

מכללת שערי משפט

29.8.2011

משפט ציבורי – ד"ר מיכל טמיר

בחינת סיום – מועד מיוחד - תשע"א

הוראות כלליות

1. משך הבחינה: שלוש שעות.
2. הבחינה בחומר סגור. אין להכניס לחדר הבחינה חומר כלשהו, לרבות חקיקה.
3. יש לכתוב בכתב יד קריא, ברור ומרווח.
4. הכתיבה תיעשה מצד אחד של הדף בלבד.
5. הקדישו זמן לקרא את השאלות. שימו לב לכמות הניקוד וכמות הכתיבה המותרת.
6. אורך התשובה לא יעלה על זה המצוין לצד השאלה. החלק החורג ממכסת העמודים לא ייבדק.
7. התשובות חייבות להיות מנומקות. יש להביא אסמכתאות רלוונטיות מהחוק, הפסיקה והספרות הרלוונטית.
8. נא חלקו את הזמן בשים לב למשקלן של השאלות בנקודות.
9. יש לענות על מה שנשאלתם ורק על מה שנשאלתם. מלל מיותר יגרע מהציון.
10. כאשר אתם מעלים טיעון כלשהו, הביאו גם את הטיעון שכנגד. גם כאשר אתם מכריעים בעד או כנגד הטיעון, בדקו תמיד כיצד עשוי המשך התשובה להיות מושפע משתי האפשרויות (מקבלת הטיעון, מצד אחד, או מדחייתו, מצד שני).
11. דונו על פי הנתונים שנמסרו בשאלה. אם לדעתכם חסרות עובדות רלוונטיות, יש להניח הנחות סבירות ולפעול על פיהן. עם זאת, הנכם מתבקשים לענות באופן ישיר אך ורק לשאלות הרלוונטיות. תשובות כלליות אינן רצויות. תשובה לא רלוונטית תגרע מהציון.

בהצלחה!

שאלה 1 (14 נקודות; עד 3/4 עמוד)

תארו את עיקרון שלטון החוק על היבטיו השונים. הדגימו ופרטו.

שאלה 2 (14 נקודות; עד עמוד אחד)

בדברו על יהודיות המדינה בפסק הדין בעניין קעאדן, מצטט הנשיא ברק שני שופטים שעמדותיהם מובאות כתומכות בעמדתו:

"...עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגור כאזרח יהיה' (ויקרא, כד, כב) שנתפרש בפי חז"ל כמשפט השווה לכולכם' (כתובות, לג, א; בבא קמא, פג, ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם' (השופט טירקל בבג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119).

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 - שוויון ואהבתו' (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 298)...."

מהי עמדתו של הנשיא ברק בסוגיה הנדונה, והכיצד הוא תומך אותה במובאות שהוא מביא מדברי השופטים טירקל ואלון? הכיצד ניתן לבקר את מהלך הטעון שלו בהקשר זה באמצעות טיעונים של השופט אלון (במאמרו שנלמד בתרגול) בסוגיה הנדונה?

שאלה 3 (16 נקודות; עד עמוד אחד)

במסגרת ויכוח, שניהלו ביניהם ראובן, שמעון ולוי - שלושה סטודנטים מצטיינים למשפטים - טען ראובן, כי "המהפכה החוקתית" התחוללה עם מתן פסק הדין בעניין "קול העם". שמעון, מנגד, טען כי "המהפכה החוקתית" התחוללה עם כינון חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. לעומתם, טען לוי כי "המהפכה החוקתית" התחוללה עם מתן פסק הדין בעניין "בנק המזרחי" בשנת 1995. מי צודק? נמקו והסבירו את תשובותיכם.

שאלה 4 (14 נקודות; עד עמוד אחד)

מהו ההבדל בין זכויות פוליטיות לבין זכויות כלכליות או חברתיות? לאיזו מבין הקבוצות משתייכת הזכות לחופש העיסוק? מהם ההבדלים בביקורת השיפוטית על פגיעה בכל אחת מסוגי הזכויות וכיצד מתבטא הדבר בפרשת לשכת מנהלי השקעות?

שאלה 5 (14 נקודות; עד עמוד אחד)

תארו באופן תמציתי מהו "כלל ההסדרים הראשוניים". הדגימו ופרטו.

שאלה 6 (14 נק' ; עד 3/4 עמוד)

בפרשת הנגבי הדגיש השופט רומנוב את הדברים הבאים :

"במקרה שבפנינו, החליט היועץ המשפטי לממשלה להעלות מדרגה' בכל הנוגע לאופן הטיפול בתופעת המינויים הפוליטיים. אני סבור כי מדובר בהחלטה ראויה. הקושי הוא, שהמדיניות החדשה הוחלה בדיעבד על הנאשמים, מבלי שניתנה להם אזהרה מוקדמת ובנסיבות בהן היו יכולים לסבור כי מעשיהם אינם מגיעים לכדי עבירה פלילית".

הסבירו מדוע יש קושי למרות שמדובר בהחלטה ראויה? מהי הטענה שעמדה לנאשמים? מהו הכלי המשפטי שנעשה בו שימוש? תוו דעתכם על עמדה זו?

שאלה 7 (14 נק' ; עד עמוד אחד)

נתחו והסבירו את הפסקה הבאה. הביעו דעתכם באשר לנכונותה. נמקו את תשובתכם בהתאם לדין ולפסיקה:

"בפרשת 'הפרטת בתי הסוהר' בית המשפט העליון פסק, כי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 - אשר הכשיר את הקמתו של בית-סוהר שיופעל וינוהל על ידי תאגיד פרטי הפועל לתכלית ריווח - איננו חוקתי בשל פגיעה בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, לפיו: 'הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה'".

בהצלחה!

מכללת שערי משפט

29.8.2011

משפט ציבורי

בחינת סיום – מועד מיוחד - תשע"א

לשכת
התביעה
מס' 11

הוראות כלליות

1. משך הבחינה: שלוש שעות.
2. הבחינה בחומר סגור. אין להכניס לחדר הבחינה חומר כלשהו, לרבות חקיקה.
3. יש לכתוב בכתב יד קריא, ברור ומרווח.
4. הכתיבה תיעשה מצד אחד של הדף בלבד.
5. הקדישו זמן לקרא את השאלות. שימו לב לכמות הניקוד וכמות הכתיבה המותרת.
6. **אורך התשובה לא יעלה על זה המצוין לצד השאלה. החלק החורג ממכסת העמודים לא ייבדק.**
7. התשובות חייבות להיות מנומקות. יש להביא אסמכתאות רלוונטיות מהחוק, הפסיקה והספרות הרלוונטית.
8. **נא חלקו את הזמן בשים לב למשקלן של השאלות בנקודות.**
9. יש לענות על מה שנשאלתם ורק על מה שנשאלתם. מלל מיותר יגרע מהציון.
10. כאשר אתם מעלים טיעון כלשהו, הביאו גם את הטיעון שכנגד. גם כאשר אתם מכריעים בעד או כנגד הטיעון, בדקו תמיד כיצד עשוי המשך התשובה להיות מושפע משתי האפשרויות (מקבלת הטיעון, מצד אחד, או מדחייתו, מצד שני).
11. דונו על פי הנתונים שנמסרו בשאלה. בשאלות 'קייסי', אם לדעתכם חסרות עובדות רלוונטיות, יש להניח הנחות סבירות ולפעול על פיהן. עם זאת, הנכם מתבקשים לענות באופן ישיר אך ורק לשאלות הרלוונטיות המתעוררות מנתוני האירוע. תשובות כלליות אינן רצויות. תשובה לא רלוונטית תגרע מהציון.

בהצלחה!

שאלה 1 (14 נקודות; עד עמוד אחד)

תארו באופן תמציתי מהי "המהפיכה החוקתית השקטה". הדגימו ופרטו.

מדובר במהלך חוקתי מתוחכם שהחל לאחר "המהפיכה החוקתית" (שתולדתה בכינון שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם ובפרשת בנק המזרחי), ובא לידי ביטוי בשורה של פסקי דין קצרים ובלתי מוכרים יחסית (כגון: פרשת גלעד אבני, פרשת מופז וכיוצ"ב), אשר הצעידו קדימה את "המהפיכה החוקתית". במסגרת פסיקה זו, מעמד החוקתי על-חוקי של חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם הלחל גם אל תשעת חוקי היסוד האחרים (כגון: חוק יסוד: הכנסת; חוק יסוד: השפיטה).

במקביל, על-מנת למנוע חוסר אחידות ומדרגים בתוך חוקי היסוד – בין חוקי יסוד מוגנים באופן מוחלט (קרי, חוקי יסוד הישנים שאין בהם פסקת הגבלה) וחוקי יסוד מוגנים פחות (קרי, חוקי יסוד בדבר זכויות האדם המכילים פסקת הגבלה המאפשרת פגיעה בהם) – הוזרמה "פסקת הגבלה שיפוטית" לתוך חוקי יסוד שאינם כוללים פסקה כזו (כגון: חוק יסוד: הכנסת).

יש הגורסים, כי מהפיכה זו, על אף הכינוי הצנוע שזכתה לו, היא מהפיכה חוקתית לא פחות משמעותית מן המהפיכה שהתחוללה במסגרת פרשת "בנק המזרחי", שכן במסגרתה הוענק מעמד חוקתי על-חוקי לכלל חוקי היסוד, וניתן משנה כוח לביקורת השיפוטית על חוקים פוגעים.

שני שלבים עיקריים למהפיכה החוקתית השקטה:

1. הענקת מעמד נורמטיבי עליון לכלל חוקי היסוד.
2. "הזרמת" פסקת ההגבלה שיפוטית לתוך חוקי יסוד שותקים.

שאלה 2 (14 נקודות; עד חצי עמוד).

דברו על יהודיות המדינה בפסק הדין בעניין קעאדן, מצטט הנשיא ברק שני שופטים שעמדוניהם מובאות כתומכות בעמדתו:

"...עקרון השוויון ואיסור האפליה, הגלום בצווי 'משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה' (ויקרא, כד, כב) שנתפרש בפי חז"ל כמשפט השווה לכולכם' (כתובות, לג, א; בבא קמא, פג, ב), התקדש בתורת ישראל מאז היה לעם' (השופט טירקל בבג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 119).

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' (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 298)...."

(הציטוט לקוח מפ"ד נ"ד(1), 282-281).

מהי עמדתו של הנשיא ברק בסוגיה הנדונה, והכיצד הוא תומך אותה במובאות שהוא מביא מדברי השופטים טירקל ואלון? הכיצד ניתן לבקר את מהלך הטיעון שלו בהקשר זה באמצעות טיעונים של השופט אלון (במאמרו שנלמד בתרגול) בסוגיה הנדונה?

ראשית, יש לציין את 'מגמת ההפשטה הגבוהה' של הנשיא ברק בפרשנות המונח יהודית ודמוקרטית. לאחר מכן, יש לעמוד על כך שהנשיא ברק מקדם מגמה של האחדה בין הסטנדרט 'יהודית' לבין הידמוקרטיה, תוך קירוב הראשון אל האחרון (ניתן לתת דוגמאות למגמה זו מפסיקתו בעניין קעאדן; עדאללה (הלשון); ומאמרו שניתן לקריאה). לגבי השאלה השנייה

שבסעיף, יש לציין כי הרטוריקה של השופטים אלון וטירקל בציטוטים המובאים היא רטוריקה שמדגישה את הממד השוויוני בהלכה ('כגר כאזרח'; רעיון ה'צלם' המקושר לשוויון) ועל כן הם מחזקים את מגמה זו. לבסוף, וביחס לביקורת, נדרש להציג טיעון אחד או שניים של אלון מהמאמר שלו (למשל: 'תכלית דו-ערכית'; 'פרשנות יהודית כמימוש עמדת המכונן'; 'סעיף המטרה מטיל חובה לפרש לפי הערך של יהודית'; 'אין הצדקה לרמות הפשטה שונות לשני המונחים'). לבסוף, ניתן כמובן לומר כי השימוש שעושה הנשיא ברק במובאות אינו משמש ייצוג מדויק של המסורת היהודית, שכן בעוד שיש בהן ייצוג שוויוני מובהק שלה שבהחלט ניתן לטעון שיש ביהדות (ובהלכה בפרט) הרבה מאוד אי-שוויון (בין הגר לאזרח, בין הגבר לאישה ועוד).

שאלה 3 (16 נקודות; עד עמוד אחד)

במסגרת ויכוח, שניהלו ביניהם ראובן, שמעון ולוי - שלושה סטודנטים מצטיינים למשפטים - טען ראובן, כי "המהפכה החוקתית" התחוללה עם מתן פסק הדין בעניין "קול העם". שמעון, מנגד, טען כי "המהפכה החוקתית" התחוללה עם כינון חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. לעומתם, טען לוי כי "המהפכה החוקתית" התחוללה עם מתן פסק הדין בעניין "בנק המזרחי" בשנת 1995. מי צודק? נמקו והסבירו את תשובתיכם.

טענת ראובן: "המהפכה החוקתית" התחוללה עם מתן פס"ד "קול העם". טענה זו מתייחסת לפסיקתו התקדימית והאמיצה של הנשיא אגרנט בבג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים. בפסק דין זה עוגנה הזכות לחופש הביטוי. בית המשפט סיווג אותה כ"זכות יסוד" (זכות יסוד הלכתית) ולמעשה סלל את הדרך לביקורת שיפוטית על פעילות הרשות המנהלית. יש כאן קביעה נורמטיבית אקטיביסטית של בית המשפט העליון, שיצרה זכות חוקתית בטרם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.

טענת שמעון: "המהפכה החוקתית" התחוללה עם כינון ח"י: חופש העיסוק וח"י: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. שמעון צודק. אכן, ב-1992, עם חקיקתם של שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם, התרחשה ה"מהפכה חוקתית". שני חוקי היסוד כוללים שריון מהותי, דהיינו פסקת הגבלה, אך אינם מעגנים, באופן מפורש, את עקרונות הביקורת השיפוטית.

טענת לוי: "המהפכה החוקתית" התחוללה בפרשת "בנק המזרחי" בשנת 1993. גם לוי צודק. בפרשת "בנק המזרחי" עוגנה "המהפכה החוקתית". זוהי הפעם הראשונה, בה הגיעו חוקי היסוד אל פתחו של בית המשפט וניתנה לבית המשפט העליון ההזדמנות לעגן את: א. עליונותם של חוקי היסוד, המגבשים את חוקת מדינת ישראל ("פרקים פרקים). ב. ביקורת שיפוטית - ביטול חוקים, שלא עומדים בתנאי פסקת ההגבלה (שכן פסקת ההגבלה לא ציינה במפורש את סעד ביטול החוק, שלא עומד בתנאי פסקת ההגבלה). ג. כמו כן נקבע, ששינוי ח"י יתבצע בחוק יסוד בלבד. בית המשפט, בפרשת בנק המזרחי, זנח בית המשפט את ההלכות הפורמאליות (כגון, קניאל ונגב), לפיהן חוק יסוד ניצב במעמד נורמטיבית זהה לחוק רגיל וההלכה החדשה קבעה, כי ב-1992 נפל דבר בישראל והתחוללה "המהפכה החוקתית" - כל חוק יסוד משוריין ולא משוריין קיבלו מעמד נורמטיבי על חוקי. לפיכך, שינוי של חוק יסוד יעשה רק בחוק יסוד ואילו פגיעה בזכויות, המוגנות במסגרת חוקי היסוד, תעשה על פי ההוראות הספציפיות, שבחוקי היסוד.

שאלה 4 (14 נקודות; עד עמוד אחד)

מהו ההבדל בין זכויות אזרחיות לזכויות כלכליות או חברתיות? לאיזו מבין הקבוצות משתייכת הזכות לחופש העיסוק? מהם ההבדלים בביקורת השיפוטית על פגיעה בכל אחת מסוגי הזכויות וכיצד מתבטא הדבר בפסיקת בית המשפט העליון?

הזכויות האזרחיות הן הזכויות הפוליטיות: שוויון, חופש ביטוי, התאגדות, הפגנה וכדומה. זכויות כלכליות: עבודה, בריאות, חינוך וגם עיסוק. בכל העולם הנטייה היא להגן יותר על זכויות אזרחיות. זאת משום שההגנה על זכויות חברתיות מעוררת קשיים: הפן החיובי של זכויות אלה בולט יותר, דהיינו בעוד בחופש ביטוי נבקש הגנה מפני פגיעה הרי שבזכות לחינוך או בריאות נבקש ממון פוזיטיבי. שנית, העלויות, אין דומה עלות אבטחת של שוטרים הפגנה מסוימת כעלות ממון תרופה והכנסתה לסל הבריאות, למשל. שלישית, התערבות בזכות חברתית גוררת את בית המשפט להכרעות מדיניות שלא מתפקידו להכריע בהן. בארץ ההבחנה באה בעיקר בגישה של דורנר באיגלו ובמנהלי השקעות. כאשר מדובר בזכות של חופש העיסוק בלבד היא תסתפק באפשרות סבירה לפגיעה באינטרס השלטוני כדי לאפשר פגיעה, אך אם היה מדובר בזכות לחופש ביטוי למשל היא הייתה דורשת ודאות קרובה. כמו כן, כפי שראינו במנהלי השקעות, מתחם המידתיות כאשר מדובר בזכות כלכלית בלבד הוא רחב, בית המשפט לא יתערב למשל באיזון שמצאה הרשות בין דרישת ביטוח לדרישת הון עצמי.

שאלה 5 (14 נקודות; עד עמוד אחד)

תארו באופן תמציתי מהו "כלל ההסדרים הראשוניים". הדגימו ופרטו.

ההכרעות והנורמות העקרוניות שהשפעתם על חיי הפרטים בחברה הנה גדולה צריכות להתקבל על ידי בית המחוקק ולא על ידי הרשות המבצעת. החוק הוא זה שאמור לקבוע אמות מידה לפתרון של הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט. הרציונאל העומד בבסיס כלל זה נובע מעקרון הפרדת הרשויות: הענקה סמכות חקיקה לרשויות המינהל, מבלי להתוות בחוק הסדרים עקרוניים להפעלתה, כמוה כהאצלת סמכויות חקיקה לידיהם. לפיכך, חקיקת משנה ו/או אקטים מנהליים אינדיווידואליים צריכים לקבוע הסדרי ביצוע שיגשימו את מה שהוסדר באופן עקרוני בחקיקה ראשית, ואילו המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות (הסדרים ראשוניים) צריכות להיקבע בדבר חקיקה ראשי. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כך גם נדרש שההסדר בחקיקה הראשית יקבע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה והיקפה. לעומת זאת, כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מורכב הדורש מומחיות רבה, ניתן להסתפק ברמת הפשטה גבוהה. חזקה פרשנית זו ניתנת לסתירה. היא נסתרה בכל אותם המקרים בהם ניתן להסיק מכוח פרשנות החוק המסמיך, כי תכלית החוק הייתה להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע את ההסדרים הראשוניים. מקום שההסדר התקיקתי פוגע בחירותו של הפרט, נדרש כי הסמכתו של המינהל בחקיקה הראשית תהא ברורה, מפורשת וחד-משמעית. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, התחזקה ההנחה הפרשנית לפיה תכליתו של חוק פלוני לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים. בפרשת וועדת המעקב העליונה נקבע, כי הסדרים ראשוניים אינם יכולים להיקבע באמצעות סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה (הסמכות השיוורית של הממשלה). ההבחנות העיקריות בין הסדר ראשוני לבין הסדר משני: פגיעה גדולה בזכויות הפרט = הסדר ראשוני; השפעה על הציבור: פעולה המשפיעה על מגזר שלם = הסדר ראשוני. פעולה מצומצמת ונקודתית = הסדר משני. עלות: פעולה שעלותה הכספית גבוהה ביותר = הסדר ראשוני. דחיפות הפעולה: פעולה ארוכת טווח, שניתן להצביע עליה בכנסת = הסדר ראשוני. פעולה דחופה יותר = משני.

שאלה 6 (14 נק' ; עד עמוד אחד)

בפרשת הנגבי הדגיש השופט רומנוב את הדברים הבאים:

"במקרה שבפנינו, החליט היועץ המשפטי לממשלה 'להעלות מדרגה' בכל הנוגע לאופן הטיפול בתופעת המינויים הפוליטיים. אני סבור כי מדובר בהחלטה ראויה. הקושי הוא, שהמדיניות החדשה הוחלה בדיעבד על הנאשמים, מבלי שניתנה להם אזהרה מוקדמת ובנסיבות בהן היו יכולים לסבור כי מעשיהם אינם מגיעים לכדי עבירה פלילית".

הסבירו מדוע יש קושי למרות שמדובר בהחלטה ראויה? מהי הטענה שעמדה לנאשמים? מהו הכלי המשפטי שנעשה בו שימוש? חוו דעתכם על עמדה זו?

הטענה שהשופט מתייחס אליה היא אכיפה סלקטיבית (נטענת כיום במסגרת הגנה מן הצדק 149(10) לחסד"פ – הגשת כתב האישום מנוגדת לצדק ולהגינות). חוסר הצדק מתבטא כאן בפגיעה בשוויון. בכך שאחרים שנהגו באופן דומה לא הועמדו לדין.

במסגרת התשובה ניתן להתייחס לנקודות הבאות

- השוויון הוא זכות עצמאית בישראל, גם אם אדם עבר עבירה עדיין הוא רשאי לטעון לשוויון באכיפה.
- העמדה של השופט אשר מצדיקה את התביעה אשר מעלה מדרגה את הטיפול, מעידה על כך שניתן פרוספקטיבית לשנות מדיניות באופן שאינו פוגע בציפיות הסבירות של אנשים אשר בדרך כלל לומדים על המותר והאסור מהתנהגות רשויות האכיפה ("אין עונשין אם אין מזהירין")
- עוד מעידים דברי השופט על כך שלצורך הוכחת טענת אכיפה סלקטיבית אין צורך בהוכחת מניע פסול, התוצאה היא החשובה. אכיפה סלקטיבית יכולה להתקיים גם במצב בו התביעה פעלה בתום לב.

שאלה 7 (14 נק' ; עד עמוד אחד)

נתחו והסבירו את הפסקה הבאה. הביעו דעתכם באשר לנכונותה. נמקו את תשובתכם בהתאם לדין ולפסיקה:

בפרשת הפרטת בתי הסוהר, בית המשפט העליון פסק כי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 - אשר הכשיר את הקמתו של בית-סוהר שיופעל וינוהל על ידי תאגיד פרטי הפועל לתכלית ריווח - איננו חוקתי בשל פגיעה בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, לפיו: 'הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה'."

תשובה

משפט זה אינו נכון. הטיעון המוסדי, אשר עסק בשאלה האם מדובר בסמכות המצויה ב"גרעין הקשה" של סמכויות הרשות המבצעת, וכזו אינה ניתנת להפרטה, הותר בצריך עיון. טיעון זה התבסס על שני אדנים: ראשית, הטיעון נסמך על סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר קובע כי הממשלה היא "הרשות המבצעת של המדינה". על פי הטענה, סעיף זה אוסר על הפרטת הניהול של בית סוהר, בהיות סמכות זו בליבת התפקיד של הרשות המבצעת. שנית, הטיעון המוסדי התבסס על עקרונות-יסוד של השיטה, שמעמדם בפירמידת הנורמות של המדינה הינו עליון, ואשר לפיהם סמכות הכליאה הופקדה בידי המדינה – ובידיה בלבד – מכוח האמנה החברתית. שני אדנים אלה הוזכרו בחוות הדעת של שופטי הרוב, אך פסק הדין לא התבסס עליהם, והטיעון המוסדי הושאר ללא הכרעה.

בנוס: מדבריה של הנשיאה עולות לפחות שלוש סיבות לרתיעה של השופטים מלקבוע מסמרות בטיעון המוסדי. ראשית, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה הינו סעיף עמום, העשוי להיתפס כהצהרתי וככזה שאינו נושא מסר נורמטיבי, באופן המעורר קושי לבסס עליו תחומי פעולה בלעדיים לממשלה; שנית, בית המשפט נרתע מקביעת הלכה שתחייב אותו "לשרטט באופן ברור את גבולותיו של אותו 'גרעין קשה'" שאינו ניתן להפרטה; ושלישית, בחוק-יסוד: הממשלה אין פסקת הגבלה, כך שההסדר המוחלט בסעיף 1 מעורר את השאלה כיצד ניתן לבחון לאורו חוקתיות של חקיקה רגילה – שבישראל נעשית ככלל על בסיס מבחנים המאזנים בין ערכים שאינם מוחלטים.

טיעון הפגיעה בזכויות - החוק המתקן נפסל שלא על בסיס הטיעון המוסדי, אלא על בסיס טיעון הפגיעה בזכויות. טיעון הפגיעה בזכויות עניינו בפגיעה בלתי מידתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים. טיעון זה התבסס על פגיעה בזכותם העקרונית של האסירים להיכלא בבית סוהר ציבורי המנוהל על ידי המדינה. לפי פסק-הדין, המשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לכליאה בבית צוהר ציבורי הנה רכיב של זכותם החוקתית של האסירים לחירות ולכבוד - זכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, ונוכח מסקנת הנשיאה כי התיקון הנדון אינו עומד במבחן המידתיות השלישי (מבחן "המידתיות במובן הצר"), הטיעון המוסדי נותר בצריך עיון.

בנוס: ד"ר מיכל טמיר וד"ר אסף הראל טוענים, במאמרם, כי הואיל ונימוקי פסק-הדין, בפועל, מבססים את אי חוקתיות החוק על "האמנה החברתית", על היעדר "לגיטימיות דמוקרטית", על ה"אתוס של השירות הציבורי" ועל "המשמעות הערכית והסמלית" של כליאה בבית-סוהר ציבורי, התוצאה המעשית היא שבית המשפט דן, באופן עקיף, בגבולות סמכויותיה הגרעיניות של הממשלה (סוגיה שלכאורה הותרה ב"צריך עיון"). במאמרם עומדים המחברים על הבעייתיות הכרוכה בשזירת הטיעון המוסדי לתוך טיעון הזכויות. כך, למשל, השימוש הנרחב שנעשה באמנה החברתית לצורך פרשנות הזכויות לחירות ולכבוד, כמוהו כטיעון מוסדי הדוחק לשוליים היבטים אחרים של הכבוד - כגון: האוטונומיה של הרצון הפרטי וכבוד האדם במובן תנאי מחייה וקיום של אסירים - אשר דגש עליהם יכול היה להוביל לתוצאה אחרת.

בהצלחה!

