**משפט ציבורי – גידי ספיר**

תוכן עניינים

[חוקה 4](#_Toc100305144)

[בג"צ (10/48), זיו נגד גוברוניק 7](#_Toc100305145)

[פשרת הררי 8](#_Toc100305146)

[חוקי היסוד עד לשנת 1992 9](#_Toc100305147)

[האם חוקי היסוד גוברים על חוקים רגילים בתקופת הביניים 1948-1992 10](#_Toc100305148)

[פס"ד ברגמן (סוף שנות ה-60) 10](#_Toc100305149)

[פס"ד נגב (אמצע שנות ה-60) 11](#_Toc100305150)

[פס"ד קניאל (1973) 12](#_Toc100305151)

[סיכום: השוואה בין עמדותיו של פרופ' דוד קרצמר למול פס"ד ברגמן, נגב וקניאל 15](#_Toc100305152)

[הגנה על זכויות בהיעדר חוקה 15](#_Toc100305153)

[בג"ץ בז'רנו 1/49 15](#_Toc100305154)

[בבג"ץ 337/81, שלמה מיטרני נגד שר התחבורה 16](#_Toc100305155)

[בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל (כהן) 16](#_Toc100305156)

[בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים (אגרנט) 17](#_Toc100305157)

[פס"ד רוגוז'ינסקי 18](#_Toc100305158)

[בג"צ לאו"ר נגד יו"ר הכנסת (1989) 18](#_Toc100305159)

[1992 ואילך – התחלה של חקיקת יסוד בנושא זכויות אדם בישראל 19](#_Toc100305160)

[פסקת ההתגברות 20](#_Toc100305161)

[1992 ואילך 21](#_Toc100305162)

[פס"ד בנק מזרחי 21](#_Toc100305163)

[פסקת ההגבלה 22](#_Toc100305164)

[פסקי דין בהם האוביטר הופך לרציו 25](#_Toc100305165)

[פס"ק לשכת מנהלי השקעות 25](#_Toc100305166)

[פס"ד צמח 26](#_Toc100305167)

[פס"ד חרות 27](#_Toc100305168)

[סיכום - פסקי דין בהם האוביטר הופך לרציו 28](#_Toc100305169)

[השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים 29](#_Toc100305170)

[טענות נגד להשלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים 30](#_Toc100305171)

[טענות נגד ספציפיות 30](#_Toc100305172)

[טענות נגד עקרוניות (כלליות) 31](#_Toc100305173)

[השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים- דוגמאות בפסיקה 31](#_Toc100305174)

[פס"ד רסלר נגד הכנסת- ביטול חוק בעקבות הפגיעה בחוק השוויון 32](#_Toc100305175)

[עתירה נגד החוק- סיבוב ראשון 32](#_Toc100305176)

[עתירה נגד החוק- סיבוב שני (2009) 33](#_Toc100305177)

[עתירה נגד החוק- סיבוב שלישי 33](#_Toc100305178)

[פס"ד חסן נגד הביטוח הלאומי- ביטול חוק בשל הפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד 34](#_Toc100305179)

[ביקורת שיפוטית הליכית 36](#_Toc100305180)

[פרשת ארגון מגדלי העופות 36](#_Toc100305181)

[דוגמאות בפסיקה – פגמים בחקיקה 37](#_Toc100305182)

[בג"צ ארדן נגד וועדת הכספים 37](#_Toc100305183)

[בג"צ קווטינסקי 38](#_Toc100305184)

[איך מזהים אירוע חוקה? 39](#_Toc100305185)

[פס"ד בנק מזרחי 39](#_Toc100305186)

[שמגר 39](#_Toc100305187)

[ברק 39](#_Toc100305188)

[בג"צ בר און נגד כנסת ישראל 40](#_Toc100305189)

[איך מבדילים בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו 41](#_Toc100305190)

[בג"צ תנועת דרור נגד ממשלת ישראל 41](#_Toc100305191)

[איך ניתן לשנות חוק יסוד ואיך ניתן לפגוע בו? 42](#_Toc100305192)

[ברק ושמגר, מפס"ד מזרחי: 42](#_Toc100305193)

[בפרשת חרות נאמר: 44](#_Toc100305194)

[בפרשת הופנונג הוצעה אופציה רביעית: 44](#_Toc100305195)

[האם ניתן להוסיף פסקאות הגבלה שיפוטיות גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות? 45](#_Toc100305196)

[האם ניתן להוסיף פסקאות הגבלה שיפוטיות גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות? 45](#_Toc100305197)

[שינוי חוקתי לא חוקתי - חוק יסוד שאינו חוקתי 46](#_Toc100305198)

[בר און 46](#_Toc100305199)

[בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת 47](#_Toc100305200)

[שמירת דינים והוראת שעה 48](#_Toc100305201)

[פס"ד גנימאת 48](#_Toc100305202)

[עמדת ברק 49](#_Toc100305203)

[בג"צ האגודה לשמירת זכויות הפרט נגד משרד הפנים 50](#_Toc100305204)

[בג"צ אבו ערפה נגד משרד הפנים 51](#_Toc100305205)

[פוגלמן 51](#_Toc100305206)

[הנדל (דעת מיעוט) 51](#_Toc100305207)

# חוקה

1. אילו מבנים כוללת תוכן החוקה?
	1. מרכיב מבני – הגדרה והסדרה של מבנה השלטון במדינה. מהותי – ערכי יסוד שחלקם מיתרגמים לזכויות.
2. מהו סגנון החוקה?
	1. סגנון החוקה – קצר ותכליתי בהשוואה לדברי חקיקה.
3. מה הכוונה בעליונות החוקה?
	1. עליונות – על פני דברי חקיקה אחרים.
4. מהי צורת ההתקבלות של חוקה?
	1. צורת התקבלות – בד"כ חוקות מתקבלות במצבי משבר ובהליך ייחודי בעל מאפיינים סופר-דמוקרטיים.
5. מה כוללות בדר"כ חוקות?
	1. חוקות בד"כ כוללות רכיב נוסף: נוקשות (שריון) קושי (עד כדי היעדר אפשרות) לשנות את תוכן החוקה.
6. מה ההסבר לצורך בשריון ?
	1. הצורך בעליונות החוקה, ושימור יציבות הכללים המפורטים בה
7. מהו שריון מוחלט?
	1. שריון מוחלט – הקובע שלא ניתן לשנות בשום צורה את החוקה או מקצת מהוראותיה.
8. מהו שריון יחסי?
	1. שריון יחסי – המחייב רוב מיוחס, או פרוצדורה מיוחדת כתנאי לשינוי.
9. מהו שריון זמני?
10. שריון זמני – מוגבל לתקופת זמן מסוימת.
11. מה גרמניה לא מאפשרת לשנות בחוקה?
12. החוקה הגרמנית לא מאפשרת לשנות את הסעיף שזכויות האדם לא ניתנות להפרה. וגם את הסעיף שגרמניה היא מדינה דמוקרטית, פדרלית וסוציאלית.
13. מי רשאי ליזום תיקונים בחוקה היפנית?
14. החוקה היפנית מגדירה שמי שרשאי ליזום תיקונים לחוקה זה רק הממשלה וגם אז צריך רוב של לפחות 2/3 מחברי כל האחד משני הבתים.
15. איזה סוגי שריון יש בחוקה?
16. שריון מוחלט, שריון יחסי, שריון זמני, שריון מותנה
17. מהם הטיעונים בעד החוקה?
18. יצירת בסיס יציב, הגנה על חרויות יסוד, הגנה על המבנה הדמוקרטי.
19. מה הכוונה במושג יצירת בסיס יציב לחוקה?
20. לעגן ולהעניק שורה של זכויות שמבטאות ערך דמוקרטי (למשל חופש הביטוי).
21. מה הכוונה בהגנה על חרויות יסוד בחוקה?
22. המטרה היא "לשים אזיקים" – להגביל את יכולת הפגיעה של הרוב במיעוט או של השלטון ברוב.
23. מה הכוונה בהגנה על המבנה הדמוקרטי בחוקה?
24. הגנה לעקרונות שנועדו לשרת ולשמר את המשטר הדמוקרטי (חופש הביטוי, הזכות להצביע וכו').
25. מהם הטיעונים נגד החוקה?
26. אי הסכמה בשאלת הערכים, מתח עם העקרון הדמוקרטי, כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו, ספק לגבי האפקטיביות
27. מה הכוונה באי ההסכמה בשאלת הערכים לטענות נגד החוקה?
28. להגן על עצמנו מפני עצמנו. כדי לא לאפשר לנו לבגוד בעקרונות שאנחנו מאמינים בהם – במצבי לחץ ובמצבי משבר.
29. מה הכוונה למתח העיקרון הדמוקרטי בטענות נגד החוקה?
30. השופטים אוכפים למעשה את השקפת העולם שלהם על הציבור. יש מתח בין השקפת העולם של השופטים להכרעת הרוב.
31. מה הכוונה בטענות נגד החוקה לכבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו?
32. מצב שהחוקה קובעת ערך שלא מקובל היום ע"י הרוב, אך אין להם את הרוב המתאים לשינוי החוקה.
33. מהן טענות הנגד החוקה לגבי ספק האפקטיביות של החוקה?
34. מה קורה בנקודת זמן בה כולנו "שיכורים"? שברוב המקרים שהציבור "התחרפן" בית המשפט הצטרך לטירוף הציבורי ולא באמת הגן על הערכים. ואח"כ גם שופטי בית המשפט הצטערו על כך.
35. מהן ההצעות לפתרון הטענות שהוצגו נגד קיום החוקה?
36. הגבלת היקף הביקורת, מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי , הורדת רף השריון, תורות פרשנות.
37. מהי תפיסתו של שופט העליון אשר גרוניס בנוגע להגבלת היקף הביקורת כהצעה לפתרון בעיות החוקה?
38. על פי נשיא העליון אשר גרוניס, יש מקום לשנות את החוק כאשר יש פגיעה בכללי המשחק הדמוקרטיים, ומכאן פגיעה בקבוצת מיעוט. ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מן הטעם של הפגיעה בשוויון תהא מוצדקת כאשר החוק פוגע במנגנונים הדמוקרטיים, כאשר הוא פוגע ביחידים כאלה או שפגיעתו היא בקבוצת מיעוט.
39. מהם מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי?
40. מינוי השופטים באופן שיבטא את דעת הרוב, קציבת כהונת שופטים, הורדת רף השריון, תורות פרשנות.
41. אחד ממנגנוני השליטה על התוצר השיפוטי הוא מינוי השופטים באופן שיבטא את דעת הרוב, למה הכוונה?
42. יצירת פסיפס דעות ובכך לשמור על העיקרון הדמוקרטי.
43. מדוע יש צורך בקציבת כהונת שופטים?
44. כך ניתן למנוע מצב שבו ערכיו והשקפותיו של הדור הקודם- לא "ייכפו" על הדור הבא. פעולה שתמנע קיבוע של פסיפס הדעות.
45. איזה פתרון מתקבל כאשר מורידים רף השריון?
46. פתרון לכבילת הדור הנוכחי לערכים של הדור הקודם.
47. מה קורה כשרף השריון נמוך?
48. ככל שרף השריון נמוך יותר- יהיה קל יותר לשנות את החוקה.
49. מהי הבעייתיות שטמונה כאשר רף השריון נמוך מידי של החוקה ?
50. אם רף השריון נמוך מידי- החוקה תהיה נתונה לשינוי באופן קל ביותר, ובכך- איבדנו את האפקטיביות של החוקה.
51. מדוע פרשנות של חוקה עשויה להיות שונה ורחבה יותר?
52. פרשנות חוקה עשויה להיות שונה ורחבה יותר מאשר פרשנות של חוק רגיל, מסיבות שונות: החוקה עמומה יותר, ומהווה טקסט הנקרא לאורך זמן, עובדות המחייבות פרשנות רחבה יותר.
53. אילו אסכולות יש לפרשנות החוקה?
54. בתורת הפרשנות לחוקה ישנן 2 אסכולות - אוריג'ינליזם (original), נון אוריג'ינליזם.
55. מהי גישת האסכולה האורג'ניליסטית?
56. גישה זו אומרת שיש לנסות להתחקות אחרי כוונת המנסחים כאשר הם כתבו את החוקה, ולחילופין למשמעות המקורית של המילים בהם בחרו המנסחים לכתוב את החוקה.
57. מהי המוטיבציה של האסכולה אורג'ניליסטית?
58. המוטיבציה העיקרית של האוריג'ינלסטים היא צמצום הפרשנות הניתנת לשופט בפרשנותו את החוקה.
59. אילו בעיות פותרת האסכולה אורג'ניליסטית? ואילו בעיות היא יוצרת?
60. הגישה האוריג'ינליסטית מקבעת את כוונת המנסח ככל שניתן, ובכך- אולי היא פותרת בעיה אחת (מעורבות יתר של ביהמ"ש), אך יוצרת בעיה אחרת (קביעת ערכי הדור הקודם על הדור הבא).
61. מהי גישת האסכולה הנון -אורג'ניליסטית?
62. למרות שלמילים ולמשמעות יש רלוונטיות, האוחזים בגישה זו סוברים שאין להתחקות אחרי המשמעות המקורית של כוונת המנסחים.
63. מהי הדעה של אהרון ברק כיצד לפרש חוקה?
64. לטקסט המשפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט.
65. מהי הפרשנות התכליתית לדעתו של אהרון ברק?
66. פרשנות תכליתית אניה פרשנות לאור כוונת המחוקק. כוונת המחוקק הינה עניין פסיכולוגי- סובייקטיבי, ואילו התכלית היא עניין נורמטיבי אוביקטיבי השונה מן הכוונה האנושית של המחוקק המסוים.
67. מהם המקורות המשלימים לקביעת התכלית האוביקטיבית שהנורמה נועדה להשלים?
68. כוונת המחוקק, סוג ההסדר המשפטי, המבנה החוקתי של השיטה ועקרונות היסוד שלה.
69. כיצד אוחז אהרון ברק את המקל משני קצוותיו בפירוש החוקה?
70. טוען לאובייקטיביות בפרשנות של החוקה, אך בעצם זה לא אפשרי. בניגוד לגישה הנון-אורג'ינליסטית שמגדירה מראש לסובייקטיביות בפרשנות של החוקה.
71. מהן שתי האלטרנטיבות לחוקה?
72. חוקה כמקדמת דיאלוג וחוקה ככלל השתקה.
73. מה הכוונה לחוקה כמקדמת דיאלוג?
74. ביהמ"ש מהווה שחקן שיכול "להוציא כרטיס צהוב", אך לא לשלול את המהלכים שהמחוקק רוצה לקדם. בהיבט הזה ביהמ"ש מהווה קטליזטור, זרז, "גוף מפקח" גוף מעריך על המחוקק, בבואו לדון בשאלות ערכיות. עצם הקיום של ביהמ"ש בפרשנותו את החוקה, מהווה פלטפורמה לדיאלוג בין הציבור (או- בין המחוקק) לבין הוראות החוק. מודל דיאלוגי זה בא לידי ביטוי במדינות כגון: קנדה, בריטניה, ניו זילנד.
75. מה הכוונה בחוקה ככלל השתקה?
76. הרחקת נושאים בעייתיים מסדר היום הציבורי באופן שימנע חיכוכים תמידיים- מחייב ניסוח מפורט ביותר ומחשבה נוספת על מנגנונים שיבטיחו השתקה של כלל השחקנים המעורבים בהליך החקיקה.
77. מדוע למרות שההליך לא ריאלי תאריך לכינון חוקה הוכנס לתוך ההכרזה?
78. המדינה הייתה חייבת להיכנס לואקום הזה, תוך קבלת הכרה ולגיטימציה ממדינות שכנות, וכחלק מהרצון להכרה הזאת, הייתה חייבת לפחות להכריז על כינון חוקה עד תאריך 1.10.1948 (הגם שנראה שלא הייתה כוונה מראש לעמוד בלו"ז שנקבע במגילה לעניין החוקה).

# בג"צ (10/48), זיו נגד גוברוניק

1. מהי עמדתו של נשיא בית המשפט העליון בבג"צ (10/48), זיו נגד גוברוניק?
2. עמדת נשיא ביהמ"ש - מגילת העצמאות לא מהווה חוק/חוקה, ולכן לא ניתן מכוחה לפסול חוקים אחרים במדינת ישראל. **מגילת העצמאות אינה בעלת כח חוקתי ולכן אין בכוחה להדוף או לסתור דברי חקיקה אחרים**.
3. מדוע למחוקק יש אינטרס מובנה לכך שלא תתקיים חוקה בשנת 1948?
4. בהעדר חוקה, המחוקק משאיר אצלו את הכח לשמר את כוחו ולהרחיב את סמכויותיו בהעדר חוקה.
5. איזו וועדה הוקמה לצורך ניסוח חוקה מיד עם הקמת המדינה?
6. הוקמה וועדת חוקה, חוק ומשפט, לצורך ניסוח חוקה.
7. מה מנע מהועדה לנסח חוקה בשנת 1948?
8. בוועדה נוצרו מחלוקות שונות, הן לגבי תוכן החוקה, והן לגבי הנחיצות בחוקה בתקופת שבר של מלחמה. היה גם טיעון שהמדינה הולכת לקלוט עלייה נרחבת ויש צורך לחכות מעט ולשתף את כלל הציבור בכך.
9. אילו מפלגות סיקלו את כינון החוקה?
10. מפלגת השלטון (מפא"י) והעומד בראשה (בן גוריון) הם אלו שסיכלו את כינון החוקה. בן גוריון רצה לשלוט ולהנהיג, ללא הפרעות משפטיות/חוקיות, וללא הצרת צעדים.
11. מיהו חבר הכנסת אשר ניסה לקדם את ייצור החוקה?
12. חבר הכנסת שניסה בכל כוחו לקדם את ייצור החוקה הוא זרח ורהפטיג, איש המפלגה הדתית הלאומית.
13. מה היו עמדותיהן של הקואליציה והאופוזיציה בכנסת הראשונה בנוגע לכינון חוקה?
14. האופוזיציה, בדרך הטבע, ראתה בחוקה מקור להגנה על זכויותיה ותמכה בה. הקואליציה, בדרך הטבע אף היא, לא רצתה בהגבלת כוחה לשלוט.

# פשרת הררי

1. מדוע הציע ח"כ יזהר הררי את הצעתו המכונה "פשרת הררי"?
2. לאור המחלוקות העזות, הציע חבר הכנסת יזהר הררי הצעה שהיוותה מעין פשרה בין אלו הדורשים חוקה מיד, לאלו הסבורים כי אין כלל מקום לחוקה.
3. מהי פשרת הררי?
4. "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה".
5. באיזה אופן התקבלה "פשרת הררי"?
6. פשרת הררי לא התקבלה בדרך של חקיקת חוק, אלא בהחלטת כנסת שתוקפה הצהרתי בלבד.
7. כיצד נקבע בפשרת הררי ניסוח החוקה?
8. ההחלטה אומרת שמאחר והוועדה לא מצליחה לייצר חוקה באופן מיידי, אז דרך ניסוח החוקה תהיה שונה: המדינה תנסח בכל כמה זמן חוק יסוד. עם השנים ובעתיד, יאוגדו החוקים האלו לכדי חוקה סדורה.
9. לאיזו מפלגה השתייך ח"כ יזהר הררי?
10. יזהר הררי השתייך למפלגה הפרוגרסיבית.
11. מה היתה ההחלטה של הכנסת הראשונה?
12. הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה (נספח ח' לפרוטוקול ישיבות מס' 150–152 של הכנסת הראשונה).
13. מהן המפלגות שתמכו בפשרת הררי?
14. "פשרת הררי" נתמכה על ידי סיעות מפא"י, המפלגה הפרוגרסיבית, הספרדים ועדות מזרח וויצו.
15. מדוע לא נחקקו חוקי יסוד, שנוגעים להתנהלות המוסדות, ולא נוגעים לזכויות אדם?
16. הסבר לכך הוא- שברגע שיש חוקים שמסדירים את ההתנהלות המוסדית, יותר קל לנהל את המדינה ולהגיע להסכמות. הסבר נוסף לכך הוא- הקושי ואי הלחץ מצד המדינה לייצר חוקים.
17. כמה שנים לאחר החלטת הררי נחקק חוק היסוד הראשון? מהו חוק יסוד זה?
18. חוק היסוד הראשון (חוק יסוד הכנסת) לאחר החלטת הררי נחקק רק בשנת 1958 (8 שנים לאחר החלטת הררי על ידי הכנסת השלישית ).

# חוקי היסוד עד לשנת 1992

1. במה עסקו חוקי היסוד עד לשנת 1992?
2. עד לשנת 1992 נחקק רק מספר מועט של חוקי יסוד, שעסקו בהגדרת גופי השלטון השונים במדינת ישראל ובתפקידיהם: חוק יסוד: הכנסת, חוק יסוד: מקרקעי ישראל, חוק יסוד: נשיא המדינה, חוק יסוד: הממשלה, חוק יסוד: משק המדינה, חוק יסוד: הצבא, חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, חוק יסוד: השפיטה, וחוק יסוד: מבקר המדינה.
3. אילו חוקי יסוד נחקקו בשנת 1992?
4. 1992 נוספו שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות האדם: חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
5. אילו חוקי יסוד חוקקו בשנות ה -2000?
6. בשנת 2014 אישרה הכנסת ה-19 את חוק יסוד: משאל עם, ובשנת 2018 אישרה הכנסת ה-20 את חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.
7. מה לא קבעה החלטת הררי בנוגע לחוקי היסוד?
8. החלטת הררי לא קבעה מה הסטטוס של חוקי היסוד בתקופת הביניים, עד לייצור החוקה באופן סופי: האם לחוקי היסוד יהיה מעמד משפטי עליון? או שיהיה להם מעמד חוקתי רגיל, ורק כאשר חוקי היסוד יהפכו לחוקה- יהיה להם מעמד עליון יותר.
9. החלטת הררי לא קבעה מה הסטטוס של חוקי היסוד בתקופת הביניים, מהן ההלכות המיידיות לכך?
10. השלכה מיידית מהשאלות האלו, עולה במקרה של סתירה בין חוק יסוד לבין חוק ראשי רגיל. האם יש סדר היררכי בין חוקי היסוד לחוקים הרגילים?
11. מה היתה עמדת הכנסת לשאלות שעלו בתקופת הביניים עד לייצור חוקה?
12. הכנסת לא השיבה לשאלות שעלו .
13. איך התקבלו התשובות לשאלות שעלו בתקופת הביניים עד לייצור חוקה?
14. התשובות התקבלו דרך בחינת האופן בו ביהמ"ש התייחס לחוקי היסוד הללו בפסקי דין.

# האם חוקי היסוד גוברים על חוקים רגילים בתקופת הביניים 1948-1992

## פס"ד ברגמן (סוף שנות ה-60)

1. מדוע עתר ד"ר אהרן ברגמן לבג"ץ?
2. לאחר שהחוק קיבל אישור בכנסת עתר ד"ר אהרן ברגמן עתר לבג"ץ בניסיון למנוע את מימושו של החוק - ההוצאות שישנן במהלך בחירות לכנסת ולרשויות המקומיות של המפלגות המיוצגות בכנסת, **ימומנו מתקציב המדינה** ולא על ידי מקורות עצמיים כמו דמי חבר, או גיוס תרומות מתומכי המפלגה כפי שהיה נהוג קודם.
3. מה היתה פסיקת בג"ץ בפס"ד ברגמן (סוף שנות ה-60)?
4. עתירתו של ד"ר אהרן ברגמן התקבלה והוחלט לבטל את החוק ולא לאפשר את מימון המפלגות מתקציב המדינה.
5. מדוע עתר ד"ר אהרן ברגמן לבג"ץ? מה היו טענותיו?
6. טענתו היא שחוק מימון המפלגות שהמדינה רוצה לחוקק, עומד בסתירה **לסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת**, שקובע שבחירות (ובפרט: הזכות להיבחר) צריכות להיות שוויוניות. **הסעיף הזה שוריין לשינוי ברוב, בסעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת.** מאחר וסעיף 4 לא השתנה **וחוק מימון המפלגות לא התקבל ברוב מוחלט כמו שמתבקש בסעיף 46** **(61 ח"כים) לא ניתן לפגוע בעיקרון השוויון.**
7. מהן שתי האפשרויות שעמדו בפני הכנסת לאחר פסיקת בג"ץ בפס"ד ברגמן?
8. לכנסת יש 2 אפשרויות: או לחוקק את החוק תוך עמידה בדרישת הרוב לפי סעיף 46 לחוק יסוד הכנסת, ברוב של 61 ח"כים. לחלופין- תיקון החוק כך שעיקרון השוויון לא ייפגע, וגם מפלגות חדשות יוכלו לקבל מימון.
9. מהן העקרונות לפי פרופ' דוד קרצ'מר שהלכת ברגמן עשויה ללמד?
10. לפי פרופ' דוד קרצ'מר הלכת ברגמן עשויה ללמד אותנו 3 עקרונות עיקריים, בזיקה לשאלת המעמד של חוקי היסוד:
	* 1. לחוק יסוד יש עליונות על דבר חקיקה רגיל ולכן הוא גובר,
		2. לחוק יסוד משוריין עדיפות נומטיבית - יש עליונות על דבר חקיקה ראשי רגיל (להבדיל מחוק יסוד שאינו משוריין, שאינו גובר על דבר חקיקה רגיל). חוק יסוד משוריין יש לו עליונות.
		3. הכנסת יכולה לכבול את עצמה בחקיקה עתידית, גם באמצעות חקיקה רגילה. מעשה בהיבט זה, לא ניתן להסיק שום דבר מהלכת ברגמן.
11. מהי הסיבה שחוק יסוד הכנסת גבר על חוק מימון המפלגות בפס"ד ברגמן?
12. הסיבה שחוק יסוד: הכנסת, גבר על חוק מימון המפלגות- היא בגלל שהכנסת הגבילה את עצמה באמצעות שריון של רוב מוחלט, לא בגלל שמדובר בחוק יסוד.
13. מה לא ניתן ללמוד מהפרשנות של דוד קרצ'מר?
14. לפי הפרשנות השלישית של קרצ'מר, **לא ניתן ללמוד דבר מהלכת ברגמן לגבי שאלות מעמד חוקי היסוד ביחס לחוקים רגילים.**

## פס"ד נגב (אמצע שנות ה-60)

1. : מה היתה הפסיקה בפס"ד נגב?
2. (ניתן לפני ה"מהפיכה החוקתית") חוק יסוד לא משוריין הינו ככל חוק רגיל לכל דבר ועניין, על כן כל חוק יכול לשנותו או לפגוע בו והכלל הפרשני של מאוחר גובר על מוקדם חל לגביו. נראה שהלכה זו השתנתה בפס"ד בנק המזרחי. (**חוק ספציפי גובר על חוק יסוד כללי** ולכן חוק התקנים גובר על חוקהיסוד הממשלה. אין לחוקי היסוד עליונות נורמטיבית, האפשרות הראשונה נפסלת).
3. מה טען ב"כ של נגב בערעור על פס"ד?
4. ב"כ של נגב ערער על פס"ד, וטען כי לדבר יש מעמד של תקנה ועל כן בסעיף 31(ב) לחוק יסוד הממשלה, נקבע, **ששר רשאי להאציל את הסמכות שלו, חוץ מהסמכות להתקין תקנות. הממונה לא רשאי להתקין תקנות (בגלל הוראות חוק יסוד: הממשלה, כאמור לעיל), ולכן התקן- לא חוקי.** מאחר וזוהי הקביעה של חוק היסוד, הרי שהתקן של הדלק איננו חוקי, כי מי שקבע את התקן- הוא לא השר, אלא הממונה על התקינה. הממונה לא רשאי להתקין תקנות (בגלל הוראות חוק יסוד: הממשלה, כאמור לעיל), ולכן התקן- לא חוקי.
5. מה היתה עמדת בית המשפט בפס"ד נגב?
6. ביהמ"ש לא קיבל את טענת ב"כ של נגב. הסבר הפסיקה: **חוק התקנים מתייחס לקביעת תקנים בעניינים שונים**. **סעיף 21 לחוק הנ"ל, מסמיך את השר להעביר את הסמכויות שלו לממונה על התקינה.**
	* 1. בית המשפט: סעיף 21 לחוק התקנים מסמיך את השר להעביר לממונה על התקינה את סמכויות לפי חוק.
		2. **סתירה בין חוק היסוד לחוק התקנים.**
		3. מתן עדיפות לחוק התקנים המיוחד על פני החוק הכללי.
7. מה היתה הסתירה בין חוק יסוד הממשלה לחוק יסוד התקנים בפס"ד נגב?
8. חוק יסוד הממשלה, לפיו שר לא רשאי להאציל את סמכויותיו. מצד שני יש לנו את סעיף 21 לחוק התקנים, שקובע שהשר דווקא כן רשאי להאציל את סמכויותיו. יש לנו כאן למעשה **סתירה בין חוק כללי** (חוק יסוד: הממשלה) לבין חוק ספציפי (חוק התקנים). **עפ"י החלטת בית המשפט, הכלל הוא, שבסתירה בין חוק כללי לחוק ספציפי, החוק הספציפי גובר**. המחוקק רצה במקרה לזקק את המקרה הספציפי.
9. מה ניתן ללמוד מפס"ד נגב ביחס למעמד חוקי היסוד?
10. שלא ניתנה עדיפות מסוימת לסעיף 31(ב) לחוק יסוד הממשלה, למרות שהוא חוק יסוד. מכאן, לכאורה, **שאין שום עליונות לחוק יסוד על פני חוק רגיל, כי אם הייתה לו עליונות, ביהמ"ש היה משתמש בעיקרון הזה לצורך הפסיקה.** עמדה זו שוללת את פרשנות א' לגישתו של קרצ'מר.
11. האם ניתן להסיק מפס"ד נגב את פרשנות ב' לגישת קרצ'מר
	1. לא ניתן לדעת האם ניתן להסיק מפס"ד נגב את פרשנות ב' לגישת קרצ'מר, מאחר וחוק יסוד: הממשלה, סעיף 31 ב' אינו משוריין ולא קיבל עדיפות. לכן אין פה עליונות לפי גישה ב' ( לחוק יסוד משוריין עדיפות נומטיבית (חוק יסוד ומשוריין) יש עליונות על דבר חקיקה ראשי רגיל (להבדיל מחוק יסוד שאינו משוריין, שאינו גובר על דבר חקיקה רגיל). חוק יסוד משוריין יש לו עליונות. )של קרצ'מר. על פי **פסק נגב חוק שלא משוריין – לא מקבל עדיפות**. נגב שלל את האפשרות הראשונה של ברגמן (לחוק יסוד יש עליונות על דבר חקיקה רגיל ולכן הוא גובר. מעמד יחודי לחוקי היסוד. לחוק יש עדיפות נורמטיבית. לכל חוק יסוד יש עליונות נומטיבית).

## פס"ד קניאל (1973)

**(תיקון) סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת (שיטת הבחירות):** הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

**סעיף 46 לחוק יסוד הכנסת (**מתי דרוש רוב מיוחד) : הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי סעיפים 4, 9א, 34, 44 או 45 יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השניה ובקריאה השלישית. לענין סעיף זה "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע.

1. מהו חוק באדר עופר?
2. חוק באדר-עופר הוא הכינוי שניתן לחוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 4) תשל"ג-1973, שהחליף את סעיף 81(ד) לחוק הבחירות לכנסת. התיקון קובע כי בבחירות לכנסת המושבים יחולקו בין המפלגות ב"שיטת הממוצעים הגבוהים ביותר", שנותנת עדיפות למפלגות הגדולות. שיטת חלוקה זו הונהגה בישראל בזמן הבחירות לאספה המכוננת בשנת 1949, ובוטלה החל מהבחירות לכנסת השנייה. בחוק הנוכחי נכלל תיקון מס' 4 לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), התשכ"ט-1969,[1] שהתקבל בכנסת ב-4 באפריל 1973 והופעל לראשונה בבחירות לכנסת השמינית, שהתקיימו ב-31 בדצמבר 1973.
3. חוק באדר-עופר הסדיר את אופן חישוב חלוקת קולות עודפים לאחר מערכות בחירות. נוסחת החישוב תיעדפה מפלגות גדולות על פני מפלגות גדולות, ובכך לכאורה סתרה את הוראות סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת.
4. למי מעניק חוק באדר-עופר יתרון בולט לחלוקת הקולות?
5. חוק באדר-עופר לחלוקת עודפי קולות **מעניק יתרון בולט לסיעות הגדולות על חשבון הסיעות הקטנות**, ובכך סותר את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת.
6. כיצד חוק באדר עור סותר את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת?
7. חוק בדר-עופר סותר את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, הקובע שהבחירות לכנסת תהיינה שוות, משום שמעקרון זה נובע שיהיה קול אחד לכל אחד. התיקון התקבל ברוב הגדול מ 61 חברי כנסת, כנדרש על פי הוראת השריון (סעיף 46 סיפא לחוק היסוד).
8. מהי הוראת שריון?
9. חוק שהתקבל באופן הנדרש בחוה"י, דהיינו על ידי רוב מיוחס של חברי הכנסת ברוב הגדול מ 61 חברי כנסת.
10. מה קובע חוק יסוד הכנסת בנוגע לבחירות ולחלוקת הקולות?
11. חוק יסוד: הכנסת קובע, שהזכויות להיבחר ולבחור צריכות להיות שוויוניות, ואם חלוקת עודפי הקולות מתעדפת את המפלגות הגדולות- הרי שעיקרון שוויון הבחירה נסתר כאן. נוצר מצב שהצבעה למפלגה גדולה שווה יותר.
12. בכמה קולות עבר חוק באדר עופר? והאם הוא עומד בכללים של סעיף 46 לחוק יסוד הכנסת?
13. חוק באדר עופר עבר ברוב הגדול מ- 61 ח"כ, ובכך לכאורה עומד בכללים של סעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת.
14. מה היו טענותיו של פרופ' קניאל?
15. פרופ' קניאל עתר לבג"צ בטענה כי ס' 4 לחוק הבחירות לכנסת תשל"ג (באדר-עופר), שלפיו יחולקו עודפי הקולות בין המפלגות על פי גודלן, מפר את עקרון השוויון שבס' 4 לחו"י: הכנסת (*סעיף 4- הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.*).
16. מה קבע בית המשפט בפס"ד קניאל?
17. . ביהמ"ש קבע, כי חוק הבחירות הנ"ל התקבל באופן הנדרש בחוה"י, דהיינו על ידי רוב מיוחס של חברי הכנסת, ולפיכך הפגיעה בו מותרת.
18. מבי עמדתו של בית המשפט בנוגע למעמדם של חוקי יסוד בפס"ד קניאל?
19. **בג"צ מסרב במפורש להכיר בעליונותם של חוקי היסוד**, וכמו כן מבטא את הטענה שאין זה מתפקידו של בג"צ לפסול את חוקי הכנסת. בית המשפט טען ששינוי חוק יסוד משוריין יכול להיעשות גם בחוק רגיל.
20. מה היו טענותיו של קניאל לסירובו של בית המשפט להכיר בעליונותם של חוקי היסוד?
21. קניאל טען:
	* 1. **שחוק באדר עופר אינו חוק יסוד**.
		2. **שניתן לשנות חוק יסוד- רק באמצעות חוק יסוד אחר**.
		3. מאחר **ולחוק יסוד: הכנסת יש מעמד עליון על פני חוק רגיל** **אז ניתן לשנותו רק באמצעות חוק יסוד אחר, ולא באמצעות חוק רגיל**.
		4. קניאל למעשה טען שלחוק יסוד יש מעמד חוקתי של חוקה.
22. מה היתה עמדת בית המשפט לטענותיו של קניאל שלחוק יסוד יש מעמד חוקתי של חוקה?
23. ביהמ"ש לא קיבל את טענתו של קניאל וקבע, **ששינוי של חוק משוריין- צריך להיעשות ברוב מוחלט על פי הוראות החוק, גם אם מדובר בשינוי חוק יסוד על ידי חוק רגיל.**
24. מה המסקנה העולה פס"ד קניאל?
	1. אם ביהמ"ש לא קיבל את טענת קניאל, יכולנו להסיק לכאורה, שביהמ"ש לא מסיק שלחוק יסוד יש מעמד מיוחד, אלא **המסקנה העולה היא שהכנסת יכולה לכבול את עצמה בשריון** (בדומה לגישה המובאת בסעיף ג' לגישתו של קרצ'מר).
25. האם ניתן ללמוד על עליונות של חוקי היסוד מפס"ד ברגמן, נגב וקניאל?
	1. לא ניתן ללמוד על עליונות של חוקי יסוד על פני חוקים רגילים גם במקרים של שריון ורוב מוחלט.
26. מה ניתן ללמוד על נקודת המבט של בית המשפט העליון בנוגע לעליונות של חוקי היסוד מפס"ד ברגמן, נגב וקניאל?
	1. נקודת המבט של בית המשפט העליון: לחוקי היסוד אין עליונות נורמטיבית.
27. מהי עמדת האקדמיה בנוגע לעליונות חוקי יסוד?
	1. האקדמיה החלה לכתוב עמדות ברוח של חוק יסוד זוכה לעליונות רק אם הוא משוריין. מעשית זה לא מקבל ביטוי.
28. לקראת סוף שנות ה-80 מה היתה נקודת מבטם של השופטים בנוגע לעליונותם של חוקי היסוד?
	1. חוק היסוד + שריון – מקנה עליונות.
29. בעקבות פס"ד ברגמן, נגב וקניאל אילו עמדות **נשללו** למול עמדותיו של פרופ' דוד קרצ'מר בהלכת ברגמן:
	1. האפשרות הראשונה – חוקי היסוד יש להם עליונות.
	2. האפשרות השנייה - חוקי יסוד משוריינים .
	3. האפשרות השלישית- הכנסת יכולה לכבול את ידיה עצמה, כלומר על פי הכללים הרגילים של כנסת במידה ויש הצעת חוק שיש לה רוב – החוק עובר.

## סיכום: השוואה בין עמדותיו של פרופ' דוד קרצמר למול פס"ד ברגמן, נגב וקניאל

|  |  |
| --- | --- |
| עמדותיו של פרופ' דוד קרצ'מר | פס"ד ברגמן, נגב וקניאל |
| לחוק יסוד יש עליונות על דבר חקיקה רגיל ולכן הוא גובר,  | לחוקי היסוד אין עליונות. |
| לחוק יסוד משוריין יש עליונות על דבר חקיקה ראשי | לחוק יסוד משוריין **אין** עליונות על דבר חקיקה ראשי |
| הכנסת יכולה לכבול את עצמה בחקיקה עתידית, גם באמצעות חקיקה רגילה.  | הכנסת לא יכולה לכבול את ידיה עצמה, כלומר על פי הכללים הרגילים של כנסת במידה ויש הצעת חוק שיש לה רוב – החוק עובר – לא תופס יותר. |

# הגנה על זכויות בהיעדר חוקה

## בג"ץ בז'רנו 1/49

המבקשים עסקו במשך שנים בהסדרת רישיונות, תשלום אגרות וכיו"ב עבור בעלי מכוניות, עד שמשרד הרישוי אסר זאת עליהם בנימוק שאין צורך באנשי-ביניים מסוג זה.

1. מדוע פס"ד בז'רנו משנת 1949 חשוב?
	1. בג"ץ בז'רנו חשוב בשל היותו פסק הדין הראשון של בג"ץ בו הוכרה זכות חופש העיסוק כזכות יסוד.
2. מה היו טענות העותרים בפס"ד בז'רנו?
	1. טענות העותרים לפגיעה בחופש העיסוק.
3. מה היו טענות המשיבים?
	1. ב"כ המשיבים טען שאין בנמצא חוק המחייב את מרשיו להתיר את פעילות העותרים. בנוסף, אין שום חובה כתובה בחוק אשר מחייבת את רשות הרישוי לעזור לעותרים בעת מילוי תפקידם במשרדי הרשות ולכן אין לבית המשפט הצדקה לקבל את טענת העותרים**.**
4. מה היתה עמדתו של השופט חשין בפס"ד בז'רנו?
	1. הש' חשין טען - כי אין לאסור על אדם את זכותו שבדין (במקרה זה – חופש העיסוק) בהיעדר חוק הקובע סייגים לשימוש (למשל, הדרישה לרישיון מיוחד לשם עיסוק בעריכת דין, רפואה, תיווך וכיו"ב).
5. מהן פס"ד בז'רנו?
	1. בית המשפט קבע כי **לעותרים** אין צורך לחפש בחוק זכות המאפשרת להם לעסוק במקצוע, אלא על ה**משיבים** לחפש בחוק הצדקה לאיסור שלהם לעסוק במקצוע. **בהיעדר הסמכה בחוק**, רשות הרישוי אינה רשאית לאסור על העיסוק במקצוע. *"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח־יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק."*
6. מהן ההשלכות של פס"ד בז'רנו?
	1. הוכר מעמדו של חופש העיסוק כזכות יסוד,
	2. פסק הדין מהווה בסיס למשפט בישראל ולהכרה בזכויות יסוד של האדם.
	3. זכותו של האדם שתישמע טענתו לפני פגיעה בזכויותיו ועל חובת הבירור של הרשות לפני קבלת החלטה לפגוע בזכותו.
	4. נקבעו גבולות ברורים בכל מה שקשור לזכויות האדם ביחס לשלטון ועקרון שלטון החוק שלפיו אין הצדקה לקיפוח אחת מזכויות היסוד של האזרח, כל עוד אין לשלטון סמכות מפורשת מתוך החוק לעשות כך.
	5. פסק דין זה היווה אבן דרך מרכזית בעשרות פסקי דין של בית המשפט העליון.
	6. פסק הדין מייצג מערכת משפט ערכית שמכבדת ונותנת ערך משפטי גדול ומשמעותי יותר לזכויות האדם שאינן כתובות בחוק מאשר לשלטון הרוב ולחוקים, אשר כן רשומים בחוק.
7. מהו היחוד בס"ד בז'ראנו?
	1. ההכרה במעמדם החוקתי של זכויות אדם .

## בבג"ץ 337/81, שלמה מיטרני נגד שר התחבורה

רקע איסור נוסף על מאכערים לבצע את תפקידם.

1. מה היה פס"ד של בג"ץ מיטרני?
	1. פסק הדין של בג"**ץ היה זהה לפסק הדין במקרה בז'רנו, וחופש העיסוק גבר** האיסור של משרד התחבורה פעם נוספת בשל אותן הטענות שהועלו בבג"ץ בז'רנו.
2. מה היה הייחוד בפס"ד מיטרני?
	1. הרשות המבצעת רשאית לפגוע בזכויות יסוד.
	2. עולה כי בית המשפט מכיר בזכויות אדם יסודיות.
	3. **ניתן לפגוע בזכות באמצעות חקיקה ראשית או ע"י חקיקת משנה עם הסמכה רישמית.**

## בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל (כהן)

בני הזוג שטרייט התחתנו במדינה אחרת הבעל רוצה להתגרש והאישה לא, הבעל קיבל היתר נישואין לאישה אחרת ללא הרבנים הראשיים.

סעיף 6 עוסק בעדות אחרות, אם בן הזוג נעדר 7 שנים ומעלה באופן שמטיל חשש כבד לחייו או שהאדם לא כשיר.

1. מה היו טענות העותרים?
	1. אפליה לטובת יהודים – החוק לטובת היהודים יותר מתירני (ס' 6)
2. מה קבע בית המשפט?
3. בית המשפט נעתר לבקשת האישה על ידי פירוש סעיף 5 בצורה מצמצת , האפשרות לתת היתר נישואין רק על פי התנאים של סעיף 6 ומכיוון שגב' שטרייט שפויה בדעתה ונוכחת לפנינו לא ניתן לתת היתר נישואין סעיף 5 עוסק ביהודים קובע שהאדם יוכל לשאת אישה נוספת אם קיבל היתר נישואין מהרבנים הראשיים.
4. בית המשפט קבע שהמחוקק על חזקתו שלא התכוון לפגוע בזכויות היסוד.
5. מה החשיבות בפס"ד שטרייט?
	1. החזקה הפרשנית - בית המשפט יעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים (גם אם היא דחוקה ולא סבירה) על פני פרשנות המובילה לסתירה.

## בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים (אגרנט)

העובדות: עתירה נגד סגירת העיתון הקומונסטי "קול העם" שגינה את ממשלת ישראל על מדיניותה הפרו-אמריקנית במלחמת קוראיה והוקיע אותה כ"מספסרת בדם הנוער הישראלי". שר הפנים הורה לסגור את העיתון והשתמש לשם כך בסמכות מנהלית מתקופת המנדט המוקנית לטו - הסמכות לסגור עיתונים מחשש לפגיע ב"שלום הציבור".

1. מה היו טענות העותרים?
	1. עתירה כנגד סגירת העיתון בטענה לפגיעה בחופש הביטוי.
2. מה קבע בית המשפט?
	1. ביטל את החלטת הסגירה, לאחר שקבע כי שר הפנים לא איזן כראוי בין חופש הביטוי לבין החשש מפני פגיעה בשלום הציבור.
3. מה החשיבות בפס"ד קול העם?
	1. בית המשפט מתערב בהחלטה של שר בשל פגיעה בחופש הביטוי (למרות שעדיין לא נחקק חוק יסוד העוסק בחופש הביטוי בשנת 1953).
	2. ביקורת של בית המשפט על הרשות המחוקקת.
	3. כאשר צריך לשים על כף המאזניים את שני הערכים שמתנגשים – חופש הביטוי מול הגנה על שלום הציבור. בית המשפט טוען כי **חופש הביטוי גובר** במקרה הזה ומבטל את החלטת השר.
	4. עד כה בית המשפט ביקש לגבור על זכויות יסוד באמצעות חוק או הסמכה רישמית או פרשנות עד קצה היכולת להגן על זכויות האדם.
	5. כאן כבר נכנסים לתוך שיקול הדעת של הרשות או בעל התפקיד שמבצע עד כדי ביטול ההחלטה.
4. מה ניתן ללמוד מפס"ד בז'רנו, מיטרני ושטרייק:
	1. יש למדינת ישראל עקרונות חוקתיים אף שאינם בחוקה כתובה. בז'רנו+מיטרני
	2. כדי שהרשות המבצעת תהיה מוסמכת לפגוע בעקרונות אלה נחוצה הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. (בז'רנו ומיטראני).
	3. חקיקה פוגעת תפורש במידת האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד הזכויות (שטרייט)
	4. ביקורת של בית המשפט על הרשות המחוקקת. – קול העם.
5. בית המשפט מגן על זכויות אדם בהיעדר חוקה – מודע אם כן צריך חוקה?
	1. כי קיים דבר אחד שבית המשפט לא מוכן לעשות – וזה לפסול חקיקה ראשית. בית המשפט אומר אני לא יכול לפסול חוק אלא רק לנסות לשמור על זכויות אדם.

## פס"ד רוגוז'ינסקי

העובדות: בני זוג אתאיסטים שמבקשים להתחתן בחתונה לא דתית.

1. מה היו טענות העותרים?
	1. פגיעה בזכויות אדם – החרות להינשא.
2. מה קבע בית המשפט?
	1. מסכים איתם שיש פגיעה לא מוצדקת בחופש הדת. אבל בגלל סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים שקובע כי נישואין של אזרחי המדינה ותושביה ייערכו לפי דין תורה.
3. מה החשיבות בפס"ד רוגוז'נסקי?
	1. לא ניתן לפרש חוק אם הוא כתוב בצורה ברורה.
	2. כל עוד החוק לא משתנה, לא ניתן לתת סעד, אפילו שיש פגיעה בזכויות אדם. לבית המשפט אין הסמכה לכך בהיעדר חוקה.

## בג"צ לאו"ר נגד יו"ר הכנסת (1989)

העובדות: תיקון רטרואקטיבי של חוק המימון המעלה את ההקצבה פר מנדט.

1. מה היו טענות העותרים?
	1. העותרים תבעו מביהמ"ש למנוע את אישורו של שינוי בדיעבד בתקציב המפלגות לבחירות לכנסת ה-12 באמצעות תיקון חוק מימון מפלגות, בטענה כי התיקון הנ"ל התקבל שלא תוך שמירה על התניות הקבועות בס' 4 לחו"י: הכנסת (ללא רוב מיוחס בקריאה הטרומית. תיקון חוק המפלגות פוגע בעקרון השוויון מנוגד לשיטתנו ולכן הוא נעדר תוקף.
2. מה קבע בית המשפט?
	1. דעת הרוב (השופט אלון) דווקא קיבלה את העתירה, מהסיבה שהליך החקיקה לא נעשה באופן תקין (התיקון לא עבר 4 פעמים ברוב של 61 ח"כים).
3. מה היתה דעתו של אהרון ברק בפס"ד לאו"ר?
	1. דעת המיעוט של ברק – שטוען שלא צריך רב של 61 בקריאה טרומית שמכשיר את החוק, יש בה אמרת אגב (שהוא לא פועל על פיה)
	2. ברק אומר שבאופן עקרוני תאורטי אנחנו מוסמכים לפסול חקיקה ראשית אם היא פוגעת פגיעה אנושה בזכויות אדם גם בהעדר חוקה.
	3. ברק טוען שאפשר לפסול חקיקה ראשית, ברק לא עושה זאת כי הציבור לא מיישר איתו קו (לא מקובל על הציבור), לא ראוי שהשופט ינקוט צעד שהציבור לא חושב שראוי, אם כי בעתיד כשהלך הרוח בציבור ישתנה הוא יוכל לעשות זאת.
4. מהו החידוש של ברק ?
	1. בית המשפט יכול לפסול חקיקה ראשית גם בהעדר חוקה אם היא פוגעת בזכויות אדם.
5. איזו גישה מאמץ ברק מפרשת ברגמן?
	1. ברק מאמץ את האופציה השנייה של פרשת ברגמן : חוק יסוד משוריין נהנה מעליונות נורמטיבית.
6. מתי לפי דעתו של ברק ניתן לפסול חוק כאשר תהיה לנו חוקה?
	1. גם כשתהיה לנו חוקה אם החוקה תקבע רף מסוים - עדיין עקרונות היסוד ממשיכים לעמוד בפני עצמה. ניתן לפסול חוק גם אם הוא עומד בדרישות החוקה אך הוא אינן עומד בדרישות של חוקי היסוד.
7. מה היו טענותיו של ברק בנוגע לפסילה עתידית של חקיקה ראשית?
	1. ברק מציין שזו תפיסה של זמן - לאור התפיסות החברתית -משפטיות הנהוגות בישראל – כיום לא פוסלים אך בעתיד ניתן לפסול.
	2. משמעות אמירה כזו או שתחוקקו חוקה ואני לא אפסול חקיקה ראשית, או שאני אעקוף את האמירה שיש חוקה.
	3. זהו שינוי גדול – בדברים של ברק יש חידוש. **אפשר לפסול חקיקה ראשית גם אם אין חוקה.** ברק אומר אוכל לפסול חקיקה ראשית גם אם תהיה חוקה אם הסטנדרט לא יוצב ברף גבוה.
8. מהם 2 המבחנים לפסילת חקיקה ראשית כאשר תהיה חוקה?
	1. האם החוק עומד בעקרונות החוקה.
	2. שביהמ"ש יוכל ויהיה מוסמך להגן על עקרונות היסוד של השיטה, במידה והסטנדרט או הרף של החקיקה לא יהיה מספיק גבוה בהשוואה לעקרונות היסוד.
9. בפסיקתו של ברק - מה אותת אהרון ברק לכנסת ?
	1. ברק למעשה מכשיר את הקרקע לשינוי תפיסתי חוקתי, ומאותת לכנסת, שמטרתה צריכה להיות: **ייצור חוקה,** אחרי הרבה מאד שנים ללא פעולה אקטיבית מצד הכנסת בהקשר הזה. כאמור, ברק מאותת, ומכשיר את הקרקע, **שבמידה והכנסת לא תפעל בנושא החוקה, ביהמ"ש יוכל להפוך אותה ללא רלוונטית (כי הוא יפעל בהתאם לעקרונות כלליים, גם בהיעדר חוקה).**
10. **מה החשיבות של בג"צ לאו"ר?**
	1. החשיבות של בג"צ לאו"ר היא דווקא עמדת המיעוט שבו (ברק), **שתהפוך לעמדה הדומיננטית בביהמ"ש לאורך השנים**. עמדתו של ברק כפי שמובאת בבג"צ מהווה **איתות לעתיד להתרחש בהמשך בתפיסת ביהמ"ש העליון ביחס למעמד חוקי היסוד וכינון חוקה למדינת ישראל.**

# 1992 ואילך – התחלה של חקיקת יסוד בנושא זכויות אדם בישראל

1. מה קרה בשנת 1992?
	1. שני חוקי יסוד מתקבלים בהשתתפות זעומה של חברי הכנסת.
	2. באחד יש הוראת שריון (חופש העיסוק) ובשני(כבוד האדם וחירותו) אין.
2. 1992 לא עת משבר בישראל. כיצד נמצא מועד זה מתאים לחקיקת יסוד?
	1. רגע היסטורי (הבשלה) – הציבור שבע מרורים מן הרשות הפוליטית והחליט להעביר את המושכות לידי בית השפט.
	2. מכשול של דת ומדינה, דינמיקה של פשרה – המתנגדים המסורתיים, הדתיים הסכימו לאחר שמהחוק הוצאו מרכיבים בעייתים וקודמו רק רכיבים המקובלים עליהם.
	3. טעות והטעייה – היוזמים הרדימו את השטח.
		1. שיעור השתתפות צנוע מאוד.
		2. אמירות הרגעה של חלק מיוזמי החוק.
		3. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין, מה שמאפשר, לפי הדוקטרינה המקובלת להסכים עם אותן אמירות מרגיעות.
	4. מהלך חירומי בהובלת האליטה הישנה פעולת הצלה – מהלך משולב של האליטות הישנות, לשם הגנה על ההגמוניה הנתונה בסכנה.
3. מה המשמעות של מהפכה חוקתית בישראל?
	1. מהפכה החוקתית בישראל היא תהליך של הרחבת הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת, בעקבות חקיקתם, בשנת 1992, של שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות האדם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.
4. כיצד התייחסו שופטי בית המשפט העליון לחוקי היסוד שנחחקו ב 1992 ובראשם אהרון ברק?
	1. שופטי בית המשפט העליון התייחסו אל חוקים אלה כאל בעלי מעמד על-חוקי הדומה לחוקה, שעל-פיו ניתנה לבתי המשפט הסמכות להכריז על בטלותו של חוק העומד בסתירה אליהם.
5. מהו השינוי שחל בצורת השלטון במדינה בשל פרשנות בית המשפט?
	1. עם חקיקת חוקי יסוד אלה ופרשנותם באופן זה על ידי בית המשפט, חל שינוי מהותי בצורת השלטון במדינה ובמעמדן של זכויות האדם בישראל.
	2. עליית כוחו של בית המשפט העליון (בפרט בשבתו כבג"ץ) לעומת הכנסת והממשלה.
6. במה דגלה האסכולה שהוביל נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק?
	1. ביסוס המהפכה החוקתית מיוחס לאסכולה שהוביל נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, הדוגלת באקטיביזם שיפוטי.
7. מה גרם נושא האקטיביזים השיפוטי של בית המשפט?
	1. בעקבות המהפכה החוקתית, הפך נושא האקטיביזם השיפוטי ומעמדו של בג"ץ לנקודת **מחלוקת מרכזית בשיח הפוליטי בישראל.**

### פסקת ההתגברות

1. **מהי פסקת ההתגברות שהציע ברק ? וכיצד נוסף סעיף 8 לחוק חופש העיסוק?**
	1. **פסקת ההתגברות שהציע אהרון ברק באה להגן על חוק יסוד חופש העיסוק.**
	2. ברק מציע להוסיף פסקת התגברות (מודל קנדי)– **חוק יהיה בתוקף גם אם הוא בניגוד לחוק יסוד חופש העיסוק אם התקבל ברוב של חברי כנסת (61) ונאמר בו מפורשות שהוא התקבל בניגוד לאמור בחוק יסוד חופש העיסוק**.
	3. כך נוסף לחוק סעיף 8 – התגברות על חוק יסוד חופש העיסוק.
2. מתי נחקקה פסקת ההתגברות?
	1. פסקת ההתגברות נחקקה על ידי הכנסת השלוש-עשרה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, תוך הסכמה רחבה במיוחד מכל קצוות הקשת הפוליטית.
3. מהו תוקפה של פסקת ההתגברות?
	1. כדי שהסדר ההתגברות לא ינוצל על ידי הרשות המחוקקת לפגיעה בערכי יסוד מתוך ראייה קצרת טווח והתעלמות מוחלטת מהחלטת בית המשפט, **תוקפה של חקיקה מחודשת של חוק אשר נפסל על ידי בית המשפט, תוגבל לתקופה של ארבע שנים**.
4. מה עמדתו של אהרון ברק בנוגע להוספת פסקת ההתגברות לחוקי היסוד?
	1. אהרון ברק לפני מספר שנים תמך בהוספת פסקת התגברות לכל חוקי היסוד.
	2. הוא נסוג מכך אחרי הפעילות הפוליטית הנמרצת שמבקרת את השימוש בהתגברות.
	3. כל מי שמציע היום פסקת התגברות נחשב לבוגד בדמוקרטיה.

# 1992 ואילך

## פס"ד בנק מזרחי

ראשית הפרשה ב"חוק לתיקון הסדרים במשק החקלאי המשפחתי" ("חוק גל"), שמטרתו הייתה לשקם את המשק החקלאי ממשבר כלכלי מתמשך, וזאת באמצעות הסדר "שיקום" על פני פירוק. בנקים ונושים פוטנציאליים אחרים של בעלי החוב עתרו לביהמ"ש בטענה כי חוק זה סותר את זכות הקניין המובטחת לכל דכפין בחו"י: כבה"א וחירותו. ביהמ"ש דן באריכות בסוגיות החוקתיות העולות מן הטענה, כאשר שופטים שונים העלו דעות ונימוקים כדלקמן:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **שמגר** | **ברק** | **חשין** |
| **שאלת הסמכות** | לכנסת סמכות חקיקתית בלתי מוגבלת, אשר מאפשרת לה גם להגדיר באיזה סוג של חוק היא עוסקת (דוחה את תורת שני הכתרים, בטענה שהכנסת מגלמת כל סמכות שהוענקה לה אי פעם) | הכנסת היא רשות מכוננת (על פי שלושת מודלים: רציפות, כלל ההכרה/ניסיון לאומי, פירוש מיטבי של ההיסטוריה המשפטית), וזאת מסקנה בלתי נמנעת מההיסטוריה הישראלית.  | לכנסת אין סמכות מכוננת, ולכן היא אינה רשאית לכבול עצמה מעבר לרוב מיוחס. הדמוקרטיה לא באה לידי ביטוי, אין שיח ציבורי וההליך לא מתנהל כפי שהיה ראוי לו.אין סמכות לכנסת כי יש פה בעיה של מוסר. |
| **מעמד חוקי היסוד** | תיאורטית יש להבחין בין "שינוי" (בחוק יסוד) ל"פגיעה" (בהתאם לפסקת ההתגברות), אך בפועל ביהמ"ש החיל על שניהם אותן דרישות (פס"ד ברגמן). בשל המדרג הנורמטיבי חובה שלא רק שינוי אלא גם פגיעה בחו"י תתבצע באמצעות חו"י (אא"כ באמצעות פסקת ההתגברות). **חוקי היסוד הם מקשה אחת מבחינת היחס אליהם ואחת היא מה לשון החוק.** | מצטרף לדעת שמגר בנושא המדרג הנורמטיבי, ומוסיף שחוק רגיל המנוגד לחו"י משוריין שלא באמצעות פסקת ההתגברות – בטל. בחו"י לא משוריין אפשר לפגוע בחוק רגיל בדרישה מפורשת.  |  |

### פסקת ההגבלה

1. מהי פסקתה הגבלה?
	1. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שבו נאמר: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"
2. אילו זכויות סעיף זה אוסר ולאילו זכויות מתיר פגיעה?
	1. הסעיף אוסר פגיעה בזכויות שלפי חוק יסוד זה, אך מתיר פגיעה הנעשית בחוק שמקיים ארבעה תנאים:
		1. חוקיות - הפגיעה בזכות נעשית בחוק או על פי חוק מכוח הסמכה מפורשת.
		2. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל- זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל. טרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
		3. החוק נועד לתכלית ראויה - גביית מסים היא פגיעה מובהקת בקניינו של אדם - המדינה נוטלת ממנו חלק מכספו. עם זאת אין בכך סתירה לסעיף 3 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, משום שהפגיעה נעשית לתכלית ראויה: המיסים משמשים למימון כל הפעולות והשירותים הנכללים בתקציב המדינה.
		4. הפגיעה בזכויות היא במידה שאינה עולה על הנדרש - אחר שנמצא שפגיעה בזכות המוגנת על ידי חוק יסוד נעשתה לתכלית ראויה, יש לבדוק את ה[מידתיות](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%AA%D7%99%D7%95%D7%AA) שלה, כלומר האם הפגיעה נעשתה במידה המינימלית ההכרחית להשגת התכלית הראויה, או שהפגיעה נעשתה במידה מופרזת, ולכן אין להתירה.
3. אילו דוגמאות ניתן להציג ל פגיעה בזכויות היא במידה שאינה עולה על הנדרש?
	1. כאשר מוסכם עלינו שמס נגבה לתכלית ראויה, עדיין יש מקום לבדיקה של שיעורי המס, כדי לוודא שאינם מופרזים.
	2. החזקתו של אדם במעצר מנהלי עשויה להיות לתכלית ראויה כאשר הדבר נעשה בנימוק של ביטחון המדינה, ועדיין יש מקום לבחון את המידתיות, מבחינת משך המעצר ומידת ההגבלה (אולי ניתן להסתפק במעצר בית, או בצו איסור יציאה מן הארץ, למשל).
4. באיזה חוק נוסף על חוק כבוד האדם וחירותו קיימת פסקת הגבלה?
	1. סעיף 4 בחוק יסוד: חופש העיסוק מכיל הגבלה דומה ביחס לזכויות המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
5. מהן 2 ההשלכות החשובות בפסקת ההגבלה?
	1. ראשית, **היא המקור ממנו שאב בית-המשפט העליון את סמכותו לפסול חוקים של הכנסת**. עיקרון זה המוכר גם כפסק הדין 3 עוצב בפסק הדין בעניין ע"א 93/6821 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי בעניין "חוק גל".
	2. שנית, **פסקת ההגבלה מעגנת את העיקרון שלפיו כל הזכויות הן יחסיות ועל כן ניתן להגבילן במצבים מסוימים.** אלמלא הפסקה היה אפשר להסיק שהזכויות הן מוחלטות ולכן לא ניתן להגבילן בשום מקרה.
6. מהו היחס בין האוביטר לרציו בפס"ד מזרחי?
	1. רציו – 8%, 92% אוביטר.
7. על מה הסכימו כל השופטים בפס"ד מזרחי?
	1. כל השופטים הסכימו כי גם אם החוק פוגע בזכות הקניין הוא עומד בדרישות פסקת ההגבלה.
8. האם יש לכנסת סמכות לכונן חוקה על פי פס"ד מזרחי (אוביטר בפס"ד מזרחי)?
	1. ברק – כן, שמגר: כן, חשין (בדעת מיעוט): לא
9. מהי תורת שני הכובעים עפ"י ברק בפס"ד מזרחי ?
	1. לכנסת שני כובעים: מחוקק (לחוקק חוקים) ומכונן (לכונן חוקה).
10. מהי תיזת השרשור בפס"ד ברגמן?
	1. האסיפה המכוננת הפכה להיות גם הכנסת הראשונה, ומכאן היא הפכה להיות גם הגוף המחוקק וגם המכונן. כשהכנסת הראשונה התפזרה, היא חוקקה את חוק המעבר לכנסת השניה (ירושה), וכן הלאה.
11. הגדרות של מושגים בפס"ד מזרחי:
	1. שינוי חוק יסוד = שינוי גורף של הנורמה החוקתית כפי שקבועה בחוק היסוד.
	2. פגיעה בחוק יסוד = כרסום נקודתי בנורמה (הרחבה או צמצום בנקודה מסוימת).
	3. **שריון פורמלי** = כלומר דרישות של רוב כתנאי לשינוי או פגיעה בחוק יסוד **.**
	4. **שריון מהותי** = קביעה כי לא ניתן לפגוע בחוק אלא אם החוק הפוגע עונה לדרישות **פסקת ההגבלה**, ( שקובעת שורה של תנאים, שחלקם תנאי מהות, כתנאי לכך שניתן יהיה לפגוע בזכויות הכלולות בחוק היסוד).
	5. **עליונות נורמטיבית** – חוק יסוד שהוא חלק מהחוקה.
12. מהו החידוש של ברק בנוגע לשריון מהותי ופורמלי?
	1. ברק – חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא כולל הוראת שיריון פורמאלי אבל יש כאן **שיריון מהותי**. כדי שחוק יסוד יהיה חוקה הוא צריך להיות משוריין. עד היום דובר על שיריון – רוב חברי הכנסת. ברק טוען **לשיריון מהותי ועדיין הוא נהנה ממעמד של חוקה. זה החידוש של ברק.**
13. מה קורה על פי ברק כאשר קיים חוק יסוד שאין בו שריון פורמלי (קרי: חוק שאין בו דרישה לרוב חברי כנסת כתנאי לשינוי החוק – חוק יסוד נשיא המדינה לדוגמא)? מה מעמד החוק?
	1. בעבר בית המשפט התייחס אליהם כחוקים רגילים בלי מעמד היררכי.
	2. חוק יסוד לא צריך להיות משוריין. **הוא עדיין בעל מעמד חוקתי עליון וניתן לשנותו רק ע"י חוק יסוד נוסף.** זה בעצם משדרג את כל חוקי היסוד הקיימים.
14. מהו נוקשות בחוק?
	1. על פי סעיף 7 ל חוק-יסוד: חופש העיסוק *" אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת."*
15. מה קורה עם חוק יסוד לא משוריין?
	1. בהעדר שיריון ניתן לשנות חוק יסוד באמצעות חוק יסוד אחר בלבד (לפי קביעת קניאל שבית המשפט ביטל אותה בזמנו).
16. מה קורה עם חוק יסוד ללא נוקשות?
	1. חוק יסוד ללא נוקשות הוא עדיין חוק יסוד ואין לשנותו ע"י חוק רגיל שנמצא מתחתיו בהיררכיה החוקתית.
17. מהי עמדת השופטים ביחס לזיקה ל-3 האפשרויות להבנת הלכת ברגמן?
	1. אשר לעבר- **לחוקי יסוד אין מעמד עליון**. (השופטים מבהירים שהלכת ברגמן השתנתה. ברגמן היה עד 92' מאז דברים השתנו. לדוגמא בהלכת נגב, קניאל היו מקבלים את הפניות ולא פוסלים אותם).
	2. אשר לעתיד- ברק ושמגר מאמצים את הפרשנות המרחיבה: **כל חוק יסוד נהנה מעליונות.**
	3. חשין- חולק על ברק ושמגר ומאמץ את הפרשנות המצמצמת: הכנסת לא רשאית לייצר חוקה וחוקי יסוד. **כל חוק של הכנסת הוא חוק רגיל**. התמודדות עם עקרון השיריון של חוקי היסוד - גם בחוק רגיל ניתן לבצע כבילה עצמית – פורמאלית מותרת (שיריון), עד לכבילה של רוב מוחלט (61 ח"כים). מעל 61 זה כבר פגיעה בעקרון הדמוקרטי של הכרעת הרוב. בעניין הפיתוח של ברק - שיריון מהותי חשין טוען כך: **כבילה מהסוג המהותי תכובד, אלא אם הכנסת אמרה במפורש אחרת**.
18. **מהן הגישות לחוקי יסוד לפני 1992** ?
	1. לפני 1992 - שהכותרת "חוק יסוד" לחוק אין שריון פורמלי – אין עליונות נורמטיבית (לא נחשבים חלק מהחוקה).
	2. כאשר לחוק יסוד (או חלקו) יש גם שריון, אז הוא מעלה אינדיקציה לכך שהחוק או החלק המשוריין בחוק – חוקי היסוד נהנים מעליונות נורמטיבית – כלומר יש להם מעמד של חוקה.
19. מהן הגישות לחוקי יסוד לאחר 1992?
	1. חוקי יסוד נהנים מעליונות נורמטיבית – חוקים שמשוריינים בשריון פורמלי וחוקים שמשוריינים בשריון מהותי.
20. מהן הגישות אחרי 1992 לגבי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו?
	1. לאחר 1992 - לפי דבריו של ברק - נהנה מעליונות נורמטיבית כי הוא משוריין בשריון מהותי.
21. מהן הגישות לפני ואחרי 1992 לגבי חוק יסוד חופש העיסוק?
	1. בחוק יסוד חופש העיסוק יש פסקת הגבלה, ויש גם שריון פורמלי לכן נהנה מעליונות נורמטיבית לכן המעמדו לא השתנה.
22. מהו החידוש הגדול בפס"ד מזרחי שהוליד מהפכה חוקתית?
	1. החידוש הגדול יותר הוא שלפיו כל חוקי יסוד (בין אם הוא משוריין בשריון מהותי או פורמלי, או כלל לא), מכאן ואילך **נהנים מעליונות נורמטיבית – כלומר הינם חלק מהחוקה.**
23. מה הבעיה עם החידוש לגבי מעמדם של חוקי היסוד בפס"ד מזרחי?
	1. **הבעיה היא שהדברים נאמרו באמרת אגב באוביטר ולא ברציו**. דהיינו שגם לאחר מתן פס"ד בענין בנק המזרחי, הקביעה שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו נהנה מעליונות נורמטיבית כי הוא משוריין שריון מהותי, עדיין לא הפכה להלכה מחייבת, ובטח לא הקביעה שכל חוקי היסוד (כולל אלו שלא משוריינים לא פורמלית ולא מהותית) נהנים מעליונות נורמטיבית.
24. מתי ישתנו מעמדם של חוקי יסוד לעליונות נורמטיבית?
	1. כשהקביעות הללו יהיו חלק מקביעות הכרחיות לצורך מתן פסק דין. רק כאשר זה יהיה חלק מהרציו, תנאי לתוצאה שאליה מגיע בית המשפט.

## פסקי דין בהם האוביטר הופך לרציו

### פס"ק לשכת מנהלי השקעות

נעשה ניסיון להסדיר את תחום ייעוץ ההשקעות. המטרה הייתה שיועץ השקעות יצטרך לעבור מבחנים. לגבי מנהלים קיימים- נקבע שמי שעובד כבר 7 שנים- יהיה פטור מבחינות. מי שעובד פחות מ-7 שנים, יהיה צריך לעבור בחינות.

1. מה טענו העותרים?
	1. פגיעה בחופש העיסוק - **העותרים (עובדים "חדשים") טענו ש-7 שנים זה טווח זמן ארוך מידי, והקביעה פוגעת בחופש העיסוק של אותם מנהלי השקעות, בטענה של פגיעה מתוקף חוק יסוד: חופש העיסוק.**
2. האם התנאים של העתירה עומדים בתנאים של פסקת ההגבלה של חוק היסוד (סעיף 4)?
	1. (1) חוק - מתקיים כי השינוי נעשה באמצעות חוק.
	2. (2) ההולם את ערכיה של מדינת ישראל – מתקיים - כמעט תמיד ולא עולה לדיון, והנחת המוצא היא שחקיקת החוק לא פוגעת בערכיה של מדינת ישראל.
	3. (3) שנועד לתכלית ראויה - מתקיים, תכלית החוק- להגן על המשקיעים.
	4. (4) ובמידה שאינה עולה על הנדרש - אמר ביהמ"ש שהקביעה של 7 שנים כקו פרשת מים לעניין פטור ממבחני השקעות- אינה מידתית.
3. אילו מבחני משנה עפ"י ברק צריכים להתקיים עבור התנאי הרביעי בפסקת ההגבלה של חוק היסוד (סעיף 4) - ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
	1. **מבחן האמצעי המתאים והרציונלי**- צריך להיות קשר רציונאלי בין המטרה של החוק, לבין האמצעי שהחוק משתמש בו.
	2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**- צריך לבחור באמצעי שה"מחיר" שלו הוא הנמוך ביותר. במילים אחרות- צריך להשתמש באמצעי שיפגע כמה שפחות בזכות לחופש העיסוק, (במקרה של פס"ד יועצי ההשקעות -"צמצום נזקים").
	3. **מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר)**- גם אם בוחרים באמצעי הרציונלי, עם המחיר הנמוך ביותר, עדיין צריך לבחון האם המחיר של הפגיעה בחוק היסוד- הוא גבוה מידי ביחס למטרה (במילים אחרות: צריך לבצע בדיקת עלות תועלת).
4. אילו הצעות הוצעו ע"י בית המשפט ?
	1. ביהמ"ש כן מציע כיווני חשיבה אפשריים, שיכולים לעמוד במבחן ביהמ"ש בעתיד. הצעת בית המשפט – הורדת הרף מ-7 ל-5 שנים או קביעת רף מדורג - 7 פטור מלא, 5-7 שנים פטור חלקי ומתחת לזה חיוב מלא.
5. מדוע הציע בית המשפט אלטרנטיבות אחרות?
	1. בעיקר כדי למנוע הליך חוזר של חקיקה שתגיע בעתיד שוב למבחן ביהמ"ש, שייתכן שיפסול אותו שוב ושוב.
	2. מצד אחד זה לא תפקידו של בית המשפט אך מנגד זה לא הוגן לשלוח בלי המלצה איך ליישם.
6. מהו התקדים בפס"ד יועצי ההשקעות?
	1. **המקרה הראשון של פסילת סעיף מחקיקה ראשית ע"י ביהמ"ש**.
	2. הגנה על חוק יסוד שדן בזכויות אדם, באמצעות פסילת חוק. פעם ראשונה שפוסלים חוק שפוגע בזכות אדם.

### פס"ד צמח

סעיף 237(א) לחוק השיפוט הצבאי, מאפשר להביא חייל למעצר 96 שעות לפני הבאתו למשפט.

1. מה היו טענות העותרים?
	1. העותרים (אנשי הסנגוריה הצבאית) טוענים שהחוק פוגע **בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו**, ושהפגיעה בזכות לחירות בעקבות חוק השיפוט, היא לא מידתית.
2. איזה מבחן נפגע מהתנאי הרביעי בפסקת ההגבלה של חוק היסוד (סעיף 4) - ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
	1. לטענת העותרים שהמבחן המידתיות שנפגע הוא מבחן המידתיות השני (האמצעי שפגיעתו פחותה), יש לקצר את תקופת המעצר מ-96 שעות ל-48 שעות, ועדיין- מטרת החוק לא תיפגע, והזכות לחירות- תישמר.
3. מה היו הוראות החוק הקודמות למעצר של 96 שעות?
	1. לפי הוראות החוק הקודמות, הייתה אפשרות לעצור עד פרק זמן של שבוע.
4. מה היתה טענת בית המשפט לטענות העותרים?
	1. ביהמ"ש אמר שהוא **מוכן לדון בעתירה**, כי יכול להיות שעדיין ניתן לשפר את המצב עוד יותר ממה שכבר שופר.
5. מה היו טענות המדינה כנגד העותרים?
	1. טענת המדינה כנגד העותרים, שקיצור תקופת המעצר יפגע באפקט ההרתעתי שלה, שהוא- שמירה על נורמות של משמעת בצבא.
6. האם המדינה התנגדה לטענות העותרים לקיצור זמן המעצר?
	1. מדינה לא התנגדה עקרונית לקיצור תקופת מעצר, אך בכדי ליישם את הקיצור, המדינה צריכה זמן התארגנות ("תקופת מעבר"), ומשאבים (יותר קציני שיפוט, יותר רכבים לשנע עצירים, יותר כ"א, וכד').
7. מה השאלה שעמדה בפני השופטים?
	1. האם בזמן העתירה, יש להוריד את תקופת המעצר מ-96 שעות.
8. מה היתה עמדתו של השופט זמיר?
	1. עמדת השופט זמיר הייתה, שהשיקול של הכסף שהציגה המדינה- לא רלוונטי.
	2. אם ניתן למזער את הפגיעה בחיילים, והמדינה מסכימה לכך, אז הכסף לא מהווה שיקול.
	3. **הגנה על זכויות אדם, לדבריו, עולה כסף**. גם לגבי שיקול הזמן, אומר השופט שהוא לא מחכה לצבא. על הצבא להתיישר לפי הלו"ז שתקבע הפסיקה.
9. אילו טיעונים עלו בהכרעה?
	1. התוצאה היא שהוראת החוק המתקן (הקובע תקופת מעצר של 96 שעות) סותרת את הוראות חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, באופן לא מידתי, ולכן- החוק מבוטל.
10. מהי פסיקתו של בית המשפט?
	1. ביהמ"ש לא מציע כאן תקופת זמן חלופית שלדעתו ראויה בנסיבות העניין.
	2. זאת, מהסיבה שהמדינה בכתבי הטענות לא התנגדה לקיצור תקופת מעצר ל-48 שעות.
	3. מכאן, שהמדינה, לגישת ביהמ"ש, מסכימה שתקופת מעצר כזו היא סבירה.
	4. ביהמ"ש פוסל את החוק החל מ-6 חודשים מתאריך מתן פס"ד, בכדי לתת למדינה זמן להתארגן לשינויי החוק (הליך חקיקה, הכנת משאבים בצבא).
11. מהו החידוש בפס"ד צמח לעומת פס"ד מנהלי ההשקעות?
	1. בפרשת מנהלי ההשקעות, הדיון היה סביב חוק יסוד: חופש העיסוק, שהינו חוק יסוד משוריין. ההכרעה בפס"ד מנהלי השקעות -חוק היסוד- משוריין בהגדרתו-.
	2. בצמח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו משוריין, ולכן לכאורה אין לו שום מעמד מיוחד.
	3. **ביהמ"ש מבטל חוק בגלל שהוא סותר חוק יסוד, שלא משוריין בשריון פורמלי.**
12. כיצד האוביטר של פס"ד מזרחי, הפך לרציו במקרה של פס"ד צמח?
	1. ביהמ"ש בפס"ד מזרחי, בחלק האוביטר - גם לחוק יסוד שאין בו שריון פורמלי אלא רק שריון מהות י- יש עליונות משפטית על פני חוק רגיל, ולכן לא ניתן לסתור אותו אלא באמצעות חוק יסוד.
	2. בפס"ד צמח טענת בית המשפט היא האוביטר של פס"ד מזרחי (אוביטר במיזרחי-שלפיו כל חוקי יסוד (בין אם הוא משוריין בשריון מהותי או פורמלי, או כלל לא, מכאן ואילך נהנים מעליונות נורמטיבית – כלומר הינם חלק מהחוקה).
13. מה לא הזכיר השופט חשין בפס"ד?
	1. חשין שלא מצדד בכנסת כמייצרת חוקה, לא הזכיר בפס"ד **את אפשרות ההתגברות של הכנסת על השיריון המהותי ע"י חקיקה** והערה שזה על אף האמור בהוראות חוק היסוד.
	2. יש פה כבילה עצמית רגילה שניתנת להתגברות אבל חשין מתעלם.
	3. בכך הוא מצטרף לדעת הרוב בנושא הסמכות של הכנסת לכונן חוקה.

### פס"ד חרות

רשימת המועמדים "חרות" בראשות מיכאל קליינר, רצתה להתמודד בבחירות. הרשימה עשתה תשדיר בחירות, שכלל פזמון, שברקע שלו היו דגל ישראל שמשתנה לדגל פלשתין. המסר שהרשימה רצתה להעביר הוא, שבמידה והמדינה לא תעשה צעדים מסוימים, מדינת ישראל תהפוך למדינה פלשתינית. יו"ר וועדת הבחירות המרכזית דאז (השופט חשין), פסל את התשדיר. קליינר עותר לבג"צ כנגד ההחלטה של חשין.

1. מה היו טענותיו של חשין לפסילת התשדיר?
	1. חשין טוען שלבג"צ אין סמכות לדון בזה. טענתו מתבססת על סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת (*סעיף 137-כל קובלנה בקשר למעשה או למחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הועדה המרכזית;* ***שום בית משפט לא ייזקק לבקשת*** *סעד בקשר למעשה או למחדל כזה או בקשר להחלטה או להוראה של הועדה המרכזית, של יושב ראש הועדה וסגניו, של יושב ראש הועדה, של ועדה אזורית או של ועדת קלפי – חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת*.), לפיו אף ביהמ"ש לא יוכל לדון בענייני הבחירות לכנסת, מעבר לגורמים המוסמכים לכך בוועדה (אלא אם כן יש הוראת חוק מפורשת שמציינת שלביהמ"ש יש סמכות לדון בסוגיה מסוימת).
2. מדוע טענותיו של חשין בעיתית?
	1. הטענה של חשין בעייתית לאור סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, שמשמעותו היא שלביהמ"ש יש סמכות לדון בנושא, למרות האמור בחוק הבחירות לכנסת. בית דין גבוה לצדק יש סמכות על כל מה שזז למען סעד הצדק.
3. מהי הסתירה בין שני דברי החיקוק סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת וסעיף 15 לחוק יסוד השפיטה?
	1. חוק הבחירות לכנסת, לפיו הסמכות לדון בסוגיות של בחירות היא של וועדת הבחירות לכנסת בלבד (ללא התערבות ביהמ"ש), לבין חוק יסוד: השפיטה, שאומר שלביהמ"ש העליון יש סמכות להתערב בכל הסוגיות.
4. מהי פסיקתו של בית המשפט?
	1. ביהמ"ש נתן עליונות לחוק יסוד: השפיטה, על פני חוק רגיל - חוק הבחירות לכנסת.
5. מהו החידוש בפס"ד חירות?
	1. החידוש הוא שחוק היסוד לא משוריין כלל (לא בשריון פורמלי, ולא בשריון מהותי), ולמרות זאת, ביהמ"ש נותן לו עליונות.
6. מה ההבדל בין הפסיקות הקודמות לבין הפסיקה בפס"ד חרות?
	1. החידוש בפס"ד חירות הוא, שעד עכשיו דיברנו על עליונות של חוקי יסוד משוריינים (חוק יסוד: חופש העיסוק- משוריין פורמלית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משוריין מהותית), וכאן- **ביהמ"ש נתן עליונות ו"שיניים" לכל חוקי היסוד שאינם משוריינים כלל, על פני חוקים רגילים.**

## סיכום - פסקי דין בהם האוביטר הופך לרציו

1. מה ניתן להסיק מפס"ד מיזרחי, מנהלי ההשקעות, צמח וחירות?
	* כל חוקי היסוד (משוריינים ושאינם משוריינים) נהנים מעליונות.
2. כיצד המהלך הזה התחיל:
	* מאוביטר בפס"ד מזרחי - חוקי יסוד (בין אם הוא משוריין בשריון מהותי או פורמלי, או כלל לא), מכאן ואילך נהנים מעליונות נורמטיבית – כלומר הינם חלק מהחוקה.
	* פס"ד בפרשת מנהלי השקעות -**עליונות חוק יסוד שמשוריין פורמלית**,
	* פס"ד צמח - **עליונות חוק יסוד שמשוריין מהותית, ולא משוריין פורמלית**
	* פס"ד חרות -**עליונות חוקתית לכל חוק יסוד מתוקף היותו חוק יסוד, גם אם הוא לא משוריין.**
3. לאילו תחומים אין מעמד חוקתי בזכויות האדם ולא קיבלו מעמד עליון של חוקה, כי הן לא מעוגנות בחוקי יסוד?
	* חופש דת, חופש ביטוי, שוויון, וכד'.
4. היכן בכל זאת באים לידי ביטוי זכויות האדם כגון חופש דת, חופש ביטוי, שוויון, וכד'?
	* זכויות אלו אמנם הוכרו בפסיקה של ביהמ"ש העליון לאורך השנים (גם לפני 1992, וגם לאחר מכן).
5. מהו הדיון הדו שלבי בביטול חוק יסוד?
	* 1. האם יש פגיעה בזכות .
		2. האם הפגיעה מוצדקת – בודקים דרך סעיף 8 בחוק האדם וחירותו, סעיף 4 בחוק חופש העיסוק, בהם יש **פסקת הגבלה** – כוללת 4 תנאים מצטברים
			1. פגיעה בחוק או ע"י מכח הסמכה מפורשת.
			2. הלימה לערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית.
			3. לתכלית ראויה.
			4. פגיעה מידתית – 3 מבחני משנה :
				1. מתאים ורציונאלי
				2. בחירה באמצעי שמטרתו פחותה
				3. אמצעי מידתי.

# השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים

1. עם מה מתמודד בית המשפט?
	1. בית המשפט מתמודד עם בעיה של חוסר זכויות.
2. באילו תחומים של חוקי יסוד העביר רובינשטיין בחקיקה?
	1. רובינשטיין פירק את החבילה והעביר רק את מה שהיה קונצנזוס : חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק.
3. אילו זכויות יסוד לא נכללו בהצעתו של רובינשטיין?
	1. דת, שוויון, חופש הביטוי. אלא זכויות שיש להן הכרה בבית המשפט אך הן אינן מעוגנות בחוקה או חוק יסוד.
4. בהיעדר חוקי יסוד בנושא דת, שוויון וחופש הביטוי, מה ניסו השופטים לעשות?
	1. לאחר פס"ד מזרחי, השופטים ניסו להציע דרכים לקריאת הזכויות החסרות, לתוך חוקי היסוד הקיימים.
5. כיצד בא לידי ביטוי פרשנות בית המשפט לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בסעיף 1א'?
	1. כבוד האדם וחירותו, נחקק כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
		1. מכאן, שחוק היסוד הוא רק **אמצעי** כדי להגן על המטרה, והוא: ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
		2. ערך השוויון הוא ערך דמוקרטי. ולכן הערכים הדמוקרטים כולם (ולא רק כבוד האדם וחירותו) נכללים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה בשוויון משמעה גם פגיעה בכבוד.
	2. כבוד האדם מעוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. יש לתפוס את ערך "כבוד האדם" במובן הרחב, כך שייכללו בו ערכים נוספים (לדוגמא: שוויון). טענה זו אומרת שכבוד האדם **אינה מצטמצמת רק לערך של כבוד**, אלא יש לתפוס אותה במובנה הרחב, ולכן יש לכלול בה ערכים נוספים, כמו חופש דת, ביטוי, שוויון וכד'.
	3. סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אומר שעקרונות החוק יכובדו "ברוח עקרונות שבהכרזה על מדינת ישראל". אם עקרונות מגילת העצמאות נכללת בחוק יסוד, הרי שגם הערכים המוזכרים בה- מהווים חוק יסוד.
6. **איזו טכניקה מקובלת ע"י השופטים להכללה בזכויות נוספות בחוקי יסוד ?**
	1. הטכניקה הפרשנית המקובלת להכללת זכויות נוספות בחוקי יסוד היא טכניקה סעיף ב' לעיל (כבוד האדם מעוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד...)

# טענות נגד להשלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים

## טענות נגד ספציפיות

1. למה נועדה **פסקת המטרה** ( כבוד האדם וחירותו)?
	1. לא נועדה לקבוע נורמות משפטיות, אלא לכל היותר לשמש כלי לפרשנות הוראה מההוראות המהותיות, אם תימצא סתומה או דו משמעית.
2. אם פסקת המטרה משמת מקור לכל הזכויות, מדוע בחר המחוקק לפרט זכויות ספציפיות ולא פירט את כולן על פי אהרון ברק?
	1. כוונת המחוקק הייתה שהזכות לכבוד לא תתייחס לכל זכויות האדם הקיימות.
	2. הטענה היא שלא סתם כתבו את המושגים האלו, אלא בפירוט מוטיבים המבטאים כבוד.
	3. לכן המונח כבוד כאן מתייחס למשהו ספציפי, ולא לכל חוקי היסוד.
3. מהי התיזה המקובלת של ברק לפירוש המונח כבוד האדם אשר בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו?
	1. **מונח כבוד האדם מופיע בסעיפים 2 ו-4** צריך להתפרש באופן צר (עינויים, שם טוב, כבוד המת, חדירה לגוף ללא הסכמה).
	2. זהו הפירוש הלשוני הטבעי, המתאים להיסטוריה החקיקתית.
4. מהי שיטת הפרשנות **האורג'ינליסטית**?
	1. לפי שיטת הפרשנות האורג'ינליסטית – הפרשנות צריכה לעלות בקנה אחד עם הכוונה המקורית של מי שניסח את החוק, מה המשמעות המקורית של המונח בשעה שהשתמשו בו
5. באיזה הקשר מושג הזכות לכבוד הובן כאשר נחקק?
	1. הטענה היא שכאשר בשנת 1992 השתמשו במונח 'הזכות לכבוד' – כללו אותו בתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומכאן יש להניח שהמושג הזה הובן כפי שהיה מקובל להבין אותו – **בהקשר המשפטי.**
6. מהי עמדתו של בית המשפט לפני 1992 בנוגע לפגיעה בכבוד האדם?
	1. בפסקי דין של בית המשפט העליון מלפני שנת 1992 ההתייחסות למובן של פגיעה בכבוד באותם מקרים היה המובן המצומצם-> השפלה. ולא במובן המרחיב שכולל בתוכו זכויות נוספות.
7. מהם הטענות הספציפיות בנוגע לפרשנות על פי עקרונות ההכרזה של מדינת ישראל?
	1. הטענה: **שגם לפסקה זו תפקיד פרשני בלבד**. הפרשנות היא לאור עקרונות ההכרזה, **לא כל מה שנמצא בהכרזה נמצא בפנים**. ולכן אי אפשר להשתמש בפסקת עקרונות היסוד ובאמצעותה להסדיר את כל הזכויות שלא נמצאות בחוקי היסוד.

## טענות נגד עקרוניות (כלליות)

1. בטענות הנגד להשלמה השיפוטית של חלקי החוקה כיצד מפספסים את כוונת המחוקק?
	1. החוקים האלו עברו לאחר שהוצעו 4 הצעות חוק, והתקבלו רק 2.
	2. כלומר, בהכרח **נשמטו זכויות יסוד מהחוקים**, ואם נפרש אותם בפרשנות מרחיבה ומכלילה של כלל חוקי היסוד, אנחנו מפספסים את כוונת המחוקק.
2. כיצד פרשנותו המרחיבה של בית המשפט עשוי דווקא לפגוע בו?
	1. ככל שביהמ"ש לא יכבד את כוונת המחוקק ויפרש את החוק בפרשנות מרחיבה, זה עשוי דווקא לפגוע בביהמ"ש, כי **הכנסת תגיד לעצמה שאם ביהמ"ש מפרש את החוקים שלו באופן לא נכון- עדיף שלא נחוקק חוקים**.
3. מדוע יש מתנגדים לפרשנות האוריג'נליסטית?
	1. אחד הנימוקים שבשלם יש מתנגדים לפרשנות האוריג'נליסטית הוא שקשה מאוד לדעת מה באמת היתה כוונת המחוקק בשעת כתיבת החוק.
4. מדוע אין להתעלם מכוונתו המקורית של המחוקק?
	1. אין להתעלם מהכוונה המקורית, כי **הטיעונים העיקריים נגד גישת הכוונה המקורית אינם תקפים**. כאן ניתן לזהות **כוונה סובייקטיבית ואין קושי לבצע בדיקה היסטורית של הכוונה המקורית.**
5. מהי כוונתו של השופט לנדוי בפרשת ברגמן **"בית המשפט העליון הכניס דרך החלון מה שהכנסת הוציאה דרך הדלת הראשית**"...?
	1. יש להתחשב בכוונת המחוקק ובעובדה שהכנסת בחרה לנקוט באסטרטגיית האטומיזציה ("שיטת הסלמי" – חלוקת הזכויות לחוקים נפרדים). בהכרח נשמטו זכויות יסוד מהחוקים, ואם נפרש אותם בפרשנות מרחיבה ומכלילה של כלל חוקי היסוד, אנחנו מפספסים את כוונת המחוקק.

## השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים- דוגמאות בפסיקה

1. איזו גישה אימץ בית המשפט בפסיקותיו?
	1. ביהמ"ש בפסיקותיו קיבל את הפרשנות המרחיבה של מושג הכבוד בחוקי היסוד, והכליל זכויות אדם נוספות בתוך חוקי היסוד.

### פס"ד רסלר נגד הכנסת- ביטול חוק בעקבות הפגיעה בחוק השוויון

#### חוק טל

חוק טל (2002) רצתה להסדיר את הגיוס של בני ישיבות חרדים. הוא קבע שתלמיד ילמד 4 שנים בישיבה כ"תורתו אומנותו", ולאחר מכן יחליט מה לעשות בהמשך חייו, כאשר הברירות תהיינה: או להתגייס, או להישאר בישיבה ולקבל פטור. תוקף החוק נקבע ל-5 שנים והכנסת יכולה להאריך אותו ב-5 שנים נוספות.

### עתירה נגד החוק- סיבוב ראשון

#### 2005 עתירה – זאת פגיעה בזכות השוויון. ביהמ"ש קבע שיש פה פגיעה בזכות לשוויון.

1. מה היו טענות העותרים?
	1. העותרים טענו חוק דחיית השירות פוגע בזכות לשוויון ושהפגיעה איננה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולכן החוק איננו חוקתי.
2. מה היה צריך לקבוע בית המשפט?
	1. בית המשפט היה צריך לקבוע **האם הזכות לשוויון נכללת בחוק היסוד**, כדי שאפשר יהיה לתקוף באמצעותה חקיקה ראשית, וכמו כן האם קיימת פגיעה בזכות זו.
3. כיצד בדק בית המשפט את העתירה כנגד החוק?
	* 1. **האם הזכות לשוויון נכללת בחוק לשיווין** - **ביהמ"ש קבע שאכן יש פה פגיעה בזכות לשוויון**. רוב השופטים קבעו כי הזכות לשוויון נכללת בזכות החוקתית לכבוד האדם המנויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי הסדרי החוק פוגעים בזכות זו, בהפלותם בין מי שמשרת בצבא עפ"י הכללים הרגילים לבין תלמידי הישיבות, הזכאים לפטור ולדחייה.
		2. האם הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה:
			1. הפגיעה היא בחוק.
			2. הפגיעה עומדת בהלימה לערכי המדינה (בד"כ לא מתייחסים לשאלה הזאת).
			3. האם יש תכלית ראויה? הנשיא ברק, קבע כי ב**יסוד חוק דחיית השירות מונחות מספר תכליות ראויות ובכלל זה**: תמיכה בלימודים תורניים, מתוך הכרה בחשיבותם של לימודים אלה ובייחודיות החברה החרדית, והגברת השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחברה הישראלית, בהשוואה למצב הקיים שבו רוב החרדים אינם משרתים בצה"ל כלל.
			4. במבחן המידתיות - ביהמ"ש ציין שהעובדה ש-3 שנים לאחר כניסת החוק לתוקף, במבחן התוצאה עדיין לא רואים עליה של צעירים מתגייסים, מעידה שאין בהכרח קשר בין מטרת החוק (**צמצום הפגיעה בשוויון**) לבין האמצעי שניסו ליישם בפועל. למרות כל זה, מאחר והחוק נחקק כהוראת שעה ל-5 שנים ועברו רק 3, לדעת ברק יש לתת לתקופת הניסיון לעבור, ולבחון ממצאים. אך ברק נתן לביהמ"ש את האפשרות לפסול את החוק בעתיד, במידה ובמבחן התוצאה עדיין לא יתגלה שיפור משמעותי בנתוני גיוס חרדים. אם יש קשר אמצעי מטרה היה צריך לראות יותר חרדים מתגייסים עם זאת ברק נותן לחוק פרק זמן להטמיע את השינוי ולצמצם את פערי חוסר השוויון שקיימים בפועל (כרטיס צהוב).
4. כיצד חוק טל נראה כאילו הוא פוגע בשיווין מטרתו היא הגברת השוויון?
	1. חשיבות לימוד תורה, הכרה בייחודיות החברה החרדית, ומעבר לזה- בעוד שהחוק נראה כאילו הוא פוגע בשוויון, **באמת המטרה שלו היא הגברת השוויון** לעומת מצב שבו רוב החרדים בכלל לא משרתים בצה"ל.
5. מהו אחד המבחנים לקביעת מידתיות וכיצד בא לידי ביטוי בחוק טל?
	1. עוד קבע ביהמ"ש, שהפגיעה בשוויון שנוצרת כתוצאה מהחוק אינה בהכרח מידתית (נחדד שביהמ"ש לא אמר שהחוק לא מידתי, אלא הוא הטיל ספק במידתיות שלו). **נזכיר שאחד המבחנים לקביעת מידתיות של חוק היא**- האם יש קשר רציונלי בין תכלית החוק, לבין האמצעי שבחרו להשתמש בו בחוק על מנת ליישם את תכליתו.

### עתירה נגד החוק- סיבוב שני (2009)

1. האם הכנסת רצתה להאריך את חוק טל?
	1. הכנסת רצתה להאריך את תוקף תחולת החוק ל-5 שנים (מ-2007 ל-2012).
2. מתי נעשתה עתירה נוספת כנגד הארכת החוק?
	1. בחודש 9/2009 נעשתה עתירה נוספת לביהמ"ש העליון נגד הארכת החוק.
3. מה היתה עמדתו של בית המשפט נגד הארכת החוק?
	1. ביהמ"ש אומר פעם נוסף אמירה דומה לזו של **ברק בפס"ד בסיבוב הראשון**. ביהמ"ש נ**תן ארכה של שנה ורבע להגיש ממצאים שתומכים בקשר בין מטרת החוק לאמצעים**. ביהמ"ש הביע מורת רוח מהאיטיות ביישום החוק.

### עתירה נגד החוק- סיבוב שלישי

1. מהי פסיקת בית המשפט בעתירה נגד החוק בפעם השלישית?
	1. בחודש 2/2012 פסל ביהמ"ש את החוק בדעת רוב (6 נגד 3) לאחר שנתוני הגיוס נשארו אותו דבר.
	2. מאחר ותחולת החוק הייתה עד חודש 8/2012, ביהמ"ש קבע שהוא לא יתחדש מעצמו.
2. כיצד האוביטר הפך לרציו בפסיקה השלישית כנגד חוק טל?
	1. **ביהמ"ש פוסל חוק** בגלל שהוא פוגע בזכות לשוויון, שהוצאה מחוק כבוד האדם וחירותו, ולמעשה **קורא וכורך את חוקי היסוד באופן מרחיב**, כך שהוא **מכליל בתוכו זכויות אדם את הזכות לשוויון שאינן מוזכרות בו באופן מפורש**. שוב האוביטר הופך לרציו.
3. מה היו טענות בית המשפט בפסילת את החוק?
	1. שופטי הרוב, בראשותה של הנשיאה בייניש, **קבעו כי מן הנתונים שהוצגו בפני בית המשפט לא ניתן לבסס קשר בין האמצעים שקבועים בחוק לבין המטרה המוצהרת של הגברת השוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי בחרה,** ומכיוון שכך, לא ניתן להצדיק את הפגיעה בשוויון הגלומה בהסדרי החוק.
4. מה היו עמדותיהם (בדעת מיעוט) של השופטת ארבל ושל השופט ריבלין?
	1. השופטת ארבל, סברה בדעת מיעוט, שאליה הצטרף השופט ריבלין, **כי יש לתת למופקדים על יישומו של החוק ארכה נוספת להוכחת הקשר האמור**. ארבל גם הצביעה על כך שכבר בנתונים הנוכחיים יש ראיה לשינוי מגמה בכיוון הרצוי.
5. מהי עמדתו של השופט גרוניס?
	1. השופט גרוניס (בדעת מיעוט), בדעת מיעוט נוספת, חזר על עמדתו מפסיקות קודמות לפיה לאור העובדה **שחוק דחיית השירות התקבל בתהליך דמוקרטי מלא**, בהסכמת חברי קבוצת הרוב החילוני במדינה, אין מקום להתערבות בג"ץ.
	2. גרוניס הוסיף עוד שלדעתו "**ההתעסקות החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, בוודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט**.

### פס"ד חסן נגד הביטוח הלאומי- ביטול חוק בשל הפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד

נעשתה עתירה נגד סעיף רכב, בטענה שאם לבנאדם יש רכב ליד הבית, הוא למעשה לא יוכל להוכיח שאין לו הכנסה. בכך, נעשית **פגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד** כי המדינה לא תשלם לו קצבה בעקבות הימצאות רכב בקרבתו. לטענתם זו פגיעה בזכות המינימאלית לכבוד.

1. מהן זכויות אזרחיות ופוליטיות המוגדרות במשפט?
	1. חופש דת, חופש ביטוי, חופש תנועה
2. מהן זכויות חברתיות המוגדרות במשפט?
	1. זכות לדיור, זכות לחינוך, זכות לבריאות.
3. האם הזכויות החברתיות נהנות ממעמד חוקתי?
	1. ברוב החוקות בעולם הזכויות החברתיות לא מופיעות, ולכן אינן נהנות ממעמד חוקתי. גם בחוקי היסוד שלנו בישראל הזכויות הללו לא מוזכרות.
4. מהו חוק הבטחת הכנסה?
	1. מבטיח קצבת הכנסה למי שהכנסתו לא מגיעה לרף מסוים.
5. מהי **עמדת המדינה** לגבי חוק הבטחת ההכנסה בנוגע למי שיש לו רכב?
	1. החוק קבע שאם לאזרח יש רכב, הנחת המוצא היא ("**חזקה חלוטה**") שהוא לא עובר את מבחן ההכנסה הנמוכה, והוא לא יוכל לקבל קצבה.
6. מה היו טענות העותרים?
	1. נעשתה עתירה נגד סעיף רכב, בטענה שאם לבנאדם יש רכב ליד הבית, **הוא למעשה לא יוכל להוכיח שאין לו הכנסה**. בכך, **נעשית פגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד כי המדינה לא תשלם לו קצבה בעקבות הימצאות רכב בקרבתו**. לטענתם זו פגיעה בזכות המינימאלית לכבוד.
7. **מהי עמדת המדינה בפס"ד חסן** ?
	1. סעיף הרכב נותן אמירה חברתית/כלכלית טהורה, בלי אמירה מפורשת לגבי זכותו של אדם לחיות בכבוד.
	2. **מדובר בזכות חברתית**. לגבי זכויות חברתיות יש **לרסן יותר את מידת הביקורת השיפוטית.**
8. כיצד על פי המדינה בבית המשפט תרוסן הביקורת השיפוטית כאשר בוחנים את הזכות החברתית?
	1. הביקורת תרוסן בכך שכאשר בוחנים את הזכות החברתית, **לא נתמודד באמצעות מבחן המידתיות (3 המבחנים)** אלא רק להפעיל את מבחן הקשר (אמצעי-מטרה), ולא בשאר מבחני המידתיות (יש לצמצם את מבחן המידתיות למבחן המשנה הראשון הבוחן אם קיים קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה).
9. מהי עמדת המדינה כאשר בוחנים את הזכות החברתית בנוגע למבחנים של פסקת ההגבלה?
	1. אם עוברים לפסקת ההגבלה, מאחר ומדובר פה בזכות חברתית ולא פוליטית- המבחנים של פסקת ההגבלה צריכים להיות פחות פולשניים ומחמירים (היקף ההתערבות של הכנסת מצומצם יותר).
	2. **מבחני המידתיות** (1.קשר בין האמצעי שנבחר לבין המטרה; 2. המבחן שאומר שמבין כל האמצעים שנבחרו לתכלית יש לבחור את זה שפוגע בזכות הכי פחות; 3.מבחן ששם על כפות המאזניים את התועלת לעומת הפגיעה, ובוחן האם התועלת עולה על הנזק) **צריכים להיות אך ורק בפגיעה בזכות אזרחית או פוליטית.**
10. מהי עמדת המדינה בנוגע לשאלה שיש לשאול כאשר בית המשפט פועל בביקורת שיפוטית מרוסנת?
	1. בביקורת שיפוטית מרוסנת, השאלה שצריכה להישאל בעניין החוק היא - **האם יש קשר בין הימצאות רכב של אזרח ליד ביתו, או לא**. ברור שהתשובה על כך היא - חיובית, ולכן החוק חוקתי, ולא צריך להיפסל.
	2. אם יש לאדם מאיפה לשלם על אחזקת רכב, יש יסוד להניח שיש לו יותר כסף ממה שהוא טוען ולכן החוק אינו צריך להיפסל.
11. מהי עמדת ביהמ"ש מול עמדת המדינה?
	1. יש כאן פגיעה בזכות המינימאלית בכבוד.
	2. **בית המשפט יבחן עפ"י מבחן המידתיות המלא**.
	3. אין הבדל בין זכות פוליטית לזכות חברתית.
	4. הסעיף אינו עומד במבחן המידתיות השני, לפיו יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות פחותה. **על המחוקק היה לנקוט באמצעי פחות חמור על מנת לבצע מבחן הכנסה**. העובדה שלבנאדם יש רכב ליד הבית, לא **יוצרת בהכרח חזקה חלוטה שיש לו הכנסה גבוהה ושוללת לגמרי את הזכות מהאזרח ע"י השלכה**. על המחוקק היה לכל הפחות לתת לאזרח את האפשרות לאזרח להוכיח שאין לו הכנסה גבוהה.
12. מהו החידוש בפס"ד חסן נגד הביטוח הלאומי?
	1. החידוש בפס"ד הוא שקורה מקרה ראשון **שביהמ"ש פוסל חקיקה ראשית**, בגלל שהיא פוגעת, ללא הצדקה, בזכות חברתית.
	2. זכות חברתית לא רק שלא מופיעה בחוקי היסוד של מדינת ישראל, אלא גם בחוקות אחרות של מדינות אחרות.
	3. בנוסף, זכויות אלו נתפסות כ"חלשות" יותר, בסטאטוס נמוך יותר ועדיין, **בזה שביהמ"ש הגן עליה, יש חידוש גדול.**
13. מדוע קיימת הכללה של זכויות חברתיות בחוקה?
	1. אחד הטיעונים המרכזיים כנגד הכללה של זכויות חברתיות בחוקה היא כלכלית. בסופו של דבר המדינה היא סוציאלית ויש תקציבים לטובת זכויות חברתיות, אבל התקציב מוגבל ועל הכנסת להחליט כיצד לחלק אותו.

# ביקורת שיפוטית הליכית

1. **מהי ביקורת שיפוטית מהותית /תכנית**?
	1. עד עכשיו כשבית המשפט **פסל סעיף בחוק**, הוא עשה זאת לאחר **שבחן סעיף בחוק ואת פסקת ההגבלה. פגמים בתוכן החוק**.
2. **מהי ביקורת שיפוטית הליכית**?
	1. בית המשפט בוחן את **ההליך שבו התקבל החוק וקובע אם ההליך סותר עקרונות יסוד הליכיים**. פגמים בהליך קבלת החוק.

## פרשת ארגון מגדלי העופות

בפרשות קודמות נקבע באמרת אגב (אוביטר) שביהמ"ש מוסמך לפסול חוק במידה ובהליך החקיקה הופרה אחת מהוראות תקנות הכנסת. החוק אינו נחקק כראוי. הוא לא עמד בדרישות חקיקת החוק. לא רק אם יש הפרה של תקנון הכנסת, אלא גם עקרונות בלתי כתובים.

1. כיצד בית המשפט בפרשת ארגון מגדלי העופות הרחיק לכת בפסילת חוק?
	1. בפרשת ארגון מגדלי העופות ביהמ"ש הרחיק לכת, ואמר שביהמ"ש יכול לפסול חוק לא רק אם הוא מפר את תקנון הכנסת, אלא יש עוד כמה עקרונות בלתי כתובים שאם הליך החקיקה לא יעלה איתם בקנה אחד- זה עשוי להביא לפסילת החוק.
	2. בית המשפט סבור שיש לו **אפשרות לפסול הליך גם סביב עקרונות לא רשמיים וכתובים, הוא מחליט מהם העקרונות הלא כתובים**. בעצם יש פה כוונה להבטיח שהליך קבלת ההחלטה הוא תקין ודמוקרטי.
2. מהן "חוקי סל"?
	1. "חוקי סל"- חוקים המורכבים ממכלול של נושאים, ומשמשים "אמצעי סל" לביצוע חקיקה ותיקוני חקיקה בתחומים רבים ומגוונים.
3. תן דוגמא לחוק סל?
	1. **חוק ההסדרים**. זה חוק שמתייחס בעיקר להיבטים והשלכות כלכליות של חוקים ותיקוני חקיקה, שנובעים מאישור תקציב המדינה.
4. מה הבעייתיות של חוק ההסדרים במתכונתו הנוכחית?
	1. עם הזמן, בגלל הקלות והבהילות שבהעברת החוק, נוספו לו תיקונים שאינם קשורים להשלכות כלכליות של חוקים, אלא לתיקונים חקיקתיים "רגילים".
	2. משרד האוצר מרכז את ההסדרים הנדרשים, ועדת הכספים דנה כועדה אחת ובלעדית כך שהמנגנון יעיל ומהיר יותר. כך זה הופך לפלטפורמה נוחה ל"טרמפים" ואפילו להסתרות.
5. מה היו טענות העותרים?
	1. העותרים טענו שהתקיימו כאן פגמים בהליך חקיקה וכל העניין יצא משליטה.
6. מהן טענות בית המשפט?
	1. הוא יכול לפסול חוקים בגין פגם בהליך חקיקה, אך זה יקרה רק אם יתברר שהייתה פגיעה קשה בעקרון יסוד בהליך הפרלמנטרי החוקתי.
7. אילו פגיעות עלולות להיות קיימות בהליך החקיקה במשטר הפרלמנטרי - חוקתי?
	1. עיקרון הכרעת הרוב
	2. עיקרון שוויון פורמלי
	3. עיקרון הפומביות
	4. עיקרון ההשתתפות (לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך חקיקה- הן להשתתף בהצבעות עצמן, אך גם להשתתף במובן הרחב יותר שיהיה לו זמן ואפשרות לגבש דעה).
8. מהי פסיקת בית המשפט בפרשת מגדלי העופות?
	1. במקרה של פרשת מגדלי העופות, החוק בסופו של דבר לא נפסל.
9. האם נפסלו חוקים בשל פגמים בהליך החקיקה?
	1. גם 13 שנים לאחר פרשת מגדלי העופות, **לא נפסלו חוקים בעקבות פגמים בהליך חקיקה**. נעשו נסיונות אך ביהמ"ש דחה עתירות שהוגשו לפסילת חוקים בגין סיבה כזו. רוב הטענות היו שלא התקבלו כל תנאי המינימום לפסילה.

## דוגמאות בפסיקה – פגמים בחקיקה

### בג"צ ארדן נגד וועדת הכספים

יו"ר וועדת הכספים ביצע מניפולציה בסדרי הדין ובמועדי הדיון של הוועדה, כדי למנוע מחברי הוועדה המתנגדים להצבעה להיות נוכחים בה.

1. מה טען יו"ר וועדת הכספים?
	1. יו"ר הוועדה טען שמדובר בהליך לגיטימי כחלק מהליך חקיקה.
2. מה היו טענות העותרים?
	1. נעשתה עתירה כנגד **החוק בטענה שנפל פגם בהליך החקיקה**.
3. איזה עיקרון נפגע על פי העותרים?
	1. נפגע פה עיקרון ההשתתפות.
4. מה קובעת השופטת בייניש התנאי להתערבות שיפוטית?
5. השופטת בייניש קובעת כי תנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הינו פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי.
6. מהי פסיקתו של בית המשפט?
	1. ביהמ"ש לא פסל את החוק.
7. מהי עמדתו של ברק בפס"ד?
	1. ברק טוען שהכנסת פועלת כמחוקק בשלבי החקיקה, **בית המשפט מרסן** את עצמו מלהתערב. **למרות שיש פה עילה להתערבות.**

### בג"צ קווטינסקי

שר האוצר כחלון רצה להטיל מס על ריבוי דירות, במטרה להוריד את מחירי הדירות.

1. מדוע פסל בית המשפט את החוק שהציע כחלון?
	1. ביהמ"ש פסל את החוק במיעוט (1 נגד 4), **בשל אי עמידתו בעיקרון חוק ההשתתפות** (בין הקריאה הראשונה לקריאה השנייה והשלישית נעשו פגמים בהשתתפות ח"כים בהליך הצבעה).
2. מה הייחוד בפסיקה זו?
	1. מדובר בפעם הראשונה שחוק נפסל בנימוק של פגמים בהליך חקיקה (הכוונה שנעשתה אי עמידה בעיקרון ההשתתפות).
3. אלו מבחנים מפרשת מגדלי העופות יש לבצע לצורך בדיקת עיקרון ההשתתפות (פסיקת בינייש)?
	1. חוסר מודעות להבנת החוק
	2. חוסר זמן לגיבוש עמדה
4. מהי דעתו של השופט סולברג לגבי המבחנים של בדיקת עיקרון ההשתתפות?
	1. חוסר מודעות להבנת החוק -לדעת סולברג, נראה שלא סביר שח"כ לא יהיה מודע להצבעתו.
	2. חוסר זמן לגיבוש עמדה - לדעת סולברג- זה המבחן העיקרי לבדיקת עיקרון ההשתתפות.
5. מהו אופן בדיקת עיקרון ההשתתפות?
	1. משך הדיון, והאם היה מידתי ביחס להצעת החוק.
	2. מידת ההשפעה של הדיון על הצעת החוק/תוכן החוק/נוסח החוק.
	3. תשתית עובדתית שצורפה לחוק (נתונים מקדימים שעליהם החוק התבסס).
	4. פרק הזמן שעובר מאז שמעבירים את נוסח החוק לחברי הכנסת, עד להצבעה.
6. מהי טענותיו של השופט סולברג בנוגע בהליך החקיקה של החוק?
	1. סולברג אומר שנעשו פגמים בהליך החקיקה של החוק.
	2. בדיון בוועדה בין הקריאה הראשונה לבין הקריאה השנייה והשלישית.
	3. לכן, סולברג לא ביטל את הליך החקיקה כולו, אלא רק את הליך הקריאה השנייה והשלישית, כי שם נפל הפגם.
7. מה היתה עמדת המיעוט של השופט מזוז ?
	1. רק במקרים קיצוניים וחריגים יש לפסול חוק בגין פגיעה בעקרונות בלתי כתובים. המקרה הנדון, **אינו מהווה מקרה חריג וקיצוני** שבו נפגעו באופן קשה וניכר עקרונות יסוד של הליך החקיקה ולכן אין לפסול אותו.
	2. מזוז מוסיף **ואומר, שהביקורת השיפוטית צריכה להיות מרוסנת יותר**.
8. מדוע הפך סולברג לאקטיביסטי בפסילת חוק זה?
	1. סולברג יותר שמרני ומזוז יותר אקטיביסטי.
	2. סולברג במקרה הזה הופך להיות אקטיביסטי ובפעם הראשונה נכנס לפסילה סביב עקרון בלתי כתוב.
	3. הכוונה של סולברג כשמרני, היא לחזק את הכנסת ושיעשו את ההליך כמו שצריך. לצד זה הוא פתח את הפתח לראשונה.
9. מה הכוונה כשבהמ"ש בוחן **נורמות מוסדיות – דיוניות**?
	1. הכוונה לכללי המשחק של הליך החקיקה וההליך הפוליטי.
10. מה הבדל בפרשנות של ביהמ"ש בין בחינת זכויות אדם לבין בחינת נורמות מוסדיות?
	1. בחינת זכויות אדם -מחייב פרשנות.
	2. בחינת נורמות מוסדיות - פחות מקום לפרשנות (כי אלה כללי המשחק הדמוקרטי, הכללים שם חייבים להיות ברורים ואין בהם מקום לאיזונים).
11. כיצד ביהמ"ש צריך לפעול לנהוג בביקורת שיפוטית בבחינת נורמות מוסדיות – דיוניות?
	1. ביהמ"ש צריך לנהוג באופן מרוסן ומצומצם יותר. זאת בניגוד לביקורת שיפוטית של זכויות אדם.

# איך מזהים אירוע חוקה?

## פס"ד בנק מזרחי

### שמגר

1. בעקבות החלטת הררי מהו מעמדם של חוקי יסוד?
	1. בעקבות החלטת הררי, המוסכמה שהתגבשה היא שאם קוראים לדבר חקיקה "חוק יסוד", סימן שזה חלק מהחוקה.
2. מהי עמדתו של שמגר בפס"ד מזרחי לגבי חוקים שאינם מוגדרים כחוקי יסוד? האם הם יחשבו לחוקה? כגון : מה המעמד, לדוגמא, של חוק השבות? או חוק שוויון זכויות האישה?
	1. שמגר לא עונה על שאלה זו בפס"ד מזרחי.
3. מה הייחוד של חוק השבות? או חוק שוויון זכויות האישה?
	1. שניהם עם אופי חוקת יסוד מובהק אבל אינם מוגדרים חוקי יסוד.

### ברק

1. מהי עמדתו של ברק בנוגע לחוקים שאינם מוגדרים כחוקי יסוד?
	1. המדד לדעת האם חוק הוא חוקתי או רגיל, הוא האם חוק מוגדר כ"חוק יסוד" (בדומה לשמגר).
2. אילו 2 שאלות נוספות ברק מציף בנוגע למעמדם של חוקים?
	1. מה היה מעמד חקיקה שנחקקה לפני החלטת הררי? לפני החלטת הררי לא היו חוקי יסוד (כי רק מהחלטת הררי התחיל כל המהלך החוקתי), ואם כן- מה מעמדם? ברק משאיר שאלה זו ב"צריך עיון".
	2. מה יהיה דינו של דבר חוק, שיקראו לו "חוק יסוד", רק כדי לתת לו כח ומעמד, אבל באמת- הוא לא צריך להיות חוק יסוד? האם ייתכן שייעשה בעתיד שימוש לרעה במושג "חוק יסוד"? גם בשאלה זו, ברק נשאר ב"צריך עיון".

## בג"צ בר און נגד כנסת ישראל

ברירת המחדל לפי חוק יסוד: תקציב המדינה, היא שתקציב המדינה נקבע באופן חד שנתי. בשנים 2010-2011, וכן בין השנים 2011-2012, נחקקה הוראת שעה, להחרגה מהחוק הכללי, שקובעת שתקציב המדינה ייקבע באופן דו שנתי. חוק תקציב משק המדינה הוא חד שנתי ואם לא רוצים לגעת בו באופן קבוע מבצעים הוראת שעה חד פעמית. אבל לא מדובר בפעם ראשונה כי זה נעשה כבר בשנת 2009-2010.

1. לאיזה שאלה המקרה מתייחס שהעלה ברק בפס"ד מזרחי?
	1. המקרה מתייחס לשאלה 2 שהעלה ברק בפס"ד מזרחי.
2. אילו שאלות עולות בעקבות שאלותיו של ברק בפס"ד מזרחי?
3. **האם חוק הוראת השעה הוא חוק יסוד**?
	1. האם המבחן לזיהוי חוק כחוקתי- הוא מבחן צורני (כינוי בשם "חוק יסוד")
	2. או מהותי/תוכני
	3. או שילוב של שני המבחנים?
	4. האם השימוש בהוראת שעה פוגם בתוקפו או במעמדו של חוק היסוד בהיותו כזה? האם ניתן לחוקק חוק יסוד שהוא הוראת שעה?
4. מה היו טענות העותרים?
	1. העותרים תוקפים עוד את העובדה שחוק היסוד תוקן בדרך של הוראת שעה.
	2. הניסיון לחוקק חוק יסוד בהוראת שעה עומד בסתירה ברורה לפסיקת בית משפט זה, לפיה חוקי היסוד הם חוקים בעלי אופי "נצחי" שנועדו לשמש פרקים בחוקתה העתידית של מדינת ישראל.
	3. חוקי היסוד אינם יכולים להיות חוקים זמניים, הנחקקים אד הוק, מתוך מטרה לשרת צרכים פוליטיים ארעיים של רוב נתון בזמן נתון.
	4. חוק יסוד הוראת השעה אינו ראוי להיחשב חוק יסוד - הן על פי המבחן הצורני והן על פי המבחן המהותי.
5. מהו המבחן הצורני?
	1. אם חוקק כתיקון לחוק יסוד, הרי שצורנית מדובר בהפעלת הסמכות המכוננת של הכנסת וההוראה תיחשב כחלק אינטגראלי של חוק היסוד.
6. מהו המבחן המהותי?
	1. הכללת המילים "חוק יסוד" בכותרת החוק יהוו תנאי ראשוני, להכרה בחוק כחוק יסוד.
7. מהו המבחן המשולב?
	1. השאלה היא האם חוק כזה שמחוקקת הכנסת הוא חוק יסוד? האם הוא חלק מהחוק? האם ירדו פה לסמכות המכוננת של הכנסת? האם יש פה מקום להתערבות בית המשפט?
8. במה מסייע להתגבר המבחן המשולב?
	1. המבחן המשולב מסייע להתגבר על הקושי הצורני (שימוש לרעה בכלי). והוא מוודא שלא ייעשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" לשריון הסדרים שאינם מתאימים מבחינת תוכנם להיות חלק מחוקת המדינה.
9. מה פסקה השופטת בייניש?
	1. בייניש קבעה **שחוק הוראת שעה הוא חוק יסוד**.
10. מה קורה כאשר הכנסת חוזרת על הוראת השעה והדיון מגיע לבית המשפט?
	1. בעתיד שממשלת ישראל מביאה את זה בפעם החמישית בית המשפט מונע זאת ממנה בטענה שאם הנושא יגיע שוב לבית המשפט – החוק יפסל.
	2. אם הכנסת רוצה שהתקציב יהיה דו שנתי – שתשנה את חוק היסוד המקורי לדו שנתי ולא באמצעות הוראת שעה.

# איך מבדילים בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו

## בג"צ תנועת דרור נגד ממשלת ישראל

חוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע שככלל הקרקעות של המדינה ואינן ניתנות למכירה (סעיף 1 לחוק היסוד), למעט מקרים ספציפיים שמפורטים בסעיף 2 לחוק היסוד. תיקון לסעיף 7(2) לחוק יסוד מקרקעי ישראל, מתיר מכירה שהיקף של עד 100,000 דונם. תיקון נוסף שנעשה בשלב מאוחר יותר, הגדיל את היקף השטח שאותו ניתן למכור ל-800,000 דונם.

1. מה היו טענות העותרים?
	1. עתירה נגד התיקון, בטענה שהשינוי היה צריך להיעשות באופן של תיקון חוק היסוד עצמו, ולא באמצעות תיקון חוק רגיל (חוק מקרקעי ישראל).
	2. טענה נוספת הייתה, שהשינוי שנעשה בחוק מקרקעי ישראל אינו מידתי, כי מאחר וההיתר בחוק היה בהיקף של 800,000 דונם, **התיקון מעקר את חוק היסוד מתוכן.**
2. מה היתה תגובתו של בית המשפט?
	1. ביהמ"ש מגיב – סעיף 2 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, אומר שההגבלה לעניין מכירת קרקעות לא תחול על מקרים שהחוק מתיר. כך שלכאורה, אין כאן שינוי של חוק יסוד במובן הפורמלי.
3. כיצד עמד בית המשפט על השינוי בין חוק יסוד לבין פגיעה בו?
	1. ביהמ"ש עמד על השינוי בין חוק יסוד, **לבין פגיעה בו, דרך פס"ד בנק מזרחי**, וזאת על מנת לבחון האם נעשה כאן שינוי במובן המהותי-עקרוני.
4. מהו ההבדל בין פגיעה בחוק יסוד לבין שינוי חוק יסוד?
	1. ההבדל בין פגיעה בחוק יסוד לבין שינוי חוק יסוד לפי פס"ד מזרחי, **הוא הבדל כמותי**.
	2. ניתן לשנות את חוק היסוד **עד מידה כזו שהשינוי לא פוגע בעיקרון הבסיסי של חוק היסוד**.
5. מהי טענת ביהמ"ש לגבי שינוי שנעשה בחוק?
	1. השינוי ל-800,000 דונם, עדיין מהווים 4% בלבד מסך המקרקעין במדינה, **לכן מדובר בהחרגה פרופורציונלית.**
	2. **סוג הקרקע** שבה הותרה המכירה על ידי המדינה, **תואמת את העיקרון של שמירה על קרקע חקלאית שבאה לידי ביטוי בחוק היסוד** (התיקון התייחס **למכירת קרקע עירונית, לא חקלאית**).
	3. התיקון נעשה באופן הדרגתי (התיקון נעשה ב-2 פעימות).
6. מה היתה פסיקתו של ביהמ"ש?
	1. קבע ביהמ"ש שלא נעשתה כאן פגיעה בחוק היסוד, הן במובן הפורמלי, והן במובן המהותי.
	2. יש לראות את סעיף 2 לחוק כ"פסקת הגבלה", והליך התיקון של חוק מקרקעי ישראל, עמד בפרמטרים של פסקת ההגבלה.
	3. הפגיעה כאן עומדת בפסקת ההגבלה.
7. מן העקרונות של בג"צ דרור נגד ממשלת ישראל?
	1. הבחנה בין שינוי לבין פגיעה.
	2. קביעה שלא נעשה שינוי .
	3. קביעה שלא נעשתה פגיעה, וגם אם נעשתה- היא עומדת בכללים של חוק היסוד (פסקת הגבלה).

# איך ניתן לשנות חוק יסוד ואיך ניתן לפגוע בו?

### ברק ושמגר, מפס"ד מזרחי:

#### ברק- שינוי (ושמגר – מסכים עם ברק לגבי שינוי)

1. מהי עמדתו של ברק לגבי שינוי חוק יסוד?
	1. שינוי חוק יסוד יכול להיעשות רק באמצעות חוק יסוד, אלא אם כן חוק היסוד קובע במפורש שניתן לשנותו באמצעות מנגנון ספציפי או באמצעות חוק רגיל. (בניגוד לפרשת קניאל
	2. שבה בית המשפט פסק כי ניתן לשנות חוק יסוד בחוק רגיל)
2. איך ניישב את התיזה החדשה ביחס לשינוי חוקי יסוד עם לשונו של חוק יסוד הכנסת הקובע "כי אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת"?
	1. ברק אומר שזה מתייחס לפגיעה ולא לשינוי החוק, אבל בכל מקרה זה רק מצטרף לדרישה הבסיסית- ז"א שהפגיעה/ שינוי יתבצעו רק בחוק יסוד, שיתקבל ברוב חברי הכנסת. חשוב לצייi שמה שנעשה בעבר לא ישתנה, רק מעתה ואילך.
3. מהו קו פרשת המים אשר קובע ברק שממנו לא ניתן לשנות חוק יסוד?
	1. ברק קובע קו פרשת מים, שממנו והלאה לא ניתן לשנות חוק יסוד, אלא באמצעות חוק יסוד אחר.
4. עם מה אמור ברק להתמודד בנוגע לחוק יסוד הכנסת?
	1. ברק צריך להתמודד עם האמור בחוק יסוד: הכנסת, לפיו ניתן לשנות את חוק היסוד באמצעות רוב רגיל (ולאו דווקא באמצעות חוק יסוד).
5. כיצד מיישב ברק את עמדתו ?
	1. הוא מיישב, ואומר שהדרישה לשינוי של חוק היסוד **באמצעות רוב** - היא דרישה נוספת לכך שהשינוי צריך להיעשות באמצעות חוק יסוד, אך בכל מקרה, ברירת המחדל היא שצריך חוק יסוד כדי לשנות חוק יסוד אחר.
6. מה קורה עם בכל זאת הכנסת מעוניינת שלנות חוק יסוד באמצעות חוק רגיל?
	1. אם בכל זאת הכנסת מעוניינת לשנות חוק יסוד באמצעות חוק רגיל, **יש צורך בקביעה מפורשת כזו בחוק היסוד עצמו**. ברק מאמץ את התפיסה של קניאל.
7. מהי עמדתו של השופט שמגר לגבי שינוי חוק יסוד?
	1. מה שהיה-היה (בפס"ד נגב, קניאל ורסלר). מכאן ואילך מכיוון שכל חוקי היסוד נהנים ממעמד של חוקה- אין לשנות חוק יסוד אלא רק במעמד של חוק יסוד.

#### ברק- פגיעה

1. בעבר , כיצד בית המשפט טען שניתן לפגוע בחוק רגיל?
	1. בעבר בית המשפט טען שאם אין שריון אז אפשר לפגוע בלי שום בעיה בחוק רגיל.
2. מה קורה כאשר יש פסקת הגבלה?
	1. אם יש פיסקת הגבלה – ברור שהפגיעה רק בהתאם להוראותיה.
3. כיצד ניתן לפגוע בסעיף 4 החוק יסוד הכנסת?
	1. כדי לפגוע בסעיף 4 בחוק יסוד הכנסת צריך רוב חברי כנסת.
4. האם ניתן לפגוע בסעיף בחוק יסוד שלא נאמרה לגביו שום אמירה מגבילה?
	1. סעיף 5 לא אומר איך אפשר לפגוע בו.
	2. לכאורה, ניתן לטעון שלא ניתן לפגוע בו בכלל (אחרת הייתה נכתבת פסקת הגבלה לגביו). אבל זה מצב לא הגיוני, כי בזמן שסעיף מסוים "שותק" לא ניתן לפגוע בו בכלל, ובאותו זמן סעיף אחר לא שותק וניתן לפגוע בו- עשינו פה מהלך לא הגיוני.
5. מהי האפשרות לגבי חוק יסוד שותק?
	1. האפשרות השנייה לגבי חוק יסוד שותק היא- פגיעה באמצעות חוק רגיל.
6. מה ברק מציע כשהחוק שותק?
	1. ברק מציע אפשרות ביניים: הוא אומר שניתן לפגוע בסעיף שותק באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהפגיעה תהיה מפורשת.
	2. כלומר: שמחוקק יבטא את מודעותו לכך שהוא פוגע בסעיף לחוק יסוד.
	3. ברק משאיר את הפתרון שלו **בגדר הצעה ולא בגדר קביעה**, כי שאלת הפגיעה בסעיף של חוק יסוד שותק, **לא רלוונטית לעניין הפסיקה בפס"ד מזרחי**.
7. מדוע בפס"ד נגב בית המשפט אפשר פגיעה בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת?
	1. לפי ברק הסיבה שבית המשפט אפשר פגיעה זאת בחוק יסוד, היא למנוע מצב אבסורדי שבו ניתן לפגוע בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת (שהוא משוריין) רק ע"י דרישת השריון.
8. מתי ייווצר מצב שבו סעיף לא משוריין יותר חזק מסעיף משוריין?
	1. סעיף בחוק יסוד שלא משוריין – בו לא ניתן לפגוע כלל. כך עלול לייווצר מצב שבו סעיף לא משוריין יותר חזק מסעיף משוריין.
9. מה לגבי פגיעה בחוק יסוד משוריין ולא משוריין?
	1. אם חוק יסוד משוריין מפני פגיעה, צריך לעמוד בדרישות השריון. אם חוק היסוד לא משוריין – הפגיעה צריכה להיות מפורשת.

#### שמגר- פגיעה

1. מה עמדתו של שמגר לגבי שתיקתו של חוק יסוד?
	1. כשחוק היסוד שותק- לא ניתן לפגוע בו, אלא באמצעות חוק יסוד אחר, באותו מדרג היררכי.
	2. המשמעות הפרקטית היא שניתן לשנות חוק יסוד, רק באמצעות חוק יסוד.

#### לסיכום: חוק יסוד שותק, אפשרויות לפגיעה לפי פס"ד מזרחי

1. ניתן לפגוע, באמצעות חוק רגיל, בדרך סתמית. (קניאל, נגב).
2. ניתן לפגוע באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהכנסת תעשה זאת באופן מפורש.
3. חוק יסוד ששותק לגבי הפגיעה שבו – לא ניתן לפגוע בו, אלא רק לשנות אותו ע"י חוק יסוד אחר.

### בפרשת חרות נאמר:



### בפרשת הופנונג הוצעה אופציה רביעית:



1. מה אמר השופט זמיר:
	1. גם אם יש פסקת הגבלה – צריך לבדוק אם הפגיעה מוצדקת ועומדת בדרישות פסקת ההגבלה.
	2. שאפשר לפגוע בחוק היסוד, אם יעמוד בדרישות פסקת הגבלה. לא אומר איזו פסקת הגבלה. הוא מציע להכניס את פסקת ההגבלה לתוך הזכות לשוויון.
2. מה אומר ברק?
	1. ברק אומר שזמיר איננו מכליל את נוסחת האיזון כשלב נוסף לאחר ההכרעה בדבר פגיעה, אלא הופך אותה למרכיב בהגדרת הפגיעה.
	2. ברק אומר שאין הוראה האם ניתן לפגוע בעקרון השוויון של חוק היסוד, ולכן ניתן לייצר פסקת הגבלה. כפי שנעשה בבית המשפט העליון האמריקאי. ברק בעצם אומר שאפשר לייצר פסקת הגבלה שיפוטית. להציב תנאים שרק בהתקיימם ניתן להכשיר פגיעה בעקרונות החוק.

## האם ניתן להוסיף פסקאות הגבלה שיפוטיות גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות?

1. מה יכולה להיות המסקנה לכך שחוקי היסוד המשטריים לא כוללים פסקת הגבלה?
	1. מכאן מתעוררת המסקנה שיכול להיות שהסיבה שחוקי היסוד המשטריים (שאינם זכויות) לא כוללים פסקת הגבלה, לא מקרית. כי העקרונות המשטריים (כללי המשחק) צריכים להיות יציבים ולא להיפגע.

### האם ניתן להוסיף פסקאות הגבלה שיפוטיות גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות?

##### בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים

הכנסת מתקנת את פקודת בתי הסוהר ומאפשרת פיילוט של הקמה והפעלה של בית סוהר פרטי.

1. מהי פסיקתו של בית המשפט?
	1. ביהמ"ש פסל ברוב של 8 נגד 1 את התיקון לפקודת בתי הסוהר, שהסדיר את הפעלתו של בית כלא חדש בניהול פרטי
2. מהם שני בסיסים אפשריים לפסילת ההפרטה של סמכות הכליאה?
	1. לרשות שופטי הרוב עמדו שני בסיסים אפשריים לפסילת ההפרטה של סמכות הכליאה:
		1. מסלול מוסדי- שירותי הכליאה הם חלק מסמכות הרשות המבצעת ואין לה רשות להפריט.
		2. מסלול זכויות אדם- הפרטת שירותי הכליאה כרוכה בפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם.
3. מה עמדת הרוב של השופטים?
	1. שופטי הרוב בחרו באפשרות ב', אך באמירות אגב מתייחסים גם לאפשרות א', ולהסבר מדוע לא בחרו באפשרות הזו.
4. מהי דעתה של בייניש (הרוב)?
	1. שאלת הפגיעה בחוק יסוד שותק שעוסק בעניין מוסדי. **היא מבקשת לא להכריע במסלול זה כי היא בחרה באופציה 2** .
	2. טוענת שהיא לא צריכה להכריע, כי היא לא נוקטת במסלול המוסדי. פסקת ההגבלה לא משנה את סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה, אלא פוגעת בו.
5. מהו דעתו של אדמונד לוי (מיעוט)?
	1. עמדת לוי היא שיש להחיל את פסקת ההגבלה גם על חוקים שאינם עוסקים בזכויות אדם, אלא בהסדרת המוסדות הפוליטיים.
	2. אין להבחין בין ערכים הקשורים בזכויות אדם (מעוגנים בחוקי יסוד כבוד האדם וחירותו, חופש העיסוק), לבין ערכים אחרים- מוסדיים. אין מניעה לייבא פסקת הגבלה גם לחוקי יסוד שעוסקים ביסודות משטריים.
6. לאילו נימוקים מכוון השופט לוי לדברים שכתב אהרון ברק בספרו?
	1. ברק אומר- כשמדובר בזכויות אדם, ברור שעלינו לכלול פסקת הגבלה (קיימת או לייצר אותה). כשמדובר בזכויות חוקתיות שאינם נוגעים לזכויות אדם – יש לבדוק כל מקרה לגופו. אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית בנוגע לזכויות אלה.
7. באילו נימוקים נפסל החוק?
	1. בסופו של דבר, פסילת החוק נעשתה בנימוקים של פגיעה בזכויות אדם, ולא בנימוק המוסדי. לכן השאלה האם ניתן להוסיף פסקת הגבלה לחוקי יסוד מוסדיים.

## שינוי חוקתי לא חוקתי - חוק יסוד שאינו חוקתי

### בר און

בהנחה שחוק יסוד הוראת שעה הוא אכן חוק יסוד, האם יש לפסול אותו משום שהוא משנה את מאזן הכוחות בין הכנסת לבין הממשלה בהליך אישור התקציב?

אישור התקציב הוא אחד הכלים האפקטיביים שיש לכנסת כמפקחת על הממשלה.

חוק יסוד הוראת שעה = חוק יסוד – אבל זה אינו חוקתי. כאן מבקשים לבדוק האם ניתן לפסול רכיב בחוקה שעומד בסתירה לעקרונות חוקתיים אחרים.

1. מה טענו העותרים?
	1. העתירה פה היא כנגד פסילת חוק יסוד (המהווה חלק מהחוקה), בשל הטענה שהוא עומד בסתירה לעקרונות חוקתיים שאינם כתובים.
2. כיצד מתמודד ביהמ"ש עם הסוגייה?
	1. ביהמ"ש מתמודד עם הסוגייה. הוא אומר יש מדינות שחוקתן כוללת פסקאות "נצחיות" שאינן ניתנות לשינוי.
	2. יש מדינות אחרות, שבהן החוקה כוללת פסקאות שאינן נצחיות (לדוגמא: הודו), אך למרות זאת ביהמ"ש פסל שם תיקונים לחוקה, מאחר והם פוגעים ב"עקרונות השיטה".
	3. בישראל עדיין לא היה שימוש בדוקטורינה הזו.
3. ממה חושש ביהמ"ש ?
	1. **ייתכן שתהיה פגיעה בעקרונות יסוד שמהווה פגיעה בשיטה**.
	2. ביהמ"ש חושש במידה ויקרה מצב כזה.
	3. אך המקרה שמונח בשלב זה מול ביהמ"ש אינו כזה שמתאר פגיעה בעקרונות השיטה.
	4. לכן לעמדת ביהמ"ש היא לדחות את העתירה.
4. מהי עמדתה של בייניש?
	1. בייניש מדברת על יסודות בסיסיים של המדינה כיהודית ודמוקרטית, יסודות שהם מחוץ לחוקה. בעצם הטענה שלה היא שבמדינת ישראל יש עוד קומה מעבר למה שידוע וכי הקומות הקיימות הן: 1) פעולות של הרשות המבצעת. 2) פעולה של הרשות המחוקקת. 3) פעולות של הרשות המכוננת (חוקה). 4) עקרונות היסוד של המדינה.
	2. וכי בקומה השלישית מתגורר בית המשפט העליון (כי הוא זה שבמידה רבה כותב את החוקה), יחד עם הכנסת כרשות מכוננת. בקומה הרביעית יושב רק בית המשפט העליון כי הוא זה שאומר מהם עקרונות היסוד האלה שעומדים גם מעל החוקה.

### בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת



1. האם מדובר בתיקון חוק יסוד משק המדינה?
	1. בעצם לא מדובר כאן בתיקון של חוק יסוד משק המדינה, אלא ניסיון לעקוף את ההוראות שלו. בית המשפט דוחה את העתירה, אך מצד שני מקבל את הטענה שיהיו מקרים קיצוניים של שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" שבהם לא יהיה מנוס מפסילת החוק.



1. מהי פסיקתו של ביהמ"ש?
	1. ביהמ"ש לא פסל את החוק, אך הוא נתן "התראת בטלות", בשל העובדה שלדעת ביהמ"ש נעשה כאן שימוש לרעה במערך חוקי היסוד.
	2. ביהמ"ש אמר שלא הגיוני שתיקון חוק יסוד, ייעשה על ידי הוראת שעה (תיקון זמני) פעם אחר פעם, מבלי לערוך דיון ציבורי מעמיק. התנהלות כזו מביאה לשחיקה מתמשכת במעמדם של חוקי היסוד.
2. אילו תפיסות קיימות (דוקטרינות)?
	1. נימוק טכני - שימוש לרעה בכלי.
	2. נימוק מהותי - תיקון חוקתי לא חוקתי – כאן יש פגיעה בעקרונות יסודות מהותיות שלא ניתן לפגוע בהן. אם מייצרים חוק יסוד אחר שמתגבר על חוק יסוד ותיק זה בסדר אבל לא ניתן להשתמש בהוראת שעה כדי להתגבר על חוק יסוד.
3. מדוע פסל ביהמ"ש את הוראת השעה?
	1. ביהמ"ש פסל את **הוראת השעה בגלל נימוק טכני** (חוסר רצינות שבהעברת חוק יסוד בהוראת שעה), ולא בגלל נימוק מהותי שהחוק עצמו לא חוקי במובן שהוא סותר את עקרונות השיטה.
4. מהו הרושם עולה מתוך פס"ד ?
	1. מפס"ד עולה הרושם שביהמ"ש סבור שאין הבדל גדול בין שתי הדוקטרינות.
	2. ביהמ"ש אמר, במלים אחרות, דוקטרינת השימוש לרעה בחוקי יסוד, כוללת בתוכה לא רק פגמים טכניים (הוראת שעה וכד'), אלא גם פגמים שבמהות.
	3. כלומר, ביהמ"ש יכול לומר, שייתכן שהסיבה שחוק היסוד הוכרז כ"הוראת שעה", היא אך ורק כדי לעקוף את ביהמ"ש העליון, שמתקשה לתקוף חוקי יסוד.
5. מה קרה לאחר הפעם החמישית שהתקציב הפך מחמש שנתי לדו שנתי?
	1. לאחר הפעם החמישית שהתקציב הפך מחמש-שנתי לדו-שנתי (תקציב 2017-2018) בהוראת שעה, בית המשפט החליט להתערב. בספטמבר 2017 (לאחר שהתקציב רץ כבר כמה חודשים). ולא ביטל את התקציב הזה אך הוסיף הוראת בטלות: אם זה יקרה שוב, חוק היסוד ייפסל.



# שמירת דינים והוראת שעה

1. מה קובע סעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ?
	1. קובע: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד" – סעיף שמירת דינים, במסגרתו הסדרים דתיים מהעבר מקבלים חומת מגן.
2. מדוע נכנס סעיף זה?
	1. סעיף זה נכנס כדי לשמור את מה שהיה אחורה, למשל חוק שיפוט בתי דין רבניים.

## פס"ד גנימאת

הרקע הוא, האם העובדה שהוגש כתב אישום נגד אדם, בעבירה שמהווה מכת מדינה (במקרה הזה- גניבת רכב), מהווה עילה מספקת כשלעצמה כדי להאריך את המעצר שלו עד תום ההליכים המשפטיים נגדו? העילות המקובלות – מסוכנות ושיבוש הליכי חקירה. כאן יש עילה שהיא לא מקובלת, אבל האם היא מספקת?

1. מה היתה עמדת בית המשפט?
	1. עמדת ביהמ"ש הייתה, שיש להגביל באופן משמעותי את הפגיעה בזכות היסוד הנובעת ממעצר (הזכות לחירות). לכן, יש לעצור אדם לאחר הגשת כתב אישום רק במקרים חריגים ומיוחדים, בהם מתקיים צורך חיוני במעצר לשם הבטחת ניהול תקין של ההליך, או שמירה על שלום הציבור.
2. מה היתה הגישה הרווחת עד פס"ד גנימאת?
	1. עד פס"ד גנימאת, העמדה הרווחת בפסיקה הייתה שהשיקול של "מכת מדינה" מהווה עילה מספקת כדי להאריך מעצר אדם עד תום ההליכים. וביהמ"ש היה צריך להתמודד עם הסוגיה הזו.

### עמדת ברק

1. מה היתה עמדתו של ברק?
	1. ברגע שנולדו חוקי יסוד, הם מקרינים על כל הדין הישן, על כל חלקי המשפט הישראלי. לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלינו לחזור גם לחוקים ישנים, לא כדי לפסול אותם, אלא כדי לפרש אותם ברוח הוראות חוק היסוד, גם אם זה יחייב אותנו לאמץ פרשנות אחרת. לכן, גם אם לפני חקיקת חוקי היסוד סברנו שהנימוק של "מכת מדינה" מהווה עילה מספקת למעצר עד תום ההליכים לפני חוקי יסוד לזכויות האדם, הרי שלאחר חקיקת חוקי היסוד לזכויות האדם- עלינו לפרש מחדש את הנורמות הישנות, בהתאם לרוח חוקי היסוד החדשים.
2. מהי עמדתו של השופט חשין?
	1. אין בהוראות חוק היסוד כדי להשפיע על המדיניות הראויה בתחום המאסרים. סעיף שמירת הדינים אומר ש: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". פרשנות חדשה של חוק ישן בהתאם לרוח חוקי היסוד החדשים, מהווה פגיעה בדין הישן, מהלך שאסור לעשות על פי סעיף שמירת הדינים.
3. מהו השוני בין ברק וחשין?
	1. השוני בין ברק לחשין הוא לגבי פרשנות חוק ישן לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים.
		1. ברק- סובר שניתן לשנות את הפרשנות,
		2. וחשין סובר שלא ניתן לשנות
		3. (שניהם מסכימים שלא ניתן לשנות חוק ישן לאחר חקיקת חוקי היסוד).
4. מהי המחלוקת בין ברק לחשין?
	1. המשמעות לכאורה היא שלא ניתן לשנות את נוסח החוקים שנחקקו עד לחקיקת חוקי היסוד, והמחלוקת בין ברק לחשין היא לגבי פרשנות חוקים ישנים. אך גם אמירה זו אינה בטוחה.
5. מה מטרת סעיף שמירת דינים?
	1. סעיף שמירת הדינים מטרתו שהסדרים ישנים לא ישונו, חקיקת חוק היסוד לא תוביל למהפכה בהסדרים שנקבעו לפי החוקים הישנים.
6. מה מטרת הוראת שעה?
	1. הוראת שעה מטרתה אחרת לגמרי – אין שום התנגדות או מניעה שחקיקת חוק יסוד חופש העיסוק תחול על חקיקה ישנה, אך יש לה מעטפת הגנה של מספר שנים כדי להיערך לשינוי ושלא יהיו מקרים של פסילת חוקים, שיגרמו לכך שיהיו חורים בספר החוקים.
7. למה התכוונה הכנסת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לעומת חוק יסוד חופש העיסוק?
	1. מסתמן כי הכנסת במפורש התכוונה בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו להגן על החוק הישן ופרשנותו. לעומת זאת בחוק יסוד חופש העיסוק היא התכוונה להגן רק על הטקסט ולא על הפרשנות שלו.
8. מה ההיגיון מאחורי כוונת הכנסת בחוקי יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק?
	1. ההיגיון מאחורי הדברים:
		1. חוק האדם וחירותו – הכוונה היא באמת לא לשנות דין קודם.
		2. בחוק חופש העיסוק לא ביקשו תעודת ביטוח. אם היו נותנים לחופש העיסוק תחולה מידית ללא קבלת הטקסט הישן אז לא היה ניתן הזמן להטמיע והיה מזמן פניות רבות לבית המשפט.
		3. על כן ניתנה פה הגנה זמנית שמטרתה למנוע חקיקה מיותרת.
9. אם כן, מהי התוצאה?
	1. התוצאה היא שלשון החוק הישן מוגנת מפני שינוי מכל האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. חלה עליהם הגנת שמירת הדינים... לא בטוח.

## בג"צ האגודה לשמירת זכויות הפרט נגד משרד הפנים

במדינת ישראל הדין החל בעניין נישואין וגירושין הוא דין תורה, שמונע מזוגות שאינם נישאים על פי ההלכה- להינשא. העתירה הייתה לקבוע שהדין הדתי מהווה מונופול לא חוקתי שפוגע בזכויות אדם. זאת מתוך מטרה לא להפלות זוגות חד מיניים. בדרך יש סעיף שמירת דינים שבעצם מגן על הכלל ועל מעמד בתי הדין הרבניים.

בפס"ד, השופט רובינשטיין ציטט את יו"ר וועדת חוקת חוק ומשפט לין מהוועדות שקדמו לחקיקת חוקי היסוד. לין אמר שחקיקת חוקי היסוד החדשים לא תפגע בחוק בתי הדין הרבניים הותיקים.

לכן, רובינשטיין סבר שמאחר ויש הוראה ספציפית לגבי חוק בתי הדין הרבניים- הרי שיש שמירת דין ספציפית עליו, ולא ניתן לבטלו.

השופטת ברון אמרה שסעיף שמירת הדינים היה חלק מפשרה פוליטית בזמן נתון של חקיקת החוקים. שמירת הדינים לא יכולה לבלום תהליכים משפטיים ובכוחו של ביהמ"ש לפסוק בניגוד לסעיף שמירת הדינים. היא בעצם אומרת שניתן לבטל בעתיד את סעיף שמירת דינים. מדובר בעמדה חמורה ומסוכנת.

## בג"צ אבו ערפה נגד משרד הפנים

רקע: תושביה הערביים של מזרח ירושלים נהנים בישראל ממעמד של תושבי קבע. מספר תושבים כאלה נבחרו בשנת 2006 לפרלמנט של הרשות הפלשתינית מטעם תנועת הטרור חמאס. סעיף 11(ב) לחוק הכניסה לישראל קובע ששר הפנים מוסמך לשלול תושבות "על פי שיקול דעתו".

שר הפנים החליט לעשות שימוש בסמכותו ולשלול את התושבות של אותם תושבים שנבחרו לפרלמנט. מדובר בחוק ישן משנת 1952, ועל כן לכאורה נהנה מהחסות של שמירת הדינים.

העתירה כמובן הייתה, נגד שלילת התושבות, בנימוק של פגיעה בזכויות אדם.

### פוגלמן

לדעתו, איזון התכליות אינו מהווה עילה מספקת לכך ששר הפנים ישלול את התושבות של נציגי חמאס. לגישת פוגלמן, לכן, לשר הפנים אין סמכות לשלול את התושבות, והוא ביטל את החלטת שר הפנים. הפרת אמונים היא לא עילה לשלילת תושבות, על כן יש לקבל את העתירה.

### הנדל (דעת מיעוט)

סעיף 11(א) לחוק הכניסה, הוא בגדר חקיקה ישנה המסמיכה בצורה ברורה את השר לשלול תושבות. בתור חקיקה ישנה, לא ניתן לפגוע בו, אבל כן יש לפרש אותו ברוח חוקי היסוד.

היום לא ניתן לשנות אבל נתן הוראה לפיה יש לחוקק חוק חדש כדי לפגוע בזכות של חוק יסוד. זה יגרום לחוק הישן להפוך להיות חוק חדש, שיצטרך לעמוד שוב במבחני פסקת ההגבלה, והוא ככל הנראה שוב ייפסל כי יהיה חשוף לביקורת שיפוטית.

הנדל סבור לפיכך שאין לפסול חוקי יסוד ישנים, גם אם רק מדובר (לשיטת פוגלמן) בפרשנות. בשורה התחתונה, הנדל סבור שלא ניתן לשלול את החוק הישן (החוק המקנה לשר הפנים סמכות לשלול תושבות) לאור חקיקת חוקי היסוד החדשים.