## הזכות הנפגעת

### כבוד האדם

##### רציונל אי-השפלה

* ההבנה הישנה (קטלן).
* מועדף ע"י סטטמן.

##### רציונל האוטונומיה

* הכרה חוקתית - אור בדעקה (אוביטר). ברק בתנועה לאיכות השלטון.
* פגיעה שולית, לא בגרעין (לוי בלשכת עורכי הדין).
* צמצום: ארבל בעדאלה.
* צמצום: חשין בתנועה לאיכות השלטון וסולברג בפרשה מאוחרת - פגיעה עקיפה אינה נכללת באוטונומיה.
* ביקורת: אם הכל חשוב = כלום לא חשוב. כבוד דומה לגוף והחיים, משהו קונקרטי (ספיר).

### זכויות חברתיות

* קיימת כזכות יסוד שניתן לתקוף איתה את הרשות המבצעת, גם אם אינה מוכרת כזכות חוקתית (שלא כמו טעותו של אור בעמותת שוחרי גילת).
* היסטוריה: עמדת ביניים של ברק שהזכות לכבוד לא כוללת זכויות חברתיות (מובאת בעמותת שוחרי גילת).
* הכרה חוקתית כזכות חוקתית בלי שיניים - ברק במנור. יש זכות לתנאי מחיה מינימאליים.
* הכרה חוקתית מעשית ראשונה בגמזו.
  + ביקורת: זה פגע באשה ובילדים. מדובר גם בקיום שלילי של הזכות.
* צמצום:
  + עמותת מחויבות לשלום: דעת הרוב שצריך להוכיח פגיעה בתמונה הגדולה. לוי בדעת מיעוט סובר שיש לקבל את העתירה.
    - ביקורת: אי אפשר לבקר את מדיניות הממשלה לפי זה.
  + גרוניס ברובינשטיין: ביהמ"ש אינו מומחה. מדובר בשאלות ציבוריות.
* הרחבה:
  + ביניש בחסן - הרף שהמדינה קבעה לא עומד במבחני המידתיות. => הכרה חוקתית מוצלחת ראשונה.
  + קו לעובד?

### חופש העיסוק

* בעל מעמד חוקתי.
* חל על תושב ואזרח. לא על כל אדם.

##### רציונל הפרנסה - בז'רנו

* הרציונל המרכזי - דורנר באיגלו.
* בהתנגשות עם כלכלת המדינה - מספיק אפשרות סבירה ולא צריך ודאות קרובה (דורנר באיגלו).

##### רציונל המימוש העצמי - יועצי ההשקעות

* רלוונטי גם לגבי התנדבות, וגם כאשר המדינה מממנת את חוסר התעסוקה (ספיר).

##### רציונל התחרות החופשית - כלל מגדל

##### הרציונל הסוציאלי - דאגה לתעסוקה

* עמדתו של גרוס. לא התקבלה.

##### עוד בענין ההיקף

* כתיבת עו"ד לא כלולה בזכות (לוי בלשכת עורכי הדין).

### שוויון

##### רציונל האוטונומיה

* הכרה כזכות חוקתית - ברק בתנועה לאיכות השלטון.
* צמצום: חשין וסולברג.
* ביקורת: 1) הכל חשוב = כלום לא חשוב. 2) אין צורך בשוויון כזכות עצמאית.

##### הרציונל האריסטוטלי

* שוני רלוונטי לתכלית ראויה.
* הבעיה: תוצאה בינארית. פסקת ההגבלה מיותרת.

##### רציונל שוויון ההזדמנויות

* שטרסברג-כהן במילר - הכרה חוקתית.
* הדרישה היא להתגבר על שוני רלוונטי קטן.

##### רציונל של סיווגים חשודים

* דרישה להוכחה אמפירית לשוני רלוונטי (מצא).
* רציונל ההשפלה בגין הסטריאוטיפ - דרישה להצדקה חזקה יותר (דורנר במילר, סולברג בחוק ההסדרה).
* רלוונטי גם לצד החזק היסטורית - דנציגר בפרוז'אנסקי.
* רק צד נפגע יכול לטעון - סטטמן?

### חופש דת

##### רציונל המצפון

* יותר חזק, פחות מקיף.
* מעמד חוקתי - חשין בחורב, פרוקצ'יה בסולדוך. => אוביטר.
* התערבות בדעתו של הרב - שביט: דורנר מרוסנת, ברק מתערב.
* אפשר לומר שנפגע רק כאשר יש הכחה לעשות פעולה אקטיבית נגד המצפון והדת: ברק שביט, גור אריה וחורב

##### רציונל התרבות

* פחות חזק, יותר מקיף.
* רלוונטי רק לתרבויות בסכנה.
* הכרה שקטה בזכות הרפורמים לתרבות - שמגר בפסרו גולדשטיין.
* לא מוכר כלפי הציבור האורתודוקסי - גור אריה, שביט, חורב. לכל היותר רגשות דתיים.

### חופש מדת

##### רציונל המצפון

* השתתפות בריטואל דתי (האופן היחיד לפי גידי).

##### חקיקה בעלת אופי דתי

* האופן המוכר בפסיקה (יזראמקס; קפלן).

### חופש ביטוי - קול העם! דיין-אורבך.

##### רציונל גילוי האמת

##### הרציונל הדמוקרטי

##### רציונל המימוש העצמי

##### עוד בענין ההיקף

* הכרה ראשונה - קול העם.
* מעמד - גולן: הכרה כללית כאוטונומיה - מצא. הכרה רק ברציונל ההגשמה העצמית שמקיימת השפלה - דורנר.
* דמוקרטיה מתגוננת = פגיעה חלשה (מלצר באבנרי).
* גזענות: מצא באלבה - לא כלול, אנטי דמוקרטי. ברק בכהנא ובאלבה - כלול.
* לפעמים יכולת הביטוי עצמה היא גם התוכן, ועליה יש להגן (סולברג בישראל ביתנו).
* כתיבת עו"ד לא כלולה בזכות (לוי בלשכת עורכי הדין).

### זכויות נוספות

##### שמירה והגנה על החיים והגוף

* מעמד חוקתי (ס' 2 ו4).

##### קניין

* מעמד חוקתי (ס' 3).

##### חירות אישית

* מעמד חוקתי (ס' 5)

##### חופש התנועה

* מעמד חוקתי (חורב).

##### פרטיות

* מעמד חוקתי (ס' 7).
* הזכות לשם טוב גם בעלת מעמד חוקתי (רשת).

##### הזכות למשפחה

* לוי ופרוקצ'יה בעדאלה.

## מי פוגע

### חקיקה ראשית

* ניתן לפסול חקיקה ראשית רק אם מוכיחים את המעמד החוקתי של הזכות.
* היסטוריה: עד המהמפכה החוקתית - אין עדיפות נורמטיבית לחו"י (קרמצ'ר): רק חו"י משוריין פורמאלית מוגן (ברגמן, לאו"ר, קניאל). פרשנות ספציפית עדיפה על פני חו"י (נגב). אין הבחנה בין שינוי לפגיעה (ברגמן).
* שינוי חו"י: רק בחו"י - שמגר במזרחי.
  + ריקון מתוכן נחשב לשינוי (ביניש בדרור לישראל).
  + ברק בחרות: חוק שמשנה חו"י שותק - פסול, או חזיתית (הפיכת הלכת קניאל), או פרשנית (הפיכת הלכת נגב).
* פגיעה בחו"י משוריין פורמאלית - רק אם עומדים בתנאי השריון (ברגמן, לאו"ר). ניתן גם לפסול על חוסר עמידה בתנאי פסקת ההגבלה המהותית של חו"י חוה"ע (המזרחי, שמגר וברק באוביטר. ברק במנהלי ההשקעות - ראציו).

פגיעה בחו"י משוריין מהותית בלבד (כהאו"ח) - צריכה לעמוד בפסקת ההגבלה המהותית (המזרחי, ברק ושמגר באוביטר. ראציו - זמיר בצמח).

* + ביקורת: חוסר סמכות (חשין במזרחי).
* פגיעה בחו"י שותק:
  + שמגר במזרחי - רק בחו"י.
  + ברק במזרחי - בחו"י או באזכור מפורש. נשאר בצ"ע.
  + הגישה כיום: שימוש בפסקת הגבלה (זמיר בהופנונג - אוביטר, מצא במופז - ראציו).
    - ניתן להשתמש בפסקת ההגבלה גם בחוקים שמשוריינים פורמאלית בלבד (חיות בגוטמן).
    - חו"י מבני - מחלוקת במרכז האקדמי: ביניש - לא, לוי - כן.

### פעולה שלטונית / חקיקת משנה

* דרושה הסמכה (בז'רנו) מפורשת (מיטרני). כיום בפסקת ההגבלה.
* פרשנות מצמצמת לחוקים שפוגעים בזכויות אדם (שטרייט).
* שיק"ד ראוי - ודאות קרובה (קול העם). כיום בפסקת ההגבלה.

### משפט פרטי

* ככלל, התחולה היא אנכית.
* הרחבת התחולה האנכית - גוף דו מהותי (מיקרודף):
  + סמכות סטטוטורית.
  + בלעדיות.
  + חיוניות. - לדעת אלון מספיק בתנאי זה.
* תחולה עקיפה.
  + בית יולס: אלון בדעת רוב - לא. ברק בדעת מיעוט - יש (גם בקסטנבאום מכניס באוביטר).
  + פרוז'אנסקי - אוביטר: דנציגר מסתייג מתחולה עקיפה. ג'ובראן תומך.
* חוק ספציפי.
  + דוגמא: חוק איסור הפליה במוצרים וכו' (פרוז'אנסקי).

### חוק יסוד

* יכול גם לשנות חו"י (שמגר במזרחי).

##### תיקון חוקתי לא חוקתי

* טרם התקבל. עדיף לחכות לגיבוש חוקה (מזוז בג'בארין).

##### שימוש לרעה

* ככלל, הבחינה צריכה להיות צורנית (ברק במזרחי, סולברג במיעוט בשפיר).
* דעת הרוב בשפיר - בחינות מהותיות: יציבות, כלליות, התאמה למארג (חיות) / מובחנות (ברק-ארז).
* מבחן הצידוק: חיות - יכול להיות צידוק. ברק ארז - לא יכול להיות צידוק (חולקת על הלכת בר-און והמרכז האקדמי).

## אופן הפגיעה

* חוסר בשלות, צריך לחכות שתיפגע ואז לעתור - התיכון האורתודוקסי.
* הימנעות מסבסוד - לא נחשבת פגיעה (דעת הרוב באבו גוש).
* שלילת תקציב כסנקציה - נחשבת לפגיעה קלה (מלצר באבנרי). מנגד, ניתן לראות בהעדפה תקציבית תמריץ לטובת אלו שמתחסנים, ולא פגיעה באלו שלא מתחסנים (ארבל בעדאלה).
* פגיעה מהותית = פגיעה, גם אם פורמאלית לא אוסרים על מימוש הזכות (לם).
* הטבת התנאים של חברה אחת נחשבת לפגיעה בחופש העיסוק לפי הרציונל של התחרות החופשית (אורון).
* טל במיעוט בפסרו גולדשטיין - מדינה יכולה להחליט את מי לקבל כאזרח שלה ואת מי לא.
* טל במיעוט בפסקו גולדשטיין - בהצטרפות לדת אי אפשר לטעון לחופש דת.
* הפגיעה בתוך של הזכות חמורה יותר מפגיעה בשוליים שלה (סולברג בישראל ביתנו).

## איזון

### הגנות מוקדמות

##### חו"י ספציפי

* פלונית: דורנר - אין מקום לעקרונות כלליים. ברק - יש מקום, נדרש איזון.

##### שמירת הדינים

* יש בכהאו"ח, אין בחוה"ע.
* גנימאת: ברק - הפרשנות אינה מוגנת (+ ברק בפלונים בראציו). חשין - הפרשנות הישנה מוגנת.
* האגודה לשמירת זכויות הפרט: ברון - יום יבוא ושמירת הדינים לא תעמוד, בשל הצורך באחידות.
* ריקון מתוכן - פוגלמן באבו ערפה באמצעות סדרים ראשונים.
  + ביקורת: הנדל במיעוט - זה לא ראוי.

##### פסקת התגברות

* יש בחוה"ע, אין בכהאו"ח.
* לא מוגן מפני עקרונות יסוד (מיטראל).
* ביקורת: עוקף חוקה.
  + הצדקה - דיאלוג בין הרשויות (ספיר).
* בפגיעה בעקרונות נוספים - 3 תנאים: לוואי, משני, לא משמעותי.

##### שירות הביטחון

* פסקת הגבלה מיוחדת - תלוי במהות ואופי השירות (רק בכהאו"ח, לא בחוה"ע).

##### תקנות / חקיקת שעת חירום

* פסקת הגבלה מיוחדת: לא יכולות לשנות ולהפקיע.
* במצב חירום - יכולות לפגוע לתכלית, במידה ולתקופה.
* אם מקור החוק בפקודת ההגנה המנדטורית - יש לפרש בצמצום (חשין בשנסי).
* צמצום ההגנה: ברק בפלונים - צמצום פרשני, לפי כהאו"ח, ולפי הדין הבינלאומי.

##### זכויות נגדיות שזקוקות להגנה

* כבוד האדם
* זכויות חברתיות
* שוויון
* חופש העיסוק
* חופש דת
* חופש מדת
* חופש הביטוי
* זכויות נוספות

### עקרונות יסוד

* מנצחים אפילו חקיקה ראשית. אפילו מגביהים את הסטנדרט של החוקה (ברק בלאור להלכה ולא למעשה).
* מעוגנים בס' המטרה, ויכולים לפסול גם חקיקה שעומדת בתנאי פסקת ההגבלה. אבל השימוש בהם רק במקרים קיצוניים (ברק במיטראל - אוביטר).

### חוק / הסמכה מפורשת

##### דרישת ההסמכה המפורשת

* שמגר במיטרני. + פסקת ההגבלה.
* צמצום: גזל = חקיקת משנה או פעולה ביצועית.
* צמצום והרחבה: ביניש במפקד הלאומי - תלוי בזכות הנפגעת.
* צמצום: חיות בדעת רוב בטבקה. שטיין במיעוט - דווקני.

##### פרשנות / כלל ההסדרים הראשוניים

* חזקה פרשנית לצמצום הפגיעה בזכויות אדם (שטרייט).
* שמגר במיטראני - בדיעבד בסדר.
* ביניש במפקד הלאומי - צ"ע לאחר המהפיכה החוקתית.
* רובינשטיין - פסילה על כלל ההסדרים ראשוניים, במקרה של פגיעה בזכויות.
  + חזקה הניתנת לסתירה. => מן הסתם המחוקק לא התכוון להעביר סמכויות כאלו רחבות לשר.
    - ביקורת: אין לזה מקור בחוק.
* עוד דוגמא - אבו ערפה (פוגלמן בדעת רוב). שיטה לרוקן את שמירת הדינים מתוכן.

##### פרשנות החוק

### הלימה לערכי המדינה

* יהודית, דמוקרטית, וסינתזה (דיזיין, ברק).
* ניתן לפסול רק במקרים קיצוניים (חטיבת זכויות אדם, ביניש).

### תכלית ראויה

* התכלית עצמה ראויה - צריכה להיות רגישה לזכויות אדם (ברק בתנועה לאיכות השלטון).
* התכלית ראויה להגנה - איזון אנכי, ודאות קרובה (ברק בשטיין).
* תכלית שקרית יכולה להיפסל (פרוקצ'יה בעדאלה).
* תכלית ביניים - בעייתית (ארבל בא.ס.פ) ולכן הרתעה אינה תכלית ראויה.
* אם התכלית היא זכות: דורנר בגור אריה - יש להפעיל איזון אנכי. ברק - יש לבחון במבחני המידתיות.

### מידתיות

* יש מתחם מידתיות, שמשתנה לפי מהות הזכות והאינטרס שמתנגשים - דורנר בתנופה.

##### קשר רציונלי

##### האמצעי שפגיעתו פחותה

##### מידתיות במובן הצר

* **בחינה מוחלטת** - כולל הסתברות (עמית באבנרי).
  + בעבר חופש ביטוי גבר על חופש לשם טוב, במיוחד לגבי דמויות ציבוריות (ברק באבנרי). כיום צ"ע, כי הזכות לש"ט קיבלה מעמד חוקתי (רשת, ביניש).
    - => זכות חוקתית היא זכות חזקה יותר.
    - => עדיף לטעות לצד של חופש הביטוי (ברק באבנרי).
  + הזכות לבריאות הילדים גוברת על הזכות לאוטונומיה של ההורים (ברק-ארז / ארבל? בעדאלה).
  + הזכות לחופש דת במובן המצפון גוברת על כבוד האדם של כתיבה על מצבות - **דעת מיעוט** של אנגלרד בשביט.
  + הזכות לחופש דת והזכות לחופש מדת מצטמצמות - ברק בדעת רוב בשביט.
    - ביקורת: צריך לדון על פי הרציונלים, לא לצמצם סתם (ספיר).
* **בחינה יחסית** - ברק בבית סוריק
  + ניתן להכניס גם באמצעי שפגיעתו פחותה (ארבל בא.ס.פ).

## תוצאת הפגם

### פסילת החוק - גולדברג באגודה לזכויות האזרח

* בטלות - דקלרטיבי, רטרוספקטיבית.
* נפסדות - קונסטיטוטיבי. רטרוספקטיבית, אקטיבית ופרוספקטיבית.
  + עדיפות לפרוספקטיבי בחוק מיטיב (זמיר בצמח).
* בטלות יחסית - נסיבתי. רטרוספקטיבית, אקטיבית ופרוספקטיבית.
  + עדיף כי יש יותר גמישות - זמיר באגודה לזכויות האזרח.

### קריאה לתוך החוק

* גניס - י"א שזה פחות אקטיביסטי. עיפרון כחול (חשין), או פרשנות (ברק). היה אפשר להשתמש בבטלות יחסית.
* דוגמא - נסר, ביניש.
* חיות בדעת מיעוט בליאת משה - הרחבה לעותרים / טיעון למדינה.
* ביקורת: מצא וריבלין במיעוט בגניס - מדובר בחקיקה שיפוטית.

### צו לתיקון החוק

* יכול לפגוע בכבוד ביהמ"ש - נסר, ביניש.

### צו לחוקק חוק

* לא קרה בישראל.

### פיצויים

* עוולת רשלנות חוקתית. גם במקרה בו החוק חוקתי (ישועה, נאור).