

חוקה

- ישלושה מודלים של חוקה/פרופ' ספיר** - חוקה נועדה להגן על ערכי יסוד ולהעניק יציבות- שמירה על כללי המשחק. מאפייני החוקה: עליונות, נוקשות, סגנון, תוכן. פתרונות לחסרונות החוקה: (1) חוקה המנוסחת באופן כללי (2) הגבלת היקף הביקורת השיפוטית (מינימליזם) (3) אימוץ כללי פרשנות (4) מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי (5) הורדת רף השריון.
- המהפכה החוקתית-עבר, הווה ועתיד/פרופ' ספיר** - דגמי ביקורת שיפוטית: דגם ביזורי (ביקורת בעוד ערכאות מלבד העליון), דגם ריכוזי (בימ"ש אחד מוסמך לביצוע ביקורת), מודל מעורב- בישראל. תקיפה ישירה בעליון (ריכוזי) תקיפה עקיפה תוך דיון בנושא אחר בבימ"ש (ביזורי). העומס בביהמ"ש בישראל ירד אם יוגדלו הסמכויות לשלום והמחוזי, כך שהמחוזי יהיה תמיד זה שיקבל את הערעורים הראשוניים (=המצב בארה"ב).
- חוקה כחוק עליון למדינת ישראל/לנדוי** - צריך חוקה לכללי המשחק: החוקה היא מכשיר לחלוקת הכוח הפוליטי ונועדה לשמר את המנגנון השלטוני. לא צריך חוקה למהות: רעיונות יסוד חברתיים שבבסיס המשטר, ערכים וזכויות. הוא מעלה חשש שהמעורבות השיפוטית בשאלות המהותיות יזיקו למעמדו של בית המשפט, יכתימו אותו ויהפכו אותו ל"מסומן" פוליטי-ערכית.
- המהפכה הפרשנית/ניר קידר** - הפרשנות התכליתית מסייעת למשפט להציג עצמו כניטרלי, היא ראויה כל עוד נופלת ב"מתחם הפרשני הנתפס ע"י הקהילה הפרשנית כלגיטימי" + אמת מידה מהותית ערכית. פרשנות סובייקטיבית-תכליתית (פירוש החוק בהתאם לתפיסת העולם העכשווית) היא בעייתית, אין לה יציבות והיא עלולה לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ולהשאיר לשופט שיקול דעת רחב.
- התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת** - עתירה נ' חוק טל בפעם הראשונה. גרוניס: כל עוד אין פגיעה בכללי המשחק הדמוקרטיים אין מקום להתערבות. ברק: תפקיד השופטים הוא להגן על הדמוקרטיה על כל פניה.

המהלך החוקתי 1948-1992

- המהפכה החוקתית/רות גביון** - החלטת הררי עמומה מבחינת מעמד ומועד השלמה, לטעמה חיקוק חו"י התעכב מבחירה. חו"י הכנסת נחקק רק 8 שנים אח"כ – כנראה שלא התכוונו באמת לכוון חוקה במהירות.
- בז'רנו נ' שר המשטרה** - מעמד זכויות האדם ללא חוקה- זכויות אדם הן טבעיות, דרישה להסמכה מפורשת על מנת לפגוע בהן.
- שטרייט נ' הרב הראשי** - ביהמ"ש משתמש בפרשנות כדי לצמצם את אי השוויון ומתערב בשיקול דעת מנהלי. חזקה פרשנית: ביהמ"ש יעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם זכויות אדם על פני פרשנות שלא.
- ברגמן נ' שר האוצר** - ביקורת שיפוטית ראשונה על חקיקה ראשית של הכנסת כיוון שאינו עומד בתנאי הפרוצדורלי שבחו"י הכנסת. פסק הדין קובע שלוש אפשרויות לפירוש: 1. כל חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית. 2. לחוק יסוד משוריין יש עליונות נורמטיבית. 3. הכנסת יכולה לכבול את עצמה (להחליט על פרוצדורה ולשריין חוקים).
- קיניאל נ' שר המשפטים** - החוק עומד בתנאי הפרוצדורלי של חוק היסוד ולכן הפגיעה של החוק היא חוקתית. משמע, לחו"י משוריין אין עליונות לעומת חקיקה רגילה, האפשרות השנייה נפסלת.
- נגב נ' מדינת ישראל** - חוק ספציפי גובר על חוק כללי ולכן חוק התקנים גובר על חו"י הממשלה. אין לחוקי היסוד עליונות נורמטיבית, האפשרות הראשונה נפסלת.
- לאו"ר נ' יו"ר הכנסת** - ניתן לבטל חוק בגלל סתירה לעקרונות יסוד של השיטה גם בהיעדר חוקה. ביהמ"ש יכול להתערב בחקיקה ולקבוע שהשריון נמוך מדי. ברק "מכין את הקרקע". קריאה לכנסת לחוקק חו"י יסוד על זכויות אדם.
- מברגמן וקול העם לבנק המזרחי/רצ'מר** - מפס"ד ברגמן עולות 3 אופציות- 1. חו"י הוא עליון: במתח עם הפסיקה של פס"ד נגב. 2. ריבונות הכנסת בתחום החקיקה- יכולה להגביל את עצמה (נובע מפס"ד ברגמן). אם היא כובלת היא תגביל את עצמה ואת הכנסת שאחריה. 3. רק לחו"י משוריין יש עליונות: בהיעדר הוראת שריון מפורשת בחו"י, אין לחו"י מעמד מיוחד.

המהלך החוקתי 1992 ואילך

- חו"י כבוד האדם וחירותו/יהודית קרפ** - חו"י כבוה"א הוא תוצר של פשרה. היה ביצוע של אטומיזציה, פירוק הסעיפים המוסכמים ונוסחת הדמוקרטיה היהודית/עיון סעיף המטרה של מדינה יהודית ודמוקרטיה) מהצעת רובינשטיין וחקיקתם במסגרת חוק היסוד.
- בנק המזרחי נ' מגדל** - חוק ההסדרים (נוגע לחקלאים) אינו פוגע בחו"י כבוה"א. הוביטר- כל חוקי היסוד נהנים מעליונות. **הסמכות לכינון חוקה**: שמגר: הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת, חשין: אין סמכות לכוון חוקה, ברק: לכנסת שני כובעים. **שינוי חו"י**: ברק ושמגר: רק ע"י חו"י, חשין: אפשר גם בחוק רגיל. **פגיעה בחו"י משוריין**: ברק + חשין: אפשר בחוק רגיל שעומד בדרישות השריון. **פגיעה בחו"י לא משוריין**: ברק: צ"ע, חשין: גם חוק רגיל, שמגר: רק ע"י חו"י.
- מתן חוקה לישראל/לנדוי** - מתנגד לחוקה ולביקורת שיפוטית עליה מבחינה ערכית למעט על תחומי מבנה ושלטון, מבקר את פס"ד מזרחי, לא ניתן לקבל חוקה בהיחבא, סכנות לבית המשפט בלקיחת סמכות לא לגיטימית- ירידת מעמד, אמון ציבור, עומס.
- מברגמן וקול העם לבנק המזרחי/רצ'מר** - מעדיף את גישתו של ברק על פני שמגר- ההפרדה לסמכות מכוונת ומחוקקת עדיפה כדי לשמור על פעילות דמוקרטית תקינה. דוחה את הגישה של חשין במזרחי, שלדעתו מתעלמת מהדינמיקה החקיקתית ומהצורך להגן על זכויות אדם בארץ.
- ילשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר** - נפסלות הוראות המעבר בחוק תיקי השקעות עקב הפגיעה בחו"י חופש העיסוק באופן שאינו מידתי. נפסל חוק בפעם הראשונה בגלל שפוגע בחוק יסוד וברק עושה שימוש בפעם הראשונה במבחני המידתיות מהמשפט המשווה: (1) קשר אמצעי-מטרה (2) האמצעי שפגיעתו פחותה (3) תועלת מול נזק.
- צמח נ' שר הביטחון** - פסילת חוק בפעם הראשונה בגלל פגיעה בחו"י שאינו משוריין שריון פורמאלי אלא רק מהותי (כבוד האדם). ביטול פרוספקטיבי לתיקון לחוק השיפוט הצבאי מאחר שהוא לא עמד במבחני המידתיות. **יש תיקון לחוק ולכן הוא לא נהנה משמירת דינים**.
- יחרות נ' יו"ר ועדת הבחירות** - הפעם הראשונה בה חו"י (חו"י השפיטה) לא משוריין גובר על חוק רגיל (חוק הבחירות). ברק משתמש בפרשנות- בג"צ לא נחשב בימ"ש.

המהלך החוקתי- השלמה שיפוטית

הזכויות הבלתי מנויות/הלל סומר - ישנן **3 תיזות** שניתן להכניס זכויות בלתי מנויות לחוק היסוד: 1. נכניסן דרך ס' 1(ס' המטרה) לחו"י כבו"א. 2. עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק מהמושג כבה"א-ברק תומך בתזה זו. 3. עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק ממגילת העצמאות. **הלל סומר מתנגד לדעת ברק, בכוונה שאירו דברים מסוימים מחוץ לכבו"א.** הכנסתן בכוח תגרום להקפאת התהליך החוקתי, איבוד לגיטימציה של ביהמ"ש ולביטול חוקים קיימים. **נימוקים נ' התזה של ברק:** א. הפירוש הלשוני המתאים הוא במובן הצר, הזכות לכבוד היא פרטיקולרית וספציפית. ב. ההיסטוריה החקיקתית(כחלק מתהליך הפרשה): כוונת המחוקק הייתה לזכות לכבוד בלבד. ג. אין ראוי לשנות את כוונת המחוקק. **ירסלר נ' הכנסת** - בפעם הראשונה הוחלט שיש לפסול חוק(חוק טל) בגלל שפוגע בזכות לא מנויה(הזכות לשוויון). ביהמ"ש החליט להמתין 5 שנים ועוד לא לפסול.

יחסן נ' המוסד לביטוח לאומי - הכרה בזכות לקיום אנושי בכבוד(זכות חברתית) כנגזרת לזכות לכבוד. החזקה החלוטה- מי שמחזיק ברכב לא זכאי להבטחת הכנסה, נפסלת כיוון שפוגעת באופן שאינו מידתי בזכות. **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** - ביהמ"ש מסתייג מפרשנות רחבה של הזכות לכבוד ולא כולל בה שוויון. גולדברג- השימוש בביקורת שיפוטית הוא נשק לא קונבנציונלי ויש לנהוג באיפוק. **אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל** - ברק: יש לקבוע גבולות לזכות החוקתית לכבוד ולאזן בין שני הקצוות של פרשנות מצומצמת לכלילת כלל הזכויות- איכות סביבה לא נכנסת.

המהלך החוקתי-ביקורת שיפוטית תוכנית, הליכית ומשולבת

א. ביקורת הליכית

ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל - ניתן לפסול חוק בגלל פגם בהליך החקיקה (בייניש לא פוסלת הפעם אבל מזהירה את הכנסת לחוקק כראוי). בחקיקת חוק ההסדרים אין פגם שיורד לשורש ההליך- שוויון בחקיקה, הכרעת הרוב, פומביות, עקרון ההשתתפות.

ארזן נ' יו"ר ועדת הכספים - בתפקיד מנהלי פנים פרלמנטרי(הליך של וועדת הכספים) של הכנסת יש פחות בסיס להתערבות שיפוטית. ביהמ"ש מעדיף את עצמאות הרשות המחוקקת.

קוונטינסקי נ' הכנסת - לראשונה ביהמ"ש מבטל חוק בעילה פרוצדורלית ולא מהותית. **יישום הלכת מגדלי העופות**, הליך החקיקה של חוק ההסדרים לא אפשר עמידה בעקרון ההשתתפות. מזוז במיעוט טוען שיש פגם היורד לשורש ההליך.

ב. ביקורת משולבת

מועצה אזורית חוף עזה נ' הכנסת - בנוסף לביקורת העותרים על אי-חוקתיות החוק, הם מבקשים ליצור דרישות פרוצדורליות(רוב מיוחד) בנוגע לחוק הפינני. בית המשפט קובע שהחוק הינו חוקי ועומד במבחני המידתיות, כמו כן אין להחיל דרישה פרוצדורלית חדשה שלא קיימת בחוק היסוד. **גורביץ נ' הכנסת** - רובינשטיין: חוק השידור הציבורי עומד בפס' ההגבלה ובמבחני המידתיות. טענת העותרים שנפל פגם בשורש ההליך בחקיקת חוק השידור לא התקבלה.

חוקי היסוד כחוק

א. איך מזהים חוקה?

בנק המזרחי - שמגר: מבחן צורני(מאפיינים- כתוב חו"י ואין שנת חקיקה) ומבחן מהותי(בנושאים חוקתיים, השתלבות במבנה היסטורלי). ברק: רק מבחן צורני (חו"י, חגיגות). משאיר בצ"ע עיון את השאלה מה קורה אם רק דרישה צורנית אחת מתקיימת.

בר-און נ' כנסת ישראל - בייניש: יש לבחון במבחן המשולב צורני + מהותי, אך משאירה בצ"ע משום שחו"י משק המדינה(הוראת שעה) עומד בדרישות.

ב. מה בין שינוי חו"י לפגיעה בו?

יתנועת דרור לישראל נ' ממשלת ישראל - בייניש: תיקון 7 לחוק מנהל מקרקעי ישראל **אינו יוצר שינוי בחו"י מקרקעי ישראל כיוון שאינו משנה את העקרון המרכזי שבחו"י.** זו סטייה נקודתית בלבד(כרסום של העיקרון), ולכן זה לכל היותר פגיעה שמותרת לאור ס' 2 של החוק.

ג. שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים

בנק המזרחי - שמגר: גם פגיעה וגם שינוי של חו"י יכולים להיעשות רק על ידי חו"י. ברק: פגיעה יכולה להיות גם על ידי חוק רגיל, שינוי רק בחו"י.

הופנונג נ' יו"ר הכנסת - זמיר: משתמש בפס' ההגבלה כדי לבדוק אם יש פגיעה. ברק: מתקן את זמיר בכך שפס' ההגבלה מיועדת רק בשביל לבדוק אם הפגיעה מוצדקת. ביהמ"ש בודק האם התיקון לחוק המפלגות פוגע בשוויון באופן מהותי. החלת פסקת הגבלה שיפוטית גם על חו"י שותק.

מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית - החלת מבחני פסקת ההגבלה גם כאשר לא מופיעים בחו"י עצמו. משתמשים בהם על מנת לבדוק האם תקופת הצינון שקבועה בחוק היא מוצדקת.

גוטמן נ' היועמ"ש - חיות: החוק להעלאת אחוז החסימה התקבל ע"פ דרישת השריון הפורמלי(שרשומה בחוק היסוד) ועומד במבחן המהותי=פסקת ההגבלה. משאירה בצ"ע האם יש להחיל את פס' ההגבלה כשיש עמידה בשריון.

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר - לביהמ"ש שני מסלולים לפסילת התיקון להפרטת בתי סוהר: 1) קיים "גרעין קשה" של סמכויות שאין על הממשלה להפריט. 2) מאסר ע"י גוף פרטי פוגע בזכויות האדם. לוי: ניתן להחיל את פס' ההגבלה השיפוטית גם על אינטרסים ציבוריים.

ד. שינוי חוקתי לא חוקתי

בר-און - דוקטרינת תיקון חוקי בלתי חוקתי מצמצמת בפסיקה הישראלית בהיעדר חוקה רשמית. השופטת בייניש אומרת שגם במדינות שבחוקה שלהן יש פסקאות נצחיות ביהמ"ש פסל תיקון חוקתי לא חוקתי וגם במדינות שאין להן פסקאות נצחיות. תיקון חוקתי או לא חוקתי יפסל אם: 1) התיקון סותר סעיפים בחוקה שמשוריינים באופן מוחלט. 2) התיקון סותר עקרונות יסוד.

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת - ביהמ"ש פוסל את חו"י משק המדינה(חוקק בפעם החמישית כהוראת שעה) על סמך דוקטרינת ה"שימוש לרעה" בכותרת של חוק יסוד. לפי פוגלמן המקרה לא עומד בדוקטרינה תיקון חוקתי בלתי חוקתי, יש לנהוג בה בצמצום.

ג' בארין נ' הכנסת - ביהמ"ש מחכה לסיום כינון החוקה בכדי לדון בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ודוחה את טענת העותרים שחוק ההדחה פוגע בזכויות יסוד. מזוז: תיקון חוקתי בלתי חוקי צריך לעמוד בתנאים שמציבה החוקה ורק במצבים מהותיים.

היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת

בצול נ' שר הפנים - בנוגע לחוק איסור גידול חזירים. ביהמ"ש מציג תפיסה מחמירה של ריבונות הכנסת: לא מערערים על החלטת הכנסת גם אם יש טעות.

פלאטו שרון נ' וועדת הכנסת - כהן: **תנאים להתערבות ביהמ"ש בהחלטת הכנסת**: כשהכנסת ממלאת תפקיד מעין שיפוטי + **חריגה מסמכות** - הכנסת טעתה בפירוש החוק וחרגה מסמכותה כשהחליטה להשעות את שרון. לנדוי (מיעוט): אין לבקר את החלטות ועדת הכנסת.

שריד נ' יו"ר הכנסת - דחיית הצבעה היא עניין פנימי של הכנסת. ברק: מבחן(=מבחן שריד) אמת המידה להתערבות הוא כשיש פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים וערעור יסודות המבנה של שיטתנו. העתירה נדחת בגלל שאין פגיעה כזאת במקרה זה.

סיעת כך נ' יו"ר הכנסת - ברק דוחה את מבחן הסמכות הפונקציונלית ופוסק לפי מבחן שריד(מבחן מרקם החיים הפרלמנטריים-האם קיים פגם מהותי). הוא פוסל את החלטת הכנסת לדחות את הצבעת אי האמון בטענה שהדחייה נעשתה תוך חריגה מסמכות.

כהנא נ' יו"ר הכנסת - שמגר: בוחן לפי מבחן שריד וקובע שאין פגם מהותי. אלון: מפעיל את מבחן הסמכות הפונקציונלית ודוחה את מבחן שריד בטענה כי הוא נותן שיקול דעת רחב לשופט.

פנחסי נ' יו"ר הכנסת - ברק: החלטה מעין שיפוטית דורשת התערבות, רישון יהיה רק בעניינים פנים-פרלמנטריים. הוא מבטל את הסרת החסינות של פנחסי. ברק מרחיב את הביקורת, ומחיל אותה גם על שיקול דעת שגוי במסגרת הסמכות בעניינים מעין שיפוטיים.

מחול נ' הכנסת - צמצום הלכת פנחסי, התערבות שיפוטית למעט בעניינים פנים פרלמנטריים עליהם אחראית ועדת האתיקה. ברק: חסינות לא מגנה מפני סנקציות של וועדת האתיקה. לא תהיה התערבות שיפוטית בהחלטות ועדת האתיקה למרות שזה מעין שיפוטי.

התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת - ריבלין: חקיקת משנה שחרגה מסמכות או שאינה סבירה – ביהמ"ש יתערב "מבחן אמת המידה"=מבחן שריד. הוא מבטל את זכויות הפנסיה שנקבעו לח"כ. יש לפסול חקיקת משנה שנעשתה ללא הסמכה ושאינה סבירה.

תקנון הכנסת ומעמדו

כהנא נ' יו"ר הכנסת - יש כשל טכני בפסילת הצעת החוק שלך כהנא. שמגר: נפסול הצעת חוק על פגמים פרוצדוראליים ולא על התוכן. ברק: פגם פרוצדורלי יוצר פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים. פסילת הצעת החוק מתבטלת.

כהנא נ' יו"ר הכנסת - שמגר: יש לפעול ברישון בהתערבות בהחלטות פנים פרלמנטריות של הכנסת, אין הצדקה להתערב כשאין פגם מהותי. יו"ר הכנסת פעל לפי ס' 134 לתקנון וזה תקין.

נמרודי נ' יו"ר הכנסת - אי עמידה בתקנון יכולה לגרום לפסילת חוק. ברק: שמיעת טענות העותרת היא רשות ולא חובה (ס' 106 לתקנון).

המעמד החוקתי של תקנון הכנסת/בנדור - תקנון הוא לא חוקה. לפי חוק יסוד הכנסת(=החוק המסמך), התקנון נועד לפרט סדרי עבודה ולא להגביל תוכן של חוקים. הענקת מעמד גבוה לתקנון היא בעייתית בגלל הקלות בה ניתן לשנות את התקנון(רוב רגיל). בנדור מציע לקיים גם ביקורת שיפוטית אי-פריורית בישראל, זאת על מנת למנוע מצב שנורמה ממדרג נמוך יותר(תקנון) תגבר על נורמה ממדרג גבוה(חוק) ותפסול אותו.

חלוקת העבודה בין הכנסת והממשלה

ירובינשטיין נ' שר הביטחון - ברק: יש פגיעה בשוויון שהוא נושא מהותי ולכן נדרשת לכך הסמכה מפורשת בחוק בהסדר ראשוני ולא משני. בהיעדר הסמכה מפורשת יש לפרש את ההסדר השני בצמצום. כשמדובר בכללים חוקתיים אין לכנסת סמכות להאציל אותם למבצעת. נפסלת הסמכות של שר הביטחון להעניק פטור לתלמידי ישיבות.

המרזב האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל - כאן הטענה הנבדקת היא אם הכנסת הסמיכה את הממשלה לחוקק הסדר ראשוני בפועל ולא והאם רשאית לכך- מעמד מנהלי ולא חוקתי של כלל ההסדרים. במקרה זה אכן הכנסת הסמיכה את הממשלה ולכן העתירה נדחת.

ארגון מגדלי העופות - חוק ההסדרים יוצר מתח עם כלל ההסדרים הראשוניים. נוצר מצב שהכנסת מקבלת חוק שהוא למעשה חוק של הרשות המבצעת(הממשלה) וחותרת על ההסדר. אך בפועל זוהי החלטה של הרשות המבצעת, ההסדר הראשוני לא באמת נקבע ע"י הרשות המחוקקת.

חסינות חברי הכנסת

התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת(פרשיית גורלובסקי) - ברק מציג 3 גישות: הגישה הרחבה(כל שיקול לגיטימי) הגישה המצומצמת(יש לבחון רק את תו"ל של היועמ"ש בדרישתו ליטול את החסינות) וגישה הביניים(לא רק תו"ל אך גם לא כל שיקול). ברק דוגל באפשרות המצומצמת ופוסק שיש להסיר את חסינותו של גורלובסקי.

מחול נ' הכנסת - החסינות העניינית אינה מגינה מפני סנקציות של וועדת האתיקה.

זועבי נ' וועדת האתיקה של הכנסת - נאור: אם ח"כ לא מתנהג כראוי בין אם בתוך כנסת ובין אם מחוצה לה, יש לכנסת סמכות לבצע נגדו הליכים משפטיים. חסינות עניינית מגנה מפני הליכים משפטיים, אך אינה מונעת הליכים שיפוטיים במסגרת הכנסת(למשל ע"י וועדת האתיקה).

הדחת חבר כנסת מכהן

ג' בארין נ' הכנסת - עותרים כנגד חוק ההדחה. חיות: מבחן דו שלבי - 1.האם יש פגיעה בזכות להיבחר- כן! 2.האם הפגיעה שוללת עקרונות יסוד של השיטה- לא! סולברג: גם השלב הראשון לא מתקיים, התיקון אינו משנה באופן מהותי את היקפן של הזכויות החוקתיות שקיימות בשיטתנו המשפטית.

הסכמים קואליציוניים

יזר'ז'בסקי נ' ראש הממשלה - אלון: הסכמים קואליציוניים מחייבים משפטית, ניתן להשתחרר מהם לצורך אינטרס ציבורי. יהיה סעד הצהרתי בלבד. הלכת ההשתחררות (הנתונה למדינה) תקפה גם בהסכם פוליטי, הודות לאופי המשתנה של ההסכם. ברק: הסכם קואליציוני לא תקף משפטית והסעד יהיה הצהרתי או ביטול. העתירה מתקבלת.

יולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה - חשין: הסכם קואליציוני אינו שפיט ואינו בטל. ברק: ההסכם שפיט ונוגד את תקנת הציבור ולכן בטל. גולדברג: מסכים עם ברק אבל פוסק כמו חשין - "איך יראה" ביהמ"ש בציבור. *על אף שקובעים שאינו שפיט, כן דנים בו.

סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן

יעריית קריית-גת נ' מדינת ישראל - גולדברג: הסמכות השיורית היא כשיש חלל חקיקתי: בכפוף לכל דין, וכשהסמכות אינה מוטלת על רשות אחרת. דורנר: בכפוף לכל דין = גם פסיקה, יש פסיקה בנוגע לזכויות אדם ואסור לפגוע בהן. נפסק כי הממשלה חרגה מסמכותה.

הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל - סמכות שיורית לא יכולה לפגוע בזכויות אדם הנמצאות בפסיקה - לפעולות כאלה יש צורך בהסמכה מפורשת. כתוצאה מכך נחקק חוק השב"כ שמסדיר בחקיקה ראשית.

פלק נ' היועמ"ש - מצא: דוחה את ההצדקות של דורנר ומצדיק מינוי אנשים חיצוניים לוועדת תכנון ובנייה - הסכנות לא מצדיקות החלטה גורפת אלא יש לבחון כל מקרה לגופו. השאלה המהותית בנוגע להפרטת סמכויות מתוקף הסמכות השיורית של הממשלה - נותרת פתוחה.

חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר - בייניש: משאירה בצ"ע את השאלה האם סעי' 1 לחו"י הממשלה מאפשר האצלת סמכות, מכירה ב"גרעין קשה" של סמכויות הממשלה אך אומרת כי יש לעגן זאת בחוק. העתירה מתקבלת עקב טעמים אחרים - פגיעה בזכויות.

הפסקת כהונת שר או סגן שר

התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל - עתירה נגד אי פיטורו של דרעי לאחר שהוגש נגדו כתב אישום. שמגר עושה שימוש ב"מבחן הסבירות" וקובע כי לנוכח הנסיבות השעיית השר היא חובה למרות שרה"מ לא רוצה בכך. ביהמ"ש מתערב גם במקום של שק"ד כאשר אי הפעלת הסמכות אינה סבירה.

אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל - ברק: השיקול המרכזי הוא אמון הציבור בשלטון. הלכת דרעי חלה גם על סגני שרים ולכן פנחסי מפוטר מתפקידו כסגן. בעקבות כך תוקן חו"י: הממשלה שאומר שהרשעה עם קלון מובילה בהכרח להפסקת כהונה (גם ללא שק"ד רה"מ).

התנועה למען איכות השלטון נ' רה"מ - דורנר(רוב): על אף מעורבותו של הנגבי בפרשיות פליליות, לא הוגש נגדו כתב אישום ולכן אין להתערב. חשין(מיעוט): הלכת דרעי ופנחסי הן שחומרת הראיות הן שקובעות ולא עצם הגשת כתב אישום.

התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ - דרעי עומד בתנאי הכשירות, אך גבולי במבחן הסבירות. בהתחשב בנסיבות, ההחלטה למנות אותו לא מחייבת התערבות. ביהמ"ש עושה שימוש במבחן "כשירות לחדוד ושיקול דעת לחדוד".

פוקס נ' רה"מ - רה"מ רשאי להעביר שר מכהונתו בנסיבות מסוימות ע"פ שק"ד. כל עוד העברה מהתפקיד מוצדקת ושיש בה כדי לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי ולהשיג את מטרותיה. לרה"מ סמכויות נרחבות.

בתי המשפט

פורום משפטי נ' הוועדה למינוי שופטים - ריבלין: לא שפיט. אמנם לוועדה למינוי שופטים יש מאפיינים מיוחדים אך עדיין ההחלטה לא למנות שופטים בזמן ממשלת מעבר אינה בלתי סבירה.

מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה - ניתן להליבש תקיפת חוקתיות ב"תקיפה עקיפה" מטעם סמכות נגרות - הרחבת סמכויות בית הדין. במהלך המהפכה החוקתית נחקק חוק מסמיך להכרעה מסוג זה שקובע כי פסילת חוקים תיעשה בעוד ערכאות (לבג"צ יגיעו רק עתירות מלובנות ועקרוניות). לוי במיעוט טוען שמאחר ומדובר בדיון על תוקף החוק יש לבצעו בבג"צ בלבד, בתקיפה ישירה.

בוגרי התיכון האורתודוקסי נ' שר האוצר - נאור: העתירה לא בשלה, בנוסף, יש סעד חלופי - פניה לביהמ"ש לעניינים מנהליים ולדון בתוקף החוק בתקיפה עקיפה. העתירה נגד חוק יסודות התקציב נדחתה.

היועמ"ש

התנועה למען איכות השלטון - לדעת היועמ"ש על ראש הממשלה לפטר את דרעי מתפקידו, ראש הממשלה מתנגד לכך וסותר את חוות-דעתו המשפטית המחייבת של היועץ המשפטי. השופט מצא רואה את חוות דעתו של היועמ"ש כמחייבת.

אמיתי נ' רה"מ - הדעות של היועמ"ש ושל רה"מ בנוגע להעברת פנחסי מתפקידו סותרות. ברק: יש טעות בהבנת העותר. ע"פ העמדה שגובשה בוועדת ארגנט 1962, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקה את פעולות הרשות. היועמ"ש יכול לבחור לא לייצג אם הממשלה אם לדעתו היא לא פועלת כראוי.

אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה - דעת היועמ"ש נוגדת לדעת שר המדע, שאינו מעוניין למנות את פרופי אמיתי לחברה במועצת גרמניה-ישראל. שטיין: אם היועמ"ש אינו מעוניין לטעון לטענות השר הוא לא מחויב לכך, עליו לאפשר לשר להציג את עמדתו באמצעות עורך דין אחר. ייצוג של אדם או רשות שלטונית בביהמ"ש הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך השיפוטי. קרא תומך בהלכה שקובעת כי עמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש.

זכויות האזרח

מידתיות ונוסחאות איזון

דיין נ' מפקד מחוז ירושלים - ברק מציד את שתי נוסחאות האיזון: איזון אנכיל(הסתברות הפגיעה + עוצמת הפגיעה) ואיזון אופקי(פשרה בין זכויות). לפנינו חופש הביטוי וההפגנה מול הזכות לפרטיות וקניין של הרב. ברק מבצע איזון אופקי וקובע כי יש לעשות פשרה - ההפגנה תהיה מחוץ למשרד הרב ולא מחוץ לבייתו.

יתנופה נ' שר העבודה - דורנר בוחנת את הפגיעה בחו"י חופש העיסוק בפסקת ההגבלה. היא טוענת כי מבחני המשנה(מבחני המידתיות) אינם דווקנים ומאפשרים "מתחם מידתיות".

יחורב נ' שר התחבורה - חופש התנועה של הציבור מול הרגשות הדתיים של הציבור הדתי. ברק: גם ס' הנהנה משמירת

דינים יבחן ברוח מבחני פסקת ההגבלה במעין "מבחן סבירות". למרות שהוא מציג את המצב כאיזון אנכי הוא משתמש בסופו של דבר בפסקת ההגבלה. נפסק כי הצו לא עומד בפסקת ההגבלה, הכרעה לטובת חופש התנועה.

•מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל- ברק מכניס לתוך מבחן המידתיות השלישי(תועלת מול נזק), מבחן משנה- תוספת תועלת(בטחון) מול תוספת נזק(לערבים). וקובע שעדיף להשיג את האינטרס (ביטחון) בצורה פחותה, כדי להגן על הזכות(קניין של התושבים ליד הגדר).

•א.ס.פ. נ' הכנסת- ארבל : קובעת שכליאת המסתננים לא מוצדקת כיוון שקיים אמצעי חלופי להגשמת התכלית שיפגע פחות בזכויות אדם- גדר. במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי ופוגעני פחות, גם אם אמצעי זה לא יביא את אותה התועלת. ארבל פעלה לפי גישתו של פרופ' ספיר והכניסה את מבחן המשנה-תוספת תועלת מול תוספת נזק למבחן המידתיות השני- בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה.

דרישת ההסמכה

•מיטרוני נ' שר התחבורה- שמגר : חקיקת משנה הפוגעת בזכויות אדם צריכה הסמכה מפורשת מחקיקה ראשית ולא מספיקה הסמכה כללית. העתירה נגד הוראות משרד התחבורה מתקבלת, כיוון שנעשו ללא סמכות.

•המפקד הלאומי נ' היועמ"ש- בייניש (מיעוט) : דרישת ההסמכה מתחזקת ככל שהזכות חשובה (חופש ביטוי פוליטי) והפגיעה בה היא חזקה יותר. היא נוקטת בגישה הדווקנית. תנאים לבדיקת ההסמכה- 1)בחקיקה ראשית 2)מפורשת 3)עומדת בתנאי פסי ההגבלה.

•פגיעה בזכויות יסודיות יסודאורון גזל- ישנן 3 גישות להסמכה: הסמכה מפורשת, הסמכה כללית וגישת תכלית החוק. לפי גזל כשהפגיעה אינה יסודית (קלה) ניתן לשאוב הסמכה מתכלית החוק בעוד כאשר הפגיעה עקרונית (קשה) יש צורך בהסמכה מפורשת. יתרה מזאת, כאשר בוחנים חקיקת משנה של הממשלה יש לדרוש הסמכה מפורשת נוקשה יותר מאשר שבוחנים חקיקת משנה של הכנסת.

הלימה לערכי המדינה

•דיזיין 22- כשמדברים על ערכיה של מדינת ישראל צריך לבחון האם החוק יוצר הרמוניה ושילוב בין שני הרכיבים(ערך יהודי וערך דמוקרטי).

•חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר- בייניש : רק בנסיבות חריגות ניתן יהיה להכריז על אי-חוקיותו של חוק עקב פגיעה בערכי המדינה כדמוקרטיה.

תכלית ראויה

•התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת- ברק בוחן את התכלית של חוק טל כך : 1. מאפייני התכלית- אמות המידה. ברגישות לזכויות אדם (גידי: סתמי). 2. הצורך הגשמתה- דרישת העצמה משתנה בהתאם למטרה החברתית המבוקשת.

•שטיין נ' המפכ"ל- חופש העיסוק(של בעלי הקפה) מול בטחון המדינה. ברק : קובע שהתכלית ראויה בעזרת האיזון האנכי מאחר שיש קירבה לוודאות לפגיעה חמורה- סיכון לפגיעה ממשית עוצמתית, ולאחר מכן ממשיך למבחני המידתיות. לפי פרופ' ספיר יש להמשיך למבחני המידתיות גם אם האינטרס לא עמד באיזון האנכי(בבחנית התכלית).

•א.ס.פ. נ' הכנסת- לחוק לכליאת מסתננים 2 תכליות. תכלית ביניים : מניעת הסתננות. תכלית עיקרית : מניעת השתקעות והתמודדות עם השלכות ההגירה. ארבל ופוגלמן : יש קושי לקבוע כי תכלית הביניים היא ראויה כיוון שהיא הרתעתית, אין להתעלם מתכליות הביניים. הנדל : תכלית הביניים נועדה להגשים את תכליתו המרכזית של החוק. נעדיף את בחינת התכלית הסופית כדי להימנע מבחינת כל תכליות הביניים. לבסוף החוק נפסל במבחן- האמצעי שפגיעתו פחותה.

שאלות נוספות

התנגשות בין זכויות

•פלונית נ' בית הדין למשמעת- דורנר : נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. החוק הספציפי שהוא הפומביות (חו"י : השפיטה)- גובר על החוק הכללי שהוא פרטיות (חו"י : מכבוד האדם). אין זכות לפרטיות בדיון משפטי. ברק : נדרש איזון אופקי בין הזכויות (פשרה). פרטיות יכולה להיות קיימת גם בדיון משפטי, לא נכריז על נורמה משפטית כדי לא לפגוע בזכויות באופן גורף.

שמירת דינים ומעמדה

•גנימאת נ' מדינת ישראל- ברק : חו"י כבוה"א משפיע על פרשנות חוקים שקדמו לו(סדר הדין הפלילי במקרה שלנו) וזאת על מנת להגן על זכויות האדם. חשין(מיעוט) : שמירת הדינים רלוונטית גם לפרשנות.

•האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר הפנים- עתירה העוסקת בדיני נישואין לזוגות חד מיניים נדחית בגין שמירת דינים. ברון(מיעוט) : שמירת הדינים היווה מעין פשרה פוליטית למהפכה החוקתית, רומזת לכך שלא רחוק היום בו יבוטל סעי' שמירת הדינים.

•אבו ערפה נ' שר הפנים- פוגלמן(רוב) : לשר אין סמכות לשלול תושבות של תושבי מזרח ירושלים, זה הסדר ראשוני שיש לחוקק. הנדל(מיעוט) : חיקוק מחדש ירוקן את ס' שמירת הדינים מתוקף וכתוצאה מכך ביהמ"ש יוכל להתערב ע"פ פסי' ההגבלה.

תוצאות הפגם החוקתי

•האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים- בנוגע להארכת ס' שמירת הדינים בחו"י חופש העיסוק. גולדברג : מראה כיצד כל מודל של ברק (מוחלטת, נפסדות ויחסית) מוביל לדחיית העתירה. זמיר : מעדיף את הבטלות היחסית- גמיש יותר. מודל הבטלות לא שמיש ללא חריגים גם ככה.

•גניס נ' משרד הבינוי והשיכון- הטבה לקניית דירה בירושלים מתבטלת באופן רטרואקטיבי ע"י המדינה. 4 שופטי הרוב(ביניהם ברק) טוענים שיש להפריד בין מי שהסתמך על החוק לבין מי שלא. חשין מאמץ את גישת העיפרון הכחול של המשפט המנהלי. שופטי המיעוט לא רוצים להתערב בעצמם ודורשים שהמחוקק יחליט על דרך פעולה. פרופ' ספיר : הם לא משתמשים במודל הבטלות היחסית שמאוד מתאים פה.

•נסר נ' ממשלת ישראל- בייניש : מאחר ואין קריטריון קשיח לאיזה ישובים יינתנו ההטבות, משתמשת בדוקטרינת ההרחבה- "קריאה אל תוך החוק" כדי לכלול את אותם ישובים ערבים שהופלו שלא לצורך- פגיעה בשוויון כחלק מחו"י : כבוד האדם. מאחר והחוק לא תוקן ניתן סעד עצמאי לכך ע"י ביהמ"ש.

•ליאת משה נ' הועדה לאישור- חיות(מיעוט): משתמשת ב"קריאה אל תוך החוק" כדי להוסיף סעיף לחוק שיקנה לוועדת חריגים סמכות לקבוע חריגים לבקשות, במטרה להימנע מ"חלל חקיקתי".

•ישועה נ' מדינת ישראל- עתירה לאחר פינוי גוש קטיף על פגיעה בקניין, בדרישה לפיצוי. נאור: יש מקרים בהם גם אם הפגיעה היא בדין אפשר לתבוע פיצויים עקב עודף נטל על האזרח- לא הוגן להפיל את נטל רווחת הכלל על ציבור מסוים. במקרה שלנו לא, משום שמדובר בפיצוי נוסף על הפיצוי שכבר קבוע בחוק.

זכויות אזרח המשפט הפרטי

•בית יולס נ' רביב משה- בנוגע לחובת שוויון במכרז פרטי. אלון(רוב)- אין להחיל את עקרון השוויון על המשפט הפרטי. ברק: הליכי המכרז נשלטים ע"י עקרון תום הלב, ולכן על מנהל המכרז לנהוג בשוויון ולשמור על המכרז כ"משחק הוגן".=תחולה עקיפה.

•קדישא נ' קסטנבאום- ברק: התנייה שאוסרת על לרשום בשפה זרה על מצבה נוגדת את תקנת הציבור=תחולה עקיפה, מדובר על חוזה אחיד עם תנאי מקפח. חברת קדישא היא גוף בעל מאפיינים ציבוריים. המאפיינים שמצדיקים זאת הם הפיקוח שמוטל עליה, הסמכות השלטונית (סטטוטורית) והסמכות לגביית אגרה=גוף דו מהותי. ברק מחיל את עקרון השוויון לתוך המשפט הפרטי.

•פרוואנסקי נ' לילה טוב הפקות- גובראן: השוויון והחירות הם שווי מעמד. דנצינגר: במשפט הפרטי, החירות היא הכלל והשוויון הוא החריג. אם רוצים לחייב בשוויון יש לעשות זאת בחקיקה ולא דרך תחולה עקיפה. הוא לא מסכים לבצע תחולה עקיפה. נפסק שבמקרה זה עקרון השוויון אכן חל על המשביה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים וכניסה למקומות ציבוריים.

כבוד האדם

•שני מושגים של כבוד:דני סטטמן- כבוד כיחס מוסרי- גישה זו מבוססת על האתיקה של קאנט לפיה אין להשתמש באדם כאמצעי אלא כתכלית. לאדם יש יכולת בחירה וזכותו לחיות חיים אוטונומיים. **כבוד כיחס לא משפיל-** כל פעולה שמורידה את ערכו של אדם בעיני עצמו ובעיני זולתו. סטטמן מעדיף את הכבוד כיחס לא משפיל. כיוון שכבוד כאוטונומיה הוא רחב מדי ולא ניתן פתרון קונקרטי.

•קטלן נ' שירות בתי הסוהר- עתירה נגד ביצוע חוקן באסירים. כהן: רק המחוקק הראשי יכול להתיר לבתי הסוהר את השימוש בבדיקה זו. פגיעה בכבוד האדם שתוכל **להשפילו**, תיעשה רק אם יש וודאות גבוהה לעבירה ושהפגיעה בכבוד היא סבירה ונחוצה. לנדוי: הוא מסכים שפגיעה כזאת צריכה להיות מוסדרת בחקיקה ראשית, אך אינו חושב שעל ביהמ"ש ליעץ למחוקק לעשות זאת.

•דעקה נ' בית החולים כרמל- אור: ע"פ מבחן האדם הסביר, מכריע כי הייתה מסכימה לעבור את הניתוח בהתאם לנסיבות ולכן מתערער הקש"ס בין העולה לנוק. ברמה החוקתית- **האוטונומיה** היא חלק מכבוד האדם, ולכן יש פגיעה בכבודה. תוצאה: מקבלת פיצוי על ראש נזק של פגיעה באוטונומיה= תחולה עקיפה של זכויות דרך פקודת הנזיקין.

•לשכת עורכי הדין נ' נציבות שירות המדינה- לוי: אין פגיעה בחופש העיסוק, אלא פגיעה בזכות לכבוד כמושג לזהות- מקור גאוה והגשמה עצמית(אוטונומיה) אמנם הפגיעה אינה מהותית וחמורה ואין פגיעה בגרעין הקשה של הזכות – שהיא **השפלה** אלא בשוליה, בעיקר כי האיסור אינו גורף וקיים רק במסגרת העבודה.

•עדאלה נ' משרד הרווחה- ארבל מנסה לצמצם את **הכבוד כאוטונומיה** בעזרת 2 מבחנים לפגיעה באוטונומיה: (1)מהות הבחירה הנשללת. (2)מידת השלילה והכפייה- חומרת הסנקציה והשלכותיה. לטעמה המבחן השני לא מתקיים ולכן העתירה על חוק ההתייעלות הכלכלית נדחת.

•התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת- בנוגע לחוק טל. חשין (מיעוט): עונה לסולברג (המתייחס לפגיעה בכבוד כאי השפלה) על השאלה האם אי גיוס מוביל לפגיעה בכבוד של שאר החברה בשלילה- גם מטעמים של **כבוד כפגיעה באוטונומיה וגם בהשפלה**.

זכויות חברתיות

•זכויות חברתיות/מונדל-ק- מסביר למה אין צורך במעמד חוקתי שונה בין זכויות חברתיות לפוליטיות. לטעמו לא כל זכות חיובית היא חברתית בהכרח. בבסיס כל זכות חברתית יש "גרעין קשה", הן לא כ"כ עמומות. יתרה מזאת, אין לקבל את הטענה לשיקולי תקציב וזמן- זכויות האדם עולות על שיקולים אלו.

•גמזו נ' ישעיהו- השופט ברק אומר כי הזכות של כל אדם לקיום מינימאלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית שמעניק חו"י כבוד האדם וחירותו.

•עמותת מחויבות נ' שר האוצר- ברק: הזכות לתנאי מחייה מינימליים היא זכות חוקתית, אך הפגיעה בה צריכה להסתמך על נתונים מלאים. במקרה זה אין נתונים מלאים ולכן ברק דוחה את העתירה. לוי(מיעוט): התחשבות בקבוצות השונות היא הכרחית להגשמת תכלית החוק. בהתאם לפס"ד זה ניתן לטעון כי בית המשפט הישראלי נמצא בקו אחד יחד עם מדינות נוספות בעולם, שגם מכירות בזכויות החברתיות אך לא נוקטות פעולות לאכיפתן.

•קו לעובד נ' שר הרווחה- עתירה בנוגע לסל הבריאות של העובדים הזרים. השופטת ברק-אריז: קובעת כי הכיסוי הרפואי החלקי יוצר פגיעה בזכות לבריאות כנגזרת לכבוד האדם ופגיעה עצמאית בזכות לכבוד האדם.

•חסן נ' המוסד לביטוח לאומי- בנוגע לחוק הבטחת הכנסה. ביניש: צריך להפעיל את אותו מודל גם כשמדובר בזכויות חברתיות וגם כשמדובר על זכויות אזרחיות ופוליטיות. ביהמ"ש פוסל בפעם הראשונה ס' לחוק בשם זכות חברתית. הכרה בזכות לקיום מינימלי כגרעין חשוב מהזכות לכבוד.

•רובינשטיין נ' הכנסת- בנוגע למימון למוסדות חינוך חרדיים. גרוניס: יש לנקוט צעדי זהירות בהתערבות ביהמ"ש לגבי זכויות חברתיות, נימוקים: (1)זכויות חברתיות עלולות להטיל נטל על תקציב המדינה. (2)יש לערב שיקולים חברתיים ופוליטיים(לא ראוי שביהמ"ש יתערב). (3)מתן צו-עשה מגביל יותר את חופש הפעולה של הרשות מאשר צו-איסור.

•עדאלה נ' משרד הרווחה- עוסק בתקנה כי מי שלא יחסן את ילדיו לפי מערכת הבריאות לא יקבל הטבה מביטוח לאומי. השופטת ברק-אריז- יש בתקנה הגבלה של הזכות, אך היא הגבלה שנעשית לטובת קידום של דבר חשוב מאוד – הבטחת וקידום זכויות באופן חיובי, הוא דוגמא המשקפת את חובתו של השלטון לפעול באופן אקטיבי למען קידום ההגנה על זכויות יסוד.

האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים - ס' שמירת הדינים הוארך 3 פעמים לשנתיים ופעם אחת לארבע שנים (1992-2002). מאז שחלף תוקפו ב-2002 לא הוארך שוב.

בז'רנו נ' שר הפנים - "זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (חשין). ביטול הסדר משני בשל פגיעתו בחופש העיסוק. אימוץ רציונל הפרנסה של חופש העיסוק.

איגלו נ' שר המשחר והתעשייה - דורנר: שני רציונליים הנובעים ממימוש עצמי: 1) פרנסה 2) אוטונומיה. התנגשות פרנסה עם אינטרס קידום כלכלת המדינה - מבחן הודאות הסבירה לפגיעה ממשית. התנגשות האוטונומיה - מבחן ודאות קרובה לסכנה חמורה.

כיצד הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית אייל גרוס - גרוס קורא להרחיב את התפיסה האישית של חופש העיסוק - כמקור פרנסה (בז'רנו) ומימוש עצמי (מנהלי ההשקעות), המתמקדת בכניסה ובבחירה של מקצוע, לתפיסה התחרותית המרחיבה את הזכות ומתמקדת גם באופן העיסוק באותו מקצוע - הנובעת מטובת הציבור לשוויון הזדמנויות. לטעמו תחרות חופשית היא בין תאגידים בלבד ולא בין פרטים. כמו כן לדעתו החובה להעסיק כוללת קביעת תנאי עבודה נאותים.

המהפכה השקטה עלי זלברגר וסנדי קדר - ביקורת שביהמ"ש מעגן את סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על חוקים ע"י שימוש במקרה קל ושולי יחסית כדי לפתוח פתח לביקורת במקרה מעמיק יותר. כמו בפס"ד מנהלי השקעות.

לם - בנוגע למאבחים דידקטיים. דורנר: יש פגיעה מהותית בחופש העיסוק, שלא עומדת בפסקת ההגבלה - אין הסמכה, לא נעשו הוראות מעבר. ברק: הזכות לחופש העיסוק היא הגנתית ולא אקטיבית למעט כשמדובר במונופול, ואז חופש העיסוק הוא גם החופש להיות מועסק - אין עוד מי שיוכל להעסיק אותם חוץ ממשרד החינוך. העתירה התקבלה.

מיטראל נ' כנסת ישראל - פסקת ההתגברות היא לא המילה האחרונה, מאחר שיש עקרונות יסוד שלא ניתן לעבור עליהם בשיטתנו לשק"ד ביהמ"ש. בעובדה שאין בחו"י: כבוה"א פסקת התגברות אין כדי לרוקנה מתוכן בכל מקרה של פגיעה בכמה זכויות - ברק מציע 3 תנאים: 1. הפגיעה בזכויות אחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת. 2. הפגיעה בחופש העיסוק היא העיקרית והאחרת משנית. 3. הפגיעה בזכויות אדם אינה משמעותית.

ההליך החוקתי ספיר - ספיר מציע מודל נוסף למודל האמריקאי (לכל גוף זכות המילה האחרונה) ולמודל הקנדי (זכות המילה האחרונה שמורה לפוליטיקאים), שהוא המודל הדיאלוגי. דיון ביהמ"ש בסוגיה מסוימת נועד לחזק את הדיון בסוגיות ערכיות מהותיות. דיון רציני ומעמיק. החוקה צריכה להיות מנוסחת באופן עמום. זאת על מנת שביהמ"ש יוכל להציע עמדה והציבור יוכל להציע עמדה שונה באמצעות המחוקק.

חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר - השוויון לא עומד באופן עצמאי להצמחת זכות. ברק: **שלושה מצבים אפשריים**: 1. אדם דורש שוויון בדבר המגיע ע"פ דין - יקבל אותו מעצם היותו זכאי לא ולא בגלל שניתן לאחרים. 2. אדם דורש שוויון בדבר שלא מגיע לו או לאחרים ע"פ דין אבל ניתן לאחרים במצבו - לא יקבל אותו כי אינו זכאי לו (הסנקציה תהיה לשלול אותו גם מהאחרים). 3. אדם שדורש שוויון בדבר המוענק (הטבה) ע"פ שק"ד רשות מנהלית: א. אם הוא עומד בתנאים - יקבל (אופציה 1). ב. אם אינו עומד בתנאים אבל משהו אחר במצבו מקבל - זה המקרה שלנו, (אופציה 2) יפסיקו לתת למי שכן, או במידה ולא עושים זאת, יתחילו לתת למופלה לרעה - לא מחוסר שוויון אלא כי זכאית.

יקין נ' ראש עיריית באר שבע - זמיר: השוויון האריסטוטלי מצמיח זכות שאיסור פלילי ייאכף באופן שווה. **אכיפה בררנית = פגיעה בשוויון**. מבדילה בין המקרים בצורה פסולה ולמטרה פסולה ומדובר ב"שיקול זר" של העירייה. העתירה התקבלה = העותרים פסולים מדין.

מילר נ' שר הביטחון - מצא: מתבסס על שוויון אריסטוטלי. טענת הצבא מבוססת על הערכה בלבד ולא על נתונים

בדוקים. מצא מתעקש על הוכחה כיוון שהוא חושש שהשערת הצבא מבוססת על הטעיות בצורת החשיבה על נשים (סטריאוטיפים). אין שוני רלוונטי. דורנר: אומרת שהשוויון האריסטוטלי הוא טאוטולוגיה (אמת תמיד). לטעמה הפגיעה העיקרית היא בכבוד והשפלה. שטרסברג כהן: היא לא נוקטת בגישת השוויון האריסטוטלי אלא בגישת שוויון ההזדמנויות. על המדינה להבטיח שוויון הזדמנויות בחברה גם אם הוא מצריך תקציב כספי גבוה יותר.

עדאלה נ' משרד הרווחה - ברק ארז עושה הבחנה מתי פגיעה בשוויון תהיה מצודקת ע"פ פגיעה באוטונומיה.

אל על נ' דנילוניץ - הזכות לשוויון היא חוקתית ונגזרת מחוק יסוד כבוה"א וחירותו (ברק). דורנר טוענת שלא כל פגיעה בשוויון היא בכבוד האדם. העתירה על אפליה על רקע מיני מתקבלת.

מילר - יש להתחשב בכוונת המחוקק שלא רצה להכניס את השוויון במסגרת חו"י: כבוה"א. למעט מקרים של סיווגים חשודים בהם הפגיעה בשוויון כרוכה בהשפלה וגורם בעקיפין לפגיעה בחו"י (דורנר).

האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל - עתירה בנוגע מינוי חברים ערבים במוצעת מקרקעי ישראל. זמיר: מצמצם את תפיסתה של דורנר בפס"ד הקודם, בכך שבעיניו רק שוויון במובן הצר הוא זכות חוקתית, במקרים של סיווגים חשודים (דת, גזע, לאום).

התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת - ברק: אם מדובר על פגיעה בשוויון שכרוכה בהשפלה או באוטונומיה, הפגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד. חוק טל בשוויון במובן החוקתי. ב-2012 חוק טל בוטל, בשם פגיעתו בשוויון. השוויון נקרא פנימה לחו"י, ובשם הפגיעה בו ניתן לפסול חקיקה ראשית.

פרוואנסקי - חשדנות להבחנה על רקע קבוצתי - בין נשים לגברים, גם במקרה שבו הצד המופלה הוא זה שבאופן היסטורי נחשב כחזק.

חופש הדת, חופש מדת וספיר - בבסיס חופש הדת מצויים רציונל המצפון ורציונל התרבות. כותבי המאמר

מציינים כי במציאות בה הרוב הוא חילוני, לרוב אין זכות ממשית לתרבות, גם אין להם זכות מצפון כי טענת המצפון לא רלוונטית ב"חופש מדתי" – אין הבדל בין טיעונים דתיים לטיעונים חילוניים. יטען חופש מדת כאשר יש פגיעה בזכות לאוטנטיות (חיוב להשתתף בטקסים).

היקף

פסחו גולדשטיין נ' שר הפנים – שמגר (רוב): פקודת ההמרה רלוונטית רק לחוקים דתיים, חוק השבות הוא לא דתי. לכן יש פגיעה בחופש הדת בתפיסת היקף הפקודה ע"פ המשיבים. טל (מיעוט): אין פה פגיעה בחופש הדת מאחר שמדובר בצמצום של אפשרות העלייה לארץ הנתונה באופן טבעי להחלטת כל מדינה ריבונית.

יחורב נ' שר התחבורה – חופש התנועה מול הרגשות הדתיים בשל סגירת רחוב בר-אילן. ברק: מדובר בפגיעה ברגשות הדתיים = חופש המצפון, זהו אינטרס ולא נכנס לפגיעה בחופש דת.

שביט נ' חברת קדישא – ברק: חופש הדת = חופש המצפון. לא מכריחים את החברה לכתוב בפועל לכן אין פגיעה במצפון. אנגלרד (מיעוט): לא ניתן לדרג רגשות אישיים. מדובר בפגיעה בחופש הדת של החברה הנובעת מכבוה"א.

יגור אריה נ' הרשות השנייה – ברק (רוב): מדובר בפגיעה ברגשות הדתיים – מצפון (אינטרס) ולא בחופש דת. כדי שזה ידחה את חופש הביטוי, צריך פגיעה קשה וקרובה לוודאית = איזון אנכי, הכרעה. דורנר (מיעוט): יש פגיעה בחופש הדת מאחר שזה מנוגד לפסיקת הרב וגורם להם להיות שותפים לחילול ולכן מכריעה לטובת הדתיים (איזון אנכי).

חופש הביטוי

רציונל ומעמד

יקול העם נ' שר הפנים – שר הפנים סגר עיתון. אגרנט: חופש הביטוי הוא זכות חוקתית הנגזרת מהאופי הדמוקרטי של המדינה. ניתן לפגוע בו אם הוא עלול לפגוע בשלום הציבור, נבחן את הסתברות הפגיעה ע"י איזון אנכי. בהסתברות גבוהה לפגיעה נסתפק בבחינתה – אין משמעות לעוצמת הפגיעה.

יגולן נ' שירות בתי סוהר – נוגע לפרסום בעיתון של אסיר. מצא: חופש הביטוי מעוגן בחו"י כבוה"א, כחלק מרציונל האוטונומיה של הפרט. דורנר: פגיעה בחופש הביטוי = פגיעה בהגשמה העצמית ובאוטונומיה = השפלה. חשין (מיעוט): חולק על מצא.

יאבנרי נ' הכנסת – עתירה על חוק החרם. מלצר (רוב): אין פגיעה בגרעין של חופש הביטוי כי ההגבלה היא מצומצמת (רק על קריאה לחרם). תוצאה: העתירה מתקבלת בחלקה. ביטול העוולה הפלילית אבל לא את הסנקציות האחרות.

המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי ואלנה דיין – 1. הטיעון לחקר האמת, לגילוי האמת. 2. הטיעון הדמוקרטי – האמת הפוליטית" מחליפה כאן את "האמת האבסולוטית" שבמרכז הטיעון בדבר חקר האמת. 3. הטיעון להגשמה עצמית – אנו ממשים את עצמנו בכך שאנו ממשים את השקפותינו.

היקף

הסתה – אלבה נ' מדינת ישראל – ברק + דורנר: בוחנים את שלושת הרציונליים במקרה: חקר האמת, אוטונומיה ודמוקרטיה. ביטוי גזעני נכלל בתוך חופש הביטוי והוא מוגן ככל ביטוי אחר. מצא (רוב): חולק על הטענות שאומרות שאיסור פלילי על הסתה מגביל את חופש הביטוי ולגיטימי רק במקרים חמורים. לטענתו מבחן הוודאות הקרובה לא מתאים למקרה. ביטוי גזעני מסית לא נכלל בחופש הביטוי.

ילשון הרע – אבנרי נ' שפירא – ברק: חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי לשון הרע. עדיף סנקציה מאוחרת מאשר מניעה מוקדמת וצמצום היקף חופש הביטוי כשלא ידוע בוודאות שיהיה לשון הרע.

איך פוגעים בזכות?

פסטיבל למוזיקה אבו-גוש נ' שר התרבות – שופטי הרוב (קיסטר): אי תמיכה בגלל תוכן אינה נחשבת לפגיעה בחופש הביטוי. חיים כהן: יש פגיעה בחופש הביטוי בשלילת מימון שלא למטרת הגנה על ערכי המדינה וללא הצדקה.

בוגרי התיכון האורתודוקסי נ' שר האוצר – למרות שהעתירה נדחת מטעמי חוסר בשלות, ניתן להגיד חוק המפחית מימון ממי שמבזה את המדינה לא פוגע בחופש הביטוי.

יאבנרי – בנוגע לחוק החרם. השופט מלצר אומר שיש פגיעה בחופש הביטוי כי הסעיף קובע סנקציות אזרחיות ומנהליות בגלל ביטוי פוליטי. החוק מגביל את החירות הפוליטית. עם זאת, הפגיעה בחופש הביטוי לא מאוד משמעותית.

חופש הביטוי מול אינטרס הציבור

יקול העם – 4 שלבים בפסק הדין: 1. אגרנט: חשיבות חופש הביטוי – בכך שידחה מפני אינטרס שלום הציבור רק אם הפגיעה קרובה לוודאית בשלום הציבור ("ולא בגדר "עלול"). 2. גזירת הזכות מהדמוקרטיה בישראל – מאפשר גזירה של זכויות אחרות על אותו בסיס. כנגזרת מהיות המדינה דמוקרטית ולצורך שמירה על כך. 3. יצירת נוסחת איזון – לצורך הבחירה בעקרון העדיף, נראה שהמילה "עלול" שאינה פתח לשיקול דעת. 4. יישום המבחנים על המקרה – אין וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה ולכן שר הפנים חייב לחזור בו מהחלטתו לסגור את העיתון.

ישראל ביתנו נ' ועדת הבחירות המרכזית – צמצום המושג מתנה בהתאמה לתפיסה העקרונית שאין מגבילים את חופש הביטוי לולא וודאות קרובה. שימוש במבחן של ארגנט מקול העם. חופש הביטוי ייסוג מפני אינטרס ציבורי (טוהר הבחירות) רק במקרים של הסתברות גבוהה של קירבה לוודאות לפגיעה ממשית באינטרס.

סמכויות חירום

הכרזה על מצב חירום

האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת – עתירה לביטול ההכרזה על מצב חירום. ביהמ"ש טען כי מדינת ישראל עדיין לא הגיעה אל השקט ועומדים מולה איומים, אך עדיין לא נכון לנצל את הדבר שנקרא מצב חירום לצורכי חקיקה. יש התקדמות ושיפור בנושא ומעורבות בג"צ לא נדרשת עוד. רובינשטיין: בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה של הכנסת בנושאי ביטחון.

תקנות ההגנה

יליון נ' גוברניק – ביהמ"ש לא מבטל את תקנות ההגנה מאחר ששינויים מהותיים להבדיל משינויים טכניים הם ביד המחוקק, הוא לא כשיר לפסול את התקנות אבל כן מסכים שיש לפקח על הפעלתן.

שניצר נ' הצנזור – ברק: יש לאזן את פקודת ההגנה בהתאם לעקרונות היסוד של המדינה כיום באיזון בין שתי זכויות – ע"פ מבחן וודאות קרובה חמורה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה ובסדר הציבורי. ביהמ"ש מתחיל לסטות מהמובן הפורמלי ומתערב גם בשק"ד שמפעילה הרשות בתקנות ההגנה. ביטחון המדינה והסדר הציבורי לא שוללים את עקרונות היסוד.

תקנות שעת חירום

• פורז נ' ממשלת ישראל- ביהמ"ש קבע כי במצב חירום ניתן לחוקק תקנות שעת חירום עד שהכנסת תקבע חקיקה ראשית(חקיקה ראשית לוקחת יותר זמן).

חקיקת חירום בלתי תלויה

• פלוני נ' שר הביטחון- בטחון המדינה מול חירות הפרט וכבודו. על החוק חל שימור דינים (1979) ולכן ברק מפרש אותו מצומצמת- לא ניתן להחזיק עצורים כ"קלף מיקוח". העתירה מתקבלת. נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים מחדש.

• פלוני נ' מדינת ישראל- בייניש: קובעת שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חו"י: כבוה"א וחירותו ולכן הפגיעה חוקית. (1)מבהירה כי מטרת החוק איננה להכשיר מחבלים כ"קלפי מיקוח" אלא להרחיק סכנה. (2)לא מכריעה בעניין סעי' 7 הקובע חזקה של מסוכנות משום שמעולם לא נעשה בו שימוש. תוצאה: במקרה דן הוכחה המסוכנות של הפוגעים (גם ללא סעיף 7) ולכן העתירה נדחת.

מדינה יהודית ודמוקרטיה

הגירה ומרשם

• שליט נ' שר הפנים- עולה השאלה מי הוא יהודי לצורך המרשם? לפני מתן פס"ד הרכב שופטים ביקשו מהכנסת למחוק את ס' הלאום כדי להימנע מלהכריע בשאלה אידיאולוגית ולא משפטית, בקשתם לא התקבלה. זוסמן (רוב- 5): לרישום אין משמעות אופרטיבית ולכן אין בעיה. זילברג וקיסטר (מיעוט דתי): לא ניתן להפריד דת ולאום. לא יהודים – לא ירשמו, אחרת יהיו השלכות הרסניות. לנדוי ואגרנט (מיעוט חילוני): יש משמעות לרישום- קרב על הסמל. כתוצאה מכך מתקנים את חוק השבות ומוסיפים הגדרה מי הוא יהודי.

• פסרו נ' שר הפנים- יהודי שעבר גיור בישראל במרשם האוכלוסין. שמגר: פקודת ההמרה רלוונטית רק לחוקים בעלי אופי דתי בענייני מעמד אישי ולא רלוונטי לעניינים כמו חוק השבות שהם חיקוקים חילוניים. לא מתקבלת הלכת ש"ס (שהיא רק על חו"ל) מכיוון שהיא כבר מתגוררת בארץ וכפופה לפקודת העדה הדתית. העתירה נדחית ובעקבותיה מתכנסת ועדת נאמן.

• נעמת נ' שר הפנים- טירקל: יש חלל חקיקתי, כל עוד אין הגדרה לגיור לא צריך לרשום שום גיור. הלכה: מי שהתגייר בארץ או בחו"ל, לצורכי חוק המרשם יירשם כיהודי. בלי להכריע בשאלת תוקף הגיור לצורכי חוק השבות ובכלל. בעקבות בג"ץ נעמת נקבע כי אדם שעבר גיור קונסרבטיבי ורפורמי רשאי להירשם כיהודי בפרטי הלאום. פריט הלאום יישאר במרשם אך יימחק מתעודת הזהות.

• טושביים 1 נ' שר הפנים- יהודי שעבר גיור בארץ לחוק השבות. ביהמ"ש העליון ברוב 7-4 לא מקבל את העמדה כי מה שהגיע לארץ ואז התגייר לא יחשב ליהודי. ברק אומר כי עלייה משמעותה השתקעות בארץ והרצון לחיות בה. מדובר בהפליה. ביהמ"ש נמנע מלהכריע ושוב מבקש מהמדינה להציג עמדה עקרונית מהותית בעניין הגיור בארץ לצורך הכרה לשם חוק השבות.

• טושביים 2 נ' שר הפנים- יהודי שעבר גיור בחו"ל לחוק השבות. ברק לוקח את הטענה שגיור בחו"ל תקף אך אומר כי התנאי של הצטרפות לקהילה כדי להראות רצינות וכנות אינו המבחן הנכון. לכל קהילה יש סטנדרטים משלה.

• רוג'ובה נ' שר הפנים- יהודי שעבר גיור בארץ בחוק השבות. 1. הזכאות לשבות לא חלה על מתגייר בארץ- נאור: מנוגד לתכלית לעידוד עלייה. 2. גיור יהיה רק לפי הרבנות- נאור: מבחן הקהילה היהודית המוכרת מטושביים 2 מספיק. גיורים אורתודוקסיים פרטיים בארץ הינם תקפים. חוק השבות הוא הסדר ראשוני שנוגע לשאלות עקרוניות שיורדות לשורשי החברה הישראלית- רצוי שיעשה ע"י המחוקק ולא לדברי המנהל.

• סטמקה נ' שר הפנים- האם אזרח ישראלי שמתחנן עם עובדת זרה מקנה לה זכות השבות? ביהמ"ש בוחר בצמצום לפיה רק על יהודי ובן זוגו שעולים לארץ ולא על יהודי ובן זוג שחיי בישראל והתחנן עם לא יהודייה- זאת על מנת, למנוע חתונות פיקטיביות לשם קבלת אזרחות. זאת לפי תכלית החוק(לא להיפרד מבני משפחה) ולפי שיקול ההפליה(ערבים ומיעוטים).

• עדאלה נ' שר הפנים- עתירה נגד חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל. הזכויות החוקתיות לחיי משפחה ושוויון, המדינה טוענת לנימוק ביטחוני. פרוקציה(מיעוט) אומרת כי מה שעומד בבסיס החוק היא התכלית הדמוגרפית ולכן יש לפסול את החוק. חשין(רוב) ענה לה שהיא פותחת דבר שהמדינה לא טענה ולכן ביהמ"ש לא צריך להכריע בו. -היועמ"ש במסמך התגובה שלו לעתירה זו אומר שהחוק לא נועד לתכלית דמוגרפית אך גם אם תכליתו הייתה דמוגרפית, מה שלא קרה כאן, הרי שזה עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית.