**התנאים הנדרשים לפגיעה בזכויות האדם**

דרישה ראשונה (שבפס"ד בז'רנו ומיטרני) – בית המשפט דורש כתנאי, לכאורה, לפגיעה בזכויות אדם שנדרש יהיה ליצור הסמכה מפורשת של החקיקה הראשית. הרשות המבצעת לא יכולה להתקין תקנות או החלטה מינהלית ביחס לפרט מסויים, שיש בה פגיעה בזכויות אדם, אלא אם יש הסמכה מפורשת לכך. שמגר, במיטרני, אומר שמה שייספק את ההסמכה המפורשת הוא שהמחוקק הראשי יגיד באופן הכי מפורש להגביל את הרשות המבצעת.

זאת היתה גם העמדה המקובלת על בית המשפט העליון, אבל בהחלט ניתן למצוא פס"דים עד שנת 1992, שבהם ניתן היה להעביר ולהניח שאין פגם בסוגיית הסמכות גם אם לא היתה הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכויות. בית המשפט היה מוכן להניח שיש הסמכה, אם היה מוצא ש**ההסמכה לפגוע מתבקשת ממטרת החוק המסמיך**.

**פס"ד פורז**: רבני ערים שנבחרים ע"י הגוף הבוחר את הרבנים. יש בחוק הגדרה של זהות הגוף הבוחר. מסתבר שחלק מהגוף הבוחר מתמנה ע"י מועצת הרשות המקומית, שבמסגרתה עומד להבחר הרב. לנציגי המפלגות הפוליטיות יש משמעות בעיר. מועצת עירית ת"א מחליטה שנציגיה לגוף הבוחר יהיו על טהרת המין הגברי – ויש טענה שיש פגיעה בשוויון.

האם יש פגיעה בזכות? 🡨 יש

האם יש סמכות? 🡨 עפ"י גישת שמגר בפס"ד מיטרני, צריכים לבדוק האם המחוקק הסמיך לפגוע בזכויות האדם (וספציפית במקרה זה – הזכות לשוויון). אם ביה"מ היה אוכף את גישת שמגר – הוא היה אומר שיש חוסר סמכות. השופט ברק מנסה לבדוק למה מינו רק גברים. עירית ת"א – אומרים שאם יהיו נשים יווצרו בעיות:

1. חלק מהרבנים יורידו את מועמדותם – שכן לאישה אין סמכות לבחור רב עפ"י עמדתם.
2. מי שייבחר – עלול להתקל בבעיה מול רבנים אחרים.

מטרת החוק אשר עוסק בבחירת רב ראשי היא לבחור את הרב הטוב ביותר שיפעל בצורה הטובה ביותר. ברק אומר שהוא מוכן להמשיך הלאה – ולכן אם ההסמכה לפגוע מתבקשת ממטרת החוק המסמיך. ברק אמנם היה מוכן לפגוע עפ"י החוק המסמיך, אבל בסוף פסל את עמדת עירית ת"א בשאלת שיקול הדעת. לו העניינים היו נשקלים כמו שצריך – ההחלטות היו אחרות. הפגם אינו בשאלת הסמכות אלא בשיקול הדעת.

מכאן ניתן להסיק ולהראות שיש פסקי דין שבהם בית המשפט אינו מתקעש על קיומה של הסמכה מפורשת לכך שיש סמכות, אלא בית המשפט מוכן להנמיך את הרף ולהסיק שקיימת סמכות.

במאמרו של אורן גזל – הוא נוקט עמדה בנושא הזה. הוא אומר שתמיד ניתן להגביל את פעולתה של הרשות המבצעת- אבל אי אפשר להמשיך לעבוד שלכל דבר צריכים להגיד לרשות המבצעת מתי היא יכולה ומתי לא. ומה קורה אם זה באמת כתוב? אורן גזל מפרש את פיסקת ההגבלה בצמצום. לדבריו, יש שני תסריטים של פגיעה בזכויות:

1. המחוקק מסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות והתקנות פוגעות בזכויות.
יש חוק 🡨 החוק מסמיך להתקין תקנות 🡨 וניתן להחליט החלטה פרטנית לפגיעה במישהו.
2. המחוקק מסמיך לעשות פגיעה בהחלטה ולפרט מסויים. דהיינו יש חוק 🡨 והרשות המבצעת מחליטה על פגיעה במישהו ספציפי, בלי תקנות באמצע. דהיינו אותו גוף שהוא רשות מבצעת עובד ישירות דרך החוק- לא צריך הסמכה מפורשת מהחוק כי הפגיעה היא פרטנית.

אורן גזל מציע "להטוט פרשני" – ואומר שרק במקרה (א) – שבו אין תקנה ובין החוק ובין הפגיעה – יש צורך בהסמכה מפורשת.

**לסיכום**: עד שנת 92' היו 2 גישות: (1) – שהחוק יסמיך באופן מפורש כמו בפס"ד מיטרני/בז'רנו ו- (2) – פס"ד פורז שלא דורש הסמכה בצורה מפורשת בגישת ברק. מאז שנת 92' ניתן לראות שישנן 4 דרישות מצטברות ואחת מהן עוסקת בסמכות: ניתן לפגוע בחוק או עפ"י חוק – ומכח הסמכה מפורשת. לכאורה, ניתן לאמר שהמחלוקת בין 2 הגישות (1) ו- (2) מעלה, נפתרה – שכן אנו מניחים ש(1) מתקיים בלבד. אורן גזל אומר שבלתי אפשרי להתחיל ולהכניס סעיף סטנדרט כזה בכל החוקים שלו. אורן גזל אומר שיש לפרש בצורה כזו שתשחרר חלק מהפעולות של הרשות המבצעת ומציע אבחנה בין 2 תסריטים: במקרים בהם הפגיעה היא ישירות מכח חוק (ישירות מהחוק ניתן לפגוע) – זה בסדר. במקרים בהם בין הפגיעה ובין החוק יש את התקנות, אז צריכים להבין מה החוק אומר. **העמדה של גזל מקובלת**.

**פס"ד לם** – נושא לקויי הלמידה הוא נושא שהמודעות בו הולכת וגוברת והמערכת מנסה לתת מענה לצרכים של אותם האנשים. במסגרת זו, יש צורך לאתר את אותם לקויי למידה, ולצורך כך יש צורך בהכשרה מקצועית. משרד החינוך מעודד את האנשים לעבור הכשרה בנושא. אבל יום אחד החליט משרד החינוך לאפשר לקבל אבחונים רק של פסיכולוג חינוכי מומחה. כל המאבחנים שאינם פסיכולוג חינוכי מומחה – אי אפשר לקבל את הדיאגנוזה שלהם. טוענים העותרים שיש פה פגיעה בחופש העיסוק.

האם היתה כאן פגיעה בזכות? בוודאי, כי למרות שאנשים יכולים לעבוד בזה, הלקוח המרכזי, שהוא משרד החינוך, לא מכיר באמירות של מאבחנים.

האם היתה סמכות לפגוע בזכות? אומרת דורנר שקיימת גישה הרואה רשות מינהלית לפגוע בחופש העיסוק – אבל מאחר ובתוך החוק יש אמירה מפורשת – אז הולכים לפי זה. דורנר כותבת שעפ"י שמגר במיטרני שדרושה הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות. אבל היא אומרת לגבי גישת "פורז" שהחוק עצמו הכריע לטובת הסמכה מפורשת בתוך חוק יסוד חופש העיסוק. אבל גם אם היתה מאמצת את הגישה המחמירה פחות – כי גם לפי הפגיעה אינה מתבקשת כדי לאבחן נכון. גם גזל עצמו היה פוסק פה כך – כי זוהי תקנת מנכ"ל (מנכ"ל משרד החינוך) ולכן זה תסריט שמחייב הסמכה מפורשת. דורנר אומרת שיש פה פגיעה מפורשת למרות שהחוק לא הסמיך ולכן פסלה את הנחיית מנכ"ל משרד החינוך.

**איזונים** – הפגיעה בזכות (הנזק) והערך שלשמו אנו פוגעים בזכות (תועלת) ויש לשקול אותם אחד אל מול השני ויש לשים את מרכיב השקילה. מבחני המידתיות הם משנת 92'. אז מה היה לפני שנת 92'?

עד שנת 92' היתה מקובלת חלוקה בין 2 מנגנוני איזון שונים:

* **מנגנון אופקי** – משמש לערכים שווי מעמד - כאשר מאזנים בין 2 ערכים מנסים למצוא נקודת איזון שבמסגרתה כל אחד מקבל משהו ומוותר על משהו. תנועה חופשית < -- > הפגנה על הכביש. יש פה 2 זכויות ואי אפש להעדיף אחד על פני השני ומה שאנחנו נדרשים לעשות זה פשרה. זה קורה כשיש 2 ערכים שווים במעמדם ואנחנו מחפשים דרך לפשר ביניהם.
* **מנגנון אנכי** – משמש לערכים במעמד שונה – וכאן יש הכרעה. באופן עקרוני נדרשים להעדיף את זה שיש לו משקל כבד יותר. לדוגמא – ערך חופש הביטוי לעומת סדר ציבורי. אם חופש הביטוי תעשה בלאגן ציבורי גדול – אז נעדיף את הסדר הציבורי. כדי שנעדיף את הסדר הציבורי אנחנו צריכים לבדוק קיומם של 2 תנאים מצטברים. אם מישהו מהתנאים לא מתקיימים – אז מעדיפים את האופציה השנייה (זה מנגנון של 0/1. אין פה פשרה – או שמקבלים אופציה אחת או שמקבלים אופציה שנייה). כאן יש הכרעה. סדר ציבורי חשוב יותר מחופש הביטוי – אבל זה לא כל המקרים. התנאים הם: (1) עוצמת הפגיעה ו- (2) הסתברות הפגיעה. מי קובע כמה ומה הסטנדרט שאליו צריך להגיע כדי לפסול אחד תמורת השני?
נוסחת המנגנון האנכי – יוצרת בעבור כל צמד – של זכויות יסוד שבאות במבחן, מבחן נפרד. לדוגמא; בחופש הביטוי לעומת הסדר הציבורי נקבעה נוסחה של *קירבה לוודאות לכך שהסדר הציבורי ייפגע פגיעה ממשית*. ואם משכנעים את בית המשפט שיש ברמה וודאית כמעט פגיעה ממשית בסדר הציבורי – רק אז הוא יעדיף את הסדר הציבורי. במקרה הזה מציבים רף מאוד גבוה – גם הסתברות פגיעה גבוהה וגם הפגיעה היא ממשית. ואז בית המשפט אומר שהוא נותן לחופש הביטוי העדפה מפורשת. ורק במקרים מאוד קיצוניים – נעדיף את הסדר הציבורי.

לסיכום – בעבר בנה בית המשפט 2 מנגנונים שונים, והיפנה כל מקרה לאחד משני המסלולים: מסלול האיזון האופקי – אליו מופנים ערכים שהם זהים במעמדם – בדר"כ 2 זכויות וביחס אליהם בית המשפט נדרש לבצע פשרה. מסלול האיזון האנכי – מפנה קונפליקטים במעמד שונה – ואז אחד נתפס כחשוב יותר והשני כחשוב פחות. זה מסלול שבו בית המשפט עושה הכרעה- אחד מנצח והשני מפסיד. במסלול זה יש המון נוסחאות ספציפיות. שופטים הולכים לאיזון האנכי ש"הומצא" במקרה של חופש הביטוי והסדר הציבורי ומשתמשים לעיתים קרובות גם ב"הסתברויות" שהיו אז – וזה בטעות. לזה קוראים לעיתים **קלישאה משפטית**.

ברק וזמיר אומרים בפסיקותיהם – הוא שעדיף ללכת תמיד על האופקי (פשרה) ורק אם לא מצליחים לפי האופקי – ללכת על המבחן האנכי. מבחני המידתיות בעצם מחליפים את האיזון הישן (האנכי) ומאפשר יותר ללכת לפשרה.

**מבחן המידתיות**:

1. קשר אמצעי – מטרה
2. האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה
3. התועלת מול הנזק

במקרה שלנו נבחן את סוגיית הסדר הציבורי (תועלת) אל מול הפגיעה בביטוי (נזק). ע"י זה שלא מאפשרים ביטוי משיגים סדר ציבורי – שהוא התועלת. מה זה האמצעי שפגיעתו פחותה? אפשרות אחת היא ליצור מבחן אשר מגדיר את כל הפגיעות בפרט שמשיגות את אותו הסדר הציבורי

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סדר ציבורי(תועלת) | פגיעה בביטוי(נזק) | אופציה |
| 8 | 7 | א |
| 8 | 5 | ב |
| 8 | 9 | ג |

ולכן נעדיף, כמובן, את אופציה ב' – שבה מרכיב הזכות הוא הפשרה – פגיעה הכי פחות. באיזון האנכי – בודקים מי הכי חשוב ויש פה "נצחון". במקרה של הטבלה המובאת מעלה (המידתיות) – ניתן להשיג את היעד ע"י פחות פגיעה. כבר בשלב הזה – הכנסנו איזו חשיבה פשרתית. עם זאת, העמדה של הסדר הציבורי כ"קבוע" היא בעייתית לכשעצמה. קשה לחשוב על מקרים ריאליים שבהם 2 מסלולים ישיגו בדיוק את אותה התוצאה. יש מעט מאוד מקרים אם נוקטים ב-2 דרכים התוצאה תהיה אותו הדבר. ולכן הרבה יותר סביר לומר שכשבוחנים אפשרויות, בוחנים כמה אפשרויות ברמה של "כמה נזק" למרות שכל אחד מהם יש לו גם ערך אחר של תועלת. אי אפשר לקבע את אחד הפרמטרים.

אפשר לדבר על יחסי תשומה/תשואה – מקסימום רווח למינימום נזק. וזה למעשה פשרה מלאה. מה שמבקשים זה את הפשרה האופטימאלית- מה שעושים מקסימום תועלת במינימום נזק. **וזה משהו שהוא מאוד דומה לאזון אופקי**. זאת אומרת, שכאשר עושים את מבחן מס' 2 במידתיות (האמצעי שפגיעתו פחותה בזכות) – זה למעשה מבחן האיזון האופקי. להבדיל ממבחן האיזון האופקי, במקרה הזה ניתן לוותר על פשרה למרות שיש אפשרות לעשות פשרה. לדוגמא;

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סדר ציבורי(תועלת) | פגיעה בביטוי(נזק) | אופציה |
| 5 | 7 | א |
| 5 | 8 | ב |

אחרי שבוחנים את אפשרויות הפשרה – זה שהיא מיטבית לא אומר שאנחנו מצדיקים אותה ובוחרים אותה. לכאורה אנחנו צריכים לבחור את אופציה א' – בסוף צריכים לבדוק שהתועלת עולה על הנזק.
**מבחן מס' 3 במידתיות מאפשר לנו לעבור מפשרה להכרעה**: אם התועלת לא עולה על הנזק – אזי אין לפגוע בזכויות. במקרה זה – אמנם כאילו יש לנו יכולת לבחור באופציה א', אבל התועלת היא נמוכה יחסית והפגיעה היא גבוהה יחסית, ולכן במקרה זה – לא בוחרים בפשרה (אופציה א') אלא אפשר להחליט **שלא לתת** פגיעה בביטוי כי התועלת היא נמוכה.

**פס"ד מיקום גדר ההפרדה**: גדר ההפרדה – איפה שמים אותה?

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| בטחון(תועלת) | פגיעה בקניין (נזק) | אופציה |
| 10 | 8 | א- לקיחת שטחים רחבים יותר מהפלסטינאים |
| 8 | 4 | ב- לקיחת שטחים מצומצמים יותר מהפלסטינאים |

אפשרות אחת להגיד שרוצים מקסימום בטחון – ואז צריכים ללכת על האפשרות של לקיחת שטחים רחבים יותר מהפלסטינאים. ברק אומר בפסק הדין שצריכים לבדוק מה נותן לנו במונחי בטחון ההבדלה: התוספת התועלת מול תוספת הפגיעה ואת זה צריך לבחון. לא רק מרכיב הנזק הוא משתנה וגם מרכיב התועלת משתנה. ברק ממקם את בדיקת ה"דלתא" במבחן "התועלת עולה על הנזק" – דהיינו **תוספת** התועלת עולה על **תוספת** הנזק (ולא סתם "3. התועלת עולה על הנזק").

אם לא מסתכלים על ה"דלתא" – ואומרים שרק הביטחון הוא החשוב אז א' הוא הנבחר. אומר ברק – בדוק את תוספת התועלת לעומת תוספת הנזק. (8-4 = 4) תוספת הנזק בעוד תוספת התועלת (10-8=2) ולכן התוספת בנזק גדולה יותר. ולכן ברק מדבר על כך שאופציה ב' היא הנכונה – כיוון שה"דלתא" לפגיעה גבוהה יותר מה"דלתא" לתועלת. הכימות הוא הצד הסובייקטיבי פה.

**פס"ד גור אריה** – רצועת שידורים של הרשות השנייה שיוקדשו לדברים שיוקדשו לדברים שיתנו לנו תועלת לא רק בידורית. בתוך זה היה חצי שעה שבועית "תיבת תעודה". באחת מהתוכניות ניסו להקדיש לחבורת צעירים החיים על גבעה ביו"ש (מתנחלים) – מצפה כרמים. את התוכנית על הנ"ל, שהם ציבור דתי, ניסו לשדר במהלך השבת. הרב לא אישר להשתתף בתוכנית על אף שצולמה ביום חול. העניין מגיע לבג"צ – שגם הוא מנסה למצוא פשרה בין שני הצדדים. השופט ברק נדרש להכריע בנושא הזה: מצד אחד אומר ברק שיש את חופש הביטוי מצד אחד (הערוץ השני). לתושבים יש את חופש הדת. אומר ברק שאין פה חופש דת. שכן אין פה באמת פגיעה- כי הם לא חיללו את השבת. מה שכן יש כאן – זה פגיעה ברגשות (רגשות הדת). ולכן לתושבים אין את חופש הדת. חופש הביטוי הוא זכות בעוד הרגשות הם אינטרס ולא זכות. כשמדובר בפגיעה ברגשות – אין כאן שאלה של הסתברות פגיעה (זה 100%). עם זאת, עצמת הפגיעה בעייתית פה – בעימות בין רגשות לחופש ביטוי נעדיף את הרגשות רק אם זו פגיעה המזעזעת את אמות הסיפין. מאחר ולא התמלאו התנאים הנדרשים (פגיעה באמות הסיפין) – הנחה ברק לשדר בשבת. אם היינו לוקחים את מבחן המידתיות (במקום את מבחן האיזון האנכי במקרה הזה – שכן היתה החלטה חד משמעית) יכול להיות שהיינו מגיעים לפשרה. יכול להיות שניתן היה לפגוע מעט בחופש הביטוי כדי לעזור לאלה שרגשותיהם נפגעו. עם זאת, אומר ברק שהוא הגיע לצומת שיש פה זכות מול אינטרס. וברגע שזה זכות מול אינטרס – הולכים על מבחן אנכי.

**פס"ד כביש בר אילן בירושלים**- כביש החוצה שכונה דתית. פעם זה היה ציר התחבורה היחיד בכיוון מסויים והיום יש דרכים חלופיות. כביש בר אילן עובר באמצע גוש חרדי. אומרים החרדים שהם רוצים לסגור את הכביש בשבת בשל "פגיעה בחופש הדת". אומר ברק שאין פה פגיעה בחופש הדת. ושוב יש פה סוגייה של רגשות. אל מול הרגשות יש את חופש התנועה – שזוהי זכות. לכאורה צריכים ללכת למסלול של הכרעה – שכן זה זכות אל מול רגשות. אומר ברק שלא חייבים ללכת על מסלול של הכרעה, אלא צריכים ללכת למבחן המידתיות והציע פשרה (חלק מהשבת סגור וחלק מהשבת פתוח). לכאורה, אם הולכים על פשרה לנושא בר אילן בירושלים, מדוע לא הלכו על פשרה בנושא מצפה כרמים? ברק משאיר לידו "בהישג יד" את המידתיות החדשה. ואין כלל מסודר מתי נבחר במידתיות ומתי נבחר במבחן האיזון האנכי. יש כאן סוג של מניפולציה. ברק היה יכול להגיד, גם לפי מבחני המידתיות – במקרה של מצפה כרמים – שהתועלת אינה עולה על הנזק – אבל הוא בחר שלא לתת את מבחן המידתיות.

לאחר שברק הסביר במקרה של מצפה כרמים על ההבדל בין רגשות ובין זכות – שאנחנו עלולים ללכת על "מדרון חלקלק". הוא אומר שמה שיש במצפה כרמים – אינו פשרה, כי פשרה עלולה להביא לתוצאות של מדרון חלקלק – שלא יהיה רדיו, טלוויזיה בשבת. טיעון המדרון החלקלק הוא טיעון פילוסופי. למה בכלל ברק היה צריך לכתוב את זה בנושא של מצפה כרמים? כנראה שגם ברק מרגיש שהוא צריך להסביר את דבריו – למה הוא לא הולך לפשרות. פה באופן מהותי אין אפשרות לפשרה.

לכאורה לגבי חוקים שלפני 1992 – צריכים לשים את מבחני האיזון. אבל בית המשפט הרחיב את מסגרת מבחני המידתיות והחיל אותם לא רק לגבי זכויות היסוד והרחיב אותם גם לגבי דברי חקיקה מלפני שנת 1992. בית המשפט אמר שאפשר להשתמש במידתיות בכל מקרה.

**מה עושים עם חוק יסוד "שותק"?**

חוק יסוד שלא אומר איך לפגוע בזכויות. האם סעיף 4 בחוק יסוד הכנסת הוא שותק? הרי סעיף 4 מדבר על שינוי ולא על פגיעה. מה קורה אם סעיף 4 נשאר אבל פוגעים בו בשוליים? לאור העובדה שהוא שותק – אין לפגוע בו. החוק שאוסר להיבחר לכנסת וגם להיות ר' רשות מקומית. האם זה פגיעה שאינה עומדת במבחן השוויון? זמיר אומר בפס"ד הופנונג שאפשר לקחת את מבחני המידתיות ולהשתמש בהם לא רק בחוקי יסוד המזכירים את מבחן המידתיות אלא גם לגבי חוקי יסוד שותקים. אומר זמיר שסעיף 4 שותק לגבי אפשרויות הפגיעה בו. ואז יש 3 אפשרויות: אי אפשר לפגוע, אפשר לפגוע קצת, או שאפשר לפגוע רק אם הפגיעה מפורשת. זמיר מעלה רעיון חדש: שאפשר להשתמש במידתיות אבל רק אם נעמוד בפיסקת ההגבלה. אבל פיסקת ההגבלה היא בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולא בחוק יסוד הכנסת. אומר זמיר שיש לייבא את פיסקת ההגבלה לחוק יסוד הכנסת.אומר לו ברק שיש לבדוק תחילה האם היתה פגיעה? ברק מוכן "לייבא" את פיסקת ההגבלה מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אל תוך חוקי יסוד שותקים – כדי ליצור הרמוניה.

המידתיות מחליפה את המבחן האנכי. אבל מה עושים עם האופקי? השאלה היא תמיד מי זה בתכלית ומי זה הנזק/פגיעה? זה חשוב שכן שואלים הרבה שאלות ע"ב זה. ברק ודורנר טוענים זאת. אם הפרשנות למבחני המידתיות – הבעיה נפתרת. שכן לא ממש חשוב מי הפוגע ומי הנפגע כי הולכים על פשרה. מנסים להגן על שניהם – שכן אנחנו מנסים לעשות מינימום נזק ומקסימום תועלת.

**מה קורה כאשר יש זכויות מנויות בחוק יסוד וזכויות שאינן מנויות בחוק יסוד, כאשר יש התנגשות בין 2 הדברים**. לדוגמא- זכות הקניין מול חופש הביטוי. כדוגמא לכך ניתן לראות מישהו שמנסה להכנס לקניון (רכוש פרטי) ולהפגין אל מול חנות פרוות (חופש הביטוי). האם העובדה שהזכות לקניין נמצאת בחוק נותנת לו "קדימות" על פני חופש הביטוי שעליו אין אמירה מפורשת?

**פס"ד דיין** – השופט לוין מוכן להניח שאין הדין כופה עלינו העדפה של זכות אחת על פני אחרת, רק בגלל שהזכות לא אוזכרה בחוק זה או אחר.

**מה קורה במקרה של התנגשות בין 2 חוקי יסוד?**

דוגמא לכך – בג"צ **פלונית נגד בית הדין למשמעת**: עובדת מתלוננת על הטרדה מינית והוגש כתב אישום לבית הדין למשמעת של עובדי המדינה. בית הדין למשמעת קבע שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות – בעוד פלונית רוצה דיון בדלתיים פתוחות. יש פה פרטיות מצד אחד לעומת פומביות מצד שני. פרטיות מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. פומביות מעוגנת בחוק יסוד השפיטה. יש פה עימות בין 2 עקרונות המעוגנים בשני חוקי יסוד. אומרת השופטת דורנר שהיא מעדיפה את הפומביות על פני הפרטיות. יש פה נורמה כללית לעומת נורמה ספציפית – ונורמה ספציפית גוברת. נורמה כללית – הפרטיות חלה על כולם בכל הנסיבות ובכל המצבים. פומביות הדיון היא נורמה פרטית – בבית משפט אין פרטיות. זה חריג למקרה של הפרטיות. ברק אומר לדורנר שהיא טועה – שכן במקרים כאלה יש לאזן במכלול הנתונים שעל הפרק (היקף הפגיעה בכל אחד מהעקרונות, עצמת הפגיעה – האם פוגעים בשוליים או בלב העשייה). ברק אומר שדורנר מציעה **הכרעה** בעוד הוא אומר **פשרה**. ברק אומר שעקרון הפרטיות חל בכל מקום, כולל בבית המשפט, אלא שנידרש לעשות איזשהו סוג של פשרה. דורנר, לכאורה, מדללת את הזכויות ויש מקרים בהם הזכויות לא חלות – ולברק זה מפריע שהקביעה של דורנר היא מאוד חד-ערכית ולא פשרנית. לפי שיטת דורנר אומרים שאין רלוונטיות לפרטיות בבית משפט ואין דילמה.

**סעיף שמירת הדינים**:

סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו: "**שמירת דינים**: 10. אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה ערך תחולתו של חוק היסוד". בחוק יסוד חופש העיסוק יש סעיף שנקרא "**הוראת שעה**: הוראות חיקוק שאלמלא חוק יסוד זה .... היו תקפות ערב תחילתו של חוק יסוד זה יעמדו בתוקפן עד 2002 ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה".

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו שריין את מה שמלפניו – ולכן זה שמירת דינים. חוק יסוד חופש העיסוק יש בו רק הוראת שעה- לפרק זמן מסויים אי אפשר לפגוע. מה שעשו בחוק יסוד חופש העיסוק זה הגנה זמנית למה שהיה קודם – ואחרי זה – הכל פתוח: גם חיקוקים ישנים אפשר לבטל/לפגוע. מה הסיבה להבדל? חוק יסוד חופש העיסוק עבר הרבה יותר בקלות, לעומת זאת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עבר עם הרבה מאוד בעיות. אז מה עושים? – מחליטים שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו *שומר דינים*. אז מה זה אומר הוראת השעה של חופש העיסוק? נותנים למדינה מספיק זמן להתארגן.

בהוראת השעה לחוק יסוד חופש העיסוק יש משפט שאומר **"....ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה"**. יש הגנה על החוקים הקודמים – שאי אפשר לפסול אותם, אבל אם אפשר לפרש את החוקים הקודמים ברוח חוק היסוד – אז יש לפעול זאת. בחוק יסוד חופש העיסוק – זה מענה זמני – כרגע לא פוסלים חוקים קודמים, אבל מנסים לתת פרשנות לחוקים קודמים ברוח חוק היסוד. למה המשפט הזה כתוב דווקא בחוק יסוד חופש העיסוק ולא בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו? אומר על זה ברק בפס"ד גנימאט – מבחינתו זה כאילו נכתב גם בסעיף שמירת הדינים. איש אפשר לפסול חקיקה ישנה אבל יש חובה לנסות לפרש אותה ע"מ לצמצם ולבטל פגיעה זכויות. חוק מלפני 92' לא ניתן לבטל, אומר ברק, אבל חייבים לפרש אותו בהתאם לרוח החוק החדש. דעתו של חשין אומר אחרת: הוא רואה את המילה "דין" כחוק ופירושו. המשמעות של שמירת הדינים היא מוגבלת – אך ורק חוסר אפשרות לפסול חוק, אבל כשמדובר אם אפשר לפרש אותו – אז כן.

**מה קורה אם הגענו למסקנה שחוק מסויים פוגע באופן בלתי מוצדק בזכויות אדם?**

פס"ד האגודה לזכויות האזרח: הוראת שעה בחוק יסוד חופש העיסוק הוארה כל שנתיים, אבל ב- 2 הזדמנויות חברי הכנסת לא הספיקו לבצא את ההארכה בזמן. באותו רגע, האגודה לזכויות האזרח פנתה ובית המשפט הכיר שיש פגיעה בזכות וגם שאין הצדקה. בחוק יסוד חופש העיסוק האריכו את הוראת השעה עד שנת 2002 מ1992 (1992-4-6-8-2002). והיו 2 תקופות שבהן "אין הגנה" – והוראת השעה פגה תוקף. עכשיו מה עושים בתקופת הביניים?

**מודל הבטלות** – VOID, לפי מודל זה – בהינתן פגם לא מוצדק – החוק לא תקף. בית המשפט מפרסם שהחוק אינו רלוונטי יותר. התפקיד של בית המשפט הוא דקלרטיבי.

**מודל הנפסדות** – VOIDABLE – יש פגם והוא מונח לפנינו ורוצים להחליט. החוק אינו מת וצריכים לקבל החלטה ספציפית.

**מודל בטלות יחסית** – פירושה שבמקרים מסויימים ובפגמים מסויימים החוק מת ו"מכריזים על מותו". במקרים אחרים – החוק אינו "מת" ומחליטים מתי "להרוג" את החוק. *זאת הגיש המקובלת על בית המשפט.* הסבר אחד לזה הוא שבית המשפט עשו את זה במשפט המינהלי, וצריכים לעשות את זה גם במשפט החוקתי. מדוע עושים את זה במשפט המינהלי? כיוון שכל המדינות שאימצו את מודל הבטלות – עושות הרבה חריגים.

בית המשפט מעדיף את הבטלות היחסית:

1. כך עושים במשפט המינהלי – ולכן מומלץ לעשות זאת גם במשפט החוקתי.
2. למה עשה כך במינהלי? ברוב המדינות שאומצו המודלים האחרים יש הרבה יוצאים מן הכלל ולכן העדפנו גמישות.

אי לכך, במקרה שלנו לאור שזה הוחל אחורה והפערים הושלמו ע"י המחוקק – אזי בית המשפט לא פוסל את החוק, למרות שהיו לו 2 חלונות.

**פס"ד גניס** -