

תוכן

1	מבוא
1	חלק ראשון: עקרונות על
1	כללי
3	תוקפו של חוק רגיל או חוק יסוד הסותר עקרון על
5	כיצד ניתן לאתר את אותה נורמת על
6	חלק שני: עקרון השוויון
6	ערך השוויון
6	חקיקת חוקי היסוד והעדר ערך השוויון כערך מוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
7	השוויון כ"כבוד האדם"
9	חלק שלישי : העדפה מתקנת וזכות הייצוג
9	שוויון פורמלי ושוויון מהותי
10	שוויון מהותי – כללי
12	סוגים שונים של ייצוג הולם
12	ביטויים שונים להעדפה מתקנת
14	זכות הייצוג ההולם – התפתחות הזכות
18	הייצוג ההולם בארה"ב
19	סיכום ומסקנות
21	מקורות:

מבוא

הזכות לייצוג הולם היא פן של הזכות להעדפה מתקנת. ההעדפה המתקנת היא חלק מזכות השוויון. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹ אינו מונה במפורש בין זכויות האדם המנויות בו את זכות השוויון, וממילא אינו מונה במפורש אם הזכות להעדפה מתקנת. הזכות להעדפה מתקנת קבועה בחוקים שונים, ומבטיחה זכות זו בקשר לעניינים ספציפיים. מטרתה של עבודה זו היא לבדוק את האופן בו מעגנת הפסיקה את הזכות הנ"ל ונותנת לה ביטוי במקרים בהם לא ניתן להחיל על המקרה חוק ספציפי.

לצורך בירור השאלה הנ"ל יש לבחון האם קיימות נורמות שלמרות שהם אינן מפורשות בחוק, הן מהוות תמרור המנחה את פסיקתו של ביהמ"ש. ויובהר: העקרון בדבר מדרג הנורמות לפיהן נורמה ממדרג גבוה יותר גוברת על נורמה ממדרג נמוך יותר היא ברורה. כך למשל חוק גובר על תקנה. שאלה סבוכה יותר היא השאלה מה גובר כאשר יש שתי נורמות מאותו מידרג הסותרות זו את זו. נדבך נוסף מתייחס לשאלה האם קיימות נורמות שלמרות שהן אנו כתובות בספר החוקים הם נחשבות כעקרוניות על, שיש ביחס אליהן קונצנזוס חברתי. החלק הראשון של העבודה יעסוק במהותן של נורמות על, בתוקפן ובדרך איתורן של אותן נורמות.

כאמור ערך השוויון, כמו גם הייצוג ההולם אינו ערך המופיע ב"רחל בתך הקטנה" בחוק יסוד: כבוד האדם. החלק השני של העבודה ידון בערך השוויון ובעקרון של הזכות לייצוג הולם, וינסה לברר מהו המתווה הנורמטיבי מכוחו נתנה להם הפסיקה תוקף.

החלק השלישי של העבודה יעסוק בהעדפה מתקנת ובהתפתחותה במשפט הישראלי ובמשפט ארה"ב.

חלק ראשון: עקרוניות על

כללי

עקרוניות על, המכונים גם "חוקה מהותית", הם עקרוניות שלמרות שהם אינם קבועים במסמך מפורש, הם נובעים מהמציאות החברתית וממהות חוקי המדינה. השופט אגרנט ביטא את מהותם של עקרוניות על אלה כך: "את המשפט של עם" - כלומר את "החוקה שלו" – "יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" החוקה המהותית אינה נוצרת על ידי "יד מכוונת" מזוהה וברורה, אלא היא יציר תהליך "טבעי" ורציף, הנמשך לאורך שנות קיומה של המדינה. זאת בניגוד לחוקה פורמלית המהווה אוסף עקרוניות יסוד הקבועים במפורש, במסמך מיוחד, או במספר חוקים, היא נוצרת בהליך מכוון, במועד מוגדר ובהליך פרוצדורלי קבוע.²

אחד המקרים בהם באים עקרוניות על אלה לידי ביטוי הם מקרים בהם בעיה חוקתית אינה מקבלת תשובה בטקסט חוקתי. במקרים כאלה פונה ביהמ"ש לעקרוניות היסוד של השיטה. עקרוניות על אלה אף משמשים לפרשנותו של טקסט חוקתי. כאשר קיים טקסט חוקתי הבא לתת מענה לבעיה מסוימת, אך

¹ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורסם ס"ח תשנ"ב מס' 1391 מיום 25.3.1992 עמ' 150
² אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 292 (תשס"ג)

ניתן לאבחן את הטקסט מהמקרה הקונקרטי, יכול הפרשן המשפטי לתת תוקף לעקרונות על אלה באמצעות פרשנות. במקרה כזה טווח הפרשנות של הפרשן המשפטי רחב יותר, מאשר במקרה הקודם.³

לשיטת פרופ' ברק, ההוצאה מהכוח אל הפועל ומתן מעמד משפטי לעקרונות העל הנ"ל הוא באמצעות פרשנות הטקסט המשפטי. משקלם של העקרונות הכלליים הנ"ל ככלי פרשני משתנה על פי מהותו של הטקסט המשפטי. בעוד שהשפעתם של עקרונות כלליים אלה בפרשנות החוקה והחוקים היא רבה, הרי השפעתם של עקרונות כלליים בפרשנות החוזה והצוואה היא מועטה. עם זאת, גם במקום שהשפעתם של העקרונות הכלליים היא יחסית מועטה, היא תמיד קיימת.⁴

הקונסטרוקציה המשפטית בה נעשה שימוש בכלי הפרשנות על מנת להחיל את עקרונות העל הנ"ל היא פרשנות תכליתית. כלומר, מתוך כל המשמעויות הלשוניות שהטקסט סובל, מקבל עדיפות הפירוש שמגשים את התכלית המונחת ביסוד הטקסט, דהיינו הערכים, התכלית, העקרונות, האינטרסים והמטרות אשר הטקסט נועד להגשים. נשוא הפרשנות מורכב משני יסודות: יסוד סובייקטיבי ויסוד אובייקטיבי. היסוד הסובייקטיבי עוסק בכוונה של יוצר הטקסט. היסוד הסובייקטיבי, הוא ניסיון להבין בהווה מה רצה היוצר של הטקסט בעבר להשיג באמצעותו. היסוד האובייקטיבי הוא זה שבו מתבטאים ערכי היסוד של השיטה. יסוד זה מצוי ברמות הפשטה שונות, כשהנמוכה ביותר היא בחינת השאלה מה היה יוצר הטקסט מבקש להגשים באמצעותו אם הייתה לו כוונה, ורמת ההפשטה הגבוהה ביותר מתייחסת לשאלה מה הם הערכים והעקרונות אשר מוגשמים באמצעות אותו טקסט. הפרשנות התכליתית מושפעת במישרין מעקרונות היסוד של השיטה.⁵

שאלה אחת ביחס לאכיפת עקרונות העל מתייחס למקרה בו אין בטקסט חוקתי תשובה לבעיה קונקרטי. השאלה סבוכה יותר ביחס לכללי העל היא, מה מעמד המשפטי של כללים אלו? האם בית המשפט אוכף אותם, ומכריז על בטלותם של חוקים החורגים מהם?⁶ הקושי העקרי הנובע מאכיפת עקרונות על אלה ע"י בימ"ש היא זיהוי תוכנם של כללים אלה, והאופן בו ראוי ליישם אותם במקרה נתון. אותם כללי על עשויים להיות שנויים במחלוקת ציבורית. באם יתערב בימ"ש ויאכוף נורמת על, קיים חשש כי התערבות זו תיתפס לא כנורמה שיש עליה הסכמה רחבה, אלא, כניסיון לכפות את תפיסת עולמו של השופט במסווה של נורמת על. לכן על השופט

" להבדיל הבדל היטב בין ה'אני מאמין' האישי שלו לבין האני מאמין' של האומה".⁷

על מנת להגביל חקיקה שאינה מתיישבת עם נורמת על באמצעות התערבות שיפוטית משתמשים בתי המשפט בשלוש טכניקות. הטכניקה הראשונה מבוססת על הליך ההכרעה הדמוקרטי עצמו. טכניקה זו מבטיחה כי נציגי הציבור לא ישתמשו לרעה בכוחם. למשל, על מנת להעניק לתברי הכנסת טובות הנאה אישיות. המחלוקת ביחס לכוחו של ביהמ"ש להגביל את המחוקק באמצעות טכניקה זו אינה רבה, ולכן

³ אהרון ברק "על החשיבה הקונסטרוקטיבית" המשפט א 52 45 – 53 (תשנ"ג)

⁴ אהרון ברק "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות משפט" בתוך ספר ויסמן - מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 1 (תשס"ב)

⁵ שם, עמ' 2 - 3

⁶ רובינשטיין ומדינה הע"ש 2 לעיל עמ' 299

⁷ שם עמ' 299-300