**משפט חוקתי-**

1.1 חוקה

**חוקה = קובץ המאגד את הערכים, הזכויות ואת ההסדרים המוסדיים במדינה.**

**למדינת ישראל יש שני מאפיינים ייחודיים**
1.מדינת ישראל מהקמתה ועד היום מצויה באיום. למציאות זאת יש השלכה על שני חלקים: א. בסוגיית מבנה המשטר, חלוקת הסמכויות בין הגופים השונים. ב. במידת ההגנה שתינתן לזכויות אדם "הכרחיות" במצבים ביטחוניים.
2.העובדה שמדינת ישראל היא מדינת לאום.

**המהפכה החוקתית- עבר, הווה ועתיד, פרופ' ספיר**
בתיאוריה החוקתית מבחינים בין שני דגמי אב של ביקורת שיפוטית.
הדגם הריכוזי- הדגם הנהוג במדינות הקונטיננט(בעיקר מדינות אירופה). ביהמ"ש אחד מבצע ביקורת שיפוטית והוא מנותק משאר מערכת השפיטה במדינה. התפקיד של השופט מצומצם ועליו להיזהר מלפגוע בעקרון הפרדת הרשויות. במדינות אלו לא הוכר עקרון התקדים המחייב. השופטים לביהמ"ש הריכוזי נבחרים ע"י המערכת הפוליטית. למודל זה יש סתירות- למשל, באירופה קיים משפט הקהילה האירופאית\ האמנה האירופאית , לעיתים הם יתנגשו עם מערכת המשפט הפרטית של המדינה. מה שהופך את מודל זה למעין מודל ביזורי. החשש העיקרי שבמודל הריכוזי הוא שהשופטים בערכאות הנמוכות יהפכו ל"בורים" בעניינים מסוימים. לדעת פרופ' ספיר זה מודל בעייתי ומסורבל שיוצר קשיים רבים.הדגם הביזורי-מודל זה שכיח במדינות המשפט המקובל, לפיו כל בתי המשפט מוסמכים לתת ביקורת שיפוטית.המודל בישראל- מדינת ישראל עובדת באמצעות דגם ביניים הכולל מרכיבים ביזוריים וריכוזיים, לפיו כל ביהמ"ש שהוסמך בחוק לפסול חקיקה יכול לעשות זאת.. לביהמ"ש העליון יש עומס רב, הוא עוסק גם בשאלות חוקתיות ולעיתים גם בערעורים ראשוניים(ערעורים על החלטת המחוזי). לפי פרופ' ספיר, העומס ירד אם יוגדלו הסמכויות לשלום והמחוזי, כך שהמחוזי יהיה תמיד זה שיקבל את הערעורים הראשוניים(=המצב בארה"ב).
 **מאפייני החוקה**
1.עליונות- החוקה נמצאת בראש פירמידת הנורמות ובאופן זה עליונה על חוקים רגילים. היא מהווה מקור ראשון מבחינה חוקתית ויוצרת קו מנחה לחקיקה ראשית וחקיקה משנית.
2.תוכן- חוקה מכילה בתוכה את הערכים עליהם מושתתת המדינה. ערכים אלו מתורגמים לזכויות שניתנות לאזרחי המדינה.
3.נוקשות\שריון- החוקה משוריינת מבחינה פורמלית(מבחינת התוכן שלה) ומבחינה מהותית(הליך החקיקה). הנוקשות באה כתולדה של העליונית וככלי להבטיח את העליוניות-על מנת לשמור על יציבות הדמוקרטיה. באמצעות הנוקשות מבטיחים את עליוניות החוקה.
4. דרך אימוץ- החוקה מתקבלת באופן ייחודי(לדוג': משאל עם) ושונה מהחקיקה הראשית. במדינות העולם נהוג להקים גוף אחד שתפקידו היחידי יהיה לכונן חוקה למדינה. הגוף מוקם במטרה שכל אזרחי המדינה בעלי הדעות השונות יקבלו על עצמם את החוקה שאמורה לאפיין ולחבר את האזרחים כולם ולא חלק מהם.
5.סגנון- החוקה קצרה ותמציתית יותר ביחס לחוקים רגילים. החוקה קובעת עקרונות כלליים ולכן היא כתובה באופן קצר וכללי ללא פירוטים טכניים.

**למה צריך חוקה?**
1.הגנה על כללי המשחק- חוקה נחוצה במדינה כדי לשמור על "כללי משחק" יציבים מבחינה כלכלית, פוליטית חברתית וערכית. החוקה שומרת על יציבות וודאות ככלי המשחק.
2. הגנה על ערכים-עקרונות יסוד- יש חשש שהמציאות תשתנה ובנסיבות מסוימות ערכי החברה ישתנו. מנגנון החוקה שומר על הערכים גם במצבים כאלה, "להגן על עצמנו מפני עצמנו". **חסרונות ופתרונם בשאלת החוקה- פרופ' ספיר "שלושה מודלים של חוקה"**חסרונות של חוקה-
1.אי הסכמה בשאלת הערכים: חוקה היא לא דבר שכופים אלא פועל יוצא של הסכמה חברתית. בחברה פלורליסטית קשה להגיע להחלטה פה אחד בשאלת הערכים החשובים שעל רוחם צריכה להתבסס המדינה ואותם יש לעגן בחוקה שתשמש קו מנחה מכאן והלאה.
2. מתח בעיקרון הדמוקרטי, וכפועל יוצא מכך פגיעה בתדמיתו ומעמדו של ביהמ"ש: ביהמ"ש מקבל כובע נוסף בהיותו "מפרש" ומפשיט את הנחיות החוקה, דבר שעלול להתפרש כסטירת העיקרון הדמוקרטי (השופטים אינם נבחרי ציבור) וכתוצאה מכך עלול להוביל למצב בו הציבור מאבד מאמונו במערכת המשפט בהיותו "שחקן פוליטי".
3. קיבעון מוסרי וכבילת הדור הנוכחי לערכים של קודמיו: הדורות במדינה ישתנו וסביר להניח שתשנה גם תפיסת עולמם ולכן החוקה עלולה להקשות עליהם ולהפוך לישות כובלת ומסוכנת להתפתחות החברה והמודרניזציה.
4.מוטיבציה נמוכה של הציבור- הציבור עלול להרגיש שאין לו יכולת להשפיע על תוצאות חוקתיות כלשהן מה שיגרום למוטיבציה נמוכה לכינון החוקה. כמו כן עלול להיווצר דלדול בשיח הפוליטי, בהיעדר סיכוי טוב להשפיע על התוצאה הציבור יגלה פחות עניין בשיח הפוליטי.
5.ספק לגבי האפקטיביות: נשאלת השאלה האם חוקה היא אפקטיבית? הרי בכל מקרה יש לרשות המחוקקת את הכוח לשנות זאת בהתאם לתקופתה. ביהמ"ש צריך לשמור עלינו ברגעי משבר, האם ביהמ"ש מסוגל לנתק עצמו מהלכי הרוח בחברה ולהישאר נאמן לחוקה? \*במדינות שיש בהן חוקה, החוקה לא תמיד הגנה על המיעוטים ועל חירויות הפרט(למשל: ארה"ב).
ניסיונות לפתרון החסרונות-
1. חוקה המנוסחת באופן כללי: על מנת לפתור את בעיית אי-ההסכמה בעניין הערכים ניתן לנסח מסמך כללי. הבעיה בפתרון זה, היא שנוצר מצב בו פירוש החוקה נתון בידי ביהמ"ש.
2. הגבלת היקף הביקורת השיפוטית(מינימליזם): ניתן לטעון כי הפתרון הוא קביעת מקרי סתירה שרק בהם רשאי ביהמ"ש להתערב ולבצע ביקורת שיפוטית, אך יש קושי לקבוע מקרים ספציפיים כאלה. דוגמאות לכך:
פס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת- השופט גרוניס טוען שאין להתערב בחוק טל משום שנקבע באופן דמוקרטי. השופטים לא צריכים להתערב, ותפקידם הוא לדאוג לתקינותו של ההליך הפוליטי ולשמור על זכויות המיעוט. השופט ברק לא מאמין בצמצום יכולת בית המשפט להתערבות. לטענתו, הגישה שגויה והיא מבוססת על תפיסה צרה ובלתי ראויה של הדמוקרטיה.
השופט לנדוי במאמר "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?"- במאמר הוא דן בשאלה האם נחוצה לנו חוקה? כיוון שחוקה תהייה מלווה בביקורת שיפוטית. הוא מעלה חשש שהמעורבות השיפוטית בשאלות המהותיות יזיקו למעמדו של בית המשפט, יכתימו אותו ויהפכו אותו ל"מסומן" פוליטית-ערכית. מצד אחד רצוי שתהיה חוקה בשביל למנוע שינויים קיצוניים, מצד שני כשיש חוקה אין ביטוי לדעת הרוב בגלל שריון החוקה. יש להתייחס לחוקה ככלי פרשנות, עם זאת אין להפוך את השופט למחוקק עליון ויש להחליש את ידו מבחינת הביקורת שביכולתו לתת.
3. אימוץ כללי פרשנות: אימוץ כללים שיצמצמו את היקף שיקול דעת השופטים. יש שני סוגי פרשנויות:
א. פרשנות סובייקטיבית- מה הייתה הכוונה המקורית של המנסח? יש לה שתי חסרונות- הראשון הוא שלא ניתן לדעת בוודאות למה התכוונו המנסחים, והשני הוא שפרשנות סובייקטיבית ספציפית עלולה להחמיר את בעיית הקיבעון ולפגוע בדור הבא.
ב. פרשנות ע"פ תפיסת עולם עכשווית- לפי דבורקין בהתאם לערך כבוד האדם, לפי ביקל בהתאם לתפיסת העולם של רוב הציבור.
במאמרו של ניר קידר "המהפכה הפרשנית" הוא טוען כי פרשנות סובייקטיבית-תכליתית(פירוש החוק בהתאם לתפיסת העולם העכשווית) היא בעייתית, אין לה יציבות והיא עלולה לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ולהשאיר לשופט שיקול דעת רחב.
4.מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי: יש להביא למצב בו הרכב השופטים ישקף את תפיסות העולם המגוונות בחברה וכך ההכרעה השיפוטית תהיה דמוקרטית. אימוצו של מנגנון דמוקרטי לבחירת שופטים, שיעניק לציבור אפשרות להשפיע על הרכבו של ביהמ"ש, באמצעות נציגיו(כנסת, רשות מבצעת). מנגנון זה יחייב ייצוג של מיעוטים ואיזון פנימי.
5.הורדת רף השריון- ברגע שהחוקה תהיה פחות משוריינת יהיה ניתן לשנות אותה בהתאם לתפיסת העולם העכשווית. הבעיה היא שברגע שהחוקה אינה משוריינת מעמדה עלול לרדת והיא תאבד מעליונותה. אין עליונות בלי שריון ואין שריון בלי עליוניות.

1.2.1 המהלך החוקתי(1948-1992)

**החוקה במדינת ישראל:**-ב15 למאי הכריזו על מגילת העצמאות. עקב הצורך במוסדות זמניים לשלטון נקבע במגילת בעצמאות כי מועצת העם תפעל כמועצת מדינה זמנית וכממשלה זמנית עד להקמת מוסדות דמוקרטיים קבועים. תפקידה הראשוני של האספה המכוננת היה לחוקק חוקה, לאחר קיום בחירות ראשונות בא"י (1949) החליטה מועצת העם להתפזר("חוק המעבר") ולהעביר את סמכותה לאספה המכוננת אשר נבחרה ע"י העם. במעמד זה קיבלה האספה המכוננת את סמכותה הקודמת של מועצת העם לא רק לחוקק חוקה , אלא לחוקק גם חוקים רגילים ולתפקד כגוף שלטוני- הכנסת ראשונה.
-יש טענה שההכרזה איננה בעלת כוונה אמיתית, העיסוק בשאלת החוקה נרשם על מנת לתת רושם של מדינה מסודרת ודמוקרטית.
מאז ועד היום לא כוננה חוקה במדינה, יש לכך מס' הסברים-
1. התנגדות הדתיים "חוקת ישראל זוהי התורה".
2. אינטרס מוסדי: הרשות המכוננת נהפכה גם למחוקקת, המחוקק לא רוצה להיות כבול לחוקה שתגביל אותו.
3.קשה לייצר חוקה כשיש לאסיפה הרבה סמכויות.
בן גוריון התנגד לכינון החוקה-
א. רק קומץ של יהודים נמצא בארץ. ולכן לא רצוי לקבל החלטה כזו שעוד רבים צריכים להגיע.
ב. כל פקודות השלטון של הבריטים, למעט הספר הלבן הפכו לחוקים בישראל ולכן ראוי שנאמץ את השיטה הבריטית עד הסוף (גם להם אין חוקה).
ג. מצב ביטחוני – אנו במצב מלחמה ולא מתאים לכונן חוקה במצב כזה.

**ב1950 מתקבלת החלטת הררי**
החלטה של הכנסת הראשונה אותה יזם חבר הכנסת יזהר הררי מן המפלגה הפרוגרסיבית. ההחלטה קובעת כי הכנסת הראשונה לא תחוקק חוקה למדינת ישראל, וכי החוקה תיכתב בפרקים- חוקי יסוד שיתאגדו לבסוף לכלל חוקת המדינה. ההצעה זכתה להסכמת הרוב. אך יש ספק לגבי רצינות ההחלטה
1) רק לאחר 8 שנים כיננו את חו"י הראשון(עוסק בהסדרה ולא בזכויות).
2) נחקקו חוקים בעלי תוכן חוקתי שלא נקראו "חוקי יסוד". לדוג': חוק השבות.
3) 9 חו"י הראשונים עסקו בכללי משחק, ורק ב1992 נחקק חו"י שעוסק בזכויות האדם.

**פס"ד ברגמן נגד שר האוצר**
הכנסת ה6 מחוקקת חוק(ברוב רגיל) שאומר שמפלגות חדשות לא יתוקצבו על ידי המדינה. מפלגה שלא הייתה בכנסת השישית תתחיל מנקודת התחלה אחרת כיוון שתקבל פחות כסף. העותרים טוענים שקביעה זו עומדת בסתירה לסעיף 4 בחו"י הכנסת, כלומר פגיעה בשוויון. המדינה טוענת שאין פגיעה בעקרון השוויון ואם יש היא מינורית. בית המשפט קבע כי יש פגיעה בחוק היסוד וקבע שתי אפשרויות : לתקן את חוק מימון מפלגות כדיי שלא תהיה פגיעה בשוויון , או לחוקק חוק יסוד חדש שישנה את חוק יסוד הכנסת.
מכאן ניתן ללמוד שלחוק יסוד יש עליונות. למרות שחוק מימון מפלגות הינו מאוחר יותר הוא כפוף לחוק יסוד הכנסת.
פסק הדין קובע שלוש אפשרויות לפירוש:
1. כל חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית.
2.לחוק יסוד משורין יש עליונות נורמטיבית. (חוק יסוד הכנסת הינו משורין)
3.הכנסת יכולה לכבול את עצמה. הכנסת יכולה להחליט על פרוצדורה לחקיקה ולשריין חוקים.

**פס"ד נגב נ' מדינת ישראל**
בעלי תחנת דלק "נגב" נתפס מוכר דלק מהול במים. הוא הציג מצג שווא וסיפק דלק באוקטן נמוך מהתקן. בביהמ"ש העליון בא כוח הנאשם טען כי הוא מודה בעובדות אך אינו מודה באשמה. לא מודה באשמה מפני שמי שקבע את התקן הוסמך ע"י שר התחבורה, אך אין בסמכותו של שר התחבורה להאציל זאת. הוא טען כי לפי חו"י הממשלה השר מוסמך להאציל כל סמכות שיש לו חוץ מהסמכות להתקין תקנות ולכן חוק יסוד הממשלה נפגע מהחקיקה הראשית. לפי חוק התקנים השר רשאי להאציל את הסמכות לממונה על התקינה. ביהמ"ש העדיף את החוק הספציפי, חוק התקנים. כלומר התקן שקבע הממונה על התקנים תקף. החוק הספציפי גבר על החוק הכללי. וזה לא סותר את החוק הכללי. החוק הכללי קובע כלל והחוק הספציפי קבע חריג לכלל. ניתן להסיק מקביעה זו של ביהמ"ש שחוק יסוד לא גובר על חוק רגיל. לא נפסול את האפשרות שחוק יסוד משוריין גובר על חוק רגיל, מפני שחו"י הממשלה לא היה משוריין. מכאן שפרשת נגב מהווה ראיה שבאותה נקודת זמן ביהמ"ש לא ייחס חשיבות מיוחדת ועליונה לחוק יסוד.

**פס"ד קניאל נ' שר המשפטים**
הכנסת מחוקקת חוק שמודד את המנדט בבחירות ברוב של 61 חברי כנסת. קניאל(מתמטיקאי) טוען כי החוק נותן יתרון לסיעות הגדולות על חשבון הקטנות. כלומר חוק המנדט פוגע בשוויון שבחוק יסוד הכנסת. בכך פס"ד שולל את האפשרות השנייה לפירוש-לחוק יסוד משוריין יש עליונות. קניאל העלה טענה נוספת, אמנם החוק התקבל ברוב של 61 ח"כים אך כותרתו היא "חוק" ולא "חוק יסוד"- לא ניתן לתקן חוק יסוד באמצעות חוק. ביהמ"ש דחה את העתירה וקובע כי מה שנדרש לפי סעיף 46 של חוק יסוד הכנסת, הוא רוב של 61 ואכן כך התקבל החוק. מפס"ד קניאל אנו למדים כי האפשרות שחו"י משוריין גובר על חוק רגיל בטלה, כי הוא ניתן לשינוי ע"י חוק רגיל ומכאן יוצא שהכנסת רשאית לכבול את עצמה. אין לחוק היסוד מעמד עליון ותוקף חוקתי.
\*פסקי דין אלו משאירים אותנו עם הפירוש השלישי , לפיו הכנסת יכולה לכבול את עצמה. מה שעולה מהדברים הוא שלחוקי היסוד אין עליוניות כלשהי.

**עם השנים , התקבלה עמדה לפיה הרכיבים המשוריינים בחוקי יסוד נהנים מעליוניות. (בערך 2 וחצי סעיפים באותה תקופה)- מכך נוצרה הבנה חדשה, בשביל לפסול חוק יסוד צריך עיגון לכך בחו"י עצמו.**
**פס"ד לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**
תיקון חוק מימון המפלגות, שבועיים לאחר הבחירות לכנסת ה12, מעלה את תקציב המפלגה פר מנדט. תנועת לאו"ר טענה שהתיקון סותר את סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת כיוון שהתקבל ב3 קריאות הכנסת ברוב ח"כים אבל לא בקריאה הטרומית. לפי הסעיף, החוק צריך להתקבל בכל שלבי החקיקה(הצעה פרטית עוברת קודם קריאה טרומית). ביהמ"ש (השופטים אלון ובייסקי) קיבל את העתירה- להעברת החוק נדרש רוב מוחלט גם בקריאה הטרומית. השופט ברק לא מסכים וטוען שבאופן עקרוני-תורתי אנו רשאים לפסול חקיקה ראשית שעומדת בסתירה לעקרונות היסוד. לא צריך חוקה כדי לפסול חוק. ברק אומר כי הוא לא פוסל את החוק מכיוון שהציבור לא מקבל עדיין את הרעיון שבית המשפט יפסול חקיקה של המחוקק ושביהמ"ש יהיה זה שאומר את המילה האחרונה. לכן זה לא ראוי להפעיל סמכות שלא עולה בקנה אחד עם דעת הציבור במדינת ישראל.
החידושים ע"פ השופט ברק:
1. לא צריך חוקה כדי לפסול חקיקה ראשית.
2. "שטר ושוברו בצידו" – לא כל מה שהחוקה קובעת הוא סוף פסוק. אם ההגנה שנותנת החוקה אינה מספקת, יש לביהמ"ש את הסמכות למקם את ההגנה איפה שהיא צריכה להיות. מה המטרות של ברק בחידוש זה?
א. שימוש חוזר בפסקה בעתיד (תקדים מחייב)
ב. אמרת ה"אגב" יכולה להשפיע על דעת הציבור.
ג. איתות לכנסת, שהגיע הזמן לחוקק חוקי יסוד בעניין זכויות אדם.
 **הכרה ראשונית בחופש העיסוק- פס"ד בז'ראנו נ' שר המשטרה (1949)**
בז'רנו עבד כ 10 שנים כמאעכר המספק שירותי הגשת בקשות והעברת מכוניות טסט במשרד הרישוי. שר המשטרה אוסר עליו להמשיך ולעסוק במשלח ידו בטענה כי הדבר פוגע בסדר הציבורי וכי אין חוק המסמיך אותו לעסוק בכך.
השופט חשין קבע כי זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה. שואל המשיב מה המקור. וביהמ"ש אומר: הזכות הטבעית (זוהי הכרה תקדימית). ישנה הכרה בזכות לחופש העיסוק, הגבלת הזכות תהיה רק באמצעות חוק. לא ברור לחלוטין מדברי ביהמ"ש באיזו דרגה מבחינת ההיררכיה צריכה להיות החקיקה שמסמיכה את משרד הרישוי לפטר אדם.

**פס"ד שטרייט נ' הרב הראשי לישראל (1963)**
זוג נישא ברומניה בנישואים אזרחיים. הבעל רוצה להתגרש והאישה מסרבת. בית הדין הרבני הגבוה מתיר לו לשאת אישה נוספת בהתבסס על קיומו של סעיף 5 בדיני העונשין- ריבוי נישואין אצל יהודים מותר בהיתר של שני רבנים. האישור טרם ניתן והאישה עותרת כדי למנוע אותו. במדינת ישראל ביגמיה(ריבוי נישואין) היא עבירה פלילית אלא אם מתקיימים אחד מהסעיפים 5 או 6 לחוק העונשין. סעיף 5 עוסק ביהודים: אדם קיבל אישור מבי"ד רבני ואישור שני רבנים. סעיף 6 עוסק בגויים, ביחס לבני דתות אחרות: אפשר לשאת בן זוג אחר אם בן הזוג לא יכול מבחינה שכלית להתגרש או שהוא נעדר למעלה מ7 שנים.
השופט חיים כהן מפרש את ס' 5 לפי סעיף 6, באופן שמצמצם את חוסר השוויון בין גברים לנשים, ואת חוסר השוויון בין יהודים ללא יהודים. ביהמ"ש מבטל את סמכות הרבנים במתן היתר ריבוי נישואין, וע"י ביטול זה הוא מפעיל כאן מה שמכונה "חזקה פרשנית"- ביהמ"ש יפעל לעולם בפרשנות שמצמצמת את הפגיעה בערכים, במקרה זה בערך השוויון. במידה ויש לביהמ"ש אפשרות לפרש את הדברים בדרך שיש בה לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם הוא יבחר בה. זהו כלי שבאמצעותו ביהמ"ש מגן על זכויות אדם ומצמצם את הפגיעה בהם.

**מפסקי הדין הנ"ל יוצאות אמרותיו של ביהמ"ש העליון:**
1.. הכרה בקיום זכויות אדם, למרות שאינן מעוגנות בדבר חקיקה כלשהו (פס"ד בז'ראנו).
2. כדיי לפגוע בזכויות האדם יש צורך בחקיקה ראשית או בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. (פס"ד מיטראני).
3. "חזקה פרשנית"- חקיקה תפורש תמיד(עד כמה שהדבר אפשרי) באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד הזכויות. (פס"ד שטרייט)**.**
4. בית המשפט יבחן את שיקול הדעת של הרשות המבצעת ובמידת הצורך גם יתערב בהחלטתה ויקבע אם הפגיעה בזכות מוצדקת או לא (פס"ד קול העם).

**1.2.2 החל מ1992**
עד שנת 1992 לא נחקקו חוקי יסוד שקשורים לזכויות האדם. ב1992 חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק נחקקים.
ההסברים לכך שעד 1992 לא נחקקו חוקי יסוד הם (לפי פרופ' ספיר):
1.היסטורי- נק' שפל בתפקוד המערכת הפוליטית , לחץ ציבורי לשינוי. בית המשפט נהנה מאמונת הציבור בו ונהפך ל"מבוגר האחראי". כתוצאה מכך חוקקו 2 חוקי יסוד במטרה לשמור על יציבות ולהתגונן מהמשבר. החולשה של קבלה זו היא שזה לא באמת היה רגע היסטורי, כיוון שבהצבעה השתתפו מעט חברי כנסת, לא היו עיתונאים ולא הייתה מודעות ציבורית.
2.פשרה- המניע המרכזי להליך זה היה אמנון רובינשטיין שניסח 4 חוקי יסוד. באמצעות פשרה הוא הצליח לחוקק שניים מתוכם.
3.הטעייה- באותה תקופה אנשים לא עסקו בעניינים חוקתיים מה שגרם לכך שלא הגיעו להצבעה על חוקי היסוד גורמים מסוימים(מסורתיים בעיקר). הח"כים לא באמת הבינו מה קורה ואת חשיבות העניין.
4. מהלך חירום- האליטה העליונית במשבר ונוצרים מוקדי כוח חדשים (למשל מוקמות מפלגות ערביות , צומחת מפלגת יהודים דתיים ספרדים). מתחיל לעלות חשש שבקרוב המשחק הפוליטי הרגיל יהיה בשליטת כוחות בעיתיים. המהפכה החוקתית היא תולדה של הבנה שעדיף להפסיד חלק מאשר להפסיד הכל ולכן הכנסת מחוקקת את חוקי יסוד.
5. אהרון ברק טוען שהמהפכה החוקתית השפיעה גם על בתי המשפט. הכנסת לא הבינה את הכוח שבתי המשפט יקבלו כתוצאה מחוקי היסוד החדשים.
\*אנשי אקדמיה תיארו את הנעשה כדרך חצי לגיטימית חצי חשאית. מה שמלמד שבזמן אמת החברה לא הבינה היטב את מה שנעשה. בנוסף החקיקה הייתה בתקופת טרום בחירות והפוליטיקאים היו עסוקים בדברים אחרים.
 **יהודית קרפ, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו—ביוגרפיה של מאבקי כח**המאמר בוחן את הקשר בין המאבקים הפוליטיים והמשפטיים ומגיד את חו"י כבוה"א כתוצר של פשרה. במשך השנים הזכויות אשר לא היו מנויות קיבלו בכורה בפסיקה, אשר ביססה את מעמדן כמטריה נורמטיבית מעל דברי החקיקה. הרעיון לבנות חוקה גרר מאבקים פוליטיים בעיקר עם הדתיים שרצו לבכר את התורה, ולכן החלטת הררי היא פשרה. לבסוף היה ביצוע של אטומיזציה, פירוק הסעיפים המוסכמים ונוסחת הדמוקרטיה היהודית(עיגון סעיף המטרה של מדינה יהודית ודמוקרטית) מהצעת רובינשטיין וחקיקתם במסגרת חוק היסוד. **פס"ד בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי (1993)**חוק גל (1992) קבע כי משקים חקלאיים בעלי חובות גדולים יפתחו בתהליכי שיקום במקום הוצל"פ. זמן קצר אחריו נחקק חוק כבוד האדם וחירותו. בשנת 94' חוקק תיקון לחוק גל לגבי הסדר תשלום החובות-ואושרו תנאים מקלים. בנק המזרחי תובע את החזר החוב המלא בטענה כי התיקון לחוק גל פוגע בזכות הקניין ס'3 לח"י כבוה"א. פגיעה בזכות יסוד זו מתאפשרת רק אם מתקיים תנאי ההגבלה שבסעיף 8 לח"י כבוה"א: חוק הסותר זכויות יסוד חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל ולמטרה נעלה.בית משפט קמא דחה את טענת הבנק והבנק ערער לעליון.בית המשפט העליון מרחיב הרכב (9 שופטים-הרכב חריג) וקבע כי חוק גל עומד בפסקת ההגבלה לחוק כבוד האדם וחירותו ולכן הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין. בדיון הם ענו על השאלות הבאות: 1) האם חוק היסוד חוקתי?
 2) האם יש פגיעה בזכות ?
 3) האם הפגיעה מוצדקת בנסיבת העניין? – השאלה המכריעה.
למרות שהשאלה השלישית נותנת מענה לפס"ד **,** השופטים דנו בשאר השאלות והדיון על החוקה נהפך לדיון בפני עצמו(אוביטר). אוביטר זה עומד בניגוד למסורת השיפוטית בישראל וסימן את הדרך שבה בית המשפט מתחיל לעבוד מכאן להלך. בפס"ד נגרם טשטוש בין האוביטר לבין הרציו.
כתוצאה מכך הדיון מביא אותנו לפס"ד הארוך ביותר בבית המשפט העליון הישראלי. מענה על השאלות שעלו בפס"ד מזרחי
\*האם לכנסת יש סמכות לכונן חוקה? תיאורית שני הכובעים ע"פ ברק לפיה הכנסת היא גם מכוננת(הסמכות הועברה לה בירושה) וגם מחוקקת. שמגר עונה על השאלה באמצעות תיאורית ריבונות הכנסת, הכנסת היא כל יכולה ולכן יש לה סמכות. חשין מערער על דעותיהם.
\*מתי היא מכוננת חוקה? איך נדע מתי היא חובשת את כובעה כמחוקק או כמכונן? בתוך שאלה זו יש אוביטר נוסף "האם כל חוק יסוד הוא חוקתי?" התנאי הקודם שהאמינו בו הוא שרק חוק יסוד משורין פורמאלי הוא בעל מעמד חוקתי. כלומר לכנסת יש סמכות לכונן חוק יסוד אבל היא צריכה לשריין אותו. ברק טוען שלחוק היסוד שלפנינו יש שריון מהותי (פסקת ההגבלה בחוק כבוד האדם וחירותו). ומוסיף כי גם חוקי יסוד לא משוריינים הם חלק מהחוקה. כלומר לפי ברק הכנסת מכוננת כאשר נותנת לחוק כותרת "חוק יסוד". זהו שינוי חדשני מפי ברק ולכן טוענים כי התרחשה "מהפכה חוקתית" , שמשדרגת את כל חוקי היסוד. שמגר מסכים עם ברק.

**משה לנדוי, מתן חוקה לישראל דרך פסיקת ביהמ"ש**
מצטרף לביקורת של שמגר במזרחי לגבי גישת 2 הכובעים. לחוק היסוד יש פגמים בכך שרשימת הזכויות מוגבלת ויש ס' שמירת דינים. ב92' לא הייתה מהפכה חוקתית- לא היו חגיגות של מהפכה, עדיין קיים ס' שמירת הדינים והעובדה שהחוקה התקבלה בהיסח דעת ולא רשום בה בצורה מפורשת שהיא מעל חוק כלשהו.
יש בעיות בנוגע לביקורת שיפוטית- מי מוסמך לבצעה בישראל? יש חוסר הסמכה מפורש לשים את העליון מעל המחוקק מכאן נולד הצורך לבצע חוקה קשיחה בנוגע למשטר ופחות בנוגע לזכויות. כמו כן, הכנסת צריכה לבחור מודל לביקורת שיפוטית, מי מוסמך לבקר? או רק העליון, או כל בימ"ש, או ע''י העברת טענה שנתקפה באופן ישיר או ע"י הקמת בימ"ש ייחודי לחוקה.

**פס"ד לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר (1997)**
לשכת מנהלי ההשקעות עותרת כנגד חוק המסדיר את הרישיון לעסוק בתחום ניהול תיקי ההשקעות. לטענתם החוק פוגע בחוק יסוד חופש העיסוק ולא עומד בפסקת ההגבלה. הם עותרים על ההוראות בחוק: חובת השתייכות לחברה , חובת הון עצמי , איסור ניהול תיקים אישיים ומשפחתיים והיעדר הוראות מעבר לעוסקים בין 0-7 שנים.
תנאי פסקת ההגבלה בחו"י חופש העיסוק:
1.האם הפגיעה היא ע"י חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק – הפגיעה נעשה ע"י חוק.
2.הפגיעה צריכה להיות למטרה ראויה - כן היא נועדה לספק הגנה לציבור.
3.הולם את ערכי המדינה - כן, (לא מפורט).
4. מידתי- במידה שאינה עולה על הנדרש.
השופט ברק מחלק את תנאי המידתיות ל-3 מבחני משנה
א. קשר אמצעי-מטרה: האם יש קשר בין המטרה לבין האמצעי שאתה נוקט להשיג אותה.
ב. בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה.
ג. תועלת (הגשמת התכלית) עולה על הנזק (הפגיעה בזכות).
השופט ברק טוען שהחוק לא עומד במבחן השלישי , התועלת לא עולה על הנזק וצריך להנמיך את הרף מ7 שנים למס' נמוך יותר או ליצור מדרג. כדיי לפסול את סעיף הוראות המעבר בחוק חייב לצאת מנקודת הנחה שלחוק יסוד חופש העיסוק יש מעמד חוקתי. חוק יסוד חופש העיסוק משורין פורמאלית ולכן לפי ברק יש לו מעמד חוקתי. בפס"ד זה בית המשפט בפעם הראשונה פוסל חוק בגלל שעומד כנגד לחוק היסוד שמשוריין בחוקה.
ביקורות על פסק הדין:
א. ביהמ"ש מגן על החזקים , מגן על מנהלי ההשקעות ולא על הציבור שיכול להיפגע מהם.
ב. אין השג בפסילת החוק , הורדת מס' השנים אינה מהותית.
\*ביהמ"ש רוצה להעביר משהו מהפכני באמצעות הפס"ד ובו זמנית לשלם את המחיר הנמוך ביותר מבחינה פוליטית על מנת לקבוע תקדים. לכן בית המשפט לוקח חוק קטן(הוראה ספציפית מתוך החוק) ופוסל אותו לא רק עבור אותו מקרה ספציפי אלא לשם סימון הטריטוריה של ביהמ"ש, ביהמ"ש יכול לפסול חוק(חשיבות פס"ד כתקדים מחייב).

**פס"ד צמח נ' שר הביטחון (1995)**
סעיף(237) בחוק השיפוט הצבאי מאפשר לקצין שיפוט לעצור חייל לפרק זמן של עד 96 שעות בטרם יובא לפני שופט מקצועי צבאי. (סעיף שתוקן/מיטיב שהרי בעבר לפני 1992 היה מותר עד 35 יום). לטענת העותרים הסעיף פוגע בסעיף 5(חירות) לחו"י כבוד האדם וחירותו ושהפגיעה אינה מידתית. טענת הצבא היא שאמנם החוק פוגע בחירות החייל אך זה למען הסדר והמשמעת.
בית המשפט בוחן , ישנו קשר סביר בין הפגיעה למטרה שנועדה לשרת והתועלת אכן עולה על הנזק שנגרם. הפגיעה אינה עומדת במבחן השני(ע"פ המבחנים של ברק) כיוון שניתן להשיג את אותה תועלת בפחות פגיעה בחוק היסוד. הצבא טוען שהפגיעה הינה פחותה ביחס למשאבי הצבא ולזמן שבו צריכים להיערך. השופט זמיר אומר שטענות הצבא אינן מוצדקות ופוסק כי הסעיף לא עומד במבחן המידתיות , מבחן המשנה השני (אמצעי שפגיעתו פחותה).
בפס"ד זה נפסל חוק רגיל שפגע בחוק יסוד משוריין מהותית, מכך נוצרה ההלכה שגם חוק יסוד בעל שריון מהותי הוא בעל עליונות ומעמד חוקתי. זמיר מוסיף כי למרות שחוק השיפוט הצבאי הינו ותיק יותר מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התיקון שלו הוא חדש יותר ולכן ניתן לשנותו ולפסול אותו ולא ייפגע עקרון שמירת הדינים.

**חוקי יסוד**
חוק יסוד משוריין פורמלי- יש הגבלה על שינויו בחוק.
חוק יסוד משוריין מהותי- יש פסקת ההגבלה בחוק.
חוק יסוד שותק-חוק יסוד שאין לו פסקת הגבלה. **פס"ד חירות נ' ועדת הבחירות (2003)**
וועדת הבחירות פסלה תשדיר בחירות של רשימת חירות בגלל סממנים המבזים את סמלי המדינה וכו'. ביהמ"ש עסק בשאלת היחס בין חוק יסוד השפיטה, שמעניק לביהמ"ש העליון סמכות לתת הוראות לכל רשויות השלטון (כולל לוועדת הבחירות המרכזית) לבין חוק בחירות הכנסת(סעיף 137) שקובע ששום ביהמ"ש לא יתערב במעשי הוועדה.
ברק אומר שאין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחוק יסוד אלא אם הדבר עומד בפסקת ההגבלה ולכן אין בכוח סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סעיף 15 בחו"י השפיטה ולכן ההוראה בסעיף 137 לחוק הבחירות בעניין ביהמ"ש אינה חוקתית ויש להחיל אותה על שאר בתי המשפט(פרט לעליון). כלומר חו"י השפיטה גובר על חוק הבחירות וזאת בשל עליונתו של חוק היסוד. ביהמ"ש אומר שפסילת סעיף בחקיקה ראשית הוא דרמטי ולכן נעדיף פרשנות שתמנע את המתח בינה לבין חו"י. ולכן מפרש את הסעיף "שום בית משפט" לכל ביהמ"ש פרט לביהמ"ש העליון.
חידוש: כל חו"י נהנה מעליונות מעצם היותו חו"י (ללא קשר לשריון), חו"י השפיטה אינו משוריין, לא בצורה פורמאלית ולא בצורה מהותית.

**"הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים שפגועים בזכויות אדם" - מברגמן עד קול העם, דוד קרצ'מר**ביהמ"ש לא יכול לא להכריע בשאלת סמכותו. מהו המעמד הנורמטיבי של חו"י? מפס"ד ברגמן עולות 3 אופציות:
1. המעמד של חו"י מעניק לו מעמד נורמטיבי גבוה יותר- אך זה לא מסתדר עם ההכרעה שהתירה להתגבר עליו עם רוב מיוחס.
2. ריבונות הכנסת בתחום החקיקה- יכולה להגביל את עצמה. מעורר 2 בעיות, בעניין המושגי כיצד תהנה הכנסת מריבונות מלאה אם תכבול עצמה בחוקי יסוד, ובעניין העקרוני שהכנסת עלולה להגביל את הכנסת שלאחריה.
3. מעמד חו''י בא מהשילוב של חו''י+ שריון.
מתעוררות שאלות בדבר סמכות הכנסת לכונן הסדרים חוקתיים: לפי ברק במזרחי ופרופ' קליין, לכנסת יש סמכות כמחוקקת ומכוננת, כאשר היא מחוקקת חו"י היא חובשת את כובע הרשות המכוננת. לפי שמגר הכנסת הינה ריבון בתחום חקיקה ומכאן תנבע הסמכות לכונן הסדר חוקתי(חו"י). אם נראה אותה כמכוננת בלבד אז נחשוב כי היא יכולה לשריין רק חו''י אך בפועל היא יכולה לשריין כל חוק. לדעת מחבר המאמר קרצ'מר הלכת ברגמן קבעה דרישה לפייה הרשות לא תפעל לפי חוק שלא עבר ברוב הדרוש. לכנסת יש יכולת לשריין הסדר בחוק יסוד, לפי קניאל-רסלר-נגב לחו''י אין עדיפות על חוק רגיל.
כיצד זה מתיישב עם דעת קרצ'מר? הוא מציע כי הדעה בברגמן לא נשענת על חוק היסוד אלא על יכולת הכנסת לכבילה עצמית. דרך נוספת היא לטעון שבקניאל-רסלר-נגב רק אמרו שחוקה לא גוברת על חוק רגיל בלי שניתן לכך ביטוי ממשי, ולכן יש לה פוטנציאל לגבור. מכאן נובע שבהיעדר הוראת שריון מפורשת בחו''י, אין לחו"י מעמד מיוחד.

**1.2.3 השלמה של חלקי החוקה החסרים- זכויות בלתי מנויות**
\*אלו הן הזכויות שלא נכנסו בחוקי היסוד כחלק מתהליך הפשרה.
\*לפי ברק בפס"ד מזרחי ס' 83 , זכויות אדם שלא מעוגנות בחוקי יסוד ממשיכות להתקיים על פי מעמדן עד כה. המשמעות המעשית – אי אפשר לפסול חוק בשל הפגיעה בהן. למרות זאת , שופטי העליון התחילו להציע פרשנות ולהכליל את הזכויות הללו אל תוך חוקי היסוד. ניתן לראות זאת כניסיון להשלים את פעולות הכנסת לא באמצעות חקיקה אלא באמצעות פרשנות.
\*לפי המאמר של הלל סומר, ישנן 3 תיזות שניתן להכניס זכויות בלתי מנויות לחוק היסוד:
1. נכניסן דרך ס' 1 לחו''י כבו"א. הביקורת- סעיף המטרה לא נועד לקבוע נורמות משפטיות ועל כן לא יכול להוות מקור עצמאי לעיגון.
2. עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק מהמושג כבה"א. ניתן להגיד שזה תואם את ההיסטוריה החקיקתית. הביקורת- יש לפרש בצמצום ולהכניסן רק כאשר יש פגיעות רציניות ומשפילות.
3. עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק ממגילת העצמאות.
המודל העצמאי של ברק- יש לכלול את הזכויות הבלתי מנויות בעיקר כי כוונת המחוקק איננה ברורה. הלל סומר מתנגד לכל זה ומצביע על ההבדל בין כבו''א לחו''י חופש העיסוק שבו יש פסקת התגברות ומדובר רק על אזרח/תושב. בכוונה השאירו דברים מסוימים מחוץ לכבו"א כדי לא ליצור אנטגוניזם. זמנן של הזכויות הבלתי מנויות עוד יגיע. הכנסתן בכוח תגרום להקפאת התהליך החוקתי, איבוד לגיטימציה של ביהמ"ש ולביטול חוקים קיימים.
הדוקרטינה המקובלת היא טענתו של אהרון ברק לפיה בין הזכויות בחו"י כבוד האדם וחירותו מופיעה הזכות לכבוד. ברק מציע שהזכות לכבוד ניתנת להבנה או כזכות פרטיקולארית או כזכות מסגרת, שכוללת את זכויות האדם האחרות.
נימוקים פרשניים נגד:
א. באותה תקופה הזכות לכבוד הייתה פרטיקולארית וספציפית.
ב. ההיסטוריה החקיקתית , כחלק מתהליך הפשרה ניתן להבין כי כוונת המחוקק הייתה לזכות לכבוד בלבד.
נימוקים עקרוניים נגד:
א. היו הסכמות בין חברי הכנסת לגבי כינון חוק היסוד ולכן אין לתת לבית המשפט לפרש את חוק היסוד בצורה שונה.
ב. אין ראוי לשנות את כוונת המחוקק.
נימוקים פרשניים בעד:
א. "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם" , כבודו בא מגופו וגופו בא מחייו.
ב. בזכות לכבוד מצוינות זכויות נוספות , מה שמלמד שהמחוקק רצה לציין זכויות פרטיקולאריות שנוספות על הזכות לכבוד האדם.
כוונת בית המשפט מאחורי התזה:
לפי ברק , בית המשפט מרגיש שהחוקה תקועה ויש לבנות את החסר. טיעון נגד- האם לחץ בית המשפט הוא זה שמעכב את כינון חוקי היסוד הנוספים?

**פס"ד רסלר נ' כנסת ישראל (2007)**
חוק שירות ביטחון קובע שכל אזרח מדינת ישראל שמגיע לגיל 18 חייב להתגייס לצבא. החוק גם משחרר אוכלוסיות מסוימות ומעניק לשר הביטחון סמכות לדחות/לפטור אזרחים משירות צבאי. שר הביטחון קבע מדיניות שמי ש"תורתו אמונתו" יקבל דחיית שירות שבהמשך תהפוך לפטור. מספר שנים ביהמ"ש לא רצה לדון בעניין, ולבסוף דחה את העתירה. בשנת 1998 ביהמ"ש העליון דן בעתירה בעניין ופוסל את ההסדר של שר הביטחון כיוון שאינו מוסמך לכך- הסעיף שמקנה לשר הביטחון התערבות, מתיר לו לתת פטורים פרטניים ולא מגזר שלם. ביהמ"ש נותן למחוקק זמן "לשבת על המדוכה" ולעגן במסודר את ההסדר. המחוקק יכול להסמיך את שר הביטחון לתת פטור כללי או שהוא רשאי להקים הסדר מפורט שיקבע מי יקבל פטור. הוועדה יושבת בראשות השופט צבי טל ומגיעה להסדר כלשהו(שדומה להסדר הקודם)- נחקק החוק שאומר שתלמידי ישיבות לאחר 4 שנים יכולים לצאת לשנת חופש אם הם רוצים לחזור לישיבה הם רשאים ואם לא הם צריכים לעשות שירות צבאי/אזרחי מקוצר ואז יוכלו לחיות כאזרחים חופשיים, תוקף החוק הוא ל5 שנים. מוגשת עתירה כנגד החוק, בטענה שהחוק לא חוקי כיוון שהוא פוגע בזכות לשוויון. ומכאן צריך לבחון האם הזכות לשוויון נכללת בחו"י כבוד האדם וחירותו. ביהמ"ש קבע שהזכות לשוויון נכללת בחו"י כבוד האדם וחירותו והחוק אכן פוגע בשוויון.
בית המשפט בוחן לפי מבחן המידתיות האם החוק עומד בפסקת ההגבלה (סעיף 8):
קשר אמצעי מטרה – ברק אומר שנכון להיום אנו לא מזהים עלייה בשיעור המתגייסים ויש כשל בין האמצעי למטרה. החוק לא מתאים למטרה שהוא רוצה להגשים. אך יש לתת לו זמן (15 חודשים נותרים עד שיפוג תוקפו).
ברק השתמש במבחן המשנה הראשון. (ישנם עוד שני מבחני משנה: האמצעי שפגיעתו פחותה; תועלת-נזק).
בעתירה הנוספת:
ב2007 מוגשת שוב עתירה. העתירה התקבלה ונקבע שחוק טל אינו עומד במבחן המידתיות ולא תינתן לו הארכה כשיפוג תוקפו ב2012. בייניש הולכת לפי פסיקתו של ברק. החידוש(מהשופטת בייניש): פה לראשונה נפסל חוק שפוגע בזכות לשוויון למרות שאינה מנויה בחוק היסוד ולכן זהו פסק דין תקדימי. ארבל מתנגדת לטענותיה ולמרות זאת חוק טל נפסל.
\*לפי חשין ישנם שני היבטים לפיהם ניתן לראות את זכות השוויון כחלק מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
1.חוסר השוויון פוגע באוטונומיה. פוגע ביכולת להיות חופשי. מה שמתקשר לפגיעה בחירות.
2.יש מקרים בהם פגיעה בשוויון כרוכה בהשפלה. מה שמתקשר לפגיעה בכבוד.
\*הוא טוען שחוק טל לא פוגע בהיבטים אלה ולכן לא ניתן לפסול אותו.
אך אין לשכוח מעקרון השוויון – עקרון יסוד בסיסי שעליון יותר מחוקי היסוד. חוק טל פוגע בעקרון זה ולכן יש לפסול אותו. מצד אחד חשין לא מכליל את השוויון בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו , מצד שני הוא עומד נגד חוק טל ורוצה לפסול אותו מכוח עקרונות היסוד.

**זכויות אזרחיות ופוליטיות לעומת זכויות חברתיות**
זכויות אזרחיות ופוליטיות- ביטוי , דת , תנועה , קניין.
זכויות חברתיות(בענייני רווחה)- דיור , חינוך , בריאות , תנאי מחייה מינימליים.
ברוב מדינות העולם המערבי זכויות אזרחיות ופוליטיות כלולות בחוקה. זכויות חברתיות בחלק גדול מהחוקות אינן מופיעות או מנוסחות בצורה לא מוחלטת. בחלק גדול מהמדינות לא ניתן לתבוע לקבל זכות חברתית מהמדינה. הגנה על הזכויות החברתיות היא מגמה ש"בחיתוליה".
חזקה חלוטה-חזקה שנקבעת בחוק ושאינה ניתנת לסתירה. **פס"ד חסן נ' ביטוח לאומי (2004)**חוק הביטוח הלאומי נותן קצבאות שונות, ביניהן גמלת הבטחת הכנסה, ההנחה שהגמלה מאפשרת לאדם את הזכות לקיום מינימלי בכבוד. בחוק הביטוח הלאומי יש סעיף הקובע שמי שיש בשימושו ובבעלותו כלי רכב יראו אותו כבעל הכנסה השוללת את זכאותו להבטחת הכנסה(זוהי חזקה חלוטה). חסן עותר לביהמ"ש וטוען שהחזקה החלוטה הזו פוגעת בזכות לקיום מינימלי בכבוד וזה נוגד את חוק היסוד. המדינה טוענת שאין פגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד. טענה שנייה של המדינה היא שגם אם נפגעת הזכות לקיום בסיסי בכבוד, ביהמ"ש יכול להתערב עד המבחן הראשון של המידתיות ואינו רשאי לבחון את שני מבחני המשנה המידתיים האחרים, כיוון שזאת זכות שאינה מנויה.
ביהמ"ש קובע שיש פגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד ובבדיקתו כולל את כל מבחני המידתיות. לפי המבחן הראשון יש קשר בין האמצעי למטרה אך במבחן השני -בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה , בית המשפט קובע כי יש פגיעה בהרבה אנשים ולכן החוק אינו עומד במבחן המידתיות. הוא קובע שהשימוש בחזקה חלוטה פוגע בציבור ולכן יש למצוא אמצעי אחר שפגיעתו פחותה. החידוש: ביהמ"ש מבטל סעיף בחוק שפוגע בזכות שאינה מנויה ושהיא חלק מהזכויות החברתיות. בפס"ד זה בית המשפט ממקם את עצמו בחזית של המשפט החוקתי.

**פסקי דין שנוגדים את הגישה החדשה**יש פה מהלך מתגלגל. מהלך של שדרוג והרחבה של חוקי היסוד על מנת שיוכלו לשמש לפסילת חקיקה ראשית במקרים המתאימים.
לאורך הדרך יש קריאות מסוימות של שופטים מסוימים שמרגישים שהרכבת טסה מהר מדיי ודוגלים בגישה השמרנית.\*למשל בפס"ד אדם טבע ודין , העותר טוען שהזכות לאיכות סביבה ראויה נכנסת בזכות לכבוד האדם וחירותו. ברק טוען שגם לפרשנות יש גבול , ודוחה את העתירה.הקריטריון שברק עובד לפיו הוא שבית המשפט יכול להחליט מה נכלל לפרשנות המשפטית ומה לא.
\*דוגמא נוספת היא פס"ד מרכז השלטון המקומי נ' כנסת ישראל , הכנסת אוסרת על ח"כ לכהן במקביל כראש רשות מקומית. המחוקק קובע שח"כ שהיה בכנסת ה13 וגם היה ראש רשות מקומית יוכל להיבחר לכנסת שוב ולכהן בשני התפקידים. בניגוד לכך מי שמתמודד לכנסת ה14 יצטרך להתפטר מתפקידו כראש רשות מקומית. העותרים טוענים לאפליה. כי זו פגיעה בחופש העיסוק, פגיעה בזכות לשוויון בחו"י כבוד האדם וחירותו וגם פגיעה בשוויון שבסעיף 4 לחו"י הכנסת. השופט גולדברג קובע כי הפגיעה בשוויון החוקתי עומד בפסקת ההגבלה , בנוסף הזכות להיבחר היא זכות של רשימה ולא של אנשים פרטיים ולכן אינו פוגע באופן ספציפי. לפי השופט זמיר, חו"י כבוד האדם וחירותו וחו"י חופש העיסוק לא כוננו כדיי לפגוע בחקיקה ראשית של הכנסת. הסמכות לפסילת חוקים היא סמכות שיש לשמור עליה ולא להשתמש בה בכל הזדמנות , אלא רק במקרה ראוי. זמיר מתבסס על טענת ברק לפיה הסמכות לפסילת חוקים היא נשק בלתי קונבנציונאלי ויש לעשות בו שימוש מאופק. יש להשתמש בו רק במקרה של פגיעה ברורה בזכויות היסוד. ביהמ"ש קובע כי ההגבלה על הזכויות היא לגיטימית במקרה זה והעתירה נדחית.

**ביקורת שיפוטית הליכית**בית המשפט מוסמך באופן עקרוני לבטל חוק בגלל פגם בהליך החקיקה. הוא יוכל לפסול גם אם לא הופר סעיף פורמאלי בתקנון הכנסת , אלא בשל אי עמידה בעקרונות הליכים בלתי כתובים.
פס"ד ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל (2003)
בשנות ה-80 המדינה נקלעת למשבר כלכלי קשה. כדי לתקן יש לעשות קיצוץ רציני ולבצע תיקוני חקיקה. נחקק חוק התוכנית להבראת כלכלת ישראל(חוק ההסדרים), חוק זה מגיע לרוב בצמוד לחוק תקציב(קובע כיצד יחולקו הכספים). חוק ארגון מגדלי העופות טענו שלא ניתן להעביר את החוק להבראת כלכלת ישראל כיוון שהוא מכיל מלא חוקים, אי אפשר להבין מה קורה בו, זו פלטפורמה שמטרתה להעביר כמה שיותר בבת אחת מבלי להתעסק בכל ענף לגופו וזה פגם בהליך החקיקה. בייניש – התערבות בהליך החקיקה תהיה רק במקרה בו יש פגם היורד לשורש ההליך. גם אם ההתערבות לא בהכרח תביא לבטלות החוק. היסודות בהליכי חקיקה- \*עקרון הכרעת הרוב \*עקרון השוויון(לכל ח''כ יש קול אחד) \*עקרון הפומביות. \*עקרון ההשתתפות. מהו עקרון ההשתתפות? 1. היכולת להצביע. 2. אפשרות מעשית לגבש את העמדה לגבי הצעת החוק. ח''כ שמצביע בלי לדעת על מה- זה פגם שיורד לשורש ההליך. במקרה זה הדרך שבה הועבר החוק הקשתה על דיון מעמיק בקרב חברי הכנסת, אבל התערבות בית המשפט לא תהיה רק מעצם זה שיש פגיעה באחד היסודות, אלא נפסל חוק רק במקרה קיצוני ונדיר של פגיעה קשה. בייניש אומרת כי נמוך הסיכוי שחבר כנסת לא ידע על מה הוא מצביע. מצב כזה יתרחש רק בסיטואציה קיצונית ביותר שקשה להעלות אותה על הדעת. בפסק דין זה , בייניש קובעת כי עקרונות הליך החקיקה התקיימו , והליך החקיקה היה נאות , לפיכך אין עילה להתערבות בית המשפט. העתירה נדחית.
ארדן נגד יו"ר ועדת הכספים
הכנסת חוקקה חוקים המסדירים היבטים שונים של פעילות שוק ההון בישראל. הוועדה אישרה את התקנות כאשר היו רק 4 ח"כ בוועדה בעת ההצבעה. העותרים טוענים כי הליך החקיקה לא היה נאות- הדיון הוקדם , שונה סדר הדיון , לא התקיים דיון מקדים והדיון להצבעה החוזרת נעשה ישר לאחר ההצבעה.
השופט ברק: אין פוסלים הליך בכנסת אלא במקרים קיצוניים "בפגם היורד לשורש ההליך". על הכנסת לפתור את הנושא בהליך פנימי. העתירה נדחית.
פס"ד קווטינסקי נ' הכנסת (2016)
העותרים טוענים שנפל פגם בהליך החקיקה של חוק מס דירה שלישית – עיקרון ההשתתפות של חברי הכנסת. ביהמ"ש פסל את חוק מס דירה שלישית ברוב 4-1. השופט סולברג לא פוסל את החוק בגלל תוכנו , אלא בגלל פגיעה בעקרון ההשתתפות. לחברי הכנסת לא הייתה אפשרות מעשית לגיבוש עמדה בעניין הצעת החוק. הוא בחן זאת באמצעות המבחן של בייניש לעקרון ההשתתפות: 1.הזכות של ח"כ להצביע בכל מליאה. 2.שתהא לח"כ אפשרות מעשית לגבש עמדתו לגבי הצעת החוק. סולברג קובע שהמקרה הזה לא עמד במבחן הנ"ל. הפגם נפל בשלב הדיון בוועדה ולכן ראוי שהסעד שיקבע יבטל רק את שלב הדיון בוועדה.
כנגד , השופט מזוז טוען כי מכוח עקרונות בלתי כתובים סולברג פוסל דבר חקיקה של הכנסת. יש הבדל בין נורמות ערכיות(עקרונות) לנורמות מוסדיות(כללים). בפסילת נורמה מוסדית יש צורך בכלל מיוחד. מזוז מגדיר את הצעד של סולברג כמרחיק לכת. השופט סולברג טוען כי למזוז אין בעיה לפסול חוק בגלל תוכנו, אך במקרה זה יש לפסול את החוק בגלל שחוקק בהליך לא נאות. בפסק דין זה בית המשפט מבטל בפעם הראשונה חוק בשם העובדה שהוא סותר עקרון יסוד- עקרון ההשתתפות.

**ביקורת שיפוטית משולבת** יש מקרים בהם ניתן לשלב בין ביקורת על תוכן החוק(ביקורת תוכנית) לבין ביקורת על ההליך עצמו(ביקורת הליכית). החוקתיות לשילוב תיבחן על סמך התוכן של החוק ובתוכה ישתלב גם מבחן ההליך. ישנם מקרים שמבחן ההליך יהיה בחוק למשל הדרישה לרוב מסוים.
בג"צ חוף עזה נ' הכנסת
העותרים מגישים עתירה כנגד חוק הפינוי. הם פונים לביהמ"ש בבקשה לאמץ מודל ביקורת משולב: מבקשים ליצור דרישות פרוצדוראליות שהם תולדה של ניתוח התוכנית- הם טוענים שחוק שהפגיעה שלו בזכויות יסוד היא פגיעה כל כך חמורה שחייבים לקבל אותו ברוב של חברי כנסת. העותרים טוענים שלא הייתה תשתית עובדתית מספקת (חוסר הסתמכות על גורמי בטחון מטעם המדינה). יתרה מזאת, כשמחוקקים חוק יש לרשום בו שהחוק הנ"ל פוגע בחוק היסוד. ביהמ"ש מסרב לקבל את הטענות- הם אומרים שדרישת הרוב המוחלט קיימת רק בחו"י חופש העיסוק לחוקים שלא עומדים בפסקת ההגבלה. החוק הפוגע בחוק יסוד יכול לפגוע פגיעה משתמעת ולא צריך לציין במפורש את הפגיעה. ביהמ"ש גם מסרב לקבל את הטענה שאין להסתמך על המומחים מטעם המדינה(הם מומחים לביטחון שרוצים לטובת המדינה). בית המשפט לא מקבל את טענותיהם וקובע שהחוק עומד במבחן המידתיות והינו חוקי.
בג"צ גורביץ נ' הכנסת
בכנסת עבר חוק השידור הציבורי, המסדיר את פירוק רשות השידור והקמת תאגיד שידור ציבורי חדש. העתירה הוגשה מטעם 71 עובדי רדיו "קול ישראל" שברשות השידור. העותרים טוענים שהחוק לא מידתי ע"פ מבחן המידתיות השני- האמצעי שפגיעתו פחותה, ושהחוק אינו חוקתי בגלל פגמים שנפלו בחקיקתו. השופט רובינשטיין טוען כי הסוגייה של ההליך צריכה לשמש מבחן שקובע את עוצמת הביקורת השיפוטית התוכנית:
1. אם יש הליך חקיקה לקוי שבו השאלה התוכנית לא נשקלה בצורה מספקת- ביהמ"ש יבצע ביקורת תוכנית יותר מחמירה.
2. אם יוכח שהכנסת התייחסה ברצינות להליך החקיקה, הביקורת השיפוטית על התוכן תהיה עדינה יותר.
\*אם יתברר שהכנסת לא קיימה הליך ראוי הביקורת השיפוטית על התוכן תגדל ולהפך. דרך זו נותנת תמריץ לכנסת לתת תשומת לב לבצע הליך רציני וראוי. ככל שההליך יהיה מבוסס ועשיר יותר בית המשפט יהיה יותר סבלני בהתערבותו.

**1.2.5 חוקי היסוד כחוקה**פס"ד בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי (1993)
השופט שמגר(צורני) – נבחן האם זה חו"י מבחינה צורנית- נבחן את הכותרת, נוקשות, שריון מהותי, תהליך ייחודי – אלמנטים צורניים.
השופט ברק (מהותי)– יש לבחון האם חוק היסוד מתאים להיות חוק יסוד מבחינה מהותית. בטענתו הוא שואל שתי שאלות ומשאיר אותן בצריך עיון.
1)האם כל חוק שהכנסת תשים לו כותרת "חוק יסוד" הוא אכן חלק מהחוקה?
2)האם חוק שמבחינה מהותית חשוב להיות חוק יסוד אבל אינו תואם לכלל הצורני הוא חוק יסוד? (למשל החוקים שקדמו להחלטת הררי-שקדמו לכינון חוקי היסוד).
פס"ד בר און נ' כנסת ישראל (2010)
חוק יסוד משק המדינה קובע שפעם בשנה הכנסת מצביעה ומעבירה תקציב. ב-2010 מתקבל חוק שנקרא חוק יסוד תקציב המדינה. חוק יסוד זה קובע שתקציב המדינה לשנים 2011-2012 יהיה תקציב דו שנתי. המדינה מנמקת זאת בעזרת נימוקים מטעמים של שמירה על יציבות כלכלית. חוק התקציב מקבל את השם "חוק יסוד" משום שחוק יסוד אפשר לשנות רק באמצעות חוק יסוד, וכדי שחוק התקציב לא יפסל קוראים לו חוק יסוד.
ביהמ"ש שואל האם חוק יסוד הוראת שעה הוא אכן חו"י?
1.. האם המבחן לחו"י צורני/מהותי או שניהם יחד?
2. האם המאפיין הצורני בהיעדר המאפיין המהותי עדיין קובע חו"י? ולהפך.
בייניש אומרת שצריך לשלב גם מבחן מהותי. זה דבר שמבטיח שלא יעשו שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד. החיסרון – מתן סמכות לביהמ''ש להחליט אם חוק הוא חוקה, דבר שהכנסת אמורה לעשות. בייניש מוסיפה שלא צריך להכריע במקרה זה, משום שחוק יסוד הוראת שעה עומד גם במבחן הצורני וגם במבחן המהותי.

**בין שינוי לפגיעה בחוק יסוד**
פס"ד תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (2010)
חוק יסוד מקרקעי ישראל קובע בסעיף 1 שהעברת הבעלות במקרקעי ישראל לא תועבר. סעיף 2 קובע שסעיף 1 לא יחול על סוגי עסקאות ומקרקעין שנקבעו בחוק. הכנסת מעבירה תיקון לס'7 לחוק ,ומגדילה באופן משמעותי את מסת הקרקעות העירוניות שניתן להעביר במכר. העותרים טוענים שהתיקון משנה או לכל הפחות פוגע בעקרון שנקבע בסעיף 1 שנקבע לחוק היסוד. אם זה שינוי, הוא שינוי שנעשה בחוק רגיל ולא בדרך של חוק יסוד כמו שהיה צריך. בפסק דין בנק המזרחי אומרים שחוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו. פגיעה היא יותר ספציפית ונקודתית, היא כרסום של העקרון. עם זאת, פגיעה יכולה להפוך לשינוי. בייניש- התיקון מרחיב את היקף הקרקעות , אך לא משנה את העקרון המרכזי שבחוק היסוד מהסיבות הבאות – 1. הקרקע היא חלק קטן מהמקרקעין של המדינה(4%). 2. סוג הקרקע – התיקון לחוק מרחיב את הקרקעות העירוניות ומלכתחילה הנטייה הייתה להדגיש את האיסור על קרקע חקלאית ופחות על קרקע עירונית. 3. התיקון מדבר על 2 פעימות – קודם 400 אלף וזה 800 אלף דונם. יתרה מזאת, בייניש אומרת שאין פגיעה מכיוון שחוק היסוד עצמו מאפשר פגיעה בו(ס'2 לחוק).

**שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים**
פרשת בנק המזרחי
שינוי
בחוקי יסוד שיש בהם פסקת הגבלה , קל להכריע אם יש שינוי או פגיעה בהם.
לגבי שינוי בחוקי יסוד שהינם חסרי פסקת הגבלה- הנשיא ברק טוען כמו השופט שמגר, כי אין לשנות חו"י אלא בחו"י אחר, אלא אם חו"י עצמו קובע משהו מסוים בצורה מפורשת. אם בחוק היסוד יש דרישה לפרוצדורה מסוימת, הפרוצדורה תהיה בנוסף לדרישה לשינוי בחו"י.
פגיעה
כיוון שבחלק מהחוקי יסוד אין פרוצדורה מסודרת לפגיעה(אין פסקת הגבלה) , ברק דן כיצד ניתן לפגוע בחוק יסוד שאין לו פסקת הגבלה. ברק בוחן שלוש אפשרויות:
1. אין מגבלה על הפגיעה בחוקי יסוד.
2. חוק רגיל יוכל לפגוע בחוק יסוד בתנאי שהפגיעה מפורשת.
3. לא ניתן לפגוע בחוקי היסוד, אך ניתן לשנות אותם.
ברק נוטה לאפשרות השנייה, לפיה מצד אחד ניתן כבוד לחו"י ומצד שני יש הבחנה בין חו"י משוריינים לכאלה שאינם. לא בסילבוס- בפס"ד חירות נ' יו"ר וועדת הבחירות לכנסת ה16 (2003),יש התייחסות לאפשרות השלישית ע"פ ברק, נקבע כי אין לפגוע בחו"י אלא אם חו"י מתיר זאת בפסקת ההגבלה.פס"ד הופנונג נ' יו"ר הכנסת (1996)
העותרים טוענים שהסדרי המימון שבחוק מימון מפלגות פוגעים בעקרון השוויון כפי שנקבע בס' 4 לחוק יסוד הכנסת והחוק היה צריך להתקבל ברוב של חברי כנסת כמו שקובע הסעיף. החוק לא התקבל ברוב הזה ולכן עליו להתבטל. 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. ברק מסכים שאפשר לקחת את מבחני המידתיות לעניין זה, אך לא רק כדי להגיד אם יש פגיעה אלא גם אם היא מוצדקת. במקרה זה נקבע שיש פגיעה, אבל היא מזערית ולכן החוק חוקתי.
ברק מציע גישה רביעית: ניתן לפגוע בחוק היסוד אם הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה השיפוטית.
בפס"ד מופז נ' וועדת הבחירות המרכזית (2003)
מופז מסיים את תפקידו כרמטכ''ל ורוצה להיבחר לכנסת. סעיף 7 לחוק הבחירות קובע רשימת בעלי תפקידים שלא יכולים להיות חברי כנסת. החוק קובע שאם בעל המשרה הפסיק לכהן בתפקידו הוא יכול להתמודד אלא אם נקבע אחרת בחוק. סעיף 56 א1 קובע שקצין צבא בדרגת אלוף ומעלה חייב ב-6 חודשים תקופת צינון וקצין בדרגה נמוכה יותר חייב ב-100 ימים. מופז לא עומד ב-6 החודשים ומועמדותו נפסלת. מופז עותר נגד החוק של תקופת הצינון. הוא טוען שההבחנה בין קצינים בכירים לזוטרים פוגעת בזכות לשוויון. בנוסף, לחו"י הכנסת יש דרישה פרוצדורלית- צריך הצבעת רוב על מנת לפגוע בו, ואין זה התקיים בחוק הבחירות. השופט מצא אומר שאין פגיעה בזכות לשוויון, 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 ומתעלם מהדרישה הפרוצדורלית שבחו"י הכנסת. כאן השופט מצא משתמש במבחנים שיפוטיים לפסקת ההגבלה.
פרופ' ספיר- בקרב השופטים יש דעה כי דרישה פרוצדורלית תקפה רק כאשר מבצעים שינוי בחוק היסוד, ולא כאשר פוגעים באמצעות חוק חדש\תיקון לחוק.
פס"ד גוטמן נ' היועמ"ש (2014)
הכנסת מעלה את אחוז החסימה ל3.25%. גוטמן טוען לפגיעה בעקרון היחסיות בבחירות שבסעיף 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). השופטת חיות טוענת שהחוק עובר במבחני המידתיות ולכן אין צורך להכריע בטענה זו. החידוש בפס"ד זה הוא שלמרות השימוש בדרישה לרוב(לפי סעיף 46) , נבדוק בכל זאת האם החוק עומד בפסקת הגבלה.
בפס"ד זה בית המשפט מעלה את האפשרות שאופציה 4 תקפה בנוסף לפרוצדורה שדרושה בחוק עצמו. שריון פורמאלי(העברת החוק ברוב), אינו מספיק כדיי להכריע שהפגיעה אכן חוקתית. השריון של ס'4 בחוק יסוד הכנסת מתייחס לשינוי ולא לפגיעה בו.

**חוקי יסוד מבניים מול חוקי יסוד ערכיים**
חוקי יסוד ערכיים(זכויות) מנוסחים כעקרונות וחוקי יסוד מבניים מנוסחים ככללים. הודות לדרך הניסוח של המחוקק, בית המשפט יכול לאזן בין חוקי היסוד. בחוקי היסוד המבניים(כללי המשחק) אין פרוצדורה לפגיעה , וזאת מכיוון שהינם קבועים וכך צריכים להישאר.
פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (2005)
עתירה כנגד תיקון לפקודת בתי הסוהר הקובעת שיוקם בית סוהר פרטי אחד בישראל. הטיעון הראשון מתבסס על חוק יסוד הממשלה , לפיו על המדינה לבצע מאסר(כחלק מאחריותה כרשות מבצעת) וטיעון שני הוא שגוף פרטי עלול לפגוע בזכויות האדם.
ביהמ"ש קיבל את העתירה מתוקף הטיעון כי בית כלא פרטי יפגע בזכויות האדם , ואינם מכריעים בנוגע לפגיעה של התיקון בחוק יסוד הממשלה. בייניש שואלת האם גם שם כשאין מנגנון פגיעה(=פסקת הגבלה) יש להכניס מנגנון כזה או לא? האם הכנסה של פסקת הגבלה לחוקי יסוד שותקים צריכה להיעשות רק כשחוקי היסוד עוסקים בזכויות או גם כשהם עוסקים בעקרונות משטריים ומוסדיים? היא משאירה שאלות אלו בצריך עיון.
שופט אדמונד לוי אומר כי בהתבסס על פס"ד הופנונג וגוטמן, יש לעשות שימוש במבחן פסקת הגבלה גם לגבי חוקי יסוד ערכיים שעוסקים בסדרי שלטון. הוא אומר שסעיף 1 לחוק יסוד הממשלה הוא לא קביעה נחרצת, יש דברים וסמכויות שהממשלה יכולה להפריט אך צריך לקבוע לכך גבולות באמצעות פסקת ההגבלה. החידוש בפס"ד זה הוא הדיון בשאלה האם הוספת פסקת הגבלה לחו"י שותק מוגבל רק לחו"י בדבר זכויות אדם או שניתן לקיים אותו גם בחו"י בעלי אופי משטרי-מוסדי.

התשובה לשאלה מהי הפרוצדורה לפגיעה בחוק יסוד שאין לו פסקת הגבלה כתובה , אינה חד משמעית. רוב השופטים השתמשו בסעיפים:
3. לא ניתן לפגוע בחוקי היסוד, אך ניתן לשנות אותם.
4.ניתן לפגוע בחוק היסוד אם הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה.
למרות זאת , אין עדיין הלכה קבועה בנושא.

**במאמרה של רות גביזון "המהפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?"** היא עושה סקירה היסטורית וטוענת כי החלטת הררי עמומה מבחינת מעמד ומועד השלמה. לטעמה חיקוק חוקי היסוד התעכב עקב: הקבוצה הדתית שמצדדת בחוקת התורה ועקב הקואליציה שלא רצתה נוקשות, קיבוע וביקורת שיפוטית. האופוזיציה באותם שנים תמכה בקידום חוקה כדי להחליש את הקואליציה. נחקקו כמה חוקים עם שריון וב1969 בפס"ד ברגמן הועמד חוק פעם ראשונה למבחן-לפי זמיר כאן התחילה המהפכה. ב1980 הוצע לחוקק את מגילת זכויות האדם והדתיים שוב התנגדו כי עיגון חופש מדת מעל דת מנוגד לדעתם. חופש התנועה נתקף מטעמי ביטחון, חופש השוויון נתקף מהפחד לביטול הסדרים קיימים. ב1977 יש מהפך והמדינה נחצית ל2 גושים חזקים. ב1992 מתקבלים לראשונה חוקי יסוד עם סעיפי שריון בהתאם לסטטוס קוו לענייני דת. האם הייתה מהפכה? לפי ברק מהות השינוי ב1992 היה שינוי גדול, זכויות אדם הפכו לכתובות על ספר וכעת מחייבות את המחוקק. כמו כן, הייתה התפתחות בפסיקה ובספרות.
פס"ד גנימאת מציג לראשונה פרשנות שנוגדת לשמירת הדינים וקובע שחוק ישן יפורש לאור חו''י. ב1996 נעשה מאמץ להשלמת חקיקה שנכשל מול הלובי הדתי. בפס"ד הופנונג נדחו 2 עתירות בנוגע לוועדת בחירות. בפס"ד זנדברג נקבע כי לא כל חקיקה רטרואקטיבית נוגדת את ערכי המדינה והתכלית. בפס"ד מיטראל נקבע כי פסקת ההתגברות מאפשרת חיקוק חוק הנוגד את פסקת ההגבלה מבלי לשנות את מעמדו. לדעת כותבת המאמר בהתבסס על דברים אלה, המהלך החוקתי טרם הושלם ולא יושלם בקרוב. **שינוי חוקתי או לא חוקתי?= פגם מהותי**
פס"ד בר און נ' כנסת ישראל (2010)
האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם? השופטת בייניש אומרת שיש חוקות הכתובות בהן פסקאות נצחיות=כלומר שריון מוחלט. היא טוענת כי מצד אחד, יש מדינות שבחוקתן פסקאות נצחיות ולכן ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים, מצד שני יש מדינות שבחוקתן אין פסקאות נצחיות אך ביהמ"ש פסל תיקונים לא חוקתיים.
לפיה תיקון חוקתי או לא חוקתי נפסל אם:
1. התיקון סותר את החוקה –כלומר, נוגד סעיפים שמשוריינים באופן מוחלט.
2. התיקון סותר עקרונות יסוד – עקרונות שמעוגנים בחוקה או שאינם מעוגנים בה(חיצוניים) אבל מרחפים מעליה.
פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסתעתירה כנגד חו"י: תקציב המדינה לשנים 2017-2018, שמתקן באופן זמני את חו"י: משק המדינה. פוגלמן- זו העתירה החמישית בנושא תקציב דו שנתי. בעתירה הקודמת (בר-און) ביהמ"ש לא פסל את חו"י תקציב המדינה, מפני שהכנסת טענה שהוא הכרחי ליציבות הכלכלית והתקבל באופן מחושב ושקול. פוגלמן חושב שכינון חו"י כזה בפעם החמישית מהווה כרסום ממעמדו של חו"י: משק המדינה, ומהווה שימוש לרעה בחו"י זמני. המשמעות של תיקון זה בפעם החמישית, היא שכבר לא מדובר בפיילוט אלא בדבר קבוע. בתיקון הנוכחי, העותרים הוסיפו את המלצת משרד האוצר בנוגע לתקציב דו שנתי- הוא לא מומלץ, מה שמחזק את דעתו של פוגלמן, שהכנסת עושה שימוש לרעה בסמכותה. פוגלמן מתייחס לטענת העותרים, לפיה מדובר בתיקון חוקתי לא חוקתי(למרות שאין צורך להכריע, התיקון בטל בשל שימוש לרעה), דוקטרינה זו קיימת במשפט המשווה, במדינות בהן יש חוקה. העותרים טוענים שיש להחיל אותה על המקרה הזה, שכן התיקון מהווה פגיעה בהפרדת הרשויות- עיקרון על בדמוקרטיה. בפרשת בר-און נפסק כי פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות במקרה הזה היא מזערית. כנ"ל למקרה הזה. בכל זאת, הוא אומר שגם אם אין לישראל חוקה, אין למנוע את החלת הדוקטרינה(תיקון חוקתי שאינו חוקתי) על חוקי היסוד.
ג'בארין נ' הכנסת (2018)
תיקון חו"י הכנסת- מאפשר לכנסת להרחיק ח"כ=חוק ההדחה. האם התיקון הוא תיקון חוקתי לא חוקתי? מזוז אומר שיש שימוש בעייתי בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי מכיוון שמדינת ישראל בתהליך בניית חוקה שלא הושלם. למרות זאת, ביהמ"ש יכול להעביר ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי כאשר יש פגיעה מהותית בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי. ההתערבות צריכה להיות מצומצמת ע"פ מזוז ויש להימנע ממנה אלא אם כן מדובר במקרה קיצון של פגיעה.

2.מבנה המשטר ועקרון הפרדת רשויות

**2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת**פס"ד בצול נ' שר הפנים (1963)
יש חוק איסור גידול חזיר, שמתיר אזורים ספציפיים לגידולו(עבור תושבי המדינה הנוצרים). בחוק כתוב שהמפות שמתחמות את האזורים "הונחו" במשרדים של הממונים על ביצועו. בפועל, המפות הונחו רק אחרי שהחוק עבר, כלומר שכשנכתב בחוק שהמפות הונחו, זה עדיין לא קרה ומכאן שהייתה שגיאה עובדתית. בצול שהוא מוסלמי ולא אוהב את החריגה מהחוק, אומר שאין חוק כי המפות לא הונחו כמו שכתוב. ביהמ"ש אומר כי לאחר שחוק התקבל בכנסת עלינו להרכין ראש בפניו. אם המחוקק אומר שהונחו, אז הונחו. גישה זו עוסקת בחקיקה אבל היא מלמדת שלביהמ"ש כבוד לכנסת ולחוקיה. ההלכה היא שלפי עקרון הפרדת הרשויות , גם כשהמחוקק נתן הנחיה שגויה אין להתערב.
פס"ד פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת (1981)
לאחר ששרון נבחר לכנסת, הוא הורשע ונגזר עליו עונש מאסר. הוא מגיש ערעור על ההרשעה ועל גזר הדין, אבל לפני הדיון בערעור, ועדת הכנסת עושה שימוש בסמכות שלה ומחליטה להשעות אותו מתפקידו למשך תקופת זמן הערעור.
שאלה אחת היא מה הפירוש הנכון של סעיף 42ב לחו"י הכנסת?(עוסק בהשעיה).
שאלה שנייה היא האם ההכרעה מתאימה להחלטה שיפוטית?
השופט יצחק כהן, נשיא ביהמ"ש העליון, קבע כי יש סמכות לבקר גוף ציבורי על פי דין.
הוא מוסיף שהעניין שפיט כי: 1. הוועדה ממלאת תפקיד מעין שיפוטית והשעיה היא פעולה שיפוטית.
 2. הפגם הוא בחריגה מסמכות.
ההלכה: ביהמ"ש יתערב כאשר מדובר בפעולה מעין שיפוטית והיא בוצעה תוך חריגה מסמכות.
השופט לנדוי, בדעת מיעוט, אומר שאין בהכרח סמכות להתערב. אולם סעיף 7ב(2) נותן סמכות שיפוטית בפעילות הכנסת, אך כמו שאין להתערב בחקיקות הכנסת, אין להתערב בפעולות בעלות אופי שיפוטי.
פס"ד קוו נ' יו"ר הכנסת (1981)
יו"ר הכנסת דוחה ישיבה העוסקת בהצעת אי אמון. שריד מתבסס על תקנון הכנסת ואומר כי הצעת אי האמון צריכה להתדיין בישיבה הקרובה של הכנסת. הוא טוען כי יו"ר הכנסת ראה שהרבה חברי קואליציה בחו"ל ולכן הוא דוחה את הישיבה. יו"ר הכנסת סבידור אומר כי יש אזכרה לרה"מ בן גוריון והח"כים צריכים להספיק לחזור, כלומר הישיבה נדחית מטעמים עניינים. האם עניין זה הוא פנימי או שפיט?
מצד אחד , השופט ברק אומר כי זו סמכות בג"צ לדון בעתירה בהתבסס על סעיף 7ב(2) לחוק בתי המשפט.
מצד שני יו"ר הכנסת לא חרג מסמכותו , ברק בוחן האם הייתה חריגה משיקול הדעת.
1. מהי מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.
2 מהי מידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה החוקתי- בעקרונות הדמוקרטיים.
ברק מציע מבחן חדש לבחינת שיקול הדעת-מבחן הפגיעה, וקובע כי במקרה זה לא הייתה חריגה משיקול הדעת ולכן העתירה נדחת.
פס"ד כך נ' יו"ר הכנסת (1985)
יו"ר הכנסת החליט שסיעת יחיד מנועה מלהגיש הצעת אי אמון שכן סיעה= 2 לפחות. המדינה אומרת שהיא מוסמכת לפרש את תקנון הכנסת וכך היא מפרשת אותו, זה נוהג פרלמנטרי. ביהמ"ש- נוהג יכול להיות במקרה שאין חוק. במקרה שלנו יש תקנון והפרשן המוסמך הוא ביהמ"ש, כולל לדברי חקיקה שעוסקים בענייני הניהול הפנימי של הכנסת. המשיב- זה לא שפיט, זה עניין פנים פרלמנטרי וזה לא משהו שביהמ"ש אמור להתערב בו(מבחן הסמכות הפונקציונאלית-אצל מי הסמכות?). ברק: יש לבדוק ע"י מבחן הפגיעה שבפס"ד שריד, המבחן לא צריך להיות מדויק. ברק משתמש במבחן שלו והעתירה מתקבלת. הייתה פגיעה חמורה גם בעיקרון הדמוקרטי וגם בלב הפעילות הפנים פרלמנטרית. הצעת אי אמון היא ביטוי לדרך עיקרית שבה הכנסת מפקחת ומבקרת את הרשות המבצעת ואין למנוע אותה. בפס"ד זה בית המשפט הולך ומרחיב את התערבותו במקרה שיש פגיעה בחיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה החוקתי.
פס"ד כהנא נ' יו"ר הכנסת (1985)
נשללת אפשרותו של כהנא להגיש הצעות חוק מכוח סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת (את הסעיף הזה הוסיפה הכנסת בהמלצת ביהמ"ש). סעיף זה נותן ליו"ר הכנסת ו/או לסגניו לא לאשר הצעת חוק גזענית או השוללת את קיום מדינת ישראל כיהודית. טענתו של כהנא היא שדבר כזה אי אפשר לעשות בתקנון, צריך לעשות בחוק או בחוקה. מדובר בשאלת הביקורת בעניינים פנימיים, האם יש סמכות והשאלה הינה שפיטה? על מנת לבדוק האם יש פגם בשיקול הדעת יש לבחון האם יש פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים(מבחן שריד), השופט שמגר (דעת הרוב) טוען כי אין פגם ולכן יש לדחות את העתירה.
השופט איילון(דעת מיעוט) תומך במבחן הסמכות הפונקציונאלית ואומר שאין לקבל את מבחן שריד. ביחס למשפט המשווה- במדינות האחרות יש התערבות בעניינים פנימיים רק אם ההחלטה התקבלה תוך חוסר סמכות. המבחן של ברק לא מושתת על אמת מידה אובייקטיבית, אם נפעל ע"פ "מבחן שריד" השופט יהפוך למחוקק בעצמו.
פס"ד פנחסי נ' יו"ר הכנסת (1993)
יש בקשה להסרת חסינותו של ח"כ פנחסי עקב כתב אישום נגדו. חסינותו הוסרה והוא מגיש עתירה. לטענתו של פנחסי, היו פגמים דיוניים בהליך -הכנסת דנה בפסילת החסינות מבלי להציג את כתב האישום. ביהמ"ש חצוי. מצד אחד- ברק ולוין, מצד שני שמגר וגולדברג. בסופו של דבר, ביהמ"ש מקבל את העתירה ופוסל את ההחלטה בדבר הסרת החסינות, בשל היעדר תשתית עובדתית מינימאלית. ביהמ"ש קובע כי כאשר מדובר בהליכים מעין שיפוטיים הוא רשאי להתערב למרות שהם פנים פרלמנטריים. לפי ברק כשהכנסת פועלת כגוף שיפוטי היא פועלת כמו כל גוף שיפוטי אחר ולכן הסטנדרטים להתערבות זהים. נטילת החסינות ע"י הכנסת היא לפי אמות המידה שבית המשפט פועל בהן, מה שמאפשר הפעלת ביקורת שיפוטית של בית המשפט על החלטותיה של הכנסת.
פס"ד מחול נ' הכנסת
ועדת האתיקה מחילה סנקציה על חבר הכנסת מחול. ברק- החלטות ועדת האתיקה כפופות לביקורת שיפוטית. זו החלטה מעין שיפוטית. כשמדובר בסנקציות שרשאית להפעיל ועדת האתיקה על הפרת כללי האתיקה של הכנסת, מידת ההתערבות תהיה פחותה מאשר מידת ההתערבות בעניינים אחרים, בדגש על הסרת חסינות. הטעם לכך הוא שהחלטות ועדת האתיקה קרובות יותר לעניינים הפנימיים של הכנסת. יש הבחנה- פעילות מעין שיפוטית ופעילות של עניינים פנימיים, אך בנוגע לועדת האתיקה זו החלטה בעלת אופי שיפוטי שמתקרבת לעניינים פנימיים. בענייני הניהול הפנימיים נמנע ביהמ''ש מלהתערב, אז גם כאן. ההלכה- התערבות לא מוגבלת על החלטות בעלות אופי שיפוטי, אך כאשר מדובר על ועדת האתיקה ביהמ"ש ינהג בריסון.
פס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת הכנסת (1999)
עתירה נגד החלטת גמלאות(חקיקת משנה) לנושאי משרה ברשויות השלטון שקובעת שח''כ שכיהן בכנסת ה-14 שפעלה 3 שנים(במקום 4) ולא נבחר שוב לכנסת ה-15 יקבל גמלה כאילו כיהן 4 שנים. השאלה המתעוררת- האם כשביהמ"ש בוחן את חקיקת המשנה של הכנסת הוא מייחס לה משקל שונה מאשר לתקנה של שר בממשלה? לא. זה אותו הסטנדרט. תקנה של שר וחקיקת משנה של הכנסת שוות במעמדן. ריבלין – חקיקה משנה נמדדת לאור גבולות ההסמכה שקבע לה החוק. חריגה מכך תביא לביטולה. חידוש: מתייחסים לחקיקת משנה של הכנסת כמו לחקיקת משנה של הרשות המבצעת, הן עומדות בפני ביקורת שיפוטית. בסופו של דבר ביהמ"ש פסל את החקיקה כיוון שחוקקה נגד להמלצות הועדה.

**2.1.4 תקנון הכנסת ומעמדו**
בישראל אין חוק חקיקה , סעיף 19 לחוק יסוד הכנסת קובע שהכנסת תסדיר את עבודתה בתקנון. כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה בתקנון, הכנסת תפעל לפי הנוהג המקובל.
פס"ד נמרודי נ' יו"ר הכנסת (1989)
עתירה על הליכי החקיקה של חוק ניירות ערך. העותרות(חברות בעלי מניות) טוענות שהדיונים בוועדת הכספים לקו בפגם מכיוון שהוועדה לא הזמינה אותם והם הנפגעים הישירים מהחוק. הטענה מבוססת על ס' 106 לתקנון הכנסת שקובע שהכנסת רשאית להזמין לוועדה כל אדם שיש לו עניין בנושא שהוועדה דנה בו. ברק אומר שדיוני הוועדה הן חלק חיוני בהליך החקיקה ושפגם בהם יכולה להביא לביטול ההליך כולו(=ניתן לפסול חוק שהליכי קבלתו לא עמדו בהוראות התקנון). עם זאת, על הכנסת לא מוטלת חובת שמיעה של גורמים שיש להם עניין בהליך החקיקה, זה בגדר "רשות" בלבד. הוא לא מקבל את פרשנות העותרים שבמקרה זה הרשות הפכה לחובה בגלל הפגיעה בהם. העתירה נדחית.
אריאל בנדור, המעמד החוקתי של תקנון הכנסת
לפי פרופ' בנדור, ביהמ"ש העניק לתקנון הכנסת מעמד הדומה למעמדה של חוקה – הלכות נמרודי וכהנא. נפסק שמותר לקבוע בתקנון הגבלות על תוכן פוליטי של הצעות חוק, מה שיוצר מעין בית משפט קטן(נשיאות הכנסת) שיש לו כוח גדול. הלכה נוספת היא שאפשר לפסול חוק שהתקבל תוך הפרה של הוראות התקנון בדבר הליך החקיקה. בנדור לא מסכים עם זה, תקנון הוא לא חוקה ואין לתת לו כוח כזה חזק. לפי חוק יסוד הכנסת(=החוק המסמיך), התקנון נועד לפרט סדרי עבודה ולא להגביל תוכן של חוקים. את ההימנעות מלהשלים חוקה אין לעקוף על ידי מתן מעמד של חוקה לתקנון הכנסת. הענקת מעמד זה בעייתית בגלל הקלות בה ניתן לשנות את התקנון(רוב רגיל).
יש הבחנה בין ביקורת שיפוטית א-פריורית (לפני החקיקה) וביקורת שיפוטית א-פוסטריות (אחרי החקיקה). בישראל הביקורת השיפוטית היא ביקורת אי-פוסטיורית. בנדור מציע לקיים גם ביקורת שיפוטית אי-פריורית בישראל.
לפי ברק במקום בו יש הפרה של הוראות התקנון והליכי החקיקה לא התנהלו כדין , יש לבחון את המקרה. כשמדובר בפגם צורני יש הצדקה לביקורת שיפוטית א-פריורית.
נימוקים לכך:
1.בנדור מציע כלל לפיו ביקורת על הליכי החקיקה יכולה להיות רק לפני שחוקק החוק. זאת על מנת למנוע מצב שנורמה ממדרג נמוך יותר(תקנון) תגבר על נורמה ממדרג גבוה(חוק) ותפסול אותו.
2. ברק אומר שכאשר מדובר בהפרה של הוראה מתקנון הכנסת אולי יש מקום להתערבות שיפוטית א-פריורית, זאת כדי למנוע הטעיית הציבור כאשר חוק מתפרסם ברשומות בזמן שנפל פגם בהליך חקיקתו, וכדי לא לבזבז זמן חשוב לכנסת בעודה מנהלת הליכים על חוק שנפל פגם בחקיקתו..
פס"ד כהנא נ' יו"ר הכנסת(1984)
כהנא מבקש להגיש הצעות חוק ולא מאפשרים לו להגיש אותן בטענה שהן גזעניות. ס' 134 לתקנון אומר שכל חבר כנסת רשאי להציע הצעת חוק, עליו להגיש אותה ליו''ר הכנסת והוא והסגנים(נשיאות הכנסת) אחרי אישור ההצעה יניחו אותה על שולחן הכנסת. המשיבים אומרים שסמכות נשיאות הכנסת היא להחליט אם להגיש הצעות חוק או לא ע"פ שיקול דעתם. השופט ריבלין לא מקבל את זה. הוא אומר ששיקול הדעת שהנשיאות יכולה להפעיל מוגבל. שיקול הדעת לא צריך לגעת בתוכנו הפוליטי של החוק, הבחינה שעושה היו''ר והסגנים היא מבחינה צורנית(האם מנוסח בצורת חוק) בלבד. ביהמ"ש קבע כי כל עוד אין חוקה , יו"ר הכנסת והסגנים לא מוסמכים לפסול חוק בעקבות תוכן ולבצע ביקורת על הצעת החוק.
פס"ד כהנא נ' יו"ר הכנסת(1985)
על סמך פסק הדין הקודם מתוקן סעיף 134 לתקנון הכנסת ונוסף לו סעיף קטן שקובע שליו"ר הכנסת והסגנים יש סמכות לא לאשר הצעת חוק שלדעתם היא גזענית במהותה ושוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי. גם כאן כהנא מניח הצעות חוק שאת כולן היו"ר והסגנים מסרבים להניח על שולחן הכנסת. כהנא- יש לעגן במפורש בחוק הוראה שמגבילה זכות של חבר כנסת להגיש הצעות חוק פרטיות, התקנון לא מספיק.
מאפייני התקנון: 1.התקנון במעמדו הוא מעין חוק שהועבר במליאה. 2.הוא עוסק בעניינים פנים פרלמנטריים. 3.מבחינת ההיררכיה, תקנון הוא אינו חוק ולכן ניתן להתערב בו.
שמגר – לא רואה מקום להתערבות בית המשפט. רק במקרה חריג שבו הוראה בתקנון הכנסת מכילה פגם מהותי שיורד לשורש עקרונות היסוד והדמוקרטיה תופעל ביקורת שיפוטית. התקנון הוא זה שמאפשר לח"כ להגיש הצעות חוק ולכן ניתן לקבוע בו גם סייגים.

**2.1.5 חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה**
פס"ד רובינשטיין נ' שר הביטחון(1998)
דיון בגיוס בחורי ישיבות. בית המשפט דן וגם מקבל את העתירה(אחרי שנמנע מלעשות זאת במשך השנים). הוא אומר שההסדר הקיים לפיו שר הביטחון מעניק דחיית שירות לבחורי ישיבות שתורתם אומנותם לא חוקי(כיוון שאינו מוסמך לכך). השופט ברק- שר הביטחון לא יכול לקבל החלטה בעלת אופי כללי וגורף, לאור עקרון יסוד – כלל ההסדרים הראשוניים(לפיו הסדרים ראשוניים ייקבעו בחקיקה ראשית). חוק דחיית שירות צריך להיות חלק מהחקיקה הראשית-הסדר ראשוני. חזקה חלוטה- כל עוד הכנסת מאצילה סמכות בצורה מפורשת וברורה על הסדר ראשוני, בית המשפט לא יתערב. במקרה זה החזקה ששר הביטחון קיבל היא חזקה שניתנת לסתירה , ולכן על בית המשפט להתערב. ברק קובע כי יש לפסול את ההסדר לדחיית שירות.
פרופ' ספיר- המהפכה החוקתית חיזקה את מעמדה של החקיקה הראשית. השאלה שנשאלת היא בכמה היא חיזקה את הכלל? האם עדיין מדובר בחזקה הניתנת לסתירה או שזו חזקה חלוטה, כזו שאי אפשר לסתור? ברק אומר שהסדרים ראשוניים שעוסקים בזכויות אדם צריכים להיות חזקה חלוטה, מזה אפשר להסיק שהסדרים ראשוניים שלא עוסקים בזכויות אדם עדיין ניתנים לסתירה. הדעה ההפוכה תטען שאם הסמכות לקביעת הסדר ראשוני לא מופיעה במפורש בחוק אז יש לראותה כחזקה שניתנת לסתירה.
פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראלהממשלה מחליטה להשתמש בהמלצות הוועדה לגבי נושא הגז הטבעי. השאלה היא האם ההחלטה בסוגיית ייצוא הגז התקבלה בסמכות? הטענה העיקרית של העותרים היא שהסוגיות שהוסדרו בהחלטה הן הסדר ראשוני שצריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית ושלממשלה אין סמכות לקבל החלטה כזאת כחקיקת משנה.
השופט גרוניס טוען שס' 1 לחוק יסוד הכנסת או חוקי היסוד שנוגעים בזכויות אדם נותנים לכלל ההסדרים מעמד חוקתי, יש בהם גרעין קשה של סוגיות שרק הכנסת כמחוקקת תסדיר בעצמה בחקיקה ראשית ולא תאציל סמכות זו לממשלה. הכנסת חייבת לחוקק בעצמה הסדרים ראשוניים, הרשות המבצעת לא מוסמכת לקבל את ההחלטה בעצמה.
פס"ד ארגון מגדלי העופות
בייניש- חוקים כמו חוק ההסדרים לא נחקקים בצורה רגילה, הם נחקקים בהליך מהיר וכוללים נושאים רבים. שימוש במנגנון של חוק ההסדרים מצוי במתח פוטנציאלי ואפילו מפר את כלל ההסדרים הראשוניים כיוון שבדרך כלל חברי הכנסת לא יהיו מעורבים כל כך בחקיקה שלו כי הם לא יצליחו לגבש דעה על נושאים רבים בהליך כזה מהיר. נוצר מצב שהכנסת מקבלת חוק שהוא למעשה חוק של הרשות המבצעת(הממשלה) וחותמת על ההסדר. אך בפועל זוהי החלטה של הרשות המבצעת, ההסדר ראשוני לא באמת נקבע ע"י הרשות המחוקקת.

**2.1.6 חסינות חברי הכנסת**
ס' 17 לחו"י הכנסת קובע כי לח"כ תהיה חסינות ופרטים יקבעו בחוק.
•חסינות מהותית/עניינית – מוגדר בס' 1 לחוק חסינות חברי הכנסת. חסינות שלא ניתן להסיר אותה. גם כשהח"כ מחוץ לכנסת וגם לאחר שסיים את תפקידו לא ניתן להעמידו לדין. את חסינות זו אי אפשר להסיר. הבעייתיות בה היא שמתירה לחבר כנסת לבצע עבירות. התשובה לבעיה זו היא שהחוק לא מניח שהתנהגותו של חבר כנסת יסתמך על פעולות אסורות. החוק מניח כי בין הפעולה האסורה לבין תפקידו , קיימת זיקה כלשהי ולכן יש להגן עליהם. תכלית החסינות העניינית היא לתת לחבר הכנסת להגשים את תפקידו ללא חשש.
•חסינות דיונית – ס' 13 לחוק חסינות חברי הכנסת. מנגנון הגנה על פעולותיו הפרטיות של הח"כ, שאינן קשורות בפעילותו בכנסת. החסינות ניתנת להסרה בתנאים מסוימים. ח"כ צריך לבקש להשתמש בה. הוא רשאי לבקש להשתמש בה כשכתב האישום עוסק בעבירה שנעשתה בזמן מילוי תפקידו בכנסת בלבד.
החוק לא קובע את שיקולי הכנסת להסיר חסינות או לא להסיר.
עד 2005 הנוהג היה לפי פס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' וועדת הכנסת – פרשת גורלובסקי (2003)
מתקיים דיון בשאלה איזה שיקולים רשאית הכנסת לשקול כשהיא מחליטה לא להסיר חסינות. חבר הכנסת גורלובסקי הצביע בהצבעה אלקטרונית בשם ח"כ אחר. היועץ המשפטי הגיש בקשה ליטול חסינותו של חבר הכנסת. באותה תקופה אם היועמ"ש רצה להגיש כתב אישום , הוא היה צריך להגיש בקשה לכנסת להסרת חסינותו של חבר הכנסת, והכנסת הייתה דנה בבקשה זו. ברק אומר שהחוק לא קובע במפורש מהם השיקולים שוועדת הכנסת צריכה לשקול כשהיא דנה בהסרת חסינות. תכלית החסינות לדבריו היא לאפשר את פעילותו התקינה של המחוקק. ברק אומר שיש 3 אפשרויות לפרשנות:
גדולה – על מנת להחליט לא להסיר חסינות וועדת הכנסת תתחשב בכל שיקול שקשור לאישום(ראיות, עניין לציבור). וועדת הכנסת צריכה לשקול את אותם שיקולים של הפרקליטות.
האפשרות הצרה(הקטנה) – הסיבה שבגללה ניתן להגיד שלא מאשרים כתב אישום היא אפשרות של רדיפה פוליטית. כתב אישום שהוגש שלא בתום לב. זו האפשרות שמתקבלת על דעת ברק.
אפשרות ביניים – לא רק תו"ל מצד אחד אך גם לא כל שיקול מצד שני.
בהמשך לפס"ד הוחלט ב2005 על תנאים חדשים בחוק החסינות הדיונית סעיף 4(א)(3)
לפיו , היועמ"ש מגיש כתב אישום, אלא אם חבר הכנסת מגיש בקשה לחסינות תוך 30 יום לועדת הכנסת. במידה ויגיש, הועדה תחליט אם לדחות את הבקשה או להמליץ לקבל חסינות. אם קבעה הועדה כי אין להטיל חסינות, לא יכול היועמ"ש לבקש שוב את נטילת חסינותו של ח"כ באותה כהונת הכנסת, אלא רק אם יש שינוי בנסיבות שמצדיקות עיון מחודש של הכנסת בעניין. משמע – היום יותר קשה לקבל חסינות דיונית מאשר בעבר.
מה הם השיקולים של הכנסת בהחלטה?
א. העבירה שבה מואשם נעשתה למען מילוי תפקידו- יש חסינות מהותית.
ב. כתב האישום הוגש שלא בתום לב או תוך הפליה.
ג. אם מדובר על עבירה שנעשתה בתוך כותלי הכנסת , אז הכנסת תוכל לנהל את הנעשה- נועד לשמור על כבוד הרשות המחוקקת בעניינים פנימיים.
ד. האם ההליך המשפטי נגד חבר הכנסת עלול לפגוע באינטרס הציבורי? תנאי זה נועד לשמור על הפעילות של הכנסת.

ההבדלים במצב לפני התיקון ואחרי התיקון

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **מעמד היועמ"ש** | **בעבר**, היועמ"ש היה צריך לבקש אישור- להגיש בקשה להסרת חסינות ולקבל החלטה שמסירה את החסינות וזה שימש תנאי להגשת כתב אישום. | **היום**, היועץ המשפטי נדרש רק להודיע (אין צורך לקבל אישור) שהוא מגיש כתב אישום ואז לח"כ 2 אפשרויות: 1. לשתוק וההליכים יימשכו בלא שהכנסת מעורבת בעניין. 2. ללחוץ על מתג החסינות ולבקש דיון. **מחליש את החסינות הדיונית ביחס למה שהיה בעבר**. |
| **מעמד הוועדה** | **בעבר**, הוועדה רק המליצה להסיר וההחלטה הסופית הייתה עוברת לכנסת.  | **היום**, אם הוועדה מחליטה להסיר, החלטתה סופית.אם דעתה היא שאין להסיר, העניין יגיע למליאת הכנסת. **מחליש את החסינות הדיונית ביחס למה שהיה בעבר**. |
| **קביעת העילות להסרת חסינות** | **בעבר**, החוק עצמו לא תחם את העילות שרשאים ח"כ לשקול כטעם להחלטה לא להסיר חסינות. | **היום**, נקבעו עילות מפורשות שרק הן יכולות לעמוד לח"כ. מגיעים למסקנה **שנבחרה אופציית הביניים בגרסה רחבה למדי שלה.** |

**מה היחס בין החסינות העניינית לבין הסנקציות שמעמידה וועדת האתיקה של הכנסת?**
פס"ד מח'ול נ' הכנסת (2004)
עולה השאלה האם וועדת האתיקה של הכנסת יכולה לנקוט סנקציות משמעתיות נגד ח"כ שנשא נאום בפני הכנסת אם הנאום נכנס תחת החסינות העניינית שיש לו. ברק – כל פעולה בעלת אופי שיפוטי של הכנסת נתונה לביקורת שיפוטית, כך גם החלטות של וועדת האתיקה. עם זאת, לדבריו יש לצמצם את התערבות בית המשפט בעניינים של וועדת האתיקה, ההשפעה שלהם מזערית. החסינות העניינית לא שוללת מהכנסת את האפשרות לנקוט פעולה משמעתית נגד ח"כ שעבר על הכללים הנ"ל. החסינות העניינית לא מגנה מפני הליכי שיפוט פנימיים.

פס"ד זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת (2014)הוועדה החליטה להרחיק את זועבי ל-6 חודשים מישיבות מליאת הכנסת אחרי שהפרה את כללי האתיקה, היא הביעה תמיכה בחטיפת שלושת הנערים ופרסמה מאמר מסית נגד המדינה במהלך מבצע צוק איתן. היא עתרה לבג"צ והעתירה נדחתה ברוב קולות. נאור – החסינות העניינית מגנה על זועבי, אך לא מדיון על התנהגותה בוועדת האתיקה. הלכת מחול – חסינות עניינית לא מגינה מפני ביקורת וועדת האתיקה וסנקציות משמעתיות. היא מגנה מהליך משפטי ולא מפני הליך פנימי של הכנסת. זועבי – יש לפרש את ההלכה בצמצום. הלכת מחול נקבעה על פעילות בתוך משכן הכנסת והיא התבטאה באמצעי התקשורת מחוץ לכנסת. נאור – אין לקבל את ההבחנה. אם ח"כ לא מתנהג כראוי בין אם בתוך כנסת ובין אם מחוצה לה, יש לכנסת סמכות לבצע נגדו הליכים משפטיים.ההלכה מ-2 פסה"ד הנ"ל: חסינות עניינית מגנה מפני הליכים משפטיים , אך אינה מונעת הליכים שיפוטיים במסגרת הכנסת(למשל ע"י וועדת האתיקה).

**2.1.7 הדחת חבר כנסת מכהן**
ס'42 לחוק יסוד הכנסת קובע כי הכנסת רשאית להפסיק את חברותו של חבר כנסת ברוב של 90.
פס"ד ג'בארין נ' הכנסת (2018)
ועדת החוקה , חוק ומשפט יזמה תיקון לחוק יסוד הכנסת- סעיף 42א(ג) ואת חוק הכנסת , המסמיכים את הכנסת להחליט על הפסקת חברותו של חבר הכנסת אם קבעה שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. אחד מטיעוני העותרים הוא כי חוק ההדחה אינו חוקתי ויוצר פגיעה בעקרונות יסוד דמוקרטיים: קביעת הרכב הכנסת בבחירות, הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות לשוויון וחופש הביטוי הפוליטי. בית המשפט דן בחוסר הבשלות- האם יש לדון בחוק זה למרות שהינו תיקון חדש שהכנסת טרם הפעילה? לפי חיות על העתירה להידחות , גם אם התיקון פוגע בזכויות חוקתיות , הפגיעה לא שוללת את עקרונות העל של השיטה המשפטית. במקרה שלפנינו לא מתקיימת דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי ולכן דין העתירה להידחות. לפי סולברג התיקון אינו משנה באופן מהותי את היקפן של הזכויות החוקתיות שקיימות בשיטתנו המשפטית. בניגוד לשופטת חיות , הוא חושב שהתיקון לא פוגע בזכויות חוקתיות , אלא נועד לשנות את היקפן. לכן אין צורך לבחון את גבולות הגזרה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי.
האם תוכנו של חוק ההדחה יוצר שינוי?
מבחינה מהותית החוק עומד בקנה מידה אחד עם סעיף 7א, כך שאינו משנה את היקפה של הזכות החוקתית. מבחינה פרוצדורלית , חוק ההדחה פוגע בחברי הכנסת המכהנים אך זה לא שינוי בהיקפה של הזכות החוקתית.

2.2 הממשלה  **שיטת הבחירות במדינות הדמוקרטיות**

|  |  |
| --- | --- |
| **פרלמנטרי (ישראל)** | **נשיאותי (ארה"ב)** |
| ראש הממשלה נבחר ע"י הפרלמנט | הראש נבחר ע"י ציבור בוחרים |
| הרשות המבצעת תלויה באמון המחוקק | מינוי קבוע לתקופה קבועה |
| הממשלה מכהנת כ"קבוצה" , ראש הממשלה הוא "ראשון בין שווים". | אדם אחד אוחז בכל הסמכויות, והאחרים פועלים בשמו ועבורו. |
| חבר ממשלה יכול להיות חבר ברשות המחוקקת. | חבר בממשלה לא יכול להיות חבר גם ברשות המחוקקת. |
| משרה ייצוגית נוספת לראש הממשלה- הנשיא. | אין משרה ייצוגית נוספת חוץ מהנשיא. |

**מאפייני המודל הנשיאותי**
1.יציבות(יתרון המודל)- הנשיא נבחר אחת ל-4 שנים, כל עוד אין נסיבות מיוחדת. מה שיוצר יציבות.
2.אין גמישות- נוצר מצב של כביש ללא מוצא, במשרת הנשיאות אוחז אדם שמשתייך למחנה פוליטי אחד, והמחוקק משתייך למחנה פוליטי אחר. בשונה מהמודל הפרלמנטרי.
3.הנשיא אוחז בכל הסמכויות. הנשיא מביא עמו מומחים משלו לתוך הרשות המבצעת. האם באמת צריך להפקיד את כל הכוח אצל אדם אחד?
4.במערכת נשיאותית , ההתמקדות היא בנשיא עצמו ובמצעו ולא במפלגה היוצא ממנה. השיקולים לבחירת הנשיא יכולים להיות שיקולים לא רלוונטיים בהכרח , למשל אישיות האדם וכריזמטיות.

**המודל הפרלמנטרי בישראל:**
בשנת 1992 תוקן חו"י הממשלה, ולפיו נקבע חוק הבחירה הישירה. חוק זה העביר אותנו ממודל פרלמנטרי נקי למודל ביניים. חוק הבחירה הישירה- שמים בקלפי שני פתקים , אחד של ראש הממשלה ואחד של המפלגה. עם זאת למפלגה עדיין יש יכולת להפיל את הממשלה.
מטרותיו העיקריות של המודל: א) המפלגות הקטנות ישיגו יותר קולות.
 ב) בחירה בראש ממשלה ספציפי תתרום ליציבותו בממשלה.
בפועל , המטרות לא הושגו. רוב המצביעים הצביעו למפלגה שמתאימה להם אידיאולוגית. המפלגות האידיאולוגיות התרבו , והמפלגות הגדולות נחלשו. מה שהוביל להחלשת הממשלה במקום לחיזוקה.
חוק יסוד הממשלה החדש דרש שעל מנת לשנותו צריך רוב של 61 חברי הכנסת. הכנסת הייתה ברוב והחוק שונה-מדינת ישראל חזרה למודל הפרלמנטרי.

**נעשים צעדים לחיזוק הממשלה:**
1. אי אמון קונסטרוקטיבי (סעיף 28 לחו"י הממשלה) – קובע שהמחוקק יכול להפיל ממשלה מכהנתה רק אם בו זמנית, כשהוא מביע אי אמון בממשלה המכהנת הוא מביע אמון בממשלה חלופית(המודל קיים בגרמניה וספרד). בישראל חוק הבחירה הישירה אימץ סוג של מודל ביניים – אי אמון קונסטרוקטיבי חלקי - מי שיצביע אי אמון בממשלה יהיה צריך להמליץ על מועמד אחר(ניתן להצביע למועמד פיקטיבי רק בשביל לעמוד בתנאי החוק לפיזור הממשלה). בשנת 2014 תוקן חו"י הממשלה והתקבל אי אמון קונסטרוקטיבי מלא לפיו יש להביע אמון בממשלה חלופית מלאה ולא רק בראש שלה. מה שחיזק את מעמד הממשלה.
2. החלטה על פיזור הכנסת(סעיפים 34 ו36 לחו"י הממשלה) – כדי ללכת לבחירות מוקדמות, דרוש רוב של 61 ח"כים.
3. מתן סמכות מפתח לרה"מ לפזר את הכנסת(סעיף 29 לחו"י הממשלה)- כשרה"מ רואה שאין אפשרות לקדם את מדיניותו הוא יכול להחליט על פיזור הכנסת, מה שיוצר איום על חברי הכנסת.
4. נוספו עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת:
א. אי אישור תקציב (סעיף 36(א) לחו"י הכנסת). אם לא מאושר תקציב , הכנסת מתפזרת.
ב. סעיף 11 לחו"י הממשלה- אם ניסיונות חוזרים להרכבת ממשלה לא צולחים יתקיימו בחירות חדשות. הרציונל מאחורי הסעיף הוא שחברי הכנסת לא ירצו לעמוד בפני בחירות נוספות כיוון שיהיה להם חשוב לשמור על מעמדם.
 **חיזוק הכנסת במודל הפרלמנטרי**ניתן להגיד שמצד אחד חיזקנו את ראש הממשלה ואת הממשלה , מצד שני נוספו סעיפים שמחזקים את הכנסת מול הממשלה. לממשלה יש רוב במחוקק , ולכן למחוקק אין יכולת רבה להגביל את הממשלה. משום כך הוגברה יכולת הפיקוח של הכנסת באמצעות סעיפים שונים. לדוגמא:
-ניתנה סמכות לכנסת לחייב את ראש ממשלה או את אחד משרי הממשלה להגיע לדיון ולהופיע בו.
-בידי הכנסת הסמכות לפקח על חקיקת משנה , תקנות מסוימות יצטרכו לקבל את אישור ועדת הכנסת.
-הממשלה צריכה לבקש מהכנסת אישור מיוחד להארכת תוקפו של "מצב החירום" במדינה.

**מתי מרכיבים ממשלה?**
סעיפים אלו כוללים בחירות לכנסת:
1. כשיש בחירות לכנסת שהתקיימו במועדן (אחת ל4 שנים, לפי סעיף 9 לחו"י הכנסת).
2. אחרי בחירות מוקדמות לכנסת:
 א. אם הכנסת החליטה להתפזר (סעיף34-36 לחו"י הכנסת), במתכונת של 61 ח"כים.
 ב. המועמדים עליהם המשימה להרכבת הממשלה לא הצליחו במשימה (סעיף 11(ב) לחו"י הממשלה).
 ג. אי קבלת חוק תקציב (סעיף 36(א) לחו"י הכנסת).
3. רה"מ פיזר את הכנסת (סעיף 29 לחו"י הממשלה). לפי החוק הוא רשאי לעשות זאת בהסכמת נשיא המדינה. \*נשאלת השאלה איזה שיקול דעת הנשיא צריך להפעיל? הנשיא צריך לוודא שטענת רה"מ שהוא לא יכול לנהל את המדינה מבוססת ובמידה והיא לא - הוא יכול לומר לרה"מ שאינו מסכים.
4. התפטרות הממשלה
לא נדרשות בחירות חדשות לכנסת:
א. רה"מ חדל לכהן מחמת עבירה (סעיף 18).
ב. רה"מ התפטר (סעיף 19).
ג. רה"מ נפטר/נבצר (סעיף 20).
ד. רה"מ חדל להיות ח"כ (סעיף 21).
ה. הכנסת הביעה אי אמון.

**2.2.2 הסכמים קואלציוניים**
יש מחלוקת בין המלומדים בשאלה האם הסכם פוליטי בכלל והסכם קואליציוני בפרט הוא בעל תוקף משפטי(פרטי ו/או ציבורי)? מהפסיקות השונות נובע, שגם אם יש להסכמים הפוליטיים תוקף אינם בעלי משמעות רבה, וגם אם אין להם תוקף בית המשפט ידון בהם.
פס"ד ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלהעתירה נגד הסכם קואליציוני בין הליכוד לסיעה לקידום הרעיון הציוני בישראל. ההסכם קובע דברים כמו הבטחה שח"כ מסוים יכהן כשר האוצר ושחברי הסיעה ישולבו כשרים וסגני שרים בממשלה ובמוסדות השלטון המרכזי והמקומי בהם מיוצג הליכוד. טענת העותרים- ההסכם בלתי חוקי. הוא נותן טובות הנאה כספיות ומבטיח שיריון מקומות ותפקידים בכנסת. אלון – הסכם פוליטי הינו מחייב משפטית. הוא נשלט על ידי המשפט הציבורי אבל לא ע"י כל עקרונותיו. החובה המיוחדת של הסכמים פוליטיים היא להביאם לידיעת הציבור. הסכם פוליטי בלתי חוקי או שנוגד את תקנת הציבור – בטל. הסעד שינתן על ידי בית המשפט בהתערבות בהסכם פוליטי – הצהרתי בלבד. הביקורת העיקרית תבוא מהציבור. ברק- חוק החוזים לא חלים על הסכם פוליטי, הסכם פוליטי נשלט ע"י המשפט הציבורי. זה מה שמבטיח שרשויות שלטוניות ינהגו ביניהן ביושר. על בית המשפט לבחון האם ההסכם בטל באמצעות מבחן שריד- מבחן להתערבות בהליכים פנים פרלמנטריים. לטעמו הסעד המתאים הוא הכרזה על הפרת ההסכם. במקרים בהם בית המשפט לא מקבל את הלכת ההשתחררות מההסכם הפוליטי , הסעד המקסימלי יהיה הצהרתי בלבד.
פס"ד ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה
בהסכם קואליציוני בין העבודה לש"ס נקבע כי "במידה ויופר הסטטוס קוו בענייני דת מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה ע"י חקיקה מתאימה". שחר ולנר, מגיש עתירה ובה תוקף את הסעיף הזה ומבקש מביהמ"ש לקבוע שהסעיף הזה בטל. השופטים ברק ואור (עמדת מיעוט) - החוק עוקף את הדמוקרטיה:1. הוא פוגע באמון הציבור בביהמ"ש. 2. הוא פוגע בהפרדת הרשויות. מכאן שהוא נוגד את תקנת הציבור והינו בטל. תפקידו של כל בימ"ש הוא להכריע בסכסוכים, וביהמ"ש העליון בפרט. מעבר לכך, העליון גם קובע הלכות ותקדימים. אם נאשר את ההסכם, הוא עלול לרוקן מתוכן את כל תפקידו של ביהמ"ש העליון. השופטים שמגר וחשין (עמדת הרוב) – 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. למרות קביעתם שההסכם הוא לא שפיט , הם בכל זאת דנים בכך שהסעיף אינו ראוי.
השופט ברק עונה כי אם זו רשימה שזה הסעיף המרכזי במצעה, ניתן לפסול אותה כי היא שוללת את אופייה הדמוקרטי של מדינה ישראל(לפי סעיף 7 לחו"י הכנסת). דבר נוסף שברק אומר הוא שניתן יהיה לא לאשר את כל המצע שלה(וכך נפגע בה פחות מאשר לפסול את התמודדותה לכנסת). לפי ברק יש הצדקה עקרונית להחמיר עם מפלגה שנבחרה לכנסת ומצעה אינו ראוי לבין מפלגה שפרסמה מצע בלתי ראוי ועוד לא תפסה את מקומה באופן רשמי בכנסת.
השופט גולדברג(עמדת יחיד) – בגלל שמדובר בהסכם הנוגע לביהמ"ש, אינו רואה צורך להתערב. התערבות עלולה להוביל למשוא פנים וביקורת על ביהמ"ש. \*הערה של פרופ' ספיר- גולדברג מכניס אותנו באופן חריג לתוך ראש השופטים.
**בשני פסקי דין אלו , בית המשפט פוסק הלכות חדשות לגבי היחס להסכמים פוליטיים:**1. כשמגיעים למישור הסעדים – הסעד להסכם פוליטי יהיה סעד הצהרתי(אמירה שהייתה הפרה של ההסכם) הוא המקסימום שניתן.
2. גם אם השופטים חושבים שאין תוקף משפטי להסכם הקואליציוני הם בכל זאת ידונו בו(השופט חשין ,לא מתערבים בתוכן אלא בעצם כך שההסכם פסול).

**2.2.3 סמכויות הממשלה והשרים**לפי ס'1 לחוק יסוד הממשלה : הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. פתרון- בסעיף 1 הכוונה היא לממשלה במובן הצר (ניתן להבין זאת מס'4).
במובן הרחב- כל רשויות השלטון שמשתייכות לרשות המבצעת.
במובן הצר- הממשלה כוללת את ראש הממשלה והשרים בה.
לממשלה 4 מקורות לסמכותה-
א) הממשלה קיבלה את סמכויותיה מהמנדט הבריטי(סעיף 14 לפקודת סדרי שלטון ומשפט).
ב) באמצעות החקיקה הראשית נקבעות סמכויות הממשלה הספציפיות.
ג) לממשלה סמכות שליטה על השרים ופעולותיהם , מכוח ס'31(ב) לחוק יסוד הממשלה.
ד) לממשלה יש סמכות שיורית מכוח ס'32. אם אף גוף לא קיבל סמכות בנוגע לנושא מסוים , אז לממשלה יש סמכות לגביו. הגבלות על הסמכות השיורית- 1.בכפוף לכל דין. 2.כל עוד אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.
פס"ד עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל (1993)
הממשלה מקבלת החלטה לגבי סיווג מחדש של ערי פיתוח ואזורי עדיפות לאומית לצורך מתן הטבות מכוח סעיף 29(כיום 32) שנותן לה סמכות שיורית. עיריית קריית גת טוענת:
1.בחקיקה נאמר שהאחריות מוטלת על וועדת השרים ואין הממשלה רשאית לעשות זאת. 2.החלטת הממשלה אינה שוויונית, מפני שאין קריטריונים ברורים, ולכן נוצרת הפליה בין ישובים.
גולדברג: 1.הסמכות השיורית צריכה להיות בכפוף לכל דין. הוא אומר שהדין הוא חוק אזורי פיתוח ולכן הממשלה לא יכולה להחליט לגבי הנושא. 2.הסמכות לא הוקנתה לרשות המבצעת כי היא הוקנתה לוועדת השרים.
דורנר: הביטוי בכפוף לכל דין כולל חוקים וכולל פסיקות של בית המשפט. כלומר, את הסמכות השיורית לא ניתן להפעיל אם היא עומדת בניגוד למשהו שנפסק על ידי בית המשפט. דורנר אומרת שחוקי היסוד היו המקור לזכויות הפרט, אך יש להתייחס ולתת חשיבות גם לביטוי שנתן להן בית המשפט, כלומר לזכויות הלא מנויות שבית המשפט הכיר בהן כחלק מאותם חוקי יסוד. בהתאם לזה, הסמכות של הממשלה לא יכולה לפגוע בזכויות הפרט, אלה שבחוק וגם אלה שבית המשפט נתן להן תוקף. אי אפשר מכוח הסמכות השיורית לפגוע בזכויות אדם. \*שניהם מסכימים שההחלטה התקבלה ע"י הממשלה בחוסר סמכות ולכן היא לא יכולה לחלק הטבות לפיה.
הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל
השב''כ מפעיל לפעמים אמצעים פיזיים בחקירה שמטרתם להפעיל לחץ כבד על הנחקרים. הוועד הציבורי טוען שלשב"כ אין סמכות לחקור את החשודים בביצוע פעילות פח"ע ושאין לו סמכות להפעיל כוח פיזי בחקירה. כלומר, יש לבדוק את חוקיות השימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ. המדינה אומרת שהסמכות לחקור היא בסעיף 40(32 כיום) לחוק יסוד הממשלה(הסמכות השיורית) ושהכוח שמופעל הוא כדין לפי ס' 34 יא לחוק העונשין שאומר שמותר להפעיל כוח פיזי מתון בחקירה לצורך הגנה על חיי אדם. ברק קובע כי החקירה של השב"כ פוגעת בחירויות הפרט, כבודו וצנעתו ולכן אין להפעילה בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק. עד שהמדינה לא תסדיר את הנושא בצורה מסודרת השב''כ אינו רשאי להפעיל את שיטות החקירה המדוברות. נדרשת הסמכה מפורשת בחוק או בחקיקת משנה ובנוסף שהחקיקה תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. מכוח סמכויות שיוריות של הממשלה בס' 40 לחוק יסוד הממשלה לא ניתן לשאוב הסמכה לפגיעה בחירויות הפרט. העתירה התקבלה. בית המשפט נותן תוקף למגבלה של בכפוף לכל דין(בכפוף לזכויות שהוכרו ע"י ביהמ"ש העליון).פס"ד פלק נ' היועמ"ש לממשלה (2000)
שר הפנים הורה על הפסקת תפקידם של העותרים כנציגי עיריית ירושלים בוועדה המחוזית לתכנון ובנייה. הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מורכבת מנציגים, לפי החוק בין נציגיה יהיו נציגי רשויות מקומיות שימונו ע"י שר הפנים בהמלצת הרשויות. השאלה הנשאלת האם נציגי הרשות המקומית חייבים להיות עובדי הרשות המקומית או יכולים להיות נציגים חיצוניים? לפי הנחיית היועמ"ש הנציגים חייבים להיות עובדי הרשות המקומית, הוא מבסס זאת על ס' 7 לחוק תכנון ובנייה. העתירה טוענת שיכולים להיות נציגים חיצוניים.
השופטת דורנר נתנה 4 מבחנים לשלילת מינוי נציג חיצוני. השופט מצא(דעת רוב) קובע כי יש לבדוק את המבחנים בצורה פרטנית מול כל נציג והוא סוקר אותם: 1. מידת הבקיאות – פרטנית. לכל מועמד בקיאות שונה. 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 ולא לטובת גוף הרשות עצמו. 3. מידת פיקוח הרשות – אפשר להפעיל פיקוח אפקטיבי גם על עובדי ציבור וגם על אנשים פרטיים. 4. ניגוד עניינים – מינוי נציג חיצוני מעורר חשש לניגוד עניינים שהרי הנציג החיצוני (בדר"כ: קבלן, יזם, אדריכל) יפעל לטובת האינטרסים שלו. מצא קובע כי נכון שיכול להיות חשש כזה אך יש לבדוק כל עניין לגופו. לאור זאת, השופט מצא קבע כי לא ניתן לשלול מינויים של נציגים חיצוניים רק משום היותם נציגים חיצוניים. בית המשפט פוסק כי גם אנשים פרטיים שמתגוררים ברשות המקומית יכולים להיות נציגים בוועדת התכנון והבנייה.
חטיבת זכויות האדם/המרכז האקדמי נ' שר האוצר(2005)תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר קובע שיוקם בישראל כלא פרטי. יש כאן העברה של סמכויות הכליאה שהן דבר שפוגע בצורה מתמדת בזכויות אדם מידי המדינה לידיים של גוף פרטי שפועל למטרות רווח. השאלה היא האם התיקון בחוק שמעביר את הסמכות הינו חוקתי.
1. סמכות - אין סמכות מתוקף סעיף 1 לחו"י הממשלה, הקובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. ביהמ"ש לא הכריע לפיכך מפני שסעיף 1 אינו מגדיר באופן מפורש אילו סמכויות ניתן להאציל ואילו לא.
2. שיקול דעת - החוק פוגע בזכויות לחירות וכבוד. ביהמ"ש בחר במסלול זה.
בייניש: התיקון פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד ולא עומד במבחני פסקת ההגבלה. הלגיטימיות לשלילת חירות מאדם בדמוקרטיה נובעת מכך שהחירות מופקדת רק בידי המדינה, עצם זה שאדם פרטי כולא אדם ומנהל את חייו כאסיר זו פגיעה בזכויות. מעצם היותו של חוק יסוד הממשלה חוק יסוד יש לפסול חוק שסותר אותו. ס' 1 הוא הצהרתי וקשה לבסס את טענת אי החוקתיות עליו , בנוסף , לחוק יסוד הממשלה אין פסקת הגבלה מה שיוצר בעיה בבחינת הנושא(היא משאירה שאלה זו בצריך עיון). סמכות הכליאה והפעלת בתי הכלא הן חלק מהגרעין הקשה של הסמכויות שחייבות להיות בידי הממשלה ולא יכולות להיות מופרטות. ניתן לבחון איזה סמכות אפשר להפריט לפי מנגנון איזון כמו פסקת הגבלה.
בפס"ד זה אנו מזהים סימנים ראשוניים לנכונות ביהמ"ש לפסול גם חקיקה ראשית מכוח העיקרון שלפיו יש סמכויות שלטוניות שאינן ניתנות להאצלה "גרעין קשה".

**2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר**
התנועה נ' ממשלת ישראל
עתירה כנגד המשך כהונתו של דרעי כשר הפנים בממשלה לאחר שהוגש כתב אישום נגדו על לקיחת שוחד ושימוש לרעה במשרות שלטוניות. רבין בוחר לא להפעיל את סמכותו שבסע' 21א'(א).
1. ראש הממשלה התחייב לא לפטר אותו כחלק מההסכם הקואליציוני. ביהמ"ש קובע כי ההתחייבות לא תקפה כי מדובר בעבירות חמורות.
2. שיקול דעת – ראש הממשלה טוען כי הוא יכול לפעול לפי שיקול דעתו ולכן בוחר שלא לפטר אותו. השופט שמגר קובע כי ההחלטה היא לא סבירה באופן קיצוני ושיקול הדעת לא סביר.
לפי שמגר: אם פעולת רוה"מ בעניין זה גובלת בחוסר תו"ל, בחוסר סבירות או בשרירותיות, דינה בטלות. יש מקרים בהם(למשל-כאשר מוגש כתב אישום) הופכת הסמכות שבשיקול הדעת לסמכות שחובה להפעילה. הוא מחייב את רה"מ לפטר את השר.
התנועה נ' ראש הממשלה
העתירה מבקשת למנוע את מינויו של משיב 3- צחי הנגבי לתפקיד שר, בטענה כי אינו כשיר לכך בשל מעורבותו בארבע פרשיות (תגרה, תובענה אזרחית, פרשת בר און- בה הומלץ להעמידו לדין בשל מרמה והפרת אמונים ובפרשת דרך צלחה -שקיבל טובות הנאה ושכר). השופט חשין לא מסכים עם ההלכה מפרשת דרעי , לפיה מספיק שיש כתב אישום כנגד שר/ סגן שר על עבירה חמורה כדי שתקום חובה לרוה"מ לפטר אותו. לדעתו, בנוסף לכתב אישום, יש לבדוק האם הראיות מעידות על כך שיש סיכוי סביר שיורשע, והאם מדובר בעבירה חמורה שיש עמה קלון. אין להסתפק במונח כתב אישום.
אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל
הוגש כתב אישום כנגד ח"כ שתפקידו הוא סגן שר(פנחסי). לפנחסי מיוחסות עבירות של קלון. היועמ"ש המליץ להסיר את חסינותו הדיונית, אך מליאת הכנסת הצביעה נגד.
השאלה המשפטית היא האם הוא יכול להמשיך לכהן כסגן שר, והאם רה"מ חייב לפטרו?(בשם ס' 36 לחו"י הממשלה- שמעניק לרה"מ סמכות להעביר סגן שר מכהונתו). רוה"מ התייחס להבחנה בין עובד ציבור לנבחר ציבור, וטען שנבחר ציבור עומד לשיפוט העם. ברק- גם נבחר ציבור וגם עובד ציבור צריכים להיות נתונים לדין המשפט ולא רק לדין העם. עצם היותו נבחר מחייבת אותו להתנהגות ראויה. סגן שר אמנם ח"כ אבל תפקידו הוא של עובד ציבור מטעם הממשלה. ברק קובע כי לאור חוסר האפשרות לברר את העניין בביהמ"ש(המלצת הכנסת לא להסיר את חסינותו) נפגע אמון הציבור ומתחזקת החובה של רה"מ לפטרו. שאלה צדדית שמתעוררת בפס"ד זה היא מה קורה כשאי אפשר להעמיד את השר/סגנו לדין? לבסוף העתירה התקבלה ופנחסי הודח. ההלכה: מרגע שמוגש כתב אישום בעבירה חמורה ראש הממשלה מחויב לפטר את השר או את סגן השר.
התנועה נ' שר החוץ
עתירה כנגד מינוי של הנגבי לסגן שר החוץ. העותרת מבקשת לבטל מינוי זה כיוון שהנגבי הורשע בפלילים וביהמ"ש שדן במשפטו הפלילי קבע כי יש בעבירה שהורשע משום קלון.
העותרת מנסה להשתמש בסעיף 6(ג)-"לא ימונה שר שבעבירתו קלון"- אך ביהמ"ש קובע שזה לא שייך כי המינוי הוא לתפקיד סגן שר, וסעיף זה מדבר על שר. לכן היא מתבססת על ס' 26 לחו"י הממשלה, לפיו פקיעת כהונה של סגן שר תקרה כאשר רוה"מ/ הממשלה/ השר יפטר אותו. לפיכך על רה"מ להפסיק את כהונתו.
השופטת גרוניס: חוק יסוד הממשלה וחוק יסוד הכנסת מתייחסים למינוי והדחת שר , חוקי היסוד מהווים את הבסיס לשיקול הדעת של ביהמ"ש. אם השר נמצא כשר לפי תנאי חו"י, ספק אם אפשר להדיח אותו על פי עילת הסבירות.
השופט עמית: מסכים שאין לדחות את מינוי השר. האם יש להידרש לעילת הסבירות בהחלטת המינוי גם במקום בו נתמלאו תנאי הכשירות? כלומר האם יש לסבור שהחוק חל גם על סגן שר? אינו עונה על שאלה זו.
העתירה – נדחית.
התנועה נ' ראש הממשלהמבקשים לפסול את המינוי של אריה דרעי לשר הכלכלה מפני עבירות שעשה בעבר למרות שעברו 13 שנים מאז שסיים לרצות את עונשו. אולם , ע"פ ס' 6(ג) לחו"י: הממשלה זה תקין. השופטת חיות אומרת כי מה שקובע הוא חוק היסוד. והשאלה המרכזית היא האם מינויו כשר וגם צולח את מבחן הסבירות(האם זה סביר?)? לבסוף , היא קבעה כי זה מקרה גבול העומד במבחן הסבירות ולכן אין עילה להתערב. השופט מלצר טוען כי לפי פס"ד של הנגבי "כאשר מדובר ב"מקרה גבול" – הרי יש לכבד את מתחם שיקול הדעת הנתון לרשות הציבורית ולא להתערב בהחלטתה". מכך אין להתערב. אם נתערב בשיקול דעתה של הרשות יפגעו יסודות הממשל והחוק. העתירה נידחת.
פוקס נ' ראש הממשלה
רוה"מ מבקש להעביר את תכנית ההתנתקות שעלולה לפגוע בביטחון המדינה. ערב לפני ההצבעה הוא מפטר 2 שרים(ליברמן ואלוני) שמתנגדים להצעה. ראש הממשלה פעל לפי הסמכות שניתנת לו מס' 22ב לחוק יסוד הממשלה. העותרים- הוא פיטר כדי להשיג רוב בהצבעה, זה מהלך לא דמוקרטי. ברק- גם סמכות של שיקול דעת שנתונה לרוה"מ תיעשה בסבירות ובתו"ל, אחרת היא תהיה נתונה לביקורת שיפוטית. מתי ההחלטה של רוה"מ היא בלתי סבירה? יש לבצע איזון בין שני אינטרסים- 1. שמירה על הדמוקרטיה מתוך הבנה שכל שר הוא נציג מפלגה שמייצגת ציבור.
2. ההבנה שצריך לאפשר לרוה"מ לבצע עבודתו ולעצב את הממשלה באופן שיתאים למדיניותה ולתהליכים שהוא מוביל אליהם.
האיזון הראוי הוא שרוה"מ יפטר שר רק אם יש בכך כדי לקדם את פעילות הממשלה. השיקול העיקרי הוא האינטרס הציבורי. אז האם רוה"מ יכול לפטר שר בשל השקפה פוליטית או התנגדות למהלך מדיני שרוה"מ מוביל? רק אם הפיטור נועד לקדם ולהיטיב עם הממשלה, בין אם זה לפני או אחרי הצבעה.
לוי- רואה את הבעייתיות לפיה שר שדעתו שונה יפוטר. ולמרות זאת החוק מנוסח באופן רחב כדי לאפשר שיקול דעת רחב לרוה"מ ומשום כך אין להתערב בהחלטתו. לפי דעתו ניסוח החוק אינו טוב.
פרוקצ'יה- עוצמתו של הצורך לפטר שר צריכה להיות ייחודית ובעלת משקל גדול. צורך זה התקיים כאן כי רה"מ רוצה לקיים החלטה מדינית בדבר גורלי. פיטורי השרים אינו חורג מאמת המידה. לכן הוא לא חרג כאן מסמכותו ועמד במבחן הסבירות. העתירה נדחת.

2.3בתי המשפט **איך מתמנים שופטי בית המשפט?**-יש הוראות בחוק יסוד השפיטה(חוק יסוד)- סעיף 4(ב) אומר כי הוועדה למינוי שופטים תהיה מורכבת מ: \*3 שופטי עליון(נשיא ו-2 הוותיקים). \*2 שרים(שר המשפטים שהוא היו"ר). \*2 ח"כים. \*2 חברי לשכת עו"ד. האיזון בין הגופים השונים שמייצגים הוא שיבטיח את אי התלות ונטרול המרכיב האישי- האידיאולוגי מהבחירה.
במשך שנים רבות לשופטים היה כוח רב בוועדה. אם אחד השופטים לא רצה למנות אדם מסוים, הוא לא מונה. כך היה עד 2008. המציאות הזו השתנתה ב-2 מובנים: ההסדר החוקי השתנה, סעיף 7(ג) קובע כי הצעת הוועדה תהיה על דעת רוב חבריה שהשתתפו בהצבעה. נוסף סעיף משנה 7(ג)(2),ביוזמת גדעון סער, והוא שלבחירת שופט לעליון צריך רוב של 7 מתוך 9.
-בחוק בתי המשפט(חקיקה ראשית)
-כללי עבודה של הועדה לבחירת שופטים(חקיקת משנה)

**פורום משפטי נ' הוועדה לבחירת שופטים**רוה"מ התפטר והייתה כהונה של ממשלת מעבר. למחרת, התכנסה הועדה לבחירת שופטים, לישיבה שנקבעה מראש במטרה לבחור שופטים. שופטי העליון בוועדה טענו כי אין על הועדה לפעול בזמן של ממשלת מעבר. הועדה התפזרה. העותרת פנתה אל שר המשפטים בבקשה שיכנס את הועדה למינוי שופטים חדשים. שר המשפטים דחה את בקשתה.
העותרת פנתה לבית המשפט וטענה כי: 1)יש צורך חיוני במינוי שופטים. 2)אין מניעה לפעול בזמן שמכהנת ממשלת מעבר, שכן הועדה אינה פוליטית אלא מקצועית. בנוסף, ממשלת המעבר מקבלת החלטות קריטיות יותר אז בטוח שהועדה יכולה לקבל החלטה כזו. 3)אי מינוי שופטים יפגע באמון הציבור בשופטים.
ריבלין-  **1**)היועמ"ש חזר בו מדבריו, ואמר כי מינוי השופטים אינו חיוני כרגע. 2)שר המשפטים עצמו בחר להתחשב בדעת חברי הועדה ולא לקיים את הועדה , מתוך כבוד הדדי. 3)סוגיית מינוי שופטים מצויה במרכז מחלוקת ציבורית-פוליטית, ממשלת המעבר תגביר מחלוקת זו. 4)אין מחלוקת בין העותרת למשיבים לגבי הצורך במינוי שופטים כדי להקל על העומס במערכת המשפט. אך אין בצורך זה כדי לקבוע שההחלטה בדחיית הועדה אינה סבירה.
\*לסיכום, אין צורך בהתערבות ביהמ"ש במקרה זה, וטבעי המקרה של אי מינוי שופטים בתקופת ממשלת מעבר.

**איזו ערכאה מוסמכת לדון בטענה של בטלות חוק?**
יש שני מודלים, מודל ביזורי מול מודל ריכוזי
מודל ביזורי: אם חוק נוגד את הוראות החוקה , ניתן ללכת לכל בית משפט ולטעון נגדו.
מודל ריכוזי: במסגרתו טענת בטלות חוק תוגש רק לבג"צ , בית המשפט זה מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית ועוסק בשאלות החוקתיות. ניתן לקבל טענה זו בבית משפט רגיל רק אם היא עולה כטענת הגנה. ישנה הלכה שהדיון החוקתי שונה במהותו מהדיון הרגיל. בית המשפט המכריע בשאלת חוקיותו של חוק הוא מעין עוד בית מחוקקים.
בית המשפט בישראל נוקט במודל ההיברדי. אם רוצים לתקוף חוק זה יהיה בבג"צ. אם טענה נגד חוקיותו של חוק תעלה ב"אגב.." בבית משפט בעל ערכאה נמוכה יותר , הוא יכול לעסוק בטענה ולדון בה.

**מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה**
בין ההסתדרות לבין התאחדות התעשיינים ישנם הסכמים קיבוציים שההתאחדות לא מקיימת, בשל הוראות החוק להבראת כלכלת ישראל. ההסתדרות עותרת לביה"ד הארצי לעבודה בבקשה להצהרה שההסכמים תקפים על אף החוק. המדינה טענה כי הצהרה כזו מטעם ביה"ד מהווה תקיפת חוק, ואין לביה"ד סמכות לכך. בעתירתם לבית הדין הם עוקפים את בג"צ. ביה"ד לא מקבל את טענת המדינה ומחליט כן לדון , ולכן העותרת עותרת לבג"צ.
אור- ס' 25(1) לחוק ביה"ד לעבודה, מקנה לביה"ד סמכות לדון במקרה כזה. כדי להכריז שההסכמים בין ההסתדרות להתאגדות תקפים- יש לו את הסמכות לדון בחוקתיות חוק. כמו כן , בית דין זה הוא המומחה לענייני עבודה. לכן יש לדחות את העתירה. לוי(מיעוט)- ס' 25 הוא מקור סמכותו היחיד של ביה"ד בעניין הסכמים קיבוציים. לפי לוי יש שני תנאים שבין הדין יוכל לדון בנושא: 1.זהות המגיש- מי שיכול להגיש תביעה הוא אחד הצדדים בהסכם הקיבוצי (ארגון העובדים). אך כאן מדובר בהחלטת המדינה, שקבעה את סעיף י"ד, ולכן אין בסמכותו של בית הדין לדון בהחלטתה.
2. מהות התביעה- התביעה אינה דנה למעשה במחלוקת. הרי גם התאחדות התעשיינים מעוניינת בקיום ההסכמים הקיבוציים, והסיבה שאינה עושה זאת היא שהיא כפופה לתיקון החוק.
הוכרע לדחות את העתירה בדעת רוב של השופט אור. העתירה היא למעשה לא בגין מחלוקת, אלא בגין תיקון החוק, ולכן הייתה צריכה להיות מוגשת לבג"צ ולא לבית הדין.

**בוגרי התיכון נ' שר האוצר**
עתירה לבג"צ כנגד חוקתיות ס' 40 לחוק יסודות התקציב. לפיו, שר האוצר מוסמך להפחית מתקציב של גופים נתמכים אם הם הוציאו הוצאה כספית שבמהותה שוללת את קיום המדינה כיהודית ודמוקרטית או הוצאה המציינת את יום העצמאות כיום אבל. לפי הש' נאור יש לדחות את העתירה כיוון שקיים לה סעד חלופי. במסגרת חוק יסודות התקציב תוקן חוק בימ"ש לעניינים מנהליים, שמסמיך את ביהמ"ש המנהליים לדון בעתירות בעניין הפחתת הכספים. ההלכה הפסוקה היא שבג"צ יכול לדון, אבל הדרך הנכונה היא לעתור לביהמ"ש לעניינים מנהליים. כך תבוצע מעין תקיפה עקיפה של החוק. בפס"ד זה צוין כי במקרים אלה התקיפה העקיפה תיעשה ע"י המשיב ולא ע"י העותר. ברגע שהעותר טוען לחוקיותו של חוק פס"ד צריך להגיע לבג"צ ולא לבית הדין. נאור העדיפה שהמשפט יתקיים בבית הדין על מנת לתת להליך בשלות, וכאשר יגיע לבג"צ הדיון יהיה בשל להכרעה סופית. מנגנון התקיפה העקיפה מרחיב את המודל הישראלי למודל ביזורי.

2.4 נשיא המדינה

2.5 מנגנוני פיקוח **2.5.1 איך ממנים יועמ"ש ?**
עד לפני כ20 שנה היה מקובל שהממשלה תמנה את היועץ בהתאם לרצונה. דרך המינוי הייתה על פי חוק שירות הביטחון והוראות הממשלה. הממשלה הייתה ממנה לפי המלצת שר המשפטים.
לפי החוק החדש תוקם ועדת איתור קבועה שתסנן מועמדים לתפקיד היועמ"ש ותכהן 4 שנים. חבריה יהיו נשיא בית המשפט העליון, חבר כנסת , איש אקדמיה , שרים ועורך דין מהלשכה.
תנאי הכשירות- מי שכשיר להיות שופט בעליון כשיר להיות יועמ"ש. היועמ"ש יכהן 6 שנים. ניתן להדיחו בנסיבות ועילות ספציפיות. הוועדה תיתן את חוות דעתה על הדחתו לממשלה.

**סמכויות היועמ"ש**
**1) ראש מערכת התביעה הכללית של הממשלה.**
**2)ייעוץ וייצוג הממשלה.**
הסמכות לייצג את הממשלה בהליכים פנימיים ובחיצוניים, אך ייצוג היועמ"ש אינו בלעדי. המקובל הוא שהיועץ משמיע את עמדת הממשלה , עם הזמן השתנתה התפיסה לפיה ליועמ"ש יש בלעדיות על ייצוג הממשלה. היועמ"ש יציג את דעתו כדעת המדינה.
התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל
דרעי מכהן כשר. בשלב מסוים הוחלט להגיש כתב אישום נגדו. לדעת היועמ"ש על ראש הממשלה לפטר את השר מתפקידו, ראש הממשלה מתנגד לכך וסותר את חוות-דעתו המשפטית המחייבת של היועץ המשפטי. השופט מצא רואה את חוות דעתו של היועמ"ש כמחייבת.
פס"ד אמיתי נ' יצחק רבין
רהמ"ש ביקש מהיועמ"ש להציג את עמדתו בנושא העברת הסגן שר פנחסי מתפקידו בפניי בית המשפט, לפיה אין חובה להעבירו. היועמ"ש ענה שלא יוכל לומר בביהמ"ש כי עמדת רהמ"ש מקובלת עליו, אם זאת יציג אותה בפני ביהמ"ש.
העותר טוען כי פרקליטות המדינה אינה רשאית לייצג גם את רהמ"ש וגם את היועמ"ש כאשר עמדותיהם סותרות וזאת ע"פ כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין.
ברק: יש טעות בהבנת העותר. הפרקליטות מייצגת רק את ראש הממשלה. ע"פ העמדה שגובשה בועדת ארגנט 1962 , היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. תפקידו של היועמ"ש לא מוגדר בחוק. 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 לייצג אם הממשלה אם לדעתו היא לא פועלת כראוי. יש עליו ביקורת שיפוטית. העתירה נדחת.
פס"ד אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה
שר המדע סירב למנות את פרופ' אמיתי לחברה במועצת נגידי גרמניה-ישראל, בגלל שתמכה בסטודנטים המסרבים לשרת בשטחים. דעת השר היא כנגד דעת היועמ"ש. האם היועמ"ש מוסמך להחליט לא להגן על החלטת שר הממשלה ולא לאפשר לאותו שר להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי שיגן על החלטתו?
שטיין: האם השר נפגע מכך? לפי ועדת שמגר היועץ המשפטי לממשלה בוודאי אינו מחויב לטעון לפני בית משפט טענות שאינו מאמין בנכונותן. עליו לאפשר לרשות להציג את עמדתה באמצעות עורך דין אחר, מטעמו או שלא מטעמו. וזאת במטרה שעמדת השר תגיע לדיון בית המשפט. ייצוג של אדם או רשות שלטונית בביהמ"ש הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך השיפוטי.
קרא: סובר שהעובדה שהשר לא קיבל ייצוג של עו"ד פרטי בגלל שהיועמ"ש לא הסכים לייצגו הינה בעייתית מאחר שההלכה קובעת שעמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש. השופט שטיין חולק על השופט קרא , לדעתו זו לא הלכה מחייבת שהמדינה תהיה מיוצגת רק ע"י היועמ"ש.
 **2.5.2 מבקר המדינה**
חו"י מבקר המדינה- מגדיר את תפקידו של מבקר המדינה ונותן לו סמכויות שונות.

**2.5.3 ועדות חקירה**

3.1מבוא לזכויות האזרח

**זכויות האדם**
לא תמיד ניתן לתת לזכויות האדם עליוניות. לעיתים הן עומדות כנגד לאינטרסים ציבוריים. כאשר יש פגיעה בזכות , ראשית נבדוק האם התקיימו התנאים שיכולים להצדיק את הפגיעה.
בעבר היה מקובל להבחין בין 2 נוסחאות איזון(עד 1992). איזון אנכי ואיזון אופקי.
יש מקרים בהם בית המשפט יבחר להשתמש באיזון אנכי גם כאשר יהיה זכות מול זכות. מקרים אלו ישמשו עבורנו אינדיקציה שאותו שופט חושב שזכות אחת חשובה יותר מהזכות האחרת.

**פס"ד חורב נ' שר התחבורה**
עוסק בסגירת רחוב בר אילן שהוא עורק תחבורה ראשי בירושלים. ברק אומר שההתנגשות היא בין חופש התנועה של התושבים החילוניים או הלא יהודים ורגשות הדת(לא חופש הדת). ברק הולך כאן לפי מבחני המידתיות כדי להגיע לפשרה. הוא אומר שזה מה שמקובל היום לבחינת חוקתיות חוק. הוא אומר שפקודת התעבורה מוגנת בשמירת דינים, אך יש לפרש אותה ברוח חוקי היסוד ואם יש פגיעה שנובעת מחקיקה ישנה כמו זו, יחולו עליה מבחני המידתיות. הוא אומר שהשימוש בפסקת ההגבלה הוא טבעי ומהיר, גם לגבי פרשנות סמכות מנהלית. הקשר בין פסקת ההגבלה למשפט הציבורי לדבריו הוא טבעי. למרות שהוא מציג את המצב כאיזון אנכי הוא משתמש בסופו של דבר בפסקת ההגבלה.
 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים** עתירה נגד בקשה לקיים הפגנה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף. לטענת העותר עמדת משטרת ישראל מקפחת את זכותו הבסיסית לחופש הביטוי ולקיים אספות מחאה מול דירותיהם הפרטיות של אנשי ציבור וממשל.לפי הש' ברק: ניסיון לתת הגנה מלאה לזכות אחת תמיד יפגע באחרת. על כן, נדרש לבצע איזון.האיזון צריך להביא לשמירה על הזכויות החוקתיות והאינטרס הציבורי.יש להבחין בין "איזון אנכי" לבין "איזון אופקי"**:**
1.איזון אנכי- מצב של הכרעה. נעשה במקרה בו זכות עומדת מול אינטרס. ברק אומר שיש שני תנאים מצטברים –
א. הסתמכות על פגיעה: האם קיימת קרבה לוודאות הפגיעה
ב. עצמת הפגיעה: האם הפגיעה גורמת לנזק ממשי.
אם התנאים המצטברים אכן מתקיימים האינטרס הציבורי יגבר על הזכות(למשל ביטחון המדינה מול חופש הביטוי). אם אחד מהתנאים לא מתקיים, הזכות תגבר. נעדיף את הסדר הציבורי על פני הזכות אם נסבור שללא הגבלת הזכות קיימת קרבה לוודאות שיגרם נזק ממשי.
2.איזון אופקי-זכות מול זכות. הזכויות המתנגשות הן ערכים שווי מעמד. זה מצב של פשרה, כל זכות מוותרת על משהו. הזכות להפגין והזכות לפרטיות הן זכויות שוות מעמד ולפיכך צריך לבצע בניהן איזון אופקי, כלומר, ויתור הדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה כדי לאפשר את קיומן של השתיים יחד.
חופש הביטוי וההפגנה אין פרושם מתן היתר לחדור לרשות היחיד של איש הממלא תפקיד ציבורי ולהטריד אותו. על כן העתירה נדחית.

**מפס"ד חורב ומפס"ד דיין**
בשני פסקי הדין יש סתירה. בראשון ברק משתמש באיזון אנכי במקרה של זכות מול זכות(הופך את הזכות לאינטרס), ובפסק הדין השני הוא טוען כי במקרה של זכות מול זכות יש לבחון את הפגיעה במבחן איזון אופקי.
**לפי הש' זמיר**: לעיתים יש התנגשות , בה בית המשפט יצטרך להחליט איזה ערך גובר. על בית המשפט לבדוק באיזון האופקי , האם יש אפשרות לקבוע ויתורים הדדיים. כאשר אין אפשרות לפעול בדרך הפשרה נעבור לדרך ההכרעה, לאיזון האנכי.

**מבחני האיזון החדשים – אחרי 1992**ניתן לבחון את האיזון בין זכויות או אינטרסים באמצעות מבחני המידתיות. 1)קשר אמצעי מטרה, 2)בחירה באמצעי שבחירתו בזכות פחותה , 3)התועלת עולה על הנזק.

**מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**
בפרשה זו נבחנה התכנית להקים גדר הפרדה במטרה לענות על צרכי הביטחון של המדינה. יש מספר אפשרויות למיקום של הגדר. ברק מסתכל על האינטרס הציבורי שהוא הצורך בביטחון מול הזכות לקניין של התושבים. ככל שגדר ההפרדה קרובה יותר ליישוב היהודי, הפגיעה בזכותם לקניין גדולה יותר, שכן היא "חותכת" אותם מהשטחים החקלאיים שלהם.
במקום לבחון זאת באמצעות נוסחאת האיזון שהייתה מקובלת בעבר, הוא בוחר לבחון את הפגיעה במבחן המידתיות שנגזר מפסקת ההגבלה. מבחן המידתיות השלישי בודק האם התועלת עולה על הנזק בתוכנית שהציעה המדינה. ברק הופך את מבחן המידתיות ה3 למבחן המורכב משני חלקים-
1)תועלת כללית מול נזק כללי
2)תוספת תועלת מול תוספת נזק.
ביהמ"ש- יש לשקול את מיקום הגדר רחוק יותר מהכפר היהודי, גם אם זה ישיג את התכלית (ביטחון) פחות. יש לבחון את התועלת מול הנזק, ואם הזזת הגדר תפגע פחות בזכות לקניין- זה עדיף. אולי הגשמת התכלית תהיה פחותה אבל גם הפגיעה בזכות תהיה פחותה, וצריך להעדיף אותה.

**לפי פרופ' ספיר**
במסגרת המבחן השני-בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה ביותר ניתן להכניס את מבחן המשנה שהוצג בפס"ד בית סוריק ע"י הש' ברק , לפיו יש לבחון את תוספת התועלת מול תוספת הנזק. האם תועלת גבוהה יותר תגרום לנזק גבוה יותר? ולהיפך?
הסבר מתמטי- אם יש אפשרות של 100% תכלית מול 75% פגיעה בזכות ואפשרות של 90% הגשמת התכלית מול 50% פגיעה בזכות, נעדיף את האפשרות השנייה. אולי הגשמת התכלית תהיה פחותה אבל גם הפגיעה בזכות תהיה פחותה, וצריך להעדיף אותה.
מבחן המידתיות השני הוא לא מבחן עם שיניים, הוא לא באמת פוסל אפשרויות. לכן על פי ספיר ראוי לעבוד בשיטה זו ולהוסיף את רכיב הפשרה כי אחרת מבחן המידתיות השני הוא מבחן שאף פעם לא יהווה סוג של מבחן לשאלה האם בחירת המדינה נכונה.

**א.ס.ף נ' הכנסת**
יש תופעה רחבה של הסתננות של מהגרים מאפריקה לישראל ולכן הכנסת מתקנת את החוק למניעת הסתננות ומכניסה אליו סעיף שמאפשר לכלוא מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש במשך 3 שנים. בית המשפט מכריז פה אחד על בטלות הסעיף אחרי שהוא קובע שהסעיף פוגע בזכויות לכבוד ולחירות ושהאמצעי שנבחר אינו מידתי.
השופטת ארבל קובעת שכליאת המסתננים לא מוצדקת כיוון שקיים אמצעי חלופי להגשמת התכלית שיפגע פחות בזכויות אדם – גדר. ארבל מתייחסת לטענה שהגדר לא תגשים במידה זהה את המטרה כמו האמצעי שנבחר על ידי הכנסת. במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי ופוגעני פחות. גם אם אמצעי זה לא יביא את אותה התועלת. בפס"ד זה אנו רואים שארבל אכן פעלה בגישתו של פרופ' ספיר והכניסה את מבחן המשנה-תוספת תועלת מול תוספת נזק למבחן המידתיות השני- בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה. **כיצד ביהמ"ש בוחר באיזה מבחן להשתמש? מבחן המידתיות או מבחן נוסחאות האיזון?**
דוג': פס"ד חורב נ' שר התחבורה
ברק אומר שהערכים המתנגשים הם מצד אחד חופש התנועה של האזרח החילוני או הלא יהודי, מנגד רגשות דת (לא חופש דת). ברק בוחר לא לפעול במבחן האיזון האנכי. כאן השופט ברק בוחר במבחני המידתיות ומנמק כי הדין הישן, ובו פקודת התחבורה, מוגן מפני ביקורת על חוקיותו (שמירת דינים) אך יש לפרשו ברוח הוראת חוק היסוד.
לפי פרופ' ספיר לא לגיטימי לבחור באיזה מבחן להשתמש לפי בחירת השופט. מבחני האיזון ומבחני המידתיות יניבו לתוצאות שונות זו מזו. ויש לבחון את הפגיעה אחת באמצעות מבחן קבוע, כלומר שתהיה הלכה אחידה בפסיקות.

**תנופה נ' שר העבודה**
חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם קובע תנאים למתן רישיון לקבלנים. אחד מהתנאים לרישיון הוא להביא ערבות בנקאית למילוי תנאי החברה מול עובדיה. בחוק כתוב שהשר יקבע סכום הערבות. העותרים טוענים כי החוק יוצר פגיעה בסעיף 3 ו4 לחו"י חופש העיסוק.
דורנר – החוק עומד ב-3 מתוך 4 מבחני פסקת ההגבלה. בקשר למידתיות, לאור הנסיבות, אי אפשר להגיד שהוא עומד במבחן המידתיות השני. אפשר להשיג את תכלית חוק – הגנה על עובדי הקבלן, בשימוש באמצעי שיפגע פחות. מבחני המידתיות הם גמישים ומופעל שיקול דעת ביישומם. אם מדובר בזכות כלכלית שנפגעת, נבחן רק אם אמצעי הפגיעה הינו מידתי. בנוסף, מאחר שהחוק נועד עבור זכות סוציאלית לעובדים, נבחן באופן פחות דווקני האם האמצעי הנבחר הוא האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר.
כתוצאה מכך- נקבע כי החוק עומד בפסקת ההגבלה והעתירה נדחת.

**פסקת ההגבלה**
ניתן לבחון כל חוק בפסקת ההגבלה , גם חוק שנהנה מ"שמירת דינים". מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה משמשים תחליף לאיזון האנכי\האופקי. בחירת ביהמ"ש באיזה מבחן להשתמש תיעשה לפי שיקול דעתו האסטרטגי של השופט אם הוא רוצה פשרה-ישתמש במבחן המידתיות או הכרעה- ישתמש במבחן האיזון. אנחנו בשאלות בחוקתי נענה באמצעות מבחן פסקת ההגבלה ומבחן המידתיות.
הסתברות - המונח הסתברות לא מופיע במבחני המידתיות , יש להוסיף למידתיות את שאלת ההסתברות. במידה ויש אמצעי שנועד להגשים אינטרס ציבורי , האם מבחינה סבירה ללא האמצעי(החוק) תהיה פגיעה באינטרס הציבורי? האם באופן סביר החוק יתרום לשינוי במידה סבירה שעולה על הנזק שעלול להיווצר? ההסתברות נתונה לשיקול דעת ביהמ"ש.

**3.1.2-דרישת ההסמכה**
ביהמ"ש גיבש כלים שבאמצעותם ניתן להגן על זכויות האדם. אחד הכלים הוא דרישת ההסמכה המפורשת. הרשות המבצעת יכולה לפגוע בזכויות אדם אם הוסמכה לכך מהרשות המחוקקת. כשמדובר על פגיעה בזכויות האדם הרשות המבצעת לא יכולה להשתמש בסמכות השיורית שלה. זכויות האדם עולות על הסמכות השיורית.
במאמרו של אורן גזל הוא מציג 3 גישות- מתי מחוקק המשנה רשאי לפגוע בזכות יסוד:א) גישת ההסמכה המפורשת – צריך הסמכה ספציפית ופרטנית מחקיקה ראשית. כל הסמכה תפורש בצמצום- כמה שפחות לפגוע בזכויות יסוד.
ב) גישת תכלית החוק – גם ללא הסמכה מפורשת וספציפית הפגיעה מותרת אם מתחייבת כדי להשיג את התכלית הפרטיקולרית של החוק, כלומר ההסמכה לפגוע בזכות הינה מתבקשת ממטרות החוק המסמיך. אם השגת מטרת החוק אפשרית ללא פגיעה בזכות יסוד לא ניתן לפגוע בזכות. גם אם מטרת החוק מצדיקה פגיעה בזכות יסוד, צריך לבדוק שיש איזון בין מטרת החוק לבין הפגיעה בזכויות אדם, ושהפגיעה עומדת בתנאים מהותיים של הגנה על זכויות אדם.
ג) גישת ההסמכה הכללית- לא צריך הסמכה פורמלית לפגיעה, והפגיעה תותר אם הופעל בה שיקולים ענייניים של סבירות ומידתיות. בגישה זו בניגוד לגישה השנייה יש פחות הסתכלות על זכות יסוד כערך עליון, ומבחן הסבירות הוא העיקרי.
מיטרני נ' שר התחבורה
נשללת ממוציאי רישיונות עבור אנשים האפשרות לעסוק במקצוע הזה. זאת עתירה מ-1981, לפני חוקי היסוד. שמגר – חקיקת משנה שתתפרס מעבר למה שמאפשר לה החוק- תתבטל. פעולה שהרשות המבצעת מבקשת לעשות ופוגעת בזכות מצריכה ממנה הצבעה על מקור הסמכות. היא יכולה לעשות רק מה שהיא הוסמכה אליו לא מעבר. היעדר הסמכה= פגיעה בשלטון החוק. פסק דין זה הוא דוגמא לכך שהייתה דרישת הסמכה לפגיעה עוד לפני חוקי היסוד.
המפקד הלאומי נ' היועמ"ש
כללי רשות השידור והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו אוסרים על תשדירי פרסומות בתשלום שנוגעים לנושאים פוליטיים שהינם שנויים במחלוקת ציבורית. עולה השאלה האם זה פוגע בחופש הביטוי הפוליטי באופן לא חוקתי.
בייניש דורשת 3 תנאים מצטברים על מנת לאשר את פגיעתה של זכות באמצעות חקיקת משנה: הסמכה מחקיקה ראשית , ההסמכה מהחוק היא מפורשת ועל החוק המסמיך וחקיקת המשנה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.
לפי בייניש(דעת מיעוט) חופש הביטוי הפוליטי הינו זכות מרכזית. ככל שזכות היסוד מרכזית יותר ועוצמת הפגיעה בה קשה יותר, נדרוש הסמכה מפורשת יותר. היא טוענת שיש צורך בפרמטרים שיקבעו בחוק ויתנו הנחיות באיזה מידה וצורה ניתן לפגוע. היא מרחיבה את גישת ההסמכה המפורשת ודורשת שיקבעו סטנדרטים מסוימים לפגיעה בזכות מרכזית.
ככל שהזכות פחות חשובה ועוצמת הפגיעה פחותה נסתפק בתכלית החוק , כלומר בהסמכה כללית יותר. מסקנה – דרישת ההסמכה המפורשת היא גמישה, לא תמיד נצטרך אותה. זה תלוי במהי הזכות. בייניש בדעת מיעוט ביחד עם חיות, שופטי הרוב חלקו עליהן. חלקם חשבו שאין בכלל פגיעה וחלק שחשבו שההסמכה שקיימת מפורשת מספיק.
אורן גזל במאמרו
יש להבחין בין: 1) החלטה פרטנית של הרשות המבצעת , 2)תקנה של הרשות המנהלית(של שר מהממשלה). תקנה היא בעלת פוטנציאל רחב לפגיעה בזכויות. גזל מציע לבחון אם הפגיעה היא מכוח תקנה של שר ואז נדרוש הסמכה מפורשת יותר , אם הפגיעה היא מכוח חקיקת משנה אז גישת ההסמכה ע"פ תכלית החוק מספיקה.

**3.1.3-הלימה לערכי המדינה**אחד התנאים של פסקת ההגבלה הינו שהחוק יעמוד בערכי המדינה- הערך היהודי והערך הדמוקרטי.דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת
העותרת העסיקה יהודים בשבת בניגוד להוראות חוק הוראת שעה - שעות עבודה ומנוחה, וקיבלה על כך קנס. טענתה היא שהחוק האוסר להעסיק יהודים בשבת מנוגד לחו"י חופש העיסוק ויש לבטלו. השאלה שעולה היא האם דרישות החוק שפוגעת בחופש העיסוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה?
ברק – בוחן האם החוק עומד בדרישה השנייה לפסקת ההגבלה, כלומר האם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל. לאור העובדה שערכיה של מדינת ישראל מוגדרים כערכי מדינה יהודית ודמוקרטית, יש צורך ביצירת הרמוניה בין ההיבט היהודי להיבט הדמוקרטי. ברק אומר שבהקשר של איסור עבודה, החוק עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה. יש כאן גם יסוד דתי, של השבת כסמל וגם יסוד סוציאלי של מנוחה לעובד. ההלכה- כשמדברים על ערכיה של מדינת ישראל צריך לבחון האם החוק יוצר הרמוניה ושילוב בין שני הרכיבים(ערך יהודי וערך דמוקרטי).
חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר
בנושא הפרטת בתי הסוהר. אחת מטענות העותרים היא שהתיקון לא עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.
השופטת בייניש אומרת כי ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל כוללים גם את הפרדת הרשויות, אך טענות העותרים לא התמקדו בשאלת עניין זה. היא מוסיפה כי לטעמה קשה לראות דוגמה להפרתו של מבחן זה. רק בנסיבות חריגות ניתן יהיה להכריז על אי-חוקיותו של חוק עקב פגיעה בערכי המדינה כדמוקרטית.

**3.1.4- תכלית ראויה**
כאשר חוק יוצר פגיעה בזכות נבחן האם תכליתו ראויה. תכלית ראויה הינו אחד התנאים של פסקת ההגבלה. לעיתים ביהמ"ש עושה שימוש בתנאי התכלית הראויה כתנאי מכריע , שלאחריו לא ממשיכים בבחינת התנאים הבאים.
התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת
עוסק בעתירה נגד חוק טל – הסדר הפטור משירות לחרדים. ברק- ישנן שתי שאלות בבחינת התכלית הראויה:
1)מהם מאפייניה של התכלית , המצדיקים פגיעה בזכות האדם
2)מה מידת הצורך בהגשמתה, האם הצורך מצדיק את הפגיעה בזכויות האדם? (שאלה זו נבחנת בדר"כ במבחני המידתיות)
לפי ברק לגבי השאלה הראשונה , תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל. לגבי השאלה השנייה, "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה". לפי ברק, כאשר יש פגיעה קשה בזכ"י תכלית תהיה ראויה (למי מבחן המשנה השני של פסקת ההגבלה) אם היא מגשימה מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ.
שטיין נ' המפכ"ל
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. מוגשת עתירה כנגד חוקיות הצו.
השופט ברק – השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת בשני מישורים:
מישור ראשון – אם היא מקיימת את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות אדם.
מישור שני – אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיה של החברה והמדינה.
מידת חשיבותו של הצורך עשויה להשתנות על פי מהות הזכות הנפגעת. כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית, תכלית תיחשב לראויה אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ.
צו הסגירה נועד למנוע סכנה לביטחון המדינה והציבור. במישור הראשון- התכלית היא לשמור על הביטחון של המדינה והציבור. אך דרישה זו פוגעת קשות בזכויות של בעל המקום. על מנת לקיים את האיזון הראוי, יש לנקוט באמצעי זה רק אם יש ודאות קרובה לכך שיש במקום הקפה סכנה ממשית לביטחון. (ברק מכניס את מבחן האיזון האנכי לתנאי התכלית הראויה של פסקת ההגבלה. ברק בודק את ההסתברות והעוצמה לבדיקת התכלית הראויה.)
במישור השני- סגירת המקום נועדה לקדם מטרה חברתית מהותית- התמודדות עם ארגוני טרור. מכאן נובע שהתכלית הינה ראויה.
איזון אנכי בתוך תנאי התכלית הראויה
בפס"ד שטיין נ' המפכ"ל ברק מכניס את מבחן האיזון האנכי לתנאי התכלית הראויה של פסקת ההגבלה. ברק בודק את ההסתברות והעוצמה לבדיקת התכלית הראויה. ברק מציג לפנינו שתי אפשרויות:
1)אין הסתברות ועוצמה מספיקים כדיי להצדיק פגיעה בזכות- ההכרעה היא לטובת הזכות. כאשר ההכרעה היא לטובת הזכות , אין צורך להמשיך ולבחון את הפגיעה במבחני המידתיות.
2)אם מתברר כי יש הסתברות ועוצמה מספיקים לטובת האינטרס הציבורי , צריך להמשיך ולבחון את הפגיעה בזכות האדם במבחן המידתיות של פסקת ההגבלה. לא ניתן לשלול את הזכות, ולכן באמצעות מבחני המידתיות נבחן האם ניתן לייצר הסדר שישיג את האינטרס הציבורי(אפילו אם ישיג אותו באופן מופחת) במחיר יותר נמוך של פגיעה בזכות.
לדעת ספיר, אין להסתפק באפשרות הראשונה ולהחליט על "הכרעה". מהותית יש להמשיך ולבחון במבחן המידתיות על מנת לנסות וליצור "פשרה".
א.ס.ף נ' הכנסת
יש תופעה רחבה של הסתננות של מהגרים מאפריקה לישראל. הכנסת מתקנת ב2012 את החוק למניעת הסתננות ומכניסה אליו סעיף שמאפשר להחזיק מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש במשך 3 שנים. השופטת ארבל- לחוק יש שתי תכליות:
1. מניעת השתקעות מסתננים 2. בלימה של תופעת ההסתננות. יש הסכמה שמניעת השתקעות של מסתננים היא תכלית לגיטמית. עם זאת, בנוגע לתכלית השנייה יש מחלוקת בין השופטים. ארבל אומרת שבלימת ההסתננות בעייתית מכיוון שנעשה שימוש באדם אחד כאמצעי להרתעת אנשים אחרים. מניעת ההשתקעות היא התכלית הסופית, איך מגיעים אליה? בין היתר בבלימה של תופעת ההסתננות, זאת הדרך למטרה המרכזית. המתנגדים לתכלית השניה אומרים שהשימוש במעצר מסתננים כדי להרתיע אחרים מלהסתנן הוא דבר לא לגיטימי. השופט הנדל אומר שהתכלית השניה היא כן ראויה, הרתעת מסתננים פוטנציאליים לדבריו, היא בלימה של תופעת ההסתננות. זאת לא המטרה הסופית, זאת תכלית ביניים בדרך להגשמת תכליתו המרכזית של החוק – מניעת ההסתננות. ההסתננות משפיעה לרעה על דברים רבים במדינה.
בסופו של דבר ביהמ"ש פוסל את החוק במבחן המידתיות- האמצעי שפגיעתו פחותה.

**התנגשות בין זכויות**
מה קורה כשיש התנגשות בין שתי זכויות? בין שני ערכים שווי מעמד?
פס"ד פלונית נ' ביה"ד למשמעת
תלונה על אונס ומעשים מגונים. נקבע שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות. המתלוננת מבקשת שהדיון יהיה פומבי ושיאפשרו לה להיות נוכחת בו ומגישה עתירה לבג"צ. השופטת דורנר אומרת שמדובר בעימות בין הזכות לפרטיות (סעיף 7 חו"י כבוד האדם וחרותו) לבין עיקרון הפומביות(סעיף 3 לחו"י השפיטה). לא מדובר בבימ"ש אלא בבית דין ולכן סעיף 3 לא חל לעניין הנוכחי אבל עיקרון הפומביות הוא עיקרון חוקתי במשפט וצריך לאזן אותו מול הזכות לפרטיות. היא אומרת כי אם היה מדובר בדיון בבימ"ש, כיוון שהפומביות מעוגנת בחו"י מפורש אז היא הייתה גוברת על הפרטיות, זה נובע מהכלל כי נורמה ספציפית (פומביות) גוברת על נורמה כללית (פרטיות). לפי דורנר יש פה נורמות שוות מעמד שמתנגשות, ויש להכריע באמצעות הדוקטרינה של "חוק ספציפי גובר על חוק כללי". השופט ברק חולק על דורנר. לטעמו גישתה של דורנר יוצרת הכרעה לטובת עקרון הפומביות. אנו לא נגיד מראש שהזכות לפרטיות אינה רלוונטית, אם יידרש הדבר רק נצמצם את היקפה. תמיד צריך להפעיל איזון. אין לפגוע במעמדה של הזכות לפרטיות ואין לפסולה מול עקרון הפומביות. הוא אומר כי יש לאזן בין שני הערכים. היקף התחולה של הזכויות צריך להיות כמה שיותר רחב. יש לבחון את ההתנגשות במבחני המידתיות ולעשות ויתור הדדי גם כאשר מדוברת על זכויות שעומדות זו כנגד זו.
לפי ברק במקרה של זכות מול זכות אין לבצע הכרעה לטובת אחת מהן , אלא יש לבצע פשרה, שלא תבטל את אחת מהזכויות אלא תיצור איזון וצמצום של היקפה.

**שמירת דינים**
בחוק יסוד כבוד האדם יש בס'10 הוראת שמירת דינים. לפיה אין לפגוע בדין שנקבע לפני שכונן חוק היסוד. חוק יכול לפגוע בזכות גם אם אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה.
פס"ד גנימאת נ' מדינת ישראל
בסעיף 10 לחו"י כבוד האדם וחירותו כתוב: אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין , שהיה קיים ערב תחילתו של חו"י. העליון פסק לשחרר בערבות את גנימאת שהואשם בגניבת רכב. זהו ד''נ שנושאו פרשנות עילות המעצר שבחוק סדר הדין הפלילי והשלכות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על דרך פרשנות הדינים.
השופט חשין אומר שדין זה מושג רחב. דין זה לא רק חוק זו גם פסיקה, פרשנות. אין להתייחס רק ללשון החוק עצמו.
השופט ברק – אומר שההקרנה החקיקתית של חו"י מקרינה גם על הדין הישן. תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה חזקה פחות על דין ישן לעומת דין חדש. הדין הישן לא מוגן מפני פרשנות חדשה. אי אפשר לפסול חוק אבל אפשר לפרש אותו לאור חוקי היסוד. סעיף שמירת הדינים נועד לשמור על המסגרת. ההלכה שנקבעה היא כי על בית המשפט להתאים את הפרשנות הישנה לחוק היסוד.
פרופ' ספיר אומר שהבעיה היא שטיעון זה נובע מפסקת הוראת השעה, סעיף 9, בחו"י חופש העיסוק "פירוש של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראת חו"י זה". אך אין זה נקבע בס' שמירת הדינים בחו"י כבוד האדם וחירותו. 1) למחוקק הייתה כוונה מסוימת מאחורי הבחירה לקבוע את משפט זה בחופש העיסוק ולא בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. 2)ישנו הגיון מאחורי זה , מטרת שמירת הדינים היא לשמר את הסטטוס קוו שנקבע בעבר , כנגד הוראת השעה שנועדה להתאים את הכללים לחוק היסוד.
האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר הפנים
העתירה תוקפת את סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים הקובע שלא ניתן להשיא בישראל זוגות בני אותו מין, בטענה כי הוא פוגע בזכויות של הזוגות. סעיף זה חוקק לפני חוקי היסוד. השופטת ברון מעלה הצעה תיאורטית לביטול סעיף שמירת הדינים. לדבריה הסעיף יוצר קושי והחוקים הישנים שהוא מגן עליהם לא מתאימים לזמננו. ההגנה שהוא נותן להם לא מאפשרת התאמת דברים רבים למציאות של היום , כמו: נישואים אזרחיים. בסופו של דבר נפסק כי החקיקה מוגנת בסעיף שמירת הדינים שנועד לשמר את הסטטוס קוו. אבו ערפה נ' שר הפנים
תושבים ערבים ממזרח ירושלים נהנים ממעמד של תושבי קבע. כמה מהם נבחרים לרשות הפלסטינית מטעם רשימת "הרפורמה והשינוי" שמזוהה עם חמאס. שר הפנים בישראל החליט לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלהם בשל "הפרת אמונים" וזאת מכוח סעיף 11 ב' לחוק הכניסה לישראל שקובע שהשר מוסמך לשלול תושבות לפי שיקול דעתו(חוק מ-1952 שנהנה משמירת הדינים). השופט פוגלמן מפרש את החוק באמצעות התכלית הסובייקטיבית(כוונת המחוקק) והתכלית האובייקטיבית(האם התכלית ראויה למצב זה? זה מצב רגיש ומורכב).
האיזון מחייב להעניק פרשנות מצומצמת לדבר החקיקה. מכאן הוא קובע כי החוק לא נותן לשר הפנים סמכות מפורשת לשלול תושבות מערביי מזרח ירושלים. בחוק רשום "לפי שיקול דעתו" של השר , מה שנותן לו הסמכה עמומה מאוד. מדובר בסוגיה שצריכה להיות מוסדרת על ידי הכנסת בחקיקה ראשית. השופט הנדל אומר שבמקרה והכנסת אכן תחוקק חוק שמסמיך את השר, החוק יהיה חשוף לביקורת שיפוטית ויצטרך לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. פסקת שמירת הדינים נועדה כדי לשמור על דינים ישנים, ותפיסתו של פוגלמן משנה זאת, היא מבטלת אותה וזה לא ראוי. לדבריו ס' 11 הוא חקיקה ישנה שמסמיכה בצורה ברורה את השר לבטל רישיונות ישיבה , לכן יש לשמור על כלל שמירת הדינים ולפרשו לאור חוקי היסוד.
 **3.1.6-תוצאות הפגם החוקתי**
ביהמ"ש יכול לקבוע ממתי הבטלות תחול? רטרוספקטיבית(על הנעשה בעבר) , אקטיבית(מעכשיו) ופרוספקטיבית(מנק' זמן בעתיד).
כאשר המדינה נוהגת בדרך שלא עומדת בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם יש בידי ביהמ"ש תרופות לשימושם.
מודל הבטלות
מודל הנפסדות- החוק תקף, אך ניתן לביטול על ידי קביעת ביהמ"ש.(קוֹנְסְטִיטוּטִיבִי=ביהמ"ש קובע את תוקפו השיפוטי).
מודל הבטלות היחסית- יש לו שני מובנים:
1)יש פגמים שהם כה חמורים , שבית המשפט רק צריך להצהיר שהינם בטלים. יש מקרים בהם הפגם לא חמור , ואז החוק ניתן לביטול לפי החלטת ביהמ"ש(=בטלות יחסית).
2)בטלות יחסית יכול להיות מצב בו החוק הינו בטל בנסיבות מסוימות, בטל כלפי אנשים מסוימים וכלפי אחרים לא. בהקשרים מסוימים החוק "חי" , ובהקשרים אחרים הוא "מת".

האגודה לזכויות האזרח נ' שר האוצר
סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד חופש העיסוק היה בהוראת שעה והוארך בכל פעם. האגודה לזכויות האזרח טוענת כי בתקופת הביניים בין הארכה להארכה , הוראת השעה אינה תקפה. לכן בתקופת הביניים ניתן לבטל כל מה שפוגע בחופש העיסוק , פגיעה שאינה מידתית. השופט גולדברג, אומר כי נניח והעותרים צודקים, יש לפעול לפי מודל בטלות(על החוק להיות בטל. עם זאת יש לראותו כחריג כיוון שחוקק באופן רטרואקטיבי). כאשר המחוקק יחדש את הוראת השעה היא תחול רטרואקטיבית ולא רק מהרגע שהיא חודשה. על ביהמ"ש לכבד זאת, ולכן לא יהיה בטלות. לטעמו של השופט זמיר מודל הבטלות הינו מודל מחמיר שיכול ליצור חריגים רבים, ולכן יש לפעול בהתאם למודל הבטלות היחסית, שגמיש יותר. כמו כן לפי גישת המשפט המנהלי מתגבשת גישת "הבטלות היחסית" ולכן יש להתאים ולהאחיד בין ההלכה במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי. גניס נ' משרד הבינוי והשיכון
המדינה רוצה לחזק את מעמד העיר ירושלים. היא עושה זאת באמצעות הטבה למי שיקנה או ירחיב בית בירושלים. מאוחר יותר , המדינה מבינה שהעלות התקציבית גבוהה מאוד ומבטלת את ההטבה בתיקון לחוק ההסדרים. הביטול שנעשה הוא רטרואקטיבי(הביטול חל לפני התאריך שבו נקבע הביטול בפועל). מתקיים בעליון דיון בשאלה האם יש פגיעה בזכות הקניין של התושבים שהסתמכו על החוק. כל השופטים מסכימים שהפגיעה במי שהסתמך על ההטבה היא פגיעה לא מידתית. לטעמם הסעד המבוקש הוא שההוראה לא תפעל ביחס למי שהסתמך. השאלה היא כיצד ניתן לאבחן בין מי שהסתמך למי שלא הסתמך? 4 שופטי הרוב, טוענים כי ניתן להפריד בין מי שהסתמך לבין מי שלא ע"י כלים פרשניים(למשל אם לקח משכנתא\הלוואה מהבנק). לפי ברק על ביהמ"ש לפרש את החוק עצמו בצורה שתיצור הפרדה. חשין מאמץ את גישת המשפט המנהלי- עיקרון ההפרדה העיפרון הכחול – הפרדת החלק הבעייתי של החוק מהחלק התקין. שופטי המיעוט טוענים שחשין לוקח סעיף של חוק ויוצר סעיף חדש ובכך תופס את תפקיד המחוקק. הוא עונה ואומר שגם כאשר שמבטלים חוק מבצעים פעולה חקיקתית. יש 3 שופטי מיעוט. מצא מעדיף שהפעולה תעשה בידי המחוקק- הוא נותן תקופה של 6 חודשים לבטלות הס' הרטרואקטיבי כדי לאפשר למחוקק לחוקק מחדש הוראות אלו תוך שיבחין בין מי שהסתמכו על החוק לבין אחרים. הם טוענים כי פרשנות מאולצת ע"י ביהמ"ש עלולה ליצור חקיקה במסווה ולכן היא חמורה יותר מפסילת חוק ע"י ביהמ"ש. פרשנות מאולצת יכולה להוביל להפרת האיזון בין הרשויות. לפי רבילין עדיף להכריז על בטלותו הרטרואקטיבית כולה מאשר לפרש את החוק בצורה שפוגעת בסמכות המחוקק.
פרופ' ספיר- הם לא נקטו בגישת הבטלות היחסית. על אף שמודל זה מתאים לשימוש בפסק הדין. מי שהסתמך על החוק -התיקון יהיה בטל לגביהם.

**מה קורה כאשר המדינה לא מגינה על זכויות האדם?**
1)אפשרות של ביהמ"ש היא הוצאת צו שיורה לכנסת לחוקק חוק- עוד לא קרה. האפשרות נידונה בגרמניה(משפט משווה) ובמאמרו של השופט ברק.
2)אפשרות של ביהמ"ש לקבוע פיצויים על מהלך מדיני שלא הגן על זכויות האדם. פיצויים על נורמה שפגעה באזרח וגרמה לו נזק. מדובר על עילת פיצוי נוספת לעילת הפיצוי בנזיקין:"הפרת חובה חקוקה".
נסר נ' ממשלת ישראל
סעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה קובע רשימה פרטנית של יישובים אשר תושביהם זכאים להנחות במס הכנסה. טענת העותרים היא שהרשימה אינה שוויונית בגלל שלא נכללו בה יישובים ערבים ודרוזים. בית המשפט קבע כי החוק אינו חוקתי וצריך לתקן אותו.
בייניש משתמשת בדוקטרינה "קריאה אל תוך החוק". לפי דוקטרינה זו כאשר חוק מסוים מפלה ויוצר אי שוויון, ניתן להרחיב את הפרשנות של הכתוב בו כדי למנוע את הפגיעה , מבלי לבטלו. במקרה הנ"ל, ישנו אי שוויון בולט בין היישובים היהודיים לאלו שאינם ועל כן יש להרחיב את הסדר ולתת את הטבת המס גם ליישובים הטוענים לאפליה. היא קובעת כי אם המדינה לא תתקן את החוק במועד מסוים שנקבע בהחלטה, לא יהיה מנוס מלתת צו שיחייב את הממשלה לתקן את החוק. בסופו של דבר ביהמ"ש לא נתן את הצו. הישובים נכנסו ע"י הדוקטרינה ולא ע"י צו.
ישועה נ' מדינת ישראל
בית המשפט העליון מצא שזכויות מתיישבי גוש קטיף שפונו בהתנתקות נפגעו, אך הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. המחוקק קבע להם פיצויים בחוק. האם באפשרותם לקבל פיצויים נוספים מכוח עילת תביעה חוקתית הנובעת מפגיעה בזכויות? השופטת נאור טוענת שהתכלית של חוק ההתנתקות היא להגשמת צרכים חיוניים עבור החברה, יש מצבים בהם פגיעה כדין בקבוצה מסוימת נעשתה לצורך השגת אינטרס של כלל הציבור. יש לייצר מנגנון לפיזור הנזק שיאזן וימנע את נפילת הנטל על קבוצה אחת. אך מצד שני אם יינתנו פיצויים תיווצר הרתעה עבור הממשלה. היא אומרת שבנסיבות מיוחדות, מעשה שלטוני שבוצע כדין, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשוי להצדיק מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית. בסופו של דבר , השופטת נאור לא משתמשת ברעיון הפיצוי, לדבריה המחוקק קבע מנגנון פיצוי למפונים בחקיקה ומנגנון זה מספיק. לכן אין צורך שביהמ"ש יתערב עוד.
ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים
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(דעת מיעוט) סוברת שהדבר פוגע באופן בלתי חוקתי בזכויות יסוד של העותרות ואחרות כדוגמתן אך הסעד המתאים במקרה זה הוא לא בהכרח בטלות. יש לבדוק האם קיימים אמצעים שיסירו או יצמצמו את הפגיעה. לדבריה דוקטרינת "קריאה לתוך החוק " מתאימה כיוון שנועדה להתמודד עם מצב בו החוק מעניק טובות הנאה לקבוצה אחת ולא מעניק אותם לחברי קבוצה אחרת. חיות מבקשת לקרוא אל תוך סעיף 20(א) לחוק תרומת ביציות סעיף משנה נוסף שיסמיך את ועדת החריגים הקבועה בחוק לתת את אישורה לתרומת ביציות בהתקיימות נסיבות מצדיקות. חיות משנה את החוק ולא מכלילה ישוב(כמו בפרשת נאסר) אלא קובעת סעיף חדש לחוק.
3.2זכויות האזרח במשפט הפרטי

**זכויות האדם**
האם זכויות האדם הן מכשיר רק ביחסים מול המדינה או שהן גם מכשיר שמשמש אותנו גם ביחסים בין הפרטים. יש שתי הבנות מאחורי מקור זכויות האדם:
1)הזכויות ככלי: כלי זה נולד על רקע העובדה שאנחנו כאזרחים מעניקים כוח וסמכות לשלטון המרכזי. השלטון המרכזי נהפך לבעל עוצמה רבה, מה שמאפשר לו לגיטימציה לעשות שימוש בכוח, מה שעלול להוות איום על אזרחי המדינה. האזרחים מבקשים להגן על זכויותיהם. הזכויות יתבססו על סמך חשיבות האינטרסים שרוצים לשריין ועל סמך הפגיעות של אותם אינטרסים. הסתכלות על הזכויות כמשהו שאזרחי המדינה מייצרים. זכויות האדם הן בתחולה אנכית=פרט מול מדינה.
2)הזכויות הן "טבעיות": נולדנו כבני אדם ונולדנו עם זכויות טבעיות. מכאן נובע שיש להכיר גם בזכויות שלא מוסדרות בחקיקה. זכויות האדם הן בתחולה אופקית=פרט מול פרט.

• תחולה אנכית = התנגשות זכות מול אינטרס במצבים של פרט מול מדינה.
• תחולה אופקית = התנגשות בין זכויות במצבים של פרט מול פרט.

**טיעונים נגד החלת הגנה על זכויות אדם בתחולה האופקית (במשפט הפרטי):**
1. במערכת יחסים בין פרטים ההנחה היא הנחת שוויון בין הפרטים- שם לא צריך לייצר מנגנוני הגנה חוקתיים, זאת מכיוון ששני הצדדים בעלי אותו כוחות ואין אחד שהוא בעל כוח רב יותר מהשני. יש מקומות בהם נייצר הגנה מקומית בתוך המשפט הפרטי, למשל חוק החוזים האחידים.
2.ביחסים בין פרטים יש התנגשות מובנית בין זכויות- יכול להיווצר קושי להחיל עקרונות וזכויות שמוחלות על המדינה לתוך המשפט הפרטי. יש שיטענו כי לא כדאי להשתמש בנשק חוקתי ביחסים בין פרטים.
3.ביהמ"ש יחליט בשביל צדדים במשפט הפרטי איזה זכות "גוברת"= פרטנליזם. הוא זה שיקבע כביכול בשביל הצדדים במשפט הפרטי מה נכון להם ומה לא.

**האם הזכויות נועדו להגן על הפרט רק מפני השלטון?**
-יש הטוענים כי הזכויות שאנו "מייצרים" יהיו מנגנוני הגנה של הפרט מהשלטון, ואינן מתאימות למקרים בהם פרט עומד מול פרט. אין זה נחוץ.
א. טיעון פונקציונלי: כנגד, המדינה היא בעלת הכוח הגדול, אך יש גורמים חזקים נוספים(ארגונים גדולים). יש סכנות גם במרחב הפרטי ויש להחיל את זכויות האדם לא רק כאשר השלטון מול הפרט. אלא גם במקרים שהפרט מול פרט. הטיעון מתחזק כשאנו לוקחים בחשבון את מגמת ההפרטה שמחזקת ארגונים גדולים. יש עוד גורמים חזקים שהינם פרטיים.
ב. טיעון מהותי: אין צורך לחשוש מגורמים חזקים, הזכויות הטבעיות הינן עליוניות וגוברות גם במקרה שהשלטון פוגע וגם במקרה שארגון פרטי פוגע.

**ביהמ"ש העליון פיתח שני מכשירים באמצעותם הוא הולך לכיוון התחולה האופקית**
"הזזת קו הגבול"- הזכויות חלות רק על מערכות יחסים אנכיות(הפרט מול השלטון). ניתן להרחיב את מרחב המושג "שלטון" , ולהכניס פנימה גם גורמים פרטיים. לפי דוקטרינה זו הדואליות הנורמטיבית תחול גם על גופים דו מהותיים. מצד אחד הוא משמר את התחולה האנכית , אך מצד שני מרחיב את מושג "השלטון" ומחיל אותו כל גופים נוספים.
"החלה גם במערכות פרטיות" – 1)תחולה ישירה: תביעה ישירה על פגיעה בזכות.
2)תחולה עקיפה: לקיחת דוקטרינה קיימת מתחום המשפט הפרטי ומילוי שלה בתוכן לאור העקרונות/הזכויות החוקתיות. התביעה תתבסס על דוקטרינה מתחום המשפט הפרטי(דיני החוזים בדרך כלל).

**לא בסילבוס- בפס"ד מיקרודף** ברק קבע תקדים חדש, שהוא גוף "דו מהותי" . הוא הגיע לזה ע"פ 3 המאפיינים הנ"ל: סמכות שלטונית, בלעדיות, שליטה על אמצעי חיוני.

**קדישא נ' קסטנבאום**
חברת קדישא היא גוף דו מהותי, את החוזה האחיד שלה היא כורתת תחת המשפט הפרטי. ההתנגשות המדוברת היא כבוד האדם מול האינטרס של השפה העברית, שניהם ערכים מהמשפט הציבורי. ברק- עקרונות המשפט הציבורי והמשפט הפרטי חלים זה על זה, ולכן על השופט למצוא את האיזון בין חופש החוזים לבין ערכים חוקתיים אחרים.
-עקרונות המשפט הפרטי- התניה לפיה אסור לכתוב בלטינית על מצבה נוגדת את תקנת הציבור, שכן כבודה של המנוחה ומשפחתה נפגע ברגע שלא מאפשרים להם לעצב את המצבה כפי שהם רוצים, המצבה היא הקשר בין המתים לחיים ויש לכבד את חשיבותו. ברק עושה פה תחולה עקיפה.
-חוזה אחיד- החברה כורתת חוזה אחיד שלא נתון למו"מ, עם אנשים ברגע משברי בחייהם. על כן דין התניה בעניין הכיתוב בעברית להתבטל. מדובר בחוזה אחיד ויש כאן תנאי "מקפח".
-גוף דו מהותי- חברת קדישא היא גוף בעל מאפיינים ציבוריים. המאפיינים שמצדיקים זאת הם הפיקוח שמוטל עליה, הסמכות השלטונית (סטטוטורית) והסמכות לגביית אגרה. לדעת ברק , על התניה בחוזה שדורשת כיתוב עברי על המצבה להתבטל.
לפי שמגר, שלושת המאפיינים מתקיימים: 1. סמכויות שלטוניות (יכולה להטיל אגרות, להיכנס לחצרות). 2. בלעדיות במדינה. 3. שליטה על אמצעי שירות חיוני(חשמל הוא חיוני). לכן חברת קדישא היא אכן גוף דו מהותי.
לפי אלון, יש חברות קדישא רבות , ואין להן מונפול. למרות זאת זה אמצעי שירות חיוני ולכן זה גוף דו-מהותי.
בפס"ד זה , ברק קובע כי התנאי של "סמכויות סטטוריות" הינו תנאי מספיק כדיי להוכיח שחברת קדישא הינה גוף דו-מהותי.
מפס"ד זה אנו למדים כי אין קריטריונים ברורים מהו גוף דו-מהותי. המנגנון המקובל יותר בפסיקות הוא "הזזת קו הגבול-דואליות נורמטיבית על גופים דו מהותיים".

**תחולה עקיפה-** **בית יולס בע"מ נ' רביב משה**
בית יולס מפעילה בתי אבות , פרסמה בעיתון מכרז להקמת בית אבות חדש. המשיבים פנו למכרז המשיבה 3 לא עמדה בתנאים אך מכיוון שנתנה את ההצעה הזולה ביותר, היא התקבלה. החברות המפסידות תבעו פיצויים בגין הרווחים הצפויים ולחילופין בגין הוצאות מהשתתפות במכרז.
השאלה המשפטית: האם יש חובת שוויון במכרז הפרטי (בדומה למכרזים ממשלתיים)?
השופט אלון(דעת הרוב)- אין להחיל את עקרון השוויון על מכרז פרטי.
השופט ברק (עמדת מיעוט) – מכרז הוא סוג של הצעה(מי שמציע את עצמו נותן קיבול למכרז). מכרז מחייב את מנהל המכרז לנהוג בשוויון. הליכי המכרז הם הליכים טרום-חוזיים הנשלטים על-ידי עקרון תום הלב. תום הלב משקף את ציפייתו של כל משתתף במכרז שיתייחסו להצעתו כראוי ויתנו לו הזדמנות שווה. על מנהל המכרז לפעול בשוויון ולשמור על המכרז כ"משחק הוגן".

**תחולה ישירה- פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות**
המשיבה מפעילה מועדון. היא קבעה שגיל הכניסה לגברים הוא 26 בעוד גיל הכניסה לנשים הוא 24. העותר הוא בן 24 וטוען להפליה מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, שירותים וכניסה למקומות ציבוריים. מועדון הוא אמצעי שנותן שירות חיוני- אמצעי בילוי(האם הוא גוף דו מהותי?)
דנציגר- השאלה היא האם ההבחנה בגיל בין נשים וגברים בכניסה למועדון היא לגיטימית. עיקרון השוויון, הוכר כזכות יסוד במשפט הציבורי שלאורה רשויות השלטון חייבות לפעול. הזכות לשוויון נכנסה גם למשפט הפרטי, היא חלה על פעולות של רשות ציבורית במישור הפרטי וגם על גופים דו מהותיים. הוא חולק על ג'ובראן שטוען שהשוויון והחירות הם שווי מעמד. במשפט הפרטי, החירות היא הכלל והשוויון הוא החריג. אם רוצים לחייב בשוויון יש לעשות זאת בחקיקה ולא דרך תחולה עקיפה. הוא לא מסכים לבצע תחולה עקיפה.
למרות שערך השוויון אינו ערך יסוד במשפט הפרטי, יש חקיקה ספציפית שהחילה את הזכות לשוויון על המשפט הפרטי. חוק איסור הפליה בהיקף פרישתו נועד לאסור באופן עקרוני על כל הפליה על בסיס מגדרי, בין של נשים בין של גברים, ולכן אין ספק שעיקרון השוויון חל על המשיבה..

3.3 כבוד האדם
**הזכות לכבוד**
יש תפיסה בהלכה לפיה , לנהוג בכבוד היא לא רק נתינת כבוד לאחרים אלא גם לנהוג כלפי עצמך בכבוד. הזכות לכבוד מכתיבה לנו את דרך ההתנהגות שלנו.
במאמרו של דני סטטמן -"שני מושגים של כבוד" , עולים שני מושגים מרכזיים של כבוד.
כבוד כיחס מוסרי- גישה זו מבוססת על האתיקה של קאנט לפייה אין להשתמש באדם כאמצעי אלא כתכלית. אין להתעלם מהאדם כבעל כבוד. לפי תפיסה זו כבוד הוא הערך המוסרי העליון והוא ינצח בהתנגשות עם כל ערך אחר. לאדם יש יכולת בחירה וזכותו לחיות חיים אוטונומיים. מכאן נובע שאין לפגוע בזכותו לאוטונומיה.
כבוד כיחס לא משפיל- כל פעולה שמורידה את ערכו של אדם בעיני עצמו ובעיני זולתו.
בתחילת הדרך ביהמ"ש עשה שימוש ב"כבוד כיחס לא משפיל" , ומאוחר יותר ב"כבוד כיחס מוסרי". בשנים האחרונות הוא שם שוב דגש על הכבוד כהגנה מהשפלה.

**כבוד כיחס לא משפיל- קטלן נ' שירות בתי סוהר**
בעקבות הברחות סמים ומקרי אלימות רבים בכלא הוחלט על ביצוע חוקן בעצירים בכוח. לטענת בתי הסוהר זה האמצעי היחיד למניעת החדרת סמים אל תוך בתי הכלא ולכן יש לבצע בכל מקרה של חשד להברחה. אם האסיר מתנגד , יש אפשרות לבצע את הבדיקה בניגוד לרצונו. בית המשפט אומר שביצוע הבדיקה ללא הסכמת העציר הינו משפיל ופוגע בגופו של האדם ובכבודו. כהן: המשיבים טוענים כי ס' 22 ו-29 לסדר הדין הפלילי מתיר לערוך חיפוש בכליו או בגופו של אדם, לטעמו של השופט , פירוש זה לא הולם את כוונת המחוקק ולכן ס' זה לא מסמיך את בתי הסוהר לבצע חוקן. לטעמו רק המחוקק הראשי יכול להתיר לבתי הסוהר את השימוש בבדיקה זו. כל עוד המחוקק לא התיר , לא ניתן לפגוע בכבוד האדם. פגיעה בכבוד האדם שתוכל להשפילו , תיעשה רק אם יש וודאות גבוהה לעבירה ושהפגיעה בכבוד היא סבירה ונחוצה. לנדוי: הוא מסכים שפגיעה כזאת צריכה להיות מוסדרת בחקיקה ראשית , אך אינו חושב שעל ביהמ"ש לייעץ למחוקק לעשות זאת- גם בכנסת יושבים אנשים שרגישים לזכויות האדם.

**פרשנות המושג כבוד כאוטונומיה**לפי הצעתו של ברק , הזכות לכבוד היא "צינור קליטה" לזכויות בלתי מנויות. ולכן צריך לפרש את הזכות לכבוד בצורה מרחיבה, פרשנות הכבוד כאוטונומיה. דרך האוטונומיה קל יותר להכניס זכויות נוספות מאשר דרך השפלה. ישנה בעייתיות בפרשנות זו:
1. ביקרות מקומית: א. הכללת הזכות מרתיעה את המכונן, הכנסת, מלהשלים את משימתה בגיבוש החוקה באופן דמוקרטי.
ב. הזכות לכבוד מופיעה בצמוד לשלילת הפגיעה בגוף ובנפש. כוונת המחוקק הייתה להתייחס לזכות לכבוד כזכות פרטיקולרית(ספציפית) ולא כזכות מסגרת.
ג. דבר נוסף הוא שהחוק הוא תוצאה של פשרה ואין להתעלם מההיסטוריה החקיקתית. הפירוש המצמצם עולה בקנה אחד עם הפירוש שהיה ערב חקיקת חוקי היסוד.
2.ביקורת עקרונית – הבעיה שנעוצה בפרשנות כבוד כאוטונומיה היא ברוחב הבלתי-אפשרי של הזכות הזו. המשמעות היא שכל פנייה לביהמ"ש תוכל להתבסס על הפגיעה בכבוד וכל קייס כזה יהפוך לפגיעה בזכות אדם חוקתית.
**אולם, ביקורת זו מתעלמת מהעובדה שהמשפט החוקתי הוא דו שלבי: האחד, לבדוק אם יש פגיעה. השני, מה עוצמת הפגיעה.**
לדעת פרופ' ספיר, התשובה מתעלמת מ-2 בעיות:
א. חשש מאירוע חוקתי: אם כבוד מתפרש כאוטונומיה, כל פגיעה שלטונית הופכת לעילה שפיטה בעניין חוקתי. כל מקרה יעבור דרך ביהמ"ש. זה לא סביר ומפר את האיזון בין רשויות השלטון. לדעת ברק, זה דווקא יכול לאזן בין הרשויות.
ב. ההרחבה תוביל לפגיעה בזכויות האדם. אם כל רצון אנושי יהנה ממעמד של זכות , ההבחנה בין גחמה לבין פעולות שמשרתות ערך או אינטרס חשוב תיהפך למטושטשת. קיימת סכנה שלא נדע להבחין בין רצונות חשובים יותר לרצונות חשובים פחות. הזכות לכבוד לאוטונומיה יכולה "לבלוע" זכויות אחרות.
הדרך לפתור זאת היא נתינת פרשנות מצומצמת לזכות לאוטונומיה. שופטי העליון מודעים לכך ומנסים לעשות זאת.
 **עדאלה נ' משרד הרווחה**-**ניסיון לצמצם את היקף הזכות לאוטונומיה**
תיקון לחוק ההתייעלות הכלכלית מורה על הפחתה בקצבאות ילדים עבור ילדים שהוריהם לא יחסנו אותם ע"פ הנחיות משרד הבריאות. ארבל אומרת שהזכות לאוטונומיה היא זכות חוקתית שמוגנת על ידי חוק היסוד כחלק מהזכות לכבוד, אך לא כל פגיעה באוטונומיה או באוטונומיה ההורית היא פגיעה חוקתית שצריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. היא מתייחסת לשני פרמטרים על מנת להכריע האם יש פגיעה חוקתית:
1)מהות הבחירה שנשללת מהפרט: ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת בדברים שקשורים בביטוי האישי והמימוש העצמי של אדם, כך תגבר הנטייה לראות בזה פגיעה בזכות חוקתית.
 2)מידת הכפייה ושלילת הרצון: מידת הכפייה היא כמה כופים על הפרט ומתערבים בבחירה החופשית שלו. ככל שהכפייה הינה יותר משמעותית ניתן לומר שיש פגיעה באוטונומיה.
ארבל קובעת כי הפרמטר השני לא מתקיים. לטעמה, התיקון אינו יוצר חובה לחסן את הילדים וההפחתה הכספית היא מידתית. מכאן נובע שהתיקון לא פוגע באוטונומיה.
לדעת פרופ' ספיר בפס"ד זה ארבל נותנת בסיס לאוטונומיה כרציונל שעומד בבסיס כל זכות וזכות. ברגע שכל הזכויות מבוססות על רציונל האוטונומיה קיים חשש שיבלעו הרציונליים האחרים, מה שיטשטש את ההבדל בין פגיעה בזכות אחת לאחרת ובין פגיעה קלה לחמורה.

**הרחבת הזכות לאוטונומיה- דעקה נ' בית החולים כרמל**
אישה מאושפזת בבית חולים ועומדת לקראת ניתוח ברגל. היא חותמת על טופס הסכמה ומגיעה לניתוח. היא מקבלת תרופות לטשטוש, והרופאים מבחינים במשהו בעייתי בכתף שלה ומחליטים לעשות לה ביופסיה דחופה. הם מחתימים אותה על טופס תחת הטשטוש. בעקבות הניתוח, הכתף נשארת ניזוקה והיא מקבלת אחוזי נכות. היא תובעת את בית החולים בטענה של רשלנות. בית המשפט דוחה את התביעה בטענה שלא הייתה רשלנות. אך יש אלמנט שצריך להתייחס אליו- בית החולים לא קיבלו את הסכמתה המודעת, זה דבר שפגע בזכותה לאוטונומיה(לרצון חופשי).
השופט אור- בנסיבות המקרה גם אם היא לא הייתה מטושטשת היא כנראה הייתה חותמת ומאשרת שיעשו לה ביופסיה. הזכות לאוטונומיה מעוגנת בזכות לכבוד בחוק היסוד והיא בעלת חשיבות רבה בסיטואציה של טיפול רפואי. הוא מוסיף כי החדירה לגוף של אדם ללא הסכמתו, הופכת להיות פגיעה באוטונומיה. פעולת בית החולים עמדה כנגד הכלל לפיו אין לבצע פרוצדורה רפואית בגופו של אדם אם לא ניתנה לכך הסכמתו המודעת. על רקע זה יש לראות בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה כנזק בר פיצוי בדיני הנזיקין.
פרופ' ספיר אומר כי בפס"ד זה היה צורך בפרשנות כזכות למניעת השפלה. המושג "אוטונומיה" הוא עמום ופסק דין זה מרחיב את המושג , וזאת במקום לעשות שימוש הגיוני במושג השפלה. הרי חדירה של גופו של אדם ללא הסכמתו , עלולה לגרום להשפלתו.

**כבוד במובן הצר(למניעת השפלה)- לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה**
הלשכה תוקפת הוראה שקובעת שעובד בשירות המדינה שמחזיק בתואר או רישיון מקצועי לא יכול להשתמש בו. לשכת עורכי הדין טוענת שיש כאן פגיעה בחופש העיסוק וחופש הביטוי של עורכי הדין שעובדים בשירות המדינה, ושמעמדם ותדמיתם נפגעים. לטענת המשיבה ההוראה נועדה למנוע הטעייה של הציבור ועובדי הציבור הבאים במגע עם משפטנים המועסקים בשירות המדינה. השופט לוי אומר שאין כאן פגיעה בחופש העיסוק, אין כאן מניעה מהם לעבוד. אולי יש פגיעה בחופש הביטוי, אבל בכל מקרה היא קטנה. לטעמו יש פגיעה בזכות לכבוד , היכולת להתהדר בתואר מקצועי היא חלק מזכותו של הפרט לכבוד. המקצוע והעיסוק שאדם בוחר בו הוא ביטוי להגשמה והמימוש העצמי שלו, לא רק מקור לפרנסה. עם זאת, האיסור המוטל על עובדי המדינה עליהם חלה ההוראה, אינו מונע מהם לציין את תוארם המקצועי באופן גורף. לוי דוחה את העתירה לא משום שאין פגיעה בכבוד, אלא משום שהפגיעה בכבוד היא במובן הרחב , זוהי פגיעה באוטונומיה. הזכות לאוטונומיה הינה זכות שהורחבה ע"י הפסיקה. אין כאן השפלה של אותו אדם(הזכות לכבוד לא נפגעת). לטעמו הזכות לכבוד נועדה למניעת השפלה, והזכות לאוטונומיה אינו חלק עיקרי בה.

**התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**
בעניין חוק טל, דחיית השירות לדתיים. בפס"ד זה עלה לדיון האם פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד? פגיעה בכבוד היא חוקתית , ולכן על מנת להוכיח פגיעה בזכות חוקתית עדיף להוכיח את הפגיעה בכבוד. סולברג מצטט מדברי חשין, פגיעה ב"אוטונומיה של הרצון החופשי" קורת כאשר חוק מחייב אדם לעשות מעשה או לחדול מחדל, לכן טיעון על פגיעה באוטונומיה אינו מתאים פה. לדעתו אין פגיעה בכבוד(מבחינת השפלה) , חופש הבחירה של המתגייס לא נפגע בגלל שבחור ישיבות לא מתגייס. לטעמו אין כאן פגיעה בזכות לכבוד , לא במובן הצר ולא במובן הרחב של הזכות. חשין בעד ביטול החוק אך לא מסיבה של פגיעה בכבוד האדם, אלא מכיוון שנוגד עקרונות על-חוקתיים. החוק פוגע בערך הקיום וההישרדות , ב"יהודיות" המדינה ובעקרון השוויון הנגזר מהדמוקרטיה. יש מקרים בהם יש פגיעה בשוויון כחלק מהכבוד(פגיעה חוקתית), ויש מקרים שלא- בהם הפגיעה לא תהיה פגיעה חוקתית.

3.4 זכויות חברתיות **זכויות אזרחיות-פוליטיות מול זכויות חברתיות**
מקובל לחלק את זכויות האדם ל-2 קבוצות:
1.זכויות אזרחיות/פוליטיות (עיסוק/קניין..) – מנוסחות בחוקה בבירור. מי שרואה עצמו נפגע רשאי לעתור לביהמ"ש ולבקש ממנו סעד.
2.זכויות חברתיות (בריאות/דיור/חינוך..) – זכויות אלו חדשות יחסית בשיח. הן הולכות וקונות לעצמן מקום בחלק מהחוקות של הדמוקרטיות הליברליות. זכויות אלו מנוסחות כשאיפה/כהנחיה כללית. בחלק מהמקרים אינן ניתנות לאכיפה בדרך עתירות פרטיות אלא מיושמות ע"י המחוקק והרשות המבצעת וזה אחרי שעוגנו במסגרת תקציבית הולמת. התקציב מראה על הכרעת המחוקק.
הזכויות במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים
גם במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים ניתן לראות הבדל בין 2 הקבוצות. הזכויות מנוסחות בשתי אמנות שונות, אמנה לזכויות חברתיות ואמנה לזכויות אזרחיות.
1. בדבר זכויות אזרחיות. אמנה זו כוללת מנגנון אכיפה שמאפשר למי שרואה עצמו נפגע להגיש תלונה כנגד המדינות החתומות על הפרוטוקול. וטענתו תשמע בפני הגוף הרלוונטי שאמור לאכוף את האמנה. הניסוח מטיל על המדינות החתומות חובה מידית לכבד ולהבטיח את קיום הזכויות האזרחיות.
2. זכויות חברתיות. אמנה זו נטולת שיניים. היא כוללת בעיקר מנגנון דיווח תקופתי שכל מדינה שחברה בה צריכה להגיש.
סייגים לזכויות החברתיות
באמנה מהסוג השני, כיבוד הזכויות החברתיות בעל 2 סייגים: האחד, כמות המשאבים שעומדת לרשות המדינה - ההגשמה אמורה להיעשות באופן הדרגתי. השני, האמנה משאירה לשיקול דעת המדינות החברות באילו אמצעים לנקוט , כל מדינה יכולה להחליט באילו אמצעים לנקוט כדי להגשים את יעדי האמנה.
מאמרו של גיא מונדלק-"זכויות חברתיות"- ממה נובע ההבדל בין הזכויות?
1.היסטורית - אין הבדל ענייני בין 2 הקבוצות. זה הכל עניין של זמן. הן חדשות יותר בשיח הזכויות הבינלאומי. ככל שההסבר מדויק יש להניח שככל שיחלוף הזמן נראה שינוי וחיזוק מעמד הזכויות החברתיות.
2.עקרונית - ההבדל עקרוני ומתבקש מ-2 מניעים:
א. אינטרסים חברתיים לא מתאימים למסגרת של זכות חוקתית. זכויות אזרחיות ופוליטיות אינן שנויות במחלוקת ואילו זכויות חברתיות כן שנויות. אם מעגנים אינטרס מסוים, מוציאים אותו החוצה מהמשחק הפוליטי הרגיל. אם הטלת החובה על המדינה לממש את האינטרס שנויה במחלוקת ערכית, אין לגביה קונצנזוס, לא ניתן להכניסה לחוקה.
ב. זכויות חברתיות שונות במהותן מזכויות אזרחיות ופוליטיות כיוון שהן דורשות דברים שונים מהמדינה. זכויות אזרחיות ופוליטיות דורשות מהמדינה לא להתערב. זכויות אלו הן שליליות, "לא תעשה". לעומת זאת זכויות חברתיות הן זכויות חיוביות "עשה".
3.זכויות חברתיות לא מתאימות לאכיפה שיפוטית.
א. כדי להכריע בסוגיות חברתיות הקשורות בהקצאת משאבים יש צורך לראות תמונה רחבה של משמעויות והשלכות ההחלטה. לביהמ"ש אין את המומחיות הנדרשת ואין לו את היכולת/הזמן/הכלים לבצע את ההערכה הנדרשת.
ב. יש עוגת רווחה, יש תקציב מוגבל. דיון שמתבצע בבימ"ש הוא דיון שבאופיו מי שמיוצג הוא קבוצת אזרחים שנפגעת. לא ניצבים בפני ביהמ"ש כל הגורמים שעלולים להיפגע אם ישנו את התקציב לטובת קבוצה אחת. תפקיד המחוקק הוא להחליט על התקציב של כל זכות חברתית.

**הזכויות החברתיות במדינת ישראל**ההכרה בזכויות החברתיות נעשתה בכמה שלבים.1.הסירוב להכיר במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות. (הגישה הייתה, לאור עמדת ברק לא לקרוא לחוק היסוד את הזכויות החברתיות). אהרון ברק מציג 3 גישות אפשריות לזכות לכבוד:
א. גישה מצמצמת – זכות פרטיקולרית למניעת השפלה.
ב. גישה מרחיבה – כוללת את כל זכויות האדם (אזרחיות ופוליטיות וכן חברתיות).
ג. גישת ביניים – כוללת את הזכויות האזרחיות ופוליטיות אך לא את הזכויות החברתיות. ברק בוחר בגישת הביניים.
2.הכרה ללא "שיניים" – בשיח האקדמי, לאחר המהפכה החוקתית, הייתה ביקורת נוקבת נגד ביהמ"ש. הם טענו לנטייתו של ביהמ"ש להגן על זכויות העשירים ולהתעלם מזכויות העניים. כלומר נטייתו להבטיח את האינטרסים של השכבה השלטת. בסוף שנות ה-90 ברק משנה דעתו. ומביע בשורה של פסקי דין את הדעה של זכויות חברתיות מסוימות הנכללות בזכות לכבוד. הוא מכליל את הזכות לקיום אנושי מינימאלי. עם זאת, ביהמ"ש הכיר בזכויות אך לא ביצע אכיפה לגביהן.
3. בשנים האחרונות יש סימנים ראשונים להתפתחות נוספת במסגרתה ביהמ"ש לא רק מקבע את מעמד הזכויות החברתיות אלא גם מביא ליישומן, ונותן לכך ביטוי מעשי בפסיקותיו. ביהמ"ש מכיר בהן ונותן סעד על פגיעה בהן.

**השלב הראשון בהכרה בזכויות החברתיות- פס"ד שוחרי גילת(לא בסילבוס)**
\*אור נתן ביטוי לזכות לכבוד במובן הצר, אינו הכיר בזכויות החברתיות כחלק מזכויות היסוד.

**השלב השני בהכרה בזכויות החברתיות- פס"ד גמזו נ' ישעיהו**
השופט ברק אומר כי הזכות של כל אדם לקיום מינימאלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית שמעניק חו"י כבוד האדם וחירותו. מי שמעלה את הטענה למחיה בתנאים מינימאליים הוא פרופ' יוסי גמזו. הוא נתבע ע"י אשתו ובתו לשלם חוב מזונות בהוצאה לפועל. זאת אחרי שהתחמק מהתשלום ושהה בחו"ל.
מה שעומד על הפרק זה המופע השלילי של הזכות לקיום מינימאלי. הוא טוען שאם יגבו את כל החוב הוא יישאר חסר יכולת. יש 2 אלמנטים שמפחיתים מהמהלך של ביהמ"ש:
א. כשמדברים על הכללת הזכויות החברתיות מדברים בעיקר על המופע החיובי של הזכות, כאן עוסקים במובן השלילי. ביהמ"ש הגן על המובן השלילי של הזכות , כיוון שאומר אל-תגבו מאדם שהינו חסר אמצעים כ"כ הרבה כסף.
ב. הזכות של האישה והבת נפגעת. כשהמדינה מתירה לא לגבות את החוב זה בא על חשבון זה שחייבים לו.
-מצד אחד, גבייה מהירה ויעילה של החוב מתיישבת עם הזכות לקניין ולעיתים גם עם הזכות לקיום מינימלי. אם אי תשלום החוב גורם למי שחייב לו כסף לחיות ללא תנאי קיום מינמאליים יש להגן עליו שלא יישאר חסר כל. מתיישב עם הזכות לקיום מינימאלי.

**השלב השני בהכרה- עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**
עתירה נגד התיקון לחוק ביטוח לאומי שפוגע בקצבאות הבטחת הכנסה. העותרים טוענים לפגיעה בזכות לתנאי מחייה מינימליים. המדינה טוענת כי התיקון לא פוגע ולעותרים יש תנאי קיום בסיסיים.
דורנר מבקשת מהמדינה להגדיר בפני בית המשפט מה הוא סטנדרט הקיום המינימאלי . המדינה לא מצליחה לתת תשובה ברורה ודורנר פוסקת שהמדינה צריכה להחזיר תשובה. הכנסת הוציאה הודעה כי עלול להיות משבר חוקתי מהתערבות זו של ביהמ"ש. ברק תופס את מקומה ופוטר את המדינה מדרישתה של דורנר ומחליט לדחות את העתירה. לטעמו הזכות לתנאי מחייה מינימליים היא זכות חוקתית, אך הפגיעה בה צריכה להסתמך על נתונים מלאים. העותרים לא הביאו מספיק ראיות לביסוס הטענה שלהם. יש צורך בהוכחה קונקרטית של כל עותר- כל מקרה יבחן לגופו. כך שלא הוכחה פגיעה בזכות. הבעיה שהוכחה פרטנית של כל אדם לא תוכיח פגיעה בחוק הביטוח לאומי ויהיה סעד של ביטול, הסעד שיקבל יהיה כלפי עצמו בלבד ולא כלפי אחרים. השופט לוי בדעת מיעוט, אינו מסכים עם השופט ברק כי אין פגיעה בזכות לקיום מינימלי, התחשבות בקבוצות השונות הינה הכרחית להגשמת תכלית החוק. למרות הכרת ביהמ"ש העליון בזכויות חברתיות לא ברור עד כמה הוא באמת מחויב לאכיפתן. \*בהתאם לפס"ד זה ניתן לטעון כי בית המשפט הישראלי נמצא בקו אחד יחד עם מדינות נוספות בעולם, שגם מכירות בזכויות החברתיות אך לא נוקטות פעולות לאכיפתן.

**השלב השלישי בהכרה- חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**
עתירה נגד חוק הבטחת הכנסה. הסעיף שדנים בו הוא סעיף שקובע חזקה לפיה רואים במי שבבעלותו או בשימוש רכב כמי שיש לו הכנסה בגובה הגמלה להבטחת הכנסה ולכן אינו זקוק לה. הסעיף קובע חזקה חלוטה(שאינה ניתנת לסתירה). העותרים טוענים נגד החזקה החלוטה ואומרים שהיא פוגעת פגיעה לא חוקתית בזכות לתנאי מחייה מינימליים. המדינה טוענת- 1. הסעיף הוא בגדר מדיניות חברתית-כלכלית שהמחוקק קבע ואין זה פוגע בזכות לקיום מינימלי. 2. לאור העובדה שזוהי זכות חברתית מידת התערבותו של ביהמ"ש צריכה להיות מצומצמת יותר ולכן אין להפעיל את כל מבחני המידתיות ביחס אליה, כמו שמפעילים אותה ביחס לזכויות האזרחיות והפוליטיות. בייניש דוחה את טענות המשיבה. לגבי הטענה הראשונה, המדינה מייחסת משמעות צרה ומצומצמת לזכות. בנוגע לטענה השנייה , אינה מסכימה להחלת מודל שיפוטי שונה של ביקורת חוקתית, צריך להפעיל את אותו מודל גם כשמדובר בזכויות חברתיות וגם כשמדובר על זכויות אזרחיות ופוליטיות. מידתיות- בית המשפט מחיל את המודל הדו שלבי של בדיקת פגיעה חוקתית ומגיע למסקנה שהסעיף שעליו מדובר לא עומד במבחן המידתיות השני-האמצעי שפגיעתו פחותה. הסעיף קובע חזקה מבלי לתת אפשרות לערער עלייה ולהוכיח את הזכאות לגמלה. בכך הוא יוצר פגיעה רבה ולכן יש למצוא אמצעי שפוגע פחות בזכות החוקתית. הסעיף לא עומד גם במבחן המידתיות השלישי- תועלת מול נזק, כיוון שנגרם נזק גדול לרבים . הנזק עולה על התועלת.
בייניש טוענת כי יש לפסול את הסעיף בחוק הבטחת הכנסה(חקיקה ראשית) בשל פגיעתו בזכות חברתית. זאת הפעם הראשונה שביהמ"ש ביצע מהלך כזה. בייניש רואה את הזכות לקיום מינימלי כגרעין חשוב מהזכות לכבוד ומכאן נובעת חשיבותה.
 **השלב השלישי בהכרה- קו לעובד נ' שר הרווחה**
הזכאות של עובדים זרים לביטוח בריאות מוסדרת בישראל בנפרד מההסדר החל על אזרחי המדינה ותושביה מכוח חוק בריאות ממלכתי(חקיקת משנה). הסל של העובדים הזרים שונה מבחינה מהותית – היקפו מצומצם יותר והמעסיק צריך לרכוש אותו עבורם(סל פרטי). העותרים טוענים לפגיעה בזכות לבריאות ובזכות לכבוד. השופטת ברק-ארז: קובעת כי הכיסוי הרפואי החלקי יוצר פגיעה בזכות לבריאות כנגזרת לכבוד האדם ופגיעה עצמאית בזכות לכבוד האדם. היעדרו של מענה רפואי למחלה קשה או פגיעה קשה של אדם שיש לו זיקה נמשכת למדינה מהווה פגיעה בליבה של הזכות לבריאות. לפי הזכות לכבוד, ראוי לתת לכל אדם יחס אנושי. ולא להתייחס אליו רק בשל התועלת הנובעת ממנו או משירותים שיש ביכולתו להציע. חוק היסוד מדבר על כבוד האדם, לא האזרח. מכאן שגם עובדים זרים שהם לא אזרחים זכאים לזכות לבריאות. היא מקבלת את העתירה ומורה לאמץ הסדר מטיב יותר עם העובדים הזרים.
 **עדאלה נ' משרד הרווחה**
עוסק בתקנה כי מי שלא יחסן את ילדיו לפי מערכת הבריאות לא יקבל הטבה מביטוח לאומי. השופטת ברק-ארז- יש בתקנה הגבלה של הזכות, אך היא הגבלה שנעשית לטובת קידום של דבר חשוב מאוד – הבטחת בריאותם הטובה של הילדים. החוק נועד לקדם זכויות באופן חיובי , הוא דוגמא המשקפת את חובתו של השלטון לפעול באופן אקטיבי למען קידום ההגנה על זכויות יסוד. חקיקה המבקשת ליצור תמריצים לחיסון ילדים היא חקיקה שאינה נופלת רק לקטגוריה של חוקים המגבילים זכויות, אלא יש בה גם פן של קידום זכויות בכלל וזכויות ילדים בפרט. **הזכות לקיום מינימאלי בכבוד**
ראינו שלפי גישתו שלביהמ"ש הוא הכיר בזכות לקיום מינימאלי כזכות בת של הזכות לכבוד. זכות זו מנויה בחו"י כבוד האדם וחירותו. מה היקפה של זכות הבת?
הגישה המרחיבה בפרשנות הזכות:
1) מודל המחסור הקיומי- ביהמ"ש מפרש את הזכות לקיום מינימלי במובן הצר(קורת גג, אוכל...)
2) מודל רחב יותר(כולל צרכים חברתיים ורוחניים)- ביהמ"ש מפרש את הזכות לקיום מינימלי בכבוד ככוללת רכיבים נוספים שכל אחד מהם מייצג זכויות חברתיות חשובות נוספות(השופטת ברק-ארז דוגלת במודל זה).
לפי פרופ' ספיר ההבדל בין הפרשנות המצומצמת לרחבה נעוצה בבסיס הפרשנות לזכות לכבוד. האם מכירים בזכות לכבוד במובן הרחב(כבוד כהיפוך של השפלה) שלה או במובן הצר(כבוד כאונוטומיה) שלה. הזכות לכבוד כאוטונומיה גוזרת מחויבויות רחבות יותר של המדינה בזכויות החברתיות. דוגמא ראשונה היא הזכות למגורים, במובן הצר שלה הכוונה היא לקורת גג בסיסית. במובן הרחב שלה ניתן לטעון כי הזכות למגורים מבקשת להבטיח רמת חיים שתאפשר לפרט לבחור את בחירותיו ולממש את חירותו באופן שיוכל לממש את פרטיותו ולקיים את חיי המשפחה שלו. דוגמא שנייה היא הזכות למזון, אם נפרש את הזכות לקיום מינימלי בכבוד בצורה רחבה , ניתן לטעון כי לפרט מגיע האפשרות לממש את חירותו כבן אנוש ולכן הזכות מחייבת כי לכל אדם יהיה מספיק מזון , כך שלא יהיה טרוד לגבי הסעודה הבאה שלו.
לסיכום הפרשנות שמאמץ ביהמ"ש היא פרשנות מרחיבה יחסית. פרשנות שתאפשר לאדם לבחור את בחירותיו ולממש חירויותיו.
-יש אף ניסיון להחיל זכויות נוספות כנגזרות של הזכות לכבוד , לא כנגזרות של הזכות לקיום מינימאלי אלא כנגזרת מחו"י. למשל: הזכות לחינוך, הכרה בזכות זו כזכות הנגזרת מהזכות לכבוד ולא כזכות הנגזרת מקיום מינימאלי.
בפס"ד רובינשטיין נ' הכנסת , השופט גרוניס נוקט בגישה המצומצמת בפרשנות הזכות:
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. בית המשפט דוחה את העתירה. גרוניס טוען כי זכות חיובית מטילה חובה לנקוט פעולות אקטיביות לטובת הפרט. כשמדובר בזכות חיובית, בית המשפט צריך לנקוט ריסון רב בכל ההיבטים של הביקורת על החקיקה. הוא מנמק זאת ע"י כך:
1) מדובר בשיקולי מדיניות חברתית וכלכלית שעלולים להטיל נטל תקציבי על המדינה.
2) הביקורת השיפוטית מערבת שיקולים חברתיים ופוליטיים. ראוי שהמחוקק יחליט אם לערב אותם.
3) מתן צו שיפוטי שבו מחויבת הרשות השלטונית לנקוט צעד אקטיבי, מגביל יותר את חופש הפעולה של הרשות מאשר צו שיפוטי האוסר עליה לנקוט פעולה ספציפית.
לפי גרוניס יש לנקוט צעדי זהירות בהתערבות ביהמ"ש לגבי זכויות חברתיות.

**האם ביהמ"ש צריך לנקוט זהירות בהתערבותו בפגיעה בזכויות חברתיות?**לפי ספיר , במציאות הישראלית הרלוונטיות, החששות של גרוניס בפס"ד רובינשטיין אינן מוצדקות לחלוטין. למרות שביהמ"ש מעודד את קיומן של הזכויות החברתיות , התערבותו בהם היא מועטה. בפרשת עמותת מחויבות, ביהמ"ש נמנע מלהתערב במחלוקת בין המדינה והעותרים ולקבוע מה הסטנדרט לקיום מינימלי בכבוד. בפרשת חסן , העותרים טענו על כך שהחזקה הינה חלוטה. לכן כל מה שביהמ"ש עשה שם , היה לפסול את החזקה החלוטה. בשום מקום בפס"ד ביהמ"ש לא התמודד ישירות מול השאלה מה היקף הזכות לקיום מינימלי בכבוד. כלומר , הוא לא נכנס לשאלה, איך לחלק את עוגת התקציב. ביהמ"ש מקבל את קיומה של החזקה, אך לא מקבל את כך שהינה חזקה חלוטה. החזקה החלוטה מסננת יותר מדיי קצבאות הבטחת הכנסה. גרוניס חושש מהתערבות שיפוטית במדיניות החברתית הכלכלית, הקביעה בפרשת חסן לא ממששת יסוד עיקרי לחשש הזה.

3.5 חופש העיסוק **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**גולדברג – חוק יסוד חופש העיסוק התקבל בכנסת בגרסתו הראשונה במרץ 92. סעיף 6 שלו היה סעיף שמירת הדינים ונקבע לו תוקף של שנתיים. במרץ 94 התקבלה גרסה חדשה לחוק וקבעה בסעיף 10 עוד שנתיים של שימור דינים ובנוסף שפירוש הדינים הישנים ייעשה ברוח חוק היסוד. תקופה זו פקעה במרץ 96 ורק באוקטובר, 7 חודשים אח"כ, התקבל חוק היסוד המתוקן שהאריך את שימור הדינים עד מרץ 98. במרץ 98, 8 ימים אחרי פקיעת סעיף שימור הדינים הכנסת קיבלה שוב את החוק ושימור הדינים נקבע לעוד 4 שנים עד 2002. **חופש העיסוק**
לכל זכות יש רציונליים שעומדים בבסיסה, בעזרת הרציונליים ניתן לקבוע את היקף הזכות.
יש 3 רציונאליים בחופש העיסוק:
1.פרנסה (פס"ד בז'ראנו-הזכות לחופש העיסוק מקבלת הכרה של בית המשפט כזכות יסוד לראשונה). "זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה"(חשין).
2.מימוש עצמי= אוטונומיה (פס"ד איגלו). "הרציונליים בבסיס הזכות לחופש העיסוק הם הרצון של האדם להתפרנס ולהגשים את הכישרון שלו, האישיות שלו והשאיפות שלו. העיסוק של האדם מאפשר לו להתקיים". דורנר אומרת שחופש העיסוק הוא חלק מזכויות האזרח שמבטיחות לפרט את חירותו.
3.תחרות חופשית , רציונל חברתי. פס"ד כלל ומגדל(לא בסילבוס): השופט דב לוין(דעת מיעוט) מדגיש את הרציונל של חופש העיסוק ליצירת תחרות חופשית (שווה) בין פרטים.
אייל גרוס במאמרו "כיצד היתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית?"- שתי תפיסות לחופש העיסוק: 1. התפיסה האישית של התרת עבודה לבן אדם כמו בבז'רנו 2. התפיסה התחרותית הרחבת הזכות לא רק לכניסה לעבודה אלא גם את החופש לפעול באותו תחום ללא הגבלות או רגולציה. = שילוב בין רציונל המימוש העצמי לרציונל התחרות החופשית.
-לפי ספיר, פרנסה ותחרות חופשית יכולות לעלות בקנה אחד בתנאי שעולה גם רציונל המימוש העצמי, אינן יכולות להתקיים יחד לבדן. זאת מפני שפגיעה בחופש התחרות יכולה להיתפס כפגיעה ביכולת המימוש העצמי של הפרט. לפיכך , המימוש העצמי יכול להתקיים טוב יותר יחד עם רציונל התחרות החופשית ולא בלעדיו.

**איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר**
המשיבים טוענים לקידום כלכלת המדינה(אינטרס ציבורי) באמצעות מסחר עם רוסיה והעותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק. דורנר: בהתנגשות בין ערכים בדרך כלל נבצע איזון. הרציונליים בבסיס הזכות לחופש העיסוק הם הרצון של האדם להתפרנס ולהגשים את הכישרון שלו, האישיות שלו והשאיפות שלו. העיסוק של האדם מאפשר לו להתקיים. היא אומרת שחופש העיסוק הוא חלק מזכויות האזרח שמבטיחות לפרט את חירותו. לדבריה, לחופש העיסוק יכולים להיות גם רציונליים חברתיים כלליים כמו במקרים שבהם העיסוק הוא בתחום התקשרות, התרבות והאומנות. היקף ההגנה על חופש העיסוק ייקבע לפי מבחן הוודאות הקרובה לסכנה חמורה(זאת הדרך שבה ייעשה האיזון). המבחן בוחן עד כמה ההגנה לזכות תגרום לפגיעה באינטרס ציבורי כמו קידום כלכלת המדינה למשל שהיא טענת המשיבים בפס"ד זה.

**הרציונליים כמגדירים את חופש העיסוק**
א. אייל גרוס במאמרו "כיצד הייתה "התחרות החופשית" לזכות חוקתית?" שואל האם יש הבדל בין הרציונליים האישיים(פרנסה ומימוש עצמי) לרציונל החברתי(תחרות)? לטעמו, אם נכלול רק את הרציונליים האישיים חברות גדולות לא יוכלו לטעון לפגיעה בחופש העיסוק. לפי ספיר ניתן להגיד כי מנהל החברה יוכל לטעון לחופש העיסוק בשם הרציונל לפרנסה ובשם הרציונל למימוש עצמי.
ב. האם חו"י חופש העיסוק נוגע למעמדן של זכויות סוציאליות של העובד. הרציונליים האישיים לא מחייבים קיום של זכויות סוציאליות לעובד.
-בפס"ד תנופה נ' שר העבודה: יש חוק שמטיל על חברות כוח אדם חובת ערבות כתנאי לקבל רישיון. המערערים טענו כי החוק פוגע בחופש העיסוק ותנאי הכניסה לעיסוק נפגעים. ברק טוען כי החקיקה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה כיוון שהיא לתכלית ראויה ולכן הפגיעה הינה מוצדקת. גרוס נותן ביקורת על כך , וטוען שהיה צריך לפסוק לפי התפיסה האישית(הרציונליים של פרנסה ומימוש עצמי). היה מקום לראות בחוק זה כפגיעה שמתחייבת להבטיח את זכויות העובדים(שהעובד יקבל את המשכורת שלו). זה חלק מההגדרה הבסיסית של הרציונל לפרנסה כחופש העיסוק של העובד.
לפי ספיר, המחלוקת לגבי זכויות סוציאליות לעובדים היא דוגמא למחלוקת לגבי השאלה מה נכלל בחופש העיסוק.
הבנות אפשריות לחופש העיסוק
 כל צד ינהג לפי תפיסת עולמו הכלכלית חברתית. צד שמאל כלכלי מול צד ימני כלכלי.

גרוס במאמרו טוען כי קבלת רציונל הפרנסה כעיקרי בחו"י חופש העיסוק יגרום להכרה בזכות לעבוד במובן הרחב שלה.

עלי זלצברג וסנדי קידר- המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים-
פס"ד לשכת מנהלי ההשקעות בא אחרי משבר פיננסי. החוק להסדרת העיסוק בייעוץ השקעות צרכני בא לטובת הצרכנים. הטענה לפגיעה בחופש העיסוק לא העלתה ויכוח בביהמ"ש, כולם הסכימו שחופש העיסוק נפגע ופנו לפסקת ההגבלה. מחברי המאמר תוהים למה השופטים לא התווכחו על עצם הפגיעה? ביהמ"ש קבע שהחוק עומד בפסקת ההגבלה כלפי עוסקים חדשים אבל לא כלפי עוסקים ישנים. ברק מעגן את הפגיעה בקניין תחת חופש העיסוק כך- קניין הוא כל אינטרס בעל ערך כלכלי, קניין איננו רק חפץ פיזי אלא גם מערכת הולכת ומתרחבת של ציפיות. ניתן לטעון כי ביהמ''ש בחר מקרה קל ולא כבד כדי לפסול בפעם הראשונה חוק או חלק ממנו באמצעות פסקת ההגבלה של חו"י.

**פס"ד לם**
העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק. מדובר במאבחנים דידקטיים שעברו קורסים מטעם משרד החינוך, וכעת משרד החינוך מאשר קבלת חוות דעת של פסיכולוג חינוכי בלבד. השופטת דורנר- דין העתירה להתקבל. 1)ההחלטה של משרד החינוך פוגעת בחופש העיסוק שלא בחוק ולא 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. יש לבחון את הפגיעה בחופש העיסוק באופן מהותי ולא פורמלי. רשות שהיא מעסיקה בלעדית בתחום מסוים מהווה מעין מונפול ולכן כשמגבילה חלק מהעוסקים להתקבל לעבודה אצלה היא פוגעת בחופש העיסוק. מעמדה המונופוליסטי של הרשות הוא שגורם לה לפגוע בחופש העיסוק מבחינה מהותית. ברק- חופש העיסוק אינה הזכות להיות מועסק, אלא חופש הפרט לעסוק במשלח יד. זוהי זכות הגנתית ולא אקטיבית. אולם, במקרה של מונפול זכות הגנתית יכולה להפוך לאקטיבית. שהחלטה שלטונית פוגעת במימוש חופש העיסוק, זוהי פגיעה עקיפה.

**פסקת ההתגברות- פס"ד מיטראל נ' כנסת ישראל (1994)**ממשלת ישראל במשך שנים החזיקה במונופול על יבוא בשר קפוא לארץ. המדינה מייבאת רק בשר קפוא כשר. בתחילת שנות ה90 ממשלת רבין מחליטה להפריט את היבוא. יש כאלה שרוצים לייבא בשר קפוא לא כשר. מפלגת ש"ס מתנגדת לכך ואומרת שזה יפר את הסטטוס קוו. המדינה חוזרת בה, ומלאימה זאת. חברת מיטראל מגישה עתירה לבג"צ ואומרת שיש כאן פגיעה בחופש העיסוק. השופט ברק מציע להכניס לחו"י חופש העיסוק פסקת התגברות (סעיף8). כלומר ניתן לגבור על פסקת ההגבלה(סעיף 4) באמצעות פסקת ההתגברות [חקיקה ברוב של 61 ח"כים, אמירה שזה נעשה על אף חוק היסוד, והתוקף לכל היותר ל-4 שנים (התוקף אם אינו פחות מ-4 שנים לא צריך להיכתב)]. נחקק בהתאם לפסקת ההתגברות החוק ליבוא בשר קפוא. חברת מיטראל עותרת שוב לבג"צ בטענה כי: 1) פסקת ההתגברות יכולה לעקוף רק את פסקת ההגבלה. ואומרת כי החוק אינו עומד בפסקאות המטרה וערכי היסוד וכי אלו במובן רחב יותר מהלימה לערכי המדינה, כפי התנאי בסעיף 4 – פסקת ההגבלה. 2)ישנה פגיעה בזכות לכבוד האדם. ובחו"י כבוד האדם וחירותו אין פסקת התגברות ולכן יש לפסול את החוק.
השופט ברק לעניין הטענה הראשונה אומר כי יש עקרונות יסוד של השיטה שעומדים גם מעל החוקה. נזכר בפרשת לאו"ר, החידוש בפרשת לאו"ר הוא שניתן לפסול חוק גם אם הוא עומד בדרישות החוקה, הוא יכול להיפסל כי הפגיעה בעקרונות היסוד חריפה. אך זה לא המקרה כאן, בפרשת מיטראל. הפגיעה בחופש העיסוק מוגבלת ואינה מגיעה לכדי פגיעה בעקרונות המשטר החוקתי, כלומר גם אם יש פגיעה היא לא דרמטית. לגבי הטענה השנייה ברק אומר כי אינם טועים לגמרי. יש 2 שיקולים שתוחמים את גבולות הגזרה: מצד אחד פסקת ההתגברות נמצאת רק בחו"י חופש העיסוק ואינה נמצאת בחו"י כבוד האדם וחירותו וצריך לתת לכך ערך. מצד שני בדר"כ הפגיעה בזכויות אינה בודדת, אלא זה כלל, לא חריג, כשזכות אחת נפגעת היא גוררת פגיעה בזכויות אחרות. אם נגיד שפסקת ההתגברות מכסה רק פגיעה בחופש העיסוק המשמעות תהיה ריקון פסקת ההתגברות מתוכן. ולכן צריך ליצור מצב שבו מצד אחד פסקת ההתגברות תהיה אפקטיבית ומצד שני לא תכסה יותר ממה שהמחוקק התכוון לעשות. 3 תנאים מצטברים המתירים עמידת חוק בפסקת ההתגברות תוך פגיעה בזכויות אדם אחרות:
א. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת מהפגיעה בחו"י חופש העיסוק.
ב. הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית והפגיעה בזכויות האחרות היא משנית.
ג. הפגיעה בזכויות האדם כשלעצמן אינה בעלת עוצמה ממשית.

חוץ ממקרה זה, לא נעשה מעולם שימוש נוסף בפסקת ההתגברות.

**פסקת ההתגברות**
כאשר יש פגיעה לא מוצדקת בזכותו של הפרט והפגיעה לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, חברי הכנסת יוכלו לבצע את הפגיעה באמצעות פסקת ההתגברות. בשימוש בפסקת ההתגברות חברי הכנסת מראים כי הם מודעים לפגיעה ובכל זאת מבצעים אותה.
לפי פרופ' ספיר בספרו "ההליך החוקתי", אחד הרציונליים בחוקה היא "להגן על עצמנו מפני עצמנו". יש במדינת ישראל מציאות של מחלוקת ציבורית, הדרך להכריע במחלוקות גדולות היא הכרעת הרוב. לעיתים היחס בין משמעות הסוגיה ומהותה אינה תאומת ליחס הרשות המבצעת והמחוקקת אליו. ניתן לטעון שזה קורה כיוון שלפוליטיקאים יש תמריץ שלילי להשקיע במחלוקות הציבוריות הגדולות, עדיף להישאר עמום מאשר לנקוט עמדה. יש צורך בכלי שיאמץ את השחקנים הפוליטיים לתת את תשומת ליבם לסוגיות הציבוריות , כאן נכנס ביהמ"ש. ביהמ"ש נוקט עמדה, ומכריע בסוגיות מורכבות. עם זאת, זכות המילה האחרונה נשארת בידי המחוקק, בידי המערכת הפוליטית. עמדת ביהמ"ש דורשת מהמערכת הפוליטית לשקול, לנמק ולבסס את עמדתם בעת קבלת ההחלטות בסוגיות קרדינאריות. מכאן ניתן לטעון שתפקיד החוקה הוא לייצר דיאלוג בתוך המערכת הפוליטית.
בספרו מוצגים שני מודלים שמקובלים במדינות העולם:
המודל האמריקאי- לכל גוף יש את זכות המילה האחרונה ואת האפשרות להכריע לגבי סוגיה מסוימת.
המודל הקנדי-במדינות חבר העמים הבריטי (קנדה, אוסטרליה-באחת המדינות ובסמכויות הפדרליות, ניו זילנד ובריטניה) קיים מודל שונה. בכל אחת מהמדינות הללו יש: 1.מסמך שנקרא חוקה. 2. סמכות מסוימת לביהמ"ש לבקר את המערכת הפוליטית בהתבסס על החוקה. 3. זכות המילה האחרונה שמורה למערכת הפוליטית. לפי מודל זה יש צורך ב"דחיפה" על מנת לעודד את המחוקק להכריע בסוגיה כלשהי.
-ניתן לראות את המודל הקנדי בשני דרכים: הראשונה היא דרך ה"פשרה"- במדינות אלו המחוקק הינו עליון, והחוקה בהן מוחלשת. מודל זה יוצר מעין פשרה בין המודל האמריקאי לבין מעמד המחוקק. האפשרות השנייה היא לראותו כמודל נפרד ועצמאי.
המודל הדיאולוגי
פרופ' ספיר מציע מודל נוסף, המודל הדיאלוגי- דיון ביהמ"ש בסוגיה מסוימת נועד לחזק את הדיון בסוגיות ערכיות מהותיות. ולא נועד ל"הגנה על עצמנו מפני עצמנו". מודל זה מותנה בקיומו של דיון רציני. כתגובה לדיון ביהמ"ש המחוקק יכול לנהוג ב2 דרכים: 1)התעלמות מביהמ"ש ומדעותיו. 2)יישור קו עם ביהמ"ש מרצונו(אינו מחויב לכך).
ככל שהמודל קרוב יותר לעליונות המחוקק יש חשש גדול יותר למימוש האפשרות הראשונה. ככל שהמודל קרוב לעליונות ביהמ"ש מתגבר החשש של היכנעות אליו, או הסכמה אתו שלא מרצון ובכך תתממש האפשרות השנייה. לפי ספיר חשש ההתיישרות עם ביהמ"ש הינו מסוכן יותר ואין זה נכון שביהמ"ש יהיה הפרשן המוסמך של החוקה. לפי הצעתו של ספיר, החוקה צריכה להיות מנוסחת באופן עמום. זאת על מנת שביהמ"ש יוכל להציע עמדה והציבור יוכל להציע עמדה שונה באמצעות המחוקק.
פסקת ההתגברות מול המודל הדיאולוגי-
-הרציונל של פסקת ההתגברות היא התגברות על החוקה. לאור זאת פסקת ההתגברות שונה מהמודל הדיאולוגי שנועד להתמודד עם פרשנות ביהמ"ש.
-לפי פרופ' ספיר דיון רציני בביהמ"ש הינו הכרחי. לא ניתן להשתמש בפסקת ההתגברות לפני שביהמ"ש אמר את דברו ולפני שהתקיים דיאלוג.
-המושג דיאלוג מופיע לא אחת בפסיקות בית המשפט. אך כאשר ביהמ"ש קובע למחוקק מה לעשות, אין זה דיאלוג אמיתי.

3.6 שוויון

**הזכות לשוויון**
כולנו שווים, כולנו נברנו בצלם האל. הזכות לשוויון היא זכות נרחבת כאין כמוה. היא כוללת את חופש הביטוי, חופש הדת. היא כוללת זכויות מסגרת כמו הזכות לכבוד. לעומת זאת יש הטוענים כי שוויון מקנה זכות במקום שבו לולא השוויון לא הייתה זכות. כלומר נורמה התנהגותית כלפי אדם אחר מחייבת להעניק את אותה התנהגות גם לאדם נוסף(בשם הזכויות לשוויון). אולם, יש שטוענים כי מדובר על רטוריקה בלבד. אדם זכאי לקבל זכות לא בשם השוויון(בינו לבין אדם אחר) אלא מפני שהוא זכאי אליה.

**פס"ד חוקה למדינת לישראל נ' שר האוצר (1989)**
בסוף שנות ה-80 קמה העמותה במטרה לחוקק חוקה. היא מבקשת הכרה במעמד של מוסד ציבורי מה שיקנה לה פטור ממס הכנסה וגם יעניק זיכוי מס לתורמים. פנייתה נדחתה בטענה שמטרותיה לא נכנסות בגדר המטרות המצדיקות מוסד ציבורי. העמותה עותרת על כך. ביהמ"ש אמר שאפשר היה לתת פרשנות מרחיבה יותר אבל הפרשנות שנתן מס הכנסה לא חורגת ממתחם הסבירות ולכן אינו מתערב. העותרת מעלה טענה נוספת, יש גופים בעלי פעילות זהה שכן מקבלים את הפטור(זה לא שוויוני). השופט ברק מקבל טענתה, לצורך בירור העניין הוא מאבחן בין המצבים האפשריים ל-3 עיקריים:
1.זכות הקיימת בדין לפלוני. הזכות מוענקת לאחרים ולו לא. זו בהחלט הפלייה. הוא יקבל כי זה מגיע לו ע"פ דין ולא כי זה לא שוויוני.
2.הדין אוסר על מתן טובת ההנאה, היא מעניקה את ההטבה בכל זאת לאלמוני, לכן פלוני יטען שהוא זכאי להטבה גם כיוון שהוא שווה לו. יש כאן התנגשות בין 2 עקרונות יסוד: עקרון החוקיות(הדין אוסר את טובת ההנאה) מול עיקרון השוויון. לפי ביהמ"ש עיקרון השוויון לא גובר עיקרון החוקיות ולכן במקרה זה הבקשה תדחה.
3.הדין לא אוסר אך גם לא מעניק טובת הנאה. ההענקה היא בהתאם לשיקול דעתה של המדינה. ברק מאבחן כאן בין 2 מצבי משנה: א. הרשות מעניקה טובת הנאה בהתאם למדיניות כלשהי, פלוני המשתייך לאותה קבוצה לא מקבל. במקרה זה יש לקבל את העתירה בשם עקרון השוויון.
ב. טובת ההנאה ניתנת רק בעמידה בתנאים מסוימים, פלוני לא מקיים את התנאים ולכן הוא לא זכאי לקבלה. למרות זאת, הרשות כן העניקה את טובת ההנאה לאחרים שגם לא עומדים בתנאים- היא צריכה להתיישר.
לפי ברק , במקרה שלפנינו מתרחש ס'3(ב). חוקה לישראל לא קיימה את התנאים ולכן על המדינה להתיישר ולא לחרוג מהמדיניות שהגדירה.
ביהמ"ש אמר: 1. הפסקת ההטבה צריכה להיות גם לעבר, הפסקת מתן ההטבה למי שניתן לו בעבר. 2.פיקוח שיפוטי לאורך זמן – אם יוכח לאורך זמן סביר כי המדינה לא עומדת במדיניות אז חוקה לישראל יזכו גם בהטבה. חוקה לישראל תקבל כי מגיע לה (לא כי היא הופלתה). -בפרשה זו הזכות לא צומחת על סמך עיקרון השוויון אלא כזכות עצמאית מכוח המדיניות האמתית של המדינה.

**פס"ד זקין נ' עיריית ב"ש (1996)**
במערכת הבחירות נתלים שלטים. פקחים מהעירייה מורידים חלק מהשלטים בטענה שלפי חוק העזר של העירייה יש דרישה לרישיון ואישור כדי לתלות שלט. העותרים טוענים להפליה. ביהמ"ש דן בסוגיית האכיפה הבררנית.
השופט זמיר אומר כי אכיפה בררנית שרירותית פוגעת בשוויון ולכן מתערערת החזקה(חזקת התקינות) בדבר חוקיות ההחלטה המנהלית(החלטת הפקחים להוריד את השלט). כתוצאה עובר נטל ההוכחה על הרשות המנהלית, היא צריכה להראות שהאכיפה התבססה על שיקולים ענייניים בלבד. אם הרשות אינה מרימה נטל זה עשוי ביהמ"ש לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה או לתת סעד אחר בגין הפגיעה בשוויון בגין נסיבות המקרה. ביהמ"ש אומר שאם העתירה הייתה באה לפני התלישה ייתכן וביהמ"ש היה אוסר על התלישה. הפגיעה בשוויון היא מנורמה התנהגותית במקרה זה, הפקחים מקנים חסינות ביחס הפעלת החוק כלפי קבוצה מסוימת. אכיפה בררנית היא פגיעה בשוויון האריסטוטלי= אין שוני רלוונטי ולכן אין הצדקה לאפליה.

**שוויון אריסטוטלי(הגדרת השוויון לפי אריסטו)**
אריסטו דורש יחס שווה לשווים. פגיעה בשוויון מתרחשת במקרה בו התייחסתי באופן שונה לאנשים שווים. יש כאן קושי, כיוון שכל בני האדם שווים במהותם. אולם, ניתן לטעון כי כל אדם הוא שונה, אנחנו לא שווים. לכל אדם תביעת אצבע שונה. התשובה לפתרון בעיה זו היא הגדרת המושג "שווים". "שווים"- שווים במובן הרלוונטי.
לפי פרופ' ספיר, המודל האריסטוטלי בודק האם קיים שוני רלוונטי. אם קיים שוני, אז יש פגיעה בשוויון שאינה מוצדקת. לעומת זאת אם יש שוני רלוונטי שנועד לתכלית ראויה אז אין פגיעה בשוויון. מבחן התכלית הראויה כאן שונה מאשר בזכויות אחרות. (כאשר מדובר בפגיעה בכל זכות אחרת השאלה הראשונה היא האם יש פגיעה בזכות, אם התשובה חיובית, אז השאלה השנייה האם הפגיעה מוצדקת בנסיבות העניין) לפי ספיר ניתן לבחון את הפגיעה גם באמצעות מבחן המשנה הראשון של המידתיות-קשר אמצעי מטרה. מתוך כך:
-כשיש טענה לפגיעה בשוויון , נבחן את הפגיעה בזכות באמצעות 3 שאלות: האם יש שוני רלוונטי? האם הפגיעה נועדה לתכלית ראויה? האם קיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה? באמצעות מענה על שאלות אלו, נוכל לקבוע האם הפגיעה בשוויון מוצדקת , או האם אין פגיעה בשוויון כלל ולכן אין צורך להצדיקה. אם יש קשר אמצעי-מטרה אז השוני הרלוונטי הוא לתכלית ראויה.

**פס"ד מילר נ' שר הביטחון (1994)**אליס מילר רוצה להיות טייסת אך הצבא שולל אפשרות זו ממנה והיא עותרת לבג"ץ. הצבא טוען שהוא מעניק משאבים רבים בהכשרת טייסים שייתנו שירות צבאי ארוך, אך במקרה של נשים יש 2 בעיות: 1. הריון/לידה – פרק זמן שהן לא יכולות לטוס. 2. ברגע שהן בהריון ע"פ חוק הן יכולות לעזוב. ולכן בשורה התחתונה משך השירות של נשים בצוות האוויר יהיה קצר משמעותי מזה של גברים. יוצא מכך שהם השקיעו את אותם משאבים אך קיבלו פחות. לפי פרופ' ספיר תכלית החוק היא להכשיר את הטייסים ברמה הגבוהה בעלות הנמוכה ביותר. יש כאן שוני רלוונטי, התכלית הינה ראויה.השופט מצא: מתבסס על שוויון אריסטוטלי. טענת הצבא מבוססת על הערכה בלבד ולא על נתונים בדוקים. כלומר לא הוכח הקשר בין האמצעי למטרה. לא הוכח שנשים ישרתו פרק זמן קצר יותר, זאת הערכה בלבד. (בדר"כ על מנת להוכיח קשר אמצעי מטרה, לא נדרשת הוכחה, אלא מסתמכים על השערה מבוססת). מצא מתעקש על הוכחה כיוון שהוא חושש שהשערת הצבא מבוססת על הטעיות בצורת החשיבה על נשים(סטריאוטיפים). לכן הוא דורש לקבל ראיות חזקות ומוצדקות שיוכיחו שוני רלוונטי.
השופטת דורנר: אומרת שהשוויון האריסטוטלי הוא טאוטולוגיה(אמת תמיד). לטעמה, סגירת קורס טייס בפני נשים גורמת לנזק. ראשית, ישנה פגיעה בכבוד והשפלה והיא מאשרת את האמרה "הטובים לטייס והטובות לטייסים"(היא מסבירה את הפגיעה בכבוד ולא את הפגיעה בשוויון).
השופטת שטרסברג כהן: אמנם חיסכון כספי הוא שוני רלוונטי, אך אינו טעם מספק לסגירת קורס טייס בפני נשים. היא לא נוקטת בגישת השוויון האריסטוטלי אלא בגישת שוויון ההזדמנויות. היא לא מדברת על "יחס שווה לשווים" אלא על שוויון הזדמנויות, המאפשר לפרטים להתחיל מאותה נקודה התחלה. על המדינה להבטיח שוויון הזדמנויות בחברה גם אם הוא מצריך תקציב כספי גבוה יותר.
פרופ' ספיר אומר- שוויון הזדמנויות נועד להצדיק שוויון בתוצאה(סוג שלישי של שוויון שאומר שכולם צריכים להיות בסוף שווים, סוציאליזם). אם יש אופציות הסגורות לקבוצה מסוימת מראש, הקבוצה אוטומטית נעמדת במקום נחות יותר. שוויון הזדמנויות נועד לבטל את הממד השרירותי בחוסר השוויון בתוצאה.

**פס"ד עדאלה נ' משרד הרווחה**ביהמ"ש דוחה עתירות כנגד תיקון לחוק ביטוח לאומי שקבע הפחתה בקצבה לכל הורה שלא יחסן את ילדיו.
השופטת ברק ארז שואלת האם בכל מקרה שבו ביהמ"ש מבחין בין אנשים או קבוצות נכון לראות בהבחנה פגיעה בזכות לשוויון ואז לבחון אותה במבחני פסקת ההגבלה או שמא עשויות להיות הבחנות ראויות שמלכתחילה לא ייחשבו כפגיעה בזכות לשוויון. היא עונה שאפשר לחמוק משאלה זו כי כאן מדובר על הבחנה שמשפיעה על אוטונומיה ולכן יש פגיעה בשוויון.לטעמו של פרופ ספיר, ברק-ארז מנסה להבין מה מעמדו של עקרון השוויון במשפט הישראלי, האם כל פגיעה בשוויון תכלול פגיעה בזכות שנגזרת מחו"י(כבוד האדם)? היא טועה בבחינת נושא זה, כיוון שאין קשר בין אוטונומיה לפגיעה בשוויון.
 **מה המעמד של עקרון השוויון?**
עקרון השוויון אינו נכלל בחו"י כבוד האדם וחירותו. ברק מוביל מהלך כי ניתן לקרוא את זכויות האדם החסרות(כולל השוויון) אל תוך חו"י.

**עקרון השוויון כחלק מחו"י כבוד האדם- פס"ד אל על נ' דנילוביץ'**
הסכם קיבוצי מעניק טובת הנאה לבן זוג או ידוע בציבור של עובד. השאלה היא האם טובת הנאה זו צריכה להיות מוענקת גם לשותף לחיים של עובד? התביעה מגיעה לבית הדין לעבודה, שם נקבע מכוח חקיקה ראשית שמעסיק לא יפלה בין עובדיו בתנאי העבודה, בין היתר מחמת נטייה מינית.
בערעור לבג"צ נאמר ע"י ברק- עיקרון השוויון מעוגן בחוק הישראלי. במגילת העצמאות נקבע שמדינת ישראל תקיים שוויון בין אזרחיה ללא הבדל דת, גזע ומין, ויש דברי חקיקה בנושא. עיקרון השוויון הגיע לשיאו עם חקיקת חו"י: כבוד האדם וחירותו שעיגן את השוויון כזכות חוקתית על חוקית, כחלק מכבוד האדם.

**עקרון השוויון היא גם פגיעה בכבוד כשיש "סיווגים חשודים"- השופטת דורנר בפס"ד מילר נ' שר הביטחון**
גם אם לא מדובר על פסילת חוק, אפשר לבצע ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית.
על אף הדיון הקיים בנוגע למעמדו של השוויון, ההיסטוריה החקיקתית של חו"י כבוד האדם וחירותו, מלמדת כי ההימנעות לעגן בו את השוויון, היא מכוונת. היא טוענת כי יש מקרים בהם פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד שכרוכה בהשפלה. קיים ממד של השפלה כאשר יש "סיווגים חשודים", כלומר הבחנה על רקע קבוצתי של מגדר, דת, נטייה מינית(הערה של ספיר: אולי בגלל שזה מגיע על רקע של השפלה על סטראוטיפ קיים). במקרים כאלה לחוסר השוויון נלווה ממד של השפלה כפגיעה בכבוד, כלומר זה משדר יחס של נחיתות כלפי חברי הקבוצה המופלית. אם מתברר שהשוני רלוואנטי, שהסיווג החשוד הוא ענייני, לא ניתן להגיד שמדובר בהשפלה. במקרים שבהם היחס השונה ניתן לשוויון והיחס השונה מבדל בין קבוצות אז הפגיעה בשוויון כרוכה גם בהשפלה.

**פס"ד האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**
מועצת מקרקעי ישראל הוא הגוף שמופקד על קביעת המדיניות הקרקעית בישראל. במועצה 27 חברים, רק אחד מהם ערבי. העותרת מבקשת מביהמ"ש שיורה למנות ערבים באופן שתואם את חלקם היחסי באוכלוסייה. השאלה היא האם חלה על הממשלה חובה להעניק לערבים ייצוג הולם במועצה? זמיר- ביהמ"ש נתן לשוויון מובן רחב, אך השוויון המדויק יותר הוא הצר. הוא מתייחס לרשימת עילות שוויון קלאסיות("סיווגים חשודים")- דת, גזע, לאום, מין. מבחינתו יש להכניס רק את עילות השוויון הגנריות לזכות החוקתית. השוויון יהיה חוקתי(שמאפשר תקיפת חקיקה ראשית) רק כאשר יש השפלה בנסיבות של סיווגים חשודים.

**פס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**
עניין דחיית שירותם הצבאי של תלמידי ישיבות ש"תורתם אמונתם". השופט ברק – מודל הביניים לא מרחיב את חו"י לכל זכויות האדם, ע"פ גישה זו ניתן לכלול גם הפליה שלא כרוכה בהשפלה ובלבד שתהיה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטאת אוטונומיה של הרצון הפרטי. אם מדובר על פגיעה בשוויון שכרוכה בהשפלה או באוטונומיה , הפגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד. יש פגיעה בשוויון במובן החוקתי. השופט חשין – לא מסכים עם ההרחבה לאוטונומיה.
ב2012 חוק טל בוטל, בשם פגיעתו בשוויון. השוויון נקרא פנימה לחו"י, ובשם הפגיעה בו ניתן לפסול חקיקה ראשית.

**המשך הגישה של "סיווגים חשודים" - פרוז'אנסקי נ' לילה טוב**
 העותר ביקש להיכנס למועדון ולא אפשרו 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 **מה הרציונליים להגן על חופש הדת?** 1) פגיעה ברציונל המצפון- נגן על חופש הדת על מנת להגן על חופש המצפון. מצפון-אמונות עמוקות בדבר האסור והחובה לעשות. הנימוקים להגנה עליו:
א. המסלול הערכי: להכריח אדם לעשות מעשה שהוא סבור שאסור לו עלול לגרום לו לכאב וסבל רב. יש לחסוך מהאדם כאב וסבל.
ב. מסלול כבוד\הערכה: יש לנו כבוד כלפי המצפוניסטים, הם אנשי עקרונות.
ג. המסלול התועלתני- גם לעקרונות יש מקום, דווקא בעידן בו אנו נותנים מקום לגמישות(מזכירים שיש לעמוד על שלנו ולא "לזרום"). יש למצפוניסטים תועלת.
מתי נפגע המצפון? המצפון נפגע כאשר מחייבים אדם לפעול בניגוד למצפונו או כאשר מונעים ממנו לעשות מה שמצפונו מורה לו/ את רצונו. המצפון נפגע יותר כאשר אנו מחייבים אדם לעשות את שמצפונו אוסר עליו. המצפון יכול להביא לדרישה לקבל פטור מחוק שמגדיר צו-עשה.
2)פגיעה ברציונל התרבות- לכל קבוצה יש תרבות ייחודית משלה, יש לשמר את התרבות כיוון שהיא מממשת שני תנאים: א. התרבות היא חלק מזהותו של האדם. ב. תרבות האדם נחוצה לאדם על מנת שיוכל לממש את ערך האוטונומיה.
התרבות מספקת לאדם משמעות לחייו ואפשרות לספק את רצונותיו. איום על תרבות יכול לנבוע מדומיננטיות במרחב הציבורי של תרבות הרוב(שחזקה ומשפיעה יותר), מי שמצוי במגננה זו תרבות המיעוט. תרבות המיעוט עשויה להיות במצב של צורך להגנה מיוחדת שאותה ראוי להעניק באמצעות הזכות לתרבות.
הבדלים בין הרציונליים- היקפה של הזכות לתרבות רחב יותר מחופש המצפון. שער הכניסה לביהמ"ש דרך התרבות רחב יותר מדרך המצפון. אבל כשמגיעים לשלב השני- שלב המשקל/האיזונים- חופש המצפון כבד יותר מחופש התרבות ולכן גם ההצדקה לפגיעתו צריכה להיות גדול יותר. מכמה סיבות:
א. בענייני מצפון זה עניין של הכל או כלום, או שמכבדים את המצפון או שלא. לעומת תרבות, בתרבות אפשר לחשוב על סוג של פיצוי. בד"כ אין עניין אחד, תנאי שאם הוא נופל התרבות נעלמת. בד"כ מדובר בכמה אלמנטים. בפגיעה בתרבות למדינה קל יותר למצוא דרך ביניים להגשמת הזכות.
ב. התרבות מציבה הרבה דרישות מקבוצת הרוב(המדינה). אם נקבל את רובן, זה עלול להביא להגבלה של חופש הפעולה של חברי קבוצת הרוב. לעומת זאת חופש המצפון הוא ספציפי, ולכן קל יותר לאזן בינו לבין שאר האינטרסים והזכויות בחברה.
ג. יותר פשוט לשמור על רציונל התרבות על רקע העובדה שיש הפרדה מגזרית בין חברי הקבוצות השונות ולעיתים הם מתגוררים במיקומים שונים. כך שיותר קל להם לקיים את התרבות שלהם.

**"חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים"/סטטמן וספיר**כותבי המאמר מציינים כי במציאות בה הרוב הוא חילוני, לרוב אין זכות ממשית לתרבות, גם אין להם זכות מצפון כי טענת המצפון לא רלוונטית ב"חופש מדת"- אין הבדל בין טיעונים דתיים לטיעונים חילוניים. מתי יטען חופש מדת? כאשר יש פגיעה בזכות לאותנטיות. למשל, בטקסים מסוימים מכריחים אדם לפעול באופן דתי(טקס נישואין) מה שעלול לגרום לו לתחושת ניכור. פרופ' ספיר טוען כי לא כל חוק מגן על נימוקים דתיים- לדוג' חוק איסור גידול חזיר אינו מנומק באופן דתי(אסור לפי הדת), אלא בא להגן על רגשות הדת. **פס"ד שביט נ' חברת קדישא גחש"א**
קרובי משפחה של מנוחה מבקשים לחרוט על המצבה אותיות לועזיות וספרות. חברת קדישא מתנגדת בגלל פסק הלכה של הרב המקומי.
השופט ברק- מסרב להכיר באינטרס של חברה קדישא כנופל בגדר הפגיעה בחופש הדת, זו פגיעה ברגשות, לא כופים עליהם לחרוט בעצמם.
השופט אנגלרד(מיעוט)- השאלה הגדולה שניצבת היא שאלת היחס בין חופש הדת מצד אחד(של חברה קדישא) לבין הזכות לחירות של משפחת המנוחה. אומר כי כפייה לנהוג בניגוד לדין הדתי שעליו הגוף אמון מהווה פגיעה חמורה בחופש הדת.
פרופ' ספיר – אם קדישא היו טוענים לפגיעה בזכות לתרבות, התוצאה המתקבלת הייתה זהה.
לחברת קדישא יש כמעט מונופול על כל עניין הקבורה במדינת ישראל. לסיכום, בנסיבות בהן רוב בתי הקברות מנוהלים ע"י חברה דתית אורתודוקסית, אם יש תרבות שזקוקה להגנה היא דווקא החילונית ולא הדתית במקרה הזה. לכן הטיעון הזה לא משכנע לטעמו.

**גור אריה נ' הרשות השנייה**
 כתבה שנעשית על דתיים אמורה להיות משדורת בשבת והם טוענים שהדבר יהווה פגיעה בחופש הדת שלהם.
ברק – אין פגיעה בחופש הדת. אף אחד לא מחייב את הדתיים שמצולמים בכתבה לחלל שבת, זו כן פגיעה ברגשות. כדי שרגשות הדת יגברו על חופש הביטוי יש צורך בקרבה לוודאות בפגיעה ושהפגיעה תהיה קשה ברמה שהחברה לא תוכל לסבול(דעתו של ברק מתאימה לרציונל המצפון שבחופש הדת, גם אם היה פועל לפי רציונל התרבות כנראה שהיה מגיע לאותה תוצאה). דורנר במיעוט-יש פגיעה בחופש הדת כי הרב קבע שזה חילול שבת. אמות המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, לא הולמות איזון בין זכות לזכות. אם אין אפשרות לקיים את שתי הזכויות המתחרות, תגבר הזכות שתוצאת הפגיעה בה לפרט חמורה יותר.

**חורב נ' שר התחבורה**
בעניין סגירת רחוב בר אילן לתנועה בשבתות ובחגים בזמני תפילות. החרדים טוענים שהתנועה פוגעת בחופש הדת שלהם. ברק מדבר על אווירת השבת אצל החרדים שנפגעת, ובאותה עת אומר שאין פגיעה בחופש הדת כי סגירת הרחוב לא מונעת מהם לקיים את מצוות הדת בחופשיות. לדבריו, הפגיעה כאן היא לא בחופש הדת אלא ברגשות הדת, זהו אינטרס שההגנה עליו פחותה. הוא מתייחס לדת כמובנה כמצפון.
פרופ' ספיר, ברק עקבי ובשלושת המקרים הוא קורא את חופש הדת לפי רציונל המצפון. למרות שבמקרה זה היה מתאים יותר לקרוא את הפגיעה לרציונל התרבות.

**פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים**
פסרו היא נוצריה מברזיל שמגיעה לארץ כתיירת. היא פוגשת יהודי בשם גולדשטיין ונישאת לו בנישואים אזרחיים. לפני הנישואים היא עוברת גיור בבית הדין של התנועה הרפורמית בישראל ומבקשת להירשם כיהודייה. בית המשפט אומר שההכרה בגיור לא כפופה לפקודת העדה הדתית בלבד. השופט שמגר- חוק ההמרה רלוונטי רק לחוקים בעלי אופי דתי, לא רלוונטי לעניינים כמו חוק השבות. יש פגיעה בחופש הדת.
השופט טל(מיעוט)- אין פגיעה בחופש הדת של העותרת.

**חופש הדת והחופש מדת**
יש הנחה כי כשיש חופש דת יש פגיעה בחופש מדת. יש לנו נטייה לרצות שדברים התקיימו בצורה סימטרית. לטעמו של פרופ' ספיר הסימטריה בין החופשים במקרה זה אינה מוכרחת.

**מה הסטטוס של חופש הדת?**
גם הזכות לתרבות וגם חופש המצפון לא מוגדרים כזכויות חוקתיות. ביהמ"ש מתחשב במצב הרגיש במדינה לגבי נושא הדת ונוטה לא להשתמש בזכות. ביהמ"ש מעולם לא עשה שימוש בחופש הדת כדיי לפסול חקיקה ראשית, לכן אין אמירה מפורשת כי חופש הדת היא זכות בלתי מנויה שחוקתית מכוח חו"י כבוד האדם וחירותו. בפסיקותיו ביהמ"ש נוטה להשתמש בזכויות האחרות(למשל בפרשת מיטראל).
יש התומכים בשיטת ברק שטוענים כי חופש הדת יכול להיכנס בזכות לכבוד כהשפלה או כאוטונומיה. פגיעה בחופש הדת תוכר אם יש בה אלמנט של פגיעה באוטונומיה או אפקט של השפלה.
האם הזכות לתרבות מוכרת במדינת ישראל? יש סימנים להכרה בזכות לתרבות, אפילו בהקשר של דת. דוגמא לכך הוא פס"ד יקותיאלי נ' השר לענייני דתות(אין בסילבוס)- התרבות מתוארת כמעניקה זכות אבל לא נעשה קישור בינה לבין חופש הדת.

3.8 חופש הביטוי

**חופש הביטוי**
הרציונליים שמאחורי חופש הביטוי:
הרציונלים – לפי אילנה דיין, במאמרה: "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי"
1. הטיעון לחקר האמת, לגילוי האמת- אם אנחנו רוצים לברר מה האמת, חשוב שאנשים יוכלו לבטא את עמדתם. צריך שיהיה ויכוח בין דעות. ההתמודדות עם הדעות האחרות תחזק את ערך האמת. הדעה האמיתית לא מפסידה מהתמודדות עם דעות כוזבות. בנוסף, לפעמים נדמה לנו שמישהו טועה אבל לפעמים כששומעים את האדם האחר, מגלים שהאמת היא שילוב של שני הדברים ביחד. חופש הביטוי יכול להבטיח לנו זאת.
2. הטיעון הדמוקרטי- ציבור האזרחים חייב לשמוע ולהתבטא כדי שיהיה מסוגל להבין, להשתתף, להצביע ולשלוט. ההצדקה לקיומה של חופש הביטוי כזכות חוקתית נמצאת בצורכי הדמוקרטיה. שלא ייווצר ציבור בוחרים שהוא דל מידע ונטול כושר החלטה. "האמת הפוליטית" מחליפה כאן את "האמת האבסולוטית" שבמרכזה הטיעון בדבר חקר האמת.
3.הטיעון להגשמה עצמית- הפרט מממש את האוטונומיה שלו בהרבה דרכים. אנחנו מממשים את עצמנו בכך שאנחנו ממשים את השקפותינו.

**מעמד חופש הביטוי**
חופש הביטוי לא עוגן בחוק יסוד, הכרה ראשונית בקיומה של הזכות הייתה בפרשת קול-העם. האם זו זכות חוקתית?
קול העם נ' שר הפנים
שר הפנים סגר עיתון לאחר כתבה שגינתה את מדיניות הממשלה שהייתה מוכנה להעמיד את חיילי צה"ל לרשות ארה"ב. אגרנט- מכיר בחופש הביטוי כזכות חוקתית שנגזרת מאופייה הדמוקרטי של המדינה. ניתן לפגוע בחופש הביטוי מכוח פקודת העיתונות אם עלולה לפגוע בשלום הציבור. "עלול" הוא מונח עמום ולכן הוא מבצע איזון אנכי- ההסתברות הנדרשת לפגיעה היא קרבה לוודאות. הוא קובע סטנדרט גבוה לפגיעה בחופש הביטוי. הוא קובע שבמקרה זה אין וודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור וששיקול הדעת של השר, למרות ההסמכה שניתנה לו, היה מוטעה והוא לא היה צריך להשתמש בסמכותו. רק במקרים קיצוניים הפגיעה באינטרס\בזכות תגבר על חופש הביטוי.
פס"ד גולן נ' שירות בתי הסוהר
אסיר רוצה לפרסם טור בעיתון בו הוא מספר על חייו בכלא ובקשתו מסורבת.
השופט מצא, אומר שחוק היסוד לא מגדיר את חופש הביטוי כזכות מפורשת, אך זה לא משנה דבר, חופש הביטוי נכלל בתוך כבוד האדם במשמעו בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
השופטת דורנר אומרת שהמחוקק לא הכניס את חופש הביטוי אל תוך חוק היסוד ושהייתה הצעת חוק יסוד חופש הביטוי שנפסלה, ולכן ספק אם ניתן או ראוי להכליל את חופש הביטוי בתוך חוק היסוד. לדבריה, אי אפשר להתעלם מכוונת המחוקק. היא מוסיפה שגם אם היה אפשר, זה לא ראוי להתעלם. כאשר אדם מושפל בגלל שחופש הביטוי נשלל ממנו, זאת פגיעה בכבוד. לדבריה, חופש הביטוי משמעותו הגשמה עצמית וכשאפשרות זו נשללת מאדם, זאת השפלה.
השופט חשין אומר שאין צורך להיכנס לדיון האם חופש הביטוי נכלל בתוך חוק היסוד. זה דיון מיותר במקרה זה, לא מדובר כאן בחוק אלא בהחלטה של בית סוהר ספציפי.
אבנרי נ' הכנסת
עתירה לביטול חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם. ס' 2 לחוק קבע כי פרסום קריאה להטלת חרם על ישראל מהווה עוולה נזיקית. בנוסף, מי שביצע עוולה כזו בזדון, ביהמ"ש רשאי לחייבו בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. בנוסף, לשר האוצר הסמכות להגביל השתתפות במכרז או למנוע הטבות כלכליות ממי שמשתתף או מפרסם קריאה לחרם. יש פה שני רכיבים- רכיב של סנקציות מנהליות ורכיב נזיקי. בנזיקי יש שני אלמנטים- 1. קביעה שמדובר בעוולה נזיקית. 2.בנסיבות מסוימות ניתן לחייב בתשלום פיצויים ללא הוכחת נזק. טוענים שחוק זה פוגע בזכויות חוקתיות שונות ביניהם חופש הביטוי ולא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.
השופט מלצר(דעת הרוב)- קשה לחלוק על כך שהחוק למניעת חרם פוגע בחופש הביטוי הקשור לכבוד האדם. מדובר בפגיעה בחופש הביטוי במובנו החוקתי. הוא מציע הבחנה בין שני סוגי ביטוי- ביטוי שמטרתו לשכנע, לבין ביטוי שהינו אמצעי כפייה. הקריאות לחרם על ישראל, כמשמעו בחוק אינן עונות לתכלית הקלאסית של חופש הביטוי. הקריאות האלו אינן מיועדות כדי לייצר דיאלוג אלא לכפות על מדינת ישראל התנהגות מסוימת. בפס"ד יש פגיעה בחופש הביטוי במובנו בכבוד האדם.

**מה היקף חופש הביטוי?**
בארה"ב יש סוגי ביטוי מסוימים שנקבע שהם לא מוגנים ע"י חופש הביטוי(למשל פרסומי תועבה, ביטויים תוקפניים, הסתה, הוצאת דיבה.. ) בישראל העמדה שונה. הנטייה שביסס השופט ברק היא להרחיב את תחום הכיסוי העקרוני של חופש הביטוי כך שיכלול את כל סוגי הביטוי. היקפו של חופש הביטוי במדינת ישראל הינו רחב.
לשון הרע- פס"ד אבנרי נ' שפירא
המערער כתב ספר אודות המשיב, תעשיין ואיש עסקים, בזמן כתיבת הספר היה ח"כ ויו"ר ועדת הכספים של הכנסת. המשיב ביקש צו שעה על פרסום הספר בטענה שהספר כולל לשון הרע.
ברק- חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי שיש בו לשון הרע. לעיתים הכרחי לצמצם את ההגנה שנותנים לחופש ביטוי כזה כדי להגן על ערכים אחרים כמו שמו הטוב של אדם. חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי שיש בו לשון הרע כי החיפוש אחרי האמת(=אחד הרציונליים של חופש הביטוי) מצדיק את זה. גילוי האמת מבססת את הדמוקרטיה.
דברי הסתה- אלבה נ' מדינת ישראל
הוגש כתב אישום כנגד המערער, שהוא רב, בעקבות מאמר שכתב. הוא הואשם בהסתה לגזענות ובעידוד לאלימות. הוא הורשע ונגזר עליו מאסר בפועל, הוא מערער על כך. ברק- מניעת הסתה לגזענות היא פגיעה בחופש הביטוי שנועדה לתכלית ראויה. גזענות פוגעת בכבוד האדם, בשוויון וסותרת את עקרונות מדינת ישראל. עם זאת, הטלת אחריות פלילית היא פגיעה מעבר למידה הדרושה. חברה דמוקרטית לא מענישה על התבטאות גזענית. לדברי ברק, כל ביטוי נכלל תחת חופש הביטוי, גם גזעני, אבל לא כל ביטוי מוגן במסגרת חופש הביטוי. דורנר – מסכימה. חופש הביטוי כולל בתוכו את הביטוי הגזעני. מצא – הביטוי הגזעני נמצא מחוץ לתחום.

**3.8.3 פגיעה בחופש הביטוי**
מה קורה במקרים שבהם המדינה שוללת תמיכה ציבורית על בסיס תוכן הפעילות? האם במקרה כזה ניתן לטעון שהדבר מהווה פגיעה בחופש הביטוי?
בג"ץ אבו גוש נ' שר החינוך והתרבות
יש כנסייה באבו גוש שעורכת פסטיבל כנסייתי. העותרים טוענים כי המדינה לא תומכת כלכלית בפסטיבל של הכנסייה הזו אך בפסטיבלים אחרים כן. השופט חיים כהן בדעת מיעוט, מניעת תמיכה בפסטיבל במוזיקה כנסייתית בגלל התוכן פוגעת בחופש הביטוי. שופטי הרוב טוענים שאין פגיעה בחופש הביטוי. ביהמ"ש אומר כי אף אחד לא זכאי לקבל תמיכה מתקציב המדינה סתם ככה. לפי טענת העותרים יצא שכל אמרגן יבקש תמיכה בפעולותיו. ביהמ"ש קובע כי אין מקום לצוות על המשיבים לממן את הפסטיבל. אין פגיעה בחופש הביטוי.
פס"ד בוגרי התיכון האורתודוקסי נ' שר האוצר
עתירה לבג"צ כנגד חוקתיות סעיף חדש בחוק ההסדרים. לפיו, שר האוצר מוסמך להפחית מתקציב של גופים נתמכים מטעמים של ביזוי סמלי המדינה וכו'. מוגשת עתירה בה נטען שפגיעה בתיכון בגלל תכני הפעילות שלו פוגעת בחופש הביטוי. אולם, המדינה והכנסת טוענים שאין פגיעה בחופש הביטוי. ביהמ"ש לא הכריע בעניין ודחה את התביעה בגלל חוסר בשלות.
פס"ד אבנרי נ' הכנסת
חוק החרם קובע שגוף יהיה נתון לתביעה נזיקית וסנקציות מנהליות, כמו: שלילת פטור ממס על תרומות, קבלת כספים ותמיכות מהמדינה וכו', אם פרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל. ביהמ"ש העליון נדרש לקבוע אם החוק פוגע בחופש הביטוי. השופט מלצר אומר שיש פגיעה בחופש הביטוי כי הסעיף קובע סנקציות אזרחיות ומנהליות בגלל ביטוי פוליטי. החוק מגביל את החירות הפוליטית. עם זאת, הפגיעה בחופש הביטוי לא מאוד משמעותית.
מפסקי הדין אנו למדים כי אין מסקנה חד משמעית לגבי עמדת ביהמ"ש בנושא הפגיעה בחופש הביטוי. השאלה: האם שלילת הטבות מצד המדינה כשלעצמה מוגדרת כפגיעה בחופש הביטוי? לא קיבלה תשובה.

**3.8.4 התנגשות בין חופש הביטוי לאינטרס ציבורי**
בהתנגשות בין חופש הביטוי לאינטרס ציבורי יש צורך לבצע איזון. חופש הביטוי היא לא זכות בלתי מוגבלת.
פס"ד קול העם נ' שר הפנים
זה פס"ד ישן שמבסס את רעיון זכויות האדם והבסיס לקיומן. ניתן צו סגירה לעיתון.
השופט ארגנט קובע 4 שלבים לבדיקת הפגיעה:
א. סגירת העיתון מהווה פגיעה בחופש הביטוי. חופש הביטוי מהווה בסיס לקיומן של הזכויות האחרות ולכן חשוב להגן עליו. חופש הביטוי נגזר מהאופי הדמוקרטי של המשטר.
ב. בהתנגשות עם חופש הביטוי יש צורך לבצע איזון.
ג. השופט אגרנט מעצב את המבחן המתאים להגבלת חופש הביטוי. הוא מציע את מבחן "קרבה לוודאות" הדורש קשר סיבתי בין השימוש בחופש הביטוי לפגיעה באינטרס הציבור.
ד. השופט אגרנט מיישם את המבחן בנסיבות המקרה ומגיע למסקנה שאין קרבה לוודאות ששלום הציבור יפגע כל עוד העיתון יישאר פתוח.
-פרשת קול העם הופכת לדוגמת המופת באופן בו מתמודדים בנסיבות של פגיעה בזכות. המבחן שנקבע ע"י השופט ארגנט משקף גישה עקרונית לאיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור(השופט ברק אומר בפרשת שניצר).
פס"ד מפלגת ישראל ביתנו
מפלגת ישראל ביתנו מחלקת עיתונים. בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה נקבע שתעמולת בחירות לא תהא קשורה במתן מתנות במטרה להגן על טוהר הבחירות. האם עיתונים הם סוג של מתנה? לפי ביהמ"ש חופש הביטוי נסוג בפני עיקרון אחר רק אם קיימת הסתברות של קרבה לוודאות לפגיעה ממשית בערך. בנסיבות העניין לא מדובר בפגיעה בטוהר הבחירות, ולכן אין להגביל את חופש הביטוי. פס"ד משקף את מחויבות ביהמ"ש העליון להגנה על חופש הביטוי.
4. סמכויות חירום
למדינת ישראל זהות כפולה ומורכבת – 1) מדינה לאום ומדינה דמוקרטית 2) מדינה תחת איום בטחוני מתמשך. **4.1 הכרזה על מצב חירום**
במדינות רבות החוקה כוללת התייחסות לנסיבות של מצב חירום. משמעות מצב זה היא שינוי מההסדר המשפטי הרגיל. נהוג לתאר מצב זה כאירוע בודד או רצף של אירועים שמקושרים למצב חריג שמאיים על קיום המדינה. המשמעות היא שבמצבים כאלה עשויה להידרש העצמה של כוח הרשויות והגבלה של חירויות הפרט. הנחת המוצא היא שמצב החירום הוא זמני. עם זאת, במדינת ישראל מאז שהמדינה הוקמה ועד היום המדינה פועלת תחת הכרזה קבועה על חירום.
1.סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט – מועצת המדינה הזמנית רשאית להכריז על מצב חירום. ואכן ב19.5.48 מועצת המדינה הכריזה על מצב חירום, ואף פעם לא ביטלה זאת.
2.ב1992 – הכנסת חוקקה את חו"י הממשלה: חו"י ביטל את סעיף 9. הכנסת חוקקה את סעיף 38 לחו"י הממשלה וקבעה כי הכנסת רשאית להכריז על מצב חירום שיוגבל לתקופה של שנה אחת בלבד. מאז ועד היום הכנסת מאריכה זאת כל שנה.
האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת
העותרת ביקשה לבטל את ההכרזה על מצב חירום כיוון שאינה מוצדקת. הדיון בעתירה התמשך בהפסקות במשך כ13 שנים. במאי 2012 ביהמ"ש פסק באופן סופי כי יש לדחות את העתירה. ביהמ"ש טען כי מדינת ישראל עדיין לא הגיעה אל השקט ועומדים מולה איומים, אך עדיין לא נכון לנצל את הדבר שנקרא מצב חירום לצורכי חקיקה. יש התקדמות ושיפור בנושא ומעורבות בג"צ לא נדרשת עוד. רובינשטיין – בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה של הכנסת בנושאי ביטחון.

**חלוקת מדינת ישראל ל-2 תקופות מבחינת מצבי החירום:**
1. 50 השנים הראשונות להקמתה- הכרזה על מצב חירום שימשה כבסיס הפורמאלי והמהותי לחקיקת החירום שנהגה בישראל. פורמאלית – חלק נכבד מחקיקת החירום הותנתה בהכרזה על קיום מצב חירום. מהותית – מצב החירום שימש הצדקה לחיזוק המחוקק ולהסמכתו לפגוע בזכויות אדם.
2. ב20 שנה האחרונות יש שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל. זה קורה ב-3 אופנים: א. מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית. ב. החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת. ג. החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

**ב-50 שנה הראשונות - היה נהוג לחלק את שיטת החירום ל-3:**
1.תקנות ההגנה לשעת חירום (1945) – חקיקה ראשית מנדטורית.
אלו תקנות בעלות מעמד של חקיקה ראשית מתקופת המנדט, הן הוותיקות ביותר כחקיקת חירום. עם קום המדינה הן הוכרו כדבר חקיקה ראשית במשפט הישראלי, מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט – שקבע כי המשפט שהיה קיים לפני קום המדינה תקף כל עוד אינו סותר את החוקים והשינויים שאחריו. התקנות מעניקות לרשות המבצעת ובפרט למפקדים צבאיים סמכויות מרחיקות לכת. הסמכויות האלו מופעלות באמצעות צווים(חקיקת משנה) שלפי הוראה מנדטורית אחרת יכולים לגבור על חקיקת הכנסת. במהלך השנים הוכנסה רפורמה בחלק מסמכויות החירום. לדוגמא:
א. חוק סמכויות שעת חירום מעצרים ב. חוק המאבק בטרור.
הניסיון הראשון לבטלם היה בפס"ד ליון נ' גוברניק (1948) – 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 הן בעלות אופי דיקטטורי ואף אופי שאינו יהודי, וגורמות לבלימת עליית יהודים לארץ. שופטי הרוב דוחים את העתירה כיוון ששינויים מהותיים במצב המשפטי צריכים להיות מסורים בידי הכנסת. בכך הם מחזקים את עקרון הפרדת הרשויות.
אולם, ביהמ"ש שומר על יכולתו לפקח על תקנות ההגנה, לדוג: פס"ד שניצר נ' הצנזור
הצנזור פוסל קטעים בכתבה שעומדת להתפרסם על ראש המוסד בטענות:
א. הצנזור אומר שביקורת על תפקודו של ראש המוסד עלולות לפגוע בפעילות המוסד כולו.
ב. הפרסום יסייע לזיהוי ראש המוסד מה שעלול לעורר סכנה לביטחונו.
השופט ברק אומר שהפירוש של תקנות ההגנה צריך להתבסס על רקע ערכיה של המשטר בישראל. יש להגביל את חופש הביטוי רק אם יש וודאות קרובה לפגיעה ממשית בסדר התקין ובביטחון המדינה. הוא קובע לתת צו החלטי לטובת העותרים.
2.תקנות שעת חירום מכוח סעיפים 38-39 לחו"י הממשלה- תקנות אלו במעמד חקיקת משנה. הן מותקנות ע"י הממשלה, ותוקפן עד 3 חודשים. סעיף 38 מעניק לכנסת סמכות להכריז על קיום מצב חירום ומגביל את ההכרזה לשנה. סעיף 39 אומר כי בעת קיום מצב חירום הממשלה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום. הסמכות נשמרת אך סויגה. סעיף 39(ה) קובע שלא יותקנו תקנות אלו אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת. סעיף 39(ד) קובע שתקנות שעת חירום לא ימנעו פנייה לערכאות. סעיף 39(ו) מסמיך את הכנסת להאריך את התוקף של התקנה בחקיקה ראשית. במהלך השנים ביהמ"ש התייחס לסמכות ההגנה, אך התערבותו המשמעותית ביותר הייתה כאשר קבע שהסמכות להתקין תקנות שעת חירום(חקיקה משנית) לא נועדה לאפשר עקיפה של חקיקת הכנסת(חקיקה ראשית).
פס"ד פורז נ' ממשלת ישראל
בתחילת שנות ה90 מדינת ישראל נקלעת למצוקת דיור בעקבות גל הגירה גדול מברה"מ. שר הבינוי והשיכון(אריק שרון) מתקין תקנות שעת חירום – תכנית לבניית יחידות דיור. במקביל, מתנהל בכנסת הליך מזורז באותה סוגיה, והחוק של הכנסת נכנס לתוקפו שבוע אחרי התקנות. ח"כ פורז מגיש עתירה על כך. ביהמ"ש קבע כי במצב חירום ניתן לחוקק תקנות שעת חירום עד שהכנסת תקבע חקיקה ראשית(חקיקה ראשית לוקחת יותר זמן).
3. חקיקת חירום של הכנסת – חקיקת חירום עצמאית. מתחלקת ל-3:
א. חוקי הארכה של תקנות שעת חירום: יש תקנת שעת חירום ואם רוצים להארכה צריך לחוקק חוק. סעיף 39(ו) בחו"י הממשלה(1992) עיגן את הסמכות לקחת תקנת שעת חירום ולהאריך אותה דרך חקיקה ראשית.
ב. חקיקת חירום מקורית של הכנסת – יש בחקיקה זו 2 דפוסים: (1)הסדר מפורט – למשל: חוק סמכויות שעת חירום מעצרים, המסדיר את נושא מעצרים מנהליים של חשודים בעבירות ביטחוניות בישראל(שקובע שלא ניתן לחשוף ראיות על נאשם). (2)חוק מסגרת – החוק מסמיך את הרשות המבצעת\שר ספציפי לפעול. למשל: חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים(1957) – זה חוק שמקנה לשרים סמכויות להסדיר את העיסוק באספקת מוצרים ושירותים, גם אם יגרמו לפגיעה 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 החקיקת חירום בתוקף כל עוד יש מצב חירום, לעומת התקנות שהן מוגבלות ל-3 חודשים בלבד. מסוף שנות ה80 זה השתנה, וביהמ"ש קבע ששימוש בצווים מכוח תקנות הפיקוח ניתן לעשות רק כאשר הצורך דחוף ולא ניתן להסדיר זאת בחקיקה ראשית רגילה. בשנת 1990 החוק תוקן וסעיף 46 לחוק קבע במפורש שתקנות מכוח חוק זה אינן גוברות על חקיקה ראשית.
ג. הוראות שעת חירום בחוקים רגילים- חקיקת חירום של הכנסת מותנית בקיומו של מצב חירום. הוראה זו שונה מחקיקת חירום מקורית בכך שכאן הכנסת מחוקקת חוק רגיל שאינו מותנה במצב חירום אבל הוא כולל בתוכו הוראות ספציפיות שמאפשרות סטייה מעקרונות היסוד שקבועים בו במקרה של מצב חירום.

**ב20 שנה האחרונות חל שינוי בחקיקה במצב חירום שמתבטא בכמה מאפיינים:**
1.מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית(הסמכות בידי הכנסת).
2.החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת, אלא בהסמכה מפורשת.
3.החקיקה אינה מותנית/אין תלות בקיומו של מצב חירום.
4. התפתחותן של הוראות שעה
5. מנגנון פיקוח של הכנסת

**מה גרם למחוקק לשנות את המצב?**
**סיבות שעונות על היבט הסמכות**
א. אי התאמה של המודל הישן למציאות של מצב מתמשך - ההתמשכות של מצב החירום הופכת אותו למעין למצב רגיל ומוציאה את החריגות שלו. תחושת חוסר נחת גוברת והולכת בישראל בין חוסר ההתאמה בין דרך הטיפול לבין המציאות.
העתירה מ-1999 של האגודה לזכויות האזרח - במשך כל 13 השנים האלה, בית המשפט מקבל עדכון שוטף מהמדינה על השינויים שנעשים. אמנם בית המשפט דחה את העתירה, אך בין היתר הוא דחה את העתירה כי השינוי התחיל להתבצע בפועל - בית המשפט דחף את המחוקק והממשלה והניע את הרשויות להתחיל לזוז.
ב. למה יש ירידה לפרטים? ביהמ"ש מחזק את התנגדותו להאצלה גורפת
1.דרישה להסמכה מפורשת - דרישה להסמכה מפורשת כתנאי לפגיעה בזכויות האדם(פס"ד מיטרני).
2.כלל ההסדרים הראשונים – דרישה לקביעה של הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית(פס"ד רובינשטיין).
**סיבות שעונות על היבט המהות**
ג. הרחבת ההתערבות ביהמ"ש בעניינים ביטחוניים - דוגמא להתערבות:
1.פלונים נ' שר הביטחון - ס' 2 לחוק המעצרים המנהליים קבע כי ניתן לעצור אדם במעצר מנהלי אם נשקפת ממנו סכנה ביטחונית. השופט ברק – לשון החוק הינה מרחיבה. יש לפרש את חוק המעצרים המנהליים לפי תכליתו. כלומר, צריך לעצור אדם שלא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית לצורך "קלף מיקוח". הוא משנה את דעתו בדיון הנוסף לפסק הדין. ברק אומר שמבחינה לשונית לשון החוק אכן מרחיבה. אבל יש כאן שני אינטרסים: ביטחון המדינה ומנגד חירות הפרט וכבודו, וכמובן שנדרש איזון - איזון פרשני. לכן יש לפרש את החוק בצמצום ולהתחשב בפגיעה הגדולה שנוצרת בזכויות האדם.
2.לאחר מכן נחקק חוק כליאת (לוחמים בלתי חוקיים) אסירים לאומיים. ס' 7 בחוק קבע - שאם האסיר חבר בפעילות טרור או היה חבר בפעילות טרור - חזקה עליו שהוא מהווה סכנה לביטחון המדינה וניתן להחזיק בו.
3.פלוני נ' מדינת ישראל- מוגשת עתירה על החוק החדש, העותרים הם תושבי הרצועה. השופטת בייניש קובעת שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה ולכן אינה מתערבת. עם זאת, החוק לא נועד לאפשר את החזקתם של עצורים כקלפי מיקוח. במקרה דנן ממילא הוכחה מסוכנותם האינדיווידואלית של העצורים ולכן היא מותירה שאלות אלה ללא הכרעה - שאלת המעמד בס' 7 לא הוכרעה(האם היא תוכרע? הרי המדינה תמיד תוכל להוכיח מסוכנות אינדיווידואלית).
-גם אם בית המשפט מוכן להתערב בחקיקה ראשית, הוא מראה שהיקף ההתערבות שלו בחקיקת משנה והחלטות מנהליות הוא הרבה יותר משמעותי מאשר בחקיקה ראשית.
ד. הוראות שעה- הכנסת הוסיפה מנגנון נוסף, מנגנון של חקיקה ראשית עם מגבלת זמן - הוראת שעה. ההנחה היא שהוראת השעה תחליש את מידת ההתערבות של בית המשפט(מה שבית המשפט אמר בפרשת רובינשטיין). הוראת השעה היא סוג של חלופה לסיטואציה של מצב חירום. לעיתים ביהמ"ש כן יתערב בה.
ה. מתחזקת בכנסת המחויבות להגנה על זכויות אדם- הרוח הנושבת מבית המשפט מחזקת את הכנסת להגן על זכויות אדם, זה 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. מה תומך בטענה שהכנסת בעצמה מתחזקת במחויבותה להגן על זכויות אדם: **א.** הכנסת ממירה הסדרים ישנים בהסדרים חדשים, במהלך התהליך היא מוותרת על חלק מההסדרים שניתנו קודם למדינה. **ב.** הטיפול של הכנסת משתנה. יש רמה גבוהה של מודעות ומחויבות לאזן בין הביטחון לבין זכויות האדם(למשל: חוק המאבק בטרור). **ג**. אימוץ מנגנון ביקורת - בחלק מהמקרים החקיקה החדשה דורשת מהרשות המבצעת לפעול בהתאם לסמכויות המוענקות לה. לא רק שיש לחץ על הממשלה, אלא נוצרו גם מנגנוני פיקוח של הכנסת על פעילות הרשות המבצעת. למשל באמצעות וועדת חוק ומשפט.
פרופ ספיר- במשך שנים ארוכות ביהמ"ש העליון היה בעל נטייה שמאלה במפה הפוליטית. אך הייתה חלוקה גם בין שופטים ביטחוניסטיים לשופטים אזרחיסטיים. יש שופטים שנתנו מרחב פעולה גדול למערכת הביטחונית. אולם, יש שופטים שחששו מכך ונזהרו בנתינת מרחב הפעולה. החשש לפגיעה בזכויות האדם אינו מופרך, הטיעון שבטחון המדינה מצדיק את זה יכול לשמש ככלי בעייתי לפגיעה בזכויות בסיסיות של האזרחים. הדוגמא הטובה ביותר להמחיש זאת היא בחוק סמכויות למעצרים, כיוון שהכלים למעצר יכולים לשמש גם כלפי תושבי המדינה(היהודים) ולא רק כלפי תושבי השטחים. המדינה לעיתים יכולה לסכן את הזכויות שלנו, ולכן יש צורך לפקח(תפקיד ביהמ"ש).5.1 הגירה ומרשם  **חוק השבות ומרשם האוכלוסין**סמוך להקמת המדינה נחקק חוק השבות, שמאפשר לכל יהודי את האפשרות להיות אזרח המדינה. יש כמה מגבלות אך אינן משמעותיות. חקיקה נוספת קובעת סל קליטה לאזרח היהודי החדש. המסלול השני לקבלת אזרחות במדינה הוא נוקשה יותר. הבעיה המרכזית- חוק השבות לא הגדיר מיהו יהודי.
חוק האזרחות מגדיר כי אזרחות ישראלית נקנית – מכוח שבות לפי סעיף 2, מכוח ישיבה בישראל לפי סעיף 3, מכוח לידה לפי סעיף 4.
חוק שריון שלילת זכות השיבה שולל את זכות השיבה של פליטים שטרם קום המדינה היו מתגוררים בשטחה ועברו למדינות שכנות.
חוק האזרחות והכניסה לישראל- הוראת שעה שמגבילה את קבלת האזרחות.
פקודת העדה הדתית- אדם שהמיר את דתו, יקבל אישור מראש העדה הדתית אליו הוא נספח.

**מיהו יהודי לצורכי חוק השבות ולצורכי מרשם האוכלוסין (הדילמה של השסע הפנימי-יהודי)**
פס"ד שליט נ' שר הפנים
שליט נישא לסקוטית בשם אן, והם מגיעים ארצה. נולדים להם בן ובת. אן, אשתו, מקבלת תושבות קבע. נרשמה כחסרת דת. כשנולדים הילדים (אזרחים אוטומטית) הוא מבקש לרשום אותם בסעיף הדת כחסרי דת ובסעיף הלאום כיהודים. בקשתו נדחתה. שליט אומר שאפשר להפריד בין דת ללאום. טוען כי השתייכות ללאום היא הזדהות עם היהדות והערכים הלאומיים(גיוס לצה"ל, שימוש בעברית ועוד..). ביהמ"ש פונה לממשלה ומבקש למחוק את סעיף הלאום ממרשם האוכלוסין, מה שיחסוך את הצורך להכריע בשאלה אידאולוגית. המדינה מסרבת. ביהמ"ש נדרש להכריע ומקבל את העתירה ברוב של 5-4.
5 שופטי הרוב: מדובר באקט רישומי חסר משמעות, כיוון שהחוק(מרשם האוכלוסין) עצמו אומר שהרשומות לא משמשות לשום עניין אחר, ולכן נרשום אותם כיהודים. זו רק שאלת המרשם (לא מדובר בחוק השבות).
השופטים קיסטר וזילברג(דעת מיעוט): יש להכריע בהתאם להלכה. כל המנתק את הלאומיות היהודית מיסודותיה היהודיים מנתק את הקשר לארץ ישראל. הזיקה הדתית הינה גם לאומית. ניתוק כזה הוא מעשה בגידה.
השופטים לנדוי ואגרנט(דעת מיעוט): לא מתבססים על ההלכה. אומרים, שאם יש ויכוח על הסמל כנראה שהוא חשוב לאנשים. דבר נוסף, יש לזה משמעות לא רק ביחס למבקשים ולמתנגדים אלא גם במובן זה שלחוק ולפסיקה יש גם השפעה על אופן החשיבה של הציבור המשמעות תהיה שנפסוק בהתאם להשקפת עולמינו, פסיקה כזו לא לגיטימית. פרשנות משרד הפנים וביהמ"ש אינה בהכרח עומדת בקנה אחד עם פרשנות הציבור והקבוצות השונות בחברה. ביהמ"ש לא צריך לקחת את תפקיד המחוקק.
פרופ' ספיר - סוגיה זו הראתה כי ביהמ"ש העליון נחלק בדעותיו, הוא לא מונוליטי - דבר מוערך ורצוי.
התוצאה מפסק הדין היא: סערה ציבורית, איום המפד"ל לפרישה מהקואליציה. כתוצאה מכך הכנסת מתקנת את חוק השבות וחוק המרשם. נחקק סעיף שמגדיר יהודי כמי שנולד לאם יהודייה או התגייר ואינו בן דת אחרת. כמו כן, נקבעים תנאים נוספים לקבלת אזרחות.

**יהודי שעבר גיור בחו"ל במרשם האוכלוסין-** פס"ד מילר(אין בסילבוס)- נובע שגיור שנעשה בחו"ל, תקף במרשם האוכלוסין במדינת ישראל.
 פס"ד תנועת ש"ס נ' מרשם האוכלוסין- אין בסילבוס
ביהמ"ש קבע כי הלכת מילר תקפה גם לגבי סעיף הלאום וגם לגבי סעיף הדת במרשם האוכלוסין.

**יהודי שעבר גיור בישראל במרשם האוכלוסין-** פס"ד פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים
6 שנים אחרי פרשת ש"ס. אליאן פסרו מגיעה מברזיל כתיירת בישראל, עוברת גיור רפורמי בארץ ומבקשת תעודת עולה ולהירשם כיהודייה. בקשתה נשללת. היא עותרת לבג"צ ומסתמכת על הלכת ש"ס. משרד הפנים טוען כי הלכת ש"ס עוסקת בגיור שנערך בחו"ל, ואילו הגיור בישראל כפוף להוראות הפקודה הדתית(המרה) שקובעת כי יש לקבל תוקף של העדה הדתית לה היא מצטרפת, בישראל - הרבנות הראשית.
השופט ברק קובע כי הכרה בגיור שנערך בישראל לצורכי חוק השבות וחוק המרשם אינה מותנית במילוי הוראות פקודת ההמרה הדתית, יחד עם זאת אומר כי קביעתו בעלת אופי שלילי בלבד- אין הוא מורה למשיבים לרשום את העותרת כיהודייה. אומר שהכנסת צריכה להחליט על הסטנדרט לגיור.
-בעקבות פס"ד, מוקמת וועדה ציבורית "וועדת נאמן". ועדה זו עוסקת בהסדרת הגיור. והצעתה: יוקם מוסד ממלכתי לגיור. יהיו שותפים בו כל הזרמים(אורתודוקסי, קונסרבטיבי ורפורמי). המועמד לגיור במסגרת ההכשרה ייחשף ל-3 הזרמים. אקט הגיור יתבצע ע"י 3 רבנים אורתודוקסים. האורתודוקסים בעלי "השיבר" קונסרבטיבים ורפורמים – בעלי הכרה. הרב אורי רגב מסכים, בתנאי שהרבנים הראשיים לישראל ייפגשו אתו ויגידו לו שההסדר מקובל עליהם. (אך כל מי שמבין הרבנים הראשיים של אז לא רצו ולא אהדו את אורי רגב). האורתודוקסים סירבו והחתימה לא הייתה. ההמלצות לא אומצו. פרופ' אלכס לובוצקי הביא את המלצות הוועדה להצעה לסדר היום בכנסת. מעל 90 ח"כים הצביעו בעד. בסופו של דבר, מוקם גוף גיור ממלכתי אך מטעם הממשלה, ולא מטעם הכנסת.
פס"ד נעמת נ' שר הפניםביהמ"ש מכריע באופן חלקי על שאלותיו הפתוחות מפרשת פסרו. הוא החיל את הלכת ש"ס ביחס לשאלת הרישום והשאיר ללא הכרעה את שאלת חוק השבות.בפרשת פסרו ביהמ"ש דחה את ניסיון השימוש בפקודת העדה הדתית (המרה) כדי להגדיר גיור בהקשר של מרשם ושבות. בפרשת נעמת ביהמ"ש טוען כי הלכת ש"ס חלה על יהודי שחי בחו"ל ומבקש להתגייר אך אינה חלה על תושב ישראל שטס לחו"ל מתגייר שם וחוזר ("גיור קפיצה"). השופט טירקל(מיעוט), מציע גישה מעניינת, אומר שיש חלל חקיקתי בחוק המרשם. כל עוד אנו לא יודעים מה זה התגייר אין לרשום שום גיור, מכל סוג שהוא. (ההיגיון שעומד מאחורי החלטתו: לדחוק את הכנסת להסיר את העמימות ולהגדיר). ההלכה בנעמת(דעת רוב): מי שהתגייר בארץ או בחו"ל, לצורכי חוק המרשם יירשם כיהודי. בלי להכריע בשאלת תוקף הגיור לצורכי חוק השבות ובכלל. **בעקבות בג"ץ נעמת נקבע כי אדם שעבר גיור קונסרבטיבי ורפורמי רשאי להירשם כיהודי בפרטי הלאום. פריט הלאום יישאר במרשם אך יימחק מתעודת הזהות.**

**זיהינו מס' גישות בפסיקות :**
1.יש להכריע מהותית. אין תשובות ברורות אך יש לתת החלטה. אלו שהכריעו הכריעו הלכתית. כיוון אורתודוקסי. (אנגלרד בפס"ד נעמת, קיסטר וזילברג בפס"ד שליט).
2.גישת הרוב, אומרת שאין משמעות להחלטה ולכן יש לרשום. יש מונח יהודי ויש מונח גר אך אין הגדרה ברורה. מחפשים דרך להימנע מהחלטה. לא מקבלים החלטה בעניינים מהותיים. ולכן יש במרשם האוכלוסין (כי רשום שם שהאמור אינו מהווה ראייה לעניינים אחרים).
3.יש משמעות להחלטה ולא ראוי שביהמ"ש יכריע (לנדוי ואגרנט בפס"ד שליט).
4.השופט טירקל, בפרשת נעמת, אומר שיש חלל חקיקתי בחוק המרשם ולא במקרה, לכן כל עוד אנו לא יודעים מה אומר המונח "התגייר" אין לרשום שום גיור, מכל סוג שהוא.

**יהודי שעבר גיור בחו"ל בחוק השבות-** פס"ד טושביים 2 נ' שר הפנים
המדינה אומרת שגיור בחו"ל, יהיה הזרם אשר יהיה, תופס לגבי חוק השבות. אך מציבה 2 תנאים: האחד, המתגייר יצטרף לקהילה וישהה בה זמן מה. השני, זה תקף רק לגיור חו"ל. גיורי ישראל יוכרו אלא רק לפי וועדת נאמן.
ברק לוקח את הטענה שגיור בחו"ל תקף אך אומר כי התנאי של הצטרפות לקהילה כדי להראות רצינות וכנות אינו המבחן הנכון. לכל קהילה יש סטנדרטים משלה. לגבי הגיור בארץ, אין להחליט לגביו כיוון שאינו רלוונטי למקרה זה. **יהודי שעבר גיור בארץ בחוק השבות-** פס"ד טושביים 1 נ' שר הפניםכאן השאלה היא לא רק מי הוא גר לצורכי חוק המרשם אלא גם לצורכי חוק השבות.לקראת הדיון, הממשלה מציגה תשובה לפיה מי שהגיע לארץ ואז התגייר לא זכאי לשבות. זה לא משנה איזה גיור עבר, זה יחול בכל גיור(זה כי היא רוצה להתחמק משאלת התוקף של הגיור הרפורמי והקונסרבטיבי). יש פרק זמן מסוים בו משרד הפנים מסרב לתת שבות גם לאלו שעברו גיור אורתודוקסי. ביהמ"ש העליון ברוב 7-4 לא מקבל את העמדה הזו.השופט ברק אומר כי עלייה משמעותה השתקעות בארץ והרצון לחיות בה. מדובר בהפליה. ביהמ"ש נמנע מלהכריע ושוב מבקש מהמדינה להציג עמדה עקרונית מהותית בעניין הגיור בארץ לצורך הכרה לשם חוק השבות.
פס"ד רוגצ'ובה נ' שר הפניםעותרים ששוהים בישראל כדין עוברים גיור בבי"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: לגבי הטענה הראשונה – הפרשנות המצמצמת מנוגדת לתכלית של עידוד עלייה. היא לא שוויונית, ישנה הפלייה. טעמים של ניצול לרעה ייבחנו בדרכים אחרות. (פרופ' ספיר –המתגייר כבר שוהה בישראל, איזו עלייה אנו מעודדים כאן?) לגבי הטענה השנייה - חוזרים על הלכת טושביים 2, לפיה: "מבחן הקהילה היהודית המוכרת" – וכך משתלבות התכליות: מחד עידוד עלייה ואחדות העם היהודי ומאידך הפיקוח על הגיור. המשמעות: גיורים אורתודוקסיים פרטיים בארץ הינם תקפים. השופטת נאור מבססת עמדתה גם על כלל ההסדרים הראשוניים – חוק השבות הוא הסדר ראשוני שנוגע לשאלות עקרוניות שיורדות לשורשי החברה הישראלית. רצוי שתיעשה ע"י המחוקק ולא לדברי המנהל.

**פס"ד בעניין ההגירה (הדילמה כשסע רוב-מיעוט):**
פס"ד סטמקה נ' משרד הפנים
נוגע לסעיף 4א(א) שנוסף לחוק השבות בתיקון בשנת 1970. בעקבות פרשת שליט, נוספה הגדרה למי הוא יהודי(בן לאם יהודייה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת), מה שצמצם את הזכאות לשבות. סעיף 4א(א) אומר שזכותו של בן זוג של יהודי, נכדיו וילדיו לעלות לארץ מכוח חוק השבות אבל הם לא ירשמו כיהודים. בפרשה עולה השאלה האם אזרח ישראלי שמתחתן עם עובדת זרה מקנה לה זכות השבות(=אזרחות אוטומטית).
חשין אומר שיש שתי אפשרויות: רחבה – להקנות שבות גם לבן זוג של יהודי שהינו אזרח בישראל.
צרה – שבות רק לבן זוג של יהודי שאינו תושב ישראל(=שניהם בחו"ל ועלו לארץ יחד). ביהמ"ש בוחר בצמצום לפיה רק על יהודי ובן זוגו שעולים לארץ ולא על יהודי ובן זוג שחיי בישראל והתחתן עם לא יהודייה- זאת על מנת, למנוע חתונות פיקטיביות לשם קבלת אזרחות. זאת לפי:
1.תכלית החוק – להקל על אפשרות העלייה של יהודים לישראל באופן כזה שלא יאלצו להיפרד מבני משפחתם. זה לא חל כאשר היהודי נמצא בישראל כי כך אין שום קשר לרצון לעודד עלייה.
2.שיקול ההפליה – לפי השופט חשין, אם נפרש בהרחבה יצא שהיהודי יוכל להקנות שבות ללא יהודי, זאת לעומת אזרח ישראלי שאינו יהודי(לדוג' ערבי) לא יוכל להקנות לזוגתו זכות לשבות. כלומר תיווצר הפליה בין יהודי אזרח הארץ לבין אזרח הארץ שאינו יהודי. מכאן שהפירוש המרחיב עלול לעורר מתח עם הזכות לשוויון.

**חוק האזרחות**
החוק נועד להקל על הליכי אזרחות של בן זוג של אזרח הארץ.
-הסכמי אוסלו, בשנים 1994-2002 בין 120-140 אלף איש ש"קנו" מעמד של אזרח או תושב קבע בהגירה משטחי איו"ש (עקב איחוד משפחות או נישואין). תוקן חוק האזרחות כהוראת שעה, סעיף 3(ד), ובו נקבע כי תושבי אזורים מסוימים (איו"ש) לא יקבלו אשרת שהייה או רישיון לישיבה בישראל. הנימוק הוא בטחוני (כי תושבי אזורים אלו מהווים סיכון ביטחוני). הרציונל של חוק האזרחות היה שיש לשמור על קשרי המשפחה הקיימים (הקו הירוק הפריד משפחות ורצו לאחדם). אך הטיעון של סיכון ביטחוני גבוה יותר ביחס לנתונים אחרים. כנגד החוק הזה מוגשת עתירה:
עתירה ש"מתקבלת אך נדחית" בדיונם של 11 שופטים: 6 שופטים חושבים שהחוק הזה איננו חוקתי כיוון שיוצר פגיעה שאינה מידתית, 5 שופטים חושבים שהחוק חוקתי. אך בכל זאת החוק לא התבטל כי אחד מ-6 השופטים, השופט אדמון לוי, קבע שאין לפסול את החוק וחזקה על המדינה לתקן אותו כדי שיוכשר. המדינה אכן הכניסה תיקונים פעמיים. התיקונים מיתנו את ה"חומה" שנבנתה. כמו כן, הוספו לחוק מספר מדינות כמו: סוריה, עיראק, איראן.
ההצדקה שנותנת המדינה לחוק היא הצדקה ביטחונית.
פרופ' ספיר - אם נפתח פתח של אזרחות בשל נישואין נפתח פתח לגל הגירה שעלול להפוך את הרוב הלאומי למיעוט.

**הטיעון הדמוגרפי בפס"ד עדאלה נ' שר הפנים**
עתירה נגד חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל. הטענה המרכזית של 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. המדינה – הדבר מעורר סיכון ביטחוני גבוה.
 השופטת פרוקצ'יה(מיעוט) אומרת כי הטיעון של המדינה הוא ביטחוני, אך לטעמה מה שעומד בבסיס החוק היא התכלית הדמוגרפית ולכן יש לפסול את החוק.
השופט חשין(רוב) ענה לה שהיא פותחת דבר שהמדינה לא טענה ולכן ביהמ"ש לא צריך להכריע בו.
-היועמ"ש במסמך התגובה שלו לעתירה זו אומר שהחוק לא נועד לתכלית דמוגרפית אך גם אם תכליתו הייתה דמוגרפית, מה שלא קרה כאן, הרי שזה עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית.
פרופ' ספיר- יש מתח בין הנימוק הדמוגרפי לנימוק הביטחוני. הנימוק הדמוגרפי עלול להביא לביקורת רבה, וכנראה שבגלל זה המדינה ממשיכה עם הנימוק הביטחוני.

3.3 התיישבות- מקרקעי ישראל
 **ההגנה על קרקעות ישראל נועדה בגלל מס' סיבות:**
1) למדינת ישראל יש אפיון של מדינת לאום. יש רצון שרוב השטחים יהיו בשליטת הלאום העיקרי במדינה.
2) יש מיעוטים במדינה ששואפים להיפרדות מהמדינה- למנוע השתלטות שלהם על שטח מסוים.
3) הרחבת שטחי המדינה ושמירה על השטחים מפני "כיבוש".
**הקצאת קרקעות**
הקרן הקיימת לישראל(קק"ל)- נקבע במסמכי ההתאגדות של הקרן שאין להעביר בעלות במקרקעין שנקנו על ידה, אולם יהיה ניתן להירשם כ"חוכר".
מקרקעי ישראל- כוללים את הקרקעות של המדינה, של רשויות הפיתוח ושל הקרן הקיימת לישראל. מעל ל90% מקרקעות המדינה מוגדרות כ"מקרקעי ישראל". מנהל מקרקעי ישראל אחראי על ניהול כל קרקעות המדינה.
הנימוקים לא להפריט קרקעות-
1)תפיסה דתית- איסור הבעלות בקרקע
2)ערך הסוציאליזם- שלא יהיה לאדם אחד הרבה קרקעות
3)הזיקה בין מדינת ישראל ליהדות התפוצות- יהדות התפוצות תרמה רבות לקרן הקיימת לישראל ולכן אין למכור אותן.
4) יש לשמור על קרקעות נוספות לעליות הבאות ולהליכי הפיתוח העתידיים במדינה.
5) שמירה על מחירי קרקע ומניעת ספסרות(מכירת נכס במחיר גבוה).
6) מניעת מצב שקרקעות ימכרו לזרים שאינם רצויים במדינה.
יש הגבלה על עסקאות פרטיות? הנושא נשקל אך לא חוקק בסופו של דבר.
זכויות החכירה במקרקעי ישראל- מועצת מקרקעי ישראל קבעה הגבלה על עסקאות עם זרים(זר- מי שאינו אזרח ישראל, איננו עולה לארץ). כל עסקת חכירה(מכירת דירה) צריכה לקבל אישור מיוחד ממנהל מקרקעי ישראל.
הקרקעות של הקרן הקיימת לישראל-
ב1961 נחתמה אמנה בין מדינת ישראל לבין הקרן קיימת לישראל לפיה רשות מקרקעי ישראל תנהל את הקרקעות בהתאם לרצון שקק"ל קבעו- הקרקעות ישמשו ליישוב יהודי בארץ ישראל. הקרן הקיימת בעלת 13% מקרקעות המדינה(חצי מהקרקעות החקלאית בארץ).