## מבוא - המהפכה החוקתית מ1992

בשנת 1992 חוקקו חוקי היסוד – חופש היסוד וכבוד האדם וחרותו. עד 1992 חוקי יסוד עסקו בהיבטים מוסדיים אלו היו חוקי היסוד הראשונים שעוסקים בזכויות אדם. עד 1992 כל הניסיונות לחקיקת חוקי יסוד המגנים על זכויות אדם היה כמגילת זכויות אדם מלאה. רובינשטיין היה הראשון לנסות לפרק את חוקי היסוד לפרקים, תוך ההבנה כי קיימות זכויות אדם שיותר קשה להעבירן בחוק.

חקיקת חוקי היסוד ב1992 יצרו מעמד חוקתי חדש, מנגד לא נאמר במפורש שחוקי היסוד הם עליונים מחוקים אחרים. חרף זו, ביהמ"ש מפעיל ביקורת שיפוטים בעזרת חוקי היסוד. היה הצעות שלא עברו לחוק יסוד חקיקה שמטרתו להסדיר עניין זה.

**יוזמי החקיקה ב1992** טוענים שהכנסת הבינה טוב מאוד את ההשלכות וכהוכחה לכך הם מצבעים על ההתעקשות להכנסת סעיף שמירת דינים. **מתנגדי החקיקה** טוענים כי המצביעים לא הבינו את ההשלכות כראיה מוכחים כי לא היה דיון ציבורי בכלל סביב חוקים אלו, למרות השפעתם הרבה. טענה נוספת היא שחוק יסוד חופש העיסוק עבר ברוב של 32 מה שמראה שאפילו לא היה בכנסת 61 נוכחים כשעבר החוק.

## חוק יסוד חופש העיסוק

**ס' 1 ו2** – ס' 1 מקשר בין חוק יסוד חופש העיסוק לבין הערכים שהוכרו במגילת העצמאות. **ס' 2** ערכיה של מדינת ישראל הם ערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.

**ס' 4** – מהווה פסיקת הגבלה של החוק, קובע את התנאים לחקיקת חוק המגביל חוק זה: להלום את ערכיה של מ"י, תכלית ראויה והסמכה מפורשת.

**ס' 5** – החוק חל על כלל רשויות השלטון גם על הכנסת.

**ס' 6** – לא ניתן להפקיע את החוק בעזרת תקנות שעת חירום, מעיד על העליונות הנורמטיבית.

**ס' 7** – ס' נוקשות ניתן לפגוע בחוק זה אלא רק בעזרת חוק יסוד. **בפרשת ברגמן** נאמר כי השריון מעיד על העליונות.

**ס' 8** – פסקת ההתגברות על חוק זה, ייחודי לחופש העיסוק. הליך חלופי לס' 4 המחייב עמידה בתנאים מסוימים. הס' דורש תנאים פרוצדורליים שהם: רוב בכנסת, ציון מפורש שהחוק סותר את חופש העיסוק ותוקף שלכל היותר אורכו ארבע שנים. **הס' נוספה ב1994 בתיקון חוקי היסוד**, השתמשו בסעיף זה פעם אחת **בפרשת יבוא בשר לא כשר**.

**ס' 10** – ס' שמירת דינים, חוקים שחוקקו לפני החוק ופוגעים בחוק יהיו תקפים. הס' קיים גם בכבוד האדם וגם בחופש העיסוק רק שבחופש העיסוק מדובר **בס' זמני**, שלאחר ארבע שנים מחיקוק החוק חוקים הסותרים אותו אינם תקפים.

## חוק יסוד כבוד האדם וחרותו

הדומה לחופש העיסוק הוא בכך: **א.** תוקן ב1994. **ב.** **ס' 1 ו1א'** זהים לס 1-2 בחופש העיסוק. **ג.** יש פסקת הגבלה. **ד.** סעיף כיבוד. **ה.** סעיף יציבות.

החוק שונה בכך:

1. אינו עוסק רק בזכות אחת אלא כולל בתוכו מספר זכויות: הגנה על החיים, הגוף, הכבוד, הקניין, החירות, התנועה ועוד.
2. חופש התנועה מגן רק על התנועה לארץ וממנה, לא מוגן בתוך הארץ מסיבות של שמירת שבת.
3. ס' שמירת דינים לא מוגבל בזמן ולכן תקף לגבי כל חוק שחוקק לפני 1992.
4. אין סעיף נוקשות.
5. אין בכבוד האדם פסקת התגברות.

## פס"ד מזרחי

התקבל ב1995, שלוש שנים לאחר המהפכה החוקתית. לטענת ברק חקיקת חוקי היסוד ב1992 הופכת את ישראל לדמוקרטיה חוקתית. בפס"ד זה עוסק ביהמ"ש בכל השאלות מהן התחמק **פס"ד ברגמן** (מעמדם של חוקי היסוד, דינו של חוק יסוד שסותר חוק רגיל ועוד).

**דינו של חוק יסוד** ביהמ"ש קובע שכל חוקי היסוד יש להם מעמד על חוקתי.

**דינו של חוק שסותר חוק יסוד** פסה"ד מדגיש שיש הבדל בין שינוי לחוק לבין פגיעה בחוק יסוד.

1. **שינוי** – הנורמה החוקתית משתנה עקב תיקון או חקיקה. בכדי לאפשר שינוי הסותר חוק יסוד נדרש לעשות זו בעזרת **חוק יסוד אחר**, אם יש ס' שריון אז נדרש עפ"י הרוב בס' השריון.
2. **פגיעה** – לא מביאה לשינוי הנורמה החוקתית אלא לסטייה ממנה בהקשר מסוים ונקודתי. במקרה של חוק שפוגע בזכות נדרשים **לפסקת הגבלה**, בחופש העיסוק ניתן גם דרך פסקת התגברות. מאוחר יותר נוסף בפסיקה **מופז נ' יו"ר הבחירות** כי לכל חוקי היסוד קיימת פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית).

ההבחנה הופכת מורכבת יותר כאשר יש חוק המרוקן את תכלית החוק לגמרי. עולה השאלה האם מדובר בפגיעה או בשינוי. מצד אחד החוק הפוגע רלוונטי למקרים מסוימים, מצד שני הוא משנה את הנורמה. **במקרה כזה ניתן לטעון כי הפגיעה כה מקיפה שהיא מובילה לשינוי**.

סיבוך נוסף מה קורה כאשר לא מדובר בשינוי שנאמר במפורש כי הוא פוגע בחוק יסוד, אלא רק בשינוי משתמע, אך בפועל הוא מרוקן את הנורמה החוקתית מתוכן. נראה כי יש לנתח מקרה זה עפ"י תנאיי פסקת ההגבלה.

מה הוא מקור הסמכות של הכנסת לחוקק חוק יסוד המגביל אותה פרוצדורלית ומהותית?

1. **שמגר** – הכנסת היא הריבון ואין עליה הגבלות, לכן יכולה להגביל את עצמה.
2. **ברק** – הכנסת היא גם הגוף המכונן בנוסף להיותה הגוף המחוקק (שני הכובעים).

**שמגר וברק מסכימים כי האסיפה המכוננת העבירה את סמכויותיה לכנסות הבאות**.

1. **חשין** – לאסיפה המכוננת לא היה סמכות להעביר את סמכותה הלאה.

ביהמ"ש **בבנק מזרחי** קובע כי קיימת לו הסמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד. בפועל הוא לא מבטל וזה תמונת הראי לברגמן כי בברגמן נאמר שאין סמכות ובוטל ובבנק המזרחי נאמר שיש ולא בוטל.

**מאפייני החוקה עפ"י בנק המזרחי** – הסדרת המוסדות (חוק יסוד הכנסת, חוק יסוד הממשלה ועוד), זכויות אדם (חופש העיסוק וכבוד האדם). מבחינה פורמאלית חוקי היסוד מהווים חוקה ויש להם עליונות על חוקים אחרים, מבחינת נוקשות בשביל לבטל או לשנות חוק יסוד נדרש חוק יסוד (למעט חוקים שיש להם סעיפי שריון מיוחדים, שם נדרש לעמוד גם בדרישות סעיפי השריון). יש ויכוח מי בפועל ביצע את המהפכה החוקתית. **לנדוי** טוען שביהמ"ש ואילו **ברק** טוען שהכנסת.

**ביהמ"ש לאחר בנק המזרחי** – בנק המזרחי נחשב הלכה, ביהמ"ש ביטל עד היום 18 חוקים בעזרת הלכה זו. ביהמ"ש השלים את המהלך וקבע כי גם חוקים שאין בהם פסקת הגבלה יש בהם פסקת הגבלה משתמעת **(מופז נ' יו"ר הבחירות)**. רוב זכויות היסוד נגזרות מכבוד האדם. האם ביהמ"ש המשפט יכול לפסול חוק יסוד שפוגע בעקרונות היסוד של השיטה? תאורטית כן, אך ביהמ"ש נמנע מלעשות זו. המקרה היחיד הוא שימוש בהוראת שעה לחוק יסוד משק התקציב.

**הכנסת לאחר בנק המזרחי** – ב1994 היה תיקון של חוקי יסוד. יש מי שרואה מהלך זה כאשרור חוקי היסוד. בנוסף, הכנסת אימצה לעצמה הליך ביקורת פנימי "האם החוק בגי"ץ?"

# הכנסת – חו"י הכנסת

**ס' 4** לחו"י הראשון שנחקק. **ס' 4** לחוק **משוריין** (ז"א שנדרש רוב בשלושת הקריאות ללא הקריאה הטרומית **ס' 46 לחו"י הכנסת** מדובר בשינוי מההחלטה שנפסקה **בפס"ד לאור**), שינוי בסעיף זה יעשה ברוב בכנסת. **בחירות כלליות** – כל אזרח מגיל 18, **ארציות** – כל המדינה היא אזור בחירה אחד, **ישירות** – האזרחים בוחרים באופן ישיר חכי"ם, **חשאיות**, **יחסיות** – המושבים בכנסת מתחלקים באופן יחסי בין מקבלי הקולות, נדרש אחוז חסימה של 4 מנדטים ומותר למפלגות לעשות הסכמי עודפים על חלקי מנדטים.

**בג"ץ גוטמן נ' היועמ"ש** – האם העלאות אחוז החסימה פוגעת בעיקרון הייצוג בבחירות? לעיקרון זה שני מובנים **1. פורמאלי** – מייצגי הציבור הוא מי שהציבור בחר בו. **2.** **מהותי** – ייצוג רעיונות באופן יחסי כהופעתם בחברה. **נציגות כנוכחות** ייצוג קבוצה באוכלוסייה באופן יחסי. בעתירה נאמר שיש לתת דגש בעיקר על העיקרון של נציגות כנוכחות, משכך הקושי נוצר כאשר מדירים קבוצה מסוימת באופן מוחלט. מנגד יש עקרונות שצריך לאזן ביניהם כגון משילות. **גרוניס** ניתן לבטל באופן עקרוני אחוז חסימה אבל הוא צריך שהוא ימנע מקבוצה מסוימת נציגות בכנסת. **ג'ובראן** **בדעת מיעוט** מהסתכלות על תוצאות הבחירות הקודמות ברור כי קיימות מפלגות שלא יהיה להם נציגות, בעקבות החוק.

**בחירות שוות עפ"י ס' 4 - בג"ץ ברגמן וגוטמן** – נקבע כי כל תיאור בס' 4 חל גם על הזכות לבחור וגם על הזכות להיבחר. מכאן שמדובר בקול אחד לכל אחד וכל אחד יכול לנסות להיבחר (שוויון הזדמנויות, שוויון בין רשימות). השאלה עולה האם הזכות להיבחר היא מהותית או פורמאלית. ביהמ"ש קבע כי ניתן לפגוע בשוויון הפורמאלי במידה ואינו פוגע בשוויון המהותי. **גרוניס** – כאשר יש כלל נטרלי שפועל על כל המפלגות הוא חוקי. נבדק רק שטוענים כי קיימת פגיעה בשוויון הפורמאלי ואז בודקים מה היא מידת הפגיעה בשוויון המהותי. **פוגלמן** חולק על גרוניס, ההנחה צריכה להיות שיש פגיעה בשוויון, והשאלה הנשאלת האם הפגיעה היא כדין. בנוסף, מעלה בעיה של ניגוד עניינים כי הכנסת קובעת את החוקים לעצמה.

**בג"ץ מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** – פגיעה בראשי רשויות שרוצים להיות חברי כנסת. בעבר היה מותר לשאת בשני הכובעים ותיקון בחוק אסר על כך. נטען כי מדובר בפגיעה בשוויון של מועמדים. **גולדברג** מהלך כשר אבל מסריח, **ס' 4 בחו"י הכנסת** מדבר על פגיעה בשוויון בין רשימות לא מועמדים, לטענתו לא מדובר על פריימריז אלא על בחירות לכנסת. **חשין** שוויון חל גם על רשימות וגם על מועמדים השוויון הוא רחב ונוגע בכלל היבטיו. **זמיר** מוכן להניח שחו"י מדבר על מועמדים אך טוען ששוויון הוא רק כאשר יש פגיעה בשוויון להיבחר (במקרה דנן מדובר באפליה אך אין פגיעה). **ההבדל בין שיטת זמיר לחשין מקרה בו יש פגיעה בשוויון אך אין הוכחה כי הפגיעה באמת פוגעת בזכות להיבחר.**

ניתוח **ס' 4** פגיעה מול שינוי

1. עד 92 – חוק סותר לא התבטל אם הוא עומד בדרישת הרוב בכנסת.
2. **בנק מזרחי** – שינוי דורש חו"י ורוב בכנסת, במקרה של פגיעה לעמוד בפסקת ההגבלה.
3. **גוטמן** – הפך את **הלכת ברגמן** באופן רשמי, מסכים עם מזרחי לעניין שינוי או פגיעה. לכאורה נוצרת בעיה כי פגיעה מחייבת רק עמידה בתנאיי פסקת ההגבלה ולא ברוב בכנסת, ההסבר, פורמאלית הס' מתייחס לשינוי, מהותית יש להבדיל בין שינוי לפגיעה ויצירת הרמוניה משפטית בין כלל חו"י.

**הקשר בין השוויון בחו"י הכנסת לשוויון בחו"י כבוד האדם** – פגיעה בשוויון בבחירות מהווה פגיעה גם בזכות לשוויון הנגזרת מכבוד האדם. קיימות שלוש אפשריות להתמודד עם זה **1.** ספציפי גובר על כללי **2.** דרישות מצטברות **3.** דרישות חלופיות. **בג"ץ השלטון המקומי** – **חשין** אומר שמדובר בבחירות ואין פגיעה בכבוד האדם (ספציפי על כללי), **זמיר** אין שוויון בכבוד האדם לכן אין פגיעה. **בג"ץ גוטמן** העותרים טענו כי החוק פוגע בשני האזכורים של שוויון. **גרוניס** ספציפי גובר על כללי, משום שמדובר בהוראה שייעודה למקרה ספציפי, השוויון ב**ס' 4** הוא שוויון מפורש בעוד בחו"י כבוד האדם הוא משתמע ולכן נדרש להראות כי נפגעת גם הזכות לכבוד. **הנדל** יש אפשרות כי בעתיד יהיה צריך לדון בשניהם. **שאר השופטים** לא מכריעים.

**ס' 5 הזכות לבחור** – התנאים הם בעל אזרחות ישראלית ומעל גיל 18. זכות אוניברסלית גם אסירים רשאים. **בחוק הבחירות** קיימת מגבלה נוספת כי רק אזרח שהוא תושב ומי שבשליחות למען המדינה זכאים לבחור.

**ס' 6 הזכות להיבחר** - הזכות להיבחר ניתנת לאזרח ישראל מגיל 21. לא יכול להיבחר: מי שנדון ליותר מ3 חודשי מאסר ולא עברו 7 שנים מיום שחררו. מי שנדון לעבירות של טרור או ביטחון למאסר של לפחות שבע שנים וטרם עברו 14 שנים מיום שחררו. ישנו חריג המאפשר ליו"ר ועדת הבחירות לקבוע כי אין קלון. על המועמד נטל הוכחה כי אין בעבירתו אלמנט של קלון.

**פס"ד פייגלין נ' יו"ר הבחירות** – פייגלין לא צירף מסמך המעיד על הרשעתו ובקשה כי יו"ר הבחירות יתיר לו להתמודד. יו"ר הבחירות מחק את פייגלין מרשימת המתמודדים. **לוין (דעת הרוב)** – יש חשיבות לדרישות הפורמאליות ולכן אין להביע עמדה בעניין הקלון. **לוי (דעת מיעוט)** – עדיף לפרש את החוק באופן שמקיים זכות. עצם העתירה נגד מועמדתו של פייגלין מתירה לדון בשאלה האם יש קלון. לוי קובע כי אין קלון בעבירת ההמרדה במקרה דנן. **שטרסברג, פורקצ'ה, בייניש וברק** מסכימים עם לוין ובאוביטר קובעים כי בעבירה זו יש קלון. **דורנר וטירקל** מסכימים עם לוין אבל באוביטר קובעים אין בעבירת ההמרדה קלון.

**הגדרות מוסריות לקביעת קלון** – **א.** פגם מוסרי המעיד על אדם כי אין הוא ראוי לשאת במשרה ציבורית. **ב.** האם העבירה מערערת את אמון הציבור. **ג.** קביעת קלון היא פונקציה של שלושה משתנים 1. **נסיבות העבירה** – המרכיב החשוב ביותר בהחלטה האם מדובר בקלון. 2. **תכלית החקיקה שבמסגרתה הופיע העבירה של הקלון** – ישנו שוני בין סוגי המשרות. 3. **אופי העבירה** – יש עבירות שמטבען יש עמן קלון, יש עבירות שמטבען אין עמן קלון ויש עבירות שנדרש להחליט.

**ס' 6א'** במקרה בו חבר כנסת פורש מהסיעה שלו והופך לסיעת יחיד הוא אינו יכול להצטרף לרשימה קיימת בבחירות הבאות, למעט אם התפטר מהכנסת. במידה וירצה להתמודד הוא יצטרך להקים רשימה חדשה, **חריג לסייג** הוא מקרה בו לפחות שליש מהמפלגה הקיימת מתפלג. המטרה היא לשמור על אפקטיביות ולמנוע בגידות בתמורה לרווח אישי.

**מי לא יכול לרוץ לכנסת ס' 7** – בתחילה הס' נותן רשימה של בעלי משרות שלא יכולים לרוץ, אם לא התפטרו מהתפקיד בטרם הגשת הרשימות (למעט מקרים בהם המחוקק הגדיר צינון). **פרשת רוסו** מה דין מת"ק? **מלצר** מדובר בפריצה בחוק שיכולה לעודד קצינים לפרוש לפני הזמן, חרף זו, הוא מאשר את התמודדותו של רוסו.

**ס' 7 א'** לא ניתן לרוץ לכנסת אם רשימה או מועמד מתבטא:

1. **נגד מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית** – פרשנות עילה זו באופן מצמצם תוך שימת דגש על המרכיבים המינימאליים של יהודית **(מובן לאומי, חוק השבות, רוב יהודי, שפה רשמית עברית, חגים וסמלים המשקפים את תקומת המדינה, סוגיית כל אזרחיה עולה במקרה ושלולים את מדינת ישראל כמדינת הלאום)** ודמוקרטית (**ריבונות העם, גרעין זכויות אדם, הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית)**. ביהמ"ש העדיף לרוב את הזכות להיבחר על פני טענות של דמוקרטיה מתגוננת.
2. **מסית לגזענות** – פרשנות מצמצמת של הסתה. **א.** ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי אתני. **ב.** קריאה לשלילה אלימה של זכויות. **ג.** קריאה לביזוי שיטתי לחלקי אוכלוסייה עפ"י יסוד אתני.
3. **תומך במאבק מזויין של מדינה עוינת או ארגון טרור נגד מדינת ישראל** (כולל שהייה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים האחרונות). לקיחת חלק או **תמיכה ממשית** בארגון טרור מונעים השתתפות. לא נדרש שהגוף הנתמך יהיה ארגון טרור אלא מספיק כי הוא מכריז מאבק מזויין על מ"י. **פרשת זועבי** החוק חל לא רק על התבטאות אלא גם מעשים כגון השתתפות במשט, בפועל לא הוכח כי היא ידעה על כוונותיהם האלימות של המשתתפים במשט.

**ס' 7א(ב)** פסילת מועמד דורשת אישור ביהמ"ש העליון (לא נדרש בפסילת רשימה). בהליך של אישור בחירות (א"ב) ביהמ"ש העליון חובש כובע מיוחד כי הוא לא רק מעביר ביקורת על החלטה. הפסיקה פיתחה מס' אמות מידה לפסילת מועמד.

1. **מטרותיה** – מדובר במטרות מרכזיות בעלות השלכה פרקטית.
2. **מפורש ומשתמע** – מתפרש גם מאמירות מפורשות וגם ממסקנות מסתברות (בלבד שזה משתמע באופן חד משמעי).
3. **פרקטיקה** – פעילות המראה על הרצון למימוש המטרות בפועל לא רק באופן תיאורטי וכי הפעילות היתה חוזרת ונשנית.
4. **ראיות** – מבוססות המעידות על מעשים שמשכנעים באופן חד משמעי. לא נדרש ספק סביר מספיק מאזן ההסתברויות.נטיית ביהמ"ש היא לפרש ראיות באופן שלא פוסל. **יישום הראיות מהוות מרכיב חשוב.**

**פסילת רשימה ע"ב מעשיו של מועמד ממנה** – בפסיקה נקבעו אמות מידה **(פרשת גשר מולדת צומת)** כיום קצת פחות רלוונטי כי ניתן לפסול מועמד בנפרד בניגוד למה שהיה בעבר.

1. **מעמדו של חבר הרשימה** – ככל שהוא יותר בכיר יש יותר משקל.
2. **התבטאות חד פעמית או חוזרת ונשנית**
3. **מס' חברי הרשימה השותפים לדעה** – חריג או עמדה רווחת ברשימה
4. **תגובת שאר החברים** – הסתייגו או תמכו.
5. **המס' הכולל של החברים** – ככל שהרשימה קטנה יותר יש יותר השפעה למועמד יחיד.

**חסינות חברי הכנסת – ס' 17 לחו"י הכנסת – חוק החסינות** – מטרת החסינות היא להבטיח לח"כ חופש פעולה לבצע את תפקידו ללא חשש מסנקציות משפטיות. כמו כן, למנוע הפרעה של הרשות המבצעת. **מנגד** הס' פוגע בעיקרון השוויון בפני החוק, פוגע בעיקרון שלטון החוק הקובע כי אין אף גוף או אדם שהוא מעל החוק ופוגע באמון הציבור.

חוק החסינות מכיר ב**חסינות עניינית ודיונית**. **ס' 1 לחוק החסינות** קובע כי יש חסינות מוחלטת על הצבעה, הבעת דעה ומעשה בכנסת או מחוצה לה. **ס' 1(א'1)** מקרים בהם החסינות לא תקפה, שלילת אופי דמוקרטי או יהודי, הסתה לגזענות. ס' זה משלים את **ס' 7א'** **לחו"י הכנסת** כי גם אם ח"כ נבחר עדיין הוא חייב לעמוד בתנאים אלו. במקרה וח"כ עובר על ס' 1(א1) ביהמ"ש לא צריך לנתח האם העבירה היתה קשורה במילוי תפקידו.

**בג"ץ בשארה** – בשארה נשא נאומים התומכים בחיזבאללה. החוק מגדיר שנדרש תמיכה במאבק מזויין ולא רק בארגון טרור לצורך החסינות, זה בניגוד לחוק הפלילי המגדיר תמיכה בארגון טרור. לכן לא היה ברור אם קיימת לו יש חסינות. **ברק וריבלין** סוברים כי דבריו של בשארה הם תמיכה במאבק מזויין. **דעת כלל השופטים** לא הוכחה תמיכה במאבק מזויין. חרף זה כי מותר לו להמשיך להיות ח"כ, לא אומר שהוא יוכל להתמודד בשנית במקרה של בחירות כיוון שלא יעמוד בס' 7א'.

**הסרת חסינות** – לא ניתן לדון ח"כ לאחר שכהונתו הסתיימה על מעשים שחלה עליהם חסינות מהותית, בניגוד לחסינות עניינית שניתנת רק במהלך הכהונה של הח"כ.

**חסינות עניינית – מבחני הפסיקה לחסינות עניינית**. החסינות מעוררת קושי בעבר היו מס' דעות לעניין מבחני החסינות אך כיום התקבלה גישת ברק: **מבחן הסיכון המקצועי** – יש סיכון מקצועי שלוקחים על עצמם חברי כנסת. התנהגות במתחם הסיכון המקצועי מעניקה חסינות עניינית גם אם המעשה אסור. **יישום בפרשת גורולובסקי** – הצבעה בשם חכי"ם נעדרים, במקרה והיה מדובר בטעות תוך ישיבה במקום לא נכון היה מדובר בסיכון מקצועי אך שקר ייזום לא. **יישום בפרשת בשארה** נקבע כי לא מתקיים בשל שלושה טעונים. **1.** האמירות התומכות לא היו מרכז הנאום למרות כי היה נאום פוליטי. **2.** עבירה הקשורה בחופש הביטוי שהוא חשוב ועוד יותר במקרה של ח"כ. **3.** רצון למנוע אפקט מצנן בביטוי חכי"ם.

**חסינות דיונית** – **ס' 4** מגדיר מחסום זמני של אישור היועמ"ש בזמן הכהונה של ח"כ. המחסום חל על מעשים שאינם נכללים ב**ס' 1**. הס' חל גם על עבירות שהתבצעו לפני המינוי לח"כ ומגינה רק מפני דין פלילי. **הדין בעבר** כל מקרה בו היועמ"ש רצה להגיש כתב אישום הוא פנה לאישור הכנסת. היו מקרים בהם הכנסת סירבה להסיר את החסינות מסיבות שאינן ענייניות. בג"ץ קבע בתגובה כי הכנסת צריכה לשקול האם המקרה הוכרע לגופו של עניין או מונע משיקולים פוליטיים (במקרה גורולובסקי למרות פסיקה זו הכנסת סירבה להסיר את החסינות). **הדין כיום** (לאחר תיקון ס' 4), **1.** הגשת כתב אישום תעשה באישור היועמ"ש. **2.** לפני ההגשה ימסר עותק לח"כ, ליו"ר הכנסת וליו"ר ועדת הכנסת. **3.** חבר הכנסת רשאי בתוך 30 יום מהגשת כתב האישום לבקש חסינות מועדת הכנסת בשל העילות הבאות.

1. על העבירה חלות הוראות ס' 1.
2. כתב האישום הוגש לא בתו"ל תוך אפליה.
3. התקיימו כל התנאים המצטברים האלה: **1.** התקיימו הליכים פנימיים של הכנסת נגד המעשה, עפ"י הדינים הקבועים. **2.** העבירה בוצע במשכן הכנסת במסגרת פעילות של הכנסת או אחת מוועדותיה. **3.** אי ניהול הליך פלילי בהתחשב במעשה לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.
4. ייגרם נזק ממשי מניהול ההליך לתפקוד הכנסת או אחת מוועדותיה והמעשה עצמו במהותו אינו מהווה פגיעה באינטרס הציבורי.

**אם הוועדה החליטה לא להעניק חסינות ההחלטה סופית.** **4.** אם הוועדה החליטה להעניק חסינות נדרש לאשר במליאת הכנסת – בהצבעה גלויה תוך מתן הודעה מראש של 24 שעות. במקרה שהכנסת לא מאשרת מגישים כתב אישום, באם ניתנת חסינות כל מהלך הכהונה לא ניתן להגיש כתב אישום בשנית על המעשה למעט אם היועמ"ש חושב שישנו שינוי מהותי בנסיבות ואז הוא רשאי להגיש מחדש.

**הפסקת חברות של ח"כ ס' 42** – **1.** יש להגיש בקשה לוועדת הכנסת לפחות 70 חכי"ם לפחות 10 מתוכם מהאופוזיציה. **2.** דיון בוועדת הכנסת שם ההחלטה נדרשת להתקבל לפחות ברוב של 2/3. **3.** דיון במליאה והצבעה ברוב של 90 חכי"ם. **הסיבה לדרישות הגבוהות** היא בשל החשש לרדיפה פוליטית.

**השעיה ס' 42ב** – ח"כ יושעה עד לקבלת גזר דין סופי במקרה וביהמ"ש קבע כי יש בעברתו קלון. ח"כ המרצה מאסר יושעה מהכנסת בזמן ריצוי המאסר.

## סדרי העבודה של הכנסת

**ס' 19 לחו"י הכנסת** הרשות המחוקקת היא זו הקובעת את סדרי עבודתה הרציונל הוא שמירה על עצמאות הפרלמנט. המקורות הנורמטיביים עפ"י סדר: **חוק, תקנון נוהג ונוהל**. בישראל אין חו"י יסוד חקיקה לכן כללי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. קיים מצב אבסורדי כיוון שבמקרה וחוק אינו מכבד את הפרוצדורה בתקנון הוא מעליו מבחינה נורמטיבית ולכן לכאורה יכול לבטל את חשיבות ההליך.

**ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים – העמדה המסורתית – העדר שפיטות**, הליכים פרלמנטריים לא שפטים, רלוונטי עד שנות ה-80. **בג"צ בצול** ביהמ"ש לא מתערב בהליך אם המחוקק טוען שהיו מפות היו מפות, הרציונל הוא עצמאות הפרלמנט.

**מגמת השינוי – בג"ץ פלאטו שרון**, פלאטו נכנס לכנסת בכדי לקבל חסינות הושעה לאחר שהורשע וטען כי ס' ההרשעה לא חל לגביו בשל חסינות. **לנדוי (דעת מיעוט)** אין התערבות בהליכים פרלמנטריים. **דעת הרוב** – מבחינה בשאלות האם יש סמכות לדון והאם ראוי לדון. נקבע כי יש סמכות. הוחלט שבשאלת האם ראוי לדון הוחלט שראוי רק כאשר הכנסת מבצעת הליך מעין שיפוטי. ז"א שביקורת שיפוטית תועבר רק על הליכים מסוימים. בנוסף נאמר כי ביקורת שיפוטית היא אך ורק על **חריגה מסמכות**.

**מגמת ההרחבה –** הרחבה בשני אפיקים. **א.** סוגי ההליכים – אילו סוגי הליכים מצדיקים הפעלה של סמכות מצד ביהמ"ש. **ב.** עילות ההתערבות – אילו פגמים מצדיקים התערבות ביהמ"ש. **בג"ץ פנחסי** ח"כ מטעם ש"ס. הוגש נגדו כתב אישום וועדת הכנסת הסירה את החסינות. עתר לבג"ץ בטענה כי הכנסת לא קיימה הליך הוגן. לא מדובר בהרחבה של סוג ההליך אך מדובר בהרחבה של העילות כי לא היה חריגה מסמכות. נקבע כי הכנסת צריכה לתת תנאים מינימאליים להליך המעין השיפוטי. לאחר מכן עוגן בתיקון לחוק כי ההצבעה צריכה להיות בהודעה של 24 שעות מראש.

**בג"ץ שריד** יו"ר הכנסת משנה את השעה בה יצביעו על אי אמון. לא מדובר בהליך מעין שיפוטי אלא בפרוצדורה של הכנסת. נקבע כי ניתן לבקר החלטות פרוצדורליות אך בהיקף מצמצם, תוך איזון בין עיקרון שלטון החוק במחוקק לבין עצמאות הכנסת. **ברק** קובע מבחן חדש, **מידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ומידת השפעתה על הפגיעה ביסודות המשטר החוקתי**. מסתכלים האם נפגעה היכולת של הכנסת למלא את תפקידה. במקרה דנן נפסק כי הפגיעה קטנה יחסית ולא מתערבים. חרף זו, **נקבע כי מותר להתערב גם בהליכים פרוצדורליים, גם במקרים בהם אין חריגה מסמכות.**

**יישום מבחן שריד – בג"ץ כך**, כהנא היה סיעת יחיד ונאמר לו כי סיעת יחיד אינה יכולה להגיש הצעת אי אמון בממשלה. ביהמ"ש קבע כי יש פגיעה חמורה בתפקידה של הכנסת כי אי אמון זה כלי לפיקוח על הממשלה, למרות שפעולה זו היא במסגרת סמכותו של יו"ר הכנסת. **בג"ץ כהנא**, רצה להגיש הצעת חוק יו"ר הכנסת לא אישר כי מדובר בהצעה גזענית. ביהמ"ש קבע כי יש פגיעה בתפקידה של הכנסת למרות שאין חריגה מסמכות, משום שמניעת הצעת חוק כפופה לכללים מסוימים (הגינות וכו'). **בג"ץ לבנת**, דחיה של מספר ימים בדיון ועדת חוקה של הכנסת, לא התקבל כי הביקורת היא יחסית מצמצמת בהחלטות שאינן מעין שיפוטיות בטח כשמדובר בהחלטה של סדר יום, שימוש במבחן שריד.

**בג"ץ התנועה לאיכות השלטון** חוק שהעניק לחברי הכנסת פנסיה כאילו כיהנו 4 שנים למרות שבפועל לא. **נקבע כי כשיש ניגוד עניינים מובנה תעשה ביקורת יותר קפדנית**. למרות שלא היה חריגה מסמכות ביהמ"ש קבע כי החלטה זו אינה סבירה, כיוון ופעלה נגד וועדה מקצועית שהצביעה שלא ראוי להגן על הפנסיה בצורה זו.

## ביקורת שיפוטית על הליך חקיקה

מדובר במקרה בו ביהמ"ש מבטל חקיקה ראשית בשל פגמים בהליך. **הגישה בעבר** – לא ניתן לבטל חוק בשל פגם בהליך (בג"ץ בצול ניתן לראות גם בפרשות כך וכהנא בהם ביהמ"ש הגן על הליך החקיקה).

**מגמת ההרחבה** – **בג"ץ נמרודי נ' הכנסת**, ברק קובע באוביטר שניתן להעביר ביקורת על הליך חקיקה, כיוון ומדובר בהליך שלטוני. ע"מ לקבל חוק יש לעבור דרך כל התקנות המוגדרות בתקנון. בפועל ביהמ"ש קבע כי הפגם במקרה דנן לא הצדיק ביטול. **בג"ץ ארגון מגדלי העופות נ' מ"י** – שימוש בחוק ההסדרים לדחיית מועד תחילת החלתם של חוקים. מדובר במסלול חקיקה אלטרנטיבי. יש ביקורת כי לא ניתן להעביר כמות כזו של חוקים בלי שיובן במה מדובר. המשיבים הסכימו כי יש בעיה בהליך זה אך טענו כי הוא חוקי. **בייניש** למרות שלא הופר התקנון לא מחייב כי ההליך חוקי אלא יש לבדוק האם ההליך תואם גם עקרונות יסוד לא כתובים. ניתן לראות כהרחבה, גם אם לא הופר ההליך יש לראות אם עומד בחוקי יסוד, או בצמצום גם כשהתקנון מופר יש לראות אם עומד בעקרונות יסוד. **עקרונות יסוד:** **א.** הכרעת הרוב **ב.** שוויון פורמאלי **ג.** פומביות – הליך החקיקה צריך להיות שקוף. **ד.** השתתפות – לכל ח"כ זכות להיות מעורב בהליך (זה העיקרון החדש שמכניסה בייניש). קיימת ביקורת כלפי עקרונות אלה כי חלק כתובים וחלק לא. התערבות תהיה כאשר יש פגיעה קשה וניכרת בעקרונות אלו. בייניש אומרת כי עיקרון ההשתתפות מחייב שהחכי"ם ידעו על מה הם מצביעים, במקרה זה החוק לא בוטל כי לא נשללה האפשרות מחברי הכנסת להבין על מה הם מצביעים. יש למעט בפגיעה בהליך החקיקתי. **פס"ד זה הוא הלכה והוא מרחיק לכת כי הוא מאפשר לפסול חקיקה בגין פגם בהליך שפוגע בעקרונות יסוד שחלקם לא כתובים בתקנון.**

**בג"ץ ליצמן נ' יו"ר הכנסת** (מסמן חזרה מסוימת ממגדלי העופות)– מקרה בו היו הצבעות כפולות. מראה נכונות של ביהמ"ש לא להתערב בהליכי חקיקה. **ברק** רק הפרה עמוקה של עקרונות היסוד מאפשרת ביקורת שיפוטית, למרות ההפרה אין השפעה על התוצאה לפיכך זה לא רלוונטי.

**בג"ץ קווטינסקי** הצעת חוק של 400 עמודים בחוק ההסדרים, לא היה זמן לעיין בחוק כמו שצריך משום שהוכנסו סעיפים ברגע האחרון. היועמ"ש טען כי יש לתת זמן ללמוד את ההצעה, יו"ר הוועדה לא קיבל את עמדה זו, בסופו של דבר הוקראו הסעיפים במשך שבע שעות. העותרים טענו כי נפל פגם בהליך החקיקה ויש לקיים הליך חוזר אך סורבו. היועמ"ש סירב להגן על החוק בבג"ץ, אך בפועל ביקש באופן חד פעמי שלא יבוטל החוק בתנאי שיתקנו אותו בעתיד. **סולברג (דעת רוב)** יש לחדד את הלכת מגדלי העופות כי המבחן הוא מצומצם, **לא מספיקה ידיעת החכי"ם אלא נדרש גם גיבוש עמדה. לצורך גיבוש עמדה יש לאפשר דיון מינימאלי ולא רק הקראה של סעיפי החוק**. במקרה וניתנו התנאים אך החכי"ם לא ניצלו אותם ההליך תקין. הוא מוסיף אינדיקציות לתקינות ההליך: **1.** משך הדיון ביחס למורכבותו של החוק והשלכותיו. **2.** השפעת הדיון בוועדה על נוסח ותוכן החוק. **3.** תשתית עובדתית נדרשת להבנת הצעת החוק. **4.** פרק זמן מעת העברת תוכן הצעת החוק עד לדיון. כל זה נעשה כחלק מההכרה בעקרונות היסוד ולא כסתירה אליהם. **במקרה זה החלק בחוק שנעשה בצורה לא ראויה מבוטל. זו הפעם הראשונה שביהמ"ש מבטל חוק בשל הליך, מהווה הרחבה של הלכת מגדלי העופות. מזוז (בדעת מיעוט)** חולק על סולברג טוען שדבריו הם סטייה ממגדלי העופות ופוגעים ביחסים בין הכנסת לביהמ"ש. לדבריו יש ליצר הפרדה בין האפשרות להשתתף לבין דוקטרינת ההליך הראוי. **סולברג** עונה כי לא מדובר בקבלת דוקטרינת ההליך הראוי אלא בהליך מינימאלי.

**סיכום** – נראה כי הדוקטרינה רחבה מאוד ומאפשרת אקטיביזם כי אינה מוגדרת, בפועל ביהמ"ש נמנע מלפסול חוקים בדרך זו. לא ברור אם **בג"ץ קווטינסקי** הוא מגמה או שמא מקרה חד פעמי.

# הממשלה חו"י הממשלה

**ס' 1 לחו"י** הממשלה היא הרשות המבצעת, ניתן לפרש את **ס' 1** כדקלרטיבי כך שהממשלה היא הרשות המבצעת ועומדת בקצה הפרמידה של הרשות, מנגד ניתן לפרש אותו כאופרטיבי אם יש חוק הסותר את מעמד הממשלה הוא בטל. הושאר בצריך עיון **בבג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים**. נראה כביהמ"ש לא מעוניין להשתמש בס' זה כאופרטיבי. **ס' 5** מגדיר כי הממשלה מורכבת מרוה"מ ומשרים אחרים.

**ס' 31 לחו"י** תפקוד הממשלה **בנושאים משמעותיים** הממשלה רשאית לעשות אבל נדרש אישור הכנסת. סוגיה זו באה לידי ביטוי **במתווה הגז** הייתה הסכמה אך הממונה על ההגבלים לא היה מוכן לאשר את המתווה. שר הכלכלה רשאי לטול מהממונה את הסמכות ולהחליט במקומו. דרעי (שר הכלכלה דאז) סירב לקבל את ההחלטה והציע כי הממשלה כולה תקבל אותה. הכנסת סירבה להעברת הסמכות משר הכלכלה לכנסת. בסופו של דבר דרעי התפטר נתניהו תפס את מקומו קיבל את ההחלטה והחזיר את דרעי. **נושאיים שוטפים ופנימיים** **ס' 31** מעניק עצמאות לממשלה לקבוע בעצמה.

**ועדות שרים ס' 31(ה)**, בפועל הממשלה לא תמיד פועלת כגוף שלם אלא מחלקת את עבודתה בין תתי ועדות של שרים. ההחלטה בסופו של דבר היא של הממשלה, לכן אם מוגש ערער נדרש לדון בפורום ממשלתי. דוג' החוק קובע כי קבלת החלטה על יציאה למלחמה נתונה בידי הממשלה. הממשלה יכולה לאציל את המסכות לקבינט בנסיבות מסוימות (סודיות, בטחון המדינה). במקרה כזה נדרש שלפחות חצי מחברי הקבינט ינכחו בישיבה אלא אם כן מדובר בעניין דחוף ורוה"מ ושר הביטחון רשאים לקבל החלטה.

**איסור על קבילת שק"ד המנהלי** – אחד מהעקרונות המשפט המנהלי הוא כי שק"ד שניתן לגוף מנהלי לא יכול לקבל החלטה שתמנע ממנו את הפעלת שק"ד בעתיד. **בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' רוה"מ** פסקת יציבות במתווה הגז המתחייבת לשמירת המחיר של הגז קבוע לעשר שנים. נקבע כי פסקה זו לא חוקתית משום שהיא קובלת את שק"ד של הממשלות הבאות.

## שק"ד בהעברת שרים מתפקידם – ס' 22 (ב)

מקנה לרוה"מ את הכוח להעביר שר מתפקידו. המניע הוא לאכוף על השרים להתנהל בצורה ראויה ולמנוע חתירה תחת רוה"מ. **ס' 23(ב)** ביהמ"ש שר שהורשע בעבירה שיש עמה קלון יפוטר. **בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל (דרעי כשר)** הוגש נגד דרעי כתב אישום, רבין התחייב לא לפטרו במקרה של כתב אישום ודרעי לא רצה להתפטר. נקבע כי ההתחייבות לא לפטר את דרעי אינה תקפה משום שמדובר **בקבילת שק"ד**. לעניין חובתו של רבין לפטר את דרעי נאמר כי במקרה ורשות לא מפעילה סמכות נדרש ממנה להראות שעשתה זאת תוך שיקולים סבירים, ולא ביהמ"ש יכול להתערב. במקרה זה קבע ביהמ"ש כי הסירוב של רבין להשתמש בסמכות היא בלתי סבירה, אמנם מותר לרוה"מ לשקול שיקולים פוליטיים בהחלטה אך מנגד הוא צריך לאזן בשיקולים הקשורים באמון הציבור. במקרה דנן כתב האישום חמור, משכך הוא פוגע באמון הציבור. **ההחלטה היא כיועמ"ש מגבש כתב אישום חמור נ' שר מחובתו של רוה"מ לפטרו.**

**ביקורת על ההחלטה** הביקורת מתמקדת בשימוש בעילת הסבירות. במשפט המנהלי יש מדרג בין העילות לביקורת שיפוטית. חריגה מסמכות נחשבת העילה הבסיסית, עילות נוספות הן: חובה להליך צודק, איסור לשקול שיקולים לא ענייניים. **עילת הסבירות** מתמקדת במקרה בהם בעל הסמכות עשה הכל כראוי, שואלים האם נתן את המשקל הראוי לשיקולים הרלוונטיים. מדובר בצעד אקטיביסטי המאפשר לביהמ"ש לשקול שיקולים במקום בעל הסמכות. מנגד טוענים כי ביהמ"ש מתערב רק שיש חריגה ממתחם הסבירות.

**רבין טען** כי מדובר בהסדר שלילי כי לעניין פיטור חברי כנסת נרשמו השיקולים ופיטור שר לא. ביהמ"ש לא קיבל טענה זו וקבע כי זה שלא כתוב לא מחייב הסדר שלילי. ביקורת נוספת היא **חזקת החפות** כי הדבר גורם לקביעה מראש כי שר מושחת בזמן שמתנהל ההליך. **מדובר בנורמה מחייבת כיום שר שנפתחת נגדו חקירה פלילית הוא מתפטר. הצדקות ההחלטה**, **1.** ריבוי מקרי השחיתות בפוליטיקה הישראלית. **2.** פגיעה באמון הציבור וטוהר המידות. **3.** חשש לפגיעה בתפקוד השר בשל כתב האישום.

**בג"ץ אומץ נ' ראש עיריית רמת השרון**, האם ראש רשות מקומית יכול לכהן תחת כתב אישום, לכאורה יש באפשרות המועצה המקומית להעבירו מתפקידו, ההבדל כי במקרה זה ראש רשות נבחר באופן ישיר. הוחלט עפ"י **דעת הרוב** שיש לפטר את ראשי הרשויות. **גרוניס (דעת יחיד)** מדובר בשיקולים שיש להשאיר לבוחרים.

**בג"ץ פוקס נ' רוה"מ** הפוך מדרעי, מקרה בו שרון העביר שרים מתפקידם כי התנגדו להתנתקות. ביהמ"ש קבע שאין להתערב, שק"ד המוענק לרוה"מ הוא מוחלט. ההחלטה נמצאת במתחם הסבירות ולכן אין מקום להתערב. מתחם הסבירות משתנה בין בעלי סמכא ולרוה"מ יש מתחם רחב מאוד. **נקבע מבחן** כי ראש הממשלה רשאי להעביר שר מכהונתו אם הוא משוכנע כי זה יעזור לממשלה לתפקד כראוי ולקדם את יעדיה. במסגרת זה שיקולים פוליטיים מותרים. כמו כן, ניתן לעשות זו בטרם התקבלה החלטה בממשלה. **חשין** מצטרף לתוצאה ומוסיף כי כל עוד רוה"מ לא קיבל החלטה ממניעים של שחיתות אין להתערב.

## רוה"מ בהליך פלילי, ס' 17,

בדומה לשרים יש הגנה פרוצדוראלית ראשונית של הגשה ע"י היועמ"ש. בנוסף נקבע כי התיק התנהל בביהמ"ש המחוזי בירושלים, בהרכב של שלושה שופטים ולבסוף בהרשעה של רוה"מ חובה על ביהמ"ש לקבוע האם יש בעבירה קלון. רוה"מ הוא גם ח"כ ולכן עומדות לו כלל החסיניות שיש לח"כ.

**התנהלות רוה"מ בהליך הפלילי**, חוק היסוד לא קובע הסדר להתנהלות רוה"מ בהליך. ניתן לטעון שיש להחיל את הלכת דרעי וראשי הרשויות על רוה"מ, המטרה הרי היא למנוע פגיעה בשק"ד הדעת של הנחקר ולכן נראה שכלל זה תקף לרוה"מ, כמו כן את טענת אמון הציבור ניתן להחיל פה מקל וחומר. **מנגד** ניתן לומר כי מקרה של רוה"מ זה שונה כי פטוריו מביאים לפיטורי הממשלה כולה. כמו כן לא קיים גוף המפקח על רוה"מ בניגוד לשרים וראשי רשויות, ניתן להשתמש בהליך של נבצרות אך הליך זה משמש לרוב לנסיבות אישיות.

**ס' 18 לחו"י הממשלה**, הורשע רוה"מ בעבירה שיש עמה קלון, אם ההליך לא סופי רשאית הכנסת בהחלטה של רוב בכנסת להעבירו מכהונתו (ועדת הכנסת ממליצה המליאה מצביעה). ברגע שפס"ד חלוט תיפסק כהונתו של רוה"מ.

## סמכות שיורית

**עקרון חוקיות המנהל** – קובע כי כל פעולה של רשות מנהלית נעשית רק אם הוסמכה לכך בחקיקה ראשית. חריגה מסמכות היא הפגם היסודי ביותר בהחלטת רשות מנהלית. עקרון זה שימש תפקיד חשוב בהגנה על זכויות אדם לפני המהפכה החוקתית.

בפועל היקף הפעילות הוא עצום וקשה באופן פרקטי להסמיך לכל, משכך יש את **ס' 32 לחו"י הממשלה** הקובע כי הממשלה יכולה לפעול בלי שהוסמכה לכך תחת שלוש מגבלות

1. פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת – במקרה ומדובר בהסדר שלילי לא ניתן להפעיל את הסמכות השיורית.

**בג"ץ קרית גת נ' מ"י** הממשלה קבעה אזורי עדיפות לאומית מכוח הסמכות השיורית, זאת למרות שיש חוק הקובע אזורי עדיפות לאומית. ביהמ"ש אסר על השימוש בסמכות השיורית בנושא זה. משום שרישום החוק נדחה כל שנה בחוק ההסדרים. **בג"ץ פדרמן נ' שר המשטרה,** מ"י רצתה לשלוח משלחת להאיטי, אין הסדר בחוק ומותר. הבעיה החלה שרצו לשלוח אנשי משטרה שעפ"י החוק עליהם לפעול בשטח מ"י. ביהמ"ש קבע כי אסור להפעיל את הסמכות השיורית אך ניתן לשלוח את השליחים כי המטרה היא לא לצורך הפעלת סמכות משטרתית אלא שליחות דיפלומטית.

1. בכפוף לכל דין – אחרונה בפירמידת הנורמות החוקתיות אחרי תקנות וכו'.
2. רק עניינים שהם במסגרת סמכותה של הרשות המבצעת (יציר הפסיקה) - אינה כוללת סמכות ליצירת הסדרים ראשוניים. **ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים נ' רוה"מ** האם הממשלה יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים מכוח המסכות השיורית? **חשין** הממשלה לא יכולה לחצות את הגבול כיוון והיא כפופה לחקיקה בכנסת. מה ששייך לרשות המבצעת הם דברים שהוגדרו לכך מכוח חוק ודברים נוספים כמו יחסי חוץ.

**מה הוא הסדר ראשוני ומה הוא הסדר משני** – עפ"י **ברק** הסדר ראשוני הוא הסדר הקובע את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים. תפקיד הממשלה היא ליישם את העקרונות המנחים. הבעיה היא שכללים אלה עמומים. **חשין** קובע שיקולים לבדיקה באיזה הסדר מדובר.

1. **מהות ההסדר** – ההשלכות החברתיות שלו ומידת הפגיעה בזכויות.
2. **מידת ההשפעה של ההסדר על הציבור בישראל** – שוני בין פעולה נקודתית למקיפה.
3. **תכלית הפעולה** – ככל שמדובר בדבר הדורש את הסכמת העם זה הסדר ראשוני.
4. **עלות** – גודל ההשלכות התקציביות.
5. **דחיפות** – לעיתים אי אפשר לחכות עד לחיקוק חוק.

**פרשת מתווה הגז** – מיסוי הגז נעשה בחוק ולכן אין בעיה כי זה הסדר ראשוני. נשאל האם הממשלה רשאית להחליט על יצוא הגז? השאלה היתה שאלה פרשנית כי שני הצדדים הסכימו כי מדובר בהסדר ראשוני אך המשיבים טענו שחוק ישן מסדיר זאת. **גרוניס** מסביר שיש חקיקה הפרשנות שלה צריכה לעשות גם לפי גודל הפגיעה בזכות. במקרה זה לא היתה פגיעה בזכות. שאלה נוספת האם המתווה עצמו מסדיר מחירים, ייצוא ועוד הוא הסדר משני. **דעת הרוב** קובעת כי מדובר בהסדר משני. **פוגלמן** כל אחת מההחלטות במתווה אינן מהוות הסדר ראשוני, משכך כלל ההחלטות גם לא מהוות הסדר ראשוני. הוא מראה כי קיימת חקיקה המתירה לממשלה לעסוק בכל אחת מההחלטות אלו. **סולברג** מדובר בהסדר ראשוני אך הממשלה הוסמכה לעשות כן. **רובינשטיין וג'ובראן (דעת מיעוט)** הסדר ראשוני בשל חשיבותו והקיפו.

# הרשות השופטת

**ייחודיותה של הרשות השופטת** – אינה נבחרת ע"י הציבור ולא עומדת לבחירות חוזרת. נתפסת כגוף מקצועי לכן בניגוד לח"כ שופטים נדרשים להיות עו"ד בעלי ותק מסוים. הרשות השופטת מבקרת את הרשויות האחרות. בשל כך, הקושי הוא ליצר כלי שמצד אחד הרשות לא תיבחר ותהיה פוליטית מצד שני ניתן יהיה להעביר עליה ביקורת. הרשות השופטת לא יוזמת מהלכים אלא אם פונים אליה בנושא מסוים היא מתייחסת. כיום עיקר תפקידה של הרשות השופטת היא לפרש חקיקה ראשית. הרשות השופטת בתאוריה אין לה חרב שהיא יכולה לבצע את פס"ד שלה ואין לה ארנק שהיא יכולה לקבוע את גודל התקציב שלה, לפיכך היא נחשבת הרשות החלשה והפגיעה. מנגד טוענים כי בעקבות האקטיביזם הרשות השופטת היא חזקה מדי.

**חו"י השפיטה ס' 1** ביהמ"ש המוסמכים לדון, ישראל אימצה את המודל האנגלו-אמריקאי, של מערכת משפט אחת העוסקת בכל התחומים.

**חו"י השפיטה ס' 15 סמכות ביהמ"ש העליון**, מהווה ערכאה לערעורים מהמחוזי. משמש כבג"ץ, בג"ץ צריך לדחות עתירות הנמצאות בסמכות של ביה"ד כזה או אחר. הגוף המכונן העניק סמכות מלאה לדון בכל מה שהוא רואה לנכון ליצור צדק. העמדה בפסיקה היא שהמחוקק לא הגביל את בג"ץ אך עילות הסף (עמ' 15) שהן יציר הפסיקה עוזרות לא לקבוע במה לדון.

## עקרון אי התלות השיפוטית

מטרת העיקרון הוא למנוע התערבות של הרשויות האחרות, הרציונליים להגנה הם:

1. אמון הציבור בשיטה – שהציבור לא יחשוב כי המשחק מכור.
2. הגנה מפני משוא פנים
3. לאפשר לרשות השופטת לבצע מהלכים לא פופולריים
4. הפרדת רשויות

**הגנה על שופטים – חו"י השפיטה ס' 2** קובע כי המרות היחידה הפועלת על שופטים היא מרות הדין. **חו"י השפיטה ס' 7 אי תלות אישית** לא ניתן לפטר שופט בכדי למנוע ניגוד אינטרסים בין השופט לנשפט, מדובר בהשלמה לאי תלות מהותית. **עיגונים נוספים לאי תלות אישית ס' 9** איסור על שינוי מיקום השפיטה של שופט או הורדה לערכאה נמוכה יותר. **ס' 10** מונע מהרשות המחוקקת להשתמש בהורדת שכר כסנקציה על השופטים. **חוק העונשין** מעניק חסינות מהותית לשופטים בביצוע מעשים בעת מילוי תפקידם. **ס' 12 לחו"י השפיטה** הליך פלילי נגד שופט יהיה בהחלטת היועמ"ש לממשלה, ידון בהרכב של שלושה שופטים במחוזי למעט אם שופט ויתר על זכויותיו. **פקודת הנזיקין** לא ניתן לתבוע שופט באופן אישי בעילת הרשלנות.

**העמדת שופטים לדין משמעתי – ס' 13 לחו"י השפיטה,** שופט נתון למרותו של ביה"ד המשמעתי. ביה"ד מורכב משופטים מכהנים או בפנסיה שממנה נשיא ביהמ"ש העליון. **ס' 19 אמצעי המשמעת** – הערה, התרעה, נזיפה, העברה למקום כהונה אחר ופיטורין בין בתשלום פנסיה ובין עם תשלום אחר. **פרשת פוזננסקי כץ** שופטת בביהמ"ש השלום התכתבה עם פרקליט בעניינים מהותיים ללא הצד השני. נציב תלונות השופטים חקר את הנושא וכתב דו"ח חריף הוקמה ועדה שקבעה נהלים ברורים לעניין התקשרות בין פרקליטים לשופטים והנשיאה השעתה את השופטת. השופטת הסכימה לעסקת טיעון שהיא תודה במיוחס ותושעה מתפקידה. ביה"ד קבע כי לא ניתנה לו הסמכות להשעות ובמקרה חמור שכזה נדרש להעבירה מתפקידה. נקבע כי לא ניתן לערער על ההחלטה ולכן ביקורת שיפוטית על החלטה זו היא רק בבג"ץ. **השופטת פנתה לבג"ץ**, נקבע כי ניתן להעביר ביקורת במקרה של חריגה מסמכות, הפרת כללי הצדק הטבעי ובמקרה של טעות משפטית מהותית. **פוגלמן וסולברג (דעת הרוב)** קבעו כי אין לביה"ד סמכות להשעות. **סולברג** קובע כי ההשעיה שניתנה לכץ מהנשיאה (שלה יש סמכות) תקפה ולכן יש לכבד את עסקת הטיעון. **דפנה ברק ארז** חולקת על הטענה שאין סמכות וחושבת שביה"ד יכול להשעות.

**הוועדה לבחירת שופטים** – הוועדה רשאית להדיח שופט ברוב של שבעה מתוך תשעת חבריה, היו מקרים בהם התקבלה החלטה כזו אך לרוב השופטים מתפטרים בטרם ההדחה. **פרשיית מצגר** (מדובר בוועדה למינוי דיינים אך העיקרון דומה), דיין ביקש מימון מהמדינה גם לשהייה במלון וגם לדירה בירושלים. נשאל האם הוא יכול לכהן כדיין בביה"ד הגדול – היועמ"ש אמר שלא ניתן להוכיח בדין הפלילי, ביה"ד המשמעתי לא היה ראוי לדון בתיק כיוון והדיינים שם בדרגה נמוכה יותר, וועדה למינוי דיינים לא פסלה אותו. הוגש בג"ץ, נקבע כי יש להפעיל ביקורת מצומצמת על הוועדה. הביקורת נעשית בשלושה נדבכים.**1.** תקינות ההליך. **2.** גיבושה של התמונה העובדתית – על איזה חומר ראיות הסתמכה הוועדה. **3.** שק"ד – ביהמ"ש התערב במקרה שיחשוב שאף אדם בר דעת לא היה מקבל את ההחלטה. לעניין פרסום הפרוטוקולים הוחלט כי לא נדרש לפרסמם.

## אי תלות מוסדית

חשוב שהשופטים ידעו שלא רק הם עצמם מוגנים אלא כל המערכת מוגנת מפני הרשויות האחרות. הרציונל הוא לשמור על תפקידה של הרשות כגוף מבקר.

## מינוי שופטים

**ס' 4 לחו"י השפיטה** קובע את דרך מינוי השופטים. השופט יתמנה ע"י נשיא המדינה בהמלצת הוועדה לבחירת שופטים. הרכב הוועדה הוא 9 חברים, נשיא ביהמ"ש העליון ושני שופטים, שני שרים (אחד מהם המשפטים), שני חכי"ם (מקובל נציג מהקואליציה ומהאופוזיציה, בחירת חכי"ם תעשה באופן חשאי) ושני נציגים של לשכת עו"ד. כיום יו"ר הוועדה הוא שר המשפטים יש טוענים כי ראוי שזה יהיה נשיא ביהמ"ש העליון. הוועדה נתפסת כגוף א-פוליטי שצריך לבכר שיקולים מקצועיים. טענת נגד כי מינוי השופטים נעשה באופן מקצועי מדי שאינו משקף את עמדות הציבור.

**שיקולים למינוי שופטים** – מה הם השיקולים שיש לקחת בחשבון במינוי שופט?

1. מינוי הטובים ביותר.
2. יצירת איזון בין אי תלות לבין אחריותיות.
3. אמון הציבור – איזה שופט יביא לאמון הציבור במשפט.
4. שיקוף – עד כמה הרכב השופטים משקף את העם.

## קבלת החלטות של שופטים

פעם היתה גישה של **פורמליזם**, התוצאה המשפטית תמיד תהיה אותה תוצאה (כמו במתמטיקה). מנגד קם **הריאליזם השיפוטי**, לפי גישת זו יש עוד דברים המשפיעים על קבלת החלטות של שופט. במקביל התפתח זרם משמעותי של מחקר אמפירי שמנסה להבין מה משפיע על החלטות שופטים. התוצאה היא שלוש אסכולות.

1. המודל השיפוטי – מה שמשפיע הוא המשפט החוק וכו'.
2. המודל ההשקפתי – בהחלטות מורכבות החוק משאיר מקום לשק"ד השופט והוא מחליט עפ"י תפיסת עולמו.
3. המודל המוסדי – שופטים מושפעים משיקולים מוסדיים ולכן הם יבחנו איך ההחלטה תשפיע על המוסד כמוסד ועל אמון הציבור לדוג'.

נראה בשנים האחרונות כי החלטת שופטים היא משהו באמצע.

# ביקורת שיפוטית

## עילות סף

מדובר בשורה של דרישות סף שהעתירה צריכה לעמוד בהן כדי להיכנס בשערי ביהמ"ש. ביהמ"ש מפריד בין השאלה האם יש לו סמכות לדון (סמכות רחבה מאוד), לבין אם להשתמש בסמכות זו. השאלה איך ומתי ביהמ"ש מתערב קשורה לתפיסת ביהמ"ש כאשר בשנות ה-80 הונמכו עילות הסף, הועלו טענות כי מהלך זה הפך את ביהמ"ש אקטיביסט יותר.

**הרציונליים מאחורי עילות הסף** – ניתן לומר כי ברגע שיש סמכות אי אפשר לחמוק ממנה, משכך יש מספר רציונליים למה מעשה זה אפשרי. **חשש מהצפה, הפרדת רשויות** ביהמ"ש נותן כבוד לעצמאות הרשויות במקרים בהם הוא לא דן בהחלטותיהם בשל עילות הסף.

1. **זכות העמידה** – מי יכול להביא את המקרה לפני ביהמ"ש. לא כל אדם יכול לעלות כל טענה בביהמ"ש צריך כי העותר עצמו יראה כמי שראוי לדון בעילה. **הגישה המסורתית** היתה כי רק **עותר ממשי וישיר** יכול. הגישה בעיתית כיוון והיו מקרים בהם העותר הנפגע לא יכל לעתור, משכך עם השנים הקלו על הדרישות.

**המהפך בגישה המסורתית - בג"ץ אלוני נ' שר המשפטים** אדם שביהמ"ש החליט להסגירו לצרפת בשל פשע שבצע שם. שר המשפטים החליט לא להסגיר. בפועל התוצאה היתה כי לא היה מי שיעתור כנגד שר המשפטים כי בעל העניין היחידי הוא המוסגר ואין לו אינטרס. קבוצת חכי"ם עתרו לבג"ץ. **שמגר (דעת הרוב)** ככל שהעתירה נוגעת בנושא יותר ציבורי כך ביהמ"ש יטה להתערב למרות כי העותר אינו בעל זכות. עוד נדרש כי אין בנמצא עותר אחר שהוא בעל אינטרס. **אלון (דעת מיעוט)** אלון טוען שיש להגמיש את זכות העמידה אך לא ברמתו של שמגר. לדעתו הדבר יציף את ביהמ"ש העליון. הוא מכיר בחריג אם הוא בעל אופי חוקתי, נוגע במרכז המשטר הדמוקרטי או במבנה החוקתי של החברה. לא מספיק כי העותר רוצה לעמוד על שלטון החוק או להצביע על שק"ד מוטעה. **פסקה זו הכירה בעותר ציבורי המייצג אינטרס ציבור**.

**בג"ץ לירן נ' היועמ"ש** עותר ציבורי הגיש עתירה נגד הליכי שימוע שנעשו לקצב למרות חסינותו (קצב הסכים שיעשה שימוע). ביהמ"ש יעניק זכות עמידה **לעותר ציבורי** רק כאשר יש פגיעה בשלטון, מניעה לאכיפת חוקים ופגמים מהותיים בפועלת המנהל. **חריג** ביהמ"ש לא יכיר בעותר ציבורי כאשר קיים עותר ממשי שנמנע מלבקש את הסעד. **חריג לחריג** במקרה שחל החריג הראשון ביהמ"ש כן יכיר במקרה שיש פגיעה מהותית ביסודות המשטר שהינו מעבר למחלוקת הפרטית.

**שובה של הגישה המסורתית – בג"ץ משה הר שמש נ' מנהל רשות המיסים** טוען שיש פגיעה במס שומת קבלן. העותר טוען שיש קבלנים רבים שסובלים מכך, ברם, אינו מצליח למצוא ולו קבלן אחד המעיד כי הוא סובל. **סולברג** מציג אמירות מפורשות שיש לעמוד על זכות העמידה. אחת הסיבות היא כי עותר ציבורי לא מציג את התשתית העובדתית האמתית.

**בג"ץ ח"כ רזבוזוב נ' משרד השיכון** טענה כי מדיניות הדיור המסובסד מפלה עולים. העתירה נדחית על הסף כי לא נמצאת עילה משפטית. **מזוז** בסוף דבריו אומר שעצם זה כי העותר הוא ח"כ מעידה על כך שיש לו יכולת לשנות מדיניות זו, זאת בניגוד לאלוני ששם נקבע כי אין משמעות אם העותר הוא ח"כ לעניין זהות העותר הציבורי.

1. **עילת השפיטות** – עוסקת בשאלה אילו מקרים ראויים להכרעה שיפוטית.

**בג"ץ רסלר נ' שר הביטחון** ברק יוצר הבחנה בין **שפיטות נורמטיבית**: האם קיימות אמות מידה משפטיות לדון בסכסוך, לדעת ברק **הכל שפיט**. גם במקרים של לקונה קיימים כלים לבצע שיפוט, לשם כך יש את עילות הסל כדוג' סבירות. **שפיטות מוסדית**: ישנם מקרים בהם לא ראוי לפתור את הסכסוך בביהמ"ש. עפ"י ברק יש להשתמש בטענה של חוסר שפיטות מוסדית בצורה מצמצמת. הוא מפחד מפגיעה של אמון הציבור בשל כך שהשופטים לכאורה יביעו עמדה פוליטית ופחד מתחושה של הרשויות האחרות שאין דיין.

**בג"ץ ז'רז'בסקי נ' רוה"מ** האם הסכם פוליטי הוא שפיט. **אלון** מותח ביקורת על ברק ברסלר, יש מקרים בהם **אין כלים משפטיים לסוגיה** מבחינה נורמטיבית. הוא לא מקבל את עילת הסבירות בטענה כי היא לא נותנת לשופט כלי אמיתי. לטענת אלון יש להרחיב את טענות השפיטות המוסדית יותר מההכרה של ברק. לעניין ההסכם הפוליטי ניתן להעביר ביקורת רק במקרה של שחיתות אבל לא במקרה של חתו"ל או חוסר סבירות.

**פורמאלית התקבלה גישת ברק, בפועל המשיכו לדחות עילות רק לא אמרו כי זה לא שפיט**.

**שובה של השפיטות** – בשנים האחרונות ניתן לראות שופטים המטילים ספק בשפיטות של נושאים מסוימים. **בג"ץ יואב הס נ' שר הביטחון** מדוע לא הורו לחיילי צה"ל לא להשתמש באש חיה על מפגינים בגדר? נדחה ממגוון עילת סף אך נאמר גם לא שפיט. **בג"ץ רזבוזוב נ' משרד השיכון** מזוז טוען כי אין טענה המתירה להתערב בהחלטה חברתית כזו. **בג"ץ** **אחמד חג' נ' שר הביטחון** עתירה על הקמת יישוב, **חיות** כותבת כי מדובר בשאלה מדינית לא משפטית. **אקרמן נ' מ"י** דחיה של עתירה למנוע העברת כספים מקטאר לעזה. הסיבה מדיניות החוץ היא בלתי שפיטה. **ניתן לראות שתי מגמות, שימוש בביטוי "לא שפיט", באקרמן חזרה ממש לגישת אלון**.

1. **בשלות** – ביהמ"ש ידחה על הסף במקרים כי הוא חושב שבעתיד המקרה יהיה בשל יותר להכרעה, בעוד שבאותה עת הוא אינו בשל להכרעה.

**בג"ץ התיכון הערבי נ' שר האוצר** – דיון תיקון 40 לחוק יסודות התקציב (חוק הנכבה), שר האוצר יכול להפחית מהתקציב של גוף מתוקצב אם ציין את יום העצמאות כיום אבל. העותרים טענו כי מדובר בפגיעה בחופש הביטוי בייחוד שהגופים נסמכים רק על תקציב ממשלתי. ביהמ"ש לא דן בטענות וטוען כי העילה לא בשלה, כיוון שהשר לא השתמש עוד אף פעם בסמכותו. כמו כן, יש **תהליך פרוצדורלי** שהשר צריך לעבור בכדי למנוע ממון. במקרה ויהיה שימוש נדרש לראות האם השימוש במקרה הספציפי ראוי. **ביהמ"ש קובע שהעילה קיימת אבל לא ברור מתי, נראה כי במקרה שלא הופעלה הסמכות אין בשלות למעט חריג כי מדובר בדבר חמור ובלתי הפיך (לדוג' עונש פלילי).**

**בג"ץ איגוד שוק ההון נ' מ"י** – חוק שיצר מנגנון אכיפה מנהלית נגד גורמים בשוק ההון, העותרים טענו כי הסנקציות הן קשות ביחוד האיסור על ביטוח בתחום כי יגרום לכך שרק מי שיוכל להרשות לעצמו להיקנס בסנקציות יעבוד בתחום, משכך ישנה פגיעה בחופש העיסוק. **העתירה נדחתה בעילת הבשלות כי החוק לא הופעל**. הביקורת כלפי עילה זו כי משעובר החוק האפקט המצנן חל ולכן אין צורך לחכות לבשלות.

**אורי סבח נ' הכנסת (ועדות קבלה)** דנו בעילה של אי קבלה ליישוב בשל "חוסר התאמה למרקם החברתי". הטענה היית שהתוצאה תהיה קבלה רק לקבוצה מסוימת. הרציונל היה כי השטח שייך למ"י ואנשים פרטיים מחליטים מי יכול לקנותו. **העותרים לא חיכו ליישום החוק ואפילו לא לרישומו**. דעת הרוב דחתה את העתירה בהעדר בשלות ופתחה מבחן לעילה. **גרוניס** מבחן דו שלבי, **א.** האם צריך תשתית עובדתית קונקרטית? ואם כן האם יש אותה? **ב.** טיבה ועוצמתה של הפגיעה שעלולה לקרות ביישום החוק (ניתן לעבור לשלב השני גם אם אין תשתית מספקת. **ג'ובראן (דעת מיעוט)** מכיר שיש מקרים בהם יש חוסר בשלות, עפ"י ג'ובראן אם תהיה פגיעה מהותית בעותר במידה וימתינו לבשלות העתירה יש להכריע בעתירה, גם במקרה שאין תשתית עובדתית. גם לדעת ג'ובראן יש שני שיקולים שהשופט צריך לבצע שני מבחנים. **א.** עוצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט במקרה של דחיה **ב.** האם יש הליך חלופי יעיל יותר. ג'ובראן מסביר כי ביישום יש לקבל את העתירה, במקרים מסוג זה הרבה פעמים הנפגעים לא יעתרו בעתיד כי הם לא יתעמתו אם השלכות החוק. **הנדל** מכיר במקרים בהם יש בשלות חלקית, נדרש לדון במה שאינו דורש תשתית עובדתית ובעתיד במה שדורש. הבשלות החלקית היא חריג לבשלות. במקרה של פיצול צריך לבדוק את מידת ההתאמה של העתירה לפיצול הדיון.

# שלבי הביקורת השיפוטית

לאחר שביהמ"ש קובע כי העתירה עומדת בעילות הסף עוברים לדון בשאלה לגופה. הגישה המקובלת לבחינת טענות של ביקורת שיפוטית חוקתית היא **שלושת השלבים.**

1. **שאלת הפגיעה** – האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוק יסוד.
2. **חוקתיות הפגיעה** – במקרה ועברנו את השלב הראשון בודקים האם היא עומדת בתנאיי פסקת ההגבלה.
3. **תוצאות הפגיעה** – מה הסעד הראוי

שיטת שלושת השלבים אינה מקובלת בעולם. הרציונל שלה הוא לאפשר למשפט החוקתי להיות בהיר. גישה זו מייצגת תפיסת העולם כי זכויות בישראל אינן מוחלטות. שיטה זו מבחינה בין היקף הזכות לבין הפגיעה המותרת בו. גישה זו מאפשרת לביהמ"ש להגדיר את הזכויות בצורה רחבה (שלב ראשון) ובשלב השני לצמצם בבחינת הלגיטימיות של הפגיעה. גישה זו מחלקת את נטל ההוכחה כי בשלב הראשון הנטל על העותר ובשלב השני הנטל על המחוקק.

1. **שאלת הפגיעה**
2. האם קיימת זכות – העותר נדרש להוכיח שיש זכות שפגעו בה.
3. האם היא מעוגנת בחוק יסוד – ישנם מקרים בהם הזכות הוכרה בפסיקה אך אינה מופיע בחוק יסוד. רק זכות חוקתית ניתן לבטל חוק.
4. מה הקיפה של הזכות – ברגע שמדובר בזכות חוקתית נדרש לשאול מה היקפה.
5. האם החוק פוגע בזכות – נטל על העותרים להראות שחוק באמת פוגע בזכות

**בג"ץ עדאלה נ' שר הפנים (סוגית איחוד משפחות)** בשל האינתיפאדה המדינה מנעה איחוד משפחות. העותרים טענו כי מדובר בפגיעה בשוויון ופגיעה בזכות לחיי משפחה. **ברק** הזכות לחיי משפחה היא זכות נגזרת מהזכות לכבוד. מבחינת היקף הזכות היא לא רק להתחתן ולהביא ילדים אלא גם לחיות יחד. ברק אומר כי יש פגיעה כי מאלצים את בן הזוג הישראלי או להגר או לוותר על חיים עם בני הזוג. השופטים מסכימים לניתוח של ברק אך חולקים על התוצאה **חשין** מסכים כי הזכות לחיי משפחה גזורה מהזכות לכבוד והיא חוקתית.ברם, היקף הזכות היא רק בין אזרחים או תושבים לבין עצמם. הזכות כוללת את הזכות להתחתן עם אזרח זר, אבל לא כוללת את הזכות לממשה בארץ. לחלופין הוא אומר כי גם אם קיימת זכות להכרה באזרחים זרים היא אינה רלוונטית לעניין רשויות עוינות. **פס"ד זה מדגים את הויכוח בין חשין לברק עפ"י ברק יש להרחיב בניתוח השלב הראשון מנגד חשין טוען כי יש לאזן כבר מהשלב הראשון, הגישה שהתקבלה היא גישת ברק, אך קיימים מקרים כי התביעה נדחתה בשלב הראשון.**

**בג"ץ אדם טבע ודין נ' רוה"מ** – לא התקבלה הטענה כי ניתן לגזור את הזכות לאיכות סביבה מכבוד האדם, משכך היא אינה חוקתית. **בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי** – עתירה כנגד קיצוץ קצבאות לגמלאים. ביהמ"ש מכיר כי חלק מהזכות לכבוד היא הזכות לקיום בכבוד, חרף זו הוא אומר כי העותר לא הוכיח כי במקרה דנן לא יהיה קיום בכבוד. **בג"ץ מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות** חוק האוסר על הצבת מכונות לממכר סיגריות. העותרים טענו כי מדובר בפגיעה בזכות לקניין. **גרוניס** מדובר בהרחבה של הזכות לקניין, הסיבה לכך היא כי לא מדובר בפגיעה בזכות לקניין גרידא, אלא רק בירידת ערך של המכונות כי העותרים לא הראו כי לא ניתן למכור במכונות מוצרים אחרים. **הנשיא גרוניס טוען כי האיזונים נעשים בשני השלבים בזהה לחשין**. **בג"ץ שטנגר נ' הכנסת** חוק הקובע כי ניתן להגיש ערר אחד בזכות לגבי מעצר בניגוד לשניים שהיה מקובל עד עכשיו. העותר טען כי מדובר בפגיעה בזכות לחירות. גרוניס טוען כי קיימת זכות אך מבחינת ההיקף לא מגיע איתה הזכות לערר שני בזכות.

1. **חוקתיות הפגיעה** **(פסקת ההגבלה)** – נועד לשני מצבים אחד להסביר איך ניתן לפגוע בזכות, השניה להורות לכנסת כי לא ניתן לפגוע בזכות כרצונה אלא תוך עמידה בתנאיי פסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה היא הכלי המרכזי לבדוק האם הפגיעה היא מותרת, היא מתבססת על תנאים מצטברים.
2. בחוק או לפי חוק מכוח הסכמה מפורשת בו (דרישת החוקיות).
3. החוק צריך להלום את ערכיה של מ"י.
4. החוק צרך להיות לתכלית ראויה.
5. במידה שאינה עולה על הנדרש (דרישת המידתיות)

**בחוק או מכוח הסמכה מפורשת** – הרשות המבצעת יכולה להסתמך על חוק המסמיך אותה ולא חייב חוק. הרציונל הוא "עקרון חוקיות המינהל", בנוסף הליך חקיקה הוא איטי ומלא ביקורת, כמו כן הרשות המחוקקת היא המייצגת את העם. חוק הוא חוק שהתקבל ברשומות אחרי קריאה שלישית. קיימת גישה כי הדרישה לפגיעה עפ"י חוק מחייבת גם עמידה בדרישות נוספות: פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והעדר שרירותיות.

לרוב מפרשים חוק כחוק של הכנסת, ברק בכתיבה אקדמית: חוק יכול להיות גם הלכה פסוקה. עפ"י גישת ברק מותר לביהמ"ש לפגוע בזכויות, החיסרון הוא שגישה זו סותרת את משמעות המילה דין. **בג"ץ המפקד הלאומי נ' היועמ"ש** – האם הגבלה על פרסומות בחקיקה משנית עומדת בתנאיי פסקת ההגבלה לעניין פגיעה בחופש הביטוי. **בייניש** מונה מספר שיקולים לבדיקה, מידת המפורשות – ככל שהזכות חשובה יותר ומידת הפגיעה בה גדולה יותר כך ההסמכה צריכה להיות מפורשת יותר. לדעת בייניש במקרה דנן הממשלה הוסמכה לאסור פרסומות אבל כיוון ומדובר בהסמכה לפגיעה בחופש הביטוי נדרש כי תהיה בהירה יותר. **נאור** ההסמכה שניתנה מספיקה.

**הלימת ערכיה של מ"י** – הערכים הם יהודית ודמוקרטית, השאלה מה היקפו של כל ערך? **בג"ץ גלאון נ' היועמ"ש – אדמונד לוי** קובע כי בנושא איחוד משפחות החוק המונע את איחודן פוגע בערכיה, השופטים האחרים שהסכימו אם התוצאה אמרו בפירוש כי הם מסתייגים מחלק זה. עפ"י לוי ההגדרה **יהודית** היא לאפשר לעם היהודי להגדיר את עצמו ככזה ולהגן על עצמו. כמו כן זה כולל תפיסות יסוד כמו שפה עברית, ציונות. ההגדרה **דמוקרטית** שילוב של דמוקרטיה פורמאלית בבחירת נציגים ודמוקרטיה מהותית בערכי יסוד של כבוד האדם והגנה על מיעוטים.

למעט לוי בגלאון ביהמ"ש נמנע מלהתמודד עם רכיב זה כי הוא מחייב את השופטים לדון בשאלות שהן פוליטיות באופיין שאלות, משכך הרכיב למעט את מתה.

**תכלית ראויה** – נדרש לענות על **שתי שאלות**. מה תכלית החוק? מה היא תכלית ראויה? **תכלית החוק** – לפעמים יש ס' מטרה לחוק, לפעמים נלמד מהדיונים שקדמו לחקיקה ולפעמים קשה להגיד. **בג"ץ איחוד משפחות** העלו שני טיעונים הראשון דמוגרפי והשני ביטחוני. התכלית המוצהרת היתה הביטחונית. דוג' נוספת היא העלאת אחוז החסימה, התכלית המוצהרת היתה משילות אך בפועל המטרה היתה למנוע מפלגות ערביות. ביהמ"ש לרוב יקבל את התכלית שהמדינה מציגה. במקרה ויש כמה ביהמ"ש ינסה להבין מהי התכלית הדומיננטית ויפסוק לפיה. **תכלית ראויה** – תענה להגדרה זו כאשר היא נועדה לקדם זכויות אדם, להגשים מטרה חברתית חשובה. עוצמת האינטרס צריכה להיות מאוזנת ביחס לפגיעה בזכות. **הרף בפועל הוא נמוך אך צריך לזכור כי שיקולים אלו דומים למבחני המידתיות ולכן נעשים שם.**

**במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות)** – ההתמקדות היא באמצעי בו בוחר המחוקק לביצוע התכלית. **לרוב הניתוח החוקתי מתמקד בחלק זה**. יש שלושה מבחני משנה לצורך זה.

1. **מבחן ההתאמה** – האם האמצעי שנבחר מתאים לקידום המטרה. לא נדרש התאמה מוחלטת אך אסור כי זה יהיה סיכוי קלוש ותיאורטי. נדרש להראות כי החקיקה לא שרירותית ומתבססת על מקרים רציונליים. גם כאן ההתאמה תלויה בזכות הנפגעת והיקפה לבין הפגיעה. **חוק טל** בהתחלה החוק מובא ולא נפסל בטענה כי הוא חשוד אך לא ידוע איך הוא ישפיע, לאחר מס' שנים מגיעים עם מספרים מדויקים והחוק נפסל. **סוגיית המסתננים** כליאה של 1800 מסתננים כדי ליצור הרתעה ל50000 היא לא יעילה, למרות שהתכלית היא ראויה.
2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** – מדמיינים סולם המוביל למדף עליו נמצאת התכלית השלב הנמוך ביותר הוא האמצעי שפוגע פחות. כאשר מצליחים לממש את התכלית לא ניתן לטפס עוד על הסולם. המטרה היא לעצור בפגיעה הפחותה ביותר ועדיין להגיע לתכלית. ביהמ"ש נמנע להורות למדינה על כלי חלופי. בפועל אם העותר שכנע את ביהמ"ש כי ניתן להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה המדינה מתקנת את החוק בתיקונים מזעריים ולא מחליפה אמצעי. המדינה יכולה לטעון כי התכלית המושגת נעשית עם כמות משאבים מסוימת. כמו כן ניתן לטעון, כי הפתרון לא נותן 100% השגה של היעד. נשאלת השאלה האם צריך 100%.
3. **מבחן היחס הראוי (מידתיות במובן הצר)** – איזון בין התועלת שתושג לבין הנזק שיגרם לזכות. פה נכנס הכי הרבה שק"ד של ביהמ"ש משכך מבחן זה הוא החשוף ביותר לביקורת. הדבר נעשה תוך בחינת המשפט הישראלי והבנה איך הוא מדרג זכויות ואינטרסים. לעיתים ניתן לבחון מעין **מידתיות יחסית** מה התועלת השולית שמביא החוק הנוכחי אל מול חלופה פחות פוגענית. ככל שההפחתה קטנה התועלת מביאה לפגיעה הרבה יותר גדולה בזכות אז צריך לתקן את החוק. **פס"ד בית שוריק** התוואי שבחרה המדינה לגדר הוא האידאלי אך איכותו תפגע במעט במקרה של הזזה שתעזור לתושבים.

**שאלת הסעד** – בעבר חוק לא חוקתי בטל, כיום יש גם בטלות יחסית, השעיית הכרזת הבטלות ובטלות מכאן ואילך

# זכויות חוקתיות

## מבוא

**רקע** – תפיסה ההופכת דמוקרטיה לדמוקרטיה חוקתית. עד 92 היו זכויות אדם אך הן היו יציר הפסיקה. ב92 חוקקו כבוד האדם וחופש העיסוק. רוב החוקות בעולם מורכבות משני חלקים, החלק המוסדי והחלק של הזכויות.

**מהי זכות?** המשפט מכיר באינטרס של הפרט כזכאי הגנה. מול זכות תמיד תהיה חובה של משהו אחר לא לפעול או לפעול. פגיעה בזכות חוקתית מבטל חוק ופגיעה בזכות לא חוקתית אינה מבטלת. ישנה חלוקה בין זכות שלילית לחיובית. **זכות שלילית** – המדינה לא תמנע לפעול ע"מ לממש זכות. **זכות חיובית** – המדינה תפעל באופן אקטיבי כדי לממש חוק. בעבר טענו כי זכות שלילית היא בסיסית יותר אך בפועל כיום מבינים שיש זכויות שליליות שמחייבות את המדינה לפעול. על רקע זה פיתח ברק את **הטרילוגיה החוקתית** המנתחת את זכויות הפרט למול המדינה בשלושה היבטים.

1. **הזכות להוקרה** – רשויות השלטון צריכות להימנע ככל הניתן מפגיעה בזכויות **"ההיבט השלילי"**. **(ס' 2 לחו"י כבוד האדם)**
2. **הזכות להגשמה** – הרשויות צריכות ליצור את התשתית להגשים את הזכות **ס' 4 לחו"י כבוד האדם**. בפסיקה נקבע כי חובה זו היא לפחות כלפי הזכויות המניות **בס' 4**. במקום בו החוק קובע זכות חיובית המדינה מחויבת להעניק אותה.
3. **הזכות להגנה** – מורכב גם מהיבט שלילי של הימנעות מפגיעה וגם מהיבט חיובי על המדינה להגן מפני צדדי ג'. עפ"י ברק בכתיבה אקדמית הזכות להגנה חלה גם על זכויות שאינן חלק מס' 4. **בג"ץ אדוארדו נ' שר הביטחון** האם קיימת חובה למגן כיתות לימוד בעוטף עזה. המדינה לא חלקה על חובתה להגן אך טענה שעשתה זאת בדרך אחרת שהיא פחות אפקטיבית, לכן תקפו את סבירות האמצעים שהיא נקטה. בג"ץ חייב את המדינה למגן כי קיימת חובה ללכת לבי"ס וכי המדינה הודתה כי קיימת חובה להגן והוכח כי ההגנה שנעשתה אינה סבירה. **מכיר שמותר לשקול שיקולים תקציביים לעניין הגנה על ביטחון**. **בג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל** המשטרה צריכה להגן על מפגינים מפני צדדי ג' עוינים.

**זכויות אדם אל מול זכויות אזרח** – זכיות אדם מוענקות לכל אדם באשר הוא אדם, זכויות אזרח כשמן מוענקות רק לאזרחים. לדוג' שב"ח המדינה חייבת לכבד את זכויות האדם שלו אבל לא את זכויות האזרח.

**זכויות אזרחיות פוליטיות למול זכויות חברתיות כלכליות** – לראשונה היו זכויות פוליטיות ולאחר מכן נולדו הזכויות הכלכליות. בעבר היו מקובל להגיד כי הזכויות הפוליטיות שליליות ואילו הכלכליות חיוביות. בייניש אומרת כי לכל זכות יש היבטים כאלה וכאלה. ביהמ"ש מתערב יותר בזכויות פוליטיות ופחות בכלכליות, הסיבה לכך היא שזכויות כלכליות הן הרבה פעמיים פוליטיות כי הן מתקשרות לשאלה כמה המדינה קפיטליסטית או סוציאליסטית.

## כבוד האדם

כבוד האדם הוא אחד הזכויות המרכזיות במשפט הישראלי. ההיבט השלילי מופיע ב**ס' 2 לחו"י**, בעוד ההיבט החיובי מופיע ב**ס' 4 לחו"י**. קיימים מספר פרושים מהו כבוד האדם.

**כבוד האדם במובן של איסור השפלה או ביזוי** – המשמעות הבסיסית ומצמצמת של כבוד האדם. **בג"ץ קטלן נ' שב"ס** שימוש באמצעי פולשניים למניעת הברחה של סמים. בג"ץ קבע כי אין זה מכבד את כבוד האדם. ברטוריקה ניכר שחו"י כבוד האדם משמש בסיס לזכויות נוספת. **ע"א שפר נ' מ"י** המתות חסד, כבוד האדם כולל בתוכו לכבד את צלם האלוהים שבאדם. נקבע כי יש מקרים שלא נכללים בכבוד האדם כמו העלבה אזוטרית של אדם רם דרג.

**כבוד האדם במובן הקאנטיאני, ראיית האדם כמטרה ולא כאמצעי** – האדם הוא תכלית ולא אמצעי, משכך שימוש באדם כאמצעי מביאה להשפלתו וביזויו. **דנ"פ פלונם נ' שר הביטחון (בג"ץ קלפי המיקוח)** – חטיפת אזרחים לבנונים לצורך ניהול מו"מ בתמורה לשבויים. ביהמ"ש קבע כי לא ראוי להחזיק אדם כאמצעי. לפיכך אין להחזיק אדם במעצר מנהלי אם אינו מהווה סיכון ממשי למדינה. **בג"ץ המרכז למשפט ועסקים נ' שר האוצר (הפרטת בתי הסוהר)** – כליאה בידי גורם פרטי הופך את האסיר כאמצעי להפקת רווחים, בשל כך ההפרטה עצמה מהווה פגיעה באסירים. מדובר בעניין אובייקטיבי ולא סובייקטיבי כך שגם אין ביזוי בפועל הדבר אסור.

**כבוד האדם במובן של אוטונומיה** – **ע"א דעקא נ' בי"ח כרמל** פגיעה באוטונומיה של מטופלת ללא בקשת רשות. ביהמ"ש מכיר בנזק של פגיעה באוטונומיה **השופט אור דן** פגיעה באוטונומיה נגזרת מכבוד האדם ויכולה להביא לפגיעה בזכויות נוספות. **בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (חוק טל),** דחייה מפורשת של הפרשנות הצרה כי כבוד האדם קשור רק לפגיעה וביזוי. **ביסוד כבוד האדם מצויה האוטונומיה שלו וזכות הבחירה שלו.** הזכות לאוטונומיה יוצרת אתגר כי היא רחבה וניתן לומר אותה כמעט על כל דבר.

**כבוד האדם כמקור לזכויות נוספות** – ביהמ"ש גוזר זכויות מכבוד האדם.

1. הגישה המצמצמת – כבוד האדם הוא זכות שמטרתה היא למנוע השפלה וביזוי ואינו מהווה בסיס לזכויות אחרות **(הפסיקה כיום לא תומכת בגישה זו)**.
2. גישת ביניים (דורנר באליס מילר) – לא ניתן להכיר בזכות מלאה לשוויון, ברם, במקרים בהם אי שוויון מביא להשפלה יש להכיר מכוח חו"י כבוד האדם. מקרים אלו הם אפליה על רקע מין או גזע. ברק חושב שזו הגישה המצמצמת כי הוא לא מכיר בכבוד האדם רק כזכות למנוע ביזוי והשפלה.
3. הגישה המרחיבה (מקור לכל זכות) – עפ"י גישה זו כלל הזכויות נכנסות לכבוד האדם. הרעיון אינו מופרך ויש כתיבה תיאורטית בעניין. הבעיה בגישה זו היא כי החוק מונה במפורש את הזכויות ולא מציין שהן נובעות מהכבוד. **גישת ברק** רק זכות שהיא בקשר הדוק לאחד ההיבטים בכבוד האדם יכולה להיות תחת כבוד האדם.

## שוויון

שוויון הוכר בפסיקה לפני הרבה שנים, זכות זו לא עוגנה במפורש בפסיקה. הזכות מחייבת את המדינה לא להפלות, למרות כי הרעיון הוא אינטואיטיבי מדובר בזכות מורכבת. השאלה האם יש פגיעה או לא מתחילה במתי אפליה היא אינה כדין.

הזכות לשוויון לא נכללה בכוונה. יש מי שטוען כי מדובר בהסדר שלילי. יש מי שטוען כי הזכות מעוגנת חו"י כבוד האדם וחירותו והוכרה ע"י ביהמ"ש.

גישות שונות של ביהמ"ש בזכות לשוויון: **דורנר באליס מילר** ניתן להשתמש בזכות לשוויון רק אם היא משפילה או מבזה. **ברק בגיוס בחורי ישיבות** ניתן להפעיל את הזכות לשוויון גם כשהיא נוגעת בעוד היבטים הקשורים לאדם כגון, אוטונומי וקנטיאני. ברק עדיין מחייב הוכחה כי יש קשור הדוק לזכות לכבוד.

**שוויון פורמאלי מול שוויון מהותי** – שוויון פורמאלי יחס שווה לכל. שוויון מהותי יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. משתמשים בשוויון מהותי כאשר יש שוני רלוונטי.

**מבחן השוני הרלוונטי** – מסתכלים מה התכלית של הנורמה הרלוונטית ובודקים עפ"י התכלית האם מדובר בשוני רלוונטי או לאו. **המבחן קשור להאם יש פגיעה בזכות**. **בג"ץ יקותיאל נ' שר הדתות** אברכים מקבלים תמיכה כספית בעוד סטודנטים הלומדים באוניברסיטה לימודי דת לא נתמכים כלכלית. **דורנר** יש שוני בין הקבוצות, משכך בוחנים את תכלית החוק, התמיכה באברכים מטרתה תמיכה חברתית כלכלית. **אדמונד לוי (דעת מיעוט)** יש שוני רלוונטי כי מדובר בקבוצת מיעוט שבחרה אורח חיים ספציפי. **דורנר באליס מילר** גם במקרים בהם יש שוני רלוונטי עדיין נדרש להמשיך בניתוח החוקתי ממספר סיבות: **א.** שוני רלוונטי עדיין יכול לפגוע בשוויון ודרך כך בכבוד האדם. **ב.** התבססות על דעות קדומות לעניין השוני. **ג.** גישת השוני הרלוונטי מסתכלת רק על השוני ולא בודקת אם האיזון נכון.

**אפליה ישירה לעומת אפליה תוצאתית: אפליה ישירה** – מקרה בו החוק מבדיל במפורש בין קבוצות, גם מקרים בהם החוק מנוסח באופן ניטרלי לכאורה. **אפליה תוצאתית** – גם אם החוק הוא ניטרלי ולא נועד לאפלות יכול להיות שהוא מפלה בפועל. **בג"ץ עדאלה נ' שר הפנים**, לכאורה חוק איחוד משפחות הוא ניטרלי. אך בפועל מי שלא יכל להכניס את בנות זוג לארץ זה ערבים. **ברק** קובע כי התוצאה בפועל מצביע על אפליה תוצאתית. **הפסיקה בישראל מכירה גם באפליה תוצאתית. בג"ץ ועדת המעקב לענייני ערבים נ' רוה"מ** אזורי העדיפות שהוגדרו בחוק לכאורה היו עפ"י קריטריונים ניטראליים, אך רק 4 יישובים מתוך 500 היו ערבים. בימה"ש קבע כי מדובר באפליה תוצאתית.

**סיכום** - **ראשית** יש לבחון האם החוק נותן יחס שונה לקבוצות שונות. לפעמים היחס השונה יהיה מפורש ולפעמים צריך יהיה לבחון את התוצאה ולהבין האם בפועל החוק מוביל ליחס שונה לקבוצות שונות. **בשלב השני** צריך לבחון האם יש שוני רלוונטי. אם יש שוני רלוונטי, בעקרון אין פגיעה בשוויון. חריג לכך הוא גישת דורנר לפיה גם אם יש שוני רלוונטי ייתכן שמדובר בפגיעה בשוויון ולכן יש להמשיך בניתוח החוקתי.

## חופש העיסוק

קיימים מספר מאפיינים ייחודיים

1. שריון פורמאלי/פרוצדוראלי – אין לשנות למעט בחוק יסוד וברוב בכנסת.
2. העדר שמירת דינים
3. זכות אדם או זכות אזרח – מכוח חוק היסוד מדובר בזכות אזרח, מכוח הפסיקה מדובר בזכות אדם. רלוונטי למדרג נורמטיבי של ביטל חוק למשל.
4. פסקת התגברות – מדובר במסלול עוקף פסקת הגבלה בתנאים הבאים. **א.** רוב בכנסת. **ב.** יאמר במפורש כי החוק נחקק על אף האמור בחו"י חופש העיסוק. **ג.** אם עבר החוק בשני התנאים הראשוניים תוקפו יהיה 4 שנים לכל היותר. **נכון להיום נעשה שימוש פעם אחת בפסקת ההתגברות בפרשת יבוא חזיר.**

**בג"ץ מיטראל נ' הכנסת** – החלטת ממשלה על הגבלת יבוא בשר חזיר. **השופט אור** טוען כי חוק יסוד חופש העיסוק לא מאפשר מהלך זה. כתוצאה חוקקה פסקת ההתגברות ועבר חוק המגביל יבוא בשר חזיר. לאחר מכן טענו העותרים כי החוק עדיין פוגע בזכויות הקשורות בכבוד האדם. נשאלה השאלה מה דינו של חוק העומד בפסק ההתגברות אך יש חוקי יסוד אחרים הסותרים אותו. **ברק** קובע שלושה תנאי מצטברים שבמקרה והחוק עומד בסתירה מאשרים אותו.

1. הפגיעה בזכויות האחרות הינה תוצאת לוואי של הפגיעה המתכוננת בזכות.
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית והפגיעות האחרות הן משניות.
3. הפגיעה בזכויות האחרות אינה ממשית.

**היקף הזכות –** ס' 3 בחוק לא עונה על השאלה. **בג"ץ מנחם נ' שר התחבורה בייניש** עיסוק בהיקפו של חוק כולל שני דברים. **א.** פעילות מתמשכת לא עיסוק חד פעמי או ארעי. **ב.** העיסוק הוא בסיס לחיים לא חובה כי זה יהיה הבסיס היחידי.

**האם כל עיסוק לרבות עיסוקים שליליים** – האם חוקים שאוסרים על עיסוק כמו רוצח שכיר שמעמדם הנורמטיבי נמוך משל חוק היסוד בטלים? גם עיסוק שאינו יצרני או תורם לחברה נחשב בחופש העיסוק. עיסוק אסור, גם הוא יכול להיכלל תחת חופש העיסוק לכן גם איסור פלילי צריך לעמוד בתנאי פסקת הגבלה או התגברות. בספרות יש דעות שנדרש לבחון האם לעיסוק יש תועלת או אם הוא מזיק.

**חופש העיסוק כחופש התחרות** – חופש העיסוק כולל גם את התחרות השווה במקצוע. לכם אסור למדינה להתערב בתחרות של מקצוע מסוים. **בג"ץ רשת חברת הפקות נ' ממשלת ישראל** המקרה עידוד ערוץ עשר כערוץ חדש ע"י כל מיני הקלות לעומת הערוצים האחרים. הטענה היתה כי ערוץ עשר מקבל יתרון גדול מדי. ביהמ"ש קבע שאסור להפלות בתחרות אבל אישר במקרה זה כי מטרת העידוד היא ליצור תחרות בעתיד ובלעדי העידוד יהיה קושי בליצור תחרות.

**סוגי הפגיעה בחופש העיסוק** – שלילת העיסוק באופן טבעי חמורה יותר, מגבלה על מימוש העיסוק ולכן יש לתת לה פחות משקל למעט אם ההגבלה היא מוגזמת. **בג"ץ מפיצי הסגריות** אם העיסוק היה מוגדר באופן ספציפי כמפיצי סיגריות ממכונות היתה הגבלה מלאה על חופש העיסוק, מנגד העיסוק שהוא הפצת סיגריות אינו נאסר ולכן זה רק צמצום המימוש. **גרוניס** העותרים עצמם אינם מציגים את עצמם כמפיצי סיגריות רק ממכונות ולכן אין פגיעה.

## חופש הביטוי

בין הזכויות החשובות ביותר הוכר בקול העם. ביהמ"ש העניק לה מעמד חוקתי דרך כבוד האדם. **הרציונאלים לחוק**: **א.** גילוי אמת. **ב.** דמוקרטיה **ג.** האוטונומיה של הפרט. **ד.** הוצאת קיטור. חשיבות הרציונליים היא כי לא מדובר בזכות חקוקה הרציונלי מדגישים את גודל ההכרה בזכות.

**המעמד החוקתי של חופש הביטוי** – **ברק בבג"ץ מטה הרוב נ' המשטרה** – חופש הביטוי הוא זכות חוקתית כאשר הרציונל קשור לכבוד האדם. לרוב יוכר בהקשר של אוטונומיה אך ניתן גם בהקשרים אחרים. **ריבלין בפרשת אילנה דיין** – באמירות אגב, חופש הביטוי הוא במעמד חוקתי על חוקי. **בג"ץ אורי אבנרי נ' הכנסת** – חוק החרם מטיל סנקציה על מי שקורא לחרם יחויב בפיצוי ללא הוכחת נזק לניזוק. ביהמ"ש אישר את החוק אך פסל את הס' כי אינו מידתי.

**היקף הזכות** – גישה ראשונה, היקף הזכות רחב מאוד ואין להגבילו גם בלשון הרע וכו'. בפועל לא בודקים את תוכן הביטוי או תוצאותיו.

**מידת ההגנה על חופש הביטוי – מבחני איזון:** מידת ההגנה על ביטוי תשתנה בהתאם לאופי הביטול ולנסיבות. **א.** אופיו של הביטוי – ביטוי פוליטי מקבל הגנה, גם חופש ספרות מקבל הגנה רחבה יחסית. ביטוי מסחרי יזכה להגנה פחותה. ככל שהביטוי מיצג בצורה חזקה את הרציונליים הוא יזכה להגנה חזקה יותר. **ב.** סוג המגבלה – איסור מראש על ביטוי מסוים נתפס כחמור יותר מאיסור בדיעבד. ישנו הבדל גם בין מגבלה ניטראלית למגבלה על התוכן.