נושא: **מבוא**

**הקדמה**

1. **הגדרה**
   1. משפט חוקתי הוא תחום המשפט שמסדיר את מבנה מוסדות השלטון, הכוחות והסמכויות שלהם וכן את היחסים בינם לבין עצמם ובינם לבין הפרט.
   2. בניגוד לתחומי המשפט הפרטי, שבאופן קלאסי עוסקים ביחסים בין פרטים, במשפט החוקתי עוסקים בעיקר ביחסים שבין המדינה ומוסדותיה לבין הפרט.
2. **הנחות יסוד למשפט החוקתי**
   1. פיצול בין הריבון במדינה לבין השלטון
      1. בעבר הריבון היה המלך והתושבים היו נתינים, הם היו נתונים למרותו. הדמוקרטיה חוללה מהפיכה במדינות והפכה את העם לריבון במדינה.
      2. הפיצול בין הריבון לבין השלטון נובע מבעיית הנציג – לכל אחד יש אינטרסים אישיים ולכן לא תמיד אנשים פרטניים יפעלו לטובת האינטרס הציבורי.
   2. שלטון מוגבל – בהסתכלות על דיקטטורות או על שלטון מלוכני, ניכר כי השלטון אינו מוגבל כלל. המעבר לתפישה חוקתית אומר שהשלטון הוא מוגבל, ולא יכול לעשות מה שהוא רוצה. צריך להגביל את השלטון ע"מ להגן על העם.
3. כדי לממש את ההנחות הללו ולהגן עליהן, התפתחו שני היבטים מרכזיים במשפט החוקתי:
   1. ההיבט המוסדי – הפרדת רשויות, איזונים ובלמים. מאחר שהעם הוא הריבון וצריך להגביל את השלטון, יש לבזר את הכוח. מעבר לכך, כל רשות יכולה לבקר ולהגביל את האחרת ע"מ ליצור איזון.
   2. זכויות חוקתיות – יש דברים שאפילו השלטון לא יכול לעשות, יש לעם זכויות שלא ניתן לפגוע בהן. השלטון צריך לכבד את הזכויות החוקתיות של העם. קיימים תנאים מאוד מסוימים בהם ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות, והכל תלוי באיזון בין האינטרס הציבורי לבין הגנה על זכויות של הפרט.

**חוקה בישראל**

1. ברוב המדינות השאלה האם יש חוקה או לא היא שאלה פשוטה של כן ולא. בארץ אין תשובה חד משמעית, וכל פעם שהשאלה תעלה תהיינה מספר תשובות שונות (יש חוקה מחולקת לחוקי יסוד, אין חוקה, יש תכנון לחוקה בעתיד וכדו').
2. ע"מ להבין האם קיימת חוקה או לא יש שני נושאים שיש להבין אותם:
   1. איך מגדירים חוקה?
   2. ההיסטוריה החוקתית של ישראל.
3. **מהי חוקה**
   1. הגדרה מינימליסטית – צירוף הכללים או העקרונות הבסיסיים אשר עליהם מושתתת המדינה. בהגדרה המינימאלית ביותר, מדובר על כללים ועקרונות שקובעים את מוסדות השלטון ומסדירים את פעולתם.
   2. לפי הגדרה זו, לכל מדינה יש חוקה. למעשה זה בלתי נמנע, מאחר שלא ניתן להיות מדינה ללא הכללים הבסיסיים הללו. כמו כן, חשוב לשים לב שההגדרה לא מחייבת מסמך כתוב שנקרא "חוקה".
   3. קיימת הבחנה מרכזית בספרות בין חוקה פורמאלית לבין חוקה מהותית:
      1. חוקה פורמאלית – מסמך רשמי.
      2. חוקה מהותית (מטריאלית) – חוקה שיש בה את התוכן של ההסדרים החוקתיים, אך הוא אינו מרוכז במסמך (דוגמת אנגליה).
      3. בד"כ כשמדברים על חוקה, מתייחסים לחוקה הפורמאלית.
   4. מאפיינים נוספים של חוקה
      1. מאפיינים אלו הם לא חלק מההגדרה המינימאלית, אך כיום כשמדברים על חוקות ישנם מאפיינים נוספים (לא הכרחיים אבל מרכזיים).
      2. *תוכן* – כיום בד"כ כשמדברים על התוכן החוקתי ומה מצפים לראות בחוקה פורמאלית, לצד ההיבט המוסדי יש גם את עניין זכויות האדם. החוקה האמריקאית היא דוגמה קלאסית – תחילה היה בה רק את ההיבט המוסדי, אולם בהמשך התקבלה מגילת זכויות האדם בעשרת התיקונים הראשונים. לעיתים מתווסף דבר נוסף בהיבט התוכן והוא הגדרת אופי המדינה (ערכי היסוד. לדוג' – הגדרת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).
      3. *נוקשות* – כמה קל לשנות או לבטל את החוקה. לפי תפיסה זו, כדי לשנות את החוקה או לגרוע ממנה בכל דרך שהיא, נדרשת פרוצדורה מיוחדת שהיא שונה ולעיתים תובענית יותר מהליכי חקיקה אחרים. מאפיין זה מקנה יציבות לחוקה מצד אחד ומצד שני את הפתח לשינוי (שלעיתים נדרש מאחר שהנורמות משתנות עם השנים). בנוסף, נוקשות עוזרת להגביל את השלטון ואת היקף היכולת שלו לשנות סדרים במדינה.
      4. *עליונות* – לחוקה מעמד עליון בשיטה המשפטית, מהבחינה שהיא נהנית מעליונות ע"פ חקיקה רגילה של הפרלמנט או כל חקיקה אחרת (פירמידת הנורמות של קלזן – חוקה🡨חקיקה ראשית🡨חקיקה משנית🡨החלטות והנחיות מנהליות). העליונות הנורמטיבית מקבלת קדימות על כללים כמו ספציפי גובר על כללי ומאוחר גובר על מוקדם. בנוסף, החוקה היא מקור התוקף לכל הנורמות האחרות. לגבי כל נורמה שקיימת בדרגות שנמצאות מתחת לחוקה ניתן לבדוק את מקור הסמכות שלה ובסופו של דבר נגיע לחוקה. המדרג של הנורמות רלוונטי גם לכמה כל נורמה נפוצה (יהיו יותר חוקי משנה מאשר חוקים ראשיים, יהיו יותר חוקים ראשיים מאשר חוקים חוקתיים). במקביל לפירמידת הנורמות ניתן לבחון גם פירמידה נוספת – פירמידת המוסדות (המוסד המכונן🡨הרשות המחוקקת🡨הרשות המבצעת🡨המנהל הציבורי).
   5. היבטי החוקה בישראל
      1. נראה שמבחינה מטריאלית קיימת חוקה בישראל. מבחינה פורמאלית, אמנם אין מסמך רשמי מרוכז, אולם יש חוקי יסוד בעלי מאפיין פורמאלי שמאחד אותם.
      2. מבחינת התוכן החוקתי, יש את ההיבט המוסדי וכן את היבט הזכויות (כבוד האדם וחירותו, העיסוק וכו'). לגבי היבט מאפייני המדינה, יש בחוקי היסוד הגדרה מפורשת לאופי המדינה (יהודית ודמוקרטית).
      3. מבחינת נוקשות, בחלק מחוקי היסוד יש נוקשות יחסית קלה (אין פרוצדורה נפרדת להעברת חוק יסוד, ולעיתים אין פרוצדורה נפרדת לביטול החוקים). עם זאת, יש חוקי יסוד מסוימים בהם נדרש רוב מסוים.
      4. מבחינת העליונות, לא כתוב במפורש בחוקי היסוד שהם עליונים, אבל בשורה התחתונה התפיסה החוקתית בבתי המשפט כיום היא שחוקי היסוד עליונים.

**ההיסטוריה החוקתית של ישראל** – **קום המדינה עד 92'**

1. ניתן לחלק את הדיון לשתי תקופות – קום המדינה עד 92' ומ-92' ואילך. ב-1992 חוקקו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק.
2. **התפתחות חקיקתית**
   1. בהכרזת העצמאות נקבע שיהיו בחירות לאספה מכוננת שתאמץ חוקה. כמו כן, נקבע שהחוקה תתקבל כעבור ארבעה חודשים מהכרזת העצמאות. בנוסף, בהחלטת כ"ט בנובמבר אחת הדרישות למדינות שיקומו הייתה שתהיה חוקה. היו בחירות לאספה המכוננת, אבל מאוד מהר היא קיבלה את הסמכויות של מועצת המדינה הזמנית. מהלך זה הוביל לכך שהאספה המכוננת נהייתה גם הסמכות המכוננת וגם הסמכות המחוקקת. אסיפה זו הכריזה על עצמה ככנסת. מכאן שהכנסת הראשונה נבחרה לכונן חוקה וקיבלה סמכות להיות רשות מחוקקת. הכנסת הראשונה לא העבירה חוקה בשל סיבות שונות (מלחמת העצמאות, קשיי הקמת המדינה, התנגדות של בן גוריון). הכנסת הראשונה העבירה את הסמכות שלה לקבוע חוקה לכנסת השנייה ולכנסות שאחריה. מהלך זה יצר ויכוח האם אכן יש לכנסות הבאות סמכות לכונן חוקה או שהיא הייתה רק אצל הכנסת הראשונה (ברק בדעת רוב טען שהסמכות קיימת וחשין בדעת מיעוט סבר שהסמכות הייתה רק אצל הכנסת הראשונה).
   2. החלטת הררי (1950) – החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, שכל אחד מהם הוא חוק יסודי בפני עצמו. כל החוקים יחדיו יתאגדו לחוקת המדינה.
   3. ניתן להבין שחוקי היסוד הם חוקתיים מאחר שהם חלק מחוקה, אך מצד שני ניתן להבין שרק כאשר חוקי היסוד יתאגדו לכדי חוקה הם יקבלו מעמד חוקתי. בשל כך יש כאלו שטוענים שהחלטת הררי מטרתה לקדם את הליך קבלת החוקה ויש שטוענים שמטרתה לדחות את הקץ בלי להגיד שלא מקבלים חוקה באופן רשמי.
   4. חוק יסוד הכנסת (1958) – חוק היסוד הראשון שהתקבל. חוק יסוד זה הוא הראשון עד 92' בו יש סעיף שריון (אין לשנות מה שנקבע בסעיף זה אלא ברוב של 61 חברי כנסת).
   5. חוקי היסוד שחוקקו בהמשך עסקו במוסדות המדינה, ולא הגיעו לחוקי יסוד של זכויות אדם. היו ניסיונות במהלך השנים לחוקק חוקים כאלו אך הם לא צלחו.
3. **פסיקת ביהמ"ש**
   1. עקרון ריבונות הפרלמנט – המחוקק הכל-יכול (בג"ץ בצול נ' שר הפנים). בשנים הראשונות המשפט הישראלי הלך בעקבות השיטה האנגלית, לפיה הפרלמנט הוא בראש פירמידת המוסדות ואין כל מגבלה על יכולת החקיקה שלו. מדובר בתפיסה לא חוקתית מאחר שהשלטון הוא בלתי מוגבל. אחרי שהחוק מתקבל בכנסת ביהמ"ש חייב לפעול לפיו ולקבל אותו כמו שהוא.
   2. פיתוח מגילת זכויות אדם בלתי כתובה ע"י ביהמ"ש (בג"ץ בז'רנו נ' שר המשטרה, בג"ץ קול העם נ' שר הפנים):
      1. *פרשת בז'רנו* – המשפט החוקתי התפתח במדינה במידה רבה כמשפט מקובל – מאחר שאין חוקה ואין חוקי יסוד ביהמ"ש קבע את זכויות האדם בפסיקה. ביהמ"ש קובע שישנן זכויות שהן זכויות טבעיות (זכות שלא כתובה בספר אבל נובעת מזכות טבעית של כל אדם. במקרה של בז'רנו – חופש העיסוק). ברגע שנקבע שיש לאדם זכות טבעית, הנטל על המדינה להראות שניתן לשלול זכות זו. כל עוד לא ניתנה סמכות לגוף ממשלתי לשלול זכות, הוא לא יכול לשלול זכות זו (בניגוד לתפיסה הקודמת לפיה ניתן לפגוע בזכות כל עוד אין איסור על כך).
      2. *פרשת קול העם* – דוגמה נוספת נמצאת בפס"ד קול העם, שם סגרו עיתון בשל העמדות שהובעו בו. העיתון עתר לבג"ץ וטען שזו פגיעה בחופש הביטוי. בג"ץ קובע שמאחר שישראל היא דמוקרטיה צריך להיות בה חופש ביטוי, ולכן צריך להסתכל על המקרה בהתחשב בחופש הביטוי. ההבדל בין קול העם לבז'רנו הוא שבקול העם מדובר בשר הפנים, ולכן יש לו סמכות (לכאורה לשר הפנים יש סמכות לסגור עיתון, מכאן שהשאלה היא האם שר הפנים השתמש בסמכות שניתנה לו כראוי). ביהמ"ש קבע שבבחינת הסעיף שמסמיך את שר הפנים לסגור עיתונים צריך להכיר בקיומה של זכות לחופש ביטוי/עיתונות, משמע ביהמ"ש מכיר בזכות, למרות שאין לה בסיס, בנימוק שזה מובן מאליו. ההכרה בזכות במקרה זה לא נבעה מהכרה בזכות טבעית, אלא בהתבסס על העובדה שישראל היא מדינה דמוקרטית (הקביעה שישראל היא דמוקרטיה נובעת מההגדרה של המוסדות שלה, ולא ממקור כתוב כמו מגילת העצמאות). עם זאת, ברור שחופש ביטוי אינו זכות מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין אינטרסים ציבוריים. בשל כך, בג"ץ מציע את **מבחן הוודאות הקרובה** – לא כל חשש יספיק ע"מ להפעיל את הסמכות להגביל את חופש הביטוי, אלא צריך שתהיה וודאות קרובה לוודאי שהפרסום הנדון יפגע באינטרס ציבורי (שלום הציבור, ביטחון המדינה). לגבי המקרה הזה נקבע שאין וודאות קרובה ולכן החלטת השר לא יכולה לעמוד.
   3. פסיקה ביחס למעמדם של חוקי היסוד (בג"ץ ברגמן נ' שר האוצר, ע"פ נגב נ' מ"י, בג"ץ קניאל נ' שר המשפטים, בג"ץ תנועה לאו"ר נ' יו"ר הכנסת):
      1. התעוררה השאלה לגבי המעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד – האם המעמד שלהם הוא חוקתי על חוקי (ואז אם חוק רגיל סותר אותם ניתן לבטל אותו), או שהמעמד שלהם רגיל (ואז חלים כללי ספציפי/כללי ומאוחר/מוקדם). סוגיה זו מתעוררת במקום בו קיים חוק שסותר חוק יסוד, ואז ביהמ"ש צריך להבין מה לעשות במקרה זה.
      2. *פרשת ברגמן*
         1. לפני הבחירות לכנסת ה-7, הכנסת הקודמת החליטה שרק היא תקבל מימון לבחירות ולכן היא תיקנה את חוק מימון לבחירות וקבעה שמפלגות חדשות שרוצות להיכנס לכנסת לא יקבלו מימון. באותה העת לא היו חוקי יסוד לזכויות אדם, אבל היה את חוק יסוד: הכנסת. בחוק יסוד זה נקבע שהבחירות יהיו שוויוניות (סעיף זה היה משוריין ולכן היה צריך רוב של 61 ע"מ לשנות אותו). התיקון לחוק הבחירות לא היה ברוב של 61 ולכן העותרים ביקשו שהתיקון יתבטל. סיטואציה זו הביאה את ביהמ"ש למצב בו הוא צריך לקבוע מה קורה במצב בו יש חוק שסותר חוק יסוד. ביהמ"ש מחליט לא להיכנס לשאלות המעמד החוקתי של חוקי יסוד, ופוסק רק לגופו של עניין.
         2. פרקליט המדינה טוען שאין סתירה, מאחר שניתן לפרש את החוקים באופן שלא מוביל לסתירה. מאחר שאין סתירה, אין צורך להיכנס לשאלות עקרוניות בנוגע למצב של סתירה. הפרשנות שטען פרקליט המדינה שרלוונטית לחוק יסוד הכנסת הוא שהבחירות שוויוניות במובן שכל קול שווה קול אחד. ביהמ"ש קבע שהוא לא מסכים עם פרשנות זו מאחר ששוויון בבחירות נוגע גם לזכות להיבחר, משמע שוויון הזדמנויות לרשימות השונות. מכאן שיש סתירה בין החוקים.
         3. ביהמ"ש מקבל את העתירה ומוציא צו לפיו לא ניתן ליישם את החוק הזה. הוא מציב שתי אפשרויות בפני הכנסת – או שיקבלו את החוק ברוב של 61 או שישנו את החוק כך שלא יסתור את חוק יסוד: הכנסת. העמדה העקרונית שמציג ביהמ"ש הוא לא לדון בשאלת מעמדם של חוקי היסוד, אבל בפועל הוא מבטל חוק שסותר חוק יסוד.
         4. ניתן לפרש את הפס"ד **בפרשנות רחבה** לפיה נקבע פה מעמדם החוקתי של חוקי היסוד (מעמד על-חוקי). מנגד, ניתן גם לטעון **לפרשנות ביניים** לפיה המצב פה שונה מאחר שמדובר בסעיף משוריין; ברגע שמדובר בסעיף משוריין העילה צומחת מכך שהחוק החדש לא התקבל ברוב של 61, ולא בגלל מעמד על חוקי של חוק יסוד (ומכאן שהמעמד המיוחד הוא רק של סעיפים משוריינים). ניתן גם לתת למקרה **פרשנות צרה**, לפיה ברגמן לא שינה כלום, מאחר שהסוגייה הייתה אכיפה של אופן שינוי סעיף משוריין, ולא נגעה למעמד החוק כלל.
         5. חשוב לזכור שמדובר בפעם הראשונה שבוטל חוק של הכנסת, ושהוא התרחש בעידן ריבונות הפרלמנט. ניתן לראות את פס"ד זה כתמונת הראי של בנק המזרחי – פה לא אמרו כלום ועשו המון ובבנק המזרחי אמרו המון ובסוף לא ביטלו את החוק.
      3. בהמשך היו מקרים שונים נוספים של התנגשויות בין חוק לחוק יסוד, מהם ניתן ללמוד על ההלכה לגבי מקרים שכאלו.
      4. *פרשת נגב* (תחנת דלק שהורשעה במהילת בנזין) – נקבע שלא ניתן להרשיע מאחר שהתקן עליו מבוססת ההרשעה לא תקף. קביעה זו התבססה על התנגשות בין חוק יסוד הממשלה (חוק יסוד לא משוריין) לחוק התקנים. במידה ולחוקי יסוד היה מעמד עליון, הפתרון היה פשוט וחוק התקנים היה מתבטל. מאחר שטרם נקבע כך ניתן לטעון שהספציפי גובר על הכללי (וזו הייתה טענת המדינה). ביהמ"ש מקבל את טענת המדינה וקובע שבמקרה זה ספציפי גובר על כללי.
      5. *פרשת קניאל*
         1. פרופ' למתמטיקה שעשה חישובים במחשב וגילה שיש בעיה בשוויון בבחירות. קיים חוק הנוגע לקולות עודפים והוא מפלה ומעדיף את המפלגות הגדולות ע"פ הקטנות. הקושי במקרה זה הוא שהכנסת העבירה את החוק ברוב של 61, ולכן לפי הפרשנות המצמצמת של ברגמן אין עילה להתערב. עלתה הטענה שמדובר בדבר עקרוני יותר, החוק התקבל ברוב של 61 אבל לא מדובר בחוק יסוד. עלתה השאלה איך ניתן לשנות חוק יסוד בעזרת חוק (למעשה הטענה היא שניתן לשנות חוק יסוד רק בעזרת חוק יסוד אחר). מכאן השאלה הייתה האם הדגש הוא על שריון או על המעמד החוקי של חוקי היסוד. ביהמ"ש דחה את העתירה וקבע שלא חייב חוק יסוד ע"מ לשנות חוק יסוד, וניתן לעשות זאת בעזרת חוק רגיל. מדובר כאן בפרשנות הצרה של פרשת ברגמן – סעיף השריון מכתיב פרוצדורה ולא מעמד חוקתי.
         2. טענה נוספת שעלתה היא שהפגיעה בשוויון בפני עצמה היא עילה לביטול החוק, ללא קשר לסתירת חוקים אחרים (למעשה הטענה היא שמדובר בדיון מהותי ולא פרוצדוראלי). ביהמ"ש דחה גם טענה זו, בנימוק שאין לו סמכות לבצע ביקורת על חקיקת הכנסת. הסמכות של ביהמ"ש אינה לשנות את החוק אלא ליישם אותו.
      6. *פרשת לאו"ר*
         1. התעוררה סוגיה נוספת של פגיעה בעקרון השוויון בהקשר של מימון המפלגות. לאחר הבחירות תיקנו את המימון באופן רטרואקטיבי, העלו את המימון של המפלגות שנכנסו.
         2. החוק עבר ברוב של 61 בשלוש קריאות, אבל לא בקריאה הטרומית. השאלה המשפטית העיקרית שנדונה היא שאלה פרשנית ספציפית לגבי דרישת השריון, האם היא מתייחסת גם לקריאה הטרומית (מאז תוקן החוק ונקבע שאין צורך ברוב בקריאה הטרומית). ביהמ"ש קבע ברוב של שניים מול אחד שהפרשנות לגבי השאלה הקונקרטית היא שצריך את הרוב גם בקריאה הטרומית, ולכן החוק מבוטל.
         3. ברק היה סבור שלא צריך לבטל את החוק מאחר שלא צריך רוב בקריאה הטרומית. למעשה כאן נקבע לראשונה שהכנסת יכולה לחוקק חוק יסוד משוריין (מאחר שבחקיקה כזו היא מהווה גוף מכונן ולא גוף מחוקק) ושביהמ"ש יכול לבטל חוק של הכנסת שסותר חוק יסוד משוריין (מאחר שלחוק יסוד משוריין עליונות נורמטיבית). בפרשה זו נאמר כל מה שלא נאמר בברגמן. מסתמן שהפרשנות של חוקי יסוד משוריינים שמובעת כאן היא הפרשנות הרחבה יותר (לפי הפרשנויות בברגמן), אולם עדיין ישנה השאלה לגבי חוקי יסוד לא משוריינים.
         4. אלון בדעת הרוב מתבסס על האופי הכל-יכול של הכנסת, וטוען שאופי זה הוא שמקנה לכנסת את היכולת לחוקק חוקי יסוד משוריינים. הוא מסכים שחוק שסותר חקיקת יסוד משוריינת חשוף לביקורת שיפוטית וביהמ"ש יכול לבטל חוק שכזה. עם זאת, לפי אלון מדובר ביוצא מן הכלל, וכל חוק אחר שלא סותר חוק יסוד משוריין לא נתון לביקורת ביהמ"ש.
         5. גם במקרה זה עלתה הטענה שהחוק צריך להתבטל בהתבסס על כך שהוא סותר עקרונות יסוד, וללא קשר לפרוצדורה שהתקיימה או לא. טענה זו נדחית ע"י ברק באמצעות שלושה שלבים: 1. אין קושי מושגי בביטול חוק ע"י ביהמ"ש במידה והוא סותר עקרונות יסוד. 2. במסורת החוקתית הישראלית, עמדה זו לא מקובלת מאחר שהכנסת עליונה ולא מתפקידו של ביהמ"ש לבטל חוקים רק בהתבסס על כך שהם סותרים עקרונות יסוד. 3. בשלב זה, אין לשנות את המסורת, והמחוקק הוא זה שצריך לקבוע מתי ניתן להעביר ביקורת שיפוטית. חשוב לזכור שמדובר באוביטר של דעת מיעוט, כשברק בעצמו לא מקבל את העמדה שהוא מציג בו. עם זאת, הוא זורע את הזרעים לכך שבעתיד אכן תהיה סמכות לבטל חוקים במידה והם סותרים עקרונות יסוד של השיטה (ואולי אף חוקי יסוד שסותרים אותם).

**ההיסטוריה החוקתית של ישראל** – **92' ואילך**

1. **המהפכה החוקתית**
   1. 1992 נחשבת קו פרשת המים מאחר שחוקקו שני חוקי יסוד – חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו. לפני 1992 היו חוקי יסוד, אבל הם היו מוסדיים. היו יוזמות להעביר חוקי יסוד של זכויות אדם אבל הן נכשלו, וב-1992 מדובר על הפעם הראשונה בה העבירו חוקי יסוד שעוסקים בזכויות. גם זכויות יסוד היו לפני חוקי היסוד, אבל הן לא היו כתובות או מעוגנות והן נוצרו בדרך הפסיקה. כפועל יוצא מכך הן לא הגבילו את המחוקק אל רק את הרשות המבצעת.
   2. מצד אחד, נראה שאכן חוקי היסוד שחוקקו ב-1992 הביאו לשינוי חוקתי בארץ. מצד שני, לא נאמר במפורש שחוקי היסוד עליונים על חוקים רגילים (קיימות אינדיקציות אך אין סעיף מפורש שאומר זאת). בנוסף, לא כתוב במפורש שיש סמכות ביקורת שיפוטית (ביקורת שיפוטית = ביהמ"ש רשאי לבטל חוק שלדעתו סותר חוק יסוד). קיימות חוקות נוספות בהן עניין זה לא מצוין במפורש אך בחוקות מודרניות קיימת התייחסות לנושא. סיבה אחת שעניינים אלו לא קיימים בחוקי היסוד היא שאמור להיות חוק יסוד: חקיקה, אותו ניסו להעביר במהלך השנים אך עד היום הוא לא התקבל.
   3. מגילת זכויות אדם – עוד לפני 1992 ניסו להעביר חוק יסוד של מגילת זכויות אדם, שתכלול את כל זכויות האדם השונות. ניסיונות אלו לא צלחו. הניסיון הכי עדכני עד 1992 הוא של דן מרידור (שר המשפטים מטעם הליכוד), בו הוא ניסה להעביר הצעה למגילת זכויות אדם אך ויתר על כך מאחר שהבין שאין סיכוי שהיא תתקבל. היה ניסיון נוסף בו אמנון רובינשטיין העתיק את ההצעה הממשלתית והגיש אותה כהצעה פרטית. היא עברה בקריאה הטרומית אך נתקעה בדיון בוועדה. רובינשטיין הניח שקיימות זכויות ספציפיות שגורמות לכך שהמגילה לא תעבור (בשל סיבות שונות, בין היתר דת ומדינה). הפתרון שלו לכך היה לפרק את מגילת זכויות האדם לחלקים שונים, כאשר כל חלק יהיה חוק יסוד נפרד. הוא התחיל בלהעביר את הזכויות שאינן שנויות במחלוקת (חופש העיסוק, כבוד האדם).
   4. הליך חקיקת חוקי יסוד – נק' מבט היוזמים
      1. לפי יוזמי המהלך, הכנסת הבינה מאוד טוב מה היא עושה כאשר היא קיבלה את חוקי היסוד. היא הבינה שהיא מגבילה את עצמה וחושפת את עצמה לביקורת שיפוטית. ראיה לכך ניתן למצוא למשל בהתעקשות על סעיף שמירת דינים (חוק היסוד לא יהווה עילה לביטול חוקים שחוקקו לפני כניסתו לתוקף).
      2. הסיבה שדווקא אז עברו חוקי היסוד היא שעשו את הפשרה של הוצאת זכויות שנויות במחלוקת ע"מ שיהיה רוב של חברי כנסת שיצביעו בעד. גם בתוכן של חוקי היסוד שעברו היו פשרות (הורדת סעיף הנוקשות מכבוד האדם, שמירת דינים לא מוגבלת בזמן בכבוד האדם).
   5. הליך חקיקת חוקי היסוד – עמדת נגד
      1. מנגד, קיימת טענה שחוקי היסוד עברו בשל חוסר הבנה של הכנסת את המהלך. קיים אפילו טיעון קונספירטיבי לפיו כל התומכים והיוזמים הם משפטנים שמבינים את המהלך, בעוד הם מנצלים את חוסר הבנת שאר הכנסת.
      2. בנוסף, עולה הטענה שלא היה דיון ציבורי מקיף שליווה את הליך החקיקה. בשל כך לא ניתן לטעון שמדובר במהפכה חוקתית גדולה מאחר שהציבור לא היה מעורב בתהליך.
      3. טענה נוספת נשענת על כך שחופש העיסוק עבר ברוב של 32, מה שמראה שאפילו לא נכחו באותה העת 61 חברי כנסת במליאה ומדגיש את הטענה שהם לא הבינו את המשמעות של העברת חוק היסוד.
2. **חוק יסוד: חופש העיסוק**
   1. סעיפים 1+2
      1. "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". סעיף 1 מקשר את חוק היסוד למגילת העצמאות. קישור זה חשוב מאחר שישנן זכויות שמעוגנות במגילת העצמאות אך טרם עוגנו בחוקי יסוד (כמו למשל שוויון).
      2. "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". סעיף 2 קובע שערכיה של מדינת ישראל הם ערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית.
   2. סעיף 4
      1. "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".
      2. לפי התפיסה החוקתית שקדמה ל-1992, רק הרשות המבצעת מוגבלת בפגיעה בזכויות, והכנסת היא כל יכולה ולכן בכוחה לחוקק כל חוק שהוא. לכן, במידה וזו הייתה התפיסה גם ב-1992 הסעיף היה מסתיים במילים "אלא בחוק". מאחר שהתפיסה השתנתה, נדרש שהתוכן של החוק יהלום את הדרישות של חוק היסוד. מכך נלמד שחוק היסוד הוא עליון נורמטיבית על החוקים הרגילים.
      3. סעיף 4 מהווה את פסקת ההגבלה של חוק היסוד, שמגביל את הכנסת לתנאים מסוימים בחקיקת חוקים שעלולים לפגוע בזכויות היסוד המעוגנות בחוק היסוד (במקרה זה, להלום את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה וכו').
   3. סעיף 5
      1. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב".
      2. סעיף זה מהווה את פסקת הכיבוד של חוק היסוד. לפי סעיף זה, החוק חל על כל רשויות השלטון, ובתוך כך גם הכנסת. קיים סעיף מקביל בכבוד האדם וחירותו.
   4. סעיף 6
      1. "אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים".
      2. תקנות שעת חירום הן חריג ייחודי, שמאפשר לממשלה להפקיע תוקף של חוקים באמצעות תקנות. סעיף זה למעשה מכתיב שתקנות אלו לא יכולות להשפיע על חוק היסוד, מה שמדגיש עוד את העליונות הנורמטיבית שלו.
   5. סעיף 7
      1. "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".
      2. סעיף 7 עוסק בנוקשות. סעיף זה נותן לחוק שריון, והוא זה שמגביל את הכנסת (שינוי החוק יהיה רק ברוב של חברי כנסת) ונותן לחוק היסוד את המעמד הנורמטיבי העליון. בנוסף, הסעיף מכתיב ששינוי החוק יתבצע רק בעזרת חוק יסוד אחר. תפיסת השריון התחילה כבר בפרשת ברגמן, שם נאמר שהשריון הוא זה שמעיד על עליונות. שינוי חוק יסוד רק בעזרת חוק יסוד אחר, לעומת זאת, הוא חלק מתפיסה חדשה שנדונה לפני חקיקת החוק אבל לא נקבעה באופן מובהק.
   6. סעיף 8
      1. "(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר. (ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה".
      2. סעיף זה מהווה את פסקת ההתגברות של חוק היסוד. כיום רק בחוק יסוד: חופש העיסוק יש פסקת התגברות וישנו דיון לגבי הוספה של פסקת התגברות גם לכבוד האדם וחירותו, או לחילופין קביעה שפסקת ההתגברות תקפה לגבי כל חוקי היסוד. פסקת ההתגברות נותנת מסלול חלופי לסעיף 4, מאחר שניתן לחוקק חוק שפוגע בחוק היסוד גם בלי שהוא עומד בתנאים המופיעים בסעיף 4. עם זאת, במידה וכך יקרה, הכנסת תצטרך לעמוד בתנאים פרוצדוראליים (רוב של חברי כנסת, ציון במפורש שהחוק תקף על-אף האמור בחוק היסוד, תוקף לארבע שנים לכל היותר).
      3. לכאורה, סעיף זה סותר את המעמד הנורמטיבי העליון של חוק היסוד, אבל בפועל הוא מגביל את כוחה של הכנסת עם התנאים הפרוצדוראליים, מה שמחדד את ההבדל בין חוק היסוד לחוק רגיל.
      4. הטענה נגד פסקת התגברות היא שהיא מרוקנת מתוכן את המעמד הנורמטיבי של חוק היסוד. הטענה בעד פסקת ההתגברות היא שהיא נותנת איזון בין שמירה על זכויות לבין עליונות המחוקק (אם הרוב רוצה משהו ניתן לבצע אותו).
      5. פסקת ההתגברות נוספה בתיקון של 1994, אז תוקנו חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עד היום הפעם היחידה בה השתמשו בפסקת ההתגברות היא בפרשת יבוא בשר לא כשר לארץ (יפורט בהמשך).
   7. סעיף 10
      1. "הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן תשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה".
      2. סעיף זה נקרא סעיף שמירת דינים, והוא קיים בשני חוקי היסוד. ההבדל הוא שבחופש העיסוק סעיף זה זמני, ובכבוד האדם וחירותו הוא לא מוגבל בזמן. לפי סעיף זה, כל חקיקה שהתקבלה לפני 1992 חסינה ולא ניתן לתקוף אותה בהתבסס על חוק היסוד. לכאורה סעיף זה פוגע בעליונות הנורמטיבית של חוק היסוד, אולם ניתן לפרש אותו כך שהכנסת הבינה שהיא צריכה לעשות סעיף שמירת דינים מאחר שמדובר בנורמה גבוהה יותר שמעתה ואילך תבטל חוקים שסותרים את חוק היסוד.
      3. הסעיף זמני בחופש העיסוק מאחר שרצו לתת זמן מעבר לכנסת בו היא תוכל לשנות חוקים רלוונטיים, שלאחריו אנשים יוכלו לעתור לגבי חוקים שלא השתנו ולדעתם פוגעים בחופש העיסוק.
3. **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**
   1. דמיון לחופש העיסוק
      1. גם חוק זה תוקן ב-1994 כשתוקן חופש העיסוק.
      2. סעיף 1 (1+1א) זהים לסעיפים 1+2 בחופש העיסוק.
      3. גם פסקת ההגבלה (ס' 8) זהה לחופש העיסוק.
      4. סעיף הכיבוד (11).
      5. סעיף יציבות (12).
   2. שוני מחופש העיסוק
      1. בניגוד לחופש העיסוק, כבוד האדם וחירותו לא עוסק רק בכבוד האדם וחירותו. חוק זה הוא למעשה סוג של מגילת זכויות שונות (הגנה על החיים, הגוף, הכבוד, הקניין, החירות, התנועה וכו'). חשוב לזכור שלא מדובר במגילת זכויות מלאה מאחר שישנן זכויות יסוד שונות (חופש הביטוי וכדו') שלא מופיעות.
      2. חופש התנועה – מדובר על חופש תנועה מהארץ ואליה. חופש התנועה בתוך הארץ לא מוגן מסיבות דת (תנועה בשבת).
      3. שמירת דינים – בכבוד האדם וחירותו סעיף שמירת דינים (10) לא מוגבל בזמן, ולכן כל נורמה שחוקקה לפני 1992 עדיין תהיה תקפה.
      4. אין בכבוד האדם סעיף נוקשות.
      5. אין בכבוד האדם פסקת התגברות.
4. **פס"ד בנק המזרחי**
   1. פסק הדין התקבל בנובמבר 1995, כלומר כשלוש שנים אחרי שחוקקו חוקי היסוד. לפי ברק, ב-1992 אין ספק שהתרחשה מהפיכה חוקתית. אם עד אז פעלו לפי המודל הבריטי לפיו הכנסת כל יכולה ואין חוקה, מ-1992 ישראל הופכת לדמוקרטיה חוקתית. למעשה, בנק המזרחי נותן תשובות לכל השאלות מהן התחמקו בפרשת ברגמן – מעמדם של חוקי היסוד, דינו של חוק שסותר חוק יסוד וכו'.
   2. מעמדם של חוקי היסוד – בנק המזרחי הוא הפעם הראשונה שביהמ"ש קבע שחוקי היסוד כולם (גם אלו שאין להם שריון) הם בעלי מעמד חוקתי על-חוקי.
   3. דינו של חוק שסותר (משנה או פוגע) חוק יסוד
      1. שינוי – שינוי משמע שהנורמה החוקתית משתנה עקב חוק חדש (כמו למשל תיקון של חוק היסוד). המקרה הפשוט הוא תיקון ישיר, בו מציעים הצעה לתיקון חוק היסוד הכולל את השינוי. לעיתים יש גם תיקון עקיף, כמו למשל התיקון של 1994 של חופש העיסוק שהוביל לתיקון של כבוד האדם. שינוי של חוק יסוד יכול להתבצע רק בעזרת חוק יסוד אחר. מדובר בשינוי של ההלכה, מאחר שבפרשות שהיו לפני 1992 (רגב וקניאל) הקביעה הייתה שכל שנדרש הוא רוב של 61, ואין צורך בהכרח בחוק יסוד ע"מ לשנות חוק יסוד קיים. לגבי רוב, תלוי האם מדובר בסעיף משוריין. אם הסעיף לא משוריין אין דרישה מיוחדת לרוב, ורק כאשר הסעיף משוריין נדרש רוב מיוחד.
      2. פגיעה – לא מביאה לשינוי הנורמה החוקתית, אלא לסטייה ממנה בהקשר מסוים. הפגיעה מתוחמת ונקודתית, היא לא מכוונת לשנות את הנורמה אלא רק להגביל או לפגוע בה בצורה שמתיישבת עם המשך קיומה. במקרה בו יש חוק שפוגע בזכות שמופיעה בחוק יסוד, נדרשים לפסקת ההגבלה ולפסקת ההתגברות (פסקת ההתגברות רלוונטית רק לחופש העיסוק). עולה השאלה לגבי חוקי היסוד הקודמים שהתקבלו לפני 1992 (בהם אין פסקת הגבלה או התגברות). שאלה זו נשארת בצריך עיון בבנק המזרחי, אבל בפסיקה מאוחרת יותר (חירות) עלה הרעיון שבמידה ואין פסקת הגבלה או התגברות, לא ניתן לפגוע בחוק היסוד. הקושי בפתרון זה הוא שחוקי היסוד המוסדיים מקבלי מעמד נורמטיבי גבוה יותר מחוקי היסוד של זכויות האדם. בהמשך (מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות) עלתה עמדה של הפעלת פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית) – קריאת כל חוקי היסוד כאילו יש להם פסקת הגבלה, גם אם היא לא מופיעה בהם במופרש.
      3. ההבחנה נהיית מורכבת במקרה של חוק שפוגע בחוק יסוד בצורה מאוד מקיפה כך שהוא מרוקן אותו מתוכן. עולה השאלה האם מדובר בפגיעה (מאחר שהחוק רלוונטי לתחומים מסוימים) או בשינוי (מאחר שבפועל הנורמה משתנה). במקרה כזה ניתן לטעון שהפגיעה כה מקיפה ומרחיקת לכת, שהיא מגיעה לכדי שינוי.
      4. סיבוך נוסף קיים בחוק יסוד: הכנסת, שם צוין כי שינוי הוא או מפורש או משתמע. שינוי מפורש הוא כשחוק מציין במפורש שהוא משנה נורמה חוקתית. שינוי משתמע הוא כשמקריאת החוק מבינים שהוא משנה את הנורמה, אבל לא צוין במפורש שהתבצע שינוי. לצורך העניין, חוק יסוד ירושלים בירת ישראל קובע שמוסדות המדינה ישבו בירושלים. שינוי של חוק יסוד ירושלים וקביעה שהכנסת תשב בתל אביב הוא שינוי מפורש. לעומת זאת, שינוי חוק יסוד הכנסת וקביעה בו שהיא תשב בתל אביב, ללא התייחסות לכך שקיים שינוי מחוק יסוד ירושלים, הרי שמדובר בשינוי משתמע.
   4. האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה – הבעיה מתעוררת מאחר שהתפיסה הייתה שהכנסת כל יכולה. שריון של חוקי יסוד הופך את הכנסת למוגבלת במידת מה ומוריד אותה ממעמד כל יכול. נקבע שהכנסת אכן יכולה להגביל עצמה גם פרוצדורלית (אין לשנות חוק יסוד אלא ברוב) וגם מהותית (פסקת הגבלה).
   5. מקור סמכות הכנסת לכונן חוקה וחוקי יסוד
      1. שמגר – שמגר טוען שהכנסת היא הריבון והיא כל יכולה, ומתוך כך היא גם יכולה לכונן חוקה ולהגביל את עצמה.
      2. ברק – ברק מסביר את סמכות הכנסת בעזרת תאוריית שני הכובעים. הכנסת היא גוף אחד שמחזיק בשני כובעים, אחד של המסכות המחוקקת ואחד של הסמכות המכוננת.
      3. גם שמגר וגם ברק מנתחים את ההיסטוריה החוקתית וקובעים שיש סמכות מכוננת נמשכת. מועצת המדינה הזמנית קבעה שתקבע חוקה ע"י האספה המכוננת הנבחרת. האספה המכוננת הפכה להיות הכנסת הראשונה (ואז למעשה היא נהייתה גוף מחוקק ומכונן) שהעבירה את הסמכות שלה הלאה עד לכנסת של היום. בהמשך הגיעה החלטת הררי שקבעה שהחוקה תיקבע פרקים-פרקים.
      4. חשין – מדובר בדעת מיעוט של חשין. חשין מסכים שלאספה המכוננת הייתה סמכות מכוננת, אבל טוען שלא הייתה לה סמכות להעביר את הסמכות המכוננת הלאה לכנסות הבאות. ברגע שהכנסת הראשונה התפזרה הסמכות המכוננת פגה. לכן הכנסות הבאות לא יכולות לקבל חוקה ולא יכולות לקבוע חוקי יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי. כיום דעה זו לא מקובלת והוויכוח בנושא הסתיים.
   6. האם לביהמ"ש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד – בבנק המזרחי נאמר לראשונה שלביהמ"ש יש סמכות של ביקורת שיפוטית חוקתית, ולכן הוא יכול לבטל חוק שסותר חוק יסוד (בניגוד לקביעה בברגמן, שם הוחלט שניתן לבטל חוק רק אם לא עמד בפרוצדורה של סעיף השריון). במקרה הנדון בבנק המזרחי נקבע שהחוק לא סותר את חוק היסוד ולכן אין סיבה לבטל אותו. למעשה מדובר בתמונת הראי לברגמן, מאחר שבברגמן בוטל החוק אבל לא הוחלט שיש סמכות לבטל חוקים ובבנק המזרחי הוחלט שניתן לבטל חוקים אבל בפועל לא בוטל החוק.
5. **סיכום המהפכה החוקתית**
   1. לפי בנק המזרחי יש חוקה לישראל. חוקי היסוד מהווים את החוקה.
   2. מאפייני החוקה
      1. הדבר הבסיסי ביותר במטריה החוקתית הוא הסדרה של המוסדות. הסדרה כזו קיימת בחוקי היסוד. חשוב לזכור שעדיין אין חוק יסוד: החקיקה, שאמור לעגן את הסמכות המכוננת של הכנסת, הסמכות השיפוטית של מערכת המשפט וכדו'.
      2. מאפיין נוסף של המטריה הוא זכויות אדם. אמנם אין לישראל מגילת זכויות אדם מלאה, אך קיימים חוקי יסוד שמכסים חלק מזכויות האדם.
      3. מבחינה פורמאלית, עדיין אין בארץ מסמך אחד שנקרא חוקה. עם זאת, לפי בנק המזרחי יש את ההיבט הפורמאלי שמגולם בכותרת "חוק יסוד", שנותן לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון.
      4. מבחינת העליונות, חוקי היסוד ממלאים את היבט העליונות של החוקה מאחר שלהם מעמד חוקתי על-חוקי.
      5. מבחינת נוקשות, ברמה הכי מינימאלית (כדי לבטל או לשנות חוק יסוד נדרש חוק יסוד) הדרישה מתמלאת. מבחינת נוקשות משמעותית יותר, יש בחלק מחוקי היסוד שריונים.
   3. מי ביצע את המהפכה החוקתית
      1. גישת לנדוי – ביהמ"ש הוא זה שהחליט שקיימת חוקה. הכנסת לא ידעה שהיא מכוננת חוקה וקביעת ביהמ"ש היא זו שהפכה את ישראל לדמוקרטיה חוקתית.
      2. גישת ברק – הכנסת היא זו שביצעה את המהפכה החוקתית בחקיקת חוקי היסוד של 1992. ביהמ"ש בבנק המזרחי רק אשרר את המהלך.
6. **המצב החוקתי כיום**
   1. בבית המשפט
      1. אמנם פורמאלית הדיון בבנק המזרחי היה אוביטר, אך מאז עמדה זו אושררה בפסיקה וכיום היא נחשבת הלכה.
      2. מאז 1995 ביהמ"ש ביטל כ-18 חוקים. ברמה ההשוואתית מדובר ביחסית מעט חוקים (בתי משפט בארה"ב וגרמניה ביטלו עשרות חוקים יותר). עם זאת, כן ניכרת מגמת התגברות בשימוש בסמכות ביהמ"ש לפסול חוקים שסותרים חוקי יסוד.
      3. פסקי הדין המאוחרים יותר הוסיפו והשלימו את המהלך שהחל בבנק המזרחי:
         1. גם חוקים שסותרים חוקי יסוד לא משוריינים יעמדו בפני פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית).
         2. השלמת זכויות חוקתיות (זכויות בלתי מנויות) – ביהמ"ש קובע שגם זכויות שלא מנויות בחוק יסוד אך משתמע שהן נגזרות מכבוד האדם (למשל שוויון) יכולות להוות עילה לביטול חוק.
         3. ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – סוגיה זו התעוררה לגבי חוקי יסוד פחות שנויים במחלוקת (חוק יסוד משק המדינה – פרשה בה הכנסת ניסתה לשנות חוק יסוד ע"י הוראת שעה שקראו לה חוק יסוד. עד היום הכנסת מעבירה כל פעם הוראת שעה לשנתיים בנוגע לתקציב המדינה), אך בהמשך הגיעה גם לחוקים משמעותיים יותר. בג"ץ קיבל את העתירה האחרונה בנוגע להוראת השעה וקבע שמאחר שמדובר כבר בפעם החמישית בה הכנסת מעבירה את הוראת השעה הזו (שימוש לרעה בחוק יסוד) יש לקבל את העתירה באופן חלקי; מאחר שמדובר בחוק יסוד, בג"ץ קבע שהוא לא מבטל את ההוראה אלא נותן התרעת בטלות (אם הכנסת תנסה להעביר חוק כזה פעם נוספת הוא יתבטל). השאלה המורכבת יותר היא לגבי תיקון חוקתי לא חוקתי (מה קורה במידה וחוקי יסוד סותרים עקרונות יסוד של השיטה?). תיאורטית ביהמ"ש יכול לקבוע לגבי חוק יסוד שהוא לא חוקתי, אך ביהמ"ש נמנע מלדון בנושא מאחר ודוקטרינה זו שנויה במחלוקת בארץ ובעולם. מקרה רלוונטי הוא חוק הלאום – יש כיום מספר עתירות נגד חוק הלאום בטענה שהוא סותר עקרונות יסוד של הדמוקרטיה. ביהמ"ש לא דוחה את העתירות על הסף מאחר שתיאורטית קיים הרעיון של עקרונות יסוד של השיטה, לכן נראה שביהמ"ש נכון להכיר בעניין זה. בפועל לא ברור כיצד ביהמ"ש יפעל בעניין.
   2. בכנסת
      1. ניסיונות להשלים את המהלך החוקתי – כאמור, ב-1994 היה תיקון של חוקי יסוד (חופש העיסוק וכבוד האדם). יש מי שרואה בתיקון זה אשרור של המהלך החוקתי שהתרחש ב-1992. מאז היו ניסיונות רבים לחוקק חוקי יסוד נוספים ולעגן זכויות נוספות בחוקי יסוד שלא צלחו. בנוסף, היה ניסיון לחוקק את חוק יסוד החקיקה שמטרתו לעגן את הקביעות של בנק המזרחי (הקשחת הליך חקיקת חוק יסוד, החלת פסקת הגבלה על כל חוקי היסוד וכדו'). היו שתי יוזמות מרכזיות לחקיקת חוק יסוד זה: 1. ועדת נאמן – כולם רצו לקדם את הנושא אך היו בחירות וזה ירד מהפרק. 2. בממשלה האחרונה (2017) משרד המשפטים יצר תזכיר של חוק יסוד החקיקה שלא התקדם (זו הייתה הצהרת חוק ולא הצעת חוק).
      2. שימוש בפסקת ההתגברות – היה רק שימוש אחד בפסקת ההתגברות עד היום.
      3. כיבוד חוקי היסוד והזכויות החוקתיות – ניכר שאחד הדברים שהשתנו בכנסת הוא שהכנסת בעצמה מבצעת ביקורת חוקתית כבר בהליך החקיקה, והכנסת שואלת האם חוק שעולה בהצעה סותר את חוקי היסוד. עדיין קיימים מקרים בהם הייעוץ המשפטי לכנסת יהיה סבור שבג"ץ יקבע שחוק סותר חוק יסוד והכנסת עדיין תעביר אותו מסיבות שונות (דוגמה לכך היא חוק ההסדרה, שהיועץ קבע שהוא אינו חוקתי אבל הכנסת העבירה אותו ללא כל התערבות של בג"ץ. הנושא שנוי במחלוקת עד היום).

נושא: **הכנסת**

**הקדמה: הפרדת רשויות**

1. **משמעות עקרון הפרדת רשויות** – הרעיון הבסיסי של הפרדת הרשויות הוא פיזור הסמכות השלטונית בין הרשויות השונות: מחוקקת (הכנסת, חיקוק), מבצעת (הממשלה, ביצוע שוטף), שופטת (בתי המשפט, פרשנות של החוק וכו').
2. **תכליתו של העקרון** – המטרה היא למנוע ריכוז של כוח בידי גורם אחד, רוצים שתהיה מגבלת כוח על השלטון. יש חשש שאם כוח יהיה בידי גורם אחד בלבד, שליט בעל כל הסמכויות, הוא לא יפעל לטובת הציבור (שהוא הריבון ואמורים לדאוג לו). בנוסף לכך, שליט כזה עלול לפגוע בזכויות של הציבור ולהתנהל בעריצות. מצד אחד המשמעות של הפרדת רשויות היא הפיכתו של השלטון לפחות יעיל, אך מצד שני היא תורמת להגנה על העם ולהגדלת הסיכוי שהשלטון יפעל פחות בצורה מושחתת (האזרחים מעוניינים שהשלטון יהיה מוגבל כדי שהזכויות של הציבור יהיו מוגנות).
3. **שתי תפיסות של הפרדת רשויות**
   1. הפרדה מוסדית – הפרדת רשויות נוקשה : כל מה שקשור לחקיקה יהיה שייך באופן בלעדי לכנסת, כל מה שקשור לביצוע יהיה נתון רק בידי הממשלה וכו'. הרעיון הוא שלכל רשות יש את הסמכויות שלה ותו לא, הרשויות מוגבלות כל אחת לתחום שלה. כל רשות היא עצמאית (בלתי מוגבלת בתוך עצמה) ואינה יכולה לחרוג מהסמכויות שלה ולהתערב בסמכויותיה של רשות אחרת.
   2. איזונים ובלמים
      1. לפי התפיסה הזו, כדי להגביל את השלטון ולמנוע פגיעה בזכויות הציבור יש להפריד את הרשויות ולכן רוצים לאפשר לרשויות השונות לפקח אחת על השנייה ולאזן אחת את השנייה – כאן יש התערבות מסוימת בסמכויות של רשויות אחרות. התפיסה הזו התחילה במידה מסוימת בחוקה האמריקאית, בה מצוין שלכל רשות יש את הסמכות שלה, אבל קיים מנגנון של איזונים ובלמים – למשל, הנשיא (הרשות המבצעת) יכול להתערב במידה מסוימת בהליך החקיקה, כדי שהוא יוכל לאזן ולבלום.
      2. פן נוסף של הגישה הזו – התפקיד של הרשות השופטת הוא לפקח על הרשויות האחרות בעזרת ביקורת שיפוטית ולאזן את הרשויות האחרות בעזרתה.
      3. התפיסה מאחורי הגישה הזו היא שיש למנוע מצב שבו לכל רשות יש סמכות בלתי מוגבלת בתחום שלה.
4. **מעמדו החוקתי של עקרון הפרדת רשויות**
   1. עולה השאלה האם ניתן להסתכל על עקרון הפרדת רשויות כנורמה חוקתית, ומתוך כך להבין שהוא נמצא מעל חקיקה. אם כך יהיה, חוק שסותר את העיקרון יצטרך להתבטל. קרו כבר מקרים בהם הייתה עתירה לבג"ץ בטענה שחוק סותר את עקרון הפרדת הרשויות. הכנסת רצתה לקחת את סמכות הכליאה מהרשות המבצעת ולתת אותה לזכיין פרטי, וכשניסו להעביר את החוק עתרו לבג"ץ בטענה שלפי חוק יסוד הממשלה סמכויות הביצוע הן בידי הממשלה ואין לקחת סמכות ביצוע שניתנה בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל (אם רוצים לעשות שינוי שכזה יש לבצע תיקון של חוק יסוד הממשלה). ביהמ"ש נקט בעמדה לפיה הוא לא מתעסק בעקרון הפרדת רשויות כעקרון יסוד, ולכן עד היום לא קרה שבוטל חוק ע"ב עקרון זה.
   2. עקרון הפרדת רשויות בא לידי ביטוי בכללים שונים של הפרדת רשויות (לדוגמה, כלל ההסדרים הראשונים). הכנסת היא זו שקובעת את המדיניות הכללית והממשלה קובעת הסדרים ספציפיים שצריכים לתאום את המדיניות שנקבעת ע"י הכנסת.
   3. בג"ץ רובינשטיין – ביהמ"ש קובע שהשאלה האם לתת לבני ישיבות פטור משירות היא שאלה עקרונית, ולא ניתן להשתמש בסמכות שניתנה לשר בקום המדינה ע"מ לפטור אנשים מסוימים במקרים מסוימים. מאחר שמדובר בהחלטה עקרונית חשובה הכנסת היא זו שצריכה להכריע בה.

**חוק יסוד: הכנסת** – מדובר בחוק היסוד הראשון שנחקק.

**ס' 4 לחו"י הכנסת – שיטת הבחירות**

1. **לשון הסעיף** – "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".
2. חשוב לשים לב שבסיפא של הסעיף יש שריון של הסעיף. בס' 46 לחוק היסוד מופיע הרוב הנדרש לשינוי הסעיף.
3. **בחירות כלליות** – משמע, כל האזרחים מעל גיל 18 יכולים להצביע. כל אזרחי המדינה משתתפים בבחירות.
4. **בחירות ארציות** – כל שטח המדינה הוא אזור בחירה אחד (בניגוד לשיטה של בחירות אזוריות).
5. **בחירות ישירות** – האזרחים בוחרים את חברי הכנסת באופן ישיר, להבדיל משיטה בה בוחרים אנשים להם נותנים את הסמכות לבחור בשם העם.
6. **בחירות חשאיות** – אף אחד לא יודע למי כל אחד מצביע (הצבעה מאחורי פרגוד). המטרה היא שלא ניתן יהיה להפעיל לחץ על הבוחרים ולהבטיח חופש בחירה אמתי.
7. **בחירות יחסיות**
   1. המושבים בכנסת מתחלקים באותו היחס שבו התחלקו הקולות. במציאות השיטה היא לא יחסית מוחלטת, אלא יש הסדרים שמטים את החלוקה כך שבסופו של דבר היא לא 1:1 כמו הקולות בקלפי (אחוז החסימה ועודפים).
   2. אחוז החסימה – כדי להיכנס לכנסת צריך לפחות 3.25% מהקולות (כ-4 מנדטים). שיטה זו מובילה לכך שיכול לקרות מקרה בו לא מעט אנשים מצביעים למפלגה מסוימת, אבל במקום לקבל מספר מושבים יחסי למספר הקולות המפלגה לא תכנס לכנסת מאחר שהיא לא עוברת את אחוז החסימה.
   3. עודפים – יש 120 מושבים בכנסת, ולכן יש מספר קולות מסוים שצריך כדי להיכנס לכנסת. במקרה בו מפלגה למשל מקבלת 6.5 מושבים, חצי המושב הנותר הולך לפח. זאת אלא אם כן שתי מפלגות מסכמות על הסכם עודפים (במידה ונותרו עודפים משלבים אותם, כך שאם מצליחים להגיע למנדט בעזרתם המושב ניתן לאחת המפלגות). התנהלות זו גם היא מובילה לכך שהכנסת שנוצרת היא לאו דווקא תמונה של 1:1 למספר הקולות שכל מפלגה קיבלה.
   4. בג"ץ גוטמן נ' היועמ"ש
      1. עלתה השאלה האם העלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרון הבחירות ומכאן שהיא מנוגדת לחוק יסוד הכנסת. הטענה לטובת העלאת אחוז החסימה היא תרומה לפעולה אפקטיבית של הממשלה באמצעות וידוא שהמפלגות הגדולות הן אלו שיכנסו לכנסת. העתירה ביקשה לבטל את החוק שמעלה את אחוז החסימה מאחר שהוא פוגע בשוויון בבחירות ובבחירות יחסיות.
      2. בבג"ץ נאמר שמעקרון היחסיות שבחוק היסוד נובע עקרון הייצוג. לעקרון הייצוג שני מובנים מרכזיים – פורמלי ומהותי.
      3. עקרון הייצוג במובן הפורמלי – רצון הציבור מוצא ביטוי במוסדות הנבחרים באמצעות הנציגים שהוא בחר. ניתן למדוד זאת באמצעות ספירת הקולות שהתקבלו בקלפי והשוואתם למושבים בכנסת.
      4. עקרון הייצוג במובן המהותי:
         1. יש להסתכל על ההרכב של האנשים שישבו בכנסת לעומת ההרכב הדמוגרפי של האוכלוסייה. הנבחרים בכנסת צריכים לשקף את הקבוצות השונות שמרכיבות את החברה.
         2. ייצוג רעיונות – משמע שהאידיאולוגיות השונות הקיימות בחברה יהיו מיוצגות בכנסת ביחס שווה (אם 25% מהעם בעד שטחים תמורת שלום צריך שגם 25% מחברי הכנסת ינקטו בעמדה זו).
         3. נציגות כנוכחות – משמע שהחלק היחסי של כל קבוצה בחברה יתאים את החלק היחסי של אותה הקבוצה גם בכנסת (אם 30% מהעם חרדים צריך ש-30% מחברי הכנסת יהיו חרדים). חלוקה זו יכולה להיות לפי מאפיינים אינדיבידואליים (כמו למשל מגדר) או מאפיינים של קבוצה (כמו למשל מוצא).
         4. הרשימה המשותפת מציגה את המתח בין שתי גישות הייצוג המהותי, מאחר שמבחינת נציגות כנוכחות היא ממלאת את הדרישה, אך מאחר שהעמדות בתוך המפלגה עצמה שונות בתכלית המפלגה לא ממלאת את דרישת ייצוג הרעיונות.
      5. הנושא לא הוחלט בעתירה, אבל נאמר שהדגש לא צריך להיות על הפן הרעיוני, אלא על נציגות כנוכחות. זאת מאחר שנראה לא ריאלי לדרוש שהכנסת תייצג באופן מדויק את הרעיונות השונים של כלל האוכלוסייה.
      6. לגבי נציגות כנוכחות, לא ברור מי הן הקבוצות שיש לדרוש ייצוג שלהן בהתאם לחלק שלהן באוכלוסייה. שתי הקבוצות המובהקות הן חרדים וערבים, אבל גם אז לא ברור מה הרף שצריך לקבוע (למשל אם הערבים הם 20% מהאוכלוסייה ובכנסת הם מיוצגים ב-17%, האם זה עומד ברף?). הקושי החוקתי יתעורר כשיקרה מצב בו מדירים קבוצה מסוימת באופן מוחלט מהכנסת.
      7. לצד עקרון הייצוג יש אינטרסים שיש לאזן ביניהם, במקרה זה המשילות. המטרה היא למנוע מצב בו הכנסת מורכבת מהרבה מפלגות קטנות, מה שיקשה על הרכבת הקואליציה ועל תפקוד הכנסת. הדרך לבצע איזון זה הוא ע"י אחוז חסימה, אבל גם אז קיימת השאלה איפה עובר הגבול. באופן עקרוני, הנשיא גרוניס טוען שמקובל עליו שבג"ץ יבטל העלאה של אחוז החסימה אם יתברר שיש סכנה משמעותית של הדרת קבוצת מיעוט שלמה. הנטל להוכחת סכנה ממשית זו היא על העותרים. במקרי גבול, המבחן לבדיקה האם אכן יש הדרה של קבוצת מיעוט הוא מבחן התוצאה (רק כשיתברר שאכן מפלגת מיעוט לא עוברת את אחוז החסימה ניתן יהיה לפעול).
      8. קיימת דעת מיעוט של ג'ובראן לפיה אין צורך להמתין לתוצאה, מאחר שניתן להסתכל על התוצאות של הבחירות הקודמות ולהבין האם מפלגה כזו או אחרת תעבור את אחוז החסימה החדש.
8. **בחירות שוות**
   1. עקרון זה עורר הכי הרבה ליטיגציה ובשלב הכי מוקדם (בג"ץ ברגמן – חוק מימון הבחירות פוגע בשוויון של המפלגות לרוץ).
   2. בג"ץ ברגמן + בג"ץ גוטמן
      1. בברגמן נטען ע"י היועמ"ש שמשמעות בחירות שוות הוא שקול אחד שווה קול אחד (משמע חל על הזכות לבחור בלבד). בג"ץ דוחה את הטענה וקובע שכל אחד משמות התואר המופיעים בס' 4 חלים גם על הזכות לבחור וגם על הזכות להיבחר. מכאן שמבחינת השוויון מדובר הן בזכות לבחור (קול אחד שווה קול אחד) והן בזכות להיבחר (שוויון הזדמנויות, שוויון הסיכויים של רשימות המועמדים המתחרות בבחירות לכנסת).
      2. שוויון פורמאלי מול שוויון מהותי – עולה השאלה איך נותנים שוויון הזדמנויות, מה שמוביל לשתי תפיסות של שווין. שוויון פורמלי משמע התייחסות זהה לכולם (כולם מקבלים אותו הדבר, ללא קשר למי הם), כאשר כל סטייה מכך תהיה פגיעה בשוויון. שוויון מהותי משמע להתחשב בהבדלים הרלוונטיים בין המפלגות, ולכן לפעמים נכון לתת יחס שונה לשונים כדי לקדם את השוויון (ולהביא את המפלגות למקום זהה ביחס לסיכויים להיבחר). הוחלט שבבחירות לא ילכו לפי שוויון פורמלי אלא לפי שוויון מהותי. שוני רלוונטי בין הרשימות יביא לכך שיתנו יחס שונה בהקצאת משאבים למפלגות.
      3. גרוניס מציע מבחן עזר לפיו יש לבחון האם כלל שרוצים להחיל הוא כלל ניטרלי (האם חל באופן זהה לכולם). הנחת המוצא היא שיש כללים הנוגעים לבחירות שגורעים מהשוויון (דוגמת אחוז החסימה), אך מאחר שאחוז החסימה הוא כלל ניטרלי (חל באותה הצורה על כל המפלגות) אין בו בעיה. לכאורה מדובר בסתירה מאחר שכלל ניטרלי מביא לידי ביטוי תפיסה של שוויון פורמאלי ולא שוויון מהותי. סתירה זו ניתן ליישב במידה מסוימת אם מניחים שיש ראשית להבין האם יש פגיעה בשוויון פורמאלי, ורק אם מגלים שאכן יש פגיעה כזו יש להבין האם היא מתיישבת עם השוויון המהותי (ואז ניתן לסבול אותה). עם זאת, גם בהנחה זו יש בעיה מאחר שלעיתים קיום שוויון פורמאלי עלול לפגוע בשוויון המהותי. במקרה של העלאת אחוז החסימה ל-3.25% נקבע שאין פגיעה בשוויון.
      4. פוגלמן מעביר ביקורת על גרוניס מאחר שקביעה שכלל הוא ניטרלי לא מבטיחה שמדובר בכלל שוויוני. הנחת המוצא צריכה להיות שיש פגיעה בשוויון והשאלה שצריך לעסוק בה היא האם הפגיעה הזו כדין או לא. בנוסף, קיימת הבעיה שהכנסת היא זו שמחליטה את הכללים למערכת הבחירות הבאה, מה שיוצר מצב בו החתול הוא זה ששומר על השמנת (כל כנסת תעביר כללים שיעזרו לה להיבחר בפעם הבאה).
   3. בג"ץ מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת
      1. בכנסת ה-13 ניתן היה להיות ח"כ וגם ראש רשות מקומית ובכנסת ה-14 אסור היה. העותרים טענו שזה פוגע בשוויון ההזדמנויות של המועמדים להיבחר מאחר שאם ראש עיר מכהן שלא היה בכנסת הקודמת רוצה לרוץ זה יצור רושם שלילי על הבוחרים של הרשות המקומית (הם יניחו שהוא מעדיף את החברות בכנסת על-פניהם ולכן לא יבחרו בו בשנית או שיצביע נגדו בבחירות הכלליות). הטענה היא למעשה שהפגיעה בשוויון היא במועמד המסוים. גולדברג טען שהמהלך של הכנסת ה-13 כשר אבל מסריח.
      2. שוויון בין הרשימות או שוויון בין המועמדים – ס' 4 לחו"י הכנסת מחייב שוויון בין הרשימות, ולא בין מועמדים. הסיבה לכך היא שהבוחרים מצביעים לרשימה ולא למועמד מסוים. חשין טוען שהשוויון חל הן על הרשימות והן על המועמדים. זמיר טען שהוא מוכן להניח שהסעיף מחייב שוויון אפילו על המועמדים.
      3. שוויון בבחירות לכנסת או בבחירות מפלגתיות – גולדברג טען שס' 4 נוגע לבחירות לכנסת ולא לפריימריז. חשין טען שהשוויון חל גם על הבחירות המפלגתיות, וזמיר מסכים אתו.
      4. שוויון הסיכויים וההזדמנויות בבחירות לכנסת או כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות – זמיר אמר שהסעיף נוגע רק לשוויון בסיכויים להיבחר, ושאמנם המהלך שבוצע מפלה אך הוא לא השתכנע שהמהלך אכן פוגע בסיכויים של המועמדים להיבחר בצורה ממשית. חשין אמר שעקרון השוויון בס' 4 לא מצומצם רק לשוויון סיכויים, אלא הוא נוגע לכל היבט אפשרי של שוויון בבחירות. ההבדל בין שיטת זמיר לשיטת חשין בא לידי ביטוי במקרים שפוגעים בשוויון, אבל לא בהכרח ניתן להוכיח שזה פוגע במידת הסיכוי של מישהו להיבחר.
9. **ס' 4 לחו"י הכנסת – פגיעה מול שינוי**
   1. הלכת ברגמן (הפסיקה עד 92') – גם במקרה של פגיעה וגם במקרה של שינוי, כדי לדעת האם החוק סותר יש לבחון האם הוא עומד בדרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחו"י הכנסת.
   2. בנק המזרחי – הבחנה בין פגיעה לבין שינוי. במקרה של שינוי יש לעשות זאת באמצעות חו"י ולעמוד בדרישת הרוב, במקרה של פגיעה יש לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה.
   3. גוטמן – ג'ובראן (+נאור, רובינשטיין, חיות, מלצר. ברק בכתיבה אקדמאית) הפך את ההלכות הישנות (ברגמן) באופן רשמי. במקרים של שינוי יש להפעיל את דרישת הרוב המיוחס שבס' 4 ולעשות זאת באמצעות חו"י. במקרים של פגיעה יש לבחון האם החוק עומד בדרישות של פסקת ההגבלה השיפוטית. השאלה היא איך ניתן להחיל פסקת הגבלה שיפוטית במקרה בו החוק לא שותק ויש בו דרישות מפורשות לגבי שינוי. אפשרות אחת היא פרשנות טקסטואלית של החוק – מאחר שהסעיף מתייחס רק לשינוי יש לתת מענה למקרה של פגיעה. אפשרות שניה היא פרשנות מהותית – מאחר שמבינים שיש הבדל בין שינוי לבין פגיעה יש לתת את הדעת להבדל זה. הצדקה נוספת היא ניסיון ליצור "הרמוניה חוקתית", משמע החלת אותם הכללים על כל חוקי היסוד וניתוחם באופן זהה.
10. **הקשר בין שוויון בבחירות מכוח חו"י הכנסת לבין שוויון מכוח חו"י כבוד האדם וחירותו**
    1. התעוררה טענה נוספת לפיה פגיעה בשוויון לא נוגעת רק לחו"י הכנסת אלא גם לזכות הבסיסית לשוויון. חשוב לזכור שהזכות לשוויון לא מעוגנת בכבוד האדם אלא ביהמ"ש מקיש אותה מחו"י כבוד האדם.
    2. קיימות מספר אפשרויות לנורמות חוקתיות שניתן להחיל על מקרה כזה:
       1. ספציפי גובר על כללי – מה שיחול הוא ס' 4 לחו"י הכנסת מאחר שהוא עוסק באופן ספציפי בבחירות לכנסת.
       2. דרישות מצטברות – ע"מ לקבוע שחוק הוא חוקתי יש לקבוע שאין פגיעה באף אחת מהזכויות לשוויון בכל אחד מחוקי היסוד.
       3. דרישות חלופיות – ניתן להראות שאין פגיעה באחד מהחוקים ודי בכך.
    3. בג"ץ מרכז השלטון המקומי – השאלה מתעוררת באופן מובהק בבג"ץ זה, אך ביהמ"ש לא נדרש אליה. חשין לא מכריע בשאלה מאחר שהסוגיה נוגעת לבחירות בלבד. זמיר טען שאין פגיעה בשוויון לפי חו"י כבוד האדם מאחר שהוא לא מעוגן בחו"י כבוד האדם.
    4. בג"ץ גוטמן – העותרים טענו שהפגיעה היא הן בשוויון המעוגן בחו"י הכנסת והן בשוויון המעוגן בחו"י כבוד האדם. גרוניס קבע שבמקרה זה הספציפי גובר על הכללי, ולכן יש להכריע באמצעות ס' 4 לחו"י הכנסת בלבד. הוא נותן לכך מספר נימוקים: 1. מדובר בהוראה החוקתית הייעודית למקרה. 2. השוויון מעוגן בס' 4 כעקרון חוקתי עצמאי ומפורש, בעוד שהזכות לשוויון שנגזרת מחו"י כבוד האדם אינה זכות מנויה, כך שיש נטל נוסף להראות שהפגיעה היא לא רק בשוויון אלא גם בכבוד. שאר השופטים בהרכב לא מכריעים בשאלה זו מאחר שהפגיעה נוגעת לחו"י הכנסת. הנדל אמר שהוא יכול לראות מקרים עתידיים בהם יהיה צורך להראות שחוק לא פוגע גם בשוויון של חו"י הכנסת וגם בשוויון הנגזר מחו"י כבוד האדם.

**ס' 5 לחו"י הכנסת – הזכות לבחור**

1. **לשון הסעיף** – "כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק; חוק הבחירות יקבע את המועד שבו ייחשב אדם בן שמונה עשרה שנה לענין השימוש בזכות הבחירה לכנסת".
2. **פירוט הזכות** – מדובר בתנאי לקיומה של דמוקרטיה, המבטא את ריבונותו של העם. שתי הדרישות הקיימות בסעיף הן אזרחות וגיל. הגיל המוגדר הוא מי שעד יום הבחירות מלאו לו 18 שנים. מבחינת אזרחות, גם תושב חוקי לא יכול להצביע אלא רק אזרח. החוק (חוק הבחירות לכנסת) הוסיף מגבלה נוספת – רק אזרח ישראלי שהוא תושב ישראל יכול להצביע (למגבלה זו חריג של שליחות, מי שנמצא בשליחות רשמית מטעם המדינה יכול להצביע). בישראל הזכות היא אוניברסלית לכל האזרחים התושבים בני 18, ולא נשללת הזכות מקבוצות מסוימות (כמו למשל אסירים או בעלי מוגבלויות).

**ס' 6 לחו"י הכנסת – הזכות להיבחר**

1. **לשון סעיף 6(א)** – "כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק או שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, ואם הורשע בעבירת טרור חמורה או עבירת ביטחון חמורה, כפי שייקבע בחוק, נידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שבע שנות מאסר, וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו 14 שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון".
2. **מבנה הסעיף**
   1. ראשית נקבע שהזכות להיבחר ניתנת לאזרח ישראל בן 21 ומעלה. בהמשך נקבעות המגבלות על הזכות וחריגים לכל מגבלה.
   2. מאסר שלושה חודשים – מי שנדון בפס"ד סופי (אין ערעור תלוי) למאסר שלושה חודשים ומעלה וטרם עברו שבע שנים מיום שחרורו.
   3. הרשעה בעבירת טרור או ביטחון – מי שנדון בפס"ד סופי למאסר של שבע שנים וטרם עברו 14 שנים מיום שחרורו.
   4. חריג – אם קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית שאין עם העבירה שבה הורשע המועמד קלון, המקרה מוחרג. שאלת הקלון לא רלוונטית לעצם המגבלה, אלא לחריג מהמגבלה (לא צריך להוכיח קלון כדי לפסול אדם מהתמודדות בהתבסס על עילות אלו, אלא המועמד צריך להוכיח שאין קלון כדי שיאפשרו לו להתמודד למרות שלגביו מתקיימת אחת מהעילות). מכאן שהנטל לבסס היעדר קיומו של קלון הוא על המועמד.
3. **בג"ץ פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות**
   1. חוק הבחירות קובע שמועמד שרוצה להתמודד לכנסת צריך לצרף כתב הסכמה חתום על-ידו בו הוא מצהיר, בין היתר, שקרא והבין את חוק הבחירות ושלהבנתו לא נמנע ממנו להתמודד לבחירות. ס' 56 קובע שהמועמד צריך להגיש הצהרה לפיה לא הורשע לעבירה של שלושה חודשים ומעלה, ואם הורשע, לקבל אישור מיו"ר ועדת הכנסת שאין עם העבירה קלון.
   2. פייגלין צירף את כתב ההסכמה אבל לא צירף מסמך שציין שהוא הורשע בעבירת המרדה וריצה מאסר בפועל של שישה חודשים, כשטרם עברו שבע שנים. בנוסף, הוא לא ביקש מיו"ר ועדת הבחירות לקבוע שאין עם העבירה קלון. הוגשו עתירות נגד המועמדות של פייגלין שבעקבותיהן יו"ר ועדת הבחירות החליט למחוק את שמו של פייגלין מרשימת המועמדים (הן בשל כך שעבר הזמן לבקשת הכרה בכך שאין קלון והן בשל מניעת עובדות מצדו). פייגלין עתר לבג"ץ בנושא.
   3. דעת הרוב (שלמה לוין) – נקבע שאין להביע עמדה בנסיבות העניין האם יש קלון או לא מאחר שדי באיחור בבקשה ומניעת העובדות כדי לדחות את העתירה. במקרה זה צריך להעדיף את העמידה על הדרישות הטכניות על-פני האינטרס של פייגלין.
   4. דעת מיעוט (לוי)
      1. כל עוד מבחינת הפרשנות והתכלית ניתן לפרש את החוק כך שהוא מאפשר את הזכות, זה עדיף. נכון שלפי הסעיף הנטל להכרזה על אי-קלון הוא על פייגלין, ונכון שפייגלין החמיץ את המועד להגשת הבקשה. עם זאת, כיוון שהיו אנשים שעתרו נגד המועמדות של פייגלין, נפתח הדיון האם יש קלון (העותרים לא כפופים למגבלת הזמן שפייגלין צריך לפעול לפיה). לכן לפי לוי לא ניתן לדחות את העתירה בגלל עילות הסף ויש לבחון האם יש קלון או לא. הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות בסיסית ובעייתי לפגוע בה בנימוק פרוצדוראלי.
      2. לגבי השאלה האם יש קלון או לא במקרה הקונקרטי, קובע לוי שאין קלון. זאת מאחר שלפי התפיסה של לוי אי אפשר לקבוע לגבי עבירת ההמרדה שיש בצדה קלון. עבירת ההמרדה נועדה להגן על מבנה המשטר ולא על התכנים שלו. הוא אף סבר שראוי לשקול לבטל את עבירת ההמרדה ולהחליף אותה בעבירה שמתאימה יותר לשיטת המשטר (שלא תפגע בחופש הביטוי).
   5. שאר ההרכב – מצטרפים לעמדתו של לוין, ועל כן אין צורך להביע עמדה לגבי הקלון. עם זאת, חלק מזכירים באוביטר את עמדתם לגבי קלון בעבירת ההמרדה.
   6. שטרסברג-כהן, פרוקציה, בייניש, ברק – ככלל עבירת ההמרדה תיחשב עבירה שיש עמה קלון. זאת מאחר שעבירת ההמרדה נוגדת בתכלית שלה את הדמוקרטיה – היא מעודדת את העם לא לקבל את העמדות שהתקבלו בהחלטות דמוקרטיות. הרעיון הוא שמי שלא מקבל על עצמו את כללי המשחק הדמוקרטיים ומנסה לעקוף אותם, יש להטיל עליו קלון. התפיסה שיש להטיל קלון על עבירת ההמרדה גם מתיישבת עם העילות הנמצאות בחוק בהקשר של שלילת מועמדות (בעיקר עם העילה של שלילת קיום המדינה כמדינה דמוקרטית).
   7. דורנר וטירקל – מסכימים עם לוין. באוביטר ציינו שאם העתירה לא הייתה נדחית היו מגיעים למסקנה שבמקרה זה אין קלון. מדובר בעמדת ביניים מאחר שבניגוד ללוי שאומר שלא יכול להיות קלון ושאר הרוב שאומרים שבוודאי יש קלון, דורנר וטירקל טוענים שהשאלה האם יש קלון או לא תלויה בנסיבות ואכן יכול להיות מקרה בו יהיה קלון עם עבירת ההמרדה. בנסיבות של המקרה הנדון החליטו שאין קלון.
4. **קביעת קלון**
   1. ההכרעה האם יש קלון או לא היא הכרעה מוסרית, ולכן מדובר בקביעה בעייתית מבחינה משפטית. במהלך השנים היו מספר הגדרות שונות בפסיקה לקלון ולאופן הקביעה שלו, מאחר שלא נקבע בחוק כיצד קלון נקבע ומה מגדיר אותו.
   2. הגדרות פסיקתיות
      1. קלון הוא פגם מוסרי המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים וממילא אין הוא ראוי לשאת במשרה ציבורית. קלון נובע מהתנהגות המגלה שחיתות או מטילה בהכרח כתם מוסרי.
      2. השאלה היא האם יש בכוחה של העבירה לערער את אמון הציבור באדם מסוים.
      3. קביעת הקלון היא פונקציה של שלושה משתנים עיקריים:
         1. *נסיבות העבירה* – נאמר בפסיקה באופן מובהק שהנסיבות הן החלק המשמעותי ביותר בקביעת קלון. ברוב המקרים ההכרעה מתקבלת בהתאם לנסיבות. הקלון קשור בטבורו לנסיבות במסגרתן התבצעה העבירה, ולכן יכול להיות מקרה בו יש עבירה שיש בצדה קלון אבל הנסיבות המקלות המסוימות שוללות ממנה את הקלון וכן יכול להיות מקרה בו קיימת עבירה שלא בהכרח יש עמה קלון אך בשל הנסיבות ייקבע שיש קלון.
         2. *תכלית החקיקה שבמסגרתה מופיעה ההוראה בדבר עבירה שיש עמה קלון* – תלוי באיזו עבירה מדובר ובאיזה הקשר צריך להחליט שיש קלון. יכול להיות הבדל בקביעת קלון לגבי עיסוק בעריכת דין לעומת עיסוק במשרת שר. ככל שהמשרה בכירה יותר ושההשפעה שלה על הציבור רחבה יותר, הרף שיידרש מהאדם שרוצה למלא את המשרה יהיה גבוה יותר (משמע, הקלון יקבע יותר בקלות).
         3. *אופי העבירה*
            1. יש עבירות שמטבען אין עמן קלון. בד"כ מדובר בעבירות אחריות מוחלטת (כשהיסוד העובדתי מספיק ואין צורך להראות כוונה מצד עובר העבירה). קיימות גם עבירות שהן לא פליליות ויש בהן סנקציה, אבל הסנקציה היא קנס שנתון לשיקול דעת של רשות מנהלית. ענישה בדברים כאלו מטבעם אין בהם קלון.
            2. מצד שני קיימות עבירות שאין ספק לגבי הקלון שבצדן (אונס, שוחד). הפסיקה נוטה לקבוע שגם עבירות מרמה ועדות שקר הן עבירות שיש עמן קלון מובהק.
            3. לבסוף קיימות עבירות שהדעות חלוקות לגביהן (כמו למשל עבירת ההמרדה בפס"ד פייגלין).
5. **סייג למועמדות חבר כנסת שפרש מסיעתו**
   1. לשון סעיף 6א
      1. חבר הכנסת שפרש מסיעתו ולא התפטר מכהונתו סמוך לפרישתו, לא ייכלל, בבחירות לכנסת שלאחריה, ברשימת מועמדים שהגישה מפלגה שהייתה מיוצגת על ידי סיעה של הכנסת היוצאת; הוראה זו לא תחול על התפלגות סיעה בתנאים שנקבעו בחוק.
      2. לעניין סעיף זה –
         1. "פרישה מסיעה" – לרבות הצבעה במליאת הכנסת שלא בהתאם לעמדת הסיעה בעניין הבעת אמון לממשלה או אי-אמון בה; ואולם הצבעה כאמור לא תיחשב כפרישה אם חבר הכנסת לא קיבל כל תמורה בעד הצבעתו;
         2. "תמורה" – במישרין או בעקיפין, בהבטחה או בהתחייבות לעתיד, ולרבות הבטחת מקום ברשימת מועמדים לכנסת, או מינוי חבר-הכנסת עצמו או אדם אחר לתפקיד כלשהו.
   2. במקרה בו חבר כנסת פורש מהסיעה שלו ופורש מהכנסת אין בעיה, והוא יכול להצטרף לרשימה קיימת בבחירות הבאות.
   3. במקרה בו חבר כנסת פורש מהסיעה שלו אבל נשאר בכנסת קיימת עליו הסנקציה לפיה הוא לא יוכל להצטרף לרשימה קיימת. במידה והוא רוצה להתמודד לכנסת הבאה הוא יצטרך להקים רשימה חדשה. הנימוק לסייג זה הוא שהחשש היה שאנשים יפרשו מהסיעות שלהם ממניעים פוליטיים כאלו ואחרים. כמו כן, השיטה הישראלית מבוססת על מפלגות וסיעות, וכדי שהכנסת תוכל לפעול באופן אפקטיבי יש צורך במשמעת סיעתית. החריג לסייג זה הוא התפלגות (כשלפחות שליש מתפלג), אז נשמרות הזכויות להצטרף למפלגה קיימת בבחירות הבאות.
6. **מי לא יהיה מועמד**
   1. לשון ס' 7
      1. אלה לא יהיו מועמדים לכנסת:
         1. נשיא המדינה;
         2. שני הרבנים הראשיים;
         3. שופט;
         4. דיין של בית דין דתי;
         5. מבקר המדינה;
         6. ראש המטה הכללי, צבא-הגנה לישראל;
         7. רבנים וכהני דתות אחרות, כשהם משמשים בכהונתם בשכר;
         8. עובדי מדינה בכירים וקציני צבא בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק;
         9. שוטרים וסוהרים בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק;
         10. עובדי תאגידים שהוקמו בחוק, בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק.
      2. זולת אם חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור.
   2. חו"י קובע שאנשים שמכהנים בתפקידים המצוינים לא יכולים להיות מועמדים לכנסת, אלא אם כן הקפידו לסיים את התפקיד לפני מועד הגשת רשימת המועמדים. עם זאת, חוק היסוד נותן למחוקק סמכות לקבוע תקופה ארוכה מכך (ואכן חוק הבחירות קובע עבור חלק מתפקידים אלו "תקופת צינון").
   3. עלתה בפסיקה סוגיה בנושא תקופת הצינון בהקשר של פרשת רוסו. רוסו פרש מהצבא אבל המשיך לעשות מת"ק, לכן עלתה השאלה האם תקופת הצינון נספרת מפרישתו הרשמית או ממועד סיום המת"ק. מלצר טען שמדובר בפרצה בחוק מאחר שאם ייקבע שהתקופה נספרת ממועד הפרישה הרשמי זה יעודד אנשי קבע לקבוע מועד פרישה שיסתדר עם מועד הבחירות ולהמשיך במת"ק. לבסוף מלצר קיבל את העמדה התומכת במועמדותו של רוסו מאחר שהטענה הייתה שיש שומרי סף אחרים (כגון הרמטכ"ל) שימנעו סיטואציות כאלו שעוקפות את החוק.

**ס' 7א לחו"י הכנסת: שלילת הזכות להשתתף בבחירות**

1. **לשון הסעיף**
   1. רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:
      1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
      2. הסתה לגזענות;
      3. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.
   2. לעניין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת.
   3. החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.
   4. מועמד יצהיר הצהרה לעניין סעיף זה.
   5. פרטים לעניין הדיון בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון ולעניין הצהרה לפי סעיף קטן (ג), ייקבעו בחוק.
2. בעבר החוק עסק בפסילת רשימה בלבד, אך כיום החוק תוקן וניתן לפסול מועמד. העילות שבסעיף הן עילות חלופיות, משמע מספיק קיום אחת מהן ע"מ שתהיה עילה לפסילה.
3. **היקף הביקורת השיפוטית**
   1. סעיף קטן (ב) יוצר הבחנה בין מקרה של פסילת מועמד למקרה של פסילת רשימה בכך שבמקרה של פסילת מועמד נדרש אישור של ביהמ"ש העליון. לכן פס"ד של אישור בחירות (א"ב) יהיה רק במקרה של פסילת מועמד, בשאר המקרים יהיה מדובר בערעור בחירות.
   2. היקף הביקורת השיפוטית יהיה נרחב יותר בהליך של אישור בחירות, זאת מאחר שבהליך של אישור בחירות ביהמ"ש ממלא פונקציה ייחודית – הוא לא פועל רק כגוף מבקר אלא כמי שבעצמו משתתף בעצם גיבוש ההחלטה. בהוספת סעיף קטן (ב) למעשה ניתנה לביהמ"ש הסמכות להחליט.
   3. בערעור בחירות כבר התקבלה החלטה ע"י ועדת הבחירות המרכזית. ביהמ"ש לא חלק מהליך ההחלטה, הוא ממלא את תפקידו הקלאסי (ביקורתי). בהליך שכזה ביהמ"ש לא קובע האם הוא היה מקבל בעצמו את אותה ההחלטה, אלא האם רשות שלטונית סבירה הייתה מקבלת את אותה ההחלטה.
   4. בעבר עלו קולות שהן במקרה של מועמד והן במקרה של רשימה יהיה הליך של אישור בחירות, אך כיום המצב הוא בהתאם לתיקון ומועמד גורר הליך של א"ב בעוד שרשימה גוררת הליך של ע"ב.
4. **פירוש הסעיף**
   1. הפסיקה פיתחה אמות מידה פרשניות לפירוש ס' 7א (ועד הבחירות המרכזית נ' טיבי). אמות מידה אלו רלוונטיות לכל העילות המופיעות בסעיף. רוב המרכיבים הפרשניים מטרתם לצמצם את פסילת המועמדות של הרשימות והמועמדים.
   2. "מטרותיה" – המאפיינים הדומיננטיים הניצבים כמרכזיים בין השאיפות של הרשימה. לא מדובר במטרות שוליות וחסרות השלכה פרקטית של הרשימה.
   3. "מפורש ומשתמע" – המטרות מתפרשות הן מאמירות מפורשות והן ממסקנות מסתברות ומשתמעות (כל עוד זה משתמע באופן חד משמעי).
   4. פרקטיקה – לא די במטרות בעלות אופי תיאורטי אלא יש להראות פעילות למען מימוש המטרות ולשם הפיכתן למציאות. לא די בפעילות ספוראדית אלא יש להראות פעילות חוזרת ונשנית. לאחר התיקון (2017) נקבע שניתן גם לפסול ע"ס התבטאות בלבד. ניתן להסיק שברגע שאין פעילות בשטח הדרישה תהיה גדולה יותר לחומרה של ההתבטאויות.
   5. ראיות – הראיות המבססות את המטרות והמעשים שמביאים לכדי מניעת השתתפות צריכות להיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות. אין צורך להוכחה בסף הפלילי (מעבר לכל ספק סביר), אבל זה כן צריך להיות יותר מהסף האזרחי (מאזן הסתברויות). מדובר על דרישת ביניים בין הסף הפלילי לסף האזרחי. הנטייה של ביהמ"ש היא לפרש את הראיות באופן שלא פוסל במידה וניתן לפרש אותן בכמה אופנים. היבט הראיות מקבל משקל מאוד גדול ביישום.
5. **פסילת רשימה ע"ב מועמד**
   1. עלתה השאלה מתי ניתן לפסול רשימה בהתבסס על פעילות של מועמד מתוכה. נקבעו בפסיקה אמות מידה לפסילת רשימה במקרה שכזה.
   2. מעמדו של חבר הרשימה – ככל שהוא יותר בכיר יש יותר משקל לפעילות שלו.
   3. התבטאות חד פעמית או חוזרת ונשנית – יש הבדל בין התבטאות יחידה לבין סוגיה שעולה שוב ושוב.
   4. מספר חברי הרשימה השותפים לדעה – האם מדובר בחבר רשימה חריג או שמא הוא מייצג עמדה רווחת ברשימה.
   5. תגובת שאר חברי הרשימה – האם הסתייגו או אישרו בדיעבד את ההתבטאות.
   6. המספר הכולל של חברי הרשימה – ככל שהרשימה יותר קטנה כך יש יותר משקל לעמדות של כל חבר בה.
   7. חשוב לזכור שאמות מידה אלו עלו בתקופה בה לא ניתן היה לפסול מועמד יחיד. בשאלה האם יש תוקף למהלך של פסילת רשימה בגלל מועמד במצב הנוכחי (כשניתן לפסול מועמד יחיד), ניתן לטעון שכיום עדיין ניתן לבצע מהלך שכזה אך הרף יהיה יותר גבוה.
6. **פירוש העילות**
   1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
      1. חשוב לזכור שתמיד יש מתח בין התפיסה של דמוקרטיה מתגוננת לבין החלטה למנוע מרשימה להתמודד בגלל ההשקפות שלה. הגישה של ביהמ"ש לאורך השנים הייתה להעדיף את הזכות לבחור ולהיבחר על פני האינטרסים של דמוקרטיה מתגוננת. בהתאם לכך, ביהמ"ש קבע שיש לפרש עילה זו באופן מצמצם, ולכן יש להתמקד במרכיבים המרכזיים והמינימאליים של המונחים יהודית ודמוקרטית. מבין המשמעויות הרבות של מונחים אלו, יש להתמקד במאפיינים הגרעיניים, ויש להביא רק אותם בחשבון כששוקלים לפסול רשימה או מועמד.
      2. מאפייני מדינה יהודית:
         1. הדגש הוא פחות במובן ההלכתי ויותר במובן הלאומי.
         2. זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל.
         3. רוב יהודי.
         4. עברית כשפה רשמית.
         5. חגים וסמלים שמשקפים את התקומה הלאומית של העם היהודי.
      3. עולה השאלה לגבי מדינת כל אזרחיה. סוגיה זו עלתה בביהמ"ש ונאמר שמבחינת שוויון זכויות מדינת ישראל צריכה להיות מדינת כל אזרחיה, אך הבעיה מתעוררת כשמישהו ירצה לשלול את העובדה שמדינת ישראל היא מדינת הלאום היהודי (מדינה דו-לאומית וכדו').
      4. מאפייני מדינה דמוקרטית:
         1. ריבונות העם (בחירות חופשיות ושוות).
         2. גרעין זכויות אדם (בין היתר כבוד ושוויון).
         3. הפרדת רשויות.
         4. שלטון החוק.
         5. רשות שופטת עצמאית.
      5. לפי גישה זו, רשימת מועמדים ששוללת את זכות הבחירה על-פי מבחן אתני-לאומי פוגעת בדמוקרטיה מאחר שפוגעת בזכות לבחור ולהיבחר. משמע, מפלגה גזענית עשויה לפגוע בעקרונות הדמוקרטיים של המדינה. גם רשימת מועמדים שמעודדת שימוש באלימות כדי לפגוע במשטר הדמוקרטי תיפסל מלהתמודד בבחירות.
   2. הסתה לגזענות
      1. גם לעניין הסתה לגזענות יש להתחשב ביסודות הגרעיניים של ההסתה. מכאן שיהיו דברים שעלולים להיתפס כהסתה בהקשר אחר אך בהקשר של 7א הם לא ייחשבו הסתה.
      2. מאפייני הסתה לגזענות:
         1. ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי אתני המביא איבה ומעמיק תהום.
         2. קריאה לשלילה אלימה של זכויות.
         3. קריאה לביזוי שיטתי ומכוון לחלקי אוכלוסייה המאובחנים לפי יסוד אתני.
   3. תמיכה במאבק של מדינת אויב נגד מדינת ישראל
      1. ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימה או מועמד אם הם עצמם חלק מארגון שנאבק במדינה.
      2. כמו כן, ניתן למנוע השתתפות גם אם אין השתתפות אבל יש תמיכה. תמיכה זו יכולה להיות חומרית (כמוה כנטילת חלק במאבק עצמו), או פוליטית (יכולה ללבוש צורות שונות שמעניקות לגיטימציה למאבק המזוין במדינה). לא מספיק שתהיה תמיכה בארגון טרור במדינת אויב (באמצעות אמירות שונות וכדו'), אלא צריך שממש תהיה תמיכה במאבק המזוין שלה במדינת ישראל.
      3. יכול לקרות מקרה בו יש תמיכה במאבק מזוין במדינת ישראל, אך הגוף הנתמך אינו מוגדר בצורה רשמית כארגון טרור. בעיה זו עלתה במשט המרמרה, שם נאמר שההיבט הפורמלי של ההכרה בארגון כארגון טרור הוא לא מרכזי. כל עוד יש תמיכה במאבק מזוין במדינת ישראל יכולה להיות עילה לפסילה.
      4. פרשת זועבי – לא היו רק התבטאויות אלא גם מעשים מאחר שהיא השתתפה במשט. הדבר היחיד שהציל אותה מפסילה הוא שהצליחו להוכיח שלא כל המשתתפים במשט ידעו על הכוונה האלימה ושהיו משתתפים שחשבו שמדובר במשט הומניסטי. כשהיועמ"ש חקר אותה הוא קיבל את עמדתה שהיא לא ידעה על הכוונה של הפעילים.

**חסינות חברי כנסת**

1. **הגדרה** – חסינות מעניקה הגנה מפני הליכים משפטיים מסוימים. כשאדם הוא בעל חסינות, לא ניתן להעמיד אותו לדין או לנקוט בפעולות משפטיות אחרות מולו.
2. **רציונאלים ועקרונות יסוד סותרים**
   1. בעד מתן חסינות
      1. הבטחה שלח"כ תהיה אפשרות לבצע את התפקיד שלו ולייצג את ציבור בוחריו ללא חשש שהדבר עלול להשפיע עליו בצורה משפטית שלילית.
      2. הגנה על הפעילות התקינה של הרשות המחוקקת, שלא תופרע ע"י הרשות המבצעת.
   2. נגד מתן חסינות
      1. פגיעה בעקרון שוויון בפני החוק.
      2. פגיעה בעקרון שלטון החוק – אין אף גוף או אדם שהוא מעל מערכת החוקים.
      3. פגיעה באמון הציבור – אנשים ינסו להיכנס לכנסת כשהמניע העיקרי הוא קבלת החסינות.
3. הסדר החסינות מעוגן בחו"י הכנסת (ס' 17) שקובע שלחברי הכנסת תהיה חסינות, ושהיא תקבע בחוק. בהמשך אכן חוקק חוק חסינות חברי כנסת. החוק מכיר בשני סוגי חסינות עיקריים – עניינית (מהותית) ודיונית.
4. **חסינות עניינית**
   1. לשון ס' 1 – "חבר הכנסת לא יישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה – בכנסת או מחוצה לה – אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת".
   2. היקף החסינות – חשוב לשים לב שההיקף של החסינות מאוד רחב. מדובר בחסינות מוחלטת – לא רק מפני העמדה לדין אלא מפני כל פעולה משפטית. החסינות כוללת הצבעה והבעת דעה (מה שמקובל ברוב העולם), אך היא מרחיבה וכוללת גם מעשה בכנסת או מחוצה לה. עם זאת, התנאי לתחולת החסינות הוא שהבעת הדעה או המעשה יהיו בעת מילוי תפקיד כח"כ או למען מילוי התפקיד.
   3. ס' 1(א1)
      1. ס' 1(א1) מונה מקרים בהם החסינות לא תקפה (שלילת אופי דמוקרטי של המדינה, הסתה לגזענות וכו'). יש לשים לב שרשימה זו מונה את מה שבוודאות לא נכנס תחת הגדרת "במילוי תפקידו", אך גם כאשר דבר מה לא נכלל ברשימה הזו ניתן להחיל את מבחני הפסיקה ע"מ להבין האם דבר מה נחשב במילוי תפקיד או לא (אם מגיעים למסקנה שהפעילות לא הייתה במילוי תפקיד משמע אין חסינות עניינית).
      2. סעיף זה משלים את סעיף 7א (העילות בסעיף דומות לעילות של 7א). משמע גם כאשר אדם שומר התבטאויות מהסוג המפורט בסעיף לעצמו במהלך הבחירות לכנסת (ע"מ שלא יפסלו אותו מתוקף 7א) זה לא אומר שברגע שהוא יבחר הוא יוכל להתבטא איך שהוא רוצה (מאחר שלא תהיה לו חסינות נגד הליך משפטי בגין אותן ההתבטאויות).
      3. במידה ופעילות של ח"כ נופלת תחת הגדרת ס' 1(א1) ביהמ"ש לא צריך לעבור לניתוח האם הפעילות הייתה במילוי תפקידו או לא. ניתן כבר אז לקבוע שאין חסינות עניינית.
   4. יישום ופרשנות בבג"ץ בשארה
      1. בשארה נשא שני נאומים בהם שיבח את חזבאללה. בעקבות נאומים אלו הוא הועמד לדין על עבירה פלילית (תמיכה בארגון טרור). כאשר מישהו לא חבר כנסת, מספיק שהוא תומך בארגון טרור ואין דרישה שיתמוך במאבק המזוין של ארגון הטרור, ולכן עלתה השאלה לגבי בשארה האם תהיה לו חסינות (הוא תמך בארגון ולא במאבק המזוין בפועל).
      2. בבג"ץ עלתה שאלה מקדמית לגבי תחולה רטרואקטיבית של הסעיף (דבריו של בשארה נאמרו לפני שהסעיף נכנס לתוקף) אך נקבע שסעיף זה הוא דקלרטיבי והוא לא יוצר סייגים חדשים על החסינות או מצמצם אותה (הוא מבהיר את המצב המשפטי שהיה קיים מאז ומעולם). פעילות שנכללת ברשימה הנמצאת בסעיף 1(א1) מראש לא אמורה להיות חלק מתפקידו של ח"כ.
      3. לגבי השאלה האם תמיכתו של בשארה נכללת בסעיף – כאמור, לצורך העבירה הפלילית מספיק שתמך בארגון טרור אך לצורך הסייג לחסינות יש צורך בתמיכה במאבק המזוין עצמו. חיות בדעת מיעוט קובעת שדבריו של בשארה חוצים את הקו האדום ומהווים תמיכה ברורה בארגון טרור. ברק וריבלין ברוב קובעים שלא הוכח שדברי העותר הם לא סתם דברי רהב ושהם ממש תמיכה במאבק המזוין.
      4. חשוב לשים לב שכל השופטים הסכימו שעצם זה שלא פסלו ח"כ דרך 7א לא אומר שהתבטאויות זהות גם לא נכללות ב-1(א1). זאת מאחר שפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר חמורה יותר ולכן הרף להחלת 1(א1) על התבטאות מסוימת נמוך יותר מהרף של 7א (משמע יכול להיות מצב בו מאשרים למישהו להיות ח"כ ובמידה והוא ממשיך להתבטא באותה הצורה החסינות לא תחול על התבטאויות אלו).
   5. הסרת החסינות – לא ניתן להסיר חסינות מהותית. מדובר בחסינות קבועה ולא במחסום זמני. גם אחרי שח"כ חדל מלהיות ח"כ הוא יהיה מוגן לגבי הפעולות הנכללות תחת החסינות לפי הסעיף (משמע, אם הוחלט שדבר מה נכלל בתוך החסינות בזמן שהיה ח"כ עצם העובדה שהוא סיים את תפקידו כח"כ לא אומרת שכעת ניתן להעמיד אותו לדין על אותן הפעולות).
5. **מבחני הפסיקה לחסינות עניינית**
   1. החסינות מעוררת קושי רב (מוחלטת, נגד כל פעולה משפטית, לכל החיים) אך במקביל משרתת תכליות ראויות של עצמאות הפרלמנט. ע"מ לאזן בין העקרונות הסותרים יש לפרש את המונח "במילוי תפקידו" כדי שביהמ"ש יוכל לקבוע מתי החסינות חלה ומתי היא מוסרת. בעבר, לאור המתחים הללו, היו דעות שונות ומבחנים שונים בפסיקה. ההלכה כיום היא גישת ברק – מבחן מתחם הסיכון המקצועי.
   2. מבחן מתחם הסיכון המקצועי
      1. יש סיכון מקצועי טבעי מעצם הפעילות כחבר כנסת. התנהגות של חבר כנסת (גם אם היא אסורה) שנכנסת למתחם הסיכון המקצועי הטבעי תהיה חסינה.
      2. אם הפעילות היא אסורה ומתוכננת מראש שנעשית תוך ניצול מעמד של הח"כ, או שהיא לא נכללת במתחם הסיכון, החסינות לא תחול. קריטריון זה יוצר הפרדה בין מעשים ספונטאניים שנעשים בלהט הרגע (כמו למשל חשיפת ידיעה סודית בזמן ויכוח) לבין מעשים מתוכננים (שנחשבים אסורים). בכל מקרה, החסינות העניינית לא נועדה להגן מפעילות שמטבעה לא ניתן לראות אותה כפעילות פרלמנטרית (למשל נטילת שוחד, הפרת אמונים וכדו').
   3. יישום בפרשת גורולובסקי – גורולובסקי הצביע בשם ח"כים נעדרים. רצו להעמיד אותו לדין אך הוא טען שיש לו חסינות (הצבעה היא בלב העשייה של ח"כ). נקבע שייתכן מצב בו הצבעה בשם ח"כ אחר תהיה במסגרת התפקיד (למשל ישיבה במקום לא נכון והצבעה דרך מחשב של ח"כ אחר), אך הצבעה במודע בשם ח"כים אחרים בנוסף על ההצבעה של גורולובסקי אינה נמצאת במתחם הסיכון הטבעי של פעילות כח"כ.
   4. יישום בפרשת בשארה
      1. מאחר שהרוב קבע שבשארה לא נופל מתוקף ס' 1(א1), היה צורך להבין האם הפעילות שלו נחשבת בתוך מתחם הסיכון הטבעי.
      2. נקבע שמתחם הסיכון הטבעי מתקיים בשל שלושה טיעונים מרכזיים:
         1. דבריו של בשארה היו חלק מנאומים פוליטיים שלו, אך האמירות הנדונות לא היו במרכז נאומים אלו.
         2. העבירה בה הואשם קשורה בחופש הביטוי. כיוון שחופש הביטוי חשוב באופן כללי ובאופן ספציפי למילוי תפקידו של ח"כ יש לקחת זאת בחשבון.
         3. בגלל הלשון הרחבה בה מנוסחות עבירות של חופש ביטוי, יש חשש שאם ח"כים יחששו שהם יהיו חשופים להעמדה לדין בגלל אמירות כאלו יהיה ריסון יתר וח"כים לא יתבטאו ולא יגידו אמירות שבסופו של דבר הן לגיטימיות.
6. **חסינות דיונית**
   1. לשון ס' 4 – "כתב אישום נגד חבר הכנסת, בעבירה שסעיף 1 אינו חל עליה, שנעברה בזמן היותו חבר הכנסת או לפני שהיה לחבר הכנסת, יוגש באישור היועץ המשפטי לממשלה".
   2. מדובר בהגנה פרוצדוראלית (מחסום זמני) מפני העמדה לדין פלילי בגין עבירות שלא נעשו בזמן מילוי התפקיד או למען מילוי התפקיד.
   3. היקף החסינות
      1. חל גם על עבירות שהתבצעו לפני ההתמנות לח"כ. מדובר בהרחבה של החסינות העניינית, מאחר שחסינות זו חלה על מקרים שהעניינית לא חלה עליהם. בניגוד לעניינית, חסינות זו חלה רק כל זמן שהח"כ מכהן כח"כ. ביום בו הו מפסיק לכהן החסינות לא תקפה.
      2. חסינות זו מגנה רק מפני העמדה לדין פלילי.
      3. מדובר במחסום זמני, החסינות ניתנת להסרה.
   4. חסינות נוספת– החוק מונה חסינות נוספת (ס' 2-3) הנוגעת להיבטים שונים (כגון חיפוש בדירה). מדובר בחסינות פרוצדוראלית בדומה לחסינות הדיונית.
   5. הדין בעבר – לכל חברי הכנסת אוטומטית יש חסינות דיונית ולכן לא ניתן להעמיד ח"כ לדין, אלא אם היועמ"ש פונה לכנסת והכנסת מחליטה באופן אקטיבי להסיר את החסינות. מה שקרה בפועל הוא שהיו מקרים רבים בהם הכנסת סירבה להסיר את החסינות (כמו בגורולובסקי). ברגע שהכנסת סירבה הגישו בג"ץ ונקבע באילו מקרים ועדת הכנסת רשאית לסרב להסיר חסינות. לפי בג"ץ, ועדת הכנסת צריכה לבחון את השיקולים של היועמ"ש ולהבין האם הם שיקולים לגופו של עניין או שמא המקור שלהם ברדיפה פוליטית של הח"כ. כל עוד השיקולים לגופו של עניין ועדת הכנסת לא רשאית לסרב להסרת החסינות. למרות פסיקה זו, הכנסת לא פעלה לפי שיקולים אלו (גם לאחר שההחלטה הוחזרה לוועדת הכנסת הוחלט לסרב להסרת החסינות של גורולובסקי).
   6. הפרוצדורה כיום בס' 4 המתוקן
      1. כיום הכלל הוא שניתן להגיש כתב אישום באישור היועמ"ש, והח"כ מיוזמתו צריך לטעון שיש חסינות. משמע העבירו את ברירת המחדל לכך שניתן להגיש בהתקיים מספר תנאים ופרוצדורה מסוימת.
      2. כתב אישום נגד חבר הכנסת יוגש באישור היועמ"ש. בטרם הגשת כתב האישום לביהמ"ש, היועמ"ש ימסור עותק ממנו לח"כ, ליו"ר הכנסת וליושב ראש ועדת הכנסת.
      3. חבר הכנסת רשאי, בתוך 30 ימים מיום שהומצא לו כתב האישום, לבקש שהכנסת תקבע כי תהיה לו חסינות בפני דין פלילי לגבי האשמה שבכתב האישום, בשל אחת או יותר מהעילות הבאות:
         1. העבירה שבה הוא מואשם נעברה במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת ולכן חלות הוראות ס' 1.
         2. כתב האישום הוגש שלא בתו"ל או תוך הפליה (בדומה לשיקולים שהיו בעבר בפסיקה).
         3. התקיימו כל אלה (תאנים מצטברים): הכנסת או מי שמוסמך בה לכך קיימו הליכים או נקטו אמצעים לפי הדינים והכללים הנהוגים בכנסת נגד חבר הכנסת בשל המעשה המהווה עבירה לפי כתב האישום (למשל שוועדת האתיקה של הכנסת נקטה מהלכים נגד הח"כ הרלוונטי), העבירה בוצעה במשכן הכנסת במסגרת פעילות הכנסת או ועדה מוועדותיה, ואי ניהול הליך פלילי, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.
         4. ייגרם נזק של ממש בשל ניהול ההליך הפלילי, לתפקוד הכנסת או ועד מוועדותיה או לייצוג ציבור הבוחרים, ואי-ניהול הליך כאמור, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה, לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.
      4. חשוב לשים לב שהכנסת היא זו שקובעת האם להחיל את החסינות או לא, ולכן היא זו שתקבע האם חלה אחת מהעילות (וכן את כל האלמנטים שלה – האם הייתה פגיעה באינטרס ציבורי, האם ייגרם נזק לתפקוד וכדו').
      5. בהמשך הסעיף מפורטות עבירות שלא יכולה להיות חסינות דיונית עבורן. כמו כן, החסינות לא תחול על העמדה לדין שקרתה לפני שמישהו התמנה לתפקיד ח"כ.
   7. סיכום הפרוצדורה להגשת כתב אישום פלילי נגד ח"כ
      1. בשלב הראשון יש לקבל את אישור היועמ"ש.
      2. אם היועמ"ש רוצה להגיש כתב אישום הוא צריך להגיש עותק לגורמים הרלוונטיים.
      3. אם הח"כ לא הגיש בקשה לחסינות תוך 30 יום, הוא יועמד לדין.
      4. אם הח"כ ביקש חסינות הדיון יערך בפני וועדת הכנסת. הדיון מעין שיפוטי מאחר שגם לח"כ וגם ליועמ"ש יש הזדמנות להציג טיעונים.
      5. אם הוועדה החליטה שלא להעניק חסינות, ההחלטה סופית וניתן להעמיד לדין.
      6. אם הוועדה החליטה להציע להעניק חסינות ההחלטה יכולה להשתנות מאחר שמליאת הכנסת צריכה לאשר זאת.
      7. הכנסת מצביעה בהצבעה אחת בה היא רשאית לקבוע שלח"כ תהיה חסינות בפני העמדה לדין פלילי. ההצבעה צריכה להיות בהודעה מראש וגלויה.
      8. אם הכנסת מחליטה לדחות את הבקשה לחסינות ניתן להעמיד לדין.
      9. במידה וניתנה חסינות, במהלך כל הכהונה של אותה הכנסת אסור להגיש כתב אישום בגין אותה האשמה. זאת אלא אם ישנו שינוי מהותי בנסיבות ואז היועמ"ש רשאי לבקש להגיש מחדש.

**הפסקת חברות של חבר כנסת**

1. **לשון ס' 42**
   1. (א) – "חבר הכנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, תיפסק חברותו בכנסת ביום שפסק הדין נעשה סופי...".
   2. (ג)(1) – "הכנסת רשאית, ברוב של 90 חברי הכנסת, להחליט להפסיק את חברותו של חבר הכנסת אם קבעה שהתקיים בו, לאחר היבחרה של אותה כנסת, האמור בסעיף 7א(א)(2), או (3) לגבי מועמד".
   3. (ג)(2) – "החלטה כאמור בפסקה (1) תתקבל לפי הצעת ועדת הכנסת שהתקבלה ברוב של שלושה רבעים מחבריה, על בסיס בקשה של 70 חברי הכנסת, מתוכם 10 לפחות חברי כנסת בסיעות שאינן צדדים להסכמים המחייבים תמיכה בממשלה".
   4. (ג)(4) – "על החלטת הכנסת להפסיק את חברותו רשאי חבר הכנסת לערער לבית המשפט העליון".
   5. (ג)(5) – "סעיף קטן זה לא יחול בתקופת בחירות, כפי שתיקבע בחוק".
2. ס' (א) בא לטפל במקרים בהם חבר הכנסת כן מועמד לדין, ובעקבות ההעמדה לדין הוא מורשע ונקבע שיש עם העבירה קלון. במצב כזה החברות שלו בכנסת מופסקת באופן אוטומטי.
3. ס' (ג) מקשר את הפסקת החברות לעילות הפסילה של 7א. עם זאת, מדובר רק על העילות של הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור או מדינת אויב. המטרה בסעיף זה היא להתמודד עם מקרים בהם אדם מתמנה לח"כ ולאחר שכבר התמנה הוא מבצע מעשים שראוי לפסול אותו בגינם.
4. **פרוצדורה להפסקת חברות**
   1. בשלב הראשון צריך להגיש בקשה של לפחות 70 ח"כ, מתוכם 10 לפחות מהאופוזיציה.
   2. הדיון מתבצע בוועדת הכנסת, שם צריכה להתקבל החלטה ברוב של 3/4.
   3. לאחר מכן הדיון עולה במליאת הכנסת, שם נדרש רוב של 90 ח"כ.
5. החשש היה שיהיה שימוש בסעיף זה לטובת רדיפה פוליטית, אך בפועל הפרוצדורה כל-כך תובענית כך שהסיכוי שישתמשו בזה נמוך מאוד (עד היום לא בוצע שימוש בסעיף). קיימת גם טענה לפיה אמנם קשה להגיע לרוב של 90 אך בהחלט ניתן להגיע לרוב של 70 עם 10 מהאופוזיציה, כך שיכול לקרות מצב בו בסוף לא יגיעו ל-90 אבל התעסקות בתהליך הזה תשבית את הח"כ הנדון ותגזול זמן של הכנסת.

**השעיה**

1. **לשון ס' 42ב**
   1. "חבר הכנסת שהורשע בעבירה פלילית וקבע בית המשפט, ביזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, יושעה מכהונתו בכנסת מיום קביעת בית המשפט ועד למועד שבו פסק הדין נעשה סופי.
   2. חבר הכנסת שהורשע בעבירה פלילית ונידון למאסר, יושעה מכהונתו בכנסת למשך הזמן שהוא נושא את עונש המאסר".
2. המטרה של ס' (א) זה היא לטפל בתקופת הביניים בין מתן ההכרעה שהח"כ מורשע ושיש עם העבירה קלון לבין הסופיות של פסק הדין.
3. המטרה של ס' (ב) היא למנוע מצב בו ח"כ מכהן ממשיך לכהן כשהוא מרצה מאסר, גם אם אין עם העבירה קלון. ברגע שהח"כ יוצא מהכלא הוא חזור אוטומטית לכהן כח"כ.

**סדרי עבודת הכנסת וביקורת שיפוטית עליהם**

1. **ס' 19 לחו"י הכנסת**
   1. לשון הסעיף – "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה".
   2. קביעת סמכות הכנסת לקבוע סדרי עבודה – מקובל לקבוע שהרשות המחוקקת היא זו שתקבע את סדרי העבודה שלה. הרציונל הוא שהרשות המבצעת לא תקבע את התנהלות הרשות המחוקקת לטובת שמירה על העצמאות של הפרלמנט.
   3. קביעת המקורות הנורמטיביים – הסעיף קובע את המקורות הנורמטיביים בהם רואים איפה נכללים כללי הפרוצדורה וסדרי העבודה של הכנסת – בחוק, בתקנון, נוהג ונוהל. מקובל שיהיו כללים לא כתובים ושייווצרו תקדימים לפי פעולות של הכנסת במקרים מסוימים.
   4. קביעת מדרג המקורות הנורמטיביים – הסדר בו מופיעים המקורות הנורמטיביים (חוק🡨תקנון🡨נוהג ונוהל) מכתיב את המדרג שלהם.
   5. בישראל אין חוק יסוד חקיקה, ולכן הכללים הבסיסיים של הליך החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. סוגיה זו יוצרת בעייתיות מאחר שיכול לקרות מקרה בו הכנסת לא מקיימת את נהלי התקנון כשהיא מחוקקת חוק –מדובר בחוק שהוא מעל תקנון ולכן לכאורה הוא יכול "לעקוף" אותו מבחינה נורמטיבית.
2. ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים מציגה את השינוי שעבר ביהמ"ש ביחס לסוגיית הפרדת הרשויות ושאלת השפיטות. כשמדברים על שינויים שחלו בביהמ"ש (עלייה באקטיביזם השיפוטי וכו'), אחת הדוגמאות המרכזיות היא ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים.
3. **העמדה המסורתית – העדר שפיטות**
   1. עמדה זו הייתה רווחת באופן כמעט מוחלט עד שנות ה-80'. לפי עמדה זו, הנושא של הליכים פרלמנטריים כלל לא שפיט.
   2. בג"ץ בצול – ביהמ"ש החליט לא להתערב בהליך החקיקה וקבע שבמידה והמחוקק טוען שהיו מפות בזמן חקיקת החוק אז מקובל עליו שאכן היו מפות. הרציונל מאחורי התנהלות זו הוא תפיסה של היעדר התערבות בהליכים פרלמנטריים לטובת ריבונות הפרלמנט.
   3. התפיסה למעשה הייתה שאסור לביהמ"ש לבחון את הליך החקיקה, גם אם יש ראיות מובהקות. מהרגע שהחוק פורסם ברשומות הוא חלוט. בפועל כמעט לא הוגשו עתירות נגד מהלכים של הכנסת. אלו שכן הוגשו נדחו ע"י ביהמ"ש בנימוקים קצרים.
4. **מגמת השינוי**
   1. בג"ץ פלאטו שרון
      1. בג"ץ זה התחיל את מגמת השינוי. הרקע היה שפלאטו נכנס לכנסת לטובת החסינות. ועדת הכנסת החליטה להשעות אותו אחרי שהוא הורשע בעבירה פלילית והוא טען שהתנאים בסעיף ההשעיה לא מתקיימים לגביו. הוא עתר לבג"ץ ומכאן שוב עלתה השאלה האם ניתן להתערב בהליכים פרלמנטריים.
      2. בדעת המיעוט של הנשיא לנדאו הובעה העמדה המסורתית – ביהמ"ש לא יכול להתערב בהליכים פרלמנטריים.
      3. דעת הרוב עשתה הבחנה בין השאלה האם יש לביהמ"ש סמכות לדון בשאלה לבין השאלה האם ראוי לדון בשאלה. לגבי הסמכות, מסתמכים על הסעיף שקובע את הסמכות של בג"ץ לפיו לבג"ץ יש סמכות לתת צווים לגוף ציבורי שממלא תפקיד על-פי דין. מאחר שוועדת הכנסת נחשבת גוף ציבורי שממלא תפקיד על-פי דין לבג"ץ יש סמכות לתת צווים לכנסת. השאלה שיש לשאול היא האם ביהמ"ש יחליט להשתמש בסמכות זו (שפיטות). למעשה האם ראוי שביהמ"ש יפעיל את הסמכות שלו לגבי מקרה מסוים.
      4. פה מוצג השינוי בתפיסה, ומאז הגישה היא שיש לבג"ץ סמכות והשאלה היא האם עניין מסוים שפיט או לא. הגישה פה עדיין הייתה יחסית מצמצמת מאחר שנקבע שלא כל החלטה פרלמנטרית תהיה שפיטה. החלטה תהיה שפיטה רק כשהכנסת מבצעת הליך מעין שיפוטי. למעשה נקבע שהאופי של ההליך הפרלמנטרי הוא זה שישפיע על ההחלטה האם ראוי שביהמ"ש יפעיל את סמכותו. הסיבה לכך היא שביהמ"ש רואה הליכים מעין שיפוטיים כהליכים שבסמכותו לעסוק בהם (בין אם כסוג של ערעור, כהגנה על זכויות של ח"כ או מבחינה מקצועית).
      5. שאלה נוספת שעלתה היא איזה סוג של פגמים מצדיק הפעלה של הסמכות מצד ביהמ"ש. נקבע שפגם של חריגה מסמכות הוא היחיד שמצדיק התערבות של ביהמ"ש.
5. **מגמת ההרחבה**
   1. מגמת ההרחבה הייתה בשני אפיקים מרכזיים:
      1. סוגי ההליכים – אילו סוגי הליכים פרלמנטריים מצדיקים הפעלה של הסמכות מצד ביהמ"ש.
      2. עילות ההתערבות – אילו פגמים בהליכים הפרלמנטריים מצדיקים הפעלה של הסמכות מצד ביהמ"ש.
   2. בג"ץ פנחסי
      1. הרקע הוא שפנחסי היה ח"כ מטעם ש"ס. רצו להגיש נגדו כתב אישום וועדת הכנסת החליטה להסיר את החסינות שלו. פנחסי עתר לבג"ץ בטענה שלא היה לו הליך צודק מאחר שלא ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות לעיין בפרוטוקולים ובכתב האישום כראוי לפני ההצבעה. לא מדובר בהרחבה של סוג הליך (מאחר שמדובר בהליך מעין שיפוטי) אבל כן יש ניסיון להרחיב את עילות ההתערבות (לא הייתה חריגה מסמכות).
      2. ביהמ"ש מחליט להרחיב את עילות ההתערבות. נקבע שהכנסת צריכה לתת תנאים מינימאליים של הליך הוגן בעת ניהול הליך מעין שיפוטי. התנאים המינימאליים כוללים הצגת כתב האישום לחברי הכנסת, מתן הזדמנות נאותה לעיין בפרוטוקולים של ועדת הכנסת ומליאת הכנסת. מאחר שתנאים אלו לא התקיימו בהליך זה ביהמ"ש פסל את ההחלטה של הסרת החסינות של פנחסי.
      3. כשנקבע בתיקון שההצבעה צריכה להיות בהודעה מראש של 24 שעות למעשה בוצע עיגון של החלטה זו בחוק.
   3. בג"ץ שריד
      1. השאלה שהתעוררה היא האם מקרה בו ההליך לא היה מעין שיפוטי מונע מביהמ"ש להפעיל את הסמכות שלו. הרקע היה שיו"ר הכנסת החליט לשנות את השעה בה ידונו על הצעת אי-אמון. לא מדובר בהליך מעין שיפוטי אלא בקביעת סדר היום.
      2. ביהמ"ש קבע שגם החלטות פרלמנטריות שהן לא מעין שיפוטיות הן שפיטות, אך בהיקף מצומצם יותר. יש לאזן מצד אחד את עקרון שלטון החוק במחוקק (כולם כפופים לשלטון החוק) ומצד שני את ההכרה במעמד המיוחד של הרשות המחוקקת (צריך להשאיר לרשות המחוקקת אוטונומיה בנוגע לסדרים הפנימיים שלה).
      3. לטובת האיזון ברק קבע מבחן חדש – מידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ומידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. בפועל צריך להסתכל על הפונקציה שהכנסת צריכה למלא (חקיקת חוקים, פיקוח על הרשות המבצעת) ולהבין האם הפגיעה שקרתה פוגעת באופן משמעותי ביכולת של הכנסת למלא תפקידים אלו. במקרה זה פסקו שמידת הפגיעה היא קלה יחסית (קבעו שהדיון יהיה בערב במקום בבוקר) ולכן אין מקום להתערבות שיפוטית.
      4. למרות שלא התערבו במקרה זה ישנה הרחבה – לגבי סוג ההליך הוחלט שגם הליכים הנוגעים לסדר היום הם שפיטים. לגבי עילת ההתערבות לא מדובר כאן בחריגה מסמכות אלא נקבע מבחן חדש וגמיש שמשאיר לביהמ"ש שיקול דעת לגבי עילת ההתערבות.
6. **יישום מבחן שריד**
   1. בג"ץ סיעת כך
      1. הרקע הוא שכהנא רצה להגיש אי-אמון בממשלה ויו"ר הכנסת מנע ממנו בטענה שסיעת יחיד לא יכולה להגיש הצעת-אי אמון. כהנא עתר לבג"ץ.
      2. בג"ץ דחה במפורש את מבחן החריגה מסמכות ואשרר את מבחן שריד. ביהמ"ש קבע שגם כשהפעולה היא במסגרת הסמכות יש לבחון האם יש פגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטריים. במידה ויש פגיעה ביהמ"ש יכול להתערב.
      3. ביהמ"ש פסק לטובת כהנא וביטל את ההחלטה של יו"ר הכנסת. ההנמקה הייתה שמדובר בהצעת אי-אמון, שהיא אחד מהכלים המרכזיים של הכנסת לביצוע פיקוח על הממשלה. מניעה מחברי כנסת להגיש אי-אמון פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים באופן מהותי.
   2. בג"ץ כהנא
      1. הרקע היה שכהנא רצה להגיש הצעת חוק אבל יו"ר הכנסת קבע שלא ניתן להגיש אותה מאחר שהיא גזענית. כהנא עתר לבג"ץ.
      2. ביהמ"ש קובע פעם נוספת שלא צריך לשאול רק לגבי חריגה מסמכות אלא יש ליישם את מבחן שריד. הסמכות של יו"ר הכנסת למנוע הצעת חוק כפופה לכללים מנהליים שונים (הגינות וכדו').
      3. ביהמ"ש פסק לטובת כהנא בהנמקה שיש פגיעה עמוקה במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר הדמוקרטי. הפונקציה הרלוונטית של הכנסת במקרה זה היא חקיקת חוקים. הדרך לקדם חקיקה היא בין היתר יוזמה של חברי כנסת להציע חוקים. ברגע ששוללים מח"כ את היכולת ליזום חקיקה פוגעים בפונקציה מרכזית מאוד של הכנסת ובמימוש התפקיד שלה.
      4. כיום התקנון מתוקן ויש ליו"ר הכנסת סמכות למנוע הצעת חוק גזענית או כזו ששוללת את היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית.
   3. בג"ץ לבנת – מדובר בדוגמה בה ביהמ"ש החליט לא להתערב. מקרה זה נגע לסדר היום של הכנסת (דחייה במספר ימים של דיון ועדת חוקה חוק ומשפט). ביהמ"ש קבע שהביקורת השיפוטית מקיפה יותר בהחלטות מעין שיפוטיות אך בהחלטות של ניהול פנימי יתערבו פחות ובהליך החקיקה יתערבו כמה שפחות. עצם העובדה שמדובר בהחלטה על סדר היום הנטייה תהיה שזה לא שפיט, אך בכל מקרה יש לבחון את המקרה במבחן שריד. במקרה זה הוחלט לא להתערב.
   4. בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת
      1. הכנסת כיהנה פחות מארבע שנים ורצו לעשות כאילו כיהנו ארבע שנים בשביל הפנסיה. הוגשה עתירה לבג"ץ. ביהמ"ש נתן מבחן עזר הנוגע לסיטואציות בהן הכנסת מחוקקת על עצמה (ניגוד עניינים מובנה), לפיו למרות שלא מדובר בהחלטה מעין שיפוטית ביהמ"ש יעשה ביקורת שיפוטית יותר קפדנית.
      2. במקרה זה לא הייתה להחלטה שום הצדקה עניינית (היא אפילו הייתה בניגוד להחלטה של ועדה מקצועית שהמליצה נגד זה). השאלה לא הייתה שאלה של סמכות, מאחר שלכנסת הייתה סמכות לקבל את ההחלטה. השאלה הייתה שאלה של סבירות. במקרה זה ביהמ"ש קבע שלמהלך אין הצדקה והיא כל-כך לא סבירה שהיא מצדיקה התערבות שיפוטית. בד"כ ביהמ"ש יתערב יותר בהחלטות מעין שיפוטיות, אך בשל ניגוד העניינים המובנה ביהמ"ש רשאי להפעיל ביקורת שיפוטית.
7. **לסיכום** – מבחינת ביקורת על הליכים פרלמנטריים, כיום הדגש הוא על סוג ההליך. בהליכים מעין שיפוטיים הנטייה היא יותר להתערב, ובניהול פנימי הנטייה היא לא להתערב. זה לא אומר שהליכים פנימיים לא נתונים לביקורת שיפוטית מאחר שניתן להחיל את מבחן שריד ולהבין האם יש הצדקה להתערבות. חשוב לשים לב שברוב המכריע של העתירות ביהמ"ש לא מתערב.

**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה**

1. ביקורת זו שונה מביקורת על הליכים פרלמנטריים מאחר שמדובר על ביקורת על הליך שהוא בליבת העצמאות הפרלמנטרית – היכולת לחוקק. בביקורת זו ביהמ"ש בוחן את אופן קבלת החוק ובודק האם הוא התקבל באופן ראוי. מדובר למעשה בביטול חקיקה ראשית בגלל פגמים בהליך (בניגוד לביטול בגלל התוכן במקרה בו הוא לא חוקתי, בנק המזרחי).
2. **הגישה בעבר** – בעבר הגישה הייתה שלא ניתן לבטל חוק בגלל ההליך (בצול). גם במגמת ההרחבה של ההתערבות בעבודת הכנסת (כך, כהנא וכו') הגישה הייתה שהליך החקיקה הוא מרכזי ולא ניתן להתערב בו, וביהמ"ש הדגיש שכאשר הוא מבקר את עבודת הכנסת לא מדובר בהליך החקיקה.
3. **מגמת ההרחבה**
   1. בשנות ה-80 עלתה הסוגיה של ביקורת על הליך החקיקה עצמו באופן תיאורטי כמשהו שביהמ"ש יכול לעשות.
   2. בג"ץ נמרודי נ' הכנסת
      1. במקרה זה הייתה התייחסות באוביטר לסמכות של ביהמ"ש לבקר הליך חקיקה. אם פעם התפיסה הייתה שהליך החקיקה הוא משהו נפרד שלא נתון לביקורת שיפוטית, במקרה זה ברק קובע שהליך החקיקה הוא כמו כל הליך שלטוני אחר מאחר שהוא מוסדר בדין (תקנון הכנסת). ע"מ שיתקבל חוק יש לקיים את תנאי התקנון בהקשר של הליך החקיקה. אם אחד מהשלבים האלו נעדר (לא היו שלוש קריאות, לא היה דיון בוועדה וכדו') ביהמ"ש מוסמך להכריז על בטלות החוק.
      2. לגופו של עניין ביהמ"ש קבע שהפגם בהליך החקיקה לא הצדיק ביטול של החוק. ההרחבה במקרה זה היא בהכרה בסמכות העקרונית של ביהמ"ש לבקר הליך חקיקה.
   3. בג"ץ ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל
      1. חוק ההסדרים – חקיקה באמצעות "סל" של נושאים. בניגוד להליך חקיקה רגיל, בו מעבירים חוק בנושא מסוים וממוקד, בחוק ההסדרים ניתן להעביר חוקים ותיקונים רבים שלא קשורים אחד לשני בהליך אחד. ברגע שמחוקקים חוק בהליך זה מכניסים הסדר לחוקים ולתיקונים לפיו הם לא נכנסים לתוקף למשך מספר שנים. מדובר למעשה במסלול חקיקה אלטרנטיבי שמצד אחד שנוי במחלוקת אך מצד שני הוא מאוד אפקטיבי.
      2. הטענה הייתה שלא הגיוני לקחת מספר חוקים שעוסקים בנושאים שונים ושדנו בהם שנים ולעשות בהם רפורמה בהליך חקיקה מזורז, בלי לתת לחברי הכנסת את האפשרות לדעת על מה מדובר. המשיבים בעתירה הסכימו שיש בעיה בהליך, אבל טענו שהוא חוקי. יש ביקורת על הליך החקיקה המזורז אבל הוא לא מפר אף סעיף מהתקנון.
      3. מכאן התעוררה השאלה האם הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מתמצה בבדיקה האם הייתה עמידה בתקנון של הכנסת או שיש משהו מעבר. לפי בייניש נכון שלא הופר התקנון אך לא מדובר בסוף פסוק. יש לבדוק האם ההליך תואם הן את התקנון והן עקרונות יסוד לא כתובים.
      4. הקביעה העקרונית כאן היא שביהמ"ש מוסמך לבטל חקיקה אפילו כשהחוק התקבל בהתאם להליך בתקנון, וזה במקרים בהם ההליך מפר את עקרונות היסוד של הליך החקיקה. ניתן לראות זאת כהרחבה (גם אם לא הופר התקנון ניתן לבטל באמצעות עקרונות יסוד) או כצמצום מסוים (גם כשיש הפרה של התקנון יש לבדוק האם יש הפרה של עקרונות היסוד. במידה ואין הפרה של עקרונות היסוד ייתכן מצב בו הייתה הפרה של התקנון אך ביהמ"ש יחליט לא להתערב).
      5. עקרונות היסוד:
         1. הכרעת הרוב – חוק צריך לעבור ברוב של חברי כנסת.
         2. שוויון פורמאלי – כל קול שווה קול אחד. לפי בייניש מדובר בהשלמה הכרחית של עקרון הכרעת הרוב.
         3. פומביות – הליך החקיקה צריך להיות שקוף. עקרון זה מצוין במפורש בחו"י הכנסת.
         4. השתתפות – לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה. זה החידוש הגדול בפס"ד זה מאחר שהוא לא נובע במפורש מהחקיקה הכתובה. בייניש מצדיקה זאת באמצעות משפט משווה (מקובל בפרלמנטים דמוקרטיים). מעבר לכך, היא מציינת כי מדובר בעקרון יסוד בסיסי לטובת קיום הדמוקרטיה (לא הגיוני שמישהו שרוצה להעביר חוק כשרוב הכנסת נגד החוק יחליט שהוא מוציא את מי שמתנגד ונועל את הדלת כדי שיהיה רוב ושוויון פורמאלי).
      6. ישנה ביקורת על עקרונות יסוד אלו מאחר שעקרון השוויון הפורמאלי משתמע מהכתוב ועקרון ההשתתפות לא מופיע בשום מקום. ביהמ"ש החליט לקבוע את העקרונות הללו מאחר שלפי דעתו הם אלו שנדרשים לטובת קיום הליך חקיקה דמוקרטי.
      7. לטובת התערבות צריכה להיות פגיעה קשה וניכרת באחד מהעקרונות. רק פגיעה כזו תיחשב פגם שיורד לשורש ההליך שיאפשר התערבות של ביהמ"ש.
      8. מבחינת חוק ההסדרים, ניתן לבחון את עקרון ההשתתפות. מהבחינה הפשוטה ביותר, עקרון ההשתתפות אומר שצריכה להיות לכל חבר כנסת האפשרות לשבת פיזית במליאה ולהצביע. עם זאת, לפי בייניש ניתן לבחון מקרה קיצון, למשל הצעת חוק בסינית. הטענה לגבי חוק ההסדרים היא שמדובר בהליך חקיקה מזורז כשהנושאים בו מקיפים ומורכבים, כך שבפועל חברי הכנסת לא באמת יכולים לדעת על מה הם מצביעים. מכאן שעקרון ההשתתפות מחייב לאפשר לחברי הכנסת את התנאים המינימאליים ע"מ שיבינו על מה הם מצביעים ולגבש עמדה.
      9. במקרה זה הוחלט לא לבטל את החקיקה. זאת מאחר שרק במקרה בו היה הליך כה מזורז ששולל כל אפשרות מחברי הכנסת להבין את החוק מדובר בפגיעה עמוקה וניכרת בעקרון, מה שלא היה כאן.
      10. העותרים העלו עוד אופציה – הליך החקיקה הנאות. יש לבדוק את איכות ההליך (האם חברי הכנסת אכן טרחו להגיע, האם היה דיון מספק וכדו'). בייניש לא מקבלת את הדוקטרינה הזו. עמדה זו של בייניש מדגישה את העובדה שלכנסת יש מעמד מיוחד ולכן לא דורשים ממנה מה שדורשים מרשויות אחרות (תשתיות עובדתית, איכות דיון). גם כשדורשים מהכנסת יותר זה בעיקר כשמדובר בהליך מעין שיפוטי, ומה שדורשים בהליך מעין שיפוטי לא ידרשו בהליך חקיקתי. שומרים על ההבחנה של סוג ההליך. כל זאת משיקולים של הפרדת רשויות, כיבוד הכנסת, תפקיד ביהמ"ש (להגן על הכנסת ולהבטיח הליך דמוקרטי).
      11. כיום העקרונות שעלו בארגון מגדלי העופות מהווים הלכה והם אוזכרו בפסיקה עתידית. מדובר לכאורה בפס"ד מרחיק לכת מאחר שניתנת האפשרות לפסול חוק בהתבסס על עקרונות יסוד (בניגוד לפסילה ע"ב חוק או חוק יסוד).
   4. בג"ץ ליצמן נ' יו"ר הכנסת
      1. פס"ד זה מלמד על הנכונות של ביהמ"ש לא להתערב בהליך החקיקה. התבצע אחד מהליכי החקיקה הכי שערורייתיים (הצבעות כפולות של חברי כנסת). 50 חברי כנסת חתמו על עצומה לבטל את החוקים ונפתח הליך פלילי נגד חברי הכנסת שהצביעו בשם חברי כנסת אחרים בו הם הורשעו.
      2. לפי ברק, רק הפרה עמוקה של עקרונות היסוד מצדיקה ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. בעתירה זו הופרו הכללים וההצבעה פגעה בערכי היסוד של ההצבעה הדמוקרטית (שוויון פורמאלי). למרות כל זאת, אפילו אם הפגם לא תוקן ע"י הצבעה חוזרת, והוא אכן פגע בערכי היסוד המונחים בבסיס הליך החקיקה, התרופה לא צריכה להיות פגיעה בתוקפו של החוק.
      3. גישה זו שמה דגש על התוצאה (האם הפגם השפיעה על תוצאות הליך החקיקה) ובמקום מסוים מרוקן מתוכן את הדגש שיש לשים על עקרונות היסוד.
   5. בג"ץ קוונטינסקי
      1. מדובר בפס"ד העדכני החשוב ביותר בתחום משתי סיבות:
         1. הפעם הראשונה שביהמ"ש ביטל חקיקה בהתבסס על הליך החקיקה.
         2. הרחבה של ההלכה ממגדלי העופות.
      2. הייתה הצעת חוק של 400 עמודים בהליך חקיקה של חוק ההסדרים. ההיקף מבחינת התחומים שנדונו בחוק זה הייתה מריחת לכת. הנוסח של מס דירה שלישית הגיע שעתיים לפני הדיון עליו, ותוך כדי דיון אחר. מכאן שחברי הוועדה לא היו יכולים לעיין בנוסח והיו צריכים להצביע בלי שמבינים על מה מצביעים. היועצת המשפטית לוועדה טענה שחברי האופוזיציה צודקים ושיש לתת להם זמן מספיק ללמוד את ההצעה. יו"ר הועדה לא קיבל את עמדת היועצת וחברי האופוזיציה יצאו במחאתיות מהדיון. חברי כנסת רבים גם מהאופוזיציה וגם מהקואליציה טענו שמדובר בהליך לא תקין. בסופו של דבר ניהלו דיון של שבע שעות בו הקריאו לחברי הוועדה את הסעיפים של ההצעה. עלתה טענה שההליך לא תקין ושהוא נוגד את מגדלי העופות ולכן ביקשו לנהל דיון מחודש. יו"ר הכנסת קיבל את העמדה וקרא ליו"ר ועדת הכספים לנהל דיון מחודש אך יו"ר ועדת הכספים סירב לקיים דיון חוזר. בשל כך הייתה עתירה לבג"ץ.
      3. מדובר במקרה ייחודי בו היועץ המשפטי לכנסת סירב להגן על החוק. לפי דבריו, עקרונית מוצדק לבטל את החוק אך מאחר שעד אז לא קרה שביטלו חקיקה בגלל הליך הוא ביקש שבאופן חד פעמי לא יבוטל החוק בתנאי שיתקנו אותו בעתיד.
      4. ביהמ"ש קבע שיש לבצע את ההליך מחדש רק עבור החלק שנוהל לא כשורה, ובעוד שהכנסת הסכימה הממשלה סירבה לכך.
      5. בבג"ץ השופט סולברג ברוב קובע שחלף זמן ממגדלי העופות ולכן יש לספק ליטוש או הכוונה של ההלכה. השופטת בייניש רצתה להיזהר ולכן קבעה מבחן בעייתי שקשה ליישם (ההליך לא תקין רק כשלחברי הכנסת אין שום אפשרות לדעת על מה הם מצביעים). לפי סולברג, המבחן של בייניש מצומצם מדי (נקבעה אמת מידה בתקווה שהיא לא תתממש אף פעם). המבחן החדש המוצע מדגיש לא רק את היכולת של חברי הכנסת לדעת אלא את היכולת שלהם לגבש עמדה. נדרש הליך חקיקה שיאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית לגבי החוק המוצע.
      6. ניתן לראות שלוש הרחבות במבחן החדש ביחס למגדלי העופות:
         1. לא מספיק לאפשר לחברי הכנסת לדעת באופן פסיבי על מה הם מצביעים, אלא צריך לאפשר להם לגבש עמדה.
         2. ע"מ לגבש עמדה, יש לאפשר לחברי הכנסת לנהל דיון מינימאלי (הקראה של סעיפי החוק לא נחשבת דיון). אם סופקו התנאים לקיום הדיון הנדרש, אך חברי הכנסת לא ניצלו את ההזדמנות, אין סיבה להתערב בהליך החקיקה. רק כאשר לא סופקו התנאים לקיום הדיון ולא ניתנה ההזדמנות לגבש עמדה ביהמ"ש יכול להתערב.
         3. אינדיקציות לבחינת דיון ראוי (רשימה לא ממצה ולא מחייבת):
            1. משך הדיון – האם היה מידתי ביחס למורכבות של החוק ולהיקף השלכותיו.
            2. השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק – נוסחה או תוכנה.
            3. תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק (רקע ונתונים שהכרחיים כדי לקבל החלטה לגבי הצעת חוק).
            4. פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק עד לדיון.
      7. סולברג מדגיש שהוא לא מבטל את הבחינה באמצעות עקרונות היסוד (בהם עקרון ההשתתפות) ושהמבחן של בייניש עדיין עומד. כל דבריו באים לחדד ולהוסיף על המבחן של בייניש.
      8. במקרה זה בג"ץ החליט לבטל את החוק בשל פגם בהליך החקיקה. הסעד שהוחלט עליו הוא סעד ייחודי לפיו ע"מ להעביר את החוק יש לתקן רק את החלק שהתנהל בצורה לא נכונה, ולא דרשו מהכנסת לבצע את ההליך המלא (שלוש קריאות וכו').
      9. השופט מזוז מותח ביקורת חריפה על דברי סולברג. הוא טוען שדבריו הם סטייה מהלכת מגדלי העופות ושהם מערערים את מערכת היחסים בין הכנסת לבין ביהמ"ש. מזוז מקבל את מגדלי העופות, אך לדבריו הוא יצר הפרדה בין עקרון ההשתתפות (מאפשר לחברי הכנסת להשתתף) לבין דוקטרינת הליך החקיקה הנאות (בוחן את איכות הדיון). בבחינה של איכות הדיון אותה מציע סולברג, יש למעשה יישום של הליך החקיקה הנאות.
      10. סולברג עונה למזוז וטוען שהוא דוחה במפורש את הליך החקיקה הנאות. לדבריו עקרון ההשתתפות מחייב אפשרות לקיים דיון מינימאלי, והוא רק מגן על האפשרות של חברי הכנסת לעשות זאת. הוא לא מטיל חובה על חברי הכנסת להשתתף.
4. **סיכום**
   1. מצד אחד רואים שלפחות בתיאוריה יש סמכות רחבה ונכונות רחבה של ביהמ"ש לפסול חוקים לא רק אם הם סותרים חוק יסוד, אלא גם סעיפי תקנון או עקרונות בלתי כתובים. ניתן להסתכל על גישה זו כאקטיביסטית, בין היתר כי המבחן להפעלת הסמכות הוא עמום ומשאיר מקום לשיקול דעת (האם הייתה פגיעה בעקרון). מצד שני, בפועל במשך שנים רבות היה ריסון של סמכות זו, אפילו במקרים שעל-פניו זה כן היה מתבקש (הפרה של העקרונות או של התקנון).
   2. פרשת קוונטינסקי היא הפעם הראשונה בה ביטלו חוק בשל פגם בתהליך. עולה השאלה האם מדובר על מגמה של נכונות מצד ביהמ"ש להשתמש בסמכות ביטול החוקים ע"ב הליך החקיקה או שמא מדובר במקרה חריג מאוד שדרש התערבות של ביהמ"ש.

נושא: **הממשלה**

**הקדמה**

1. **סעיף 1 לחו"י הממשלה**
   1. לשון הסעיף – "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".
   2. מהי הרשות המבצעת
      1. ס' 5 מגדיר את הממשלה – "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים". בארץ הסמכות המבצעת נתונה לממשלה כגוף. זאת בניגוד לארה"ב למשל, שם הנשיא בעצמו הוא הרשות המבצעת.
      2. מקריאת הסעיף ניתן לסבור שהממשלה היא היחידה שנתונה לה הסמכות המבצעת. עם זאת, מדובר בתמונה לא מדויקת, מאחר שהממשלה היא למעשה רק קצה הפירמידה של גופי הרשות המבצעת. רוב הפעילות של הרשות המבצעת מתבצעת ע"י גופים שונים של הרשות המבצעת שנמצאים תחת הממשלה. הממשלה קובעת את המדיניות הכללית והיישום היום-יומי הוא של הגופים המנהליים השונים.
   3. משמעות אופרטיבית או דקלרטיבית
      1. ניתן לטעון שלסעיף 1 משמעות הצהרתית בלבד. מצד שני, ניתן לטעון שיש בסעיף קביעה אופרטיבית משפטית שלפיה במידה ויש חוק שסותר את מה שנקבע בס' 1 ניתן לבטל אותו מאחר שהוא סותר חוק יסוד.
      2. סוגייה זו עלתה בבג"ץ המרכז האקדמי למשפט ולעסקים – ביהמ"ש השאיר את השאלה בצריך עיון מאחר שפתר את הסוגייה באמצעות חו"י כבוד האדם. ניכר מהפס"ד שביהמ"ש מגלה בפועל את חוסר הנכונות להשתמש בסעיף 1 באופן אופרטיבי.
2. **סעיף 31 לחו"י הממשלה – תפקוד הממשלה**
   1. הבחנה בין נושאים מערכתיים לניהול שוטף ופנימי
      1. נושאים משמעותיים ומערכתיים יותר שנוגעים לממשלה (כמו למשל ביטול משרד ממשלתי), הממשלה רשאית לעשות אבל היא צריכה את אישור הכנסת. ניתן להסתכל כדוגמה על ס' 31(ב) – "הממשלה רשאית, באישור הכנסת, להעביר סמכות הנתונה על פי חוק לשר אחד, או חובה המוטלת עליו על פי חוק, כולה או מקצתה, לשר אחר."
      2. סוגיה זו באה לידי במתווה הגז – הייתה הסכמה על מתווה הגז אבל הממונה על הגבלים עסקיים לא היה מוכן לאשר את המתווה. ראו שחוק ההגבלים העסקיים (ס' 52) מאפשר לעקוף את הממונה על ההגבלים העסקיים ע"י זה ששר הכלכלה (שממונה עליו) ייטול ממנו את הסמכות ויחליט במקומו. הבעיה הייתה ששר הכלכלה היה דרעי שסירב לעשות זאת, והציע שהממשלה כולה תקבל את ההחלטה. ניגשו לכנסת בבקשה להעביר את הסמכות משר הכלכלה לממשלה, אך הכנסת סירבה לבקשה. בסופו של דבר דרעי התפטר מתפקיד שר הכלכלה, ונתניהו מינה את עצמו לשר הכלכלה כדי שהוא יוכל לאשר את מתווה הגז.
      3. מצד שני, סעיף 31 מאפשר לממשלה גמישות ועצמאות בעניינים הנוגעים לניהול שוטף ופנימי. חלק מהמניע לאפשר עצמאות זו הוא הפרדת רשויות. ס' 31(ו) – "הממשלה תקבע את סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה אם דרך קבע ואם לעניין מסוים".
   2. ועדות שרים
      1. ס' 31(ה) – "הממשלה רשאית למנות ועדות שרים קבועות, זמניות או לעניינים מסוימים; מונתה ועדה, רשאית הממשלה לפעול באמצעותה". בפועל, הממשלה לא פועלת תמיד כגוף שלם, אלא מחלקת את העבודה לתתי ועדות של שרים לעניינים מסוימים (לדוגמה הקבינט – ועדת שרים לעניינים ביטחוניים). הסמכות בסופו של דבר היא תמיד של הממשלה, ולראיה במידה ומוגש ערר על החלטה של ועדה זה מגיע לדיון של הממשלה כולה.
      2. באפריל 2018 היה תיקון לחו"י הממשלה בו נקבע שההחלטה לצאת למלחמה, או נקיטת פעולה צבאית שעלולה להוביל למלחמה, מחייבת אישור ממשלה. עם זאת, הממשלה רשאית להאציל סמכות זאת לוועדת שרים (במקרה זה הקבינט). כדי להעביר את הסמכות מהממשלה כולה לקבינט צריך שראש הממשלה ימצא שנדרש להעביר את הסמכות מטעמים שונים (סודיות, בטחון המדינה). אבי דיכטר קבע שבמקרה כזה צריך שלפחות חצי מחברי הקבינט ינכחו בקבלת ההחלטה. עם זאת, גם לדרישה זו יש חריג לפיו במידה והנסיבות דורשות זאת (לחץ של זמן וחוסר יכולת לכנס את הקבינט), ראש הממשלה ושר הביטחון יכולים לקבל את ההחלטה בעצמם.

**האיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי**

1. אחד מעקרונות היסוד במשפט המנהלי הוא שמרגע שמוענק לגוף מנהלי סמכות מסוימת יש עליו חובה מתמשכת להפעיל שיקול דעת מתי נכון להפעיל סמכות זו (לצורך העניין, אסור להתחייב לא להעלות מיסים למשך מספר שנים לא משנה מה, וביהמ"ש יקבע שאין להתחייבות זו תוקף משפטי). כשהמחוקק נותן סמכות לגוף מסוים הוא למעשה דורש ממנו להפעיל שיקול דעת ולהחליט מתי נכון להפעיל סמכות זו, בהתאם לשינויי הנסיבות ולצרכים המשתנים. אסור לגוף מבצע לכבול מראש סמכות מסוימת ולהתחייב שלא יפעיל סמכות זו.
2. סוגיה זו עלתה בפרשת מתווה הגז (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל) – היה ניסיון להתחייב שמדיניות הגז של הממשלה לא תשתנה ב-10 השנים הקרובות (כונה פסקת היציבות). ביהמ"ש לא התערב בנושא מתווה הגז אבל כן התערב בנוגע לפסקת היציבות מאחר שמדובר בכבילה מובהקת של הממשלה ושל ממשלות עתידיות ולכן קבע שיש לבטל פסקה זו.

**שיקול הדעת של רוה"מ בהעברת שרים מתפקידם**

1. **לשון החוק**
   1. ס' 22(ב) לחו"י הממשלה – "ראש הממשלה **רשאי**, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו...".
   2. ס' 23 (ב) לחו"י הממשלה – "בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון; קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין".
2. באופן כללי, הסמכויות הפורמאליות שמוענקות לראש הממשלה עצמו הן יחסית מועטות. עדיין, חוק היסוד נותן לו כלים שהמטרה שלהם לאפשר לו למלא את התפקיד שלו כעומד בראש הרשות המבצעת, כשאחד הכלים הוא האפשרות להעביר שר מתפקידו. המניע הוא לאכוף על שרים להתנהל בצורה ראויה, למנוע מהם לחתור תחת החלטות הממשלה וכו'. עולה השאלה מה המגבלות על סמכות זו של רוה"מ – האם יש מקרים בהם אסור לו להפעיל סמכות זו? האם יש מקרים בהם הוא לא רוצה להפעיל סמכות זו אך הוא מחויב לעשות זאת?
3. **בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (פרשת דרעי כשר)**
   1. דרעי היה שר בממשלת רבין והיועמ"ש החליט להגיש כתב אישום נגדו בעבירות שוחד ושחיתות. עלתה הטענה שדרעי לא יכול להמשיך לכהן כשר הפנים ושרבין חייב להשתמש בסמכות שיש לו להעביר שר מכהונתו ולפטר אותו. דרעי לא רצה להתפטר ורבין לא רצה לפטר אותו מסיבות פוליטיות (העברת ההחלטה על הסכמי אוסלו, התחייבות לדרעי שלא יפוטר).
   2. לגבי ההתחייבות לדרעי שהוא לא יפוטר, ביהמ"ש קובע שהיא לא תקפה מאחר שהיא מהווה כבילה של שיקול הדעת המנהלי של רוה"מ. לפי כללי המשפט המנהלי, יש מקרים בהם סמכות של "רשאי" (שיקול דעת) יכולה להפוך לחובה. מקרים אלו הם כאשר בנסיבות העובדתיות אי-הפעלת הסמכות היא בלתי סבירה בצורה קיצונית. ביהמ"ש קבע שברגע שהתקיימו התנאים המקדמיים להפעלת הסמכות חייבת הרשות להפעיל את הסמכות. אם היא לא מפעילה את הסמכות השיקולים שלה לא להפעיל אותה ייבחנו ויוחלט האם ההחלטה סבירה.
   3. במקרה זה, ביהמ"ש קבע שהסירוב של רבין להשתמש בסמכות שלו לפטר את דרעי היא בלתי סבירה באופן קיצוני. נקבע שאחד השיקולים שרוה"מ צריך לשקול הוא שמירה על אמון הציבור. מותר לו לשקול שיקולים פוליטיים (יציבות הקואליציה למשל) אך הוא מחויב לשקול אותם מול שיקולים נוספים. ברגע שמדובר על כתב אישום חמור כל-כך השיקול של אמון הציבור צריך לגבור על השיקולים האחרים. אם בממשלה ימשיך לכהן שר עם כתב אישום מבוסס תהיה פגיעה באמון הציבור, ובמקרים אלו שמירה על אמון הציבור הוא שיקול שצריך לגבור.
   4. ההלכה שנקבעה היא שכשהיועמ"ש מגבש כתב אישום חמור נגד שר רוה"מ חייב לפטר את השר.
   5. ביקורת על ההחלטה
      1. פסק הדין נחשב אקטיביסטי ושנוי במחלוקת ממספר נימוקים.
      2. עילת הסבירות – מדובר בעילה שנויה במחלוקת. במשפט המנהלי יש עילות שונות להתערבות שיפוטית או ביקורת שיפוטית על החלטות המנהל של הרשות המבצעת. בתוך החלטות אלו יש מדרג, למשל חריגה מסמכות נחשבת העילה הבסיסית ביותר והכי פחות בעייתית שביהמ"ש יכול להתבסס עליה לטובת התערבות שיפוטית. עילות נוספות הן חובה להליך צודק (לאפשר לאדם להגן על עצמו מפני הליך משפטי), איסור לשקול שיקולים לא ענייניים (שיקולים שלא נוגעים לדבר בעת קבלת החלטה). עילת הסבירות היא עילה לפיה אפילו בהנחה שהגורם המנהלי פעל במסגרת סמכותו, לא שקל שיקולים זרים וביצע את הפרוצדורה הרלוונטית, יש לבחון האם הוא נתן לשיקולים הרלוונטיים את המשקל הראוי. עילה זו מרחיבה את היקף הביקורת השיפוטית מאחר שבוחנים את שיקול הדעת של הגורם המחליט. מי שתומך בשימוש בעילה זו טוען שיש מקרים בהם עילה זו רלוונטית מאחר שאכן ההחלטה מופרכת והשיקול שבוצע לא ראוי. בנוסף, לא מדובר רק על פיקוח בדיעבד אלא על קביעה מראש שתגרום לבעלי תפקידים לבצע את השיקול הראוי. לבסוף, לא מדובר בחריגה מסמכות של ביהמ"ש מאחר שבכל קבלת החלטה יש מתחם סבירות (מתחם ההחלטות שניתן לקבל בהינתן נסיבות מסוימות), ורק בעת חריגה ממתחם זה ביהמ"ש יתערב. הביקורת על שימוש בעילה זו היא שביהמ"ש קובע אילו שיקולים חשובים יותר ואילו פחות, גם כאשר בעל התפקיד ביצע את השיקולים ולקח את כל הגורמים בחשבון.
      3. הסדר שלילי – רבין טען שמדובר בהסדר שלילי, מאחר שמהסתכלות על חוקים אחרים רואים שיש הסדרים לגבי הפסקת כהונה במקרה של הליך פלילי. ביהמ"ש דחה טענה זו וקבע שזה שלא צוין שרוה"מ חייב לפטר שר שנפתח נגדו הליך פלילי לא קובע שיש הסדר שלילי. מאז הוסדר הנושא מאחר שהוכנס ס' 23(ב) שקובע ששר שהורשע בעבירה עם קלון כהונתו מפסיקה. מתוך כך לכאורה ניתן לטעון טענה יותר חזקה של הסדר שלילי לגבי שיקול דעת רוה"מ בהתבסס על ס' 22(ב) מאחר שס' 23(ב) יכול להביא למסקנה שהכנסת סובלת מצב ששר שקיים נגדו הליך פלילי ימשיך לכהן, עד אשר הוא יורשע בעבירה עם קלון.
      4. חזקת החפות – ניתן לטעון שבשקלול השיקולים לא נשקלה חזקת החפות. קביעה מראש ששר מושחת מאחר שיש נגדו הליך פלילי וטרם התקבלה הכרעה פוגעת בחזקת החפות. הביקורת היא שקיימת פה פגיעה בזכות שהיא כביכול חוקתית באמצעות חקיקה שיפוטית.
   6. למרות שפסק הדין שנוי במחלוקת הוא הפך לנורמה המחייבת. נכון להיום נוצרה נורמה ציבורית שברגע שמגישים כתב אישום נגד שר הוא מתפטר.
   7. הצדקות ההחלטה
      1. שחיתות – בפוליטיקה הישראלית יש מקרים רבים של שחיתות (שרים, ראשי ממשלה, נשיאים). לצד זאת, יודעים שבתרבות הפוליטית הישראלית סוגיות של שחיתות לא מאוד משמעותיות. מכאן שההנחה שההליך הדמוקרטי הרגיל יתקן מקרים כאלו היא בעייתית וביהמ"ש צריך להתערב.
      2. פגיעה באמון הציבור וטוהר המידות.
      3. חשש לפגיעה בתפקוד השר – המקרה ה"טוב" הוא שדעתו לא תהיה נתונה לתפקיד שלו כי הוא יהיה עסוק בהליך. המקרה הרע הוא שהוא יפעל מתוך תפקידו כשר כדי לנסות ולהציל את עצמו.
   8. בג"ץ אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון (פרשת רוכברגר וגפסו)
      1. התעוררה השאלה לגבי ראש עירייה שהוגש נגדו כתב אישום. לכאורה זה דומה מאוד, מאחר שגם בחוק הרשויות המקומיות הרלוונטי יש סעיף לפיו מועצת הרשות יכולה להפעיל את הסמכות שלה ולהעביר ראש עיר מכהונתו בגין התנהגות לא הולמת.
      2. במקרה זה היו כמה ראשי עירייה שהיו נגדם כתבי אישום ועלתה השאלה האם הרשות המקומית, לה הסמכות לפי חוק להעביר ראשי רשות מתפקידם, צריכה להשתמש בסמכות. המועצות החליטו שלא להשתמש בסמכות והוגשה עתירה לבג"ץ. ההבדל בין מקרה זה לבין פרשת דרעי הוא שראש רשות נבחר באופן ישיר, ולכן עלתה השאלה האם יש להחיל את הלכת דרעי על מקרים מסוג זה. דעת הרוב בפסק הדין קבעה שנוכח כתבי האישום המועצות היו חייבות להפעיל את הסמכות שלהן ולהעביר את ראשי הרשות מתפקידם. הימנעות של המועצות משימוש בסמכות לא עומדת בקנה אחד עם טוהר המידות ועקרון שלטון החוק.
      3. הייתה דעת יחיד של הנשיא גרוניס לפיה לא צריך להתערב ושזה מסוג הדברים שצריך להשאיר לשיקולם של הבוחרים.
      4. בסופו של דבר ראשי הרשויות אכן פוטרו וזמן קצר לאחר מכן היו בחירות, בהן כולם נבחרו מחדש.
4. **בג"ץ פוקס נ' ראש ממשלת ישראל**
   1. מדובר על הצד השני של השימוש בסמכות של רוה"מ להעביר שר מתפקידו – האם במקרה בו רוה"מ מחליט כן להעביר שר מתפקידו ניתן לטעון שההחלטה לא יכולה לעמוד.
   2. במקרה זה שרון העביר שרים מתפקידם מאחר שהתנגדו להתנתקות. השאלה שהתעוררה היא האם השיקול של קידום תכנית שהממשלה טרם החליטה עליה ע"י העברת שרים מתפקידם כדי לאפשר לממשלה לקבל את ההחלטה הוא שיקול לגיטימי. הדילמה נובעת מכך שלפי הסעיף רוה"מ "רשאי" להפעיל את הסמכות, ולא צוין מה התנאים להפעלת הסמכות.
   3. ביהמ"ש קבע לא להתערב בהחלטה והוא פירט את עילות ההתערבות. שיקול הדעת של רוה"מ הוא לא שיקול דעת מוחלט. אפילו שמדובר ברוה"מ, כמו כל בעל סמכות שמפעיל שיקול דעת סטטוטורי, שיקול הדעת של רוה"מ כפוף לעקרונות המשפט המנהלי – סבירות, מידתיות, שקילת שיקולים ענייניים, לנהוג ללא משוא פנים ושרירות, התנהלות בתו"ל. לטובת הפעלת הסמכות נדרשת תשתית עובדתית מבוססת ונימוק ענייני. בנוסף, לרוה"מ מתחם סבירות שבמסגרתו הוא יכול לבחור כל החלטה שהוא רוצה (כאמור, כל עוד היא סבירה). במידה וההחלטה נמצאת במתחם הסבירות ביהמ"ש לא יתערב (גם אם באותו המקרה ביהמ"ש היה מקבל החלטה אחרת מתוך ההחלטות שבמתחם הסבירות). ביהמ"ש יתערב רק במקרים של אי-סבירות קיצונית. מתחם הסבירות משתנה מתפקיד לתפקיד, ובנוגע לרוה"מ נקבע שמתחם הסבירות רחב מאוד ורק במקרים קיצוניים ביהמ"ש יתערב.
   4. מבחן לבחינת סבירות – ראש הממשלה מוסמך להעביר שר מכהונתו רק אם הוא משוכנע שיש בכך כדי לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות המבצעת ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה.
   5. לגבי המקרה הנדון, נקבע שרוה"מ יכול להעביר שר מכהונתו בשל עמדותיו המדיניות אם הוא משוכנע שיש בכך כדי לסייע לתפקוד הממשלה ולהגשים את יעדי המדיניות שלה. במסגרת כך, שיקולים פוליטיים אינם פסולים מלהיות שיקולים לגיטימיים להעברת שר מתפקידו. עולה השאלה מה קורה כשעוד לא התקבלה ההחלטה בממשלה (כמו במקרה הנדון). ביהמ"ש קבע שאין למנוע את ההעברה אם היא נעשתה טרם ההצבעה וכדי לקבל החלטה שנועדה לקדם את המדיניות של הממשלה.
   6. חשין בדעת יחיד (מצטרף לתוצאה אבל בנימוק שונה) טען ששיקול הדעת של רוה"מ יותר רחב ממה שנקבע ובשל כך שהביקורת השיפוטית יותר צרה. לפי חשין, כל עוד לא התקבלה החלטה במניעים של שחיתות אין מקום להתערבות שיפוטית. נראה שהסיבה לגישת חשין היא התפיסה שמדובר בעניין פוליטי שקשה לביהמ"ש להחליט במקום רוה"מ (בעייתי שביהמ"ש יחייב את רוה"מ לשבת עם שר כזה או אחר בממשלה למרות שרוה"מ לא מעוניין בכך). לכאורה מדברי חשין ניתן לחשוב שהוא מתנגד להלכת דרעי, אבל חשוב לציין שהוא מבהיר במפורש שהוא לא מתנגד אליה (דבריו יפים למקרה בו רוה"מ מפעיל את הסמכות ולא למקרים בהם הוא מסרב להפעיל את הסמכות למרות שהיה צריך).

**ראש הממשלה בהליך הפלילי**

1. **סעיף 17 לחו"י: הממשלה**
   1. לשון הסעיף
      1. "לא תיפתח חקירה פלילית נגד ראש הממשלה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.
      2. לא תיפתח חקירה פלילית נגד מי שכיהן כראש הממשלה, בשל חשד לביצוע עבירה שנעברה בעת כהונתו או בשנה לאחר שחדל לכהן, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.
      3. כתב אישום נגד ראש הממשלה יוגש בידי היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט המחוזי בירושלים, שיישב בהרכב של שלושה שופטים....
      4. בית המשפט שהרשיע את ראש הממשלה בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון."
   2. ניכר שבדומה לשרים יש הגנה פרוצדוראלית ראשונית – ההחלטה לפתוח חקירה פלילית דורשת אישור של היועמ"ש. גם עצם ההחלטה להגיש כתב אישום מחייבת את החלטת היועמ"ש. בהסדר זה קיים דבר נוסף שלא קיים לגבי חברי כנסת והוא שנקבע מראש באיזה בית משפט המשפט יתנהל ובאיזה הרכב. לבסוף, בהרשעה של רוה"מ ביהמ"ש צריך לקבוע האם יש עם העבירה קלון.
   3. חשוב לזכור שרוה"מ הוא גם ח"כ, ולכן נוסף להסדר המופיע בסעיף זה גם דיני החסינות הרלוונטיים לחברי כנסת רלוונטיים במקרה של רוה"מ (כמו למשל הגשת כתב האישום לרוה"מ טרם ההעמדה לדין והאפשרות שלו לבקש מהכנסת חסינות מהעמדה לדין).
   4. התנהלות רוה"מ בזמן הליך פלילי
      1. בחוק היסוד אין שום אמירה לגבי מצב רוה"מ במהלך כל השלבים הללו – פתיחת החקירה, העמדה לדין וכו'. עולה השאלה האם הלכת דרעי (שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות, בלתי סביר בצורה קיצונית שלא לפטר אותו) חלה במקרה של רוה"מ. כזכור כבר הייתה הרחבה של הלכת דרעי לראשי רשויות מקומיות, ולכן ניתן לטעון שהשלב הפרשני הבא הוא להחיל את ההלכה על רוה"מ.
      2. ניתן לטעון נגד ההחלה ולהסביר שהמקרה של רוה"מ שונה מהמקרה של שרים מאחר שהוא כן מקבל את הלגיטימציה מהעם (הוא לא בדיוק נבחר ישירות אבל בפועל בחירה ברשימה היא בחירה במועמד הראשי שלה לראשות הממשלה). בנוסף, המשמעויות של לפטר שר והמשמעויות של לפטר ראש ממשלה הן שונות. ניתן למלא את מקומו של שר שפוטר באמצעות שר אחר, אבל פיטור ראש ממשלה הוא כמו פיטור הממשלה כולה (אחרי שראש ממשלה מתפטר הרכבת הממשלה מתחילה מחדש).
      3. מצד שני ניתן לטעון שיש להחיל את הלכת דרעי על ראש ממשלה מקל וחומר – אחד הטעמים העיקריים להלכת דרעי הוא החשש שהשר לא יוכל למלא תפקידו בצורה טובה או שההחלטות שלו יוטו לטובתו שלו במקום לטובת המדינה, וקל וחומר שהליך פלילי יפריע לראש הממשלה למלא את תפקידו (מה שנחשב יותר חמור עקב חשיבות תפקידו של ראש הממשלה). לכאורה ניתן להחיל גם את טענת אמון הציבור מקל וחומר בין שר לראש ממשלה, אך בפועל הדבר תלוי בתוצאות של בחירות (כפי שניכר מהבחירות של 2019).
      4. מבחינת גוף שיכול לבקר את רוה"מ ולהוביל לפיטורו (בדומה לבקרה של הרשות המקומית על ראש הרשות המקומית), אין גוף מקביל שכזה בממשלה. מה שכן קיים הוא הכרה ביכולת של רוה"מ להתפטר מתפקידו. בנוסף, חוק היסוד מכיר בנבצרות (ס' 16(ב) – "נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו"), אולם נראה שהכוונה הייתה לנבצרות מנסיבות אישיות של רוה"מ (כמו למשל שרון) ולא למקרה בו כופים על רוה"מ נבצרות. מעבר לכך, הנבצרות המוזכרת בסעיף היא של 100 ימים, וכידוע הליך פלילי לרוב אורך זמן רב יותר מתקופה זו.
2. **סעיף 18 לחו"י: הממשלה**
   1. סעיף זה נוגע למקרה בו רוה"מ כבר הורשע וביהמ"ש החליט שיש בעבירה משום קלון.
   2. כל עוד פסק הדין טרם נעשה סופי (הורשע במחוזי, נקבע שיש קלון, אך הערעור בעליון עומד): הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה (ועדת הכנסת ממליצה, המליאה מחליטה). החליטה הכנסת כאמור, יראו את הממשלה כאילו התפטרה עם קבלת ההחלטה.
   3. ברגע שפסק הדין נעשה סופי (הערעור בעליון נדחה): תיפסק כהונתו של ראש הממשלה ויראו את הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק הדין נעשה סופי.

**סמכות שיורית**

1. **רקע: עקרון חוקיות המנהל**
   1. לפי עקרון זה, כל פעולה של רשות מנהלית והרשות המבצעת צריכה להיעשות אך ורק מכוח סמכות בחקיקה ראשית. מכך נובע שאם הרשות המבצעת חורגת מההסמכה שניתנה לה בחקיקה מדובר בפגם יסודי של חריגה מסמכות שנחשב הפגם היסודי ביותר במשפט המנהלי. המשמעות האופרטיבית של חריגה מסמכות היא שההחלטה שהתקבלה במסגרת אותה החריגה בטלה.
   2. לעקרון החוקיות הייתה חשיבות בהגנה על זכויות בתקופה שלפני המהפכה החוקתית (כפי שהיה בבז'רנו – אין לממשלה סמכות לפגוע בזכות כל עוד הכנסת לא העניקה לה הסמכות לעשות זאת). חשוב לזכור שהחריגה מסמכות יכולה לבוא לידי ביטוי גם בדרכים אחרות ולאו דווקא במקרה של פגיעה בזכות. ההשלכה של עקרון החוקיות היא שהכנסת מחוקקת את תפקידי הממשלה ואת הסמכויות שלה בחוקים שונים.
   3. היקף הפעילות של הרשויות המנהליות השונות הוא עצום, ואי אפשר באופן פרקטי להסדיר הכל. צריך למצוא פתרון שיאפשר פעילות של הרשויות במדינה, גם אם אין חוק שמסדיר את אותה הפעילות. התוצאה של סוגיה זו היא הסמכות השיורית, שמאפשרת לרשות לפעול גם כשאין הסמכה מפורשת בחוק. מכאן שסמכות שיורית היא חריג לעקרון חוקיות המנהל.
2. **סעיף 32 לחו"י הממשלה**
   1. לשון הסעיף – "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".
   2. מצד אחד סמכות זו מנוגדת לעקרון חוקיות המנהל (שהוא כאמור עקרון יסודי ביותר) והיא נותנת הסמכה רחבה ביותר לממשלה. מצד שני ניתן לטעון שבלתי אפשרי לפעול אחרת, מאחר שלא ניתן באמת להסדיר כל פעולה שהיא ולחשוב מראש על כל מצב שעלול לדרוש פעילות של הממשלה. כדי לאזן בין מתחים אלו הפסיקה יצרה מגבלות על היכולת של הממשלה להשתמש בסמכות השיורית.
3. כיום הסמכות השיורית כפופה לשלוש מגבלות מרכזיות:
   1. פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת.
   2. בכפוף לכל דין.
   3. רק עניינים שהם במסגרת הסמכות המבצעת – אינה כוללת סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (מגבלה יצירת הפסיקה).
4. **פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת**
   1. הסמכות חלה רק בקשר ל"פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". המשמעות הכי פשוטה ובסיסית היא שאם יש דין כלשהו שמטיל את הסמכות על רשות אחרת הסמכות השיורית לא חלה. הסמכות השיורית לעולם לא תהיה מקבילה, היא תקפה רק כשקיים חסר שלא מתמלא באמצעות אף דין אחר.
   2. הפסיקה הרחיבה את הפרשנות של הגבלה זו וקבעה שברגע שיש חקיקה שדנה במדיניות מסוימת לא ניתן להשתמש בסמכות השיורית (ואין צורך להראות שקיימת רשות אחרת שבסמכותה לפעול באותו הנושא). המקרה הפשוט הוא כשקיים הסדר חיובי, אך עולה בעיה כשקיים הסדר שלילי בחקיקה. לפי הפסיקה, אם הכנסת נתנה דעתה על נושא מסוים והחליטה באופן מודע לא להסדיר אותו, לא ניתן להשתמש בסמכות השיורית באותו הנושא מאחר שלא קיים חלל חקיקתי.
   3. בג"ץ עיריית קריית גת נ' מ"י
      1. הממשלה קבעה אזורי עדיפות לאומית באמצעות הסמכות השיורית שלה. עלתה בעיה מאחר שהיה חוק שעסק בנושא "חוק ערי ואזורי פיתוח", מכאן שעלתה השאלה איך הממשלה יכולה להפעיל את הסמכות השיורית שלה. ביהמ"ש קבע שהממשלה לא יכולה לעשות שימוש בסמכות השיורית מאחר שקיים הסדר חקיקתי.
      2. הממשלה שוב ניסתה להשתמש בסמכות השיורית לקביעת אזורי עדיפות לאומית (בג"ץ ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל), אך מאז העתירה של עיריית קריית גת היא השתמשה בחוק ההסדרים כדי לדחות את הכניסה לתוקף שמסדיר את הסוגייה. בנוסף, באחד מחוקי ההסדרים הממשלה ביקשה לבטל את חוק ערי ואזורי פיתוח אך הכנסת לא הסכימה. מכאן שהסיטואציה היא שיש לכאורה חוק שעוסק בנושא. אם החוק היה בתוקף היה ברור שאסור להשתמש בסמכות השיורית. עם זאת, בפועל החוק לא נכנס לתוקף אז לכאורה ניתן להשתמש בסמכות השיורית. ביהמ"ש לא הכריע בסוגיה המורכבת הזו, אבל נראה שהוא נוטה לפרש את הסיטואציה כהסדר שלילי.
   4. בג"ץ נועם פדרמן נ' שר המשטרה
      1. הייתה בעיה בהאיטי וארה"ב ביקשה מישראל לשלוח כוח הדרכה של שוטרים ישראלים לסייע. הוחלט לשלוח את השוטרים מכוח הסמכות השיורית. ביהמ"ש קבע שהממשלה יכולה לעשות שימוש בסמכות השיורית מאחר שאין חוק שמסדיר שליחת שליחים דיפלומטיים של המדינה לסיוע בחו"ל.
      2. הבעיה התחילה לא בשאלה האם ניתן לשלוח סיוע במישור הבינ"ל אלא ספציפית אם אפשר לשלוח כוח משטרה של ממשלת ישראל, מאחר שפעילות של משטרת ישראל כן מוסדרת בחוק. נועם פדרמן טען שאי אפשר לשלוח כוח משטרה מאחר שפקודת המשטרה מגדירה מה סמכות המשטרה, ולא מצוין שם סיוע בינ"ל. לטענתו לא ניתן להרחיב את פעילות המשטרה מתוקף הסמכות השיורית.
      3. ביהמ"ש קבע שמסכימים שאין למשטרת ישראל סמכות להפעיל סמכות משטרתית, שהוענקה לה מתוקף חוק, מחוץ לגבולות ישראל, ובנוסף אם יש חקיקה שהקנתה סמכויות לשוטרים בישראל אי-אפשר להשתמש בסמכות השיורית כדי לאפשר להם להשתמש בהן בחו"ל. עם זאת, ניתן להתיר את פעילות הממשלה מאחר שהיא לא ביקשה שהשוטרים יפעילו את הסמכות המשטרתית שלהם מחוץ לגבולות הארץ אלא ביקשה לשלוח אותם כשליחים דיפלומטיים. מכאן שהשימוש בסמכות השיורית לא חורג ממה שהחוק מתיר למשטרה אלא נוגע לפעילות דיפלומטית של המדינה.
5. **בכפוף לכל דין** – פעולה של הממשלה במסגרת הסמכות השיורית צריכה לתאום כל דין שהוא (כולל תקנות). משמע, הסמכות השיורית נמוכה יותר מכל נורמה הקיימת בפירמידת הנורמות. מעבר לכך, קיימת גישה בפסיקה (דורנר בפרשת קריית גת) שכשאומרים בכפוף לכל דין מדובר גם על הלכות פסוקות. הגישה המקובלת עליה אין מחלוקת היא שלא ניתן להשתמש בסמכות השיורית כדי לפגוע בזכויות אדם, גם כאלו שהוכרו בפסיקה.
6. **רק עניינים שהם במסגרת הסמכות המבצעת – אינה כוללת סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים**
   1. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל
      1. כאמור, עלתה השאלה לגבי יכולת הממשלה לקבוע אזורי עדיפות מכוח הסמכות השיורית.
      2. חשין מיקד את השאלה ושאל האם הסמכות השיורית יכולה לקבוע הסדרים ראשוניים. לפי חשין, המגבלות בס' 32 אינן המגבלות היחידות ויש להכיר גם במגבלות שנובעות מעקרונות היסוד של השיטה. הממשלה היא הרשות המבצעת ולא הרשות המחוקקת, ומאחר שהממשלה כפופה לכנסת גבול הסמכות השיורית הוא גבול סמכות הביצוע. הממשלה לא יכולה לחצות את הגבול הזה ולהשתמש בסמכות שנתונה לכנסת.
      3. מכאן עולה השאלה מה כלול במסגרת הסמכות המבצעת. התשובה הפשוטה היא ביצוע החוקים שנקבעים ע"י הכנסת. מעבר לכך יש דברים כמו יחסי חוץ למשל ששייכים לרשות המבצעת. עם זאת, כל מה שנקרא הסדרים ראשוניים שייך לכנסת, ומטבעם לא שייכים לרשות המבצעת. הכנסת היא זו שקובעת את שיקולי המדיניות הכלליים והרשות המבצעת פועלת לפי אותה המדיניות. מכאן שהרשות המבצעת לא יכולה להשתמש בסמכות השיורית ע"מ להיכנס לשטחה של הכנסת ולקחת ממנה סמכויות.
   2. הסדר ראשוני מול הסדר משני
      1. עולה השאלה הפרשנית איך יודעים אם משהו הוא הסדר ראשוני או הסדר משני. ההגדרה שקבע ברק היא שאת המדיניות הכללית והעקרונות המנחים צריכה לקבוע הכנסת, לכן הסדר ראשוני הוא הסדר שקובע את המדיניות הכללית והעקרונות המנחים. הסדר משני הוא הסדר שנועד להגשים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים. התפקיד של הרשות המבצעת הוא לקבוע את המדיניות שמטרתה ליישם את המדיניות הכללית שקבעה הכנסת. הבעיה עם הגדרה זו היא שהיא מאוד עמומה, לעיתים קשה להגיד לגבי דבר מסוים האם הוא הסדר ראשוני או משני.
      2. חשין בוועדת המעקב קובע אמות מידה להכרעה האם דבר מה הוא הסדר ראשוני:
         1. מהות ההסדר – ההשלכות החברתיות שלו ומידת הפגיעה שלו בזכויות. ככל שההשלכות יותר רחבות ניתן לטעון שההסדר ראשוני.
         2. מידת ההשפעה של ההסדר על הציבור בישראל בכלל – אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית כדין פעולה שנועדה להשפיע על הציבור כולו.
         3. תכלית הפעולה – מידת ההסכמה הציבורית לפעולה המסוימת. ככל שמדובר במשהו שדורש את הסכמת העם (משמע העם הוא זה שצריך להכריע), והכרעה זו מתבצעת באמצעות נבחרי הציבור (הכנסת), הרי שמדובר בהסדר ראשוני.
         4. עלות – האם מדובר על דבר מה שההשלכות התקציביות שלו קטנות יחסית או שמדובר במשהו עם משמעות כלכלית אדירה.
         5. דחיפות – לעיתים אי-אפשר לחכות שהמחוקק יעשה את עבודתו ע"מ לבצע דבר מה שנחשב דחוף יחסית.
      3. חשין מדגיש שמדובר ברשימת שיקולים לא סגורה ואלו רק אמות מידה שמטרתן לאפשר את ההבחנה.
      4. במקרה של ועדת המעקב הוחלט שמדובר בהסדר ראשוני מאחר שיש להחלטה השלכות כלכליות משמעותיות והשפעות על מגזרי חיים ואוכלוסיות שונות. מאחר שמדובר בהסדר ראשוני לא ניתן להשתמש בסמכות השיורית לקביעת הסדר זה.
   3. פרשת מתווה הגז
      1. מאחר שהיה משאב טבעי שהיה בטריטוריה של ישראל והיו חברות שהיה להן זיכיון לחפש אותו עלו שאלות רגולטוריות שונות.
      2. השאלה הראשונה שעלתה היא לגבי מיסוי של הגז. כינסו את ועדת שישינסקי בה הוחלט להסדיר זאת בחקיקה ראשית. אין בעיה במהלך זה מאחר שמדובר בהסדר ראשוני שהתקבל בהליך תקין.
      3. השאלה הבאה שעלתה היא לגבי ייצוא של הגז. החלטה בנושא זה התקבלה בהחלטת ממשלה ולא בחקיקה ראשית, לכן החברות השונות הגישו בג"ץ (ברמת העקרון הכנסת היא זו שצריכה לקבל את ההחלטה בנושא מאחר שמדובר בהסדר ראשוני). שני הצדדים הסכימו שמדובר בהסדר ראשוני אך המחלוקת הייתה לגבי שאלה פרשנית בפרשנות של סעיף מחוק ישן שלכאורה נותן סמכות לממשלה לקבל את ההחלטה. דעת הרוב קבעה שאותו הסעיף מקיים את דרישת ההסמכה לקביעת הסדר ראשוני ע"י החלטת הממשלה, ובין היתר הנשיא גרוניס קובע שכשיש חקיקה וצריך להחליט עד כמה ההסמכה צריכה להיות מפורשת או לא (והאם צריך החלטה מחודשת של הכנסת) מסתכלים על פגיעה בזכויות (ככל שיש יותר פגיעה בזכויות כך ההסמכה תצטרך להיות יותר מפורשת). מאחר שכאן לדעת ביהמ"ש לא הייתה פגיעה בזכויות ניתן לפרש את הסעיף כבסיס מספיק לקבלת ההחלטה ע"י הממשלה.
      4. הסוגייה המורכבת יותר היא מה שנקרא בתקשורת "מתווה הגז". מאחר שעלו הרבה שאלות רגולטוריות עלה הרצון לעגן מתווה מסוים בהחלטת ממשלה. דבר זה הוביל לכך שיתקבל מתווה גז בהחלטת ממשלה שמסדיר נושאים שונים בהקשר של הגז (מאגרים, מחירים, ייצוא, מיסוי, קיום סביבה רגולטורית יציבה). השאלה שעולה מיד היא האם מדובר בהסדרים ראשוניים שדורשים חקיקה ראשית. אחת הטענות המרכזיות שעלו בעתירה היא שצריך לפסול את החלטת הממשלה מאחר שמדובר בהסדר ראשוני. דעת הרוב קבעה שלא מדובר בהסדר ראשוני ולכן ניתן היה לקבוע את המתווה בהחלטת ממשלה. נקבע שהמתווה כולו לא מותנה בחקיקה ראשית מסיבות שונות.
      5. פוגלמן טען שלא מדובר בהסדר ראשוני שדורש חקיקה ראשית. מעניין לראות שפוגלמן טוען שלא בטוח שאמות המידה שקבע חשין דווקא מובילות למסקנה שמדובר בהסדר ראשוני. פוגלמן הסביר שכל אחת מההחלטות שנקבעו במסגרת המתווה אינן מהוות הסדר ראשוני ולכן המתווה כולו גם הוא אינו הסדר ראשוני. מעבר לכך, פוגלמן הסביר שקיימת חקיקה לגבי כל אחד מהנושאים שנכללו במתווה הגז שנותנת לממשלה את הסמכות לקבל החלטה בנושא.
      6. סולברג הולך לכיוון אחר, והוא מתחבר לסיפא של פוגלמן. הוא הסכים עם העותרים שמדובר בהסדר ראשוני, אבל מאחר שיש רשת של חקיקה שעוסקת בנושאים האלו שנותנת לממשלה את הסמכות לקבל החלטה בנושא היא יכולה לעשות זאת.
      7. דעת המיעוט של רובינשטיין וג'ובראן טענה שהנושא הוא הסדר ראשוני בגלל החשיבות שלו. כמו כן, גם אם מחליטים שכל נושא בפני עצמו אינו הסדר ראשוני או שיש חקיקה לגבי כל אחד מהנושאים שמסמיך את הממשלה, ברגע שמדובר במכלול הרגולציה שעוסק במדיניות הגז של המדינה הרי שמדובר בהסדר ראשוני והממשלה לא יכולה לקבל החלטה בנושא.

נושא: **הרשות השופטת**

**הקדמה**

1. **ייחודיותה של הרשות השופטת**
   1. הרשות השופטת היא ייחודית ושונה מהמחוקקת ומהמבצעת בכך שהיא לא נבחרת ע"י הציבור (הכנסת נבחרת ישירות והממשלה מקבלת את אמון הכנסת). יש ברשות השופטת נציגות של נציגי ציבור, אבל השאלה היא כמה זה מקנה לה את הסמכות לפעול. דבר נוסף הוא שהרשות השופטת לא צריכה לעמוד לבחירות חוזרות. אם הציבור לא מרוצה מהחלטות ציבוריות הוא לא יכול להעמיד את הרשות השופטת לבחירות כדי להחליף אותה. הכנסת היא תמונת ראי של החברה (היא צריכה להיות כמה שיותר ייצוגית ביחס לציבור) אבל ברשות השופטת התפיסה היא יותר של מקצועיות. לכן דרישות התפקיד הן לא להיות מעל גיל 21 בלבד אלא השכלה משפטית, מעבר של הליך מינוי וכו'.
   2. לרשות השופטת תפקיד מאוד מרכזי וייחודי שנמצא בהגדרת התפקיד שלה – היא אחראית על הפיקוח והבקרה על הרשויות האחרות. השאלה שעולה היא מי יפקח על הגוף המפקח (בעיקר לאור זאת שהרשות השופטת לא נבחרת). בהמשך נראה שמאחר שהרשות השופטת היא הגוף המבקר יש לשמור על העצמאות שלה (ולכן אי אפשר שהיא תהיה פוליטית ושיבחרו אותה) אבל מצד שני צריך לשמור על אחריותיות שיפוטית (Accountability – האם איש ציבור שמקבל החלטה צריך לתת את הדין לציבור). השאיפה היא למצוא מנגנון שישמור על אחריותיות בלי המנגנון של בחירות.
   3. הרשות השופטת לא יכולה ליזום מהלכים לקביעת מדיניות (בניגוד לכנסת למשל שם חברי כנסת יכולים לקדם את האג'נדה שלהם), היא צריכה לחכות שיפנו אליה בנושא מסוים ע"מ להחליט על מדיניות מסוימת בתחום מסוים. מה שהרשות השופטת כן יכולה לעשות זה לקבוע עילות סף (להחליט על נושאים מסוימים שהיא לא מוכנה לקבל עתירות בהקשר שלהם).
2. כיום העיסוק המרכזי של השופטים כמעט באופן מוחלט הוא לא ליצור חקיקה שיפוטית חדשה אלא לפרש חקיקה ראשית ומשנית קיימת.
3. בתיאוריה הטענה היא שהרשות השופטת היא החלשה ביותר. בארה"ב נאמר שלרשות השופטת אין חרב ואין ארנק. אין חרב מאחר שאין לה גוף אכיפה שיכול לאכוף את ההחלטות שלה ולגרום לרשויות האחרות לבצע את מה שהיא מחליטה (התוקף של ההחלטות שלה תלוי באמון הציבור. הציבור צריך להאמין שלא יעלה על הדעת שלא מבצעים פס"ד של ביהמ"ש כדי שגם הרשויות האחרות יחשבו כך). אין לה ארנק מאחר שהיא לא קובעת את התקציב של עצמה. מאחר שבתיאוריה היא הרשות החלשה ביותר הגיוני שהיא תהיה זו שמפקחת על הרשויות האחרות. בפועל יש שטוענים שהרשות השופטת נהיית חזקה מדי ושהיא מתערבת יותר מדי בפעילות של הרשויות האחרות. השאלה לגבי אקטיביזם שיפוטי תלויה בגורמים שונים, בין היתר בשאלה מי עומד בשלטון (האם המשטר שמרני או ליברלי) ומי נמצא על כס השיפוט. ברגע שהאידיאולוגיות של השופטים ושל המשטר מנוגדות יש סיכוי יותר סביר שיעלו טענות על אקטיביזם שיפוטי מצד הציבור (מאחר שיותר הגיוני שביהמ"ש יבקר את המהלכים של השלטון וינסה לשנות אותם).
4. **חוק יסוד: השפיטה ס' 1 סמכות שפיטה**
   1. לשון הסעיף
      1. "אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נתונה בידיהם:
         1. בית המשפט העליון;
         2. בית משפט מחוזי;
         3. בית משפט שלום;
         4. בית משפט אחר שנקבע בחוק כבית משפט;
      2. סמכות שפיטה נתונה גם בידי אלה:
         1. בית דין דתי;
         2. בית דין אחר;
         3. רשות אחרת,
         4. והכל כפי שנקבע בחוק.
      3. לא יוקם בית משפט או בית דין למקרה מיוחד."
   2. באופן כללי ישראל אימצה את המודל האנגלו-אמריקאי של מערכת משפט אחת שעוסקת בכל התחומים (במודל הקונטיננטלי יש מערכות משפט נפרדות בנושאים שונים – אזרחי, פלילי, חוקתי). החריג לזה הוא שאפשר להכיר בבית משפט אחר שנקבע בחוק, בין היתר בבתי דין.

**סמכות ביהמ"ש העליון**

1. **חוק יסוד: השפיטה ס' 15**
   1. לשון הסעיף

"(ב) בית המשפט העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי המשפט המחוזיים.

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול;"

* 1. העליון הישראלי ייחודי בכך שהוא גם ערכאת הערעור העליונה של מערכת המשפט וגם בג"ץ. ס' 15 הוא זה שמסמיך את בית המשפט העליון לפעול.
  2. מסעיף קטן (ג) עולה שהסמכות של בג"ץ היא שיורית. בג"ץ ידחה על הסף גם עתירות מנהליות במידה והן נמצאות בסמכות של בית דין כזה או אחר. מעבר לכך, הגוף המכונן העניק סמכות רחבה לבג"ץ בכך שקבע שהוא יכול לדון בכל מה שהוא "רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". סעיף קטן (ד) מוסיף על הסמכות של בג"ץ מאחר שמעניק לו סמכות להעניק צווים בתחומים שונים. גבולות הסמכות למעשה מנוסחים בצורה רחבה ומעורפלת והמחוקק בסוף אומר לרשות השופטת שהיא זו שתקבע לעצמה את הגבולות שלה. העמדה בפסיקה במקום מסוים היא שדה-פקטו אין באמת גבול על סמכות בג"ץ. ביהמ"ש קבע שהסמכות קיימת תמיד אולם קיימת שאלה נוספת הנוגעת למתי יש להפעיל את הסמכות. שאלה זו היא שהובילה לקביעת עילות הסף (שפיטות וכדו') שעוזרות לבג"ץ לקבוע האם עליו לדון בנושא כזה או אחר.

**עקרון אי-התלות השיפוטית**

1. **רקע ורציונאלים**
   1. מטרת עקרון זה היא למנוע השפעה של הרשויות הפוליטיות על הרשות השופטת, מאחר שהעבר מלמד שזה עלול להוביל למשטר דיקטטורי.
   2. רציונאלים להגנה על אי-תלות שיפוטית
      1. אמון הציבור במוסד השיפוטי – כדי שהציבור יאמין בשיטה הוא צריך לדעת שלא מדובר במשחק מכור אלא במערכת עצמאית שפועלת כראוי. רציונל זה נוגע גם ללגיטימציה של הרשות. הרשויות הפוליטיות טוענות שהלגיטימציה שלהן נובעת מכך שהן נבחרו ע"י הציבור. הלגיטימציה של הרשות השופטת לעומת זאת נובעת מהמקצועיות ומהיציבות שלה. בציבור הישראלי למשל ככל שגוף יותר פוליטי האמון בו יותר נמוך וככל שהוא יותר מקצועי האמון בו יותר גבוה.
      2. הגנה מפני משוא פנים – רוצים שאדם ירגיש שהוא זוכה למשפט צדק ושלא תהיה תחושה שיפסקו בצורה כזו או אחרת בהתבסס על שיוך מסוים של מי שנשפט.
      3. לאפשר לרשות השופטת לבצע מהלכים לא פופולאריים (הבטחת היכולת של ביהמ"ש להגן על זכויות) – מאחר שהרשות השופטת נטולה שיוך פוליטי היא יכולה לקבל החלטות שלא יתקבלו באופן פופולארי ע"מ להגן על זכויות של מיעוטים כאלו ואחרים.
      4. הפרדת רשויות – רוצים שהרשות השופטת תהיה עצמאית כדי להגן על עקרון הפרדת הרשויות.
      5. שוויון בפני החוק – שלא יקרה מצב שזהות הצדדים במשפט תשפיע על הפסיקה.
2. **אי-תלות מהותית**
   1. חוק יסוד: השפיטה ס' 2 אי-תלות – "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".
   2. הרעיון הוא שהמרות היחידה שתפעל על השפוטים בעת קבלת ההחלטות היא מרותו של הדין.
3. **אי-תלות אישית**
   1. חוק יסוד: השפיטה ס' 7 כהונת שופט
      1. "כהונת שופט תתחיל מעת שהצהיר הצהרת אמונים ולא תסתיים אלא באחת מאלה:
         1. בצאתו לקיצבה;
         2. בהתפטרותו;
         3. בהיבחרו או במינויו לאחד התפקידים שנושאיהם מנועים מלהיות מועמדים לכנסת;
         4. על פי החלטה של הועדה לבחירת שופטים שהציע יושב ראש הועדה, נציב תלונות הציבור על שופטים או נשיא בית המשפט העליון ושנתקבלה ברוב של שבעה חברים לפחות;
         5. על פי החלטה של בית הדין המשמעתי."
   2. אי תלות זו נוגעת לכהונה של השופט. הרעיון הוא שכל שופט זוכה להגנה על תנאי הכהונה שלו (יש מגבלות על אופן הדחתם, פגיעה בקידום שלהם, פגיעה במשכורות שלהם). הרציונל הוא שהאינטרס של השופט עצמו לא יעלה על האינטרס של מי שנשפט. רוצים שהשופט יפסוק לפי הדין ולא בהתאם לאופן בו תוצאת הפסיקה תשפיע על השופט עצמו. אי-תלות אישית היא השלמה הכרחית לאי-תלות מהותית, והיא זו שמבטיחה שאכן המרות היחידה שחלה על השופט היא מרותו של הדין. הרצון הוא להגן על הכהונה של השופטים ולמנוע מהרשות המבצעת לפטר אותם במידה והיא לא מרוצה מהם. בנוסף, יש אמצעים שונים בסעיף להבטחת האחריותיות (סעיפים קטנים (4) ו-(5)).
   3. עיגונים נוספים של אי-תלות אישית
      1. ס' 9 לחו"י: השפיטה – סייג לשינוי כהונה. נועד למנוע מצב בו משתמשים בהעברת שופט לבית משפט אחר כסנקציה ע"מ למנוע ממנו להשפיע על פסיקה באזור מסוים. בנוסף, הסעיף מונע הורדה של שופט לערכאה נמוכה יותר אם אין את הסכמתו לכך.
      2. ס' 10 לחו"י: השפיטה – משכורת וגמלאות. אמנם ההחלטה על משכורות השופטים היא של הכנסת, אולם כן נמנע מהרשות המבצעת להחליט על שכר השופטים ולהשתמש בהורדת השכר כסנקציה. בנוסף, הסעיף קובע שלא ניתן להוריד את שכר השופטים בלבד (לא ניתן לקבוע שהשופטים הם האוכלוסייה היחידה להם משפיעים על השכר. אם מחליטים להוריד את השכר של קבוצת אוכלוסייה מסוימת, שבתוכה נמנים גם השופטים, החלטה זו כשרה).
      3. חוק העונשין – ניתנת חסינות לשופטים בשל מעשה שעשו במסגרת מילוי תפקידם השיפוטי. פורש כחסינות מהותית, ולכן לא חל על דברים שנעשו שלא במילוי התפקיד. גם כשהמעשה נעשה במילוי התפקיד, החסינות לא חלה אם הוא נעשה בזדון או בכוונת תרמית (להבדיל מרשלנות. אם שופט מרשיע הרשעת שווא בטעות יש לו חסינות).
      4. ס' 12 לחו"י: השפיטה – שיפוט פלילי. עוסק במידת מה בחסינות בפני הליכים פליליים נגד שופטים (חקירה / כתב אישום). החלטות לבצע הליכים אלו מותנית באישור של היועמ"ש. בנוסף, נקבע שהליך פלילי נגד שופט יהיה בביהמ"ש המחוזי בהרכב של שלושה, אלא אם השופט הסכים לביצוע ההליך הרגיל.
      5. פקודת הנזיקין – קובעת חסינות לשופטים בכל הקשור לעוולות בעת מילוי תפקידם (למשל רשלנות). גם בנוגע לחסינות זו יש פרשנויות שהקהו אותה משתי בחינות: הכירו באפשרות של אדם לתבוע את המדינה בשל רשלנות של שופט (כיום ההכרה צרה וצריך מקרים של רשלנות חמורה מאוד). בנוסף, נקבע שאם יש סחבת שנוצרה כתוצאה מרשלנות של שופט המדינה תפצה את הצדדים על הנזקים שקרו להם בשל כך.
4. **העמדת שופטים לדין משמעתי**
   1. ס' 13 לחו"י השפיטה
      1. "שופט נתון לשיפוט של בית דין משמעתי.
      2. בית הדין המשמעתי יהיה מורכב משופטים או שופטים שיצאו לקיצבה שימנה נשיא בית המשפט העליון.
      3. הוראות בדבר העילות לדין המשמעתי, דרכי הקבילה, הרכב המותב, הסמכויות של בית הדין המשמעתי ואמצעי המשמעת שהוא רשאי להטיל ייקבעו בחוק; סדרי הדין יהיו לפי חוק."
   2. ס' 19 לחוק בתי המשפט עוסק באמצעי המשמעת של בית הדין. סעיף זה קובע שאמצעי המשמעת הם הערה, התרעה, נזיפה, העברה למקום כהונה אחר, העברה מן הכהונה (פיטורין) בין בתשלום קצבה או בתשלום אחר.
   3. פוזננסקי כץ
      1. שופטת השלום בת"א התכתבה עם פרקליט שטיפל בהליכי מעצר שונים. בהתחלה היה מדובר בהתכתבויות בעניינים לוגיסטיים אך עם הזמן ההתכתבויות נהיו אישיות ובלתי פורמאליות. התעוררו מספר קשיים: חשש ממשוא פנים, תקשורת מול צד אחד בהליך ללא עירוב הצד השני. הפרשה התפוצצה ברגע שהפרקליט תיאם עם השופטת את הטענות שיעלה במשפט וביקש ממנה להיראות מופתעת בזמן המשפט.
      2. המערכת הגיבה בצורה מהירה ואפקטיבית – נציב תלונות השופטים חקר את הנושא וכתב דו"ח חריף, נשיאת העליון השעתה את שופטת השלום והוקמה ועדה שקבעה נהלים חדשים וברורים בנוגע לכללי התקשורת והאינטראקציה מול הצדדים.
      3. בנוסף לכל זאת פתחו בהליך משמעתי נגד פוזננסקי-כץ. בשלב זה מתחיל הסיבוך, מאחר שהשופטת הגיעה לעסקת טיעון עם התובעים בהליך המשמעתי לפיה היא תודה ולא תנהל משפט בתמורה לכך שהעונש לא יהיה פיטורין אלא רק השעיה (לצד סנקציות נוספות). ראש ההרכב היה הנשיא בדימוס גרוניס שטען שיש בעיה מאחר שאין סמכות לבית הדין (לפי ס' 19) להשעות (יש שטוענים שקיימת סמכות מאחר שהעברה מהכהונה יכולה להיות קבועה או זמנית). בית הדין אמר שבהינתן המקרה החמור לא ניתן להשתמש בסנקציות הקלות יותר ולכן יש לפטר את השופטת.
      4. פוזננסקי-כץ הגישה בג"ץ עם מספר שאלות, כשהרלוונטית ביניהן היא לגבי ביקורת שיפוטית על החלטות בית הדין המשמעתי. בג"ץ קבע שהחלטת בית הדין המשמעתי לא נתונה לערעור, ולכן ביקורת על פס"ד של בית הדין המשמעתי לשופטים מתאפשרת רק במסגרת עתירה לבג"ץ (ההבדל מהותי מאחר שהיקף הביקורת של בג"ץ מצומצם יותר משל ערכאת ערעור). בג"ץ יכול לבקר את בית הדין המשמעתי במקרים של חריגה מסמכות, במקרים של הפרת כללי הצדק הטבעי או אם יש טעות משפטית שעולה מהחומר עצמו שהיא מהותית ומחייבת התערבות של הצדק (משמע לא כל טעות קלה מתירה התערבות).
      5. בסופו של דבר פסק בג"ץ בדעת רוב (פוגלמן וסולברג) שבית הדין המשמעתי לא מוסמך להורות על עונש מסוג השעיה. לעומת זאת, ברק-ארז בדעת מיעוט טענה שבפרשנות תכליתית ניתן לקרוא את הסעיף כמעניק סמכות להשעיה. לגבי העונש של פוזננסקי-כץ הדעות היו חלוקות: פוגלמן טען שההחלטה של בית הדין המשמעתי נכונה בשל חומרת המקרה, זאת למרות עסקת הטיעון. ברק-ארז טענה שכיוון שהיא טוענת שניתן לתת עונש של השעיה לדעתה זה העונש שהיה צריך לתת. סולברג מצד אחד הצטרף לפוגלמן בקביעה שאין סמכות לתת השעיה, אך מצד שני רוצה לכבד את עסקת הטיעון. בשל כך הוא רצה לקבוע שההשעיה שניתנה לפוזננסקי-כץ ע"י נשיאת העליון (לה כן יש סמכות להשעות) בנוסף למניעה ממנה לשבת בתיקים פליליים למשך שנתיים והתחייבות שלה לצאת לחופשה ללא תשלום יהיו העונש ההולם. ברק-ארז הצטרפה לסולברג וזו אכן הייתה תוצאת המשפט.
5. **הועדה לבחירת שופטים**
   1. בהחלטה של הועדה לבחירת שופטים ניתן להדיח שופט. החלטה זו צריכה להיות ברוב של שבעה חברי ועדה (מתוך תשעה). היו מקרים בהם התקבלה החלטה כזו, למרות שברוב המקרים לא מגיעים למצב של החלטה מאחר שהשופטים מבינים את המסר ומתפטרים בעצמם. מקרה לדוגמה הוא שופטת (הילה כהן) שזייפה פרוטוקולים. בית הדין המשמעתי קבע שהיא תועבר למקום אחר. הופעלו לחצים על השופטת להתפטר אך היא סירבה. הועדה לבחירת שופטים החליטה פה אחד להדיח אותה.
   2. מצגר
      1. במקרה זה מדובר בוועדה למינוי דיינים אך הרעיון זהה.
      2. דיין שעמד להתמנות לבית הדין הרבני הגדול ביקש מימון מהמדינה הן לשכור דירה בירושלים והן ללינה במלון יוקרה. בנוסף, הוא ביקש מהמלון תעריף מיוחד. בשל כך עלתה השאלה האם הוא יכול לכהן כדיין בבית הדין הגדול. בזמן החקירה התשובות שלו היו סותרות ומתחמקות.
      3. במקרה זה היועמ"ש החליט שאין די ראיות להעמיד את הרב לדין פלילי. בנוסף, הוחלט שבמקרה זה לא ראוי להביא אותו לבית דין משמעתי לדיינים מאחר שהדנים שם בדרגה נמוכה ממנו. היועמ"ש כן ביקר את מעשיו של מצגר והמליץ לו להתפטר. הוועדה למינוי דיינים דנה בשאלת הדחתו של מצגר והחליטה לא להדיח אותו מאחר שלא נפל בהתנהגותו פגם חמור שמונע מישיבתו בבית הדין.
      4. נגד ההחלטה של הוועדה הוגש בג"ץ. בג"ץ קבע לא להתערב מאחר שחברי הועדה למינוי דיינים הם אורגן מיוחד. הם אומנן נתונים לביקורת שיפוטית אך ביקורת זו תהיה מצומצמת מאוד. בג"ץ קבע שלושה נדבכים בביקורת השיפוטית: 1. תקינות ההליך – אם הפגמים היו רק בהליך ביהמ"ש יטה להתערב. 2. גיבושה של התמונה העובדתית – על איזו תשתית עובדתית התבססו בהחלטה. הרף הנדרש מהוועדה למינוי דיינים יחסית נמוך מאחר שמדובר בגוף שונה מבית משפט. 3. שיקול דעת – ביהמ"ש יתערב רק כשנראה שאף אדם בר דעת לא היה מקבל את ההחלטה. שיקול הדעת שניתן לוועדה רחב מאוד.
      5. עלתה שאלה לגבי הפרוטוקולים של הוועדה, האם יש לפרסם אותם. הוועדה טענה שלא ובג"ץ קבע לא להתערב בנושא.
6. **אי-תלות מוסדית**
   1. אם עד עכשיו דובר על הגנה על שופט מסוים, השאלה כעת היא האם צריך להגן על העצמאות של המערכת כולה. הרציונל לכך הוא שהגנה על הרשות השופטת כולה מהרשות המבצעת והמחוקקת תבטיח בסופו של דבר הגנה על אי-תלות מהותית. לא מספיק ששופטים ידעו שהם באופן אישי מוגנים, צריך שהם ידעו שהמערכת עצמה מוגנת ולא תושפע מההחלטות שלהם. בנוסף, ישנם הרציונלים של הפרדת רשויות, מניעת משוא פנים וכדו'.
   2. חלק מהרציונל של אי-תלות מוסדית נשען על התפקיד המשמעותי של הרשות השופטת בשמירה על הדמוקרטיה. ההיסטוריה מלמדת שכששליט רוצה להוביל לשלטון יחיד אחד המהלכים הראשונים שהוא יעשה הוא החלשת מערכת המשפט והפיכתה ללא משמעותית.
   3. במצב הקיים העצמאות השיפוטית של המערכת יחסית חלשה. היא מאוד תלויה בגופים אחרים (הכנסת-משרד המשפטים. הממשלה-אגף התקציבים). קושי נוסף מתבטא בכך שחוק יסוד השפיטה לא משוריין. הכנסת יכולה ברוב של אחד מול אפס לתקן את חוק היסוד ולשנות אותו לפי החלטתה.
   4. נכון להיום לא היו ניסיונות דרמטיים לפגוע בעצמאות השיפוטית. כן היו ניסיונות לעגן ולהבטיח את העצמאות השיפוטית בצורה טובה יותר אך הם לא צלחו.

**מינוי שופטים**

1. **חו"י השפיטה ס' 4**
   1. לשון הסעיף
      1. "שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים.
      2. הועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הועדה.
      3. הועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה."
   2. הסעיף קובע את הרכב הועדה למינוי שופטים. יש שטוענים שיו"ר הוועדה צריך להיות נשיא העליון אך כיום המצב הוא עדיין שיו"ר הוועדה הוא שר המשפטים. כל אחד מהגופים המייצגים נדרש לשלוח לפחות אישה אחת בתור נציגה.
   3. נציגי הכנסת יבחרו בבחירה חשאית וייצגו את הכנסת שבחרה בהם כל עוד היא מכהנת או עד שיהיו בחירות חוזרות. עד לא מזמן היה נציג מהקואליציה ונציג מהאופוזיציה, אך לאחרונה מנהג זה הופר מה שהוביל לעתירה לבג"ץ.
   4. בג"ץ אבירם – המהלך שביצעו היה לבחור בנציג מהאופוזיציה שתואם בעמדותיו את עמדת הקואליציה (במקרה זה בחרו בנציג מישראל ביתנו שהייתה באופוזיציה בממשלת ימין). בהמשך ישראל ביתנו נכנסה לקואליציה ולכן קרה מצב בו שני הנציגים מהקואליציה. ביהמ"ש המליץ לכנסת לעגן את המנהג לפיו צריך שנציג אחד יהיה מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה בחקיקה. ביהמ"ש רמז שגם אם זה לא יעוגן בחקיקה, במידה ומקרה זה יחזור על עצמו לעותרים תהיה אפשרות לעתור ולמשיבים תהיה משוכה משמעותית לעבור.
   5. בסופו של דבר הועדה נתפסת כגוף א-פוליטי שצריך לבכר את השיקולים המקצועיים על השיקולים הפוליטיים (לכן ההרכב הוא של 5 אנשי מקצוע מול 4 נבחרי ציבור). גם ההליך הוא מאוד מקצועי (תנאי פנימייה תובעניים). מי שמבקר את השיטה טוען שהיא מקצועית מדי ושהיא מונעת את עקרון השיקוף (לפיו על ביהמ"ש לשקף את הציבור בישראל). מונתה וועדה לבחינת הנושא שקבעה שהשיקול המקצועי עדיין צריך להיות השיקול העיקרי, אך יש להתייחס לשיקוף כשיקול משני. המבקרים של השיטה טענו שגם כשיש יותר שיקוף ישנן השקפות עולם שלא מקבלות מספיק משקל בביהמ"ש (טענות אלו עלו בעיקר מכיוון הצד הימני של המתרס ומהחרדים).
2. **שיקולים למינוי שופטים**
   1. עולה השאלה מהם השיקולים שיש לקחת בחשבון כשממנים שופט – פוליטיים, עדתיים, אידיאולוגיים?
   2. מינוי הטובים ביותר – שיקול אחד שעומד בפני הועדה הוא איך ניתן להביא לכך שהטובים ביותר מקרב המשפטנים ימונו לשיפוט.
   3. אי-תלות מול אחריותיות – שיקול נוסף הוא איזון בין רעיון אי-תלות לבין אחריותיות. חשוב לזכור ששיטת מינוי השופטים תשפיע על הסיכוי של שופט מסוים להתקדם ולכן זה יכול במקום מסוים לפגוע באי-תלות (ישפיע על החלטות שופט מאחר שהוא יקבל את ההחלטות שיובילו לקידום).
   4. אמון הציבור – השאלה שעומדת במרכז שיקול זה היא מה יביא לאמון הציבור במערכת המשפט? ישנן תפיסות שונות שיכולות להסתכל על מינוי מסוים בצורות שונות, ולכן כל מינוי יכול להוביל להפחתת אמון הציבור או להגברתו.
   5. שיקוף – שיקול נוסף הוא עד כמה הרכב השופטים בעליון מהווה שיקוף של החברה (בין אם מבחינת השקפות או מבחינת דמוגרפיה).
   6. שיטת מינוי השופטים מנסה לבצע איזון בין כל השיקולים. בסופו של דבר הכל תלוי בשאלה איך תופסים את תפקיד השיפוט – ככל שתופסים אותו כתפקיד אובייקטיבי יותר מבכרים את השיקולים המקצועיים, אך ככל שתופסים אותו כתפקיד פוליטי מבכרים שיקולים פוליטיים.

**קבלת החלטות של שופטים**

1. **רקע**
   1. מבחינת הרקע התורת-משפטי יש שינוי שחל בין תפיסות עולם. פעם הייתה תפיסה של פורמליזם משפטי, משמע תהליך השיפוט הוא תהליך מקצועי (בדומה לעבודת מתמטיקאי). ככל שאתה משפטן טוב יותר אתה תגיע לתוצאות טובות יותר, ללא קשר להשקפת העולם של השופט. כנגד התפיסה הזו קמה תפיסה של הריאליזם השיפוטי, לפיה יש עוד דברים שמשפיעים על המשפט ועל קבלת החלטות שיפוטיות מעבר לעובדות ולניתוח האובייקטיבי. הרקע של השופט ותפיסות העולם שלו יכולים גם להשפיע.
   2. במקביל התפתח זרם משמעותי של מחקר שהוא מחקר אמפירי שמנסה לבדוק מה משפיע על קבלת החלטות של שופטים. זרם זה התפח במדע המדינה. באופן כללי הגישה של מדעני מדינה הייתה יותר צינית וביקורתית בעוד שהגישה של המשפטנים באופן כללי הייתה יותר מדעית (כיום גם משפטנים מסתכלים על המשפט בצורה ביקורתית).
2. התפתחו שלוש אסכולות מרכזיות במחקר על קבלת החלטות שיפוטיות:
   1. המודל המשפטי – מה שמשפיע על תוצאות של תיק הוא המשפט (תקדימים, לשון החוק והעובדות). קיימת תמיכה אמפירית במודל זה.
   2. המודל ההשקפתי (Attitudinal) – בהחלטות מורכבות נוסח החוק משאיר שיקול לדעת לבחור והשופט יפסוק לפי השקפת העולם שלו. השקפת העולם היא האלמנט הדומיננטי ביותר.
   3. המודל המוסדי – שופטים מושפעים משיקולים מוסדיים. קיימים מספר רבדים בשיקולים אלו, כאשר אחד מהם הוא שהשופטים רוצים להגן על המוסד כמוסד (ולאו דווקא לקדם אג'נדה אישית שלהם) ולכן הם יבחנו איך החלטה תשפיע על אמון הציבור ומה הסיכוי שתהיה תגובת נגד. קיים היבט נוסף שלפעמים נכנס תחת המודל המוסדי שמתבטא במחקרים שמראים כיצד המבנה של המוסד משפיע על החלטת השופטים (תפיסת השופט את התפקיד שלו תשפיע על ההחלטה שהוא יקבל).
3. בשנים האחרונות המחקרים מראים שההשפעה היא איפשהו בין כל המודלים. לא נכון להגיד ששופט מושפע אך ורק מהשקפת העולם שלו, ומצד שני גם לא נכון להגיד שהוא מושפע אך ורק מהחוק.

נושא: **ביקורת שיפוטית**

**מבוא**

1. **הגדרה**
   1. ביקורת שיפוטית חוקתית היא מודל של ביקורת שיפוטית שמקנה לביהמ"ש סמכות לבטל חוק שסותר את החוקה (במקרה של ישראל, את חוקי היסוד). סמכות זו קיבלה הכרה לראשונה בבנק המזרחי. סמכות הביקורת השיפוטית טומנת בחובה את הסמכות לנתח את החוקה ולהבין האם חקיקה אכן סותרת אותה.
   2. חשוב להפריד בין ביקורת שיפוטית חוקתית לבין ביקורת שיפוטית מנהלית. הביקורת המנהלית (על רשויות המנהל – כנסת וממשלה) הייתה קיימת מקום המדינה. חשוב גם להבחין בין ביקורת שיפוטית חוקתית (עוסקת בתוכן החוק) לבין ביקורת על הליכים פרלמנטריים (ביקורת העוסקת באופן חקיקת החוק).
2. **הבעייתיות בביקורת שיפוטית**
   1. הפרדת רשויות – בעיה אחת שעולה היא בהיבט של הפרדת רשויות. בסמכות הכנסת להחליט האם חוק ראוי או לא ובהתאם להתיר או לבטל אותו. עצם זה שביהמ"ש יכול לבטל חוקים של הכנסת מהווה כניסה של הרשות השופטת לתחום של הרשות המחוקקת.
   2. הקושי האנטי-רובני – מדובר בקושי דמוקרטי. איך ייתכן שהכנסת שהיא נבחרת מחוקקת חוק ואז ביהמ"ש שהוא אינו גוף נבחר מבטל את ההחלטה שלה. לפי תפיסת הדמוקרטיה, החלטות צריכות להתקבל בהכרעת רוב של הגוף הנבחר ולכן ביטול החלטות רוב ע"י ביהמ"ש מעלה קושי.
   3. התערבות יתרה – אם הרשות השופטת מתערבת התערבות יתרה בפעילות הכנסת היא למעשה מתערבת בקביעת מדיניות. הסמכות לקבוע מדיניות שייכת לרשויות הנבחרות (הממשלה והכנסת). טיעון זה משלים את טיעון הפרדת רשויות.
   4. בישראל קיים קושי נוסף מאחר שאין הסמכה מפורשת לביקורת שיפוטית חוקתית.
3. **גישות השופטים בדבר הטעמים לביקורת שיפוטית**
   1. השופטים מודעים לבעייתיות בביקורת שיפוטית ולכן הם מסבירים מדוע לדעתם ביקורת זו מוצדקת.
   2. גישת ברק בבנק המזרחי
      1. דמוקרטיה היא אכן הכרעת הרוב (דמוקרטיה פורמאלית), אך בנוסף לכך קיימים עקרונות נוספים, כמו הגנה על זכויות אדם, שהם חלק הכרחי מהדמוקרטיה (דמוקרטיה מהותית). חלק מזה הוא ריסון והגבלת המחוקק ע"מ להגן על זכויות אדם, על זכויות מיעוטים, על חופש הביטוי וכו'.
      2. לגבי הקושי של ההסמכה המפורשת, ברק טוען שלמרות שחוקי היסוד שותקים בנושא ניתן לפרש אותם כמעניקים לביהמ"ש סמכות זו. מסקנה זו נובעת גם מהתפיסה החוקתית לפיה חוק יסוד עליון על חוק רגיל, ואז אם חוק סותר חוק יסוד הפועל היוצא הוא שכשביהמ"ש מבין זאת הוא יכול לבטל את החוק. כדי לקיים את עליונות החוקה על המחוקק חייבים להחיל את החוקה על הכנסת. ביהמ"ש הוא זה שצריך לקיים החלה זו של החוקה על הפרלמנט, מאחר שנדרש שיהיה גוף חיצוני שיקיים את עליונות החוקה בהקשר של המחוקק.
      3. הפרדת רשויות – התפקיד לפרש את הנורמות הקיימות (חוקי יסוד וחוקים) הוא של הרשות השופטת. לכן מי שצריך לקבוע האם קיימת סתירה בין נורמות הוא ביהמ"ש. אולי ביקורת שיפוטית מעוררת קושי מבחינת הפירוש הפורמאלי המסורתי של הפרדת רשויות, אך התפיסה המודרנית יותר של הפרדת רשויות היא של איזונים ובלמים. כדי להגשים את עקרון הפרדת הרשויות צריך שכל רשות תוכל לבקר ולהגביל את הרשויות האחרות, והביקורת השיפוטית מגשימה תפיסה זו.
      4. קושי אנטי רובני – דווקא העצמאות ואי-תלות פוליטית של השופטים מצדיקים את מתן הסמכות לביהמ"ש לבקר חקיקה מאחר שהם יכפיפו את רצון הרוב לעקרונות החוקה. לשופטים יש יכולת להיות אובייקטיביים ולשפוט לפי החוק בלבד.
   3. גישת גרוניס בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון
      1. בפרשת גיוס בחורי ישיבות גרוניס מאתגר את תפיסתו של ברק. הוא טוען שיש להפעיל את הביקורת השיפוטית רק כשיש לה הצדקה חזקה מאחר שקיים קושי אנטי רובני.
      2. קיימים שני סוגי מקרים בהם יש להשתמש בביקורת השיפוטית:
         1. הגנה על יחידים ומיעוטים מפני עריצות הרוב – הרוב הוא זה שמכריע בדמוקרטיה, אך צריך שיהיה מי שמסתכל על ההשפעה של הכרעת הרוב על המיעוטים ומוודא שהיא לא פוגעת בהם.
         2. שמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים – ביקורת שיפוטית תהיה מוצדקת כשיש חשש שהפרלמנט משתמש בסמכות שלו כדי "להרוס" את הדמוקרטיה (למשל אם הפרלמנט מעביר חוק לביטול הבחירות).
      3. במקרה זה גרוניס טען (בדעת מיעוט) שהרוב החליט על דעת עצמו להעניק זכויות יתר למיעוט, מה שבפועל פגע ברוב. ברגע שזה המצב אין זה מתפקידו של ביהמ"ש להתערב, והסמכות היא של נבחרי הציבור.
      4. אחת הביקורות נגד הגישה של גרוניס היא שהגישה שלכאורה נועדה לצמצם את הביקורת השיפוטית אולי נכונה בתיאוריה אך במציאות קשה להגיד מתי מדובר בהגנה על כללי המשחק הדמוקרטיים ומתי מדובר על דמוקרטיה מהותית.
      5. תשובת ברק לגרוניס – ברק מגיב לגרוניס בחריפות וטוען שהיא מצמצמת מדי. היא לא עולה בקנה אחד עם תפיסה של דמוקרטיה מהותית ומצמצמת יתר על המידה את תפקיד ביהמ"ש. גישה זו לא תואמת את חוקי היסוד הישראלים, שמגנים על זכויות אדם באשר הוא אדם ללא קשר לשאלה האם הוא משויך לרוב. פסקת ההגבלה מובילה את ביהמ"ש לבצע ניתוח חוקתי מהותי ולא פורמאלי בלבד.
      6. תשובת בייניש לגרוניס (בג"ץ רסלר) – דווקא במשטר כמו ישראל ההבחנה בין רוב למיעוט יכולה להיות בעייתית (למשל בהקשר של החרדים – הם עונים על הגדרה פורמאלית של מיעוט ולכן אין להתערב בחוקים לטובתם ויש להתערב בחוקים לרעתם. עם זאת, בפועל הכוח הפוליטי שלהם רב, מה שיוצר סתירה באופן בו ביהמ"ש צריך להתייחס לחוקים הנוגעים אליהם כאוכלוסייה). בנוסף, המשפט החוקתי מתמקד בחוקתיות הפגיעה ולא במהות הנפגע (האם החוק הוא לתכלית ראויה ולא האם הוא שייך לקבוצה כזו או אחרת). השאלה לאיזו קבוצה משתייך העותר יכולה להיות רלוונטית ביישום של הביקורת השיפוטית אבל לא בעצם השאלה האם חקיקה חוקתית. ביהמ"ש לא יכול למשוך את ידיו במקרה של פגיעה בזכויות על בסיס הנחה שהתערבות לא תביא לשינוי. ברגע שיש פגיעה חוקתית על ביהמ"ש להתערב.
   4. גישת חשין בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון
      1. חשין פותח ואומר שמאז בנק המזרחי אין חולקים על סמכות ביהמ"ש לבטל חוק שסותר חוקי יסוד. בנוסף לכך, אין הצדק ראוי לצמצם את סמכות ביהמ"ש לבטל חוק רק כשהוא סותר חוק יסוד. חשין מציע שביהמ"ש יכול לבטל חוק גם כשהוא סותר עקרונות יסוד (קיום המדינה, היות המדינה דמוקרטית וכו'). מבחינת פטור לחרדים, מדובר בפגיעה בשוויון כלפי אלו שאין להם פטור.
      2. תשובת ברק לחשין – ברק טען שכמו שגרוניס מצמצם יתר על המידה כך חשין מרחיב יתר על המידה. על ביהמ"ש להישאר בתוך המסגרת של בקרה ביחס לחוקי היסוד. מה שלדעת ברק כן ניתן לקחת מגישתו של חשין הוא שתיאורטית במידה וחוק סותר את היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית ויפגע בליבת הדמוקרטיה שלה ניתן לבטל אותו. במקרה זה הסוגייה נגעה לשוויון, וברק טען שאין פה פגיעה בעקרונות השיטה.

**עילות סף**

1. **הגדרה** – שורה של דרישות סף שהעתירה צריכה לעמוד בהן כדי להיכנס בשערי ביהמ"ש. למעשה מדובר על שלב מקדמי בו ביהמ"ש מחליט האם להחליט בנושא.
2. **סמכות בימה"ש לעומת שיקול הדעת להשתמש בה** –כזכור, חו"י השפיטה (ס' 15) מעניק סמכות רחבה לביהמ"ש להחליט מתי ובמה לדון והאם עליו להתערב. בשל כך, מבחינה פורמאלית הכנסת היא זו שקבעה את סמכות בג"ץ. ביהמ"ש מפריד בין השאלה האם יש לו סמכות לדון (כאשר התשובה היא לרוב כן) לבין השאלה האם יש לו שיקול דעת בשאלה מתי לדון (מתי ראוי להפעיל את הסמכות). לטובת כך ביהמ"ש פיתח לעצמו מבחני סף שיגבילו אותו רק למקרים בהם אכן מוצדק שיתערב.
3. **הרציונלים לדרישות הסף**
   1. לכאורה ניתן לטעון שמהרגע שיש לגוף מסוים סמכות הוא לא יכול להגיד שהוא לא משתמש בה. עם זאת, קיימים מספר רציונליים לקיומן של דרישות סף.
   2. חשש מהצפה – חוק היסוד לא יוצר מגבלות. אם ביהמ"ש לא יגביל את עצמו יתכן מצב בו תהיה הצפה של עתירות.
   3. הפרדת רשויות – הדרך של ביהמ"ש להשפיע על היקף הפרדת הרשויות ועל השאלה כמה הוא מכבד את הגבולות של הרשויות האחרות היא עילות הסף. ככל שביהמ"ש מגביל את עצמו יותר ולא מתערב (למרות שיש לו סמכות) כך הוא מכבד את סמכות הרשויות האחרות.
   4. השאלה של איך ומתי ביהמ"ש מתערב תלויה בתפיסת ביהמ"ש בחברה וביחסיו עם הרשויות האחרות. בשל כך לעילות הסף יש קשר הדוק עם אקטיביזם שיפוטי (החלשת דרישות הסף בשנות ה-80 נתפסה בציבור כעלייה של האקטיביזם השיפוטי).
4. **זכות העמידה**
   1. עילה זו עוסקת בשאלה מי יכול להביא את המקרה בפני ביהמ"ש.
   2. נקודת המוצא – לא לכל אדם יש זכות לפנות לביהמ"ש בכל עניין שעולה על דעתו. עצם זה שחוק פסול לא מספיק לדיון לגופו של עניין של ביהמ"ש, צריך שגם העותר עצמו יראה שראוי שהוא זה שיעלה את הטענה בנושא.
   3. הגישה המסורתית – בעבר העותר היה צריך להראות שיש לו אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה. דוגמה לכך היא שמחליטים למשל שמחרימים למישהו את הבית לטובת מתחם עיתונאים לאירוויזיון. מי שיכול לעתור לבג"ץ הוא בעל הבית בלבד. אם בעל הבית מסיבותיו מחליט לא לעתור אין מה לעשות עם זה ואף אחד אחר לא יכול לעתור במקומו. גישה זו בעייתית מאחר שעולה השאלה מה קורה בסיטואציה בה אין אדם שיכול לעתור (במידה ואף אחד לא יכול לעמוד בדרישה).
   4. עם השנים ביהמ"ש החל להקל בדרישות, בין היתר בגלל סיטואציות בהן אכן אין אדם שיכול לעתור אך יש תחושה שקרה אי-צדק.
   5. בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים
      1. מדובר באדם בשם נקש שהואשם ברצח בצרפת וברח לישראל. רצו להסגיר אותו וביהמ"ש קבע שניתן להסגיר אותו. שר המשפטים סירב להסגיר את נקש. לא היה אדם שיכול לעתור בשם נקש (היחיד שהיה יכול לעתור הוא נקש עצמו אבל לא הייתה לו סיבה לעתור מאחר שזה נגד את האינטרסים האישיים שלו של מסתור בישראל). חברי הכנסת עתרו נגד ההחלטה של שר המשפטים שלא להסגיר את נקש, בטענה שהמטרה היא שמירה על שלטון החוק. הסוגייה שעלתה היא מהן הנסיבות בהן ביהמ"ש יפתח דלתו גם בפני מי שאינו בעל אינטרס אישי ממשי וישיר.
      2. *גישת שמגר (דעת הרוב)*
         1. העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי ממשי ונוגע נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק. ככל שמדובר בנושא יותר ציבורי כך ביהמ"ש יטה להתערב גם כשהעותר אינו בעל אינטרס אישי וישיר.
         2. אין בנמצא עותר אחר, אשר לו אינטרס ישיר וממשי.
         3. היעדר נפקות לעובדה שהעותרים הם חברי כנסת.
      3. *השופט אלון (דעת מיעוט)*
         1. גם אלון מסכים ששערי ביהמ"ש לא צריכים להיות נעולים בפני מי שאין לו אינטרס אישי ישיר וממשי. עם זאת, הפחד של אלון הוא מהרחבת יתר, ולדעתו גישת שמגר תוביל להרחבה כזו. לפי אלון צריך להכיר במגבלות ביהמ"ש ולכן אין לתת זכות עמידה לכל אדם שמנסה לתקן עולם. הכלל לפי אלון הוא שאם לא עלה בידי העותר להוכיח שיש לו אינטרס אישי וישיר (בין אם אישית לו ובין אם במשותף לו ולקבוצה מוגדרת) אין לתת זכות עמידה.
         2. מצד שני, אלון מוכן להכיר בחריג – אם הנושא בעל אופי חוקתי מובהק, נוגע בציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי או של המבנה החוקתי של חברתנו (כולל שחיתות), ניתן לתת זכות עמידה למי שאין לו אינטרס אישי וישיר. לא מספיק שהעותר רוצה לעמוד על שלטון החוק (אפילו אם הנושא מרכזי בעיני העותר), וגם נושאים של שיקול דעת מוטעה של הרשות השלטונית לא מספיקים ע"מ לקבל זכות עמידה.
         3. אלון למעשה מאמין ביכולת של אמצעים לא שיפוטיים לבקר את המערכת במקרים הנוגעים לשלטון החוק ושיקול דעת של הממשל (מבקר המדינה, ביקורת פרלמנטרית וכו').
      4. ההשלכה החשובה של פסיקה זו היא הכרה בעותר הציבורי (עותר שאין לו אינטרס אישי וישיר אך הוא מעוניין לטפל בסוגיה של תקינות שלטונית וטוהר מידות. למשל התנועה לאיכות השלטון). הכרה זו היא תוצאה של הנמכת הדרישות של זכות העמידה וקבלה של עמדת שמגר בפסיקה עתידית.
   6. בג"ץ 962/07 לירן נ' היועמ"ש
      1. עו"ד רצה להגיש עתירה ציבורית נגד הליכי שימוע לנשיא קצב. הוא טען שעצם זה שעשו הליך שימוע פוגע בחסינות של הנשיא ובמוסד הנשיאות. קצב (לו אינטרס אישי וישיר) אמר שרצה שיהיה שימוע.
      2. במקרה זה נקבע כי זכות העמידה תוענק לעותר ציבורי בעניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידומו של שלטון החוק, לאכיפת עקרונות חוקתיים ולתיקון פגמים מהותיים בפעולת המנהל הציבורי.
      3. חריג – ביהמ"ש לא ייעתר לעתירה ציבורית כאשר קיים נפגע ישיר מהפעולה השלטונית, והוא עצמו אינו פונה בבקשת סעד לביהמ"ש.
      4. חריג לחריג – במקרה שמתקיים החריג, ייתכן ועדיין תוענק זכות עמידה לעותר ציבורי במידה והסוגייה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרש מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם.
      5. בסופו של דבר נקבע לדחות על הסף את העתירה, בין היתר בשל היעדר זכות עמידה.
   7. שובה של זכות העמידה
      1. בג"ץ 4244/17 משה הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (אפריל 2018) – עתירה נגד הסדר מס העוסק בשומות קבלן. העותר טען שזה לא מהווה קביעה של מס אמת ושזה פוגע בציבור הקבלנים. העותר מציג עצמו בעתירה כעותר ציבורי המייצג עותרים רבים, ביניהם קבלנים. השופט סולברג מצא שהעותר לא מצא ולו עותר פרטי אחד לו אינטרס אישי בעניין. בשל כך העתירה נדחתה על הסף. סולברג מוסיף אמירות מפורשות לפיהן יש לעמוד על זכות העמידה. אחת הסיבות שמציג סולברג לכך היא שברגע שהעותר הוא עותר ציבורי, לעיתים הוא לא יוכל להציג לביהמ"ש את התשתית העובדתית הנחוצה להכרעה בנושא.
      2. בג"ץ 6822/17 ח"כ יואל רזבוזוב נ' משרד הבינוי והשיכון (יוני 2018) – העותרים עתרו לגבי סיוע בשכ"ד והקצאת דירות לזכאים לדיור ציבורי. הטענה הייתה שהמדיניות הקיימת פוגעת ומפלה לרעה עולים. מזוז דוחה את העתירה על הסף מאחר שלא מוצא עילה משפטית המצדיקה התערבות. בסוף הפס"ד הוא מוסיף שעצם העובדה שהעותר הוא ח"כ מוסיפה לכך שהנושא לא צריך להגיע לביהמ"ש, מאחר שביכולתו של העותר לטפל בנושא באמצעות כלים פרלמנטריים. אמירה זו סותרת במידת מה את אמירת שמגר לפיה היות העותר ח"כ לא מעלה ולא מורידה מזכות העמידה ובמקביל תומכת במידת מה בעמדת אלון לפיה נושאים מסוג זה צריכים להיות מטופלים בדרכים אלטרנטיביות דוגמת ביקורת פרלמנטרית.
5. **שפיטות**
   1. עילה זו עוסקת בשאלה מה הם המקרים שמתאימים להכרעה שיפוטית (האם לביהמ"ש כלים להכריע והאם ראוי שהוא יכריע). השאלה עוסקת במהות הטענה ולא בזהות הטוען.
   2. בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון
      1. ברק יוצר הבחנה בין שני סוגי שפיטות:
         1. שפיטות נורמטיבית – האם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד במרכז הסוגייה. בהקשר לכך טוען ברק שהכול שפיט מאחר שתמיד קיימות אמות מידה משפטיות. אין פעולה שהמשפט לא חל עליה, ואין פעולה שאין לגביה נורמה משפטית. מכאן שניתן לענות לגבי כל פעולה האם המשפט מתיר אותה או לא. לפי ברק אפילו במקום שיש לקונה במשפט קיימים כלים המשמשים למילוי הלקונה. מתוך כל זה, לא ייתכן כלל מצב בו יש פעולה שלא מתקיימת לגביה נורמה משפטית, ללא תלות בסוג הפעולה. לכך מוסיף ברק את סוגיית עילות הסל (דוגמת סבירות) המשמשות לבחינת התנהגויות שונות גם כשהן בעצמן לא מוסדרות בנורמה ברורה וחד משמעית.
         2. שפיטות מוסדית – האם ראוי לפתור את הסכסוך בביהמ"ש או שמא יש לפתור אותו במוסד אחר (כגון הרשות המחוקקת או המבצעת). ברק למעשה מכיר במקרים בהם אכן יש אמות מידה משפטיות להכרעה אך בפועל אין לבצע את ההכרעה בביהמ"ש. עם זאת, צריך להשתמש באי-שפיטות מוסדית בצורה זהירה ומוגבלת. רק במקרים מיוחדים בהם החשש לפגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש לפגיעה באמון הציבור במשפט יש לשקול את השימוש באי-שפיטות מוסדית. לפי ברק יש מחיר כבד לאי-שפיטות מוסדית מאחר שיש לביהמ"ש את הכלים לפתור את הסוגייה אך הוא מחליט שלא להתערב משיקולים של אמון הציבור. בנוסף, יתכן והמסר שהרשויות האחרות יקבלו הוא שיש דין אבל אין דיין, ולכן הן ידעו שיש תחומים מסוימים בהם בג"ץ לא יתערב והמסקנה תהיה שדברים מסוימים שנחשבים לכאורה לא חוקיים יהפכו לחוקיים בפועל.
      2. בשורה התחתונה, מבחינת שפיטות נורמטיבית הכול שפיט. מבחינת שפיטות מוסדית ניתן להכיר במקרים בהם ניתן להכריע אך לא ראוי שביהמ"ש יהיה זה שיכריע. זה יקרה כשיש חשש שההתערבות תביא לפגיע באמון הציבור בביהמ"ש בשל חוסר ההבנה או ההבנה המוטעית לפיה השופטים מביעים עמדה לגופו של עניין בהיבט הערכי-פוליטי. מקרים מסוג זה נקבעים לפי ניסיון החיים.
   3. בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה
      1. השאלה הקונקרטית שהתעוררה היא האם הסכם פוליטי הוא שפיט או לא. במסגרת פס"ד זה אלון מותח ביקורת מקיפה על דברי ברק ברסלר. אלון יוצא נגד ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית ומוסדית וכן חולק על עמדות ברק ביחס לכל אחת מהן.
      2. שפיטות נורמטיבית – לפי אלון יש דברים שיש לגביהם חלל משפטי, המשפט לא מביע עמדה לגבי הכול. יש דברים שאין לגביהם אמות מידה משפטיות והם נמצאים מחוץ לתחומי הממלכה של המשפט (למשל החלטה של אדם לעשות כושר, לאכול או לטייל). אלון סבור שהתפיסה של ברק היא תפיסה דתית (כמו שההלכה חלה על כל תחומי החיים כך גם המשפט); הוא חולק על כך וטוען שעולם המשפט מצומצם בכוונה לתחומים מסוימים ולפעולות מסוימות. בנוגע לסבירות כאמת מידה משפטית, אלון מתנגד לכך ושואל האם אכן ניתן לקבוע לגבי כל החלטה שלטונית האם היא סבירה או לא. עצם השימוש בסבירות כאמת מידה כללית לא באמת פותר את השאלה. השאלה היא האם באמת יש לביהמ"ש את הכלים לקבוע האם החלטה מדינית כזו או אחרת היא סבירה או לא. לדעת אלון אין לביהמ"ש את הכלים להכריע בכל סוגייה של סבירות.
      3. שפיטות מוסדית – אלון סבור שההכרה של ברק בשפיטות מוסדית מצמצמת ושיש להשתמש בה יותר בהרחבה.
      4. לגבי השאלה האם הסכם פוליטי הוא שפיט או לא אלון מציין שהיא תלויה בנסיבות. הסכם מסוג זה יפסל במקרה של שחיתות חמורה אבל נורמות משפטיות כמו תו"ל או סבירות לא יבדקו בהקשר של הסכמים אלו.
   4. מבחינה פורמאלית התקבלה העמדה של ברק, והניתוח תמיד הולך לפי שיטתו. במהלך השנים נראה שבתיאוריה התקבלה גישתו של ברק לפיה השפיטות הנורמטיבית מוחלטת ואין הרבה מגבלות מבחינת השפיטות המוסדית. בפועל אפילו בשיא עידן ברק, בעניינים שהם רגישים פוליטית (שחרורי אסירים, הר הבית וכדו'), המשיכו לא להתערב רק לא קראו לזה "לא שפיט". אחד המקרים הבולטים לכך הוא בג"ץ שנגע למו"מ מדיני בממשלת מעבר – ביהמ"ש קבע ששאלות הנוגעות למדיניות חוץ באופן מובהק לא צריכות לקבל הכרעה בביהמ"ש, אבל במקום לקרוא למקרה לא שפיט קבעו שיש מרחב שיקול דעת רחב לממשלה ולכן אין להתערב באותו המקרה.
   5. שובה של השפיטות
      1. כאמור, ניתן לטעון שאפילו בעידן ברק היה פער גדול בין הרושם של "הכול שפיט" לבין המידה בה בפועל דחו עתירות מאחר שהבינו שיש דברים שביהמ"ש לא יכול להתערב בהם. העניין העיקרי הוא שקיבלו את עמדת ברק, ומתוך כך נדיר היה לראות ששופט קובע לגבי דבר מה שהוא לא שפיט. בשנים האחרונות רואים מקרים בהם שופטים מטילים ספק בשפיטות של נושאים שונים.
      2. בג"ץ 2940/18 יואב הס נ' הרמטכ"ל (אפריל 2018) – פעיל שלום וזכויות אדם שהגיש עתירה ושאל מדוע לא הורו לחיילי צה"ל להימנע משימוש באש חיה בהפגנות הגדר. הוא טען שזה מנוגד למשפט בינ"ל וכדו'. ביהמ"ש דוחה אותו על הסף במגוון של עילות סף, ובין היתר מטיל ספק בשפיטות של הנושא.
      3. בג"ץ 6882/17 ח"כ יואל רזבוזוב נ' משרד הבינוי והשיכון (יוני 2018) – מזוז טען שלא הועלתה טענה משפטית מתאימה שמצדיקה שביהמ"ש יתערב בסוגיה חברתית כגון זו שהועלתה.
      4. בג"ץ 5470/17 באסמה אחמד סאלם חג' מחמד נ' שר הבטחון (אוקטובר 2018) – עתירה נגד הקמת הישוב עמיחי למפוני עמונה. חיות קובעת שמדובר בשאלה מדינית מובהקת ושלא ניתן לדון בה בביהמ"ש מטעמים של אי-שפיטות מוסדית.
      5. בג"ץ 8542/18 אקרמן נ' ממשלת ישראל (דצמבר 2018) – בג"ץ דחה על הסף עתירה להורות לממשלת ישראל למנוע העברת כספים שמקורם בקטאר לעזה דרך שטחה של מדינת ישראל. הנימוק לדחייה היה שמדיניות החוץ בלתי שפיטה ושלא ניתן לבחון אותה בקנה מידה משפטי.
      6. ניכרות פה שתי מגמות – הראשונה היא שבדחיית עתירות נאמרות המילים "לא שפיט". השנייה היא שלצד כך שבחלקם אומרים לא שפיט מוסדית, באקרמן ניכרת חזרה לתפיסתו של אלון מלפני ברק בכך שנאמר "אין קני מידה משפטיים" ולמעשה נטען שאין שפיטות נורמטיבית.
6. **בשלות**
   1. עילה זו עוסקת במועד הראוי להכרעה שיפוטית. ביהמ"ש ידחה על הסף כשהוא טוען שאולי בעתיד המקרה יהיה בשל להכרעה בעוד שבאותה העת הוא אינו בשל להכרעה.
   2. בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי נ' שר האוצר
      1. מה שפורמאלית נקרא תיקון מס' 40 לחוק יסודות התקציב נקרא בתקשורת חוק הנכבה. החוק מסמיך את שר האוצר להפחית מהתקצוב של גוף מתוקצב אם נמצא שאותו הגוף הוציא הוצאה לטובת סימון יום העצמאות של מדינת ישראל כיום אבל.
      2. לטענת העותרים מדובר בפגיעה בחופש הביטוי ובהרתעה של גופים שונים מביצוע פעולות מסוימות שיובילו לסנקציות כלכליות. מה גם שחלק מהגופים הללו נסמכים באופן מוחלט על תקצוב המדינה, כך שאם ישללו מהם את התמיכה של המדינה הם יסגרו ולא ימשיכו לפעול.
      3. ביהמ"ש דחה בשל חוסר בשלות, ולא התייחסו לטענות העותרים לגופן. השופטת נאור הודתה שהעתירה מעלה שאלות חשובות ועקרוניות אבל קבעה שאין לעת הזו להידרש אליהן לגופן. הנימוק לכך שזה לא בשל היא ששר האוצר טרם הפעיל את סמכותו, וגם אם יפעיל את סמכותו יתכן שזה יהיה מוצדק ויתכן שלא. כל מקרה יבחן לגופו ויקבע לגביו האם השימוש בסמכות היה ראוי. מעבר לכך שטרם בוצע שימוש בסמכות, קיים מנגנון שמבטיח שהחלטה שכזו לא תתקבל בקלות ראש מאחר שיש מספר שלבים שהשר צריך לעבור בדרך ליישום החוק.
      4. פסק הדין מכיר בעילת הבשלות אבל לא מפרט באילו נסיבות ביהמ"ש יגיע למסקנה שהנושא בשל או לא. מההקשר ניתן להבין שברגע שהחוק לא יושם אין תשתית להכרעה ולכן הנושא לא בשל. נראה שביהמ"ש מכיר גם בחריג לעילת הבשלות במקרים בהם קביעה שהעותר צריך להמתין תגבה ממנו מחיר כבד (למרות שלא מפורט מהו מחיר כבד זה). מצד אחד נרמז שסנקציה פלילית מהווה חריג אבל מצד שני נאור מבהירה שלא כל סנקציה פלילית תהיה חריג. נראה שמידת ה"אפקט המצנן" הקיימת במקרה מסוים משפיעה על ההחלטה לגבי נושא האם הוא מהווה חריג או לא (סנקציה כלכלית למשל פחות תהווה חריג מאשר סנקציה פלילית).
   3. בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל
      1. חוקק חוק אכיפה מנהלית שיצר מנגנון אכיפה מנהלית כלפי גורמים שפועלים בשוק ההון. רצו להגביר את האכיפה בתחום מאחר שהייתה בעיה בשם בעיית הנציג (אנשים אחדים שהיו אחראים לכספים של אנשים רבים). העותרים טענו שיש פגיעה בחופש העיסוק. הם תקפו הוראות מסוימות בחוק, ספציפית הוראות שאסרו על ביטוח נגד הליכים מכוח אותו החוק וסעיפים האוסרים סעיפי שיפוי מהחברה בהם עובדים אותם הגורמים בשוק ההון. העותרים טענו שהטלת סנקציות כלכליות קשות ומניעת ביטוח נגד אותן הסנקציות תגרום לכך שרק מי שיש לו חוסן כלכלי ייכנס לתחום, מה שפוגע בחופש העיסוק של שאר האוכלוסייה שרוצה להיכנס לתחום.
      2. ביהמ"ש דחה את העתירה בשל חוסר בשלות. הנימוק העיקרי היה שהחוק רק עבר ושהסנקציות טרם יושמו. השופט ריבלין קובע בצורה ברורה שיישום עילת הבשלות מתמקד בשאלה האם החוק יושם או לא. ראוי שאדם יעתור נגד חוק מסוים רק לאחר שהוא נאכף לגביו בהליך כלשהו. ריבלין מקשר את עילת הבשלות לעילות הסף האחרות. נראה שעילת הבשלות משמשת את ביהמ"ש לטובת שימוש ברציונאלים של שפיטות בצורה שנראית יותר מרוסנת.
   4. הביקורת שניתן להעלות על פסקי הדין האלו היא שהאפקט המצנן כבר מספיק כדי להוות חריג. כך בבוגרי התיכון ועל אחת כמה וכמה באיגוד הנאמנים, מאחר ששאלת הביטוח מטבעה תלויה בזמן ויש להתעסק בה מראש. לא ניתן לרכוש ביטוח לאחר שהוטלה הסנקציה ולכן יש לדון בנושא מראש ולקבוע האם החוק ראוי או לא. עילת הבשלות מתבססת על כך שאין תשתית עובדתית מספקת להכרעה, אך לא ברור איזו תשתית עובדתית נוספת תינתן לאחר שינקטו הליכים מנהליים נגד אותם העובדים שתאפשר לביהמ"ש להכריע בנושא.
   5. בג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' הכנסת
      1. מדובר בפסק הדין שהתווה בצורה הברורה ביותר את ההלכה ואת המבחן. במקרה זה דובר על חוק ועדות קבלה (ועדות קבלה לישובים) שעסק בגופים שיכולים לקבוע את מי מקבלים לישובים ובאילו עילות ניתן לקבוע שמישהו לא מתאים למגורים בישוב. העילה השנויה במחלוקת הייתה "חוסר התאמה למרקם החברתי בישוב". הטענה הייתה של פגיעה בשוויון מאחר שיקבלו אוכלוסייה מסוג מסוים (אשכנזים אמידים) בטענה ששאר האוכלוסיות לא מתאימות למרקם החברתי. בסוף השטח שייך למדינת ישראל וממנים אנשים פרטיים שיקבעו מי יוכל לקנות את השטח ומי לא. השאלה הייתה באיזו מידה רוצים לתת לישובים קהילתיים לשמור על האופי הקהילתי שלהם מול החשש שזה מביא לאפליה של קבוצות מיעוטים שונות. העותרים לא חיכו ליישום של החוק ואפילו לא חיכו לפרסום שלו ברשומות. דעת הרוב דחתה את העתירה בעילה של היעדר בשלות ופיתחה מבחן להיעדר בשלות.
      2. גישת גרוניס – גרוניס מציג מבחן דו-שלבי: קודם כל צריך לבחון האם צריך תשתית עובדתית קונקרטית ע"מ להכריע בנושא, ואם כן האם יש תשתית עובדתית מספקת (במקרה זה אין כמעט תשתית עובדתית מאחר שהחוק לא חל). בשלב השני צריך לבחון את טיבה ועוצמתה של הפגיעה שעלולה לקרות ביישום החוק (ניתן לעבור לשלב השני גם אם בשלב הראשון אין תשתית עובדתית מספקת).
      3. גישת ג'ובראן (דעת מיעוט) – מוכן להכיר בזה שייתכנו מקרים בהם תידחה עתירה בשל אי בשלות אך מציע גישה מעט אחרת. מבחינתו יש להכיר בעתירה כלא בשלה כשלא מוצה הדין בפני הרשויות (פניה לגוף הרלוונטי שרוצים שישנה את ההחלטה שלו), או כשאין מספיק נתונים קונקרטיים לביצוע ניתוח חוקתי. ברקע אומר ג'ובראן שיש הנחות מסוימות של חזקת חוקתיות (המדינה לא פועלת בצורה לא חוקתית ותמיד ניתן לפרש את החוק של הכנסת בצורה חוקתית, ולכן הנטל על העותרים להראות שיש פגיעה). לצד כל זאת, ג'ובראן מכיר בכך שאם תהיה פגיעה משמעותית בעותר במידה ויגרמו לו להמתין לבשלות העתירה ניתן להכריע בנושא גם בהיעדר תשתית עובדתית. בהקשר זה שני שיקולים צריכים לעמוד בפני ביהמ"ש בבחינת אי-בשלות (דומה למבחן של גרוניס): עוצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תבורר העתירה (בעיקר כשמדובר על זכויות חוקתיות של הפרט) ושנית יש לבחון האם יש הליך חלופי יעיל יותר לבירור הטענות. ג'ובראן טוען שבמקרה הנוכחי שני שיקולים אלו תומכים בלדחות את היישום של גרוניס ולדון במקרה הקונקרטי. לטענת ג'ובראן, קיימים מקרים בהם החוק עצמו מוביל למצב בו לא יקרו אותם המקרים הקונקרטיים מאחר שאותן האוכלוסיות הנפגעות לא יתעמתו עם ההשלכות של החוק (כמו במקרה זה, בו החוק ירתיע את אלו שעלולים להיפגע ויוביל לכך שהם לא יפנו לאותם הישובים). חשוב גם לא להסתכל על חוק בחלל ריק אלא לבחון אותו לאור הרקע שלו והמדיניות הכללית שלאורה הוא חוקק. ג'ובראן מנסח את המבחן שלו בצורה מעט שונה אבל מהותית אין הבדל גדול בין גישתו לגישת גרוניס.
      4. גישת הנדל – השופט הנדל מציע "דרך ביניים", להכיר בבשלות חלקית. יש לפרק את ההיבטים השונים בחוק אותם תוקפים בעתירה ולראות האם בקשר לחלק מההיבטים ניתן להכריע בלי תשתית עובדתית ובקשר לשאר ניתן לקבוע שאין בשלות ושתהיה הכרעה בעתיד. הנדל נותן הצדקות שונות להכרה בבשלות חלקית. בין היתר הוא נותן אמות מידה להחלת בשלות חלקית: ראשית חשוב לזכור שהבשלות החלקית היא חריג, והקביעה הרגילה צריכה להיות האם העתירה כולה בשלה או לא. אמת המידה הראשונה היא להסתכל האם אכן ניתן לעשות הבחנה ולקבוע שלמרות שרוב החוק לא בשל כן קיים חלק שהוא בשל מאחר שהוא לא מצריך יישום קונקרטי. מעבר לזה, צריך לבחון את מידת ההתאמה של העתירה לפיצול הדיון (האם אותו החלק הבשל הוא כזה שאם פוסלים רק אותו, שאר החוק יכול להתקיים).
      5. מבחינת דעת הרוב המבחן העקרוני הוא המבחן של גרוניס, והוא גם זה שיושם במקרים עתידיים. עמדת ג'ובראן מוסיפה חידודים לעמדת גרוניס. עמדת הנדל מוסיפה את נושא הבשלות החלקית אותה ניתן לבחון בהתאם לנסיבות. הסיבה שהבשלות היא מעניינת וחשובה היא שבמשך כמה שנים היה נראה שזו עילת הסף המועדפת על השופטים כדי להימנע מדיון בעתירות ללא שימוש בעילת השפיטות.

**שלבי הביקורת השיפוטית**

1. לאחר שביהמ"ש קבע שהוא אכן דן בסוגייה ושהיא עוברת את עילות הסף, עולה השאלה איך ביהמ"ש בוחן את הסוגייה לגופה.
2. **תורת שלושת השלבים**
   1. הגישה המקובלת שהשתרשה בפסיקה לגבי בחינת טענות של ביקורת שיפוטית חוקתית היא תורת שלושת השלבים.
   2. בשלב הראשון יש את שאלת הפגיעה, האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוקי היסוד.
   3. בשלב השני, אם מגיעים למסקנה שהחוק אכן פוגע בזכות חוקתית, שואלים מה החוקתיות של הפגיעה (האם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה).
   4. בשלב השלישי בוחנים את תוצאת הפגיעה, מה הסעד הראוי על אי-החוקתיות.
   5. חשוב לשים לב שכל שלב מוביל לשלב הבא. כלומר, אם מגיעים למסקנה שהחוק לא פוגע בזכות חוקתית אין צורך לעבור לשלב הבא וכך הלאה.
   6. רציונאלים לתורת שלושת השלבים
      1. שיטה זו לא מקובלת בכל העולם, ולראיה במשפט האמריקני אין הפרדה בין השלב הראשון לשלב השני, ובמשפט האנגלי אין הפרדה בין השלב השני לשלב השלישי (ברגע שנקבע שיש פגיעה לא חוקתית הסעד הוא ביטול החוק).
      2. התפיסה בפסיקה הישראלית שגיבשה את הגישה הזו היא ההנחה שזה מסייע לניתוח המשפטי ("לשם בהירות הניתוח ודיוק המחשבה"). המטרה במשפט החוקתי היא לפתח כמה שיותר מתודולוגיות ע"מ שהוא לא יהיה חסר הכוונה או הבניה. רוצים כמה שיותר להבנות את הניתוח החוקתי, לחדד אותו ולדייק אותו.
      3. מעבר לחשיבות המתודולוגית, שיטה זו משקפת תפיסת עולם לפיה זכויות בישראל הן אף פעם לא מוחלטות. יש מקומות בעולם בהם יש זכויות מוחלטות, כך שאם יש חוק שפוגע בהן בצורה כזו או אחרת הוא מיד בטל. בארץ הזכויות לא מוחלטות מאחר שלעיתים המחוקק צריך לקדם אינטרסים ציבוריים שידרשו פגיעה מסוימת בזכויות של הפרט. צריכים לאזן בין זכויות הפרטים לבין אינטרסים של הציבור.
      4. שיטה זו גם מאפשרת הבחנה בין שני היבטים הקשורים לאיזונים בין זכויות והיא ההבחנה בין היקף הזכות (מה נכנס להגדרת הזכות) לבין התנאים בהם ניתן לפגוע בזכות. השיטה הישראלית המקובלת היא שבשלב הראשון עוסקים בהיקף הזכות, ולאחר שמגיעים למסקנה האם יש פגיעה בזכות או לא עוברים לשלב השני בו שואלים האם באותם התנאים היה ניתן לפגוע בזכות או לא.
      5. קיימת גם טענה שתורת שלושת השלבים נובעת או מתבקשת מחוקי היסוד עצמם. כזכור, בחוקי היסוד נמנות הזכויות החוקתיות ולאחר מכן קיימת פסקת הגבלה שמונה תנאים מסוימים בהם ניתן לפגוע בזכויות היסוד. מבנה זה של החוק דומה למבנה של השלבים הראשון והשני של השיטה. ההבחנה בין שלושת שלבי הניתוח מאפשרת גישה שהתפתחה בפסיקה לפיה בשלב של פגיעה בזכות ניתן לפרש את הזכויות בצורה נדיבה. ביהמ"ש יכול לפרש בהרחבה את הזכויות מאחר שבשלב השני בוחנים את הלגיטימיות של הפגיעה.
      6. היבט נוסף שמשמעותי לתורת שלושת השלבים הוא שהיא מאפשרת גישה דינמית יחסית בקשר לנטל השכנוע. בתקיפה של חוק לכאורה העותר צריך להראות שהחוק אינו חוקתי, אך מצד שני ניתן להגיד שאם אזרחים טוענים שחוק פוגע להם בזכויות המחוקק הוא זה שיצטרך להראות שהחוק מוצדק. גישת שלושת השלבים מאפשרת גישת ביניים לגבי הנטל – בשלב הראשון (שאלת הפגיעה) הנטל על העותר, אבל מהרגע שהעותר הראה שהמחוקק פגע בזכות חוקתית שלו עוברים לשלב השני ואז הנטל על המדינה להראות שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.
3. **שאלת הפגיעה**
   1. האם קיימת זכות – לדוגמה, אדם מאוד אוהב לשתות קפה בבוקר. לפי דעתו זו חוצפה שמדינת ישראל לא מספקת לכל אזרח קפה בבוקר ולכן הוא עותר לבג"ץ. ביהמ"ש יקבע שאין לו זכות שנפגעה. העותר צריך להראות שיש זכות שפגעו בה (או במצבים מסוימים בה המדינה צריכה לפעול אקטיבית ע"מ לאפשר אותה, להראות שהמדינה לא אפשרה את קיום הזכות).
   2. האם היא מעוגנת בחוקי היסוד – חלק מהפעמים זה מאוד פשוט, ניתן לבדוק את חוקי היסוד עצמם ולראות האם הזכות מופיעה בטקסט. השאלה מה קורה עם זכויות שלא מופיעות בחוקים עצמם (זכויות בלתי מנויות). יכול להיות שזכות חוקתית מסוימת נוצרה בפסיקה (שוויון, חופש ביטוי, חופש דת ומדת). עצם זה שיש זכות לא מיד אומר שהיא חוקתית, ורק זכות חוקתית תהיה עילה לביטול חוק.
   3. מה היקפה של הזכות – ברגע שמדובר בזכות חוקתית צריך לשאול מה נכלל בתחומי אותה הזכות. ניתן לפרש כל זכות בפרשנויות שונות (כבוד למשל יכול לכלול רק ביזוי והשפלה או לכלול גם אוטונומיה).
   4. האם החוק פוגע בזכות – יכול להיות שאכן קיימת זכות, שהיא חוקתית ושמה שאירע נמצא במסגרת ההיקף, אך במקרה הקונקרטי אין פגיעה. הנטל על העותרים הוא להראות שאכן הייתה פגיעה בזכות ולא רק שהזכות קיימת.
   5. בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים
      1. חוקקו הוראת שעה שמתקנת את חוק האזרחות כך שמונעים איחוד משפחות בין אזרחים ערבים ישראלים לבין בני הזוג הפלסטיניים שלהם. ההצדקה להוראת שעה זו הייתה ביטחונית (התקבלה בשיא האנתפאדה הראשונה). העותרים טענו שתי טענות – פגיעה בשוויון ופגיעה בזכות לחיי משפחה. המדינה אומרת להם שהם לא יכולים לחיות עם מי שהם התחתנו אתו. הקושי במקרה זה הוא שהזכות לחיי משפחה לא מנויה בחוקי היסוד. ביהמ"ש היה צריך לעסוק בשאלה האם יש זכות כזו, האם היא זכות חוקתית ומה ההיקף שלה. השופטים בהרכב נחלקו בשאלות אלו.
      2. גישת ברק (דעת מיעוט) – השופטים הסכימו לניתוח של ברק אך חלקו על התוצאה שהגיע אליה. לפי ברק קיימת זכות לחיי משפחה שמבוססת במשפט הישראלי. מכאן צריך לשאול האם ניתן לגזור את הזכות הזו מהזכות לכבוד, ולפי שופטי ההרכב אכן הזכות לחיי משפחה נגזרת מהזכות לכבוד. הזכות לכבוד כוללת את האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, ובתוך כך להחליט על הקמת התא המשפחתי, עם מי להתחתן, איפה לחיות וכדו'. מבחינת היקף הזכות נשאל האם הזכות לחיי משפחה כוללת רק את הזכות להתחתן ולהביא ילדים, או שמא נכללת בכך גם הזכות לחיות יחד. לפי ברק הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות לחיות יחד. הזכות החוקתית של אדם למימוש התא המשפחתי שלו היא בראש ובראשונה הזכות לחיות במדינה שלו. לבן הזוג הישראלי עומדת זכות חוקתית לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל את ילדיו בישראל. לגבי פגיעה, ברק טוען שיש פגיעה בזכותו של בן הזוג לחיות חיי משפחה בכך שמונעים ממנו לחיות עם בן זוגו בישראל ומאלצים אותו לבחור בין הגירה מהארץ לבין חיים בנפרד מבן זוגו.
      3. גישת חשין – חשין מסכים שיש זכות לחיי משפחה ושהיא זכות חוקתית שכלולה בחוקי היסוד (נגזרת מכבוד האדם). עם זאת, עניינה של הזכות הוא אך באזרחי ישראל ובתושבי הקבע של ישראל, בינם לבין עצמם. היא לא פורסת עצמה על אזרחים זרים שנישאים לאזרחים ישראלים. מכאן ניכר שחשין חולק על כך שהיקף הזכות חל על המקרה. הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להתחתן עם אזרח זר (כל ישראלי רשאי להתחתן עם מי שהוא רוצה), אבל היא לא כוללת את הזכות לממש את חיי המשפחה בישראל דווקא. לפי התפיסה של חשין, הזכות לכבוד האדם אמנם גוזרת את הזכות לחיי משפחה אבל היא לא גוזרת מתוכה זכות חוקתית לאזרחי המדינה שבני הזוג הזרים שלהם יהגרו לישראל. מכאן שאין חובה חוקתית על המדינה להתיר כניסה לישראל של אזרחים זרים שהתחתנו עם ישראלים. חשין טוען גם טענה חלופית לפיה גם אם יש זכות לקיים חיי משפחה בישראל עם אזרחים זרים, היא לא חלה על אזרחים זרים שמקורים בישות עוינת שמצויה בעימות מזוין עם ישראל.
      4. ההבדלים בין גישת ברק לגישת חשין מדגימים איך ניתן ליישם את תתי-השלבים של השלב הראשון בשיטה ואיך יכולה להיווצר מחלוקת בהקשר אליהם. במקרה של חשין הוא מגיע למסקנה שהחוק לא פוגע בזכות חוקתית ובכך נגמר מבחינתו הניתוח.
      5. פסק הדין הזה מעניין מאחר שמעבר לשאלה של היקף הזכות, חלק משמעותי מהוויכוח היה על המקום הראוי לערוך איזון בין הזכות החוקתית לבין אינטרסים ציבוריים או זכויות אחרות. גישת ברק היא שבשלב הראשון של הניתוח צריך לפרש בצורה רחבה, מאחר ששאלת האיזון בין זכויות ואינטרסים שמורה לשלב השני. חשין יוצא נגד הגישה העקרונית הזו וטוען שהאיזון צריך להיות כבר בשלב הראשון – אם צריך להחליט מה היקף הזכות צריך לקחת בחשבון את ההשלכה של זה על האיזונים בין אינטרסים לזכויות (למשל בחופש הביטוי, האם הוא כולל את הזכות להוציא דיבתו של אחר? איזון זה למעשה נוגע להיקף הזכות). חשוב לזכור שכיום הגישה המקובלת בפסיקה היא הגישה של ברק לפיה נותנים פרשנות רחבה של היקף הזכות ואת שאלת האיזונים משאירים לשלב השני של פסקת ההגבלה. לצד זאת קיימים מקרים (אפילו בעידן ברק) בהם כבר בשלב הראשון הוחלט לדחות את העתירה (כפי שיוצג להלן).
   6. בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל – הטענה הייתה שיש זכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה. ברק קובע שאין זכות חוקתית כזו ושלא ניתן לגזור אותה מכבוד האדם. למעשה העתירה נפלה בתת-שלב השני של שאלת הפגיעה (האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד).
   7. בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר – דובר על חוק הסדרים שעשה תיקונים לחוק הבטחת הכנסה כך שצמצמו את היקף הקצבאות שנותנים לגמלאים. תחילה ביהמ"ש עסק בשאלה של היקף הזכות לכבוד והגיע למסקנה שהוא כולל גם את הזכות לקיום בכבוד. עם זאת, בבדיקה האם הייתה פגיעה בזכות ביהמ"ש קובע שהעותרים לא הצליחו להוכיח שהפחתת שיעור הגמלאות תביא לכך שאותם אנשים יגיעו מתחת לאותו הרף הנדרש לקיום בכבוד. בשל כך מגיעים למסקנה שאין פגיעה בזכות חוקתית ודוחים את העתירה. פסיקה זו לא מובנת מאליה והרקע של המקרה היה מאוד בעייתי.
   8. בג"ץ 5875/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות
      1. היה חוק שקבע שאסור להציב מכונות אוטומטית למכירת מוצרי טבק. העותרים טענו שמדובר בפגיעה בזכות שלהם לקניין. גרוניס דוחה את טענת הפגיעה בזכות הקניין כבר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי. העותרים טענו שעצם זה שמוציאים את המכונות משימוש גורמת להם להפסד כלכלי וההשקעה שהשקיעו בקניית המכונות תרד לטמיון. לכך גרוניס משיב בין היתר שהכרה בטענת העותרים עלולה להוביל להרחבת יתר של המונח קניין (היקף הזכות). כמו כן, במקרה הנדון לא מדובר בהפקעה של הקניין, לכל היותר מדובר בטענה שלא הוכחה בדבר ירידת ערך המכונות. העותרים לא הראו שהם לא יכולים למכור מוצרים אחרים באמצעות המכונות ושמכירת מוצרים אלו פחות משתלמת ממכירת סיגריות (פגיעה בזכות).
      2. הנשיא גרוניס אומר ש"הגבלת הזכות נעשית הן בשלב הראשון בו נבחנת הפגיעה הן בשלב השני בה נבחנת העמידה של הפגיעה בתנאי פסקת ההגבלה". שיטת גרוניס תואמת את עמדתו של חשין בבג"ץ עדאלה. גם בתוצאה האופרטיבית בפסק הדין גישת גרוניס באה לידי ביטוי.
   9. בג"ץ 2242/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת
      1. פרשה זו גם היא מדגימה את גישת גרוניס. במקרה זה הנשיא גרוניס קובע בצורה מפורשת שאסור לוותר על השלב הראשון בניתוח ולעבור מיד לשלב השני (גם אם ניתן מראש לדעת שדוחים את העתירה בשלב השני). פרשנותה של הזכות בשלב הראשון לשם קביעת התפרסותה והכרעה האם יש פגיעה בזכות החוקתית תסייע בהגדרה של הזכויות החוקתיות. גרוניס למעשה טוען שהחשש בגישת ברק הוא שהיא תפתח פתח להצפה של ביהמ"ש בעתירות, מאחר שיהיה ניתן לטעון לגבי כל דבר שהמדינה רוצה לעשות שהוא פוגע בזכות חוקתית. בנוסף, גרוניס טוען שהכרה רחבה מדי בהיקף הזכויות תוביל לזילות ודילול של הזכויות, מאחר שעתירות ידחו כך שבפועל תהיה יותר פגיעה של המדינה בזכויות (ביהמ"ש יכיר בזכות חוקתית מוגנת אבל יקבע שמותר למדינה לפגוע בה).
      2. לגבי היישום הפרקטי, במקרה זה השאלה הייתה האם חוק שקובע שערר שני של אדם שנמצא במעצר הוא ברשות ולא בזכות הוא חוקתי. העותר טען שחוק זה פוגע בזכות לחירות. גרוניס קובע שאין לומר שהיקף הזכות החוקתית לחירות משתרע גם על זכות לערר שני בזכות בגין מעצר. חשוב לזכור שהנשיא גרוניס מתייחס לזכות לחירות כזכות מרכזית, אך קובע את ההיקף שלה כך שהיא לא כוללת את הזכות לערעור בזכות לעליון.
      3. הגישה של גרוניס מסמנת מגמה של ניתוח מעמיק יותר בשלב הראשון ודחיה של עתירות כבר בשלב הראשון מבלי לעבור לשלב ניתוח החוקתיות של הפגיעה.
4. **חוקתיות הפגיעה (פסקת ההגבלה)**
   1. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".
   2. פסקת ההגבלה ממלאת שני תפקידים:
      1. מאפשרת פגיעה בזכויות, כל עוד מתקיימים התנאים המנויים בה. למעשה היא מגבילה את הזכויות החוקתיות ומראה שהן לא מוחלטות.
      2. מגבילה את הכנסת ביכולתה לפגוע בזכויות. הכנסת לא רשאית לפגוע בזכויות כרצונה אלא היא מוגבלת בתנאי פסקת ההגבלה.
   3. פסקת ההגבלה הפכה להיות המנגנון המרכזי לבחינת מתי פגיעה בזכות חוקתית היא מותרת ומתי היא בלתי חוקתית.
   4. תנאים מצטברים לבחינת חוקתיות של חוק הפוגע בזכות חוקתית
      1. בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו (דרישת החוקיות).
      2. החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל.
      3. החוק צריך להיות לתכלית ראויה.
      4. במידה שאינה עולה על הנדרש (דרישת המידתיות).
   5. ארבעת תנאים אלו מפורטים במפורש בטקסט. הפסיקה פירשה ופירטה כל אחד מתנאים אלו.
   6. בחוק או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו
      1. המשמעות של "לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו" היא שהרשות המבצעת יכולה להסתמך על החוק באופן משתמע (גם אם הוא לא מפרט במפורש את הפגיעה בזכות) בהפעלת הסמכות שלה. הסיבה לכך היא שהמדיניות נקבעת ע"י הרשות המבצעת ובלתי אפשרי שכל דבר יוסדר בחקיקה של הכנסת, ולכן צריכה להיות חקיקת משנה ורגולציה. מובן שמטבע הדברים חקיקת המשנה עשויה לפגוע בזכויות.
      2. רציונל אחד מאחורי דרישת החוקיות (הצורך בהסמכה של הרשות המחוקקת את הרשות המבצעת) הוא שהוא ביטוי של כלל החוקיות (לרשויות השלטון אסור לעשות דבר שלא הוסמכו לעשות). בנוסף לכך, הליכי החקיקה יותר איטיים, מסורבלים ושקופים מהליך קבלת החלטות מנהלי. בסרבול זה יש יתרון מאחר שהוא מבטיח שפגיעה בזכויות תצטרך לעבור הליך ארוך וקפדני. רציונל נוסף הוא שהרשות המחוקקת היא זו שמייצגת את העם (הרציונל הדמוקרטי). החלטות הנוגעות לפגיעה בזכויות הן החלטות מדיניות חשובות, ולכן החלטות מסוג זה צריכות לקבל הסמכה של נציגי העם.
      3. עולה השאלה מהו חוק (איך יודעים שהתקבל חוק). בחוק היסוד עצמו אין התייחסות לשאלה מהו חוק, אבל האינטואיציה אומרת שהכוונה בחוק היא לחוק של הכנסת. לצד זאת קיימת גישה (תמיכה של ברק בכתיבה אקדמית) לפיה כשמדברים על חוק הכוונה גם לחקיקה שיפוטית (משפט מקובל). גישה זו מעלה את השאלה מה קורה כשפסיקה פוגעת בזכות, האם זה עומד בדרישת החוקיות? לפי ברק התשובה היא כן. גישתו מסתמכת על המקור של פסקת ההגבלה (קנדה, שם פסקת ההגבלה כוללת משפט מקובל). החיסרון של גישת ברק הוא שהיא סותרת את הפרשנות האינטואיטיבית לפיה "דין" משמע חוק ופסיקה ו"חוק" משמע חקיקה של הכנסת.
      4. שאלה נוספת שעולה היא, גם במידה שמחליטים ש"חוק" נוגע רק לחוק של הכנסת, איך יודעים שמדובר בחוק של הכנסת (מהי דרישת המינימום להכרה בחוק כחוק). האם די שהחוק פורסם ברשומות ע"מ שייחשב חוק (למשל במקרה שחוק לא עבר אבל עדיין פורסם ברשומות)? הדרישה המינימאלית היא שהחוק יעמוד בדרישה הפורמאלית של התקבל בקריאה שלישית בכנסת ופורסם ברשומות. קיימת גישה לפיה הדרישה לפגיעה בחוק או לפי חוק טומנת בחובה דרישה עמוקה יותר שמביאה ביטוי לעקרון שלטון החוק במובן המהותי הצר. הרעיון הוא שכדי לעמוד בדרישה של פסקת הגבלה של "בחוק", החקיקה צריכה לקיים סדרה של דרישות נוספות (פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והיעדר שרירותיות).
      5. מכוח הסמכה מפורשת בו – עולה השאלה מתי יש הסמכה מפורשת? האם כששר מתקין תקנה הוא רשאי לפגוע בזכות או שמא ישנה דרישה שהמחוקק הראשי הוא זה שייתן את ההסמכה לרשות המבצעת לגבי התנאים והאופנים בהם ניתן לפגוע בזכות.
      6. *בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש* – המקרה עסק בהגבלת חופש הביטוי לגבי פרסומות מסחריות. כיוון שזה נקבע בחקיקה משנית נשאלה השאלה האם זה עומד בתנאי פסקת ההגבלה. הנשיאה בייניש עומדת על השיקולים בנוגע למידת המפורשות של ההסמכה ע"מ שתעמוד בפסקת ההגבלה. בייניש הייתה במיעוט במקרה זה אך המבחנים שהיא הציעה התקבלו ברוב (ובהמשך עמדתה גם הפכה לרוב). לפי בייניש מידת המפורשות תהיה תלוי בנסיבות המקרה. השיקולים הם איזו זכות נפגעת, מה הטעמים המונחים בבסיסה (כבוד אדם יקבל הגנה חזקה יותר מקניין למשל) ומה עוצמת הפגיעה. בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גדולה, צריכה להיות הסמכה מפורשת בחוק שמפרטת את מידת הפגיעה המותרת (באילו תנאים ניתן לפגוע בזכות). ככל שהטעמים בבסיס הזכות בעלי חשיבות נמוכה יותר וככל שהפגיעה פחותה יותר כך ניתן לפרש את ההגבלה באופן יותר מרוכך. במקרה הנדון הנוסח של ההסמכה בחוק הסמיכה את הרשות לקבוע "כללים בדבר איסורים ומגבלות בדבר תשדירי פרסומת". לדעת השופטת נאור (רוב) מדובר בהסמכה מספקת, אך לדעת בייניש, כיוון שמדובר בפגיעה קשה בחופש הביטוי הפוליטי (איסור גורף ורחב היקף) לא די בהסמכה הכללית הזו אלא נדרשת לשון ברורה בחוק שקובעת אמות מידה ברורות לעניין האיסור הנדון. לגבי מהו חוק של הכנסת, במקרה זה הנשיאה בייניש טוענת שיש לעמוד באותן הדרישות הנוספות (פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והיעדר שרירותיות).
   7. הלימת ערכיה של מדינת ישראל
      1. כשמדובר על ערכי מדינת ישראל מדובר על "יהודית ודמוקרטית". בסעיפי המטרה של החוק מדובר במפורש על כך שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית והמטרה היא להגן על ערכיה של המדינה ככזאת. ההבנה הרווחת היא שכשמדובר על ערכי מדינת ישראל ההפניה היא למגילת העצמאות. הקושי הפרשני שעולה הוא מהם ערכים של מדינה יהודית ומהם ערכים של מדינה דמוקרטית.
      2. פסק הדין שהתייחס לזה בצורה המפורטת ביותר הוא של אדמונד לוי בבג"ץ גלאון נ' היועמ"ש:
         1. יהודית – מתייחס באורח קונקרטי לזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, כמו גם ליכולתו להגן על עצמו מפני הקמים עליו מהחוץ. מבחינה זו ישראל היא דמוקרטיה ייעודית. תפיסות יסוד של ציונות, מסורת עברית, כמו גם רוב יהודי מקרב תושבי המדינה הם חלק ממה שמגדיר את המדינה כיהודית. אפשר גם להבין את הממד היהודי במובן של סולידריות, חלק ממנו סמלי (סמלי המדינה).
         2. דמוקרטית – מחויבת המדינה לתפיסה מהותית של חירות ושל שוויון, לקיום זכויות יסוד של הפרט ובכלל זה של בני מיעוט ולמנגנונים פתוחים ונגישים של שיח ושל הכרעה. אין בקרבנו מחלוקת כי מדינת ישראל היא לא רק דמוקרטיה פורמאלית המסתפקת בבחירת נציגים. מדינת ישראל דמוקרטיה מהותית בה כל מוסדות הנציגים מונחים ע"י ערכי היסוד ובראשם כבוד האדם וחירותו.
      3. לכאורה מדובר בסעיף מאוד בעייתי, מאחר שהוא מחייב את השופטים להיכנס לשאלה ערכית-אידיאולוגית-פוליטית של מהם ערכי מדינה יהודית ומהם ערכי מדינה דמוקרטית. נראה שבפועל השופטים ערים לקושי זה ולכן הם התייחסו לרכיב זה בצורה זהירה ומרוסנת. התפיסה של רוב השופטים היא שהכנסת היא הרשות המחוקקת ושצריך לאפשר לה חופש יחסית גדול לפוגע בזכויות לפי התפיסה שלה של אופי המדינה הראוי. מה שעשה ביהמ"ש ע"מ להתמודד עם זה הוא להפוך את הרכיב הזה למעין אות מתה. רכיב זה כמעט ולא מיושם ובהרבה פסקי דין ביהמ"ש קובע שכלל לא מתעוררת באותו המקרה שאלה האם החוק עומד בדרישה של הלימת ערכיה של מדינת ישראל.
      4. פס"ד הבולט ביותר שלא הולך בתלם הזה הוא כאמור של אדמונד לוי בבג"ץ גלאון (שם הוא היה במיעוט). הסיפור היה תיקון לחוק האזרחות בעניין איחוד משפחות שמנע מאזרחים ישראלים שמתחתנים עם אנשים מהשטחים לעשות איחוד משפחות עם בני הזוג שלהם. השופט לוי טוען שלדעתו החוק הזה לא עומד ברכיב של הלימת ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ולכן ניתן לפסול את החוק. אפילו אלו שהצטרפו לעמדת לוי לפיה צריך לפסול את החוק הקפידו במפורש להסתייג מחלק זה בפסק דינו ואכן עמדתו היא מיעוט גם בפסק הדין הזה וגם בפסיקה בכלל. לפי השופטים האחרים ניתן להשתמש במבחנים האחרים (כגון המידתיות) שלהם כבר יש אמות מידה ברורות בפסיקה ואותם ניתן ליישם באופן מלא. מבחן ההלימה הוא עמום ובעייתי ליישום ולכן כדאי להימנע מפסילת חוקים בעזרתו.
   8. תכלית ראויה
      1. במקרה זה עולות שתי שאלות – איך יודעים מה תכלית החוק ואיך יודעים מהי תכלית ראויה.
      2. תכלית החוק – לפעמים קיים סעיף מטרה בחוק, לפעמים ניתן להבין את התכלית מהדיונים שקדמו לו אך לפעמים יש ויכוחים לגבי התכלית. בפרשת איחוד משפחות עלו שתי תכליות בדיונים בכנסת, אחת היא דמוגרפית (לא רצו שמוסלמים יגדילו את חלקם באוכלוסייה) והשנייה היא ביטחונית (החשש שפלסטינים ישתמשו באיחוד משפחות ע"מ לחדור לארץ ולבצע פיגועים). התכלית המוצהרת של החוק הייתה זו הביטחונית, וביהמ"ש קיבל תכלית זו כתכלית של החוק. דוגמה נוספת עלתה במקרה של העלאת אחוז החסימה, שם התכלית המוצהרת הייתה הגברת המשילות אך נטען שהייתה תכלית נוספת של הדרת המפלגות הערביות. ביהמ"ש קיבל את העמדה לפיה תכלית החוק היא הגברת המשילות. בד"כ ביהמ"ש יאמץ את התכלית שהמדינה מציגה עבור חוק. בנוסף, יתכן מצב של ריבוי תכליות. עולה השאלה מה קורה במצב בו יש מספר תכליות מאחורי חוק מסוים כאשר אחת מהן ראויה והשנייה לא. במקרה כזה ביהמ"ש יבחן מהי התכלית הדומיננטית של החוק, במידה והתכלית הדומיננטית ראויה ניתן להעביר את החוק.
      3. תכלית ראויה – ביהמ"ש קובע שתכלית של חקיקת החוק בפני עצמה אינה מספיקה, אלא צריך תכלית שמצדיקה פגיעה בזכות חוקתית. תכלית תענה להגדרה זו כאשר היא נועדה לקדם זכויות אדם (למשל במקרה של איזון בין זכויות, פגיעה בזכות ע"מ להגן על זכויות אחרות) או להגשים מטרה חברתית או ציבורית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה. גם כאן השאלה של עוצמת האינטרס שהחוק צריך להגשים תלויה בזכות בה מעוניינים לפגוע ובמידת הפגיעה. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה חזקה יותר כך צריך אינטרס ציבורי חשוב יותר ע"מ להצדיק את הפגיעה (מטרה חברתית מהותית או צורך ציבורי לוחץ).
      4. מצד אחד הרף שמציב ביהמ"ש לתכלית ראויה הוא יחסית נמוך, אך מצד שני ניתן להבין שתכלית החוק מובנית ונבחנת גם בשלב המידתיות. זאת מאחר שבמבחני המידתיות בוחנים את האמצעי, ומתוך כך חייבים לבחון גם את מטרת (או תכלית) החוק.
   9. במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות)
      1. הדרישה שתכלית החוק תהיה ראויה מתמקדת במטרת החקיקה, לעומת זאת הדרישה שהפגיעה תהיה מידתית מתמקדת באמצעי בו בחר המחוקק. העיקרון המרכזי הוא תפיסת עולם לפיה המטרה לא יכולה לקדש את האמצעים. בד"כ הניתוח החוקתי בביהמ"ש מתרכז בחלק זה של בדיקת חוקתיות הפגיעה (לרוב ביהמ"ש יקבע שהוא מניח שהחוק עומד בדרישות של החלקים הקודמים של הבדיקה ויתמקד בחלק זה). הפסיקה הישראלית אימצה שלושה מבחני משנה מצטברים לדרישת המידתיות.
      2. *מבחן ההתאמה (קשר רציונאלי)* – דורשים התאמה בין המטרה הראויה לבין האמצעי הפוגעני. בוחנים האם האמצעי שנבחר לקידום המטרה מתאים לקידום המטרה. השאלה היא איזה רף נדרש; לפי הפסיקה לא נדרשת התאמה מוחלטת מאחר שזה לא ריאלי לדרוש התאמה כזו מהמחוקק. מצד שני, אסור להסתפק בסיכוי קלוש ותיאורטי. כמו במקרים הקודמים, גם מידת ההתאמה תלויה בזכות הנפגעת ובמידת הפגיעה. ככל שהזכות יותר מרכזית והפגיעה בה יותר חזקה כך יידרש קשר יותר הדוק בין האמצעי לבין המטרה. בהרבה מהמקרים, ע"מ לקבוע האם אמצעי עומד במבחן ההתאמה, משתמשים בהיגיון הבריא ובניסיון החיים. בעיקר צריך להראות שהחקיקה לא שרירותית ושהיא מבוססת על שיקולים רציונאליים. לפעמים הנושא מורכב יותר ודורש בסיס עובדתי ואמפירי. לראיה ניתן להסתכל על פסיקת בג"ץ בנושא חוק טל ב-2006, שם נאמר ע"י ברק שהחוק חשוד אך באותה העת לא ניתן לפסול אותו מאחר שטרם ידוע האם אכן יש קשר רציונאלי בין האמצעי לבין מטרות החוק. בהמשך רסלר מגיש עתירה בה מבוטל חוק טל על-בסיס העובדות שהצטברו במהלך השנים. דוגמה נוספת ניתן לראות בבג"ץ אדם (כ-50,000 מסתננים מסודן ואריטראה שהייתה לגביהם מחלוקת האם מתייחסים אליהם כמהגרי עבודה או כמסתננים); עלתה טענה שמתקן משמורת (מתקן אליו רצו להעביר את המסתננים) מהווה פגיעה בזכות לחירות. נקבע שהתכלית היא ליצור תמריץ שלילי להגירה ולהוציא את המהגרים מדרום תל אביב, אך האמצעי היה מתקן של 1,800 מיטות (לעומת המספר הרב של המהגרים). בשל כך נקבע שהאמצעי לא תאם את התכלית.
      3. *מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (הסולם)* – מבחן זה מכונה מבחן הסולם מאחר שמדמיינים סולם שמוביל למדף עליו נמצאת התכלית, כל שלב בסולם הוא אמצעי אחר כאשר השלב הנמוך ביותר הוא האמצעי שפוגע הכי פחות. לפי מבחן הסולם, כאשר מצליחים לממש את התכלית צריך להפסיק לטפס בסולם. צריך להתאמץ כמה שיותר ע"מ לעצור כמה שיותר מוקדם (משמע להשתמש באמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר). כשביהמ"ש בודק את האמצעים החלופיים הוא לא מורה למדינה להשתמש בכלי החלופי, הוא נזהר מבחירת האמצעי החלופי עבור המדינה. ביהמ"ש מגדיר מתחם מידתיות, והוא קובע שהעותר צריך לשכנע אותו שהאמצעי שנבחר בפועל הוא לא האמצעי שפגיעתו פחותה. במידה ומצליחים לשכנע אותו בכך הוא יכול לקבוע שהחוק אינו חוקתי ולדרוש מהכנסת להחליט על אמצעי חלופי כלשהו. בפועל הרבה פעמים המדינה לא מנסה לחשוב על פתרון חדש לגמרי ובמקום זאת היא מתקנת את החוק בתיקונים מזעריים שמכוונים ספציפית לטענות שהעלה בג"ץ נגד המידתיות של הפגיעה. עולה השאלה מה המדינה יכולה להשיב במקרה בו טוענים שעליה להשתמש באמצעי חלופי. טענה אחת שהמדינה יכולה להעלות היא שהאמצעי הנבחר מממש את המטרה בעזרת כמות משאבים מסוימת. שימוש באמצעי אחר ידרוש משאבים רבים (לעיתים יתר על המידה) כך שהתכלית לא תתממש. לפי טענה זו, תכלית קבועה משמע להגיע לתכלית בעזרת אותם המשאבים. ביהמ"ש לא אוהב את הטענה הזו והוא לא נענה אליה. טענה נוספת שיכולה להעלות המדינה (במקרה של מבחן אינדיבידואלי לעומת יישום גורף) היא שבמקרה של מבחנים אינדיבידואליים יכולה לקרות טעות. איסור גורף מבטיח שהתכלית תתממש במלואה. כאן נשאלת השאלה האם כשמדברים על תכלית זהה היא צריכה להיות זהה ב-100% או שמא תכלית זהה בקירוב.
      4. מבחן היחס הראוי (מידתיות במובן הצר)[[1]](#footnote-1) – מטרת מבחן זה היא איזון בין התועלת שתושג ממימוש התכלית לבין הנזק (עצמת הפגיעה) שיגרם לזכות כתוצאה משימוש באמצעי הנבחר. בדיקה זו נחשבת לבדיקה בה ביהמ"ש משתמש בהכי הרבה שיקול דעת, ובשל כך היא גם הכי חשופה לביקורת. כל אחד יכול לפרש אחרת את החשיבות של זכות כזו או אחרת וכן את עוצמת הפגיעה הנובעת משימוש באמצעי הנדון. הכול תלוי בנסיבות ובאידיאולוגיה של מי שבוחן את הזכות ואת הפגיעה. הפתרון הפשוט הוא לא לסמוך על השופטים כלל מאחר שהם פועלים לפי השקפת העולם שלהם בלבד. התשובה של השופטים ביחס לכך תהיה שהם לא מגיעים לדירוג הזכויות דרך השקפת עולמם אלא דרך פעולת פרשנות של המשפט הישראלי (בחינת המשפט הישראלי והבנה איך הוא מדרג את הזכויות). אחד הפתרונות שביהמ"ש פיתח הוא להגיד שאמנם מדובר בהערכה גלובלית של עלות מול תועלת שקשה לעשות, אולם לעיתים ניתן לבחון מעין "מידתיות יחסית" (סוג של מבחן משנה למבחן המשנה). המידתיות היחסית שואלת מה התועלת השולית שהחוק, במתכונתו כפי שנבחר, משיג אל מול החלופה הפחות פוגעת שהייתה מממשת את התכלית בצורה פחות מלאה. ביהמ"ש למעשה מבקש מהמדינה להציע תכלית שהיא קצת פחות מהתכלית המקסימלית, ובמידה והפחתה קטנה בתועלת מובילה להעצמה רבה בהגנה על הזכות הרי שתכלית זו יותר ראויה. ביהמ"ש קובע שהמדינה צריכה לקבוע תכלית חלופית כך שהאמצעי שישיג תכלית זו יפגע הרבה פחות בזכות הנדונה. ניתן לראות דוגמה לכך בפס"ד בן סוריק בו ביהמ"ש מקבל את עמדת הצבא לפיה התוואי שהחליט עליו הצבא הוא הטוב ביותר, אך במקביל הוא מקבל את הטענה לפיה אם התוואי יזוז תהיה פגיעה מועטה בתועלת אך הפחתה משמעותית של פגיעה בזכויות ולכן על הצבא להזיז את התוואי.
5. **דוגמה פיקטיבית – חוק איסור ייצוא בטחוני**
   1. מוצע חוק לפיו אסור יותר לייצא טכנולוגיות ביטחוניות שמיוצרות בארץ לחו"ל.
   2. מבחינת השלב הראשון, ניכר כי יש כאן פגיעה בזכות (חופש העיסוק).
   3. חוקתיות הפגיעה
      1. הפגיעה אכן מעוגנת בחוק.
      2. ניתן להניח שהחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל.
      3. מבחינת תכלית ראויה, יש לבחון את דברי ההסבר והדיונים המקדימים. ניתן לחשוב מעבר לכך על מספר תכליות שהחוק הזה רוצה להגשים: פציפיזם / הומניזם, בטחון המדינה (סודות ביטחוניים). ניתן להגיד שהתכליות הללו ראויות.
      4. *מידתיות*
         1. האמצעי שיושם כאן הוא איסור מוחלט של ייצוא לטובת הגשמת התכלית. כדי לעשות את בדיקת המידתיות צריך לבחור תכלית מסוימת. יש לבחון איזו מהתכליות יותר הגיוני שהיא התכלית המרכזית של החוק.
         2. קשר רציונאלי – יש לבחון האם האמצעי יכול להגשים את התכליות. מבחינת התכלית הפציפיסטית ניתן לטעון שהאמצעי מקיים את התכלית (יהיה פחות נשק בעולם). כך גם מבחינת בטחון המדינה (מידע ביטחוני של מדינת ישראל לא ידלוף החוצה).
         3. מבחן הסולם – יש לבחון האם איסור מוחלט על יצוא הוא האמצעי שפגיעתו פחותה למימוש התכלית. מבחינת התכלית הפציפיסטית ניתן לטעון שרק איסור מוחלט יכול להשיג את התכלית (רוצים למנוע כל יציאה של אמצעי לחימה מהארץ). מבחינת בטחון המדינה ניתן להסתכל על אמצעי פחות פוגע, למשל קביעת רשימה של אמצעים ידועים שאין בהם אלמנט סודי ולהחליט שאותם ניתן לייצא. במקרה זה התכלית נשארת קבועה אך במקביל יורדים במדרג לתכלית שמממשת פגיעה פחותה. הרבה פעמים כשהמדינה תנסה להחיל כלל גורף ביהמ"ש ישתמש במבחן הסולם ע"מ להצביע על הבעייתיות של האמצעי (כמו במקרה דוגמה זה או לחילופין בפרשת איחוד משפחות).
         4. מבחן היחס הראוי – ניכר כי תכלית הפציפיזם צלחה את שני המבחנים הראשונים, אך ניתן לבחון אותה במבחן היחס הראוי. ניתן לשאול כמה איסור גורף שכזה יתרום לפציפיזם וכמה תכלית זו חשובה ומול זה לשאול כמה אנשים יפגעו מאיסור זה. הפגיעה בחופש העיסוק היא פגיעה קשה ומוחלטת, ולכן ניתן לטעון שחומרת הפגיעה עולה על התועלת החברתית. חשוב לשים לב שבשני הצדדים של האיזון (חשיבות התכלית ועוצמת הפגיעה) יש הרבה הכרעות ערכיות.
6. **שאלת הסעד**
   1. שלב זה פחות משמעותי ולכן לא נתעכב עליו.
   2. לאחר שמבינים שחוק הוא לא חוקתי נשאלת השאלה מהי התוצאה האופרטיבית של זה. הגישה ההיסטורית הייתה שחוק לא חוקתי הוא בטל ומבוטל (כאילו מעולם לא נחקק). עם השנים ביהמ"ש קיבל גישה של סעדים מרוככים מאחר שהבינו שלבטל חוק כאילו מעולם לא חוקק יכול להוביל להשלכות בעייתיות. פותחו סעדים שונים כמו בטלות יחסית, השעיית הכרזת הבטלות, בטלות מכאן ואילך.

נושא: **זכויות חוקיות**

**מבוא**

1. **רקע**
   1. תפיסה של זכויות אדם היא התפיסה שהופכת דמוקרטיה לדמוקרטיה חוקתית. בארץ, עד 1992 לא היו זכויות חוקתיות אבל כן היו זכויות יצירות הפסיקה שהגבילו את הרשות המבצעת (אך לא את הכנסת). ב-1992 חוקקו חוקי יסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק שהם חוקי יסוד שעוסקים בזכויות. לראשונה הייתה מגילת זכויות אדם חוקתית מעוגנת בחוק יסוד, כאשר חוק היסוד עצמו אומר שכל רשויות השלטון כפופות לו (כולל הכנסת) ולמגבלות הפגיעה בזכויות המנויות בו.
   2. רוב רובן של החוקות בעולם מורכבות משני חלקים – החלק המוסדי (אילו סמכויות נתונות לאילו רשויות) ורשימת זכויות. הפן המוסדי הוא הכרחי והפן של הזכויות הוא לא הכרחי ע"מ שחוקה תיחשב חוקה, אך ניכר שברוב המקומות רשימת הזכויות מהווה חלק מרכזי מהחוקה.
2. **מהי זכות**
   1. זכות היא אינטרס מוגן ע"י המשפט. המשמעות של זה היא שהמשפט מכיר באינטרס של הפרט כזכאי להגנה. המשמעות המשפטית של זכות היא שמול זכות תמיד קיימת חובה של מישהו אחר לכבד את אותה הזכות, זכות מטבעה מטילה חובה על צד אחר לפעול או להימנע מפעולה. למשל, אם לאדם יש זכות לחיים אז אסור לעשות מעשה שיהרוג אותו. אם לאדם יש זכות לקניין אז אסור לקחת לו את הקניין שברשותו.
   2. ישנן זכויות חוקתיות וזכויות שאינן חוקתיות (כאלו המעוגנות בחוק או יצירות הפסיקה למשל). המשמעות של המדרג של הזכות היא לגבי המעמד הנורמטיבי שלה, הנוגע לאיזו נורמה יכולה לפגוע באותה הזכות.
3. **זכות שלילית מול זכות חיובית**
   1. זכות שלילית – המדינה לא תמנע מהפרט לפעול ע"מ לממש את הזכות. לדוגמה, חופש התנועה, חופש העיסוק.
   2. זכות חיובית – המדינה חייבת לפעול באופן אקטיבי כדי לממש את הזכות של הפרט. למשל, הזכות לקיום בכבוד (המדינה צריכה להבטיח מינימום של תנאים ותמיכה ע"מ לקיים זכות זו).
   3. הגישה הקלאסית הייתה שהזכויות השליליות הן הבסיסיות יותר כיוון שבזכות שלילית דורשים מהמדינה לא לפעול ולצמצם את טווח פעולתה, ולא מטילים על המדינה עלויות נוספות. התפיסה גם הייתה שזכויות כמו חופש ביטוי וזכויות ליבראליות בסיסיות הן זכויות שליליות בעוד שזכויות חברתיות (פרנסה, חינוך וכדו') הן החיוביות. הבעיה היא שהמציאות מגלה שההבחנה בין הסוגים הללו היא יותר מורכבת ופחות ברורה ממה שנראה. לדוגמה, הזכות להפגנה נראית כזכות שלילית באופן מובהק. השאלה היא מה קורה אם המדינה אומרת שהיא מאפשרת להפגין אבל מטילה על המפגינים לספק מאבטחים כתנאי לביצוע ההפגנה. אם מדובר בזכות שלילית לגמרי לכאורה מותר לה לפעול כך. ביהמ"ש טען שלא כך, ושיש בזכות להפגנה מרכיב חיובי ולכן בנסיבות מסוימות המדינה צריכה לאפשר את המשאבים למימוש זכות זו.
4. **הטרילוגיה החוקתית**
   1. על רקע זה התפתחה גישה חדשה לה ברק קורא "הטרילוגיה החוקתית", לפיה לזכויות של הפרט מול המדינה יש שלושה היבטים. למדינה יש חובה לכבד את הזכויות בשלושה אופנים שונים – המדינה צריכה להוקיר את הזכויות, להגשים את הזכויות ולהגן על הזכויות.
   2. הזכות להוקרה (Respect)
      1. על רשויות השלטון מוטלת חובת אי-פעילות. הן צריכות להימנע מפגיעה בזכות. בהסתכלות על זכויות היסוד מ-1992 ניתן לראות שהניסוח מרמז על היבט זה.
      2. חו"י: כבוד האדם וחירותו, ס' 2 – "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; ס' 8 – "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא..".
      3. זהו ההיבט השלילי של הזכויות והוא ההיבט הבסיסי ביותר שלהן. כולם מסכימים שבמינימום לכל הזכויות החוקתיות יש את ההיבט השלילי.
   3. הזכות להגשמה (Fulfill)
      1. חו"י: כבוד האדם וחירותו, ס' 4 – "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".
      2. החובה על המדינה אינה מתמצה באי-פגיעה, אלא מוטלת עליה חובה להגשים את הזכות. הרשויות צריכות ליצור את התשתית להגשמת הזכויות, לנקוט את האמצעים העומדים לרשותה כדי שהזכות החוקתית תמומש במלואה. בפסיקה נקבע שחובת ההגשמה הזו מוכרת בישראל לפחות לגבי הזכויות שמנויות במפורש בס' 4 לחו"י כבוד האדם וחירותו. זכויות אלו מופיעות פעמיים, פעם אחת בס' 2 בהיבט השלילי, ובפעם השנייה בס' 4 בהיבט החיובי. על רקע זה נפסק שהזכות לכבוד מטילה על המדינה את החובה לקיום מינימאלי בכבוד.
      3. במקום בו חוק היסוד עצמו קבע את ההיבט החיובי קיימת חובה מתוקף חוק היסוד על המדינה להגשים את אותה הזכות. שאלה אחרת עולה האם הזכות להגשמה חלה על זכויות שלא מנויות בס' 4. הפסיקה טרם עסקה בשאלה זו, וברק בכתיבה האקדמית חושב שמרכיב זה קיים רק במקום בו החובה האקטיבית על המדינה נובעת מלשון חוק היסוד עצמו.
   4. הזכות להגנה (Protect)
      1. החוק מטיל על הרשות השלטונית להגן על זכויות הפרט מפני פגיעות מצד ג'. זה מורכב מאחר שיש פה היבט שלילי (הימנעות מפגיעה) וכן היבט חיובי מאחר שיש פה הגנה אקטיבית מפגיעה של צד ג'. לפי גישה זו, הרשות השלטונית לא רק צריכה להימנע מלפגוע אלא יש לה חובה להגן על הזכויות מפני פגיעה מצד צד ג', והרשות לא יוצאת ידי חובתה בכך שהיא לא פוגעת בלבד אלא היא צריכה לפעול ע"מ להגן על הזכות מפגיעה. אין ספק שזה חל על הזכויות המנויות בס' 4 לחו"י כבוד האדם וחירותו.
      2. בג"ץ אדוארדו נ' שר הבטחון – עסק בשאלה על חובת המדינה למגן כיתות לימוד בשדרות וביישובי עוטף עזה. המדינה היא לא זו שפגעה בזכות אלא ההתקפות מכיוון עזה הן אלו שעשו זאת. אם התפיסה היא שיש זכות הגנה על החיים הרי שחלה על המדינה חובה להגן על חיי התושבים של אותם היישובים. מקרה זה חריג במידת מה מאחר שהמדינה לא חלקה על כך שיש לה חובה למגן אך עלתה השאלה לגבי סבירות האמצעי שהיא נקטה (מרחבים מוגנים מחוץ לכיתות בניגוד למיגון הכיתות עצמן). לבסוף נקבע שהאמצעי שנקטה המדינה היה לא סביר ושעליה למגן את כל הכיתות. היה לביהמ"ש פשוט יחסית לקבוע זאת בנסיבות אלו מאחר שהמדינה הכירה בחובה שלה, וכן מאחר שקיים חוק חינוך חובה מה שמטיל על המדינה חובה מוגברת להגן על הילדים שמסכנים את חייהם כאשר הם מצייתים לאותו החוק. ישנה גישה לפיה שיקול תקציבי לא יכול להוביל להימנעות של המדינה מהגנה על זכות. עם זאת, בפס"ד הזה נטען שמותר לשקול שיקולים תקציביים בהקשר של מניעת איומים ביטחוניים (בין היתר מאחר ששיקולים תקציביים הם בליבת העשייה של הממשלה), אך שיש לבצע איזון בין מידת ממשותו של האיום הבטחוני, הסיכון שצפוי לחיי אדם אם אותו הסיכון יתממש, העלות הכספית הכרוכה במניעתו או צמצומו של אותו הסיכון, וכן שיקולים אחרים שעשויים להיות רלוונטיים בהתאם לנסיבות. האיזון בין השיקולים נתון לרשות, אך היא צריכה לבצע אותו במסגרת מתחם הסבירות.
      3. עולה השאלה לגבי הגנה על זכויות אחרות שלא מופיעות בס' 4 לחו"י כבוד האדם. לפי ברק בכתיבה אקדמית, החובה להגן חלה גם לגבי זכויות אחרות כיוון שמדובר על הגנה על המרכיב השלילי של הזכות (כמו שאסור למדינה לפגוע בזכויות כך גם אסור לצד ג' לפגוע בזכויות, והמדינה היא זו שצריכה להבטיח שאכן פגיעה שכזו לא תקרה). הפסיקה לא ענתה בצורה מובהקת.
      4. בג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל – השאלה הייתה האם קיימת חובה על המשטרה להגן על מפגינים מפני קהל עוין. ביהמ"ש קבע שיש את המרכיב החיובי הזה והמשטרה לא יכולה להטיל את החובה הזו, כולה או חלקה, על שכמם של מי שרוצה לממש את זכות ההפגנה. כחלק מזה שיש זכות לחופש ביטוי המדינה צריכה להגן על אזרחים מפגינים מפני צד ג' שלא ירצה שההפגנה תקרה.
5. **זכויות מוחלטות מול זכויות יחסיות**
   1. זכות מוחלטת – זכות שאסור לפגוע בה לא משנה מה. גם אם רוצים לקדם את האינטרס הציבורי הכי חשוב שיש, הזכות היא מוחלטת ואי אפשר לאזן מולה כלום.
   2. זכות יחסית – זכות שבתנאים מסוימים ניתן לפגוע בה. זה הדין בישראל, וכבר בזכויות הפסיקתיות שהוכרו לפני 1992 ביהמ"ש קבע שהזכויות הן יחסיות ושבנסיבות מסוימות ניתן להגביל ולפגוע בזכויות אלו.
   3. רעיון זה של זכויות יחסיות עולה ממבנה חוקי היסוד. עצם העובדה שישנה פסקת הגבלה מעידה על כך שאכן קיימים תנאים מסוימים בהם ניתן לפגוע בזכויות המנויות בחוקי היסוד.
6. **זכויות אדם מול זכויות אזרח**
   1. זכות אדם – שייכת לכל אדם באשר הוא אדם בלי קשר לשיוך האזרחי שלו. למשל ס' 6(א) לחו"י כבוד האדם המקנה לכל אדם את הזכות לצאת מהארץ.
   2. זכות אזרח – זכות הנגזרת מהמעמד האזרחי שלו. למשל ס' 6(ב) לחו"י כבוד האדם המקנה לאזרח ישראלי הנמצא בחו"ל את הזכות לחזור לארץ.
   3. עולה השאלה לגבי אדם הנמצא בארץ באופן לא חוקי והוא לא אזרח המדינה. המדינה לא יכולה לפגוע בזכויות אדם של כל אדם שהוא, ולכן גם אם הוא לא אזרח המדינה והוא נמצא במדינה בצורה לא חוקית על המדינה לכבד את זכויות האדם שלו.
7. **זכויות אזרחיות-פוליטיות מול זכויות חברתיות-כלכליות**
   1. כיום כבר מטילים ספק בחלוקות הקלאסיות, אבל בד"כ מקובל לחלק את זכויות האדם לשני דורות של זכויות – בדור הראשון אזרחיות-פוליטיות ובדור השני חברתיות-כלכליות. המטרה של הדור הראשון היה לעבור ממשטרים טוטליטאריים ולהגביל את כוחו של השלטון. המטרה של הדור השני הייתה להכיר בזכויות שדורשות להטיל על המדינה חובות לדאוג למימושן.
   2. בעבר היה נהוג לומר שהאזרחיות-פוליטיות הן שליליות וחברתיות-כלכליות הן חיוביות. עם זאת, כפי שכבר ניכר, ההבחנה בין זכויות חיוביות ושליליות היא בעייתית ולכן ייתכן ששני ההיבטים יהיו בכל אחד מסוגי הזכויות. כיום יש מי שמבקרים את הגישה הזו שעושה את ההבחנה. בייניש טוענת שלכל הזכויות יכולים להיות היבטים חיוביים ושליליים.
   3. ניכר שביהמ"ש הישראלי מגן יותר על זכויות אזרחיות-פוליטיות ופחות על זכויות חברתיות-כלכליות. חלק מזה נוגע לתפיסה אידיאולוגית של תפקיד המדינה (כמה המדינה צריכה להתערב בחיי הפרט). תפיסה יותר קפיטליסטית תדגול בהתערבות מועטה ולכן היא תכיר פחות בזכויות חברתיות-כלכליות, ולעומת זאת תפיסה סוציאליסטית תדגול במדינת רווחה ומתוך כך תכיר יותר בזכויות חברתיות-כלכליות.
   4. אזרחיות-פוליטיות – כמו למשל לבחור ולהיבחר.
   5. חברתיות-כלכליות – כמו למשל חינוך, מגורים, תעסוקה.

**כבוד האדם**

1. **מעמד כבוד האדם**
   1. לכבוד האדם מעמד מיוחד במשפט הישראלי, הוא נתפס כאחת הזכויות המרכזיות ביותר. חלק מזה נובע מהיסטוריה של העם היהודי. חוק היסוד נקרא "כבוד האדם וחירותו", מה שמראה שמדובר בזכות שרוצים להדגיש כבר בכותרת החוק. בנוסף, בסעיפי המבוא של החוק כבוד האדם מקבל מקום מרכזי (מוזכר במפורש ומספר פעמים).
   2. כאמור, ההיבט השלילי של הזכות מופיע בס' 2 של החוק בעוד ההיבט החיובי מופיע בס' 4. מכאן שלגבי הזכות לכבוד החוק עצמו מטיל על המדינה את החובה להבטיח את מימוש הזכות של הפרט.
   3. ההיבט האופרטיבי של המעמד המיוחד של הכבוד הוא שכאשר בוחנים פגיעה בזכות מציבים רף גבוה שהפגיעה צריכה לעמוד בו ע"מ להיות חוקתית.
2. **פרשנות הזכות לכבוד האדם והיקפה**
   1. חלק מהאתגר במשפט חוקתי הוא שהביטויים בחוקה הם פתוחים לפרשנות ועמומים. גם כבוד האדם יכול לקבל משמעויות שונות ולכן הפסיקה עסקה במשמעות המונח והיקפו. הפסיקה הישראלית נתנה שלוש משמעויות מרכזיות לזכות לכבוד במסגרת כבוד האדם.
   2. כבוד האדם במובן של איסור השפלה או ביזוי
      1. זו המשמעות הכי בסיסיות, מקובלת ומצומצמת של הזכות לכבוד. הדוגמאות לכך הוכרו בפסיקה עוד לפני המהפכה החוקתית.
      2. בג"ץ קטלן נ' שירות בתי הסוהר (79') – בוצע שימוש באמצעים פולשניים לאיתור הברחות סמים לתוך הכלא. הייתה עתירה נגד זה ובביהמ"ש הוחלט שמדובר בהפרה של כבוד האדם. הטענה של העותרים הייתה שמדובר בהשפלה וביזוי של האסירים. ביהמ"ש מתבסס על הזכות הפסיקתית לכבוד ומדגיש את החשיבות שלה. מעבר לכך, ניכר ברטוריקה של השופטים כי הם רואים בכבוד כבסיס לזכויות נוספות (בדומה לאופן בו רואים את הזכות לכבוד כיום בביהמ"ש, לאחר המהפכה החוקתית).
      3. ע"א שפר נ' מד"י (88') – השופט אלון מדבר במקרה זה על כבוד האדם באופן הרלוונטי לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מדובר על המתות חסד והשופט אלון מגיע למסקנות שונות, שאחת מהן עוסקת במשמעות של כבוד. "כבוד האדם פירושו שלא לבייש ולבזות את צלם האלוהים שבאדם". אלון עוסק גם במקרים שלדעתו לא נכללים בהגדרת הזכות לכבוד, כמו למשל פגיעה אזוטרית בכבודו של אדם רם מעלה שמצפה שיכבדו אותו.
   3. כבוד האדם במובן הקאנטיאני: ראיית האדם כמטרה ולא כאמצעי
      1. זוהי הרחבה חשובה שנהייתה מרכזית מאוד בפסיקה. קאנט ניסח תזות מוסריות הנוגעות לאדם כיצור תבוני, ובין היתר טען שהאדם הוא רק תכלית ולעולם לא אמצעי. עמדה זו מתיישבת בצורה טובה עם איסור השפלה או ביזוי, מאחר ששימוש באדם כאמצעי על-פי רוב תוביל להשפלתו או ביזויו.
      2. דנ"פ פלונם נ' שר הבטחון (97') – נקרא גם בג"ץ קלפי המיקוח. ישראל חטפה אזרחים לבנונים כבני ערובה ורצתה להשתמש בהם כקלף מיקוח לשחרור אסירים מחזבאללה. רק שני אנשים מתוך הלבנונים היו פעילי חזבאללה וכל השאר הוחזקו במעצר מנהלי ללא הצדקה מלבד הרצון להשתמש בהם כקלף מיקוח. ביהמ"ש קבע שלא ראוי להחזיק אנשים במעצר מנהלי כשההצדקה היחידה היא קידום תכלית שהמדינה רוצה לקדם. מעצר מנהלי של אנשים שלא מהווים סיכון למדינה מהווה פגיעה בכבוד האדם כיוון שמתייחסים לאדם כחפץ.
      3. בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר – פרשת הפרטת בתי הסוהר. אחת הטענות עסקה בשאלה האם הפרטה פוגעת בכבוד האדם. לפי בייניש ישנה פגיעה בכבוד מאחר שכליאה בידי גורם פרטי הופכת את האסיר לאמצעי להפקת רווחים באמצעות בתי הסוהר. בשל כך הפרטת בתי הסוהר כשלעצמה פוגעת בכבוד האדם והמשמעות היא שיש משהו אינהרנטי במאסר בידי גורם פרטי שמביא לפגיעה בכבוד (על אחת כמה וכמה אם התנאים בבית הסוהר המופרט גרועים יותר, אבל אפילו אם התנאים שם טובים יותר). נוסף על כך, נקבע שמדובר בעניין אובייקטיבי ולא סובייקטיבי, ולכן גם אם יש הסכמה מצד האסיר או שאין כלל תחושת ביזוי מצדו עדיין ניתן לקבוע שיש פגיעה בכבוד ושההפרטה פסולה.
      4. בג"ץ אדם נ' הכנסת (12') – ­­­פרשת חוק המסתננים. המדינה טענה שהיו שתי תכליות לחוק, אחת היא לפתור את הבעיות החברתיות שתופעת ההסתננות יצרה (עליה לא הייתה מחלוקת של תכלית לגיטימית) והשנייה היא תכלית הרתעתית. בנוגע לתכלית ההרתעתית עלתה השאלה האם לגיטימי שהמדינה, בלי משפט ובלי טענה שיש אשמה, שמה אנשים בכלא במדבר לשלוש שנים כדי שהמסר יעבור למסתננים פוטנציאליים וכדי להרתיע אותם מלהסתנן. השאלה שעולה היא האם לגיטימי להשתמש במסתננים כאמצעי להשגת הרתעה של מסתננים פוטנציאליים. השופטת ארבל סוקרת את התפיסה של המשפט הישראלי ביחס לשימוש באדם כאמצעי וקובעת שהתכלית מסתמנת כלא ראויה, אבל מגיעה לפסילה של החוק בדרך אחרת.
   4. כבוד האדם במובן של אוטונומיה
      1. ע"א דעקה נ' בית חולים כרמל – המערערת אושפזה לטובת ניתוח ברגל, היא חתמה על טופס הסכמה לניתוח אבל כשהיא הייתה על שולחן הניתוחים החתימו אותה על טופס הסכמה לניתוח נוסף. חלק מהשאלה הייתה האם יש מקום לפסוק לה פיצויים בגין נזק לא גופני שנגרם לה עקב פגיעה באוטונומיה. ביהמ"ש קובע שיש להכיר בנזק שנובע מכך שבוצע בגוף שלה ניתוח בלי ההסכמה שלה מאחר שמדובר בפגיעה באוטונומיה. השופט אור דן בפגיעה באוטונומיה כזכות מסגרת (יכולה להוות בסיס לגזירה של זכויות נוספות) שהיא אחד הביטויים המרכזיים של זכות האדם לכבוד. ההגדרה של אוטונומיה היא הזכות של כל פרט להחליט על מעשיו ומהוויו בהתאם לרצונו.
      2. בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת – פרשת חוק טל. במקרה זה ביהמ"ש דוחה במפורש את הפשרנות הצרה לפיה כבוד האדם מגן רק מפגיעות קלאסיות של השפלה וביזוי. במקום זה נקבע שביסודה של הזכות החוקתית לכבוד ניצבת ההכרה כי אדם הוא יצור חופשי, וכי ביסוד כבוד האדם ניצבת האוטונומיה וזכות הבחירה של האדם. חלק מהאתגר הוא שהזכות לאוטונומיה היא מאוד רחבה, ושניתן להגיד לגבי כל מגבלה שמטילים על כל אדם שהוא שהיא פוגעת בזכות לכבוד.
   5. כל אחת משלושת המשמעויות מקובלות כיום בפסיקה. הכרה במובן הרחב יותר לא מבטלת את המובן הצר אלא מוסיפה עליו.
3. **כבוד האדם כמקור לזכויות נוספות**
   1. עד עתה דובר על שאלת היקף הזכות לכבוד, אך לצד שאלה זו קיימת השאלה האם זכות היא זכות חוקתית. התשובה לשאלה יכולה להיות פשוטה כאשר זכות מסוימת מנויה במפורש בחוק יסוד, אך העניין מורכב יותר כשמדובר על זכות לא מנויה. המנגנון שביהמ"ש מצא הוא לגזור זכויות מתוך כבוד האדם ולכן צריך להבין האם ואיך ניתן לגזור זכויות מכבוד האדם.
   2. הגישה המצמצמת: כבוד האדם אינו מקור לזכויות אלא זכות ספציפית בלבד
      1. לפי גישה זו כבוד האדם אינו אגד זכויות שמהווה בסיס לזכויות אחרות אלא זכות מסוימת שמטרתה למנוע השפלה וביזוי. אם כך, כמו שלא גוזרים זכות לשוויון מהזכות לפרטיות כך גם לא נכון לגזור את הזכות לשוויון מהזכות לכבוד.
      2. כיום אין בפסיקה תמיכה בגישה זו אך ניתן לראות כתיבה אקדמית (דני סטטמן וגידי ספיר) שתומכת במידת מה בגישה זו.
   3. גישת ביניים מצמצמת: גישת דורנר באליס מילר (מבחן ההשפלה)
      1. בפרשה זו עלתה השאלה האם יש זכות לשוויון על רקע האיסור שחל על נשים להתמיין לקורס טיס. לפי דורנר, אי אפשר להכיר בזכות חוקתית מלאה לשוויון אבל לא יכול להיות ספק שתכלית חו"י כבוד האדם היא להגן על אדם מהשפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו, ואין דרך לפרש את החוק כך שהשפלה לא פוגעת בכבוד. בהינתן כל זאת, חוק היסוד מגן מפגיעה בשוויון כאשר היא כרוכה בהשפלה.
      2. עולה השאלה איך יודעים שפגיעה בשוויון גם פוגעת בכבוד מבחינת ביזוי והשפלה. לפי דורנר, בסוגים מסוימים של אפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם אפליה מחמת מין או גזע, מדובר בהשפלה. טענות כאלו של שוויון יקבלו הגנה חוקתית. הבעיה בדבריה של דורנר היא שהיא לא מפרטת, ולכן לא ברור האם אפליה על רקע קבוצתי שונה ממין או גזע גם תיחשב לא חוקתית (כמו למשל אפליה על רקע נטייה מינית).
      3. מבחינת ברק זוהי הגישה המצמצמת ביותר מאחר שהוא לא מכיר בגישת כבוד האדם כזכות ספציפית.
   4. גישת ביניים מרחיבה: גישת ברק (קשר ענייני הדוק לכבוד על כל מובניו, לרבות אוטונומיה)
      1. ברק מכנה גישה זו כגישת ביניים מאחר שמצד אחד הוא לא מסכים עם גישת דורנר לפיה רק מקרים של ביזוי והשפלה רלוונטיים אך מצד שני הוא לא מסכים עם הגישה לפיה הכבוד הוא מקור לכל הזכויות כולן. ברק סבור שכבוד האדם היא זכות מסגרת שמאגדת בתוכה את כל זכויות האדם אשר קשורות בקשר הדוק לכבוד האדם, אם בגרעינו ואם בשוליו. מכאן שביהמ"ש יכיר בזכויות בלתי מנויות אם יש להן קשר ענייני והדוק לכבוד בכל אחד מהמובנים (ביזוי והשפלה, קאנטיאני ואוטונומיה).
      2. לא מדובר בגישה המרחיבה ביותר מאחר שיהיו זכויות שניתן יהיה להגיד לגביהן שהן לא נגזרות מכבוד האדם (בהינתן שאין להן את אותו הקשר לאחד מהמובנים של כבוד האדם). עם זאת, חשוב לשים לב שמדובר בגישה מרחיבה בצורה משמעותית ביחס לגישת דורנר, בין היתר מאחר שהיא כוללת את היבט האוטונומיה שהוא מטבעו רחב ביותר.
   5. הגישה המרחיבה: מקור לכל הזכויות
      1. לפי גישה זו כל זכויות האדם נכללות בזכות לכבוד. גישה זו לא מופרכת לגמרי מאחר שיש כתיבה תיאורטית לפיה הרעיון של זכויות האדם בעצמו נובע מהתפיסה של כבוד האדם. כמו כן, ניכר שחו"י כבוד האדם וחירותו כולל זכויות שונות שלאו דווקא קשורות לכבוד (פרטיות וכדו'), והוחלט שהכבוד הוא הכותרת של כל הזכויות המנויות בחוק. מכאן שניתן להבין שהכבוד הוא הבסיס של כל שאר הזכויות.
      2. הבעיה בגישה זו היא שהחוק מונה במפורש רשימת זכויות ולא מציין שהכבוד הוא בסיס לזכויות נוספות ושמדובר ברשימה פתוחה, ולכן קשה להלום את הגישה הזו עם המבנה של החוק. מכאן שלא ניתן משקל לכוונת המחוקק.
      3. ההבדל בין גישה זו לגישת ברק היא שלפי גישה זו כל זכות בלתי מנויה יכולה להתבסס על כבוד האדם, בעוד שלפי גישת ברק עדיין צריך לעבור את המבחן של קשר הדוק לאחד ההיבטים שהפסיקה הכירה בהם עבור כבוד האדם (ולראיה אכן היו מקרים בהם ברק קבע שישנה זכות בלתי מנויה שלא ניתן להכיר בה בהתבסס על הזכות לכבוד מאחר שהיא לא עומדת במבחן).
      4. ישנה ביקורת על המהלך הרטורי של ברק של הצגת העמדה שלו כעמדת ביניים ע"מ שהיא תצטייר בצורה טובה, כאשר אחת מעמדות הקיצון היא מעין "איש קש" שאף אדם אחר לא דוגל בה. במקרה זה הביקורת היא שהגישה המרחיבה היא גישה שלא קיימת בפועל ושברק מציין אותה ע"מ להציג את העמדה שלו כעמדת ביניים.

**שוויון**

1. **הקדמה**
   1. שוויון נחשב אחת הזכויות החשובות והמרכזיות ביותר במשפט הישראלי. מדובר בזכות שהוכרה לפני שנים רבות בפסיקה (כשעוד הייתה מגילת זכויות פסיקתית בלבד). זכות זו לא עוגנה במפורש בחו"י כבוד האם וחירותו, אבל הפסיקה מצאה דרך בכל זאת להכיר בה כזכות חוקתית.
   2. לפי הזכות לשוויון צריך להתייחס לבני האדם בצורה שוויונית, מה שיוצר חובה על המדינה לא להפלות. מצד אחד הרעיון הוא מאוד אינטואיטיבי ופשוט, אבל מסתמן שבניגוד לשאר הזכויות מדובר בזכות מורכבת מאחר שהשאלה האם יש פגיעה או לא מתחילה בשאלה מתי אפליה היא לא כדין (בלתי אפשרי שכולם יקבלו את אותו היחס בכל מקרה, ולכן תעלה השאלה מתי יחס לא שוויוני הוא אכן פגיעה בזכות).
2. **מעמד חוקתי**
   1. כאמור, הזכות לשוויון לא נכללה בזכויות היסוד. לא מדובר בדבר מקרי, אלא בתוצאה של ההיסטוריה החקיקתית (מאחר שלא הצליחו להעביר את מגילת זכויות היסוד פירקו אותה לזכויות יסוד פרטניות ודחו את הדיון בזכויות השנויות במחלוקת לעתיד, ביניהן הזכות לשוויון). לאחרונה היו דיונים האם צריך להכניס את הזכות לשוויון לחוק הלאום, ובסופו של דבר לא הכניסו אותה. עולה השאלה האם מדובר בהסדר שלילי – יש שטוענים שצריך לעגן את הזכות לשוויון אך שחוק הלאום אינו המקום הראוי לכך ויש שטוענים שאין צורך לעגן את הזכות לשוויון מאחר שהיא נגזרת מחו"י כבוד האדם ושהיא כבר הוכרה ע"י ביהמ"ש. לצד אלו קיימים כאלו שטוענים שאין לעגן את הזכות לשוויון משני טעמים, ראשית עיגון כזה יערער את האופי היהודי של המדינה ושנית הוא עלול להוביל לקביעה שחוק השבות לא חוקתי מאחר שסותר את הזכות לשוויון.
   2. בפסיקה היו דעות שונות לגבי השאלה האם הזכות לשוויון היא זכות חוקתית. דורנר באליס מילר מסתכלת על ההיסטוריה החקיקתית וקובעת שלאורה לא ניתן להגיד שיש זכות חוקתית מלאה לשוויון מאחר שברור שלא לכך התכוונה הכנסת. עם זאת, למרות שאין זכות חוקתית מלאה לשוויון, במקרים הספציפיים בהם הפגיעה בשוויון היא גם משפילה ומבזה, ניתן להגיד שמדובר בפגיעה בזכות חוקתית מאחר שמדובר בפגיעה בכבוד האדם. במקרים שלא נכללים תחת הגדרה זו לא ניתן להגיד שיש פגיעה בזכות חוקתית.
   3. גישת ברק בבג"ץ התנועה לאיכות השלטון (גיוס בחורי ישיבות) – ברק דוחה את גישת דורנר וקובע שניתן לגזור את הזכות לשוויון לא רק במקרים של ביזוי והשפלה. כבוד האדם כולל היבטים נוספים כמו למשל אוטונומיה. לפי ברק, ניתן לעגן בכבוד האדם את כל מה שקשור לשוויון שיש לו קשר ענייני והדוק לכבוד האדם. גם ברק לא חושב שכבוד האדם בולע את כל ההיבטים של שוויון (לא מכירים בשוויון כזכות מנויה באופן מלא), אבל כל פעם שמראים קשר ענייני הדוק בין השוויון לבין כבוד האדם (על כל היבטיו – ביזוי והשפלה, קנטיאני, אוטונומיה) ניתן לקבוע שיש פגיעה בזכות חוקתית. מצד אחד ברק בהחלט מרחיב ומאפשר לכלול זכות לשוויון במקרים רבים, אך מצד שני הוא מדגיש שלא מדובר בזכות חוקתית מלאה על כל היבטיה אלא עדיין צריך לעשות את הניתוח ולהבין שיש קשר ענייני הדוק בין השוויון לבין הכבוד. ברק היה בדעת רוב במקרה זה וכיום זו ההלכה. בפועל מאז בוטלו חוקים מכוח הלכה זו (שני חוקי גיוס). לפעמים הפסיקה לא מדקדקת בניתוח הזיקה העמוקה בין השוויון לבין הכבוד, וקורים מקרים בהם שופטים קובעים שישנה זכות חוקתית לשוויון.
3. **שוויון פורמאלי מול שוויון מהותי**
   1. שוויון פורמאלי – יחס זהה לכולם. למשל, כולם משלמים אותו מע"מ. בבחירות לכנסת קול אחד לכל אחד.
   2. שוויון מהותי – יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. נובע מהתפיסה שיחס שווה לכולם יכול למעשה לפגוע בשוויון. דוגמה לכך היא תשלום מיסים (גובה ההכנסה משפיע על מדרגת המס). השוויון המהותי מתייחס לזה שלא כל הבחנה היא אפליה, אלא השאלה היא האם יש שוני רלוונטי שמצדיק התייחסות נפרדת לפרטים ולקבוצות. אם יש שוני רלוונטי לא מדובר באפליה אלא בהבחנה מותרת. העמדה שהתקבלה בפסיקה היא באופן חד משמעי התפיסה של השוויון המהותי.
4. **מבחן השוני הרלוונטי**
   1. מסתכלים מה התכלית של הנורמה הרלוונטית ובוחנים האם לאור התכלית הזו השוני בין הקבוצות רלוונטי לאותה התכלית שמבחינה ביניהם (כאשר יש חוק שמבחין בין קבוצות שואלים מה התכלית שלו והאם השוני בפועל בין הקבוצות רלוונטי לאותה התכלית). מבחן זה נוגע לשאלה האם יש פגיעה בשוויון (בשלב הפגיעה בזכות של הניתוח החוקתי), מאחר שבמידה ויש שוני רלוונטי הרי שאין פגיעה בשוויון.
   2. בג"ץ יקותיאלי נ' השר לענייני דתות
      1. מדובר בעתירה של סטודנטים שטענו שכשהם לומדים לימודי דת בהשכלה גבוהה הם לא מקבלים תמיכה בעוד שבחורי ישיבות מקבלים תמיכה מהמדינה. ברור שהסטודנטים מקבלים יחס שונה שפוגע בשוויון הפורמלי. כדי להבין האם יש פגיעה בשוויון המהותי צריך להבין מה תכלית החוק והאם השוני רלוונטי לתכלית זו.
      2. בייניש קובעת שוודאי שיש שוני בין הקבוצות, ולכן צריך להבין מה תכלית החוק והאם השוני רלוונטי לאותה התכלית. במקרה זה התכלית של תמיכה בבחורי ישיבות היא תכלית חברתית-כלכלית. נוכח תכלית זו השוני לא רלוונטי מאחר שלנוכח תכלית זו הבדיקה הייתה צריכה להיות של מצב כלכלי ולא של אופי הלימודים. בשל כך בייניש קובעת שמדובר בהבחנה פסולה.
      3. השופט אדמונד לוי במיעוט קבע שיש שוני רלוונטי מאחר שקיים שוני מהותי בין לומדי התורה לבין קבוצת ההתייחסות עליה נשענת העתירה. מדובר בקבוצה ייחודית שבחרה באורח חיים כמעט סגפני. הרכיב של מיצוי כושר ההשתכרות (לימודים כיום וקבלה לעבודה בעתיד ע"מ להפיק רווח מהלימודים) אינו ישים לעניינם של לומדי התורה שתורתם אומנותם.
   3. גישת דורנר באליס מילר – מדובר בחריג למבחן השוני הרלוונטי המקובל. לפי גישה זו, במקרים בהם בוחנים שוני רלוונטי הנוגעים להבחנה על רקע קבוצתי (דוגמת גזע או מין), אפילו אם מגיעים להבנה שהשוני רלוונטי עדיין צריך להמשיך בניתוח החוקתי. סיבה אחת לכך היא שהבחנה על רקע קבוצתי פוגעת בזכות החוקתית לשוויון גם אם יש שוני רלוונטי מאחר שמדובר בפגיעה בכבוד האדם. סיבה נוספת היא שמבחן השוני הרלוונטי בעייתי מאחר שאין תמיד אמות מידה לקבוע האם יש שוני רלוונטי, מה שמוביל לסכנה שקביעה האם יש שוני רלוונטי תתבסס על דעות קדומות בעייתיות (בעניין אליס מילר קביעה שיש שוני רלוונטי עלולה להתבסס על סטריאוטיפים משפילים הקיימים על נשים שלכאורה מצדיקים יחס שונה לגברים ולנשים). סיבה שלישית היא שגישה לפיה מסתכלים רק האם השוני רלוונטי לא בוחנת באיזו מידה צריך לתת לשוני זה משקל.
5. **אפליה ישירה לעומת אפליה תוצאתית**
   1. אפליה ישירה – מקרה בו החוק עצמו יוצר את ההבחנה בין הקבוצות בצורה מפורשת. ניתן גם להגיד שחוק שהניסוח שלו נראה ניטרלי אך המטרה הברורה שלו היא אפליה (למשל מקריאת הדיונים בכנסת) מהווה אפליה ישירה.
   2. אפליה תוצאתית – גם אם החוק מנוסח באופן ניטרלי ולא מצליחים להוכיח כוונה להפלות, השאלה היא מה התוצאה בפועל של החוק. אם החוק מביא בפועל לתוצאה של אפליה מדובר באפליה תוצאתית. הפסיקה בישראל מכירה גם באפליה תוצאתית.
   3. בג"ץ עדאלה נ' שר הפנים (חוק האזרחות) – כזכור, נקבע שאזרח ישראלי שמתחתן עם תושב השטחים לא יכול לעשות איחוד משפחות. הניסוח של החוק הוא ניסוח ניטרלי (לא כתוב שיהודים יכולים לעשות איחוד משפחות וערבים לא, אלא שהחוק תקף לכל אזרח ישראלי). המדינה טענה שלא התכוונה להפלות בין אזרחים ישראלים יהודים לאזרחים ישראלים ערבים, אלא שתכלית החוק היא ביטחונית בלבד. הבעיה היא שמבחינה פרקטית מי שבפועל מתחתן עם פלסטינים הם ערבים ישראלים, ולכן ברק קובע שהפגיעה בשוויון לא נבחנת רק באמצעות הנורמה אלא גם באמצעות התוצאה אליה מביאה אותה הנורמה. במקרה זה אכן הייתה תוצאה מפלה בכך שרוב מי שהתחתן עם פלסטינים הם ערבים אזרחי ישראל, מה שהוביל לפגיעה בזכות שלהם לחיי משפחה, ולכן מדובר באפליה תוצאתית. בעניין זה גם חשין מסכים שתוצאתית צריך לראות שהחוק בפועל פוגע בקבוצה מסוימת, אך קובע שיש שוני רלוונטי שמצדיק זאת. מכאן שגם כשיש אפליה תוצאתית צריך להבין האם יש שוני רלוונטי שמצדיק אותה.
   4. בג"ץ ועדת המעקב לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה – במקרה זה ממשלת ישראל החליטה לסווג אזורי עדיפות לאומית במקומות שונים בארץ. הסיווג שנעשה נעשה לפי קריטריון גיאוגרפי, כשהתכלית הייתה להבחין בין אזורים קרובים למרכז לבין הפריפריה. לכאורה קריטריון זה ניטרלי (מגדיר סיווג לפי מיקום פיזי ולא לפי שיוך למגזר הערבי או היהודי). עם זאת, בפועל חקיקה זו השיגה תוצאה מפלה, בין אם זו הייתה הכוונה ובין אם לא. ביהמ"ש בחן את התוצאה דה-פקטו וראה ש-500 ישובים יהודים קיבלו הטבה בעוד ש-4 ישובים ערבים בלבד קיבלו את ההטבה. יחס זה לא תואם את שיעור הערבים באוכלוסייה, ולכן ניתן להגיד שמדובר באפליה תוצאתית.
6. **סיכום**
   1. 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.
   2. 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**

1. קיימים מספר מאפיינים ייחודיים לחופש העיסוק.
2. **שריון פורמאלי/פרוצדוראלי** – לפי ס' 7 לחוק היסוד אין לשנות אותו אלא בחוק יסוד שהתקבל ברוב של חברי כנסת.
3. **היעדר שמירת דינים** – בניגוד לחו"י כבוד האדם, בחו"י חופש העיסוק אין שמירת דינים. בעבר היה סעיף שמירת דינים שהיה זמני ופקע.
4. לפי שני מאפיינים אלה ניתן לשער שחופש העיסוק הוא הזכות הכי חשובה בישראל. מהצד השני יש היבטים ייחודיים שמגבילים את הזכות הזו יותר מאשר הזכויות האחרות.
5. **זכות אזרח או זכות אדם** – לפי ס' 3 לכל אזרח או תושב של המדינה יש זכות לחופש עיסוק. הקושי הוא שאמנם החוק אומר שהזכות לא מובטחת לכל אדם אלא רק לאזרח או תושב, אולם בבג"ץ בז'רנו נאמר שלכל אדם יש זכות להתפרנס. מכאן שיש פסיקה קודמת שטוענת שמדובר בזכות אדם וחקיקה שאומרת שמדובר בזכות של אזרח או תושב. התפיסה כיום היא שהזכות החוקתית רלוונטית רק לאזרח או תושב והזכות הפסיקתית רלוונטית לכל אדם. הבחנה זו רלוונטית בהקשר של מדרג נורמטיבי (מתי ניתן לפגוע בזכות של מישהו לחופש עיסוק).
6. **פסקת ההתגברות**
   1. חו"י חופש העיסוק הוא היחיד בו יש פסקת התגברות (נמצאת בס' 8). פסקת ההתגברות נותנת מסלול עקיף למגבלות שחוק היסוד מטיל על המחוקק. בד"כ אפשר לפגוע בזכויות המעוגנות בחוק היסוד דרך פסקת ההגבלה, אבל פסקת ההתגברות נותנת מסלול עוקף/נוסף. לפי פסקת ההתגברות ניתן לפגוע בזכויות המעוגנות בדרך שלא עומדת בתנאים המנויים בפסקת ההגבלה בתנאי שהיא עומדת בתנאים של פסקת ההתגברות.
   2. תאני פסקת ההתגברות
      1. על החוק להתקבל ברוב של 61 ח"כים.
      2. החוק יאמר במפורש שהחוק נחקק על אף האמור בחו"י חופש העיסוק.
      3. אם מתקיימים שני תנאים אלו חוק זה יהיה תקף ל-4 שנים בלבד. החוק למעשה יהיה כמו הוראת שעה מאחר שכל 4 שנים הכנסת תצטרך לתת שוב את דעתה על החוק הנדון ולהחליט האם מאריכים את תוקפו.
   3. מדובר למעשה במנגנון אחר להבטחה על זכויות. צריך שהמחוקק יבין שיש זכות חוקתית לחופש עיסוק ושהוא פוגע בה באופן שלא עומד בפסקת ההגבלה. נכון להיום הכנסת הישראלית עשתה שימוש בפסקת ההתגברות פעם אחת בלבד.
   4. בג"ץ מיטראל נ' הכנסת
      1. במקרה זה תקפו החלטה של הרשות המבצעת שהגבילה את היכולת לייבא בשר לא כשר. השופט אור כתב שמאחר שעברו חוקי היסוד יתכן שמדובר בהחלטה לא חוקתית. אמירה זו הובילה להוספת פסקת ההתגברות לחו"י חופש העיסוק. לאחר מכן אכן הועבר חוק הנוגע לייבוא בשר שעומד בתנאי פסקת ההתגברות.
      2. העותרים בהמשך טענו שהחוק פוגע בזכויות נוספות שלהם (כגון קניין, שוויון וכדו') אשר מעוגנות בחו"י כבוד האדם וחירותו. סוגיה זו עוררה את השאלה מה קורה כשיש חוק שעומד בפסקת ההתגברות אבל פוגע גם בזכויות המעוגנות בחוקי יסוד להם אין פסקת התגברות (באילו מקרים מעניקים לחוק חסינות לא רק מטענות שהוא פוגע בחו"י חופש העיסוק אלא גם מטענות שהוא פוגע בחו"י כבוד האדם).
      3. ביהמ"ש (ברק) קבע שלושה תאנים מצטברים, שאם כולם יתקיימו נותנים חסינות ל"חוק חורג" (חוק שחוקק באמצעות פסקת ההתגברות) גם מטענות ביחס לחופש העיסוק וגם מטענות ביחס לכבוד האדם:
         1. הפגיעה בזכויות האחרות הינה תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחופש העיסוק – פה למעשה נאמר שכשפוגעים בחופש העיסוק יש דברים שבאופן טבעי יפגעו כתוצאת לוואי. הרבה פעמים טענות של פגיעה בקניין היא תוצאת לוואי של פגיעה בחופש העיסוק.
         2. הפגיעה בחופש העיסוק היא העיקרית והפגיעה בזכויות האחרות היא משנית – בוחנים איפה הפגיעה המשמעותית והעיקרית. לא רוצים שהמחוקק יפגע בזכויות מכבוד האדם ויעשה זאת ע"י כך שיכלול פגיעה משנית בחופש העיסוק. צריך שהחוק בעיקרו יעסוק בפגיעה בחופש העיסוק.
         3. הפגיעה בזכויות האחרות אינה פגיעה ממשית – גם כשהפגיעה בזכויות אחרות היא תוצאת לוואי וכשהפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק ניתן להגיד שהחוק לא חסין מטענות בהינתן שהפגיעה ביתר הזכויות (משנית ככל שתהיה) היא משמעותית.
      4. במקרה זה ברק קבע שחוק הבשר הקפוא עומד בתנאים הללו ולכן הוא יהיה חסין מטענות לפיהן הוא פוגע בזכויות מחו"י כבוד האדם וחירותו.
7. **היקף הזכות**
   1. מהו עיסוק
      1. נוסח חוק היסוד (ס' 3) לא עונה על השאלה בנוגע להיקף הזכות. לפי החוק, כל אזרח או תושב זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. לא ברור אילו מקצועות נכללים בזה ואילו לא.
      2. *בג"ץ מנחם נ' שר התחבורה* – בייניש קובעת שעיסוק במובנו של חוק היסוד כולל שני תנאים מצטברים: 1. פעילות מתמשכת – זה לא אומר שצריך המשכיות של תקופת חיים שלמה או תדירות גבוהה, רק צריך להראות שלא מדובר בפעילות חד-פעמית או ארעית; 2. העיסוק צריך להיות בסיס לחיים – לא הכרחי שזה יהיה הבסיס היחיד או אפילו העיקרי לקיומו של אדם, צריך רק שזה יהיה עיסוק שיכול להיות מקור שניתן להתקיים ממנו.
      3. ההגדרה של היקף העיסוק החוקתי צריכה להתאים את עצמה לעיסוקים חדשים שיצוצו במהלך השנים, ולכן הפסיקה מודעת לכך שלא מדובר ברשימה סגורה של מקצועות מסורתיים. בשל כך כל עיסוק שעומד בשני תנאים מצטברים אלו ניתן להכיר בו כעיסוק.
   2. האם כל עיסוק, לרבות עיסוק שלילי
      1. עולה השאלה לגבי עיסוקים כגון הימורים, סחר בסמים, רוצח שכיר וכדו'. מצד אחד ניתן לשאול איך מישהו שעוסק בעיסוק לא חוקי יכול לטעון שמגבילים זכות חוקתית שלו לעיסוק, אך מצד שני ניתן לשאול האם החוקים שאוסרים על לעסוק בעיסוק מסוים יכולים להתקיים במקביל לחו"י חופש העיסוק (האם למעשה ניתן לטעון שחוק שקובע שעיסוק מסוים אסור הוא חוק לא חוקתי).
      2. הפסיקה מרחיבה בהיקף של פרשנות חופש העיסוק. גם עיסוק שאינו יצרני או תורם לחברה נכלל בחופש העיסוק. לגבי עיסוקים לא חוקיים, נראה שהגישה המקובלת היא שאפילו פעילות בלתי חוקית יכולה בתנאים מסוימים להיכלל תחת הזכות החוקתית לחופש העיסוק. עצם החוקיות של העיסוק לא קובעת את היקף הזכות, והמשמעות היא שגם איסור פלילי לעסוק בעיסוק מסוים צריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה או פסקת ההתגברות. יש גם דעות אחרות (לפחות בספרות) לפיהן קביעת ההיקף של זכויות חוקתיות והשאלה מתי איסור פלילי פוגע בזכות חוקתית צריכה לקחת בחשבון האם לפעילות יש תועלת לחברה והאם היא מזיקה. למשל להיות רוצח שכיר, לפי עמדה זו, לא נכנסת תחת חופש העיסוק.
   3. חופש העיסוק כחופש התחרות
      1. מה קורה במקרה בו המדינה לא מגבילה את היכולת של אדם לעסוק במקצוע מסוים, אבל היא נותנת יתרון לקבוצה מסוימת באוכלוסייה ביחס לעיסוק זה. הפסיקה קבעה שחופש העיסוק לא כולל רק את האפשרות לעסוק במקצוע מסוים אלא גם את התחרות השווה במקצוע זה. אסור למדינה להתערב בתחרות על מקצוע מסוים ע"י העדפת קבוצת אוכלוסייה מסוימת או ע"י הצבת מגבלות על קבוצת אוכלוסייה אחרת.
      2. *בג"ץ רשת חברת תקשורת והפקות בע"מ נ' ממשלת ישראל* – המדינה החליטה להכשיר את הקרקע להקמת ערוץ מסחרי שלישי (ערוץ 10) והעותרות שהיו הזכייניות של הערוץ השני טענו שמדובר בפגיעה בחופש העיסוק ובשוויון כיוון שמקנים לזכיינית החדשה של הערוץ החדש יתרונות על-פני העותרות. לפי החוק המוצע, לערוץ החדש יינתנו פטורים מסוימים ביחס לדרישות שדורשים מהערוץ השני. ביהמ"ש קבע שחופש העיסוק כולל לא רק את הזכות לעסוק במקצוע אלא גם את הזכות של אדם להתחרות עם העוסקים האחרים באותו הענף. ביסוד חופש התחרות עומד עקרון השוויון בין המתחרים, לפיו אסור למדינה להעדיף מתחרה אחד או להטיל מגבלות על מתחרה אחר. בפועל ביהמ"ש אישר במקרה זה את היחס הלא שוויוני בנימוק שבמקרה בו יש מתחרה חדש שרוצים להכניס לשוק ונותנים לו יתרונות מסוימים למעשה מדובר בעידוד חופש התחרות (נקרא חריג ינוקה). פס"ד זה מדגים גם נקודה רחבה יותר, שהפסיקה קבעה שחופש העיסוק הוא מסוג הזכויות שלא ניתנות רק לאדם בשר ודם אלא גם לתאגידים פרטיים. העמדה שהתקבלה בפסיקה היא שכל זכות חוקתית שלפי טבעה לא מחייבת שהיא תחול על אדם בשר ודם יכולה לחול גם על תאגיד (כשהדוגמאות הקלאסיות הן עיסוק וקניין).
8. **סוגי הפגיעה בחופש העיסוק**
   1. יש לעשות הבחנה בין שלילת עיסוק ומניעת הכניסה אליו לבין הגבלת אופן המימוש. שלילת העיסוק באופן טבעי יותר חמורה מהגבלת אופן השימוש. עם זאת, חשוב לזכור ששניהם נחשבים פגיעה בחופש העיסוק ושההבחנה נוגעת בעיקר לעוצמת הפגיעה (מה שבסופו של דבר משפיע על דרישת המידתיות). ניתן להסתכל על עריכת דין כדוגמה. אם אומרים שסטודנטים שלמדו בבר-אילן לא יכולים להתקבל למשרד עורכי דין מדובר בשלילת עיסוק ומניעת כניסה. לעומת זאת, אם אומרים שאסור לעורכי דין לנהל את עסקיהם מרכב מדובר בהגבלת אופן המימוש. אלו מקרים ברורים, אבל מה קורה אם אומרים שכדי שאדם יעסוק בעריכת דין צריך שיהיו לו משרדים שיהיו בגודל 100 מ"ר במגדלים בת"א. הקושי שעולה מדוגמה זו הוא שלפעמים הגבלת אופן השימוש יכולה להציב רף כה גבוה שלמעשה יהיה מדובר במניעת כניסה. בשל כך הפסיקה קבעה שלפעמים ההבחנה בין שני סוגי הפגיעה היא שאלה פרשנית שנוגעת להגדרת העיסוק ולסוג ההגבלה.
   2. בג"ץ חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות – הנשיא גרוניס קבע שהתיקון אכן פגע בחופש העיסוק של העותרים. עם זאת, הגבלה זו הינה חלקית, כיוון שהתיקון לא שלל לגמרי את האפשרות למכור מוצרי טבק אלא את האפשרות למכור אותם במכונות אוטומטיות. השאלה היא האם חיסלו מקצוע מסוים (משווקי סיגריות במכונות אוטומטיות) או שמא המקצוע הוא משווקי סיגריות ורק האופן בו השיווק מבוצע הוגבל. גרוניס קובע שאם העיסוק יוגדר באופן צר (משווקי סיגריות במכונות אוטומטיות) הרי שהפגיעה תהיה יותר קשה, ולעומת זאת אם העיסוק יוגדר באופן רחב יותר (מכירת מוצרי טבק / שיווק במכונות אוטומטיות) אז הפגיעה תהיה פחותה. במקרה זה גרוניס קובע שאפילו העותרים לא טוענים שממכר סיגריות במכונות הוא עיסוק בפני עצמו והם משייכים עצמם למקצוע של ממכר מוצרי טבק באופן כללי.

**חופש הביטוי**

1. במובן הכי בסיסי חופש הביטוי מאפשר את האפשרות להתבטא בלי חשש. הוא נחשב לאחת הזכויות החשובות ביותר במשפט. הוא הוכר כבר בבג"ץ קול העם ב-53' ומאז הפסיקה מדגישה כמה הזכות מרכזית ובעלת משקל. מצד שני, היא לא עוגנה במפורש בחו"י כבוד האדם וחירותו, אבל לאחר המהפכה החוקתית ביהמ"ש נתן לה מעמד חוקתי (עובדתית החוק הבא שרצו להעביר אחרי חופש העיסוק וכבוד האדם הוא חופש הביטוי, אבל הכנסת התפזרה ולא הספיקו להעביר את חוק היסוד).
2. **הרציונאלים של חופש הביטוי**
   1. גילוי האמת – כדי שיהיה אפשר לחשוף את האמת ולפתח את המחשבה חשוב לאפשר ביטוי חופשי.
   2. דמוקרטיה – חופש הביטוי נחוץ ע"מ לקיים הליך דמוקרטי תקין.
   3. האוטונומיה של הפרט – חלק מהאוטונומיה של האדם הוא האפשרות לבטא את עצמו באופן חופשי.
   4. הוצאת קיטור – עדיף שאנשים יביעו את עמדתם (לא מקובלת ככל שתהיה) בדיבור ולא באלימות.
   5. שאלת הרציונלים היא לא סתם דיון תיאורטי, אלא היא חשובה כדי להכיר בזכות. חשוב לזכור שכיום הזכות בלתי מנויה ולכן הרציונאלים עומדים במרכז ההכרה בזכות. רציונאלים אלו נוגעים גם לעוצמת הזכות (מה שיהיה רלוונטי ברגע שיהיה צורך לדון בפגיעה בזכות והאם הפגיעה מידתית).
3. **המעמד החוקתי של חופש הביטוי**
   1. גישת ברק בבג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל – זו העמדה המקובלת כיום בפסיקה. המבחן שהוא קבע הוא המבחן הנוגע לגזירת זכויות בלתי מנויות מכבוד האדם (אין זכות מלאה של חופש ביטוי כמו שהייתה אם היא הייתה מעוגנת בחוקי היסוד, אבל כל מה שניתן לומר שקשור בקשר הדוק עם אחד מהמובנים של כבוד האדם יזכה להגנה חוקתית ולמעמד חוקתי). בהקשר זה היבט האוטונומיה של חופש הביטוי הוא המסלול העיקרי שמביא להכרה בחופש הביטוי כזכות חוקתית (מאחר שחלק מהמובנים של כבוד האדם הוא אוטונומיה), אך ניתן גם דרך המובנים האחרים (ולכן בד"כ עדיין תעלה השאלה האם אכן יש קשר ענייני בין ההיבט הנדון של חופש הביטוי לבין אחד מהמובנים של כבוד האדם).
   2. גישת ריבלן בפרשת אילנה דיין – ריבלין קבע שחופש הביטוי הוכר כבעל מעמד חוקתי על חוקי. פוגלמן קובע בהמשך שבמשפט הישראלי חל שינוי ביחס למעמדו של חופש הביטוי ושהוא הוכר כזכות חוקתית. אלו היו אמירות אגב מאחר שלא נגעו למקרה.
   3. בג"ץ אורי אבנרי נ' הכנסת – עסק בחוק החרם. חוק זה מטיל אחריות נזיקית כנגד מי שמפרסם קריאה פומבית להטלת חרם על מי שיש לו זיקה לישראל או אזור שבשליטת ישראל ובכך המפרסם נתון לסנקציות. חלק מהסנקציות שהוא נתון להן הוא של פיצויים ללא הוכחת נזק לניזוק. ביהמ"ש אישר את החוק אבל פסל את הסעיף הנוגע לפיצויים ללא הוכחת נזק בקביעה שהוא אינו מידתי. מדובר בפעם הראשונה שביהמ"ש פסל סעיף בחוק שפוגע בחופש הביטוי.
4. **היקף הזכות** – מתעוררת השאלה האם כל ביטוי נכנס לגדר חופש הביטוי. מה עם לשון הרע למשל? מה עם הסתה לאלימות? לפי גישה אחת, היקף הזכות מאוד רחב ולא מגבילים אותה. "חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, תהא השפעתו אשר תהא, והיא אופן הבעתו אשר יהא" (בג"ץ יוניברסל סיטי סטודיוס נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות). הפסיקה אמרה לעניין ההיקף של הזכות שלא בודקים את תוכן הביטוי או את תוצאותיו. לגבי אופן הבעת הביטוי, ביטוי בהקשר זה היא כל פעילות שמטרתה להעביר מסר.
5. **מידת ההגנה על חופש הביטוי – מבחני האיזון**
   1. ניכר כי לפי הפסיקה רוב ההתבטאויות יכללו תחת חופש הביטוי, אך זה לא אומר שלגבי כל התבטאות ייקבע שהיא ראויה ושהמגבלה שמטילים עליה היא לא חוקתית. הפסיקה נתנה מספר אמות מידה מרכזיות, כאשר התפיסה היא שמידת ההגנה על הביטוי תשתנה בהתאם לאופי של הביטוי ובהתאם לנסיבות המגבלה וסוגי המגבלות.
   2. אופיו של הביטוי – התפיסה ההיסטורית היא שביטויים פוליטיים הם מהסוג המרכזי שמקבל הגנה. גם חופש ביטוי ספרותי יקבל הגנה משמעותית. דוגמה לביטוי שיקבל פחות הגנה היא ביטוי מסחרי. ככל שמדובר בביטוי שממש בצורה חזקה יותר את הרציונאלים של חופש הביטוי וקרוב אליהם הוא יקבל הגנה חזקה יותר. ככל שהוא מתרחק מהם הוא עדיין יהיה בהיקף אבל יקבל הגנה חלשה יותר.
   3. סוג המגבלה
      1. *איסור מראש או בדיעבד* – יש לעשות הבחנה בין איסור מראש על ביטוי מסוים (המדינה אומרת מראש שאסור לפרסם פרסום מסוים למשל) לבין סנקציה שמוטלת בדיעבד על התבטאות (תשלום פיצויים למי שנפגע מההתבטאות). כמובן שאיסור מראש ייתפס כיותר חמור.
      2. *מגבלה ניטרלית או הנוגעת לתוכן הביטוי* – דוגמה למגבלה ניטרלית היא איסור על הפגנה אחרי 23:00 או הגבלה על דציבלים של הרמקולים (מגבלות זמן, מקום וכדו'). מגבלות אלו לא נוגעות לתוכן הביטוי כלל. מגבלה הנוגעת לתוכן הביטוי אומרת שאפשר לאסור התבטאות מסוימת בהתאם לתוכן שלה. מגבלה הנוגעת לתוכן הביטוי תיחשב חמורה יותר ממגבלה ניטרלית מאחר שהיא הופכת את השלטון למעין צנזור על הדעות שבאות לידי ביטוי.

1. הרבה פעמים כשעוסקים במבחן זה עולה סוגיית הסבירות. [↑](#footnote-ref-1)