא עבודה בשכר שישתווה להטבות שיפסיד. בראשן כמובן קצבת הבטחת ההכנסה לאברכים, המאלצת 22 אלף בני אדם להישאר מחוץ לשוק העבודה. [הסבר לנתון זה בהשוואה למספר לעיל: מדובר באברכים **ובנות-זוגן**, שיכולות להשתכר רק עד 1,200 ₪ בחודש].  
  
כדי להוציא את האברכים לעבודה לא די בתמריצים לעבוד. יש לבטל גם את התמריצים לא לעבוד. יש לבטל את קצבת הבטחת ההכנסה לאברכים ולהתנות כל קצבת רווחה במיצוי יכולת ההשתכרות. יש להגביל את מספר השנים שבהן המדינה מממנת לימודים בישיבה.   
  
ועדת גבאי, המגבשת את מדיניות הממשלה בנושא תעסוקת חרדים, עומדת להגיש את מסקנותיה. הוועדה צפויה לקבוע יעד של 5,000 אברכים שיצטרפו ב-2015 לשירות צבאי או אזרחי, ולכן יוכלו לצאת לשוק העבודה. היעד הדי יומרני הזה רחוק מלספק, שכן מספר המצטרפים לישיבות יהיה גדול בהרבה. אבל ספק אם גם הוא יושג, אם לא יוגבלו ההקצבות לאברכים.   
  
אסור לוועדת גבאי ליפול למלכודת של שינויים בדרכי נועם והידברות. יש מצבים שבהם חברה מוכרחה לקבל החלטות קשות. מי כמו נתניהו יודע זאת. כדי להוציא את החרדים לשוק העבודה מוכרחים לחתוך את צינור ההקצבות. כל מדיניות אחרת שתציע ועדת גבאי תהיה חסרת אחריות ותסכן את ישראל וכלכלתה.   
  
הכותב הוא סמנכ"ל מחקר והסברה של עמותת חדו"ש לחופש דת ושוויון

=-=

23.10.2010, בלוג

שחר אילן, חוק גפני לעידוד העוני

**קצבת הבטחת ההכנסה לאברכים לא מוציאה אברכים מהעוני. היא מבטיחה שישארו עניים. היא לא קצבת הבטחת הכנסה אלא קצבה עוקפת הבטחת הכנסה. בעצם מדובר בסוג של קצבת ילדים. דברים שמשה גפני לא יספר לכם. ועוד משהו: שום הטבה לסטודנטים לא תתקן את הנזק של התקציב הזה. צריך פשוט לבטל אותו.** [קטעים מתוך הבלוג]

**קצבה מעודדת עוני.** על פי דו"ח בנק ישראל שעור העוני במגזר החרדי עומד על 59% לעומת 14% בכלל האוכלוסייה. מרכז המחקר והמידע של הכנסת פרסם לאחרונה [מסמך נתונים על העוני](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02629.pdf). מתברר שבקרב המשפחות החרדיות שבהן יש מפרנס אחד תחולת העוני יורדת דרמטית ל-32.5%. בקרב המשפחות החרדיות שבהן שני מפרנסים צונחת תחולת העוני ל-6%. אבל קצבת הבטחת ההכנסה מחייבת את שני בני הזוג לא לעבוד. קשה שלא להסיק שמדובר בקצבה מעודדת עוני [ושחוק גפני להנצחת הקצבה](http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/2657.rtf) הוא לא רק חוק עוקף בג"צ אלא גם חוק לעידוד העוני.

**פיגוע כלכלי.** [דו"ח המועצה הלאומית לכלכלה בנושא תעסוקת אברכים](http://www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/1A80BB40-DB3E-40C4-8B4D-A0E9A2796988/0/UltraOrtodox_Employment_NEC_final.pdf) קובע כי אחד החסמים העיקריים ליציאת אברכים לעבודה היא אובדן תמיכות והנחות שמעניקה המדינה. על פי הדו"ח משפחת אברך שיצא לעבודה תפסיד תמיכות והנחות בסך 3000 עד 4000 שקל. אחד המרכיבים החשובים ביותר במערכת התמיכות הזאת היא קצבת הבטחת ההכנסה לאברכים. למדינת ישראל יש מדיניות מוצהרת של עידוד יציאת אברכים לעבודה והיא משקיעה בכך סכומי עתק. הנצחת קצבת הבטחת הכנסה לאברכים אינה יכולה להיחשב אלא כניסיון חבלה מכוון במאמץ הלאומי הזה.

**הבטחת הכנסה? תקציב לישיבות.** ... קצבת הבטחת ההכנסה מיועדת לאנשים שאינם יכולים להשתכר יותר (מיצו את יכולת ההשתכרות). כלומר היא מיועדת לנכים, חולים, נפגעי עבודה ומובטלים. קצבת הבטחת ההכנסה לאברכים ניתנת לאנשים שבחרו לא לעבוד כלומר להיות עניים מרצון ולחיות על חשבון משלם המיסים. קצבת הבטחת ההכנסה הרגילה לא ניתנת לתלמידים. קצבת הבטחת הכנסה לאברכים ניתנת רק לתלמידים שאינם עובדים. ...

**הבטחת הכנסה? קצבת ילדים.** קצבת הבטחת הכנסה ניתנת על פי מבחן הכנסה. קצבת הבטחת הכנסה לאברכים ניתנת בעיקר על פי מבחני ילודה ותעסוקה. מקבל אותה זוג ששני ההורים בו אינם עובדים ונולד להם ילד שלישי. כלומר, קצבת הבטחת ההכנסה לאברכים היא בעצם סוג של תוספת לקצבת הילד השלישי. אדם רגיל מקבל עבור הילד השלישי 252 שקלים. האברך מקבל עוד 1040 ובלבד שאשתו לא תעבוד או תעבוד בהיקף קטן מאד (עד 1200 שקל). האברך יקבל את הקצבה בלי שום קשר לשאלה כמה כסף יקבל מהכולל [מלגת הלימודים], בין אם הכולל ישלם לו 850 שקל ובין אם יקבל 3000.

**מספר מקבלי הקצבה גדל פי 4.** גובה קצבת הבטחת ההכנסה 1040 שקלים לחודש. העלות לכ-11 אלף אברכים היא כ-132 מליון שקלים לשנה. ... אין כל פסול בכך שמדינה יהודית תממן לימודים של אברכים. הבעיה היא שבשל ההסכמים הקואליציוניים היא נדרשת לממן ממספר בלתי מוגבל של אברכים. כך גדל מספר האברכים שמקבלים קצבת כולל (845 שקלים לחודש) מ-40 אלף בתחילת העשור ל-70 אלף בסופם. כך גדל מספר האברכים שמקבלים קצבת הבטחת הכנסה מ-2,650 ב-1986 ל-11 אלף בשנה שעברה, גידול של פי ארבעה תוך חצי יובל.

**מה זה שכר לימוד**? דברי ההסבר להצעת חוק מלגת קיום לתלמידי כולל (חוק קצבת ההכנסה לאברכים) מציינים שעל פי נתוני האוצר סטודנטים [מקבלים תמיכה מהמדינה בסך 450 מליון שקלים](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3412522,00.html) ולכן מוצדק לממן את קצבת הבטחת ההכנסה. מה שהצעת החוק לא מציינת הוא שסטודנטים משלמים שכר לימוד של עשרת אלפים שקלים לשנה בזמן שאברכים מקבלים מלגת כולל בסך עשרת אלפים שקלים בשנה. לכן חלק גדול מהתמיכה לסטודנטים מיועד למימון שכר הלימוד, מושג שכלל לא מוכר בכוללי האברכים.

עוד הקפידו מגישי הצעת החוק לא לציין שחלק גדול מהתמיכות לסטודנטים ניתן תמורת התנדבות (פר"ח) או למגזרים מיוחדים (עולים), כלומר בעצם משווים פה נתונים שאין כל קשר ביניהם.

[עוד נקודה בעייתית בענייני הנתונים הנמסרים על ידי מציעי החוק: הם משווים בין סך ההטבות לסטודנטים (שאגב מספרם רב ולכן תמונת התמיכה היחסית/הפרופורציונאלית פר-סטודנט מתעוותת) לבין רק חלק מההטבות לתלמידי ישיבות. הם לא כוללים בנתונים את הכספים המוקצים ל"קצבת הכולל", קרי מלגת הלימודים הניתנת על ידי הישיבה לכל אחד מתלמידיה מתוך תקציב המדינה המוקצה לכך. 132 מיליון הם הסכום המתווסף לכך, הניתן לתלמידי ישיבה בעלי משפחות בתנאים הנזכרים לעיל.]

=-=

**הויכוח המהותי ביחס לגמלאות הבטחת הכנסה לתלמידי כוללים שהם בעלי משפחות, נוגע בשני עניינים בעצם:**

**(1). הויכוח על ההפליה בהשוואה לסטודנטים במוסדות ההשכלה הגבוהה;**

**(2). הויכוח על עצם התמיכה ובעיקר היקף התמיכה בעולם הישיבות.**

ראיתם את דברי ההסבר להצעת החוק שיוזמה הוא יו"ר ועדת הכספים חבה"כ משה גפני, וראיתם מנגד את טיעוניו של שחר אילן. יש מספר נקודות שהייתי רוצה להוסיף לדיון:

א. הדבר המיוחד בפס"ד יקותיאלי הוא שבית המשפט פוסל הוראה בחוק התקציב לא מכוח נורמה חוקתית אלא מכוח נורמה חוקית (חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, שאינו חוק יסוד אלא "חוק מסגרת" המצוי בגדרו של רובד החקיקה בפירמידה הנורמטיבית). [דיון בכך בכיתה]

ב. דיון חוקתי בוחן בדרך כלל האם נפגעו זכויות יסוד חוקתיות, ובוחן את התקיימות תנאי ההצדקה לפגיעה בעניינן ("בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק", "תכלית" ו"מידתיות"). זה מתאים לטיעון (1) לעיל. טיעון (2) לעיל נוגע לתבונתה/ אי-תבונתה של מדיניות הקצאת התמיכות בישיבות – וכדי שיוכל להשתתף בגיבושה של ביקורת שיפוטית חוקתית על חוק, הרי שהוא צריך להיות מעובד/ מנותח דרך השאלה באיזה זכויות פוגעת ההוראה הנבחנת של חוק התקציב. אם סטודנטים היו מקבלים את מה שתלמידי הישיבות מקבלים, וההפליה הייתה לכאורה מסולקת האם היו מסתממות הטענות כלפי מדיניות ההטבות לתלמידי ישיבות? האם ההפליה כלפי הסטודנטים היא הבעיה החוקתית היחידה שמעוררת המדיניות כלפי הישיבות?

ג. ביטול גמלאות הבטחת ההכנסה לתלמידי ישיבות בעלי משפחה מעורר אכן בעיה הנוגעת לרווחת משפחת האברך. בעיה זו מתעוררת בוודאות במצב שבו מפסיקים גמלאות לאחר פרקטיקה ארוכת שנים, כשיש ילדים ומשפחה, וכאשר היציאה לעבודה אינה פשוטה בהינתן שוק העבודה ובהינתן כישורי העבודה הנוכחיים של תלמידי הכוללים.

ואולם האם מצב דברים זה מונע כל מהלך של שינוי, משמע, האם הוא מצדיק את המשך המדיניות הנוכחית לנצח? התשובה לטעמי שלילית. הפתרון הראוי הוא יצירת "הוראות מעבר": ביטול המלגות רק לאחר כברת זמן, ויצירה מקבילה של אפיקי הכשרה מקצועית בתקופת הביניים.

יתר על כן, ברור לטעמי, כי המדינה רשאית לאפשר מלגות קיום *למקצת* תלמידי הישיבות, מטעמים שקשורים לערך התרבותי שבעולם הישיבות, חיוניותו להמשכיות התרבותית של החרדים, ואולי גם לערכי קהילת הרוב בכללה. ואולם ערכים אלו אינם מצדיקים את התמיכה המקיפה בהשכלה הישיבתית של הגברים החרדים – כלומר לכל צעיר חרדי המעוניין בכך, על בסיס הנמשך עקרונית תקופה לא מוגבלת של שנים.

ד. תומכי הצעת החוק החדשה/ מתנגדי הלכת הרוב ביקותיאלי טוענים טענה של העדר הפלייה בהתבסס על "השוואת העלויות". מעבר לטענה כי גם סטודנטים מקבלים תמיכות ולא רק תלמידי ישיבות (ר' לעיל את הטענה ואת התשובות לה), מושמעת טענה ביחס לעלות הגדולה של מוסדות ההשכלה הגבוהה ביחס לעולם הישיבות.

טענה זו אינה משכנעת כלל. הכרעת השוויון כאן בעניין עולם הישיבות החרדיות/ הכוללים אינה של "הכל או לא כלום", אלא בשאלה האם יש להמשיך את מצב הדברים הקיים (קרי, תמיכה מדינתית בכל צעיר חרדי המעוניין בכך, "בלימודים על-תיכוניים", לתקופה שהוא מעוניין בכך).

מוסדות ההשכלה הגבוהה מבצעים פעילות מחקרית ולימודית שתכליתה במובהק צרכי הכלל: פיתוחו והנחלתו של ידע מדעי (בתחומי מדעי הטבע, החברה והרוח) לקידומה של החברה האנושית בכללותה והחברה המדינתית הקונקרטית. ואולם גם החרדים טוענים שתכלית לימוד התורה היא טובת הכלל (ונניח לרגע בצד את השאלה, האם מדובר בטובת האנושות/ האנושיות או טובת העם היהודי); מה אז, האם מסתממות הטענות?

התשובה היא שלילית: העובדה שהטיעונים דומים אינה אומרת שהמעשים דומים. "איננו פוסט-מודרניסטיים", דומני: מנקודת ראות ליברלית ומנקודת הראות של ערכי היסוד של מדינה יהודית ודמוקרטית, ערכה של הפעילות האקדמית עולה הרבה מונים על פני ערכו של הלימוד בישיבות. 1. משום שאופי אקדמי של לימוד מקדם מאד תכליות ליברליות, שעניינן האוטונומיה של בני אדם לבחון את אמונותיהם ואת הידע שלהם בתהליך המכיל ספק, ליבון, היחשפות לידע מוקדם; מיעוט של "אורתודוקסיה", קרי, של אקסיומות מקודשות וכדומה; וכן מתודולוגיה של חיפוש אחר האמת בדרך שהיא זהירה/ חותרת לביסוס רציונלי; 2. הלימוד האקדמי וההוראה האקדמית מקדמים את הרווחה הכלכלית בחברה ואת מימוש הזכויות התלויות בה; 3. זאת שעה שלא תכליות אלה ולא הישגים אלה הם מנת חלקם של הכוללים/הישיבות; וזאת שעה שאותן תכליות והישגים שכן קיימים בעולם הישיבות יכולים להמשיך ולהתקיים ברובם בהיקפים אחרים של השתתפות ושל משך.

ה. נקודה נוספת, מאד לא זניחה, אך כזו שמחייבת ליבון נוסף, היא הנקודה של **הפליה מגדרית**. עולם הישיבות פתוח לגברים בלבד. תארו לעצמכם את האוניברסיטאות כמוסדות המוגבלים לגברים בלבד. עד כמה צריכה חברה ליברלית או מדינה יהודית ודמוקרטית לתמוך תמיכה כספית מאסיבית במצב דברים זה? האם הכלים החוקתיים אינם מורים לפחות לצמצם את היקף התמיכה בפרקטיקות הללו?

=-=

השתלשלות לאחר פסק דין **יקותיאלי**

**בג"ץ למדינה: אם לא יעבור כסף לאברכים הם יהיו מחוייבים לעבוד**

**בדיון בעתירה נגד החלטת הממשלה להמשיך לשלם רק לאברכים הטבה כספית, אמרה השופטת נאור: איך זה שנותנים לאדם כסף מקרב אותו לשוק העבודה?**

* [**יאיר אטינגר**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.718) 13.11.2012

שופטי בג"ץ מתחו היום (שלישי) ביקורת על החלטת הממשלה להמשיך לממן הטבה כספית המוענקת בלעדית לאברכים חרדים נזקקים, ולא לאזרחים נזקקים מקבוצות אחרות באוכלוסייה. נציגת המדינה, עו"ד חני אופק, טענה כי תכלית ההטבה היא לגרום לאברכים להשתלב בשוק העבודה, אך השופטת מרים נאור תהתה: "איך העובדה שנותנים לאדם כסף מקרבת את השתלבותו בשוק העבודה? ההיגיון אומר כי אם לא נותנים כסף הוא יהיה חייב לעבוד".

הדברים נאמרו [בדיון בעתירה נגד הסדר חדש שקבעה הממשלה](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1863170), המאפשר את המשך תשלום הבטחת הכנסה לאברכים – חרף פסיקת בג"ץ בעבר. מיד לאחר אותה פסיקה – שהתקבלה ב-2010 ופסלה את המשך מימון גמלת הבטחת הכנסה לאברכים – אמר שר הפנים אלי ישי כי יפעל להחלטה חדשה, עוקפת בג"ץ. וכך אמנם היה: [בדצמבר 2010 קיבלה הממשלה](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1226350) החלטה לשלם לאברכים "מלגה" מיוחדת המקבילה להבטחת הכנסה. היא אמנם מוגבלת לסכום של 120 מיליון שקלים בשנה, אבל מבטיחה את המשך התשלום לאברכים, כולל קבוצה שתוגדר "מתמידים" ותוכל לקבל את הבטחת ההכנסה לכל החיים, אם כי בשיעור מופחת.

החלטת הממשלה הוגדרה "מלגת לימודים ועידוד השתלבות אברכי כוללים בתעסוקה". לפי ההחלטה, שלא הועברה בחקיקה ראשית, האברכים יוכלו להמשיך לקבל את התשלום אך תוך הסתייגויות: בשנה החמישית הוא יופחת ל-75% (והאברך יוכל לעבוד במקביל ללימודים חלקיים), והוא יופסק בתום שנה זו. עם זאת, ההגבלות הללו לא חלות על אברכים מעל גיל 29, שלפי נתוני המדינה הם 80% מכלל האברכים המקבלים קצבאות כיום.

בעקבות החלטת הממשלה, עתרו נגדה התאחדות הסטודנטים, המרכז הרפורמי לדת ומדינה, נאמני תורה ועבודה, אומ"ץ, חדו"ש וישראל חופשית. הם טענו כי זו אותה פריווילגיה כלכלית המוקנית לאברכים חרדים בלבד שנפסלה כבר בידי בג"ץ ב-2010. שתיים מהשאלות שנדונו היום במסגרת העתירה היו אם התשלום של הבטחת הכנסה לכ-10,000 אברכים נזקקים (מתוך כ-71 אלף האברכים שנהנים גם ממלגת לימודים ממשלתית) מעודד אותם לצאת לעבוד או דווקא להישאר בכולל? והאם התשלום, שאינו מותנה בחיפוש עבודה, מקדם את השוויון בחברה או מנציח את אפלייתם לטובה של אברכים חרדים על פני אוכלוסיות אחרות?

עו"ד אורלי ארז-לחובסקי, נציגת העותרים, הזכירה כי ההטבה נשללת מסטודנטים, מנשים ומקבוצות נוספות בחברה. המדינה טענה מנגד, כי המשך התשלום אינו סוגיה כלכלית אלא סוגיה תרבותית-חברתית, משום שהאופן המדורג שבו ניתן התשלום יגרום בסופו של דבר לרוב האברכים לצאת לעבוד. עו"ד חני אופק מהפרקליטות אף הכריזה: "אנו רואים את ההסדר כמי שתכליתו החברתית והכלכלית לקדם שוויון לטווח הארוך".

השופטת עדנה ארבל ענתה לה: "אתם מדברים על שינוי תרבותי שצריך לקחת זמן, ובתום הארבע שנים הכוונה שיצטרפו (האברכים; י"א) לשוק התעסוקה. אך איזה תמריץ יש להם לאחר ארבע שנים של לימוד כזה להצטרף לשוק התעסוקה? אני מבינה כי הנתונים היום לא מראים זאת". "יהיה תמריץ", השיבה עו"ד אופק, "אנו צופים כי נראה את פירות השוני הזה בחלוף הזמן של תקופה מסוימת".

המדינה הציגה נתונים ולפיהם מספר האברכים הנתמכים בהבטחת הכנסה ירד בשנתיים האחרונות בכאלף איש, ויתרה מכך – שיעור ה"מתמידים" מתוכם פחת. לטענתה, זו מגמה המעידה שכוחות שונים מדרבנים את האברכים לצאת לשוק העבודה.

הטיעון הזה מזכיר במידה רבה את טיעוני המדינה ביחס לחוק טל, שפטר את החרדים משירות צבאי, שם היא ביקשה זמן כדי להציג בפני בית המשפט שינויי עומק שעוברת החברה החרדית - שסופם בהשתלבות. גם כאן וגם בעתירה הנוכחית, העותרים טענו כי השוויון בפני החוק וערכים אחרים נפגעים, ואין להאריך את המצב הקיים המביא לאפליה.

ייתכן כי גם הנשיא אשר גרוניס ראה את הקשר, כשהעלה בדיון היום את האפשרות לאחד את הדיון בעתירה על חוק האברכים עם עתירה נגד המשך הפטור הניתן לחרדים משירות צבאי גם בעידן שלאחר חוק טל. דיון שכזה, בעתירה האחרונה, אמור להתקיים בהמשך השבוע. המדינה אמנם מגנה על ההסדרים הישנים, אבל כעת כולם מדברים על שילוב חרדים בשוק העבודה, גם אם האמצעים שנויים במחלוקת קשה.

בשבוע הבא אמורה הפרקליטות למסור בכתב את עמדתה ביחס להעברת הדיון בעתירת חוק האברכים לדיון בהרכב מורחב. החלטה בעתירה תתקבל בעתיד.  
אורי רשטיק, סגן יו"ר התאחדות הסטודנטים, אמר כי "אנחנו מאמינים שיש שופטים בירושלים ושהגיע הזמן לשים סוף לעוול ההיסטורי הזה. זהו הזמן ליצור שוויון אמיתי". עו"ד יזהר הס, מנכ"ל התנועה המסורתית, אמר : "המדינה מעודדת הלכה למעשה את החרדים לא לעבוד ולהמשיך למשוך תשלומים מקופת המסים, תחת זלזול בוטה באנשים הבוחרים לשרת, לתרום ולקדם את המקום שבו הם חיים".

=-=

פסיקת ההמשך:

בג"ץ 616/11 **התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל** (2014) [המשך לפס"ד **יקותיאלי**] פסק דינו של השופט רובינשטיין, סעיפים א, ב; לג; לח-עד; וכן פסקי הדין הקצרים של השופטים נאור, ג'ובראן וחיות.

=-=

לפגישה הקרובה:

אנא קראו את הדפים לעיל הנוגעים לפסק דין **יקותיאלי**, וחשבו על הייחוד שלו. מה יוצא דופן בו, בפסק הדין והכרעתו?

קריאת רשות: קראו את הסעיפים המבוקשים בפסק דין **התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל**.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, דצמבר 2014, ***פגישה 17***

**החוקה הפורמאלית של ישראל (לקראת סיום/ סיכום חלקי)**

**המשך קצר לשאלת המגבלות שמטילה החוקה הפורמאלית על פעולות מסוימות של הפרטה**

דוגמא למחשבה. עתירה בעניינה תלויה ועומדת להכרעתו של בית המשפט.

עודכן ב- 14:27 07/01/2011

## שר השיכון, אלי אטיאס: האבטחה במזרח ירושלים מסכנת חיי אדם

## 

### גורמי ביטחון ושר השיכון התריעו בפני נתניהו כי מאבטחי המתחמים היהודיים במזרח העיר אינם עוברים הכשרה מתאימה ואינם כפופים לנוהלי המשטרה

מאת [עקיבא אלדר](mailto:eldar@haaretz.co.il)

על אף התרעות של גורמי ביטחון ושל שר השיכון, אריאל אטיאס, מפני ההשלכות הקטלניות של הפעלת מאבטחים פרטיים במתחמי המתנחלים במזרח ירושלים, נמנע ראש הממשלה בנימין נתניהו מלקיים דיון בסוגיה. שישה חודשים לפני שמאבטח של חברה פרטית שמועסקת על ידי המשרד ירה למוות בתושב סילוואן, דבר שעורר מהומות במזרח ירושלים, כתב הממונה על הביטחון במשרד הבינוי והשיכון, יצחק לרר, לשר אטיאס כי "מחובתי להתריע כי יחידת האבטחה האזרחית אינה ערוכה להתמודדות עם הפרות סדר רחבות היקף, הכוללות שימוש באמצעי לחימה ובקבוקי תבערה. ישנם פערים שעלולים להביא לכשל מערכתי ולסיכון חיי אדם בטווח הזמן המיידי".   
במכתב, שהעתק ממנו הועבר על ידי אטיאס לנתניהו, הוסיף לרר בלשון של תחינה: "אני מבקש, בטרם יהיה מאוחר מדי, להתריע: אל לנו להתעלם מחומרת האירועים; חיי אדם מונחים על הכף".   
  
אחרי המהומות שפרצו בעקבות מותו של תושב סילוואן סאמר סרחאן (32), שנורה בידי מאבטח של משרד השיכון בספטמבר האחרון, פנה ח"כ חיים אורון ממרצ לאטיאס בבקשה שיטפל בנושא.   
  
אטיאס ענה לאורון כי "לאור דחיפות ורגישות הנושא, פניתי לראש הממשלה בבקשה לערוך דיון דחוף בראשותו, לגבי בחינת המשך מתכונת השמירה במזרח ירושלים". אטיאס מציין כי מאז מארס אשתקד הועברו מתפקידם כ-15 מאבטחים, לאחר שלא נמצאו מתאימים לעבוד ביחידה. הוא דיווח כי בחודש מאי שעבר נרשמו ביומן האירועים של המאבטחים 246 אירועים, לרבות שלושה שבהם השתמשו בנשקם, מאחר שנמצאו בסכנת חיים. במכתב לנתניהו כתב אטיאס "הכתובת מרוחה על הקיר ולי נותר לקרוא אותה בפניך שוב ושוב".   
  
עופר רוזנמן, מנהל חברת "עילית אבטחה", המאמנת את המאבטחים, אמר ל"הארץ" אחרי התקרית כי "בסילוואן יש ואקום שלטוני" וטען שבקשתו לקבל אמצעים לפיזור הפגנות נענתה בסירוב.   
  
בעקבות התקרית פנתה גם האגודה לזכויות האזרח לראש הממשלה ולשר השיכון, בתביעה להעביר את סמכויות האבטחה בשכונות הפלסטיניות במזרח ירושלים לידי משטרת ישראל. המלצה דומה הגישה בשנת 2006 "הוועדה הציבורית לבדיקת השמירה ואבטחת המתחמים במזרח ירושלים", בראשותו של אלוף (במיל.) אורי אור.   
  
הממשלה קיבלה את ההמלצה, אולם בינואר 2007 החליטה ממשלת אולמרט לבטלה והחזירה את המצב לקדמותו. בשנת 2010 הקציב משרד השיכון כ-54 מיליון שקלים למימון האבטחה הפרטית במזרח ירושלים.   
  
במכתב לראש הממשלה מציינת האגודה לזכויות האזרח כי המאבטחים הפרטיים אינם כפופים לחוקים ולכללים הבסיסיים שאמורים להנחות את המשטרה, שהם אינם עוברים הכשרה מתאימה ושאינם נתונים לפיקוח ישיר של המשטרה. בחודשים האחרונים נרשמו כמה מקרים בהם השתמשו המאבטחים בנשק כלפי האוכלוסייה ואף פתחו באש חיה ללא אזהרה, וללא נקיטת הליך דומה לנוהל פתיחה באש, שבו מחויבים כוחות המשטרה והצבא.   
  
לדברי גורמי שמאל, בין המאבטחים לבין עמותות המתנחלים, בעיקר אלע"ד, קיימים קשרים הדוקים, ולטענתם, אנשי העמותה אף מורים למאבטחים כיצד לפעול.   
  
מעמותת עיר עמים שפועלת לקידום דו-קיום בירושלים נמסר בתגובה כי "העובדה שהממשלה מתעקשת להמשיך ולספק למתנחלים במזרח ירושלים מערך אבטחה פרטית, בניגוד להמלצות כל הגופים המקצועיים הנוגעים בדבר, מעידה על עומק השעבוד של האינטרסים הציבוריים לטובת סדר יומם של קבוצות קצה בירושלים".   
  
מלשכת ראש הממשלה נמסר כי "על פי החלטת ממשלה משנת 2007 נושא אבטחת מזרח ירושלים נמצא באחריות משרד הבינוי והשיכון. מנכ"ל משרד ראש הממשלה קיים מספר דיונים בנושא עם מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון, בסופם הוחלט כי אין סיבה המצדיקה את שינוי החלטת הממשלה".

***העליון: על המדינה להסביר את מדיניות האבטחה במזרח ירושלים***

**תושבי מזרח העיר עתרו לבית המשפט העליון בטענה שהמאבטחים הפרטיים, המועסקים על ידי משרד הבינוי והשיכון, פועלים ככוח שיטור ללא כל סמכות**

* [ניר חסון](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.815), 13.12.2012

שופטי בג"צ הורו למדינה לנמק מדוע לא תעביר את סמכויות האבטחה על המתחמים היהודים במזרח ירושלים ממשרד הבינוי והשיכון למשרד לביטחון פנים. השופטים מותחים ביקורת על מדיניות [העסקת מאבטחים פרטיים](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1778950)שמנהיג משרד השיכון בהתנחלויות היהודיות [במזרח ירושלים](http://www.haaretz.co.il/misc/tags/1.681726). אתמול (רביעי) דנו השופטים [בעתירה שהוגשה בנושא נגד המדינה](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1536222) על ידי תושבים פלסטינים ממזרח העיר והאגודה לזכויות האזרח.

זה כ-20 שנה שמשרד השיכון והבינוי מעסיק מאות מאבטחים פרטיים במזרח ירושלים. פעולות האבטחה כוללות עמדות שמירה, ליווי תושבים, פטרולים ועוד. לטענת העותרים, עם השנים צברו המאבטחים הפרטיים כוח וסמכויות לא להם, וכיום הם מתפקדים כמעין כוח משטרתי מופרט.

בהחלטה שפורסמה היום הוציאו השופטים, בראשות נשיא בית המשפט העליון, השופט אשר גרוניס, צו על תנאי שמורה למדינה "לבוא ולנמק מדוע לא תבוטל החלטת הממשלה מספר 1073 מיום 21.01.2007, כך שהסמכויות לאבטחת המתחמים היהודיים במזרח ירושלים יועברו ממשרד הבינוי והשיכון למשרד לביטחון פנים; כמו כן יש לנמק מדוע המשרד הממשלתי האחראי לא ישקול שוב את הגדרת סמכויותיהם של המאבטחים". על המדינה לתת את תשובתה בתוך 120 ימים.

מעדויות שצירפה לעתירה האגודה לזכויות האזרח עולה כי המאבטחים מבצעים "פעילות משטרתית קלאסית", כמו הפעלת כוח כלפי תושבים, חסימת כבישים, עיכוב תושבים ועוד. במקרה אחד לפחות אף נהרג פלסטיני מירי מאבטח, ובמקרים אחרים נפצעו תושבים. "משמעות הדברים המתוארים מרחיקת לכת", נכתב בעתירה שהוגשה באמצעות עו"ד קרן צפריר. "במקום שהמשטרה, שהיא בעלת המונופול על הפעלת כוח כלפי אוכלוסייה אזרחית, תהווה את הכוח המרכזי העוסק בשמירת החוק ובפתרון סכסוכים אלימים, הועבר למאבטחים הפרטיים תפקיד זה". עוד נטען בעתירה כי "כנגזרת של הגדרת תפקידם, המאבטחים מתייחסים לאוכלוסייה הערבית כולה כאויב".

ב-2010 העסיק משרד השיכון 360 מאבטחים במזרח ירושלים בעלות של 52 מיליון שקלים. לפני כשנה נחשף ב"הארץ"  כי משרד השיכון [אולץ להעביר עוד חמישה מיליוני שקלים](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1608639) לטובת אבטחת המתנחלים על חשבון סעיפי תקציב אחרים שלו.

בתשובת המדינה לעתירה וכן בדיון אתמול טענו באי-כוחה כי המאבטחים במזרח ירושלים מחזיקים בסמכות רק בתוך המתחם עליו הם אמונים, כמו כל מאבטח פרטי. עוד טוענת המדינה שלמשטרה אין יכולת להציב שוטרים ל"שמירה סטטית" על מתחמי המגורים של המתנחלים ומציינת כי לנוכח האיום היומיומי על היהודים החיים בתוך השכונות הפלסטיניות אין ברירה אלא להעסיק את המאבטחים. "לא חסרים מקומות בארץ שיש לנו בהם מאבטחים פרטיים, אם זה בכניסה לעיריות, למשרדים. גם מאבטחים של שרים. יש פה עולם שלם של אבטחה שהמשטרה לא מתעסקת אתו", אמר עו"ד אורי קידר מהפרקליטות, שייצג את המדינה בדיון.

"האם זה לא תפקיד המשטרה לאבטח את הציבור הרחב בסמטאות?", הקשה השופט עוזי פוגלמן. "מה עם הזכויות של העוברים ברחובות ירושלים המזרחית?". נציג המדינה לא ידע להשיב לשאלת השופטים מדוע משרד השיכון ולא המשרד לביטחון פנים הוא שמעסיק ומפקח על המאבטחים. "למה דבר כל כך רגיש נמצא במשרד השיכון?", שאל פוגלמן, "אין לי תשובה חדה", הודה קידר. ואילו נשיא ביהמ"ש העליון אשר גרוניס, העיר בציניות: "אז תתנו את זה למשרד להגנת הסביבה".

לאחרונה הגישו המאבטחים המועסקים במזרח הבירה תביעה בבית הדין לעבודה בירושלים נגד משרד השיכון. מכתב התביעה עולה כי גם מנקודת מבטם הם עוסקים בפעולות שיטור. "המאבטחים מבצעים עבודת שיטור ולוחמה באזורים המוגדרים תחת איום ביטחוני גבוה", נכתב בתביעה, שהועברה ל"הארץ" על ידי התחקירן ניב חכלילי. בהמשך נכתב: "ההנחיות ה'מבצעיות' מגיעות ממשטרת ישראל וממשרד השיכון. באזורים מסוימים עושים המאבטחים שימוש ברשתות הקשר של הצבא והמשטרה ובאמצעותן מדווחים על אירועים ובעיות".

=-=

פס"ד ***מיטראל***, דפי הפגישה הקודמת

**חוק בשר ומוצריו, תשנ"ד-1994[[23]](#footnote-24)\***מיום 30.12.1994

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ה מס' 1499](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1499.pdf) מיום 4.1.1995 עמ' 92 ([ה"ח 2343](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2343.pdf))

**החלפת שם החוק**

הנוסח הקודם:

~~חוק יבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994~~

1. בחוק זה –

הגדרות

"בשר" - כל סוגי בשר ומוצריו הראויים למאכל אדם, לרבות בשר ומוצריו של בעלי כנף לסוגיהם;מיום 30.12.1994

(תיקון מס' 1) תשנ"ה-1995

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ה מס' 1499](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1499.pdf) מיום 4.1.1995 עמ' 92 ([ה"ח 2343](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2343.pdf))

**החלפת הגדרת "בשר"**

הנוסח הקודם:

~~"בשר" – בשר קפוא;~~

"תעודת הכשר" - תעודת הכשר לבשר מיובא שנתנה מועצת הרבנות הראשית לישראל או מי שהיא הסמיכה לענין זה.

2. על אף האמור בכל דין, ובכפוף לאמור בסעיף 3, לא ייבא אדם בשר אלא אם כן קיבל לגביו תעודת הכשר.

יבוא בשר

3. שר התעשיה והמסחר רשאי לאשר מתן רשיונות לייבוא בשר שלא ניתנה לגביו תעודת הכשר, באותה מתכונת ובאותם מקרים כפי שהיה נהוג עד יום י"ב בתמוז תשנ"ב (13 ביולי 1992).

מקרים מיוחדים

4. אין באמור בחוק זה כדי לגרוע מזכותה של הממשלה לייבא בשר בעצמה או באמצעות אחרים מטעמה, לרבות לצרכי מלאי חירום, ובלבד שניתנה לגביו תעודת הכשר.מיום 30.12.1994

סמכות הממשלה

(תיקון מס' 1)   
תשנ"ה-1995

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ה מס' 1499](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1499.pdf) מיום 4.1.1995 עמ' 92 ([ה"ח 2343](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2343.pdf))

4. אין באמור בחוק זה כדי לגרוע מזכותה של הממשלה לייבא בשר ~~קפוא~~ בעצמה או באמצעות אחרים מטעמה, לרבות לצרכי מלאי חירום, ובלבד שניתנה לגביו תעודת הכשר.

4א. חוק זה יחול גם על העברת בשר משטחי עזה ויריחו; לענין זה, "שטחי עזה ויריחו" - כפי שיקבע שר התעשיה והמסחר בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת.מיום 30.12.1994

העברת בשר

(תיקון מס' 1)

תשנ"ה-1995

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ה מס' 1499](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1499.pdf) מיום 4.1.1995 עמ' 92 ([ה"ח 2343](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2343.pdf))

**הוספת סעיף 4א**

5. תוקפו של חוק זה הוא על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

תוקף

6. אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתוקפו של רשיון לייבוא בשר שניתן לפני קבלתו של חוק זה.

תוקפו של רשיון שניתן

7. שר התעשיה והמסחר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.

ביצוע

=-=

דיון בפס"ד ***יקותיאלי***, דפי הפגישה הקודמת

מתקל בין ***חוק*** (חוק מסוג מיוחד) (חוק התקציב) ***לחוק אחר*** (חוק מסוג מיוחד אף הוא, חוק יסודות התקציב)

בג"ץ 616/11 **התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל** (2014) [המשך לפס"ד **יקותיאלי**]

=-=

**הגנבים חוזרים // ארבעת הכשלים שמאפשרים לנבחרי ציבור לגנוב מהקופה הציבורית**

פרשת ישראל ביתנו חמורה הרבה יותר מפרשת דרעי, מאחר שהיא מתרחשת לאחר שהמדינה כבר חשבה שנסתמו כל הפרצות

* 07:11
* 30.12.2014
* מאת: [**מירב ארלוזורוב**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.480), דה-מרקר/הארץ

החקירות הפליליות נגד [בכירי ישראל ביתנו](http://www.themarker.com/law/1.2521427) מחזירות את ישראל לימים האפלים של החקירות נגד מנהיג ש"ס אז וכיום, אריה דרעי. שוב מתברר [שנבחר ציבור בכיר](http://www.themarker.com/markerweek/1.2521925) בישראל גונב כספי ציבור. דרעי הורשע בהעברת תקציב המדינה לישיבות בתמורה לשוחד אישי ששולם לו על כך, והחשדות לגבי בכירי ישראל ביתנו כמעט זהים באופיים.

שוב מתברר כי תקציב המדינה פרוץ לגניבות. ואולם בהשוואה לפרשת דרעי - שצצה בתחילת שנות ה–90 - פרשת ישראל ביתנו חמורה ומדאיגה הרבה יותר, מאחר שהיא מתרחשת 20 שנים מאוחר יותר, לאחר שהמדינה חשבה שכבר הופקו כל הלקחים ונסתמו כל הפרצות. רק שעכשיו הגיעו החקירות נגד ישראל ביתנו, וטפחו למדינה על הפרצוף.

בימים האחרונים עוסקים בכירים באוצר ובמשרד המשפטים בניסיונות ראשוניים להבין היכן אירעה התקלה. כלומר, מה היו הפרצות הניהוליות שאיפשרו את פרשת ישראל ביתנו - בהנחה שכל החשדות שהועלו בחקירה יתבררו כנכונים.

פרטי החקירה עדיין אינם ידועים במלואם, כך שבשלב זה עוסקים בשני המשרדים בעיקר בשאילת שאלות - ועוד לא בהצבת פתרונות. אבל כבר בשלב מקדים זה, ברור שהשאלות עומדות להיות קשות וסבוכות מאוד. אחרי ששרדנו את דרעי, ועברנו גם את אהוד אולמרט והולילנד, הסברה היתה שיהיה קשה מאוד להפתיע אותנו בפרשת [שחיתות ציבורית](http://www.themarker.com/markerweek/1.2521989) ממוסדת חדשה. אבל העובדה היא שהופתענו.

גודל ההפתעה נובע מכך שהמדינה סברה שזיהתה כבר את נקודות התורפה בתהליכי התקצוב, וסגרה את מרביתן. כך, מסלול התמיכות הוא מסלול שבו המדינה תורמת כסף לגופים שונים שהיא חפצה ביקרם, בלי שהיא מצפה לקבל דבר בתמורה. להבדיל מהתקשרויות, שבהן המדינה עורכת מכרז לרכישת שירותים כלשהם מגוף חיצוני, הרי שבתמיכות המדינה אינה מקבלת תמורה, פרט לעצם התמיכה בגוף שהמדינה חפצה לקדם.

זה נשמע כמו מסלול בעייתי מאוד, אבל כדאי לזכור כי כמעט כל תקציבי התרבות והספורט בישראל מוקצים בדרך זו - המדינה תומכת במוסדות תרבות וספורט, מאחר שחשוב לה שמוסדות אלה ימשיכו להתקיים, אף שהמוסדות הללו אינם מגישים שירות ישיר למדינה. בסך הכל מקצה המדינה יותר מ–3 מיליארד שקל באמצעות תמיכות לגופים שונים.

**שאלת שיקול הדעת**

המדינה מודעת לבעייתיות של מסלול התמיכות, ולעובדה שמעורב בו שיקול דעת לא קטן בשאלה איזו עמותה ראויה לקבל תמיכה מהמדינה, ואיזו לא. לכן, נעשתה בשנים האחרונות עבודה ניהולית מקיפה בתוך המדינה להסדרת מסלול התמיכות. נוהל שר האוצר לתמיכות פורסם אך לפני כמה חודשים, והוא משתרע על פני 52 עמודים.

הנוהל מפרט קריטריונים שמקבלי התמיכות צריכים לעמוד בהם, דו"חות שעליהם להגיש, הרשאות לחשבונות הבנק שלהם, מסמכים, חובה של המשרד הממשלתי שמקצה את הכסף לתת לכך פומבי, השיקולים של ועדת התמיכות - בה חברים נציגים של היועץ המשפטי ושל החשב של כל משרד ממשלתי, מבחני התמיכה ועוד. בחלק גדול מהמקרים נוהל התמיכה מחייב שוויוניות. כלומר, לא ניתן להקצות תמיכה רק לתיאטרון מסוים ולא לתיאטראות אחרים, למשל.

הפירוט הדקדקני של נוהל התמיכות החדש אמור היה למנוע כל אפשרות להקצאת כספי תמיכות בדרך לא כשרה. בוודאי שהוא אמור למנוע את הכשל העיקרי, שעובר כנראה כחוט השני בכל החשדות כנגד בכירי ישראל ביתנו - הקשר בין העברת התקציב לבין ההחלטה של נבחר ציבור מסוים.

לשם הדוגמה בלבד: תיאטרון יכול לשלם שוחד לשר התרבות, אם הוא חושב שהשר יכול לסייע לו בתמורה לקבל תמיכה ממשרד התרבות. אבל אם נוהל התמיכה הוא שוויוני, וועדת התמיכות מתפקדת היטב, כך שתמיכות לתיאטראות מתקבלות רק לאחר החלטה מסודרת ולכל התיאטראות בו זמנית - כנראה התמריץ לשחד את השר יפחת מאוד.

הדברים בוודאי נכונים כאשר מדובר בהעברות תקציביות. למשל, העברות תקציביות ממשרד הפנים לרשויות המקומיות. העברות תקציביות אמורות להיות מסודרות וכמעט סגורות הרמטית. למרבית ההעברות התקציביות יש קריטריונים קשיחים - למשל, מענקי איזון המוקצים על פי נוסחה מתמטית. כל ההעברות התקציביות עוברות לאישור חשב המשרד. בסכומי כסף גדולים הן עוברות גם לאישורו של אגף התקציבים באוצר, ואפילו לאישור ועדת הכספים של הכנסת.

לא אמורות להיות תקלות בהעברות תקציביות, ובוודאי שלא אמור להיות קשר בין שיקול הדעת של השר או סגן השר המחליט להעברה התקציבית - שיקול הדעת שיוצר את התמריץ לשוחד. רק שעל פי החשדות הנחקרים, היה קשר כזה.

**כשל ראשון: דילים פוליטיים**

איך נוצר הקשר הזה? במשרדי הממשלה מתקשים עדיין לזהות את הקשר, אבל כמה חשודים מיידיים צצים ככשל אפשרי. מדובר במקרים שבהם ההעברות התקציביות או ההעברות לתמיכות אינן סגורות הרמטית באמצעות קריטריונים, וקיים מקום לשיקול דעת של השר או חבר הכנסת המקצה את הכסף.

מוקד כשל בולט הוא ועדות הכנסת, והמקח והממכר הפוליטי בין חברי הכנסת לאוצר והשרים על אישור סעיפי תקציב שונים. הקרקס הפוליטי הידוע, שבו יו"ר ועדה מסוים מסרב לקיים דיון בבקשה תקציבית כלשהי של האוצר, אלא אם האוצר יאשר לו בתמורה העברה כספית לתחום שקרוב אל לבו, הוא כנראה אחד הכשלים הקשים ביותר בתקצוב בישראל.

הדיל הפוליטי הזה - גם אם הוא נעשה באישור השרים הרלוונטיים - הוא בדיוק מימוש הכשל שבו שיקול הדעת של חבר כנסת כוחני מסוים מביא לכך שהכסף הועבר למטרה מסוימת. כאן מתקיים הקשר שמעודד שוחד: ישנה כתובת שגורמת לכך שכסף מסוים עובר לידיים מסוימות, ולכן יש תמריץ לשחד אותה כתובת.

מערכת היחסים המעוותת בין משרד האוצר לבין הכנסת, לצערנו, מעודדת את קיומו של הכשל הזה. דילים בוועדות הם עניין רווח, וגם העברות תקציביות חטופות שמשרד האוצר מעביר דרך הוועדות - לעתים אחרי שסגר את הפרטים עם יו"ר הוועדה - הן עניין שכיח. הפתח לשחיתות של חברי כנסת, שינצלו את כוחם בכנסת כדי להטות את תקציבי המדינה ליעדים המועדפים עליהם, הוא גלוי וגדול. ניתן להניח שברוב המוחלט של המקרים, העברת הכספים נעשית למטרות פוליטיות בלבד - כשיו"ר ועדת הכספים היה חרדי, מרבית הדילים נגעו להעברות כספים לישיבות; כשיו"ר ועדת הכספים הוא איש הבית היהודי, הדילים נרקמים לגבי העברת כספים לשטחים. אבל במקום שבו יש דילים ויש אתנן, שם גם קיימת הפרצה שמאפשרת העברת כספים תמורת שוחד.

**כשל שני: גופים לא מפוקחים**

כשל בולט נוסף הוא זה של העב"מים התקציביים - גופים מתוקצבים שאינם מפוקחים. החטיבה להתיישבות של ההסתדרות הציונית היא דוגמה בולטת לעב"ם כזה, והעובדה שחלק מהחשדות כנגד בכירי ישראל ביתנו נוגעים לכספים שהועברו דרך החטיבה להתיישבות אינה מפתיעה. כשיש כסף ציבורי ללא פיקוח, קיימת פרצה שקוראת לגנב. אין מה להתפלא אחר כך אם מתברר שהגנבים אכן הגיעו.

**כשל שלישי: השלטון המקומי**

כשל שלישי וחמור ביותר נוגע לפיקוח והנהלים הרופפים של השלטון המקומי בכלל, ושל משרד הפנים בפרט. העובדה שהשלטון המקומי אינו מפוקח ופרוץ לשחיתות פוליטית אינה חדשה. רק בחודשים האחרונים הורשעו שני ראשי עיר בולטים (של בת ים ורמת השרון), ונערכה חקירה ברמת גן.

מה שמטריד הוא חוסר היכולת של משרד הפנים לפעול לשינוי המצב ולהידוק הפיקוח על השלטון המקומי. ניסיונות שנעשו לאורך שנים במטרה להפריד את הפיקוח והבקרה על השלטון המקומי ממשרד הפנים, באמצעות הקמת רשות פיקוח עצמאית, הוכשלו תמיד בידי המשרד. אולי פרשת ישראל ביתנו תביא סוף־סוף להסקת מסקנות ניהולית לגבי הצורך בהידוק הפיקוח על השלטון המקומי.

במקביל, ברור שגם משרד הפנים עצמו פרוץ להעברות תקציביות לא תקינות. נזכיר שלשר הפנים יש תקנה תקציבית, רזרבת השר, המאפשרת להקצות כספים לרשויות המקומיות על פי שיקול דעת השר. לא ידוע אם בפרשת ישראל ביתנו נעשה שימוש ברזרבה הזאת דווקא - אבל עצם קיומו של תקציב ממשלתי הנתון לשיקול דעת של השר הוא שוב פרצה חמורה.

**כשל רביעי: כספים קואליציוניים**

ולבסוף, הפרצה הגדולה ביותר היא כמובן זו הגלויה ביותר - הכספים הקואליציוניים, שהמפלגות רשאיות לנתב אותם לפי שיקול דעתן המוחלט. לזכותו של יאיר לפיד ייאמר שהוא סתם את הפרצה הזו בתקציב האחרון, אבל ייתכן שלפחות חלק מהחשדות כלפי ישראל ביתנו נוגעים להסכמים קואליציוניים משנים קודמות. בכל מקרה, אין ספק שכספי תקציב שמוקצים באופן ישיר על פי שיקול דעת של שרים וחברי כנסת הם כספים שמועדים לשחיתות. את ההרגל של הכספים הקואליציוניים חייבים לעקור מן השורש, ובהקדם.

החשודים המיידיים הללו הם ממוקדים מאוד - צמתים שבהם עובר תקציב בלי שקיפות מספקת, ועם יותר מדי גמישות ושיקול דעת. חוסר שקיפות וגמישות הם פרצה מסוכנת. נהלים הדורשים שקיפות מלאה וקריטריונים קשיחים הם אלה שעשויים למנוע שחיתות. התוצאה היא אמנם ביורוקרטיה ומשפטיזציה, כפי שהשרים מרבים להתלונן, אבל אם החשדות בפרשת ישראל ביתנו יתבררו כנכונים - משפטיזציה תהיה המחיר שניאלץ לשלם. זהו, כנראה, הנזק הכבד ביותר של חזרת הגנבים הפוליטיים.

=-=

**סיכום חלקי של נושא החוקה הפורמאלית**

יתרונותיה וחסרונותיה של חוקה/ יתרונותיה וחסרונותיה של ביקורת שיפוטית חוקתית

על חסרון ויתרון הטמונים בחוקה האמריקאית:

א. התיקון השני לחוקה [הזכות לשאת נשק] והקושי הגדול לשנותו/לבטלו - אותו או כל מרכיב אחר של החוקה האמריקאית

*The 2nd Amendment:* ***"A well regulated militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed".***

***ארה"ב: הדיון על חוקי הנשק מתלהט***

**בארה"ב פועלות יותר חנויות נשק מסניפי מקדונלדס. בעקבות טבח הילדים בקונטיקט, מחוקקים וראשי ערים נושאים עיניים לוושינגטון לשינוי המצב**

* **חמי שלו ,**[**נטשה מוזגוביה**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.681412)**, ארה"ב**, 16.12.2012

הטבח האכזרי בבית הספר היסודי בקונטיקט, במהלכו [רצח אדם לנזה](http://www.haaretz.co.il/news/world/1.1886166) 20 ילדים, שש מורות ואת אמו שלו, הותיר את אמריקה בהלם. "ליבנו עם המשפחות והחברים שאיבדו את יקיריהם. כמו רבים מכם, גם אנחנו שואלים את עצמנו 'למה'?", אמר לניו יורק טיימס פיטר לנזה, אביו של היורה בן ה-20, "אנחנו חשים צער גדול ומנסים לפענח מה בעצם קרה".

הירי החיה את הדיון על [הקלות שבה ניתן להשיג נשק חם בארצות הברית.](http://www.haaretz.co.il/news/world/1.1886421) מחוקקים וארגונים התומכים ביתר פיקוח על כלי נשק חזרו על קריאתם רבת השנים בבקשה להקשיח את החוקים. הסנטורית דיאן פיינשטיין, מי שהיתה בין יוזמי החוק לאיסור מכירת רובי סער ב-1994 (תוקף החוק פג עשור מאוחר יותר), קראה לטפל בבעיה במושב הקרוב של הקונגרס בינואר, "כדי למנוע אבדן נוסף".

באמריקה יש היום כ-350 מיליון כלי ירייה, מאקדחים פשוטים ועד לרובי סער קטלניים, אחד לכל תושב; בכל שנה נוספים למאגר הזה כמעט 6 מיליון כלי נשק חדשים מתוצרת מקומית, ועוד 3 מיליון מיבוא; יש באמריקה יותר מ-5,000 יצרני נשק מורשים ו-130 אלף סוחרי נשק מוסמכים, ומתוכם 51 אלף חנויות קמעוניות, לעומת 35 אלף מכולות וחנויות לממכר מזון ו-14 אלף סניפי מקדונלדס, שלמבקרים נדמה שהם מצויים בכל פינה; ובאמריקה עדיין נרצחים בירייה 32 איש מדי יום ביומו, שיעור הגבוה פי שמונה מהממוצע במדינות דומות בעולם.

הבית הלבן הודיע שנשיא ארצות הברית, [ברק אובמה,](http://www.haaretz.co.il/misc/tags/1.3481) יבקר בניוטאון ובבית הספר "סנדי הוק" ביום ראשון בערב. הוא צפוי להיפגש עם משפחות הקורבנות ולשאת דברים במקום. מאז כניסתו לתפקיד, אובמה לא יזם צעדים להגברת הפיקוח על כלי הנשק, אך בדבריו בעקבות הטבח ביום שישי הוא קרא "לנקוט בפעולה משמעותית" כדי להבטיח שטרגדיות שכאלו לא יישנו.

שעות ספורות לפני הטרגדיה בניוטאון, בתזמון אירוני עד כאב, הרוב הרפובליקאי בבית המחוקקים של מישיגן מצא לנכון לאשר שורה של הקלות גורפות בחוקי אחזקת הנשק במדינה. הם צמצמו את היקף הבדיקות הנדרשות כדי לרכוש אקדח, קיצרו את הזמן הנדרש לקבלת היתר לשאת נשק וביטלו את האיסור על הכנסת כלי נשק מוסתרים לאצטדיונים, בתי חולים, בתי תפילה, מעונות סטודנטים, בתי ספר, גני ילדים וגם, שלא יקופחו, מעונות יום לפעוטות. "זה מגביר את הביטחון", טען אחד המחוקקים.

עבור רפובליקאים שמרנים רבים, הזכות להחזיק נשק היא מצווה מקודשת, כמעט דתית, הצהרת זהות מתריסה ואותנטית כנגד הקדמה הליברלית הדקדנטית והמעורבות הממשלתית המגונה. הם מסתמכים על התיקון השני לחוקה האמריקאית משנת 1791, שחוקק בהקשר של מרד הקולוניות האמריקאיות נגד השלטון הבריטי, המעגן את זכות הציבור "להקים מיליציה מוסדרת היטב, להחזיק ולשאת בנשק".

התומכים בחירות להחזיק נשק  מונעים כל ניסיון משמעותי לשינוי המצב החוקי באמצעות שליטתם בבתי המחוקקים של מדינות רבות, שהסכמתן נדרשת לתיקון החוקה, ובאמצעות לובי חזק, מאורגן ועתיר ממון הפועל לבחירתם של חסידי כלי המשחית, כולם רפובליקאים, ולתבוסתם של המתנגדים, רובם דמוקרטים.

ראש עיריית ניו יורק, מייקל בלומברג, העומד בראש הקבוצה "ראשי ערים נגד רובים לא חוקיים" מתח אתמול ביקורת על התמהמהות הבית הלבן בטיפול בנושא. "לקרוא לפעולה משמעותית זה לא מספיק, שמענו את זה גם קודם. מה שלא ראינו זה מנהיגות, לא מהבית הלבן ולא מהקונגרס. העניין חייב להסתיים היום". רם עמנואל, ראש עיריית שיקגו, הצטרף לדברים והדגיש כי יש לשנות את חוקי הנשק בדחיפות.

הקריאה הגיעה גם לדפי העיתונות. במאמר שפורסם תחת הכותרת "הפעם זה חייב להיות שונה", קרא ה"וושינגטון פוסט" לשים קץ להזדחלות הפוליטית בשאלת הנשק. "מספיק. הביישנות פשתה בפוליטיקה האמריקאית, והאופורטוניזם משתק אותה בכל פעם שעולה הנושא לדיון. באף מדינה אחרת בעולם לא מתרחשים מעשי טבח שכאלו באופן קבוע כל כך. באף מדינה אחרת אין לאזרחים גישה נוחה כל כך לנשק חם".

הרפובליקאים, כהרגלם, טענו שנקודת התורפה היא גישת אנשים הסובלים מבעיות נפשיות לנשק חם, ולא כלי הנשק עצמם. השמרנים הציפו את הרשתות החבריות בסיפורי אימים על תקופות חשוכות, "היטלר תחילה לקח נשק מהאזרחים ואז התחיל לחסל יהודים ואחרים". עוד נכתב שהממשלה עלולה לנצל את הטבח כדי להחרים נשק מהאזרחים, וזו תהיה רק תחילתה של ההידרדרות להגבלת זכויות האזרח האחרות. היו גם שתהו אם הסיפור היה נגמר אחרת אם המורים בבית הספר היו חמושים ומוכנים להשיב אש.

מתנגדי הנשק תמהים מה עוד צריך לקרות כדי לשנות את הסטטוס קוו האמריקאי. היו שקראו לקיים "מצעד ילדים" בוושינגטון, במטרה להפעיל לחץ על המחוקקים נגד שדולת הרובאים.

הטבח בבית הספר התיכון בקולומביין ב-1999 גרם לשינוי בדעת הקהל לטובת הגבלת זכויות אחזקת הנשק, אך התמורות לא הגיעו לגבעת הקפיטול. גם ההתנקשות בחייה של חברת הקונגרס גבריאל גיפורדס לא שינתה דבר. הטבח באולם הקולנוע באורורה שבקולורדו היה קרוב מדי לבחירות, והבית הלבן הבהיר אז שהנשיא מצדד באכיפת החוקים הקיימים, לא ביוזמות חדשות. וגם אחרי רצח הילדים, חברי הקונגרס הדמוקרטים לא ממהרים להסתכן בחקיקה מהסוג הזה, מחשש לעימות עם איגוד הרובאים עתיר המשאבים וההשפעה.

***בארה"ב תוהים כיצד ניתן היה לעצור את הרוצח מקולורדו***

**הרוצח נתפס, אבל אמריקה מחפשת אשמים ובוחנת שוב את שוק כלי הנשק המתירני שלה. בימין מאשימים את הריחוק מהדת, בשמאל קוראים להחמיר החקיקה**

* [**ליטל לוין**](http://www.haaretz.co.il/misc/writers/1.681405)**,** 22.07.2012

[הורד עכשיו ללא תשלום **הארץ iPhone**](http://itunes.apple.com/us/app/id521559643)

[הורד עכשיו ללא תשלום **הארץ android**](https://market.android.com/details?id=com.haaretz)

* [לתגובות](http://www.haaretz.co.il/misc/article-print-page/1.1782574#commentsForm-1782574)
* [הדפס](http://www.haaretz.co.il/misc/article-print-page/1.1782574)
* http://www.haaretz.co.il/images/grey_ajax_loader_small.gif

פרטים מ[הטבח בבית הקולנוע באורורה](http://www.haaretz.co.il/news/world/1.1781593), קולורדו בערב שישי הלכו והתגלו במהלך סוף השבוע. אלכס סאליוון נרצח ביום הולדתו ה-27, יומיים לפני יום השנה הראשון לנישואיו. אשלי מוזר-סאליוון פצועה אנושות, ואינה יודעת שבתה ורוניקה בת ה-6 אינה בחיים. קורבן אחר, ג'סיקה גאווי, עיתונאית ספורט בת 24, סיפרה לפני כמה שבועות [בבלוג](http://jessicaredfield.wordpress.com/2012/06/05/late-night-thoughts-on-the-eaton-center-shooting/) שלה איך שרדה ירי בקניון בקנדה.

הרוצח עצמו נתפס, אבל החיפוש אחר אשמים רק התחיל. גורמים בימין הקיצוני מוצאים אשם בחיבור הרופף של החברה לערכי הדת. פרד ג'קסון, רכז החדשות של "איגוד המשפחה האמריקאית" השמרני, [אמר שהאשם בליברלים,](http://gawker.com/5927974/american-family-association-news-director-blames-mass-shooting-on-aclu-gays-liberal-churches) שעזרו להביא "טרנספורמציה ערכית" בקהילות אמריקאיות, שעד לפני 40 שנה היו "מבוססות על ערכי הכתובים": "אני חושב שכל זה, בין אם זה סרטים הוליוודים, בין אם זה מה שאנחנו רואים באינטרנט (...) בין אם זה ההטייה הליברלית בתקשורת, או הפוליטיקאים שלנו שמשנים את המדיניות הציבורית, אני חושב שכל אלה איכשהו חוברים יחד -- וכפי שאמרתי גם כנסיות כעת נוטשות את הסמכות של הכתובים ומאבדות את מורא האל -- כל הדברים האלה חברו יחדיו כדי לתת לנו תקריות מהסוג הזה".

אבל עיקר הפולמוס - כפי שהיה בעקבות הטבח בקולומביין, היכן ששני תלמידי תיכון רצחו 13 חברים לכתה ב-1999, ובווירג'יניה טק, כשסטודנט רצח 32 בני אדם בקמפוס - נסב על הקלות שבה אזרח אמריקאי יכול להיות בעליו החוקיים של אקדח, ועל תרבות שמקדשת נשיאת כלי נשק. "ניו יורק טיימס" מדווח שבחודשיים האחרונים הרוצח ג'יימס הולמס רכש בחנויות מקומיות ודרך האינטרנט ארבעה אקדחים, 6,000 מחסניות תחמושת לסוגי רובים שונים -- הכול באופן חוקי לחלוטין.

ארגון הנשק האמריקאי (National Rifle Association) חורת על דגלו את זכותו של כל אזרח לשאת נשק ולהגן על עצמו. תיאורטית, לפי השקפתו, היכולת להחזיק אקדח אמורה לאפשר לאזרחים להשתלט על משוגע בבית קולנוע. אבל זה לא קרה: אף אחד מהיושבים באולם לא נשא עמו אקדח - כי אסור להכניס נשק לאולם הקולנוע באורורה. קבוצה של בעלי נשק מקולורדו אמרה בתגובה לתקרית ש"פוטנציאלית, אם היה בקהל אזרח שומר-חוק שמותר היה לו לשאת נשק לתוך האולם, ייתכן שהיו פחות קורבנות".

עוד כתבות בנושא

* [אלה הרובים, טיפשים 22.07.2012 | 12:15](http://www.haaretz.co.il/news/world/1.1782220)

"כל מה שצריך זה אדם אחד עם אקדח. אם זה היה קורה בטקסס או באריזונה הוא היה מת מהר", אמר גרג בלוק, מאמן בטיחות בשימוש בקלי נשק, לדייוויד וייגר מ"סלייט". אבל ווייגר, אחרי שיחה עם בלוק על התנאים באולם ועל האסטרטגיה הכוללת של הרוצח ג'יימס הולמס, מטיל ספק באפשרות שמישהו בקהל הלום הגז, אפילו היה חמוש, יכול היה להתנגד. הנוכחים בקהל איבדו זמן יקר מפני שחשבו שמדובר בתרגיל יחצ"ני של הקולנוע או מפיצי הסרט.

מן הצד השני, ראש עיריית ניו יורק, מייקל בלומברג, הציע בתוכנית רדיו: "אולי הגיע הזמן ששני האנשים שרוצים להיות נשיאי ארה"ב יעמדו ויגידו לנו מה הם הולכים לעשות בעניין. כי ברור שזו בעיה במדינה כולה". [מאמר המערכת של ה"ניו יורק טיימס](http://www.nytimes.com/2012/07/21/us/shooting-at-colorado-theater-showing-batman-movie.html?_r=2&pagewanted=3&ref=opinion)" בעקבות הרצח מציב את הדרישה הזו במרכזו: "אין תירוץ להתעלם משוק הנשק שיצא משליטה".

מנגד, דן באום, עיתונאי וסופר שכותב על נשק, יוצא נגד עצם התעוררותו, שוב, של הדיון בהגבלות על נשיאת נשק. "בארה"ב, כשיש ירי המוני זה סיפור על נשק: איך אדם מופרע בברור יכול לקנות נשק; כמה נורא זה שיש אקדחים בשפע; איך אנחנו מוכרחים לאסור בחוק על סוגים מסוכנים במיוחד של נשק". תשוו את זה, הוא מבקש, "עם הסיקור והשיח אחרי [שאנדרס ברינג ברייוויק](http://www.haaretz.co.il/news/world/1.1181383) רצח שישים ותשעה אנשים באי אוטוויה בנורווגיה, לפני שנה בדיוק. אף אחד לא התמקד באקדח. בקושי הצלחתי להבין מכלי התקשורת באיזה נשק השתמש. אף אחד לא שאל 'איך הוא השיג אקדח' (...) נראה שכולם, אפילו בתקשורת האמריקאית, הבינו שזה סיפור על אדם מטורף, לא על האקדח שבו ירה. במקום להקים זעקה על האקדח שבו השתמש ברייוויק, הנורווגים ראו בטרגדיה כנקודת פתיחה בשיחה על עליית כוחו של הימין הקיצוני בארצם". לטענת באום, ההתמקדות בכלי הנשק מאפשרת לטאטא הצידה אמת כואבת: "אמריקה אלימה יותר מארצות אחרות מפני שאמריקאים אלימים יותר מבני ארצות אחרות".

**ב. מנגד, החוקה והיכולת להסתייע בה לביטול ממדי אפליה מושרשים וקשים - מדיניות ההפרדה הגזעית במדינות הדרום של ארצות הברית עד שנות החמישים והשישים; הפרדה בחינוך, בתחבורה הציבורית ועוד**

**מתוך הויקיפדיה:**

**פסק דין בראון נגד מועצת החינוך של טופיקה** (ב[אנגלית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A0%D7%92%D7%9C%D7%99%D7%AA): **(Brown v. Board of Education of Topeka**

הוא [פסק דין](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%A7_%D7%93%D7%99%D7%9F) [תקדימי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%A7%D7%93%D7%99%D7%9D) של [בית המשפט העליון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98_%D7%94%D7%A2%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F_%D7%A9%D7%9C_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA) של [ארצות הברית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA) משנת [1954](http://he.wikipedia.org/wiki/1954) אשר קבע כי [הפרדה על רקע גזעי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%93%D7%94_%D7%A2%D7%9C_%D7%A8%D7%A7%D7%A2_%D7%92%D7%96%D7%A2%D7%99) בחינוך הציבורי בארצות הברית הינה בלתי [חוקתית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%AA_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA). פסק דין זה ביטל את דוקטרינת "[נפרד אבל שווה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A0%D7%A4%D7%A8%D7%93_%D7%90%D7%91%D7%9C_%D7%A9%D7%95%D7%95%D7%94)" (separate but equal) שהייתה קיימת בארצות הברית למעלה מ־80 שנה, וקבע כי בתי ספר נפרדים אינם שווים מאחר שבתי ספר לשחורים בלבד [מפלים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%94) מעצם טבעם את השחורים לרעה.

מאז תום [מלחמת האזרחים של ארצות הברית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%9C%D7%97%D7%9E%D7%AA_%D7%94%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97%D7%99%D7%9D_%D7%A9%D7%9C_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA) וחקיקת [התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%9F_%D7%94-14_%D7%9C%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%AA_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA) האוסר על אפליה על רקע גזעי, בוצעה למעשה הפרדה בין גזעים באזורים שונים של ארצות הברית, בטענה כי ניתן לבני הגזע השחור יחס שווה, גם אם נפרד. משמעות יחס זה הייתה הפרדה מוחלטת במערכות החינוך, התחבורה, השירותים והרפואה בין השחורים ללבנים ב[מדינות הדרום](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A7%D7%95%D7%A0%D7%A4%D7%93%D7%A8%D7%A6%D7%99%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%AA_%D7%A9%D7%9C_%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%A7%D7%94) והפרדה פחות קפדנית במדינות הסמוכות לדרום. מדיניות זאת אושרה על ידי בית-המשפט העליון של ארצות הברית בשלהי המאה ה-19. פסק דין בראון הינו הידוע בסדרה של פסקי דין (כמפורט מטה) שבהם בתי המשפט אסרו על הפרדה זו באמצעות [אקטיביזם שיפוטי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A7%D7%98%D7%99%D7%91%D7%99%D7%96%D7%9D_%D7%A9%D7%99%D7%A4%D7%95%D7%98%D7%99).

ב־[1951](http://he.wikipedia.org/wiki/1951) הוגשה [תובענה ייצוגית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%A0%D7%94_%D7%99%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%92%D7%99%D7%AA) נגד מועצת החינוך של העיר [טופקה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%98%D7%95%D7%A4%D7%A7%D7%94) ב[קנזס](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A7%D7%A0%D7%96%D7%A1), בבית המשפט המחוזי הפדרלי של מחוז קנזס. התובעים היו 13 הורים לתלמידים שחורים מטופיקה. ההורים פנו לבית המשפט בדרישה שיורה על ביטולה של מדיניות ההפרדה הגזעית של מחוז טופיקה. במחוז טופיקה היו בתי ספר נפרדים לשחורים ולבנים בהתאם לחוק מדינת קנזס משנת [1879](http://he.wikipedia.org/wiki/1879) אשר אפשר למועצת החינוך לקיים מערכת חינוך נפרדת (אך לא חייב את מועצת החינוך לעשות כן).

ההורים שוכנעו על ידי הנהגת ה־[NAACP](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=NAACP&action=edit&redlink=1)  של טופיקה להגיש את התביעה. בראון שוכנע להגיש את התביעה בשם בתו, לינדה בראון, הלומדת בכיתה ג', ואשר נדרשה ללכת מרחק רב ביותר על מנת לעלות על [אוטובוס](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%95%D7%98%D7%95%D7%91%D7%95%D7%A1) אשר יקח אותה ל[בית הספר היסודי מונרו](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%94%D7%90%D7%AA%D7%A8_%D7%94%D7%94%D7%99%D7%A1%D7%98%D7%95%D7%A8%D7%99_%D7%91%D7%A8%D7%90%D7%95%D7%9F_%D7%A0%D7%92%D7%93_%D7%9E%D7%95%D7%A2%D7%A6%D7%AA_%D7%94%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9A&action=edit&redlink=1) - בעוד שבאותו מרחק הליכה היה בית ספר יסודי (בית הספר סמנר) אשר למדו בו רק לבנים....

בית המשפט המחוזי פסק כי מועצת החינוך פעלה כדין, בהסתמכו על [פסק דין פלסי נגד פרגוסון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%A7_%D7%93%D7%99%D7%9F_%D7%A4%D7%9C%D7%A1%D7%99_%D7%A0%D7%92%D7%93_%D7%A4%D7%A8%D7%92%D7%95%D7%A1%D7%95%D7%9F) ((1896) ‎163 U.S. 537) אשר קבע כי דוקטרינת "[נפרד אבל שווה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A0%D7%A4%D7%A8%D7%93_%D7%90%D7%91%D7%9C_%D7%A9%D7%95%D7%95%D7%94)" הינה חוקתית. שלושת השופטים אכן מצאו כממצא עובדתי כי חינוך השחורים בנפרד אכן פוגע בהם, אולם קבעו כי בתי הספר שווים מבחינת בניינים, תוכנית לימודים, והדרישות מן המורים .

### החלטת בית המשפט העליון

בית-המשפט עמד לדחות את התביעות השונות ולאשר את מדיניות ה"נפרד אבל שווה" ברוב של 5 נגד 4. ואולם, במהלך הדיונים נפטר נשיא בית-המשפט העליון דאז, ובמקומו מונה [ארל וורן](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A8%D7%9C_%D7%95%D7%95%D7%A8%D7%9F). וורן לא רק שאכזב את הפלג השמרני ובפרט את הנשיא [אייזנהאואר](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%93%D7%95%D7%95%D7%99%D7%99%D7%98_%D7%90%D7%99%D7%99%D7%96%D7%A0%D7%94%D7%90%D7%95%D7%90%D7%A8) שמינה אותו, באמצו את הגישה ליברלית ובהטותו את הכף לטובת קבלת התביעה, אלא שהוא הצליח לשכנע בכך גם את ארבעת חבריו השופטים, וכך הגיע בית-המשפט להחלטה [פה אחד](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%94_%D7%90%D7%97%D7%93). ב־[17 במאי](http://he.wikipedia.org/wiki/17_%D7%91%D7%9E%D7%90%D7%99) [1954](http://he.wikipedia.org/wiki/1954) קרא ארל וורן את החלטת השופטים והכריז כי **"חינוך נפרד הינו מפלה מטבעו"**. מבחינה משפטית פסק הדין הקצר נדרש, באופן מהפכני, לתאוריות מתחום [מדעי החברה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%93%D7%A2%D7%99_%D7%94%D7%97%D7%91%D7%A8%D7%94) וה[פסיכולוגיה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9C%D7%95%D7%92%D7%99%D7%94) כדי לקבוע כי עצם ההפרדה יוצרת נזק ממשי בתדמיתו של התלמיד השחור, ולכן היא ממהותה בלתי שיוויונית, ומפירה את [התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%AA%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%9F_%D7%94-14_%D7%9C%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%AA_%D7%90%D7%A8%D7%A6%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA).

פסק דין בראון לא הביא מיידית לביטול ההפרדה בבתי הספר, ואף לא באתרים ציבורים אחרים כגון מסעדים ושירותים, באשר אלה הוחזקו על ידי אנשים פרטיים ולא היוו מוסדות ציבוריים. מניעת אפליה במוסדות פרטיים אירעה רק לאחר חקיקת [חוק זכויות האזרח של 1964](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%97%D7%95%D7%A7_%D7%96%D7%9B%D7%95%D7%99%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%90%D7%96%D7%A8%D7%97_%D7%A9%D7%9C_1964).

פסק הדין מכונה "**בראון א'**" משום ששנה מאוחר יותר ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק דין שני, המכונה "**בראון ב'**", שבו נקבע כי המדינות השונות חייבות לציית להחלטת פסק דין בראון "במהירות האפשרית". על אף החלטה זו לא בוטלה ההפרדה עד שנת [1970](http://he.wikipedia.org/wiki/1970) בחלק ממדינות הדרום, ואף בשנת [1971](http://he.wikipedia.org/wiki/1971) ([פסק דין סוואן נגד מועצת החינוך שארלוט מקלנבורג](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%A4%D7%A1%D7%A7_%D7%93%D7%99%D7%9F_%D7%A1%D7%95%D7%95%D7%90%D7%9F_%D7%A0%D7%92%D7%93_%D7%9E%D7%95%D7%A2%D7%A6%D7%AA_%D7%94%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9A_%D7%A9%D7%90%D7%A8%D7%9C%D7%95%D7%98_%D7%9E%D7%A7%D7%9C%D7%A0%D7%91%D7%95%D7%A8%D7%92&action=edit&redlink=1) - (1971) ‎402 U.S. 1) ובשנת [1974](http://he.wikipedia.org/wiki/1974) ([פסק דין מיליקן נגד ברדלי](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%A4%D7%A1%D7%A7_%D7%93%D7%99%D7%9F_%D7%9E%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%A7%D7%9F_%D7%A0%D7%92%D7%93_%D7%91%D7%A8%D7%93%D7%9C%D7%99&action=edit&redlink=1) - (1974) ‎418 U.S. 717) נאלץ בית המשפט העליון להתערב במקרים של הפרדה גזעית והסעת תלמידים אל מחוץ למחוזות חינוך באוטובוסים על מנת לבצע הפרדה על בסיס גזע.

פסקי דין נוספים ניתנו בשנים הבאות, ביטלו את ההפרדה כאי-שיוויונית בשורה ארוכה של תחומים נוספים, כמו תחבורה ציבורית, מבני ציבור ואפילו מגרשי גולף. למעשה, מאז פסק-דין זה, בכל המקרים בהם הוחלט על הפרדה על בסיס גזעי, מלבד במקרים של [אפליה מתקנת](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%94_%D7%9E%D7%AA%D7%A7%D7%A0%D7%AA), הפרדה זאת נקבעה כבלתי חוקתית.

## השפעות פסק הדין

לא כל המדינות [של ארה"ב] קיבלו את החלטת בית המשפט העליון במקרה בראון. ב[וירג'יניה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%95%D7%99%D7%A8%D7%92%27%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%94), הסנטור [הארי פ. בירד האב](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%94%D7%90%D7%A8%D7%99_%D7%A4._%D7%91%D7%99%D7%A8%D7%93_%D7%94%D7%90%D7%91&action=edit&redlink=1) אירגן התנגדות להחלטה ואף סגר את בתי הספר על מנת למנוע את ה[דה סגרגציה](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%93%D7%94_%D7%A1%D7%92%D7%A8%D7%92%D7%A6%D7%99%D7%94&action=edit&redlink=1). ב[ארקנסו](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A8%D7%A7%D7%A0%D7%A1%D7%95) סירב ה[מושל](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%95%D7%A9%D7%9C) לאפשר את ביטול ההפרדה עד שהנשיא, [דווייט אייזנהאואר](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%93%D7%95%D7%95%D7%99%D7%99%D7%98_%D7%90%D7%99%D7%99%D7%96%D7%A0%D7%94%D7%90%D7%95%D7%90%D7%A8), אף שהתנגד לפסיקה, החליט לשלוח חיילים של הצבא הפדרלי כדי לאכוף, בכוח, את ביטול ההפרדה (ראו [משבר ליטל רוק](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A9%D7%91%D7%A8_%D7%9C%D7%99%D7%98%D7%9C_%D7%A8%D7%95%D7%A7) (.

ב[עיר] טופיקה עצמה האקלים הפוליטי השתנה מיד לאחר ההחלטה של בית המשפט, ומועצת החינוך החליטה כבר באוגוסט [1953](http://he.wikipedia.org/wiki/1953) על דה סגרגציה בכל בתי הספר. בניין מנהל מערכת החינוך בטופיקה קרוי היום על שם מקילנלי בראנט, נשיא ה-NAACP בטופיקה אשר יזם את התביעה הייצוגית ו[בית הספר היסודי מונרו](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%94%D7%90%D7%AA%D7%A8_%D7%94%D7%94%D7%99%D7%A1%D7%98%D7%95%D7%A8%D7%99_%D7%94%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%9E%D7%99_%D7%91%D7%A8%D7%90%D7%95%D7%9F_%D7%A0%D7%92%D7%93_%D7%9E%D7%95%D7%A2%D7%A6%D7%AA_%D7%94%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%9A&action=edit&redlink=1) הוכרז ב־[26 באוקטובר](http://he.wikipedia.org/wiki/26_%D7%91%D7%90%D7%95%D7%A7%D7%98%D7%95%D7%91%D7%A8) [1992](http://he.wikipedia.org/wiki/1992) כאתר היסטורי לאומי המנוהל על ידי רשות הפארקים של ארצות הברית.

פרופ' [אהרן ברק](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%94%D7%A8%D7%9F_%D7%91%D7%A8%D7%A7) העיר על פסק דין זה: "הפסיקה החשובה ביותר של בית המשפט העליון האמריקאי במאה ה-20 היא בראון נגד מנהלת החינוך, 1954. הפסיקה הזאת סיימה את האפליה נגד שחורים בארצות הברית."‏] ארי שביט, אהרן ברק: אזרח מודאג, הארץ, 11.4.2008].

=-=

**חזרה לישראל, וחזרה קצרה אל הויכוח על החוקה הישראלית ובעיקר על הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל**

מה לדעתכם הדימיון ומה השוני בין מצב הדברים החוקתי בארצות הברית לבין זה שאצלנו?

יש כתיבה מבקרת שמגיעה מהוגי דעות ושופטים שמרנים בארצות הברית על מצב הדברים הנזכר בישראל. ראו להלן דיון בכך.

הלל סומר, "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם – לא רואים מכאן?" **הפרקליט** מט 523 (2007)

ברק מדינה, "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג 399 (2007)

**הקטעים להלן הם מתוך מאמרו של ברק מדינה:**

[...] אני מבקש להפריך ארבעה מיתוסים ביחס לביקורת שיפוטית בכלל, וביחס לעמדתו של אהרן ברק בפרט, המוצאים ביטוי בביקורות של בורק ושל פוזנר.

מיתוס אחד הוא כי אהרן ברק יצר חוקה למדינת ישראל, בבחינת יש מאין. יש בוודאי בסיס לסברה כי ההכרעה השיפוטית בדבר קיומה של חוקה התבססה על העמדה כי רצוי שלמדינת ישראל תהיה חוקה. אולם, בית המשפט לא קבע את תוכנה של החוקה, אלא רק הכיר בכוחה של הכנסת לעשות כן, במסגרת חקיקת חוקי יסוד. ההכרה אינה צופה פני עבר בלבד, אלא כוללת גם הכרה מפורשת בכוחה של הכנסת לשנות את חוקי היסוד. יש בוודאי מקום לוויכוח האמנם רצוי שלמדינת ישראל תהיה חוקה והאם רצוי להכיר בכוחה של הכנסת לכונן חוקה; אך הקביעה כי אהרן ברק, או בית המשפט העליון, "יצר" את החוקה היא חסרת בסיס.

מיתוס שני הוא בדבר "שלטון השופטים". לפיו, בתקופת כהונתו של ברק הפך בית המשפט העליון לגורם מרכזי בחיים הציבוריים בישראל, אשר מתווה את המדיניות של מדינת ישראל. המציאות שונה בתכלית. בפועל, כל ההכרעות החברתיות העיקריות בעשרים השנים האחרונות במדינת ישראל התקבלו, ללא יוצא מן הכלל, על-ידי הממשלה והכנסת, ללא מעורבות ממשית של בית-המשפט. בית-המשפט העליון אמנם מילא תפקיד חשוב מאד בשימור האתוס הדמוקרטי, בעיקר בתחום ההגנה על חירויות היסוד של הפרט וכן בהיבטים שונים של הגברת תקינות ההליכים הפוליטיים; אך מעורבותו בהכרעות הפוליטיות החשובות ובקביעת מדיניות אינה משמעותית.

מיתוס שלישי הוא בדבר אי הרלבנטיות של שיקולים מוסריים להכרעה השיפוטית. פוזנר טוען כי על השופט להבחין באופן ברור בין שיקולי צדק, הרלבנטיים לשם קביעה מהי התוצאה הרצויה, לבין שיקולים משפטיים, האמורים להכתיב באופן בלעדי את התוצאה הנכונה מבחינה משפטית. פוזנר טוען כי התפיסה המקובלת, לפחות בקרב השופטים בארצות-הברית, מבטאת אבחנה כאמור. כעניין אמפירי, זוהי טענה חסרת יסוד. בפועל, קיים מתאם מובהק בין עמדתם האידיאולוגית של שופטים לבין האופן בו הם מיישמים דוקטרינות משפטיות.

מיתוס רביעי הוא כי לאור המשקל המרכזי של שיקולי מוסר בהכרעות שיפוטיות, אקטיביזם שיפוטי הוא אנטי-דמוקרטי. בעניין זה אני מבקש לטעון, בראשי פרקים, כי טענה זו אינה מבוססת, הן ביחס להגדרת מהותה של דמוקרטיה בהתאם לבחינה מהי שיטת המשטר המקובלת במדינות אשר מקובל לאפיין אותן כדמוקרטיות; והן ביחס להגדרה המבוססת על ההערכה מהי שיטת המשטר הרצויה.

**1. המיתוס שלפיו אהרן ברק "יצר" חוקה לישראל**

חלק מרכזי בביקורות של בורק ופוזנר מכוון להכרעותיו של ברק כשופט. טענה אחת מכוונת ל"מהפכה החוקתית" – ההכרה בחוקי היסוד כבעלי מעמד חוקתי. בורק מסתפק בהקשר זה בציטוט מרשימה שפרסמה אוולין גורדון בג'רוזלם פוסט, בציינו כי "הטענה שלחוקי היסוד מעמד חוקתי המסמיך את בית המשפט הישראלי לבטל חקיקה סותרת היא 'מפוקפקת כשלעצמה, לאור העובדה שחוקי היסוד לא עברו כל הליך של אשרור חוקתי והתקבלו בידי רבע בלבד מחברי הכנסת'" וטוען כי משום כך, "'המהפכה החוקתית' של ברק אינה מתיישבת עם קביעתו [שלו] ... שלפיה 'בית המשפט מוסמך לפרש את החוקה, אך הוא אינו מוסמך לכונן חוקה'".[[24]](#footnote-25) פוזנר מכנה את חוקי היסוד, המבטאים לפי גישתו של ברק את החוקה של מדינת ישראל, בביטוי whole cloth, שמשמעותו דבר מופרך לחלוטין, חסר כל בסיס (pure fabrication)[[25]](#footnote-26) ומוסיף כך:[[26]](#footnote-27)

לישראל אין חוקה. יש לה "חוקי יסוד" שמחוקקת הכנסת, ושאותם השווה ברק לחוקה, בכך שקבע שהכנסת לא יכולה לבטל אותם. מדובר ברעיון מדהים: תארו לכם, שהקונגרס שלנו יחוקק חוק המאפשר לכל אזרח לשאת נשק בהיחבא, ובית המשפט העליון יקבע שלעולם אי אפשר יהיה לבטל את החוק. ורק רבע מחברי הכנסת הצביעו בעד החוקים הללו!

דברים אלה רצופים טעויות. למשל, אין זה נכון כי הכנסת אינה רשאית לשנות את חוקי היסוד וביחס למרבית חוקי היסוד אין נדרש לשם כך אפילו רוב מיוחד כלשהו. גם אין זה נכון כי רק רבע מחברי הכנסת תמכו בחוקי היסוד – מרבית חוקי היסוד התקבלו ברוב מכריע.[[27]](#footnote-28) בורק ופוזנר מתעלמים לחלוטין מן הדיון התיאורטי הנרחב – בפסיקה ובספרות האקדמית – ביחס לשאלה כיצד בכלל יש לזהות חוקה. הענקת סמכות מכוננת – הסמכות לחבר חוקה ולשנותה – לגוף המכהן גם כבית מחוקקים מקובלת בלא מעט דמוקרטיות,[[28]](#footnote-29) והטענה כי עצם העובדה שחוקי היסוד נחקקו על-ידי הכנסת (כמו גם העובדה שהחוקה מכונה אצלנו "חוק-יסוד") שוללת, מיניה וביה, את מעמדם כחוקה, אינה נכונה. הדברים מעידים גם על בורוּת ביחס להיסטוריה החוקתית המיוחדת של ישראל, שהרי, כידוע, האסיפה המכוננת, שנבחרה לחבר חוקה, החליטה זמן קצר לאחר היבחרה לכנות עצמה "הכנסת הראשונה" ולכהן גם כבית מחוקקים, ועם סיום תקופת כהונתה קבעה במפורש כי לכנסות הבאות יהיו "כל הסמכויות" שהיו מסורות לכנסת הראשונה.[[29]](#footnote-30)

בנוסף, בורק ופוזנר מתעלמים מן המציאות הפוליטית והחברתית בישראל, בהציגם את ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת ואת חוקי היסוד כחוקה כתפיסתו הפרטית של ברק. קיימת הסכמה רחבה כי הכנסת היא הרשות המכוננת, המוסמכת לכונן את החוקה, כפי שמעידים הדיונים הממושכים בנושא החוקה בוועדת "חוקה(!), חוק ומשפט" של הכנסת. הכנסת לא תיקנה את חוקי היסוד בתגובה להכרעתו של בית המשפט בדבר "מהפכה חוקתית" ונמנעה מלהגביל את כוחו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים. הפרקטיקה המקובלת בשנים האחרונות בכנסת היא כי יש לבחון את התאמתה של חקיקה מוצעת להוראות חוקי היסוד, מתוקף ההכרה בעליונות הוראות חוקי היסוד ביחס לחקיקה "רגילה".[[30]](#footnote-31) הכנסת גם קיבלה בהסכמה ברורה את הכרעותיו של בית המשפט בהן הוכרזה בטלותן של הוראות בחקיקה מחמת הפגיעה הנובעת מהן בהוראות חוקי היסוד.

... ניתן להסכים כי קל יותר, לפחות מבחינת הלגיטימציה הציבורית, להכיר בעליונות ובנוקשות של חוקה המנוסחת במסמך אחד שלם, שהתקבלה בהליך חגיגי, הכולל אישור מפורש של החוקה על-ידי רוב מכריע בקרב הציבור (אף שגם אז, ההצדקה אינה מובנת מאליה, למשל בשל הכבילה של הדורות הבאים להסדרים הקבועים בחוקה, בלא שהתקבלה הסכמתם לכך, באופן המנוגד, לכאורה לפחות, לעקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון עצמי).[[31]](#footnote-32) אולם, השאלה היא מהי המדיניות הרצויה בנסיבות כמו אלה הקיימות בישראל, שבהן מכירים בצורך בחוקה אך אין בנמצא מסמך שלם כאמור ואין סיכוי ממשי לקבלתו בעתיד הנראה לעין. ההכרה בחוקי היסוד כחוקה אמנם אינה התוצאה היחידה האפשרית מבחינה לוגית.[[32]](#footnote-33) היא תוצאה של בחירה בפרשנות אחת מבין כמה חלופות שכולן אפשריות מבחינה מילולית. בחירה זו מבוססת על ההערכה כי זהו המובן הטוב ביותר בהינתן מכלול שיקולי המדיניות הרלבנטיים.

הערכה זו מבוססת, ראשית על ההכרה בחשיבות של החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה לשם הבטחת כיבוד זכויות היסוד של האדם והגנה על עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ושנית, על ההכרה בכך שמוטב לבסס את הביקורת השיפוטית על חקיקה על הסכמה מפורשת של העם, ולו באמצעות נציגיו בכנסת. ההכרה בחוקי היסוד כחוקה מהווה פשרה ראויה בהקשר זה, בעיקר בשל שלושה מאפיינים מרכזיים של חוקי היסוד: ראשית, הם נקבעו על-ידי הכנסת, לה מסורה – לפי התפיסה המקובלת בישראל גם לפני ההכרזה השיפוטית על "המהפכה החוקתית" – הסמכות לכונן חוקה; שנית, יש בחוקי היסוד סממנים חוקתיים מובהקים (אף אם לא חד-משמעיים), בעיקר העובדה שהם מסדירים את סוגיות היסוד של המשטר, השימוש בלשון של עליונות על פני חקיקה רגילה, הכינוי "חוק-יסוד" שבכותרתם והשמטת שנת החקיקה שלהם והרוב המכריע בו התקבלו רובם; ושלישית, וזהו כאמור גורם שהוחמץ כליל על-ידי פוזנר, חוקי היסוד אינם נוקשים אלא ניתנים לשינוי, ברובם המכריע, ברוב רגיל, כך שהכבילה הנובעת מהכרה בהם כחוקה אינה כבילה חזקה.[[33]](#footnote-34) ... בנסיבות אלה, ההכרה השיפוטית בחוקי היסוד כחוקה ואכיפת הוראות החוקה ביחס לחקיקה של הכנסת, עמדה לה מסכימים כיום, כך נראה, כל שופטי בית המשפט העליון, היא קביעה סבירה בהחלט.[[34]](#footnote-35) כידוע, יש החולקים על עמדה זו, ובהם השופט חשין בדעת המיעוט שלו בפרשת **בנק המזרחי נ' מגדל**,[[35]](#footnote-36) וטיעוניהם עמם. אך חילוקי הדעות הללו עוסקים בשאלה האם ההכרה בחוקי היסוד כחוקה היא הפרשנות הראויה בהינתן מכלול שיקולי המדיניות הרלבנטיים. אין בחילוקי הדעות הללו כדי לשלול את הלגיטימיות שבעמדתו של הנשיא ברק, ואין בהם כדי להפוך אותה לחסרת בסיס מבחינה משפטית. בכל מקרה, בניגוד לטיעוניהם של בורק ושל פוזנר, אין מדובר כאן ביצירת חוקה על-ידי בית המשפט, אלא בהכרה בכוחה (הנמשך) של הכנסת לכונן חוקה.

**2. המיתוס בדבר "שלטון השופטים"**

אלכסיס דה-טוקוויל אפיין את הדמוקרטיה האמריקאית, כבר במאה התשע-עשרה, כחברה בה כל שאלה פוליטית מובאת, במוקדם או במאוחר, להכרעה שיפוטית.[[36]](#footnote-37) יש הסבורים כי תיאור זה נכון גם לישראל וכי ההכרעות החברתיות המרכזיות מתקבלות, בסופו של דבר, על-ידי בית-המשפט העליון.[[37]](#footnote-38) כאמור לעיל, זוהי טענה מרכזית של בורק ושל פוזנר כנגד ברק. בורק מאפיין את גישתו של ברק כמבטאת "שלטון [של] השופטים" ו- "רודנות שיפוטית" ומסכם בקביעה כי "בית המשפט הישראלי, ביומרתו לשלוט הן בחרב הן בארנק, עלול בהחלט להתגלות כרשות המסוכנת ביותר לזכויותיה הפוליטיות של האומה".[[38]](#footnote-39) פוזנר מחרה מחזיק אחריו, ומתאר את ברק כמי שיצר עוצמה שיפוטית אשר אפילו מרחיקי הלכת מקרב שופטי בית המשפט העליון האמריקאי לא העזו לחלום עליה ומכנה אותו, כאמור, רודן.

אני מבקש לכפור בטענה זו בדבר "שלטון השופטים". דרך פשוטה לבחון זאת היא באמצעות הערכה מה היה חלקו של בית-המשפט העליון בכל אחת מן ההכרעות החברתיות העיקריות שהתקבלו בישראל מאז שנות השמונים ועד ימינו, תקופת כהונתו של ברק. ברשימת ההכרעות הללו יכללו, למשל, התכנית הכלכלית של 1985, הרחבת ההתנחלויות, הפלישה ללבנון והנסיגה מלבנון, הסכמי אוסלו, מדיניות ההפרטה, הגדלת קצבאות הילדים והקיצוץ שלהן, תכנית ההתנתקות, מבצע חומת מגן, הקמת גדר ההפרדה, החלת מס רווחי הון, שינויים במדיניות ההגירה לישראל, המדיניות שננקטה במלחמת לבנון השנייה ועוד. כל ההחלטות הללו, ללא יוצא מן הכלל, התקבלו על-ידי הממשלה והכנסת, ללא מעורבות ממשית של בית-המשפט. בית המשפט לא יזם אף לא אחת מן ההחלטות הללו, הן לא התקבלו בעקבות החלטות שלו ואף לא בעקבות עתירות שהוגשו לבית המשפט. חלק מן ההחלטות אמנם נדון בבית המשפט לאחר שהתקבלו על-ידי המערכת הפוליטית, אך בכל המקרים (מלבד היבטים מסוימים ביחס לתוואי גדר ההפרדה וביחס למלחמה בטרור, כמפורט בהמשך) החליט בית המשפט שלא להתערב.

הדברים דומים ביחס למחדלים של ממשלות ישראל לדורותיהן, כגון: אי מניעת התרחבות הפערים בחברה והעמקת העוני, הימנעות מנקיטת צעדים למניעת הפליה על-ידי גורמים פרטיים כנגד אזרחים ערבים, עיכובים בהחלטות בדבר התפלת מים ומחזור אשפה, ועוד. גם כאן, התרומה של בית-המשפט (לטוב או לרע) לשינוי חברתי אינה ניכרת. כך, למשל, בית המשפט לא הורה לממשלה לנקוט במדיניות של העדפה מתקנת לשם התמודדות עם אי שוויון והיעדר ייצוג הולם למגזרים שונים בחברה (אלא הסתפק באכיפה של הסדרים של העדפה מתקנת שקבעו הכנסת והממשלה); בית המשפט לא הורה למדינה להקים בתי תמחוי או לממן תרופות מצילות חיים; הוא לא מנע הפליה בבידוק של אזרחים ערבים בשדה התעופה; והוא אף לא בחן כלל את החוקיות של אי גיוס ערבים לשירות בצה"ל.

דוגמא מובהקת למגמה זו היא הקמת ההתנחלויות. אף שקיימת הסכמה גורפת בקרב משפטנים כי הקמת ההתנחלויות בשטחים אינה חוקית (שכן אינה משרתת צורך צבאי, ולפיכך היא אסורה לפי הדין הבינלאומי החל בשטחים), בית-המשפט נמנע מלהכריז על כך.[[39]](#footnote-40) אפילו כאשר ההכרעה בסוגיה זו היתה נחוצה לשם בחינת הלגיטימיות של הקמת גדר ההפרדה בתוך השטח הכבוש, מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, לאור העובדה שתוואי הגדר נקבע לשם הגנה על תושבי ההתנחלויות, בחר בית המשפט להימנע מלהכריע בשאלת החוקיות של הקמת ההתנחלויות והמשך ההתיישבות בהן על-ידי אזרחים ישראלים.[[40]](#footnote-41) דוגמא שנייה היא מדיניות ההפרטה וצמצום הקצבאות. בית המשפט אמנם נכון היה לדון לגופן בעתירות הרבות שהוגשו בנושאים אלה, אך נמנע כמעט כליל מלהתערב, ולמעשה הותיר את ההכרעה בהן לזירה הפוליטית.[[41]](#footnote-42)\* דוגמא שלישית, אמנם פחות מובהקת, היא זו של דיני המשפחה בישראל. החלת דין הדתי בענייני נישואין וגירושין (דין תורה ביחס ליהודים), המבטא גישה פטריאכלית מובהקת, גורמת לאפליה חמורה נגד נשים, שאף אינן שותפות להליך קביעת הנורמות הדתיות ויישומן.[[42]](#footnote-43) בנוסף, עקב החלתם של האיסורים הקבועים בהלכה על האפשרות של אנשים מסוימים להינשא זה לזה (האיסור על נישואין של אדם יהודי עם מי שאינו נחשב יהודי לפי ההלכה ובאיסור המוטל על יהודים להינשא זה לזה בנסיבות שונות, ובכלל זה איסורים שונים המוטלים על כוהנים), נשללת מאזרחים רבים הזכות לנישואין מטעמים של איסורים דתיים, בניגוד לאמנות בינלאומיות בנושא.[[43]](#footnote-44) בית המשפט אמנם תרם רבות להכשרת דרכים עוקפות להסדר בלתי מוסרי זה (בעיקר, מכוח ההכרה בתוקפם של נישואין של ישראלים הנערכים בחו"ל, ובכלל זה בני זוג מאותו המין, ובזכויותיהם של "ידועים בציבור", וכן מכוח החלת סייגים שונים לתחולת הדין הדתי) ובכך הקהה במידה מסוימת את החומרה שבהחלת הדין הדתי. אולם לאורך השנים בחר בית המשפט להימנע מלהכריז על אי החוקיות של משטר זה והעדיף להותירה להכרעת הכנסת.[[44]](#footnote-45)

מיתוס האקטיביזם השיפוטי מבוסס על גרעין עובדתי, אך זהו גרעין מצומצם למדי. הוא כולל, בעיקר, מעורבות רבה יחסית בתחום תקינות ההליכים הפוליטיים (בעיקר הגבלות על כהונה בתפקידים ציבוריים של מי שחשודים כי עברו על החוק, איסור על כהונה תוך ניגוד עניינים, הטלת חובת פרסום של מידע המצוי בידי רשויות השלטון, החלת חובת הענקת זכות טיעון, הטלת חובת הנמקה וכדומה); והגנה על זכויות היסוד של האדם (למשל, ביטול ההחלטה למנוע את ההשתתפות בבחירות של רשימות ומועמדים מסוימים,[[45]](#footnote-46) אכיפת האיסור להפלות אזרחים ערבים בהקצאת קרקעות המדינה ואכיפת האיסור להפלות נשים בהקשרים מגוונים, הגנה רחבה על חופש הביטוי, איסור על שימוש באמצעים פוגעניים – לרבות עינויים – בחקירות של חשודים במעשי טרור, איסור לנקוט באמצעים צבאיים הגורמים לפגיעה "שאינה מידתית" באזרחים, ועוד). ההשפעה של פסיקתו של בית המשפט בתחומים אלה היא רבה יחסית, והיא מתבטאת לא אחת (אם כי לא באופן מלא) בריסון עצמי ניכר של רשויות השלטון, בהנחיית היועצים המשפטיים.[[46]](#footnote-47) אך הכרעות אלה רחוקות מן הייחוס של היומרה "לשלוט הן בחרב והן בארנק". בית המשפט נמנע באופן כמעט מוחלט מהתווית מדיניות, כך שההכרעות החברתיות העיקריות מתקבלות בישראל במסגרת הפוליטית, ולא על-ידי בית-המשפט.

חשוב להדגיש כי לבית-המשפט, ואהרן ברק בראשו, תפקיד מרכזי בטיפוח מיתוס האקטיביזם השיפוטי. ביטול הדרישה ל"זכות עמידה" והנכונות לבחון כל הכרעה שלטונית ולהעריך האם היא "סבירה" ו"מידתית" יוצרת רושם כאילו בית-המשפט הוא גורם מרכזי בפוליטיקה הישראלית. אך בפועל, הנטייה המובהקת של בג"ץ היא להימנע מלהתערב בהכרעות השלטוניות. בורק ופוזנר מבקרים את הנכונות של ברק לבחון כל סוגיה לגופה, בהתבסס על אמות המידה של "סבירות" ו"מידתיות", למשל ביחס לקביעת גובה הקצבאות שמשלמת המדינה לתושביה, ביחס להחלטה על שחרור אסירים לשם פדיון שבוים ואפילו ביחס לסבירות ההחלטה לפתוח במלחמה. אולם הם מתעלמים מן העובדה שהיקף הביקורת השיפוטית נקבע לא רק בהתאם לעצם הנכונות להחיל את מבחן הסבירות, אלא גם לפי האופן בו מוחל מבחן זה. בפועל, בכל המקרים האמורים הכיר ברק במתחם רחב מאד של סבירות, באופן שהותיר בידי רשויות השלטון מרחב בלתי מוגבל כמעט של שיקול דעת.[[47]](#footnote-48) יתר על כן, אף במקרים בהם בחר בית המשפט להתערב נותר בידי הכנסת הכוח להגיב לפסיקתו של בית המשפט, כמעט תמיד ללא צורך ברוב מיוחס לשם כך. הכרעותיו של בית המשפט אמנם נתפסות לעיתים כמבטאות הכרעה ביחס למכלול ההיבטים של החלטה שלטונית מסוימת, כך שדחייה של עתירה כנגד החוקיות של ההחלטה מתפרשת בציבור כקביעה כי מדובר במדיניות "נכונה" ו-"צודקת". אולם, תפיסה זו היא מוטעית, ומבטאת התעלמות מן ההכרה השיפוטית בקיומו של מתחם רחב של החלטות חלופיות שכולן סבירות (ולכן חוקיות).

דוגמא לפער בין מיתוס האקטיביזם השיפוטי לבין המצב בפועל היא הביקורת השיפוטית על פעילות צה"ל בשטחים. בג"ץ נכון היה לדון לגופן בכמעט כל העתירות שהוגשו כנגד פעילות צה"ל בשטחים, תוך בחינת הסמכות לנקוט באמצעים שונים והערכה האם הפעלת האמצעים היא "מידתית". אולם, בפועל הכשיר בית המשפט כמעט כל אמצעי שננקט על-ידי צה"ל במסגרת המאבק בטרור, תוך מתן פירוש מרחיב מאד (ושנוי במחלוקת) להוראות המשפט הבינלאומי. כך, למשל, בורק ופוזנר מזכירים את התערבות בג"ץ בקביעת התוואי של גדר ההפרדה, אך שוכחים לציין כי בג"ץ הכשיר את עצם הקמת הגדר בשטחים, מחוץ לשטח המדינה, בניגוד לעמדת בית הדין הבינלאומי,[[48]](#footnote-49) חרף הפגיעה הקשה הנגרמת עקב כך לאוכלוסיה הפלסטינית. באופן דומה, מרבים להזכיר את שלילת החוקיות של הנקיטה ב"נוהל שכן", אך אין מזכירים את ההכשר שניתן לאמצעים כגון הריסת בתים, הטלת עוצר, מעצר מינהלי, שלילת חופש התנועה, ועוד.

אני סבור כי בית-המשפט העליון בישראל ממלא תפקיד משמעותי מאד בעיצוב אופייה ודמותה של החברה בישראל כחברה דמוקרטית. אני מסכים גם כי המעורבות של בית המשפט בתחום המינויים למשרות ציבוריות היא רבה יחסית למקובל בדמוקרטיות אחרות. אולם, המעורבות של בית המשפט בקביעת מדיניות, בהכרעות חברתיות מרכזיות, היא מוגבלת מאד. זוהי בוודאי שאלה מעניינת, האם בית-המשפט יכול היה להוביל שינוי חברתי, למשל לכינון נישואין אזרחיים בישראל או לפינוי ההתנחלויות, והאם ראוי שיעשה זאת. אך בכל מקרה, התיאורים של בית המשפט הישראלי כמי שמתיימר לשלוט "הן בחרב הן בארנק" ושל ברק כרודן הם חסרי בסיס.

[... (המאמר ממשיך לדון בשני המיתוסים האחרים הנזכרים בתחילת הדברים)].

=-=

*אנא חשבו, לקראת הפגישה הבאה, על השאלה שלהלן.*

**יוזמה לשינוי המסגרת החוקתית של ישראל; יוזמה זו לא נתקבלה**

שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן, יזם בעת כהונתו את הצעת התיקון הבאה: **תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים).** חלק מההוראות העיקריות המוצעות כתיקון לחוק היסוד מושמעות להלן. יוזמה זו לא התקבלה.

**15א. [ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים]**

1. רשות שיפוטית לא תקבע כי חוק אינו תקף, זולת בית המשפט העליון, ובשל אחת מעילות אלה בלבד:
2. החוק פוגע בזכות שלפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא אינו עומד בתנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד האמור;
3. החוק פוגע בזכות שלפי חוק יסוד: חופש העיסוק, והוא איננו עומד בתנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד האמור;
4. החוק מאריך את תקופת כהונתה של הכנסת, שלא בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 9א לחוק יסוד הכנסת;
5. החוק לא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו, שנקבע בחוק היסוד.
6. קביעת בית המשפט העליון לפי סעיף קטן (א) תהיה בפסק דין שניתן בהרכב של תשעה שופטים, או בהרכב רחב יותר – אם קבע זאת נשיא בית המשפט העליון, ברוב של שני שלישים לפחות משופטי ההרכב.

**....**

(ז) בית המשפט העליון, בהרכב וברוב הקבועים בסעיף קטן (ב), מוסמך לקבוע כי חוק יסוד אינו תקף משום שלא התקבל ברוב הדרוש לקבלתו, והוראות סעיף זה יחולו; רשות שיפוטית לא תדון בטענה נגד תוקפו של חוק יסוד מכל טעם אחר.

(ט) "חוק יסוד" ו-"חוק" – לרבות הוראה בחוק יסוד

"רשות שיפוטית" – בית משפט או בית דין שיש להם סמכות שפיטה על-פי דין."

**15ב [תוקפו של חוק סותר]**

1. קבע בית המשפט העליון, לפי סעיף 15א כי חוק אינו תקף משום שהוא סותר הוראה בחוק יסוד כאמור באותו סעיף (בסעיף זה – חוק סותר), יעמוד החוק הסותר בתוקפו חרף הסתירה, אם קבעה הכנסת במפורש, בחוק שהתקבל בקריאה השלישית ברוב של חברי הכנסת, לאחר שהונח בפניה פסק דינו של בית המשפט העליון, כי החוק הסותר, יהיה תקף על אף האמור בפסק הדין, בשינויים או ללא שינויים.

**....**

(ג) קבעה הכנסת כאמור בסעיף קטן (א), יעמוד החוק הסותר בתוקפו, על אף החלטת בית המשפט העליון, ואולם אין בכך כדי למנוע מבית המשפט העליון לשוב ולהחליט בדבר תוקפו של החוק, לפי סעיף 15א לחוק יסוד: השפיטה, אחרי תום חמש שנים ממועד קביעת הכנסת.

לו הייתה מתקבלת יוזמתו של שר המשפטים פרידמן, מה היה משתנה במסגרת החוקתית של ישראל?

=-=

לפגישה הקרובה:

אנא קראו את העמודים שלעיל וחשבו על השאלות המופיעות בהם. השמטתי מקריאת החובה את מאמרו של ברק מדינה, המופיע בסילבוס. הבאתי בדפים שלעיל דברים מרכזיים משם. קראו את פס"ד **איתנית** המופיע בסילבוס. חשבו על השאלות העיקריות שנדונות בו. בתוך כך התמקדו בשאלה כיצד מופעלת "פסקת ההגבלה"?

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 18***

**החוקה הפורמאלית של ישראל (סיום הדיון)**

פסק דין מעניין וחשוב

בג"ץ  6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל** (2013)

השופט נ' הנדל:

1. מונחת לפנינו עתירה נגד חוקתיותו של סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 (להלן: חוק האסבסט). סעיף זה מכריז על השקת פרויקט לסילוק פסולת אסבסט מהגליל המערבי (להלן: הפרויקט). העתירה מופנית בעיקר כנגד חיובה של העותרת, חברת איתנית מוצרי בנייה בע"מ (להלן: איתנית), לשאת במחצית מעלויות הפרויקט, עד לסכום של 150 מיליון ₪.

2. [...] המוּדעות למסוכנותו של האסבסט הלכה והתפתחה עם השנים. כבר בראשית המאה ה-20 הצטבר מידע אודות שכיחותה של מחלת האסבסטוזיס בקרב עובדים שנחשפו לאסבסט. בהמשך דווח על ריבוי מחלות סרטן אצל עובדי אסבסט. בשנת 1976, לאחר בדיקה מקיפה של החומר המדעי, הכירה הסוכנות הבינלאומית לחקר הסרטן (IARC) באסבסט כחומר מסרטן לאדם באופן ודאי (Class I). מחקרים נוספים הצביעו על היווצרות סיכונים בריאותיים לא רק אצל עובדי אסבסט, אלא גם בקרב אלו המתגוררים בסמיכות למכרות אסבסט, וכן אצל קרובי משפחה של עובדי אסבסט...

4. [...] בדצמבר 2008 הופץ תזכיר חוק האסבסט. החוק ביקש לתת מענה למכלול ההיבטים הסביבתיים של מפגעי האסבסט בארץ. בין היתר כלל החוק סעיף מיוחד, שעסק בפרויקט לניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט. זהו סעיף 59 להצעת החוק, אשר התגלגל בסופו של דבר לסעיף 74 בחוק המוגמר - הוא הסעיף שעומד בלב העתירה שלפנינו. להלן נעמוד ביתר הרחבה על החוק ועל הסעיף. בתמצית נאמר כי הסעיף הטיל על איתנית לממן מחצית מהפרויקט לסילוק פסולת האסבסט מהגליל המערבי. בנובמבר 2009 התקבל החוק בקריאה ראשונה, והועבר לטיפול ועדת הפנים והגנת הסביבה. נציגי איתנית נכחו אף הם בדיוני הוועדה, ושטחו את טענותיהם נגד ההסדר המוצע. במרץ 2011 אושרה הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית. [...]

5. ...סעיף 74 יוחד לטיפול במפגעי האסבסט שבגליל המערבי. זהו הסעיף בו מתמקדת, כאמור, העתירה שלפנינו. נביא כאן את לשון הסעיף:

(א) בסעיף זה -

"הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי" - פרויקט לאיתור, לסילוק ולהטמנה של פסולת אסבסט שמקורה במפעל לייצור אסבסט בגליל המערבי, שהוטמנה או פוזרה ברדיוס שאינו עולה על 15 ק"מ מהמפעל, למעט בקרקעות שבבעלות חברות אסבסט, בהיקף ובמתכונת שהורה עליהם השר בהתייעצות עם שר האוצר, ולעניין ההיבט התקציבי של הפרויקט - בהסכמת שר האוצר;

"חברות אסבסט" - חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי.

(ב) הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי ימומן מתקציב המדינה ומתשלומים שיעבירו חברות האסבסט, וכן מתשלומים שיעבירו רשויות מקומיות שבתחומן מתבצע הפרויקט (בסעיף זה - הרשויות המקומיות).

(ג) בקרן לשמירת הניקיון ינוהל חשבון נפרד שישמש למימון עלויות, ישירות או עקיפות, של הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי (בסעיף זה - החשבון הנפרד).

(ד) השר, בהסכמת שר האוצר, לאחר שנתן לרשויות המקומיות ולחברות האסבסט הזדמנות לטעון את טענותיהן, יורה על גובה הסכומים שיעבירו הרשויות המקומיות וחברות האסבסט לחשבון הנפרד, ועל מועדי תשלומם, ובלבד שהסכום הכולל שיעבירו חברות האסבסט יהיה שווה לסכום התשלומים הכולל שיועברו מתקציב המדינה ומהרשויות המקומיות יחד; ואולם הסכום הכולל שיעבירו חברות האסבסט כאמור לא יעלה על 150 מיליון שקלים חדשים.

(ה) בקביעת סכום התשלום ומועדיו לפי סעיף קטן (ד) ישקול השר בין השאר את היקף תקציב המדינה המיועד למימון כלל עלויות הפרויקט, את התקציב שהוצא בפועל, ולגבי הרשויות המקומיות - את זהות בעלי הזכויות בקרקעות שבהן קיים האסבסט, את השימושים הנעשים בקרקעות האמורות ואת היקף אחריותן של הרשויות לגביהן, וכן את מצבן הכלכלי של הרשויות המקומיות.

במילים אחרות, יוקם פרויקט לפינוי פסולת אסבסט שמקורה במפעל של איתנית, ואשר הוטמנה או פוזרה ברדיוס של עד 15 ק"מ מהמפעל. לעניין זה "פסולת אסבסט" כוללת אסבסט שפורק, נפגע או נשבר, וכן אסבסט שאינו בשימוש (הגדרות בסעיף 2). יצוין כי החוק אמנם לא נוקב בשמה המפורש של איתנית, אלא נוקט בניסוח כוללני - "חברות אסבסט" ו"מפעל לייצור אסבסט". ברם, כפי שיובהר להלן, אין מחלוקת כי החוק מכוון הלכה למעשה רק אל איתנית ואל המפעל שבבעלותה - היא החברה היחידה באזור הגליל המערבי שעסקה בייצור אסבסט. [...]

טענות הצדדים

6. איתנית טוענת, בתמצית, כי סעיף 74 פוגע בקניינה ובזכותה לשוויון, מבלי שיתקיימו תנאיה של פסקת ההגבלה.

הפגיעה בקניין מתבטאת בעצם השתת החיוב הכספי, ומתעצמת לנוכח זאת שמדובר באחריות רטרואקטיבית וחמורה ללא הוכחת אשם. הפגיעה בשוויון נוצרת משום שהעותרת הופלתה לרעה בהשוואה לגורמים אחרים - יבואני אסבסט, משתמשי הקצה ומזהמים עתידיים - אשר הופטרו באופן חלקי או מלא מאחריות לפסולת האסבסט.

הפגיעה בקניין ובשוויון איננה עומדת, כך נטען, במבחני פסקת ההגבלה. זו איננה פגיעה על פי חוק, משום שמדובר בחקיקה פרסונאלית. היא איננה לתכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל, משום שאיתנית נצבעה רטרואקטיבית בצבע של מפרת חוק, מבלי שהוכח כי היא זו שזיהמה בפועל את הקרקעות. ולבסוף, הפגיעה איננה מידתית: החוק איננו מקדם את התכלית שלהכוונת התנהגות והרתעת עבריינים, כך שאין קשר רציונאלי בין התכלית לבין האמצעי שנבחר. כמו כן ניתן היה לבחור באמצעים פוגעניים פחות, לדוגמא: לאפשר לאיתנית לבצע את הפרויקט בעצמה, או לקבוע את שיעור ההשתתפות במימון על פי מידת אחריותה. בין כה ובין כה, התועלת שיש בסעיף מתגמדת לנוכח הפגיעה שתיגרם לאיתנית. [...]

7. המדינה מדגישה כי סעיף 74 נועד לחול אך ורק על פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל של איתנית. אין מדובר במוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים, שנרכשו על ידי משתמשי הקצה ולאחר זמן פורקו והושלכו, אלא רק בפסולת אשר יוצרה על ידי איתנית.

המדינה מוכנה להניח כי החוק פוגע בקניינה של איתנית. ברם לא כך הוא באשר לפגיעה בשוויון: ספק אם יש מקום להחיל את זכות השוויון החוקתית על תאגידים, ובכל מקרה לא נפגעה כאן זכותה של איתנית לשוויון, שכן קיים שוני רלבנטי בינה לבין כל אחד מהגורמים האחרים שעליהם היא הצביעה.

על בסיס זה ממשיכה המדינה את הניתוח החוקתי. הפגיעה היא על פי חוק, אף אם מדובר בחוק פרסונאלי. הפגיעה היא לתכלית ראויה - הסרת מפגע סביבתי חמור בגליל המערבי. החוק מבוסס על עיקרון "המזהם משלם", אשר שואב את כוחו משיקולי יעילות, הרתעה וצדק. באשר לשאלת המידתיות, ישנו קשר ברור בין המטרה - ניקוי הגליל מפסולת אסבסט, לבין האמצעי - הקמת הפרויקט. האמצעי שנבחר הוא מתון, שהרי איתנית נושאת רק במחצית העלות ובכל מקרה עד לסכום של 150 מיליון ₪. ההצעה לפיה איתנית תפנה את השטח בעצמה נדונה זמן רב בין הצדדים, אך התבררה כלא יעילה ולא מעשית. ולבסוף, התועלת שיביא החוק (הסרת סיכונים בריאותיים מוכחים) עולה בהרבה על הנזק שייגרם, ככל שייגרם, לאיתנית.

דיון והכרעה

1. המשפט המשווה

[...] 11. [...] הפסיקה קבעה כי CERCLA מכונן משטר של אחריות קשיחה, או – בתרגום המקובל – אחריות חמורה (strict liability): אין נפקות לשאלה האם, ובאיזו מידה, יוצר המפגע הפר את חובתו לנהוג בזהירות סבירה או נשא באשמה כלשהי ביחס לסיכון שנוצר. דהיינו, במצב זה, יוצר המפגע יישא באחריות אף מבלי שהוכחה הפרה של חובת זהירות...

סטנדרט האחריות החמורה לא צמח על קרקע בתולה. במשפט המקובל, אחריות חמורה היא סטנדרט נזיקי נפוץ ביחס לפעילויות מסוכנות במיוחד...

... אמנם היו כאלו שתקפו את החקיקה בשל הטלת אחריות ללא אשם. אך התקבלה העמדה לפיה בבחירה בין פיזור העלות על כל החברה לבין פיזור העלות על הגורם המזהם - ידה של האפשרות השנייה על העליונה. זאת גם בשל הזיקה של הגורם המזהם לנזק שנגרם, כאמור, הן מבחינת יצירת הנזק והן מבחינת הרווח שהפיק ממנו.

מנקודת מבט אחרת, נשאלת השאלה מה התועלת הכלכלית בהטלת אחריות ללא אשם? היכן ההרתעה? תשובה לכך מצויה בהבחנה בין הפנמת עלויות לבין החצנת עלויות (cost internalization vs. cost externalization). לפי תיאוריה זו, מי שעוסק בחומר מזהם או שעלול לזהם - ייקח בחשבון את האפשרות שיחויב על פי אחריות חמורה. כדי לחסוך בעלויות עתידיות הוא ייזום מלכתחילה פעולות מחקר ופיתוח ניסיוניות כדי לייצר מוצר חסכוני וידידותי לסביבה, או לכל הפחות בעל פוטנציאל נזק קטן יותר. הגורם המזהם, שהוא בעל הידע והיכולת, מצוי בעמדה הטובה ביותר לנקוט צעדי מנע כאלו. על פי תפישה זו, דווקא אחריות חמורה עשויה לעודד הרתעה...

כפי שהוזכר, ה-CERCLA מטיל אחריות גם על מי שפיזר חומרים מסוכנים לפני כניסת החוק לתוקפו, על אף שפעולות כאלו היו מותרות בשעת עשייתן. החוק נאלץ להתמודד עם עובדות שכבר מצויות בשטח. גם בהקשר זה החוק האמריקאי לא ציין במפורש את האחריות הרטרואקטיבית. יוזכר גם כי בדין האמריקאי ישנה חזקה הניתנת לסתירה שדבר חקיקה איננו חל רטרואקטיבית, אלא אם ברור שכוונת המחוקק הייתה אחרת (*Landsgraf v. Usi Film Prods.*, 511 U.S. 244 (1994); *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998)). אלא שהפסיקה הכירה בתחולתו הרטרואקטיבית של ה-CERCLA, מתוך הבנה שזו הייתה כוונתו הברורה של המחוקק. כך נלמד מלשון החוק, מההיסטוריה שלו ומאופיים של מנגנוני התשלום שנקבעו בו [...]

14. לסיכום, הסקירה שהוצגה מצביעה על מרכיבים משותפים ושונים. בכל הקשור לאחריות החמורה שמוטלת על המזהם, נראה כי קיים סוג של קונצנזוס, ודאי בכל הקשור לחומרים מסוכנים מטבעם כגון אסבסט. אמנם יש מדינות שהבחינו במידת האחריות החמורה על פי מידת האשם. באשר לתחולה הרטרואקטיבית, עולה כי יש גישות שונות - אלה התומכות בתחולה רטרואקטיבית ואלו שמסתייגות ממנה. הנפקות של סקירה זו לענייננו תובהר בהמשך.

2. הניתוח החוקתי

15. עתה נפנה לבחינת חוקתיותו של סעיף 74 על פי הדין הישראלי. תחילה יש לעמוד על הזכויות שנפגעו לשיטת איתנית. לאחר מכן ניתן לדון בשאלה האם פגיעה זו, ככל שנגרמה ובהיקף שנגרמה, עומדת במבחני פיסקת ההגבלה של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

א. הזכויות הנפגעות

    (1) הזכות לקניין

16. הזכות לקניין מעוגנת במשפטנו בסעיף 3 ל[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm). זכות זו מוענקת אף לתאגיד (ראו: [בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%204885/03)(2) 14, בפסקה 41 לפסק דינה של השופטת בייניש ובהפניות לפסיקה ולמאמרים שם (2004)).

מוסכם על המדינה כי סעיף 74 פוגע בזכותה של איתנית לקניין. ממילא, אין צורך להרחיב בנקודה זו. אציין רק כי לשיטת איתנית הפגיעה בקניין מתבטאת לא רק בעצם החיוב הכספי שהוטל עליה, אלא גם בכך שמדובר לכאורה בחיוב רטרואקטיבי וללא בחינת האשם שדבק בה. לשני היבטים אלו של סעיף 74 אתייחס בהרחבה בהמשך.

    (2) הזכות לשוויון

17. טיעונה של איתנית מורכב משני נדבכים: האחד, שהיא נהנית מהגנה חוקתית על זכותה לשוויון. השני, שזכות זו נפגעה.

דא עקא, שהנדבך הראשון איננו פשוט כלל ועיקר. בישראל, ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון נגזרת מן ההגנה החוקתית על כבוד האדם. זאת משום שהזכות לשוויון איננה מפורשת בחוקי היסוד. זהו סוג של מודל ביניים, במובן זה שיש הכרה בפגיעה בשוויון רק בהקשר - שאמנם רחב הוא - של פגיעה בכבוד האדם. ביחס לאחרון אימצה הפסיקה מודל ביניים: ההגנה החוקתית מתפרשת לא רק על השפלה וביזוי, אלא גם על היבטים נוספים הקשורים בקשר ענייני הדוּק לכבוד האדם. ההשלכה לענייננו היא שההגנה החוקתית על השוויון נפרשת רק על אפליה שמביאה להשפלה ולביזוי, או על אפליה שקשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק ([בג"ץ 5427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%205427/02&Pvol=סא)(1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); [בג"ץ 6304/09](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%206304/09) לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 76 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה [פורסם בנבו] (2.9.2010)). בראייה זו, ניתן לומר כי קיים ספק בדבר הרחבת הזכות החוקתית לשוויון גם לאישיות משפטית שאיננה בשר ודם (השוו: [בג"ץ 4593/05](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%204593/05) בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא ברק [פורסם בנבו] (20.9.2006); [בג"ץ 956/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20956/06) איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת, עמ' 12 לפסק דינה של השופטת חיות [פורסם בנבו] (25.3.2007); עופר [סיטבון "על בני אדם, תאגידים](http://www.nevo.co.il/safrut/book/12636)  ומה שביניהם" קרית המשפט ח 107 (2009)).

במקרה שלפנינו אין צורך להכריע בסוגיה העקרונית של היקף ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון של תאגידים. הטעם לכך הוא שלפי השקפתי, אותה אפרט להלן, אין כאן כלל אפליה לרעה של איתנית. אגב, נדמה כי ניתן להציג מקרים בהם מימד האפליה או היעדר השוויון ביחס לתאגיד עשוי לדרוש דיון. אסתפק בשתי דוגמאות: האחת, חוק שמטיל מיסוי שונה על חברה בבעלות ערבים לעומת חברה בבעלות יהודים. גם אם המדינה תטען שהמיסוי יחול על התאגיד ולא על היחיד, עדיין אין להימנע מדיון בסוגיה. מקרה כזה קל יותר משום שהגם והאפליה מכוונת לתאגידים - היא מבוססת על יסודות שקשורים לבשר ודם. הדוגמא השנייה, והיא הרלבנטית לענייננו, היא לגבי תאגיד שטוען שמס מסוים מוטל רק עליו ולא על אף תאגיד אחר בארץ. הטענה ברורה ובולטת, ועשויה לגרור דיון. ברם הפגיעה, ככל שהיא קיימת, איננה בכבוד האדם בדמות החברה אלא בזכות הקניין. העמדה לפיה פגיעה בכבוד האדם איננה תופסת לגבי תאגיד, איננה פוטרת את המדינה מחובתה להתמודד עם הטענה שהחוק פוגע בקניין, גם אם הפגיעה הנטענת נובעת מטענת אפליה. ברי כי דיון בפגיעה בקניין הינו דיון בעל אופי אחר מדיון אודות פגיעה ישירה בשוויון. להשלמת התמונה יובהר כי המדינה רשאית לצלוח את הטענה בדבר פגיעה בקניין בשני אופנים לפחות: האחד - שאין כלל פגיעה, והשני - שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. באשר לענייננו, דעתי היא כי תשובת המדינה בנקודה זו היא מספקת אפילו אם נניח שיש לתאגיד זכות חוקתית לשוויון, והוא המצב גם אם נבחן את חוסר השוויוניות תחת המטרייה של פגיעה בקניין.

18. בהיבט אחד, איתנית טוענת לאפליה משום שיהיה עליה לשאת בעלויות הסילוק של פסולת שמקורה ביבואני אסבסט שהשליכו פסולת אסבסט. כן יהיה עליה לשאת בעלויות סילוק במקום גורמים שרכשו ממנה במשך השנים מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים, השתמשו בהם ולבסוף השליכו אותם. כמובן יש לכך השלכות כלכליות.

אלא שדין טענות אלו להידחות, לאור עיון בלשון החוק. "אוכלוסיית הפסולת" שעליה חל סעיף 74 היא פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל של איתנית. הגדרה זו ממעטת שני סוגי פסולת: (1) מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים - כגון צינורות ולוחות - שהועברו למשתמשי קצה ולאחר זמן פורקו, הושלכו ונהפכו בהדרגה לפסולת ("החריג הראשון"). (2) פסולת אסבסט שמקורה בתהליכי ייצור של גורמים אחרים, שאינם איתנית ("החריג השני"). שני חריגים אלו אינם נכנסים ל"אוכלוסיית הפסולת" שעליה חל סעיף 74.

ויובהר: מהחומר עולה כי גורמי המקצוע יכולים להבחין בנקל בין פסולת אסבסט שמקורה בתהליכי ייצור, לבין מוצרי אסבסט-צמנט מוגמרים שהושלכו לאחר שימוש (זהו החריג הראשון). [...]

הצטברות האינדיקציות הללו, יחד עם האמור לעיל אודות טיב הפסולת ושיטתיות הסילוק - מלמדים, להשקפתי, כי קמה מעין "חזקת הטמנה" נגד איתנית בהקשר של סעיף 74: חזקה שפסולת אסבסט בעלת סימני היכר אופייניים, שהוטמנה בטכניקות שיטתיות ובאופן מסודר, והכל בשטח מצומצם ומוגדר הסמוך למפעל - יצאה ממפעלה של איתנית. בל נשכח: זו איננה חזקה חלוטה, והיא ניתנת לסתירה. הלוא המחוקק קבע כי לאיתנית שמורה הזכות לטעון לפני השר, לגבי אזורים קונקרטיים, שהפסולת שם לא הגיעה ממפעלה (לפי ההסמכה שבסעיף 74(ד) לחוק, ובהתאם להוראות שהוציא השר - ראו לעיל בסעיף 5, והצהרת בא כוח המדינה בדבר תוכן ההשגה ופרשנות ההוראה הרלבנטית - עמ' 9 שורה 28 לפרוטוקול).

סיכומו של דבר, החוק מחייב את איתנית לשאת רק בעלויות הסילוק של פסולת תעשייתית שמקורה בתהליכי העבודה במפעל שלה. טענותיה של איתנית במישור זה לא יכולות להיות מופנות כלפי המחוקק, אשר קבע במפורש כי האחריות של איתנית מוגבלת רק לפסולת שלה. הטענות יהיו רלבנטיות לכל היותר במישור המנהלי, אם וכאשר יתעוררו ספקות בהפעלת החוק, כאמור לעיל, ולא במישור החוקתי המובהק שבו עסקינן כאן.

19. טענה מורכבת יותר היא ביחס למשתמשי הקצה, שקיבלו מאיתנית פסולת אסבסט והשתמשו בה לחיפוי קרקע. מבחינה אנליטית, טענתה של איתנית היא כפולה: ברובד אחד, היא צריכה לשלם בעוד שמשתמשי הקצה הופטרו מתשלום ישיר. ברובד נוסף, היא צריכה לשלם על פסולת שממנה נהנו גם משתמשי הקצה. בעיניי, התשובות לשאלה הראשונה פותרות למעשה גם את הקושי שמציבה השאלה השנייה. הנקודה העיקרית היא שיש שוני רלבנטי אשר מצדיק הבחנה בין משתמשי הקצה, שלא חויבו ישירות לשאת בעלות, לבין איתנית. יש לזכור כי לא כל הבחנה מהווה הפליה אסורה; הבחנה מוצדקת, שמתבססת על שוני רלבנטי, בדרך כלל לא תיחשב להפליה אסורה (ראו למשל עניין לה"ב, פסקה 77; [בג"ץ 10203/03](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2010203/03) המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 53 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה [פורסם בנבו] (20.8.2008)). לטעמי, יש שלושה הבדלים בין איתנית לבין משתמשי הקצה: מבחן הידע, מבחן השליטה ומבחן הרווח. כל אחד מהם כשלעצמו, לא כל שכן הצטברותם יחד, יוצרים שוני רלבנטי שמייחד את איתנית לעומת משתמשי הקצה, שמצדיק את ההבחנה ביניהם – על שני רבדיה.

ראשית, מהחומר עולה כי בתקופה הרלבנטית היה לאיתנית יתרון מידע בולט על פני משתמשי הקצה. יתרון זה בא לידי ביטוי, בעיקר, בהבנה המדעית שהייתה מצויה - או צריכה הייתה להיות מצויה - אצל איתנית כבר באותה עת, בדבר פוטנציאל הסיכון הבריאותי שיש בפסולת האסבסט. ודוק: אין הכוונה להטיל אשמה על איתנית, במישור הנזיקי או הפלילי. אדרבה, ההנחה הינה שהיא חייבת לשלם מכוח אחריות חמורה ולא על בסיס קביעה שהיא הפרה חובת זהירות. ואולם המיקוד הוא במודעות איתנית לפוטנציאל של הסיכון הטמון באסבסט, וזאת ביחס לגורמים אחרים - משתמשי הקצה, שאליהם היא מבקשת להידמות. הרלבנטיות של נושא המודעות תידון גם בהמשך. [...]

על דרך ההיקש, בדיני נזיקין יש משקל לא מבוטל לקיומם של פערי מידע בין צדדים. כך, למשל, חובת הגילוי של רופא למטופל יונקת את שורשיה מן ההנחה שבין הצדדים קיימים פערי מידע מובהקים, הגם שעומקם ורוחבם משתנים ממקרה למקרה (ראו לעניין זה: [ע"א 2342/09](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%202342/09) ג'ובראן נ' בית החולים משגב לדך [פורסם בנבו] (6.4.2011)). באופן דומה, היקף חובת הזהירות של סוכן הביטוח למול הלקוח תלוי, בין היתר, בשאלה האם מדובר בעניין שיש בו פערי מידע בין הלקוח לבין סוכן הביטוח או המבטח ([רע"א 5695/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא%205695/06) סייף נ' מרעי, פסקה 14 [פורסם בנבו] (21.9.2009)).

לאמיתו של דבר, השיקול בדבר פערי המידע בין איתנית למשתמשי הקצה איננו אלא חלק ממכלול רחב יותר. איתנית נבדלת ממשתמשי הקצה בכך שהמוצרים והפסולת יצאו מן המפעל שבבעלותה. עובדה זו מצביעה על השוני המהותי בינה לבין אותם משתמשי קצה: איתנית היא היצרנית של הפסולת. משתמשי הקצה היו לקוחותיה. מדובר בשתי קבוצות אוכלוסיה שונות, שההבחנה ביניהן מתבקשת. [...]

על פי הגישה הכלכלית למשפט, ברי כי איתנית ומשתמשי הקצה אינם באותו מעמד. זאת כנגזרת ממבחן הרווח. כפי שעולה מהפסיקה בחוץ לארץ, ובמיוחד מהפסיקה האמריקאית, נמצא צידוק לחיוב החברה המייצרת אסבסט לשאת בעלויות סילוק הפסולת בשל היותה יצרנית. היא, יותר מכל גורם אחר, הרוויחה מהפעולות שהביאו ליצירת המפגע המזהם. שיקול זה איננו רלבנטי רק מנקודת מבט כלכלית, אשר עשויה להצדיק את העברת הנטל הכספי להסרת המפגע אל כתפי היצרן, אלא גם מטעמי צדק והגינות. בראייה זו, לא מדובר באפליה נגד העותרת אלא דווקא בהשגת תכלית החוק - "המזהם משלם". לנקודה זו נחזור כאשר נבחן את שאלת התכלית הראויה שהינה, כידוע, אחר מהמבחנים של סעיף 8 ל[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm).

סיכומה של נקודה זו: בין איתנית לבין משתמשי הקצה היו קיימים פערי מידע, הן בפועל והן בכוח. יתירה מזאת, יש הבחנה ברורה בין איתנית - שהיא היצרן, לבין משתמשי הקצה. שוני זה משקף את ההבדל בין שני הגורמים במבחן השליטה, כמו גם במבחן הרווח. השילוב של כל אלו - ידע, שליטה ורווח - מקים, להשקפתי, שוני רלבנטי בין איתנית לבין משתמשי הקצה. מכיוון שכך, אינני סבור כי איתנית הופלתה לרעה לעומת משתמשי הקצה, כאשר הוטל עליה להשתתף במימון עד למחצית מהפרויקט לסילוק הפסולת. [...]

22. לסיכום חלק זה, מקובלת עלי טענת איתנית כי סעיף 74 פוגע בזכות הקניין שלה. אולם לדעתי יש לדחות את טענת איתנית לפגיעה בזכותה לשוויון, כזכות עצמאית או כחלק מהזכות לקניין, וזאת מן הטעמים שפירטתי לעיל. על בסיס מסקנות אלו אעבור לבחון את השאלה האם הפגיעה בזכות הקניין של איתנית עומדת בתנאי פסקת ההגבלה לפי סעיף 8 ל[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm), שכותרתו "פגיעה בזכויות":

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

ב. פגיעה בזכויות בחוק או לפי חוק

23. עמדת איתנית היא שהפגיעה האמורה בקניין (ובשוויון לשיטתה) איננה פגיעה בחוק או על פי חוק. זאת משום שאין מדובר בחוק כללי אלא חוק פרסונאלי, אשר מכוון כנגד נמענת ספציפית - היינו איתנית. לשיטתה, חוק שאיננו כללי – לא יכול להיחשב לחוק לעניין פסקת ההגבלה.

אין בידי לקבל את גישת איתנית. יוזכר כי על פי הפסיקה התיבה "בחוק... או לפי חוק" מבטאת מבחן פורמאלי, שעיקרו - האם הפגיעה בזכויות היסוד נעשתה בחקיקה ראשית או מכוח הסמכה בחקיקה ראשית ...

דבר החקיקה שעומד לדיון כאן הוא פרי עבודת הכנה ממושכת. לאחר שהתקבל בקריאה ראשונה עבר החוק לטיפול ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. הוועדה ישבה על המדוכה, והקדישה למעלה מעשר ישיבות לדיון בפרטי החוק. במהלך הדיונים נבחנה גם הסוגיה החוקתית, ואיתנית השמיעה ברמה את עמדתה - אך טיעוניה נדחו. משסיימה הוועדה את עבודתה אושר החוק בקריאה שנייה ושלישית ופורסם ברשומות. בראיה זו, לא ניתן לטעון שהתוצר שהתקבל איננו חוק. נראה כי טענותיה של איתנית כנגד אי-כלליותו של החוק - הן במובן מסוים חזרה על הטענות בדבר אפלייתה לרעה, טענות אליהן התייחסתי בהרחבה לעיל, ובמובן אחר טענות כנגד תכליתו הפסולה של החוק - טענות שאליהן אתייחס להלן. ושוב יוזכר: החוק לא נוקב בשמה של איתנית או בשם המפעל. תחת זאת מופיעים המונחים "חברות אסבסט" ו"מפעל לייצור אסבסט". אמנם נכון הוא, ועל כך אין מחלוקת, כי רק איתנית עונה על ההגדרות שבסעיף 74. עניין זה עשוי להגביר את הצורך לוודא שהחוק מידתי, ואיננו פוגע יתר על המידה בזכויות הקנייניות של איתנית. עם זאת, אין בנתון לפיו החוק בפועל מתייחס לאיתנית בלבד כדי להביא לכך שהחקיקה איננה "בחוק".

ג. לתכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל

24. מהי תכליתו של סעיף 74 לחוק, והאם תכלית זו הינה ראויה והולמת?

סעיף 1 מבהיר מהי תכליתו הכללית של החוק: לצמצם את מפגעי האסבסט בישראל. מכאן גם נגזרת התכלית הקונקרטית של סעיף 74: להקים פרויקט לסילוק פסולת האסבסט מן הגליל המערבי. בדברי ההסבר להצעת החוק, כמו גם בתשובת המדינה לעתירה זו, מתואר כיצד נוצר בגליל המערבי מפגע סביבתי חמור ובעל מאפיינים ייחודיים. כמות גדולה מאוד של פסולת אסבסט פוזרה או הוטמנה בעשרות רבות של אתרים. הפסולת בחלקה מוטמנת במעבה האדמה, ובחלקה משמשת כמצע לשבילים, לגינות פרטיות, לשטחים חקלאיים ועוד - והכל כאמור בעשרות אתרים שונים. על הסכנה שנשקפת מפסולת זו עמדתי בהרחבה לעיל, ואין צורך לחזור כאן על הדברים. תכליתו של סעיף 74, אפוא, היא להסיר או לצמצם ככל הניתן סכנה זו, אשר מבחינה מסוימת מהווה "פצצת זמן מתקתקת" שמאיימת על שלומם ובריאותם של רבים מתושבי האזור. אין ספק אפוא כי מדובר בתכלית ראויה וחשובה, ויפה שעה אחת קודם.

תכלית זו לא רק ראויה, אלא אף הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ...

בהיבט נוסף, תכליתו של סעיף 74 היא ראויה גם משום שהיא מגשימה את הזכות לבריאות והזכות לאיכות סביבה של תושבי האזור. ...

25. לטענת המדינה, תכלית נוספת מונחת בבסיס מנגנון המימון שנקבע בסעיף 74: עיקרון "המזהם - משלם". לאמיתו של דבר, אינני משוכנע כי עיקרון זה הוא אכן תכלית החוק, במובן של פסקת ההגבלה. ניתן לטעון כי מדובר בהצדקה למנגנון המימון שנבחר, ולא בתכלית של דבר החקיקה. לאמור: זו ההצדקה לאמצעי שנבחר להשיג את המטרה. על פי קו זה, עיקרון המזהם משלם חייב לעמוד תחת הביקורת של פסקת ההגבלה, אך זאת ביחס לסוגית המידתיות ולא לסוגית התכלית. אולם המדינה טוענת בצורה מפורשת כי לחוק יש גם תכלית של הגשמת עיקרון "המזהם משלם" (עמ' 9 לפרוטוקול). יוער כי אף לפי גישה זו התכלית של עיקרון "המזהם משלם" איננה עומדת לבדה, אלא משולבת עם התכלית הדומיננטית שהיא ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט.

כאמור, מסופקני אם עיקרון "המזהם משלם" הוא תכלית - ולוּ משנית - של החוק. ייתכן כי עמדה כזו, אשר משדרגת את האמצעי למעלה של תכלית, נועדה להעצים את הלגיטימיות של מנגנון התשלום שנבחר. אפשרות נוספת היא שהמדינה תפסה את השור בקרניו. דהיינו: מתוך מודעות לכך שהקושי מצוי במיוחד בעיקרון "המזהם משלם" ויישומו, סיווגה המדינה את העיקרון כתכלית משנית, תוך נכונות שהעניין יזכה לביקורת החוקתית הראויה. אך כפי שיובהר, אינני מוכן לקבל כי סיווג העיקרון כתכלית יפגע באיתנית וימנע ממנה את הבדיקה המידתית לגבי מנגנון התשלום שנקבע בסעיף 74. לצורך ההכרעה בעתירה זו, מוכן אני להניח - לשם שלמות הדיון - כי עיקרון "המזהם משלם" מהווה תכלית משנית של החוק במובן של פסקת ההגבלה. גישה זו תדרוש שהעניין ייבדק גם בביקורת הדוקה של מבחן המידתיות. בל נשכח כי מבחן התכלית הראויה איננו אלא דרישת סף (אהרן ברק מידתיות במשפט 297 (2010)). דהיינו: בהעדר קיומה של תכלית ראויה - החוק נכשל בבחינה החוקתית. דווקא בשל כך מבחן התכלית איננו מבחן ממצה. מבחן התכלית איננו בהכרח סוף פסוק אלא תחילת פסוק. המלאכה הקשה של הביקורת החוקתית עודה לפנינו. כפי שכתב הנשיא לשעבר ברק: "תהא זו טעות לעסוק בחוקתיות האמצעים במסגרת הבחינה של חוקתיות המטרה. יהא זה עיסוק 'מוקדם' מדי" (שם, בעמ' 299). אשר על כן, נדרשת תחילה התייחסות לשאלה האם עיקרון "המזהם משלם" הוא בגדר תכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל. דיון זה יתקיים בנפרד מהסוגיה האם עיקרון המזהם משלם ויישומו במקרה שלפנינו הינו מידתי, מאחר והוא מטיל חבות בלא אשם ובאופן רטרואקטיבי.

עיקרון "המזהם משלם" הוא פשוט: מי שיצר את הזיהום - יממן את סילוקו ויישא באחריות לנזקים שנגרמו ושייגרמו. עיקרון זה נובע גם משיקולי יעילות, מתוך הנחה שחיוב הגורם המזהם להפנים את עלויות הזיהום יביא אותו להפחית את היקף הזיהום למינימום ההכרחי. המטרה היא להפחית את כמות הפסולת המיועדת לסילוק, ולעודד את המזהם לנקוט אמצעי זהירות ולפתח טכנולוגיה "ירוקה". תפיסה כלכלית זו מוצאת עיגון כאמור ברעיון של הפנמת עלויות. לכך מצטרף גם שיקול של צדק, לפיו אין זה צודק שהגורם המזהם שהרוויח מפעולת הזיהום אך יסיט את העלויות אל כתפי הציבור ...

לסיכום, איתנית איננה חולקת על תכלית החוק ככל שמדובר בניקוי פסולת האסבסט בגליל המערבי: "זוהי מטרה חברתית ראויה" (ראו סעיף 107 לעתירה). הטענה המרכזית של העותרת היא נגד עיקרון "המזהם - משלם", ובעיקר בהיבט של חבות ללא אשם וחיוב רטרואקטיבי. בהקשר זה, איתנית מסתייגת מיעילות יישום הכלי של "המזהם משלם" ומחוסר הצדק שביישומו. אם כן, מתוך הנחה שהמזהם משלם הינה תכלית ראויה בשל תרומתה למאבק האקולוגי - עדיין יש לשאול האם מנגנון התשלום הוא מידתי. שאלה זו תכוון אותנו אל העיקר, והוא: הקביעה של אחריות חמורה ורטרואקטיבית.

ד. מידתיות

26. התנאי האחרון הקבוע בפסקת ההגבלה הוא שהפגיעה בזכות החוקתית המוגנת תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו תנאי המידתיות. הפסיקה הכירה בשלושה מבחני משנה, שבאמצעותם נבחנת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן התועלת מול הנזק (מידתיות במובן הצר).

בטרם ניגש למלאכה, יוזכר כי קריטריון המידתיות איננו מכתיב בחירה באמצעי אחד בלבד להגשמת תכלית החקיקה. ישנה קבוצה, אולי אפילו גדולה, של אמצעים, אשר כל אחד מהם כשלעצמו עשוי לעמוד במבחן המידתיות. האמצעים נבדלים זה מזה בכל הנוגע להיקף הפגיעה בזכות החוקתית, וכן באשר לאופן שבו הם מגשימים את תכלית החקיקה. כך נוצר מתחם מידתיות שבתוכו פועל המחוקק. יש למחוקק מרחב תמרון, והוא רשאי לבחור בין האמצעים השונים כל עוד הם מצויים בתוך מתחם המידתיות (השוו: [בג"ץ 2605/05](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202605/05) המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה בייניש [פורסם בנבו] (19.11.2009)).

    (1) קשר רציונאלי

27. על פי מבחן המשנה הראשון של המידתיות, יש לבדוק האם מתקיימת זיקה הגיונית בין תכלית החוק לבין האמצעי שנבחר להגשמתה. לעיל עמדתי על כך שלצורך הדיון יש לחוק שתי תכליות: ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט, והגשמת עיקרון "המזהם משלם". אלו הן התכליות. האמצעי שנבחר על ידי המחוקק הוא המנגנון של סעיף 74, ובפרט ההיבט המימוני שבו (אשר עומד בלב העתירה). נבחן את הקשר בין האמצעי שנבחר לבין כל אחת מהתכליות. [...]

(2) האמצעי שפגיעתו פחותה

30. באנו כעת בשערי מבחן המשנה השני של המידתיות. השאלה שעומדת לפנינו היא האם, מבין האמצעים שמגשימים את תכלית החוק, נבחר אותו אמצעי שפגיעתו בזכות הקניין של איתנית היא הפחותה ביותר. בניסוח אחר, נשאל: האם יש חלופה פוגענית פחות, שתגשים את תכלית החוק במידה דומה (השוו: [בג"ץ 10202/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2010202/06) עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, עמ' 12 [פורסם בנבו] (12.11.2012)).

בהקשר זה, איתנית מצביעה על שתי חלופות למנגנון שנקבע בחוק: האחת, "שיפוץ" האתרים בהם הפסולת משמשת כחיפוי לקרקע. השנייה, מתן אפשרות לאיתנית לבצע את פרויקט סילוק הפסולת בעצמה. נבחן כל אחת מהאופציות. [...]

32. נותרנו עם האפשרות השנייה: הסמכת איתנית לסלק את הפסולת בעצמה, במקום לשלם עבור הסילוק (אופציית "הביצוע העצמי"). דא עקא, העותרת לא עמדה ברף להוכיח כי אפשרות זו תשרת את תכלית החוק במידה נאותה.

משימת סילוק פסולת האסבסט נדונה בין הצדדים במשך תקופה ארוכה. הצעתה של איתנית לפנות בעצמה את הפסולת, באמצעות קבלן משנה מטעמה, עלתה אף היא על שולחן הדיונים. בתום כמה סבבים של משא ומתן - נדחתה ההצעה. בהקשר זה אפנה למכתב מפורט ומנומק שנשלח לאיתנית בנובמבר 2010 על ידי מר אושיק בן-עטר, סגן בכיר לחשב הכללי, ובו הודיעה המדינה לאיתנית כי הצעתה בדבר ביצוע עצמי של הפרויקט אינה בת ביצוע. מהמסמך עולה כי איתנית העריכה את עלות פרויקט הסילוק בכ-66 מיליון ₪, בעוד שהמדינה העריכה את הפרויקט בסכומים שנעו בין 166 ל-300 מיליון ₪ ואף למעלה מזה (ראו גם סעיף 120 לעתירה). מדובר בפערים משמעותיים, אשר מעוררים חשש שמא האומדן הנמוך שסיפקה איתנית יביא לכך שהיא לא תבצע את הפרויקט באופן מלא ומוצלח. לכך מצטרף גם הספק שמא יש לאיתנית, על פני הדברים, תמריץ נמוך לביצוע מיטבי של הפרויקט. זאת משום שאין לה כל ציפייה לרווח מעצם ביצוע הפרויקט, ואין לה כל תמריץ לבצע סקרים יסודיים ואיתור של כל האתרים המזוהמים.

איתנית טוענת כי לאחרונה היא השלימה פינוי של שטח מאסבסט בפיקוח המדינה, וכי עלות הסילוק הייתה נמוכה בכ-65% מהעלות המוערכת על ידי המדינה. המדינה, מאידך, טוענת כי הניסיון המצטבר עם איתנית בתחום זה איננו חיובי: המדינה מפקחת על עבודות של איתנית לשיקום אתרי הפסולת בשייח' דנון ובשלומי שנזכרו לעיל, וכן עבודות לפינוי פסולת אסבסט בשטחים נוספים. בעבודות אלה נתגלו ליקויים מקצועיים, אשר הובילו לעיכובים משמעותיים בביצוע.

אין בידי או בכוונתי להכריע במחלוקות העובדתיות הללו שהתגלו בין הצדדים, כאילו מדובר בסכסוך אזרחי או בעתירה מנהלית. הכרעה כזו איננה נדרשת למסגרת הנוכחית. עסקינן כזכור בביקורת חוקתית על סעיף 74 לחוק, לא בביקורת מנהלית או ערעורית. השאלה שלפנינו היא האם ישנו אמצעי חלופי, אשר יפגע פחות באיתנית תוך שהוא מגשים בבירור את התכלית שלשמה נחקק סעיף 74. בראייה זו, איתנית לא הרימה את הנטל המוטל עליה. לא שוכנעתי כי אופציית הביצוע העצמי - דהיינו, שאיתנית תבצע את העבודות לסילוק הפסולת - תביא להשגת המטרה שלשמה נחקק סעיף 74: ניקוי הגליל המערבי מפסולת האסבסט. אף הובא חומר שתומך בעמדת המדינה, או לפחות מראה את ההיגיון שבה.

33. נקודת המבט ששימשה אותנו עד כה היא על דרך השלילה: האם יש חלופות שיגשימו את תכלית החקיקה תוך פגיעה פחותה בזכויותיה של איתנית. האחרונה שמה דגש על כיוון זה. ברם ניתן לבחון את הסוגיה, במקביל, גם על דרך החיוב. מנקודת מבט זו, המנגנון שבחר המחוקק כולל בתוכו איזונים ובלמים אשר מצמצמים את הפגיעה שנגרמת לאיתנית. בהקשר זה יוזכרו חמישה אלמנטים: ראשית, איתנית תחויב לשלם לא יותר ממחצית מעלותו המשוערת של פרויקט הסילוק. מחצית, ואולי אף פחות, אך ודאי לא יותר. שנית, חיובה הכספי של איתנית לא יעלה בכל מקרה על 150 מיליון ₪. שלישית, מנגנון המימון שקבע המחוקק, יחד עם ההוראות המשלימות שפרסם השר, מבטיחים כי אין מדובר בקנס או בפיצוי. החיוב הכספי שהושת על איתנית ישמש לכיסוי (חלקי) של עלויות סילוק הפסולת בלבד. רביעית, פרויקט הסילוק בו עסקינן מוגבל לרדיוס של 15 ק"מ סביב המפעל. סעיף 74 איננו מחייב את איתנית להשתתף במימון סילוק פסולת אסבסט אם היא מצויה מחוץ לטווח זה. ולבסוף, ההוראות שפרסם השר יוצרות מנגנון בדיקה ובקרה, אשר יאפשר לאיתנית להשיג באופן פרטני על חיובה לשלם בגין מצבורי פסולת ספציפיים.

חמשת האלמנטים הנזכרים אינם בגדר השערה או פרשנות יצירתית. מדובר באיזונים ובלמים המובנים בתוך לשונו המפורשת של סעיף 74 וההוראות המשלימות אותו. הם מפחיתים את הפגיעה שתיגרם לקניינה של איתנית, תוך הגשמת התכלית הדומיננטית של ניקוי הגליל המערבי מפסולת אסבסט והתכלית המשנית של "המזהם משלם" (ככל שיש כזו).

(3) מידתיות במובן הצר

34. נותרנו, אפוא, עם מבחן המשנה השלישי והאחרון בביקורת החוקתית: מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה בודק את היחס הראוי "בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר החקיקה" ... זהו מבחן של נזק מול תועלת במישור החוקתי – תועלת חברתית מול פגיעה בזכות.

בפסיקה הובעה הדעה לפיה: "זהו מבחן החשוב ביותר מבין שלושת מבחני המשנה" ... כך או כך, אין זה מבחן סף. מקומו כמשוכה האחרונה במסע החוקתי מכוון אליו את הזרקור. על אף שכותרתו של מבחן משנה זה היא "מידתיות במובן הצר", אין הוא צר כלל ועיקר. הוא מהווה אתגר מיוחד לשופט. לתפיסתי, ודווקא בשל כך, מבחן זה עשוי להתפתח עם הזמן - לרבות קביעת כללים להבניית יישומו - יותר ממבחני משנה אחרים.

בכל מצב, במקרנו, ברי כי התועלת המופקת מן החוק רבה מאוד. לכן, יהיה ניתן לקבוע שסעיף 74 איננו חוקתי רק אם יימצא שהפגיעה בזכות הקניין של איתנית - הצד השני של המשוואה – היא בעוצמה כה גדולה, עד שתאפיל על התועלת.

סעיף 74, על החיוב הכספי שבו, פוגע בזכות הקניין של איתנית. מטיעוני איתנית עולה כי שלושה נדבכים מעצימים את הפגיעה: (1) החוק הוא פרסונאלי. (2) החוק מטיל אחריות חמורה. (3) החוק הוא רטרואקטיבי. ביחס לכל נדבך אציג תחילה את אופי הפגיעה הנטען, ואז אבחן את מימדיה האמיתיים: האם החוק חצה את הקו האדום החוקתי, ועל כן יש לעשות שימוש בנשק הלא-קונבנציונאלי של ביטול החוק; האם "הפגיעה היא כצעקתה" או שמא יש מרכיבים בחוק שממתנים אותה. באמצעות בחינה זו תתבצע ההשוואה החוקתית בין הנזק לתועלת.

חוק פרסונאלי [...]

אחריות חמורה

36. העותרת מצביעה על נדבך נוסף שמעצים את הפגיעה בקניינה: משטר של אחריות חמורה דה-פקטו. במילים אחרות, המחוקק הטיל על איתנית לשאת באחריות בגין פעולות הזיהום שביצעה בעבר, וזאת על אף שפעולות אלו על פני הדברים לא היו כרוכות באותה שעה בהפרה של חובת זהירות, ובכל מקרה לא התנהל לפני בית משפט הליך אזרחי בעניין אשר קבע אחרת. איתנית טוענת כי יסוד זה מחמיר את הפגיעה בזכותה הקניינית.

נכון הוא שעל פני הדברים אחריות חמורה מעוררת סימני שאלה ומזמינה עיון ובדיקה. אך במקרה דנן, להשקפתי, שלושה שיקולים מצמצמים - או מאזנים - את הקושי החוקתי הכרוך בהטלת אחריות חמורה. [...]

חוק רטרואקטיבי

[...] {כאן יש דיון חשוב מאד של השופט הנדל – נשוב לכאן בהמשך הקורס}

סיכום

[...]

התחנה האחרונה היא מבחן המידתיות במובן הצר. בהקשר זה חידדתי שלוש נקודות שעמדו בלב טענותיה של איתנית. בסוגית הכלליות, אין מחלוקת על כך שסעיף 74 לחוק מכוון באופן ספציפי כלפי איתנית לבדה (מלבד המדינה והרשויות המקומיות). אלא שההתמקדות באיתנית איננה רוח-עועים שתקפה את המחוקק, אלא פרי המציאות שנוצרה על ידי איתנית עצמה. הסעיף נועד לתת מענה למצב הייחודי שנוצר: מצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול, באזור גיאוגרפי מוגדר, שנוצרו באופן שיטתי על ידי גורם אחד דומיננטי - הוא איתנית.

בסוגיית האחריות החמורה, נכון הוא שעל פני הדברים מדובר במשטר נוקשה שמעורר סימני שאלה. אלא ששלושה שיקולים מצמצמים את הקושי. ראשית, טעמים כבדי משקל למשטר אחריות חמורה ובראשם שיקולי צדק והגינות, הרתעה והפנמת עלויות, כמו גם הקושי הראייתי במשטר של אחריות מבוססת-אשם. שנית, התמיכה בהטלת אחריות חמורה במדינות רבות באירופה, בארצות הברית ובמדינות נוספות. שלישית, מימד מסוים של צפיוּת עובדתית או ידיעה של איתנית אודות נזקי האסבסט (כמובן לא ברף נזיקי או פלילי).

ולסיום, בסוגיית תחולתו בזמן של החוק, מסקנתי היא כי החוק הוא בעל תחולה אקטיבית במובן הצר. הוא אמנם חל על מצב דברים קיים, אך אין זו תחולה אקטיבית במובן הרגיל: כל היסודות העובדתיים התגבשו במלואם בעבר, וסעיף 74 איננו מופנה כלל כלפי עתיד. בכל מקרה, אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לגמרי - אין זה שיקול מכריע, אלא רק שיקול נוסף במאזן החוקתי. בנקודה זו עמדתי על שלושה אלמנטים שממתיקים את "רוע הגזירה": ראשית, אלמנט הצפיוּת או הידיעה של הסיכון. שנית, היקף הסיכון. הנתון לפיו העדר טיפול בפסולת האסבסט - יותיר אזרחים רבים חשופים לפצצת בריאות מתקתקת. לא ניתן להשאיר את המצב על כנו. בתחרות בין הטלת התשלום על כתפי איתנית, לבין הטלת התשלום על כתפי הציבור - זיקתה של איתנית לפסולת בגדר היוצר והמרוויח מטה את הכף, או לכל הפחות מאפשרת זאת. ושלישית, התמיכה בהטלת אחריות רטרואקטיבית בארצות הברית ובמדינות נוספות (דוגמת ספרד ובריטניה).

אין להתעלם מהפגיעה בזכויותיה של איתנית, ומכך שהמחוקק יצר מתווה חדש. ברם, דעתי היא כי הפגיעה בזכויות החוקתיות של איתנית - כתוצאה מסעיף 74 - עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

אחרית דבר

42. כך מנהגו של הדין. הוא מאותגר על ידי המציאות המשתנה, אשר דורשת מהמחוקק למצוא פיתרון לסוגיות שמאיימות בדרך כזו או אחרת על החברה. כדי להשיג מטרה זו, לעיתים יש צורך לעצב חקיקה שנשענת על ראיה חדשה של עקרונות המשפט. כך היה גם בעבר, ונביא לכך מספר דוגמאות.

המשפט המקובל התקשה למצוא צידוק משפטי להטיל על אדם זר חובה לסייע לאדם אחר המצוי במצוקה. חרף זאת, בנסיבות מסוימות בהן גורמי ההצלה הרשמיים רחוקים מן השטח - חִייב הדין את הזר להציל. כך למשל בחובה להצלת חיים בים, שהוטלה על אוניות שעברו בסמוך ... דוגמא נוספת היא האפשרות להגיש תביעה ייצוגית: לנוכח החשש כי בהיעדר ניזוק עיקרי בסכומים של ממש ימשיכו מעוולים בהתנהגותם המזיקה עיצב המשפט את המכשיר הדיוני האמור, והוכרה האפשרות להגיש תובענה בשם קבוצת נפגעים גדולה. החידוש הוא הן מבחינת האפשרות המשפטית ליצור קבוצת תובעים, אשר חלקם המכריע כלל לא הביע עמדה בנושא, והן מבחינת ההשלכות הכלכליות גם על נתבע בעל מעמד איתן (ראו [חוק תובענות ייצוגיות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/999_586.htm), התשס"ו-2006). ...

רואים אנו כי החוק עבר תהליכים אבולוציוניים. כדי להתאים את הדין למציאות נחקקו חוקים, שעל פני הדברים סטו מכללי המשפט שהיו מוכרים ומושרשים עד אז. נדמה כי אף ענייננו, כחלק מהחקיקה הסביבתית החדשה בישראל, מצטרף לרשימה זו. פוטנציאל הנזק הגדול שטמון בפסולת האסבסט, על מורכבות העניין - מחייבים פיתרון שאיננו נע על הציר המקובל של אחריות נזיקית. ככלל, מציאת פיתרון לבעיה סבוכה איננה בהכרח פשרה משפטית במובן של ויתור. זו הדרך בה מתקדם המשפט. בד בבד, בתקופה חוקתית של הכרה בזכויות, תפקידו של בית המשפט לוודא כי הפיתרון שנבחר על ידי המחוקק עומד בסטנדרטים החוקתיים של פסקת ההגבלה. לא די בקיומה של בעיה כדי לפתוח את השער לכל פיתרון. המלאכה השיפוטית היא עדינה, אך חיונית. במשטר חוקתי, התקווה היא שאף המחוקק ינהג יותר בזהירות. הוא יהיה מודע לכך שחוקי היסוד מתבוננים מעבר לכתפו, "משגיח מן החלונות מציץ מן החרכים" (שיר השירים ב, ט). הוא יתאמץ לעמוד בביקורת החוקתית. תקווה זו איננה תמיד מתממשת. בענייננו, יש מרכיבים בסעיף 74 שמשקפים ניסיון של המחוקק לעמוד בדרישות החוקתיות. ניסיון זה צלח.

=-=

**סיכום חלקי של נושא החוקה הפורמאלית**

**יתרונותיה וחסרונותיה של חוקה/ יתרונותיה וחסרונותיה של ביקורת שיפוטית חוקתית** [דפי הפגישה הקודמת]

על חסרון ויתרון הטמונים **בחוקה האמריקאית**:

**א. התיקון השני לחוקה**

**ב. ההתמודדות עם האפליה הגזעית במדינות הדרום של ארצות הברית (מדיניות ההפרדה)**

**ג. פרשת מחנות המעצר לאמריקאים ממוצא יפני בחוף המערבי של ארה"ב במלחמת העולם השנייה**

=-=

**חזרה לישראל, וחזרה קצרה אל הויכוח על החוקה הישראלית ובעיקר על הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל**

הלל סומר, "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם – לא רואים מכאן?" **הפרקליט** מט 523 (2007)

ברק מדינה, "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג 399 (2007)

=-=

**יוזמה לשינוי המסגרת החוקתית של ישראל; *יוזמה זו לא נתקבלה/ לא מקודמת בשלב זה***

שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן, יזם בעת כהונתו את הצעת התיקון הבאה: **תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים).** חלק מההוראות העיקריות המוצעות כתיקון לחוק היסוד מושמעות להלן. יוזמה זו לא התקבלה.

**15א. [ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים]**

1. רשות שיפוטית לא תקבע כי חוק אינו תקף, זולת בית המשפט העליון, ובשל אחת מעילות אלה בלבד:
2. החוק פוגע בזכות שלפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא אינו עומד בתנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד האמור;
3. החוק פוגע בזכות שלפי חוק יסוד: חופש העיסוק, והוא איננו עומד בתנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד האמור;
4. החוק מאריך את תקופת כהונתה של הכנסת, שלא בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 9א לחוק יסוד הכנסת;
5. החוק לא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו, שנקבע בחוק היסוד.
6. קביעת בית המשפט העליון לפי סעיף קטן (א) תהיה בפסק דין שניתן בהרכב של תשעה שופטים, או בהרכב רחב יותר – אם קבע זאת נשיא בית המשפט העליון, ברוב של שני שלישים לפחות משופטי ההרכב.

**....**

(ז) בית המשפט העליון, בהרכב וברוב הקבועים בסעיף קטן (ב), מוסמך לקבוע כי חוק יסוד אינו תקף משום שלא התקבל ברוב הדרוש לקבלתו, והוראות סעיף זה יחולו; רשות שיפוטית לא תדון בטענה נגד תוקפו של חוק יסוד מכל טעם אחר.

(ט) "חוק יסוד" ו-"חוק" – לרבות הוראה בחוק יסוד

"רשות שיפוטית" – בית משפט או בית דין שיש להם סמכות שפיטה על-פי דין."

**15ב [תוקפו של חוק סותר]**

1. קבע בית המשפט העליון, לפי סעיף 15א כי חוק אינו תקף משום שהוא סותר הוראה בחוק יסוד כאמור באותו סעיף (בסעיף זה – חוק סותר), יעמוד החוק הסותר בתוקפו חרף הסתירה, אם קבעה הכנסת במפורש, בחוק שהתקבל בקריאה השלישית ברוב של חברי הכנסת, לאחר שהונח בפניה פסק דינו של בית המשפט העליון, כי החוק הסותר, יהיה תקף על אף האמור בפסק הדין, בשינויים או ללא שינויים.

**....**

(ג) קבעה הכנסת כאמור בסעיף קטן (א), יעמוד החוק הסותר בתוקפו, על אף החלטת בית המשפט העליון, ואולם אין בכך כדי למנוע מבית המשפט העליון לשוב ולהחליט בדבר תוקפו של החוק, לפי סעיף 15א לחוק יסוד: השפיטה, אחרי תום חמש שנים ממועד קביעת הכנסת.

לו הייתה מתקבלת יוזמתו של שר המשפטים פרידמן, מה היה משתנה במסגרת החוקתית של ישראל?

=-=

המשך לדפי הפגישה הקודמת שנגעו להפרטה: סוגיית המאבטחים הפרטיים ופעילותם בירושלים המזרחית;

וכן המשך לדפים שעסקו בזכות החוקתית בארצות הברית לאחוז בנשק. מה ניתן ללמוד מתוך ההשוואה לארצות הברית?

מתוך אתר האגודה לזכויות האזרח

**[תוצאת ה] עתירה נגד הפעלת מאבטחים פרטיים בירושלים המזרחית**

עודכן בתאריך:9 בינואר 2014

*מאבטחים בירושלים המזרחית*

**בג"ץ 8001/11 סיאם נ' ממשלת ישראל**

עו"ד: קרן צפריר

האגודה לזכויות האזרח ותושבים פלסטינים מירושלים עתרו לבג"ץ ב-31.10.11 בדרישה לשים קץ להפעלתם של מאבטחים פרטיים במימון משרד הבינוי והשיכון בירושלים המזרחית.

כ-350 מאבטחים שומרים כיום על כ-2,000 תושבים יהודים המתגוררים בעשרות מתחמים בלב שכונות פלסטיניות בירושלים המזרחית. משרד השיכון מתקצב את המערך בכ-76 מיליון ש"ח בשנה, על אף שאבטחה אינה אחד מתחומי סמכויות המשרד. המאבטחים, המוצבים בסילוואן, בעיר העתיקה ובשכונות נוספות ברחבי ירושלים המזרחית, פועלים ללא פיקוח הולם, מתוך תפיסת כלל התושבים הפלסטינים כאיום ביטחוני. ועדת בדיקה בראשות האלוף (במיל.) אורי אור המליצה כבר בשנת 2006 להפסיק את פעולתם של המאבטחים בירושלים המזרחית, אלא שהמלצה זו לא אומצה.

בעתירה נטען כי הפעלת חברת שמירה פרטית באמצעות משרד השיכון מהווה הפרטה לא חוקית של סמכויות המשטרה והתפרקות של המדינה מחובתה להגן על כלל התושבים ללא אפליה. התוצאות של מדיניות לא סבירה ומפלה זו הן פגיעה בלתי מידתית בזכויות האדם של התושבים הפלסטינים, עד כדי סיכון חיים. מירי חי של מאבטחים נהרג עד היום תושב פלסטיני אחד, וכמה תושבים נפצעו.

**עו"ד קרן צפריר מהאגודה לזכויות האזרח**: "התושבים היהודים זכאים להגנה, אבל כך גם שכניהם הפלסטינים. להבדיל ממשטרה, שאחראית על שמירת הסדר הציבורי ואמורה לפעול לטובת כלל התושבים וללא אפליה, המאבטחים החמושים של המתנחלים בירושלים המזרחית, הממומנים מכספי משלמי המסים, מחויבים אך ורק להגנתו של צד אחד במציאות המתוחה הזו."

בתגובתה לעתירה טענה המדינה כי יש להותיר את המצב על כנו. שבעה תושבים יהודים המתגוררים בשכונות ירושלים המזרחית ביקשו להצטרף כצד להליך. בחודש דצמבר 2012 התקיים הדיון הראשון בעתירה, ובעקבותיו הוציא בג"ץ צו על תנאי, המורה למדינה לנמק מדוע משרד הבינוי והשיכון הוא האחראי להפעלת המאבטחים, ולא המשרד לביטחון פנים. כמו כן התבקשה המדינה לשקול שוב את הגדרת סמכויותיהם של המאבטחים.

בדיון שהתקיים ביום 7.1.2014 הבהירו שופטי בג"ץ כי אין בכוונתם להביא לביטול העסקת המאבטחים בירושלים המזרחית, והמליצו לעותרים למשוך את העתירה. בעקבות זאת הגישו העותרים בקשה למחיקת העתירה.

=-=

**מחר נכנסות לתוקף [הנחיות] חדשות; האם המאבטחים יפקידו את הנשק בתום המשמרת?**

עודכן בתאריך:26 באוגוסט 2013

 לאחר מאבק ציבורי, מחר (27.8.2013) ייכנסו לתוקף [ההנחיות] החדשות של המשרד לביטחון פנים, המחייבות מאבטחים נושאי נשק להפקיד אותו בסיום המשמרת. בעשור האחרון נרצחו למעלה מ-30 בני אדם מירי בנשק ששימש לאבטחה.

לאחר מאבק ציבורי מתמשך של קואליציית "[**האקדח על שולחן המטבח**](https://www.facebook.com/pages/%D7%94%D7%90%D7%A7%D7%93%D7%97-%D7%A2%D7%9C-%D7%A9%D7%95%D7%9C%D7%97%D7%9F-%D7%94%D7%9E%D7%98%D7%91%D7%97/160175817353648?fref=ts)", ובעקבות ריבוי מקרי הרצח מידי אנשים שהועסקו כמאבטחים ועשו שימוש בנשק שניתן להם ממקום עבודתם, נוסחו מחדש הנחיות המשרד לביטחון פנים בנוגע לנשק חברות אבטחה. בסוף יולי 2013 הודיע המשרד לביטחון פנים כי החל מה-27.8.2013 ייכנסו לתוקפן הנחיות המחייבות את אפסון הנשק בתום המשמרת בבתי עסק דוגמת בתי מלון, בנקים או קניונים.

 אף כי החוק מחייב מאז שנת 2008 את חברות האבטחה להגביל את הימצאות הנשק לאזור המאובטח ולצורך האבטחה בלבד, בפועל החוק לא נאכף. בעקבות הלחץ הציבורי ושרשרת מקרים של רצח בנשק אבטחה, האחרון שבהם הוא רצח עוה"ד נתן ז'ורנו ובתו ימית ז'ורנו, קיימה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בראשות ח"כ מירי רגב סדרה של דיונים בנושא, ואילו המשרד לביטחון פנים קיים עבודת מטה שהובילה להנחיות החדשות.

על אף הסמיכות לפתיחת שנת הלימודים, **ההנחיות אינן נוגעות למוסדות חינוך** בשל המאפיינים המיוחדים להם, שאינם מאפשרים הפקדת כלי נשק בתחומם. בנושא זה, מסר המשרד לביטחון פנים, נערכת עבודת מטה שמטרתה למצוא פיתרון הולם. על פי הערכות, מדובר בכ-5,000 מאבטחים שימשיכו לקחת הביתה את כלי הנשק שניתנים להם לצורך העבודה.

לקראת כניסת ההנחיות לתוקף, פנה ארגון חברות האבטחה אל המשרד לביטחון פנים בבקשה לדחות את מועד כניסת ההנחיות לתוקף, בטענה שהחברות אינן ערוכות. מנכ"ל ארגון חברות האבטחה, **פיני שיף**, אף [הזהיר](http://www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.2101967) כי אם הדחייה לא תתאפשר, המאבטחים יעבדו ללא נשק.

בישראל רשומים כ-290 אלף כלי נשק אזרחיים. מתוכם כ-160 אלף כלי נשק פרטיים מוחזקים בידי הציבור ועוד 130 אלף שייכים לארגונים כמו חברות שמירה, סוחרי נשק, מטווחים ויישובים. כ-43 אלף כלי נשק נמצאים בידי חברות השמירה המעסיקות 34 אלף מאבטחים. [...]

http://mops.gov.il/fire\_arms/pages/depositingfainworkingplace.aspx

מתוך אתר המשרד לבטחון-פנים:

**יישום מדיניות השר לביטחון הפנים לעניין הפקדת כלי היריה במקום העיסוק**

06/06/2013

**הוראת השר לביטחון הפנים, יצחק אהרונוביץ' - על הגורמים המוסמכים לפעול להפקדת כלי יריה המוחזקים בידי מאבטחים ושומרים בחברות שמירה ובארגונים אחרים, במקום העיסוק**

במסגרת מדיניות השר והמשרד לביטחון הפנים בנושא כלי יריה ולנוכח אירועי ירי חריגים בעת האחרונה, בהם קיפחו את חייהם אזרחים חפים מפשע, הורה באחרונה השר לביטחון הפנים, יצחק אהרונוביץ' על הגורמים המוסמכים לפעול להפקדת כלי יריה המוחזקים בידי מאבטחים ושומרים בחברות שמירה ובארגונים אחרים, במקום העיסוק.

מנכ"ל המשרד לביטחון הפנים, מר רותם פלג קיים היום, יום ה' ה-06/06/13, כנס בהשתתפות נציגי הרשות המוסמכת - האגף לרישוי כלי יריה, בראשות יעקב עמית; נציגי חטיבת אבטחה במשטרת ישראל, ראש חטיבת אבטחה, תת-ניצב אמיתי לוי, ובהשתתפות נציגי חברות האבטחה וענפי המשק בהם קיימת אבטחה חמושה. הכנס התקיים בהמשך לכנסים מקצועיים שמתקיימים בהובלת חטיבת האבטחה במשטרת ישראל.

בכנס הועברו למשתתפים המלצות והנחיות של הרשות המוסמכת - האגף לרישוי כלי יריה ומשטרת ישראל -  בנושא ומידע הנחוץ לצורך היערכותם ליישום מדיניות השר.

להלן עיקרי ההנחיות:

* איסור הוצאת כלי יריה על-ידי מאבטחים או שומרים אל מחוץ למקום העבודה, למעט מקרים חריגים, באישור הרשות המוסמכת, ורק במקרים שבהם תותקן בבית המאבטח/שומר כספת בהתאם למפרט הטכני המאושר
* קביעת סידורי אחסון ממוגנים לכלי היריה המצויים בידי מאבטחים, באתרים המאובטחים, או במחסני חברות האבטחה/שמירה בהתאם להנחיות המשטרה
* צמצום סוגי המשימות/יעדי האבטחה, אשר יחייבו אבטחה חמושה.   
  בימים אלה משטרת ישראל נמצאת בשלבי גיבוש אחרונים של תפיסת האבטחה החמושה.

**בהתאם להוראת השר, יכנסו ההנחיות שפורטו לעיל לתוקף החל מתאריך – 27 אוגוסט 2013.** [...]

=-=

**המשך לדיון כיתה בפגישה הקודמת ומבוא לדיון בפגישה הבאה בכנסת ובתפקידיה**

**[אנא שימו לב כי הקטע להלן, כמו גם הקטע שחולק בפגישה הקודמת, הם סקירה ופרשנות עיתונאית. זאת להבדיל מניתוח המופיע בפסק דין (לאחר חקירה מדוקדקת של הראיות) או בספרות אקדמית. קונקרטית, שימו לב כי המדובר בחשדות בלבד.**

**תכלית חומר הקריאה היא להבין מעט טוב יותר את תפקידו של המשפט הציבורי בהתמודדות עם חששות כאלה ואחרים, בין היתר בנושאים של שוויון, הקצאת כספי ציבור, ומנגנוני פיקוח/בקרה שונים: פיקוח פרלמנטרי, פיקוח פנים-ממשלתי (בירוקרטי: בדמות חשבים ויועצים משפטיים של משרדי הממשלה הבוחנים כי נקבעו קריטריונים וכי הם ענייניים ושוויוניים, ושקופים), וכן פיקוח משפטי (היועמ"ש ובתי המשפט).]**

**חצי מיליארד שקל הועברו במחשכים**

הממשלה העבירה כחצי מיליארד שקל - בלי דיווח שקוף וברור על יעד הכספים

* 07:14
* 31.12.2014
* מאת: [**מירב ארלוזורוב**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.480), דה-מרקר/הארץ

לפני שבוע, זמן קצר לפני שנודע על החקירה נגד ראשי מפלגת ישראל ביתנו, [התחוללה סער](http://www.themarker.com/news/1.2519557)ה בישיבת ועדת הכספים של הכנסת. מחוללת המהומה היתה שוב [ח"כ סתיו שפיר ממפלגת העבודה](http://www.themarker.com/news/1.2506533), וחצי הביקורת שלה כוונו שוב נגד שניים — יו"ר ועדת הכספים, ח"כ ניסן סלומינסקי מסיעת הבית היהודי, ונציגי אגף התקציבים במשרד האוצר. סיבת המהומה הפעם היתה ההעברות התקציביות הרבות של סוף השנה. לבעייתיות הרגילה של ריבוי ההעברות האלה בשבועות האחרונים של השנה נוספה הפעם הרגישות המיוחדת של תקופת בחירות.

החשד של חברי הכנסת מהאופוזיציה שמא הממשלה מנצלת את העברות סוף השנה לקניית קולות פוליטיים, זכה לאישור לכאורה לנוכח הבקשה החריגה לאשר [העברה של 13 מיליון שקל](http://www.themarker.com/news/1.2517510) לבניית מרכז מבקרים באזור התעשייה ברקן שבשטחים.

שפיר, בדרכה הלא דיפלומטית, הטיחה בסלומינסקי כי הוא שיקר כשאמר כי היועץ המשפטי לממשלה אישר את העברת הכסף בתקופת בחירות (סלומינסקי הודה בהמשך שטעה, והתנצל על כך) — ואמרה כי מדובר בהעברה תקציבית ש"מטרתה לסייע לחבריך בפריימריס". יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, השופט סלים ג'ובראן, עצר בהמשך את העברת הכספים ודרש תשובות אישיות על כך מסלומינסקי ומראש הממשלה, בנימין נתניהו.

**הפתח המושחת היה אמור להיסגר**

האירוע של מרכז המבקרים בברקן אינו קשור, ככל הידוע, [לחקירות נגד ישראל ביתנו](http://www.themarker.com/law/1.2523072) — אבל ייתכן בהחלט שהוא קצה חוט בולט לפרשה. הכסף שהיה אמור לעבור למרכז המבקרים מעלה חשד לכסף קואליציוני — והכספים הקואליציוניים משחקים, כנראה, חלק מרכזי בחשדות נגד בכירי ישראל ביתנו.

רק שיש כאן בעיה אחת: לכאורה לא אמורים להיות יותר כספים קואליציוניים, לפחות לא בצורה כזאת של העברה פרטנית לגוף מסוים. הפתח המושחת של כספים אלה לא היה אמור להתקיים יותר. במשרד האוצר, אגב, טוענים שההעברה לברקן אינה העברה קואליציונית, אלא כסף שמשרד התיירות (שנמצא בשליטת ישראל ביתנו) ביקש להעביר במסגרת תקצוב רגיל.

באוצר לפחות גאים בחסימת הפתח של ההסכמים הקואליציוניים השנה, בעקבות החלטה היסטורית של שר האוצר לשעבר, יאיר לפיד, להכשיר את הכספים הקואליציוניים. לפיד בחר להלבין את השרץ — להכניס את הכספים הקואליציוניים באופן רשמי לתקציב המדינה, במסגרת החלטת הממשלה על אישור תקציב 2015. בכך, לכאורה, הכספים הקואליציוניים אמורים להיהפך שקופים, גלויים ופתוחים לביקורת ציבורית.



**לקח מפרשת דרעי**

אך לטענה כי הכספים הקואליציוניים הולבנו באמצעות שקיפות תקציבית אין אחיזה של ממש. החלטת הממשלה האמורה, אחת מעשרות החלטות שהתקבלו בערב אישור התקציב, מסתתרת תחת השם המטעה של "תגבור משרדי הממשלה".

מי שיפתח את ההחלטה (החלטה 2088), יגלה שורה של הקצאות תקציביות שהתקבלו במסגרת סיכום בין המפלגות החברות בקואליציה — למשל, 25 מיליון שקל לנושאי שנת שמיטה ושירותי דת; 25 מיליון שקל לחיזוק הזהות היהודית; 30 מיליון שקל לרשויות מקומיות ביהודה ושומרון; 125 מיליון שקל למיזמים בתחומי הציונות ותחומים נוספים; 40 מיליון שקל לחיזוק השלטון המקומי ועוד.

בסך הכל, כוללת ההחלטה העברות בסך 530 מיליון שקל, המוקצים תחת סעיפים כלליים מאוד, שכלל לא ברור לאילו פעולות ממשלה הם מיוחסים. ההחלטה אינה כוללת גם אזכור של המפלגה שתבעה את הסעיף התקציבי והמשרד שהכסף עומד לעבור אליו. במלים אחרות, בהחלטה כולה רב הנסתר על הגלוי. שקיפות ציבורית של ממש אין כאן. ובהיעדר שקיפות, הפרצה של הכספים הקואליציוניים נראית כמכשול לפני עיוור. לפי חשדות המשטרה, העיוורים — בכירים בישראל ביתנו — אכן כשלו בה.

יתרה מכך, בשום מקום אין הסבר כיצד נקבעים הכספים הקואליציוניים, אם יש להם מסגרת כלשהי (אין להם), ואיך הם מוקצים בין המפלגות. אלה סכומי כסף שנקבעים במשא ומתן בין המפלגות, לפי רצונן הטוב ולפי כישורי המשא ומתן שלהן — וללא כל שקיפות ציבורית.

המגבלה היחידה היא זו של תקציב המדינה — כל כסף שמוקצה בתקציב לסעיפים קואליציוניים, יצטרכו למצוא לו מקור כספי בתקציב. המעט שידוע שנעשה כדי להסדיר את הנושא הוא האיסור שכספים קואליציוניים יופנו לכתובת ספציפית. מותר להפנות כסף קואליציוני לתחום מסוים — אבל לא לעסק ספציפי.

כך, המפלגות החרדיות יכולות להפנות כספים קואליציוניים למוסדות תורניים. במקרה כזה, התקציב יופנה למשרד החינוך, ו־ועדת התמיכות של המשרד תקצה את הכסף למוסדות תורניים שונים לפי מבחני התמיכה המקובלים של המשרד. זאת, להבדיל מהמצב שבו הכסף מוקצה מראש לישיבה מסוימת אחת — הקצאה כזאת היא אסורה.

הכלל הזה הוא לקח מפרשת דרעי, והוא נועד למנוע את התמריץ לשחד את נבחר הציבור: אם הכסף עובר לישיבות כולן אבל לא לישיבה מסוימת אחת, אין תמריץ לאף ישיבה לשחד את השר לשם כך. עם זאת, החשדות בנוגע לבכירי ישראל ביתנו מלמדים שייתכן כי הכלל הזה לא נשמר, והמקרה של מרכז המבקרים בברקן (אם אכן יש לו קשר לכספים קואליציוניים; הדבר מצוי בבדיקה כעת) מחזק את החשד הזה.

**עבודה פגומה של משרד האוצר**

שאלת הכספים הקואליציוניים נמצאת כעת בבחינה על ידי המדינה — שמנסה להבין אם התופעה ממשיכה להתקיים ואיך. נדבך מרכזי באי־בהירות נובע מעבודה פגומה של משרד האוצר, שאינו טורח ליידע באופן ברור לגבי העברות תקציב קואליציוניות.

אם העברת הכספים לברקן היא אכן חלק מהסכם קואליציוני, הרי שלמשרד האוצר אין ברירה אלא לאשרה בכנסת. המעט שמשרד האוצר עושה הוא לדאוג להביא את סעיפי התקציב האלה לאישור ספציפי של ועדת הכספים — בין השאר כדי שעינה הפקוחה של חברת כנסת זריזה כמו שפיר תצוד את הסעיפים האלה, ואולי תביא לטרפודם.

רק שזה ממש המעט שמשרד האוצר עושה. נתונים לגבי סכומי הכספים הקואליציוניים והשימושים שיועדו להם אינם מתפרסמים באופן שקוף (אלא אם כן יש ידע מוקדם שהכותרת "תגבור משרדי הממשלה" אכן מתייחסת להסכמים קואליציוניים). למעשה, משרד האוצר גם אינו מבהיר — כשהוא מביא את הסעיפים הקואליציוניים לאישור ועדת הכספים — שמדובר בסעיפים כאלה.

זהו כשל חמור, משום שפרשת ישראל ביתנו חידדה את החשד כי הכספים הקואליציוניים הם פרצה בעייתית ביותר. משרד האוצר אומנם אינו יכול למנוע את העברת הכספים — הממשלה היא זאת שהחליטה עליהם; אבל הוא יכול להפנות תשומת לב אליהם — גם כדי שחברי הכנסת בוועדת הכספים יהיו ערניים יותר, ובעיקר כדי שמערכי הבקרה של הממשלה יידעו לבדוק זאת בקפדנות רבה יותר.

13 מיליון שקל שהועברו לברקן חשודים פחות אם מדובר בהקצאה תקציבית שגרתית של משרד התיירות, וחשודים יותר אם אלה כספים קואליציוניים — כאלה שמפלגות ספציפיות ונבחרי ציבור ספציפיים יכולים להיות משויכים להם. נזכיר שמוקד החשדות בפרשת ישראל ביתנו היה יכולתם של פוליטיקאים מסוימים להטות כספי תקציב לעמותות או גופים מסוימים — דבר שיצר תמריץ לעמותות הספציפיות לשחד את אותם פוליטיקאים. חוסר השקיפות של הכספים הקואליציוניים והקשר הישיר שלהם למפלגות מסוימות, הופכים אותם פרוצים בדיוק לכשל מזמין שוחד שכזה.

=-=

עד עתה דנו בחוקתה המהותית של ישראל (עקרונות היסוד: ערכי היסוד ומוסדות היסוד המשטריים שלה);

ודנו יחסית ארוכות בחוקתה הפורמאלית (חוקי היסוד שלה, המגבשים מוסדות יסוד, פרוצדורות בסיסיות לקבלות החלטות, ומגוננים חוקתית על חלק מזכויות היסוד).

במקביל דנו בביקורת השיפוטית לצורותיה השונות: הן על הכנסת כמחוקק (ביקורת שיפוטית חוקתית, מכוח החוקה הפורמאלית), הן על שאלת האפשרות לבקר את הכנסת בכובעה המכונן (ביקורת מטא-טקסטואלית, או דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי", מכוח החוקה המהותית/המטריאלית שלנו), והן הביקורת השיפוטית 'הרגילה' המינהלית, הביקורת על רשויות המינהל (*קול העם, פרץ נ' כפר שמריהו*, וכדומה).

בפגישות הקרובות אנו עוברים לדיון באופן מפורט בכמה ממוסדות היסוד – רשויותיה של ישראל. גם הם מוסדרים ברובם, אך לא כולם, בחוקי היסוד.

=-=

לפגישה הקרובה:

אנא קראו את קטע העיתונות שלעיל, וכן את חומר הקריאה בסילבוס הנוגע לסדרי עבודת הכנסת וביקורת שיפוטית עליהם – קונקרטית, פס"ד **לבנת** ופס"ד **ארגון מגדלי העופות**.

ביחס **ללבנת** אנא נסו להבין את **המבחן שדרכו בוחן בית המשפט את ההצדקה להתערבותו "בהליכים פנימיים" של הכנסת**. באמצעות פס"ד **ארגון מגדלי העופות** חשבו על השאלה **מתי ייפסל *חוק* מחמת פגמים *בפרוצדורה שבה התקבל*?**

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 19***

**סיכום ביניים קצר של מה שעשינו עד עתה, ושל היסודות המשפטיים המרכזיים שפגשנו**

בתחילת הקורס עסקנו במימדים משפטיים ובמימדים ערכיים הנלווים לזיהוי העצמי של החברה הישראלית: זיהויה **כדמוקרטיה וכמדינה יהודית: "מדינה יהודית ודמוקרטית**".

עסקנו בצירים המרכזיים האלו של מהותה של ישראל דרך התפתחותם ההיסטורית. טיפלנו באופן שהם מוצאים ביטוי ב**"חוקה המהותית"** של ישראל.

^ מקור מרכזי (אך בהחלט לא בלעדי) לזיהוי תכניה של החוקה המהותית הוא **מגילת העצמאות**.

**^ החוקה המהותית** היא זו שמזינה את **"המשפט המקובל נוסח ישראל"** (נורמות תוצרי פסיקתו של בית המשפט); משפיעה עמוקות על **"הפרשנות התכליתית"** הנוהגת במשפטנו; מהווה בסיס אפשרית **ל"ביקורת שיפוטית מטא-טקסטואלית"** (ובתוך כך, דוקטרינת **"התיקון החוקתי שאינו חוקתי"**) ועוד.

^ פגשנו כאן את **זכויות האדם, את שלטון החוק, את הפרדת הרשויות, את הרשות כ"נאמן של הציבור"** ועוד.

חלק חשוב מהחוקה המהותית שלנו קרם עור וגידים לכלל **"חוקה פורמאלית"** (גם אם זו חוקה חלקית, וחוקה המוגנת באופן חלש בלבד), זו ההתפתחות המכונה "המהפכה החוקתית" והמתרחשת בשנות ה-90.

החוקה הפורמאלית היא **חוקי היסוד** שלנו, המכוננים (ועוברים תיקונים) על ידי הכנסת בלובשה את "כובעה המכונן".

עסקנו בויכוח (שהוכרע) בדבר קיומה של **סמכות לכונן חוקה (עליונות + אפשרות שיריון);**

דנו **במתקלים** שונים בין נורמות שונות, במיקומים שונים בפירמידה הנורמטיבית;

דנו במרכיב מרכזי של חוקי היסוד: **"פסקת ההגבלה"**, על מרכיביה השונים (וכן "בפסקת ההגבלה השיפוטית"/ האנלוגית);

דנו **ב"פסקת ההתגברות"** שבחוק יסוד: חופש העיסוק ונגענו קצת גם **ב"פסקת שמירת הדינים"** שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו;

ועסקנו בדוגמאות שונות להפעלת "ביקורת שיפוטית חוקתית" על תוקפו של חוק, ובהפעלת ביקורת שיפוטית על נורמות הפחותות מחוק.

דיברנו גם ביתרונות ובחסרונות של חוקה – פעם בהקשר כללי-עקרוני ופעם בהקשרה הקונקרטי של ישראל (והמשטר החוקתי הספציפי שהתגבש בה בהווה).

בכך עסקנו במימדים שונים שלנו כ**"דמוקרטיה חוקתית"**.

עתה אנו עוברים לדון באופן מסודר ומפורט יותר במימדים נוספים של המשטר והמשפט שלנו. נתבונן מקרוב ב**מוסדות השלטון המרכזיים**.

עסקנו ונמשיך לעסוק ב**רשות השופטת**;

בהמשך תהיה לכם פגישה עם המתרגלת מאיסאנה ביחס למוסד **היועץ המשפטי לממשלה** ואת מוסד היועץ המשפטי לכנסת.

בפגישה הבאה נעסוק **בשלטון המרכזי**, משמע, **בממשלה ובגופים הנלווים לה**;

ואחר כך (בתחילת סמסטר ב') נעסוק **בשלטון המקומי - משמע, ברשויות המוניציפליות**;

בפגישה זו נדון **בכנסת**.

בכך אנחנו מתחילים לעסוק בהיבטים נוספים של המשטר שלנו.

א. פגשנו בחלק הקודם של הקורס את השינוי שעברה ישראל בכיוון של **דמוקרטיה חוקתית**;

ב. דיברנו על היותה "**דמוקרטית ייצוגית"** (להבדיל מדמוקרטיה שבה מרכיבים משמעותיים של "דמוקרטיה ישירה", דוגמת משאלי-עם);

ג. עתה נתמקד בהיותה דמוקרטיה ייצוגית מהסוג של "**דמוקרטיה פרלמנטרית"** (להבדיל מ"משטר נשיאותי" כמו בארה"ב, למשל). הפרלמנט/הכנסת: ראש פירמידת המוסדות של ישראל.

=-=

**המבנה השלטוני של ישראל –**

**דמוקרטיה חוקתית שהיא גם דמוקרטיה פרלמנטרית, להבדיל מנשיאותית**

**נשיא המדינה**

(תפקיד סימבולי בעיקרו, אך עדיין בלוויית סמכויות משמעותיות שונות)

**"הרשויות הפוליטיות" – רשויות ההכרעה המרכזיות**

**הכנסת**

הרשות המכוננת

הרשות המחוקקת

רשות מפקחת

**"הרשות המבצעת" =** המינהל הציבורי:

המינהל השלטוני המרכזי/ **השלטון המרכזי**

**הממשלה:**

הממשלה כגוף והממשלה במובן של משרדי הממשלה השונים, על סמכויותיהם;

סמכויות מוגדרות שמעניק הדין לראש הממשלה, לשר כזה או אחר, ולבעלי תפקידים מסוימים במשרדי הממשלה

**תאגידים ציבוריים** (=תאגידים מכוח דין, תאגידים סטטוטוריים)

**"גופים לווייניים"**

[וכן **חברות ממשלתיות**]

המינהל המוניציפאלי, המקומי/ **השלטון המקומי**

**הרשויות המקומיות** למיניהן: עיריות, מועצות מקומיות, מועצות אזוריות (וכן ועדים מקומיים ואיגודי ערים)

[וכן חברות עירוניות]

**רשויות הבקרה המרכזיות**

**הרשות השופטת** (שלה יש שני תפקידים – גם תפקיד בקרה וגם תפקיד הכרעה בהקשרים שונים)

**היועץ המשפטי לממשלה**

**מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור**

**ועדות חקירה** (יש סוגים שונים, עם סמכויות שונות)

**הכנסת, בתפקידי הפיקוח שלה**

**יש רשויות שלטוניות שהן בקרה *על גורמים פרטיים בכלכלה ובחברה*:**

בנק ישראל; הממונה על הבנקים; הממונה על הביטוח; הממונה על ההגבלים העיסקיים; רשם החברות; רשם העמותות; מועצת הרשות השנייה; מועצת הכבלים והלוויין; רשות העתיקות; נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה; וכדומה

[מופיעה כמובן גם בקרה מהכיוון ההפוך: ***מכיוונם של גורמים פרטיים על רשויות השלטון בישראל***;

מדובר בגורמי "החברה האזרחית", המקומית והבינלאומית:

כלי התקשורת, ארגוני זכויות אדם וארגוני שינוי חברתי אחרים, ועוד.]

**מוסדות היסוד של ישראל: הכנסת**

**כוח שלטוני של הכנסת: *כוח מורה (כוח מצווה)/ כוח מסמיך***

**רשות מכוננת**

**רשות מחוקקת**

**כוח שלטוני של הכנסת *בתחום הבקרה* על הרשויות האחרות:**

**הכנסת כמפקחת על פעולות *הממשלה***

**הצורך באמון הכנסת בממשלה**

**הפיקוח על תקציב המדינה**: הצורך בחוק לשם מיסוי; והצורך בחוק שיקבע את תקציב המדינה

**דרישת מידע מהממשלה והעלאת נושאים לדיון**

שאילתות; הצעות לסדר היום; ועדות חקירה פרלמנטריות; יחסי הגומלין ההדוקים בין הכנסת לבין מוסד מבקר המדינה

**הכנסת לעיתים כמכריעה, לעיתים כמשפיעה, על *הרשות השופטת***

חוק יסוד: השפיטה, חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, וכמובן חקיקה נוספת - בתחום הראיות, סדרי הדין וכדומה;

מעורבות הכנסת בוועדה לבחירת שופטים;

תקציב הרשות השופטת, ועוד.

**נורמות שמייצרת הכנסת:**

**^חוקי יסוד**

**^חקיקה**

**^תקנון הכנסת** – הסדרת "החיים הפנימיים" בכנסת – חלק גדול מכללי המשחק הפרלמנטריים מצויים שם

**^החלטות הכנסת –**

**יש להבחין בין החלטות כנסת שהן בעלות תוקף נורמטיבי (משמע, שהן מגבשות או נדרשות לצורך התגבשותה של נורמה משפטית) לבין החלטות כנסת שאין להן תוקף נורמטיבי**

כדוגמא לסוג הראשון, ראו, למשל, תפקידה של הכנסת במסגרתו של חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999:

1א (ב). החלטת הממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שלא בדרך של הסכם כאמור בסעיף קטן (א), טעונה אישור על ידי הכנסת ובמשאל עם, ...

2 (ג). אישור הכנסת לפי סעיף זה יהיה ברוב חבריה.

**^מעורבות הכנסת בקבלת חלק מחקיקת המשנה: משמע, "תקנות" (או "כללים") שמתקינות רשויות המינהל**

המעורבות מופיעה בדרך של צורך בקבלת הסכמתה ("אישור") של ועדת כנסת כזו או אחרת, או בדרך של חובת היוועצות עמה[יש כמובן הבדל חשוב בין השתיים]**:**

ראו למשל, חוק העונשין, תשל"ז-1977, סע' 2 [ענישה לפי חקיקת משנה]

(א) הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים על עשייתן; ואולם, עונש מאסר שנקבע בתקנה, תקופתו לא תעלה על ששה חודשים, ואם נקבע עונש קנס - לא יעלה שיעורו על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום. (ב) תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת.

**^סמכויות מעין-שיפוטיות של הכנסת**

למשל, הסרת חסינות חברי כנסת (נראה זאת בפגישה הבאה); השעיה של חברי כנסת מכהונתם או מתפקידיהם; והסמכות להעביר מכהונתם את נשיא המדינה ומבקר המדינה.

=-=

**אמצעים המסורים לכנסת לפיקוח על פעולות הממשלה**

**[רובינשטיין ומדינה:]**

**במשטר הפרלמנטארי הנהוג בישראל הכנסת היא לא רק בית-מחוקקים, אלא אף המוסד המפקח על הרשות המבצעת − הממשלה. האמצעי העיקרי בהקשר זה הוא כוחה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה**: "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת" (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה). מכאן גם התפיסה לפיה "הממשלה אחראית בפני הכנסת" (סעיף 4 לחוק היסוד). במהלך כהונתן של הכנסות הקודמות, החל בכנסת האחת-עשרה ואילך, ניכר שימוש-יתר בזכות להציע אי-אמון בממשלה, והצעות אי-האמון הפכו לעניין שגרתי בסדר היום של הכנסת. למעשה, פרט למקרה אחד, בחודש מרס 1990, בו נפלה ממשלה בהצבעת אי-אמון, שימש אמצעי זה רק ככלי ביטוי למחאה של סיעות האופוזיציה על מחדלים שונים של הממשלה.

במסגרת ההסדר שנקבע בחוק-יסוד: הממשלה הוגבל השימוש באמצעי זה בשני מישורים: ראשית, על-פי סעיף 28(ב) לחוק היסוד, הבעת האי-אמון חייבת להיעשות בקולותיהם של רוב חברי-הכנסת, היינו, לפחות 61 חברי-כנסת; שנית, הבעת אי-אמון נעשית בהחלטה של הכנסת לבקש מנשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, ואם לאחר קבלת ההצעה להביע אי-אמון חבר הכנסת האמור אינו מצליח להרכיב ממשלה בתוך התקופה שנקבעה בחוק רואים את הכנסת כאילו החליטה על התפזרותה לפני תום כהונתה.

**מבחינה מעשית, העובדה שהממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת אינה מספקת אמצעי נאות לפיקוח של הכנסת על הממשלה.** עם כינון הקואליציה, ומכוח **המשמעת הסיעתית,** לפיה הצבעה שלא לפי עמדת הסיעה בעניין הבעת אמון לממשלה או אי אמון בה כמוה כפרישה מן הסיעה, על כל המשתמע מכך, זוכה הממשלה לתמיכה אוטומטית-כמעט של הרוב בכנסת לפעולותיה. **הממשלה רשאית להודיע ליושב ראש הכנסת כי היא רואה בהצבעת הכנסת בנושא העומד על סדר היום "עניין של הבעת אמון" (סעיף 36א לתקנון), ובדרך זו להבטיח לעצמה את תמיכת הקואליציה בנושאים העומדים לדיון ולסכל את יכולתה של הכנסת לפקח באופן יעיל על פעולת הממשלה.** לכך נוספת העובדה שרבים מחברי הכנסת – לעיתים כשליש מהם – מכהנים בממשלה, כשרים וכסגני שרים, באופן המגביל מאד את יעילות הפיקוח של הכנסת על הממשלה באמצעות כוחה של הכנסת להביע אי אמון בממשלה.

**אמצעי פיקוח מרכזי של הכנסת על פעילות הממשלה הוא כמובן סמכות החקיקה.** מכוח עקרון הפרדת הרשויות, הכנסת אמונה על קביעת אופייה של החברה, הכרעות בסוגיות החברתיות המרכזיות, והיא המוסמכת באופן בלעדי לקבוע את "ההסדרים הראשוניים" בסוגיות השונות. עם זאת, האפשרות להחיל אמצעי פיקוח זה על פעילות הממשלה מוגבלת מאד אף היא, מכוח המשמעת הסיעתית והקואליציונית. דחייה של הצעות חוק שמגישה הממשלה או קבלת הצעות חוק "פרטיות" בניגוד לעמדת הממשלה הן תופעות נדירות יחסית, כך שלמעשה, אף אם לא להלכה, הממשלה היא השולטת על הליך החקיקה בכנסת.

**אמצעי פיקוח נוספים הם אלה הנובעים מהוראות החוק בתחום קביעת מקורות המימון של תקציב המדינה והשימושים בכספי התקציב.**

**הקשר שבין הכנסת לבין מבקר המדינה**

אמצעי פיקוח חשוב שמפעילה הכנסת הוא זה של ביקורת המדינה, הנתונה בידי מבקר המדינה, הפועל בשמה של הכנסת: "במילוי תפקידו יהיה המבקר אחראי בפני הכנסת בלבד ולא יהיה תלוי בממשלה" (סעיף 6 לחוק-יסוד: מבקר המדינה). הכנסת היא הבוחרת את מבקר המדינה (סעיפים 8-7 לחוק היסוד וסעיפים 4-1, 8 ו- 8א לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958), לה מוגשים דו"חות הביקורת והיא מוסמכת (כמו גם הממשלה) לדרוש מן המבקר להכין חוות דעת "בכל עניין שבתחום תפקידיו" (סעיף 21 לחוק מבקר המדינה).

=-=

**הבחירות לכנסת**

**חוק יסוד: הכנסת – סע' 4** [שיטת הבחירות]: "הכנסת תיבחר בבחירות **כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות,**   
לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

היסוד המעורפל יותר הוא היסוד הראשון: בחירות **כלליות**. הכוונה היא לכך שמדובר בבחירות בהן יכולים להשתתף כל אזרחי המדינה.

הבחירות הן בחירות **ארציות**. הכוונה היא שכל מדינת ישראל היא אזור בחירה אחד.

הבחירות הן **יחסיות**, המשמעות של היחסיות היא שיש זהות כעקרון בין אחוז הקולות שרשימה מקבלת בבחירות לבין אחוז או מספר המושבים שהיא מקבלת בכנסת. זה שונה משיטות אזוריות (כמו השיטה של ארה"ב ובריטניה).

הגבלת "היחסיות" – אחוז החסימה: כדי שמפלגה תוכל לזכות בנציג היא צריכה לקבל לפחות שני אחוזים [2%] מן הקולות. זה פוגע ביחסיות הבחירות, שכן יש מינימום שנדרש, והוא גבוה מאותו חלק מאחוז אחד שנדרש לצורך השגת ייצוג של חבר כנסת אחד (בכנסת של 120 חברים).

הבחירות הן **ישירות**, להבדיל משיטה של אלקטורים (שבאמצעותה נבחר הנשיא בארה"ב). בוחרים ישירות את הכנסת ולא נציגים מיוחדים שבוחרים הלאה.

הבחירות הן **חשאיות**, כל מצביע מצביע בצורה חשאית. כדי להבטיח את חופש הבחירות.

בחירות **שוות** – פסקי הדין **ברגמן; תנועת לאו"ר; הופנונג, מופז**, אותם פגשנו, וראו עתה גם את פס"ד **מרכז השלטון המקומי**:

בג"צ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485 – מחלוקת מסוימת ביחס לפרשנות התיבה "שוות"

**השופט גולדברג**

"... לעקרון השוויון [בבחירות] שתי פנים: ביטויו האחד של השוויון עניינו בזכות לבחור, ויסוד זה איננו אלא תרגומו התמציתי של הכלל, לפיו 'קול אחד לכל אחד'. מצד שני, מתייחס יסוד השוויון גם לזכות להיבחר, וביטויו המוחשי בזכות לשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים השונות, המתחרות ביניהן בבחירות לכנסת". (…). [ציטוט מתוך דבריו של השופט לנדוי בפס"ד **ברגמן**]

הנה כי כן, שוויון התחרות בין המבקשים להיבחר כמועמדים לרשימה לכנסת, אינו נכנס לגדרו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ועל כן חוק הפוגע בשוויון זה אינו חייב להתקבל ברוב של חברי הכנסת. המסגרת הנורמטיבית לבירור נושא אי-השוויון האישי […] צריכה היא להיות נדונה במסגרת הזכות להיבחר [סע' 6 לחוק יסוד: הכנסת – שאיננו הוראה משוריינת הדורשת קבלת החוק ב"רוב של חברי הכנסת"].

**מנגד, השופט חשין**

אם הבינותי נכונה את דברי השופט לנדוי, אומר הוא לנו כך: בראשית ובתחילה הוא עקרון השוויון, ועיקרון זה חל על הזכות להיבחר כשם שהוא חל על הזכות לבחור. הזכות להיבחר עניינה הוא במועמד הבודד דווקא - בו, ולא ברשימות מועמדים. אך הואיל ולפי שיטת הבחירות במקומנו מתחרות בבחירות רשימות מועמדים - רשימות ולא מועמדים בודדים - "חייב [עקרון השוויון] להתבטא גם בשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים השונות המתחרות בבחירות לכנסת." לשון אחר: השופט לנדוי לומד על הצורך בקיומו של שוויון בין רשימות מועמדים, מצורך-היסוד לקיים שוויון בין מועמדים בודדים. דרכו היא מן המועמד הבודד אל הרשימה. ואם זו הדרך, ממילא לא נוכל לומר כי עקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת מצמצם עצמו רק לרשימות המועמדים. נהפוך הוא: עקרון-היסוד בא בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ודיגלו הוא "בחירות שוות". עקרון-יסוד זה מוליד עקרון-מישנה ועניינו של זה קיומו של שוויון בין מועמדים; ועקרון-מישנה זה מוליד אף הוא בן, ושמו שוויון בין רשימות מועמדים.

**6. [הזכות להיבחר]**

(א) כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק או שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון; [...].

**הזכות מוגבלת לאזרחים, והיא מוגבלת בגיל מינימום.**

**הגבלה מרכזית מאד על הזכות להיבחר ועל השוויון בבחירות** תטופל בסמסטר הבא – ראו את ההוראה הבאה בחוק יסוד: הכנסת:

**סע' 7א לחוק יסוד: הכנסת**

7א. (א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

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

(א1) לעניין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.

(ג) מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה.

(ד) פרטים לענין הדיון בועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון ולענין הצהרה לפי סעיף קטן ג), ייקבעו בחוק.

=-=

**הכנסת: סדרי עבודתה והביקורת השיפוטית עליהם**

**חוק יסוד: הכנסת**

**חוק הכנסת, תשנ"ד-1994**

**תקנון הכנסת**

**סע' 19 לחוק יסוד: הכנסת** [סדרי העבודה והתקנון]

הכנסת תקבע סדרי-עבודתה; במידה שסדרי-העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי-העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה.

**סע' 25 לחוק היסוד** [רוב]

הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה;

סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לענין זה.

**א. הליכי החקיקה וביקורת שיפוטית עליהם[[49]](#footnote-50)**

תפקידה העיקרי של הכנסת הוא החקיקה. הליך החקיקה הוא מורכב, וכולל דיונים ממושכים בהצעת החוק. חלוקת ההליך למספר שלבים נועדה לאפשר לחברי הכנסת לשוב ולשקול את עמדתם בנושא, להביא את הצעת החוק לידיעת הציבור, כדי שיוכל להביע עמדתו בעניין, ולהבטיח זמן מספיק לבירור הסוגיות הרלבנטיות.

האכיפה של קיום הליכי החקיקה היא מוגבלת: בית המשפט אינו נוהג להורות לכנסת להימנע – ולו באופן זמני – מהמשך הליך החקיקה בעניין כלשהו, ואינו נוהג להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה, בטרם הושלם תהליך החקיקה.

הליכי החקיקה אינם מוסדרים בחוק, אלא בתקנון הכנסת. עקרונית, ההלכה היא כי "משקבעה הכנסת את הליכי החקיקה... חייבת היא ללכת בדרך שכבשה לעצמה, עד אם תבטל במפורש את דיני ההליכים ותוסיף ותקבע דיני הליכים חדשים". בהתאם לכך, חוק שלא התקבל בהתאם לפרוצדורה הקבועה בתקנון הכנסת באשר להליכי חקיקה **אינו תקף**: "על מנת שיתקבל 'חוק' יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ... אם אחד השלבים האלה נעדר, כגון שלא קוימה אחת הקריאות או שבהצבעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית המשפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'".[[50]](#footnote-51)

בפסק הדין בעניין **ארגון מגדלי העופות**, בו נדונו הליכי חקיקה מזורזים של חוק ההסדרים, נמנו **ארבעה עקרונות יסוד של הליך החקיקה, אשר פגיעה קשה בהם עשויה להוות "פגם היורד לשורש ההליך" ולהוליך להכרזה על בטלות החוק (בכפוף לדוקטרינת הבטלות היחסית**):

**עקרון הכרעת הרוב**, לפיו הצעת חוק הופכת לחוק רק אם זכתה לתמיכת הרוב;

**עקרון השוויון הפורמאלי,** לפיו לכל אחד מחברי הכנסת קול אחד;

**עקרון הפומביות**, לפיו הליך החקיקה יהיה פומבי;

**ועקרון ההשתתפות**, לפיו לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה.[[51]](#footnote-52)

כך, למשל, נקבע שם כי "מקום בו תישלל, שלא כדין, האפשרות מחבר הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטרים ולמלא את תפקידו כחבר כנסת, לא יהיה מנוס מהתערבות שיפוטית".[[52]](#footnote-53)

עם זאת, נכונות מרחיקת לכת זו לבחון את תקינות הליכי החקיקה בכנסת לא באה עד כה לידי ביטוי מעשי. בית המשפט שב ומדגיש כי "על מנת להביא להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה אין די בהוכחת פגיעה בעקרון יסוד של הליך החקיקה... אלא יש להצביע על פגיעה קשה וניכרת באותו עקרון. ... רק במקרים קיצוניים ונדירים..., אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטארית שלנו אינם צפויים" עשוי בית המשפט להכריז על בטלותו של חוק מחמת פגמים בהליך החקיקה. [שם, בפס"ד ארגון מגדלי העופות].

כך, למשל, נדחו עתירות כנגד נקיטת הליכי חקיקה מזורזים, בהם אין ניתנת לחברי הכנסת ולציבור הרחב שהות לעיין בהצעת החוק בין הקריאה הראשונה לבין הקריאות השנייה והשלישית, לאור הסמכות המוקנית בתקנון הכנסת לוועדת הכנסת להורות כך. בית המשפט נמנע מלבחון את סבירותה של הפעלת סמכות זו. נדחו גם טענות כנגד תוקפו של חוק שהתקבל תוך הפרת כללי הדיון בכנסת (ובכלל זה הצבעה בשמו של חבר כנסת, אם לא היה לכך השפעה על תוצאות ההצבעה);[[53]](#footnote-54) כנגד הכללה בחוק של נושאים שלא נזכרו בהצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה; כנגד התקינות של פעולות הכנה שקדמו להליך החקיקה, וכנגד אי ציון מקור תקציבי למימון החלתו של חוק.

תכלית מרכזית של הליך החקיקה היא שאיפה להבטיח כי הכרעותיה של הכנסת מבוססות על תשתית עובדתית נאותה. לשם כך הוקנתה לוועדות הכנסת סמכותה רחבה להזמין מומחים ובעלי עניין להביע עמדתם באשר להצעות חוק הנדונות בוועדה; ולשם כך פועלים בכנסת שירותי ייעוץ ומחקר שונים, המספקים לחברי הכנסת מידע בתחומים מגוונים. בית המשפט לא שלל את האפשרות כי יורה לממשלה למסור לחברי הכנסת את מלוא המידע הרלבנטי לצורך דיון בהצעות חוק והצעות החלטה שמגישה הממשלה לכנסת.[[54]](#footnote-55) אולם, בית המשפט נמנע מלהטיל על הכנסת חובה לקיים "הליך נאות" לקבלת החלטות, מן הסוג המוטל על רשויות מינהליות.[[55]](#footnote-56) לפיכך, בית המשפט אינו אוכף את החובה העקרונית המוטלת על הכנסת, לבסס את הכרעותיה על תשתית עובדתית נאותה, להימנע מניגוד עניינים וכדומה.

=-=

בג"צ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004)

העותרים תוקפים את חוקתיותו של פרק י"א ב'חוק ההסדרים' משנת 2003 - חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), תשס"ג-2003 (להלן – פרק החקלאות). פרק זה מנהיג רפורמות מבניות בהסדרתם של כמה ענפי חקלאות. בעיקר צומצמו סמכויותיה הרגולטיביות של מועצת הייצור החקלאית, ומועצות הייצור הצמחיות השונות אוחדו למועצה אחת. טענותיהם של העותרים נוגעות הן להליך חקיקתו של הפרק – שנעשה בחקיקת חירום כלכלית מזורזת – הן לתוכנו של החוק, הפוגע לטענתם בזכויות יסוד.

30. אכן, הליך חקיקתו של החוק נושא עתירות אלו ובייחוד של פרק החקלאות, הוא דוגמה מובהקת לשימוש המופרז והבלתי תקין שהכנסת עושה במנגנון חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים בשנים האחרונות. כזכור, הצעת החוק דנן הייתה נרחבת בהיקפה ובמגוון נושאיה, והיא התקבלה בהליך חקיקה מזורז ביותר, תוך כמה חריגות מכללי החקיקה הרגילים. זאת ועוד, השינויים המבניים שפרק החקלאות עורך במועצות החקלאיות הם מסוג השינויים המהותיים מרחיקי הלכת שאין מקומם בהליך חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים. על כך יש להוסיף כי לא מצאנו בדברי המשיבים הסבר משכנע מדוע רפורמה זו הייתה דחופה דייה עד כי הייתה הצדקה לכלול אותה במסגרת חקיקת חירום כלכלית, וכי לפחות חלק מהשינויים שפרק החקלאות עורך, כגון העברת סמכויות מהמועצות לשר ושינוי שיטת מינוים של חברי המועצות, אינם בעלי זיקה ישירה והכרחית לתקציב. אולם בכל אלה אין כדי להביא להכרזה על בטלותו של פרק החקלאות.

כפי שראינו לעיל, על-פי המצב החוקי הקיים, ובהתחשב בסמכותה של ועדת הכנסת לאשר חריגות מהליכי החקיקה הקבועים בתקנון, אין כל מגבלה פורמאלית על סמכותה של הכנסת לעשות שימוש בהליכי חקיקה מזורזים שבמסגרתם נדונים נושאים רבים ומגוונים כמיקשה אחת, ושבמסגרתם נדונה הצעת החוק במלואה בוועדת הכספים. כמו כן על-פי המצב החוקי הקיים, אין הגבלה פורמאלית על סוג הנושאים שניתן לכלול בחוק מסוגו של חוק ההסדרים, לפיכך עצם העובדה שמדובר בהליך חקיקה מזורז מסוגו של חוק ההסדרים אין בה כשלעצמה להביא למסקנה כי יש מקום להתערבות שיפוטית בהליכי החקיקה. כך גם עצם הטענה כי לא היה ראוי לעשות שימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים לחקיקתו של נושא מסוים, מוצדקת ככל שתהיה, אינה מביאה כשלעצמה למסקנה כי יש מקום להתערבות שיפוטית בהליכי החקיקה. השאלה העומדת בפנינו הינה אפוא אם נפל בהליכי חקיקתו של פרק החקלאות "פגם היורד לשורש ההליך", כלומר פגם שיש בו פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי.

מקובלת עלינו טענת העותרים כי הליך החקיקה במקרה דנן הקשה על קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק. עם זאת מהטעמים שהבהרנו לעיל אין די בכך כדי לומר כי נפל בהליכי החקיקה פגם המצדיק את התערבותנו. במקרה דנן, נוכח הדיון שהתקיים בוועדת הכספים, מצומצם ככל שיהיה, ונוכח ההסברים שניתנו שם מטעם הממשלה לחברי-הכנסת, אין לומר כי לא ניתנה לחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים, וכי נשללה מהם כל אפשרות מעשית לגבש עמדה בקשר לפרק החקלאות. לפיכך, ומשאמרנו כי על-פי שיטתנו לא יקיים בית-משפט זה ביקורת על קיומו של "הליך חקיקה נאות", לא נתקיימה עילה להתערבותנו בהליך החקיקה.

התוצאה היא אפוא כי אף שהליך החקיקה שהתקיים במקרה זה לשם עריכת הרפורמות במועצות החקלאיות היה בלתי ראוי, לא מצאנו בהליך זה "פגם היורד לשורשו של ההליך" אשר עשוי להצדיק הכרזה על בטלותו של הפרק.

31. סיכומם של דברים; עמדנו בהרחבה על הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקה מסוגו של חוק ההסדרים מבחינת ההליך הדמוקרטי התקין, מבחינת עקרון הפרדת הרשויות ומבחינת אופיו הדמוקרטי-ייצוגי של המשטר בישראל. מן הראוי אפוא כי הכנסת תיתן דעתה על הבעייתיות הרבה הכרוכה במנגנון חקיקתי זה ותבטיח כי השימוש במנגנון זה, אם בכלל, ייעשה באופן מושכל ומוגבל. על-פי גישתנו אשר פורטה לעיל, הפתרון למצב שנוצר עקב השימוש המופרז שנעשה במנגנון חקיקה זה אינו בידיו של בית-המשפט, אלא בראש ובראשונה בידיו של המחוקק. אכן, מנגנון החקיקה מסוגו של חוק ההסדרים פוגע במעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה, ותפקידו של בית-משפט זה להתריע על כך (ראו והשוו: בג"ץ 6971/98 פריצקי, עו"ד נ' ממשלת ישראל [28], בעמ' 778; פרשת רובינשטיין [2], בעמ' 511; בג"ץ 266/68 עירית פתח תקוה נ' שר החקלאות [29], בעמ' 833), אולם תפקיד השמירה על מעמדה של הכנסת מפני מנגנוני חקיקה המאפשרים את הסגת גבולה על-ידי הרשות המבצעת, נתון בראש ובראשונה בידיה של הכנסת עצמה. אכן:

"הכנסת – ורק היא – יכולה לשנות את כללי המשחק. הסמכות שמוענקת לרשות המבצעת ולרשות השופטת, היא הסמכות שהכנסת – בכובע של הרשות המכוננת (חוקי היסוד) או בכובע של הרשות המחוקקת (חוקים רגילים) – מעניקה להם... להיבט זה משמעות מיוחדת ביחסים בין הכנסת לממשלה... אך מעבר לכך: מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרוניות למהות המשטר ייעשו על-ידי הכנסת ולא על-ידי הרשויות האחרות. זאת סמכות המיוחדת לכנסת. סמכות זו – חובה בצדה. על הכנסת להגשים סמכות זו בעצמה, ואין היא יכולה... להעביר סמכות זו לזולתה" (ברק "הפרלמנט ובית-המשפט" [62], בעמ' 7).

לפיכך חוזרים אנו על ההמלצה לכנסת לשקול את היקף השימוש במנגנון החקיקה הבעייתי של חוק ההסדרים ולהסדיר את הנושא בחקיקה. בהקשר זה אף נזכיר בשולי הדברים כי בשנים האחרונות נשמעה ביקורת לא מעטה גם מקרב חברי-הכנסת עצמם על השימוש המופרז במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים, וביקורת זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהצעות קונקרטיות לשינוי תקנון הכנסת [85] ובהצעות לחקיקה שתגביל באופנים שונים את השימוש במנגנון חקיקה זה. כיוון שההחלטה בדבר אופן הגבלתו של השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים נתונה כאמור למחוקק, לא ראינו להביע עמדה בעניינן הפרטני של ההצעות.

=-=

*האם וכיצד ניתן להסביר את השוני במגמתם של רוב השופטים בבית המשפט, בויכוח למול השופט גרוניס* ***בפסקי הדין בעניין חוק טל****, למול גישתו של בית המשפט כאן ב****מגדלי העופות****?*

=-=

**ב. הביקורת השיפוטית על הליכיה הפנימיים של הכנסת**

בג"צ 9070/00 **לבנת נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט** [בהשמטת חלק מהאסמכתאות; ההדגשות הוספו]

הכנסת קיבלה בקריאה ראשונה כמה הצעות חוק לפיזור הכנסת החמש-עשרה ולעריכת בחירות כלליות לכנסת ולראשות-הממשלה. הצעות החוק הועברו לוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון ולהכנה לקריאה שנייה ושלישית. יושב-ראש הוועדה (המשיב 1) קבע מועד לדיון בהצעות.

לטענת העותרת – לאור צפיפות לוח הזמנים שנוצר עם התפטרותו של ראש-הממשלה אהוד ברק – יש להקדים את מועד הדיון ולקיימו לאלתר על-מנת לאפשר למפלגתה (מפלגת הליכוד) לקבוע את מועמדיה לבחירות ולאפשר לה להתמודד בהן. זאת, לאור העובדה שאחד המועמדים שהציבו את מועמדותו לראשות-הממשלה (בנימין נתניהו) יהא כשיר להגיש את מועמדותו (על-פי המצב החוקי ששרר בעת הגשת העתירה) רק אם הצעת החוק לפיזור הכנסת תתקבל.

המשיב טוען כי קביעת המועד נעשתה בהתאם להוראות התקנון ועוד לפני הודעת ראש-הממשלה על התפטרותו. לטענת העותרת, ביסוד סירובו של יושב-ראש הוועדה להקדים את מועד הדיון מונח רצונו להשפיע על תוצאות ההתמודדות במפלגתה של העותרת. מכאן העתירה.

הביקורת השיפוטית על פעולות הכנסת: סמכות

7. מהו בסיס סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת? התשובה לשאלה זו מבוססת בראש ובראשונה על העובדה כי מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. חוקי-היסוד - המהווים נורמה חוקתית על-חוקית - קובעים מהן רשויות השלטון ומהם היחסים בינן ובין עצמו; הם מעגנים את זכויות האדם ויחסי הפרט עם השלטון. כל אחת מרשויות השלטון - המחוקקת, המבצעת והשופטת - היא יציר חוקי היסוד וכפופה להוראותיהם של חוקי היסוד והחקיקה על פיהם. [...] חוקי היסוד עצמם הם המעגנים את סמכותו של בית המשפט לבחון אם פעולותיהן של רשויות השלטון האחרות, עולות בקנה אחד עם הוראות החוקה. כך נובע, למשל, מעצם עיגונה של סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, בחוק יסוד: השפיטה (סעיף 15(ג) ו-(ד)). כך נובע גם, מהוראות שבחוקי היסוד עצמם (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק). בנוסף, מבוססת סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת מעצם היותו הערכאה המוסמכת לפרש את הוראות הדין - החוקה והחוק (הראשי והמשני), במדינה.

הביקורת השיפוטית על פעולות הכנסת: שיקול הדעת

10. עד כאן לעניין סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת. עם זאת, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. "יש להבחין בין עצם קיומה של הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק לבין דרך הפעלתה". אכן, שאלת היקפו של שיקול הדעת בקיום ביקורת שיפוטית שונה משאלת הסמכות. שיקול דעת זה מבוסס, בין היתר, על בחינה עקרונית של הרשות השלטונית בה מדובר. בהקשר זה, ובנסיבות המקרה שבפנינו, שאלת קיום הביקורת השיפוטית על פעולותיה של הכנסת כרוכה במעמדה המיוחד של הכנסת [...] היא המוסד הנבחר על ידי הריבון, שהוא העם. בידה מצוי כוח החקיקה (ואף הסמכות המכוננת לחקיקת חוקי היסוד עצמם). הממשלה, שהיא הרשות המבצעת, מכהנת מכוח אמונה של הכנסת (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה). על רקע זה נקבע, כי הגם שלבית המשפט הסמכות לבטל חוק של הכנסת - העומד בניגוד לפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד - לא על נקל יעשה כן (הופנונג; מרכז השלטון המקומי). אכן, מעמדה המיוחד של הכנסת, כפי שהוא מעוגן בחוקי היסוד ובמבנה הדמוקרטיה שלנו, מחייב כי בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיה, בזהירות ובריסון.

11. היקפה של הביקורת השיפוטית קשור לא רק **לרשות בה המדובר** (ובענייננו, הכנסת) אלא גם **לסוג הפעילות** העומדת לבחינה. אכן, כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק התפישה, כי היקף הביקורת השיפוטית משתנה על פי מהותה של פעולת הכנסת. "בעניין הפעלת הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית נוהג בית משפט זה לתת דעתו לאופיה המשפטי של הסוגיה מבחינת סיווגה המהותי". בית המשפט מגלה ריסון עצמי רב, תוך שהוא נמנע מהפעלת מלוא היקף הביקורת השיפוטית על מלוא היקף פעולות הכנסת. בית המשפט עושה הבחנה בין סוגים שונים של פעולות הכנסת (ראו פרשת שריד הנ"ל). כך, למשל, לא הרי היקף הביקורת השיפוטית על **מעשה החקיקה הסופי של הכנסת** כהרי היקף הביקורת השיפוטית על **הליכי החקיקה עצמם**; לא הרי היקף הביקורת השיפוטית על **החלטות כעין שיפוטיות של הכנסת** (כגון נטילת חסינות), כהרי היקף הביקורת השיפוטית על **החלטות מינהליות המהוות עניין של ניהול פנימי של ענייני הכנסת** (כגון קביעת סדר יומה של המליאה או ועדה); לא הרי **החלטה (חקיקתית, כעין שיפוטית או מינהלית) סופית** כהרי **החלטת ביניים**; לא הרי **פעולה בכנסת הפוגעת בזכות המעוגנת בחוק-יסוד, כהרי פעולה הפוגעת בהוראות תקנון הכנסת או בסדרי מינהל**.

12. […] האם ריסון עצמי זה אינו נוגד את תפישות היסוד החוקתיות? שאלה זו עלתה בפסיקה בעבר. באחת הפרשות ציינתי:

"ריסון עצמי זה... אינו מובן מאליו. הוא מניח פעולה בלתי חוקית של הכנסת, בלי שתוקפה נפגם בשל אי-חוקיותה. ריסון עצמי זה מניח איפוא פגיעה בחוק הכנסת על ידי הכנסת. שאלה לא קלה היא, מה הצידוק לריסון עצמי זה של בית המשפט, שתוצאתו השארת פעולה בלתי חוקית על כנה" (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 700).

מן הכלל אל הפרט

16. האם העתירה שלפנינו נופלת לגדר כלל אי-השפיטות המוסדית של הליכים פנים-פרלמנטריים או שמא נופלת היא לגדר החריג באשר **לשפיטות** **החלטות הפוגעות פגיעה ממשית במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי** {מבחן **שריד**}? לעניין זה עלינו לצאת מתוך ההנחה כי אילו נבחנה העתירה לגופה יתכן והיינו מגיעים למסקנה כי המשיב מס' 1 (יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט) פעל שלא כדין. ודוק: אין אנו קובעים כי המשיב מס' 1 פעל שלא כדין. לצרכי הבחינה של אי-השפיטות המוסדית אנו מניחים אפשרות כזו, בלא שאנו מכריעים בדבר על יסוד הנחה זו.

18. האם תוצאת החלטתו של יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט באשר למועד דיוניה של הוועדה יש בה - אם נניח כי ההחלטה אינה כדין - כדי לפגוע באופן ממשי במירקם החיים הדמוקרטיים וביסודות המבנה של המשטר? התשובה היא בשלילה. דחייה במספר ימים בדיוני הוועדה אינה פוגעת במירקם החיים הדמוקרטיים ואינה פוגעת ביסודות המבנה של המשטר. כל פגיעתה היא ביצירת אי התאמה בין דיוני הכנסת לבין המועד שנקבע לדיונים בליכוד. פתרונה של אי התאמה זו אינו במעורבות שיפוטית בהחלטות יושב-ראש ועדת החוקה חוק ומשפט אלא בפעולות שונות בליכוד.

**=-=**

**"מבחן שריד" (ר' פס"ד לבנת, לעיל)– המחלוקת בעניינו:**

בג"צ 73/85 **סיעת כך נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141, סע' 22 לפסק דינו של השופט ברק:

המבחן [**שריד**] אינו מדוייק, הוא מעניק שיקול דעת נרחב לבית המשפט העליון, והוא קשה הפעלה במקרים הקשים. אך הניתן לגבש מבחן טוב יותר, שיהא מדוייק, מכני וקל הפעלה? והאם מבחן כזה רצוי הוא? כשלעצמי, רואה אני יתרון בכך שהמבחן הוא גמיש, ומעניק שיקול דעת לבית המשפט. […]. ענין לנו בסוגיה דינמית, ובמערכת יחסים רגילה בין רשויות המדינה. במצב דברים זה אין לשאוף למבחנים נוקשים. אך יש לפתח מבחנים גמישים שיאפשרו לבית המשפט לבחון את השפעתה של ההחלטה על מרקם החיים הפרלמנטריים ועל יסודות המשטר שלנו. מבחן כזה, מעצם טבעו אינו מכני, ומעצם טבעו אינו מחייב שיקול דעת שיפוטי. אמת הדבר, גישה זו יוצרת חוסר בהירות וחוסר בטחון במקרי הגבול, אך זו תוצאת לואי הכרחית, ומחיר שכדאי לשלמו, אם מבקשים לקובע אמת מידה שתתחשב במורכבותה ועדינותה של הבעיה.

**גישתו החולקת של השופט אלון** סע' 10 ו-11 לפסק דינו [ההדגשות הוספו]:

כידוע, הפרלמנט האנגלי מבוצר הוא מאחורי חומותיו מכל התערבות שיפוטית שהיא. לכך יש רקע היסטורי מיוחד, ואין הוא יפה לנו, לא לכנסת ולא לדרך פעולתנו כבית-משפט גבוה לצדק. אך גם בארצות אחרות, שבהן מצויה מידה מסוימת של ביקורת שיפוטית על מעשי הרשות המחוקקת**, לא מצאתי אח ורע** - אף לא באחת מהן - למידה יתרה ומופלגת זו של ביקורת הרשות השיפוטית על הליכי בית המהוקקים, כפי שנקבעה בבג"צ 652/81 [שריד] […] הדעת נותנת והמציאות מחייבת, כי יחסים אלה יושתתו, לפחות במידה מסוימת, על אמת מדה אובייקטיבית שתאפשר לרשות המחוקקת לכלכל את הליכותיה מבלי להיות צפויה להתערבות בלתי צפויה ובלתי רצויה במרקם החיים הפרלמנטריים. דומה עלי, עם כל הכבוד, כי לפי מבחן "גודל הפגיעה" האמור מועמדים יחסים אלה שבין שתי הרשויות על **בסיס מעורפל, שהוא חסר בהירות ונעדר יציבות, והיוצר חוסר בטחון וחוסר ודאות** באופן שמושו ודרך הפעלתו.

סוזי נבות, "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים", **מחקרי משפט** יט (תשס"ג), 721, 727:

הדעה המודגמת באמירות לעיל [עמדתו של השופט אלון] אינה מבוססת דיה, והיא נובעת מבחינה שיטתית של הדין הישראלי לאור המשפט הנוהג במדינות ה-Common Law. היא מבטאת נטייה של הדוקטרינה [ספרות המחקר המשפטי] בישראל להגדיר את המושג "מדינות דמוקרטיות בעולם המערבי" כך שיתאים למדינות אנגלו-אמריקאיות דוברות אנגלית. באף אחד מן המאמרים שעסקו במאטריה זו אין התייחסות לנעשה בתחום זה באירופה...

[המחברת מבצעת מחקר השוואתי בדמוקרטיה החוקתית החדשה של ספרד, ובוחנת גם את גרמניה ואיטליה, ומכוח ההשוואה היא תמכה בהלכת שריד].

**=-=**

**דוגמא להתערבות, להפעלה בכל זאת של הביקורת השיפוטית – חשש ל"עושק מיעוט" בכנסת**

בג"צ 742/84 **כהנא נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לט(4) 85 (1985)

קבלת עתירה של חבר הכנסת מאיר כהנא נגד נשיאות הכנסת בגין החלטתם שלא להניח על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות של העותר. להלן שתי ההצעות כפי שהן מתוארות בקצרה בתוך פסק הדין:

הצעת החוק הראשונה עניינה, על-פי שמה, "חוק האזרחות הישראלית וחילופי אוכלוסין יהודים וערבים". עיקרה של הצעה זו בכך, כי רק בן העם היהודי יוכל להיות אזרח מדינת ישראל. לא-יהודי יהא במעמד של "גר תושב". ויוטלו עליו החובות של "מסים ועבדות". לכל גר תושב יובטחו זכויות אישיות. גר תושב לא יגור בתוך תחומי שטח השיפוט של העיר ירושלים. לא תהא לו זכות לאומית, והוא לא ישתתף בתהליכים פוליטיים במדינת ישראל. הוא לא יוכל להתמנות לתפקיד של שררה ולא יוכל להצביע בבחירות לכנסת או לכל גוף ממלכתי וציבורי אחר. לא­ יהודי, שלא הסכים לקבל על עצמו את המעמד ההלכתי של "גר תושב", יוצא מהמדינה מרצונו או שלא מרצונו. תוקם קרן כספית לפיצוי העוזבים. כן קובעת הצעת החוק מספר הוראות ביניים.

הצעת החוק השנייה מכונה "חוק למניעת ההתבוללות בין יהודים ללא-יהודים ולקדושת עם ישראל". נקבע בהצעה זו, בין השאר, כי יבוטלו כל תכניות משרדי הממשלה, שיש בהן כדי ליצור קשר בין יהודים וערבים. יוקמו חופי-ים נפרדים ליהודים וללא-יהודים. לא יינתן ללא-יהודים לגור בשכונה יהודית בלא הסכמת רוב הדיירים היהודיים. אסור ליהודי אזרח ותושב המדינה להינשא ללא-יהודי. אסור ליהודי אזרח המדינה לקיים יחסי אישות עם לא-יהודי; בנישואי "התבוללות" שכבר נערכו יוכרחו בני הזוג להיפרד לאלתר.

להלן החלטת בית המשפט ביחס להחלטת יו"ר הכנסת שלא לאפשר להניח על שולחן הכנסת את הצעות החוק הללו. (מדובר בתקופה שקדמה ל"מהפכה החוקתית", ולכן ההתייחסות להעדרה של חוקה):

"החלטה זו יש בה פגיעה עמוקה במרקם החיים הפרלמנטריים, והיא פוגעת באופן מהותי ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. היא יוצרת מעין "חוקה חיה" במקום שטרם קיימת "חוקה נוקשה". היא פוגעת באחד מתפקידיה העיקריים של הכנסת, החקיקה. היא שוללת באופן מהותי את כוחו של חבר כנסת מלפעול באופן מלא באחת המסגרות העיקריות שהתקנון (בנוסחו הנוכחי) מעמיד לרשותו. בנסיבות חריגות אלה, אין בית המשפט רשאי להמנע מהפעלת סמכותו."

בעקבות פסק הדין, קיבלה הכנסת את **סע' 134 (ג) לתקנון הכנסת:**

(א) כל חבר הכנסת, למעט שר או סגן שר, רשאי להציע הצעת-חוק. […]

(ג) יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.

**בעקבות תיקון תקנון הכנסת הוגשה עתירה נוספת. היא נדחתה:**

בג"צ 669/85 **כהנא נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מ(4) 393, 398 – תקיפת הוראת התקנון הנזכרת

בית המשפט: "רק בנסיבות קיצוניות באופיין, עת מתגלה בהוראת התקנון שנתקבלה במליאת הכנסת פגם מהותי היורד לשורש עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי ותפיסותינו הדמוקרטיות, תתכן הפעלת בקורת שפוטית על הוראה של התקנון שנתקבלה כדין במליאת הכנסת."

=-=

לאחרונה השתנה מעט תקנון הכנסת בהקשר זה, של סינון מהותי של הצעות חוק – סעיף 134(ג) הוחלף בסעיף משנה בתוך ההוראה העוסקת בחקיקה פרטית – **סע' 75(ה) לתקנון הכנסת**. [השינוי המסוים שהופיע הוא שינוי סדר בין שתי עילות הסינון/ החסימה של הצעות חוק; שינוי סדר שיש בו מעין "שדר סימבולי", של מה חשוב יותר/ בכיר יותר:]

פרק שני: הצעות חוק פרטיות – הדיון המוקדם

מיום 31.10.2011

**י"פ (מס' 5) תשע"א-2011**

[י"פ תשע"א מס' 6285](http://www.nevo.co.il/Law_word/law10/yalkut-6285.pdf) מיום 22.8.2011 עמ' 6142

**הוספת פרק שני**

75. (א) חבר הכנסת שאינו שר או סגן שר רשאי להגיש הצעת חוק פרטית; ההצעה תנוסח כחוק ויצורפו לה דברי הסבר.

(ב) (1) הצעת חוק יכול שתהיה ביוזמת כמה חברי כנסת, והם יקבעו את סדר שמותיהם על גבי הצעת החוק;

(2) יוזם הצעת חוק רשאי לצרף להצעתו חברי כנסת נוספים, והוא יקבע את סדר שמותיהם על גבי הצעת החוק; שמות המצטרפים יצוינו בנפרד משמות היוזמים;

(3) הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת, לא ישונה סדר שמות היוזמים והמצטרפים אליה (בחלק זה – מציעי הצעת החוק).

(ג) כל בקשה או הודעה בנוגע להצעת חוק פרטית תימסר על ידי אחד היוזמים.

(ד) חבר הכנסת שהגיש הצעת חוק ביודעו כי הוגשה כבר באותו עניין הצעת חוק זהה או דומה בעיקרה, בין באותה כנסת ובין בכנסת קודמת, יציין זאת בדברי ההסבר להצעת החוק.

**(ה) הצעת חוק פרטית תובא לאישור נשיאות הכנסת; נשיאות הכנסת לא תאשר הצעת חוק שלדעתה שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי או שהיא גזענית במהותה.**

(ו) אישרה נשיאות הכנסת הצעת חוק, יצוינו על גביה מספר סידורי ומספר הכנסת וכן היותה הצעת חוק פרטית, והיא תונח על שולחן הכנסת.

=-=

**דוגמא נוספת להתערבות: -> "כנסת המחוקקת לעצמה"**

**חריגה של הכנסת ממתחם הסבירות** **בעת ניהול ענייניה הפנימיים**

– בג"צ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון** **נ' ועדת הכנסת**

הכנסת הארבע-עשרה התפזרה בתום שלוש שנות כהונה. ועדת הכנסת החליטה כי מי שכיהן בכנסת הארבע-עשרה ולא שב ונבחר לכנסת החמש-עשרה, יזכה בגימלה כאילו כיהן בכנסת הארבע-עשרה במשך ארבע שנים. בכך עשתה הוועדה שתיים: חבר הכנסת שלא כיהן בכנסת קודמת זכה לקצבה כאילו כיהן ארבע שנים (אלמלא החלטת הועדה לא היה זוכה בקצבה כלל כי אם במענק חד פעמי בלבד, בנוסף למענק "הסתגלות"); חבר כנסת שכיהן גם בכנסת קודמת - זכה וקצבתו חושבה כאילו כיהן (בנוסף לכהונתו הקודמת) ארבע שנים תמימות בכנסת הארבע-עשרה, אף שזו הוציאה ימיה במלאת לה שלוש. את החלטתה קיבלה ועדת הכנסת עוד בימי חייה של הכנסת הארבע-עשרה (והיא חזרה ואישרה את ההחלטה לאחר שנתקיימו הבחירות לכנסת החמש-עשרה), ובעת שההחלטה עשויה היתה להשפיע על חבריה היא. ועדה ציבורית שהוקמה, מאוחר יותר, כדי לדון בשאלת התשלומים לנושאי משרה ברשויות השלטון, ובכללם חברי הכנסת, הלא היא ועדת אלוני, המליצה בפני ועדת הכנסת להשיב את המצב לקדמותו. המלצותיה של ועדת אלוני נדחו.

**["כנסת המחוקקת לעצמה"]** השופט ריבלין: חרף ניגוד העניינים המובנה בתפקיד שמילאה כאן ועדת הכנסת לא השכילו חברי הוועדה להתעלות מעל עניינם הצר. הם נמנעו מלהביא בחשבון ההחלטה את העניין הציבורי הכרוך בעצם הפגיעה בקופה הציבורית ואת הפגיעה האפשרית באמון הציבור. נבחר ציבור הנדרש על-פי דין לקבוע בעניינו שלו, צריך שגם עניינו של הכלל יעמוד לנגד עיניו. בבואם לפסוק בשאלות שעשויה להיות להן נפקות בעניינם שלהם או בעניינם של עמיתיהם, היה על חברי-הכנסת להביא בחשבון את עניין הציבור בהחלטתם, את ההשלכות שיש במתן טובות ההנאה המוקשות בהגיונן על קופת הציבור ואת מידת הפגיעה האפשרית באמון הציבור ברשות שהם מייצגים... חברי-הכנסת בחרו שלא לעצב את ההטבה שנטלו לעצמם או לחבריהם במסגרת שיש עמה שימור יחס ראוי או מיתאם בין אורך תקופת הכהונה לבין מידת השיפור בתנאים. ההחלטה הקובעת כי לעניין הקיצבה ייחשב חבר-כנסת שסיים את תפקידו בשל פיזור הכנסת הארבע-עשרה לאחר שלוש שנות כהונה (ושלא ייבחר לכנסת החמש-עשרה) – כמי שכיהן ארבע שנים, מעוררת מבוכה. ההחלטה מתעלמת מתקופת הכהונה בפועל ומביאה בחשבון תקופת כהונה מדומה. כל אלה מוציאים את ההחלטה אל מחוץ למיתחם הסבירות.

=-=

**מגבלות המוטלות על הצעות חוק פרטיות**

פגשנו לעיל את הוראת סע' 134(ג) – ועתה סע' 75(ה) – לתקנון הכנסת. הוראה זו מגבשת "מסננת תוכנית"/ מהותית להצעות החוק שניתן להגישן. רובינשטיין ומדינה גורסים כי "יש לנהוג ריסון ניכר .. בהפעלת סמכותה של נשיאות הכנסת שלא לאשר הצעות חוק מחמת תוכנן". אני מסכים עימם.

מעבר לכך מופיעה מסננת נוספת. ראו את ניתוחה בספרם של רובינשטיין ומדינה (בהשמטת אסמכתאות):

מגבלות נוספות חלות על הצעות חוק "פרטיות" שיישומן כרוך בהוצאה מתקציב המדינה. ביסודן של מגבלות אלה השאיפה להתגבר על החשש – שהתממש לא אחת, בעיקר מאז תחילת שנות התשעים – כי חברי הכנסת יפעילו את סמכות החקיקה שלהם לשם חקיקת חוקים המיטיבים עם מגזרים שונים באוכלוסיה, בלא להתחשב במגבלות התקציב הציבורי שאושר על-ידי הכנסת עצמה. ...

מגבלה אחת שהוטלה על חקיקה כאמור נועדה להבטיח כי בפני הכנסת והציבור יהיה מידע מלא באשר למשמעויות התקציביות של הצעות חוק ולהגביר את המודעות להכרח לקבוע סדרי עדיפויות בתקציב, כך שכל הגדלה של הוצאה מסוימת חייבת להתבטא בהקטנת הוצאות אחרות או בהגדלת נטל המס. לצורך כך נקבע כי "הצעת חוק המוגשת לכנסת שבביצועה כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, תצוין, בנוסח החוק המוצע או בדברי ההסבר לו, דרך המימון להוצאה או להפחתה" (סעיף 39א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985). לצורך יישומה של הוראה זו נקבע בתקנון כי על הוועדה המכינה הצעת חוק "פרטית" לקריאה ראשונה לזמן לדיוניה את נציגו של שר האוצר, כדי לברר אם חלות לגבי הצעת החוק הוראות סעיף 39א לחוק יסודות התקציב. אם מתברר כי בביצועה של הצעת החוק כרוכה הוצאה או הפחתת הכנסות, על הוועדה לציין בנוסח החוק או בדברי ההסבר את דרך המימון, ואת הערכת עלותו של החוק (סעיפים 138א-139ג לתקנון).

עם זאת, יישומה של מגבלה זו נתקל בקשיים, בין היתר לאור ההלכה שחריגה ממנה [כלומר חריגה ממגבלה זו] אינה מונעת את השלמת הליך החקיקה ואינה פוגעת בתוקפו של חוק שזכה לתמיכת הרוב בכנסת, ובאמצעות הקביעה בהצעת החוק כי מימונה יבוא מן הרזרבה שבחוק התקציב. לאור זאת נקבעה בשנת 2003 מגבלה נוספת, בסעיף 3ג לחוק-יסוד: משק המדינה. מכוחו של הסדר זה, הצעת חוק שבביצועה כרוכה עלות תקציבית העולה על 5 מיליון ש"ח בשנה (ובכלל זה הפחתה מהכנסות המדינה בסכום כאמור), ואשר הממשלה לא נתנה לה את הסכמתה, **לא תתקבל בכנסת אלא בקולותיהם של חמישים חברי כנסת לפחות**. ההערכה של העלות התקציבית היא על-פי קביעת שר האוצר, אלא אם הוועדה בכנסת הדנה בהצעת החוק השתכנעה, לפי נתונים ואומדנים שהוגשו לה, כי העלות התקציבית היא שונה מזו שקבע שר האוצר. ... נראה כי מגבלה זו חלה גם ביחס להצעות חוק שיוזמת ועדה של הכנסת.

=-=

**סיכום קצר לסוגיית הביקורת השיפוטית על ההליכים הפנים-פרלמנטריים, ההליכים הפנימיים בכנסת:**

הכלל הוא הלכת **שריד**, אותה פגשנו לעיל בפס"ד **לבנת**:

התערבות שיפוטית (משמע, חציית מעטה החסינות של "אי-שפיטות") תהא רק באותן החלטות של הכנסת שיש בהן **"פגיעה ממשית במירקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי"**

*מה הרציונאליים להתערבות הזהירה ממש?*

מעמדה של הכנסת – מעמדו המיוחד של הפרלמנט בדמוקרטיה;

יכולת התיקון/ הבקרה העצמית של הכנסת;

"אופי הביניים" של חלק מההחלטות המתקבלות בהליכים הפנים-פרלמנטריים;

ובית המשפט מוסיף גם את הנקודות גלויות-הלב הבאות:

רצון טבעי הוא של הרשות השופטת לאפשר לבית הנבחרים של המדינה לנהל את ענייניו הפנימיים בלא התערבות שיפוטית, וזאת הן בשל חוסר הרצון לשפוט את הפוליטיקה והן בשל חוסר הרצון לפוליטיזציה של השפיטה.

[בג"צ 73/85 **סיעת כך נ' יושב-ראש הכנסת,** פ"ד לט(3) 141, בעמ' 157]

חוסר רצונו של בית המשפט להיות צד למחלוקות פוליטיות המפלגות את הציבור; ההכרה במורכבות פעולתו של גוף פוליטי נבחר וחוסר הנכונות לכפות עליו אמות מידה נוקשות מקום שאין הכרח לעשות כן מבחינת חוקיו-הוא.

[בג"צ 620/85 **מיעארי נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מא(4) 169, 196]

בית המשפט מצא לעיתים את אותה "פגיעה ממשית במרקם החיים הפרלמנטריים" או "ביסודות המבנה של המשטר החוקתי" –

ראו אותם מצבים שפגשנו לעיל, והם משני סוגים:

**א. *הגנה על המיעוט בכנסת מפני עריצות הרוב*:**

**1. כהנא** (פסה"ד הראשון – חסימת הצעות החוק)

ודוגמא נוספת, בג"צ 73/85 **סיעת כך נ' יושב-ראש הכנסת,** פ"ד לט(3) 141(סיעת היחיד של כהנא, לאחר בחירות 1984)

שם נפסק כי שלילת זכותה של "סיעת יחיד" (סיעה ובה חבר-כנסת אחד) להציע הצעת אי אמון בממשלה מהווה פגיעה מהותית במירקם החיים הפרלמנטריים. לפיכך, ולאור קביעתו של בית המשפט כי יש לפרש את המונח "סיעה" בסעיף 36 לתקנון הכנסת (שם נקבע כי לכל "סיעה" זכות להגיש הצעת אי אמון בממשלה) ככולל גם "סיעת יחיד", בוטלה החלטת יושב ראש הכנסת בעניין.

שלילת כוחה של סיעה פרלמנטארית ליזום מהלך מכריע זה [של הצעת אי אמון בממשלה] פוגעת... באמצעי הפרלמנטרי החריף ביותר, שעומד לרשותה של סיעה אופוזיציונית, ... וביקורת ובפיקוח של הרשות המחוקקת כולה על הרשות המבצעת.

**ב. *סיטואציה של "כנסת שמחוקקת לעצמה" - ניצול לרעה ממשי של כוחה כדי להטיב עם חבריה:***

לעיל, בג"צ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון** **נ' ועדת הכנסת**

=-=

עוד נקודות המחברות אותנו לסוגיה נוספת: מעמדם המשפטי של חברי הכנסת והיקף ההגנה עליהם.

**דמוקרטיה פרלמנטרית: דמוקרטיה ייצוגית**

**הדמוקרטיה בנויה במידה של ממש על מפלגות, שחלקן זוכות להקים סיעות המשתתפות בכנסת, והיא בנויה במידה של ממש על חברי אותן סיעות, קרי, חברי-כנסת.**

**הסיעות וחברי הכנסת פועלים לקידומו של סדר יום חברתי-פוליטי לחברה הישראלית, על פי התפיסה הערכית שאותה הם מייצגים.**

זאת בעיקר באמצעות הפעילויות השונות בכנסת: כינון חוקה; חקיקה; תמיכה בממשלה כזו או אחרת, או התנגדות לה; בקרה על הרשות המבצעת והשתתפות בהכרעות שלטוניות: תקציב, ועדות הכנסת, וכדומה; דיוני הכנסת

אך האם פעילותו של חבר הכנסת, כחבר כנסת, מתמצת בפעילות המתקיימת בתוך הכנסת?

התשובה לכך היא שלילית. יש לחברת הכנסת/ חבר הכנסת פעילויות ביטוי ומעשי התארגנות ופעולה אחרים:

למשל, השתתפות בהפגנה, ונשיאת דברים בה; השתתפות בכנס ציבורי/ אקדמי; התראיינות וכתיבה בכלי תקשורת;

ייזום פעילויות שונות של העצמה empowerment בתוך קהילות חלשות. למשל, סיוע לעמותות שונות, וכדומה.

**אחד התפקידים החשובים – במיוחד של האופוזיציה – הוא תפקיד הפיקוח על הרשות המבצעת**

דרישת מידע מהממשלה והעלאת נושאים לדיון ולביקורת:

שאילתות; ועדות חקירה פרלמנטריות; הצעות לסדר היום;

השגת מידע ממקורות נוספים/ עצמאיים/ בלתי תלויים;

תפקיד "ראש האופזיציה" על פי חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, והתפקידים המוקצים לו.

תפקיד לאופוזיציה יש גם במישור הרשות השופטת: שניים מחברי הוועדה לבחירת שופטים הם מהכנסת; אחד מהם על פי הנוהג הוא מהאופוזיציה; כמו כן, נתונים לחברי כנסת תפקידי בקרה שהם פנים-כנסת: למשל, חברות בועדת הכנסת, בוועדת האתיקה של הכנסת ועוד.

=-=

**למי נתונה חובת הנאמנות של חבר-הכנסת?**

**רובינשטיין ומדינה:** שיטת המשטר הפרלמנטארית המקובלת בישראל, בה נבחרת הכנסת בבחירות ארציות יחסיות, מעניקה משקל ניכר למפלגה, וממילא לסיעה המייצגת את המפלגה בכנסת, שהיא קבוצת חברי הכנסת שנבחרה ברשימת מועמדים מסוימת. ממילא, כפי שציינה ד"ר סוזי נבות, "מודל הייצוג בישראל מחייב התייחסות למערכת [יחסים] משולשת: ציבור – מפלגה – חבר-כנסת".

מערכות היחסים "ציבור – מפלגה" ו- "ציבור – חבר-כנסת" מאופיינות במודל של "ייצוג חופשי", לפיו המפלגה וחבר הכנסת מקבלים מן הציבור מנדט "חופשי", המחייב אותם, לפחות להלכה, לפעול ככל שמתחייב לקידום טובת הציבור כולו. לעומת זאת, מערכת היחסים שבין חבר הכנסת לבין מפלגתו וסיעתו היא מורכבת יותר.

חברי הכנסת אינם נבחרים באופן עצמאי, אלא כחברים ברשימת מועמדים המוגשת מטעמה של מפלגה (סעיף 5א לחוק-יסוד: הכנסת). משום כך, חברי הכנסת הם [גם] "נאמנים ושליחים של מפלגתם ושל ציבור בוחריהם". משמעות הדבר כי על חבר הכנסת מוטלת **חובת נאמנות כפולה**: לציבור (דהיינו, **לאינטרס הציבורי הכללי**) ולמפלגתו וסיעתו (ובעקיפין, **לציבור בוחריו**). תוצאת הדברים היא הגבלה ניכרת של חופש הפעולה של חבר הכנסת.

הכיצד? נדמה כי אין מחלוקת שחבר-הכנסת הוא איש ציבור, הכפוף לחובות המוטלות על מי שפועל למען הציבור[...]. חבר-הכנסת כפוף לחובה לנהוג בהגינות, ביושר, בתום-לב וכדומה. מאידך גיסא, ספק בעינינו אם רשאי חבר-כנסת להפר את המשמעת הסיעתית, ולפעול בניגוד לטובתה של סיעתו ומפלגתו, תוך הסתמכות על טיעונים דוגמת טובת הכלל והמדינה. בסופו-של-דבר, הדמוקרטיה הפרלמנטארית מתבססת על המפלגות, ויציבותן היא ערובה חשובה ליציבותו של המשטר הדמוקרטי. המשמעת המפלגתית – בתנאי שהיא מופעלת באופן זהיר וסביר − היא סממן חשוב באורח חיים פרלמנטארי תקין, המקובל ונהוג בכל הדמוקרטיות הפרלמנטאריות.

**=-=**

**ג. הביקורת השיפוטית על הליכים "מעין-שיפוטיים" של הכנסת**

**הכנסת: חסינות חברי הכנסת וזכויות-היתר שלהם**

**– והביקורת השיפוטית על הסרת החסינות או פגיעה בזכויות היתר**

**מהי "חסינות"? מהן החסינות וזכויות-היתר (הפריבילגיות) הנוספות הניתנות לחברי הכנסת? מדוע היא ניתנת/ מהם הרציונלים שביסודה? עם אלו אינטרסים ציבוריים חשובים היא מצויה במתח או בעימות?**

**=> מהי היקפה ומהן גבולותיה של "החסינות המהותית" ["חסינות במילוי התפקיד"]?**

**חוק-יסוד: הכנסת**, סע' 17**:**

לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק.

**חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951**

**[...]**

**ג. הביקורת השיפוטית על הליכים "מעין-שיפוטיים" של הכנסת**

**הביקורת השיפוטית על החלטות "מעין-שיפוטיות" המתקבלות בכנסת**

רובינשטיין ומדינה:

החלטות של הכנסת המסווגות כ"מעין שיפוטיות" הן החלטות שעניינן שלילת זכויות המוקנות לחבר כנסת מסוים, ובכלל זה, הסרת חסינותו מפני העמדה לדין, מפני חיפוש, מעצר והגבלת חופש התנועה, והחלטות בדבר השעיה זמנית של חבר כנסת והעברתו מתפקידו.[[56]](#footnote-57) חשיבותו של סיווג זה בנכונות להחיל ביקורת שיפוטית רחבה ביחס להחלטות אלה. התפיסה המנחה בהקשר זה היא כי "שעה שהכנסת מחליטה בסוגיות מעין-שיפוטיות, בין בוועדה ובין במליאתה, אין היא שונה במעמדה, מבחינה עקרונית, מרשות מעין-שיפוטית אחרת".[[57]](#footnote-58) למעשה, המדובר ביישום של ההלכה הכללית שתוארה ... בדבר היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת, שכן העברת חבר כנסת מכהונתו, השעייתו ואף הסרת חסינותו מפני העמדה לדין, מהווה פגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטאריים. הפגיעה היא לא רק בחבר הכנסת עצמו אלא בציבור אותו הוא אמור לייצג בכנסת.

לפי גישה זו, בעת שהכנסת מפעילה סמכויות "מעין שיפוטיות" כאמור, עליה "לעמוד באמות המידה המשפטיות המתחייבות מהפעלת הסמכות".[[58]](#footnote-59) מכאן הנכונות להחיל ביקורת שיפוטית, המבוססת על אמות מידה אלה.

=-=

בשל לחץ הזמן, והרצון להתאים בין החומר לבין תרגיל מספר 2 שיחולק לכם בקרוב, הרי שנדלג בשלב זה על הדיון **בחסינות חברי הכנסת.** אני מקווה להחזיר אותו בתחילת סמסטר ב.

גם הדיון **בשלטון המקומי** יידחה לתחילת סמסטר ב.

בפגישה הקרובה נעסוק **בממשלה** ובחלוקת הסמכויות בינה לבין הכנסת. קראו את הדפים שלהלן ואת החומר הנוסף המבוקש לקריאה.

**הממשלה: סמכויות הממשלה וחלוקת הסמכויות בין הכנסת לבינה –**

**א. "כלל ההסדרים הראשוניים"**

**"כלל ההסדרים הראשוניים"** התחזק בעקבות "פסקת ההגבלה" המלווה את חוקי היסוד בתחום זכויות האדם: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה **אלא בחוק... או לפי חוק** כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

עם זאת, כלל זה *אינו חל רק ביחס לפגיעה בזכויות חוקתיות או פגיעה בזכויות-יסוד באופן כללי* (בז'רנו) אלא גם ביחס להסדרה/רגולציה של תחומי חיים חשובים ופעולות חשובות שמבצעות רשויות השלטון. ראו:

בג"צ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים** (2010)

14. תחולתו של עיקרון חוקיות המינהל אינה מצטמצמת למצבים שבהם פוגעת הרשות בפעולתה בזכויות יסוד של הפרט. אכן, פרט המבקש לטעון כי בפעולתה חרגה הרשות מן הסמכות המוקנה לה בדין, אינו חייב להצביע על כך שפעולתה של הרשות גרמה לפגיעה בזכויות יסוד או בזכות חוקתית, ובמקרים שונים נתקפה פעולת הרשות בבית המשפט בהתבסס על עיקרון זה, הגם שלא היו לה השלכות על זכויות אדם מוכרות, והשפעתה התמצתה בפגיעה באינטרסים (ראו למשל בג"צ 3424/90 איגוד העיתונים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24 (1991); בג"צ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769 (1998)).

עם זאת, כשפעולתה של הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכות יסוד מוכרת, מקבלת ההקפדה על עיקרון זה משנה חשיבות. לפיכך, נקבע כי כאשר הפעולה המינהלית שבנדון עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה (בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)). במקרה שכזה, על ההסמכה לפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית (בג"צ 3355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004)).

**"כלל ההסדרים הראשוניים" והחריגים לו**

בג"צ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481

[פסק דין זה הוביל ל"חוק טל" (**חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002**),שאותו כבר פגשנו, ושבוטל בפסק דין **חוק טל 2**. בפס"ד **רובינשטיין** נתקפה הסתמכותו של שר הביטחון על **סע' 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986** כבסיס לפטור משירות צבאי שניתן לתלמידי ישיבות.]

**סע' 36 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986:**

**שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא- הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים -**

**(1) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו;**

19. כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון "טכנית" יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים - צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים" […]. נכנה זאת הכלל הבסיסי בדבר ההסדרים הראשוניים.

**הסדרים ראשוניים - מהם?**

24. […] מן הראוי שדבר החקיקה הראשי - המסמיך את הרשות המבצעת לקבוע חקיקת משנה או הוראות מינהל - יקבע את התכנית הכללית, כך שחקיקת המשנה והוראות הביצוע יגשימו את שהוסדר באופן עקרוני בחקיקה הראשית. החוק הוא זה שאמור לקבוע אמות מידה לפתרונן של הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט. אכן, הסדר ראשוני קיים מקום שמתוך החוק עצמו - על פי פרשנותו בדרכי הפרשנות המקובלות - ניתן להסיק את **המיתחם שבגדריו פועלת הרשות המבצעת, ואת הכיוון, העיקרים או התכלית שאמורים להנחות את הרשות המבצעת בפעולתה. […]אכן, הסדר ראשוני קיים, מקום שהחוק עצמו קובע עקרונות או אמות מידה (סטנדרטים)** **ברמה הגבוהה אותם צריך להגשים ברמה נמוכה יותר.** רמת ההפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. **ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כן אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה הראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או היקף הפגיעה בחירות. [ואילו] כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק [בכך שהחוק ינוסח] ברמת הפשטה גבוהה** […].

**ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני:**

.25 בהקשר זה, מן הראוי הוא להעיר שתי הערות: ראשית, **ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה**. קיימת אי בהירות רבה בקביעת הגבול המבחין בין שני סוגי ההסדרים. […] "שאלה קשה היא מה ההבדל, או מה הגבול, בין הסדרים ראשוניים לבין הסדרים משניים. במידת מה התחומים מעורבים זה בזה. הקפדת יתר על החלוקה בין התחומים עלולה לשבש את הפעילות המינהלית ולפגוע בטובת הציבור. לכן, במקרי גבול צריך יהיה להשיב על השאלה בעיקר על יסוד איזון בין המשקל של צורכי המינהל וטובת הציבור לבין מידת הפגיעה בעקרון של שלטון החוק". **אכן, מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט - כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ומידת הפירוט הנדרשת ממנו**. זאת ועוד: **צרכי המציאות מחייבים פשרה בין העקרונות לבין חיי היומיום**. **קשה, במשטר דמוקרטי מודרני, לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה. לא פעם מתפשרים בשל דרישות היעילות המינהלית, וזאת כדי להבטיח את טובת הציבור**. עם זאת, מבחינה עקרונית אין בכך לגרוע מכוחו ותוקפו של הכלל הבסיסי, וגם מבחינה מעשית יש גבול לפשרה, ובמקרים מיוחדים וקיצוניים אפשר שהכלל הבסיסי יגבר על שיקולי יעילות, וראוי יהיה לבטל הסדרים משניים מן הטעם שאין להם יסוד בהסדרים ראשוניים.

**השפעת חוקי היסוד על החזקה הפרשנית:**

31. […]"התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי, זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט (הציבורי והפרטי) ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה יגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות".

שינויים אלה משפיעים על "מעמדו" המשפטי של הכלל הבסיסי, לפיו ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית. על מלוא היקפם של שינויים אלה אין לנו צורך לעמוד בפסק דיננו זה, שהרי סמכותו של שר הביטחון מעוגנת בדבר החקיקה שקדם לשינויים החוקתיים, **ואשר** **תוקפו נשמר כחלק מהדין הישן**.

על כן, אין לנו צורך לנקוט עמדה באשר ליחס שבין הפעלת סמכותו של שר הבטחון לבין הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. **די אם נציין כי יש בחוקי היסוד על דבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל הבסיסי. חיזוק זה מתבטא בכך כי החזקה הפרשנית, לפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא היתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת**. אכן, **הסמכה שבחוק לקביעתם של הסדרים ראשוניים בחקיקת משנה עומדת בעינה. תוקפה לא נפגע. חוקי היסוד החדשים, על פי פירושם בפרשת בנק המזרחי המאוחד, אין בכוחם לפגוע בתקפותה של ההסמכה הישנה.** עם זאת **- בהיעדר הוראה מפורשת לסתור - יש לעשות מאמץ פרשני - במקום שהוא אפשרי - על מנת לתת להסמכה זאת פרשנות מצמצמת, באופן שהיא תופעל, ככל שניתן, ברוח הכלל הבסיסי בדבר הסדרים ראשוניים.** ברוח זאת, יש מקרים בהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת. טול למשל, דחיית שירות לנשים אשר שירותן **בשנה פלונית** אינו דרוש. דבר זה נתון הוא לשיקול של שר הבטחון. תהא זו החלטה בעלת אופי פרגמטי, המעוגנת בצרכים של שנה פלונית, ולא החלטה שנועדה לפתור באופן עקרוני וכללי את הסוגיה החברתית הקשה והשנויה במחלוקת בדבר השירות של נשים בצבא. אכן, השר אינו רשאי לקבל הכרעה כוללת לפיה נשים בכלל, או נשים נשואות, או נשים שטעמים שבהכרה דתית מונעים מהן מלשרת שירות בטחון, לא תשרתנה בצבא. עניין זה הוא לכנסת, אשר צריכה לקבוע, כחלק מההכרעות החברתיות המוטלות עליה את עמדת המדינה בעניין זה.

אכן, בדרך זו נקטה הכנסת לעניין פטור משירות של נשים נשואות (סעיף 39 לחוק שירות בטחון) או של נשים המבקשות פטור מטעמים של הכרה דתית (סעיף 40). הוא הדין לעניין דחיית שירותם של גברים. **עד כמה שהשיקול הוא בעל אופי פרגמטי - שעשוי להשתנות מעת לעת - הוא יוכל להתקבל על ידי שר הבטחון.** אך **עד כמה שהשיקול נועד לפתור בעיה חברתית כללית השנויה במחלוקת ציבורית קשה, הוא צריך להיות מעוגן בהסדר ראשוני שבחקיקה הראשית**. ודוק: גישתנו זו אין משמעותה שהרשות המבצעת אינה רשאית לקבוע מדיניות כללית להפעלת סמכותה. בדרך כלל קביעתה של מדיניות כללית על ידי הרשות המבצעת מותרת היא וראויה. גישתנו הינה, כי יש עניינים, מיוחדים במינם, בהם לא קנתה הרשות המבצעת סמכות לקבל הכרעות עקרוניות בשאלות יסוד המפלגות את החברה הישראלית. יש עניינים כאלה, בהם ההכרעות צריכות להתקבל בכנסת, תוך שהרשות המבצעת צריכה להסתפק במדיניות לביצוען. [...]

**מן הכלל אל הפרט**

.32 חוק שירות בטחון קובע את חובת שירות הבטחון (שירות סדיר או שירות מילואים). הוא קובע את היקף החובה ודרכי הגשמתה. בצד הוראות אלה קבועה סמכותו של שר הבטחון לדחות שירות בטחון או לפטור ממנו. [סעיף 36 לחוק שירות בטחון]. האם רשאי שר הבטחון לעשות שימוש בסמכותו זו, ולדחות את שירות הבטחון של תלמידי הישיבה ש"תורתם אומנותם" בהיקף ובמידה אליה הגענו כיום? […]. [התשובה הניתנת היא כזכור שלילית].

[מתוך עמדתו של השופט חשין]

8. […] כשאני לעצמי, לא מצאתי הבחנה בת-פועל בין חיוב עקרוני וכללי לשירות בצבא לבין פטור עקרוני וכללי משירות בצבא. ומה חיוב עקרוני וכללי לשרת בצבא יכול שיבוא אך-ורק בחוק, כך יהא דינו של פטור עקרוני וכללי משירות בצבא, שאף הוא חייב שימצא מקומו בחוק. דוגמה לדבר תימצא לנו בהוראת סעיף 40 לחוק שירות ביטחון, ולפיה מיועדת לשירות ביטחון המצהירה בכתב כי טעמים שבהכרה דתית מונעים אותה משרת בשירות ביטחון; כי שומרת היא על כשרות בבית ומחוצה לו; וכי אין היא נוסעת בשבת; פטורה מחובת שירות ביטחון. וכך בענייננו: הסמכות הניתנת [לשר הביטחון] בהוראת סעיף 36(1) לחוק שירות ביטחון "לפטור יוצא צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו", **אינה אלא סמכות להוצאת צווים אינדיווידואליים: לראובן, לשמעון, ללוי, ליהודה. שר הביטחון לא קנה סמכות להוציא צו פטור כללי.**

**=-=**

**בעקבות פסק הדין ->** ועדה ציבורית בראשותו של שופט בית המשפט בדימוס צבי טל **-> קבלת חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 ["חוק טל"]** -> פס"ד **התנועה לאיכות השלטון** משנת 2006 (פס"ד **חוק טל 1**) -> פס"ד **רסלר**, שניתן ב-2012 (פס"ד **חוק טל 2**): פסילת החוק. -> ועדת שקד (חברת הכנסת שקד מ"הבית הלאומי") יושבת על מדוכת הצעה לחקיקה חדשה.

חוק טל ענה ל"כלל ההסדרים הראשוניים" שנתבע בענייננו בפס"ד **רובינשטיין**. מהם ההסדרים שנקבעו בחוק האמור? אכן הסדרים מפורטים, מקיפים למדי, אך כאלו שהתגלו – במישור התנהלותה של החברה הישראלית והחברה החרדית:

חוק טל קבע שבהתקיים תנאים מסוימים, שר הביטחון רשאי להעניק צו דחיית שירות, למשך שנה, לתלמידי ישיבות (סעיפים 2 ו-3 לחוק).

עם תנאים אלו נמנים, בין היתר, מכסה מינימאלית של שעות לימוד לתלמיד ישיבה, איסור עבודה בשעות הלימוד בישיבה, תצהיר של תלמיד הישיבה ואישור מראש הישיבה.

החידוש העיקרי בחוק טל, לעומת המצב שקדם לו, הוא קיומה של "שנת הכרעה" (סעיף 5 לחוק). לפי הסדר זה יכול תלמיד ישיבה שגיוסו נדחה במשך ארבע שנים והוא הגיע לגיל 22, לקבל צו לדחיית גיוס למשך שנה אחת, אפילו לא מתקיימים בו התנאים הרגילים לשם דחיית השירות. לאחר "שנת ההכרעה" יוכל תלמיד הישיבה לבחור האם לשוב למסלול הקודם של לימודים בישיבה – תוך המשך דחיית השירות הצבאי – או שמא להתגייס למסלול של שירות ביטחון. האפשרות לקבל "שנת הכרעה" נתונה לכל תלמיד ישיבה פעם אחת בלבד.

בד בבד, קובע חוק טל מסלול חלופי המיועד לבחורי הישיבה, הוא מסלול של שירות אזרחי (סעיף 6 לחוק). שירות זה הינו חלופי לשירות הצבאי. האפשרות לבחור בו נתונה רק למי ששירותו נדחה במשך ארבע שנים והוא בן 22, והוא עומד ממילא גם לרשות אותם תלמידי ישיבות ששירותם נדחה למשך שנת ההכרעה ובסופה מבקשים הם לשרת שירות אזרחי. [אחד הקשיים הגדולים שהתגלעו ביישום החוק נוגע לתקציבים וליצירת אפיקים לשירות אזרחי].

הבעיה המרכזית שהתגלעה היא שבחלוף עשר שנים ויותר לפעולתו הוא גרם למעט מדי השתתפות של תלמידי ישיבות בשירות צבאי או בשירות אזרחי.

במילים אחרות, חוק טל ענה לדרישה הראשונית, לפיה הסדר בסדר הגודל שלו – מתן פטור כללי משירות צבאי לקבוצה חברתית מסוימת – יתגבש בחוק. משמע, יוכרע על ידי הכנסת ברמה הבסיסית. "כלל ההסדרים הראשוניים" נענה לפיכך באמצעותו. ואולם הוא כשל משום שזוהתה בו פגיעה בזכות יסוד חוקתית (הזכות לכבוד האדם, וליתר דיוק הזכות לשוויון שהיבטים מסוימים שלה כלולים בזכות לכבוד האדם) – פגיעה שלא עמדה באחת מדרישותיה של פסקת ההגבלה: דרישת המידתיות.

**כלל "ההסדרים הראשוניים" (המשך) –**

**בג"צ 3939/99 שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל** [הוא קרוי גם פס"ד **הקשת הדמוקרטית המזרחית**, להלן הושמטו אסמכתאות]

**^ חוק יסוד : מקרקעי ישראל**

1. [איסור העברת בעלות]

מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת.

2. [היתר על פי חוק]

סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לענין זה בחוק.

**^ חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960**

סעיף 2(א) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (להלן: חוק המינהל) קובע:

"הממשלה תקים מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל) שינהל את מקרקעי ישראל".

סעיף 3 לחוק המינהל מסדיר את הקמת מועצת מקרקעי ישראל וקובע את סמכויותיה:

"3. מועצת מקרקעי ישראל

הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל, תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבו שייקבע בחוק".

[מועצת מקרקעי ישראל (להלן גם – המועצה) קיבלה החלטות מספר העוסקות בשינוי הייעוד בקרקעות מדינה אשר ייעודן חקלאי, ושהוחכרו ליישובים חקלאיים. החלטה ‎717 עניינה בפיתוח אזורי תעשייה ביישובים כמקור תעסוקה נוסף להם. ההחלטה מאפשרת ליישובים החקלאיים המעוניינים בכך, לפתח אזורי תעשייה בחלקים מן הקרקע שחכרו ממינהל מקרקעי ישראל (להלן גם – המינהל). החלטה ‎727 עניינה שינוי הייעוד לבנייה למגורים, לתעשייה, למסחר, לתיירות או לקיט. על-פי ההחלטה יינתנו לחוכרים חקלאיים פיצויים בגין השבת קרקע שייעודה שונה, כאשר גובה הפיצוי ייקבע על-פי שווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד (ובשיעור הנע בין 27% ל-29% משווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד). מטרת ההחלטה הייתה להעמיד קרקעות זמינות לצורכי בניית יחידות דיור עליהן ולתמרץ את החוכרים להשיב את הקרקע למינהל. החלטה 737 עוסקת בשינוי ייעוד לצורך הרחבת שטחי המגורים ביישובים חקלאיים במגמה להגדיל ולהצעיר את האוכלוסיה בכל אחד מהיישובים. ההחלטה מעניקה ליישובים החקלאיים הטבה כלכלית בדמות הפחתת דמי החכירה ומאפשרת לבני המקום, או למומלצים אחרים שנבחרו על-ידי האגודה החקלאית, בהתאם לצרכיה, לחכור את המגרשים שהורחבו ללא מכרז.

העותרים תוקפים את חוקיות ההחלטות בטענה שהן "הסדרים ראשוניים" אשר היו צריכים להתקבל בחקיקה ראשית, וכן בטענה שהן בלתי חוקיות בהיותן בלתי סבירות משום שהן מעניקות טובות הנאה יקרות ערך לחוכרי הקרקעות על חשבון קופת הציבור. כן נטען כי ההחלטות מעניקות משקל בלתי מידתי לשיקול של העמדת קרקע זמינה לצורכי בנייה ומזניחות שיקולים של צדק חברתי ושל שמירה על איכות הסביבה.]

.30 הלכה היא, שמשיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה (במובנה הפורמלי-ייצוגי ובמובנה המהותי), ראוי שהתוויית המדיניות הכללית והעקרונית - זו המהווה את ההסדר הראשוני - אשר השפעתה על חיי הפרטים בחברה הנה גדולה - תיעשה בחקיקה ראשית; בעוד שדרכי הגשמתה ויישומה של המדיניות יכולים להיקבע בדרך של חקיקת משנה על ידי הרשויות. [...]

על רקע זה, חזקה על המחוקק כי בחר להותיר בידיו את הסמכויות הכלליות לקבוע הסדרים ומדיניות, והועיד למחוקק המשנה להסדיר את ההיבטים היישומיים. אך חזקה זו ניתנת לסתירה. המחוקק רשאי, בדברו המפורש, להטיל על גוף מינהלי הנזכר בחוק תפקיד להסדיר נושא אשר ברגיל, ועל פי הראוי בדרך כלל, על הגוף המחוקק עצמו להסדירו. באותם המקרים בהם עולה מלשונו המפורשת של החוק כי כוונתו של המחוקק היתה להסמיך את מחוקק המשנה להסדיר עניינים שהם, על פי תוכנם, בגדר "הסדרים ראשוניים" - יש לכבד את דבר המחוקק.

[פס"ד **רובינשטיין**] "המחוקק רשאי היה, איפוא, להתעלם מהכלל הבסיסי. הוא היה רשאי להסמיך את הרשות המבצעית לקבוע בחקיקת משנה או בהוראות מינהל הסדרים ראשוניים. אכן, עיון בספר החוקים מלמד, כי רבות הן ההסמכות שהמחוקק הראשי הסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים" (בעמ' 522).

אך כדי שתסתור את החזקה האמורה, צריכה לשון החוק להיות "מפורשת, ברורה וחד משמעית". רק אז תפורש לשון החוק כבאה להעניק לרשות המבצעת סמכויות לקבוע הסדרים ראשוניים אשר לא נקבעו בחוק.

דוגמה להסמכת המינהל להסדיר עניינים שהם בגדר "הסדרים ראשוניים" מצויה בחוק הסעד (שירותים למפגרים) התשכ"ט-1969, הקובע כי שר הסעד "מופקד על שירותים למפגרים על פי החוק" ומסמיך אותו, לאחר היוועצות עם שר האוצר ועם שר הפנים, להורות לרשות בצו להקים שירותים למפגרים. אך, הסעיף אינו קובע מה יהיה תוכנם של השירותים למפגרים או מה הם הקריטריונים להתווית מדיניות הטיפול במפגרים. דוגמה נוספת להסמכה רחבה להסדיר הסדרים ראשוניים מצויה בסעיף 18 לפקודת סדרי השילטון והמשפט, התש"ח-1948. הסעיף מסמיך את הממשלה הזמנית להקים כוחות מזויינים ביבשה, בים ובאויר, אשר יהיו מוסמכים להגן על המדינה, והוא מהווה את המקור הראשי לסמכויות הצבא בארץ גם כיום. [...]

32. אם נחזור לענייננו, דומה שלא יכול להיות ספק שלשון החוק ברורה היא ומפורשת, ויש בה להקנות למועצת מקרקעי ישראל את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. אין בחוק כל הוראות לעניין הסדרים ראשוניים. החוק בעניין זה הוא "חקיקה עצלנית". המסגרת הנורמטיבית שנקבעה בו היא דלה וחסרה. פרט לעיקרון בדבר איסור על העברת הבעלות במקרקעין המוגדרים בחוק "מקרקעי ישראל" והחריגים לאיסור זה, אין החקיקה קובעת דבר לגבי הדרך שיש לנהוג במקרקעין. החוק אינו מתייחס לא ליעדים שצריכים להיות למינהל, לא לסדרי עדיפויות ולא לכללים ולעקרונות שצריכים להנחות את המינהל בניהול מקרקעי ישראל. ברי אפוא שהמחוקק לא פירט את המדיניות הקרקעית שעל המינהל לנקוט.

בצד "היעדר רועם" זה של עקרונות והנחיות כלליות ראשוניים, בולט הנוסח הרחב המעניק את הסמכות לקבוע את אלה למועצת מקרקעי ישראל. בסעיף 3 של חוק המינהל, אשר צוטט לעיל, נאמר בין היתר, כי:

"הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל **שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל**..."

לשון החוק בעניין זה היא "מפורשת וחד-משמעית". על רקע זה, על-אף הביקורת הרבה שבפי מחברים מלומדים על המצב של היעדר "הסדרים ראשוניים" בחוק בכל הנוגע לניהול מקרקעי ישראל, אף לא אחד מהמבקרים העלה את האפשרות שאין למועצת מקרקעי ישראל סמכות לקבוע הסדרים כאלה ...

על רקע כל אלה המסקנה המתבקשת היא שאין מקום לפסול את החלטות 717, 727 ו-737 על יסוד הטענה שמועצת מקרקעי ישראל לא הייתה מוסמכת לקבלן בהיותן כוללות הסדרים בעלי אופי ראשוני.

*[עם זאת, העתירה התקבלה על בסיס טיעון אחר של העותרים. הטיעון לפיו החלטותיה של מועצת מינהל ישראל בהקשר זה אינן חוקיות בהיותן בלתי סבירות משום שהן מעניקות טובות הנאה יקרות ערך לחוכרי הקרקעות על חשבון קופת הציבור וללא מתן משקל ממשי לשיקול של "צדק חלוקתי".]*

=-=

**ב. הסמכויות הכלליות של הממשלה – "הסמכות השיורית"[[59]](#footnote-60)**

**חוק יסוד: הממשלה**

32. [הסמכויות השיוריות של הממשלה]

**הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.**

הממשלה היא האמונה על ניהול ענייני המדינה. הממשלה ושריה שואבים סמכויותיהם מחיקוקים שונים. עם זאת, אין אפשרות לפרט בחוק את כלל התחומים וכלל הסמכויות הנדרשות לממשלה כרשות המבצעת על מנת לעמוד בתפקידה כמנהלת המדינה. חובותיה וסמכויותיה של הממשלה חובקות הרבה תחומי פעולה בהם נדרשת פעולתה. חלק מסמכויותיה וחובותיה אלה אינן מוענקות לה בדבר חקיקה. כאלה הן, לדוגמא, כמעט כל הפעולות של משרד החוץ, משרד הבינוי והשיכון, משרד הקליטה, משרד המדע והפיתוח. אך נקודה זו נכונה גם ביחס למשרדים הממשלתיים האחרים, שחלק מסמכויותיהם מעוגנות מפורשות בדין. אין כמעט משרד שהפעילות שלו אינה נעשית בחלקה בלי אסמכתא מפורשת בחוק. להלן דוגמאות מעטות: מע"ץ (מחלקת עבודות ציבוריות, שהיום היא החברה הממשלתית לדרכים), לשכת העיתונות הממשלתית, מוסדות להכשרה מקצועית, לשכות מודיעין לתיירים. כיצד מתיישב מצב זה עם העקרון של חוקיות המינהל? התשובה המסוימת: הוראת "הסמכות השיורית".

**סייגי הסמכות השיורית?**

השופט חשין בפס"ד ועדת המעקב (כפי שנראה בהמשך בהרחבה) מבחין בין "סייגים חיצוניים" לבין "סייגים פנימיים" לסמכות השיורית. הסייגים הפנימיים הם אלה המופיעים במפורש בתוך הסעיף בחוק היסוד המקנה את הסמכות השיורית. הסייגים החיצוניים נגזרים מהחוקה המהותית, מתפיסת הפרדת הרשויות שבתוכה, וקונקרטית מהאופן שבו אנחנו מבינים את "כלל ההסדרים הראשוניים".

ההוראה העוסקת ב"סמכות השיורית" [סע' 29 בחוק יסוד הממשלה מ-1968; סע' 40 בחוק היסוד מ-1992; וסע' 32 בחוק היסוד מ-2001] עונה לעקרון חוקיות המינהל. ואולם הוא לא עונה לעקרונות של שלטון החוק ודמוקרטיה שמהם נובעים הן **הכלל בדבר "ההסדרים הראשוניים"**, והן **"דרישת החוקיות המיוחדת"** (ביחס להגבלת זכויות אדם). בין היתר, לא ראוי להסתפק בסמכות השיורית ביחס לעניינים בעלי חשיבות חברתית רבה, כאשר יש מקום לחשוש שללא הסדר פרטני בחוק ייעשה בסמכויות הכלליות שימוש שאינו ראוי. צריך לזכור שבהעדר חוק גם אין תקנות, ואזי התחום כולו מוסדר על ידי החלטות מינהליות בלבד. פרופ' זמיר נותן כדוגמא מובהקת את תחום המענקים הממשלתיים ("הכספים הייחודיים") – שהיה תחום פרוץ שהזמין שיקולים פסולים, מפלגתיים ואישיים. חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, על תיקוניו המאוחרים, סגר חלק מהפרצוֹת (אך רק את חלקן; דנו בכך בעבר, בעניין **יקותיאלי**).

**כמו כן, שתי מגבלות מצטברות קבועות במפורש בסעיף הסמכות השיורית עצמה – "הסייגים הפנימיים"**:

**ראשית**, הסמכות השיורית של הממשלה לפעול היא "בכפוף לכל דין".

**שנית,** הסמכות מוגבלת לפעולות אשר עשייתן "אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

**הסמכות השיורית מוגבלת לפעולה "בכפוף לכל דין"**:

**דוגמא:** **הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל** (אותו פגשנו בפגישות הראשונות של השנה)

19. הקיימת הוראת חוק המסמיכה את חוקרי השב"כ לבצע חקירות במובן עליו עמדנו? הוראה מיוחדת, העוסקת בחקירה על ידי אנשי השב"כ בתור שכאלה, אינה בנמצא. "מעמדו של השירות, תפקידיו וסמכויותיו אינם מעוגנים במעשה חקיקה חרות (סטטוטורי) שיוחד לנושא זה". שירות הביטחון מהווה חלק מהרשות המבצעת. שיוך זה, כשלעצמו, אינו מעניק לו סמכויות חקירה. אמת, לממשלה "סמכות שיורית". זו הסמכות "לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת" (סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה). אין להסיק מהוראה זו סמכות לחקירה במובן בו אנו עוסקים בעתירות אלה. סמכות החקירה פוגעת בחירותו של הפרט. סמכותה ה"שיורית" של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה"שיורית" של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים "חלל מנהלי" (ראו בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 832, 843). "חלל מנהלי" כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא "מולא" בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת. עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

"יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר שהפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמאטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו. כך הדבר לגבי זכויות יסוד שהן חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, בין שהוכללו בחוק יסוד ובין שטרם נעשה כן. כך, לא תהיה, לדוגמה, בידי הממשלה סמכות לסגור עתון על יסוד החלטת ביצוע מנהלית, אם לא תהיה הוראת חוק מפורשת המסדירה נושא כגון דא, ואף אם טרם הוחק חוק יסוד המגדיר את חופש הדיבור; מעשה כאמור ינגוד תפיסות היסוד שלנו בדבר חירויות האדם הטבועות במשטרנו, ואשר ניתן להגבילן רק בחוק חרוט... משמע, זכות היסוד של חופש הדיבור, שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, יוצרת סייג הכובל את ידיה של הרשות המבצעת ואינו מתיר לה לחרוג, ללא הסמכה שבדין, מן האיסור לפגוע בחירות המוקנית על פיו" (בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 652).

**הסמכות מוגבלת לפעולות אשר עשייתן "אינה מוטלת בדין על רשות אחרת":**

**דוגמאות:** אין הממשלה רשאית להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור, משום שפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943, מקנה סמכות זו לשר האוצר;

האזנת סתר – החוק מסמיך את ראש הממשלה או שר הביטחון ואת בית המשפט, לא את הממשלה;

**דוגמא נוספת**: פס"ד **עירית קרית גת** – פס"ד שקדם לפס"ד **ועדת המעקב**: הממשלה קיבלה החלטה בדבר סיווג מחדש של ערי פיתוח ואזורי פיתוח לצורך מתן הטבות על ידי משרדי הממשלה. הממשלה סמכה החלטה זאת על "הסמכות השיורית". ואולם הסמכות הוקנתה כבר לועדת שרים על פי חוק ערי ואזורי פיתוח, תשמ"ח-1988.

סעיף 14 לפסק הדין של השופט גולדברג, בפס"ד **עירית קרית גת**:

הדואליות האמורה של חוק והחלטת ממשלה [מכוח הסמכות השיורית], אינה יכולה להתיישב עם לשונו ומטרתו התחיקתית של סעיף 29 [סע' הסמכות השיורית בחוק יסוד: הממשלה, דאז]. הרחבת סמכותה של הממשלה שתאפשר מצב כזה, מטשטשת את הגבולות בין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, ופוגעת בעצם מהותו של המשטר החוקתי במדינה, המבוסס על חלוקת הסמכויות בין הרשויות. הסייג שבסעיף 29 כי הממשלה מוסמכת לפעול "בכפוף לכל דין", אינו מורה [רק] כי אסור למעשי הממשלה כי יסתרו או יפרו כל דין, אלא גם זאת כי משקיים דין אשר יוצר הסדר, נסוגה מפניו סמכות הממשלה, ואין בידה ליצור הסדר אלטרנטיבי. אם היה חלל ריק משפטי הרי שהוא היה קיים עד לחקיקת החוק שיצר את ההסדר. מכאן ואילך התמלא החלל בחוק ולא נותרה עוד סמכות שיורית לממשלה באותו עניין עצמו.

=-=

מנגד, **דוגמא אחרת, לא פשוטה**. פס"ד **פדרמן:** שיגור משלחת של אנשי משטרה מישראל כדי שיצטרפו לכוח הפיקוח הרב לאומי המופעל במדינת האיטי בעקבות החלטה של מועצת הבטחון של האו"מ, וביוזמת ממשלת ארה"ב. בכוח האמור משתתפים נציגים של כעשרים מדינות. העותר טוען כי יש להימנע משיגור המשלחת. תמצית נימוקיו לעניין זה, כמובא בעתירתו, הם אלה: "מדינת ישראל איננה צריכה להתערב בסכסוכים לא לה, ולא לשם כך הוקמה המדינה. כמו כן על פי פקודת המשטרה לא הוסמך שר המשטרה או המפכ"ל לערב כוחות משטרה מחוץ לגבולות המדינה שלא לצורך ענייני המדינה הישירים".

בית המשפט דוחה את העתירה:

אין המדובר בפעולות של רשויות שלטון ישראליות המרחיבות כביכול את תחום פעולתן ואת סמכות שליחיהן, אלא בפעולה מחוץ לתחום תחולת המשפט הישראלי, הנובעת מהסכמה במישור הבינלאומי בין ישראל למדינות אחרות, להעמיד לרשות אותן מדינות מומחים בתחום המשטרה שהתנדבו לכך.

העובדה כי ממשלת ישראל נתבקשה והחליטה על משלוח אנשי משטרה דווקא כנציגיה בכוח המשקיפים הרב-לאומי יסודה במהות התפקיד שעל המשלחת למלא בתוך הכוח הרב-לאומי במסגרת מומחיות חברי, כשם שלטיפול בפליטי רואנדה נשלחו צוותי רפואה צבאיים ואזרחיים, לארמניה נשלח צוות חילוץ הריסות, ולמדינות אחרות נשלחו מדריכים חקלאיים ממשרד החקלאות, איש איש במסגרת הצרכים והמיומנויות הנדרשים למשימה שבה מדובר.

המשלחות לא מילאו במקום שאליו נשלחו את תפקידם הסטטוטורי הרגיל בהתאם לדין בישראל, אלא שליחות ממלכתית במסגרת יחסי החוץ של המדינה.

=-=

בג"ץ 5062/97 **איגוד שמאי הביטוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 181 (1999)

[עניינן של העתירות הוא בהחלטת הממשלה מיום 3.8.1997, למתן תמיכה בסכום של 40 מיליון ש"ח למגדלי הפירות בגין נזקי טבע אשר נגרמו בחורף 1997-1996. החלטה זו הייתה שלא במסגרת **חוק פיצוי נפגעי אסון טבע, תשמ"ט1989-**.

טענתם של העותרים היא כי בנסיבות המקרה היה על הממשלה להחליט כי יש להפעיל את הוראות החוק, אך אפילו סברה הממשלה שאין להפעילן, היא לא הייתה רשאית, לטענתם, להחליט על מתן תמיכה שלא על-פי החוק, כפי שעשתה.]

העתירה נדחתה – **מדוע?**

=-=

בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל** (2006)

[העתירה הופנה כנגד החלטת הממשלה לסווג אזורי עדיפות לאומית ובמסגרתם להעניק הטבות כלכליות משמעותיות בתחומים שונים, ובהם בתחום החינוך, לישובים ולתושביהם אם הם מצויים באיזורים אלה.

הדיון נסב, בין היתר, אודות שתי שאלות: **האם מוסמכת הממשלה לקבוע הסדר של אזורי עדיפות לאומית, מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה**; וכן **"האם דינה של החלטת ממשלה זו – בכל הנוגע להטבות בתחום החינוך – להתבטל בהיותה מפלה את תושביה הערבים של מדינת ישראל"**.

פסק דינו של הנשיא ברק מתמקד בעיקר בשאלה השנייה, שאלת ההפליה, שלא תידון עתה. השופט חשין עוסק בשאלה הראשונה – שאלת סמכות הממשלה להסדיר את נושא אזורי עדיפות לאומית מכוח "סמכותה השיורית". הוא התמקד בעיקר בממשק בין "כלל ההסדרים הראשוניים" לבין "הסמכות השיורית" של הממשלה]

**פסק דינו של השופט חשין.**

19. סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) לא ביקשה לשחרר עצמה מכבליהם של עיקרי היסוד. נהפוך הוא: בהעדר הוראת אחרת – והוראת אחרת אין בנמצא – נפרש את סמכותה השיורית של הממשלה כסמכות הנותנת עצמה בעול עיקרי היסוד של שיטת המשפט. הוראת סעיף 32 רואה עצמה כבולה בעיקרי היסוד של שיטת המשפט, ונוח לה בכך. יתר-על-כן: נועדה היא לשרת עיקרים אלה וייעודה מקובל עליה. כנדרש מכך, יימצאו מעשים ופעילויות שהממשלה לא תהא מוסמכת לעשותם אך בהיותם נוגדים את עקרונות היסוד של שיטת המשפט, בהם תפישות היסוד החוקתיות ששיטת המשפט שלנו מושתתת עליהן. וכפי שהורנו הנשיא שמגר בפרשת פדרמן (שם, 652):

יש פעולות שאינן בתחומה ובכוחה של הממשלה, מאחר והפעלתן ללא הסמכה חוקית נוגדת תפיסות יסוד נורמטיביות הנובעות מאופי המשטר שלנו.

אכן, בבואה אלינו .. חזקה על הוראת סעיף 32 כי ביקשה לשלב עצמה בתפישות היסוד החוקתיות של ישראל, כי ראתה תפישות-יסוד אלו תשתית לקיומה וחלק מן הצופן הגנטי המקיים אותה במקומה.

20. בהקשר ענייננו עתה נפסק – והלכה זו מקובלת על הכל – כי מכוח סמכותה השיורית כהוראת סעיף 32, אין הממשלה מוסמכת לפגוע בזכויות היסוד של היחיד. זכויות אלו מהוות חלק אינטגרלי במשפט ופגיעה בהן יכול שתיעשה רק בחוק הכנסת לבדו. כל זכות מזכויות היסוד 'את חוקים תתהלך' ...; 'עוצמתה ורמתה כעוצמתו וכרמתו של חוק', ו'רק לשון מפורשת וחד-משמעית בחוק יש בכוחה להגביל או להצר ...' זכות מעין-זו. ועוד: 'סמכותה ה'שיורית' של הממשלה אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. הסמכות ה'שיורית' של הממשלה מעניקה לה כוח לפעול במקום שקיים 'חלל מינהלי'... 'חלל מינהלי' כזה אינו קיים בעניין שלפנינו, שכן הוא 'מולא' בעיקרון הכללי בדבר חירות הפרט. פגיעה בחירות זו מצריכה הוראה מיוחדת' (הנשיא ברק בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, 832). אכן, חירויות היסוד שהן חלק מן המערך הגנטי של המשפט נמצאות בכל נורמה ונורמה במשפט אף בלא שנחקקו בחוק, ופועל יוצא מכך הוא, כי הממשלה אינה מוסמכת לפגוע בהן אלא אם הוסמכה לכך במפורש בידי הכנסת.

28.      תפישת-היסוד המפעמת בגופה של שיטת המשטר החוקתית בישראל מורה אותנו, כי הרשות המחוקקת - הכנסת - היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, וכי הממשלה ושלוחותיה נועדו להן תפקידי ביצוע הנורמות שקבעה הכנסת. בלשון אנשי המשפט ייאמר: הכנסת היא המוסמכת לקבוע, בחוקים, "הסדרים ראשוניים" - הסדרים הקובעים את הנורמות העיקריות ואת אמות-המידה להפעלתן - בעוד אשר הממשלה מוסמכת, על דרך העיקרון, לקבוע - בתקנות למיניהן ובמעשים - "הסדרים מישניים" בלבד. ובלשון אחר: אין הממשלה ובנותיה מוסמכות לקבוע "הסדרים ראשוניים" אלא על-פי המחוקק, מכוחו של חוק הכנסת.

30. [...] אלא שהפרדה מוחלטת מעין-זו בין מחוקק - המחוקק הסדרים ראשוניים - לבין מבצע - המבצע והמיישם - אינה מתקיימת אלא במדינת אוטופיה, שכן "סביכותם של החיים בחברה המודרנית אינם מותירים ברירה למחוקק אלא להעביר מיקצת מסמכויותיו למבצע, וזאת - בעיקר - על דרך של הסמכתה של הממשלה ושל הפועלים מטעמה להתקין תקנות הנושאות עימהן הסדרים ראשוניים (תקנות praeter legem)" (פרשת פריצקי, 790; ראו גם: פרשת רובינשטיין, 505-504). עדים אנו אפוא לתופעה - הידועה לכל - כי הכנסת מסמיכה את הרשות המבצעת חדשות לבקרים לקבוע הסדרים ראשוניים בנושאים אלה ואחרים. וככל שחיינו נעשים סבוכים עוד ועוד כן מתרבה אצילת סמכויות של הסדרים ראשוניים ממחוקק לרשות מבצעת. ואולם, גם אם היסכַּנּוּ, בעל-כורחנו, לתופעה בלתי רצויה זו  - "בלתי רצויה" באשר חותרת היא תחת העיקרון החשוב של הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות - הנה סמכותה של הרשות המבצעת בכל מקרים אלה מוצאת לה עיגון בחוק הכנסת [...]

**בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני**

37.      משידענו כי סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א) אינה כוללת סמכות לקביעתם של הסדרים ראשוניים; כי קביעתם של הסדרים ראשוניים יוחדו ויועדו לכנסת ואילו הממשלה לא קנתה אלא סמכות להסדרים מישניים, להסדרי ביצוע; עדיין שאלה היא, מה אמת-מידה ניעזר בה לידע הסדר ראשוני - מהו? מהי אבן בוחן נחזיק בידנו להבחין בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני? התשובה לשאלה אינה פשוטה כל-עיקר, וקו הגבול בין הסדרים אלה לבין הסדרים אלה יכול שיהיה לעיתים מטושטש משהו. אכן, יימצאו הסדרים שהכל יסכימו כי הסדרים ראשוניים או הסדרים מישניים הם. כולנו נסכים, למשל, כי חיובים שהמדינה מטילה על היחיד - חיוב בתשלום מס, חיוב לשרת בצבא ועוד כיוצא באלה חיובים - חיובים אלה כולם חיובים של הסדרים ראשוניים הם. ומנגד: קביעת טפסים שעל היחיד למלא בביצועו של חוק פלוני, פעולה של הסדר מישני היא. אלא שעיקר הוא בתחום האפור שבין שני קצוות אלה, והתחום האפור, למרבה הצער, תחום רחב הוא ביותר. על תחום זה ניתן לומר, כי ההכרעה בשאלת ההבחנה תיעשה בכל מקרה ומקרה תוך שניתן דעתנו לטיבו ולמהותו של הנושא שבדיון, לרקע עיקרי היסוד ששיטת המשפט בנויה עליהם, ותוך שנפעיל את השכל הישר ואת חוש ההיגיון. אכן, באומרנו כי הסדרים ראשוניים הם אותם הסדרים שעל-פי עצם טיבם ראוי להם שהכנסת תקבעם, וכי גופם של ההסדרים ונסיבות הענין יכריעו, נקלעים אנו לטאוטולוגיה-משהו. וכפי שנאמר בפרשת פריצקי (שם, 790):

הסדרים ראשוניים הינם אותם הסדרים שבהיותם נוגעים לנורמות התנהגות החלות על כלל הציבור או לשאלות-יסוד בחיינו, נְצַפֶּה כי המחוקק הראשי יקבע אותם בחוק ... הגדרה זו להסדרים ראשוניים הינה הגדרה מעגלית-משהו, ואיתורם של אותם הסדרים ראשוניים ייעשה מעת-לעת ומעניין לעניין.

בה-בעת, ביודענו כי תחנת המוצא למסע הפרשנות והתהייה תימצא באותם עיקרי-יסוד המנהיגים את שיטת המשפט בישראל - שילטון החוק (במובנו המהותי), עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, זכויות היחיד וכו' - נוסיף ונדע כי נוכל להיאחז במהויות לפיתרון הקושיה. על כך נאמר, כי מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני. ובלשונה של השופטת נאור בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח (2) 746, באומרה דברים אלה (שם, 760):

ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעות על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרשת ממנו; גם במשטר דמוקרטי מודרני קשה לקיים את תורת ההסדרים הראשוניים במלוא היקפה.

 הניסוחים לקביעת גדריו של הסדר ראשוני ניסוחים שונים הם, ואין מקום כי נאריך בהם. על כל אלה, ועוד, עמד חברנו הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, והמעיין יעיין וישכיל. ראו: שם, 517-515.

 38.      התשובה לשאלה אם פעילות פלונית של הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אם לאו, תימצא לנו - אפוא - בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בשים לב לטיבו ולמהותו של העניין, ותוך שניעזר, כמובן, בשכל הישר והטוב ובהיגיון. כך, בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית - וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע - כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם - אפשר על החברה כולה - ומקרבת היא עצמה כך להסדר ראשוני על-פי הגדרתו (השוו: פרשת רובינשטיין, 523, 529; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 337, 505). נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור - תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם - או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה (פרשת רובינשטיין, 528-527); עלותה של הפעולה אף היא תשפיע על מהותה, וברי כי אין דין פעולה שהשלכותיה הכספיות מיזעריות כדין העברתם של עשרות מיליוני שקלים מקופת הציבור למיגזר פלוני (השוו: סעיף 40(א) לחוק-יסודות התקציב, תשמ"ה-1985). [...]

**ומן הכלל אל הפרט – הקדמה** [...]

 45.      עיון בכתובים ילמדנו, כי ההחלטה על כינונו של אזור פלוני כאזור עדיפות לאומית, החלטה רבת-משמעות היא, שכן נגזרות ממנה הטבות רבות ושונות - ובמיגזרי חיים רבים ושונים - לתושבים וליישובים שבתחומי אותם אזורים. כך, בין השאר, זוכים תושביו של אזור עדיפות לאומית להטבות בשיכון ובדיור - בכללן סיוע והנחות ברכישת קרקעות ומגרשים; מערכת החינוך באזור זוכה להטבות ולתמריצים, בכללם הקלות בתשלום שכר לימוד בגני הילדים, השתתפות בהסעות לבתי הספר, תקציבים ייחודיים לבתי-ספר, מתן תמריצים מיוחדים למורים המלמדים בהם, ואפילו חלוקת מלגות לסטודנטים המתגוררים והלומדים באזור; התושבים זוכים להטבות בתחום הרווחה, בכללן תמריצים ומענקים לבעלי מקצועות מסוימים הבוחרים להעתיק את מגוריהם לאזור; בעלי עסקים הבוחרים לפעול באזור, וכמותם תושבי האזור, זוכים להקלות-מיסוי (הקלות המקנות להם, כמובן, יתרון על-פני בתי עסק אחרים שאינם זוכים לאותם הקלות); כן זוכים בעלי העסקים והתושבים באזור להטבות בתחום התעסוקה ולהעדפה ברכש הממשלתי; רשויות מקומיות זוכות לתקציבי פיתוח ולסיוע מן הממשלה; ועוד כהנה וכהנה הטבות. [...]

           נעיין בהחלטת הממשלה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית ועל ההטבות שהתושבים והיישובים באותם אזורים אמורים לזכות בהן, וגם מי שלא ניחן בדמיון מפליג יידע כי המדובר בהחלטה הפורשת עצמה על פני מרחבים אדירים. החלטה היא שקשה להגזים בחשיבותה.  עלוותה סבוכה ושולחת היא פארותיה אל-למרחוק.

 46.      במקביל להחלטת הממשלה, נעיין בספר החוקים ונדע כי לא יימצא לנו חוק מהותי מפורש שההחלטות נעשו מכוח סמכות שבו. והשאלה שאלה: מכוח סמכותה השיורית שבסעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א)), ההיתה הממשלה מוסמכת להחליט אותן החלטות שהחליטה? להזכירנו, כך מורה אותנו סעיף 32 האמור:

|  |  |
| --- | --- |
| הסמכויות השיוריות של הממשלה | 32. הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. |

            לבחינתה של השאלה הבה נלך בדרך שהתווינו בחוות דעתנו. נבחן בתחילה את "המיגבלות הפנימיות" ליצירתה של סמכות שיורית - אלו מיגבלות הקבועות בגופה של הוראת סעיף 32 - ולאחר מכן נעבור ונדון באותן "מיגבלות  חיצוניות" שעיקרי-יסוד ודוקטרינות בשיטת המשפט מלפפים יצירתה של סמכות שיורית.

**ומן הכלל אל הפרט - "המיגבלות הפנימיות"**

 47.      כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), קונה הממשלה סמכות (שיורית) לעשות בשם המדינה כל פעולה - ופעולה, כך מוסכם על הכל, כוללת עשיית הסדרים נורמטיוויים למיניהם - בשתי מיגבלות אלו: אחת, "בכפוף לכל דין", ושתיים, במקום שעשיית הפעולה "אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". "מיגבלות פנימיות" כינינו מיגבלות אלו. פירוש הדברים הוא,  כפי שראינו, שבמקום שיש בו "דין" המסדיר פעילות מסויימת או גיזרת חיים מסויימת, כי-אז אותן פעילות או גיזרת חיים הן, לכאורה, "מחוץ לתחום" הסמכות השיורית שקנתה הממשלה. כך הוא גם לעניינו של הסדר שלילי העוטף אותו דין. והנה, בענייננו-שלנו נמצא לנו חוק שלענין, הלא הוא [חוק ערי ואזורי פיתוח](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p183k1_001.htm), תשמ"ח-1988 (חוק ערי פיתוח), והשאלה הנשאלת היא, אם הפעילות שהחלטות הממשלה מעסיקות עצמן בה - כינונם של אזורי עדיפות לאומית ומתן הטבות אלו ואחרות לתושבים ולישובים באותם אזורים - זהה או דומה היא לפעולות שלפי חוק ערי פיתוח. שאם הפעילות כאן וכאן אותה פעילות היא, או פעילות דומה, כי-אז ניתן יהיה לומר שיש "דין" המסדיר את הנושא, וכנדרש מכך אין הממשלה קונה סמכות (שיורית) לעשות אותה פעילות בשל המיגבלה של "בכפוף לכל דין" (ובשל המיגבלה הנוספת של קיום רשות אחרת בת-סמכות). לבחינה זו שומה עלינו לבחון את ההסדרים שקבעה הממשלה בהחלטותיה; את ההסדרים שנקבעו בחוק ערי פיתוח; להשוות בין אלה לאלה, ולהסיק אם אמנם הסדרים שקבעה הממשלה אינם עולים בקנה אחד עם הסדרים שקבע החוק.

48 .     את החלטות הממשלה סקרנו בדברינו למעלה, ועתה נעבור ונעיין בחוק ערי פיתוח. חוק ערי פיתוח חקקה אותו הכנסת בשנת תשמ"ח-1988, ומחזיק הוא עשרים וארבעה סעיפים. מטרת החוק, כהוראת סעיף 1 בו, היא "לעודד התיישבות, פיתוח וקידום חברתי וכלכלי של ערי ואזורי הפיתוח ושל תושביהן", ועיקרו הוא בקביעת הסדרים מפורטים למתן הטבות לערי פיתוח. ...

 49.      אין צורך במחקר מעמיק עד שנבין ונדע כי ההסדרים הקבועים בחוק ערי פיתוח, מכאן, וההסדרים שקבעה הממשלה בהחלטתה על כינונם על אזורי עדיפות לאומית, מכאן, אלה ואלה קרובים הם במאוד, קרובים הם עד-כדי-זהות. בבחינת ההלכה והמעשה, שני ההסדרים הסדרים חלופיים הם זה-לזה, שכן מבקשים הם לכסות אותו מיגזר חיים של אזורים יחודיים בישראל. בהחלטת הממשלה מכונים אותם אזורים יחודיים אזורי עדיפות לאומית ואילו בחוק ערי פיתוח כינויים הוא "ערי ואזורי פיתוח". אלא שֶאַל לחילופי השמות להוליכנו שולל. האדרת שונה אך הגברת אותה גברת היא.

 50.      לו היה חוק ערי פיתוח חוק חי ונושם; לו היה החוק מוצָא אל הפועל, ולו בחלקו; לא היתה הממשלה מוסמכת - כסמכותה השיורית - להחליט החלטות שהחליטה בכינונם של אזורי עדיפות לאומית. לשון אחר: מתוך שההסדרים שבחוק וההסדרים שבאזורי עדיפות לאומית מבקשים לכסות אותו שטח חיים עצמו, כי-אז נוכח ההסדרים שבחוק לא היתה נולדת כלל סמכותה השיורית של הממשלה בתחום חיים זה. אלא שחוק ערי פיתוח נותר, למיום היוולדו, כהלכה ואין מורין כן. למרות קיומו של החוק בספר החוקים כחוק מן-המנין, לא טרחה הממשלה לבצעו, ובסוללהּ מסלול-עוקף-חוק - בסמכותה, כביכול, בסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח), הלוא הוא סעיף 32 שלענייננו - ראתה להתעלם מקיומו מכל-וכל. המסלול העוקף היה בהחלטות ממשלה או ועדות שרים להעניק הטבות אלו ואחרות לערים שסווגו כערי פיתוח על-פי אותן החלטות, כך שמאות יישובים קיבלו הטבות שונות מכוחן של החלטות אשר נתקבלו מעת לעת. לאחר שנתברר כי נשתרר אי-סדר בתחום זה של הטבות - דבר שהביא לחוסר שוויון ולבזבוז משאבי המדינה - החליטה הממשלה, שוב מכוח סמכותה השיורית, כביכול, לתקון למצב שנוצר, וכוננה אזורי עדיפות לאומית - אזור עדיפות לאומית א' ואזור עדיפות לאומית ב' - שתושביהם והיישובים שבהם אמורים היו לזכות בהטבות שיינתנו בידי משרדי הממשלה למיניהם. אזורי עדיפות לאומית אלה - הם אזורי העדיפות הלאומית שלפנינו - כינונם נועד לבוא תחת ההסדר שקבעה הכנסת בחוק ערי פיתוח.

 51.      על רקע זה באה עתירתה של עיריית קרית גת, וטענתה של העיריה בפיה כי משנחקק חוק ערי פיתוח שוב לא קנתה הממשלה סמכות "שיורית" לקבוע הסדר חלופי להסדר שנקבע בחוק. בית המשפט נעתר לעתירה, וכך נולדה ההלכה שבפרשת עיריית קרית גת, הלכה שנדרשנו לה לא מעט בדברינו למעלה. ...

 52.      ההלכה **בפרשת עיריית קרית גת** נקבעה לעת שחוק ערי פיתוח היה בתוקף, ושעה שהממשלה ניסתה לעוקפו - ושלא לבצעו - על דרך סלילת מסלול עוקף של כינון אזורי עדיפות לאומית. נמצא לו לבית המשפט כי מעשה הממשלה נָגַד את מעשה הכנסת ואת עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, ועל-כן פסל את החלטת הממשלה (הגם שקבע, ברוב דעות, כי החלטת הפסילה תושעה עד לאחר עבור ארבעת חודשים מיום הכרעת הדין). זו הפעם נזדרזה הממשלה בעשייה. וכך, לאחר הגשת העתירה וכחודש לפני מתן פסק הדין, ביקשה המדינה מן הכנסת כי תחליט - נוכח קשיים שנתגלו ביישום ובשים לב לנטל שהביצוע יטיל על תקציב המדינה - על דחיית תחילתו של החוק בשלוש שנים. ...

55.      משחלפו חמש השנים - שנים שבמהלכן החליטה הממשלה את החלטתה 2288 לכונן אזורי עדיפות לאומית, זו החלטה המותקפת בעתירה שלפנינו - החליטה הממשלה להסיר מעל דרכה, אחת-ולתמיד, את חוק ערי פיתוח. עמדה אפוא וביקשה את הכנסת כי תבטל את החוק כליל, וכי תתיר לה, לממשלה,  לחלק את משאבי המדינה כראות עיניה. ...

אלא שזו הפעם לא נעתרה הכנסת לבקשת הממשלה, ותחת אשר תבטל את חוק ערי פיתוח הורתה בחוק על דחיית תחילתו בשלוש שנים, עד לשנת 2007. וזה הוא החוק כהיום הזה. ...

 57.      ... מחד גיסא, כך יטען הטוען, מצביעה חקיקתו של חוק ערי פיתוח ועימה השתלשלות האירועים שהיתה מאז נחקק, בשנת 1988, ועד לימינו אלה - תקופה בת 17 שנים - על היווצרותה של מעין חגורת הסדר שלילי סביב החוק, הסדר שלילי החוסם קיומה של סמכות שיורית לממשלה להעניק מענקי-כסף שהיא מבקשת להעניק לאזורי עדיפות לאומית. נזכור, בהקשר זה, כי הכנסת דחתה מפורשות את בקשת הממשלה לבטל מכל-וכל את חוק ערי פיתוח - ביטול שהיה עשוי, לסברת הממשלה (ועל כך נוסיף דברים עוד להלן), לשחרר את סמכותה השיורית מן הכבלים שליפפו אותה סביב-סביב, ולאפשר לה להעניק מענקי-כסף על-פי מדיניות שתקבע מעת לעת בלא שתהא קשורה בחוק של הכנסת. פירוש הדברים הוא, כך נותנת הדעת, שהכנסת סירבה כי בתחום זה של מענקים לאזורים מסויימים בארץ תיעור משנתהּ סמכותה השיורית של הממשלה, כי הממשלה תעניק מענקי-כסף כמדיניותה מעת לעת. בסירובה להיעתר לממשלה, כמו הביעה הכנסת דעתה כי ראוי שהחוק דווקא ישרור, לא חלקים בו ולא מיקצתו. ובדחיית תחילתו של החוק כמו הביעה הכנסת דעתה כי לעת הזו אין לבצע את החוק, כולו או מיקצתו. אכן, לו ביקשה הממשלה את הכנסת כי תקצץ בכנפי החוק, תוך התאמתו למדיניותה הנוהגת באזורי עדיפות לאומית, אפשר היתה הכנסת נעתרת לה ואפשר היתה מסרבת לה. ואולם בדרך זו היה עליה ללכת ולא בעקיפת החוק על דרך של דחיית תחילתו וקביעתו של הסדר אחר תחתיו.

            ואולם, מאידך גיסא, לא נוכל לומר בלב שלם כי הכנסת ביקשה במודע ובכוונת מכוון למנוע את הממשלה מהעניק מענקים והטבות לאזורי עדיפות לאומית; נהפוך הוא: הרי הכנסת ידעה לכל אורך הדרך כי חרף השעיית תוקפו של החוק ממשיכה הממשלה להעניק מענקים לאזורי עדיפות לאומית. על רקע זה יכול הטוען לטעון, כי הכנסת לא ביקשה כלל ליצור חגורת הסדר שלילי העוטפת את החוק; כל כוונתה של הכנסת לא היתה אלא להסיר מעצמה אחריות לחלוקתן של הטבות - ביתר דיוק: לקביעתם של הסדרים ראשוניים לחלוקתן של הטבות - ובה-בעת להניח לפיתחה של הממשלה ביצועה של משימה זו. בקשתה של הכנסת היתה, אפוא - אליבא דטענה זו - להפקיד את קביעתו של ההסדר הראשוני לחלוקה בידי הממשלה לבדה, תוך פיקוחה הכללי של הכנסת.

 58.      שתי הגירסאות - גירסאות סבירות הן, ולא נוכל לשלול אף אחת מהן על פניה. ואולם, משהוצבו שתיהן לפנינו זו בצידה של זו, נסתבר לנו כי אין אנו נדרשים כלל להכריע ביניהן, ולהוסיף ולקבוע אם מתקיימים בענייננו, אם לאו, הסייגים הפנימיים לסמכותה השיורית של הממשלה. טעם הדבר: משחוקקה חוק ברור ומפורש שעניינו חלוקת ההטבות שלפנינו, הביעה הכנסת, היא עצמה, דעתה המפורשת כי הסדר חלוקתן של הטבות כבענייננו הסדר ראשוני הוא ומקומו בחוק הכנסת ולא בחקיקת מישנה או בהחלטת ממשלה. כנדרש מכאן, מתקיימים ממילא הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית של הממשלה. לשאלה זו נוסיף ונידרש בהמשך דברינו להלן, וכפי שנראה קיימים טעמים נוספים - טעמים כיבדי מישקל - לקביעה כי מכוח הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית, אסורה היתה הממשלה להורות על קביעתם של אזורי עדיפות לאומית כפי שקבעה.

**ומן הכלל אל הפרט - "המיגבלות החיצוניות" - הסמכות לקביעתם של הסדרים ראשוניים; הפגיעה בזכויות יסוד של היחיד**

 59.      עמדנו על המיגבלות הפנימיות שבהוראת סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה (תשס"א), וחיווינו דעתנו כי החלטות הממשלה שכוננו אזורי עדיפות לאומית, החלטות הן שנעשו שלא בסמכות. טעם הדבר: אותן החלטות לא נעשו על-פי הסמכה בחוק מהותי, והואיל ואין הן עולות בקנה אחד עם המיגבלה של "בכפוף לכל דין" ... אין הן נופלות בגידרי סמכותה השיורית של הממשלה. יש דין - הלא הוא חוק ערי פיתוח; ההסדר שנקבע בהחלטות "הסדר מקביל" הוא להסדר שבחוק ערי פיתוח; ועל-כן לא נולדה כלל לממשלה סמכות שיורית להחליט אותן החלטות שהחליטה. אלא שבכך לא סגי. דעתנו היא, כי החלטות הממשלה בעניינם של אזורי עדיפות לאומית אינן עומדות אף במיגבלות החיצוניות העוטפות את הוראת סעיף 32, אותן מיגבלות המורות אותנו כי בהיעדר חוק-מהות מפורש ומפורט אין הממשלה קונה סמכות שיורית לעשות הסדרים ראשוניים.

60.      המעיין בהחלטות הממשלה יסיק בנקל כי מעשה כינונם של אזורי עדיפות לאומית שקול כנגד הכרזה על מדיניות ממעלה עליונה, מדיניות כל-כוללת המעניקה העדפה ניכרת ובת-משמעות במיגזרי חיים רבים ושונים לאזורים נרחבים במדינה. והחלטה להיטיב, ובאורח ניכר, עם יישובים ותושבים באזורים מסוימים בארץ, למותר לומר, נודעת לה ממילא השפעה של-ממש גם על תושבי הארץ באזורים אחרים בה. השפעה זו ניכרת בכל אחת ואחת מן ההטבות שההחלטה אומרת להעניק: במגורים, בחקלאות, בתשלום מיסים, בחינוך ובשאר ההטבות אף-הן. יתר-על-כן: הטבות שתינתנה לתושביהם של אזורי עדיפות לאומית בהכרח שתהיה להן השפעה על תקציב המדינה, קרא, על התושבים האחרים במדינה. נקרא אפוא את החלטת הממשלה וכך נאמר: אם החלטה זו אין היא הסדר ראשוני, יתר-על-כן: אם אין הוא הסדר ראשוני-שבראשוני, הסדר ראשוני מהו - לא ידענו. לאחר ביצועה של החלטה מעין-זו, מה נותר לכנסת עוד לעשות? וכמשל הברווז נאמר כך: מפאת פרישתה הרחבה וריבוי ההטבות שבה, ההחלטה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית נראית על פניה כהסדר ראשוני; תוכנה הוא תוכן של הסדר ראשוני; משמיעה היא קול של הסדר ראשוני; ומתנועעת היא כהסדר ראשוני. נדע מכל אלה כי ההחלטה עניינה הוא הסדר ראשוני.

61.      ואם נותר ספק בלב מי אם החלטת הממשלה החלטה היא של הסדר ראשוני - ובליבנו לא נותר ספק בדבר - יבוא חוק ערי פיתוח הוא-עצמו ויעיד על ההחלטה כי החלטת הסדר ראשוני היא. הנה-כי-כן, הכנסת בכבודה ובעצמה סברה - ובצדק כך סברה - כי הענקת הטבות בתחומי-חיים רבים ושונים לתושבי אזורים ספציפיים בארץ, מצריכה הסדר ראשוני ב[חוק הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_065.htm), ומטעם זה עצמו חוקקה את חוק ערי פיתוח. וכך, עצם חקיקתו של החוק מלמדת על היותו הסדר ראשוני. החוק, באשר הוא, מהווה מניפסטציה להשקפתה של הכנסת - הגוף העליון במדינה - כי מטריחה היא עצמה לחוקקו אך באשר המדובר הוא - לדעתה - בהסדר מן המעלה הראשונה.  עתה, משידענו כי החלטת הממשלה - בתוכנה - דומה היא, דומה-במאוד, לתוכנו של חוק ערי פיתוח, היסק הגיוני ופשוט הוא שהחלטת הממשלה מכילה הסדר ראשוני, כי הסדר ראשוני למהדרין היא. המסקנה הנובעת מאליה היא, כמובן, שהממשלה לא היתה מוסמכת כלל - בגידרי סמכותה השיורית - להחליט החלטות שהחליטה על כינונם של אזורי עדיפות לאומית.

 62.      ... הכנסת נוהגת מעשה-שיגרה לחוקק חוקים מפורטים ולקבוע הסדרים - הסדרים ראשוניים על-פי טיבם - לחלוקתן של הטבות כהטבות שמבקשת החלטת הממשלה להעניק. נוכל להסיק מכאן, כי חקיקת כנסת בהליך מסודר היא-היא דרך המלך להענקתם של הטבות ומענקים למיגזרים מסוימים בחברה, וממילא - לענייננו - בקביעתם של אזורי עדיפות לאומית. ... הממשלה בענייננו לא צעדה בדרך המלך אלא בחרה בקפנדריה, בקיצור-דרך, בקובעה הסדרים ראשוניים - משל היתה מחוקק, אך באין חוק כנסת מהותי המסמיך אותה לדבר - ובה-בעת עשתה עצמה, כתפקידה המקובל, מבצע של אותם הסדרים. מסקנה נדרשת מכל אלה היא זו, שבעשותה עצמה - מכוח הסמכות השיורית - מחוקק של הסדרים ראשוניים, חרגה הממשלה מגדר סמכותה כרשות מבצעת, והחלטתה בעניינם של אזורי עדיפות לאומית החלטה פגומה היא מעיקרה.

 63.      מסקנתנו מדברינו אינה אלא זו, שהממשלה אסורה היתה להורות על כינונם של אזורי עדיפות לאומית. החלטה זו החלטת הסדר ראשוני היא ובתורת שכזו נתונה היא להכרעתה של הכנסת ולהכרעת הכנסת לבדה. לשון אחר: לגירסתנו מתקיימים בענייננו הסייגים החיצוניים לסמכותה השיורית של הממשלה, ועל כך הרחבנו בדברינו לעיל.

 64.      יתר-על-כן: כפי שהסברנו בדברינו למעלה, עם המיגבלות החיצוניות המוטלות על סמכותה השיורית של הממשלה כהוראת סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, נמנית המיגבלה שלפיה אסורה היא לפגוע בזכויות יסוד של היחיד. חברי הנשיא הראה בחוות דעתו, ובהרחבה, כי החלטה שקיבלה הממשלה בענייננו החלטה מפלה היא, לא עוד אלא שהחלטה היא הפוגעת בזכויות היסוד של היחיד. נסיק מכאן ממילא, כי הממשלה לא הותרה ולא הוסמכה להחליט החלטה שהחליטה ולו מן הטעם שהחלטתה זו פוגעת בזכויות היסוד של היחיד מכאן: גם לו אמרנו שרשאית היתה הממשלה, על דרך העיקרון, להחליט על כינונם של אזורי עדיפות לאומית כפי שהחליטה - ואין אנו סבורים כן - מכל מקום, בהיותה של אותה החלטה - החלטה הפוגעת בזכויות יסוד של היחיד, לא היתה הממשלה מוסמכת להחליטה כסמכותה השיורית. גם מטעם זה אפוא סבורים אנו כי בהחליטה החלטה שהחליטה חרגה הממשלה מסמכותה השיורית.

=-=

קריאה לפגישה הקרובה:

בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל** (2014) (סע' 45-1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; סע' 102-19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן) - מה מחדש, אם בכלל, פסק הדין ביחס ל"כלל ההסדרים הראשוניים"?; מה עמדתכם שלכם בויכוח בין השופטים?

בג"ץ 5062/97 **איגוד שמאי הביטוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 181 (1999) - מה תשובתכם לשאלה הנזכרת בדפים לעיל.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה***,** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 20***

**הממשלה: סמכויות הממשלה וחלוקת הסמכויות בין הכנסת לבינה –**

*[המשך לדפי הפגישה הקודמת]*

***"כלל ההסדרים הראשוניים"***

בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל** (2014) - מכסות הייצוא של גז טבעי

ביום 2.7.2014 פרסם בג"צ את נימוקיו לדחיית העתירה נגד החלטת הממשלה לאמץ את מסקנות ועדת צמח בנושא מכסות הייצוא של גז טבעי.

עיקר הדיון התמקד בטענה שלפיה **ההחלטה מהווה הסדר ראשוני אשר חייב להיות מוסדר בחקיקה ראשית**, ושחוק הנפט, שמכוחו פעלה הממשלה, אינו מסמיך אותה לקבל החלטה מעין זו.

המשיבים לא חלקו על ההנחה, שהחלטת הממשלה אכן מהווה הסדר ראשוני, ובכך נחסך הדיון, הסבוך כשלעצמו, בזיהוי ותיוג הסדר כהסדר ראשוני.

דעת הרוב (הנשיא גרוניס, ואיתו השופטות נאור, חיות וארבל והשופט סולברג; דעת מיעוט: השופטים רובינשטיין וג'ובראן) סברה **שהכלל בדבר הסדרים ראשוניים הוא בבחינת דין רצוי, לפחות כל עוד אין פגיעה בזכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד**.

הנשיא **גרוניס:**

ממשלת ישראל ביקשה להסדיר את סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל. האם הכנסת הסמיכה את הממשלה לפעול בעניין? האם ההסמכה לה זכתה הממשלה הינה אף לקביעה של הסדרים ראשוניים בנושא ייצוא הגז הטבעי? אלו הן השאלות המרכזיות הטעונות הכרעה בהליכים דנא.

ההוראה המרכזית אליה היפנתה המדינה, המהווה לגישתה את מקור הסמכות לקבלתה של החלטת הממשלה, הינה זו הקבועה בסעיף 33 לחוק הנפט. הסעיף האמור קובע כי -

"(א) השר רשאי, לאחר התיעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש – [...]

עניינו של כלל ההסדרים הראשוניים הוא בהיקף שיקול הדעת אשר הכנסת הותירה בידי הרשות המבצעת. ההתייחסות לכלל מתמקדת בשאלה האם במקרה מסוים ניתנה לרשות המבצעת הסמכה מפורשת לקבוע הסדר ראשוני. על בית המשפט מוטל לפעול לפי חזקה פרשנית הגורסת כי אין בכוונתו של המחוקק להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בעצמה הסדרים ראשוניים. ואכן, "חזקה על המחוקק כי בחר להותיר בידיו את הסמכויות הכלליות לקבוע הסדרים ומדיניות והועיד למחוקק המשנה להסדיר את ההיבטים היישומיים..." (פרשתשיח חדש, בעמ' 56). יחד עם זאת, חזקה זו ניתנת לסתירה (ראו גם שם, בעמ' 57-56). על מנת להפריך את החזקה, יש להצביע על הסמכה של המחוקק המאפשרת לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני בנושא מסוים. בעקבות חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נדרשת פרשנות קפדנית לגבי דרישת ההסמכה, שעה שמדובר בהסמכה לקביעת הסדר הפוגע בזכויות יסוד. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה יותר, וככל שמצויים אנו קרוב יותר לליבתה של הזכות החוקתית, כך יש לבחון באופן מדוקדק וקפדני את דרישת ההסמכה המפורשת. ודוקו, כפי שיפורט בהמשך, גם כאשר לא נטענת פגיעה בזכויות אדם עדיין קיימת נפקות לכלל ההסדרים הראשוניים. אלא שבמקרה בו לא נטענת פגיעה בזכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד, ניתן לבחון את תנאי ההסמכה המפורשת באופן מרוכך יותר. ...

…בעוד שעקרון החוקיות עוסק, במובנו הרחב, בשאלת עצם ההסמכה של הרשות, הרי כלל ההסדרים הראשוניים מתמקד באופייה של ההסמכה ובהיקפה, … ראוי כי בית המחוקקים הוא שיקבע את שיקולי המדיניות אשר ינחו את הרשות השלטונית לצורך הפעלת סמכות מסוימת…  הנשיאה ביניש נותרה בדעת מיעוט בפרשת **המפקד הלאומי**. אלא שבפסיקה מאוחרת יותר אומצה על ידי בית משפט זה, כהלכה מחייבת, העמדה הקושרת בין טיב ועוצמת הזכות הנפגעת לבין מידת הקפדנות בנוגע לדרישת ההסמכה המפורשת…

מלבד שיקולים [של צדק חלוקתי] המתמקדים באינטרסים של הציבור בכללותו, לא הוצגה לפנינו טענה כי החלטת הממשלה עשויה להוביל לפגיעה מסוימת וקונקרטית בזכויות יסוד כלשהן המוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם.…  [ובמצב כזה] מתערערות לפחות חלק מן ההצדקות (אך לא כולן כמובן), המחייבות את הרשות להצביע על הסמכה מפורשת לקביעת הסדרים ראשוניים… עמדה זו מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה…

טענתם המרכזית של העותרים הינה, כי יש לפרש את סעיף 33(א) לחוק הנפט כהוראת דין צרת מימדים, המתייחסת אך ורק לסמכותו של השר לקבוע הוראות ביחס למאגר ספציפי ולבעל חזקה קונקרטי, בעניין היקף הגז שיהיה עליהם לספק לצרכי המשק הישראלי. במילים אחרות, לטענת העותרים הוראת דין זו אינה מסמיכה את השר, ובוודאי שלא את הממשלה, לקבוע הוראה גורפת המתייחסת למשק הגז בכללותו ולעניין היקף הגז הכולל המותר בייצוא מחוץ לישראל. אין בהוראה, לגישתם, כדי לאפשר קביעת מדיניות כללית בשורה של נושאים הקשורים למשק הגז הטבעי ואין היא יכולה להוות מקור סמכות להתוויית מדיניות ועקרונות יסוד לסוגיית יצוא הגז, בגדר הסדר ראשוני. ...

אין בידי לקבל טענה זו. ייתכן שקריאה של סעיף החוק כפשוטו עשויה להוביל למסקנה כי הלשון תומכת, במידת מה, בטענות העותרים (הגם שניתן להגיע למסקנה הפוכה מקריאת לשון החוק). עם זאת, סבורני כי את הוראות האסדרה השונות שבחוק הנפט, כולל לעניין סעיף 33(א) לחוק, יש לפרש, ככלל, באופן המקנה סמכות רחבה לבעלי התפקידים המופקדים על ביצועו. זאת, בשל מאפייניו המיוחדים של משק האנרגיה, ובפרט משק הגז הטבעי; בשל כך שמדובר במשאב טבע מוגבל; נוכח הריכוזיות הרבה המאפיינת את תחום הפקת משאבי הטבע, במיוחד במשק הישראלי שהינו מוגבל בהיקפו; ועל רקע חולשתו היחסית של צרכן הקצה אל מול ספקי הגז הטבעי. בצדק ציין השופט מ' חשין בעניין *Samedan*, כי על רקע שיקולים אלה התגבשה ההכרה, גם במדינות רבות בעולם, "... כי יש להסדיר ולהכווין את משק הגז, וכי נטל הוא המוטל על השלטון המרכזי לעשות כן לטובת היחיד ולטובת המשק בכללו" (שם, בעמ' 319). דומני, כי כל אלה מצדיקים מתן פרשנות רחבה לסמכויותיהם של הגורמים השלטוניים האמונים על ביצוע החוק, על מנת שיוכלו לפעול לצורך אסדרת משק הגז באופן התורם לרווחת המדינה והמשק הישראלי, תוך שמירה על כללים של תחרות חופשית. ודוקו, ברור כי גישה פרשנית מרחיבה לבחינת היקף הסמכויות שהוקנו מכוח החוק, אין משמעה כי נתון בידי בעלי הסמכות שיקול דעת בלתי מוגבל. ובמילים אחרות, אפילו מוכנים אנו לצאת מנקודת מוצא פרשנית לפיה חוק הנפט אמור להעניק סמכויות רחבות לרשות המוסמכת, הרי אין בכך כדי ללמד כי ניתן לעשות שימוש שרירותי ולא סביר בסמכויות הרגולטוריות השונות.

...

מובן, עם זאת, כי אין בכך כדי ללמד כי יש לוותר כליל על דרישת ההסמכה המפורשת כל אימת שלא מושמעת טענה כי החלטה של רשות שלטונית, הקובעת הסדר ראשוני, פוגעת בזכויות יסוד… אין זה אפשרי להתוות בגדר הדיון הנוכחי קו גבול מדויק לגבי השאלה מתי ההסמכה בחוק תהא מפורשת דיה באופן המאפשר לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני אשר אין בו פגיעה בזכויות יסוד [אבל] ניתן להסתפק בדרישה מרוככת יותר …

להסתייע בתבחין מסוים לצורך קביעת מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת… ככל שההחלטה מובילה לצריכה מוגבלת יחסית והדרגתית של המשאב, בלא שזו גוררת אחריה מיצוי מיידי ומלא של המשאב, הרי ניתן להניח כי ההחלטה תהא ניתנת לשינוי בעתיד בשל סיבות מסיבות שונות…

"טעם נוסף המצדיק את דחיית העתירה … סוג הסעד שנתבקש בה… לא ביקשו סעד המורה על ביטול החלטת הממשלה [אלא] לפעול לחקיקת חוק המסדיר את משק הגז, הא ותו לא. סעד זה אינו ממין הסעדים שבית משפט זה נוהג ליתן, והוא מצדיק כשלעצמו את דחיית העתירה. אין זה מתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק להורות לממשלה או לכנסת לפעול לצורך חקיקתה של חקיקה ראשית של הכנסת.

לבסוף הביע **הנשיא** דאגה לנוכח:

"עלייה משמעותית בהיקף העתירות המוגשות לבית המשפט על ידי סיעות של הכנסת ועל ידי חברי כנסת… ברור, כי קיים קשר בין תופעה זו להרחבתה הכללית של זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק… עתירות ציבוריות של חברי כנסת מוגשות לעתים על חשבון דיון ציבורי מקיף בהליכים הפנים-פרלמנטריים, מה שגורר אחריו, לא אחת, פגיעה במעמדה של הכנסת.

השופט **סולברג** הוסיף טעמים פרשניים הנסמכים על דברים שנאמרו בכנסת במהלך הדיונים על חקיקתו של חוק הנפט, בשנת 1952. השופט רובינשטיין עמד על שינוי הנסיבות המשמעותי שחל מאז החקיקה ושמקשה על מתן משקל לדברים אלו.

דעת מיעוט, השופט **ג'ובראן**:

בעניין עדאל מנאע כבר נקבע כי דרישה להסמכה מפורשת חלה גם כאשר נפגעת זכות אדם שאינה מעוגנת בחוקי היסוד:

באופן דומה, אני סבור כי גישה זו מתחייבת לא רק מקום שנפגעת זכות יסוד, אלא ככלל, כאשר העניין הנדון הוא במהותו במעמד של הסדר ראשוני… ככל שעניין הוא ראשוני יותר, נדרשת רמת פירוט רבה יותר להסמכה המפורשת.

דעת מיעוט, השופט **רובינשטיין**:

שאלת ריכוכה של הדרישה להסמכה מפורשת תלוי גם – אך לא רק – בזכות הנפגעת הנטענת. הוא תלוי גם בחשיבותו ובמהותיותו של ההסדר הנדון, כמו גם בשאלת היותו שנוי במחלוקת ציבורית… בענייננו עומדת על הפרק החלטה הנוגעת ל"אינטרסים של הציבור בכללותו" … אשר לה השלכה על הדורות הבאים, ועל-כן דעתי היא כי הוא בא – במובהק – בקהלם של אותם עניינים, המחייבים עמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת…

השופט **רובינשטיין** הוסיף דברים על הצורך לאזן את הכוח העודף שיש לרשות המבצעת על פני הכנסת:

החלטת הממשלה אינה היוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל; בעיניי הטיפול בסוגית ייצוא הגז הוא ביטוי נוסף, חלק ממגמה מתמשכת שאינה ראויה, של הקלת ראש בת שנים מצד הממשלה בתפקיד הכנסת, משל היה כמעט מטרד, ורק כאשר בא הכרח – הכרח ממש – מביאים לכנסת. דוגמאות, למרבה הצער, לא חסרות: חוק ההסדרים מדגים זאת… צריך לטעמי – כעניין שבמדיניות שיפוטית – לכבד את הכנסת במקום שאלה סמכויותיה. במלים אחרות, מקום בו מדובר בהסדר ראשוני, אין להלום נסיונות לתור אחר הוראה המסמיכה את הממשלה "לחוקק", משהוראה ברורה כזו אינה בנמצא. מתן גושפנקה לממשלה לקביעת הסדרים ראשוניים – במקום בו אין זה נהיר כלל ועיקר כי זוהי כוונת המחוקק – מחליש את הכנסת מול הממשלה; הוא פוגע ביכולת הפיקוח הפרלמנטרית על עבודת הממשלה. גישה זו נגזרת ממהותה של הדמוקרטיה. ואוסיף: כמי שאינו נרתע מ"אקטיביזם שיפוטי" במקומות ראויים, סבורני כי בית משפט זה צריך שיכבד משנה כיבוד את עבודתה של הכנסת כמחוקקת וכמפקחת, בלא לגרוע מיכולת הביקורת השיפוטית.

=-=

**ציות הרשות המבצעת לצווי בית המשפט**

**הביקורת השיפוטית על "הרשות המינהלית"**

"הרשות המינהלית" היא מי "שממלא תפקיד ציבורי על פי דין":

השלטון המרכזי – קרי, הממשלה, זרועותיה, כגון הצבא, המשטרה, משרד החינוך, רשויות המס וכדומה;

וכן "תאגידים סטטוטוריים" ו"גופים לוויניים", עליהם נלמד בהמשך;

וכמובן גם השלטון המקומי (הרשויות המקומיות) - שאותו נפגוש בפגישה הקרובה.

**א. שלב מרכזי בביקורת השיפוטית הוא כמובן השאלה: האם הרשות המינהלית הפרה את הדין?**

משמע, האם הפרה את החובות החלות עליה (פעלה ללא סמכות או תוך חריגה מסמכות, נפלו פגמים באופן הפעלת הסמכות וכדומה)?

**ב. השלב הבא הוא התשובה לשאלה: מה הסעד/התרופה/התגובה השיפוטית שיש לתת כנגדה בגין הפרה זו?**

יש דוקטרינה שאנו פוגשים מידי פעם בפסקי הדין, הקרויה דוקטרינת **"הבטלות היחסית",** ועניינה השאלה של **"האם לתת סעד"** אפילו הוכחה הפרה של הדין. נעסוק בה באופן מפורט יותר לקראת סוף הקורס.

וסוגיית **הצו השיפוטי: הסעד הקונקרטי שיש לתיתו** – האם סעד הצהרתי בלבד או צו עשה (כמו במרבית המקרים)? וממתי מועד ביצועו, האם להשהות את מועד ביצועו?

**משניתן צו עשה כנגד הרשות השלטונית,** **הציפייה המובהקת כמובן היא לכך שהרשות תבצע את הצו שבית המשפט של המדינה נתן כנגדה – שהרי אם לא תעשה כן היא גם מפרה את החוק וגם מבזה את בית המשפט.**

שימו לב, כי לבית המשפט כלים מוגבלים מאד של אכיפת הסעד (הלבטים ביחס לסעד של "בזיון בית משפט"); וגם באשר לאותם כלים (למשל של "בזיון"), אכיפת צווים מכוחם מותנית, שוב, בנכונות לבצע מצד גורמים של הרשות המבצעת – המשטרה, למשל.

**ראו לפיכך את התכתובת הבאה. היא מטרידה מאד. היא עוסקת רבות בפסק דין ועדת המעקב (אזורי עדיפות לאומית) אותו פגשנו היום.**

**ההתכתבות בין עוה"ד יהודית קרפ, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, לבין היועץ המשפטי לממשלה**

המכתב הראשון מציג רשימה של מקרים שבהם בית המשפט נתן צו כנגד המדינה והמדינה לא בצעה אותו. 9 פסקי דין של בית המשפט העליון ועוד רשימה חלקית של 3 פסקי דין מבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים.

המקרה שבו נתמקד הוא פס"ד **ועדת המעקב** (המכונה לעיתים, פס"ד **אזורי עדיפות לאומית**) – פסה"ד שפגשנו לעיל.   
העתירה של ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל הוגשה על ידי עדאלה ב-1998.

פסק הדין מוכר לכם עתה. הוא עסק בהחלטת הממשלה לסווג אזורי עדיפות לאומית באופן שמוציא ממסגרתם ישובים ערבים. היו לה גבולות מיוחדים למפה הזו: נצרת עלית כן, אבל נצרת לא; חריש/עירון כן, אך שום יישוב אחר בואדי ערה; כרמיאל כן, אך אף ישוב אחר בבקעת בית הכרם; ישובי המועצה האזורית בני-שמעון בנגב ואף ישוב בדואי בסביבתם וכדומה. התמקדות העתירה הייתה בהטבות בתחום החינוך.

הדיונים התמשכו. בית המשפט מאד לא מיהר לקבל החלטה. ב-2003 הוא ביקש מעדאלה להגיש לו עתירה מחודשת/ מתוקנת בעקבות תיקון מסוים להחלטת הממשלה.

בעתירה המתוקנת התמשכו שוב הדיונים, אך לבסוף, בפברואר 2006 ניתן פסק דין בהרכב של שבעה שופטים, ובו נקבע, כזכור, כי דין החלטת הממשלה להתבטל עקב חוסר סמכות ולאור העובדה כי אינה מתיישבת עם עקרון השוויון ופוגעת במימוש זכותם לחינוך של ערביי המדינה.   
ארכות שביקשה המדינה למימוש פסק הדין התקבלו, אך המדינה לא עמדה באורכות שביקשה וקיבלה. עדאלה הגישה בתיק בקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט בגין אי כיבוד פסק הדין.   
בנובמבר 2008 ניתנה החלטה של בית המשפט בבקשה לביזיון – היא לא אושרה, אבל השופטים קבעו, כי "לא נותר לנו אלא לציין כי העניין שלפנינו הוא ביטוי חמור לחירות שנוטלים לעצמם המשיבים [כלומר המדינה] שלא לקיים את פסק דינו של בית משפט זה".   
מה עשתה הממשלה? המהלך הבא הוא בכנסת. הקטע הבא מצוטט ממכתבה של עו"ד קרפ:

ביום 23.7.09 התקבל בכנסת **חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009-2010)** הידוע בשמו כ"חוק ההסדרים במשק". החוק כולל פרק כ"ו, שכותרתו "איזורי עדיפות לאומית". החוק מסדיר הסדר ראשוני את סמכות הממשלה להחליט כי אזור מסוים או ישוב מסוים הוא בעל עדיפות לאומית ואת סמכותה להחליט על מתן הטבות לאזור עדיפות לאומית, בתחומים מסוימים הקבועים בחוק, את סוג ההטבות שיינתנו לאותו אזור, את הדרכים והאמצעים למתן ההטבות וכן את התקופות ואמות המידה לנתינתן. עוד מסמיך החוק את הממשלה להחליט כי החלטות כאמור יתקבלו בידי שר משרי הממשלה בשטח הפעולה של משרדו. בסעיף 162 לחוק נאמר:

"החלטת ממשלה שניתנה ערב תחילתו של פרק זה, שלא לפי הוראות חיקוק, ומקנה הטבות לאזור או ליישוב על בסיס עדיפות לאומית, תתבטל בתום שנתיים וחצי מיום תחילתו של פרק זה או עד המועד הקבוע בה, לפי המוקדם..."

בכך נתן החוק באופן עקיף ומשתמע תוקף עד לתחילת שנת 2013 להחלטות הממשלה, שבית המשפט בטלן בשל היותן החלטות מפלות.

בהחלטת ממשלה מיום 13.12.09 (מס' 1060) נקבעו הישובים והאזורים בעלי העדיפות הלאומית, שיוכלו ליהנות מהטבות של אזורי עדיפות. סעיף 5 להחלטה הסמיך את השרים הרלבנטיים, תוך יידוע שר האוצר, לקבוע קריטריונים, על פי שיקולים מקצועיים, לעניין הטבות ותמריצים לישובים הנכללים במפת אזורי העדיפות הלאומית והכל במסגרת תקציבם המאושר.

סעיף 6 להחלטה קובע:

"א. הקריטריונים המקצועיים שיקבע כל שר לשם מתן ההטבות והתמריצים לאזורי העדיפות הלאומית, כאמור לעיל, לא ייכנסו לתוקף בטרם יבוטלו או יתוקנו (לפי העניין) החלטות ממשלה קודמות הקיימות בנושא, בתחום משרדו.

"ב. הובאו הקריטריונים המקצועיים החדשים, שנקבעו לשם מתן הטבות ותמריצים לפי החלטה זו, לדיון בקבינט החברתי- כלכלי, בהתאם לסעיף 5 (ב) לעיל, יידון מעמד החלטות הממשלה הקודמות בנושא ותיקונן או ביטולן, לפי העניין."

סעיף 8 להחלטה קובע כי תוקף ההחלטה הוא עד ליום 1.4.2013.

משמעותה הכוללת של ההחלטה היא שחלוקת ההטבות המפלה, שנפסלה בידי בית המשפט, עומדת בתקפה מכוח החוק ועל פי החלטת הממשלה עד לשנת 2013, אם לא תשונה לפני כן.

כך עקפה הממשלה את חובתה לקיים את פסק הדין על העקרונות שנקבעו בו, עשתה דין לעצמה ונטלה את הארכה, שבית המשפט סרב לתת לה, בתתה תוקף להסדר המפלה עד לתחילת שנת 2013.

מכאן שגם היום נמשכת בפועל הפלייתם של בני המגזר הערבי וחלוקת ההטבות מתנהלת לפי מתכונת העבר, שבית המשפט קבע כי היא מפלה ופוגעת בשוויון. יש להדגיש כי מדיניות מפלה זו נמשכת כבר כשתים עשרה שנים מאז החלטות הממשלה, שבגינן הוגשה העתירה המקורית, ושלוש שנים לאחר המועד שקבע בית המשפט כהסדר המדורג הראוי לביטולה של הפליה זו. המשכו של מצב דברים מפלה בתחום הזכות לחינוך וחומרתה של ההפליה במימושה של זכות זו במגזר הערבי פורטים על העצבים הרגישים ביותר של החברה בישראל ונזקם לא ישוער. **[סוף ציטוט]**.

1998 עד 2013, זה פחות או יותר 15 שנים. [ואנחנו מדברים על עתירה שתקפה את המציאות מקום המדינה עד אליה – מ-48 עד 98 – יובל שנים]. המקרה הזה מעורר כמה מחשבות.

ראשית, כל ההשתלשלות הזו מתרחשת מבלי שהמדינה משמיעה טעמים ביטחוניים, טעמי דחיפות מיוחדים וכדומה. מדובר באפליה תקציבית 'פשוטה' על בסיס לאומי.

שנית, האם התנהלות הממשלה כאן היא מקרה בודד? אם לקבל את דבריה של עו"ד קרפ, הרי שהתשובה היא "ממש לא".   
שלישית, מה זה מלמד אותנו על כוחו של בית המשפט? ומה זה מלמד אותנו על מעורבותו? נטען תכופות כי בית המשפט הוא אקטיביסט מדי, שש אלי הדק.

בית משפט ששש אלי הדק לא היה מחכה 8 שנים כדי להגיע לפסק דין; לא היה ממתין ובשלב מסוים כמעט מתחנן לממשלה שתכבד את הצו שלו; לא היה נעקף בחקיקה פשוטה של הכנסת שמעניקה למדינה זמן ארכה ממושך.

[אמשיך לנקודה נוספת שעניינה אותי סביב ההתרחשות הזו של מכתבה של קרפ. מופיע משהו מעניין – אך ממש לא יוצא דופן – ברטוריקה שליוותה אותו.

לכאורה המצב ברור וחמור: יש זכות, בית המשפט קובע שהזכות הופרה וממשיכה להיות מופרת, הוא נותן סעד (צו עשה), והנה המדינה לא נענית.

מה הטענות שנצפה להם בשיח הציבורי? א. שנגרם כאן עוול, כי זכות הופרה והנה היא לא זוכה לתיקון על אף הכרעה ביחס לעוול. ו-ב. כי מדובר במצב חמור מאד עבור דמוקרטיה, כאשר הממשלה מפרה צו של רשות שלטונית אחרת.

אבל, הרטוריקה שליוותה את המכתב של קרפ – ואני מסתמך כאן על קטע עיתונות – מנסה לשכנע בדרך נוספת – נימוק ג'.

זו רטוריקה של "שכנוע בדבר התועלת". לא די בטענות יפות-נפש על תיקון עוול ועל הסכנה לאופייה הדמוקרטי של ישראל. אנחנו 'חייבים' (במסגרת השיח) להראות שציות לסעד יהיה מועיל; ולא סתם מועיל, אלא "טוב ליהודים".

זו פוליטיזציה חזקה של הזכויות, שכן ממהותה של זכות היא שהיא אינה מצדיקה את ההגנה שהיא מספקת לפעולה של אדם בכך שהפעולה היא מועילה, קל וחומר מועילה דווקא לקהילת הרוב. אם יש לי זכות לחופש ביטוי, אז יש לי זכות להגיד דברים שגויים ואפילו מסוכנים. חופש הביטוי שלי לא מותנה בכך שאומר דברים טובים, קל וחומר דברים שנועמים לאוזניה של קהילת הרוב. ואותו דבר אם יש לי זכות לשוויון: אני לא צריך להוכיח שהשוויון שלי כערבי טוב ליהודים.

אבל בני אדם מעשיים שמכירים את החברה הישראלית טוב נוקטים ברטוריקה אחרת. הם מתמקדים בתועלת של קהילת הרוב והם לפחות לא שוכחים להדגיש אותה.

כך אומר יו"ר ועד ההורים של מזרח ירושלים – שגם פסק הדין שניתן בעניינם הופר על ידי המדינה – פסק הדין הטיל חובה להקים 400 כיתות לימוד, השלמה למחסור ולקיפוח ארוך שנים. פסק הדין הוזכר במכתבה של קרפ. יו"ר ועד ההורים רואיין לעיתון. הוא לא מדבר בשם הצדק שמגיע לילדים ולהורים שהוא מייצג. הוא בוחר דווקא את המילים הבאות: "היום הממשלה מתעלמת מפסקי דין לטובת ערבים, אבל בהמשך היא תפסיק לכבד גם פסקי דין לטובת האזרחים היהודים".

וגם עו"ד קרפ לא מצליחה במציאות הקיימת להימנע מגיוס הטיעון התועלתני – במובן של תועלתה של קהילת הרוב:

היא מצביעה אמנם גם על הפגיעה בצדק כלפי האזרחים החלשים שזכותם הופרה והסעד שקיבלו לא יושם. היא רומזת גם לחשש מאנרכיה, אך היא מוסיפה: "אני נרעשת מההשלכות הקונקרטיות של אי הציות. למשל: שעשרות אלפי תלמידים תושבי מזרח ירושלים לומדים במוסדות של הוואקף. מערכת החינוך של המדינה מפרה את זכותם לחינוך חינם ומתעלמת מההשלכות של חינוך במוסדות הללו על אופייה העתידי של אוכלוסיית ירושלים ה'מאוחדת'".]

=-=  
**תשובת עו"ד קרן דהרי-בן נון בשם היועץ המשפטי לממשלה למכתבה של עו"ד קרפ** *[התכתובת המלאה מצויה במודל; היא קריאת רשות]*

**1) בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה (עתירה נגד החלטות ממשלה בנוגע לאזורי עדיפות לאומית בנימוק שהן מפלות ישובים ערבים) –**

פסק הדין משנת 2006 קבע כי החלטת הממשלה שאימצה את מפת אזורי העדיפות הלאומית בחינוך הינה בלתי חוקית. פסק הדין נשען על שני נדבכים: החלטת הממשלה בוטלה הן משום שהביאה לתוצאה המפלה לרעה יישובים ערביים לעומת יישובים יהודיים, והן משום שנתקבלה בחוסר סמכות, שכן קביעת אזורי עדיפות לאומית היא בבחינת הסדר ראשוני שצריך להיעשות בחקיקת הכנסת. בית המשפט קצב שנה להשלמת יישום פסק הדין.

לעניין הסמכות, הוחלט להסדיר את הנושא באמצעות חקיקה ראשית. לצורך זה גובשה הצעת חוק אזורי עדיפות לאומית, המסמיכה את הממשלה להחליט על מתן הטבות לאזורי עדיפות לאומית. הכנסת אישרה את ההצעה במסגרת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים ‎2009 ו-‎2010), התשס"ט-‎2009.

באשר לביטול מפת אזורי העדיפות הלאומית בחינוך הנגועה באפליה, הוגשו מטעם משרד החינוך בקשות לדחיית מועד יישום פסק הדין. הבקשות הוגשו בשל הקשיים הרבים בהיערכות לקיום פסק הדין, כולל הצורך בפיטורין נרחבים של מורים ופגיעה בישובים שנהנו מההסדר הקודם. בשל חשיבות הנושא למשרד החינוך, הופיעה מנכ"לית משרד החינוך באופן אישי בפני בית המשפט, על מנת להסביר את צורכי המשרד והקשיים עמם הוא מתמודד ביישומם המיידי של הקריטריונים החלופיים למתן תמיכות תקציביות. בהקשר זה יצוין עוד כי הקריטריונים החלופיים שנקבעו הינם קריטריונים ענייניים ומקצועיים, המתייחסים לכל רכיב בהטבות בנפרד, ולא על בסיס מפת אזורי עדיפות לאומית כזו או אחרת. מכל מקום, תחילה התבקשה ארכה למשך שנת הלימודים תשס"ח, ובהמשך הציג משרד החינוך תכנית ליישום פסק הדין באופן הדרגתי במשך חמש שנים. [...]

=-=

בסופו של דבר החלטתי ללמד בפגישה הבאה את הנושא של "השלטון המקומי", כלומר הרשויות המקומיות. הנושא של היועץ המשפטי (שיועבר על ידי המתרגלת מאיסאנה) הוא שיידחה לסמסטר ב'.

אנא קראו את הדפים שלהלן וכן את חומר הקריאה שאליו אני מפנה בסוף.

**השלטון המקומי בישראל:**

**רשויות מקומיות (עיר, מועצה מקומית, מועצה אזורית)**

*הדיון בפסקאות הקרובות לקוח מנוסח הרצאתו של ד"ר ישי בלנק בכנס סיכום שנת המשפט (אונ' חיפה, אוקטובר 2010).*

לפי **התפיסה הבירוקרטית**, רשויות מקומיות אינן אלא זרועו הארוכה של השלטון המרכזי, שהוקמו לשם "נוחות אדמיניסטרטיבית-ניהולית." לפי תפיסה זו, הן מהוות מעין "סניפים" של משרדי הממשלה הפזורים בכל רחבי הארץ. הדגש הוא על היותן של הרשויות המקומיות "רשויות" מנהל – ולא שלטון – וספקיות שירותים עבור תושביהן. לפי תפיסה זו, הרשויות המקומיות הן יצור "מלאכותי" במובן זה שגבולותיהן יכולים להשתנות בהחלטה מנהלית והן נתפסות כיצור שהוא משפטי בעיקרו ולא חברתי.

לפי **התפיסה הדמוקרטית**, הרשות המקומית היא הרבה יותר מספקית שירותים "מקומיים" עבור השלטון המרכזי. היא ביטוי לערך העליון של שליטה-עצמית, המונח בבסיס הדמוקרטיה, והיא מבטאת את תרבותן של קהילות שונות. הגבולות המקומיים מבטאים לא חלוקה שרירותית-מנהלתית של הטריטוריה הלאומית, אלא את ההתארגנות המרחבית העצמאית של אותן קהילות. גם לגישה זו ישנם ביטויים משפטיים, הפוכים לגישה הבירוקרטית: לפי גישה זו, הסמכת השלטון המקומי תהיה רחבה ותותיר לרשויות מרחב פעולה בתחום הרשות המקומית, גם בתחומים שאינם קבועים מראש; לרשות המקומית יינתן שיקול דעת רחב יותר משל רשויות מנהליות אחרות, שכן הוא מבטא לא רק בירוקרטיה אלא גם את רצונה של הקהילה המקומית.

חסידי התפיסה הבירוקרטית נסמכים על אופן ההסמכה המפורט בפקודת העיריות, על הצורך בקבלת אישורים ממשרד הפנים על פעולות רבות של השלטון המקומי (חקיקת חוקי עזר, תקציב, כריתת חוזים שונים ועוד), על היעדר הגנה חוקתית לזכות לשלטון עצמי מקומי, ועל מסורת ארוכת שנים בבית המשפט העליון שהחלה כבר בפסק הדין הנודע בעניין חת נ' עיריית חיפה, לפיה רשויות מקומיות אינן אלא "יציר המחוקק" ואין להן כל סמכות אלא מה שנתן להן המחוקק.

מאידך, גם לתומכי הגישה הדמוקרטית יש על מה לסמוך: למרות שהחקיקה מסמיכה את הרשויות באופן פרטני, היא כוללת גם הסמכה כללית לעשות "לעשות בדרך כלל, כל מעשה הדרוש לשם שמירה על תחום העירייה, בריאות הציבור והביטחון בו (ס' 249(29) לפק' העיריות)"; הרשויות המקומיות עוסקות, כבשגרה, בסוגיות מורכבות של דת ומדינה, הקצאות, חינוך, סעד ורווחה, טיפול במהגרים ועוד סוגיות הרחוקות מאוד מהדימוי הטכני והלוקאלי של העמדה הבירוקרטית; אחרון, ואולי חשוב מכל: הרשויות המקומיות אינן גופי מנהל רגילים: הם הגוף השלטוני היחיד, למעט הכנסת, אשר נבחר בבחירות ישירות על ידי כלל התושבים.

בעקבות המשבר הכלכלי הגדול של הרשויות המקומיות, בשנת 2004, ניתנו יותר ויותר כוחות פיקוח מרכזיים על פעולות רשויות מקומיות, לרבות אפשרות למנות חשב מלווה וגזבר מלווה, ולפזר מועצה נבחרת ושל ראש רשות נבחר והחלפתם בגורמים ממונים בשל עילות נוספות. סמכויות אלה לא נותרו אות מתה, להיפך: בעוד שמאז קום המדינה ועד 2004 הוקמו 36 "ועדות קרואות" (כוועדה אחת בכל שנה וחצי בממוצע), הרי שמאז 2004 – במהלך שש שנים בלבד – הוקם אותו מספר של ועדות קרואות!

השינוי החוקי בשנת 2004 היה דרמטי: לשר הפנים נוספה סמכות מפורשת (ס' 143א(ב)) למנות ועדה קרואה במקרים של גירעונות תקציביים גדולים ושיעורי גביית ארנונה נמוכים בהתאם לשיעורים אותם קבעו שרי האוצר והפנים בתקנות, בשלושה מדרגים: הראשון הוא שיעור גרעון או גביה בו חובה על שר הפנים למנות ועדה, שיעור בו רשאי שר הפנים למנות ועדה ושיעור בו הוא אינו יכול למנות ועדה קרואה כאמור.

[פסיקה – אמביוולנטית – עוסקת בהפעלת סמכות זו. עיינו בה בתוך רשימתו של בלנק]

אחד מפסקי הדין מייצג את הגישה הזהירה יותר, המתחשבת יותר בתפיסה הדמוקרטית:

בעניין סלאמה נ' שר הפנים נדונה שוב הסמכות החדשה של שר הפנים. בפרשה זו, בה נדון עניינה של עירית ירכא, שפוזרה אף היא מכוח ס' 143א לפקודת העיריות, הזדקק בית המשפט לבחון לא רק את יישומם של החוק ושל התקנות אלא גם להתמודד עם הטענה שהתקנות כלל אינן חוקתיות בשל פגיעתן הרבה בדמוקרטיה המקומית. בית המשפט שולל טענה זו ומבהיר כי אין לטעון שהפגיעה בדמוקרטיה המקומית אינה מידתית, שכן גם סמכות החובה כרוכה בשיקול דעת והיא מאזנת כראוי בין הזכות לדמוקרטיה מקומית (לבחור ולהיבחר) לבין האינטרסים השונים האחרים: קבלת שירותים, קבלת משכורת (לעובדי העירייה) ועוד. השופט מלצר מסביר כי למעשה יש לפרש סמכות זו **רק באותם מקרים בהם ה"רשויות אינן מתפקדות ובהעדר שינוי יסודי, מבני וניהולי – אין צפי להשתקמותן."** זאת כיוון שבמצבים אלה נפגעים הן תושבי הרשות, הן עובדי הרשות והן כלל תושבי המדינה שנאלצים לסבסד את גירעונות הרשות.

תחום נוסף בו ניתן לראות את האמביוולנטיות של בית המשפט לשלטון המקומי הוא תחום ההסמכה של הרשויות לעסוק בנושאים שונים. כאמור, שיטת ההסמכה של שלטון המקומי בישראל מורכבת מרשימה ארוכה ופרטנית של סמכויות (רשות וחובה) אליה מצטרפת גם הסמכה כללית, בסעף 249(29) לפקודת העיריות. בשנים האחרונות עלה נושא ההסמכה וגבולות סמכויות השלטון המקומי שוב ושוב, בהקשרים שונים. שני נושאים ידועים במיוחד שהגיעו לבית המשפט העליון בשנים האחרונות היו פרשת שלום עכשיו ופרשת סולודקין. לא ארחיב עליהן את הדיבור שכן שתיהן נדונו כבר בפורומים רבים והן לא היו בשנה שחלפה. רק אזכיר, כי בראשונה התעוררה שאלת סמכותן של רשויות מקומיות לממן תעמולה כנגד תוכנית ההתנתקות מחבל עזה ואילו בשניה – היקף סמכותן של רשויות מקומיות לאסור/לצמצם מכירת חזיר בתחומן. בשתי פרשות אלה הלך בית המשפט העליון מרחק רב בהכירו במעמד המיוחד של השלטון המקומי כמוסמך לעסוק בסוגיות החורגות מההיבט הצר של שירותים "מקומיים". בפרשת שלום עכשיו התיר בית המשפט לרשויות מקומיות לעשות שימוש בכספי ציבור כדי לממן תעמולה כנגד תוכנית ההתנתקות, למרות שזו לא נגעה ישירות להן: גם רשויות ביהודה ושומרון הורשו לממן תעמולה זו, למרות שקיומן לא מצוי היה בסכנה בעקבות התוכנית. [\* ראו התייחסות מפורטת בהמשך].

ואילו בעניין סולודקין התיר בית המשפט לרשויות מקומיות לפעול בהתאם להסמכה המיוחדת שלהן להתיר ולאסור ממכר חזיר בתחומן תוך התחשבות בדמוגרפיה הפרטנית שלהן ולא רק בהתאם לאיזון "כללי" בין חופש העיסוק וחופש הדת.

שני פסקי דין אלה מהווים ביטוי מובהק לתפיסה הדמוקרטית של השלטון המקומי, כזו הרואה בו ביטוי לקהילה מקומית ולזכותה לקבוע עבור עצמה סדרי עדיפות וערכים, כמובן, תחת מעטה חוקתי של זכויות הפרט.

שאלות של דמוגרפיה ומרחב עירוני. בג"צ 953/01 **סולודקין נ' עיריית בית-שמש,** פ"ד נח(5) 595 (2004)

הכרעת בית המשפט: להשעות את חוקי העזר העירוניים בטבריה, בכרמיאל ובבית שמש **המגבילים או האוסרים מכירת בשר חזיר בתחומן**. הוא הורה לרשויות המקומיות הללו לגבש הסדרים חדשים על פי קריטריונים "מידתיים": בפסק הדין נקבע כי יש לחלק את המרחב המוניציפלי לשכונות, ולאסור או להתיר מכירת בשר חזיר בכל אחת מהן בהתאם לצביון האוכלוסייה באותה שכונה.

בג"ץ קבע, כי "בשכונה המורכבת כולה, למעט מיעוט מזערי, מתושבים המתנגדים למכירת בשר חזיר ומוצריו, ניתן לאסור את המכירה. בשכונה המורכבת כולה, למעט מיעוט זעיר, מתושבים המבקשים לצרוך בשר חזיר או אינם מתנגדים לכך, לא ניתן לאסור מכירה זו". הבעיה מתעוררת בשכונות מעורבות, שצביון האוכלוסייה בהן אינו מובהק. בית המשפט קבע כי ניתן לאסור על מכירת בשר חזיר בשכונה כזאת, רק אם "הפגיעה בחירות תהיה מידתית", כלומר - אם יובטח שבקרבת מקום, בפאתי השכונה או בקרבתה, יהיה מקום קרוב ונגיש שבו ניתן יהיה לרכוש מוצרי בשר חזיר.

בשנת החולפת התעוררו שתי סוגיות נוספות שהעלו את שאלת היקף סמכותן של רשויות מקומיות: הראשונה, סוגיית סוגית הסיורים החמושים בעיריית חולון (או המשטרה המקומית); והשנייה, פרשיית הבית הפתוח בירושלים. בשתי סוגיות אלה ניתן אמנם לטעון כי חלה נסיגה מהעמדה מרחיבת הסמכות בפרשיות הקודמות אותן ציינתי, אולם ברצוני לטעון כי שני מקרים אלה מבטאים את החריגים לכלל, ולא את הכלל: בשתי פרשיות אלה מדובר בסוגיות בהן ראוי היה לצמצם את סמכות השלטון המקומי ולהגביל את פעולתו, גם לפי הגישה המרחיבה, הדמוקרטית.

[א] בעניין מלינובסקי נ' עיריית חולון (בג"צ 7186/06) נדון חוק עזר עירוני אותו העבירה עיריית חולון, מכוחו הוקם כוח סיור חמוש הממומן מכספי היטל מיוחד שהוטל לשם כך. בית המשפט העליון (הש' רובינשטיין) סוקר בהרחבה את סוגיית ההיטל המיוחד ומגיע למסקנה כי מדובר באגרה הקשורה לפעילות הממומנת (ולא במס) אולם בסופו של יום פוסל את הסיירת בשל העובדה שהיא ממומנת באופן בלתי סביר. זאת, לפי שאין התחשבות בצורך בתיאום של השלטון המרכזי של נושאים הקשורים לפעילות חבלנית שהיא "לאומית" בעיקרה. במילים אחרות, הש' רובינשטיין חומק מלדון בסוגיית הסיירות החמושות העירוניות ומשאיר זאת בצריך עיון (ומעיר כי ספק רב בעיניו אם ראוי שהללו יוקמו על ידי רשויות מקומיות), ופוסל את חוק העזר שכן הלה אינו עוסק באמת בביטחון "מקומי" אלא בנושאים שהם בעצם לאומיים - לוחמה בטרור - ועל כן דורשים תיאום ושליטה מרכזיים וזאת חסר בחוק העזר האמור. ההבחנות אותן עושה בית המשפט בעניין זה הן חשובות: אין ספק כי גם לגישה הדמוקרטית, נושאים אשר דורשים קואורדינציה, תיאום, ראוי שיוותרו בידי השלטון המרכזי, וגם אם לרשויות המקומיות ניתן בהן תפקיד, ראוי שסוגיית התיאום תילקח בחשבון כשמבזרים סמכויות כאלה. נושאים של ביטחון לאומי הם בוודאי כאלה, ועל כן גם אם חפץ השלטון המרכזי להעניק לרשויות המקומיות סמכויות בתחומים אלה, ראוי שנושא התיאום וההכוונה המרכזי יטופל באופן ממצה.

=-=

חשבו על הדוגמא הבאה. מדובר בחלק מכתבה עיתונאית.

בעקבות התרחשויות שונות, שקשורות לדברים המופיעים כאן, הדיח ראש עיריית כרמיאל (אלדר) את סגנו מילשטיין.

**לא צפונבוני. צפוני**

**אורן מילשטיין, סגן ראש עיריית כרמיאל, נאבק בניסיונות ההשתלטות הערבית על עירו ולא מפחד ממשטרת הפוליטיקלי-קורקט.**

מאת רבקי גולדפינגר

"בשבע" – 16.9.2010

אורן מילשטיין, סגן ראש עיריית כרמיאל, הוא איש ציבור צעיר (39), רהוט ואומר דברים שאחרים במעמדו לא היו מעזים להעלות על דל שפתיהם, אפילו אם בתוך תוכם היו משוכנעים בכך. הוא סרן במיל' ובוגר מינהל עסקים, העומד בראש רשימת 'הבית שלי' בעירייה, אשר חרתה על דגלה את שמירת צביונה היהודי של העיר כרמיאל.

כבר בראשית שיחתנו במשרדו בבניין העירייה, הוא קובע כי "כרמיאל היא עיר יהודית, חד וחלק. היא נוסדה למען ייהוד הגליל וזה לא תקין, בעיניי, שמשפחות ערביות יעברו לגור בה. בשנים האחרונות ישנו ניסיון בלתי פוסק של שכנינו מהכפרים בגליל המערבי להגר אל תוך כרמיאל, ואסור לנו להתעלם מהתופעה הזו".

**אתה לא חושש שדבריך יתפרשו כגזענות?**

"חד משמעית לא מדובר בגזענות. אני בסך הכול מבטא בקול את מה שתשעים אחוז מהתושבים חושבים בליבם. אני לא רואה בדבריי שום אלמנט של גזענות. אני מאמין בחיים של דו-קיום זה לצד זה ולא זה בתוך זה. חייבים להיות כנים ולומר את האמת - אף אחד כאן לא רוצה מסגד בתוך הבית שלו", הוא אומר בנחרצות ומסביר: "כל בוקר בשעה חמש אנחנו שומעים את המואזין מהכפר הסמוך ואין לי שום בעיה עם זה כי זו זכותם המלאה לחופש דת. אבל בתוך הבית שלי אני רוצה בתי כנסת ולא מסגדים. הגיע הזמן שיבינו שזו דרישה לגיטימית. מישהו, אי פעם, היה מאפשר לי לגור עם המשפחה שלי בתוך כפר ערבי?! שני הצדדים רוצים לשמור על הזהות הייחודית שלהם. חשוב שכל צד ישמר את המורשת שלו ואת התרבות שלו גם למען הדורות הבאים. עדיף שנחיה כשכנים אחד סמוך לשני וכך נחסוך מעצמנו חיכוך מיותר", פוסק מילשטיין.

**סכסוך חמולות לעיני הילדים**

את הזרז לתחילת פעילותו הציבורית תולה מילשטיין, יהודי שומר מסורת, באירוע שהתרחש לפני כשלוש שנים, כשצעד בליל שבת בדרכו חזרה מבית הכנסת. "זה היה כנראה, הקש ששבר את גב הגמל. חזרתי לאיטי מבית הכנסת לכיוון הבית, כשלפתע שמתי לב להתרחשות יוצאת דופן. כמה אנשים השתוללו באלימות. היו יריות וצעקות וראיתי כמה ניידות משטרה שמנסות להשתלט על המתפרעים. מסתבר שאותו בלאגן היה סכסוך אלים בין שתי חמולות מאחד הכפרים באזור. באותו הערב התחדדה בתוכי התובנה שמדובר במציאות שאסור לקבל. למה, למען ה', סכסוך בין חמולות אמור להיות בלב השכונה שלי, ליד הבית שלי? למה הילדים הקטנים שלי צריכים להיות חשופים לסכנה כזו? איפה הביטחון האישי שלנו?".

כבר בתחילת אותו שבוע פנה האזרח המודאג מילשטיין במכתב לראש העיר, עדי אלדר, בדרישה להצגת תוכנית מעשית להגברת תחושת הביטחון של תושבי העיר. אבל להפתעתו לא זכה לכל תגובה. "לא קיבלתי תשובה, למרות שבעיניי היה מדובר באירוע בלתי נסבל. הבנתי שאסור לשתוק כי מדובר בכדור שלג שאם לא נטפל בו באופן מיידי וכמו שצריך, הוא רק יילך ויתגבר. ניסחתי עצומה שהכותרת שלה היתה 'שמירת צביונה היהודי של כרמיאל' והפצתי אותה באלפי עותקים בכל רחבי העיר". [...]

בסופו של יום, בבחירות המקומיות הרשימה הערבית לא עברה את אחוז החסימה ואילו רשימתו של מילשטיין הפתיעה עם לא פחות מארבעה מנדטים. ראש העיר המיתולוגי של כרמיאל, עדי אלדר, זכה רק במנדט אחד יותר. [...]

במסגרת תפקידו בשנתיים האחרונות כסגן ראש העיר, פעל מילשטיין באופן מעשי לשינוי המצב. בראש ובראשונה שם דגש על העלאת רמת הביטחון האישי של התושבים באמצעות שיתוף פעולה עם משטרת כרמיאל, הסיור העירוני ויחידת מתנדבים שהוקמה במיוחד למען מטרה זו. "הקמנו בעיר יחידה של מתנדבים המכונה 'משמר העיר'", הוא מספר "הם ניצבים מדי ערב בכניסות לעיר ומבקשים תעודה מזהה מכל אדם המבקש להיכנס לעיר. בכך הם מקטינים את כמות השכנים המבקשים להיכנס לעיר סתם כך ללא סיבה. העיר לא אמורה להיות פרוצה ובהחלט מגיע לתושבים שחיים בה את הביטחון הבסיסי הזה".

כמו כן, מתפרסם מדי שבוע בעיתונות המקומית 'האימייל-הסגול' האמור להוות כתובת עבור תושבים שיש בידם מידע על דירה בעיר המתוכננת להימכר לאדם שאיננו יהודי. "תושבי העיר מוזמנים לכתוב אלינו ברגע שהם יודעים על דירה בכרמיאל שאמורה להימכר לתושב מאחד הכפרים. ברגע שמשפחה ערבית רוכשת בית בעיר, זו קביעת עובדה לדורי דורות. בשנה האחרונה נמנעו מכירתן של כמעט שלושים דירות כאלו", הוא מציין. מילשטיין פועל בימים אלו גם לשינוי תקנון הבית המשותף. "על ידי עמותת 'תעצומות ישראל' אנחנו נפנה לכל ועדי הבתים בעיר כדי שדיירי הבניין יחתמו אחד כלפי השני כי במקרה של מכירת דירתם, יקפידו על שמירת הצביון היהודי של הבניין. במילים אחרות, הבית שלי הוא למכירה ליהודים בלבד. זה נכון שבכרמיאל יש כ-1,500 תושבים ערבים והם תושבים שווי זכויות, שומרי חוק ומשלמי מיסים, אבל למען שמירתה של העיר כרמיאל כיהודית וציונית, ראוי שהעיר תישמר במתכונת האמיתית שלשמה הוקמה", הוא מסכם. [...]

=-=

[ב]. בפרשת הבית הפתוח בירושלים נ' עיריית ירושלים (עע"מ 343/09) נדון סירובה של עיריית י-ם לממן את פעילויותיו השונות של המרכז ההומו-לסבי בירושלים במהלך שלוש שנים. בערעור על פסק דינו של ביה"מ המנהלי בירושלים, שעבר גלגולים שונים, קבע בית המשפט העליון כי עיריית ירושלים הפרה את עיקרון השוויון ופסל את סירובה. [נדון בפסק הדין בהמשך הקורס].

עיקר פסק הדין – וחשיבותו העצומה למשפט הישראלי – הוא בסוגיית השוויון. לא ארחיב על כך את הדיבור משום שזהו לא מוקד ההרצאה שלי, אולם רק אומר שהש' עמית פורש משנה סדורה וחדשנית בדבר הגנה על מיעוטים "חשודים", כלומר, כאלה אשר יש לפרוש עליהם הגנה מיוחדת מפני פעולות של רשויות המנהל. מכאן גם הטענה שלי שאין לראות את פסק הדין האמור כשולל את יכולתה של עירייה לקבוע סדרי עדיפויות באמצעות תמיכות ותקציבים. אכן, אחת הסכנות היא שפסק דין יפורש כשולל מהרשות המקומית את אחת מסמכויותיה החשובות ביותר ואשר מבטאות באופן העמוק ביותר את היותה של רשות מקומית ביטוי לרצונה החופשי של קהילה דמוקרטית מקומית. חלוקת תמיכות ותקציבים היא דרך לגיטימית במשטר דמוקרטי לבטא את רצון הבוחרים. במילים אחרות: כשם שלכנסת מותר לחוקק בחוק התקציב העדפות לסוגי פעילות מסוימים, כך גם לרשות המקומית. ואכן, מה שאוסר בית המשפט הוא הפליה לא של פעילות אלא של קבוצה, וקובע כי משניתנו תקציבים לפעילות לקידום ולהעצמת נשים, לדוגמה, הרי שמניעת תקציבים מהעצמת נשים דווקא בבית הפתוח מהווה הפליה אסורה.

ואמנם, ככל שמדובר בקבוצה מוחלשת ו"חשודה" (מבחינת חולשה פוליטית, חוסר יכולת להתארגן ועוד), קיימת סכנה ממשית שרשויות מקומיות ידכאו קבוצות אלה עוד יותר מהדיכוי הרגיל לו הן חשופות בכלל האוכלוסייה. ברשויות מקומיות יכולות עמדות קיצוניות – דתיות, אידיאולוגיות, פוליטיות וכיו"ב – לבוא לידי ביטוי ביתר קלות בשל היכולת להשפיע על המערכת בקלות רבה יותר ובמספרים קטנים יותר, ובשל חוסר המיתון [הנלווה לעיתים להקשרים] של המספרים הגדולים. לכך יש להוסיף את הפריסה הלא-הומוגנית של קהילות ברחבי המדינה, דבר אשר יכול להוביל לכך שברשות מקומית מסוימת יהיה מיעוט מסוים קטן עוד יותר ולכן חשוף עוד יותר לדיכוי ולהדרה. לפיכך, פוליטיקה מקומית היא רדיקאלית וקיצונית יותר, פעמים רבות (כפי שהתריע מדיסון עוד בימיה הראשונים של הרפובליקה האמריקנית). מכאן גם הצורך להקפיד ביתר שאת על הגנת מיעוטים מפני פעולתן של הרשויות המקומיות. במילים אחרות, גם לפי התפיסה הדמוקרטית של השלטון המקומי, אין להעניק לרשויות מקומיות אוטונומיה וחופש פעולה מלא כאשר יש חשש כי פעולתן מדכאת מיעוטים מוחלשים בשטחה.

אולם פרשיית הבית הפתוח מעוררת בעוצמה רבה את השאלה של תפקידן של הרשויות המקומיות בישראל כמתווכות בין קהילות דתיות, לאומיות ותרבותיות. במידה רבה, מפת הרשויות המקומיות בישראל חופפת לשסעים העמוקים של החברה הישראלית: רשויות מקומיות מאופיינות לא פעם כ"ערביות", "חרדיות", "מזרחיות", "ימניות" וכן הלאה. וגם אם הרשויות אינן הומוגניות לגמרי, הרי שהשלטון המקומי מוצא עצמו מתמודד עם המתחים הללו בעוצמה רבה: בשאלות של דת ומדינה (פתיחת בתי עסק בשבת, איסור חמץ וחזיר), חלוקת תקציבים (ראו הבית הפתוח), חופש ביטוי (מצעדי גאווה, לוחות מודעות עירוניים), זכויות קהילתיות (שפת השילוט ברחובות) ועוד. ולמרות הקביעה הכללית לפיה סוגיות של דת ומדינה הם עניינים "לאומיים" בהם השלטון המרכזי מכריע (קביעה עליה חוזר בית המשפט העליון מאז פרשות החזיר המוקדמות בשנות ה-50), רשויות מקומיות מתמודדות עם שאלות אלה השכם והערב, הן בגלל שבמקרים מסוימים הן הוסמכו לכך מפורשות (שבת, חזיר ועוד) והן משום שכוחה של המציאות גדול ועניינים אלה מתעוררים בהקשרים שונים ורבים.

דוגמה לכך מן השנה שחלפה הוא פסק הדין שניתן בעניין סולודוך נ' עיריית רחובות (בג"צ 10907/04) בו נדונה החלטת עיריית רחובות להקצות (בתמורה נמוכה ביותר) מגרש לשם הקמת בית מדרש תורני בשכונה שאופייה חילוני בעיקרו (למרות שנטען בפני בית המשפט שהשכונה מעורבת יותר וכוללת גם מסורתיים ואף דתיים). בית המשפט העליון דחה את עתירתם של תושבי השכונה החילוניים וקובע כי אין להתיר מדיניות של הפרדה הרמטית בין חילונים לדתיים. את עיקר הדיון מקדישה השופטת פרוקצ'יה לשאלה האם החלטת הרשות המקומית עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, מאחר ונוצרת התנגשות בין החופש לדת של הציבור הדתי (החפץ בבית המדרש) ובין החופש מדת של הציבור החילוני (הטוען שבית המדרש יפגע בו בכל מיני דרכים). המשגת פעולותיה במסגרת פסקת ההגבלה היא מעניינת, בעיקר מפני שבסופו של דבר לדעתה אין פגיעה ממשית בזכויות של החילונים, כך שלמעשה לא צריך כלל לבדוק את פסקת ההגבלה (אלא לכל היותר את סבירות ההחלטה המנהלית של הרשות המקומית). ובכל זאת, בית המשפט סבור שישנה התנגשות פוטנציאלית (ואולי ממשית) בין זכותם של הדתיים לדת ובין זכותם של החילונים לחופש מדת ועל כן, במסגרת פסקת ההגבלה הוא בוחן, בסופו של דבר, את מידתיות הפגיעה ומגיע למסקנה שגם לו הייתה פגיעה בחילונים, הרי שזוהי פגיעה מידתית לאור חשיבותו של הדו-קיום בין חילונים לדתיים והצורך להימנע ממדיניות של הפרדה מרחבית בין אותם אלה אשר "הגורל הועיד אותם להשתייך לאותו עם, ולחיות יחדיו באותה פיסת קרקע ותחת אותם שמיים" (פסקה 87 לפסה"ד).

עניין זה דורש תשומת לב מיוחדת מאחר וזהו אחד מפסקי הדין היחידים בהם בית המשפט העליון מתייחס באופן כה ישיר לאחד מנתוני הרקע של הארגון המרחבי של החברה הישראלית: היפרדות מרחבית קשה, במסגרתה קבוצות לאום, דת ואתניות מתגוררות באזורים נפרדים ופעמים רבות ברשויות מקומיות נפרדות. פעמים רבות, היפרדות זו היא תוצאה של מדיניות ממשלתית (כגון מדיניות פיזור האוכלוסין הידועה של שנות ה-50 וה-60 במסגרתה שוכנו עולי צפון-אפריקה בערי הפיתוח) או של היתר חוקי שניתן לקבוצות להדיר ולהפלות קבוצות אחרות (כגון מדיניות מניעת מכירת קרקע לערבים שנדונה בפרשת קעדאן, ופעולתן של ועדות קבלה בישובים קהילתיים גם כיום, שבגינן מודרים בני קבוצות מיעוט שונות, מדיניות שנתקפת כיום בפני בית המשפט העליון). פעמים אחרות, היפרדות זו אינה מוכתבת על ידי המדינה אלא על-ידי מחירי הנדל"ן ועל-פי בחירות של פרטים. אולם, גם לבית המשפט העליון יש יד וחלק בהיפרדות זו, לאור פסיקה מפורשת הן בעניין אביטן נ' ממ"י והן בעניין עמותת עם חופשי נ' שר השיכון. בשתי פרשיות אלה--בראשונה ביקש יהודי לרכוש קרקע בישוב שנועד לבדואים ובשניה ביקשו חילונים לרכוש דירות בישוב שהועד לחרדים--נתן בית המשפט הכשר למדיניות ממשלתית של הפרדה מרחבית הרמטית בין קבוצות לאום ודת שונות. אמנם באותן פרשיות עשה זאת בית המשפט בתור "חריגים" לפי שמדובר ב"קבוצות מיעוט בעלות אורחות חיים ייחודיים וראויים להגנה" (הבדואים והחרדים), אולם השופטת פרוקצ'יה אינה מאבחנת את עניין סולודוך משתי פרשיות אלה.

מה ניתן ללמוד מכך? ראשית, אפשר וביה"מ סבור שאין כל מניעה לצוות על "הרוב החילוני" להתפשר ולגלות סובלנות כלפי המיעוט הדתי ולא להסתגר, אולם להתיר למיעוט החרדי להסתגר, מאחר ואין סימטריה בין מצב הרוב ומצב המיעוט; ... שלישית, אפשר ובית המשפט זורע את הזרעים של פסיקה עתידית אשר תסטה מהלכות אביטן ועם חופשי. במילים אחרות, יתכן וביה"מ ישתמש בעתיד בהלכה זו כדי לבסס תורת משפט שתסטה, לראשונה, מהמדיניות הסגרגטיבית המאפיינת את המרחב הישראלי. הדגש אותו שם ביה"מ על הסכנות שבהיפרדות המרחבית ללכידות הלאומית וחזרתו על הצורך בחיים ביחד יכולים להעיד שמדובר, אולי, במפנה חשוב בתורת המשפט של ביה"מ בסוגיות אלה. מפנה כזה הוא קריטי במיוחד לאור העובדה שדומה שהחברה הישראלית הולכת ומתפוררת לקבוצות שכל אחת מהן היא מיעוט בפני ובעיני עצמה, ולא עוד ברור מיהו הרוב ומיהו המיעוט, במיוחד בהקשר של חילונים ודתיים. ...

עניין נוסף ממנו התעלם ביה"מ הוא האופן בו הוא עצמו מקדם את ההיפרדות בין חילונים ודתיים באמצעות פסיקותיו, אשר נותנות תוקף נורמטיבי לדפוסי מגורים פוזיטיביים: כאשר בית המשפט קבע בפרשת סולודקין נ' בית שמש שבשכונות בעלות אופי דתי מובהק ניתן לאסור כליל מכירת חזיר, הוא מעודד, למעשה, הדרה של חילונים מאותו אזור. כדי לקדם באופן עקבי את ערך האינטגרציה בדפוסי מגורים, קיימת חשיבות רבה, אפוא, לכך שביה"מ יעמוד על סובלנות הדדית, הן של חילונים כלפי דתיים והן של דתיים כלפי חילונים. ואם אין להתחשב בפגיעה אותה חשים חילונים למראה סמלים דתיים ואתרים דתיים כגון בתי מדרש, אין לקבל באופן מקודש את הפגיעה שחשים דתיים למראה "סמלים" חילוניים כגון אטליזי חזיר. במילים אחרות, במבנה חברתי מורכב ועדין כמו יחסי דתיים וחילוניים בישראל, שהם משתנים ללא הרף, אין לדבוק במבנה הא-סימטרי אותו יצרו בתי המשפט, לפיו הסובלנות וההכלה מוטלים על "הרוב החיוני" ואילו ה"מיעוט הדתי" יכול להדיר ולתבוע סילוק של סמלים חילוניים. [...]

=-=

\* בג"ץ 10104/04 **שלום עכשיו נ' רות יוסף, הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון** (לא פורסם, 14.5.2006)

ראו להלן את ניתוחו של פסק הדין במאמרו של ד"ר יששכר (איסי) רוזן צבי, "מהותו של ה'מקומי': הרהורים על מקומיוּת בעקבות בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו נ' יוסף", **משפט וממשל** יב (2009) 333 [בהשמטת חלק מהסימוכין]:

בלב פסק-הדין בעניין **שלום עכשיו נ' יוסף** עמדה השאלה הבאה: האם רשויות מקומיות בשטחים הכבושים ביהודה ושומרון מוסמכות לעשות שימוש בכספים מתקציביהן לשם מאבק בתוכנית מדינית-בטחונית-לאומית שעליה החליטה ממשלת ישראל – שכונתה "תוכנית ההתנתקות" – אשר במסגרתה נסוגה ישראל מרצועת עזה ומשטחים בצפון השומרון ופינתה אזרחים ישראלים שהתגוררו בשטחים אלה?

לפסק-הדין בעניין **שלום עכשיו** קדם פסק-הדין משנת 1997 בעניין **גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין**, ששימש תשתית משפטית ומושגית לדיון בפרשת **שלום עכשיו**, ועל-כן יש מקום לדון בו תחילה. בפרשת **גרינברג** עתרו כמה תושבים מן המועצה המקומית קצרין ומן המועצה האזורית גולן (להלן: המועצות) נגד הרשויות המקומיות שבהן התגוררו בטענה כי אלה הוציאו מתקציבן, לא כדין, כספים למימון קמפיין נגד כוונת ממשלת ישראל לסגת מרמת-הגולן במסגרת הסכם שלום כולל עם סוריה.[[60]](#footnote-61) טענת העותרים הייתה כי המועצות חרגו מסמכותן, שכן בדינים המכוננים אותן הן הוסמכו אך ורק לדאוג לרווחת תושביהן בתחומים הכלכלי, הסוציאלי, החברתי והתרבותי, ולא לטפל בעניינים בעלי משמעות פוליטית ומדינית כלל-ארצית כמו שאלת הנסיגה מרמת-הגולן. היועץ המשפטי צירף חוות-דעת שתמכה בעמדת העותרים. כנגד זה טענו המועצות כי הקצאת הכספים נעשתה כדין, שכן פיתוח רמת-הגולן ואכלוסה, כמו-גם כל מטרה אחרת המיועדת לשמירת הריבונות הישראלית על רמת-הגולן, הן מטרות לגיטימיות שעל יסודן נבחרו ראשי המועצות לתפקידם. המועצות הודו כי סוגיית הריבונות הישראלית על רמת-הגולן היא סוגיה כלל-ארצית, אך טענו כי קיים בצידה גם היבט מקומי ייחודי, שכן גורלם של תושבי רמת-הגולן קשור לגורל המועצות ולהמשך קיומן.

שופטי בית-המשפט העליון [בגרינברג] נחלקו בעמדותיהם. לכל השופטים לא היה ספק כי לשונם של סעיפי ההסמכה הכללית החלים על המועצות, אשר מסמיכים אותן "לפעול בכל עניין הנוגע לציבור בתחום המועצה",[[61]](#footnote-62) יכולה לשאת בקלות רבה פרשנות שלפיה הקצאת כספים למימון קמפיין מחאה נגד נסיגה מרמת-הגולן כלולה בגדר הסמכות. משכך, השאלה הרלוונטית שעמדה לדיון הייתה מהי הפרשנות הפונקציונלית הראויה של סעיפי ההסמכה, או במילים אחרות – מהו המבחן שבאמצעותו יש לבחון אם עניין מסוים הוא "עניין בעל אופי לוקאלי" אשר רשויות מקומיות מוסמכות לטפל בו. השופטת דורנר סברה, בדעת מיעוט, כי בהקצאת הכספים הנידונה חרגו המועצות מסמכותן. לשיטתה, דברי החקיקה החלים על הרשויות המקומיות קובעים להן "מיתחם מוגבל למדיי של אוטונומיה, ומכפיפות אותן במידה רבה לשלטון המרכזי". מהבנה זו של השלטון המקומי גזרה השופטת דורנר את תכלית החקיקה המסמיכה, והיא לדאוג לכך שלציבור בתחום הרשויות המקומיות יסופקו שירותים מוניציפליים. הא ותו לא. על-כן הכריעה השופטת כי סמכויותיהן של הרשויות המקומיות מצומצמות לעניינים מקומיים טהורים בלבד, ואין להעניק לרשויות מקומיות סמכות "מקבילה" לסמכויותיהן של רשויות המדינה בעניינים כלל-ארציים, גם כאשר אלה נוגעים במקום מסוים.

לעומתה, שופטי הרוב לוין וגולדברג הכריעו כי המועצות פעלו בגדר סמכותן, אולם אף הם נחלקו באשר למבחן הראוי לקביעת סמכויותיהן של רשויות מקומיות. המשנה לנשיא, השופט שלמה לוין, הצביע על כך שאף-על-פי שהעיקרון שלפיו על רשויות מקומיות לעסוק אך ורק בעניינים בעלי אופי מקומי הוא ברור, החלתו במקרים קונקרטיים מעוררת קשיים לעיתים קרובות, משום "שאין כמעט פעילות בתחום הציבורי שאינה משלבת אינטרסים לוקליים ולאומיים". מכאן המשיך השופט לוין ואמר כי את אמות-המידה לקביעת סמכויותיהן של הרשויות המקומיות יש לגזור מן האופן שבו אנו מבינים את מהותו של השלטון המקומי ואת יחסי-הגומלין בינו לבין השלטון המרכזי. הוא דחה את המבחן שהציעו העותרים ונציגי המדינה, שלפיו הרשויות המקומיות מנועות מלטפל בכל עניין שיש לו השלכות לאומיות או כלל-ארציות – מבחן אשר מבוסס לטענתו על מודל היררכי שלפיו הרשויות המקומיות אינן אלא זרוע ביצועית של השלטון המרכזי ושואבות ממנו את כל סמכויותיהן. מאידך גיסא, הוא לא קיבל גם את המבחן שהציעו המועצות-המשיבות, המבוסס על מודל אוטונומי-ביזורי של השלטון המקומי, שלפיו רשות מקומית רשאית לפעול בכל עניין, אף אם יש לו משמעות לאומית או כלל-ארצית, כל עוד יש לאותו עניין נגיעה ממשית וספציפית בציבור המתגורר בתחום הרשות המקומית. במקום שני המבחנים האלה הציע השופט לוין מבחן המבוסס על מודל שאותו כינה "מודל-ביניים", הרואה את שתי המערכות – המקומית והארצית – כתלויות זו בזו באופן הדדי. על-פי המבחן המוצע, לרשויות המקומיות מסורה הסמכות לטפל בעניין כלשהו, אף אם יש לו משמעות ארצית או לאומית, אם, ורק אם, יש לאותו עניין **השפעה מיוחדת ונפרדת** על הציבור שבתחומיהן, מעבר למשמעות הלאומית או הארצית. באשר למקרה הנידון קבע השופט לוין כי לשאלת ריבונותה של ישראל על רמת-הגולן, הגם שהיא כרוכה במדיניות לאומית המצויה בתחומי פעילותו של השלטון המרכזי, יש השפעה מיוחדת ונפרדת על תושבי המועצות, שכן מועצות אלה יחדלו להתקיים אם תצא המדיניות הממשלתית מן הכוח אל הפועל. מכאן שמדובר ב"עניין מקומי", אשר למועצות יש הסמכות לממנו מתקציבן. לעומת השופט שלמה לוין, הסתפק השופט גולדברג בעיצובו של מבחן צר בהרבה, התפור למידותיו של המקרה הקונקרטי. הוא אישר את סמכותה של הרשות המקומית להשתתף במימון קמפיין ציבורי נגד מדיניות הממשלה רק כאשר הרשות המקומית עומדת בסכנת כליה, שכן לדבריו "נושא קיומה או חדלונה של מועצה מקומית הינו 'עניין הנוגע לציבור בתחום המועצה', וכי בפעולותיה בנדון זה, שהוא עניין ציבורי, משמשת המועצה 'נאמן או אפוטרופוס' לתושביה".

בפרשת **שלום עכשיו** עלתה לדיון פעם נוספת השאלה אם רשות מקומית רשאית לממן מתקציבה פעילות הסברתית נגד מדיניות ממשלתית הנוגעת בסדר-היום הלאומי. עובדות פסק-הדין היו כדלהלן: רשויות מקומיות בשטחים הכבושים ביהודה ושומרון ובחבל עזה העבירו למועצת יש"ע[[62]](#footnote-63) כספים למימון מסע פרסום נגד תוכנית ההתנתקות. העותרת, תנועת שלום עכשיו (שאליה הצטרפה המדינה), טענה כי העברת הכספים למועצת יש"ע על-ידי הרשויות המקומיות מהווה חריגה מסמכות, שכן "על פי ההסדר החקיקתי הקיים במדינת ישראל והדינים המכוננים את הרשויות המקומיות בתחומה – בכלל, **וההסדר החקיקתי הקיים ביהודה ושומרון והדינים המכוננים את הרשויות המקומיות שם – בפרט**... נתונות סמכויות העיסוק בנושאי חוץ ובטחון לממשלה ולכנסת, ואילו הרשויות המקומיות אינן מוסמכות אלא לדאוג לרווחת התושבים בתחום הכלכלי, הסוציאלי, החברתי והתרבותי". העותרת הכירה כמובן את הלכת **גרינברג**, שניתנה שנים מספר קודם לכן, אך טענה כי יש לבטלה או לכל-הפחות לצמצמה אך ורק למקרים שבהם הרשות המקומית עומדת בסכנת כליה. לטענת העותרת, הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון אינן עומדות בתנאי ההלכה, שכן תוכנית ההתנתקות אינה מאיימת על קיומן ועל-כן אין לה השפעה מקומית ייחודית על תושביהן. במילים אחרות, העתירה מנסה לערוך בחינה מחודשת של השאלה מהו "עניין מקומי".

התוצאה של פסק-הדין מורכבת:

מצד אחד נדחתה העתירה ברוב דעות,[[63]](#footnote-64) ונקבע כי בנסיבות העניין היו הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון רשאיות להעביר כספים למימון הקמפיין נגד תוכנית ההתנתקות. במסגרת זו אישרה דעת הרוב את הלכת **גרינברג**, ואף הרחיבה אותה בקובעה כי גם במצבים שבהם הרשויות המקומיות שמימנו את פעולת ההסברה אינן עומדות תחת איום קיומי מיידי כתוצאה ממדיניות הממשלה, עשוי להתקיים אינטרס מקומי נפרד מן האינטרס הלאומי, וזאת במקרה שבו הן עשויות להיות "הבאות בתור".

עם זאת, קבע בית-המשפט – גם כאן ברוב דעות, אם כי רוב אחר[[64]](#footnote-65) – כי במקרים שבהם רשות מקומית מממנת מתקציבה מאבק נגד יישום תוכנית שיש לה אופי לאומי כלל-ארצי, המדינה רשאית לקזז מתמיכתה באותה רשות (באמצעות מענקי האיזון) סכום כסף השווה לסכום שאותו העבירה הרשות למימון המאבק, שכן רשות מקומית רשאית לממן פעילות כזו ממקורותיה העצמיים בלבד. בסוגיית המימון נדון בחלקו השני של המאמר. עתה נעבור לבחינה מעמיקה ומדוקדקת של עמדות השופטים באשר לשאלה מהו "עניין מקומי".

המדינה, שהצטרפה לעמדת העותרת, ביקשה מבית-המשפט לבטל את הלכת **גרינברג** ולקבוע במקומו מבחן כפול ומצטבר לתיחום סמכויותיה של רשות מקומית: האחד טריטוריאלי והאחר ענייני-מהותי. התיחום הטריטוריאלי, טענה המדינה, מגביל את סמכויותיה של הרשות המקומית לפעילות בתחום השיפוט המוניציפלי שלה,[[65]](#footnote-66) ואילו התיחום המהותי מגביל את הרשות לעיסוק בעניינים "בעלי אופי מוניציפלי".[[66]](#footnote-67) לטענת המדינה, "שייכות טריטוריאלית וזיקה לאוכלוסייה המקומית אין בהם די כדי להקנות סמכות לרשות המקומית. על מנת להקנות סמכות לרשות המקומית לפעול פעולות מסוימות, יש צורך בקיומו של תנאי נוסף ומצטבר והוא, **שאין מדובר בעניין לאומי כלל-ארצי**, אפילו אם אותו עניין מתייחס לתחומה". עוד טענה העותרת כי גם אם היה מקום לפעולות מחאה מצד הרשויות המקומיות המשיבות, אחרי חודש מאי 2004 (מועד ההכרזה של ראש הממשלה על כוונתו לקדם את תוכנית ההתנתקות), ולכל-המאוחר באוקטובר 2004 (היום שבו אישרה הכנסת את תוכנית ההתנתקות), היה עליהן לחדול מפעילות הנוגדת את מדיניותה המוצהרת של הממשלה.

בית-המשפט דוחה את המבחן הכפול שהציעה המדינה. השופט רובינשטיין, שכתב את פסק-הדין העיקרי בשם שופטי הרוב, קובע כי המבחן הכפול שהציעה המדינה, על-אף היותו שובה-לב, שגוי על שני פניו: מבחינה טריטוריאלית, יש עניינים שבהם לרשות המקומית יש אינטרס צודק ולגיטימי גם כאשר הם קורים מחוץ לתחומה הגיאוגרפי; ומבחינה עניינית, לא יהא זה צודק שלרשות לא יהיה כל פתחון-פה בנושאים אשר נוגעים בה ומשפיעים השפעה מכרעת על תושביה אך ורק מכיוון שמדובר בנושאים שבמוקד העניין הלאומי.[[67]](#footnote-68)

השופט רובינשטיין [המבטא בהקשר זה את עמדת הרוב בפסק הדין] קובע כי המבחן לתיחום סמכויותיהן של רשויות מקומיות הוא זה שנקבע בפרשת **גרינברג**: "העובדה שנושא מסוים הוא בעל חשיבות לאומית, ואפילו הוא נתון במחלוקת ציבורית, אין בה כשלעצמה כדי למנוע מרשות מקומית לפעול בעניין לטובת תושביה, ככל שהללו עתידים להינזק ממנו נזק מקומי וייחודי." עוד הוא מכריע כי מבחן זה מתקיים במקרה דנא, שכן ניתן לזהות "קיומו של אינטרס לוקלי נפרד מהמשמעות הארצית והלאומית". האינטרס המקומי הנפרד הוא שתוכנית ההתנתקות מעזה, אף שהיא אינה מאיימת ישירות על קיומן הפיזי של הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון, מהווה לא רק תקדים, אלא צעד ראשון בסדרה של נסיגות נוספות. עם זאת, קובע השופט רובינשטיין, "אילו היו המשיבות משתתפות במימון מסע ההסברה על מנת לסייע למועצות שהושפעו ישירות מתכנית ההתנתקות בלא השלכה עליהן עצמן, לא היה הדבר בא בגדרי הלכת **גרינברג**, שהרי 'רשות מקומית אמורה לדאוג לקהילתה – לא לכלל קהילת המדינה'".

דעת המיעוט של השופט חשין (שאליו הצטרפה השופטת ביניש) סברה כי במימון הקמפיין נגד תוכנית ההתנתקות חרגו הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון מסמכותן. השופט חשין חולק בפסק-דינו על דעת הרוב הן בעניין הפרשנות הראויה שיש לתת להלכת **גרינברג** והן בשאלת חלותה של הלכה זו על העניין הנידון. לגישתו, הרשויות המקומיות מהוות זרוע ארוכה של השלטון המרכזי, שתפקידן הבלעדי הוא מתן שירותים מוניציפליים לתושביהן. על-כן, בהעדר הוראת-דין מפורשת, אין הרשויות המקומיות מוסמכות לעסוק בעניינים לבר-מוניציפליים או לממנם מתקציביהן. משכך, מאמץ השופט חשין את המבחן הכפול שהציעה המדינה לבחינת המקומיוּת, וקובע כי הרשות המקומית מוגבלת הן מבחינה טריטוריאלית, לשטח השיפוט הגיאוגרפי שלה (ratione loci), והן מבחינת תחומי עיסוקה, לתחומים שנקבעו מראש ובאופן מפורש בחקיקה המסמיכה (ratione materiae). "לעת בחינת גבולות מעטפת סמכויותיה של רשות מקומית, עיקר העיקרים הוא בעקרון המקומיוּת ובחובתה של הרשות להתמקד בענייני המקום. הכלל-ארצי – לשלטון המרכזי ניתן, המוניציפאלי-מקומי – בידי הרשות המקומית הופקד, ועל דרך הכלל אין לה לרשות המקומית היתר לפעול בסוגיות כלל-ארציות שהסמכות לעסוק בהן ניתנה לשלטון המרכזי." זאת, אף אם יש להן "נגיעה" ברשות המקומית.

עם זאת, השופט חשין מודה כי לא תמיד ניתן להבחין בבירור בין ה"מקומי" לבין ה"כלל-ארצי", ולא אחת מתקיימת ביניהם חפיפה. אם כך, השאלה הנשאלת היא אם רשות מקומית מוסמכת לפעול ברמה המוניציפלית מקום שפעילותה חופפת מדיניות כלל-ארצית. וכך הוא עונה:

במקום שבו חודרת החלטת השילטון המרכזי אל תוך מעטפת סמכויותיה של הרשות המקומית – קרא: במקום שבו מחילה עצמה מדיניות כלל-ארצית על תחומי-שיפוט שרשות מקומית מופקדת עליהם, ועניינה של אותה מדיניות הוא בתחומי-חיים שהרשות המקומית גם-היא הוסמכה לפעול בהם – רשאית היא הרשות המקומית לפעול כסמכויותיה על-פי דין. לשון אחר: שעה שמדיניות כלל-ארצית של השילטון המרכזי משפיעה במישרין על רווחתם המוניציפאלית של תושבי רשות מקומית – באשר תושבי רשות מקומית הם – מוסמכת היא הרשות המקומית לפעול באותו נושא.

כדוגמה למצבים שבהם החלטת השלטון המרכזי חודרת אל תוך מעטפת סמכויותיו של השלטון המקומי, מביא השופט חשין מקרים שבהם המדינה מתכננת להקים בתחומיה של רשות מקומית כלשהי אתר פסולת מרכזי, מיכלים של גז מסוכן, תחנת ממסר רבת-עוצמה או שדה-תעופה. במקרים אלה הקמתם והפעלתם של המתקנים בתחום שיפוטה של הרשות איימו לפגוע ברווחת חייהם ה"מוניציפליים" של התושבים ולהשפיע על מגוון תחומי חיים שהרשות הוסמכה לעסוק בהם, כגון תברואה, תחבורה, ניקיון, בטיחות ועוד. במקרים אלה, קובע השופט חשין, הרשות המקומית מוסמכת לפעול נגד אותה החלטה כלל-ארצית המשפיעה על האוטונומיה שניתנה לה בתחומיה, שכן ההחלטה נוגעת במישרין בתוכה של מעטפת הסמכויות שניתנו לה.

באשר להלכת **גרינברג**, השופט חשין מפרש את ההלכה בצורה מצמצמת, כחלה אך ורק על מצב שבו עצם קיומה של הרשות המקומית מוטל בסכנה. רק במקרה כזה, אשר חשין מכנה "דוקטרינת ההגנה העצמית", מותר לרשות המקומית להיאבק ולהקצות כספים למאבק בתוכנית מדינית כלל-ארצית של השלטון המרכזי. מדוע? שכן "מאבקה של רשות מקומית לעצם קיומה מאבק הוא גם להמשך מתן שירותים מוניציפאליים לתושביה; מאבק הוא לעצם קיומו של המוניציפאלי ולהמשך קיומה של הקהילה המקומית; וכך שוכן הוא המאבק בתוככי המעטפת של סמכויות הרשות המקומית להעניק שירותים מוניציפאליים לתושביה". במקרה כזה "החפיפה בין ה'ארצי' לבין ה'מקומי' אין בה כדי להבליע ולהטמיע את ה'מקומי' ב'ארצי', כל עוד יש לו ל'מקומי' ייחוד משל עצמו, להבדילו ממקומות אחרים בארץ". לעומת זאת, במקרה הנידון בפרשת **שלום עכשיו**, ממשיך השופט חשין, הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון אינן מבקשות להגן על קיומן שלהן, אלא על קיומה של רשות מקומית אחרת שביטולה לא יהיה בו כדי להשפיע על רווחתם המוניציפלית של תושביהן. העובדה שקיימת כוונה ערטילאית ולא-ודאית לפנות בעתיד יישובים נוספים ביהודה ושומרון אינה מעלה ואינה מורידה, ומכאן שהלכת **גרינברג** אינה חלה כלל.

=-=

**על בסיס דפי הקריאה שלעיל וחומר הקריאה של השיעור (המפורט להלן) אנא חשבו על השאלה הבאה. זו שאלה מאחת מבחינות העבר.**

מר ארז ברוש נבחר כראש עיריית גפן השוכנת בגליל. עם היבחרו הוא יוזם שורה של פעולות. בראיון לעיתון הוא מסביר את גישתו. להלן קטע מאותו ראיון:

"חד משמעית לא מדובר בגזענות. אני בסך הכול מבטא בקול את מה שתשעים אחוז מהתושבים חושבים בליבם. אני לא רואה בדבריי שום אלמנט של גזענות. אני מאמין בחיים של דו-קיום זה לצד זה ולא זה בתוך זה. חייבים להיות כנים ולומר את האמת - אף אחד כאן לא רוצה מסגד בתוך הבית שלו", הוא אומר בנחרצות ומסביר: "כל בוקר בשעה חמש אנחנו שומעים את המואזין מהכפר הסמוך ואין לי שום בעיה עם זה כי זו זכותם המלאה לחופש דת. אבל בתוך הבית שלי אני רוצה בתי כנסת ולא מסגדים. הגיע הזמן שיבינו שזו דרישה לגיטימית. מישהו, אי פעם, היה מאפשר לי לגור עם המשפחה שלי בתוך כפר ערבי?! שני הצדדים רוצים לשמור על הזהות הייחודית שלהם. חשוב שכל צד ישמר את המורשת שלו ואת התרבות שלו גם למען הדורות הבאים. עדיף שנחיה כשכנים אחד סמוך לשני וכך נחסוך מעצמנו חיכוך מיותר".

להלן התרחשויות מרכזיות שנבקש לבוחנן משפטית.

א. מועצת העיר אוצלת לראש העיר את סמכות התחיקה שלה ביחס ל"נושאים רגישים של יחסים בין-קהילתיים בעיר", והוא מתקין את **חוק עזר גפן: סיירת מתנדבים עירונים ושמירת אופייה הקהילתי של העיר וביטחון תושביה, התשע"א-2011** [להלן: חוק עזר: סיירת מתנדבים]. אחד מסעיפי חוק העזר קובע לאמור:

בסמכותם של הסיירים המתנדבים לבדוק את זהותם של הנכנסים, ולמנוע כניסתם לעיר של מי שאינם תושביה, בין חצות הליל והשעה חמש לפנות בוקר.

ב. ראש העיר גם מסרב לאפשר לחברות לבנייה ולהשכרה למגורים לפרסם על לוחות המודעות הפזורים ברחבי העיר מודעות מסחריות-פרטיות בשפה הערבית לבדה ביחס לדירות למכירה או להשכרה בעיר. הוא מצביע על **חוק עזר גפן: מודעות ושלטים, תשכ"א-1961** [להלן: חוק עזר מודעות]**,** הקובע בסע' 2(א) כי:

"לא יפרסם אדם מודעה ולא יציג שלט, אלא לפי רשיון מאת ראש העיר ובהתאם לתנאי הרשיון ואלא אם המודעה או השלט –

(1) כתובים עברית; או

(2) כתובים בחלקם עברית ובחלקם לועזית והעברית תופסת לא פחות משני שלישים משטחם ואת החלק העליון מהשטח והאותיות העבריות גדולות מהאותיות הלועזיות."

ג. מועצת העיר גם מחליטה לתמוך כספית בקמפיין ציבורי ארצי המנוהל על ידי עמותת "גדר גבוהה – שכנים טובים", המקדמת, בין היתר, את עקרון ההפרדה הבין-קהילתית.

**האם נפלו פגמים בחוק-עזר: סיירת עירונית?**

**מה ביחס לחוק-עזר: מודעות? מה תאמר הביקורת השיפוטית עליו?**

**האם נפלו פגמים אחרים/ נוספים בפעולותיה של מועצת העיר?**  בין היתר, האם היא מוסמכת לתמוך כספית בקמפיין הנזכר?

[בשל היקף השאלה אל תדונו בסוגיות הקשורות למידתיות.

במקביל, אל תסתפקו בטענה 'ניצחת' כזו או אחרת אלא לבנו גם נקודות מרכזיות אחרות, ככל שיש כאלו שיש להן איזשהו עיגון במפגש בין טקסט השאלה לבין חומר הלימוד.]

=-=

**חומר הקריאה לפגישה הקרובה:**

**הדפים שלעיל על השלטון המקומי, וכן השאלה שהתבקשתם לחשוב עליה**.

קראו כמו כן את פסק הדין הקצר של **וחידי** ואת פסק דינה של השופטת ברק-ארז ב**עיריית חולון נ' שר הפנים**.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 21***

**הממשלה: סמכויות הממשלה וחלוקת הסמכויות בין הכנסת לבינה –** המשך 2

***"כלל ההסדרים הראשוניים"***

בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל** (2014) – קביעת מכסות הייצוא של גז טבעי

ביום 2.7.2014 פרסם בג"צ את נימוקיו לדחיית העתירה נגד החלטת הממשלה לאמץ את מסקנות ועדת צמח בנושא מכסות הייצוא של גז טבעי.

עיקר הדיון התמקד בטענה שלפיה **ההחלטה מהווה הסדר ראשוני אשר חייב להיות מוסדר בחקיקה ראשית**, ושחוק הנפט, שמכוחו פעלה הממשלה, אינו מסמיך אותה לקבל החלטה מעין זו.

המשיבים לא חלקו על ההנחה, שהחלטת הממשלה אכן מהווה הסדר ראשוני, ובכך נחסך הדיון, הסבוך כשלעצמו, בזיהוי ותיוג הסדר כהסדר ראשוני.

דעת הרוב (הנשיא גרוניס, ואיתו השופטות נאור, חיות וארבל והשופט סולברג) קבעה כי כלל ההסדרים הראשוניים התקיים בענייננו, מכוח הוראות שונות בחוק הנפט. דעת מיעוט (השופטים רובינשטיין וג'ובראן) סברה אחרת.

הנשיא **גרוניס:**

ממשלת ישראל ביקשה להסדיר את סוגיית ייצוא הגז הטבעי מישראל. האם הכנסת הסמיכה את הממשלה לפעול בעניין? האם ההסמכה לה זכתה הממשלה הינה אף לקביעה של הסדרים ראשוניים בנושא ייצוא הגז הטבעי? אלו הן השאלות המרכזיות הטעונות הכרעה בהליכים דנא.

[שאלה חשובה, שנדונה חלקית ואגב אורחה:] כלל ההסדרים הראשוניים – האם בעל מעמד חוקתי?

 22.      בנקודה זו רואה אני להתייחס בקצרה לסוגיה אשר טרם הוכרעה בפסיקתנו, הנוגעת לקיומו או להיעדר קיומו של מעמד חוקתי לכלל ההסדרים הראשוניים. באומרי מעמד חוקתי, כוונתי היא לשאלה, מה דינה של חקיקה האוצלת לרשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. דהיינו, האם ניתן לגזור מכלל ההסדרים הראשוניים במובנו המתואר לעיל מסקנה במישור החוקתי, לפיה אסור לה לרשות המחוקקת להתפרק מסמכויות החקיקה שלה במקרים מסוימים. שאלת משנה הנלווית לכך הינה האם רשאי בית המשפט להכריז על חקיקה כזו כבטלה בהיותה בלתי חוקתית. [...]

23.      שאלה מעניינת היא, האם יש בסיס לטענה, כי בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, רשאי בית המשפט להורות על ביטול חקיקה ראשית, אם נמצא על ידו כי זו מתיימרת להעביר לרשויות המינהל את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בנושא מסוים הפוגע בזכויות המוגנות בחוקי היסוד הללו. במילים אחרות, האם חוקי היסוד טומנים בחובם אף את הכלל של "איסור דלגציה". לכאורה ניתן לטעון, כי כלל של "איסור דלגציה" עשוי להילמד לא רק מחוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם אלא אף מהוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, לפיה "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה". במאמר מוסגר נציין, כי שאלה דומה במהותה, מזווית שונה, התעוררה בעבר לגבי דינה של חקיקה שעסקה בהפרטה. כוונתי היא לפרשת הפרטת בתי הסוהר (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן – פרשת הפרטת בתי הסוהר)). באותו עניין התעוררה השאלה האם החקיקה שעמדה שם על הפרק אינה חוקתית בהיותה סותרת את סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, המורה כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". בפרשת הפרטת בתי הסוהר נפסלה החקיקה הרלוונטית, בסופו של דבר, בשל הפגיעה הלא מידתית בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כן, לא הוכרעה השאלה אם ניתן להורות על ביטול של חקיקה של הכנסת אם נמצא כי זו סותרת את סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה. לצד זאת ציינה שם הנשיאה ד' ביניש, בלא לטעת מסמרות, כי היא נוטה "... לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות שאותן חייבת הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה, לבצע בעצמה ושאסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים" (שם, בעמ' 637; וראו גם את חוות דעתה של חברתי, השופטת א' חיות, שם בעמ' 681-678)). כאמור, לכאורה ניתן לטעון, באופן דומה, כי גם לכלל ההסדרים הראשוניים יש ליתן מעמד חוקתי, היינו כי קיים "גרעין קשה" של סוגיות אשר הכנסת, כרשות המחוקקת של המדינה, חייבת להסדיר בעצמה בחקיקה ראשית ואין היא רשאית להאציל את הסמכות לקביעתן לממשלה. זאת, בין אם מכוח חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, בין אם מכוח סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת.

 24.      כאמור, שאלת מעמדו החוקתי של כלל ההסדרים הראשוניים לא הוכרעה על ידי בית המשפט בעבר ונותרה בצריך עיון ... אף ההליכים דנא אינם מהווים אכסניה ראויה להיכנס בעובי הקורה בסוגיה זו, אשר כלל לא נתלבנה לפנינו. העותרים לא העלו טענות חוקתיות הכופרות בסמכותה של הכנסת להעביר לרשות המבצעת (בגדר חוק הנפט) את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בנושא משק הגז, וביתר פירוט בנוגע לכללים הנוגעים לייצוא גז טבעי מחוץ לישראל. טענותיהם היו, כזכור, כי הרשות המבצעת לא הוסמכה, בנסיבות המקרה דנא, לקבל את ההכרעה בעניין מדיניות ייצוא הגז הטבעי. היינו, טענות העותרים, התמקדו במעמד המינהלי המוכר של כלל ההסדרים הראשוניים, ולא במעמדו החוקתי (ככל שקיים). ...           מכל מקום, בנסיבות העניין אין צורך להכריע בשאלת עצם קיומו או היעדר קיומו של מעמד חוקתי לכלל ההסדרים הראשוניים, במשפט החוקתי הישראלי. על כן אבהיר שוב, כי אין לראות בדבריי משום הבעת עמדה בסוגיה.

26.      סיכומו של הדיון עד עתה: עניינו של כלל ההסדרים הראשוניים הוא בהיקף שיקול הדעת אשר הכנסת הותירה בידי הרשות המבצעת. ההתייחסות לכלל מתמקדת בשאלה האם במקרה מסוים ניתנה לרשות המבצעת הסמכה מפורשת לקבוע הסדר ראשוני. על בית המשפט מוטל לפעול לפי חזקה פרשנית הגורסת כי אין בכוונתו של המחוקק להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בעצמה הסדרים ראשוניים. ואכן, "חזקה על המחוקק כי בחר להותיר בידיו את הסמכויות הכלליות לקבוע הסדרים ומדיניות והועיד למחוקק המשנה להסדיר את ההיבטים היישומיים..." (פרשת שיח חדש *(הקשת הדמוקרטית המזרחית)*, בעמ' 56). יחד עם זאת, חזקה זו ניתנת לסתירה (ראו גם שם, בעמ' 57-56). על מנת להפריך את החזקה, יש להצביע על הסמכה של המחוקק המאפשרת לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני בנושא מסוים. בעקבות חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נדרשת פרשנות קפדנית לגבי דרישת ההסמכה, שעה שמדובר בהסמכה לקביעת הסדר הפוגע בזכויות יסוד. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה יותר, וככל שמצויים אנו קרוב יותר לליבתה של הזכות החוקתית, כך יש לבחון באופן מדוקדק וקפדני את דרישת ההסמכה המפורשת. ודוקו, כפי שיפורט בהמשך, גם כאשר לא נטענת פגיעה בזכויות אדם עדיין קיימת נפקות לכלל ההסדרים הראשוניים. אלא שבמקרה בו לא נטענת פגיעה בזכויות אדם המוגנות בחוקי היסוד, ניתן לבחון את תנאי ההסמכה המפורשת באופן מרוכך יותר. ...

דרישת ההסמכה המפורשת במקרה דנא

[ההוראה המרכזית אליה היפנתה המדינה, המהווה לגישתה את מקור הסמכות לקבלתה של החלטת הממשלה, הינה זו הקבועה בסעיף 33 לחוק הנפט. הסעיף האמור קובע כי -

"(א) השר רשאי, לאחר התיעצות עם המועצה, לחייב בעלי חזקות לספק תחילה, במחיר השוק, מן הנפט שהם מפיקים בישראל וממוצרי הנפט שהפיקו ממנו, אותה כמות נפט ומוצרי נפט הדרושים לדעת השר לתצרוכת ישראל, לזקק אותה בישראל, במידה שיש להם אמצעי זיקוק, ולמכרה בישראל; ולשם כך רשאי הוא לחייב בעלי חזקות להפיק נפט מבארותיהם הקיימות בשיעור שיספיק למטרות האמורות, ואולם שום בעל חזקה לא יהא נדרש – [...]]

38. טענתם המרכזית של העותרים הינה, כי יש לפרש את סעיף 33(א) לחוק הנפט כהוראת דין צרת מימדים, המתייחסת אך ורק לסמכותו של השר לקבוע הוראות ביחס למאגר ספציפי ולבעל חזקה קונקרטי, בעניין היקף הגז שיהיה עליהם לספק לצרכי המשק הישראלי. במילים אחרות, לטענת העותרים הוראת דין זו אינה מסמיכה את השר, ובוודאי שלא את הממשלה, לקבוע הוראה גורפת המתייחסת למשק הגז בכללותו ולעניין היקף הגז הכולל המותר בייצוא מחוץ לישראל. אין בהוראה, לגישתם, כדי לאפשר קביעת מדיניות כללית בשורה של נושאים הקשורים למשק הגז הטבעי ואין היא יכולה להוות מקור סמכות להתוויית מדיניות ועקרונות יסוד לסוגיית יצוא הגז, בגדר הסדר ראשוני. ...

39. אין בידי לקבל טענה זו. ייתכן שקריאה של סעיף החוק כפשוטו עשויה להוביל למסקנה כי הלשון תומכת, במידת מה, בטענות העותרים (הגם שניתן להגיע למסקנה הפוכה מקריאת לשון החוק). עם זאת, סבורני כי את הוראות האסדרה השונות שבחוק הנפט, כולל לעניין סעיף 33(א) לחוק, יש לפרש, ככלל, באופן המקנה סמכות רחבה לבעלי התפקידים המופקדים על ביצועו. זאת, בשל מאפייניו המיוחדים של משק האנרגיה, ובפרט משק הגז הטבעי; בשל כך שמדובר במשאב טבע מוגבל; נוכח הריכוזיות הרבה המאפיינת את תחום הפקת משאבי הטבע, במיוחד במשק הישראלי שהינו מוגבל בהיקפו; ועל רקע חולשתו היחסית של צרכן הקצה אל מול ספקי הגז הטבעי. בצדק ציין השופט מ' חשין בעניין *Samedan*, כי על רקע שיקולים אלה התגבשה ההכרה, גם במדינות רבות בעולם, "... כי יש להסדיר ולהכווין את משק הגז, וכי נטל הוא המוטל על השלטון המרכזי לעשות כן לטובת היחיד ולטובת המשק בכללו" (שם, בעמ' 319). דומני, כי כל אלה מצדיקים מתן פרשנות רחבה לסמכויותיהם של הגורמים השלטוניים האמונים על ביצוע החוק, על מנת שיוכלו לפעול לצורך אסדרת משק הגז באופן התורם לרווחת המדינה והמשק הישראלי, תוך שמירה על כללים של תחרות חופשית. ודוקו, ברור כי גישה פרשנית מרחיבה לבחינת היקף הסמכויות שהוקנו מכוח החוק, אין משמעה כי נתון בידי בעלי הסמכות שיקול דעת בלתי מוגבל. ובמילים אחרות, אפילו מוכנים אנו לצאת מנקודת מוצא פרשנית לפיה חוק הנפט אמור להעניק סמכויות רחבות לרשות המוסמכת, הרי אין בכך כדי ללמד כי ניתן לעשות שימוש שרירותי ולא סביר בסמכויות הרגולטוריות השונות.

[...]

43.      כפי שציינתי, הוראות דין נוספות שנקבעו בחוק הנפט מלמדות אף הן כי הממשלה הוסמכה לקבל את ההחלטה העומדת לביקורת. הוראת דין מרכזית אליה היפנו בעלי הדין בטיעוניהם היא זו הקבועה בסעיף 34 לחוק הנפט, לפיה:

"בעל חזקה רשאי, בכפוף לתקנות, לייבא נפט ומוצרי נפט לישראל, ורשאי הוא לזקק נפט, בין שהופק בישראל ובין שהובא מחוצה לה, לעבד נפט ומוצרי נפט כאמור, להובילם, לייצאם, ולסחור בהם; ולמטרות אלה רשאי הוא להקים מיתקנים ולעשות שאר סידורים הדרושים לכך". [ההדגשות הוספו – א' ג']

           הנה כי כן, בעוד שסעיף 33 לחוק הנפט עניינו בסמכויות מסוימות המאפשרות לחייב בעלי חזקות למכור למשק הישראלי חלק מהנפט המופק על ידם, הרי סעיף 34 לחוק מונה רשימה של זכויות המוקנות לבעל שטר החזקה, בהן האפשרות לייבא נפט ולייצאו. חברות הגז טענו, בהקשר זה, כי סעיף 34 לחוק הנפט, קובע ברירת מחדל של אפשרות לייצוא בלתי מוגבל של נפט ומוצריו, על ידי מי שמחזיק בשטר חזקה. מטעם זה נטען על ידן כי החלטת הממשלה מושא העתירות אינה המקור המאפשר ייצוא של הגז, אלא זה המגביל את אפשרות הייצוא. במילים אחרות, חברות הגז טענו, כי אם בית המשפט יקבע שיש לבטל את החלטת הממשלה מחמת פגם של חוסר סמכות, יוצא מכך שלא תחול עליהן כל מגבלה בנוגע להיקפי הגז המותרים לייצוא. מנגד טענה המדינה, כי גם את סעיף 34 לחוק הנפט יש לקרוא על רקע מכלול הוראות החוק ותכליתו. לגישתה, אגד הזכויות המוקנה לחברות הנפט אינו בלתי מוגבל בהיקפו והוא כפוף לסמכויות רגולציה שהוקנו לגורמים שלטוניים שונים מכוח הוראות החוק. יצוין, כי בניגוד למדינה וחברות הגז, העותרים סבורים כי אין ללמוד מסעיף 34 לחוק הנפט על כך שהממשלה הוסמכה לקבוע הסדרים ראשוניים בנושא משק הגז הטבעי.

[...]

…בעוד שעקרון החוקיות עוסק, במובנו הרחב, בשאלת עצם ההסמכה של הרשות, הרי כלל ההסדרים הראשוניים מתמקד באופייה של ההסמכה ובהיקפה, … ראוי כי בית המחוקקים הוא שיקבע את שיקולי המדיניות אשר ינחו את הרשות השלטונית לצורך הפעלת סמכות מסוימת…  הנשיאה ביניש נותרה בדעת מיעוט בפרשת **המפקד הלאומי**. אלא שבפסיקה מאוחרת יותר אומצה על ידי בית משפט זה, כהלכה מחייבת, העמדה הקושרת בין טיב ועוצמת הזכות הנפגעת לבין מידת הקפדנות בנוגע לדרישת ההסמכה המפורשת…

מלבד שיקולים [של צדק חלוקתי] המתמקדים באינטרסים של הציבור בכללותו, לא הוצגה לפנינו טענה כי החלטת הממשלה עשויה להוביל לפגיעה מסוימת וקונקרטית בזכויות יסוד כלשהן המוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם.…  [ובמצב כזה] מתערערות לפחות חלק מן ההצדקות (אך לא כולן כמובן), המחייבות את הרשות להצביע על הסמכה מפורשת לקביעת הסדרים ראשוניים… עמדה זו מתיישבת עם פסיקתו של בית משפט זה…

...

מובן, עם זאת, כי אין בכך כדי ללמד כי יש לוותר כליל על דרישת ההסמכה המפורשת כל אימת שלא מושמעת טענה כי החלטה של רשות שלטונית, הקובעת הסדר ראשוני, פוגעת בזכויות יסוד… אין זה אפשרי להתוות בגדר הדיון הנוכחי קו גבול מדויק לגבי השאלה מתי ההסמכה בחוק תהא מפורשת דיה באופן המאפשר לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני אשר אין בו פגיעה בזכויות יסוד [אבל] ניתן להסתפק בדרישה מרוככת יותר …

להסתייע בתבחין מסוים לצורך קביעת מידת ההקפדה על דרישת ההסמכה המפורשת… ככל שההחלטה מובילה לצריכה מוגבלת יחסית והדרגתית של המשאב, בלא שזו גוררת אחריה מיצוי מיידי ומלא של המשאב, הרי ניתן להניח כי ההחלטה תהא ניתנת לשינוי בעתיד בשל סיבות מסיבות שונות…

"טעם נוסף המצדיק את דחיית העתירה … סוג הסעד שנתבקש בה… לא ביקשו סעד המורה על ביטול החלטת הממשלה [אלא] לפעול לחקיקת חוק המסדיר את משק הגז, הא ותו לא. סעד זה אינו ממין הסעדים שבית משפט זה נוהג ליתן, והוא מצדיק כשלעצמו את דחיית העתירה. אין זה מתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק להורות לממשלה או לכנסת לפעול לצורך חקיקתה של חקיקה ראשית של הכנסת.

לבסוף הביע **הנשיא** דאגה לנוכח:

"עלייה משמעותית בהיקף העתירות המוגשות לבית המשפט על ידי סיעות של הכנסת ועל ידי חברי כנסת… ברור, כי קיים קשר בין תופעה זו להרחבתה הכללית של זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק… עתירות ציבוריות של חברי כנסת מוגשות לעתים על חשבון דיון ציבורי מקיף בהליכים הפנים-פרלמנטריים, מה שגורר אחריו, לא אחת, פגיעה במעמדה של הכנסת.

51.      אכן, ייתכן מאוד שראוי שהסוגיה שהוסדרה על ידי הממשלה הייתה מעוגנת לפרטיה בחקיקה ראשית של הכנסת, כפי שסברו שישים חברי הכנסת שחתמו על המכתב שנשלח לראש הממשלה. עם זאת, משנמצא כי לא נפל פגם של חוסר סמכות או פגם אחר בהחלטת הממשלה, הרי לא קמה עילה משפטית להתערב בהחלטתה של הרשות המבצעת.

השופט **סולברג** (משופטי הרוב) הוסיף טעמים פרשניים הנסמכים על דברים שנאמרו בכנסת במהלך הדיונים על חקיקתו של חוק הנפט, בשנת 1952. השופט רובינשטיין עמד מנגד על שינוי הנסיבות המשמעותי שחל מאז החקיקה ושמקשה על מתן משקל לדברים אלו.

דעת מיעוט, השופט **ג'ובראן**:

בעניין עדאל מנאע כבר נקבע כי דרישה להסמכה מפורשת חלה גם כאשר נפגעת זכות אדם שאינה מעוגנת בחוקי היסוד:

באופן דומה, אני סבור כי גישה זו מתחייבת לא רק מקום שנפגעת זכות יסוד, אלא ככלל, כאשר העניין הנדון הוא במהותו במעמד של הסדר ראשוני… ככל שעניין הוא ראשוני יותר, נדרשת רמת פירוט רבה יותר להסמכה המפורשת.

דעת מיעוט, השופט **רובינשטיין**:

שאלת ריכוכה של הדרישה להסמכה מפורשת תלוי גם – אך לא רק – בזכות הנפגעת הנטענת. הוא תלוי גם בחשיבותו ובמהותיותו של ההסדר הנדון, כמו גם בשאלת היותו שנוי במחלוקת ציבורית… בענייננו עומדת על הפרק החלטה הנוגעת ל"אינטרסים של הציבור בכללותו" … אשר לה השלכה על הדורות הבאים, ועל-כן דעתי היא כי הוא בא – במובהק – בקהלם של אותם עניינים, המחייבים עמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת…

השופט **רובינשטיין** הוסיף דברים על הצורך לאזן את הכוח העודף שיש לרשות המבצעת על פני הכנסת:

החלטת הממשלה אינה היוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל; בעיניי הטיפול בסוגית ייצוא הגז הוא ביטוי נוסף, חלק ממגמה מתמשכת שאינה ראויה, של הקלת ראש בת שנים מצד הממשלה בתפקיד הכנסת, משל היה כמעט מטרד, ורק כאשר בא הכרח – הכרח ממש – מביאים לכנסת. דוגמאות, למרבה הצער, לא חסרות: חוק ההסדרים מדגים זאת… צריך לטעמי – כעניין שבמדיניות שיפוטית – לכבד את הכנסת במקום שאלה סמכויותיה. במלים אחרות, מקום בו מדובר בהסדר ראשוני, אין להלום נסיונות לתור אחר הוראה המסמיכה את הממשלה "לחוקק", משהוראה ברורה כזו אינה בנמצא. מתן גושפנקה לממשלה לקביעת הסדרים ראשוניים – במקום בו אין זה נהיר כלל ועיקר כי זוהי כוונת המחוקק – מחליש את הכנסת מול הממשלה; הוא פוגע ביכולת הפיקוח הפרלמנטרית על עבודת הממשלה. גישה זו נגזרת ממהותה של הדמוקרטיה. ואוסיף: כמי שאינו נרתע מ"אקטיביזם שיפוטי" במקומות ראויים, סבורני כי בית משפט זה צריך שיכבד משנה כיבוד את עבודתה של הכנסת כמחוקקת וכמפקחת, בלא לגרוע מיכולת הביקורת השיפוטית.

=-=

מדינה ריכוזית/יוניטרית ושלטון מבוזר – מודלים של ביזור

**היכרות עם דגמים שונים של משטר מדינתי**

דיברנו מעט בעבר על ההבחנות המרכזיות הבאות:

**"דמוקרטיה ישירה"** (דוגמת האתונאית – אבל מי נכלל? האם גם נשים? וכן קיומם של עבדים; בעידן המודרני: משטר שמכיל מרכיבים רבים של "משאל עם") זאת לעומת **"דמוקרטיה ייצוגית"**;

**"דמוקרטיה חוקתית"** לעומת דמוקרטיה ללא חוקה; (אצלנו דמוקרטיה חוקתית, אך עם חוקה חלשה וחלקית למדי);

**"דמוקרטיה פרלמנטרית"** (כמו אצלנו, בבריטניה וכדומה) לעומת **"דמוקרטיה נשיאותית"** (כמו בארצות הברית) – שם, הצבעה ישירה של האזרחים גם לבתי הנבחרים וגם לנשיא (אם כי דרך "אלקטורים");

**להלן הבחנה מרכזית נוספת:**

בין **מדינה ריכוזית/ מדינה "יוניטרית"** (דומני כי זהו המשטר בחלק הגדול יותר של מדינות העולם),

לבין **מדינה מבוזרת** (devolution), שהיא משני סוגים בסיסיים:

**א. פדרציה, מדינה פדראלית**

דוגמאות: **ארה"ב; שוויץ; קנדה; בלגיה; גרמניה; בוסניה-הרצגובינה**; (**יגוסלביה** לשעבר; => השבריריות והסיכונים הטמונים במבנה הזה בנסיבות מסוימות); **הודו**; **מקסיקו**

[במדינה הפדראלית מופיע *פיצול משמעותי של הכוח השלטוני* בין הממשלה הפדראלית לבין "המדינות" (States)/ הפרובינציות/ הקנטונים; *פיצול זה מוסדר בחוקה ואינו כפוף לפיכך לשינוי פשוט (חד-צדדי* באופיו) מצד הממשל המרכזי, קרי, הממשל הפדראלי]

**ב. ביזור אחר על בסיס אזורי** (= דגם ביניים בין מדינה ריכוזית/יוניטרית לבין מדינה פדראלית) – ביזור א-סימטרי, הנוגע לאזור כזה או אחר של המדינה. דוגמאות:

**הממלכה המאוחדת UK**: הסמכויות המיוחדות הנתונות לממשל המקומי בסקוטלנד, בווילס, ובצפון אירלנד;

**ספרד**: קטלוניה, ארץ הבאסקים, גאליסיה;

**איטליה**: איזור בולזאנו (דרום טירול), סרדיניה;

(אפילו..) **צרפת**: קורסיקה;

**פינלנד**: איי-אלנד (עם המיעוט דובר השבדית); ...

=-=

**ישראל היא מדינה יוניטרית, משמע, ריכוזית בעיקרה.**

אין מרכיב שלטוני מיוחד על בסיס אזורי, כלומר אין סמכויות מיוחדות רבות-היקף השמורות בחוקה/ חוקי-היסוד לאיזור גיאוגרפי כזה או אחר.

**עם זאת, כמו ברוב המדינות, הרי שמעבר לבחירות לכנסת/לפרלמנט מתקיימות בחירות נוספות, על בסיס מקומי-יישובי.**

בחירות אלו, לרשות המקומית שבה אנו תושבים, מתקיימות ב"שני פתקים": בחירה של ראש העיר ובחירה של רשימה למועצת העיר.

העובדה שמדובר בבחירות שלנו את הנציגים שלנו, זאת על בסיס מקומי/יישובי, גורמת לחשיבות של ממש לנציגים אלה, והיא גם זו הדוחפת את "הגישה הדמוקרטית" על פני "הגישה הבירוקרטית" ביחס להבנת כוחן של הרשויות המקומיות, וחלוקת הכוח בינן לבין השלטון המרכזי (ראו הדיון של פרופ' ישי בלנק בדפי הפגישה הקודמת).

זו עדיין "מדינה יוניטרית" (משמע, ריכוזית), אך יש דרגות שונות של ריכוזיות, ופרופ' בלנק – וכך המגמה גם בפסיקה העליונה של שני העשורים האחרונים – פונה בכיוון הפחות ריכוזי, הפחות בירוקרטי, היותר דמוקרטי באופיו, ביחס לסמכויות השלטון המקומי. ואולם הכנסת יכולה לשנות מגמה זו (או לפחות היבטים שלה) בחקיקתה, אם תחפוץ בכך.

**השלטון המקומי בישראל**

**חלוקת הסמכויות בין השלטון המרכזי והשלטון המקומי:**

**שתי התפיסות השונות ביחס למהות השלטון המקומי ומעמדו הראוי:**

מאמרו של ישי בלנק;

פס"ד **שלום עכשיו** במאמרו של ד"ר איסי רוזן-צבי;

פס"ד **עיריית חולון נ' שר הפנים**, השופטת ברק-ארז – קביעה עירונית של אגרת פינוי פסולת שהיא מעבר לחבות במס המקומי – הארנונה (בהמשך);

החלק האחרון בשאלת הבחינה משנה קודמת שנפרסה למחשבתכם (הפתרון המוצע, בהמשך).

**חלוקת סמכויות אחרת, זו המופיעה בין האורגנים השונים של הרשות המקומית:**

**שיטת שני הפתקים – הבחירות הישירות של ראש הרשות המקומית/ ראש העיר, זאת במקביל להצבעה עבור סיעה כזו או אחרת במועצת העיר.**

פסק דין העוסק בחלוקת הסמכויות השנייה, הוא בג"ץ 754/86 **וחידי נ' שר החינוך**, פ"ד מ(4) 799 (1987)

נ .1באזור העיר העתיקה ברמלה גרים יהודים וערבים גם יחד. הילדים היהודיים מבקרים בבתי-ספר יהודיים, והילדים הערביים מבקרים בבית-ספר ערבי. חלק מהמבנה של בית הספר הערבי נהרס. חלק מהתלמידים הערביים נשארו ללא קורת גג. על דעת ראש עיריית רמלה (המשיב 3) ועל דעת שר החינוך והתרבות ומנהל משרדו (המשיבים 1ו-2) הוחלט להעביר את כל התלמידים הערביים לבית-ספר ביאליק, המצוי בשכונה. תלמידיו היהודיים של בית-ספר זה אמורים לעבור לבית-ספר יהודי קרוב. דא עקא, שמועצת עיריית רמלה (המשיבה 4) מתנגדת להסדר זה. לטענתה, קיים חשש לבעיות ביטחוניות, אשר יתעוררו בשל כך שתלמידים ערביים לומדים באזור יהודי, ליד בתי-כנסת יהודיים. על רקע זה באה העתירה שלפנינו, המכוונת אל המשיבים והמבקשת מהם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יימסר בניין בית הספר "ביאליק" לרשות בית הספר הממלכתי הערבי ברמלה. המחלוקת העיקרית של העותרים היא עם המשיבה 4 (מועצת העירייה), שכן שאר המשיבים (שר החינוך והתרבות, המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות, ראש עיריית רמלה) מסכימים למסירת בית הספר כמבוקש. בטיעונה לפנינו טענה המועצה, כי הסמכות למסור את בית הספר ביאליק לייעודו החדש היא סמכותה של המועצה, וכי שיקוליה שלה שלא למסור את בית הספר הם שיקולים סבירים, שאין מקום להתערבותנו בהם.

.2למי הסמכות בעניין זה? לדעתנו, הסמכות בעניין זה נתונה לראש העירייה, וכך הוחלט בבג"צ 409/82 [1]. הטעם לכך הוא, כי עניינה של העתירה הוא "ענין הנדון בחוק לימוד חובה, תש"ט-1949" (סעיף 1לפקודת החינוך [נוסח חדש], תשל"ח-1978), והסמכות להחליט בעניין זה נתונה **"רשות החינוך המקומית כמשמעותה בחוק** האמור". "רשות חינוך מקומית" בחוק לימוד חובה, תש"ט-1949, היא "אותה רשות מקומית". נמצא, כי על-פי פקודת החינוך [נוסח חדש], הסמכות נתונה לרשות המקומית.

אך מיהו האורגן המוסמך לפעול מטעמה של הרשות המקומית? כידוע, הרשות המקומית היא אישיות משפטית, אשר לה קיום במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי. זוהי אישיות שאינה טבעית. סמכויותיה מבוצעות על-ידי אורגנים ושלוחים הפועלים בשמה. כך, למשל, אורגן מוסמך מטעם עירייה הוא ראש העירייה. בדומה, אורגן מוסמך מטעם עירייה היא מועצת העירייה. מיהו האורגן המוסמך לעניין שלפנינו? התשובה שניתנה על כך בבג"צ 409/82 [1] הנ"ל היא, כי האורגן המוסמך הוא ראש העיר. הטעם לכך הוא כפול:ב ... שנית - וזה העיקר בעינינו - משום הוראת סעיף 126(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש]. הוראה זו קובעת כי -

"(א) עיריה תפעל באמצעות ראש העיריה; אין בהוראה זו כדי לפגוע בסמכויות המועצה לפי פקודה זו... או לפי כל דין אחר".

על-פי הוראה זו, "הסמכות העודפת" לעניין עירייה נתונה לראש העירייה (השווה סעיף 29 לחוק-יסוד:והממשלה, לעניין הממשלה). נמצא, כי מקום שהחוק מעניק זכות או כוח לעירייה, והדין לא קובע מיהו האורגן הפועל בשם העירייה או מטעמה, כי אז האורגן המוסמך הוא "ראש העירייה". הסדר זה מהווה תוצאה מהשינוי העקרוני שחל בשלטון המקומי בעקבות הבחירות האישיות של ראשי הרשויות המקומיות (חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"ה-1975).

.3דעתנו היא איפוא, כי נושא העתירה שלפנינו - ביצוע חוק לימוד חובה לעניין התלמידים הערביים באזור העיר העתיקה ברמלה - נתון לסמכותו של ראש העירייה ולא לסמכותה של מועצת העירייה. משהגענו למסקנה זו, שוב אין לנו צורך לנקוט עמדה בשאלות אחרות שהתעוררו בטיעון לפנינו היום, כגון האם חייב ראש העירייה להישמע להוראת שר החינוך בעניין זה, והאם יש מקום להתערבותנו בעמדתה של המועצה לגופה.

=-=

ראו במקביל את פס"ד **עיריית פתח-תקווה נ' שר הפנים** (אותו נפגוש בעוד מספר שיעורים, ושיוזכר גם בפתרון הבחינה מן העבר, מייד להלן) – העוסק במיקומה של הסמכות התחיקתית בידי מועצת העיר דווקא.

=-=

**חזרה לנושא של חלוקת הסמכויות בין הרשות המקומית לבין השלטון המרכזי – קביעת היטל ואישור מיסוי מקומי**

בג"ץ 1756/10 **עיריית חולון נ' שר הפנים,** פסק דינה של השופטת ברק-ארז (2013)

1. האם עירייה רשאית לגבות אגרת פינוי פסולת בגין פסולת תעשייתית-מסחרית בכמויות גדולות בנפרד מתשלום הארנונה הכללית, באופן המשקף את היקף יצור הפסולת של החייב בתשלום? לאמיתו של דבר, שאלה זו מקפלת בתוכה שתי שאלות משנה – ראשית, האם העירייה מוסמכת לגבות אגרת פסולת בנוסף על חובת תשלום הארנונה? שנית, ורק אם התשובה על השאלה הראשונה חיובית, האם החקיקה המטילה הגבלות על העלאת שיעורי הארנונה, חלה גם על העלאת שיעורם של תשלומי חובה אחרים שגובה העירייה, כדוגמת אגרת פסולת כאמור? שאלות אלה שהונחו לפתחנו מחייבות הידרשות לעקרונות יסוד בכל הנוגע לסמכויותיהן של רשויות מקומיות, כמו גם להסדרה הראויה של הגנת הסביבה.

תמצית המחלוקת

2. העתירה שלפנינו נסבה על סירובו של שר הפנים לאשר את חוק העזר החדש שביקשה לקדם עיריית חולון (להלן: העותרת) בנושא פינוי פסולת ממפעלים וגביית אגרה ייעודית עבור שירות זה – [חוק עזר לחולון](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20עזר%20לחולון) (פינוי פסולת), התשס"ח-2007 (להלן: חוק העזר החדש). המשיבים, מצדם, מתנגדים באופן עקרוני לכל שינוי נורמטיבי שיביא להעלאה בפועל של היקף הגבייה בגין שירותים מוניציפאליים. הם סומכים את עמדתם העקרונית על [חוק הסדרים במשק המדינה](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20ההסדרים%20במשק%20המדינה) (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ג-1992 (להלן: חוק ההסדרים) שהטיל מגבלות על כוחן של הרשויות המקומיות להעלות את שיעורי הארנונה. לשיטתם, פינוי פסולת הוא חלק מן השירותים המוניציפאליים הניתנים על-ידי הרשויות המקומיות באמצעות גביית ארנונה, ומכל מקום, כשם שאינם מסכימים להעלאת שיעור הארנונה הם מתנגדים להעלאה בתשלומי חובה עירוניים נוספים, גם אם אינם מכונים "ארנונה". בניסוח רחב יותר, נדרשו המשיבים לכך שחוק העזר מנוגד למה שהם מכנים "דיני ההקפאה" (מונח המבטא את התוצאה הנובעת מכך שלפי חוק ההסדרים העלאת שיעורי הארנונה על-ידי הרשויות כפופה לאישור משרד הפנים ומשרד האוצר, אשר מוסמך בכך "להקפיא" את שיעור הארנונה).

רקע כללי

3. בתחום שיפוטה של העותרת פועלים עסקים רבים ומגוונים. המטייל ברחובותיה השונים ימצא עצמו חולף מול חנויות, בתי מלאכה, בתי עסק סיטונאיים וקמעונאיים, חנויות כלבו, אולמות שמחה, מפעלי תעשייה, מפעלי ייצור מזון, מפעלי עיבוד של מתכת וזכוכית, והרשימה עוד ארוכה. המשותף לכלל המפעלים המנויים הוא העובדה שאלה מייצרים כמות ניכרת של פסולת תעשייתית אגב הליך הייצור. ואכן, מזה 30 שנה נוהגת העותרת לגבות מן המפעלים שבתחומה אגרה לפינוי פסולת ממפעלים, וזאת מכוח [חוק עזר לחולון](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20עזר%20לחולון) (מניעת מפגעים ושמירת הסדר והנקיון), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק העזר הישן).

4. בשנת 2007 החליטה העותרת להחליף את חוק העזר הישן ולחוקק תחתיו חוק עזר חדש ועדכני יותר. חוק עזר שייתן ביטוי לתמורות שחלו באורח החיים המודרני ולהתפתחות המסחר והתעשייה בעשורים שחלפו, כמו גם למודעות ההולכת וגוברת לנזקים הסביבתיים הכרוכים בסילוק הפסולת ובהטמנתה. לצורך כך, נעזרה העותרת במומחה בשם ראובן פרדס, במטרה למפות ולאמוד את היקפי הפסולת המפונה ואת סוגה. הבדיקה העלתה שכמות הפסולת המיוצרת על ידי מפעלים גדולה עד כדי פי שלושה מכמות הפסולת המיוצרת על ידי כלל משקי הבית שבשטח שיפוטה של העותרת. כמו-כן, נמצא כי עלות פינוי הפסולת מן המפעלים נאמדת בעשרה מיליון שקלים בשנה. בהקשר זה, ציינה העותרת כי מבדיקה שערכה עלה שהמפעלים שבשטחה נוהגים "לערבב" פסולת מפעל עם פסולת ביתית. משכך, החליטה העותרת כי תעריף האגרה בחוק העזר החדש יכסה אך 60% מעלות פינוי פסולת המפעל, באופן שיעניק ביטוי לעירוב סוגי הפסולת ולעובדה שמימון פינויה של הפסולת הביתית נעשה באמצעות גביית ארנונה כללית.

5. ביום 9.12.2007 פנתה העותרת למחלקה לשירותים מוניציפאליים במשרד הפנים לשם קבלת אישורו של שר הפנים לחוק העזר, כנדרש על פי סעיף 258 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm) [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות). אל פנייה זו צרפה העותרת עותקים חתומים של חוק העזר החדש, דברי הסבר וכן תחשיב של אגרת פינוי הפסולת שערך המומחה מטעמה. משחלפה תקופת ה-60 ימים הקבועה בסעיף 258 לפקודה לשם קבלת התייחסות שר הפנים, ומשזו לא נתקבלה, שבה העותרת ופנתה למשרד הפנים ביום 15.1.2008. משלא נענה גם מכתב זה, שלחה העותרת מכתב תזכורת נוסף ביום 4.2.2008. כשבועיים לאחר מכן נתקבלה עמדת משרד הפנים, הדוחה את אישור חוק העזר החדש, בהישען על הנימוק שפינוי פסולת מצוי בליבת השירותים עבורם נגבית ארנונה, וכי לנוכח דיני ההקפאה וחוק ההסדרים אין המשרד מאשר העלאת תעריפי ארנונה. [...]

המסגרת הנורמטיבית

20. חובתה של העירייה לפעול לפינוי וסילוק אשפה מלווה את משפטנו עוד מקדמת דנא. עיגון מפורש לכך מצוי לנו בסעיף 242 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm), המצווה את הרשות לפנות אשפה על מנת לשמור על בריאותו של הציבור ונוחותו. כך למשל, מחויבת העירייה להורות בדבר "פינוי סחי ואשפה מכל בית" (סעיף 242(2) ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm)) ועליה מוטלת גם החובה להתקין "פחי אשפה ציבוריים ושאר כלי קיבול שמניחים ומאספים בהם אשפה" (סעיף 242(4) לפקודת העיריות). על חובה יסודית זו בא [חוק שמירת הנקיון](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P224K2_001.htm), התשמ"ד-1984 (להלן: [חוק שמירת נקיון](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P224K2_001.htm)) והוסיף בקובעו כי על הרשות המקומית לקבוע "אתרים לסילוק או לריכוז וטיפול בפסולת בנין, גזם, צמיגים או גרוטות רכב, בין בתחומה ובין מחוצה לו" (סעיף 7(א) לחוק שמירת נקיון).

21. לצד החובות המוטלות על העירייה והשירותים שעליה לספק, מסורה בידה הסמכות להשית על התושבים מס מוניציפאלי כללי – הלוא היא הארנונה (סעיף 326 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm), וכן סעיף 8(א) לחוק ההסדרים). בנוסף, הפקודה מעניקה בידי מועצת העירייה את הסמכות להתקין חוקי עזר עירוניים שיסייעו בידה לבצע את "החובות המוטלות עליה מכוח הפקודה או מכוח כל דין אחר" (סעיף 250 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm)). באופן ממוקד יותר, מוסמכת המועצה לקבוע בחוקי העזר הוראות שונות בדבר הטלת אגרות, היטלים או דמי השתתפות (סעיף 251). בהמשך הדברים נידרש לשאלת היחס בין הסמכות לגבות ארנונה לבין הסמכות לגבות אגרות ותשלומי חובה אחרים.

22. לצד עצמאותה הניהולית, כפופה העירייה, במידה רבה, לפיקוחו של השלטון המרכזי, וכך גם בשני התחומים שבפנינו – קביעת שיעור הארנונה והטלת תשלומי חובה אחרים. כיום, הפיקוח על שיעור הארנונה מוסדר ב"דיני ההקפאה" כפי שיפורט להלן, ואילו הטלת תשלומי חובה נוספים כפופה לאישורו של שר הפנים, מאחר שכל חוק עזר עירוני חדש טעון אישור של השר, כמפורט בסעיף 258 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm).

23. בענייננו, נימק שר הפנים את התנגדותו לפרסום חוק העזר בטענה שהחוק סותר את דיני ההקפאה ושלמעשה יש לראותו כניסיון פסול של העותרת להעלות את שיעורי הארנונה. בעשותו כן, כרך שר הפנים את שני מסלולי הפיקוח הנתונים לו, עד כדי יצירת שקילות ביניהם. על מנת לבחון האם צדק שר הפנים במלאכתו שומה עלינו להתיר את שנכרך ולדון בכל אחת מן השאלות בנפרד – דבר דבור על אופניו.

שאלה ראשונה: ארנונה עירונית ותשלומי חובה נוספים

24. עמדתם של המשיבים התמקדה ברובה במה שמכונה "דיני ההקפאה". אולם, כפי שהסברנו, לאמיתו של דבר, ביסוד הדברים נמצאת שאלה קודמת, והיא: עד כמה רשאית העירייה לגבות תשלומי חובה נוספים בגין שירותים מוניציפאליים מעבר לארנונה. הארנונה היא המס המוניציפאלי הבסיסי, ולכאורה ניתן היה לסבור כי ב"עולם מושלם" הרשות המקומית לא תידרש לגבות כל תשלום חובה אחר, אלא תשתמש בסך הגבייה הכללית לאספקת השירותים המוניציפאליים השונים.

25. אף-על-פי-כן, לצידה של הארנונה הכללית התפתחה במהלך השנים פרקטיקה של גביית תשלומי חובה נוספים – "ייעודיים" – הקשורים לאספקתם של שירותים מסוימים על-ידי הרשות. גבייתם של תשלומי חובה אלה מותנית כמובן בכך שהם מבוססים על חוק עזר עירוני תקף. חוק עזר כזה יהא תקף אם הוא מסדיר עניין שנופל לגדר סמכויותיה של העירייה ואם הוא אושר כנדרש על-ידי משרד הפנים (סוגיה שהיתה שנויה במחלוקת בכל הנוגע לגבייתה של אגרת ביטחון ב[בג"ץ 7186/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%207186/06) מלינובסקי נ' עיריית חולון ([פורסם בנבו], 29.12.2012) (להלן: עניין מלינובסקי)).

26. מהן המגבלות החלות על הכרה בתשלומי חובה נוספים מכוח חוקי עזר עירוניים המסדירים עניינים ספציפיים? ראשית, הנושא שבגינו נגבה תשלום החובה צריך להיות בסמכותה של הרשות המקומית. כך למשל, בעניין מלינובסקי הועלתה הטענה שהעירייה אינה יכולה לגבות "אגרת ביטחון" מאחר שאינה מוסמכת לפעול בתחום שמירת הביטחון. שנית, אין להכיר בתשלומי חובה חדשים הנגבים בגין שירותים שהרשות המקומית אמורה לספק כחלק ממאגר השירותים המוניציפאלי הכללי שבגינו נגבית הארנונה הכללית. אם לא נאמר כן, תוצאת הדברים תהיה שהרשות המקומית גובה ארנונה "סתם". ...

27. בענייננו, אין ספק שתחום סילוק הפסולת נופל בגדר סמכויותיה של הרשות המקומית. גדר הספקות נוגע למגבלה השנייה שצוינה ועניינו בשאלה האם אגרת הפסולת המעוגנת בחוק העזר מתייחסת לשירותים מוניציפאליים שהרשות ממילא אמורה לספק על בסיס מקורותיה הכלליים (המבוססים על גביית הארנונה הכללית), אם לאו. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. לכאורה, פינוי אשפה היה מאז ומתמיד אחד מן התחומים המוסדרים על-ידי הרשות המקומית ובהתאם לכך מן התחומים שהפעילות בהם מכוסה על-ידי תשלום הארנונה הכללית. מטעם זה נפסלה בעבר, כפי שצוין לעיל, הפרקטיקה של גביית "אגרת אשפה" כללית לצידו של תשלום הארנונה. למעשה, עמדה בסיסית זו אינה שנויה במחלוקת, ומוסכמת גם על העותרת. אלא, שעמדתה של העותרת מבוססת על הבחנה בין פינוי פסולת "בסיסי" שנופל לגדר השירותים המוניציפאליים המסורתיים לבין פינוי פסולת החורג מעבר לכך.

28. לאחר שחזרנו ובחנו את הדברים הגענו לכלל דעה שהדין בנושא זה עם העותרת. אכן, הבחנה בין שירותי "בסיס" הנופלים לגדר חובותיהן של הרשויות לבין שירותים החורגים מעבר לכך (ולכן מחייבים בתשלום) עשויה להיות הבחנה "חשודה" בהקשרים מסוימים. בעיקר כאשר הרשות מבקשת לצמצם באורח לא לגיטימי את היקף השירותים שהיא מספקת ואף להפריט בעקיפין חלק מהיבטיהם, אותם היבטים שבגינם נגבה תשלום נוסף (ראו והשוו: [בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%205394/92)(3) 353 (1994); [בג"ץ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, פ"ד נט](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%208676/00)(2) 210 (2004)). אולם, כל מקרה כזה צריך להיבחן לגופו של עניין.

29. ההבחנה המוצעת כאן על-ידי העותרת אינה הבחנה מלאכותית אלא הבחנה הכרחית, שמבטאת את ההכרה בשינויים בתפיסה הכלכלית והסביבתית של תהליכי יצור. כיום, לא יכול להיות עוד ספק שהטיפול בפסולת שהיא תולדה של תהליכי יצור היא אחת העלויות של תהליכים אלו, לא פחות מתשומות ייצור אחרות, כדוגמת חשמל, חומרי גלם וכולי. ההנחה שפינוי הפסולת כולו אמור להיות מונח לפתחה של הרשות המקומית מבטאת תפיסה שאבד עליה הכלח, לפיה פינוי הפסולת הוא כביכול אך תוצר לוואי פשוט (ואף לא יקר במיוחד) של תהליך הייצור. כשם שלא מצופה מהרשות המקומית לספק ולממן את חומרי הגלם של המפעל, כך גם אין לצפות שהיא תהיה חייבת במימון פינוי התוצרים הנובעים מן השימוש בחומרי הגלם. אכן, גם מפעל זכאי לקבל שירותים של פינוי אשפה כחלק מהיותו גורם שפעיל בתחום המוניציפאלי. אולם, יש מקום להבחנה בין פינוי אשפה "בסיסי" לבין פינוי שמהווה המשך של תהליך הייצור.

30. אמנם, העלייה בהיקפי הפסולת התעשייתית והמחיר המאמיר של הטיפול בה יכולים היו לכאורה למצוא את ביטויים בהעלאה של תעריפי הארנונה באזורים תעשייתיים (ובכפוף לאישורו של משרד הפנים, לפי "דיני ההקפאה" שעוד יידונו להלן). עמדתו של משרד הפנים דוחקת לכאורה את עיריית חולון לפנות לערוץ זה. אולם, עמדה זו לוקה באי-סבירות קשה, כאשר הדברים נבחנים במבט רחב המביא בחשבון גם שיקולים סביבתיים, כמו גם את השינוי הכללי שחל במארג הנורמטיבי של דיני הגנת הסביבה. העלאת שיעור הארנונה לתעשייה (שוב, בכפוף לאישור) תוביל לכך שכלל המפעלים התעשייתיים יישאו בנטל תשלום נוסף, בהתעלם מן השאלה מהם מקורות הפסולת; כלומר ללא הבחנה בין המפעלים בהתאם למידת תרומתם ליצירתם של תוצרי הפסולת. לעומת זאת, אגרת פינוי פסולת, כמוצע על-ידי העותרת, מאפשרת הבחנה בין המפעלים בהתאם למידת תרומתם ליצירת הפסולת, בבחינת – איש איש "כפרי מעלליו".

31. החקיקה הסביבתית החדשה מושתתת כולה על עיקרון מאחד חשוב של צדק סביבתי, המטיל את מימון הטיפול והמחזור של פסולת על יצרניה. בהקשר זה ניתן למנות את החוקים הבאים: (א) חוק לטיפול סביבתי בציוד חשמלי ואלקטרוני ובסוללות, התשע"ב-2012: החוק מגדיר כבר בסעיף המטרה את אחריות היצרנים והיבואנים למחזר ציוד חשמלי, אלקטרוני וסוללות, ומבהיר בהמשכו את הפעולות שעל היצרנים והיבואנים לעשות כדי לעמוד ביעדי המחזור; (ב) חוק להסדרת הטיפול באריזות, התשע"א-2011: במסגרת החוק הוטלו חובות על יצרנים ויבואנים למחזר פסולת אריזות (סעיפים 1 ו-6). כמו-כן, הוטלה על רשויות מקומיות החובה לעגן הסדר פינוי מתאים לאריזות ולהתקשר עם גוף מוכר לצורך הטיפול בפסולת; (ג) [חוק הפיקדון על מכלי משקה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p190m3_001.htm), התשנ"א-2001: בנוסחו המקורי לא הטיל החוק אחריות יצרן ישירה על יצרני המשקאות. עם זאת, בתיקון מס' 4 לחוק משנת 2010 ([חוק הפיקדון על מכלי משקה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p190m3_001.htm) (תיקון מס' 4), התש"ע-2010) עוגנו העקרונות של אחריות יצרן ו"המזהם משלם". ביטוי לכך ניתן למצוא בהוראות סעיפים 7א ו-7ב לחוק הקובעים מכסת איסוף בקבוקים על היצרנים, וכן תשלום בגין אי-עמידה ביעדי המכסה; (ד) ה[חוק לסילוק ולמיחזור צמיגים](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/999_725.htm), התשס"ז-2007: סעיפים 1, 3 ו-7 מלמדים היטב כי אחת ממטרות החוק היא צמצום הטמנת צמיגים, בין היתר, על ידי הטלת האחריות לסילוקם ומחזורם על היצרנים והיבואנים; (ה) [חוק שמירת הנקיון](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P224K2_001.htm): תיקון 9 לחוק זה משנת 2007 (חוק שמירת הניקיון (תיקון מס' 9), התשס"ז-2007) הוסיף בסעיף 11 לחוק מנגנון של היטלי הטמנה. במארג דינים חדש זה שזורים ושלובים עקרונות של "אחריות היצרן" ו"המזהם משלם".

32. במיוחד חשוב לענייננו המנגנון האחרון שנזכר – זה של היטלי הטמנה לפי חוק שמירת הניקיון. הסדר זה נועד לייקר את עלות הטיפול בפסולת על דרך הטמנתה, ואגב כך ליצור תמריץ לעבור לפתרונות של מחזור. חקיקה זו מלמדת על האינטרס החברתי-סביבתי שבחיוב המפעלים לשלם אגרת פינוי פסולת, בהתאם להיקף הפסולת שייצרו. חקיקת חוקי עזר ברוח זו משתלבת היטב בתפיסה החקיקתית החדשה. זאת ועוד: המנגנון של היטל הטמנה גורם להעלאה הדרגתית של הנטל התקציבי הכרוך באיסוף אשפה על-ידי הרשות המקומית. הרשות המקומית נושאת בעלויות הטמנת הפסולת שהיא אוספת בהתאם לכמויות המוטמנות. אין כל היגיון בכך שהרשות המקומית תהיה מנועה מלתת ביטוי למנגנון חיוב זה באופן שבו היא מטילה תשלומי חובה.

33. בית משפט זה כבר עמד על כך שלעתים מארג של חוקים, הגם שכל אחד מהם כולל הסדר בעל אופי ספציפי, מבטא עיקרון משפטי רחב יותר, שיש לו חיות ותוקף  מעבר לפרטיהם של אותם חוקים. כך נפסק בעבר לעניינה של דוקטרינת הייצוג ההולם ב[בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202671/98&Pvol=נב)(3) 630 (1998). ..

כך ראוי לומר גם בעניין שבפנינו בכל הנוגע לתפיסה של "המזהם משלם", לפחות במובן זה שרשות מקומית הבוחרת להנחות עצמה לאורו של עיקרון זה – ולאמץ בכך את מידותיו של המחוקק – תוכל לעשות כן.

34. אף שברור כי בענייננו המפעלים אינם מזהמים אלא מייצרים פסולת בלבד, הרי שהתכליות המגולמות ביסוד העיקרון של "המזהם משלם" מתקיימות גם בעניין סילוק פסולת המפעל. בין תכליות אלה ניתן למנות שתיים מרכזיות: האחת – השגת צדק חברתי לפיו הגורם המזהם הוא שישא בעלויות הטיפול בזיהום, ולא כלל החברה (יששכר [רוזן-צבי "של מי הפסולת הזו](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3926)  לעזאזל?! סילוק פסולת וצדק סביבתי בישראל" מחקרי משפט כ"ג 487, 552 ואילך (2007)); השנייה – השגת התייעלות סביבתית באמצעות חיוב הגורם המזהם להפנים את עלויות הזיהום (שם, עמ' 255). הפנמה כאמור תגרום לכך שהמזהם יפחית את ייצור הזיהום עד למינימום הכלכלי האפשרי מבחינתו. בענייננו, אם כלל הציבור יידרש לשאת בנטל עלויות הטיפול בפסולת שייצר מפעל פלוני, התוצאה תהיה לא צודקת, ואף לא יעילה, במובן זה שלא יהיה כל תמריץ למפעל להקטין את ייצור הפסלות או למחזרה. נהפוך הוא – בעולם ללא אגרת פינוי פסולת, אדישות המפעלים לכמות הפסולת שהם מייצרים היא לכאורה רציונלית לחלוטין מבחינה כלכלית.

35. ניתן להוסיף ולציין, כי לאמיתו של דבר, המפעלים אינם אנוסים לשלם את אגרת פינוי האשפה, במובן זה שהיקף התשלום הוא כהיקף הפסולת שהעירייה תתבקש לפנות. מפעל שיפעל לצמצום היקף הפסולת שלו, או יפעל (כדין) לפינויה בדרכים אחרות, לא יזדקק למילוי מיכלי האשפה של העירייה וממילא גם לא ישלם בגין שירות זה. עובדה זו, שנמצאת ברקע הדברים, מדגישה את יתרונותיו של התמריץ שיוצר חוק העזר החדש, כמו גם את ההבחנה בין תשלום אגרה לבין תשלום ארנונה, שאינה אלא מס המנותק מהיקף השירותים שצורך המפעל בפועל.

שאלה שנייה: דיני ההקפאה והיקף תחולתם

36. נסכם עד כה ונאמר, כי תשובתנו לשאלה הראשונה היא שאין מניעה במישור העקרוני לכך שרשות מקומית תגבה אגרת פינוי פסולת מחוץ לארנונה הכללית; ובלבד שמדובר בפינוי פסולת הקשורה לתהליכי הייצור של המפעל מעבר לרמת "בסיס" מסוימת שתיקבע. השאלה הנוספת שעלינו להידרש אליה היא אם "דיני ההקפאה" מחייבים לשנות מתוצאה זו. על כך אנו משיבים בשלילה.

37. תשובתנו מבוססת על שילוב הנדבכים הבאים: ראשית, חוק ההסדרים (שזכה כאן לכינוי "דיני ההקפאה") מסדיר את הפיקוח על תשלומי הארנונה בלבד; שנית, אגרת פינוי פסולת מעבר לרמה הבסיסית אינה תשלום שחייב להיות מכוסה על-ידי הארנונה; שלישית, חוק ההסדרים אינו מונע העלאה בשיעורי הארנונה, אלא רק מחייב קבלת אישור להעלאתם. נרחיב במעט את היריעה.

38. חוק ההסדרים מפקח על תשלומי ארנונה בלבד – הוראותיו הרלוונטיות של חוק ההסדרים (סעיפים 12-7) אינן מותירות כל ספק באשר למסקנה שהן עוסקות בפיקוח על תשלומי "ארנונה כללית" – הא ותו לא.

39. התשלום בגין פינוי פסולת מפעל מעבר לרמה בסיסית אינו בגדר תשלום מוניציפאלי – בהתאם לתפיסה הסביבתית העדכנית, כפי שהוסברה לעיל, זהו חלק אינטגראלי מתהליך הייצור.

40. חוק ההסדרים אינו מונע העלאה בשיעור הארנונה – חשוב להוסיף ולומר כי המונח "דיני ההקפאה" אינו מילת קסם שעניינה איסור על שינויים בשיעורי הארנונה באופן קטגורי. לידתם של דינים אלה באינפלציה הגבוהה ובחוסר היציבות הכלכלית שידע המשק הישראלי באמצע שנות ה-80. באותה עת, נהגו הרשויות המקומיות להעלות את תעריפי הארנונה בשיעורים ניכרים, מדי שנה, על מנת לצמצם את גרעונן האינפלציוני. לצד זאת, היו רשויות שנהגו להעניק הנחות מופלגות בארנונה, ללא קריטריונים מסודרים. מצב דברים בעייתי זה הוא שהוליד את דיני ההקפאה, שבמרכזם עומדת רגולציה של דיני הארנונה מטעם השלטון המרכזי. סעיף 9 לחוק ההסדרים הינו עמוד תווך מרכזי בדינים אלה, וכלולה בו התייחסות מפורטת לאפשרויות העומדות בפני הרשות, שעה שזו מבקשת להעלות את שיעור הארנונה. כך למשל, לפי סעיף 9(ב)(1) הרשות רשאית לעשות כן  בכפוף לכך שהעלאת הארנונה "תותנה בהעלאת ארנונה בשל נכס מסוג מבנה מגורים, בהתאם לכללים שייקבעו בתקנות" ולפי סעיף 9(ב)(2) הרשות המקומית יכולה לעשות כן אף שלא לפי הכללים "ובלבד שקיבלה לכך אישור השרים", בהתאם לאמור בסעיף זה. יש לומר מעתה: חוק ההסדרים למעשה אינו חוק הקפאה; לאמיתו של דבר, זהו חוק שמקפיא בפועל את הארנונה מהיבטן של הרשויות, אך מאפשר להקפאה להפשיר בכפוף לפיקוחו של השלטון המרכזי (ראו לדוגמה: [ע"א 2765/98 איגוד ערים אילון נ' מועצה אזורית מודיעין, פ"ד נג](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%202765/98&Pvol=נג)(4) 78, 83-82 (1999); [עע"ם 1721/10](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עעמ%201721/10) מועצה מקומית גני תקווה נ' זאב קופלביץ ([פורסם בנבו], 9.8.2012), פסקאות 10-7 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). אכן, הפרקטיקה שהתגבשה במהלך השנים היא שמשרד הפנים מעדיף, על-פי רוב, שלא להתיר את הרצועה ולאפשר העלאת ארנונה, אך כל מקרה לפי נסיבותיו, ואין איסור מן הדין לבחון העלאת ארנונה, ולא כל שכן תשלומי חובה אחרים, במקרים מתאימים. יתרה מכך; חלק מן העתירות שהובאו לפתחו של בית משפט זה עסקו בדיוק בסוגיה זו (ראו לדוגמה [בג"ץ 7712/04 וינברג עיריית תל אביב-יפו, פ"ד סא](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%207712/04&Pvol=סא)(2) 735, 754-748 (2006)).

41. המסקנה העולה מחלק זה של דיוננו היא ש"דיני ההקפאה" אינם גזרה הנכפית על משרד הפנים "הר כגיגית", אלא רק מסגרת נורמטיבית המאפשרת לו לשקול שיקולים שעניינם פיקוח על העלאת שיעור הארנונה, לצד שיקולים אחרים. במקרה זה, שבו משרד הפנים שיווה נגד עיניו את השיקול של "הקפאה" כחזות הכול חטא המשרד לחובתו לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים להחלטה. נוסיף ונחדד – בבוא שר הפנים לשקול אם להתיר פרסום של חוק עזר עירוני, בהתאם להוראות סעיף 258 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm), אין הוא מוגבל לדלת אמות המידה של חוק ההסדרים ומה שמכונה בפי כל "דיני ההקפאה". שיקוליו חייבים להיות רחבים ומגוונים יותר – כל חוק עזר לגופו, על פי נסיבותיו ותכליותיו. מכל מקום, אין חשש ליצירת "מסלול עוקף" של דיני ההקפאה במובן זה שלא רק העלאה בארנונה, אלא גם כל היטל המוטל מכוח חוק עזר, נדרשים לאישורו של השר.

...

המשך התהליך

43. מסקנת הביניים אליה הגענו היא שסירובו העקרוני של משרד הפנים לאשר את חוק העזר החדש רק בשל כך שהוא יביא להגדלת שיעוריהם של תשלומי החובה שיוחלו על המפעלים – על יסוד גישת "ההקפאה" של הארנונה – הוא סירוב בלתי ראוי. המשיבים החילו את גישת ההקפאה שחלה בענייני ארנונה על תשלום שבמהותו חורג מעבר לתחום הארנונה; הם גם התעלמו מן העובדה שההקפאה היא רק אפשרות מבחינת משרד הפנים – במסגרתה יש לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים – ולא חובה. כל אלה הובילו את משרד הפנים לקבל החלטה בלתי סבירה שהתעלמה משיקול רלוונטי נוסף, שלכל הפחות צריך היה לשקול אותו – תרומתו של חוק העזר המוצע להגנת הסביבה ולקידום העיקרון של "המזהם משלם" שעולה מן החקיקה הסביבתית החדשה. לפסלותן של החלטות שהתקבלו תוך התעלמות משיקול רלוונטי, ראו והשוו: [דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=דנגץ%203299/93&Pvol=מט)(2) 195 (1995); ברק-ארז, בעמ' 728-726.

44. מהי משמעות הדברים מבחינת חוק העזר החדש שהוגש לאישורו של משרד הפנים? בית משפט זה לא ישים עצמו תחת משרד הפנים ולא יקבל החלטה בעניין בעצמו. התוצאה היא שההחלטה צריכה לחזור למשרד הפנים ולהתקבל בהתאם לעקרונות שהותוו בפסק דיננו, בכפוף לכך שהוא יהיה מנוע מלפסול את חוק העזר אך מן הטעם שיש בו הגדלה של תשלומי החובה שעשויים לחול על המפעלים. [...]

סיכום

48. מה היה בפנינו? לכאורה – אך סיפור של אשפה ומחירה; לאמיתו של דבר –  נושא בעל חשיבות רבה ביותר לאיכות החיים של הפרט והכלל. עיריית חולון ביקשה לשזור במארג חוקי העזר שלה את העיקרון של "המזהם משלם" – לפחות בכל הנוגע לתחום איסוף האשפה ממפעלים. עמדתו של משרד הפנים, שהיתה מונעת אף היא משיקולים ציבוריים, שיוותה נגדה אך את השיקול של פיקוח על שיעורי הארנונה. החלטה זו היתה פגומה מאחר שלא התחשבה בשיקול רלוונטי נוסף – השיקול הסביבתי. ניסוחו של חוק העזר בנושא, כמו גם הדיון בפרטי אישורו חוזר עתה, עם הנחייה זו, אל מקבלי ההחלטות עצמם.

49. התוצאה היא שהעתירה מתקבלת בחלקה. החלטתו של שר הפנים, ככל שהיתה החלטה עקרונית שלא לאשר כל חוק עזר שעניינו גבייתה של אגרת פינוי פסולת, לא היתה החלטה כדין. עם זאת, מאחר שחוק העזר שהוגש על-ידי העותרת לאישור אינו מקיים לכאורה באופן מלא את אמות המידה שהותוו על-ידינו בפסק דין זה, שומה על העותרת לחזור *ולחוקק חוק עזר עדכני (ככל שתחפוץ בכך) קודם שתגישו מחדש לאישורו של שר הפנים.*

=-=

**פתרון לשאלת הבחינה, שהוצגה בדפי הפגישה הקודמת**

*[חלק מהפיתרון יהיה ברור רק על יסוד חומר של סוף הסמסטר הזה, ולכן חזרו לעמודים אלו לקראת ההתכוננות לבחינת הביניים]*

מר ארז ברוש נבחר כראש עיריית גפן השוכנת בגליל. עם היבחרו הוא יוזם שורה של פעולות. בראיון לעיתון הוא מסביר את גישתו. להלן קטע מאותו ראיון:

"חד משמעית לא מדובר בגזענות. אני בסך הכול מבטא בקול את מה שתשעים אחוז מהתושבים חושבים בליבם. אני לא רואה בדבריי שום אלמנט של גזענות. אני מאמין בחיים של דו-קיום זה לצד זה ולא זה בתוך זה. חייבים להיות כנים ולומר את האמת - אף אחד כאן לא רוצה מסגד בתוך הבית שלו", הוא אומר בנחרצות ומסביר: "כל בוקר בשעה חמש אנחנו שומעים את המואזין מהכפר הסמוך ואין לי שום בעיה עם זה כי זו זכותם המלאה לחופש דת. אבל בתוך הבית שלי אני רוצה בתי כנסת ולא מסגדים. הגיע הזמן שיבינו שזו דרישה לגיטימית. מישהו, אי פעם, היה מאפשר לי לגור עם המשפחה שלי בתוך כפר ערבי?! שני הצדדים רוצים לשמור על הזהות הייחודית שלהם. חשוב שכל צד ישמר את המורשת שלו ואת התרבות שלו גם למען הדורות הבאים. עדיף שנחיה כשכנים אחד סמוך לשני וכך נחסוך מעצמנו חיכוך מיותר".

להלן התרחשויות מרכזיות שנבקש לבוחנן משפטית.

א. מועצת העיר אוצלת לראש העיר את סמכות התחיקה שלה ביחס ל"נושאים רגישים של יחסים בין-קהילתיים בעיר", והוא מתקין את **חוק עזר גפן: סיירת מתנדבים עירונים ושמירת אופייה הקהילתי של העיר וביטחון תושביה, התשע"א-2011** [להלן: חוק עזר: סיירת מתנדבים]. אחד מסעיפי חוק העזר קובע לאמור:

בסמכותם של הסיירים המתנדבים לבדוק את זהותם של הנכנסים, ולמנוע כניסתם לעיר של מי שאינם תושביה, בין חצות הליל והשעה חמש לפנות בוקר.

ב. ראש העיר גם מסרב לאפשר לחברות לבנייה ולהשכרה למגורים לפרסם על לוחות המודעות הפזורים ברחבי העיר מודעות מסחריות-פרטיות בשפה הערבית לבדה ביחס לדירות למכירה או להשכרה בעיר. הוא מצביע על **חוק עזר גפן: מודעות ושלטים, תשכ"א-1961** [להלן: חוק עזר מודעות]**,** הקובע בסע' 2(א) כי:

"לא יפרסם אדם מודעה ולא יציג שלט, אלא לפי רשיון מאת ראש העיר ובהתאם לתנאי הרשיון ואלא אם המודעה או השלט –

(1) כתובים עברית; או

(2) כתובים בחלקם עברית ובחלקם לועזית והעברית תופסת לא פחות משני שלישים משטחם ואת החלק העליון מהשטח והאותיות העבריות גדולות מהאותיות הלועזיות."

ג. מועצת העיר גם מחליטה לתמוך כספית בקמפיין ציבורי ארצי המנוהל על ידי עמותת "גדר גבוהה – שכנים טובים", המקדמת, בין היתר, את עקרון ההפרדה הבין-קהילתית.

**1. האם נפלו פגמים בחוק-עזר: סיירת עירונית?**

**2. מה ביחס לחוק-עזר: מודעות? מה תאמר הביקורת השיפוטית עליו?**

**3. האם נפלו פגמים אחרים/ נוספים בפעולותיה של מועצת העיר?**  בין היתר, האם היא מוסמכת לתמוך כספית בקמפיין הנזכר?

[בשל היקף השאלה אל תדונו בסוגיות הקשורות למידתיות].

**=-=**

**1. הנפלו פגמים בחוק העזר: סיירת עירונית?**

**א. מועצת העיר אוצלת לראש העיר את סמכות התחיקה שלה ביחס ל"נושאים רגישים של יחסים בין-קהילתיים בעיר".**

*[זהו פתרון שאלה בבחינת ביניים של סוף סמסטר א' – חלק מהחומר שלהלן הוא מהפגישות הקרובות שעד סוף הסמסטר].*

אצילה של סמכות מחייבת הסמכה (מפורשת או לפחות משתמעת) לאצול [ופעולת ההאצלה עצמה צריכה להיות ברורה (פס"ד **מטר**) – נקודה אחרונה זו מתקיימת כאן]. היש למועצת העיר סמכות אצילה שכזו – משמע, יכולת לגיטימית לאצול את סמכותה להתקין חקיקת-עזר עירונית?

החקיקה הרלבנטית המסדירה את סמכות החקיקה (התקנת חוקי העזר המקומיים) לא הייתה בפניכם, והיה עליכם להניח הנחה (והנחה נגדית) ביחס לקיומה או העדרה של סמכות אצילה שכזו.

עם זאת, פגשנו את פסק דין **עיריית פתח תקווה נ' שר הפנים** שעוסק אף הוא "בסוגיות רגישות" בין-קהילתיות (שם, דתיים וחילוניים בעיר, ופתיחת בית קולנוע בערב שבת). להלן חלק מפסק הדין שהופיע בדפים:

פועל כאן עקרון היסוד, לפיו אין רשות מקומית רשאית להעביר את סמכותה החקיקתית לאחר, והכלל הנזכר לעיל "שליח לא שויא שליח" [שליח לא עושה שליח] תופס בה (אם כי תוך גמישות מסוימת, כמוסבר בהמשך). כדי למנוע אי-הבנה יודגש, שאין לגרוע מחשיבות העובדה, שחברי מועצת העירייה נבחרים בבחירות חופשיות ודמוקרטיות. אולם על המועצה עצמה - ולא בידי שליח - לעסוק במלאכת חקיקת המשנה. בעיקר כל אימת שזו כרוכה בהפעלה של שיקול-דעת בכלל ובנושאים בעלי אופי אידיאולוגי בפרט. המועצה פועלת בשמה שלה ולא רק "מטעם" הריבון. אולם, כאמור, עליה לפעול בעצמה ולא לאצול מסמכויותיה לרשות מינהלית, ולו גם למי שניצב בראש הפירמידה, הוא ראש העיר.

חוק עזר לפתח-תקוה (פתיחת עסקים וסגירתם), תשכ"ד-1963 (להלן - חוק העזר הקיים) קובע בסעיף 4, כי:

"(א) בימי מנוחה לא יפתח אדם ולא ירשה בעל לפתוח בית עסק או בית עינוג. (ב) ...

וכך הוא תוקן על ידי מועצת עיריית פתח-תקווה, שהוסיפה את ההוראה הבאה:

6א. (1) ראש העיריה יהיה רשאי ליתן רשיון לפתיחת בית עסק או בית עינוג למרות האמור בחוק עזר זה, אם ראה שיש ענין ציבורי בכך.

(2) ראש העיריה רשאי -

(א) להתנות תנאים ברשיון בעת נתינתו ולהוסיף עליהם.

(ב) לסרב לתת רשיון.

(ג) לבטל רשיון אם לא נתמלאו התנאים שנקבעו בו.

... מלשון התיקון עולה, כי שיקול הדעת, אם יש או אין "ענין ציבורי" במתן רישיון "למרות האמור" בחוק העזר הקיים, נמסר כל כולו לראש העיר. התוצאה המעשית העולה מכך היא, שעל יסוד הסמכה זו יכול ראש העיר לחולל שינויים יסודיים ביותר בחוק העזר הקיים, וזו האצלה כה גורפת, אשר לפי שום קנה מידה הגיוני אינה עשויה להוות סטייה מותרת מעקרון היסוד, לפיו אסור למועצה בישראל להעביר לאחר את סמכויותיה התחיקתיות. ההלכה הפסוקה היא, כי בהתייחסות לסמכויות המינהל אין לבחון את הפראקטיקה הנוכחית אלא את היקפה הפוטנציאלי של הסמכות. ...חוק העזר הקיים דן כל כולו, או לפחות רובו ככולו, בשעות פתיחה ובמועדים, ואילו לפי התיקון הוסמך ראש העיר (אם ראה בכך עניין ציבורי) לשנות את כולם.

זאת ועוד, מהטיעון לפנינו ברור, שהמטרה העיקרית ביסוד התיקון המוצע הייתה לאפשר לראש העיר להעניק לבית הקולנוע "היכל" היתר להציג סרטים בפני קהל צופים בלילות שבת ומועד, "למרות האמור" בסעיף 4(א) לחוק העזר הקיים. השאלה, אם להרשות פתיחת קולנוע בשבת, היא שאלה, שהדעות לגביה בקרב הציבור, לרבות בעיר פתח-תקוה, עשויות להיות חלוקות. ... כלום בבעיה של מדיניות ובנושא רגיש כזה אין לחייב את מועצת העירייה עצמה לדון, שהרי היא הגוף הנבחר של תושבי המקום ועל-כן מייצגת בהרכבה את הדעות וההשקפות השונות בקרב ציבור זה.

**התשובה כאן על כן ברורה למדי (בכפוף לאותה הנחה שיכלתם להניח) – מועצת העיר לא הייתה מוסמכת לאצול סמכות תחיקתית זו, ודאי לא ביחס ל"נושאים רגישים של יחסים בין-קהילתיים בעיר" [ולפיכך הסמכות שהפעיל ראש העיר מכוח אותה 'האצלה' – התקנת חוק-העזר – לא הייתה תקפה].**

ב. ראש העיר מתקין את **חוק עזר גפן: סיירת מתנדבים עירונים ושמירת אופייה הקהילתי של העיר וביטחון תושביה, התשע"א-2011** [להלן: חוק עזר: סיירת מתנדבים]. אחד מסעיפי חוק העזר קובע לאמור:

בסמכותם של הסיירים המתנדבים לבדוק את זהותם של הנכנסים, ולמנוע כניסתם לעיר של מי שאינם תושביה, בין חצות הליל והשעה חמש לפנות בוקר.

מה תוקפו של חוק-העזר? **האם לא נפלו בו פגמים קשים נוספים, מעבר לבעיה שכבר פגשנו – העדר סמכותו של ראש העיר להתקינו?** התשובה היא, כי מתעוררות כאן בעיות מגוונות:

(1). חוק העזר פוגע בזכויות יסוד חשובות.

**הזכות לפרטיות** נפגעת משנדרש אדם להציג תעודת זהות ובה פרטים שונים, או משנערכת בדיקה אחרת/ תשאול ביחס למקום תושבותו; וכן נפגעת כאן כמובן **הזכות לחופש תנועה**. יתר על כן, כאשר אדם מודע לטעם הבדיקה – הרחקתו כערבי מן "העיר היהודית" – מתעוררת בעיה ממשית של פגיעה **בזכות ל"כבוד האדם"**.

האם מדובר בזכויות המוגנות חוקתית? לו היינו ניצבים בפני תקיפה של הוראת ***חוק***, שאלה זו הייתה חיונית לצורך התשובה [הזכות לפרטיות מוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חופש התנועה בתוך ישראל לא מוגן במפורש; האם הוא לא מוגן, ולו ההיבטים מסוימים שלו, מכוח זכויות אחרות דוגמת "כבוד האדם"? זו שאלה שלא דנו בה; ומופיעה גם פגיעה אפשרית ישירה בזכות לכבוד האדם, בשל טעם הבדיקה ונמעני המיון שאולי יש כאן]. **ואולם הנקודה החשובה היא שכאן מדובר בתקיפת נורמה מסוג של חקיקת משנה (=** בענייננו, **חוק-עזר עירוני).** [במילים אחרות, חיקוק של הרשות המינהלית, להבדיל מהכנסת; ובענייננו, של רשות מקומית].

נורמה זו (חוק העזר) מצויה בפירמידת הנורמות במקום הנמוך מרובד "המשפט המקובל נוסח ישראל" שהכיר ועיגן מכלול שלם של זכויות אזרח ואדם, ובתוך כך גם את חופש התנועה. במילים אחרות, מעמדה החוקתי (דווקא) של הזכות לחופש תנועה אינה שאלה החיונית לביקורת השיפוטית על חקיקת משנה, שכן די במעמדה במסגרת המשפט המקובל נוסח ישראל (שהוא גבוה, כאמור, מזה של חקיקת משנה).

אשר על כן, יש לעבור לשאלת התנאים לפגיעה שכזו בזכויות יסוד מכוח חקיקת משנה. תנאים אלו מופיעים אף הם בעיקרם **בפסקת ההגבלה**: "אין פוגעים בזכויות [אלה] אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". *{ואולם אם אנו פונים גם כאן לפסקת ההגבלה, אז מה ההבדל בין תקיפה של חוק לבין תקיפה של חקיקת משנה (ולענייננו, חוק עזר עירוני)? – דיון בכיתה}.*

נחזור לעניין הפעלת פסקת ההגבלה על חוק העזר כאן. והנה נזכור, כי כבר בפס"ד **בז'רנו**, מראשית שנות המדינה, פגשנו את הצורך בהסמכה בחקיקה ראשית [הסמכה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו]. שאלה מרכזית לפיכך היא, **היש לנו הסמכה מפורשת של עירייה או של ראש עיר להגביל את הזכות לפרטיות או להגביל חופש תנועה דוגמת מה שנעשה כאן?** [אינכם מכירים את פקודת העיריות, ועל כן נצרכה בבחינה הנחה והנחה נגדית].

הלאה בפסקת ההגבלה. **האם ההגבלה נעשית כאן "לתכלית ראויה"?** את התכלית ניתן ללמוד מתוך הראיון בעיתון. אם זו אכן התכלית, הרי שהיא פסולה. תכלית זו נפסלה **בקעדאן** ביחס למגורים בישוב, ומקל וחומר שהיא פסולה כטעם להגבלת תנועה/ביקור בתוך ישוב.

{האם **האמצעים שננקטו הם במידה שלא עולה על הנדרש**? [="מידתיות" – התבקשתם בבחינה שלא לדון בכך]}

(2). בכך לא מסתיימים קשייו/פגמיו של חוק העזר. **האם רשאית רשות מקומית להקים מעין משטרת מתנדבים שתעסוק במשימות מסוג הגבלת כניסתם לעיר של המבקרים בה?** האם זו **משימה של עיר או שמא של משטרת ישראל**, אם זו בכלל משימה לגיטימית?

*[נושא זה טופל חלקית בהרצאתו של ד"ר בלנק שהתבקשתם לקרוא, וכן בדף הכיתה שהתבסס עליה. ראו את הקטע הבא שהובא סמוך לדיון בפרשה שהתעוררה בכרמיאל.]*

בעניין מלינובסקי נ' עיריית חולון (בג"צ 7186/06) נדון חוק עזר עירוני אותו העבירה עיריית חולון, מכוחו הוקם כוח סיור חמוש הממומן מכספי היטל מיוחד שהוטל לשם כך. בית המשפט העליון (הש' רובינשטיין) סוקר בהרחבה את סוגיית ההיטל המיוחד ומגיע למסקנה כי מדובר ב"אגרה" הקשורה לפעילות הממומנת על ידה (כלומר בשונה מ"מס") אולם בסופו של יום פוסל את הסיירת בשל העובדה שהיא ממומנת באופן בלתי סביר. זאת, לפי שאין התחשבות בצורך בתיאום של השלטון המרכזי של נושאים הקשורים לפעילות חבלנית שהיא "לאומית" בעיקרה. במילים אחרות, הש' רובינשטיין חומק מלדון בסוגיית הסיירות החמושות העירוניות ומשאיר זאת בצריך עיון (ומעיר כי ספק רב בעיניו אם ראוי שהללו יוקמו על ידי רשויות מקומיות), ופוסל את חוק העזר שכן הלה אינו עוסק באמת בביטחון "מקומי" אלא בנושאים שהם בעצם לאומיים - לוחמה בטרור - ועל כן דורשים תיאום ושליטה מרכזיים וזאת חסר בחוק העזר האמור. ההבחנות אותן עושה בית המשפט בעניין זה הן חשובות: אין ספק כי גם לגישה הדמוקרטית [להבנת היחסים בין השלטון המרכזי לשלטון המקומי], נושאים אשר דורשים קואורדינציה, תיאום וכדומה, ראוי שיוותרו בידי השלטון המרכזי, וגם אם לרשויות המקומיות ניתן בהם תפקיד, ראוי שסוגיית התיאום תילקח בחשבון כשמבזרים סמכויות כאלה. נושאים של ביטחון לאומי הם בוודאי כאלה, ועל כן גם אם חפץ השלטון המרכזי להעניק לרשויות המקומיות סמכויות בתחומים אלה, ראוי שנושא התיאום וההכוונה המרכזי יטופל באופן ממצה [=חקיקה של הכנסת].

**קטע זה מבחין בין סוגיה לאומית לסוגיה מקומית. מהי אופיה של הסוגיה המתעוררת בפנינו?**

(3). עולה נקודה נוספת שנוגעת לכך שמדובר **במתנדבים**. בהנחה – שהיא מאד שנויה במחלוקת, כמפורט לעיל – שעירייה רשאית לעסוק במשימה של בירור הנכנסים לתוכה והגבלה אפשרית של כניסתם אל העיר, **האם היא יכולה לעשות כן באמצעות מי שאינם עובדיה?** **האם הפרטה שכזו, התנדבות שכזו, ביחס להפעלת סמכויות שכאלה היא אפשרית מבחינה משפטית?**  עוסקים בכך פסקי הדין של **עמותת "תנו לחיות לחיות"**, **פיליפוביץ'**, ובמיוחד **הנפלינג** *[שוב, פסיקה אותה נפגוש לקראת סוף הסמסטר; כמו כן, לא להיבהל: אינכם צריכים לזכור את שמות פסקי הדין אלא להכיר את לב ההנמקה שלהלן]*:

שם, ב**הנפלינג**, דובר על סמכויות פיקוח (ביחס למועד פתיחה וסגירה של חנויות) שהוענקו למתנדבים. בית המשפט העליון פסל הענקה זו, שכן היא העניקה סמכויות כניסה לחצרים וסמכויות פיקוח נוספות לאנשים פרטיים, קרי למי שאינם עובדי ציבור, משמע, אינם עובדים הנתונים למרות הרשות.

פירוש של חוק העזר, אשר לפיו רשאי ראש העיר להעניק סמכויות, המופנות כלפי הציבור כולו, לאנשים שאינם עובדי הציבור, מבלי שיש לרשות שליטה ופיקוח על מעשיהם, הוא בגדר הוצאת דברו של חוק העזר מסבירותו. יתרה מזאת, אין ראש העיר יכול לגייס מעין משטרת מתנדבים בעלת סמכויות סטטוטוריות, המוענקות על- ידיו, כי בכך היה עוקף את הדינים, הקובעים כפיפותו של העובד לרשות, להבדיל מראש הרשות.

[וראו גם את פסק הדין בעניין בית הסוהר הפרטי, **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**.]

סיירת המתנדבים כאן מקבלת סמכות לעשות דברים שהם אולי פוגעניים יותר מהמפקחים שבפסק דין **הנפלינג**. דומה שהתשובה לשאלה שנשאלה היא על כן ברורה. זהו מהלך שאין לו תוקף חוקי.

**2. מה הבעייתיות, ככל שמתגלעת כזו, בחוק העזר מודעות?**

*[התשובה להלן מסועפת, ולכן חשוב לומר שחלק מההסתעפויות הן בבחינת "בונוס", קרי, הן אינן נדרשות לצורך ניקוד מלא. אם הן מטופלות הן מוסיפות לציון].*

ראש העיר מסרב גם לאפשר לחברות לבנייה ולהשכרה למגורים לפרסם על לוחות המודעות הפזורים ברחבי העיר מודעות מסחריות-פרטיות בשפה הערבית לבדה ביחס לדירות למכירה או להשכרה בעיר. הוא מצביע על **חוק עזר גפן: מודעות ושלטים, תשכ"א-1961** [להלן: חוק עזר מודעות]**,** הקובע בסע' 2(א) כי:

"לא יפרסם אדם מודעה ולא יציג שלט, אלא לפי רשיון מאת ראש העיר ובהתאם לתנאי הרשיון ואלא אם המודעה או השלט – (1) כתובים עברית; או (2) כתובים בחלקם עברית ובחלקם לועזית והעברית תופסת לא פחות משני שלישים משטחם ואת החלק העליון מהשטח והאותיות העבריות גדולות מהאותיות הלועזיות."

חוק העזר הזה פוגע אף הוא בזכות יסוד, **הזכות לחופש ביטוי**.

לכאורה מדובר **בחופש ביטוי מסחרי**, של מודעות ביחס למכירת או השכרת דירות; ואולם הרקע הנוכח כאן (השסע הלאומי, וכן הבחירה של ראש העיר להתמקד בשאלת השפה) מפעילים מייד 'מתג' פוליטי-תרבותי, ולכן הם מחריגים את שאלת הביטוי כאן מגדרו של ביטוי מסחרי גרידא [=כפשוטו].

[יתר על כן, מתעוררת כאן שאלה של פגיעה בזכות שבה נעסוק בסמסטר הבא, והיא הזכות הקולקטיבית העומדת למיעוט ביחס לשפתו, הערבית, מכוח מעמדה של הערבית בישראל כשפה רשמית].

אך גם לוּ היינו מניחים שמתעוררת כאן רק שאלה של ביטוי מסחרי, עדיין הפגיעה בו היא פגיעה בזכות יסוד.

[אמנם טענתי בכיתה כי חופש הביטוי המסחרי לא יוגן (בשונה מחופש הביטוי הפוליטי או האמנותי) מכוח הזכות "לכבוד האדם", ועל כן יש להניח כי אין לו **מעמד חוקתי**; ואולם במקביל התחלנו בכיתה דיון מעניין שעניינו השאלה, האם פגיעה בחופש ביטוי מסחרי אינה פוגעת בחופש העיסוק או בחופש הקניין, שתי זכויות המעוגנות בבירור בחוקי היסוד. כך או כך, דיון זה הוא אמנם מעניין, ואולם – כאמור לעיל, ביחס לחוק העזר הסיירת העירונית – דיון זה לא מתעורר כאן ישירות, שכן כאן לא מותקפת חקיקה ראשית אלא **חקיקת משנה**.]

כיצד בוחנים תוקף של חקיקת משנה המגבילה זכויות יסוד (וכאן, חופש ביטוי מסחרי)?

אנו שבים לניתוח במתווה הניתוח שנעשה לעיל ביחס לחוק-עזר הסיירת העירונית.

[אגב, העובדה שביטוי מסחרי הוא בעל ערך בסיסי נמוך יותר מהביטוי הפוליטי או האמנותי, משפיעה על אופן הניתוח של פסקת ההגבלה בכל הנוגע למידתיות הגבלתו של ביטוי מסוג זה; ואולם התבקשתם שלא לדון כאן בסוגיית המידתיות].

הבדל אחד חשוב מופיע בכל זאת בכל הנוגע למתווה הניתוח של חוק העזר: מודעות לעומת חוק העזר: סיירת המתנדבים. בעניינו של הראשון מתעוררת **פסקת "שמירת הדינים"** המופיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והקובעת לאמור: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". פסקה זו מגוננת לכאורה על חוק העזר בענייננו כאן, שהוא משנת 1961.

[לא דנו בכך, ולכן זה כמובן לא נדרש כחלק מהתשובה, ואולם יש משהו קצת מטעה/ לא-ברור בסוגיית השפעת פסקת שמירת הדינים על תוקפה של חקיקת משנה להבדיל מהשפעתה על חקיקה. המינוח "דין" הוא רחב, והוא כולל לכאורה את רוב הנורמות המשפטיות: חקיקת-יסוד, חקיקה, "משפט מקובל נוסח ישראל", חקיקת משנה, **ולכן הוא מגן לכאורה על חוק עזר מלפני שנות התשעים, כמו זה שעומד כאן לדיון** [חוק עזר מקומי הוא, כזכור, סוג של חקיקת משנה]. עם זאת, חקיקת משנה שפגעה בזכות יסוד ללא הסמכה בחוק, או תוך חריגה ממתחם המידתיות, היא נורמה שאיננה תקפה; היא אינה תקפה לא בשל "חוק היסוד" (שמפניו יש לה לכאורה חסינות) אלא בשל התנגשותה בנורמות שנקבעו *עוד לפני* חוק היסוד ומצויות במדרגה אחרת של הפירמידה הנורמטיבית (דרגה הנמוכה מחוק-יסוד ונמוכה מחוק אך **עדיין גבוהה מחקיקת-משנה; קרי, "המשפט המקובל נוסח ישראל"**) {זכרו למשל את פס"ד **בז'רנו** מראשית שנות המדינה}. אשר על כן, נראה שפסקת שמירת הדינים לא 'מצילה' (לא מגוננת, לא מקנה חסינות מתקיפה) לחוק העזר בענייננו.]

[יש מי שיטען כי פגיעה בחופש הביטוי המסחרי של אדם/תאגיד היא פגיעה אפשרות בחופש העיסוק שלו (זה עלה גם בדיון בכיתה); על פגיעה שכזו, כזכור, **לא חלה** פסקת שמירת הדינים, שכן פסקה זו מופיעה עתה רק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; היא חלה בעבר גם על חוק יסוד: חופש העיסוק, אך שם היא הייתה קצובה בזמן ותקופת הזמן פקעה].

**3. האם נפלו פגמים אחרים/ נוספים בפעולותיה של מועצת העיר?**

מועצת העיר גם מחליטה לתמוך כספית בקמפיין ציבורי ארצי המנוהל על ידי עמותת "גדר גבוהה – שכנים טובים", המקדמת, בין היתר, את עקרון ההפרדה הבין-קהילתית.

סוגיה זו נדונה בצורה מקיפה בפסיקה. מדובר בפס"ד **גרינברג** ובפס"ד **שלום עכשיו**. פסק הדין המנחה הוא עתה פסק הדין של **שלום עכשיו**, שעסק בסמכותן של הרשויות המקומיות היהודיות ביהודה ושומרון/ בגדה המערבית להשתתף במסע ציבורי כנגד ההתנתקות מרצועת עזה. כך מסכם את הדברים ד"ר רוזן-צבי בדפים שחולקו לכם (הושמטו הערות השוליים):

עתירת שלום עכשיו [נדחתה] ברוב דעות, ונקבע כי בנסיבות העניין היו הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון רשאיות להעביר כספים למימון הקמפיין נגד תוכנית ההתנתקות. במסגרת זו אישרה דעת הרוב [בפס"ד **שלום עכשיו**] את הלכת **גרינברג**, ואף הרחיבה אותה בקובעה כי גם במצבים שבהם הרשויות המקומיות שמימנו את פעולת ההסברה אינן עומדות תחת איום קיומי מיידי כתוצאה ממדיניות הממשלה, עשוי להתקיים אינטרס מקומי נפרד מן האינטרס הלאומי, וזאת במקרה שבו הן עשויות להיות "הבאות בתור".

עם זאת, קבע בית-המשפט – גם כאן ברוב דעות, אם כי רוב אחר – כי במקרים שבהם רשות מקומית מממנת מתקציבה מאבק נגד יישום תוכנית שיש לה אופי לאומי כלל-ארצי, המדינה רשאית לקזז מתמיכתה באותה רשות (תמיכתה באמצעות "מענקי האיזון") סכום כסף השווה לסכום שאותו העבירה הרשות המקומית למימון המאבק, שכן רשות מקומית רשאית לממן פעילות כזו ממקורותיה העצמיים בלבד. ...

השופט רובינשטיין [המבטא את עמדת הרוב בפסק הדין, בשאלת סמכות הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון להשתתף במסע הציבורי כנגד ההתנתקות בעזה] קובע כי המבחן לתיחום סמכויותיהן של רשויות מקומיות הוא זה שנקבע (על ידי השופט שלמה לוין) בפרשת **גרינברג**: "העובדה שנושא מסוים הוא בעל חשיבות לאומית, ואפילו הוא נתון במחלוקת ציבורית, אין בה כשלעצמה כדי למנוע מרשות מקומית לפעול בעניין לטובת תושביה, ככל שהללו עתידים להינזק ממנו נזק מקומי וייחודי." עוד הוא מכריע כי מבחן זה מתקיים במקרה דנא, שכן ניתן לזהות "קיומו של אינטרס לוקלי נפרד מהמשמעות הארצית והלאומית". האינטרס המקומי הנפרד הוא שתוכנית ההתנתקות מעזה, אף שהיא אינה מאיימת ישירות על קיומן הפיזי של הרשויות המקומיות ביהודה ושומרון, מהווה לא רק תקדים, אלא צעד ראשון בסדרה של נסיגות נוספות. ומכאן זכותן וסמכותן של הרשויות המקומיות בהתנחלויות בגדה המערבית לעסוק בכך. עם זאת, קובע השופט רובינשטיין, "אילו [היה מדובר ברשויות מקומיות אחרות ה]משתתפות במימון מסע ההסברה על מנת לסייע למועצות שהושפעו ישירות מתכנית ההתנתקות בלא השלכה עליהן עצמן, לא היה הדבר בא בגדרי הלכת **גרינברג**, שהרי 'רשות מקומית אמורה לדאוג לקהילתה – לא לכלל קהילת המדינה'" [אלא שכאן כאמור הן עצמן היו נתונות בצל השלכות תוכנית ההתנתקות].

מה כל זה אומר לענייננו? האם הקמפיין להפרדה בין-קהילתית של עמותת "גדר גבוהה – שכנים טובים" הוא עניין מקומי, מיוחד, לישוב גפן? זו שאלה מורכבת, שקיבלנו כל תשובה מנומקת בעניינה.

[אנו עצמנו נוטים מאד לתשובה שלילית, וזאת בעיקר בשל הטעם השני והשלישי שלהלן. הטעם הראשון פונה בעיקרו דווקא בכיוון תשובה חיובית:

(1). הרבה נושאים כלל-ארציים או בעלי אופי חברתי כללי יכולים להיות בעלי השפעה מקומית (למשל סוגיות בתחום איכות הסביבה). הרשימות המקומיות לרוב **לא** נבחרות על סמך ליבון עמדותיהן ביחס לאותם עניינים כלל-חברתיים. עם זאת, נקודה זו תכופות אינה נכונה ביחס לנושאים בין-קהילתיים מקומיים כפי שקורה תכופות בערים מעורבות. יש להניח כי ראש העיר כאן נבחר אולי דווקא בשל דעותיו אלו. במילים אחרות, ראש העיר לא נבחר לרוב על פי עמדותיו ביחס לכיבוש/ לשטחים/ להתנחלויות וכדומה, ואולם הוא דווקא עשוי תכופות להיבחר על סמך עמדותיו ביחס ליחסים הדמוגרפיים/ הבין-קהילתיים בעיר.

(2). הנקודה המכריעה מנקודת ראותנו נוגעת לרעיון ההפרדה הבין-קהילתית בערי ישראל. שימוש בטובין שלטוניים לשם הפרדה שכזו **נפסלה** על ידי בית המשפט העליון ב**קעדאן** [ובפסיקה נוספת שנפגוש], ועל כן היא לא יכולה להיות בסיס לפעולה או לתמיכה של רשות מקומית; שהרי זו, ככל רשות שלטונית, היא "נאמן של הציבור" וכפופה לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלו מגבילים את סמכויותיה, הן באשר לפרשנותן והן באשר לתוקפן.

[יש כאן, עם זאת, שאלות מורכבות, שעניינן הנחות עובדתיות שאינן בידינו: לשימוש באלו אמצעים קוראת עמותת "גדר גבוהה", האם מהסוג הפסול של קעדאן, של אי-הקצאת קרקע, או אמצעים אחרים?]

(3). בפס"ד **שלום עכשיו** אישרה דעת הרוב את הלכת **גרינברג**, ואף הרחיבה אותה בקובעה כי גם במצבים שבהם הרשויות המקומיות שמימנו את פעולת ההסברה אינן עומדות תחת איום קיומי מיידי כתוצאה ממדיניות הממשלה, עשוי להתקיים אינטרס מקומי נפרד מן האינטרס הלאומי, וזאת במקרה שבו הן עשויות להיות "הבאות בתור". האם מופיעות בענייננו השלכות פוגעניות אפשריות על תושבי העיר גפן שבגליל הדומות לאלו שהיה חשש בהקשרם של הישובים היהודים בגדה המערבית בעקבות ההתנתקות מרצועת עזה? אנו עצמנו משיבים לכך כאמור בשלילה, אך קיבלנו עמדה מנומקת אחרת.]

=-=

**שומרי-סף/ גורמי בקרה ברשויות המקומיות**

עודכן ב- 12:58 07/09/2010

## היועץ המשפטי של עיריית ירושלים, עו"ד יוסי חביליו, הודיע על התפטרותו

### בין חביליו לראש העיר ברקת שורר בחודשים האחרונים מתח רב על רקע חילוקי דעות. הסכסוך העיקרי בין השניים פרץ בסוגיית "בית יהונתן"

מאת [ניר חסון](mailto:nirh@haaretz.co.il)

היועץ המשפטי של עיריית ירושלים, עו"ד יוסי חביליו, הודיע היום (שלישי) לראש העיר, ניר ברקת, על התפטרותו מהתפקיד. בין חביליו לברקת שורר בחודשים האחרונים מתח רב על רקע חילוקי דעות ביניהם. הסכסוך העיקרי בין השניים פרץ סביב סוגיית בית יהונתן, בית המתנחלים בסילוואן, אותו הורה חביליו לפנות ולאטום וברקת ניסה למנוע את המהלך. במקרה זה ניצבו לצד חביליו שופטי בית המשפט העליון ופרקליט המדינה. בנוסף, ברקת זעם על חביליו שכתב חוות דעת שקראה לבטל תיקצוב עודף לבתי ספר חרדים. ההחלטה על ההקצאה עברה למרות חוות הדעת של חביליו, אך נפסלה על ידי בית המשפט המחוזי. סכסוך נוסף שפרץ בין השניים היה סביב תוכניתו של ברקת לאזור גן המלך. גם במקרה זה התנגד חביליו לתוכניתו הגרנדיוזית של ראש העיר מטעמים משפטיים.   
  
בחודשים האחרונים החליפו אנשי לשכתו של ברקת עם חביליו תכתובת סוערת. בין היתר הגיש ברקת תלונה לוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין נגד חביליו בטענה שהוא הסתיר מידע מנבחרי הציבור. השניים התעמתו גם סביב ניסיונו של ברקת להתערב במינויים בלשכת היועץ המשפטי של העירייה.   
  
**חביליו: התערבות פוליטית; ברקת: עובדות מסולפות וחוצפה**  
"הצעד שבו נקטת, גם אם אין בו מניעה משפטית, משדר מסר בוטה של התערבות פוליטית באגף היועץ המשפטי לעירייה", כתב חביליו לברקת בנושא זה וברקת השיב כי "נדהמתי לקבל את מכתבך, אשר בו נראה כי נחצו כל הגבולות, בעובדות מסולפות, בבוטות ובחוצפה הנוטפת ממנו". המצב הגיע לכדי כך שרבים מעריכים היום בעירייה כי חביליו הקדים את ברקת, שהתכוון לפתוח בקרוב בהליך פיטוריו.   
  
למרבה האבסורד ברקת היה זה שהגן על חביליו מפני ראש העיר הקודם, אורי לופוליאנסקי שניסה לפטרו, בשל סכסוכים שפרצו בינהם סביב נושא מצעד הגאווה, שלופוליאנסקי ניסה למנוע, וסביב הקצאת מבנים לבתי ספר חרדיים. לאחר שלופוליאנסקי הצליח להעביר החלטה לפטר את חביליו אמר ברקת: "זה הוא יום שפל בחיי המועצה. לא מדובר על חביליו אלא על שלטון החוק. שתי תפיסות עולם שעומדות האחת ליד השנייה וצריך להכריע בינהן. האחת זה ניהול עיר ללא גבולות כוח ושררה עם יכולת להחליט מה שאתה רוצה וכשיוצאת חוות דעת של יועץ משפטי, שאתה ראש העיר לא אוהב מדלגים עליה". בדצמבר 2009 כראש עיר כבר נשמע ברקת אחרת. "אם יועץ משפטי לא מאמין בדרך ניקח יועץ אחר שכן מאמין בדרך", אמר אז.  
  
בעוד שבועיים יקבל חביליו את אות אביר איכות השלטון מהתנועה למען איכות השלטון. בדברי ההסבר לקבלת האות נכתב: "נכונותו של חבליו להיאבק נגד פוליטיקאים רבי כוח, ואפילו לסכן את משרתו כדי למנוע פגיעה במנהל התקין, ראויה לשמש דוגמא ומופת לכל משרתי הציבור".   
  
חבר המועצה וראש האופוזיציה העירונית, יוסף (פפה) אללו הביע צער על ההתפטרות. "גם כך ברקת מנהל את העירייה בצורה מאוד ריכוזית. חביליו היה מוקד כוח מחוץ ללשכה. עכשיו זה הפסד לא רק לעירייה - אלא לעיר כולה. חבל שראש העיר לא השכיל להשתמש בו. עובדה היא שבכל המקרים בהם הגיעו הויכוחים לבית המשפט יצאה ידו של חביליו על העליונה. ראש העיר הביא כל הזמן עורכי דין חיצוניים, שעלו הרבה כסף לעירייה וחבל על כך. יהיה מאוד קשה למישהו להיכנס לנעליים שלו", כתב אללו.   
  
מלשכתו של ברקת סירבו להגיב למכתב וציינו ביובש כי "ההתפטרות התקבלה". מעיריית ירושלים נמסר בתגובה כי "מפאת הרצון לשמור על כבודו של חביליו העירייה נמנעת מלהגיב לטענות מופרכות אלו".   
  
בימין ברכו על ההתפטרות, שכן חביליו הפך ל"סדין אדום" בעיני הימין בשל גישתו כלפי בית יהונתן. "ההתפטרות שמה סוף למדיניות האכיפה הסלקטיבית של החוק שהונהגה על ידו ופגעה בתושבי העיר יהודיים. אני מברך את ראש העיר אשר עמד באומץ מול המערכת המשפטית כדי להבטיח שניהול העיר יעשה על ידי נבחרי ציבור ולא על ידי יועצים משפטיים", אמר ח"כ יריב לוין.

=-=

עע"ם 6145/12 **עיריית נצרת עילית נ' הרטמן** (2013) [נפגוש את פסה"ד הזה גם בסמסטר הבא]

רקע עובדתי

1. ביום 31.12.11 אמור היה להסתיים חוזה העסקה בין עיריית נצרת עילית (להלן העיריה) לבין רו"ח זיצר, אשר משרדו סיפק מכבר שירותי ראיית חשבון לעיריה. ביום 25.1.12 נשלח לרו"ח זיצר מכתב מגזבר העיריה, שבו הודע לו כי נוכח סיום החוזה בין הצדדים, אין ניתן להמשיך את ההתקשרות בינו לבין העיריה.
2. רו"ח זיצר העביר חוות דעת משפטית מטעמו, שלפיה מתוקף תקנה 3(8) ל[תקנות העיריות (מכרזים)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_031.htm), התשמ"ח-1987 (להלן תקנות העיריות (מכרזים)), ההתקשרות עם רואה חשבון פטורה ממכרז.

ד. ביום 14.2.12 העבירה היועצת המשפטית של העיריה חוות דעת, שבה הובהר כי יש לפרש את התקנה בצמצום, וכי העיריה אינה פטורה מקבלת הצעות מחיר, מקום שיש מספר רב של גורמים אשר יכולים לבצע את העבודה. בהמשך לכך הכינה היועצת המשפטית "הזמנה להגשת הצעות ותנאי הגשה למתן שירותי ראיית חשבון לעיריית נצרת עילית" (להלן ההזמנה), וזו נשלחה למספר רואי חשבון.

ה. ביום 27.2.12, יום לפני סיום המועד להגשת הצעות, שלח ראש העיריה מכתב למנהל הרכש בעיריה, שבו הורה לו לפנות תוך שלוש שעות לכל רואי החשבון שאליהם נשלחה ההזמנה, ולהודיע להם על דחיית ההליך למצער בשישה חודשים. היועצת המשפטית של העיריה פנתה לראש העיריה, הפנתה לחוות דעתה מיום 14.2.12, וציינה כי פנייתו זו מהוה התערבות פסולה בהליכי רכש.

ו. חרף האמור פנה ראש העיריה באותו יום במכתב מטעמו לרואי החשבון שאליהם נשלחה ההזמנה, וציין כי אין בכוונת העיריה לפנות בבקשה להגשת הצעות מחיר בעבור שירותי ראיית חשבון עד תחילת שנת 2013 לכל המוקדם. ביום 28.2.12 הורה ראש העיריה למנהל הרכש ולגזבר העיריה שלא להעלות את הנושא בועדת הרכש (ועדת רכש ובלאי הפועלת לפי [תקנות העיריות](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=תקנות%20העיריות) (הסדר רכישות, ניהול מחסנים, רישום וניהול טובין), תשנ"ח-1998, להלן תקנות הרכש).

ז. ביום 6.3.12 התקיימה ישיבת ועדת הרכש, ובה נפתחו הצעות המציעים. בינתיים התנהלו הליכים משפטיים, שבגדרם ניסה ראש העיריה לסכל את ההליך לבחירת רואה חשבון, ללא הצלחה. ביום 2.4.12, במסגרת ישיבת מועצת העיריה, העלה ראש העיריה הצעה כתוספת לסדר היום, שבה ביקש להאריך את ההתקשרות עם רו"ח זיצר עד ליום 31.8.12. ואכן, בסיום הישיבה התקבלה ההצעה להאריך את כהונת רו"ח זיצר לתקופה של ארבעה חודשים, שבמהלכה תצא העיריה במכרז מסודר.

ח. בעקבות האמור פנה המשיב 1, חבר מועצת העיריה, אל הממונה על המחוז במשרד הפנים וביקש ממנו כי יפעיל סמכותו על פי סעיף 141(א) ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm), המקנה סמכות לממונה על המחוז במשרד הפנים לדרוש ממועצת העיריה או מראש העיריה למלא את החובה המוטלת עליהם, באופן שיורה לראש העיריה לסיים את הליך הרכש ולהפסיק את העסקת רו"ח זיצר. היועצת המשפטית של העיריה צירפה חוות דעת מטעמה התומכת בבקשת המשיב 1.

היועץ המשפטי לרשות המקומית

מג. רשות מקומית חייבת בקבלת ייעוץ משפטי (סעיף 2 ל[חוק הרשויות המקומיות (ייעוץ משפטי)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p213_057.htm) תשל"ו-1975), והיא מחויבת למנות עורך דין שיהיה יועצה המשפטי (סעיף 3 (א)). היועץ המשפטי של הרשות מוזמן לכל ישיבה של הרשות המקומית (סעיף 6(א)). שר הפנים קובע בתקנות סוגי עסקאות שרשות מקומית לא תתקשר בהן אלא לאחר שקיבלה על העסקה חוות דעת משפטית בכתב (סעיף 7(א)); ולא תתקשר רשות מקומית בעסקה הטעונה אישור המועצה, אלא אם כן הוגשה לה חוות דעת מנומקת בכתב של היועץ המשפטי, שלפיה אין מניעה לאשר את העסקה (סעיף 7(ג)). היועץ המשפטי אינו יועץ פרטי של ראש הרשות, אלא של הרשות המקומית. משרתו אינה משרת אמון, ועל כן אינה קשורה בזהותו של ראש הרשות; "עליו לגלות עצמאות מקצועית, שכן אין עליו, בעניין תוכן חוות דעתו המשפטית, מרות אחרת זולת מרות החוק" ([בג"צ 3180/94 דורון נ' ניצן, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%203180/94&Pvol=מח)(4), 733, 737 (המשנה לנשיא -כתארו אז- ברק)); ראו גם [עת"מ (ב"ש) 204/02](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עתמ%20204/02) הנזכרת.

מד. חוות הדעת של היועץ המשפטי לעיריה בשאלה משפטית קובעת מבחינת גורמי העיריה, ובכלל זאת העומד בראשה, את המצב המשפטי המצוי )[עת"מ 219/06](http://www.nevo.co.il/psika_word/minhali/mm06000219-9.doc) הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים [פורסם בנבו]), כמובן בכפוף לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בהקשרים הנצרכים, ולפסיקת בתי המשפט. ער אני לכך שסעיף 6(ד) ל[חוק הרשויות המקומיות (ייעוץ משפטי)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p213_057.htm) קובע, כי מליאת המועצה רשאית לאמץ חוות דעת משפטית אחרת שהוצגה בפניה, אולם קשה להלום כי כל החפץ בכך יגיש חוות דעת נוגדת, כאשר חוות דעת היועץ המשפטי אינה נושאת חן בעיניו. חוות דעת נוגדת תוכל להיות מאומצת רק במקרים נדירים, במשורה שבמשורה; וראוי לה למועצה שתשקול היטב היטב בטרם אימוץ חוות דעת משפטית אחרת, ותפנה ליועץ המשפטי לממשלה לשם חוות דעתם בטרם תנקוט צעד קיצוני. לא כל שכן, שאין ראש העיריה רשאי לפעול כנגד חוות דעתו של היועץ המשפטי לעיריה שלא באמצעות החלטה של המועצה, שכאמור צריכה להיות נדירה מאוד. ושוב – צר היה מאוד להיווכח, כי ראש העיריה בנידון דידן אינו שועה לחוות דעת יועצתו המשפטית, וכי מערכת היחסים ביניהם מאופיינת בהתנגחות ובחוסר אמון שאינם מאפשרים עבודה תקינה:

"תפקידו של היועץ המשפטי הוא מן התפקידים המרכזיים ברשות המקומית. בהתאם לחוק הייעוץ המשפטי חייבת הרשות המקומית המקומית בקבלת יעוץ משפטי. על היועץ המשפטי ליתן יעוץ משפטי לרשות ... היועץ המשפטי הוא אחד משומרי הסף ברשות המקומית, ועליו לפעול על מנת להבטיח שהרשות המקומית, נבחריה ועובדיה ימלאו את תפקידם על פי הוראות החוק וכללי המינהל התקין" (חוזר מנכ"ל משרד הפנים 5/2009).

=-=

[הודעה של דוברות בית המשפט]

ביום 11.3.10 זיכה ביהמ"ש המחוזי מרכז את מבקר עיריית טבריה מכל האישומים המשמעתיים נגדו והורה להחזירו לאלתר לתפקידו. השופטת נגה אהד צירפה את התנועה לאיכות השלטון כידידת בית המשפט, ועמדה על מעמדו הרגיש של מבקר עירייה, שבניגוד למבקר המדינה אינו נהנה מעצמאות מוסדית והוא עובד של הגוף, אותו הוא מבקר (פיסקאות 16-15).

השופטת אהד דנה, בין היתר,  בנושא העתקת תיבת הדוא"ל האישית של המבקר, שבוצעה בהתאם להחלטת ראש העירייה וקבעה כי היא מהווה חדירה לפרטיותו, והיא שקולה לחיטוט בחפציו האינטימיים או לחיפוש במגירה הנמצאת בלשכה בה מונחים חפציו האישיים. כן קבעה כי יש לדחות את טענת העירייה, לפיה אין מדובר בפגיעה בפרטיות, משום שהנתונים נלקחו משרת המחשב שבבעלותה, שכן הלכה היא שמתחם הפרטיות אינו נקבע על פי דיני הקניין, וכי הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם ולא של המקום. בית המשפט דחה את קביעת ביה"ד האזורי לעבודה בעניין טלי איסקוב. עוד הוסיפה השופטת, כי התרת עיון במידע המצוי אצל המבקר על ידי הגורם המבוקר הינו בלתי סביר, נוגד את הרציונל העומד בבסיס פקודת העיריות, כללי הביקורת ואושיות המינהל התקין ואין לאשרו, וכן כי בית הדין המשמעתי לא נתן דעתו על הפגיעה הקשה באינטרס הציבורי, כאשר נתן הכשר לחדירה למידע השמור אצל מבקר הפנים, והיה עליו להביא שיקול זה במכלול שיקוליו.

השופטת אהד קבעה כי העובדות מלמדות על מגמתיות בהתנהלות ראש העיר בנוגע למבקר, ובנוגע להעתקת מידע ממחשבו של המערער, תוך שהוא פועל בחשאיות, מפעיל את איש דברו, הנהג, ומסתיר התקשרות זו מיתר הגורמים בעירייה וכי אין ספק כי פעילות בילוש חשאית לתפיסת מידע ממחשב המערער אינה לתכלית ראויה.

השופטת הבהירה כי חדירת העירייה לתיבת הדואר האלקטרוני של המערער והפגיעה בפרטיותו נעשתה בהעדר הסכמה מפורשת ובהעדר ידיעתו. משכך קבעה כי אין לקבל את הראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, במטרה לפגוע במעמדו של מבקר הפנים ותוך פגיעה בעבודתו , שכן פגיעה אסורה בפרטיות מובילה לפסלות הראיות שהושגו באמצעותה (פיסקאות 27-25). ...

בשל עינוי הדין והניצול לרעה של ההליכים על ידי העירייה חוייבה היא לשלם למבקר הוצאות בסך 50,000 ש"ח.

=-=

**הרשות המקומית ותושביה, בהשוואה למי שאינם תושביה**

שירותים לתושבי העיר:

שירותים חברתיים-קהילתיים– דוגמת מתנ"ס וחוגים במסגרתו;

שירותי קבורה;

שירותים וטרינריים; ...

"מרחב ציבורי" לכל אדם:

דרכים ציבוריות;

מה לגבי פארקים עירוניים/ פארקים ציבוריים?

=-=

# בוטל התשלום בכניסה לפארק רעננה

* [**צפריר רינת**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.878) **; 05.09.2007**

הפארק העירוני של רעננה, שהיה הפארק היחידי בישראל בו נגבה תשלום עבור כניסה, נפתח בשבועות האחרונים לכניסה חופשית. פתיחת הפארק מהווה הישג לעמותת "אדם, טבע ודין" ולשדולה הירוקה הסביבתית בכנסת, המנהלים מאבק חוקתי ומשפטי נגד גביית תשלום בכניסה לחופים ופארקים. העמותה הגישה כבר לפני שנתיים עתירה לבג"ץ נגד גביית התשלום בסופי שבוע בכניסה לפארק רעננה ממי שאינם תושבי העיר, וטענה שמדובר בצעד הפוגע בזכות הציבור להנות ממשאב ציבורי. העירייה טענה שגביית התשלום נועדה לממן את תחזוקת הפארק באופן שלא יפיל את העומס רק על תושבי העיר באמצעות מסים עירוניים.

בג"ץ לא אסר על גביית התשלום, אולם ביקש לקבוע קריטריונים לגביית תשלום בפארקים עירוניים. במקביל, החלו חברי השדולה הירוקה בכנסת במהלך לתיקון פקודת העיריות כך שתאסור גביית תשלום בכניסה לפארקים. התיקון אושר ונכנס לתוקף בחודש שעבר. בתיקון נקבע שניתן יהיה לאשר גביית תשלום רק במקרים חריגים ועל פי אישור ועדת הפנים והגנת הסביבה.

**התיקון שהתקבל לפקודת העיריות:**

249. סמכויותיה של עיריה הן: [...]

(8) לספק, להתקין, להתוות, לתכנן, לשפר, לקיים, להסדיר גנים וגינות ומקומות מרגוע או נופש אחרים לשימוש הציבור, ולפקח עליהם, ולהשתתף בהוצאות קיומם של מקומות כאמור שהתקינם אדם לשימוש הציבור, ובלבד שלא ייגבו דמי כניסה לאותם מקומות, בחוק עזר או בכל דרך אחרת, לרבות באמצעות הטלת אגרה, מס, היטל או תשלום כלשהו (בפסקה זו – דמי כניסה), ואולם רשאי השר להתיר לעיריה לגבות דמי כניסה למקומות כאמור במקרים חריגים, ולפי כללים שקבע באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת;

גנים ציבוריים

(תיקון מס' 109) תשס"ז-2007

=-=

**שאלה:**

ומה אם לא ייגבה תשלום אלא מועצת העיר תגביל בחוק עזר את הכניסה לתושבי העיר בלבד?

=-=

**אנו עוברים עתה, אם כן, לחלק הבא של הקורס; זה שתכופות נהוג לכנותו *"המשפט המינהלי".***

**מדובר בעיון קרוב ומפורט יותר בנורמות המשפטיות (מעניקות הסמכות ומגבילות הסמכות) החלות על רשויות המינהל הציבורי – קרי, על "ממלאי תפקיד ציבורי על פי דין" ברשויות הללו.**

***הממשלה;***

***השלטון המקומי – הרשויות המקומיות;***

***תאגידים ציבוריים/ תאגידים סטוטוריים;***

***גורמי בקרה שלטוניים שונים: היועץ המשפטי לממשלה; מבקר המדינה; ...***

***וגופים נוספים הממלאים תפקיד על פי דין* (ראו להלן).**

**מדובר הן *בגורמים נבחרים-פוליטיים* שזכו למשרה שלטונית רמה במיוחד: שרים, ראשי ערים;**

**והן בגורמים שלטוניים מקצועיים, הקרויים בשם הכולל: *השירות הציבורי* (עובדי המדינה, עובדי הרשויות המקומיות ועובדי התאגידים הסטטוטוריים); אנו מכנים זאת, בלשון מדע המדינה, *הבירוקרטיה*.**

**מי, באופן מפורט יותר, מצוי כאן?**

**פירוט מרכיביו של המינהל הציבורי[[68]](#footnote-69)**

**משרדי הממשלה - גוף רחב של סמכויות שלטוניות רבות-משקל והיקף גדול מאד של פעולות שלטוניות מופיע כמובן כאן, במשרדי הממשלה.**

**הרשויות המקומיות** (לעיל)

**התאגידים הציבוריים/ התאגידים הסטוטוריים** הם חלק מן המינהל הציבורי אך אין הם חלק מן הממשלה. לתאגיד ציבורי יש קיום נפרד מבחינה משפטית לצורך מילוי תפקיד ציבורי מסוים. התאגיד מוקם על פי רוב בחוק מיוחד ותפקידיו נמסרים לו בחוק זה (ומכאן השם "תאגיד סטטוטורי").

מגן דוד אדום, מכון התקנים, האקדמיה ללשון העברית, בנק ישראל, המועצה להשכלה גבוהה, המועצה לייצור ולשיווק של ירקות, שירות התעסוקה, רשות שדות התעופה, האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, רשות השידור, מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה, המועצה לשידורי הכבלים והלוויין, המוסד לביטוח לאומי, רשות העתיקות, רשות הגנים הלאומיים, ועוד.

יש בישראל למעלה מארבעים תאגידים ציבוריים. הם שונים מאד זה מזה. חלקם גדולים וחשיבותם רבה, כמו המוסד לביטוח לאומי, ואחרים קטנים וצנועים יותר. חלקם נותנים שירותים בעלי אופי עסקי, כמו רשות שדות התעופה, ואחרים נותנים שירותים בעלי אופי ציבורי מובהק, כמו הרשות לשיקום האסיר. יש בהם הפועלים במידה רבה של עצמאות כלפי הממשלה, כמו בנק ישראל, ולעומתם כאלה הסמוכים במידה רבה לשולחן הממשלה ולמדיניותה, כמו הרשות למלחמה בסמים.

שלשה סוגים עיקריים של תאגידים ציבוריים:

א. ממלאי תפקיד מובהק של ממשל בתחום הפיקוח, הציווי, הרישוי והיעוץ. כאלה הם, לדוגמא בנק ישראל, רשות העתיקות, הרשות לפיקוח חקלאי, מועצת הרשות השנייה, המועצה לשידורי הכבלים והלוויין, והמועצה להשכלה גבוהה.

ב. נותני שירותים בעלי אופי ציבורי מובהק, שלא על בסיס עסקי, אף שלעיתים הם גובים מחיר או מטילים אגרה עבור השירות. למשל, רשות השידור, שירות התעסוקה, מגן דוד אדום ורשות הגנים הלאומיים.

ג. תאגידים ציבוריים הנותנים שירותים שיש להם גם אופי עסקי. למשל, רשות שדות התעופה.

בדרך כלל החוק מעניק לתאגיד הציבורי סמכויות במידה הנדרשת למילוי התפקיד, כגון סמכות להטיל ולגבות אגרות, להוציא צווים המסדירים את ההתנהגות בתחום המופקד בידי התאגיד, או לקיים פיקוח במטרה למנוע הפרה של החוק. סמכויות אלה עושות את התאגיד הציבורי לרשות מינהלית.

**גופים לווייניים**. המציאות יצרה צרכים שלא ניתן היה לספקם במסגרת של משרד ממשלתי או במסגרת של תאגיד ציבורי.

נוצרו על כן גופים, המהווים חלק מן המינהל הציבורי אך לא חלק מן הממשלה, ויש להם מידה של עצמאות כלפי הממשלה.

בדרך כלל מוטל על גוף כזה תפקיד ציבורי צר בהיקפו, שאינו מחייב פעילות יומיומית לאורך זמן, ולכן גם אינו דורש מנגנון בירוקרטי מקיף וקבוע. דוגמאות:

המועצה לביקורת סרטים; ועדת חקירה (ממלכתית או אחרת המוקמת מכוח דין); "בית דין מינהלי" (השם המקובל לועדות ערר וגופים שיפוטיים אחרים המוקמים מכוח חוק כדי לדון בסכסוכים הנובעים מביצוע אותו חוק, כגון, ועדת ערר למס רכוש המוקמת לפי סע' 29 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961); הוועדה לבחירת שופטים; הוועדה לבדיקת מינויים בחברות ממשלתיות; המינהלה להסדרים במגזר החקלאי-משפחתי, ועוד.

הם מוקמים במתכונת זאת משום שיש טעם, מצד אחד, להקים אותם כגופים נפרדים, בין היתר, כדי שניתן יהיה לשתף בפעילות שלהם מומחים ואישים אחרים שמחוץ למנגנון הממשלה; ועם זאת, מן הצד האחר, המהות וההיקף של תפקיד הגוף אינם מצדיקים הקמה של תאגיד ציבורי, עם מנגנון משלו.

הגופים הלווייניים נוצרים באחת משתי דרכים: על ידי חוק או על ידי החלטה מינהלית. החוק מקים גוף מעין זה, ראשית, כאשר הגוף צריך סמכויות שיש בהן משום פגיעה בזכויות האדם, ורק החוק יכול להעניק סמכויות כאלה. כך לדוגמה, המועצה לביקורת סרטים שבסמכותה צנזורה על סרטים, או ועדת חקירה שיש לה סמכות לכפות הופעה והשבעה של עדים. ההקמה בחוק יכולה לבוא גם כדי להעניק מעמד ויוקרה לגוף או לנושא טיפולו.

בפועל חלק גדול מן הגופים הלווייניים הוקמו, לא על ידי חוק, אלא על ידי החלטה מינהלית. למשל: הוועדה לאנרגיה אטומית, וועדת השמות הממשלתית; ועדות ציבוריות לגיבוש הצעות חוק [כגון ועדת טל בעניין הסדרת גיוס בני ישיבות]; ועדות בירור המוקמות באופן שגרתי לחקירת אירועים ונושאים שונים. גופים מעין אלה מוקמים, ככל הנראה, מכוח סמכויות הממשל הכלליות המוקנות לממשלה, או במסגרת סמכויות עזר לסמכות ראשית כזו או אחרת [נלמד על כך בהמשך].

בין הגופים הללו *גופים מקצועיים*. כאלו המסדירים את העיסוק במקצועות מסוימים מכוח הסמכה לכך בחוק – בעיקר סמכות לתת רישיונות לעסוק במקצוע ולפקח על האתיקה המקצועית.

לשכת עורכי הדין, מועצת רואי החשבון, מועצת ההנדסה והאדריכלות, מועצת השמאים, מועצת הפסיכולוגים.

גופים אלו הם בעלי מעמד מיוחד במינו. מצד אחד הם אינם ארגונים וולונטריים של אנשי המקצוע, שכן החוק הוא המקים את המוסדות ומקנה להם סמכויות, ומערב את הממשלה בפעולתם. מצד שני, הם אינם חלק מן המנגנון הממשלתי, ואפילו השיוך שלהם למינהל הציבורי הוא בעייתי. אף על פי כן ראוי להם הסיווג של גופים מינהליים: רשויות מינהליות מעורבות בפעולתם, מוענקות להם סמכויות מינהליות, והם נתונים לביקורת שיפוטית כמו גופים מינהליים רגילים.

**הרשות המינהלית והתאגיד הפרטי** נראים, במבט ראשון, כמו יצורים שבאו מעולמות שונים. הרשות המינהלית מדברת מעמדה של מרוּת, ונותנת הוראות המשנות את הזכויות והחובות של אחרים, למטרות ציבוריות. התאגיד הפרטי, מנגד, מנהל משא-ומתן כשווה בין שווים, כדי להשיג הסכמה, בדרך כלל למטרות עסקיות. לצורך זה הוא משתמש במכשירים של המשפט הפרטי, ובעיקר חוזים. על אף השוני המהותי בין הרשות המינהלית לבין התאגיד הפרטי התפתחה ביניהם מערכת יחסים מורכבת, שאת חלקה תפגשו בקורסים השונים, כולל קורס זה.

**החברות הממשלתיות** מצויות – יותר סמוך מאחרים – בגשר העובר בין התחומים.

החברות הממשלתיות הן תאגיד פרטי – תאגיד המוקם במשפט הפרטי. ***הן אינן רשויות מינהליות,*** כיוון שאין להן (בכפוף לחריגים מעטים, ביחס לחלקן) סמכויות מכוח חוק. עם זאת, מבחינה מעשית החברה הממשלתית היא חלק מן המינהל הציבורי: היא מכשיר בידי המינהל הציבורי להשיג מטרות שבדרך כלל אפשר היה להשיגן גם בדרך אחרת, והדרך של חברה בע"מ נבחרה רק משום שהיא נוחה יותר.

בעוד שהחוק הוא הקובע את המבנה, התפקיד והסמכויות של תאגיד ציבורי, הרי שחברה ממשלתית מוקמת על פי החלטת הממשלה, בהתאם לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, וכל הפרטים הנוגעים למבנה ולתפקוד שלה נקבעים בתזכיר ובתקנות שלה.

הנקודה, שהיא אולי החשובה ביותר מבחינה משפטית היא, שחברה ממשלתית כאמור *איננה רשות מינהלית*. משמע, ברגיל היא אינה נתונה לסמכות הביקורת השיפוטית של בג"ץ (שעיקר סמכותו היא ביחס לממלאי "תפקיד ציבורי על פי דין") או של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים; וחשוב מכך, הנורמות של המשפט הציבורי – החובות מתחום המשפט הציבורי החלות על רשות מינהלית – חלות רק בחלקן על חברות ממשלתיות. כאן, בשאלת התחולה של נורמות של המשפט הציבורי יש גיוון בין החברות הממשלתיות (וכן חברות פרטיות), הנוגע לשאלת סיווג חלקן כ"גופים דו-מהותיים", גופים שחלות עליהן, בו-זמנית, נורמות הן של המשפט הציבורי והן של המשפט הפרטי ("דואליות נורמטיבית") [נדון בכך בסמסטר הבא].

דוגמאות לחברות ממשלתיות:

חברת החשמל, חברת מקורות, חברת עמידר, התעשייה האווירית, התעשיה הצבאית, נתיבי איילון ועוד.

**כידוע מתחוללים במשק בעשורים האחרונים תהליכי הפרטה משמעותיים.** הם גורמים, בין היתר,

**להפיכת תאגידים סטטוטוריים שונים לחברות ממשלתיות**

[כך למשל, התאגיד הסטטוטורי רשות הנמלים והרכבות – התפרק ב-2005. הוקמה חברת רכבת ממשלתית, וכן חברות נמלים נפרדות (נמל חיפה, נמל אשדוד, נמל אילת וחברת נמלי ישראל שמופקדת על נכסי הנמלים); וכך למשל, רשות הדואר ובנק הדואר הפכו לחברות ממשלתיות];

**וכמו כן הם גורמים להפיכת חברות ממשלתיות שונות לחברות פרטיות**

[כך למשל הועברו לידיים פרטיות חברת בזק; בתי הזיקוק; כימיקאלים לישראל; חברת אל-על ועוד].

**=-=**

*בפגישה הקרובה אנו מתחילים את חלקו של הקורס העוסק במה שקרוי תכופות "המשפט המינהלי": החובות החלות על רשויות המינהל.*

=-=

**קריאה לפגישה הקרובה ולזו שלאחריה**:

נתחיל את חלק 5 בסילבוס העוסק בדיני **הסמכות המינהלית.**

אנא קראו בעיון את שני העמודים שלעיל.

בתחילה ננסה לזהות ולאבחן סמכויות מינהליות בעלות אופי שונה: "הסמכויות של רשויות המינהל: חקיקה, שפיטה וביצוע". קראו את פסה"ד של **פלונית**. נסו, ראשית, להבין את המשתנים המשפיעים על סיווג כזה או אחר של הסמכות המינהלית. שנית, מדוע יש לסיווג זה חשיבות?

כמו כן קראו את פסק הדין העוסק ב"עצמאותה של הרשות המוסמכת" – **התנועה לאיכות השלטון** בנושא מינוי מנהל רכבת ישראל. מהו חופש הפעולה של ממלא תפקיד ציבורי על פי דין למול הגורם הבכיר ממנו במדרג הבירוקרטי (לרוב, השר)?

=-=

הפגישה העוקבת של יום א' הבא תעסוק ב"אצילת סמכות", "סמכויות עזר" (הסתייעות באחרים לפעולות עזר) ובסוגיות של הפרטה.

קראו את פסקי הדין של **עמותת "תנו לחיות לחיות"** (הקטעים המבוקשים), **מטר** וכן **איגוד האינטרנט הישראלי**. נסו לזהות מהו הדין העוזר לנו להבין מהי "אצילה" ומה התנאים לה ומהם סייגיה, מתי אין מדובר באצילה אלא ב"סמכויות עזר", ומהם סייגי ודרכי ההפרטה.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 22***

**"משפט ציבורי" – מבנה הקורס – מהלך הדברים עד עתה**

א. סוגיות מרכזיות של המשפט החוקתי

**חוקתה המאטריאלית/המהותית של המדינה**

**עקרונות היסוד של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית**: זכויות האדם, "נאמן של הציבור", שלטון החוק, הפרדת רשויות, (...)

**פירמידת הנורמות ופירמידת המוסדות**;

השפעתה על **"הפרשנות התכליתית"** (הנוגעת לתחומי המשפט כולם: משפט פרטי ומשפט ציבורי): פרשנות הוראת הדין לאור השילוב בין התכליות הפרטיקולאריות/המיוחדות שביסודה של אותה הוראת-דין לבין "התכליות הכלליות" שנלוות לה: משמע, "המטרייה הנורמטיבית" של ערכי היסוד של ישראל (חוקתה המהותית).

**החוקה הפורמאלית של ישראל**

"המהפכה החוקתית" – היווצרותה של חוקה פורמלית, גם אם 'נכה': עליונות חוקי היסוד; אך העדר נוקשותם ברוב המקרים;

תיאורית "שני הכובעים": הסמכות המכוננת בידי הכנסת,

מתקל בין נורמות,

הביקורת השיפוטית החוקתית – אמות המידה לבחינת תקפותם של חוקים: בעיקר "פסקת ההגבלה",

"פסקת ההתגברות" בחוק יסוד: חופש העיסוק

סעיף "שמירת הדינים" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,

"תיקון חוקה שאינו חוקתי"/ סוגיית הביקורת השיפוטית המטא-טקסטואלית; ...

**מוסדות היסוד של ישראל**

**הכנסת** [חסינות חברי הכנסת תידון בהמשך]

**הממשלה** ["כלל ההסדרים הראשוניים", "הסמכות השיורית"; סמכויות החירום הנתונות לממשלה יידונו בהמשך]

[**הרשות השופטת** – אנחנו פוגשים אותה, כל העת, אגב הדיון שלנו בביקורת השיפוטית]

**השלטון המקומי** – הרשויות המקומיות – חלוקת הסמכויות למול הממשלה, וחלוקת הסמכויות הפנימית בין האורגנים השונים של הרשות המקומית

**[היועץ המשפטי לממשלה** [תפקידו וסמכויותיו יידונו בהמשך];

[יש כמובן מוסדות שלטוניים מרכזיים נוספים, בהם לא נעסוק ישירות: נשיא המדינה, מבקר המדינה, ועדות חקירה ועוד]

=-=

**מכאן והלאה: המשך הקורס**

ב. סוגיות מרכזיות של "המשפט המינהלי"

**סדרת פגישות שתוקדש לנורמות המפורטות החלות על רשויות המינהל (זרועות הרשות המבצעת והשלטון המקומי)**

**ב1. "הסמכות המינהלית"**

**בפועל כבר דנו בנושאים מאד מרכזיים הנוגעים** לשאלות הנוגעות לבחינת **תוקף הסמכות, גם הסמכות המינהלית:**

הפירמידה הנורמטיבית ופירמידת המוסדות;

"המהפכה החוקתית" – חוקי היסוד, פסקת ההגבלה – המרכיב הראשון שלה;

עקרון החוקיות;

כלל ה"הסדרים ראשוניים";

"הסמכות השיורית" של הממשלה;

עתה אנו עוברים לדון בסוגיות נוספות, המכונות **דיני הסמכה**:

סוגי הסמכויות המופקדות בידי המינהל הציבורי;

"עצמאות הרשות המוסמכת";

העברת סמכויות;

אצילת סמכות;

נטילת סמכות

**ב2. "ההליך המינהלי"**

דינים/חובות שעניינם **ההליך הנאות, ההליך הראוי,** שבו צריכות להתקבל הכרעות של רשויות המינהל:

הנחיות מינהליות;

חובת פרסום;

תחילת תוקף (רטרואקטיביות);

**כללי הצדק הטבעי**:

זכות הטיעון/ חובת השימוע; איסור ניגוד עניינים ואיסור משוא-פנים

**[ההמשך – בסמסטר ב']**

**ב3. "שיקול הדעת המינהלי"**

איסור "שיקולים זרים"

תשתית העובדות הנדרשת

"סבירות" ו"מידתיות"

איסור הפליה [...]

**ב4. סוגיות מיוחדות בתחום המשפט המינהלי**

שינוי וביטול של החלטה מינהלית קודמת;

"הבטחות שלטוניות";

"השתק" של רשות;

חוזים מינהליים (= חוזי רשות, הסכמים שלטוניים) – "דואליות נורמטיבית"

תחולת המשפט הציבורי על גופים לא-שלטוניים (גופים "דו-מהותיים")

ג. ואז נשוב לדיון משלב (אינטגרטיבי) של משפט חוקתי ומשפט מינהלי, דרך עיסוק נוסף "בזכויות האדם"

**נשוב לסדרת פגישות שעניינן דיון מפורט בזכויות האדם, אך הפעם לא נעסיק את עצמנו רק בשאלת מעמדן החוקתי ומשמעותו, אלא ננסה לרדת יותר לעומק תוכנן ולהבין את גבולותיהן הקונקרטיים במשפט הציבורי של ישראל**

מדובר בפרק מקיף, שיעסוק בסוגיות הבאות:

סוגי המעמד האזרחי של בני אדם בישראל;

סמכויות שעת חירום;

הדין בשטחים הכבושים;

הזכות לבחור ולהיבחר;

חופש הביטוי וזכות ההפגנה;

חופש הדת והמצפון;

הזכות לשוויון;

זכויות חברתיות.

ד. סעדים וסמכויות שיפוט של בתי המשפט העוסקים במשפט הציבורי

**נמשיך עם דיון קצר בסעדים (בתרופות) על הפרת כללים של המשפט הציבורי**

בהנחה שהרשות אכן הפרה חובות המוטלות עליה במשפט הציבורי – **מהן תוצאות ההפרה של כללי המשפט הציבורי –**

**האם יינתן סעד, ואם כן, איזה?** דוקטרינת "הבטלות היחסית"

**נסיים את הקורס בדיון קצר בסמכויות השיפוט בתחום המשפט הציבורי**

**מיהם בתי המשפט** שמפעילים ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל, ומהי חלוקת הסמכות/ חלוקת התפקידים ביניהם;

**שיקול הדעת של בית המשפט ביחס להפעלת סמכותו**

"עילות הסף" ביחס להפעלת הביקורת השיפוטית: שפיטות, זכות עמידה, עתירה כללית, ניקיון כפיים, שיהוי, אי-בשלות ועוד

=-=

הבה נתבונן "ממעוף ציפור" על תחומיו של המשפט הציבורי ונראה יותר מקרוב את חלקו של "המשפט המינהלי" בתוכו.

**משפט ציבורי – תחומי הדיון**

**1. מהם הכללים המשפטיים החלים על הגורמים השלטוניים למיניהן, ובתוך כך מהם הדינים החלים על רשויות המינהל הציבורי?**

על הכנסת

על "המינהל הציבורי"

הרשות המבצעת

הממשלה וגורמים נוספים הסמוכים לפעילותה

הממשלה, ראש הממשלה והשרים, ממלאי תפקידים בשירות הציבורי

תאגידים ציבוריים/סטטוטוריים [לעיל]

"גורמים לווייניים" [כנ"ל]

[חברות ממשלתיות] [איזה דין חל עליהן? נלמד זאת בהמשך]

הרשויות המקומיות/ השלטון המקומי (להבדיל מהממשל המרכזי) – עיריות, מועצות אזוריות ומועצות מקומיות

על הרשות השופטת

[על גופים שלטוניים נוספים, בהם איננו עוסקים מקוצר זמן]

**ביחס למינהל הציבורי:**

**1א. דינים הנוגעים לסמכות המינהלית**

**1ב. דינים הנוגעים לאופן הפעלת סמכות זו**

**1ב(1). דיני ההליך המינהלי**

**1ב(2). דיני שיקול הדעת המינהלי**

**2. מהם דיני התרופות/הסעדים במשפט הציבורי? הסעד** שינתן על **הפרת כללי המשפט הציבורי**

[נלמד כאן, בין היתר, על דוקטרינת **"הבטלות היחסית"**]

**3. מהם סדרי הדין (=הדין הפרוצדוראלי) המלווים את הביקורת השיפוטית?** בין היתר, חלוקת **סמכויות השיפוט** בתחום המשפט הציבורי[לאלו בתי משפט נתונה סמכות דיון בטענות בדבר הפרה של כללי המשפט הציבורי]

**=-=**

**הסמכויות של רשויות המינהל**

**א. סוגי הסמכויות של רשויות המינהל**

**א1.**

**סמכויותיה של הרשות המינהלית:**

**סמכויות חקיקה;**

**סמכויות שפיטה/ סמכויות מעין-שיפוטיות;**

**סמכויות ביצוע/ סמכויות מינהל ('רגילות')**

**"סמכויות חקיקה" הנתונות למינהל הציבורי: הכוונה לסמכויות לחקיקת-משנה הנתונה לרשות מינהלית –**

**"תקנות" שקובע, לרוב, שר; או "צווים" בעלי אופי כללי** (*להבדיל* מצווים אינדיבידואליים, דוגמת צו מעצר מינהלי; הוצאת צו אינדיווידואלי היא הפעלה של "סמכות ביצוע", להבדיל מסמכות חקיקה.)

**"חוקי-עזר" שמחוקקים על ידי מועצת עיר או רשות מקומית אחרת;**

**"כללים" שנקבעים על ידי תאגיד סטוטורי (למשל,** כללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993)

[זכרו כמובן את המיקום של נורמות אלו בפירמידה הנורמטיבית: הן מצויות מתחת ל"משפט המקובל נוסח ישראל"; מתחת לחקיקה (שמעל "המשפט המקובל נוסח ישראל"), וכמובן שהם מתחת לחוקי היסוד].

**"סמכויות שפיטה" של המינהל הציבורי: הכוונה ל"סמכויות מעין שיפוטיות" הנתונות לרשות מינהלית –**

##### ^מה הנפקות שיש לסיווג החלטה/פעולה מנהלית נתקפת כשיפוטית או כמעין-שיפוטית?

##### ^מה הנפקות שיש לסיווגה כסמכות תחיקתית?

##### ^כיצד נזהה כל אחד מסוגי הסמכויות המינהליות?

=-=

**נפקות ההבחנה בין סוגי הסמכויות?** ראו למשל את הוראות הדין הבאות ואת הפסיקה הבאה.

**חוק יסוד: הממשלה** (בנוסחו הנוכחי, שהתקבל בתשס"א, 2001)

33. [**אצילת סמכויות**]

[...] (ב) סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), **למעט סמכות להתקין תקנות**, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור. [...]

34. [**נטילת סמכויות**]

שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, **למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי**, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת.

=-=

פסיקה רלבנטית

**"סמכויות מעין-שיפוטיות"**

*הזיהוי סבוך למדי. להלן ניסיונות הגדרה שמופיעים בפסיקה ובדין. עדיין הלימוד העיקרי שלנו הוא מתוך התבוננות במקרים ולימוד מהם.*

בג"צ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב 1493, השו' זילברג, סע' 11 לפסק דינו [ההדגשות הוספו]:

כמה מן ה"שיפוטיות" חייב להיות במעשה הגוף האדמיניסטרטיבי, כדי שיזכה לתואר **"מעין-שיפוטי"** [...]? שהרי משהו שבמשהו יש בכל מעשה ומעשה! לכן נמנו וגמרו חשובי השופטים ואחרי כל מיני ניסויים נתגבש רעיון אחד, שאפשר להלבישו נוסחא מעין זו: **מעשה אדמיניסטרטיבי מעין-שיפוטי הוא כל שנצרך לממצא קודם, עובדתי או משפטי, וההכרעה שבו - הצו המצווה או הקונסטיטוטיבי - היא "פונקציה" של אותו ממצא, כלומר: תלויה לכאן או לכאן בנכונות הממצא.** נתקיים תנאי זה, חייב הגוף האדמיניסטרטיבי, בהגיעו אל קביעת הממצא, להתנהג כמעט כמוסד שיפוטי [...].

=-=

**חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992**

1. [הגדרות] בחוק זה -

"בית דין מינהלי", "בית דין" - ערכאה המוקמת בידי שר או רשות מינהלית אחרת ויש לה סמכות שפיטה, בין אם היא מכונה בית דין, ועדת ערר או ועדת ערעור ובין אם היא מכונה בשם אחר; [...] "סמכות שפיטה" - סמכות להחליט בריב שרשות מינהלית צד לו; [...]

דוגמא: ועדת ערר למס רכוש המוקמת לפי סע' 29 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961

=-=

בג"צ 5760/93 **פלונית נ' ועדת התלונות על פי חוק הפסיכולוגים**, פ"ד נ(4) 194 [ההדגשות הוספו]

*סעיף 35 לחוק הפסיכולוגים מורה על מינויין של שתי ועדות - ועדת התלונות וועדת המשמעת. הוועדה הראשונה היא החוקרת והתובעת; השנייה היא השופטת. סמכותה של ועדת התלונות איננה לקבוע שפסיכולוג עבר עבירת משמעת ולנקוט בצעדים משמעתיים כלפיו. בוועדת התלונות מתבצע הליך בירור החשד/ מעין הליך חקירה, בדומה להליך המתבצע במשטרה ובפרקליטות בטרם מוגש כתב אישום נגד חשוד; תפקידה של ועדת התלונות הוא לברר אם אין מדובר בחשד בעלמא.*

*בתחילה קבעה הועדה [ועדת התלונות] כי אין להגיש כתב אישום משמעתי כנגד פלונית, כתב אישום שיידון בועדה האחרת, ועדת המשמעת; אך בעקבות פניה נוספת של המתלוננת, הוחלט על בדיקה של ועדת תלונות חדשה.*

*שני בסיסים הושמעו כהצדקה לשינוי ההחלטה הקודמת. ראשית, נפל פגם בסמכות ועדת התלונות, שכן בניגוד לדין לא התפרסם ברשומות שמו של אחד מחבריה. שנית, בשל גילוי מידע חדש, הנוגע "להתערבות של גורמים פוליטיים-שלטוניים חיצוניים" לטובתה של פלונית.*

**המסגרת הנורמטיבית**

4. ההליך [בפני ועדת התלונות], אם כן, עיקרו בירור החשד שהתעורר אצלה לגבי פסיכולוג פלוני. אם ננסה לתרגם סממנים אלה של הוועדה למונחי המשפט המינהלי, ניווכח כי סיווגה המשפטי של ועדת התלונות אינו נקי מספיקות. מתגלים בה סממנים וסמכויות הן של גוף מעין-שיפוטי והן של גוף מינהלי. לכאורה, הנטייה היא לסווג את הוועדה כגוף מעין שיפוטי טהור, בשל מעורבותה בהליך המשמעתי. [הפנייה להגדרה ב**ברמן**] כך גם בבג"צ 76/73, **טרודלר נ' פקיד הבחירות לוועדות החקלאיות ואח'**, פ"ד יז 2503, בעמ' 2514:

"...כאשר הגוף צריך להחליט אך ורק על סמך העובדות של המקרה המיוחד, אך ורק על סמך הטענות או העדויות שהובאו בפניו, ואינו רשאי להביא בחשבון גורמים ושיקולים חיצוניים, כי אז הוא חייב לפעול באורח שיפוטי...".

מאידך גיסא, יש נתונים המצביעים על גוף בעל אופי ומטלה מינהליים. ועדת התלונות מופקדת על איסוף נתונים וביצוע חקירה, ולשם כך אף מסורות לה סמכויות מיוחדות. אולם, המלצותיה אינן משמשות נדבך בהחלטת ועדת המשמעת, ואין היא נדרשת להגיש המלצותיה בפניה ... אולם, אין תפקידה של הוועדה מתמצה אך באיסוף נתונים. על הוועדה להחליט על סמך המקרה המיוחד העומד בפניה, מבלי להביא בחשבון שיקולים חיצוניים והכרעתה היא פונקציה של הממצאים העובדתיים אותם היא קובעת. על הוועדה להיזקק למבחנים משפטיים, על מנת לקבוע אם קיים חשד סביר שהתנהגותו של הפסיכולוג עולה כדי עבירת משמעת. לוועדה מסור למעשה שיקול הדעת אם להמשיך בהליכים נגד הפסיכולוג אם לאו. על כן, אופי ההליך מחייב שמיעתם של הנקבל והמתלונן, והחשיבות הנודעת למימוש זכות הטיעון עולה גם מהשתלשלות הדברים בעניין זה. סיכומם של דברים, לוועדה מסור כוח השפעה משמעותי על מערך זכויותיו וחובותיו של הנקבל העומד לפניה (וראה ע"א 3786/90 הנ"ל). כל אלה הם סממנים מעין-שיפוטיים המתגלים בוועדה.

לדעתי מדובר **ביצור כלאיים**, גוף המצוי על הגבול בין גוף מעין-שיפוטי וגוף מינהלי. ועדה התלונות ממלאת, למעשה, שני סוגי פונקציות. בהחלטתה לחקור חשד בדבר עבירת משמעת שביצע פסיכולוג פלוני, היא ממלאת פונקציה מינהלית טהורה. אולם משהחלה לחקור בדבר, היא מתפקדת כגוף מעין-שיפוטי. כאמור, אף בתפקידה זה מתגלים בוועדה סממנים מינהליים לצד הסממנים המעין-שיפוטיים. כאשר גוף הוא הן בעל סממנים מינהליים והן בעל סממנים מעין-שיפוטיים, מכריע לדעתי, לצורך קביעת אמות המידה לפיהן ייבחנו פעולותיו, סיווגו המעין-שיפוטי. **לסיווגם של גופים מינהליים נודעת חשיבות פרקטית: שאלת תחולתם של כללי המשפט המינהלי ותוצאות הפרתם מושפעת, בין היתר, מאופיו של הגוף הנדון וסוג ההחלטות שהוא מוסמך לקבל. כללי המשפט המינהלי מוחלים בצורתם החזקה והקפדנית ביותר על גופים בעלי אופי שיפוטי.** על כן, כאשר מעורבים בגוף סממנים שונים, הדעת נותנת שהגוף יסווג כמעין-שיפוטי, וייבחן על פי מידותיו של גוף מעין זה; שהרי, אם יסווג גוף שכזה, לפחות בכל הנוגע לפונקציות בהן מתגלה אופיו המעין-שיפוטי, כגוף אדמניסטרטיבי, יאבדו אותם סממנים מעין-שיפוטיים את משמעותם.

*מה מיוחד בפסק דין זה?*

*זהו מקרה שבו סיווג סמכויות הגוף המינהלי הנדון מוביל להתעוררותם הבו-זמנית של שני שיקולים נוגדים.*

*מהם? ומדוע ההכרעה היא כפי שהיא?*

=-=

"**סמכויות תחיקתיות"**

בג"צ 347/84 **עיריית פתח תקווה נ' שר הפנים**, פ"ד לט(1) 813, 815-823

***אם לא נספיק לדון בפסק הדין בפגישה הנוכחית אנא קראו בעיון לקראת הפגישה הקרובה.***

נסיבות המקרה והוראות הדין הרלבנטיות הן כלהלן:

**פקודת העיריות [נוסח חדש]** והסמכת **מועצת העיר** לחוקק חוקי עזר:

250. מועצה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לעיריה ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר או לעזור לה בביצועם, או כדי לדרוש מבעל נכס או מחזיקו לבצע באותו נכס עבודה הנחוצה למטרה האמורה.

הסמכות להתקין

חוקי עזר

**חוק עזר לפתח-תקוה (פתיחת עסקים וסגירתם), תשכ"ד-1963** (להלן - חוק העזר הקיים) קובע בסעיף 4, כי:

"4(א) בימי מנוחה לא יפתח אדם ולא ירשה בעל [עסק] לפתוח בית עסק או בית עינוג. (ב) ...

תיאור הרקע בפסק דינו של בית המשפט:

בהתאם להגדרות של המונחים "בית עסק", "בית עינוג" ו"ימי מנוחה" בסעיף 1 לחוק העזר הקיים, פירוש סעיף 4(א) הנ"ל הוא (לענייננו), כי בימים שנקבעו כ"ימי מנוחה" בפקודת ימי מנוחה, תש"ח-1948, אסור לפתוח, בין היתר, בית-קולנוע (שהוא בגדר "בית עינוג"), ואילו בכוונת ראש העירייה להעניק רישיון לפתיחת קולנוע "היכל" בערבי שבתות, החלטה שבינתיים - ללא רישיון - גם הוצאה במשך זמן מסוים מהכוח אל הפועל.

אולם משהתפתח עקב כך מאבק ציבורי, התכנסה המועצה [מועצת העיר], וב-5.2.84 החליטה על הצעת תיקון, לפיה ייתוסף לחוק העזר המקורי סעיף 6א, בו ייאמר,

ש**ראש העירייה** "רשאי ליתן רשיון לפתיחת בית עסק או בית עינוג למרות האמור בחוק עזר זה, אם ראה שיש ענין ציבורי בכך".

כן רשאי הוא להתנות את הרישיון בתנאים ולקבוע לו תקופה קצובה. ההחלטה בדבר הצעת התיקון אושרה ברוב דעות של חברי המועצה (13 כנגד 7 ונמנע אחד), לאחר דיון סוער, בעיקר על רקע ההיבט הדתי. להלן התיקון לחוק העזר שהתקבל והותקף:

6א. (1) ראש העיריה יהיה רשאי ליתן רשיון לפתיחת בית עסק או בית עינוג למרות האמור בחוק עזר זה, אם ראה שיש ענין ציבורי בכך.

(2) ראש העיריה רשאי -

(א) להתנות תנאים ברשיון בעת נתינתו ולהוסיף עליהם.

(ב) לסרב לתת רשיון.

(ג) לבטל רשיון אם לא נתמלאו התנאים שנקבעו בו.

[השופטת בן-פורת]

פועל כאן עקרון היסוד, לפיו אין רשות מקומית רשאית להעביר את סמכותה החקיקתית לאחר, והכלל הנזכר לעיל "שליח לא שויא שליח" [שליח לא עושה שליח] תופס בה (אם כי תוך גמישות מסוימת, כמוסבר בהמשך). כדי למנוע אי-הבנה יודגש, שאין לגרוע מחשיבות העובדה, שחברי מועצת העירייה נבחרים בבחירות חופשיות ודמוקרטיות. אולם על המועצה עצמה - ולא בידי שליח - לעסוק במלאכת חקיקת המשנה. בעיקר כל אימת שזו כרוכה בהפעלה של שיקול-דעת בכלל ובנושאים בעלי אופי אידיאולוגי בפרט. המועצה פועלת בשמה שלה ולא רק "מטעם" הריבון. אולם, כאמור, עליה לפעול בעצמה ולא לאצול מסמכויותיה לרשות מינהלית, ולו גם למי שניצב בראש הפירמידה, הוא ראש העיר.

רמזתי, כי העיקרון דלעיל המונע העברת סמכויות אינו נוקשה. אם מדובר בהעברה טכנית ביסודה, הכרוכה בעיקר בבירור עובדות, ולו גם תוך הפעלה מוגבלת של שיקול-דעת על-ידי הנעבר, נוטים להתיר את הסטייה. בדרך זו יכולה המועצה להסמיך רשות מינהלית לקבוע (על סמך בירור עובדתי בעיקרו) מעין "תקנות מפורטות" לביצוע ההסדרים, שכבר נקבעו על­ ידי המועצה עצמה בחקיקת המשנה. על-פי קו מחשבה זה הוחלט בע"פ 74/58 [3], שמותר היה להסמיך (בחוק עזר לתל-אביב-יפו (העמדת רכב וחנייתו), תשי"ד-1954) את ראש העיר לקבוע מקום חניה כמקום מוסדר החייב בתשלום ואף להחליט, אם להפעיל מקום זה על-ידי סדרן או באמצעות "מדחן"...

שונה תכלית שינוי הוא התיקון המוצע בעניין שלפנינו. [ראו את נוסחו לעיל]

... מלשון התיקון עולה, כי שיקול הדעת, אם יש או אין "ענין ציבורי" במתן רישיון "למרות האמור" בחוק העזר הקיים, נמסר כל כולו לראש העיר. התוצאה המעשית העולה מכך היא, שעל יסוד הסמכה זו יכול ראש העיר לחולל שינויים יסודיים ביותר בחוק העזר הקיים, וזו האצלה כה גורפת, אשר לפי שום קנה מידה הגיוני אינה עשויה להוות סטייה מותרת מעקרון היסוד, לפיו אסור למועצה בישראל להעביר לאחר את סמכויותיה התחיקתיות. ההלכה הפסוקה היא, כי בהתייחסות לסמכויות המינהל אין לבחון את הפראקטיקה הנוכחית אלא את היקפה הפוטנציאלי של הסמכות. ...חוק העזר הקיים דן כל כולו, או לפחות רובו ככולו, בשעות פתיחה ובמועדים, ואילו לפי התיקון הוסמך ראש העיר (אם ראה בכך עניין ציבורי) לשנות את כולם.

זאת ועוד, מהטיעון לפנינו ברור, שהמטרה העיקרית ביסוד התיקון המוצע הייתה לאפשר לראש העיר להעניק לבית הקולנוע "היכל" היתר להציג סרטים בפני קהל צופים בלילות שבת ומועד, "למרות האמור" בסעיף 4(א) לחוק העזר הקיים.

השאלה, אם להרשות פתיחת קולנוע בשבת, היא שאלה, שהדעות לגביה בקרב הציבור, לרבות בעיר פתח-תקוה, עשויות להיות חלוקות. יתרה מזו, ההפגנות והשימוש באלימות, שנתלוו לניסיון להפעיל קולנוע זה לפני שהוחלט על התיקון המוצע, מהווים ראיה המחזקת השערה זו. ערה אני לזהירות, בה צריך להתייחס לחשש מפני טרור רחוב על רקע אידיאולוגי דתי, ולעובדה, כי שמירת צביונה של המדינה כמדינת חוק מחייבת להתעלם מחשש זה כשהוא מתייחס לקיצוניי מועטים העלולים לנסות להשליט את רצונם על הרוב (ראה דברי השופט זילברג בבג"צ 155/60 [5] וכן השווה לאמור בג"צ 265/66 [6] אך ראה גם בג"צ 72/55, 117[7], בעמ' 752, שם נאמר כי לעתים פגם גדול הוא להתעלם מצרכים ומעניינים שבדת). אולם לא בכך עסקינן כי אם בשאלה, כלום בבעיה של מדיניות ובנושא רגיש כזה אין לחייב את מועצת העירייה עצמה לדון, שהרי היא הגוף הנבחר של תושבי המקום ועל-כן מייצגת בהרכבה את הדעות וההשקפות השונות בקרב ציבור זה.

=-=

א2.

הבחנה אחרת בין סוגים שונים של סמכויות המופקדות בידי הרשות המינהלית:

ההבחנה בין **סמכויות חובה וסמכויות רשות (סמכויות שיקול-דעת)**

**דוגמאות דרך הסדרת האזרחות והסדרת מרשם האוכלוסין**

**חוק האזרחות, תשי"ב-1952**

1. אזרחות ישראלית נקנית - מכוח שבות לפי סעיף 2, מכוח ישיבה בישראל לפי סעיף 3, מכוח לידה לפי סעיף 4, מכוח לידה וישיבה בישראל לפי סעיף 4א, מכוח אימוץ לפי סעיף 4ב, מכוח התאזרחות לפי הסעיפים 5 עד 8, או מכוח הענקה לפי סעיף 9. לא תהיה אזרחות ישראלית אלא לפי חוק זה.

2. (א) כל עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות, זולת אם הוקנתה לו אזרחות ישראלית מכוח לידה לפי סעיף 4 או מכוח אימוץ לפי סעיף 4ב...

4. (א) אלה יהיו, מיום לידתם, אזרחים ישראליים מכוח לידה:

1. מי שנולד בישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים;
2. מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים -

(א) מכוח שבות;

(ב) מכוח ישיבה בישראל;

(ג) מכוח התאזרחות;

(ד) לפי פסקה (1);

(ה) מכוח אימוץ לפי סעיף 4(ב)(1); ...

**5. [התאזרחות]**

(א) בגיר שאיננו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם נתקיימו בו תנאים אלה:

(1) נמצא בישראל;

(2) היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו;

(3) זכאי לשבת בישראל ישיבת-קבע;

(4) השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה;

(5) יודע ידיעת-מה את השפה העברית;

(6) ויתר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל מהיות אזרח-חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי.

(ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף-קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות. […]

#### חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| הגבלת אזרחות וישיבה בישראל | 2. | בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור. |

**חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965**

מיום 7.2.1968

**תיקון מס' 2**

[ס"ח תשכ"ח מס' 519](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-0519.pdf) מיום 7.2.1968 עמ' 28 ([ה"ח 755](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-0755.pdf))

(ב) לענין חוק זה יראו כתושב גם אדם אחר הנמצא כחוק בישראל, ~~זולת מי~~ אך לא יראו כתושב את מי שנמצא בה על פי רשיון לישיבת מעבר או לישיבת ביקור או על פי דרכון-חוץ דיפלומטי.

מיום 8.5.2008

**תיקון מס' 12**

[ס"ח תשס"ח מס' 2116](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-2116.pdf) מיום 8.11.2007 עמ' 27 ([ה"ח 164](http://www.nevo.co.il/Law_word/law16/KNESSET-164.pdf))

(א) בחוק זה –

"יום לפי הלוח העברי" – תקופה שתחילתה עשרים דקות לאחר שקיעת החמה וסופה בתום עשרים דקות לאחר שקיעת החמה למחרת;

"תאריך לידה" – יום הלידה הן לפי הלוח העברי והן לפי הלוח הגריגוריאני;

"תאריך פטירה" – יום הפטירה הן לפי הלוח העברי והן לפי הלוח הגריגוריאני;

"תושב" - מי שנמצא בישראל כאזרח ישראלי או על פי אשרת עולה או תעודת עולה, או על פי רשיון לישיבת קבע.

2. (א) במרשם האוכלוסין יירשמו הפרטים הבאים הנוגעים לתושב וכל שינוי בהם:

המרשם ופרטי הרישום

(1) שם המשפחה, השם הפרטי והשמות הקודמים;

(2) שמות ההורים;

(3) תאריך הלידה ומקומה;

(4) המין;

(5) הלאום;

(6) הדת;

(7) המצב האישי: (רווק, נשוי, גרוש או אלמן);

(8) שם בן-הזוג;

(9) שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם;

(10) אזרחות או אזרחויות, של עכשיו ושקדמו;

(11) המען;

(11א) כתובת למשלוח דואר כמשמעותה בחוק עדכון כתובת, התשס"ה-2005, ככל שנמסרה על כך הודעה;

(12) תאריך הכניסה לישראל;

(13) התאריך שבו נהיה לתושב כאמור בסעיף 1(א).

...

3א. **[סמכות רישום והגדרה]** [תיקון: תש"ל]

(א) לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי, כל עוד לא נסתרו ההודעה, הרישום או התעודה האמורים להנחת דעתו של פקיד הרישום הראשי או כל עוד לא נקבע אחרת בפסק-דין הצהרתי של בית משפט או בית דין מוסמך. [...]

**=-=**

**כלל חשוב אחר של המשפט המינהלי:**

**עצמאות הרשות המוסמכת**

הלכת **מיכלין:** בג"ץ 70/50 **מיכלין נ' שר הבריאות**, פ"ד ד 319, 323

הלכת העצמאות של רשות מוסמכת. **בעל הסמכות חייב לקבל את החלטותיו המנהליות באופן עצמאי.**

אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד ... לפעול בהתאם לזה ו[הוא] ... אינו מחוייב להישמע להוראותיו של מישהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו – ולא לאחרים – את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת.

הלכת מיכלין, בוקרה על-ידי מלומדים. הטעמים לביקורת נובעים, ברובם, מרציונל היררכי ורציונל דמוקרטי. בשל ביקורת זו, וטעמיה בצידה, צמצם בית המשפט – במידה רבה מאד – את הלכת **מיכלין** דלעיל. בין השאר, הוא קבע חזקה, שקשה מעשית לסתור אותה, לפיה הרשות המוסמכת, גם אם נהגה כעצת הממונים עליה, עשתה כן על יסוד שיקול דעת עצמאי.

אלא שיש מספר קטן של מקרים חריגים, בהם עצמאותה של הרשות המוסמכת אינה נסוגה מפני הרציונלים הבירוקרטים-היררכים, שכן מתבלטים רציונלים אחרים. עמד על כך הפרופ' זמיר, בתארו את "ההלכה הראויה" בדבר (אי) עצמאותה של רשות מוסמכת בפני הגורמים הממונים עליה:

**ההלכה [הראויה] תקבע כי הרשות המוסמכת רשאית להפעיל את הסמכות על-פי הוראות הממונה** ... עם זאת, צריך לסייג את ההלכה ... **יש מקרים חריגים בהם קיימת הצדקה עניינית לחייב את הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול דעתה באופן עצמאי ולאסור עליה לפעול על-פי הוראות הממונה**. **אפשר שהחובה להפעיל את הסמכות באופן עצמאי תהיה קבועה במפורש בחוק המסמיך**. לדוגמה חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, קובע (בסעיף 157(ג)) כי "במילוי תפקידיו השיפוטיים לפי חוק זה לא יהא הרשם נתון לכל מרות זולת מרות החוק." אך הוראות מעין אלה נדירות. **ראוי שההלכה תקבע חריגים נוספים לפי מהות הסמכות** ... [למשל] סמכות שהחוק מעניק לאדם שאינו עובד ציבור, כדי שיתן ביטוי להשקפה או לאינטרס של גורם חיצוני, כמו נציגי הציבור במועצה לביקורת סרטים ומחזות [היום זו רק המועצה לביקורת סרטים; הסמכות לביקורת מוקדמת של מחזות חלפה מן העולם]. ואין זו רשימה ממצה של חריגים לעיקרון ההיררכי. נראה כי **בנסיבות מסויימות ניתן להוסיף לרשימת החריגים גם מקרה בו החוק העניק סמכות לרשות מסויימת בשל מומחיות מיוחדת של אותה רשות, כגון שהחוק הסמיך רופא בעניין רפואי, והממונה על אותה רשות אינו מומחה אלא איש מינהל**. {זמיר, כרך ב (מהדורה ראשונה) בעמ' 619-620.}

=-=

ראו למשל, את סעיף 4 לחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983 קובע, כי הנהלת המוזיאון הינה "**בת חורין לכלכל כטוב בעיניה את ענייני המוזיאון** במסגרת תקנונו ותקציבו, ובכפוף להוראות חוק זה והתקנות לפיו".

מה יקרה אם ראש עיר ירצה להתערב בענייניו של המוזיאון העירוני?

**=-=**

**עצמאות שיקול הדעת:** השוו את שני המקרים שלהלן. האם העמדה שבכל אחד מהם מתיישבת עם רעותה? האם ניתן לתת לכך הסבר?

בג"צ 803 ,678/88 - **כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר** ו-4 אח' . פ"ד מג(2), 501 ,עמ' 506-507.

הטענה היא ששר האוצר, שלו הסמכות לפי סעיף 11 לפקודה, לא שקל, למעשה, את הקריטריונים הראויים לקביעת הישובים הזכאים להנחה לפי התקנות {שעניינן הטבות שונות לישובי קו עימות}. כל מה שעשה השר היה, שהוא אמץ לו רשימה שהוכנה על ידי שלטונות צה"ל, ללא שהוא עצמו שקל בנושא וללא - כך הטענה - שהוברר לו פשר האבחנה בין ישובים שראויים להכלל בתוספת לתקנות לבין כאלה שלאו. […]

כשפועלת רשות מנהלית בתחום סמכותה, ועליה להפעיל את שקול דעתה, עליה להפעיל שקול דעת עצמאי משלה, והדברים ידועים. ואולם אין כל פסול בכך, שלצורך הפעלת שיקול דעתה (החלטת השר על רשימת הישובים שיכללו בתוספת לתקנות) תסתייע הרשות באינפורמציה וחוות דעת של מומחים בדבר (שלטונות צה"ל), אשר שאלת העומס הבטחוני והקריטריונים הראויים לבחינתו וקביעתו נהירים להם.

ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225 [ההדגשה הוספה]

9. (א) כאמור בבג"צ 214/52, צריך היה חומר הראיות להיות מובא לפני הרשות המחליטה בנושא, היינו, במקרה דנן, לפני ועדת הבחירות המרכזית. דא עקא, שלגבי "הרשימה המתקדמת לשלום" לא הובא לפני ועדת הבחירות עצמה חומר ראיות, אשר על יסודו יכולה הייתה להסיק, כי ברשימה נפל פסול מן הסוג אשר שימש יסוד להחלטת הרוב בע"ב **ירדור**.

(ב) כפי שצוין בהחלטתה של ועדת הבחירות, שנוסחה צוטט בראשיתו של פסק-דין זה, גרסה הוועדה, כי ברשימה הנ"ל -

"...קיימים יסודות ומגמות חתרניים, ואנשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אוייבי המדינה".

עד כאן המסקנה. מכאן לביסוס העובדתי:

"...דעת הרוב סמכה ידה על הבדיקה היסודית של כל המידע הבדוק שהונח בפני שר הבטחון ובתצהירו של האלוף אביגדור בן-גל מיום 24.9.80. כמו כן התחזק הרוב בדעתו מהדברים שהושמעו על ידי נציגי הרשימה בפני הועדה ובפני שר הבטחון...".

המידע שהונח לפני שר הביטחון לא הובא לפני ועדת הבחירות ולא הגיע לידיעתה עד תום דיוניה. זו קיבלה הודעה של דובר שר הביטחון, אשר לפיה -

"...לאחר בדיקה יסודית של כל המידע הבדוק שהונח בפניו, לרבות שמיעת הצהרותיהם וטענותיהם של נציגי הרשימה משוכנע שר הבטחון כי אכן קיימים יסודות ומגמות חתרניים אצל קבוצות הנמנות עם הרשימה ואנשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה".

טיבו של המידע הבדוק, שהיה לפני שר הביטחון, ופרטיו נשארו כולם בגדר נעלם, ואף שמץ מנהו לא הובא לפני הוועדה, והניסוח כולו היה דו-משמעי וערטילאי. הודעה כאמור, שאין בה פירוט עובדתי, אינה בגדר ראיה כלשהי: אם קיימים "יסודות ומגמות" אצל קבוצות הנמנות עם הרשימה, מה משקלן בתוכה? האם אחד מתוך מאה ועשרים או עשרה מתוכם? מה הם "יסודות", היינו, האם מדובר בקבוצות אנשים או בתכניות או בהשקפות? מה פירושו המעשי כמתורגם לשפת המציאות של הביטוי "חתרני", ועוד. הרי בנושאים אלה יכולות להיות הערכות שונות ופרשנויות שונות, ומי שצריך לקבוע את המסקנה זו הוועדה בעצמה, לפי מיטב שיקול-דעתה. זאת ועוד, נאמר כבר לעיל, כי לא די בתיאורים מופשטים ובמסקנות כלליות, המנוסחות באופן מילולי ברוח דבריו של בית-משפט זה בע"ב 1[ 1/65], אם הדברים הללו אינם מעוגנים כדבעי בעובדות, שהובאו לידיעת הוועדה ונשקלו על-ידיה לגופם.

סיכומו של דבר, מאחר שהחומר נשאר נחלתם של שר הביטחון או של האלוף בן-גל, לפי העניין, לא הייתה לפני הוועדה מערכת נתונים, עליה יכולה הייתה להשתית החלטתה, והיא לא החליטה אלא על יסוד שיקול-דעתם של אחרים, שהופעל על יסוד מידע שהובא לפני האחרים. בהמשך הדברים נדון בשאלה זו בהרחבה רבה יותר. […]

(ד) הרשות היא הגורם המחליט, כי אך בידיה הפקיד המחוקק את הסמכות להכריע בעניין. **הרשות אינה יכולה לאצול סמכויות ההחלטה לגורם אחר, אלא אם הוסמכה לכך מפורשות על-ידי המחוקק, ובהעדר הסמכה כאמור רובצת עליה החובה להגיע להחלטתה על יסוד בדיקה עצמאית של הנתונים.** אם ניישם את האמור לעיל למקרה שלפנינו, תהיה מסקנתנו, כי ועדת הבחירות בעצמה היא שהייתה צריכה להשתכנע, על-פי החומר העובדתי המובא לפניה, כי ברשימת המועמדים דבקה תכונה מן התכונות אשר פוסלת אותה; אך דבר זה לא אירע כאן. ההסתמכות העקיפה על מידע, שהובא רק לפני גורם אחר ואשר פרטיו כולם או מקצתם לא היו ידועים לוועדה כלל ועיקר, משמעה, כי ועדת הבחירות לא שקלה את העניין ולא היא שפסלה את הרשימה על יסוד החלטה מבוססת ועצמאית, אלא היא ביקשה להסתמך על נתונים, שהיו נעלמים מעיניה ושהיו, אם היו, רק לפני גורם אחר. אגב, הגורם האחר שהוזכר לא התיימר להחליט בענין, כי שר הביטחון לא החליט מאומה, גם בעניין שהיה בתחום סמכותו. למעשה, הקנתה בכך הוועדה לשר הביטחון, שלא על דעתו וללא כל בסיס בחוק, את הסמכות לפסול רשימת מועמדים, כי היא הסתפקה בכך שהחומר, שטיבו ופרטיו לא היו ידועים לה, הובא לפני גורם של הרשות המבצעת ושכנע אותה רשות להפנות תשומת לבה של הוועדה לעניין באופן כללי, מבלי לגלות לה את הנימוקים לכך. **אצילת סמכויות DE FACTO כמתואר היא, כאמור, נטולת כל יסוד בחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב] או בחוק אחר, והיא חורגת מכל תפיסה חוקתית וחוקית תקינה; יש בה, כאמור, מחד גיסא, כדי להפוך את שר הביטחון למי שמחליט למעשה על פסילתה של הרשימה לצורכי דיני הבחירות, ולכך אין כל יסוד בחוק, ומאידך גיסא, יש בכך כדי לרוקן את סמכויותיה של ועדת הבחירות מכל תוכן**.

(ה) למותר להוסיף, כי הוועדה יכולה הייתה לראות בהבאתו של החומר לפני שר הביטחון את העילה הראשונית לקיום דיון ועיון במסגרתה, אך בשלב כלשהו צריך היה החומר להיות מובא לפניה, כי, כאמור, אין מלאכתה של הוועדה יכולה להתבצע על-ידי מי שמחליט במקומה ונוטל בכך למעשה את סמכותה, יהיה מעמדו חשוב ככל שיהיה, ואין היא יכולה לפרוק מעליה את החובה להפעיל את שיקול-דעתה על יסוד עיון עצמי בחומר. בעל הסמכות אינו חייב לעסוק בעצמו באיסוף העובדות, והוא יכול למסור מלאכה זו לאחרים שיפעלו מטעמו, אך בשלב הסופי, עובר להחלטתו, על בעל הסמכות לשקול את העניין בעצמו ולהסיק מסקנותיו על יסוד העובדות שנאספו.

**=-=**

בג"צ 6673/01 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר התחבורה**, פ"ד נו(1) 799 [השר סנה ומינוי מנהל רכבת ישראל]

**סע' 17(ב) לחוק רשות הנמלים והרכבות, תשכ"א-1961:**

"המועצה תמנה, לאחר שהובאה בפניה המלצת מנהל הרשות, באישור שר התחבורה,

משנה למנהל הרשות אשר יכהן כמנהל כללי של מסילות ברזל".

5. [...] מהוראה זו עולה – ועניין זה לא היה כלל שנוי במחלוקת בפנינו – כי סדר הפעולות שיש לנקוט לעניין הארכת כהונתו של המשנה הוא זה: תחילה, על מנהל הרשות להחליט אם ראוי הוא להמליץ על הארכת כהונתו של המשנה המכהן או שמא יש להמליץ על מועמד אחר לכהונה; לאחר מכן, על המועצה להחליט אם היא ממנה את המועמד שמנהל הרשות המליץ בפניה; לבסוף, על שר התחבורה להחליט אם הוא מאשר את החלטת המועצה. סדר זה הגיונו בצדו. החיפוש אחר המועמד הראוי הוטל על מנהל הרשות. הוא בקיא בענייני הרשות; הוא מכיר את עבודת המשנה למנהל הרשות ואת דרישות התפקיד; הוא כשיר לנפות מבין המועמדים השונים את הנראים לו כראויים ביותר.

7. עד כמה צריך מנהל הרשות להתחשב בעמדתו של שר התחבורה? לדעתי התשובה היא זו: על מנהל הרשות להפעיל שיקול-דעת עצמאי. השאלה שלפניו אינה "את מי מבקש השר למנות". השאלה שלפניו הינה "מיהו המועמד הראוי ביותר". אל לו למנהל הרשות לבטל דעתו מפני דעת השר. המלצתו של מנהל הרשות לחוד ואישור השר לחוד. אכן, החוק קבע תהליך מינוי של המשנה למנהל הרשות המורכב משלושה מוקדי הכרעה: מנהל הרשות, המועצה והשר. כל אחד ושיקוליו שלו; כל אחד ואחריותו שלו. אל לו – למנהל – לשחרר את המועצה ואת השר מהאחריות המוטלת עליהם; אל לו לשבש את הסדר שקבע החוק, המעמיד את אישור השר בסוף התהליך ולא בראשיתו. על-כן ימליץ המנהל על מועמד הנראה בעיניו – מתוך ראיית התמונה הכוללת – כמועמד ראוי, גם אם השר הביע את דעתו כי לא יאשר מועמד זה. בכך ימלא מנהל הרשות את אחריותו שלו, ואילו השר יישא באחריות להחלטתו שלא לאשר את המינוי. יצוין כי הסתמכו בפנינו על בג"ץ 70/50 **מיכלין נ' שר הבריאות** (להלן – הילכת מיכלין [4]) ועל הביקורת שנמתחה על פסק-דין זה. לדעתי אין לפרשה זו תחולה בענייננו. הילכת מיכלין [4] והביקורת עליה סובבות סביב יחסי הכפיפות או העצמאות שבין רשות מוסמכת הפועלת בגדרי המדינה לממונים עליה. יחסים אלה אינם קיימים בין שר התחבורה לבין מנהל הרשות. הרשות היא תאגיד ציבורי. היא מהווה אישיות משפטית הפועלת מחוץ לאישיות המשפטית של המדינה. עם כל סמכויות הפיקוח שיש לשר התחבורה על הרשות, אין בינו לבין הרשות והאורגנים שלה יחסי כפיפות. אכן, גם מבקריה של הילכת מיכלין [4] מכירים בצורך לקיים את עצמאותה של רשות מוסמכת כלפי "גורמים חיצוניים" (זמיר בספרו הנ"ל (כרך ב) [11], בעמ' 620). חרף כוחו של שר התחבורה כלפי הרשות אין הוא גורם "פנימי" ברשות. הוא גורם "חיצוני" אשר לו השפעה רבה על פעילות הרשות, עם זאת אין בכך כדי לשלול את עצמאותה של הרשות ושל האורגנים שלה כלפי שר התחבורה. כך, למשל, אין שר התחבורה רשאי ליטול לעצמו את סמכויותיה של הרשות או של האורגנים שלה (לחשיבותו של שיקול זה ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה [5], בעמ' 156). אכן, הרשות והאורגנים שלה עצמאיים כלפי שר התחבורה, עם זאת אין עצמאות זו שוללת את כוחותיו של השר כלפי הרשות ואת משקלה הניכר של עמדתו באשר למינויים ברשות.

8. מכאן אין נובע כי יחסו של השר למועמדים השונים, ובהם המשנה למנהל המבקש להאריך את תקופת כהונתו, אינו שיקול רלוונטי. טובתה של הרשות – שאותה צריך מנהל הרשות להעמיד לנגד עיניו – כוללת בחירת משנה למנהל אשר יוכל באופן הטוב ביותר לקיים יחסי עבודה ראויים בגדרה של הרשות פנימה. על-כן יחסי העבודה של המשנה עם המנהל מזה ועם עובדי הרשות מזה הם גורם שיש להביאו בחשבון. בדומה, יכולתו של המשנה לקיים יחסי עבודה תקינים עם גורמי החוץ שעמם באה הרשות במגע היא שיקול שיש להתחשב בו. במסגרת זו יש להתחשב ביחסים העתידיים בין המשנה למנהל לבין הגורמים הממשלתיים שעמם באה הרשות במגע, לרבות השרים העומדים בראש המשרדים הממשלתיים הקשורים לעבודת הרשות. [...]

9. עדיין קמה ועומדת השאלה מהו המשקל שיש להעניק לעמדתו של השר בגדרי שיקול-דעתו של מנהל הרשות. ודאי שאין זה יכול להיות שיקול מכריע. מתן משקל כה כבד לעמדת השר ישבש את המבנה הסטטוטורי של תהליך המינוי. הוא יעמוד בניגוד למבנה החוק המעניק לשר סמכות מפורשת לאשר את החלטת המועצה או לא לאשרה, ובכך יוצר מסלול פורמאלי ועצמאי שבמסגרתו צריך השר להביע את עמדתו שלו. עם זאת, גם אם עמדתו של השר אינה מכרעת, היא מהווה שיקול שיש להתחשב בו. משקלו של שיקול זה משתנה ממינוי למינוי (ראו זמיר בספרו הנ"ל (כרך א) [11], בעמ' 403). אכן, ככל שעל-פי הוראות החוק מידת הפיקוח של השר על הנעשה בתאגיד הציבורי גדולה יותר, כן גדל המשקל של עמדתו ביחס למינוי נושאי משרה בתאגיד. באשר לרשות ולשר התחבורה, קיים קשר הדוק בין השר ומשרדו לבין ניהולה של רכבת ישראל. לשר השפעה רבה על הנעשה ברשות, בכלל, ובניהול הרכבת, בפרט (ראו זמיר בספרו הנ"ל (כרך א) [11], בעמ' 403). על רקע קשר זה ראוי הוא כי לעמדת השר יינתן משקל ניכר. אין להתפלא אפוא על כך שהעותר עצמו פנה לשר התחבורה וביקש לשכנעו בעניין המשך כהונתו, עם זאת אין לראות בעמדת השר עניין מכריע. אכן, גם אם מטעמיו שלו יאשר השר את החלטת המועצה, עדיין עומד בעינו השיקול הרלוונטי באשר ליחסי העבודה הראויים בין המשנה לבין השר ומשרדו. אם קיים מידע שלפיו יחסים אלה יהיו משובשים ויפגעו בטובת הרשות, יש להביא מידע זה בחשבון. ודוק; עמדת השר היא רלוונטית, ויש להעניק לה משקל ראוי רק אם שיקוליו של השר הם כדין. על-כן אם ביסוד עמדתו השלילית של השר למועמד פלוני עומדים שיקולים פסולים – כגון "...שיקולים זרים של אינטרסים פוליטיים-מפלגתיים..." (כלשונו של המשנה לנשיא אלון בפרשת דקל [2], בעמ' 35) – אל לו למנהל הרשות להעניק לשיקול פסול זה כל משקל. יעמוד המנהל על טוהר שיקוליו הוא, ואל יאפשר לשר להשיג בעקיפין (באמצעות השפעה על שיקוליו של המנהל) את שאינו מוסמך להשיג במישרין (על-ידי סירוב שלא כדין לאשר החלטת המועצה).

13. הנה-כי-כן, נפל פגם בהחלטתו של המנהל. פגם זה אינו בהעדפה שנתן למשיב 5, אלא בכך שלא שקל באופן עצמאי את מועמדותו של העותר ולא השווה בינה לבין מועמדותו של המשיב 5. אכן, תחת התחשבות בעמדת השר כאחד הנתונים מתוך מכלול שלם, הוא העניק לעמדת השר משקל מכריע. הוא התייחס לעמדתו השלילית של השר כאל תנאי סף שהעותר לא עבר אותו. בכך הוא ביטל את שיקול-דעתו שלו כנגד שיקול-דעת השר; בכך הוא שלל את עצמאות שיקול-דעתו; בכך הוא שיבש את התהליך המשולש שקבע החוק למינויו של המשנה. אין מנוס אפוא מביטול החלטתו של המנהל. עליו לשקול העניין מחדש. עליו לעשות כן בלב פתוח. [...]

**=-=**

**הסמכות המינהלית (המשך):**

**המשך הדיון בהבחנה בין סוגי הסמכות הנתונות לרשויות המינהל**

**1. סמכויות מינהליות: סמכויות חקיקה** (הנתונות למינהל)**; סמכויות שפיטה** (הנתונות למינהל)**; סמכויות ביצוע - *לעיל***

**2.** ההבחנה בין **סמכויות חובה וסמכויות רשות (סמכויות שיקול-דעת) - *לעיל***

**3.** ההבחנה בין **סמכות ראשית וסמכות משנית (קרי, סמכות נלוות, סמכות לוואי) – להלן**

**א3. סמכות ראשית וסמכות משנית (קרי, סמכות נלוות, סמכות לוואי)**

***סמכויות המשנה* הם משני סוגים:**

**סמכויות משנה מיוחדות** [ר' להלן, בין היתר, את סע' 12 עד 18 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981]

**"סמכויות עזר" כלליות** [סע' 17(ב)]

**חוק הפרשנות, תשמ"א-1981**

12. [סמכות לפטור]

הסמכה ליתן פטור, הקלה, הנחה וכיוצא באלה - משמעה הסמכה ליתן אותם אף במקצת או בתנאים.

14. [סמכות מינוי]

הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו.

15. [סמכות התקנה]

הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

16. [סמכות מינוי גוף]

הסמכה למנות גוף של מספר חברים - משמעה גם הסמכה למנות לו יושב ראש ולמנות ממלא מקום לכל חבר שלו.

17. **[סמכויות עזר]**

(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.

(ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.

18. [סמכות בהשגה ובערר]

הסמכה לדון ולהכריע בערר או בהשגה אחרת על החלטה של רשות - משמעה גם הסמכה לאשר את ההחלטה בשינויים או בלא שינוי, לבטלה ולהחליט החלטה אחרת במקומה או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה

=-=

**מדוע חשובה ההבחנה בין "סמכות ראשית" ל"סמכות משנית/נלווית" (פעולות עזר, סמכויות עזר)?**

**"סמכויות עזר" –**

**כיצד נזהה כי מדובר בשימוש בהן, בסמכויות עזר, להבדיל מהאצלה של הסמכות הראשית או חלק ממנה?**

**[וכיצד נזהה האצלה מותרת להבדיל מהאצלה אסורה (נטולת סמכות)?]**

=-=

**דיני הסמכה – נקודות מרכזיות**

א. **עצמאות הרשות המוסמכת:** עסקנו בכך זה לפני כמה רגעים. הלכה פסוקה היא, כי רשות שלטונית, אשר המחוקק/החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית - בהעדר הסמכה בדין (הסמכה מפורשת או משתמעת) - לאצול את סמכותה לזולתה.

ב. **קיומו של הבדל בין אצילה (או העברה או נטילה) של סמכות, לבין העזרות באחרים לצורך ביצוע הסמכות (=סמכויות עזר; פעולות עזר)**

*עקרון החוקיות*: יש צורך בהסמכה מפורשת או משתמעת לאצילה (העברה או נטילה) של הסמכות המסוימת שאצילתה נבחנת; זאת לעומת העדר הצורך בהסמכה מיוחדת לפעולות עזר; זאת בשל קיומה של הסמכה כללית לסמכויות-עזר המופיעה **בסע' 17 לחוק הפרשנות:**

**(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.**

**(ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.**

קו הגבול לזיהוי איננו נוקשה, ולכן גם אינו חד או ברור. מה שמסייע לנו הוא אופי פעולות-העזר: האם הן טכניות או שמא נלווה להן שיקול דעת של ממש? מה אופיין – האם, למשל, הן בעלות פוטנציאל לפגיעה בזכויות אדם? (השוו, **תנו לחיות לחיות**).

ג. עם זאת, ביחס לאצילה/ העברה/ נטילה של **סמכות הנתונה לממשלה או לשר** מופיעים סעיפי הסמכה כלליים במישור **הממשלה ושריה**. אלו הם הסעיפים בחוק יסוד: הממשלה (שחלקם אוזכרו לעיל, והם מופיעים בחלקם מייד להלן).

אנו מוצאים בסעיפים אלו הבחנה בין סמכויות ביצוע מצד אחד, לבין סמכויות תחיקתיות או סמכויות מעין-שיפוטיות מצד שני.

ד. כשנבוא לשאלת האצילה/ העברה/ נטילה של **סמכות הנתונה לרשות שלטונית – *שאיננה* הממשלה או אחד השרים** – נבדוק את החוק המעניק את הסמכות, ונראה אם יש בו הסמכה מפורשת לכך. אם אין הסמכה מפורשת, נשאל עדיין אם אין הסמכה משתמעת לעשות כן.

תשובתנו תושפע מההבחנה בין סמכויות ביצוע של המינהל (שלגביה אנחנו מתירניים יותר במציאת הסמכה משתמעת לאצילה), לבין, מנגד, סמכויות תחיקה או סמכויות מעין-שיפוטיות שלו (**עירית פתח-תקוה**).

מנגד, תשובתנו תושפע מכך, שבניגוד למישור הפעולה של שר בממשלה (על תחומי האחריות הרבים שלו) תחומי האחריות של פקיד ממשלתי הם צרים יותר, ויש חזקה שהיא מעט כבדה יותר, שאם העניק המחוקק דווקא לו את הסמכות, הרי שלא התכוון לאפשר לו לאוצלה למישהו מתחתיו או בצידו.

ה. קיימת **הבחנה בין סמכות לאצול לבין שיקול הדעת בהפעלת הסמכות הזו**: עצם הסמכות לאצול אינה פוטרת משאלות נוספות –

למשל, ביחס לזהותו ומעמדו של הנאצל. למשל, האם הסמכות שהוענקה (במפורש או במשתמע) למנכ"ל משרד ממשלתי לאצול את סמכותו לאחר, מאפשרת לו לרדת הרבה בהיררכיה המינהלית בעת שהוא מאציל את הסמכות לאחר? או האם הוא רשאי לאוצלה למי *שאיננו* "עובד ציבור"?

=-=

בג"צ 39/82 **הנפלינג נ' ראש עיריית אשדוד**, פ"ד לו(2) 537

**חוק עזר לאשדוד (פתיחת בתי עסק וסגירתם), תשל"ו-1976**, חוק העזר הנ"ל מגדיר את המונח "מפקח" בסעיף 1 כדלהלן:

"אדם שראש העיריה מינהו בכתב למלא תפקיד של מפקח לענין חוק עזר זה."

התקנת חוקי העזר נעשית מכוח **סעיף 250 לפקודת העיריות**, כדי לאפשר לעירייה ביצוע הדברים, שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על-פי הפקודה, ובן היתר, כמובן, גם לצורך האמור **בסעיף 249 (20),** הדן בפתיחתן ובסגירתן של חנויות.

האמור לעיל מצביע על ההקשר החקיקתי, העולה מדברה של הוראת חוק, הקובעת מערכת חובות וסמכויות של הרשות המקומית בצורה מפורטת ביותר ומתווה את דרכי הביצוע, בין היתר, תוך התייחסות מפורשת אל נושאי משרות מוגדרים ואל העובדים של הרשות, אשר יופקדו על הביצוע של תפקידיה של הרשות המקומית. אין בפקודה הענקת סמכות לקבלת מתנדבים שאינם עובדי העירייה, ובהעדר הוראה מפורשת אין מקום לקרוא סמכות כזאת לתוך הוראותיה של הפקודה.

עד כאן באשר להקשר החקיקתי. יחד עמו יש, כמובן, לתת את הדעת גם לאופיו של התפקיד, הנוצר מכוח האמור בחוק העזר, ולחובה לפרש את מלותיו של חוק העזר על-פי הכללים, אשר אותם מאמצת שיטת המשפט שלנו, והם, בין היתר, השקידה על שלטון החוק ובתוכו גם המינהל התקין.

מכל הבחינות הללו אין זה מתקבל על הדעת, כי סמכויות סטטוטוריות יוענקו לאדם פרטי, שאיננו משרת במערכת שכוננה על-פי דין או שאינו חלק ממערכת שלטונית מוגדרת, ואשר מעמדו, חובותיו וזכויותיו מתמצים אך ורק בכך שנמסרו לידיו סמכויות ביצוע, כפי שהן עולות, למשל, מחוק העזר; והוא, כמובן, כל עוד לא קבע המחוקק מפורשות אחרת. יכול שרשות בעלת סמכויות פיקוח סטטוטוריות לא תהיה חלק מן הרשות המבצעת דווקא, וניתן ליטול לדוגמה את המשרה של מבקר המדינה ושל אלה העוזרים לידו, אך במקרה כאמור מגדיר המחוקק לא רק את מכלול הסמכויות אלא גם יוצר מעמד קבוע ומוגדר על-פי חוק ומתאר את הזיקה לזרועות השלטון ואת הבקרה העולה ממנה. במקרה שלפנינו מדובר באדם פרטי, שהתנדב למלא במשך שעות מסוימות בשבוע תפקידי פיקוח שלטוניים, ואשר לו הוענקה, לשם ביצוע תפקידו, זכות הכניסה וסמכויות פיקוח נוספות, כאשר כל זיקתו אל הרשות היא כתב המינוי שבידיו, מבלי שהוא חב חובה כלשהי כלפי הרשות, ומבלי שזו יכולה להפעיל כלפיו את מרותה. דומה הדבר לכך, לו הוענקו סמכויות של שוטר לידי מי שאיננו חלק מחיל המשטרה ואף איננו משרת במסגרת ארגונית דומה, הנתונה למרות השלטונות, ותופעה כגון זו איננה מתקבלת על הדעת ואף נוגדת את עקרונותיו של שלטון החוק ושל כללי המינהל התקין אשר, כאמור לעיל, חייבים להיות פועל יוצא ממנו.

אפשר לבחון שאלה זו גם מן הזווית הנגדית, היינו זו של ראש הרשות: ראש העיר נושא באחריות לפעולתם של בעלי הסמכויות הסטטוטוריות, שמונו על-ידיו, ואין הוא יכול להעניק סמכויות כאמור למי שאין לו לגביו שליטה ופיקוח, הנובעים מן המבנה של המסגרת הארגונית, בה הם משרתים, ומן ההוראות החלות עליה, להבדיל מן הכפיפות, הנובעת אך ורק מרצונו החופשי של מי שהוקנו לו סמכויות, אשר יכול להתמיד בהסכמתו לפיקוח ולשליטה של ראש העיר או למאן לקבל אותה. פירוש של חוק העזר, אשר לפיו רשאי ראש העיר להעניק סמכויות, המופנות כלפי הציבור כולו, לאנשים שאינם עובדי הציבור, מבלי שיש לרשות שליטה ופיקוח על מעשיהם, הוא בגדר הוצאת דברו של חוק העזר מסבירותו. יתרה מזאת, אין ראש העיר יכול לגייס מעין משטרת מתנדבים בעלת סמכויות סטטוטוריות, המוענקות על-ידיו, כי בכך היה עוקף את הדינים, הקובעים כפיפותו של העובד לרשות, להבדיל מראש הרשות.

אגב, יש שאחת מזרועות השלטון מעסיקה אדם בתשלום סמלי בלבד, אולם גם אז חייב הוא להתקבל לשירות בדרך הקבועה בדין, כדי שתחול עליו, למשל, אחריות על-פי החיקוקים הדנים בענייני המשמעת של עובדי המדינה או עובדי הרשות המקומית, והשוני בינו לבין אחרים מתבטא בשכר המשתלם לו, אך לא במידת כפיפותו למרותם של הממונים עליו במסגרת בה הוא משרת.

**=-=**

**בסוגיית ההפרטה, זכרו גם את פס"ד בית הסוהר הפרטי, בו עסקנו בעבר.**

**שם נפסלה ההפרטה של סמכויות מאסר וניהול בית הסוהר שהוענקו *בחוק* לבית הסוהר הפרטי.**

במצב שבו המחוקק הוא שמעניק את הכוח/ את הסמכות לא מתעוררת שאלה של "דיני האצלה" אלא שאלה של חוקתיות פעולת ההסמכה של הכנסת בכובעה המחוקק. בית המשפט השיב לכך, כזכור, בשלילה בעניינו של בית הסוהר הפרטי.

בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (2009)

**=-=**

בג"צ 2303/90 **פיליפוביץ נ' רשם החברות** פ"ד מו(1) 410 (1992) [ההדגשות הוספו; מספר אסמכתאות הושמטו]

*העתירות נסבו על החלטתו של רשם החברות לאפשר לחברות פרטיות לספק לציבור שירות, תמורת אגרה, שעניינו מתן תדפיסים מתוך מאגר הנתונים הממוחשב שבמשרדי רשם החברות. מאגר הנתונים הממוחשב הוקם על-ידי הרשם, והוא מכיל פרטים על החברות הרשומות, לרבות פרטים על שיעבודים המוטלים על נכסיהן. האם היה מוסמך לעשות כן?*

16. הלכה פסוקה היא, כי רשות שלטונית, אשר החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית - בהעדר הסמכה בדין - לאצול את סמכותה לזולתה: DELEGATUS NON POTEST DELEGARE. הלכה זו אינה משקפת כלל (RULE) של משפט מינהלי. היא ביטוי לעקרון, המתרגם עצמו לחזקה (פרזומציה) כי תכליתו של החוק, אשר יצר את הסמכות, היתה כי בעל הסמכות הקבוע בחוק, הוא ולא אחר, יבצע את הסמכות. כאשר המחוקק מייחד את הפעלת הסמכות לנושא משרה שלטונית, חזקה עליו שהוא מבקש כי נושא משרה זה - הוא ולא אחר - יגשים את הסמכות. […] אכן, חזקה פרשנית היא כי אצילת סמכות אסורה היא, אלא אם כן הדבר הותר. […]

**התרת ההאצלה נעשית לרוב במפורש**. **עם זאת, לעתים ניתן להסיק אותה כמשתמעת (מכללא) מתוך החוק**.

אכן, במשפט האזרחי הכלל הינו כי "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא" (סעיף 16 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965). הוא הדין גם במשפט המינהלי. נמצא, כי בכל מקרה בו מתעוררת שאלה הקשורה בסמכותה של רשות שלטונית לאצול מסמכותה, פתרון השאלה מצוי בפירושו של החוק המסמיך. בהעדר הוראת האצלה מפורשת, השאלה הינה, אם על-פי פירושו של החוק יש להסיק כי תכלית החקיקה היתה שבעל הסמכות יבצע אותה בעצמו, או שמא יש להסיק כי תכלית החוק הינה כי בעל הסמכות מוסמך לאצול את סמכותו לזולתו. […]

אכן, במסגרת גיבוש תכליתו של החוק, ההנחה (הפרזומציה) הינה כי האצלה אסורה היא. ההנחה הינה כי תכלית החקיקה הינה שבעל הסמכות יבצע את סמכותו אישית. **עם זאת, חזקה זו ניתנת לסתירה.** בהקשר זה יש לקחת בחשבון, בין השאר, את **היקף ההאצלה, את מעמדו של המאציל ואת מידת הייחוד של משרתו, את היקף שיקול הדעת הניתן לבעל הסמכות (תוך הבחנה בין סמכות של שיקול דעת לסמכות שבחובה), את מהות הסמכות (תוך הבחנה בין סמכות שיפוטית, חקיקתית, ביצועית), את השפעתה של הסמכות על זכויות האדם ושלום הציבור, ואת הצרכים המעשיים והיעילות המינהלית.** [...]

ודוק: גם כאשר האצלת סמכות מותרת היא, יש לבחון תמיד אם השימוש בשיקול הדעת לביצוע ההאצלה הוא כדין. זאת ועוד: **בהאצלת הסמכות מסמיך המאציל את הנאצל להשתמש בסמכויות של המאציל (כולן או מקצתן). אין המאציל משתחרר מסמכותו, ורשאי הוא, על-פי שיקול דעתו כדין, לבטל את ההאצלה** (ראה בג"צ 170/81 סלמה נ. ראש המועצה המקומית טורעאן, פ"ד לו(433 (2). **הנאצל הופך, מכוח ההאצלה, ל"רשות מוסמכת", והוא נתון, על כן, לביקורת מינהלית ושיפוטית כרשות המאצילה עצמה.** [...]

17. יש להבחין בין האצלה (DELEGATION) של סמכות לאחר לבין קבלת עזרה מאחר לביצוע הסמכות. "מבדילים בין ביצוע פעולות מסוימות באמצעות אחרים לבין העברת התפקיד, אותו חייב למלא מי שהחוק הסמיכו לכך" (המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת בבג"צ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ. יו"ר המועצה להגבלים עסקיים, פ"ד לט(3) 265, 270.

**בעוד שחזקה היא על חוק כי תכליתו אינה להסמיך את בעל הסמכות לאצול את סמכותו לאחר, אין חזקה כי תכלית החוק היא למנוע מבעל הסמכות מלקבל סיוע, לביצוע הסמכות, מאחר. נהפוך הוא: חזקה על החוק שהעניק הסמכות, כי תכליתו הינה לאפשר לבעל הסמכות להעזר באחרים לביצוע סמכותו. חזקה זו נובעת ממציאות החיים והשלטון.** ריבוי הפעילות השלטונית, הסיבוך שבה, התשתית העובדתית המקיפה המשמשת לה בסיס, כל אלה מחייבים, למען יעילות פעולת השלטון, כי הרשות השלטונית תוכל להעזר באחרים בביצוע תפקידיה, ותוכל להפעיל את סמכותה באמצעות זולתה. חזקה על המחוקק, שעה שהוא מעניק סמכות לרשות שלטונית, כי הוא מניח שסיוע זה יתבקש ויתקבל. היקפה של העזרה המותרת משתנה מעניין לעניין, ומתפקיד לתפקיד. עם זאת יש להבטיח כי ההסתייעות באחר לא תהיה כה מקיפה ועמוקה, עד כי הלכה למעשה היא תהיה שקולה כנגד האצלת הסמכות. אכן, מקום שהרשות השלטונית מעמיסה על שכם זולתה ביצוע כל תפקידיה או ביצוע רוב רובם של תפקידיה, היא עשויה לעבור את גבול הביצוע העצמי באמצעות אחר, ולהכנס לתחום ההאצלה של התפקיד לאחר. חציית גבולות זו עשויה להכשיל את פעולותיה של הרשות השלטונית, וזאת משני טעמים. ראשית, פרשנותו של החוק עשויה להסמיך את הרשות המוסמכת להעזר באחרים ולפעול באמצעותם, אך היא עשויה שלא להסמיך את הרשות המוסמכת לאצול את סמכותה. חציית הגבולות מכניסה את הרשות המוסמכת לתחום בו היא חסרה סמכות לפעול; שנית, הרשות המוסמכת ביצעה, הלכה למעשה פעולת האצלה - אותה היא מוסמכת לעשות - מבלי שנתנה דעתה לכך. בכך נפגם שיקול דעתה, שכן לא הרי האצלת סמכות כהרי ביצוע הסמכות תוך הסתייעות באחר. על הרשות השלטונית ליתן דעתה לשאלה, אם היא מבקשת לאצול את סמכותה (כולה או מקצתה) לאחר או רק להסתייע באחר לביצוע סמכותה. הבחירה בין שני ערוצי פעולה אלה צריכה להיות מודעת, תוך שקילת המשמעויות השונות המתבקשות מצורת הפעולה הנבחרת. גלישה לא מודעת לאחד הערוצים הללו עשויה להפסל בשל הפגם שנפל בהפעלת שיקול הדעת המינהלי.

18. […] הקושי בקביעת קו הגבול בין האצלה לאחר לבין הסתייעות באחר הינו כי בשני המקרים אין בעל הסמכות משתחרר מסמכותו, ובשני המקרים גוף זולת בעל הסמכות מבצע חלק מתפקידו. עם זאת, **במקרה הראשון (האצלה)** בעל הסמכות הופך את זולתו ל"רשות מוסמכת" שלה סמכויות שלטוניות כמו לרשות המוסמכת עצמה. **במקרה השני (ההסתייעות באחר)** הסמכות השלטונית היא אך בידי בעל הסמכות, ואילו זולתה אך מסייע לה בהגשמתה של אותה סמכות.

[...] אמת-מידה שניתן להעזר בה [בשאלת קו הגבול הנזכר] קשורה במהות התפקיד המוטל על אחר, האם זהו תפקיד הכרוך בשיקול דעת מינהלי או [שמא] תפקיד בעל אופי טכני. במקום שהרשות המוסמכת מעניקה לאחר תפקיד של שיקול דעת, היא עשויה להחשב כמי שאוצלת (כדין או שלא כדין) את הסמכות לאחר. לעומת זאת, כאשר התפקיד המוענק לאחר הוא בעל אופי טכני, ואילו שיקול הדעת המינהלי נשאר בידי הרשות השלטונית, עשויה הפעולה להחשב כביצוע התפקיד באמצעות אחר ולא כאצילת הסמכות עצמה. עם זאת, אין זה כלל בל-יעבור. לעתים מוענק לאחר תפקיד של שיקול דעת (כגון, שמיעת הצד שכנגד והעברת המלצה לרשות המוסמכת) מבלי שהדבר ייחשב כאצילה. לעתים ניתן להעניק לאחר תפקיד בעל אופי טכני, והדבר ייחשב כאצילה. אכן, הכל תלוי בזהות תפקידה של הרשות המוסמכת מזה, ובמשימה שהוטלה על האחר מזה, וביחס בין השניים.

[...]

20. [...] מערכת נתונים זו בהצטברותה מצביעה על כך, כי הרשם ממשיך לנהל את המרשם, וכי פעולתן של המשיבות [החברות הפרטיות], מנקודת מבטו של הרשם, היא עזרה וסיוע בביצוע תפקידו. במסגרת עזרה זו אין החברות המשיבות מפעילות שיקול-דעת מינהלי, אלא מבצעות פעולות מוגבלות בעלות אופי טכני. אמת, הרשם אינו נותן לציבור תדפיס מנתוני המחשב. שירות חיוני זה ניתן על-ידי החברות המשיבות, ועל-ידיהן בלבד. לדעתי, בנסיבות העניין שלפנינו - ועל רקע תפקידי הרשם מזה ותפקידי החברות המשיבות מזה - מתן שירות זה על-ידי החברות המשיבות אינו מהווה האצלה של תפקידי הרשם אליהן, אלא ביצוע תפקידי הרשם באמצעות החברות. אין לומר כלל, כי ההסכם עם המשיבות "מרוקן מתכנה את הסמכות" שנמסרה לרשם ומשמיט מידיו "את התפקיד" של קיום המרשם, החייב להיות שמור לו עצמו, על-פי אחריותו שלו (השווה דברי השופט לנדוי בבג"צ 165/69 [12] הנ"ל). אכן, הרשם לא שמר לעצמו אך זכות פיקוח כללית - העשויה שלא להספיק. הרשם שמר לעצמו את השליטה על מערכת הנתונים עצמה. כך, למשל, אם החברות המשיבות פושטות רגל או מפירות את ההסכם, הרשם עשוי להמשיך ללא כל קושי במתן השירות כבעבר. הוא לא "השתחרר" מסמכותו ותפקידו. הוא אך נעזר בחברות המשיבות לשם שיפור הביצוע והשירות. הוא לא הטיל על החברות המשיבות את התפקיד של ניהול המרשם. תפקיד זה נשאר בידיו. הוא נעזר בחברות בכל הנוגע להגשמתה של חובת העיון.

התוצאה היא, כי דין העתירות להידחות.

=-=

בג"צ 4884/00 **עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרינריים**

המשיב 1 [מנהל השירותים הוטרינריים במשרד החקלאות] פרסם נוהל כללי לטיפול בחתולי רחוב (להלן – הנוהל), שנועד להסדיר את הפעלת הסמכות להמית חתולי רחוב תוך קביעת כללים להפעלתה. הנוהל מוסר את שיקול-הדעת בשאלה אם במקרה נתון יש להמית חתולים בידי רופא וטרינר ממשלתי או וטרינר הרשות המקומית (להלן – הווטרינר הרשותי) בלבד. הסמכות לביצוע אקט ההמתה ניתנה לווטרינר הרשותי, לעובדיו או למי שהוסמך על-ידיו לכך. המשיב 1 נתן אישור עקרוני לווטרינרים הרשותיים להסמיך את המשיבה 2 [עמותת "מגן לחתול"], המופעלת על-ידי המשיבים 4-3, להמית חתולי רחוב באמצעות סמים מרדימים שיסופקו להם על-ידי הווטרינרים הרשותיים ובפיקוחם.

העותרות טוענות כי בנוהל אין כל התייחסות לאמצעים חלופיים לטיפול בסיכונים ובמטרדים שיוצרים חתולי רחוב זולת המתה. כן טוענות העותרות כי האישור העקרוני להסמיך את המשיבה 2 להמית חתולים הוא אצילה אסורה של סמכות.

בסעיף ו'3 לנוהל נקבע, כי בכל אחד מן המקרים המאפשרים המתה, הסמכות לביצוע ההמתה היא בידי הווטרינר הרשותי או עובדיו, או בידי -

 מי שהוסמך על-ידי [הווטרינר הרשותי] לכך באישורם של אגף הרוקחות במשרד הבריאות ושל מנהל השירותים הווטרינריים, ואשר יפעל בפיקוחו ובאחריותו [של הווטרינר הרשותי].

מדוע מתקבלת העתירה?

=-=

חומר הקריאה לפגישה הקרובה ניתן בדפי הפגישה הקודמת, אך אשוב עליו גם עתה.

הפגישה תעסוק ב"אצילת סמכות", ב"סמכויות עזר" (הסתייעות באחרים לפעולות עזר) וכן בסוגיות של הפרטה.

קראו את פסקי הדין של **עמותת "תנו לחיות לחיות"** (הקטעים המבוקשים), **מטר** וכן **איגוד האינטרנט הישראלי**. נסו לזהות מהו הדין העוזר לנו להבין מהי "אצילה" ומה התנאים לה ומהם סייגיה, מתי אין מדובר באצילה אלא ב"סמכויות עזר" (סמכות משנית, סמכות לוואי), ומהם סייגי ודרכי ההפרטה.

לפני אותם חומרי קריאה קראו בעיון את שלושת העמודים האחרונים, וכן את הדיון לעיל בפסק הדין של עיריית פתח תקווה.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 23***

**"הסמכות המינהלית" (המשך)**

**דיני הסמכה – נקודות מרכזיות**

א. **עצמאות הרשות המוסמכת:** עסקנו בכך לעיל. הלכה פסוקה היא, כי רשות שלטונית, אשר המחוקק/החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית - בהעדר הסמכה בדין (הסמכה מפורשת או משתמעת) - לאצול את סמכותה לזולתה.

ב. **קיומו של הבדל בין אצילה (או העברה או נטילה) של סמכות, לבין העזרות באחרים לצורך ביצוע הסמכות (=סמכויות עזר; פעולות עזר)**

*עקרון החוקיות*: יש צורך בהסמכה מפורשת או משתמעת לאצילה (העברה או נטילה) של הסמכות המסוימת שאצילתה נבחנת; זאת לעומת העדר הצורך בהסמכה מיוחדת לפעולות עזר; זאת בשל קיומה של הסמכה כללית לסמכויות-עזר המופיעה **בסע' 17 לחוק הפרשנות:**

**"(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.**

**(ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת."**

קו הגבול לזיהוי איננו נוקשה, ולכן גם אינו חד או ברור. מה שמסייע לנו הוא אופי פעולות-העזר: האם הן טכניות או שמא נלווה להן שיקול דעת של ממש? מה אופיין – האם, למשל, הן בעלות פוטנציאל לפגיעה בזכויות אדם?

ג. עם זאת, ביחס לאצילה/ העברה/ נטילה של **סמכות הנתונה לממשלה או לשר** מופיעים סעיפי הסמכה כלליים במישור **הממשלה ושריה**. אלו הם הסעיפים בחוק יסוד: הממשלה (שחלקם אוזכרו לעיל, והם מופיעים בחלקם מייד להלן).

אנו מוצאים בסעיפים אלו הבחנה בין סמכויות ביצוע מצד אחד, לבין סמכויות תחיקתיות או סמכויות מעין-שיפוטיות מצד שני.

ד. כשנבוא לשאלת האצילה/ העברה/ נטילה של **סמכות הנתונה לרשות שלטונית – *שאיננה* הממשלה או אחד השרים** – נבדוק את החוק המעניק את הסמכות, ונראה אם יש בו הסמכה מפורשת לכך. אם אין הסמכה מפורשת, נשאל עדיין אם אין הסמכה משתמעת לעשות כן.

תשובתנו תושפע מההבחנה בין סמכויות ביצוע של המינהל (שלגביה אנחנו מתירניים יותר במציאת הסמכה משתמעת לאצילה), לבין, מנגד, סמכויות תחיקה או סמכויות מעין-שיפוטיות שלו (**עירית פתח-תקוה**).

מנגד, תשובתנו תושפע מכך, שבניגוד למישור הפעולה של שר בממשלה (על תחומי האחריות הרבים שלו) תחומי האחריות של פקיד ממשלתי הם צרים יותר, ויש חזקה שהיא מעט כבדה יותר, שאם העניק המחוקק דווקא לו את הסמכות, הרי שלא התכוון לאפשר לו לאוצלה למישהו מתחתיו או בצידו.

ה. קיימת **הבחנה בין סמכות לאצול לבין שיקול הדעת בהפעלת הסמכות הזו**: עצם הסמכות לאצול אינה פוטרת משאלות נוספות –

למשל, ביחס לזהותו ומעמדו של הנאצל. למשל, האם הסמכות שהוענקה (במפורש או במשתמע) למנכ"ל משרד ממשלתי לאצול את סמכותו לאחר, מאפשרת לו לרדת הרבה בהיררכיה המינהלית בעת שהוא מאציל את הסמכות לאחר? או האם הוא רשאי לאוצלה למי *שאיננו* "עובד ציבור"?

=-=

**האצלה בהקשרה של הממשלה ושריה:**

**חוק יסוד: הממשלה**

31. [תפקוד הממשלה]

(א) הממשלה רשאית, באישור הכנסת, **לשנות את חלוקת התפקידים** בין השרים, למעט תפקיד ראש הממשלה.

(ב) הממשלה רשאית, באישור הכנסת, **להעביר סמכות** הנתונה על פי חוק לשר אחד, או חובה המוטלת עליו על פי חוק, כולה או מקצתה, לשר אחר.

(ג) הממשלה רשאית, באישור הכנסת, לאחד משרדים, לחלקם, לבטלם ולהקים משרדים חדשים. [...]

33. [**אצילת סמכויות**]

(א) סמכות הנתונה על פי דין לממשלה רשאית הממשלה לאצול לאחד השרים; סעיף זה לא יחול על סמכויות הממשלה {כגוף} לפי חוק-יסוד זה, למעט סמכויות לפי סעיף 32 {קרי, הסמכות השיורית}.

(ב) סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), **למעט סמכות להתקין תקנות**, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור.

(ג) **סמכות שהממשלה אצלה לשר**, למעט סמכות להתקין תקנות, **רשאי השר לאצלה,** כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור **אם הסמיכה אותו הממשלה לכך**.

(ד) בסעיף זה, סמכות הנתונה לממשלה או לשר, לרבות חובה המוטלת עליהם.

(ה) הוראות סעיף זה יחולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות או המטיל את החובה.

34. [**נטילת סמכויות**]

שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, **למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי**, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת.

=-=

**המשך דיון ב"דיני האצלה"**

ראו סעיף ב בסיכום התמציתי שלעיל:

**סמכות ראשית וסמכות משנית (קרי, סמכות-נלוות, סמכות-לוואי)**

***סמכויות המשנה* הם משני סוגים:**

**סמכויות משנה מיוחדות** [ר' להלן, **בין היתר**, את סע' 12 עד 18 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981]

**"סמכויות עזר" כלליות** [סע' 17(ב)]

**חוק הפרשנות, תשמ"א-1981**

12. [סמכות לפטור]

הסמכה ליתן פטור, הקלה, הנחה וכיוצא באלה - משמעה הסמכה ליתן אותם אף במקצת או בתנאים.

14. [סמכות מינוי]

הסמכה לעשות מינוי - משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו.

15. [סמכות התקנה]

הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה.

16. [סמכות מינוי גוף]

הסמכה למנות גוף של מספר חברים - משמעה גם הסמכה למנות לו יושב ראש ולמנות ממלא מקום לכל חבר שלו.

17. **[סמכויות עזר]**

(א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק.

(ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת.

18. [סמכות בהשגה ובערר]

הסמכה לדון ולהכריע בערר או בהשגה אחרת על החלטה של רשות - משמעה גם הסמכה לאשר את ההחלטה בשינויים או בלא שינוי, לבטלה ולהחליט החלטה אחרת במקומה או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה

=-=

**פסיקה**

בג"צ 4884/00 **עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הוטרינריים**, פ"ד נח(5) 202, סע' 2-1 ו-16-12 לפסה"ד (2004);

דנג"ץ 10350/02 **שר הפנים נ' מטר**, פ"ד נח(3) 255 (2004) [ראו להלן, שכן פסק הדין עוסק גם בסוגיה של "הנחיות מינהליות"];

+

עע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי** (2013)

**השופט פוגלמן** (שופט הרוב):

האם מוסמך מפקד מחוז במשטרת ישראל להורות לספקיות גישה לאינטרנט להגביל גישתם של גולשים ישראלים לאתרי הימורים באינטרנט, וזאת מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 229(א)(1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) לסגור מקומות הימורים? זו השאלה העומדת להכרעתנו.

שאלת הסמכות

8. סעיף 229(א)(1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), שכותרתו "סגירת מקומות", קובע כי "מפקד מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על סגירתו [...] של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים". בסעיף 224 לחוק, מוגדר "מקום משחקים אסורים" כ"חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, בין שהם פתוחים לציבור ובין שהם פתוחים לבני אדם מסוימים בלבד, ואין נפקא מינה אם הם מוחזקים גם למטרה אחרת". על-מנת לקבוע כי הצווים שהופנו לספקיות הגישה לאינטרנט, המחייבים אותן לחסום את הגישה לאתרי ההימורים, מעוגנים בסמכות המצויה בסעיף 229 לחוק, נדרשים שלושה מהלכים פרשניים: ראשית, יש לקבוע כי אתר אינטרנט הוא בגדר "מקום" כהגדרתו בחוק; שנית, כי חסימת הגישה לאתר אינטרנט שקולה ל"סגירתו" כהגדרת תיבה זו בחוק; ושלישית, כי ניתן להשתמש בספקיות הגישה לאינטרנט לצורך ביצוע הסמכות האמורה.

9. מוכן אני להניח, כפי שגם מצא חברי השופט נ' סולברג, כי ניתן לראות באתר אינטרנט בבחינת "מקום" כהגדרתו במקומות שונים בספר החוקים; וכן כי אתר הימורים מקוון הוא בבחינת "מקום משחקים אסורים", כהגדרתו בסעיף 229 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) שבו עסקינן. בעניין זה נוטה אני להסכים כי פרשנות תכליתית של החקיקה האמורה, ברוח הזמן והקדמה הטכנולוגית, אכן יכולה להובילנו למסקנה אליה הגיע חברי, שלפיה ניתן להחיל את סעיף 229 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) גם "בעולם הווירטואלי" (השוו: אסף [הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט:](http://www.nevo.co.il/safrut/book/14535)  היסוד הפיזי הווירטואלי" (צפוי להתפרסם בהפרקליט נב 67, 124-122 (2013)) (להלן: הרדוף)).

10. אשר לפגיעה בחופש הביטוי; באתרי אינטרנט מושמעות אמנם דעות ומוחלפים רעיונות, אך – כידוע – אין דין ביטוי אחד כדין ביטוי אחר. אף אם בחלק מאתרי ההימורים נכללות תמונות, דברי הסבר ביחס לחוקי המשחקים השונים, מידע על-אודות יחסי הימורים, חדרי צ'אט ועוד – מדובר בתכנים המצויים בשוליים של האינטרס המוגן. על כן, גם אם חסימת אתרי ההימורים עלולה להביא לחסימת הגישה לתכנים חוקיים המצויים בהם, יש לזכור כי ערכו של ה"ביטוי" אשר בענייננו מתבקשת הגנה עליו אינו גבוה, וכעוצמת האינטרס – כן עוצמת ההגנה ([בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20606/93&Pvol=מח)(2) 1, 28 (1994)). יתרה מכך: ככל שמדובר בחסימתם של אתרים קונקרטיים, דומה כי הפגיעה המרכזית היא דווקא בחופש העיסוק של מפעילי האתרים. לעניין זה כבר נפסק בערכאתנו כי מדובר בפגיעה שעומדת במבחנים החוקתיים (עניין תשעים הכדורים, בעמ' 815-814). חרף האמור לעיל, ועל אף שמוכן אני להניח כי היקפה של הפגיעה בחופש הביטוי במקרה זה מצומצם, מוצא אני לנכון להעיר כי ככלל שותף אני לגישתו הכללית של בית המשפט המחוזי, שלפיה כאשר עסקינן במטרייה רגישה של חסימת אתרי אינטרנט – יש לבחון בשבע עיניים את החשש לפגיעה בחופש הביטוי. לעניין אתרי ההימורים – ולעניין זה בלבד – סבור אני, כאמור, כי הפגיעה בחופש הביטוי כתוצאה מחסימת התכנים החוקיים שהם חלק מאתרי ההימורים – הינה בעלת עצמה מוגבלת, אם בכלל. ואולם, ייתכן בהחלט כי בעתיד יבואו לפתחנו מקרים אחרים, שבהתייחס אליהם יהא טעם להרחיב בצורה ניכרת את היקף ההגנה הנפרשת על ביטויים הכלולים באתר זה או אחר. כל תחום – ומאפייניו שלו.

11. בצד האמור, רגישות הסוגייה שבה עסקינן – חסימת אתרי אינטרנט – מוצאת בענייננו ביטוי נוסף, שעה שבית המשפט קמא מצא כי חסימת גישה לאתרי ההימורים הבלתי חוקיים עלולה לחסום את הגישה גם לאתרים "תמימים" שהצו לא כוון אליהם. חסימה בלתי מכוונת זו עלולה להתרחש משום שעל שרת בעל אותה כתובת IP יכולים לדור בצוותא מספר אתרים, שאינם קשורים האחד אל רעהו. בנקודה זו הפנה בית המשפט קמא לעניין Center for Democracy & Technology v. Pappert, 337 F.Supp.2d 606 (E.D Penn. 2004), שבו פסל בית משפט פדראלי בארצות הברית חוק המאפשר צנזור אתרי פדופיליה, בין היתר עקב סינונם של אתרים "תמימים". המערערים, מצידם, חולקים על קביעה זו. לדבריהם, מבחינה טכנולוגית, החשש מחסימת אתרים שאינם קשורים לביצוע ההימורים הוא זניח, שכן ספקיות הגישה נתבקשו לחסום אתרים על-פי הצירוף שבין כתובת ה-IP לבין כתובת האתר (ה-URL). חיתוך זה שבין כתובת ה-IP לכתובת ה-URL, כך נטען, ממזער עד מאוד את החשש מפני חסימת אתרים תמימים. נדמה כי נקודה זו לא הובהרה עד תומה, שכן גם לאחר עיון בכתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט קמא, אין זה ברור אם מבחינה טכנולוגית אמנם ניתן לבצע חסימה "ממוקדת" של אתרי ההימורים – כטענת המערערים – או שמא, מבחינה טכנולוגית, מערים הדבר קשיים. אם אכן ישנו חשש לחסימת אתרים "תמימים", ברי כי תהא זו פגיעה חמורה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע – פגיעה שלגביה תידרש הסמכה מפורשת בחוק וכן עמידה בתנאי פסקת ההגבלה.

12. אילו שאלת חסימת האתרים ה"תמימים" היתה הקושי היחיד המתעורר בענייננו, ייתכן שהיה מקום להחזיר את הדיון לבית המשפט קמא לשם בירור מעמיק של סוגיה זו. דא עקא, שהמכשלה המרכזית העומדת לפני המערערים היא בעלת היבט עקרוני, שאין לו זיקה לשאלה האחרונה, הלא הוא השימוש בצד ג' לצורך הפעלת הסמכות, ללא הסמכה מפורשת בחוק. להשקפתי, לא ניתן להיתלות בסעיף 229 לחוק לצורך הוצאתה לפועל של הסמכות על דרך מתן צו המכוון לצד ג' – ספקיות הגישה לאינטרנט. אף חברי, השופט נ' סולברג, מצא בהקשר זה כי הגבלת הגישה לאתרי ההימורים באמצעות צד שלישי מעלה קשיים, אך לשיטתו – קשיים אלה אינם שוללים את הסמכות לעשות כן. דעתי שונה. ואבהיר את טעמיי.

13. ענייננו במפקד מחוז במשטרה, אשר הוציא צווים המורים לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום אתרי הימורים. אלה "צווים אישיים", היינו: צווים המופנים לאדם או לגוף מסוים, המטילים עליו איסור או חיוב. זהו כלל התנהגות פרטני. צו כזה, כמו כל החלטה מינהלית, צריך אסמכתה בחוק (זמיר, בעמ' 284). השאלה היא, אפוא, האם מפקד המחוז מוסמך לצוות על הספקיות – שהן גוף פרטי אשר אין כלפיו טענה כי עבר בעצמו עבירה – לנקוט פעולות שונות עבור משטרת ישראל, ולשמש בפועל כידה הארוכה. סמכות זו, כך נטען, מצויה בסעיף 229 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), שמכוחו יכול מפקד המחוז להורות על "סגירת" מקומות שבהם מתנהלים הימורים. מקובל עלי כאמור כי אם יעלה בידן של רשויות אכיפת החוק להביא לסגירתם של אתרים אשר ניתן לבצע בהם הימורים שאינם חוקיים על-פי הדין הישראלי (למשל, באמצעות ניתוק האתר מחיבורו לאינטרנט או השבתת פעולת השרת) – לא יהא בכך פגם במישור הסמכות. עם זאת, בענייננו, לא "נסגרו" בפועל האתרים. במקרה שלפנינו, מפקדי המחוזות במשטרה הורו כי צדדים שלישיים – ספקיות הגישה לאינטרנט – יחסמו את הגישה לאותם אתרים. גדר הספקות הוא, אפוא, האם די בהסמכה שבסעיף 229 לחוק לשם כך.

14. כאשר החוק מעניק לרשות השלטונית סמכות, הלכה פסוקה היא כי הרשות חייבת להפעיל את הסמכות בעצמה. כאשר המחוקק מייחד את הסמכות לנושא משרה שלטונית, חזקה עליו שהוא מבקש כי נושא משרה זה – הוא ולא אחר – יגשימה ([בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202303/90&Pvol=מו)(1) 410, 420 (1992) (להלן: עניין פיליפוביץ); ראו עוד: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 179-178 (2010) (להלן: ברק-ארז)). דברים אלו נכונים במיוחד לעניין משימת האכיפה הפלילית. לא ניתן – בהיעדר הסדר חקיקתי מתאים – להעניק סמכויות אכיפה למי שאיננו חלק ממערך האכיפה. סמכות האכיפה הפלילית היא מן הסמכויות המובהקות של המדינה. בגדרי סמכות זו, המדינה מגשימה את אחריותה לאכיפת החוק הפלילי על-ידי כך שהיא מבצעת בעצמה את תפקיד האכיפה הפלילית. המדינה היא אף זו שמפעילה את כוח המרות השלטוני כלפי הפרט בהליך הפלילי. משכך, המדינה – כמי שגיבשה את נורמות ההתנהגות וכמי שמופקדת על אכיפתן – היא הגורם האחראי באופן ישיר על הריסון ועל המעצורים הנדרשים בהפעלת הכוח. היא הגורם שאמור לתת דין וחשבון לציבור על אופן ביצוע סמכויותיה בהליך הפלילי ([בג"ץ 2605/05](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202605/05) המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 28 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש ופסקה 14 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (19.11.2009)).

15. בניסיון להתבסס על סעיף 229 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) כמקור הסמכות בענייננו, מכוונת המדינה לטענה כי היא מוציאה לפועל בעצמה את הסמכות, וכי גיוסן של ספקיות הגישה לאינטרנט לשם חסימת אתרי ההימורים נופלת בגדר הפעלת סמכות העזר המוקנית לרשות המינהלית לצורך ביצוע תפקידה (סעיף 17 ל[חוק הפרשנות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_002.htm), התשמ"א-1981), ותו לא. פרשנות זו אין בידי לקבל. כידוע, יש להבחין בין אצילת סמכות, הכוללת את הפעלת שיקול הדעת בנוגע לסמכות – לבין היעזרות בעניינים טכניים הקשורים להפעלת הסמכות (עניין פיליפוביץ, בעמ' 424). בעוד שהיעזרות הרשות בגורמים פרטיים בהתייחס להיבטים הטכניים של מילוי תפקידן מותרת ככלל, הרי שקיימת חזקה פרשנית כנגד אצילת סמכויות לגורמים פרטיים ([עע"ם 6848/10](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עעמ%206848/10) ארז נ' עיריית גבעתיים, [פורסם בנבו], פסקה 18 (30.5.2012); [בג"ץ 5031/10](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%205031/10) עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, פסקה 18 [פורסם בנבו] (26.3.2012)). בענייננו, ספקיות הגישה אכן לא נדרשו להפעיל שיקול דעת ביחס לאתרים שאת הגישה אליהם יש לחסום. על כן, ניתן, לכאורה לטעון כי הרשות לא אצלה סמכותה, אלא ביקשה להסתייע באחר לביצוע הסמכות – הסתייעות המותרת באופן עקרוני. אלא שכאשר עסקינן בהסתייעות, ראש וראשון ליסודות הדורשים הוכחה הוא כי האדם או הגוף שבו הרשות מבקשת להסתייע מסכים להיות לרשות לעזר. אין זה משנה האם הסכמה זו נובעת ממניעים מסחריים וכלכליים (השוו לעניין פיליפוביץ, בעמ' 415) – או ממניעים התנדבותיים. העיקר הוא כי הרשות רשאית להסתייע אך במי שמבקש לסייע לה מתוך רצון כן ואמיתי, לאחר שנתן את הסכמתו המפורשת לכך. כאשר הרשות מטילה חובה על אדם או גוף פרטי לבצע פעולה כלשהי, שוב לא ניתן לדבר על הסתייעות. בענייננו טוענים המערערים כי הביטוי "סגירתו של מקום משחקים אסורים" הנזכר בסעיף הרלוונטי שב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) טומן בחובו גם את האפשרות להורות על סגירת דרכי הגישה למקום מכוח סמכות העזר. ולא היא. עסקינן בצווים הכופים על גוף פרטי – ספקיות הגישה לאינטרנט – "לסייע" לרשות, כך שאין לומר כי הספקיות הן גוף אשר מעניק לרשות את שירותיו מרצון. הדברים מקבלים משנה תוקף מקום בו צווי הסגירה עצמם הזהירו באותיות קידוש לבנה כי אי-ההיענות לצו עלולה להוות עבירה של הפרת הוראה חוקית, עבירה של סיוע לעריכת משחקים אסורים ועבירה של סיוע להחזקת מקום למשחקים אסורים (סעיפים 287, 225 ו-228 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), בצירוף סעיף 31 לחוק זה).

16. מבקש אני להבהיר, בצד האמור, כי בהינתן הסמכה מפורשת בחוק, ניתן "להטיל תפקיד" ולהיעזר בכל אדם לצורכי הגשמת מטרות שונות שהוגדרו על-ידי המחוקק. ואכן, הסדרים שונים המצויים בחקיקה מאפשרים לרשות להורות לצד ג' לסייע בידה, גם במישור הפלילי. כך, למשל, סעיף 20 ל[פקודת סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_128.htm) (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, קובע כי כל אדם חייב לעזור לשוטר לעצור אדם שהוא מוסמך לעצרו. אף בסוגיה הקרובה לענייננו קיים הסדר דומה: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (המכונה גם "חוק האח הגדול") מאפשר לרשויות החקירה בישראל להיעזר ב"בעל רישיון בזק" (כהגדרתו שם) לשם קבלת נתוני תקשורת של מנוי בזק לצרכים שונים, כגון גילוי עבירות ומניעתן (סעיף 1 וסעיף 3(2) לחוק זה). בין החברות אשר יכולות להידרש למסור נתוני תקשורת מנויות גם ספקיות האינטרנט השונות (ראו עניין חוק "האח הגדול", בפסקה 2). אך מכלל ההן נשמע גם הלאו. הטלת חובה – שסנקציה בצידה – מחייבת עיגון בחקיקה. בהיעדר אסמכתה מפורשת בחוק – אין אפשרות להטיל על גורם פרטי לבצע פעולות עבור הרשות ... נותרנו, אפוא, עם הצורך בהסמכה חוקית מפורשת. והנה, במקרה שלפנינו, לא ניכרת מלשונו של סעיף 229 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) הסמכה להטיל תפקיד על צד ג' – ולו ברמז. ולא בכדי. הסמכה כאמור כרוכה בשאלות מורכבות של דין ומדיניות. כאשר נדונו בכנסת בשנת 2008 הצעות לתיקוני חקיקה שיקנו את הסמכות לחסימת גישה לאתרי הימורים הביעו נציגי משרד המשפטים (כמו גם נציגי המשטרה) הסתייגות מהקניית סמכות כאמור מטעמים ענייניים שונים, שלא כאן המקום לעמוד עליהם. כיום עמדת הרשויות – על דעת היועץ המשפטי לממשלה – שונה. הרשויות אכן אינן כבולות לעמדתן הקודמת, אך הדרך החוקית היחידה שתאפשר להקנות למפקד המחוז סמכות ליתן הוראות כופות לספק שירות צד ג' היא – להשקפתי – תיקון החקיקה הראשית (תיקון שאין צריך לומר כי יידרש לעמוד בתנאי "פסקת ההגבלה" שב[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm)). על כן, הוצאת צו כפי שנעשה בענייננו חורגת מעיקרון חוקיות המינהל. כידוע, עקרון חוקיות המינהל מהווה נורמה בסיסית במשפט הציבורי. "עקרון זה מורה, כי כוחה של הרשות הציבורית נובע מהסמכויות שהוקנו לה בדין, ואין בלתן. הדין הוא שמוליד את כוחה של הרשות לפעול, וגבולות כוחה מתוחמים לגבולות ההסמכה שהוענקה לה בדין. זהו 'האל"ף-בי"ת של המשפט המינהלי' (ברוך [ברכה משפט מינהלי](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/355;356) כרך א 35 (1987); ... כך, במיוחד שעה שמדובר בסמכות כופה, המצויה ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) (ראו והשוו: הרדוף, בעמ' 124).

17. האם הסדר חוקי עתידי עשוי לאפשר הטלת תפקיד של חסימת אתרי ההימורים על ספקיות הגישה לאינטרנט? הסדר מעין זה יכול ללבוש פנים רבות. ייתכן כי המחוקק יקבע כי לצורך קבלת צו כאמור, יש לפנות לבית המשפט; ייתכן שיעניק למפקדי המחוזות במשטרה – או לכל גורם אחר – את הסמכות להוציא צווים כדוגמת אלו שהוצאו בעניינו, בלא פנייה לבית המשפט (השוו לעניין חוק "האח הגדול", בפסקה 2). הנחתנו היא כי חקיקה זו אף תסדיר שאלות נוספות המתעוררות מהחובה שתוטל על ספקיות הגישה, תוך שתינתן הדעת לעלויות שעשויות להיות כרוכות בביצוע חסימה אפקטיבית; לגדר האחריות של ספקיות הגישה כלפי צדדים שלישיים, כגון גולשים ובעלי אתרים שהגישה אליהם תיחסם; וכיוצא באלה. בכל מקרה, ברי כי בשיטתנו המשפטית המחוקק הוא הגורם המוסמך לשקול את האופן המתאים לטפל בחסימת הגישה הנדונה (הרדוף, שם). לא נקדים את המאוחר. איננו נדרשים בזמן הזה לנקוט עמדה ביחס לחקיקה עתידית זו שטרם באה לעולם ושפרטיה אינם ידועים (אשר תצטרך, כאמור, לעמוד גם במבחני פסקת ההגבלה). [...]

**אחר הדברים האלה**

22. לפני סיום אבקש להתייחס בקצרה להערתו של חברי השופט נ' סולברג ביחס לדבריי (פסקה 56 לחוות דעתו). אבהיר כי הכרעתי אינה נשענת בעיקרה על עניינן של ספקיות הגישה ושאלת הסכמתן הקונקרטית לחסימת האתרים. בבסיס התוצאה שאליה הגעתי ניצב הכלל כי הרשות אינה יכולה לפעול אלא בגדרי דל"ת אמותיה של הסמכות הנתונה לה על-פי חוק, וכי בהפעלת סמכויות משטרתיות יש להקפיד על כלל זה אף ביתר שאת. אציין כי אינני מקבל כמובנת מאליה את הנחת חברי כי ניתן לכפות על צד ג' להפוך ל"ידה הארוכה" של המשטרה, ללא הסכמתו. טלו מצב שבו פקיד הקבלה במלון (שאליו התייחס חברי בדוגמה שהביא), חושש מפני עימות עם גורמים עברייניים ואינו מעוניין לבוא עימם במגע – האם גם אז היה ניתן לכפות עליו לסגור את החדר? שאלה זו אינה נקייה מספקות בעיניי, אך ממילא לא זה מצב הדברים שבו אנו נדרשים להכריע. בענייננו, מכלול השיקולים שעליהם עמדתי ורגישות המטריה שבה עסקינן מוליכים – להשקפתי – למסקנה שההסמכה הקיימת אינה אוצרת כוח להפעלת הסמכות הנטענת.

**השופט סולברג** (שופט המיעוט):

**(ג) סמכות המשטרה**

18. העוגן החוקי לפעולתן, נמצא לרשויות האכיפה, לטענתן, בשתי הוראות-חוק. סעיף 3 ל[פקודת המשטרה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/290_002.htm) קובע כך: "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". הוראה זו, בסיסית וחשובה, אך מפאת כלליותה מקדמת אותנו אך במעט. חשובה הימנה לצורך העניין הנדון היא הוראתו הספציפית של סעיף 229 (א)(1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), עניינה ב"סגירת מקומות", וזו לשונה:

"מפקד מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על סגירתו –

של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או

הימורים".

**הערה**

56. למקרא חוות דעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן, דומני כי החמיר קמעא עם המדינה באשר לשימוש בצד ג' – ספּקי הגישה – לצורך הפעלת הסמכות שלפי סעיף 229 לחוק. נדרשתי לכך בפסקאו[ת 45-44](http://www.nevo.co.il/links/psika/?NEWPROC=תת&NEWPARTA=45&NEWPARTC=44) לעיל. אוסיף אך זאת: חברי מזכיר את ההבחנה הידועה בין אצילת סמכות, הכוללת גם הפעלת שיקול דעת, לבין הֵעזרוּת בעניינים טכניים הקשורים להפעלת הסמכות. חברי מכיר בכך שספּקי הגישה לא נדרשו להפעיל שיקול דעת, והמשטרה ביקשה רק להסתייע בהם לשם ביצוע סמכותה. מדובר בפעולה טכנית של חסימת אתר לפי כתובת IP המצויינת בצו. ברם, לדעת חברי, עדיין נדרש להוכיח כי ספּקי הגישה מסכימים להיות לה, למשטרה, לעזר; וכי משהטילה המשטרה חובה על ספקי הגישה, שוב אין זו הסתייעות.

דעתי שונה. ראשית, נניח כי מפקד מחוז במשטרה מבקש להורות על סגירת חדר הואיל והוא משמש כמקום הימורים. לשם כך הוא מורה לצד ג', המחזיק במפתחות לאותו חדר, לנעול את החדר, מבלי לבקש את הסכמתו. האם יש פּסול בדבר הזה? אם מקום ההימורים לא היה באתר אינטרנט אלא בחדר בבית מלון, האם לא היתה המשטרה מוסמכת להורות לפקיד הקבלה לסייע לה בהפעלת סמכותה, לסגור אותו חדר או לפתחו? האם נדרש לשם כך תיקון חקיקתי?

שנית, כאמור בפסקה 49 לעיל, עובר להוצאת הצו ניתנת לספּקי הגישה זכות טיעון; נגד החלטה על הוצאת הצו, רשאים ספּקי הגישה להגיש בקשה לעיון חוזר; גם עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים רשאים ספקי הגישה להגיש. בפועל, ספּקי הגישה לא עשו דבר מן הדברים הללו. יתכן שהשלימו עם הצווים מחמת אזרחות טובה; יתכן שיש להם אינטרס למנוע את הגישה לאתרי הימורים, כי בכך הם מקטינים את חשיפתם לתביעות (למשל: הורים שיתבעו את נזקיהם בעקבות הימורי ילדיהם באינטרנט). לא אכביר בהשערות כי דיינו בעובדות: ספּקי הגישה לא נקטו בהליך משפטי כלשהו על מנת להביע את התנגדותם לצווים. חברי מבקש לדקדק בזכויותיהם של ספקי הגישה, והוא דורש הסכמה "מפורשת", "רצון כן ואמיתי". בנסיבות העניין דעתי שונה. בהגדה של פסח נֹאמר מחר בלילה לגבי הבן שאינו יודע לשאול, "את פתח לו", ובהשאלה אנו נוהגים כך לגבי אילם, מי שאינו מסוגל, או שאינו יודע לטעון את טענותיו או לעמוד על משמר זכויותיו. ספקי הגישה אינם כאלה, ואינני רואה הצדקה לנהוג כלפיהם באמת-מידה של "את פתח לו", כששערי בית המשפט פתוחים לפניהם, והם נמנעו במוּדע מלבוא בהם. ודוק: גם לעתיד לבוא, כל אימת שהמשטרה תבקש להוציא צו, יוכלו ספקי האינטרנט להתנגד, לטעון את טענותיהם עובר להוצאת הצו, לאחר הוצאתו, וכן גם להגיש עתירה מנהלית. דומני אפוא כי אנו רשאים להחיל את הכלל התלמודי שלפיו "שתיקה כהודאה דמיא" (בבלי, יבמות פז, ב), להסיק הסכמה מן השתיקה, ולהסיר בכך את אבן הנגף מפני הפעלת סמכותה של המשטרה להגבלת גישה לאתרי הימורים באינטרנט.

=-=

**תחילת דיון ב"הליך המינהלי", סוגיית "ההנחיות מינהליות"**

**הנחיות מינהליות**

*להלן תיאור וניתוח של פרופ' זמיר בספרו "הסמכות המינהלית".*

**הנחיות מינהליות** הן כללים שהמינהל הציבורי קובע כדי להדריך את עצמו (עובדיו) במילוי תפקידיו. מדובר בכללים שיש גמישות מסוימת ביחס לסטייה מהם. הן קרויות בשמות משמות שונים: הנחיות פנימיות, קווי-מדיניות, נוהל, קווי-פעולה, קריטריונים, [(=תבחינים, אמות מידה), חוזרים] ועוד.

המכנה המשותף לכל אלה הוא כפול:

מצד אחד, אלה הם כללים במובן זה שהם מתווים התנהגות, לא כיצד לפעול במקרה אחד מסוים אלא בסוג של מקרים;

מצד שני, אין הם כללים נוקשים, כמו חוק או תקנה שאסור לסטות מהם; אלא הם כללים שהם גמישים במידה מסוימת, כלומר שאפשר בנסיבות מיוחדות **ולעיתים חובה** לסטות מהם בנסיבות חריגות.

**מצויים שלושה סוגים עיקריים של הנחיות**:

**הנחיות ממונה**

**הנחיות עצמיות**

הנחיות שרשות קובעת כדי להדריך את עצמה בהפעלת סמכותה. למשל הנחיותיו של שר הפנים ביחס למתן אשרות שהות ואשרות תושבות בישראל; או הנחיות של פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה, התש"ט-1949.

**הנחיות חיצוניות**

הנחיות היוצאות מאת גורמים שונים של המינהל הציבורי, שיש להם זיקה עניינית או אחרת אל הרשות המינהלית. למשל, משרד הפנים אל הרשויות המקומיות; הנחיות היוצאות מן המשטרה אל קציני בטחון במשרדי הממשלה; הנחיות החשב הכללי במשרד האוצר בעניין רכישת טובין ושירותים על ידי משרדי הממשלה.

**ההנחיות שונות מ"תקנות" או "חוקי עזר" עירוניים – קרי, הן שונות מחקיקת משנה – בעיקר בגמישותן המסוימת.**

**תקנות וחוקי-עזר מותקנים על ידי הרשות המינהלית, ומטיבם הם נוקשים** (כמו שחוק הוא נוקשה; החוק, התקנה, חוק-העזר יכולים כמובן לקבוע בתוכם גמישות, סייגים, שיקול-דעת, ואולם לאחר גיבוש הדין כולם כפופים לו, גם הרשות שיצרה אותו. אם היא רוצה למשל להשיג יתר גמישות, היא צריכה *לתקן* את הדין).אפילו הרשות שהתקינה את התקנות, אף שהיא רשאית לשנותן או לבטלן, אינה רשאית לסטות מהן (כל עוד לא תיקנה אותן [כלומר שינתה או ביטלה אותן]).

**ההנחיות לעומת זאת גמישות [גמישות במידה מסוימת, יש לומר].** הן אינן מחייבות את הרשות להפעיל את סמכותה בדרך מסוימת אלא רק מנחות אותה בהפעלת שיקול דעתה. מדוע? התשובה להלן.

**סטיה מהנחיות**: הנחיה היא הפעלה של שיקול הדעת באופן שיתאים לסוג של מקרים. בהתאם לכך ההנחיה מתבססת על השיקולים הענייניים השכיחים באותו סוג של מקרים. אך אפשר שמקרה מיוחד יעורר שיקולים ענייניים אחרים, שהרשות לא צפתה ולכן גם לא לקחה בחשבון. מה תעשה הרשות במקרה כזה? החוק מחייב אותה להפעיל את סמכותה בכל מקרה לפי השיקולים הענייניים החלים באותו מקרה. מכאן שאין היא רשאית להסתמך על ההנחיות, שהותאמו למקרה הרגיל, כדי להחליט במקרה המיוחד, בלי לקחת בחשבון את השיקולים המיוחדים לאותו מקרה.

לכן אין היא רשאית, למשל, לדחות על הסף בקשה לרישיון רק משום שהמבקש אינו מקיים את התנאים שקבעה בהנחיות. תנאי-הרישיון שנקבעו על ידי הרשות בהנחיות (ככל שהם חורגים מתנאים לרישוי הקבועים בחוק) אינם יכולים להגביל את סמכות שיקול הדעת שנקבעה על ידי המחוקק בחוק, והרי החוק לא קבע כי רק מי שקיים את אותם תנאים שנקבעו בהנחיות יקבל רישיון. לפיכך חובה על הרשות לשקול כל מקרה שבפניה, על יסוד הנסיבות המיוחדות של המקרה, ולא להסתפק בבדיקת המקרה לאור ההנחיות.

ראו דוגמא: בג"צ 10/79 **הרמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לג(3) 60 (1979):

ראש העיר סירב לתת רישיון למסעדה בצפון תל-אביב, על יסוד הנחיות שקבעו כי אין לתת רישיונות למסעדות באזור זה, כדי להקטין את המטרד לתושבי האזור. בית המשפט, אף שההנחיות נראו לו סבירות, פסק כי במקרה זה מדובר במסעדה טבעונית, שלא תגרום מטרד (או תגרום למטרד מינימלי), ולכן ציווה על ראש העיר לסטות מן ההנחיות ולתת את הרישיון המבוקש. להלן הנמקת בית המשפט:

אמרתי שאין פסול בקריטריונים מבחינה עקרונית, אך אין רשות הרישוי מנועה מלהרשות סטייה מהם במקרה הנראה ראוי לכך על פי נסיבותיו המיוחדות (השווה ...). סבורני שענינה של העותרת היה ראוי להתחשבות מיוחדת כזאת. המסעדה שהיא מתכוונת לפתוח, מיוחדת במינה, יוגשו בה מאכלים טריים ומרקים, ולא יהיו בה בישול וטיגון בשומן, היכולים להוות מטרד לסביבה. המטרד הסביבתי הכרוך בבית אוכל כזה הוא מזערי, ואפשר להקטינו עוד על ידי התקנת מכשור מתאים לקליטת האדים של בישול המרקים. יש להניח שגם הקהל הפוטנציאלי שיפקוד בית אוכל כה הוא "צמחוני" ואינו מסוג הקהל הרועש של מבקרי בארים ובתי מרזח שבהם משופעת הסביבה. נאמר לנו שהמשיבים חוששים שמא תוציא העותרת שולחנות וכסאות אל מחוץ למקום העסק. אך זאת אפשר למנוע על ידי הטלת תנאי מתאים ברשיון, ואין ליחס לעותרת כוונה מראש להפר תנאי כזה, אם ייקבע. נראה איפוא שדיירי הבית, הזועמים על הנעשה בסביבתם ומשום כך הם מתנגדים בתוקף למתן הרשיון לעותרת, מצאו הפעם פורקן לזעמם כלפי אוביקט בלתי מתאים על פי הנתונים האובייקטיביים של עסק העותרת. בהקשר זה יש לחזור ולהדגיש את המלצתה של יחידת איכות הסביבה בעירייה אשר דחתה את התנגדות הדיירים ולא מצאה טעם למנוע את מתן הרשיון לעותרת. אלה הם המומחים לדבר מטעם העירייה והדחייה הסתמית של המלצתם, כפי שבאה לביטוי במכתב הנ"ל מיום 30.10.1978, מעידה על כך שהמכתב נכתב באורח שגרתי, בלי שענינה של העותרת נבדק מחדש לגופו.

מכאן שחוקיות הסטייה מן ההנחיות תלויה בנסיבות המקרה.

**עם זאת, ומנגד: ההנחה – הנחת העיקביות ואיסור האפליה – היא שהרשות תפעל לפי ההנחיות**, והנחה זאת יוצרת ציפייה מוצדקת שכך תפעל הרשות. אם בניגוד לציפייה זאת הרשות סטתה מן ההנחיות, הרי שיש מקום לחשש שמא נגרמה הסטייה על ידי שיקולים זרים או פגם אחר. חשש זה יכול להספיק לערער את חזקת החוקיות. משמע, הוא צפוי לגרום **העברת נטל הראיה** על הרשות להראות שהנסיבות המיוחדות של המקרה אכן הצדיקו את הסטייה.

[נקודה אחרת לתשומת לב:

לעיתים מוציאים השר או מנכ"ל המשרד "חוזרים" – למשל, *חוזרי מנכ"ל משרד החינוך (או חוזרי מנכ"ל משרד הפנים וכדומה).* שימו לב שהשם עשוי להיות מטעה. חוזרים אלה מאגדים יחדיו חלקים מחקיקת החינוך, חקיקת המשנה בתחום החינוך, וכן הנחיות (הנחיות מינהליות, שבהן עסקינן כאן) של משרד החינוך. אשר על כן, עלינו להתבונן ב"חוזרי המנכל" מבעד לפריזמה *שתאבחן* בין הדברים שמופיעים בהם – כלומר תבחין בין מה שהוא "חובה" משפטית (חוק ותקנה) לבין מה שהוא "הנחייה" בלבד.]

=-=

***דיני האצלה + סירוב לאפשר או להורות על סטייה מהנחיות***

דנג"ץ 10350/02 **שר הפנים נ' מטר**, פ"ד נח(3) 255 (2004)

על פי נוהל של משרד הפנים, סגני ראש מועצה מקומית זוכים בשכר **רק אם הואצלו להם חלק מסמכויותיו של ראש מועצה מקומית**, וזאת **מכוח ההליך הקבוע בחוק להאצלת סמכויותיו של ראש המועצה**, הליך הכולל, בין השאר, החלטה של **מועצה הרשות המקומית** בנושא.

בעניינם של המשיבים [סגני ראש המועצה] ההחלטה על מינויים לא כללה החלטה בדבר אלו סמכויות יואצלו להם.

בית המשפט העליון בדיון נוסף הפך את החלטתו הקודמת וקבע, כי אין המשיבים זכאים לשכר וזאת על אף הזמן שהשקיעו בסיוע לראש המועצה, וזאת מכיוון שסמכויותיו לא הואצלו להם כדין.

פסק הדין עוסק בעיקר בשתיים:

ראשית, בדיני האצלת סמכות, ולענייננו בצורך לבצע פעולת האצלה בדרך ברורה או ברורה למדי, וכן הפניית תשומת הלב לכך שלעיתים יש פרוצדורה מורכבת לכך (כאן, הצורך באישור מועצת הרשות המקומית);

שנית, הוא עוסק במהותן של הנחיות מינהליות ובסטייה מהן.

השופט חשין:

4. נושא זכאותם של סגני ראש מועצה מקומית למשכורת הוסדר בדברי-חוק אחדים ובהנחיות שיצאו מלפני שר הפנים, ובראש דברינו נציג את אלה נגד עינינו.

5. המועצה המקומית כפר כנא חל עליה צו המועצות המקומיות (ב), תשי"ג-1953 (צו ב), וכדברו של סעיף 109א לצו ב, יחולו על המועצות המקומיות שצו ב חל עליהן – ובהן כפר כנא – **הוראות הסעיפים 115 ו-119א לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950 (צו א).** סעיף 115 לצו א עניינו במשכורתם של ראש מועצה ושל סגני ראש מועצה שנבחרו לכהונתם על-פי הצו עצמו, ואילו סעיף 119א עניינו במשכורתם של ראש מועצה וסגני ראש מועצה שנבחרו לכהונתם על-פי חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"ה-1975 (חוק הבחירה). בגופן קובעות שתי הוראות-דין אלו – כמעט בלשון זהה – כי ראש מועצה וסגן ראש מועצה לא יזכו במשכורת אלא על-פי הוראות שר הפנים, וכלשון ההוראות במקורן:

|  |  |
| --- | --- |
| משכורת ראש המועצה, סגנו וממלא מקומו | **115.   ראש המועצה, סגנו וכן מי שממלא את מקום ראש המועצה לפי סעיף 114(א)(3) או (ג), רשאים לקבל מקופת המועצה משכורת באישור השר ובשיעור שקבע השר.** |
|  |  |
| אי תחולה | **119א. (א) ...**  **(ב)  ראש המועצה וסגן ראש המועצה שנבחרו כאמור בסעיף קטן (א) [לפי חוק הבחירה – מ' ח'] רשאים לקבל משכורת מקופת המועצה, באישור השר ובשיעור שקבע.** |

6. נדע מכאן אפוא כי סגן ראש מועצה מקומית – והוא לענייננו – אינו זכאי לקבל משכורת מקופת המועצה אלא בהתקיים שני אלה: אחד, שר הפנים אישר כי זכאי הוא למשכורת, ושניים, שר הפנים הוסיף וקבע את שיעור המשכורת.

7. סמכויותיו אלו – לאשר תשלום משכורת לסגן ראש מועצה מקומית ולהוסיף ולקבוע את שיעור המשכורת – אצל שר הפנים למנכ"ל משרדו, והמנכ"ל הוציא לעניין זה **חוזר הקרוי "תנאי שכר ותנאים נלווים לראשי הרשויות המקומיות וסגניהם בשכר" (חוזר המנכ"ל)**, ובו הנחיות מהנחיות שונות באשר לתנאים מוקדמים נדרשים עד שסגן ראש מועצה מקומית יזכה במשכורת. חוזר זה משקף מדיניות כוללת בנושא תגמולים שראשי רשויות מקומיות וסגניהם זכאים להם, ומתוך כל אותן הנחיות הנחיה 2.4.3 היא לענייננו עתה. ובלשונה של ההנחיה:

2.4.3 ישולם שכר לסגן ראש רשות מקומית רק אם הואצלו לו תפקידים וסמכויות על פי סעיף 17 לחוק [הבחירה – מ' ח'].

[=**חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"ה-1975**]... הנחיה 2.4.3 בולעת אל קרבה את הוראת סעיף 17 לחוק הבחירה, ולשונה ברורה ופשוטה: סגן ראש מועצה מקומית לא יזכה במשכורת אלא אם נאצלו לו תפקידים וסמכויות כהוראת סעיף 17 לחוק הבחירה. סעיף 17 לחוק הבחירה קובע הליכים ברורים לדרכי אצילת סמכויות לסגני ראש מועצה, ובלשונו:

|  |  |
| --- | --- |
| אצילת תפקידים וסמכויות של ראש רשות | **17.  ראש רשות רשאי, באישור המועצה, לאצול מתפקידיו וסמכויותיו לסגן ראש רשות או לחבר ועדת הנהלה כמשמעה בפקודת העיריות או לעובד הרשות והכל דרך כלל או לענין מסויים או לסוג ענינים מסויים; מילוי התפקידים והשימוש בסמכויות כאמור לא יהיו כרוכים בתשלום שכר.** |

מכאן: סגן ראש מועצה מקומית יכול שיחזיק, מכוח אצילה, בסמכויות ובתפקידים של ראש המועצה בהתקיים כל אלה במצטבר: אחד, ראש המועצה אצל לו סמכויות או תפקידים; שניים, האצילה היא "דרך כלל או לענין מסויים או לסוג ענינים מסויים"; שלושה, האצילה הייתה באישור המועצה. ...

15. טוענים המשיבים {סגני ראש המועצה המקומית} וכך הם אומרים: שטחנו לפני בית-המשפט ראיות על-כי עשינו בשירות המועצה, ומתוך שהלכה למעשה מילאנו תפקידים בשירות המועצה יש להסיק כי אכן הואצלו לנו סמכויות כדת וכדין. טענה זו דינה דחייה, וכמה טעמים בדבר.

*ראשית* לכול, לא הונחה לפנינו תשתית עובדתית כי פעילותם של המשיבים הייתה כפעילותו של מחזיק בסמכויותיו של ראש המועצה, להבדילה מפעילותו של מי שסייע לראש המועצה בעשייתו הציבורית. הראיות שהוצגו לפנינו אין בהן כדי להוכיח אלא זאת שהמשיבים עשו - על-פי הנטען - בשירות המועצה. אלא שבשירות המועצה עושים גם מי שאינם סגנים לראש המועצה וגם מי שאינם מחזיקים בסמכויותיו של ראש המועצה. יתר-על-כן, עשייה בסמכות נושאת עמה גם אחריות, ויסוד זה של אחריות חסר מן התמונה שהמשיבים הציגו לפנינו. ואמנם, לא מצאנו בכתובים ולו רמז לאצילת סמכויות בתחום הביוב והמים למשיב 1, ואשר למשיב 2, לא שמענו על כל תחום פעילות קונקרטי שפעל בו. נאמר עליו אך זאת כי פעל כיד ימינו של ראש הרשות. ובכך, למותר לומר, אין די. *שנית*, גם אם עסקו המשיבים בהפעלת סמכות מעבר לסיוע לראש המועצה בביצוע סמכויותיו - ולא אמרנו כן - אין משתמע מכאן כי הייתה אצילת סמכויות כדין. והרי אפשר שהמשיבים פעלו שלא-כדין. אכן, טענת המשיבים משולה לרתימת העגלה לפני הסוסים ועיקרה הוא בהנחת המבוקש. מעשה אצילת סמכויות קודם הוא, על-פי טבעם של דברים, לעשיית שימוש בסמכויות, ומשידענו - וידענו זאת - כי לא הייתה אצילת סמכויות מראש, ממילא אין בפעילותם של המשיבים כדי להוכיח דבר. גם חזקת תקינות מעשי המינהל לא תעמוד להם למשיבים, ולו משום שידענו - לעניינה של אצילת סמכויות - כי לא נתקיימו כנדרש תנאי סעיף 17 לחוק הבחירה.

16. מוסיפים המשיבים וטוענים הם כי באשרה את מינוייהם להיותם סגנים במשכורת כמו אישרה המועצה - אמנם מכללא - גם אצילת סמכויות מראש המועצה, ולו משום שעל-פי הנחיה 2.4.3, אין סגן ראש מועצה יכול לכהן במשכורת אלא אם נאצלו לו מסמכויותיו של ראש המועצה. גם טענה זו אינה מקובלת עליי.

השאלה הנשאלת היא אם נכיר באצילת סמכויות מכללא. השופט טירקל קובע בחוות-דעתו כי להשקפתו "אין אצילה במשתמע". גם אני נוטה לסברה כי אצילת סמכויות נצפה כי תהא מפורשת, ואולם לא אוציא מכלל אפשרות כי במקרים חריגים - ובנסיבות שאינן ניתנות להתפרש לשתי פנים - נכיר באצילת סמכויות מכללא. על מקרים מעין-אלה אציע להחיל, בשינויים המחויבים, את הכלל החל על ביטול מכללא של חוק בידי חוק, דהיינו הכלל הקובע כי נפסוק על ביטול מכללא רק במקום שהסדרי שני החוקים שלעניין אין לקיימם בשום פנים זה-בצד-זה. ראו והשוו א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית [14], בעמ' 568-566). לשון אחר: נפסוק כי הייתה אצילת סמכויות מכללא במקום שרק כך ניתן לפרש כראוי ובאורח הוגן מעשים שנעשו. אלא שאין צורך כי נכריע בשאלה, ולו משום שבנסיבות ענייננו לא ניתן כלל לזהות אצילת סמכויות מכללא. אמירתו של ראש המועצה למועצה כי המשיבים יכהנו כסגנים בשכר אין לראות בה בקשה מן המועצה - ולו בקשה מכללא - לאשר אצילת סמכויות, וממילא אין להסיק מהחלטת המועצה אישור לאצילת סמכויות. הוא הדין בטענתם הנוספת של המשיבים - טענה הנמשכת מטענת האישור מכללא - כי באישור התקציב הכולל משכורת למשיבים, אישרה המועצה גם אצילת סמכויות. אישור תקציב לעצמו ואצילת סמכויות לעצמה. לא הרי זה כהרי זו, ואין האחד גורר את חברתו. אכן, לו קיבלנו את טענת המשיבים כי-אז כמעט רוקנו מתוכן את הוראת סעיף 17 לחוק הבחירה. כהוראת סעיף 17, אצילת סמכויות יכולה שתהא "דרך כלל או לענין מסויים או לסוג ענינים מסויים". המחוקק דייק והבדיל בין סוגי אצילה שונים, ומכאן ידענו כי שומה עליו, על ראש המועצה, לקבוע מפורשות - ומראש - תחומי אצילה מסוימים; להציג את הדברים באורח ברור ומפורט לפני המועצה, ושומה עליה, על המועצה, לאשר באורח ברור מעשה אצילת סמכויות מסוים שנעשה. ראש המועצה והמועצה חייבים להיאסף בכוונה ובמעשה אל מקום אחד - עליהם להיות ad idem במעשה האצילה - ורק כך תוכר האצילה כתופשת. בענייננו-שלנו לא הביע ראש המועצה לפני המועצה כל רצון אצילה, וממילא לא אישרה המועצה כל החלטת אצילה. השוו פרופ' ב' ברכה משפט מינהלי (כרך ב) [15], בעמ' 189, ה"ש 212.

17. מסקנתנו היא אפוא זו, כי לא נאצלה למשיבים סמכות מסמכויותיו של ראש המועצה כהוראת סעיף 17 לחוק הבחירה, וממילא לא נתקיים תנאי הקבוע בהנחיית 2.4.3 שלחוזר מנכ"ל משרד הפנים לזיכוים של המשיבים בגמול עבור שירותם כסגנים לראש המועצה. [...]

**על סטייה מהנחיות פנימיות**

19. חוזר מנכ"ל משרד הפנים דינו דין הנחיות פנימיות שרשות קובעת להפעלתה של מדיניות. זה אף דין ההנחיה בסעיף 2.4.3 לחוזר, ולפיה לא יאושר תשלום משכורת לסגן ראש מועצה מקומית אם לא נאצלה לו סמכות מסמכויות ראש המועצה. הנחיה נועדה, על-פי עצם טיבה, להנחות דרכם של בעלי סמכות ולהכווין את שיקול-דעתם לתכלית מסוימת. הנחיות נועדו להיותן כלי-עזר בידי בעלי סמכות, ועל-פי דין והלכה ניתן לסטות מהן במקרים מתאימים. אכן, ההיתר לסטות מהנחיות פנימיות מובנֶה בעצם הגדרתן של הנחיות כהנחיות. וכפי שנאמר בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים [4], בעמ' 794: "מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מְסַבִּים בלא שמן לַהֲסִיכָה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות". יתר-על-כן: בנסיבות מסוימות לא אך שניתן לסטות מהנחיות, אלא שנוצרת אף חובה לסטות מהן. ראו והשוו בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים [5], בעמ' 213. אך מובן הוא כי היכולת וההיתר לסטות מהנחיות, יכולת והיתר מוגבלים הם. דרך העולם היא שהיחיד והכלל מנַהֲגים דרכיהם על-יסוד הנחה שרשות בת-סמכות תפעל על-פי ההנחיות המדריכות אותה, וסטייה עמוקה או סטיות תכופות מהנחיות נושאות בצדן מחיר כבד של פגיעה בציפיות, בוודאות ובביטחון המשפטי. במקרים אלה עלולה להיפגע – לעתים באורח אנוש – יכולתה של הרשות לנהל מדיניות ראויה ועקיבה, ואף עלול להתעורר חשש כי סטייתה של הרשות מן ההנחיות יסודה בשיקולים זרים או במעשה בשל הפליה. ראו והשוו: בג"ץ 246/71 מגרש מסודר בע"מ נ' שר האוצר [6], בעמ' 452; [י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב) [16], בעמ' 787](http://www.nevo.co.il/Books_word/zamir/zamir-30.pdf;ספרות#י' זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ).

20. מקום שעומדת לדיון הסוגיה של סטייה מהנחיות – בין שהמדובר בהחלטת רשות לסטות, או שלא לסטות, מהנחיות, ובין שהמדובר בעתירה לבית-המשפט לחייב רשות לסטות, או שלא לסטות, מהנחיות – יש לבחון את הנושא, בין השאר, על-פי שתי אמות-מידה אלו: אחת, האם הסטייה מן ההנחיות סטייה היא מן הליבה של ההנחיה, או אם סטייה היא מרובד משני או מהפריפריה של ההנחיה? סטייה מאחד מעיקריה של ההנחיה; סטייה שיש בה כדי לפגוע בתכליתה העיקרית של ההנחיה; סטייה מעין-זו תיבחן בדקדקנות ובקפדנות להכרעה אם סטייה ראויה היא. על דרך העיקרון, תידרשנה נסיבות מיוחדות עד שנכיר בסטייה מעין זו כסטייה לגיטימית. שלא כמותה של סטייה מן הליבה יהא דינה של סטייה מהפריפריה של הנחיה. וכך למשל בעוד אשר בית-משפט יהסס לצוות על רשות בת-סמך – בנסיבות המתאימות – לסטות מליבתה של הנחיה, לא כן יהא בנסיבות שבהן הסטייה תפגע אך בתכלית-משנה של ההנחיה.

אמת-מידה שנייה תיסוב על השאלה אם הסטייה מן ההנחיה – סטייה באשר היא – סטייה ניכרת ומשמעותית או סטייה זניחה ופעוטת-ערך היא. קל יותר להשלים עם סטייה מצומצמת בהיקפה מאשר עם סטייה עמוקה, ובית-המשפט יכוון את שיקול-דעתו גם על-פי אמת-מידה זו. [...]

24. חבריי סוברים כי תכליתה של הנחיה 2.4.3 היא לְזַכּוֹת במשכורת רק סגן ראש רשות ששירת בפועל את המועצה, וכי על-פי תכלית זו יש לפרש את הדרישה לאצילת סמכויות. אסכים כי עשייה בפועל היא אחת מתכליותיה של ההנחיה, אך לדעתי אין תכלית זו התכלית האחת והיחידה. ניסיון העבר לימד כי הוצאות שרשויות מקומיות עומדות בהן לתשלומי משכורת לסגנים של ראשי רשויות מקומיות, במקרים רבים הוצאות בלתי מוצדקות הן. ראו למשל: בג"ץ 585/99 חמדאן נ' שר הפנים [7]; פרשת המועצה המקומית כפר-כנא [2]; בג"ץ 3801/00 עדנאן נ' שר הפנים [8]). בה-בעת מן המפורסמות הוא שמשרד הפנים מעניק לרשויות המקומיות סיוע כספי, לעתים סיוע כספי מסיבי. נוכח שתי תופעות אלו אין פלא בדבר שנמצא לו למשרד הפנים צורך ראשון במעלה להטיל פיקוח, ולו פיקוח חלקי – פיקוח מראש, לא אך פיקוח בדיעבד – על הוצאות שרשויות מקומיות עומדות בהן. פיקוח זה לא ניתן להפריז בחשיבותו, בייחוד נוכח מצבן הכספי הקשה של רבות מן הרשויות המקומיות, ובעיקר על סמך ניסיון העבר העגום שלימד על תשלומים בלתי ראויים שרשויות מקומיות שילמו לבעלי תפקידים אלה ואחרים.

תכלית זו של הצורך בפיקוח הדוק וצמוד אוצלת מאליה על פירושה של הנחיה 2.4.3, והפירוש ילך אחר התכלית. [...]

מעיקרו של דין הסמכויות סמכויות ראש המועצה הן, והוראת סעיף 17 ביקשה לקבוע הליכים ספציפיים לאצילה מאותן סמכויות לא אך לרצונו של ראש המועצה אלא תוך שיתופם של נציגי הציבור היושבים במועצה. הגם שהסמכויות קנויות לראש הרשות בלבד, אין די בהחלטת יחיד שלו לאצילתן לאחרים. שומה עליו, על ראש המועצה, לבקש את אישורה של המועצה לאצילת סמכויות לסגן או לסגנים, ובאין אישור המועצה לא תיכון ולא תהיה אצילת סמכויות. והמועצה, למותר לומר, לא תדע על אצילת סמכויות – ועל שיעורה של אותה אצילה – אלא אם הונחה לפניה הצעת החלטה ברורה. בענייננו לא הונחה לפני המועצה כל הצעת החלטה על אצילת סמכויות, וממילא לא נתקבל אישורה של המועצה לאצילת סמכויות למשיבים. אכן, בקובעו – בסעיף 17 לחוק הבחירה – כי אין אצילת סמכויות מראש המועצה למי מן הסגנים אלא באישור המועצה, יצר החוק מאזן כוחות בין ראש המועצה לבין המועצה, וחלילה לנו להפר מצווה שצווינו בה. סמכותה של המועצה – כגוף המייצג באורח דמוקרטי וישיר את הבוחרים – קנויה לה לפקח על הליך של אצילת סמכויות, ואין די בכך שסגן ראש מועצה יעשה שימוש בסמכויות ראש המועצה כדי להסיק כי נאצלו עליו סמכויות. נדרש שהמועצה תסכים לדבר: מראש ובהליך גלוי ומסודר. הליך מעין זה לא היה בענייננו.

26. זאת ועוד זאת, הליכה במסלול שקבע המחוקק מבטיחה שקיפות להליכי האצילה, וכולנו ידענו כי הדרישה לשקיפות היא אחת הדרכים המובהקות והבדוקות לביקורת על מעשי השלטון. שקיפות זו מובטחת אך בהליכים גלויים ופתוחים של דיון במועצה, החלטה לאחר הצבעה ורישום ברור בפרוטוקול – קרא: במסמך פומבי הפתוח לכול – הכול כנדרש וכמפורש בדין. ראו והשוו פרשת פרץ [9], בעמ' 647. עיון בפרוטוקול חייב שיגלה לנו מה עבר בישיבה וכי נתמלאו כל דרישות הדין. בענייננו-שלנו לא קוים דבר מכל אלה.

27. הקפדה על קיומם של הליכים פתוחים וגלויים לעין-כול, ונוסף עליהם רישום ההליכים כנדרש בפרוטוקול, מאפשרים פיקוח על שנעשה ועל שלא נעשה בישיבות המועצה. כך גם יוכל השלטון המרכזי לקיים את חובתו על-פי דין, לבחון אם מעשי הרשות המקומית ופעולותיה נעשים בגדרי סמכויותיה וכדין. אם אלה דברים ייאמרו על דרך הכלל, לא-כל-שכן ייאמרו הדברים בזוכרנו כי השלטון המרכזי נדרש להעניק לרשות מענקי-כסף לעזרה לה בניהול ענייניה. והדברים פשוטים. הנה זה בענייננו-שלנו, ומתוך שלא נמצא לנו כלל אישורה של המועצה לאצילת סמכויות למשיבים, לא היה הממונה על המחוז יכול לדעת כי נאצלו סמכויות למשיבים, וממילא לא היה הוא ער לצורך לבחון אם לאורכם של אותם 29 חודשים שבהם שימשו בכהונת סגנים לראש המועצה, מילאו המשיבים תפקידים שהם טוענים להם עתה – אך בדיעבד – כי מילאו. מה הצדק יימצא לנו כי נטיל על רשויות משרד הפנים לבדוק ולחקור ולדרוש בדיעבד אם עשו המשיבים – ודומיהם – ומה עשו בשרתם את הרשות? אכן, לא נמצא לנו כל הצדק לבחינה אך בדיעבד – כבקשת המשיבים – שעה שהחוק התווה לפנינו דרך לבירור מראש אם נאצלו סמכויות ואלו סמכויות נאצלו.

הליכה בדרך המלך מבטיחה כי יזכו בתגמולי שכר רק הנושאים בסמכות ובאחריות, ולא נמצא לי טעם טוב כי נסטה מדרך המלך. אכן, הליכה בדרך המלך מבטיחה שקיפות; שקיפות מאפשרת פיקוח נאות – ואלה, בהצטרפם זה-אל-זה, יכולים שיצדיקו תשלום משכורת לסגן ראש מועצה. ועדיין לא הזכרנו את זכותם של תושבי הרשות המקומית לדעת מי הם בעלי הסמכות בתחומי הרשות, ומה סמכות מחזיקים הם בידיהם; מי הם הפרנסים הזכאים להורות להם כי ישלמו כך וכך ומה תמורה נותנים סגני ראש המועצה הזכאים לקבל משכורת מקופת המועצה.

**סיכום ומסקנות**

29. על רקע כל אלה הבה נחזור לשאלה שהוטל עלינו להשיב עליה והיא זו: האם נכון וראוי שנורה את משרד הפנים – כבקשת המשיבים – כי יסטה מהנחיה 2.4.3 ויאשר תשלום משכורת למשיבים עבור 29 החודשים ששירתו (לדבריהם) את המועצה? תשובתי לשאלה היא בשלילה. דעתי היא שסטייה כי נורה עליה כבקשת המשיבים, נפגע בעצם החלטה זו בליבתה ובעיקרה של ההנחיה. שלא כטענת המשיבים, דעתי היא שליבת ההנחיה אינה אך בשאלה אם מילאו המשיבים בפועל תפקידים אלה ואחרים בשירותה של המועצה. לעניין זה נוסיף ונזכיר את הוראת הסיפה לסעיף 17 שלחוק הבחירה כי מילוי תפקידים ושימוש בסמכויות ראש המועצה, באשר הם, אינם כרוכים בתשלום משכורת. לדעתי, השאלה העיקרית היא לא (אך) אם עשו המשיבים בשירות המועצה, אלא אם נאצלה להם סמכות כדת וכדין כהוראת סעיף 17 לחוק הבחירה. זו ליבתה של הנחיה 2.4.3, ודינה דין ליבה של הנחיה. על הטעמים לדבר הארכנו בדברינו לעיל, ומי שהאריך בראשית זכאי לקצר באחרית.

ענייננו אין הוא אך בסטייה קלת-ערך וזניחה מהוראתה של ההנחיה. גם אין המדובר אך בפגם פורמאלי כפי שהיה למשל בבג"ץ 868/98 קצירי נ' ראש עירית נתניה [10], שעה שנתברר כי ניתן למעשה אישור המועצה לאצילת סמכויות. בענייננו-שלנו אין אף קצה-קצהָ של אצילת סמכויות, אף לא אמירה המרמזת על כך. לא אוכל אפוא להסיק כי כוונת המועצה – או אף כוונתו של ראש המועצה – הייתה לאצול סמכויות למשיבים. ויתור על דרישת האצילה הקבועה בהנחיה 2.4.3 משמעו הוא פגיעה בליבתה ובתכליותיה העיקריות של ההנחיה. החלטתו של השר שלא לסטות מן ההנחיה הפנימית החלטה סבירה וראויה היא בעיניי, וממילא לא נמצא לי טעם טוב להתערב בה ולהורות את השר כבקשת המשיבים.

**השופטת דורנר (שופטת המיעוט)**

1. בפסק-דינו כתב חברי השופט מ' חשין כי על-פי הדין היה ניתן לסטות מההנחיה בחוזר מנכ"ל משרד הפנים, המתנה תשלום משכורת לסגן ראש מועצה מקומית באצילת סמכות מסמכויות ראש המועצה לנושא משרה זו בדרך הקבועה בסעיף 17 לחוק הבחירה, וכי תכליתה של הנחיה זו היא כפולה – לזכות בשכר את מי שבפועל מילא תפקידו כסגן בשירות המועצה ולאפשר פיקוח הדוק של משרד הפנים על-ידי הבטחת שקיפות הליכי האצילה, וכי על-כן יהיה ניתן לסטות מהנחיה זו במקרים חריגים שבחריגים.

לאמור לעיל אני מסכימה, אלא שלדעתי, המקרה שלפנינו אכן נמנה עם אותם חריגים, שכן לצד התכליות האמורות קיים ערך לא פחות חשוב והוא החובה לנהוג בתום-לב, המוטלת על המתדיין המצווה לנהוג בהגינות כלפי יריבו ולא לעשות שימוש לרעה בהליכי המשפט. ... החובה המוטלת על רשות ציבורית, שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה של הציבור, אף מחמירה יותר מחובת תום-הלב הנדרשת מן הפרט. ראו למשל בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל [12], בעמ' 860 והאסמכתאות המובאות שם.

2. בענייננו, על-פי המימצאים שקבע בית-המשפט העליון בפסק-דינו (להלן – פסק-הדין [1]), נכנסו המשיבים בשנת 1995 בנעליהם של סגני ראש המועצה אשר התפטרו על יסוד הסכם הרוטציה ושירתו את המועצה על יסוד הוראתו של ראש המועצה בתפקידים שהטיל עליהם, בהבדל אחד: להם לא שולם שכר. שלוש פעמים פנו למשרד הפנים ופעמיים הגישו עתירות, והנימוק שבסופה של הדרך בדיון הנוסף הביא לדחיית תביעתם, לא הועלה כלל על-ידי משרד הפנים אשר בתשובותיו התנה את התשלום בתנאים שונים המפורטים בפסק-הדין [1], ואשר על-פי מימצאיו הם עמדו בכולם. הטענה הנוגעת לדרך האצילה הועלתה לראשונה בתצהיר התשובה, לאחר הוצאת צו-על-תנאי, ואילו בתגובתה הראשונה של המדינה לעתירה וכן בדיון שהתקיים ביום 22.1.2001, הגנה המדינה על נימוקיו של משרד הפנים. אלא שטענותיה לא הניחו את דעת בית-המשפט, והוצא צו על-תנאי, ורק אז כאמור הועלה נימוק זה כנימוק נוסף בתצהיר התשובה.

דרך התדיינות זו אינה מתיישבת עם חובת תום-הלב שחייב בה כל מתדיין, ולא-כל-שכן עם חובת תום-הלב המוגבר שבה חייבת המדינה. כידוע, ככלל, בגדר הליכי הדיון האזרחי אין בית-משפט נזקק לטענה המועלית באיחור. אכן, פורמאלית, העתירה אינה נשלטת על-ידי כלל דיוני זה, אך בנסיבות העניין העלאתה של טענה זו בשלב כה מאוחר, לאחר שמתברר שהטענות שבגינן דחו הרשויות את הבקשה עשויות לא להתקבל על-ידי בית-המשפט, היא לדעתי שימוש לרעה בהליכים, ואין להיזקק להם.

3. זאת ועוד, התנהגות המדינה מקימה השתק דיוני. כידוע, השתק מוכר לא רק לגבי עניין שבעובדה אלא גם לגבי עניין שבדין. הוא מונע צד מלהתכחש למצג שהציג כלפי צד אחר אם אותו צד אחר הסתמך על המצג בתום-לב ושינה עקב כך מצבו לרעה. ...

במקרה שלפנינו אכן אצילת הסמכויות למשיבים לא נעשתה בדרך הקבועה בהנחיה הפנימית, אך משרד הפנים ואחריו הפרקליטות, עד לשלב מאוחר, ביססו את הסירוב לאשר תשלום שכר על נימוקים אחרים שנדחו. לו מלכתחילה – בשנת 1995 או לכל המאוחר בשנת 1997 – היו מפנים את תשומת לבם של המועצה המקומית ושל המשיבים להנחיה זו, היו הללו מקיימים אותה ככתבה וכלשונה. בנסיבות אלה, כשהניחה המדינה להליכים להתגלגל בלי להזכיר את ההנחיה, ובכך מנעה היא את קיומה, הייתה היא מושתקת מלטעון בשלב מאוחר זה כי המשיבים אינם זכאים לתשלום בשל הפרת ההנחיה. אשר-על-כן אם דעתי הייתה נשמעת, היינו דוחים את העתירה.

=-=

בג"צ 3616/06 **מנצור נ' משרד הפנים** (2009) – השופט רובינשטיין

*מדוע מגיעים כאן לתוצאה השונה – חלקית – מזו של* ***מטר****?*

ד. למחרת, 11.11.04, פנה היועץ המשפטי (החיצוני) של העירייה למשרד הפנים בטענה שאצילת הסמכויות עומדת במבחן הדין. בתשובתו מיום 18.11.04 כתב מר אמונה {ממשרד הפנים} כלהלן:

"להלן תשובתי לבעיית בחירת הסגנים בעיר הכרמל.

1.     מבדיקת פרוטוקול מליאת המועצה מתברר לנו כי נבחרו 5 סגנים בניגוד ל[חוק הרשויות המקומיות](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20הרשויות%20המקומיות) (בחירת ראש רשות וסגניו) התשל"ה-1975. בחירת הסגנים נוגדים את הכללים ולכן אין אנו מכירים בכהונתם מתחילת הקדנציה. הערותינו הנ"ל נמסרו למועצה כבר ביוני 2004, אך ללא תגובה.

2.     על-מנת לתקן את המצב, יש לכנס את מליאת המועצה ולבחור סגנים עפ"י החוק. דהיינו, בחירת סגן ממלא מקום לפי סעיף 14 ו-2 סגנים עפ"י סעיף 15. משרדנו, לאור האיחוד של המועצות המקומיות דאלית אל כרמל ועוספיה, יהא מוכן לשקול ולאשר את האצלת הסמכויות רטרואקטיבית עם תיקון האמור לעיל".

ניתן ליבנו למכתב זה, שעמד במוקד חלק מן המחלוקת. [...]

כ"ד. בנידון דידן, החובה הבסיסית כשלעצמה לנהל את ענייני העיריה כדין היתה מוטלת על ראש העיר ועל מועצת העיריה, לא על המדינה. המדינה פועלת כמפקחת. מכתבו של מר אמונה נכתב במסגרת תפקידו הפיקוחי. הבטחה מינהלית, בודאי במלוא מובן המלה, לא היתה כאן. ראשית, באופן פורמלי לא היה מר אמונה המוסמך אלא דרגים שמעליו, מנכ"ל ושר; אמת ונכון, הוא פקיד בכיר, ואין לראות את מכתבו כמשחק ילדים או כהבל פה וכאדוה על פני המים. אך לא הייתי מייחס דווקא להיעדר הסמכות הפורמלית משקל רב, ולא זו עיקר: העיקר הוא שהמכתב נוסח לא בלשון הבטחה שלמה לאשר את התשלום, אלא הבטחה "לשקול ולאשר", ועל כן לא היתה זו הבטחה "אופרטיבית" במובן תוצאתה – אישור שכר רטרואקטיבי. הוא יכול היה להיות מנוסח אחרת, בזהירות רבה יותר, כדי להסיר ספק; "חכמים היזהרו בדבריכם". אי אפשר להניח שמקבל מכתב כמו זה שכתב מר אמונה, פקיד בכיר על פי תארו ועיסוקו, מבטל מכתב כזה ואינו רואהו כמסמך רציני. על כן גם אם לא הגיע המכתב לדרגת הבטחה מינהלית על פי תוכנו ובזיקה לתנאים שנקבעו בפסיקה, הוא מצדיק – בין השאר – לקח; מכתב מעין זה ראוי שינוסח בייעוץ משפטי, אם כי גם ייעוץ משפטי עלול לטעות. מכל מקום, סבורני כי יש לייחס לו משקל מסוים במכלול, במובן התנהגותן של הרשויות זו כלפי זו.

כ"ה. כאמור, עמוד הענן ועמוד האש לפני משרד הפנים, הוא החוק ועמו פרשנות הפסיקה. לענייננו דנג"צ מטר; ולא בכדי קבע המחוקק את שקבע, לא בכדי פסקה הפסיקה את שפסקה. ואף מבקרת העיריה התריעה באופן מסוים, והיא גוף אובייקטיבי שיש לייחס לדעתו משקל מסוים, אם גם לא משקל מכריע, כפי שציינה אף באת כוח המדינה בפנינו.

כ"ו. ועם זאת ברי כי גם בתפקוד משרד הפנים וגורמים נוספים בנידון דידן, הגם שעיקר החובה מוטל על העיריה, נפלו ליקויים. דיברנו כבר בבעייתיות מכתב מר אמונה. מעבר לכך, פרוטוקול הדיון מיום 22.12.03 בו מונו העותרים באופן פגום, הועבר לממונה על המחוז, וכן לממונה על הרשויות המקומיות במשרד הפנים ואף למשרד מבקר המדינה, ללא שבאו הערות מצדם. ועוד, החשב המלוה שילם את משכורתם של העותרים מבלי שנשאלו שאלות באשר לאסמכתא. לא למותר לציין, כי גם יועצה המשפטי (החיצוני) של העיריה לא העמיד דברים על מכונם ואף הגן בהתכתבות על ההליכים כפי שהיו, ושברי כי לא היו כתקנם על פי דנג"צ מטר. גם מכתב מאת מר אמונה מיום 3.6.04 בענין מספר הסגנים, קדם בחמישה חודשים למכתב הנוגע לשכר – ולא נדרש, כאמור, לנושא השכר. ולבסוף, ההחלטה בשימוע שנערך נמסרה רק לאחר כשנה וחודשיים – עמדות העותרים הוגשה בחודש מארס 2005; והכרעת המנכ"ל ניתנה בחודש מאי 2006, וזאת אף שחוות הדעת המשפטית במשרד הפנים, שהיתה ביסוד החלטתו של המנכ"ל, ניתנה עוד בפברואר 2006. אמנם ניתן הסבר חלקי לאמור בכך שחוות הדעת הרלבנטית הושלמה עוד בספטמבר 2005 (גם זאת מחצית שנה לאחר הפניה), אך משפנתה מבקרת העיריה וציינה כי התריעה בזמן אמת, ניתנה חוות הדעת רק בפברואר 2006. אולם לוחות הזמנים בכל מקרה מרווחים הרבה מדי.

כ"ז. משקלם המצטבר של כל אלה מצדיק התחשבות מסוימת בעותרים. [...]

כ"ט. ראו בשינויים המחויבים, לענין "השבה ממותנת" בהקשרים אחרים של רשויות מקומיות, גם תוך שימוש בדוקטרינה של הבטלות היחסית, [ע"א 6705/04](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%206705/04) בית הרכב בע"מ נ' עירית ירושלים (לא פורסם) (השופטת נאור); [רע"א 10565/07](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא%2010565/07) עיריית עיר הכרמל (המועצה המקומית עוספיה) נ' עו"ד זכי כמאל (לא פורסם) (השופטת ארבל). איני מוצא צורך להרחיב כאן בנושאי הבטלות היחסית, שכן סוף דבר שכל הנחלים בענייננו זורמים אל אותו ים, קרי, לפתרון ביניים שיש בו גם תחושת צדק.

ל'. המצטבר מכל אלה הוא כי יש לכאורה מקום להליכה מסוימת ומוגבלת, לא בלב קל כל עיקר, לקראת העותרים, שלא היה חולק כי שימשו סגני ראש עיר פעילים בתקופה בה שולם שכרם. אכן, אין מקום למלא כל חפצם, נוכח כל הפגמים שנפלו בהתנהלות העיריה, ואף הצו על תנאי שהוצא היה מצומצם לנושא ההשבה. נזכור גם, כי שכרם של העותרים הופחת כאמור. במכלול – כשלנגד עינינו מחדלי העותרים מזה וליקויי ההתנהגות הממסדית מזה – נקבע כי ההשבה לא תחול על החודשים ינואר-מאי 2004, בטרם נשלחה בראשית יוני 2004 התראתו הראשונה של מר אמונה. יתרת התקופה שבה קיבלו העותרים שכר, נתונה להשבה.

=-=

**קריאה לפגישה הקרובה:** הסוגיה של **"פרסום"** והמשך הדיון **ב"הנחיות מינהליות"**. פסקי הדין של **אלכסנדרוביץ', לוזון** (הפסקאות שאליהן הופנתם).

מהם תווי ההיכר של "תקנות בנות פועל תחיקתי" – אלו שבעניינן קמה חובת פרסום?

מה חשיבותן של "הנחיות מינהליות"?

במה הן שונות מתקנות בנות פועל תחיקתי?

כמו כן קראו גם את פס"ד **לביא-גולדשטיין**, פסקאות 7-1, 40-21.

מה הכללים בהם דן פסק הדין בכל הנוגע **ל"תחולה רטרואקטיבית"** של פעולת מינהל, ומהו הכלל ביחס לפרסום?

ואנא שובו גם לשני סעיפים בפסק הדין בעניין **איתנית** (הטמנת האסבסט ועיקרון "המזהם ישלם"), שאותו פגשנו בסוף הפרק על החוקה הפורמאלית. קראו את הדפים המטפלים בו בשיעור 18 שלנו, וקראו את סעיפים 37 ו-38 של פסק הדין העוסקים יפה בסוגיית הרטרואקטיביות דרך סוגיה מעט שונה – של טענה ל"חוק רטרואקטיבי".

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 24***

**ההליך המינהלי, המשך**

**א. הנחיות מינהליות, המשך**

**האיזון בין החובה לפעול על פי ההנחיות לבין הגמישות היחסית שלהן, שתוארה בדפי הפגישה הקודמת:**

**מצד אחד, מעצם מהותן, השונה מחוק או תקנות, הרי שאין הן (ההנחיות) יכולות אלא להיות גמישות במידה מסוימת;**

**מנגד, דרישת העקביות/ איסור ההפליה/ הרצון בשקיפות וביכולת פיקוח, מורה לרשות לפעול על פיהן אלא אם כן יש הצדקה של ממש לסטייה מהן.**

**יש כאן לפיכך צורך בסוג של איזון עדין.**

**נקודה נוספת: לעיתים מופיעה בדין חובה לקבוע הנחיות מינהליות, ולעיתים מופיעות בדין חובות ביחס לתוכנן של ההנחיות**

**דוגמא שאותה כבר פגשנו בפס"ד יקותיאלי וכן בפס"ד התאחדות הסטודנטים (שעסקו בנושא גמלות הבטחת הכנסה לאברכים):**

**חוק יסודות התקציב, התשנ"א-1991**

3א. תמיכות במוסדות ציבור [תיקון: תשנ"ב, תשנ"ט]

(א) בסעיף זה - "מוסד ציבור" - גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה; [...]

(ד) הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג **לפי מבחנים שוויוניים**.

(ה) הממונה על סעיף התקציב **יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה,** מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן - מבחנים).

(ו) **שר האוצר יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, נוהל שלפיו** יוגשו ויידונו בקשות של מוסדות ציבור לקבלת תמיכה מתקציב המדינה (להלן - נוהל).

(ז) **המבחנים והנוהל יפורסמו ברשומות.** [...]

**מדוע? מה ההיגיון/ התכלית של דרישות אלו?**

**זו הנקודה השנייה של האיזון, שהוזכר לעיל. ראו את ההבהרה להלן:**

בג"צ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259 (השופט זמיר)

"מבחנים", במשמעות של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, צריכים לאפשר הערכה אובייקטיבית, במידה סבירה, של המועמדים לתמיכה, זה לעומת זה. מבחנים הם היפוכו של שיקול דעת רחב, שלעתים קוראים לו שיקול דעת סובייקטיבי. אכן, גם שיקול דעת סובייקטיבי צריך להיות מופעל על פי שיקולים ענייניים בלבד. אך, בדרך כלל, רשות מינהלית שיש לה שיקול דעת סובייקטיבי יכולה לתת לכל שיקול ענייני משקל גדול או קטן כפי שייראה לה. ככל ששיקול הדעת סובייקטיבי יותר, כך גם גדל המרחב בו יכולה הרשות להחליט, לכאן או לכאן: מתחם הסבירות גדל והביקורת השיפוטית מצטמצמת. המבחנים, כמו הנחיות מינהליות בדרך כלל, אמורים להקטין את היסוד הסובייקטיבי ולהגדיל את היסוד האובייקטיבי שבהחלטת הרשות. הם הופכים שיקול דעת חזק לשיקול דעת חלש. [...] כתוצאה מכך, הם מפחיתים את חשיבות השאלה מי היא הרשות המוסמכת, מה נטיית הלב שלה ועד כמה היא חשופה להשפעה של גורמים חיצוניים ושיקולים זרים. יש בהם כדי לעשות את ההחלטה צפוייה יותר, וכן גם שוויונית יותר, ולאפשר בדיעבד ביקורת יעילה יותר על ההחלטה. זו התכלית העיקרית של המבחנים. זו גם התכלית העיקרית של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב: התכלית של סעיף זה היא לחסל את התופעה, שהיתה ידועה בשם כספים ייחודיים, לפיה היה שר יכול לתת תמיכות מתקציב משרדו לפי שיקול דעת סובייקטיבי, באופן בלתי-מבוקר.

=-=

**ההליך המינהלי:**

ב. חובת הפרסום המוטלת על הרשות המינהלית

**וחובת השקיפות**

"חובת הפרסום" היא חלק ממשפחה של חובות הנושאות תכליות דומות של **"שקיפות":** שקיפות פעילותה והליכי קבלת הכרעתה של הרשות. החובות הנוגעות לשקיפות הן בעצם נגזרת של חובות-העל של הרשות, הנובעות מהיותה "נאמן של הציבור". אלו הן החובות של "הגינות", "יעילות" והנגזרות של האיזון ביניהן, במצבי מתח: "הסבירות" ו"המידתיות".

אלו הן 'בנות משפחת' השקיפות:

"חובת הפרסום" –

פרסום ב"רשומות"

**"הרשומות"** - הפרסום הרשמי של הוראות הדין או פעולות מינהל אחרות שחלה עליהן חובת הפרסום; שלשה קבצי פרסומים מגבשים את "הרשומות", והם **"ספר החוקים", "קובץ התקנות", "ילקוט הפרסומים"**;

או חובת פרסום באופנים אחרים;

חובת הפומביות של הליכים מגוונים (תהליכי החקיקה, הליכים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים ועוד);

הזכות לחופש מידע;

"זכות הטיעון" (במסגרת כללי הצדק הטבעי, שבהם נתחיל לעסוק בפגישה הקרובה);

חובות היוועצות המוטלות בהקשרים שונים;

חובת הנמקה, ועוד.

מה, קונקרטית יותר, משרתות החובות הנזכרות? – התשובה היא, שהן משרתות הן את האינטרס של הוגנות והן את האינטרס של היעילות (הגם שמדובר בשני אינטרסים שיש ביניהם גם מתח, מתח שיוזכר מייד). מדוע?

החובות הללו תורמות מאד **ליתר וודאות/ ליתר בהירות באמצעות הבאת דברים חשובים לידיעת בני-החברה**, כיצד? המשפט הוא מערכת של הכוונה חברתית, והנה הכוונה נשענת על מוּדעוּת;

**חובת ההוגנות**: אם המשפט בהכוונתו משתמש, בין היתר, באמצעים/ בכלים של הכוונה מסוג של הגבלה/ סנקציה וכדומה, הרי ראוי שכלים אלו יהיו ידועים מראש, להבדיל מבדיעבד. "אין עונשין אלא אם מזהירין". "עונש" במובן הרחב, של פגיעה בזכות שלנו או פגיעה באינטרס-מוקנה שלנו;

**קיומו של דיאלוג בין השלטון והבירוקרטיה השלטונית לבין הציבור – החובות ממשפחות החובות הנזכרות מאפשרות תגובה מצד הציבור או מצד בני-אדם רלוונטיים בקרבו**: הדיאלוג האפשרי מגדיל את הפוטנציאל לקבלת החלטה שקולה יותר ומבוססת יותר.

החובות הנזכרות משרתות גם את **אפשרות הפעולה של גורמי הבקרה שמלווים את פעולת הרשות** – גורמי בקרה רשמיים, וגורמים של "החברה האזרחית" (התקשורת, ארגוני החברה האזרחית).

עם זאת, לשקיפות אין רק יתרונות (של הוגנות ושל יעילות) אלא **גם מחיר**, ולעיתים הוא מחיר כבד, **במונחי יעילות** הפעילות השלטונית:

מדובר בעלויות אפשריות במונחי היכולת **להגיב בדחיפות** או **לשמור על סודיות**, וכן **עלויות כוח-אדם** או **עלויות תקציב נוספות**.

לכן החובות המתגבשות במישור השקיפות הן מסויגות.

**באילו סייגים הן מסויגות?**

**האם הסייגים מוצדקים? מתי נרצה כחברה, שיחולו פחות סייגים על השקיפות?**

=-=

**חובת הפרסום ברשומות: פקודה/חוק וכן "תקנה"** **"בת פועל תחיקתי"**

**פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948**

10. [רשומות] [תיקונים: התשי"ב (מס' 2), התשמ"א]

(א) כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום.

(ב) פרסומה של פקודה ברשומות ישמש ראיה כי אותה פקודה ניתנה ונחתמה כדין.

(ג) הוראות סעיף זה חלות גם על תקנות כמשמעותן בסעיף 8 ועל תקנות-שעת-חירום, כמשמעותן בסעיף 9.

**פקודת הפרשנות [נוסח חדש]**

17. [תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי]

תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה.

1. [מונחים] [...] **"תקנה"** - תקנה, כלל, חוק-עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, **שניתנו מאת כל רשות** בארץ-ישראל או בישראל, בין לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין לאחריה, **מכוח חוק**, או מכוח אקט של הפרלמנט הבריטי או מכוח דבר-המלך-במועצה, לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק-עזר כאמור; [...]

**חוק הפרשנות, תשמ"א-1981**

3. [משמעותם של מלים וביטויים]

[...] **"תקנה"** - הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי.

**"הוראת מינהל"** - הוראה או מינוי - לרבות הודעה, מודעה, רשיון, היתר וכיוצא באלה - שניתנו בכתב מכוח חוק **ואינם** בני-פעל תחיקתי;

**חוק יסוד: הממשלה**

39. [התקנת תקנות שעת חירום]

[...] (ז) תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.

=-=

השופט זוסמן ב**יועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ** (עמ' 701)

[התנאים להיות תקנה "בת פועל תחיקתי":]

המשיבים הואשמו בבית-משפט השלום, חיפה, במכירת סחורה הטעונה מס - ללא סימן זיהוי, לפי סעיפים 15(א)ו-22(א)(6) לחוק מס קניה, תשי"ב-1952; פרטי העבירה הם כי בהיותם "סוחרים" כמשמעותו בחוק הנ"ל, מכרו רהיטים "שהנם סחורות טעונות מס מבלי להדביק עליהם בולי ערך ממוספרים שהם סימן הזיהוי שנקבע על-ידי מנהל המכס והבלו".

בפתיחת הדיון הודיע בא-כוח התביעה הכללית לשופט-השלום, כי קביעת מנהל המכס והבלו הנזכרת בפרטי העבירה שבגליון-האישום לא פורסמה ברשומות; ... שופט-השלום זיכה את המשיבים מן העבירה המיוחסת להם. הוא פסק כי קביעת מנהל המכס והבלו (להלן-המנהל) הנה בבחינת "תקנה בת-פעל תחיקתי", כאמור בסעיף 17 לפקודת הפרשנות, ומכיון שלא נתפרסמה ברשומות, בהתאם לסעיף הנ"ל, סבר השופט, כי הקביעה לא נכנסה לכלל תקפה; לכן לא נעברה העבירה. ערעורו של היועץ המשפטי נדחה על-ידי בית-המשפט המחוזי ברוב דעות, ומכאן הערעור שלפנינו.

2. סעיף 15(א) לחוק הנ"ל (כפי שתוקן על-ידי סעיף 10 לחוק מס מסוייג ומס מותרות (תיקון), תשי"ד-1954), קובע לאמר:

"המנהל רשאי לקבוע לסחורות טעונות מס וכן לחלקיהן סימני זיהוי, צורתם, מועד הסימון, אופן הצמדתם לסחורות והשימוש בהם; נקבע סימן לסחורה כאמור, לא יחזיקה סוחר במלאי לצורך עסקיו, לא ימכרה ולא ימסרה לאדם אחר אלא שהיא מסומנת בסימנים כפי שקבע המנהל."

7. על השאלה איזוהי תקנה בת-פעל תחיקתי משיבים אנו עתה:

סימני ההיכר של תקנה כזו שניים הם:

ראשית: כי תקבע התקנה נורמה משפטית, ותביא בדרך זו לשינוי במשפט הנוהג במדינה,

ושנית: כי תהא זאת נורמה כללית או 'מופשטת', היינו נורמה המופנית אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסויים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של המוענים אליהם מכוונת התקנה, ואילו תקנה אשר אין בה כל נורמה, או שיש בה נורמה אשר לא הופנתה אל הציבור 'בעילום שם', אלא באורח קונקרטי לאדם מסויים הנקרא בשמו, או לאנשים מסויימים הנקראים בשמם, וכל תקפה מתמצה לגבי אדם זה או אנשים אלה, תקנה כזו אינה תקנה בת פועל תחיקתי הטעונה פרסום, לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות.

רע"פ 1127/93 **מדינת ישראל נ' קליין**, פ"ד מח(3) 485, השופט חשין, סע' 39 לפסק דינו, תוך השמטת חלק מהאסמכתאות:

"ההלכה מדגישה-ביתר את הצורך בפירסום חוק לעניין אכיפתו של המשפט הפלילי, [**אלכסנדרוביץ**] [...] [אך] אם נעמיק חקר, כך דומה עלינו, יימצא לנו עקרון-יסוד המזין גם את נושא האחריות הפלילית [ו]גם נושאים אחרים. **העקרון שואב כוחו מטיבו ומאיכותו של הסדר החברתי הראוי, והוא, פתיחותו של השלטון ודרכי פעילותו הראויות - בגלוי ולא במיסתרים. שלטון ראוי פועל לאור השמש, בגלוי, וכך חושף הוא עצמו לביקורת מתמדת וממילא אף לתיקון דרכי פעולה מעוותות.** על היבט זה של חובת הפירסום עומד פסק-הדין בפרשת **האז**, וממנו נדע כי זה דרכו של משטר ראוי; "חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק", כך שח השופט ח' כהן בפרשת **האז**, וממנו נלמד ונדע."

בג"צ 3081/95 **ד"ר ג'ובראן רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית,** פ"ד נ(2) 177, השופט זמיר:

[...] יש לקבוע תחילה מה טיבה של ההחלטה לקבוע איזהו ציון "עובר" [בבחינות לתואר מומחה בתחום רפואי מסוים]: האם החלטה זאת היא תקנה בת פועל תחיקתי או שמא היא הנחיה מינהלית?

אם היא תקנה בת פועל תחיקתי, חל עליה סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] [...] כידוע, לפי ההלכה, תקנה בת פועל תחיקתי שלא פורסמה ברשומות, אין לה תוקף. [...] אולם, לדעתי, החלטה זאת אינה תקנה בת פועל תחיקתי. כך הדבר, בראש ובראשונה, משום שאין היא "תקנה", כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת הפרשנות: שאין לך "תקנה" לפי סעיף זה, אלא אם היא ניתנה "מכוח חוק" או "על יסוד תקנה", והכוונה היא ל"חוק" או "תקנה" המקנים סמכות לקבוע נורמה משפטית; ואילו ההחלטה הנדונה של המועצה המדעית לא ניתנה אלא מכוח הסמכות הכללית שלה, לפי סעיף 30 לתקנות הרופאים, לקבוע "את סדרי הדיונים והעבודה שלהם, במידה שאלו לא נקבעו בחיקוק או על פיו". סדרי העבודה של המועצה המדעית, לרבות הציון שישמש אותה כדי לקבוע מי ומי עבר את הבחינה, הינם בגדר הנחיות מינהליות להבדיל מתקנות. […]

=-=

פס"ד רומיאו ג'ובראן מבהיר אם כן, כי שני התנאים הקבועים ב**אלכסנדרוביץ** לזיהויה של תקנה "בת-פועל תחיקתי" – **(1) "נורמטיביות" ו-(2) "כלליות"** – אינם ממצים. מצטרפים בעצם שני תנאים הנובעים מהדרישה הנוגעת לכך שחובת הפרסום ברשומות חלה על **"תקנה"**. משמע, היא צריכה להינתן על ידי **(3) "רשות"** [משמע, ממלא תפקיד ציבורי על פי דין] ו-**(4) "מכוח חוק"** (או "על יסוד תקנה" אחרת).

=-=

**מקרים שחלה עליהם החרגה מחובת פרסום ברשומות:**

**תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945**

97. [כוח לדרוש הגשת החומר לצנזורה לפני פרסומו]

(1) הצנזור רשאי לדרוש בצו מבעליו, מעורכו, ממדפיסו או ממוציאו לאור של כל פרסום, או מבעליו או מנהלו של כל בית-דפוס או עסק של דפוס, או ממחברו של כל חומר, או מכל אדם העומד להדפיס או לפרסם כל חומר, שיגיש לצנזור לפני ההדפסה או הפרסום כל חומר שנועד להדפסה או להוצאה לאור. [...]

125. [שטחים סגורים]

מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על כל שטח או מקום, כי הם שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה. כל אדם הנכנס לתוך כל שטח או מקום, או יוצא מתוכם, במשך כל תקופה, שבה עומד בתקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם, ללא תעודת-היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו, יאשם בעבירה על התקנות האלה.

=-=

תקנה 97(1) היא מורכבת, שכן בעצם היא מעניקה סמכות להוצאתם של צווים מ**שני** סוגים – (1) צווים קיבוציים (כלומר "בני פועל תחיקתי") ו-(2) צווים אינדיבידואליים/אישיים. למה הכוונה?

אם מדובר בצו הניתן ביחס לעורך עיתון קונקרטי, על פי שמו או על פי תפקידו באותה עת (למשל, עורך "מעריב") + וככל שמדובר בצו ביחס לעניין מסוים וקונקרטי (לא מתמשך בזמן) של אותו עיתון, למשל איסור של המשך עיסוק בפרשה מסוימת, שהיא סודית בעיני הרשות השלטונית המוסמכת, קרי, הצנזור הצבאי, **כי אז מדובר בצו אישי**. הוא אינו נוגע לכל מי שיהיה עורך "מעריב" בעתיד, אלא לאדם קונקרטי שמביאים לידיעתו חובה שהוטלה עליו/עליה.

ואולם במקביל, תקנה 97 מאפשרת במקביל גם להוציא צו ביחס ל"כל אדם", "כל בית דפוס" וכדומה. גם צווים בעלי אופי נמשך כמו צו לעורכי עיתונים וכלי תקשורת אחרים, למשל, ביחס למידע על מתקנים צבאיים או אזרחיים-ביטחוניים שונים. צו בעל אופי שכזה, הוא **צו בן-פועל תחיקתי,** המחייב לכאורה פרסום ברשומות.

דוגמא אחרת: צו מכוח סעיף 125 לתקנות ההגנה. צו סגירת שטח. האם הוא בעל פועל תחיקתי? האם הוא כך גם אם הוא מוצא למשל לתקופה של יום אחד או לכמה שעות? התשובה היא בחיוב. הוא מגביל קבוצה בלתי מסוימת, בלתי מזוהה מראש של בני אדם להיכנס לשטח ו/או לצאת ממנו.

אלא שחובה זו המוטלת על צווים בני פועל תחיקתי, המוּצאים מכוח תקנות ההגנה, היא לכאורית בלבד. צווים אלו הופטרו מחובת הפרסום ברשומות. ההשתלשלות היא מורכבת. היא מופיעה בספרם של **רובינשטיין ומדינה**, בפרק 5, סעיף 5.3 לספרם:

במקרים מסוימים, נקבע בחקיקה פטור מחובת פרסום ברשומות של תקנות בנות פועל תחיקתי.[[69]](#footnote-70)

החשוב בהם הוא זה שנקבע ביחס לצווים המוצאים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. המדובר בדבר חקיקה מנדטורי (בעל מעמד של חקיקה ראשית, על אף שמו), מכוחו הוקנו סמכויות נרחבות לשלילת זכויות ללא משפט. בתקנה 3(2) לתקנות ההגנה נקבע, כי צווים המוצאים מכוח התקנות פטורים מחובת פרסום ברשומות, גם אם יש בהם משום הטלת נורמה כללית בת פועל תחיקתי.[[70]](#footnote-71) בנוסחו המקורי של סעיף 10(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט הוחלה חובת הפרסום ברשומות גם על "תקנות-שעת-חירום", ואף שלא היתה התייחסות מפורשת לצווים המוצאים מכוחן של תקנות ההגנה, פורשה הוראה זו כחלה גם על האחרונים (עניין **אסלאן**). בעקבות זאת תוקן, בתשי"ב, סעיף 10(ג) לפקודה, ונקבע בו כי חובת הפרסום ברשומות חלה רק על תקנות-שעת-חירום המוצאות מכוח סעיף 9 לפקודה (שהוחלף מאוחר יותר בסעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה). לכן, צווים המוצאים מכוח תקנות ההגנה אינם טעונים פרסום ברשומות.[[71]](#footnote-72) כמו כן, חובת הפרסום ברשומות אינה חלה על צווים המוצאים על-ידי הגורמים המוסמכים לכך בשטחים המוחזקים.[[72]](#footnote-73)

=-=

**חובות פרסום באפיקי פרסום אחרים, מעבר ל"רשומות" או, להבדיל, *במקום* פרסום ב"רשומות"**

הוראות-הדין שהוזכרו וכן הדיון לעיל נוגעים לפרסום ב"רשומות", כלומר בפרסום הרשמי המסוים הזה של המדינה, על סוגיו: ספר החוקים, קובץ התקנות, ילקוט הפרסומים.

עם זאת, חובות פרסום מסוגים אחרים, שאינם פרסום ברשומות, יכולות להתגבש, והן אכן התגבשו, ביחס ל"הנחיות מינהליות" (ראו להלן). כמו כן, חוקי-עזר (משמע, חקיקת המשנה של כל רשות מקומית) צריכים גם פרסום ברשומות (בהיותם "תקנה") וגם לעמוד "לעיון הציבור" בדרך נוספת, שהיא הדרך הבאה:

**מתן פרסום להנחיות מינהליות, וכמו כן מתן פרסום, נוסף, לחוקי-עזר, בדרך של העמדה לעיון הציבור**

**זה מופיע בנורמה הבאה: חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 –**

6. [הנחיות מינהליות וחוקי עזר]

(א) **רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת** ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור.

(ב) הוראות סעיף 9 יחולו, בשינויים המחויבים, על העמדת הנחיות מינהליות לעיון הציבור לפי סעיף זה.

*[סע' 9 לחוק חופש המידע עוסק ב"מידע שאין למוסרו או מידע שאין חובה למוסרו", קרי, מידע שאסור למסור או מידע שיש לרשות פטור מלמוסרו אם שיקול דעתה יורה כך]*

(ג) **רשות מקומית תעמיד לעיון הציבור את חוקי העזר שלה.**

=-=

**סיכום ביניים קצר:**

**^ חובת הפרסום "ברשומות" מוטלת על:**

**א. חקיקה;**

**ב. "תקנות בנות פועל תחיקתי", משמע, "נורמות" בעלות "אופי כללי" הנקבעות "מכוח הדין";**

**[ג. אם מוטלת בחוק יסוד, חוק או תקנה חובת פרסום שכזו:**

**למשל על "מינויים" מסוימים, או על יציאת ראש הממשלה או נשיא המדינה לחו"ל, וכדומה].**

**^ מהי נורמה בעלת "אופי כללי"?**

א. הדוגמאות שהבאתי לעיל מתוך תקנות ההגנה שעת חירום הובאו לשם הנוחות. כי היה לי קל יותר להדגים/ להמחיש דרכן את ההבחנה בין נורמה כללית/מופשטת לבין פעולת מינהל/ נורמה שהיא בעלת אופי אישי.

בפועל, כפי שהוספתי, בעוד ש"תקנות ההגנה" עצמן חייבות היו כמובן להתפרסם ברשומות, הרי שצווים מכוחן, כולל "צווים כלליים" – כמו צו סגירת שטח ("שטח צבאי סגור") – שהם כן תקנות בנות פועל תחיקתי – הופטרו מחובת הפרסום ברשומות. ואולם זהו החריג ולא הכלל, והוא הצריך הענקת פטור שכזו על ידי הדין.

ב. כללית, עניין "הפרסום" – הבאת הפעולה השלטונית לידיעת האדם או לידיעת הציבור – היא עניין של היגיון והגינות. אם יש לרשות משהו שלטוני הנוגע לאדם מסוים: למשל, רישיון עסק/ רישיון נהיגה – נתינתם או ביטולם; או מינוי למשרה ציבורית או ביטולו של מינוי זה; או צו הגבלה על אדם, שלא יעזוב ישוב מסוים; – הרי שהכתובת היא האדם עצמו. ההודעה על כך צריכה להגיע אליו ישירות, באופן ממוקד וודאי, ככל שניתן.

אם לעומת זאת מדובר בנורמה פתוחה, כללית: למשל, צו המופנה לבעל תפקיד שאותו מאייש בהווה אדם מסוים – למשל, עורך מסוים של עיתון – אך בעתיד הוא יתחלף באדם אחר, הרי שיש הצדקה/צורך לפרסום ברשומות. נורמה "כללית" היא לפיכך נורמה שחלה על ציבור או חלה על אדם שעתה הוא מזוהה אך בעתיד הוא ישתנה. במצב דברים זה, ההגינות וסדר הדברים הנכון [וכן הדין: סע' 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)] דורשים פרסום של הנורמה המשפטית הזו בכתובת מרכזית ורשמית אחת, שהיא "הרשומות"; זאת אלא אם הדין יצר לכך פטור בשל סיבה מיוחדת.

^ **אבל מה אם *לא* קבענו "נורמה" אלא משהו אחר?**

**דוגמא מרכזית היא "הנחיות מינהליות"?**

התשובה:

**לעיתים יקבע החוק בכל זאת חובת פרסום ברשומות להנחיות מינהליות**. ראו למשל, את אמות המידה להקצאת כספי מדינה לגופים ציבוריים לא מדינתיים (ההוראות בחוק יסודות התקציב, שצוטטו לעיל);

**עם זאת, אלא אם כן נקבעה הוראה מיוחדת בדין, הרי שאין חובה לפרסם את ההנחיות ברשומות**, שהרי הן אינן בנות פועל תחיקתי;

מצד שני, יש לפרסם את ההנחיות **בדרך אחרת שנגישה לציבור** (הוראות חוק חופש המידע, שצוטטו לעיל).

=-=

ואכן פטור מפרסום ברשומות אין פירושו פטור מפרסום בדרך סבירה אחרת.

עע"ם 9187/07 **לוזון נ' משרד הפנים** (2008)

**השופט דנציגר**

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביבי-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כבוד סגנית הנשיא ד' פלפל), במסגרתו נדחתה עתירתם של המערערים לבטל את הוראת המשיבים לאסור על חברות השמירה הפועלות בישראל לאבטח באבטחה אישית חמושה וניידת את המערערים.

**הרקע העובדתי**

2. המערערים, אורי לוזון, טל יוסף ויוסי דבח (להלן: המערערים) הינם אזרחי ישראל ותושביה. ... לטענת המשיבים, בהתאם למידע מודיעיני חסוי, המערערים הינם חברים בכירים בארגון פשיעה בראשותו של מר עמיר מולנר.

3. לטענת המערערים, מזה מספר שנים קיימים איומים על חייהם ולדבריהם המשיבה 2, משטרת ישראל (להלן: המשטרה), אף הזהירה אותם, מדי פעם, כי חייהם בסכנה וכי עליהם להישמר ולהגן על עצמם.

4. בעקבות האיומים על חייהם, שכרו המערערים את שירותיה של חברת בסט מאבטחים בע"מ (להלן: חברת בסט), חברה פרטית המספקת שירותי שמירה ואבטחה. מאבטחים חמושים של חברת בסט ליוו את המערערים על מנת להגן על חייהם מפני הסכנה הנשקפת להם. ...

6. ביום 19.6.2006, ובעקבות הנחיה שיצאה תחת ידם של המשיבים כפי שיפורט בהמשך, פנתה חברת בסט למשטרה בבקשה כי זו האחרונה תאשר לה לספק לשמונה מלקוחותיה שירותי אבטחה חמושה ניידת, דהיינו, מאבטח חמוש המלווה את המאובטח ממקום למקום (להלן: אבטחה חמושה ניידת). חברת בסט צירפה לפנייתה רשימה של לקוחות אשר להם ביקשה לספק שירותים כאמור (ובהם המערערים), תוך ציון כתובתם וכן רשימת מאבטחים שיוצמדו לכל לקוח.

7. ביום 25.6.2006 השיב לחברת בסט רפ"ק ששי אלעמארי, רח"ל תיאום מבצעי ארגוני פשיעה במטה הארצי של המשטרה, כי מבדיקה במשרד הפנים עולה כי חברת בסט אינה רשאית לבצע אבטחת אישים חמושה, ולפיכך, החל מתאריך 1.7.2006 אינה רשאית להציב מאבטחים חמושים ניידים כלל. עוד צויין במכתבו של רפ"ק אלעמארי, כי אם ברצונה של חברת בסט לבצע אבטחה חמושה ניידת, עליה לפנות למשרד הפנים בבקשה מתאימה. ...

9. ראוי לציין, כי חברת בסט לא פנתה למשרד הפנים בבקשה להתיר לה לספק למערערים אבטחה חמושה ניידת, ואף לא פנתה בערר על החלטת המשיבים.

**העתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים**

10. בעקבות מכתביהם של המשיבים, פנו המערערים לבית המשפט לעניינים מנהליים בעתירה לביטול הוראת המשיבים לאסור על חברת בסט, כמו גם חברות שמירה ואבטחה פרטיות אחרות, לספק שירותי אבטחה חמושה ניידת למערערים.

11. בעתירתם טענו המערערים, בין היתר, כי שלילת זכותם לשכור שירותי אבטחה חמושה ניידת פוגעת בזכותם להגנה על החיים וקדושת החיים; כי החלטת המשיבים פוגעת בזכות השוויון, שכן ישנם אנשים אחרים (שאינם נושאים בתפקידים ציבוריים) אשר זוכים לשירותי אבטחה חמושה ניידת מחברות אבטחה פרטיות; כי הפגיעה בזכויות המערערים נעשתה בחוסר סמכות וללא הסמכה מפורשת בדין. עוד טענו המערערים, כי שלילת זכותם לשירותי אבטחה חמושה ניידת נעשתה תוך פגיעה בזכות הטיעון, שכן הוראת המשיבים בדבר שלילת הזכות לספק ולקבל שירותי אבטחה חמושה ניידת יצאה מבלי לזמן אף אחד מהנוגעים בדבר לשם שמיעת עמדתו.

[...]

**הנחיה פנימית או תקנה בת פועל תחיקתי?**

57. סעיף 17 ל[פקודת הפרשנות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_001.htm) [נוסח חדש] (להלן: [פקודת הפרשנות)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_001.htm) קובע חובת פרסום ברשומות של "תקנות בנות-פועל תחיקתי". המערערים טוענים כי ההנחיה על פיה פעלו המשיבים בענייננו מהווה תקנה בת פועל תחיקתי, המחוייבת בפרסום ברשומות, שאם לא כן, אין לה תוקף.

58. על פי סעיף 1 ל[פקודת הפרשנות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_001.htm) [נוסח חדש], "תקנה" היא, ראשית לכל, "כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל... מכוח חוק...". זאת ועוד, בפסק הדין הידוע, [ע"פ 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%20213/56&Pvol=יא) 695 (1957), נקבעו שני מבחנים מצטברים לזיהויה של "תקנה בת פועל תחיקתי" והם: האם התקנה יוצרת נורמה משפטית והאם היא הופנתה אל הציבור כולו או אל חלק בלתי מסוים ממנו.

הגישה המקובלת הינה, כי מאחר שהנחיות מנהליות אינן מוצאות מכוח חוק (שהרי החוק אינו מסמיך רשות מנהלית לקבוע אותן, אף שאינו אוסר זאת), לא נהוג לראות הנחיות מנהליות כאקטים הקובעים נורמה משפטית המשנה את המשפט הנוהג במדינה, ויתרה מכך, מאחר שהרשות רשאית לסטות מהן במקרים מסוימים, הרי שהנחיות פנימיות אינן נחשבות תקנות בנות פועל תחיקתי המצריכות פרסום ברשומות, אף אם יש להן השפעה על ציבורים בלתי מסוימים (הר זהב, עמ' 127-128; זמיר, כרך ב', עמ' 928).

59. ... המשטרה בחרה לְקבֵּעַ את מדיניותה במסגרת נוהל או הנחיה, אף שלא היתה חייבת לעשות כן על פי החוק המסמיך. יתרה מכך, המשטרה רשאית לסטות מהנוהל או ההנחיה במקרה המתאים, ולפיכך הנוהל האמור אינו בגדר נורמה משפטית. מכאן המסקנה שההנחיה נשוא ענייננו אינה בגדר תקנה בת פועל תחיקתי וסעיף 17 ל[פקודת הפרשנות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_001.htm) אינו חל לגביה.

**האם חלה חובה לפרסם את ההנחיה על פיה פעלה המשטרה?**

60. ...כאשר מדובר בהנחיות פנימיות שיש בהן כדי להשפיע על זכות הפרט, תנאי מוקדם לקביעתן והחלתן הוא בהבאתן לידיעת המעוניינים [[בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%203648/97&Pvol=נג)(2) 728, 767-769 (1999); [בג"ץ 2271/98 עאבד נ' שר הפנים, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202271/98&Pvol=נה)(5) 778, 789 (2001) (להלן: פרשת עאבד)]. מלים אחרות, נקבע כי על הרשות לפעול באופן סביר בנסיבות העניין כדי להביא את הנחיותיה הפנימיות לידיעת האזרח [[ע"א 4275/94](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%204275/94) הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 528 (1997)]. החובה שהתגבשה, לפרסם הנחיות מנהליות, מושתתת על מספר טעמים עיקריים: הכרה בזכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו; בפרסום הכללים אשר לפיהם פועלת הרשות המנהלית יש כדי להוות מחסום כנגד שרירות לב שלטונית; ובנוסף, פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך גם את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של הרשות ... ניתן לבסס את החובה לפרסם הנחיות פנימיות גם על שיקולי יעילות...

אף שנקבעה בפסיקה חובה משפטית לפרסם הנחיות, עדיין קיימים הבדלים מהותיים לעניין הפרסום בין תקנות לבין הנחיות: בהיקף החובה לפרסם, בצורת הפרסום ובנפקות של הפרת החובה לפרסם...

61. פסיקתו של בית משפט זה בדבר החובה לפרסם הנחיות מנהליות כחלק מכללי מינהל תקין עוגנה על ידי המחוקק בסעיף 6 ל[חוק חופש המידע](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm), התשנ"ח-1998 (להלן: [חוק חופש המידע)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm). מאז חקיקתו של חוק זה, חייבות הרשויות הציבוריות להעמיד את הנחיותיהן לעיון הציבור ולפרסמן, בכפוף לחריגים שנקבעו בחוק ...

יצויין, כי בענייננו כלל לא נשמעה הטענה כי המשיבים הפרו את חובת הפרסום המוטלת עליהם מכוח [חוק חופש המידע](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm), וניתן לשער כי לא עשו כן מכמה טעמים אפשריים:

ראשית, מעיון בטיוטת הנוהל, נמצא כי היחידה המשטרתית אשר הוציאה את ההנחיה הינה אגף חקירות מודיעין/חטיבת המודיעין. לפי סעיף 14(א)(9) ל[חוק חופש המידע](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm), הוראות חוק זה לא יחולו על "מערכי המודיעין והחקירות של משטרת ישראל". מכאן עולה לכאורה כי חוק זה אינו חל על היחידה שהוציאה את ההנחיה. שנית, סעיף 9(ב)(2) ל[חוק חופש המידע](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm) קובע כי רשות ציבורית אינה חייבת למסור "מידע על אודות מדיניות הנמצא בשלבי עיצוב". כפי שצויין לעיל, במועד קיום הדיון לפנינו ההנחיה הוגדרה כ"טיוטת נוהל" (ראו מוצג מע/2), ואף המשיבים טענו בסיכומיהם כי עסקינן בנוהל אשר טרם קיבל את כל האישורים הנדרשים. כלומר, יש יסוד לטענה כי ההנחיה הינה בגדר "מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב", וככזו, אין הרשות חייבת למסור מידע אודותיה. יחד עם זאת, המשיבים הצהירו בפנינו כי הגורמים הרלוונטיים מסתמכים על ההנחיה, על אף היותה בגדר "טיוטת נוהל" בלבד. במקרה כזה, אין תחולה לסעיף 14(א)(9) ל[חוק חופש המידע](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm), והמשיבים אינם יכולים להסתתר מאחורי הנימוק כי מדובר ב"מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב" כטעם לאי פרסום ההנחיה.

מאחר וכאמור כלל לא עלתה בפנינו טענה בדבר הפרת החובה על פי [חוק חופש המידע](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/144M1_001.htm), ואף קיים ספק אם חוק זה חל על ההנחיה בענייננו, יש לבחון הסוגיה שלפנינו במשקפי החובה לפרסם הנחיות פנימיות על פי הכללים שנקבעו בפסיקה. מוכן אני לצאת מנקודת הנחה כי, מבחינת היקף החובה לפרסם, אכן קיימת חובת פרסום של ההנחיה על פיה פעלו המשיבים, בין היתר, מאחר שניתן לומר כי ההנחיה האמורה, יש בה כדי להשפיע, במידת מה לפחות, על חופש העיסוק של חברות השמירה והשומרים, זכות המוגנת ב[חוק יסוד: חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm).

62. אולם, גם אם נצא מנקודת הנחה כי חלה חובת פרסום על ההנחיה בענייננו, עדיין נשאלת השאלה מהי צורת הפרסום הנדרשת לשם עמידה בחובה זו. כאמור, אין חולק כי חובת הפרסום ברשומות דווקא אינה חלה על הנחיות פנימיות ויש אף הסבורים כי מבחינת הדין הרצוי פרסום ברשומות אינה הדרך המתאימה לפרסומן של הנחיות פנימיות (ראו: מאמרו של דותן, עמ' 481).

63. אופן הפרסום הנדרש לשם עמידה בחובת הפרסום של הנחיות פנימיות אינו נקבע על פי מבחן קשיח, אלא דווקא באמצעות מבחן גמיש, המתאים עצמו לנסיבות הרלוונטיות להנחיות שבהן מדובר. החובה היא לתת להנחיות פרסום סביר, בדרך שיש בה כדי להביא אותן לידיעת המעוניינים בהנחיות, לפי מהותן. פרסום כזה יכול להיעשות באמצעות מודעה בעיתון יומי, בהודעה על גבי לוח מודעות, בפרסום בספרות מקצועית, או בחוזרים הנשלחים בדואר אל הנוגעים בדבר וכיוצא באלה ... כלומר, לצורך עמידה בחובת הפרסום נדרש כי הפרסום יהיה סביר. בחינת הסבירות תיקבע לאור יעילותו של הפרסום. על הרשות המנהלית לפרסם את ההנחיות הפנימיות באופן אפקטיבי, שיקים הנחה סבירה כי הן תגענה לידיעת הפרט אשר ההנחיות נוגעות אליו, כשמידת האפקטיביות מותאמת למהותה של ההנחיה הספציפית...

64. חובת הפרסום - מן הכלל אל הפרט: בענייננו, אין חולק כי בעקבות גיבוש המדיניות על ידי המשיבים, ולקראת חידוש רישיונותיהן של חברות השמירה על פי סעיף 10ג ל[חוק כלי היריה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/188_001.htm) לשנים 2006-2008, נשלח לכל חברות השמירה הפועלות בישראל על פי הרישיון המיוחד, "חוזר" שמטרתו הוגדרה בו: "לקבוע הליך רישוי לביצוע חידוש הרשיון המיוחד והליך עבודה אחיד". בסעיף 3א(5) לחוזר נקבע כי חידוש הרישיון מותנה ב"הצגת רשימה מעודכנת של אתרי שמירה, בהם החברה נותנת שירותי אבטחה, תוך ציון מיוחד לגבי מתן אבטח[ה] אישית לאנשים פרטיים". מכאן, שהמשיבים הביאו לידיעתם של הגורמים המעוניינים (חברות האבטחה והשמירה) את התנאי החדש שיתווסף לרישיונן, קרי, הצגת רשימה מעודכנת של אתרי שמירה. כן, ברור מנוסח הסעיף, כי יינתן דגש מיוחד לאבטחה אישית של אנשים פרטיים. מלבד החוזרים שנשלחו כאמור לכל חברות השמירה, זומנו נציגי חברות השמירה לימי עיון שההשתתפות בהם היוותה תנאי לחידוש הרישיון המיוחד. במהלך ימי העיון, כך נטען על ידי המשיבים, הובהר לחברות השמירה, כי עליהן להגיש רשימות מאובטחים פוטנציאליים וכי רשימות אלה תיבדקנה ותאושרנה על ידי הגורם המוסמך על פי המלצת משטרת ישראל.

הנה כי כן, ככל שעסקינן בהוספת התנאי לרישיון שעניינו הצגת רשימת אתרי שמירה וזהות המאובטחים, עשו המשיבים די על מנת לעמוד בחובת הפרסום המוטלת עליהם בנסיבות העניין, שכן הם פעלו בדרך הולמת להבאת התנאי לידיעתן של חברות השמירה. ...

65. על אף האמור, אין חולק כי ההנחיה הפנימית אשר במסגרתה נקבעו הקריטריונים על פיהם תאושר אבטחה חמושה, נייחת או ניידת, לא פורסמה בדרך כלשהי. במועדים הרלוונטיים להגשת העתירה, היתה הנחיה זו בגדר "טיוטת נוהל בלבד". יחד עם זאת, המשיבים אינם מכחישים כי "הנחיה פנימית זו היא ההנחייה על-פיה פועלים כיום הגורמים המוסמכים במשטרת ישראל והיא זו שמדריכה אותם ביחס לאופן בו עליהם להפעיל את שיקול דעתם" (סעיף 17 לסיכומיהם). סבורני כי באי פרסומה של ההנחיה אשר על פיה פועלים הגורמים המוסמכים יש פסול. בהנחיה נקבע מתי יאושר ומתי לא יאושר לחברות השמירה ביצוע אבטחה חמושה נייחת או ניידת. ביצוע אבטחה מעין זו, הינו חלק מעיסוקיהן של חברות השמירה, וזכותן לחופש עיסוק מוגנת, כידוע, ב[חוק יסוד: חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm). ברור מאליו, כי כל משטר של רישוי פוגע במידה זו או אחרת בחופש העיסוק של בעל מקצוע זה או אחר, ואין פירוש הדבר כי הוא פסול מן היסוד. יחד עם זאת, ככל שמבקשים המשיבים להגביל את חופש העיסוק של חברות השמירה, מן הראוי כי, לכל הפחות, מגבלות אלה תובאנה לידיעתן של חברות השמירה ותפורסמנה בדרך הראויה.

66. כיוון שהמשיבים הצהירו כי הם אכן פועלים על פי ההנחיה (על אף היותה בגדר "טיוטת נוהל"), מן הראוי היה כי הנחיה זו תפורסם באופן שכל המעוניינים הישירים (ובמקרה דנן, חברות השמירה והאבטחה) יוכלו לדעת מראש מהם הקריטריונים על פיהם תאושרנה או לא תאושרנה רשימות אתרי האבטחה והמאובטחים שיגישו כתנאי לקבלת הרישיון המיוחד.

**הפרת החובה - תוצאותיה**

... [דוקטרינת "הבטלות היחסית"] ...

69. בהקשר קרוב לענייננו, המעבר מהתפיסה בדבר "בטלות מוחלטת" לתורת הבטלות היחסית בא לידי ביטוי בקביעה כי גם כאשר תקנות לא פורסמו ברשומות, בניגוד לסעיף 17 ל[פקודת הפרשנות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_001.htm), אין בכך - בכל מקרה - כדי לקבוע כי התקנות והפעולות שבוצעו מכוחן בטלות, זאת בניגוד לתפיסה שרווחה בעבר (ראו: זמיר, כרך ב', עמ' 931). ואם בהקשר של אי-פרסום תקנות כך, מקל וחומר נכונים הדברים כשעסקינן באי-פרסומן של הנחיות, אשר ממילא חובת הפרסום לגביהן הינה מקלה יותר. ...

71. כפי שטוענים המשיבים, ובצדק, "תוקפי" המעשה המנהלי בענייננו, אינם הנפגעים הישירים ממנו. ההנחיה מכוונת בעיקר אל חברות השמירה ומשפיעות ישירות על עיסוקן של אלה. המאובטחים הפוטנציאליים, אשר כאמור, ספק אם קיימת להם זכות קנויה להגן על עצמם באמצעות מאבטחים חמושים, הינם נפגעים עקיפים בלבד, וזאת אך ורק במקרה שהמשטרה או משרד הפנים מחליטים שלא לאשר לחברת השמירה לבצע אבטחה אישית חמושה, ניידת או נייחת, לגבי אדם ספציפי. גם שיקול זה יובא, כאמור, במסגרת ההחלטה על נפקות הפגם. ...

73. הנה, בהביאי בחשבון את כלל נסיבות העניין - קולתו של הפגם, זהותם של העותרים והעובדה כי למעשה לא נשללה זכות קנויה שלהם, וכן עיתויה של התקיפה - סבורני כי תורת הבטלות היחסית תוביל למסקנה כי ככל שעסקינן בעותרים שלפנינו אין מקום להעניק להם סעד כלשהו.

74. יחד עם זאת, כפי שציינתי לעיל, דעתי אינה נוחה מן העובדה שמזה פרק זמן ארוך פעלו המשיבים על בסיס טיוטת נוהל אשר לא פורסמה ברבים והקריטריונים שבה לא הובאו לידיעתם של הנפגעים הישירים ממנה. אף על פי כן, איני רואה לנכון להורות על בטלותה של ההנחיה - אשר כפי שהסברתי לעיל - הינה ראויה ומוצדקת. סבורני כי הסעד הנכון, המביא לידי איזון ראוי את כלל נסיבות העניין, הינו קביעת פרק זמן סביר שמהלכו יהיה על הרשויות להפוך את ההנחיה מ"טיוטה" לנוהל, אשר יובא לידיעתם של הגורמים המעוניינים בצורה סבירה. סבורני כי פרק זמן של חודשיים, מיום מתן פסק דיננו, הינו פרק זמן סביר לצורך כך, וכך אמליץ לחבריי לקבוע.

**השופט רובינשטיין**

ה. חברי ניתח בהרחבה את שאלת ההנחיה הפנימית. כשלעצמי מסכים אני כי היה מקום לפרסום ההנחיה המינהלית הפנימית שעניינה "הטיפול המשטרתי בבקשות למתן היתר לאבטחה חמושה של אדם פרטי". ואולם, איני בטוח אם יש להרחיק לכת כחברי ולומר כי אי פרסומה של ההנחיה היה בחינת הפרת חובה שדינה בטלות (ובנסיבות בטלות יחסית), והדברים נאמרים כדי שלא לקבוע מסמרות בנושא שאולי לא כל תמונתו בפנינו. ואולם, מסכים אני כי משנודע דבר ההנחיה ופורט, יש מקום כי היא תפורסם, ובעולם דהאידנא אחת הדרכים ההולמות היא באתר האינטרנט של הרשות, ובמיוחד שעה שהמדובר בנושא שאינו קשור לציבור הרחב שלא כולו משתמש באינטרנט (עדיין).

=-=

המשך קצר לפסק דין **לוזון:**

קיימת שאלה שלא ממש נדונה בפסק הדין.

אין זו השאלה, האם מוצדק שלא לאפשר לאנשי עולם תחתון שומרי ראש מזוינים של חברות אבטחה, אלא השאלה: **מי צריך לקבוע את זה?**

שהרי אם נזהה כאן זכות חוקתית שנפגעת, אפילו יש הצדקה לפגיעה זו, אנחנו - "פסקת ההגבלה" - דורשים שההגבלה תהיה "בחוק", כלומר על ידי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת, כלומר בחקיקת משנה שנסמכת על חוק מסמיך מפורש. ואילו כאן ההגבלה מגיעה דרך הנחיות פנימיות בלבד של משרד הפנים ו/או המשטרה.

עולה לפיכך השאלה, היש זכות חוקתית שנפגעת כאן? **הזכות לחיים ולשלמות הגוף?**

ראוי לזכור כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מדבר לא רק על "אין פוגעים" בחיים או בגוף (ומקים בכך הגנה על האדם מפני המדינה), אלא מדבר גם על כך "[ש]כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (כלומר זכאי להגנה מכיוונה של המדינה).

השאלה המתחדדת לפיכך, היא האם הזכות להגנה על החיים ועל הגוף נפגעת כאשר מונעים שכירת שומרי ראש מזוינים – על ידי האדם עצמו, איש כנופיית פשע (על פי המידע), החושש לחייו – שילוו אותו ויגוננו עליו? מה דעתכם?

[נקודה נוספת: מכך שלאחרים מותר להעסיק שומרי ראש לא נובע שיש זכות בסיסית להגנה שכזו. וגם לא נובע להיפך. עם זאת, מצב דברים זה מעורר שאלה של אפליה, אך האם זו אפליה מהסוג הפוגע **בזכות ל"כבוד האדם"?**]

=-=

חובות נוספות במישור השקיפות – דיווח, תיעוד וגילוי

בהקשרן של **פעולות מינהליות/ הוראות מינהליות פרטניות מסוימות** מופיעות חובות פרסום/ גילוי/ תיעוד מסוימים.

כך למשל חלה חובת פרסום ביחס למכרזים – מכרז בהליכי מינוי, מכרז לרכישת טובין וכדומה, וכן לפעולות מגוונות נוספות.

יתר על כן, מכרז וכן פעולות מינהל אחרות מלוות באמצעים נוספים שתפקידם להשיג שקיפות –

ראו, בין היתר, את דברי בית המשפט בפרשת **אילן**:

בג"ץ 3751/03 **יוסי אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נט(3) 817 (2004)

עקרון-העל של [איסור] משוא פנים – כיצד משתלב הוא בהליכי מכרז פנימי למינויו של עובד למשרה פלונית? זו השאלה העיקרית שנחוג סביבה בחוות-הדעת שלהלן. ושאלות נוספות, המשתרגות מן השאלה העיקרית: האם רשאי הוא חבר ועדת מכרזים במכרז פנימי להיפגש, טרם עריכת המכרז, עם מועמדים במכרז או עם נציגי ועד העובדים המבקשים לקדם מועמד זה או אחר במכרז? האם חייב הוא אותו חבר לדווח לוועדת המכרזים על שיחות מעין-אלו שהיו לו? ומה מקומו ומעמדו של פרוטוקול בוועדת מכרזים במכרז פנימי?

עיקרי העובדות שלעניין

2. עיריית תל-אביב-יפו פרסמה מכרז פנימי לאיוש שתי משרות של מנהל תחנת הצלה בחוף העירייה. עובדים מספר הגישו מועמדותם למכרז, ובהם העותר והמשיבים 2 ו-3. ועדת המכרזים מנתה חמישה חברים ואלה הם: מר משה שץ, סמנכ"ל העירייה (יושב-ראש הוועדה); מר ישראל פרנקל, ממלא-מקומו של מנהל אגף כוח אדם בעירייה; שני נציגים של ארגון העובדים: מר ארנון בר-דוד, יושב-ראש ארגון העובדים, ונציג נוסף; גב' אורלי רכט, נציגת ציבור. כן נכחו בישיבת הוועדה, במעמד של יועצים, מר אלקיים, סמנכ"ל בפועל בעירייה, ומר יוסף ברנע, מנהל מחלקת החופים בעירייה.

3. העותר והמשיבים 2 ו-3 עמדו בתנאים הפורמאליים הנדרשים לאיוש המשרה של מנהל תחנת הצלה, ולפי הזמנת הוועדה התייצבו לריאיון לפניה, השיבו לשאלות שנשאלו ואמרו את שיש בפיהם לומר. לסוף בחרה הוועדה במשיבים 2 ו-3 ודחתה את מועמדותו של העותר.

4. העותר פנה לבית-הדין האזורי לעבודה ועתר לסעד הצהרתי שלפיו בטלה החלטתה של ועדת המכרזים, ובטל מינוים של המשיבים 2 ו-3 שבא בעקבות אותה החלטה. בית-הדין האזורי לעבודה (כבוד השופטת ו' סמט) דחה את התביעה בקבעו כי לא נפלו בהליכי המכרז פגמים המצדיקים התערבות בהחלטתה של ועדת המכרזים. ערעור שהגיש העותר לבית-הדין הארצי לעבודה נדחה אף הוא. מכאן העתירה שלפנינו, שבה העותר (שלא יוצג בידי עורך-דין) מעלה אותן טענות עצמן שהעלה לפני בתי-הדין לעבודה, ואשר בתי-הדין ראו לדחותן.

5. שלוש טענות העלה העותר לפני בתי-הדין לעבודה, ואלו היו הטענות: טענה אחת הייתה כי בישיבת הוועדה נכח כל העת, כיועץ מומחה, מר יוסף ברנע, מנהל מחלקת החופים בעירייה (ברנע). טען העותר כי ברנע מסוכסך עמו ומתנכל לו זמן רב, וכי היה בנתון זה בלבד כדי לפגום ביכולתו לחוות-דעתו לוועדה כמומחה. בית-הדין דחה טענה זו משלא הוכח כי ברנע דיבר בישיבת הוועדה נגד העותר. עוד קבע בית-הדין כי העותר לא העלה טענתו זו במועדה, דהיינו בעת שראה כי ברנע נוכח בישיבת הוועדה, אלא רק לאחר שהודע לו כי מועמדותו נדחתה. טענתו השנייה של העותר הייתה זו שכישוריו עולים על כישוריהם של המשיבים 2 ו-3, וכי הוועדה לא הייתה ערה כלל לכישוריהם היחסיים של המועמדים, וממילא לא שקלה כראוי את נושא הכישורים. בית-הדין דחה גם טענה זו וקבע כי מועמדותם של המשיבים 2 ו-3 נתקבלה משיקולים שלעניין.

אותן טענות עצמן הוסיף העותר והעלה גם לפני בית-הדין הארצי לעבודה גם לפנינו, אך גם אנו – כמונו כבית-הדין האזורי וכבית-הדין הארצי – לא נמצא לנו כי יש בהן כדי לפגום בהליכי המכרז. אשר לנוכחותו של ברנע בישיבת הוועדה, הלכה שמכבר היא כי טענות נגד הרכבה של ועדת מכרזים – והכרעה בשאלת נוכחותו של ברנע בישיבת הוועדה נגזרת מאותה הלכה – יש להעלותה בהזדמנות הראשונה הנקרית על דרכו של הטוען להיותו נפגע. טענה שהייתה ידועה בעת הליכי המכרז אך הועלתה רק לאחר שפלוני יצא מן המכרז וידו על התחתונה, טענה מעין-זו לא תישמע. ראו והשוו: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון [1], בעמ' 646; בג"ץ 528/85 חזאן נ' המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות (פרשת חזאן [2]), בעמ' 495. עניינו של העותר עולה ברשתה של ההלכה, וטענתו בהקשר זה דינה דחייה. אשר לכישורי המועמדים, הכרעה בשאלה זו נתונה במובהק לוועדת המכרזים, ובהיעדר נתון מכריע נוסף – ונתון מעין-זה לא הובא לפנינו – גם היא נדונה לדחייה.

6. טענתו השלישית של העותר בה רואים אנו עיקר, ובה נלוש בהמשך דברינו להלן. הטענה הייתה – והינה – זו שמר ארנון בר-דוד, אחד משני נציגיו של ארגון העובדים בוועדת המכרזים (בר-דוד), נפגש לפני המכרז עם מקצת המועמדים במכרז – לא עם העותר – וכן עם נציגי ועד המצילים, וכי ועד המצילים ביקש ממנו לבחור במשיבים 2 ו-3 למשרות שהוכרז עליהן במכרז. בעקבות פגישות אלו, כך הילוך טענת העותר, גיבש בר-דוד את עמדתו לבחור במשיבים 2 ו-3 כבר לפני ישיבתה של ועדת המכרזים, וממילא לא ניתן לעותר סיכוי של-אמת לזכות במכרז. יתר-על-כן: בר-דוד אף לא דיווח בישיבת הוועדה לחברים האחרים על פגישותיו עם המועמדים ועם ועד המצילים, וגם בכך נפגם הליך המכרז. [...]

השאלה שבמחלוקת

8. וזו היא אפוא השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין בעלי-הדין: האם פגישותיו של בר-דוד, חבר ועדת המכרזים, עם מקצת המועמדים במכרז ועם נציגי ועד המצילים – אשר המליצו לפניו, כנטען, כי יש לבחור במשיבים 2 ו-3 כדי שיזכו במכרז; האם ההליכים אשר היו בוועדת המכרזים לאחר מכן; האם אותן פגישות ואותם הליכים פגמו במכרז כדי ביטולו, כטענת העותר, או שמא – כהחלטות בתי-הדין לעבודה – לא היה בהן באותן פגישות ובאותם הליכים כדי לפגום במכרז.

9. נקדים ונאמר כי בעלי-הדין לא הפנו אותנו לכל דברי-חוק שהם – חקיקה ראשית או חקיקת-משנה – האמורים להסדיר את נושא המכרז הפנימי. כן לא צוטט בפסקי-הדין של בתי-הדין לעבודה כל דבר חוק שהוא השולט על הנושא. הנחת היסוד של בעלי-הדין הייתה כמסתבר זו שהמכרז הפנימי נשלט בידי עקרונות-יסוד של דין המכרזים, ועל דרך ההיקש ובשינויים המחויבים מן העניין – על-ידי תקנות העיריות (מכרזים לקבלת עובדים), תש"ם**-**1979 (**תקנות המכרזים**), הנסבות על מכרזים פומביים. ואמנם, הסוגיה שהונחה לפתחנו מוליכה אותנו היישר אל מעבה העיקרים והדוקטרינות שהליכי מכרז אמורים לקיים, ובדוקטרינות אלו נפתח את דברינו.

המתווה הנורמטיבי **–** עיקרים ודוקטרינות

10. ענייננו הוא במכרז פנימי של עירייה לאיוש משרה פלונית בשירות העירייה. מכרז מסוג זה, כמוהו ככל מכרז שהוא, כופף עצמו לעקרונות היסוד ולדוקטרינות השליטים בדין המכרזים, וחלים עליו דיני המכרזים הרגילים, בשינויים ובהתאמות המתחייבים מן המכרז שבו מדובר. ראו והשוו ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר (פרשת מ.ג.ע.ר. [3]), בעמ' 211. אלא שבצד אותם שינויים והתאמות המתחייבים מן העניין, מתייצב ומתקיים עיקר אחד מן הליבה, עיקר העובר כבריח התיכון בכל המכרזים הציבוריים לסוגיהם ולמיניהם. העיקר הוא עיקר השוויון, ובענייננו: שוויון ההזדמנויות שיש להעניק לכל המועמדים ולכל ההצעות שבמכרז. ...

12. לענייננו-שלנו אין צורך כי נרחיק לכת. בחינת הדברים מקרוב תלמדנו כי עיקר לענייננו הוא בצורך ובהכרח כי חבר ועדת מכרזים ישקול ויבחן את ההצעות ואת המועמדויות שהוא מתבקש לשקול ולבחון בלב פתוח ובנפש חפצה. כי יעשה עצמו כשדה שטרם נחרשה, ויניח לכל אחד מן המועמדים לחרוש בו ולשכנעו כי הוא, דווקא הוא, האיש המתאים לאיוש המשרה שהוכרז עליה במכרז. כי יגבש עמדה ויחליט בדעתו רק לאחר שישמע כל אשר יש לשמוע ויעיין בכל חומר בכתב שלעניין. כי ייתן דעתו על כך שכל אחד מן המועמדים זכה להזדמנות שווה להציג את עניינו. כי יראה עצמו, ככל הניתן (ובכפיפות לאמור להלן), כשופט זוטא המנוער מכל זיקה לעניין הנידון לפניו, וגם אם נמנה הוא עם חברים רבים בוועדת מכרזים, ינהג כמי שההכרעה במכרז תלויה אך ורק בו. ועל דרך השלילה: אסור הוא חבר ועדת מכרזים שישב למכרז, ודעתו מגובשת ונחרצת מראש מה אומר הוא להחליט. אסור לו לחבר ועדת מכרזים שיחליט במכרז, והוא לא פתח את לבו להשתכנע, או בטרם שמע כל אשר ניתן לשמוע וקרא כל אשר יש לקרוא. אם אחרת ינהג ימעל חבר הוועדה בתפקידו, שלא זו דרכו של שופט ולו שופט-זוטא הוא. אסור הוא חבר ועדת מכרזים שתהא לו דעה קדומה; שאם ישב לדין – ואכן לדין הוא יושב – וייתן לדעה קדומה להוליך אותו כי אז לא ימלא באמונה תפקיד שהוטל עליו למלאו, קרא ליתן הזדמנות שווה לכל ההצעות שתעלינה לפניו להכרעה ביניהן. זה המעט שניתן לדרוש מחבר ועדת מכרזים.

אסור לו לחבר ועדה ליתן ידו ל"מכרז תפור" או ל"מכרז מכור", קרא למכרז שתוצאותיו נקבעו מראש. מכרז שתוצאותיו ידועות מראש אינו מכרז כלל. מעשה רמייה הוא. חברי ועדה או חבר ועדה היודעים מראש מה יחליטו – מועלים בתפקידם. בהחליטם מראש לפסול מועמדים אלה ואחרים לאייש את המשרה שהוכרז עליה או לבחור במועמד פלוני דווקא, פוצעים חברי הוועדה בכבודם של המועמדים; שהמועמדים סוברים כי ניתנת להם הזדמנות לשכנע את חברי הוועדה בכישוריהם העודפים על כישורי חבריהם, בעוד אשר משמשים הם אך כתפאורה ובתפקידי ססטיסטים בהצגה שסופה ידוע מראש. רק אם יימנעו מכל אלה ינהגו חברי הוועדה בהגינות ויעשו צדק כמצופה מהם. ...

14. כללם של דברים: לא הרי מכרזים פנימיים במקום עבודה לאיוש משרות פנויות כהרי מכרזים ציבוריים שעניינם קניית שירותים או נכסים. מכרזים מן הסוג הראשון מקלים בהם ככל שהמדובר הוא בעיקרון של משוא פנים – במובנו הרחב של המושג – כגון בעניינה של היכרות מוקדמת, דעה קודמת על המועמדים וכו'. הוא הדין בפגישות בין מועמדים או מי מטעמם לבין חברי ועדה בניסיון להשפיע על חברי הוועדה כי יבחרו במועמד פלוני או כי לא יבחרו במועמד אלמוני. נוהג זה אפשר אין הוא רצוי, אך נאלצים אנו להשלים עמו. ואולם גם להקלות אלו הושמו גבולות, ונוסף על כך יִיצְרָה ההלכה כלים להבטחה כי לא יהא ניצול לרעה של הליך המכרז לניהולם של מכרזי-דֶמֶה שתוצאותיהם ידועות מראש והעושים לחוכא ואיטלולא את הליך המכרז כולו. וכך, עם הנוהג נשלים, אך נוסיף ונעשה לפיקוח ולבקרה כדי שלא נחרוג מגבולות הרצוי. בנושאים אלו נוסיף ונדבר עוד להלן.

שקיפות: דיווח, תיעוד, גילוי

15. להבטחת תקינות פעילותו של המינהל הציבורי נוצק כלל התנהגות שמקומו בכותל המזרח של התנהלות המינהל הציבורי. העיקרון הוא עקרון השקיפות. ראו למשל: עע"מ 10112/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ירושלים [16], בעמ' 837-835 והאסמכתאות שם. מקורו של עקרון השקיפות הוא בתפישת היסוד של המינהל הציבורי כנאמן הציבור: כל אשר מחזיק הוא בו – כנאמן הציבור מחזיק הוא בו, ואילו משלו אין לו ולא כלום. אכן, כלשונו המרהיבה של השופט ח' כהן, הרשות "...כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות": בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים [17], בעמ' 331. המחזיק בסמכויות על-פי דין חייב לפעול אפוא מתוך אמון ונאמנות, ושומה עליו לשוות נגד עיניו כל העת, ערב ובוקר בכל יום תמיד, את טובת הציבור ואת טובת הציבור בלבד. ומשידענו כי עובד הציבור עושה בנאמנות כשליח הציבור, חייב הוא ממילא בחובותיו של שליח, ובהן החובה ליתן דין-וחשבון על מעשיו, קרא לגלות לשולחיו – לכלל הציבור – מה עשה ומה לא עשה, מדוע עשה כך ולא אחרת, וכשלא עשה – מדוע לא עשה. חייב הוא לגלות כל מעשים ומחדלים ונימוקיהם בצדם. כך, רק כך, יוכל הציבור לדעת אם עשה עובד הציבור באמונה; כך, רק כך, יאמין הציבור במינהל ובעובדיו. המינהל חייב אפוא בשקיפות פעילותו והחלטותיו. שקיפות תבטיח פיקוח ובקרה, ורק כך יהא ניתן לבחון ולבדוק אם פעל המינהל כפי שראוי הוא כי יפעל. וכאימרתו הקלסית של השופט ברנדיס (*Justice Louis Brandeis*): “Sunlight is the best disinfectant” (ובתרגומו של השופט ברק בבג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס [18], בעמ' 364: "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר").

16. על דרך הכלל, שקיפות פעולתו של המינהל היא כלי יעיל בידינו לפיקוח ולבקרת מעשי המינהל והחלטותיו. חשיבות יתרה נודעת לה לשקיפות בעניינם של מכרזים פנימיים כבענייננו. טעם הדבר: ההקלות הרבות שההלכה הכירה בהן לעניינם של מכרזים לאיוש משרות פנויות, בייחוד בנושאים הבאים בגדרי הכלל של איסור משוא פנים. אכן, ככל שתרבינה ההקלות – וההקלות אכן רבות הן – וככל שגבולות המותר יִרְחֲבוּ וילכו – והגבולות בענייננו אכן רָחֲבוּ והלכו – כן תגבר ותלך חשיבותם של אותם כללי-משפט שייעודם הוא להקיף בטבעת-מגן את פעילות המינהל ולהבטיח ככל הניתן כי אותה פעילות תהא בגבולות המותר ולא תחרוג מהם. הקלה מימין חייבת מעצמה להביא להחמרה משמאל, ולהפך. כך על דרך הכלל וכך בנושא אמצעי השקיפות, אותו אמצעי המאפשר בקרת מעשי השלטון ופיקוח עליהם. כיצד תְּתַרְגֵם עצמה השקיפות בענייננו? עיקר הדברים יהא בבניית מערך כולל לדיווח, לגילוי ולתיעוד. באמצעי בקרה אלה – המשלימים זה-את-זה – נדון עתה ונלמד כיצד משרתים הם את עקרון השקיפות. אכן, ללא דיווח וגילוי לא תהא שקיפות, וללא תיעוד עלולה חובת הגילוי להתרוקן מתוכן של-ממש.

17. דיווח: עקרון הדיווח משמיע חובה המוטלת על בעל הסמכות – לענייננו: חבר ועדת המכרזים – לדווח לוועדת המכרזים על כל נתונים שיש בהם כדי להשליך על ההחלטה של הוועדה לגופה, לרבות נתונים אישיים של חבר הוועדה העשויים להשפיע על החלטתו. ...

18. פרוטוקול [תיעוד]: כסדרי המינהל התקינים, חייבת ועדה לרשום פרוטוקול אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניה ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע. לעניינו של מכרז פומבי נקבעה חובת הפרוטוקול מפורשות בתקנה 29 לתקנות המכרזים (זו אף הוראת תקנה 10 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג**-**1993), ואולם החובה לכתיבת פרוטוקול שורשיה במשפט המינהלי הכללי ובעקרון שקיפות פעילותו של המינהל. על החובה לנהל פרוטוקול מלא ומפורט שישקף את ישיבות הוועד המרכזי של לשכת עורכי-הדין נאמרו דברים אלה בבג"ץ 954/97 כהן, עו"ד נ' ראש לשכת עורכי-הדין (פרשת שלמה כהן [20]), בעמ' 526:

ההכרעה בנושא רישום פרוטוקול של הדברים הנאמרים בישיבות הוועד המרכזי של הלשכה – עצם הרישום והיקף הרישום – תיגזר לאחר שקלול האינטרסים שלעניין. אינטרסים אלה הם, בעיקרם: זכותו של ציבור עורכי-הדין לדעת כיצד פועלים מנהיגיו ומה הם השיקולים המדריכים אותם בהחלטותיהם; זכותם של חברי הוועד כי ציבור עורכי-הדין ידע את דרכיהם וכיצד ממלאים הם את חובתם כאנשי-ציבור נבחרים; זכותם של אלה ושל אלה לגילוי האמת, גילוי שיאפשר ביקורת ציבורית ומשפטית; העומד [כך] המינהלי והכספי הכרוך בעריכתם של פרוטוקולים. ועל כל אלה: הצורך הדוחק לחשיפת האמת על דרכי הנהלתו והנהגתו של גוף נבחר.

דברים שנאמרו על הוועד המרכזי של לשכת עורכי-הדין ייאמרו – בעיקריהם – אף על ועדת מכרזים במכרז פנימי כשלנו: זכותו של הציבור וזכותם של המועמדים לדעת כיצד ועל יסוד איזה מידע נתקבלו החלטות שנתקבלו; זכותם של חברי הוועדה היא כי הציבור והמועמדים ידעו כיצד ניהגו את דרכיהם וכיצד מילאו הם את חובתם; זכותם של אלה ושל אלה לגילוי האמת, גילוי שיאפשר ביקורת ציבורית ומשפטית. ועל כל אלה: הצורך הדוחק לחשיפת האמת ולהבטחה כי המכרז אכן מילא את ייעודו והעניק שוויון הזדמנויות מלא למתַחֲרים בו.

19. אשר לפרוטוקול ישיבתה של ועדה במכרז פנימי לאיוש משרה; כפי שציינו לעיל, חובה היא המוטלת על הוועדה להעניק למועמדים שוויון הזדמנויות לזכות במכרז, ועל כך אין חולקים. עוד ראינו כי במכרז פנימי לאיוש משרה אין אפשרות ליישם בקפדנות את הכללים הקובעים בסוגיה של משוא פנים. על רקע דברים אלה לא נותר לנו – וגם על כך עמדנו – אלא להגביר את הפיקוח והבקרה על התנהלותה של הוועדה, שאם לא נעשה כן נימצא מסכלים במו-ידינו את ייעודו של המכרז. פיקוח ובקרה אלה יהיו אפקטיביים רק אם נדאג מראש לדיווח מהימן וראוי באשר להליכי קבלת ההחלטות בוועדה, ותרגום צורך זה לענייננו יחייב מעצמו עריכתו של פרוטוקול אשר ידבר בעד עצמו ויספק מידע נדרש וראוי לביקורת ולפיקוח על עבודת הוועדה, להבטחה כי פעלה כהלכה וכי העניקה שוויון הזדמנויות לכל המועמדים שהופיעו לפניה.

20. פרוטוקול מעין-זה ראוי לו שידווח, למצער, על עיקרי ההתרחשויות שהיו בוועדה, ובהם דיווח חברי הוועדה על דברים שנאמרו להם, על פגישות שהיו להם וכו'. ראו והשוו פרשת חזאן [2]. ראו עוד דברים שנאמרו בפרשת שלמה כהן [20], לעיל, שם, בעמ' 527:

הכול מסכימים כי פרוטוקול חייב לשקף את האמת בלי כחל-ושרק: גם אם אמת מרה היא, גם אם אמת מכוערת. פרוטוקול נדמה הוא למצלמה – בימינו נאמר: למצלמת-וידאו – ומצלמה תקלוט ותדפיס גם מחזות שאינם מרניני-לב. פרוטוקול חייב שיאמר אמת; וכדבר הנביא (זכריה, ח, טז): "דַּבְּרוּ אֱמֶת אִישׁ אֶת**-**רֵעֵהוּ". אמר על-כך השופט ברק בבג"ץ 990/92 מורדוב נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', בעמ' 478:

"...הפרוטוקול הוא כלי לשיקוף המציאות. השיקוף של המציאות יכול להיות מלא או מתומצת. הוא חייב להיות אמיתי. אם האמת היא מרה, חייב הפרוטוקול לשקף (באופן מלא או מתומצת) אמת מרה זו. אין להוציא מהפרוטוקול דברים שאינם ראויים להישמע. אין לתקן פרוטוקול בשל אי הנחת (המוצדקת או הבלתי מוצדקת) מתוכנם של הדברים שנאמרו. הפרוטוקול הוא 'עיוור צבעים'. הוא צילום של מציאות. שינוי בפרוטוקול יכול להיעשות רק כדי להתאימו למציאות. אין לשנות את הפרוטוקול כדי שהלה לא ישקף את המציאות".

אכן, רק פרוטוקול אמין בהליכיה של ועדת מכרזים יכול שיקיים את עקרון השקיפות, ופרוטוקול מעין-זה יחזק את ביטחוננו כי הליכי הוועדה התנהלו כשורה.

21. מסקנתנו הינה אפוא זו כי חובה היא המוטלת על ועדת המכרזים לנהל פרוטוקול של דיוניה והחלטותיה, לרבות מידע הנמסר לה כנדרש בידי חברי הוועדה. השאלה מה דין הוא במקום שלא נוהל בו פרוטוקול כלל, או שהפרוטוקול נרשם אך בחֶסֶר, תיבחן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וההכרעה תיפול – בעיקרה – על-פי עוצמת הפגיעה בטוען כי נפגע. ...

23. כללם של דברים: כדי להבטיח כי ועדת מכרזים במכרז פנימי לאיוש משרה תמלא תפקידה נאמנה, שומה עליהם על חברי הוועדה לדווח לוועדה בפרוטרוט על קשריהם עם המועמדים או עם מקצתם, על שיחות שהיו להם על אודות המועמדים עם אנשים שלישיים או עם חברי הוועדה שלא במושב הוועדה וכו'; חובה היא המוטלת על הוועדה לנהל פרוטוקול שישקף למצער את עיקרי הדברים שהיו בדיוני הוועדה ואת נימוקי הוועדה להחלטתה. פרוטוקול זה – בכפיפות לחריגים המקובלים כגון פגיעה בצנעת הפרט, גילוי סוד מסחרי וכיו"ב – יהיה פתוח לעיונם של כל המועמדים כולם. כך יהא ניתן להבטיח, למצער לכאורה, כי הוועדה פעלה כשורה, וכי קוים עקרון שוויון ההזדמנויות. ...

27. אני נכון להסכים – כיצד אוכל אחרת – כי היעדרו של פרוטוקול "מלא ואמין" אין בו, תמיד ובכל נסיבות שהן, כדי להביא לביטולו של מכרז. השאלה אילו תוצאות יגרור אחריו היעדרו של פרוטוקול – או היעדרו של פרוטוקול "מלא ואמין" – שאלה של נסיבות היא: יש שיהיה כך ויש שיהיה אחרת. בענייננו-שלנו נודע להיעדרו של פרוטוקול משקל מכריע. כך למשל אין אנו יודעים אם דיווח בר-דוד לוועדה על אודות פגישות שהיו לו עם פלונים ואלמונים – ואם דיווח, מה דיווח – ואין אנו יודעים מה אמרו חברי הוועדה על דיווחים שהיו או שלא היו. אין אנו יודעים מה אמרו היועצים לוועדה, מה השמיעו חברי הוועדה, ועדויות על-פה שנשמעו לפני בית-הדין אינן מקדמות אותנו בהרבה. אך באשר לא נרשם פרוטוקול אין עומדת לה לוועדה חזקת התקינות המינהלית, ובנסיבות אלו הנטל לא על העותר אלא על הוועדה מוטל הוא להראות כי פעלה כדין וכשורה (ואין זה מעלה או מוריד אם נטל השכנוע מוטל על הוועדה, או אם נטל השכנוע מוטל על העותר דווקא, אלא שהנטל הטקטי עבר אל שכמה של הוועדה). אמירת בית-המשפט כי העותר כשל בהסרת נטל השכנוע מעל כתפיו פועלת כבומרנג ופוגעת בוועדה דווקא. לשון אחר: כֶּשֶל שנמצא לו לבית-הדין במערכת העובדות שהציג העותר לפניו, מחזיר פניו לאחור ופוגע דווקא במערכת שהציגה ועדת המכרזים לפניו. וכך, משלא עלה בידיה של הוועדה להציג פרוטוקול ראוי על מהלך ישיבתה, הנטל – למצער הנטל הטקטי – עליה הוטל, להוכיח כי ישיבתה נוהלה כדין וכראוי. על רקע כל אלה נדע כי משהוכח מה שהוכח, כשלה הוועדה בהוכחה כי פעלה כשורה וכהלכה, כי בר-דוד דיווח לה את שהיה עליו לדווח וכו'. בבואנו לברר מה אירע בישיבת הוועדה היינו כסומים בארובה, ואת העלטה הביאה עלינו הוועדה. ומי שהביא את העלטה הוא אף שיישא בתוצאות.

29. [...] ערים אנו כמובן לרגישות הנלווית לבחירתם של מועמדים לאיוש משרה פנויה. שיקולים אישיים – בחלקם אף אינטימיים – מתרוצצים במערכת. לא כל אשר יילחש אף ייאמר בקול, ולא כל אשר ייאמר בקול יירשם. הכול יודעין, וגם אנו נדע. לא בכדי נקבע בסעיף 3 לחוק סדרי המינהל כי אין חובה לנמק סירוב למנות את המבקש למשרה פלונית. ואולם ענייננו רחוק מאותם מקרים מיוחדים. מקום שאיש ועד לוחש באוזנו של חבר ועדת מכרזים כי שומה עליו לבחור בפלוני ולא באלמוני, חייבים כל חברי ועדת המכרזים לדעת על דבר אותה לחישה, וחייבים הדברים שיירשמו בפרוטוקול. בהיעדר פרוטוקול לא ידענו מה שאירע במהלך ישיבתה של הוועדה, ואך ראוי הוא שנניח דברים לחובתה של הוועדה. פירוש הדברים הוא, בנסיבות העניין, כי בר-דוד [חבר הוועדה] הִגִּיעַ את הוועדה בפגם של משוא פנים, ועל רקע זה אחת דינו של המכרז – להיבטל.

=-=

ההליך המינהלי:

ג. הכללים החלים על הרשות השלטונית ביחס למועד התחולה של אקטים שלה

**מושגים (**מתוך עע"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל,** הש' ברק**)**

**החלה רטרוספקטיבית** –

משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות, או התוצאות המשפטיות של מצבים שהסתיימו, או של פעולות, אירועים, התנהגויות (מעשים/מחדלים) שנעשו או התרחשו **לפני** כניסת החוק לתוקף.

**החלה פרוספקטיבית** –

משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות, או התוצאות המשפטיות של מצבים, או של פעולות, אירועים, התנהגויות (מעשים/מחדלים) שהתרחשו **לאחר** כניסת החוק לתוקף.

**החלה אקטיבית** -

החלת שינוי במעמד המשפטי, בתכונות המשפטיות או בתוצאות המשפטיות על מצב דברים נתון ונמשך שמתקיים במועד כניסת החוק לתוקף.

**מועד התחולה של חקיקה**

**פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948**

10. [רשומות] [תיקונים: התשי"ב (מס' 2), התשמ"א]

(א) כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום. [...]

(ג) הוראות סעיף זה חלות גם על תקנות כמשמעותן בסעיף 8 ועל תקנות-שעת-חירום, כמשמעותן בסעיף 9.

**חוק העונשין, תשל"ז-1977**

3. [אין עונשין למפרע]

(א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

פרק ב': תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העבירה

4. [ביטול העבירה לאחר עשייתה]

נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

5. [שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה]

(א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

(ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו - יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

**חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950**

1. (א) אדם שעבר עבירה אחת מאלה –

פשעים כלפי

העם היהודי,

פשעים כלפי האנושות

ופשעי מלחמה

(1) בתקופת השלטון הנאצי, בארץ עויינת, עשה מעשה שהוא בגדר פשע כלפי העם היהודי;

(2) בתקופת השלטון הנאצי, בארץ עויינת, עשה מעשה שהוא בגדר פשע כלפי האנושות;

(3) בתקופת מלחמת העולם השניה, בארץ עויינת, עשה מעשה שהוא בגדר פשע מלחמה,

דינו – מיתה.

(ב) בסעיף זה –

"פשע כלפי העם היהודי" פירושו – אחד המעשים המפורטים להלן שנעשה בכוונה להשמיד את העם היהודי, השמדה גמורה או חלקית; ואלה המעשים:

(1) הריגת יהודים;

(2) גרימת נזק חמור ליהודים בגוף או בנפש;

(3) העמדת יהודים בתנאי חיים שיש בהם כדי להביא להשמדתם הגופנית;

(4) קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקרב יהודים;

(5) העברת ילדים יהודים לקיבוץ לאומי דתי אחר בדרך כפייה;

(6) השמדה או חילול של נכסים או ערכים דתיים או תרבותיים של יהודים;

(7) הסתה לשנאת יהודים;

"פשע כלפי האנושות" פירוש – אחד המעשים האלה:

רציחה, השמדה, שעבוד, הרעבה וגירוש של אוכלוסיה אזרחית, וכל מעשה לא-אנושי אחר שנעשה באוכלוסיה אזרחית; וכן רדיפה מטעמים לאומיים גזעיים, דתיים, או פוליטיים;

"פשע מלחמה" פירושו – אחד המעשים האלה:

רציחת בני אוכלוסיה אזרחית של ארץ כבושה או בתוך ארץ כבושה, נגישתם וגירושם לשם עבודת כפייה או לשם כל מטרה אחרת; רציחתם וגירושם של שבויי מלחמה או של בני האדם הנמצאים בלב-ים; המתת בני ערובה; שוד רכוש ציבורי או פרטי; הריסה שרירותית של כרכים, ערים או כפרים, והחרבה שאינה מוצדקת על ידי הכרח צבאי.

2. אדם שבתקופת השלטון הנאצי, בארץ עויינת, עשה מעשה, שאילו עשהו בשטח ישראל היה אשם בעבירה לפי אחד מסעיפי החוק הפלילי המנויים להלן, והוא עשה את המעשה כלפי אדם נרדף באשר הוא אדם נרדף, יאשם בעבירה לפי חוק זה ויהיה צפוי לאותו עונש שהיה צפוי לו אילו עשה את המעשה בשטח ישראל. ואלה הסעיפים:

פשעים

כלפי

בני אדם

נרדפים

[...]

16. בחוק זה –

פירושים

"תקופת השלטון הנאצי" פירושו – התקופה שהחלה ביום ג' בשבט תרצ"ג (30 בינואר 1933) ונסתיימה ביום כ"ה באייר תש"ה (8 במאי 1945).

"תקופת מלחמת העולם השניה" פירושו – התקופה שהחלה ביום י"ז באלול תרצ"ט (1 בספטמבר 1939) ונסתיימה ביום ה' באלול תש"ה (14 באוגוסט 1945);  **[...]**

"אדם נרדף" פירושו – אדם הנמנה עם קיבוץ לאומי, גזעי, דתי או פוליטי שנרדף על ידי שלטון עויין;

"החוק הפלילי" פירושו – פקודת החוק הפלילי, 1936.

=-=

**מועד התחולה של חקיקת משנה: תקנות, חוקי עזר וכדומה**

**חוק יסוד: הממשלה:**

39. [התקנת תקנות שעת חירום ]

[...] (ד) אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בכבוד האדם. [...]

**פקודת הפרשנות [נוסח חדש]:**

17. [תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי ]

תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה.

**חוק הפרשנות, התשמ"א-1981:**

21. [שעת תחילה]

שעת תחילת תקפו של חיקוק היא בשעה 00.01 של יום תחילתו.

**22 [סייגים לכוחו של ביטול]**

ביטולו של דין אין כוחו יפה —

(1) להחיות דבר שלא היה לו תוקף בשעה שהביטול נכנס לתקפו;

(2) להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה לפיו;

(3) להשפיע על זכות או חיוב שלפי הדין המבוטל.

=-=

**דיון בפסיקה בנושא "התחולה בזמן" של נורמות מסוגים שונים:**

**[רטרואקטיביות של *חקיקה* - פס"ד איתנית]** [ – ראו להלן, קריאה, שכן כנראה לא נספיק לדון]

**רטרואקטיביות של חקיקת משנה (ד"נ ארקו)** [ – ראו להלן, קריאה, שכן לא נספיק לדון]

**רטרואקטיביות של הנחיות מינהליות/ קווי-מדיניות (לביא-גולשטיין)**

**"הוראות מעבר", תחולה אקטיבית על פעולה נמשכת (לם)** כעניין כללי של הגינות, שיחול במקרים מגוונים

=-=

**רטרואקטיביות של *חקיקה* - פס"ד איתנית**

בג"ץ  6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל** (2013)

*[לעיסוק המקיף יותר בפסק הדין חזרו לדפי פגישה 18, העוסק בתוקפו החוקתי של החוק למניעת מפגעי אסבסט]*

השופט נ' הנדל:

1. מונחת לפנינו עתירה נגד חוקתיותו של סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 (להלן: חוק האסבסט). סעיף זה מכריז על השקת פרויקט לסילוק פסולת אסבסט מהגליל המערבי (להלן: הפרויקט). העתירה מופנית בעיקר כנגד חיובה של העותרת, חברת איתנית מוצרי בנייה בע"מ (להלן: איתנית), לשאת במחצית מעלויות הפרויקט, עד לסכום של 150 מיליון ₪. [...]

5. ...סעיף 74 יוחד לטיפול במפגעי האסבסט שבגליל המערבי. זהו הסעיף בו מתמקדת, כאמור, העתירה שלפנינו. נביא כאן את לשון הסעיף:

(א) בסעיף זה -

"הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי" - פרויקט לאיתור, לסילוק ולהטמנה של פסולת אסבסט שמקורה במפעל לייצור אסבסט בגליל המערבי, שהוטמנה או פוזרה ברדיוס שאינו עולה על 15 ק"מ מהמפעל, למעט בקרקעות שבבעלות חברות אסבסט, בהיקף ובמתכונת שהורה עליהם השר בהתייעצות עם שר האוצר, ולעניין ההיבט התקציבי של הפרויקט - בהסכמת שר האוצר;

"חברות אסבסט" - חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי.

(ב) הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי ימומן מתקציב המדינה ומתשלומים שיעבירו חברות האסבסט, וכן מתשלומים שיעבירו רשויות מקומיות שבתחומן מתבצע הפרויקט (בסעיף זה - הרשויות המקומיות).

(ג) בקרן לשמירת הניקיון ינוהל חשבון נפרד שישמש למימון עלויות, ישירות או עקיפות, של הפרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי (בסעיף זה - החשבון הנפרד).

(ד) השר, בהסכמת שר האוצר, לאחר שנתן לרשויות המקומיות ולחברות האסבסט הזדמנות לטעון את טענותיהן, יורה על גובה הסכומים שיעבירו הרשויות המקומיות וחברות האסבסט לחשבון הנפרד, ועל מועדי תשלומם, ובלבד שהסכום הכולל שיעבירו חברות האסבסט יהיה שווה לסכום התשלומים הכולל שיועברו מתקציב המדינה ומהרשויות המקומיות יחד; ואולם הסכום הכולל שיעבירו חברות האסבסט כאמור לא יעלה על 150 מיליון שקלים חדשים.

(ה) בקביעת סכום התשלום ומועדיו לפי סעיף קטן (ד) ישקול השר בין השאר את היקף תקציב המדינה המיועד למימון כלל עלויות הפרויקט, את התקציב שהוצא בפועל, ולגבי הרשויות המקומיות - את זהות בעלי הזכויות בקרקעות שבהן קיים האסבסט, את השימושים הנעשים בקרקעות האמורות ואת היקף אחריותן של הרשויות לגביהן, וכן את מצבן הכלכלי של הרשויות המקומיות.

במילים אחרות, יוקם פרויקט לפינוי פסולת אסבסט שמקורה במפעל של איתנית, ואשר הוטמנה או פוזרה ברדיוס של עד 15 ק"מ מהמפעל. לעניין זה "פסולת אסבסט" כוללת אסבסט שפורק, נפגע או נשבר, וכן אסבסט שאינו בשימוש (הגדרות בסעיף 2). יצוין כי החוק אמנם לא נוקב בשמה המפורש של איתנית, אלא נוקט בניסוח כוללני - "חברות אסבסט" ו"מפעל לייצור אסבסט". ברם, כפי שיובהר להלן, אין מחלוקת כי החוק מכוון הלכה למעשה רק אל איתנית ואל המפעל שבבעלותה - היא החברה היחידה באזור הגליל המערבי שעסקה בייצור אסבסט. [...]

2. הניתוח החוקתי

15. עתה נפנה לבחינת חוקתיותו של סעיף 74 על פי הדין הישראלי. תחילה יש לעמוד על הזכויות שנפגעו לשיטת איתנית. לאחר מכן ניתן לדון בשאלה האם פגיעה זו, ככל שנגרמה ובהיקף שנגרמה, עומדת במבחני פיסקת ההגבלה של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. [...]

א. הזכויות הנפגעות

    (1) הזכות לקניין [...]

    (2) הזכות לשוויון [...]

22. לסיכום חלק זה, מקובלת עלי טענת איתנית כי סעיף 74 פוגע בזכות הקניין שלה. אולם לדעתי יש לדחות את טענת איתנית לפגיעה בזכותה לשוויון, כזכות עצמאית או כחלק מהזכות לקניין, וזאת מן הטעמים שפירטתי לעיל. על בסיס מסקנות אלו אעבור לבחון את השאלה האם הפגיעה בזכות הקניין של איתנית עומדת בתנאי פסקת ההגבלה לפי סעיף 8 ל[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm), שכותרתו "פגיעה בזכויות":

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

ב. פגיעה בזכויות בחוק או לפי חוק [...]

ג. לתכלית ראויה ההולמת את ערכי מדינת ישראל [...]

ד. מידתיות [...]

    (1) קשר רציונאלי [...]

(2) האמצעי שפגיעתו פחותה [...]

(3) מידתיות במובן הצר

34. נותרנו, אפוא, עם מבחן המשנה השלישי והאחרון בביקורת החוקתית: מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה בודק את היחס הראוי "בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנזק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר החקיקה" ... זהו מבחן של נזק מול תועלת במישור החוקתי – תועלת חברתית מול פגיעה בזכות.

בפסיקה הובעה הדעה לפיה: "זהו מבחן החשוב ביותר מבין שלושת מבחני המשנה" ... כך או כך, אין זה מבחן סף. מקומו כמשוכה האחרונה במסע החוקתי מכוון אליו את הזרקור. על אף שכותרתו של מבחן משנה זה היא "מידתיות במובן הצר", אין הוא צר כלל ועיקר. הוא מהווה אתגר מיוחד לשופט. לתפיסתי, ודווקא בשל כך, מבחן זה עשוי להתפתח עם הזמן - לרבות קביעת כללים להבניית יישומו - יותר ממבחני משנה אחרים.

בכל מצב, במקרנו, ברי כי התועלת המופקת מן החוק רבה מאוד. לכן, יהיה ניתן לקבוע שסעיף 74 איננו חוקתי רק אם יימצא שהפגיעה בזכות הקניין של איתנית - הצד השני של המשוואה – היא בעוצמה כה גדולה, עד שתאפיל על התועלת.

סעיף 74, על החיוב הכספי שבו, פוגע בזכות הקניין של איתנית. מטיעוני איתנית עולה כי שלושה נדבכים מעצימים את הפגיעה: (1) החוק הוא פרסונאלי. (2) החוק מטיל אחריות חמורה. (3) החוק הוא רטרואקטיבי. ביחס לכל נדבך אציג תחילה את אופי הפגיעה הנטען, ואז אבחן את מימדיה האמיתיים: האם החוק חצה את הקו האדום החוקתי, ועל כן יש לעשות שימוש בנשק הלא-קונבנציונאלי של ביטול החוק; האם "הפגיעה היא כצעקתה" או שמא יש מרכיבים בחוק שממתנים אותה. באמצעות בחינה זו תתבצע ההשוואה החוקתית בין הנזק לתועלת.

חוק פרסונאלי [...]

אחריות חמורה [...]

חוק רטרואקטיבי

1. סוגיה נפרדת מתעוררת בקשר לתחולתו בזמן של החוק. איתנית טוענת כי זהו חוק רטרואקטיבי, ועל כן יש החמרה בפגיעה בזכות הקניינית שלה. על פי קו זה, חוק רטרואקטיבי נכנס לשטח לאחר מעשה, ומשנה למפרע את כללי המשחק. המדינה לעומת זאת סבורה כי החוק הוא בעל תחולה אקטיבית, ועל כן טענת איתנית לפגיעה חוקתית איננה עומדת במלוא קומתה. אף אין לשלול לגישת המדינה את השימוש בחוק רטרואקטיבי בכל מצב. עם מי הצדק בנקודות אלו? סוגיית הגדרת התחולה בזמן היא סבוכה. על כן, תחילה יוצגו המושגים הרלבנטיים באופן כללי. לאחר מכן נבחן את הסוגיה בהקשר של סעיף 74, לרבות מידת הפגיעה באיתנית.

חוק רטרואקטיבי משנה כלפי עבר את מעמדה המשפטי של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. חוק רטרוספקטיבי משנה כלפי עתיד את ההשלכות המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. חוק פרוספקטיבי משנה כלפי עתיד את מעמדה המשפטי של פעולה שתיעשה אחרי כניסת החיקוק לתוקף.

להמחשת ההבדל נדמיין את התרחיש הבא: ראובן מעשן סיגריה במקום ציבורי ביום 1.1.2012. באותה שעה לא היה שום איסור על כך. ב-1.2.2012 פורסם חוק שמטיל קנס גבוה על עישון סיגריה במקום ציבורי. אם החוק החדש חל רק על מי שיעשן במקום ציבורי מיום 2.2.2012 ואילך - זהו חוק פרוספקטיבי. אם לעומת זאת ייקבע שמועד תחולת החוק הוא מיום 1.1.2012 ואילך - זהו חוק רטרואקטיבי: הוא משנה את מעמדה המשפטי של פעולת עישון הסיגריה של ראובן, ומטיל עליו קנס. בשונה מאלה, החוק הוא רטרוספקטיבי אם ייקבע שכל מי שעישן מיום 1.1.2012 ועד ליום פרסום החוק - לא עבר עבירה מנהלית או אחרת, אך יחויב להשתתף בסדנה במשרד הבריאות בנושא עישון פאסיבי. החוק לא שינה כלפי עבר את מעמדה המשפטי של פעולת העישון של ראובן - שאיננו עבריין - אך שינה כלפי עתיד את תוצאות הפעולה. במקרה זה, מעמדו הייחודי של החוק הרטרוספקטיבי הוא ניכר לעין: החוק מפרש שראובן לא עבר עבירה וכי התוצאה שבה יהיה עליו לשאת איננה קנס או עונש, וזאת בניגוד לחוק הרטרואקטיבי. בד בבד עדיין ראובן יהיה מחויב בהשלכות מסוימות של הפעולה שביצע בעבר, וזאת בניגוד לחוק פרוספקטיבי. יצוין כי הבחנה זו, בין תחולה רטרוספקטיבית לתחולה רטרואקטיבית, איננה מקובלת על כולי עלמא, אך מצאה יתד בפסיקת בית משפט זה ובחלק משיטות המשפט דוגמת קנדה (עוד על ההגדרות עיינו: [ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%201613/91&Pvol=מו)(2) 765 (1992); אהרן [ברק פרשנות במשפט כרך שני](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/358) - פרשנות החקיקה 609-645 (1994); יורם [מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5688)  ופתרונה המוצע" משפטים לא 529, 552-556 (2001); יניב רוזנאי "רטרואקטיביות - יותר מאשר 'רק עניין של זמן'!" משפט ועסקים ט 395 (2008); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 351-352 (2009)).

סיווג נוסף שעשוי להתאים לענייננו הוא חקיקה אקטיבית: דבר חקיקה אשר משנה כלפי עתיד את תוצאותיו המשפטיות של מצב אשר היה כבר קיים ביום כניסת החיקוק לתוקף. כפי שניכר לעין, קיימת קרבה רבה בין חקיקה אקטיבית לחקיקה רטרוספקטיבית. ההבדל בין השניים הוא שחקיקה אקטיבית חלה על מצב שקיים בהווה, בעוד שחקיקה רטרוספקטיבית חלה על פעולה שהסתיימה בעבר. בדוגמא שהובאה לעיל, נניח שהחוק החדש היה מניח כי השפעה של עישון במקום ציבורי משאירה את אותותיה לתקופה של חודשיים, ומטיל חיוב בהתאם – זוהי חקיקה אקטיבית. כך ניתן להצדיק באופן אחר חובת השתתפות בסדנה למי שעישן במקום ציבורי חודש לפני כניסת החוק לתוקף, כפי שהצגנו בדוגמא.

בספרו מביא פרופ' ברק דוגמא אחרת, להמחשת ההבדל בין תחולה רטרוספקטיבית לתחולה אקטיבית. ההבדל יהיה תלוי בפרשנות תכליתית של החוק הרלבנטי:

"טול חוק חדש, הקובע כי מי שהורשע בעבירה אינו יכול לכהן כחבר כנסת. האם הדיבור 'מי שהורשע בעבירה' מצביע על פעולה או על מצב? האם החלת החוק על מי שהורשע בעבירה לפני כניסתו של החוק לתוקף תהווה החלת רטרוספקטיבית של החוק? [...] אם מטרת החוק הינה לקבוע סנקציה נוספת - מעבר לסנקציה הפלילית - על מי שהורשע, הרי הוא מתייחס אל הפעולות שהביאו להרשעה בעבר. החלת החוק החדש על פעולות אלה תהווה החלה רטרוספקטיבית של החוק. לעומת זאת, אם מטרת החוק היא לקיים אמון הציבור בנבחריו ובמוסדותיו, הרי הוא מתייחס אל המצב של 'מורשע'. החלת החוק החדש על מצב שנתקיים לפני חקיקתו והמשיך להתקיים בהווה אינה החלה רטרוספקטיבית שלו" (אהרן [ברק פרשנות במשפט כרך שני](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/358) - פרשנות החקיקה 628 (1994)).

1. מצוידים בכלים אלו, נשאל מהו המצב במקרה שלפנינו? סעיף 74 לחוק מטיל על איתנית לשאת בעלויות לסילוק פסולת שהיא הטמינה בקרקע או העבירה למשתמשי קצה. מן העבר האחד, אין מדובר בתחולה רטרואקטיבית: הסעיף איננו משנה את העבר, ואיננו קובע שפעולותיה של איתנית היו בגדר עבירה על החוק או שהיא נושאת בגינן בחבות נזיקית. מן העבר האחר גם אין מדובר בתחולה פרוספקטיבית, שהרי מדובר על סילוק פסולת קיימת ולא על פסולת שתגיע לשם בעתיד. השאלה היא האם מדובר בתחולה אקטיבית או רטרוספקטיבית. מצד אחד, ניתן לטעון שזו תחולה אקטיבית: החוק עוסק במצב העכשווי - פסולת מפוזרת שמסכנת את בריאות הציבור. זו עמדת המדינה. לחלופין, ניתן לטעון שזו תחולה רטרוספקטיבית: החוק משנה את התוצאה המשפטית של פעולות ההטמנה והמסירה שביצעה איתנית בעבר, ומטיל על איתנית סנקציה חדשה. זו למעשה עמדת איתנית.

הויכוח בין הצדדים איננו תיאורטי לחלוטין, ויש לסיווג התחולה בזמן של סעיף 74 גם השלכות חוקתיות. הסיבה היא שניתן לסדר את ארבעת המצבים העיקריים של התחולה בזמן - פרוספקטיבית, רטרוספקטיבית, אקטיבית ורטרואקטיבית - על "ציר לגיטימיות". ציר זה משקף את האופן שבו אנו מתייחסים אל דבר החקיקה. הנחת היסוד מאחורי "ציר הלגיטימיות" שלנו היא כזו: ככל שהחוק שולח את זרועותיו כלפי העבר באופן מובהק יותר - כך מתעוררים קשיים רבים יותר בדבר הלגיטימיות שלו. לאינטואיציה שמאחורי הציר יש טעמים מרובים: כללי המשחק צריכים להיות ברורים מראש, משיקולי הגינות וצדק, ואין לאפשר למחוקק לשנות אותם בדיעבד. כמו כן, שינוי למפרע של הכללים פוגם באמון הציבור במחוקק, פוגע בתכלית החוק לכוון התנהגות עתידית, ומערער את היציבות ואת הוודאות. ויודגש: אין לשלול חוק באופן אוטומטי רק בשל מקומו על הציר. אולם הצידוק לתחולה בזמן של החוק צריך להיות משכנע יותר (לא כך הוא המצב בחקיקה פלילית - ראו סעיף 3 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), התשל"ז-1977; מצב דומה שורר בקנדה [Canadian Charter of Rights and Freedoms, §11(g)], בהודו [Constitution of India, §20(1)], בדרום אפריקה [Constitution of South Africa, Chapter 2 - Bill of Rights, §35(3)(l)] ובנורווגיה [Kongeriket Norges Grunnlov, §97]).

בקצה אחד של "ציר הלגיטימיות" נמצאת תחולה פרוספקטיבית. זו התחולה ה"מקובלת" ביותר, שכן היא איננה משפיעה כלל על פעולות או מצבים שמקורם בעבר. בקצה השני של הציר נמצאת תחולה רטרואקטיבית. זו התחולה הקשה ביותר לעיכול, שכן היא שומטת את הקרקע מתחת לפעולות שכבר הסתיימו ומשנה בדיעבד את הגדרתן המשפטית. בתווך מצויה התחולה הרטרוספקטיבית, אשר משפיעה רק על תוצאותיהן של פעולות שהסתיימו בעבר. התחולה האקטיבית מצויה בין התחולה הרטרוספקטיבית לבין התחולה הפרוספקטיבית, מכיוון שהיא חלה על מצב שאמנם שורשיו מצויים בעבר אך הוא נמשך גם בהווה. לכן, במובן מסוים, היא יותר "מקובלת" וסבירה מאשר תחולה רטרוספקטיבית, שכל כולה נוגעת לפעולות שהסתיימו כבר בעבר. מכאן חשיבותה היחסית של השאלה שניצבת לפנינו, ביחס לסיווג התחולה של סעיף 74: רטרוספקטיבית, או אקטיבית.

התחבטתי לא מעט בשאלה זו. נכון הוא שהחוק חל על מצב דברים קיים. עסקינן בסילוק פסולת שכבר מוטמנת בקרקע, או שמשמשת לחיפוי קרקע בצורות שונות (כבישים סלולים וכדומה). במובן זה החוק הוא בעל תחולה אקטיבית. אולם דומני כי שיבוץ סעיף 74 בקטגוריה של תחולה אקטיבית מחמיץ את העיקר. יש לזכור כי אין מדובר במקרה שבו רק חלק מן היסודות העובדתיים התגבשו בעבר. במקרה שלפנינו, כל היסודות העובדתיים של המצב הנוכחי התגבשו במלואם בעבר: הפסולת כבר הוטמנה או הונחה כחיפוי. במקרה כגון דא, קיים ספק בעיניי אם זו אכן תחולה אקטיבית במובנה הסטנדרטי (השוו: [ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב יפו נ' אבן אור, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%206066/97&Pvol=נד)(3) 749, 755 (2000)). יתירה מזאת: סעיף 74 איננו מופנה כלל כלפי עתיד. ניקח לשם השוואה את הדוגמא שהבאתי לעיל מפי פרופ' ברק, בעניין החוק החדש שקובע כי מי שהורשע בעבירה לא יכהן כחבר כנסת. חוק היפותטי כזה בחלקו צופה פני עבר - אנשים שכבר הורשעו בעבירה, ובחלקו צופה פני עתיד - אנשים שיורשעו בעתיד בעבירה. ברם סעיף 74 בו עסקינן איננו צופה כלל פני עתיד. הוא עוסק בפסולת אסבסט שהוטמנה בעבר הרחוק או הקרוב על ידי איתנית. הסעיף איננו מטפל, ואף איננו מתיימר לטפל, בהטמנת פסולת אסבסט מכאן ואילך. בכך עוסקים יתר חלקיו של חוק האסבסט, אך לא סעיף 74 דידן. ייתכן שיש לפנינו, אפוא, מעין קטגוריה בפני עצמה, אקטיביות במובן הצר. אם להשתמש ב"ציר הלגיטימיות" שהוצג לעיל, דומני כי סעיף 74 והקטגוריה של אקטיביות במובן הצר קרובים יותר לנקודת הלגיטימיות של התחולה הרטרוספקטיבית, מאשר לנקודה של התחולה האקטיבית. כך או כך, האפשרות המסתברת לפיה סעיף 74 איננו חוק רטרואקטיבי מובהק, מחלישה את הפגיעה הנטענת בזכותה הקניינית של איתנית.

ברם, מבלי להכריע בנקודה עקרונית זו של סיווג תחולת החוק, יש לזכור כאמור לעיל כי אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לעילא - וכך ודאי לא המצב כאן - אין פירושו של דבר שהוא נפסל אוטומטית. עדיין שומה עלינו לבחון את מכלול השיקולים הנוגעים לחוק, בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה, לרבות תכלית החוק, תועלתו והפגיעה שהוא מסב לזכויות מוגנות (השוו: [בג"ץ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עירית ראשון לציון, פ"ד נד](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%201149/95&Pvol=נד)(5) 547, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2000); [בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%204562/92&Pvol=נ)(2) 793, פסקה 33 (1996)). במילים אחרות, הניתוח שערכתי עד כה בשאלת התחולה בזמן - הוא בבחינת שיקול נוסף במאזן התועלת מול הנזק. ודוק: שיקול נוסף, אך לא שיקול מכריע.

להשקפתי, במאזן התועלת מול הפגיעה בזכות, ישנם שלושה שיקולים אשר תומכים בצד הראשון ומשמשים כמשקל-נגד לפגיעה הנגרמת מתחולתו הרטרואקטיבית של החוק. כאמור, אינני סבור שמדובר בתחולה "רטרואקטיבית" *per se*, אך לשם הנוחות אכנה אותה כך בקיצור. כמובן שאין זה רק עניין של נוחות: סעיף 74, על מבנהו המיוחד שתואר, מעלה מעין ניחוח של חוק רטרואקטיבי, אף אם אין לקטלג אותו בתור שכזה.

באשר לשיקול הראשון, עמדתי לעיל על אלמנט הצפיוּת שמאפיין במידה מסוימת את התנהגותה של איתנית. לכך יש השלכה לא רק על שאלת האחריות החמורה, אלא גם על שאלת הרטרואקטיביות. בתי המשפט בארצות הברית, כפי שהוסבר, פירשו את חוק ה-CERCLA כבעל תחולה רטרואקטיבית. זאת על אף שהדבר איננו מצוין במפורש בלשון החוק, וקיימת בשיטה האמריקאית חזקה הניתנת לסתירה נגד תחולה רטרואקטיבית. אחד מן הטעמים לפרשנות זו התקשר ליסוד הצפיוּת:

"While the generator defendants profited from inexpensive waste disposal method that may have been technically 'legal' prior to CERCLA’s enactment… it was certainly foreseeable at the time that improper disposal could cause enormous damage to the environment" (*U.S. v. Monsanto Co.*, 858 F.2d 160, 174 (4th Cir. 1988)).

כלומר, נכון הוא שהפעולות לסילוק הפסולת היו מותרות בשעת ביצוען מבחינה הדין הפורמאלי, אך בד בבד ניתן היה לצפות כבר באותה עת שהן יסבו נזק חמור לבריאות התושבים ולסביבה. במילים אחרות, צפיוּת או ידיעה בדבר הנזק מהווה צידוק מסוים להטלת אחריות "רטרואקטיבית". קו חשיבה דומה מצינו בהולנד, כפי שהסברתי לעיל: בית המשפט העליון ההולנדי קבע שהחוק משנת 1982 חל רטרואקטיבית מ-1 בינואר 1975 והלאה. הטעם לבחירה בתאריך זה דווקא הוא משום שממנו והלאה - כל מזהם היה צריך להיות מודע לכך שהוא צפוי לשאת באחריות בגין מעשיו. הנה כי כן, צפיוּת או ידיעה של הנזק - לא במובן הנזיקי או הפלילי, אלא לצורך הבחינה החוקתית - עשויות להצדיק תחולה "רטרואקטיבית".

לכך מצטרף שיקול שני: הסיכון הרב לציבור. סיכון זה איננו פוחת עם הזמן, והוא מחייב טיפול. יש בכך לחזק את התועלת הציבורית בחקיקת סעיף 74, גם אם הוא נושא בחובו אלמנטים מעין-רטרואקטיביים. העדר טיפול בסיכון האסבסט - כמוהו כחשיפת האזרחים לפצצה בריאותית מתקתקת. אין תימה אפוא שהמחוקק מחפש לכך פיתרון. צו השעה הוא לסלק את פסולת האסבסט. העדר טיפול איננו אופציה – "לא תוכל להתעלם" (דברים כב, ג). כך או כך, האחריות על מפגע האסבסט שכבר נוצר תהיה מעין-רטרואקטיבית. לפיכך, השאלה איננה האם להטיל אחריות רטרואקטיבית, אלא על מי להטיל (לרבות האפשרות של פיזור העלות בין הגורמים השונים). הוצגה הגישה לפיה בבחירה בין הטלת החיוב הכספי על החברה המזהמת, לבין הטלת החיוב על הציבור הרחב - מטעמי צדק יש מקום להעדיף את האפשרות הראשונה. ודוק: הפיתרון של המחוקק הישראלי, במסגרת סעיף 74, מעוצב באופן שלכל היותר מחצית מההוצאות תוטל על איתנית.

באשר לשיקול השלישי שוב נפנה לתוצאות הבדיקה של המשפט המשווה, אשר מגלות שבמדינות רבות - אם כי לא בכולן - ישנה הכרה בתחולה רטרואקטיבית. לעמדה זו, כפי שהוסבר, אף יש הצדקה, שנשענת בעיקר על טעמי צדק וצורכי השעה.

אינני מתעלם מכך שבכל הנוגע לסעיף 74 יש קשר מסוים, או אף חפיפה חלקית, בין סוגית הרטרואקטיביות לבין סוגית האחריות החמורה. מצב דברים זה הוא מובן. בכל הקשור לפגיעה בקניין של איתנית, האחריות החמורה והרטרואקטיביות צועדות יד ביד. שתיהן כאחת מעלות הסתייגות מכך שאיתנית חייבת לשלם על פעולות שבשעת עשייתן לא היו אסורות, ואף לא נקבע נגדה כי הפרו חובת זהירות. בסופו של שיקול, יש לבחון את פרטי סעיף 74. בחינה זו מגלה כי מצד אחד אין קביעה של אשמה, אך מצד שני יש טעמים של מדיניות משפטית - כפי שפורט - שמבססים את המסקנה שעוצמת הפגיעה נופלת מהיקף התועלת.

סיכום

[...]

התחנה האחרונה היא מבחן המידתיות במובן הצר. בהקשר זה חידדתי שלוש נקודות שעמדו בלב טענותיה של איתנית. בסוגית הכלליות, אין מחלוקת על כך שסעיף 74 לחוק מכוון באופן ספציפי כלפי איתנית לבדה (מלבד המדינה והרשויות המקומיות). אלא שההתמקדות באיתנית איננה רוח-עועים שתקפה את המחוקק, אלא פרי המציאות שנוצרה על ידי איתנית עצמה. הסעיף נועד לתת מענה למצב הייחודי שנוצר: מצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול, באזור גיאוגרפי מוגדר, שנוצרו באופן שיטתי על ידי גורם אחד דומיננטי - הוא איתנית.

בסוגיית האחריות החמורה, נכון הוא שעל פני הדברים מדובר במשטר נוקשה שמעורר סימני שאלה. אלא ששלושה שיקולים מצמצמים את הקושי. ראשית, טעמים כבדי משקל למשטר אחריות חמורה ובראשם שיקולי צדק והגינות, הרתעה והפנמת עלויות, כמו גם הקושי הראייתי במשטר של אחריות מבוססת-אשם. שנית, התמיכה בהטלת אחריות חמורה במדינות רבות באירופה, בארצות הברית ובמדינות נוספות. שלישית, מימד מסוים של צפיוּת עובדתית או ידיעה של איתנית אודות נזקי האסבסט (כמובן לא ברף נזיקי או פלילי).

ולסיום, בסוגיית תחולתו בזמן של החוק, מסקנתי היא כי החוק הוא בעל תחולה אקטיבית במובן הצר. הוא אמנם חל על מצב דברים קיים, אך אין זו תחולה אקטיבית במובן הרגיל: כל היסודות העובדתיים התגבשו במלואם בעבר, וסעיף 74 איננו מופנה כלל כלפי עתיד. בכל מקרה, אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לגמרי - אין זה שיקול מכריע, אלא רק שיקול נוסף במאזן החוקתי. בנקודה זו עמדתי על שלושה אלמנטים שממתיקים את "רוע הגזירה": ראשית, אלמנט הצפיוּת או הידיעה של הסיכון. שנית, היקף הסיכון. הנתון לפיו העדר טיפול בפסולת האסבסט - יותיר אזרחים רבים חשופים לפצצת בריאות מתקתקת. לא ניתן להשאיר את המצב על כנו. בתחרות בין הטלת התשלום על כתפי איתנית, לבין הטלת התשלום על כתפי הציבור - זיקתה של איתנית לפסולת בגדר היוצר והמרוויח מטה את הכף, או לכל הפחות מאפשרת זאת. ושלישית, התמיכה בהטלת אחריות רטרואקטיבית בארצות הברית ובמדינות נוספות (דוגמת ספרד ובריטניה).

אין להתעלם מהפגיעה בזכויותיה של איתנית, ומכך שהמחוקק יצר מתווה חדש. ברם, דעתי היא כי הפגיעה בזכויות החוקתיות של איתנית - כתוצאה מסעיף 74 - עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

=-=

**דנג"ץ ארקו: ההלכה הפסוקה ביחס למועד התחולה של *חקיקת משנה***

בסעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט ובסעיף 17 לפקודת הפרשנות נקבעה חזקה כנגד תחולה רטרואקטיבית של נורמות כלליות.

ההלכה בעבר היתה כי נדרשת לשון מפורשת בחוק כדי לשלול את סמכותו של מחוקק המשנה להעניק לתקנות שהוא קובע תוקף למפרע.

בעקבות **ארקו** (שאימצה את דעת היחיד של השופט זמיר בעניין **רשות שדות התעופה**) החזקה היא הפוכה:

"הסמכות לקבוע תחולה למפרע לתקנות מותנית בשני תנאים מצטברים. **ראשית**, צריך שהחוק המסמיך יקנה לרשות המינהלית סמכות לקבוע תחולה למפרע, בין במפורש ובין במשתמע, ואם אין הוא מקנה סמכות כזאת במפורש, צריכה לחול חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא התכוון להקנות סמכות כזאת. **שנית,** צריך שהתקנות, הן עצמן, יקבעו תחולה למפרע, בין במפורש ובין במשתמע, ואם לא נקבעה בהן תחולה למפרע במפורש, צריכה לחול חזקה פרשנית לפיה מתקין התקנות לא התכוון להקנות להן תחולה למפרע".

ההלכה [**ארקו**] היא כי הוראת סעיף 15 לחוק הפרשנות, לפיה "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל – משמעה גם הסמכה לתקנן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה", אינה מהווה הסמכה לשם החלה למפרע של תיקון או שינוי של נורמה.

**כמו כן,** בנוסף לבחינת קיומה של סמכות להחיל נורמה באופן רטרואקטיבי, **יש לבחון את הסבירות של השימוש בסמכות זו**.

ארקו היא פרשה עם כמה גלגולים.

פסק הדין המשלים **בדנג"צ ארקו**, הוא ההלכה היום. הוא קובע דברים חשובים ומנמק הנמקות חשובות. הוא מסמן גם התפתחות נוספת בהקשר שבו חקיקת המשנה (ולענייננו חוק העזר המקומי) מגביל זכויות המוגנות בחוקי היסוד.

דנג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון** (19.10.09) [הנשיאה ביניש]

האם על פי [פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm) [נוסח חדש] (להלן: [פקודת העיריות)](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm) או [חוק הרשויות המקומיות](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20הרשויות%20המקומיות) (ביוב), התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הביוב) נתונה לרשות מקומית סמכות לחוקק באופן רטרואקטיבי חוקי עזר המאשררים גבייתם של הפרשי הצמדה? זו היא השאלה העומדת להכרעתנו בפסק הדין המשלים בדיון נוסף זה.

[להלן מתוך סיכום פסק הדין:

26. עיריית ראשון לציון חוקקה חוקי עזר המסדירים את גבייתם של היטלי ביוב. בחוקים אלה נפלו טעויות, אשר הביאו לכך שהיטלי הביוב הועמדו על ערך שאינו ריאלי. משגילתה העירייה את הטעות חוקקה היא חוקי עזר מתקנים, אשר תיקנו את הטעות ואשררו את גבייתם של הפרשי ההצמדה, אשר הושמטו מחוקי העזר המקוריים. על פי ההלכה הנוהגת במישור המשפט המינהלי, חקיקת משנה רטרואקטיבית מחייבת קיומה של הסמכה מפורשת או משתמעת לכך בחוק המסמיך. ברם, במישור החוקתי, ונוכח דרישותיה של פסקת ההגבלה, חקיקת משנה רטרואקטיבית אשר פוגעת בזכויות המוגנות בחוק יסוד מחייבת איתורה של *הסמכה מפורשת*, ומשזו אינה נמצאת, לא תוכל חקיקת המשנה לעמוד.

בענייננו, מבחינת תכליתם של חוקי העזר ותכליתם של החוקים המסמיכים כמו גם מבחינת מידת הפגיעה הנגרמת לעותרים מהחלתם הרטרואקטיבית של חוקי העזר, מתחייבת המסקנה כי בנסיבות העניין די בהסמכה המצויה בדברי החקיקה הראשית הרלוונטית, על מנת לעמוד בדרישת ההסמכה המפורשת הקבועה בפסקת ההגבלה, וזאת לנוכח הפרשנות שניתנה לדרישת "ההסמכה המפורשת" בפסק דין זה. מעבר לכך, קבענו כי חוקי העזר המתקנים עומדים אף בדרישת התכלית הראויה והמידתיות. לפיכך, הגענו לכלל מסקנה כי חוקי העזר המתקנים הינם תקפים, וכי המשיבים רשאים היו לגבות את הפרשי ההצמדה בהסתמך עליהם.]

**נקודת המוצא הדיונית - חזקת אי-תחולתו למפרע של דבר חקיקה**

5. חזקה היא במשפטנו כי ככלל, תכליתו של דבר חקיקה הינה לצפות פני עתיד, ואין הוא חל למפרע. חזקה זו, חזקת אי-הרטרואקטיביות של החקיקה, מושרשת היא בעקרונות היסוד של משפטנו משכבר הימים... הטעם שביסוד חזקה זו הינו כי "חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון"...

6. בכל הנוגע לתוקפה של חקיקת משנה רטרואקטיבית חלה התפתחות בגישת המשפט בשיטתנו. בעבר על רקע המסורת שקיבלנו מהמשפט המקובל האנגלי, נהגה ההלכה לפיה מחוקק המשנה מוסמך לחוקק חקיקת משנה בעלת תחולה למפרע, ובלבד שהחוק המסמיך לא אסר זאת, במפורש או מכללא. בהתאם לכך, המבחן העיקרי על פיו נבחן תוקפה של חקיקת משנה היה מבחן הסבירות... האות לשינויה של הלכה זו ניתן בפסק דינו של השופט י' זמיר ב[בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/PADI-P-3-837-L.doc)(3) 837, 859-865 (1996) ... בפסק דין זה אמנם היה השופט זמיר בדעת יחיד, אולם בהמשך אומצה גישתו והייתה להלכה... על פי הלכה זו, כשם שחזקה על המחוקק שלא התכוון להקנות לחוק תוקף למפרע, כך חזקה שלא התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לחוקק חקיקת משנה בעלת תוקף למפרע. משכך, למחוקק המשנה ניתנה סמכות לחוקק חקיקת משנה רטרואקטיבית, רק אם ניתן להצביע על קיומה של הסמכה בחוק הראשי, במפורש או מכללא, באופן המעיד על סתירתה של חזקת אי הרטרואקטיבית. רק לאחר שצלח מחוקק המשנה את שלב בדיקת הסמכות, יש להמשיך ולבדוק אם חקיקת המשנה עומדת גם במבחן הסבירות (ראו עניין שגיא, 597-598).

בפסק דינו בפרשת רשות שדות התעופה ניתח השופט זמיר את סוגיית חקיקת המשנה הרטרואקטיבית מנקודת הראות של המשפט המינהלי ושירטט את גבולותיה.

חוקי היסוד אשר היקנו מעמד על לזכויות היסוד הוסיפו מימד נוסף לדיון בשאלת התחולה הרטרואקטיבית של חקיקת משנה, בנסיבות בהן מתקיימת פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות. בהיבט החוקתי נקבע בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 ל[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm) כי:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור **מכוח הסמכה מפורשת בו**". [ההדגשה הוספה – ד.ב].

כעולה מנוסח פסקת ההגבלה, פגיעה בזכות חוקתית המעוגנת ב[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm), תתאפשר רק מתוקף חוק או הסמכה מפורשת בו (ובכפוף לעמידה ביתר תנאי פסקת ההגבלה). לפיכך, ברי כי בבואנו לתור אחר מקור סמכותו של מחוקק המשנה לקביעתה של חקיקה רטרואקטיבית, לא נוכל עוד להסתפק בקיומה של סמכות משתמעת לעשות כן – כפי שהוכרה בנסיבות המתאימות במסגרת פרשת רשות שדות התעופה - ומקום בו לא תמצא סמכות מפורשת ליצירתה של חקיקה כאמור, לא תוכל עוד חקיקת המשנה לעמוד.

8. בעקבות חקיקת [חוק-יסוד: חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm) ו[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm), עלה שוב הצורך בבחינת פרשנותה של דרישת ההסמכה המפורשת, אשר עוגנה בהם במסגרת פסקת ההגבלה. כאמור, אין חולק על תפיסת העל שביסוד דרישה זו, המבקשת במהותה להביא לצמצום הפגיעה בזכויות היסוד באמצעות חקיקת משנה. עם זאת, עשויה להתעורר שאלה פרשנית מתי תחשב הסמכה בחוק ל"מפורשת" כמשמעותה בפסקת ההגבלה - כך למשל עשויה להתעורר השאלה האם ניתן להסתפק בהסמכה כללית בחוק המאפשרת פגיעה בזכויות יסוד, או שמא נדרשת הסמכה פרטנית; האם די בהסמכה לקביעת הסדרים בחקיקת משנה, או שנדרש גם פירוט המתייחס לטיב ההסדרים.

הכרעה בשאלות פרשניות אלו מחייבת איזון בין מספר שיקולים, עליהם עמדתי בהרחבה במסגרת פרשת המפקד הלאומי. מן הצד האחד, עומדים עקרונות הפרדת הרשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה במובנה הפורמאלי-ייצוגי ובמובנה המהותי, המחייבים כי נורמות עיקריות יקבעו בחקיקה ראשית, ורק דרכי ההגשמה ויישום נורמות אלו יכול ויקבעו בחקיקת משנה (וראו לעניין זה בהרחבה: [בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/97032670.doc)(5) 481 (1998) (להלן: פרשת רובינשטיין); [בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/9903939-padi.doc)(6) 25, 56 (2002) והאסמכתאות המובאות שם (להלן: פרשת שיח חדש)). תפיסה זו היא אף העומדת בבסיס החזקה הפרשנית לפיה אין בכוונתו של המחוקק הראשי להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים הפוגעים בזכויות-אדם בחקיקת-משנה (ראו פרשת עמותת שיח חדש עמ' 56-57; פרשת רובינשטיין, עמ' 523). שיקולים חוקתיים אלו, עשויים לתמוך בפרשנות קפדנית ודווקנית לדרישת ההסמכה המפורשת הקבועה בפסקת ההגבלה, כך שלצורך פגיעה בזכויות מוגנות באמצעות חקיקת משנה לא נסתפק בהסמכה כוללנית, סתמית וגורפת כי אם בהרשאה בלשון ברורה המפרטת את מהות הפגיעה.

מן הצד האחר, עומדת הגישה הפרשנית המחייבת התחשבות בתנאי המציאות המודרנית, בה היקף הנושאים הדורשים הסדר תחיקתי הינו רב עד למאד ואינו מאפשר למחוקק הראשי להידרש בעצמו למכלול הסוגיות. במצב דברים זה, נקיטה בגישה הפרשנית הדווקנית לדרישת ההסמכה המפורשת, עלולה להוביל לחקיקה ראשית איטית ומסורבלת שתקשה על התאמתה לצורכי החיים המשתנים. מצב זה אינו רצוי שכן הוא עלול לפגוע באינטרס הציבורי הרחב וכנגזרת מכך אף בזכויות אדם. זאת ועוד, נראה כי פרשנות קפדנית לדרישת ה"הסמכה המפורשת" עלולה להצר יתר על המידה את רשויות המינהל בקביעת הסדרים בעניינים המסורים לסמכותם ובתחום מומחיותם (ראו גם פסקה 36 לפסק דינה של השופטת מ' נאור בפרשת המפקד הלאומי; [בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים, נח](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/0201437-padi.doc)(2) 746, 759-760 (2004)). היבטים אלה עשויים להצדיק מתן משמעות מרוככת יותר לדרישת "ההסמכה המפורשת", בנסיבות בהן ההרשאה לפגיעה בזכות יסוד תתחייב מתכליתו של החוק המסמיך, מבלי לחייב לשון מפורשת והסדר מפורט בחקיקה ראשית בנוגע לתוכן הפגיעה בזכות המוגנת ובהיקפה (והשוו: מאמרו של גזל הנ"ל, עמ' 416). כפי שציינתי במסגרת פרשת המפקד הלאומי, גישה דומה נוהגת גם בשיטת המשפט האנגלית, במסגרתה נקבע כי לא רק לשון מפורשת כי אם גם כוונה העולה באופן הכרחי מן החקיקה יכולה לסתור את החזקה הפרשנית לפיה מחוקק המשנה אינו מוסמך לקבוע הסדרים שיש בהם משום פגיעה בזכויות ובעקרונות יסוד של השיטה...

9. ...נוכח מורכבות זאת, כבר פסקנו בעבר כי פרשנותה ואופן יישום תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה – ובמיוחד דרישת התכלית הראויה והמידתיות - נעשים באופן תלוי הקשר, תוך התחשבות במהות הזכות הנפגעת, בתכלית אותה מבקשת החקיקה הפוגעת להשיג ובעוצמתה של הפגיעה הנגרמת (ראו [ברק-פרשנות חוקתית](http://www.nevo.co.il/links/books/?link=פרשנות%20במשפט%20-%20פרשנות%20חוקתית) הנ"ל; כן ראו דבריי ב[בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/9504769.doc)(1) 235, 258-259 (2002) (להלן: פרשת מנחם)). עוד נקבע כבר, כי בהתאם לנסיבות העניין, הזכויות המוגנות השונות אינן בהכרח בעלות מעמד שווה, והן עשויות לזכות למידה שונה של הגנה. גם מעמדה של אותה זכות עצמה עשוי להיות שונה בהקשרים שונים, ומשכך לזכותה במידת הגנה שונה (ראו פרשת חורב, עמ' 49). התייחס לכך השופט זמיר ב[בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון (פ"ד נג](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/9506055.doc)(5) 241, 262 (1999) (להלן: פרשת צמח):

"מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות. בהתאם לכך, יכול להיות הבדל, לדוגמה, בין רמת ההגנה על החירות האישית לבין רמת ההגנה על זכות הקניין, כשם שיכול להיות הבדל ברמת ההגנה בין מקרה של שלילה מוחלטת של החירות לבין מקרה של פגיעה מוגבלת בחירות".

בהתאם לדברים אלה, נקבע בפסיקתינו כי בבואנו לקבוע אם תכלית מסוימת עונה על דרישת "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה, יש להתחשב במהותה של הזכות הנפגעת. כך נקבע שככל שהזכות הינה זכות חשובה יותר ובעלת ערך חברתי רב, נדרשות מטרות חשובות ומהותיות יותר על מנת להצדיק את הפגיעה בה. ...

10. גם באשר לדרישת המידתיות נקבע בפסיקתנו כי "...כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה [של] הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" ([בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/9703648-padi.doc)(2) 728, 777 (1999) מפי השופט (כתוארו אז) מ' חשין; ... יצוין כי בכל הנוגע לדרישת המידתיות, בחינתה של עוצמת הפגיעה הינה למעשה חלק אינהרנטי ממבחניה של דרישה זו, ובעיקר ממבחן המשנה השלישי, אשר במסגרתו נבחן היחס בין עוצמת הפגיעה ובין התועלת הצומחת מפגיעה זו (ראו: [בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/0300316-padi.doc)(1) 249, 268 (2003)...

הנה כי כן, כבר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי מהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בזכות משפיעות על האופן בו תיבחנה דרישותיה המהותיות של פסקת ההגבלה. היינו, ככל שהפגיעה בזכות הינה גדולה יותר, כך תידרשנה מטרות חשובות יותר על מנת לעמוד בדרישת התכלית הראויה, וכך ידרשו אינטרסים מהותיים יותר על מנת לעמוד בדרישת המידתיות.

11. העמדה הפרשנית לפיה יש לפרש את תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה - הן  דרישת התכלית הראויה והן דרישת המידתיות – תוך התחשבות במהות הזכות ובמידת הפגיעה בה היא בעיניי העמדה הראויה אף ביחס לדרישת ההסמכה המפורשת (וראו לעניין זה עמדתי כפי שפורטה בהרחבה בפרשת המפקד הלאומי). כאמור לעיל, אף המונח "הסמכה מפורשת" איננו מושג בעל משמעות צרה והכרחית אחת. מונח זה יוצר קשת של פרשנויות אפשריות שהבחירה ביניהן תלויה בנסיבות המקרה, ובין היתר בטיב הזכות הנפגעת והטעמים שבבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת [ו]בעוצמת הפגיעה הנגרמת לזכות המוגנת בהקשרם של הדברים.

לעניין זה ציינתי בפסקה 12 בפרשת **המפקד הלאומי**, כי:

"בהתחשב בכך (בכלל הפרמטרים שפורטו מעלה – ד.ב), ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת" בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים...".

"לעומת זאת, ככל שהטעמים שבבסיס הזכות המוגנת הינם בעלי חשיבות חברתית נמוכה יחסית, וככל שעוצמת הפגיעה בזכות חלשה בהתחשב בהקשרה ובמכלול נסיבות העניין, כך ניתן לפרש את דרישת "ההסמכה המפורשת" באופן גמיש ומרוכך יותר. בנסיבות כאמור, יכולה חקיקת-המשנה לשאוב כוחה מהסמכה מפורשת המתחייבת מתכליתו הברורה של החוק המסמיך. לשון אחר; כאשר טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה אינם משמעותיים, די בכך שמתכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמיך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת, אף בהעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית (ראו והשוו: גזל הנ"ל, עמ' 408-403)".

**סיכום ביניים**

13. ... כפי שצויין לעיל, את הדרישה ל"הסמכה מפורשת" יש לקרוא באופן דומה ליתר תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה – היינו בהתאם למכלול נסיבות העניין וביניהן טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תפחת, כך גם יקטן הצורך בעמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת, וניתן יהיה להסתפק בלשון מרוככת יותר ואף בבחינת התכלית הפרטיקולרית של דבר החקיקה המסמיך. לעומת זאת, ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר של דרישת ההסמכה המפורשת.

על פי גישה פרשנית זו סברתי בפרשת המפקד הלאומי כי לא ניתן לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי ללא הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית, בהתחשב במעמדה וחשיבותה החברתית של הזכות שנדונה שם; על פי אותה גישה פרשנית הנני בדעה, מהטעמים שיפורטו להלן, כי בעניין שלפנינו ההסמכה שנקבעה בחוקי העזר הרלוונטיים מאפשרת את חקיקת המשנה שקבעה הוראת הצמדה רטרואקטיבית, הנידונה לפנינו.

מצוידים בתשתית הפרשנית האמורה, נעבור עתה ליישום האמור על נסיבות העניין שלפנינו.

[...]

מן הכלל אל הפרט

החוקים המסמיכים

14. בהתאם לקביעות פסק הדין החלקי, נותרה כאמור להכרעה שאלת קיומה של סמכות ליצירתה של חקיקה רטרואקטיבית בחוקים הפרטניים המסמיכים – [פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm) וחוק הביוב. בחינת טיעוני הצדדים מעלה כי המחלוקת באשר לקיומה של סמכות כאמור נעה סביב מספר סעיפים בחוקים אלו.

עם סעיפים אלה נמנים אלו העוסקים בסמכותה של רשות מקומית להתקין חוק עזר שמכוחו יגבה היטל ביוב, הסמכה הקבועה בסעיפים 251-250 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm). סעיף 250 לפקודה מקנה לרשות סמכות להתקין חוקי עזר המאפשרים לה הקמת תשתית ביוב, בקובעו כדלקמן:

|  |  |
| --- | --- |
| "הסמכות להתקין חוקי עזר | 250. מועצה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לעיריה ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר או לעזור לה בביצועם, או כדי לדרוש מבעל נכס או מחזיקו לבצע באותו נכס עבודה הנחוצה למטרה האמורה". |

סעיף 251 לפקודה ממשיך וקובע כי לשם קידום מטרה זו, רשאית הרשות לקבוע הוראות בדבר הטלת היטלים (השוו [ע"א 620/82 מועצת עיריית הרצליה נ' רשף, פ"ד לז](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/PADI-LF-4-057-L.doc)(4) 57, 62 (1983) (להלן: פרשת רשף)):

|  |  |
| --- | --- |
| "אגרות, היטלים ופיצויים | 251. בחוקי עזר רשאית המועצה לקבוע הוראות בדבר:  (1) תשלום אגרות, היטלים או דמי השתתפות על ידי כל אדם, זולת העיריה גופה, בקשר לדברים האמורים בסעיף 250...". |

לכך יש להוסיף את סעיף 17 לחוק הביוב, הקובע כי שיעורו של היטל הביוב יקבע בחוק עזר. כן קובע הסעיף כי מטרת ההיטל לכסות את ההוצאות בגין התקנת הביוב או קנייתו:

|  |  |
| --- | --- |
| "היטל ביוב ייקבע בחוק עזר | 17. בעלי כל נכס שנמסרה להם הודעה כדין על התקנתו או קנייתו של ביוב שישמש אותו נכס, חייבים בהיטל התקנת הביוב (להלן - ההיטל), בשיעור שייקבע בחוק עזר לכל שלב כאמור בסעיף 16; ההיטל מוטל לשם כיסוי הוצאות של התקנת הביוב או של קנייתו". |

מעבר לסעיפים אלו הדנים בסמכות לחקיקת חוקי עזר בעניין הטלת היטלים בכלל והיטלי ביוב בפרט, עולה לדיון שאלת קיומה של סמכות מתוקף הוראות סעיף 260 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm), המהווה סעיף כללי בעניין החלה למפרע של דרישות בחוקי עזר, ואשר קובע כדלקמן:

|  |  |
| --- | --- |
| "תוקף למפרע | 260. שום דרישה של חוק עזר בנוגע לבניה או לשינוי של רחובות, בנינים, נקזים או עבודות אחרות, לא תחול על עבודות כאמור שנעשו לפני שחוק העזר נכנס לתקפו, אלא אם יש בחוק העזר הוראה אחרת מפורשת". |

...

דיון והכרעה

18. כאמור, נטען על-ידי העותרים כי חוקי העזר המתקנים פוגעים בקניינם, בניגוד לאמור בסעיף 3 ל[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm). ככל שאכן נגרמת פגיעה בזכות יסוד חוקתית – בין אם מדובר בפגיעה אגב חקיקה רטרואקטיבית ובין אם פגיעה אחרת – הרי שעל מנת לקבוע כי חוקי העזר המתקנים הותקנו בסמכות, עלינו לאתר הסמכה מפורשת לחקיקתם (זאת, כמובן, לצד עמידה ביתר מבחני פסקת ההגבלה).

לפיכך, תחייב טענתם של העותרים באשר לפגיעה הנגרמת להם דיון בשתי סוגיות: האחת, האם אמנם פוגעים חוקי העזר המתקנים בזכות הקניין, כך שנדרשת הסמכה מפורשת לשם חקיקתם; השניה, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה הינה חיובית, האם ניתן למצוא בחוקים המסמיכים הסמכה מפורשת כאמור.

**חוקי העזר המתקנים – האם פגיעה בקניין?**

19. לשיטת העותרים, חוקי העזר המתקנים, אשר מטילים חובת תשלום הפרשי הצמדה בגין היטלי ביוב באופן רטרואקטיבי, פוגעים בקניינם. טענתם זו של העותרים מעוררת מספר שאלות משנה מורכבות. ראשית, שאלה לעצמה היא האם בנסיבות העניין שלפנינו ניתן לראות בחוקי העזר חקיקת מס, שכן כאמור עניינם הוא בקביעת הפרשי הצמדה בגין היטלי ביוב, אשר הנטייה הינה לראותם "כתשלומי חובה המשתלמים מתוך זיקה לשירות שהרשות מגישה לאזרח" ... אך גם אם נהיה מוכנים להניח, ובלי לקבוע מסמרות בדבר, כי יש לראות בחוקי העזר חקיקת מס, עדיין נותרה לדיון שאלה סבוכה נוספת שטרם הוכרעה בפסיקתנו - האם חקיקה המטילה מס הינה חקיקה הפוגעת בקניין... [סקירת הספרות המשפטית בנדון] ... אכן, השאלה האם חקיקת מס מהווה פגיעה בקניין מעלה סוגיות משפטיות רבות, אשר ההכרעה בהן אינה פשוטה. בענייננו אף הפעם אין אנו נדרשים להכריע בשאלה זו, ולפיכך נשאירה לעת הזו בצריך עיון.

לצורך הדיון שבפנינו, מוכנים אנו להניח, מבלי לפסוק בדבר, כי חוקי העזר המתקנים אכן פוגעים בקניינם של העותרים. כידוע, הבדיקה אם דבר חקיקה כלשהו פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד הינה אך השלב הראשון של הבחינה החוקתית. מקום בו נקבע כי אמנם קיימת פגיעה כאמור, יש לעבור לשלב השני, במסגרתו נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכות מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה – דרישת ההסמכה המפורשת, התכלית הראויה ודרישת המידתיות...

**דרישת ההסמכה המפורשת  - פגיעה "לפי חוק" מכוח "הסמכה מפורשת" בו**

20. בענייננו, אף אם כאמור לעיל נקבל את ההנחה כי חוקי העזר המתקנים פוגעים בקניין, מדובר לשיטתנו בפגיעה קלה ביותר. חוקי העזר המתקנים אינם מטילים היטל חדש באופן רטרואקטיבי. ההיטל עצמו נקבע כדין, ונגבה מראש בהתאם לחוק. על כך אין העותרים חולקים. עניינם של חוקי העזר המתקנים הינו בגבייתם של הפרשי הצמדה בלבד, ואף זאת רק למספר חודשים. לא דין הטלת מס או היטל באופן רטרואקטיבי כדין גביית הפרשי הצמדות באופן רטרואקטיבי. כידוע, בגבייתו של תשלום כשהוא מוצמד אין משום סנקציה או אלמנט עונשי עבור משלם התשלום, ואף אין בה משום התעשרות עבור גובה התשלום ... תפקידה של ההצמדה לשמור על ערכו הריאלי של החיוב הכספי ולמנוע את שחיקתו כתוצאה מחלוף הזמן...

בדומה, גם בפסק הדין בפרשת זנדברג, אשר עסק בפרשנותו של חוק שהטיל אגרה באופן רטרואקטיבי, הבחין בית המשפט בין הפרשי הצמדה, אשר קשורים באופן הדוק לאגרה עצמה, לבין קנסות פיגורים. בית המשפט קבע כי תחולתו הרטרואקטיבית של החוק נפרשת אף על הפרשי ההצמדה, נוכח מטרתם לשמור על ערכה הריאלי של האגרה. לעומת זאת, לגבי קנסות פיגורים נקבע כי אלה מהווים אמצעי אזרחי לייעול אכיפת תשלום אגרה, בעל מימד עונשי, ומשכך אין לראות את החוק שהוחל רטרואקטיבית כחל לגביהם (שם, בעמ' 815-807).

מכאן, שגבייתם של הפרשי הצמדה הינה חלק בלתי נפרד ממימונו הריאלי של שירות הניתן לאזרח, ובענייננו הקמת מערכת ביוב. גביית חובות בערך לא ריאלי מטילה על כתפי הרשות את עלותה של שחיקת הכסף, עלות אשר הציבור ישא בה גם אם הוא לא בהכרח נהנה משירות זה. כמו כן - וכטענת המשיבים - קשה להלום כי לפרט קיים אינטרס הסתמכות כלשהוא לתשלום היטל על-פי דין שלא בהתאם לערכו הריאלי, ובעובדה כי נפלה שגגה בפעולת מחוקק המשנה, אין כדי להקים לו אינטרס כאמור...

21. לפיכך, בהתאם לגישה הפרשנית שהוצגה לעיל למתן דרישת "ההסמכה המפורשת" ונוכח אופי הפגיעה בענייננו, הרי שכדי למלא את התיבה "הסמכה מפורשת" בתוכן, אין לעמוד בהכרח על פירוש דווקני. כך, לא נדרוש בהכרח כי הסמכה זו תבוא בצורת לשון חד משמעית, אלא נוכל אף להסתפק בהסמכה מפורשת, אשר עולה מתוך תכליתו החד משמעית של החוק המסמיך.

למעלה מן הצורך יצוין כי גם לעניין מהותה של הזכות הנפגעת בענייננו, ניתן להעלות טענה לפיה היקף ההגנה אשר יש ליתן לה אינו רחב יחסית. כאמור, היקף ההגנה עשוי להשתנות מזכות לזכות, ואף במסגרת אותה זכות עשויה ההגנה להשתנות, אם מדובר בליבה של הזכות או בשוליה. כך למשל, היקף ההגנה הניתן לזכות הקניין לא בהכרח יהיה זהה להיקף ההגנה הניתן לזכות לחירות (ראו פרשת צמח, בעמ' 262). בענייננו מדובר - אם בכלל - בפגיעה בהיבט מוגבל של הזכות לקניין, אשר הינו היבט כלכלי גרידא, ויתכן כי אף בכך יש כדי להצדיק מתן הגנה בהיקף מצומצם יותר. מכל מקום, אף אם לא נקבל את ההנחה כי מדובר בעניינו בזכות אשר ההגנה עליה, בנסיבות העניין, הינה חלשה, די בעובדת היותה של הפגיעה בזכות קלה יחסית על מנת להצדיק את פרשנותה של דרישת "ההסמכה המפורשת" באופן מרחיב, כפי שפורט.

22. האם ההסמכה הקיימת בחוקים המסמיכים בענייננו עונה על דרישה "ההסמכה המפורשת" במשמעותה האמורה? דעתנו היא כי התשובה על כך הינה חיובית. מספר טעמים עומדים בבסיס מסקנה זאת. חלקם נשענים על נוסח הסעיפים כחלק מהסמכה כללית ופרטנית וחלקם על תכליתם הברורה של סעיפים אלה.

**א. נוסח הסעיפים המסמיכים**

הטעם הראשון נשען על הוראותיו המפורשות של סעיף 260 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm). כזכור, קובע סעיף 260 כי:

|  |  |
| --- | --- |
| "תוקף למפרע | 260. שום דרישה של חוק עזר בנוגע לבניה או לשינוי של רחובות, בנינים, נקזים או עבודות אחרות, לא תחול על עבודות כאמור שנעשו לפני שחוק העזר נכנס לתקפו, אלא אם יש בחוק העזר הוראה אחרת מפורשת". |

כפי שצוין לעיל, ניתן לקבוע כי סעיף 260 נועד להוות סעיף כללי באשר להחלתם למפרע של חוקי עזר. ההסדר הקבוע בו ביקש להגדיר באופן מפורש כיצד יכולה הרשות המקומית לקנות סמכות ליצירתה של חקיקה רטרואקטיבית במסגרת חוקי העזר. אין חולק כי חוקי העזר המתקנים מציינים במפורש כי תחולתם הינה רטרואקטיבית. המחלוקת בעניין הוראות סעיף 260 נסובה על היבט אחר - לשיטת העותרים, אין כל רלוונטיות לעובדה כי חוקי העזר ציינו במפורש את דבר תחולתם הרטרואקטיבי, נוכח העובדה כי מלכתחילה סעיף זה כלל לא נועד לחול על נסיבות העניין שלפנינו, שכן הוא עוסק בעבודות בעין בלבד. אין לקבל פרשנות זו. מקריאת סעיף 260 עולה כי הקביעה העיקרית המופיעה בו הינה כי על מנת שדרישה בחוק עזר, המתייחסת לעבודה בעין, תחול באופן רטרואקטיבי, על חוק העזר לציין זאת במפורש. עולה מכאן כי התחולה הרטרואקטיבית, אשר לשם קיומה נדרשת אמירה מפורשת בחוק העזר, נוגעת לדרישה באשר לעבודות בעין, ולא לעבודות עצמן. השאלה מה יכול לבוא בגדר אותה דרישה הינה שאלה מורכבת. עם זאת, אף מבלי שנכריע בשאלת רוחב הגדרתה של התיבה "דרישה" שבסעיף 260, נראה כי דרישה לתשלום הפרשי הצמדה בגין עבודה בעין (בענייננו, הקמת תשתית ביוב), אשר ההיטל בגינה נגבה כדין, תמצא בגרעינה של הגדרה זו. זאת, נוכח מטרתה של ההצמדה, עליה עמדנו לעיל, להביא למימון ריאלי של העבודות, והיותה חלק אינהרנטי מהחיוב עצמו. ...

בנסיבות העניין ונוכח טיב הזכות הנפגעת, די, אפוא, בלשונו של סעיף 260 על מנת לבסס את המסקנה באשר לקיומה של הסמכה מפורשת ליצירתה של חקיקה רטרואקטיבית. ברם, מסקנה זו נשענת על טעמים נוספים. כאמור לעיל, ובהתאם לגישה הפרשנית לדרישת "ההסמכה המפורשת", הרי שבנסיבות העניין שלפנינו, ונוכח סוג הפגיעה – אם נגרמת – בזכות העותרים לקניין, מתקיימת דרישת "ההסמכה המפורשת" אף בהתחשב בבחינת תכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמיך, כפי שיובהר להלן.

**ב. תכליתם של הסעיפים המסמיכים**

23. מקריאת מכלול הסעיפים המסמיכים – סעיפים 250, 251 ו-260 ל[פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm) וסעיף 17 לחוק הביוב, עולה כי אכן הם נועדו ליתן בידי הרשות סמכויות לאפשר את התקנתה של מערכת ביוב, וכן סמכויות שיאפשרו מימונה וכיסוי עלויותיה של התקנת מערכת זו ... כך מסדירות הוראות [פקודת העיריות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P182_001.htm) את סמכותה של העיריה בחקיקת חוקי עזר שיאפשרו מימונה של מערכת ביוב. לצורך כך, קובעות הוראות סעיף 250 כי "מועצה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לעיריה ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר...", כשלצידן קובעות הוראות סעיף 251 כי "בחוקי העזר רשאית המועצה לקבוע הוראות בדבר.. תשלום אגרות, היטלים.... בקשר לדברים האמורים בסעיף 250". סעיף 260 מקנה כאמור לרשות סמכות לחקיקה רטרואקטיבית, ביחס לדרישותיה השונות של הרשות, בהתאם לתנאים הקבועים בו. הוראותיו המפורשות של סעיף 17 לחוק הביוב הקובעות כי "ההיטל מוטל לשם כיסוי הוצאות של התקנת הביוב או של קנייתו", מבהירות כי גבייתו של ההיטל אמורה לשקף, גם אם על דרך האומדן, את הוצאותיה הממשיות של הרשות בגין התקנת או קניית מערכת ביוב. משכך, אין הרשות רשאית לגבות סכומים העולים על הוצאותיה, במטרה להעשיר את קופתה או לממן מטרות אחרות (ראו: [ע"א 263/78 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' המועצה המקומית נשר, פ"ד לג](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20263/78&Pvol=לג)(1) 757, 763-764 (1979); פרשת עיריית חולון, בעמ' 942; והשוו לפרשת רשף, בעמ' 66). מנגד, על הרשות להימנע אף מגביית חסר של ההיטלים, באופן שימנע את כיסוי הוצאותיה. גביית חסר כאמור תמנע מהרשות לקיים כראוי את תפקידיה, בכל הנוגע להקמת תשתית ביוב (ראו פרשת יצחקי, שם). פועל יוצא מהאמור הוא כי מימון התקנת או בניית הביוב צריך שיעשה בערכים ריאליים. מכאן, כי במסגרת תכליתם של הסעיפים המסמיכים לאפשר התקנת תשתית ביוב ומימונה, נכללת גם תכלית לפיה גביית התשלומים תיעשה בערך ריאלי.

חוקי העזר המקוריים בענייננו קבעו תעריפים להיטלי ביוב, אשר נקבעו בערכים לא ריאליים, בשל טעות שנפלה בחוקי העזר. קביעה זו אינה מתיישבת עם תכליתם של החוקים המסמיכים, כפי שפורשה לעיל. משהתגלתה התקלה האמורה, נחקקו חוקי העזר המתקנים, אשר העמידו את תעריפי היטלי הביוב על ערכם הריאלי. תכליתם של חוקי העזר המתקנים הייתה לאשרר את גביתם של ההיטלים באופן שיכסה על הוצאות הרשות בהקמת תשתית הביוב וימנע גירעון בתקציב הרשות. הגשמתה של תכלית זו מחייבת מעצם מהותה הותרת סמכות בידי מחוקק המשנה ליצירתה של חקיקה רטרואקטיבית מקום בו זו באה לתקן טעות בגביית חסר של רשות, כבענייננו, בוודאי עת מדובר בהצמדה לצורך גביית היטל בערכו הריאלי בלבד. ...

24. נוכח כל האמור לעיל, ניתן לקבוע כי מכלול ההסדרים שבחוקים המסמיכים, כמו גם תכליתם, מובילים למסקנה כי בנסיבות העניין שלפנינו - ועל רקע אופיה ומהותה של הפגיעה הנגרמת (אם בכלל) בזכות הקניין של העותרים - הוכח דבר קיומה של "הסמכה מפורשת" ליצירתה של חקיקה רטרואקטיבית המאשררת הפרשי הצמדה בגין היטלי ביוב, באופן שיש בו כדי לעמוד בדרישת "ההסמכה המפורשת" בפסקת ההגבלה.

ויובהר שוב - מסקנה זו נוגעת אך לנסיבות בהן הפגיעה בקניין, ככל שקיימת כזו, מקורה בחיוב בהפרשי הצמדה בלבד כאשר ההיטל עצמו נגבה מראש ובהתאם לדין. פגיעה אשר עוצמתה רבה יותר, כגון הטלת היטל או מס חדש באופן רטרואקטיבי, עשויה להביא לפרשנות דווקנית יותר של התיבה "הסמכה מפורשת", הסמכה אשר לא בהכרח תימצא בחוקים המסמיכים בענייננו (ראו בעניין זה הדרי, בעמ' 43-31). נוכח האמור, יודגש כי חששם של העותרים לפיו פסיקתינו זו תעניק למחוקקי המשנה לגיטימציה לזלזול במלאכת חקיקת המשנה אינו מבוסס, שכן קביעות פסק הדין נסמכות על נסיבות המקרה הפרטניות והייחודיות שלפנינו ויישומן בהתאם לאמות המידה שהוצגו וכך כל מקרה העתיד שיבוא בפנינו ייבחן לגופו בהתאם לנסיבותיו.

הנה כי כן, בסיומו של הדיון הפרשני הגענו למסקנה כי חוקי העזר המתקנים הותקנו בסמכות.

=-=

**תחולה בזמן: "הוראות מעבר"**

**סוגיה סמוכה עניינה לא ברטרואקטיביות אלא בסייגים להחלה אקטיבית של נורמה חדשה**:

האם הנורמה תחול מייד, מכאן ואילך, או שמא רק לאחר שהות מסוימת/תקופת מעבר? שאלת הצורך בקביעת **"הוראות מעבר"**.

בג"ץ 5936/97 **ד"ר אורן לם נ' מנכ"ל משרד החינוך**, פ"ד נג(4) 673 [ההדגשות הוספו]

[פגיעה בחופש העיסוק ע"י משרד החינוך שקבע כי לא יתקבלו ע"י המשרד איבחונים של ליקויי למידה אלא מפסיכולוגים חינוכיים. הצורך בקביעת "תקופת מעבר" כאשר עוברים למדיניות חדשה הפוגעת באינטרס ההסתמכות של מי שנפגע מהמדיניות החדשה.]

14. **ההחלטה נושא העתירה פסולה גם משום שתחילתה היא מיידית, ולא נקבעו בה כל הוראות-מעבר.**

קביעתן של הוראות-מעבר מתבקשת מן הצורך להתחשב באינטרס ההסתמכות, שהוא אינטרס לגיטימי של הפרט, שההגנה עליו עומדת ביסודם של מספר דינים מתחומי המשפט החוקתי והמינהלי. […] החובה להימנע מפגיעה בחופש העיסוק בלא לקבוע הוראות-מעבר ראויות היא איפוא חובה חוקתית. גם הכנסת עצמה כפופה לה בחוקקה חוקים. [פס"ד **מנהלי השקעות**, פסה"ד הראשון שלאחר המהפכה החוקתית שבו בוטלה הוראת חוק; זאת משום שהסדירה את העיסוק של מנהלי השקעות וקבעה לו דרישות סף, אך לא קבעה הוראות מעבר ביחס למי שעוסק כבר שנים בעיסוק זה].

15. בעניין זה טענו המשיבים כי ביחס לעותרים כלל אין נדרשות הוראות-מעבר, הואיל ואין כוונה להתנות את עיסוקם כמאבחנים בתנאים, שהעותרים יידרשו להיערך לקראתם, אלא לשלול כליל את יכולתם לעסוק בתחום זה [רק] בגידרי משרד החינוך. דין טענה זאת להידחות.

הוראות-מעבר, המסדירות כניסתו לתוקף של הסדר נורמטיבי חדש, עשויות לנבוע מטעמים שונים ולהתבטא בהסדרים שונים, הכל לפי נסיבותיו של כל הסדר והסדר. ... כך גם לגבי הוראות מעבר להסדר המגביל את העיסוק בתחום עיסוק מסוים.

אכן, **יש והוראות מעבר מיועדות לאפשר לעוסקים בתחום העיסוק תקופת הסתגלות והתארגנות בכדי לעמוד בדרישות שנקבעו בהסדר הנורמטיבי החדש**. לשם כך ייקבע, בדרך-כלל, כי ההסדר החדש לא ייכנס לתוקפו אלא כעבור פרק-זמן מסוים, או כי ההסדר החדש יוחל על אלו העוסקים כבר בתחום העיסוק רק לאחר חלוף תקופה שבה יוכלו להיערך להסדר החדש. ראו, למשל, חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המתווכים), שבו נקבע בסעיף 20(א):

...אזרח או תושב ישראל שערב קבלתו של חוק זה עסק בתיווך במקרקעין, רשאי להמשיך ולעסוק בתיווך במקרקעין - גם ללא רשיון - במשך שנתיים מיום קבלתו של חוק זה. [...]

**אך יש והוראות-מעבר מיועדות להוציא כליל אנשים מסוימים מתחולת הוראות ההסדר הנורמטיבי החדש או מחלקן, ולא רק לאפשר לאותם אנשים תקופת הסתגלות להסדר החדש**.

הוראות מסוג זה מוחלות בדרך-כלל על אנשים שעסקו בתחום העיסוק במשך שנים רבות וצברו ניסיון כה רב, עד שאין צורך בהחלה של תנאי הכשירות החדשים לגביהם או שהדבר לא יהיה מוצדק. כך, למשל, כאשר נשללו תחומי העיסוק שהותרו בעבר לכותבי-בקשות מאלו מהם שלא היו בעלי רשיון לעריכת-דין, נקבעה הוראת-מעבר, שלפיה מי שעסק ככותב בקשות באופן רצוף מלפני שנת 1949 ועד לקבלת חוק לשכת עורכי הדין בשנת 1961, הורשה להמשיך ולעשות כן באישור שר-המשפטים, וזאת אף ללא רשיון לעריכת-דין. ראו סעיף 112 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. בדומה לכך, גם כאשר נחסם העיסוק ברפואת-שיניים בפני מי שאינו בעל תואר אקדמי ברפואת-שיניים, נקבעה הוראת-מעבר, שלפיה הותר, בין השאר, למי שהיה בן 35 שנים ומעלה ועסק בריפוי שיניים כפרנסתו העיקרית במשך 15 שנים ומעלה, להוסיף ולעסוק בריפוי-שיניים גם ללא הכשרה אקדמית. [...] כך נקבע גם בסעיף 20(ב) לחוק המתווכים הנ"ל:

מי שגילו מעל 60 שנים או שהינו בעל השכלה אקדמית מלאה והוכיח, להנחת דעתו של הרשם, כי עסק בתיווך במקרקעין בשלוש השנים שקדמו לתחילתו של חוק זה, רשאי הרשם לפטור אותו מן הבחינה.

**הוראות-מעבר, הפוטרות כליל אנשים מתחולת הסדר נורמטיבי חדש המסדיר תחום עיסוק מסוים, מוחלות לעתים גם על אנשים שהסתמכו על תנאי הכשירות הקודמים של תחום העיסוק והכשירו עצמם על-פיהם, לעיתים תוך הקדשת משאבים רבים לשם כך**. כך, למשל, נקבע בסעיף 7 לחוק לתיקון פקודת רופאי השיניים (מס' 2), תשנ"ב-1992, כי הוראות הפקודה הקודמות לעניין בחינות מקצוע ומתן רשיון "יוסיפו לחול על מי שביום תחילתו של חוק זה לומד בקורס לריפוי שיניים".

16. ואולם, מן התשובה לעתירה עולה כי שאלת הוראות-המעבר כלל לא נשקלה על -ידי המשיבים. הימנעות זו מהווה, כשלעצמה, טעם מספיק לפסילת ההחלטה על יסוד העילה של אי-התחשבות בשיקולים רלוואנטיים. […]

מכל מקום, ברור שבהעדרן המוחלט של הוראות-מעבר מחוזרי המנכ"ל נושא העתירה עולה פגיעתם בחופש העיסוק של העותרים על המידה הדרושה. לא שוכנעתי כי האיזון בין הפגיעה בזכויות העותרים לבין הצורך בהסדרת תחום האיבחון מחייב את החלת ההסדר הנורמטיבי החדש באופן מיידי. כאמור, העותרים עוסקים מזה שנים באיבחון, ולא הובא נימוק משכנע כי מתחייבת הפסקה מיידית של האיבחונים הנעשים על-ידיהם. לטענתם של המשיבים, לפיה אין לאפשר מעתה לעותרים להמשיך באיבחון בשל הנזק העלול להיגרם לתלמידים שיאובחנו באופן שהמשיבים סבורים כי אינו מקצועי, אין יסוד. כאמור, מדובר באנשים שהוכשרו לאיבחון על-ידי משרד החינוך עצמו ועסקו בכך במשך שנים.

לא הובאה כל ראיה לכך שהאיבחונים שנעשו על-ידיהם עד כה גרמו לנזק כלשהו. כאמור, נראה כי המשיבים עצמם אינם מייחסים לטענת הנזק משקל רב, שכן הם לא ביקשו לאסור על המאבחנים להמשיך בעיסוקם. יתרה מזאת, אף אם קיים חשש כלשהו לנזק, הרי שמעצם טיבן מאזנות הוראות-המעבר בין הנזק הפוטנציאלי לבין שיקולים אחרים העומדים על הפרק, וזאת אף בגידרם של תחומי עיסוק שפוטנציאל הנזק הגלום בהם רב בהרבה מזה שבמקרה שלפנינו. ראו, למשל, הוראות המעבר בנוגע לרפואה, רפואת-שיניים ועריכת-דין שפורטו לעיל.

=-=

בג"צ 1398/07 **לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך – הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל** (2010)

1. עניינה של העתירה בהכרה בתארים שלישיים שנרכשו על-ידי ישראלים ממוסדות אקדמיים בחו"ל על ידי הגף להערכת תארים אקדמיים ודיפלומות מחו"ל במשרד החינוך (להלן: הגף להערכת תארים, או הגף) – כתארים השקולים לתואר ישראלי מקביל לצרכי דירוג ושכר במגזר הציבורי (להלן: אישור שקילות).

על בסיס המלצותיה של ועדה שעסקה בנושא, פורסמו תנאים חדשים לשם קבלת אישור שקילות לתואר שלישי מאוניברסיטה זרה, הכוללים, בין היתר, דרישה חדשה של התייצבות בפני ועדת מומחים לצרכי בחינת התואר, הכל כאמור בפיסקאות 6 ו-7 שלהלן. דרישה חדשה זו הוחלה גם על העותרים, שסיימו את לימודיהם והגישו (למעט העותרת 7) בקשות לאישור שקילות לפני פרסומם של הכללים החדשים.

מכאן העתירה שלפנינו, שתוקפת את החלתה של הדרישה החדשה על העותרים.

[טענות לרטרואקטיביות, להפליה, ולפגיעה "בהסתמכות"]

[...]

השינוי במדיניות הגף להערכת תארים

ההחלטה בדבר אימוץ כללי ועדת כץ – היה בה משום שינוי במדיניות הגף להערכת תארים. מקובלת עליי עמדת המשיבים, לפיה השינוי במדיניות נעשה לצורך תכלית ראויה: שמירה על רמת השירות הציבורי והשוויון בין בוגרי מוסדות ישראליים לבין אלו שלמדו בחו"ל.

... במקרה שלפנינו, כמו גם באותן פרשות שאוזכרו לעיל – אינני רואה מקום להתערבות בעצם ההחלטה לערוך שינוי במדיניות המינהלית. השאלה הניצבת לפתחנו, כפי שעמדה גם בפסקי הדין הנ"ל, נוגעת לדרך בה נערך השינוי, למימד הזמן שבתחולתו ולמידת ההתחשבות באנשים הנפגעים מכך.

הוראות המעבר בכללי ועדת כץ אמנם מבחינות בין מי שהחל את לימודיו לפני פרסום הכללים לבין מי שהחל את לימודיו לאחר מכן, אך הבחנה זאת נוגעת רק לעניין הדרישות הטכניות של שלב האישור הראשון (משך זמן לימודים מינימאלי, אישור מראש לשפת לימודים, ועוד). לעומת זאת, לעניין שלב הבדיקה השני, הכולל את חובת ההתייצבות בפני ועדת המומחים, מתיימרים כללי ועדת כץ לחול למפרע הן על מי שהחל את לימודיו לפני פרסום הכללים (ואף סיים אותם עובר לפרסום) והן על מי שהחל את לימודיו אחרי הפרסום, ללא אבחנה. המשיבים גורסים בהקשר זה כאמור כי דרישת ההתייצבות בפני ועדת המומחים, בניגוד לתביעות הטכניות החדשות – איננה בגדר דרישה חדשה המוחלת בדיעבד, כיוון שמאז ומעולם היה בסמכות הגף לבחון את שקילות התואר באופן מהותי.

אין בידי לקבל טענה זו. אף אם היה הגף מוסמך לבחון תארים מבחינה מהותית גם קודם לפרסום כללי ועדת כץ, אין חולק כי סמכות זו לא הופעלה בעבר, ובפועל לא נערכו בדיקות מהותיות כלשהן לגבי התארים שהושגו. משכך, הדרישה לעבור עתה ראיון בפני ועדת מומחים, בגדרו נבחנת העבודה מבחינה מהותית אכן מהווה דרישה חדשה העולה כדי שינוי מדיניות, והחלת אותה דרישה על העותרים, שהחלו וסיימו את לימודיהם לפני פרסומה של דרישה זו, ואף הגישו כולם (למעט העותרת 7) בקשות למתן אישור שקילות טרם פרסום הכללים החדשים, היא בגדר תחולה למפרע. השוו: בג"ץ 6057/00 זוהר נ' שר האוצר, פ"ד נו(3) 569 (2002) (להלן: עניין זוהר).

עוד טענו המשיבים, כי הדרישה לעבור ראיון בפני ועדת המומחים איננה מחייבת את העותרים לשנות דבר מדרך פעולתם בעבר, ועל כן אין בכך, לשיטתם, משום תחולה למפרע. גם טענה זו יש לטעמי לדחות. נימוקי ועדת המומחים לשלילת בקשותיהם של מרבית העותרים נגעו לאופן עריכת המחקר שבסיס העבודה, היקף הביבליוגרפיה וניסוח הדברים בעבודה. מכך משתמע כי על מנת לעבור את שבט הביקורת של ועדת המומחים, היה מצופה מאותם עותרים שינוי באופן בו ערכו את המחקר, או כתבו את העבודה מלכתחילה, ומכאן שהדרישה החדשה חייבה למעשה את העותרים לשנות בדיעבד כביכול את דרך פעולתם בעבר – שהסתיימה. על כן עונה היא להגדרה הרחבה של התחולה למפרע.

כאמור, במקרה של תחולה למפרע, מוטל על הרשות להציג נימוקים משכנעים באשר לצורך לעשות כן. במקרה זה, הנימוק אותו הציגו המשיבים הוא הרצון למנוע מאנשים שעבודתם אינה עומדת בדרישות המינימאליות הנדרשות מתואר שלישי בארץ לקבל אישור שקילות, וזאת – על מנת שלא לפגוע ברמתו של השירות הציבורי. אינני מוצא בנימוק זה הסבר לצורך להחיל את המדיניות החדשה (המוצדקת כשלעצמה כאמור) גם למפרע, ואינני סבור כי הוראות המעבר בהקשר לעותרים ודומיהם עומדות במבחני המידתיות (אין זה האמצעי שפגיעתו פחותה ("המבחן השני" למידתיות), שהרי כזו היתה המדיניות הקודמת שהסתפקה "בבדיקה טכנית" בלבד, מה גם שהתועלת הצומחת מן ההחלה למפרע איננה עומדת ביחס ראוי לפגיעה הנגרמת למרבית העותרים ("המבחן השלישי" למידתיות)).

[...] נראה, כי רמת השירות הציבורי לא הידרדרה לפתע ומספר הלומדים לתואר שלישי בחו"ל לא גדל תוך זמן קצר כל כך, עד שטובת הציבור חייבה את החלתם של הסטנדרטים החדשים שהותקנו למפרע ללא הוראות מעבר נאותות (שתפטורנה, למשל, את מי שהתחילו בלימודיהם, השלימו אותם, קיבלו את התואר והגישו בקשה לאישור שקילות טרם פרסום כללי ועדת כץ – מעולן של הנורמות החדשות). זאת ועוד – התועלת שבמניעת אישור השקילות מן הקבוצה עליה נמנים העותרים בטלה בשישים ביחס למספר האנשים שזכו בעבר באישור שקילות על פי המדיניות הקודמת, אף שהתואר שלהם אינו עומד בהכרח בסטנדרטים הישראליים. על כן, מתחזקת התמיהה בדבר הצורך הנוקב כביכול בהחלת הסטנדרטים באופן רטרואקטיבי, גם במחיר של פגיעה קשה בעותרים, ולפיכך ראוי ניסיון זה להתבטל.

....

בסופו של יום, אינני סבור איפוא כי המשיבים עמדו בנטל להציג נימוק המצדיק במקרה זה סטייה מן הכלל של איסור תחולה למפרע. לטעמי, בעת ביצוע האיזון בין האינטרסים השונים המתנגשים בשאלת מועד התחולה של הכללים החדשים (לרבות הוראות המעבר הכלולות בהם) – לא ייחסו המשיבים משקל מספיק לשיקולי צדק והגינות ולא ענו לדרישות הסבירות והמידתיות.

=-=

**חומר הקריאה לפגישה הקרובה**:

נמשיך לדון בנושא הרטרואקטיביות, ואולי גם בחובות הנוגעות לשקיפות. הכירו מקרוב יותר את מנגנוני השקיפות והבקרה שעליהם מדבר פס"ד **אילן** שחלקים ממנו מובאים לעיל.

נעבור לדיון **בכללי הצדק הטבעי** –

חלק א': **זכות הטיעון**; פסקי הדין (הסעיפים המבוקשים): **באקי; אלוני; אוניברסיטת חיפה נ' עוז.** נסו להבין את טעמי הדרישה לזכות הטיעון, את היקפה וכן חריגים אפשריים לתחולתה.

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, **סמסטר א',** ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, ***פגישה 25***

**סיכום תמציתי לפגישה הקודמת**

א. עברנו מהפרק על "הסמכות המינהלית" (קיומה של סמכות שכזו בידי הגורם השלטוני הפועל, יכולתו להאצילה, או לנוטלה מגורם שלטוני אחר, וכדומה), לפרק שעוסק בחובות החלים על הפרוצדורה המלווה או המקדימה את הפעולה השלטונית – זהו הפרק של "ההליך המינהלי". בתחילת הסמסטר הבא נעסוק בחובות שמלוות את "שיקול הדעת המינהלי" בעת הפעלת הסמכות.

ב. אחת מהדרישות הפרוצדוראליות נוגעת **לשקיפות הפעולה השלטונית**. הרשות המינהלית (א) אמורה להיות מודרכת על ידי **הנחיות** שונות בבואה להפעיל את סמכותה ואת שיקול דעתה; למשל, הנחיות בסיסיות ביחס לאמות המידה לקבלת ההחלטה; (ב) הנחיות אלו צריכות להיות גלויות ונגישות לציבור.

ג. דנו ביתר פירוט ב**"הנחיות מינהליות"**. הזכרנו את גמישותן הבסיסית (ההבדל בינן לבין חקיקת משנה). במקביל, סטייה מהן (הפעלת אותה גמישות שהוזכרה) מצריכה בכל זאת הצדקה מיוחדת.

הצורך בהצדקה נובע מכך שלהנחיות יש תכלית של הגברת הוודאות ושל שמירת השוויון הבסיסי בהתנהלות הרשות/ הקטנת השרירותיות, הגחמנות, בהתנהלותה. אשר על כן, סטייה מההנחיות מעוררת את תשומת-לבנו. היא סוג של איתות אזהרה מפני התנהלות שאולי איננה תקינה, ומכאן העברת הנטל לרשות להראות שהסטייה מההנחיות היא מוצדקת, כלומר ראויה ותקינה.

ד. חובות במישור "**השקיפות**": בין היתר, חובות "**פרסום**".

פרסום עשוי להיות בנתיבים שונים.

מה נדרש כי יפורסם "ב**רשומות**" לצורך התגבשות תוקפו/ תוקפן? **חוקים (וכמובן חוקי-יסוד) וכן "תקנות בנות פועל תחיקתי"**.

ביחס לתקנות יש לדרישה זו חריגים מסוימים, כמו ביחס לתקנות שעת חירום (אם יש נסיבות חירום מיוחדות במינן); וכמו כן גם צווים כלליים, שהם בעצם תקנות, מכוח תקנות ההגנה.

ה. פסק דין **לוזון**.

עוררתי את השאלה, האם בית המשפט בקלות רבה מדי סילק הצידה את שאלת הזכות לחיים של המערערים (אנשי משפחת הפשע של עמיר מולנר). שהרי אם מתעוררת שאלה שכזו (של פגיעה בזכות יסוד), כי אז צריכה להופיע הסמכה בחוק או הסמכה מפורשת בחוק, לשם הסדרת ההגבלה.

בית המשפט לא מקדיש לשאלה זו תשומת לב של ממש. אולי משום שהתשובה היא זו שהשמיע אלון בפגישה: השופטים חושבים כנראה על קיומה של הסמכה, זו שנתונה לפקיד כלי היריה במשרד הפנים מכוח **חוק כלי היריה, התש"ט-1949**.

ניתן להוסיף את הנקודה הבאה. כדי להגיע לצורך של הרשות להצביע על הסמכה בחוק (או הסמכה מפורשת מכוח חוק), הרי שהמערערים - אלו שנטען כי הם עבריינים ממשפחת מולנר - צריכים להצביע על פגיעה בזכותם לחיים בעת שאוסרים עליהם להתגונן באמצעות שומרי ראש חמושים ניידים. אפשר לכאורה להגיד להם: כמו שאינכם יכולים להתגונן באמצעות טנק ליד הבית כך אינכם יכולים להתגונן באמצעות שומרי ראש חמושים שמלווים אתכם במרחב הציבורי. הטנק/ כמו שומר הראש החמוש האישי המסתובב איתך אינו חלק מזכותך לחיים. זכותך לחיים היא שלא נפגע בך כמדינה, וגם שנספק לך את ההגנה הרגילה של המדינה - כוחות השיטור.

זו תשובה לא זניחה אך גם לא נקייה מבעיות.

מכל מקום, הדגש העיקרי של בית המשפט בפסק דין לוזון הוא על ההנחיות ועל פרסומן, ובמקרה זה אי-פרסומן. אנא חזרו לפסק דין זה כדי להבין את הנמקתו הקונקרטית ביחס לתוצאת פסק הדין.

ו. לשקיפות עצמה יש נתיבי מימוש שהם מגוונים מעבר "לפרסום".

ראו, בין היתר, את פס"ד **אילן** (חובת הדיווח וחובת רישום פרוטוקול) ונקודות נוספות שפרטתי בדפי הפגישה הקודמת.

**=-=**

**כללי הצדק הטבעי – א. זכות הטיעון**

"The history of liberty has largely been the history of procedural safeguards"

דבריו של השופט פרנפורטר Frankfurter שופט בית המשפט העליון האמריקאי, פרשת McNabb v. US

=-=

**כללי הצדק הטבעי –**

היסטורית, ובמידה משמעותית אף בהווה, מדובר **בכללים שהם תוצרי-פסיקה** (חלק מ"המשפט המקובל נוסח ישראל"):

**החובה להעניק זכות טיעון/ "שימוע"**

**איסור "משוא פנים"**

**איסור "ניגוד עניינים"**

חלק מכללי הצדק הטבעי הם עתה **כללים תחיקתיים**:

**חובת ההנמקה**

**חובת היוועצות**

[כמובן שלעיתים נפגוש בתחיקה עיגון סטטוטורי/תחיקתי של כללים שמקורם בפסיקה, דוגמת זכות הטיעון, איסור ניגוד העניינים וכדומה.]

**כללי הצדק הטבעי מקימים חובות חשובות החלות על הרשות המינהלית (וכך הן מגוננות על זכויות משמעותיות של הפרט). אלו חובות וזכויות שאינן מוחלטות.**

**^ מה דורשים כללים אלו, כל אחד מהם?**

**^ מתי נהיה קפדניים יותר ומתי קפדניים פחות בעניינם? (מתי ניתן לסטות מהם?)**

**=-=**

**בפגישה זו נדון בדרישותיה של חובת השמיעה/ זכות הטיעון**

***הרציונלים* שביסוד החובה הזו –**

היגזרותה **מדרישת ההגינות**: הנכונות של הרשות להקשיב, לשקול שוב, להשתכנע; מתן הזדמנות נאותה לאדם הצפוי להיפגע, להגיב, להשמיע, להפריך טענות, להעמיד דברים על דיוקם, ולנסות לשכנע;

היגזרותה של חובה זו **גם מדרישותיה של היעילות**: הצורך לקבל החלטות על בסיס תשתית עובדתית מקיפה ככל האפשר;

כמו כן, האינטרס החשוב של **אמון הציבור** ברשויות השלטון: שמירה על הצדק ועל "מראית פני הצדק".

***חובות נגזרות* המוטלות על הרשות בהקשרו של השימוע** –

פירוט מקדים של הטענות שיש לרשות כנגד האדם (מתן הנמקה בסיסית);

הצגת הראיות כנגד האדם, כדי שיוכל להתעמת איתן ואולי להזימן.

***צורת* השימוע**:

האם על השימוע להתקיים בהכרח בעל-פה או שמא ניתן להסתפק בכתב?

היש זכות לייצוג עו"ד?

היש יכולת להשמעת עדים, המצאת ראיות? ועוד.

**עיתוי** השימוע: ביצוע החובה על ידי הרשות, האם בהכרח לפני ההחלטה או שמא אפשר לעיתים גם לאחריה (שימוע מאוחר)?

**על מי נטל השכנוע** בעת **שימוע מאוחר?** (פס"ד **באקי**)

**=-=**

**מהם המשתנים המשפיעים על מידת התובענות/ קפדנות בשמירה על כללי הצדק הטבעי על ידי בתי המשפט?**

**[בין שמדובר במשתנים המשפיעים במישור הפעלתו של כלל צדק טבעי כזה או אחר, ובין אלו המשפיעים על מכלול כללי הצדק הטבעי].**

1. השפעת המשתנה של **סוג הסמכות**: האם סמכות מינהלית-תחיקתית, מינהלית-שיפוטית/ מעין-שיפוטית, או שמא מינהלית-ביצועית.

ביחס לסמכות שיפוטית ומעין-שיפוטית אנו מקפידים יותר על השמירה על כללי הצדק הטבעי [**בן דוד** – ועדת החקירה על תרומות הדם של אנשים ממוצא אתיופי ומדיניות בנק הדם]

**האם קמה חובת שמיעה/ זכות טיעון של אדם, של ציבור, של חלקים מהציבור, למול הגוף המפעיל *סמכות תחיקתית*?**

בעניינה של **חקיקה ראשית**?

התשובה שלילית – היותה של הכנסת ייצוגית והפרוצדורה לקבלת החקיקה מחדירות אלמנטים מעין-'שימועיים'.

ביחס ל**חקיקת משנה**? גם כאן לא מופיעה לרוב זכות שימוע, זאת משום כניסה של אלמנטים מעין-שימועיים אפשריים, כולל חובת היוועצות; ראו דוגמאות:

א. מופיעה לעיתים התנייה של חקיקת משנה במעורבות של וועדה מוועדות הכנסת. המעורבות עשויה להיות בדרך של "היוועצות" של השר (או מחוקק משנה אחר) עם הוועדה, או בדרך תובענית יותר, של קבלת "אישור" הוועדה. שילוב כוחות זה גורם לכניסת ייצוגיות מכיוון הכנסת;

ב. חוקי-עזר עירוניים מתקבלים על ידי מועצת הרשות המקומית (קרי, בהליך המשתף את כלל חבריה הנבחרים של המועצה, בדומה לדיון והכרעה בכנסת);

ג. לעיתים קובע החוק **חובת היוועצות** מקדימה עם גורמים רלבנטיים נוספים בעת תחיקת המשנה [פס"ד **יקב הגולן**] או בעת פעולת מינהל מרכזית אחרת\*;

ד. במקביל, היועץ המשפטי של הרשות אמור להביע דעתו ביחס *לחוקיותה* של חקיקת המשנה או פעולת מינהל מרכזית אחרת [זאת להבדיל מתבונתה, כלומר מהשאלה עד כמה המדיניות המגובשת בה רצויה].

[\*חובת היוועצות מופיעה לעיתים גם ביחס להליכים המקדימים את התגבשותן של **"פעולות מינהל",** ולא רק חקיקת משנה. כך למשל היא מופיעה בעניינן של פעולות דוגמת כישורים נדרשים לצורך מינויים לתפקידים חשובים שונים, אמות-מידה למתן רשיונות/ זיכיונות בעלי חשיבות גדולה, ועוד.]

2. השפעת משתנים נוספים על התגבשות חובת השמיעה והיקפה – מערכת של איזון:

**עוצמת זכותו של האדם הנפגעת** על ידי הרשות [**טרנר**, להלן] – בין היתר, ההבחנה בין טענה שלטונית כנגד האדם על רשלנות או חוסר-מקצועיות בהשוואה לטענה כלפיו במישור טוהר-המידות (שחיתות);

**הפיכות הפגיעה** המתרחשת בטרם תינתן זכות טיעון [**טרנר**, להלן];

**הפגיעה באינטרס הציבורי** שתיגרם אם תינתן זכות טיעון מוקדמת או זכות טיעון מקיפה:

"הצורך השלטוני": דוחק הזמן, הדחיפות, שיקולי יעילות מיוחדים; שיקולי ביטחון – חיסיון ראיות; ועוד;

"צורך שלטוני": חיסיון של מקורות מידע [**אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים; עוז נ' אוניברסיטת חיפה**];

"האינטרס של 'האדם השלישי', הפרט העומד מנגד" – כמו בשאלה האם ראוי להתנות הוצאת צו עיקול זמני בשימוע מקדים לבעל הנכס (נכס שבעל-דינו של בעל הנכס מבקש את עיקולו) [הדוגמא שהוזכרה בפס"ד **באקי**].

**האם לא קיימות חלופות פחותות בחומרתן** המאפשרות להקהות את הפגיעה באינטרס הציבורי שעליו הרשות מגוננת ללא פגיעה (ולפחות ללא פגיעה בעוצמה רבה) בזכות הטיעון?:

דוגמא: הפעלת תקנת ההגנה המאפשרת הריסת בית של חשודים בפעולות עוינות: העדפת איטום בית על פני הריסתו [פס"ד **האגודה לזכויות האזרח**];

דוגמאות מנגד, של קושי המתעורר אם כופים על הרשות להעניק זכות הטיעון בטרם הפעולה השלטונית: למשל, הסתרת ראיות או הברחת נכסים אם דורשים לתת זכות הטיעון בטרם הענקת צו חיפוש/ עיקול זמני.

3. לעניין ניגוד עניינים, שאליו נגיע בפגישה הבאה: הקפדה גדולה יותר כאשר ההתנגשות הפוטנציאלית היא בין האינטרס השלטוני עליו אמון בעל הסמכות לבין אינטרס אישי-פרטי שלו – זאת להבדיל מסיטואציה שבה ההתנגשות הפוטנציאלית היא בין אינטרס שלטוני אחד לאינטרס שלטוני אחר [פס"ד **מושלב**]; עם זאת, חשוב לדעת כי ניגוד עניינים יכול להופיע ולפסול את פעולת המינהל גם במקרה השני.

=-=

**האם נתונה הגנה חוקתית לכללי הצדק הטבעי?**

ההגנה החוקתית על כללי הצדק הטבעי אינה מצויה מפורשות בחוקי היסוד; ואולם ניתן לטעון כי הגנה כזו קמה לכללים הללו מכוח כל אחד משני הרציונאלים הבאים:

1. הדרישה, כי הגבלה של זכויות מוגנות תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". דרישה זו, של מידתיות, משמיעה, כי חוק שיבקש לאפשר פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות ללא שמירה – ראויה, במגבלות הסבירות – על כללי הצדק הטבעי עשוי להיתפס כחוק לא מידתי,

(שהרי ברוב המקרים האפשרות הפחותה בחומרתה, והאפשרית, היא פגיעה בזכות המוגנת רק בכפוף להליך השומר על כללי הצדק הטבעי). [יש לטיעון זה ביטוי בפס"ד **טרנר**, להלן].

2. זאת ועוד, ניתן לטעון, כי פגיעה בזכות יסוד (חוקתית או לא-חוקתית) ללא מתן זכות טיעון (למשל), היא פגיעה גם בזכות לכבוד האדם ו/או בזכותו לחירות. טענה שכזו תאמר כי האוטונומיה האנושית של האדם מחייבת כי פגיעה בו תיעשה תוך התחשבות בהיותו תכלית ולא אמצעי. במילים אחרות, אדם אינו 'פיון'/ כלי שהמדינה יכולה לפגוע בו שלא על בסיס פרוצדורה הוגנת, שבבסיסה כללי הצדק הטבעי. [אין הכרעה חדה בפסיקה ביחס לכך].

=-=

בג"צ 2911/94 **באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים**, פ"ד מח(5) 291 [בהשמטת חלק מהאסמכתאות; ההדגשות הוספו]

שאלות פסק הדין:

האם התגבש מינויו של העותר כחבר הועדה המקומית לתכנון ובנייה? ממתי תוקפו?

היכולת – הסמכות – של מנכ"ל משרד הפנים לבטל את המינוי

שיקול הדעת בהפעלת סמכות ביטול המינוי (ובכללם סוגיית השיקולים הזרים)

ההליך בעת הפעלת הסמכות

זכות הטיעון (חובת השימוע) / סוגיית "השימוע המאוחר" [להלן]

תוצאות ההפרה של הפגיעה בכללי הצדק הטבעי

15. כאשר העותר קיבל מן המנכ"ל את ההודעה בדבר ההחלטה להעבירו מן הכהונה בועדה לתכנון ולבניה, נזדרז ופנה אל בית משפט זה, וטענה בפיו כי החלטה זאת בטלה משום שנתקבלה ללא שימוע.

אכן, הלכה היא, כי הרשות המוסמכת לבטל מינוי חייבת לקיים שימוע, כלומר, לתת הזדמנות נאותה להשמעת טענות, לפני שהיא מחליטה על הביטול. וכי לא כך צריך היה המנכ"ל לנהוג גם במקרה זה?

המנכ"ל טוען שבמקרה זה לא היה טעם ולכן גם לא היה צורך בשימוע. וכל כך למה? משום שביטול המינוי של העותר אינו נובע מפסול כלשהו שדבק בעותר, אלא מן העובדה שרוב חברי המועצה המקומית כפר קרע שוב אינם תומכים בו. על כן אין טעם או צורך בשימוע. **וכי מה היה או יהיה בפי העותר לטעון? התשובה אינה ידועה. אך דווקא בשל כך יש צורך בשימוע: כדי לשמוע אם יש ומה יש לטעון**. ואין זו סיבה למנוע שימוע, מאדם שעשוי להיפגע מהחלטת הרשות, שלדעת הרשות אין בפי אותו אדם טענה שהינה טובה או טענה שאינה ידועה נגד ההחלטה. לעולם אין לדעת. **יתירה מזאת. גם אם כך הדבר, עדיין ראוי לאפשר שימוע, ולו רק למען מראית פני הצדק.** […]

16. יש אמנם מקרים בהם הפרה של חובת השימוע, אף שהיא פוגמת, אינה פוסלת החלטה מינהלית. כך, בין היתר, אם ההפרה לא גרמה עוול. לכן אפשר כי החלטה שנתקבלה ללא שימוע תעמוד בתוקף אם נתברר, לאחר מעשה, כי בפועל לא היתה תועלת בשימוע, כלומר שלא היו טענות ראויות להישמע. וכבר היו דברים מעולם. ...

**אולם יש להבדיל הבדל היטב בין הכלל המחייב את הרשות המינהלית לבין הסעד על הפרת הכלל הניתן על ידי בית המשפט. הכלל מצוי במישור אחד, והסעד מצוי במישור אחר. בית המשפט עשוי לשקול, לאחר מעשה, שיקולים שונים מן השיקולים המחייבים את הרשות לפני מעשה. לכן, על הרשות לקיים את חובת השימוע, כפי שהיא מצווה על ידי ההלכה, ללא קשר לתוצאה הצפוייה או האפשרית של הפרת החובה. […]**

**אף אין בפי המנכ"ל טעם טוב אחר, כגון, צורך דוחק לנקוט פעולה מיידית באופן שלא איפשר שימוע**. לפיכך חובה היתה על המנכ"ל לקיים שימוע לפני ביטול המינוי.

18. יש סוגים של מקרים בהם אין נפקא מינה אם השימוע מוקדם או מאוחר. יש אפילו סוגים של מקרים בהם השימוע יהיה, בדרך כלל, מאוחר. כדברי השופט ויתקון בבג"צ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(761 ,757 (1:

"יש הרבה מקרים שאין בהם הבדל, מבחינת האזרח, אם ניתן לו להשמיע את טענותיו לפני ההחלטה או אחריה. כך, למשל, הדין בכל ההחלטות שיש בהן אמנם משום פגיעה באזרח, אך מטבע בריאתן הן ארעיות בלבד ואינן אלא שלב מוקדם לדיון העיקרי, שבו יוזמן הנפגע להופיע ולהשמיע את טענותיו".

כזה הוא, לדוגמא, המקרה של הוצאת צו זמני לעיקול נכס. …. אלה הם מקרים מיוחדים. במקרים אלה או דומים לאלה, שימוע מוקדם אינו מתיישב עם מהות הסמכות או עם תכלית החוק, או שהוא עלול לסכל את התפקוד התקין של הרשות המינהלית, או שיש בו כדי לפגוע באופן ממשי באינטרס חשוב אחר. איזון האינטרסים במקרים כאלה מלמד כי הנזק שייגרם לאדם כתוצאה משימוע מאוחר אינו שקול כנגד הנזק שייגרם לאינטרס אחר כתוצאה משימוע מוקדם. לכן צריך אדם, במקרים כאלה, להסתפק בשימוע מאוחר.

**אולם במקרה הרגיל שאני: שימוע, כשהוא מתחייב מן הדין, הוא שימוע מוקדם ולא שימוע מאוחר. "זכות הטיעון משמעותה, כי דברו של הנפגע יישמע בטרם תתקבל החלטה בעניינו"**... ומדוע?

בדרך כלל **שימוע מאוחר** שונה מבחינות חשובות משימוע מוקדם. בשימוע מאוחר קיים קושי כפול. **ראשית,** קשה יותר לשנות את דעת הרשות המוסמכת לאחר שנתגבשה מאשר להשפיע עליה לפני שנתגבשה. **שנית,** קשה להניע את הרשות המוסמכת שתבטל החלטה שקיבלה, במיוחד אם ניתן לה פומבי, וכביכול תודה כי שגתה. והסיכוי להצליח בשימוע מאוחר עומד ביחס הפוך לקושי: ככל שהקושי גדל, הסיכוי קטן. נמצא כי מי שזכאי לשימוע מוקדם, והוא נאלץ להסתפק בשימוע מאוחר, מתקפח בזכותו. **ולא זו בלבד.** מי שזכאי לשימוע, והשימוע נדחה עד לאחר שנתקבלה החלטת הרשות, עצם ההחלטה עשויה לגרום לו נזק, לרכושו, לעסקו או למעמדו. והנזק הוא נזק, גם אם ההחלטה תשונה לאחר זמן בעקבות שימוע מאוחר. **ועל כל אלה יש להוסיף כי** שימוע מאוחר פוגם במראית פני הצדק, ולכן הוא עלול לפגוע באמון הציבור כלפי המינהל הציבורי.

לפיכך הכלל הרחב הוא, כי רשות מוסמכת, שמוטלת עליה חובת שימוע, חייבת לקיים את השימוע לפני קבלת ההחלטה. לא עשתה כן, ואפילו הציעה לקיים שימוע לאחר קבלת ההחלטה, הפרה את חובת השימוע.

19. עם זאת, עדיין שאלה היא, מה נפקות ההפרה של חובת השימוע. האם ההפרה מבטלת את ההחלטה מעיקרה? לא בהכרח. [...] "לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק לבטלות הדיון מעיקרא. המבחן אינו נוקשה אלא גמיש ויחסי הדברים תלויים במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה".

דברים אלה הם התמצית של תיאוריה חדשה, הלא היא **התיאוריה בדבר הבטלות היחסית,** ההולכת וקונה לה מהלכים בפסיקה. [...]

20 […] בקצה אחד, יש נסיבות מיוחדות, בהן העובדה שלא ניתן שימוע מוקדם פוסלת את ההחלטה, ולא ניתן להחיות את ההחלטה באמצעות שימוע מאוחר. בנסיבות כאלה ההנחה היא כי שימוע מאוחר לא יוכל לתקן את המעוות שנגרם. […] בקצה השני יש נסיבות בהן, אף שחובת השימוע המוקדם הופרה, לא יראה בית המשפט לבטל את ההחלטה. כך אם מניעת השימוע המוקדם לא גרמה עוול.[…] בתווך מצויים המקרים הרגילים. במקרים אלה, בהעדר שיקולים המוליכים לקצה האחד או לקצה השני, ההפרה של חובת השימוע המוקדם גורמת לביטול ההחלטה שהתקבלה, אך אינה מונעת קבלת החלטה חדשה לאחר שימוע. במקרים כאלה בית המשפט מחזיר את הענין אל הרשות המוסמכת, כדי שתדון בו מחדש, ובמסגרת הדיון תקיים שימוע כהלכתו. השימוע במקרים כאלה יהיה כמו תערובת של שימוע מוקדם ושימוע מאוחר. הוא דומה לשימוע מוקדם, כיוון שההחלטה הראשונה בוטלה על ידי בית המשפט, ועל הרשות המוסמכת לשקול מחדש את הענין, כאילו מעולם לא קיבלה החלטה בענין זה. אך הוא דומה גם לשימוע מאוחר, כיוון שבכל זאת כבר נתקבלה החלטה לגופו של ענין, והגם שבוטלה ספק אם גם הצל שלה נעלם. **כדי להשתחרר במידת האפשר מן הצל של אותה החלטה, ניתן לעתים להעביר את הענין לדיון מחדש בפני אדם שלא היה מעורב באותו ענין, במסגרת הרשות המוסמכת. אך לא פעם אין מנוס אלא להחזיר את הענין אל אותו אדם שכבר דן והחליט באותו ענין, להבהיר לו כי עליו לראות עצמו משוחרר מכבלי ההחלטה שבוטלה,** ולצפות כי ישכיל לשקול את הענין לגופו, בדעה פתוחה. והרי זה בבחינת כורח השעה.

בסופו של חשבון, בדרך כלל נותר הבדל מהותי בין שימוע מוקדם לבין שימוע מאוחר, וצריך להודות כי שימוע מאוחר אינו אלא הרע במיעוטו.

21. ההבדל במהות בין שימוע מוקדם לבין שימוע מאוחר הוביל להבדל בדין בין זה לבין זה. עמד על כך השופט שמגר, כתוארו אז, בבג"צ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(757 (1, וכך אמר (בעמ' 765):

"הנני סבור כי אמות-המידה על-פיה תיבדק כשרות הפעולה שונות הן כאשר מדובר בשמיעה לפני מתן ההחלטה, מחד גיסא, ובשמיעה לאחר מתן ההחלטה, מאידך גיסא. **בו בזמן ששמיעתו של הנוגע בדבר לפני ההכרעה יוצרת הנחה לכאורה של הליכים תקינים, בהם קדם ריכוז הנתונים ושיקול הדעת לגיבושה של ההחלטה הסופית, הרי כאשר מדובר על שמיעה לאחר מעשה אין הנחה כאמור ויהיה זה בדרך-כלל מחובתה של הרשות להוסיף ולשכנע כי למרות היפוך סדרי השמיעה וההחלטה, אכן תוקן המעוות לאחר מעשה.** ומותר להוסיף כי כל מקרה ייבדק לאור נסיבותיו ונתוניו".

22. ומה נגזר מן הדין לגבי המקרה שלפנינו? במקרה שלפנינו החליט המנכ"ל להעביר את העותר מכהונתו בוועדה לתכנון ולבניה ללא שימוע מוקדם. בכך הפר את חובת השימוע. **בדרך כלל, הפרה של חובת השימוע גוררת את ביטול ההחלטה, אלא אם יש טעם שימנע את הביטול. במקרה זה אין טעם כזה. לפיכך יש לקבוע, כמו במקרה רגיל של הפרת החובה לשמוע, כי החלטת המנכ"ל בטלה. יוצא כי העותר עדיין מכהן כחבר בוועדה לתכנון ולבניה.**

**אולם, האם המנכ"ל מנוע מלשקול מחדש אם ראוי להעביר את העותר מכהונתו בוועדה לתכנון ולבניה?** לו כך אמרנו, נמצא כי שגגה שיצאה מאת המנכ"ל משריינת את מקומו של העותר בוועדה, אף אם יהיה טעם להחליפו באחר, ומסכלת את כוחה של המועצה המקומית כפר קרע, לפי סעיף 19(א)(2) לחוק התכנון והבניה, להציע למנכ"ל מועמד הנראה לה ראוי לכהונה בוועדה לתכנון ולבניה. ואין זו תוצאה רצוייה.

לכן רשאי המנכ"ל, אם יראה לנכון, לשקול מחדש אם ראוי להעביר את העותר מכהונתו בוועדה לתכנון ולבניה, מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 21 לחוק התכנון והבניה. אם המנכ"ל יהיה סבור כי לכאורה יש סיבה המצדיקה את העברת העותר מכהונתו, יהיה עליו להציע לעותר שימוע לפני שיחליט בדבר. וחזקה עליו שיהיה מודע לחובתו לקיים את השימוע, כפי שקיבל על עצמו בפני בית משפט זה, "בלב פתוח ובנפש חפצה".

**=-=**

בג"צ 4914/94 **טרנר נ' מבקרת המדינה**, פ"ד מט(3) 771 [ההדגשות הוספו]

הרקע לעתירה ולדו"ח [מבקרת המדינה] אשר עליו העתירה סבה, הוא מחלוקת עובדתית בענין נסיבות וסיבות פרישתו של העותר מתפקידו כמפכ"ל [המשטרה].

העותר הוא רב-ניצב בדימוס במשטרת ישראל. הוא שימש כמפכ"ל משטרת ישראל מחודש אפריל 1990 ועד 31 לחודש מרץ 1993, מועד פרישתו ממשטרת ישראל. לפי גירסתו של העותר, הוא זומן לשיחה עם שר המשטרה ובה נתבקש (העותר) להחליף את צוות החקירה העוסק בחקירתו של שר הפנים דאז [השר דרעי]. לטענתו, סירב העותר לבקשת שר המשטרה, ולפי תחושתו של העותר היה הסירוב למורת רוחו של השר. לפי הטענה, סירוב זה היה הסיבה לקיצור תקופת כהונתו של העותר ולהפסקתה.

לטענת השר, הוא נאלץ להביא את כהונת העותר לידי סיום, בעקבות פגישה שקיים העותר עם מזכ"ל מפלגת העבודה, שבה הוצע לעותר להתמודד בבחירות כמועמד של מפלגת העבודה לראשות עיריית תל-אביב-יפו.

מבקרת המדינה קיימה את בדיקתה תחילה בדרך של קבלת גירסאות כתובות מאת העותר ומאת שר המשטרה, ולאחר מכן זימנה אליה או אל עובדי משרדה, על-פי שיקול דעתה, עדים שונים ובתוכם גם את העותר עצמו. בחוות הדעת של מבקרת המדינה אותה הגישה לועדה לביקורת המדינה נדחתה כבלתי אמינה גירסת העותר בענין מהות פניותיו של שר המשטרה אליו. כן נדחתה הטענה שההחלטה בדבר סיום תפקידו של העותר היתה קשורה לפרשת דרעי כמובא לעיל. המבקרת גם סמכה ידה על עצם ההחלטה בענין פרישת העותר לאור המפגש בינו לבין אישיות פוליטית שענינה השתתפות העותר במערכת הבחירות לראשות עירית תל-אביב-יפו.

טענות העותר: השגותיו העיקריות של העותר על דרכי הפעולה של מבקרת המדינה, כפי שהן מובאות בעתירתו, הן אלו:

(א) לא התאפשר לעותר עיון במלוא גירסתו של "הצד שכנגד", בפרט ובמלוא הראיות שנאספו, בכלל.

(ב) לא התבקשה מן העותר תגובה כוללת לכל חומר הראיות שהובא בפני המבקרת.

(ג) המבקרת לא הסכימה לקבל או לגבות ראיות נוספות לבקשת העותר.

(ד) העותר לא הוזהר כי הוא עלול להיפגע מן ההחלטה. […]

עקב כל אלה נפגעה, לדברי העותר, זכות הטיעון שלו. משמעותו של ההליך, מבחינת תוצאותיו כמשמעות פסיקה בענין פלילי: בדו"ח קיבלה המבקרת את גירסתו של שר המשטרה והאשימה ואף הרשיעה את העותר בכך ששיקר לועדה לביקורת המדינה. מכיוון שלא נערך על-ידי המבקרת שימוע מלא והוגן, רצוף דו"ח המבקרת, לפי טענת העותר, סתירות מהותיות, וקביעות תמוהות, ולעומת זאת אין בו התייחסות לנושאים מרכזיים המחייבים בדיקה במסגרת ההכרעה במחלוקת. […] לדבריו של העותר, שמו הטוב נפגע באורח קשה וכפועל יוצא מכך, נפגע גם, בין היתר, מעמדו הכלכלי והאפשרות להתמנות בעתיד לתפקיד ציבורי. מכאן בקשתו כי תוצאותיה של החקירה יבוטלו וכי תיערך חקירה מחודשת על-ידי גורם אחר, […].

[השופט גולדברג, אליו הצטרפו שלשה שופטים נוספים (אל מול דעת המיעוט, של הנשיא שמגר) – ההדגשות הוספו]

3**. השאלה המשפטית היחידה המתעוררת בעתירה זו היא, אם היה על מבקרת המדינה למסור בידי העותר את חומר הראיות טרם שנתנה את חוות דעתה, ואם נשללה מן העותר זכות הטעון משלא עשתה כן.** [...] השאלה היא במישור הערכי, בדבר עצם מהותה של זכות הטעון, של מי שעלול להפגע מן החקירה.

4. כבר נאמר בבג"צ 469/74 (גונן נ' ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים, פ"ד כט(1) 635, 640) כי "הצדק הטבעי מחייב שהנחקר לא ייפגע על-ידי חומר נסתר". מכאן גם הוראותיו של סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, הבאות "להבטיח, שהנפגע הפוטנציאלי יהיה מבחינת המידע הרלוואנטי, ככל האפשר, באותו מצב שבו נמצא הגוף החוקר" (בג"צ 381/85, 390 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים, פ"ד לט(4) 244). **רק בהצגת המידע הרלוואנטי המלא (בכפוף לסייגים המחייבים את חסיונו), בפני מי שעלול להפגע מן החקירה, באה לידי ביטוי זכותו להציג באופן מושלם את עמדתו כנגד הראיות שנתקבלו, בפני הרשות הציבורית הדנה בעניינו, טרם שזו תכריע את הכף לחובתו.** משנמנע מן הנפגע לקבל את כל חומר הראיות, הרי שבכך נפגמה זכותו לטעון, ואין עליו עוד להראות כי במקרה המיוחד גם הביא הדבר לעיוות דין. החשש (גם אם אינו מבוסס) כי נפלה שגגה מלפני הרשות בהחלטתה הפוגעת, מובנה בעצם העובדה כי זכות הטעון כנגד הראיות שנתקבלו לא עמדה לנפגע במלואה.

**הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להפגע, את זכות הטעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא "חגורת ביטחון" כנגד פגיעה "העולה על הנדרש".**

5. כאן מגיעים אנו לשאלה אם הזכות האמורה עומדת גם לגבי מי שנפגע מדו"ח או מחוות דעת של מבקר המדינה. וכבר נאמר כי "את כללי הצדק הטבעי, כמו שהם נקבעו לענין אחד, אין מנתקים מנסיבותיו של אותו ענין, ואין מרכיבים אותם על ענין שהם זרים לו" (בג"צ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה לענין מתן שירותי גז, פ"ד כג(1) 324, 336). **סבורני, שאין ספק כי שיבוש הליכי הביקורת לסוגיהם, שמקיים מבקר המדינה, או אף חשש לשיבוש כזה, מצדיקים את צמצומה של הזכות בה אנו דנים. אולם האם ישנה הצדקה לצמצום כזה גם במקרים אחרים?**

6. סעיף 2(ב) לחוק יסוד: מבקר המדינה, תשמ"ח-1988 קובע כי: "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחסכון של הגופים המבוקרים, וכל ענין אחר שיראה בו צורך". אכן, לא מן הנמנע כי גם במהלך הבירור של חוקיות הפעולות, הניהול התקין, והיעילות והחסכון של הגופים המבוקרים, עלול שמו של נושא משרה להיות מוכתם **בחוסר מיקצועיות, חוסר התאמה לתפקיד, התרשלות, וכל כיוצא באלה.** אולם סבורני כי נוכח אופי פגיעה כזאת בערך כבוד האדם, ראוי הוא לקבוע, שככלל ידה של יעילות הביקורת על העליונה. הרחבת היריעה למתן זכות העיון בחומר החקירה ולהגיב עליו גם במקרים כאלה עלולה לפגוע בעבודתו ובתיפקודו התקינים של מבקר המדינה. אם כי ייתכנו, כמובן, מקרים שיצדיקו גישה שונה בכל הנוגע להענקת הזכות האמורה.

**לא כן, כשנושא הביקורת הוא טוהר המידות,** ובכלל זה חוסר יושרו או חוסר אמינותו של נושא משרה בגוף המבוקר, בין שהוא נקרא בשמו ובין שניתן לזהותו על פי משרתו. כאן נפגע ערך כבוד האדם במלוא משמעותו. הסטיגמה הפומבית המוטבעת על נושא המשרה, עקב הטלת דופי במידותיו, על ידי סמכות כמבקר המדינה, והתהודה הציבורית הרחבה שיש לקביעותיו, מחייבות, לכאורה, את מתן זכות הטעון במובנה האמור לעיל. **אם כי מאידך גיסא ניתן לטעון כי אם מדובר בקביעה המתייחסת לעבירה פלילית או משמעתית של נושא המשרה, ממילא יזכה עניינו של הנפגע להתיחסות נוספת, מקיפה, במסגרת הליכים חקירתיים או שיפוטיים, שייפתחו לאחר מכן בעקבות קביעתו של מבקר המדינה. על פי טענה זו אין מקום להעניק את הערובה הדיונית המקובלת בהליך שיפוטי כבר בעת ההליך שמקיים מבקר המדינה, כשהענקתה תכביד על המבקר למלא את תפקידיו.**

נסיבותיה של עתירה זו אינן מחייבות קביעת עמדה בסוגיה זו בהיקפה הרחב, ודי אם נאמר כי הענקת זכות הטעון, במובן עליו עמדנו לעיל, מתחייבת **כל אימת שברור הוא כי קביעת מבקר המדינה, בה נפגע כבודו של אדם, היא סופית ומוחלטת, ואין אחריה ולא כלום** (דוגמת המקרה שלפנינו [בו פרש טרנר מהמשטרה ואין כנגדו כל הליך משמעתי או אחר]). או אז, חייבים שיקולי יעילות להידחות מפני ההגנה על כבוד הנפגע.שכן, בין חוסנה של הערובה הדיונית לבין סופיות הקביעה הפוגעת קיימת זיקת גומלין, והרחבת עובייה של "חגורת הביטחון", מתחייבת כשהקביעה הפוגעת היא סופית, וכך תלווה את הנפגע עד סוף ימיו.

1. בענייננו לא הוענקה לעותר הזכות האמורה, ומטעם זה איני רואה מנוס מקביעה כי המסקנות שבחוות הדעת נושא העתירה אינן תקפות.

[חשבו על המשתנים שאותם קובע השופט גולדברג כגורמים המשפיעים על מתן זכות הטיעון ו/או משפיעים על היקפה.]

=-=

בג"צ 7805/00 **אלוני נ' מבקרת עירית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577 (2003)

[העותרת נבחרה כחברת מועצת עיריית ירושלים ביום 10.11.1998. היא הועסקה כמנהלת סניף ירושלים של מכון "שחר", שהוא בית ספר פרטי ללימודי בגרות ופסיכומטריה, בטרם נבחרה לחברת מועצה, והמשיכה בעיסוקה זה גם לאחר היבחרה. על-פי דוח ביקורת שהוצא על-ידי המשיבה 1 (להלן – המבקרת), העותרת ניצלה את מעמדה כחברת מועצה כדי לקדם את ענייניו של המכון במסגרת מכרז שעמד להתפרסם מטעם אגף הרווחה בעיריית ירושלים, ואשר נועד לבחור במוסד הלימודי שאליו תפנה העירייה מאות דורשי עבודה בעיר לצורך השלמת השכלה, אגב מתן הנחות לתלמידים. על-פי דוח הביקורת, העותרת פעלה בניגוד לכללים החלים בנושא זה ובניגוד לתנאים ספציפיים שהוצבו על-ידי היועץ המשפטי לעירייה בעניין זה. דוח הביקורת המליץ לעירייה להימנע מהתקשרות עם מכון שחר עד אשר יובהר כי כללי מניעת ניגוד העניינים מיושמים כהלכה בעניינו. העותרת תוקפת את דוח הביקורת בטענה כי למבקרת אין סמכות מכוח החוק לבקר את פעולתו של נבחר ציבור במועצת העירייה. כמו כן טוענת העותרת כי במהלך הכנת הדוח לא נשמרו זכויות הטיעון והעיון שלה, וכי פרסום דוח הביקורת בציבור נעשה שלא כדין, ובטרם הושלמו מהלכי הביקורת על-פי החוק. לפיכך טוענת העותרת כי דוח הביקורת בעניינה בטל וחסר תוקף במישור המשפטי והציבורי. מכאן העתירה.]

מתצהירה של המבקרת עולה כי במהלך עבודת הביקורת היו היא וצוותה חשופים למסע השמצות ולהטלת אימה מצד העותרת, אשר פעלה, על-פי הטענה, בכל דרך אפשרית על-מנת לשבש את עבודת הביקורת בעניינה. דברים אלה בעיקרם לא נסתרו, ועולה מהם כי עבודת הביקורת נערכה במקרה זה בתנאים קשים ביותר. אולם גם בהינתן מציאות זו על הביקורת לעמוד איתן כנגד כוחות המנסים לדכא את כוחה ולהחלישה בביצוע משימתה, ובד בבד עם כך לדקדק כחוט השערה על זכויותיו הבסיסיות של המבוקר כדי להבטיח את הגינותה של פעולת הביקורת, את שלמות החלטתה, וכדי להגביר את אמון הציבור בה ובפועלה.

**פרסום מוקדם של דוח הביקורת**

21. העותרת טוענת כי נפל פגם בפעולת ועדת הביקורת בעירייה במובן זה שהיא החליטה על פרסום דוח הביקורת לפני שדנה בו לגופו, ולפני שמועצת העירייה החליטה אם לאשרו אם לאו, וכי בכך נגרמה לה פגיעה נוספת ובלתי ראויה. תשובת המשיבים לכך היא כי החוק הסדיר שני מסלולים נפרדים לפרסום דוח ביקורת: האחד – פרסום בנתיב הרגיל, המחייב העברת הדוח להערות ראש-העירייה וכן לוועדת הביקורת. ראש-העירייה מגיש את הערותיו לדוח, לאחר מכן ועדת הביקורת דנה בדוח ובהערות ראש-העירייה ומעבירה את סיכומיה והמלצותיה לאישור מועצת העירייה (סעיף 170ג לפקודה). על המועצה לדון בדוח המבקר ובהצעותיה של הוועדה, ופרסום הדוח מותר רק לאחר שחלף המועד להגשתו למועצה (סעיף 170ג(ו) רישה). מסלול שני הוא מסלול הפרסום המוקדם, המאפשר, על-פי סעיף 170ג(ו) סיפה, פרסום מוקדם של דוח ביקורת על-פי החלטת מבקר העירייה או ראש-העירייה באישור ועדת הביקורת. לטענת המשיבים, הפרסום המוקדם של הדוח במקרה זה נעשה בהליך מיוחד כאמור. ביוזמת ראש-העירייה, ועל-פי בקשת המבקרת, החליטה ועדת הביקורת להתיר פרסום מוקדם של הדוח בטרם דנה בו לגופו. לטענת המשיבים, הפרסום המוקדם נעשה כחוק על-פי מסלול הפרסום המהיר הקבוע בו, והדבר היה ראוי לגופו מן הטעם שאותה עת החלו הדלפות בתקשורת על מימצאים חלקיים של דוח הביקורת אשר היו עלולים ליצור תמונה מעוותת ומטעה של מימצאי הביקורת שהפרסום ביקש למנוע. נוסף על כך, נוצרה אווירה עכורה של לחצים ואיומים מצד העותרת כלפי עובדי עירייה אשר פגעה בעבודתם והצדיקה פרסום מוקדם כאמור. פרסומם בציבור של מימצאי ביקורת המתבצעת בגוף שלטוני הוא עניין חיוני כחלק מזכות הציבור לדעת וכנגזר מזכותו לקבל דין וחשבון על אודות מהלכי תפקודו של מוסד ציבורי. ערובה לקיומו של ממשל תקין היא בהעמדתו לביקורת, וכדי שהביקורת תהיה יעילה, על מימצאיה להיות גלויים וחשופים לעיני הציבור ולביקורתו. על-כן פרסום דוח הביקורת הוא תנאי הכרחי לאמון הציבור במוסדות השלטון וליעילות הפיקוח הציבורי עליו.

עם זאת בצד העמידה על חובת הפרסום כאמור, יש להגן גם על ערך אחר – הוא ההגנה על כבודו ושמו הטוב של הגורם המבוקר. אין צריך לומר כי פרסום בציבור של מימצאי ביקורת שליליים על אודות אדם המכהן בתפקיד ציבורי מסבים לו פגיעה שפעמים אינה ניתנת לתיקון, לכן בטרם פרסום יש להקפיד כי הליכי הביקורת נעשו בצורה תקינה ומלאה, וכי כל מהלכי הבחינה והבדיקה של הגופים השונים המעורבים בהליך הביקורת ננקטו והושלמו, וכי הדרך הוכשרה לפרסום המימצאים בציבור. כדי להבטיח את ביסוסם של מימצאי הביקורת ועיגונם כראוי, יצר המחוקק הליך של "ביקורת על ביקורת", שהוא שלב חשוב בהליך הנדרש לגיבושו הסופי של דוח הביקורת טרם פרסומו. הליך ביקורת זה מחייב כי דוח מבקר העירייה יובא לדיון בפני ועדת הביקורת לאחר שנתקבלו הערות ראש-העירייה לאמור בו. לצורך דיוניה רשאית הוועדה להזמין נושאי משרה בעירייה להגיב על הדוח (סעיף 170ג(ד) סיפה לפקודה). יש להניח כי הוועדה רשאית גם להזמין את המבוקר ולשמוע את השגותיו. רק לאחר גיבוש המלצות הוועדה מועבר הדוח לדיון בפני מועצת העירייה, והיא מחליטה אם לאשרו. מהלכים אלה, בטרם פרסום הדוח בציבור, נותנים בידי המבוקר הזדמנות נוספת להציג את עמדתו בפני גופים נוספים המעמידים במבחן את דוח הביקורת של מבקר העירייה. רק לאחר השלמת מהלכים אלה באה, דרך כלל, עת פרסום המימצאים. הפרסום לציבור חושף את מימצאי הביקורת בפני כולי עלמא, על כל המשמעויות מכך לגורם המבוקר. מכאן, פרסום לציבור של מימצאי דוח ביקורת שטרם אושר כאמור הוא בדרך-כלל אסור על שום הנזק הרב שהוא עלול לגרום בראש ובראשונה למבוקר, אך גם למעמדו של מבקר הפנים בעיני הציבור, בייחוד מקום שלאחר הפרסום המוקדם עשויים לחול שינויים במימצאי הביקורת עקב התערבות גופי הביקורת הנוספים.

הליך הפרסום המוקדם על-פי החוק נועד לעקוף את מנגנון "הביקורת על הביקורת", והוא בבחינת חריג ויוצא מן הכלל לכלל. הוא מכוון לחול על מקרים יוצאי-דופן שקיים בהם אינטרס ציבורי ראשון במעלה להביא לידיעת הציבור באופן מיידי מימצאי ביקורת שנתקבלו עוד בטרם נדונו אלה לגופם על-ידי ועדת הביקורת ומועצת העירייה. מצבים אלה הם נדירים, והם נועדו לסיטואציות חריגות שבהן פרסום מיידי הוא חיוני כדי למנוע נזק מיידי למערכת הציבורית אשר אפשר שייגרם אם מסקנות הביקורת לא יובאו לידיעת הציבור לאלתר. בנסיבות מיוחדות אלה גובר אינטרס הציבור בפרסום מוקדם של מימצאי הביקורת גם על פני אינטרס הפרט המבוקר בהגנה על כבודו ושמו הטוב, והוא מצדיק כי הפרסום יקדים אף את מהלכי הבחינה והדיון של ועדת הביקורת ומועצת העירייה.

בענייננו ננקט הליך פרסום מוקדם של דוח הביקורת בטרם הוא נדון לגופו בוועדת הביקורת ובמועצת העירייה. בדיון בפנינו אף נמסר על-ידי המשיבים כי הליך כזה ננקט על-ידיהם דרך שיגרה. בענייננו אמנם נתקיימו המהלכים הפורמאליים הנדרשים לצורך הפרסום המוקדם, אך לא נתקיימו העילות המהותיות המצדיקות אותו לגופו. פרסומם המוקדם של מימצאי הדוח במקרה זה אינו מתיישב עם התכלית שלשמה נועד הפרסום המוקדם. לא נתקיים כאן צורך מיידי בהודעה לציבור על קביעות הביקורת, ובפרסומן בטרם עברו את כור ההיתוך של גופי הביקורת הנוספים היה כדי לפגוע הן בעותרת הן בגורמי הביקורת עצמם. הבאת מימצאי הדוח לידיעת הציבור בטרם עת פגעה בכבודה ובשמה הטוב של העותרת בטרם היה סיפק בידי הגופים השונים לבחון את המימצאים, ולפני שלעותרת עצמה ניתנה ההזדמנות להציג את עמדתה בפני ועדת הביקורת ולזכות בהתייחסותה. החשש מפני הדלפות של קטעי מידע על אודות המימצאים וכן החשש מקושי תפקודי של עובדי העירייה עקב מסכת לחצים שנטען כי הופעלה נגדם אינם מצדיקים הסטת נקודת האיזון אל עבר פרסום מוקדם של המימצאים בהיעדר מצב חריג אשר יצדיק זאת. על-כן מסקנתי היא כי מהלך הפרסום המוקדם של דוח הביקורת היה שגוי במקרה זה, ולא היה מקום לנקוט אותו.

**תוצאות**

22. לביקורת הפנים בעירייה סמכות לבקר מעשי נבחר ציבור בעירייה בעניינים הקשורים לפעולות העירייה, ובכלל זה בעניינים של טוהר מידות וניגוד עניינים אפשרי בין חובותיו במילוי תפקידו הציבורי לבין ענייניו האישיים והרכושיים. מכאן, שהייתה למבקרת העירייה סמכות לבקר את פעולותיה של העותרת בהקשר כזה.

במסגרת הביקורת השיפוטית על עבודת הביקורת איננו אמורים לבחון את מימצאיו ומסקנותיו של דוח הביקורת לגופו, אלא לבדוק אם הליך הביקורת היה תקין על-פי אמות המידה של המשפט המינהלי החלות על העניין. על-פי מבחן זה, אני מוצאת כי נפלו פגמים בהליך הביקורת במובנים האלה: ראשית, לעותרת לא נמסרו מסמכים מהותיים לביקורת כדי לאפשר לה למצות באופן מלא את זכות הטיעון כלפי טענות שהועלו נגדה; שנית, בדוח הסופי נכללו טענות ופירוט עובדתי בעניינים שלגביהם לא ניתנה לעותרת זכות טיעון מלאה; שלישית, הדוח פורסם בפרסום מוקדם בטרם נדון לגופו בגופי הביקורת העליונים של העירייה, ובטרם מוצתה זכות הטיעון של העותרת בפניהם, ומקום שלא הייתה הצדקה עניינית לפרסום מוקדם כאמור.

פגמים הנופלים בהליך מינהלי שרשות מינהלית נוקטת אינם מביאים בהכרח לפסילתו מעיקרא. זוהי דוקטרינת הבטלות היחסית אשר מבחן החלתה גמיש ותלוי במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה ([בג"ץ 118/80](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20118/80) גרינשטיין נ' פרקליט צבאי ראשי [19], בעמ' 246; [בג"ץ 2911/94](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202911/94) באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים [20], בעמ' 306). על-פי דוקטרינה זו, יש להתאים את הסעד, קרי בטלות מלאה או יחסית, לאופי ההפרה על-פי נסיבות המקרה, והדבר נתון במידה רבה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. בין השיקולים הרלוונטיים יש להעריך את חומרת ההפרה, את מיהות הגורם התוקף את ההחלטה המינהלית, את אופי הנזק שנגרם לאדם עקב הפגמים שנפלו בהליך ומהו הסיכוי לרפא את הפגם ולתקן את המעוות.

בענייננו נפלו בדוח הביקורת פגמים אשר יש להם תקנה, ולכן אין לבטלו מעיקרא, אלא ניתן לתקנו ולהשלימו במידת הצורך. הפרסום המוקדם של הדוח אמנם פגע בעותרת בטרם הושלמו כל הליכי הביקורת על-פי החוק, אולם היקף הפגיעה מוגבל מאחר שהליכים אלה טרם נתקיימו, ואין לדעת נכון לעת זו מה תהיה עמדת גופי הביקורת העליונים. אם יאושרו על-ידיהם קביעות הדוח כפי שנקבעו במקורם, כי אז נזק הפרסום המוקדם הוא מזערי, לעומת זאת אם יהיה בקביעותיהם משום חריגה ממימצאי הדוח המקורי, הרי לכך יינתן פרסום פומבי, ובפני הציבור תוצג תמונת נתונים מלאה.

אשר לפגמים בזכות הטיעון והעיון – אותם ניתן לרפא בדרכים האלה: דוח הביקורת יוחזר לידי המבקרת, ותתבצענה בעקבות כך הפעולות האלה: ראשית, על המבקרת יהא להעביר לידי העותרת את כל המסמכים שהיוו בסיס לדוח הביקורת ואשר טרם הועברו לעיונה תוך אפשרות השמטת פרטים מזהים המופיעים במסמכים על אודות מקורות מידע, ותוך שמירת חסיונן של תרשומות פנימיות המתעדות מהלכים פנימיים של עבודת הביקורת, להבדיל מרישום עדויות מתלוננים או מוסרי מידע שאינן בגדר תרשומות פנימיות על-פי תוכנן. שנית, יש להשלים את זכות הטיעון של העותרת במתן הזדמנות להציג בפני המבקרת את עמדתה בכתב או בעל-פה לנוסחו של דוח הביקורת הסופי, כפי שפורסם, ובטרם ייעשה בו שינוי, אם בכלל. זכות הטיעון תעמוד לה כאמור לאחר שתקבל את מלוא חומר המסמכים שעליו התבססו קביעות דוח הביקורת. בעקבות פעולות אלה יהא על המבקרת לשקול מחדש את מימצאי הדוח, ובמידת הצורך, ולאחר השלמת טיעוניה של העותרת, לערוך בו תיקונים והשלמות ככל הנדרש. לאחר מכן יועבר הדוח המתוקן להערות ולבחינה לראש-העירייה, לוועדת הביקורת ולמועצת העירייה כאמור בחוק. לאחר סיומם של כל מהלכי הביקורת כאמור יהיה ניתן לפרסם בציבור את דוח הביקורת הסופי, בהתאם לקבוע בחוק.

**סוף דבר**

23. לאור כל האמור אציע לקבל את העתירה ולעשות את הצו-על-תנאי למוחלט במובן הזה: דוח הביקורת יוחזר לידי מבקרת העירייה ויעמוד לבחינה מחודשת על-ידיה לאחר קבלת טיעוניה של העותרת למימצאים הקבועים בו. טיעונים אלה יוגשו למבקרת בכתב או בעל-פה, לאחר שהמסמכים ששימשו את הביקורת ואשר טרם הועברו לעותרת, יועברו לעיונה בכפוף לחסיונות ולסייגים שפורטו לעיל באשר לחומר שאין חובה להעבירו. המבקרת תשקול את טיעוניה הנוספים של העותרת, ובמידת הצורך תערוך תיקונים והשלמות לדוח הביקורת. דוח הביקורת החדש יועבר טרם פרסום לבחינת הגורמים השונים בעירייה – ראש העירייה, ועדת הביקורת ומועצת העירייה, כקבוע בחוק, ולאחר מכן יהא ניתן לפרסמו בציבור.

**=-=**

**פס"ד אלוני**: מופיעה כאן מסגרת מורכבת של קבלת הכרעה.

מערכת ביקורת (מבקר/מבקרת העירייה) ומערכת של ביקורת על הביקורת (ועדת הביקורת של העירייה, ראש העיר ומועצת העיר). שני שלבים.

הדין קובע שני מסלולים ביחס לגיבוש של דוח ביקורת של מבקרת העירייה: מסלול מהיר, דחוף, חירום; והמסלול הרגיל של איך הדברים צריכים לפעול באופן בסיסי. המסלול הרגיל, הבסיסי, מכיל את שני השלבים (כלומר ביקורת וביקורת על הביקורת). הדוח הראשוני צריך להיות מוגש לוועדת הביקורת ולראש העירייה ואז צריך להגיע למועצת העיר לאישור. בפועל, לגורם המבוקר, כאן חברת מועצת העיר רוני אלוני, יש זכות טיעון בשתי המערכות, ואם פונים למסלול המהיר אזי משמיטים מרכיבים מסוימים של הגנה עליה וליבון הטענות כלפיה, כולל זכות הטיעון הנוספת שיש בפני אותם גורמים. ביהמ"ש מצא פגם בזה שכאן הופעל 'מסלול החירום'. [אך הוא הפעיל כלפיו את דוקטרינת "הבטלות היחסית" ולא ביטל אותו לגמרי].

במקביל, מופיעה בפסק הדין נקודה משמעותית נוספת. **זכות הטיעון נקשרת בזכות העיון. משמע, עיון בתשתית הראייתית**, כלומר בטענות ובבסיס העובדתי של הטענות שיש כנגד אדם. במילים אחרות, כדי שיהיה לאדם שימוע הוגן הוא צריך להבין בפני איזה טענות הוא עומד.

המבקרת של העירייה אומרת שלא חשפה את כל המידע כי זה היה מסכן את יעילות העבודה ומקורות מידע. על כף המאזניים לכאורה פגיעה משמעותית באפקטיביות הביקורת אל מול הפגיעה באדם מושא הביקורת. (ראו גם **אוניברסיטת חיפה נ' עוז**). כשצפויה פגיעה משמעותית במבוקר, זכות הטיעון היא רחבה.

התעוררות הצורך באיזון בין האינטרסים המתנגשים מפנה אותנו לשאול שאלות, שאלות שנוגעות למשתנים שהוזכרו לעיל, בפתח הדפים. למשל, האם זו (החלטת/פעולת הרשות) היא רק החלטת ביניים (כשבהמשך הדברים יכולים להתלבן ולהתבהר והפגיעה תרוכך או תימנע)? נקודה נוספת נוגעת להפעלה של מידתיות: יש חובה (גם אם לא מוחלטת) לחשוף את המבוקר למידע שנגדו; במקביל, אם קריטי ממש להסתיר את זהות מוסרי המידע, כי אז הדרך המידתית יותר היא לחשוף את המידע תוך השמטת פרטים מזהים ביחס למוסרי המידע.

במקביל, עולות בפס"ד **אוניברסיטת חיפה נ' עוז** שתי נקודות מרכזיות נוספות:

א. האם לגורם השלטוני (או ל"גוף דו-מהותי", דוגמת האוניברסיטה) יש כלל **סמכות** לחסות את המידע?

ב. האם יש אכן **הצדקה עניינית** להשמטת פרט המידע המושמט? ראו למשל את הקטע הבא בפסק הדין?

21. ... ואכן, הנימוק המרכזי שחזר ונשנה מפי העותרת לעניין הצורך לחסות את התלונות ואת הפרוטוקולים אינו מבוסס על החשש כי ייחשף מידע בעניין פרטי כלשהו הנוגע למתלוננים ולעדים אלא על החשש שאם יזכו המשיבים בהליך המשפטי שהגישו וישובו לעבודתם בחוג הם עלולים להתנכל להם כמי שהתלוננו והעידו נגדם. העותרת ביקשה ללמוד בעניין זה היקש מן החיסיון שהוכר בדין הישראלי באשר לזהותם של מודיעים משטרתיים ובאשר למידע הנמסר על ידם. אין הנדון דומה לראייה. ההצדקה לחיסיון שהוכר לגבי מודיעים משטרתיים אינה נעוצה בזכות לפרטיות. על הרציונאל שביסוד חיסיון זה עמד בית המשפט בע"א 2629/98 השר לביטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786, 795 (2001)), בציינו "הגיונו של האינטרס בדבר חיסוי זהותם של מודיעים נובע בעיקר משניים אלה: ראשית, הגנה על שלומו וביטחונו של המודיע; שנית, עידוד מסירת מידע לרשויות החקירה - מידע שלא היה נמסר אלמלא הייתה נותרת זהות המודיע חסויה" ... בענייננו אין מדובר על סיכון לחייהם של המתלוננים והעדים, רחמנא ליצלן, וכמו כן אין מדובר באינטרס ציבורי ראשון במעלה דוגמת האינטרס לסייע למשטרה בביצוע משימותיה. זאת ועוד, מקום שבו נטען לחיסיון של מקורות מידע בהליך משפטי על הטוען לבסס את הטענה בתעודת חיסיון מתאימה (ראו סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות אותם הזכרנו לעיל) ותעודה זו עומדת לבחינה שיפוטית במסגרתה עורך בית המשפט את האיזונים הדרושים (ראו ע"פ 1335/91 אבו פאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 120, 129 (1992)). העותרת הפנתה בהקשר זה לפסיקתו של בית המשפט בעניין אלוני, שם איפשר בית המשפט למבקרת הפנים של עיריית ירושלים שלא לחשוף בפני המבוקרת את שמותיהם של מתלוננים ומוסרי מידע תוך כדי הליך הביקורת. קביעותיו של בית משפט זה בעניין אלוני אין בהן כדי לסייע לעותרת ולוּ משום שבאותו עניין הורה בית המשפט על מסירת מלוא החומר הרלוונטי לידי המבוקרת על מנת לממש את זכות הטיעון המוקנית לה. מה גם שההוראה בדבר מחיקת שמות המתלוננים ומוסרי המידע מתוך חומר זה אינה שונה במהותה מן הסייג שקבע בית הדין הארצי במקרה שלפנינו ולכך אתייחס להלן.

אם לשוב לפס"ד **אלוני**. במקרה זה, בית המשפט אומר שהיה אפשר לחשוף את המידע תוך השמטת פרטים ביחס לזהות מקורותיו, וזה שזה לא נעשה יצר פגם של ממש. ביהמ"ש מחזיר את דו"ח הביקורת למבקרת העירייה ולגורמים הנוספים, תוך הבהרה שההחזרה היא (א) למסלול הביקורת הרגיל ולא למסלול החירום, ו-(ב) תוך צורך בשימוע מהותי ומקיף של המבוקרת, רוני אלוני. זה יקרה לאחר שמבקרת העירייה תחשוף את כל המידע שהיה בפניה, בסייג שהוזכר.

=-=

בג"צ 844/06 **אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' אבי עוז ואח'** (2008)

העובדות הצריכות לעניין

1. אוניברסיטת חיפה (להלן: העותרת) היא "מוסד מוכר" כמשמעותו בחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 (להלן: חוק המועצה להשכלה גבוהה) והמשיבים 3-1 (להלן: המשיבים) הועסקו על ידה כמרצים בחוג לתיאטרון שבפקולטה למדעי הרוח (להלן: החוג או החוג לתיאטרון). ...

2. על רקע טענות שעלו בדבר קשיים בהתנהלותו של החוג לתיאטרון, החליטה ועדת ההוראה של הפקולטה למדעי הרוח ביום 14.7.2003 להקים "ועדת בדיקה והערכה" לחוג (להלן: הוועדה או ועדת הבדיקה). ועדת הבדיקה מנתה שלושה מרצים מן האוניברסיטה העותרת ומרצה נוסף מן החוג לתיאטרון באוניברסיטת תל אביב. לפי כתב המינוי שהוצא לוועדה, היה עליה "לבחון את החוג על כל מרכיביו בתחומי ההוראה, המחקר וההפקה, ולהגיש מסקנות והמלצות שיובילו לפיתוחו ולקידומו". הוועדה קיימה שתים-עשרה פגישות ונעזרה בחומרים כתובים ממקורות שונים ובראיונות שערכה. בפני הוועדה הופיעו שלושה-עשר מורים מן החוג לתיאטרון וכן דיקן הפקולטה למדעי הרוח, ראש החוג לתיאטרון אותה עת, מזכירת החוג וכן סטודנטית שלמדה בו. המשיבים הופיעו אף הם בפני הוועדה וכן הוסיפו ומסרו לה את עמדותיהם בכתובים. ביום 22.3.2004 הגישה הוועדה דין וחשבון מפורט המונה שורה של קשיים ובעיות שנתגלו בהתנהלות החוג מן ההיבט האקדמי וכן מן ההיבט האדמיניסטרטיבי. בין היתר התייחס הדו"ח בהקשר זה לתפקוד סגל ההוראה של החוג וצוין בו כי הוועדה התרשמה מקיומם של יחסים קשים בין המשיבים שהינם "נותני הטון" בחוג ליתר חברי החוג, וכי מן העדויות שהובאו בפניה מצטיירת תמונה לפיה המשיבים "שולטים בחוג שלטון ללא מצרים, הן בקביעת תוכנית הלימודים, העסקת מורים ופיטוריהם, והן בקשר עם התלמידים" וכי התנהלות זו תוארה כעולה כדי הנהגת "שלטון טרור" בחוג. מסקנתה של הוועדה הייתה כי קיים "קשר ברור בין הפגימה האקדמית והמבנה הפרסונלי" בחוג וכי "[]לא ניתן לתקן את הליקויים האקדמיים והמינהליים בחוג בלי שינויים פרסונליים משמעותיים" בו. הוועדה המליצה אפוא, בין היתר, שלא לחדש את חוזי ההעסקה של ארבעה מורים בחוג ובהם המשיבים 2 ו-3. אשר למשיב 1, שהוא בעל קביעות באוניברסיטה, הומלץ לבחון "דרכי פעולה המקובלות באוניברסיטה במקרים כאלו, כדי למנוע את הישנות המצב, שבו מי שייסד את החוג ועמד בראשו בעבר ימשיך להוות אופוזיציה לראש חוג מכהן, שתפקידו להבריא ולשקם את החוג". כמו כן נכללו בדו"ח המלצות ביחס לתוכנית הלימודים וביחס לנוהלי העבודה והארגון. הדו"ח כולל ציטוטים מן העדויות ומן המסמכים שהוצגו בפני הוועדה, אך אלה הובאו בעילום שם והוועדה ציינה לעניין זה בפתח הדברים כי כך נעשה משום שהיא "התחייבה לסודיות גמורה באשר לפרטי העדויות ומוסריהם, כדי לאפשר למרואיינים לומר את דבריהם מתוך כנות, חופשיות וללא מורא".

הנשיאה ביניש

2. מן הטעמים שפורטו באופן מקיף בפסק-דינה של חברתי השופטת חיות, אף אני בדעה כי הפרוטוקולים ויתר המסמכים הנדונים לפנינו רלוונטיים לסכסוך העומד לבירור בין הצדדים בפני בית-הדין האזורי לעבודה, וכי האוניברסיטה לא הצביעה על חיסיון מוכר בדין שיש בכוחו למנוע את גילוי החומר המבוקש.

בין הצדדים לפנינו לא היתה מחלוקת של ממש כי אין בנמצא חיסיון סטטוטורי שחל בנסיבות המקרה. טענתה המרכזית של האוניברסיטה היתה כי ראוי להכיר בחיסיון הלכתי חדש שימנע את גילוי החומר המבוקש, נוכח הצורך להגן על זכותם החוקתית לפרטיות של העדים שהופיעו בפני ועדת הבדיקה, ונוכח האינטרס הציבורי להגן על תפקודן של ועדות בדיקה וולנטריות במוסדות אקדמיים. בעניין זה, כבר נקבע בפסיקתנו כי "הכלל הוא שבהתדיינות אזרחית יש להבטיח גילוי רחב ככל הניתן של מידע הרלוונטי למחלוקת הנדונה בפני בית-המשפט", וכי בהתאם לכך "...הגישה כלפי החיסיון הינה חשדנית. רק במקרים מיוחדים וחריגים יוכר החיסיון" (דברי השופטת ד' דורנר ברע"א 2534/02 שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו(5) 193 (2002); דברי הנשיא א' ברק ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, פס' 5 (1995)). בנסיבות העניין שלפנינו, בדומה לחברותיי השופטת חיות והשופטת נאור, אף אני סבורה כי עוצמת הפגיעה בעיסוקם ובכבודם של המשיבים והצורך לאפשר הליך הוגן במסגרתו יוכלו להתגונן כראוי מפני הטענות שהועלו נגדם, מחייבים את גילוי תוכנם של הפרוטוקולים ויתר המסמכים שהיו בפני ועדת הבדיקה; זאת, אף בהנחה שעקב גילוי החומר, עשויה להתקיים פגיעה – שהיקפה לא התברר לפנינו – בפרטיותם של העדים ובפעילותן של ועדות בדיקה וולנטריות פנים-אוניברסיטאיות.

בהקשר זה יוער כי לא עיינו במסמכים המבוקשים ולפיכך מסכימות אנו כי אין לשלול החלטית אפשרות של פגיעה בפרטיות של העדים כתוצאה מחשיפת החומר המבוקש. השופטת חיות ציינה כי: "...יש לכאורה בחשיפתו של המידע בהליך המתנהל בין העותרת למשיבים בבית הדין האזורי לעבודה משום פגיעה בפרטיותם של המתלוננים והעדים ככל שניתנה להם התחייבות לסודיות המגבילה את היקף חשיפתו של המידע...", אלא שלשיטתה עוצמתה של הפגיעה נמוכה יחסית ואינה שקולה כנגד זכותם של המשיבים להליך הוגן שתיפגע אם לא יחשפו הפרוטוקולים ויתר מהמסכים המבוקשים (פס' 21 עמ' 27 לפסק-דינה). אף השופטת נאור ציינה כי "כיוון שהעדויות אינן לפנינו, מוכנה אני להניח לצורך הדיון כי נפגעה הזכות לפרטיות ביחס לחלק מהתלונות או העדויות... גם בהנחה שיש פגיעה מסוימת בפרטיות, הרי כשמניחים על כפות המאזניים את הפגיעה במתלוננים מול הפגיעה במשיבים, יד המשיבים על העליונה" (פס' 4 לפסק-דינה; ההדגשה במקור- ד.ב). כתמיכה בדברים אלה, ראוי להדגיש כי מאחר ובנסיבות העניין שלפנינו המשיבים אינם מתנגדים לקבלת החומר תוך השמטת שמות העדים ופרטים מזהים אחרים, ממילא טענות האוניברסיטה לפיהן מסירת החומר תפגע בפרטיות העדים וכתוצאה מכך יווצר "אפקט מצנן" בנוגע לפעולותיהן של ועדות בדיקה וולנטריות - מאבדות מעוצמתן. הנה כי כן, לשיטתי, גם בלא לעיין בחומר שהמשיבים מבקשים את גילויו, ניתן לומר כי עוצמת הפגיעה בזכות לפרטיות העדים נמוכה, ולו מן הטעם שקיימת הסכמה שלא לחשוף את שמות העדים ופרטים מזהים אחרים לגביהם. בהתחשב בכל אלה, אף אני סבורה כי אין בנסיבות המקרה כדי להצדיק את אי גילוי החומר המבוקש.

בהמשך לדברים האמורים ובלא להכריע בדבר, אעיר כי לדעתי, אין לשלול מראש אפשרות שבמקרים יוצאי-דופן, עשוי האינטרס הציבורי להצדיק הכרה בחיסיון הלכתי למניעת חשיפתם של מקורות שהעידו גם בפני ועדות בדיקה וולנטריות. כך למשל, בנוגע לועדות שתפקידן לבחון נושאים שיש אינטרס ציבורי מובהק לקבל מידע בעניינם, כאשר אי חשיפת המידע היה תנאי למסירתו או כאשר גילוי המידע עלול לפגוע בהמשך קבלתו (ראו והשוו להסדר הקבוע בסעיף 9(ב)(7) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998). נסיבות יוצאות-דופן כאמור אינן מתקיימות במקרה שלפנינו. ועדת הבדיקה הוולנטרית שהוקמה על-ידי האוניברסיטה נועדה לבחון קשיים בהתנהלותו של החוג לתיאטרון בהיבט האקדמי והאדמיניסטרטיבי. אף שאין להמעיט בחשיבותן של ועדות מסוג זה לשיפור איכות ההוראה ולייעול ניהולן של מערכות התמך במוסדות אקדמיים, אין לומר כי קיים אינטרס ציבורי חיוני הגובר על הכלל הרחב של גילוי שטעמיו נעוצים הן בטובת הכלל ובחתירה לחשיפת האמת ולעשיית צדק בהליך השיפוטי, והן באינטרס האישי של המשיבים להתגונן כראוי מפני הפגיעה בעיסוקם ובכבודם.

3. אשר להתחייבות החוזית לסודיות - דומה כי ההבדלים בין דעת השופטת חיות לדעתה של השופטת נאור בעניין זה אינם משמעותיים. הנחת הדיון הינה כי היה על ועדת הבדיקה לצפות אפשרות כי מסקנותיה ישמשו בסיס לנקיטת צעדים נגד המשיבים, ואף לניהול הליך משפטי בעניין. בהתחשב בכך, מסכימות שתי חברותיי כי לא היה בכוחה של ועדת הבדיקה להתחייב בפני העדים לסודיות מוחלטת של עדויותיהם, באופן ובהיקף העומדים בסתירה לדין החל בעניין גילוי מסמכים; כך המצב, בהעדר אינטרס ציבורי חיוני וכבד-משקל, שבכוחו להצדיק גזירת חיסיון מעצם קיומה של התחייבות חוזית לסודיות.

כפי שצוין בפסקה 21 לפסק-דינה של השופטת חיות, הנימוק המרכזי שהעלתה האוניברסיטה כנגד חשיפת החומר המבוקש, התבסס על החשש שמא המשיבים יתנכלו למי שהעיד נגדם. מבלי להביע כל עמדה בשאלה האם חשש זה מבוסס ומוצדק כשלעצמו, דומה כי המענה לו מבחינתה של האוניברסיטה, טמון באי חשיפת שמות ופרטים מזהים אחרים של העדים - להבדיל מחשיפת פרטי העדויות עצמן. לגישתי, בהעדר חיסיון מוכר בדין כמבואר לעיל, יכולה היתה ועדת הבדיקה להתחייב בפני העדים רק כי תעשה מאמץ שלא לחשוף את שמותיהם או כל פרט מזהה אחר בעניינם - להבדיל מתוכן עדותם. ניתן לראות בכך מעין התחייבות להשתדלות שלא לחשוף את זהות העדים בנסיבות בהן יתקיים הליך משפטי, על-מנת לעודד שיתוף פעולה של מוסרי מידע עם הוועדה, בלא לסתור את הוראות הדין החלות על העניין (לעניין "חיוב להשתדלות" ראו והשוו: ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241, פס' 7 (1997)).

בנסיבות המקרה שלפנינו, המאמץ שלא לחשוף את זהות העדים שהופיעו בפני הוועדה נשא פרי, כיוון שכאמור, הושגה הסכמה - או, למצער, העדר התנגדות - מצד המשיבים לעיין בחומר המבוקש ללא גילוי שמותיהם של העדים ופרטים מזהים אחרים. לולא ההסכמה כאמור, יתכן שמשמעות ההתחייבות האמורה ל"השתדלות", עשויה היתה להיות העלאת טענה מצד האוניברסיטה במסגרת הליך גילוי המסמכים, ולפיה מן הראוי לברר תחילה האם חשיפת זהותם של העדים אמנם חיונית להגנת המשיבים, נוכח הפגיעה בפרטיות העדים שאינם צד להליך ושדבריהם בעניין חשיפת החומר לא נשמעו (ראו והשוו בהקשר אחר: בע"מ 3542/04 סלס נ' סלס (טרם פורסם, 20.6.2005), פס' 14 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה, שם נדונה בקשה לגילוי חומר פרטי המצוי בידי צד שלישי שאינו בעל דין בהליך). בין כך ובין אחרת, היתה נותרת בידי האוניברסיטה האפשרות לשקול האם להימנע מחשיפת זהותם של העדים על-ידי מתן הסכמה לקבלת התביעה בפני בית-הדין לעבודה (ראו בעניין זה: פס' 6 לפסק-דינה של השופטת נאור).

הנה כי כן, שלא כעולה מפסיקתו של בית-הדין הארצי לעבודה, אני סבורה כי העדר חיסיון אין משמעותו כי ועדת הבדיקה לא היתה רשאית להבטיח דבר כלשהוא בעניין חשיפת העדויות שהובאו בפניה. עם זאת, מהות והיקף ההתחייבות בעניין זה צריכים להיגזר מהוראות הדין החלות על העניין. על-פני הדברים, דומה כי בנסיבות המקרה שלפנינו, ההתחייבות שנתנה ועדת הבדיקה לעדים לא הופרה בעיקרה, נוכח הקביעה לפיה החומר יימסר למשיבים ללא גילוי זהותם של העדים. עם זאת, הסוגיה הנוגעת למערכת היחסים החוזית שבין ועדת הבדיקה לבין העדים שהופיעו בפניה אינה עומדת לדיון לפנינו, ולפיכך אינני רואה להכריע בה.

**=-=**

**חובה סמוכה, "חובת ההיוועצות"**

בג"צ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה**, פ"ד נד(3) 496 (2000)

[סעיף 7(א) ל[חוק רשות השידור](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p213m1_001.htm), תשכ"ה-1965 (להלן – החוק) קובע כי 30 מתוך 31 חברי מליאת רשות השידור (להלן – המליאה) ימונו על-ידי נשיא המדינה על-פי המלצת הממשלה, וזאת לאחר שהממשלה תקיים התייעצות עם הארגונים היציגים של הסופרים, של המורים ושל האמנים בישראל, עם מוסדות ההשכלה הגבוהה, עם האקדמיה ללשון עברית ועם גופים ציבוריים אחרים שיש להם זיקה לענייני שידור. העותרים טוענים כי הממשלה כשלה במילוי חובת ההתייעצות המוקדמת שהוטלה עליה בחוק. הם מבקשים להורות על בטלות מינוייהם של חברי המליאה שמונו.]

ענייננו זו הפעם סב-הולך סביב הסוגיה של התייעצות סטטוטורית. חוק מקנה סמכות לרשות פלונית לעשות מעשה או להחליט החלטה, אך מוסיף הוא וקובע כי אותה רשות לא תעשה מעשה שהוסמכה לעשותו או לא תחליט החלטה שהוסמכה להחליטה, עד שתיוועץ באדם או בגוף פלונים. כיצד תמלא הרשות בת-הסמך אותה חובת התייעצות שהוטלה עליה, ומה מסקנה נסיק אם כשלה הרשות במילוי חובתה זו, כולה או חלקה? בשאלות אלו ובשאלות נלוות אליהן נהפוך בחוות-דעתנו זו.

**מקצת הוראות החוק שלעניין והשאלה שבמחלוקת**

...

3. החוק מורה אותנו כי במליאת רשות השידור יכהנו שלושים ואחד חברים – שאותם ממנה נשיא המדינה – ומוסיף הוא ומפרט בדרך המינוי. וזו לשונו של סעיף 7(א) ל[חוק רשות השידור](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p213m1_001.htm):

**"הרכב המליאה** 7. (א) לרשות תהיה מליאה של שלושים ואחד חברים שימנה נשיא המדינה והם:

(1) שלושים אנשי ציבור שהמליצה עליהם הממשלה לאחר התייעצות עם הארגונים היציגים של הסופרים, המורים והאמנים בישראל, עם מוסדות ההשכלה הגבוהה והאקדמיה ללשון העברית ועם גופים ציבוריים אחרים שיש להם זיקה לעניני שידור, ובלבד שלא יהיו ביניהם יותר מארבעה עובדי המדינה; לעניין פסקה זו לא ייחשב מורה כעובד המדינה;

(2) נציג אחד של הסוכנות היהודית שיומלץ על ידיה".

שלושים מחברי המליאה – אנשי ציבור – אמורים אפוא להתמנות על-פי המלצת הממשלה, והממשלה תיתן את המלצתה – כך מוסיף ומלמד אותנו החוק – לאחר התייעצות עם גופים ועם ארגונים המתוארים בסעיף 7(א). הכוח העיקרי ניתן אפוא בידי הממשלה, אך הממשלה לא תקיים את סמכותה כראוי אלא אם תיקח דברים ("לאחר התייעצות") עם גופי-תרבות אלה ואחרים "ועם גופים ציבוריים אחרים שיש להם זיקה לעניני שידור". לשון אחר: הגם שסמכות ההמלצה – קרא, סמכות ההחלטה – היא בידי הממשלה, **חובה** היא המוטלת עליה – חובה שזמנה הוא קודם מעשה ההמלצה – להיוועץ בגופים מסוימים בשאלה מִי-וָמִי יהיו במומלצים. [...]

**על משמעותה ועל דרכיה של התייעצות**

[...]

29. עקרון-העל [של חובת ההיוועצות] מוליד בנים ובני-בנים, ובכל אותם צאצאים מנשבת רוחו. מבין כל אותם עקרונות-משנה נעמוד על שלושה (החופפים בחלקם זה-את-זה), והם לענייננו עתה.

עקרון-משנה אחד: חובה היא המוטלת על הרשות מקבלת העצה לפרוש לפני הרשות המייעצת את כל המידע הרלוונטי – ככל שמידע זה אינו מצוי ממילא בידי זו האחרונה – והרי רק כך תוכל הרשות המייעצת להשפיע מטוּב עצתה על הרשות מקבלת העצה. פשוט וברור הוא, שאם לא תדע הרשות המייעצת את כל הנתונים שלעניין, ממילא תהא עצתה חלקית וקטועה, וכמסקנה נדרשת מכאן נדע כי השיג-והשיח בין המייעץ לבין מקבל העצה לא ימלא את תכלית חובת ההתייעצות. אמר על כך השופט בקניל (*Bucknill, L.J.*) בפרשה הידועה של *Rollo v. Minister of Town Planning* (1948) [18], *at p. 17*:

“...the Minister must supply sufficient information to the local authority to enable them to tender advice...”.

דברים אלה אומצו ב[בג"ץ 384/66](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20384/66) פוקסמן נ' המפקח על התעבורה (פרשת פוקסמן [12]), בעמ' 225. לתחום התפרשותו של המושג “sufficient”, ראו *Reg. v. Social Services* *Sec., Ex p. A.M.A.* (1986) [19], *at p. 4*; Jergesen *supra* [23],  
*at pp. 305-307*.

עקרון-משנה שני – והוא בהמשכו לעקרון-המשנה הראשון: שומה עליה על הרשות המתייעצת לאפשר לרשות המייעצת – ליתן לה הזדמנות – למלא את משימת הייעוץ כהילכתה, ומכל בחינה שהיא. כך, למשל, מבחינת השהות הניתנת לגוף המייעץ: חייבת היא הרשות מבקשת העצה ליתן לגוף המייעץ שהות ראויה למחשבה ולשיקול עד שיחויב ליתן את עצתו. בהיעדר נסיבות יוצאות-דופן במיוחד, דרישה לעת-ערב כי ייעוץ יינתן על-אתר ולכל המאוחר עד למחרת השכם בבוקר, לא תעמוד במבחן ההתייעצות הראויה. נביא שוב מדבריו של השופט בקניל בפרשת **רולו [**18**]**, בעמ' 17:

“...on the one side, the Minister must supply sufficient information to the local authority to enable them to tender advice, and, on the other hand, a sufficient opportunity must be given to the local authority to tender that advice”.

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

עיקר בהתייעצות הוא, כך לימדנו השופט בייסקי בפרשת **עזבה [3]**, בעמ' 600:

"...שמבחינה מהותית, לגבי העניין העומד להתייעצות, תהא האפשרות לכל אחד להציג עמדתו, להביע דעתו ואף לנסות להשפיע על רעהו".

כנגזר מעקרון-משנה זה של מתן הזדמנות נאותה לייעוץ – כך קבעה ההלכה – חייבת היא הרשות המתייעצת להביא לידיעת הגוף המייעץ הצעת-החלטה ששוקלת היא להופכה להחלטה, שרק כך יתאפשר לגוף המייעץ לחוות דעתו ולייעץ כראוי. ובלשונו של השופט מצא ב[בג"ץ 1934/95](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%201934/95) תה ויסוצקי (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות [13], בעמ' 644:

"בבקשה את עצת הגורמים המייעצים מוטל על הרשות המחליטה להביא לפניהם את תוכן ההחלטה. מטרת ההיוועצות היא לעמת את הגורמים המייעצים עם ההחלטה המתגבשת ולאפשר להם להביע את עמדתם".

באומרו דברים אלה שאמר, סמך השופט מצא עצמו לדבריו של השופט י' כַּהַן ב[בג"ץ 512/81](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20512/81) המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית, ירושלים נ' שר החינוך והתרבות (פרשת המכון לארכיאולוגיה [14]), בעמ' 546:

"כאשר הרשות חייבת להתייעץ עם רשות אחרת, מן ההכרח שהיא תביא בפני הרשות המייעצת הצעה מסוימת, ואין לראות בהבאת הצעה כזו כל קביעת עמדה סופית, אלא רק קביעת עמדת ביניים, שתוכל להשתנות עקב העצה שתתקבל או מסיבות אחרות".

אלה טיבה וטבעה של התייעצות-אמת, שתהא "...החלפת דעות, שמיעת עמדות ובחינתן וקבלת מידע ומסירתו" (פרשת **יקב הגליל [2]**, בעמ' 17). בהיעדר כל אלה, לא תהיה התייעצות – לא כהוראתה ולא כמשמעותה. אכן, החוק לא קבע דרכי הליכים מוגדרות וקשיחות להתייעצות, ואולם תהא דרכו של ההליך כאשר-תהא, חייבת היא לשרת את המטרה שלשמה נועדה. וכך, בהיעדר שימוש נאות בהליך הנכון, לא תמלא הרשות המתייעצת את חובת ההתייעצות המוטלת עליה.

30. משפירטנו חובה עיקרית להתייעצות – חובה עיקרית ועמה חובות-משנה – נוסיף ונעיר דברים אלה. אכן, אסורה היא הרשות לגבש החלטה סופית קודם שמיעת עצתה של הרשות המייעצת, שאם כך תעשה תייתר בעצם החלטתה את הליך ההתייעצות ותהפוך אותו לכלי ריק. עם זאת אין מניעה – בנסיבות מתאימות – שהרשות תקבע עמדת-ביניים; כי תציג עמדת-ביניים זו לפני הרשות המייעצת; כי הרשות המייעצת תביע דעתה על אותה עמדה וכי הרשות בעלת-הסמכות תשקול את הצעתה של הרשות המייעצת בתום-לב, בלב פתוח ובנפש חפצה. ראו דברי השופט י' כַּהַן שהבאנו בפיסקה 29 לעיל (מפרשת **המכון לארכיאולוגיה [14])**.

31. אשר לענייננו-שלנו: הבה נשַוֶוה נגד עינינו את העיקרים שעמדנו עליהם; נבחן את שעשו נציגי הממשלה – את שעשו וחדלו ולא ייוותר ספק-ספקא בלבנו כי נציגי הממשלה עוולו לחובת ההתייעצות – למתחילה ועד סוף. בבקשנו ליתן מובן ומשמעות כלשהם למושג ההתייעצות, אין מנוס ממסקנה כי הממשלה לא נועצה באותם גופים שחובה מפורשת הוטלה עליה להיוועץ בהם; לא-כל-שכן, שבהפרה כל אותן חובות-משנה הכרוכות בחובת ההתייעצות, לא נועצה בהם בלב פתוח ובנפש קולטת. אכן, סקירת העובדות לימדה אותנו, כי לאחר שנועצו בנציגי המפלגות השונות – וקודם שפנו אל גופי-הייעוץ המנויים בחוק – ערכו נציגי הממשלה רשימת מועמדים, ואותם מועמדים עצמם הם אף שהיו המועמדים שעליהם המליצה הממשלה להיותם חברי מליאת רשות השידור.

המלצות הגופים שהמחוקק קרא בשמם או בתוארם בסעיף 7(א)(1) ל[חוק רשות השידור](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p213m1_001.htm) עברו ליד אוזנה של הממשלה כזמזום דבורה במעופה, או שמא נאמר: המלצותיהם הונחו במקום שהונחו ולא נודע כי היו כלל. נשיאי אוניברסיטאות ומכובדים אחרים המליצו את אשר המליצו, ופקידי משרד ראש-הממשלה תייקו את המלצותיהם בתיקים. לא נמסר לנו אם אותם פקידים הביאו את ההמלצות לידיעת ראש-הממשלה או לידיעת שרים משרי הממשלה, אם לאו, וגם לא נדע מה אירע: אם חדלו הפקידים ולא הביאו את ההמלצות לידיעת ראש-הממשלה והשרים, או אם הביאו אותן המלצות לידיעת ראש-הממשלה והשרים ואלה התעלמו מהן כמו-לא-היו. אלא שסוף מעשה יעיד על תחילתו, וסוף המעשה יזעק באוזנינו, כי הממשלה לא נתנה כלל דעתה להמלצותיהם של גופי-הייעוץ. אכן, הממשלה עשתה חוכא-ואטלולה מחובתה להתייעץ בגופי-תרבות ובגופי-תקשורת שהחוק חייב אותה להיוועץ בהם, וממילא הפרה בעליל את חובת-ההתייעצות שהוטלה עליה.

חמור מכך. סקירת אירועי-ההתייעצות תלמדנו – ובאורח חד-משמעי – כי הממשלה ונציגיה לא נתכוונו כלל – מלכתחילה – להיוועץ באמת-ובתמים באותם גופים שהחוק הטיל על הממשלה חובה להיוועץ בהם. כך היה שעה שנציגי הממשלה פנו אל גופי-הייעוץ לאחר פקיעת כהונתה של המליאה היוצאת; כך היה שעה שלא ניתנה לגופי-הייעוץ שהות ראויה "לייעץ" וכך היה כאשר המלצות שהמליצו מקצת גופי-ייעוץ לא זכו לכל תשומת-לב שהיא.

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

32. בהפרה את עקרון-העל שבחובת ההתייעצות, הפרה הממשלה, ממילא, את עקרונות-המשנה הנגזרים מאותו עקרון-על. אין צורך שנעמוד על הדברים בפרוטרוט; המעיין יעיין והדברים יימצאו לו בנקל. אכן, הממשלה החליטה מראש מִי-וָמִי יהיו במועמדים לכהן במליאת רשות השידור, ומועמדים אלה אכן נתמנו לחברות במליאה. הממשלה לא נועצה בגופי-הייעוץ התייעצות-של-אמת; הממשלה לא סיפקה לאותם גופי-ייעוץ מידע באשר לאמות-המידה לבחירתם של חברי המליאה; הממשלה לא נתנה שהות ראויה לגופי הייעוץ לייעץ לה (ומשנתבקשו העושים במלאכה להרחיב את המועד למתן הייעוץ – התעלמו מן הבקשה); הממשלה לא שתה דעתה כלל לייעוץ. פצע וחבורה ומכה טרייה, בוקה ומבוקה ומבולקה.

**באילו גופים נתחייבה הממשלה להיוועץ?**

33. העותרים שלפנינו – גופים המאגדים יוצרים, בימאים, תסריטאים ואמנים שתחום עיסוקם הפקות לטלוויזיה ולקולנוע – טוענים כי הממשלה לא נועצה בהם קודם מינוייהם של חברי המליאה, ומכאן שנפל פגם – פגם מהותי – בהליך המינוי. על כך משיבים המשיבים, וכך הם טוענים: תהא-אשר-תהא חובת הממשלה על-פי חוק להיוועץ בגופי-תרבות אלה ואחרים, מכל מקום לא הוטלה עליה חובה להיוועץ בעותרים. ומדוע כך? שהחוק לא הטיל על הממשלה חובה ספציפית להיוועץ בעותרים; שהעוסקים מטעם הממשלה בנושא לא ידעו כלל על קיומם של העותרים – שאין הם גופי-תקשורת או גופי-אמנות מפורסמים, וכמסקנה נדרשת מכאן, שאין לומר כי הממשלה הפרה חובתה כלפיהם.

טענה-תשובה זו צורמת את האוזן וממליחה את העין. מה לה לממשלה שטוענת היא כי לא ידעה על קיומם של העותרים, וכי גופי-תרבות וגופי-תקשורת שהממשלה ידעה עליהם זכו כי ייוועצו בהם? והרי גם אותם גופי-תרבות וגופי-תקשורת שהכול יודעים עליהם, גם עליהם לא נתנה הממשלה את דעתה, ואת מכתבי התשובה שקיבלה אך תייקה בתיקים. אכן, משנהגה הממשלה כפי שנהגה, לא נשמע לטענתה זו. טענה בלתי ראויה היא.

34. אשר לגופה של הטענה: כפי שראינו למעלה, כמה סוגי גופים מייעצים מנויים בסעיף 7(א)(1) לחוק, מהם שהחוק קורא מפורשות בשמם או בתוארם (הארגונים היציגים של הסופרים, המורים והאמנים, מוסדות ההשכלה הגבוהה והאקדמיה ללשון העברית) ומהם גופים המתוארים אך באופן כללי בלבד (גופים ציבוריים אחרים שיש להם זיקה לענייני שידור). אשר לסוג הגופים הראשון, אין ספק שהממשלה חייבת להיוועץ בכל אחד מאותם גופים, ואי-ההתייעצות בגופים אלה – או באחד מהם – יפגום בהליך ההתייעצות (בלא שאמרנו מה תהא תוצאת הפגם). העותרים אינם פוקדים עצמם עם סוג גופים זה, וממילא אין לומר כי במובן זה הפרה הממשלה את חובתה כלפיהם.

אשר לסוג הגופים השני, אלה "גופים ציבוריים אחרים שיש להם זיקה לענייני שידור": גוף מסוג זה, אם גוף ידוע ובעל-משמעות הוא, קרוב להניח כי תקום חובה להיוועץ בו – ולגוף תקום זכות לייעץ; השוו: Jergesen *supra* [23], *at pp. 296-299*. ראו עוד ד"ר ברכה **בספרו הנ"ל** (כרך א) **[20]**, בעמ' 211. ואולם, אין צורך שנקבע מסמרות בדבר. המשיבים טוענים כי לא ידעו כלל על קיומם של העותרים, ובנסיבות העניין לא נאמר כי אכן קמה ונהייתה חובה להיוועץ בהם. זאת נוכל לומר, שמחדל הממשלה להיוועץ בעותרים אינו אלא רכיב במחדל הכללי להיערך לקראת הליך בחירתה של מליאה חדשה. לו נערכה הממשלה מראש לקראת הליך מינויה של המליאה החדשה, כפי שהיה ניתן לצפות כי תיערך – והיערכות מראש פירושה, בין היתר, עריכת בירורים חודשים מספר מראש מִי-וָמִי יהיו במייעצים – קרוב להניח כי הייתה שומעת על העותרים והעותרים היו שומעים על הליך ההתייעצות, ונאמנת עלינו הצהרת הממשלה בתשובתה, כי לו ידעה על העותרים, הייתה נועצת בהם. ואולם הממשלה החלה בפעילות של-ממש, כפי שראינו, רק לאחר מלאות ימיה של המליאה היוצאת, ובנסיבות אלו אין פלא בדבר שלא ידעה על קיום העותרים. מחדלה של הממשלה הוא-הוא שהביא לאי-היוועצות בעותרים, וכך עוולה הממשלה גם לעותרים.

35. בין כך ובין אחרת, משנמצא לנו כי הממשלה חדלה מכול-וכול למלא את חובתה להיוועץ בגופי הייעוץ הקבועים בחוק, ממילא נפל פגם כבד ומהותי בהחלטתה על המועמדים לאייש את המליאה הנכנסת של רשות השידור.

[בשלב זה המשיבים מבקשים להתגונן באמצעות דוקטרינת "הבטלות היחסית" – בית המשפט דוחה זאת].

=-=

**קריאה לפגישה הבאה:** – כללי הצדק הטבעי – חלק ב':

**האיסור על "משוא פנים" והאיסור הסמוך על "ניגוד עניינים".**

אלו כללים מהחשובים והסבוכים שבמשפט המינהלי. אנא קראו את שלשת פסקי הדין הבאים ונסו לפענח את הכללים האמורים לאורם: **בן-דוד, מושלב** (שפגשנו כבר בתחילת השנה)**, רמות** (הפסקאות המבוקשות בו).

**משפט ציבורי**, *תשע"ה*, ד"ר אילן סבן, ינואר 2015, **סוף סמסטר א**, ***פגישה 26***

המשך לפגישה הקודמת

**מהם המשתנים המשפיעים על מידת הקפדנות שננקוט ביחס לכללי הצדק הטבעי?**

הדיון להלן עוסק בעיקר באחד מכללי הצדק הטבעי – זה שבו עסקנו בפגישה הקודמת:

**"זכות הטיעון"** (=הזכות לשימוע), ואולם הדברים נכונים עקרונית גם לכללי צדק טבעי נוספים, שאליהם נגיע מייד.

1. **סוג הסמכות המינהלית**: האם מדובר בסמכות מינהלית-תחיקתית, סמכות מינהלית מעין-שיפוטית או סמכות מינהלית-ביצועית?

ב**סמכות מעין-שיפוטית אנו מקפידים יותר על שמירתם של כללי הצדק הטבעי** (פס"ד **פלונית**, **בן-דוד**).

**ביחס לסמכות מינהלית-תחיקתית**: האם **קמה חובת שמיעה/ זכות טיעון ביחס לסמכות תחיקתית**?

[**חקיקה ראשית** – לא נעניק זכות טיעון באופן ישיר. יש את הכנסת, גוף קולקטיבי, השקפות עולם רבות שמספקות את המידע והחשיבה הרחבה והם הנציגים של הציבור.

עם זאת, ועדות הכנסת נוטות להזמין גורמים מעוניינים לדיוניהן, כולל בעת שנשקלת חקיקה וחקיקת משנה, וכך מושמעים קולותיהם של המוזמנים; יתר על כן, יש בכנסת פעולה של "שתדלנים" (לוביסטים) – שמייצגים גורמים כלכליים שונים או גורמים של החברה האזרחית (עמותות בעיקר).]

{הסוגריים המרובעות שלעיל מגיעות משום שמדובר במחוקק ולא במינהל הציבורי, שבו אנו עוסקים בפרק זה של הקורס}.

**חקיקת משנה** – מדובר בהכרעות של הרשות המינהלית המקבלות גיבוש פורמאלי כ"תקנות", "כללים" וכדומה.

הכרעות אלו נעשות לרוב על ידי ראשי הפירמידה של גורמי המינהל – משמע, השר המתקין תקנות מכוח חקיקה שהוא מופקד על יישומה, או המועצה של התאגיד הסטטוטורי המתקינה את הכללים מטעם התאגיד.

(כללים של הסדרה עצמית, אם מדובר בתאגיד סטטוטורי שהוא נותן שירותים, דוגמת מגן דוד אדום, או כללים המסדירים את התנהלותם של האחרים, דוגמת פעולתה הרגולטיבית של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, המפקחת על ערוצי הטלוויזיה המסחריים ועל תחנות הרדיו האיזוריות).

משום שתקנות וכללים מתקבלות כך, הרי שהן מגיעות תכופות מזווית-ראייה שהיא מצומצמת יותר מזו של הכנסת, על קשת נבחרי הציבור שבה. כך למשל, שר מייצג את הרוב הפוליטי של היום והוא לכן פחות נחשף לעמדות שהן שונות משלו, וכמו כן הוא גם קרוב מדי להחלטות שמדגישות, ואולי מדגישות מדי, את אינטרס ה"יעילות", זאת לעיתים על חשבון "ההגינות".

[חוקי-עזר עירוניים הם המקרה החריג, שכן מועצת הרשות המקומית המחוקקת את חוקי-העזר העירוניים מייצגת את הקולות השונים בקרב התושבים.]

משום הבעייה הנזכרת, של זווית המבט הצרה ואולי המוטה מדי של חלק ממחוקקי המשנה, מופיעים לעיתים **מנגנונים של שיתוף בהחלטה או היוועצות**. למשל, שיתוף של ועדה של הכנסת בתהליך התקנת התקנות או הכללים; או מופיעה חובת היוועצות סטטוטורית – כזו הקבועה בחוק – עם גורמים רלוונטיים כאלה ואחרים.

(יש להבחין בין שיתוף, בדרך של צורך באישור של הגורם שאותו משתפים, לבין שיתוף בדרך של היוועצות, שמיעת עצתו של הגורם האחר).

(במקביל, נעשית היוועצות ביועץ המשפטי של המשרד הממשלתי, אך זאת לעניין חוקיותה של חקיקת המשנה, להבדיל מתבונתה, קרי, להבדיל מהשאלה עד כמה המדיניות המגובשת בה היא רצויה).

1. **עוצמת הזכות וסוג הזכות של הפרט (או התאגיד הפרטי) הנפגעת** ע"י הרשות (השוו לפס"ד **טרנר**).

אנא שימו לב לכך שיש לתת זכות טיעון לא רק בעת מהלך שלטוני שבו צפויה להיפגע או נפגעת זכות יסוד של אדם – דוגמת קניינו, פרטיותו, חופש התנועה שלו, חופש הביטוי שלו וכדומה – אלא גם בעת שהרשות צפויה לפגוע או פוגעת **ב"זכות מוקנית"** של אדם.

ראו למשל, רישיון לשאת נשק. יש הבדל בין השלב שבו נבחנת בקשה של אדם לשאת אקדח לבין מצב שבו הרשות שוקלת לבטל רישיון שנתנה לנשיאת אקדח. בשלב הראשון אין לאדם, לא זכות יסוד לשאת נשק ולא זכות מוקנית לשאת נשק, ואילו לאחר שקיבל את הרישיון הרי שהוקנתה לו זכות שכזו.

אשר על כן, על הרשות להעניק זכות טיעון משמעותית בטרם ביטול שכזה או סמוך לאחריו.

1. **הפיכות הפגיעה בזכות** של האדם או התאגיד הפרטי (דוגמא? – ראו דפי הפגישה הקודמת)**.**
2. **הפגיעה באינטרס הציבורי שתיגרם אם תינתן זכות טיעון (זכות טיעון מוקדמת, ולחלופין מאוחרת) למי שטוען לה?**

[דוגמת צו החיפוש]

1. בסמוך לנקודה הקודמת אך מנגד, **האם לא קיימות חלופות פחותות בחומרתן** שמאפשרות להקטין את הפגיעה באינטרס הציבורי בלי למנוע את זכות הטיעון? דוגמא?

=-=

**כללי הצדק הטבעי – ב'**

**משוא פנים וניגוד עניינים**

**הכלל בדבר איסור "משוא פנים"**

בג"צ 1356/96 **בן דוד נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נ(1) 661 (1996)

.1בעיתון "מעריב" פורסמה (ביום 24.1.96) כתבה בדבר אי-שימוש בתרומות דם שתרמו למגן-דויד-אדום עולים מאתיופיה. פירסום הכתבה גרר תגובה ציבורית חריפה. בשיאה נערכה הפגנה אלימה של בני הקהילה האתיופית מול משרד ראש הממשלה. בהפגנה זו נפצעו מפגינים ושוטרים. נגרם נזק לרכוש. בעקבות הסערה הציבורית החליט ראש הממשלה, בו ביום, למנות ועדה ציבורית לבירור הנושא. בכתב המינוי (שנחתם ביום 12.2.96) נקבע כי הוועדה מונתה כוועדת בירור, על-פי סעיף 28(א) לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט- .1968על הוועדה הוטל לבדוק "את פרשת תרומות הדם של עולי אתיופיה על היבטיה השונים, כולל השלכותיה החברתיות והציבוריות". כן נקבע בכתב המינוי כי "הוועדה תהיה רשאית להתמקד בהיבטים מסויימים כפי שתמצא לנכון לאור טענות ועובדות שיובאו בפניה". ...

.2העותר (ד"ר אמנון בן דוד) הוא מנהל אגף שירותי הדם במגן-דויד-אדום.

4. [...] עוד בטרם החלה הוועדה בפעולותיה התראיין מר אדיסו מסאלה (ביום 14.2.96) [חבר הוועדה] בעיתון "מעריב". נאמר בכתבה - ודברים אלה אושרו בפנינו - כי מר מסאלה אמר כי "העדה האתיופית מצפה לכך שהוועדה תוציא מסקנות אישיות נגד מנהל בנק הדם, ד"ר אמנון בן-דוד, האחראי לדבריו למדיניות השקרים של בנק הדם, ולמדיניות השלכת תרומות הדם של בני העדה לפח". כן נמסר מפיו של מר אדיסו מסאלה כי "בפחות מזה לא נסתפק. אני והעדה כולה מצפים שהוועדה תמצה את הדין עם האחראי לפרשה שגרמה לעדה ולשמה הטוב נזק בלתי הפיך. לא אתן למרוח ולא אסכים שמסקנות הוועדה לא יכללו, גם המלצות אישיות. מי שהיה אחראי להחלטה האומללה הזו, אסור לו שימשיך ויכהן בתפקיד ציבורי כלשהו".

7. הוועדה אשר מונתה על ידי ראש הממשלה, נועדה לבדוק "את פרשת תרומות הדם של עולי אתיופיה על היבטיה השונים". נקבע כי הוועדה רשאית "להתמקד בהיבטים מסוימים כפי שתמצא לנכון לאור טענות ועובדות שיובאו בפניה". **יש להניח כי הוועדה תדון, בין שאר ההיבטים של עניין תרומות הדם של עולי אתיופיה, לא רק בשאלות החברתיות והציבוריות אלא גם בתפקודו של העותר, תוך שהיא תוכל ליתן המלצות בעניינו. נמצא, כי עניינו של העותר מונח בכפה של הוועדה.** בנסיבות אלה, מוסכם הוא על הכל - וגם מר בלס לא טען בפנינו אחרת - כי הכלל הבסיסי האוסר על משוא פנים חל באשר לחברותו של מר אדיסו מסאלה בועדה. [...]

8. […] ודוק: הכלל אינו אוסר על חברות בועדה של אדם, שעם מינויו יש לו דעות משלו בעניין נשוא הוועדה. לעיתים קרובות מתמנים לועדה מומחים, אשר להם דעות מקצועיות בעניינים נשוא דיוני הוועדה. האיסור על חברות בועדה חל מקום שיש לו לחבר הוועדה דעה קדומה, שאין סיכוי סביר כי תשתנה במהלך דיוני הוועדה. פסילתו של חבר ועדה מלכהן בה בא מקום שדעתו של החבר "נעולה", ואין הוא "פתוח" לשכנוע ולשינוי. ביסוד גישה זו מונח האינטרס (הפרטי) של מי שעלול להיפגע מהמלצות הוועדה, הזכאי לכך כי ההמלצה בעניינו תעשה על יסוד מכלול החומר המצוי בפני הוועדה, ולא על יסוד דעותיו הקדומות של חבר הוועדה. ביסוד גישה זו מונח גם האינטרס (הציבורי) של אמון הציבור בפעילות הוועדה, בתקינותה ובאובייקטיביות שלה. זהו אמון הציבור כי המלצות הוועדה "נובעות מבירור ענייני והוגן ומשקפות את האמת, ללא משוא פנים או דעה קדומה".

מהם הטעמים המצטברים שבשלהם נפסלת חברותו של מר מסאלה בוועדת הבירור?

=-=

להלן, שוב, קטעים מפסק דין מעניין שמופיע בסילבוס אך כקריאת רשות. הוא עוסק בחובות של "שקיפות" של הרשות המינהלית. [בלשונו של השופט חשין: "**שקיפות: דיווח, תיעוד, גילוי"].** והוא עוסק **בקשר שבין חובות השקיפות לבין היכולת לשמור (לבקר שמירה) על כללי הצדק הטבעי.**

בג"ץ 3751/03 **יוסי אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נט(3) 817 (2004)

[העותר היה מועמד במכרז פנימי שערכה המשיבה 1 למשרת מנהל תחנת הצלה. לטענת העותר, נציג ועד העובדים נפגש טרם ישיבת ועדת המכרזים עם חלק מהמועמדים ועם נציגי ועד המצילים והחליט עוד לפני הישיבה לתמוך במועמדים המועדפים על ועד המצילים. העותר טוען עוד שנציג ועד העובדים לא דיווח לוועדת המכרזים על פגישות אלה ועל החלטתו המוקדמת. לנוכח אלה העותר טוען שנפגם הליך המכרז ויש לבטלו. טענותיו נדחו על-ידי בית-הדין האזורי ועל-ידי בית-הדין הארצי לעבודה, ומכאן העתירה.]

[הדרישות/ החובות המופיעות כאן ביחס ל"שקיפות" הנדרשת מהרשות המינהלית, נקשרות לחובה/ לכלל האוסר "משוא הפנים". השקיפות משמשת מנגנון-בקרה או מספקת כלים למיתון בעייה אפשרית של משוא פנים].

עיקרי העובדות שלעניין

2. עיריית תל-אביב-יפו פרסמה מכרז פנימי לאיוש שתי משרות של מנהל תחנת הצלה בחוף העירייה. עובדים מספר הגישו מועמדותם למכרז, ובהם העותר והמשיבים 2 ו-3. ועדת המכרזים מנתה חמישה חברים ואלה הם: מר משה שץ, סמנכ"ל העירייה (יושב-ראש הוועדה); מר ישראל פרנקל, ממלא-מקומו של מנהל אגף כוח אדם בעירייה; שני נציגים של ארגון העובדים: מר ארנון בר-דוד, יושב-ראש ארגון העובדים, ונציג נוסף; גב' אורלי רכט, נציגת ציבור. כן נכחו בישיבת הוועדה, במעמד של יועצים, מר אלקיים, סמנכ"ל בפועל בעירייה, ומר יוסף ברנע, מנהל מחלקת החופים בעירייה.

3. העותר והמשיבים 2 ו-3 עמדו בתנאים הפורמאליים הנדרשים לאיוש המשרה של מנהל תחנת הצלה, ולפי הזמנת הוועדה התייצבו לריאיון לפניה, השיבו לשאלות שנשאלו ואמרו את שיש בפיהם לומר. לסוף בחרה הוועדה במשיבים 2 ו-3 ודחתה את מועמדותו של העותר.

4. העותר פנה לבית-הדין האזורי לעבודה ועתר לסעד הצהרתי שלפיו בטלה החלטתה של ועדת המכרזים, ובטל מינוים של המשיבים 2 ו-3 שבא בעקבות אותה החלטה. בית-הדין האזורי לעבודה (כבוד השופטת ו' סמט) דחה את התביעה בקבעו כי לא נפלו בהליכי המכרז פגמים המצדיקים התערבות בהחלטתה של ועדת המכרזים. ערעור שהגיש העותר לבית-הדין הארצי לעבודה נדחה אף הוא. מכאן העתירה שלפנינו, שבה העותר (שלא יוצג בידי עורך-דין) מעלה אותן טענות עצמן שהעלה לפני בתי-הדין לעבודה, ואשר בתי-הדין ראו לדחותן.

5. שלוש טענות העלה העותר לפני בתי-הדין לעבודה, ואלו היו הטענות: טענה אחת הייתה כי בישיבת הוועדה נכח כל העת, כיועץ מומחה, מר יוסף ברנע, מנהל מחלקת החופים בעירייה (ברנע). טען העותר כי ברנע מסוכסך עמו ומתנכל לו זמן רב, וכי היה בנתון זה בלבד כדי לפגום ביכולתו לחוות-דעתו לוועדה כמומחה. בית-הדין דחה טענה זו משלא הוכח כי ברנע דיבר בישיבת הוועדה נגד העותר. עוד קבע בית-הדין כי העותר לא העלה טענתו זו במועדה, דהיינו בעת שראה כי ברנע נוכח בישיבת הוועדה, אלא רק לאחר שהודע לו כי מועמדותו נדחתה. טענתו השנייה של העותר הייתה זו שכישוריו עולים על כישוריהם של המשיבים 2 ו-3, וכי הוועדה לא הייתה ערה כלל לכישוריהם היחסיים של המועמדים, וממילא לא שקלה כראוי את נושא הכישורים. בית-הדין דחה גם טענה זו וקבע כי מועמדותם של המשיבים 2 ו-3 נתקבלה משיקולים שלעניין.

אותן טענות עצמן הוסיף העותר והעלה גם לפני בית-הדין הארצי לעבודה גם לפנינו, אך גם אנו – כמונו כבית-הדין האזורי וכבית-הדין הארצי – לא נמצא לנו כי יש בהן כדי לפגום בהליכי המכרז. אשר לנוכחותו של ברנע בישיבת הוועדה, הלכה שמכבר היא כי טענות נגד הרכבה של ועדת מכרזים – והכרעה בשאלת נוכחותו של ברנע בישיבת הוועדה נגזרת מאותה הלכה – יש להעלותה בהזדמנות הראשונה הנקרית על דרכו של הטוען להיותו נפגע. טענה שהייתה ידועה בעת הליכי המכרז אך הועלתה רק לאחר שפלוני יצא מן המכרז וידו על התחתונה, טענה מעין-זו לא תישמע. ראו והשוו: ע"א 4683/97 ידע מחשבים ותוכנה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון [1], בעמ' 646; בג"ץ 528/85 חזאן נ' המנהל הכללי של משרד החינוך והתרבות (פרשת חזאן [2]), בעמ' 495. עניינו של העותר עולה ברשתה של ההלכה, וטענתו בהקשר זה דינה דחייה. אשר לכישורי המועמדים, הכרעה בשאלה זו נתונה במובהק לוועדת המכרזים, ובהיעדר נתון מכריע נוסף – ונתון מעין-זה לא הובא לפנינו – גם היא נדונה לדחייה.

6. טענתו השלישית של העותר בה רואים אנו עיקר, ובה נלוש בהמשך דברינו להלן. הטענה הייתה – והינה – זו שמר ארנון בר-דוד, אחד משני נציגיו של ארגון העובדים בוועדת המכרזים (בר-דוד), נפגש לפני המכרז עם מקצת המועמדים במכרז – לא עם העותר – וכן עם נציגי ועד המצילים, וכי ועד המצילים ביקש ממנו לבחור במשיבים 2 ו-3 למשרות שהוכרז עליהן במכרז. בעקבות פגישות אלו, כך הילוך טענת העותר, גיבש בר-דוד את עמדתו לבחור במשיבים 2 ו-3 כבר לפני ישיבתה של ועדת המכרזים, וממילא לא ניתן לעותר סיכוי של-אמת לזכות במכרז. יתר-על-כן: בר-דוד אף לא דיווח בישיבת הוועדה לחברים האחרים על פגישותיו עם המועמדים ועם ועד המצילים, וגם בכך נפגם הליך המכרז. [...]

השאלה שבמחלוקת

8. וזו היא אפוא השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין בעלי-הדין: האם פגישותיו של בר-דוד, חבר ועדת המכרזים, עם מקצת המועמדים במכרז ועם נציגי ועד המצילים – אשר המליצו לפניו, כנטען, כי יש לבחור במשיבים 2 ו-3 כדי שיזכו במכרז; האם ההליכים אשר היו בוועדת המכרזים לאחר מכן; האם אותן פגישות ואותם הליכים פגמו במכרז כדי ביטולו, כטענת העותר, או שמא – כהחלטות בתי-הדין לעבודה – לא היה בהן באותן פגישות ובאותם הליכים כדי לפגום במכרז.

9. נקדים ונאמר כי בעלי-הדין לא הפנו אותנו לכל דברי-חוק שהם – חקיקה ראשית או חקיקת-משנה – האמורים להסדיר את נושא המכרז הפנימי. כן לא צוטט בפסקי-הדין של בתי-הדין לעבודה כל דבר חוק שהוא השולט על הנושא. הנחת היסוד של בעלי-הדין הייתה כמסתבר זו שהמכרז הפנימי נשלט בידי עקרונות-יסוד של דין המכרזים, ועל דרך ההיקש ובשינויים המחויבים מן העניין – על-ידי תקנות העיריות (מכרזים לקבלת עובדים), תש"ם**-**1979 (**תקנות המכרזים**), הנסבות על מכרזים פומביים. ואמנם, הסוגיה שהונחה לפתחנו מוליכה אותנו היישר אל מעבה העיקרים והדוקטרינות שהליכי מכרז אמורים לקיים, ובדוקטרינות אלו נפתח את דברינו.

[...]

13. החלת עקרונות שוויון אלה בטהרתם על מכרז פנימי להעסקת עובדים תביאנו לכלל מסקנה כי רק אנשים שמחוץ למקום העבודה – או מלאכים משמים – יוכלו לשמש כחברים בוועדת המכרזים. מסקנה זו לוּ אכן הוסקה הייתה בבחינת גזרה שרוב הציבור אינם יכולין לעמוד בה. ואמנם, לא כך ינהגו במקומנו מאז ומקדם. בוועדות מכרזים במכרזים פנימיים לאיוש משרות יושבים באורח תדיר אנשים המכירים את המועמדים – לעתים היכרות רבת-שנים – בין שחברי הוועדה נציגים הם של ועד העובדים ובין שמכירים הם את המועמדים ממקום העבודה. היכרויות אלו גוררות מטבעם של דברים התרשמויות קודמות מן המועמדים והערכות וידע על-אודותם. התרשמויות, ידע והערכות אלה יפעלו לעתים לשלילה לעתים לחיוב, ומכל מקום, חברי ועדת המכרזים – כולם או מקצתם – אינם פועלים כדרכו של שופט המרוחק מן המתדיינים שלפניו. ההלכה הסכינה עם תופעה זו – נמצא כי החלופה של ועדות מכרזים שחבריהן אינם מכירים כלל את המועמדים ניגעת בפגמים לא פחות חמורים – והשלימה עמה. כך נקבע אפוא כי היכרות מוקדמת עם מועמדים, הערכה מוקדמת על מועמדים ואף פגישות עם חברי ועדת מינויים וניסיון להשפיע עליהם – כל אלה אין בהם בהכרח כדי להביא לפסילתו של מכרז. [...] בהקשר זה הבחינה ההלכה בין "דעה מוקדמת" לבין "דעה קדומה", שאחרונה תפסול את פלוני מהיותו חבר ועדת מכרזים – שכן דעה היא שאינה ניתנת להבקעה – לבין ראשונה, שאין בה כדי לפסול את אלמוני מהיותו חבר הוועדה. [...]

14. כללם של דברים: לא הרי מכרזים פנימיים במקום עבודה לאיוש משרות פנויות כהרי מכרזים ציבוריים שעניינם קניית שירותים או נכסים. מכרזים מן הסוג הראשון מקלים בהם ככל שהמדובר הוא בעיקרון של משוא פנים – במובנו הרחב של המושג – כגון בעניינה של היכרות מוקדמת, דעה קודמת על המועמדים וכו'. הוא הדין בפגישות בין מועמדים או מי מטעמם לבין חברי ועדה בניסיון להשפיע על חברי הוועדה כי יבחרו במועמד פלוני או כי לא יבחרו במועמד אלמוני. נוהג זה אפשר אין הוא רצוי, אך נאלצים אנו להשלים עמו. ואולם גם להקלות אלו הושמו גבולות, ונוסף על כך יִיצְרָה ההלכה כלים להבטחה כי לא יהא ניצול לרעה של הליך המכרז לניהולם של מכרזי-דֶמֶה שתוצאותיהם ידועות מראש והעושים לחוכא ואיטלולא את הליך המכרז כולו. וכך, עם הנוהג נשלים, אך נוסיף ונעשה לפיקוח ולבקרה כדי שלא נחרוג מגבולות הרצוי. בנושאים אלו נוסיף ונדבר עוד להלן.

**שקיפות: דיווח, תיעוד, גילוי**

15. להבטחת תקינות פעילותו של המינהל הציבורי נוצק כלל התנהגות שמקומו בכותל המזרח של התנהלות המינהל הציבורי. העיקרון הוא עקרון השקיפות. [...] ומשידענו כי עובד הציבור עושה בנאמנות כשליח הציבור, חייב הוא ממילא בחובותיו של שליח, ובהן החובה ליתן דין-וחשבון על מעשיו, ... כך, רק כך, יוכל הציבור לדעת אם עשה עובד הציבור באמונה; כך, רק כך, יאמין הציבור במינהל ובעובדיו. המינהל חייב אפוא בשקיפות פעילותו והחלטותיו. ...

16. על דרך הכלל, שקיפות פעולתו של המינהל היא כלי יעיל בידינו לפיקוח ולבקרת מעשי המינהל והחלטותיו. חשיבות יתרה נודעת לה לשקיפות בעניינם של מכרזים פנימיים כבענייננו. טעם הדבר: ההקלות הרבות שההלכה הכירה בהן לעניינם של מכרזים לאיוש משרות פנויות, בייחוד בנושאים הבאים בגדרי הכלל של איסור משוא פנים. אכן, ככל שתרבינה ההקלות – וההקלות אכן רבות הן – וככל שגבולות המותר יִרְחֲבוּ וילכו – והגבולות בענייננו אכן רָחֲבוּ והלכו – כן תגבר ותלך חשיבותם של אותם כללי-משפט שייעודם הוא להקיף בטבעת-מגן את פעילות המינהל ולהבטיח ככל הניתן כי אותה פעילות תהא בגבולות המותר ולא תחרוג מהם. הקלה מימין חייבת מעצמה להביא להחמרה משמאל, ולהפך. כך על דרך הכלל וכך בנושא אמצעי השקיפות, אותו אמצעי המאפשר בקרת מעשי השלטון ופיקוח עליהם. כיצד תְּתַרְגֵם עצמה השקיפות בענייננו? עיקר הדברים יהא בבניית מערך כולל לדיווח, לגילוי ולתיעוד. באמצעי בקרה אלה – המשלימים זה-את-זה – נדון עתה ונלמד כיצד משרתים הם את עקרון השקיפות. אכן, ללא דיווח וגילוי לא תהא שקיפות, וללא תיעוד עלולה חובת הגילוי להתרוקן מתוכן של-ממש.

17. **דיווח**: עקרון הדיווח משמיע חובה המוטלת על בעל הסמכות – לענייננו: חבר ועדת המכרזים – לדווח לוועדת המכרזים על כל נתונים שיש בהם כדי להשליך על ההחלטה של הוועדה לגופה, לרבות נתונים אישיים של חבר הוועדה העשויים להשפיע על החלטתו. ...

18. **פרוטוקול** [**תיעוד**]: כסדרי המינהל התקינים, חייבת ועדה לרשום פרוטוקול אשר ישקף את עיקרי המידע שהובא לפניה ואת ההחלטות שנתקבלו בעקבות אותו מידע. לעניינו של מכרז פומבי נקבעה חובת הפרוטוקול מפורשות בתקנה 29 לתקנות המכרזים (זו אף הוראת תקנה 10 לתקנות חובת המכרזים, תשנ"ג**-**1993), ואולם החובה לכתיבת פרוטוקול שורשיה במשפט המינהלי הכללי ובעקרון שקיפות פעילותו של המינהל.

על החובה לנהל פרוטוקול מלא ומפורט שישקף את ישיבות הוועד המרכזי של לשכת עורכי-הדין נאמרו דברים אלה בבג"ץ 954/97 כהן, עו"ד נ' ראש לשכת עורכי-הדין (פרשת שלמה כהן [20]), בעמ' 526:

ההכרעה בנושא רישום פרוטוקול של הדברים הנאמרים בישיבות הוועד המרכזי של הלשכה – עצם הרישום והיקף הרישום – תיגזר לאחר שקלול האינטרסים שלעניין. אינטרסים אלה הם, בעיקרם: זכותו של ציבור עורכי-הדין לדעת כיצד פועלים מנהיגיו ומה הם השיקולים המדריכים אותם בהחלטותיהם; זכותם של חברי הוועד כי ציבור עורכי-הדין ידע את דרכיהם וכיצד ממלאים הם את חובתם כאנשי-ציבור נבחרים; זכותם של אלה ושל אלה לגילוי האמת, גילוי שיאפשר ביקורת ציבורית ומשפטית; העומד [כך] המינהלי והכספי הכרוך בעריכתם של פרוטוקולים. ועל כל אלה: הצורך הדוחק לחשיפת האמת על דרכי הנהלתו והנהגתו של גוף נבחר.

דברים שנאמרו על הוועד המרכזי של לשכת עורכי-הדין ייאמרו – בעיקריהם – אף על ועדת מכרזים במכרז פנימי כשלנו: זכותו של הציבור וזכותם של המועמדים לדעת כיצד ועל יסוד איזה מידע נתקבלו החלטות שנתקבלו; זכותם של חברי הוועדה היא כי הציבור והמועמדים ידעו כיצד ניהגו את דרכיהם וכיצד מילאו הם את חובתם; זכותם של אלה ושל אלה לגילוי האמת, גילוי שיאפשר ביקורת ציבורית ומשפטית. ועל כל אלה: הצורך הדוחק לחשיפת האמת ולהבטחה כי המכרז אכן מילא את ייעודו והעניק שוויון הזדמנויות מלא למתַחֲרים בו.

19. אשר לפרוטוקול ישיבתה של ועדה במכרז פנימי לאיוש משרה; כפי שציינו לעיל, חובה היא המוטלת על הוועדה להעניק למועמדים שוויון הזדמנויות לזכות במכרז, ועל כך אין חולקים. עוד ראינו כי במכרז פנימי לאיוש משרה אין אפשרות ליישם בקפדנות את הכללים הקובעים בסוגיה של משוא פנים. על רקע דברים אלה לא נותר לנו – וגם על כך עמדנו – אלא להגביר את הפיקוח והבקרה על התנהלותה של הוועדה, שאם לא נעשה כן נימצא מסכלים במו-ידינו את ייעודו של המכרז. פיקוח ובקרה אלה יהיו אפקטיביים רק אם נדאג מראש לדיווח מהימן וראוי באשר להליכי קבלת ההחלטות בוועדה, ותרגום צורך זה לענייננו יחייב מעצמו עריכתו של פרוטוקול אשר ידבר בעד עצמו ויספק מידע נדרש וראוי לביקורת ולפיקוח על עבודת הוועדה, להבטחה כי פעלה כהלכה וכי העניקה שוויון הזדמנויות לכל המועמדים שהופיעו לפניה.

20. פרוטוקול מעין-זה ראוי לו שידווח, למצער, על עיקרי ההתרחשויות שהיו בוועדה, ובהם דיווח חברי הוועדה על דברים שנאמרו להם, על פגישות שהיו להם וכו'. ראו והשוו פרשת חזאן [2]. ראו עוד דברים שנאמרו בפרשת שלמה כהן [20], לעיל, שם, בעמ' 527:

הכול מסכימים כי פרוטוקול חייב לשקף את האמת בלי כחל-ושרק: גם אם אמת מרה היא, גם אם אמת מכוערת. פרוטוקול נדמה הוא למצלמה – בימינו נאמר: למצלמת-וידאו – ומצלמה תקלוט ותדפיס גם מחזות שאינם מרניני-לב. פרוטוקול חייב שיאמר אמת; וכדבר הנביא (זכריה, ח, טז): "דַּבְּרוּ אֱמֶת אִישׁ אֶת**-**רֵעֵהוּ". אמר על-כך השופט ברק בבג"ץ 990/92 מורדוב נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', בעמ' 478:

"...הפרוטוקול הוא כלי לשיקוף המציאות. השיקוף של המציאות יכול להיות מלא או מתומצת. הוא חייב להיות אמיתי. אם האמת היא מרה, חייב הפרוטוקול לשקף (באופן מלא או מתומצת) אמת מרה זו. אין להוציא מהפרוטוקול דברים שאינם ראויים להישמע. אין לתקן פרוטוקול בשל אי הנחת (המוצדקת או הבלתי מוצדקת) מתוכנם של הדברים שנאמרו. הפרוטוקול הוא 'עיוור צבעים'. הוא צילום של מציאות. שינוי בפרוטוקול יכול להיעשות רק כדי להתאימו למציאות. אין לשנות את הפרוטוקול כדי שהלה לא ישקף את המציאות".

אכן, רק פרוטוקול אמין בהליכיה של ועדת מכרזים יכול שיקיים את עקרון השקיפות, ופרוטוקול מעין-זה יחזק את ביטחוננו כי הליכי הוועדה התנהלו כשורה.

21. מסקנתנו הינה אפוא זו כי חובה היא המוטלת על ועדת המכרזים לנהל פרוטוקול של דיוניה והחלטותיה, לרבות מידע הנמסר לה כנדרש בידי חברי הוועדה. השאלה מה דין הוא במקום שלא נוהל בו פרוטוקול כלל, או שהפרוטוקול נרשם אך בחֶסֶר, תיבחן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וההכרעה תיפול – בעיקרה – על-פי עוצמת הפגיעה בטוען כי נפגע. ...

23. כללם של דברים: כדי להבטיח כי ועדת מכרזים במכרז פנימי לאיוש משרה תמלא תפקידה נאמנה, שומה עליהם על חברי הוועדה לדווח לוועדה בפרוטרוט על קשריהם עם המועמדים או עם מקצתם, על שיחות שהיו להם על אודות המועמדים עם אנשים שלישיים או עם חברי הוועדה שלא במושב הוועדה וכו'; חובה היא המוטלת על הוועדה לנהל פרוטוקול שישקף למצער את עיקרי הדברים שהיו בדיוני הוועדה ואת נימוקי הוועדה להחלטתה. פרוטוקול זה – בכפיפות לחריגים המקובלים כגון פגיעה בצנעת הפרט, גילוי סוד מסחרי וכיו"ב – יהיה פתוח לעיונם של כל המועמדים כולם. כך יהא ניתן להבטיח, למצער לכאורה, כי הוועדה פעלה כשורה, וכי קוים עקרון שוויון ההזדמנויות.

**ומן הכלל אל הפרט**

[...] אני מתקשה לקבל את מסקנתו של בית-הדין הארצי.

27. אני נכון להסכים – כיצד אוכל אחרת – כי היעדרו של פרוטוקול "מלא ואמין" אין בו, תמיד ובכל נסיבות שהן, כדי להביא לביטולו של מכרז. השאלה אילו תוצאות יגרור אחריו היעדרו של פרוטוקול – או היעדרו של פרוטוקול "מלא ואמין" – שאלה של נסיבות היא: יש שיהיה כך ויש שיהיה אחרת. בענייננו-שלנו נודע להיעדרו של פרוטוקול משקל מכריע. כך למשל אין אנו יודעים אם דיווח בר-דוד לוועדה על אודות פגישות שהיו לו עם פלונים ואלמונים – ואם דיווח, מה דיווח – ואין אנו יודעים מה אמרו חברי הוועדה על דיווחים שהיו או שלא היו. אין אנו יודעים מה אמרו היועצים לוועדה, מה השמיעו חברי הוועדה, ועדויות על-פה שנשמעו לפני בית-הדין אינן מקדמות אותנו בהרבה. אך באשר לא נרשם פרוטוקול אין עומדת לה לוועדה חזקת התקינות המינהלית, ובנסיבות אלו הנטל לא על העותר אלא על הוועדה מוטל הוא להראות כי פעלה כדין וכשורה (ואין זה מעלה או מוריד אם נטל השכנוע מוטל על הוועדה, או אם נטל השכנוע מוטל על העותר דווקא, אלא שהנטל הטקטי עבר אל שכמה של הוועדה). אמירת בית-המשפט כי העותר כשל בהסרת נטל השכנוע מעל כתפיו פועלת כבומרנג ופוגעת בוועדה דווקא. לשון אחר: כֶּשֶל שנמצא לו לבית-הדין במערכת העובדות שהציג העותר לפניו, מחזיר פניו לאחור ופוגע דווקא במערכת שהציגה ועדת המכרזים לפניו. וכך, משלא עלה בידיה של הוועדה להציג פרוטוקול ראוי על מהלך ישיבתה, הנטל – למצער הנטל הטקטי – עליה הוטל, להוכיח כי ישיבתה נוהלה כדין וכראוי. על רקע כל אלה נדע כי משהוכח מה שהוכח, כשלה הוועדה בהוכחה כי פעלה כשורה וכהלכה, כי בר-דוד דיווח לה את שהיה עליו לדווח וכו'. בבואנו לברר מה אירע בישיבת הוועדה היינו כסומים בארובה, ואת העלטה הביאה עלינו הוועדה. ומי שהביא את העלטה הוא אף שיישא בתוצאות.

28. בית-הדין האזורי פטר עצמו מקביעת מימצאים באשר למַה שהתרחש בוועדה בקבעו כי "קולו של בן-דוד [בר-דוד] בוועדה מהווה חמישית מכלל הקולות המחליטים, ואף אם נציג ועד העובדים הנוסף בוועדה היה שותף לעמדתו, הרי שאין מדובר ברוב חברי הוועדה". פירוש: גם אם אמרנו כי קולו של בר-דוד וקולו של חברו לארגון העובדים – קולות פסולים הם, הנה שניים מתוך חמישה הם מיעוט, ועל-כן אין בהם כדי לפגום בהליכי הוועדה ובהחלטותיה. אני חולק על דברים אלה, ומאותו טעם עצמו שתפוח מקולקל בתיבה עלול להגיע תפוחים אחרים אף הם. אכן, חבר ועדה שגיבש עמדתו – או חבר ועדה המחזיק בדעה קדומה – יכול להשפיע על חבריו האחרים לוועדה, בין באמירות מפורשות בין באמירות עקיפין, ואם יכול הוא להשפיע, חזקה עליו שינסה להשפיע. וכך, אם עמדתו של אותו חבר ועדה נתגבשה בנסיבות הפוסלות את קולו, מעביר הוא ממילא את נגיף הפסלות לחבריו האחרים לוועדה אף-הם. [...].

29. [...] ערים אנו כמובן לרגישות הנלווית לבחירתם של מועמדים לאיוש משרה פנויה. שיקולים אישיים – בחלקם אף אינטימיים – מתרוצצים במערכת. לא כל אשר יילחש אף ייאמר בקול, ולא כל אשר ייאמר בקול יירשם. הכול יודעין, וגם אנו נדע. לא בכדי נקבע בסעיף 3 לחוק סדרי המינהל כי אין חובה לנמק סירוב למנות את המבקש למשרה פלונית. ואולם ענייננו רחוק מאותם מקרים מיוחדים. מקום שאיש ועד לוחש באוזנו של חבר ועדת מכרזים כי שומה עליו לבחור בפלוני ולא באלמוני, חייבים כל חברי ועדת המכרזים לדעת על דבר אותה לחישה, וחייבים הדברים שיירשמו בפרוטוקול. בהיעדר פרוטוקול לא ידענו מה שאירע במהלך ישיבתה של הוועדה, ואך ראוי הוא שנניח דברים לחובתה של הוועדה. פירוש הדברים הוא, בנסיבות העניין, כי בר-דוד [חבר הוועדה] הִגִּיעַ את הוועדה בפגם של משוא פנים, ועל רקע זה אחת דינו של המכרז – להיבטל.

=-=

**הכלל בדבר איסור "ניגוד עניינים"**

**על האופן שבו ניגוד עניינים נכרך בחשש ממשוא פנים;**

**וכן מה הגיונו של הכלל הנוגע למשוא פנים, ומהם גבולותיו?**

מקרה של ניגוד עניינים מוסדי

השופט חיים כהן [בג"צ 279/60 **אולמי גיל** נ' משה יערי ועירית תל-אביב-יפו]:

מנהל מחלקת מסי עקיפין לשעבד בעירית תל־אביב, המקבל מעיריה גימלה, נתמנה על-ידי שר־הפנים ליושב־ראש ועדת העררים שמתפקידה, בין היתר, לדון בעניני היטל סעד ונופש, עניינים בהם טיפל קודם לכן כמנהל המחלקה וחיווה בהם דעתו.

המבקשת, בראותה אותו כפסול לשבת בדין בגוף מעין־שיפוטי מחמת משוא פנים, ביקשה לתת צו שימנע ממנו מלשבת בבירור עררה, וכן לבטל כל דיוני הוועדה שנתקיימו קודם לכן לגבי אותו ערר, בהשתתפותו.

בית המשפט הגבוה לצדק, בעשותו את הצו־על־תנאי החלטי, פסק:

1. אף אם הדעה המשוחדת ומשוא הפנים במובנם ב־בג״צ 174/54 אינם קיימים למעשה, מן הדין הוא שענייני הצדק, והליכים מעין־שיפוטיים בכלל זה, יתנהלו כך שכל אדם סביר יראה את הצדק בעשייתו, ולא יעלה על דעתו שהממונים על עשיית צדק נוהגים במשוא פנים ובדעה משוחדת, ואפילו שלא במזיד ובלא יודעין.

2. משום כך במקרה כגון זה שלפנינו יהיה אדם פסול מלכהן כיושב־ראש ועדת העררים באותה עיריה.

3. שונה יהיה המצב אם יתמנה, כבעל־נסיון וידע הדרושים, לכהן בתפקיד זה ברשויות מקומיות אחרות, או ידון בעניינים שלא טיפל בהם קודם לכן.

"כשנוקטים אנחנו לענין זה לשון משוא-פנים, אין כוונתנו לכך שהמשיב ישא במזיד וביודעין פני צד אחד, וכשנוקטים אנחנו לענין זה לשון דעה משוחדת, אין כוונתנו לכך שדעתו של המשיב שוחדה בשוחד ממש. הכוונה היא שמשוא-הפנים הוא, מטבע הדברים, מחוייב המציאות, או קרוב לוודאי, אפילו שלא במזיד ובלא יודעין, שהרי קרוב אדם אצל עצמו, ואין אדם רואה חובה לעצמו: העמדה שנקט, ואשר מתוך שכנוע פנימי וכנה נקט, בתפקידו הקודם, והאינטרסים שייצג, ואשר מתוך הכרת צדקתם וחוקיותם ייצג, בתפקידו הקודם, הם מטבע הדברים קרובים ללבו עד כדי הזדהות עמם, ולו גם באורח תת-הכרתי בלבד: והוא הדין לדעה שיצר לעצמו בענין פלוני שעמד לפניו בתפקידו הקודם, ואשר הוא הענין העומד לפניו בתפקידו החדש: מה שהדעה ההיא היתה אז כנה ובטוחה יותר, יקשה על אדם בתפקיד חדש לנער חצנו ממנה ולהשתחרר מרישומה."

=-=

**פסק הדין המנחה ביחס לאיסור ניגוד עניינים בהקשר המוסדי – ניגוד עניינים בין אינטרס ציבורי אחד לאינטרס ציבורי אחר:**

בג"צ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה**, פ"ד לד(2) 566 (1980)

[...] שתיים הן השאלות המתעוררות לפנינו:

האחת, האם בחירתו של **חבר הנהלה [חבר הנהלת העיר] כיושב-ראש הוועדה לעניני ביקורת** היא כדין;

השנייה, **האם חייב יושב-ראש הוועדה לעניני ביקורת להיות מסיעה אופוזיציונית דווקא**. שתי שאלות אלה נפרדות הן זו מזו, ונדון בהן בנפרד. [...]

4. [...] (ב) ההיקף: היקפו של הכלל בדבר ניגוד ענינים משתרע, בראש ובראשונה, על ניגוד בין האינטרס השלטוני לבין האינטרס הפרטי - הן אינטרס אישי והן אינטרס רכושי. על כן נאסר על עובד ציבור להשתתף בוועדת מכרז הדנה בענינו של קרוב משפחה. אך אין הכלל בדבר ניגוד ענינים מוגבל לניגוד זה בלבד. על עובד הציבור נאסר אף להימצא במצב של ניגוד ענינים בין שני אינטרסים שלטוניים, אשר על שניהם הוא מופקד. כך, למשל, נפסק כי עובד ציבור אינו רשאי, בעת ובעונה אחת, לשמש הן כרשות מוסמכת לפי חוק החכרת מקרקעין (הוראות שעה), תשי"ט-1959, והן כסגן מנהל כללי של מינהל מקרקעי ישראל, אשר במסגרתה פועלת אותה רשות (בג"צ 293/64 (רג'א עלי חסין נגד ח' אלוני, בתור רשות מוסמכת לפי חוק החכרת מקרקעין (הוראות שעה), תשי"ט-1959, ואח' פ"ד יט (576 ,572 (1.) ). אומר השופט ברנזון :

"אולם אדם קרוב לעצמו, למשרדו, למחלקתו ולעניניהם, והוא עלול על נקלה להזדהות שלא בכוונה עמהם מבלי שיחוש כלל שהוא נוקט עמדה לא בלתי משוחדת כלפי הגוף שבראשו הוא עומד ולעניניו הוא דואג. כידוע, במקרים כאלה יש למנוע לא רק את הסכנה של אי עשיית צדק, אלא גם את האפשרות שלא ייראה שהצדק נעשה. ואם חשוב כל כך שתיראה עשיית הצדק, הרי עוד יותר חשוב שאמנם הצדק ייעשה".

[...] זאת ועוד: האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב בו עלול להיות ניגוד ענינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאונו לידי ניסיון. על כן, אין צורך להוכיח בפועל קיומו של ניגוד ענינים. די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד ענינים. אפשרות ממשית זו נמדדת באמות מידה אוביקטיביות, ולא על-פי חששותיו הסוביקטיביים של צד זה או אחר. שאלה יפה היא, אם נדרשת אפשרות ממשית של ניגוד ענינים, או שמא די בחשש סביר כי עשוי להתקיים ניגוד ענינים. בפסיקתו של בית-משפט זה יש סימוכין לשתי ההשקפות.

(ג) התוצאות: תוצאותיו של האיסור בדבר ניגוד ענינים משתרעות על שטחי המשפט כולם. כך, למשל, בתחומי המשפט הפרטי עשויה התנהגות שיש בה ניגוד ענינים לשמש בסיס לזכות השבה של כספים שנתקבלו תוך הפרתו של הכלל. בתחומי המשפט הפלילי, עשויה התנהגותו של עובד ציבור תוך ניגוד ענינים לקיים את היסודות של עבירת השוחד והפרת האמונים. לעיתים תהווה התנהגות זו עבירה משמעתית. להפרתו של האיסור תוצאות גם במשפט המינהלי באופן שאם הפעולה כבר בוצעה, ניתן לבטלה ואם הפעולה טרם בוצעה, ניתן למנוע את ביצועה. אם ניגוד הענינים אינו משתרע על פעולה בודדת, אלא על גזרה רחבה ותחום נרחב של ביצוע התפקיד, עשוי ניגוד הענינים ליצור פגם בעצם המינוי או הבחירה לאותו תפקיד.

8. הוועדה לעניני ביקורת [של העיריה], כוועדה סטטוטורית קבועה, אשר כל מועצה חייבת לבחור, נקבעה בחוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 24), תשל"ט-1978, אשר הוסיף לפקודת העיריות את סעיף 149ג הקובע:

"(א) המועצה תבחר מבין חבריה ועדה לעניני ביקורת שתפקידה לדון בכל דו"ח של מבקר המדינה על בקורת העיריה ובכל דו"ח של מבקר העיריה ולהגיש למועצה את סיכומיה והצעותיה.

(ב) מספר חברי הועדה לא יעלה על שבעה; הרכב הועדה יהיה תואם, ככל שניתן, את ההרכב הסיעתי של המועצה; ראש העיריה וסגניו לא יהיו חברים בועדה לעניני ביקורת.

(ג) יושב ראש הועדה לעניני ביקורת יהיה מסיעה שונה מזו של ראש העיריה, זולת אם היתה במועצה סיעה אחת בלבד".

הוועדה לעניני ביקורת היא ועדה של המועצה, ואת סיכומיה והמלצותיה היא מגישה למועצה (סעיף 170 ג(ד) לפקודת העיריות). תפקידה של הוועדה הוא לקבל ממבקר המדינה וממבקר העירייה את ממצאי הביקורת שערכו, לקבל מראש העירייה את הערותיו לדין וחשבון מבקר העירייה, לדון בדו"חות אלה, לגבש "סיכומיה והצעותיה" ולהגישם למועצה. ההסטוריה החקיקתית מלמדת כי בד בבד עם חיזוק מעמדו של ראש העיר כתוצאה משינוי שיטת הבחירות, ובחירת ראש העיר בבחירות אישיות ישירות ובמקביל לריכוז סמכות הביצוע בידי ראש העיר, ביקש המחוקק לחזק את הביקורת על פעולותיו של ראש העיר (...). לשם כך שונתה פקודת העיריות ונקבע בה כי תפקידו של מבקר העירייה (...).

9. מר מוכתר הוא חבר ועדת ההנהלה. בתפקידו זה עליו לייעץ לראש העיר בכל הנוגע לביצוע תפקידיו. מר מוכתר הוא [במקביל] חבר הוועדה לעניני ביקורת, ויושב-הראש שלה. בתפקידו זה עליו לנקוט עמדה ולהסיק מסקנות המתבקשות מממצאי הביקורת באשר לפעילותו של ראש העיר ועצותיה של ועדת ההנהלה. נמצא, כי בתפקידו כחבר וכיושב- ראש הוועדה לעניני ביקורת, על מר מוכתר לנקוט עמדה כלפי פעולותיו הוא כחבר ועדת ההנהלה. [...]. **אין מבוקר נעשה מבקר.** אמת הדבר, ניגוד הענינים שלפנינו אינו בין אינטרס ציבורי לבין אינטרס פרטי, אלא בין שני אינטרסים שלטוניים, אך גם ניגוד ענינים זה אסור הוא בענין שלפנינו. חזקה על מר מוכתר כי יעשה הכל כדי למלא כראוי את שני התפקידים בהם הוא נושא, אך הדין מבקש למנוע ממנו מלהימצא במצב בו יהא עליו להמליץ המלצות ביקורתיות על פעולותיו הוא כדי שלא להעמידו בניסיון שלא יוכל לעמוד בו. לא רק עבודתה של הוועדה לעניני ביקורת נפגעת בשל כך, אלא אמון הציבור במערכת הביקורת מתערער. [...]

10. ציינתי, כי לעיתים במהותה של המאטריה בה עסקינן טמון גרעין של ניגוד ענינים, ועל כן מצטמצמת תחולתו של הכלל בדבר איסור על ניגוד ענינים. אין אני סבור כי כזה הוא הענין שלפנינו. עצם העובדה כי ענין לנו בגוף פוליטי נבחר אין בה כדי לשלול את תחולתם של הכללים בדבר ניגוד ענינים. כל משרתי הציבור חייבים להימנע מניגוד ענינים, ודבר זה חל במיוחד על נבחרי הציבור, החשופים לעין הציבור והחייבים לשמש דוגמא לציבור. [...].

11. עמדנו על כך כי לעיתים נדחים הכללים בדבר איסור ניגוד ענינים בפני "כורח השעה". אכן, לעיתים אין מנוס מכך כי עובדי ציבור המכהנים בוועדה לעניני ביקורת יתבקשו לנקוט עמדה ולהסיק מסקנות מתחום הביקורת ביחס לפעולותיהם הם במערכת השלטונית. טול לדוגמא את ממצאי הביקורת באשר לפעולות העירייה לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. ביקורת זו תתיחס מטבעה לפעולותיה של הוועדה המקומית לתכנון ולבניה. כידוע, מועצת העירייה היא הוועדה המקומית (סעיף 18(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965) וכל חברי הוועדה לעניני ביקורת הם גם חברי הוועדה המקומית. בתפקידם כחברי הוועדה לעניני ביקורת עליהם לנקוט עמדה, להסיק מסקנות ולהמליץ המלצות באשר לפעילותם הם כחברי הוועדה המקומית. מצב דברים זה אינו רצוי כלל ועיקר, שכן קיים ניגוד ענינים ברור. אך אין מנוס מכך, שכן הוראתה של פקודת העיריות היא כי חברי הוועדה לעניני ביקורת ייבחרו מבין חברי המועצה. [...] [ואילו] בענין שלפנינו לא מצאנו כל "כורח שעה" המחייב התעלמות מהכללים בדבר איסור על ניגוד ענינים. על-פי פקודת העיריות אין כל מניעה לכך כי חלוקת התפקידים בין חברי המועצה תהא כזו שחברי הוועדה לעניני ביקורת לא יכהנו כחברים בוועדת ההנהלה. הפקודה אינה קובעת מספר חברים מינימלי בוועדת ההנהלה ובוועדה לעניני ביקורת וניתן להרכיב את הוועדות ללא חפיפה פרסונלית.

[...]

השופט ח' כהן

המחלוקת שנפלה בין שני חברי הנכבדים שישבו עמי לדין בעתירה זו, מחלוקת פוסקים היא מימים ימימה. במאי קא מיפלגי. בדרכי פרשנות החוק: זה אומר, אין לך בחוק אלא מה שעיניך רואות בו. והוא לשונו של המחוקק; וזה אומר, יש לך בחוק יותר ממה שעיניך רואות בו. והוא ענינו של החוק וכוונתו של המחוקק. זה אומר. מפרשים את החוק פירוש מלולי. מדוייק ומדוקדק; וזה אומר. מפרשים את החוק פירוש עניני, ויורדים מאחורי המלים עד לסוף כוונתו המשוערת של המחוקק על מנת שתושג מטרתו. ואין צריך לומר ששניהם צודקים.

...

החוק המדובר בו, הוא סעיף 149 ג לפקודת העיריות, בא להוסיף על ועדות מועצת העירייה עוד "ועדה לעניני ביקורת", שתפקידה הוא להביא לפני המועצה את סיכום ביקורותיהם של מבקר המדינה ושל מבקר העירייה ולהציע לה הצעות בדבר המסקנות שיש להסיק מן הביקורת והמעשים שיש לעשותם כדי להביא תקלות על תיקונן. ביקורת היא, מטבע ברייתה, אמצעי לרסן את יצר השלטון של הרשות המבוקרת: היא באה להבטיח לא רק שהרשות תגביל את עצמה בתוך ארבע אמות סמכויותיה על-פי החוק, אלא גם שתקפיד על טוהר מידותיה. בין כה וכה יש בעצם הביקורת משום הגנה על האזרח מפני תעלוליה האפשריים של הרשות המבוקרת - או, אם לא הגנה מושלמת, על כל פנים משום הכנת החומר הדרוש להגנתו היעילה והמושלמת של האזרח.

בחייבו כל מועצת עירייה להקים ועדה לעניני ביקורת, כוונת המחוקק - כפי שהיא באה לידי ביטוי מפורש בחוק - היתה להבטיח שדברי הביקורת של מבקר המדינה ומבקר העירייה לא יפלו על אזניים אטומות, אלא יובאו לדיון במועצה, והיא תיתן דעתה להמלצות המעשיות אשר אותה ועדה תביא לפניה בעקבות הביקורת. נמצא שהוועדה ממלאת תפקיד נכבד מאד בהליכי הביקורת: לא במעט תלוי הדבר ביעילותה ובמיומנותה של הוועדה, אם מובאת הביקורת לפני המועצה בצורה נאותה או בצורה מרושלת ומקוטעת, ואם יוסקו מן הביקורת מסקנות נאותות או אם תישאר אות מתה. וכדי שעבודת הוועדה תוכל להיות יעילה ומיומנת, תנאי הוא שיהא לכל אחד מחבריה ענין בביקורת, בעידודה ובהצלחת משימותיה, ושלא יהא בוועדה אף חבר אחד שענינו הוא בהכשלת הביקורת ובגניזת ממצאיה. ואין בשום פנים לומר שרק לאנשי האופוזיציה יש ענין בהצלחת הביקורת, ואילו לכל אנשי הקואליציה יש ענין בהכשלתה : מותר לו למחוקק להעמיד כל חבר מועצה בחזקתו שהוא רוצה בכנות שתהיה ביקורת ושממצאי הביקורת יביאו לידי מעשים מצד המועצה.

אילו אמר המחוקק שכל חבר מועצה כשיר להיות חבר בוועדה לעניני ביקורת, לא היה לי אלא לבטל חששותי מפני רצונו. לא זו בלבד שהוא לא אמר כך, אלא הוא הוציא במפורש חברי מועצה מסוימים מכלל המועמדים הכשירים לחברות בוועדה, כשם שהוציא חברי סיעתו של ראש העירייה מכלל המועמדים הכשירים לשמש יושב-ראש הוועדה. ועל שום מה הוציא את "ראש העירייה וסגניו" מכלל חברי המועצה הכשירים לכהן כחברי הוועדה לעניני ביקורת, על שום שהם המה המבוקרים: הם המנהלים את עניני העיר, ומעשיהם ומחדליהם הם המשמשים נושא לביקורת. יודע המחוקק נפש האדם, שאדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם רואה חובה לעצמו, ואין אדם טורח בסעודה ואוהב להפסידה. אך טבעי הוא שאדם ידחה כל ביקורת על מעשיו וישתדל להביא לידי גניזתה והשכחתה. ואפילו תמצא חמישה צדיקים בתוך העיר שעוז רוחם עמם לקדם ביקורת על מעשיהם בברכה ולקבלה באהבה, הרי אף גם זאת יודע המחוקק שמוטב ולא יביא אותם לידי ניסיון ; ולא עוד אלא חייב המחוקק לעשות דין אחד לצדיקים ולרשעים, שמחוקק בשר ודם הוא, ואין הוא בוחן כליות ולב; ובמקום שאלה עומדים היום, עלולים אלה לעמוד מחר.

...

אמת נכון הדבר שסעיף 149ג לפקודה, המקים את הוועדה לעניני ביקורת, חוקק רק בשנת תשל"ט-1978, כשלוש שנים לאחר חקיקת סעיף 17 הנ"ל, ובכל זאת נקט בו המחוקק לשון "ראש העיריה וסגניו" ולא נקט בו לשון "ראש העיריה וסגניו וחברי ועדת ההנהלה", או אף לשון "חברי ועדת ההנהלה" בלבד, שראש העירייה וסגניו ממילא בכלל זה. אבל השאלה העומדת לפנינו היא אם פסל המחוקק את "ראש העיריה וסגניו" באשר הם ראש העירייה וסגני ראש העירייה, כלומר באשר הם בעלי התארים הנכבדים הללו, או שמא פסל אותם באשר הם מהווים, בפועל ובכוח, את הרשות המבצעת שבעירייה שכנגדה מכוונת עיקר הביקורת : שאם תאמר, בעלי תארים פסל, כי אז בעל כורחך אתה אומר שמיצה את רשימתם, ואין אתה רשאי להוסיף עליהם: אך אם תאמר, אנשי הרשות המבצעת שבעירייה פסל, כי אז אין מנוס מן המסקנה של לאו דווקא קתני, ואי אתה רשאי לראות ב"ראש העיריה וסגניו" אלא את הפרט הבא ללמד על הכלל. ואם פסול הוא הדבק בראש העירייה וסגניו אך באשר הם הרשות המבצעת שבעירייה בפועל ובכוח, פסול הוא אשר צריך להידבק גם בחברי ועדת ההנהלה הנמנים אף הם עתה, כאמור, על הרשות המבצעת שבעירייה, לפחות בכוח.

...

כדי להגשים כוונתו השקופה של המחוקק ולהשיג מטרת החוק, עלינו לפרש הדיבור "ראש העיריה וסגניו" שבסעיף 149ג(ב) לפקודת העיריות כאילו גם יתר חברי ועדת ההנהלה הקבועה במשמע. פירוש מרחיב זה אינו בא אלא להגן על אזרחי העיר, משלמי ארנונותיה, שהליכי הביקורת על ניהול עניני עירם יהיו יעילים וייראו אוביקטיביים, ושהמבוקרים לא ייעשו מבקרים, ולא ישימו עצמם שופטים על מבקריהם.

מאחר שהמשיב מוכתר הוא חבר בוועדת ההנהלה, פסול הוא מהיות חבר בוועדה לעניני ביקורת, ומכל שכן פסול הוא מהיות יושב-ראש הוועדה לעניני ביקורת.

גם אני מסכים שבעתירת העותרים לצוות על מועצת העירייה שתבחר ליושב-ראש הוועדה לעניני ביקורת דווקא איש מסיעות האופוזיציה, לא היה כל ממש. שום פסול אינו דבק בחבר המועצה, שאינו חבר בוועדת ההנהלה ואינו איש סיעתו של ראש העירייה, מלהיבחר יושב-ראש הוועדה לעניני ביקורת.

=-=

**פסק דין, אותו פגשנו בתחילת השנה, המדגים ניגוד עניינים בהקשר שבו "נגיעה אישית" – ניגוד בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי:**

בג"צ 3132/92 **מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון**, פ"ד מז(3) 741 (1993)

1. העותר הוא בעליה של חלקת אדמה באבו-סנאן, הגובלת בכביש שלומי-אחיהוד. גם לקיבוץ כברי (להלן: הקיבוץ) קרקע באותו צד של הכביש הנ"ל במרחק של פחות מ-15 ק"מ מאדמת העותר. הן העותר והן הקיבוץ מבקשים להקים על אדמותיהם תחנת דלק, שירותי דלק ומסעדה.

הקמת תחנה כזו טעונה אישור תוכנית מפורטת על-פי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: החוק).

2. ההסדר הקבוע בחוק למתן האישור הוא דו-שלבי. תחילה יש להגיש את התוכנית המפורטת לוועדה מקומית לתכנון ולבניה שהקרקע אליה מתייחסת התוכנית נמצאת במרחב תכנונה. תוכנית המאושרת על-ידי הועדה המקומית מועברת על-ידיה לוועדה מחוזית לתכנון ולבניה, שמרחב התכנון הרלוואנטי נמצא בתחום מחוזה (סעיפים 67ו-68 לחוק).

חלקת העותר נמצאת במרחב התכנון שעליו מופקדת הוועדה המקומית הגליל המרכזי. אדמת הקיבוץ היא בגבולות מרחב התכנון הנשלט על-ידי הוועדה המקומית מטה אשר (להלן: הועדה המקומית), שהיושב-ראש שלה הוא חבר הקיבוץ יחזקל בריט. שתי הוועדות המקומיות נמצאות במרחב תכנון מחוז הצפון.

3. העורר הגיש את התוכנית המפורטת (להלן: תוכנית אבו-סנאן) לוועדה המקומית הגליל המרכזי ביום 1.12.1987. הוועדה המקומית אישרה את התוכנית והעבירה אותה לוועדה המחוזית ביום 22.1.89. המשך הטיפול בתוכנית אבו-סנאן בוועדה המחוזית התעכב בשל הצורך לקבל את אישור הוועדה לשימור קרקעות חקלאיות (ולק"ח). בתוך כך, ביום 19.6.1990, הקיבוץ הגיש תוכנית מפורטת לוועדה המקומית מטה אשר (להלן: תוכנית כברי). ביום 16.7.1990 אישרה הועדה המקומית בראשותו של בריט, שאף השתתף בהצבעה, פה-אחד את תוכנית כברי, והעבירה אותה לוועדה המחוזית. המסלול שתוכנית כברי עברה היה קצר למדי, וכך שתי התוכניות אושרו להפקדה על-ידי הוועדה המחוזית באותו יום - 16.11.1990. תוכנית כברי פורסמה ברשומות שבוע לפני פרסום תוכנית אבן-סנאן.

9. סעיף 47 לחוק [חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965] קובע:

"(א) חבר במוסד תכנון שיש לו, במישרין או בעקיפין, בעצמו או על-ידי קרובו, סוכנו או שותפו או על-ידי קרוביהם, כל חלק או טובת הנאה בכל תכנית או ענין העומדים לדיון במוסד או בועדה מועדותיו -

(1) יודיע על כך ליושב ראש בכתב או בעל פה מיד לאחר שנודע לו כי התכנית או הענין האמורים עומדים לדיון; נמסרה ההודעה בעל פה, תירשם בפרוטוקול הישיבה הקרובה של המוסד או הועדה; (2) לא יהיה נוכח בדיוני המוסד או הועדה באותם תכנית או ענין ולא יצביע בהחלטה על כל אלה בקשר אליהם. [...]

(ג) העובר על הוראות סעיף זה, דינו - מאסר שנה אחת או קנס 000, 50לירות; הוראה זו אינה גורעת מאחריותו הפלילית או האזרחית של אדם על-פי כל דין אחר.

(ד)בסעיף זה קרוב לאדם פלוני -

(1) בן זוג; (2) הורה, הורי הורה, צאצא, צאצאי בן זוג ובני זוגם של כל אחד מאלה; (3) אח או אחות ובני זוגם; (4) איגוד שהוא מנהלו או שחלקו בהונו או ברווחיו עולה על 5%".

האיסור הוא רחב, והוא מתייחס גם לאינטרסים של האנשים הקשורים לחבר במוסד תכנון. ואולם בענייננו יש לראות בבריט עצמו בעל עניין. לדעתי, לעניין סעיף 47 קיימת זהות בין חבר קיבוץ לקיבוצו כדי כך שיש לראות בטובת הנאה של הקיבוץ כטובת הנאה שיש לחבר "בעצמו".

10. הרעיון המונח ביסוד האידיאולוגיה הקיבוצית הוא שיתוף מלא בין חברי הקבוצה. שיתוף זה, המבוסס על הזדהות חברתית של הפרט עם הקבוצה, בא לביטוי מבחינה כלכלית בערבות הדדית על-פי העקרון "כל אחד לפי יכולתו, ולכל אחד לפי צרכיו" ובשוויון בהנאה הכלכלית.

במהותו, הקיבוץ הוא מעין משפחה גדולה, שכל חבריה סובלים במידה שווה ממצוקותיה ונהנים באותה מידה מיכולתה הכלכלית. טובת הנאה הצומחת לקיבוץ מצמיחה טובת הנאה לכל אחד מחבריו,[...]

אישור הקמתם של תחנת דלק, שירותי דלק ומסעדה מהווה טובת הנאה בעלת ערך כלכלי ניכר לקיבוץ בכללותו ומכאן שגם לכל אחד מחבריו.

עולה מן המקובץ כי בריט, בהשתתפו בדיון הוועדה המקומית בתוכנית כברי, פעל בניגוד להוראת סעיף 47(א) לחוק.

11. [...] עם-זאת, לא כל ניגוד עניינים פוסל את ההחלטה המינהלית. פסלותה של ההחלטה היא פועל יוצא מעוצמתו של ניגוד העניינים. על-כן, ניגוד רחוק המקים חשש תיאורטי להשפעה של אינטרסים זרים על ההחלטה, אינו מספיק לפסילת ההחלטה. המבחן לניגוד עניינים בין עניין ציבורי לבין עניין פרטי הוא **מבחן החשש הסביר**. על-פי מבחן זה, **עובד הציבור יהיה מנוע מלדון בנושא שבו יש לו עניין פרטי, אם מתקיים חשש סביר כי ההחלטה תושפע מעניינו הפרטי**, וזאת **אף אם חשש זה אינו עולה כדי אפשרות ממשית** (בג"צ 244/86, שם, 186). לגישה שונה, שעל-פיה - להבדיל ממקרה של ניגוד בין אינטרס שלטוני לאינטרס פרטי - דרושה אפשרות ממשית של השפעת ניגוד העניינים כאשר ההתנגשות היא בין שני אינטרסים שלטוניים, השווה לדברי המשנה לנשיא, השופט אלון, בבג"צ 244/86 הנ"ל שם, 188.

12. **מבחן החשש הסביר מבוסס על אמת מידה אובייקטיבית. השאלה אינה מה הן אישיותו ותכונותיו של עובד ציבור מסויים זה או אחר,** אלא מהי עוצמתו של הניגוד בין העניין הציבורי לבין עניינו הפרטי של עובד הציבור הנוגע בדבר. עוצמת ניגוד העניינים נקבעת על-פי הקירבה בין האינטרסים המנוגדים.

.13 לנוכח הרגישות המיוחדת של תחום התכנון והבנייה וההשלכות הכספיות של החלטות ועדות התכנון, ראה המחוקק להגביר את ההגנה על הערך החברתי שבטוהר ההליך המינהלי על-ידי קביעת נורמה פלילית בסעיף 47(א) לחוק ...

15. יש גם לדחות את הטענה בדבר ניתוק בין החלטת הוועדה המקומית להחלטת הוועדה המחוזית. טענה זו נסמכת על סעיף 134(א) לחוק, שעל-פיו רשאית ועדה מחוזית להתחיל בהליכי האישור ללא קבלת חוות-דעתה של ועדה מקומית. כן מסתמכים המשיבים על בג"צ 518/80 דיקמן נ' עירית אשדוד..., בו נפסק כי אין לפסול החלטה של רשות, אף שבהמלצת ועדת-משנה שלה, שהיתה חוליה אחת בשרשרת ארוכה של החלטות מינהליות, נפל פסול בשל ניגוד עניינים.

בענייננו, הועדה המחוזית לא טיפלה בתוכנית כברי בדרך המותווית בסעיף 134(א) הנ"ל שהיא חריג, אלא הלכה בדרך המקובלת הקבועה כאמור בסעיפים 67 ו-68 לחוק. על-פי דרך זו החלטת ועדה מקומית אינה המלצה מינהלית רחוקה, אלא תשתית שהחוק דורש לקבלת ההחלטה של הועדה המחוזית. יצויין כי בסעיף 68(ג) לחוק ניתנת זכות ערר בפני ועדה מחוזית על דחיית תוכנית מפורטת על-ידי ועדה מקומית. מכאן שבענייננו, אישור הוועדה המקומית היה תנאי להעברת התוכנית לוועדה המחוזית, והיפוכו של דבר - אלמלא אישרה הועדה המקומית את תוכנית כברי, התוכנית לא היתה באה לדיון בפני הוועדה המחוזית. התקיים כאן איפוא קשר שאינו ניתן לניתוק בין ההחלטות של שתי הוועדות. מקשר זה מתחייב לפסול לא רק את אישור הוועדה המקומית, אלא גם את החלטת הוועדה המחוזית.

**=-=**

בג"ץ 5734/98 **עזריאל נ' ועדת המשנה של מועצת מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נג(2) 8 (1999)

בעקבות ההלכה שנפסקה בבג"ץ 5575/94 (להלן – הילכת מהדרין), ובהסתמך על חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך1960- (להלן – החוק) כפי שתוקן בחוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון), תשנ"ה1995-, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל), כי חבר מועצת מקרקעי ישראל (להלן – המועצה) שהוא נציג תנועה התיישבותית או חבר קיבוץ או מושב או שהוא חוכר חקלאי "פרטי" לא ישתתף בדיון או בהצבעה *בוועדת המשנה של המועצה בנושא שינוי ייעודה של קרקע חקלאית*, וזאת במטרה למנוע מצב של ניגוד עניינים. העותר 1 מתגורר במושב ומכהן כמזכיר איגוד המושבים של הפועל המזרחי בישראל. העותר 2 הוא חבר בקיבוץ. שני העותרים מכהנים בוועדת המשנה של מועצת מקרקעי ישראל האמורה לדון בנושאי שינוי ייעוד של קרקעות חקלאיות. העותרים תוקפים את הנחייתו של היועץ המשפטי בטענה כי הילכת מהדרין אינה חלה על עניינם.

[מועצת מינהל מקרקעי ישראל -> מפעילה ועדות משנה שונות -> אחת מהן היא ועדת המשנה בנושא שינוי ייעוד של קרקעות חקלאיות]

1. מינהל מקרקעי ישראל (להלן – המינהל) הוקם מכוח חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך1960- (להלן – החוק). תפקידו של המינהל הוא כאמור בסעיף 2(א) לחוק, לנהל את מקרקעי ישראל (כלומר: "...המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל", כהגדרת סעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל). על-פי סעיף 3 לחוק, הוקמה מועצת מקרקעי ישראל ... על-פי הסעיף האמור, המועצה היא "שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל, תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבו שייקבע בחוק".

על-פי סעיף 4י לחוק המינהל (סעיף שהוסף לחוק במסגרת חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון), תשנ"ה1995-; להלן – החוק המתקן): [...]

(ג) **יושב ראש ועדה לא יהיה בעל ענין במדיניות הקרקעית שבתחום טיפולה של הועדה, וחברי הועדה שהם בעלי ענין כאמור לא יהוו יותר משליש ממספר חבריה.**

7. סוגיית ניגוד העניינים בכהונתם של חברי המועצה ושל חברי ועדת המשנה של המינהל נדונה והוסדרה לאחרונה הן בפסיקתו של בית-משפט זה (במסגרת *פרשת* ***מהדרין***) והן במסגרת החוק המתקן.. כיום קובע החוק את ההוראות הבאות:

"4א. (א) **במועצה** יכהנו השר, שיהיה היושב ראש, וכן חברים שמספרם לא יפחת משמונה עשר ולא יעלה על עשרים וארבעה, שתמנה הממשלה, לפי הצעת השרים, כמפורט להלן:

(1) מחצית מחברי המועצה יהיו מטעם הממשלה, ומחציתם יהיו מטעם קק"ל ועל פי הצעתה; [...]

(3) **חברי המועצה שהם בעלי תפקידים שלא בשירות המדינה או בשירות קק"ל, ושבתפקידיהם אלה יש להם ענין במדיניות הקרקעית (להלן – בעל ענין במדיניות הקרקעית), לא יהוו יותר משליש ממספר חברי המועצה, ומהם לא יותר ממחצית יהיו בעלי תפקידים במגזר החקלאי...**ב

4ג. לא יתמנה אדם חבר המועצה אם נתקיים בו אחד מאלה: ...ו

(6) הוא בעל זיקה אישית או פוליטית לשר משרי הממשלה, ואולם בעל זיקה כאמור יוכל להתמנות כחבר המועצה אם ועדה שמינתה הממשלה, לענין זה, מצאה כי יש לו כישורים מיוחדים בתחומי סמכותה של המועצה או שקיימים לגביו שיקולים של כשירות מיוחדת אחרת לכהונה; לעניין זה, 'בעל זיקה אישית' – בן זוג, אח, הורה, צאצא, צאצא בן הזוג או בן זוגו של כל אחד מאלה...נ

4ו. (א**) חבר המועצה, או תאגיד שהוא בעל ענין בו, לא יתקשר עם המינהל ולא ייצג את מי שהתקשר עם המינהל בעסקה או בסוגי עסקאות**, **למעט** עסקה שאינה בעלת אופי מסחרי, **זולת אם** התירה המועצה את סוג העסקאות או התירה ועדת המשנה לביקורת של המועצה את העסקה המסוימת, מנימוקים שיירשמו.ב

(ב) בסעיף זה ובסעיף 4ז, 'בעל ענין' – כמשמעותו בחוק ניירות ערך, התשכ"ח1968-.ו

4ז. מבלי לגרוע מהוראות סעיף 4ו, חבר מועצה המשתתף בישיבת המועצה אשר דנה בנושא שיש או שעלול להיות לו או לתאגיד שהוא בעל ענין בו, במישרין או בעקיפין, ענין אישי בו, **יודיע על כך למועצה לפני תחילת הדיון ולא ישתתף בדיון ובהצבעה באותו נושא".**נ

8. [טענות העותרים] [...] שנית**: להבדיל מהמועצה, ועדת המשנה [וועדת המשנה בנושא שינוי ייעודה של קרקע חקלאית] אינה מוסמכת לקבל החלטות, תפקידה מתמצה במתן המלצות; ...** רביעית: **החוק המתקן הכיר בחשיבות הדיון הפלורליסטי במועצה ובוועדות, ומתוך כך קבע את האיזון הראוי באשר להרכבן של המועצה ושל ועדת המשנה: סעיף 4א(א)(3) מתיר כיום את חברותם במועצה של מי "שהם בעלי תפקידים שלא בשירות המדינה או בשירות קק"ל, ושבתפקידיהם אלה יש להם ענין במדיניות קרקעית...", ובלבד שלא יהוו למעלה משליש ממספר חברי המועצה, ומהם לא יותר ממחצית יהיו בעלי תפקידים במגזר החקלאי. סעיף 4י(ג) קובע, כי יושב**-**ראש ועדת משנה לא יהיה בעל עניין במדיניות חקלאית (כהגדרתו בסעיף 4א(א)(3)) וכי חברי ועדה שהם בעלי עניין כאמור לא יהוו למעלה משליש מחברי הוועדה. העותרים באים בגדרם של סייגים אלה – ואין מקום להוסיף ולהטיל עליהם סייגים ומגבלות, שיסכלו את תכלית החוק המתקן.ו**

11. [הכרעת בית המשפט] [...] **ב**ענייננו, להבדיל *מפרשת* ***מהדרין***, מתייחסת העתירה לדיונים הנערכים בוועדת המשנה, המוסמכת להמליץ – ולא לדיונים במועצה, המוסמכת לקבל החלטות. האם לייחס נפקות לשוני זה? לדעתי, התשובה היא בשלילה. הכללים בדבר ניגוד עניינים חלים על כל עובד ציבור, בלא הבחנה במהותה של הפונקציה המתבצעת על-ידיו. לעניין זה, אין כל חשיבות להבחנה בין סמכות לקבל החלטה לבין סמכות להמליץ המלצה. גם מי שסמכותו היא ממליצה בלבד חייב להישמר בפני ניגוד עניינים, והאיסורים בדבר ניגוד עניינים חלים עליו. אכן, סמכות ההמלצה חשובה היא. על הממליץ לפעול בלב פתוח, ומתוך שמירה על כל הכללים של המשפט המינהלי, לרבות הכלל בדבר האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים. בדומה, על מקבל ההמלצה לקבלה בלב פתוח, ומתוך שמירה על כל הכללים של המשפט המינהלי, ובהם הכלל בדבר ניגוד עניינים. אכן, סמכות ההמלצה היא סמכות חשובה. על המחליט להתחשב בהמלצה. יש לה משקל בגדרי שיקוליו. כל אלה מובילים לכך, שאין מקום להבחין, לעניין תחולתם של הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים, בין בעל סמכות להחליט לבין בעל סמכות להמליץ. זה כזה חבים באותן חובות לעניין ניגוד העניינים. על-כן, חלים הכללים בדבר ניגוד עניינים גם על ועדת משנה, שכל תפקידה אינו אלא להמליץ למליאה. כך בדרך-כלל; כך גם לעניין ועדות המשנה המוקמות על-ידי המועצה.

12. נותרה אך שאלת השפעתו של החוק המתקן על ההלכה שנפסקה *בפרשת* ***מהדרין***. האם החוק המתקן ממצה את ההסדרים והאיסורים החלים על חברי המועצה ועל ועדת המשנה? [...] אין מקום לראות את ההסדר שנקבע בחוק המתקן כהסדר הממצה בהכרח את כל ההיבטים הנוגעים להסדר ניגוד עניינים וכשולל את תחולתה הרחבה של ההלכה הפסוקה. אכן, סביב ההסדר הסטטוטורי בעניין ניגוד עניינים אין נוצרת מעטפת של "הסדר שלילי" באשר לעניינים שלא הוסדרו בחקיקה. סביב חקיקה המסדירה סוגיה של ניגוד עניינים ממשיכים לחול הדינים ההילכתיים בדבר ניגוד עניינים, אלא אם תחולתם נשללת במפורש (ראו בג"ץ **סיעת הליכוד**). אין בלשון החוק, בהיסטוריה החקיקתית שלו ובנסיבות שקדמו לחקיקתו כדי לסתור הלכות אלו. ההפך הוא הנכון. תופעת ניגוד העניינים במועצה ובוועדות המשנה הוצגה במלוא חומרתה בדוח 44 של מבקר המדינה. גם בהצעת החוק שהוגשה על בסיס הדוח (הצעת חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון) (מועצת מינהל מקרקעי ישראל), תשנ"ה1994-), כמו גם בדברי חברי-הכנסת שנדרשו לה, אין למצוא כל עדות לכוונה ליצור הסדר ייחודי שישלול את תחולתה של ההלכה הפסוקה.

=-=

בג"צ 11745/04 **רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה** (2008), סעיפים 19-13

שתי העתירות שלפנינו מופנות כנגד תכנית המתאר המחוזית תמ"מ 47/1 (להלן: תמ"מ 47/1 או התכנית) שנועדה להביא להקמתה של שכונת מגורים חדשה באזור גבעת מצפה נפתוח שבסמוך לשכונת רמות בירושלים. האם אושרה התכנית כדין, זו ההכרעה שהונחה לפתחנו.

**רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים**

1. העתירות הוגשו על ידי גורמים שונים המתנגדים להקמת השכונה החדשה מטעמים סביבתיים - ובהם תושבי שכונת רמות וארגונים שונים - והן תוקפות את תמ"מ 47/1 מטעמים שהעיקריים שבהם יפורטו להלן. תמ"מ 47/1 היא תכנית מתאר מחוזית המשנה את ייעוד הקרקע בשטח של כ-670 דונם באזור גבעת מצפה נפתוח מייעוד של קרקע חקלאית לייעוד של שטח לפיתוח עירוני, והיא נועדה לשם הקמתה במקום של שכונת מגורים הצפויה לכלול כ-2000 יחידות דיור. אין חולק כי מימושה של תמ"מ 47/1 מחייב סטייה (בדרך של "הקלות") מהוראות תמ"א 31 - תכנית מתאר ארצית משולבת לבניה פיתוח ולקליטת עלייה, ומהוראות תמ"א 22 - תכנית מתאר ארצית ליער ולייעור. ביום 23.7.02, לאחר שהוצג בפניה תזכיר בנוגע למיצוי עתודות הקרקע בירושלים כנדרש על פי הוראות תמ"א 31, אישרה הולנת"ע (ועדת המשנה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה לנושאים תכנונים עקרוניים) את ההקלה הנדרשת מתמ"א 31 לשם הרחבת השטח העירוני של ירושלים ב-0.5%. כמו כן החליטה הולנת"ע כי המלצת המשיבה 2 ב[בג"ץ 11745/04](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2011745/04) ([פורסם בנבו], להלן: הוועדה המחוזית) להפקיד את התכנית תידון בפני המשיבה 1 בבג"ץ 11745/04 (להלן: המועצה הארצית). ... ביום 10.8.04 דנה הולנת"ע בדו"ח שהגיש החוקר בעקבות שמיעת ההתנגדויות ובהמלצותיו, והחליטה לדחות את ההתנגדויות ולאשר את התכנית, תוך אימוץ המלצות החוקר ביחס להתנגדויות בתיקונים מסוימים. נגד החלטה זו של הולנת"ע הוגשו העתירות שלפנינו. ...

תמצית הכרעת בית המשפט:

בענייננו, הולנת"ע אישרה שינוי ייעוד של שטח, שלפי תמ"א 22 יש לו ייעוד של "יער טבעי לשימור", בלא לנקוט בהליכים שבס' 9 לתמ"א 22, ובכך חרגה מסמכותה. [לא התבקשתם לקרוא קטע זה של פסק הדין].

כמו כן, בהחלטת הולנת"ע לאשר את התכנית נפל פגם של קיום אפשרות ממשית לניגוד עניינים מוסדי, שמקורו בהשתתפות מתכננת המחוז בדיון הפנימי של הולתנ"ע.

פגם נוסף שנפל הוא אי מתן זכות טיעון בפני הולנת"ע למתנגדים לתכנית, כאשר למתכננת המחוז ניתנה זכות כזו. שמיעת עמדתו של צד אחד ע"י הרשות המנהלית מבלי לשמוע את עמדת הצד שכנגד, מנוגדת לכללי הצדק הטבעי ולעקרונות המשפט המנהלי. חובת השמיעה היא חלק מחובת ההגינות המוטלת על הרשות המנהלית בכל פעולותיה, בין אם יסווג תפקידה כתפקיד מעין-שיפוטי ובין אם לאו. הפגיעה בזכות הטיעון של העותרים לעומת זכות הטיעון ה"מוגברת" שניתנה למתכננת המחוז, מצדיקה התערבות שיפוטית בהחלטה.

*להלן הרחבה קצרה לעניין ניגוד העניינים המוסדי.*

15. [...] המבחן לקיומו של ניגוד עניינים הוא מבחן אובייקטיבי. השאלה הנשאלת בגדרו של מבחן זה היא האם אדם סביר היודע את כל פרטי העניין היה מוצא שמילוי תפקיד ציבורי מסוים על ידי עובד ציבור נעשה ללא משוא פנים על אף תפקיד אחר שיש לאותו עובד ציבור או על אף עסקיו הפרטיים; או שמא עיסוקיו האחרים של עובד הציבור מצביעים על כך, על-פי ניסיון החיים, שלא יוכל לפעול במסגרת תפקידו ללא דעה קדומה ומשוא פנים. אולם, אין די בקיומו של חשש תיאורטי ורחוק לקיום ניגוד עניינים בפעולותיו של עובד ציבור כדי למנוע ממנו לעסוק בעניין מסוים, ואף לא בחשש סובייקטיבי של אדם זה או אחר. מאידך גיסא, אין צורך להשתכנע כי ניגוד עניינים כאמור אכן מתקיים הלכה למעשה, ודי בפוטנציאל לניגוד עניינים הנובע מעיסוק בעניין מסוים כאשר בה בעת יש אינטרס אחר, שעלול לעמוד בניגוד לאינטרס שבעל התפקיד או העניין מייצג. בהקשר זה יש לציין, כי בפסיקת בית משפט זה טרם נפלה הכרעה בסוגיה של רמת ההסתברות לקיום ניגוד עניינים, הנדרשת כדי למנוע מעובד ציבור לעסוק בנושא מסוים שקיים לגביו פוטנציאל לניגוד עניינים עם עיסוק אחר של אותו עובד – האם די בחשש סביר לקיום ניגוד עניינים בין שני העיסוקים, או שמא נדרשת אפשרות ממשית לניגוד עניינים (ראו: [בג"ץ 202/90 י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד מה](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20202/90&Pvol=מה)(2) 265, 272 (1990); [בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%205575/94&Pvol=מט)(3) 133, 143-142 (1995); [בג"ץ 6641/93](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%206641/93) הנ"ל בעמ' 560-559; [בג"ץ 1100/95](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%201100/95) הנ"ל בעמ' 698; [ע"א 6983/94 פחימה נ' פרץ, פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%206983/94&Pvol=נא)(5) 829, 836-835 (1998); [בג"ץ 10408/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2010408/06) קבהה נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון ([פורסם בנבו], 25.9.07), פסקאות 8-7 לפסק הדין. כן ראו ט' שפניץ וו' לוסטהויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ספר אורי ידין (כרך ב, 1990) 315). מכל מקום, יש לזכור כי גם כאשר מדובר בשאלת האפשרות למלא תפקיד מסוים בעל פוטנציאל לניגוד עניינים, הרי פסילה מוחלטת של אדם מלמלא תפקיד מסוים הינה האמצעי הקיצוני ביותר להתמודד עם החשש מפני ניגוד עניינים וככלל תועדף נקיטתו של אמצעי חמור פחות, שיהיה בו כדי לנטרל את ניגוד העניינים הפוטנציאלי בעניין הקונקרטי העומד על הפרק, כגון הימנעות מהשתתפות בהצבעה או בדיון בנושא שלגביו מתעורר החשש לניגוד עניינים.

16. בכל הנוגע לפעילות מוסדות התכנון קובע סעיף 47א ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/044_001.htm) איסור ספציפי ומפורש על הימצאותו של חבר במוסד תכנון בניגוד עניינים, בזו הלשון:

|  |  |
| --- | --- |
| "**ניגוד עניינים** | 47א. (א) חבר מוסד תכנון לא ישתתף בדיון ובהצבעה בקשר להתנגדות או לערר, למעט בהליך לפי סעיף 62(ד), אם נתקיים בו אחד מאלה:  (1) הוא נציג של גוף אשר יזם את התכנית המובאת לדיון, או של גוף אשר הגיש התנגדות או ערר לאותה תכנית;  (2) הוא נטל, כחבר, חלק בהחלטת אותו מוסד התכנון שעל החלטתו הוגשו ההתנגדות או הערר". |

אין חולק כי הוראות סעיף 47א הנ"ל אינן חלות ישירות בענייננו, שכן הסעיף חל על חברים במוסדות תכנון ואילו מתכננת המחוז אינה חברה בולנת"ע. עם זאת, בפסיקתנו נקבע כי אין לפרש דבר חקיקה הקובע איסורים ספציפיים על ניגוד עניינים בפעולותיה של רשות ציבורית מסוימת כ"הסדר שלילי", המונע את תחולתו של הכלל בדבר איסור המצאות במצב של ניגוד עניינים במקרים נוספים (ראו עניין סיעת הליכוד, בעמ' 573; [בג"ץ 595/89](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20595/89) הנ"ל, בעמ' 415-414). ...

בכל הנוגע לחשיבות הייעוץ המקצועי אותו סיפקה מתכננת המחוז לולנת"ע, אכן נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי נסיבות של "צורך" עשויות לעיתים (נדירות) לגבור על האיסור בדבר הימצאותו של עובד ציבור בניגוד עניינים (ראו עניין "סיעת הליכוד", בעמ' 576-575). עם זאת, כאשר מתעוררת אפשרות כזו, הנטל להראות כי מתקיימות במקרה פלוני נסיבות של "צורך", הגוברות על הכלל בדבר איסור ניגוד עניינים, מוטל על הטוען לקיומן של נסיבות מעין אלה. במקרה דנן המדינה לא עמדה בנטל זה, שכן העותרים הצביעו על האפשרות העומדת בפני הולנת"ע בהיותה ועדת משנה של המועצה הארצית לקבל סיוע תכנוני-מקצועי ממינהל התכנון במשרד הפנים והמדינה לא הסבירה מדוע אין ניתן להסתפק בסיוע תכנוני-מקצועי זה. ...

==-=

האם בכל סיטואציה של ניגוד עניינים עפ"י המשפט המנהלי תופיע חובה על הרשות שלא לפעול או (אם פעלה) תיפסל החלטתה?

התשובה שלילית.

א. יש מצבים חריגים של **צורך/כורח** [ראו דוגמא להלן, וראו את ההתייחסות לעיל בפס"ד **רמות,** ובעיקר את הדוגמא המופיעה לעיל בפסקה 11 בעניין **סיעת הליכוד**].

ב. קיים גם מצב נוסף של **"זוטי דברים"**. למשל, אם מי שמשמש כנגיד בנק ישראל יקנה לפתע אחוזי בעלות בבנק, יפסלו אותו לאור ניגוד עניינים; אבל לא יפסלו אותו בגלל שהוא בעלים של חשבון עו"ש. ניגוד העניינים במקרה זה הוא ניגוד קלוש.

צריך לזכור שכללי הצדק הטבעי עצמם אינם מנוסחים ככללים מוחלטים. [ישנם מקרים שבהם אין חובה, למשל, לתת זכות טיעון מראש, או זכות טיעון מקיפה, וכו']. גם הכלל של איסור ניגוד עניינים אינו מוחלט: ראו דוגמא הנוגעת לא לגורם מינהלי אלא לגורם שיפוטי – עתירה לבג"צ בעניינים שנוגעים לבית המשפט העליון עצמו. ברור שיש ניגוד עניינים. אבל, מכיוון שבכל זאת צריך לשפוט בעניין, בעתירה מהסוג הזה כן יאפשרו לשופטים לשפוט, כי צריך לזכור (וזה עקרון חשוב מאוד, שהוזכר גם בקשר להליכי המנהל) הליכי המנהל מטרתם היא לאפשר לרשויות לקבל את ההחלטות הטובות ביותר, צריך להיזה לפיכך ממצב שבו כתוצאה מחובות החלות על המינהל תהא הרשות משותקת. יש לחפש מענה מידתי לקושי המתגלע כאן.

לדוגמא: בבג"צ 5771/93 **ציטרין נ' שר המשפטים** הוגשה עתירה כנגד נוהלי הועדה לבחירת שופטים (ועדה בה חברים שלשה משופטי בית המשפט העליון). שלושת השופטים שישבו בוועדה לבחירת שופטים לא ישבו בהרכב שדן בעתירה, וגם שופטים שישבו בעבר בוועדה לא ישבו בהרכב. עשו סינון ומצאו שני שופטים קבועים של ביהמ"ש העליון שלא ישבו בוועדה אף פעם והם שפטו וגם לקחו את השופט שלמה לוין, שישב בוועדה לבחירת שופטים לפני הכי הרבה זמן.

^אם יש טענה למשוא פנים (והיא ידועה לצד שמשוא הפנים פועל נגדו) – יש לטעון אותה לפני שהדיין/ הרשות מחליטה בעניין (לא לחכות לראות מה תהיה ההחלטה, ואז לשלוף את 'קלף' טענת משוא הפנים).

משוא פנים וניגוד עניינים – החשש הוא מפני שיקולים זרים – כאשר החשש אינו זניח [לעניין עוצמת החשש הנדרש, ראו הויכוח בין "החשש הסביר" לבין "האפשרות הממשית"].

הנקודה החשובה היא **שלא צריך להוכיח** את קיום השיקולים הזרים, ולא נדרש להוכיח כי שיקולים זרים הם שהובילו להחלטה השלטונית. די בחשש שאיננו מבוטל הנובע מאופי הסיטואציה של ניגוד העניינים, לא עוסקים באופיו/ חוסנו של האדם הספציפי הממלא את התפקיד. הרציונל: חשוב לא רק שיקול הצדק אלא גם שיקול "מראית הצדק" – אמון הציבור ברשויות השלטוניות.

לענין עוצמת החשש מפני משוא פנים הנדרשת לצורך מניעת הסיטואציה או ביטול החלטה שנתקבלה: האם קיים הבדל ממשי בין שני סוגי ההתנגשויות הרווחות בסיטואציות של ניגוד אינטרסים?

התנגשות א': התנגשות בין אינטרס פרטי (של בעל הסמכות) לבין האינטרס השלטוני (מילוי התפקיד כנאמן של הציבור); ב': התנגשות בין שני אינטרסים שלטוניים.

**אין הכרעה ברורה בפסיקה בין אפשרויות שונות שהושמעו**:

1. יחול אותו המבחן בשני סוגי ההתנגשויות – מבחן "חשש סביר"
2. יחול אותו מבחן – "אפשרות ממשית"
3. יחול מבחן "החשש הסביר" כאשר יש נגיעה אישית/ אינטרס פרטי; ו"אפשרות ממשית" בהתנגשות האחרת (בין שני אינטרסים ציבוריים)
4. יחול אותו מבחן – "אפשרות ממשית", אך אם יש נגיעה אישית, כי אז הנטל יעבור לרשות/ איש-הרשות שטענת ניגוד העניינים מופנית כלפיו להוכיח שהחשש אינו מגבש את המבחן

כזכור יש השפעה לסוג הפעולה השלטונית/ סוג ההחלטה השלטונית. ההקפדה הגדולה יותר עם פעולה מינהלית שהיא בעלת אופי מעין-שיפוטי.

=-=

ראו להלן מספר קטעי עיתונות העוסקים בשאלות של ניגוד עניינים ושל שומרי סף.

\* זוהי קריאה רשות.

שימו לב שאין מדובר בקטעים מתוך פסקי דין אלא מתוך תחקירים עיתונאיים.

**תחקיר // השיטה: כך השתלטה ישראל ביתנו על מיליארדים בחברות הממשלתיות**

הפרקליט של ליברמן קיבל 4.5 מיליון ש' ממעצ ■ אשת ראש המטה של ליברמן קודמה ליועמ"ש של החברה ■ גיסתו של גדעון סער מונתה ליועצת המשפטית של נ.ת.ע ■ כך ניהלה לכאורה ישראל ביתנו מפעל מינויים פוליטיים ושלטה במיליארדים - מבלי שאיש יצלצל בפעמוני האזהרה

* 10:00
* 21.01.2015
* מאת: [**אבי בר-אלי**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.425)

בטקס חגיגי שנערך במעמד ראש הממשלה, בנימין נתניהו, חנכה בספטמבר 2012 [חברת נתיבי ישראל](http://www.themarker.com/news/1.2538605) (מעצ לשעבר) את כביש עוקף הקריות, מהחשובים בכבישי הצפון.

המשכו של כביש החוף הישן משתרע לאורך 14 ק"מ, חולף על פני 19 גשרים ועובר בשטחן של שש רשויות מקומיות. שלוש שנים ארכה סלילתו בהשקעת עתק של 1.7 מיליארד שקל מתקציב המדינה. "עוקף קריות הוא חוליה נוספת בהשקעת המיליארדים שלנו בתוכניות התחבורה", אמר נתניהו בטקס. "הפרויקט מקדים את לוחות הזמנים וזהו חיסכון נטו למשק הלאומי", הוסיף שר התחבורה ישראל כ"ץ.

אלא שבחלוף חודשים ספורים הוסרו החיוכים החגיגיים ואת מקומם תפסו סימני דאגה, שלא מצאו עדיין את דרכם אל התקשורת. קבלן הפרויקט, שפיר הנדסה, הגיש נגד [מעצ](http://www.themarker.com/dynamo/1.2330267) תביעת ענק בסך 800 מיליון שקל - מחצית מתקציב הפרויקט כולו. בתביעתה טענה שפיר כי הוראות שהכתיבה מעצ בעת ביצוע הפרויקט, לצד "בקשות" שהונחתו על ידי ראשי רשויות מקומיות, הביאו לייקור התוכניות המוקדמות, שאותו שפיר נאלצה לכאורה לכסות במאות מיליוני שקלים.

תביעות כאלה נהפכו לשגרה בענף התשתיות. הקבלנים, יש מעירים באירוניה, מתמחרים את הפיצויים שלהם יזכו בעתיד כבר בהצעת המחיר שהם מגישים למכרז בהווה. אלא שהפעם זו לא היתה "עוד תביעה". ככלות הכל, מדובר בהיקף הפיצויים הגבוה ביותר שנדרש בשנים האחרונות מחברה ממשלתית כלשהי - ובין שהיא מוצדקת ובין שלא, מעמידה התביעה את המדינה עצמה בפני אחת החשיפות התקציביות הגדולות שלה.

על אף התקדים המסוכן, במעצ לא נרשמה תכונה מיוחדת. גם לא כשכתב התביעה עב הכרס הונח על שולחנה של ממלאת מקום היועץ המשפטי, עורכת הדין סימה לוי.

על אף היקפי התביעה ומורכבותה, הוחלט להפקיד את הטיפול בתיק הרגיש והיקר בידיו של עורך דין חיצוני יואב מני, שליווה את הפרויקט מטעם מעצ.

מני, יועצה המשפטי של [מפלגת ישראל ביתנו](http://www.themarker.com/law/1.2538598) ופרקליטו לשעבר של היו"ר ושר החוץ,[אביגדור ליברמן](http://www.themarker.com/dynamo/1.2524910), נעצר ב–2009 על ידי היחידה לחקירות הונאה בחשד שהגה את מנגנון הכספים המתוחכם שדרכו העבירו לכאורה אילי הון זרים וישראלים מיליוני דולרים למקורביו של ליברמן. מני נחשד אז כי פעל להסוואת הכספים באמצעות אנשי קש וחשבונות פיקטיביים.

בעוד שהוא ממתין להכרעת היועץ המשפטי לממשלה, [יהודה וינשטיין](http://www.themarker.com/law/1.2528019), אם להאשימו בעבירות של שותפות למרמה, הפרת אמונים וקבלת דבר במרמה, זכה מני לחוזה מכניס במיוחד כיועץ משפטי חיצוני למעצ. בראש החברה הממשלתית עמד באותה תקופה מקורבו של ליברמן, אלכס ויז'ניצר, שנעצר בחודש שעבר בפרשת השחיתות לכאורה סביב מוסדות ישראל ביתנו.

[תחקיר שפורסם לפני ארבע שנים ב"הארץ"](http://www.haaretz.co.il/news/investigations/1.1178220) (שרון שפורר, "מעצמה של ג'ובים", 24 ביוני 2011) חשף כי ב–2007–2009 העבירה מעצ למשרדו של מני 2.2 מיליון שקל בעבור ייצוגה בתיקים שונים, עד שהחוזה בין הצדדים הסתיים.

כעת מתברר כי הקשר בין מעצ למני דווקא המשיך, ובעצימות גבוהה יותר. זאת, עוד לפני הכרעת היועץ המשפטי לממשלה אם לסגור את תיק החקירה "הגדול" בפרשת ליברמן, ולפני שסגר ב–2013 את התיקים נגד החשודים בפרשה, לרבות מני, מחוסר ראיות מספקות.

כך, ב–2010 זכה מני מתקציב מעצ לשכר טרחה כולל של 670 אלף שקל. ב–2011 הסתכם שכרו בגין ייצוג החברה בתיקים משפטיים שונים ב–665 אלף שקל וב–2012 פחת שכרו ל–310 אלף שקל. ב–2013, לעומת זאת, זינקו התשלומים שקיבל ממעצ פי שניים, ל–709 אלף שקל. נתוני 2014 עדיין לא סוכמו. אלה ישקללו את הייצוג היקר יחסית של מעצ בתביעה של שפיר.

בסך הכל, בתוך שבע שנים, גרף בא כוחה של המפלגה 4.55 מיליון שקל מתקציב החברה הממשלתית שאותה ניהל מקורבו של ליברמן. זאת, יש להזכיר, בעוד שמני וליברמן נחקרים בחלק מהתקופה זה לצד זה באותה פרשה פלילית.

**אבא דוד לוי, הדוד יובל שטייניץ**

לפני חודש געשה ישראל בעקבות מעצרם של 30 חשודים ב[רשת שחיתות](http://www.themarker.com/markerweek/1.1900372) ענפה שפעלה לכאורה סביב מוסדות ישראל ביתנו. לטענת המשטרה, תכלית המנגנון שחשפה היתה מינוי מקורבים וניוד כספי ציבור לכיסם של בכירים במפלגת ישראל ביתנו.

בעוד שהמשטרה מתמקדת בנעשה במשרדי הממשלה, נותרה בצל פעילות ישראל ביתנו בחברות הממשלתיות שעליהן הופקדו שריה. זאת, אף שבחינה מדוקדקת של הנעשה בחברות האלה בעשור האחרון מלמדת על דפוס עקבי ומתוחכם של מינוי מקורבים, ועשויה גם להסביר כיצד הצליחו אנשי ישראל ביתנו לחמוק מעינם הפקוחה של שומרי הסף על הכסף הציבורי: הם פשוט מינו אותם.

כך, מי שהיתה אמונה מטעם מעצ על הקשר עם מני היא הלשכה המשפטית בחברה הממשלתית. באופן הדרגתי אוישה זו במשך השנים בדמויות נוספות הקשורות במישרין או בעקיפין לישראל ביתנו.

יחד עם מני נעצר ב–2009 מי שנחשב ליד ימינו הפוליטית של ליברמן ולאחד מהמקורבים ביותר לו, שרון שלום. שלום מכהן כיום כראש מטה שר החוץ, לאחר שליברמן ניסה למנותו למנכ"ל המשרד.

שלום שימש מנכ"ל מ.ל–1 - החברה הקפריסאית שבבעלות מיכל ליברמן, בתו של אביגדור ליברמן, שלפי חשד המשטרה דרכה הולבנו המיליונים שהוזרמו מאילי ההון דוגמת מרטין שלאף, מיכאל צ'רנוי ודן גרטלר. בחקירתו טען שלום כי לא מדובר היה חלילה בכספי שוחד או בהלבנת כספים לא חוקית, אלא בתמורה לעסקות מכירת יין במולדובה - הסבר שלימים הניח את דעתו של וינשטיין.

כיצד קשור שלום לענייננו? רעייתו של שלום היא עורכת הדין סימה לוי, מי שהפקידה כאמור את ייצוגה של מעצ בתביעת הענק שהגישה שפיר לידי יואב מני, המוכר היטב לבן זוגה.

"שם המשפחה של אשה או של כל אדם, לא מונע את חופש העיסוק המעוגן בחוק היסוד. הדבר נכון במיוחד למי שסיימה את לימודיה האקדמיים בהצטיינות יתרה, וכל חברה, פרטית או ציבורית, היתה שמחה לזכות בשירותיה", מסר בתגובה שרון שלום.

לוי, שגויסה לשורות מעצ בימיו של ויז'ניצר, מחזיקה בייחוס משפחתי־פוליטי משלה. היא בתו של השר לשעבר דוד לוי, ואחותה של חברת הכנסת מטעם ישראל ביתנו, אורלי לוי־אבקסיס, ששובצה שלשום בידי ליברמן למקום השני ברשימת המפלגה בבחירות הקרובות.

אגב, לוי לא אמורה היתה להיות זו שמשבצת את מני לתיקים של מעצ. בימים כתיקונם היא מכהנת כסגנית היועץ המשפטי לחברה ולמעשה ממלאת כיום את מקומו של היועץ המשפטי הנבחר.

מי שכיהן בתפקיד זה עד לפני חצי שנה היה עורך דין יואב ליסון, שנאלץ לפרוש בנסיבות בריאותיות שמונה חודשים בלבד לאחר שנבחר לתפקיד. ליסון הוא בנו של עורך הדין זאב ליסון, ממייסדי ישראל ביתנו. ליסון האב נמנה עם ראשוני היועצים המשפטיים החיצוניים של מעצ עם הפיכתה לחברה ב–2005 — תחת ניהולו של ויז'ניצר. במשך שש שנים הוא ליווה את מעצ כיועץ חיצוני עד שהחברה נדרשה להפסיק את ההתקשרות מולו ולצאת במכרז לבחירת המשרדים החיצוניים שלה, וכן לתפקיד יועץ משפטי פנימי.

במעצ התחמקו תקופה ממושכת ממינוי יועץ משפטי פנימי, והעדיפו לשכור את שירותיהם של יועצים פרטיים חיצוניים. כך או כך, עד שפורסם המכרז לתפקיד היועץ המשפטי הפנימי, זכה בו למרבה הפלא ליסון הבן.

גם ליסון הוא לא היחיד ביחידה המשפטית של מעצ שהתברך באב בעל קשרים פוליטיים. כזו היא גם עורכת הדין דנה חכים, שעוד ב–2007 צדה את עינו של מבקר המדינה. חכים היא בתו של גרי חכים, גיסו של השר יובל שטייניץ (הליכוד) ובעל קשרים ענפים בליכוד ובענף התשתיות.

חכים התקבלה למעצ של ויז'ניצר כעובדת חברת כוח אדם. בחלוף ארבעה חודשים בלבד היה מי שזיהה כנראה את הפוטנציאל הנסתר בעובדת הצעירה, והיא נמשכה לשורות החברה ומונתה לתפקיד ממונה באגף השיווק והפיתוח העסקי. לאחר מכן השלימה את הסיבוב וחזרה לתפקיד מנהלת מחלקה בייעוץ המשפטי, שם היא כפופה כיום לסימה לוי.

מבט כללי על המתואר לעיל מצייר תמונה סכמטית מדאיגה. לכאורה, המנגנון המשפטי בחברה ממשלתית שחולשת על תקציב פרויקטים שנתי של 5 מיליארד שקל נכבש על ידי קבוצה פוליטית.

היועץ המשפטי הוא בנו של מייסד מפלגת ישראל ביתנו, סגניתו נשואה לראש מטה יו"ר המפלגה, אחותה היא חברת הכנסת מטעם המפלגה, והכפיפה שלה היא בתו של מקורב לשעבר למפלגה. כל אלה דואגים לחלוקת תיקים במיליוני שקלים עבור פרקליטה של המפלגה — וכל זאת בחברה שאותה ניהל ביד רמה אחד ממקורבי היו"ר, שרוחו עדיין שורה במסדרונות.

**"יועץ משפטי יכול לשאול שאלות"**

ויז'ניצר מונה לתפקידו במעצ ב–2003 על ידי שר התחבורה דאז, ליברמן. הוא הופקד על הקמתה מאפס של מעצ החדשה במהלך נדיר ואגרסיבי של "סגירה־פתיחה", שבמסגרתו נסגרה בן לילה מעצ הישנה ותחתה הוקמה חברה חדשה ורזה, המשוחררת מכבלי הסכמי העבודה שבחברה הישנה.

לויז'ניצר ניתנה אז יד חופשית באיוש התפקידים בחברה החדשה. כצפוי, חופש זה גרר לימים דו"ח חריף מאת מבקר המדינה. ואולם ויז'ניצר התאהב כנראה בניסיונו במעצ וניסה ליישמו גם בשתי תחנותיו הבאות במגזר הציבורי. זאת, לפי מודל: הצנחת ויז'ניצר ליו"ר/מנכ"ל חברת ממשלתית על ידי שר משורות ישראל ביתנו - "טיהור" השדרה הניהולית הקיימת בחברה - מינוי מחליפים כראות עיניו של ויז'ניצר, תוך דגש על חילופי גברי בלשכות המשפטיות.

כדי להבין את משמעות השליטה ביחידה משפטית של כל [חברה ממשלתית](http://www.themarker.com/news/1.2536505), ולא רק מעצ, יש לתאר קודם את סמכויותיה. יועץ משפטי בחברה ממשלתית הוא שומר הסף הראשון בה. הוא קרוב ומעורה בליבת פעילותה השוטפת. הוא שאחראי על כל ההיבטים המשפטיים בפעילותה, ומלווה את מנגנון קבלת ההחלטות בהנהלת החברה והדירקטוריון.

בפועל, הוא גם זה שמחזיק בזכות וטו על הכרעות המתקבלות בוועדות המכרזים, ומשמש משקיף בוועדות האיתור למינוי בכירים. במלים אחרות, היועץ המשפטי - והלשכה המשפטית כולה — הם חותמת הכשרות בדרך למיליארדי השקלים מכספי ציבור שמשולמים מדי שנה לקבלנים ולספקים. על הדרך, הם גם אלה שיושבים בצומת הבקרה על המינויים הפוליטיים.

ואמנם, ועדות המכרזים של מעצ ריכזו בשנים האחרונות תשומת לב יתירה. באחד התחקירים שפורסמו לפני כשנתיים ב–TheMarker ("המיליארדים של מהפכת התחבורה זורמים למקורבים", 13 בספטמבר 2012) תועדו שני מקרים שבהם גורמים בחברה לחצו לאשר בדיעבד לקבלנים פיצויים בסך עשרות מיליוני שקלים בגין "שינוי הוראות" לכאורה שבוצע במהלך הפרויקט, ללא הצדקה ובניגוד לעמדת הייעוץ המשפטי הפנימי.

כך, לציבור אין מושג כיצד התנהל במשך העשור האחרון מנגנון תשלומי העתק לקבלני התשתיות בכלל החברות הממשלתיות, וכיצד פועל מנגנון קנסות המיליונים שנקבעו ואז בוטלו שרירותית, כמו גם מאות המיליונים שחולקו ללא מכרז למנהלי פרויקטים. בבקרה על כל אלה שמה הממשלה את מבטחה ביועצים המשפטיים של החברה.

לפיכך, הצנחת מועמדים־מטעם למחלקות הכספים או משאבי אנוש — אין בה די כדי לשלוט בחברה. רק דריסת רגל בלשכה המשפטית עשויה להביא ליד חופשית בחלוקת כספים למקורבים ובהשתקת מינויים פוליטיים, כל עוד אלה נדרשים, כמובן.

גורם בענף התשתיות התנדב בעבר להסביר מדוע מעצ מנסה להימנע מפרסום מכרזים להעסקת יועץ משפטי פנימי של הלשכה המשפטית שלה ומעדיפה להיסמך על חוות דעת שהיא מקבלת מעורכי דין חיצוניים. "הפונקציה של יועץ משפטי היא בעייתית בכל חברה", הסביר הגורם. "הוא יכול לתקוע מהלכים, לשאול שאלות. כך, אם הוא ייהפך רק לסדרן עבודה של עובדים חיצוניים, הוא יוכל לקבל איזו חוות דעת שירצה המנכ"ל מעורכי דין חיצוניים — או למעשה לקנות אותה".

אך מדוע חייבים לשכור עורכי דין חיצוניים אם אפשר למנות מקורב ליועץ משפטי פנימי?

**הבוררות מול וינוגרד**

הסיכון בהשתלטות פוליטית על לשכות משפטיות אינו חייב להגיע עד כדי מעילה בכספי ציבור או הלבנת מינויי מקורבים. הוא יכול להסתכם ב"סתם" תפקוד חסר, ניסוח לקוי של חוזים או חלוקה מוטית ולא מושכלת של תיקי ייצוג. זאת, כעוד מסלול כשר לכאורה לצ'פר מקורבים מכספי ציבור.

הרי מסירת טיפול בתיק משפטי כבד, כזה שצפוי להתדיינות ממושכת — תחילה בהליכי משא ומתן, לאחר מכן בגישור ולבסוף בבית משפט או בבוררות — משמעותה בוננזה כלכלית לצוות המשפטנים בזכות רישום שעות עבודה רבות, קל וחומר כשמדובר בעורך דין אחד.

בניגוד למגזר העסקי, איש לא שאל מעולם חברה ממשלתית מדוע הפסידה בתיק משפטי, מדוע נדרשה לשלם פיצויים ואם יכולה היתה להימנע בכלל מההליך. מדובר בכיס עמוק שתחת אצטלה של ערכאות משפטיות ניתן לשאוב דרכו כספים באין מפריע ותחת כסות חוקית לחלוטין.

התוצאה היא ניכוס של כספי ציבור בערוץ טבעי שאינו מעורר כל חשד. גם אם היה מעורר חשד כזה, אין הרי טעם לאכוף טעויות בהפעלת שיקול דעת. זאת, כשממילא אין כיום מי שמבקר הוצאת כספי ציבור בפשרות משפטיות, אין מי שבולש אחר גובה הפיצויים שמשלמות חברות ממשלתיות בתום הפרויקט, ואין מי שמסוגל לנתח הפסדים בבתי משפט או לבקר חלוקת תיק לעורך דין X במקום ל–Y.

כך, ורק לשם הדוגמה, ניתן להעמיד עורך דין אלמוני מול סוללת עורכי הדין מטעם אחד ממשרדי הליטיגציה המובילים בישראל, לפחות עד שיידרדרו המגעים לכדי תביעה בבית משפט — ועד אז להבטיח לו בלעדיות על רישום שעות ייצוג. באמצעות אותה פרצה, יכולה באופן תיאורטי אשת חשוד בפרשת שחיתות להעביר מיליוני שקלים לנחקר אחר בתיק, שיכול לסבך את בעלה — על חשבון כספי ציבור.

"ההחלטה אם לשמור תיק לעצמי — או להוציא אותו למיקור חוץ, ואם כן, אז להוציא אותו לעורך דין זה או אחר — היא שלי ורק שלי", מעיד יועץ משפטי לשעבר באחת החברות הממשלתיות. "אני זה שמחליט אם יש לי את היתרון היחסי בטיפול בתיק או שמבחינת ידע, ניסיון וכוח אדם, מוטב להוציאו לעורך דין חיצוני".

ואמנם, במעצ הבינו לימים את הבעייתיות שבמסירת הייצוג בתיק התביעה הענקית של שפיר לעורך דין בודד — טוב ככל שיהיה — לאחר שההליך המשפטי בין החברה לבין שפיר הסתבכו. בתום התדיינות עקרה בת חודשים בניסיון להגיע לפשרה ולהניא את שפיר מהגשת תביעה, פנתה שפיר לערכאות והגישה את תביעתה הכספית האסטרונומית.

הצדדים פנו לבוררות בפני השופט לשעבר אורי גורן, אך בעקבות מחלוקת על שכר טרחתו הועבר התיק לשופט בדימוס אליהו וינוגרד. או אז החליטה מעצ לעבות את הצוות המשפטי שתעמיד מול סוללת עורכי הדין של שפיר מטעם משרד ש. הורוביץ, ממשרדי הליטיגציה המובילים בישראל. שהרי בכל זאת, מדובר בתביעה בגובה תקציבה השוטף של מעצ בחמש השנים האחרונות גם יחד.

לקראת ההתדיינות המשפטיות הוחלט לצרף לעורך הדין מני את משרד עורכי הדין לוי, מי־דן ושות' — מהמובילים בישראל בנישת מיזמי התשתית. המהלך נומק בעומס החומרים שהגישה שפיר לבוררות, ובהם 1,000 עמודי תביעה בשבעה ארגזים.

מה הבינו בלשכה המשפטית של מעצ בשלב זה שלא הבינו קודם לכן? אין לדעת. האם הבחירה במני לייצוג החברה הממשלתית היתה מוצדקת מבחינה מקצועית ושירתה את האינטרס הציבורי? ייתכן שכן. בכל זאת, מדובר בעורך דין שניהל לפני שנתיים עבור ישראל ביתנו משא ומתן קואליציוני (במקביל לעבודתו עבור מעצ).

ואולם אם נחזור לדיון במנגנון הפוליטי לכאורה שנוצר ביחידה המשפטית של מעצ, ולשאלה אם מדובר ביד המקרה - או שמא בדפוס חוזר בהתנהלות השגורה בחברות התשתית הממשלתיות - ראוי לבחון את המהלכים שביצעה גם חברת המים הלאומית מקורות בקרב חוג יועציה המשפטיים, לאחר מינויו של ויז'ניצר ב–2010 ליו"ר הדירקטוריון שלה.

**27 מיליון שקל לטובת ההילולה במירון**

ויז'ניצר מונה ליו"ר מקורות על ידי שר התשתיות דאז וחבר ישראל ביתנו, עוזי לנדאו. בתוך שנה החליף ויז'ניצר את מנכ"ל החברה, היועץ המשפטי, סמנכ"ל הכספים, סמנכ"ל משאבי האנוש, מנהל מרחב צפון ומנכ"ל החברה הבת, מקורות ייזום.

לתפקיד יועצת משפטית קידם ויז'ניצר עורכת דין צעירה יחסית מתוך החברה, שאותה החזיק זמן מה על תקן רעוע של ממלאת מקום. במקביל, מינה לתפקיד חדש של מזכיר חברה, בתקן משפטן, את עורכת הדין איילת עציון, בתה של עליזה בראשי, מנהלת סיעת הליכוד בכנסת.

לתפקיד מנכ"ל מקורות בחר ויז'ניצר בשמעון בן חמו, לשעבר המשנה למנהל רשות החברות הממשלתיות, שמולו עבד בעת כהונתו במעצ. על כס מנכ"ל מקורות ייזום הושיב את עופר לאופמן, לשעבר יו"ר ומנכ"ל החטיבה להתיישבות — שכיום עומדת במרכז פרשת השחיתות לכאורה במנגנון ישראל ביתנו. עם כניסתו לתפקיד, נחתה בלשכת לאופמן עוזרת מוכשרת בשנות ה–20 לחייה בשם שירלה שלום. מדובר באחותו של שרון שלום, יד ימינו של ליברמן, שרעייתו מכהנת כזכור כסגנית היועץ המשפטי במעצ.

על רקע הקשיים ההנדסיים והפיננסיים שאליהם נקלע פרויקט הדגל של מקורות ייזום — הקמת מתקן ההתפלה הגדול באשדוד — עזב לאופמן את תפקידו בתוך פחות משנתיים. עוזרתו, לעומת זאת, נותרה בחברה. אף שמונתה תחילה למשרת אמון בלא מכרז — הוכנסה שלום אל הלשכה המשפטית של מקורות ייזום וכיום היא עובדת תחת היועץ המשפטי של החברה.

"לאחר פרישת המנכ"ל היה ערך מוסף להיכרותה של שלום עם החברה, ולהשכלתה המשפטית עבור קליטתה בתקן זוטר בלשכה המשפטית", מסרה מקורות בתגובה.

לאחר שהשלים את "טיהור" השדרה הניהולית ואת כיבוש הלשכות המשפטיות, נערך ויז'ניצר לקצירת הפירות, אלא שאז חלה תפנית מפתיעה בעלילה המוכרת. שר האנרגיה הטרי, סילבן שלום, הדהים כשסירב להאריך את כהונתו של ויז'ניצר לקדנציה שנייה, ותוכניותיו של ויז'ניצר נגדעו באחת.

לפני שעזב עוד הספיקה מקורות ייזום לאייש תקן נוסף של שומר סף — מבקר הפנים. לתפקיד רגיש זה נבחר מוטי ברעלי, מכר של רו"ח משה ליאון ובן כיתתו בתקופת לימודיהם בבית הספר.

ליאון, מהמקורבים ביותר לליברמן ולאחרונה מועמדו לתפקיד ראש עיריית ירושלים, נחקר אף הוא בחודש שעבר באזהרה בפרשת ישראל ביתנו, לאחר שב–2013 הוביל יחד עם מני את המשא ומתן הקואליציוני מטעם ישראל ביתנו. מובן שאין בציון הקרבה של השניים כדי להעיד על זיקה כלשהי של לאון למינוי של ברעלי או לפעילותו בחברה.

למרות עזיבתו המפתיעה של ויז'ניצר ולנוכח הגב הפוליטי שבו נתמך, ברור היה כי יהיה זה עניין של זמן עד שיימצא עבורו תפקיד באחת החברות הממשלתיות האחרות. ואמנם, החברים בישראל ביתנו דאגו כי ידיו לא יישארו מחוסרות עבודה.

ב–2012 החליט שר התיירות, סטס מיסז'ניקוב, למנות את ויז'ניצר לתפקיד יו"ר דירקטוריון חברה ממשלתית חדשה שתופקד על ניהול מתחם קבר רבי שמעון בר יוחאי (הרשב"י) שבמירון.

על המינוי הסופי בחברה, שחולשת על תקציב שנתי של 27 מיליון שקל, חתם כבר שר התיירות הבא, עוזי לנדאו. ואולם עוד לפני שטיפלה החברה בהילולת ל"ג בעומר אחת, התבשר ויז'ניצר כי יקבל לידיו את ראשות דירקטוריון נ.ת.ע, החברה הממשלתית שהופקדה על מיזמי הסעת ההמונים בגוש דן, ובראשם פרויקט הקו האדום התקוע של הרכבת הקלה.

**שבעה מיוצאי מעצ יובאו לנ.ת.ע**

מינויו של ויז'ניצר ליו"ר נ.ת.ע לא הפתיע. ייכתב מה שייכתב, אין עוד אנשי ביצוע כמותו בשירות הציבורי, ויכולותיו הניהוליות והתכליתיות של ויז'ניצר — גם אם נהג באגרסיביות לעתים — הותירו לאורך השנים חותם פרויקטלי מרשים בשטח.

חותם נוסף הספיק ויז'ניצר לרשום לזכותו גם בשנה וחצי בלבד של כהונה בנ.ת.ע, שבה הוביל את אחד המהלכים המאסיביים ביותר בניהול כוח האדם בחברות הממשלתיות.

נאמן לדרכו ולאנשי אמונו, בנה ויז'ניצר מחדש את השדרה הניהולית בנ.ת.ע תוך שהוא מחליף בזה אחר זה את כל הבכירים בחברה באנשיו. לא פחות משבעה יוצאי מעצ מצאו את דרכם אל צמרת האכסניה החדשה, כולל ויז'ניצר. תחתיו, הביא לתפקיד מנכ"ל נ.ת.ע את יד ימינו במעצ, יהודה בר־און, שנעתר לחזור למגזר הציבורי ולאחד כוחות עם מנהלו בעבר.

תחת בר־און, מונו משנה למנכ"ל, שי יפתח (לשעבר סמנכ"ל הכספים במעצ), סמנכ"ל תכנון, ניר קוגל (לשעבר מנהל אגף תכנון במעצ), סמנכ"ל ביצוע ארז כוכבי (לשעבר ראש מינהלת פרויקטים מסילתיים במעצ), סמנכ"לית קיימות ואיכות, גלי גלט שמחי (לשעבר עוזרת סמנכ"ל תכנון וביצוע במעצ), וראש מטה, שרון וולפר (לשעבר סגן מנהל אגף תקציבים במעצ).

ומה באשר לייעוץ המשפטי? שם חיכתה לויז'ניצר ירושה קשה. ימים לפני שקודמו בתפקיד, יצחק זוכמן, פינה את הכיסא, הוא מינה לתפקיד היועצת המשפטית של החברה את עורכת הדין חנה פרנקל, שלה היכרות מוקדמת ומאתגרת עם ויז'ניצר: היא כיהנה לפני כן כיועצת המשפטית של רשות המים, הרגולטור ממרר החיים של חברת מקורות.

ואמנם לא חלפו שמונה חודשים מכניסתו של ויז'ניצר למשרדי נ.ת.ע, ופרנקל הודיעה במפתיע, או שלא, על כוונתה לפרוש מהתפקיד. בענף התחבורה יש מי שתיאר את פרנקל כ"נמלטת על נפשה".

הנהלת נ.ת.ע מצדה לא השתהתה במינוי ממלאת מקום לפרנקל. היא בחרה לשם כך בעורכת הדין בשמת פלג־סרצ'נסקי, גיסתו של שר הפנים לשעבר, גדעון סער (הליכוד). מתחת לאפו של סער במשרד הפנים, כך חושדת המשטרה, פעל באין מפריע מפעל השוחד לכאורה של ישראל ביתנו, בהנהגת סגניתו [פאינה קירשנבאום](http://www.themarker.com/news/1.2543219).

בדיוק כפי שתועד במקורות, גם פלג־סרצ'נסקי לא היתה הבכירה בין עובדי הלשכה המשפטית בנ.ת.ע, לאחר פרישת פרנקל. קדם לה בלשכה עורך דין ותיק ממנה. ואולם מדובר בזוטות אם נזכרים בהליך קליטתה אל שורות נ.ת.ע. אז, נדרשה החברה לכונן שתי ועדות איתור לאיוש התפקיד הזוטר יחסית בלשכה המשפטית, לאחר שהוועדה הראשונה דירגה את פלג־סרצ'נסקי רק במקום השלישי מקרב המועמדים - ופורקה. לשכת סער הגיבה בעבר כי לא היה לו כל קשר לנ.ת.ע וכל זיקה למינויים בה.

**מעצ: "שכר הטרחה של עו"ד יואב מני נמוך מהתעריף המאושר"**

"עו"ד יואב מני מלווה את פרויקט עוקף קריות משלב הביצוע, ומטבע הדברים הוא מלווה את הפרויקט גם בשלב הנוכחי, שבו מתבררות תביעות משפטיות הדדיות בין הקבלן לחברה" - כך מסרה חברת נתיבי ישראל בתגובה לשאלה אודות העסקת פרקליטו לשעבר של יו"ר מפלגת ישראל ביתנו, אביגדור ליברמן, כיועץ משפטי מטעמה בתיק זה.

"משיקולים מקצועיים ברורים נוטה חברת נתיבי ישראל למנות עו"ד שילווה את הפרויקט לכל אורכו, שכן הכרת הפרויקט על בוריו חיונית והוכיחה את עצמה במספר רב של מקרים. בפרויקטים מורכבים דוגמת עוקף קריות הדבר מקבל משנה חשיבות. שכר הטרחה המשולם לעו"ד מני ולכל עורכי הדין מטעם החברה נמוך אף מהתעריף המאושר על ידי רשות החברות", נמסר עוד.

באשר לתהיה אודות עיתוי גיבויו של מני בעורכי דין נוספים מסרה נתיבי ישראל כי "בשל מורכבות התביעות והיקפן הוחלט לעבות את הצוות המשפטי במשרד נוסף בעל התמחות ספציפית בבוררויות מסוג זה. הדברים נעשו בידיעת ובאישור רשות החברות הממשלתיות. שילוב של שני משרדי עורכי הדין, המשלימים זה את זה, נותן מענה משפטי אשר ישמור על האינטרס הציבורי בבוררות ובמאבק המשפטי מול הקבלנים".

באשר לתפקידה של עו"ד סימה לוי, כממלאת מקום יועמ"ש החברה נמסר כי זו "נקלטה בחברה לפני תשע שנים במסגרת מכרז פומבי לתפקיד ביחידה המשפטית", וכי הליך מינויו של יועץ משפטי קבוע לחברה יתחדש לאחר מינוי מנכ"ל חדש לחברה.

באשר לעו"ד דנה חכים נמסר כי "אין כל דופי בגיוס עובדים דרך חברת כוח אדם והפיכתם לעובדים מן המניין לאחר שמתעורר צורך והם נמצאו מתאימים. עם הקמת חברה ממשלתית חדשה במקום מעצ הישנה היה צורך בגיוס עובדים חדשים במהירות כדי להבטיח רצף והמשכיות של פעילות החברה".

חברת מקורות מסרה בהתייחס למינויו של מוטי ברעלי כי הוא "נבחר למבקר פנים בהליך מכרזי פומבי שאושר על ידי רשות החברות הממשלתיות ונוהל על ידי ועדת הביקורת בדירקטוריון החברה".

ממפלגת ישראל ביתנו נמסר: "זהו חלק מהקמפיין רצוף השקרים שמנהל TheMarker נגד ישראל ביתנו כבר זמן רב, ובמסגרתו הוא מעוות עובדות ונתונים כדי לצייר תמונה שאינה קשורה כלל למציאות, וזאת כדי לפגוע ולהכפיש את המפלגה".  
את תגובת אלכס ויז'ניצר לא היה ניתן להשיג. חברת נ.ת.ע ומשה ליאון סירבו להגיב.

=-=

**טוב שיש חברים, במינהל: ליברמן, לנגנטל והחשד לקידום עסקי קרדן**

[בנצי] ליברמן ייעץ בעבר לקרדן ועם מינויו למנהל רמ"י - התחייב שלא יעסוק בענייני קרדן ■ ואולם, לפי החשד הוא יזם ישיבה של המינהל כדי לאשר לקרדן מכירת זכויות בקרקע בלוד, והאריך חכירה שלה על שטח בת"א ■ מקורבי ליברמן: לא נפל רבב בפעולתיו

* 20.01.2015
* מאת: [**נמרוד בוסו**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.1410430)**,** [**יסמין גואטה**](http://www.themarker.com/misc/writers/1.1632680)
* :

על רקע הפרסומים אודות הפרשיות שבהן היו מעורבים לכאורה מנהל רשות מקרקעי ישראל, [בנצי ליברמן](http://www.themarker.com/realestate/1.2541334), וחברו, הח"כ לשעבר עו"ד נחום לנגנטל, מסתמן כעת כי העניין המרכזי שבגינו נחקרים השניים בחשד לפלילים הוא הפרה חמורה לכאורה של הסכם ניגוד עניינים. על ההסכם חתם ליברמן עם כניסתו לתפקיד ברשות, ובו התחייב כי לא יעסוק בענייניה של חברת קרדן, ובפרט בפרויקט של החברה בלוד שבו הועסק בעבר כיועץ.

על פי החשד, לא רק שליברמן לא נמנע מעיסוק בפרויקט שקידם לנגנטל - שהיה שותף עמו בעבר במשרד עו"ד - אלא שאף היה זה שיזם את כינוסה של ישיבה ברשות מקרקעי ישראל, שבה הוחלט כי יש לאשר לחברה למכור את זכויותיה בחלק מהקרקע.

את הקרקע המדוברת, לבנייתן של 352 דירות בשכונת רמת אלישיב בלוד, רכשה חברת קרדן ב-2009 תמורת 180 אלף שקל, בנוסף להוצאות פיתוח ופינוי פולשים בהיקף של 18.6 מיליון שקל. לאחר הזכייה הועסק ליברמן כיועץ לחברה בפרויקט, וחברת אל־הר הנדסה, שבה מחזיקה קרדן בשותפות עם חברת מסיקה־חסון, מונתה לקבלן המבצע של הפרויקט. יו"ר הדירקטוריון של אל־הר הוא לנגנטל.

ליברמן סיים את תפקידו בפרויקט, ועם מינויו לתפקיד מנהל הרשות, נערך עמו הסכם למניעת ניגודי עניינים, כפי שמקובל ברוב המקרים שבהם ממונים מועמדים בעלי עבר עסקי לתפקידים ציבוריים. בהסכם התחייב ליברמן להתרחק מכל עניין הנוגע לעסקיה של קרדן, ובפרט להימנע מעיסוק בפרויקט שזו מקדמת בלוד.

ואולם, לאחר שבנתה כ-250 דירות בקרקע שרכשה מהרשות, ביקשה החברה להעביר זכויותיה ביתרת הקרקע, שבה זכויות לבניית 94 דירות נוספות, לחברת רוטשטיין, תמורת 20.2 מיליון שקל - סכום שהיה מקנה לה רווח נקי של יותר מ-5 מיליון שקל. אף ששני הצדדים לעסקה הגיעו ביניהם להבנות, עדיין נדרשה הסכמת בעל הקרקע - הרשות - למהלך. לשם כך פנו הצדדים לקבלת אישורה של הרשות, ולאחר כמה חודשים כונסה על פי החשד ישיבה בנושא על ידי ליברמן, ובה כאמור אושרה העברת הבעלות.

מקורות ברשות ששוחחו עם TheMarker אמרו כי ייתכן שהבקשה היתה מאושרת גם ללא מעורבותו של מנהל הרשות, וכי נראה שככל שליברמן אכן נקט בצעד זה, המטרה היתה לקצר את זמן ההמתנה הממושך בדרך כלל בפניות מסוג זה, המקשה על יזמים.

**המאבק על קרקעות מלח הארץ**

מקרה נוסף שבו נבדק חשד לפעילות של ליברמן בניגוד להסכם ניגוד העניינים, הוא החלטת המינהל להאריך את זכויות החכירה של חברת קרדן בשטח בית קרדן בשדרות מנחם בגין בתל אביב. עם זאת, יש לציין כי קרדן עצמה אינה חשודה בדבר במסגרת החקירה המתנהלת.

בנוסף לשתי הפרשיות האמורות, העלתה חקירתם של ליברמן ולנגנטל שני מקרים נוספים שבהם ייתכן כי ליברמן היה נתון לכאורה בניגוד עניינים, אף כי במקרים אלה לא מדובר בנושאים המוזכרים בהסכם למניעת ניגוד עניינים שעליו חתם.

הראשון הוא השתתפות ליברמן בדיונים אודות עתידן של קרקעות חברת מלח הארץ שבשליטת שרי אריסון, בעתלית ובאילת. מדובר באלפי דונמים של קרקעות בקרבת קו החוף, אשר כבר מאמצע שנות ה-90 ביקשו בעליהן - אז היו אלה בני משפחת דנקנר - לשנות את ייעודן למגורים, מהלך שהיה משביח את ערכן במאות מיליוני שקלים. בג"ץ אף הקפיא בעבר הסכם שנעשה לשינוי ייעודן.

לפני כשנה הגיעה הפרשה לסופה, כשהחלטת המינהל על גובה הפיצויים המגיעים למלח הארץ במקרה של שינוי ייעוד קרקע, קיבלה את אישור בג"ץ. ואולם כעת נבדקת האפשרות שחברותו של לנגנטל בצוות המשפטי שייצג את מלח הארץ מול הרשות העמידה את ליברמן בניגוד עניינים לכאורה.

מקרה נוסף שבו ייתכן ניגוד עניינים לכאורה של ליברמן ולנגנטל, הוא במשא ומתן שניהלה המדינה לחילופי קרקע עם חברה קדישא, המיוצגת בין היתר על ידי לנגנטל. חברה קדישא מחזיקה בקרקעות יקרות בייעוד קבורה באזור שכונת רמת אביב ג' בתל אביב, אך בשל מיקומן האטרקטיבי, מעוניינת המדינה להסב את ייעודן למגורים. מזה כמה שנים מצויים הצדדים במשא ומתן להעברת קרקע חלופית לחברה קדישא, בתמורה למסירת הקרקע ברמת אביב לידי המדינה - אך עדיין ללא תוצאות.

כך או כך, מאמצי החקירה המרכזיים מתמקדים בהפרתו לכאורה של הסכם ניגוד העניינים, כששני המקרים האחרונים - מלח הארץ וחברה קדישא, מצויים בתחום האפור שבו בלבד לא די היה, ככל הנראה, לפתוח חקירה.

ממקורביו של ליברמן נמסר בתגובה: "אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר ומשפט זה מתאים ביותר לכל פעולותיו של בנצי ליברמן בתפקידיו הציבוריים. כל החלטותיו היו שקופות, תוך שיתוף פעולה מול כל הגורמים הרלוונטיים. יש לבנצי ליברמן אמון מלא ברשויות החקירה והוא בטוח כי בסיום החקירה יוכח מעל לכל ספק שלא רק שלא נפל רבב בפעולותיו, אלא גם שהאינטרס הציבורי הוא זה שעמד לנגד עיניו".

עורכות הדין נוית נגב ואיריס ניב סבאג, המייצגות את עו"ד לנגנטל, מסרו בתגובה: "עו"ד נחום לנגנטל הוא איש עשייה שפעל ללא רבב בעבר בתפקידיו הציבוריים וכך הוא נוהג גם היום כאדם פרטי. מאחר ועו"ד לנגנטל פעל בתום לב ואין לו, ולא היה לו מה להסתיר - הוא שיתף פעולה בחקירה והשיב בפירוט לכל שאלה שעלתה".

מחברת מלח הארץ נמסר: "חברת מלח הארץ מבקשת להבהיר כי לא מיוחסים לחברה כל חשד. החברה נדרשה לנושא במסגרת הליך פורמלי שאותו יזם מינהל מקרקעי ישראל לגבי המדיניות שחלה על קרקעות תעשייתיות. ההליך הובל על ידי המחלקה המשפטית של מינהל מקרקעי ישראל, בליווי פרקליטות המדינה, וזאת בהמשך להחלטת בג"ץ בנושא. החברה פעלה ופועלת בהתאם להוראות הדין, ולכך גם מחויבים כל יועציה המשפטיים".

**טעות של 10 מיליון שקל לטובת היזם**

בתוך כך, וללא קשר לחקירה המתקיימת כעת, פרשייה נוספת שהתפוצצה לפני כמה שבועות עוררה סערה במינהל מקרקעי ישראל, ואף הגיעה לשולחנו של היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין. במוקד הפרשה עמדה הארכת הסכם חכירה של מלון "רימונים" (לשעבר נפטון) באילת על ידי בעלת הנכס, חברת הכשרת היישוב - הסכם שאושר סופית על ידי הנהלת המינהל ב-30 בדצמבר 2014.

אולם בטרם אישורה של העסקה על ידי ההנהלה, אישר אותה מרחב עסקי דרום ברשות - לכאורה תוך חריגה מסמכות, שכן עסקות בסדר גודל כזה כלל אינן מצויות בסמכותו - וכן תוך ביצוע תחשיבים שגויים, שהביאו לכך שסך התשלום הנדרש מחברת הכשרת היישוב עבור הארכת חוזה החכירה היה נמוך בכ-10 מיליון שקל ממה שהיה עליה לשלם בפועל. רק לאחר אישור העסקה על ידי המרחב גילו חשבת הרשות ויועצה המשפטי על דבר קיומה, ובעקבות זאת הובא הנושא לאישור מחודש בהנהלה, תוך שהשגיאות בדרישת התשלום תוקנו.

בעקבות זאת, שלח המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד ארז קמיניץ, מכתב חריף למנהל המינהל ליברמן, שבו דרש כי ייערך ברשות בירור לגבי הנסיבות שבהן אירע מספר כה גדול של כשלים. "אני סבור כי קיים הכרח לבחון כיצד אירעו כשלים פרוצדורליים ומהותיים אלה, שעלולים היו לפגוע מהותית בתקבולים שעל היזם לשלם לרשות ומשכך לפגוע בקופה הציבורית, והכל לכאורה בניגוד למספר כללים", כתב.

מרשות מקרקעי ישראל נמסר בתגובה כי "העסקה אושרה לאחר שבוצעו הבדיקות הנדרשות וניתן מענה לשאלות שעלו. סוגיית השתלשלות האירועים שהתקיימו טרם העלאת העסקה לאישור ההנהלה נמצאת בבדיקה, בין השאר על ידי מבקר הפנים של הרשות".

=-=

**הסילבוס של סמסטר ב' יועלה למודל סמוך לתחילת הסמסטר, וכך גם בקשת הקריאה לפגישה הפותחת, שתהיה אי-שם בחודש מרץ.., יום ג' 10.3**; אנא התאמצו להתגבר על הגעגוע..

בהצלחה רבה בבחינות, ולא לשכוח לעבוד גם על עבודת המחקר במקורות.

1. בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת וממשלת ישראל** (2012). [↑](#footnote-ref-2)
2. הדיון כאן מסתייע מאד במאמר הבא: יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149 (1997). [↑](#footnote-ref-3)
3. אם לדייק, הרי שחוק הפוגע בזכות המוגנת חוקתית והמקיים את תנאי פיסקת ההגבלה אינו "פוגע" בחוק היסוד אלא תואם אותו [שלא כמו חוק בחירות שאינו תואם את סע' 4 לחוק יסוד: הכנסת, או "חוק חורג" הפוגע בחופש העיסוק באופן שאינו מתיישב עם פיסקת ההגבלה, אך שהתקבל על-פי פסקת ההתגברות]. זאת משום שפסקות ההגבלה הן הגנה מוגברת אך לא מוחלטת על זכויות יסוד. הרשות המכוננת רואה הצדקה להגבלה על זכויות היסוד בהתקיים תנאים שונים, ופסקת ההגבלה מפרטת את אותם תנאים. [בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי היסוד", עמ' 160-158]. [↑](#footnote-ref-4)
4. ראו רובינשטיין מדינה (הערה..), עמ' 74; קלוד קליין, הרשות המכוננת במדינת ישראל **משפטים ב'** 51 (1970); קלוד קליין, "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון", **משפטים** כח 341 (1997); אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי היסוד", **ספר ברנזון** (אהרן ברק וחיים ברנזון, עורכים) 119 (2000). [↑](#footnote-ref-5)
5. ראו בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 28. התיקון החוקתי אינו כפוף לפסקת הגבלה. [..] פסקת ההגבלה נועדה להגביל את "המחוקק הרגיל". היא לא נועדה להגביל את הכנסת כרשות מכוננת. [↑](#footnote-ref-6)
6. ראו בג"ץ 6927/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** (טרם פורסם), פסקה 74 לפסק הדין של הנשיא א' ברק. [↑](#footnote-ref-7)
7. בג"ץ 4676/94 (הערה ..) עמ' 28. [↑](#footnote-ref-8)
8. שם, **שם**. [↑](#footnote-ref-9)
9. ראו בג"ץ 6427/02 (הערה ..). אך ראו גם את דעת המיעוט של המישנה לנשיא מ' חשין. השוויון ימשיך להיות כחלק מהמשפט המקובל הישראלי. [↑](#footnote-ref-10)
10. נוסח מעובד ומורחב של ההרצאה התפרסם לאחרונה בכרך י"ד של **משפט וממשל**: אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377 (2012). [↑](#footnote-ref-11)
11. לעניין "ההליכים המתגלגלים" ראו, בין היתר: בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם, 21.2.2012) בעניין **חוק טל**; בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 22.05.2012) – הטבות לישובים על דרך פטור חלקי ממס הכנסה (אדון בו בהמשך); בג"ץ 7302/07 ‏**מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 7.7.2011); בג"ץ 2779/07 **מועצת הכפר בתיר נ' המפקד הצבאי הגדה המערבית** (טרם פורסם, 25.1.2012); בג"ץ 4797/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה** (טרם פורסם, 22.5.2012) – החלטת בינתיים בעתירת האגודה לזכויות האזרח בעניין **התיוג האתני בשדות התעופה**; והדוגמא הבולטת מכל היא בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת** (טרם פורסם, 8.5.2012) – עתירה משנת 1999 (!) לביטול ההכרזה המתמשכת על קיומו של מצב חירום. [↑](#footnote-ref-12)
12. בג"ץ 2164/09 **יש דין - ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (טרם פורסם, 26.12.2011) [↑](#footnote-ref-13)
13. בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 6.9.2011). [↑](#footnote-ref-14)
14. אדם שנער "החזרת עטרה ליושנה בעילות הסף של בג"ץ – מבט אחר על פסק הדין בעניין הנכבה" **הטרקלין** (6.1.2012) www.hatraklin.org/2012/01/06 [↑](#footnote-ref-15)
15. ס"ח התשל"ו, עמ' 228. [↑](#footnote-ref-16)
16. הדיון כאן מסתייע רבות במאמרה של דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון** ב 119 (2000). [↑](#footnote-ref-17)
17. דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 6, עמ' 120. [↑](#footnote-ref-18)
18. [ס"ח התשנ"ה, עמ](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1522.pdf)' 210. [↑](#footnote-ref-19)
19. [ס"ח התשמ"א, עמ'](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-0991.pdf) 30. [↑](#footnote-ref-20)
20. [ס"ח התשל"ב, עמ'](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-0654.pdf) 87. [↑](#footnote-ref-21)
21. [ס"ח התשמ"ה, עמ'](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/law-1139.pdf) 60. [↑](#footnote-ref-22)
22. דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 7, עמ' 173. [↑](#footnote-ref-23)
23. \* פורסם [ס"ח תשנ"ד מס' 1456](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1456.pdf) מיום 22.3.1994 עמ' 104 ([ה"ח תשנ"ד מס' 2243](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2243.pdf) עמ' 206).

    תוקן [ס"ח תשנ"ה מס' 1499](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1499.pdf) מיום 4.1.1995 עמ' 92 ([ה"ח תשנ"ה מס' 2343](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2343.pdf) עמ' 208) – תיקון מס' 1; תחילתו ביום 30.12.1994. [↑](#footnote-ref-24)
24. בורק, הערה 11 לעיל. [↑](#footnote-ref-25)
25. פוזנר טוען כי “What Barak created out of whole cloth was a degree of judicial power undreamed of even by our most aggressive Supreme Court justices. He puts Marshall, who did less with more, in the shade”: Posner, supra n. 12. [↑](#footnote-ref-26)
26. Posner, supra n. 12. התרגום מבוסס על תרגומה של לילית וגנר שפורסם בידיעות אחרונות, בשינויים קלים. [↑](#footnote-ref-27)
27. טענתם של בורק ופוזנר מתייחסת, כך נראה, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהתקבל ב- 1992 ברוב של 32 מול 21 בקריאה השלישית. אולם, מרבית חוקי היסוד האחרים התקבלו ברוב מכריע של חברי הכנסת. במיוחד חשובה בהקשר זה התמיכה של למעלה מ- 80 חברי כנסת בחוק-יסוד: חופש העיסוק שהתקבל ב- 1994, שכלל גם תיקון חשוב לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת לאחר שכבר פורסמה עמדתו של אהרן ברק, באותה עת רק בכתיבה אקדמית, בדבר מעמדם של חוקי היסוד. בעקבות זאת טען שר המשפטים לשעבר, דן מרידור, כי בעקבות קבלת התיקון של שני חוקי היסוד בתשנ"ד, "לא ניתן עוד לטעון שהכנסת קיבלה באי-ידיעה את החוקים. עתה, מתוך ידיעת המשמעות והפרשנות, אישרה הכנסת מחדש ברוב עצום... את החוקים ואת עקרונותיהם": דן מרידור, "הכרעות לאור חוקי היסוד", **רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה – כנס שנערך בחודש יוני 1994** (תשנ"ה) 69, 71. העובדה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה ב- 1992 לתמיכתם של 32 חברי כנסת בלבד היא, בין היתר, תוצאה של סיבה פרוזאית – העובדה שבאותה עת התקיימו הבחירות המקדימות במפלגת העבודה, ומרבית חברי הכנסת של מפלגה זו, שתמכו באופן נחרץ בהצעת החוק, העריכו כי קבלת החוק ממילא מובטחת ולפיכך נעדרו מן ההצבעה. הדיונים הממושכים שקדמו להצבעה, שכללו פשרות רבות, הבטיחו תמיכה רחבה מאד בחוק היסוד. ראו אמנון רובינשטיין, "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 339, 339-351. [↑](#footnote-ref-28)
28. כך למשל, הסמכות לשנות את החוקה מסורה לבית המחוקקים בארצות סקנדינביה, בהולנד, בבלגיה, באוסטריה, בגרמניה ובהודו. לסקירה ראוV.C. Jackson and M. Tushnet eds. *Comparative Constitutional Law* (1999) 251-454. [↑](#footnote-ref-29)
29. לדיון בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, הערה לעיל, בעמ' 38-35 ו- 85-79. [↑](#footnote-ref-30)
30. ראו, למשל, א' רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 339. [↑](#footnote-ref-31)
31. משום כך, רבים סבורים כי חוקה "פורמלית" אינה תנאי מספיק – ואף אינה תנאי הכרחי – להגבלת סמכותו של המחוקק, וכי ההגבלה נובעת בעיקרה מן התפיסה המקובלת בציבור:Lawrence H. Tribe, “Five Reigning Myths about Constitutionalism and Judicial Review” The Israel Academy of Sciences and Humanities (1994) 12-14. ראו גם Ronald Dworkin, A Bill of Rights for Britain (1990) 27, שם נטען כי כדי שהאמנה האירופית לזכויות האדם תהפוך לבעלת מעמד "חוקתי" במשפט האנגלי, אין די באימוצה בחוק מפורש של הפרלמנט (כפי שאכן נעשה בחוק מ-1998, שנכנס לתוקף בשנת 2000), אלא גם בקבלתה ככזו על-ידי הציבור. [↑](#footnote-ref-32)
32. ראו, למשל, ר' גביזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח (תשנ"ז) 21. [↑](#footnote-ref-33)
33. לכך נוספת גם האפשרות, הזוכה לתמיכה גוברת בשנים האחרונות, להכיר בכוחה של הכנסת להגיב לביקורת השיפוטית בדרך של חקיקה מחדש של חוק שהוכרז כבטל, בלא צורך בתיקון חוקי היסוד. לדיון מקיף בדיאלוג בין המחוקק לבין בית המשפט ראו גדעון ספיר, "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** לז (תשל"ז) \_\_. [↑](#footnote-ref-34)
34. אגב, לקראת סוף רשימת הביקורת שלו, מציין לפתע פוזנר דברים ברוח זו: “The ‘Basic Laws’ may not be a constitution, but they provide an adequate textual basis, even in American terms, for decisions that Barak has written forbidding discrimination against homosexuals and against Israel's Arab citizens”: Posner, supra note 12. פוזנר אינו מנמק כיצד דברים אלה עולים בקנה אחד עם עמדתו לפיה חוקי היסוד אינם אלא “whole cloth”, ואינו מסביר מדוע חוקי היסוד עשויים לשמש בסיס נאות דווקא לאכיפת איסור הפליה (אף שהזכות לשוויון כלל אינה מוזכרת בחוקי היסוד) אך לא לעניינים אחרים, למשל להגנה על זכויות יסוד המנויות במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. [↑](#footnote-ref-35)
35. עניין **בנק המזרחי נ' מגדל**, הערה לעיל. ראו גם, למשל, גביזון, הערה לעיל; יהושע (שוקי) שגב, "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" **מאזני משפט** ה (תשס"ו) 125; Michael Mandel, "Democracy and the New Constitutionalism in Israel" 33 Isr. L. Rev*.* (1999) 259; דן אבנון "ההיבט הלא-דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם" **פוליטיקה** 2 (תשנ"ט)53; י' מייזלר "'המהפכה החוקתית' – עשור וקצת אחרי: הדין והחשבון" **תרבות דמוקרטית** 7 (תשס"ג) 131. [↑](#footnote-ref-36)
36. א' דה-טוקוויל **הדמוקרטיה האמריקאית** (1835, י' טברסי וי' מרגלית תרגמו, תש"ל) 84-90. לדיון בעמדה זו ראו ד' אוחנה "אלכסיס דה-טוקוויל: אמריקה כנבואה לעתיד העולם המודרני" **בעקבות קולומבוס: אמריקה 1492-1992** (מ' אליאב-פלדון עורכת, תשנ"ז) 93, 109. [↑](#footnote-ref-37)
37. למשל, ר' גביזון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** (תש"ס) 69, 107-106. [↑](#footnote-ref-38)
38. בורק, הערה 11 לעיל. [↑](#footnote-ref-39)
39. ראו בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210, 215 (הנשיא שמגר), שם נקבע כי טענה כנגד חוקיות ההתנחלויות היא טענה "המתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, [ואשר] מעלה נושא שהסממנים המדיניים שבו הם דומינאנטיים וגוברים בעליל על כל קטעי הקטעים המשפטיים שבו. אופיו השליט של הנושא המועלה בעתירה הוא מדיני מובהק". ראו גם בג"ץ 3125/98 **עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נה(1) 913, שם נדחתה על הסף עתירה כנגד חוקיות תוכנית להרחבת מעלה אדומים, שנועדה ליצור רצף אורבני בין היישוב ובין תחום השיפוט של ירושלים. השופטת שטרסברג-כהן קבעה כי "סוגיית ההתיישבות הישראלית הנה חלק מן הנושאים הנמצאים על שולחן הדיונים בין ישראל ואש"ף במסגרת הדיונים על הסכם הקבע. ...אין בית משפט זה אמור להידרש לסוגיה זו בעצומם של המגעים המדיניים ולהתערב בעקיפין בשרטוט המפות. זוהי מלאכתה המובהקת של הממשלה לזרועותיה": **שם**, בעמ' 918. לביקורת כנגד גישה זו ראו David Kretzmer, The Occupation of Justice (2002) 187-198 . ראו בהקשר זה גם רובי סייבל **משפט בינלאומי** (תשס"ג) 469-473. הנכונות של בית המשפט להתערב בהקשר זה מוגבלת למקרים בהם הועלו טענות שעניינן פגיעה בזכויות המוקנות לפרטים – הפקעת קרקעות בבעלות של פלסטינים לצורך הקמת יישוב יהודי בשטחים: בג"צ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1; ... [↑](#footnote-ref-40)
40. למשל, בג"ץ 2645/04 **נאסר נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם) (2007): "על פי אמות המידה שהתווה בית משפט זה, סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים בישובים ישראלים באזור יהודה והשומרון. זאת, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר "אנשים מוגנים" (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית"; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם); בג"ץ 3680/05 **ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם); בג"ץ 1348/05 **ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם). [↑](#footnote-ref-41)
41. ראו יואב דותן וברק מדינה, "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", **משפטים** לז (תשס"ז) \_. {\* בינתיים הופיע חריג אחד: בית המשפט העליון פסל תיקון לחוק שהתיר את הפעלתו של בית סוהר פרטי} [↑](#footnote-ref-42)
42. למשל, פרנסס רדאי "על השוויון" **משפטים** כד (תשנ"ד) 241, 266; כרמל שלו "צדק במשפחה והעיקרון של שוויון המינים" **המשפט** ב (1994) 21. [↑](#footnote-ref-43)
43. למשל, סעיף 16(1) להכרזה האוניברסאלית של האו"ם בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 23(2) לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; וסעיף 5 לאמנה הבינלאומית בדבר חיסול ההפליה הגזעית לכל צורותיה, 1966. ראו בהקשר זה אמנון רובינשטיין "הזכות לנישואין" **עיוני משפט** ג (תשל"ג-תשל"ד) 433. [↑](#footnote-ref-44)
44. ראו בג"ץ 4058/95 **בן מנשה נ' שר הדתות**, פ"ד נא(3) 876, 879 (הנשיא ברק): "שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים... היא שאלה קשה וסבוכה. אין לגביה הסכמה לאומית [ולפיכך]... המוסד הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית המשפט"; בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 749, 783 (השופט ברק): "אין לצפות מבית-המשפט... כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים". [↑](#footnote-ref-45)
45. פסק הדין העיקרי בהקשר זה הוא א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1. אגב, פוזנר מבקר את ברק על-כך שפסק כי אין לאפשר למפלגה אנטי-דמוקרטית להשתתף בבחירות, ואף טוען כי ניתן לייחס זאת לרקע האישי של ברק, כניצול שואה. פוזנר טועה כאן טעות כפולה: ראשית, המדיניות של שלילת הזכות להיבחר נקבעה כידוע על-ידי הכנסת (בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת), ולא על-ידי ברק; ושנית, בפסיקתו הביא ברק דווקא לצמצום ניכר של האפשרות לשלול מרשימה או ממועמד את הזכות להשתתף בבחירות **[...].** [↑](#footnote-ref-46)
46. ראו יואב דותן, "'קדם-בג"ץ' ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז (תשס"ד) ... [↑](#footnote-ref-47)
47. ראו, למשל, בג"ץ 5167/00 **וייס נ' ראש הממשלה**, פ"ד נה(2) 455. להערכה דומה ראו מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** (תש"ס) 165, 190-189. [↑](#footnote-ref-48)
48. בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד \_. [↑](#footnote-ref-49)
49. הקטע שלהלן וזה שלאחריו מבוססים על פרק 10 בספרם של רובינשטיין ומדינה. [↑](#footnote-ref-50)
50. עניין **נמרודי**, בעמ' 157 (השופט ברק). ראו גם עניין **ליצמן**, לעיל, סעיף 18 לפסק הדין של הנשיא ברק: "ההוראות בתקנון הכנסת באשר להליכי החקיקה מחייבות את הכנסת. אמת, הכנסת יכולה, במגבלות מסוימות, לשנות את הוראות התקנון. כל עוד לא עשתה כן, היא חייבת לכבדן. ... חוק המתקבל תוך הפרת ערכי היסוד המונחים ביסוד הוראות בתקנונה של הכנסת הוא חוק שתוקפו נפגם". לפיכך נקבע שם כי יש לשלול תוקפו של חוק אם הוא "נתקבל בלא שנערכו הקריאות הנדרשות או שנתקיימו הקריאות הנדרשות אך לא הושג בהן הרוב הדרוש". [↑](#footnote-ref-51)
51. בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, סעיפים 24-18 לפסק הדין של השופטת ביניש. [↑](#footnote-ref-52)
52. **שם**, סעיף 22 לפסק הדין של השופטת ביניש. ראו גם **שם**, סעיף 23:"טול למשל מקרה קיצוני בו יושב ראש הכנסת, המעוניין בחקיקתו של חוק מסוים, מרחיק שלא כדין מאולם המליאה את חברי הכנסת המתנגדים להצעת החוק על מנת להבטיח 'רוב' באחת הקריאות. ברי כי הליך זה הוא פגום במידה שתחייב את התערבותו של בית המשפט". [↑](#footnote-ref-53)
53. ראו עניין **ליצמן**, שם נקבע כי אם הפגם בהליכי ההצבעה לא השפיע על תוצאות ההצבעה, אין מקום להכריז על בטלות החוק: "התרופה המידתית במצב דברים זה אינה בפגיעה בתוקפו של החוק, אלא בנקיטה בהליכים כנגד חבר הכנסת שהצביע שלא כדין". [↑](#footnote-ref-54)
54. ראו בג"ץ 6061/99 **זאבי נ' ממשלת ישראל** (לא פורסם) ו- בג"ץ 6124/95 **זאבי נ' יושב ראש הכנסת** (לא פורסם), בעניין חובת הממשלה לאפשר לחברי הכנסת לעיין במפות ובמכלול המידע הרלבנטי הנוגע למשא ומתן עם הרשות הפלסטינית. [↑](#footnote-ref-55)
55. ראו עניין **ארגון מגדלי העופות**: "... אין להטיל על הליך החקיקה של הכנסת דרישה לקיום הליך נאות של קבלת החלטות כפי שמוטל על הרשויות המנהליות; ולפיכך לא כל פגם בהליך אשר היה נחשב פגם היורד לשורשו של עניין, לו היה מדובר בהחלטה מנהלית של רשות מבצעת (או אפילו לו היה מדובר בהליך מעין שיפוטי של הכנסת), ייחשב כפגם היורד לשורשו של הליך החקיקה של הכנסת. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימאלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטארי והחוקתי. ... משניתנה לחברי הכנסת במסגרת הליך החקיקה אפשרות מעשית להשתתף בהליך, אלא שהם בחרו שלא לממשה, לא יהיה זה מתפקידו של בית המשפט לחייבם לעשות כן". [↑](#footnote-ref-56)
56. בג"צ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט(1) 661, 698: "הליך נטילת החסינות... הוא בעל אופי 'מעין-שיפוטי'... בשל האפקט שיש [לו] על זכויות (היתר) של חבר הכנסת. ... נוצר מעין 'סכסוך' בו משמשת הכנסת כגורם מכריע". [↑](#footnote-ref-57)
57. עניין **מיעארי** (הנשיא שמגר). ראו גם עניין **פלאטו שרון**, (השופט שמגר): "יש לזכור, שכאן אין אנו דנים בשאלה 'פוליטית' ואף אין מדובר בתפקיד חקיקה של הכנסת או וועדה מוועדותיה, אלא בתפקיד שיפוטי או מעין-שיפוטי, שהמחוקק הטיל על ועדת הכנסת. לא יתכן שבמילוי תפקיד זה תהיה לוועדה של הכנסת חסינות מפני ביקורת שיפוטית, ושהוועדה היא שתוכל לקבוע סופית את גבולות סמכותה". [↑](#footnote-ref-58)
58. עניין **מיעארי**, (הנשיא שמגר). ראו גם **שם**, בעמ' 244 (השופט אלון); ובעמ' 270 (השופט ברק): "מכל סמכויותיה של הכנסת... הסמכות הכעין-שיפוטית היא הפחות פוליטית. בה טבעי לדרוש אפילו מבית הנבחרים כי ינהג על פי אמות מידה שיפוטיות. ... ביקורת שיפוטית על החלטה כעין שיפוטית של הכנסת אין בה אותו מתח המאפיין ביקורת שיפוטית של ענייניה הפנימיים של הכנסת. ... יש בה תמיד אמות מידה שיפוטיות לעריכת הביקורת, ועל כן אין מקום לרוב לטענה של 'חוסר שפיטות'". [↑](#footnote-ref-59)
59. הדיון להלן ודוגמאותיו מבוססים על הפסיקה שהתבקשתם לקרוא, וכן על יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, חלק א'. [↑](#footnote-ref-60)
60. המועצות הקצו כספים מתקציביהן לעמותה ששמה "עמותת ישובי הגולן", שמטרתה המרכזית הייתה "לפעול באופן חוקי לשם שמירה על ריבונות ישראל בכל שטח רמת הגולן ובהתאם לחוק רמת הגולן". [↑](#footnote-ref-61)
61. ראו ס' 146 לצו המועצות המקומיות וס' 63(א) לצו המועצות האזוריות. [↑](#footnote-ref-62)
62. מועצת יש"ע, ובשמה המלא "מועצת היישובים היהודיים ביהודה, שומרון וחבל עזה", היא [ארגון פרטי] ארגון-על המנהיג את ציבור המתנחלים ביהודה ושומרון (ובעבר גם ברצועת עזה), שמהם נגזר גם שמו של הארגון כראשי-תיבות. המועצה מאגדת את כל ראשי הערים, המועצות המקומיות והמועצות האזוריות בתחומי יהודה ושומרון וכן ברמת-הגולן, ומטרתה היא קידום מפעל ההתיישבות, ייצוג האינטרסים של המתיישבים וכן הסברה על חשיבות המפעל כלפי פנים והסברה פרו-ישראלית כלפי חוץ. ... [↑](#footnote-ref-63)
63. עמדת הרוב בחלקו הראשון של פסק-הדין היא של השופטים רובינשטיין, ברק וגרוניס. עמדת המיעוט היא של השופטים חשין וביניש. [↑](#footnote-ref-64)
64. בחלק השני של פסק-הדין כללה דעת הרוב את השופטים ברק, גרוניס, חשין וביניש, ואילו השופט רובינשטיין נותר בדעת מיעוט. [↑](#footnote-ref-65)
65. על התיחום הטריטוריאלי למדה המדינה מדברי החקיקה השונים המקנים לרשות המקומית סמכות לפעול "בתוך תחומה", בין היתר ס' 233 לפקודת העיריות, ס' 146 לצו המועצות המקומיות וס' 63 לצו המועצות האזוריות. ... [↑](#footnote-ref-66)
66. על התיחום המהותי למדה המדינה מפסיקות של בית-המשפט העליון, בעיקר בנושאים של דת ומדינה – למשל, מבג"ץ 155/60 **יצחק אלעזר נ' ראש עיריית בת ים**, פ"ד יד 1511 (1960), שבו נקבע כי "המחלוקות האידיאולוגיות השונות בין חלקי האוכלוסייה... זירת ההתגוששות שלהן היא בכנסת או במוסדות המרכזיים של הממשלה, ולא העירייה או המועצה המקומית היא האחראית להסדרתן". [↑](#footnote-ref-67)
67. השופט רובינשטיין מבסס את עמדתו על דוּגמות רבות מן התחום הסביבתי. ראו שם, פס' סד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. [↑](#footnote-ref-68)
68. ההגדרות והאיפיונים של הסוגים השונים של גופי המינהל לקוחים מספרו של פרופ' יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, חלק א'. *לא כללנו כאן את השלטון המקומי* (הרשויות המקומיות וכן החברות העירוניות שהן מפעילות). הרשויות המקומיות עצמן אף הן כמובן בגדר "רשות מינהלית", שכן הן ממלאות "תפקידים ציבוריים על פי דין". [↑](#footnote-ref-69)
69. ראו, למשל, סעיף 120(ג) לחוק רשות הדואר, תשמ"ו-1986, שם נקבע כי הכללים שקובעת מועצת רשות הדואר, לפי סעיף 22 לחוק, "אינם טעונים פרסום ברשומות אך הם יהיו פתוחים לעיון הציבור בכל סניפי הדואר"; סעיף 343 לפקודת העיריות; סעיפים 11ב' ו-15(ז) לחוק התגוננות האזרחית, תשי"א-1951. [↑](#footnote-ref-70)
70. נקבע שם כי על צווים המוצאים מכוח תקנות ההגנה לא יחול סעיף 20 לפקודת הפירושים, 1935, שהוחלף בסעיף 17 לפקודת הפרשנות, מכוחו מוטלת חובת פרסום ברשומות של תקנות בנות פועל תחיקתי. [↑](#footnote-ref-71)
71. ראו בהקשר זה עניין **קליין**, הערה **Error! Bookmark not defined.** לעיל; וכן עניין **פרנס**, הערה **Error! Bookmark not defined.** לעיל. אגב, התיקון של סעיף 10(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט הוחל למפרע, וזאת משום שבסעיף 10(ג) עצמו אין קבוע פטור מפורש מחובת פרסום. הפטור נובע מסעיף 3(2) לתקנות ההגנה, שבוטל עם חקיקת סעיף 10(ג) המקורי לפקודה. השינוי למפרע של סעיף 10(ג) החייה את הפטור הקבוע בסעיף 3(2) לתקנות ההגנה. [↑](#footnote-ref-72)
72. בג"צ 5808/93 **חברה כלכלית לירושלים נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מט(1) 89, 100 (השופט גולדברג): "[הוראת] סעיף 17 לפקודת הפרשנות... חלה על תקנות כאלה המותקנות בתחומי מדינת ישראל, והיא לא הוחלה בדרך אקסטרא-טריטוריאלית על ישובים או אזרחים ישראליים באזור. לפיכך הצורך בפומביות החקיקה אינו נובע מכוחה". עם זאת, חלה החובה לפרסם צווים אלה בדרך יעילה. ראו ... [↑](#footnote-ref-73)