

הקדמה:**מאפייני המשפט החוקתי:**

1. **אין זהות בין השלטון לריבון:** העם הוא הריבון, הוא נותן לרשויות שבחר סמכות להחליט החלטות שמשקפות את רצון הרוב. משפט חוקתי מבטיח שהשלטון ייצג את העם ורצונו.
2. **שלטון מוגבל:** אמצעים להגבלת כוחו של השלטון מבטיחים שלא ינצל סמכותו לרעה ויפגע בזכויות האזרחים. חילוק הכוח בין הגופים השלטוניים השונים. **ההיבט המוסדי- הפרדת רשויות+ איזונים ובלמים** לפיהם כל רשות שומרת על הרשויות האחרות **זכויות אדם מוגנות-** גם כשכל רשות פועלת תחת סמכותה היא לא כל יכולה ויש זכויות שאינן ברות פגיעה.

מאפייני החוקה:

- ← היבט מוסדי: נורמות המסדירות את רשויות השלטון וסמכותן
- ← זכויות אדם: ברוב המדינות זה קיים, אף לא חובה
- ← עליונות: אי אפשר לסתור את הנאמר בה, כל נורמה נמוכה יותר שואבת את תוקפה מהנורמה מעליה
- ← נוקשות: כדי לשנותה צריך פרוצדורה מיוחדת תובענית יותר מזו של הליכי חקיקה רגילים.

עד המהפכה החוקתית- 1948-1992:

המחוקק הוא כל יכול, הפרלמנט הוא הריבון:

- אין מגבלה משפטית על הפרלמנט והוא יכול לחוקק כל חוק
- אין גוף שמעביר ביקורת על הפרלמנט ואין ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה
- בצול נ' שר הפנים** [לא בסילבוס]: בית המשפט דחה לגמרי עתירה נגד חוק איסור גידול חזיר כי כתוב בחוק שיש מפה ולא תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקים- לא על תוכן ולא על פרוצדורה
- בית המשפט מפתח מגילת זכויות אדם בלתי כתובה בפסיקותיו:

בז'רנו נ' שר המשטרה: [מעכרים שהמשטרה מנסה למנוע מהם זכות לעבוד] בנוגע לחופש העיסוק קובע בית המשפט כי קיימת זכות טבעית לזכות זו ולכן הרשות המבצעת יכולה לפגוע בה רק אם המחוקק אישר זאת.

- קול העם נ' שר הפנים:** למרות הסמכות לסגור עיתון בית המשפט אומר שהרשות המבצעת צריכה לשקול שיקולים נכונים תוך התחשבות בחופש הביטוי ההולם מדינה דמוקרטית. **איזון בין חופש הביטוי והעיתונות אל מול בטחון המדינה ושלוש הציבור:** מבחן הוודאות הקרובה של **אגרנט**- רק כשיש ודאות קרובה מעל ספק סביר לפגיעה בביטחון המדינה ניתן להגביל חופש ביטוי.
- מגילת זכויות האדם איננה כתובה היא מחייבת כלפי הרשות המבצעת בלבד והכנסת עדיין כל יכולה ומותר לה לפגוע בזכויות.

פסיקה ביחס למעמדם של חוקי יסוד:

- מודלים של ביקורת שיפוטית:

1. **פרוצדוראלי טהור-** ביהמ"ש בוחן איך התקבל החוק (3 קריאות) ואם הוא התקבל כדין הוא תקין (לא עוסק בתוכן).

2. **תוכני טהור-** ביהמ"ש בודק רק את התוכן של החוק בלי לבחון את הפרוצדורה שבה הוא התקבל.

3. **סמי פרוצדוראלי-** מודל ביניים שמשלב היבטים של ביקורת תכנית וביקורת פרוצדוראלית, ננקט בברגמן.

ברגמן נ' שר האוצר: מימון לא שווה של מפלגות ישנות, ביקורת שיפוטית: **תוכן** שוויון הוא גם שוויון להיבחר ולא רק לבחור

פרוצדורה פגיעה בזכות היא שינוי משתמע ולכן החוק מובטל ויש לחוקק חוק שאינו פוגע או פוגע ברוב 61.

← פרשנות לברגמן:

- חוק יסוד הוא בעל עליונות נורמטיבית, כשיש סתירה בין חוקים חוק היסוד ינצח.

- רק חוק משוריין הוא בעל מעמד נורמטיבי עליון [נוקשות]

- לא מעיד דבר על עליונות נורמטיבית של חוק יסוד, כשיש חוק משוריין נאכוף זאת. זהו רק יישום של סעיף שריון.

תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת: מימון מוגדל למפלגות מסוימות, ננקטה הפרשנות השניה של ברגמן: **אלון** צריך רוב של 61 גם בקריאה

טרומית ואם חוק לא עומד בשריון הרי הוא בטל, סמכות הכנסת לשריין חוק אך בית המשפט יכול לבטל חוק שסותר חוק יסוד משוריין. הכנסת יכולה לפגוע בחוק יסוד אך אם הוא משוריין צריך לעמוד בשריון. **ברק** אפשר לבטל חוק הסותר חוק יסוד גם אם אינו משוריין אך כרגע לא ראוי לעשות זאת.

← **לסיכום המצב עד 92:** הכנסת חוקקה חוקי יסוד מוסדיים אך לא חוקי יסוד של זכויות אדם ומעמדם של חוקי היסוד אינו ברור מהחלטת הררי. בית המשפט פיתח מגילת זכויות אדם לא כתובה ופירש את סמכותו לביקורת שיפוטית. הממשלה לא יכולה לפגוע בזכויות כל עוד הכנסת לא חוקקה חוק שמאפשר זאת. הפרלמנט יכול לחוקק חוק ובית המשפט יפרשו כך שתגרם פגיעה מועטה אך אם אין דרך פרשנות אין דרך לתת ביקור תעל חוק של הכנסת למעט חוק יסוד משוריין שאין לשנותו [לרבות פגיעה ושינוי משתמע] אלא בדרישות השריון.

המהפכה החוקתית שנת 1992 והילך:

הכנסת חוקקה חוקי יסוד של זכויות אדם- כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק

חוק יסוד חופש העיסוק:

- הגדרת אופי המדינה כיהודית דמוקרטית
 - פסקת ההגבלה- פגיעה רק בתנאי הסעיף, שירון מהותי הכנסת כבר לא יכולה לעבור עליו
 - פסקת ההתגברות- פגיעה רק ברוב ח"כים, יש לציין שפגעו, תקף רק 45 שנים
 - פסקת נוקשות- שינוי רק ברוב של 61 ורק בחוק יסוד אחר
 - פסקת הכיבוד- כל רשויות השלטון מחויבות כולל הכנסת
 - אין שמירת דינים- ניתן לתקוף גם חוקים ישנים שסותרים
- חוק יסוד כבוד האדם וחירותו:** דומה לחופש העיסוק אך יש לו שמירת דינים, אין פסקת התגברות, אין פסקת נוקשות

פס"ד בנק המזרחי:

בפסק דין זה קבע ברק שלישראל ישנה חוקה הכוללת את 11 חוקי היסוד שנחקקו עד אז, מה דינו של חוק הסותר? **שינוי:** [למחוק או להוסיף מילה, לשנות טקסט] ניתן לשנות רק על ידי חוק יסוד אחר+ רוב של 61 אם משוריין

פגיעה: [חוק אחר המהווה פגיעה בחוק היסוד ועקרוניותו] אפשר לפגוע גם בחוק רגיל ע"י פסקת הגבלה והתגברות (בחופש העיסוק רוב של 61+ 4 שנים תוקף)

← **כשאין לחוק פסקת שריון/ הגבלה:** ניצור פסקת הגבלה שיפוטית ונחיל בפועל את תנאי פסקת ההגבלה (מופו נ' ועדת הבחירות) ← מקרי ביניים: בחוק כתוב "שינוי מפורש או משתמע" שינוי כל כך משמעותי ורחב שנותן משמעות חדשה או מרוקן מתוכן את החוק, למרות שלא כתוב במפורש ששינוי את החוק עצמו.

• **האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה (פרוצדוראלית מהותית)?** כן. הן **מבחינה פרוצדוראלית** (הכנסת תהיה מוסמכת לקבוע שחוק יעבור ברוב מעל 61) והן **מבחינה מהותית** (למשל פסקת הגבלה שתגיד לכנסת שמעכשיו היא יכולה לשריין בתנאים מסוימים). הבעייתיות- רוב ארעי יכול לקבוע שריון שיחייב את הכנסות הבאות.

• **מה מקור הסמכות של הכנסת לכונן חוקה וחוקי יסוד שיהיו עליונים ונוקשים?**
גישת שמגר-יש לה סמכות. בהתאם לגישה הבריטית המסורתית **הכנסת היא כל יכולה** ולכן יכולה לקבל כל חוק, כולל להגביל את עצמה (ע"י דרישה של שריון למשל).

גישת ברק-יש לה סמכות. הכנסת היא בעלת שני כובעים- גם הרשות המחוקקת וגם **הרשות המכוננת**. הרשות המכוננת נמצאת מעל לרשות המחוקקת, ולכן אין בעייתיות עם מצב בו הרשות המכוננת תכבול את הרשות המחוקקת. זוהי הגישה הרווחת. ברק מבסס את דבריו בעיקר על ההיסטוריה החוקתית שלנו. לכנסת הראשונה הייתה סמכות מכוננת ומחוקקת שעברה לסמכויות השונות ולכן גם היום היא נושאת בשני הכובעים הללו. נוכל להבחין באיזה כובע הפרלמנט נמצא לפי כותרת החוק.

גישת השני- דעת מיעוט. לכנסת אין סמכות מכוננת. לכנסת ה-1 הייתה סמכות מכוננת, אך לא הייתה לה את היכולת והרשות להעביר את זה לכנסות הבאות, ולכן כל הכנסות הבאות הן אך ורק רשות מחוקקת. עיקר טיעונו היא שחוקה צריכה להתקבל ברשות העם, שהוא הריבון, ורק בכנסת הראשונה העם בחר בכך שהכנסת תהווה רשות מכוננת. טענת נגד של **ברק:** לכנסת סמכות נמשכת ואין צורך להעביר את כל הסמכויות שכבר יש לה לכנסת הבאה או לחוקק את כל החוקים שהיא קיבלה מחדש.

• **האם לביהמ"ש יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד?** ביהמ"ש קבע שהרשות השופטת מוסמכת לבטל, כי התפקיד של הרשות השופטת הוא ליישם חוקים ונורמות. בלתי נמנע שביהמ"ש מתוקף התפקיד השיפוטי שלו יצטרך להכריע במקרים של סתירה.

• **מי עשה את המהפכה החוקתית בישראל?**

ברק- הכנסת, הפס"ד רק נתן את האישור הפורמאלי- משפטי למהלך. **לנדוי- ביהמ"ש** יצר חוקה מלאכותית במנותק מהכנסת.

מבנה לפתרון קייס:

סמכותו של בית המשפט לדון מעוגנת בסי' 15 ג לחוק יסוד השפיטה וסי' 15 ד הוא הרחבה.

4 השלבים לניתוח:

- עילת הסף: זכות עמידה ← שפיטות ← בשלות
- האם הזכות נפגעה? 4 שאלות משנה
- האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה?
- סעד- בטלות/ בטלות יחסית/ השעיית בטלות

נדאי לזכור: לציין את סמכות ביהמ"ש לדון, לבדוק אם החוק חוקק לפני 92 ומוגן בשמירת דינים, דעת מיעוט, רציונליים ונימוקים

1. עילת הסף- ננתח את החוק כמכלול:

א. **מ' זכות עמידה:** מי הוא העותר (פרטי, ח"כ, תנועה) האם יש לו זכות עמידה? האם הוא קשור?

גישה מסורתית- אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה

בגי"צ אלוני: בו הוגדר העותר **הציבורי:** בסוגיה בעלת חשיבות עקרונית בית המשפט יפתח שערו גם בפני אדם שאין לו אינטרס אישי בדבר **שמגר רוב** מספיק שיש עניין בעל אופי ציבורי מהותי שנוגע ישירות לשלטון החוק, אין משמעות לשאלה האם העותר הינו ח"כ. **אלון מיעוט** נכיר עותר ציבורי רק במקרה עם אופי חוקתי מובהק שנוגע בציפור נפשה של המשטר הדמוקרטי או המבנה החוקתי כולל שחיתות ומקרים בהם לעותר אינטרס אישי משותף לו לקבוצה העותרת. לא נסתפק בטענת שנפגע שלטון החוק.

בגי"צ לירן: **ההלכה כיום- פרוקציה** [זה שעתר כדי שקצב יקבל חסינות] מרחיבה את הגדרת **העותר הציבורי** 1. עניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידום שלטון החוק 2. אכיפת עקרונות חוקתיים עקרוניים 3. תיקון פגמים מהותיים בפעולת המנהל הציבורי כמו שחיתות או מרמה.

• **חריג:** אם קיים נפגע ישיר רק הוא זה שיעתור ויידחה העותר הציבורי • **חריג לחריג:** אם הנפגע הישיר נמנע אך הסוגיה היא בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה שמתפרשת מעבר למחלוקת פרטנית וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי וזכויות האדם.

ב. **מה שפיטות:** האם ראוי שבית המשפט יתערב ויכריע בנושא?

בגי"צ רסלר: **ברק** יוצר הבחנה בין **שפיטות נורמטיבית:** האם לבית המשפט את הכלים ואמות המידה להכריע בנושא משפטית? ועונה **בבגי"צ שרד** "הכול שפיט נורמטיבית" **לשפיטות מוסדית:** האם ראוי שדווקא בית המשפט יכריע בסוגיה או שמא מוסד אחר?

3 שיקולים למניעת התערבות של בית המשפט: [1] הפרדת רשויות [2] הכרעת הרוב [3] פגיעה באימון הציבור.

ברק לרוב כן ראוי להתערב ורק במצבים בהם יש חשש לפגיעה רצינית באמון הציבור לא נשפוט. לדעתו עצם קיום האפשרות של שפיטות מרסנת את הרשויות מחשש לביקורת שיפוטית על מעשיהם. **שמגר** כשהמסה העיקרית לא משפטית עדיף לא לשפוט

[בטחון וחוף]. **גרונס ברלסו**: החלטת רוב על פי ייצוג בכנסת הנותנת זכות למיעוט ושלא פוגעת בדמוקרטיה ביחיד או במיעוט אין להתערב בה. הביקורת על ברק **אלון בג"ץ ז'רז'ביסקי**: מתנגד להבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית וטוען שלא הכול שפיט נורמטיבית, הוא מתנגד לצמצום השפיטות המוסדית וטוען שיכול להיווצר מצב בו פוליטיקה + עמימות = השקפת עולמו של השופט תשפיע על הכרעתו. צריך לתת יותר מקום לביקורת עצמית במערכת הפוליטית ולא להתערב- הפרדת רשויות. **ברק** ענה "כוכב הצפון היחיד שמנחה אותו הוא החוק". **זוהי ההלכה** נורמטיבית הכול שפיט אך אין שפיטות מוסדית בעניינים רגישים פוליטית או נגועים במדיניות. [להעלות את 2 הצדדים ולהכריע שהכול שפיט]

← **מקרים קלאסיים של אי שפיטות מוסדית**: ביטחון ויחסי חוץ, פוליטיקה שבתוך הכנסת. **פרוקציה** בפולארד ניתן לשפוט אך יש שיקול דעת רחב לרשויות ויש לאפשר להן לעשות עבודתן.

ג. **מתי בשלות**: מהו המועד הראוי לדון ולהכריע בנושא משפטי?

• **מתי לא נדון**: **בג"ץ בוגרי התיכון הערבי**: **נאור** כאשר החוק עוד לא ייושם בית המשפט יחכה לבחון את החוקיות אחרי היישום+ כמו גם העדר תשתית עובדתית מספק שעל בסיסה אפשר יהיה להכריע. אך מכירה בחריג **האפקט המצנן** כאשר ההמתנה תגבה מחיר כבד מדי מהעותר. **בג"ץ שוק ההון ריבלין** אם טרם הוחל החוק, ולא ניתן לראות איך הוא מיושם לא נדון

• חריג: **בג"ץ הפרטת בתי הסוהר**: אם הזכות הנפגעת היא זכות שעומדת בליבה של מדינה דמוקרטית או שתהיה פגיעה בזכויות הפרט העילה תעבור את סף הבשלות. ← מקרה דוגמא שאין מחכים לפגיעה ממשית: חוק 0 אחוז מע"מ היה ברור שיפגע באוכלוסייה הערבית והחרדית ולא חיכו לפגיעה.

בג"ץ אורי סבח: [וועדת קבלה ליישוב] 3 דעות שופטים:

גרונס מבחן 2 השלבים: [ההלכה, ליישם]

1. האם נושא העתירה הוא משפטי בעיקרו ופחות תלוי בעובדות כדי להכריע בו אזי נכריע. אם עובדתי- אין בשלות

2. האם קיימים טעמים לדון בעתירה למרות שאין תשתית עובדתית? במקרה בו לחקיקה יש השפעה מידית על בעל הדין או אינטרס ממשי כמו אפקט מצנן אז נדון.

גיוראן מיעוט עתירה תדחה בשל אי בשלות:

1. אי מיצוי הדין בפני הרשויות כלומר ישר פנו לבג"ץ לפני שניסו דברים אחרים

2. היעדר תשתית עובדתית

• חריג: אם מתעורר חשש שההמתנה תביא לפגיעה בעותרים, נבדוק את עוצמת הפגיעה בפרט בזכות יסוד + האם יש הליך חלופי לבירור יעיל יותר, האם הכי יעיל לפנות לבג"ץ? צריך להיזהר בשימוש בבשלות במקרים בהם הדחייה תגרום לכך שהמקרה לעולם לא ייבחן עקב אי בשלות תמידית. הדבר יצור אפקט מצנן- מיעוטים לא יפנו לישושים וכך לא תיווצר סיטואציה בה נדרש לעתירה.

הנדל גישת ביניים:

בשלות חלקית- יש לבחון האם חלק מהיבטי העתירה בשלים ולדון רק בהם [1] האם ניתן לפצל את החלק המסוים מתוך החוק מבלי לפרק את החוק [2] האם השאלה שכבר בשלה היא מספיק מהותית כדי לדון בה בפני עצמה ולבזבז משאבים.

← כל סעיף הוא בפני עצמו וצריך לעבור ניתוח בפני עצמו • חריג: עילת הסף לרוב יחפפו ולכן אין צורך לדון בשלושתן בנפרד אלא יש לדון כקבוצה

בג"ץ גוטמן: [קולות כמושבים בפרלמנט] **גרונס** יש צורך בתשתית עובדתית, רק אם נראה באופן מובהק שהיישום יהיה לא חוקתי בית המשפט ידון ויפסול **גיוראן** יש לפסול את החוק כדי לא להכשיר מעשה עשוי שלא ניתן להפוך ושבית המשפט צפה מראש שפסול.

← **הקשר בין עילת הבשלות לעילת זכות העמידה**: אם נחכה לבשלות אז אנו מחכים שמישו יפגע באופן ממשי וישיר כלומר חוזרים לגישה המסורתית מחפשת נפגע ממשי.

לפני שנעבור לשאלת הפגיעה יש להבין ראשית האם הייתה פגיעה או שינוי (טקסטואלי): ר' לעיל הבדלים,

לבדוק גם אם יש שינוי משתמע

• **מדובר בחוק**: יש להבחין האם חוקק לפני שנת 92 כלומר יש לו שמירת דינים בכבוד האדם או אחרי

ברגמן: הן עבור שינוי והם עבור פגיעה נדרש רוב מיוחס של 61. כדי לפגוע בחו"י משוריין צריך רוב וההלכה שונתה במזרחי.

בנק מזרחי: **שינוי** ניתן לבצע רק ע"י חוק יסוד אחר, אם הוא משוריין אז ברוב של 61 **פגיעה** ניתן לבצע ע"י חוק רגיל עם פסקת הגבלה [בחופש העיסוק התגברות] ואם מדובר בחוק יסוד ללא שריון או פסקת הגבלה [הישנים] נשתמש בפסקת הגבלה שיפוטית כלומר נחיל לבד פסקת הגבלה.

גוטמן: חוק עם שריון ובלי פסקת הגבלה: **בפגיעה**- יש צורך בפסקת הגבלה שיפוטית **בשינוי** נסתפק בשריון של 61.

• **היה שינוי של חוק יסוד** נטען ל2 הדעות **שמגר במזרחי** [1] שינוי רק באמצעות חוק אחר [2] אם יש שריון- שינוי ברוב מיוחס של 61

• **הייתה פגיעה בחוק יסוד גוטמן** יש צורך בפסקת הגבלה שיפוטית. לא מספיק רוב ולכן במקרה של פגיעה נעבור לשלבי ביקורת שיפוטית.

← אם יש מצבים מיוחדים, זה המקום לדון בהם.

שלבי הביקורת השיפוטית: שיטת 3 השלבים: מכאן נתחיל לבחון כל היבט בפני עצמו ולא כמכלול

שיטת שלושת השלבים **פס"ד מזרחי וחסן**:

2. שאלת הפגיעה האם הזכות נפגעה? 4 שאלות משנה התשובה דיכוטומית- נפגעה או לא? היקף ועוצמה יהיו בהמשך

א. מהי הזכות שנפגעה? (= האם קיימת זכות) למנות את הזכויות שנפגעו

זכויות מעוגנות בחוק יסוד: חופש העיסוק, **כבוד האדם וחירותו**: **ס' 2** שמירה עליו- פאסיבי **ס' 4** הגנה עליו- אקטיבי. **גוף וכבוד**, הזכות לקניין (ס'3) חירות (ס'5) תנועה (ס'6) **פרטיות** (ס'7). חופש מדת ולדת, חיי משפחה, קיום בכבוד, אוטונומיה, שוויון, חופש ביטוי, לבחור ולהיבחר (חו"י הכנסת).

זכויות מהפסיקה: הזכות לחיי משפחה **חשין וברק** **בג"ץ עדאלה** הזכות לקיום בכבוד **מחויבות וחסן** **בייניש** תחת **כבוד האדם**: אוטונומיה **דעקה וחוק טל**, שוויון, חופש ביטוי **קול העם**, **חינוך** **רשימת המעקב העליונה**, חופש דת ומדת פסיקה ומגילת העצמאות. הזכות לחיי משפחה נגזרת מחו"י כבו"ה כמובן של אוטונומיה (עדאלה, ברק) וכוללת גם זכות לגור בארץ. חשין- לא כולל מגורים בארץ.

ב. האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד? אם כן לציין באיזה אם נגזרת נריץ 4 מבחני בדיקת נגזרת חוקתית

4 גישות לזכות נגזרת מכבוד האדם: נכתוב לגבי כל זכות אם תיכנס או לא ולפי איזו גישה

- גישה מצומצמת: אין מקום לזכויות נגזרות אלא רק לזכויות המופיעות מפורשות בחוקי היסוד
- גישת מבחן ההשפלה: **דורנה** **באליס מילר** נגזור מכבוד האדם זכות במקרים בהם הפגיעה בזכות מגיעה לידי ביזוי והשפלה. למשל זכות לשוויון- אפליה מחמת מין או גזע עקב יחוס מעמד נמוך תחשב השפלה.
- גישת ביניים מרחיבה: **ברק** **תנועה לאיכות השלטון- חוק טל** נחפש קשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו לרבות אוטונומיה (גם ביזוי ומטרה) לא משנה אם הזכות קשורה לגרעינו או שוליו של כבוד האדם. **חשין** אם חוק טל פוגע באוטונומיה אז כל זכות כמעט תכנס תחת כבוד האדם **ברק** יש זכויות שלא נכנסות כמו איכות הסביבה ב**אדם טבע ודין**.
- הגישה המרחיבה ביותר: ניתן לגזור כל זכות שאינה מנויה בכבוד אדם. זכויות חברתיות ימצאו דרכן פנימה דרך מבחן זה

± **חופש הביטוי**- חופש הביטוי לא קיבל חוק יסוד משל עצמו ולכן משתמשים בחוק יסוד כבוד האדם וממנו גוזרים **ברק** **בג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל**: אפשר לגזור זכויות מכבוד האדם אם יש קשר ענייני הדוק לחוק יסוד זה באחד ממובניו. אחד הרציונליים של חופש הביטוי הוא ביטוי עצמי וזה קשור בקשר ענייני לאוטונומיה שהיא מובן של כבוד האדם. גישת ברק היא לא להפוך את חופש הביטוי לחוקתי אלא יש להראות קשר ענייני הדוק שלו אל כבוד האדם. ביטוי שאינו מבטא צורך אוטונומי [אז היבט אחר] לא יחשב כחוקתי. מכירים בחופש הביטוי כחוקתי אך לא על כל היבטיו.

ריבלין ופוגלמן **בע"א פלוני נ' אילנה דיין**: סוברים שחל שינוי תפיסתי כלפי חופש הביטוי ומסתכלים עליו כחוק יסוד בפני עצמו גם אם הזכות אינה כתובה על ספר- היא עומדת בפני עצמה ולא נגזרת מכבוד האדם.

אורי אבנרי נ' הכנסת: סנקציות על מודעות חרם על ישראל, בית המשפט ביטל ס' של פיצוי בלי הוכחת זנק כי לא מידתי. זהו פסק דין ראשון בו בג"ץ פסל חקיקה ראשית עקב פגיעה בחופש ביטוי

± **שוויון**- אינו מופיע בחוק יסוד. יש כאלו שראו בה זכות חוקתית רק כשיש פגיעה בשוויון במובן של השפלה **ברק** **בתנועה לאיכות השלטון** נחפש קשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו לרבות אוטונומיה

ג. מה היקף הזכות? שום דבר לא ירד בשלב זה

הגישה שהתקבלה- **ברק** **בעדאלה** היקף הזכות צריך להתפרש באופן רחב ואת האיזונים מכניסים אחר כך בשלב של פסקת ההגבלה הגישה שלא התקבלה- **חשין** היקף הזכות צריך להיות צר וכבר כאן יש לשקול את האינטרסים המתנגשים ← **בשטנגר** **גרונס** אימץ גישת חשין וקובע שאין לדלג על שאלת ההיקף והפגיעה בזכות.

± **חופש הביטוי**- בארה"ב מחילים שיטת חלוקה לקטגוריות והבדלה בין סוגי ביטויים, אצלנו הגישה מרחיבה בפסיקה ומכניסה את כל סוגי ההתבטאות תחת חופש הביטוי בלי קשר למידת ההשפעה התוכן והאופן שבו מביעים. **אבנרי** ביטול חוק עקב פגיעה בחופש ביטוי **מטה הרוב** חופש ההפגנה הוא חלק מחופש הביטוי. "חופש הביטוי כזכות חוקתית משתרע על כל ביטוי יהא תוכנו אשר יהא תהא השפעתו אשר תהא ויהא אופן הבעתו אשר יהא" בג"ץ יוניברסאל סיטי סטודיו **המפקד הלאומי**- מסחר פחות חשוב מפוליטי, שם סווג כפוליטי (תוכן פוליטי בפסרומות)

± **כבוד האדם**- שלוש המשמעויות של הזכות:

- מצמצמת במובן של איסור השפלה/ ביזוי: **קטלן** [חוקן בכלא] **פלוניס נ' שר הביטחון** [אסירים כקלפי מיקוח]
 - קאנטיאני האדם הוא תכלית, מטרה ולא אמצעי: **הפרטת בתי הסוהר**
 - אוטונומיה: הלכה כיום, האדם חופשי **דעקה**
- ← הזכות לכבוד כוללת את הזכות לקיום בכבוד (מחויבות)

± **חופש העיסוק**- 2 דרכי פגיעה **בג"ץ מפיצי הסיגריות**:

- שלילת עיסוק ואפשרות להיכנס אליו חמור יותר ממגבלות בתוכו
 - הגבלת אופן המימוש ומצמום העיסוק פחות חמור, במפיצי הסיגריות התיירו
- האם נקבל עיסוק שלילי?** הימורים, סמים. הפסיקה מאוד מרחיבה לגבי ההיקף וכוללת גם עיסוק שאין בו תועלת לחברה או לא חוקי יכנס. **ברק** פעילות שכל כולה נזק לחברה כמו גניבה אינה חופש העיסוק **בג"ץ רשת** חופש העיסוק כחופש תחרות אך יש חריג שחקן חדש בשוק יקבל הקלות זמניות.

מהו עיסוק: **מנחם נ' שר התחבורה**: **בייניש** 1. פעילות מתמשכת. כלומר מצד אחד לא נדרשת המשכיות לתקופת חיים או בתדירות גבוהה אבל מצד שני שלא יהיה משהו חד פעמי. 2. העיסוק צריך להיות בסיס לחיים.

** בבז'ראנו ובס' 3 לחו"י העיסוק נקבע כי הזכות החוקתית מוענקת רק לאזרח או תושב על ידי הכנסת אך הזכות ההלכתית היא לכולם ורק הממשלה יכולה לתתה.

± **הזכות לשוויון**- [מקרים מיוחדים-שוויון בבחירות רלוונטי פה!]

רשימה מוגבלת של עילות מוגדרות: רק אפליה על בסיס מגדר תהא קבילה ואם לא נכיר בה תישלל טענת אי השוויון- אין להפלות אדם עקב דת גזע או מין. מהן עילות מוגדרות?

הפסיקה הישראלית נוטה לעקרון השוויון הכללי אך ישנם שופטים שהכירו בעילות ספציפיות: (חלק הארי של אפליה- דת גזע ומין) **זמירה** **באגודה לזכויות האזרח** מבחין בין משפט חוקתי למנהלי וטוען כי רק אפליה על בסיס קבוצתי תחשב פגיעה חוקתית בשוויון **דורנה** **באליס מילר** מבחינה על בסיס שיוך קבוצתי כמו מין או גזע. יש להעמיד את **מבחן השוני הרלוונטי** הכפול: לבחון האם השיקול הוא רלוונטי ואם כן לבדוק האם התחשבות בשוני מוצדקת בניסיונות העניין. בגלל הפגיעה בכבוד האדם שיש בהבחנה על

בסיס שיוך גם אם זה שוני רלוונטי המדינה תצטרך להוכיח שזה קריטריון שהיו צרכים להשתמש בו. ביקורת לפעמים יש אבחנות לגיטימיות כמו סבסוד בדיקות גנטיות לקבוצות סיכון של עדות מסוימות.

גישת ההבחנות החשודות: הניתוח כרגיל- בחינת שוני רלוונטי אך הבחנה על בסיס דת גזע או מין תיבחן ביתר קפדנות עם נטייה לקבל טענת העותר. **דורנר**- גם בשיקול רלוונטי, דת גזע ומין מהווה פגיעה חוקתית.

שוויון פגיעה באוטונומיה: **דעקא ואיחוד משפחות** כבוד במובן אוטונומיה היא יכולת האדם לבטא שאיפות ורצונות ולבחור איך להגשימם בחייו הפרטיים.

ד. האם החוק פוגע בזכות? יש לבחון האם הזכויות שהצגתי נפגעות מהחוק והיכן. יישום נרחב! אם זה פוגע בשוויון זה השפלה? ± **הזכות לשוויון**- הבחנה בין שוויון פורמלי יחס שווה לכולם קול אחד לכל אחד ושוויון מהותי יחס שווה לשווים ושונה לשונים [מיסוי] זהו הרעיון האמתי של שוויון ולכן בכל מצב של חוסר שוויון פורמלי נבדוק האם ישנה הצדקה להתייחס לאנשים בצורה שונה כדי לשמור על שוויון מהותי. **גוטמן** הפסיקה אימצה את השוויון המהותי

בגיץ יקותיאל: בייניש 2 מבחנים לשוני רלוונטי: 1. מה התכלית הנורמה להבחנה? מה מטרת החוק? 2. האם השוני רלוונטי להשגת התכלית? לדון בשוני הרלוונטי לגבי כל תכלית שהוצעה לחוק!

השוני רלוונטי- לא מדובר בפגיעה בשוויון ולכן עוצרים בשלב הניתוח הראשון [במבחן אמשיך בכל זאת]

השוני לא רלוונטי- זוהי פגיעה בשוויון ולכן עוברים לבחן אותה לפני מבחני פסקת ההגבלה

← אם כתוב מפורשות שהחוק פוגע זוהי **אפליה ישירה** ואם לא אז כותבים שלא כתוב במפורש ובוחנים האם זה **אפליה תוצאתית**- כלומר התוצאה בפועל של החוק היא אפליה. **נסה** עדיפות ללא קריטריון ואבחנה זה סימן לחוסר שוויון. **עדת המעקב לענייני הערבים:** הסיווג היה נטרלי ונעשה לפי קריטריון גאוגרפי – אזורים בפרפריה יקבלו יותר תמיכה. בפועל התוצאה הייתה אפליה כנגד היישובים הערבים.

± **חופש הביטוי**- סוג המגבלה: **מראש או בדיעבד?** האיסור מראש הוא פגיעה יותר קשה בחופש הביטוי מאשר סקציה בדיעבד שיכולה להיות אפקט מצנן אך לא עד כדי כך כמו איסור גורף מראש. מבחינה אופרטיבית נבדוק את חשיבות הזכות ואז את עוצמת הפגיעה בה, יש הבדל בין מניעה מראש לבין אפשרות אם פגיעה בדיעבד

סוג המגבלה: מגבלה ניטרלית או הנוגעת לתוכן הביטוי **פרשת מני נפתלי** מגבלה ניטרלית היא לא לגבי התוכן אלא כללית כמו למשל אסור להרעיש אחרי 11, מספר מפגינים וכי' מגבלות כאלו יכולו ללא הבחנה. מגבלה שנוגעת לתוכן היא יותר פוגענית כי היא מבחינה בין סוגי תכנים.

3. חוקתיות הפגיעה- מבחני פסקת ההגבלה

← לשים לב אם צריך פסקת הגבלה רגילה [עיסוק וכבוד האדם] או שיפוטית [חוקים ישנים- מופז, גוטמן] או התגברות [עיסוק]

← שאלת הזכות לא עולה פה. כעת נבחן רק את החוק.

4 רכיבים לפסקת ההגבלה: ס' 8 לחוק יסוד כבוד האדם וס' 4 לחוק יסוד חופש העיסוק:

א. **בחוק או לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו:** הפסיקה לא הכריעה לבי האם זה חוק או דין או פסיקה. המרצה סובר שזה חוק של הכנסת.

- **דרישות פורמליות לחוק:** 3 קריאות ופרסום רשימות, בטרומית לא צריך רוב מיוחס (ס' 46 לחו"י הכנסת) **מגדלי העופות:** דחו חקיקה בשל אי סדרים. **לאויר**- צריך רוב גם בקריאה ראשונה אך זה לא התקבל להלכה.
- **דרישות מהותיות לחוק:** "בחוק" **בייניש במפקד הלאומי** קבעה אפיונים של חקיקה לגיטימית: פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות, העדר שרירותיות, פרסונלי.
- **רשות מנהלית:** [החלטה של רשות מבצעת פוגעת בזכות חוקתית] נחיל גם את מבחני פסקת ההגבלה רק שדרישת החוקיות לא תהא שהפגיעה תעשה בחוק אלא דרישה חלופית של מכוח הסמכה מפורשת בו
- **מדובר בהסמכה?** עד כמה מפורטת היא צריכה להיות **בייניש בבגיץ המפקד** בעדת מיעוט שנהפכה להלכה מאוחר יותר טוענת שמידת הספציפיות שנדרוש מהמחוקק תשתנה לפי הנסיבות כתלות בזכות ובמעמדה, עוצמת הפגיעה, השלכות החברתיות, הרשות ועוד. ככל שמידת הפגיעה רחבה והזכות חשובה- נקפיד יותר בבחינת ההסמכה. חוזר מנכל לא נופל תחת חוק או הסמכה ולכן דינו להתבטל (**לס**). **חיות בתנועה לאיכות השלטון**- מני נפתלי: סמכות המשטרה ברשיון הפגנות לא מקובלת במדינה סמוקרטיית וזה שריד מנדטורי שיש למגר.

ב. **הולם את ערכיה של מדינה:** הערכים הנמצאים בפסקת המטרה ס'2 שבחו יסוד חופש העיסוק ובכבוד האדם- יהודית ודמוקרטית ויש המוסיפים את ס' 1 לאותו חוק אך השופטים נוטים לא להתדיין בו. בפועל מעולם לא פסלו חוק עקב רכיב זה ומניחים שקיים **לוי בגלאון:** חוק מפלה על רקע מיעוט לאומי פוגע באופן קשה בשוויון אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ויש לפסול.

לוי מגדיר "יהודיות" זכות העם היהודי להגדרה עצמית, יכולת להגנה עצמית מפני הקמים עליו, ציונות, היסטוריה, תרבות, לשון עברית, רוב יהודי מקרב אוכלוסיית המדינה, סמל המדינה, המנון, דגל, חגים. מזכיר את פרשנות ס' 7א, השוני הוא שב7א) מפרש בצמצום רב כדי לא להביא לפסילה רחבה וכאן מפרשים יותר בהרחבה. ו"דמוקרטיית"- דמוקרטיה במובן צר של זכות לבחור ולהיבחר, דמוקרטיה מהותית- כבוד לזכויות, חירות שוויון, קיום זכויות של המיעוט והפרט.

ג. **שנועד לתכלית ראויה:** **בגיץ אדם** יש לתור אחר התכלית הדומיננטית והמרכזית של החוק (אם יש כמה לדון מה הדומיננטית ביותר) ככל שהזכות הנפגעת חזקה יותר נדרוש תכלית מהותית יותר [בפגיעה בכבוד האדם הפסיקה דרשה מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ- **חסן**] זוהי זליגה למבחן המידתיות.

3 תכליות עקרוניות שיצדיקו פגיעה בזכות:

1. ערכי המדינה (יהודית ודמוקרטית כמו במבחן ב')
2. קידום זכויות אדם
3. קידום מטרה ציבורית חשובה

עדאלה- 2 תכליות התכלית הביטחונית- שימוש באיחוד משפחות כדרך לביצוע פעולות טרור ברורה כתכלית ראויה- שמירה על

בטחון האזרחים. התכלית השנייה היא דמוגרפית אך המדינה טענה שהתכלית רק ביטחונית. בטחון = תכלית ראויה, תכלית דמוגרפית מול ביטחונית = לא הוכרע.

ד. במידה שאינה עולה על הנדרש = מידתיות: דרישה זו מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר בו. המטרה לא תמיד תקדש את האמצעים- על האמצעי להיות ראוי = מידתי ביחס לפגיעה.

3 מבחנים של בית המשפט לבדיקת מידתיות (המבחנים מצטברים):

1. **מבחן ההתאמה**- [קשר רציונלי] **עדאלה** יש להראות התאמה בין המטרה הרצויה לאמצעי הפוגעני. לא נדרשת וודאות מוחלטת להגשמתה אך אין להסתפק בקשר תאורטי בלבד. ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה חמורה יותר נדרוש קשר הדוק יותר בניהם. **ברק** ניתן להתבסס על שכל ישר וניסיון עבר ולבדוק אם יש קשר רציונלי ולא חייב לחכות לראות שהאמצעי לא עובד כמו חוק טל. ← מטרת המבחן לחשוף מטרות נסתרות ולא ראויות. **רסלר**- חוק טל האמצעי לא עמד במבחן התוצאה **אדם**- האמצעי פתר רק חלק קטן מהבעיה וכלא רק מעט מהמסתננים

2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**- [מבחן הסולם] **עדאלה** יש לבחור אמצעי שפגיעתו פחותה מבין מכלול האמצעים הסבירים. בית המשפט יכיר במתחם אפשרויות לגיטימיות – נשאל מה האפשרויות הקיימות? מה נבחר? האם יש אופציה טובה יותר? אם כן נעדיף אותה.

(1) אמצעי ספציפי- מכוון נגד אוכלוסייה מוגדרת וברורה, לא תמיד יגן (ברק) **בעדאלה** אומר שאינדיבידואלי לא יבטיח את אותו בטחון

(2) אמצעי גורף+ חריגות

(3) אמצעי גורף שחל כלפי כולם ללא אבחנות **ברק בעדאלה** אמצעי גורף אינו מידתי כי אמצעי אינדיבידואלי יפגע פחות **ביניש** **בחסן** צריך למצוא אבחנה שאינה חלוטה וגורפת **אדם** אמצעי יקר אינו שיקול.

3. תועלת מול נזק- [מידתיות במובן הצר] נקבע האם שווה לקבל את החוק, גם אם תכליתו ראויה והאמצעי מתאים יהיו נסיבות בהן הפגיעה כ"כ חזקה שאינה מצדיקה את התכלית. ← ניקח את כל הזכויות שמנינו ונשאל האם התועלת שנותן החוק תעלה על תכלית מניעת הפגיעה בזכות ונקיים דיון לכאן ולכאן. המבחן: חשיבות האינטרס והתועלת ממנו אל מול פגיעה בזכויות אדם **בית צוריק**: תועלת שולית מול עלות שולית: האם ישנו אמצעי שיביא הגנה פחות טובה לאינטרס של החוק אבל לפגיעה הרבה פחות חמורה בזכות?

אדם בטחון המדינה אינו אינטרס אבסטרקטי אלא דובר על זכויות אנשים שעלולים להיפגע בעתיד

אומץ רוב שלטון החוק טוהר המידות ואמון הציבור גוברים על זכות לבחור ולהיבחר **גרונס מיעוט** לבחור ולהיבחר יותר חשוב

← זה מבחן ערכי של הצבת האינטרסים שחשובים לנו מול המחיר שנשלם עבורם. תלוי שיקול דעת קונקרטי אבל לרוב:

• זכויות מנויות מול אינטרסים- זכויות גוברות

• זכויות בלתי מנויות נתפסות כשוות לאינטרסים

← פרקטית: מבחן 3 חשוב יותר מהשניים שקודמים לו. ניתן להניח בקלות של 1 ו 2 מתקיימים ועיקר הדיון יתרכז ב 3.

± **הזכות לשוויון**- שאלת השוני הרלוונטי- אם זה מקרה מעורפל ואין הכרעה **בשאלה ד'** האם הזכות נפגעה? נצטרך לעשות זאת כאן תוך שקלול רחב יותר. זהו שלב ההכרעות.

± **חופש הביטוי**- נשאל מה אופי הביטוי, החשיבות החברתית שלו, חשיבותו בהגשמת מטרות העומדות בסיס חופש הביטוי [אוטונומיה, תכלית, ביזוי] ביטוי פוליטי יקבל הגנה גבוהה (המפקד הלאומי) ביטוי מסחרי פחות חשוב לדמוקרטיה, לציבור ולמטרות חברתיות ויזכה לפחות הגנה. סוג המגבלה: הגבלה מראש חמורה יותר מהגבלה בדיעבד. ר' לעיל דיון **בשאלה ד'**. חופש הביטוי מול אינטרס ציבורי:

* **שלוש הציבור ובטחון המדינה**: מבחן הודאות הקרובה **בפרשת קול העם** היה צורך לאזן בין חופש הביטוי לסדר הציבורי בלי פסקת הגבלה, מבחן ודאות קרובה לפיו צריך להראות שקרוב לוודאי שתגרם פגיעה ממשית בסדר הציבורי. **פיוס** הפסיקה מפעילה פסקת הגבלה כרגיל אבל במבחני המידתיות במובן הצר במובן של עלות תועלת נשתמש כמבחן עזר במבחן הודאות הקרובה. * **פגיעה ברגשות הציבור**: מבחן סף הסיבולת. נשקול מה עומד מול חופש הביטוי, יהיו אינטרסים עם הגנה חזקה יותר כמו בטחון המדינה או חלשה יותר כמו רגשות הציבור.

מצבים מיוחדים:

כשיש פגיעה בשוויון גם מכוח חו"י הכנסת וגם מכוח חו"י כבוד האדם:

גרטמן: 1. נורמה ספציפית גוברת על כללית לכן יחול ס' 4 לחוק הכנסת ולא לחוק יסוד כבוד האדם. רציונל ספציפי גובר על כללי ומספיק רוב מיוחס 61. 2. צריך לחול במצטבר בשני חוקים בפועל רוב של 61 (חו"י כנסת), פסקת ההגבלה (חו"י כבוד האדם) 3. דרישות חלופיות לנתח את מבחן המידתיות על כל אחד מהחוקים בפועל או רוב של 61 או פסקת ההגבלה

פסקת ההתגברות (כשיש פגיעה בחוק יסוד חופש העיסוק): אם מדובר בחוק שסותר את חוק יסוד חופש העיסוק אך עומד בתנאי פסקת ההתגברות, לא פונים כלל למסלול שסקרנו זה עתה והחוק רשאי לעמוד בסתירה בהתאם לתקופה הקצובה. פסקת ההתגברות מאפשרת דרך חלופית לפגוע בזכויות: מותר לחוק לפגוע בזכות ולא לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה אם – (1) הוא התקבל ברוב מיוחס; (2) ייאמר בו מפורשות שהוא תקף על אף האמור בחוק היסוד ו(3) תקף עד 4 שנים או למטה מכך. פסקה זו יכולה לעבוד ב 2 אופנים:

1. חיסון מראש של חוק מסוים מפני פסקת ההגבלה

2. אם הנושא עלה, פסקת ההתגברות יכולה לחול כחוק עוקף בג"ץ: הכנסת חוקקה חוק -> בית המשפט טען שיש פגיעה ופסל -> הכנסת תחוקק בכל זאת לפי דרישת פסקת ההתגברות: פגיעה רק ברוב ח"כים, יש לציין שפגעו, תקף רק 4 שנים

← בפועל רק בבג"ץ מיטראל (ייבוא בשר) נחקק שוב חוק על ידי פסקת ההתגברות.

בג"ץ מיטראל: מה קורה אם יש חוק שפוגע בזכות לחופש העיסוק וגם בחוק יסוד כבוד האדם? (השאלה מהותית כי אין בחוק

יסוד זה פסקת התגברות) ברק מציע 3 תנאים מצטברים שתחתיהם תוענק הגנה חוקתית לחוק החורג גם מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (=כאילו פסקת ההתגברות חלה גם עליו):

- הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות "תוצאת לוואי המתבקשת מחופש העיסוק".
- הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האחרות היא משנית. כך למשל, לפגיעה בחופש העיסוק תהיה פעמים רבות תופעת לוואי של פגיעה בקניין. השאלה היא מה נפגע יותר?
- הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות שולית ("אינה בעלת עוצמה ממשית").

4. סעד החוק פוגע בזכות- מה יהיה הסעד שניתן? נדון באפשרויות השונות וההכרעה הסופית חשובה אך משנית לדיון.

שיקולים המנחים את בית המשפט בשאלת מתן סעד:

- מהותה של אי החוקתיות- עד כמה אי החוקתיות יסודית וקשה
- נסיבות העניין- מה מידת הנזק שיגרם מביטול החוק? נתחשב ביציבות המשפט (שהביטול לא יצור חלל משפטי), ההסתכמות על החוק, היקף הציפיות הסבירות שיצר החוק (רסלר- מדיניות הגיוס היא מאז 48 והרבה אברכים הסתמכו יפגעו)

3 הסעדים:

- בטלות מוחלטת:** הגישה המסורתית, החוק בטל לחלוטין על כל המשמעות וההסתמכות (רטרואקטיבית) **רסלר**
 - בטלות יחסית:** לבית המשפט שיקול דעת רחב לקבוע בכל מקרה/ סעיף היבט לפי הנסיבות מה צריכה להיות תוצאת אי החוקתיות **אי נתנית סעד כלל** קביעה כי החוק לא חוקתי אך נשאר על כנו **בטלות חלקית ויחסית** לנסיבות או אנשים מיוחדים **ביטול פרוספקטיבי** מעתה והלאה **ביטול רטרואקטיבי** כאילו לא נחקק מעולם **האגודה לזכויות האזרח** אין מקום לקבוע כי חוק בטל אך הפגיעה בחופש העיסוק
 - השהיית הכרזת הבטלות:** לבית המשפט סמכות להשהות את הכרזת הבטלות. לא משנה אם הבטלות חלקית או רטרו' או פרוספ'. לבית המשפט יש אפשרות להחליט על השהייה וזמן מסוים בו יתחיל ביצע במקום מיד. סעד זה יכול להגיע בנפרד או במקום הביטול היחסי או המוחלט אם במקביל. **רסלר/ מתווה הגו**
- ← לפי מחקר שערך המרצה - מאז בג"ץ ברגמן (חוק מימון המפלגות) ביהמ"ש מעולם לא השתמש בבטלות היחסית ואף לא הזכיר את המושג ואילו ביהמ"ש משתמש יותר ויותר בהשהיית הכרזת הבטלות שמבטלת את החוק לגמרי ובד"כ גם מחילה את הביטול רטרו'. ביהמ"ש ירצה לומר שיש לבטל את החוק אבל הוא ייתן ארכה למחוקק ע"מ שזה יתקן את הליקוי בעצמו.
- ← יודגש כי סעדים ב' וג' רלוונטיים רק אם סוטים מהגישה המסורתית שכן לפיה הסעד ברור - החוק בטל ומבוטל.

הטרילוגיה החוקתית

ברק מביא לכתיבה הישראלית תפיסה לפיה לכל זכות פרט ישנם שלושה היבטים: המדינה צריכה להוקיר (RESPECT), להגשים (FULFILL) ולהגן (PROTECT):

- להוקיר - RESPECT:** (ח"י כבוד.. ס' 2 "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". ס' 8 "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא.."). על הרשות השלטונית מופעלת חובה להימנע מלפגוע בזכות. זהו ההיבט השלילי של הזכות. גם פסקת ההגבלה מדגישה את הצד השלילי הזה. היבט זה קיים בכל הזכויות המעודנות בחוקי יסוד או נוסעות מתוך חוקי יסוד.
- להגשים - FULFILL:** (ח"י כבדה"א וחירותו ס' 4: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"). חובת המדינה להגשים את הזכות החוקתית. על המדינה ליצור תשתית להגשמת הזכות, ולהשתמש במשאבים העומדים לרשותה למימוש הזכות.
- להגן - PROTECT:** הרשות השלטונית צריכה להגן באופן אקטיבי על בני האדם מפני צדדים שלישיים. לדוגמא קיימת חובה להגן על אדם מפני עבריינים. החובה חלה לגבי הזכויות שכתובות בסעיף 4, ועולה השאלה האם זה חל גם על זכויות אחרות? לפי ברק התשובה היא כן. ברק קורא לזה שלילי, כי זה נובע מההיבט השלילי (אבל איתי אומר שזה גם וגם. להגן על הזכות מצד אחד, ולהגן מפני פגיעה מהצד השני). **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** המשטרה והמדינה צריכים להגן על המפגינים גם מפני קהל עוין אשר מנסים למנוע מהמפגינים לממש את הזכות להפגין.

נעבור לדון במצבים ספציפיים מוסדיים

הפרדת רשויות:

פיזור הסמכות השלטונית ל3 גופים. 2 התפיסות של הפרדת רשויות:

התפיסה המסורתית: כל מנדט בלעדי לרשות שלו, נוקשה ואין להתערב בסמכות הרשויות האחרות

התפיסה של איזונים ובלמים: הרשויות יפקחו אחת על השנייה וכך יאזנו ויבלמו אחת את השנייה. הרשות השופטת תבקר את החלטת הרשויות האחרות תוך איזון ובלימה. הפרטת בתי הסוהר: נקבע כי כליאה הוא סמכותה הבלעדית של הממשלה ואין להפריט אותה.

שפיטות הרשות השופטת -

חוק יסוד השפיטה ס' 1(א) - סמכות שפיטה:

ס' 1(א) - "אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נתונה בידיהם: העליון; המחוזי; השלום; בימ"ש אחר שנקבע בחוק כבימ"ש..." מערכת כללית שעוסקת בכל התחומים!

ס' 1(ב) - חריגים - "סמכות שפיטה" נתונה גם בידי בית דין דתי, בית דין אחר, רשות אחרת, כפי שנקבע בחוק.

עיקרון אי התלות השיפוטית – המטרה היא למנוע השפעה של רשויות פוליטיות על החלטות שיפוטיות [מניעת משוא פנים- אדם יקבל משפט צדק ואל מעוות פוליטית, שוויון מפני החוק- כולם זוכים לאותו יחס, הפרדת רשויות- מניעת ריכוז הכוח במקום אחד דמוקרטיה מהותית- האזרח צריך כלי להתגונן מהרשויות] באה לידי ביטוי בשלושה היבטים:

1. **אי תלות מהותית** - ס' 2 לחוק יסוד השפיטה: "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין": כשהשופט מקבל את החלטותיו עליו להיות מושפע רק ממהות הדין (החוק) ולא משיקולים לא רלוונטיים (כמו תכתיב של מפלגה, רצון הממשלה). על מנת להשיג אי תלות מהותית יש צורך בהשגת אי תלות אישית ומוסדית.

2. **אי תלות אישית** - ס' 7 - תהליך כהונת השופט – כל שופט הוא מוגן מפני פיטורין. הסעיף הזה הוא היבט מרכזי לרצון ליצור איזון בין **אי תלות** (שלא ניתן לפטרם) לבין **מנגנון אחריות אישית** - ניתן להדיח שופטים אבל לא ע"י הממשלה ושריה- אלא ע"י:

ס' 7(4) **סמכות הועדה לפטר** - הפסקת הכהונה של השופט נתונה רק בידי:

- ✓ הועדה לבחירת שופטים
- ✓ נציב תלונות הציבור גוף עצמאי, הנציב יכול לפנות לוועדה לבחירת שופטים ולהציע לפטר שופט או נשיא ביהמ"ש העליון ברוב של 7 חברי ועדה.
- ✓ בית דין משמעותי של שופטים- ס' 7(5)
- ✓ מנגנון שלא מופיע בחוק- היכולת לערער.

חוק יסוד: השפיטה ס' 4 מינוי שופטים:

אבירם נ' שרת המשפטים: העדר ייצוג לאופוזיציה- **הנדל** לא מכריע ומעביר את הסמכות לכנסת

ס' 9(א) לחוק יסוד השפיטה: סייג לשינוי כהונה: אי אפשר להעביר שופט באופן קבוע אלא בהסכמת נשיא בימ"ש העליון או בית הדין המשמעותי.

(ב)- הורדה בדרגה. אי אפשר להוריד שופט בדרגה (ממחוזי לשלום), אלא אם הוא מסכים לכך. **החריג:** הוא בעשיית דין לנאצים ששופט עליון הושם במחוזי.

ס' 10 לחוק יסוד השפיטה: "משכורת וגמלאות": סעיף א: הסעיף קובע שהמשכורות יקבעו בחוק או בהחלטת הכנסת. (ב) - הפחתה במשכורת השופטים תהיה רק בצמוד להפחתות נוספות של גופים אחרים, שרים, ח"כים.

ס' 12 לחוק יסוד השפיטה: "שיפוט פלילי" - קובע חסינות דיונית חלקית מפני הליכים פליליים.

(א) – לא תיפתח חקירה פלילית ויוגש כתב אישום נגד שופט אלא בהסכמת היועמ"ש.

(ב)- רק לפני בית משפט מחוזי בהרכב של שלושה שופטים, זולת אם הסכים השופט שהאישום יידון בדרך הרגילה.

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על סוגי עבירות שנקבעו בחוק.

3. **אי תלות מוסדית** - על כלל מערכת השפיטה - לנסות שלא תהיה תלויה על ידי המוסדות על מנת שלא ישפיע על פסיקותם, במיוחד כשהמדינה היא המתדיינת הראשית בבתי המשפט.

ס' 15 - **ביהמ"ש העליון:**

(ב) ביהמ"ש העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי משפט המחוזיים.

(ג) ביהמ"ש 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. - החריג שנוסח באופן רחב מאוד ועמום לפרשנות וקובע שלבג"ץ יש יכולת לדון בכל אשר יראה לנכון.

(ד) מוסמך ביהמ"ש העליון לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים

תפקידים ציבוריים ע"פ דין... לדעת איתי סעיף ד בא להביא כמה דוגמאות לכלליות של סעיף ג.

הועדה למינוי שופטים

זהו מצב בעייתי כי השופטים מתבקשים להפעיל ביקורת שיפוטית על עצמם. שיקול הדעת שלה מאוד רחב. ההלכה היא שהתחום אכן שפיט (כמו כל גופי השלטון) אבל בפועל ההיקף מאוד מצומצם ויתערבו רק במצבים קיצוניים/ שערורייתיים.

א. דנים בזכות העמידה.

ב. **לאזכר** כי סמכות הוועדה לבחירת שופטים - חוק יסוד השפיטה - סעיף 47(4).

ג. **יישום בג"צ אומץ**: מתי יפעילו ביקורת שיפוטית על הוועדה למינוי שופטים: **בבג"ץ אומ"ץ (הרב מצגר) הותוו המקרים**:

1. **תקינות ההליך** – אם הפגמים הם רק בהליך ולא בתוכן אז בית המשפט יטה יותר להתערב

2. **גיבוש התמונה העובדתית** - תפקיד הוועדה הוא מעין שיפוטי וע"מ לקבל החלטה מעין שיפוטית על הוועדה ליצור תשתית עובדתית. ביהמ"ש נותן מרווח פעולה גדול לוועדה - הוא מכיר בכך שמדובר בגוף שהוא לא שיפוטי לגמרי ואינו מומחה

בבירור עובדות ולכן הוא דורש מהוועדה רף מאוד נמוך מבחינה זו. **כל עוד חברי הוועדה לא יתעלמו באופן בוטה מממצאים**

ברורים כשמש, ביהמ"ש לא יבדוק אותם באותם סטנדרטים בהם בוחנים ערכאות שיפוטיות קמא בנוגע לתשתית

העובדתית שלהם.

3. **תוכן החלטת הוועדה** - ביהמ"ש מעניק לוועדה שיקול דעת מאוד רחב. הוא יתערב רק כאשר ברור שאף אדם בר דעת לא היה

מקבל את ההחלטה שהתקבלה

← במקרה בו לא פורסמו נימוקי החלטת הוועדה: בבג"ץ אומ"ץ - נקבע שהחלטות הוועדה צריכות להיות מפורסמות ומנומקות שכן

יש להם חשיבות ציבורית, מנגד יש לאזן בין עקרון הסודיות לבין זכות הציבור לדעת.

← עקב מבחנים אלה לא היה ניתן להעביר ביקורת על החלטת הוועדה למרות שסברה כי אין להרשיע את מצגר.

חסינות שופטים והעמדתם לדיון:

חוק יסוד השפיטה ס' 12(א): לא ניתן לפתוח חקירה פלילית והגשת כתב אישום נגד שופט ללא הסכמתו של היועמ"ש.

ס' 12(ב): לא ידון שופט אלא לפני ביהמ"ש מחוזי, בהרכב של שלושה שופטים

סדרי עבודת הכנסת וביקורת שיפוטית עליהם: פרוצדורלית ולא תכנית (בהחלטה של הכנסת שאינה חקיקה יש לעשות

רק מבחני פסיקה בלי ניתוח חוקתי של פגיעה בזכות).

א. עילות הסף

ב. מבחני פסקת ההגבלה השיפוטית (מדלגים על הפגיעה בזכות)

ג. מאפיינים המיוחדים לכל הליך

סדרי העבודה של הכנסת קבועים ב: חוק-תקנון-נוהג-נוהל (ע"י סדר חשיבות)

העמדה המסורתית- היעדר שפיטות:

בג"ץ בצול נ' שר הפנים - איסור מכירת חזיר. טענה שמותר במקומות מסוימים. **הוחלט** שלמרות שאין מפה, אסור בכלל להסתכל

על הראיות בנושא. זהו הליך פנימי של הכנסת ולביהמ"ש אסור להתערב.

תחילת השינוי ומגמת ההרחבה:

1. ביקורת שיפוטית על הליכים מעין שיפוטיים:

מתחלק ל-3:

א. הסרת חסינות.

ב. פסילת מועמד או רשימה.

ג. השעיה של ח"כ.

בג"ץ פלאטו שרון נ' וועדת הכנסת – מבטא את תחילת השינוי. אפשר להתערב, אבל רק בסיטואציות מסוימות. נקבע שלביהמ"ש

יש סמכות לביקורת שיפוטית על הכנסת, כ"גוף המבצע פעילות ציבורית על פי דין" (חוק יסוד השפיטה). דין: ע"פ תקנון הכנסת.

מתי ביהמ"ש יתערב? כאשר מדובר בהליך מעין שיפוטי. **באיזה עילה יתערב?** רק בעילה של חריגה מסמכות. (אלו תנאים

מצטברים)

בג"ץ פנחסי נ' ועדת הכנסת (לא בסילבוס) - הרחבת העילות האפשריות - בהליכים מעין שיפוטיים לא נתערב רק כשיש חריגה

מסמכות אלא גם בודקים שההליך היה ראוי (לדוג - שלחברי הכנסת ניתנה הזדמנות להבין את התשתית העובדתית) ולא - ניתן

לבטל החלטה כזו.

ההלכה כיום – בסופו של דבר, צריך לזכור שההלכה שהתקבלה היא שביהמ"ש מתערב גם בהליכים שאינם מעין שיפוטיים.

אבל ברור שבהליכים מעין שיפוטיים הוא כן מתערב.

אישור/ערעור בחירות (פסילת מועמד/רשימה לכנסת) מניעת השתתפות בבחירות:

א. עילות הסף. רק בערעור, המקור הוא ס' 7 א[ב].

- ב. **פגיעה בסעיף 6:** בפס"ד מזרחי נאמר כי אי אפשר לפגוע בזכות כלל, בפסיקה לאחר מכן התקבל כי יפעילו את פסקת ההגבלה (כי אין לו שריון פורמלי ולא מהותי).
- ג. יש להבחין בין: **פס"ד טיבי: 1. פסילת מועמד** (א"ב- אישור בחירות)- דורש את אישור ביהמ"ש- יש לו שיקול דעת מאוד רחב **2. פסילת רשימה** (ע"ב- ערעור בחירות)- ביהמ"ש רק בוחן האם הוא מקבל את ההחלטה של ועדת הבחירות- גם אם לא מסכים אתה, שיקול דעת מצומצם יחסית). **ביהמ"ש יתערב רק אם מערערים על ההחלטה של הוועדה. או גם אם הוועדה כשביט משפט מחליט שמועמד רשאי להשתתף= ערעור, כשמונע= אישור. אמות מידה לערעור פס"ד מולדת גשר צומת** מעמדו של חבר הרשימה, מספר חברי הרשימה השותפים לדעה, מקרה רב פעמי, תגובת שאר חברי הרשימה, מספר חברי הרשימה. **פס"ד מולדת הוא מלפני תיקון חוק היסוד שפשר פסילת מועמד יחיד. טיבי**- בשארה ביכר ולכן כל הרשימה נפסלת.

נעשה שניה סדר: מועמד שנפסל- אישור בחירות משמעו שהוא פסול מלהיבחר וערעור משמעו שרשאי. חלק מההליך מערב את ביהמ"ש. רשימה שנפסלה- הוועדה מחליטה ואז ניתן לערער לעליון כלומר יש רק ביקורת שיפוטית ולא מעורבות. באישור יש יותר ביקורת שיפוטית "האם ההחלטה סבירה" בערעור השאלה היא "האם הרשות השלטונית סבירה".

ד. **מי יכול להיבחר? סעיף 6 לחוק יסוד הכנסת-**

1. גיל 21

2. נשפט 33 חודשי מאסר, ועברו 7 שנים. חריג: עבירה שאין עמה קלון, אפשר לבקש אישור מיוחד מיו"ר ועדת הבחירות. פס"ד פייגלין- קלון היא החלטה שיפוטית בהמלצת יועמ"ש. כשל במילוי ההליך הפרוצדוראלי ולכן לא מתערבים בהחלטת הוועדה לפסול מועמדותו. **לוי בדעת מיעוט-** הזכות להיבחר על פני פגם פרוצדוראלי + אין בהמרדה קלון. **אוביטר-** יש קלון [פוגעת בס' 7(א)(1)].

ה. **כדי לפסול מועמד/רשימה יש להוכיח את אחד מהתנאים (לא מצטברים) בסעיף 7 (א) לחוק יסוד הכנסת- להוכיח כי הרשימה/ המועמד:**

1. **שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ס' 7א(א)(1)) -**

לפי א"ב טיבי יש לפרש עילה זו באופן צר, מינימלי וגרעיני.

יהודית- המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מ"י מדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני ומורשתי. **במרכז:** זכותו של כל יהודי לעלות לא"י, שהיהודים יהיו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיגה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.

✓ **האם מדינת כל אזרחיה שוללת את "מדינה יהודית"?**

אם הכוונה של מדינת כל אזרחיה זה שלכלום מגיע שוויון זכויות- אז אין בעיה.

אם ישנה פגיעה ברצינות של יסוד הקמת המדינה ופגיעה במ"י כמדינה יהודית- אז יש בכך פגיעה.

דמוקרטית- המאפיינים ה"גרעיניים" ו"מינימליים": הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית. בא"ב טיבי נקבע עוד שרשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר אינה יכולה להשתתף בתהליך הדמוקרטי שהיא מבקשת להפיל בכוח הזרוע.

✓ פס"ד פייגלין - למי שיש קלון על המרדה לא ישתתף כי כיוון זו עבירה ששוללת את היסודות הבסיסיים של הדמוקרטיה.

2. **הסתה לגזענות (ס' 7א(א)(2)) -**

יש להתחשב ביסודות ה"גרעיניים" או ה"מינימליים" של ההסתה לגזענות. הדגש על "ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי- אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסייה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני".

3. **תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל (ס' 7א(א)(3)) -**

ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים או המועמד הבודד - אשר אינם נוטלים, הם עצמם, חלק פעיל במאבק מזוין, אך הם תומכים במאבק זה. תמיכה זו יכולה להיות חומרית/ פוליטית, וכמוה כנטילת חלק במאבק עצמו. התמיכה יכולה ללבש צורות שונות אשר מעניקות לגיטימציה למאבק המזוין נגד המדינה.

- ✓ מניעת ההשתתפות בבחירות אפשרית רק אם התמיכה היא **במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור**. תמיכה אחרת (למשל במהלך פוליטי של החמאס) אינה נכללת במסגרתו של סעיף זה (אם כי היא עשויה להיות מרכיב של העילה בעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).
- ✓ **מהי ההלכה כאשר יש תמיכה במאבק מזוין אך לא של ארגון שהוכרז כארגון טרור?** יש שאומרים שזה כן מספיק להקמה של סעיף זה, אך יש שופטים שטוענים שצריך שזה יהיה דווקא מדינת אויב או ארגון טרור. אבל נעיר שהתמיכה בטרור יכולה להעיד (להעיד ולא להכריע) על שלילת קיומה של מדינת ישראל.

פס"ד טיבי - התנהגות מועמד יחיד יכולה להקרין על שאלת פסילת הרשימה כולה: [כמו בצומת]

1. מעמדו של החבר ברשימה - בכיר או זוטור, האם הוא המנהיג הבולט של הרשימה ומזוהה כמייצג שלה.
2. האם זה התנהגות חוזרת ונשנית או חד פעמית
3. תגובת שאר חברי הרשימה להתנהגות
4. מספר חברי הרשימה השותפים לדעתו ומספר חברי הרשימה באופן כללי(האם הם מהווים כמות נכבדה). ניתן לציין, כי צעד מידתי בפסילת רשימה, יכול להיות פסילת המועמד הספציפי וכך להכשירה.

אמות המידה הפרשניות להפעלתו של ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת: (אישור בחירות - פס"ד טיבי). על מועמד/רשימה

1. **"יש במטרותיה"** - הכוונה ל-"מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" הרשימה בעמוד הקודם היא דוגמא למטרות שליליות.
2. **הסקת מסקנות משתמעת** - מטרותיה הדומיננטיות והמרכזיות של הרשימה – ובאותה מידה מעשיו של מועמד לבחירות במסגרת רשימת מועמדים – נלמדות הן מהצהרות מפורשות שיש בהן היגד ישיר הן ממסקנות מסתברות המשתמעות באופן חד-משמעי
3. **פעילות אקטיבית למימוש הרעיון** - לא די במטרות בעלות אופי תאורטי. יש להראות כי רשימת המועמדים "פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמותו". חייבת להיות "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית ולבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה.
4. **הראיות הנדרשות** - הראיות המבססות את המטרות והמעשים של רשימת מועמדים או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות".

← לציין כי על אף האמור לעיל (לגבי מועמד והן לגבי רשימה), ביהמ"ש מייחס משקל רב לזכות לבחור ולהיבחר והנטייה היא לא לפסול רשימות ומועמדים.

2. ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים / החלטות מנהליות:

- א. עילות הסף (בלי פסקת ההגבלה! רק מבחנים ספציפיים. פסקת ההגבלה תופעל רק בביקורת על תוכן החוק)
 - ב. הגישה המסורתית ואח"כ ההרחבה (פלאטו שרון ושריד - ראו לעיל).
- בג"ץ שריד נ' יו"ר הכנסת (דחיית הצעת אי אמון לערב. נטען שהדחייה מכוננת להשפיע על מס' המצביעים) - **הרחבה כפולה**: ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית **גם על החלטות מנהליות של הכנסת**. כמו"כ, עילת ההתערבות היא לא רק חריגה מסמכות אלא גם **מידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי**. אולם, באיזון בין עקרון שלטון החוק לבין עצמאות הכנסת. כלומר – תהיה התערבות של ביהמ"ש בהליכים פנימיים כאשר יש פגיעה בעלת השפעה רבה על יסודות מבנה המשטר. נתערב רק כאשר מדובר בפגיעה חמורה וקשה. – ביהמ"ש קובע את מידת ההתערבות. בהחלטות מעין שיפוטיות יתערבו יותר ובהליכים מנהליים פחות.

יישום מבחן שריד-המבחן שאומץ בפסיקה:

- בג"ץ סיעת כך נ' יו"ר הכנסת** - שלילת אפשרות מח"כ להגיש הצעת אי אמון הינה נושא שניתן להתערב בו שכן הצעת אי אמון היא אחד מהתפקידים המרכזיים של הכנסת בביקוח על הממשלה. אחד הכלים המשמעותיים למימוש התפקיד הזה זה ע"י הגשת אי אמון- ושיללת זכותה של סיעה מלהגיש אי אמון היא פגיעה במרקם הפרלמנטרי והשפעה על מבנה המשטר החוקתי.
- בג"ץ כהנא נ' יו"ר הכנסת** (רשות) - נפסל ע"י היו"ר שתי הצעות חוק בטענה שהן גזעניות. הסמכות של יו"ר הכנסת אם לאשר הצעות ח"כ כפופה למבחנים של משפט המנהלי והם- כללי הגינות סבירות תו"ל היעדר שרירותיות ואפליה. כמו כן ההחלטה של

היו"ר היא מהווה "פגיעה במרקם חיים פרלמנטרי ומשפיעה על הכנסת" מאחר ומשפיעה על הליך החקיקה ושוללת את סמכות ח"כ לפעול באחת מהמסגרות העיקריים שלו- הצעת חוק. כלומר- פגיעה בכלי מרכזי של חקיקה. אלון במיעוט- מבחן הסמכות הפונקציונלית מצמצם את השפיות של ביהמ"ש.

בג"ץ לבנת נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט - (עתירה על הקדמה של דיון על פיזור הכנסת) בימ"ש קובע את היקף הביקורת משתנה לפי מהות הפעולה של הכנסת- בודק איזו סוג פעולה והחלטה של הכנסת. 1. אם זה מעין שיפוט- יתערבו יותר. 2. אם זה החלטה מנהלית בעניין פנימי של הכנסת- פחות יתערבו. 3. והכי פחות יתערבו- בהליך חקיקה עצמו. אולם עדיין מפעילים את מבחן שריד במעין שיפוט והחלטות של הליכים פרלמנטריים פנימיים. כאן- מבחן שריד מגיע למסקנה שאין להתערב כי דחייה של כמה ימים של דיוני וועדה לא פוגעת במרקם החיים הדמוקרטיים של המשטר.

בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת – הכנסת רצתה שיחשבו להם את הפנסיה של 3 שנים לפי 4 שנים כדי לא לקבל מענק. שמגר: מקרים בהם הכנסת מחוקקת לטובת עצמה ויש בכך ניגוד עניינים מובנה- יהיה מקום לביקורת שיפוטית נוקשת יותר

לשים לב במבחן!! אם ההחלטה של הכנסת פוגעת בכלי משמעותי למימוש תפקיד משמעותי שלה (אי אמון/ הגשת הצעות חוק) בימ"ש יטה להתערב מאחר ופוגע. לעומת זאת אם זו החלטה הנתפסת כשינוי של שעה של דיון- בד"כ בימ"ש לא יסווג זאת כפגיעה הדורשת התערבות שלו.

3. **ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה**: מכוח ס' 15 לחו"י השפיטה.

בעבר-ביקורת על התוכן (חוקתי/לא). **כיום**- ביקורת על ההליך עצמו (תזכורת: בברגמן התערבות סמי(חצי)-פרוצדוראלית).

א. עילות הסף. (גם כאן אין להפעיל את פסקת ההגבלה אלא רק המבחנים הספציפיים)

בג"ץ נמרודי נ' יו"ר הכנסת – **ברק באוביטר**- יש סמכות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ולביטול חוק שלא עומד בתקנון הכנסת. **נימוקים**- הכנסת היא "גוף המבצע תפקיד ציבורי על פי דין" כשתקנון הכנסת הוא הדין, לכן כל עוד הכנסת לא משנה את התקנון- ביהמ"ש יכול לאכוף אותו. בנוסף, חוקי היסוד עליונים ובהם (חו"י הכנסת) קבוע שצריך ללכת לפי התקנון.

בג"ץ ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל (חוק ההסדרים, מנוסח ע"י משרד האוצר, הליך חקיקה לא מעמיק, טענה לפגיעה בהפרדת רשויות)- אף אם הליך החקיקה עמד בדרישות תקנון הכנסת, ניתן לבטל חוק שיש בו "**פגם היורד לשורש ההליך ושותר אחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה של משרנו הפרלמנטרי החוקתי**". במסגרת ההחלטה על תוצאתו של פגם בהליך החקיקה יש להתחשב במהותו של הפגם שנפל ובמכלול נסיבות העניין. לעניין מהותו של הפגם שנפל בהליך החקיקה יש לבדוק בכל מקרה, נוסף על חומרת הפגם ועוצמת פגיעתו בעקרונות היסוד של הליך החקיקה, אף את השאלה אם היה החוק עשוי שלא להתקבל לולא הפגם. עקרונות היסוד אותם קובעת **בייניש**- הליך חקיקה נאות:

- הכרעת הרוב;
- שוויון- לכל ח"כ קול אחד;
- פומביות- הליך החקיקה פומבי ושקוף;
- **עקרון ההשתתפות** (חידושי!) - כל ח"כ יכול להשתתף בהליך החקיקה. ההשתתפות כוללת לא רק נוכחות פיזית **אלא גם אפשרות להבין את החוק** ועל מה הוא מצביע.

- **ריסון להלכה (1)**: נקבע שביהמ"ש ינקוט בריסון שיפוט ויתערב רק במצבים בהם יש פגיעות קשות (רק במקרים קיצוניים שבהם ההליך היה כ"כ מזוהזז וענקי- נחליט שההליך פגום).
- **ריסון להלכה (2)**: **בייניש** - ביהמ"ש יתערב בהליך חקיקה אם לא היה "הליך חקיקה נאות" (קבלת הליך חקיקה ראוי ע"ס דיון מושכל שקול וראוי). תפקיד ביהמ"ש בנוגע להליך חקיקה זה רק לאפשר לח"כים אפשרות. אם הם בוחרים לא לעשות בזה שימוש- זה כבר לא עניינו.
- נקבע שבהליך מעיין שיפוט ביהמ"ש יתערב "בהליך חקיקה נאות". זאת אומרת בלי דיון מספק, בלי קבלת החלטות ראויה ומושכלת ע"ב תשתית עובדתית (אשרור פנחסי)

בג"ץ ליצמן (הצבעות הכפולות)- **מדגים את הריסון ביישום מבחן מגדלי העופות**. למרות שיש פגם מהותי וחמור מאד בהליך (פגיעה בשוויון) **נבדוק האם היו מגיעים לאותן תוצאות גם לולא הפגם**. אם כן- לא נתערב. פס"ד זה סותר דמוקרטיה מהותית **פס"ד קוונטיסקי נ' כנסת ישראל**: מס דירה שלישיית שעבר בחוק בהליך מהיר. נטען לפגם בהליך החקיקה וגם היועמ"ש התנגד **דעת הרוב סולברג**: הרחבה של מגדלי העופות. צריך לאפשר לחברי הכנסת לא רק לדעת מה כתוב בהצעת החוק אלא לתת להם הזדמנות לגבש עמדה לגבי הצעת החוק. גיבוש עמדה דורש מהלך מחשבתי, עיבוד מידע וקבלת החלטה מושכלת ביהמ"ש יתערב

בהליכי חקיקה ראשית רק כאשר נשללה מחברי הכנסת אפשרות מינימלית לקיים גיבוש עמדה. הוא משייך את דיון מינימלי לעיקרון ההשתתפות ומוציא אותו מתוך דוקטרינת הליך חקיקה נאות. לסיכום ישנם שני שלבים: א. מתן הזדמנות לגבש עמדה. ב. דיון מינימלי הוא בסיסי לשם גיבוש עמדה.

קריטריונים שיסיעו לדעת האם היה דיון כמו שצריך:

1. משך הדיון
 2. מידתיות של משך הדיון ביחס להצעת החוק, מורכבותה והיקף השלכותיה.
 3. השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק על נוסחה ועל תוכנה
 4. תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק
 5. פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק ולמצער עיקרי הסדרה ומרביתם.
 6. כמה זמן מראש קיבלו חברי הכנסת את הצעת החוק.
 7. האם הדיון באמת שינה את הצעת החוק.
- חשוב!** במידה ומדובר על חוק ההסדרים בקיים יש לדון האם החקיקה כלכלית באופייה.

יתרונות של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:

1. עצם ביטול החוק מפחית את הסיכוי שיחוקק שוב, וגם אם כן, הדיון הראוי בו בכנסת יפחית פגיעה באזרחים.
 2. עצם הפרוצדורה הדמוקרטית הוא חשוב על מנת לקיים דמוקרטיה מהותית (פס"ד ליצמן סותר את זה)
 3. אין פה פגיעה כ"כ גדולה בעצמאות הכנסת, זה רק פרוצדורה, לא מדיניות.
- חסרונות של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:
1. מדובר בליבת עצמאותה של הכנסת.
 2. ההצדקה לביקורת שיפוטית תכנית שאומרת שמדובר בהגנה על זכויות אדם לא קיימת פה.
- סיכום** – הליכים מעין שיפוטיים: ביקורת רבה. סוגיות מנהליות: ביקורת ממוצעת. הליכי חקיקה: ביקורת נמוכה

ביקורת שיפוטית על הליכי הרשות המבצעת

- א. עילות הסף
 - ב. האם יש לרשות המבצעת הסמכות [סמכות שיורית]. נובעת מס' 1 לחוק יסוד הממשלה.
 - ג. תורת 3 השלבים
- סעיף 1 לחו"י הממשלה - "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".
 - סעיף זה מצד אחד הצהרתי ומצד שני אופרטיבי- בסעיף מוגדרת סמכות הרשות המבצעת ולכן זו בעצם הגבלה חוקתית על הכנסת שלא יכולה לפגוע בחוק.
 - האם הכנסת יכולה להפקיע מהרשות המבצעת סמכויותיה?
- פס"ד הפרטת בתי הסוהר(מרכז אקדמי נ"י שר האוצר)**- הגישו עתירה נגד החלטת החוק כי זה מפר את ס' 1 לחוק יסוד הממשלה- הכנסת לא יכולה לקחת סמכויות של רשות מבצעת ולהביא אותה לגוף אחר. החוק עצמו נפסל כיוון שהוא פוגע בחוק יסוד, אך ברמה המהותית - האם הכנסת יכולה בעצמה לפגוע בהפרדת הרשויות? העניין נשאר בצורך עיון. חשוב לציין כי בין השורות נראה שביהמ"ש מאוד לא מעוניין לפסול חוק דרך עקרון הפרדת הרשויות, ומעדיף מסלול של פגיעה בזכויות אדם.

❖ במבחן: במידה ויהיה פגיעה או שינוי של ח"י יסוד הממשלה נדון בכך.

• סעיף 31 תפקוד הממשלה:

1. נושאים מערכתיים- החלטות להקים/לבטל/לאחד משרד ממשלה, או חלוקת עבודה בין שרים וכדו'- לממשלה יש סמכות להחליט אך חייבת את אישור הכנסת (31ב).
2. ניהול שוטף ופנימי- לו"ז, סדרי עבודה וכדו'- הממשלה מוסמכת להחליט בנושאים אלה לבדה, יש גם את תקנון הממשלה שמסדיר נושאים אלה. (131ו)

✓ **במתווה הגז לדוגמא** הדרך לחתום על מתווה הגז הוא רק דרך חתימת השר, דרעי סירב לחתום. ביבי רצה לקחת את הסמכות מדרעי- והכנסת לא אישרה, לכן נתניהו שכנע את דרעי להתפטר.

✓ **ועדות שרים**- (31ה') הממשלה רשאית למנות וועדות שרים ולהעניק להחלטותיהן משקל של החלטת המליאה. כלומר, רשאית לפעול דרך ועדה זו כך שלא כל ההחלטות צריכות להתקבל ע"י כל המליאה

כולה. אחת הדוגמאות הבולטות היא וועדת השרים לענייני חקיקה, בראשה יושב(ת) שר(ת) המשפטים. תמיד שר המשפטים עומד בראשה.

אחראית על:

1. **הצעות חוק ממשלתיות** - משרד כלשהו יוזם הצעת חוק, וועדת השרים לענייני חקיקה צריכה לאשרו כדי שיגיע להצבעה למליאת הכנסת. אם היא לא מאשרת - שר/סגן שר לא יכול ללכת דרך הצעת חוק פרטית. לכן זה סוף פסוק.
2. **הצעות חוק פרטיות** - בשלב הקריאה הטרומית, יוזם הצעת החוק מציג אותה לפני הממשלה והוועדה מחליטה מה עמדת הממשלה לגבי הצעת חוק זו (תמיכת הממשלה שמהווה רוב בכנסת בד"כ תשליך על האפשרות של החוק לעבור) אם החוק לא עובר את הקריאה הטרומית - אי אפשר להציגו בכנסת בחצי שנה שאחרי.
 - ✓ אם הכנסת תעביר חוק שמשנה את תקנון הממשלה ניתן לבטלו על עילת אי חוקתיות לפי ס' 31.
 - **סמכויות רה"מ** -
 - סעיף 22 - העברת שר מתפקידו - **סמכות רשות**, אפשרי ללא דרישה לעילה מסוימת כי כתוב "רשאי". אך במקרים מסוימים סמכות הרשות הופכת לחובה, וראש הממשלה כפוף למגבלות שנקבעו בפסיקה - **סבירות** (1). בודקים האם התקיימו התנאים המקדימים להפעלת הסמכות 2. האם ההחלטה לא להפעיל את הסמכות היא החלטה סבירה) **והיעדר אפליה**. רה"מ יכול לגרום לשר להתפטר בלי לפטר אותו.
 - יישום ס' 22 - העברת שר מתפקידו:**
- ✓ **התערבות ביהמ"ש כאשר רה"מ לא מפטר שר - התנועה למען איכות השלטון** (דרעי) - רבין סירב לפטר את דרעי בגלל הסכם קואליציוני. בית המשפט קבע שמדובר במצב בו סמכות הרשות **הופכת לסמכות חובה לפטר**. כאשר אי הפעלת הסמכות יורדת לשרש העניין יהיה חוב להפעיל סמכות של שק"ד. שיקול הדעת צריך להיעשות בכפוף לעקרונות מנהליים - עקרון הסבירות (אם החלטת רה"מ נמצאת בתחום הסבירות - ביהמ"ש לא יתערב. רק במקרים של אי סבירות קיצונית). ביהמ"ש גם יכול לבחון את המשקל שרוה"מ נתן לשיקולים שונים גם אם הם כשרים - יש לאזן בין **שיקולים פוליטיים** למשל - ייצוב הקואליציה-אל מול האינטרס של **אמון הציבור**. יש מתחם של סבירות לכל החלטה, כל דבר שנמצא במתחם בית המשפט לא יתערב. **דרך בדיקת הסמכות** - 1. קודם בודקים אם התקיימו התנאים המקדימים להפעלת הסמכות. 2. בודקים האם ההחלטה לא להפעיל את הסמכות היא החלטה **סבירה**, בהתאם לחומרת העבירה ולאינטרס שעומד ממולה. ולכן **בכתב אישום אמון הציבור גובר**.
 - עוד נקבע בפרשת דרעי - הכלל הבסיסי במשפט המנהלי הוא **שבעל סמכות לא יכול לכבול את שיקול דעתו**, ולכן ההתחייבות היא חסרת תוקף.
- ✓ **התערבות ביהמ"ש כאשר רה"מ מעביר שר מתפקידו - בג"ץ פוקס**: אריאל שרון רצה לפטר שרים לפני ההתנתקות שמתנגדים להתנתקות, יומיים לפני ההצבעה על ההתנתקות.
 - ברק (רוב) - המבחן שנקבע**: הוא שרוה"מ מוסמך להעביר שר מכהונתו אם הוא משוכנע שיש בכך כדי לאפשר את תפקוד הממשלה והגשמת מדיניות שניצבים בפניה. כלומר - רה"מ יכול לפטר שר עקב ההתנגדות שלו למהלך מדיני שמוביל רה"מ (אף אם המהלך טרם עבר), אם הוא משוכנע שאותם פיטורים יקדמו את יכולת הממשלה לתפקד כר' המבצעת ולהשיג מדיניות. (אם ראש הממשלה מפטר שר כי לא אהב אותו זה - לא לגיטימי)
 - חשין (מיעוט)** - היכולת לביקורת שיפוטית צרה מאוד כיוון שכמעט ולא ניתן למצוא מצב בו שיקוליו של רה"מ הם לא לגיטימיים - **יתקיים רק כאשר שיקוליו נגועים בשחיתות ממש**.
 - בג"ץ אומץ נ ראש עיריית רמה "ש**: **דעת הרוב**: לוקחת את הלכת התנועה למען איכות השלטון ויישמה אותם על ראשי רשות. גם לרשויות מקומיות יש שיקול דעת האם להעביר מישהו מתפקידו. לעומת זאת במקרה זה בימ"ש קבע שההימנעות משימוש בסמכות לא עולה בקנה אחד עם עקרון טוהר המידות ושלטון החוק, ולכן החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, וגם פה סמכות שיקול הדעת הפכה לחובה. **גרונס (דעת מיעוט)**: במקרה הזה לא מוצדקת התערבות בימ"ש, מאחר וההכרעה היא בידי הבורח ואנחנו נמצאים ממש לפני בחירות העיריות.
- ← בעקבות פסק הדין הזה שינו את החוק והוסיפו מנגנון השעיה של ראשי עיריות שיש נגדם כתב אישום.
- היום** - שר שמועמד לדין פלילי, מפטר עצמו מהתפקיד. כלומר ההלכה על אף שאינה חקוקה - היא חדרה לכנסת ויצרה נורמה חדשה
- סעיף 23 - הפסקת כהונת שר מחמת עבירה** - אם ביהמ"ש הרשיע שר בעבירה עם קלון - תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין בלי קשר לשיקול דעת של רה"מ.

הסמכות השיורית של הממשלה כפופה לכמה מגבלות:

1. **"כפוף לכל דין"** – כשהממשלה מפעילה את סמכותה השיורית היא צריכה לעשות זאת באופן חוקי- ב"פירמידת הנורמות של קלזן". לממשלה אסור להפר שום דין אחר בפעולתה, גם כזה **הקבוע בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה** על אף כי הסמכות הוקנתה לה בחוק יסוד.
 - בבג"ץ קריית גת דורנר אומרת- "כפוף לכל דין" **וגם להלכה פסוקה ולזכויות אדם**
 2. **"פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על ראשות אחרת"** – אם אין חוק, או במקרה שיש חוק אך לא הוטלה בו סמכות על ראשות אחרת, והיעדר החוק או שתיקתו בנוגע לסמכות אינם בגדר **הסדר שלילי**, אפשר להפעיל את הסמכות השיורית (אם העדר הסמכות הוא מכון אז אי אפשר להפעיל סמכות שיורית).
 - פס"ד וועדת המעקב** – מחד, המחוקק לא הסכים לבטל את החוק ולכן אין סמכות שיוריות, מאידך כניסתו לתוקף מושעת פעם אחר פעם אז **אולי כן יש? חשין** בפסק הדין נוטה לומר שיש הסדר שלילי אך לא מכריע.
 - בג"צ עיריית קריית גת** – יש חוק בעניין, ולכן הממשלה לא יכולה לקבל החלטה. אז ביהמ"ש ביטל את החלטת הממשלה.
 - בג"צ נעם פדרמן נגד שר המשטרה** – שליחת שוטרים להאיטי: הממשלה כן יכולה להפעיל סמכות שיורית כי קשרי החוץ זה חלק מסמכות הממשלה.
 3. **הסמכות השיורית אינה כוללת הסדרים ראשוניים** (נקבע בפסיקה ועקרונות המשפט – בבג"ץ **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים** [עדיפות לאומית]) - לא ניתן לחוקק חוקים מכוח סמכות שיורית, ולא לקבל החלטות שהן במהותן חקיקתיות – **"בהסדרים ראשוניים"**.
 - הכלל הבסיסי – אם יש הסדר חקיקתי- אין סמכות שיורית (בין אם זה בהסדר שלילי ובין אם זה בהסדר חיובי בחוק).**
 - מהו הסדר ראשוני והסדר משני:**
 - רובינשטיין (גיוס בחורי ישיבות) – הסדר ראשוני** (נחקק ע"י הכנסת) – קובע מדיניות כללית וקווים מנחים. **הסדר משני** (בסמכות הממשלה) – נועד להגשים מדיניות כללית.
- יש לבחון את השאלה האם מדובר בהסדר ראשוני על פי אמות-המידה שקבע השופט חשין בבג"ץ ועדת המעקב (רשימה לא סגורה):
- # **מהות ההסדר** – כמה ההסדר מהותי מרכזי וחשוב.
 - # **השלכות חברתיות של ההסדר ומידת הפגיעה שלו בזכויות הפרט**.
 - # **מידת ההשפעה של ההסדר על הציבור בישראל** – אין דין פעולה מצומצמת כדין פעולה המשפיעה על החברה כולה (רובינשטיין – החלטה האם החרדים מקבלים פטור זו החלטה שנוגעת לציבור שלם ולכן היא ראשונית).
 - # **לבחון את התכלית של הפעולה ומידת ההסכמה הציבורית שלה היא זוכה** – אם משהו מאוד שנוי במחלוקת ערכית ואידיאולוגית בציבור זה צריך להיות לפי החלטת הכנסת וראוי שנבחר הציבור יכריעו ולא הממשלה.
 - # **עלות של ההחלטה** – אם מדובר בסכום מזערי, זה לא משמעותי. החלטה בעלת משקל כלכלי כבד – זה מצביע על הסדר ראשוני שצריך להיקבע בכנסת.
 - # **מידת מעורבות והשפעת המחוקק** – לפעמים אפילו אם זו החלטת הממשלה תהיה מעורבות גדולה של המחוקק (דוגמה: החלטת ממשלה שמאושרת ע"י החלטה של הכנסת. לכנסת יש מספר סוגי הליכים והחלטות ואחד מהם נקרא "החלטה" בה מליאת הכנסת מחליטה החלטה ברוב דעות – אז אומנם זה רחוק מהליך חקיקה רגיל).
 - # **הזחיפות של הפעולה** – פעולה שהיא מאוד דחופה אי אפשר לקבל בחקיקה שאורכת זמן ולכן חייבים לאפשר לממשלה לפעול ולקבל החלטות.
 - בוועדת המעקב** – נקבע שכלל: **חלוקה של כספים בידי הממשלה מבלי שהכנסת נתנה דעתה זה הסדר ראשוני** אותו הממשלה לא יכולה לעשות בלי אישור הכנסת.
 - יישום הסדר ראשוני במתווה הגז שני חלקים** –
 - היה שיעור יצוא הגז והיה ועדת צמח. החליטו לעביר את זה בממשלה. הוגש בגץ שזה הסדר ראשוני ולכן זה צריך לעבור בכנסת. הכנסת אומרת שזה באמת מהותי וחשוב אבל בגלל שכביכול היה חוק **ישן שנותן סמכות לשר** אז אפשר לפרש כמעניק סמכות למשלה לקבל אותה. **דעת הרוב** – אם יש חוק שמעניק סמכות אז נפרש אותו בגמישות. אז הגיע מתווה הגז ודובר על הרבה החלטות מהותיות והוגש בג"ץ שזה צריך להיות ע"י כנסת כי זה הסדר ראשוני: **דעת הרוב** – אמרה שאין בעיה שהוא נקבע ע"י הממשלה ולא בחקיקה. **דעת המיעוט** (רובינשטיין וג'ובראן) – המכלול הוא מהותי בעל השלכות אדירות ולכן צריך להיות בחקיקה ראשית. **סולברג** – מסכים עם רובינשטיין שבכללותה זה הסדר ראשוני אבל אם מפרקים את זה לגורמים לכל החלטה יש חקיקה שנותנת לו סמכות. **פוגלמן** – לא בטוח שזה הסדר ראשוני, עצם זה שזה אם משמעויות כלכליות לא מספיק לומר שזה הסדר

ראשוני וגם שזה שנוי במחלוקת וגם שזה משלב רבה פעמים שקשור לגז, וזה רגולציה שמתאימה לסמכות הממשלה אך מוכן להשאיר את זה בצריך עיון כי יש חקיקה שמסדירה את זה.

חריג: רק אם מדובר על משהו שנחשב דחוף להסדרי מדיניות וקביעת דרך פעולה מיידית הממשלה תוכל להשתמש בסמכות השיורית.

= תפקידי הממשלה:

- נושאים מערכתיים: יש לממשלה סמכות אך היא חייבת את אישור הכנסת.
- ניהול שוטף ופנימי: הממשלה רשאית להחליט לבדה (זה מוסדר בתקנון)
- וועדות שרים: הממשלה רשאית למנות ועדות שרים – החלטות שיתקבלו לא ע"י המליאה כולה.

הצעות חוק ממשלתיות - צריכות אישור של וועדת השרים לענייני חקיקה, ורק אז עוברות לאישור הכנסת
הצעת חוק פרטית – צריך לעבור קודם כל טרומית וכו'. מוצגת קודם כל בפני הממשלה.

חסינות חברי כנסת: (חוק יסוד: הכנסת מפנה לחוק ספציפי – חוק חסינות ח"כ)

א. זכות עמידה

ב. בדיקת ההליך מעין שיפוטי-

1. **חסינות עניינית** - ס' 1א לחוק חסינות הכנסת. ס' 1(א) חל רטרואקטיבית (מבהיר את המצב הקיים).
 - **מאפייני החסינות** - 1. חסינות מכל פעולה משפטית, גם על מעשים. 2. רק במילוי התפקיד- גם על פעילות מחוץ לכנסת, 3. חלה גם אחרי פרישה של הח"כ. 4. לא ניתנת להסרה.

שלב 1 לבדיקת חסינות עניינית: ס' 1(א)1(1) מסביר מה לא ייחשב "למילוי תפקידו"- 1. שלילת קיומה של מ"י כמדינת העם

היהודי 2. שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה. 3. הסתה לגזענות. 4. תמיכה בטרור.

רף הוכחה: נפסק **בבשורה** שרף ההוכחה של 1(א) נמוך מרף ההוכחה של 7א (השתתפות בבחירות) ולכן זה לא מונע ממנו להשתתף בבחירות. הסיבה לכך היא שאם נמנע מח"כ מראש להיכנס לרשימה הפגיעה בזכות לבחור/ להיבחר חמורה יותר מאשר מישהו שהוא כבר ח"כ עושה בפועל את העבירה ואז פוגעים לו בזכות.

← אם התנהגות חבר הכנסת נכנסת תחת המצוין בס' 1(א)1(1) - אין חסינות. אם לא נכנסת- בודקים האם לפי **מבחני הפסיקה** התנהגותו נכנסת תחת "מילוי תפקידו".

שלב 2 לבדיקת חסינות עניינית: מבחן הסיכון המקצועי –

נקבע על ידי **ברק בפס"ד בשארה** - מבחן זה אומר שההתנהגות האסורה נכנסת תחת חסינות עניינית אם היא נכנסת תחת סיכון מקצועי **שטבעי לפעילות סבירה** של ח"כ. הרעיון- להעניק לח"כ חגורת ביטחון במקרים בהם פעל וגלש לשוליים אסורים אבל זה בגדר סיכון טבעי מחלק תפקידו של ח"כ.

א. **התחיל פעילות חוקית שגלשה** לפעילות לא חוקית (היגררות מהפגנה חוקית להתקהלות בלתי חוקית, להבדיל מהתקהלות בלתי חוקית מראש).

ב. **מבחן הספונטניות** – משהו שקרה בספונטניות בגדר פעילות פרלמנטרית מותרת. לעומת זאת אין החסינות העניינית מיועדת להגן על פעילות אסורה, מתוכננת מראש, שמבצע חבר כנסת תוך ניצול מעמדו זה- למשל נטילת שוחד, הפרת אמונים, הצבעה כפולה. זאת להבדיל מפעילות פרלמנטרית מותרת קלאסית כמו ביטוי פוליטי.

יישום מבחן הסיכון המקצועי של ברק בפס"ד בשארה: א. עזמי דיבר במסגרת **נאום פוליטי**. דברי השבח היו **חלק קטן ושולי**. ב.

העבירה שבה מואשם קשורה **לחופש הביטוי**. לעניין זה נודעת חשיבות בקביעת גבולותיו של "מתחם הסיכון הטבעי", לנוכח מרכזיותו של הביטוי במילוי תפקידו של חבר הכנסת. ג. **חשש מאפקט המצנן**- לנוכח הלשון הרחבה שבה מנוסחות, בדרך כלל, העבירות הקשורות בחופש הביטוי, כגון הוצאת לשון הרע, הסתה, המרדה ואמירת דברי שבח לארגון טרור, קיים חשש שאם יהיו חברי הכנסת חשופים לאישומים פליליים אלה, יהיה בכך כדי "לצנן" את יכולתם להתבטא ללא חשש גם במקרים שבהם דבריהם אינם בבחינת עבירה פלילית. טיעון זה מזכיר את בג"ץ פייגלין- שם נקבע כי אין להשתמש בעבירת המרדה כדי למנוע ממישהו לרוץ לבחירות.

מסקנה: העבירה נעשתה כחלק אינטגרלי מהבעת דעה פוליטית ולכן החסינות העניינית חלה. מנגד, השופטת חיות במיעוט- קשה לא לראות את דברי השבח לחיזבאללה כתמיכה במאבק מזוין נגד ישראל ולכן אין חסינות עניינית.

יישום המבחן בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון (גורולובסקי- הצבעה כפולה). ברק - להצביע זה חלק אינטגרלי בהליך החקיקה אבל להצביע פעמיים **בכוונה תחילה** זה לא חלק מסיכון מקצועי. מה נחשב לחריגה? א. "פליטה" מתוכננת ולא בלהט הרגע. ב. חריגה מוגזמת שלא מכוח התפקיד.

2. חסינות דיונית - ס' 4 לחוק חסינות חברי כנסת.

- **מאפיינים:** 1. חסינות פרוצדורלית, רק מחסום זמני בפני העמדה לדין פלילי בלבד. 2. חלה גם על מעשים שלא נעשו בזמן למען מילוי התפקיד. 3. חלה רק במשך כהונתו של ח"כ או על מעשים שעשה לפניו. 4. ניתנת להסרה.
- **הדין בעבר:** בעבר כשהיועמ"ש היה רוצה להעמיד ח"כ לדין, הוא היה צריך לפנות לכנסת (לוועדה ואז היא מעבירה למליאה) שתסיר את החסינות הדיונית- נקודת המוצא הייתה שיש לכל ח"כ חסינות.
- **פרשת גורולובסקי-** החסינות של גורולובסקי לא הוסרה. בית המשפט אמר שלוועדת הכנסת מותר לשקול אך ורק את השיקול של האם השיקולים ששקל היועמ"ש היו לגיטימיים ולא נבעו מרדיפה פוליטית או מדיניות מפלה (אסור לה לשקול שיקולים של ראיות/טובת הציבור וכדו').
- **הדין כיום:** הכנסת (בשנת 2005) שינתה את ברירת המחדל – נקודת המוצא כעת היא שאין חסינות, לכן הנטל על הח"כ לבקשת החסינות ולא על היועמ"ש להסרתה. **מצד שני**, הכנסת הרחיבה את העילות להן יוכל לטעון הח"כ בבקשתו לחסינות הדיונית.

הפרוצדורה החדשה (לפי ס' 4 המתוקן):

- ✓ כתב אישום יוגש רק באישור היועמ"ש.
- ✓ לפי שהיועמ"ש מגיש את כתב האישום לביהמ"ש הוא צריך למסור עותק לח"כ עצמו, ליו"ר הכנסת וליו"ר ועדת הכנסת.
- ✓ חבר הכנסת רשאי תוך 30 יום לפנות לכנסת ולבקש שתקבע שיש לו חסינות לפי אחת או יותר מהעילות הבאות:

4(א)א) - חסינות עניינית- הכנסת יכולה להתעקש על חסינות דיונית משום שלדעתם יש חסינות עניינית.

4(א)ב) - אם הכנסת מגיעה למסקנה שהיועמ"ש לא פעל כדין (חוסר תום לב או הפליה).

הסעיף מוסיף 2 עילות ובכך מרחיב את החסינות הדיונית:

- 4(א)ג) – **3 תנאים מצטברים:** 1. 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; 2. העבירה בוצעה במשכן הכנסת במסגרת פעילות הכנסת או ועדה מוועדותיה, 3. אי ניהול הליך פלילי, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.
- 4(א)ד) – **2 תנאים:** 1. ייגרם נזק של ממש בשל ניהול ההליך הפלילי, לתפקוד הכנסת או ועדה מוועדותיה או לייצוג ציבור הבחורים; 2. ואי ניהול הליך, בהתחשב בחומרת העבירה, מהותה או נסיבותיה, לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.

סעיפים נוספים:

- סעיף 4א(1)- קובע על אילו עבירות לא תחול החסינות הדיונית- ויש שם דווקא עבירות מאוד קלות כמו תעבורה, ודווקא עבירות קשות לא מופיעות שם. הסעיף קובע גם- שהחסינות הדיונית לא תחול על כתב אישום שהוגש למי שנבחר להיות ח"כ. סעיף 6- התיישנות. מרוץ ההתיישנות נעצר בזמן שאתה חבר כנסת כלומר זה רק חסם זמני.

סיכום הפרוצדורה היום לפי סעיף 4 + 13:

- ✓ אם רוצים להגיש כתב היועמ"ש מוסר עותק לח"כ ליו"ר הוועדה ואז לבימ"ש.
- ✓ אם הח"כ לא ביקש תוך 30 יום חסינות- אין לו.
- ✓ אם ביקש- יש דיון מול וועדת הכנסת שם משמיע דבריו ואז מחליטים.
- ✓ אם הוועדה החליטה שאין חסינות < זו החלטה סופית וניתן להעמידו לדין.
- ✓ אם הוועדה החליטה שיש חסינות < צריך אישור של מליאת הכנסת שהיא מצביעה וצריכה להחליט אם יש/ אין חסינות. כלומר אם קובעים שיש- גם הוועדה וגם המליאה צריכות לאשר זאת.

הכנסת ובחירות לכנסת:**פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר סעי' 5+6 לח"י הכנסת:**

- עליות הסף. + הזכות מעוגנת בח"י, ההיקף שלה ברור ועכשיו בודקים אם יש פגיעה/שינוי.
- פגיעה מול שינוי- לפרש את החוק הפוגע בצורה אם פוגע ואם משנה
- אם יש פגיעה – להפעיל את פסקת ההגבלה (התקבל במופז נגד וועדת הבחירות)

ס' 5 לחו"י: הכנסת: הזכות לבחור

"כל אזרח ישראלי בן 18 ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק..."

ס' 6 לחו"י: הכנסת: הזכות להיבחר

לכל אזרח מגיל 21 ומעלה ישנה זכות להיבחר, אלא אם כן:

- ביהמ"ש שלל ממנו זכות זו על פי חוק.
 - נשפט בפסק דין סופי **ל 3 חודשי מאסר** ולא **עברו 7 שנים** מיום שגמר לרצות את המאסר בפועל.
- חריג לכך:** חבר הכנסת יכול לפנות בבקשה ליו"ר וועדת הבחירות המרכזית שיכריז שאין בעבירה זו קלון וכך הוא יוכל לרוץ.

פגיעה בשוויון לבחירות בכנסת סעי' 4 לחו"י הכנסת:

- בדר"כ מצטרף לזכות לבחור ולהיבחר אם זה נעשה בצורה לא שוויונית.
- נבדוק אם יש פגיעה לפי בג"ץ ברגמן+ גוטמן+ מרכז השלטון..
- במידה ויש פגיעה נבחן את השריון שעומד בבג"ץ לאו"ר מול סעי' 46 להלן..
- נבדוק אפליה+ שוני מהותי/פורמלי+ שוני רלוונטי.
- במידה ועוסקים בעבירה [שוחד וכדון]- נבדוק את הקלון **סוף העמוד. פיגלון** באוביטר- בהמרדה יש קלון
- במידה ויש פגיעה בשוויון כזה צריך לבדוק אם יש פגיעה בשוויון מתוך כבוד האדם.
- בדיקת פגיעה בזכות השוויון בצורה רגילה ממה הזכות ועד פסקת ההגבלה כולל.

פגיעה בעקרונות של חוק יסוד הכנסת- כלומר פגיעה בסעיף 4!

דגש: סוגיה זו נמצאת כאן על מנת לקשר בין הזכות לשוויון **מכוח כבוד אדם** לבין עקרון השוויון בבחירות **מכוח סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת**.

שיטת הבחירות - מבחנים אלו לפי ס' 4 לחו"י הכנסת -

1. **כלליות** - כל אזרחי המדינה, **רשאים לבחור מגיל 18 ולהיבחר מגיל 21.**
 2. **ארציות** - כל שטח מ"י נחשב לאזור בחירה אחד במידה וירצו להפוך את הבחירות לאזוריות, יצטרכו לשנות את חוק יסוד הכנסת כיוון שזהו **שינוי מהותי בשיטה**.
 3. **ישירות** - בארץ אנו בוחרים ישירות במפלגות בהן אנו מעוניינים לפי השקפתנו. אך הממשלה נבחרת בבחירות עקיפות.
 4. **חשאיות** - החשיבות של החשאיות היא בכך שאנו מגנים על היכולת של אזרח לפי מצפונם ולצמצם השפעה לא ראויה מאחרים (גם מחבריהם וגם מצד השלטון). מצד שני, יש פגיעה בעיקרון השקיפות. **לדעת המרצה, הפרסום של התפלגות ההצבעה לפי קלפיות זה בעייתי כי זה פוגע בעיקרון החשאיות.**
 5. **יחסיות** - חלוקת המושבים בכנסת ביחס זהה ליחס של הקולות (20% מהבוחרים הצביעות בעד מפלגה מסוימת, יהיה לה 20% מהמושבים).
- נתייחס לאחוז החסימה** - הדבר העיקרי שפוגע בעיקריות היחסיות - יש קולות מסוימים שלא נכללים ברשימה ולכן מועברים למפלגה אחרת במסגרת הסכם עודפים.

בג"צ גוטמן - העלו את אחוז החסימה מ-2% ל-3.25%. נטען שזה פוגע בעיקרון **"בייקרון הייצוג"** (נגזרת של בחירות יחסיות)

(גרונים טוען שצריך אחוז חסימה כי הוא מאזן בין **עיקרון המשילות** - שהממשלה תוכל להתנהל, לבין עיקרון הייצוג - מורחב

להלן). **גרונים (רוב)** - ההסדר חוקתי, אך העתירה נפסלת עקב חוסר בשלות. עיסוקו של גרונים בסוגיית הייצוג:

ייצוג פורמלי - כלומר שבהתאם לדפוס ההצבעה כך המושבים בפרלמנט יחולקו - ייצוג מספרי.

ייצוג מהותי - ייצוג של **קבוצות שונות ודעות שונות בחברה** ייצוג מהותי מתחלק לשניים –

א. **ייצוג רעיונות** - הדעות והאידיאולוגיות השונים יקבלו **ייצוג** כלומר גם מי שבעד לגליזציה לסמים וגם מי שנגד לגליזציה של סמים וכולי. גרונים דוחה את הטענה הזאת.

ב. **נציגות כנוכחות (גישת גרונים)** - לא מתייחסת לאידיאולוגיה אלא **למאפייני האוכלוסייה** - מאפיינים דמוגרפיים כמו מגדר,

גזע, ואולי גם נטייה מינית. אך יש רק שתי קבוצות אוכלוסייה שמהוות מיעוט מאובחן - **המיעוט הערבי-ישראלי והמיעוט**

החרדי.

6. **שוויון הבחירות - סעיף שוויון זה משוריין בחו"י**, ולכן ע"פ בג"ץ ברגמן, בית המשפט אוכף על הכנסת את מגבלות השריון הפרמלי שהיא קבעה בחוק היסוד (חובת ביקורת שיפוטית), וזאת ככל שהתוכן אכן פוגע בשוויון. בפס"ד גוטמן - גרוניס מסכם את התפיסות שעלו בברגמן.

• **מה הכוונה בחוק לא שוויון לפי ברגמן וגוטמן?**

- ✓ בגרעין של עקרון זה מצוי הכלל לפיו "קול אחד לכל אחד"
- ✓ **גם בזכות להיבחר** וכל אחד מההיבטים של שיטת הבחירות המופיעים בסעיף 4, לכולם 2 פנים- **גם הפן בזכות לבחור, וגם בפן של הזכות להיבחר.**
- ✓ **שוויון הסיכויים של הרשימות השונות להיבחר.** לדעת גרוניס – אם ההסדר הוא ניטרלי אין פגיעה בסיכויים. מנגד פוגלמן טוען, לפעמים יש כללים שנחזים להיות ניטרליים. בנוסף- צריך לקחת בחשבון שאלו חוקים שהכנסת הרי מחוקקת לעצמה והכנסת תנסה תמיד להטיב עם עצמה ולפגוע בחלשים ולכן יש לגלות חשדנות כלפי החוקים האלו.

• **שוויון פרמלי או מהותי:**

1. **שוויון פרמלי (לא אומץ)** - במונח הבסיס בו כולם מקבלים אותו דבר.
2. **שוויון מהותי (אומץ בפסיקה-גרוניס בגוטמן) - מבחינה מהותית - נבדוק לפי מבחן השוני הרלוונטי!! (עמ' 8)**
האם יש הבדל שיכול להצדיק אי שוויון פורמאלי. קודם כל יש לבדוק האם יש בכלל הבדל רלוונטי וכל עוד הוא קיים יש שוויון מהותי.

(לפי גרוניס בגוטמן, ברגמן) - לפעמים יש שוני רלוונטי בין הקבוצות ואז אם ניתן בדיוק אותו דבר לכולם- נביא בדיוק לתוצאה ההפוכה של שוויון. **ברגמן** - הפער היה קיצוני ולכן הוא לא היה שוויוני.

יישום של גרוניס **בגוטמן**: אחוז חסימה לא פוגע בשוויון פורמאלי (הוא ניטרלי), ואינו פוגע גם בשוויון מהותי כי המשמעות של שוויון מהותי הוא שניתן להתחשב בהבדלים בין רשימות לרבות גודלן וכי יש לזכור שמלכתחילה, הסיכויים של כל רשימה לזכות לייצוג בכנסת אינם שווים - ככלל, סיכוייה של רשימה מטעמה של מפלגה קטנה וסקטוריאלית לזכות לייצוג בכנסת אינם שווים לסיכוייה של רשימה המוגשת מטעמה של מפלגה גדולה, המייצגת מגוון רחב יותר של עמדות (בלי קשר לחוקי הבחירות). **אולם** דעתו הייתה שונה אם היה אחוז חסימה גבוה יותר (15%), שיביא לכך שההסדר שוויוני להלכה אך לא למעשה, שכן רק לרשימות בודדות סיכוי ריאלי לעבור אחוז חסימה כזה. יישום של פוגלמן - אפילו 3.25% פוגע בשוויון הסיכויים להיבחר (ואפילו הכנסת הודתה בכך בגוטמן).

• **שוויון בין הרשימות או שוויון בין המועמדים?**

מרכז השלטון המקומי (ראשי עיר שהתלוננו): לנתח רק כאשר מדובר על בוחר ספציפי או פריימריז. כל היבט של שוויון בבחירות שוויון ברשימות או במועמדים?

גולדברג - סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת מחייב רק שוויון בין רשימות ולא מועמדים. איך הוא מנמק זאת? שיטת הבחירות שלנו מבוססת על רשימות ולא על מועמדים- אנחנו מצביעים לרשימה ולא למועמד- לכן כל ההיבטים של החוק והשוויון הרלוונטיים לרשימות.

זמיר - שלצורך הדיון הוא מניח שזה חל גם על מועמדים.

חשין - אומר שחל על מועמדים ועל רשימות.

שוויון בבחירות לכנסת או בבחירות מפלגתיות (פריימריז)?

גולדברג - שחל רק על בחירות לכנסת ולא לבחירות מפלגתיות. הנימוק- אם אין שוויון בין מועמדים קל וחומר אין שוויון בפריימריז שלה.

זמיר - היה מוכן להניח כי זה מתייחס גם לפריימריז לצורך הדיון אבל בסופו של דבר לא משוכנע שיש כאן פגיעה בשוויון ולכן אין צורך להכריע.

חשין - טוען שזה בוודאות תקף גם לפריימריז. פירוש ס' 4 הוא כל מה שקשור לבחירות

שוויון הסיכויים וההזדמנויות בבחירות לכנסת או כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות?

זמיר וגולדברג (הדעה שהכריעה)- רק סיכויי הזדמנויות וסיכויים. שוויון לא מספיק כי זה פגיעה בעיקרון השוויון הרחב ולא בשוויון הסיכויים של המועמדים להיבחר (שזו משמעותו של ס' 4 לחוק יסוד הכנסת)

חשין - מרחיב את עיקרון השוויון בס' 4 ואומר שזו כל פגיעה, אין הגבלה לעיקרון שוויון הסיכויים, אלא מדובר בכל היבט אפשרי וראוי של שוויון, ולכן קיים כאן חוסר שוויון.

חשוב- אם חוק פוגע בשוויון הן במובן של שוויון בבחירות מכוח חו"י: הכנסת, הן במובן של הזכות לשוויון הנגזרת מחו"י כבוד האדם קיימות שלוש אפשרויות **בג"ץ מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**.

- ב. חל ההסדר הספציפי שבחו"י הכנסת - חל ההסדר הספציפי הנוגע לשוויון הבחירות (גם בין ח"י שונים חל העיקרון הפרשני שנורמה ספציפית מועדפת על פני נורמה כללית). במקרה זה מפעילים את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת. גוטמן - גרוניס מעדיף את ההסדר הזה. (לפי ברגמן: רוב מיוחס).
- ג. שתי ההוראות חלופיות - החוק צריך לקיים או את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת או את מבחני הפגיעה של ח"י: כבדה"א וחירותו. (לפי ברגמן: רוב מיוחס-ס' 4, או פסקת הגבלה- כבוד האדם).
- ד. ההוראות מצטברות - שתי ההוראות יחולו, גם ס' 4 לח"י הכנסת וגם ח"י: כבדה"א וחירותו יחולו באופן מצטבר. מפעילים גם את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת וגם את מבחני הפגיעה של ח"י: כבדה"א וחירותו והחוק צריך לעמוד בשניהם. (לפי ברגמן: פסקת הגבלה + רוב מיוחס).

בג"ץ פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות:

- פייגלין לא הצהיר שיש לו מניעה להתמודד (בגלל מאסר של 3 חודשים וכו'...) וגם לא הגיש בזמן את הבקשה ליו"ר וועדת הבחירות המרכזית לזינו (בדעת הרוב): לא דן בשאלת הקלון, עצם האיחור בהגשת הבקשה ואי ההצהרה מונעים מפייגלין להתמודד, לוח הזמנים חשוב מאד.
- לוי (בדעת מיעוט): הזכות להיבחר חשובה מאד, נגזרת גם מהזכות לבחור. לכן יש להשתמש בפרשנות אקטיביסטית כדי למנוע פגיעה בזכות להיבחר. לוי אומר שהחוק אוסר על פייגלין להגיש בקשה ליו"ר הוועדה אחרי שעבר הזמן, אך אין זה הסדר שלילי לגבי זכותם של צדדים שלישיים להגיש עבורו בקשה זו לאחר הזמן. במקרה זה, העותרים נגד פייגלין הם הצדדים השלישיים הללו. לגבי הקלון- עבירת ההמרדה בבסיסה בעייתית דמוקרטית, לכן לא נטיל בגינה קלון. בייחוד בהתחשב ב"נסיבות המקרה"- לא הייתה אלימות, תקופה קשה וכולי.
- שאר השופטים הסכימו עם הטיעון הפורמליסט של לוי שאין לדון. לעניין הקלון: פרוקציה, שטרסברג, בייניש, וברק: יש בעבירת ההמרדה קלון, משום שהיא מראה ניסיון לשנות בכוח את השלטון הדמוקרטי, את הכרעת הרוב. (כמו שאפשר לפסול רשימה השוללת את היותה של מ"י דמוקרטית) דורנר טירקל: יכול להיות קלון בהמרדה, תלוי בנסיבות. במקרה זה לא היה קלון.

שינוי או פגיעה פגיעה בס' 4 לחוי הכנסת.

- בחוי"י הכנסת - קודם דיון בשינוי** בו צד אחד יגיד שהוא משנה וצד שני יגיד שזה לא משנה כי זה מגשים את לשון החוק. **רק אחר כך דיון נפרד בפגיעה.**
- שינוי** – גוטמן (גיוראן)
- א. אין צורך בפסקת הגבלה.
- ב. השינוי נעשה על ידי חוק יסוד; ואם הוא משוריין - צריך את הרוב הנדרש.
- לפי ברק בפס"ד המזרחי – שינוי כולל לא רק שינוי מפורש, אלא גם שינוי משתמע. כך עולה גם מס' 46 לחוי"י הכנסת. דעת הנגד תמיד תטען שמדובר בתוספת מצומצמת ולכן בפגיעה.
- פגיעה-**

- לפי הלכת **ברגמן** - אין הבדל בין פגיעה לשינוי - יש לבדוק אם החוק עבר ברוב מיוחס בשלושת הקריאות, גם קריאה טרומית. אולם, לפי ס' 46 לח"י הכנסת (ובניגוד לדעת הרוב בלאו"ר, שקדמה לתיקון חוק היסוד): הרוב המיוחס נדרש רק בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית (ולא בטרומית). **מנגד**, יטענו העותרים כי ברק בבג"ץ לאו"ר (וחשין בפרשת חוק טל) ניתן לטעון לביטול החוק אפילו אם הוא עומד בדרישות השריון הפורמלי וזאת משום שהוא סותר את ערכי היסוד של השיטה, הכוללים את עקרון השוויון. עם זאת, מדובר בדעת יחיד שלא התקבלה בפסיקה ולא יושמה בפועל (בונוס).
- גישת גיוראן (+נאור, חיות, מלצר)** בבג"ץ **גוטמן** (שאר שופטי ההרכב לא מכריעים בשאלה): דרישת הרוב המיוחס שבס' 4 לח"י: הכנסת חלה רק במקרה של שינוי חוק יסוד. במקרה של פגיעה, נפעיל פסקת הגבלה שיפוטית.
- מה קורה כשחוק רגיל פוגע בחוי"י בלתי משוריין פורמלית או מהותית. הדעה שהתקבלה במזרחי ואושרר בגוטמן - מפעילים פסקת הגבלה שיפוטית ואין צורך ברוב מיוחס (מופז נ' ועדת הבחירות). לפיכך, הניתוח של פגיעה זו ייעשה לפי פסקת הגבלה.
- ← לסיכום: כאשר נדון אם הייתה פגיעה או שינוי של חוקי יסוד: לפי מזרחי: בשינוי - א. ע"י חוק יסוד; ב. אם הסעיף משוריין – רוב מיוחס. בפגיעה - פסקת הגבלה שיפוטית (גוטמן) רוב מיוחס (ברגמן)

גישות השופטים - הטעמים לביקורת שיפוטית

אם כן, ישנם 3 מישורים שדורשים תשובה: 1. הסמכות לביקורת שיפוטית 2. הקושי האנטי רובני 3. מתי ראוי להתערב אף כשיש סמכות:

1. ברק בבנק המזרחי

- דמוקרטיה מהותית- דמוקרטיה אינה רק הכרעת הרוב אלא גם זכויות. גוף המגן על ערכים חוקתיים ומיעוטים, על חלשים, על זכויות הפרט וכיו, שאם הרוב ירצה לפגוע בהם, הוא לא יוכל לעשות זאת. הגנה מעריצות הרוב.
- הפרדת רשויות- ביקורת שיפוטית עולה בקנה אחד עם שיטת האיזונים והבלמים- אנו רוצים ליצור התערבות של הרשויות האחת בשנייה כדי לשמור על הדמוקרטיה ולמנוע עריצות.
- הכנסת היא גם רשות מכוונת ויכולה לשנות ולבטל את החוקה או לעקוף פסיקה של ביהמ"ש, אפילו חו"י כבוד האדם איננו משוריין. אם כן, הרוב יכול להמשיך לקבוע (עונה על הקושי האנטי רובני).
- שלטון החוק- ביהמ"ש בבצעו ביקורת שיפוטית שומר שגם הכנסת תהיה כפופה לחוק ולחוקה, מה עוד ש**שנציגי הרוב הם אלה שהעבירו את החוקה**, והעם אימץ את החוקה, אז זהו רצון הרוב- עליו שומר ביהמ"ש.
- דווקא גוף ללא אינטרס פוליטי יבקר את הפוליטיקאים, אשר לפעמים המניעים שלהם גורמים להם לפעול באופן לא חוקתי. הצבת גוף חיצוני, שדווקא בהיותו לא נבחר וללא אינטרס פוליטי יש לו יתרון באכיפת החוקה.

2. גישת גרוניס בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון (פס"ד הספציפי לעניין זה לא בסילבוס)

- יש להכיר בקושי האנטי רובני. ביקורת שיפוטית תהיה מוצדקת רק במקרים הבאים:
- פגיעה ביחידים או במיעוטים ע"י הרוב (בגיוס בחורי הישיבות הרוב נפגע ולא היה הוכחה שיחידים נפגעים מכך).
- מניעת פגיעה בדמוקרטיה – לדוגמא חוק שבטל את הבחירות לכנסת. ביהמ"ש ילך כנגד רצון "הנבחרים" אך יגן על הדמוקרטיה הפורמלית (מתבסס על התיאוריה של ג'ון הארט אילי, חוקר חוקתי מארה"ב).
- נקודה שהעלה בבג"ץ רסלר – ביהמ"ש אינו הכלי הנכון לשינוי חברתי. שינוי חברתי מגיע מהחברה.
- תשובת ברק לגרוניס
 - ✓ חוקי היסוד עצמם מסמיכים את ביהמ"ש להחליט החלטות ערכיות ("תכלית ראויה" וכדו'), ולכן ניתן להתערב לא רק במקרה של פגיעה בחוק יסוד, **אלא גם במקרה של פגיעה בעקרונות כלליים**.
 - ✓ יש להגן על זכויות האזרחים- אין משמעות להבדלה אם הרוב נפגע או המיעוט נפגע.
 - ✓ גישת גרוניס איננה פרקטית כ"כ- קשה להבחין בין רוב למיעוט (יש מיעוטים עם כוח עצום) ובין כשל הליכי או מהותי (ניתן להלביש מהותי בלבד הליכי).
 - ✓ מבקר את התפיסה של גרוניס המתבססת על אילי ואומר שהתיאוריה לא התקבלה בארה"ב וגם לא תואמת את הפסיקה ואת חוקי היסוד שלנו.
- תשובת בייניש לגרוניס בבג"ץ רסלר- חוק טל, גיוס בחורי הישיבות
 - ✓ אנו מתמקדים בפירוש החוק ובבדיקת חוקתיות הפגיעה. השתייכות הנפגע לרוב או למיעוט רלוונטית רק למבחן המידתיות אך לא לעצם הסמכות לביקורת שיפוטית.
 - ✓ השיקול של האם ייווצר שינוי חברתי או לא איננו רלוונטי כלל לביהמ"ש- הוא צריך לבדוק חוקתיות.
 - ✓ ביהמ"ש ללא ספק יוצר תחילת שינוי, אף אם לא שינוי מלא.

3. גישת חשין בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון (פס"ד הספציפי לעניין זה לא בסילבוס)

- היות שהסמכות לביקורת שיפוטית כבר מקובלת (בנק מזרחי), אז אין שום מגבלה על יכולתו של ביהמ"ש לפסול חוק אף אם סותר עקרונות יסוד שאינם מעוגנים בחוקי היסוד.
- מתי לדעת חשין ניתן לבטל חוק כאשר הוא סותר עקרונות יסוד שלא מעוגנים בחוקי היסוד?
- 1. כאשר הוא סותר את עצם קיומה של המדינה.
- 2. כאשר הוא סותר את היותה מדינה יהודית.
- 3. כאשר הוא סותר את היותה מדינה דמוקרטית או סותר אחד מעקרונות הדמוקרטיה כמו שוויון.
- תשובת ברק לחשין- גרוניס מצמצם מדי, וחשין מרחיב מדי
- היות שכבר ישנם חוקי יסוד- יש לעשות ככל יכולתנו להיצמד לרצון המחוקק וללכת לפי חוקי היסוד.
- ישנה אפשרות לבטל חוק/חוק יסוד על פי עקרונות יסוד לא כתובים רק כשהוא:
 - א. שולל את קיומה של מדינת ישראל כיהודית ו/או כדמוקרטית.
 - ב. סותר את ערכי היסוד המינימליים של הדמוקרטיה.