



אוניברסיטת בר-אילן

תואר שני, MA
הפקולטה למשפטים

מקבץ מושגים

משפט חוקתי

המרצה:

דר' אסף הראל

תוכן עניינים

3 חוקה
3 חוקה מטריאלית
3 חוקה פורמאלית
4 שריון סעיפי החוק
4 פסקת ההגבלה
5 היקף הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה
5 היקף הזכות החוקתית
5 מידת ההגנה לזכות החוקתית
5 שמירת דינים
6 פסקת ההתגברות
6 חוק ספציפי וחוק כללי
6 חוק מוקדם וחוק מאוחר
7 איון אנכי ואיון אופקי
7 איון אנכי
7 איון אופקי
7 פסקת ההגבלה
8 ערכי היסוד של השיטה
8 עקרון חוקיות המנהל
8 עיקרון הסמכות השורית
9 סמכות העזר
10 כלל ההסדרים הראשוניים
10 ההבחנה בין הסדר ראשוני ובין הסדר משני
10 תקנות לשעת חירום
12 סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לעומת סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה
13 היחס בין תקנות לשעת חירום ובין חוקי יסוד וחקיקה ראשית
14 סימן 43 לדבר המלך ומעצתו
14 סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה
14 שפיטות מוסדית
14 שפיטות נורמטיבית
14 עיקרון הסבירות
15 עיקרון המידתיות
15 סעד הצהרתי
15 המדינה כשומרת לילה
16 תיאורית הבחירה הציבורית
16 גופים דו מהותיים
16 תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי
17 מודל התחולה העקיפה המחוקקת
17 מודל הבחינה הסימולטנית וסיווג הגופים

חוקה

חוקה היא ניסיון החברה ליצור נורמות על שיוצרות התנהגות, והיא מכילה את אותן נורמות ערכיו של החברה תוך שהיא מכריזה על מבנה השלטון וקובעת את המוסדות העיקריים המתקיימים במדינה. טיבן ותוקפן של הנורמות נשען על מערך הדרגתי הכולל שתי פירמידות – המוסדית והערכית שיוצרת כפיפות ויחסים של תקדים מחייב.

כל חוקה ראוי שתכלול שני חלקים – חוקה מטריאלית וחוקה פורמאלית;

חוקה מטריאלית

כוללת את הערכים הנעלים והחשובים ביותר שחברה צריכה להתנהל על פיהם, תוך שהיא קובעת עקרונות חשובים ומחלקת אותם לשניים;

1. מבנה השלטון – האינטראקציה בין הרשויות השונות, הגדרת הרשויות, טיבן ויחסי הכוחות ביניהן וכן הסדרת סמלי המדינה, שפה, שטח, המנון ודגל.

2. זכויות אדם – הגדרת הזכויות שהחוקה מעגנת בצורה מפורטת כזכויות עליוניות ובסיסיות. ובמסגרת כך בחינה של שלוש סוגיות;

- היקף הנמענים של הזכויות – מי כפוף לזכויות.
- רשימת הזכויות החוקתיות – אילו זכויות מבקשים לעגן בחוקה; אזרחיות-פוליטיות (שהן זכויות שליליות שהמדינה צריכה להימנע מלפגוע בהן) או זכויות חברתיות (שהן זכויות פוזיטיביות שהמדינה צריכה לדאוג להקנות אותן לפרט).
- היקף הזכויות ומידת ההגנה שהמדינה נותנת לאדם – זכויות הן יחסיות וניתנות לאיזון עם אינטרסים אחרים.

חוקה פורמאלית

היא מסמך בעל נוקשות;

- נוקשות פורמאלית – שריון פורמאלי, שיוצר תהליך מורכב, ארוך ומאסיבי לצורך שינוי חוק. באה לידי ביטוי ב;
 - שינוי בחוקה יכול להתבצע רק באמצעות החוקה.
 - שינוי בחוקה צריך להתקבל אך ורק ברוב מיוחד (לא טריוויאלי לחלוטין)
 - הליך מיוחד לצורך שינוי החוק.
- נוקשות מהותית – פסקת ההגבלה, הקובעת כי החוקה היא לכל, ולכן חוקים הסותרים את החוקה דינם להתבטל, אלא אם היתירה החוקה לחוקים אלו תחת תנאים מסוימים לפגוע בעקרונות או בזכויות היסוד שקבעה.

ישנם טיעונים בעד ונגד החוקה הפורמאלית;

- בעד חוקה פורמאלית;
 - מגנה על ערכי היסוד של המשטר, שומרת על המבנה הדמוקרטי, עומדת במתח הגדול והוא עיקרון הכרעת הרוב. קובעת כי ישנם ערכי יסוד מהותיים עקרוניים שיוצרים לשורש קיומנו, שאנו כחברה רוצים להגן עליהם מפני הכרעת הרוב.

- דרושה לצורך יציבות, סדר וודאות, יש צורך במסמך כתוב כדי לחנך לאורו מגיל אפס.
- בכל חברה קונפליקטים מהותיים, ערכיים, שהם בלתי פתירים ורק חוקה תוכל להוציא קונפליקטים אלו מהמשחק הפוליטי, כפשרה המקובלת על כל הצדדים.
- נגד חוקה פורמאלית;
 - חוקה זו נוגדת את עקרון הכרעת הרוב, היא גורמת לכך שנשלט בידי המתים כאשר דור אחד קובע חוקה ומכפיף אותה לדורות הבאים תחת אותם עקרונות שחשב שהם ראויים באותו הזמן. עוד מתעורר הקושי כאשר ביהמ"ש צריך לפרש אותה, והוא לא גוף נבחר אלא ממונה.
 - חוקה זו היא מכת מוות לדינאמיות לאותם דברים ערכיים שראוי שיהיו דינאמיים, היא מייצרת קיבעון, מה שמתיישב עם טיעון ההשתק, ויש לבחון כל העת האם החוקה באמת מגשימה את כל שהיינו רוצים שתגשים.
 - מעניקה כוח לביהמ"ש העליון כעוגן האחרון שהציבור רוכש לו אמון בלתי מוגבל, והופכת אותו לביהמ"ש פוליטי בכך שהיא גורמת לו ללכלך ידיו בשאלות שהן עקרוניות ויורדות לשורש מהות הקיום שלנו.

שריון סעיפי החוק

במסגרת החוקה הפורמאלית מוסדר עקרון של שריון סעיפי החוק;

1. שריון פורמאלי – יוצר תהליך מורכב, ארוך ומאסיבי לצורך שינוי החוק;
 - שינוי בחוקה יתבצע רק באמצעות החוקה.
 - שינוי בחוקה יתקבל אך ורק ברוב מיוחד.
 - הליך מיוחד לצורך שינוי החוק.

2. שינוי מהותי – סעיף פסקת ההגבלה, הקובעת כי החוקה היא מעל לכל ולכן חוקים הסותרים אותה דינם להתבטל, אלא אם היתירה החוקים לחוקים אלו, תחת תנאים מסוימים לפגוע בעקרונות או בזכויות היסוד שקבעה. כלומר, אין פגיעה בחוק אלא אם חוק היסוד עצמו מתיר מפורשות את הפגיעה בו.

פסקת ההגבלה

פסקת ההגבלה משקפת את העיקרון שזכויות האדם הן אינן מוחלטות, אלא יחסיות, ולכן ניתן להגביל אותן. ובהחלט ייתכן שמתקיימת פגיעה חוקתית, אלא שאם תהיה זו פגיעה מידתית ייתכן והיא תוכשר במסגרת פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה מקבלת ביטוייה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שקובע כי ישנם מקרים בהם אפשר לפגוע בזכויות אדם במסגרת חוק אחר, בהנחה שהתקיימו ארבעה תנאים;

1. פגיעה בחוק – או מכוח ההסמכה המפורשת בו.
2. הולם את עריכה של מדינת ישראל.

3. נועד לתכלית ראויה – אינטרס ציבורי מאחורי הפגיעה. יעדים חברתיים חשובים שלמעשה הגשמתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות אדם.
4. במידה שאינה עולה על הנדרש – עקרון המידתיות
 - a. קשר בין האמצעי ובין המטרה – יש להראות שהאמצעי מוביל לפגיעה בזכות באופן רציונאלי להשגת המטרה.
 - b. האמצעי שפגיעתו פחותה – אמצעי יהיה ראוי אם לא יהיה ניתן להשיג את אותה מטרה ע"י אמצעי אחר, שפגיעתו בזכות היא פגועה מפגיעה זו. כלומר, הדרך שתיבחר צריכה להוביל לפגיעה הקטנה ביותר בזכות.
 - c. עקרון המידתיות – במובן הצר – תועלת מול נזק, אינטרס הציבור לעומת הנזק הכרוך בפגיעה בזכות. מה הציבור ירוויח כתוצאה מהחוק שנחקק.

היקף הזכות החוקתית ומידת ההגנה עליה

היקף הזכות החוקתית

בחינת היקף הזכות ובדיקה האם אנחנו נמצאים בתוך מעגל החוק או מחוצה לו. ההחלטה תתקבל על פי התכליות העומדות בפני התכלית החוקתית. כך למשל, אם להסתכל על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שתכלית אישית, פנימית, הגשמת האני ואוטונומית הפרט, גם היא נכנסת תחת חוק היסוד, ועל כן במקרה זה, היקף הזכות החוקתית מתרחב.

מידת ההגנה לזכות החוקתית

מידת ההגנה לזכות החוקתית נגזרת מתוך היקף הזכות, וככל שהזכות עמה יש התנגשות נמצאת בתוך ההיקף, כך תינתן לה הגנה רחבה יותר. האיזון למעשה יעשה בשלב השני של הבחינה החוקתית – במסגרת פסקת ההגבלה. ולאחר שאנו קובעים כי היקף הזכות גדול דיו כדי להכיל את הזכות, ומתקיימת פגיעה אנו בודקים האם למרות הפגיעה הזכות תקבל הגנה.

שמירת דינים

שני חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 כללו הוראות שמירת דינים. בהתאם לחקיקת שני חוקי היסוד של 1992, נקבע כי כל חוק חדש שהתקבל ממרץ 1992 ואילך, במידה והחוק פוגע בזכות יסוד שמוקנית בחוק היסוד, ובהנחה שהפגיעה היא איננה מידתית ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה, דינו להתבטל. אלא שאם החוק היה קיים לפני מועד זה, לא ניתן לבחון את החוקתיות שבו והוא נהנה ממטריית ההגנה שניתנה לו במסגרת שמירת הדינים. עיקרון זה הופך את החוקה, שהיא גם ככה חלקית, לחוקה חלקית הרבה יותר שכן התוצאה היא שאנו לא בוחנים חוקים שנחקקו במשך שנים של תקופה אדירה. רציונאל הסעיף;

1. רעיונית – יש להבטיח יציבות וביטחון בחקיקה הקיימת.
2. פרגמטית – מעשית היה חשש של עומס רב בבתי המשפט וחוסר יציבות במערכת.
3. פוליטית – שיקולי קואליציה. שני החוקים הללו היו תוצר של פשרה, וסעיפי שמירת הדינים נועדו כדי לשמר מצב קיים ולמנוע הפרה של סטאטוס קוו בעיקר בשאלות של

דת ומדינה. סעיפים אלו הקנו את החסינות לחקיקה המתייחסת לתנאי עבודה ושמירת שבת, דיני נישואין וגירושין ועוד.

חשוב להבין כי שמירת הדינים איננה חלה על שינויים בחקיקה (פרשת בנק המזרחי), וכן גם תיקון שהוא מיטיב ולמרות שבא לשפר את החוק יש לבחון אותו במסגרת פסקת ההגבלה (פרשת שגיא צמח).

מבחינת ההגנה שניתנה בחוק יסוד: חופש העיסוק, נקבע כי חוקים שהתקבלו בין מאי 1948 עד למרץ 1992, שמירת הדינים לגביהם תימשך שנתיים. בשנת 1994 נלחצו מעסיקים ולחצו להארכת ההגנה וכך נעשה למשך ארבע שנים נוספת, עד לשנת 1998 וכן הוכשרו החוקים שנחקקו בין 1992 ל-1994. מאז ניתנה הארכה נוספת עד לשנת 2002, ומאותה שנה והתוצאה היום היא שאין שמירת דינים על חוק יסוד: חופש העיסוק, ולכן גם חוקים מ-1948 יכולים להיבחן ולהתבטל.

פסקת ההתגברות

הוראת חוק מיוחדת, שקיימת בחוק יסוד: חופש העיסוק, שניתנה כתוצאה מהאוביטר של השופט אור בפרשת מיטראל הראשונה, כפיתרון ע"י הנשיא ברק שייבא אותה מהחוק הקנדי. פסקת ההתגברות מהווה מכשיר המאפשר לכנסת באמצעות חקיקה, להגשים יעדים חברתיים ופוליטיים, מבלי חשש שהחקיקה תבוטל, משום שאיננה עומדת בפסקת ההגבלה. בפסקת ההתגברות ניתן לעשות שימוש כדי לאפשר חוק ששולל או מבטל כליל את חופש העיסוק. שלילת חופש העיסוק יכולה להתבצע רק ע"י שינוי חוק היסוד עצמו.

פסקת ההתגברות קובעת, כי הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק, תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 פסקת ההגבלה, אם נכללה בחוק, שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ושנאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה. עוד נקבע, כי הוראת חוק כזו הפוגעת בחופש העיסוק, תפקע בתום מקסימום 4 שנים מיום חקיקתה, זולת אם נקבע בה מועד מאוחר יותר. כלומר, צריך שיתקבל ברוב של 61 חברי כנסת, שיאמר בו "על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק", ושיהיה תקף ל-4 שנים בלבד.

חוק ספציפי וחוק כללי

ההבחנה בין חוק ספציפי וחוק כללי מתעוררת במצב בו יש שני חוקים, שהם באותו מעמד והם סותרים זה את זה. במקרה כזה, גובר החוק הספציפי על החוק הכללי. כך למשל, חוק התקנים, שהוא חוק ספציפי ומיוחד, עדיף על חוק יסוד: הממשלה, שהוא חוק כללי.

חוק מוקדם וחוק מאוחר

כאשר מתקיימת סתירה בין שני חוקים, יש לפסוק לפי השאלה מי מהחוקים הוא המאוחר, והוא זה שיגבר. אלא שאם אחד החוקים הוא חוק כללי והשני הוא חוק ספציפי, יגבר החוק הספציפי וזאת על אף שהוא קודם לחוק המאוחר.

איזון אנכי ואיזון אופקי

כאשר ביהמ"ש ניצב בפני התנגשות בין שתי זכויות, הוא בוחר של אופנים של איזון בין זכויות ואינטרסים, במסגרתם הוא קובע האם הפגיעה בזכות מוצדקת או אינה;

איזון אנכי

מגנון בינארי – מצב של התנגשות בין אינטרס ובין זכות. במנגנון כזה, בדרך כלל אינטרס הציבור הוא זה שידו על העליונה והוא חשוב יותר מהזכות. מכונה גם איזון חיצוני. ביהמ"ש מאמץ במונח זה את הגישה האמריקאית, שנותנת עדיפות לאינטרס, אלא שהוא מעדן גישה זו ומתאים אותה לצרכים הייחודיים של מדינת ישראל, וקובע כי – מספיקה הסתברות "קרוב לוודאי" לפגיעה ממשית בביטחון. יש להצביע על הסתברות מסוימת של פגיעה באינטרס, שכן לא כל פגיעה בו תצדיק את הפגיעה בזכות.

בפס"ד "קול העם" נזכר מונח זה, במסגרת ההתנגשות בין חופש הביטוי ובין ביטחון המדינה, במסגרתו נפסק כי לא הייתה הוכחה לוודאות קרובה של סכנה לפגיעה בסדר הציבורי ולכן העיתון לא נסגר.

דוגמה נוספת ליישום איזון מסוג זה הוא התנגשות בין חופש התנועה ובין ביטחון המדינה ← צו עיכוב יציאה מהארץ מחשש שמא יפגע פלוני אלמוני בביטחון המדינה. נראה כי מספיק חשש כן ורציני לפגיעה בביטחון המדינה, כדי לתת לו עדיפות ולפגוע בזכות.

איזון אופקי

התנגשות בין שתי זכויות אדם, כאשר הכלל קובע שזכויות אלו הן שוות מעמד. מכונה גם איזון פנימי והוא למעשה הקובע את היקף הזכות החוקתית.

המנגנון הפועל במסגרת איזון זה, מחפש נוסחא שתקבע לכל זכות מקום, זמן והיקף, ותיצור מנגנון המאפשר קיום מקביל של שתי הזכויות. מטרת האיזון האופקי היא להפחית את הפגיעה בשתי הזכויות, אך לוודא ששתיהן יישמרו ואפילו לא יהיה זה בהיקף מלא.

דוגמה ליישום איזון מסוג זה הוא התנגשות בין חופש הביטוי והזכות להפגין ובין הזכות לפרטיות ← הפגנה של סטודנטים מול מעונה הפרטי של שרת החינוך. נראה כי ניתן להתיר הפגנה מול ביתו של איש ציבור, אך להגבילה בשעות מסוימות. כך מצמצמות שתי הזכויות על מנת להגיע לתוצאה ששתיהן תחיינה ביחד בשלום.

פסקת ההגבלה

שני איזונים אלו מקבלים ביטויים גם במסגרת פסקת ההגבלה;

1. תכלית ראויה – משקף את האיזון האנכי בעוד שהוא מגשים את הערכים.
2. מידתיות

- קשר רציונאלי – משקף את האיזון האנכי כאשר יש צורך שהאמצעי יגשים את התכלית.
- אמצעי שפגיעתו פחותה – משקף את האיזון האופקי, לא שחור ולבן, אפשר לזוז לצדדים כדי לבחור את האמצעי הפוגעני פחות.
- תועלת מול נזק – משקף את האיזון האנכי, על אף היותו מבחן מאוד ערכי, כאשר הוא מוביל לתוצאה בינארית לשני הכיוונים שתגרום דווקא להעדיף את הזכות ולומר שאין עומדת הפגיעה לצורך הגשמת האינטרס בפסקת ההגבלה.

ערכי היסוד של השיטה

מונח הנזכר בפס"ד פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, בעניין הפגיעה בשוויון. בהקשר מונח זה, אומר ברק בפסק דינו, כי ישנם ערכים שכל שיטת משפט מתבססת עליהם, והם למעשה עקרונות יסוד שהשיטה רואה אותם כחלק אינהרנטי מערכי היסוד של השיטה. עיקרון השוויון לדוגמא, וכן חופש העיסוק, חופש הביטוי ועוד, הם לצורך העניין חלק מאותם עקרונות.

עקרון חוקיות המנהל

לפי עיקרון זה, רשות מנהלית רשאית ומוסכמת לבצע רק את הפעולות שהחוק הסמיך אותה לביצוען. עיקרון חוקיות המנהל מהווה ביטוי מובהק לעיקרון שלטון החוק, בכך שהוא מבטא את העובדה שגם הרשויות, כמו האזרחים, כפופות לחוק. תכלית העיקרון, היא הבטחת הגנה על הפרט מפני כוחה הדורסני של המדינה, ואילו אחת הדרכים למנוע שימוש לרעה בכוח זה היא באמצעות העיקרון הקובע כי הרשות חייבת לבצע את כל הפעולות שהיא מבצעת תחת אותם כללים שקבע לה החוק. מכוח עיקרון חוקיות המנהל, הכנסת צריכה לקבוע בחוק את עצם קיומה של הסמכות, את הזכות של מי שאמור לבצע את הסמכות ואת אמות המידה העיקריות להפעלת הסמכות. עיקרון חוקיות המנהל, נועד להגן על זכויות האדם והוא יוכל למלא תכלית זו רק אם החקיקה גם היא תגן על זכויות אלו. ולצורך העניין, יש מקום להעניק סמכות גורפת לרשות המנהלית במסגרת החוק, תוך שאנו מפרטים אותה, ואם לא נעשה כן למעשה יצרנו מצב בו החוק הראשוני מתיר לרשות המנהלית לבצע כל שעולה על רוחה, מה שגורם לכך שהעיקרון איננו ממלא אחר תכליתו. עיקרון חוקיות המנהל הוא מכשיר להגנה על זכויות אדם, והוא הגן על זכויות האדם עוד לפני עידן המהפכה החוקתית, כאשר ביהמ"ש נעזר בו כאמצעי להגנה על זכויות הפרט, שם החמיר ודרש הרבה יותר – בזכויות אלו, קבע ביהמ"ש, כי לא רק שעליה להצביע על סמכות, אלא על הסמכות להיות מפורשת.

עיקרון הסמכות השירות

הממשלה היא הרשות המבצעת אך גם היא רשות ולאור עיקרון שלטון החוק וחוקיות המנהל, היא רשאית לעשות רק מה שהתיר לה החוק מפורשות. אלא שצורכי המציאות הם חזקים מכל עיקרון, ובאופן מעשי לא ניתן לכסות את כל תחומי פעילות הממשלה בחוק. ולכן נחקקה ההוראה בסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, המגדירה וקובעת את סמכות הממשלה כסמכות שירות לביצוע פעולות, שנובעת מדין שלא הסמיך אף רשות אחרת לעניין זה. הוראה זו מהווה מעין גשר חוקתי בין עיקרון חוקיות המנהל ובין צורכי היום-יום של המדינה, כדי לאפשר לממשלה להגשים כראוי את תפקידה כרשות המבצעת של המדינה. ביהמ"ש העליון פירש סמכות זו בקביעה כי היא ניתנת רק במקרה של פעולות, שהן כשלעצמן אינן פוגעות בזכויות אדם. כלומר, כאשר מדובר בפגיעה בזכויות האדם, יש להצביע על סמכות מפורשת.

נראה כי במסגרת סמכות הרשות המנהלית לחוקק חקיקת משנה, מתקיימת פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. אך פגיעה זו היא הכרחית לכך שהמנהל יוכל להתקיים באופן תקין. ולכן תמיד נשאל את השאלה, מהו היקף שיקול הדעת.

חשוב להבין כי הסמכות השיורית מגשימה את עיקרון חוקיות המנהל, אך עם זאת נקבעו לה מגבלות פנים וחוץ, ע"י השופט חשין בפרשת ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' כנסת ישראל;

מגבלות הפנים הן מגבלות אינהרנטיות לסעיף;

1. בכפוף לכל דין – סמכות הממשלה ניתנת רק אם אין דין אחר שקבע אחרת.
2. אינה מוטלת בדין על רשות אחרת – מאפשרת לממשלה לעשות כל פעולה שעשייתה איננה מוטלת על רשות אחרת, במסגרת הדין.

מגבלות החוץ – הוראות הקבועות בסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, הקובעות כי יש לפרש סעיף זה לאור עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, באמצעות כמה כללים;

1. לא ניתן מכוח הסמכות השיורית לפגוע בזכויות אדם – פגיעה זו תותר רק באופן מפורש באמצעות חקיקה ראשית.
2. הסמכות השיורית תעלה בקנה אחד עם עיקרון שלטון החוק – הסמכות להכריע בעקרונות יסוד, תהיה סמכות שהיא בידי הכנסת בלבד. הסמכות השיורית לממשלה היא בתחום הביצוע.
3. הסמכות השיורית תעלה בקנה אחד עם עיקרון הפרדת הרשויות – שעשוי להיפגע פגיעה אנושה אם הרשות המבצעת תעשה מה שהרשות המחוקקת הייתה צריכה לעשות.

סמכות העזר

מקום שיש לרשות סמכות לביצוע פעולה מסוימת, אזי יש לפרשה כך שהסמכות תכלול גם ביצוע פעולות תפלות שהן חיוניות לסמכות העיקרית, ופעולות אלו מכונות סמכות עזר. פעולות אלו נועדו כדי להמחיש את הסמכות העיקרית.

כדי להגדיר סמכות כסמכות עזר יש שיתקיימו שני תנאים;

1. תהיה זו סמכות שהיא קרובה לסמכות העיקרית
2. סמכות עזר לא תפגע לעולם בזכויות אדם

כלל ההסדרים הראשוניים

כלל זה מהווה ביטוי מובהק לעיקרון חוקיות המנהל, והוא מסדיר לא רק את הסמכות אלא גם את אופן הפעלתה כאשר הכל צריך להיות במסגרת הפעלה מוסמכת בחוק. אם תכליתו העיקרית של עיקרון חוקיות המנהל היא לפקח על פעילות הרשויות ולמנוע שימוש לרעה בכוחן, הרי שאין זה ראוי שהכנסת תסתפק בקביעה כללית המעניקה את הסמכות לרשות בעניין מסוים, ותשתוק באשר אמות המידה להפעלת הסמכות. כלומר, אנו דורשים במסגרת כלל זה, שהכנסת תתווה בחוק את ההסדרים העיקריים שעל פיהם נדע כיצד הסמכות תופעל, והם מכונים – ההסדרים הראשוניים.

הסדרים ראשוניים מהווים ביטוי לנוממות העיקריות שקובעות את אורח החיים במדינה, השפעתם על החברה היא אדירה ולכן ראוי שרק הגוף המחוקק יכריע הכרעות ועקרונות אלו. הממשלה רשאית לקבוע באמצעות התקנות אך ורק הסדרים משניים. במאמר מוסגר, נאמר כי אם הכנסת תסמך את הממשלה מפורשות לקבוע הסדר ראשוני, לא יהיה זה רצוי, אך הדבר יתקבל (משום שאין חוקה בישראל).

חקיקת משנה היא חשובה, הכרחית ומספקת גמישות, אך עיקר המחלוקת נסבה סביב השאלה מה אנו מותירים בידי הכנסת, ומה אנו מורידים לידי חקיקת המשנה ואם זו האחרונה יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים עקרוניים.

הסדרים ראשוניים אינם יכולים להיקבע דרך סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, הן בסמכות שיורית. ההסדרים הראשוניים נגזרים מעיקרון שלטון החוק והפרדת הרשויות.

ההבחנה בין הסדר ראשוני ובין הסדר משני

1. השלכות – השלכות חמורות שגורמות לפגיעה גדולה בזכויות הפרט – הסדר ראשוני.
2. השפעה על הציבור – פעולה שתכליתה מצומצמת ונקודתית – הסדר משני. פעולה המשפיעה על מגזר שלם – הסדר ראשוני.
3. עלות – פעולה שעלותה הכספית גבוהה יותר – הסדר ראשוני.
4. מעורבות המחוקק – ככל שיהיה מעורב יותר בפעולה – הסדר ראשוני.
5. דחיפות הפעולה – פעולה דחופה יותר – הסדר משני. פעולה ארוכת טווח שניתן להצביע עליה בכנסת – הסדר ראשוני.

תקנות לשעת חירום

תקנות אלו, וחרף היותן פרי הרשות המבצעת, נמצאות במקביל לחקיקה הראשית ומעמדן הן כמעמד חוק, והן משקפות מצב שהוא מצב חירום במדינה.

מצב חירום, מוגדר כאירוע בודד או רצף של אירועים שיכולים להשפיע או לאיים על קיום המדינה באופן קיצוני או לפגוע בה ובאספקת שירותים חיוניים באופן נוקשה. הגדרה זו מביאה את המדינה לנקוט בפעולות מהירות וחדות בתגובה למצב החירום, כאשר אין זמן לנסות ולהעביר את התקנה או הפעולה המבוצעת בפרוצדורה של חקיקה. אלא שתמיד יש לבחון האם

ניתן להסדיר את התקנה במסגרת חוק (פרשת פורז), שכן תמיד ההעדפה היא ללכת במסלול הישר של החקיקה כל עוד הוא מתאפשר.

עמדת היוהמ"ש בנושא זה הביאה להוראה מפורשת שקובעת כי יש צורך במקביל לתקנות, להגיש לכנסת הצעת חוק רגילה, שיכולה להיות בנוסח זהה לנוסח שנכתב בתקנה לשעת חירום שהותקנה, וזאת כדי לאפשר לה לדון בהקדם במהלך זה במסגרת הליך נורמאלי של חקיקה.

ביהמ"ש נוטה להיות מאוד חשדן על אותן תקנות לשעת חירום ובוחן אותן בצורה זהירה למדי. כך קובע כי גם בקביעת תקנות לשעת חירום, יש לפעול תחת עיקרון המידתיות;

- האם התקנות הותקנו למטרה ספציפית והיא טובת המדינה וביטחונה.
- האמצעי מקדם את המטרה – לשרת את מצב החירום עצמו.
- האמצעי שפגיעתו פחותה – דוגמא לחוקק חוק רגיל.
- תועלת מול נזק – שכן מתקיימת פגיעה בשלטון החוק.

לתקנות לשעת חירום שלושה מקורות עיקריים;

1. דיני חוקים מנדטוריים – תקנות ההגנה לשעת חירום, 1945 – נקלטו לחקיקה דרך סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. זוהי חקיקה ראשית במעמד חקיקת הכנסת ואיננה מותנית בקיום מצב חירום. חקיקה זו מסמיכה מפקדי צבא להגביל זכויות פרט, החרמת רכושו של אדם, הריסת בתים וכו'.

2. סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה – המחליף את סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. סעיף המתיר לממשלה להתקין תקנות לשעת חירום, גם אם הן באות בסתירה לחקיקה הראשית, בהנחה שהכנסת הסמיכה אותה לעשות כן. בישראל מוכרז מצב חירום מאז ה-19 במאי 1948 ועד היום.

3. חקיקה ספציפית – חוקים הקיימים בחקיקה שלנו שתוקפם מותנה בעצם היותנו תחת מצב חירום. לדוגמא, חוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים), 1979, המאפשר מעצר אדם במטרה למנוע סכנה עתידית בשל חשש לפגיעה בביטחון המדינה.

סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לעומת סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה

1. הכרזה על מצב חירום
 - פקודת סדרי השלטון והמשפט – ללא הגבת זמן.
 - סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה – מגביל את תוקף מצב החירום לשנה.
2. מנגנון ההכרזה
 - פקודת סדרי השלטון והמשפט – ללא מנגנון אוטומאטי או אחר שבוחן את ההכרזה.
 - סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה – יש לבחון בכל שנה את המצב מחדש, ועל הכנסת להכריז ביוזמתה או עפ"י הצעת הממשלה על מצב חירום.
 - סעיף 38(ג) לחוק יסוד: הממשלה – הסמכה לממשלה להכריז על מצב חירום, אם היא ראתה שעקב דחיפות העניין יש להכריז עליו עוד לפני כינוס הכנסת. תוקף החלטה זו יפקע תוך 7 ימים אם לא אושרה.
3. פירוט הנסיבות
 - פקודת סדרי השלטון והמשפט – ללא נסיבות המצדיקות הכרזה על מצב חירום.
 - סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה – הכרזה על נסיבות
4. דירוג מצב החירום
 - פקודת סדרי השלטון והמשפט – ללא דירוג.
 - סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה – הבחנה בין מצבי חירום שונים.
5. שאלת הסמכות
 - פקודת סדרי השלטון והמשפט – בידי שרי הממשלה.
 - סעיף 39(א) לחוק יסוד: הממשלה – בידי הממשלה כגוף.
 - סעיף 39(ב) לחוק יסוד: הממשלה – אלא אם ראה רה"מ כי לא ניתן לכנס אותה ואם מתעורר צורך דחוף, רשאי בעצמו להתקין את התקנות או להסמיך שר אחר שיעשה כן.
 - סעיף 39(ו) לחוק יסוד: הממשלה – הכנסת רשאית לבקר את התקנות באמצעות שני הסדרים; הארכה בחוק, ומתן תוקף מוגבל שהיום עומד על 3 חודשים.

היחס בין תקנות לשעת חירום ובין חוקי יסוד וחקיקה ראשית

תקנות אלו נמצאות במעמד בו הן יכולות לסתור חקיקה ראשית, וההיתר מעוגן בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ובסעיף 39(ג) לחוק יסוד: הממשלה, כאשר בסעיף 39(ד) נקבעים סייגים; תקנות אלו לא יוכלו למנוע פנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, להתיר פגיעה בכבוד האדם. אלא ש;

בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נקבע כי "בלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש". ובחוק יסוד: נשיא המדינה, נקבע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים".

אם כן, לאחר המהפכה החוקתית, כאשר אנו מבינים כי חוקי היסוד נמצאים במעמד היררכי גבוה יותר, די לעיין בסעיפים 38 ו-39 לחוק יסוד: הממשלה כדי להיווכח כי תקנות לשעת חירום, כוחן יפה לשנות כל חוק.

באשר לפגיעה בחוקי היסוד, נראה כי היא אפשרית בהנחה ואנו מזרימים את פסקת ההגבלה, והעניין עולה בקנה אחד עם סעיף 12 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי תהיה הפגיעה לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שאינן עולות על הנדרש.

	חוק יסוד	חקיקה ראשית	
פגיעה	✓ + פסקת ההגבלה	✓	
שינוי	✗	✓ לשנות, להפקיע תוקף, לקבוע תנאים	

מה בין שינוי ופגיעה?

שינוי – מביא לשינוי הנורמה החוקתית עצמה, פוגע בנורמה בחזית רחבה, בעניין מרכזי, במשהו מהותי. לאחר השינוי הנורמה היא לא מה שהייתה קודם והיא שונה שוני עקרוני; "שינוי הוא צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה, של הנורמה החוקתית והוא נועד לשנות את הנורמה מעיקרה".

פגיעה – איננה מביאה לשינוי הנורמה החוקתית עצמה, אלא רק סוטה ממנה לעניין מסוים, מגזר מסוים, תקופה מסוימת. לאחר הפגיעה הנורמה החוקתית נותרה כפי שהייתה קודם, אלא שהיקפה השתנה נקודתית, לאותו עניין, מגזר, תקופה; "פגיעה איננה מכוונת לשנות את תחומיה של הנורמה אלא היא מטבעה מתוחמת וספציאלית".

סימן 43 לדבר המלך ומעצתו

סעיף זה קבע את קיומו של ביהמ"ש הגבוה לצדק בישראל, מכוח הסמכות באנגליה, בתקופת המנדט הבריטי בארץ. במסגרת הקמת יסודות המשפט, ע"י הבריטים בארץ, הוחלט לייבא את הרעיון של ביהמ"ש גבוה לצדק הקיים באנגליה גם לארץ. ובמסגרת סימן 43 נקבע כי לביהמ"ש זה הסמכות להוציא צווים כנגד רשויות המנהל הישראליות.

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה

מגדיר את סמכויות בג"צ כנותן סעד למען הצדק, בעניינים שאינם בסמכותו של ביהמ"ש אחר או ביה"ד אחר ← שני תנאים מצטברים המנויים בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. סעיף זה מהווה סעיף סל, ואילו בסעיף 15(ד) לחוק זה, מוגדרות ארבע חלופות לסמכויות השפיטה של בג"צ, אלא שהן אינן רשימה סגורה ואינן פוגעות בסעיף הסל המוסדר בחוק. כך יוצא, שסמכות בג"צ היא כמעט בלתי מוגבלת.

שפיטות מוסדית

אי שפיטות מוסדית דנה בשאלת המוסד הראוי לשפיטה. ייתכן ויש מוסדות אחרים, שיכולים להתאים יותר לטפל מבחינה דמוקרטית, חוקתית, ערכית או כל בחינה אחרת, בסוגיה או בנורמה המשפטית. כלומר – ברירת הפורום ואיזה פורום ראוי שידון בשאלה.

שפיטות נורמטיבית

אי שפיטות נורמטיבית משמעה שאין נורמה משפטית שיכולה לתת פתרון לאותה שאלה. בפרשת רסלר בהקשר לסוגית השפיטות וגיוס בחורי הישיבה לשירות הצבאי, אומר ברק בדעת יחיד באוביטר כי כמעט ואין דבר כזה, אי שפיטות נורמטיבית. העניין נקשר לדוקטרינת הסבירות, על פיה גם אם אין נורמה ספציפית שחלה על הנושא, עדיין אפשר לשפוט את השאלה במשקפיים של סבירות.

עיקרון הסבירות

מבחן הסבירות בודק את המשקל שהרשות נתנה לשיקולים העניינים שהיה עליה לשקול במסגרת הפעלת הסמכות שלה כדין ולכן עשוי להיווצר מצב בו מבחן הסבירות יציג שתי החלטות הפוכות.

רשות ציבורית צריכה לפעול על פי נורמות, וכדי לבחון ולבקר אותה נבדוק האם הופעלו במקרים שונים שיקולים עניינים או זרים. כלומר, נבחן את תכלית החוק ומה הוא מבקש להגשים. לאחר מכן נבדוק איזה משקל ניתן לכל שיקול ושיקול, ואם ההחלטה היא בגדר

מתחם הסבירות או מחוצה לו. ואם ניתן משקל עודף לשיקול אחד, יהיה ענייני ככל שיהיה, וכלל לא ניתן משקל לשיקול ענייני אחר – אזי יקבע כי ההחלטה איננה סבירה. ביהמ"ש בוחן את חוקתיות ההחלטה מבחינת הסבירות שלה במבט על, והפרמטר הוא האם יועץ משפטי לממשלה סביר, היה מגיע לאותה החלטה. ברגע בו ביהמ"ש יוצר את נורמת הסבירות, הרי שאין משהו שאיננו שפיט נורמטיבית.

עיקרון המידתיות

עיקרון זה הוא קונקרטיזציה של עיקרון הסבירות, והוא זה הבוחן למעשה האם נשקל שיקול ראוי. האמרה כי בעקבות עיקרון המידתיות תם עידן הסבירות היא איננה נכונה, משום שעיקרון הסבירות למעשה סוגר כל חלל משפטי אפשרי.

סעד הצהרתי

סעד זה שנותן בג"צ בשבתו כבית משפט הפוסק למען הצדק, הוא סוג של פתרון וניסיון להתמודד עם מעשה שעשוי, אם כי יהיו מקרים של מעשה שעשוי שיחליט בג"צ בכל זאת שלא לפסוק סעד זה, אלא סעד של פיצויים כאשר העותר לא מבקש הכרה סימבולית בצדקתו אלא פיצוי על הנזק שנגרם לו.

סעד הצהרתי מצהיר שהדין עם העותר, ויש לו אלמנט סימבולי חשוב מאוד מבחינתו, שכן לעתים מדובר בעניינים עקרוניים בהם פונה העותר לכבוש את דעת הציבור ולהשיג איזשהו מומנטום ציבורי שיוביל להסכמה עם עמדתו. לעתים אף יהווה סעד הצהרתי קרש קפיצה לתביעה אזרחית אחרת.

בג"צ לא ממהר לתת סעד זה, במקרים בהם הוא מזהה כי העותר מעוניין בו במטרה לקבל את חוות הדעת משופטי העליון כדי להגיש עתירה נגד הרשות.

המדינה כשומרת לילה

תפקיד המדינה בראשית המאה ה-19 הצטמצם להיותה שומרת לילה, כלומר כל שעסקה הוא בסוגיות כמו ביטחון פנים וחוץ, צבא, משטרה, בתי משפט, בתי סוהר ומיסים, וכל שאר הדברים המינימאליים הדרושים לצורך קיום שוטף.

מעבר לאלו לא אמורה המדינה להתערב בזכויות הפרט, במחשבה שכוחות השוק יופעלו באופן אופטימאלי לצורך הגדלת העוגה. בבסיס התפישה עמדו זכויות הפרט, כאשר הרעיון הוא לא להתערב בהן, אלא כשנשקפת להן סכנה ממשית או כאשר הפרט היה מוכן לוותר עליהן.

כשלי שוק

מצבים של כשל שוק הם מצבים בהם השוק החופשי, אם באמת יהיה חופשי ללא התערבות המדינה, לא יאפשר לנו להגיע לתוצאות אופטימאליות. הרעיון הוא שכדי להגיע לתוצאות כאלו, על המדינה להתערב.

כשלי השוק נוגעים לתחומים שונים כמו; קיום מונופולים, מוצרים ושירותים ציבוריים שהמדינה חייב להתערב בהם כדי שיעמדו לטובת הכלל, מחסור באינפורמציה של הפרט שכדי להתמודד עמה המדינה חייבת להסדיר מני מנגנון רישוי כדי להגן על היעדר מומחיות הפרט, החצנות שליליות שגורמים נזק לפרטים האחרים ומני הוצאות עסקה כבדות שעשויות לעלות לפרט בהתמודדות עם עסקאות שונות שכיום על המדינה להסדיר. כל אלו הינם נימוקים תועלתניים המאפשרים להבין מדוע חשוב שהמדינה תתערב בצורך למניעת כשלי שוק שונים.

תיאורית הבחירה הציבורית

מי שמניע את הגלגלים הן לא אותן קבוצות בעלות מניעים טהורים, אלא קבוצות אינטרסים שמניעות את המחוקק להוביל תהליכים שהן רוצות בהם ולא דווקא ממניעים טהורים. תיאוריה זו משקפת את העובדה שככל שלמדינה יותר כוח ועצמה, וככל שהיא תופשת נתח נכבד יותר בפעילות השוק ומרכזת בידה כוח גדול יותר בקביעת סטנדרטיים המשפיעים על זכויות הפרט ומספקת מקור עושר, הרי שיש פגיעה בזכויות הפרט. היא משקפת את הגישה שלהתערבות המדינה עשוי להיות מחיר.

גופים דו מהותיים

גופים אלו מהווים גורמי כוח שיש להם השפעה אדירה והם עשויים לפגוע בפרט לא פחות מאשר גופים ציבוריים מובהקים. אלו גופים שצברו להם כוח דה-פקטו, מה שמעורר את הצורך להגן על אותן זכויות פרט מפניהם.

מחד, מהווים גופים אלו גופים פרטיים שכן התולדה שהלם היא במשפט הפרטי ולכן מן הצדק ההיסטורי להתייחס אליהם כך, אלא שמאידך, הפונקציה אותה הם ממלאים היא זהה לפונקציה שממלאה רשות שלטונית כזו או אחרת.

גופים אלו משקפים את הגישה הדוגלת בדואליות נורמטיבית ודו-קיום של המשפט הפרטי והציבורי, וככאלו הם יהיו כפופים לא רק לדיני המשפט הפרטי אלא גם לדיני המשפט הציבורי.

תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי

גישה שהובאה ע"י הנשיא ברק לתוך המשפט הישראלי, כאשר אותה הוא ייבא מתוך שיטת המשפט הגרמנית. שיטה זו, היא הקיימת בימנו אך היא איננה ברורה לכל וקשה ליצוק לתוכה תוכן. הגישה למעשה מערערת את הדיכוטומיה המוצגת בין שני ענפי המשפט – הפרטי והציבורי, כאשר היא קובעת שאם יש דברים טובים טבעיים, שכל פרט זכאי להם, הרי שאין זה משנה אם הוא נמצא מול רשות שלטונית או מול פרט אחר.

הצעד הוא מרחיק לכת וקובע כי גם גופים פרטיים מובהקים, שאין להם עצמה של ממש, שהם לא גופים דו-מהותיים, ובוודאי לא ציבוריים, יצטרכו לשמור על זכויות האדם, כי הן דבר חשוב וטוב. זכויות האדם, לפי גישה זו, משקפות אחדות רעיונות ומהוות מערכת אחת ויחידה לשיטה המשפטית כולה.

גישה זו תכליתה לנתץ את הגבולות בין המשפט הפרטי לציבורי בכך שהיא קובעת כי זכויות האדם צריכות לחול באופן אוניברסאלי לכל אורכו ורוחבו של המשפט, והגבולות בין הפרטי לציבורי צריכים להיטשטש.

על גישה זו ביקורת לא מעטה, כך למשל טוען השופט אילון לעניין זה, כי הגישה פוגעת בחופש החוזים.

מודל התחולה העקיפה המחוקת

מודל זה למעשה מאומץ ע"י ברק, לצורך גזירת המשפט המנהלי והפרטי מזכויות האדם החוקתיות. לעניין זה קובע כי המשפט מאזן בין הפרטים, בין הזכויות ובין האינטרסים הציבוריים. תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי היא איננה ישירה דרך חוקי היסוד, אלא עקיפה דרך המשפט הפרטי עצמו, באמצעות נורמות השסתום; דיני תום הלב, עוולת הרשלנות, תקנת הציבור והפרת חובה חקוקה.

מודל הבחינה הסימולטאנית וסיווג הגופים

מודל זה אף הוא מהווה ביטוי לתחלת זכויות האדם במשפט הפרטי תוך שהוא מסווג את הגופים השונים לגופים ציבוריים או פרטיים מבחינה פונקציונאלית. לצורך ההכרעה נבחנות שתי זיקות מרכזיות; הזיקה הפונקציונאלית – אספקת שירותים חיוניים, מונופול, גוף למטרת רווח, גוף שנהנה מכוח עודף וניזון מכספי הציבור. והזיקה המהותית – מעורבות הרשות והתלות בה, קשר מוסדי וקשר רעיוני לרשות, פיקוח ע"י רשות ציבורית וגוף הניזון מבחינה מימונית מכספי משלמי המיסים.

הרשימה של שתי הזיקות היא איננה רשימה סגורה, והיא תלויה בבחינה מהותית של כל מקרה לנסיבותיו הוא ולבחינה פונקציונאלית המשתנה בהתאם לסוג הפעילות.