***מה המעמד של חוקי היסוד?***

*פסק דין ברגמן*: חוק מימון מפלגות שנותן עדיפות למפלגות קיימות. לאור פסק הדין יש שלושה סוגים של נימוקים אפשריים לפס"ד ברגמן.

1. האם לכל חוקי היסוד יש מעמד חוקתי.
2. רק למרכיבים משוריינים יש מעמד חוקתי
3. הכנסת יכולה להגביל עצמה בחקיקה ראשית רגילה.

השופט לנדוי: יש כאן פגיעה בזכות לשוויון ולכן או שיחוקק החוק מחדש ברוב של 61 (עפ"י השיריון) או לתקן את החוק לפי עקרון השיוויון. *והשאלה היתה על סמך מה לנדוי מבסס את החלטתו?*

1. **לכל חוק יסוד יש מעמד חוקתי** – כולל לחוק יסוד הכנסת, ולכן חוק מימון המפלגות נפסל.
2. **רק למרכיבים משוריינים יש מעמד חוקתי** – זאת הלכה יותר מצומצת, כי היא אינה מעניקה לכל חוקי היסוד מעמד חוקתי, אלא רק למה שמשוריין.
3. **הכנסת יכולה להגביל עצמה בחקיקה ראשית רגילה** – אז מה הסיבה שהעדפנו את סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת? כיוון שהכנסת יכולה להציג דרישות מוגברות בתוך חקיקה רגילה. ואז חוק יסוד הכנסת הוא חוק רגיל לכל עניין ודבר, אבל סעיף 4 הוא הסעיף המשפיע בעניין הזה. לכן, גם אם היינו קוראים לחוק היסוד "הכנסת" – פשוט "חוק הכנסת" – אין לו מעמד חוקתי עליון.

**פס"ד נגב**:

תחנת דלק שמוכרת דלק באוקטן נמוך מהתקן וממה שמופיע על מכונות התדלוק בתחנה. הם מורשעים הרשעה פלילית – שכן הדלק מהול ואינו באוקטן שרשום. העניין מגיע לערעור בפני בית המשפט העליון ואומרים העותרים: התקן שעליו עפ"י הנטען עברו, התקן אין לו תוקף. ואם לתקן אין תוקף – אזי לא עברו על אף חוק. (כדי שיעברו על חוק או על תקן, התקן צריך להיות בתוקף. ואם התקן אינו בתוקף לא בוצעה למעשה שום עבירה). למה אינו בתוקף? לפי חוק יסוד הממשלה – אשר קובע, בין היתר, שאם לשר מסויים יש סמכות בתחום מסוים, הוא יכול להאציל אותה לכפופים לו. זאת, למעט סמכויות בעלות אופי חקיקתי – שאלה הוא חייב לעשות בעצמו ולא להאציל את הסמכויות שלו. תקן, עפ"י הנטען, הוא סוג של חקיקה. ולכן אם השר האציל מסמכותו לממונה על התקנים, השר האציל סמכות שאינו רשאי להאציל. ולכן נקבע תקן בהיעדר סמכות.

זאת היתה הטענה של המערערים. המדינה עונה ובית המשפט מקבל את עמדת המדינה: יש חוק התקנים, אשר מעניק לשר לקבוע תקנים, ובחוק הזה יש סעיף שמאפשר לשר להאציל את הסמכות לממונה על התקינה. דהיינו, יש חוק שמאפשר לבצע האצלה. ולכן, כאשר השר האציל את הסמכות, הוא האציל את הסמכות כדין. ולכן התקן הוא תקן חוקי.

יש כאן סתירה בין 2 דברי חקיקה: בין העקרון של חוק יסוד הממשלה ובין חוק התקנים. איזו מבין הסיבות לפרשנויות ברגמן נשללות? 1. לכל חוק יסוד יש מעמד חוקתי. בהינתן שיש 2 חוקים, ואם אנחנו פועלים לפי זה שלחוק היסוד יש עליונות נורמטיבית – אז חוק היסוד אמור להיות התקף. ולאור העובדה שבית המשפט אמר שיש חוק תקנים – שהוא חוק ספציפי יותר, אזי בית המשפט אמר שחוק יסוד הממשלה קובע עקרון שחוק התקנים מחריג ממנו. בית המשפט לא נתן עדיפות לחוק יסוד הממשלה ומכך אנחנו יכולים ללמוד שבית המשפט לא חשב שיש לחוק יסוד הממשלה יש עליונות נורמטיבית.

לאור העובדה *שסתרנו* את אפשרות (1) בברגמן – נשארו (2) ו- (3) ממה שפורט מעלה.

**פס"ד קניאל**:

ד"ר קניאל הינו ד"ר למתמטיקה ועותר לבג"צ כנגד חוק שמכונה חוק בדר-עופר – תיקון אשר מחלק את השאריות בקולות בבחירות. בדר ועופר הגיעו לנוסחא שעל פיה יחלקו את השאריות. הטענה של קניאל היא שכאשר עושים בדיקה אז השיטה מיטיבה עם המפלגות הגדולות מאשר עם המפלגות הקטנות. וכך יוצא, הוא שקול שניתן למפלגה הגדולה שווה יותר מקול שניתן למפלגה קטנה – וכך נפגע עדכון השיוויון בבחירות. התיקון של חוק בדר-עופר התקבל ברוב של 61 חברי כנסת (ולפיכך עומד בדרישה של השריון של חוק יסוד הכנסת). אז מצד אחד, סעיף 4 נהנה מעליונות נורמטיבית, אבל מצד שני – חוק בדר-עופר התקבל ברוב הנדרש.

לטענתו של קניאל, חוק בדר-עופר התקבל כחוק רגיל ולא כחוק עם רוב מיוחס. ואז כדי שיוכל להיות בתוקף, אזי צריכים להפוך אותו לחוק יסוד. לטענתו, כשם שתקנה של חקיקה משנית לא יכולה לתקן חקיקה ראשית, אז גם חקיקה ראשית לא יכולה לתקן סעיף משוריין. לטענתו, התנאי הבסיסי לתיקון של חוק יסוד, היא ע"י חוק יסוד בפני עצמו....

בית המשפט דוחה את הטענה. הוא אומר שהדרישה הזאת אינה מופיעה בחוק יסוד הכנסת. הדרישה היחידה היא שזה יהיה ברוב מיוחס. לפיכך, בית המשפט אומר שאפשרות 2. רק למרכיבים משוריינים מעמד חוקתי – זאת אומרת שבית המשפט אומר שאפשר לתקן בחוק רגיל סעיפים משוריינים. זאת אומרת שבית המשפט אומר שגם לסעיף משוריין אין מעמד חוקתי.

ולפיכך נשארת רק אפשרות (3) – אך עם זאת, הטענה הרווחת היום היא עדיין שהכנסת **יכולה לחוקק חוקה (ע"י לקרוא לו חוק יסוד) וגם יש לו מרכיבים משוריינים במעמד חוקתי**.

זאת אומרת שעד שנת 1992 לכנסת ישראל יש סמכות לחוקק חוקה, אבל היא עשתה זאת במעט מאוד מקרים. כל שאר חוקי היסוד, שהם אינם משוריינים, אינם נהנים מעליונות נורמטיבית.

***מה קורה עד שנת 1992?***

בית המשפט העליון יוצר הרבה כללים שנותנים זכויות אדם גם בלי תוקף של חוקה. בית המשפט מכריז על קיומן של זכויות אדם בעלות תוקף חוקתי!

לדוגמא- **פס"ד בז'רנו (49'):** עתירה של "מאכרים" בתחום רישוי הרכב (העברת רישוי רכב ע"י צד שלישי ) על כך שהפסיקו להם את היכולת להעביר טסט לבעל הרכב. אומר השופט חשין – "זכותו הטבעית של כל אדם למצוא לעצמו עבודה המפרנסת את בעליה" – זה מכח חופש העיסוק והשופט אומר שזוהי זכות טבעית. היה ורוצים להגביל את הזכות הזאת – אזי המדינה צריכה להוכיח מדוע מגבילים את הזכות הזאת.

**פס"ד מיטרני** (תחילת שנות ה- 70')– מקרה דומה לגבי משרד הרישוי. והפעם אומר השופט שמגר, שכדי לפגוע בזכות אדם יש צורך בעיגון בחוק או בפעולה מינהלית המבוססת על הסמכה מפורשת בחוק. בית המשפט אומר שכדי לפגוע בזכות הזאת יש לעשות זאת באחת משתי דרכים: (1) שזה ייעשה בחוק, שאומר במפורש שהוא מגביל זכות מסויימת ; או (2) – שזה ייעשה ע"י הרשות המבצעת – ואז צריכים להצביע על חוק שמעביר לה הסמכה לפגוע בזכות הזאת. לא מספיק ששר התחבורה יסמיך את המפקח על התעבורה לקבוע כללים להעברת מכוניות ("טסט") אלא יהיה צורך שיהיה כתוב בחוק ששר התחבורה יכול לקבוע כללים לרבות כאלו שיפגעו בחופש העיסוק.

אם כך, בית המשפט מכריז, לאור פסיקותיו, כי:

1. מכריז על קיומן של זכויות אדם בעלות תוקף חוקי.
2. כדי לפגוע בזכויות אדם, יש צורך בעיגון בחוק או בפעולה מנהלית המבוססת על הסמכה מפורשת בחוק.

**וזאת למרות שאין עד שנת 1992 חקיקה העוסקת בזכויות האדם**.

אלו הם שני מנגנונים שבית המשפט קבע לאורך השנים.

עיקרון נוסף שבית המשפט מפעיל הינו:

1. חזקה פרשנית – דברי חקיקה יפורשו ככל האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם.

כאן הכוונה היא לכך שאפשר לפרש חוק בכמה דרכים. לעולם נעדיף את הפרשנות של החוק אשר עולה בקנה אחד עם זכויות האדם או זאת שפוגעת הכי פחות בזכויות האדם.

למה יוצאים מנקודת מוצא כזאת? כי מפעילים חזקה פרשנית – חזקה על המחוקק, שחשוב לו מאוד לא לפגוע בזכויות אדם. ולכן אם יכולים את הכוונה הבסיסית של זכויות האדם להכניס לתוך דבר החקיקה, אזי אנחנו מיישמים בצורה טובה יותר את כוונת המחוקק. ואז, כל עוד לא מוכיחים אחרת, תמיד נעשה את זה בצורה שעולה בקנה אחד עם זכויות האדם.

**פס"ד שטרייט** – איסור על ריבוי נישואין ולצידו יש גם מס' אישורים. החוק קובע שבהינתן דתות שונות – הוא מותיר נישואין מרובים. סעיף (5) עוסק ביהודים – אדם יכול לשאת אישה נוספת אם הוא קיבל היתר נישואין מהרבנים הראשיים. סעיף (6) עוסק בבני עדות אחרות – אדם יכול לשאת בן זוג אחר אם נעדר למעלה מ- 7 שנים או אינו בעל יכולת מנטאליות.

בני הזוג שטרייט נישאו במדינה אחרת, הבעל ביקש להתגרש בארץ והאישה אינה מעוניינת. הבעל מקבל היתר נישואין אך הוא עדיין לא נחתם ע"י הרבנים הראשיים. והאישה עותרת לבית המשפט שלא יאפשרו לבעל להתחמק. בית המשפט נעתר לבקשתה של האישה והוא קובע שהסמכות לתת נישואין שניים לפי סעיף (5) מותנית בקיומן של אחד משני המקרים של סעיף (6). או כשבת הזוג נעדרת 7 שנים ומעלה או שכאשר היא לא יכולה לתת גט. אבל אישתו של שטרייט נמצאת ויכולה לתת גט....

מצד שני – מה שבית המשפט עשה הוא למעשה איחד את סעיף (6) עם סעיף (5). זה לכאורה לא סביר. אבל בית המשפט הולך לפי **עקרון השיוויון**. כי אחרת הרבנים הראשיים יכולים לתת היתרים לנישואין שניים בכל מקרה ואז אנחנו מפלים לטובה את היהודים.

כלי נוסף שבית המשפט מפעיל:

1. בחינת שיקול הדעת של הראשות המבצעת

במילים אחרות, גם אם יש חוק שמסמיך את הרשות המבצעת מפורשות לפגוע בזכויות אדם, זה עדיין לא סוף פסוק. כי כשבאים לבחון האם פעולה מסויימת שגוף שלטוני מבצע, בודקים שתי בדיקות:

1. האם הפעולה נעשתה בסמכות?
2. האם שיקול הדעת היה תקין? גם אם השר התקין תקנה מסויימת, שפגעה בחופש העיסוק, וגם אם היתה לו סמכות להתקין תקנה כזאת, והיתה לו סמכו לפגוע בחופש העיסוק, לדוגמא, יש להעמיד את ה"נזק" (הפגיעה) לעומת התכלית (התועלת). ובית המשפט יבצע איזון בין התועלת ובין הנזק.   
   בית המשפט מרשה לעצמו לבחון האם שיקול הדעת שהפעילה הרשות המבצעת יהיה שיקול דעת תקין.   
   לדוגמא- לשר הפנים יש סמכות להורות לסגירה של עיתון אם העיתון יפגע בביטחון העם. ובפרשת "קול העם" בשנת ה- 50' החליט כך שר הפנים. העיתון עותר לבג"צ ובג"צ מקבל את העתירה וקובע שאמנם החוק מסמיך את השר על סגירת העיתון, אבל הסכנה לבטחון המדינה בנסיבות אלה, היתה כזאת שלא הצדיקה את סגירתו של העיתון. הסיכון יותר נמוך מהסיכוי.

עם זאת, בית המשפט פיתח 4 כלים להגנה על זכויות האדם. **אז למה צריך בכלל חקיקה העוסקת בזכויות האדם?** –כיוון שבית המשפט אין לו את הסמכות לפסול חקיקה ראשית. ואם חוק פוגע בזכות אדם – אין לבית המשפט כל יכולת לעשות עם זה משהו. בית המשפט אינו רואה עצמו מוסמך לפסול חקיקה ראשית כל עוד זכויות היסוד אינן מעוגנות בחוקה. ועד אז – בית המשפט מכיר בזכויות אדם, ודורש שהפגיעה תהיה מינימאלית או בהסמכה מפורשת, ואחרת יפעילו חזקה פרשנית. מה שבית המשפט לא מרשה לעצמו לעשות, כל עוד אין חקיקה של החוקה בתחום זכויות האדם, הוא לפסול חקיקה ראשית העוסקת בזכויות אדם.

**סיכום המנגנונים של בית המשפט**:

1. מכריז על קיומן של זכויות אדם בעלות תוקף חוקתי.
2. כדי לפגוע בזכויות אדם, יש צורך בעיגון בחוק או בפעולה מנהלית המבוססת על הסמכה מפורשת.
3. חזקה פרשנית – דברי חקיקה יפורשו ככל האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם.
4. בחינת שיקול הדעת של הרשות המבצעת: (א) האם הפעולה נעשתה בסמכות ו- (ב) האם שיקול הדעת היה תקין?

**פס"ד לאור** (סוף שנות ה- 80') – יעקב חיסדאי – חוק מימון מפלגות: אחרי שהתקיימו הבחירות לכנסת וחוקק חוק תיקון למימון מפלגות שמגדיל רטרואקטיבית את ההקצבה פר מנדט (מקופת המדינה). לכאורה- יש פה אלמנט שוויוני כי כולם מקבלים עוד. אבל – מה שקורה זה סוג של "קנוניה" – שכן המפלגות הגדולות יודעות שההקצבה תוגדל בדיעבד – ובכך הן יכולות להוציא עוד בהתחלה ולכסות את זה אח"כ. אבל המפלגות הקטנות לא יהיו ב"סוד העניינים". יש כאן טענה לפגיעה בשיוויון- ואכן יש כאן פגיעה בשיוויון. עם זאת, כדי לתקן את זה – היה צריך רוב של 61. וזה מה שהיה בקריאות 1-3. אבל זה לא היה בקריאה טרומית (שכן ההצעה היתה פרטית).

בית המשפט קבע שאכן היתה בעיה. אבל השופט ברק, באימרת אגב וכדעת מיעוט, אומר שיש כאן עוד טענה שהעלה ב"כ העותרים: שחוץ מהפגיעה בעיקרון השיוויון המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, יש כאן פגיעה בשיוויון הכללי גם אם אינו מעוגן בחוק יסוד. אומר השופט ברק, שבאופן תיאורטי בית המשפט מוסמך לפסול חקיקה ראשית אם היא פוגעת פגיעה אנושה בעקרון יסוד של חיינו. אמירתו של השופט ברק שונה מגישת בית המשפט שאומרת שלא פוסלים חקיקה ראשית עד שלא תהיה חוקה כתובה. ברק רק מבין, שהוא לא יכול לעשות את זה כי הלך הרוח לא מקובל. זאת אומרת, שלפי ברק:

1. **בית המשפט מוסמך לפסול חקיקה ראשית הפוגעת שלא כדין בזכויות אדם גם בהיעדר חוקה כתובה!** ברק רואה את בית המשפט כמי שיכול לפסול חקיקה.
2. **בית המשפט מוסמך לפסול חקיקה ראשית הפוגעת שלא כדין בזכויות אדם גם אם הפגיעה עולה בקנה אחד עם התנאים שנקבעו בחוקה!** (במילים אחרות, בית המשפט רשאי לקבוע סטנדרט מחמיר מזה שקובעת החוקה).

**חוק יסוד חופש העיסוק וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו**

מארס 1992. יש זכויות כגון שוויון, דת וחופש הביטוי שאינן מעוגנות בחוקים הללו. מה הוביל לכך שפתאום אפשר לחוקק את חוקי היסוד הללו?

שהרי בשנים שקדמו לכך נעשו נסיונות רבים לחוקק חוקי זכויות אדם והם כשלו אחד אחרי השני.

היו לכך 4 סיבות אפשריות, ויכול להיות שהצטרפות הגורמים היא זאת שגרמה לכך. שהרי עד 1992 הגורמים העיקריים שמנעו את החוקה הוא התנגדות של החזית הדתית על רקע תוכני (למקרה שזה לא יעלה בקנה אחד עם השקפת עולמם) והגורם השני הוא המערכת הפוליטית בכללה – השלטון שלא רוצה הגבלה והמחוקק שגם הוא ייחלש ברגע שיש חוקה.

אז מה בדיוק השתנה ומהן 4 הסיבות שאיפשרו את החקיקה הזאת בשנת 1992?

1. **רגע היסטורי** –   
   בשנים של לקראת 92' (מסוף שנות ה- 80') – המערכת הפוליטית נמצאת נמוך אבל מבינים שהמערכת היא בשלבי ירידה והציבור חש תחושת מיאוס במערכת הפוליטית ועל כך שאי אפשר יותר לסמוך על הפוליטיקאים – והציבור נותן אמון בבית המשפט. וכך הולכת ומתגבשת חזית מחוץ לכנסת, אשר קוראת לחזק את מעמדו של בית המשפט ככלב השמירה על מערכת הפוליטית במדינת ישראל. זאת – באמצעות חוקה המעניקה לבית המשפט סמכות לבצע ביקורת שיפוטית. אז הגענו לרגע של הבשלה לצורך של שינוי מהסוג הזה על מנת לרסן ולנקות את המערכת הפוליטית במדינת ישראל. גם חברי הכנסת הבינו שזה הכרחי כדי לקנות את אמון הציבור. וכך נוצר מצב שבו הציבור שכנע את נבחריו לעשות בקרה בצורה של מגילת זכויות אדם אשר יאפשרו את בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית.   
   מצד שני, למרות שיש כאן תחושה של "רגע היסטורי" עדיין בשני המקרים של חוקי היסוד הללו – השתתפו חלק מאוד קטן מחברי הכנסת (33 באחת, 54 באחרת). כך שלא בטוח שבאמת היה כאן רגע היסטורי אמיתי.
2. **פשרה** -   
   מה שמנע חקיקת חוקה לאורך כל השנים היה חוסר יכולת להסכים על הערכים שיעוגנו בחוקה והחשש של כל הגורמים מפני השינויים שהחוקה תביא בהסדרים המשפטיים הנהוגים כעת. הצלחת המהלך החוקתי בשנת 92' היתה אימוץ הטקטיקה של הררי – אבל גם את זה עושים בשלבים (גם מגילת זכויות האדם נחקקה ב- 2 חוקים שונים, ויש דברים שבהם לא הגיעו להסכמה – כגון חופש הדת, ואכן לא חוקקו כלום על זה).   
   היפותזת הפשרה מדברת על כך, שחוקי היסוד שנחקקו הם אלה אשר ניתן היה לקבל בשנת 92'. ואת שאר החוקים שחסרים – נדחה לשלב מאוחר יותר. אווירה כללית של שיתוף פעולה הוא מה שהוביל לחקיקת החוקים הללו.   
   מצד שני, לא ברור איפה האינטרס של המחוקקים הדתיים? הרי לא היה להם בעייתי במצב שלפני החוקים. קשה להבין למה מחוקק דתי יעשה צעד כזה בקונסטלציה הנוכחית (של הרכב בית המשפט העליון). חרף מרכיבי הפשרה, עדיין לא ברור מה גורם למחוקקים הדתיים להתנגד בטונים פחות גבוהים למהלך הזה.
3. **טעות/הטעייה** -   
   עפ"י ההיפותיזה הזו, שני חוקי היסוד האלה עוברים בזכות "מסך עשן" – אלה שיוזמים לא מבהירים מה מלוא המשמעות של חוקי היסוד החדשים (כך שיש להם תוקף חוקתי, הם מסמיכים את בית המשפט העליון לפסול חוקים) – ובכך אנחנו מסמיכים את בית המשפט לעשות "מהפכה חוקתית". יש פה כל מיני אמירות מעורפלות של אלה שיוזמים.   
   מהצד השני יש שורה של חברי כנסת שלא ממש מבינים מי נגד מי, ולא רואים את ה"סכנה" מתקרבת אליהם. מה שתומך בטענה הזאת הן אמירות של חברי כנסת מיוזמי החוק שמהן משתמע שלא קורה למעשה כלום מבחינה משפטית.   
   מצד שני, יש כאן נקודת חולשה: הנחת המוצא היתה ש- 44 שנים לא הצלחנו לכונן חוקה כיוון שהיו כאלה שהתנגדו. יכול להיות שמובילי החוקים לא ממש ניסו להסביר את כל המשמעויות והיו "נסיבות מקילות" שלפיהן חברי הכנסת לא יכלו להבין את המשמעויות. כל הרעיון של בית משפט שיכול לבטל חקיקה ראשית – לא היה ברור דיו. הדברים לא היו כל כך נחרצים. כמו כן, בהינתן שני חוקי היסוד – חוק יסוד חופש העיסוק הינו משוריין ותיקונים שלו חייבים להיות גם חוק יסוד. עם זאת, החוק השני של כבוד האדם וחירותו, אינו חוק משוריין בהתחלה. 3 שנים מאוחר יותר – בית המשפט בפרשת מזרחי – אמר שלחוק יסוד כבוד האדם וחירותו – יש מעמד מיוחד. אבל ב- 92' לא היתה המהפכה עצמה.   
   מצד שני – אם חברי הכנסת שמצביעים על החוק, לא חושבים שיש לחוק מעמד חוקתי, איך בית המשפט יכול להגיד את זה?
4. **תמורות במדינה** - מתי לממשלה יש אינטרס שלא תהיה חוקה? כאשר מי שיושב בממשלה חושב שהשלטון שלו הוא לתקופה ארוכה – וכדי שהיא לא תפריע לו בהמשך הכהונה שלו. ואכן עד 1977 נהנתה מדינת ישראל מיציבות שלטונית מאוד רחבה. בשנת 1977 – מהפך. ומאז ועד היום המערכת הפוליטית במדינת ישראל היא מערכת תנודתית. ובנסיבות כאלה –נחלש הטעם של מי שאוחז בשלטון להתנגד לחוקה.   
   מתי לכנסת יש אינטרס שלא תהיה חוקה? זה אינטרס שחוצה את קווי הקואליציה והאופוזיציה. בנוסף לשינוי בשנת 1977, מה שמאפיין את החברה בישראל הוא עידן פוסטהגמוני – בעבר האליטות הן אלה ששלטו במדינה. והשכבה הזאת מתחילה להרגיש מאויימת כיוון שגורמי ה"שוליים" כגון הבלוק הערבי – מתחילים להתחזק. דוגמא נוספת זה ש"ס, עולים חדשים וכיוצ"ב. ואז מעבירים את מרכז הכובד הרבה יותר אל בית המשפט – ששם אי אפשר לבחור "כל אחד" כמו בכנסת. ובית המשפט מוגן יותר – ואז יש היגיון בהחלשה העצמית שהמחוקק מחליש את עצמו.  
   מצד שני, עם העברת הסמכויות לבית המשפט- הרי גם בית המשפט יכול "להיכבש" על ידי גורמי שוליים.

למרות שעברו כ- 16 שנה מאז המהלך, עדיין קשה להגיד מהן ההיפותיזות שבאמת קרו. וכנראה שקרו כמה דברים בו זמנית. כל המהלך של **המהפכה החוקתית** אלמלא היה לנו שחקן נוסף בכל הסיפור הזה: **בית המשפט.**

**שנתיים אחרי זה מתבצעים תיקונים לחוקי היסוד – ואז כבר הובן מה המשמעות של חוקי היסוד – והיתה השתתפות מלאה בדיונים.**

פס"ד מזרחי (93-94) **– קיבוצים נכנסו לשוק המניות וכששוק המניות נפל גם הקיבוצים נפלו יחד איתו. הקיבוצים והמושבים הגיעו לפשיטת רגל. מחוקקים חוק לגבי הקיבוצים ולגבי המושבים שניזום ע"י ח"כ גדליה גל, יו"ר ועדת הכספים: אם המושבים חייבים X אזי הם חייבים למעשה פחות – וחלק מהחובות שלהם נשמטים. פונה בנק מזרחי למושבים במטרה לשלם, והמושבים לא משלמים בגלל החוק. בנק המזרחי עותר בגלל שהמושבים פוגעים שלא כדין בזכות הקניין. התיק מתקיים בפני שופטת בית המשפט המחוזי בת"א, הניה שטיין. והיא קובעת שלאור הפגיעה היא קובעת שחוק ההסדרים במשק החקלאי בטלים. מערערים המושבים לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון מרחיב את הרכבו (דבר נדיר יחסית) ויושב בהרכב של 9 שופטים ונדרש להכריע האם לסמוך ידיו על החלטת המחוזי או להפוך אותה. בית המשפט העליון הופך את החלטת המחוזי ואומר ש*אפילו אם לכנסת יש סמכות לחוקק חוקה ואפילו אם זכות הקניין חוקתית ואפילו אם יש פגיעה בזכות הקניין, הפגיעה מוצדקת ולכן החוק תקף*.**

**אם הפגיעה מוצדקת – לא משנה שחוק יסוד כבוד האדם חוקתי (ובמסגרתו יש הגנה על זכות הקניין) ואפילו אם יש פגיעה בזכות הקניין – אבל בנסיבות מסויימות ניתן להגביל את זכויות הפרט. ולאור זה** לא חשוב לדעת האם זכות הקניין היא חוקתית**. ולכן אוביטר – לא משנה האם זכות הקניין החוקתית והאם יש פגיעה.**

**השאלות המרכזיות שבית המשפט דן בהן:**

1. **האם יש לכנסת סמכות לכונן חוקה?**
2. **מה מעמדם של חוקי היסוד?**
3. **בהנחה שיש לחוקי היסוד מעמד חוקתי, איך משנים אותם ואיך לא פוגעים בהם?**

**השופט חשין היה באופוזיציה לעומת 7 שופטים אחרים. לשופט חשין לא ברור האם יש לכנסת סמכות לכונן חוקה. עם זאת, מרכז הכובד לא עוסק בשאלה הפורמאלית אלא הוא מצביע על 2 שאלות נוספות: שאלות של מוסר פוליטי ושאלה של תבונה פוליטית.**

**שאלת המוסר הפוליטי היא פשוטה: בהנחה שמותר לחוקק, האם זה מוסרי לחוקק? גם אם לכנסת יש סמכות לכונן חוקה, האם זה נכון ומוסרי לפעול בדרך הזאת שבה פעלו?**

**שאלת התבונה הפוליטית: השאלה היא של רווח והפסד – האם בסופו של יום מרוויחים? אולי בנינו חוקה ומה שקיבלנו זה החרפה של הסכסוך והשסע בציבור או החלשת מעמדו הציבורי של בית המשפט.**

1. האם לכנסת יש סמכות לכונן חוקה**?   
   התשובה של שמגר וברק היא כן. וזו תשובה שמבססת את עצמה על אחת מ- 2 פרופוזיציות: הכנסת יכולה לעשות את כל מה שהיא רוצה – לכנסת יש ריבונות. וזו טענה ששמגר העלה לראשונה בשנת 1994. ברק מאמץ את תורת 2 הכובעים: לכנסת יש 2 כובעים – מחוקק ומכונן. ולמכונן יש סמכות לחוקק חוקה. וכאשר הכנסת חובשת את כובע המכונן – היא יוצרת חוקה. מאיפה מגיע "כובע המכונן"? – כל כנסת קיבלה מהכנסת הקודמת (ע"ס חוק המעבר) וכאשר היא מעבירה את סמכויותיה – היא מעבירה גם את הסמכות של הכנסת הראשונה כגוף מכונן.**
2. מתי המסמך שהכנסת מייצרת הוא חוקה ולא חוק רגיל? **עמדה שהיתה רווחת ערב פס"ד מזרחי – שזאת חוקה במקרה שבו הכנסת מחוקקת חוק יסוד ומשריינת אותו. ברק ושמגר אומרים שאין זה כך וניתן להרחיב זאת בשני מעגלים:   
   הרחבת מושג השיריון – מה זה נקרא לשריין? גם חוק יסוד חוק האדם וחירותו, למרות שאינו דורש חוק יסוד כתנאי לשינויו או רוב מיוחד, קובע שכדי לפגוע באחת מהזכויות שבו יש לעמוד ב- 4 דרישות מצטברות (המכונות** פיסקת ההגבלה**) :   
   א. הפגיעה צריכה להיות מחוק או מכח הסמכה מפורשת בחוק  
   ב. נדרשת להיות הלימה לערכי המדינה  
   ג. הפגיעה היא לתכלית ראוייה   
   ד. הפגיעה היא מידתית.   
   ל- 4 הסעיפים הללו קוראים** פיסקת ההגבלה **– רק בהינתן 4 הסעיפים הללו, תתקיים הפגיעה. 4 התנאים המצטברים הם סוג של שיריון, לפי בית המשפט. זהו שיריון מהותי בעיקרו.   
   זהו שיריון מפני פגיעה- אבל אומר בית המשפט שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו משוריין, ואם הוא משוריין אז גם לפי הדוקטרינה הישנה שלפיה רק חוקי יסוד משוריינים נהנים מעליונות, אזי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו משוריין – בשיריון מהותי ולא רק פורמאלי.   
   *אומר ברק שכל חוקי היסוד נהנים מעליונות – לרבות חוקי היסוד הישנים*.**
3. איך משנים חוק יסוד?   
   כל הדעות מדברות על זה ששינוי חוקה יכול לקרות ע"י חוק יסוד אחר

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **שינוי** | **פגיעה** |
| **שמגר** | **חוק יסוד + דרישות נוספות כמפורט בחוק היסוד** | **אם חוק היסוד קובע תנאים אז לפי התנאים (לדוגמא- פסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו).**  **מה קורה אם החוק שותק ולא קובע איך אפשר לפגוע בו? – אין אפשרות לפגוע בו. ניתן לפגוע בו רק ע"י שינוי של חוק יסוד בחוק יסוד אחר.** |
| **ברק** | **ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל ובלבד שהפגיעה תהיה מפורשת. הכנסת צריכה לתת הנחיה מפורשת לפגוע. אם חוק היסוד שותק – באמצעות פגיעה מפורשת.** |

**ז"א בניגוד לתקופה של עד פס"ד מזרחי, גם לחוקי יסוד יש שריון** מהותי **יש מעמד חוקתי.   
כאשר חוקי היסוד בשנת 1992 נולדו, הם למעשה הפיחו מעמד חוקתי בכל חוקי היסוד שחוקקו עד לאותו השלב.**

פס"ד חירות נגד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה- 16

**מפלגתו של מיכאל קליינר שרוצה לשדר תשדיר תעמולה. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, חשין (שהוא היה שופט מתוך בית המשפט העליון) – פוסל את התשדיר. כאשר התיק מגיע לבית המשפט העליון המדינה אומרת שבית המשפט העליון לא יכול לדון בזה שכן החוק קובע שכל קובלנה מסורה אך ורק לוועדת הבחירות המרכזית. חוק הבחירות לכנסת –סעיף 137 – אומר שוועדת הבחירות המרכזית הוא האינסטנסיה העליונה בנושא הזה.**

**מהצד השני יש סעיף 15 לחוק יסוד השפיטה – אשר מעניק לבית המשפט העליון את הסמכות לתת סעד לצד כנגד כל אחת מרשויות המדינה- כולל ועדת הבחירות המרכזית. יש עימות בין החוק ובין חוק יסוד השפיטה – ויש פגיעה לעומת חוק יסוד השפיטה.**

**חוק יסוד השפיטה הוא חוק יסוד שותק 🡨 ולפי דוקטורינת ברק – ניתן לפגוע רק אם זה פגיעה מפורשת. מה ברק אומר במקרה זה? שאין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחוק יסוד אלא אם הדבר מתאפשר לפי פסקת ההגבלה. ולכן הוא אומר עכשיו את דעתו של שמגר, בניגוד לפס"ד מזרחי. ברק מצטרף בסוף לדעתו של שמגר –** אם חוק יסוד שותק – אז לא ניתן לפגוע בו אלא באמצעות מנגנון חוק היסוד**. וכאן האוביטר הופך לראציו – בית המשפט העליון נותן תוקף חוקתי לחוק יסוד השפיטה שהוא חוק יסוד שאיננו משוריין ואפילו לא בשריון מהותי.**

פס"ד לשכת מנהלי ההשקעות

**חקיקה שתכליתה לסגור את הפרצות בנושא מנהלי ההשקעות. לפי החוק הזה – יש צורך בתנאי סף. הפוקוס מושם על הדרישה לעמוד בשורה שלמה של בחינות והדרישה הזאת תקפה ביחס לכל מנהל השקעות, למעט מנהלי השקעות שיש להם 7 שנים לפחות של נסיון מעשי. אלה שיש להם 7 שנים של נסיון – הם פטורים למעט מבחן באתיקה.**

**העותרים הם מנהלי ההשקעות אשר עבדו פחות מ- 7 שנים. לדבריהם, יש להם פגיעה מובהקת בחופש העיסוק. אומר בית המשפט:**

1. האם יש פגיעה בזכות? **אם כן אז....**
2. **האם יש פגיעה בסמכות? אם כן אז....**
3. **האם הפגיעה היא למטרה ראוייה? אם כן אז...**
4. **האם הפגיעה מידתית?   
   מהי המידתיות?** 
   1. **יש להציג קשר בין האמצעי למטרה. במקרה זה רוצים להגן על הציבור. בשביל זה דורשים מכל יועץ השקעות שיעשה משהו.**
   2. **האמצעי שפגיעתו פחותה: יש להוכיח שמשתמשים באמצעי שפוגע הכי פחות בזכות.**
   3. **התועלת עולה על הנזק: התועלת תהיה הגנה על הציבור ומהצד שני זה פגיעה בזכות לחופש העיסוק, ויש להוכיח שהפגיעה אם התועלת היא גבוהה יותר.**

**בית המשפט העליון מקבל את טענת העותרים ואומר:**

1. **או שהיו עובדים בצורה מדורגת (יותר ותק פחות מבחנים)**
2. **להפוך את זה גיליוטיני או פחות שנים (4-5 זה מידתי)**

**בית המשפט נתן למחוקק חצי שנה לתקן את התחיקה ומאחר שבית המשפט עושה פה ביטול של חוק והצעה לחוק – שזה מעבר לסמכות הרגילה שלו.**