**דרישות משנה למידתיות**:

1. קשר אמצעי-מטרה
2. האמצעי שפגיעתו פחותה
3. התועלת עולה על הנזק

בנושא בחינות יועצי ההשקעות – בית המשפט לא אמר מהי הדרישה הרלוונטית והכי חשובה.

**רגע תחולתה של הקביעה**: גם כאן יש 3 אפשרויות:

* החוק פסול רטרוספקטיבית – דהיינו החוק פסול מהרגע שנולד
* אקטיבית – החוק פסול מכאן והלאה
* פרוספקטיבית – החוק אמנם פגום אבל יחדל להיות בתוקף רק מרגע מסויים בעתיד.

אלו הן 3 אפשרויות – ובית המשפט נתן פרק זמן של התארגנות ורק בסופו החוק יהיה בטל – ולכן בית המשפט בחר שרגע תחולתה של הקביעה יהיה **פרופספקטיבית**.

**פס"ד צמח נגד שר הבטחון** – חוק השיפוט הצבאי קובע כללים שונים לגבי מעצר, ובין היתר הוא קובע שניתן לעצור חייל למשך תקופה של עד 96 שעות לפני הבאה בפני שופט. טוענים העותרים (שהינם אנשי הסנגוריה הצבאית) – שמתן אפשרות למעצר כה ארוך לפני הבאה בפני שופט יש בו משום פגיעה בלתי מידתית בזכותו של החייל לחירות (זכות המוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו). החייל שבשמו הוגשה העתירה כבר משוחרר ולכן, לכאורה, היא אינה רלוונטית. חרף זאת, בית המשפט הסכים לדון בעתירה – כי הוא מבין שאם לא יסכים לדון – אז לא תנתן לו האופציה לדון בזה (כי אין דיונים שקורים בטווח 96 שעות). הוא דן בסוגיה עקרונית ללא צורך לדון בסעד ספציפי.

העותרים טוענים שפיסקת ההגבלה, יש אמירה על:

1. חוק או מכח הסמכה מפורשת
2. תכלית ראוייה
3. הלימה לערכי המדינה
4. מידתיות

במקרה הזה – המעצר היה מכח חוק ולתכלית ראוייה, אבל העותרים טוענים שלא היתה פה מידתיות. מבחן המידתיות במקרה הזה:

1. קשר אמצעי-מטרה 🡨 קיים פה
2. האמצעי שפגיעתו פחותה 🡨 זאת טענת העותרים. אין סיבה שאדם יוחזק במעצר תקופה כזאת ארוכה. הסדר והמשמעת בצבא יישמרו היטב גם אם אדם יובא בפני שופט זמן קצר יותר לאחר שנעצר.
3. התועלת עולה על הנזק 🡨 קיים פה.

מה אומרים שלטונות הצבא? – שהם מסכימים באופן עקרוני וטוענים 2 טענות:

1. אנו קצרים בכסף – כדי לצמצם את משך הזמן למעצר לפני הבאה בפני שופט צריכים להשקיע כסף (יותר מתקני מעצר, יותר שוטרים צבאיים, יותר רכבים לשינוע וכיוצ"ב).
2. אנו קצרים בזמן – אנו רוצים לצמצם את הזמנים. בעבר זה היה 7 ימים – וקוצר ל- 96 שעות. מבקשים שזה ייקח עוד קצת זמן.

בית המשפט טוען שצריכים לקצר את הזמן ומהר. ולגבי סוגיית הכסף – אומר השופט זמיר, שזכויות אדם עולות כסף וכסף לא יכול להוות שיקול. תועלת (משמעת) מול נזק (חירות) – ולהגן על זכויות אדם יש צורך להוציא כסף ואסור להסתכל על זה כמשתנה בהגנה על חירותו של הפרט. אנו מבינים ששיקול זה אינו שיקול ללא גבולות. נניח הצבא היה מוכיח שכדי לצמצם מ- 96 שעות ל- 48 שעות היה צריך להוציא נתח נכבד מתקציבו – אז כנראה שהתשובה של השופטים היתה מעט שונה. צריכים לבדוק את הדברים בצורה קצת יותר מעמיקה.

גם במקרה הזה בית המשפט אינו מסתפק בלהגיד מה לא בסדר אלא אומר גם מה צריך להיות בסדר – ובמקרה הזה בית המשפט מיישר קו עם מה שהצבא אומר: 48 שעות.

לגבי תחולת הקביעה שלו: בית המשפט קובע שהתחולה היא פרוספקטיבית – שהרי צריך לתת לצבא זמן התארגנות.

במקרה זה נפסל חוק בשל חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – שלכאורה *אינו נהנה משריון פורמאלי*. וזאת, בניגוד למקרה של מבחני יועצי ההשקעות, שם נפסל חוק בשל *חוק חופש העיסוק* – שהוא משוריין פורמאלית. האוביטר של השיריון המהותי של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – הפך להיות **רציו**.

**פס"ד רובינשטיין** – פס"ד זה עוסק בתחום של אי גיוס שניתנת לבני ישיבות שתורתם אומנותם. פס"ד זה הינו חלק מרצף פס"דים בתחום זה. עתירה זו הוגשה בשנת 98' במקביל לעתירות נוספות – ואוחדו. חש"ב (חוק שירות בטחון) סעיפים 35-36 קובע את חובתו של כל אזרח לשרת בצבא. בצד זה בסעיפים אלה יש פירוט של סוגי אנשים אשר אינם חייבים לשרת בצבא וסוגי סמכויות הניתנות לשר הבטחון לפטור או לדחות את שירותם של אנשים מטעמים אלה או אחרים. בין היתר, בסעיף 36 מפרטים את הטעמים השונים שבגללם שר הבטחון רשאי לפטור משירות צבאי או לדח"ש. על הקולב הזה תלתה מדינת ישראל לדחות בשנה בכל פעם את שירותם הצבאי של תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם. העותרים טוענים שההסדר הזה פסול.

בית המשפט פוסל את ההסדר, שכן לבית המשפט יש 2 אופציות שמבניהן הוא יכול לבחור כיצד לפסול את ההסדר:

1. **חוסר סמכות** – לשר לא היתה סמכות לפטור את בני הישיבות שתורתם אומנותם.
2. **פגם בשיקול הדעת** – לשר יש סמכות – אבל יש לו שיקול דעת פגום.

בית המשפט מדבר על **חוסר סמכות**. בית המשפט הולך על נושאים טכניים – ואינו מדבר על האם ההסדר הוא ראוי או שקול. בית המשפט מדבר על טכניקה – סמכות. למה לשר הבטחון אין סמכות? כיוון שכשהמחוקק אומר ששר הבטחון יכול להחליט לתת פטור מטעמים אחרים – הוא אינו מתכוון להחלטת מדיניות כללית שנוגעת למגזר שלם – אלא להחלטה פרטנית. והחלטה שמדברת על מגזר שלם – הסמכות לא ניתנה לו..... על סמך מה אמר בית המשפט את זה? זוהי פרשנות החוק ובית המשפט אומר חזקה פרשנית (חזקה הניתנת לסתירה): *הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית והסדרים משניים בחקיקת משנה*. החזקה היא שבמדינה דמוקרטית יש חלוקת תפקידים בין סוגי החקיקות וחלוקת התפקידים היא כזאת, שהמחוקק מקבל החלטות עקרוניות והסדרים ראשוניים בעוד הרשות המבצעת פורטת את זה לפרוטות.

אנו מניחים שהמחוקק במדינת ישראל הפנים את העקרון הדמוקרטי הזה, ולכן כאשר באים לפרש מקרים כאלה, אנו מניחים שהסמכות למחוקק המשנה היא הסמכות להסדיר אך ורק הסדרים משניים ולא ראשוניים. זו חזקה פרשנית (הניתנת לסתירה) בדומה לחזקה לפיה המחוקק מחוקק חוקים בקנה אחד עם אי פגיעה בזכויות הפרט. ולכן כאשר הכנסת מסמיכה את שר הבטחון, או כל פקיד ציבור אחר, שיקול הדעת שהכנסת מעניקה לו הם בסדר גודל משני ולא ראשי. ומאחר וההחלטה לגבי פטור למגזר שלם היא החלטה ראשונית, יש להניח לאור החזקה הפרשנית ש**אין לשר הבטחון את הסמכות**. המחוקק לא התכוון להעניק לשר הבטחון את הסמכות לקבל החלטות מהסוג הזה.

**מה נשתנה בפס"ד הזה לעומת עתירות קודמות לעתירת רובינשטיין בתחום זה?** הרי החזקה הפרשנית או העקרון שהכנסת היא זאת שצריכה לקבל החלטות בנושאים ראשוניים – הוא עקרון ישן מאוד. אם כך, מה השתנה בשנת 1998?

אפשרות א' – השתנתה הכמות וכמות עושה איכות (מס' בני הישיבות המקבלים פטור עולה, וזה הופך להיות הסדר ראשוני באופיו).

אפשרות ב' – טענת ברק היא שבינתיים נפל דבר: המהפכה החוקתית. מה למהפכה החוקתית ולעניין זה? השתנתה עוצמת החזקה. עד לשנת 1992 היתה רק חקיקה ראשית וחקיקת משנה. ובהינתן שעכשיו יש חוקה, יש להקפיד יותר על החלוקה בין החקיקה המשנית ובין החקיקה הראשונית. זאת אומרת, שהמחוקק צריך לעסוק יותר בתחום החקיקה הראשית. וזאת, למרות שחוקי היסוד החדשים אינם עוסקים בכלל בתחום הזה.

נוצר כאן מצב שלמהפכה החוקתית יש השלכות נוספות מעבר לחוקי היסוד עצמם (במקרה זה: חיזוק לכך שהכנסת היא זאת שצריכה להסדיר עניינים ראשוניים).

**מהפכת הכנסה והכללה אל תוך חוקי היסוד** (אל תוך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו) – בית המשפט העליון קורא היום אל תוך חוק יסוד זה את כל מה שחסר: חוק חופש הביטוי, חופש הדת וכיוצ"ב. הטכניקה שבית המשפט עושה זאת היא באמצעות הזכות לכבוד. לטענתו, הזכות לכבוד אינה זכות פרטיקולארית אלא כזכות מסגרת הכוללת את כל זכויות האדם. עד היום זה במסגרת אוביטר ולא כרציו כי עד היום בית המשפט לא פסל חוק לזכות שאיננה מנוייה. עם זאת, הנימוק שבית המשפט נותן היא שפגיעה בכל אחת מהזכויות היא כאילו פגיעה בכבוד האדם. כנגד זה ניתן לטעון טענות פרשניות וטענות כלליות. אם באמת הזכות לכבוד אומר שהכל בה – אז לשם מה היה צורך בחוק יסוד חופש העיסוק ולמה היה צורך בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לפרט את חלק מהזכויות הנוספות? כי אם זה זכות מסגרת – לא צריך לפרט כלום. זה היה טיעון לשוני. טיעון לשוני נוסף הוא שאם נעיין בסעיפים 2 ו- 4 העוסקים בזכות לכבוד נראה שאין פוגעים בחייו של פרט, בגופו ובכבודו. כבודו של אדם הוא חלק מהרצף – חייו וגופו זה היבטים פיזיים. טענה כללית, כדוגמא, היא שיש כאן התעלמות מפורשת מכוונת המחוקק – שכן הוחלט מפורש על חלק מהזכויות מפורשות שהן לא ייכנסו בתוכו. ולמרות זאת, זה לא מונע מבית המשפט להשתמש בזה במובן הרחב.

התרחש "אירוע" במארס 1992 ובית המשפט שימש כפרשן וכיוצר מציאות – **יש להסתכל על חוקי היסוד החדשים עם דוקטרינות חדשות אשר משדרגות את חוקי היסוד הישנים**. לאור העובדה שאין חוק יסוד חקיקה – הוא בונה רציונאל של איך משנים חוקי יסוד – לאור הפער שחסר היום חוק יסוד כזה. יוצרים "יש מאין".

[www.malaw.info](http://www.malaw.info)