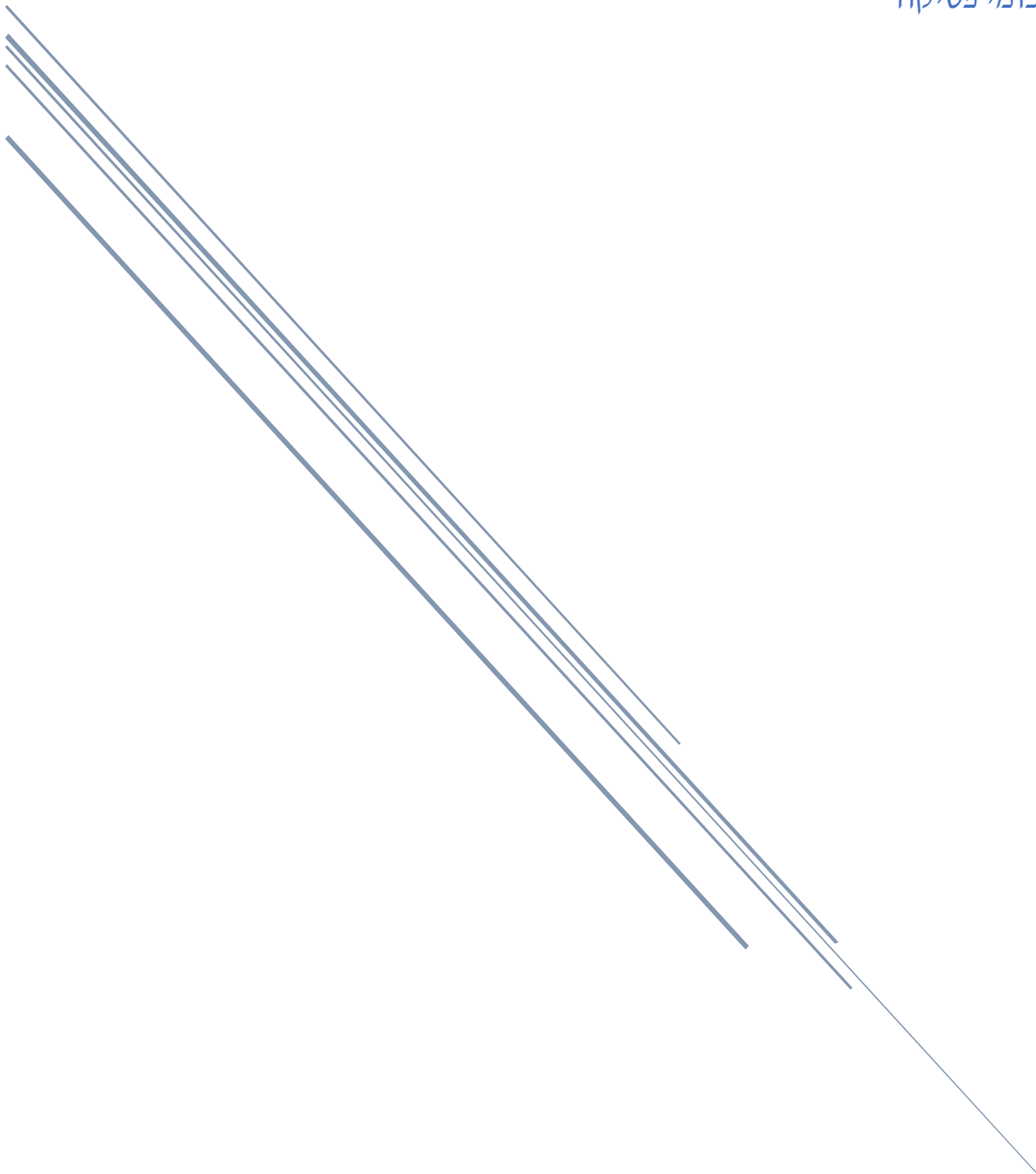


משפט חוקתי (תש"פ) / פרופ' גידי ספיר

סיכומי פסיקה



תוכן עניינים

1.	מבוא למשפט חוקתי	3
1.1.	חוקה- אפיונים וטיעונים בעד ונגד	3
1.2.	המצב בישראל	6
1.2.1.	המהלך החוקתי 1948-1992	7
1.2.2.	המהלך החוקתי 1992 ואילך	13
1.2.3.	המהלך החוקתי- השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים	18
1.2.4.	המהלך החוקתי – ביקורת שיפוטית תוכנית, הליכית ומשולבת	21
1.2.5.	חוקי היסוד כחוקה	23
2.	מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות	27
2.1.	הכנסת	27
2.1.1.	הבחירות לכנסת (לימוד עצמי)	27
2.1.2.	מוסדות הכנסת והליכי החקיקה (לימוד עצמי)	29
2.1.3.	היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת	32
2.1.4.	תקנון הכנסת ומעמדו	36
2.1.5.	חלוקת העבודה בין הכנסת והממשלה	38
2.1.6.	חסינות חברי הכנסת	39
2.1.7.	הדחת חבר כנסת מכהן	41
2.2.	הממשלה	42
2.2.1.	בחירות	42
2.2.2.	הסכמים קואליציוניים	42
2.2.3.	סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן	44
2.2.4.	הפסקת כהונת שר או סגן שר	46
2.3.	בתי המשפט	49
2.4.	נשיא המדינה (לימוד עצמי)	50
2.5.	מנגנוני פיקוח	52
2.5.1.	היועץ המשפטי לממשלה	52
2.5.2.	ביקורת המדינה (לימוד עצמי)	53
2.5.3.	וועדות חקירה (לימוד עצמי)	53
3.	זכויות האזרח	55
3.1.	מבוא	55
3.1.1.	מידתיות ונוסחאות איזון אחרות	55
3.1.2.	דרישת ההסמכה	58
3.1.3.	הלימה לערכי המדינה	60
3.1.4.	תכלית ראויה	60
3.1.5.	שאלות נוספות	62
3.1.6.	תוצאת הפגם החוקתי	64
3.2.	זכויות אזרח במשפט הפרטי	67
3.3.	כבוד האדם	69
3.4.	זכויות חברתיות	72
3.5.	חופש העיסוק	76

76	3.5.1 היסטוריה
76	3.5.2 רציונל ומגמה
78	3.5.3 היקף
80	3.6 שוויון
80	3.6.2 השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו
82	3.6.3 מעמד
83	3.6.4 סיווגים חשודים
84	3.7 חופש הדת וחופש מדת
84	3.7.1 רציונל
85	3.7.2 מעמד (לא בסילבוס)
86	3.7.3 היקף
88	3.8 חופש הביטוי
88	3.8.1 רציונאל ומעמד
89	3.8.2 היקף
90	3.8.3 איך פוגעים בזכות ?
91	3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור
92	4. סמכויות חירום
92	4.1 הכרזה על מצב חירום
92	4.2 תקנות הגנה (שעת חירום), 1945
93	4.3 תקנות שעת חירום
93	4.4 חקיקת חירום תלוית הכרזה
94	4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה
95	5. מדינה יהודית ודמוקרטית
96	5.1 הגירה ומרשם
96	הדילמה כשסע הפנימי-יהודי
99	הדילמה כשסע רוב-מיעוט

1. מבוא למשפט חוקתי	
1.1 חוקה- אפיונים וטיעונים בעד ונגד	
1. המודל והרציונל שבבסיסו- הרציונל הראשון והמקובל ביותר לאימוץ אסטרטגיה חוקתית הוא הרצון להגן על ערכי יסוד מפני פגיעה רציונל זה מבוסס על שתי הנחות יסוד: הראשונה היא שערכים מסוימים הם בעלי חשיבות עליונה, והשנייה היא שמעל אותם ערכים מרחפת תדיר סכנת פגיעה. מטרתו של העיגון החוקתי היא להגן על עצמנו מפני עצמנו. מערכת חוקתית המבקשת ליישם את הגישה דלעיל מבוססת על שלושה עקרונות יסוד: הענקת מעמד עליון למסמך, שרינון של המסמך מפני תיקון, ומנגנון אכיפה המקנה לבתי המשפט סמכות לפסול חקיקה ראשית העומדת לחוקה. 2. חולשות- איהסכמה בשאלת הערכים, מתח עם העיקרון הדמוקרטי, וכפועל יוצא מכך פגיעה בתדמיתו ובמעמדו של בית המשפט- סכנת פוליטיזציה. קיבעון מוסדי או כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו, דלדול השיח הדמוקרטי- בהיעדר סיכוי טוב להשפיע על התוצאה. 3. פתרונות- (א) הגבלת היקף הביקורת- מינימליזם- התערבות רק במקרה שבו המערכת הפוליטית פועלת בדרך המנוגדת בבירור להוראותיה המפורשות של החוקה. ביקורת רק לצורך הבטחת שמירה על האופי הדמוקרטי של ההליך הפוליטי- הגבלת סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית למקרים מסוימים בלבד. (ב) מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי- אימוצו של מנגנון דמוקרטי לבחירת שופטים, שיעניק לציבור הרחב, באמצעות נציגיו, שליטה על הרכבו של בית המשפט. (ג) הורדת רף השריון- ברוב המקרים השריון איננו מוחלט, אלא יחסי (ד) תורות פרשנות- קביעת העקרונות הפרשניים שצריכים להנחות את השופט בבואו לפרש ולאכוף את החוקה- אוריג'ינליזם- פרשנות של חוקה צריכה להלוו את כוונתם המקורית של מנסחיה או את המשמעות המקורית של הטקסט. נוניאוריג'ינליזם א': התאמה למערכת ערכים אובייקטיבית ראויה- על ביהמ"ש לפרש את החוקה באופן שיעלה בקנה עם תפיסה ערכית מסוימת. נוניאוריג'ינליזם ב': התאמה לתפיסות הערכיות הרווחות- לפי ביקל, במקרים שבהם אין בחוקה תשובה ברורה אחת בית המשפט פוסק או צריך לפסוק בהתאם לקונצנזוס בקרב הציבור הרחב בעניין זה.	גדעון ספיר, 3 מודלים של חוקה

בעד(V): נמנעים שינויים פזיזים המאיימים לשנות את המשטר החוקתי. רצוי מאד בישראל לאור העובדה שיש רק בית אחד. נגד: בגלל שריונה אין ביטוי לדעת הרוב כיום, חשש לפילוג. יש להכניס לחוקה רק כללי פרשנות לחוקים (במקרי גבול) ויש אומרים אף קונצנזוסים (ע"מ למנוע פילוג). האכיפה תיעשה ע"י ביהמ"ש בתור הגוף המומחה והבלתי תלוי. כשקיימים 2 סייגים לסמכותו: 1. לא ישתרע על פעולות הנהנות מחסינות עפ"י הוראות חוק ספציפיות (חסינות הנשיא לדוג') 2. זכות הפניה לביהמ"ש תהייה מוגבלת לתקופת זמן מסוימת ע"מ למנוע חוסר יציבות/ודאות נגד פיקוח שיפוטי על החוקה: שופטים לא מסוגלים להכריע בשאלות אידי' מהותיות, העליון יהפוך למעין מחוקק עליון, שופט מושפע מהשקפתו הסוביי, פוליטיזציה, פרדוקס: יכול לבטל חוק הנוגד את ערכיו אך לא לחוקק חוק חדש המבטא ערכים אלו, התנגדות שאר הרשויות, פגיעה בהפרדת הרשויות. לדעת לנדוי, החוק הרצוי הוא שחוקי היסוד הקיימים יקבלו מעמד של חוק עליון וישוריינו. לדעתו, משטר לא יכול להתקיים בלי הגבלות מסוימות על זכויות אזרח מסוימות. מוטב שנלך לפי השיטה האנגלית, שבה ביהמ"ש מפרש את חוק הפרלמנט מבלי לבטלו. כמכשיר לפרוש מציע לנדוי את מגילת הזכויות. לנדוי מחלק את החוקה לשני עיקרים: • קביעת מסגרת השלטון – בה חושב <u>שנדרש</u> מעמד חוק עליון, ובמיוחד באין לנו בית שני לפרלמנט. * הוראות מהותיות, שעוסקות בעיקרי המשטר החברתי ורשימת זכויות האזרח. לגבי הוראות אלו סובר לנדוי שאין לכבול את התפתחות הדינמית של השקפות הציבור, שמבטאות בחקיקה, וממליץ להסתפק במיזוג מגילת העצמאות לתוך החוקה כקוים מנחים עקרוניים בלבד. כלומר – אין להעמיד חוקים אלו כחוקי על משוריינים.	משה לנדוי, חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?
בתאוריה מקובל להבחין בין 2 דגמי אב של ביקורת שיפוטית: א. הדגם הריכוזי: מקורו באוסטריה, שכיח במדינות הקונטיננטל. לפיו, בית משפט אחד מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית. הבחירה בשיטה זו, מבוססת על תפיסה לפיה ביקורת שיפוטית היא פוליטית בעיקרה, שפוגעת בסמכות המחוקק לחוקק חוקים. לכן, על מנת לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, יש לצמצם את פגיעה זו ולתת את הסמכות לבית משפט אחד בלבד – ולא לכל הרשות השופטת. במדינות הקונטיננטל תפקיד השופט מצומצם ואף לא אומץ שם עקרון התקדים המחייב – דבר המסביר את הבחירה במודל הריכוזי. במרבית המדינות הקונטיננטליות הוקם בית משפט מיוחד לביקורת שיפוטית. זה אף מתאים למציאות השוכנת במדינות הקונטיננטליות – בבתי המשפט העליונים עומס רב, שכן אין להם סמכות לסנן את התיקים המגיעים אליהם, בשל כך הם גם לא יצליחו להכריע במהירות בעניינים חוקתיים. כמו כן מדובר בשופטים שעוסקים בכך מסיום לימודיהם, הם מחונכים לטכניות, לא לעיצוב מדיניות. על כן – בתי משפט רגילים ושופטים רגילים לא יצליחו לבצע ביקורת שיפוטית. המודל הריכוזי והקמת גוף ייחודי מאפשרים לאמץ מנגנון פוליטי וייחודי למינוי שופטים לביהמ"ש שמיועד לביקורת שיפוטית. מודל זה פחות מתאים לישראל, אשר שופטיה אינם שופטי קריירה, אלא שופטים שמפעילים שיקול דעת גם בתיקים רגילים. כמו כן, ישראל משתייכת למדינות המשפט המקובל. מהן חולשות המודל? ראשית, הוא לא מציע פתרון הולם לבעיה שהוא מנסה לפתור – פוליטיזציה של המע' השיפוטית. שנית, גם אם הבעיה נפתרת לרוב הנזק יעלה על התועלת. ב. הדגם הביזורי: שכיח במדינות המשפט המקובל. לפיו, כל בתי המשפט מוסמכים לבצע ביקורת שיפוטית. עלו מס' הצעות לאימוץ המודל הריכוזי בישראל. ספיר מאמין כי גם אם היה אפשר לאמץ את המודל הריכוזי, יש לשקול זאת היטב – כי ישנו מחיר כבד הכרוך בכך. ישראל פועלת היום עפ"י דגם ביניים בעל מרכיבים ריכוזיים וביזוריים – כל בתי המשפט רשאים לפסול חוק (ביזורי) אך הסמכות לכך נגררת – רק בשל דיון בעניין אחר הנתון בסמכותם.	גידעון ספיר, המהפכה החוקתית - עבר, הווה ועתיד (תש"ע) 140-146

<u>תיאורית הפרשנות התכליתית של ברק</u> - ביקורת על ברק : זוהי תיאוריה עמומה המותירה שק"ד נרחב מדי לשופטים וכך יש חשש לפגיעה בכוונת המחוקק ובדמו', העמימות פוגעת בוודאות המשפט ויציבותו, נורמה צריכה להיות כללית ופוזיטיבית, שלטון החוק נפגע, קושי מבני-מצד אחד אין משמעות אחת לטקסט ומצד שני יש שיטה סדורה שתאפשר לפרש חוקים. מי קובע מהי הקהילייה הפרשנית מהם ערכי השיטה והכלים לגילוי התכלית?	ניר קדר, המהפכה הפרשנית
<u>ברק</u>: לעומת השופט גרוניס לא מאמין בצמצום יכולת בית המשפט להתערבות. לטענתו, הגישה שגויה והיא מבוססת על תפיסה צרה ובלתי ראויה של הדמוקרטיה. פרשנות זו תהווה קושי באבחנה בין "עריצות הרוב" לבין "שלטון הרוב". <u>גרוניס</u>: אין להתערב בחוק טל ובהחלטה על החוק משום שהדמוקרטיה בעצמה קבעה אותו, על פי שלטון הרוב. לשופטים אין צורך להתערב, כי תפקידם הוא לדאוג לתקינותו של ההליך הפוליטי ולשמור על זכויות המיעוט - ולא מעבר (זכויות המיעוט-תוספת על אילי). כל עוד לא נפגעו כללי המשחק הדמוקרטי- אין מקום לביקורת שיפוטית.	עתירה כנגד חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (להלן - 'חוק טל'). לטענת העותרים, חוק טל פוגע בעקרון השוויון. בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת

1.2 המצב בישראל

שלב ראשון - 1948 - הכרזת העצמאות:

1. עד ל- 1.10.1948 יתקיימו בחירות לאסיפה המכוננת שתגבש חוקה למד"י.
2. מסיום המנדט ועד אז תפעל מועצת העם כמועצת המדינה הזמנית ומנהלת העם תפעל כממשלה זמנית. עוד באותו יום הוצא מנשר לפיו מתוקף הכרזת העצמאות לפיה הוקמו מוסדות השלטון הזמניים, מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת.

שלב שני - פקודת המעבר לאסיפה המכוננת:

מועצת המדינה הזמנית תוסיף לכהן עד התאסף האסיפה המכוננת של מד"י. בהתאספה, תתפזר מועצת המדינה הזמנית ותיחדל מלהתקיים. בפקודת המעבר נקבע כי מועצת המדינה הזמנית מעבירה את כל סמכויותיה לאסיפה המכוננת (כולל סמכויות חקיקה).

שלב שלישי - 1949 - בחירות לאסיפה המכוננת שהייתה אמורה לנסח חוקה ולהתפזר מיד

לאחר מכן על מנת לקיים בחירות לפרלמנט. למעשה, במקום שני גופים נפרדים (מחוקק ומכונן) נוצר מצב של גוף אחד בעל סמכות מכוננת וסמכות חקיקה זמנית.

שלב רביעי - 1949 - חוק המעבר. ס' 1 קבע כי לבית המחוקקים ייקרא כנסת. לאסיפה המכוננת ייקרא הכנסת הראשונה. למעשה הוטלו בכך על הכנסת הראשונה שני תפקידים:

1. מכונן חוקה
2. חקיקת חוקים רגילים.

שלב חמישי - 1950 - החלטת הררי - הכנסת הראשונה מטילה על ועדת חוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה שתהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת במידה שהוועדה תסיים עבודתה וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה.

שלב שישי - חוק המעבר לכנסת השנייה: העברת סמכויות מכנסת לכנסת: הכנסת הראשונה לא הספיקה לכוון אף פרק בחוקה עד פיזור אולם טרם פיזורה חוקקה את חוק המעבר לכנסת השנייה לפיו מועברות לכנסת השנייה וחבריה כל סמכויות הכנסת הראשונה ובכלל זה הסמכות לכוון חוקה. כ"כ החוק מעביר את הסמכויות הלאה לכנסת השלישית ולכל כנסת שאחריה כל עוד לא קיבל הכנסת חוק אחר בנידון.

לכאורה טרם פקיעת הסמכות המכוננת העבירה אותה הכנסת הראשונה לכנסת השנייה ולכל כנסת אחריה. כולן יחבשו שני כובעים: מכונן ומחוקק.

הגישות לכך:

1. פרופ' נימר - סמכות מכוננת אינה דבר שניתן להעביר מיד ליד. אם הכנסת הראשונה לא חוקקה חוקה הסמכות נעלמת ולא ניתן להעבירה. זוהי גם גישתו של השופט חשין בפס"ד מזרחי.

2. גישות השופטים בפס"ד מזרחי:

1. שמגר: מציג שתי תורות המכירות בסמכות הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית:

א. תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת.

ב. תורת הרשות המכוננת - לפיה עברו הסמכויות של האסיפה המכוננת לכל כנסת ולכן הכנסת היא בעלת שני כובעים. מבין שתי התורות העדיף שמגר את הראשונה שלדיו נותנת ביטוי מדויק להיסטוריה החקיקתית והתפיסות המקובלות.

2. ברק:

לכל כנסת בישראל הסמכות ליתן חוקה בדמות חוקי-יסוד מתוך שלושה מודלים:

א. רציפות חוקתית

ב. המבנה החוקתי הקיים והבחנה בין נורמות ראשוניות לנורמות משניות

ג. הפירוש הטוב ביותר למכלול ההסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון - בתודעה המשפטית-חברתית של מד"י טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת מוסמכת ליתן חוקה לישראל. זהו הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה המשפטית והחברתית מקום המדינה ועד היום.

3. חשין:

הסמכות לכוון חוקה נותרה בידה האסיפה המכוננת עם הפיכתה לכנסת הראשונה. כאשר התפזרה מבלי לכתוב חוקה פקעה זכותה. זו הייתה זכות אישית וחד פעמית שלא עברה לכנסות שאחריה. לתורת שני הכתרים והריבונות הבלתי מוגבלת אין אחיזה במשפט ארצנו ומכאן כי אין לכנסת סמכות מכוננת לכתוב חוקה. זאת להבדיל מסמכותה לחוקק חוקים משוריינים כחוקי היסוד.

1948 - עד החלטת הררי - סמכות הכנסת כמחוקק ומכונן

1.2.1 המהלך החוקתי 1948-1992

בז'רנו נ' שר המשטרה	המבקשים עסקו במשך שנים בהסדרת רישיונות, תשלום אגרות וכיו"ב עבור בעלי מכוניות, עד שמשרד הרישוי אסר זאת עליהם בנימוק שאין צורך באנשי-ביניים מסוג זה. ב"כ המשיבים טען שאין בנמצא חוק המחייב את מרשיו להתיר את פעילות העותרים.	השופט חשין האב: גישת ב"כ המשיבים אינה מקובלת. אין לאסור על אדם את זכותו שבדין (במקרה זה – חופש העיסוק) בהיעדר חוק הקובע סייגים/רגולציות (למשל, הדרישה לרישיון מיוחד לשם עיסוק בעריכת דין, רפואה, תיווך וכיו"ב). מקום שמבקש מתלונן שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסוימת, על הפקיד להוכיח שיש צידוק לאיסור זה. זכות לעסוק במלאכת יד- זכות טבעית קנויה של כל אדם, בין אם היא מעוגנת במסמך חוקתי ובין אם לאו. לא ניתן לפגוע בה כל עוד לא הוטל איסור עפ"י חוק. פגיעה בזכות אדם (חופש העיסוק) צריכה להיעשות בחקיקה ראשית, או ע"י מתן הסמכה מפורשת לחקיקת משנה (מחקיקה ראשית). העתירה התקבלה
שטרייט נ' הרב הראשי לישראל	אדם ביקש להתגרש מאשתו, ומשמיאנה פנה לרב הראשי ע"מ לקבל היתר נישואין בהתאם לס' 5 לתיקון לחוק העונשין (ריבוי נישואין). האישה פונה לבג"צ בבקשה להורות לרב הראשי לא לחתום על ההיתר. הנימוק שבו היא משתמשת, מעבר לפגיעה בשוויון בין נשים וגברים, הוא שיש פגיעה בעקרון השוויון בין יהודים ללא-יהודים, מכיוון שיהודים יכולים לקבל היתר מכל עילה שנראית לביה"ד הרבני, בעוד שלגבי לא-יהודים יש תניות ספציפיות.	כהן: גם אם שק"ד נתון בידי הרשות באופן מוחלט, עדיין יש להוכיח לביהמ"ש ששק"ד הופעל למטרה שלשמה ניתן או למטרה שיכולה להיות טובה וסבירה כשלעצמה. מזהה אפליה בחוק גם בין נשים לגברים וגם בין יהודים ללא יהודים ולכן מציע לפרש את ס' 5 לאור ס' 6- בצמצום. לביה"ד הרבני אין סמכות לתת היתר נישואין במצב זה. ביהמ"ש אומר שלא יכול להיות שהמחוקק התכוון ליצור חקיקה מפלה בין יהודים לשאינם יהודים, ולכן את ס' 5 צריך לקרוא לאור ס' 6, והיות שבמקרה הזה התניות שבס' 6 אינן מתקיימות – אין הרבנים רשאים לתת היתר נישואין. במלים אחרות, ביהמ"ש משתמש בכלים פרשניים בכדי לצמצם את אי-השוויון. חזקה פרשנית ← ביה"ש יעדיף תמיד פרשנות העולה בקנה אחד עם הגנה על זכויות אדם. כשביהמ"ש נדרש לבחור בין פרשנות שפוגעת בזכויות ובין כזו שאינה פוגעת, הוא לעולם יבחר בזו שאינה פוגעת, מתוך הנחה שהמחוקק מעוניין לכבד זכויות כאלה. זה פס"ד שבו ביהמ"ש עשה מאמץ אינטלקטואלי כביר כדי לסתור את לשון החוק, כי הרי עצם קיומם של שני סעיפים נפרדים מראה על כוונה ליצור הסדר נפרד ליהודים וללא-יהודים. העתירה מתקבלת

לנדוי לא מוכן לדון בשאלת מעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד ושאלת השפיטות (למרות שלדעת ספיר קיימת הכרעה-לחויי אין עליונות נור' ע"פ חוק רגיל. העתירה התקבלה רק כי לא היה רוב). לנדוי קבע כי הסעיף חל על הזכות לבחור ועל הזכות להיבחר. עקרון השוויון אומנם אינו מעוגן בחוקה כתובה ואף לא בסעיף משוריין של חוק יסוד ואף על פי כן זהו רעיון שאינו כתוב עלי ספר ובכל זאת הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו. מאחר ויש פגיעה בעקרון השוויון הכנסת תחזור ותחוקק את הוראות המימון למרות חוסר השוויון שבהן אם ימצא להן הרוב הדרוש או שתתקנו כדי להסיר את חוסר השוויון שבו. למעשה, לנדוי לא כתב בפסק הדין שחוק המימון בטל, אך זוהי המשמעות הלכה למעשה. החוק אינו בטל אך שר האוצר לא יכול לפעול לפיו עד שיעשה אחד מהשניים לעיל. כ"כ, על אף קבלת העתירה הבהיר לנדוי כי הדיון מעורר שאלות חוקתיות כבדות משקל בהן אין הוא נוקט עמדה (שאלות בדבר מעמד חוקי היסוד ובדבר סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה באמצעות שריון הוראות חוק וכן שאלת עצם השפיטות של עניינים אלו בפני ביהמ"ש העליון. העתירה התקבלה - אך החוק לא בוטל.	כידוע ע"פ חוק, רשימות שמשותפות בבחירות מקבלות מימון ע"י המדינה. הכנסת 6 מחוקקת חוק (ברוב רגיל) שאומר שמפלגות חדשות לא יתוקצבו על ידי המדינה. העותרים טוענים שקביעה זו עומדת בסתירה לסעיף 4 בחו"י הכנסת, כלומר פגיעה בשוויון. המדינה טוענת שאין פגיעה בעקרון השוויון ואם יש היא מינורית.	ברגמן נ' שר האוצר (הפעם הראשונה שביהמ"ש מבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת) ברגמן נשען בטענתו על לשון החוק.
שינוי חוק יסוד לא בהכרח צריך להיעשות ע"י חוק יסוד אחר או חוק מיוחד והוא יכול להיעשות גם בדרך חקיקה רגילה של הכנסת אם עומדת בדרישת הרוב הדרוש. אין לכך אחיזה בלשון החוק. במשטר החוקתי שלנו דין הכנסת כרשות המחוקקת הינו דין, ועל ביהמ"ש לפרש את הדין ולהפעילו- לא לבטלו או לשנותו. הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים, היא חופשית בבחירת הנושא לכל חוק וקביעת תוכנו. כל חוק היוצא מבית היוצר שלה- יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף. העתירה נדחת <u>סותר את הטענה שלחוק יסוד משוריין יש עליונות נורמטיבית (טענה 2).</u>	קניאל הוא פרופ' למתמטיקה באוני' העברית הטוען שלפי חישובים שערך נתברר לו שתיקון חוק הבחירות לכנסת מעניק בחלוקת עודפי הקולות בכנסת יתרון בולט לסיעות הגדולות על פני הסיעות הקטנות ומשום כך פוגע בעקרון השוויון הקבוע בס' 4 לחוק-יסוד הכנסת. זאת למרות שתיקון החוק התקבל בכל הקריאות מעל 61 קולות.	קניאל נ' שר המשפטים (פסיקה שסירבה לבטל חקיקה ראשית) קניאל נשען בטענתו על תיאוריה חוקתית בניגוד לברגמן ואולם ביהמ"ש אינו מתייחס לתיאוריה החוקתית אלא פוסק ע"פ לשון החוק.

טענת המערערת - בין השאר, כי ע"פ ס' 31 לחו"י: הממשלה, לא היה שר התעשייה והמסחר רשאי להעביר את סמכות התקינה לממונה על התקינה, ומכאן שחוק התקנים שעל פיו הואשמה המערערת אינו תקף. הש' ברנזון: האצלת הסמכות ע"י השר לממונה על התקינה- בדין יסודה. חוק התקנים נחקק לפני יסוד הממשלה- בדר"כ חוק מאוחר גובר על חוק קודם כך שאפילו מבלי להכריע בשאלת העליונות הנורמטיבית היה צריך להגיע למסקנה שחוק יסוד הממשלה עדיף על חוק התקנים. אולם ביהמ"ש קבע כי אין לפעול על פי חוק זה אלא ע"פ הכלל לפיו חוק ספציפי גובר על חוק כללי. אין הבחנה לכך שמדובר בחוק יסוד! ביהמ"ש קובע כי חוק רגיל (ספציפי) עדיף על חו"י (כללי). הערעור נדחה הביקורת על פסק הדין: יישום כלל זה בתחומי המשפט החוקתי הוא בעייתי ביותר. כאשר מיישמים את הכלל על חוקים שבאותו מדרג נורמטיבי לא מתעורר כל קושי אך בפרשנות חוקה יישומו של הכלל אינו הגיוני- חוקה תמיד תנוסח בצורה כללית. אם ננקוט בצורה זו פס"ד נגב מייתר כליל את חוקי היסוד.	לקיחת דגימות דלק מתחנה הראו שאין עמידה בתקן ושהמערערת למעשה מהלה דלק במים. המערערת נתבעה לדין פלילי בעילת תיאור מסחרי כוזב וכיו"ב, ע"פ חוק התקנים והורשעה בפני המחוזי.	נגב נ' מדינת ישראל (פסיקה שסירבה לבטל חקיקה ראשית) ביהמ"ש מפעיל כללי פרשנות רגילים תוך סירוב לייחס משקל כלשהו למעמדם של חוקי היסוד. סותר את הטענה "כל חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית", טענה 1.
דעת הרוב (אלון): החוק אכן לא עבר בקריאה טרומית ברוב של 61 קולות כנדרש ולכן בטל. בד"כ תוקף חקיקת הכנסת אינה נתונה לביקורת שיפוטית פרט למקרים שנעשה בניגוד לשריון שבחוקי יסוד (חריגה מסמכות). מותר לעלין לבטל אך ורק חוק הנוגד חו"י משוריינן (גם ללא חוקה) שהרי העליון כפוף לשלטון החוק ולכן הוא מצווה לשמור עליו. דעת המיעוט (ברק): ביהמ"ש יכול להצהיר על בטלותו של חוק גם בהעדר חוקה אם החוק נוגד את "עקרונות היסוד של השיטה". כל חוק שעומד בניגוד לעקרונות יסוד אלו ניתן לביטול, אפילו אם אינו משוריין ואפילו התקבל ברוב הדרוש. עם זאת, ברק בוחר להשאיר בשלב זה של החיים הלאומיים את ההחלטה על כך לכנסת ("לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל אין זה ראוי כי ביהמ"ש יסטה מהגישה המקובלת, המשקפת את המסורת המשפטית - פוליטית ואין זה ראוי כי יאמץ גישה חדשה המכירה בכוחו להצהיר על בטלות של חוק- שאינו סותר הוראה משורינת בחוק יסוד- הנוגד עקרונות יסוד של השיטה. נראה שתפיסת הציבור היא כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות-בשלב זה של החיים הלאומיים-על ידי העם ונציגיו הנבחרים"). לדעת ברק, הציבור לא בשל לכך כעת. החידוש בדעת ברק: מציג דוקטרינה מרחיקת לכת לפיה חוקי היסוד עומדים מעל לחוקים רגילים, אך מעל לחוקי היסוד עומדים "עקרונות יסוד של השיטה" וניתן לבטל כל חוק שעומד בסתירה להם. ייתכן כי אף חוק-יסוד, שכן אין דבר חקיקה החסין מפני ביקורת על "עקרונות היסוד". הסטנדרט לפסילת חוק ע"י בימ"ש בעצם חמור יותר מהסטנדרט בחוקה. הערה: אמרת אגב זו נחשבת בעיני מלומדים ל"נשק יום הדין". אם הכנסת תחליט לבטל כליל את חוקי היסוד, עדיין יוכל ביהמ"ש לבצע ביקורת שיפוטית לאור "עקרונות יסוד של השיטה". ספיר: עקרון השוויון קיבל נוקשות ועליונות בחו"י אולם נקבע כי ניתן לעקוף אותו ע"י רוב. אם כך, ברק בעצם אומר כי אם החוקה עומדת בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה (כגון שוויון)אזי הוא יבחן את החוקים לאור עקרונות היסוד של השיטה ולא לאור החוקה. העתירה התקבלה	העותרים תבעו מביהמ"ש למנוע את אישורו של שינוי בדיעבד בתקציב המפלגות לבחירות לכנסת ה-12 באמצעות תיקון חוק מימון מפלגות, בטענה כי התיקון הנ"ל התקבל שלא תוך שמירה על התניות הקבועות בס' 4 לחו"י: הכנסת (ללא רוב מיוחס בקריאה הטרומית). כמו כן טען ב"כ העותרים כי תיקון הפוגע בעקרון השוויון מנוגד לשיטתנו ולכן הוא נעדר תוקף.	תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת

קרצ'מר, מברגמן וקול העם
לבנק המזרחי: הדרך
לביקורת שיפוטית על
חוקים הפוגעים בזכויות
אדם

פרופ' קרצ'מר טוען שביהמ"ש אינו יכול לטעון שלא הכריע בשאלת סמכותו. אם לנדוי היה מוכן להמשיך בדיון הוא קנה לעצמו סמכות. **מבחינת קביעת הסטטוס של חו"י הכנסת, יש שלוש אפשרויות שבתוקפן ניתן להסביר את פסה"ד. אלו 3 גישות למעמד הנורמטיבי של חו"י:**

א. **מעמדם של חוקי היסוד מעניק להם עדיפות נורמטיבית:** המשמעות- במקרה של סתירה בין חוק יסוד לבין חוק רגיל- חוק יסוד גובר. תזה זו לא הייתה הבסיס לפס"ד ברגמן שכן ביהמ"ש הורה לא לפעול ע"פ החוק אלא אם יוחקו הוראותיו מחדש ברוב מיוחס. ההכרעה אינה מתיישבת עם תפישה לפיה לחוקי היסוד עליונות נורמטיבית שכן גם אם יוחק החוק מחדש ברוב מיוחס עדיין תעמוד סתירה בין הוראותיו להוראות חוק היסוד.

ב. **ריבונות הכנסת בתחום החקיקה- הכנסת יכולה להגביל את עצמה: ביהמ"ש יכבד הגבלה תחיקתית על כוחה של הכנסת לחוקק כשם שהוא מכבד כל הוראה תחיקתית אחרת.** לרכיב משוריין יש עליונות. מעורר בעיות בשני מישורים: א. **במישור המושגי:** כל כבילה עצמית של הכנסת תעמוד בסתירה לאופיה כמחוקק הנהנה מריבונות מלאה. ב. **במישור העקרוני:** ממשלה שנהנית מתמיכת רוב פרלמנטרי תוכל ליישם מדיניות ולשריין המדיניות כך שהממשלה הבאה שתהנה מרוב פרלמנטרי אחר לא תוכל לשנותה- הכרה בכוח המחייב של שריון עלולה לסכל יכולתה של ממשלה חדשה ליישם המדיניות שלשם ביצועה נבחרה. מנגד ההצדקה לכך הינה שעקרונות היסוד הנקבעים בסעיפים משוריינים אינם באים לשרת השקפה/אינטרס של ממשלה מסוימת אלא לחול בכל מצב- ללא קשר למדיניות שתהיה.

ג. **מעמדם החוקתי של חוקי היסוד בא מעצם היותם "חוק-יסוד" + שריון.** לחוק יסוד עצמו אין מעמד נורמטיבי עדיף. כ"כ אין סמכות כללית של הכנסת להגביל עצמה בתחום החקיקה.

תיוזה זו מחייבת התמודדות עם כמה שאלות **בדבר סמכות הכנסת לכוון הסדרים חוקתיים:**

1. **ע"פ פרופ' קליין (והש' ברק בבנק המזרחי)** לכנסת סמכות הן כרשות מחוקקת והן כרשות מכוננת. כאשר קובעת חוקי יסוד פועלת כרשות מכוננת שיש ביכולתה להגביל את הרשות המחוקקת.
2. **ע"פ שמגר** הכנסת הינה ריבון בתחום החקיקה ומכאן נובעת סמכותה לכוון הסדרים חוקתיים.

אם נראה את הכנסת כרשות מכוננת-סמכותה מוגבלת לשריון של חו"י בלבד, אך אם נראה אותה כריבון-סמכותה לשריין כל חוק.

לאור זאת לדעת קרצ'מר הלכת ברגמן קובעת כך: ביהמ"ש יצווה על הרשויות שלא לפעול ע"פ חוק הסותר הוראה בחוק יסוד, הדורשת רוב חברי הכנסת לשינויה, אם אותו חוק לא נתקבל ברוב האמור.

צירוף הלכות ברגמן-קניאל-רסלר-נגב

הנחת היסוד של ביהמ"ש בפס"ד ברגמן ← לכנסת יש יכולת לשריין הסדרים בחוק יסוד.

הנחת היסוד בפס"דים קניאל, רסלר, נגב ← לכאורה, אין מעמד מיוחד לחוקי היסוד. **האם 2 אינו סותר את 1? קרצ'מר מציע שתי תיזות להתמודדות:**

1. פס"ד ברגמן אינו נשען כלל על מעמדו של חוק יסוד הכנסת אלא רק על סמכותה הכללית לכבול עצמה- בין בחוק רגיל בין בחוק יסוד.

2. קניאל-רסלר-נגב אינם כופרים במעמדם הפוטנציאלי של חוקי היסוד אלא רק בהנחה שחוקה גוברת על חוק רגיל, גם אם לא ניתן לכך ביטוי בחוקה עצמה.

לפי גישה זו ההלכה לגביי היחס בין חוקי יסוד לחוקים רגילים כפי שמשמעת מהלכות ברגמן-נגב-קניאל-רסלר היא:

א. בהיעדר הוראה מפורשת בחוק יסוד, אין לו מעמד מיוחד.

ב. ביהמ"ש יכיר בהוראת שריון מפורשת בחוק יסוד.

לסיכום: העמדה בה תומך קרצ'מר במאמרו: ביהמ"ש יכיר בעליונות חוק יסוד רק כאשר מדובר בחוק-יסוד משוריין (הסבר שלישי לפס"ד ברגמן).

1948- הכרזת המדינה בה דובר מפורשות על בחירות לאסיפה מכוננת ואימוץ חוקה כתובה.

(ע"פ דרישת האו"ם). עפ"י ההכרעה בזמן ההכרזה של המדינה ולאחריה - למדינת ישראל צריכה להיות חוקה פורמלית וחוקה זו תהיה עליונה, נוקשה, כוללת מגילות זכויות מקיפה ומלאה, לרבות זכויות חברתיות וסוציאליות, וכוללת מנגנון מסויים של ביקורת שיפוטית.

1949- מועצת המדינה הזמנית הופכת לאסיפה מכוננת ומחוקקת וקובעת כי תיחדל להתקיים עם כינון אסיפה מכוננת.

1950- קבלת החלטת הררי לפיה הכנסת מטילה על ועדת חוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהיה חוק יסודי בפני עצמו.

הפרקים יובאו בפני הכנסת ויתאגדו יחד לחוקת המדינה. ההחלטה עמומה בשני דברים:

מועד השלמת החוקה

מעמד החוקה

הטיעונים נגד:

דתיים – לעם ישראל יש את חוקת התורה.

הקואליציה התנגדה ממספר טעמים:

א. טענה עקרונית נגד נוקשות (בשל הצורך בגמישות רבה).

ב. נגד הקיבוע- לא מוצדק שמיעוט העם היהודי יקבע חוקה שתחייב את אלו שיעלו בעתיד.

ג. נגד ביקורת שיפוטית- תוך אזכור הניסיון האמריקני מתקופת הניו-דיל.

בעד:

האופוזיציה ראתה בחוקה דרך להגן על זכויותיה ותמכה בה.

החשש מביקורת שיפוטית היה משותף למתנגדים ולתומכים מחשש שהשופטים יאבדו את אמון הציבור בשל התערבות בנושאים פוליטיים.

להחלטת הררי עצמה אין תוקף מחייב וכהחלטת פשרה נמנעה מלפרש משמעותה ושאלת העליונות והנוקשות נותרו פתוחות. לא ברור לאיזה שלב נדחתה ההכרעה: שלב כינוס חוקי היסוד לחוקה או בהסדרים משתנים שייקבעו בחוקי היסוד לאורך הדרך.

גרעין המחלוקת:

שאלות דת ומדינה ושאלות של מדיניות חברתית-כלכלית. לגבי חוקי היסוד המשטריים לא הייתה מחלוקת ולכן הייתה התקדמות בחקיקתם.

שלושה שבועות אחרי החלטת הררי התקבל חוק השבות שעל אף חשיבותו לא נוספה לו התיבה "חוק יסוד" (כך גם חוק האזרחות וחוק שיווי זכויות האישה). לכן עלו שאלות הנוגעות להפעלת החלטת הררי:

1. האם רשאית הממשלה להעלות חוקים שמבחינה מהותית הינם בעלי אופי חוקתי? האם אין זהו תפקידה הבלעדי של הכנסת?

2. האם ראוי שיוגשו "שברי חוקים" או שהדיון בסוגיות חוקתיות ייעשה מתוך ראיית התמונה הכוללת.

1964- פרופ' קלינגהופר מציע מגילת זכויות אדם שיוורדת מסדר היום בשל עליונות ונוקשות.

1965- הצעת חוקה של אקצין- ללא התייחסות לגרעיני המחלוקת- דת ומדינה ומדיניות חברתית כלכלית. המודל לשותפות ביהמ"ש בחקיקה: 40 ח"כים יוכלו לפנות לביהמ"ש בשבוע הראשון שלאחר העברת החוק – הדיון יקבל קדימות וידון בהרכב של 7 שופטים. אם ייפסק כי החוק מתיישב עם החוקה- ייחתום הנשיא על החוק. אם לא- יוחזר לדיון בכנסת. מעבר לכך לא תהיה ביקורת שיפוטית.

1969- פס"ד ברגמן- הוראת השריון עומדת למבחן חוקתי ראשון. ביהמ"ש הדגיש כי אינו נוקט עמדה בשאלות העקרוניות המתעוררות. הכנסת מגיבה במהלך כפול:

1. שינוי הוראות החוק

2. העברת חוק תשריר לכל חוקי הבחירות- ברוב מיוחס.

הש' זמיר סבור שאם הייתה מהפכה חוקתית הרי שהחלה בפס"ד זה. 1980- הצעת שר המשפטים מרידור למגילת זכויות אדם. בניגוד להצעתו של קלינגהופר היה שינוי של ממש בגישה הציבורית לנושא זכויות אדם.

ההתנגדות למגילת הזכויות:

1. דתיים- מתנגדים לעיגון על-חוקי של זכויות לחופש דת וחופש מדת. איום על חקיקה דתית ומונופול המעמד האישי.
 2. טעמי בטחון- מתנגדים לעיגון הזכות לחופש התנועה והזכות להליך הוגן שעלולים לפגוע בשמירה על בטחון המדינה.
 3. שוויון- הכרה בו כזכות חוקתית עלול לפגוע בהסדרים המדגישים אופיה היהודי של המדינה כמדינה יהודית ופיקוח על מדיניות כלכלית חברתית.
- ההתנגדות הייתה קיימת בהקשרים בהם היה חשש של המערכת הפוליטית מפני סיכוי סביר לקביעת המערכת השיפוטית כי החקיקה פסולה.
- גם שיטת המשטר לא עוגנה בחוקי יסוד ונקבע באופן כללי על הסכמה לפיה יהיו בחירות יחסיות כלליות שייתנו ייצוג הולם לכל חלקי האוכלוסייה. ההסכמה הרחבה על כך התערערה לראשונה במהפך 1977 שם נוצר מאזן בין שני גושים גדולים באופן שיצר שתי אפשרויות רעות:

1. ממשלת אחדות (אין אפשרות לממש מצע ייחודי)
 2. ממשלה צרה הנשענת על מפלגות דתיות ויצרה תחושת כפייה דתית.
- השיתוק במערכת הפוליטית והתפישה הגוברת כי משהו לקוי במבנה המשטר יצרו תנופה לשינוי:
- אמצע שנות ה- 80: שינוי של ממש במידת המעורבות הציבורית בנושאים חוקתיים. בשנים הראשונות- דרך מפלגות פוליטיות.
- בשנים שאח"כ- זניחת המפלגות הפוליטיות ומעבר לפעילות במסגרת ה"חברה האזרחית" ושימוש נרחב בתקשורת.
- ראשית המהלך- **יוזמת פרופ' מת"א – התנועה "חוקה לישראל"**
- התנועה הציעה שינוי שיטת הבחירות והמשטר, ומגילת זכויות יסוד מלאה הנתונה לביקורת שיפוטית.
- לפי ההצעה, החוקה תכנס לתוקף עם אישורה במשאל עם לאחר שתזכה בתמיכה של 2/3 מחברי הכנסת.
- משפטנים ואנשי ציבור רבים בכירים רבים הכירו מאז ומתמיד בנחיצותה של חוקה בישראל.

היה ברור כי ההצעה לא תתקבל ולכן התרכזו המציעים בשינוי שיטת המשטר דבר שקרה עם חקיקת חוק בחירה ישירה ובנושא זכויות אדם שקרה במהלך של 1992. תמיכת הציבור בהצעה נבעה מתחושת מיאוס ולא הכריעה בשאלות כגון עליונות, נוקשות וביקורת שיפוטית.

עמדות השופטים:

לנדוי: סבר שצריך להפריד בין החלק המשטרי לחלק העוסק בזכויות אדם. לגבי הראשון אין בעיית ביקורת שיפוטית מאחר ודי ברור ואין עליו מחלוקת. לגבי השני- הכרעה שיפוטית בסוגיות אלו משמעה הכרעה בשאלות אידיאולוגיות פוליטיות ויש חשש מפוליטיזציה של השפיטה שנוקה עולה על התועלת שבביקורת שיפוטית.

1992- מתקבלים חוקי היסוד יחד עם סעיפי שריון.

מבחינת הדתיים- עסקה טובה. שמירת הסטטוס-קוו ופשרות חקיקה דתית ברוב רגיל תמורת חירות פרשנית לשופטים בעניינים מוסכמים והכרזה על היות המדינה יהודית ודמוקרטית.

חוקי היסוד עברו ללא כל דיון ציבורי ובנוכחות מצומצמת למדי של ח"כים.

1.2.2 המהלך החוקתי 1992 ואילך

חו"י: כב"ה- מהלך של פשרה. המאמר מבקש לבחון את המתח בין השקפת העולם הפוליטית להשקפת עולם משפטית. החוק כחלק מהשיטה המשפטית- כשבוחנים את ח"י כבה"א יש להביא בחשבון לא רק את נוסח החוק ואת ההיסטוריה חקיקתית אלא גם את מורשת הפסיקה העשירה של הזכויות "שאינן כתובות על ספר"- מורשת זו פרשה למעשה את הזכויות הללו כ"מטריה נורמטיבית" מעל דברי החקיקה כולם. התהליך הפוליטי- המחלוקת המרכזית הייתה אופייה היהודי של המדינה. הדתיים התנגדו לחוקה חילונית שכן חוקת התורה היא חוקה מצוינת. במישור המעשי הדבר גרר שורת הסכמים קואליציוניים שסיכלו את החקיקה. חזית נוספת הייתה דרישה לסטטוס-קוו חקיקתי נקודה נוספת הייתה הכללת השוויון בחוקה. יש הטוענים שהחלטת הררי הינה הפשרה אליה הגיעו שלמעשה היוותה החלטה קולקטיבית שלא לחוקק חוקה. גם ח"י כבה"א וחירותו נחקק בהליך של פשרה בעזרת 2 נוסחאות: 1. אטומיזציה של חוק יסוד- להביא למעמד של חוקי יסוד את הס' שלגביהם יש הסכמה רחבה ולדלג על הס' שמציבים מכשול. האטומיזציה נועדה לניטרול ההצעה ממרכיביה הבעייתיים. הדבר נעשה בשני דברים מרכזיים שהושמטו: א. מקבץ זכויות בעייתיות- חופש דת, שוויון, חופש תנועה. ב. אי הכללת סמכות לביקורת שיפוטית. 2. נוסחת הדמוקרטיה היהודית- ניתוק הזיקה בין ס' השוויון לאופייה היהודי של המדינה. הכנסת ס' מטרה כללי המדבר על עיגון הזכויות במטרה לעגן בו את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שני הצדדים לקחו בכך סיכון משום שלא ידעו כיצד יפרש ביהמ"ש ס' זה- האם בסתירה וסייג או בהרמוניה. נקבע מפורשות הצהרה על יהדות המדינה בהקשר של שמירת זכויות אדם ושריון של סטאטוס קוו של החקיקה היהודית- אי הכפפת חוקים קודמים לח"י. קרפ מסיקה מתוך ח"י כי הזכויות המעוגנות בחוק יהיו אלה בלבד שמפורטות בו. לא יוקם ביהמ"ש לחוקה. אין שריון פורמלי.	יהודית קרפ, ח"י: כבה"א וחירותו— ביוגרפיה של מאבקי כוח
פס"ד בנק המזרחי העלה את ביהמ"ש מעל לכנסת, כשותף בכיר בחקיקת החוקים למדינה. חוזר על גישות השופטים בפסה"ד. לנדוי מצטרף לביקורת של שמגר על תורת 2 הכובעים- אם הייתה סמכות מכוננת נגדרת מכנסת לכנסת היה צורך בנהל כתוב להפעלתה בחוק או בתקנון הכנסת. חוקי היסוד נולדו עם פגמים: 1. רשימת הזכויות היא חלקית 2. ס' 10- שמירת דינים לדעתו ב-92 לא הייתה מהפכה חוקתית כיוון ש: 1. התהליך נעדר חגיגות- במעמד מחצית הח"כים בלבד. 2. חסרות זכויות אדם קלאסיות בחוקי היסוד של 92 (כגון: חופש הביטוי והמצפון). אין להכלילם בתור זב"מ כיוון שהן הוצאו מפורשות- לדעתו ברק הכניס דרך החלון בפס"ד מזרחי זכויות שהוצאו ע"י המחוקק דרך הדלת. 3. ס' שמירת הדינים מחליש את מעמד חו"י 4. חוקה לא מתקבלת בהיסח הדעת וכמחטף חקיקתי (ללא יידוע הציבור) 5. משבר לגיטימיות- לא נכתב בחוקה שהיא מעל חוק אחר. המבחנים בפ. ההגבלה מעורפלים ובכך מעניקים שק"ד רחב לביהמ"ש. לטעמו אין הרמוניה פרשנית לגביהם. בעיות מעשיות הנובעות מביקורת שיפוטית: 1. האם רק העליון מוסמך או כל ביהמ"ש? – עומס 2. הליך חוקתי ארוך במיוחד 3. טענת אי חוקיות במשפט הפלילי- עיכוב המשפט 4. בעיית לגיטימיות- ללא הסמכה מפורשת לעליון אין סמכות להיות מעל למחוקק (ביקורת שיפוטית על חו"י). לטעמו הניסיון להעניק חוקה בדרך פסיקה לא עולה יפה. הוא אף מתנגד לברק שטוען כי בכך העליון מגשים את הדמוי, שהרי הוא מבטל חוק שהתקבל בדרך דמוי.	משה לנדוי, מתן חוקה לישראל דרך פסיקת בית המשפט,

על הכנסת לחוק חוקה קשיחה עם פיקוח שיפוטי בכל הנוגע למסגרת השלטון במדינה. חוזר על דעתו לפיה ביקורת שיפוטית רק לחלק העוסק בצורת המשטר ולא לחלק העוסק בזכויות. הכנסת צריכה להחליט בין האפשרויות הבאות: א. מתן הסמכות לביהמ"ש העליון בלבד ב. מתן הסמכות לכלל הערכאות באופן מלא או בסייגים ג. העברת טענה בדבר אי חוקיות של חוק שנטענה בערכאה נמוכה ישירות, עם או ללא בדיקה מקדמית לבימ"ש לחוקה. ד. מתן סמכות בלעדית לביהמ"ש לחוקה שיוקם בנפרד.	
האם חוק גל עומד בפסקת ההגבלה של חו"י: כב"ה. כל המובא כאן הינו אוביטר. מהו מקור סמכותה של הכנסת לכונן חוקה? שמגר: תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת- הכנסת היא כל יכולה. היא אינה שואבת את כוחה מחקיקת על חיצונית כשלהי, היא הריבון. היא בלתי מוגבלת פרט להגבלות שקבעה לעצמה. לתוך סמכויותיה נספגו גם סמכויות החקיקה החוקתית שלא באו לידי מיצוי מאז קום המדינה- רציפות חוקתית. העם נתן לה סמכות זו. דוחה את תורת שני הכתרים. ביקורת: יש לבחון אילו סמכויות בדיוק העניק לה העם ואף לא ברור כ"כ שסמכויותיה בלתי מוגבלות. חשין: אין לכנסת סמכות לכונן חוקה. חוקי היסוד וחוקים רגילים מצויים על מישור נורמטיבי אחד. עצם הוויכוח מעיד כי אין לה סמכות. לאסיפה המכוננת הייתה סמכות אישית שלא ניתנת להעברה בירושה של כינון חוקה. ברגע שזו התפזרה נעלמה הסמכות. אם נקבל את תורת 2 הכובעים או תורת הריבונות הבלתי מוגבלת- מיעוט שבעם יכול לקבל חוק בשריון 80 ללא הסכמה לאומית לתוכן החוק. לטעמו לא הייתה ב-92' מהפכה חוקתית וזכויות המעוגנות בחוק היסוד היו קיימות גם קודם- זכויות טבעיות של כל אדם. ברק: תורת 2 הכובעים. הכנסת היא בעת ובעונה אחת גם רשות מכוננת וגם רשות מחוקקת. מתי נדע באיזה כובע היא פועלת? בהוספת התיבה "חוק-יסוד" זוהי פעולה כרשות מכוננת. מהיכן שואב ברק את התיאוריה הזו? מסתמך על שלושה פילוסופים של המשפט: לכנסת סמכות לכונן חוקה מתוך 3 מודלים: א. נורמה בסיסית (קלזו)- הסמכות הוענקה למועצת המדינה הזמנית מכוח מגילת העצמאות. מועצת המדינה הזמנית התפזרה עם בחירת האסיפה המכוננת וסמכויותיה הועברו לה- הן בתחום החקיקה והן בתחום הסמכות לכונן חוקה. האסיפה המכוננת הפכה לכנסת וכך נשתרשו סמכויותיה עד עצם היום הזה (רציפות חוקתית). שאלת הרציפות החוקתית לא התעוררה בכנסת השנייה ולכן אין סיבה שתתעורר עכשיו. ב. כלל ההכרה (הארט)- הכנסת השתרשה בתודעה כגוף המוסמך כרשות מכוננת וכרשות מחוקקת. הציבור בישראל מכיר (מכאן כלל ההכרה) בכנסת כבעלת שתי הסמכויות. הדבר מסתמך על המסע ההיסטורי מהמודל הראשון, מהחוויה הלאומית. תפיסה זו הפכה לחלק מהתרבות הפוליטית. תודעה זו גובשה בהכרזת העצמאות וההסטוריה מחזקת אותה מאז. ג. הפרש הטוב ביותר (דבורקין)- המודל בוחן מהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון. בהפעילנו מודל זה בישראל התשובה המתבקשת הינה ראיית הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת. כוחה של להכנסת להכין חוקה הוא זמני ויסתיים כשהכנסת תקבע כי נסתיים מפעל החוקה. כל עוד הכנסת לא החליטה להפסיק את מפעל החוקה על ביהמ"ש לתת תוקף חוקתי למפעל זה. (ביקורת על חשין). חו"י משוריינים מאליהם ללא צורך באלמנט השריון.	בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי העובדות: חוק ההסדרים המגזר החקלאי המשפחתי (תיקון)-1993 ביקש לאפשר שיקום המגזר החקלאי ע"י מינוי משקם שיופקד על ריכוז נתונים אודות חובות /מחיקתם בחלקם. עיקר החוק מתבטא בהרחבת התקופה שהחובות שנוצרו בה יטופלו ע"י המשקם (לא רק החוב הבסיסי אלא גם חובות שנוצרו אחריו במטרה לסגור את החוב הבסיסי (המועד הקובע היה 31/12/1987- כל חוב שנוצר אחריו נכנס גם הוא בגדרי החוק). התיקון מרחיב את התקופה שהחובות שנוצרו בה יטופלו ע"י המשקם עד לתאריך 31/12/91. בהליך בביהמ"ש המחוזי נדונה תביעת בנק מזרחי נ' הערבים כלפיו לחובה של קרן החקלאות השיתופית בע"מ. הנתבעים ביקשו על סמך החוק להפסיק התביעה ולהעבירה למשקם. המחוזי קיבל טענתם. בנק מזרחי ערער ברע"א למחוזי בטענה שהחוק המתקן אינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה (החוק המקורי חוקק לפני 92' אך החוק המתקן חוקק ב-93'). המחוזי קיבל הערעור וקבע כי החוק אכן אינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה ואכן

בטל. ביהמ"ש למעשה לא פוסל את החוק ואומר שהוא עומד בדרישות פסקת ההגבלה. לכן לא ברור מדוע עוסקים באוביטר בכל השאלות הלא נחוצות.

מעמדם הנור' של חוקי היסוד

כללי: **שינוי-שריון פורמאלי** - ביטול הזכות או שינויה לגמרי הנעשה באופן ישיר. ככול שהפגיעה היא קשה יותר כך ניטה לסווג אותה כשינוי. דרושה פרוצדורה כדי לשנות חו"י. דוג': ס' 4 לחו"י: הכנסת.

פגיעה-שריון מהותי - הגבלה נקודתית על הזכות או היקפה, הנגרמת אגב לחקיקה אחרת, לדוג' חוק גל. ניתן לפגוע בחו"י רק אם החוק החדש עומד במס' תנאים. דוג': ס' 8 לכב"ה. *** בחו"י: חופש העיסוק ישנו שריון פורמאלי על פגיעה – פיסקת ההתגברות.

איך משנים חוק-יסוד?

לדעת ברק ושמגר - חוק יסוד הנהנה מעליונות נורמטיבית ניתן לשנות רק ע"י חיקוק באותה מדרגה נורמטיבית. (כיצד מתמודדים עם בג"ץ קניאל בו נפסק אחרת? אומרים שבעבר נפסק אחרת אך כעת משנים דעתם). **מעשה והלאה על מנת לשנות חוק יסוד יש צורך בחוק יסוד.**

אם נאמר בחוק במפורש כי ניתן לשנותו באמצעות חוק רגיל - אפשרי. יש לעמוד בדרישת השריון המהותי.

חשין: ע"י חוק רגיל.

פגיעה בחוק יסוד:

ברק:

חו"י משוריין - ניתן לפגיעה ע"י חוק רגיל שעבר את דרישת השריון.

חו"י לא משוריין - ברק משאיר בצ"ע.

חוק רגיל שבא לפגוע בהוראות חו"י בלי לקיים את תנאי המהות הנדרשים - בטל.

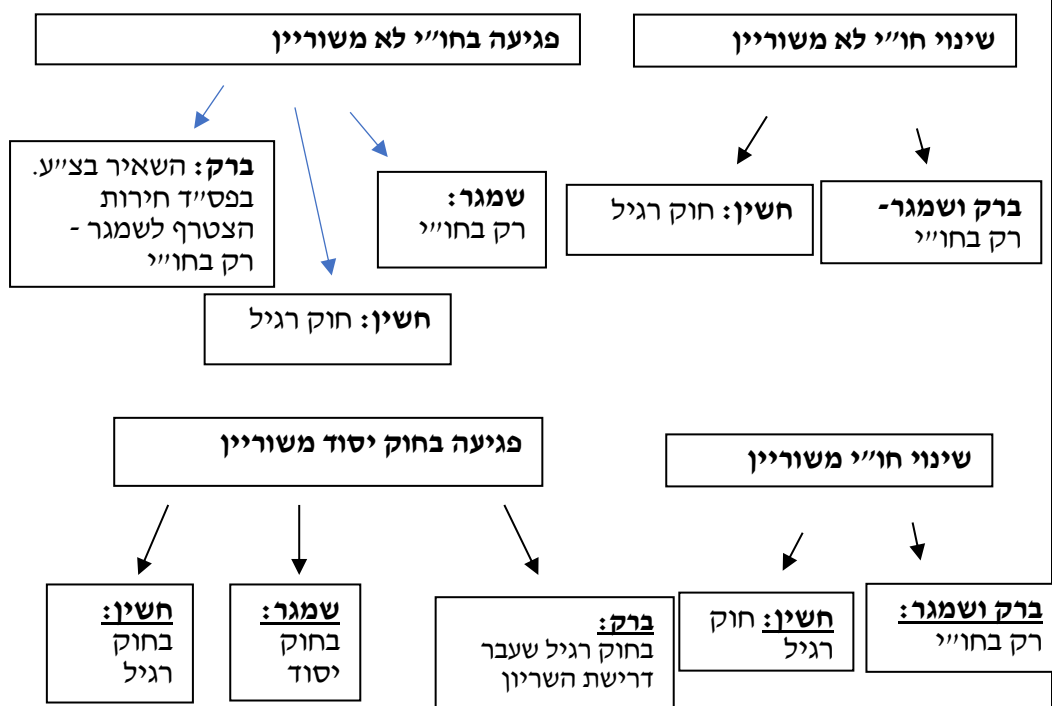
שמגר:

חו"י לא משוריין - ע"י חו"י בלבד.

חו"י משוריין - לפי דרישת השריון.

אמנם יש מקום לדיון תיאורטי בין פגיעה לשינוי, אך לטעמו בפועל בכל מקרה יש צורך בחו"י לשינוי ולפגיעה כאחד.

חשין: ע"י חוק רגיל.



לדעת ספיר: נוצר מצב אבסורדי לפיו חו"י "שותק" מוגן יותר מחו"י משוריין. פס"ד מזרחי למעשה עבר ללא תגובה מצד המחוקק. הוא ייצר מושג חדש- שריון מהותי, וחוקי יסוד עליונים מכוח הגדרתם "חוק-יסוד".

ברק: ניתן להעביר ביקורת שיפוטית גם בהתקיים ס' 137 לחוק הבחירות וזאת מ-2 טעמים: 1. אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד מאז פס"ד מזרחי חוק רגיל אינו יכול לסתור חוק יסוד ולכן ס' 137 אינו יכול לשלול סמכות ביהמ"ש לדון בנושא. פגיעה בחוק יסוד יכולה להיעשות אך ורק בחוק יסוד. טוען שגם פגיעה בחוקי יסוד ישנים, ולא משוריינים יכולה להיעשות רק באמצעות חוק יסוד. ולכן הוראה המונעת ביקורת של ביהמ"ש בחוק רגיל, איננה חוקתית ובטלה כשמדובר בבג"צ, אך עדיין מתקיימת כשמדובר בשאר ביהמ"ש. 2. דרך של פרשנות כשאמרו שום ביהמ"ש לא התכוונו לבג"צ. העתירה נדחתה לדעת ספיר: פרשת חירות מהווה סיכום והשלמה של הדיון התיאורטי שהחל בפרשת בנק המזרחי. הוא הופך אוביטר לראציו. מה שנאמר כאוביטר מופעל במקרה זה.	חרות עותרת לבג"צ עקב פסילת תשדיר שלה ע"י יו"ר ועדת הבחירות. ס' 137 לחוק הבחירות קובע כי שום בימ"ש לא יכול לבקר את החלטת יו"ר ועדת הבחירות. ומנגד, ס' 15ג' לחו"י: השפיטה נותן סמכות לעליון לשפוט כבג"צ בכל תחום שאינו נופל לתחומי בימ"ש אחרים.	חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (הפיכת הלכת נגב- חוק רגיל אינו גובר על חוק יסוד)
ברק: הפעם הראשונה שנפסל חוק (חלק מהחוק לפי עקרון העיפרון הכחול- הפרדת ס' בתוך החוק). על חוק הפוגע בח"י חופש העיסוק לעמוד בפסקת ההגבלה: א. הפגיעה נעשית על פי חוק או בהסמכה מפורשת ב. החוק הולם את ערכי המדינה ג. החוק נועד לתכלית ראויה . הפגיעה בחופש העיסוק אינה עולה על הנדרש- מידתיות. 3 מבחני משנה מצטברים למידתיות: 1. מבחן הקשר הרציונאלי- נדרש קשר של התאמה בין האמצעי החקיקתי הפוגע למטרה. האמצעי החקיקתי צריך להוביל באופן רציונאלי להגשמת המטרה. 2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה- האמצעי החקיקתי ראוי- רק אם לא ניתן להשיג את המטרה ע"י גורם אחר. החובה לבחור באמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר אינה מחייבת לבחור באמצעי שפוגע הכי פחות, אלא יש לעשות זאת תוך איזון בין תכלית למטרה. 3. מבחן האמצעי המידתי- צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח מהאמצעי להיקף הפגיעה. פסילת חוק יכולה להיות: רטוראקטיבית, אקטיבית ופרוספקטיבית. ביהמ"ש פוסל את החוק פרוספקטיבית ובכך מאפשר למחוקק זמן התארגנות. העתירה התקבלה בחלקה- הוראות המעבר מבוטלות כל עוד לא תתוקן המידתיות ע"י המחוקק. העתירה מתקבלת פרוספקטיבית. לדעת ספיר: ביהמ"ש מעוניין למצב עצמו כמי שמסוגל לפסול חקיקה ראשית. עצם הרעיון הוא רעידת אדמה ולכן בוחר ברק לתקוף חוק שולי ואף לעשות זאת פרוספקטיבית על מנת למצב כוח של ביהמ"ש כך שבפעם הבאה שייפסל חוק כבר יהיה קל יותר. יש בכך גם שיקולים פוליטיים של התמודדות חזיתית עם רשויות אחרות. ברק לא מעוניין להתעמת אלא לפעול בתבונה וכך להגיע ליעד הסופי- ביקורת שיפוטית.	העותרים עסקו בניהול השקעות בטרם חקיקת חוק תיקי השקעות שקובע בהוראות המעבר שלו שמי שעסק פחות מ-7 שנים במקצוע חייב במבחנים ע"מ להמשיך ולעסוק במקצוע. טוענים לפגיעה לא מידתית בחופש העיסוק.	לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר (פעם ראשונה שנפסל חוק בהתבסס על אחד משני חוקי היסוד החדשים)

זמיר: החוק נחקק לפני 92 אך התיקון שקובע 96 שעות תוקן אחרי 92. לכן קובע זמיר שתיקון חוק (שנחקק לאחר 92) הוא דין נפרד אשר לגביו לא חלה שמירת הדינים ולכן יש לבחון אותו לאור פסקת ההגבלה בחו"י. ז"א: גם בחוק מיטיב קיימת סמכות לביקורת שיפוטית. האיזון הראוי בין זכויות אדם לאינטרסים ציבוריים הוא זה שקובע את המידתיות. טענה תקציבית כתירוץ לפגיעה בזכויות אדם לא תתקבל-לא תמיד זה מונע פגיעה ולא תמיד זה מצדיק פגיעה, יש לשקול מרכיב זה-כל מקרה לגופו. פגיעה קשה בזכות חשובה שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב לפגיעה שאינה מידתית. החוק המתקן לא עומד במבחני המידתיות שנקבעו (ראה לשכת מנהלי ההשקעות). העתירה התקבלה-ביטול פרוס'.	עתירת סנגורים צבאיים בנושא תיקון לחוק השיפוט הצבאי (שהתקבל לפני 92' אך התיקון התקבל אחריו)- העתירה מתמקדת בסעיף 237(א) לחוק השיפוט הצבאי, הקובע שניתן לכלוא אדם עד 96 שעות לפני הבאתו בפני שופט (התיקון לחוק קיצר משבוע ל- 96 שעות). טענות הצבא: אכן ניתן לקצר מ- 96 שעות ל- 48 שעות. אך לצורך כך דרושים משאבים. לצבא חסר לשם כך כסף- יהיה צורך ביותר תקנים. וזמן- יש צורך בזמן התארגנות והתייעלות לפני החלת חוק שהצבא לא יוכל לעמוד בו.	צמח נ' שר הביטחון פסילת חוק העומד בסתירה לחו"י כבוד האדם שאינו משוריין שריון פורמאלי. זמיר מתייחס לחוק כמשוריין מהותית. זוהי הפעם השנייה שביהמ"ש פוסל חקיקה של הכנסת ומעניק עליונות לחוק לא משוריין.
---	--	--

1.2.3. המהלך החוקתי- השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים

התזות לעיגון הזב"מ:

1. ס' המטרה (ס' 1 לחו"י: כב"ה) - קרפ-בס' זה נמצא עיגון נור'. חו"י הוא אמצעי להשגת מטרה רחבה יותר, והיא עיגון ערכי המדינה כמדינה יהודית דמו'.

ביקורת: ס' המטרה לא נועד לקבוע נורמות משפטיות וע"כ לא יכול להוות מקור עצמאי לעיגון הזב"מ. זאת כיוון ש:

א. אם הס' היה מקור לזכויות, מדוע פורטו רק חלק מהן בחו"י? ומדוע המחוקק ביצע כפילות וחוקק גם את חו"י: חופש העיסוק?
ב. ס' המטרה מהווה מקור פרשנות לפ. ההגבלה בלבד.

ג. לו ערכי המדינה היו מעוגנים במלואם היה נרשם "ערכים" בחוק ולא "זכויות" (ס' 8).

2. עיגון זב"מ כחלק מהמושג כב"ה - ההכרה באוטונומיה הפרט כחלק מכבודו של האדם

או הכרה בכב"ה כהיבראות בצלם אלוקים. כב"ה הוא זכות מסגרת ותעיד על כך עמימות.

ביקורת: יש לפרש ביטוי זה בצמצום ולכלול רק את הפגיעות הקלאסיות (השפלה, פגיעה גופנית). הנימוקים למודל המצמצם:

א. זהו הפירוש הלשוני הטבעי למושג זה כפי שעולה מס' 2-4

ב. הצמצום תואם את היסטוריה החקיקתית והפרשנית (במיוחד שמדובר בפשרה ואטו')

ג. "כבוד האדם" כמונח בפני עצמו המנותק מהמונח "חירות" - פירוש מצמצם זה יעמיד

את הזכות לכבוד כזכות עצמאית. חיבור המונחים מהווה הבסיס המרכזי לפרשנות

המורחבת.

ד. צמצום מושג הכבוד נובע מצמצום מושג ה"חירות" - ה"חירות" מתייחסת רק לחירות

פיזית. לא ייתכן שהמחוקק הצמיד זכות מסגרת וזכות פרטיקולרית. ברק אמר כי

האוטונומיה נגזרת מהחירות. אם כן, אין היא נגזרת מכבוד האדם.

3. עיגון הזב"מ כחלק ממגילת העצמאות - (ס' 1 לחו"י: כב"ה מפנה אליה) חו"י הפכו את

המגילה למקור עצמאי לזכויות אדם.

המודל העצמאי של השופט ברק: לאחר התיקון ב- 94 חוקי היסוד הפכו את המגילה

למקור עצמאי לזכויות אדם.

ביקורת: המגילה היא כלי פרשני בלבד ואינה מסמך חוקתי עליון.

השופט ברק בעד הכללת הזב"מ והפרשנות:

1. כוונת המחוקק אינה ניתנת לבירור. במיוחד בחו"י כב"ה.

2. בפרשנות אין להעניק משקל לכוונתו הסובייקטיבית של המכונן.

ע"פ ברק מרחק הזמן (במובן צר ובמובן תמורות בחברה) מונע בחינה הסטורית. על

הפרשנות להיסמך על תפישות חברתיות בעת מתן הפירוש ולא ע"פ כוונת המחוקק בעת

החקיקה.

ביקורת המחבר: מדובר במד"י בה חלפו שנים מעטות מאז חוקקו החוקים. מלבד זאת

בחברה הישראלית קשה לזהות תפישות מאחר והן לא תמיד כוללות את כל הטוב שנחשך

מהחוק בזכויות הבלתי מנויות.

המחבר מתנגד להכללת הזב"מ בדרך פרשנות

ההבדלים בין חו"י כב"ה לחו"י חופש העיסוק המוכיחים יתרונות האטומיזציה:

1. הזכות לכבוד ניתנה לכל אדם. הזכות לחופש עיסוק ניתנה רק לאזרח או תושב. אם היה

נכלל חופש העיסוק- הנובע מרצון אוטונומי של הפרט- בחו"י כב"ה היה נוגד את פסקת

ההגבלה.

2. בחו"י חופש העיסוק קיימת פסקת התגברות שאינה קיימת בחו"י כבוד האדם.

א. אבסורד: לדעת המחבר אם היו הזב"מ נכללות בחו"י כב"ה הרי שהיו יותר מוגנות

מזכות שכן בחר המחוקק לעגן- חופש העיסוק. זאת משום שחופש העיסוק פחות נוקשה

מכב"ה (בשל פסקת ההתגברות והנוסח אזור/תושב). על כן רצוי למנוע אבסורד זה ע"י

הימנעות מהכללת הזב"מ.

ב. הכללת הזב"מ בחו"י יוצר סתירה לכוונת המחוקק שבחר מלכתחילה שלא להכליל:

הדבר ייצור אנטגוניזם מצד קבוצות בחברה וייפגע באמון הציבור בביהמ"ש. לדעת המחבר

הזב"מ ייזכו בעתיד לפרק משלהן בחוקה ולכן אין לראותן כחלק מחו"י כב"ה (בניגוד

לדעת ברק לפיה הכללתן אינה סותרת את הפשרה והאטומיזציה שכן עד שיהיה להן פרק

משלהן יש לראות בהן חלק מחו"י כב"ה. לדעת המחבר מדובר בסלע מחלוקת שהקונצנזוס

סביבו טרם התגבש.

הלל סומר, הזכויות
הבלתי מנויות

(הזב"מ: סמכות פסילת
חוקים ע"י ביהמ"ש היא
סמכות מצומצמת
ובהרחבת רשימת העילות
לפגיעה גם בזב"מ- שוויון,
חופש דת, חופש תנועה,
חופש ביטוי תורחב
סמכות זו לאין שיעור).

סכנות בהתעלמות מהאטומיזציה: א. "אפקט מקפיא" – תיתכן פגיעה ואף סיום התהליך שהוחל- המפלגות הדתיות יחשו מרומות ולא ייתנו ידן להשלמת תהליך עיגון זכויות האדם בחוקה. ב. ביטול/צמצום החוקים הקיימים האפשרות לשינוי החוקה נותרה בידי המחוקק אם תינתן לפשרה פרשנות בוטה. את החוק ניתן יהיה לשנות בחוק רגיל שיעמוד בדרישת הרוב. זאת הבטיחו תומכי החוק למתנגדיו. ברק גורס כי פרשנות מצומצמת מדי תביא לפגיעה במעמד השפיטה. ג. איבוד לגיטימציה של ביהמ"ש העליון בעיני חלק מהציבור יש דרישה אף לשנות הרכבו כך שיתאם המפה הפוליטית. מדוע בכל זאת בוחר ביהמ"ש בפרשנות מרחיבה? *כי הכנסת לא ממשיכה הלאה בחקיקת חוקי יסוד נוספים ונכניס את הזכויות השונות בח"י הקיימים מחוסר ברירה. *בעיה בתורת האיוונים- יש עקרונות יסוד בעלי מעמד חוקתי וכאלו ללא מעמד חוקתי. ביהמ"ש מנסה למקם את כל הזכויות באותו מדרג נור' (לדעת ספיר- נימוק חלש כי אינו בעייתי כ"כ).		
פס"ד רסלר נ' כנסת ישראל נפסל לראשונה חוק עקב פגיעה בזכות לשוויון למרות שאינה מנויה בזכויות שבחוק היסוד ולכן זהו פסק דין תקדימי	בפרשה נדון "חוק טל", שהתקבל בשנת 2002, בו ישנו הסדר דחיית שירות לחרדים שבמקרים רבים הפך לפטור. תוקף החוק נקבע ל-5 שנים. מיד לאחר מכן, הוגשה עתירה כנגד החוק בשל פגיעה בזכות לשוויון שאינה עומדת בפסקת ההגבלה. חולפות 5 שנים מהחלטת ברק, וב-2007 מוגשת שוב עתירה. העתירה התקבלה- נקבע שחוק טל אינו עומד במבחן המידתיות ולא תינתן הארכה כשיפוג תוקפו ב-2012.	הנשיאה בייניש מבטלת את החוק עקב אי המידתיות, במבחן הקשר הרציונאלי האמצעי- למטרה). החידוש (השופטת בייניש): נפסל חוק בגלל סתירה בינו לבין זכות שאינה מנויה בחו"י כבוד האדם וחירותו. נפסל לראשונה חוק עקב פגיעה בזכות לשוויון למרות שאינה מנויה בזכויות שבחוק היסוד ולכן זהו פסק דין תקדימי.
חסן נ' המוסד לביטוח לאומי	מי שיש לו רכב אינו זכאי לגמלת הבטחת הכנסה) ס' 9(א(ב)). הטענה היא כי חזקה זו פוגעת פגיעה שאינה חוקתית בזכות למיני קיום אנושי של כבוד.	בג"צ הכריע כי הסעיף אינו עומד בפסקת ההגבלה ובטל. בג"צ מכניס את הזכות לתנאי מחיה מינימליים לתוך הזכות לכבוד והפך אותה מאוביטר לרציו. במקרה זה ביהמ"ש גילה נכונות להכיר במעמדן החוקתי של חלק מהזכויות החברתיות, משמע הן נכללות בתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והן מקבלות הגנה אופרטיבית. במקרה זה, ההגנה שביהמ"ש נותן לזכות הזו היא הגנה מצומצמת כי אינו נדון במה שנכלל בזכות זו. פוסלים חוק שפוגע באופן לא מידתי בזכות חברתית. ביהמ"ש מרחיב את הטעמים האפשריים שניתן לפסול בגללם חקיקה ראשית.

גולדברג: יש טעם לפגם בכך שהתביעות הוגשו בסמוך לפריימריס ולאחר זמן לא סביר שהחוק התקבל. יש לדחות על הסף. "הביקורת השיפוטית היא נשק קונבנציונאלי" שאין להשתמש בו אלא באיפוק. זמיר: לא כל פגיעה היא פגיעה בכבוד האדם. יש לשמור את סמכות ביהמ"ש לביטול חוקים למקרים ראויים. <u>ביהמ"ש יבטל חוק רק במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים</u>. עו"ד משתמשים בחו"י כטריגר וטוענים שחוק X פוגע בחו"י. נוצרו ריבויי תביעות. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק. <u>העתירה נדחתה</u>	איסור לח"כים לעסוק בדבר נוסף. לא תקף לגבי ח"כים שכינהו בכנסת הקודמת. לטענת העותרים מביא ל 2 פגיעות: 1. ח"י כבה"א 2. ח"י חופש העיסוק.	מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת
ברק-פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד חייבת לקבוע את מידותיה החוקיות. איני רואה במסגרת זו כל אפשרות פרשנית "לדחוס" לתוך הזכות לכבוד את הזכות לאיכות סביבה ראויה. גם לפרשנות יש גבולות. <u>העתירה נדחתה</u>	נטען שחוק התכנון והבנייה פוגע בכבוד האדם כיוון שהוראות ס' 76 ג פוגעות באיכות סביבה ראויה.	אדם טבע ודין נ' רה"מ

1.2.4 המהלך החוקתי – ביקורת שיפוטית תוכנית, הליכית ומשולבת

א) ביקורת הליכית

בייניש: התנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הינו פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה, פגם היורד לשורש ההליך. מהם עקרונות היסוד שייבדקו במבחן זה? 1. עקרון הכרעת הרוב 2. עקרון השוויון הפורמאלי 3. עקרון הפומביות 4. עקרון ההשתתפות נחלק לשניים: * הזכות להצביע בכל מליאה * הזכות לאפשרות מעשית לגבש עמדתו לגבי הצעת חוק בייניש קובעת כי אין חולק שנתמלאו שלושת הראשונים והטענות הן לגבי עקרון ההשתתפות. חוק ההסדרים מקשה על ההשתתפות אך אינו שולל אותה. על מנת להביא לביקורת שיפוטית יש להראות פגיעה קשה בעקרון יסוד. משניתנה לח"כ אפשרות להשתתף בהליך והוא בחר שלא לממש את זה מתפקידו של ביהמ"ש לעשות כן. עצם העובדה שמדובר בהליך חקיקה מזוהה לא מהווה סיבה מספקת להתערבות ביהמ"ש ותהליך החקיקה הקיים אמנם לא מאפשר דיון מעמיק אך אין בכך פגם מהותי היורד לשורש ההליך. העתירה נדחתה	חוק ההסדרים- הפך לנוהג מקובל המובא לאישור הכנסת בצמוד לחוק אישור התקציב. החוקים המובאים בו מאופיינים בהליכי חקיקה מהירה- דיון במכלול אחד. העותרים טוענים כי החוקים לא נקבעו בהליך הרצוי כאשר מדובר בשינויים מרחיקי לכת. טענת העותרים: החוק המועבר בהצבעות במהלך 24 שעות מטיל פגם בעקרון ההשתתפות- אינו מאפשר הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה.	ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל
קביעת ביהמ"ש: זהו אינו מקרה חריג המצדיק את התערבות ביהמ"ש בהליכים הפנימיים של הרשות המחוקקת. העתירה נדחית.	הכנסת חוקה שלושה חוקים שמסדירים היבטים שונים של פעילות שוק ההון בישראל. בין היתר נקבעו תקנות שהיו צריכות לקבל אישור מועדת הכספים של הכנסת ואכן כך היה. בתחילת פגישת הוועדה, נכחו המשיב ושלושה חברי כנסת (מתוך 18 חברי הכנסת החברים בוועדה). המשיב החליט לשנות את סדר הפגישה ולערוך את ההצבעה על התקנות בתחילת הפגישה, כשיש מעט נוכחים. חברי הכנסת הנוספים נכנסו אל הפגישה וביקשו לערוך הצבעה מחודשת, אך בקשתם נדחתה על ידי המשיב.	ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים

השופט סולברג אומר שהוא לא פוסל את החוק בגלל תוכנו אלא בגלל הזכות של הכנסת להצביע, בגלל פגיעה בעקרון ההשתתפות (הוא מחזק את מעמד הכנסת). הוא אומר שיש לתת אפשרות מעשית לגיבוש עמדה בעניין הצעת החוק. והשאלות שישאלו הוא כמה זמן ארך הדיון? מה התשתית העובדתית שצורפה להצעת החוק? כמה זמן עבר מהצגת החומרים לכנסת עד להצבעה? הוא קובע שהמקרה הזה לא עמד במבחן הני"ל. השופט מזוז אומר כי מכוח עקרונות בלתי כתובים סולברג פוסל דבר חקיקה של הכנסת. אומר שהיה מקבל זאת אם היה מדובר בעקרונות יסוד שעוסקים בערכים אך זהו חלק העוסק בכללי המשחק ונדרש כתב ברור. מזוז אומר שהצעד של סולברג מרחיק לכת. השופט סולברג טוען כי למזוז אין בעיה לפסול חוק בגלל תוכנו, אך במקרה זה הוא(סולברג) פוסל חוק בגלל הליך החקיקה ולכן אינו מבין באיזה צעד מרחיק לכת דובר. (מעיד על אבסורד).	שר האוצר כחלון מקדם חוק הנוגע למס על דירה שלישית. ביהמ"ש ברוב של 4 נגד 1 מבטל את החוק בנימוק של פגם בשורש ההליך (אישור את החוק בזריזות בוועדת הכספים) טענו לפגיעה בעקרון ההשתתפות. סולברג הוביל את דעת הרוב (והוא נתפס כשופט השמרן ביותר) לעומת מזוז (שנתפס כשופט פרוגרסיבי) והתנגד לביטול החוק.	קוונטינסקי נ' הכנסת
ב. ביקורת משולבת		
העותרים דורשים לשלב מודל ביקורת משולב פסיקתי. במסגרת הליך החקיקה היו בעיות, ועל בסיס זה הם טוענים שחוק שהפגיעה שלו בזכויות יסוד היא כל כך חמורה, צריך להתקבל ברוב של חברי כנסת. ביהמ"ש לא מקבל את הטענה הזו, מפני שאין דרישה של רוב במקרה זה והחוק הפוגע עומד בפסקת ההגבלה. נוסף על כך, העותרים טענו כי איכות קבלת ההחלטות בתהליך החקיקה הייתה נמוכה. ביהמ"ש לא קיבל את טענה זו.	הממשלה אישרה את תוכנית ההתנתקות של מדינת ישראל מאזורי עזה וצפון השומרון והכנסת קיבלה את חוק יישום תוכנית ההתנתקות שמסדיר את עניין הפינוי והפיצויים למפונים. זוהי עתירה בנוגע לאי חוקיות ההוראות בחוק בעניין עצם הפינוי ובנוגע לפיצויים שניתנים למפונים.	מועצה אזורית חוף עזה נ' הכנסת
השופט רובינשטיין דחה את הטענה במספר הקשרים-שתי וועדות עסקו בנושא באופן יסודי (מעלה נושא זה על מנת להוכיח כי החוק עומד במבחן המידתיות הראשון). המקצועיות של הוועדה מעידה על כך שהחוק עומד במבחן המידתיות השני – התוצאות הן מתוך עבודה מקצועית בנושא, לכן נבחר אמצעי הפגיעה הפחות.	עבר בכנסת חוק השידור הציבורי, לפיו תפורק רשות השידור ויוקם תאגיד ציבורי חדש. זוהי עתירה מטעם עובדי רדיו "קול ישראל" הטוענים כי על חוק זה להתבטל בשל 2 פגמים שנפלו בהליך חקיקתו ובשל אי חוקתיותו במספר סעיפים הנוגעים להסדרת המעמד של עובדי רשות השידור עקב הפירוק.	גורביץ' נ' הכנסת

1.2.5 חוקי היסוד כחוקה		
איך מזהים חוקה ?		
בנק המזרחי	איך מזהים חוקה ?	תנאי הכרחי - כשחוק נקרא חוק יסוד הוא חלק מהחוקה, לפי החלטת הררי. על כן, חוקים שנחקקו לאחר החלטה זו, גם אם הם בעלי תוכן חוקתי, אינם חוקי יסוד. מה דין חקיקה עתידית של הכנסת שתעשה שימוש לרעה בביטוי "חוק יסוד" ? התשובה לשאלה זו מקורה במערכת היחסים בין הסמכות המכוננת לסמכות השופטת. הושארה בצ"ע.
בר און נ' כנסת ישראל חוי"י משק המדינה קובע שהתקציב יהיה חד שנתי. חוק יסוד הוראת השעה קובע כי תקציב המדינה יהיה דו שנתי(וזה הפעם השנייה שזה קורה). זה נחקק כחוק יסוד כדי מצד אחד לא לשנות באופן קבוע את חוק יסוד משק המדינה, ומצד שני כדי שלא יפסלו את החוק(שקובע זמנית שתקציב המדינה יהיה דו שנתי). שואל האם חוק יסוד הוראת שעה הוא אכן חו"י לכל דבר ועניין?	השופטת בייניש קובעת כי להצעה לשילוב מבחן מהותי יתרונות וחסרונות. היתרון – מניעת שימוש לרעה בחוק יסוד, המבחן המהותי מסייע לסנן. החסרון – אי וודאות בעניין התוכן. מתח בין הכנסת לרשות השופטת. בייניש קובעת כי אין להכריע בשאלה זו כאן כי החוק עומד בשני המבחנים	
ב. מה בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו ?		
דרור ישראל נ' ממשלת ישראל	סעיף 1 לחו"י יסוד מקרקעי ישראל קובע כי הבעלות על מקרקעי ישראל לא תועבר מידי המדינה... אך סעיף 2 מתיר פגיעה לסעיף 1 לפי חוק. סעיף 7 בחוק מקרקעי ישראל מתיר העברת בעלות של קרקעות לא חקלאיות ובלבד שיוגבל 100 אלף דונם. סעיף זה תוקן פעמיים והוגדלה בו כמות הקרקעות הניתנות להעברה. העותרים טוענים כי התיקון משנה את חו"י מקרקעי ישראל או לכל הפחות פוגע בו	ביהמ"ש (בייניש) קבע כי אין שינוי ואין פגיעה. אין שינוי כיוון שתיקון החוק לא משנה את העיקרון המרכזי שהתווה בחוק היסוד: א. היקף הקרקע - עדיין חלק קטן מאוד מכלל הקרקעות במדינה (4%). ב. סוג הקרקע - נקבע כי הקרקע עירונית ומההיסטוריה החקיקתית עולה כי הייתה כוונה לשמירה על קרקעות חקלאיות. ג. תיקון החוק - מדבר על 2 פעימות. רק אחרי יישום הראשונה, תגיע השנייה. אין שינוי כי ההיקף מצומצם. ביהמ"ש קובע שאין פגיעה, מפני שחו"י מקרקעי ישראל ייחודי כיוון שמלכתחילה הוא מאפשר חריגה. חקיקה שנותנת תוקף לחריג ושואין בה כוונה לפגוע בעיקרון הכללי אינה מהווה פגיעה. ביהמ"ש מוסיף שגם אם נניח שיש פגיעה היא מותרת לפי סעיף 2 בחו"י מקרקעי ישראל

ג. שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים		
שינוי בפרשת בנק המזרחי, הנשיא ברק טוען, כמו השופט שמגר, כי אין לשנות חו"י אלא בחו"י (או אם חוק היסוד מאפשר אחרת, אמרת אגב שלא התפתחה). ע"פ ברק בכדי לשנות את סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, דרוש גם חוק יסוד וגם שיעבור ברוב של חברי כנסת. שינוי יכול להתבצע אך ורק בחוק יסוד, ניתן לשנות באמצעות חוק רגיל רק אם צוין במפורש בחוק היסוד שניתן לשנותו בחוק רגיל. פגיעה לפי השופט שמגר 3 אפשרויות לפגיעה: 1. ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל. (דעת ברק, אפשר לפגוע בלי שום מגבלה) 2. ניתן לפגוע ע"י חוק רגיל בתנאי שתהא בחוק הרגיל אמירה מפורשת. (דעת ברק, אפשר רק אם פגיעה מפורשת) 3. אי אפשר לפגוע בחו"י אלא רק באמצעות פרוצדורה של שינוי. (דעת ברק, לא ניתן לפגוע) ברק לבסוף טוען שאפשר לפגוע בחוק יסוד שהוא לא פרוצדורת פגיעה, אך משאיר את שאלה זו ב-צריך עיון. השופט שמגר נוטה לאפשרות השלישית. השופט ברק נוטה לאפשרות השנייה, לפיה מצד אחד ניתן כבוד לחו"י ומצד שני יש הבחנה בין חו"י משוריינים לכאלה שאינם. הוא משאיר זאת בצריך עיון כי חו"י כבוד האדם וחירותו משוריינים (פסקת ההגבלה). השופט ברק מציע גישה רביעית: פגיעה בכפוף למבחני המידתיות (פס"ד הופנונג). ניתן לפגוע אם עומד בדרישות פסקת ההגבלה.	בנק המזרחי שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים	
השופט זמיר -השוויון החוקתי רלוונטי רק במקרים מסוימים. הוא מבחין בין שוויון פורמאלי לשוויון מהותי. הוא טוען שחוק היסוד צריך להגן על השוויון המהותי. איך נדע מתי הפגיעה היא במהותי או בפורמאלי? לדבריו, לפי מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה. הוא מציע לקחת את פסקת ההגבלה ולשתול אותה בס' 4 לחוק יסוד הכנסת ככלי שבעזרתו נדע אם יש פגיעה בזכות ולא האם הפגיעה מוצדקת. השופט ברק - מסכים שאפשר לקחת את מבחני המידתיות לעניין זה, אך לא רק כדי להגיד אם יש פגיעה אלא גם אם היא מוצדקת. זה נשמע כמו אופציית רביעית – אפשר לפגוע בחוק יסוד שותק בכפוף למבחני פסקת הגבלה. ברק אומר – אפשר להשתמש ב"פסקת הגבלה שיפוטית" לחוקי יסוד שותקים. במקרה זה נקבע שיש פגיעה, אבל היא מזערית ולכן החוק חוקתי.	העותרים טוענים שהסדרי המימון שבחוק מימון מפלגות פוגעים בעקרון השוויון כפי שנקבע בס' 4 לחוק יסוד הכנסת ולכן הוא היה צריך להתקבל ברוב של חברי כנסת כמו שקובע הסעיף. החוק לא התקבל ברוב הזה ולכן עליו להתבטל.	הופנונג נ' יו"ר הכנסת
השופט מצא אומר שאין פגיעה בזכות לשוויון. אבל גם אם יש היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. (אין פסקת הגבלה בחוק זה). הוא אומר כי גם אם אין פסקת הגבלה ניתן לקבוע חוקיות של חוק על פי תנאיה.	מופז עותר נגד החוק של תקופת הצינון. הוא טוען שההבחנה בין קצינים בכירים לזוטרים פוגעת בזכות לשוויון	מופז נ' וועדת הבחירות המרכזית

השופטת חיות טוענת שהחוק עובר במבחני המידתיות ולכן אין צורך להכריע בטענה זו. החידוש בפס"ד זה הוא שהיה שימוש בדרישה לרוב (לפי סעיף 46) ובכל זאת סבורה שיש מקום להחלת פסקת הגבלה. מכאן יוצא שכשמדובר בפגיעה בעיקרון חשוב, מנגנון פגיעה פורמאלי לא מספיק (כאוביטר, ההכרעה התקבלה גם ללא קביעה זו). החידוש הוא, שגם אם יש פרוצדורת פגיעה (כמו חוק יסוד הכנסת: סעיף 4, רוב של 61 חברי כנסת) בית המשפט יכול להפעיל את המבחן של פסקת ההגבלה.	הכנסת מעלה את אחוז החסימה ל-3.25%. גוטמן טוען לפגיעה בעקרון היחסיות, לפי סעיף 4 לחו"י הכנסת. הכנסת טוענת שהחוק התקבל ברוב של 61 ח"כים לפי סעיף 46. העותרים טוענים כי יש לבדוק לא רק רוב אלא גם עמידה בתנאי פסקת הגבלה (כמו בפס"ד מופז).	גוטמן נ' היועמ"ש
השופטת בייניש, כשיש חו"י משטרי, שאינו בדבר זכויות, האם גם שם כשאין מנגנון פגיעה נכניס פסקת הגבלה או שלא? ולא הכריעה. שופט המיעוט אדמונד לוי אומר כי, בהמשך לפס"ד הופנונג וגוטמן, נכון לעשות שימוש במבחן פסקת הגבלה גם לגבי ערכים חוקיים בדבר המשטר, שאין הם בדבר זכויות. החידוש בפס"ד זה הוא בדיון בשאלה האם רעיון הוספת פסקת הגבלה לחו"י שותק מוגבל רק לחו"י בדבר זכויות אדם או שניתן לקיים אותו גם בחו"י בעלי אופי משטרי-מוסדי.	עתירה כנגד תיקון לפקודת בתי הסוהר הקובעת כי יוקם בית סוהר פרטי אחד בישראל. הטיעון המהותי היה כי זו לא סמכות שהממשלה רשאית להפריט וטיעון שני, בדבר זכויות אדם, היה שבהנחה שההפרטה ניתנת תהיה פגיעה בזכויות אדם.	המרכז האקדמי למשפט ועסקים

ד. שינוי חוקתי לא חוקתי?		
השופטת בייניש - יש מדינות בהן יש הוראות חוקתיות שלא ניתנות לתיקון. דוקטרינה המכירה בהוראות חוקתיות נצחיות נראתה גם בביהמ"ש העליון במדינה. בייניש סבורה כי ישנם עקרונות יסוד שפגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות. במקרה זה יידרש ביהמ"ש להכריע אם הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת. בפרשת בר-און זהו לא המקרה.	במידה וחוק יסוד הוראת השעה הוא חוק יסוד, האם ניתן לפסול אותו משום שהוא משנה את מאזן הכוחות בין הכנסת לממשלה ביישור התקציב? האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנות אותם (תיקון חוקתי לא-חוקתי)?	בר און נ' כנסת ישראל
באיזה דוקטרינה משתמש ביהמ"ש? דוקטרינת שימוש לרעה בחוק היסוד. דוקטרינת שימוש לרעה בחוק היסוד - לא חוקתי מטעמים צורניים, טכניים. אומר כי אין פסול מהותי בחוק הנקרא חוק יסוד, אך ישנו שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" בצירוף לכותרת "הוראת שעה" (שהופכת אותו לזמנית). במקרה זה כאילו "מתקנים" את חוק היסוד זמנית 5 פעמים, אך למעשה חורגים מחוק היסוד לשם תיקון. לאחר 5 תיקונים כאלו כבר לא ניתן להשתמש שוב בהוראת שעה שהיא זמנית. שימוש לרעה יכול להיות גם במקרים בהם נכנס למארג החוקתי חוק שאינו אמור להיות בחוקה, אך מעוניינים למנוע ביקורת שיפוטית עליו. דוקטרינת תיקון חוקתי לא-חוקתי - לא חוקתי מטעמים מהותיים. לא נעשה שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד, אך משהו פגום בתוכן הדברים (לא בצורת הביצוע).	עתירה כנגד חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת השעה) בו הוחלט לתקן באופן זמני את חוק יסוד: משק המדינה (הקובע כי תקציב המדינה יהיה שנתי) ולאשר תקציב דו שנתי לשנים אלו. טענת העותרים היא כי הכנסת פעלה בחוסר סמכות בקבלת התיקון במסגרת הוראת השעה ויש לבטלו.	המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת
מזוז - טוען כי עדיין נמצאים בתהליך בניה של החוקה, לכן לא ניתן עדיין לבסס עמדה בנוגע לדוקטרינת תיקון חוקתי לא-חוקתי. שורה תחתונה - עדיין אין בסיס ועמדה מקיפה לתיקון חוקתי לא-חוקתי. אין הלכה בנושא או תקדימים.	תיקונים לחו"י: הכנסת ולחוק הכנסת (מוכר כ"חוק ההדחה"), שמסדירים הדחת ח"כ במקרים של התבטאות גזענית/ הסתה כנגד המדינה.	ג'בארין נ' הכנסת

2. מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות		
2.1 הכנסת		
2.1.1 הבחירות לכנסת (לימוד עצמי)		
<u>א. עקרונות היסוד של דיני הבחירות לכנסת:</u> 1. הבטחת חופש הבחירות- הבטחה כי כל אדם יוכל להצביע בהתאם למצפונו, מבלי שיהיה נתון להשפעה של אחרים בדרך של איום. 2. שוויון הזדמנויות של הרשימות והמועמדים (ללא הבדלים ע"ב כסף למשל- מימון ציבורי, הגבלת ההוצאות על מסע הבחירות). 3. הבטחה כי תוצאות הבחירות ישקפו את רצון הציבור- הקטנת החשש מפני זיופים. 4. השאיפה להבטיח וודאות ביחס לתוצאות הבחירות. 5. שמירה על טוהר הבחירות ואמון הציבור בקיום הליך בחירות תקין והוגן. 6. השאיפה לשמר ערכי יסוד של המשטר. <u>ב. קביעת מועד הבחירות לכנסת:</u> נקבע עפ"י תקופת כהונתה של הכנסת- 4 שנים מיום היבחרה- עפ"י הלוח העברי. במקרה של פיזור הכנסת לפני תום תקופת כהונתה, עשויה הכנסת הבאה לכהן למעלה מארבע שנים. הכנסת מוסמכת להאריך את תקופת כהונה רק במידה וישנן נסיבות יוצאות דופן וברוב של 80 ח"כים. היא יכולה גם להקדים את המועד של ההארכה, במידה ולא יהיה לפני תום כהונתה הרגילה של הכנסת (שינוי חוק בדרך של החלטת רוב ח"כים- כדי להקל על ההליך). הבחירות לכנסת יוקדמו גם לא בדרך של חוק- במקרה בו לא הצליחו להרכיב ממשלה חדשה/ בשל הבעת אי-אמון בממשלה או כאשר לא מתקבל חוק התקציב תוך שלושה חודשים מתחילת שנת הכספים/ בהחלטת רה"מ- במצבים אלו יתקיימו הבחירות ביום ג' האחרון לפני תום 90 יום מהודעת נשיא המדינה ליו"ר הכנסת על כך שהח"כ שהוטלה עליו הרכבת הממשלה לא צלח זאת. <u>ג. ניהול הבחירות:</u> 4 גורמים המופקדים על ניהול הבחירות: 1. ועדות הקלפי - ממונות ע"י הוועדות האזוריות שתפקידן פיקוח על ההצבעה וספירת הקולות 2. הוועדות האזוריות- האזוריות ממונות ע"י וועדת הבחירות. 3. וועדת הבחירות המרכזית - ממונה על ניהולן החוקי של הבחירות- סמכות לניהול הבחירות וקביעת התוצאות, שמירת הרשימות, בחינה האם התקיימו התנאים להגשת הרשימה, בחירה אם לאשר רשימה או למנוע השתתפותה (התפקיד החשוב ביותר) ועוד. כמו כן, היא מפרסמת את תוצאות הבחירות וחלוקת המנדטים. 4. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית - הוא שופט בביהמ"ש העליון (שנבחר על ידי שופטי ביהמ"ש העליון) ושאר חבריה הם נציגי סיעות- דבר ההופך את גוף זה לגוף פוליטי. ישנן מס' בעיות העולות מכך:	רובינשטיין ומדינה, פרק 8 א-ד (לימוד עצמי)	

I. <u>הענקת סמכות מעין שיפוטית (אישור) מניעת השתתפות של רשימה בבחירות) לגוף פוליטי- אינה תואמת את עקרון הפרדת הרשויות. הכותבים מאמינים כי יש להעביר סמכות זו לגוף שיפוטית- בדומה לסמכות ההכרעה בערעור על תוצאות הבחירות הנמצאת בידי ביהמ"ש המחוזי.</u> II. <u>חברי הוועדה אמורים להפעיל שיקול דעת עצמאי תוך התחשבות בעמדת הסיעה אותה הם מייצגים, אך כוחה של הסיעה להחליף את נציגיה בוועדה- משפיע על שיקול הדעת של חברי הוועדה. בשל קשיים אלו, חלק מהסמכויות המעין שיפוטיות הועברו ליו"ר הוועדה (בעיקר סמכויות פיקוח ואכיפה של הוראות חוק הבחירות) וכן מופעל פיקוח שיפוטי על הכרעות הוועדה, למשל - מניעת השתתפות בבחירות דרושה אישור של ביהמ"ש העליון, על אישור השתתפות- ישנה רק זכות ערעור לביהמ"ש העליון, ביהמ"ש לא נותן תוקף להוראות בחוק הבחירות ששוללות את האפשרות לביקורת שיפוטית על החלטות הוועדה. עם זאת, היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הקשורות לניהול הבחירות הוא מוגבל- כשמדובר בזכויות כחופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר ההיקף רחב.</u> ד. <u>הזכות והחופש לבחור:</u> עקרון הכלליות של הבחירות אינו מוחלט. משמעו ההכרה בזכות האזרח להשתתף בהליך הבחירות באמצעות הצבעה חופשית לרשימה המועדפת עליו. ישנן מס' הגבלות על זכות זו- <u>אזרחות וגיל מינימלי וכן הגבלות מנהליות- רישום במרשם תושבים, בפנקס בוחרים ושימוש בת"ז/ רישיון/ דרכון לצורך ההצבעה. כמו כן, הצבעה אפשרית רק בקלפי בה הבוחר רשום דבר המונע מישראלים בחו"ל להצביע. מונע גם מכאלו שלא שוהים בביתם לממש את הזכות, לכן ישנם הסדרים לחיילים/ נשים מוכות במקלטים/ שוטרים/ סוהרים וכלואים וכו'. מימוש הזכות מותנה גם בידיעת השפה העברית- הפתקים הם בעברית, אך נקבע כי ניתן להוסיף גם את האות בערבית. הגבלות הפוגעות בשוויון יפסלו.</u> גורם חשוב נוסף המבטיח את חופש הבחירה הוא <u>חשאיות ההצבעה</u> זוהי לא רק זכות אלא גם חובה. עם זאת, עקרון הכלליות מועדף על פני עקרון החשאיות. הזכות לבחור ממומשת רק אם היא נעשית מרצון חופשי, לכן נקבע איסור על הצעת שוחד/ פיטורים ע"מ להשפיע על בוחר להצביע/ להמנע מלהצביע. בנוסף, אין להכיר בתוקף מחייב של הבטחה הניתנת במהלך מסע הבחירות- גם אם היא כתובה. יראו בה כהצהרת כוונות בלבד- נועד כדי למנוע ממועמדים שימוש בסמכויותיהם השלטוניות לאחר שיבחרו באופן שיטיב ספציפית עם בוחרים ולא עבור מדיניות כללית.	רובינשטיין ומדינה, פרק 8 א-ד (לימוד עצמי)
--	--

2.1.2 מוסדות הכנסת והליכי החקיקה (לימוד עצמי)	
ג- מוסדות הכנסת ומועדי עבודתה של הכנסת: 1. מליאת הכנסת - הכנסת רשאית לדון בכל מס' חברים וישנן סנקציות של ועדת האתיקה על העדרות ממושכת מהמליאה. ההחלטות במליאה מתקבלות ברוב דעות של המשתתפים בהצעה, אלא אם נקבע אחרת בחוק. הצבעה במליאת הכנסת משמעה סיום דיון בהצעה מסוימת, עם זאת - ליו"ר הישיבה הסמכות לערוך הצבעה חוזרת בנסיבות מסוימות (דוג' - ספירה מחדש, אך לא הצבעה מחדש על הצעה שלא התקבלה). ההצבעה במליאה היא גלויה לרוב, באמצ' מנגנון אלקטרוני. היא תהיה חשאית אם מדובר בבחירה לתפקיד כלשהו. גם דיוני המליאה הם פומביים ומשודרים בטלוויזיה. 2. יו"ר הכנסת וסגניו - המכהן כיו"ר הוא הוותיק שבחברי הכנסת שאינו רה"מ/ שר/ סגן שר. הוא וסגניו נבחרים בבחירות גלויות ע"י הכנסת, לכל תקופת כהונת הכנסת. בשל תפקידו, היו"ר מחויב באי-תלות, על כן אין הוא משתתף בדיוני ועדת הכנסת/ ויכוחים בכנסת ואין הוא חבר בוועדה מלבד וועדת הפירושים. מסמכויות היו"ר - ניהול דיונים, קביעת סדר הצבעה, קביעת תוצאות ההצבעה, הענקת רשות דיבור לח"כ, להעיר לנואמים, להרחיק ח"כים מהאולם, לקבוע את סדר היום השבועי לישיבות הכנסת, להחליט אם לאשר העלאה לדיון של הצעה לסדר היום ועוד. בידי היו"ר וסגניו הסמכות לא לאשר העלאה לדיון של הצעה בשל תוכנה. כמו כן, הוא האחראי על הכנסת התקציב השנתי של הכנסת. לא רק זאת, הוא המ"מ של הנשיא. 3. ועדות הכנסת - מרכז הכובד של עבודת הכנסת, שם מתקיימים דיונים מהותיים בנוגע לנוסח הצעות החוק וכן שם מתקיימת מרבית עבודת הביקורת על הממשלה. ועדות הכנסת רשאיות לאשר חקיקת משנה מכוח הסמכה בחוק/ הכרה מפורשת בחקיקה להאציל/ להעביר סמכויות המסורות לוועדה מסוימת. הרכב הוועדות נקבע ע"י הכנסת עפ"י עיקרון הנציגות הסייעתית (לפי גודלן היחסי של הסיעות), מס' החברים בוועדה בין 15-17. שר לא רשאי להיות חבר בוועדה וכן יו"ר הוועדה לא יהיה חבר בממשלה, נהוג בישראל כי היו"ר נבחר גם מקרב חברי האופוזיציה. הכותבים מאמינים כי בנסיבות מיוחדות, למשל כאשר מעקבים דיון בהצעת חוק לפיזור הכנסת שזוכה לתמיכת רוב הח"כים - אין לשלול את כוחה של הכנסת להעביר את יו"ר הוועדה המעכבת מכהונתו באמצ' שינוי הרכב הוועדה (חברים חדשים בוחרים יו"ר חדש). 4. ראש האופוזיציה - האופוזיציה אחראית על פיקוח על עבודת הממשלה וליו"ר האופוזיציה תפקיד מרכזי בדיוני הכנסת. נקבע כי היו"ר יהיה חבר מטעם המפלגה הגדולה ביותר באופוזיציה ושכרו יהיה כשל שר, הוא רשאי לנאום מיד לאחר רה"מ במליאת הכנסת. רה"מ מחויב לעדכן את ראש האופוזיציה בענייני מדינה לפחות פעם בחודש. 5. היועמ"ש לכנסת - בעבר היועמ"ש לממשלה היה גם היועמ"ש לכנסת, אך זה יצר קשיים רבים ולכן נוצר תפקיד ייעודי ליועמ"ש לכנסת. היועמ"ש לכנסת ממונה ע"י יו"ר הכנסת, בהסכמת ועדת הכנסת מבין מועמדים שהומלצו ע"י ועדה ציבורית (בה חברים רק 3 ח"כים). תפקידו לתת יעוץ משפטי לכנסת ולייצגה בערכאות (יכול להעביר את הייצוג גם לפרקליטות המדינה). לעומת היועמ"ש לממשלה, ייעוץ היועמ"ש לכנסת אינו מחייב את רשויות הכנסת, אך פעולה מנוגדת לעמדת היועמ"ש יכולה לגרום לביהמ"ש להתערב בהחלטות הנוגעות לניהול הפנימי של הכנסת.	רובינשטיין ומדינה, פרק 10 ג-ד (לימוד עצמי)

6. **נציב הדורות הבאים** - תפקידו להביא נתונים וחוויות דעת (על הצעות חוק/ חקיקת משנה) בנושאים בהם יש עניין מיוחד לדורות הבאים.

ד- הליכי חקיקה:

1. **עקרונות יסוד:** חלוקת הליך החקיקה לכמה שלבים נועדה לאפשר לח"כים לשוב ולשקול את עמדתם בנושא המדובר, להביא את ההצעה לידיעת הציבור ולהבטיח זמן לבירור הסוגיות הרלוונטיות. כמו כן, אין ביקורת שיפוטית על חקיקה בטרם הושלם ההליך. הליכי החקיקה מעוגנים בתקנון הכנסת בלבד וחוק שלא התקבל בפרוצדורה הקבועה אינו תקף.

ישנם ארבעה עקרונות יסוד של הליך החקיקה אשר פגיעה קשה וניכרת בהם תחשב לפגם היורד לשורש ההליך (פס"ד מגדלי העופות) ותוביל להכרזה על בטלות החוק:

○ עקרון הכרעת הרוב.

○ עקרון השוויון הפורמלי- לכל ח"כ קול אחד.

○ עקרון הפומביות

○ עקרון ההשתתפות – כל ח"כ יכול להשתתף.

ככל שהליך החקיקה מבוסס יותר מבחינה עובדתית כך הסיכוי שתמנע הכרזה על בטלותו גדל.

2. **הזכות להציע הצעת חוק:** הממשלה, וועדות הכנסת וחברי הכנסת רשאים ליזום חקיקה. וועדות הכנסת רשאיות ליזום הצעת חוק רק בתחומים בהם הוועדה עוסקת. הצעות חוק מטעם הממשלה או וועדה בכנסת מתפרסמות כהצעות חוק ומובאות למליאה לקריאה ראשונה. הצעת חוק מטעם ח"כ שאינו שר/ סגן שר תקרא הצעת חוק פרטית, יש לה פרוצדורה מיוחדת (מפורט בסעיף 3) ומוטלות עליה מספר מגבלות- אם אין תמיכה מהממשלה, דרושה תמיכה של 50 ח"כים לפחות בשלוש הקריאות, וכן ישנה מכסה של הצעות חוק לסיעה בהתאם לגודלה.

3. **הסדרים מיוחדים לעניין הצעות חוק פרטיות:** דרושה מעבר של שני שלבים מקדימים –

I. **אישור ההצעה ע"י יו"ר הכנסת** - וסגניו מבחינת תוכן- לא גזענית, צורה וסגנון. הכותבים מאמינים כי על היו"ר וסגניו להשתמש בסמכותם לפסול הצעת חוק פרטית רק כאשר מדובר בהצעת חוק גזענית במהותה

II. **דיון מוקדם (הצבעה) במליאת הכנסת** - להעברת ההצעה לוועדה להכנה לקריאה ראשונה. הועדה מוסמכת גם להציע לנשיאות הכנסת להסיר את ההצעה מסדר היום, אם הנשיאות מתנגדת לכך- הצעת החוק תעלה להצבעה כפי שהגישה הח"כ.

כמו כן ישנם מגבלות על הצעות חוק פרטיות שישומן כרוך בהוצאות מתקציב המדינה- ראשית, ההצעה צריכה לכלול את דרך המימון או הפחתת ההוצאה של יישום החוק. כמו כן, הצעת חוק שביצועה כרוך בעלות תקציבית של מעל 5 מיליון ₪ ולא אושרה ע"י הממשלה, צריכה לעבור בשלוש הקריאות בכנסת בתמיכה של 50 ח"כים לפחות. בנוסף, כשפוקעת כהונת ח"כ/ הוא ממונה לשר/ סגן שר- הצעתו יורדת מסדר היום במידה וטרם סיימו את הדיון בהצעה בוועדה לאחר הקריאה הראשונה.

רובינשטיין ומדינה, פרק 10 ג-ד
(לימוד עצמי)

4. **שלוש הקריאות:** דיון בהצעת חוק מטעם הממשלה/ ועדה בכנסת לא יתקיים אלא לאחר שההצעה הייתה מונחת על שולחן הכנסת לפחות יומיים על מנת לאפשר לח"כים ולציבור זמן סביר לעיין בהצעה ולהביע את עמדתם. הליך החקיקה נועד להבטיח דיון מעמיק בהצעת החוק, המבוסס על תשתית עובדתית מתאימה תוך בחינת כלל האינטרסים הרלוונטיים. הליך חקיקה מזורז מונע זאת, אך בנסיבות חריגות יש בו צורך.

(א) קריאה ראשונה - דיון כללי בהצעת החוק. ההצעה מוצגת ע"י שר/ סגן שר הנוגע לדבר/ יו"ר הוועדה שנוגעת לדבר/ הח"כ המציע. תוצאות אפשריות- דחיית ההצעה או העברה לוועדה המתאימה. הצעת חוק שעברה בקריאה הראשונה יכולה להיות נדונה בכנסת שלאחריה, כשמדובר בהצעה פרטית – נדרש שהח"כ המציע יהיה חבר בכנסת הנכנסת והוא מסכים לרציפות.

(ב) קריאה שניה - תחול לכל המוקדם יום לאחר הנחת ההצעה על שולחן הכנסת ע"י הוועדה שדנה בה. הליך חקיקה מזורז יאפשר לערוך את הקריאה ביום הנחת ההצעה. בקריאה זו הדיון נוגע **לכל סעיף בנפרד** בין חברי הוועדה/ ח"כים אחרים שאישרו להם להגיש הסתייגויות. תוצאות אפשריות- אם מתקבלות הסתייגויות, ההצעה תחזור לוועדה לתיקון (אם הן סותרות- תערך הכרעה ביניהן ע"י הצבעה בכנסת)/ עובר לקריאה שלישית.

(ג) קריאה שלישית - תתקיים בתום ההצבעה על כל סעיפי החוק בקריאה שניה אלא אם התקבלו הסתייגויות/ הצבעות על גרסאות שונות לסעיף אחד. הממשלה יכולה לחזור בה מהצעת חוק עד לקריאה שלישית.

5. **חתימה על החוק, פרסומו ותיקון טעויות סופר:** לאחר הקריאה השלישית יש 2 שלבים נוספים:

(א) חתימה על החוק - הנשיא חותם על החוק אלא אם החוק נוגע לסמכויותיו.

(ב) פרסום ברשומות - תוך 10 ימים מיום קבלתו בכנסת. הפרסום הוא תנאי לתוקף החוק, בניגוד לחתימה שאינה מהווה תנאי לתוקפו. כשישנה טעות בנוסח, לשונית-טכנית, הכנסת מוסמכת לתקן את הטעות בהחלטה ושר המשפטים מוסמך להורות על תיקון. אם השר לא ציווה על תיקון טעות- ניתן לטעון כי החוק המפורסם שונה מהנוסח שהתקבל בכנסת אך נטל ההוכחה על הטוען לכך.

רובינשטיין ומדינה, פרק 10 ג-ד
(לימוד עצמי)

--	--

2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת

עובדות	הלכה	
Stage1 בצול נ' שר הפנים (תפיסה מחמירה ביותר של עקרון ריבונות הכנסת. מובן כי לא תקף היום). העותרים- מוסלמים מהכפר ריינה, מתנגדים לגידול חזיר בקרבתם. מבקשים להחיל החוק גם על יישובים שהוצאו לכאורה מתחולתו וזאת משום שהתחום שנקבע כתחום המסומן לעניין זה על מפה חתומה בידי שר הפנים היה אמור להיות מונח ביום כניסת החוק לתוקפו במשרדי הממונים על מחוזות היישובים. אלא שמתברר שהמפות הונחו רק שנה לאחר חקיקת החוק. לטענת העותרים החוק לא תקף כי קבע תמונת מצב עובדתית שגויה.	הלכה ישנה (שנת 63) זילברג ברגע שהחוק ניתן-עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחריו. נקבל את העובדות כמוכחות. קביעה עובדתית גם אם שגויה תקפה לכל דבר. יש לראות את המפות כאילו הונחו במשרדי הממונים בזמן. ברנזון ספק אם ניתן לשלול תוקפו של חוק שנתקבל כדין ע"י הכנסת, אפילו אם ברור שחלה טעות עובדתית. הכנסת ריבונית בנושא וביהמ"ש יכול רק לפרש חוקים ולא להעמידם בסימן שאלה.	
Stage2 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת שרון הורשע בשלום בשתי עבירות ונגזר עליו עונש מאסר בפועל של 9 חודשים. שרון הגיש ערעור על הרשעתו ועל גזר דינו אך בטרם נדון הערעור החליטה ועדת הכנסת ע"פ ס' 42 ב' לחו"י הכנסת להשעותו מכהונתו כח"כ למשך הזמן שפסק הדין שניתן נגדו לא יהיה סופי. שרון טען כי הועדה חרגה מסמכותה. היועמ"ש טען כי ההחלטה היא עניין פנימי ואינה כפופה לביקורת שיפוטית. (חשיבותו של בג"ץ פלאטו הוא שביהמ"ש מחליט להתערב בהחלטת הכנסת תוך שהוא מגביל ההתערבות למקרים של פעולה החורגת מסמכות) בהמשך יפותחו מבחנים תכליתיים אך כעת סמכות הפיקוח על ועדות הכנסת אינה מוטלת עוד בספק)	כהן מתי יתערב העליון? קיימים 3 שלבים: סמכות ← האם לעליון סמכות להתערב? יש להצביע על חוק המסמך אותו (ס' 15 לחו"י: השפיטה). שפיטות ← האם הנושא שפיט? בהליכי שיפוט/מעין שיפוט יתערב העליון. בעניינים פנים-פרלמנטרים-לא יתערב. כשועדת הכנסת מפעילה את סמכות ההשעיה היא ממלאת תפקיד מעין שיפוט. סוג פגם ← סוג הפגם - פגם בשק"ד-לא יתערב. פגם (חריגה) בסמכות-יתערב מבחן ההתערבות ע"פ כהן: ביהמ"ש יתערב במקרה של חריגה מסמכות וכאשר הכנסת עושה שימוש בתפקיד מעין שיפוט. כהן נכון יותר להעביר ביקורת שיפוטית ככל שהנושא רחוק מליבת העשייה של הכנסת. ביקורת בג"ץ על פעולות ועדות הכנסת אינה צריכה להיות שונה מהביקורת על כך גוף ציבורי אחר הממלא תפקיד ע"פ דין אם כי מתוך כבוד לרשות המחוקקת יגביל בג"ץ תחומי התערבותו. לגופו של עניין קובע כי הועדה חרגה מסמכות ההשעיה המוקנית לה בחוק. לנדוי (מיעוט) - לא מסכים שלבג"צ סמכות להעביר ביקורת על החלטות ועדת הכנסת. כשהכנסת פועלת כרשות מחוקקת הלכה היא שאין בית משפט זה מוסמך לבקר את פעולתה ולהעמיד בסימן שאלה תקפותו של חוק (הערה- לפני 92), ומאחר ואין לו סמכות להתערב באקטים חקיקתיים הרי שגם אין לו סמכות להתערב באקטים נושאי אופי שיפוט. בג"ץ לא נדרש כלל לסוגיה מאחר ולא הועלתה ע"י הצדדים.	

ברק: סמכותו של בימ"ש לדון בעתירה נובעת מחו"י השפיטה (ס' 7) ולכן איננה שאלה של סמכות כי אם של שיקו"ד. בכל הנוגע למידת ההתערבות יש ליצור איזון שיפוטי המבוסס על ריסון עצמי של הרשות השופטת שאינו מגיעה לכדי כבילה מוחלטת. האיזון הראוי בין הצורך להבטיח את "שלטון החוק במחוקק" לבין הצורך לכבד את ייחודה של הכנסת בהחלטותיה בעניינים פנימיים, יושג ע"י אימוץ אמת-מידה המתחשבת במידת הפגיעה הנטענת בחיים הפרלמנטאריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. המבחן שקובע ברק: תנאי להתערבות בפעילות הכנסת הוא "מידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטאריים ומידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי". בהתאם למבחן זה רק פגיעה מהותית וניכרת תצדיק התערבות בג"צ. - פגיעה בהסדרים פנים-פרלמנטאריים קלה ואין בה כדי להשפיע על יסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטאריה ← ייגבר שיקול עצמאותה וייחודה של הכנסת על פני שיקול שלטון החוק ויהיה מוצדק שהרשות השופטת תמשוך ידה מן הדיון בעניין שהוא פוליטי במהותו. - פגיעה ניכרת הכוללת פגיעה בערכים מהותיים של המשטר החוקתי ← יגבר השיקול להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר. במקרה דנן ליו"ר הייתה סמכות להפעיל שק"ד. במקרה הנדון- הסטייה הינה קלת ערך וביהמ"ש לא יתערב. העתירה נדחתה	יו"ר הכנסת דחה הצבעת אי אמון ושריד טען שהאיחור הוא בניגוד לתקנון הכנסת לפיו יש לדון בהצבעת אי האמון למחרת בשעה 17:00. לטענת שריד האיחור היה במתכוון ע"מ לאפשר לח"כים התומכים בממשלה לשוב מחו"ל ולהשתתף בהצבעה. המשיבים טוענים שהנושא לא שפוט, כי ליו"ר הכנסת קיימת סמכות לעשות כך מס' 27 לתקנון הכנסת. (ברק קובע מבחן גמיש מאוד המותיר שיקו"ד רחב בפני ביהמ"ש להחליט אם מדובר בפגיעה קשה וניכרת או קלה). יש לשים לב כי הלכה זו אינה חלה כאשר מדובר במילוי תפקיד "כעין שיפוטי" של הכנסת- בפגם בהליך כזה ביהמ"ש תמיד יעניק סעד ואין צורך לבדוק אם מדובר בפגם מהותי. המבחן הוא אוביטר- להלכה לא נפסלה ההחלטה.	Stage3 שריד נ' יו"ר הכנסת
השופט ברק: בא כוח המשיבים מציע את <u>מבחן הסמכות הפונקציונאלית-רק אם יש חריגה מסמכות אז נתערב בהליך פנים-פרלמנטרי</u>. ברק לא מקבל וטוען שזוהי פגיעה בשלטון החוק וזוהי מבחן מעורפל בניגוד למבחן שהוא קבע- מרקם החיים שהינו גמיש. מבחינת שפיטות- בידי בג"צ הסמכות להתערב בעניינים פנים-פרלמנטריים. אין זו פגיעה בדמו- כי תפיסת המשיבים פוגעת בדמו'. אין זו פגיעה באיזונים ובלמים- כי מטרת שיטה זו היא שהעליון יאזן את המחוקק, ואת זה יעשה ע"י מבחנו של ברק. התאפקות שיפוטית מלאה אינה מקובלת, אך גם לא אקטיביזם שיפוטי, דרך הביניים תימצא במבחנו של ברק. מתנגד להצעת עו"ד יאראק. לדעתו המבחן שלו ברור יותר. ברק הולך על התערבות רחבה יותר ואילו יאראק על התערבות בסגנון המלומד אילי- התערבות מינימליסטית. ברק קובע כי ועדת הכנסת פירשה לא נכון את ס' 36 לתקנון. כל סיעה, גם של יחיד, יכולה להציע הצעת אי אמון. אם קיימת הוראה בתקנון יש לנהוג על פיה ואין לוועדת הכנסת סמכות לשנות הוראת תקנון בלא הוראה לכך בתקנון או שינוי של התקנון עצמו. <u>לסיכום</u>, החלטת המשיב פוגעת באופן משמעותי במרקם החיים הפרלמנטריים ובערכים המהותיים של משטרנו. סיעה שלא יכולה להציע הצעת אי אמון היא בעלת מום פרלמנטרי. העתירה התקבלה	סיעת כך, סיעת יחיד, סיעת להעלות הצעת אי אמון. בקשתה נדחתה ע"י יו"ר כי טען ש"סיעה" = שני אנשים או יותר. לכן סיעת יחיד אינה יכולה להגיש הצעות אי-אמון. ב"כ המדינה, עו"ד יאראק מציע את "מבחן הסמכות הפונקציונלית"- האם ההחלטה מצויה במתחם גבולות הגזרה של יו"ר הכנסת. (האוביטר של שריד- התערבות בניהול ענייניה הפנימיים של הכנסת הופך לראציו)	Stage4 סיעת כך נ' יו"ר הכנסת

שמגר: לא מתערב. סבור שאין כאן פגם. אלון: תומך במבחן "הסמכות הפונקציונאלית", לפיו מתערב בהמ"ש רק כאשר ההליך הפנים פרלמנטרי נתקבל תוך חריגה מסמכות. זאת מפני שההימנעות חיונית לשמירת איזון הולם ויחסי כבוד הדדיים. ריסון זה לא פוגע בשלטון החוק אלא מבטיח את קיומו. אלון מבקר את מבחן ברק בשריד שכן הוא מעורפל ונותן שק"ד נרחב מדי לשופט (חשש משלטון השופט). הסיבות לצמצום סמכויות העליון: א. עליונותה של הכנסת - עומדת בראש 3 הרשויות. ב. הכנסת נבחרה ע"י העם - שהוא הריבון. ג. צורך חיוני לאפשר קיום תפקוד תקין ויעיל של הכנסת. העתירה נדחת. מבחן הסמכות הפונקציונאלית מקבל תוקף ע"י אלון.	כהנא הגיש הצעות חוק ונשיאות הכנסת לא הסכימה להעלותן לשולחן הכנסת. טוען שהאישור נטול יסוד בדיון. לטענתו, המתבססת על המדרג הנורמטיבי החלטה שח"כ לא יכול להציע הצעת חוק צריכה להיות מעוגנת בחוקה או לכל הפחות בחוק וכאן היא מעוגנת בתקנון הכנסת.	Stage5 בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת
ברק: החלטתה של הכנסת להסיר חסינות אינו תפקיד חקיקתי כי אם מעין שיפוטי. לא יתכן שבמסגרת מילוי תפקיד זה, תהיה לוועדת הכנסת חסינות מפני ביקורת שיפוטית ושהוועדה היא שתוכל לקבוע את מסגרת סמכותה. אין כל סיבה שבהמ"ש לא יפעיל את סמכותו כלפי החלטת הכנסת כאשר החלטה זו נתקבלה מתוך הפרת החוק או מתוך הפרת עקרונות הצדק הטבעיים. שעה שהכנסת מחליטה בסוגיות מעין שיפוטיות בין בוועדה ובין אם במליאה, אין היא שונה מבחינה עקרונית מרשות מעין שיפוטית אחרת. ביקורתו של ביהמ"ש אינה כלפי השאלה האם ראוי ליטול את החסינות של ח"כ אלא רק כלפי חוקיות הנטילה. יש צורך להבטיח את שלטון החוק במחוקק. הכנסת בחקיקתה מחייבת כל גוף כעין שיפוטי בקיום תנאים מינימאליים של דיון הוגן ולכן חייבת לקיימם בעצמה. לסיכום: בהחלטות מעין שיפוטיות אין ריסון - ביהמ"ש יתערב גם כשהפגיעה היא קלה. ז"א - ביהמ"ש מרסן עצמו (ע"י מבחן המרקם של ברק) רק בעניינים פנים-פרלמנטריים ולא בענייני מעין-שיפוטי.	הכנסת החליטה ליטול חסינותו של ח"כ פנחסי לאחר שהיועמ"ש הגיש נגדו כתב אישום. בהחלטה אימצה הכנסת את המלצתה של ועדת הכנסת ליטול החסינות. פנחסי טען כי ההחלטה ניתנה בלא שהועמדה בפני חברי הכנסת תשתית עובדתית מינימאלית המאפשרת קבלת החלטה שיפוטית בדבר הסרת החסינות. פגם זה לדידו, מביא לבטלות ההחלטה.	Stage6 פנחסי נ' יו"ר הכנסת
ברק: החלטות וועדת האתיקה כפופות לביקורת שיפוטית, אך זו תהיה מצומצמת. אמנם ועדת האתיקה ממלאת תפקיד מעין שיפוטי אך החלטותיה קרובות יותר לעניינים פנימיים. (במקרים כמו הסרת חסינות יש מקום להתערבות בית המשפט, כי ההחלטה עוסקת בעניין שיפוטי מאוד).	הגישו נגד העותר קובלנה לוועדת האתיקה של הכנסת בשל אמרותיו בנאום בכנסת. וועדת האתיקה קבעה כי העותר הפר את כללי האתיקה והטילה עליו סנקציה של שלילת זכות הדיבור במליאות ובוועדות הכנסת למשך 10 ימי ישיבות. העותר הגיש ערעור שנדחה ועל כן ערער בשנית.	מחול'ל נ' יו"ר הכנסת

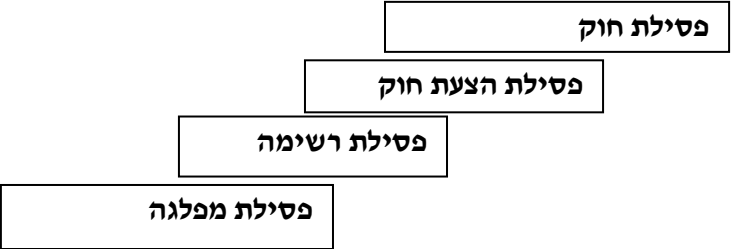
Stage7
התנועה
למען
איכות
השלטון
בישראל

ח"כ החליטו להגדיל
לעצמם את הפנסיה,
למרות שהתפזרו לאחר 3
שנים, החליטו להכיר
בפנסיה כאילו שכיחנו 4
שנים. זאת בניגוד לוועדה
חוץ פרלמנטרית שהמליצה
לשנות את המצב.

ריבלין משהושלמו תהליכי החקיקה הם עומדים בפני ביקורת
שיפוטית. על ביהמ"ש להתערב באופן מדוד מתוך עקרון הפרדת
הרשויות. קיימת חזקת כשרות-כל חוק הוא חוקתי אלא אם הוכח
אחרת (גם לגבי ח.משנה של הכנסת). סבירותה וחוקיותה נמדדות
לאור החוק המסמך ועליה לעמוד במבחן הסבירות. **בידי ביהמ"ש**
לפסול חקיקת משנה אם פרצה את גבולות ההסמכה שקבע החוק או
מחמת אי סבירות גלויה וברורה.
ז"א: בניגוד לחקיקה שלא הסתיימה- שאז זאת התערבות בענייני
פנים-פרלמנטריים, אם חקיקת המשנה חרגה מסמכות או שאינה
סבירה-יתערב ביהמ"ש.
העתירה התקבלה - ההחלטה בטלה

תרשים זרימת התהליך- העברת ביקורת על הכנסת (פגיעה בריבונות)

- ☒ **בצול** ← אין ערעור על חוקיות חוק שחוקק בכנסת (גם אם העובדות מראות על פגם)
- ☒ **פלטו** ← **כהן** קובע 3 שלבים להתערבות (לעניין המקרה דן קובע את כי תהיה ביקורת על החלטות "מעין שיפוטיות"). **לנדוי** חולק עליו- אין מקום להתערבות.
- ☒ **שריד** ← **ברק** קובע את מבחן "מירקם החיים הפרלמנטריים" כמבחן להתערבות.
- ☒ **סיעת "כך"** ← **התאפקות שיפוטית** מלאה אינה מקובלת, אך גם לא **אקטיביזם שיפוטי** — דרך הביניים היא מבחן מירקם החיים הפרלמנטריים. עתירה מתקבלת **מטעמי פגיעה במירקם החיים**. **ברק** דוחה המבחן המוצע ע"י ב"כ המשיב והוא מבחן "**הסמכות הפונקציונאלית**".
- ☒ **כהנא** ← **השופט אלון** מקבל את מבחן הסמכות הפונקציונלית וטוען שהוא בהיר יותר ממבחנו של ברק שהוא עמום ומשאיר כוח רב בידי השופטים. הוא מונה שלוש סיבות לצמצום סמכויות העליון. **שמגר**- אין מקום לביקורת על תקנון הכנסת בעניינים פנים-פרלמנטריים
- ☒ **פנחסי** ← בהחלטות מעין שיפוטיות אין ריסון- ביהמ"ש יתערב גם כשהפגיעה היא קלה.
- ☒ **מחול** ← **החלטות וועדת האתיקה** כפופות לביקורת שיפוטית, אך זו תהיה מצומצמת
- ☒ **התנועה לאיכות השלטון** ← ביקורת מטעמי אי סבירות ברורה וגלויה/חקיקת משנה שפרצה את גבולות ההסמכה.

2.1.4 תקנון הכנסת ומעמדו		
בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת ס. 134 א' לתקנון: כל ח"כ רשאי להציע הצעת חוק ס. 134 ב' תקנון: ח"כ המציע הצעת חוק יגיש ליו"ר הכנסת והוא, לאחר שיאשרר יניחה על שולחן הכנסת. העתירה נסובה על החלטת יו"ר הכנסת וסגניו שלא להניח על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות של חבר הכנסת כהנא, בטענה שהצעותיו גזעניות ויש בהם פגיעה בערכיה של מדינת ישראל. העותרים טוענים שנשיאות הכנסת פעלה שלא כדין וחרגה מסמכותה. המקרה פוגע באופן מהותי בחיים הפרלמנטרים וביסודות המשטר הדמוקרטי.	ברק- סמכות היו"ר הינה סמכות שבשיקו"ד, הכוללת גם סמכות שלא לאשר את הצעת החוק. שיקו"ד זה ככל שיקו"ד שלטוני היונק כוחו מדבר חקיקה, הוא מוגבל לאור כללי ההגיונות, תום לב, סבירות, היעדר שרירות ואיסור הפליה. כ"כ עליו להיות מונחה ע"י המטרות אותן נועד דבר החקיקה להגשים. מטרת בחינת הצ"ח ע"י נשיאות הכנסת הינה להוות מנגנון בקרה וסינון שיעביר לשולחן הכנסת רק הצעות התואמות מסגרת חוק. לאור מטרה זו סמכות הנשיאות משתרעת רק על עניינים שבצורה ובחינה מקצועית שלשון החוק יש בה קביעת נורמה להבדיל מקביעת עובדה, שסיגנונה תואם סיגנון חוק והיא אינה כוללת דברי גידופין/בלע/עלבון. ואולם הסמכות אינה כוללת סמכות להימנע מאישור הצ"ח בשל הסתייגות מתוכן פוליטי או חברתי. על נשיאות הכנסת להניח על שולחן הכנסת כל הצ"ח יהא תוכנה אשר יהא ובלבד שהיא בנויה, צורנית ותוכנית, כראוי להצעה המיועדת להפוך לחוק. מידת ההתערבות: ככלל, על הרשות השופטת להימנע מלהתערב בטיפול משפטי בענייני חקיקה שהופקדו בידי הרשות המחוקקת. ואולם, כאשר רשות מרשויות הכנסת מונעת שלא כדין את מהלכם הרגיל של הליכי חקיקה, באופן הפוגע פגיעה יסודית בחיים הפרלמנטאריים או ביסודות המבנה של המשטר החוקתי, אין מנוס מהתערבות. העתירה התקבלה. החלטת הנשיאות היא פגיעה חמורה בחיים הפרלמנטאריים וביסודות מבנה המשטר החוקתי.	שיטת המדרגות של ברק: 
בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת בין העתירה הקודמת לעתירה זו הוסף ס' לתקנון הכנסת- ס' 134ג'- יו"ר הכנסת לא יאשר הצ"ח שהיא גזענית במהותה או שוללת קיומה של מד"י כמדינתו של העם היהודי.	שמגר- ס' 19 בחוק יסוד מורה כי עניינים שאינם מוסדרים בחוק היסוד- יש לפנות לתקנון הכנסת. אין בחוק הוראה בדבר ייזום חקיקה ע"י ח"כ ולכן פונים לתקנון. לתקנון הכנסת 3 מאפיינים: אופיו כשל חקיקת משנה. האופן שבו מתקבל נושא סממן של חקיקה (זו חקיקת משנה אך נעשית ע"י הכנסת) מסדיר סוגיות שעניינן הסדרים פנים פרלמנטרים: כמו הוראות בנוגע לסדרי עבודה בתקנון הכנסת. נתון לביקורת שיפוטית: מעמדו הנורמטיבי של תקנון הכנסת בהיררכיה של ס' 19 לח"י הכנסת אינו כשל דבר חקיקה ראשי ולכן לא חלה לגבי התקנון הקביעה כי חוקי הכנסת אינם ניתנים לביקורת שיפוטית. רק בנסיבות קיצוניות, עת מתגלה בהוראות התקנון פגם מהותי תיתכן הפעלת ביקורת שיפוטית על הוראה של התקנון. התקנון הוא זה שיוצר את הזכות להגיש הצעות ולכן הוא יכול לשלול אותה. אין הצדקה במקרה זה להתערב, יש לפעול בריסון בכל הנוגע לכניסה לתחום הפעלת הסמכות הפנים פרלמנטרית שהיא בגבולות התקנון. העתירה נדחת. כאשר רשות מרשויות הכנסת מקבלת החלטה שבתחום סמכותה, לא יתערב בימ"ש בשיקו"ד חברי בית הנבחרים.	

ברק: לפי ס' 19 לחו"י הכנסת הליכי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. לא נפל פגם בדיוני הועדה. אין מוטל על הכנסת, להבדיל מרשויות מבצעות, חובת שמיעה אינדיווידואלית של גורמים המעוניינים בהליך. הכנסת עושה זאת בצורה של "שמיעה מוסדית", הנובעת מעצם מבנה הכנסת- מורכבת ממפלגות וח"כ המייצגים קשת של השקפות. שמיעת החברה הינה רשות. ס' 106 עניינו הענקת סמכות לוועדה לעשות שימוש בשיקו"ד ואין ענינו בהטלת חובה לעשות שימוש בשיקו"ד. קיימת ביקורת שיפוטית אפרוירית, אך במצבים יוצאי דופן תהיה ביקורת אפוסטריורית. כל מקרה לגופו. <u>העתירה נדחתה. ברק אומר כי תהיה התערבות רק אם נפל באחד ההליכים פגם היורד לשורש ההליך בהליכי החקיקה.</u>	עתירה סביב הליכי חקיקה בעניין תיקון החוק לניירות ערך. לטענת העותרת הדיונים בוועדת הכספים לקו בפגם המצדיק ביטול הצ"ח שכן העותרת, כנפגעת יחידה מתיקון החוק לא הוזמנה לדיוני הועדה להשמיע טענותיה. העותרת נסמכת על ס' 106 לתקנון לפיו רשאית ועדה של הכנסת להזמין לשיבותיה כל אדם שיש לו עניין בשאלה בה דנה הוועדה.	נמרודי נ' יו"ר הכנסת
<u>ניתן להצביע ל מספר אפשרויות למעמדו של תקנון הכנסת:</u> <u>א. מעמד הדומה לחוקה-</u> מאחר ובסמכותו להגביל את תוכן החוקים וכיוון שהפרה מהותית של התקנון תביא לביטול החוק. <u>ב. מעמד נמוך מחוקה-</u> מאחר ונתון לביקורת שיפוטית ועוסק רק בענייני פנים. <u>ג. מעמד גבוה מחוקה-</u> חו"י ניתן לשינוי ברוב מיוחס ואילו התקנון לא. <u>לדעת המחבר אין לכלול הגבלות תוכן בתקנון:</u> ס' 19 בחו"י מגדיר כי בתקנון ייכללו רק ענייני פנים (והליכי החקיקה בתוכם). ע"כ לא ניתן להכליל בתקנון הכנסת הגבלות תוכן על הצעות חוק. <u>הסיבות לכך:</u> <u>1. בנין נורמטיבי לא תקין-</u> הגבלות אלו הן בגדר הסדר ראשוני ואילו התקנון הוא חקיקת משנה. זהו בנין נורמטיבי לא תקין. <u>2. מתן שיקו"ד לא ראוי-</u> לא ראוי לתת ליו"ר הכנסת וסגניו סמכות שיקו"ד לביטול הצעות חוק. <u>לכאורה, אין בעיה שהעליון יפסול חוקים שנפל פגם בחקיקתם:</u> - אם נפל פגם בחקיקה- כלל לא נוצר חוק (החוק הוא VOID) - אין בכך העדפה של התקנון על פני חוק. - הפרת התקנון היא הפרת חו"י כיוון שחוק היסוד מסמיך את התקנון ונקבע ע"י הכנסת כרשות מכוננת. לתקנון ניתנה סמכות ע"י רשות מכוננת. <u>לדעת בנדור אין לפסול חוק בשל חריגה מהליכי החקיקה שבתקנון:</u> - עם קבלת החוק מושלמת עבודת המחוקק. ביטולה יהיה פגיעה בריבונות המחוקק. - הפרת חוק יסוד לא שווה הפרת הוראה הנובעת מחוק יסוד. על העליון לדון א-פרוירית (לפני קבלת החוק). ולא א-פוסטריורית (לאחר קבלת החוק) שכן אז תהיה זו פגיעה בריבונות המחוקק. אם ההחלטה התקבלה ע"י הכנסת, והיא פעלה עפ"י הוראות התקנון- קיימת חזקה שהיא חפצה שיהיה זה דבר חוק, ולכן נעדיף את ריבונות הכנסת, גם אם נפל פגם בהליכי החקיקה. מן הראוי שהעליון ידון אפרוירית, כי לאחר קבלתו כחוק- לא ניתן לבטלו.		בנדור המעמד החוקתי של תקנון הכנסת

2.1.5 חלוקת העבודה בין הכנסת והממשלה

השופט ברק, טוען כי לשר הביטחון אין סמכות. המחוקק לא הסמיך אותו לעשות זאת. (מדבר גם על פגיעה לא לגיטימית בשוויון). בית המשפט קבע שהטעמים האחרים לא מאפשרים לשר הביטחון לקבל החלטה בעלת אופי כללי וגורף (בעבר ההיקף היה קטן אך עכשיו נרחב). זאת לאור עקרון יסוד – כלל ההסדרים הראשוניים (לפיו הסדרים ראשוניים ייקבעו בחקיקה ראשית). הטענה קיבלה תוקף בעקבות המהפכה החוקתית, שביצרה וחיזקה את ההיררכיה של חלוקת העבודה. עד למהפכה לא היה גורם שעסק בהסדרים חוקתיים ולא הייתה הקפדה על הכלל הנ"ל. מאז המהפכה החוקתית יש הקפדה שהסדרים ראשוניים ייקבעו ע"י המחוקק. <u>כמה כלל ההסדרים הראשוניים שודרג? כמה אפשרויות:</u> חזקה חלוטה - אין לסטות מן הכלל. הסדרים ראשוניים ייקבעו בחקיקה ראשית, גם אם המחוקק אמר מפורשות. חזקה הניתנת לסתירה - אם המחוקק הסמיך מפורשות את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים. עמדת ביניים – הסדרים ראשוניים בעניין זכויות אדם בגדר חזקה "חלוטה", הסדרים ראשוניים אחרים ניתנים לקביעה בחקיקת משנה אם המחוקק הסמיך זאת. (עמדת ברק).	עתירה הנוגעת לחוקיות הסדר דחיית שירות צבאי לתלמידי ישיבות. הדחיה ניתנה על פי סמכותו של שר הביטחון לפי סעיף 36 לחוק שירות ביטחון. העותרים הציגו נתונים המראים שכ-8% ממחזור הגיוס של שנת 97, נהנה מהסדר זה. מדובר בשתי עתירות- אחת מטעם חברי כנסת המבקשת לקבוע מכסה מקסימלית לנהנים מההסדר ואחת מטעם רס"ן במיל יהודה רסלר המבקשת לקבוע כי אין לשר הביטחון סמכות להסדיר עניין זה בחקיקת משנה וראוי שההסדר יעוגן בחקיקה ראשית.	רובינשטיין נ' שר הביטחון
גרונס - דן בשאלה, האם זוהי חזקה חלוטה (חוקתית) או חזקה הניתנת לסתירה. גרונס מגיע למסקנה כי העותרים התמקדו האם הכנסת האצילה ולא בשאלה האם הכנסת רשאית להאציל, בהתאם לזאת, אין צורך לענות על שאלה זו.	עתירות שעוסקות במתווה הגז- החלטת הממשלה בעניין אימוץ המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא הגז הטבעי. השאלה היא האם ההחלטה בסוגיית ייצוא הגז התקבלה בסמכות. הטענה העיקרית היא שהסוגיות שהוסדרו בהחלטה הן הסדר ראשוני שצריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית ושלממשלה אין סמכות לקבל החלטה כזאת כחקיקת משנה.	המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל
השופט ביניש – שימוש במנגנון של חוק ההסדרים מצוי במתח ואף מפר את כלל ההסדרים הראשוניים. כאשר נחקק חוק שהח"כים לא מעורבים בו, אינם מצליחים לגבש דעה אז הכנסת לא באמת דנה אלא היא רק משמשת חותמת גומי של הרשות המבצעת. היא לא באמת קיבלה את ההחלטה בעניין.	חיבור בין כלל ההסדרים הראשוניים לחוק ההסדרים. פורמאלית הכנסת מעבירה חוקים המעגנים הסדרים ראשוניים, אך מהותית, הממשלה היא זו המעבירה את החוקים במסגרת חוק ההסדרים. הבעיה בחוק ההסדרים שהח"כים לא יכולים לגבש דעה ולהצביע בצורה מושכלת.	ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל

2.1.6 חסינות חברי הכנסת

ס' 17 לחו"י הכנסת קובע: לח"כ תהיה חסינות, פרטים ייקבעו בחוק"

החסינות המוקנית לח"כים היא משני סוגים: 1

1. חסינות דיונית - מתייחסת לשורה של חסינויות וזכויות אחרות שאינן קשורות באופן בלעדי להגנה על מעשיו של ח"כ במסגרת מילוי תפקידו/למען מילוי תפקידו. החסינות הדיונית ניתנת להסרה והיא אינה עומדת לח"כ משסיים תפקידו.

2. חסינות מהותית - משמעותה שח"כ לא יישא באחריות פלילית/אזרחית בגין מעשים שעשה במסגרת מילוי תפקידו כח"כ גם לאחר שסיים את תפקידו. חסינות זו מתייחסת להגנה על הח"כ במילוי תפקידו והיא אינה ניתנת להסרה. החסינות היא מפני "פעולה משפטית" ולא מפני פעולה במישור המשמעותי-אתי.

בג"ץ פנחסי - מבחני החסינות העניינית (מדרג כוונה)

1. השופט ברק: "מתחם הסיכון הטבעי" (כל עוד אין מרכיב כוונה)

החסינות תוענק לעניין כל פעולה בלתי חוקית שניתן לראות בה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה חוקית שהיא בגדר תפקידו של ח"כ ובלבד שפעולה בלתי חוקית זו קרובה מבחינה עניינית לתפקיד של ח"כ, עד כי ניתן לומר כי היא כרוכה לה ומהווה חלק מהסיכון הטבעי שכל ח"כ נתון לו. ב"גלישה" לשוליים האסורים אסור שתהיה כוונה לעשות כן. ניתן להתרשל אך לא להתכוון.

2. השופט גולדברג: מבחן הרלוונטיות (גם אם קיימת כוונה - צריכה להיות לעניין הבעת דעה בלבד)

הבעת הדעה והמעשה האחר חייבים להיות רלוונטיים למילוי התפקיד או למענו. השאלה היא אם ח"כ סביר היה מבצע אותה עבירה בנסיבות אותו מקרה. בהבעת דעה - יכולה להיות כוונה. במעשה - רק במקרים של רשלנות ואחריות כבדה. אם אין קשר רלוונטי לתפקיד - אין חסינות.

3. השופט שמגר - מבחן ה"זיקה המהותית" (אם היה יסוד כוונה יש לבדוק את זיקתה לתפקיד)

קיום הזיקה המתחייבת בין התפקיד לבין העבירה מאפשר קביעת חיץ בין עבירה שחלה עליה חסינות לבין עבירה שלא. מדובר בעבירה המתבצעת כחלק אינטגרלי מן הפעילות הלגיטימית וכעניין נגרר/משני לה.

בעקבות פס"ד גורלובסקי תוקן חוק החסינות. הבדלים בין הסרת החסינות כיום ובעבר:

1. בעבר היה צריך היועמ"ש לקבל אישור להסרת החסינות מוועדת הכנסת. כיום הוא מודיע על הסרת החסינות. הח"כ יכול להתנגד ולהגיש בקשה לוועדת הכנסת לקבוע שיש לו חסינות.
2. בעבר הייתה החלטת וועדת הכנסת שלא להסיר חסינות סופית. כיום ההחלטה להסיר היא סופית ואילו המלצה שלא להסיר עוברת להצבעת המליאה.
3. בעבר לא נקבעו בחוק עילות התנגדות להסרת חסינות: ביהמ"ש היה חייב להכריע מה היקף השיקולים שהביאו להחלטה שלא להסיר חסינות. כיום ישנה רשימת עילות מפורשת, אותם יכולה הכנסת להחליט בהסרת החסינות.

ברק: חסינות עניינית: מעטפת החסינות העניינית כוללת אך ורק פעולות אסורות אשר נמצאות במתחם הסיכון המקצועי של ח"כ, כלומר הסיכונים שהפעילות החוקית כח"כ יוצרת מטבעה ומטיבה. קובע כי המבחן המכריע הינו "מתחם הסיכון הטבעי". הצבעה כפולה אינה בת"ל ואינה בגדר הסיכון המקצועי ולכן לא נהנית מחסינות עניינית. חסינות דיונית: על וועדת הכנסת להפעיל את שיקול דעתה, לבחון את שיקוליו של היועמ"ש ואת ת"ל ולבדוק האם די בראיות ע"מ להגיש כתב אישום. זהו שיקול דעת צר שאין להרחיבו. החלטת וועדת הכנסת חורגת ממתחם שיקול הדעת במידה רבה. ישנן 3 גישות לשיקולים של הכנסת בנוגע להסרת חסינות ח"כ: 1. הגישה המרחיבה - כל השיקולים הרלוונטיים שהנחו את היועמ"ש (דיות הראיות להרשעה ועניין לציבור). גישה זו נדחית בגורלובסקי. 2. הגישה הצרה - האם היו טעמים פגומים (לדוג' רדיפה פוליטית). נבדק ת"ל של היועמ"ש. גישה זו עולה בקנה אחד עם התכלית הספציפית של חוק חסינות ח"כ - מניעת רדיפה. (הבחירה של ברק) 3. גישת הביניים - הכנסת רשאית לבחון מעבר לת"ל היועמ"ש אך לא כל שיקול. הכנסת רשאית לקבוע לא להגיש כתב אישום בנסיבות מיוחדות. ברק מציע לבדוק את התכליות הכלליות של החוק (הערכים שהחוק מקיים ללא קשר לתוכנו - שלטון החוק, הפרדת רשויות, שוויון וכו') והתכליות הספציפיות (תוכנו הממשי - פעולה תקינה של הגוף המחקק). באופן כזה יכולה להיות התנגשות גם ללא התערבות. הוא דוחה את הפרשנות הרחבה (אין כלים מתאימים) ואת גישת הביניים. יש לעשות איזון בין התכליות לבין פעילות הכנסת. הכנסת תהיה רשאית לשיקול שיקולים נוספים רק במקרה של עבירות קלות. שיקולים גם בעבירות קשות יביאו להתנגשות בין התכלית הכללית לספציפית (שוויון ואמון הציבור מול פעילות הכנסת). העתירה התקבלה.	ח"כ גורלובסקי הצביע בהצבעה אלקטרונית במקום ח"כ אחר. היועמ"ש הגיש ליו"ר הכנסת בקשה ליטול חסינותו. הבקשה הועברה אל ועדת הכנסת שהחליטה שלא ליטול החסינות. כנגד החלטה זו כוונה העתירה.	11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (פרשת גורלובסקי וההצבעה הכפולה)
ביהמ"ש קבע כי החסינות העניינית חלה על פעולות משפטיות מחוץ לכנסת, כלומר מגנה מפני הרשות השופטת, אך לכנסת יש הזכות למעורבות פנימית. החלטות וועדת האתיקה אינן נכללות בחסינות העניינית. (החסינות העניינית לא מגנה מפני הליכי שיפוט פנימיים).	הגישו נגד העותר קובלנה לוועדת אתיקה של הכנסת בשל אמרותיו בנאום בכנסת. וועדת האתיקה קבעה כי העותר הפר את כללי האתיקה והטילה עליו סנקציה של שלילת זכות הדיבור במליאות ובוועדות הכנסת למשך 10 ימי ישיבות. העותר הגיש ערעור שנדחה ועל כן ערער בשנית.	מח'ל נ' הכנסת

ביהמ"ש קובע שהעקרון מהותי. ואם ח"כ לא מתנהג כראוי בין אם בתוך כנסת ובין אם מחוצה לה, יש לה סמכות לבצע נגדו הליכים משפטיים. ההלכה מ-2 פסה"ד הנ"ל: חסינות עניינית מגנה מפני הליכים משפטיים מחוץ לכנסת אך אינה מונעת הליכים שיפוטיים במסגרת הכנסת(למשל ע"י וועדת האתיקה).	עתירה על החלטת ועדת האתיקה של הכנסת להרחקת הח"כ חנין זועבי מהכנסת למשך חצי שנה, בשל הפרת כללי האתיקה של הכנסת באמירת דברים קשים בתקשורת. העותרת טענה כי הקובלנות נגדה הוגשו ממניעים פוליטיים. וועדת האתיקה קבעה כי במקרה זה לא מדובר במחאה לגיטימית אלא בעידוד אויבי המדינה ומתן לגיטימציה למעשי טרור נגד אזרחיה.	זועבי נ' ועדת האתיקה
2.1.7 הדחת חבר כנסת מכהן		
השופטת חיות - טוענת כי יש פגיעה בזכויות ולא ניתן להשתמש בעילת חוסר הבשלות. עם זאת, הפגיעה לא עולה לכדי פגיעה חמורה שיש לבטל בגינה את התיקון. השופט סולברג - טוען כי במקרה זה לא מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות, מפני שהזכות החוקתית מוגדרת בחוקי היסוד. לכן, תיקון חוק יסוד משנה את היקף הזכות ולא פוגע בה. דוקטורינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי היא כזו שאפשר להפעיל. ההבדל הוא שהיא טוענת שיש פגיעה בזכויות יסוד והוא טוען כי לא מדובר בפגיעה, אלא בשינוי.	בג"צ אישור תיקונים לחוק יסוד: הכנסת המסמיכים את הכנסת בתנאים מסוימים על הפסקת חברות של חבר שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזויין נגד מדינת ישראל, המכונים "חוק ההדחה".	ג'בארין נ' הכנסת

2.2 הממשלה

2.2.1 בחירות

סמכויות

בס' 32 לח"י הממשלה נאמר שהיא מוסמכת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. עקרון חוקיות המנהל אומר שלכל אדם מותר לעשות הכל אלא אם כן משהו מוגדר כאסור. ברשות המנהלית זה הפוך. מותר לה לעשות רק את מה שהוגדר שמותר.

מקור סמכותה:

1. פקודת סדרי שלטון ומשפט (סמכויות מתקופת המנדט). 2. חוקים ספציפיים (לדוג' חוק ועדות חקירה).
3. סמכויות המוגדרות לשרים ומשרדים ממשלתיים רלוונטיים (לדוג' שר הבריאות מוסמך לחוקק תקנות בתחום מסוים הקשור לתפקידו). 4. סמכות שיורית- כל עוד אין חוק או סמכות לגוף אחר, לממשלה יש את הסמכות למלא את החלל החקיקתי.

מתי מתחלפת ממשלה?

א. בכל פעם שמתקיימות בחירות ב. כאשר הכנסת מחליטה להתפזר (ס' 10(א), (ג) לחו"י: הכנסת)

ג. כאשר שלושה חודשים לאחר תחילת שנת הכספים לא מתקבל חוק התקציב (ס' 36(א)

ד. או כאשר מופסקת כהונתו של רה"מ מחמת עבירה (ס' 18(א), (ד)

ה. כאשר רה"מ מתפטר (ס' 19)

ו. פטירה/נבצרות (ס' 20)

ז. הפסקת כהונתו של רה"מ כח"כ (ס' 21)

ח. כתוצאה מהצבעת אי-אמון של הכנסת (ס' 28), אשר חייבת להיעשות ברוב של 61 ח"כים.

במקרה שבכנסת קיים רוב המתנגד לממשלה, ושרה"מ מגיע למסקנה שמצב זה אינו מאפשר לממשלה לתפקד, עומדת לרשותו האפשרות, בתיאום עם הנשיא, לפזר אותה (ס' 29). הכנסת מצדה יכולה לפנות אל הנשיא בתוך 21 יום ולהציע שח"כ פלוני יקים ממשלה חדשה ויעמוד בראשה.

המנגנון המונע מרה"מ לנצל לרעה את סמכותו זאת הוא כפול:

1. אישורו של הנשיא (אשר אינו בגדר חותמת גומי, אלא עליו להפעיל שק"ד של ממש),

2. זכותה של הכנסת להציע מועמד חלופי לראשות הממשלה.

2.2.2 הסכמים קואליציוניים

הסכמים קואליציוניים

סוג של הסכם פוליטי.

הגדרה (מפס"ד ז'רז'בסקי): הסכמים בין מפלגות, סיעות בתוך מפלגה, מועמדים למשרות ציבוריות או בעליהן

הנוגעים למדיניות השלטון, למבנהו ולדרכי הפעלתן של סמכויות שלטוניות.

בהסכם קואליציוני יש:

1. הלכת השתחררות- במשפט המנהלי, כשיש חוזה בין רשות שלטונית לבין אדם פרטי ולרשות אינטרס ציבורי מוכח לאכיפת החוזה או לביטולו, היא יכולה לחייב או להשתחרר ממנו. בפס"ד ז'רז'בסקי השי' אילון אומר שנורמה זו יפה גם בהסכמים פוליטיים. הסכם בין שני גופים ציבוריים עם אינטרסים. כמו כן, הסכם פוליטי הוא לאו דווקא חוזה רגיל.

2. איסור התניה בהסכם פוליטי בדבר בטחונות וערבויות- אי אפשר להחליט שיהיו השלכות כספיות לאי-קיום ההתחייבויות. בפס"ד ז'רז'בסקי ברק אומר שהסכמים מסוג זה נוגדים את תקנת הציבור. כיום ההתניה מעוגנת באופן חלקי בס' 2 לחוק הממשלה.

3. הסעדים שביהמ"ש יעניק- נושא ההסכמים שפיט (כשיש תוקף וכשאין) וניתן לקבל סעד (סעד הצהרתי/סעד ביטול)

תוקפם של הסכמים קואליציוניים: אלון: תקפים ומחייבים משפטית, אם כי יותר כחלק מהמשפט הציבורי מאשר בתורת מכשיר מהחוק הפרטי (דיני חוזים), ובכל מקרה נדחה מפני נאמנות איש הציבור לתפקידו. משתמש ב"יסודות המשפט" בכדי להכריע בסוגיה. הסכם פוליטי אכן מחייב את בעלי הדין מבחינה משפטית, בהתאם להוראות חוק יסוד המשפט וכללי היושר, הצדק, והמורשת. ברק: אין תוקף לדיני החוזים, אין דואליות נורמטיבית (דו מהותיות). ההסכמים שפיטים מכוח המשפט הציבורי. קיום ההסכם נדרש ע"פ ההגינות. חוזה הוא מכשיר להסדרת מערכות יחסים פרטיות, ולא להסדרת מערכות יחסים שלטוניות. ההסכם הפוליטי איננו חלק מהמשפט הפרטי, אלא הוא חלק מהמשפט הציבורי. סמכות ביהמ"ש-שפיטות ההסכמים הקואליציוניים: אלון: חלק ניכר מהביקורת על הנ"ל נתונה בידי הציבור (חובת פרסום הסכמים). מעבר לבטלות מדעיקרא לפי ס' 30 לחוה"ח, קני המידה הרגילים בעיתיים. בהסכם פוליטי, הסעד שניתן במקרה שביהמ"ש יחליט על הפרת ההסכם ע"י אחד מהצדדים הוא בדרך כלל סעד הצהרתי = הצהרה שהצד המפר התנהג שלא כדין. כלל שכן חל על הסכמים פוליטיים, הוא החובה להביאם לידיעת הציבור. הסכם פוליטי שאיננו חוקי, או נוגד את תקנת הציבור – בטל. ברק: חובה שתתקיים, בכדי להבטיח סטנדרט התנהגות ראוי גם בהסכמים כאלה. "משפט הציבור" אינו יכול להחליף משפט ציבורי. מאידך, יש כר נרחב להשתחררות מהסכמים. עקרונית גם התרופות צריכות לבוא מהתחום הציבורי, סעד אכיפה כמעט לא ייתכן. הדין: בג"צ. ברק אינו רואה במצב שבו ההסכם יהיה חסין בפני ביקורת שיפוטית כמצב רצוי. יכולת ההשתחררות קיימת בכל עת שההגנות השלטונית מצדיקה זאת. ביטול הסכם פוליטי הוא לרוב הסעד בגין הפרת ההסכם, אכיפה היא בעייתית מאוד. המבחן צריך להיות: "מבחן הסבירות". לסיכום: ברק: ההסכם הפוליטי שפיט עקב פיתוח המשפט, והסעד בגין הפרתו הוא ביטול. אלון: ההסכם הפוליטי תקף ומחייב משפטית עקב מורשת ישראל, לרוב הסעד יהיה הצהרתי בלבד.	בשנת 90', נחתם הסכם בין סיעת הליכוד לבין הסיעה לקידום הרעיון הציוני. ההסכם הקואליציוני עסק במינויו של מודעי לשר האוצר, וקבע כי לא ניתן יהיה להעבירו מתפקידו וכי אם יועבר ינתן פיצוי כספי. טענת העותרים הייתה, כי הסכם זה מנוגד לתק"צ בשל התנייה הכספית, וכי הוא עומד בסתירה לס' 2 לחו"י: הממשלה, המתיר לרה"מ להעביר שר מתפקידו. העותר מבקש כי יצהירו שאין להסכם תוקף, כיוון שהוא אינו חוקי, ונוגד את תקנת הציבור. השאלה המשפטית: מה דינו ותקפו המשפטי של הסכם פוליטי בין סיעות בכנסת, אשר נערך לקראת הרכבתה של ממשלה חדשה?	ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה
ברק (מיעוט): ההסכם הינו עוקף דמוקרטיה. זהו הסכם שפוגע במעמדה של הרשות השופטת, ואגב כך בעצמאותו של השופט ובאמון הציבור בשופטיו. תהיה פגיעה ברשות השופטת במובן זה שהציבור יחדל לתת אמון במעמדו של ביהמ"ש. ההסכם טומן בחובו את האפשרות לפגיעה בעצמאותו של השופט. ההסכם פוגע מהותית בתפקיד השפיטה ובשילוש הרשויות, על כן יש בו פגיעה בתקנת הציבור ודי בכך כדי להכריז על בטלותו. בהפעלת הביקורת השיפוטית ייתחשב ביהמ"ש במידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטאריים ובמידת ההשפעה של הפגיעה ביסודות המבנה של המשטר החוקתי. כאשר יש פגיעה ניכרת- תופעל ביקורת שיפוטית. אי שפיטותו של ההסכם לא מחסנת אותו מפני הכרזת בטלות. ההסכם נוגד את תקנת הציבור ולכן בטל. חשין (רוב): אם נתנו למפלגה להיבחר לכנסת- כך ניתן לה להגשים את מצעה. יתכן והסעיף לא ראוי מהבחינה הציבורית אך אין עילה משפטית להתערב בו ולהכריז עליו כבלתי חוקי- הסכם פוליטי לא שפיט. גולדברג (יחיד): בגלל שמדובר בהסכם הנוגע לביהמ"ש לא רוצה להתערב כדי שלא יהיה משוא פנים וביקורת על ביהמ"ש ובכך תושג מטרה הפוכה ממה שרוצים להשיג.	בהסכם קואליציוני בין העבודה לש"ס נקבע כי "במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה ע"י חקיקה מתאימה".	ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה

2.2.3 סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן

גולדברג: הסמכות השיורית בס' 32 לחו"י: הממשלה בעלת 2 מגבלות: 1. בכפוף לכל דין 2. כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. במקרה שלפנינו אין כל חלל מנהלי, נקבע הסדר נורמטיבי בחוק ומנגנון ליישומו אלא שהחוק לא יושם. משהוקנתה סמכות בחוק לרשות אחרת, ניטלה אותה סמכות מן הממשלה. לכן החלטת הממשלה שנועדה ליצור מסלול מקביל להשגת יעדי החוק, אינה מתיישבת עם לשון חוק היסוד ומטרתו התחיקתית. דורנר: דין = חקיקה + פסיקה --- ביהמ"ש פסק הלכות בנוגע לזכויות אדם --- ע"כ "בדין" = אסור לממשלה לפגוע בזכויות אזרח. מסקנה זו מתקבלת גם מהדרישה שהסמכה לפגיעה בזכויות אזרח תהיה מפורשת - ובס' 32 אין הסמכה מפורשת. העתירה התקבלה - סמכות שיורית לא נותנת אפשרות לפגוע בזכויות הפרט אלא אם הוסמכה לכך במפורש בחוק.	נקבעו אזורי עדיפות של ערי פיתוח ע"י ועדת מנכלים של משרדי הממשלה כאשר קיים חוק המעניק את הסמכות בנושא זה לוועדת שרים בלבד. המדינה טוענת כי סמכותה נגזרת מהסמכות השיורית	קריית-גת נ' מדינת ישראל
ברק: הואיל וסמכות החקירה של השב"כ פוגעת בחירויות הפרט, כבודו וצנעתו לא ניתן להפעילה במדינת חוק בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק. מכוח סמכויות שיוריות של הממשלה בס' 40 לחוק יסוד הממשלה לא ניתן לשאוב הסמכה לפגיעה בחירויות הפרט. אין סמכות לבצע חקירה בלא הסמכה בחקיקה ראשית. חוק שיאפשר חקירה מסוג זה צריך להיות כפוף לח"י: כב"ה. מעמדו של השב"כ לא מעוגן בחקיקה ומהסמכות השיורית לא ניתן להסיק סמכות בנושא זה. הסמכות השיורית מתירה לממשלה לפעול במקום שקיים חלל מנהלי אך אינה מקור לסמכות הפוגעת בחירותו של הפרט. העתירה התקבלה.	מטרת העתירות היא בדיקת חוקיות השימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ	הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

השופט דורנר נתנה 4 מבחנים לשלילת מינוי נציג חיצוני. השופט מצא קובע כי הבדיקה היא פרטנית מול כל נציג והוא סוקר את 4 המבחנים: 1. מידת הבקאות – פרטנית. יש לבדוק כל מועמד. 2. מחויבות לאינטרסים של הרשות המקומית – מצא קובע כי זה לא הכרחי. ואם כבר זה יכול להיות הפוך, נציגי הרשות המקומית יכולים לפעול לטובת בוחריהם וכיו"ב. 3. מידת פיקוח הרשות – אפשר להפעיל פיקוח אפקטיבי על כל נציג. 4. ניגוד עניינים – מינוי נציג חיצוני מעורר חשש לניגוד עניינים שהרי הנציג החיצוני (בדור"כ: קבלן, יזם, אדריכל) יפעל לטובת האינטרסים שלו. מצא קובע כי נכון שיכול להיות חשש כזה אך יש לבדוק כל עניין לגופו. לאור אלה השופט מצא קבע כי לא ניתן לשלול מינויים של נציגים חיצוניים רק משום היותם נציגים חיצוניים. מסקנת הפס"ד - אפשר להאציל סמכויות לאנשים פרטיים, שימלאו פונקציות שלטוניות וייצגו לצורך העניין את השלטון.	(עוסק בהאצלת סמכויות שלטוניות לגורמים שלטוניים). הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מורכבת מנציגים. החוק קובע כי יהיו בין נציגיה נציגי רשויות מקומיות. נציגים אלו ימונו ע"י שר הפנים בהמלצת הרשויות. השאלה הנשאלת האם נציגי הרשות המקומית חייבים להיות עובדי הרשות המקומית או יכולים להיות נציגים חיצוניים? הנחיית היועמ"ש היא שהנציגים חייבים להיות עובדי הרשות המקומית. העתירה טוענת שיכולים להיות נציגים חיצוניים. היה דיון נוסף בבג"ץ. ביהמ"ש מקבל את העתירה, בעצם הופך את ההנחיה של היועמ"ש.	פלק נ' היועמ"ש
בייניש – התיקון פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד ולא עומד במבחני פסקת ההגבלה. הלגיטימיות לשלילת חירות מאדם בדמוקרטיה נובעת מכך שזה מופקד רק בידי המדינה, עצם זה שאדם פרטי כולא אדם ומנהל את חייו כאסיר זו פגיעה בזכויות. בייניש נוגעת גם בטענת העותרים לגבי ס' 1 לחוק יסוד הממשלה שקובע שהממשלה היא הרשות המבצעת. היא אומרת שמעצם היותו של חוק יסוד הממשלה חוק יסוד אפשר לפסול חוק שסותר אותו אך ס' 1 הוא הצהרתי וקשה לבסס את טענת אי החוקתיות עליו. עם זאת, היא מוסיפה שסמכות הכליאה והפעלת בתי הכלא הן חלק מהגרעין הקשה של הסמכויות שחייבות להיות בידי הממשלה ולא יכולות להיות מופרטות, כלומר יש סמכויות שהממשלה יכולה להפריט ויש כאלה שבלתי אפשרי. איך נדע מה אפשר ומה לא? לפי מנגנון איזון כמו פסקת הגבלה. בייניש משאירה בצריך עיון את השאלה איך לבחון את הנושא כי לא קיימת בחוק פסקת הגבלה. רואים כאן סימנים לנכונות של בית המשפט לפסול חקיקה ראשית מכוח העיקרון שלפיו יש סמכויות שלטוניות שלא ניתנות להאצלה(חלק מהגרעין הקשה), אך זה עדיין לא קורה בפסק הדין הזה.	חוק בעניין הפקדת סמכות הכליאה בידי גורם פרטי. השאלה היא האם החוק הזה חוקתי?	חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר

2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר		
בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (דרעי)	עניינן של העתירות בהמשך כהונתו של אריה דרעי כשר בממשלה לאחר שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עברות חמורות. (העולה מפס"ד זה הוא הרחבה של עילות היעדר הכשירות. גם מי שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות במיוחד- אינו כשיר לכהן כשר, על אף שטרם ניתן פס"ד בעניינו והוא טרם הורשע)	רה"מ טוען שאין עליו חובה לפטר את דרעי. שמגר: גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול-דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול-דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום-לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה. לענין זה אין הבדל בין הפעלת סמכות לבין הימנעות מהפעלת סמכות. מבחן הסבירות הוא הקובע האם החלטה פסולה או קבילה. יש נסיבות בהן הופכת הסמכות שבשק"ד לסמכות שבחובה וזה כשאי הפעלת הסמכות איננה סבירה, משמע, לא רק הפעלת סמכות בנסיבות שבהן הפעלתה אינה סבירה, אלא גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולה להוליך למסקנה כי ההימנעות מפעולה היא בטלה. במקרה דנן, השעיית ההחלטה על פיטורי דרעי מהוויס הימנעות בלתי סבירה מהפעלת סמכות שהוענקה ע"י המחוקק. אם יכהן דרעי בתור שר שהוגש נגדו כתב אישום כה חמור תהיה לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון בישראל. ואף תקדים שהיה לכך בעבר אינו מהווה לדידו של שמגר תקדים אלא לכך שהשאת המצב על כנו בעת הגשת כתב אישום כה חמור מדרדרת את אמות המידה של אנשי הציבור ואת אמון הציבור בשלטון. העתירה התקבלה
אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל (פנחסי)	היועמ"ש הגיש לכנסת בקשה להסרת חסינותו של ח"כ שהינו גם סגן שר. האם יכול להמשיך בתפקידו? הלכה דומה לדרעי לגבי סגני שרים- הגשת כתב אישום בעבירות חמורות- אינו כשיר לכהן כסגן שר	ברק: לא מקבל את ההבחנה בין נבחר ציבור לעובד ציבור. כן ס' שר אינו נבחר ציבור (רק בהיבט היותו ח"כ אך לסגנות נבחר ע"י השר וראה"מ). הבחנה שכזו צריכה לפעול הפוך ממה שהתכוונו המשיבים- נבחר ציבור לא ייתן את הדין רק בפני הבוחר כי אם גם בפני בימ"ש. כמו כן עליו לעמוד בנורמות מוסריות אף גבוהות משל עובד ציבור כי עליו לשמש דוגמא. שיקול חשוב בפיטורי שר- אמון הציבור בשלטון. העובדה שהכנסת לא הסירה את חסינותו של פנחסי ואין אפשרות להעמידו לדין הינה לרעתו, שכן האמון נפגע בצורה חריפה ומשלא יכולים האישומים שיש בהם קלון להתברר בבימ"ש יש מקום להעבירו מכהונתו ולא לחכות עד לסיומה ה"טבעי" של הכהונה. ביהמ"ש החליט שאין מקום להחזיר את העניין לבחינה נוספת של רה"מ שכן בפני ראה"מ הונחו כבר כל הנתונים ובכל זאת בחר שלא להעביר את פנחסי מכהונתו. הדמיון לפרשת דרעי- בשני המקרים מדובר במשרות שלטוניות רמות ברשות המבצעת וחשד לביצוע עבירות חמורות. בשני המקרים נפגם אמון הציבור מהמשך הכהונה. השוני מפרשת דרעי-1. האישומים נגד דרעי (קבלת שוחד) כבד מהאישומים נגד פנחסי (אם כי בשניהם יש קלון). 2. בפרשת דרעי השאלה הייתה אם יש להמתין לצורך הפסקת כהונתו של השר דרעי עד לנטילת חסינותו על-ידי הכנסת בעוד שבפרשת פנחסי החליטה כבר הכנסת שלא להסיר חסינותו. ביהמ"ש מגיע בשני המקרים להחלטה להדיח על אף השוני בחומרת האישומים וזאת בשל עניין החסינות הדיונית שלא ננטלה מפנחסי והצורך לא להתיר כהונה לתקופה ממושכת בשל כך. העתירה התקבלה

חשין (מיעוט): ההלכה הקובעת כי כתב אישום יש בו כדי להעביר שר מכהונתו, יש לפרשה שאין כתב האישום הוא הדומיננטי אלא משקל הראיות שבו. כתב האישום הינו קנקן שעלינו להסתכל בתכולתו. יש להשתמש במבחן השכל הישר (מבחן הסבירות). ההלכה מפרשיות דרעי ופנחסי נותנת בידי הפרקליט החותם על כתב האישום את הכוח לשפוט האם יועבר שר מתפקידו ובכך יש אבסורד שכן אסור שביהמ"ש יאצול סמכותו לשפוט. לא רק כתב אישום עשוי להצדיק סיום כהונה אלא גם התנהגות שלא עולה לכדי עבירה פלילית. המבחן הוא מבחן הסבירות המתבסס על תשתית ראיות המספיקה גם במשפט המינהלי (ומתבססות גם הן על פי מבחן סבירות). הנגבי אינו ראוי לכהן כשר לביטחון פנים. דורנר (רוב): לעילת הפסילה העולה מדרעי ופנחסי 2 יסודות: 1. כשיש ראיות מוצקות לביסוס כתב אישום 2. כאשר העבירות הן מסוג שיש עימו קלון. נשאר שיקול דעת כלשהו לרה"מ. במקרה דנן לא הוגש כתב אישום מפאת העדר סיכוי סביר להרשעה לכך יש ערך "מזכה" שעולה על זיכוי מחמת הספק. קשה להעלות על הדעת שנמנע מינוי של שר שביהמ"ש "זיכה" אותו, גם אם זה מחמת הספק. העתירה נדחתה	מבקשים למנוע את מינוי צחי הנגבי לתפקיד השר לביטחון פנים בשל מעורבותו, בין השאר בפרשת דרך צלחה. צמצום הלכות דרעי ופנחסי: היעדר כשירות לא חל על שר שנחשד אך טרם הוגש נגדו כתב אישום.	בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון (הנגבי)
השופט גרוניס -עתירה נגד מינוי הנגבי לתפקיד סגן שר החוץ בעקבות עבירות קלון ניתן להטיל ספקות בתכולת ההלכה שלפיה כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד. חוקי היסוד לא סותרים את עניין הסבירות כאשר קיים חלל חקיקתי, אך לא קיים חלל חקיקתי – חו"י הממשלה וח"י הכנסת כוללים הוראות המתייחסות במישרין לסוגיה של מינוי שר או ח"כ שהורשעו בעבירה שיש עמה קלון. כלומר הוא טוען שפעם לא היו כללים אך עכשיו יש כללים. יש חו"י והוא הקובע. הנימוק הנוסף של גרוניס הוא כשיש כלל אין צורך בעילת הסבירות, הכל ברור. (עילת הסבירות נותנת שיקול לרה"מ ולא בטוח שהוא יודע מהי הסבירות, עיקרון משפטי צריך לתת הנחייה). עמדת גרוניס היא עמדת מיעוט. (יש חוק ולכן לא צריך ללכת לפי הלכת דרעי). עמית - מעלה את השאלה האם גם כשתנאי הכשירות מתקיימים יש צורך בעילת הסבירות? הוא סבור שכן, מפני שמטרת עילה זו הינה לשמור על מערכת השירות הציבורי כמערכת נקיה בעלת נורמות של אתיקה ציבורית. עם זאת, אין צורך לקבוע בשאלה זו כעת, משאיר בצ"ע (מהסיכום שלי).	עתירה לביטול מינויו של הנגבי לתפקיד סגן שר החוץ מאחר והורשע בפלילים בעבירה שיש עימה קלון.	בג"צ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (הנגבי 2)
השופט חיות אומרת כי הגורם הממנה יכריע מהו הזמן הראוי אך אין ספק כי מה שיקבע הוא חוק היסוד. פרק הזמן שקבע המחוקק בסעיף 6(ג) של חו"י הממשלה הוא 7 שנים. היא מוסיפה כי העמידה בתנאי הכשירות איננה "סוף פסוק" כאמור, והשאלה המרכזית העולה בעתירה זו היא האם מינויו כשר צולח גם את מבחן הסבירות. קבעה כי זהו מקרה גבול העומד במבחן הסבירות ולכן לא מוצאת עילה להתערב. השופט מלצר, (מסכים עם עמדת גרוניס בפס"ד 3997/14) "כאשר מדובר ב"מקרה גבול" – הרי יש לכבד את מתחם שיקול הדעת הנתון לרשות הציבורית ולא להתערב בהחלטתה". לא מוצא עילה בדין להתערב(מציין משפט משווה מהדוד). אומר כי אם תהיה התערבות בשיקול דעתו של ראש הממשלה תפגע ביסודות הממשל והחוק.	מבקשים לפסול את המינוי של אריה דרעי לשר מפני עבירות שעשה בעבר למרות שעברו כבר 13 שנים מההרשעה (יותר מכפי שדורש החוק, 7 שנים).	בג"צ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' רה"מ (דרעי 2)

פיטורי ליברמן ואלון לפני הצבעה בממשלה על ההתנתקות ע"מ להשיג רוב החלטה על העברת שר מכהונתו צריכה להיות מבוססת על קידום והגשמת יעדי הממשלה, אולם גם טעמים פוליטיים הם כשרים, אם הם מקדמים את יעדי הממשלה. יש לשים לב לכך שהדבר נותן למעשה כוח רב בידי ראה"מ, שיכול להשפיע על תוצאות הצבעה בממשלה באמצעות פיטורי שרים המתנגדים לו.	פוקס נ' ראש הממשלה	ברק: בחו"י הממשלה 2 מגמות לעניין סמכות ראה"מ להעברת שר מתפקידו: 1. הכוח המופקד בידיו הינו מוגבל- עליו לתת משקל לכך שמינוי השר זכה לאמון הכנסת ואישורה וכן למבנה הקואליציוני- השר שאינו ממפלגתו נבחר ע"י ציבור מסוים. 2. חו"י הממשלה (ס' 4) נותן סמכות לראה"מ לשנות הרכב הממשלה ע"פ הצרכים המשתנים לשם ניהולה והובלתה. האיזון הראוי ע"פ ברק: רה"מ יכול להעביר שר מכהונתו רק אם הוא משוכנע שיש בכך לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי ולהגשים יעדי מדיניותה. לכן רה"מ יכול להעביר שר בשל שיקולים פוליטיים, כשאין משמעות לעיתוי הפיטורין. ההחלטה המוקדמת אינה פסולה (הקדמת תרופה למכה) אלא באה להגשים את תכלית החוק. ראה"מ אינו כבול לקווי היסוד של הממשלה משני טעמים: 1. חו"י: הממשלה הפקיד סמכות ההעברה בידי ראה"מ ולא הכנסת. כבילה לקווי היסוד משמעה כבילה לאמון הכנסת שניתן על בסיסם. 2. לא ראוי שקווי היסוד ישמשו גדרים לראה"מ גם בשל מהותם של יעדים ומטרות ששינויים מתחייב עם שינוי העיתים. כבילת שיקו"ד ראה"מ משמעה עיקור יכולתו לנווט הממשלה ע"פ הצרכים השונים. לדעת ספיר: גישה זו נוגדת את המודל הפרלמנטרי (שם נא' שרה"מ הוא ראשון בין שווים) ומאמצת את המודל הנשיאותי, והרי ישראל בעלת מודל פרלמנטרי. מנגד: הגיוני שממשלה תוכל לפעול כצוות רק אם יוצאו מתוכה מתנגדי המצע. לוי: שרון ראוי לאמץ מדיניות חדשה וזכותם של השרים להביע את דעתם. ההחלטה להעביר את השרים מתפקידם לא יכולה להתקבל ערב הצבעה בממשלה אלא רק לאחריה. בהתנהגותו, רה"מ פוגע בעקרון ההכרעה הדמו' (כי שרים יחששו להביע דעתם). עם זאת, בגלל שס' 22 מאד רחב (ולטעמו יש להסדיר זאת בחקיקה) שרון פעל בגדר סמכותו. את החלקים החסרים בחוק בדבר היקף הסמכות ודרכי הביקורת עליה לא יוכל ביהמ"ש למלא אלא רק המחוקק (ודאי לא מקום שמדובר בחוק יסוד). פרוקצ'יה: בפיטורין יש התנגשות בין שני אינטרסים ציבוריים: 1. תפקוד ראוי של הממשלה והגשמת יעדי המדיניות הלאומיים הניצבים בפניה. 2. הגנה על יציבות הממשלה ותקינות הליך קבלת ההחלטות המקובל בה- זכותו של כל שר להביע דעתו ללא מורא. במקרה דנן התוכנית המדינית הייתה הרת גורל לעתיד המדינה ורצון רה"מ היה מוצדק. ההחלטה נמצאת במתחם הסבירות, אם כי על ראה"מ לממש סמכותו זו בהקשרים כאלו במקרים נדירים ביותר. העתירה נדחתה
--	-------------------------------	---

2.3 בתי המשפט

מינוי שופטים:

הליך הבחירה מוסדר בח"י שפיטה, בתי משפט וכללי השפיטה סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים 1984. שופטי הערכאות ממונים ע"י ועדה של 9 חברים - 3 ש' עליון (כשאחד מהם הוא הנשיא), 2 שרים (אחד מהם הוא שר המשפטים), 2 חברי כנסת (אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה) ו-2 נציגים מלשכת עו"ד. שיטת מינוי זו מבססת את עצמאותה של הרשות השופטת וחוסר תלותה במערכת הפוליטית. ככל הנראה עד לאחרונה הש' שהשתתפו בבחירה היו אלה שלבחרתם היה את המשקל הגדול ביותר.

דוג' למנגנוני בחירת שופטים

גרמניה - ע"י הרשות המחוקקת. קנדה - הרשות המבצעת. ארה"ב - שילוב בין שתי הרשויות.

- ביהמ"ש הוא הומוגני ומתמנים ש' בהתאם. ברוב פס"ד אין דעת מיעוט. הנטייה היא ליישר קו (דבר שמחליש את ביהמ"ש).

- שינוי מנגנון מינוי הש' נהיה הכרחי לאחר '92 כל עוד יש לביהמ"ש את זכות הבחירה האחרונה. עד לפני מס' שנים המנגנון היה מנגנון סתרים. כיום, לאחר שהוגשה עתירה בה נטען שזכות הציבור לדעת, שמות המועמדים מתפרסמים 21 יום לפני הדיון והכל פתוח יותר אך ישנה עדיין חשאיות סביב דיוני הוועדה.

ביטול חקיקה ראשית-

המודל הריכוזי - רק גוף שיפוטי אחד מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית. בפסילת חקיקה ביהמ"ש יוצר נורמה ולפיכך ראוי לייחד הסמכות לערכאה אחת בלבד.

המודל הביזורי - על ערכאה שיפוטית מוסמכת לבצע ביקורת. זהו המודל המקובל במדינות common law. המודל אומר שתפקיד ביהמ"ש לפעול ע"פ הנורמות ובמקרה של התנגשות בין נורמות לבחור בנורמה בעלת המדרג הנורמטיבי הגבוה יותר (להעדיף חוקה על פני חקיקת משנה) זה חלק מתפקידו של ביהמ"ש והוא אינו ייחודי לסוג אחד של ערכאה.

תקיפת חוק

תקיפה ישירה - ייזום הליך שמטרתו תקיפת חוק/פעולה מסוימת של הממשלה.

תקיפה עקיפה - השאלה החוקתית מתעוררת אגב-אורחא בדיון. לדוג' מוגש כתב אישום ובטענות ההגנה נטען כי המשפט מתבסס על איסור פלילי שאינו חוקתי ולכן יש לבטלו.

המודל הישראלי הוא מודל מעורב! ריכוזי - תקיפה ישירה של חוק תתבצע רק בבג"ץ. בתקיפה עקיפה של חוק יוכלו ערכאות נמוכות יותר להכריע.

בג"צ מד"י נ' בית הדין הארצי לעבודה - המחלוקת היא האם מדובר בתקיפה ישירה או עקיפה. הרוב דוחה את העתירה.

ריבלין - אומר כי יש כבוד הדדי. השר ביטא כבוד לחברי הוועדה האחרים. ביהמ"ש אומר גם כי זו לא שאלה שפיטה. ודבר נוסף שביהמ"ש אומר שהחלטה לא למנות במהלך ממשלת מעבר תבוקר פחות מאשר החלטה למנות במהלך ממשלת מעבר.	שר המשפטים רוצה לכנס את הוועדה לבחירת שופטים. שופטי ביהמ"ש העליון אומרים שלא יגיעו כי זו ממשלת מעבר. שר המשפטים לא מכנס את הוועדה. העותרים אומרים כי הוועדה למינוי שופטים בעלת אופי מיוחד: מקצועית; שיקול דעת עצמי; הנבחר כפוף לדיון... הם טוענים שממשלת המעבר דנה בנושאים פחות חשובים וגם ישנה פגיעה באמון הציבור.	פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים
---	--	--

בין ההסתדרות הכללית לבין התאחדות התעשיינים ישנם הסכמים קיבוציים. ההסתדרות מגישה בקשה לדיון בסכסוך קיבוצי, שהתאחדות התעשיינים לא מקיימת את ההסכם הקיבוצי (זאת בעקבות חוק חדש שאפשר להם זאת). ההסתדרות מבקשת שביה"ד יתערב ויחייבם לקיים את ההסכמים והיא מבקשת מביה"ד בסמכות נגזרת לקבוע שהוראות החוק לא תקפות. המדינה אומרת שזוהי תקיפת החוק ולכן יש לעשותה בבג"ץ, אין סמכות לביה"ד לעבודה לעסוק בשאלת תקיפת החוק. ביה"ד הארצי לעבודה לא מקבל את עמדת המדינה ומחליט כן לדון.	מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה
העתירה נגד סעיף בחוק יסודות התקציב מסמך את שר האוצר להפחית מתקציב הגוף שפעולתו: א. שוללת את מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ב. מציינת את יום העצמאות כיום אבל	התיכון הערבי האורתודקסי נ' שר האוצר
2.4 נשיא המדינה (לימוד עצמי)	
א. הקדמה: לנשיא סמכויות מעטות ביותר. פרט לתפקידים טקסיים במהותם, יש לנשיא רק שלוש סמכויות, הכרוכות במידה מסוימת של שיקול דעת: 1. מתן חנינות והפחתת עונשים 2. הטלת תפקיד הרכבת ממשלה על אחד מחברי הכנסת 3. הסכמה לפיזור הכנסת והקדמת הבחירות, לפי בקשת ראש הממשלה. הנשיא אינו רשאי לכהן בתפקיד נוסף כלשהו.	רובינשטיין ומדינה, פרק 20

ב. בחירת נשיא המדינה וסיום כהונתו:

נשיא המדינה נבחר על ידי הכנסת. בחירת נשיא המדינה נערכת בזמנים שבין תשעים יום לפני סיום כהונתו של הנשיא המכהן ועד לשלושים יום לפני. תקופת כהונת הנשיא היא בת 7 שנים, והוא נבחר פעם אחת בלבד. בעבר תקופת כהונתו של הנשיא הייתה בת חמש שנים, והוא רשאי היה להיבחר לתקופת כהונה נוספת. אך מצב זה עשוי היה לפגוע במעמדו המיוחד של נשיא המדינה, הנדרש להשתתף במערכת בחירות (באופן עקיף) להבטחת בחירתו מחדש לתפקיד. סיום תפקיד יהיה: בהתפטרות, העברה מתפקיד ע"י הכנסת, מטעמי בריאות או התנהגות לא הולמת. יו"ר הכנסת הוא ממלא המקום של נשיא המדינה, עם זאת, לא נהוג שיו"ר הכנסת מפעיל את סמכויות הנשיא בהיעדרו.

ג. תפקידי הנשיא, סמכויותיו וחסינותו:

במסגרת תפקיד הנשיא ישנם מגבלות: הוא אינו רשאי לכהן במשרה כלשהי זולת מתפקידו כנשיא. הוא אינו יכול לכהן כמועמד בבחירות לכנסת. בכך ניתן ביטוי למעמדו הסמלי והא – פוליטי של מוסד הנשיאות.

הנשיא רשאי לצאת לחו"ל רק באישור הממשלה, ושיוצא מגבולות המדינה הוא מפסיק זמנית למלא את תפקידו עד אשר יחזור.

הנשיא בעל פריבילגיות מסוימות כמו: חסינות בפני דיון פלילי, פטור מכל שירות חובה, משכורת נקבעת ע"י הכנסת. החסינות הקבועה בחו"י, אינה חלה על פעולות אסורות שאינן רלוונטיות לתפקידו של הנשיא, כגון קבלת שוחד.

הנשיא חסין גם בפני ביקורת שיפוטית, לפיכך, עתירה המוגשת כנגד נשיא המדינה עצמו, בה מתבקש ביהמ"ש לבחון את תוקפה של החלטת הנשיא, תידחה על הסף.

על הנשיא מוטל התפקיד לתת תוקף פורמלי להחלטות שלטוניות וגופים אחרים, כמו: חתימה על חוקים שמחוקקת הכנסת, אמנות עם מדינות חוץ, מינוי שופטים ושל נושאי משרה אחרים בגופים ציבוריים. פעילותו של הנשיא בהקשרים אלה היא סמלית בלבד. הנשיא מטיל על חבר הכנסת את תפקיד הרכבת הממשלה, וגם מקבל את כתב ההתפטרות של ראש הממשלה. כמו כן פיזור הכנסת טעונה הסכמת הנשיא.

ד. סמכות חנינה:

מנוסח החוק עולה כי המרת עונש חייבת להיות בגדר הקלה בעונש. אולם, לא תמיד ברור מתי המרה היא אכן בגדר הקלה, ואם נדרשת לשם כך הסכמת הניחן: ייתכן שהמרת עונש מאסר קל בקנס כספי כבד תיחשב ע"י העבריין אחד להקלה ולאחר החמרה. לכן יש טעם בגישה הדורשת את הסכמת הניחן. הקלה בעונש תהיה מתוך העונשים הנמנים בגין העבירה הנדונה בסולם העונשיים של החוק. הנשיא רשאי להתנות את ההקלה בעונש בקיומו של תנאי. באשר לקנסות, חנינה מלאה המוחקת את ההרשעה אך הכסף ששולם זה מכבר לא יוחזר. הרשעה שנשיא המדינה נתן עליה חנינה מלאה, נמחקת לחלוטין. על כן, ראייה שיש בה גילוי הרשעה שנמחקה לא תהיה קבילה בהליך משפטי. עם זאת, במינוי בעלי תפקידים ממשלתיים, יש להתחשב בעצם ההרשעה אף אם ניתנה בגינה חנינה. בכך ניתן עדיפות לאנטרס הציבורי בדבר הבטחת מינויים מתאימים בשירות הציבורי על פני זכותו של הפרט לרהביליטציה. הנשיא גם רשאי לחון חשודים טרם עמידתם לדין. לדעת הכותב, אין זה ראוי להשתמש בסמכות זו, שכן, מסורה ליועמ"ש, ואופן ההפעלה של סמכות זו נתונה לביקורת שיפוטית.

ע"פ הנוהג, הנשיא מסתפק בנימוק תמציתי בלבד להחלטה לסרב להעניק חנינה ולפעמים גם אין נימוק כלל. לדעת הכותב, זהו נוהג פסול, מאחר ואין הבדל בין סמכות זו לבין סמכות שלטונית אחרת ולכן ישנו צורך עקרוני בפומביות החנינה ובהנמקתה.

האם רשאי הנשיא להעניק חנינה גם כדי לתקן הכרעות שיפוטיות הגורמות, לדעתו, "עיוות דין", כלומר מכוח "מידת הדין" – ולא דווקא "מידת הרחמים"?

לדעת הכותב אין מניעה להכיר בסמכות הנשיא גם לשם תיקון "עיוות דין". החנינה מבטאת בחינה של השאלה באיזה מידה ראוי לממש את הקביעה השיפוטית העקרונית. היא לא משנה את המשמעות הנובעת לעצם ההכרעה השיפוטית. רשאי הנשיא בחלטתו להתחשב גם בנסיבות שהיו ידועות כבר בעת מתן פסק הדין, הן נסיבות ביצוע העבירה ותוצאותיה והן בנסיבות אישיות של העבריין.

2.5 מנגנוני פיקוח		
2.5.1 היועץ המשפטי לממשלה		
השופט מצא: ראש הממשלה ביקש לחלוק על חוות דעתו של היועמ"ש בדבר עצם מהותה של הנורמה המשפטית החלה בנושא העברתו של שר מתפקידו. אך מאחר והיועץ הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת, הוא איננו יכול באמת להשמיע את דעתו.	עניינן של העתירות בהמשך כהונתו של אריה דרעי כשר בממשלה לאחר שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עברות חמורות.	בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל
השופט שטיין: יש רבים שסוברים שאם היועמ"ש לא מוכן לייצג דעה של שר בממשלה, הוא גם יכול למנוע ייצוג של עו"ד פרטי עבור השר. שטיין חולק, וסובר שבמקרים שלא מדובר באי-חוקיות ברורה, יש חשיבות שכמו שלאדם פרטי יהיה ייצוג כך גם לגוף ציבורי. זה מאפשר גם להגיע לחקר האמת במקרים מסובכים כשהשופטים שומעים דעות שונות. חולק על השופט קרא ולדעתו זו לא הלכה מחייבת שהמדינה תהיה מיוצגת רק ע"י היועמ"ש. השופט קרא: סובר שהעובדה שהשר לא קיבל ייצוג של עו"ד פרטי בגלל שהיועמ"ש לא הסכים לייצגו אינה בעייתית מאחר שההלכה קובעת שעמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש.	שר המדע סירב למנות את פרופ' אמיתי כחברה במועצת נגידים גרמניה-ישראל, בגלל שתמכה בסטודנטים המסרבים לשרת בשטחים. דעתו היא כנגד דעת היועמ"ש.	בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה
השופט ברק: יש טעות בהבנת העותרת. הפרקליטות מייצגת רק את רה"מ, וזאת ע"פ התפיסה המשפטית של היועמ"ש. חוות דעתו של היועמ"ש היא המשקפת לממשלה את המצב המשפטי, וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקה את פעולות הרשות. היועמ"ש יכול לבחור לא להגן על הממשלה אם לדעתו היא לא פועלת כדין. יש עליו ביקורת שיפוטית. מסקנת הדברים היא שהיה כאן ייצוג דעה אחת, שהיא ההחלטה של היועמ"ש כיצד לייצג את רה"מ. העתיירה נדחית.	סיפור פנחסי (ח"כ מש"ס שגנב כסף למפלגה ורימה את מבקר המדינה). היועמ"ש אמר שהוא יציג בפני השופטים את עמדת רה"מ, שלא מוכן להעביר את סגן השר פנחסי מתפקידו, למרות שהוא אישית לא מסכים עם עמדת רה"מ. העותרת: טוענת שזה לא בסדר שפרקליטות המדינה מייצגת שתי דעות; גם של רה"מ וגם של היועמ"ש.	בג"צ 4267/93 אמיתי (פנחסי)

2.5.2 ביקורת המדינה (לימוד עצמי)

• מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא תלוי בממשלה. הכנסת בוחרת את מבקר המדינה ולה מוגשים דוחות הביקורת ומוסמכת, כמו גם הממשלה לדרוש מן המבקר להכין חוות דעת בכל עניין שבתחום תפקידו. • מבקר המדינה הוא גורם עצמאי, שאינו פעיל בחיים הפוליטיים, ומוטלות עליו ועל משרדו מגבלות חמורות ביחס לעסוק בעת הכהונה ואף לאחריה. • הגופים המבוקרים הם : משרדי הממשלה, רשויות מקומיות ומוסדות של המדינה וגם גופים הנתמכים ע"י המדינה ואף ארגון עובדים כולל בסייגים מסוימים. • היקף הביקורת: חשבונואות, בדיקת תקינות המנהל, שמירת החוק והיענות לתלונות הציבור, יעילות עבודתם של הגופים, הפקת לקחים ויישום ממצאי הביקורת בעבר, בחינת "טוהר המידות". • סמכויותיו: חובה למסור לידיו דוחות כספיים שנתיים, תסקיר פעולות וכל מידע נוסף שידרוש מהם. סמכויות חקירה, חיוב כל אדם להעיד בפניו ולמסור לו מידע. • הדיון בממצאי הביקורת מסור לוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת. רוח"מ נדרש למסור את תגובתו לדוח הביקורת בתוך עשרה שבועות מקבלתו. • לפי התפיסה המקובלת, ביהמ"ש נמנע כמעט לחלוטין מהחלת ביקורת שיפוטית כנגד תקפותם של ממצאים של מבקר המדינה, והוא מותיר את מלאכת הברור של ממצאי הביקורת בידי הכנסת. • לפי המדיניות כיום, במקרים בהם מדובר בניצול לרעה של תפקיד או בחשש לפגיעה בטוהר המידות, אין המבקר נמנע עוד מפרסום שמותיהם של המעורבים בעניין (לעומת פעם, שהיה אונימיטיות בעניין זה). על כן, פרסום בפומבי הוא אמצעי אכיפה מרכזי שבידי מבקר המדינה. • ממצאי הביקורת אינם בעלי מעמד נורמטיבי מחייב, אך ניתן לראות שבנוגע לחוק מימון מפלגות, קביעות המבקר הן מחייבות. • מבקר המדינה מכהן גם כנציב תלונות הציבור. כל אדם רשאי להגיש תלונה למבקר על גופים מבוקרים. אפשרות לפנייה למבקר אינה שוללת את האפשרות להגיש עתירה בעניין לביהמ"ש.	רובינשטיין ומדינה, פרק 10ה2
--	---

2.5.3 וועדות חקירה (לימוד עצמי)

א. הקדמה: <u>וועדות חקירה</u>, הן אמצעי מקובל במנהל הציבורי לשם השגת מידע רלוונטי בדרך של איסוף מידע, קיום חקירה, שמיעת עמדותיהם של גורמים וגופים מקצועיים וגיוש המלצות. המלצות אלו, נועדו לשמש "חומר עזר" לרשות עצמה כחלק מתהליך הפעלת שיקול הדעת השלטוני. <u>וועדות חקירה ממלכתיות</u>, הן גוף שמקימה הרשות המבצעת לצורך בירור עובדתי וקביעת המלצות באשר לדרכי פעולה לעתיד. הן משמשות אמצעי חשוב והן בעלות השפעה ניכרת. למעשה דומות לערכאות שיפוטיות, מאשר לוועדות בדיקה ובירור פנימיות. <u>וועדות חקירה פרלמנטריות</u>, שחבריהן הם חברי כנסת, עוסקות בדיונים בעלי אופי מקצועי וענייני ולא אופי פוליטי מפלגתי. ב. כינונה של ועדת חקירה ממלכתית ואופן פעולתה: 1. ההחלטה על כינון ועדת חקירה וקביעת נושא החקירה- הסמכות להקים ועדת חקירה מסורה לממשלה. הנושאים שאמורה הוועדה לחקור כפופים לשני סוגים של מגבלות: <u>פורמלי</u> - כתב המינוי התוחם את סמכויותיה של הוועדה <u>מהותי</u> - נובע מעקרונות היסוד של השיטה ומעצם מהותה של ועדת החקירה. על הממשלה להסמיך ועדות חקירה לעסוק בנושאים, הנכללים בגדר סמכותה של הרשות המבצעת ולא בנושאים הנכללים בגדר הסמכות של הרשות השופטת, כחלק משמירה על עקרון הפרדת הרשויות. הממשלה איננה רשאית להקים ועדת חקירה שמהווה התערבת בלתי נאותה במעשה חלוט של הרשות השופטת, במקרים כמו אלו, ביהמ"ש יורה להימנע מהקמת הוועדה.	רובינשטיין ומדינה, פרק 19
--	---

עקרונית הועדה אינה מיועדת לשמש אמצעי לחקור ולהעריך את התנהגותם של חברי הכנסת מהסיבה שלא ייעשה בה שימוש ע"י הממשלה בכדי לצמצם את חופש הפעולה של חברי הכנסת. עם זאת, בנסיבות בהן פעולותם של חברי כנסת היא בעלת השפעה מהותית על אירועים שחוקרת הועדה, אנו סבורים כי אין מניעה שהוועדה תדון גם ביחס לפעולות אלה.

2. קביעת הרכב הוועדה-

נשיא ביהמ"ש העליון הוא הממנה את יושב ראש הוועדה ושאר חברי הוועדה. בוועדה מכהנים שלושה חברים או מספר אי זוגי גדול יותר של חברים, לפי קביעת הממשלה לאחר התייעצות עם נשיא ביהמ"ש העליון. בראש הוועדה מכהן שופט עליון או מחוזי. ישנו צורך ממשי שבוועדה לא יכהנו חברים אשר בעלי ניגוד עניינים/דעה קדומה בנושא הנחקר.

3. הליכי הדיון בוועדה –

הוועדה מוסמכת להזמין כל אדם לבוא ולהעיד בפניה ולהציג מסמכים או מוצגים אחרים שברשותו, לכפות ציות להזמנה זו בדומה לסמכויות המסורות בעניין לבית המשפט בהליך אזרחי, ולהטיל קנס על אדם שאינו מצייט להזמנה. הוועדה מוסמכת להוציא צו חיפוש, אם מדובר בממצא נחוץ לחקירה. פומביות הדיון- פרוטוקול הדיונים מתפרסם ברבים, אלא אם החליטה שלא לפרסם את הדו"ח מטעמים ביטחוניים, מדיניים, כלכליים, הגנה על שלום האדם. בהתאם לזאת, יש זכות לכל אדם/תאגיד זכות טיעון אם ממצאי החקירה עלולים לפגוע בו.

ג. מעמדם של הממצאים של ועדת חקירה ממלכתית

על הממשלה מוטלת החובה לאמץ את הממצאים העובדתיים של הוועדה, כך שאלה ישמשו תשתית עובדתית להכרעותיה של הממשלה, איך אין זה מחייב אותה להחליט על פיה. משקל רב להמלצות הועדה יש ביחס לכשירותם של אישים לכהן במשרות ציבוריות. ממציאה של ועדות החקירה ביחס לנושאי משרה אינם מבטאים בהכרח קביעת אחריות "משפטית", כלומר קביעה כי נושאי המשרה הפרו חובה המוטלת עליהם בחוק. אלא, בעיקר את האספקטים הציבוריים והמוסריים. לפי נהג מאמצת הממשלה כעניין שבשגרה את המלצותיה בתחום האיש.

ד. ועדת חקירה פרלמנטרית:

הכנסת רשאית להקים ועדת חקירה לעניין המועלה בדיון וחשבון של מבקר המדינה. בנושאים אחרים מוסמכת להקים ועדת חקירה פרלמנטרית. לוועדה זו אין סמכויות חקירה וכפייה אחרות ואף לזמן עדים. ההחלטה להקמת ועדה כוללת שלושה שלבים:

- 1) החלטה של המליאה להעביר הצעה להקים ועדת חקירה לוועדת הכנסת
- 2) המלצה של ועדת הכנסת להקים את הוועדה, תוך פירוט סמכויותיה ותפקידיה של הוועדה.

3) אישור ההצעה ע"י מליאת הכנסת

עבודת הוועדות הפרלמנטריות אינן בעלי השפעה ניכרת.

רובינשטיין ומדינה,
פרק 19

3. זכויות האזרח

3.1 מבוא

כללי

יש להבחין בין זכויות בעלות מעמד חוקתי- זכויות שהוכרו כבר בפסיקה טרם '92 לבין זכויות המעוגנות בחו"י. רק זכויות המעוגנות בחו"י יכולות לפסול חוק, ואילו זכויות בעלות מעמד חוקתי בלבד (שלא נכנסות לחו"י) יכולות רק לבטל חקיקת משנה והחלטות מנהל וניתן על פיהן לצמצם או להרחיב פרשנות. לכן ננסה להכניס את הזכויות בעלות המעמד החוקתי לתוך חו"י כב"ה

3.1.1 מידתיות ונוסחאות איזון אחרות

למעשה קיימות שלוש נוסחאות איזון:

1. **איזון אנכי** = סידור הערכים המתחרים זה תחת זה לפי חשיבות או מעמד נורמטיבי באופן שידו של אחד הערכים על העליונה. במובן מסוים איזון אנכי מהווה הכרעה בין שני ערכים מתנגשים. (ע"פ ספיר ישנה נטייה להשתמש בנוסחא בהתנגשות בין אינטרס לזכות)

האינטרס יגבר על הזכות בהתקיים שני תנאים:

א. הסתברות הפגיעה באינטרס - מה ההסתברות שייגרם נזק לאינטרס?

ב. עוצמת הפגיעה באינטרס - מה עוצמת הפגיעה שתיגרם לאינטרס?

לדעת ספיר נוסחא זו דווקא מיטיבה עם הזכות - כל עוד לא הגענו לנק' ההיפוך (העדפת האינטרס על פני הזכות) הרי שאנו נותנים הגנה מלאה לזכות והיא לא נדרשת לוותר על דבר. לדעת ספיר באיזון האנכי ההכרעה היא בינארית.

2. **איזון אופקי** = כאשר הערכים המתחרים הם שווי מעמד, נוסחת איזון זו בוחנת את מידת הויתור ההדדי של כל אחת מן הזכויות. ההנחה היא כי אין כל אפשרות לתת הגנה מלאה לכל אחת מן הזכויות ולכן היקף ההגנה על זכות אחת ייסוג מפני קיומה של האחרת. (ע"פ ספיר קיימת נטייה להשתמש במבחן זה בהתנגשות בין זכות לזכות)

3. פסקת ההגבלה:

א. **חוק** - ע"פ חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו.

ב. **תכלית ראויה**

ג. **הולם את ערכי מדינת ישראל**

ד. **מידתיות (ברק ייבא לה 3 מבחני משנה מגרמניה וקנדה)**

(1) קשר אמצעי מטרה

(2) האמצעי שפגיעתו פחותה

(3) התועלת עולה על הזק (מידתיות במובן הצר)

לדעת ספיר, במאמרו ישן מול חדש, ניתן להכניס את נוסחאות האיזון ההלכתיות בתוך נוסחת האיזון החקיקתית- בשלושת מבחני המשנה:

איזון אנכי - במסגרת המידתיות במובן הצר (מבחן 3)

איזון אופקי - לפני התועלת עולה על הנזק (מבחן 2)

מתי נחיל את מבחני המידתיות?

1. על זכויות לא מנויות (ברק בג"ץ חורב)

2. על חקיקה קודמת לחו"י (דורנר במילר)

3. על הוראות בחוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה (ייבוא פסקת הגבלה שיפוטית - זמיר מציע לגרור את פסקת ההגבלה לחוקי יסוד שאין בהם פסקת הגבלה - בג"ץ הופנונג)

זמיר הכניס למעשה את פסקת ההגבלה לשלב בו בוחנים אם יש פגיעה. ברק השיב שפסקת ההגבלה לא מגדירה את היקף הזכות הנפגעת כי אם את היקף ההגנה שתינתן לה. נולדת כאן אופציה רביעית לפגיעה בחוק יסוד שותק- האמצעות יבוא פסקת הגבלה שיפוטית.

ברק: מדובר בשאלה של איזון בין אינטרסים מתנגשים (קיימת סמכות לפגיעה). האיזון המתבקש בפס"ד דנן: בין זכותו של אדם לקיים אסיפה בשכונת מגורים לבין זכות איש הציבור ושכניו לפרטיות. כן נדרש איזון בין אלו לבין האינטרס הציבורי שבקיום הסדר הציבורי. נבחין בין "איזון אופקי" ל"איזון אנכי". "איזון אנכי", ידו של ערך אחד על העליונה. ואילו "איזון אופקי": שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד, ולכן נבחנת מידת הוויתור ההדדי האפשרית. ברק טוען כי האיזון בין הערכים אמור להוביל לתוצאה שמשקפת את התפיסות האובייקטיביות של הציבור הנאור בחברה, דהיינו <u>האיזון אינו נעשה ע"פ תפיסותיו הסובייקטיביות של השופט כי אם ע"פ תפיסותיה האובייקטיביות של החברה.</u> "איזון חקיקתי" לעומת "איזון הלכתי": לעיתים המחוקק קובע את נוסחת האיזון (למשל, פסקת הגבלה של חוק יסוד), ובמקרים כאלו ביהמ"ש אמור לפרש את הנוסחה, ולמלא אותה בתוכן. לעיתים, אין בנמצא נוסחת איזון חקיקתית, ולכן על ההלכה המשפטית לפתח את הנוסחאות.	וילק, ניצב המשטרה דחה בקשה של העותר, לקיים אסיפה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף. העותר טוען כי שלילת האישור מקפחת את זכותו לחופש ביטוי. וכן, הוא טוען להפליה, שכן בעבר ניתנו היתרים לקיום אסיפות מול בתים של אנשי ציבור.	בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים
דורנר: הצדדים חלוקים בדבר אחד - החוק החדש מנוגד לדרישה אחת בפסקת ההגבלה: מידתיות. ניתן ללמוד מהעובדות, לפיהן הרשות הסכימה להפחית את גובה הערבות, שמידת הפגיעה לא הייתה הנמוכה ביותר האפשרית. לכן עולה השאלה אם ניתן לצמצם את הפגיעה בחברות אפילו עוד יותר? (האם התיקון מ- 300,00 ל- 150,000 לא היה שרירותי כמו הקביעה המקורית?) יש לשים לב: מבחני המשנה של מבחן המידתיות הם גמישים. הדרישה אינה מוחלטת או דווקנית. לרשות שיקו"ד לבחור באמצעי המצוי במסגרת "מתחם המידתיות", על מנת למלא אחר דרישת המידתיות. מבחן המידתיות מושפע מ: א. <u>נסיבות הענין.</u> מתחם המידתיות של רשות מבצעת עשוי להיות מצומצם ממתחם המידתיות של רשות מחוקקת. ב. <u>מהות הזכות הנפגעת ומידת החשיבות המיוחסת לה.</u> בענייננו, מדובר בזכות שהיא במהותה כלכלית. זכותם של העותרים לחופש עיסוק היא חשובה, אך יש לה גבולות. כיון שהחקיקה החדשה היא סוציאלית, ותכליתה להגן על העובדים, ביהמ"ש צריך להיזהר שלא לפגוע בזכויות קבוצתיות לטובת זכויות אינדיווידואליות. העתירה נדחית – החוק הוא מידתי הגם שניתן לחשוב על אמצעים שפגיעתם תהיה פחותה. החוק מצוי ב"מתחם המידתיות".	חוקק חוק "העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א" הקובע חובת רישוי לקבלנים. בין תנאי מתן הרישיון - דרישה להמצאת ערבות בנקאית. העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק בשל גובה הערבות שנקבע. לאחר דין ודברים הורד גובה הערבות ומכאן טענת השרירותיות בקביעתו.	בג"צ 450/97 תנופה נ' שר העבודה

ברק: מהי אמת המידה המקובלת לעריכת איזון? לדעת ברק אמת המידה הינה פסקת ההגבלה שבחוק"י (ס' 8 חו"י כבו"ה). כיצד מתיישב הדבר עם ס' 10 בחו"י כבו"ה- "שמירת הדינים" בו מוגנת פקודת התעבורה מכוחה הוצא הצו? "אכן, מאז כוננה הכנסת את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אנו משתמשים באמות המידה הקבועות בהם לשם פירושן של הסמכויות השלטוניות אשר הוענקו בחקיקה {ראשית או משנית}, וזאת בין בחקיקה שהוחקה לפני חוקי יסוד אלה, ובין חקיקה שהוחקה אחריהם". ברק גורס כי יש לפרש את הדין הישן ברוח הוראות חו"י. מדוע: 1. מעמדו החוקתי של חו"י מקרין עצמו לכל חלקי המשפט הישראלי- כולל הדינים הישנים וברוחו יש לפרשם ולהפעיל שיקו"ד מנהלי. ההבדל היחיד בין הדין החדש לישן לעניין זה- את הישן לא ניתן לבטל בעוד שאת החדש ניתן. 2. <u>לדידו קיים קשר טבעי בין פסקת ההגבלה החוקתית לבין כלל דיני המשפט הציבורי- בין אם מדובר בזכויות המכוסות בחו"י או לא. ראוי לדעת ברק שהגנה על זכויות אדם תיעשה ע"ס אמות מידה זהות.</u> תכלית החקיקה הפוגעת בזכויות אדם: 1. תכלית כללית ← ערכי מד"י כמדיו"ד. 2. תכלית ספציפית ← "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה.	שר התחבורה נטל את סמכותו של המפקח על התעבורה והחליט להורות על סגירתו של רח' בר אילן לתנועת כלי רכב בזמני תפילה בשבתות ובחגים. העותרים טוענים כי חופש התנועה שלהם נפגע. הפקודה מכוחה הוצא צו היא פקודת התעבורה המוגנת בס' 10 לחו"י כבו"ה- שמירת דינים.	בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה
השופט ברק הופך את מבחן המשנה 3 למבחן המורכב משני רכיבים: 1. המבחן הפשוט- תועלת מול נזק. 2. אלטרנטיבות- המשיגות את התועלת ברמה נמוכה יותר אבל בהשוואה לאפשרות האחרת, <u>תוספת התועלת עולה על תוספת הנזק</u>. לכן, ביהמ"ש אמר שהיה צריך לשקול אפשרות נוספת, למקם את הגדר במיקום אחר. גם אם זה משיג את התכלית (ביטחון) פחות טוב, זה לא משנה כי צריך לבחון את התועלת מול הנזק. ואם הזזת תוואי הגדר תפגע פחות בזכות לקניין, זה עדיף. פרופ' ספיר חושב שצריך למקם את המבחן הזה במבחן המשנה השני ולא בשלישי כמו שאמר ברק.	בפרשה זו נדונה תוכנית להקמת גדר הפרדה שנקבעה מצורכי ביטחון. יש מספר אפשרויות למיקום אפשרי של הגדר. ברק מסתכל על הצורך בביטחון מול הקניין של הערבים.	בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל
השופט ארבל- כליאת המסתננים לא מוצדקת שכן קיים אמצעי חלופי להגשמת התכלית שפוגע פחות בזכויות אדם, הקמת גדר. ובנוגע לטענה שהקמת הגדר לא תגשים את המטרה במידה זהה לאמצעי שנבחר ע"י הכנסת- אלא שבמצב בו הפגיעה בזכות לחירות כה קשה, דורש מבחן המשנה השני מהמדינה למצות ולבחון אפשרות פוגענית פחות גם אם אין ביכולתה להשיג את התכלית במידה זהה. שאר השופטים העדיפו לכלול את זה במבחן המשנה השלישי.	הייתה תופעה של הסתננות מהגרים מאפריקה לישראל, ולכן תוקן חוק למניעת הסתננות ובו נקבע כי ניתן לכלוא מסתננים עד 3 שנים. ביהמ"ש העליון מכריז על בטלות הסעיף לאחר שקבע כי הוא פוגע בזכות לחירות ובזכות כבוד ושהאמצעי שנבחר אינו מידתי.	בג"ץ 7146/12 א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת

3.1.2 דרישת ההסמכה		
שמגר: "זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה, אלא על פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף על כך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על ידי המחוקק הראשי". לאור העדרה של חוקה, אין כיום הגבלה על ההוראות אותן ניתן לכלול בחקיקה הראשית הרגילה, אך חקיקת משנה שואבת כוחה אך ורק מדבר ההסמכה של המחוקק הראשי, וכאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול בתחום האמור אלא אם הוקנתה לו ע"י המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה, ומפורשת. לא ניתן להסיק את הסמכות על דרך ש"לא נאמר אחרת". חייב להיות מפורש, על אחת כמה וכמה מקום בו מדובר בחקיקת משנה הפוגעת בזכות יסוד. העתירה מתקבלת.	העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק עקב הוראות פנימיות של משרד התחבורה לפיהן הם לא יכולים לטפל בבקשות לבדיקת ורישוי רכב-מקור פרנסתם. (העתק של בז'רנו)	בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה
הנשיאה בייניש, דעת מיעוט, אומרת כי הדרישה להסמכה מפורשת בחוק צריכה להיות ברגישות להקשר הדברים ולנסיבות העניין. ככל שזכות היסוד חשובה יותר וככל שעוצמת הפגיעה בה גבוהה יותר נדרוש הסמכה מפורשת. וככל שאלו נמוכים יותר נסתפק באפשרות של תכלית החוק. כלומר דרישת ההסמכה המפורשת מעט נזילה. מצטרפת לעמדתה השופטת חיות. במקרה זה מדובר בחופש ביטוי פוליטי, זכות חשובה, עילאית, ולכן נדרשת הסמכה מפורשת. 5 שופטי הרוב חלקו על כך ואמרו שההסמכה הייתה מפורשת מספיק. המבחן של ביניש- ככל שהזכות חשובה יותר והיקף הפגיעה בה רחב יותר, הדרישה להסמכה מפורשת תהיה יותר דווקנית.	רשות השידור בתחום הרדיו ורשות השידור בתחום הטלוויזיה מקבלות הסמכה מכוח החוק (חוק רשות השידור וחוק הרשות השנייה) לשדר פרסומות, מצד שני סמכות להסדיר את הפרסומות. רשויות אלו קבעו כללים שמונעים שידור בתשלום של פרסומות פוליטיות לעניינים שנויים במחלוקת ציבורית. ארגון המפקד הלאומי מבקש לשדר פרסומת ובקשתו נדחת עקב אי העמידה בכללים הנ"ל. כנגד זה מוגשת העתירה.	בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש

לפני חו"י: כב"ה התנאי הראשון לפגיעה של רשות בזכות יסוד הייתה קיומה של הוראה בחיקוק המסמיכה את הרשות לפגוע. יש להבחין בין הסמכה לביצוע המעשה לבין הסמכה לפגיעה בזכות.

מתי נאמר כי מצויה ראייה לכך שהמחוקק התכוון לאפשר לרשות לפגוע בזכות יסוד?

3 גישות:

1. **גישת ההסמכה המפורשת** - החוק (בחקיקה ראשית) מסמיך בלשון חד משמעית את האפשרות של הרשות לפגוע בזכות. על ההסמכה להתפרש בצמצום.
 2. **גישת תכלית החוק** - פגיעה תותר אם היא מתחייבת להשיג את מטרת החוק. עדיין יש לאזן בין זכות היסוד למטרת החוק. (פורז)
 3. **גישת הכללים הרגילים** - אין צורך בהסמכה פורמאלית; הפגיעה מותרת לפי בחינת הפעלת שק"ד מנהלי (נבחן סבירות, מידתיות, שיקולים ענייניים). נסתפק בהסמכה משתמעת.
- ⇒ לאור האמור, אין הלכה אחידה באשר לצורת ההסמכה הנדרשת לשם פגיעה בזכות יסוד. כשמדובר בהפעלת **סמכות ביצוע** של רשות מנהלית אין צורך בהסמכה מפורשת כי הפגיעה מכוונת כלפי ציבור מצומצם, מה שאין כן **בתקנות** החלות על כולי עלמא ואז יש צורך בהסמכה מפורשת.

כלומר **הסמכה מפורשת נדרשת רק בהתקנת תקנות ולא בסמכויות ביצוע** (אפילו אם הן פוגעות). לדעת גזל: **מחוקק המשנה רשאי לפגוע בזכות יסוד בתקנות, רק בהתקיים שני תנאים מצטברים:**

1. **קיומה של הסמכה להתקנת תקנות מהסוג הנידון.**
2. **קיומה של הסמכה מפורשת לפגוע בזכות היסוד באותן תקנות.**

לדעת גזל בהינתן הסמכה מפורשת רשאי מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכויות יסוד. זאת כיוון שחו"י לא מבחין בין תקנת ביצוע לתקנה הקובעת הסדרים ראשוניים. זאת יש לעשות בחו"י: החקיקה ולא להסדיר ענייני יחסי גומלין והפרדת רשויות בחוקים שמטרתם עיגון זכויות-אדם.

גזל מתנגד לגישת ההסמכה המפורשת כיוון ש:

1. היא מצמצמת את מרחב שק"ד הרשות המבצעת
 2. בין כה יש סיכוי שהחלטה "טיפול" בשלב בחינת שקול הדעת
 3. גישה פרגמטית-רוב ההסדרים הראשוניים מצויים בחקיקת משנה(ללא הסמכה מפורשת כפי שעולה מהגישה הראשונה), כך שבתום תק' המעבר נצטרך להכריז על בטלותם. אין זה רצוי כי המחוקק הראשי לא מסוגל להתמודד עם כל החקיקה הזו לבדו
 4. נא' שהפגיעה מותרת אם היא "מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת"- ומכאן גזל מסיק כי כשהפגיעה מכוח חוק- אין צורך בהסמכה מפורשת.
- מהי הסמכה מפורשת לפי גזל? :** (דורנר-גישת תכלית החוק) -אם אין הסמכה מפורשת בכתב, אך הפגיעה הכרחית לצורך יישום החוק והשגת התכלית שלו. הפגיעה נדרשת כדי שמחוקק המשנה יקיים את חובתו לכבד את זכויות היסוד.

הסמכה כלשהיא-ניתן בחוק היתר לפגוע בזכויות.

*מחוקק המשנה צריך למצוא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית שנותנת לו את הסמכות להסמיך רשות מנהלית לפגוע בזכות יסוד. עם זאת, דרישה זו לא חלה בין המחוקק הראשי למחוקק המשנה. סיכום של ספיר: גזל נותן לדוג' את בג"ץ פורז בו מועצת עיריית ת"א לא הסכימה שיהיו נשים בועדה הבחירת את רב העיר וההסבר שסיפקה היה כי תפקידה לבחור רב ראוי ואם יהיו נשים בועדה לא יגישו מועמדותם רבנים ראויים. ברק פסל החלטה זו ע"ס פגם בשיקו"ד- אמר שהעירייה לא נתנה משקל מספיק לעקרון השוויון. הוא כלל לא חיפש הסמכה מפורשת. גזל טוען שמכאן ראייה כי לא כל שופטי בג"ץ מתעקשים על הסמכה מפורשת ולפעמים ביהמ"ש יסתפק בפחות- כאשר יש קשר ישיר בין תכלית החוק לבין הפעולה שננקטה, גם אם כרוכה בפגיעה בזכות- זה מספיק. במילים אחרות, בצד העמדה שדרשה הסמכה מפורשת הייתה עמדה פחת דווקנית שקבעה כי הפגיעה מתבקשת ממטרות החוק- ואם כך- זה מספיק.

3.1.3 הלימה לערכי המדינה		
השופט ברק באשר להלימה לערכי המדינה, קובע כי החוקים שפוגעים בזכויות אדם צריכים ליצור הלימה בין שני הערכים של מדינת ישראל: יהודית ודמוקרטית. להביא להרמוניה בין שני ערכים אלו. ברק אומר כי זה עולה בקנה אחד, יסודות דתיים-איסור מלאכה בשבת. יסודות לאומיים, יסודות סוציאליים-לאחד יום מנוחה לכל המשפחה. ההלכה: ערכיה של המדינה כיהודית בשילוב עם ערכיה כדמוקרטית, צריכה להיות הרמוניה בין ערכי המדינה כיהודית לבין ערכיה כדמוקרטית. (הקביעה כיהודית ודמוקרטית נשאבת מכוח סעיף המטרה, כאן הדגש על ההרמוניה).	חוק שעות העבודה והמנוחה אוסר על העסקת עובדים ביום המנוחה. יהודים ביום שבת. מי שאינו יהודי לפי היום של דתו לבחירה שיש/שבת/ראשון. השאלה המשפטית: האם החוק שפוגע בחופש העיסוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה?	בג"צ 5026/04 דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת
השופט ביניש אומרת כי ערכיה של מדינת ישראל כוללים גם את הפרדת הרשויות, אך טענות העותרים לא התמקדו בשאלת עניין זה. מוסיפה כי קשה לראות דוגמה להפרתו של מבחן זה. רק בנסיבות חריגות ניתן יהיה להכריז על חוקתיותו של חוק עקב פגיעה בערכי המדינה כדמוקרטית, בשל עקרון הפרדת רשויות. לפיכך מניחה כי במקרה דנן החוק הולם את ערכי המדינה. ועוברת למבחן הבא. (סופו של עניין, העתירה התקבלה, ביהמ"ש קבע כי החוק בטל עקב פגיעה לא חוקתית בזכות לחירות ובזכות לכבוד המעוגנות בחו"י כבוד האדם).	מדובר על הפרדת בתי הסוהר. פגיעה בערכי המדינה כדמוקרטית, פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות	בג"צ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר
3.1.4 תכלית ראויה		
השופט ברק אומר כי : 1. רגישות לזכויות אדם צריכה להיות תנאי בבדיקת התכלית הראויה. 2. דרישת עוצמה משתנה - דרישת הסף צריכה להיות תלויה במטרה החברתית לשמה נחקק החוק. פרופ' ספיר אומר כי יש קודם לבדוק אם יש פגיעה ואח"כ לבדוק את המידתיות והאיזונים – אלו שני שלבים נפרדים. שהרי אם אלו יהיו בתנאי התכלית הראויה לא יהיה צורך במבחני המידתיות, התנאי הרביעי של פסקת ההגבלה.	עתירה נ' "חוק דחיית שירות", אשר פוגע בעיקרון השוויון- החוק יוצר אפליה בין תלמידי הישיבות (הזכאים לדחיית שירות) ובין מי שאינו תלמיד ישיבה, אשר עליהם מוטלת חובת הגיוס. לטענתם חוק השוויון מעוגן בהכרזת העצמאות ובחו"י כבוד האדם וחירותו.	בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת
השופט ברק - עושה בפסק דין זה איזון אנכי כחלק מדרישת התכלית הראויה. יש כאן ביטחון מול עיסוק. העיסוק יכול להיפגע, לפי ברק, בשם הביטחון אם מתקיים רכיב ההסתברות(קרבה לוודאות) ורכיב העוצמה(עוצמת הפגיעה ממשית). ברק אומר שאי אפשר לסגור את בית הקפה. הוא מבטל אפשרות זאת <u>כבר בשלב התכלית הראויה</u>, הוא מעלה את הרף עוד בשלב זה. פרופ' ספיר - זה לא דבר שנכון לעשות כי אחרת מה עושים מבחני המידתיות? האיזון צריך להיעשות בשלב שלהם.	המפכ"ל מוציא צו לסגירת בית קפה למשך שנה מחמת סיכון בטחוני שנוצר מפעילות המקום(מקום כינוס של פעילי ימין קיצוני) מכוח סעיף 6(א) לפקודה למניעת טרור.	בג"צ 951/06 שטיין נ' המפכ"ל

עתירה כנגד התיקון לחוק למניעת הסתננות הקובע כי ניתן להחזיק במשמורת מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש לתקופה של עד 3 שנים. השאלה היא האם תיקון זה חוקתי. הוויכוח בין השופטים (הרכב מורחב של 9) היה בשאלה האם התכלית ראויה או לא.	2 תכליות: 1. מניעת השתקעות מסתננים – תכלית לגיטימית, אין עליה מחלוקת בין השופטים. 2. בלימת תופעת ההסתננות – ישנה מחלוקת בין השופטים. המחלוקת בין השופטים היא על התכלית השנייה - חלק מהשופטים (בראשם השופט ארבל) אומרים שתכלית דומיננטית היא בלימת תופעת ההסתננות וזו תכלית בעייתית. לטענתם יש שימוש באדם אחד כדי להרתיע אחרים וזה לא ראוי. כלומר התכלית הראשונה היא היעד הסופי והיא לגיטימית אך התכלית השנייה היא יעד ביניים להשיגה והוא לא ראוי. השופטים ג'וראן והנדל, דעת מיעוט, דוחים את הטענה הזו. הם אומרים כי התכלית הראשונה ראויה, וגם התכלית השנייה היא תכלית ביניים ראויה. הם מסבירים כי הרתעת מסתננים פוטנציאליים (תכלית בת) אינה תכלית העומדת בפני עצמה אלא היא נועדה להגשמת התכלית שהיא מניעת השתקעות המסתננים (תכלית האם). התכלית נועדה למנוע מראש השלכות שליליות שההסתננות מביאה על החברה בישראל. [על דעת כל 9 השופטים מקובל כי סעיף 30(א)(ג), החזקה במשמורת לתקופה של 3 שנים, אינו חוקתי. שעומד בסתירה לחו"י כבוד האדם וחירותו. ביהמ"ש החליט לבטל את סעיף 30(א) כולו, בגדרו נקבעו שתי קבוצות של הוראות המהוות עילות לשחרור בערובה של מסתנן בהתאם לשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות, וכן קבוצת הוראות המהוות מחסום בפני שחרור בערובה גם אם מתקיימת עילת שחרור, ברוב של 8 שופטים, בראשם השופט ארבל. בניגוד לעמדת השופט הנדל, לדידו שיש לבטל את סעיף 30(א)(ג) בלבד].
---	--

בג"ץ
7146/12
א.ס.ף נ'
הכנסת

3.1.5 שאלות נוספות		
העותרת התלוננה על הטרדה מינית. המשפט בביה"ד למשמעת מתנהל בדלתיים סגורות. בקשתה כי עדותה תינתן בנוכחות מלווה לפי בחירתה נדחתה ע"י ביה"ד. כן נדחתה בקשתה לקבלת הפרוטוקולים מעדות המשיב.	התנגשות בין 2 חוקי יסוד- בג"צ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת	זכות הפרטיות (חז"י: כב"ה) מתנגשת עם עקרון הפומביות (חז"י: השפיטה) דורנר: פרטיות איננה זכות שקיבלה הסמכה על פי דין לפגוע בעקרון הפומביות. חז"י: כב"ה איננו משתרע על חז"י: השפיטה. פומביות גוברת כי מדובר בחוק ספציפי, אלא אם יש חריג מפורש. הפומביות הינה נורמה מיוחדת (כיוון שנוגעת ספציפית לפומביות הדיון- שתמיד פוגע בפרטיות) בעוד שהזכות לפרטיות היא זכות כללית- בחז"י כב"ה כלול מלוא היקפה ועל כן הינה נורמה כללית. ברק: לא מקבל את גישתה של דורנר. לדידו נדרש כאן איזון אופקי שאין לנקוט בו הכלל הפרשני בדבר התגברות הספציפי על הכללי. במקרה הנ"ל יש חשיבות נורמטיבית זהה ל-2 העקרונות. הפתרון לדעת ברק- השארת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת הגנה לערכים מתנגשים בחקיקה ראשית העומדת בדרישות ההגבלה. מבקר את קביעתה של דורנר כי לא יכולה להתקיים הגנה חוקית על שתי הזכויות בכפיפה אחת. לדידו הדבר כן אפשרי כי אם יעמדו השניים בפסקת ההגבלה אזי יאלצו להתחשב זה בזה באופן שיקיים סינתזה כך שההגבלות על שתיהן יהיו מידתיות. דהיינו- כמה צריכה כל זכות לסגת בפני רעותה. <u>מבחן משנה שלישי – לבדוק אופציות אחרות עם ויתורים הדדיים.</u>
מה תוקף שמירת הדינים שבחז"י כב"ה? גנימאת מואשם בגניבת כלי רכב ונעצר עד תום ההליכים המשפטיים. ערעור למחוזי נדחה ומכאן הערעור לעליון בדבר תקפות הוראות המעצר שבחוק סד"פ לאור חז"י כב"ה. יש לציין כי חוק סד"פ קדם לחז"י כב"ה ועל כן חלה עליו שמירת דינים.	שמירת דינים - גנימאת נ. מד"י	ברק: (גורס שיש לפרש את הדינים הישנים ברוח חז"י. לא ניתן לבטלם בשל המטרייה החוקתית המגנה עליהם אך ניתן לפרשם אחרת). מעמדו החוקתי של חז"י מקרין עצמו על כל חלקי המשפט הישראלי כולל הדינים הישנים. עם זאת הדין הישן מוגן בפני ביטול בשונה מהדין החדש שניתן לבטל. לדידו השינוי מאז חקיקת חז"י הינו בהבנתנו את הטקסט ולא בלשונו. דבר החקיקה לא שונה אך מובנו שונה ובשל כך תכליתו האובייקטיבית. דהיינו, חוקי היסוד אינם משנים את לשון הדין הישן, אך משנים את הפרשנות המוענקת לו. חשין (מיעוט): מתנגד לדעת ברק. שמירת הדינים רלוונטית גם לעניין הפרשנות. לדידו יש לפרש את שמירת הדינים הקובעת הגנה על תוקפו של חוק פשוטה כמשמעה: "מה שהיה הוא שיהיה". "תוקף" אין פירושו להיות או לחדול. משמעותו גם פירוש, תחום פריסה. ואותם אין לשנות. דרכו של ברק אינה לגיטימית ואינה ראויה משום שנאסרה ע"י המחוקק בשמירת הדינים. עם זאת הוא אינו מבטל "השראת הפרשנות" שיכולה להתקבל מחוקי היסוד אותם הוא מגדיר כ"ערוגות ורדים בגן המשפט" שהשופטים יכולים להתבשר בניחוחם בבואם לתת פרשנות. ההלכה- גם אם לחוק מסויים הייתה פרשנות מסוימת, ככל שחז"י כבוד האדם וחירותו נמצא במתח עם הפרשנות הזו, הרשויות המבצעות וביהמ"ש אמורים ליישר קו ולהתאים את הפרשנויות לחז"י גם אם זה כרוך בביטול פרשנות ישנה.

בג"צ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר הפנים	העתירה תוקפת את חוק בתי הדין הרבניים בנושא נישואין של בני זוג ממין זהה בסעיף הקובע כי נישואין של יהודים יערכו בישראל עפ"י דין תורה.	השופט ברון אומרת כי ההסדר ההלכתי פוגע בזכותן של קבוצות רבות לקיים חיי משפחה, וזה נשען על סעיף שמירת הדינים. מציעה להשליך את סעיף שמירת הדינים, להפוך אותו ללא רלוונטי: "לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד עוד כוחה של הוראת שמירת הדינים לבלום תהליכים חוקתיים". (העתירה נדחתה, עקב סעיף שמירת דינים).
בג"צ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים	תושבים ערבים של מזרח ירושלים נהנים ממעמד של תושבי קבע. כמה מהם נבחרים לפרלמנט הפלסטיני כנציגים של חמאס. תושבות הקבע שלהם נשללת ע"י שר הפנים בשל הפרת אמונים. סעיף 11 ב' לחוק הכניסה לישראל קובע שהשר מוסמך לשלול תושבות לפי שיקול דעתו. זהו חוק מ-1952 שנהנה משמירת הדינים..	השופט פוגלמן – חוק הכניסה לישראל מסדיר כניסת זרים לישראל ולא את הכניסה של מי שנולד והתגורר בה עוד לפני תחילת החוק. לדעת ביהמ"ש מדובר בסוגיה שצריכה להיות מוסדרת בהסדר ראשוני. לשון החוק אומרת "לפי שיקול דעתו" (של השר), וזוהי הסמכה עמומה מאוד (אומר שיש לבצע זאת דרך חקיקה ראשית ובעצם מרוקן מתוכן את סעיף שמירת הדינים). השופט הנדל – אומר כי סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים לבטל רישיונות ישיבה. טוען כי סעיף זה בגדר חוק ישן ומוגן ע"י פסקת שמירת הדינים. אין להורות על ביטול החוק המוגן (או לחוקק חוק חדש כיוון שזה יפגע בחוק הישן, יחשוף אותו למבחני פס' ההגבלה) אלא לפרשו ברוח חוקי היסוד.

3.1.6 תוצאת הפגם החוקתי

הוראת השעה פגעה בחו"י חופש העיסוק. פקעה הוראת השעה. חלף פרק זמן, ואז נחקקה הוראת שעה נוספת. האגודה לזכויות האזרח טוענת כי בתקופת הביניים לא הייתה הוראת שעה וכל מה שפוגע בחופש העיסוק, פגיעה לא מידתית, אם אינו מוגן ע"י הוראת השעה, בטל.	האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים
גולדברג:	
היו פרקי זמן שבמהלכם לא חלה הוראת שימור הדינים. במהלך זמנים אלו היו חוקים שנגדו את חוקי היסוד, מבלי שתחול עליהם הגנה של סעיף שמירת הדינים. ישנם 3 מודלים לבחינת מעמדו של חוק אשר פוגע בזכות יסוד מוגנת: מודל הבטלות המוחלטת-void: דבר חקיקה שנוגד את החוקה הוא פשוט בטל ומבוטל. ביטול החוק ע"י ביהמ"ש הוא אך בגדר מעשה דקלרטיבי, כי החוק היה למעשה בטל מלכתחילה. מודל הנפסדות-voidable: חוק שחוקק לעולם תקף, אולם אם הוא נגוע בחוסר חוקיות, הוא נפסד. כלומר: ניתן לביטול ע"י קביעה של ביהמ"ש שיכולה להיות רטרוספקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית. מודל הבטלות היחסית: יש להתחשב במהותה של אי החוקיות, ובנסיבות העניין. יכולים להתקיים שני מצבים: - מצב בו אי-החוקיות היא כה יסודית, עד כי ניתן לומר כי החוק אינו יותר מ"פיסת נייר", והוא בטל גם ללא צורך בהכרזה שיפוטית. - מצב בו עשויה הבטלות להיות שנויה במחלוקת ואז נדרשת פעולת ביטול כדי לסיים את תוקפו הנורמטיבי של החוק. גם כאן יכול הביטול להיות רטרוספקטיבי, אקטיבי, או פרוספקטיבי. על ההחלטה להתחשב בשני דברים: - בהסתמכות על דבר החקיקה הלא חוקתי - בהיקף הציפיות הסבירות שיצר. לפי גישה זו, ייתכן כי חוק יוכרז כבטל לצורך מערכת עובדות אחת, אך יוכרז כתקף למערכת נסיבות אחרת. בכל מבחן שנבדק התקבלה אותה התוצאה: אין מקום לבטל את החקיקה. זמיר: אומר כי מודל הבטלות הוא מאוד מחמיר, ומגלים שלא ניתן לעבוד איתו. צריך גמישות ולכן לא ניתן לאמץ אותו. צריך לאמץ את מודל הבטלות היחסית. משפט חוקתי עוסק בזכויות אדם אך עקרונות המשפט הציבורי שלאורם הרשות המבצעת פועלת הם עקרונות המשפט המנהלי. כלומר השאלה של תוצאת הפגם עולה גם בהקשר המנהלי ולא רק בהקשר החוקתי. הדוקטרינה שהתקבלה בתחום המשפט המנהלי היא דוקטרינת בטלות יחסית ומתבקש שנייצר הרמוניה. אני מסכים עם השופט גולדברג כי לפי מודל הבטלות היחסית יש לדחות את העתירה, והייתי מבסס את פסק-הדין, הקובע זאת, רק על מודל זה. העתירה נדחת	

ס' 6 לחוק ההלוואות נותן הטבה לרוכשים דירות בי-ס. אחרי חודשיים חוק ההסדרים מבטל את ההטבה רטרוא. העותרים טענו לפגיעה בזכות הקניין וביקשו לבצע הבחנה בין מי שהסתמך על ההטבה לבין אלו שלא.	גניס נ' משרד הבינוי והשיכון- "בטלות יחסית"
חשין (רוב): ניתן לפרש ס' 20 בשתי צורות: פרשנות מילולית ופרשנות תכליתית. תמה על "יראת המחוקק" של שאר השופטים שמבטלים את החוק שכן בעצם הביטול יש לדעתו פעולה חקיקתית. כנ"ל לגביי ההחלטה להשעות תוקף הביטול ל- 6 חודשים. הוא מתנגד להשעייה כיוון שנועדה לאפשר למחוקק לחוקק החוק מחדש ולהשמיט חלקיו הפסולים. לדעת חשין בימ"ש יכול לעשות זאת כבר עכשיו בפסק הדין ועדיפה הדרך הקצרה. שני סוגי גזירות לחלקיו הפסולים של החוק: "עקרון העיפרון הכחול" (גזירה אנכית): עיקרון זה מבצע הפרדה בין חלקו הפסול של החוק, לבין החלק התקף שלו. החוק (ההטבה) תקף עדיין רק לגבי מי שהסתמך עליו. סוגי הזכאים מנויים בשורה עורפית ובחינה מקרוב תאפשר גזירת החולה והותרת הבריא. קילוף גלדי בצל (גזירה אופקית): גלדים בריאים יוותרו וחולים יושלכו לפח. כאן מנויים הזכאים בחוק זה על גבי זה. בידי הפרלמנט איזמל מנתחים נורמטיבי- בניגוד לזה המקיז דם.	
ברק (רוב): ראוי היה לעגן בחוק הבחנה בין "זכאי שהסתמך" ל"זכאי שלא הסתמך". בפני השופט עומדות שתי דרכים: 1. תחילה עליו ללכת בדרך הראשונה היא דרך הפרשנות התואמת החוקה מתוך שאיפה להשיג הרמוניה נורמטיבית. 2. הדרך השנייה פתוחה רק אם הראשונה נסגרה והיא החלטה אם החוק חוקתי או לא. החזקה היא כי תכליתו הכללית של כל חוק נועדה להגשים ערכים חוקתיים. חזקה זו ניתנת לסתירה מקום בו הפרשנות אינה מאפשרת השגת התאמה. הפרשנות מסתיימת מקום בו מסתיימת הלשון. גישה זו נגזרת משיקולים חוקתיים- תפקיד הפרשן הוא לפרש טקסט שנוצר ע"י המוסמך לכך. הוא אינו מוסמך ליצור טקסט חדש. ברק מבקש באופן פרשני להוכיח כי אכן ניתן להפריד את החלק הפסול מהלא פסול ולפיכך יש לבצע אבחנה בין מי שהסתמך למי שלא. מצא (מיעוט): לא ניתן להתגבר על ההוראה החד משמעית בדרך פרשנית ודרך כזו למעשה משנה את לשון החוק. לא מסכים עם חשין שמדובר בברירה בין פירוש תכליתי למילולי אלא בין פירוש תכליתי המעוגן בלשון לבין פירוש תכליתי המנותק ממנה. יש לבחון ע"פ פסקת ההגבלה שבחו"י כב"ה ואם יימצא שהחוק אינו חוקתי ניתן יהיה להתאים סעד למהות הפגיעה (כלומר לאו דווקא לבטל חוק שאינו חוקתי כליל). ריבלין (מיעוט): לשון ההוראה הינה חד משמעית. אין לתת ללשון החוק פרשנות הנוגדת אותה. מסכים עם ברק בדבר המובן הצר ללשון רחבה אך אינו מסכים לכך כאן מקום בו אמר המחוקק דברו באופן חד משמעי. האיזמל עליו דיבר חשין מצוי ביד המחוקק ולא השופט, אך מקום בו נכשלה הפרשנות עדיין קיימת הביקורת השיפוטית. לדעתו מקום בו הגיע השופט למסקנה כי החוק אינו ראוי אין הוא יכול לתקנו בעבור המחוקק. עליו להעביר החוק בחינה חוקתית בדרך תקיפה ישירה. זהו המהלך הראוי לאור עקרון הפרדת הרשויות. סיכום- מיעוט (ריבלין, מצא): נגד פרשנות לחוק ובעד ביקורת שיפוטית. רוב-ברק (מעדיף פרשנות תחילה) וחשין (מעדיף פרשנות חלקית ע"פ עקרון העפרון הכחול). לדעת ספיר, לפרש ולצמצם חוק ללא אחיזה לשונית בטקסט במקום לפסול אותו- זוהי גישה מוטעית.	

בג"צ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל "קריאה לתוך"	- ס' 11 (ב) לפקודת מס הכנסה קובע רשימה של ישובים אשר תושביהם זכאים להנחה במס הכנסה. רשימת הישובים אינה מוגדרת לפי קריטריונים מסוימים – השאלה היא האם רשימת הישובים נוגעת בהפליה בלתי חוקתית?	בייניש- 1. אין חולק כי הפתרון הראוי הוא קביעת קריטריון קשיח וברור ע"י המחוקק, נסיונות קודמים של ביהמ"ש להניע את הממשלה לעשות כן, לא צלחו. מדובר על 3 ישובים (ערבים ודרוזיים) שאינם זכאים להטבות מס, אשר נמצאים לצד ישובים יהודים שכן ניהנים מהטבות מס. 2. אין מנוס לקבוע כי התרופה החוקתית היא קביעה שיש להעניק הטבות מס לאותם ישובים. בקנדה נקראת פרקטיקה פרשנית זו- "קריאה לתוך הסדר", "שחזור הטקסט". בארה"ב נקראת- "הרחבה" "הוספה" על הטקסט הקיים בארה"ב ובקנדה רואים בתרופה זו כטבעית וראויה לתפיסתם החוקתית. חשוב לציין כי בצד נכונות בתי המשפט לעשות שימוש בדוקטרינה זו, הוצבו מס' סייגים להפעלתה. 3. במקרה דנן- מתן הטבות המס נגזר מהזכות לשוויון ומעמדה החוקתי. לכן, ביהמ"ש מורה להרחיב את ס' 11 (ב) כך שגם 3 היישובים הללו יהנו מהטבות מס. יחד עם זאת, הצירוף יושהה לתקופה של שנה, כדי לתת ניסיון לכנסת כן לקבוע קריטריונים מוגדרים.
ליאת משה- "קריאה לתוך"	בנות זוג מבקשות להביא ילד לעולם על ידי לקיחת ביצית מאחת והפרייתה בגוף של השנייה. מתברר שהחוק הקיים בישראל לא מאפשר פרוצדורה כזאת. נגד זה העתירה	השופטת חיות - סוברת שהדבר פוגע באופן בלתי חוקתי בזכויות יסוד של העותרות ואחרות כדוגמתן אך הסעד המתאים הוא לא בהכרח בטלות. היא אומרת שלפני שמבטלים צריך לבדוק אם יש אמצעים שיסירו או יצמצמו את הפגיעה. לדבריה, הביטול כאן יוביל ליצירת חלל חקיקתי. התרופה של "קריאה לתוך" מתאימה. להבדיל מפרשת נאסר בו יש עיקרון אליו מוסיפים דברים שהולמים את עיקרון(=השוויון בין היישובים), חיות מבקשת להרחיב את תחולת החוק ולקבוע הסדר חדש. היא מבקשת לקרוא אל תוך סעיף 20(א) לחוק תרומת ביציות סעיף משנה נוסף שיסמך ועדת את ועדת החריגים שקבועה בחוק לתת אישור לתרומת ביציות בהתקיימות נסיבות מיוחדות שמצדיקות זאת. שאר השופטים לא מסכימים איתה.
ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל "פיצויים"	בית המשפט העליון מצא שזכויות מתיישבי גוש קטיף שפוננו בהתנתקות נפגעו, אך הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה.	השופטת נאור - אומרת שיכולים להיות מצבים שבהם פגיעה כדין תהיה בקבוצה מסוימת לצורך השגת אינטרס של כלל הציבור(=מתיישבי גוש קטיף פונו מבתייהם לצורך ביטחוני של כלל אזרחי המדינה אך הם הנפגעים היחידים). במקרה כזה אומרת נאור, <u>יש מקום לייצר מנגנון לפיזור הנזק בדרך של מתן פיצוי של המדינה על ידי לקיחה מכל האזרחים כי הם הנהנים מהפגיעה</u>. זו דוגמא למקרה שבו דיברו על תרופת הפיצויים בהקשר חוקתי שלא דרך פקודת הנזיקין אלא מכוח פגיעה בזכות חוקתית. בנוסף, קיימת עמדה שגם התנהלות בלתי סבירה או חוקית של הרשויות שפוגעת בזכויות יכולה לזכות בפיצוי מעילה חוקתית. השופטת נאור במקרה זה לא משתמשת ברעיון זה של פיצוי, לדבריה המחוקק קבע מנגנון פיצוי למפונים בחקיקה וזה מספיק. במסגרת הסעדים שיכול עותר מנצח לבקש מבית המשפט, הוא יכול לבקש פיצוי מכוח עילה חוקתית.(אם הביטול לא יעזור לו כי כבר נגרם לו נזק). הדבר טרם קרה בבית המשפט העליון.

3.2 זכויות אזרח במשפט הפרטי

ניתן להחיל נור' ציבוריות על גופים פרטיים דרך תחולה ישירה (ע"י ראייתם כגופים דו-מהותיים) או דרך תחולה עקיפה (ע"י מושגי שסתום).

פס"ד מיקרודף – חברת החשמל מחליטה להתקשר עם חברה מסוימת ללא מכרז ומיקרודף מגישה תביעה. לכאורה חברת החשמל היא גוף פרטי אך יש לה מסי מאפיינים שמשווים אותה לתאגידים ממשלתיים: 1. סמכויות שלטוניות של תעריפים 2. זיכיון בלעדי מהמדינה, 3. מספקת שירות חיוני לציבור. ברק אומר שאכן יש מקום להחיל על חברת החשמל נורמות ציבוריות. חברת החשמל היא גוף דו-מהותי ויש דואליות נורמטיבית.

מהו גוף דו-מהותי? 3 מבחנים:

1. סמכויות סטטוטוריות

2. מונופול

3. שירות חיוני (משאיר פתח לשיקו"ד הסובייקטיבי של השופט, שייקבע מהו שירות חיוני)

בפס"ד קסטנבאום לדוג' לא התקיימו כל התנאים אך במיקום הגוף על הסקאלה שבין גוף פרטי לגוף ציבורי יושבת חברה קדישא באמצע ולכן קרובה יותר לגוף דו-מהותי. בהתאם לסקאלה שקבע אילון ניתן להחיל את מודל התחולה הישירה על גופים פרטיים שקרובים להיות גוף דו-מהותי (אם מתקיימים רק חלק מהתנאים)

מודל היעדר תחולה – ע"פ מודל זה הזכויות החוקתיות הן עניין שבין אדם למדינה בלבד ואין להן תחולה ביחסים שבין פרט לפרט. זהו המודל בארה"ב והמודל בו נקט הש' אילון בפס"ד בית יולס. אין צורך להכניס ל"מיטת הסדום" של המשפט הציבורי את חובות השוויון במשפט הפרטי.

מודל תחולה ישירה – זכויות יסוד חלות גם במשפט הפרטי, ביחסים שבין פרט לפרט באופן ישיר וניתן לתבוע גם אדם פרטי על פגיעה בהן. ניתן לעשות שימוש במודל ע"י הגדרת גוף כגוף דו-מהותי.

מודל תחולה עקיפה – זהו המודל המועדף על ברק (בית יולס, קסטנבאום). הזכויות החוקתיות חלות ביחסים בין הפרטים. הדבר נעשה ע"י שימוש במושגי שסתום (תו"ל, תקנת הציבור) על מנת להחדיר נורמות מהמשפט הציבורי אל המשפט הפרטי.

בית יולס

בית יולס לא נהגת בשוויון לאחר שהיא מתקשרת בחוזה עם חברה שלא השתתפה במכרז החלת המשפט הציבורי על גוף פרטי. האם נורמות המשפט הציבורי יחולו על המשפט הפרטי?

אלון: הטלת חובה של עקרון השוויון על מכרז פרטי לא מקובלת עליו. תחרות הוגנת אין פרושה תחרות שוויונית ות"ל אין פירושו שוויון. זו התערבות לא יעילה בחופש החוזים הנובעת מהנחה שהצדדים ציפו שינהגו כלפיהם בשוויון על פי ס' 39 לחה"ח הדורש תום לב. אך לדעתו אין הם שווים. כן לדעתו לא הייתה ציפייה סבירה מצד הצדדים לנהיגת שוויון ע"י עורך המכרז וזוהי גישה פאטרנליסטית לבוא ולכפות שוויון מקום בו הצדדים לא ציפו לו.

ברק: קיימת "דואליות נורמטיבית" המאפיינת את פעילות השלטון בתחומי המשפט הציבורי (גם כאשר פועל בתחום הפרטי חלים עליו כללי המשפט הציבורי). אין הדבר כך כאשר הפרט פועל בתחום המשפט הפרטי. אז חלה על הפרט רק מערכת המשפט הפרטי. עם זאת, בהליך מכרז, גם במגזר הפרטי יש להחיל את עקרון השוויון הנגזר מחובת תום הלב אף שאינו זהה לו (משום שגם אינו נוגד אותו). מי שמבקש לקיים מכרז חובה עליו לנהוג בשוויון כי זוהי ציפייה סבירה של הצד השני. המבקש לפעול ע"פ כללי משחק חובה שינהיג "משחק הוגן". אם אינו יכול לעמוד בדרישה מינימלית זו שינהג בדרך מו"מ אינדיבידואלית ולא בדרך מכרז. **עקרון תום הלב מחייב הגינות ויושר במשא ובמתן החוזי. דרישת השוויון תבטיח זאת.** "החוק אינו דורש, שהצדדים יהיו מלאכים זה לזה. אך החוק דורש, כי הצדדים לא יהיו זאבים זה לזה. דרישתו של החוק היא, כי אדם לאדם – אדם". **לטעמו יש לגזור מחובת ת"ל במכרז את עקרון השוויון.** מכרזים יש לקיים תוך מתן הזדמנות שווה למשתתפים בהם. חופש ההתקשרות אינו מוחלט אלא כמו כל זכות חוקתית הינו יחסי ואוזן כנגד אינטרסים אחרים כמו הגינות, יושר, טוהר מידות ושוויון.

קסטנבאום נ' קדישא חברה קדישא לא מסכימה לכיתוב לועזי על מצבה כפי שנכתב בחוזה.	אילון: חברת קדישא לא מונופול אבל אופייה ציבורי. ממקד את עיקר הדיון בתחומי המשפט הציבורי. לפיכך, התניה בדבר בלעדיות הכיתוב העברי תקפה היא ותופסת. שמגר: קיימים כל המאפיינים של חברה ציבורית. ממקד את חוות-דעתו לתחומי המשפט הציבורי ומגיע למסקנה הפוכה מאילון, תניית הכיתוב העברי מקפחת ונוגדת את כבוד האדם. ברק: השאלה אינה באיזה שדה משפט מדובר ציבורי או פרטי. בשניהם היה מגיע לאותה מסקנה (כי במשפט הפרטי היה הסעיף בחוזה נוגד את תקנת הציבור- התנאי בדבר ייחודיות הכיתוב העברי מהווה תנאי "מקפח"). עקרונות יסוד של המשפט הציבורי מוזרמים בדרכים שונות אל המשפט הפרטי דרך צינורות שונים (פרשנות, עקרון תו"ל בדיני החוזים (ס' 39 לחוה"ח), תקנת הציבור (ס' 30 לחוה"ח), עוולת הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה- אלו הן "הזרמות אמצעיות" בדרך "תחולה עקיפה". קיימת גם דרך "הזרמה בלתי אמצעית", "תחולה ישירה". בעניין זה בוחר ברק להשתמש בהזרמה עקיפה דרך עיקרון תקנת הציבור (ס' 30). העיקרון, לפיו חוזה הנוגד את "תקנת הציבור" בטל, מכניס אל המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. לשלטון חובה גדולה יותר מלפרט לקיים זכויות אדם אך גם הפרט נדרש לכבד זכויות הפרט האחר. "תקנת הציבור" היא מושג שסתום- מושג עמום שבימ"ש ממלא אותו בתוכן ע"פ הנסיבות, והשקפותיה המשתנות של החברה. עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות האדם בפרט אינן מגבשות בדרך מכאנית "תקנת ציבור". לעיתים קיימות התנגשויות. "תקנת הציבור" הינה פרי האיזון של ערכים מתנגשים. לפרט מתפשר לוותר לעיתים על זכויות יסוד ויש ליתן לכך משקל ב"נוסחת האיזון" הראויה בין הערכים השונים. איזון זה שונה הוא מהמקובל במשפט הציבורי, שכן הפגיעה בזכות האדם במסגרתו אינה מבוססת על רצונו של הנפגע, אלא על כוח שלטוני. שופטים בישראל נרתעים מעריכתו של איזון במסגרת המשפט הפרטי. הם רואים ב"תקנת הציבור" מושגיות מסוכנת שיש להימנע מלהיזקק אליה- "סוס פרא שאין לרכב עליו כאשר עשוי להביא לדרך ללא מוצא". הרתיעה מבוססת על אי רצון של השופט לפטור מחבות חוזית שננטלה מתוך רצון חופשי של הפרט. אותו פרט שכעת טוען שהחוזה נוגד את תקנת הציבור. זו אינה עמדה מוצדקת. חובת השופט לבטל התניה כזו מעצם תפקידו השיפוטי. תקנת הציבור היא שחוזים יקוימו אך גם שקיומם לא יבטל זכויות אדם. מן הכלל אל הפרט- ההתניה בדבר ייחוד הכיתוב העברי נוגדת את תקנת הציבור. פוגעת בכבוד האדם של המנוחה ומשפחתה. אין לפרט בישראל החופש לפגוע פגיעה ממשית באמצעות התקשרות חוזית בכבוד האדם של המתקשר השני.	פרו' יאנסקי מועדון קבע את גיל הכניסה המינימאלי של המבקרים. הגיע המבקש למועדון וכניסתו נמנעה בשל גילו. לפיכך, הגיש המבקש תביעה בטענה כי ננקטה כלפיו הפליה פסולה בניגוד לחוק איסור הפליה
דנציגר- זכות השוויון לא נותרה במישור המשפט הציבורי ובתהליך מתמשך חדרה גם אל המשפט הפרטי, ובפרט אל תוך דיני החוזים. תחילה הוחל עקרון השוויון על פעולותיה של הרשות הציבורית במישור הפרטי בהמשך, הוחלה גם על גופים פרטיים הממלאים תפקיד ציבורי ושמעמדם הוא ציבורי או מעין ציבורי. בספרה הפרטית החירות היא הכלל, ועקרון השוויון הוא החריג לו, המוחל בדרך כלל כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי. כאשר מדובר בגופים פרטיים לחלוטין ראוי כי החלת עקרון השוויון תעשה לאור דבר חקיקה מפורש.		

3.3 כבוד האדם

"כבוד" במובנו המשפטי מכיל בתוכו שני מובנים:

1. כבוד = אוטונומיה
 2. כבוד = מניעת השפלה
- הדבר מאפשר לביהמ"ש:
1. לקרוא אל תוך חוק היסוד את הזכויות החסרות.
 2. להכליל בחוק היסוד גם פעולות שאינן נופלות בגדר זכויות אחרות אך נכללות במושג אוטונומיה.

סטטמן מונה במאמרו שני מושגים שונים של כבוד:

דני סטטמן, שני מושגים של כבוד

א. כבוד כיחס מוסרי (כבוד במובן הקנטיאני, גישה מרחיבה) ← ע"פ גישה זו פגיעה בכבוד היא כל פעולה הפוגעת באדם. כל התנהגות בלתי-מוסרית כלפיו, מהווה גם פגיעה בכבוד. הדבר נובע מתיאוריה אתית של הפילוסוף קאנט. ההתייחסות לאדם כאל תכלית ולא כאמצעי. לפי קאנט האדם הינו ייצור תבוני ולכן מוענק לו כבוד מיוחד. פגיעה בכבוד הינה פגיעה באוטונומיה של הפרט. אולם אם נפרש את הזכות לכבוד כזכות לאוטונומיה הרי שכמעט כל זכות יכולה "להיכנס" פנימה. מעבר לכך **ספיר וסטטמן** טוענים שבפרוש זה יש התנגשות לשונית עם לשון ס' 5 לחו"י: כב"ה. בפסיקה ניתן לראות שהשופטים בוחרים להתייחס לכבוד במובנו הקנטיאני, כמו בפס"ד חורב שברק גוזר את חופש התנועה מתוך הזכות לאוטונומיה שהינה הזכות לכבוד.

ב. כבוד כיחס-לא-משפיל (גישה מצמצמת) ← זו הגישה בה מצד סטטמן. פגיעה בכבודו של אדם היא **השפלתו העלבתו, ביזויו והלבנת פניו**. מכאן שלא כל התנהגות בלתי מוסרית הינה פגיעה בכבוד. גישת מניעת ההשפלה נובעת מהשתייכות האדם למין האנושי וראיית האדם כנולד בצלם (לחשין ולאילון שתי דעות נפרדות בנושא. לדעת חשין די כי האדם נולד בצלם. לדעת אילון די הדבר לאדם מאמין. לזה שאינו מאמין-הלא די בהיות האדם האדם על מנת להגן על כבודו?).

לדעת המחבר הואיל ולא כל התנהגות בלתי מוסרית היא גם התנהגות משפילה, ברור שהגישה הראשונה משקפת הבנה רחבה יותר של המושג "כבוד". הגישה הראשונה כוללת את השנייה כי כל התנהגות משפילה היא לא מוסרית. ההבנה השנייה לעומת זאת אינה כוללת את הראשונה כי לא התנהגות בלתי מוסרית היא משפילה.

ההבדלים בין הגישות:

א. כאמת מידה להתנהגות אסורה/מותרת - גישת יחס-לא-משפיל- קל לזהות מתי התנהגות אסורה או מותרת ע"פ אמת מידה של השפלה. אם ההתנהגות משפילה אזי היא אסורה ולהיפך. ע"כ זוהי גישה יעילה יותר מיחס מוסרי שרק מצביע על פגיעה כללית בכבוד.

ב. מושג-על לעומת שיקול מני רבים (הבדל במהות) - כבוד כיחס מוסרי הוא מושג-על (אך אינו מסוגל לספק הנחיה מעשית) ואילו כבוד כיחס לא משפיל הינו שיקול מוסרי אחד מיני רבים (וכמותם ממלא תפקיד חשוב בחשיבה המעשית/מוסרית/משפטית).

ג. יכולת התנגשות עם ערכים אחרים - כבוד כיחס מוסרי לא יכול להתנגש במושגים אחרים (כי הוא מכיל את כולם) ולא ניתן לאזנו עם מושגים אחרים. כבוד כיחס לא משפיל עשוי להתנגש בשיקולים מוסריים אחרים.

ד. ערך מוחלט לעומת ערך יחסי הניתן לאיזון - כבוד כיחס מוסרי הוא בעל ערך מרום ונשגב. כבוד כיחס לא משפיל אינו בעל ערך מוחלט כך שלעיתים עשוי להידחות.

מסקנת סטטמן - לפירוש הקנטיאני ערך מוסרי מוחלט- אך אין לו משמעויות נור' מעשיות = ע"כ הפירוש הקנטיאני הוא מושג ריק. לעומת זאת, כבוד כמניעת השפלה אינו בעל ערך-מוסרי מוחלט אך יש לו משמעויות נור' מעשיות.

ההתנגדות לגישת המחבר והמענה לה - מודל ביניים שמוצע כהתנגדות לגישה רחבה או מצמצמת שמציע המחבר אינו אפשרי על פיו מאחר והוא שרירותי ואינו מספק אמת מידה ברורה לפגיעה (עושה שימוש במונח העמום "כבוד", דבר היכול לשמש כלי בידי בימ"ש לקידום המדיניות והערכים היקרים בעיניו. על כן נותרנו עם שני מודלים.

האבסורד שבכינוי הגישה השנייה "מצמצמת" - על אף היותה כזו לכאורה היא למעשה מספקת הגנה יעילה יותר לכבוד הבריות. כשאין הבדל ברור בין כבוד לערכים אחרים והכל הופך "כבוד" יש חשש שהכבוד שבמובנו הרגיל (כמניעת השפלה) ייעלם מן העין ולא יזכה בהגנה הדרושה.

קטלן נ' שירות בתי הסוהר כבוד כמובנו-מניעת השפלה	שימוש במושג "כבוד" כמניעת השפלה - פרשנות מצומצמת. ח' כהן: יש לפרש לשון "בגופו" כ"על גופו" ולא כחיפוש בתוך גופו, משמע חלליו הנקובים. יש חזקה פרשנית שהמחוקק לא מעוניין לפגוע בזכויות אדם. אם רוצים לקיים הנוהל, יש להסדירו בחקיקה ראשית שתצטרך לקחת בחשבון כי מותר לפגוע בכבוד רק אם ברור שהפגיעה נעשית לשם מניעת אדם מאיסור (הכנסת סמים לכלא). אין להתיר פגיעה בכבוד לשם חיפוש. מפרש המונח כבוד מתוך ההלכה היהודית ככל מעשה המביא אדם לידי ביזיון בוושה או מבוכה. דהיינו, כאי השפלתו של אדם והלבנת פניו ברבים. לנדוי: רק המחוקק הראשי יכול להתיר פגיעה בכבוד האדם באופן פולשני שכזה, או שתינתן הסמכה מפורשת לפגיעה- והסמכה כזו לא ניתנה ולכן יש לבטל את הנוהל. כן מבקר את כהן על שמשיא עצות למחוקק. לדידו, אל לשופט להדריך את הכנסת כיצד להסדיר בעיות. יש להשאיר לה התפקיד הקשה של הגדרת התנאים בהם החיפוש הגופני הינו מוצדק (רק כשידוע בוודאות שנושאים סמים בגופם ע"פ כהן). לנדוי אומר שבוודאי יהיה כבוד האדם נר לרגלי המחוקק בבואו לחוקק חוק הבא לפגוע בכבוד האדם. הבדל סגנוני בין השופטים. כהן אומר שאין סמכות ומייעץ מה לעשות כשיחוקק החוק. ממליץ לאפשר ביצוע חוקן רק במקרים של ידיעה ודאית על קיום סם בגוף האסיר. השופט לנדוי אומר שצריך לבדוק הנושא לעומק יותר ורומז לכך שהמחוקק יודע בעצמו כיצד לכבד זכויות אדם ולאזן אותן מול אינטרסים. מתנגד לפטרנליזם של השופט כהן. העתירה מתקבלת	דעקה נ' בית החולים "כרמל" דעקה אושפזה בבי"ח לצורך ניתוח ברגלה השמאלית. כעבור יומיים נותחה ובוצעה בה ביופסיה בכתפה הימנית בשל חשד לגידול בכתף. דעקה הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח בכתף בעת שהייתה על שולחן הניתוחים ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות.
הש' אור: לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ובהתאם לבחירותיו לפעול. ההכרה בזכות מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו של האדם בישראל לכבוד, המעודנת בחו"י כבו"ה. הנזק הכרוך בפגיעה של המערערת באוטונומיה שלה הוא נזק כמובנו בפקודת הנזיקין. פגיעה באוטונומיה מהווה הפרת חובת הזהירות של הרופא כלפי החולה. הזכות לאוטונומיה בלעה את הזכות לכבוד - נקבע שכבוד המערערת נפגע כי פגעו באוטונומיה שלה. אוטונומיה = זכותו של אדם כי יניחו לו לנפשו. חשיבות פסק הדין ע"פ ספיר: 1. שימוש בכבוד כמובנו באוטונומיה. 2. כבוד כמובנו באוטונומיה דורס את הכבוד כמובנו כאי-השפלה 3. הדגמה נוספת לתחולה עקיפה- השסתום הפעם הינו עוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין.	השופט לוי: קובע כי חופש הביטוי אם נפגע הרי שבאופן מינורי. אין פגיעה בחופש העיסוק – לא מוגבלת יכולתם לעבוד. הפגיעה העיקרית היא בזכות לכבוד. ביסודה של זכות זו ניצבת ההכרה כי אדם הוא יצור חופשי המפתח עצמו ע"פ רצונו בחברה בה הוא חי. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה, חופש הבחירה וחופש הפעולה של אדם כיצור חופשי. הפרט יכול להציג את הכשרתו ואת בחירותיו במישור המקצועי. העיסוק הוא מרכיב מרכזי בזהות העצמית ולא רק כפרנסה. למרות זאת, אומר לוי כי לא מדובר בעניין של השפלה או ביזוי. פגיעות אלה הן הגרעין הקשה של הזכות לכבוד והן מצויות בבסיס ההגנה של זכות יסוד זו. הוא דוחה את העתירה מכיוון שיש פגיעה בכבוד כמובנו באוטונומיה אך כבוד באוטונומיה זו הרחבה פסיקתית וזו לא ליבת הזכות. ליבת הזכות היא כבוד כהיפוכה של השפלה. ומכיוון שהפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה זה מידתי והוא דוחה את העתירה. (עמדתו של לוי לא משקפת את העמדה הרווחת של ביהמ"ש). פרשנות של כבוד כהיפוכה של השפלה נוכחת ואף מודגשת.	בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה מותקפת הוראה בתקשי"ר, לפיה עובד מדינה שמחזיק ברישיון מקצועי שאינו דרוש לתפקידו לא יציג עצמו כבעל תואר כזה. לשכת עורכי הדין טוענת שהדבר פוגע בחופש הביטוי ובחופש העיסוק של עו"ד שעובדים בשירות המדינה לא כעו"ד.

השופטת ארבל דוחה את הטענה ואומרת כי יש להתייחס ל-2 פרמטרים: הקשר לביטוי אישי ומימוש עצמי. שונה ההגבלה על בחירת המתקנים בגן השעשועים לבין ההגבלה בבחירת בן זוג. מידת הכפייה ושליטת הרצון. יש הבדל בין סנקציה פלילית לבין הפחתה מעוטה של הטבה. ככל שההטבה יותר משמעותית ניתן לומר שיש פגיעה באוטונומיה. השופטת ארבל אומרת כי היא לא שוכנעה שמתקיימת פגיעה באוטונומיה או באוטונומיה ההורית. נקודה נוספת היא כמה פוגעים באוטונומיה. מה עוצמת הפגיעה בה? ככל שהמחיר שצריך לשלם הוא גבוה יותר כך הפגיעה חמורה יותר. (מתאים לדעת ספיר למבחני המידתיות). ארבל טוענת כי המחיר נמוך וגם ככה הוא מתווסף כתוצאה מהתיקון, ולכן אין ממש בפגיעה לאוטונומיה. ניסיון לצמצם את היקף הזכות לאוטונומיה.	חוק ההתייעלות הכלכלית מורה על הפחתה בקצבאות ילדים עבור ילדים שהוריהם לא יחסנו אותם ע"פ הנחיות משרד הבריאות. ההורים טוענים שההסדר הזה פוגע בזכותם לאוטונומיה.	בג"צ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה
השופט חשין - מתייחס בנוגע לפגיעה בכבוד המתבססת על ההבנה של כבוד כמניעת השפלה. הוא גם מתייחס ומבקר את ההתייחסות לפגיעה בכבוד בהקשר זה כאוטונומיה. הוא אומר שאין פגיעה בכבוד כי חופש הבחירה של המתגייס לא נפגע בגלל שבחור ישיבות לא מתגייס. עם זאת, הוא חושב שצריך לפסול את החוק. למה? לא בגלל שהוא סותר את חוקי היסוד, אלא משום שהוא מנוגד לעקרונות על חוקתיים כמו יהדותה של המדינה. הוא אומר כאן משהו משמעותי <u>חוק יכול להיפסל גם אם הוא עומד בניגוד לעקרונות על חוקתיים, לא רק אם הוא לא עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוקי היסוד.</u>	בעניין חוק טל, דחיית השירות לדתיים.	בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת

3.4 זכויות חברתיות

זכויות חברתיות: הזכות לבריאות, חינוך, בטחון סוציאלי, דיור ותעסוקה.

לעומת זכויות פוליטיות: ביטוי, דת, עיסוק, תניעה, הליך הוגן.

ישנן זכויות דור א' (אזרחיות ופוליטיות) וזכויות דור ב' (חברתיות). ההבחנה הזו קיימת ברוב מדינות העולם המערבי. הכל שאלה של התקדמות מחשבתית-אולי עוד 20 שנה גם לזכויות דור ב' יהיה מעמד חוקתי. מצד שני אולי הן פחות חשובות ושנויות במחלוקת ולכן קשה לעגן אותן בחוקה. יש טענה שאומרת שזכויות דור א' הן שליליות וברורות וזכויות דור ב' חיוביות ועמומות. זכויות שליליות הן זכויות שדורשות לא לעשות משהו וברור לחלוטין מה זה אותו דבר שאסור לעשות. מצד שני, זכויות חיוביות הן זכויות בהן צריך

לעשות והן עמומות, איך נדע שעשינו מספיק? ע"מ להפעיל שיקול דעת בזכויות החברתיות הקשורות ישירות לכסף, יש צורך בזמן, ידע ומוחיות שלא תמיד יש לביהמ"ש.

לדעת ספיר: קיימת עמימות גדולה יותר לגביי זכויות חברתיות מאשר לגביי זכויות אזרחיות. ברור יותר מה נדרש לא לעשות מאשר מה נדרש לעשות. השאלה מה לעשות כוללת בחובה גם את השאלות: "כמה לעשות?", "מה נחשב לעשות?"

לדעתנו את הזכויות האזרחיות קל יותר לתחום-שואלים באיזו מידה נפגעה בזכות. לגביי זכויות אזרחיות שואלים האם בכלל הייתה פגיעה?

הטענות התומכות בכך שלא ניתן להכיר בזכויות חברתיות כזכויות על-חוקיות הנותנות כוח בידי ביהמ"ש לפסול חוקים/תקנות/החלטות מינהל:

1. **נחיתות הזכויות החברתיות** נובעת מהיותן זכויות חיוביות שמימושן קשה לעומת זכויות ליברליות שהן זכויות שליליות.

2. **הזכויות החברתיות לוקות בעמימות יתר.**

3. עיגון הזכויות החברתיות בחוקה יחייב את בתי המשפט לביקורת שיפוטית שתפרוץ את גבולות הפרדת הרשויות.

שלושת הטענות אינן פוסלות את תוקפן המוסרי של הזכויות אלא את ביהמ"ש כרשות המתאימה להבטחת קיומן.

המחבר מנסה במאמר להתמודד עם טענת כשירות המערכת השיפוטית לדון בסוגייה:

1. **ההבחנה הקלאסית בין זכויות שליליות וחיוביות מיטשטשת בכל הנוגע ליישומן-** נכון הדבר גם לגביי זכויות ליברליות וגם לגביי זכויות חברתיות (החובה לממש עמומה יותר מהחובה לא לפגוע)

2. **לדעת המחבר לוקות הזכויות החברתיות באותה מידת עמימות בה לוקות הזכויות הליברליות.** ככל שיידחקו הזכויות החברתיות לשוליים בשל עמימותן ובתי המשפט יסרבו להתמודד עימה כן תגדל עמימות זו-סובב ומסובב. **פרשנות של מושגים עמומים אינה בגדר מלאכה לא מוכרת למערכת השיפוטית!** מושגים עמומים כ"תום לב", "סבירות" ו"רשלנות" זכו אף הם לפרשנות. כפי שלא נרתעו המחוקק ושופט מהתעמתות עם עמימות הזכויות הליברליות כן עליהם לא להירתע מהתמודדות עם עמימות הזכויות החברתיות.

3. **הפרדת רשויות ויכולתו המוסדית של ביהמ"ש לטפל בזכויות חברתיות- הטענה מתחלקת ל-2:** א. לביהמ"ש אין הכלים לקביעת מדיניות ציבורית הנדרשת ממימוש זכויות אלו. תשובת המחבר לכך ← בחינת "עובדות חברתיות" לעומת "עובדות הסטוריות"- אין ספק כי לביהמ"ש

מיומנות גדולה יותר בבחינת השני על פני הראשון, אך אין להפריז בקושי זה. לביהמ"ש כלים מסורתיים להערכה שיפוטית ע"פ מקור העובדות ולא דווקא תוכנן (למשל משקל עדות חברות הטבק אינה דומה למשקל עדות האגודה למלחמה בסרטן)

ב. **המימוש פוגע בהפרדת הרשויות (חשש מהפיכת ביהמ"ש לרשות ערעור על תקציב המדינה).** לדעת המחבר אין הדבר מתחייב מהכרה בזכויות החברתיות. מימושן של זכויות ליברליות גבה אף הוא עלויות ע"פ פסיקת ביהמ"ש (בג"ץ מילר, חיוב המדינה באספקת מסכות אב"כ לבעלי זקן)- העובדה כי להחלטות שלא לפגוע בזכויות חברתיות יש השלכות תקציביות אין בה כדי למנוע התערבות שיפוטית. **טענת השפעת שדולות חזקות על ההכרעה השיפוטית-** ידוע כי גם המחוקק אינו חף מהשפעה כזו. לביהמ"ש אין כל חסרון מוסדי אל מול תופעה זו.

ע"כ, לדעת מונדלק מעורבות ביהמ"ש אינה אספקט שלילי.

גיא מונדלק, זכויות חברתיות המחבר מעלה טענות מדוע לא לעגן הזכויות החברתיות במסגרת חוקה וביקורת שיפוטית ונותן מענה לטענות אלו

גמזו נ' ישעיהו	המערער חייב בתשלום מזונות וביקש לפרוס את החוב בתשלומים ברק: לחוק ההוצאה לפועל 2 תכליות (ספציפיות): 1. לסייע לזוכה לגבות את חובו במהירות וביעילות 2. להגן על החייבים שלאור מצבם הכלכלי אינם יכולים לעמוד בתשלום החוב הפסיק (היבט סוציאלי הבא להתחשב בחייב- מניעת הפיכתו לחסר יכולת ולנטל על החברה). בנוסף קיימות 2 תכליות כלליות העומדות בבסיס כל דברי חקיקה (ומעוגנות בחוקי יסוד): א. הגנה על הקניין (הכסף אותו אמור בעל החוב לשלם הוא קניינו של הזוכה בו ע"פ פס"ד. חו"י כבו"ה ס' 3 בא להגן על קניין זה. הוצל"פ מהירה ויעילה מסייעת בכך. לעומת זאת הוצל"פ איטית או שאינה מאפשרת הגשמת הפס"ד פוגעת בכך). ב. הגנה ושמירה על כבוד האדם וחירותו- הגנה זו כוללת גם הגנה על מינימום הקיום האנושי. אדם ללא דיור/רעב לחם/אינו בעל גישה לטיפול רפואי אלמנטרי/חי בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו נפגע. כך כבודו של אדם שאין בידו לשלם חוב פסוק במועדו. יש לאזן בין התכליות הלכת גמזו: הזכות לתנאי מחיה מינימאליים היא זכות חברתית המעוגנת בחו"י: כבוד האדם. הערעור התקבל. יש פה מיצג שלילי- לא לקחת מהחייב.	עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר ברק: הזכות לקיום מינימאלי בכבוד היא זכות חוקתית אך הוא אינו אוכף אותה במקרה דנן כי לדידו העותרים לא הצליחו להוכיח הפגיעה בזכות. לוי חולק על ברק- חושב שהוכחה פגיעה ושמדובר בזכות חוקתית.
דורנר- לא מחפשת פגיעה בזכות לכבוד אלא מבקשת מספרים מדויקים. השופט ברק: חובת רשויות השלטון לכבד את כבוד האדם היא כפולה: 1. במובן "שלילי"- חובה שלא לפגוע בזכות. 2. במובן "חיובי"- חובה להגן על כבוד האדם. השופט ברק: דוחה את העתירה. למה? הוא חוזר על גמזו- מצד אחד, הזכות חוקתית. מצד שני הפגיעה צריכה להסתמך על נתונים מלאים. העותרים לא הביאו מספיק ראיות לביסוס הטענה שלהם. הבטחת הכנסה זה המבחן לאם לאדם יש את תנאי המחיה המינימאליים. ברק בכל זאת אומר שיש לבחון את שאר ההכנסות וההוצאות של העותרים. מה המשמעות של ברק להוכחה קונקרטית? כל מקרה ייבחן לגופו. כל עותר יצטרך להוכיח שהוא עצמו נפגע אישית עד כדי כך שאינו יכול להתקיים בכבוד. הזכות לכבוד אינה זכות לגמלה חודשית בסכום מסוים אלא הזכות לכך שבהינתן כל מערכות הסיוע- יישמר בבחינה תוצאתית כבוד האדם. השופט לוי: ישנם 2 דרכים להגדיר פגיעה בכבוד: 1. "מודל המחסור הקיומי" 2. "מודל רחב יותר הכולל "צרכים רוחניים וחברתיים". תכליות ההגנה על הזכות לקיום אנושי בכבוד מובילות למסקנה כי הזכות כוללת את הזכות לתנאי מחיה נאותים ולא רק מחסור קיומי בלתי נסבל. סיכום- למרות שבימה"ש מכיר בזכויות חברתיות, לא ברור עד כמה באמת מדובר במחויבות אמיתית מצד ביהמ"ש לאכיפתן.	חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב) התקבל בכנסת. בין ההסדרים שנקבעו בו שורת תיקונים לחוק הבטחת הכנסה המצמצמת היקף הגמלאות המוקנות מכוח חוק הבטחת הכנסה. העותרים תוקפים חוקיות החוק הפוגע לטענתם בזכותם לקיום בכבוד.. השאלה המשפטית: האם הקיצוץ שנעשה במסגרת חקיקה בכנסת הוא חוקתי?	חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב) התקבל בכנסת. בין ההסדרים שנקבעו בו שורת תיקונים לחוק הבטחת הכנסה המצמצמת היקף הגמלאות המוקנות מכוח חוק הבטחת הכנסה. העותרים תוקפים חוקיות החוק הפוגע לטענתם בזכותם לקיום בכבוד.. השאלה המשפטית: האם הקיצוץ שנעשה במסגרת חקיקה בכנסת הוא חוקתי?

ביהמ"ש העליון מקבל את העתירה ומורה למדינה לאמץ הסדר מיטיב יותר. הוא קובע כי הכיסוי החלקי פוגע בזכות לבריאות כנגזרת לכבוד האדם. ברק-ארז – חוק היסוד מדבר על כבוד האדם, לא האזרח. מכאן שגם עובדים זרים שהם לא אזרחים זכאים לזכות לבריאות.	מדבר על הזכות לבריאות של מהגרי עבודה ששוהים בישראל לתקופות ארוכות. זכאותם לבריאות מוסדרת בנפרד וההיקף של הסל מצומצם יותר מהסל שניתן לאזרחי המדינה ותושביה(זאת חקיקת משנה). נטען שמדובר בפגיעה בזכות לבריאות ובזכות לכבוד.	קו לעובד נ' שר הרווחה
ביניש – מטרת הבטחת הכנסה היא לתמוך בתושבים שאינם יכולים לספק לעצמם את צורכיהם הבסיסיים. ההתפתחות של זכויות הפרט מחולקת לשני דורות: א. אזרחיות פוליטיות – חובת השלטון מול זכויות אלו היא שלילית, אל לשלטון לפגוע בזכויות הפרט. ב. חברתיות כלכליות – זכויות אלו מטילות חובות "חיוביות" על השלטון. להגן על הפרט מפני פגיעה ולהגן על רווחתו. זכויות עשה צריכות להיות מוגבלות משום שהן מחייבות הקצאת משאבים. לדעת ביניש לכל זכות הן פנים חיוביים והן שליליים. בקשר לזכות לכבוד – מדובר בחובה חיובית מפורשת (לפי ס' 4 לחוק יסוד כב"ה). הגנה על זכויות אדם מחייבת מקורות מימון מתמשכים, התלויים במשאבי המדינה. הזכות לכבוד מכילה את הזכות לקיום מינימאלי בכבוד. בשלב הראשון של הבדיקה החוקתית – נפתח מהפרשנות לזכות לכבוד, אח"כ פרשנות ס' 9א(ב), ולבסוף היחס בין הזכות לכבוד וחוק הבטחת הכנסה על ניתוח הפגיעה בזכות. לזכות לכבוד שני פנים – א. פן שלילי – למנוע פגיעה בזכות ב. פן חיובי חובה על רשויות השלטון להגן על הזכות. מינמום קיום אנושי היא לא רק הגנה על הכבוד אלא גם מיצוי יתר זכויות האדם. ללא תנאים חומריים מינימליים אדם לא יוכל לממש את חירותו. אין לראות בזכות למינ' קיום אנושי, זכות הנגזרת מהזכות לכבוד האדם וחירותו, אלא זכות המהווה ביטוי ממשי של כבוד האדם. הזכות לקיום אנושי נטועה עמוק בזכות לכבוד. חוק הבטחת הכנסה, הוא אחד מן האמצעים המרכזיים הממגנים על הזכות לקיום מינ' בכבוד. האם ס' 9א(ב) – החזקת רכב, פוגע בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד? התשובה לכך חיובית משום שיש כאן <u>קביעה קטגורית</u> לפיה כל מי שבבעלותו רכב לא יהיה זכאי לגמלת הבטחת הכנסה וזאת ללא תלות בשאלה הפרטנית האם יש לאותו אדם יש הכנסה שתבטיח את מימוש הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד. מבחן המשנה השני של המידתיות – הוראת ס' 9 אינה עומדת במבחן זה. זאת משום שקביעה זו שוללת באופן <u>מוחלט</u> הבטחת הכנסה. קיימות מספר אפשרויות סבירות שיגשימו את התכלית תוך פגיעה מועטה יותר בזכות לקיום מינימלי בכבוד. מבחן המשנה השלישי של המידתיות – המדינה טוענת לתועלת ציבורית המופקת מחיסכון במשאבי המדינה, מנגד עומד כל הנזק הנגרם לאלו שאכן זקוקים לקצבה זו לצורך קיום מינימאלי בכבוד. במקרה זה התועלת אינה עולה על הנזק.	מי שיש לו רכב אינו זכאי לגמלת הבטחת הכנסה (ס' 9א(ב)). הטענה היא כי חזקה זו פוגעת פגיעה שאינה חוקתית בזכות למינ' קיום אנושי של כבוד.	חסן נ' המוסד לביטוח לאומי זאת הפעם הראשונה שבה בית המשפט פוסל חקיקה ראשית אחרי שהוא מוצא שהיא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית.

השופט גרוניס : כשמדובר בזכות חיובית על ביהמ"ש לנקוט בריסון רב בביקורתו, מעבר לסיבה בה הוא צריך לנקוט ריסון בביקורת על חקיקה. הוא מנמק זאת ע"י כך שמדובר בשיקולי מדיניות חברתית וכלכלית, סדרי עדיפויות חברתיים-כלכליים. עניינים אשר אין עליהם קונצנזוס. ומוסיף כי צו שיפוטי הדורש מהרשות השלטונית ביצוע מגביל יותר את חופש פעילותה מאשר צו המור לה להימנע או להפסיק פעולה.	העותרים מבקשים לבטל את חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים שמכוחו המדינה מעניקה למוסדות חינוך חרדיים פרטיים מימון בסך 60% מהמימון שניתן לבתי ספר תיכון של המדינה וזאת בלי להתנות את המימון בכך שמוסדות אלה ילמדו לימודי ליבה. לטענת העותרים, זה יפגע בזכותם של החרדים לכבוד בעתיד	רובינשטיין
השופטת ד' ברק ארז- החוק בא לקדם הגנה על בריאותם של ילדים במדינת ישראל ולכן ראוי לראות בו לא רק אמצעי הפוגע בזכויות, אלא גם אמצעי שבא לקדם זכות פוזיטיבית- הזכות לבריאותם של ילדים. דבר זה משלב בתפיסת חוק יסוד כב"ה, לפי ההגנה היא לא רק נגטיבית, אלא גם משתרע על הגנה חיובית המשקפת את חובתו האקטיבית של השלטון לפעול לומדים מס' 2+4 לחוק). הזכות לבריאות נכללת בתוך חוק יסוד כב"ה. לסיכום- החקיקה לא רק פוגעת בזכויות, אלא גם מקדמת זכויות אחרות וזכויות ילדים בפרט.	ביטול קצבת ילדים להורה שלא חיסן את ילדיו. הסעיף עליו מתבססים- ס' 61(2)(ד)	עדאלה נ' שר הרווחה

3.5 חופש העיסוק

הזכות היחידה שיש לה גם שריון פורמאלי וגם מהותי (יש גם פסקת הגבלה וגם רוב של 61 לשינוי). במאמרו של אייל גרוס באים לידי ביטוי 3 רציונאלים לחופש העיסוק:

1. מקור פרנסה. (פס"ד בז'רנו)
 2. אפשרות לסיפוק עצמי. (פס"ד מנהלי השקעות - פס' 15, פס"ד איגלו – דורנר)
 3. חיזוק התחרות החופשית במשק. (פס"ד כלל ומגדל)
- קיים מתח בין הרציונאל הראשון לשלישי. אייל גרוס והשמאל החברתי כלכלי מדגיש את הרצון להכניס את חופש העיסוק לקבוצת הזכויות החברתיות. בצורה כזו לא רק שאסור יהיה למדינה למנוע מאנשים לעסוק במקצוע לפי בחירתם אלא למדינה תהיה חובה משמעותית לספק פרנסה.

3.5.1 היסטוריה

האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים	ההיסטוריה החקיקתית של ח"י חופש העיסוק: ביום 3.3.1992 התקבל בכנסת חוק היסוד, בגירסתו הראשונה. סעיף 6 קבע שמירת דינים לשנתיים. ב-94' התקבל החוק מחדש, וביטל את החוק הקודם. בחוק החדש נקבעה פסקת שימור דינים חדשה (ס' 10) לשנתיים נוספות אולם נאמר כי הוראות הדינים הישנים יפורשו לאור חו"י: חופש העיסוק. ב-96' פקעה הוראת שימור דינים זו אך התקבל תיקון לחוק שהחליף את "עד תום שנתיים" ב"עד תום ארבע שנים" וכעת העמיד את שימור הדינים בתוקף עד לשנת 98'. ב-98' תוקן שוב החוק ובמקום "עד תום ארבע שנים" שינו ל "עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002)". מכאן שהחיקוקים שנחקקו לפני חו"י: חופש העיסוק ופוגעים בחופש העיסוק באופן שאינם עומדים בפסקת ההגבלה בטלים החל מיום 14/3/2002.
----------------------------------	--

3.5.2 רציונל ומגמה

בז'רנו נ' שר המשטרה ההיקף בו הכירו: האפשרות לכל אדם להיכנס לכל מקצוע שייבחר שיספק לו מקור מחיה ופרנסה.	העותרים עבדו כמתווכים לסידור ענייניים של בעלי רכבים בתחילת 48' נאסר עליהם להיכנס למשרדי התנועה במחוז ת"א ובכך לא יכלו לעבוד בעבודתם.	רציונאל הפרנסה- התפיסה האישית בז'רנואית- מקום שמבקש מתלונן שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסוימת, על הפקיד להוכיח שיש צידוק לאיסור אותו הוא אוסר. זכות לעסוק במלאכת יד- זכות קנויה של כל אדם. לא ניתן לפגוע בה כל עוד לא הוטל איסור עפ"י חוק. לכל אדם יש זכות טבעית לחופש העיסוק והגבלתה תהיה רק לפי הסמכה מפורשת בחוק. ההכרה בזכות הייתה בהיקף של האפשרות לכל אדם להיכנס לכל מקצוע שייבחר שיספק לו מקור מחיה ופרנסה. <u>העתירה התקבלה</u>
---	--	--

דורנר: הרציונאליים בבסיס חופש העיסוק הם: עניינו של האדם להתפרנס, להגשים את כישורונותיו ומאוויו, אפשרות הקיום הפיזי, הקניית מעמד, קביעת איכות חיים וגם רציונלים חברתיים כלליים המבטיחים שמירה על חירות האדם. = הזכות לפרנסה והגשמה עצמית. אם הרציונל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הינו פרנסה ולעומתו ערך קידום כלכלת המדינה- יש להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה. אם בבסיס ההגנה עומדים גם רציונלים בעלי חשיבות מיוחדת מבחינת המדינה והחברה בהיקף חופש הביטוי ייקבע לפי מבחן מחמיר יותר- וודאות קרובה לסכנה חמורה (כמו בקול העם). יופעל במקרה שהערכים המתנגשים הם קידום כלכלת המדינה אל מול חופש העיסוק במקצוע תקשורתי.	אסרו על איגלו לייבא מרוסיה. טענה כי להכליל את רוסיה בין המדינות המגבילות ייבוא לישראל ללא בדיקה- חריגה מסמכות. פגיעה בחופש העיסוק. הממשלה טוענת כי רוסיה עדיין מסרבת לייבא מישראל ועד אז פועלת מכוח האמור בצו יבוא חפשי.	איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה דורנר מעמידה מאחורי הזכות לחופש העיסוק שני רציונאליים: 1. פרנסה 2. מימוש עצמי-אוטונומיה
לדעת גרוס במקום להמשיך ולפתח את התפיסה האישית שעמדה בבסיס פס"ד בז'רנו (מקור פרנסה) ופס"ד מנהלי השקעות (סיפוק עצמי), החלה התפתחות של התפיסה התחרותית- דגש על תחרות חופשית. התפיסה האישית מתמקדת בעצם הכניסה למקצוע בעוד שהתחרותית מרחיבה את היקף הזכות גם לאופן העיסוק במקצוע זה או אחר. התפיסה התחרותית הגיעה לאחר התפיסה האישית מבחינה כרונולוגית אך שתייהן קיימות בפסיקה במקביל ללא חתך זמנים. גרוס סוקר את פסה"ד שנתקבלו לפני ואחרי חו"י: חופש העיסוק ומנסה להראות שאם נשתמש ברציונל הפרנסה ולא התחרות החופשית יעמדו זה למול זה זכות וזכות ולא זכות למול אינטרס. סיכום: חופש העיסוק כולל תפיסה תחרותית ותפיסה אישית היקף הזכות לעיסוק כוללת כניסה למקצוע ועיסוק ללא הגבלה. גרוס הינו בעל השקפת עולם של שמאל חברתי- הוא מבקש לפרש בעזרת הרציונלים האישיים את הזכות לחופש העיסוק כזכות חברתית ולא רק אזרחית. זכויות חברתיות הן זכויות חיוביות- גרוס מנסה למעשה להטעין את הזכות לחופש עיסוק במטען חיובי- החובה הינה לספק פרנסה. מהמחברת: אייל גרוס טוען שפעמים רבות הפרנסה והתחרות עומדות בתחרות. קרנות הפנסיה הן חלופה לפרנסה, אומרת המדינה שאם הן יפתחו קרנות פנסיה חדשות יביאו בסבירות גבוהה להתמוטטות קרנות הפנסיה הקיימות, ולכן התפיסה התחרותית עומדת בעימות לעומת הפרנסה. אייל גרוס טוען שכאשר ביהמ"ש ניסח את המשוואה בפ"ד כלל הוא עשה זאת לא נכון. ביהמ"ש נימק את הגבלת חופש העיסוק בשם אינטרס ציבורי של שמירה על זכויות העובדים. אייל גרוס טוען שהנימוק היה צריך להיות שמגבילים את חופש העיסוק בשם הגנה על היבט אחר של הזכות והוא תחרות ושמירת השוק. לדעת גידי הוא מעט נסחף. הוא לוקח את חופש העיסוק קצת מידי לכיוון שמאל כלכלי. גרוס אומר שחופש העיסוק יכול להיתפס כזכות בעלת גוון חברתי רווחתי- הבטחה של המדינה לכל אזרח תנאי מחיה. לקחת את הזכות מזכות שלילית לכיוון חיובי. הוא מכניס את זכות חופש העיסוק לזכויות החברתיות. על המדינה להבטיח את פרנסת תושביה. פתיחת קרנות פנסיה תפגע בפרנסה. ועל כן נוצרת סתירה פנימית בין הרציונלים.		איל גרוס, כיצד הייתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית?

ד. מימוש המהפכה החוקתית - פסק הדין בעניין יועצי ההשקעות	עלי זלצברגר וסנדי קדר, המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים ביקורת על פס"ד מנהלי השקעות - פסק דין עם גוון אידיאולוגי חברתי- כלכלי שמגן על קבוצה חזקה על חשבון רוב שזקוק להגנה על נכסיו. הכותבים אומרים שזאת בחירה לא מוצלחת במקרה כדי לבסס את סמכותו של ביהמ"ש לביקורת שיפוטית.
3.5.3 היקף	
דורנר: דין העתירה להתקבל, ולכך 2 טעמים: 1. ההחלטה של משרד החינוך פוגעת בחופש העיסוק שלא בחוק או לפי חוק. 2. בהוראות של משרד החינוך לא נקבעו הוראות מעבר, הנדרשות בשל פגיעה בהסתמכות הלגיטימית של העותרים. יש לבחון האם הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה- לפי חוק, להלום את ערכי המדינה לתכלית ראויה ושמידתה לא תעלה על הנדרש. אין לפרש חוק כפוגע או מסמך לפגוע בחופש העיסוק זולת אם הדבר נקבע בו במפורש. יש לבחון את הפגיעה בחופש העיסוק באופן מהותי ולא פורמלי. רשות שהיא מעסיקה בלעדית בתחום מסוים מהווה מעין מונופול ולכן כשמגבילה חלק מהעוסקים מלהתקבל לעבודה אצלה היא פוגעת בחופש העיסוק. מעמדה המונופוליסטי של הרשות הוא שגורם לה לפגוע בחופש העיסוק מבחינה מהותית, גם אם לא פורמלית ברק: חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק אלא חופש הפרט לעסוק במשלח יד, קרי זכות הגנתית ולא אקטיבית. במקרה של מונופול זכות הגנתית יכולה להפוך לאקטיבית. <u>חופש העיסוק נפגע לא רק בפגיעה ישירה אלא גם בפגיעה עקיפה, כשהחלטה שלטונית פוגעת במימושו הלכה למעשה.</u>	העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק. מדובר במאבחינים דידקטיים שעברו קורסים מטעם משרד החינוך, וכעת משרד החינוך מאשר קבלת חוות דעת של פסיכולוג חינוכי מומחה בלבד.
לם נ' משרד החינוך	

מנגנון ההתגברות גישת המתנגדים לו: טוענים כי הכללתו במסגרת החוקה פוגע באופן מהותי במעמדה וברעיון העומד בבסיסה. יש שאף רואים במנגנון אמצעי המאפשר למחוקק לרמוס את הוראות החוקה וצרכיה לצרכים פוליטיים צרים. גישת ספיר: ניתן לתאר את מנגנון ההתגברות כאמצעי המאפשר לציבור באמצעות המחוקק לחלוק על פרשנות ביהמ"ש לחוקה. יתרונות מנגנון ההתגברות: 1. מאפשר הנאה מ-2 העולמות - הביקורת השיפוטית מחד (שמעוררת שיח ציבורי) והגיונו הבריא של הציבור מאידך, ע"י כך שמתאפשר לציבור לומר את דברו ביחס לפתרון הראוי בעיניו לבעיה החוקתית. 2. מתכונת טווח החלות (4 שנים) - גורם לכך שהשאלה אינה יורדת מסדר היום הציבורי ולכל צד ניתנת האפשרות לשקול דעתו מחדש. נוספות על כך הבחירות לרשויות השלטון המעודדות העמדת השאלה שבמחלוקת להכרעת הציבור ע"י בחירתו בצד בו תומך. "דיפרטמנטליזם" = הפקדת פרשנות החוקה האמריקאית בידי זרועות שונות באופן בו נשמרת לכל זרוע המילה האחרונה בתחומים שהופקדו בידה. השוני ממנגנון ההתגברות: המנגנון אינו כולל חלוקת תחומים כי אם שיתוף בין רשויות השלטון בהליך הפרשנות. המנגנון מפקיד את משימת פרשנות החוקה בידי שני הגופים יחד (הרשות השופטת והרשות המחוקקת) באופן המספק דרך ביניים.	ספיר, ההליך החוקתי מאמר העוסק ביתרונות פסקת ההתגברות כתשובה למתנגדים לה
ברק: (מזכיר את הלכת לאו"ר להצבת רף גבוה יותר מהחוקה אך טוען כי ייעשה רק במקרים של פגיעה חמורה - וכאן אין פגיעה חמורה. למעשה ברק מזכיר לנו שהלכת לאו"ר עדיין תקפה, גם לאחר 1992) 1. עקרונות היסוד של השיטה (ס' 1+2 לחו"י: חופש העיסוק) נכללים בפסקת ההתגברות, ולכן לא ניתן לומר על חוק שעמד בתנאי פ. ההתגברות – כי הוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה (כי אם הוא התגבר על ס' 4 אז הוא מתגבר גם על ס' 1+2). אך כשהחוק הפוגע מהווה פגיעה אנושה בעקרונות היסוד של השיטה - אעפ"י שהוא עומד בדרישות פ. ההתגברות - החוק יבוטל! 2. אין לעשות שימוש בפסקת ההתגברות או פ. ההגבלה כדי לתת תוקף לחוק השולל או מבטל כליל את חופש העיסוק בזכות חוקתית. שלילה כזו יכולה להיעשות רק ע"י שינוי חוק היסוד עצמו. 3. כמעט תמיד פגיעה בחופש העיסוק תפגע בכבוד האדם. בחו"י: כב"ה אין פסקת התגברות. אז מה נעשה? הרי החוק הפוגע לא עמד בתנאי פסקת ההגבלה (הזהה בשני החוקים) - אך טכנית "תופס" רק לגבי חו"י: חופש העיסוק. אין לפרש את חו"י: כב"ה כאילו מצויה בו פסקת התגברות. מצד שני, לפסקת ההתגברות יש השלכות על חו"י: כב"ה. 4. חוק העומד בדרישות פסקת ההתגברות ופוגע גם בזכות שנכללת בחוק יסוד בו אין פסקת התגברות לא יבוטל אם יתקיימו בו התנאים הבאים: א. הפגיעה בזכויות אדם אחרות היא <u>תוצאת לוואי</u> מתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק. ב. הפגיעה בחופש העיסוק היא העיקרית, והפגיעה בזכויות אדם אחרות היא <u>משנית</u>. ג. הפגיעה בזכויות אדם אינה בעלת עוצמה ממשית ואינה משמעותית. פגיעה בחופש העיסוק בד"כ לא תבוא בגפה אלא בצירוף זכויות אחרות. ביטול החוק עקב הפגיעה בזכויות אחרות ירוקן את פסקת ההתגברות מתוכן. במקרה דנן שלושת התנאים מתקיימים. העתירה נדחת	נחקק חוק ייבוא בשר קפוא שפגע בחופש העיסוק אך עמד בדרישת פסקת ההגבלה. טענות העותרים: ביטול החוק בשל היותו סותר את עקרונות היסוד של השיטה המעוגנים בחו"י: חופש העיסוק (ס' 1+2) ופגיעה בזכויות המעוגנות בחו"י: כב"ה. לדעת ספיר - ערכי המדינה נמצאים בס' 4 – פ. ההתגברות ולכן זהו טיעון חלש. לאחר שהמדינה מחליטה שלא להפריט את שוק ייבוא הבשר פונה מיטראל לבג"ץ. ברק מציע לאמץ פסקת התגברות. בעקבות פסקה זו פונה מיטראל לבג"ץ וטוענת שהפסקה אומרת שלמרות שהחוק אינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה הוא תקף אך הפסקה שותקת בנוגע לס' 1 ו-2 של חוק היסוד. הטיעון השני - יש כאן פגיעה בזכויות נוספות (כבו"ה) שלגביהן אין פסקת התגברות.

3.6 שוויון

****שאלת מעמדה של הזכות לשוויון ← ברק+מצא :** הזכות לשוויון היא זכות חוקתית שמעוגנת בחו"י כב"ה. **דורנר :** זוהי זכות חוקתית לא מעוגנת, אבל במקרים בהם הפגיעה בשוויון משפילה- היא נכנסת בגדרי חו"י כב"ה. **זמיר :** מעמד חוקתי ראוי להעניק אך ורק בנסיבות של סיווגים חשודים (על רקע גזע, מין, דת, לאום), ובמקרים אחרים אפליה לא צריכה לקבל הגנה חוקתית או אפילו מעמד חוקתי (כי התדירות לסיווגים חשודים גבוהה יותר וכי היא פוגעת בכבוד).

וסטרן = מגיע לי כי מגיע לי (בפני עצמי, מביאים שיקולים ענייניים). לעומת שוויון במובן האריסטוטלי = מגיע לי כי מגיע לו (ואנו דומים) למרות שלו לא מגיע עפ"י חוק. ז"א שכאן מעניקים זכות לאדם גם כשבמקור לא מגיע לו (פס"ד חוקה לישראל). השוויון האריסטוטלי מעניק זכות תביעה עצמאית (זקין) + מחזק זכות תביעה שאולי הייתה קיימת (חוקה לישראל). הרציונאליים למתן זכות שווה לשווים (שוויון אריסטוטלי) - עקביות (כתנאי ללגיטימציה של השלטון) + השוויון ככבוד האדם (מניעת השפלה).

מבחן של גידי (תקף רק בשוויון אריסטוטאלי) -

שלב ראשון – תכלית ראויה ?

שלב שני – קשר אמצעי מטרות.

הוא שיש פגיעה מוצדקת או שאין פגיעה בכלל. לכן אין צורך לבחון את הפגיעה במסגרת פסקת ההגבלה (עדיין נבדוק).

3.6.2 השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו

חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר	עמותה הדורשת שיכירו בה כמוסד ציבורי לצורכי פטור ממס הכנסה. טוענת שמפלים אותה	ברק :
דוגמא לגישה של ווסטרן – שוויון אינו יוצר זכויות		עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו, גם אם לא כתוב בספר החוקים. מבחן בין 3 מצבי הפליה : א. <u>עפ"י הוראות החוק אני זכאי לקבל, הרשות מעניקה לאחרים ולי לא- ניתן לתבוע את זכותי לקבל.</u> ב. <u>טובת ההנאה מוענקת בניגוד לחוק לפלוני ואלמוני אומר שהוא גם רוצה- עקרון שלטון החוק מנצח, אלמוני לא יכול לקבל את טובת ההנאה בכל מקרה.</u> ג. <u>לרשות יש שק"ד האם לתת או לא</u> I. מדיניות לתת לגופים מסוימים ואלמוני שהוא כמו פלוני לא מקבל- ביהמ"ש יקבל את העתירה. II. מדיניות לא לתת , אבל הרשות כן נותנת לפלוני ולא לאלמוני- זה המקרה כאן. ברק נותן מרחב פעולה לרשות. ביהמ"ש אומר שהוא מאפשר לרשות המנהלית "לחזור בתשובה" ולהפסיק לתת לפלוני. אם היא לא תפסיק את מתן ההטבה לפלוני, אזי ביהמ"ש יפרש את ההטבה כחוקית (את המדיניות כ"לתת") ואז יורה על מתן ההטבה גם לחוקה לישראל. <u>כלומר, בניגוד לווסטרן הזכאות נובעת כאן לא מזכות עפ"י דין, אלא עפ"י פירוש המדיניות של הרשות המנהלית ע"י ביהמ"ש, ככזאת שדוגלת במתן טובת ההנאה.</u> ביהמ"ש דחה את התביעה אך קבע שאם תהייה שרירותיות בחלוקת ההטבה ניתן לאכוף מתן ההטבה לחוקה לישראל.
זקין נ' ראש עיריית באר שבע דוגמא לגישה של אריסטו – עצם העובדה שפלוני קיבל מעניקה לי זכות גם אם היא לא מגיעה לי.	העותרים תלו כרזות בניגוד לחוק. האכיפה סלקטיבית- הורדו רק כרזות כנגד ראש העיר	זמיר : אכיפה בררנית פוגעת בשוויון. מכוח השוויון האריסטוטלי צמחה לי זכות שאיסור פלילי או מנהלי לא ייאכף נגדי כל עוד הוא לא נאכף באופן שווה לכולם. העתירה התקבלה.

מילר נ' שר הביטחון	סירוב לקבל אישה לקורס טיס מ"שיקולים תכנוניים" (תקציב, אורך שירות, כוונות היחידות וכו')	טענת העותרת- פגיעה בשוויון והפליה פסולה. טענת המשיבים: הבחנה מותרת. שונות רלוונטית שאף הבחין בה המחוקק עם קובעו אורך שירות שונה לנשים ולגברים. מצא: השונות הייתה רלוונטית לו היו מצליחים להוכיח זאת (שאכן תהייה פגיעה או קרבה לוודאות לפגיעה בתקציב) ולא להסתמך על השערות בלבד. ניתן להתחיל התהליך בהדרגה. גם ההדרגה אינה שוויונית אך לא כך מקום בו היא נעשית במסגרת ניסוי לקידום השוויון. דורנה: שוויון אריסטוטלי: נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם. החיסרון שבהגדרה: מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר "השונות" היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. הפתרון לכך: מבחן כפול: 1. האם שיקול המין הוא רלוואנטי; 2. בהנחה שהשיקול הוא רלוואנטי, האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין. הפליה שאינה עומדת בפסקת ההגבלה היא בלתי חוקית ופסולה (משום שהפליה היא פגיעה בזכות לכבוד). כן עליה לעמוד במבחני המידתיות. על המצדיקים את ההפליה רובץ נטל הוכחת ודאות קרובה לפגיעה באינטרס שעליו באים להגן בעצם ההפליה והפגיעה בעיקרון השוויון. מצד אחד השונות אינה רלוונטית כי קבלת נשים רווחית לצה"ל. מצד שני, השונות רלוונטית אך כיוון שהיא מבוססת על סטיגמה ופוגעת בכבוד האדם- החוק לא חוקת. שטרסברג כהן: (שוויון הזדמנויות) - מבחינה בין שונות בלתי רלוונטית המביאה להפליה פסולה לבין שונות רלוונטית שהיא בגדר הבחנה מותרת. מהי שונות רלוונטית? שונות הגורמת לקשיים אמיתיים- כגון קשים פיזיים, כלכליים או לוגיסטיים. את השונות הבלתי רלוונטית מחלקת לשתי קבוצות משנה: 1. שונות בלתי רלוונטית הניתנת וראויה לניטרול. 2. שאיננה ניתנת או ראויה לניטרול. אם ניתן לנטרל השונות הבלתי רלוונטית במחיר סביר- ראוי להתקינה ע"מ להשיג שוויון. זכויות עולות כסף. תקציב אינו תכלית ראויה.
רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה לא בסילבוס	דיילי אוויר חייבים לפרוש בגיל 60 לעומת קרקע שיכולים לפרוש בגיל 65.	זמיר: קיימים איסורי הפליה קלאסיים דוגמת אלו המופיעים בהכרזת העצמאות ומגילות זכויות אדם שונות: מין, גזע, דת וכו'. אולם הרשימה של איסורי הפליה אינה סגורה. היא מתרחבת בהתאם להתפתחות המודעות הציבורית בדבר הצורך להגן על קבוצות שונות באוכלוסיה. הפליה היא, כידוע, יחס שונה כלפי שווים. אך גם זה ידוע, בני-אדם אינם שווים. לפיכך יש לומר כי הפליה, מבחינה משפטית, היא יחס שונה כלפי השווים מבחינה משפטית. מי הם השווים מבחינה משפטית? קבוצת השוויון- החובה לנהוג בשוויון תלויה בכל עניין בהגדרת הקבוצה (היא האוכלוסיה הרלוונטית) לצורך אותו עניין. גבולות הקבוצה הם גם גבולות השוויון. כיצד מתווים את הגבולות של קבוצת השוויון לצורך עניין מסוים? לעיתים נותן החוק תשובה ברורה ומגדיר קבוצות. היכן שלא יש לפנות לתכלית החוק, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות המיוחדות של המקרה. כיצד יש לפרש החריג שבס' 22 (הפליה כשרה) "כמתחייב מאופיו של התפקיד"? פשוטו כמשמעו. מתחייב. על הדרישה להיות אובייקטיבית. יש לדקדק בדבר: מתחייבת ולא מועדפת. איסור הפליה גם כאשר נוגד שיקולים עסקיים- המאבק נגד ההפליה לסוגיה גובה בהכרח מחיר מן הפרט ומן הכלל. הוא עשוי לגבות מחיר גם מן המעביד לשם קיום עיקרון השוויון. אל על טוענת כי הופעת צעירים משתלמת לה כלכלית. זמיר היה מקבל טענה זו לו היו מובאים תימוכין לכך. בהיעדרם יש לומר כי השוני מבוסס על סטיגמה ועל מוסכמה בה הורגלנו ועל כן אין הוא רלוונטי. עתירתה של אל על נדחתה וסעיף גיל הפרישה שבהסכם הקיבוצי מבוטל בהיותו נוגד את תקנת הציבור.

בג"צ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה	עוסק בתקנה כי מי שלא יחסן את ילדיו לפי מערכת הבריאות לא יקבל הטבה מביטוח לאומי.	השופטת ברק ארז שואלת האם בכל מקרה שבו המשפט מבחין בין אנשים או קבוצות נכון לראות בהבחנה פגיעה בזכות לשוויון ואז לבחון אותה במבחני פסקת ההגבלה או שמא יש הבחנות ראויות שמלכתחילה לא ייחשבו פגיעה בזכות לשוויון. כלומר היא שואלת האם יש מצב שבו נגיד על משהו שהוא הבחנה והיא עדיין דורשת הצדקה? היא עונה שאפשר לחמוק משאלה זו כי כאן מדובר על הבחנה שמשיעה על אוטונומיה ולכן יש פגיעה בשוויון.
3.6.3 מעמד		
אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ	הטבה לבני זוג של עובדי אל על קיימת לבני זוג מאותו המין?	מעמד הזכות לשוויון- ברק: עקרון השוויון מעוגן בדין הישראלי החקוק- החל מהכרזת העצמאות וכלה בחוקים המסדירים זאת (חוק שוויון זכויות האישה וכד'). מצטט את השופט אור שקבע כי עקרון השוויון נכנס בגדריו של כבוד האדם בחו"י כבו"ה. משמעות הדבר- העלאת הזכות לשוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית-על חוקית. זכות השוויון מנויה לדעת ברק בח"י כבה"א.
בג"צ 4541/94 מילר	נדחתה בקשתה להתנדב לקורס טייס בטענה שהצבא לא משבץ נשים במקצועות לחימה.	מעמד הזכות לשוויון- דורנר: ח"י כבו"ה קובע שיש לכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונות הכרזת העצמאות ללא הבדלי מין. ההיסטוריה מראה לנו שהשטתנו של ערך השוויון מחיי הייתה מכוונת. עם זאת, אין ספק כי תכלית החוק הייתה למנוע השפלה. לא כל פגיעה בשוויון היא אפליה ולהיפך. סגירת מקצוע או תפקיד בפני אדם מחמת מינו, גזעו או כיוצא באלה, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. ההשפלה שבכך פוגעת בזכות לכבוד ועל כן הפליה שכזו נוגדת עיקרון חוקתי. כאשר הפגיעה בשוויון נעשית על רקע קבוצתי היא משפילה ולכן בהקשר זה יהיה השוויון זכות חוקתית. כאשר השוויון מתפרשת כהיעדר השפלה ניתן להכליל אותה בזכות לכבוד שמעוגנת בחו"י כבוד האדם וחירותו. מתי קיים מימד של השפלה בפגיעה בשוויון? כשהבחנה היא על רקע קבוצתי (סיווגים חשודים) מסוגים שלא ניתנים לשינוי- מגדר/ גזע/ נטייה מינית/ דת/ גיל.
האגודה לזכויות האזרח נ' הממשלה	אגודה לזכויות האזרח בישראל מבקשת שבג"צ יורה לממשלה לבטל מינויים ולמנות ערבים כחברי מועצת מקרקעי ישראל.	מעמד הזכות לשוויון- זמיר: עקרון השוויון הינו חשוב ביותר. המובן המקורי שלו הוא מובן צר מאד- סיווגים חשודים— דת גזע לאום ומין. עקרון שוויון במובן הצר ראוי להיחשב כזכות חוקתית. כלומר שוויון במובנו הרחב איננו זכות חוקתית.

התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת שוויון כפגיעה באוטונומיה	עתירה כנגד חוקתיותו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (להלן - 'חוק טל'). לטענת העותרים, חוק טל פוגע בעקרון השוויון.	ברק-הזכות לשוויון הוכרה כזכות בישראל. היפוכו של השוויון הינו ההפליה. האם חוק דחיית השירות פוגע בשוויון? כן. חובה זו נטולה באורח שוויוני על כל האזרחים. על רקע זה, מתן דחיית שירות גורפת יש בה הפליה ללא שוני רלבנטי המצדיק אותה. הבחנה בין מיועדים לשירות בטחון על בסיס השקפת עולם דתית היא הפליה ללא כל שוני רלבנטי. בחוק דחיית השירות הטענה היא כי הזכות הנפגעת היא כב"ה. הטענה היא כי הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם. האם השוויון הנפגע נכלל בכבוד האדם? כבוד האדם בישראל אינו רק בסיס לזכויות האדם השונות, הוא זכות גם עצמאית (ס' 4 ו-2). הזכות לכבוד האדם מטילה על רשויות השלטון חובה (שלילית) שלא לפגוע בכבוד האדם, וחובה (חיובית) להגן עליו. מהו היקף הפריסה של כבוד האדם כזכות אדם? היקפו של כבוד האדם ייקבע על פי פרשנותו התכליתית על רקע המציאות החברתית. מהו, איפוא, המסר הנורמטיבי היוצא מהזכות ל"כבוד" בחו"י: כבוד האדם וחירותו? בעניין זה הועלו בספרות המשפטית שלושה מודלים אפשריים (ביהמ"ש העליון אימץ את מודל הביניים): המודל המצומצם: כבוד האדם משתרע רק על הפגיעות המובהקות בכבוד הקשורים לאנושיותו של האדם, "הגרעין". המודל הרחב: כבוד האדם הוא הבסיס לכל זכויות האדם, וכולן כלולות בו. מודל ביניים: כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. האם הפגיעה בשוויון הנגרמת על ידי חוק דחיית השירות נופלת לגדריו של כבוד האדם? המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים. אין לאמץ את המודל המצומצם מ-3 טעמים: - עמדת הביניים התקבלה לעניין קביעת תחום התפרסותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין טעם לצמצם את היבט השוויון שבחוק היסוד להשפלה בלבד; - ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי היא "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" דברים אלה יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי; - התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של שוויון. על פי מודל הביניים, פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחוייב בשירות צבאי
רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי		
3.6.4 סיווגים חשודים		
העותר ביקש להיכנס למועדון ולא אפשר לו בגלל שגיל הכניסה לגברים, 26, היה גבוה יותר מלנשים – 24. הוא בן 24. הוא טוען להפליה על פי חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים וכניסה למקומות ציבוריים.	דנציגר – יש לדחות הבחנה בין גברים לנשים על בסיס טעמים שאינם רלוונטיים. כאן יש "הפליה לטובה", הנפגע מההפליה במקרה זה הוא גבר שההפליה שיקפה גישות סטריאוטיפיות כלפי נשים. זה דבר שמשמר ומחדד הבדלים לא רלוונטיים.	

3.7 חופש הדת וחופש מדת

הרציונאליים לחופש הדת: חופש המצפון והזכות לתרבות. הזכות לתרבות רחבה יותר מחופש המצפון, אך באיזון בין אינטרס לזכות- חופש המצפון חזק יותר. בכל מקרה במבחן תמיד ננתח לפי שתי התזות.

**** יש להבחין בין פגיעה בחופש הדת לפגיעה ברגשות (=אדם צריך לראות משהו אוכל לידו חזיר= זו לא פגיעה).**

**** לחופש הדת מעמד חוקתי והוא אף נכלל בחו"י: כב"ה – ברק במנינג . לעומת רוגוזינזקי וקפלן שמכירים בזכות זו רק כבעלת מעמד חוקתי אך לא כלולה בחו"י כב"ה.**

3.7.1 רציונל

דני סטטמן וגדעון ספיר- חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

מהם הצידוקים לחופש דת במשטר ליברלי?

משטר ליברלי = מבקש למעט בהגבלות על הציבור אך מייחס חשיבות מיוחדת לחירויות כגון: חופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש הדת.

הצידוקים המובאים במאמר:

1. פגיעה בחופש הדת מניבה תוצאות שליליות, בעיקר מוסריות.
 2. הפגיעה בחופש הדת פוגעת באושרם של היחידים הדתיים. אחד ממשאבי המדינה המרכזיים להגדלת אושרם של חבריה.
 3. פגיעה בחופש הדת היא פגיעה חמורה במצפון/יושרה של היחיד הדתי
 4. מחלישה את התרבות הדתית (הדת כמאפיין תרבותי)
- הצידוק ה-1: בעד:** שני הצידוקים הראשונים מהווים צידוקים כלליים-חברתיים. הדת כבעלת משקל –נגד למדינה- שותפה במשחק האיזונים. היא בעלת השפעה מוסרית על החברה. אם נכוונות טענות אלו אזי הדת הינה משאב שלמדינה אינטרס לפתחו. **כנגד:** קו טיעון זה אינו רווח משום שבצד השפעותיה החיוביות הדת היא גם בעלת השפעות שליליות- פונדמנטליזם למשל.
- המחברים טוענים כי לא הוכח שיתרונותיה של הדת עולים על חסרונותיה.**
- הצידוק ה-2:** הוכח במחקרים כי יש קשר בין דת לרווחה נפשית. אם רווחתם תושביה יקרה למדינה ואחת ממטרותיה מהווה לה הדבר צידוק למניעה מפגיעה בדת. **כנגד:** בצד הרווחה הנפשית ישנם דעות קדומות, סמכותנות, הפליית- נשים וכו'.

הצידוק ה-3:

מצפון = אמונותיו הנורמטיביות העמוקות של אדם המכוננות זהות אישית.

מדוע יש חשיבות לפעולה לפי צו המצפון?

ההסבר הדתי: רצון האל נגלה לאדם באמצעות המצפון האנושי.

ההסבר הלא דתי: כפיית אדם לפעולה המנוגדת לצו מצפוני יוצרת אצלו תחושות קשות של ניכור- עצמי ואובדן זהות וע"כ יש להימנע מכך. משטר ליברלי מגלה סובלנות כלפי סרבני חוקים מסוימים שהחוק פוגע בצו מצפונם. אין הדבר אומר שצו מצפונם הוא ה"אמת". הטעם לכך אינו ה"אמת" אלא כי כך המצפון מורה. הסכמה עם טענה זו מסבירה מדוע חופש הדת ראוי להגנה מנק' מבט ליברלית. "חירות המצפון והדת"- קיימת זיקה בין הדת למצפון.

הצידוק ה-4: הדת כתרבות. הדת הינה תרבות וככל תרבות יש לה חשיבות לנוטלים בה חלק. ככל תרבות מיעוט היא זקוקה להגנה כדי לא להיבלע בתוך התרבות השלטת, תרבות הרוב, שמעצם היותה כזו אינה זקוקה להגנה. הדת במדינות ליברליות חילוניות היא דוגמא מובהקת לתרבות מקיפה המאוימת ע"י תרבות הרוב. לכן יש הגיון במתן מעמד מיוחד לחופש הדת על פני אזכור כללי של חופש התרבות.

היחס בין החופש הדת כמצפון לבין חופש הדת כתרבות:

מצפון- שייך ליחיד. תרבות- שייכת לקבוצה.

ואולם בשני המקרים מדובר על אינטרסים אינדיבידואליים- שמירה על יושרה מוסרית בהיבט המצפון ושמירה על אוטונומיה אישית/זהות בהיבט התרבות. אין זו התרבות ככזאת עליה מגנים אלא על היחידים הנוטלים בה חלק. **בשני הרציונאליים יש פן קולקטיביסטי ופן אינדיבידואליסטי.**

3.7.2 מעמד (לא בסילבוס)		
השופטים משתמשים בחופש הדת ככלי פרשני בלבד: חופש הדת משמש כמסגרת לראות מהם שיקולים פסולים. (פה חופש הדת הוא של הרפורמים). ויתקון – (רוב) – חופש הדת משמש כ"מסגרת", אך עילת התביעה היא הזכות להשתמש במתקנים ציבוריים. כהן – (מיעוט) מכיר בחופש הדת כעילת תביעה (עושה צעד קדימה). חופש הדת מעוגן במגילת העצמאות ומהווה חלק מחירויות הפרט. מנהלי האולם, שהוא ציבורי, מחויבים לאפשר למבקשים לשכור אותו תמורת תמורה נאותה, ואין הם רשאים לסרב משיקולים פסולים – זו אפליה. <u>העתירה התקבלה</u>	המבקשים מבקשים לשכור אולם ציבורי בכפר שמריהו לשם עריכת תפילות בנוסח רפורמי. מסרבים להשכיר להם את האולם. האם חופש הדת שלהם נפגעה?	פרץ נ' כפר שמריהו שניים מבין השופטים בהרכב מתעקשים שחופש דת איננו זכות בת-תביעה
ברנזון: " ברור כי חוק המדינה אשר מסר את ענייני הנישואין והגירושין של יהודים בישראל, אזרחיה או תושביה, לשיפוטם של בתי הדין הרבניים, והורה שנישואין וגירושין כאלה ייערכו לפי דין תורה, עדיף על עקרון חופש המצפון, כשם שכל הוראות חוק מפורשת אחרת גוברת על כל דבר אחר האמור בהכרזת העצמאות". זכות ההגדרה העצמית בשאלת הדת והלאום מתבטלת ונדחית מפני הוראה מפורשת של החוק. למעשה לא נפגעת לעותרים זכות לחופש מדת. חופש המצפון הינו רחב יותר ואם היה מעוגן בחו"י יתכן והיה ניתן לטעון לפגיעה. העתירה נדחת, כך שסמכות הדיון וההכרעה היא בידי בתי הדין הרבניים. ספיר: העותרים טוענים מעין טענה לאו"רית- יש פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה ולכן צריך לבטל את החוק. ביהמ"ש אומר שבישראל אין חוקה ולכן לא ניתן לתקן את החוק.	נישואים אלטרנטיביים. העותרים מבקשים כי יכירו בנישואיהם. בידי מי סמכות הדיון? ביה"ד הרבני או ביהמ"ש?	רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל חופש הדת מזוהה כזכות, אבל שאינה מעוגנת בחוקה. לכן חוק מפורש גובר עליה.
ברק: חופש הדת מעוגן בחלקו בדבר המלך במועצתו, ויונק ממגילת העצמאות ואופייה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש מהמקום המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו. כיום חופש הדת הוא זכות חוקתית ואין בעיה לקרוא לתוך הזכות לכבוד את חופש הדת. חופש הדת הוא חלק מכבוד האדם ולכן נכלל בחו"י. אולם הניסוח מהוסס שכן ברק לא רצה להיכנס לעימות חזיתי עם הדתיים.	בני הזוג מנינג הגרו לישראל ואז הגיעה בקשת הסגרה לחו"ל על חשד לרצח. העותר טוען לפגיעה בחופש הדת כיוון שלא יוכל לקיים מצוותיו בכלא האמריקאי.	מנינג נ' שר המשפטים

3.7.3 היקף		
המעצרת - טענה כי עניינים שבדת (בתורת הסדרים ראשוניים – ד"ק) צריכים להיות מוסדרים בחקיקה ראשית, ולפיכך אין סמכות לח' העזר. זילברג: יש לבדוק לפי תכלית החוק האם מטרתו היא הוראת דת. ענייני דת זה הסדר ראשוני-שהרי הוא חלק מעקרונות היסוד של השיטה- ולכן צריך להיקבע ע"י המחוקק. אך יש סמכות לחוק עזר עירוני לאסור על פתיחת עסק בשבת, כי זהו חוק חברתי ולא דתי: חוק העזר בו אנו עוסקים נחקק ע"י מחוקק משנה שהוסמך לכך ע"י הריבון. מטרתו: יום מנוחה בשבוע. מרגוע לעמל. אם מטרת החוק היא מטרה דתית- החוק יבוטל, אך אם ניתן להצדיק את ההוראה ע"ב מטרה סוציאלית (מנוחה לעובדים)- הרי שהחוק לא יבוטל.	מדובר בערעור על פס"ד מחוזי שבו נמצאה המעצרת (תחנת דלק בר"ג) אשמה בהפרת חוק עזר עירוני בכך שנפתחה בשבת.	יזראמקס נ' מדינת ישראל (ירד מהסילבוס)
טענת המשיבים - הייתה כי לא ניתן להרשיעם בנ"ל מאחר והח' עצמו מחוסר סמכות, כי אין תכליתו אלא למנוע חילול שבת, דהיינו לקבוע סגנון חיים, וזהו עניין למחוקק הראשי בלבד. פרוקצ'יה: תכליות הסדרי השבת בחקיקה הישראלית נועדו להגשים מטרה חברתית של יום מנוחה לכלל הציבור ולהסדיר את הפן הקדוש, ההלכתי. הגבלות על חירות של אדם הנוגעת לענייני דת ומצפון תיעשה ע"י המחוקק הראשי ורק במקרים נדירים ע"י המחוקק המשני אם הוסמך לכך בדרך שאינה משתמעת לשני פנים. במקרה דנן אין הסמכה של המחוקק במפורש או במשתמע לעירייה לעצב את חיי האוכלוסייה ברוח ההלכה. יש לדלות את המותר והאסור בשבת מתוך חוק שעות עבודה ומנוחה. יש בתי עסק שבהם השיקול הסוציאלי אינו רלוונטי, והשיקול סגירה/פתיחה נעשה מטעמים דתיים. העתיירה נדחית- ההסדר בוטל	עתירתם של שני בתי קולנוע ירושלמיים שנקנסו בגין הקרנת סרטים בשבתות תוך הפרת ח' עזר עירוני.	מדינת ישראל נ. קפלן (ירד מהסילבוס) כמו הש' זילברג ביזראמקס, הש' פרוקצ'יה מכירה כאן בקיום רציונל אוניברסאלי לקיום יום מנוחה, אך הדבר אינו מונע מבעדה לראות בח' העזר חיקוק שנועד לתכלית דתית גרידא.
טענות העותרות: מתן פירוש רחב לפקודת העדה הדתית (המרה) סותר את עקרון השוויון, מאחר והפירוש הרצוי הוא כזה שמתיישב עם זכויות האדם, והפירוש הרחב מפלה מתגיירים לא-אורתודוקסיים בארץ לעומת בחו"ל, ופוגע בחופש המצפון- היות שהחפץ לקבל הכרה רשמית בגיורו נאלץ לעבור תהליך שאינו בהתאם למצפון ולאמונתו. טענות המשיבים: חייבו את הפירוש הרחב לפק' מטעמי ריכוזיות ומחשש להיווצרות אנדרלמוסיה בענייני יהדות, שבות וכיו"ב. לטענתם, גיור בארץ צריך להתבצע בהתאם להוראות פק' העדה הדתית (המרה) בלבד. שמגר: אם דבר חקיקה ניתן להשתמע לשתי פנים נעדיף את הפרשנות המצמצמת את הפגיעה בזכויות האדם ע"פ הפרשנות שמרחיבה את הפגיעה. פקודת ההמרה רלוונטית רק לחוקים בעלי אופי דתי, ומכיוון שחוק השבות אינו כזה- אין לפקודת העדה הדתית (המרה) תחולה לגביו. יש פגיעה בחופש הדת. טל: אין התנאות כניסתו של זר לארץ בתנאי דת מהווה פגיעה בחופש הדת. אזרחי חוץ לא יכולים לערער את ריבונותה של המדינה ולקבוע את תנאי הכניסה אליה תוך שימוש בעקרונות שוויון וחופש. התנאי לעלייה חופשית הוא יהדותו של העולה. ולכן זר אינו יכול לכפות על המדינה ויתור על התנאי המקנה כרטיס כניסה לארץ- יהדות.	ברזילאית שהגיעה לארץ, עברה גיור רפורמי ונישאה ליהודי. משרד הפנים לא רשם אותה כיהודיה וכאזרחית ישראלית ואף לא קבע את מעמדו של גיור לא-אורתודוקסי בהמשך לבקשת ב"כ.	פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים חופש הדת כזכות למצפון (פגיעה בזכות למצפון המיעוט הרפורמי)

בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה (ברק עושה שימוש ברציונאל חופש המצפון, יש פגיעה ברגשות הדת ולא בחופש הדת ולכן הופך לאינטרס ולא לזכות. אינטרס מקבל פחות הגנה)	הדתיים מבקשים לסגור את כביש בר-אילן בשבת בטענת פגיעה בחופש הדת שלהם.	ברק: האינטרסים והערכים הנאבקים על הבכורה בפרשת בר-אילן מחד גיסא, עומד האינטרס החברתי של מניעת פגיעה ברגשותיה של האוכלוסיה הדתית, המתגוררת בסמיכות לרחוב בר-אילן. חילול השבת ברחוב בר-אילן פוגע ברגשותיה; התנועה בשבת ברחוב בר-אילן פוגעת באורח חייה ומבחינתם הפגיעה היא קשה ומרה. יודגש: אינני סבור כי נסיעה בשבת ברחוב בר-אילן פוגעת בזכות החוקתית של כל אחד מבני השכונה לחופש דת. חופשיים בני השכונה לקיים את מצוות הדת. תנועת המכונניות בשבת אינה שוללת מהם חופש זה, ואינה פוגעת בו, אך היא כן פוגעת ברגשות הדתיים של בני השכונה ובאורח חייהם הדתי. ברק- חופש הדת כחופש המצפון. פגיעה ברגשות בכלל, ופגיעה ברגשות דת בפרט, היא שיקול רלבנטי, אם אין בה כפיה דתית. שר התחבורה רשאי היה להתחשב בפגיעה ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי של בני השכונות הסובבות את רחוב בר-אילן, כשיקול רלבנטי בהפעלת שיקול דעתו לעניין סגירתו החלקית של רחוב בר-אילן לתנועה בשבת ובחג. ברק מזהה את הפגיעה ברגשות ולא בחופש הדת. רגשות הן אינטרס ולא זכות, ולכן יקבלו פחות הגנה.
שביט נ' חברה קדישא ברק עושה שוב שימוש ברציונאל המצפון.	רוצים לכתוב בלועזית על קבר. רפליקה של קסטנבאום.	ברק: חופש הדת כחופש המצפון. ברק אינו סבור שיש פגיעה בחופש הדת של חברה קדישא משום שעל פי פרשת חורב לא מכריחים את חברה קדישא לחרוט בעצמם על המצבה, אלא צד שלישי הוא זה שעושה זאת לכן זוהי פגיעה ברגשות בלבד. אנגלרד (מיעוט): במקרה שלפנינו נסוגה זכותו של אדם לחופש מדת מפני זכותה של החב' קדישא לבית עלמין העומד בדרישות הדין הדתי. העתירה התקבלה
גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ברק מפעיל איזון אנכי-פגיעה בחופש הביטוי אל מול פגיעה ברגשות דתיים-אינטרס.	שידור תוכנית בשבת שבה המשתתפים דתיים. נטען כי השידור יגרום להם לקחת חלק בחילול שבת, ובכך יפגע בחופש הדת שלהם.	ברק (רוב): חופש הדת כחופש המצפון. חופש הדת הוא עיקרון יסוד במד"י. שידור הסרט בשבת לא פוגע בחירות העותרים לפעול עפ"י אמונתם, והטענה היחידה היא כי <u>פעולת המשיבים בניגוד למצוות הדת מהווה פגיעה בחופש מדת של העותרים.</u> יש להבחין בין פגיעה ישירה באורח החיים של הפרט, המהווה פגיעה בחופש הדת שלו, לבין פגיעה בפרט עקב מעשי אדם אחר בניגוד לדת, שאינה פגיעה בחופש הדת, אלא רק ברגשותיו ובתודעתו, שזהו המקרה כאן. נוסחת האיזון להכרעה בין רגשות הדת של העותרים לבין חופש הביטוי של המשיבים קובעת כי על מנת לדחוק את חופש הביטוי, נדרש שהפגיעה ברגשות הדת תהיה קרובה לוודאי, ושעוצמתה תהא ממשית וקשה, מעבר לסף הסיבולת של החברה הישראלית-איזון אנכי. במקרה דנן אין זה כך. הרחבה בלתי מבוקרת של חופש הדת, סופה זילות חופש הדת וריקונה מתוכן. דורנר (מיעוט): פגיעה ברגשות לא מצדיקה היעדרות לעתירה, אך הייתה מקבלת את העתירה כי בשידור הסרט בשבת יש הפרה שלא כדין של זכות העותרים לחופש הדת. הרב קבע כי בהופעתם בסרט המשודר בשבת, יפרו בעצמם את מצוות הדת, ומבחינת היהדות קביעתו תקפה. תכלית פסקת ההגבלה, ובכללה עקרון המידתיות ונוסחאות האיזון המשתלבות בו, היא להגן על זכויות האדם ע"י מזעור הפגיעה בהן בהתנגשן באינטרס ציבורי, ובחלטות רשויות המינהל הפוגעות בזכויות אדם. אמות המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, לא הולמות איזון בין זכות לזכות. אם אין אפשרות לקיום בצוותא של שתי הזכויות המתחרות, תגבר הזכות שתוצאת הפגיעה בה לפרט חמורה יותר. במקרה זה זכויות האדם המתחרות – חופש הדת מול חופש הביטוי, הן שוות משקל ויותר הדדי ביניהן אינו אפשרי. בנסיבות העניין, הפגיעה בחופש הדת חמורה ומהותית יותר. דורנר דוחה את טענת המדרון החלקלק. העתירה נדחת

3.8 חופש הביטוי

טיעונים להגנה על חופש הביטוי:

1. חקר האמת - מציאת האמת כתוצאה ממגוון הדעות
2. טיעון דמוי-על הציבור להיחשף למקסימום דעות ע"מ שיוכל לקבוע את דעתו בצורה מושכלת
3. אוטונומיות הפרט.

3.8.1 רציונאל ומעמד

אגרנט - חופש הביטוי הוא זכות חוקתית, ואת זאת הוא מסיק מאופייה הדמוי של מד"י. יש לאזן בין בטחון המדינה לחופש הביטוי, כיוון שבחוק נאמר שהשר יכול לפגוע בחופש הביטוי אם הביטוי "עלול" לפגוע בשלום הציבור. "עלול" - מושג עמום ולכן ביהמ"ש יתערב ויבצע איזון. איזון אנכי - הסתברות לפגיעה - אגרנט בוחר קרבה לוודאות. 3 קריטריונים מצטברים לבחינה האם יש סכנה קרובה לוודאי 1. אם הביטוי <u>נוטה להטיף</u> או לקרב לפעולה מסוימת 2. <u>נסיבות הפרסום</u> - האם אנו במצב רגיעה או שעת חירום? מהו הפורום? 3. <u>עיתוני</u> - עד כמה הנזק אמור להיות סמוך להתבטאות. עוצמת הפגיעה - עצמה ממשית העתירה התקבלה - אין קרבה לוודאות	שר הפנים סגר עיתון לאחר כתבה שערורייתית	קול העם נ' שר הפנים - חופש הביטוי הוא זכות חוקתית
מצא: חופש הביטוי הוא זכות חוקתית המעוגנת בחו"י: כב"ה. משתמש ברציונל האוטונומי של הפרט לאור העובדה שאין משמעות לכבה"א ללא חוה"ב המאפשר לאדם הגדרה עצמית ואוטונומיה. דורנר: פעולה הפוגעת בחופש הביטוי תחשב פוגעת בזכות לכבוד, כמשמעותה בחוק יסוד, רק אם היא פוגעת בכבוד כמובנו של יחס לא משפיל = רציונאל ההגשמה העצמית-הזכות לאוטונומיה. אך כשהרציונל בבסיס הביטוי הוא חקר האמת או דמוי (כמו ביטוי מסחרי) - אזי חופש הביטוי לא מעוגן בחו"י: כב"ה. חשין (מיעוט): קובע כי אין הכרעה קלה ונכונה בשאלה האם חוה"ב מעוגן בכבה"א, וכי אין להחפו ולהכריז עליו כעל זכות חוקתית. העתירה מתקבלת	העתירה הוגשה ע"י אסיר שביקש לפרסם רשימות על חיי הכלא במקומון אך סורב ע"י המשיב.	גולן נ' שירות בתי הסוהר - חופש הביטוי יבוא בגדריו של חו"י כבו"ה רק כאשר הרציונאל שבבסיסו הוא האוטונומיה.
חופש הביטוי מוגן חוקתית כדי לאפשר יצירת שיח ציבורי עשיר ופתוח, שהינו חיוני לקבלת החלטות מושכלת בחברה דמוקרטית א. תיאוריות של ביטוי - יש אינסוף דרכים לסווג תיאוריות של חופש הביטוי, אך הן נחלקות בסופו של דבר, לשלוש גישות עיקריות, שכל אחת מהן מייצגת התייחסות אחרת למאפיינים של פעולת הביטוי שעושים אותה ראויה להגנה חוקתית. הראשונה מתמקדת באמת, השנייה באוטונומיה והשלישית בדמוקרטיה. שלושתן, מוזכרות תדיר בפסיקה, לרוב בנשימה אחת, תמיד בלא ניסיון של ממש לעמוד על דקויות ההבדל ונפקויותיו. 1. הטיעון בדבר חקר האמת - הרעיון הוא שהחירות להחליף רעיונות, לחקור, לבקר ולתהות הינה תנאי לקיומו של תהליך יעיל של חיפוש אחר ה"אמת". "שוק רעיונות" - חופשי יוביל לגילוי האמת, וגילוייה של זו הוא אכן עניין רצוי. 2. הטיעון בדבר האוטונומיה של הפרט - לא ה"שוק" מוגן כאן, אלא תחום של חירות המוגן על הפרט מפני סוגים מסוימים של התערבות שלטונית. יש לך חירות להתבטא לא כדי שתצמח טובה מכך לאחרים, אלא משום שאתה תסבול נזק בלתינסבל אם תוכפף לצנזורה. ביטוי = אוטונומיה. 3. הטיעון בדבר הדמוקרטיה - ציבור האזרחים חייב לשמוע - וממילא להתבטא באופן חופשי - כדי שיהיה מסוגל להבין, להשתתף, להצביע, לשלוט. חירות הביטוי אינה מוגנת משום שדיכוייה יעלה כדי ריסוק האוטונומיה של הפרט, אלא משום שהיא תייצר ציבור בוחרים דלמידע ונטול כושר החלטה.		אילנה דיין - המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי

3.8.2 היקף		
אלבה נ' מדינת ישראל רק גזענות עם הסתה נחשבת לפגיעה בחופש הביטוי	הסתה לגזענות	ברק-בחינת הרציונאליים בביטוי גזעני: 1. חקר האמת-הביטוי שקרי אך מצד שני הצגתו תאפשר לסמנו כפסול וזריקתו לפח 2. הגשמה עצמית-אדם מבטא עצמו גם ע"י ביטויי גזענות, אך מנגד הוא פוגע באוטונומיה של אדם אחר. בנוסף, ע"מ להגשים עצמנו עלינו להיות חשופים למגוון דעות 3. דמוי-רק החלפה חופשית של רעיונות תאפשר את קיומו הבריא של משטר דמוי, אך מנגד-גזענות פוגעת במשטר הדמוי וחותרת תחת הסדר החברתי <u>ולכן הפגיעה בחוה"ב מוצדקת!</u> ברק מדגיש- הפגיעה לא צריכה להיות מעבר למידה הדרושה, ז"א נפגע בחוה"ב רק ע"מ למנוע הסתה לגזענות (ביטוי גזעני שלא מסית- לא נפגע בחוה"ב). <u>ולכן לדעתו חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי גזעני.</u> <u>לסיכום: ביטוי גזעני עם כוונת הסתה- נפגע בחוה"ב. ללא כוונת הסתה- לא נפגע בחוה"ב.</u> פגיעה בחופש הביטוי, לשם הגשמתה של תכלית ראויה, צריכה להיות באמצעים שאינם פוגעים בחופש הביטוי מעבר לנדרש.
אבנרי נ' שפירא חופש הביטוי גובר בנסיבות מסוימות גם על לשון הרע	העתירה עוסקת בצו איסור פרסום שביקש שפירא (תעשיין ואיש עסקים, בזמן כתיבת הספר היה ח"כ ויו"ר ועדת הכספים של הכנסת) על ספרו של אבנרי אודותיו ערב הבחירות לכנסת בשנת 1988, בטענה כי הספר כולו אינו אלא הוצאת לשון הרע.	ברק: <u>לחופש הביטוי 2 מטרות:</u> 1. הגשמה עצמית 2. סיוע בחשיפת האמת. חופש הביטוי משתרע גם על לשון הרע. עדיף להתיר לשון הרע מלכתחילה מאשר לצמצם את גדר תחולתו כך שהציבור יפגע יתר על המידה. עדיפה סנקציה מאוחרת מאשר מניעה מוקדמת. עדיף לטעות לטובת חופש הביטוי. הערעור מתקבל.

3.8.3 איך פוגעים בזכות ?		
בג"צ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות כנסייה באבו גוש שעורכת פסטיבל כנסייתי. העותרים - טוענים כי המדינה לא תומכת כלכלית בפסטיבל של הכנסייה הזו אך בפסטיבלים אחרים כן. השופט כהן(מיעוט) - טוען כי מניעת תמיכה בפסטיבל במוזיקה הכנסייתית בגלל התוכן פוגעת בחופש הביטוי. דעת רוב(בראשות קיסטר) - טוענים כי אין פגיעה בחופש הביטוי. ביהמ"ש טוען כי השאלה היא מאיפה יבוא מקור הכסף- איך אין כאן מניעה או איסור על קיום הפסטיבל. לא ניתן לטעון שהמדינה תממן כל הופעה, אמרגנים רבים מממנים עצמם מהקהל המגיע להופעות. יכול להוביל לכך שכל אמרגן יבוא וידרוש תמיכה בפעולותיו. במקרה זה, אין מקום לצוות על המדינה לממן את הפסטיבל ולכן אין פגיעה בחופש הביטוי. ביהמ"ש לא רואה באי-מימון פגיעה בחופש הביטוי.	בג"צ 3429/11 בוגרי התיכון האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ב2011 נחקק סעיף בחוק ההסדרים בו נקבעה פרוצדורה המאפשרת להפחית תקציב מגוף שקיבל תמיכה מהמדינה אבל הוא- מציין את יום העצמאות כיום אבל/ תומך בטרור/ שולל את קיום המדינה כיהודית ודמוקרטית/ מבזה את סמלי המדינה.	בג"צ 5239/11 אבנרי חוק החרם הקובע שגוף יהיה נתון לתביעה נזיקית וסנקציות מנהליות, כמו: שלילת פטור ממס על תרומות, קבלת כספים ותמיכות מהמדינה וכו'. ביהמ"ש העליון נדרש לקבוע אם יש פגיעה בחופש הביטוי.
טענת העותרים(התיכון האורתודוקסי) – פגיעה בגלל תוכן הפעילות של גוף- פוגעת בחופש הביטוי שלו. ביהמ"ש - לא הכריע בעניין כיוון שהשתמש בעילת סף "חוסר בשלות"- רצו שיהיה קונקרטי, לא ברור איזה פרשנות המדינה תיתן לסעיף.		
השופט מלצר אומר שיש פגיעה בחופש הביטוי כי הסעיף קובע סנקציות אזרחיות ומנהליות בגלל ביטוי פוליטי. יש הגבלה על החירות הפוליטית אך נוטה להקל בעניין הפגיעה. הוא אומר שהפגיעה לא מאוד משמעותית בזכות. האם שלילת הטבות מוגדרת כפגיעה בחופש הביטוי ? יש מעין ניגודיות בין אבו גוש לפסק דין הזה.		

3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור		
הש' אגרנט: הזכות לחופש הביטוי היא זכות יחסית הניתנת לצמצום ופיקוח לאור מגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים. האינטרס החשוב ביותר שלמענו הכרחי לצמצם את חופש הביטוי הוא האינטרס של בטחון המדינה והבטחת שלום הציבור. השימוש בסמכות האמורה לפי ס' 19(2) לפקודת העיתונות מצד שר הפנים את שקילת האינטרסים הכרוכים בשלום הציבור מזה ובחופש העיתונות מזה, ואת העדפת האינטרס הראשון רק לאחר שימת לב ראויה לערכו הציבורי הגבוה של האינטרס השני. העיקרון המדריך צריך להיות: האם, עקב הפרסום, נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור שהיא קרובה לוודאי. הגילוי של נטייה סתם בכיוון זה בתוך דברי הפרסום לא יספיק כדי מילוי דרישה זו. העתירה התקבלה - שר הפנים חרג מסמכותו. שלילת חופש הביטוי תיעשה רק כאשר ישנה אפשרות קרובה לוודאי של סכנה לשלום הציבור.	העיתון הקומוניסטי "קול העם" מפרסם מאמר ביקורת על ממשלת ישראל ושר הפנים עושה שימוש בסמכותו שבס' 19 לפקודת העיתונות ומוציא צו הפסקת פרסום לעיתון.	קול העם (על מנת לפגוע בחופש הביטוי אל מול אינטרס שלום הציבור דרושה הסתברות של קרובה לוודאות).
החלק הרלוונטי בסעיף אומר שלתעמולת בחירות לא תהא קשורה במתן מתנות. השאלה איך מגדירים את המושג מתנה? ביהמ"ש - אומר שמה שניתן לחלוקה זה חופש הביטוי של העותרים ולכן לא יהיה ניתן לנקוט גישה דווקנית כשאנו מפרשים את היישום בעניין מתן מתנה. כיוון שזו סותרת את אמת המידה שבפרשת קול העם, חופש הביטוי נסוג בפני עיקרון אחר רק אם קיימת הסתברות של קרבה לוודאות לפגיעה ממשית בערך. כאן מייחסים לקול העם הבהרה אפילו. ביהמ"ש לוקח מושג שלכאורה ברור ואומר שהפרשנות תיעשה לאור המבחן של "קול העם". בנסיבות העניין לא מדובר בפגיעה בטוהר הבחירות ולכן אם תימנע החלוקה יפגע חופש הביטוי במידה העולה על הנדרש ולכן מפרש את החוק באופן שחלוקת המתנות אינה מהווה מתנה לפי סעיף 8 לדרכי תעמולה. פסה"ד שמשקף את מחויבות העליון להגנה על חופש הביטוי.	חלוקת גליונות עיתון מסוים בזמן הבחירות, על אף שעפ"י חוק דרכי תעמולה אסור לתת מתנות במהלך הבחירות.	בג"צ 979/15, מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות

4. סמכויות חירום		
4.1 הכרזה על מצב חירום		
במדינות רבות החוקה כוללת התייחסות לנסיבות של מצב חירום. משמעות מצב זה היא חיוב שינוי מההסדר המשפטי הרגיל. נהוג לתאר מצב זה כאירוע בודד או רצף של אירועים שמקושרים למצב חריג שמאיים על קיום המדינה: מלחמה, מרד, משבר כלכלי, אסון טבע. מצב החירום בישראל אינו זמני. מאז שהמדינה הוקמה ועד היום המדינה פועלת תחת הכרזה קבועה על חירום. הבסיס לכך: 1. סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט – אם יראה הדבר למועצת המדינה הזמנית רשאית היא להכריז כי קיים מצב חירום. ואכן ב19.5.48 מועצת המדינה הכריזה על מצב חירום. אף פעם לא ביטלה. 2. ב1992 – הכנסת חוקקה את חו"י הממשלה. נכנס לתוקף ב1996. הוא ביטל את סעיף 9 הנ"ל. היא חוקקה את סעיף 38 לחו"י הממשלה וקבעה כי הכנסת רשאית להכריז על מצב חירום. ההכרזה הזו תוקפה יוגבל לתקופה שאינה עולה על שנה אחת, אך זה ניתן להארכה. (ומאז ועד היום הכנסת מאריכה זאת כל שנה).		
בג"צ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת ישראל מוכרזת כנמצאת במצב חירום מאז הקמתה. העותרים טוענים שאין הצדקה לזה. העתירה נמשכת 13 שנים ונדחת בשנת 2012.	בית המשפט - אומר שהעתירה מיצתה את עצמה. 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.	
4.2 תקנות הגנה (שעת חירום), 1945		
בג"צ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58 ליון עותר כנגד החלטה להפקיע דירה שבבעלותו לטובת בעל משרה בכירה (היועמ"ש).	ליון טוען שהמטרה אינה ביטחונית אלא נועדה לשם נוחות הבכיר. הוא מוסיף כי לתקנות ההגנה לשעת חירום אין תוקף לאור השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה, כלומר קליטתן לא צריכה להיות אוטומטית. הוא מוסיף כי תקנות אלו בעלות אופי דיקטטורי ואף אופי שאינו יהודי, בלימת עליית יהודים לארץ	
שופטים: זמורה, אולשין, שמחה אסף – דוחים את הטענה. הנימוק שלהם הוא ששינויים מהותיים במצב המשפטי, להבדיל מתיקונים טכניים שמתחייבים מהקמת המדינה, צריכים להיות מסורים בידי הכנסת. הם מציעים מודל נוסף לפסילת חקיקה מנדטורית – באמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט – להגיד שהחקיקה לא מתאימה. הם אומרים שיש מחוקק ויש בית משפט, בית המשפט הוא לא המחוקק. פקודת סדרי השלטון לדבריהם, התכוונה לשינויים טכניים בלבד. נראה שבית המשפט אז סבר שתורת הפרדת הרשויות מחייבת אותו להישאר במתחם השפיטה ולא להפוך עצמו למחוקק. למרות שבית המשפט בפרשה זו נמנע מלקבוע את בטלותם של תקנות ההגנה, הוא נאות לפקח על הפעלתן.	שופט ברק אומר שהפירוש שיש לתת לתקנות ההגנה היום אינו זהה לפירוש מתקופת המנדט. תקנות ההגנה צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של השיטה. כל דבר חקיקה יתפרש ע"פ עקרונות היסוד של השיטה, בין אם הוא ביטחוני ובין אם לאו. האיזון משמעותו כי ניתן להגביל את חופש הביטוי רק כשקיימת וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. ניתן צו החלטי לטובת העותרים. ביהמ"ש בוחן החלטות מכוח תקנות ההגנה. גם פורמאלית וגם מהותית.	
בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצנזור פוסל קטעים בכתבה שעומדת להתפרסם על ראש המוסד (ביקורת על תפקודו) טענות הצנזור – אומר שזה הולך לפגוע בפעילות המוסד כולו. הפרסום על הפרישה – יסייעו לזיהויו וזה מעורר סכנה לביטחונו של ראש המוסד.		

4.3 תקנות שעת חירום

תקנות אלו במעמד חקיקת משנה. הן מותקנות ע"י הממשלה. תוקפן עד 3 חודשים. הסמכות נקבעה לראשונה בסעיף 38 המעניק לכנסת סמכות להכריז על קיום מצב חירום. מגביל את ההכרזה לשנה. סעיף 39 אומר כי בעת קיום מצב חירום הממשלה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום. הסמכות נשמרת אך סויגה:

סעיף 39(ד) – תקנות שעת חירום לא ימנעו פנייה לערכאות, לא יכולות להעניש למפרע, לא יכולות לפגוע בכבוד האדם.

סעיף 39(ה) – קובע שלא יותקנו תקנות אלו אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

סעיף 39(ו) – מסמיך את הכנסת להאריך את התוקף (זה ייעשה בחקיקה ראשית).

ביהמ"ש התייחס במהלך השנים לסמכות ההגנה אך ההתערבות המשמעותית הייתה כשביהמ"ש התחיל להציב גבולות בתחילת שנות ה-90. **נקבע שהסמכות להתקין תקנות אלו לא נועדה לאפשר עקיפה של חקיקת הכנסת.**

לוי – קבע כי אם יש אפשרות בחקיקה רגילה כך עושים, לא בתקנות שעת חירום. בנוסף, אי אפשר להתקין תקנות שעת חירום שלא קשורות ישירות לצורכי שעת החירום. יש להעדיף חקיקה רגילה על התקנת תקנות אם הדבר מתאפשר מהנסיבות.	בתחילת שנות ה-90 מדינת ישראל נקלעת למצוקת דיור. מגיע גל הגירה גדול. כדי להתמודד עם הבעיה שר הבינוי והשיכון מתקין תקנות שעת חירום שבהן נקבע מנגנון מקוצר לאישור תוכניות בנייה. במקביל מתנהל בכנסת הליך מזורז של חקיקה שנועדה לפתור את אותה הבעיה – חוק הליכי תכנון ובנייה. למרות שיו"ר וועדת הפנים אומר לשר הבינוי והשיכון (אריאל שרון) לחכות, הוא מתקין בכל זאת. החוק נכנס לתוקף שבוע אחרי התקנת התקנות.	בג"צ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל
--	---	--

4.4 חקיקת חירום תלוית הכרזה

- שלוש חוקים רלוונטיים (פס"ד ירדו מהסילבוס) –**
- (1) חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (**דוגמא לדפוס של הסדר מפורט**) – המסדיר את נושא מעצרים מנהליים של חשודים בעבירות ביטחוניות בישראל. [יש ראיות מנהליות נגד מישהו אך לא ניתן לחשוף אותו (כדי לא לגרום נזק כבד לישראל), זהו מעצר מניעתי. זה פוגע בזכות הבסיסית שלו להגן על עצמו].
 - (2) חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 (**דוגמא לדפוס של חוק מסגרת**) – זה חוק שמקנה לשרים סמכויות להסדיר את העיסוק באספקת מוצרים ושירותים, זה נעשה תוך פגיעה חמורה בחופש העיסוק ובזכויות יסוד חמורות. הדפוס הזה דומה מאוד לתקנות שעת חירום סעיפים 38-39 לחו"י הממשלה, מפני שבשני המקרים הרשות המבצעת מקבלת "אור ירוק" להסדיר תחום בלי שנקבעו עקרונות האמורים להנחות את שיקול הדעת ולהגבילו. כאן זה יותר חמור כי זה כל עוד יש מצב חירום, לעומת התקנות שהן מוגבלות ל-3 חודשים. במשך תקופה ארוכה התקנות נהנו מעליונות על חקיקה ראשית.
 - (3) חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016

4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה

20 שנה האחרונות יש שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל.

זה היה ב-3 אופנים:

1. מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית.
2. החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת.
3. החקיקה אינה מותנית/אין תלות בקיומו של מצב חירום.

מה גרם למחוקק לשנות את המצב?

- א. **אי התאמה של המודל הישן למציאות של מצב מתמשך** - דיני חירום אמורים להסדיר מצב משפטי לזמנים שהם לא זמנים רגילים. הדגם של חקיקת חירום לא מתאים למצב מתמשך או קבוע. ההתמשכות של מצב החירום הופכת אותו למעין למצב רגיל ומוציאה את החריגות שלו.
- ב. **התחזקות ההתנגדות השיפוטית להאצלה גוברת** – דרישה להסמכה מפורשת, כלל ההסדרים הראשוניים.
- ג. **הרחבת ההתערבות בשיקול הדעת בעניינים ביטחוניים** – התערבות מתרחבת מעבר לסוגיית הסמכות לפעולה, ובית המשפט בוחן גם את שיקול הדעת (פלונים נ' שר הביטחון, חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים, פלוני נ' מדינת ישראל)
- ד. **התחזקות המחויבות הציבורית להגנה על זכויות אדם** - הרוח הנושבת מבית המשפט מחזקת את הכנסת להגן על זכויות אדם, בא לידי ביטוי בכך שהכנסת נכנסת לעובי הקורה וקובעת בעצמה את נקודת האיזון בין צרכי הביטחון לזכויות אדם. לפי ההסבר הזה מי שמחולל את השינוי הוא עדיין בית המשפט. עם זאת, לפי הסבר זה לא מדובר בצעד לאומתי, אלא עולה בקנה אחד עם העמדה של בית המשפט

השופט ברק - טען בדיון הראשון כי אין תכליתו של חוק המעצרים המנהליים לעצור אדם שלא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית לצורך "קלף מיקוח". דבר זה צריך להיות במפורש וגם אז תיבחן חוקתיותו. בד"נ שינה דעתו וטען כי הלשון עצמה של החוק היא די מרחיבה, אבל עליו להחליט איך לפרש את הדברים. מצד אחד עומדים שיקולי ביטחון המדינה ומצד השני שיקולים של חירות וכבוד של זה שנעצר. עניין זה מחייב להגיע למסקנה כי שימוש כקלף מיקוח באדם שממנו לא נשקפה סכנה לביטחון המדינה- לא יכול להחשב מטעמי ביטחון המדינה והציבור. המחייבים שאותו אדם יוחזק במעצר. מפרש את המעצרים באופן שכוונתו שרק האדם עצמו מהווה סכנה לביטחון המדינה, אך אם הוא נחטף ומחזיקים בו כדי לשחרר שבוי של המדינה אצל אותו ארגון זה לא מספיק. רק הוראה מפורשת בחוק המעצרים תוכל להוביל לפרשנות שניתן לעצור אדם כמשמש ל"קלף מיקוח".	ס' 2 לחוק המעצרים המנהליים קבע שאם לשר הביטחון יש יסוד סביר להניח מטעמי ביטחון המדינה/הציבור שמתחייב שאדם יוחזק במעצר, הוא רשאי להורות על מעצרו עד 6 חודשים בצו. לבנונים מוחזקים במעצר מנהלי ועותרים נגד זה. אין מחלוקת שלא נשקפת מהם סכנה ישירה לביטחון המדינה אלא שהם משמשים כקלפי מיקוח לשחרור שבויים. טענתם היא שאי אפשר להחזיק אותם במעצר מנהלי מסיבה זו אם אין מהם סיכון ישיר.	דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון
ביניש - אומרת כי תכלית החוק הינה לא להחזיק במחבלים כקלפי מיקוח אך דוחה את העתירה. במקרה דנן ממילא הוכחה מסוכנותם האינדיווידואלית של העצורים לכן אפשר להשאירם במעצרם גם ללא ס' 7 לחוק. לכן, ביניש משאירה זאת בצ"ע, כי המדינה לא השתמשה בחזקה מס' 7. שאלת המעמד בס' 7 לא הוכרעה (האם היא תוכרע? הרי המדינה תמיד תוכל להוכיח מסוכנות אינדיווידואלית).	ערעור של תושבי הרצועה, שנכלאים בשל השתייכותם לחזבאללה. תוקפים את ס' 7 לחוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים- במישור שיקול הדעת, לא בסמכות.	ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל

5. מדינה יהודית ודמוקרטיה

קיים מתח בין הגדרת מד"י כיהודית להגדרתה כדמוי (בין אם הגדרתה כיהודית כוונתה למדינת הרוב היהודי, הלאום היהודי או מדינת הלכה יהודית). לדעת ברק לא קיים מתח זה, כיוון שכל עוד אדם לא נכנס לשטח מד"י- אין אנו חייבים לנהוג כלפיו בצורה דמוי, אלא רק לאחר שנכנס אליה. השאלה "מיהו יהודי" היא שאלה בעלת אופי ראשוני. לגביי שאלה זו המחוקק מאציל האצלה סמויה לרשות המבצעת להכריע בה. המחוקק מודע לכך שהגדרת מיהו יהודי שנקבעה בחוק השבות היא הגדרה עמומה ולכן מותיר לשר הפנים לקבוע כיצד לפעול. כאשר מדובר בהאצלה כזו לביהמ"ש ישנו מרווח אפשרויות פעולה שלא היה לו דובר בהאצלה מפורשת.

ב- 1970 מוסיפים לחוק השבות הגדרה "מיהו יהודי":

1. בן לאם יהודייה/שהתגייר ואינו בן דת אחרת
2. הזכאות לשבות מורחבת וכוללת גם בן-זוג של יהודי, בן/בת של יהודי, נכד של יהודי ובני זוגם.

מכאן הפכה השאלה להיות שאלת "מיהו גר".

בביהמ"ש העליון ישנם 4 דפוסי תגובה לשאלת "מיהו יהודי"?

1. ויתקון, שמגר, ברק → הכרעה במחלוקת לגופה תוך שימוש בטיעונים מהותיים. ברק כביכול בוחר פעמיים בדרך התגובה הרביעית אך למעשה בו בזמן הוא קורץ לצד אחד ואומר שיש תשובה בחוק ושאלה לא יכריע בשאלה המחוקק יכריע בה ביהמ"ש. בכך הוא אותת לאיזה כיוון הוא הולך ולכן התכלית הייתה למעשה להבטיח שיבצעו את כוונתו. לפי ספיר דרך זו היא בעייתית מבחינה דמוקרטית שכן השופט יוצר נורמות לפי השקפת עולמו, דבר שאינו בתחום סמכותו שהיא החלת נורמות קיימות שנתקבלו באופן דמוקרטי ע"י רשויות השלטון המופקדות על כך. כשביהמ"ש פוסק בשאלות שטרם הוכרעו ע"י המחוקק הוא מתערב באופן בוטה ובלתי מוצדק בהליך הדמוקרטי.

(אנגלרד בפס"ד נעמת, קיסטר וזילברג בפס"ד שליט).

2. דרך תגובה שנייה → הכרעה לטובת גישה מסויימת תוך הצגת ההכרעה כנייטרלית- החלטה טכנית שאינה פוסקת במחלוקת המהותית ואינה מסתמכת על עמדה ערכית. לפי ספיר גם דרך תגובה זו יש לשלול. ההכרעה הטכנית היא בדר"כ גם מהותית או לכל הפחות מובילה לכזו. דרך זו אף חמורה מקודמתה בשל המצג הנייטרלי המעכב ביקורת ציבורית על העמדה הערכית שבחר ביהמ"ש לנקוט.

3. דרך תגובה שלישית → ריסון שיפוטי. בהיעדר טעם חוקי מפורש או קונסנזוס ציבורי, ביהמ"ש נמנע מלהתערב. למעשה יש בכך הכרעה לטובת הרשות המבצעת וכנגד האזרח. ניתן לתאר אותה כהחלטה שלא להתערב בהחלטת הזרוע המבצעת שאושררה בהסכמה בשתיקה של הזרוע המחוקקת. (לנדוי ואגרנט בפס"ד שליט).

4. דרך תגובה רביעית → נקיטת טקטיקה שתכליתה להכריח את המחוקק או לפחות ללחץ עליו להגיע להכרעה דמוקרטית בעניין. טקטיקה זו ננקטה ע"י טירקל בנעמת נ' שר הפנים. לדעת ספיר זוהי הדרך הנכונה ביותר מזווית ראייה דמוקרטית. (טירקל בפס"ד נעמת)

שבות	מרשם	גיור בישראל
רוגצ'ובה גם גיור פרטי (אורתודוקסי)	נעמ"ת כל גיור	
טושביים 2 כל גיור	מילר, ש"ס כל גיור- כל עוד יש תעודה תקבל (גיור רפורמי, אורתודוקסי, קונסרבטיבי) הרציונל של שליט- מרשם לא אומר כלום.	גיור בחו"ל

5.1 הגירה ומרשם		
הדילמה כשסע הפנימי-יהודי		
שליט טוען כי יש להפריד בין דת ולאום. הוא מציע את מבחן ההזדהות הפנימית: 1. מרכיב סובייקטיבי: הזדהות עם ערכי היהדות; 2. מרכיב אובייקטיבי: הקשרים של אותו אדם עם קבוצת הלאום היהודי, הילדים חיים בישראל בין יהודים. זילברג (מיעוט) דוגל במבחן ההלכה- על פיה אין הילדים יהודים (כיוון שהאם גויה). ס' הלאום מסמל הרבה מאד ואין לומר שהוא חסר משמעות. מבחן העותרים יביא לתוצאות הרסניות. דוחה את מבחנו של שליט כיוון שעדיין אין לנו זהות-יהודית (וגם אם כן- היא תהיה שונה מהגדרת הלאום בת"ז) וכי אם נצדד במבחנו של שליט הרי שכל מוסלמי שיגיע יאמר שהוא מרגיש זהות לתרבות היהודית ויבקש להירשם כיהודי). זוסמן (רוב) טעות לחשוב שהעניין מחייב אותנו להכריע בסוגיה מיהו יהודי. בידי פקיד הרישום לא הופקדו סמכויות שיפוט (מחמת חוסר בכלים) ותפקידו הוא לרשום את המידע הנאמר לו בלבד. אין לו סמכות להחליט האם המידע שניתן לו תקף או לא. פקיד הרישום חייב לרשום את הפרטים המובאים לו בהודעה אלא אם יש לו יסוד סביר להניח שאיננה נכונה. הודעת רישום לגבי דת או לאום אינה חייבת לעמוד דווקא במבחן של בדיקה אוביי' או במבחן הדת. פירוש המונח "יהודי" חייב להיות תואם את הפירוש שניתן לו בחוק השבות. מקבל את עתירתו של שליט. לנדוי (מיעוט) על ביהמ"ש לנהוג בניטרליות שיפוטית במחלוקת אידי' זו כיוון שמחלוקת זו תשפיע על דרישות לא-יהודים בעתיד. את המושג "יהודי" ראוי לפרש עפ"י השקפת עולמו של הציבור הנאור-אך הוא טרם גיבש עמדה בנושא ולכן על השופט להימנע מלהחליט בנוגע לפרשנות מושג זה. <u>המבחן הינו מבחן אוביי' אדם יהודי רק אם נולד לאמא יהודייה.</u> ולכן הפקיד שידע שהאם גויה פעל כנדרש. ניתן לזהות בקרב השופטים 3 גישות: שופטי הרוב (זוסמן, ויתקון, מאני, כהן): מסתמכים על שתי יתדות מפרשת פונק שלזינגר הקודמת לפרשת שליט: 1. פקיד המרשם הוא רשם- אין בידי סמכות להחליט האם המסמכים/הודעות שנאמרים לו תקפים או לא. עליו לרשום אותם ותו לא. 2. פריט הלאום, כפריט הנישואין, אינו משמש ראייה- הוא חסר ערך ראייתי ולכן אין בעיה לומר שהילדים הם יהודים. חלק מעמדת המיעוט (זילברג, קיסטר): בעלי אוריינטציה דתית ולכן בוחנים השאלה מנק' מבט דתית, הסטורית וסוציולוגית. מגיעים למסקנה שיהודי הוא מי שנולד לאם יהודייה. 3. חלק מעמדת המיעוט (אגרנט, לנדוי): דוחים את הטענה לפיה למרשם אין כל תוקף: א. יש תוקף סמלי. וגם זה סוג של תוקף. ב. מבחינה מעשית לא נכון לומר כי אין תוקף. ג. להחלטה לרשום הילדים כיהודים תהיה משמעות מעצבת תודעה שתהפוך את הדבר לגיטימי מבחינת מרשם האוכלוסין אך הדבר עלול יהיה לזלוג גם לתחומים אחרים- שבות למשל.	יהודי התחתן בסקוטלנד עם גויה. בחזרתו לארץ מצהירה עצמה כלא יהודיה, אך מקבלת אזרחות מתוקף חוק השבות. נולדו לו ילדים בישראל. מבקש לרשום את הילדים כלא יהודים בסעיף הדת, אבל כיהודים בסעיף הלאום. הבקשה לגבי סעיף הלאום מסורבת.	שליט נ' שר הפנים (לפני 1970) (אין בעיה לגביי חוק השבות יש בעיה לגביי חוק מרשם האוכלוסין. ביהמ"ש פונה לממשלה ומבקש להוביל תיקון לחוק במסגרתו יימחק ס' הלאום ממרשם האוכלוסין מאחר ומעוניין שלא להכריע בעתירה. הממשלה מסרבת וביהמ"ש נאלץ להכריע).

ביחס להמרות דת שמתבצעות בישראל יש חיקוק- פקודת ההמרה- כדי שהמרת דת שבוצעה בישראל תקבל תוקף היא צריכה לקבל את אישורו של ראש העדה הדתית ממנה יצאה וראש העדה הדתית אליה היא מעוניינת להיכנס. שמגר: המושג "גיור" הוא מושג דתי שהמחוקק החילוני עושה בו שימוש ועל כן צריכה פעולת הגיור להתיישב עם תפיסה יהודית של מושג זה. בגדרי העתירה דן אין לנקוט עמדה אם תפיסה יהודית זו גוררת אחריה הכרה בכל גיור רפורמי כגיור תקף לעניין חוק השבות. כל שיש לקבוע בדבר הוא אי תחולתה של פק' העדה הדתית לעניין הכרה בגיור על פי חוק השבות. לסיכום- פק' העדה הדתית רלוונטית רק לחיקוקים בעלי אופי דתי. ברק: פקודת ההמרה הדתית רלוונטית רק לגביי חיקוקים בעלי אופי דתי (נישואין וגירושין) ואילו כאן מדובר בחיקוק בעל אופי חילוני לכן אין לדתיים נגיעה. אם נפרש את פק' העדה הדתית בהרחבה תהיה פגיעה בחופש מדת. ברק אומר שני דברים: 1. כל שהתבקשנו הוא להכריע בשאלת רלוונטיות הפקודה הדתית ולכך השבנו. 2. לגביי הגיור הרפורמי- לא ביהמ"ש יכריע בסוגייה. על המחוקק להכריע בכך, ואם לא יעשה כן, ייאלץ ביהמ"ש לעשות זאת.	פסרו מגיעה מברזיל כתיירת, פוגשת את גולדשטיין, מתגיירת בגיור רפורמי והם מתחתנים בנישואים קונסולריים. גולדשטיין מבקשת שיכירו בה כעולה לפי חוק השבות ושתירשם כיהודיה ע"פ חוק המרשם. לפי חוק העדה הדתית (המרה) עליה לקבל אישור על גיורה מהרבנות הראשית. בעקבות פס"ד זה הוקמה ועדת נאמן אך המלצותיה לא יצאו לפועל.	פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים
טענות המדינה: 1. יש לאבחן מהחלטות קודמות לגביהן נקבע כי מי שעבר את כל הגיור בחו"ל יוכר לעניין חוק המרשם כיהודי מאחר וכאן מדובר על אנשים שעברו גיור חצי בארץ, חצי בחו"ל. 2. המדינה מנסה לאתגר את הלכת שליט- טוענת שאז לא הייתה זיקה בין חוק השבות לחוק המרשם ואילו כעת יש הגדרה בחוק השבות ובפניה בחוק המרשם אליה. לכל החלטה יהיו השלכות על חוק השבות. ברק (רוב): אנו עוסקים בחוק המרשם ולא בשבות לכן לא מכריע מיהו יהודי בנוגע לגיורים השונים, אלא רק קובע כי לפקיד הרישום אין סמכות להכריע בכך כל עוד לא נקבע אחרת. השאלה היא אם ניתן להכיר בגיור רפורמי לצורך חוק המרשם. על פקיד הרישום לבצע את הרישום כמבוקש אלא אם יש לו יסוד להניח שההודעה אינה נכונה. אין הוא יכול להחליט שלא לבצע את הרישום כי הגיור הוא רפורמי. אין חשיבות אם הגיור נעשה בישראל או בחו"ל. אנגלרד (מיעוט): לשאלת מיהו יהודי יש מימד מהותי חשוב מעבר למשמעות הסמלית. הסוגיה שלפנינו הנוגעת לרישומם של אדם כיהודי במרשם האוכלוסין היא דוגמה מובהקת למאבק על סמל. לפי אנגלרד דין העתירות להדחות מהטעם שהגיור צריך להיות לפי דין תורה ומכאן שאין ספק לגבי מהותו של הגיור ואין לפקיד המרשם כל קושי להחיל את המבחן ההלכתי הקבוע בחוק. אם לדעת פקיד הרישום ההודעה הנמסרת לו אינה עונה על דרישות ההגדרה המהותית בחוק השבות, הוא רשאי ואף חייב לסרב לרשום את המבקש כיהודי כל עוד לא נבדק תוקף הגיור. טירקל (יחיד): לדעתו המטרה האמיתית של העותרים היא לזכות במעמד של יהודים ולא רק ברישום באוכלוסין. מציע לא לרשום אף אדם כיהודי. לטעמו אמירה שזה רק נתון סטטיסטי מיתממת ועוצמת עיניים להשלכות של רישום הלאום. מדבר על הלכת שלזינגר שבוטלה ולכן נוצר חלל חקיקתי בחוק המרשם שעל המחוקק למלאו בהגדרה חדשה ל"גיור" או בהנחיה מפורשת לפקיד הרישום. בהעדר חקיקה כזאת אין על פקיד הרישום לרשום דבר בס' הלאום והדת. אך לגבי העתירה הנוכחית אין להחיל את תוצאות שינוי ההלכה אלא מכאן והלאה ולכן מקבל את העתירה. לא רושם איזה גיור רלוונטי עד שהמחוקק לא יחליט. העתירה התקבלה.	העותרים מבקשים לרשום את הבת שאימצו ועברה גיור רפורמי כיהודיה בעקבות פס"ד זה נקבע כי גם אדם שעבר גיור רפורמי יירשם כיהודי. מי שהתגייר בארץ או בחו"ל, לצורכי חוק המרשם יירשם כיהודי. בלי להכריע בשאלת תוקף הגיור לצורכי חוק השבות ובכלל. שר הפנים מחק את פריט הלאום ומנק' זמן זו נפתרה בעיית רישום הלאום בת"ז.	נעמת נ' שר הפנים

טושביים נ' שר הפנים	העותרים באו ממקומות שונים לישראל ושוהים בה כדין. הם החלו בהליכי גיור בארץ ולבסוף עברו תהליך גיור בקהילה יהודית מחוץ לישראל, ע"י בית דין של הקהילה הרפורמית. סמוך לאחר מכן שבו לישראל ומבקשים שיכירו בהם כיהודים לעניין חוק השבות. שר הפנים מסרב שכן עובר לגיורים לא היו חברים בקהילה היהודית במסגרתה גיורו.	טושביים 1: המדינה טוענת שתכלית חוק השבות לעזור ליהודים לעלות ארצה ואילו כאן מדובר בלא יהודים שהגיעו ארצה ורק אז התגיירו. אם יוכרו כיהודים זה יפגע בעקרון השוויון אל מול קבוצות מיעוט בארץ. פרט לכך, ישראל תהפוך יעד אטרקטיבי להגירה. ברק: עליה משמעותה השתכנות בארץ ולא משנה מתי נהיה יהודי. ואולם ברק לא מכריע ומבקש מהמדינה להציג טיעון לגופו של עניין- איזה גיור יש בו צורך כדי להפוך ליהודי. אוי לזכויות האדם הבסיסיות אם נפרשן בצמצום בגלל החשש לניצול לרעה (מצד לא יהודים המעוניינים להתגייר). טושביים 2 המדינה מסכימה להכיר בגיור שנערך בחו"ל ללא קשר לזרם במסגרתו נערך. אך מוסיפה 2 טענות: א. הגיור הוא אקט קהילתי ולכן נדרש שיצטרף אותו אדם לקהילה וישהה בה. אם לא כן-לא יקבל את ההכשר הנדרש. העותרים לא יקבלו כיוון שהתחילו בארץ השלימו בחו"ל ומיד חזרו ארצה. ב. גיורים שנעשו בארץ, צריך שיעשו במוסד גיור שהקימה הממשלה. ברק: מי שהתגייר בחו"ל ועלה ארצה- זכאי מכוח חוק השבות. לגביי סייג ההצטרפות לקהילה- לא מקבל. לגביי גיור שיערך בארץ- לא מכריע בסוגייה כיוון שהעותרים התגיירו בחו"ל, אך מזכיר כי החלטת הממשלה אינה מחייבת את ביהמ"ש אלא רק החוק. מכאן שהמוסד שנקבע ע"י ועדת נאמן אינו מחייב את ביהמ"ש. פרוקציה: החלת חוק השבות על מי שהצטרף ללאום היהודי מכוח הגיור במהלך ישיבתו בארץ אינה תואמת איפוא את לשונו של החוק, ואף לא את תכליתו, כחוק של קיבוץ גלויות. אין להרחיב את פרשנות של חוק השבות מבלי שהמחוקק נתן דעתו על כך. כריכת סוגיית השבות בסוגיית הגיור של תושב ישראל עשויה להעלות בעיות: עלול לעורר חשש שיעדו האמיתי של הגיור המיוחל מונע ממניעים של רכישת מעמד אזרחי, ולא בהכרח מרצון כן ואמיתי, אי שוויון בין תושבים (לא אזרחים) לבין מתגיירים- חוק השבות כחוק של עלייה אינו נוגד את הרציונל הבסיסי של שוויון בין האזרחים, הואיל ותכליתו המוגדרת היא פתיחת שערי הארץ לעולה היהודי מתוך הכרה בחשיבות הקמתו של בית לאומי ליהודים.
בג"צ 7625/06 רוג'ובה נ' משרד	עותרים ששוהים בישראל כדין עוברים גיור בב"ד אורתודוקסי פרטי. המדינה מסרבת להכיר: 1. הזכאות לשבות לא חלה על מתגייר ששוהה בישראל (טענה המוכרת מפרשת טושביים 1). 2. גם אם היא חלה גיור ייחשב לתקף רק לפי הרבנות.	השופטת נאור- אומרת לגבי הטענה הראשונה שהפרשנות המצומצמת לא שוויונית ומפלה. לגבי הטענה השנייה, היא חוזרת על ההלכה בפרשת טושביים 2 ומציעה לאמץ את מבחן הקהילה היהודית המוכרת. זה מבחן שמשלב באופן הראוי את התכליות של עידוד העלייה והפיקוח הציבורי על הגיור. המשמעות= גיורים אורתודוקסיים חלופיים בארץ תקפים. מה עם גיורים קונסרבטיבים ורפורמים? נאור לא מחליטה. היא מבססת את עמדתה על כלל ההסדרים הראשוניים. היא אומרת שההכרה לצורכי חוק השבות היא הסדר ראשוני שנוגע לשאלות עקרוניות שיוורדות לשורשי החברה הישראלית. ראוי שהיא תיעשה על ידי המחוקק ולא על ידי המנהל(=הרשות המבצעת).

הדילמה כשסע רוב-מיעוט		
סטמקה נ' שר הפנים אזרחי ישראל שנישאו ללא יהודים ומבקשים לרשום כיהודים מכוח ס' 4א(א) לחוק השבות. השאלה בפס"ד, האם בן זוג של כל יהודי זכאי לשבות? האם הזכות לשבות מעניקה אזרחות אוטומטית? או רק בן זוג של יהודי שאיננו אזרח ישראל?	חשין- חוק השבות לא חל על בן זוגו הלא יהודי של יהודי שהיה אזרח ישראלי בעת נישואיו. על כן לא זכאי בן הזוג הלא יהודי לאשרת עולה מכוחו של חוק השבות ולאזרחות ישראלית על בסיסו. ס' 4א(א) מדבר רק על יהודים שטרם עלו ארצה והשבות מוקנית רק לבני משפחתם של אלו שטרם עלו ארצה (מראה זאת מתכלית החוק).	
עדאלה נ' שר הפנים הוראת שעת שוללת את כניסתם של בני זוג של תושבים לא יהודים לארץ.	טענות העותרים- החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון. הפגיעה בזכות לחיי משפחה מתבטאת בכך שהחוק מונע איחוד משפחות של בני זוג ערבים-ישראלים עם בני זוגם הערבים מהאיזור והפגיעה בשוויון מתבטאת בכך שהפגיעה מתמקדת באזרחים הערבים כי הם אלה שנישאים לפלסטינים מהשטחים. נטען שהפגיעות לא עומדות בתנאי פסקת ההגבלה ושהתכלית אינה ראויה והפגיעה לא מידתית. טענת המדינה - הדבר מעורר סיכון ביטחוני גבוה. פרוקציה - המדינה לפי הצהרתה הסתמכה רק על שיקול ביטחוני ולא על שיקול דמוגרפי. זה שיקול אמין, אבל אי אפשר להתעלם מכך שייתכן וקיים מניע נוסף. השיקול הדמוגרפי עלה בדיוני הכנסת סביב החוק. חשין - הצעת החוק, הוראות החוק, תיקוני החוק וגם טיעוני המדינה מראים שתכלית החוק היא ביטחונית. חילופי הדברים שנשמעו בכנסת בזמן הליך החקיקה לא משנים את התכלית הזאת. מעבר לכך, אנחנו לא נדרשים להכריע בכך כי זה לא עלה בכלל. המדינה אמרה שהנימוק לחוק אינו דמוגרפי, אך גם אם הוא היה, והוא מדגיש שהוא לא, זה היה עולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל. 6 שופטים מתוך 11 חושבים שהחוק לא מידתי. למה הוא לא נפסל? כי אדמונד לוי, הקול המכריע, חושב שהחוק לא חוקתי אך מצטרף לדעת הרוב שדוחה את העתירה ברוב של 6 מול 5. לוי מצטרף לרוב למרות שהחוק לא חוקתי מכיוון שהוא נחקק בהוראת שעה ועומד לפקוע בקרוב.	