**תוכן עניינים**

**פרק ראשון: מבוא למשפט חוקתי**

**1.1 חוקה – אפיונים וטיעונים בעד ונגד עמ' 1**

**1.2.1 המהלך החוקתי 1948 – 1992 עמ' 1**

**1.2.2 המהלך החוקתי 1992 ואילך עמ' 2**

**1.2.3 המהלך החוקתי – זכויות בלתי מנויות עמ' 3**

**1.2.4 המהלך החוקתי – ביקורת שיפוטית – פגמים בהליך החקיקה עמ' 3**

**1.2.5 חוקי היסוד כחוקה – שינוי ופגיעה בחו"י שותקים עמ' 3**

**1.2.5 תיקון חוקתי לא חוקתי עמ' 4**

**פרק שני: מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות**

**2.1.1 הבחירות לכנסת עמ' 5**

**2.1.2 מוסדות הכנסת והליך החקיקה עמ' 5**

**2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת עמ' 6**

**2.1.4 תקנון הכנסת ומעמדו עמ' 8**

**2.1.5 חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה עמ' 8**

**2.1.6 חסינות חברי כנסת עמ' 8**

**2.1.7 הדחת חבר כנסת מכהן עמ' 9**

**2.2.1 הממשלה עמ' 9**

**2.2.2 הסכמים קואליציוניים עמ' 9**

**2.2.3 סמכויות הממשלה השרים והאצלתן עמ' 10**

**2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר עמ' 10**

**2.3 בתי המשפט עמ' 11**

**2.4 נשיא המדינה עמ' 12**

**2.5.1 היועץ המשפטי לממשלה עמ' 12**

**2.5.2 ביקורת המדינה עמ' 12**

**2.5.3 ועדות חקירה עמ' 13**

**פרק שלישי: זכויות האזרח**

**3.1.1 מידתיות ונוסחאות איזון אחרות עמ' 13**

**3.1.2 דרישת ההסמכה עמ' 14**

**3.1.3 הלימה לערכי המדינה עמ' 15**

**3.1.4 תכלית ראויה עמ' 15**

**3.1.5 שאלות נוספות עמ' 15**

**3.1.6 תוצאות הפגם החוקתי עמ' 16**

**3.2 זכויות אזרח במשפט הפרטי עמ' 17**

**3.3 כבוד האדם עמ' 18**

**3.4 זכויות חברתיות עמ' 18**

**3.5.1 חופש העיסוק, היסטוריה, רציונל ומגמה עמ' 19**

**3.5.3 היקף עמ' 20**

**3.5.4 פסקת ההתגברות עמ' 20**

**3.6.1 שוויון, השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו עמ' 21**

**3.6.2 מעמד עמ' 22**

**3.6.3 סיווגים חשודים עמ' 22**

**3.7.1 חופש הדת וחופש מדת, רציונל עמ' 22**

**3.7.2 מעמד עמ' 22**

**3.8.1 חופש הביטוי, רציונל ומעמד עמ' 23**

**3.8.2 היקף עמ' 23**

**3.8.3 דרכי פגיעה בזכות עמ' 23**

**פרק רביעי: סמכויות חירום**

**4.1 הכרזה על מצב חירום עמ' 24**

**4.2 תקנות ההגנה עמ' 24**

**4.3 תקנות שעת חירום עמ' 24**

**4.4 חקיקת חירום תלוית הכרזה (הסדר מפורט) עמ' 25**

**4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה (הסדר מסגרת) עמ' 25**

**מבוא למשפט חוקתי**

**חוקה**

**מאפיינים – (1)** עליונות **(2)** תוכן **(3)** נוקשות/שיריון **(4)** סגנון **(5)** דרך האימוץ  **חסרונות** – **(1)** אי הסכמה בשאלת הערכים– דתיים מול חילוניים **(2)** פגיעה בעקרון הדמוקרטי ובתדמית ביהמ"ש **(3)** קיבעון מוסרי והכבילה לדורות הקודמים (4) דלדול השיח הדמוקרטי **(5)** ספק לגבי האפקטיביות
**פתרונות** – **(1)** ניסוח באופן "עמום" וכללי של החוקה **(2)** מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי **(3)** הגבלת היקף הביקורת השיפוטית - מינימליזם **(4)** דרכי פרשנות – אוריג'נליזם: הצמדות לפרשנות המקורית של החוקה באופן שתהלום את הכוונה המקורית של מנסחיה. נון אוריג'נליזם: מתן פרשנות מורחבת לחוקה. **(5)** הורדת רף השיריון.

**המהלך החוקתי עד 1992**

**רות גביזון** – (1948) מועצת העם מועצת המדינה הזמנית (הכנסת היום).
 מנהלת העם ממשלה זמנית.
 (1950) **ועדת הררי:** הוטל על ועדת חוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה שתהיה בנויה פרקים פרקים באופן ................................שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו שלבסוף יאוגדו לחוקה.

* **בז'רנו נ' שר המשטרה** – חשין: **חופש העיסוק היא זכות טבעית בעלת עליונות נורמטיבית.** פגיעה בזכות תיעשה רק באמצעות חוק. **פעם ראשונה שביהמ"ש מצהיר על זכות כבעלת אופי חוקתי. הכרה במעמדתם החוקתי של זכויות אדם.**
* **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל** – **פגיעה בערך השוויון.** הפליה לפי ס' 5 וס' 6 לחוק בתי הדין הרבנים (יהודים ללא יהודים). ביהמ"ש קובע כי תמיד נעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד ומצמצמת את הפגיעה בזכויות אדם. כדי לפגוע בזכות אדם נדרשת לשון ברורה בחוק. **חשיבות: זכות השוויון הינה זכות חוקתית על חוקית תוך הסתמכות על מגילת העצמאות. מקרה קיצוני בו ביהמ"ש מכופף חוק על מנת להגן על זכויות.**
* **ברגמן נ' שר האוצר –** חוק מימון המפלגות פוגע בערך השוויון לפי ס' 4 לחו"י הכנסת. סעיף זה משוריין ולכן תותר פגיעה רק ברוב מוחלט. לנדוי קובע 2 אפשרויות: (1) העברה ברוב של 61 ח"כים. (2) ניסוח החוק ברוח עקרון השוויון.
**חשיבות: פעם ראשונה בה מבצעים ביקורת שיפוטית.**

**קרצ'מר מציע 3 אפשרויות להלכת ברגמן:**

1. חוק יסוד **תמיד** נהנה מעדיפות נורמטיבית ביחס לחקיקה ראשית.
2. חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית **אם** המחוקק קבע תנאי שריון.
3. הכנסת כובלת את עצמה וביהמ"ש מכבד את כבילתה.
* **קניאל נ' שר המשפטים** - חוק רגיל סותר חוק יסוד בעל שריון פורמלי. החוק הרגיל עומד בתנאי השריון: התקבל ב61 ח"כים. **הלכה: גם לחוק יסוד משוריין אין עליונות על פני חקיקה ראשית.** **ניתן לשנות חוק יסוד בחוק רגיל אם הוא עומד בתנאי השריון.** מחזק את הלכת ברגמן לפיה הכנסת יכולה לכבול את עצמה. **שורה תחתונה: לחוקי היסוד אין מעמד עליון והם לא נבדלים מחקיקה ראשית כל עוד הם לא משוריינים.**
* **נגב** – התנגשות בין חוק רגיל לבין חוק יסוד **שאינו** משוריין. **ביהמ"ש קובע כי נורמה ספציפית עליונה לנורמה כללית**. **ביהמ"ש קובע כי המעמד הנורמטיבי של חוק יסוד לא משוריין זהה לחוק רגיל** (סותר את הפרשנות הראשונה של קרצ'מר).
* **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת** - התנגשות בין חוק רגיל המגדיל באופן רטרואקטיבי את התקציב הניתן פר מנדט לבין ס' 4 לחו"י הכנסת. אלון ומלצר קובעים כי החוק נפסל בשל אי עמידתו בתנאי השריון הפורמאלי בקריאה הטרומית.

**האוביטר המהפכני של ברק** – **ניתן להעביר ביקורת שיפוטית על הכנסת מכוח עקרונות היסוד. ניתן לפסול חקיקה ראשית גם אם החוק עומד בתנאי השריון הפורמאלי.**

גידי: ברק ידע מראש מה הוא עושה, הכין תשתית ללכת בדרך של חוקה.

* **פס"ד קול העם** – שר הפנים החליט לסגור עיתון מסמכותו. העותרים טוענים לפגיעה בחופש הביטוי. ביהמ"ש קבע כי נפל פגם בשיקול דעתו ולכן החלטתו פסולה. **הלכה: ביהמ"ש רשאי לבחון לא רק את סמכות השר אלא גם את שיקול דעתו.**

**סיכום -** עד 1992 בסמכות ביהמ"ש לפרש חוקים באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות אדם אך הוא אינו יכול לפסול חקיקה ראשית.

**המהלך החוקתי – 1992 ואילך**

**נחקקו "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" "וחוק יסוד חופש העיסוק"**

קרה שדווקא בשנת 92 נחקקו חוקי יסוד אלו בשל: (1) רגע היסטורי (2) פשרה – תזה המוצעת ע"י אמנון רובינשטיין) (3) הסח דעת/ הטעיה (4) מהלך חירומי של אליטה בנסיגה.

* **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי** – נחקק תיקון לחוק ההסדרים המבטל את חובות החקלאים לבנקים. הבנקים טוענים לפגיעה בחופש הקניין. הדיון נסב סביב השאלות: **(1)** דיון בשאלת סמכות הכנסת לחוקק חוקה. שמגר – כן, הכנסת היא כל יכולה. ברק – כן, לפי תורת שני הכובעים: כובע המכוננת וכובע המחוקקת. בנוסף- לפי עקרון הירושה, הסמכות עברה מהכנסת שלפניה. חשין: לא, לכנסת אין סמכות. הכנסת לא נבחרה ע"י העם. **(2)** מעמד חוקי היסוד. **לא משוריין:** ברק – חו"י לא משוריין נהנה מעליונות נורמטיבית מעצם היותו חו"י. שינוי של חו"י יעשה באמצעות חו"י אחר.
**משוריין:** ברק – לא ניתן לפגוע בחו"י אלא בעמידה של חו"י בתנאים שהחוק עצמו הגדיר ולזמן מוגבל. ניתן לפגוע בחו"י ע"י חוק רגיל רק כאשר הפגיעה מפורשת.
**לסיכום: לחו"י יסוד עליונות נורמטיבית ללא קשר לשריון.**

**שלבי פסקת ההגבלה:**
"הסמכה" **🡨** הלימה לערכי המדינה **🡨** תכלית ראויה (הסתברות של קרבה לודאות לפגיעה ממשית באינטרס – שטיין, צורך חברתי לוחץ) **🡨** מידתיות:
**(1)** קשר-אמצעי-מטרה **(2)** האמצעי שפגיעתו פחותה **(3)** תועלת מול נזק – תועלת כללית מול נזק כללי ותוספת נזק מול תוספת תועלת.

* **לשכת מנהלי ההשקעות** – האוביטר הופך לרציו. נחקק חוק הקובע תנאים מסוימים על מנת לקבל רישיון לניהול תיק השקעות. העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק שמשוריין פורמאלית ומהותית ללא עמידה בפסקת ההגבלה.
ברק – החוק החדש נפסל במבחני המידתיות השני והשלישי. הביקורת: מבחני פסקת ההגבלה מאוד סובייקטיבים ותלויי השקפה. לא בטוח שזהו המקרה בו ראוי לבחור כתקדים ראשון לביטול חקיקה ראשית. הביטול הוא של סעיף מינורי בתוך חוק מינורי שקשה להגדירו כנקודת שיא. יכול להיות שהסיבה לבחירה זאת הייתה במכוון תוך ניסיון לא לעורר מהומה – להתחיל בקטן. **ניתן לפסול חקיקה ראשית על סמך פגיעה בחוק יסוד.** **חופש העיסוק מעוגן כזכות בעלת מעמד חוקתי על חוקי.** חוק מנהלי ההשקעות נפסל. **חשיבות: המקרה הראשון בו ביטל ביהמ"ש הוראת חוק הסותת חוק יסוד הדן בזכויות אדם.**
* **צמח נ' שר הביטחון** – חו"י משוריין מהותית. מדובר על ס' בחוק השיפוט הצבאי שמאפשר להחזיק חייל לפרק זמן של עד 96 שעות בטרם יובא בפני שופט. העותרים טוענים לפגיעה בזכות לחירות לפי סעיף 5 לחו"י כהאו"ח. ביהמ"ש קבע כי הסעיף לא מידתי לפי מבחן המידתיות השני. **ההלכה: כהאו"ח בעל מעמד חוקתי – כל חוק יסוד שמשוריין מהותית נהנה ממעמד חוקתי.**
* **פרשת חרות–** התנגשות בין חוק רגיל לבין **חוק יסוד השפיטה** (חו"י שותק). ביהמ"ש קובע כי גם חוק יסוד שותק גובר על חקיקה ראשית. **ברק קובע כי חו"י שותק לא ניתן לפגיעה, הוא נהנה מעליונות נורמטיבית.**

**זכויות בלתי מנויות**

**הלל סומר – הזכויות הבלתי מנויות**

3 תזות המסבירות מדוע ניתן להכניס את הזכויות הבלתי מנויות לחו"י כהאו"ח:

1. **סעיף המטרה ופסקת עקרונות היסוד –** חלק מערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית.
2. **פסקת עקרונות היסוד וההפניה למגילת העצמאות**
3. **סעיף 2 ו-4 לכהאו"ח –** התיזה של ברק לפיה הזכות לכבוד היא זכות מסגרת ממנה ניתן לגזור את כל זכויות האדם.

**ביקורת:**

1. **תזות 1+2 –** פסקאות אלו לא נועדו לקבוע נורמות משפטיות. לפיכך, לא יכולות לשמש בסיס לעיגון זכויות.
2. **התזה של ברק –** כוונת המחוקק לא הייתה להכניס זכויות נוספות לכהאו"ח.
* **רלסר נ' הכנסת –** ביטול חוק ע"ב זכות בלתי מנויה. **ההלכה: ביהמ"ש קבע כי הזכות לשוויון נכללת בחו"י כהאו"ח והחוק פוגע בזכות זו.** בעתירה השנייה ביניש פוסלת לראשונה את חוק טל העוסק בגיוס בני ישיבות על סמך פגיעה בזכות לשוויון (זכות בלתי מנויה) לפי מבחן המידתיות הראשון.
* **חסן נ' ביטוח לאומי** – חוק הבטחת הכנסה קובע כי מי שבבעלותו רכב לא זכאי לקצבת הבטחת הכנסה. הטענה היא פגיעה לזכות לתנאי מחייה מינימליים בכבוד. נקבע כי הסעיף נופל במבחן המידתיות השני והשלישי. **בייניש קובעת כי הזכות לתנאי מחייה מינימליים בכבוד נכללת בתוך הזכות לכהאו"ח.** **ביהמ"ש מרחיב את מהלך העיגון של הזכויות הבלתי מנויות.**

**ביקורת שיפוטית הליכית – פגמים בהליך החקיקה**

* **ארגון מגדלי העופות –** עתירה כנגד חוק ההסדרים. העותרים טוענים לפגם בהליך החקיקה. בייניש מגדירה 4 עקרונות מתווים בהליך חקיקה: (1) הכרעת הרוב (2) עקרון השוויון בהליך החקיקה – קול אחד לכל אחד מחברי הכנסת (3) עקרון הפומביות (4) עקרון ההשתתפות – הזכות לגבש דעה ולהשתתף. **הלכה: אם חוק נקבר בתוך חוק ההסדרים יש לבחון אם לחברי הכנסת ניתנת אפשרות מעשית לעמוד על תוכן החוק ולגבש דעה.**
* **קוונטינסקי –** ביהמ"ש פוסל את חוק מס לדירה שלישית בנימוק הליכי –הצעת החוק הייתה בהליך מזורז ובכך נפגע עקרון ההשתפות של חברי הכנסת. סולברג קובע כי נפל פגם היורד לשורש ההליך ומבטל את החלק הפגום על סמך **עקרון הבטלות היחסית.** **החידוש: ביהמ"ש מבטל לראשונה חוק מכוח המודל הפרוצדוראלי על סמך פגיעה בעקרון יסוד בלתי כתוב של הליך חקיקה.** מזוז טוען כי יש קושי בפרשנות של נורמות לא כתובות כי הן צריכות להיות חשופות לפני כל. **ביהמ"ש צריך להתערב רק כאשר הוכחת הפגיעה קיצונית ומהותית על סמך עקרונות לא כתובים.** סולברג משיב כי ביקורת תוכנית מחמירה יותר ופוגעת יותר בכנסת ביחס לביקורת הליכית – **ההפך הוא הנכון**.

**חוקי היסוד כחוקה**

**איך מזהים חוקה?**

* **פס"ד מזרחי נ' מגדל כפר שיתופי** – ברק ושמגר קובעים אלמנטים צורניים בחוקה: **(1)** ניסוח תמציתי **(2)** כותרת "חוק יסוד". עולות 2 שאלות: מה קורה כאשר חו"י לא ראוי להכלל בחוקה מבחינת תוכנו, וכאשר יש חוקים רגילים שראויים להכנס לחוקה אך אין להם את הכותרת חוק יסוד. נשאר בצריך עיון.
* **בר און נ' כנסת ישראל** – נקבע כי חו"י תקציב המדינה (הוראת שעה) יהיה דו שנתי במקום חד שנתי. העותרים טוענים כי חו"י הוראת השעה אינו חוק יסוד לכל דבר ועניין מאחר והוא לא עומד בתנאים הצורניים של חוק יסוד (מצוין בו שנת החקיקה). **בייניש מציבה שתי שאלות לצורך הכרעה האם חוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד:**(1) האם המבחן לזיהוי חו"י הוא צורני מהותי או משולב
(2) האם השימוש בהוראת שעה פוגם בתוקפו או במעמדו של החוק כחו"י. החיסרון – סמכות רחבה לביהמ"ש להחליט מה יכנס לחוקה ומה לא. במקרה דנן אין צורך בהכרעה מפני שגם שימוש במבחן המשולב מוביל למסקנה שהחוק עומד במבחנים.

**הבדל בין פגיעה לשינוי חו"י**

* **פרשת דרור לישראל –** חוק מנהל מקרקעי ישראל עומד בסתירה לחו"י מקרקעי ישראל. **עולה השאלה האם יש שינוי או פגיעה בחו"י?** ביהמ"ש קובע כי אין שינוי – לא משנה מהותית את העיקרון המרכזי שמתווה חוק היסוד וכי יש פגיעה אך היא מותרת לפי ס' 2 לחו"י מקרקעי ישראל. יש צורך להבחין בין חוקים **שקובעים איך פוגעים בהם**, חוקי יסוד **שקובעים איך משנים אותם** וחוקי יסוד שותקים **שלא קובעים פרוצדורת פגיעה או שינוי**.
**שינוי:** **קביעת הסדר חדש תחת ההסדר הקיים**.
**פגיעה: סטייה שלא מגיעה לכדי שינוי. פגיעה בזכות אך לא שינוי לגמרי.**

**שינוי ופגיעה בחו"י שותקים**

* **בנק המזרחי –
שינוי:**

ברק - שינוי ייעשה רק ע"י חו"י אחר אלא אם כן חוק היסוד יאפשר אחרת. אם יש שריון הדרישות מצטברות. שמגר – שינוי רק באמצעות חו"י אחר.

 **פגיעה:**

ברק - יכולה להעשות ע"י חוק רגיל בהתקייםאמירה מפורשת.

שמגר - קיימות 3 אפשרויות: **(1)** ע"י חוק רגיל **(2)** לא ניתן לפגוע **(3)** פגיעה בחוק רגיל בהסמכה מפורשת. שמגר מאמץ את הגישה לפיה אם אין הסדר לגבי הפגיעה לא ניתן לפגוע אלא בפרוצדורת שינוי.

* **הופנונג** – קיימת אפשרות רביעית לפגיעה בחו"י שותקים: **גרירת פסקת ההגבלה שבשני חוקי היסוד גם לחוקים אחרים.** פגיעה בשוויון לפי ס' 4 לחו"י הכנסתע"י חוק מימון מפלגות. **זמיר:** מבחין בין שוויון מהותי לשוויון פורמלי. שוויון מהותי – שוויון הסיכויים בבחירה לכנסת. הפגיעה בשוויון המהותי תתקיים כאשר חוק לא עומד בפסקת ההגבלה. **ברק:** מסכים שניתן לגרור את פסקת ההגבלה, אך לא רק כדי לקבוע האם יש פגיעה אלא אם גם אם הפגיעה מוצדקת. **הלכה:** **פגיעה בחו"י שותק ע"י חוק רגיל תהיה בכפוף לפסקת הגבלה שיפוטית ע"י גרירת פסקת ההגבלה (המבחן המשולש).**
* **מופז** – **האוביטר מהופנונג הופך לרציו.** חוק הבחירות קובע תקופת צינון לבכירים בצה"ל בעוד שחוק יסוד הכנסת לא קובע תקופת צינון. מופז עותר נגד החוק בטענה לפגיעה בזכות לשוויון. **מצא:** קובע שאין פגיעה בשוויון וגם אם יש היא עומדת במבחני פסקת ההגבלה. **פעם ראשונה שביהמ"ש מייבא פסקת הגבלה.**
* **גוטמן נ' היועמ"ש**– תיקון לחוק הבחירות לכנסת המעלה את אחוז החסימה ובכך פוגע בעקרון היחסיות לפי ס' 4 לחוק. הפגיעה עומדת בתנאים של ס' 46 לחוק היסוד והחוק עמד בשריון הפורמאלי (61 ח"כ). העותרים טוענים כי יש להעמיד את הפגיעה גם בשריון המהותי. **חיות:** אין צורך בהכרעה כי בכל מקרההחוק עומד במבחני המידתיות. **חידוש: כשמדובר בפגיעה בעקרון חשוב לא מספיק השריון הפורמאלי, יש לבחון גם לפי השריון המהותי.**

**האם ניתן לגרור פסקת הגבלה גם להסדרים חוקתיים או הסדרי השלטון שאינם זכויות?**

* **המרכז האקדמי למשפט ועסקים –** ביהמ"ש פסל תיקון לפקודת בתי הסוהר, המפריט את בתי הכלא. בוחר ללכת במסלול זכויות האדם לפיו הפגיעה בזכויות לא מידתית ולא במסלול המוסדי (היעדר סמכות לפי ס' 1 לחו"י הממשלה). **לכל הוראת חוק שנוגעת לזכויות אדם נשתמש בפס' הגבלה.** **עד היום לא ניתנה תשובה חד משמעית, בנוגע להחלת פסקת הגבלה להוראת חוק חוקתית שלא נוגעות לזכויות אדם.**

**תיקון חוקתי לא חוקתי**

**דוקטרינת התיקון חוקתי לא חוקתי** – מתייחסת לפגמים מהותיים (תוכן התיקון)
**דוקטרינת השימוש לרעה** – מתייחסת לפגמים טכניים ומהותיים.

* **בר און נ' כנסת ישראל** – העותרים טוענים כי יש לבטל את חו"י הוראת השעה משום שהוא **פוגע בעקרונות יסוד של השיטה** – **תיקון חוקתי לא חוקתי. בייניש:** **נשתמש בדוקטרינה זו במקרים בהם התיקון החוקתי פגע או שינה עקרון על יסודי ובסיסי של החוקה והמשטר.** מקרה דנן לא נופל בגדר המקרים בהם יש פגיעה בעקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה ולכן אין לבטל את חוק היסוד. ביקורת של גידי: שינוי חוקתי לא חוקתי הורס את כללי המשחק. "מהפכה חוקתית נוספת".
* **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** – העותרים ביקשו להכריז על בטלותו של תיקון נוסף לחו"י הוראת שעה המסדיר תקציב דו-שנתי בטענה כי הוא מהווה **שימוש לרעה** **בכלי במובן זה שלא מדובר באמת בתיקון של החוקה אלא בניסיון לעקוף את הוראותיה**. **פוגלמן**: התיקון עולה כדי שימוש לרעה (תוכני + מהותי). נקבע סעד של התראת בטלות לפיו אם הכנסת תעשה שימוש פעם נוספת במנגנון זה חוק היסוד יפסל. פוגלמן חושב כי גם אם אין לישראל חוקה ניתן להשתמש בדוקטרינה זו. \*מכאן והילך לא נעשה שימוש לא בתיקון חוקתי לא חוקתי ולא בשימוש לרעה.
* **ג'אברין נ' הכנסת** – נחקק תיקון לחו"י הכנסת המאפשר הרחקת ח"כ (חוק ההדחה). **מזוז: בעייתי להשתמש בדוקטרינת התיקון חוקתי לא חוקתי.** מזוזמבין שאין לנו עדיין מבנה שלם יציב וקבוע ולכן אקטיביסטי מידי להגיד מה חוקתי ומה לא חוקתי. כשתהיה חוקה שלמה נוכל לבחון זאת. החוקה עדיין בתהליכי התהוות ולכן עוד מוקדם מידי. **אין להתערב אלא אם מדובר בפגיעה קיצונית.**
* **שפיר** – **ברק-ארז וחיות:** **יש לבחון לפי מבחן הזיהוי לקביעה האם מדובר בשימוש לרעה**: **(1) יציבות** – לפי מבחן זה, יש לשלול חקיקת יסוד ארעית במתכונת של הוראת שעה. **(2) כלליות –** הסדר חוקתי לא יכול להיות פרסונלי או קונקרטי. **סולברג:** המבחנים של שימוש לרעה בסמכות המכוננת מכניסים את ביהמ"ש לזירה הפוליטית בכך שהם לוקחים אותו יותר מידי לפן התוכני -שימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, פלישה שיפוטית לסמכות המכונן.

**מבנה המשטר ועקרון הפרדת רשויות**

**הבחירות לכנסת (לימוד עצמי)**

**מטרות לבחירות:** (1) בחירת מושל (2) ייצוג. **חשיבות לעיגון בחוקה:** מניעת ניצול של המפלגות הגדולות שרוצות לתפוס כוח. התמודדות באמצעות ס' 4 לחו"י הכנסת. **עקרונות היסוד בבחירות:** (1) חופש הבחירה (2) שוויון בין רשימות המועמדים (3) תוצאות המשקפות את רצון הציבור (4) וודאות ביחס לתוצאות ושמירה על טוהר הבחירות.  **מועד עריכת הבחירות לכנסת:** הכנסת פועלת 4 שנים. במקרה של פיזור מוקדם עשויה הכנסת הבאה לכהן יותר מ-4 שנים. הכנסת רשאית להחליט על התפזרות בחוק שעבר ברוב חברי הכנסת. במצב של התפזרות שנקבע כי הבחירות לא יתקיימו מאוחר מיום ג' האחרון שלפני תום 90 יום מההתפזרות. ההחלטה נבעה מהרצון שהח"כים לא ינצלו את קביעת מועד הבחירות החדשות לפי האינטרסים האישיים שלהם. הכנסת מוסמכת להאריך את תקופת כהונה רק בנסיבות יוצאות דופן ברוב של ח"כים ובחוק. ביהמ"ש יכול להעביר ביקורת שיפוטית על החלטה זו.  **ניהול הבחירות**: לוועדת הבחירות המרכזית התפקיד המשמעותי ביותר. היא מוסמכת להכריע אם מועמד או רשימה מנועים מלהשתתף בבחירות על סמך ס' 7א לחו"י הכנסת. הקושי העיקרי בהענקת סמכויות שיפוטיות מעין אלו היא שמדובר בגוף פוליטי- החברים בו הם נציגי מפלגות. פתרונות- העברת רוב הסמכויות המעיין שיפוטיות ליו"ר הועדה שהוא שופט ביהמ"ש העליון, ופיקוח שיפוטי רחב על פעילויות הועדה בכל הנושאים הנוגעים לזכות להיבחר ולחופש הביטוי. הפיקוח השיפוטי מצומצם בשאר התחומים כדי לא לעכב את לוחות הזמנים של הליך הבחירות. **הזכות והחופש לבחור**: כל אזרח זכאי להשתתף בבחירות ע"י הצבעה חופשית. החריגים לעקרון הכלליות:
(1) הגבלת גיל – 18 ומעלה (2) שלילת הזכות במצב של שלילת האזרחות (3) שלילת הזכות לישראלים השוהים בחו"ל (4) מגבלות מנהליות – רישום בפנקס הבוחרים וכו' (5) דרישה להגעה פיזית לקלפי מסוים – בעייתי עבור אלו שניידותן מוגבלת (6) התניה למימוש הזכות בידיעת השפה העברית.  **חשאיות ההצבעה:** גורם הכרחי למימוש זכות ההצבעה. מצבים בהם החשאיות עלולה להפגע: (1) חיילים רושמים את שמם על פתק ההצבעה (2) קלפיות ביישובים קטנים (3) אדם הנזקק לליווי בעת ההצבעה אל מאחורי הפרגוד. קיימת עדיפות למימוש עקרון כלליות הבחירות על פני החשאיות.

**מוסדות הכנסת והליכי חקיקה (לימוד עצמי)**

**מועדי עבודתה של הכנסת:** הכנסת מוגבלת לשני כנסים שנמשכים לפחות שמונה חודשים. ושלא בתקופת כנסים, לכנס מיוחד לפי דרישת הממשלה לדיון בסדר יום או ע"י 25 חברי כנסת.
**מליאת הכנסת:** אין הגבלה לח"כים שצריכים להיות בדיון. ההצבעה מסיימת את הדיון. ההצבעה היא פומבית למעט הצבעה לתפקידים כמו נשיא או מבקר המדינה.
**יו"ר הכנסת וסגניו**: נבחרים ע"י הכנסת. ליו"ר יש סמכויות של ניהול הישיבות, סדרי ההצבעה, הענקת רשות דיבור, פירוש הוראה של תקנון ויכולת לא לאשר הצעת חוק בגלל תוכנה (בית המשפט נמנע מלהחיל ביקורת שיפוטית על זה). כדי ליצור אי תלות שלו הוא לא חבר באף וועדה בכנסת אבל יכול להשתתף בדיונים. הוא משמש כממלא מקום הנשיא.
**ועדות הכנסת**: הכנסת ממנה ועדות לדון בחוקים ובנוסחם. הנציגים מורכבים לפי גודל הסיעה בכנסת. ועדה יכולה להתכנס בכל מספר חברים, אבל צריכה לדון מחדש בהחלטה שקיבלה אם לא כולם היו. יו"ר הועדה יכול להטיל סנקציות נגד חברים בוועדה ולקבוע את סדר היום בה. אם ועדה לא מסיימת לדון בזמן שנקצב לה לדון ניתן להעביר את הדיון לוועדה אחרת. אם יו"ר מעכב את הדיונים בכוונה ניתן להחליף את חברי הועדה ע"י הכנסת ולבחור יו"ר אחר. חייבים להעביר את מסקנות הועדה לח"כים שיוכלו לעיין בהן. ועדה יכולה לפי חו"י הממשלה לזמן כל עובד ציבור למסור לה מידע. אין לוועדה חובה לזמן כל מי שהנושא קשור אליו והדבר עלול לפגוע בו, אבל ביהמ"ש אמר שיפה לעשות זאת. הועדה יכולה גם ליזום הצעות חוק.
**היועץ המשפטי לכנסת**: מתמנה ע"י יו"ר הכנסת באישור ועדת הכנסת מבין מועמדים שממליצה ועדה ציבורית. תנאים לבחירתו: **(א)** לא היה חבר ב5 שנים שקדמו בתנועה פוליטית. **(ב)** לא יכול בשנה שאחרי כהונתו להצטרף לתנועה פוליטית. יו"ר הכנסת יכול להסירו בהתאם לעילות שנקבעו בחוק, ומליאת יכולה להסירו גם ללא העילות ע"י רוב ח"כים ובהמלצת ועדת הכנסת. עמדתו לא מחייבת את הכנסת בניגוד לעמדת היועמ"ש שמחייבת את הממשלה.
**נציב הדורות הבאים:** מיידע את הכנסת בנושאים שרלוונטיים לדורות הבאים, נותן דעתו על הצעות חוק ביחס לדורות הבאים.
**הליכי החקיקה**: הליכי החקיקה מוסדרים בתקנון. אם הם לא התבצעו כמו שצריך בפגם היורד לשורש העניין ביהמ"ש רשאי להכריז על בטלות חוק. במגדלי העופות (עקרונות יסוד בהליך חקיקה – ע"מ 3). ח"כ יכול להגיש הצעת חוק והיא נקראת הצעת חוק פרטית. אם הממשלה מתנגדת להצעה נדרש תמיכה של 50 ח"כים בשלוש קריאות כדי להעלות את ההצעה. סגני שרים ושרים לא יכולים להעלות הצעות חוק פרטיות. הצעות חוק של ממשלה או וועדה מובאות לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. הצעות חוק פרטיות צריכות לעבור **שני שלבים**:
**(1)** אישור יו"ר הוועדה שבודק את הצורניות של ההצעה ואת ההתאמה שלה לחוק. **(2)** דיון מוקדם– הצבעה במליאה לאישור העברת ההצעה לוועדה להכנה לקריאה ראשונה. שם בודקים שההצעה לא גזענית או שוללת את קיומה של מדינת ישראל.
הצעת חוק פרטית עוברת גם הליך מקדמי של דיון מוקדם בכנסת ואישור של ההצעה שם (קריאה טרומית). ההחלטה עוברת לוועדת הכנסת שממליצה האם לאשר את ההצעה או לא, והכנסת יכולה להחליט האם לקבל את ההמלצה. רק אז נכנסת הקריאה הראשונה של החוק.
**מגבלות על הצעה פרטית:** מגבלה נוספת על הצעה פרטית כדי למנוע בזבוז כספים ציבוריים לטובת מגזר מסוים, שכל הצעה כזו צריכה לכלול איפה מקצצים כנגד, או הטלת מס. עם זאת, אם יש רוב ח"כים להצעה אין מגבלה כזו ולוקחים את התקציב מרזרבות. נוספה מגבלה נוספת בחו"י משק המדינה, שהצעה שעולה מעל 5 מיליון בשנה והממשלה מתנגדת לה צריכה 50 ח"כים לפחות כדי להעביר אותה. עוד הגבלות על הצעה פרטית שאם ח"כ שהציע אותה סיים תפקידו או מונה לשר לפני שקריאה ראשונה הסתיימה, ההצעה מורדת. הגבלה נוספת שאם הצעה הורדה ולא עברו 6 חודשים היא לא מועלת שוב (חוץ ממקרים מסוימים).
**קריאה ראשונה:** כללית ומוצגת ע"י השר הנוגע בדבר, ואם יש לה רוב היא עוברת לוועדה המתאימה. ניתן להמשיך קריאה ראשונה בכנסת הבאה באישור הכנסת. הועדה יכולה להציע תיקונים בחוק שקשורים לחוק ולא להציע נושאים חדשים. הועדה מחליטה על הנוסח הסופי של החוק, וח"כים יכולים לתת הסתייגות על סעיפים. הממשלה בניגוד להצעה פרטית יכולה לבטל את ההצעה לפני קריאה שלישית.
**קריאה שנייה:** דנים בכל סעיף, ואם מתקבלות הסתייגויות ניתן להחזיר זאת לוועדה להתאמה להסתייגויות. ההצבעה היא ע"י הח"כים.
**קריאה שלישית:** מתקיימת ללא דיון נוסף, אלא אם התקבלו הסתייגויות בקריאה השנייה.
חתימה על החוק, פרסומו ותיקון טעויות סופר. אחרי הקריאה השלישית נותר לחתום על החוק ע"י יו"ר הכנסת, רוה"מ, השר הממונה על הצעת החוק והנשיא (חוץ מדברים שנוגעים לגביו), ולפרסמו ברשומות תוך עשרה ימים (ללא פרסום, החוק לא קיים).

**היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת**

**פעילות הכנסת:** (1) חקיקה (2) הליכים פנים פרלמנטריים או פנימיים (3) הליכים מעין שיפוטיים.

* **בצול נ' שר הפנים** – חוקק חוק איסור גידול חזיר למעט יישובים מסוימים המסומנים במפות. העותרים טוענים לפגם בהליך החקיקה - המפות הונחו במשרדי הממונים רק לאחר העברת החוק. ביהמ"ש קובע כי **אין לבדוק הנחה עובדתית** אפילו מוטעית שעליה הסתמך בית המחוקקים. "אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, **עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחר הוראותיו, קביעותיו והנחותיו".** הגישה עולה בקנה אחד עם **עקרון הפרדת רשויות.**
* **פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת –** שרון הח"כ הואשם בעבירות ומגיש ערעור. לפני שדנו בערעור ועדת הכנסת החליטה להשעות אותו – **החלטה שיפוטית (הטלת סנקציה)**. עולה השאלה האם לביהמ"ש יש סמכות להתערב.
**כהן** – כן מאחר ומדובר בהליך מעין שיפוטי שנעשה מחוסר סמכות. **לנדוי** (דעת מיעוט)– אין סמכות. עמדה של מינימליזם. עד שלא תהיה חוקה ביהמ"ש לא יוכל להתערב בפעילות שיפוטית. **הלכה: ביהמ"ש יוכל להתערב רק בהצטברות שני תנאים: (1) מדובר בפעילות מעין שיפוטית (2) פעילות הכנסת חרגה מסמכות.**
ניתן לראות את עמדת לנדוי כמעין "כבילה עצמית" של סמכות ביהמ"ש בדומה לאופציה השלישית שהציע לנדוי להלכת ברגמן.
* **שריד נ' יו"ר הכנסת**– **הרחבה של הלכת פלאטו שרון.** יו"ר הכנסת דוחה הצעת אי אמון. מדובר בהליך **פנים פרלמנטרי** של הכנסת. **ברק קובע מבחנים מתי ביהמ"ש רשאי להתערב בעניינים פנים פרלמנטריים:** (1) פגיעה במרקם החיים הדמוקרטים (2) פגיעה ביסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית. **ביהמ"ש מתערב לא רק בהליך מעין שיפוטי אלא גם במקרה של הליכים פנימיים בעבודת הכנסת, רק במקרה שבו מדובר בפגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטריים שיש השפעה מהותית על יסודות המבנה של המשטר החוקתי**. זהו מעמד של הערת אגב.
* **סיעת כך נ' יו"ר הכנסת** – לא נותנים לכהנא להגיש הצעות אי אמון בממשלה מאחר והוא סיעת יחיד. נעשה שימוש במבחן הסמכות הפונקציונלית לפיו כאשר הפעולה נעשית מכוח סמכות ביהמ"ש לא מתערב. **ברק** לא מקבל את המבחן ובוחר להשתמש **במבחן שריד**: **מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטרים ופגיעה בעקרונות היסוד של המשטר החוקתי. מבחן שריד הופך לרציו.**
* **כהנא –** סירבו להניח על שולחן הכנסת הצעות חוק של כהנא בטענת שהן גזעניות. הפעולה נעשית מכוח סמכות הניתנת בתקנון הכנסת. מדובר **בהליך פנים פרלמנטרי**. כהנא טוען כי אין תוקף להוראה. הפגיעה צריכה להיות מעוגנת בחוק, אי אפשר להשתית אותה על התקנון שנכנס בגדר חקיקת משנה.

**אלון** טוען כי מבחן שריד סובייקטיבי מידי ולא עושה הבחנה בין פגם של חריגה מסמכות לפגם בשיקול הדעת.

השאלה היא של שיקול דעת ולא של סמכות. יש ללכת לפי **מבחן הסמכות הפונקציונלית** - מותר להתערב בפעילות הפנים פרלמנטרית רק במקרה שבו הייתה חריגה מסמכות. **חשיבות: מבחן הסמכות הפונקציונלית הופך לרציו.**

* **פנחסי נ' כנסת ישראל –** הסרת חסינות לפנחסי בשל האשמות שמיוחסות לו. **מדובר בהליך מעין שיפוטי.** פנחסי טוען כי נפל פגם בהחלטה מפני שההחלטות היו כרוכות בפגמים מהותיים או שמדובר בפגם דיוני - לא הובא בפני הכנסת החומר הרלוונטי ולכן יש לבטל את ההחלטה. ביהמ"ש קובע כי ככל שמדובר בהליך שיפוטי ביהמ"ש יתערב ללא ריסון. **ברק**: הכנסת לא תהיה חסינה מביקורת שיפוטית. **הלכה: ביהמ"ש קובע כי היקף הביקורת השיפוטית בהחלטות מעין שיפוטיות רחב.**
* **מחול נ' הכנסת –** ביקורת שיפוטית על החלטות ועדת האתיקה. **ברק:** ועדת האתיקה לא חסינה בפני ביקורת שיפוטית על פעולותיה. עם זאת, ביהמ"ש ינהג בריסון. **הלכה: כאשר ועדת האתיקה מפעילה סמכות מעין שיפוטית ביהמ"ש יפעל בריסון בהפעלת הביקורת השיפוטית.**
* **התנועה לאיכות השלטון –** עתירה כנגדחקיקת משנה של הכנסת המגדילה את קצבת הפנסיהלחברי הכנסת. **ריבלין:** אין יחס מיוחד לחקיקת משנה של הכנסת. במקרה זה מדובר בהליכים פנים פרלמנטריים של חקיקה שטרם הושלמה ולכן חריגה מההסמכה תביא לביטול החוק.
**חקיקת משנה שלא הושלמה – נפעל כלפיה בריסון.
חקיקת משנה הושלמה – עומדת לביקורת שיפוטית בדיוק כמו חקיקה ראשית - תפסל רק בהיעדר סמכות או חוסר סבירות.**
* **התנועה לאיכות השלטון 2020 –** עתירה כנגד אי העלאת יו"ר כנסת חדש בשל בקשתו של היו"ר הנוכחי. חיות טוענת כי הסירוב **חותר תחת יסודות המשטר הדמוקרטים** ולכן ביהמ"ש יכול להתערב (הלכת שריד).

**תקנון הכנסת ומעמדו**

* **כהנא (הראשון)** – פסילת שתי הצעות חוק בטענה שהן גזעניות. נשיאות הכנסת טוענת כי יש לה סמכות בלתי מוגבלת בעניין קבלת הצעת חוק פרטיות. **ברק:** הפגיעה היא במרקם החיים הפרלמנטריים ולכן דין ההחלטה להיפסל (הלכת שריד). **שמגר:** יש לפסול הצעות חוק על פגמים פרוצדוריאלים ולא תוכניים בשל פגיעה בעקרון הפרדת רשויות. **ביהמ"ש לא מביע עמדה בשאלה החוקתית האם ראוי לפסול על בסיס תוכן.**
* **כהנא (השני) –** כתוצאהמכהנא הראשון נוסף סעיף 34 לתקנון הכנסת לפיו ליו"ר הכנסת סמכות לפסול הצעות חוק גזעניות או כאלו השוללות את קיום המדינה. לא מאשרים לכהנא להגיש הצעות חוק והוא עותר בטענה שהחוק הוא פרסונלי המעוגן בתקנון ופסילה תותר רק אם יעוגן בחקיקה ראשית. ביהמ"ש דן במעמד התקנון: מצד אחד דומה לחוק ומצד שני אין חסינות מלאה כי זה לא חוק. **שמגר:** יש לפעול בריסון בהחלטות פנים פרלמנטריות. **רק במקרה חריג בו יש פגם היורש לשורש העניין בתקנון תופעל ביקורת שיפוטית.**
* **נמרודי נ' יו"ר הכנסת-** חוקק תיקון לחוק ניירות הערך. העותרות הן חברות שנפגעות באופן ישיר מהחוק ולא הוזמנו לועדה לביטול החוק. **ברק:** שמיעת טענות העותרות היא בגדר המלצה בלבד. ניתן היה לפסול חקיקה ראשית על סמך פגיעה באחד מעקרונות המעוגנים בתקנון הכנסת. **ההלכה: לתקנון הכנסת מעמד משמעותי וחזק. אי עמידה בתנאי התקנון יכולה להוביל לפסילת החקיקה.**

**אריאל בנדור- המעמד החוקתי של תקנון הכנסת**

בנדור מבקר את הלכות נמרודי וכהנא בהן ביהמ"ש העניק מעמד הדומה למעמדה של חוקה. בנדור טוען כי בדומה לחוקה גם תקנון יכול להגביל ולפסול חוקים. תקנון **נמוך** מחוקה כי נתון לביקורת שיפוטית ועוסק בענייני פנים. **גבוה** מחוקה כי הוא לא נתון לשינוי ברוב מיוחס. אין לכלול בתקנון הכנסת הגבלות על תוכן של חוקים מאחר ומדובר בהסדר ראשוני הכרוך במתן שיקול דעת לא ראוי. הפרת תקנון היא כמו הפרת חו"י ולכן ביהמ"ש יכול לפסול חוקים שנפל פגם בחקיקתם. **תקנון הוא לא חוקה.** על ביהמ"ש להעביר ביקורת שיפוטית א- פריורית (לפני מעשה) ולא א- פוסטריות (אחרי מעשה).

**חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה**

* **רובינשטיין נ' שר הביטחון** – עתירה כנגד חוק טל. עולות מספר שאלות:
(1) לשר הביטחון יש את הסמכות להעניק פטור גורף לתלמידי הישיבות ובכל זאת ברק התערב. לדעת ברק מדובר בנושא מהותי, התוכן שלה הוא סוג של הסדר ראשוני ולכן היא לא יכולה להיקבע בחקיקת משנה. ברק קובע את **כלל ההסדרים הראשוניים:** **נורמות שיש להסדיר בחקיקה ראשי בשל חשיבותם.**(2) האם כלל ההסדרים הראשוניים צריך להיות כלל חוקתי או חזקה פרשנית? נשאר בצריך עיון.
* **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל –** עתירה בנושא מתווה הגז. **גרוניס: ס' 1 לחו"י הכנסת מגדיר גרעין קשה של הסדרים ראשוניים שרק הכנסת חייבת להסדיר בעצמה ולא להאציל סמכויות לממשלה. לא קובע אם כלל ההסדרים הראשוניים קיבל מעמד חוקתי.**
* **ארגון מגדלי העופות –** פגם בעקרון ההשתתפות של חבר כנסת כתוצאה מחיקוק לפי חוק ההסדרים. **בייניש:** טוענת כישימוש במנגנון חוק ההסדרים מפר את הדרישה שהמחוקק יקבע את ההסדרים הראשוניים ובכך פוגע בכלל ההסדרים הראשוניים. **ההלכה: חוק ההסדרים מונע את התקיימות ההסדרים הראשוניים ובכך פוגע בכלל ההסדרים הראשוניים. כלל ההסדרים הראשוניים מקבל מעמד חוקתי.**

**חסינות חברי כנסת**

**חסינות מהותית –** חסינות שפועלת במסגרת התפקיד ולמענו. לא ניתן להסירה. 3 מבחנים:
(1) מבחן הסיכון המקצועי (2) הזיקה המהותית (3) מבחן הרלוונטיות
**חסינות דיונית –** ניתנת ע"י שיקול ועדת הכנסת לחבר כנסת שעבר עבירה פלילית.

**חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם:
ס' 1 -**
**(א)** חבר הכנסת לא ישא 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.

**(א1)** למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לענין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת:

**(1)**   שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי;
**(2)**   שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה;
**(3)**   הסתה לגזענות בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני;
**(4)**   תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ.

**(ב)**  חבר הכנסת אינו חייב להגיד בעדות דבר שנודע לו עקב מילוי תפקידו כחבר הכנסת.

**(ג)**   חסינותו של חבר הכנסת לפי סעיף זה תעמוד לו גם לאחר שחדל מהיות חבר הכנסת.

\* עד 2005 היה ניתן להסיר חסינות דיונית וההחלטה סופית. אם הוחלט להשאיר את החסינות ההחלטה עוברת להצבעה במליאה.
\* החל מ2005 אין לח"כ חסינות דיונית עד שהוא מבקש אותה.

* **התנועה לאיכות השלטון נ' וועדת הכנסת** – חסינות דיונית. הצבעה כפולה של חבר כנסת שהצביעה בשם ח"כ אחר. היועמ"ש ממליץ על הסרת החסינות של אותו חבר כנסת בצירוף כתב אישום. ועדת הכנסת החליטה לא להסיר את החסינות. מכאן העתירה. דיון בשאלה איזה שיקולים רשאית הכנסת לשקול כשהיא מחליטה לא להסיר חסינות. **ברק מציע 3 אפשרויות ומאמץ את האפשרות הצרה: הכנסת מוסמכת לא להסיר חסינות רק אם ההחלטה להגיש כתב אישום וליטול חסינות מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהחלטות פוליטיות (לא בתום לב).**
* **מחול** – האם החסינות המהותית מגנה בפני סנקציות של ועדת האתיקה? **ברק:** לא. מגנה בפני הגשת כתבי אישום חיצוניים ולא מפני הטלת סנקציות "בתוך הבית". **חסינות מהותית לא מגנה בפני סנקציות של ועדת האתיקה.**
* **זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת** – ועדת האתיקה מרחיקה את חברת הכנסת זועבי. העתירה כנגד ההחלטה. **נאור:** אין הגנה עניינית בפני סנקציות הועדה. **הלכת מחול הופכת לרציו.**

**הדחת חבר כנסת**

**חוק יסוד הכנסת ס' 42א (ג):** הכנסת רשאית להדיח ח"כ בזמן כהונתו אם יש במעשיו משום הסתה לגזענות או עידוד מאבק מזוין נגד מדינת ישראל.

* **ג'אברין נ' הכנסת** – עתירה כנגד תיקון המאפשר לכנסת להדיח חבר כנסת מכהונתו אם יש במעשיו הסתה לגזענות או עידוד מאבד מזוין נגד מדינת ישראל. **חיות:** קובעת מבחן דו שלבי כדי לבדוק האם יש פגיעה בזכות:
(1) האם יש פגיעה בזכות להיבחר (2) האם הפגיעה פוגעת בעקרונות יסוד של השיטה.
חיות קובעת כי יש פגיעה בזכויות מכוח דוקטרינת התיקון חוקתי לא חוקתי. מנגד, סולברג טוען כי אין פגיעה בזכויות כי אין **שינוי בהיקף הזכות**. **הלכה: חוק לא נפסל מכוח דוקטרינת חוקתי לא חוקתי אם הפגיעה לא שוללת את עקרונות היסוד של השיטה.**

**הממשלה**

1. **משטר נשיאותי מול משטר פרלמנטרי**: יציבות, גמישות, תפקוד תקין.
2. **המצב בישראל**: הצעות אי אמון בממשלה, החלטה על פיזור הכנסת, סמכות לרהמ"ש לפזר את הכנסת, עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת- אי הסכמה על התקציב, אי הרכבת ממשלה, חיזוק הכנסת.
3. **מתי מרכיבים ממשלה?** בחירות כל 4 שנים, בחירות מוקדמות ( בגלל פיזור, תקציב או אי הצלחה בהרכבה), התפטרות הממשלה, פיזור הכנסת ע"י רהמ"ש.

**הסכמים קואליציוניים**

* **ז'רז'בסקי נ' יו"ר העבודה** – עתירה כנגד הסכם קואליציוני בין שתי סיעות. עולה השאלה מה התוקף של הסכמים קואליציוניים? **אלון:** תקפים משפטית אך **אם צורכי הציבור מצדיקים זאת הרשות יכולה לא לכבד את הבטחותיה ולא לשאת בסנקציות -** **הלכת ההשתחררות. הלכה זו חלה על הסכמים פוליטים ב'קל וחומר'. ברק :** לא תקפים משפטית. גם אם הסכמים אלו מחייבים, הסעד יהיה הצהרתי בלבד.
* **וולנר נ' יו"ר העבודה** – הסכם קואליציוני בין שתי סיעות המחייב את המפלגות לשמר את הסטטוס קוו. ההסכם הופר. **חשין:** אם נותנים למפלגה להיבחר עם המצע הזה צריך לאפשר לה להגשימו.מפלגה רשאית למלא אחר התחייבותה לבוחריה. הסכם **קואליציוני אינו שפיט ולא בטל. ברק: הסכם קואליציוני שפיט** ונוגד את **תקנת הציבור** ולכן בטל.

**סמכויות הממשלה השרים והאצלתן**

**מקורות הסמכויות לממשלה:** (1) מנדט בריטי (2) חוקים ישראלים (3) סמכויות שליטה על שרים (4) סמכות שיורית
**סמכות שיורית** - **ס' 32 לחו"י הממשלה: הממשלה מוסמכת בכפוף לכל דין לעשות כל פעולה שאינה מוטלת בדין על רשות אחרת.**

* **עירית קריית גת נ' מדינת ישראל** – הממשלה מחליטה על סיווג חדש של ערי פיתוח וחלוקת תקציב בהתאם. העותרים טוענים כי הסמכות ניתנה לוועדת השרים ולכן הפעולה נעשתה לא כדין. **גולדברג: קיימות 2 מגבלות לסמכות השיורית: (1) בכפוף לכל דין (2) הסמכות לא ניתנה לרשות אחרת. דורנר מרחיבה את המושג "בכפוף לכל דין": (1) המושג כולל הלכות של בימ"ש (2) כולל זכויות אדם ונגזרותיהם.**
גידי: ניתן להגיע לאותה תוצאה דרך חזרה פרשנית הקובעת שלא ניתן לפגוע בזכויות אדם ללא הוראה מפורשת לפגיעה.
* **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' מ"י (השב"כ)** – עתירה נגד חקירות אלימות של השב"כ. עולה השאלה מאיפה הסמכות של השב"כ לחקירות מסוג זה? המדינה טוענת כי מכוח הסמכות שיורית. **ברק:** אין סמכות לפגיעה בזכות אדם. **סמכות שיורית לא מקנה כוח לפגוע בזכות אדם.**
* **פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה** – **עוסק בהפרטת סמכויות**. עתירה נגד החלטת היועמ"ש לא לאפשר מינוי אנשים פרטיים לרשויות מקומיות. **דורנר:** נגד מינוי גורמים פרטיים לוועדות. **מצא:** יש לבדוק כל מקרה לגופו ולא להטיל איסור גורף. **פתח להפרטת סמכויות לגורמים פרטיים מטעם הממשלה.**
* **חטיבת זכויות האדם** – הפרטת סמכויות הממשלה להקמת בתי כלא פרטיים. **בייניש:** לא ניתן להאציל את סמכויות הכליאה, ההפרטה פוגעת בזכויות אדם. מסעיף 1 ניתן ללמוד שיש עניינים של גרעין קשה של סמכויות שאותם לא ניתן להאציל. בוחרת במסלול שיקול הדעת. **ההלכה: הגבלת האצלת סמכויות הממשלה לגורמים פרטיים.**
* **פרשת אריה דרעי** – עתירה כנגד אי מינויו של דרעי לתפקיד השר לאחר שהוגש נגדו כתב אישום. רהמ"ש לא מוציא אותו מתפקידו בשל הסכם קואליציוני שנחתם ביניהם. **שמגר:** **החלטה של אי הפעלת סמכות אינה סבירה. ההשעיה היא חובה נוכח הנסיבות של מבחן הסבירות**. הפשעים היו חמורים ולכן קמה חובה לפטר. **חוסר הפעלת הסמכות עולה לכדי אי סבירות קיצונית והרשאי הופך לחייב. יש להתערב גם במקום שיש סמכות בשיקול הדעת הנתונה לרהמ"ש כאשר אי הפעלת הסמכות אינה סבירה.**
* **אמיתי נ' רהמ"ש(פרשת פנסחי) –** היועמ"ש הגיש בקשה ליטול את חסינותו של ח"כ פנחסי והכנסת סירבה. **ברק:** שיקול חשוב בפיטורי השר הוא היותו נבחר ציבור בשל חשש בפגיעה באמון הציבור. למרות שסגן שר לא נבחר ציבור הוא מכהן בתפקיד חשוב ולכן **אין להבחין בין סגן שר לבין נבחר ציבור.** **הלכת דרעי חלה גם על סגני שרים.** **בעקבות הפרשה תוקן חו"י הממשלה: כל הרשעה שיש עימה קלון תוביל להפסקת כהונת השר ללא שיקול דעתו של רהמ"ש. ועדת אגרנט קבעה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקה את פעולות הרשות.**
* **הנגבי (1) –** עתירה כנגד מינויו של צחי הנגבי לתפקיד שר לבטחון הפניםעקב מעורבותו בפרשיות והגשת כתב אישום נגדו. **דורנר**: משתמשת בעילות הפסילה שנקבעו בדרעי ופנחסי. במקרה דנן **אין הרשעה שיש עמה קלון ולכן אין סמכות להתערב.** **חשין (דעת מיעוט):** מחדד את הלכת דרעי. לא כתב האישום עצמו הוא זה שיקבע אם הסמכות היא בגדר חובה אלא הראיות והנתונים עובדתיים.

**האם פרשת דרעי ופנחסי תקפה היום?**
הרשעה שיש עמה קלון מביאה לסיום חברות של חבר כנסת ללא שיקול דעת של רהמ"ש. בעקבות ההלכות הוסיפו את סעיפים 23(ב), 27 לחו"י הממשלה בהם נקבע כי אם ביהמ"ש יחליט כי מדובר בעבירה שיש עימה קלון השר / סגן השר יפוטר מידית. המחוקק קבע הסדר רק למצב של אחרי ההרשעה. כלומר, לא עגן את הלכת ביהמ"ש אך גם לא סתר אותה בחוק. **ההלכה כיום לא ברורה.**

**מה לגבי שר בעל הרשעה שיש עמה קלון העומד בפני מינוי ?**סעיף 6(ג) לחו"י הממשלה קובע תקופת צינון של 7 שנים מיום סיום ריצוי העונש ועד יום המינוי לשר.

* **הנגבי 2** – עתירה כנגד מינויו של הנגבי לסגן שר החוץ. העותרים טוענים כי הוא לא כשיר ע"פ חוק והמינוי בלתי סביר בשל הרשעתו של נגבי בעבר. **גרוניס:** מטיל ספק בהטלת כשירות לכוד ושיקול דעת לכוד. אם השר כשר מבחינה חוקית ספק אם אפשר להדיח אותו על בסיס חוסר שיקול דעת**. עמית:** ראוי לשלב את הכשירות ואת השיקול דעת. **השאלה האם ע"ב שיקול דעת בלבד ניתן להחליט כי ח"כ לא כשיר נשארה בצריך עיון.**
* **דרעי 2 –** רוצים לפטר את דרעי מתפקידו כשר הכלכלה אע"פ שעברו 13 שנים מהרשעה שיש עמה קלון. העותרים טוענים כי העבירות חמורות ולכן יש צורך בבחינה מחדש. **חיות**: דרעי עומד בתנאי הכשירות אך יש לבחון אם שיקול הדעת היה סביר. במקרה דנן, עבר כפול מהזמן הנדרש ע"פ חוק ולכן ביהמ"ש לא צריך להתערב. **מלצר**: כאשר יש מקרה גבולי יש לתת שיקול דעת רחב לרהמ"ש. **הלכה: מבחן הכשירות לכוד ושיקול דעת לכוד הופך מאוביטר לרציו.**
* **פוקס נ' רהמ"ש –** עתירה כנגד פיטורי 2 שרים הנעשו מתוך רצון להשיג את הרוב הנדרש להעברת תוכנית ההתנתקות של רהמ"ש. **ברק**: פיטורי שר מוצדקים כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם מדיניות הממשלה ויכולתה לתפקד וכאשר הדבר נועד לשמור על ערכי הדמוקרטיה. לדעת ברק האיזון ראוי כי הפיטורים נעשו משיקולים פוליטים. **לוי:** יש בפיטורים לפני הצבעה פגיעה דמוקרטית ולכן רהמ"ש לא צריך להתערב. **פרוקצ'יה**: ניתן לפטר רק כאשר קיים צורך מהותי כמו שמקרה שלנו. **רהמ"ש רשאי לפטר שר בנסיבות מסוימות ע"פ שיקול דעתו.**
ביקורת של גידי: לדעתו דווקא כשהשאלה היא יותר דרמטית, הוא היה מצמצם את שיקול הדעת כדי לבחון את העניין בשקילות ופיטורי שרים זו לא הדרך הנכונה.

**בתי המשפט**

בישראל השיטה ריכוזית וביזורית.
בג"צ – תקיפה ישירה (שיטה ריכוזית). שאר בתי המשפט – תקיפה עקיפה (שיטה ביזורית).

* **פורום משפטי למען ארץ ישראל** - עתירה כנגד אי מינוי שופטים בזמן ממשלת מעבר. לדעת העותרים הוועדה למינוי שופטים היא לא ועדה פוליטית אלא מקצועית ומכאן שיש למנות גם בעת ממשלת מעבר. **ריבלין:** העניין לא שפיט מאחר ומדובר בסוגייה פוליטית. **פס"ד זה מעניין משום שהוא מוכיח ומראה כי קיים פן פוליטי במערכת המשפט הקיימת.**
* **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** – עתירה נגד בחירת נציגים מהקואליציה בלבד לוועדה למינוי שופטים. **עמית:** אין חוקה המחייבת את הקואליציה לשתף את האופוזיציה. **הלכה: נוהג לא מחייב בצורה חוקתית.**
* **מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה** – בית הדין הארצי לעבודה פוסל הסכמי עבודה בחוק ההסדרים בטענה שההסכם נגוע באי חוקיות. המדינה עותרת לבג''צ בטענה שבית הדין הארצי לעבודה לא מוסמך לדון בתוקפו של חוק. ביהמ"ש קובע כי יש לבית הדין סמכות נגררת לדון בחוקתיותו של חוק מאחר ומדובר בתקיפה עקיפה. **לוי (דעת מיעוט):** לא מדובר בסכסוך בין צדדים אלא בשאלת תוקפו של חוק ולכן יש לדון על כך בבג"ץ – מדובר בתקיפה ישירה. **הלכה:** **ניתן להלביש תקיפה עקיפה מטעם סמכות נגררת. חשיבות: הרחבת המודל הביזורי – הרחבת סמכויות בית הדין. פסילת חוקים תיעשה בערכאות נוספות ולא רק בבג"צ. לבג"צ יגיעו רק עתירות עקרוניות.**
* **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי –** עתירה כנגד חוק יסודות התקציב הנותן תקציבים לגופים השוללים את קיום המדינה. **נאור:** דוחה את העתירה מדוקטרינת הבשלות - החוק אינו בשל לשימוש וגם לא שומש לעולם. **יש לפנות לבית דין מנהלי ורק לאחר מכן לבג"צ**. נאור יוצרת מנגנון ביזורי – העתירות לא נידונות רק בבג"צ אך הוא יהיה זה שיקבע. **הלכה: האוביטר הופך לרציו.** **עתירה על בחינת חוקתיותו של חוק תהיה לא רק בבג"צ אלא גם בבתי דין אחרים.**
ביקורת של גידי: בכל מקרה בג"צ יגיד את המילה האחרונה ולכן אין פואנטה למהלך.

**סיכום**: בישראל פורמאלית קיים מודל ריכוזי משולב עם ביזורי. בפועל המודל הוא ביזורי.

**נשיא המדינה (לימוד עצמי)**

1. **תפקיד**: בעיקר סמלי וייצוגי.3 מקרים בהם יש סמכות של שק"ד:הטלת תפקיד הרכבת הממשלה, נתינת חנינה לאסיר, הסכמה על פיזור הכנסת.
2. **נבחר ע"י הכנסת בהצבעה חשאית.** הנשיא רשאי לכהן תקופת כהונה אחת של 7 שנים.
3. יו"ר הכנסת הוא ממלא מקום הנשיא בהעדרו. והוא ע"פ נוהג נמנע מלהפעיל סמכויות בהעדרו.
4. חתימות הנשיא על מסמכים הם עניין פורמלי בלבד ולא כרוך בשיקול דעתו.
5. **הנשיא נהנה מחסינות אישית:** כמו חסינות מהותית של הכנסת. וחסינות מפני ביקורת שיפוטית על החלטותיו- ביהמ"ש יכול לבקר את מעשי הנשיא רק ע"י הצהרה שיפוטית. דרך תקיפה של המעשה ולא של הנשיא עצמו.
6. **סמכות החנינה**: הנשיא יכול לתת חנינה מלאה, קיצור העונש או המרתו. 2 סייגים להמרת העונש- הסכמת הניחון, עונש אחר שיתאים למתחם ההלימה של הפשע. הנשיא יכול להעניק חנינה במקרים בהם האינטרס הציבורי מחייב להימנע מהעמדה לדין. הבעיה- הסמכות לקבוע אם יש אינטרס ציבורי נועדה ליועמ"ש ולא ראוי שהנשיא יקבע אם יש או אין אינטרס ציבורי.
7. **שיקול הדעת של הנשיא:** לנשיא שק"ד רחב המצמצם באופן משמעותי את הביקורת השיפוטית על החלטותיו.
8. **הענקת סמכות החנינה היא עניין שנוי במחלוקת**: יש בה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. מצד שני, התפיסה היא שיש לשמר מוסד של חנינה ורחמים לצד המערכת השיפוטית.

מנגנוני פיקוח
היועמ"ש

1. **איך ממנים יועמ"ש?** וועדת איתור קבועה שמסננת את המועמדים, כוללת- (יו"ר- שופט ביהמ"ש בדימוס, שר משפטים לשעבר, יועמ"ש לשעבר, ח"כ, איש אקדמיה, עו"ד). התנאים- כמו למינוי של שופט. תקופת מינוי-6 שנים. סיבות הדחה- מחלוקת בלתי ניתנת לגישור בין הממשלה ליועמ"ש, התפטרות, מוות.
2. **סמכויות-** רשות התביעה הכללית, ייצוג השלטון בביהמ"ש, ייעוץ משפטי לממשלה, קידום שלטון החוק- אינטרס ציבורי.
3. **סמכות ייצוג-** מייצג את רשויות השלטון בערכאות השונות. רשאי להציג עמדה אחרת משל הרשות ולהציג במקביל את עמדת הרשות.
4. **סמכות ייעוץ**- הממשלה רשאית לנהוג לא לפי המלצת היועמ"ש אם לקחה בחשבון שזו הנורמה המשפטית עד שייקבע ביהמ"ש אחרת.
* **דרעי 1** – **מצא:** רהמ"ש לא יכול להשמיע את דעתו אם היא מנוגדת לדעת היועמ"ש מאחר והיועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של הדין.
* **פרשת אמיתי** – רבין מבקש מהיועמ"ש להציג את עמדתו בפני ביהמ"ש בנושא העברת סגן השר פנחסי מתפקידו בעקבו האשמות שיוחסו לו. היועמ"ש מסכים להציג את הדעה של רבין אך מדגיש כי דעתו שונה מהדעה של רבין ולכן הוא לא יגן עליו אלא רק יציג את דעתו. **ברק: היועמ"ש לא חייב לייצג את רהמ"ש. במצב זה הפרקליטות תייצג את רהמ"ש והיועמ"ש רק יציג את הדעה של המדינה.**
* **אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה** – שר המדע סירב למנות את פרופ' אמיתי לחברה במועצת הנגידים. דעת השר מנוגדת לדעת היועמ"ש. היועמ"ש הציג את הדעה האישית שלו. השאלה שנידונה: האם היועמ"ש מוסמך להחליט לא להגן על החלטת שר הממשלה ולא לאפשר לאותו שר להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי שיגן על החלטתו? **שטיין:** היועמ"ש לא מחויב להציג עמדה המנוגדת לעמדתו אך יש לאפשר לשר להיות מיוצג ע"י גורם אחר. **ייצוג של אדם או רשות שלטונית בביהמ"ש הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך המשפטי.
קרא:** עמדתן של הרשויות צריכות להיות מיוצגות ע"י היועמ"ש.

**ביקורת המדינה (לימוד עצמי)**

1. **מבקר המדינה נבחר ע"י הכנסת -** לא בבחירות חשאיות.
2. **הגופים המבוקרים**- כל גוף הנתמך ע"י המדינה.
3. **הביקורת השיפוטית** – רק על היבטים דיונים בעבודה, בפרט אם נשללה זכות הטיעון ממי שעלול להיפגע מהביקורת.
4. **חשיבות רבה יותר בשנים האחרונות לממצאי מבקר המדינה-**
**(1)** בחוק מימון מפלגות פועל המבקר לא כרשות מבקרת אלא כרשות אכיפת החוק גרידא. **(2)** נקבע כי גוף מבוקר חייב להתחשב בהמלצות המבקר ולתת טעם להימנעות מקיומן.
5. **המבקר כ"נציב תלונות הציבור".**

**וועדות חקירה (לימוד עצמי)**

1. **ועדת חקירה ממלכתית-** מוקמת מטעם הממשלה. יש לה השפעה רחבה על דעת הקהל, וממצאיה משמשים חומר עזר לרשות עצמה.
2. **3 מגבלות על נושאי החקירה שיכולה לקבוע הממשלה** – תחימת הסמכויות בכתב מינוי, הגבלה מהותית מכוח עקרונות היסוד של השיטה- מוגבלת רק למקרים ספציפיים ולא לבחינת מדיניות ציבורית. למרות שבפועל היא מוסמכת לדון בכל התחומים אשר חקירתם נחוצה לשם בירור הנושאים בהם הוסמכה לדון.

בפועל יש צורך להכיר בשק"ד רחב של הוועדה והממשלה בנושאי החקירה- מעודד ערנות ציבורית, עוזר לממשלה לגבש מדיניות. מגבלה שלישית על נושאי החקירה היא עקרון הפרדת הרשויות- הוועדה לא יכולה לחקור על מנת לברר אחריות פלילית. זה תפקיד ביהמ"ש. עם זאת, ממצאי הוועדה עוזרים לרשויות האכיפה לבחון אם קיים צורך בפתיחת הליך פלילי.

1. מערכת יחסים זו בין הוועדות לרשויות האכיפה עלולה לפגוע בזכויות נאשמים ובשמם הטוב ולכן הוועדה צריכה לחקור רק נושאים העוסקים בהטלת אחריות ציבורית ולא באחריות פלילית. אפשר לקיים בוועדה חקירה על דיון שנדון כבר בהליך שיפוטי מבלי שתהיה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות כשמדובר בנושאים שאינם בדבר אחריות פלילית אישית.
2. **ועדת ביקורת המדינה של הכנסת, בעקבות דין וחשבון של מבקר המדינה, רשאית להקים ועדת חקירה**.
3. **הרכב הוועדה-** את ההרכב ממנה נשיא העליון. בראש הוועדה עומד שופט ביהמ"ש עליון\מחוזי. הרעיון הוא שהנשיא ימנה כדי **להבטיח את אמון הציבור בוועדה ובממצאיה.**
4. **הליכי הדיון בוועדה**- רשאית להזמין כל אדם לבוא להעיד בפניה. אלמנט נוסף- פומביות הדיון. על הוועדה גם החובה להעניק זכות טיעון רחבה לכל אדם אשר עלול להיפגע מהחקירה. הבעיה- הכרה כה חמורה בזכות לטיעון נגדי עלולה לפגוע ביעילות עבודתה של הועדה ולעיכוב ממושך בפרסום הממצאים. הוועדה רשאית להעדיף את האינטרס הציבורי בפרסום ממצאים, בכך שתמנע מקביעת ממצאים שתנבע מהם פגיעה באנשים מסוימים. הועדה פטורה מכיבוד סדרי הדין ודיני הראיות- בכך עלולה לפגוע בזכויות נחקרים.
5. **מעמדם של הממצאים-** הממשלה חייבת לאמץ את הממצאים העובדתיים של הוועדה. לקביעות הוועדה יש הד ציבורי. היועמ"ש יכול לבחור שלא להעמיד לדין אדם שנמצא ראוי שיינקט נגדו הליך פלילי בממצאי הוועדה, היועמ"ש חייב לתת טעם מדוע בחר שלא להגיש כבר אישום.
6. **ביקורת שיפוטית –** ביהמ"ש נמנע מלהכיל ביקורת שיפוטית על ממצאי הוועדה.
7. **ועדות חקירה פרלמנטריות-** וועדת חקירה שהחברים בה הם ח"כים. ועדות החקירה הפרלמנטריות לא משתוות בחשיבותן לוועדות חקירה ממלכתיות.

**זכויות האזרח**

**לפני 1992: איזון אופקי –**בין 2 זכויות. **איזון אנכי – הכרעה** בין אינטרס לזכות.
**אחרי 1992:** איזון לפי פס' ההגבלה בשילוב עם איזון אנכי בשלב התכלית הראויה.

**מידתיות ונוסחאות איזון אחרות**

* **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים –** עתירה כנגד ההחלטה לא לאפשר לבצע הפגנה מול ביתו של הרב עבדיה. התנגשות בין הזכות לפרטיות לבין חופש הביטוי. **ברק:** **כאשר יש התנגשות בין אינטרס לזכות יש להשתמש בנוסחת** **האיזון האנכי: (1) הסתברות לפגיעה - קרבה לוודאות לפגיעה באינטרס (2) הפגיעה ממשית - עוצמת הפגיעה.**אם הסתברות הפגיעה באינטרס קרבה לוודאות והפגיעה בעוצמה ממשית האינטרס **עליון** לזכות. אם אין קרבה לוודאות לפגיעה או העוצמה לא ממשית ניתן לזכות **הגנה מלאה**.
* **תנופה נ' שר העבודה** – עתירה כנגד חוקתיות חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם המחייב את העובדים לשלם ערבות גבוהה כתנאי להעסקתם. **דורנר**: על הפגיעה להיות במתחם המידתיות הנקבע בהתחשב **במהות** של הזכות או האינטרס הנפגעים, ובמידת **החשיבות** המיוחסת להם. **דורנר קובעת את שלושת מבחני המידתיות.** "מיתחם המידתיות" הנתון לרשות המבצעת צר יותר מזה הנתון לרשות המחוקקת. כאשר מדובר בצו או תקנה של הרשות המבצעת מבחני המידתיות יהיו פחות נוקשים לעומת חיקוק של הכנסת. **ככל שחשיבות הזכות גדולה יותר כך מבחני המידתיות יהיו נוקשים יותר.** כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת. מנגד, כאשר חשיבות הזכות פחותה ניתן לבחור באמצעי שלא פוגע במידה הכי מועטה בזכות אלא קצת יותר אם הדבר כרוך בקושי מיוחד.
* **חורב נ' שר התחבורה –** שר התחבורהסוגר את רחוב בר אילןלתנועה בשבת. **העותרים טוענים לפגיעה בחופש התנועה.** פגיעה בחופש התנועה מול פגיעה ברגשות דתיים. **ברק**: משתמש במבחני המידתיות. פקודת **התעבורה מוגנת בפני שמירת דינים אך יש לפרש אותה ברוח הוראות היסוד ולבחון לפי פסקת ההגבלה.** ביקורת של גידי:שימוש מניפולטיבי בפסקת ההגבלה כאסמכתא לכך שחייבת להתקבל הכרעה.
**הלכה: אע"פ שחוק נהנה מס' שמירת הדינים יש לפרשו ברוח הוראות חוק היסוד וברוח פס' ההגבלה.**
* **האגודה לזכויות האזרח 2021 –** עתירה כנגד מעקבי שב"כ בתקופת הקורונה. **חיות: במקרים חריגים של פגיעה קשה בזכויות יש להעדיף את האמצעי שפגיעתו פחותה גם אם התועלת המופקת מן הכלי פחותה.**
* **בית סוריק (מבחן מידתיות שלישי) –** עתירה כנגד בניית גדר הפרדה שפוגעת בחופש הקניין ובחופש התנועה של החקלאים. זכויות אלו מתנגשות עם אינטרס הבטחון.

**לפי ברק, מבחן מס 3 (נזק מול תועלת) הוא מבחן שיש לו 2 מבחני משנה** –
**1**. תועלת כללית מול נזק כללי (בחינה מוחלטת)
**2**. תוספת תועלת מול תוספת נזק (בחינה יחסית) - משווים כמה תועלת וכמה נזק מקבלים משקילת אופציות אחרות שאמנם לא משיגות את התכלית שבקש המחוקק להשיג במלואה.
**המשמעות היא שיכול להיבחר האמצעי שלא מגשים באותה מידה את המטרה שהציבה המדינה, אם הוא מצליח להשיג במידה סבירה את המטרה והפגיעה בזכות בו פחותה. הלכה: במסגרת מתחם המידתיות השלישי נחפש את הפשרה הטובה ביותר. מבחני המידתיות דורסים לכאורה את האיזון האנכי.**

* **א.ס.ף נ' הכנסת (מבחן מידתיות שני) –** תוקן חוק להחזקת מסתננים. התנגשות בין זכויות המהגרים לבין האינטרס למניעת הסתננות. **ארבל:** החוק לא מידתי מאחר ולא נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה. **במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי גם אם היא מבינה שהמטרה לא תושג באותה מידה**. ארבל מכניסה את מבחן "תוספת תועלת מול תוספת נזק" למבחן המידתיות השני.
ביקורת של גידי: השופטים שעשו זאת לא היו מודעים למה הם עושים. **יש להשתמש במבחן תוספת תועלת מול תוספת תועלת רק במסגרת מבחן המידתיות השלישי.**

**דרישת ההסמכה**

* **מיטרני** – עתירה כנגד הוראות משרד התחבורה המגבילות את יכולת העותרים לבדוק רישיונות רכב (מעאכרים). העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק. **שמגר: פגיעה בחו"י באמצעות חקיקת משנה תיעשה רק כאשר המחוקק הראשי אומר ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על חו"י. הלכה: יש צורך להסמכה מהמחוקק הראשי למחוקק המשנה בחוק או לפי חוק לחוקק חקיקת משנה הפוגעת בזכויות.**
* **המפקד הלאומי** – חברה פרטית מעוניינת לפרסם ברדיו מסמך. **בייניש (דעת מיעוט): ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת".** כשהפגיעה קלה ניתן לשאוב הסמכה מתכלית החוק בעוד שהפגיעה קשה יש דרישה להסמכה מפורשת.
* **טבקה –** עתירה שמטרתה לצמצם את סמכויות השוטר בגדרם הוא רשאי לבקש ת.ז ומסמכים נוספים. **חיות:** לשון החוק מסמיכה את המשטרה לפגוע בזכויות ולכן פעלו מכוח סמכות. **רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק בגדר הסמכות שהוקנתה לה במפורש בחוק.** **שטיין (דעת מיעוט):** כל עוד אין הסמכה מפורשת לפגיעות הספציפיות לא ניתן לפגוע בזכות.

**אורן גזל – פגיעה בזכויות יסוד מכוח חוק או לפי חוק**

חקיקה של הכנסת = מכוח חוק
חקיקה של הממשלה =לפי חוק

**3 גישות לדרישת ההסמכה:**

1. הסמכה כללית – הסמכה שאינה מפורשת
2. גישת התכלית הפרטיקולרית של החוק – הפגיעה מתחייבת להשגת תכלית החוק (ברק)
3. (3) הסמכה מפורשת (שמגר במיטרני)

**לפי גזל: (1) יש להחמיר יותר בהסמכה מפורשת כאשר מדובר בתקנות. בהחלטות מנהליות מספיקה הסמכה כללית.
 (2) לא ניתן לדרוש הסמכה מפורשת מהרשות המבצעת מאחר והדבר יוצר בעייתיות.**

**הלימה לערכי המדינה**

יש לציין אילו ערכים של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית נפגעים מהאירועון.

* **דיזיין –** עתירה כנגד איסור עבודה בשבת. חופש העיסוק מתנגש עם הלימה לערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. **ברק:** יש לאזן בין יהודית לדמוקרטית. על הפרשן החוקתי לעשות מאמץ להשלמהולהרמוניה בין הערכים של מדינת ישראל כיהודית ודמוקטית**.** ביקורת של גידי: ההגדרות חסרות משמעות מאחר והדבר תלוי בשופט שמחליט.
* **חטיבת זכויות האדם** – **בייניש:** קשה לראות דוגמה להפרתו של תנאי זה אלא בנסיבות חריגות ויוצאות דופן. עד היום לא קרה בשום מקרה ובשום מצב. **יש צורך לדלג על דרישת ערכי המדינה היהודית והדמוקרטית. ביהמ"ש יפסול על בסיסו רק במקרים חריגים ונדירים.**

**תכלית ראויה**

* **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת –** עתירה כנגד חוק טל (גיוס בחורי ישיבות). **ברק: תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות מהותיות וצורך חברתי לוחץ העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם.** מידת הצורך בהגשמת התכלית הראויה משתנה בהתאם למהות הזכות הנפגעת. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר וככל שהפגיעה בה קשה יותר, כך נדרש אינטרס ציבורי חזק יותר להצדקת הפגיעה.
* **שטיין נ' המפכ"ל –** עתירה כנגד סגירת בית קפה מטעמים ביטחוניים. התנגשות בין חופש העיסוק לבין ביטחון המדינה. **ברק:** **תכלית ראויה נבחנת** **בשני מישורים:** **(1) איזון אנכי** – התכלית מקיימת איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם (הסתברות של קרבה לוודאות לפגיעה ממשית באינטרס) **(2)** הצורך בהגשמת התכלית חשוב לערכיה של החברה והמדינה. **חשיבות: הכנסת מבחן האיזון האנכי למבחן התכלית הראויה.**

**שאלות נוספות**

* **פלונית נ' בית הדין למשמעת –** עתירה כנגד החלטה של בית הדין לנהל דיון בדלתיים סגורות.הזכות לפרטיות עומדת בסתירה לעקרון הפומביות. **דורנר: בעת התנגשות בין שני חו"י באותה רמה נעדיף את הנורמה הספציפית על פני נורמה כללית.** הערכים בעלי מעמד שווה אך הפומביות היא זכות ספציפית ולכן גוברת על הזכות לפרטיות שהיא זכות כללית. **ברק:** היקף התכולה של הזכויות צריך להיות **כמה שיותר רחב** וגישתה של דורנר הופכת את הזכות לפרטיות ללא רלוונטית במקרים מסוימים. פרשנות של גידי לברק: **ניתן להשתמש במבחן ההסתברות המידתיות גם בהתנגשות של 2 זכויות ולא רק בהתנגשות בין אינטרס לזכות.**

**שמירת דינים**

* **גנימאת** – גנימאת מואשם בגניבת רכב ונעצר ע"פ הסדר הדין הפלילי. **ברק:** את הדין הישן יש לפרש לאור המהפכה החוקתית. לשון הטקסט לא משתנה אך פרשנותו משתנה**.** **חשין:** הן לשון הטקסט והן פרשנות הטקסט לא משתנה. **הלכה: חו"י כהאו"ח משפיע על משמעות חוקים שקדמו לו.**

**\* חוק חדש מיטיב נתון לביקורת שיפוטית ולא מוגן משמירת דינים (פס"ד צמח)**

* **אבו ערפה –** עתירה כנגד שלילת תושבות של אזרחי ירושלים בשל בחירתם לפרלמנט הפלסטיני.הדבר נעשה **מכוח חקיקה ישנה** המסמיך את שר הפנים. **פוגלמן:** עוקף את שמירת הדינים ע"י חיקוק חדש. **הנדל (דעת מיעוט):** חיקוק מחדש מרוקן את ס' שמירת הדינים מתוכן. **מהלך מכוון לעקיפה לא לגיטימית של ס' שמירת הדינים.**

**תוצאות הפגם החוקתי**

**ביטול**

* **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים –** הוארך ס' שמירת הדינים בחו"י: חופש העיסוק כל פעם מחדש. העתירה כנגד התקופות הקצרות שבהן פקעה שמירת הדינים – זמן בו היה ניתן לתקוף את חופש העיסוק. **גולדברג**: 3 מודלים כאשר חוק עומד בסתירה לחוקה:
1. **בטלות מוחלטת** VOID– בטל מעיקרו, החוק אף פעם לא היה קיים. כשביהמ"ש מכריז על בטלות האקט הוא הצהרתי בלבד.
2. **נפסדות** VOIDABLE– החוק תקף אלא אם ביהמ"ש מחליט אחרת. החלטת ביהמ"ש לביטול היא זאת שמבטלת את החוק.
3. **בטלות יחסית** – מודל גמיש. **יכול להיות מצב שבו החוק יהיה תקף בנסיבות מסוימות או תקף כלפי אנשים מסוימים ובטל כלפי אחרים.**

גולדברג טוען כי גם אם נבחר באופציה הקיצונית (בטלות מוחלטת) יש חריג – כוונת המחוקק שהתכוון להחיל את התיקון רטרואקטיבית ולכן החוק לא מבוטל. **זמיר:** בוחר את מודל הבטלות היחסית שנבחן בהתאם **לשני תנאים:** **(1)** רמת האי חוקתיות של החוק הנקבע בהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש. **(2)** מידת הסבירות לפגיעה. **הלכה: בבחירה בין המודלים יש להתחשב בהסתמכות ובציפיות סבירות. חוק יכול להיות תקף במקום אחד ולא במקום אחר.**

* **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון** – נחקק חוק שנותן הטבה לקוני דירה בירושלים. חוק ההסדרים מבטל את ההטבה באופן רטרואקטיבי. העותרים מבקשים להבחין בין אלו שהסתמכו על החוק ואלו שלא. **דעת רוב:** יש להשתמש **בעקרון העפרון הכחול**– הפרדה בין אלו שהסתמכו על החוק לאלו שלא. **דעת מיעוט:** תפקיד ביהמ"ש הוא רק להכריז על בטלותו של חוק ולא לשנותו ע"י פרשנות. ביהמ"ש אינו מוסמך לתת פרשנות חדשה לחוק. גידי: ניתן היה להשתמש במודל הבטלות היחסית.

**סעדים נוספים למקרים בהם המדינה לא פועלת בקנה אחד עם זכויות אדם:**

**צו לחוקק -** מצב שבו אדם יטען שזכות שלו נפגעת ע"י המדינה והמדינה תגיד שאין חוק שמחייב אותה לעשות זאת. ביהמ"ש יכול לתת צו לחוקק חוק שמגן על הזכות. רלוונטי להבחין פה בין זכויות חברתיות חיוביות ושליליות.
**צו לתיקון חוק** – לצוות את המחוקק לשנות את החוק (פס"ד נסר).

**קריאה לתוך החוק**

* **נסר נ' ממשלת ישראל** – ניתנו הטבות מס ליישובים מסוימים אך לשלושה יישובים שעומדים גם הם בקריטריונים לא ניתנו ההטבות. **בייניש:** מאחר ואין קריטריון המגדיר אילו יישובים נכללים נשתמש **"בקריאה לתוך חוק"** לפיו יש להכניס את שלושת היישובים. סעד זה לא פוגע בחוק ולא נועד לשינויו אלא מדובר בהוספת סייגים לחוק. **אם המדינה לא תתקן את החוק לא תהיה ברירה אלא לתת** **צו שיחייב את הממשלה לתיקון החוק**.
* **בג"צ ליאת משה –** עתירה כנגד חוק שלא מאפשר לבנות זוג להביא ילד מפני שלא ניתן להפרות ביציות.
**חיות:** פגיעה לא מידתית. חיות מוסיפה לחוק סעיף לפיו תהיה **ועדת חריגים למתן אישור** לתרומות ביציות ובכך משתמשת **"בקריאה לתוך החוק".** **פרשת משה מרחיקת לכת לעומת נסר מאחר וחיות מבקשת להרחיב את תחולת החוק.**

**התראת בטלות**

* **בג"צ ההסתדרות הרפואית –** במקרה דנן רובינשטיין לא קבע האם העובדה כי ליצמן מכהן כסגן שר אך בעצם אוחז בכל סמכויות השר היא חוקתית או לא. ביהמ"ש השתמש במנגון **התראת בטלות לפיו אם לא ייעשה שינוי אז ביהמ"ש יתערב בעתיד.**

**זכויות האזרח במשפט הפרטי**

זכויות האזרח במשפט הפרטי הן כלי להגנה בפני גורמים ציבוריים ובפני שחקנים פרטיים.
טיעונים **נגד** הכרה בזכויות בין פרט לפרט:

1. הצדדים בעלי מעמד שווה ולכן אין צורך להתערב.
2. קושי בהחלת זכויות מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי.
3. פטרנליזם – כוח רב בידי ביהמ"ש בהכרעה בסכסוך בין פרטים.

טיעונים **בעד**:

1. פערי כוחות בין הצדדים - ייתכן מצב בו גוף בעל כוח רב אע"פ שהוא פרטי.

**ביהמ"ש מרחיב את החובות החוקתיות גם למערכת יחסים פרטיות באמצעות:**
**(1)** **הזזת קו הגבול** – הגדרת גוף כדו-מהותי והחלת נורמות ציבורית עליו
**(2) החלה של חובות גם על שחקנים פרטיים –**

**תחולה ישירה –** תביעה ישירה במישור הפרטי.
**תחולה עקיפה** – הכנסה למשפט הפרטי דרך מושג שסתום כמו תום לב ותקנת הציבור.

* **מיקרודף** – ברק הזכיר שלושה מאפיינים המגדירים גוף כדו-מהותי:
**(1)** סמכויות שלטוניות **(2)** מעמד מונופוליסטי **(3)** בלעדיות ושליטה על אמצעי חיוני. **הפסק דין הראשון שביהמ"ש מכיר בהחלת המשפט הציבורי על גופים דו מהותיים.**
* **בית יולס** – חברה שמפעילה בתי אבות יצאה במכרז. החברה שנבחרה לא עמדה בתנאי המכרז. עולה טענה לפגיעה בשוויון. **דעת רוב:** **אין חובת שוויון במשפט הפרטי** **מטעמי פטרנליזם**. לא ניתן להגדיר מה הייתה ציפיית הצדדים. **דעת מיעוט: יש חובה לשוויון לפי עקרון תום הלב = תחולה עקיפה.**
* **קדישא נ' קסטנבאום** – חברת קדישא סירבה לכתוב בלועזית על מצבה. קסטנבאום טוען לפגיעה בכבוד המנוחה. ביהמ"ש קובע כי מדובר בגוף דו-מהותי. **המחלוקת בין השופטים נסבה אודות הסיבה שקדישא מוגדרת כגוף דו-מהותי. שמגר:** קדישא בעלת אופי ציבורי ובעלת שלושת המאפיינים שהוגדרו במיקרודף. מדובר בתניה מקפחת. **אלון:** מדובר בגוף דו-מהותי בשל היותו גוף חיוני אך התניה לא מקפחת מאחר ולא מדובר במונופול, יש חברות נוספות מסוג זה. **ברק: מדובר בגוף דו מהותי בגלל היותו גוף סטטוטורי – בעל סמכויות שלטוניות.** **ברק מפעיל תחולה עקיפה דרך ס' 30 בתקנת הציבור. הלכה: הגדרת גוף כסטטוטורי מספיק כדי להגדירו כדו מהותי.**
* **פרוז'אנסקי –** הבחנה בין נשים לגברים בגיל מינימום לכניסה למועדון.טוענים לפגיעה בשוויון. **דנציגר:** שוויון הוא לא ערך במשפט הפרטי. **החירות היא הכלל והשוויון הוא החריג לו**. החריג מוחל רק כאשר יש **פערי כוחות בין הצדדים**. זאת כאשר לאחד מהצדדים יש **מעין אופי ציבורי. הלכה: התנגדות לתחולה העקיפה. נחיל את ערך השוויון רק כאשר מדובר בגוף דו-מהותי.**

**כבוד האדם**

**דני סטטמן** מגדיר 2 מובנים של כבוד כזכות:
**(1)** כבוד כיחס לא משפיל
**(2)** כבוד כאוטונומיה.
סטטמן מעדיף את כבוד כיחס לא משפיל מאחר והאוטונומיה רחבה מידי.

* **קטלן נ' בתי הסוהר** – **כבוד כיחס לא משפיל.** עתירה כנגד ביצוע חוקן באסירים. האסירים טוענים לפגיעה בכבוד. ביהמ"ש קבע כי חדירה לגופו של אדם ללא הסכמה מהווה השפלה. **כהן:** כדי לפגוע בזכות לכבוד יש צורך בחקיקה ראשית. יש לבצע את החוקן רק אם יש ידיעה וודאית על הברחת סמים. **לנדוי**: רק המחוקק הראשי יכול לפגוע בזכות לכבוד ע"ב שק"ד. **הלכה: אימוץ הגישה של כבוד כיחס לא משפיל.**
* **דעקה נ' ביה"ח כרמל** – **שימוש בכבוד כאוטונומיה.** החתימו אישה על טופס רפואי בעודה מטושטשת על ביצוע ביופסיה. האישה תובעת בגין רשלנות רפואית וטוענת לפגיעה באוטונומיה המעוגנת בזכות לכבוד. **אור:** יש פגיעה באוטונומיה כתוצאה מפגיעה בגוף מאחר ונשללה זכות הבחירה של העותרת. **הלכה: הרחבה של הזכות לכבוד, מזכות פרטיקולרית למניעת השפלה לזכות מסגרת לאוטונומיה.** ביקורת של גידי: כבוד כאוטונומיה בולעת את כבוד במובנו כיחס לא משפיל.
* **לשכת עורכי הדין** – עתירה כנגד ההחלטה שעובדי מדינה לא יוכלו להשתמש בתעודותיהם המקצועיות אם עיסוקם לא קשור באופן ישיר. העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק וחופש הביטוי. **לוי:** אין פגיעה בחופש העיסוק אלא **יש פגיעה בכבוד כאוטונומיה** – הגשמה עצמית ושימוש בתואר כמקור לגאווה הן חלק מהזכות של אדם לכבוד. במקרה דנן אין פגיעה בלב הזכות מאחר והפגיעה לא כרוכה בהשפלה. **הלכה: ניתן להכניס זכויות נוספות כמו הגשמה עצמית ומקור לגאווה תחת כבוד האדם.**
* **עדאלה נ' משרד הרווחה** – ניסיון לצמצום היקף האוטונומיה. חוק המורה על הפסקת קצבאות להורים שילדיהם שלא התחסנו. הטענה היא **לפגיעה באוטונומיה ההורית. ארבל: לא כל פגיעה באוטונומיה היא פגיעה חוקתית. יש לבחון בשני מבחנים: (1) מהות הבחירה הנשללת מאדם (2) מידת הכפייה ושלילת הרצון.**
* **התנועה לאיכות השלטון** – עתירה כנגד חוק טל בטענה כי החוק פוגע בשוויון. **חשין (דעת מיעוט):** קובע גבולות של הזכות לכבוד גם לפי הפירוש המרחיב. כבוד מכיל בתוכו 2 זכויות בלבד: אוטונומיה ומניעת השפלה. שוויון לא נכנס ביניהם. **סולברג (דעת מיעוט)**: התייחסות להסדר הגיוס כפוגע בכהאו"ח מרחיבה יתר על המידה את הזכות ומורידה מערכה.

**סיכום הזכות לכבוד:** בתחילה בית המשפט סבר שכבוד מסווג כאי השפלה. לאחר מכן, בית המשפט שינה דעתו וסבר שכבוד יכול שיהיה גם פגיעה בזכות לאוטונומיה. גידי עמד על הקושי בהרחבת עילת האוטונומיה לתוך הזכות לכבוד: אם נקבע כי כל זכות חוסה תחת אוטונומיה הדבר עשוי לפגוע במעמד הזכויות. ניתן לראות שגם השופטים רואים בכך קושי בימינו: ארבל בפרשת עדאלה מסרבת לסווג את הפגיעה באוטונומיה כפגיעה שצריכה לעמוד תחת פסקת ההגבלה, בעוד לוי בפרשת לשכת עורכי הדין מציע לחזור לפירוש שניתן לזכות לכבוד כמניעת השפלה.

**זכויות חברתיות**

**זכות חיובית (עשה) –** המדינה צריכה לפעול למען הגנה על הזכויות.
**זכות שלילית (אל תעשה**) **–** המדינה צריכה לא לעשות משהו שיפגע בזכויות.

 **כיוונים המסבירים מדוע הזכויות החברתיות בעלת מעמד נמוך יותר:
(1)** עניין של זמן. זכויות חברתיות חדשות יותר. **(2)** הבדל עקרוני. שנויות במחלוקת – אין קונצנזוס. **(3)** קושי **טכני** בהכרעה שיפוטית – חוסר בכלים זמן ומיומנות **(4)** קושי **מהותי** בהכרעה שיפוטית –הכרעה בדבר זכויות חברתיות צריכה להיעשות בידי הכנסת בשל היותה מיצגת את דעת הציבור.

**שלב ראשון – סירוב להכיר במעמדן של הזכויות החברתיות. ברק:** כהאו"ח כולל רק זכויות פוליטיות ואזרחיות ולא חברתיות.

* **עמותת שוחרי גילת –** עמותה שמקדמת חינוך בקרב ילדים עם קשיים. הטענה היא פגיעה בזכות לחינוך. **אור: אין הגנה על הזכות לחינוך מאחר והיא לא מעוגנת בכהאו"ח ופרשנות האומרת אחרת היא מרחיבה מידי.**

**שלב שני – הכרה ללא שיניים.** הכנסת מס' זכויות חברתיות לחו"י כהאו"ח. הבולטת בינהן היא הזכות לקיום מינימלי בכבוד.

* **גמזו** – המערער חייב בתשלום מזונות ומבקש לפרוס את התשלומים**. ברק: הזכות לתנאי מחיה מינימליים בכבוד מעוגנת בחו"י כהאו"ח.**
* **פרשת מנור** – תיקון לחוק שביצע קיצוץ בקצבאות הביטוח הלאומי לקשישים. העותרים טענו שהקיצוץ מביא חלק מציבור הקשישים אל מתחת לסף של תנאי מחיה מינימליים. **ביהמ"ש: לא מתערב מאחר ולא הובאו כל הנתונים לפיהם ניתן לקבוע.**
* **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי** – עתירה כנגד תיקון לחוק ביטוח לאומי שפוגע בקצבאות הבטחת הכנסה. נטען לפגיעה בתנאי קיום מינימליים בכבוד. **ברק**: הזכות הנפגעת חוקתית אך במקרה זה אין פגיעה מאחר והעותרים לא הביאו תשתית עובדתית מספקת. יש לבחון כל מקרה לגופו ולהוכיח את הטענה. **דורנר:** **על הכנסת להגדיר בחוק מהו הרף לקיום מינימלי.** ביקורת של גידי: לא ריאלי לבחון כל מקרה לגופו, לא מגן על קבוצות שלמות.

**שלב שלישי** – **הכרה בזכויות חברתיות והגנה עלייהן**.

* **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** – חוקק חוק לפיו מי שבבעלותו רכב לא זכאי להבטחת הכנסה. המדינה טוענת כי מדובר במדיניות כלכלית חברתית שצריכה להשאר למחוקק וכי יש להבחין בין זכויות חברתיות ופוליטיות. פגיעה בזכויות חברתיות יש לבחון רק ע"פ מבחן המידתיות הראשון. **בייניש**: דוחה את טענות המדינה ובוחנת לפי שלושת מבחני המידתיות. **חידוש: נפסל חוק בפעם הראשונה על בסיס פגיעה בזכות חברתית.**
* **רובינשטיין נ' הכנסת** – עתירה כנגד חוק מוסדות חינוך המעניקים 60% פחות מימון לחרדים שלא לומדים לימודי ליבה. החרדים טוענים לפגיעה בזכות לחינוך וכתוצאה פגיעה לכבודם בעתיד. **גרוניס**: מבטא עמדה שמרנית לגבי תפקיד ביהמ"ש. דוחה את העתירה בטענה כי **כשמדובר בזכות חיובית על ביהמ"ש לנקוט בריסון רב. דרישת בית המשפט להימנע מפעולה פוגעת פחות מאשר הוראה המחייבת עשייה. בדרך כלל בזכויות חברתיות הסעד מבית המשפט יפעיל חובה על המערכת הפוליטית לפעול, סעד זה פוגע בצורה חריפה והתערבות מקיפה בפעולות הרשויות האחרות.** ביקורת של גידי: אין יסוד לחשש של גרוניס שההרחבה תוביל לכך שביהמ"ש יתערב בקביעת המדיניות הכלכלית מאחר ולא נקבע בפרשת חסן מה היקף הזכות לקיום מינימלי בכבוד.

**חופש העיסוק**

**רציונל ומעמד**

**חו"י חופש העיסוק משוריין** **פורמלית ומהותית**. 3 רציונלים:

1. **פרנסה –** זכותו הטבעית של כל אדם לפרנס את עצמו **(פס"ד איגלו ופס"ד בז'רנו)**
2. **אוטונומיה –** הגשמה עצמית **(פס"ד איגלו ולשכת יועצי ההשקעות)**
3. **תחרות חופשית –** הגנה וחיזוק התחרות החופשית לייעול התועלת החברתית **(פס"ד כלל ומגדל)**
* **איגלו נ' שר המסחר** – איסור לייבוא מרוסיה לישראל. איגלו טוענת כי יש פגיעה בחופש העיסוק.
**דורנר:** אם הרציונל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הינו **פרנסה** ולעומתו ערך קידום **כלכלת המדינה**- **יש להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה** (קרבה לוודאות לפגיעה ממשית בכלכלה).

**הבחנה בין רציונל המימוש העצמי לרציונל הפרנסה:**

**עיסוק התנדבותי** – אם הרציונל העומד מאחורי חופש העיסוק הוא הפרנסה, העיסוק ההתנדבותי לא ייחשב לעיסוק כי הוא נועד למימוש עצמי.
**חלופת קצבה** – אם המדינה מגבילה את חופש העיסוק אך נותנת קצבה, אם הרציונל הוא פרנסה, ניתן לטעון שאין כאן פגיעה. אם המדובר במימוש עצמי, אז ניתן לטעון שנפגע חופש העיסוק.

 **אייל גרוס – רציונל התחרות החופשית**

גרוס קורא להרחיב את התפיסה האישית של חופש העיסוק כמקור פרנסה ומימוש עצמי המתמקדת בכניסה ובבחירה של מקצוע, לתפיסה התחרותית המרחיבה את הזכות ומתמקדת גם באופן העיסוק באותו מקצוע- הנובעת מטובת הציבור לשוויון הזדמנויות. ביקורת של גידי: לא מקבל את הצעתו מאחר וההצעה של גרוס היא שמאל חברתית וקוראת להרחיב ולהפוך את הזכות של חופש העיסוק לזכות חברתית ואולי אף חיובית.שאיפה זו מנוגדת להשקפת העליון שלא חש צורך להגן על זכויות האדם הסוציאליות "במקום" המדינה.

**עלי זלצברג וסנדי קדר -** **עוד על הביקורת השיפוטית לאור חוקי היסוד החדשים**

לשכת מנהלי ההשקעות בא אחרי משבר פיננסי. מדובר בחוק צרכני שבא לטובת הצרכנים. הטענה בחוק לגבי הפגיעה בחופש העיסוק בכלל לא העלתה ויכוח, כולם הסכימו שחופש העיסוק נפגע ופנו להתעסק בפסקת ההגבלה. עלי מבקר את ברק בפס"ד מנהלי ההשקעות ואומר כי יש חריגה מסמכות בית המשפט. ביהמ"ש מעגן את סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית ולקבוע האם פגיעה מידתית במקרה קל ושולי יחסית כדי לפתוח צוהר לשימוש בכלי זה במקרים נוספים בעתיד. עלי טוען כי אם ביהמ"ש היה עושה את הצעד כאשר הפגיעה היא בלב הזכות, למשל בפס"ד מיטראל, המהלך לא היה צולח.

**היקף**

* **פרשת לם –** נקבע כי משרד החינוך יכיר רק באבחונים שנעשו ע"י פסיכולוג חינוכי מומחה. העותרים עוסקים באבחון ליקויי למידה וטוענים לפגיעה בחופש העיסוק. **דורנר**: יש פגיעה מהותית בחופש העיסוק שלא עומדת בפס' ההגבלה. **ברק:** קיימת פגיעה בעקיפין בחופש העיסוק. אמנם המאבחנים עדיין רשאים לעבוד אך ההוראה שהוציא שר החינוך שוללת את הצורך בעיסוקם. **ההלכה:** **חופש העיסוק נפגע גם כאשר החלטה שלטונית פוגעת בעקיפין במימוש חופש העיסוק.**

**פסקת ההתגברות (ס' 8 לחו"י: חופש העיסוק)**

* **פרשת מיטראל –** עתירה בנושא חוק ייבוא בשר קפוא לארץ.הממשלה החליטה להפריט את סמכות הייבוא לחברות פרטיות. ש"ס התנגדו לייבוא בשר לא כשר. ביהמ"ש קבע כי איסור על ייבוא בשר לא כשר לא מידתי ולכן מותר לייבא. ש"ס התנגדה באופן קיצוני ויצרה כאוס וכתוצאה הכנסת רצתה לבטל את חו"י חופש העיסוק. ברק החליף את דורנר שיצאה לגמלאות והחליט להוסיף את **פסקת ההתגברות** כאפשרות נוספת להתרת פגיעה בחו"י חופש העיסוק. לפיכך, אם הפגיעה לא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה **ניתן להעמיד אותה בפסקת ההתגברות**: **רוב של 61 ח"כים ודרישת "על אף האמור"**. העותרים טוענים כי נפגעות זכויות נוספות כתוצאה מהפגיעה בחופש העיסוק. את זכויות אלה לא ניתן להעמיד בפסקת ההתגברות משום שהיא רלוונטית רק לפגיעה בחופש העיסוק. ברק קובע 3 תנאים נוספים לפיהם יהיה ניתן להתגבר על הפגיעה בזכויות האחרות : **(1)** הפגיעה בזכויות האחרות היא תוצר לוואי של הפגיעה בחופש העיסוק **(2)** הפגיעה בחופש העיסוק מהותית **(3)** הפגיעה בזכויות האחרות לא מהותית. **חשיבות: ברק יוצר את פסקת ההתגברות.** \*פסק הדין היחיד שהשתמשו בו במנגנון פסקת ההתגברות.

**פרופ' ספיר – ההליך החוקתי**

**הרציונל בבסיס פס' ההתגברות:** יש הרואים את פס' ההתגברות ככלי המתיר פגיעה בחוקה. ספיר חולק עליהם ורואה את פס' ההתגברות ככלי המתיר למחוקק אפשרות לפרש את חוקי היסוד בצורה שונה מפרשנות ביהמ"ש. שורה תחתונה: מצמצם את הכוח של ביהמ"ש ומגדיל את של המחוקק. **יתרונות:** **(1)** ניתן להנות משני העולמות - ביקורת שיפוטית משולבת עם ביקורת המחוקק **(2)** עניינים חוקתיים נשארים על סדר היום הציבורי מאחר וקיימת הגבלה של 4 שנים. מכריח את העניין לצוף ולהשאר בשיח הציבורי **(3)** לא מרכז את הכוח הפרשני בידי גוף אחד ולא משאיר את היד האחרונה בידי ביהמ"ש.

**הזכות לשוויון**

**השוויון האריסטוטלי, היקפיו וחולשותיו**

**שוויון אריסטוטלי –** יחס שווה לשווים.מגן כנגד שרירות וחוסר רציונליות.  **שוויון מהותי –** אדם מקבל כי מגיע לו לקבל על סמך נתוניו.

התוצאה של השוויון האריסטוטלי בינארית: אם יש שוני רלוונטי לתכלית ראויה אין פגיעה בשוויון. אם אחד משני התנאים לא מתקיים, יש פגיעה שלא ניתן להצדיקה (כי שני התנאים הם למעשה שתי דרישות הכלולות בפסקת ההגבלה).

* **חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר -** כאשר אחר מקבל דבר והצד השני רוצה לקבל אותו גם, קיימות שלוש אופציות:
1. **קבלת טובת ההנאה היא לפי החוק:** במקרה זה הצד השני יקבל גם לפי החוק, ללא קשר לשוויון.
2. **קבלת טובת ההנאה ניתנת לאחר בניגוד לחוק:** במצב זה מתנגשים שני עקרונות: החוקיות והשוויון. עקרון החוקיות קובע כי ניתן לתת מה שהחוק מאפשר לתת. ביהמ"ש אומר כי עקרון השוויון לא יכול לגבור על עקרון החוקיות. לפיכך, לא ניתן לתת לצד השני את הדבר מאחר והדבר מנוגד לחוק, על אף שאחר קיבל. ניתן לעתור לבג"ץ ולבקש את הפסקת קבלת טובת ההנאה של האחר אף שלא תצמח לעותר טובה (תועלת עקיפה).
3. **לרשות המנהלית יש שיקול דעת אם לתת או לא:** היא לא חייבת, היא רשאית להחליט.
קיימים 2 מצבי משנה:

**א.** עמידה בתנאים מסוימים מקנה זכות קבלה ואם לא התקבל אז ביהמ"ש יקבל את בקשתו.
**ב.** אי עמידה בתנאים מסוימים לצד השני אך האחר כן קיבל וגם הוא לא עומד בתנאים. המדינה אומרת שזה באמת לא בסדר והיא תשנה זאת. בית המשפט מקבל את זה ומוסיף שני סייגים:

1. אומר שההפסקה לא צריכה להיות מכאן ואילך אלא גם אחורה, לא לתת למי שכבר קיבל.
2. סייג שני הוא ביקורת שיפוטית.

**הלכה: עקרון השוויון הוא עקרון יסוד, ויש לפרש לאורו כל דבר חוק ולהחילו על השלטון גם פועלו במשפט הפרטי.**

* **זקין נ' ראש עיריית ב"ש** – נתלו כרזות ללא אישור בניגוד לחוק. עיריית ב"ש הורידה רק את הכרזות נגד ראש העיר ולא את יתר הכרזות. העותרים טענו **לאכיפה בררנית (סלקטיבית) -** אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. המשיבים טענו כי מדובר **באכיפה חלקית** **והיא אינה בהכרח פסולה**. לפעמים אכיפה כזאת היא האפשרות היחידה מפאת המשאבים המוגבלים לאכיפת החוק. **זמיר**: על האיסור הפלילי להאכף באופן שווה מכוח השוויון האריסטוטלי. אכיפה בררנית היא פגיעה בשוויון, מדובר **בהפליה פסולה הנובעת משיקול זר**. ביהמ"ש נתן **סעד הצהרתי.**
* **פס"ד אליס מילר** – **מדבר על השונות הרלוונטית ועל הפליה פסולה.** עתירה כנגד אי גיוס נשים לקורס טיס.
**מצא**: קובע כי מדובר במדיניות מפלה: הסתמכות על הערכות בלבד ולא על נתונים עובדתיים מפרה את השוויון. **לפי השוויון במובנו האריסטוטלי יש לתת יחס שווה לשווים.** לפיכך, יש לבדוק את **השונות הרלוונטית.** אם ההבחנה היא לצורך מטרה ישירה וקונקרטית לא קיימת הפליה לפי השוויון במובנו האריסטוטלי.  **דורנר**: גם אם יש שונות רלוונטית יש פגיעה בכהאו"ח. **המבחן הכפול לבחינת השונות הרלוונטית :(1)** האם השונות רלוונטית **(2)** האם מוצדק בנסיבות העניין. **שטרסברג-כהן:** בעת התנגשות בין ערך השוויון לזכות לביטחון האחרון גובר. כמו כן, **כאשר יש שונות רלוונטית במחיר סביר נשאף לנטרל אותה כדי להשיג שוויון הזדמנויות.** [העדפה מתקנת פותחת בפני קבוצה תחום שהיה סגור בפניה כדי לתקן עיוות הסטורי](https://www-nevo-co-il.eu1.proxy.openathens.net/SearchResults.aspx?query=4fde721d-a5b5-43e0-83cc-ffcea9c907ee). כמו כן, **חיסכון כספי אינו הצדקה מספקת לפגיעה בשוויון.**
* **עדאלה –** יש הבדל בין פגיעה בגרעין קשהשל קבוצותשההשתייכות אלייהן היא בליבת זהותו של האדםלבין פגיעה שמתבססת על תבחינים אחרים. האחרונים יזכו לביקורת שיפוטית מקלה יותר.

**מעמד**

* **אל על נ' דנילוביץ** – הענקת הטבות רק לבני זוג נשואים. העותרים טוענים לפגיעה בשוויון. **ברק:** **ניתן לעגן את עקרון השוויון בחו"י: כבוד האדם וחירותו.** **עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמאטיבית חוקתית, על-חוקית.**
* **פרשת מילר – דורנר: הזכות לשוויון נכללת בזכות לכבוד רק אם הפגיעה בשוויון כרוכה בהשפלה**. אלמנטים של השפלה קיימים במקרים בהם חוסר השוויון או היחס השונה לשווים מתבצע ביחס לקבוצות מסוימות כאשר ההבחנה היא בעלת סממנים קבוצתיים כמו דת מין גזע ולאום (סיווגים חשודים).
* **האגודה לזכויות האזרח** – בקשה למנות ערבים כחברי מועצה במקרקעי ישראל. **זמיר: מצמצם את הפגיעה בשוויון. פגיעה בשוויון תהיה תחת כהאו"ח רק כאשר מדובר** **בסיווגים חשודים** : על רקע לאום, נטייה מינית, מגדר, גזע. **הפרה של עקרון השוויון במובן הצר (סיווגים חשודים) נחשבת חמורה במיוחד. כאשר מדובר בסיווגים חשודים יש להחמיר עם הדרישה לשונות רלוונטית** בשל החששמפני הטיה קוגניטיבית שגורמת להנחת קיומו של שוני רלוונטי גם במקומות שהוא אינו קיים.
* **התנועה לאיכות השלטון –** עתירה כנגד חוק טל. **ברק:** **כולל בתוך מודל הביניים גם הפליה שאין עמה השפלה.**  לפי מודל הביניים שוויון אינו מוגבל רק לפגיעות בגרעין כבוד האדם אך גם לא חל על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. **הזכות לשוויון כוללת זכויות הקשורות בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. ברק מכניס פגיעה באוטונומיה לכהאו"ח.**

**סיווגים חשודים**

**ס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים:** "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות"

* **פרוזאנסקי** – **מדבר על שוויון בהתקיים סטריאוטיפים היסטוריים.** **דנציגר:** יש לדחות הבחנה על רקע קבוצתי בין נשים לגברים גם במקרה שבו הצד המופלה הוא זה שבאופן היסטורי נחשב לחזק יותר. לפיכך, **גם כשיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה עדיין יש השפלה בגלל חיזוק סטריאוטיפים ישנים.** כלומר, זה המקרה שבו שוויון כיחס לא משפיל "מתגבר" על החולשה בשוויון אריסטוטלי.
* **נסר –** טענה להפליה על רקע קבוצתי של הטבות מס ליישובים. **בייניש**: ההבחנה היא על **בסיס לאום (סיווג חשוד)** ולכן קיים פה יחס שונה לשווים ללא כל שונות רלוונטית. נוסף לזאת, **פגיעה כה בולטת בערך השוויון חותרת תחת העקרונות הבסיסיים של שיטת המשפט שלנו.**
* **ועדת המעקב נ' רהמ"ש – הבחנה על בסיס לאום כסיווג חשוד.** עתירה כנגד הפליה בהטבות מס. ברק קובע כי **יש להסתכל על התוצאה הסופית. אין זה משנה אם הייתה כוונה להפלות או לא.**

**חופש הדת וחופש מדת**

**רציונליים**

**רציונל המצפון (אישי) – חופש הדת נגזר מהמצפון.** פגיעה בחופש הדתבאופן שפוגע בזהותו האישית של היחיד הדתי. עילות להגנה על המצפון: **(1)** מניעת כאב וסבל **(2)** "כבוד למצפוניסטים" **(3)** תועלת בקיומם.
**רציונל התרבות (כללי) –**זכות נחוצה למימוש חיים אוטונומיים בעלי משמעות. ההגנה על התרבות נובעת מקרבה לוודאות לפגיעה ולכן תינתן לרוב לקבוצת המיעוט בחברה.

**היקף הזכות לתרבות רחבה יותר, בעוד שמשקל חופש המצפון כבד יותר.**

**מעמד חופש הדת בישראל**: עד היום יש אמרות אגב בלבד. ביהמ"ש לא עשה שימוש בחופש הדת כדי לפסול חקיקה ראשית.

* **פסרו נ' גולדשטיין – רציונל הזכות לתרבות.** עותרת עשתה גיור רפורמי בחו"ל ורוצה להיות אזרחית ישראל אך לא מתירים לה. **שמגר:** נפגע חופש הדת של העותרת מאחר וחלק מחופש הדת הוא החירות לבחור את הדת ולהמיר אותה כרצונה. **לדעת שמגר, המרת דת נכללת בחופש הדת. טל:** אין פגיעה בחופש הדת. התנאת הרישום כיהודי על פי חוק המרשם והענקת מעמד כעולה לפי חוק השבות בקיומו של גיור מסוג מסוים אינן פוגעות בחופש הדת של המתגייר.
* **פרשת חורב –** סגירת רחוב בר אילן בשבת.התנגשות בין חופש הדת לחופש התנועה. **ברק:** הפגיעה היחידה היא **באינטרס רגשות הדת** **–** **אינטרס שההגנה עליו פחותה.** **חשין: לצד עקרון חופש הדת, ואף כחלק מימנו, קיים עקרון החופש מדת כעקרון חוקתי בישראל.** ביקורת של גידי: אם היינו מסתכלים על רציונל התרבות היינו מוצאים פגיעה.
* **סולדוך נ' עיריית רחובות** – נדונה עתירה של תושבים "חילוניים" כנגד הקצאת מגרש באזור מגוריהם. העותרים טוענים לפגיעה בחופש מדת. **לשיטתה של פרוקצ'יה חופש הדת וחופש מדת נכללים בכבוד האדם כי הם ביטויים של האוטונומיה שלנו . פרוקצ'יה כוללת את החופש לאמונה דתית תחת הזכות לאוטונומיית הרצון הפרטי ולא תחת חופש מדת.**
* **פרשת שביט –** עתירה כנגדבלעדיות הכיתוב בעברית על המצבה. **התנגשות בין חופש הדת לחופש מדת. ברק:** מפרש את חופש הדת כנגזרת של חופש המצפון.אין פגיעה בחופש הדת יש פגיעה באינטרס של רגשות הדתיים. כמו כן, **חופש הדת היא זכות בלתי מנויה הנגזרת מחו״י: כהאו״ח.** **אנגלרד (דעת מיעוט):** יש פגיעה בחופש הדת.
* **גור אריה –** עתירה כנגד שידור תוכנית בשבת שמשתתפים בה דתיים. הדתיים טוענים לפגיעה בחופש הדת**.** התנגשות בין חופש הדת לחופש הביטוי. **ברק:** מדובר בפגיעה **באינטרס רגשות הדתיים** ולא בחופש הדת. **דורנר:** יש פגיעה בחופש הדת מאחר והעניין מפר את מצוות הדת.
* **פרשת קפלן** – בתי קולנוע קיבלוקנסות שהיו פתוחים בשבת כי עברו על חוק עזר עירוני האוסר על כך. **פרוקצ'יה:** תכלית החוק היא מנוחה וקודש של שבת אך אין הסמכה בחקיקת משנה לעצב חיי אוכלוסיה ברוח הלכה. כל אדם רשאי להנות אחרת מיום המנוחה שלו. **למחוקק המשנה אין סמכות להתקין תקנות הנוגעות לענייני דת.**

**סיכום חופש דת:** ביהמ"ש לא קבע באופן חד משמעי האם חופש הדת וחופש מדת נכלל בתוך חוק יסוד כבוד האדם או לא. לכן, אם יינתן לנו קייס שעולה בו פגיעה בזכות זו, תחילה יש לבדוק אם יש פגיעה. לאחר מכן יש לציין כי העניין תלוי אם חופש הדת נכלל או לא בזכות לכבוד ואם כן אז איזה היבטים נכללים. לפי פרוקציה בפס"ד סולדוך, אם הפגיעה כרוכה גם בפגיעה באוטונומיה אז זה נכלל בכהאו"ח ויש פגיעה בזכות חוקתית. אם אין פגיעה באוטונומיה אז הפגיעה היא בזכות רגילה. במבחן נגיד שזה תלוי בשאלה האם חופש הדת נכלל ואם כן אז איזה היבטים נכללים. אם לא נכלל אפשר לתקוף את החוק על בסיס חופש הדת ואם הוא נכלל אז על בסיס כבוד האדם. במבחן נדרש להציג את שתי האופציות.

**חופש הביטוי**

**רציונל ומעמד**

* **קול העם –**שר הפנים סגר עיתון לאחר כתבה שערורייתית. **אגרנט: חופש הביטוי היא זכות חוקתית הנגזרת מאופיה הדמוקרטית של המדינה.** ניתן לפגוע בזכות רק אם היא עלולה לפגוע בשלום הציבור. **לצורך הגבלת חופש הביטוי יש לבחון האם מדובר בפגיעה חמורה ברגשות הציבור.**
* **גולן נ' שירות בתי הסוהר –** נאסר על אסיר לכתוב במקומון בכלא. הדיון נסב אודות מעמד חופש הביטוי.
**מצא:** **חופש הביטוי מעוגן בחו"י כהאו"ח כחלק מרציונל האוטונומיה.** **דורנר:** הכנסת חופש הביטוי תחת כבוד האדם סותר את כוונת המחוקק. **רק במקרים של השפלה הפגיעה תהיה מהזכות לכבוד.** הדיון היה על היקף הזכות ולא על מעמדה ולכן לא נדרשת הכרעה בשאלת מעמד חופש הביטוי.
* **אבנרי נ' הכנסת** – עתירה כנגד ביטול החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם. ברק: חופש הביטוי משתרע גם על דיבור שיש בו לשון הרע. **מלצר:** אין פגיעה בגרעין הקשה של חופש הביטוי מאחר וההגבלה מצומצמת. **יש פגיעה בחופש הביטוי במובנו ככבוד האדם**. **חשיבות: ביהמ"ש פוסל לראשונה רכיב בחקיקה ראשית של הכנסת בגלל פגיעה בחופש הביטוי. הלכה: חופש ביטוי פוליטי זוכה להגנה גדולה יותר.**
* **אלבה – יש לפגוע בחופש הביטוי רק במקרה של הסתה לגזענות.**

**דרכי פגיעה בזכות**

* **אבו גוש –**העותרים טוענים כי המדינה לא תומכת כלכלית בפסטיבל של הכנסייה באבו גוש אך בפסטיבלים אחרים כן. **חיים כהן (דעת מיעוט):** יש פגיעה בחופש הביטוי מאחר והמדינה השתמשה בשיקול הדעת שלה ובכך חרגה מסמכות. **דעת רוב: שלילת תמיכה בגלל תוכן איננה מהווה פגיעה בחופש הביטוי (בשלב זה).**

**היחס בין מה שנאמר אברני לבין הלכת אבו גוש:**

גידי מעלה שתי אופציות אפשריות:
**אופציה 1**: יכול להיות שאם המדינה קובעת קריטריון כללי ואז מחליטה כי אמנם אדם עומד בקריטריון זה אך בשל ההתבטאותו התוכנית הוא לא זכאי.
**אופציה 2**: יכול להיות שבפרשת אבו גוש לא הייתה הסתייגות מהתוכן מצד המדינה אלה החלטתה שקיימים תכנים חשובים יותר. הפסילה היא לא ע"ב תוכן פוליטי. לעומת זאת, באבנרי מדברים על שאלת תמיכה ע"ב של תוכן מבחינת המסר שמבקשים להעביר.

* **התיכון האורתודוקסי** – עתירה כנגד חוק המפחית מימון מגופים המבזים את המדינה. העותרים טוענים לפגיעה בחופש הביטוי. ביהמ"ש דחה את העתירה בעילה של **חוסר בשלות** (אין מספיק מידע כדי לדון בנושא) מבלי לדון בעתירה לגופה **ונמנע מלהכריע האם שלילת תמיכה מהווה פגיעה בחופש הביטוי**. ביקורת של גידי: יש כאן התחמקות לא לגיטימית של ביהמ"ש בהימנעותו להכריע בעילת חוסר הבשלות.

 **שורה תחתונה: מדובר בספקולציות. לשאלה אם שלילת תמיכות כספיות תחשב פגיעה בחופש הביטוי עדיין אין תשובה חד משמעית.**

סמכויות חירום

**הכרזה על מצב חירום**

**ס' 38 לחו"י** **הממשלה**: מסמיך את הכנסת או הממשלה לחוקק תקנות לשעת חירום לשנה. ניתן לחדש תקנות אלו כל פעם.

**את חקיקת החירום במדינת ישראל אפשר לחלק ל-2 תקופות:**
50 השנים הראשונות – ההכרזה על מצב חירום משמשת כבסיס **פורמאלי** (הכרזת חקיקת החירום מותנית בקיומו של מצב חירום) **ומהותי** (הצדקה לפעולות שהרשות מבצעת באופן שמגביל זכויות) לחקיקת החירום בישראל.
20 השנים האחרונות – שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל. השינוי מתבטא ב-3 אופנים:
1. מרכז כובד עובר לחקיקה ראשית (ולא בתקנות כמו שהיה בעבר).
2. החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת.
3. החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

* **האגודה לזכויות האזרח (2012) –**ביהמ"ש דחה עתירה לביטול מצב חירום שנמשך זמן רב.

**50 השנים הראשונות לחקיקת החירום (מתחלק ל3)**

1. **תקנות ההגנה (שעת חירום) – חקיקה מנדטורית** מקבלות את כוחן מפקודת סדרי השלטון והמשפט ס' 11. הן העניקו סמכויות בעיקר לקצינים צבאיים (באמצעות צווים) לפגוע בחירויות הפרט גם אם זה סותר חקיקה ראשית.
* **ליון נ' גוברניק –** עתירה כנגד פינוי בית לטובת פקיד בריטי ללא פסיקת פיצויים.העותר טוען כי לתקנות שעת החירום אין תוקף בעקבות השינויים הנובעים מהקמת המדינה החדשה. ביהמ"ש דוחה את טענת העותר בטענה כי שינויים מהותיים בתקנות החירום צריכים להיות בידי הכנסת. **הלכה: ביהמ"ש לא רשאי לבטל תקנות חירום אך הוא מוסמך לפקח עליהם. ניתן לפסול את השימוש בתקנות אך לא את התקנות עצמן.**
* **פרשת שניצר –** הצנזור הצבאי הראשי פוסל קטעים מכתבה שדנה בראש המוסד העומד להתחלף. בכתבה הייתה ביקורת על פעילותו ועל יכולת התפקוד של המוסד ותאריך החלופה של ראש המוסד. הצנזור פוסל את הקטעים מחשש לביטחון הציבור. **ברק**: **יש לפרש את תקנות ההגנה היום לפי עקרונות המשפט הישראלי ולא לפי הפירוש שניתן להן בעבר.** **ההגבלה על חופש הביטוי תהיה כשיש קרבה לוודאות לפגיעה ממשית בביטחון המדינה.**
* **תקנות שעת חירום
פורז נ' ממשלת ישראל –** הותקנו תקנות שעת חירום המסדירות מנגנון לאישור תוכניות בנייה. **במקביל התנהל בכנסת הליך מזורז של חקיקה שנועד לפתור את אותה הבעיה.** אע"פ שיו"ר וועדת הפנים אמר לשר הבינוי והשיכון לחכות, הוא מתקין בכל זאת. החוק נכנס לתוקף שבוע אחרי התקנת התקנות, מכאן העתירה. ביהמ"ש מקבל את העתירה וקובע כי **הסדרה בחקיקה רגילה עדיפה על הסדרה בתקנות חירום.**
1. **חקיקת חירום עצמאית של הכנסת (תלוית הכרזה)**

נוסף על שתי הקטגוריות הקודמות, נושאים שונים הקשורים למצב החירום מוסדרים גם בחקיקה ראשית של הכנסת, שתוקפה מותנה במצב חירום.

ניתן לחלק דברי חקיקה ראשית אלה ל3 סוגים:

1. **חוקי הארכה של תקנות לשעות חירום** – ס' 39(ו) מסמיך את הממשלה לעגן תקנת שעת חירום בחקיקה ראשית.
2. **חקיקת חירום מקורית של הכנסת** – חקיקה ראשית עצמאית וקבועה שאיננה מאריכה תקנות שעת חירום אך תוקף החוק כולו מותנה בקיום הכרזה על מצב חירום. קיימים שני דפוסים עיקריים בחקיקת החירום הקבועה:

(א) הסדר מפורט של תחום בטחוני – מסדיר סוגיה ספציפית באופן ממצה. למשל: חוק מעצרים מנהליים.

* **פחימה** – התנגשות ערכים בין **זכויות האדם לבין שלום הציבור.** הכניסו את פחימה למעצר מנהלי (ללא משפט וללא כתב אישום). **פרוקצ'יה**: המעצר הוא אמצעי חריג שיש לשמור למקרים בהם יש **הסתברות של קרבה לוודאות לפגיעה ממשית** באינטרס הציבורי. יש לאשר מעצר מנהלי רק אחרי ראיות שמעידות כי שחרור העצור יביא לפגיעה ממשית לביטחון המדינה. נקבע כי השימוש במעצר מנהלי הוא אמצעי חריג הפוגע בזכויות אדם ולכן נכנס לפעולה רק בשעת חירום וכשהמצב הכרחי.

(ב) חוק מסגרת – מסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות ולפרסם צווי ביצוע בתנאים המפורטים בחוק. **זהו חוק מסגרת שלא מגביל בצורה מהותית את הרשות המבצעת.** למשל: חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים המקנה לשרי הממשלה סמכויות להסדיר את העיסוק באספקת שירותים ומוצרים, תוך פגיעה חמורה בחופש העיסוק ובזכויות יסוד נוספות. **מה בעניין הביקורת השיפוטית?**

* **שנסי –** **נקבע כי ניתן להשתמש בחוקי מסגרת רק בשעת חירום כשיש צורך מהותי להסדיר את העניין ואין אפשרות להסדיר אותה בחקיקה. זאת משום שמתבצעת פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות.**
1. **הוראת שעת חירום בחוקים רגילים** – חוק רגיל שבתוכו יש התייחסות למה יהיה המצב או ההסדר אם וכאשר יהיה מצב חירום.

**4. חקיקת חירום בלתי תלויה**

**20 השנים האחרונות (המודל החדש) – הסדרה בחקיקה ראשית שתוקפה אינה מותנה בהכרזה על מצב חירום**

**שינויים: (1)** מעבר לחקיקה ראשית **(2)** חקיקה מפורטת **(3)** אין תלות במצב חירום. **הסברים לשינויים: (1)** אי התאמה של המודל הישן למציאות **(2)** התחזקות של ההתנגדות השיפוטית. **(3)** הרחבת התערבות ושיקול דעת בעניינים ביטחוניים.

**ס' 39 לחוק:** מסמיך את הממשלה לחוקק תקנות חירום לשלושה חודשים.קיימים סייגים:

**(א)**  במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן.
**(ב)** ראה ראש הממשלה כי לא ניתן לכנס את הממשלה וכי קיים **צורך דחוף** וחיוני להתקין תקנות שעת חירום, **רשאי הוא להתקינן או להסמיך שר להתקינן.
(ג)** תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, **והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק.**
**(ד)** **אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות, להעניש בדיעבד, אי אפשר לפגוע בכבוד האדם.**
**(ה)** לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא **במידה שמצב החירום מחייב זאת.**
**(ו)** תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור **שלושה חודשים** מיום התקנתן, זולת אם הוארך תוקפן בחוק, או שבוטלו על ידי הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב חברי הכנסת.
**(ז)** תקנות שעת חירום ייכנסו לתוקף עם פרסומן ברשומות; לא ניתן לפרסמן ברשומות, הן יפורסמו בדרך מתאימה אחרת, ובלבד שיפורסמו ברשומות מיד כשניתן יהיה לעשות כן.
**(ח)** אם מצב החירום הסתיים, התקנות יכולות להיות תקפות לעוד 60 ימים. תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן.

משנות ה90 חלה מגבלה נוספת: גם אם מצב החירום מחייב זאת, **לא ניתן להשתמש בתקנות אם ניתן להסדיר בחקיקה ראשית.**

**סעיף 12 לחו"י כבוד האדם וחירותו:** אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

* + **פלונים נ' שר הביטחון** – לפי ס' 2 לחוק המעצרים המנהליים שר הבטחון יכול להורות על מעצר של עד 6 חודשים. מכאן העתירה. **ברק**: **האינטרסים המתנגשים הם חירות ואינטרס הבטחון**. העצורים רק קלף מיקוח, לא נשקפת סכנה. **הלכה: לפי הפרשנות המצמצמת לחוק יש סמכות לפגוע בחירות של אדם רק אם הוא מהווה סכנה לציבור.**
	+ **פלוני נ' מדינת ישראל –** עתירה כנגד חוק כליאה לאנשים שמשייכים אותם לארגון טרור בשל מסוכנותם לציבור. **ביניש:** החוק עומד בתנאי פס' ההגבלה. אין עילה להתערבות: מטרת החוק אינה להכשיר מחבלים כקלפי מיקוח וביהמ"ש לא באמת הכשיר את החוק. **הלכה: בחקיקה ראשית ביהמ"ש מרוסן יותר.**

**סיכום:** המעבר לדפוס של חקיקה ראשית מפורטת עולה בקנה אחד עם התחזקות המחוייבות של הכנסת להגן על זכויות אדם. יש מעבר לחקיקה ראשית תוך צמצום כוח הממשלה. החוקים החדשים מסדירים מנגנון פיקוח על הסמכויות שהממשלה מקבלת בשעת חירום. מוטל ספק באשר לשינוי המגמה בהתרחבות הביקורת השיפוטית מאחר ודווקא לאחר המהפכה החוקתית ניתן לראות התערבות של ביהמ"ש גם כאשר מדובר בחקיקה ראשית.

**מדינה יהודית ודמוקרטית**
הגירה ומרשם

* **ש"ס – לצורך רישום אוכלוסין, לא משנה מאיזה גרם התגיירת, כל עוד התגיירת זה מספיק.**
* **פרשת שליט –** שליט עתר לבג"צ בטענה כי יש להפריד בין שאלת הדת והלאום. אדם יכול להשתייך ללאום היהודי גם אם אינו בן הדת היהודית משני טעמים: סובייקטיבי – הזדהות עם תרבות וערכים. אובייקטיבי – בהתאם לקשריו עם קבוצת הלאום היהודית. ביהמ"ש מקבל את עתירתו.  **3 גישות להגדרת מי הוא יהודי: (1) זילברג:** יש לאמץ את ההגדרה הדתית. **(2)** **זוסמן (דעת הרוב):** אין צורך להכריע כי מדובר רק במרשם אוכלוסין שהוא בכל מקרה חסר משמעות. **(3) לנדוי:** לא נכון שלמרשם אין משמעות, יש משמעות אך לא נתערב בהחלטה של הרשות המבצעת כי שני הפירושים אפשריים.
* **הלכת פונק שלנזיגר**

פונק התחתנה עם אזרח ישראלי. הם חזרו לארץ והיא רצתה להירשם כנשואה. פקיד הרישום סירב, מכאן העתירה. **ביהמ"ש:** יש לרשום את פונק כנשואה בישראל. 2 נימוקים מצטברים לקביעה של ביהמ"ש:
**(1)** הרישום לא מחייב **(2)** לפקיד אין סמכות להכריע בעניין. **הלכת פונק לזינגר הכשירה את הקרקע לרישומם של נישואין אזרחיים ואחר כך נישואים קונסלוריים**. ביקורת של גידי: ביהמ"ש התחמק מהשאלה שעמדה על הפרק. העמדה של ביהמ"ש לא משכנעת.

* **פסרו – גולדשטיין**

נוצריה מתחתנת בברזיל עם ישראלי ומבקשת שיכירו בנישואיה בישראל (מבקשת את זכאותה לפי הלכת ש"ס). שר הפנים טען כי הלכת ש"ס מוגבלת לגיורים שנערכו בחו"ל. המרת הדת מחייבת אישור של הרב הראשי לשם מתן תוקף לגיור. **ביהמ"ש**: דוחה את הטענה. פקודת המרה הדתית נוגעת לענייני מעמד אישי בלבד. **ברק:** נמנע מלקבל החלטה ומצפה מהמחוקק שיבהיר את כוונתו ויאמר מי הוגר לצורכי חוק השבות ולצורכי חוק המרשם. אם המחוקק יבהיר את הדברים זה לא סוף המשחק, יש תשובה בנוסח החוק המקורי ואם המחוקק לא יבהיר לא יהיה מנוס ונצטרך להגדיר על פי הדרך הקיימת.

**מדוע ברק בוחר בדרך זאת?**
יהיה מי שיגיד שברק מגלה ריסון שיפוטי.
דעה של גידי: בספק לגבי הריסון השיפוטי, הוא חושב שיש כאן מהלך אסטרטגי של ברק. ברק למעשה אומר שיש תשובה בחוק ואם הכנסת לא תכריע יודעים כבר מה תהיה ההחלטה. ההכרעה הסופית לטובת האורדותוקסים קונסרבטיביים ולכן כדאי להם לחכות לברירת המחדל ולא להתפשר לפני.

הממשלה מקימה את **ועדת נאמן** כתוצאה מאמרותיו של ברק. ועדת נאמן ניסתה לבחון את הקווים האדומים של כל אחד מהצדדים.
רפורמים וקונסרבטיביים – מבקשים לקבל הכרה רשמית ממדינת ישראל.
אורתודוקסים – רוצים להיות אלה בעלי זכות המילה האחרונה.
**הצעת הועדה:** בהליך הגיור יוקם גוף ממלכתי ללימודי יהדות לקראת גיור. במוסד ילמדו אורתודוסקים קונסרבטיביים ורפורמים (הרפורמים והקונסרבטיביים מקבלים כך הכרה). טקס הגיוס עצמו יערך ע"י רבנים אורתודוקסים (מקבלים את הזכות שרצו).
**תוצאה:** הצעת הועדה לא מתקבלת. ההצעה עולה לסדר היום של הכנסת, זוכה לתמיכת רוב ח"כים אך
**שורה תחתונה: אין הכרעה למי הוגר לצורכי השבות ומי הוגר כהגירה.**

* **פרשת נעמ"ת** – **המדינה מנסה למצוא סדק אחר בהלכת ש"ס**. העותרים הם קבוצה שהתגיירה בארה"ב וחזרה לישראל. **ביהמ"ש**: החיל את הלכת ש"ס גם לגבי מי שתושבי ישראל גם אם הם התגיירו בחול. המדינה ביקשה לבטל את הלכת פונק שלזינגר מאחר והלכת פונק שלזינגר מתעלמת ממשמעותו בפועל של המרשם. **ביהמ"ש:** לא השתכנע, טוען כי הרישום הוא רק לצורך רישום ולא מחייב.
**טירקל (דעת מיעוט):** הטענה של ברק לפיה המרשם הוא רק מרשם לא נכונה. מי שנחשב גר לצורכי השבות היא שאלה כבדה שאין ביהמ"ש צריך להכריע בה. הגוף שאמור לקבל את ההחלטות בעניין זה הוא הכנסת. יש לעשות דיון מעמיק מתוך מאמץ משותף לצורך הגדרת המושג "גיור".

**המשמעות האופרטיבית של עמדת טירקל:** טירקל למעשה אומר שהוא לא רושם אף אדם שעבר גיור כיהודי. הוא לא מבחין בין הגיורים כי המילה שנתגייר היא מילה לא ברורה שאין לה הגדרה. **לפי עמדתו, כל עוד לא הוסבר המונח אין גיור. טירקל בעצם מציע אפשרות רביעית ומוסיף לפרשת שליט.** הוא אומר כי מכאן ואלך אף גיור לא מוכר. המשמעות היא גדולה. גידי: הגישה של טירקל מעניינת מאוד ואולי היה מקום לאמץ אותה. מסכים שההחלטה צריכה להיות מכוח הכנסת ולא בית המשפט.

**טושביים –** מתעוררת השאלה מי הוא גר או יהודי לצורכי חוק השבות. המדינה טוענת כי מדובר באנשים שהתגיירו לאחר ששהו בארץ באופן חוקי כתושבים לא יהודים. מי ששהה בארץ ולאחר מכן התגייר לא זכאי כלל לשבות כי חוק השבות הוא חוק הגירה שנועד לאפשר לכל יהודי באשר הוא לעלות לישראל. הוא לא בא להסדיר את המעמד של אנשים שאינם יהודים ששוהים בישראל, בין אם כחוק ובין אם לאו. בנוסף, מעלים טיעון של שיקולי מדיניות – הרבה רוצים להגר לישראל כי נוח ומהסיבה הזאת מתגיירים ולכן צריך להגביל את הכניסה. **ביהמש**: דחה את טענת המדינה אך לא הכריע בשאלה.

**טושביים 2 –** המדינה נסוגה והכירה בגיורים קונסרבטיביים ורפורמיים לצורך חוק השבות ומציגה 2 סייגים: **(1)** המתגייר צריך להשתלב בקהילה בה התגייר למשך פרק זמן משמעותי.
**(2)** גיורים שמתקיימים בארץ יוכרו רק אם אדם עבר דרך מוסד הגיור שהכירה המדינה מכוח ס' 32 לחו"י: הממשלה.
**ביהמ"ש**: מקבל את הטענה אך דוחה את הסייגים. **הלכה: לראשונה יש הכרה מצד המדינה ומצד ביהמ"ש לתוקף של גיורים ליברליים שהתקיימו בחוץ לארץ. בנושא הגיורים שהתבצעו בישראל עדיין אין הכרעה.**

**רוגצ'ובה –** העותרים מתגיירים בבית דין אורתודוקסי פרטי בישראל. המדינה לא מכירה בגיור: (1) הזכאות לשבות לא חלה על מתגייר שכבר שוהה בישראל (הציגה טענה זאת בפרשה קודמת) (2) גם אם יכול לרכוש זכאות לשבות זה רק אם הוא התגייר ברבנות. **ביהמ"ש:** דחינו את זה בעבר ונדחה את זה גם פה. יש להכיר בגיור ולהכיר בהם. נאור לא מקבלת החלטה האם החלטת ביהמ"ש רלוונטית גם לבית דין רפורמי וקונסרבטיבי פרטי.

**נטליה דהאן נ' שר הפנים –** הוגשה עתירה להכיר לעניין חוק השבות גם בגיור רפורמי הנערך כולו בארץ. **ביהמ"ש:** העתירה התקבלה ובכך הגיעה לסיומו מסע של 50 שנה. **הלכה מהפכנית: ביהמ"ש מכריע בסוגיה – כל גיור - אורתודוקסי, רפורמי, קונסרבטיבי, פרטי או ציבורי שנעשה בארץ או בחו"ל ע"י קהילה יהודית ומוכרת תקף לצורכי חופש דת.

עד כמה מרחיבים את הזכאות לשבות?**ב1970 הורחבה הזכאות לשבות באמצעות תיקון לחוק השבות. המשמעות היא שיש שני סוגים של אנשים הזכאים לשבות: יהודים ובני משפחתם שאינם יהודים.

**סטמקה נ' שר הפנים –** עולה השאלה: כשיהודי אזרח ישראל מתחתן עם לא יהודיה (למשל עובדת זרה), האם היא תהיה זכאית לשבות מכוח היותה בת זוג של יהודי?
**חשין**: **רק בני משפחה של יהודים טרם עלותם ארצה יהיו זכאים.** הנימוקים: **(1)** המטרה הייתה לאפשר למשפחות של נישואי תערובת **למנוע התפצלות**. פה זה לא המקרה. **(2) שמירה על שוויון** – אם נחיל את הזכאות גם למי שבן זוג של אזרח ישראלי יוצרים הפליה בין אזרחים יהודים ללא יהודים. גידי: קיים גם השיקול הפרקטי, אם נאפשר זאת ייפתח צוהר של שוק בין עובדים זרים לאזרחי מדינת ישראל. "מסלול בזק" להתאזרחות בישראל (אין צורך לעבור את תהליך הגיור).

**כניסה לישראל והתאזרחות של לא יהודים**

חוק האזרחות והכניסה לישראל הקפיא את ההליכים שאפשרו הגירה לצורך נישואין של זרים משטחי יהודה ושומרון עם אזרחי ישראל ותושביה. הנימוק של המדינה לחקיקת החוק הוא שמבין המהגרים היו כמה עשרות שהשתתפו יזמו וסייעו לארגוני טרור תוך ניצול של תעודת הזהות שלהם. מוגשות מס' עתירות בנושא:

**פרשת עדאלה**

**ביהמ"ש:** אישר את חוקתיותו של חוק האזרחות. עם זאת, רוב השופטים סברו שהחוק איננו חוקתי.
אדמונד לוי בראשם סבר כי החוק לא מידתי אך יש לדחות את העתירות כי תוקף החוק יפוג תוך זמן קצר. **יש לאפשר למחוקק לתקן את החוק לאחר סיום תוקף של הוראת השעה.**המחוקק אכן חוקק חוק והרחיב את הוראת השעה. מוגשת עתירה נוספת.
 **ביהמ"ש:** דוחה בטענה כי התכלית היא שמירה על בטחון המדינה. **פרוקצ'יה**: התכלית לא רק בטחונית, היא בעיקר **דמוגרפית** - הרצון לשמור על רוב יהודי במ"י. פרוקצ'יה לא דנה בשאלה הדמוגרפית מאחר וטיעון זה לא הועלה.
\*המדינה בחרה להציג את התכלית הבטחונית כי היא חשבה שאת התכלית הדמוגרפית כניראה ייפסלו. גידי: חושב כי ביהמ"ש ברח להתמודד עם השאלה.

**מרינצ'בה נ' שר הפנים**

**ביהמ"ש: אלמנה של זכאי שבות (בן ליהודי או נכד ליהודי שאינו יהודי בעצמו) זכאית לאזרחות ישראלית ולמעמד עולה מכוח הוראות חוק השבות.** השאלה אם האלמנה נחשבת עדיין לבת זוגו של הזכאי ואם הענקת זכות שבות מקיימת את תכליות החוק, תלויה בנסיבות המקרה. **רק אלמנה המקיימת קשר גורל עם העם היהודי, וניתן לראות בה כבת זוגו של זכאי שבות, תהא זכאית לזכויות מכוח החוק.**

**גלאון**

ביהמ"ש דבק בנימוק הבטחוני כהצדקה הבלעדית לחוק הוראת השעה. קיימות מס' אמרות אגב של השופטים שהם אולי מוכנים לשקול את הנימוק הדמוגרפי. **לוי**: לא קיבל את הנימוק הבטחוני – לא עומד במבחן המידתיות השני. קיים אמצעי שפוגע באופן משמעותי פחות. לוי רומז כי היה עדיף למדינה ללכת על הנימוק הדמוגרפי. **מלצר**: לא מתייחס לעניין הדמוגרפי אך הדיון יבוא בהמשך. גם הוא מאותת למדינה ללכת לפי הנימוק הדמוגרפי. **רציו זהה לעדאלה.**

**הגרסה היום היא מרוככת של חוק האזרחות - החוק עדיין בתוקף. עד היום המדינה לא גילתה נכונות לנסות להשתמש בטיעון הדמוגרפי , היא דובקת בנימוק הבטחוני.**גידי: המדינה לא עשתה שימוש בנימוק הדמוגרפי כי היא פחדה שביהמ"ש יפסול את החוק על בסיס נימוק זה.

**בחירות ומפלגות**

**הבחירות לכנסת**

* **פרשת ירדור –** פעם הראשונה בה התעוררה השאלה **האם לועדת הבחירות יש סמכות לא לאשר רשימת מועמדים לכנסת, למרות שהיא עומדת בדרישות.** הנימוק לפסילה שהוצג הוא שרשימת המועמדים(מצע המפלגה)מהווה ניסיון להחריב את המדינה במובן הפיזי שלה. **חיים כהן (דעת מיעוט):** (1) אין סמכות לפסול רשימה בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק. (2) אין סכנה ממשית ברורה. **הלכה: גם בהיעדר הסמכה בחוק ניתן לפסול רשימה שמאיימת על קיום המדינה.** ביקורת של גידי לדברי כהן: ההכרעה מסויגת, אם כהן באמת היה חושב שתהיה סכנה ממשית לקיום המדינה הוא היה מוותר על עמדתו העקרונית ופוסל את הרשימה.

**מה באמת היה הנימוק לפסילה?**

בפרשת ניימן ביהמ"ש ענה על השאלה מפרשת ירדור: יש לעשות אבחנה בין ההיבט הבטחוני וההיבט הרעיוני (אופי המדינה) של איום על המדינה. ההכרעה בפרשת ירדור פורשה על היבט בטחוני בלבד. לפיכך, נפסול על חשש לביטחון המדינה וקיומה אך לא על שינוי ערכיה. לדעת גביזון היה צירוף של היבט פיזי ורעיוני-ערכי על המדינה.
לדעת גידי: התנאי ההכרחי לפסילה היה איום פיזי. בספק אם גביזון צודקת. מסכים שהרטוריקה עליה גביזון מצביעה מצויה בדברי השופטים אך יחד עם זאת, ברור כי המוקד המרכזי עליו הושתתה ההכרעה הוא הסכנה הפיזית. לכן, זוסמן ואגרנט בפרשת ירדור בחרו בנימוק הבטחוני לפסילת הרשימה.

* **ניימן הראשון –** השופטים חלוקים בדעותיהם בעילות לפסילת רשימה: **אלון בייסקי ושמגר:** אפשר לפסול רשימות רק אם הם מאיימות על קיום המדינה. **ברק:** ראוי להרחיב את עילת הפסילה באמצעות חוק ואפילו לא צריך חוק (ניתן לפסול כבר היום). ניתן לפסול רשימה שמבקשת לשנות את אופיה של המדינה. הפסילה תהיה רק במקרה של הסתברות לכך שהרשימה תצליח לממש את מטרתה. **שמגר:** אי אפשר כל עוד הדבר לא מעוגן בחקיקה.במידה ומעוגן בחקיקה -מרחיב את ברק,צריך קרבה לוודאות לכך שהרשימה תצליח לממש את יעדיה. **אלון:** לא נכון להשתמש במבחני ההסתברות, לביהמ"ש אין את הכלים להערכה.
**שורה תחתונה:** ביהמ"ש הבחין בין הדיון ברשימה המתקדמת לבין הדיון ברשימת כך.
לגבי הרשימה המתקדמת- הלכת ירדור רלוונטית אך אין מספיק ראיות לפסילה. לגבי כך – אין סמכות לפסול בהיעדר חוק. גם לפי הפרשנות הרחבה של ברק לא ניתן לפסול כי הפסילה לא עומדת במבחן ההסתברות.

**החקיקה**

**ניסיון למנוע את השתתפות של כך לבחירות.** תיקון 9 מוסיף לחוק את **ס' 7(א)** שקובע מניעת השתתפות של רשימת מועמדים במקרים הבאים: **(1)** שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה של העם היהודי **(2)** שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה. **(3)** הסתה לגזענות.
**מאומצת עילת פסילה נרחבת: נפסול לא רק על קיום פיזי אלא גם על אופי של המדינה.**

**בשנת 1992 נוסף ס' 5 לחוק המפלגות:** הכניסו את 7(א) כתנאי לרישום מפלגה.

**מה היחס בין ס' 5 לחוק המפלגות לס' 7(א)?**

קיימת מחלוקת בשאלת היחס בין עילות הפסילה שבחוק יסוד הכנסת לעילות שבחוק המפלגות:

**ברק:** ככל שהפגיעה בזכויות חמורה יותר הדרישה כתנאי לפסילה תהיה מחמירה יותר.ככל שפוגעים בשלב יותר מוקדם הפגיעה בזכויות יותר חמורה. לכן, ברק מציע לחלק לשלוש:

**רישום כמפלגה 🡨 התמודדות לבחירות 🡨 מימוש היעדים וההסכמים הפוליטים.**

לדעת ברק, המבחנים שבחוק המפלגות צריכים להיות מקלים יותר מאשר בחו"י הכנסת. ניתן להשאיר את רישומה של המפלגה אך למנוע את השתתפותה, מותר לה להרשם אך לא להשתתף בבחירות. זאת מאחר ופסילה של רשימה מהווה שלילת האפשרות לשחק באופן מלא במשחק הפוליטי. אולם, גם ברק מודה כי ההבדל אינו יכול להיות גדול.  **חשין ודורנר:** אין מקום לעשות הבחנה. אין אפשרות ליצר שתי רמות בהבחנה כל כך דקיקה.

**בשנת 2002 יש תיקון לס' 7(א) לחו"י הכנסת וס' 5 לחוק המפלגות:** **ניתן לפסול חבר מסוים מהרשימה באופן פרטני.** מקל על ועדת הבחירות את ההחלטה. במצב זה לא רק שנבדק האם ההחלטה סבירה, אלא אם ביהמ"ש היה מקבל את אותה ההחלטה. כלומר, מצד אחד יש הרחבה, ומצד שני יש **החמרה על הפיקוח.**
**השינוי השלישי: נוספה עילת פסילה של מפלגה בעלת תמיכה במאבק מזוין בפעילות של ארגון אויב או של ארגון טרור.**

**לכאורה, העילה מובנת מאליה (הלכת ירדור). אז מדוע נוספה העילה?**
התברר שביהמ"ש העליון רוקן מתוכן את העילות האחרות.

* **פרשת טיבי ובשארה –** ועדת הבחירות המרכזית פסלה מועמדות בטענה של תמיכה בארגון טרור.

**ברק:** לא הונחו ראיות משכנעות וחד משמעיות על התמיכה בשלילת קיומה של מדינת ישראל. לדיבור "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" יש לתת פירוש **מצמצם** מאחר ומטרתו היא לצמצם את הזכות לבחור ולהיבחר. לעומת זאת, מקרה של ביטול זכויות יש לפרש **בהרחבה**.

**מה נכלל בהגדרת המינימום של המדינה כמדינת העם היהודי?**

* **פרשת בן שלום** – **דב לוין**: אין להכריע בשאלה, על ביהמ"ש רק ליישם את החוק. אם החוק אומר שיש עילה לפסילה – אז אני אפסול. אם לא – אז לצורך שינוי על הכנסת לשנות את חוק היסוד. אין מקום להכנסת שיקול דעת של ביהמ"ש בדבר הפסילה.
**שלמה לוין:** הגדרת המינימום היא קיום של רוב של יהודים במדינה, מתן העדפה על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכל ברוחה של מגילת העצמאות.
* **איזקסון** – האם האמירה **מדינת כל אזרחיה** עולה בקנה אחד עם **מדינה יהודית?
חשין:** אין סתירה בין שתי ההגדרות. ההגדרה מדינת כל אזרחיה לא נוגדת את הגדרת הלאום.
לדעת גידי: חשין עושה סוג של התממות. יש הכרח להגדיר את מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי בשל הצורך בהגנה של היהודים.
* **ארליך –** עזמי בשארה (עמד בראש רשימת בל"ד) אמר כי מדינת ישראל לא צריכה להיות מדינת הלאום היהודי כי אין לאום יהודי. **טירקל:** ההתבטאויות שוללות את זכותו של העם היהודי לקיים מדינה. חרף זאת, ולאור שמירה על ערך הדמוקרטיה, ביהמ"ש לא פוסל את הרשימה.
ביקורת של גידי: מצד אחד ביהמ"ש מאפשר את האמירות הללו ומצד שני לא עושה דבר כדי לפסול אותן.
* **בל"ד ורע"מ (2009)** – וועדת הבחירות המרכזית פוסלת את שתי הרשימות, מכאן הערעור. ג'מאל, יו"ר בלאד הצהיר ברשימתו כי הוא רוצה שתי מדינות לשני עמים עם שוויון אזרחי מלא. בהמשך הצהיר כי ההכרה בזכויות היהודים היא ברמה תת מדינית בלבד תוך שוויוניות מוחלטת לבני העם הפלסטיני. **למרות האמירות, ביהמ"ש מקבל את הערעור ולא פוסל את התמודדות הרשימה.** **המשמעות: ביטול דה פקטו (בדיעבד) של עילת שלילת קיומה של מדינת ישראל.**

**לסיכום: המגמה של ביהמ"ש העליון היא לצמצם עד לכדי ביטול את עילת הפסילה של מאבק מזויין.**גידי חושב שיש להחליט האם מקבלים את כללי המשחק הדמוקרטי או לא באופן ברור וחד משמעי במדינת ישראל. מי שתומך בארגון טרור אין לו מקום.