**מחברת מקוצרת חוקתי**

1. מבוא למשפט חוקתי

1.1 אפיונים וטיעונים בעד ונגד

**מאפייני החוקה:** (גדעון ספירש, שלושה מודלים של חוקה)

1. **תוכן** – א. מבנה: הגדרה והסדרה של מבנה השלטון במדינה, תיחום סמכותיותם של הארגונים השונים. ב. מהות: ערכי יסוד שמתורגמים לזכויות.

2. **סגנון** – תמציתי, עוסקת בעקרונות יסוד מופשטים.

3. **עליונות** - במקרה של התנגשות חוק/חקיקת משנה עם החוקה – יד החוקה על העליונה. הוראותיה של החוקה יתנו תוכן ורושם לחקיקה הראשית והמשנית. חוקה תהיה קצרה יותר והחקיקה מפורטת יותר. החוקה היא מסמך שמכריז על עצמו ונתפס ע"י הציבור והמערכת המשפטית כבעל התוקף הנורמטיבי הגבוה ביותר בפירמידת הנורמות.

4. **איך מתקבלת?** - בדר"כ חוקות מתקבלות במצבי משבר וע"י הליך ייחודי בעל מאפיינים סופר דמוקרטיים - מתבקש שנקבל את החוקה בצורה שונה מחקיקה ראשית. אנו זקוקים לקונצנזוס כמעט מוחלט. מצפים שהליך קבלת החוקה יהיה הליך של השתתפות, שתינתן לאזרח היכולת להשתתף בצורה יותר אקטיבית מאשר בחירת הגוף המחוקק ולכן יש מדינות בהן אחד הכללים להעברת החוקה הוא משאל עם, דמוקרטיה ישירה. בישראל – ע"י הכנסת.

5. **שריון** (נוקשות)- קיומו של מנגנון מיוחד לשינוי החוקה. מדובר במנגנון נוקשה יותר שמטרתו הינה להגן על עליונותה של החוקה. היעדרה של נוקשות מחלישה פורמלית את עליונותה של החוקה.

* **שריון מוחלט** –קיצוני. לא ניתן בשום אופן (למעט מהפכה ) לשנות ס' מסוים בחוקה.
* **שריון יחסי** – נפוץ. דרישה של רוב מיוחד/מיוחס כתנאי לשינוי. הצבת רף גבוה יותר ביחס לזה המוצב בחקיקה רגילה.
* **שריון זמני** – נדיר. תוקף לזמן מוגבל.
* **שריון מותנה** – התרחשות אירוע מסוים כתנאי לשינוי בחוקה.

**טיעונים בעד ונגד:**

החוקה כוללת 2 תחומי תוכן: "כללי משחק" וערכים (זכויות).

**בעד חוקה:**

1. **יצירת בסיס יציב** - צריך לקבוע כללי משחק יציבים. היציבות מאפשרת תכנון וחוסכת עלויות שנובעות מחוסר וודאות. אלמנט הוודאות והיציבות חיוני לכללי המשחק של המערכת.

2. **הגנה על חירויות היסוד** - הגנה על עקרונות מסוימים, תוך הגבלתו של העקרון הדמוקרטי. מעגנים בחוקה את הזכויות (למשל הגנה על הקניין הפרטי) - פועל להגנת המיעוט מפני רוב אולם גם להגנת הרוב מפני האוחזים ברסן השלטון.

3. **הגנה על המבנה הדמוקרטי** - מעבר לכללי משחק יציבים רוצים כללי משחק דמוקרטיים כלומר הגנה על עקרונות שנועדו לשרת ולשמור על המשטר הדמוקרטי (חופש הביטוי, הזכות להצביע).

**נגד חוקה:**

1. **אי הסכמה בשאלת הערכים** – יש ריבוי דעות בחברה הפלורליסטית. ספק אם ניתן להתגבר על אי ההסכמה ולכונן חוקה.

2. **מתח עם העיקרון הדמוקרטי** - כנראה שהחוקה תהיה מנוסחת ע"י עקרונות אבסטרקטיים ולא תרד לרזולוציות. ביהמ"ש יאלץ להכריע במקרים קונקרטיים. כאשר ביהמ"ש מכריע נשאלת השאלה האם הוא מחליט בהתאם להוראות החוקה? במובן מסוים כן אך באיזון המדויק ההכרעה הסופית לא כתובה בחוקה. כלומר יכול מצב שבו החוקה שהתקבלה בהסכמה אבל השופטים מחליטים באופן שלא עולה בקנה אחד עם עמדת הרוב וזה עומד במתח עם העקרון הדמוקרטי.

3. **כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו** – לגיטימי שתפיסת עולם משתנה בחלוף הזמן. רכיבי חוקה שעבר היו לגיטימיים וכעת לא ולהיפך – כבולים בעיגונם בחוקה. מתח בין דעת הרוב בעבר לבין דעת הרוב בהווה.

4. **דלדול השיח הדמוקרטי** - הורדת המוטיבציה של הציבור לעסוק בסוגיות ערכיות ולהשתתף בתהליכי הכרעה. שיח ציבורי הינו מרכיב חשוב בדמוקרטיה. אי הבעת עמדת וגישה ע"י העם מביא לאיבוד קרנה של הדמוקרטיה.

5. **ספק לגביי האפקטיביות** – כאשר בוחנים את ההיסטוריה החוקתית של אומות שונות ניתן לראות כי החוקה לא שימשה כלי יעיל למטרה לשמה נועדה (שמירה על הערכים הדמוקרטיים של האומה בעתות משבר). סביר להניח שכאשר יש משבר בקרב האזרחים, בית המשפט לא בהכרח מסוגל לנתק את עצמו מהלכי הרוח בחברה ולהישאר נאמן לחוקה

**פתרונות:**

1.**הגבלת היקף הביקורת** - צמצום היקף הביקורת השיפוטית. ביהמ"ש צריך להתערב רק בסוג מסוים של מקרים. המקור לפתרון הזה הוא ג'ון אילי.

 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת: **גרוניס-** כשלא נפגעו כללי המשחק הדמוקרטי אין מקום לביקורת שיפוטית. **ברק-** גישתו של גרוניס מצמצמת מדי. בדמוקרטיה יש יותר מאשר הגנה על מיעוטים.

לנדוי במאמרו, "מתן חוקה לישראל דרך פסיקת ביהמ"ש: המעורבות השיפוטית בשאלות המהותיות יהפכו אותו ל"מסומן" פוליטית-ערכית. בנוסף, המערכת הפוליטית תראה בו יריב משום שביהמ"ש מבטל/מגביל את כוחם של הרשות המחוקקת והמבצעת. סכנות נוספות הן עומס על מערכת ביהמ"ש ועירוב הדין.

חולשות:

* חולשה עובדתית – יש חוקה והיא מגינה על שורה של זכויות אז לכאורה ברגע שזכות מופרת אז מה זה חשוב אם היא קשורה לפגיעה במנגנון דמוקרטי או פגיעה בזכות? צריך להתערב כי יש פגיעה בחוקה.
* עדיין יש כוח רב לביהמ"ש - בסופו של דבר זה נתון לשיקול דעתו של השופט – האם זה סוג מקרה שאפשר להתערב בו? אם זה שופט בעל נטיות התערבויות אז הוא יתערב ולכן ביהמ"ש לא יכול להבטיח מינימליזם מצדו.

2.**מנגוני שליטה על התוצר השיפוטי** - משקף את דעת העם. המשמעות – הענקת סמכות ולגיטימציה לבימה"ש להחליט בסוגיות חוקתיות מאחר ושופטיו נבחרו בהליך דמוקרטי. הבעייתיות – לא עונה על 'הצורך להגן על עצמנו מפני עצמנו', יוצר בעיית אפקטיביות (השופטים מייצגים רק את הרוב) ולא פותר את דלדול השיח הציבורי – הציבור עדיין לא לוקח חלק אקטיבי בקבלת ההחלטות. הגבלת כהונת שופטים – מבטיח התקיימות ההליך הדמוקרטי גם בעתיד – שופט שנבחר ע"י רוב בעבר שאינו כבר הרוב בהווה.

3. **הורדת רף השריון** – הבעיה היא שאנחנו "תקועים" עם הדעות של הדור הקודם כי יש קושי רב לשנות את החוקה. אפשר לשנות את רף השריון. במובן מסוים הבעיה נפתרה אך יש חולשה מכיוון שבאותו רגע אפשר לאבד חלק מן האפקטיביות של החוקה. "מרפא את המחלה אך הורג את החולה".

4. **תורת הפרשנות** - קביעת עקרונות פרשניים שצריכים להנחות את השופטים. שתי גישות על בתורת הפרשנות:

**אוריג'נליזם** – פרשנות בהתאם לכוונה המקורית של מנסחי החוק ובהתאם למשמעות האובייקטיבית והמקורית של הטקסט. הרצון הוא בצמצום סמכותו של השופט בפירוש השיפוטי. נותן מענה למתח עם העיקרון הדמוקרטי אך מעצים את כבילת הדור הנוכחי לערכי הדור הקודם.

**נון-אוריג'נליזם** – פרשנות העולה בקנה אחד עם תפיסת ערכית מסוימת. חולשה – אי הסכמה בשאלת הערכים, ריכוז הכוח הפרשני והקושי לחלץ הנחיות ברורות מעקרונות אבסטרקטיים.

**הפרשנות התכליתית** – לשיטתו של ברק, הפרשנות צריכה להיות כזו שתרה אחר התכלית האובייקטיבית שהנורמה נועדה להשיג. השיטה מורכבת משלושה רכיבים מרכזיים:

* התחשבות בכוונת המחוקק.
* סוג ההסדר המשפטי – ישליך במידה מסוימת על דרך הפרשנות.
* המבנה החוקתי של השיטה ועקרונות היסוד שלה – פירוש לאור המבנה החוקתי של השיטה ולאור עקרונות היסוד שלה. הבעייתיות – מהן עקרונות היסוד ומי קובע אותן? תיאוריה כללית שמותירה מרחב תמרון רחב לפרשן.

**ישנם 2 מודלים עיקריים לביהמ"ש המבצע ביקורת שיפוטית**:

* מודל ביזורי – כל בתי המשפט יכולים לאכוף את החוקה (דוגמת ארה"ב)
* מודל ריכוזי – רק ערכאה אחת מופקדת על אכיפת החוקה. (ביהמ"ש לחוקה או ביהמ"ש הגבוה בהיררכיה) (דוגמת רוב מדינות אירופה)

\*במדינת ישראל קיים דגם ביניים - תקיפה ישירה רק לבג"צ, כלומר הגשת עתירה לבטל חוק כי הוא עומד בסתירה לחוקה. ותקיפה עקיפה, תקיפה כטענת הגנה, בכל בתי המשפט.

**ישנם 2 מודלים לנסיבות המאפשרות ביקורת שיפוטית ולגוף המוסמך ליזום אותה:**

* ביקורת שיפוטית קונקרטית – צד שנפגע מהחקיקה יכול ליזום (ארה"ב)
* ביקורת שיפוטית אבסטרקטית – רק גורמים פוליטיים יכולים ליזום (צרפת)

**עיתוי הביקורת:**

* ביקורת א-פוסטריורית – אחרי הליך החקיקה
* ביקורת א-פריורית – תוך כדי ההליכים
* שני הסוגים אפשריים

1.2 המצב בישראל

**1.2.1 המהלך החוקתי 1948-1992**

רות גביזון המפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?

הכרזת העצמאות:

* נקבע כי יקום גוף מכונן אשר יחוקק חוקה עד לתאריך 01.10.48 עד אז תפעל מועצת העם כמחוקק הזמני ומנהלת העם כממשלה זמנית.
* האספה המכוננת תחוקק חוקה ומיד לאחר מכן תתפזר.
* מועצת המדינה הזמנית מחוקקת את פקודת המעבר האומרת שברגע בחירת האספה המכוננת היא תחדל להתקיים וסמכויותיה יועברו לאספה המכוננת. משמעות – גוף אחד עם שני כובעים.

**מדוע לא כוננה חוקה?**

1. התנגדות הדתיים – "חוקת ישראל זוהי התורה".
2. נימוק מוסדי – המחוקק לא רוצה להיות כבול.
3. התנגדות בן גוריון –
* רק קומץ של יהודים נמצא בארץ. ולכן לא רצוי לקבל החלטה כזו שעוד רבים צריכים להגיע.
* כל פקודות השלטון של הבריטים, למעט הספר הלבן הפכו לחוקים בישראל ולכן ראוי שנאמץ את השיטה הבריטית עד הסוף (גם להם אין חוקה).
* מצב ביטחוני – אנו במצב מלחמה ולא מתאים לכונן חוקה במצב כזה.
* מפא"י לא רצתה חוקה – יחליש את מעמדה.

החלטת הררי (1950): ח"כ יזהר הררי העלה הצעה שהכנסת תטיל על ועדת חוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה **פרקים פרקים** באופן שבו כל פרק יהווה חוק יסוד בפני עצמו.

זיו נ' גוברניק :– לאדם היו 2 דירות והמדינה הפקיעה לו אחת מהן. עתירה כנגד תקנות המדינה המנדטוריות שעומדות כנגד עקרונות החירות המעוגנות בהכרזת העצמאות (טוען שזו חוקה). העתירה נדחית - מגילת העצמאות אינה מסמך חוקתי או אפילו מסמך המשמש כחוק כלשהו.

**מעמד זכויות אדם בהעדר חוקה:**

בז'רנו נ' שר המשטרה (1949): משרד הרישוי אסר על חברת הסדרת רישיונות לעסוק בזה בלי שיש חוק שאוסר זאת. **חשין-** הכרה בקיומן של זכויות אדם גם בהיעדר חוקה. זכות טבעית. כדי לפגוע בהן צריך הסמכה מפורשת או לחוקק חוק.

קול העם נ' שר הפנים (1953): עיתון המפלגה הקומוניסטית "קול העם" מפרסם כתבה חריפה המבקרת את המדינה. מוגשת עתירה. **אגרנט-** שר הפנים רשאי לסגור את העיתון כאשר הפרסום עלול לפגוע בציבור, כאן אין שק"ד. לביהמ"ש יש נכונות לבקר שק"ד של הרשות המבצעת.

שטרייט נ' הרב הראשי לישראל (1963): אישה מסרבת להתגרש, הבעל מבקש אישור להתחתן עם אחרת. האישה טוענת לחוסר שוויון בין יהודים ללא-יהודים ובין גברים לנשים. **כהן-** יש לבחור בפרשנות שמגנה על זכויות האדם. שימוש בכלים פרשניים בכדי לצמצם את אי-השוויון. ביהמ"ש יעדיף פרשנות שעולה בקנה אחד עם הגנה על זכויות אדם.

מיטרני נ' שר התחבורה (1981): העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק שלהם עקב הוראות פנימיות של משרד התחבורה שלפיהן הם לא יכולים לטפל בבקשות לבדיקות ורישוי רכב (פרנסתם). **שמגר­-** מצופה שבחקיקה ראשית ייאמר במפורש שהיא מסמיכה את מחוקק המשנה להתקין תקנות שפוגעות בזכות. דרישה לקיומה של הסכמה מפורשת כתנאי לפגיעה בזכויות אדם.

ברגמן נ' שר האוצר (1969): עתירה נגד חוק שמאפשר מימון רק למלגות קיימות. נוגד שוויון בחירות שמעוגן בחו"י הכנסת. **לנדוי-** בגלל הפגיעה בשוויון, על הכנסת לחוקק מחדש או לתקן את החוק. הפעם הראשונה שביהמ"ש מבקר חקיקה ראשית.

קרמצ'ר טוען כי ניתן להסביר את ברגמן לפי 3 פרשנויות:

1. **חוק יסוד נהנה מעליונות** – החוק נפסל מאחר והתנגש עם חוק יסוד. חוק יסוד גובר על חוק רגיל.

2. **חוק יסוד משוריין נהנה מעליונות** – החוק נפסל לא כי התנגש בחוק יסוד אלא כי התנגש בחוק יסוד משוריין. ס' 4 המשוריין מקנה מעמד עליונות לחוק היסוד. לפי גישה זו, הלכת ברגמן מצומצמת מאוד כי כמעט אין חו"י משוריינים.

3. **הכנסת יכולה לכבול את עצמה בחקיקה ראשית רגילה** – העדפת בימה"ש את ס' 4 אינה בגלל שהוא בחוק יסוד אלא בגלל שהוא משוריין. כלומר הכנסת יכולה לשריין גם חוק רגיל. לפי גישה זו, לחו"י אין שום עליונות על פני חוק רגיל, הכל תלוי בשריון.

**דחיית אפשרות 1 של קרצ'מר:**

נגב תחנת שירות לאוטומובילים בע"מ נ' מדינת ישראל (1973): הועמדה לדין על מהילת דלק במים וטוענת שחוק התקנים חוקק ללא סמכות לפי חו"י הממשלה (השר העביר את הסמכות שלא כדין). **ברנזון-** חוק ספציפי גובר על כללי ללא קשר למעמדו. ביהמ"ש מפעיל כלי פרשנות רגילים (ספציפי גובר על רגיל) בלי לייחס משקל למעמדם של חוקי יסוד. **ביקורת-** פס"ד זה מייתר את חוקי היסוד.

**דחיית אפשרות 2 של קרצ'מר:**

קניאל נ' שר המשפטים (1973): פרופ' למתמטיקה טוען לחוסר שוויון בחלוקת עודפי הקולות לטובת המפלגות הגדולות. **עליון-** שינוי חו"י לא חייב להיעשות בחו"י. יכול להיעשות גם בחקיקה רגילה אם עומדת בדרישת הרוב הדרוש. פסיקה שסירבה לבטל חוק למרות סתירה לס' משוריין בחו"י. לא צריך חו"י כדי לשנות חו"י, רק צריך לעבור את רף השריון.

\*דוגמאות לביסוס תפיסה זו – פס"ד רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת + לאו"ר נ' יו"ר הכנסת.

**ניתן להסיק מפס"ד ברגמן, קניאל וצמח שלחו"י אין שום עליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה.**

תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת (1989): עתירה נגד שינוי תקציב המפלגות ע"י תיקון חקיקה ללא רוב מיוחס וקריאה טרומית (תניות בחו"י) וכן שהתיקון פוגע בשוויון. **אלון (רוב)-** החוק בטל. רק לחו"י משוריין יש עליונות. מותר לבטל רק חוק שנוגד חו"י משוריין (גם ללא חוקה). **ברק (מיעוט)-** אוביטר ברק: מעל חוקי יסוד יש "עקרונות יסוד של השיטה" שאיתם אפשר לבטל כל חוק (ייתכן שגם חוק יסוד). עקרונות יסוד- חו"י- חקיקה ראשית.

סיכום:

* יש למדינת ישראל עקרונות חוקתיים אף שאינם מעוגנים בחוקה כתובה (ברק, דעת מיעוט, תנועת לאו"ר).
* כדי שהרשות המבצעת תהיה מוסכמת לפגוע בעקרונות האלו, נחוצה הסמכה מפורשת בחקיקה הראשית (מיטרני).
* חקיקה פוגעת תפורש במידת האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד הזכויות – חזקה פרשנית (שטרייט).
* ניתן לבקר את פעולותיה של הרשות המבצעת, בהתבסס על עקרונות חוקתיים אלו ולפסול פעולות לא רק בשל היעדר הסכמה בחוק לפגיעה בזכויות אלא גם בשל פגם בשיקול הדעת המתבטא באיזון לא נכון בין ערכים מתנגשים (פרשת קול העם).

לאור כל הנ"ל, למה נדרשת חוקה שתגן על זכויות אדם? לכאורה נראה שביהמ"ש מספק הגנה לזכויות אדם אך בפועל ביהמ"ש לא מוכן לפסול חקיקה ראשית העומדת בסתירה עם זכויות אדם כל עוד הזכויות אינן מעוגנות בחוקה.

**1.2.2 המהלך החוקתי מ-92 ואילך**

**הדרך לפשרה/הסיבות לפריצת הדרך ב-1992 בדבר חקיקת חוקי יסוד העוסקים זכויות אדם:**

1.**משבר אמון ציבורי**: ההצלחה היא תוצאה משבר אמון חסר תקדים בין הציבור לערכת הפוליטית (התרגיל המסריח). הציבור מחליט להעביר את הסמכות מידי הכנסת לבימה"ש. במהלך מודע, המערכת הפוליטית מעבירה חלק מהכוח לבימה"ש כדי שיפקח עליהם מאחר והם אינם מסוגלים לעשות זאת. חולשתה של הטענה: מעורבותם הנמוכה של הח"כים במהלך. לא באמת הבינו שמדובר ברגע היסטורי ולא באמת הבינו על מה הם מצביעים (מעט ח"כים הצביעו על חוקי היסוד).

2.**פשרה:** הטקטיקה שנקטו בה יוזמי החוק:

* פירוק זכויות האדם לפלחים קטנים עליהם יש הסכמה לאומית והוצאת המרכיבים הבעייתיים (רובינשטיין).
* פשרה עם המחנה הדתי – המחנה הדתי מבין שכדאי לשחק עם קלפיו ברשות המחוקקת מאשר בבימה"ש העליון שם הרוב המוחלט של השופטים הם חילוניים ועשויים לפסוק נגדם.

**טענת ההטעיה**: יוזמי החוק ורובינשטיין בראשם הרדימו את המתנגדים המסורתיים, הטעו ובלבלו אותם ובאמצעות תרגילי התחמקות והסוואה הצליחו להעביר את חוקי היסוד.

חיזוק לטענה: ההשתתפות היחסית דלה של הח"כים בכל תהליך החקיקה של חוקי היסוד. חולשתה של הטענה: יוצאת מנקודת הנחה שחברי הכנסת הדתיים לא היו חכמים במיוחד.

4. **פעולת הצלה:** נבעה משני שינויים במציאות הפוליטית:

* האליטה הייתה מאוימת וזה היה מהלך חירום. המהפכה החוקתית היא תולדה של הבנה שעדיף להפסיד חלק מאשר להפסיד הכל.
* התחזקותם של גורמים שוליים (חרדים, ערבים, עולי ברה"מ) שאיימו על ההגמוניה החילונית מרכז הוותיקה – נטרל את העניין המוסדי. הגוף ההגמוני הזה רוצה לשמור על הערכים שלו ולכן הוא מעביר את כל הכוח לבימה"ש שמורכב מאותה הגמוניה בעצמו.

בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי: תיקון חוק ההסדרים שמרחיב את התקופה לטיפול ומחיקת חובות של המגזר החקלאי למניעת קריסתו. רוב הדיון נעשה באוביטר.

שאלת הסמכות- מה מקור סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה? **שמגר-** תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת (המחוקק יכול גם לחוקק חוקה). **חשין-** אין לכנסת סמכות לכונן חוקה. הסמכות לא הועברה אליה מהאסיפה המכוננת. לא הייתה ב-92' מהפכה חוקתית וזכויות המעוגנות בחוה"י היו קיימות גם קודם- זכויות טבעיות של כל אדם. **ברק-** תורת 2 הכובעים- הכנסת משמשת כרשות מחוקקת וכרשות מכוננת.

שאלת המעמד: 1.מה מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד-איך משנים חוק יסוד? **ברק ושמגר-** בחו"י. **חשין-** בחוק רגיל. 2. כיצד פוגעים בחוק יסוד? **שמגר-** חו"י משוריין- ע"פ דרישת השריון. חו"י לא משוריין- חו"י בלבד. **ברק-** חו"י משוריין- ע"י חוק רגיל כשהוא עומד בתנאי השריון. חו"י לא משוריין- צ"ע. **חשין-** ע"י חוק רגיל. אוביטר ברק: לכל חוה"י יש עליונות (הפך לרציו בחרות).

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | שינוי חו"י | פגיעה בחו"י משוריין | פגיעה בחו"י לא משוריין |
| **שמגר** | בחו"י | לפי דרישת השריון | בחו"י |
| **ברק** | בחו"י | רגיל עם שריון | צ"ע |
| **חשין** | חוק רגיל | חוק רגיל | חוק רגיל |

משה לנדוי, מתן חוקה לישראל דרך פסיקת בית המשפט:

פס"ד המזרחי העלה את בימה"ש העליון מעל הכנסת, כשותף בכיר בחקיקת החוקים למדינה. מתחבר לדעתו של חשין דבר אי סמכותה של הכנסת לכונן חוקה לישראל.

הפגמים המולדים בחוקי היסוד: חסרות זכויות אדם קלאסיות (חופש הביטוי ומצפון). ברק הכניס מהחלון את מה שהמחוקק הוציא מהדלת.

לא התרחשה באמת מהפכה חוקתית מכמה סיבות:

1. היעדר חגיגיות – רק כמחצית מחברי הכנסת נכחו בעת ההצבעה על החוק.
2. היעדרן של זכויות אדם קלאסיות.
3. ס' 10 שמירת הדינים – מחליש את מעמדו של חוק היסוד.
4. משבר לגיטימיות – דרושה אמירה מפורשת בחוקה עצמה הקובעת שהיא עליונה על פני חוקים רגילים. חוקה אינה נעשית כמחטף על גבו של הציבור – צריכה להיעשות בגלוי ולעיני הציבור.

פיקוח שיפוטי: בבחינת העיקרון ישראל שונה בכך שבימה"ש רשאי לפסול חוק אך אין בסמכותו להטיל ספק בחוק שנחוקק ע"י הכנסת כדין.

על הכנסת לחוקק חוקה קשיחה עם פיקוח שיפוטי בכל הנוגע למסגרת השלטון במדינה. מביע אכזבה מכך שבחוקי היסוד החדשים אין שריון פורמאלי – מאפשר לבימה"ש לבצע פרשנות סובייקטיבית ע"ב השקפה עולמית אישית (מביא כדוגמה את פס"ד המזרחי בה לכל אחד מ-9 השופטים היו דעות שונות).

בעיות מעשיות הנובעות מביקורת שיפוטית:

1. ייחוד סמכות הביקורת השיפוטית לבימה"ש העליון בלבד.
2. הליך חוקתי ארוך – כל תיק יעבור מסע בדרך חתחתים עד שיגיע לבימה"ש העליון – עלול להימשך שנים.
3. טענת אי חוקתיות במשפט פלילי – עיכוב ההליך המשפטי במשפט פלילי בטענה שחוק לוקה באי חוקתיות.
4. היעדר לגיטימציה – אין הסכמה מפורשת של הרשות המחוקקת שבימה"ש העליון יבצע פיקוח שיפוטי.

פתרונות אפשריים:

1. מתן סמכות לבימה"ש העליון בלבד כבית משפט לחוקה.
2. מתן סמכות לכל הערכאות באופן מלא או בסייגים עם הרשות לערער מכל ערכאה לבית משפט עליון לחוקה.
3. טענה בדבר אי חוקתיות של חוק שנטענה בערכאה הנמוכה תועבר לבימה"ש לחוקה.
4. מתן סמכות בלעדית בהחלטה על אי חוקתיות לבית משפט חדש ונפרד לחוקה.

קרמצ'ר, מברגמן וקול העם לבנק המזרחי:

מעמדם של חוקי היסוד:

ברק ושמגר: מעמד חוקתי על חוקי. הוראה בחוק יסוד גוברת על הוראה בחוק רגיל.

חשין: נשאר בהלכה שנפסקה בעבר בבימה"ש ומייחס פירוש מינימליסטי להלכת ברגמן.

סמכות כבילתה של הכנסת:

מוגבלת. הוראת שריון תעמוד בעינה כל עוד בחוק שמשוריין מינימלית לא עברו 61 ח"כים בהצבעה על שינוי בו.

פסקת ההגבלה:

חשין: אין לה מעמד חוקתי על חוקי ולכן ביכולתה של הכנסת לגבור עליה אם קבעה במפורש בחוק רגיל שהוא גובר על פסקת ההגבלה.

ברק ושמגר: גם הוראה מפורשת לא יכולה להציל חוק מביקורת שיפוטית.

ברמה האופרטיבית: לדעת כל השופטים בימה"ש יבחן אם חוק שפוגע בזכות מוגנת בחו"י עומד בדרישות פסקת ההגבלה ואם אכן פוגע – יפסול אותו.

עדיפות נורמטיבית לחו"י ושינויו של חו"י:

ברק: מעמדו של חו"ח מעניק לו עדיפות נורמטיבית – חו"י לא ישונה ע"י חוק רגיל גם אם החו"י שותק. חו"י ניתן לשנות רק באמצעות חו"י אחר.

לדעת קרמצ'ר גם אם לא רצוי שבימה"ש יבחן את קבילותה של החוקה, במקום בו יש התנגשות בין חוק רגיל לחו"י – הפקדתה של סמכות ההכרעה בידי בימה"ש היא הפתרון העדיף.

סיכום:

קרמצ'ר נוטה להעדיף את גישתו של השופט ברק על פני שמגר = יש שלמור על ההבחנה שבין הכנסת כרשות מחוקקת לרשות מכוננת. הגישה של שמגר מאפשרת שימוש בסמכות השריון כדי לסכל את פעילותה התקינה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית. מציע לדחות את גישתו של חשין משום שמתעלמת מהדינמיקה החוקתית במדינת ישראל.

**האוביטר של פס"ד מזרחי הופך לרציו בפס"ד:**

לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר: עתירה נ' חוק שקובע שמי שעסק בניהול תיקי השקעות פחות מ-7 שנים יחוייב במבחן (הוראות מעבר). טוענים לפגיעה לא מידתית בחופש העיסוק. **ברק-** חלק מהחוק בטל (הפרדת סעיף ע"י עיפרון כחול). פירוט של מבחני פיסקת ההגבלה ומבחני העזר של מידתיות. פעם ראשונה שנפסל חוק בגלל אחד משני חוקי היסוד החדשים (חוה"ע-משוריין פורמלית+מהותית).

צמח נ' שר הביטחון: תיקון לחוק שיפוט צבאי לפיו ניתן לכלוא אדם עד 96 שעות ללא הבאה לשופט, (במקום שבוע שהיה לפני זה בחוק). חוק השיפוט נחקק ב55'-כלול בשמירת הדינים של כבו"ה. **זמיר-**תיקון לחוק אחרי 92' (גם תיקון מיטיב) אין שמירת דינים ויש לבחון אותו לאור פסקת ההגבלה. פעם ראשונה שפסלו בגלל חו"י כבו"ה (משוריין רק מהותית).

חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית: הג'ינגל. עתירה נ' פסילה של תשדיר תעמולה-ג'ינגל. מצד אחד ביהמ"ש לא מוסמך לבקר את החלטת יו"ר ועדת הבחירות לפי חוק רגיל, מצד שני כל דבר שלבימ"ש אין סמכות לדון, ניתן לשיפוט ע"י בג"ץ לפי חו"י השפיטה *(חו"י שותק).* **ברק:** ניתן לבצע ביקורת שיפוטית מ-2 סיבות: 1. חוק רגיל לא יכול לשנות חו"י (הפיכת האוביטר בבנק המזרחי לרציו- שינוי חו"י שותק רק בחו"י+הפיכת הלכת נגב- חוק רגיל ספציפי לא גובר על חו"י) 2. דרך פרשנית- בחוק נאמר 'שום בימ"ש'- אין הכוונה לבג"צ.

**1.2.3 המהלך החוקתי השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים**

הלל סומר מציע גישות לשיטת בית המשפט העליון בהתייחסותו לזכויות הבלתי מנויות:

1.**דרך פסקת המטרה**- מאז חקיקת חו"י כבו"ה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מעוגנים בחו"י מתוקף ס' המטרה. בין הערכים הללו מעוגן גם עקרון השוויון, מכאן שהזכות לשוויון מהווה חלק מחו"י כבו"ה.

ביקורת: פסקת המטרה נועדה רק להציב כלי פרשני כשנתקלים בבעיה. אם אכן זו הייתה מטרתו של ס' זה מדוע מנה המחוקק בהמשך החוק את הזכויות שכן מעוגנות? מדוע יש כפילות?

2.**דרך מגילת העצמאות שבס' עקרונות היסוד**

ביקורת: פסקת עקרונות היסוד מהווה רק כלי פרשני.

3.**הזכות לכבוד בחו"י כבו"ה**- ברק. לפרש אותה בפרשנות מרחיבה ולדחוף לתוכה את כל הזכויות הבלתי מנויות! הזכות לכבוד היא זכות רחבה יותר שממנה נגזרות זכויות רחבות רבות. זו הפכה להיות הדרך המקובלת!

היתרון: ניתן יהיה לפסול חקיקה ראשית בגלל הזכויות הללו למרות שהן לא מעוגנות בחו"י.

ביקורת: פועלים בניגוד לכוונת המחוקק- המחוקק לא ירצה לחוקק יותר שום דבר כי הוא רואה שלא משנה מה הוא התכוון יפרשו את זה בצורה שונה!

רסלר נ' הכנסת: פסילה של חוק טל באופן סופי לאחר שעברו שש שנים מפרשת התנועה לאיכות השלטון מפני שאינו חוקתי כיוון שהוא פוגע בשוויון. פעם ראשונה שנפסל חוק מכוח זכות שאינה מנויה בחו"י (כבו"ה)-שוויון. נפסל כי לא עומד במבחני המידתיות.

חסן נגד ביטוח לאומי: חוק ביטוח לאומי שמי שי לו רכב לא יקבל הבטחת הכנסה. פגיעה בזכות לקיום אנושי בכבוד שהיא זכות חברתית. **בייניש**- פוסלת את החוק בגלל שיש אמצעים פוגעניים פחות. הכרה של הזכות לקיום אנושי בכבוד כנגזרת של הזכות לכבוד+פסילת חוק מכוח זכות חברתית.

**1.2.4 המהלך החוקתי- ביקורת שיפוטית תוכנית, הליכית ומשולבת**

**א. ביקורת הליכית- על הליך החקיקה (ולא על התוכן שלו)**

ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל: עתירה נ' חוק ההסדרים המועבר בהצבעות במהלך 24 שעות, דבר שמטיל פגם בעקרון ההשתתפות- אינו מאפשר הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה. **בייניש-** התנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הוא פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה. אוביטר: אפשר לבטל חוק בגלל שנפל פגם שיורד לשורש הליך החקיקה (למרות שהעקרונות לא כתובים בשום מקום). כאן לא נפסל כי לא הייתה פגיעה קשה.

**מקרים בהם ביהמ"ש מוסמך לפסול חוק בשל פגמים בשל הליך חקיקתו:**

* עיקרון הכרעת הרוב
* עיקרון השוויון הפורמלי "כל אחד לכל אחד"
* עיקרון הפומביות
* עיקרון ההשתפות

ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים: עתירה נגד שר האוצר ששינו את סדר היום בוועדה בכנסת והייתה הצבעה מהירה לפני שהספיקו כלל הנוכחים להיכנס. **העליון-** יש ביקורת על הליך החקיקה אך צריך להגביל את הביקורת שיפוטית למקרים פנים-פרלמנטריים קשים בלבד.הפגיעה לא הייתה קשה.

קוונטינסקי נ' הכנסת: עתירה נגד חוק שהתקבל במרתון ישיבות ולא הייתה לח"כים ללמוד את החוק. **סולברג(רוב)-** מקבל את העתירה של פגם שיורד לשורש הליך החקיקה בשל פגיעה בעיקרון ההשתתפות- לח"כים לא הייתה אפשרות לגבש דעה אמיתית. **מזוז-** לא מסכים לפסול חוק על בסיס עיקרון לא כתוב של הליך חקיקה (לדעתו מותר רק כאשר זכויות אדם עומדות על הפרק) פעם ראשונה שנפסל חוק בגלל פגם בהליך החקיקה.

**ב. ביקורת משולבת** (פרוצדורה + מהות)

גורביץ' נ' הכנסת: העותרים טוענים לפרוצדורה+המהות של חוק (מידתיותו). **רובינשטיין**- היה הליך רציני עם ועדה מקצועית (פרוצדוראלית) ולכן גם כנראה שלא היה משהו מידתי יותר (מהותי). טיב ההליך יהווה שיקול שיקבע את עוצמת הביקורת. תמריץ למחוקק – במקרה של הליך חקיקה לקוי, ביהמ"ש יחמיר עם הביקורת השיפוטית. עידוד למחוקק לבצע הליך חקיקה תקין.

**1.2.5 חוקי היסוד כחוקה**

**א. איך מזהים חוקה?** – האם מדובר בחו"י או חוק רגיל?

בנק המזרחי: **שמגר**- מבחן צורני (חוק יסוד ללא ציון שנת החקיקה) ומבחן מהותי (עסוק בנושאים הקשורים לחוקה). **ברק**- משאיר בצ"ע מה קורה כשאחד המבחנים לא מתקיים.

בראון נ' כנסת ישראל: חוק יסוד משק המדינה-הוראת שעה המשנה את התקציב כך שיתקבל אחת לשנתיים (חוק דו-שנתי). האם נחשב חוק יסוד? **בייניש**- אוביטר: שילוב שני המבחנים של צורני ומהותי על מנת למנוע שימוש לרעה.

**ב. מה ההבדל בין שינוי חו"י לפגיעה בו?**

דרור ישראל נ' ממשלת ישראל: העותרים טוענים שתיקון לחוק שמאפשר העברת בעלות בקרקע עירונית, משנה ולפחות פוגע בס' 1 לחו"י מקרקעי ישראל שקובע שהבעלות לא תועבר מידי המדינה.
**בייניש-** מגדירה את ההבדל בין שינוי לפגיעה (שינוי=הסדר חדש, פגיעה=סטייה קטנה). מותר לסטות מהחו"י כי הוא התווה את הדרך לסטות ממנו.

אך מה בנוגע לחוקים שלא כתוב איך לסטות מהם?

**ג. שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים:**

בנק המזרחי:

שינוי חו"י שותק- רק ע"י חו"י- **ברק+שמגר** (בחו"י מדבר: לפי מה שכתוב בחו"י- כמו חו"י חוה"ע).
פגיעה בחו"י שותק- שלוש גישות: 1.בחוק רגיל. 2. **ברק**- בחוק רגיל עם אמירה מפורשת שפוגעים. 3. **שמגר**-רק בחו"י (התקבל בפס"ד חרות). (בחו"י מדבר: לפי מה שכתוב בו-כמו פסקת ההגבלה)

הופנונג נ' יו"ר הכנסת: עתירה על חוק מימון המפלגות שפוגע בשוויון בחו"י הכנסת (חו"י שותק ביחס לפגיעה). **זמיר**- מציע להשתמש בפסקת ההגבלה לבדוק האם בכלל יש פגיעה. **ברק**- מציע שפסקת ההגבלה תבדוק האם הפגיעה מוצדקת (ולא האם יש פגיעה). הוספת דרך לפגיעה בחו"י שותק: פסקת הגבלה שיפוטית- אימוץ פסקת ההגבלה לחו"י שותק לבדיקה אם הפגיעה מוצדקת.

מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות: עתירה נגד חוק הצינון לרמטכ"ל הפוגעת בחו"י הכנסת (חו"י שותק) בטענה שהבחנה בין סוגי הקצינים פוגעת בשוויון. **מצא**- מיישם את שיטת ברק בהופנונוג ובוחן את הפגיעה דרך פסקת הגבלה שיפוטית לפיה הוא דוחה את העתירה. הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. שימוש בפסקת ההגבלה למרות שחו"י הכנסת הוא חוק שותק.

גוטמן נ' היועמ"ש: עתירה כנגד העלאת אחוז החסימה בשל היותו פוגע בחו"י הכנסת בשוויון הבחירות. ההעלאה התקבלה ברוב של 61 כפי שדורש השיריון הפורמלי. העותרים טוענים שיש להחיל גם שיריון מהותי- פסקת ההגבלה כמו במופז. **חיות**- למרות שעבר את השיריון הפורמלי, בודקת גם לפי השריון המהותי- פסקת הגבלה שיפוטית, ודוחה את העתירה על פיו. רמיזה ששיריון פורמלי לא מספיק וצריך גם שיריון מהותי למרות שזה לא מצוין בחוק (אוביטר).

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר: עתירה נגד הפרטת בתי הסוהר בטענה שזה נוגד את חו"י הממשלה (לא סמכות שאפשר להעביר) ואת חו"י כבו"ה (תהיה פגיעה יותר חמורה בסוהרים). **לוי(מיעוט)-** ניתן להטיל פסקת הגבלה שיפוטית לחו"י שותק גם על כללי המשחק ולא רק על זכויות. כלומר, על חו"י הממשלה. (עד עכשיו פסקת ההגבלה הוכנסה רק לחו"י הכנסת בהיבט של זכויות אדם).

**ד. שינוי חוקתי לא חוקתי?** האם ביהמ"ש יכול לפסול חו"י/תיקון לחו"י כי הוא נוגד לחו"י?

בר-און נ' הכנסת: הכנסת שינתה חו"י משק המדינה, ע"י חו"י הוראת שעה- שתקציב המדינה יהיה דו-שנתי במקום חד-שנתי. **בייניש**- רומזת שניתן לפסול חו"י מכוח דוקטרינת תיקון חוקתי לא חוקתי: פסילת חו"י שמנוגד לעקרונות-על שלא ניתנים לשינוי, (כמו אופייה של המדינה כיהודית ודמו'). כאן אין פגיעה מהסוג הזה שיצדיק את פסילתו מכוח דוקטרינה זו אז לא צריך להחליט אם זה חל בארץ ללא חוקה.

**מקרים בהם ביהמ"ש יפסול חו"י/ תיקון לחו"י כאשר נוגד חו"י:**

* בניגוד להוראה בחוקה שמשוריינת שיריון מוחלט.
* בניגוד להוראה בחוקה.
* בניגוד לעיקרון יסוד בשיטתנו (גם עם העיקרון לא מעוגן בחוקה) – דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי.

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת: שוב דיון על חו"י משק המדינה הוראת שעה. **פוגלמן-** פוסל את חוה"י הוראת שעה, על סמך דוקטרינת שימוש לרעה-סיבות טכניות של ניצול חוה"י הוראת שעה כמשהו שתמיד מאריכים. (תיקון-חוקתי לא-חוקתי- פגמים מהותיים.

שימוש לרעה- פגמים מהותיים+טכניים).

ג'בארין נ' הכנסת: טענה שחו"י הכנסת, שמאפשר הדחת ח"כ בהסתה לגזענות/תמיכה במאבק מזוין הוא תיקון-חוקתי לא-חוקתי שפוגע בזכות לבחור ולהיבחר. **מזוז**- אי אפשר לדון בדוקטרינת תיקון-חוקתי לא-חוקתי עד שיסתיים כינון החוקה. לכן כרגע העתירה נדחית.

2. מבנה המשטר ועיקרון הפרדת הרשויות

2.1 הכנסת

**2.1.1 הבחירות לכנסת**

**רובינשטיין ומדינה, פרק 8א-ד**:

הבחירות לכנסת הן הביטוי הרם ביותר לאופיו הדמוקרטי של המשטר בישראל. מהוות יישום של כלל ההכרעה ע"פ עמדת הרוב. השיטה הראויה היא זו שמשיגה איזון הולם בין **משילות** (הבטחת יעילות פעילותו של בית המחוקקים) **וייצוגיות** (ייצוג למגוון רחב ככל האפשר של העמדות בציבור). קיימת **חשיבות לעגן בחוקה** את שיטת הבחירה ועקרונותיה במטרה למנוע מבית המחוקקים לקבוע את החקיקה על הבחירות, במיוחד כאשר הכנסת היא גם הרשות המחוקקת וגם המכוננת. הכלי המרכזי לעשות זאת הוא ע"י ס' 4 של חו"י יסוד הכנסת אשר עליו גם מתבסס בימה"ש בהחלת ביקרות שיפוטית. העקרונות שעומדים בבסיס דיני עריכת הבחירות הם:

1. **הבטחת חופש הבחירות:** כל בוחר יוכל להצביע בהתאם למצפונו ושיפוטו ללא השפעה בלתי הוגנת ואיומים.
2. **הבטחת שוויון הזדמנויות**: הגינות הבחירות והקטנת גורמים כדוגמת עושר על סיכויי הבחירה (הגבלה על תקציבים).
3. **תוצאות הבחירות ישקפו את דעת הציבור**: הקטנת החשש מזיופים בתהליך ההצבעה וספירת הקולות.
4. **הבטת ודאות ביחס לתוצאות הבחירות**.
5. **שמירה על טוהר הבחירות ואמון הציבור בקיומו של הליך בחירות הוגן.**
6. **שמירה על ערכי יסוד של המשטר של מדינת ישראל**.

הכנסת מכהנת 4 שנים ע"פ הלוח העברי. הכנסת מוסמכת להאריך כהונתה רק בנסיבות יוצאות דופן הצדיקות זאת (ובחוק ברוב של 80 ח"כים) ובימה"ש מוסמך לתת ביקורת שיפוטית על החלטותיה. **מועד הבחירות** לא יהיה יאוחר מ-5 חודשים מיום קבלת ההחלטה על התפזרות הכנסת (תיקון ס' 35 לחו"י). **הערכת הכותבים – יש לקבוע בחו"י את קיום מועד הבחירות במקרה של קבלת חוק של התפזרות הכנסת**.

מצבים נוספים בהם הכנסת מתפזרת לא לפי חוק:

1. לא מצליחים להרכיב ממשלה (אם בעקבות בחירתה של כנסת חדשה או בעקבות הבעת אי אמון בממשלה).
2. הקדמת הבחירות כתוצאה מאי קבלתו של חוק תקציב תוך 3 חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים.
3. החלטת רה"מ לפזר את הכנסת אם זו מונעת אפשרות פעילה של הממשלה, לפי ס' 29 לחו"י. קיימים סייגים רבים.

4 גורמים המופקדים על ניהול הבחירות לפי חוק הבחירות לכנסת:

1. ועדת הקלפי – פיקוח על ההצבעה וספירת קולות.
2. ועדות הבחירות האזוריות – פיקוח על ההצבעה וספירת קולות.
3. ועדת הבחירות המרכזית – ניהולן החוקי של הבחירות. מוסמכת לאשר רשימה וגם למנוע השתתפות בבחירות.
4. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (שופט מבימה"ש העליון).

בעייתיות בוועדת הבחירות המרכזית – הענקת סמכויות שיפוטיות רחבות לגוף פוליטי. הדבר לא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות. ראוי להעביר את הסמכות להכריע בפסילת רשימות ומועמדים לגוף שיפוטי.

**החשש הוא מפני הכרעות ע"ב שיקולים פוליטיים, ופגיעה בשק"ל העצמאי**. הסדרים להתמודדות עם הבעיה:

1. הקניית סמכויות מסוימת רק ליו"ר הוועדה: קביעה האם יש בעברה משום קלון, אי אישור השתתפות בבחירות.
2. החלת פיקוח שיפוטי על החלטות הוועדה – החלטה למנוע השתתפות מועמד בבחירות טעונה אישור בימה"ש העליון.

צמצום הביקורת השיפוטית: כשמדובר בהחלטות הנוגעות **לפגיעה בזכויות יסוד** – ביקרות רחבה. כשנוגע **לניהול הבחירות** – מוגבל ומצומצם יחסית. פרשת פייגלין – דחיית עתירה כי לא הוגשה בזמן, המטרה היא לשמור על ניהול הבחירות כתיקונן. פרשת הלפרין – התערבות בימה"ש רק במקום בו נגרמה פגיעה קשה ובלתי מוצדקת בזכות יסוד.

**אבן יסוד בדמוקרטיה היא הזכות לבחור**. עקרון הכלליות של הבחירות מעוגן בס' 4 לחו"י הכנסת. הגבלות על זכות זו:

1. **שלילת אזרחות** ע"י שר הפנים משום הפרת אמונים למדינת ישראל (ס' 11ב לחוק האזרחות).
2. **הגבלת גיל** – מגיל 18 ומעלה. מי שיש לו יום הולדת ביום הבחירות – זכאי להצביע.
3. **הגבלות מנהליות**: רישום בפנקס בחורים, במרשם תושבים, שימוש בת"ז לצורך ההצבעה.
4. **הצבעה רק בקלפי בה רשום הבוחר**: קשיים – מניעה מישראלים בחו"ל (רק עובדי מדינה יכולים) או חולים לבחור.
5. **ידיעת השפה העברית**: מי שאינו דובר עברית עלול שלא לזהות את הפתק שמייצג את רשימתו המועדפת. פתרון חלקי ומאזן בין שימור השפה העברית והבעיה - תרגום לערבית.

**חשאיות הצבעה**: אינה בגדר זכות אלא חובה שאין להשתחרר ממנה. עקרון הכלליות גובר במקרים מסוימים על עקרון החשאיות (על המעטפה שאיתה מצביע חייל כתוב שמו ופרטיו). רצון חופשי – אסור לשחד, לאיים, פיטורים ואיום לפיטורים, שידול.

**הזכות להיבחר**: עד כה בימה"ש נמנע מלהכיר בזכות זו כנגזרת מן הזכות לכבוד וכזו המעוגנת בחו"י: כבוד האדם וחירותו אך הדבר לא מנע החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכות להיבחר. היקפה של הביקורת מוגבל לאור פסקת ההגבלה בס' 4 – רוב של 61 ח"כים. כאשר יש הגבלה שפוגעת בעקרונות יסוד של המשטר החוקתי – בימה"ש יתערב.

**2.1.2 מוסדות הכנסת והליך חקיקה**

**רובינשטיין ומדינה, פרק 10ג-ד**:

1. **מוסדות הכנסת ומועדי עבודתה של הכנסת**:

**הצבעה חוזרת** לא תיערך זולת מקרים מיוחדים בהם מוקנית ליו"ר הישבה סמכות לערוך הצבעה חוזרת (הצעת חוק שהתקבלה ברוב אך לא יודעים את המס' המדויק). ההצבעה היא **גלויה** פרט למקרים מוגדרים ע"פ החוק כמו בחירת נשיא המדינה, מבקר המדינה, נציגי הכנסת בוועדה למינוי שופטים ודיינים. הצבעה חשאית אינה רצויה מאחר ומונעת פיקוח ציבורי על ח"כ.

**יו"ר הכנסת**: קובע את סדר הים השבועי ומאשר העלאה לדיון של הצעה לסדר היום שמגיש ח"כ. כדי לשמור אי תלות יו"ר הכנסת וסגניו אינם חברים בוועדות אך יכולים להשתתף ולהצביע. אינו מוסמך להשעות כניסה לתוקף של חוק גם אם הוא סבור שנפל פגם בהליך החקיקה. מ"מ הנשיא.

**וועדות הכנסת**: שם מתקיימים הדיונים העיקריים והמהותיים באשר לנוסחן של הצעות חוק וביקורת על פעילות הממשלה. 12 ועדות קבועות. ועדה קבועה רשאית לבחור ועדות משנה ולהעביר אליהן סמכויות (בהחלטה של רוב 2/3) פרט לסמכויות שיוחדו בחוק. הרכב הוועדות – ייצוג לפי גודלן היחסי של הסיעות. חבר ממשלה ושר לא יכולים להיות יו"ר ועדה. יו"ר ועדה קבועה נבחר ע"י חברי הוועדה לפי המלצת ועדת הכנסת. סמכויות – דיון בהצעות חוק ואף ליזום הצעות חוק. החלטות הוועדה בתחומים בהם לא הוסכמה מכוח חוק לפעול אינן מחייבות את הממשלה.

**ראש האופוזיציה**: תפקיד מרכזי בפיקוח על עבודת הממשלה. ח"כ מהסיעה הגדולה ביותר מהאופוזיציה. על רה"מ מוטל לעדכן את ראש האופוזיציה בענייני המדינה לפחות אחת לחודש וראש האופוזיציה רשאי לנאום במליאה מיד לאחר רה"מ.

**היועמ"ש לכנסת**: משך זמן רב היועמ"ש לממשלה שימש גם היועמ"ש לכנסת והתגבשה ההבנה שהדבר אינו נכון וכי יש לנתק את הזיקה בין הממשלה לכנסת. ההבדלים בין היועמ"ש לממשלה ליועמ"ש לכנסת:

1. חוו"ד היועמ"ש לממשלה – **מחייבת** את הממשלה. החוו"ד של היועמ"ש לכנסת אינו מחייב. הוא רק **מייעץ** באשר למצב המשפטי.
2. הליך הבחירה: יועמ"ש לכנסת מתמנה ע"י יו"ר הכנסת באישור ועדת הכנסת לאחר המלצה על מועמדים של וועדה חיצונית (מתוך 7 חברים רק 3 ח"כים).

**נציב הדורות הבאים**: אחראי להזכיר לכנסת את הדורות הבאים ע"מ שתתייחס להשלכות של מעשיה לא רק לטווח המידי והקרוב אלא גם לטווח הזמן הרחוק.

1. **הליכי החקיקה**:

בימה"ש אינו נוהג להורות לכנסת להימנע מהמשך הליך חקיקה בעניין כלשהו ואינו נוהג להחיל ביקורת שיפוטית על חקקיה בטרם הושלם תהליכה. הליכי החקיקה מוסדרים בתקנון הכנסת – חוק שלא התקבל בהתאם לפרוצדורה אינו תקף. היקף הביקורת השיפוטית ביחס לתוכנה של חקיקה עשוי להיות מושפע מאופיו של הליך החקיקה – ככל שהליך החקיקה מעמק יותר כך תגבר הנטייה של בימה"ש להימנע מהכרזה על בטלותה של החקיקה.

הזכות להציע הצעות חוק: ע"י הממשלה בהצעה לסדר היום, ע"י וועדות הכנסת וע"י ח"כ שאינו שר או סגן שר – הצעת חוק פרטית. הצעת חוק פרטית שלא נתמכת ע"י הממשלה טעונה רוב של 50 ח"כים בשלוש הקריאות. שני שלבים מוקדמים שעוברת הצעת חוק פרטית טרם הבאתה לקריאה ראשונה ופרסומה כהצעת חוק: אישור יו"ר הכנסת והצבעה במליאה בדיון מקדים. **דעת כותבי המאמר**: נהיגה בריסון רב גם בהפעלת סמכות לא לאשר הצעות חוק מחת התוכן. סמכות הפסילה תתבצע רק במקרים של הצעת חוק גזענית במהותה המציעה החלת סדרים של רדיפה, ביזוי, גילוי איבה ואלימות

**2.1.3 היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת**

התערבות פעילות הכנסת היא לא רק בפעולתה בחיקוק אלא גם **בפעילותה כקביעת כללי ניהול פנימיים** (עניינים פנים פרלמנטריים) + **הליכים מעין שיפוטיים** (מערכת משמעתית נגד חבריה).

בצול נ' שר הפנים (1963):העותרים המוסלמים מבקשים להחיל על היישוב שלהם את חוק איסור גידול חזיר. המפות שקובעות את התחום של חוק איסור גידול חזירים הוגשו רק שנה לאחר חקיקת החוק, למרות שבחוק כתוב שהם הונחו כבר. **זילברג+ברנזון-** קביעה עובדתית של הכנסת, גם אם שגויה תקפה לכל דבר. לא מתערבים בחוק שהתקבל כדין בכנסת, גם אם נפלה טעות.

פלאטו שרון נ' וועדת הכנסת (1981): ועדת הכנסת השעתה את פלאטו לפני קבלת פס"ד סופי. שרון טוען לחריגה מסמכות של הועדה. היועמ"ש טוען שההחלטה לא כפופה לביקורת שיפוטית. **כהן(רוב)-** ביהמ"ש יתערב ב: הליך מעין שיפוטי+חריגה מסמכות. ביהמ"ש לא יתערב ב:עניינים פנים פרלמנטריים ובפגם בשק"ד. **לנדוי(מיעוט)-** לביהמ"ש אין לו סמכות להתערב בחקיקה או במעין הליך שיפוטי.פעם ראשונה שמכירים בסמכות ביהמ"ש לפקח על ועדות הכנסת.ביהמ"ש יתערב כשמדובר בפעולה מעין שיפוטית שבוצעה תוך חריגה מסמכות.

שריד נ' יו"ר הכנסת (1981): עתירה נ' החלטת יו"ר הכנסת לדחות לשעה אחרת הצעת אי אמון מטעמים פסולים. משיבים: ביהמ"ש לא יכול להתערב, זה פנים פרלמנטרי. **ברק-** אוביטר: ביהמ"ש יכול להתערב בעניינים פנים-פרלמנטריים בשתי מבחנים מצטברים:1. מידת הפגיעה בחיים הפרלמנטאריים (ערעור ההתנהלות השוטפת) 2. פגיעה בעקרונות המשטר הדמוקרטי (כללי המשחק). המבחנים הם על מנת ליצור איזון שיפוטי המבוסס על ריצון עצמי של הרשות המבצעת. רק פגיעה מהותית וניכרת במבחן שריד תצדיק התערבות בג"צ. אוביטר שביהמ"ש יכול להתערב גם בעניינים פנים-פרלמנטריים.

סיעת כך נ' יו"ר הכנסת (1985): נמנעה מסיעת כך האפשרות להגיש הצעת אי אמון כי היא סיעת יחיד. נציג המדינה מציע את "מבחן הסמכות הפונקציונאלית"(התערבות רק בחריגה מסמכות). **ברק-** משתמש במבחני שריד ולפיה מקבל את העתירה. הפיכת האוביטר של שריד לרציו להתערבות בענייני פנים.

כהנא נ' יו"ר הכנסת: סירוב לקבל הצעת חוק של כהנא בגלל שיקולים גזעניים. טוען שקביעה כזו צריכה להיות מעוגנת חוק, ולא רק בתקנון הכנסת. **שמגר-** אין פגם בהחלטה. **אלון-** תומך ב"סמכות הפונקציונאלית" (התערבות רק בחריגה מסמכות). מבקר את מבחן שריד כי הוא מעורפל ונותן שק"ד רחב מדי לשופט. צמצמום ביקורת על הכנסת כי: 1. עליונותה (עומדת בראש 3 הרשויות). 2. נבחרה ע"י העם- הריבון. 3. לאפשר תפקוד יעיל ותקין של הכנסת.

פנחסי נ' יו"ר הכנסת: נטילת חסינות ח"כ אחרי שהוגש נגדו כתב אישום. הכנסת אימצה את המלצת הועדה למרות שטוען שלא היו מספיק ראיות. **ברק-** מדובר בהחלטה מעין שיפוטית ולכן העניין שפיט. לא בוחן את מהות ההחלטה אלא את דרך קבלתה שלא אפשר דיון הוגן. ביהמ"ש יתערב גם כשהפגיעה היא קלה בהחלטות מעין שיפוטית. העתירה נדחתה.

מח'ול נ' הכנסת: השעיה של ח"כ ע"י וועדת האתיקה בגלל דברים שאמר במליאה. **ברק**- החלטות ועדת האתיקה קרובות יותר לעניינים פנימיים. החלטות ועדת האתיקה נתונות לביקורת אבל לביקורת מצומצמת – הסתייגות מהלכת פנחסי.

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת: הכנסת התפזרה אחרי 3 שנים, חברי הכנסת החליטו לעשות שיקבלו פנסיה כאילו כיהנו 4 שנים. **ריבלין-** אם חקיקת משנה שהושלמה חרגה מסמכות או שאינה סבירה- ביהמ"ש יתערב. אם היא לא הושלמה, זה התערבות בענייני פנים.

סיכום מהלכים 2.1.3 – היקף התערבות ביהמ"ש בפעילות הכנסת:

1. **בצול-** גם אם הייתה טעות לא מערערים על ההחלטה שלה.
2. **פלטו-** כהן(רוב) התערבות רק במעין שיפוטי+חריגה מסמכות. לנדוי(מיעוט)-לא מתערבים בחקיקה/מעין שיפוטי.
3. **שריד-** (אוביטר-ברק) ביהמ"ש מתערב: **1**) בעניינים "פנים פרלמנטרים" לפי המבחנים- פגיעה במרקם החיים הפרלמנטרי ובעקרונות המשטר החוקתי **2**) יכול להתערב בפגם בשק"ד של הכנסת.
4. **כך-** הצעת מבחן "הסמכות הפונקציונלית" ודחייתה (התערבות רק בחריגה מסמכות). (ברק) שימוש באוביטר של שריד והפיכתה לרציו.
5. **כהנא-** (אלון) **1**.מאמץ את מבחן הסמכות הפונקציונאלית מפס"ד כ"ך (שדחה ברק) **2**.זועק לריסון התערבות וכבוד הכנסת.
6. **פנחסי-** (ברק) **1**.התערבותביהמ"ש בעניינים "מעין שיפוטיים" ללא ריסון (בניגוד לפס"ד פלטו)
7. **מח'ול-** (ברק) ריסון ביקורת שיפוטית כלפי ועדת הכנסת בגלל השפעה על עניינים פנימיים (צמצום הלכת פנחסי).
8. **התנועה לאיכות השלטון-** (ריבלין) ביהמ"ש יכול להתערב בחקיקת משנה שסויימה כשחרגה מסמכות/החלטה לא סבירה (בניגוד ללנדוי כמיעוט בפלאטו).

**2.1.4 תקנון הכנסת ומעמדו**

תקנון הכנסת הוא בעל מעמד מחו"י הכנסת ס' 19 – הכנסת מחליטה על הסדרי עבודתה.

כהנא1 נ' יו"ר הכנסת: יו"ר הכנסת סירב לקבל הצעות חוק גזעניות של כהנא. המדינה: יש לזה סמכות מהתקנון. **ברק-** העתירה מתקבלת. היו"ר יכול לסנן רק הצעות שלא ראויות מבחינה צורנית אך לא יכול לפסול הצעת חוק בגלל תוכן שהוא מסתייג ממנו. סמכות יו"ר ועדת הכנסת כוללת רק סינון הצעות חוק בגלל פרוצדורה ולא תוכן.

כהנא2 נ' יו"ר הכנסת: הוסיפו לתקנון הכנסת סעיף שיו"ר הכנסת לא יאשר הצעות חוק גזענית או ששוללת את קיום המדינה. כהנא דורש לבטל כי זה הסדר ראשוני שצריך להיעשות בחקיקה ראשית ולא בתקנון. **שמגר- מאפייני תקנון הכנסת:** 1. אופיו כשל חקיקת משנה. 2. מסדיר סוגיות פנים פרלמנטריות. 3. מעמדו הנורמטיבי אינו כשל חקיקה ראשית-נתון לביקורת שיפוטית. זכותו של ח"כ להגיש הצעות חוק נובעת מהתקנון עצמו ולכן התקנון הוא זה שיכול גם להגביל את זכות זו. - יש לנהוג בריסון בכל הנוגע לכניסה לתחום הפעלת הסמכות הפנים פרלמנטרית בגבולות התקנון. אם היה פגם קשה בתקנון נפסול חוק שנובע ממנו אבל זה לא המקרה שלנו.

נמרודי נ' יו"ר הכנסת: עתירה נ' הליך חקיקה כי העותרת לא הוזמנה לדיוני הועדה להשמיע טענותיה לפי חוקי התקנון בהליך החקיקה. **ברק-** דוחה את העתירה. אין חובה להזמין את העותרת(רשות). אמנם מוסיף ואומר, שבמקרה של אי עמידה בהוראות התקנון, ביהמ"ש יכול לבטל חוק בצורה א-פוסטפריורית (רק אחרי שנחקק). אם תוגש עתירה לפני פרסום החוק (א-פריורית)- הביקורת השיפוטית תהיה מאוד מצומצמת.

**לסיכום:**

כהנא – עוסקים בתוכן הצעת החוק, בראשון אפשרו לו, כי זה לא היה מעוגן בתקנון, בשני פסלו זה היה בתקנון. אם היה פגם מהותי בתקנון הם היו פוסלים חוק שנובע ממנו.

נמרודי– עוסק בהליך החקיקה. נמרודי תקף את החוק רק אחרי שהוא התקבל. אם היה תוקף במהלך החקיקה (תקיפה של "הליכים פנים פרלמנטריים") בית המשפט היה מפעיל התערבות מאוד מצומצמת (ריבלין בתנועה לאיכות השלטון).

**אריאל בנדור-המעמד החוקתי של תקנון הכנסת** - לדעת בנדור על העליון לדון בחוקים בצורה א-פריורית (לפני קבלת החוק) ולא בצורה א-פוסטריורית (אחרי קבלת החוק). מרגע שהכנסת, שהיא נבחר הציבור סיימה לחוקק חוק, להתנגד אליו יהיה פגיעה בדמוקרטיה, כי הם נבחרי העם וזו תהיה פגיעה בריבונות שלהם. אם הצעת חוק התקבלה ע"י רוב בכנסת אין לבטלו, גם אם נפלו פגמים בהליכי עשייתו לפי התקנון.

 **2.1.5 חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה**

רובינשטיין נ' שר הביטחון:עתירה נגד החלטת שר הבטחון לתת פטור גורף לבני ישיבות. בסמכותו לתת פטור פרטני ולא גורף. **ברק-** סתירה לכלל ההסדרים הראשוניים- ישנה פגיעה גורפת בשוויון, להחלטה כזו יש אופי של הסדר ראשוני לפי כלל ההסדרים הראשונים (= הסדרים שהם כ"כ משמעותיים, אופי ראשוני שצריכים להתקבל בחקיקה ראשית/בהסמכה ולא בחקיקה משנית). **חשין-** מהפכת 92' שדרגה את כלל ההסדרים הראשוניים. גם אם זה היה בחקיקה ראשית זה היה נפסל כי גם המחוקק מוגבל ביכולתו לפגוע בשוויון.

\*אפשר לתת לשר הביטחון להורות על החלטה כללית וגורפת זאת לאור עיקרון היסוד – כלל ההסדרים הראשוניים (לפיו הסדרים בעל אופי ראשוני צריכים להתקבל בחקיקה ראשית ולא משנית).

המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל: האם לכלל ההסדרים הראשוניים יש מעמד חוקתי? **גרוניס-** מביא את דעת ברק שכן- מעלה אפשרות שלהסדרים בנוגע לזכויות-חזקה חלוטה(פגיעה תעשה רק בהסדר ראשוני). שאר הדברים – ניתן לקבוע הסדרים ראשוניים גם בחקיקת משנה אם יש הסמכה מפורשת – עמדת ביניים.

ארגון מגדלי העופות בישראל: חיבור בין "כלל ההסדרים הראשוניים" לחוק ההסדרים.

**בייניש**- צורת חקיקה של חוק ההסדרים (הכנסת מאשרת את החלטת הממשלה בהליך מהיר- "חקיקת סל") שמאפשרת לממשלה להעביר חוקים רבים בבת אחת מבלי שהכנסת הספיקה לגבש דעה. מבחינה מהותית רק הממשלה אישרה את החוק.(כלומר ההסדר הראשוני נעשה על ידה)- לפי כלל הסדרים הראשוניים- המחוקק צריך לדון באמת בחקיקה ראשית בצורה מהותית ולא רק להיות חותמת גומי.

**שדרוג ההסדרים הראשוניים:**

* חזקה חלוטה – אין לסטות בכלל מן הכלל. הסדרים ראשוניים ייקבעו בחקיקה ראשית.
* חזקה הניתנת לסתירה – אם המחוקק הסמיך במפורשות את מחוקק המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים.
* עמדת ביניים – הסדרים ראשוניים בעניין זכויות אדם בגדר "חזקה חלוטה" והסדרים ראשוניים אחרים ניתנים לקביעה בחקיקת משנה אם המחוקק הסמיך זאת (גרוניס במרכז האקדמי).

**2.1.6 חסינות חברי הכנסת**

**חסינות מהותית/עניינית**: חסינות מדין פלילי/אזרחי על מעשים שבוצעו למען מילוי תפקידו. החסינות היא לצמיתות אינה ניתנת להסרה. מטרתה לאפשר לח"כ להגשים את תפקידו.

**חסינות דיונית**:חסינות מאחריות פלילית על מעשים שבוצעו שלא במסגרת תפקידו, בזמן או לפני כהונתו (אך לא אחרי). מטרתה להגן על הח"כ מהתנכלויות הממשלה.



התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת: ח"כ גורולובסקי הצביע הצבעה כפולה. היועמ"ש הגיש בקשה להסרת החסינות (לפני 2005). ועדת הכנסת החליטה לא לקבל אותה. **ברק-** חסינות עניינית- מבחן "מתחם הסיכון הטבעי" (היעדר כוונה פלילית). חסינות דיונית-מרחב שיקול הדעת הנתון לכנסת בהסרת החסינות הדיונית, 3 גישות: 1. מרחיבה- כל שיקול. 2. צרה- רק שיקולי תו"ל של היועמ"ש למניעת רדיפה אישית/פוליטית(התקבלה). 3. ביניים- בעבירות קלות ניתן לשקול שיקולים נוספים. \*בתיקון התקבלה גישתו של ברק, עם 2 כוכביות נוספות- במקרה שלא תהיה פגיעה בחברה ואם מדובר בחסינות מכוח סעיף 1.

היחס בין החסינות העניינית לסנקציות שמעמידה וועדת האתיקה של הכנסת:

מח'ול נ' הכנסת: התבטאות גזענית של מח'ול בתוך הכנסת. טענה לחסינות מהותית לועדת האתיקה. **ברק**- החסינות העניינית/מהותית חלה רק על פעולות משפטיות מחוץ לכנסת, היא לא מגנה מפני סנקציות של וועדת האתיקה בכנסת, זה הליך פנימי של הכנסת – החסינות העניינית לא מגנה מפני הליכי שיפוט פנימיים.

זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת: התבטאות גזענית של זועבי מחוץ לכנסת, ברדיו. טוענת שההתבטאות הייתה מחוץ לכנסת ולכן מוגנת. **נאור-** הסנקציות של ועדת האתיקה תקפים גם מחוץ למבנה הפיזי של הכנסת. העיקרון הוא מהותי. ח"כ צריך להתנהג באופן שהולם את מעמדו של ח"כ, במידה ולא נהג כך יטופל ע"י וועדת האתיקה של הכנסת.

לסיכום מח'ול וזועבי:

חסינות עניינית לא מונעת את שיפוט ועדת האתיקה של מתוך הכנסת, בין אם המעשה היה בתוך הכנסת או מחוצה לה.

**2.1.7 הדחת חבר כנסת מכהן**

חוק ההדחה- הכנסת רשאית להדיח ח"כ ברוב של 90 ח"כים , אם קבעה שהוא: מסית לגזענות/תומך במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. ח"כ רשאי לערער על ההחלטה.

ג'בארין נ' הכנסת: עתירה נגד חוק ההדחה. **חיות**- האם החוק הוא תיקון-חוקתי בלתי-חוקתי? קובעת 2 מבחנים:1. האם התיקון פוגע בזכויות חוקתיות? (לדעתה כן)-אם כן: 2. האם הפגיעה שוללת עקרונות על של שיטתנו המשפטית? (לדעתה לא). התיקון נופל בשני ולכן חוקתי. **סולברג**- נופל עוד במבחן הראשון. חוקתיות תיקון-לחוקה מתמקדת בשאלה אם שינוי היקף זכויות היסוד נעשה תוך פגיעה בעקרונות על-חוקתיים (כמו הזכות לבחור ולהיבחר). התיקון לחוה"י לא משנה את ההיקף של הזכות כי היא מלכתחילה מוגבלת בחוה"י ולכן אין פגיעה בזכות חוקתי. מלכתחילה הוא לא יכול היה להיבחר בכלל.

2.2 הממשלה

**2.2.1 בחירות**

כיום השיטה בישראל פרלמנטרית.

הבדלים בין פרלמנטרי לנשיאותי: הנשיאותית נותנת יציבות לממשלה (זמן ברזל לבחירות). הפרלמנטרית מאפשרת גמישות וחוסר ריכוז כל הכוח אצל אדם אחד.

|  |  |
| --- | --- |
| פרלמנטרי (**גמישות**) | נשיאותי (**יציבות**) |
| ראש המדינה (הרשות המבצעת) נבחר ע"י הרשות המחוקקת. | בחירה ישירה ע"י הציבור |
| הרשות המבצעת תלויה באמון המחוקק (הצבעה על אי אמון) | הרשות המבצעת אינה תלויה באמון (נבחרה לפרק זמן קבוע מראש). |
| הממשלה מתפקדת כ'קבוצה'. רוה"מ הוא 'ראשון בין שווים'. | הנשיא אוחז בכל הסמכויות. |
| שר יכול להיות גם חבר פרלמנט. | הפרדה נוקשה. |
| בעל תפקיד סמלי של ראש מדינה (נשיא) | - |

חסרונות נשיאותית: מבוי סתום- נשיא מצד אחד של המפה הפוליטית ומחוקק מהצד השני. כל צד יטרפד את השני. בנוסף, מעמידה באופן מובהק את האישיות של האדם שרץ לתפקיד- נשיא.

**מתי מרכיבים ממשלה?**

1. כל פעם שיש בחירות לכנסת – כל 4 שנים.
2. בחירות מוקדמות לכנסת
3. התפטרות הממשלה (הסעיפים מפורטים בחו"י הממשלה).
4. רה"מ פיזר את הכנסת- נוכח רה"מ שקיים רוב המתנגד לממשלה ושעקב כך נמנעת פעילות תקינה.

צעדים לחיזוק הממשלה ואולי להחליש את תלותה בכנסת וכך להביא לסוג של יציבות:

1. המחוקק יכול להפיל ממשלה מכהנת רק אם בהבעת אי אמון בממשלה המכהנת, הוא מביע אמון בממשלה חלופית – אמון קונסטרוקטיבי מלא.
2. להחלטה על פיזור הכנסת (בחירות מוקדמות) דרוש רוב של 61
3. מתן סמכות לרה"מ לפזר את הכנסת- נותנים אפשרות לרה"מ לאיים על חברי הקואליציה.
4. קביעת עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת:
5. אי העברת חוק התקציב בזמן (סעיף 36(א) לחו"י הכנסת) - אם הם ימשיכו לאיים לא לאשר את התקציב הם עלולים להביא את עצמם למערכת בחירות לכנסת.
6. ניסיונות חוזרים להרכבת ממשלה לא צלחו (סעיף 11 לחו"י הממשלה)- אם הכנסת או המפלגות לא מגלות גמישות, הן צריכות לדעת שיש אפשרות לבחירות חדשות.

**2.2.2 הסכמים קואליציוניים**  איך מרכיבים ממשלה? ע"י הסכמים קואליציוניים.

הגדרה- מו"מ על בסיס שותפות פוליטית. אין חשיבות לתוקף בגלל הלכת ההשתחררות (הסכם בין המדינה לגורם פרטי). מדינת ישראל יכולה להשתחרר מהסכם אם טובת הציבור דורשת אחרת.

חוק הממשלה, ס' 1 - פרסום הסכמים (שבאים בדר"כ עם הקמת ממשלה): יש למסור למזכיר הכנסת תוך 3 יום.

ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה: ההסכם- אי אפשר להעביר שר האוצר (מודעי) מתפקידו ואם יעבירו אותו יינתן פיצוי כספי. **אלון**: ההסכם הפוליטי תקף ומחייב משפטית עקב מורשת ישראל, לרוב הסעד יהיה הצהרתי בלבד. **ברק**: ההסכם הפוליטי שפיט עקב פיתוח המשפט, והסעד בגין הפרתו הוא ביטול.

ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית: הסכם קואליציוני בין ש"ס לעבודה נקבע כי הפרה של הסטטוס-קוו של ביהמ"ש תתוקן בחקיקה. **חשין (רוב)-** הסכם פוליטי לא שפיט. **ברק (מיעוט)-** ההסכם הפוליטי שפיט ובטל. אחרת זה יהיה עוקף דמוקרטיה. יפגע בתפקיד השפיטה ובשילוש הרשויות. הוא נוגד את תקנת הציבור ולכן בטל. **גולדברג (יחיד)-** אם נתערב זה יפגע במעמד ביהמ"ש. בגלל שמדובר על הסכם, ביהמ"ש מעדיף לא להתערב.

סיכום:

1. כשמגיעים למישור הסעדים – הסעד להפרת הסכם פוליטי יהיה סעד הצהרתי(אמירה שהייתה הפרה של ההסכם) הוא המקסימום שניתן.

2. גם אם השופטים חושבים שאין תוקף משפטי להסכם הקואליציוני הם בכל זאת ידונו בו (השופט חשין ,לא מתערבים בתוכן אלא בעצם כך שההסכם פסול).

**2.2.3 סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן**

**חו"י הממשלה:**

ס' 1: הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה (רה"מ והשרים).

מקורות סמכות של הממשלה:1. סמכויות שהיו לממשלת המנדט והממשלה ירשה
2. חוקים ישראלים
3. סמכות מהסדר משני- יכולה להעביר סמכות לשר אחר (באישור הכנסת)
4. סמכות שיורית (ס' 32)- דברים שיש צורך לעשותם אבל אין חוק שמסדיר את זה, לכן הממשלה תעשה את מה שנשאר: שיורית.הממשלה מוסמכת לפעול בכפוף ל-2 מגבלות: (1) בכפוף לכל דין- רק לפי חוק (ופסיקה-דורנר בפס"ד קריית גת)
 (2) אינה מוטלת בדין על רשות אחרת- אם מישהו אחר מוסמך, היא לא יכולה לקחת את סמכותו.

עיריית קריית-גת נ' מדינת ישראל: עתירה נגד שימוש בסמכות שיורית של הממשלה להקים ועדה חדשה לנושא העדפת אזורי פיתוח. טענה 1- אין סמכות שיורית. טענה 2- הפליה. הוציאה את קריית גת ואריאל מרשימת הזכאים. **גולדברג-** לפי "מוטלת על רשות אחרת" (טועה ומשתמש בכפוף לכל דין)– החוק כבר מעניק סמכות לגוף אחר ולכן אי אפשר לשנות זאת. **דורנר**- לפי "בכפוף לדין"– אי אפשר מכוח הסמכות השיורית לפגוע בזכויות אדם. (דין- כולל גם זכויות אדם). שניהם מקבלים את העתירה מחוסר סמכות.

הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל: שימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ. **ברק**-"בכפוף לכל דין"-אין לשב"כ סמכות לבצע חקירות הפוגעות בחירות הפרט ללא חקיקה מפורשת הכפופה לחו"י כבה"א. הסמכות השיורית של הממשלה אינה מעניקה לה אישור לפגוע בחירויות הפרט, צריך סמכות.

ס' 33(ב): שר יכול להאציל סמכויות שלו לעובד ציבור (חוץ מסמכות להתקין תקנות): יכולה להיות האצלה בתוך המערכת השלטונית, כמו כן יכולה להיות האצלה לגוף פרטי.

פלק נ' היועמ"ש: עתירה נגד החלטת היועמ"ש לא לאפשר לשר הפנים לאשר מינוי אנשי מקצוע חיצוניים לוועדת התכנון והבניה, רק פנימיים. **דורנר**- תומכת ביועמ"ש. **מצא-** דוחה את כל טיעוניה של דורנר התומכים ביועמ"ש. ויש מקום להאצלת סמכויות מהממשלה לגוף פרטי. מביא נימוקים בעד הפרטה. יש לבדוק כל נציג בפני עצמו. ביהמ"ש מקבל את העתירה.

חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר: הקמת בתי סוהר פרטיים כפוגעת בזכויות של פרטיים. האם המדינה יכולה להאציל סמכות לפגיעה בזכויות? **בייניש-** האצלת סמכות לגוף פרטי משיקולים כלכליים היא לא לגיטימית. ס' 1 לחו"י הממשלה קובע שהממשלה היא הרשות המבצעת. אוביטר: יש סמכויות שלטוניות שאינן ניתנות להאצלה- "גרעין קשה".

הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל:עתירה כנגד סמכותו של השב"כ להפעיל אמצעיים פיזיים בחקירה.

**ברק-** מקבל את העתירה. הסמכות השיורית אינה כוללת בתוכה פגיעה בזכויות- כיון שהיא מותנת "בכפוף לכל דין".

**2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר**

ס' 22(ב) לחו"י הממשלה - רוה"מ רשאי לפטר שר.

מתי הוא חייב לפטר שר?

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (דרעי): המשך כהונתו של דרעי כשר בממשלה אחרי שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות חמורות. רוה"מ טוען שאין עליו חובה לפטר את דרעי. **שמגר-** כשמדובר על סמכות שבשיקו"ד מבחן הסבירות הוא הקובע האם ההחלטה פסולה או קבילה. יש לבחון גם את שק"ד שלא להפעיל את הסמכות לפטר, לא רק את השק"ד להפעיל את הסמכות. העברות המיוחסות לדרעי הן חמורות, ולכן אי-הפעלת הסמכות היא לא סבירה. הסמכות של רוה"מ לפטר שר, הופכת לחובה כשאחרת זה לא יעמוד במבחן הסבירות. הרחבה של עילות היעדר הכשירות. גם מי שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות במיוחד- אינו כשיר לכהן כשר, על אף שטרם ניתן פס"ד בעניינו והוא טרם הורשע.

אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל (פנחסי): היועמ"ש הגיש לכנסת בקשה להסרת חסינותו של ח"כ שהוא גם סגן שר. האם למרות שהוגש נגד שר כתב אישום על עבירות חמורות הוא יכול להמשיך בתפקידו כסגן שר? **ברק-** אין הבחנה בין עובד ציבור לנבחר ציבור. השיקול הוא אמון הציבור בשלטון – אם האמון נפגע, הפיטורים הופכים חובה. ההלכה שנקבעה לדרעי (לשרים) תחול גם על סגני שרים- הגשת כתב אישום בעבירות חמורות- אינו כשיר לכהן כסגן שר.

**מתי נפסקת הכהונה?**

בפרשת דרעי ופנחסי נקבע סטנדרט שהוא כתב אישום בעבירה חמורה.

בעקבות פרשת דרעי ופנחסי – הכנסת תיקנה את חו"י הממשלה.

אחרי התיקון- הפסקת כהונה:

שר/סגן שר: הרשעה בעבירה שיש עמה קלון (בלי שק"ד רה"מ)

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה(הנגבי): עתירה לנסות למנוע את מינויו של צחי הנגבי לשר לביטחון פנים עקב מעורבותו במבצע דרך צלחה. **דורנר (רוב)-** דוחה את העתירה. עילת פסילה, 2 יסודות- 1. כשיש ראיות מוצקות להגשת כתב אישום. 2. כשהעבירות מסוג שיש עמו קלון. במידה והתנאים לא מתקיים יש לרוה"מ שיקו"ד. **חשין (מיעוט):** שלילית הלכת דרעי ופנחסי- לא מספיק כתב אישום יש לבדוק האם הראיות מעידות על כך שמדובר בעבירה שיש עמה קלון.

ס' 6 לחו"י הממשלה – אין למנות שר למי שהורשע בעבירה ועוד לא עברו 7 שנים ביום הבחירות, אלא אם כן קבע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית שאין עם העבירה קלון .

התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (הנגבי): עתירה נגד מינויו של הנגבי לסגן שר החוץ. ניסיון שלא צלח להחיל את 6 לחו"י הממשלה על סגן שר. העתירה נדחית. **גרוניס-** אין צורך לבחון את עניין הסבירות בשיקול דעתו של ראש הממשלה, שכן חוק היסוד מדבר בדיוק על התנאים בהם יש להעביר סגן שר מכהונתו.(עומד במבחן הכשרות)

התנועה למען איכות השלטון נ' רוה"מ (2015)(דרעי):עתירה נגד מינויו של דרעי לשר הכלכלה בגלל עברו הפלילי. המינוי עבר את אישור הכנסת והוא על פי חוק כי עברו יותר משבע שנים מאז סיים דרעי לרצות את עונשו. לדעת העותרים עדיין יש בכך אי סבירות קיצונית. **חיות-** יש מקום לבחון את סבירות ההחלטה של רוה"מ. העמידה בתנאי הכשרות הם לא סוף פסוק. אך במקרה הזה ההחלטה איכשהו עוד נמצאת במתחם הסבירות הרחב יחסית שיש לרוה"מ בעניין**. מלצר-** לא מוצא סיבה להתערב בשק"ד של רוה"מ (מציין משפט משווה מהודו). אומר שאם תהיה התערבות בשק"ד של רה"מ זה יפגע במוסריות ובמשילות.

פוקס נ' ראש הממשלה: שרון רצה לפטר 2 שרים ע"מ להשיג רוב בהצבעה על תכנית ההתנתקות. עתירה לפסילת הפיטורים מכיוון שהשיקולים אינם ראויים**. ברק-** רוה"מ יכול לפטר שר כשיש צורך הכרחי לקיום יעדי המדיניות של הממשלה(עומד במבחן הסבירות). כלומר ניתן לפטר שר משיקולים פוליטיים. **לוי(מיעוט)-** בפיטורין לפני הצבעה יש משום פגיעה בדמוקרטיה אם שר יודע שאם יביע עמדתו יפוטר. אך הוא לא מתערב מפני שהחוק נותן סמכות רחבה לרה"מ.  **פרוקצ'יה-** מסכימה עם ברק.עוצמתו של הצורך לפטר שר צריכה להיות בולטת. במקרה דנן רוה"מ פעל במסגרת סמכותו.

2.3 בתי המשפט

**הרכב הוועדה למינוי שופטים :** 2 שרים, 2 ח"כים, 3 שופטי עליון, 2 חברי לשכת עו"ד . על מנת שההרכב יהיה כמה שפחות פוליטי ואידיאולוגי (מה שלא קורה לפי ספיר ויש לשנות את הוועד) .
במשך שנים רבות לשופטים היה כוח רב בוועדה- אם אחד השופטים לא רצה למנות אדם מסוים, הוא לא מונה. כך היה עד 2008.

מציאות זו השתנתה ב2 מובנים: (1)ההסדר החוקי השתנה, סעיף 7(ג) קובע כי הצעת הוועדה תהיה על דעת רוב חבריה שהשתתפו בהצבעה. (2)נוסף סעיף משנה 7(ג)(2),ביוזמת גדעון סער, והוא שלבחירת שופט לעליון צריך רוב של 7 מתוך 9.

פורום משפטי למען א"י נ' הועדה למינוי שופטים: מצב של ממשלה זמנית גורם לכך שהשופטים לא מוכנים לקחת חלק בוועדה ובכך בעצם מפוצצים את הדיון. מוגשת עתירה ע"מ להכריח את הוועדה להתכנס. **ביהמ"ש** לא מתערב בהחלטה ומכבד את הכבוד ההדדי בין שר המשפטים לוועדה. ההחלטה הייתה סבירה.

מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה: ביה"ד הארצי קבע כי חוק ההסדרים אינו חוקתי. המדינה טענה שזו תקיפה ישירה ולכן רק העליון מוסמך לדון בה. **דעת הרוב-** ביה"ד פעל כראוי וזוהי חלק מסמכותו הנגררת. **לוי (מיעוט)-** לא היה סכסוך בין הצדדים. מטרת ההסתדרות הייתה להסיר את המכשול. היה עליה לעתור לבג"צ ולתקוף באופן ישיר. כפועל יוצא מפס"ד זה ניתן כיום להלביש כל שאלה בדבר תקפות חוק בלבוש של תקיפה עקיפה וכך מטה את המודל ההיברידי למודל ביזורי.

בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה ואח' נ' שר האוצר: התיכון הערבי עתר כנגד חוקיות חוק המסמיך את שר האוצר לקצץ תקציבים לגוף שהוציא כסף למטרות השוללות את קיום המדינה כיהודית ודמוקרטית. העתירה נדחתה על הסף מחמת "אי בשלות". (החוק עוד לא הופעל, אין עוד את נתוני הרקע מסביב, אולי יפעילו רק מעט וכו').בנוסף, יש סעד חלופי- תקיפה עקיפה בבית משפט לעניינים מנהליים, כאגב דיון על התקציב. ביהמ"ש ממליץ על תקיפה עקיפה ושוב מטה את המודל ההיברידי למודל ביזורי.

מדוע?

* מבחינה מקצועית – השאלה יכולה להבשיל מלמטה למעלה וכך תתאפשר חשיבה מעמיקה יותר.
* אסטרטגית – נכון להיום העליון "חוטף" את כל האש מכיוון שרק הוא פוסל חקיקה. אם יפזרו את הבחינה של השאלה בערכאות אפשר למזער את הביקורת.

2.4 נשיא המדינה

**רובינשטיין ומדינה פרק 20**

* + בחירת הנשיא- הצעת מועמד צריכה להעשות ע"י 10 חברי כנסת לפחות. המועמד יבחר בהצבעה לפי רוב ח"כ, לתקופה של 7 שנים.
* יש לו שלוש סמכויות הכרוכות בשיקול דעת מסוים: 1)חנינות והפחתת עונשים, 2)הטלת הרכבת הממשלה על מועמד 3)והסכמה לפיזור הכנסת לפי בקשת רוה"מ.
* בעל חסינות אישית -מפני פעולות משפטיות המכוונות נגדו, וחסינות דיונית – מפני כתבי אישום על החלטות שעשה. אך החלטותיו כן ניתנות לביקורת.
* כשהוא לא יכול לכהן (מחלה, נסיעה לחו"ל בפיקוח הממשלה) יו"ר הכנסת מחליף אותו.

2.5 מנגנוני פיקוח

**2.5.1 היועץ המשפטי לממשלה**

**רובינשטיין ומדינה פרק 18**היועץ נבחר ע"י הממשלה מתוך מועמדים נבחרים של וועדה ציבורית, יש ביקורת על תפקידו, אך היא מוגבלת. הממשלה אחראית עליו אך יש לו עצמאות רבה, ולכן גם צריך להיות עליו פיקוח.

**תחומי העבודה של היועמ"ש:**
**ייצוג רשויות השלטון** – בראשית שנותיה של המדינה היה צריך לייצג בהתאם לעמדת המדינה שתקבע ע"י הממשלה אך עם הזמן השתנתה התפיסה ונותנת ליועמ"ש עצמאות. הוא יכול לבחור שלא לייצג אם הוא חושב שהם לא פעלו כשורה ואז הוא מייצג את דעתם ואת דעתו השונה, כשהוא בעדם ומייצג אותם הוא יכול לתת לאדם אחר מטעם הפרקליטות או עובד ציבור, עובד פרטי-במקרה חריג.

בג"צ אמיתי: ביהמ"ש חייב את רוה"מ לפטר את סגן השר פנחסי על רקע הגשת כתב אישום נגדו. פנחסי טען שהפרקליטות המדינה ייצגה שני לקוחות עם עמדות סותרות (היועמ"ש ורוה"מ). על היועמ"ש לייצג בפניי ביהמ"ש את עמדת רוה"מ על פי תפיסתו המשפטית של היועמ"ש(ברק).

בג"צ דרעי: ביהמ"ש כפה על רוה"מ לפטר את השר דרעי על רקע כתב אישום נגדו.רוה"מ ביקש לחלוק על חוו"ד של היועמ"ש. **מצא**- כאשר יש מחלוקת בין רוה"מ ליועמ"ש אין לרוה"מ את הזכות והיכולת להביע ביהמ"ש את עמדתו.

**ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות השונות**-

ועדת אגרנט: **א.** בדר"כ תתייחס הממשלה לחוו"ד של היועמ"ש כמשקפת את החוק הקיים, כל עוד לא פסק ביהמ"ש אחרת. **ב.** למרות זאת הממשלה רשאית להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים לפי שק"ד שלה.

פרשת קו 300:  **זמיר** (יועמ"ש) - ועדת אגרנט קבעה במסקנותיה שני כללים: **1.** בשאלות משפטיות הממשלה כפופה לחוות דעתו של היועמ"ש **2.** רק היועמ"ש יוכל לייצג את המדינה (מסקנות אינן נכונות).

הקשר בין ייעוץ לייצוג – **א.** מבחינה מנהלית יש הפרדה בממשלה בין ייעוץ לייצוג **ב.** בפועל היועמ"ש ממונה הן על מערך הייעוץ והן על מערך הייצוג – יש לכך השפעה על אופן ייצוגה של המדינה:

גיני נ' הרבנות הראשית לישראל: עתירה נגד מדיניות אכיפת חוק איסור הונאה בכשרות שמבצעת הרבנות הראשית לישראל. הרבנים רצו להציג בשמם והיועמ"ש התעקש להציג בשמם. ביהמ"ש עצר את הדיון – בפועל מותר לרבנים להשמיע דעה אחרת ועל ביהמ"ש להקשיב לה.

אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה: בג"צ פוסל את החלטת שר המדע לא למנות את פרופ' אמיתי לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה ישראל בשל חתימתו על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים המסרבים לשרת כחיילים בשטחים. השר רוצה לייצג את עצמו. **שטיין**- **1.** היועמ"ש לא מחויב להציג עמדות שלא מאמין בהם, אך כאשר אין באפשרות היועמ"ש לטעון טענות המצדיקות את עמדת הרשות, עליו לאפשר לרשות להציג את עמדתה במיטבה באמצעות עו"ד אחר ובלבד שעמדתה של הרשות השלטונית החולקת תבוא לידי ביטוי. **2.** ראוי היה שעו"ד יציג את עמדת השר. **3.** העדר הייצוג של השר למרות שהיה זכאי, מחייבת להניח שעמדתו לא הוצגה באופן מיטיבי. **הנדל** - אין מקום להידרש לסוגיית הייצוג שכן השר ביקש לייצג את עצמו ומבוקשו ניתן לו. **קרא** - הביע התנגדות ברורה לדעת שטיין, המנוגדת להלכה המושרשת, לפיה עמדתן של הרשויות בשאלות משפטיות נקבעת כעניין מוסדי ע"י היועמ"ש.

**2.5.2 ביקורת המדינה**

**רובינשטיין ומדינה פרק 10ה**מבקר המדינה מוסמך על ידי הכנסת יש לו 2 תפקידים :
1.**לבקר את הגופים ששייכים לשלטון** ,רשויות מקומיות וכל גוף הנתמך על ידי המדינה. הוא מבקר את הגוף בצורה כוללת ומפורטת – יעילות עבודה , יישום הפגמים , מקצועיות , הקשבה לתלונות הציבור ועוד. את הדו"ח הוא מגיש לוועדת מבקר המדינה של הכנסת , לגוף המבוקר וליועמ"ש במידת הצורך . יש מעמד מחייב לממצאי מבקר המדינה והגופים צריכים להשתפר.
2. **נציב תלונות הציבור** – הציבור יכול להתלונן על פגיעה אישית בו , וח"כ יכול להתלונן על פגיעה בציבור עצמו או מעשה שהוא מחוץ לחוק , כך יש למבקר המדינה סמכות רחבה לדאוג שגוף חזק לא ישלוט על גוף חלש ולעזור לעובדים לקבל את זכויותיהם במידה ופגעו בהם ולדאוג שלא יפטרו אותם סתם .

**2.5.3 וועדות חקירה**

**רובינשטיין ומדינה פרק 19**
יש 3 וועדות חקירה :
וועדות חקירה ובדיקה- פנימיות של הממשלה שבודקות את ההליכים הפנימיים ונושאים בהם המשלה צריכה להפעיל שיקול דעת – **כלפי פנים** .
וועדות פרלמנטריות – נבחרות ע"י הכנסת , בהחלטת המליאה ואז עובר להמלצת וועדת הכנסת ואז מאושר בהחלטת המליאה שוב . סמכויותיה פחותות יותר , לא רשאית לזמן עדים למשל .
וועדות חקירה ממלכתיות – מוקמות מכוח חוק וועדות חקירה , מסמכות הממשלה אך גם וועדת מבקר המדינה של הכנסת יכולה להקים אותה , מוקמות ע"י נשיא ביהמ"ש העליון על מנת להבטיח את האופי המקצועי של הוועדה , יהיו בה מספר אי זוגי של חברים - גם שופטים וגם אנשים ציבוריים . העבודה שלה היא לספק בסיס עובדתי על נושא שבו הממשלה צריכה לפעול . היא כפופה :
1.לכתב המינוי -לנושאים המפורטים בהם החליטה הממשלה שהיא תפעל .
2.להגבלות של הממשלה – לכל הנושאים בהם מסמכות הממשלה לפעול וגם נושאים בהם יש עניין ציבורי זמני ולא סוגיה ציבורית בעלת היקף רחב .
הוועדות מחויבות לכללי המשפט המנהלי אך לא לסדרי דין אזרחיים (הגשת כתב אישום וכו') ,הן צריכות לשים לב שהן לא לוקחות את תפקיד הרשות השופטת .
על הוועדות להזמין ולהודיע לאדם שעומד להיפגע ממצאי הוועדה וזכותו לזמן עדים שיובילו חקירה נגדית ולשפוך את טענותיו . ממצאי הוועדה לרוב מחייבים את הממשלה אך זו יכולה לעיתים להפעיל שיקול דעות .
יכולה להיות ביקורת שיפוטית על סמכות הממשלה לא להקים וועדה אך היא מוגבלת , ולרוב וועדות חקירה יוקמו מעניין לציבור . ביקורת שיפוטית על הוועדה צריכה להיות על הפרת כללי המשפט המנהלי ויש להעביר ביקורת שיפוטית על הממצאים בנושא זה .
מאפייני הוועדה : סמכויות רחבות , ופומביות הדיונים . יש לשים לב לאיזון בין האינטרס ציבורי של יעילות הוועדה לכיבוד זכויות אדם של אנשים שעומדים להיפגע מממצאי הוועדה.

3. זכויות האזרח

התוקף של זכויות האדם הוא טבעי , מכוח היותו אדם הוא בעל זכויות. כשיש התנגשות הדיון הוא החוקתי הוא דו שלבי:

1.מה היקף הפגיעה? 2. מה עוצמת הפגיעה?

עד 92 קיימים 2 איזונים:
**1. איזון אופקי** : פשרה - וויתור הדדי של כל אחד מהערכים המתנגשים. (לרוב נעשה בהתנגשות בין זכות לזכות).

**2. איזון אנכי** : הכרעה - העדפה מלאה של ערך אחד על פני חברו. לרוב נעשה בעימות בין זכות מול אינטרס. האינטרס יגבר על הזכות בהתקיים שני תנאים:

א. הסתברות הפגיעה באינטרס (צריכה להיות קרובה לוודאות).

ב. עוצמת הפגיעה באינטרס (צריכה להיות ממשית).
**3.** לאחר 92 , נוסחת האיזון הוא **מבחן המידתיות:** 1.קשר אמצעי מטרה

 2.בחירה באמצעי (המקדם את התכלית) שפגיעתו (בזכות) פחותה

3.התועלת (בהשגת התכלית) עולה על הנזק (פגיעה בזכות)

ניתן להכניס את נוסחאות האיזון ההלכתיות (של ביהמ"ש) בתוך נוסחת האיזון החקיקתית (של המחוקק) במבחני המשנה:

איזון אופקי- באמצעי שפגיעתו פחותה (מבחן 2).

איזון אנכי- במסגרת המידתיות במובן הצר (תועלת עולה על הנזק) (מבחן 3).

**מתי נחיל את מבחני המידתיות?**

1. על זכויות לא מנויות (ברק בג"ץ חורב)

2. על חקיקה קודמת לחו"י (דורנר במילר)

3. חו"י שותקים (ייבוא פסקת הגבלה שיפוטית- זמיר מציע לגרור את פסקת ההגבלה לחו"י שאין בהם פסקת הגבלה- בג"ץ הופנונג)

**3.1.1 מידתיות ונוסחאות איזון אחרות**

דיין נ' מפקד מחוז ירושלים: המשטרה דחתה בקשה של העותר לקיים אסיפה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף (הזכות לפרטיות מול הזכות להפגין). **ברק-** מבחן אופקי לפגיעה בזכות. כלומר, ויתור הדדי של כל אחת מהן כמו לא להפגין בשעות המנוחה, מרחק סביר מהבית, זמן מוקצב וכו'. במקרה זה איזון אופקי ולא אנכי מפני שהזכויות הן באותו מעמד.

תנופה נ' שר העבודה: טענה לשרירותיות בקביעת גובה הערבות שנקבעה לקבלני כ"א בהעסקת עובדים. **דורנר-** מבחני המשנה של מבחן המידתיות הם גמישים. הדרישה אינה מוחלטת או דווקנית. לרשות יש שק"ד לבחור באמצעי המצוי במסגרת מתחם המידתיות: **א.** נסיבות העניין- מתחם המידתיות של רשות מבצעת עשוי להיות מצומצם מזה של הרשות מחוקקת. **ב.** מהות הזכות הנפגעת ומידת חשיבותה. החקיקה החדשה סוציאלית ומטרתה להגן על העובדים וזה גובר על זכות העותרים לחופש העיסוק. יש להיזהר לא לפגוע בזכויות קבוצתיות לטובת זכויות אינדיווידואליות. החוק מידתי גם אם ניתן לחשוב על אמצעים שפגיעתם תהיה פחותה. החוק מצוי ב"מתחם המידתיות".

חורב נ' שר התחבורה: עתירה לפגיעה בחופש התנועה בהחלטת שר התחבורה לסגור את רח' בר אילן לתנועה בשבתות וחגים. **ברק-** ברק בוחר במבחני המידתיות ומנמק כי הדין הישן, ובו פקודת התעבורה, מוגן מפני ביקורת על חוקיותו (שמירת דינים) אך יש לפרשו ברוח חו"י. ניתן להחיל את מבחני פסקת ההגבלה של חו"י באופן רטרואקטיבי על כלל המשפט הישראלי.

מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל: האם בניית גדר ההפרדה חוקית? (חותכת חלקים בכפרים). אינטרס ביטחון המדינה מול הזכות לקניין. **ברק-** הופך את מבחן המשנה 3 למבחן המורכב משני רכיבים: 1. **בחינה מוחלטת**- בחינה שמקבלת אלטרנטיבה מסוימת כנתונה ומכריעה האם לקבלה או לדחותה על בסיס דירוג בין הערכים המתנגשים. 2. **בחינה יחסית** – אין אפשרות אחת לאיזון בין הערכים המתנגשים, בחינת אלטרנטיבות שונות ובירור האם זו שנבחרה מפשרת בצורה מיטבית בין הערכים המתנגשים.

א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת: בעניין החוק להחזקת המסתננים. על מי נטל הוכחת שלבי פסקת ההגבלה? **ארבל-** כליאת המסתננים לא מוצדקת שכן קיים אמצעי חלופי להגשמת התכלית שפוגע פחות בזכויות אדם, הקמת גדר. לפי מבחן משנה 2- אפשר להשיג את המטרה, בצורה מעט פחות טובה, למול פגיעה פחותה משמעותית.

בג"צ אבנרי: עתירה נגד החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם המטיל אחריות נזיקית וקובע הגבלות מנהליות שונות כנגד מי שמפרסם ביודעין קירה פומבית להטלת חרם על המדינה. **עמית**- סוגיית ההסתברות צריכה להיבחן בשני הצדדים של המשוואה והיא צריכה להתבצע במבחן המידתיות השלישי. לפיכך, לא בודקים רק עוצמה אלא גם הסתברות – בחינה של הסתברות הפגיעה בזכויות אל מול הסתברות הגשמת התכלית.

גידי- ניתן וראוי להכניס אותו למבחן המשנה השלישי את רכיב ההסתברות והעוצמה (באיזון אנכי) שהוא הכי מתבקש לזה (**בפס"ד אבנרי** – הש' עמית מציע להציע את הכנסת רכיב ההסתברות לשם, וגם **בפס"ד פלוני**, שם נאור מציעה זאת).

**3.1.2 דרישת ההסמכה** - פסקת ההגבלה קובעת שהפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק (הרשות המחוקקת) או על פי חוק (הרשות המבצעת).

מיטרני נ' שר התחבורה: עתירה לפגיעה בחופש העיסוק עקב הוראות פנימיות של משרד התחבורה שמגבילות את יכולתם לעסוק בבקשות לבדיקה ורישוי רכב- מקור פרנסתם. **שמגר-** בפגיעה בזכויות אדם בחקיקת משנה, לא מספיקה הסמכה כללית, אלא היא חייבת להיות מפורשת ולא משתמעת ל-2 פנים. סמכות הניתנת בחקיקת משנה הפוגעת בזכויות יסוד צריכה להיות מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה הראשית.

המפקד הלאומי: חברה פרטית המעוניינת לפרסם ברדיו מסמך "הצהרות ועקרונות" לפתרון לסוגיה היהודית-פלשתינית ונענית בשלילה. איסור על פרסום פוליטי אל מול חופש הביטוי. **בייניש(דעת מיעוט)-** הדרישה להסמכה מפורשת בחוק צריכה להיות ברגישות להקשר הדברים ולנסיבות העניין. ככל שזכות היסוד חשובה יותר, וככל שעוצמת הפגיעה בה גבוהה יותר, נדרוש הסמכה מפורשת. במקרה זה מדובר בחופש ביטוי פוליטי, זכות חשובה, עילאית, ולכן נדרשת הסמכה מפורשת.

ככל שיש קשר יותר לזכויות האדם וככל שהפגיעה חזקה ומקיפה, כך תפורש ביתר קפדנות דרישת ההסמכה המפורשת.

אורן גזל פגיעה בחוק או לפי חוק:

1. **גישת ההסמכה המפורשת**- מתירה מקום לפגיעה בזכות יסוד רק כשניתנה לכך הסמכה מפורשת וחד משמעית בלשון החוק (המסמיך). 3 תנאים: הסמכה בחקיקה ראשית, הסמכה שתפורש בצמצום, שתהיה מפורשת. (גישת שמגר בפס"ד מיטרני).

2. **גישת תכלית החוק**- אם הפגיעה עולה מתכלית החוק (של החקיקה הראשית), אז אפשר לפגוע בזכויות יסוד אבל בצורה מינימלית. וכן צריך שיהיו חייבים לפגוע בזכות יסוד כדי להשיג את תכלית החוק.

3. **גישת הכללים הרגילים**- משמצאה רשות מנהלית הסמכה לבצע את המעשה, די לה שתראה כי הפעלת הסמכות באופן שפוגע בזכות היסוד היא סבירה. פרשנות מרחיבה למטרות החוק, תוך הנחה שהחוק נועד גם להשיג מטרות רחבות יותר. הרחבת מתחם הסבירות בשק"ד.

מהי הסמכה מפורשת לפי גזל? מחוקק המשנה צריך למצוא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית שנותנת לו את הסמכות להסמיך רשות מנהלית לפגוע בזכות יסוד. עם זאת, דרישה זו לא חלה בין המחוקק הראשי למחוקק המשנה.

**3.1.3 הלימה לערכי המדינה**

דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת נ' אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה**:** בחינתו של חוק מנוחה בשבת. **ברק-** ערכי המדינה לא מצוינים בפסקת ההגבלה, אך מצוינים בפסקת המטרה- יהודית (ציוני ומורשתי-הלכתי) ודמוקרטית (ריבונות העם ושליטת הערכים הדמוקרטיים). צריכה להיות הרמוניה בין ערכים אלו.

חטיבת זכויות האדם נגד שר האוצר: הפרטת בתי הסוהר. **בייניש**- ערכיה של מדינת ישראל כוללים גם את הפרדת הרשויות ולכן יכול להיות מצב שבו העברת סמכות שהיא מהגרעין הקשה של תפקידי הממשלה תהיה לא הולמת את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית.

**3.1.4 תכלית ראויה**

התנועה למען איכות השלטון נגד הכנסת:עתירה נגד חוק טל. **ברק** מחלק את מבחן התכלית הראויה לשני מבחנים: 1. מאפייניה של התכלית- שהמחוקק קבע אותה תוך התחשבות בזכויות אדם. 2. מידת הצורך בהגשמת התכלית. בקביעת שני המבחנים הללו ברק בעצם מנסה להכניס במבחן התכלית הראויה איזון אנכי כדי שכלל לא יצטרך להגיע למבחני המידתיות. בפועל זה לא התקבל בפסיקה וגם ברק חזר בו מזה אח"כ.

שטיין נ' המפכ"ל: עתירה כנגד נתינת צו לסגירת בית קפה מטעמים של ביטחון המדינה. **ברק** עושה פה שימוש במבחן האנכי בשלב התכלית הראויה (הסתברות ועוצמה) ומכשיר בכך את ההחלטה ואז עובר למבחני המידתיות. יוצא מכך שמבחני המידתיות ישמשו אותנו רק למקרה בו הפגיעה עוברת את האיזון האנכי שבתכלית הראויה.

א.ס.ף: מה מעמדן של תכליות בייניים? האם ניתן לשים מסתננים במשמורת ע"מ להרתיע מסתננים פוטנציאלים (תכלית לא ראויה, שימוש באדם ככלי) כדי למנוע השתקעות מסתננים בישראל (תכלית ראויה)? **ארבל ופוגלמן (רוב)-** בתכלית הראשונה יש שימוש באדם ככלי לצורך התרעה וזה לא ראוי, מדובר בניצול המסתננים. מתייחסים לתכליות בייניים. **הנדל**- תכלית 1 ראויה. ההרתעה נועדה למנוע מראש השלכות שליליות שההסתננות מביאה על החברה בישראל.

**3.1.5 שאלות נוספות**

התנגשות בין זכויות:

מה קורה כשני חוקי יסוד סותרים אחד את השני? האם פסקת ההגבלה מתאימה להתנגשות בין שני חוקי יסוד?

פלונית נ' בית הדין למשמעת: עתירה נגד החלטה לא לאפשר למתלוננת על הטרדה מינית להעיד בנוכחות מלווה, וכן דחיית בקשתה לקבל פרוטוקולים מעדות המשיב. זכות הפרטיות (חו"י: כב"ה) מתנגשת עם עקרון הפומביות (חו"י: השפיטה). **דורנר-** הפומביות גוברת כי מדובר בחוק ספציפי, אלא אם יש חריג מפורש.הזכות לפרטיות אינה מתקיימת בדיוני ביהמ"ש. **ברק-** נדרש כאן איזון אופקי שאין לנקוט בו הכלל הפרשני בדבר התגברות הספציפי על הכללי. איזון אופקי, פשרה. שתי החוקים שווים במעמדם.

**שמירת דינים ומעמדה:**

סעיף 10 שמירת הדינים, בחו"י כבוד האדם וחירותו- חוקים שהתקבלו לפני חוק היסוד כבו"ה, (לפני 1992), נשארים בתוקפם (גם אם הם פוגעים בזכויות שבו מבלי לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה). לא נוגעים בחקיקה הקיימת.

**האם שמירת הדינים חלה על תיקונים חדשים בחוקים ישנים?**

התשובה היא שאם זה סעיף חדש בחוק הוא חשוף לביקורת, כי אחרת היה אפשר לתקן חוקים ישנים ולהוסיף הוראות. תיקון חוק ישן הוא חוק חדש ולכן ניתן לבקר אותו.

**מה קורה כשהתיקון שתוקן הוא מיטיב?**

פס"ד צמח נ' שר הביטחון: האם אפשר לומר שחוק מיטיב, שמקצר את משך המעצר, פוגע בזכות לחירות שקבועה בחו"י כבוד האדם וחירותו? **שופטי הרוב בעליון**- טענו שזו פגיעה, אף על פי שהוא מיטיב. **קדמי (דעת מיעוט)** - אומר שאין פגיעה כי זה מיטיב, ולכן בתיקון מיטיב אסור לגעת (כלומר נשאר תחת שמירת דינים). ביהמ"ש לא פסל באופן פרוספקטיבי (יש חצי שנה לתקן את התיקון), ולא אקטיבי (לא מיד).

**שמירת הדינים מגנה על חוק ישן. אך מה מעמד פרשנות החוק הישן?**

גנימאת נ. מדינת ישראל: גנימאת מואשם בגניבת כלי רכב ונעצר עד תום ההליכים המשפטיים ע"פ חוק הסד"פ שקדם לכבו"א. מה תוקף ס' שמירת הדינים בחוק היסוד? **ברק (רוב)-** חוקי היסוד אינם משנים את לשוןהדין הישן, אלא את הפרשנותהמוענקת לו. הסעיף מעניק הגנה מפני ביטול, אך יש לפרש ברוח חו"י כבוה"א. **חשין (מיעוט)-** שמירת הדינים רלוונטית גם לעניין הפרשנות.

אבו עראפה נ' שר הפנים: עתירה כנגד שלילת תושבות של תושבי מזרח ירושלים בשל בחירתם לפרלמנט הפלסטיני מטעם חמאס. שר הפנים שלל את תשבותם מכוח חוק ששמור בשמירת הדינים. **פוגלמן(רוב)-** קובע כי החוק לא מעניק לשר הפנים סמכות כזאת, זהו הסדר ראשוני ויש לבצעו בחקיקה. כך פוגלמן עוקף את סעיף שמירת הדינים, שכן החוק החדש כבר לא יהיה מוגן. מרוקן מתוכן את סעיף שמירת הדינים באומרו כי יש לבצע חקיקה ראשית בטענה שמדובר בהסדר ראשוני. **הנדל(מיעוט)-** חיקוק חדש ירוקן מתוכן את שמירת הדינים. אלא יש לפרשו ברוח חוקי היסוד.

מני נגד המוסד לביטוח לאומי (2010): בית המשפט העליון דן בטענה נגד חוקתיות של חוק הפוטר נשים שאינן עובדות מחוץ למשק ביתן מתשלומים לביטוח לאומי, ואינו פטור דומה לגברים שהם "עקרי בית"

**ריבלין**- דחה את הטענה, ואמר שהנוסח המשולב של חוק הביטוח הלאומי נחקק ב1955, אך הוראותיו, ובפרט ההוראה המתייחסת לעקרת הבית, הופיעו גם בנוסחו הקודם של החוק- המוגן בשמירת דינים.

**3.1.6 תוצאות הפגם החוקתי (סעדים)**

כשמתברר שהרשות (מחוקקת/מבצעת) פגעה בזכות אדם ללא הצדקה, מה ביהמ"ש יכול לעשות עם זה?

בטלות של חוק ב-3 דרכים:

1.בטלות רטרוספקטיבית- אחורה למועד החקיקה.

2.בטלות אקטיבית- מעכשיו והלאה.

3.בטלות פרוספקטיבית- מנקודת זמן בעתיד ולהבא.

האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים: לטענת העותרים היו תקופות קצרות שבהן לא הוארך ס' שמירת הדינים והוא הוארך רטרואקטיבית לאחר מכן. לטענתם במהלך זמן זה פקעה שמירת הדינים. **גולדברג-** 3 מודלים לבחינת מעמדו של חוק פוגע: 1. בטלות מוחלטת- החוק בטל מלכתחילה. 2. נפסדות- ניתן לביטול ע"י ביהמ"ש בצורה רטרוספקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית. 3. בטלות יחסית- יש להתחשב במהותה של אי החוקיות: א. אי חוקיות כה יסודית שהחוק בטל גם ללא הכרזת ביהמ"ש. ב. שנוי במחלוקת ונדרשת פעולת ביטול ע"י ביהמ"ש. על ההחלטה להתחשב בהסתמכות על החוק ובהיקף הציפיות הסבירות שיצר. ייתכן שחוק יוכרז כבטל לצורך מערכת עובדות אחת אך יהיה תקף לגבי אחרת(כמו פס"ד גניס). **זמיר-** מעדיף את מודל הבטלות היחסית – טווח הגמישות שלו הוא מקסימלי לביהמ"ש.

גניס נ' משרד הבינוי והשיכון: ס' חוק נתן הטבה לרוכשי דירות בירושלים, ואחרי חודשיים חוק ההסדרים ביטל זאת רטרו. עתירה לפגיעה בזכות הקניין תוך הבחנה בין אלו שהסתמכו לאלו שלא. **חשין (מיעוט)-** מפעיל את עיקרון העיפרון הכחול – מציע לקרוא את הסעיף המבטל למפרע (רטרואקטיבית) רק על מי שלא הסתמך על החוק. מי שהסתמך על החוק, הביטול למפרע לא נוגע בו. **ברק (מיעוט)-** ראוי לעגן בחוק הבחנה בין מי שהסתמך למי שלא - דרך פרשנות לשם השגת הרמוניה נורמטיבית. במקרה זה ניתן ע"י פרשנות לבצע הבחנה בין מי שהסתמך למי שלא. **מצא (רוב)-** לא ניתן להתגבר על ההוראה החד משמעית בדרך פרשנית, זה יהיה כמו לחוקק אם נשתמש בעיפרון הכחול.

**סעדים נוספים שניתן לתת כשיש פגם חוקתי:**

* זכות שלילית – שהמדינה לא תעשה, לא תפעל.
* זכות חיובית מלאה – שהמדינה תעשה, תפעל.

\*בחו"י כבו"ה למשל - ס' 2 הוא שלילי וס' 4 חיובי.

* צו לחוקק- ככל שמתקדמים לעבר זכויות חיוביות. לפעול לחקיקת חוק שימנע פגיעה עתידית. לא הוכרע עד היום אם אפשר להביא צו לחוקק.
* צו לתיקון חוק- הטלת חובה על הממשלה להגיש הצעת חוק לתקן פגמים בחוקתיות חוק קיים. ביהמ"ש קובע בפס"ד נאסר שהכנסת תתקן את החוק ואם לא- תבטל אותו.
* קריאה לתוך החוק - כשביהמ"ש מוסיף לחוק.

נסר נ' ממשלת ישראל: ניתנו הטבות מס לישובים במרחקים מסויימים מהגבול, לישובים יהודיים כן ול3 ישובים ערביים ודרוזים באותו מרחק, לא ניתנו. **בייניש-** מדובר באפליה ברורה. יש להשתמש בדוקטרינת ההרחבה ולקרוא אל תוך החוק את ההטבה לשלושת הישובים.הפעם הראשונה שביהמ"ש משתמש בדוקטרינת ההרחבה/קריאה לתוך החוק.

ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים: עתירה נגד חוק תרומת הביצית שלא מאפשר השתלת ביצית מופרה ודבר זה פוגע בזכויות יסוד. **חיות-** החוק פוגע יתר על המידה אך ביטולו יניב יותר נזק מתועלת. הפתרון הוא ע"י הרחבה בדרך של קריאה אל תוך החוק סעיף שמקנה לוועדת החריגים לקבוע חריגים להליך המבוקש.

פיצויים- סעד אפשרי נוסף. ביהמ"ש מתחיל לדבר בשפה של פיצויים. ביהמ"ש כנראה יכניס סעד זה ביום מן הימים.

ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל: מוגשת עתירה מטעם ההסתדרות הרפואית כנגד ח"כ ליצמן שמכהן כסגן שר, אבל בעצם אוחז בכל הסמכויות של שר. שק"ד שהפעיל ביהמ"ש במקרה זה היה על גבול הסבירות, אבל לא כזו שמצדיקה את ביטול ההחלטה ואם הם ימשיכו בדרך זו אז ביהמ"ש ישקול סעד של בטלות.

**לסיכום, הסעדים שביהמ"ש יכול להעניק כשיש פגם חוקתי:**

1. **ביטול חוק** (האגודה לזכויות האזרח, גניס)
2. **תיקון חוק**(אולי) **/ צו לתיקון חוק** (נסר)
3. **קריאה לתוך החוק** (נסר, ליאת משה)
4. **אולי פיצויים** (מחוץ לפקודת הנזיקין) (ההסתדרות הרפואית)

3.2 זכויות אזרח במשפט הפרטי

הנחת המוצא הסמויה בעבר הייתה שהזכויות לא חלות בצורה אופקית בין פרטים שונים בחברה אלא בצורה אנכית בין הפרט לשלטון. כביכול – למדינה אסור להפלות אבל לגוף פרטי כן. ההיגיון שעומד מאחורי ההנחה הזו היא שבין הפרט לשלטון קיימים פערי כוחות ולכן הזכויות הן כלי למנוע מהחזק לפגוע בחלש אך בחברה כל הפרטים שווי כוחות.

בעידן המודרני מוסדות ציבוריים מחויבים לנהוג בזכות החוקתית לשוויון.

**בעבר – המדינה כשומרת לילה**: תפקידה המרכזי של המדינה כמבטיחת ביטחון הפנים וביטחון החוץ. במטרה לספק את המטרה הזו היא זקוקה למערכות אכיפה, צבא ומשטרה. כדי להחזיק את המערכת הזו היא צריכה מקור מימון, כלומר גביית מיסים. המשמעות היא שחיי החברה והמשק הוא תחום שהמדינה לא מתערבת בו.

מנגד, התפתחה **גישה נגדית** שתפקיד המדינה הוא **לספק מערכת שלמה של שירותים וזכויות**. הנחת המוצא של גישה זו היא שהמדינה התחזקה והפכה למוקד הכוח החזק ביותר ומשכך עליה לספק שירותי רווחה תושבים.

כיום, המדינה נוטה יותר לכיוון של הפרטה: כבר לא מספקת מקומות העיסוק אלא מעסיקה קבלן שיעסיק את הפרט. **מבנה זה גורם להיחלשות המדינה** משום שגורמים מסוימים בתוך החברה מתחזקים. למדינה כבר אין מונופול אלא היא נותנת לגורמים מסוימים את האפשרות להיות בעלי שירותי מונופול ובכך מרכזת את הכוח בידי הפרטים.

בכדי לשבור את הדיכוטומיה אפשר ללכת בשני דרכים:

1. **ביטול האבחנה בין אנכי לאופקי**: ביטול האבחנה המסורתית של התחום הפרטי והציבורי. הנורמות החוקתיות יחולו גם במערכות יחסים פרטיות וגם במערכות יחסים בין הפרט לשלטון. שתי אופציות לביטול האבחנה:
* **תחולה ישירה**: לא נבחר בשום מדינה עד היום. ע"פ דגם זה הזכות לשוויון חלה גם במערכת יחסים בין פרטים.
* **תחולה עקיפה**: ע"י **מושגי שסתום** שקיימים במשפט הפרטי והם רחבים מאוד ועמומים ודרכם מכניסים את העקרונות החוקתיים. למשל תביעה על הפרה מסוימת בתהליך של מו"מ בכריתת חוזה כאשר התרופות לתנאים בו ע"פ דיני החוזים. עניין של פרשנות ושימוש במושי שסתום כגון תום לב, תקנת הציבור.
1. **שמירת האבחנה**: זכויות אדם חלות וימשיכו לחול רק אנכית (בין הפרט לשלטון), לצד הרחבת מונח השלטון והכללה בו של גופים פרטיים גדולים.

דוגמאות לתקיפה עקיפה במסגרת עמעום ההבחנה בין אנכי לאופקי + החלת זכויות אדם בגופים דו מהותיים:

**גוף דו מהותי** – מצד אחד אפיונים של שחקן פרטי ומצד שני אפיונים של גוף ציבורי. **משחק בשני צידי המגרש – הפרטי והציבורי**. לכן על גופים כאלה חלה דואליות נורמטיבית. חלים עליהם גם כללי המשפט הפרטי וגם כללי המשפט הציבורי.

**גופים דו-מהותיים**

פס"ד מיקרודף: **ברק** אומר שמצד אחד, חברת חשמל היא חברה בתחום המשפט הפרטי, אך מה שמייחד אותה הוא תכונותיה שמשוות אותה לתאגידים סטטוטוריים (הוקמו ע"פ חוק). המאפיינים הסטטוטוריים:

1. סמכויות שלטוניות (יכולה להטיל אגרות, כמו להיכנס לחצרות להורדת עמוד חשמל)

2. בלעדיות (מונופול)

3. שליטה על אמצעי שירות חיוני.

הטלת חובות מהמשפט הציבורי למרות שזה בתחום המשפט הפרטי.

חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום: חברה קדישא לא מסכימה לכיתוב לועזי על מצבה כפי שנכתב בחוזה. כל השופטים מסכימים שזה גוף בעל מעמד ציבורי, אבל המחלוקת היא מאיזו סיבה. **אלון-** מסתפק בתנאי של השירות החיוני. **שמגר-** שלושת המאפיינים מתקיימים, ולכן זהו גוף דו מהותי. **ברק-** אין בלעדיות אבל הסמכות השלטונית היא מה שהופך גוף לגוף דו מהותי.

**תחולה אופקית עקיפה –דוקטרינה מתחום המשפט הפרטי, כמו מושגי שסתום שחלים על כולם**

קדישא נ' קסטנבאום: **ברק** אומר שהיינו יכולים להגיע לאותה המסקנה גם בדרך הזו, בגלל שהתניה בנוגע לעברית נוגדת את תקנת הציבור (מושג שסתום) שהיא חובה שחלה גם על שחקנים פרטיים.

**הסתייגות לתחולה האופקית העקיפה**

בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ: בית יולס לא נהגה בשוויון כשהתקשרה בחוזה עם חברה שלא השתתפה במכרז. האם נורמות המשפט הציבורי יחולו על המשפט הפרטי? **אלון-** נגד התחולה האופקית העקיפה. לא מקבל הטלת חובה של עקרון השוויון על מכרז פרטי. לא הייתה ציפייה של הצדדים לנהיגת שוויון וזוהי גישה פטרנליסטית לכפות שוויון מקום שהצדדים לא ציפו לכך. זוהי התערבות לא יעילה בחופש החוזים. **ברק-** בעד התחולה האופקית העקיפה. מי שמקיים מכרז חובה עליו לנהוג בשוויון, זוהי ציפייה סבירה של הצד השני. תו"ל מחייב הגינות ויושר במו"מ החוזי. דרישת השוויון תבטיח זאת. מי שלא יכול לעמוד בזה שלא ינהג בדרך של מכרז. החלת המשפט הציבורי על גוף פרטי.

פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות: מפעילת מועדון ברחובות קבעה גיל סף לכניסה שונה בין גברים לנשים. **דנציגר-** נגד תחולה אופקית עקיפה. השוויון במשפט הפרטי אינו ערך יסוד, עיקרון החירות הוא הכלל ועיקרון השוויון הוא חריג לו המוחל בד"כ כאשר קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי. אם רוצים לחייב בשוויון יש לעשות זאת בחקיקה ולא בתחולה עקיפה של מושגי שסתום.

חידוד- למרות שערך השוויון אינו ערך יסוד במשפט הפרטי, יש חקיקה ספציפית שהחילה את הזכות לשוויון על המשפט הפרטי. חוק איסור הפליה בהיקף פרישתו נועד לאסור באופן עקרוני על כל הפליה על בסיס מגדרי, בין של נשים בין של גברים, ולכן אין ספק שעיקרון השוויון חל על המשיבה.

3.2 כבוד האדם

**דני סטטמן- "שני מושגים של כבוד":**

1. **כבוד כיחס לא משפיל**- גישה מצומצמת של כבוד כאי-השפלה. השפלתו, העלבתו, ביזויו והלבנת פניו. (סטטמן תומך בגישה זו)**.**
2. **כבוד כיחס מוסרי** – גישה מרחיבה. כוללת בתוכה גם את הגישה הראשונה. ראיית האדם כתכלית ולא כאמצעי. ההנחיה המעשית היחידה שניתן לחלץ מכך היא החובה לא לפגוע באוטונומיה האנושית. האדם הוא ייצור בעל תבונה, ולכן מוענק לו כבוד.

בתחילת הדרך ביהמ"ש פירש את הזכות כיחס לא משפיל ואז שינה לכבוד כיחס מוסרי.

**פרשנות המושג כבוד כאי השפלה:**

קטלן נ' שירות בתי הסוהר: בעקבות בעיית סמים בכלא הוחלט לעשות חוקן לכל עציר שחוזר מחופשה או מביהמ"ש. **כהן-** לא מסתפק בקביעה כי אין סמכות ע"פ חוק. אלא גם מייעץ למחוקק מה לעשות ומה לא לעשות- מייעץ לכנסת להתיר את ביצוע החוקן רק ידיעה ודאית על סמים. **לנדוי-** גישה מרוסנת ביחסים בין ביהמ"ש לכנסת. אין לביהמ"ש סמכות לייעץ לכנסת. לא חושב שצריך להדריך את הכנסת איך לחוקק. הם יודעים מהי פגיעה בכבוד ויכולים לחוקק לבדם. הפגיעה באסירים אינה לגיטימית ללא הסמכה/הסמכה מפורשת. שימוש במושג "כבוד" כאי-השפלה, פרשנות מצומצמת ע"י שניהם.

**פרשנות המושג כבוד כאוטונומיה:**

ביהמ"ש מחפש להגן גם על זכויות אדם שלא עוגנו בחוק היסוד. ברק הציע (ולקחו את הצעתו) שיש לפרש את הזכות לכבוד בצורה מרחיבה, כהזכות אוטונומיה. ומשם, דרך האוטונומיה ניתן להכניס היבטים משמעותיים של הזכויות החסרות.

לסיכום: הזכות לכבוד שכוללת אוטונומיה שכוללת זכויות אחרות כדי להכניס פנימה זכויות חסרות.

**למה לא רצוי לכלול אוטונומיה בהקשר החוקתי?**

1.**ביקורת מקומית** – פרשנות בהקשר הישראלי.

* סיכול כוונת המחוקק- מרתיעה את המכונן, הכנסת, מלהשלים את משימתה בגיבוש החוקה באופן דמוקרטי.
* כפילויות - הזכות לכבוד מופיעה בצמוד לשלילת הפגיעה בגוף ובנפש. הכוונה הייתה להתייחס לזכות לכבוד כזכות פרטיקולרית ולא כזכות מסגרת.
* פשרה בחוקה- חו"י הוא תוצאה של פשרה ואין להתעלם מההיסטוריה החקיקתית. הפירוש המצמצם עולה בקנה אחד עם הפירוש שהיה ערב חקיקת חוקי היסוד.

2.**ביקורת עקרונית** – רוחב בלתי-אפשרי לזכות הזו. כל פנייה לביהמ"ש תוכל להתבסס על הפגיעה בכבוד. כל קייס כזה יהפוך לפגיעה בזכות אדם חוקתית.

התשובה לזה יכולה להיות שהביקורת מתעלמת מהעובדה שהשיח החוקתי דו שלבי: האחד, לבדוק אם יש פגיעה. השני, מה עוצמת הפגיעה. התשובה מחמיצה את העיקר. היא מתעלמת מ-2 בעיות:

* הנזק שייגרם לדמוקרטיה- אם כבוד מתפרש כאוטונומיה, כל פגיעה שלטונית הופכת לעילה שפיטה בעניין חוקתי. אין הצדקה להפיכת ביהמ"ש העליון לגוף בעל סמכויות בלתי-מוגבלות שבסמכותו להתערב ולהכריע בכל דבר ועניין.
* טשטוש גבולות- ההכללה תוביל לפגיעה בזכויות האדם. לכאורה ההרחבה מחזקת את זכויות האדם, אך אם כל רצון אנושי נהנה ממעמד של זכות, הדבר מטשטש את ההבחנה בין גחמה לבין פעולות אנושיות שמשרתות ערך/אינטרס חשוב. לא נדע להבחין בין רצונות חשובים יותר לרצונות חשובים פחות.

דעקה נ' בית החולים "כרמל": דעקה הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח בעת שהייתה על שולחן הניתוח ומטושטשת מתרופות. טוענת לפגיעה באוטונומיה. **אור-** לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. ההכרה בזכות מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו של אדם לכבוד המעוגנת בחו"י כבה"א. הזכות לאוטונומיה בלעה את הזכות לכבוד. חוסר ההסכמה מדעת היא פגיעה בזכות לאוטונומיה, כחלק מהזכות לכבוד. הזכות לאוטונומיה של הפרט כוללת את החירות להחליט בכל דבר הנוגע לגופו. (פגיעה בכבוד כחלק מהזכות לאוטונומיה על מקרה מאוד זניח-טשטוש גבולות)

\*בפרשת דעקה הופכת החדירה לגוף ללא הסכמה לפגיעה באוטונומיה. בכך, מיטשטשת האבחנה המתבקשת בין פגיעה סתם באוטונומיה לבין חדירה לגופו של אדם ללא הסכמתו.

זו דוג' למקרה שבו ההרחבה של הזכות לכבוד, מזכות פרטיקולרית למניעת השפלה לזכות מסגרת לאוטונומיה, הפרשנות המרחיבה בולעת את הפרשנות המצמצמת, ובכך גורעת מהייחודית של הזכות למניעת השפלה וממשקלה הכבד, הראויים להגנה ייחודית.

פרשת בר אילן: עתירה כנגד הגבלת התנועה ברחוב בר אילן בשבת. **ברק**- הגבלת התנועה הינה פגיעה באוטונומיה, פגיעה באוטונומיה הינה פגיעה בכבוד האדם. משכך יש פה פגיעה חוקתית.-פירוש הזכות לכבוד בצורה מרחיבה, כהזכות אוטונומיה. ומשם, דרך האוטונומיה ניתן להכניס היבטים משמעותיים של הזכויות החסרות.

חברה קדישא נ' קסטנבאום: **ברק-** יש להגן על רצון הפרט אותו בוודאי האדם הביע בחייו (לא נאמר בפירוש אך משתמע כי פגיעה/ שלילה של האוטונומיה של הפרט היא פגיעה בכבוד האדם). כבוד במובן של אוטונומיה-פרשנות מרחיבה.

לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה:עתירה נגד התקנון האוסר על עורך דין שעובד ברשות המדינה לא כעורך דין לציין את תוארו על מסמכים רשמיים. **לוי**- יש פה פגיעה בכבוד כאוטונומיה אך הפגיעה היא זניחה. הוא מכיר בשני מושגי הכבוד כחלק מהזכות אבל אומר כי כבוד במובנו כמניעת השפלה הוא הגרעין הקשה של הזכות, הפגיעה כאן זניחה.

עדאלה נ' משרד הרווחה: עתירה כנגד חוק המפחית קצבת ילדים להורים שלא חיסנו את ילדיהם. העותרים טוענים שיש פגיעה בכבוד כאוטונומיה הורית. **ארבל** דוחה את העתירה ואומרת שלא כל פגיעה באוטונומיה תהיה פגיעה בכבוד ומציבה לכך שני מבחנים: **1.** מהות הבחירה הנשללת מהפרט – האם מדובר בעניין משמעותי? **2.** מידת הכפייה ושלילת הרצון – האם מדובר בפגיעה קשה?

התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת: עתירה כנגד חוק טל. **ברק -** יש פגיעה באוטונומיה בחוק טל למי שלא נהנה ממנו. **חשין** מסביר שאי גיוסם של חרדים לצה"ל לא מהווה פגיעה בכבוד של אלו המתגייסים גם לא במובן של כבוד כאוטונומיה. גם אחרי שכללנו בזכות לכבוד את הזכות לאוטונומיה, זה לא אומר שניתן לדחוף לשם את כל הזכויות החסרות.

3.4 זכויות חברתיות

מקובל לחלק את זכויות האדם ל-2 קבוצות:

1. **זכויות אזרחיות ופוליטיות**- "שליליות" (עיסוק/קניין) – מנוסחות בחוקה בבירור. מי שרואה עצמו נפגע רשאי לעתור לביהמ"ש ולבקש ממנו סעד.
2. **זכויות חברתיות**- "חיוביות" (ענייני רווחה, כמו בריאות/דיור/חינוך) – זכויות חדשות יחסית. מנוסחות כשאיפה/כהנחיה כללית. מנוסחות בצורה יותר עמומה.

המציאות היא שהסטטוס של הזכויות החברתיות הוא יותר נמוך מזה של הפוליטיות.

**מדוע יש אבחנה? 2 סיבות עיקריות:**

1. היסטוריה- המעמד המופחת של זכויות חברתיות הוא בגלל שהן הגיעו בשלב מאוחר יותר, מדובר בתהליך.

2.שוני מהותי- לא נכללות בחלק מהחוקות באותו היקף בגלל שוני הלגיטימציה בהכללתן בחוקה:

* הזכויות האזרחיות/הפוליטיות מטילות על המדינה חובה נגטיבית – איסור. דבר זה ניתן לאכוף. לעומת זאת, הזכויות החברתיות מטילות על המדינה חובות פוזיטיביות – חובות עשה, שקשה מאוד לאכוף אותם.
* הזכויות האזרחיות/הפוליטיות מגלמות כללי משחק שמקובלים על כולם. לעומת זאת, הזכויות החברתיות. מאמצות עמדה שנויה במחלוקת בכל הנוגע לחלוקת ה"עושר" בין מפלגות בעלות תפיסות עולם שונות של ימין/שמאל. בגלל המחלוקת לא ניתן להכליל אותן בחוקה.

**האם אפשרי/לגיטימי לאכוף אותם דרך ביהמ"ש?**

* בשאלות כלכליות (חברתיות) זה דורש מומחיות שלביהמ"ש אין ולכן לא.
* בזכויות חברתיות, לכל החלטה יש השפעה על נושאים אחרים, שייקח מהנתח התקציבי של נושאים אחרים, מה שיהיה מנוגד לכך שכל המושפעים צריכים להיות מעורבים ולהציג את עמדתם.

**שלבי התפתחות בגישת ביהמ"ש לסוגית הזכויות החברתיות: 3 שלבים מרכזיים (גיא מונדלק)**

1. **הסירוב להכיר במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות**
2. **הכרה ללא "שיניים"** - נכונות לקרוא אך בפועל הימנעות מלתת לדברים "שיניים".
3. **ביהמ"ש לא רק מקבע את מעמד הזכויות החברתיות אלא גם מביא ליישומן** - העליון מוכן לתת ביטוי מעשי להכרתו בקריאה לתוך חוק היסוד. מתבטא בפסילת רכיב בחקיקה ראשית בטענה שזה פוגע בזכות חברתית.

**שלב ראשון (סירוב להכיר במעמד של זכויות חברתיות):**

(הגישה הייתה לאור עמדת ברק, שלא לקרוא לחוק היסוד את הזכויות החברתיות).

אהרון ברק בספרו מציג 3 גישות אפשריות לזכות לכבוד:

1. **גישה מצמצמת** – כבוד כאי-השפלה.
2. **גישה מרחיבה** – כבוד ככוללת את כל זכויות האדם (אזרחיות/פוליטיות וכן חברתיות).
3. **גישת ביניים – כבוד כוללת את הזכויות האזרחיות/פוליטיות אך לא את הזכויות החברתיות**.

**ברק** בוחר בגישת הביניים, שמשפיעה על פסיקת השופטים.

שוחרי גילת:עתירה נגד החלטת המדינה להפסיק לתמוך בעמותת שוחרי גילת שמפעילה תוכנית העשרה לילדים המגיעים מבית קשה, בטענה שהחלטת המדינה פוגעת בזכות היסוד לחינוך שמגיעה דרך הזכות לכבוד שבחו"י כבוד האדם וחירותו. **אור**: הזכות לחינוך אינה מעוגנת בחו"י כבוד האדם וחירותו, ולכן אינה זכות חוקתית. הזכות לחינוך היא בגישה המרחיבה. אין להשתמש במודל רחב של הזכות לכבוד.

לדעת ספיר - אור הפנים את הגישה של ברק אך לא יישם אותה במקום הנכון כיוון שמדובר בהחלטה מנהלית. רק בבואנו לפסול חקיקה ראשית יש לשאול האם הם כלולים באחד מחוקי היסוד. לעומת זאת, אם נרצה לתקוף תקנה, מספיק שיהיה עיקרון בעל מעמד חוקתי. די לנו לומר כי הזכות לחינוך מוכרת כזכות חוקתית.

**שלב שני (הכרה ללא שיניים) – ברק ובעקבותיו ביהמ"ש משנים את עמדתם:**

עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר: במסגרת חוק ההסדרים צומצם היקף הגמלאות המוקנה מכוח חוק הבטחת הכנסה. האם הקיצוץ שנעשה במסגרת חקיקה בכנסת הוא חוקתי? **ברק-** הזכות לקיום מינימאלי בכבוד היא זכות חוקתית. הזכות לכבוד כוללת שני היבטים חיובי ושלילי. אך אינו מקבל את העתירה כי העותרים לא הצליחו להוכיח הפגיעה בזכות. **לוי-** ישנם 2 דרכים להגדיר פגיעה בכבוד: 1. "מודל המחסור הקיומי". 2. מודל רחב יותר הכולל "צרכים רוחניים וחברתיים". תכליות ההגנה על הזכות לקיום אנושי בכבוד מובילות למסקנה כי הזכות כוללת את הזכות לתנאי מחייה נאותים ולא רק מחסור קיומי בלתי נסבל.

גמזו נ' ישיעהו: אדם שנתבע ע"י אשתו ובתו לשלם חוב מזונות בהוצאה לפועל, לאחר שהתחמק ממילוי חובתו במשך שנים ארוכות. הנתבע ביקש לקצוב את התשלום כך שלא יפגע בזכותו לתנאי מחיה מינימליים. העתירה התקבלה לאחר שנקבע כי הזכות של כל אדם לקיום מינימלי הוא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית המוענקת ע"י חוק יסוד כבוד האדם.

מנור- תנאי מחייה מינימליים. המדינה מקצצת בקצבאות הזקנה של הביטוח הלאומי. העתירה טוענת שהדבר מוריד אל מתחת לקו העוני תוך פגיעה בזכות למינימום של קיום אנושי. **ברק:** יש זכות לתנאי מחייה מינימליים אבל מתחת לקצבאות הזקנה יש רשת ביטחון של עוד קצבאות (זה לא כל מה שהם מקבלים). אז אם מבטלים את קצבאות הזקנה, יהיה להם תנאי מחייה מינימליים.

**שלב שלישי (לא רק מכיר אלא גם מיישם)**

חסן ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי: עותרים נגד העניין שמי שמשתמש/מחזיק ברכב אז לא מגיע לו גמלת הבטחת הכנסה בטענה של פגיעה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. **בייניש-** לכל זכות יש פנים חיוביות ושליליות יחד ועל המדינה להגן על שתיהן. זכויות חיוביות צריכות להיות מוגבלות משום שהן מחייבות הקצאת משאבים. הזכות לקיום אנושי מינימלי בכבוד הינה חלק מליבת הזכות לכבוד האדם, ולא זכות הנגזרת ממנה. לכן זכות זו זוכה לתוקף והגנה חוקתית של פסקת ההגבלה. הסעיף לא עמד במבחן השני של המידתיות בפסקת ההגבלה. פעם ראשונה שביהמ"ש פוסל חקיקה בגלל פגיעה בזכות חברתית.

האם אפשר לזהות מגמה?

* ביהמ"ש הכיר בזכות לקיום מינימאלי כזכות בת של הזכות לכבוד.
* נפסל חוק בשל פגיעתו בזכות הזו ללא הצדקה.

שופטים מפרשים את הזכות לקיום בכבוד בהרחבה:

* העמדת הרף לקיום מינימאלי בכבוד במקום גבוה יחסי מעל איפה שהיה אפשר לשים.
* באמצעות פירוש של הזכות ככוללת רכיבים נוספים שכל אחד מהם מייצג זכויות חברתיות נוספות.

רובינשטיין נ' הכנסת: העותרים טוענים כי יש לחייב לימודי ליבה בציבור החרדי בשביל שבעתיד כבודם לא ייפגע. **גרוניס-** מדובר בממד "חיובי" (עשה) של הזכות לכבוד. על ביהמ"ש לנהוג בריסון כשהוא מעלה ביקורת שיפוטית על זכויות חיוביות. למה? **1.** הגנה על זכות חיובית משמעותה הטלת נטל תקציבי על המדינה. **2.** התערבות בשיקולים חברתיים ופוליטיים שראוי לדעתו שיושארו להכרעת המחוקק. **3.** קיים הבדל במידת ההתערבות בית המשפט בהוראה למחוקק להימנע מלבצע פעולה לבין הוראה למחוקק לבצע פעולה.

עדאלה נ' משרד הרווחה: עתירה נגד תיקון שמפחית קצבאות ילדים להורים שלא חיסנו את ילדיהם לפי הוראות משרד הבריאות. **ארז-** החוק אולי פוגע באוטונומיה אבל הוא מקדם זכויות חברתיות (הרצון להבטיח בריאות טובה של הילדים) והגנה על ילדים.

לסיכום, המצב במדינת ישראל הוא מצב של תהליך, כלומר:

בשלב א'- לא נכללו – ברק בספרו ואור בפס"ד עמותת גיל"ת

בשלב ב'- נכללו אך לא נאכפו- עמותת מחויבות לשלום

בשלב ג'- החלת אכיפה- חסן - לפיו יש חובה לחוקק

3.5 חופש העיסוק

ההבדלים ביו חו"י חופש העיסוק לחו"י כבוד האדם וחירותו:

* **פסקת התגברות**: מאפשרת לכנסת לחוקק חוק שפוגע בצורה לא מידתית בחופש העיסוק באמצעות החוקה (תקף ל4)
* **פסקת הנוקשות**: חו"י חופש העיסוק משוריין גם פורמאלית וגם מהותית לעומת כבוד האדם וחירותו שרק מהותית.
* **פסקת שמירת הדינים**: כיום, שמירת הדינים מופיעה בחו"י כבוד האדם וחירותו ולא בחופש העיסוק (התבטל ב2002)
* **ס' 9 לחו"י כבוד האדם וחירותו**: פסקת הגבלה מיוחדת לפגיעה באנשי כוחות הביטחון.
* **חו"י חופש העיסוק מתייחס לכל אזרח**: חו"י כבו"ה מתייחס לכל אדם באשר הוא אדם. מחליש את חופש העיסוק.

**3.5.1 היסטוריה**

לא רק שלחופש העיסוק יש חו"י נפרד, הוא משוריין גם פורמלית ע" רוב של 61, וגם מהותית ע"י פסקת הגבלה. אך אין בו סעיף של שמירת דינים (בניגוד לכבו"ה).

האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים: תיאור ההיסטוריה החקיקתית של חו"י חופש העיסוק.

92' – התקבלה הגרסה הראשונה של חו"י: חופש העיסוק, ס' 6 קבע הוראת שימור דינים לשנתיים.

94'- התקבל חו"י חופש העיסוק החדש, ס' 10 קובע הוראת שימור דינים לשנתיים נוספות.

96' –  התקבל חו"י חופש העיסוק (תיקון), בו תוקן ס' 10, וקבע שהשימור יוארך ל-4 שנים (עד ה-10.3.98) רטרואקטיבית.

98' - 8 ימים לאחר סיום תקופת שימור הדינים השלישית, קיבלה הכנסת את חו"י: חופש העיסוק (תיקון מס' 2). תיקון זה קבע, בס' 2: "בס' 10 לחוק-היסוד, במקום 'עד תום 4 שנים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה' יבוא 'עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002)'".

**חופש העיסוק חל גם קדימה וגם אחורה כי אין לו סעיף שמירת דינים. הוא משוריין גם מהותית וגם פורמאלית. אלו הם ביטויים לעוצמה של חו"י חופש העיסוק.**

**3.5.2 רציונל ומגמה**

**יש 3 רציונליים בחופש העיסוק:**

1. פרנסה (פס"ד בז'רנו).

2. מימוש עצמי (אוטונומיה) (פס"ד מנהלי השקעות).

3. תחרות חופשית (פס"ד כלל ומגדל).

בז'רנו נ' שר המשטרה: "מעכרים" המסדיר דברים עבור בעלי מכוניות. **חשין (האב)-** רציונל הפרנסה (הרציונל הבסיסי ביותר שעומד מאחורי חופש העיסוק). לכל אדם יש זכות טבעית לחופש העיסוק והגבלתה תהייה רק לפי הסמכה מפורשת בחוק. ההכרה בזכות הייתה בהיקף של האפשרות לכל אדם להיכנס לכל מקצוע שייבחר שיספק לו מקור מחיה ופרנסה. הכרה בקיומן של זכויות ובמעמדן החוקתי גם לפני 92.

איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה: איסור על חברה לייבא מרוסיה. **דורנר-** הרציונליים בבסיס חופש העיסוק הם: פרנסה ואוטונומיה- להגשים את כישרונותיו, וגם רציונליים חברתיים כלליים =הזכות לפרנסה והגשמה עצמית. בהתנגשות בין חופש העיסוק לאינטרס נאזן ביניהם לפי היקף הפגיעה ועוצמת הפגיעה: כשהרציונל מאחורי חופש העיסוק הוא מימוש עצמי מול אינטרס חברתי חשוב כמו כלכלת המדינה – מבחן האפשרות הסבירה. כשהרציונל הוא ערך בעל חשיבות גבוהה לחברה ולמדינה (בהיקף חופש הביטוי) ייקבע לפי מבחן מחמיר –וודאות קרובה לסכנה חמורה. דורנר מעמידה מאחורי הזכות לחופש העיסוק שני רציונליים: פרנסה, ומימוש עצמי-אוטונומיה.

כלל ומגדל: שתי חברות רוצות להיכנס לתחום של קרנות הפנסיה אבל המדינה לא רוצה שיהיו יותר קרנות פנסיה כי זה יפגע בישנות. העותרת טוענות לפגיעה בחופש העיסוק. **ביהמ"ש** מקבל את הטענה בדבר פגיעה בחופש העיסוק אבל: **הרוב**- הפגיעה עומדת בתנאי פס קת ההגבלה. פגיעה בהיבט אחד של חופש העיסוק כדי להגן על היבט אחר של חופש העיסוק! התווסף רציונל שלישי של תחרות חופשית. רציונל 3: תחרות החופשית לתועלת המשק.

אורון נ' יו"ר הכנסת: תיקון לחוק הבזק, באמצעות הוספת סעיף שמעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה אשר שידוריה נקלטו בישראל. המשמעות העיקרית של התיקון לחוק שמי שהתיקון חל עליו מקבל זיכיון להפעלת תחנת רדיו ללא צורך במכרז. **ביהמ"ש-** בוחר בעילת חופש העיסוק דרך התחרות החופשית. מדוע הוא בוחר בדרך הזאת? כי זה מעוגן בחו״י באופן מפורש שלא כמו שוויון. הוא בוחר בדרך הכי פחות שנויה במחלוקת. הנימוק הוא שחופש התחרות נפגע בכך שהוא מעניק זיכיון ורישיון לגוף העומד בתנאי החוק ללא מכרז.

**האם ניתן להצביע על מגמה?**

אולי ההתפתחות הפנימית בין שני הרציונליים הראשונים סללה את הדרך להופעת הגישה התחרותית באופן הבא:

* אם הדגש הוא על הפרנסה, רציונל התחרות החופשית יעלה קנה אחד עם רציונל הפרנסה רק אם נטען שתחרות תביא לרווחה כלכלית לכולם, טיעון שלא קל לבססו.
* כשמרכז הכובד עובר למימוש עצמי, הוא מתיישב היטב עם רציונל התחרות. הטענה תהיה שפגיעה בחופש התחרות יכולה בצדק להיחשב כפגיעה ביכולת המימוש העצמי.

**אייל גרוס – כיצד הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית?**

לדעתו במקום לפתח את התפיסה האישית שעמדה בבסיס פס"ד בז'רנו (מקור פרנסה) ופס"ד מנהלי השקעות (מימוש עצמי), התפתחה התפיסה התחרותית.

התפיסה האישית מתמקדת בכניסה למקצוע בעוד שהתחרותית מרחיבה גם לאופן העיסוק.

לפי סקירה של פס"ד, אם נשתמש ברציונל הפרנסה ולא התחרות החופשית יעמדו זה למול זה זכות וזכות ולא זכות ואינטרס.

לסיכום: חופש העיסוק כולל תפיסה תחרותית ותפיסה אישית- זכות חברתית ולא רק אזרחית(שמאל). לאחר חקיקת חוק היסוד, תפיסת הזכות משתנה – מתהדק הקשר בין הזכות לתחרות וגם היקפה.

לדעת גרוס, אם הרציונל הוא תחרות חופשית היא יכולה להיעשות גם בין פרטים וגם בין תאגידים, בעוד פרנסה ומימוש עצמי הם אינטרסים אישיים ותאגיד לא יכולה לממש או לפרנס את עצמה. תאגיד הוא ישות משפטית ולא ישות אישית. היום אנשים מתפרנסים ומממשים את עצמם מבחינה תעסוקתית במסגרות הללו ולכן ראוי להכיר בהן ככלים לחופש העיסוק.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **תפיסה אישית** | **תפיסה תחרותית** |
| **הצדקה** | זכות עצמאית לבחור את העיסוק | הבטחת התחרות החופשית כערך שיש להגן עליו |
| **מיקוד** | כניסה למקצוע | מרחב פעולה בתוך המקצוע |
| **היקף הזכות** | מצומצמת | רחבה |

תנופה נ' שר העבודה: חברות כוח אדם טוענות שהחובה להפקיד ערובה שנקבעה בחוק כתנאי לקבלת רישיון לעסוק כקבלן כוח אדם פוגעת שלא כדין בחופש העיסוק. **ברק-** החוק פוגע בחופש העיסוק אך עומד במבחני פסקת ההגבלה.

**דרך נוספת לסכם גישות שונות היא דרך של הצבת 4 אפשרויות שונות:**

* זכות לעבוד (בקצה השמאלי)- זכות שתחייב את המדינה לספק פרנסה במקום ובזמן שהאבטלה תקשה על העבודה.
* זכויות קונקרטיות במקום לעבודה כמו הזכות לשכר הוגן ולהתארגן. זכויות במקום העבודה (מעט ימינה יותר). כנגד זה, עומדת פרשת תנופה.
* חופש (מעט ימינה יותר)- המדינה לא תגביל אפשרות לעבוד. בז׳רנו.
* זכות היזמים לפעול ברגולציה מינימלית (בקצה הימני)- תחרות חופשית לחלוטין.

האפשרות הראשונה לעולם לא נדונה בפסיקה בישראל. האפשרות השנייה באה לידי ביטוי בפרשת תנופה. גרוס אמר שהערובה איננה צריכה להיות חלק מההגבלה על המעסיק אלא חלק מחופש העיסוק של העובד. במאמר של ברק נכתב כי חופש העיסוק כולל גם זכות לתנאי עבודה סבירים והוגנים. האפשרות השלישית באה לידי ביטוי בפרשת בז׳רנו. ברגע שמאמצים את רציונל התחרות החופשית הולכים לקראת האפשרות הרביעית. מסקנה- ניתן למקם את הדבר גם בציר של שמאל/ימין.

**3.5.3 היקף**

לם נ' משרד החינוך: מאבחנים דידקטיים שמשרד החינוך רוצה לבטל את תוקף הבדיקות שלהם. המדינה טוענת כי לא נפגע חופש העיסוק כי אינה אסרה עליהם לאבחן. **דורנר-** הפגיעה היא מהותית. יש לבחון את הפגיעה בחופש העיסוק באופן מהותי ולא פורמלי- רשות שהיא מעסיקה בלעדית בתחום מהווה מעין מונופול. **ברק-** יש מצבים בהם חופש העיסוק הופך להיות הזכות לעיסוק ברגע שהמדינה היא המקום היחיד לאותו עיסוק. במקרה כזה סירוב המדינה להעסיק הוא כמניעת העיסוק עצמו. הגורם היחיד שזקוק לאבחונים הוא משרד החינוך. הוא מהווה מונופול צרכני בעניין זה. במקרה שבו הרשות היא הצרכן הבלעדי החלטותיה עשוית להשפיע על חופש העיסוק.

**3.5.4 פסקת ההתגברות**

את פסקת ההתגברות ברק הביא בגלל שש"ס רצו למנוע יבוא בשר לא כשר לישראל. ס' 8 לחו"י חופש העיסוק:

(א) הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום 4 שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של החוק.

**פסקת ההתגברות זו בעצם דרך של המחוקק להתגבר על חוה"י – אם יש חוק, אבל הוא נוגד את הוראות חוה"י, והתקבל ברוב מסוים כשכתוב שבכוונה הוא נוגד את הוראות החוקה – הוא יהיה תקף ל-4 שנים!**

**איך פסקת ההתגברות עובדת?**

1. יש פגיעה בזכות? לא - הביתה. כן – ממשיכים.
2. האם הפגיעה חוקתית?(האם עומדת בפסקת ההגבלה?) כן – הביתה. לא – ממשיכים (במקום לתת סעדים כמו שהיה פעם).
3. האם הפגיעה עומדת בפסקת ההתגברות? כן – הביתה. לא – סעדים.

בשנת 1998 ש"ס נתקלו בבעיה כי חוק ייבוא בשר קפוא תקף לפי פסקת ההתגברות רק ל-4 שנים, אז מה נחוקק חוק חדש? **לא** – הם החליטו לתקן את ס' פסקת ההתגברות – **הוסיפו את ס'ב** שאומר: חוק שהתקבל בהתאם לפסקת ההתגברות תוך שנה מחקיקת חוק היסוד (בין 94-95) לא תחול עליו פסקת ההתגברות של 4 שנים (החוק היחיד שנחקק בין 94 ל95 הוא חוק יבוא בשר קפוא – הם שינו חוק יסוד כדי לאשר חוק רגיל!)

מיטראל נ' כנסת ישראל: חוק ייבוא בשר קפוא שפגע בחופש העיסוק (על בשר לא כשר), אך עמד בדרישת פסקת ההתגברות. עתירה בגין כך שהחוק סותר את עקרונות היסוד של השיטה. **ברק-** רק כשחוק פוגע בעקרונות היסוד של השיטה פגיעה חמורה, החוק יבוטל, אפילו אם הוא עומד בפסקת ההתגברות (חו"י חוה"ע). חוק שעומד בפסקת ההתגברות אך פוגע בזכויות של חו"י אחר בו אין פסקת התגברות (חו"י כבו"ה), יהיה בתוקף בתנאים הבאים: **1.** הפגיעה היא תוצאת לואי מתבקשת באופן טבעי. **2.** הפגיעה בזכות עם פסקת ההתגברות (בחוה"ע) היא דומיננטית ובשנייה היא משנית (כבו"ה). **3.** הפגיעה המשנית זניחה. ביטול חוק עקב פגיעה בזכויות אחרות ירוקן את פסקת ההתגברות מתוכן. פ. ההתגברות תעבוד גם כשהיא פוגעת בזכויות אחרות ולא רק בחופש העיסוק וזה רק אם התקיימו 3 התנאים המצטברים.

**ספיר- ההליך החוקתי**

נגד פ. ההתגברות:

* אמצעי לרמיסת הוראות החוקה וקידום צרכים פוליטיים צרים.
* פגיעה במעמד החוקה.

יתרונות:

* מאפשר הנאה מ- 2 העולמות- ביקורת השיפוטית מחד (שמעוררת שיח ציבורי) והגיונו הבריא של הציבור מאידך.
* מתכונת טווח תוקף החוק (4 שנים)- השאלה לא יורדת מסדר היום הציבורי ולכל צד ניתנת האפשרות לשקול דעתו מחדש.

"דיפטרמנטליזם"= הפקדת פרשנות החוקה האמריקאית בידי זרועות שונות בו נשמרת לכל זרוע המילה האחרונה בתחומה.
השוני ממנגנון ההתגברות: המנגנון לא כולל חלוקת תחומים, אלא שיתוף בין רשויות השלטון בהליך הפרשנות. המנגנון מפקיד את משימת פרשנות החוקה בידי שני הגופים יחד (הרשות השופטת והרשות המחוקקת) באופן המספק דרך ביניים.

העובדה שעד היום לא נעשה שימוש בפסקת ההתגברות מעיד על הבעייתיות: ברק הציע להוסיף פסקאות התגברות לכל החוקים.

3.6 שוויון

**במבחן יש להתייחס הן לזכות לשוויון והן לחופש הביטוי ב-2 אופנים:**

1. **ברטוריקה ביהמ"ש לא מחשיבן כזכויות חוקתיות (למשל: בשוויון – ברק אומר רק אם יש פגיעה באוטונומיה).**
2. **בפרקטיקה ביהמ"ש מתייחס אליהן כזכויות חוקתיות המצריכות בחינה של לפסקת ההגבלה.**

**3.6.2 השוויון האריסטוטלי, היקפו וחולשותיו**

**סוגי השוויון:**

שוויון אריסטוטלי – יחס שווה לשווים. יחס שונה לשונים. השוני שצריך להצדיק את הפגיעה בשוויון צריך להיות אמפירי.

גידי: הבעיה בשוויון האריסטוטלי היא שהוא מאפשר שני מצבים בלבד: פגיעה בשוויון שאז ברור שהיא לגיטימית או מקרה שבו פגיעה בשוויון לא לגיטימית.

שוויון הזדמנויות – לא משנה מה התוצאה הסופית כל עוד שניהם יצאו לדרך בנק' מוצא שווה. המדינה אחראית על כך שכולם יתחילו מקו שווה.

שוויון בתוצאה (מהותי) – לא מקובל ששניים יצאו לדרך באותה הנקודה יסיימו בשתי נקודות שונות.

חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר: עמותה שנדחתה בקשתה לפטור ממס מכיוון שהיא תנועה פוליטית. טוענת לפגיעה בשוויון שכן ארגונים דומים לה כן מקבלם הטבות מס. **ברק-** מבחין בין 3 מצבים: **1.**אדם דורש מהרשות דבר המגיע לו על פי דין- ואז יקבל, לא משנה אם אחר מקבל זאת או לא. **2.** אדם מבקש משהו שלא מגיע לו ע"פ דין אך אחר דומה לו קיבלו- במצב כזה לא יקבל סעד. **3.** החוק מאפשר שק"ד לרשות-מתחלק לשניים: **א.** האדם עומד בתנאים שקבעה הרשות אך לא מקבל- ביהמ"ש ייתן סעד. **ב.** האדם אינו עומד בתנאים אך יש מישהו דומה לו שמקבל- יקבל גם- זה המקרה שלנו. שלטונות המס הודיעו שלא ייתנו יותר לעמותות דומות. אם יתגלה שנתנו, חוקה לישראל תזכה גם כן להטבות. שוויון לא מקנה במקום בו אין זכות. ביהמ"ש דחה את התביעה. אך קבע שאם היו עומדים בסטנדרט האחרון היו מקבלים.

זקין נ' ראש עיריית באר שבע: העותרים תלו כרזות בניגוד לחוק. הורדו רק כרזות כנגד ראש העיר. **זמיר-** אכיפה בררנית פוגעת בשוויון. אם איסור לא נאכף באופן שווה לכולם, אין לאכוף כלל. אולם, אכיפה חלקית- לא בהכרח פסול, אי אפשר לאכוף הכל כשיש משאבים מוגבלים. העתירה התקבלה-אכיפה בררנית.

אליס מילר נ' שר הביטחון: סירוב לקבל אישה לקורס טיס מ"שיקולים תכנוניים" (תקציב, אורך שירות, כוננות היחידות וכו').**מצא-** אין בהכרח קשר של אמצעי-מטרה. יש להוכיח בפועל בניסוי. **דורנר-** השוויון האריסטוטלי לא פותר את הבעיה- כי יש כאן שוני רלוונטי. למרות זאת היא עדיין פוסלת את עמדת המדינה: עמדת המדינה תומכת במשפט – הטובים לטייס וזה פוגע בכבוד של הנשים. גם אם יש תכלית ראויה וקשר אמצעי מטרה - עדיין יכולה להיות פגיעה בשוויון דרך הפגיעה בכבודן של הנשים. **שטרסברג-כהן-** אין תכלית ראויה- לא פוגעים בשוויון בגלל כסף. שונות רלוונטית- לא יוצרת אפליה (מתחלקת לשונות שניתן לנטרל ושלא), שונות בלתי רלוונטית- יוצרת אפליה. אם אפשר לנטרל שונות בלתי רלוונטית במחיר סביר- ראוי לנטרל כדי להשיג שוויון. זכויות עולות כסף. תקציב אינו תכלית ראויה. לא מדובר במבחן האריסטוטלי, אלא בשוויון של שוויון הזדמנויות.

עדאלה נ' שר הרווחה: הפחתת קצבה ממי שלא מחסן את ילדיו פוגעת בזכות לשוויון? **ברק-ארז**- כשהפגיעה בשוויון משליכה על האוטונומיה- יש פגיעה בזכות לכבוד שיש לבחון בפסקת ההגבלה.

**3.6.3 מעמד** מהו המעמד של הזכות לשוויון? האם היא זכות יסוד? אם כן האם היא נכללת בחו"י כבוד האדם וחירותו(יש כמה עמדות):

אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ: הטבה לבני זוג של עובדי אל על קיימת לבני זוג מאותו המין מהווה פגיעה בשוויון? **ברק-** זכות השוויון מנויה לדעת ברק בחו"י כבו"ה.

אליס מילר: **דורנר-** לא חלק מחו"י כבו"ה, אבל בנסיבות מסוימות (השפלה דרך אבחנה קבוצתית) יכול לפגוע בכבו"ה- רקע קבוצתי זה השפלה ובהקשר זה יהיה השוויון זכות חוקתית. דורנר מצמצמת את דברי ברק מאל-על: רק פגיעה בשוויון שמשפילה (כמו אבחנה על רקע קבוצתי) זה יהיה חלק מחו"י כבו"ה.

האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל: בקשה למנות ערבים כחברי מועצת מקרקעי ישראל. **זמיר-** שוויון במובן הצר ראוי (בסיווגים חשודים-דת, גזע, לאום) להיחשב כזכות חוקתית. במובן הרחב- לא.

התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת: חוק טל. **ברק-** יש אפליה ללא שוני רלוונטי. האם השוויון נכלל בחו"י כבה"א? מודל מצומצם: רק פגיעות באנושיות האדם יכללו. מודל רחב: הזכות לכבו"ה מכילה את כל הזכויות. מודל ביניים: כשהפגיעה בשוויון עם פגיעה באוטונומיה-חלק מחו"י כבו"ה.

לסיכום:

ברק מוקדם- שוויון נכלל בכבוד האדם (אל על).

דורנר- נכלל רק כשיש השפלה (מילר).

זמיר- נכלל רק בסיווגים חשודים (דת, גזע לאום) (האגודה לזכויות האזרח).

ברק מאוחר- בהשפלה+פגיעה באוטונומיה (התנועה לאיכות השלטון).

**3.6.4 סיווגים חשודים**

**חוק איסור אפליה במוצרים בשירותים ובכניסה למקומות בידור וציבוריים 2000**

ס' 3(א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם.

**חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה 1988**- אוסר על אפליה של בעלי מוגבלויות בתעסוקה. אפליה על התאמות מקום העבודה (רמפה, שירותים) וגם דרישות העבודה (תפוקה נמוכה יותר, פחות שעות עבודות). אם נשתמש במקרה הזה בשוויון האריסטוטלי יש בעיה- מעסיק בוחר עובדים בהתאם ליכולות, לא פילנתרופי. שוויון הזדמנויות- בא מהמקום של השוואת התנאים, תנאי ההכרחי להוגנות.

**למה מחמירים בנסיבות של סיווגים חשודים?**

1) אין סיבה ראויה, אין זיקה לתכלית ראויה.

2) מדובר בפגיעה בכבוד, ממד של השפלה שמחמיר את הפגיעה.

3) בפגיעה בנסיבות סיווגים חשודים, גם אם התכלית לגיטימית (שוני רלוונטי) יש נזק נוסף שנגרם והיא שימור הסטיגמה ביחס לאותן קבוצות. גם אם יש הצדקה זה מעמיק את ההסתכלות הסטיגמטית ביחס לאותה קבוצה.

**מהי המשמעות האופרטיבית של אפליה בנסיבות סיווגים חשודים?**

לפי זמיר רק בנסיבות כאלה יש פגיעה בשוויון החוקתי. תהיה החמרה בדרישות למבחני פסקת ההגבלה כאשר מדובר בנסיבות של סיווגים חשודים. באיזה מובן ההחמרה?

* במבחן המידתיות הראשון (מצא בפרשת מילר).
* במבחן המידתיות השני נפעיל מבחן מחמיר יותר. אם יהיו קיימים אמצעים חלופיים נעדיף אותם גם אם יקרים יותר ויעלים פחות. נהיה מכונים לשלם מחיר גבוה יותר.
* מבחן המידתיות השלישי – במקרים אלו, הנזק חמור ועולה על התועלת.

פרוז'אנסקי: מקרה של אפליה דווקא לא נגד סיווגים חשודים. **דנציגר**- אין לפרש את חוק איסור אפליה בשירותים כך שהוא אוסר רק על אפליה המצריכה תיקון היסטורי. אפליית הצד "החזק" (הגברים), אסורה כמו אפליית הצד "החלש" (הנשים), כדי לנפץ את הסטיגמות בין המינים.

נסר נ' ממשלת ישראל: אי נתינת הטבות מס ליישובים ערביים- סיווג חשוד (לאום) . **בייניש**- פגיעה בסיווג החשוד- שמגיעה לידי השפלה ופגיעה באוטונומיה.

ועדת המעקב נ' רוה"מ:אזורי עדיפות לאומית מקבלים הטבות שונות. מעט מאוד יישובים ערביים נכללים ברשימה. **ברק**- בסיווגים חשודים, גם אם לא הייתה כוונה להפלות, מה שקובע הוא מבחן התוצאה. העתירה מתקבלת.

3.7 חופש הדת וחופש מדת

**3.7.1 רציונל**

**ספיר וסטטמן – חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים**

**הרציונלים של הזכות לחופש דת**

1. **הדת כמצפון** – עשייה פוגעת יותר מהימנעות מעשייה. רציונל זה מצמצם את חופש הדת. פעולה נגד המצפון גורמת לסבל. המצפון פגיע בגלל הקושי להתחבר למקום שממנו הם באים, גורם לנו לזלזל בהם ובכך לפגוע בהם.

בעייתיות: חופש הדת כזכות נפרדת יוצר לדתיים הגנה כפולה (דת + מצפון) לעומת חילונים (רק מצפון).

1. **דת כתרבות**- נגזרות: הזכות לחירות, והזכות לזהות. בדרך הזו חופש התרבות רחב יותר. תרבות היא מארג עשיר של היסטוריה, מנהגים, מאכלים וכו'. למה התרבות חשובה?
* **תרבות כחלק מזהות** - פגיעה בתרבותו פוגעת בזהותו.
* **מימוש הזכות לאוטונומיה** –יכולת בחירה בין אופציות.

אם אתה בתרבות הרוב אתה לא יכול לטעון לפגיעה בתרבות!

**חופש המצפון היא טענה חזקה יותר בעוד שחופש התרבות היא טענה רחבה יותר:**

הדיון החוקתי הוא דו שלבי: **האם יש פגיעה בזכות**? - הכניסה לביהמ"ש. **האם יש הצדקה לפגיעה**? – כרטיס הניצחון.

**משקל**: חופש דת כתרבות < חופש דת כמצפון

**היקף**: חופש דת כתרבות > חופש דת כמצפון

**איזה מהרציונליים מאמץ ביהמ"ש בישראל?**

פלונים נ' אלמוני: כשמדובר על חופש הדת גוזרים אותו מחופש המצפון. בשנים האחרונות יש סימנים ראשוניים להכרה בזכות לתרבות, בהקשר חופש הדת. אולם אין עדיין חיבור שלה אל חופש הדת.

התנועה לאיכות השלטון: תוקפים את חוק טל לראשונה. ביהמ"ש קבע שהתכלית ראויה. **ברק -** לא ברור אם החוק עומד במבחן המידתיות הראשון (ביהמ"ש עדיין נמנע מלפסול את החוק והעדיף לתת אורכה לבחינת השפעתו) ובהמשך מתאר את התכליות שעמדו בבסיס החוק, כביכול יש חופש דת שנגזרת של חופש המצפון וגם את הזכות לתרבות. לא מכיר באופן מפורש לזכות לתרבות, אך מכיר במאפיינים של הזכות.

יקותיאלי: הסדר לתשלום קצבת הכנסה לאברכים שלומדים בכולל. בג"צ טוען כי ההסדר פוגע בשוויון כי לא נותנים קצבה לסטודנטים שנמצאים באותו מצב וקובע כי הסעיף בחוק התקציב הקובע את הסדר לא ייכלל בחוק התקציב הבא. **בייניש-** מכירה בזכות לתרבות כחלק מהזכות לאוטונומיה ולא מחברת בין היחס של הזכות לתרבות לחופש דת.

**3.7.2 מעמד**

**מנינג נ' שר המשפטים:** עתירה למניעת הסגרה לארה"ב בטענה של פגיעה בחופש הדת מכיוון שלא יוכל לקיים מצוות בכלא האמריקאי. **ברק-** חופש הדת הוא חלק מכבוד האדם ולכן נכלל בחו"י (אוביטר).

**סולדוך נ' עיריית רחובות (לא בסילבוס)**: עתירה של תושבים חילוניים כנגד הקצאה של מגרש במקום מגוריהם לבית כנסת בטענה שמדובר בפגיעה בחופש מדת שלהם. **פרוקצ'יה** - רמיזה שחופש מדת הוא חלק מחו"י כבו"ה כחלק מהאוטונומיה (אוביטר).

**3.7.3 היקף**

הדת כחלק מחופש המצפון לרוב נדרוש מהמדינה להימנע מלעשות (שלילי). כחלק מחופש התרבות לרוב תהיה אקטיבית (חיובית).

**הדיון החוקתי הוא דו שלבי:**

1) (היקף) האם יש פגיעה בזכות?

2) (משקל) האם יש הצדקה לפגיעה?

לטענות שמתבססות על תרבות יהיה יותר קל לענות על השאלה הראשונה אבל טענות שמתבססות על מצפון יהיה יותר קל לענות איתן על השאלה השנייה– ז"א יותר קל יהיה לנצח איתן משפט.

**עתירה טובה תנסה לתקוף בכל המובנים- הן במובן כמצפון והן במובן כתרבות.**

התביעות לזכות לתרבות יותר לגיטימית כאשר קבוצת המיעוט באמת בולטת, והיא לא משפיעה במיוחד על הרוב.

ביהמ"ש נוטה להכיר בחופש הדת כקשור בחופש המצפון.

פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים: ברזילאית שעברה גיור רפורמי וסירבו להכיר בה כיהודייה ולתת לה אזרחות. לפי פקודת ההמרה הדתית צריך לקבל אישור של הרבנות על הגיורים. פנייתה נדחתה. **שמגר (רוב)-** יש פגיעה בחופש הדת. חופש המרת הדת מוגן בזכות חופש הדת והמצפון. צריך להתייחס לפקודת ההמרה במובנה הצר- יש פגיעה בתרבות של הקבוצות הרפורמיות כי הן מיעוט בישראל. **טל (מיעוט)-** חופש המרת הדת אינו כלול תחת חופש הדת.

חורב נ' שר התחבורה: סגירת רח' בר אילן בשבת. **ברק-** חופש הדת לא נפגע, בני השכונה חופשיים לקיים את מצוות הדת. הפגיעה היא ברגשות דתיים ובאורח חייהם הדתי, ונכנסת תחת חופש המצפון. רגשות הן אינטרס ולא זכות וההגנה עליהם פחותה. אבחנה בין פגיעה בחופש הדת לפגיעה ברגשות הדת. פגיעה ברגשות הדת-אין הגנה. ביהמ"ש לא הרחיב את חופש הדת שיכלול את הזכות לתרבות.

שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון: רוצים לכתוב בלועזית על קבר. **ברק-** הפגיעה בחברה קדישא היא ברגשות בלבד- לא כופים על חברה קדישא לחרוט בעצמם. **אנגלרד (מיעוט)-** הזכות של חברה קדישא לבית עלמין העומד בדרישת הדין הדתי גוברת על הזכות של אדם לחופש מדת. השאלה הגדולה שניצבת בפרשה היא מה היחס בין חופש הדת (של חברה קדישא) לבין הזכות לחירות לנהוג ע"פ השקפת עולם של משפחת המנוחה? הזכות לדת (של חברה קדישא) גוברת על החופש מדת (של שביט).

גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה: שידור תוכנית בשבת שבה המשתתפים דתיים. טענה לפגיעה בחופש הדת שלהם. **ברק (רוב)-** דוחה את הטענה לפגיעה בחופש הדת ויש רק פגיעה ברגשות הדת. נאמן לגישתו העקרונית ומפרש את חופש הדת כנגזרת של חופש המצפון.

**חופש מדת**

אם יש זכות למשהו- לחופש דת, זה לא אומר שיש גם זכות להימנעות מהזכות הזו- לחופש מדת. יש לבחון אם הוא קיים דרך שני הרציונליים של חופש הדת:

**תרבות**- הזכות עומדת לקבוצות תרבותיות קטנות שהקיום שלהן מאוים, ולכן כל עוד הדת היא המיעוט וחילוניות היא הרוב, להגיד שהחילוניות צריכה הגנה זה לא דבר משכנע.

**מצפון**- (לפי ספיר) יש לפרש את החופש מדת כמו את החופש לדת, בצמצום. לא ברור מה תהיה הטענה. מתי אדם יגיד שיש פגיעה במצפון שלו בנוגע לחופש מדת? חוק שנחקק מנימוקים דתיים. חיוב להשתתף בריטואלים דתיים (כמו: חתונה).

**מהי עמדת ביהמ"ש בישראל?**

מדינת ישראל נ' קפלן:בית קולנוע הורשע בגלל שפעל בשבת בניגוד לחוק העזר. **פרוקצ'יה**- נותנת שלושה נימוקים להכרעתה, אחד מהם הוא פגיעה בחופש מדת. כופים על הציבור החילוני לקיים אורח חיים דתי. חקיקה שמבוססת על שיקולים דתיים בלבד מהווה פגיעה בחופש מדת.

חורב: **חשין -** יש סתירה פנימית. מצד אחד מסביר שסגירת כביש מטעמים דתיים אינה פוגעת בחופש מדת. מצד שני הוא מסביר שהבעיה של פגיעה בחופש מדת היא ההסבר לכך ששימוש בשיקולים דתיים אסור אלא אם כן הדבר הותר בפירוש בחקיקה ראשית. הגישה המקובלת בביהמ"ש היא שהיא מניחה סוג של סימטריה בין חופש הדת לחופש מדת וכי חקיקה על בסיס שיקולים דתיים מהווה פגיעה בחופש מדת.

סולדוך נ' עיריית רחובות: נדונה עתירה של תושבים "חילונים" כנגד הקצאת מגרש באזור מגוריהם, לצורך הקמת בית מדרש תורני במקום. העותרים טוענים שזה פוגע בחופש מדת שלהם. **פורקצ'ה** – קובעת שחופש האמונה הדתית נכלל כחלק כבוד כאוטונומיה. במקביל היא קובעת שלחופש האמונה של האדם יש פן נוסף והוא הכרה בחופש מדת של האדם החילוני והיא חלק מזכות לכבוד אנושי ולחופש מפניי כפייה דתית.

3.8 חופש הביטוי

**במבחן יש להתייחס הן לזכות לשוויון והן לחופש הביטוי ב-2 אופנים:**

**1. ברטוריקה ביהמ"ש לא מחשיבן כזכויות חוקתיות (למשל: בשוויון – ברק אומר רק אם יש פגיעה באוטונומיה).**

**2. בפרקטיקה ביהמ"ש מתייחס אליהן כזכויות חוקתיות המצריכות בחינה של לפסקת ההגבלה.**

**3.8.1 רציונל ומעמד**

**כמה רציונלים לחופש הביטוי, נראה אותם בפס"ד קול העם, ובמאמר של אילנה דיין:**

1. **רציונל חיפוש האמת –** חופש הביטוי הכרחי כדי לגלות את האמת, גם אם יודעים שזה שקר צריך לתת לזה להישמע.

בעייתיות: רחב מידי (מה ההבדל בין דיבור להתנהגות?), תועלת מול נזק, שוק חופשי- הממשלה חייבת להתערב!

1. **רציונל הדמוקרטיה –**צריכים לתת לדמוקרטיה מרחב תפעול. צריך לשמוע את כל הדעות כדי לקבל החלטה נכונה!

בעייתיות**:** התנגשות בין שמירה על **דמוקרטיה פורמלית** כמו שלטון החוק לבין **דמוקרטיה מהותית** של שמירה על זכויות.

1. **אוטונומיה/מימוש עצמי –** אדם מממש את האוטונומיה שלו בעזרת חופש הביטוי- למשל ביטוי אומנותי.

בעייתיות:הרחבה גדולה מידיי של המושג אוטונומיה, רידוד שלה, אנו מממשים את האוטונומיה ע"י הרבה דברים.

ביהמ"ש פסל חוק לשם הגנה על חופש הביטוי והמשמעות שביהמ"ש קרא את חופש הביטוי כרציו מעמד של זכות חוקתית.

גולן נ' שירות בתי הסוהר: אסיר שביקש לפרסם רשומות מחייו בכלא במקומון וסורב ע"י המשיב. **מצא-** חופש הביטוי מעוגנן בחו"י כבו"ה – בגלל רציונל האוטונומיה של הפרט. אין משמעות לכבו"ה אם לאדם אין אפשרות להגדרה עצמית ואוטונומיה. **דורנר-** לא ראוי לדחוף זכויות, טוענת לדרך ביניים- יש מקרים בהם פגיעה בחופש הביטוי היא גם פגיעה בכבוד. פגיעה בחופש הביטוי תיחשב רק אם מדובר בפגיעה של יחס משפיל- הזכות לאוטונומיה (כמו במילר). אם מדובר ברציונל של חקר האמת או דמוקרטיה- הדבר לא מעוגן בחו"י כבוה"א. חופש הביטוי כלול בחו"י כבו"ה, רק אם יש פגיעה בכבוד במובן של השפלה (לפי רציונל האוטונומיה). כשהרציונל הוא חקר האמת או דמו' (כמו ביטוי מסחרי)- אז חופש הביטוי לא מעוגן בכבו"ה. דווקא הרציונל של האומנות מקבל הכי הרבה הגנה כי יש בו הכי הרבה מימוש עצמי. **חשין (מיעוט)-** אין הכרעה נכונה. אין להיחפז ולהכריז עליו כעל זכות חוקתית אם זה לא כתוב בחו"י.
לסיכום פס"ד גולן: מצא-תמיד מעוגן. דורנר-כשיש השפלה. חשין-לא כתוב בחו"י, לא נחליט.

אבנרי נ' הכנסת (2011): עתירה נגד חוק החרם שקובע שמי שיקרא לחרם על ישראל יהיה חשוף לסנקציות-פגיעה בחופש הביטוי. **מלצר**- יש פגיעה בחופש הביטוי במובנו הנכלל בחו"י. מציע אבחנה בין שני סוגי ביטוי: ביטוי שמטרתו לשכנע, וביטוי שמטרתו לכפות. כאן המטרה היא לכפות. ולכן מקבל את העתירה חלקית ופוסל את הרכיב העונשי בחוק. פעם ראשונה שביהמ"ש פוסל רכיב של חקיקה ראשית בגלל פגיעה בחופש הביטוי.

מטה הרוב נ' ממשלת ישראל: **ברק** - מפרש את הזכות לכבוד כזכות לאוטונומיה. מתי חופש הביטוי קשור למימוש עצמי אבל גם אז צריך להבין שידיעה עיתונאית על מידע פוליטי לא משפיל ולא פוגע באוטונומיה של האדם.

**3.8.2 היקף**

הנטייה שביסס ברק היא להרחיב את תחום הכיסוי העקרוני של חופש הביטוי כך שיכלול את כל סוגי הביטוי.

הסתה- אלבה נ' מדינת ישראל: הסתה לגזענות במאמר של הרב אלבה על הריגת גוי. **ברק+דורנר-** ביטוי גזעני נכלל בחופש הביטוי. ביהמ"ש ימנע את חופש הביטוי בביטוי גזעני רק אם יש בו כוונת הסתה, וגם אז- לא מעבר לנדרש. גם לביטוי גזעני תינתן אותה רמת הגנה כמו כל ביטוי אחר.
**מצא(מיעוט)-** גזענות לא כלולה בחופש הביטוי.הביטוי הגזעני הוא מחוץ לגדרה של הדמוקרטיה ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו.

כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור: ניסיון להגביל את הביטוי הגזעני של כהנא. לא לשדר או לסקר אמירות שלו. **ברק-** שלושת הרציונליים מתקיימים בביטוי הגזעני. ראשית, האמת תצא מחוזקת ע"י התמודדת עם השקר. שנית, נגשים את עצמנו ע"י הקשבה לדעות גזעניות (מזכיר את רציונל האמת אך בכל זאת מפריד ביניהם). לשיטתו של ברק שלושת הרציונליים מתקיימים ולכן גזענות נכללת בחופש הביטוי.

לשון הרע- אבנרי נ' שפירא: בקשה לצו איסור פרסום על ספר בטענת לשון הרע. **ברק-** חופש הביטוי משתרע גם על לשון הרע. עדיפה סנקציה מאוחרת מאשר מניעה ע"מ שהציבור לא ייפגע יתר על המידה.

**3.8.3 איך פוגעים בזכות?**

אבו גוש נ' שר החינוך: עתירה כנגד אי מימון של פסטיבל כנסייתי בעוד שפסטיבלים אחרים זוכים למימון. **קיסטר**(רוב)- לא בהכרח ראוי שמשלם המיסים הישראלי יתמוך במימון של זה. אין פגיעה בחופש הביטוי. **כהן**(מיעוט)- יש פגיעה כי מונעים מימון בגלל התוכן. אם הייתה לזה הצדקה- שהמוזיקה פוגענית ומבישה את היהודים, אז לא הייתה פגיעה.

בוגרי התיכון האורתודכסי בחיפה נ' שר האוצר: חוק המפחית מימון ממי שמבזה את המדינה. העותרים טוענים לפגיעה בחופש הביטוי. **נאור-** דוחה את העתירה מטעמים של חוסר בשלות (החוק עוד לא הופעל, אין עוד את נתוני הרקע מסביב, אולי יפעילו רק מעט וכו').

אבנרי נ' הכנסת: עתירה כנגד חוק החרם הקובע שמי שיקרא לחרם על ישראל יהיה חשוף לסנקציות. **מלצר(רוב)-** למדינה יש שיקול למי להעניק תמיכה. הפגיעה בחופש הביטוי מינורית. **דנציגר(מיעוט)-** קריאה מצמצמת. רק כאלו שמחרימים את כל המדינה. הפגיעה בחופש הביטוי קשה.

**3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור**

קול העם: סגירת עיתון ע"י שר הפנים. **אגרנט-**

* סגירת העיתון מהווה פגיעה בחופש הביטוי. קביעת שני רציונליים – **א.** חופש הביטוי מהווה בסיס לקיומן של הזכויות האחרות ולכן חשוב להגן עליו. **ב.** חופש הביטוי נגזר מהאופי הדמוקרטי של המשטר.
* חלוקה לדיון דו שלבי – **א.** זכות **ב.** בהתנגשות עם חופש הביטוי יש צורך לבצע איזון. האמירה הזאת כשלעצמה יוצרת דפוס שאולי לפני כן לא היה בהיר.
* עיצוב נוסחת האיזון: מציין כי המחוקק אומר לנו איך לאזן אבל יש מקרים כמו המקרה שלנו שזה לא מספיק מפורש – כי יש את המילה עלול שהיא מופשטת אז בימה"ש יאזן. אגרנט קובע את מבחן הוודאות הקרובה – האם יש הסתברות גבוהה שהאינטרס ייפגע? כך אגרנט נותן הגנה יותר חזקה לחופש הביטוי.
* יישום המבחן על המקרה: אין וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה ולכן שר הפנים צריך לחזור בו מהחלטתו.

ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות: מפלגת ישראל ביתנו מחלקת עיתונים. בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה נקבע שתעמולת בחירות לא תהא קשורה במתן מתנות במטרה להגן על טוהר הבחירות. האם עיתונים הם סוג של מתנה? **סולברג-** חושב שלא צריך להיצמד לגישה דווקנית של המושג מתנה. המבחן שצריך להפעיל הוא מבחן מהותי – האם החפץ שמחלקים לבוחר הוא קליפה או תוכן? הגיליון המיוחד שהמפלגה מחלקת היא אינה מתנה אלא היא עצמה התעמולה. היא לא משפיעה על הבוחר ואינה טובת הנאה שמטרתה לשכנע. בחלוקת הגיליון לא מתקיימת ודאות קרובה וגם לא סבירה או ממשית בטוהר הבחירות. מניעת חלוקתו תפגע בחופש הביטוי במידה העולה על הנדרש.

סיכום: בימה"ש קובע שלא מדובר במתנה ולכן מותר לחלק אותו במסגרת הקמפיין הפוליטי של המפלגה.

אורין נ' מדינת ישראל: בתוכנית הרדיו יומן השבוע נכלל ראיון עם סגן ראש העיר ירושלים, בין שאר דבריו אומר "הדגל הוא סך הכול ביטוי של מקל עם סמרטוט של כחול ולבן עליו?". העותר ביקש מהיועמ"ש לפתור בחקירה משטרתית בעניין חשד לעבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל והסמל. היועמ"ש החליט לא לנקוט בהליך פלילי. **חשין** - חשין מעביר את מרכז הכובד מחשיבות הסמל עבור המדינה לחשיבתו עבור אזרחיה כפרטים. תחת פרשנותו החוק הופך למקרה ספציפי של פגיעה ברגשות ולא פגיעה במדינה. האם זו הכוונה המקורית של החוק? כנראה שלא. לבסוף חשין דוחה את העתירה ופוסק כמו **מצא וברק** – **1.** לא אמר דברים בכוונה על מנת לפגוע ולבזות. **2.** אסור לחתור תחת היועמ"ש, אלא במקרים חריגים.

**3.8.5 חופש הביטוי מול ערכים אחרים**

בפסיקה ניתן לחופש הביטוי מעמד גבוה יותר מזכויות אחרות:

חברת החשמל נ' הארץ: **שמגר(דעת מיעוט)**- צריך להעדיף את חופש הביטוי על פני הזכות לשם טוב.

פלוני נ' דיין אורבך: **סולברג**- עמדתו של שמגר אומצה בפסיקה מאוחרת יותר- ביהמ"ש הקנה שיקול רב יותר לחופש הביטוי על פני שם טוב.

אבנרי נ' שפירא: בקשה לצו איסור פרסום על ספר בטענת לשון הרע. התנגשות בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב. **ברק-** אנשים הנושאים בתפקידים ציבוריים לוקחים על עצמם את הסיכון הפרסומי הכרוך בתפקידם. למרות שהמחוקק קבע את האיזונים בחוק, לפעמים לביהמ"ש יש בכל זאת סמכות לאזן: 1. הפירוש של המחוקק לא ברור (כמו בקול העם- "עלול"). 2. כשהמחוקק נתן הסמכה לביהמ"ש. האיזון בין הזכות לשם טוב לחופש הביטוי- כל עוד לא הוכח לשון הרע, המשקל של הערך בדבר חופש הביטוי גובר.

פלוני נ' פלונית: פלוני קיבל מהמחוזי צו איסור פרסום על ספרו שמתאר את מערכת היחסים האינטימית עם סטודנטית שלו. מערער על קבלת הצו. האיזון בין הזכות לחופש הביטוי לזכות לשם טוב. **סולברג-** כשמדובר בהתנגשות במסגרת תביעה פרטית בחוק איסור לשון הרע, יש להישמר מנוסחה שכוללת העדפה כמעט אוטומטית לטובת חופש הביטוי. האיזון שבחר: מבחן המידתיות השלישי (האם התועלת שתצמח ממימוש חופש הביטוי גבוהה מהנזק שייגרם לזכות לשם טוב).

גנימאת נ' מדינת ישראל: **ברק -** אי אפשר לפסול את הדין הישן אבל הפרשנות שלו משפיעה. בפרשת אבנרי ברק אמר שיש לו שק"ד במקום שהמחוקק השאיר מקום לשק"ד (למשל האם לתת צו מניעה זמני כנגד פרסום של טקסט). בעבר ברק אמר שהזכות לחופש הביטוי גוברת על שם טוב ויכול להיות שהגיע הזמן לשנות את זה כי הזכות לשם טוב שודרגה לעומת חופש הביטוי שלא שודרג באופן מלא.

**3.8.6 יחסי פרט – תקשורת ציבוריים:**

תקשורת ציבורית: שלטון, במה ודובר.

איך מתוך ריבוי הפנים של גוף התקשורת מגיעים אל האיזון הנכון בשאלות של חופש הביטוי?

כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור: – רשות השידור החליטה לבחור ראיונות עם כהנא או ציטוט הצהרות מפיו לשידור, רק ידיעות בעלות אופי חדשותי מובהק. העותרים טענו כי אי-שידור דעותיהם והשקפותיהם פוגע בחופש הביטוי שלהם ושל ציבור בוחריהם. **ביהמ"ש** - החיל בנסיבות המקרה את מבחן של קול העם וקבע כי זכותה להגביל את חופש הביטוי רק אם קיימת וודאות קרובה לסיכון ממשי לשלום הציבור, תוך שהוא מדגיש את חובת השלטון לאפשר גישה לאמצעי תקשורת ובכך להגביר את חופש הביטוי. המושג "חובת ההגינות" מודגש בפס"ד, בגלל שיש לרשות השידור תפקיד כבמה מוטל עליה להבטיח איזון בהצגה של הדעות השונות.

המפקד הלאומי: האם איסור על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, לגיטימית? אנשי המפקד הלאומי טענו שזה שלא מאפשר להם לרכוש זמן שידור וזה מהווה פגיעה בחופש הביטוי שלהם. **נאור-** דוחה את העתירה ומבססת את דבריה על דוקטרינת ההגינות – שמירה על שוויון באפשרות לחשוף ולהציג את עמדותיך בפניי הציבור.

סיכום: בפרשת כהנא הובילה דוקטרינת ההגינות להטלת חובה להציג עמדה מסוימת. לעומת זאת, בפרשת המפקד הלאומי היא הובילה דווקא להצדקה של הטלת מגבלה על פרסום.

**3.8.7 חופש הביטוי המסחרי**

קידום נ' רשות השידור: העותרת ביקשה לפרסם תשדיר פרסומת ברדיו בו נכללה הסיסמה "לך תצטיין". מנהל הרדיו פסל לשידור, בהסתמכו על ס' 6 לתקנון שהוצא ע"י רשות השידור, המסמיך אותו לפסול תשדיר שאינו עומד באמת המידה של טעם הטוב. לדעת רשות השידור הסיסמה "לך תצטיין" מעוררת קונוטציה גסה והיא פוגעת ברשות המאזינים שהם "קהל שבוי". **דורנר­**- קובעת שזה ביטוי מסחרי שנכלל בחופש הביטוי עם זאת היא מציינת – שלא כל הרציונליים מתקיימים לגבי כל סוגי הביטויים באותה עוצמה וזה ישתקף בהיקף ההגנה המשפטית על אותו ביטוי, במקרה דנן בביטוי המסחרי.

יפאורה תבורי נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו: **דורנר** – שינתה את דעתה והסכימה כי מידת ההגנה הראויה לביטוי מסחרי נמוכה מזו הניתנת לביטויים אחרים.

**שתי קביעות חשובות של דורנר:**

א. טעם טוב – אינו מושג קבוע ועומד בעל משמעות זהה בכל החברות ובכל הזמנים. הוא משתנה מתקופה לתקופה באותה החברה והוא שונה בחברות שונות. טעם הטוב מהווה ערך מתחרה לחופש הביטוי ומשקף את הקונצנזוס הרחב המקובל בחברה הנאורה בישראל. בעניין זה אין להביא בחשבון רגשות של מיעוט, בין של אניני טעם ובין של בעלי השקפות פוריטניות קיצוניות.

ב. פגיעה ברגשות המספקת הגבלת חופש הביטוי צריכה להיות פגיעה קשה ומשמעותית. עוצמה זו נדרשת גם בפגיעה ע"י ביטוי מסחרי.

4. סמכויות חירום

4.1 הכרזה על מצב חירום

התייחסות לנסיבות של מצב חירום. שינוי מההסדר המשפטי הרגיל. אירוע בודד או רצף של אירועים שמקושרים למצב חריג שמאיים על קיום המדינה: מלחמה, מרד, משבר כלכלי, אסון טבע. המשמעות היא שבמצבים כאלה עשויה להידרש העצמה של כוח הרשויות והגבלה של חירויות הפרט. הנחת המוצא היא שמצב החירום הוא זמני.

תמונת המצב המשפטית בישראל לא תואמת את הפרדיגמה (דוגמה מייצגת) הזו. מצב החירום בישראל אינו זמני- מהקמת המדינה ועד היום, ישראל פועלת תחת הכרזה קבועה של מצב חירום.בהתחלה הבסיס לכך היה סעיף 9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט שאומר שאם יראה הדבר למועצת המדינה הזמנית היא רשאית היא להכריז כי קיים מצב חירום, וכך אכן עשתה ולא ביטלה מעולם.

בשנת 1992, נחקק חו"י הממשלה, שנכנס לתוקף רק ב1996, שביטל את ס' 9 אך קבע במקומו ס' אחר:

**ס' 38 לחו"י הממשלה:** הכנסת יכולה להכריז על מצב חירום. השינוי בס' זה: יש תוקף לכל הכרזת חירום של מקסימום שנה אחת (עם אפשרות להכריז שוב). כלומר, כעת יש הגבלת זמן.

שינוי זה לא עשה שום הבדל משום שמאז ועד היום הכנסת מאריכה זאת כל שנה.
האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת: עתירה כנגד ההכרזה החוזרת על מצב חירום במדינת ישראל מאז הקמתה. לדעת העותרים אין הצדקה לכך. **ביהמ"ש-** לאחר 13 שנים של דיון, העתירה נדחתה.

חלוקת מדינת ישראל ל-2 תקופות מבחינת מצבי החירום:

1. **50 השנים הראשונות להקמתה**- הכרזה על מצב חירום שימשה כבסיס הפורמלי והמהותי לחקיקת החירום שנהגה בישראל. פורמלית- התניית חקיקת חירום בהכרזה על קיום מצב חירום. מהותית- מצב החירום שימש הצדקה להסמכה לפגיעה בזכויות אדם.
2. **20 השנים האחרונות**- שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל.

זה קורה ב-3 אופנים: מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית. החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת. החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

**ב-50 שנה הראשונות:**

1. 4.2 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון)
2. 4.3 תקנות שעת חירום (מכוח ס' 38-39 לחו"י הממשלה)
3. 4.4 חקיקת חירום של הכנסת תלוית הכרזה
	* 1. הארכת תקנות שעת חירום
		2. חקיקת חירום מקורית של הכנסת (חוק מפורט וחוק מסגרת).
		3. הוראות שעת חירום בחוקים רגילים

**חקיקת חירום ב-50 שנים הראשונות:**

4.2 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945- דין מנדטורי.

**תקנות במעמד חקיקה ראשית-דין מנדטורי**, מתקופת המנדט. נחקקו על רקע התרופפות השלטון המנדטורי. בניסיון להחזיר לעצמם את השליטה. העניקו לעצמם סמכויות מרחיקות לכת.
הוכרו כחקיקה ראשית במשפט הישראלי, מכוח:
**סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט**-המשפט שהיה קיים לפני קום המדינה יעמוד בתוקפו. מעניק לרשויות הצבא בשטחים שהוגדרו בשליטת מדינת ישראל- עדיפות על חקיקה ראשית של הכנסת במקרים של סתירה. סמכויות לקצינים צבאיים לפגיעה בזכויות הפרט, ע"י צווים (חקיקת משנה), שגוברים על חוק של הכנסת.

ליון נ' גוברניק (1948): ניסיון ראשון לתקיפת תקנות ההגנה. עתירה נגד החלטה להפקיע את דירתו לטובת בעל משרה בכירה-טוען שזה לא דמוקרטי. הדיון- ההמשכיות של המשטר המשפטי שנהג בישראל בתקופת המנדט. **ביהמ"ש**- שינויים מהותיים במצב המשפטי (להבדיל משינויים טכניים) אמורים להיות רק בידי המחוקק-הפרדת רשויות. העתירה נדחית.

ביהמ"ש מפקח על פעולת תקנות ההגנה, ב-2 מישורים:

* פורמלי- האם נעשו בסמכות, בהליך נאות.
* מהותי- אם האיזון לא נכון ביהמ"ש יפסול את התקנה. ההתפתחות מגיעה לשיאה בפרשת שניצר.

התערבות לא רק בסמכות תקנות ההגנה אלא בשיקול הדעת שלהן:
שניצר נ' הצנזור (1988): החלטה של הצנזור לפסול כתבה המבקרת את תפקודו של ראש המוסד, בטענה שזה יפגע במוסד כולו בפעילותו ובראש המוסד בפרט בכך שיזהו אותו. **ברק-** שיקול הדעת לא היה ראוי. כיום יש לפרש את תקנות ההגנה כך שיתאימו לעקרונות היסוד של המדינה- מדינה דמוקרטית. העתירה מתקבלת. נוסחת האיזון- זהה לזו שתופעל בהקשרים אחרים (איזון אנכי). וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה.

4.3 תקנות שעת חירום (מכוח סעיפים 38-39 לחו"י הממשלה).

סעיף 38 קובע את הסמכות של הכנסת להכריז על מצב חירום ומגבילה את ההכרזה לשנה (אלא אם הוארכה).

סעיף 39 קובע כי בעת קיום מצב חירום הממשלה מוסמכת להתקין תקנות שעת חירום. תקנות אלו במעמד חקיקת משנה ותוקפן עד 3 חודשים (אלא אם הוארכו).

סעיף 39(ד) – תקנות שעת חירום לא ימנעו פנייה לערכאות, לא יכולות להעניש למפרע (בדיעבד, רטרואקטיבית), לא יכולות לפגוע בכבוד האדם.

סעיף 39(ה) קובע שלא יותקנו תקנות אלו אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

סעיף 39(ו) עוסק בהארכת תוקף התקנות (מעל ל-3 חודשים) ע"י הכנסת/הממשלה.

\*הארכת תוקף תקנות לא מיועדת לשמש כלי לעקיפת הליך החקיקה הרגיל.

**מה עם פיקוח שיפוטי?**

פורז נ' ממשלת ישראל: ישראל נקלעה למצוקת דיור. שר השיכון מתקין תקנות שעת חירום- מנגנון קצר לבניית מגורים. **לוין** - מה שניתן לעשות בחקיקה רגילה- אין לעשות בתקנת חירום. נשלל תוקפן של התקנות כי במקביל התנהל בכנסת הליך חקיקה מזורז דומה.

**4.4** **חקיקת חירום תלוית הכרזה**

חקיקת חירום של הכנסת-תלוית הכרזה על מצב חירום
**מתחלק ל-3:** (חוקי הארכה, חקיקת חירום מקורית והוראות שעת חירום בחוקים רגילים)

1. **הארכת תקנות חירום –**  הארכת תקנות חירום ליותר מ-3 חודשים ע"י הכנסת (39 ו').
2. **חקיקת חירום מקורית של הכנסת** –יצירה חדשה שהיא חקיקה ראשית, התוקף של החוק הוא בתנאי שקיים מצב חירום:
* **חוק מפורט** – למשל:
	+ חוק המאבק בטרור (2016)- החלפת תקנות שהיו חלק מתקנות ההגנה (שעת חירום) מנדטורי, שהסדירו את המאבק בטרור של מערכת הביטחון.
	+ חוק סמכויות שעת חירום מעצרים (1979)- רפורמה שמצמצמת את הסמכויות של המערכת הצבאית מתקנות ההגנה (שעת חירום) מנדטורי. [הסדרת מעצרים מנהליים של חשודים בעבירות ביטחוניות. (מעצר מנהלי= יש ראיות נגד מישהו שלא יכולים לחשוף כדי לא לגרום לנזק לישראל. בעייתי כי הצד השני לא יודע מדוע הוא נעצר, ולכן הוא לא יכול להגן על עצמו שזו זכות בסיסית)].
	+ פחימה נ' מדינת ישראל- מעצר מנהלי הוא פגיעה קשה בזכויות שיש לאשר כשהראיות מעידות ששחרור ממעצר יביא לפגיעה ממשית בביטחון המדינה.
	**פרוק'ציה-** מאשרת את המעצר המנהלי של טלי פחימה לאור העובדות.אכיפת חקיקת החירום המקורית של הכנסת.
* **חוק מסגרת** – כל עוד יש מצב חירום השרים יכולים לקבוע הסדרים. למשל:
	+ חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (1957) – מעניק לשרים סמכויות להתקין תקנות שתקפות כל עוד נמצאים במצב חירום (לעומת התקנות בחו"י הממשלה שמוגבלות ל-3 חודשים).
	+ שנסי נ' המפקח על היהלומים (1996)-צמצום חוק הפיקוח. **ביהמ"ש**- המקור לחוק הפיקוח היה בחוק בריטי שהתקבל בזמן מלחמה ולכן כיום ראוי לצמצם את השימוש בצווים מכוח החוק רק לזמן שיש בו צורך דחוף.
1. **הוראות שעת חירום בחקיקה רגילה** – חוקים רגילים שמסדירים תחום בלי קשר למצב חירום אך יש בהם הוראות שמאפשרות לסטות מהעקרונות שקבועים בהם מכיוון שקיים מצב שעת חירום. למשל חוק חופשה שנתית – ניתנת לשר הרווחה הסמכות לדחות את החופשה בשעת חירום. ב-2006 תוקן החוק ואם שר סבור שיש מצב חירום למרות שאין הכרזה פורמלית על מצב חירום הוא עדיין יכול לדחות.

**חקיקת חירום ב-20 השנים האחרונות**:

מאפיינים:

**בחקיקה ראשית**- מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית.
**בהסמכה פרטנית**- החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית לרשות המבצעת.
**בלתי תלויה במצב חירום**- החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה

**למה כעת החקיקה יורדת לפרטים ולא תלויה במצב חירום?**

1. אי התאמה של המודל הישן למציאות של מצב מתמשך - חקיקת חירום אמורה להסדיר מצב משפטי למצבים זמניים ולא קבועים. ההתמשכות של מצב החירום הופכת אותו למעין למצב רגיל ומוציאה את החריגות שלו.

2. התחזקות ההתנגדות השיפוטית להאצלה גורפת (סמכות) - דרישה שפגיעה בזכויות תיעשה בהסמכה מפורשת. וגם אם כן יש הסמכה מפורשת, זה לא מספיק להאצלה גורפת (פרשת רובינשטיין).

3. הרחבת ההתערבות השיפוטית בעניינים ביטחוניים (שק"ד) - התערבות מתרחבת מעבר לסוגיית הסמכות לפעולה, וביהמ"ש בוחן גם את שיקול הדעת. דוגמא להתערבות:

פלונים נ' שר הביטחון (1997): מעצר מנהלי של לוחמים בלתי חוקיים אחרי שסיימו לרצות את עונשם. כדי להוות "קלף מיקוח". **ברק**- מצמצם את הפירוש של חוק המעצרים המנהליים כדי שלא יכלול שימוש באדם כקלף מיקוח.

כתוצאה, נחקק: חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים **(2002)-** ס' 7 בחוק קבע - אם האסיר חבר/היה חבר בפעילות טרור - חזקה עליו שהוא מהווה סכנה לביטחון המדינה. כלומר, כעת הם מוגדים כסכנה לביטחון המדינה במסגרתה ניתן להחזיק אותם במעצר מנהלי. המחוקק מפרט שהם מוגדרים סכנה למדינה כדי שביהמ"ש לא יפרש אחרת.

עתירה נגד החוק:פלוני נ' מדינת ישראל (2006): **בייניש**- החוק עומד בפסקת ההגבלה. ממילא הוכחה מסוכנותם הספציפית של האסירים, ולכן לא מכריעה בעניין ס' 7 (שמייתר הוכחות לסכנה).

לסיכום חקיקת חירום בלתי תלויה: ביהמ"ש פירש בצמצום את חוקי החירום (פלונים) ולא איך שהמחוקק רצה חקיקה ספציפית יותר (חוק כליאת לוחמים בלתי חוקיים) ביהמ"ש מיישר קו עם המחוקק (פלוני).

5. מדינה יהודית ודמוקרטית

**למדינת ישראל מאפיינים מיוחדים:**

1.**מתח בין הדמוקרטיה לביטחון**- מדינת ישראל מאופיינת במצבי סיכון מרובים ומתמשכים: יוצר איום על המשטר הדמוקרטי. גם בהיבט זכויות אדם –נאלצים להגביל את זכויות האדם בגלל מצבי החירום.

2. **מתח פוטנציאלי בין דמוקרטיה ללאומיות**-

א. שסע רוב מיעוט - מדינת ישראל מוגדרת כמדינת לאום- מדינה שמנסה לייצר חפיפה בין המסגרת הפוליטית לקבוצה הלאומית. הרוב-מיעוט מאתגר את המבנה החוקתי. בנוסף, המיעוטים במדינה מצויים בקונפליקט דמים ארוך - מה שמחזק את השסע.

ב. מתח בנוגע לאופי וזהות הלאום- הלאום של המדינה קשור במהותו לדת- הלאום ותכניו מגיעים ממקום דתי, ולבעלי תפיסות דתיות יש שאיפות לגבי הלאום שקשורות לזהות והתנהגות דתית, מה שיוצר עוד שסע מדיני.

5.1 הגירה ומרשם

חוק השבות נחקק ב1950 שקובע שכל יהודי רשאי לעלות ארצה. עד 1970 לא הגדירו מיהו יהודי. אח"כ תיקנו שיהודי=**בן לאם יהודייה/גיור** אבל לא הגדירו מהו גיור.

שנתיים אחרי חקיקתו נחקק,חוק האזרחות-השבות קובע כי כל יהודי זכאי לעלות לא"י, וחוק האזרחות הקנה ליהודי אזרחות.

מחלקים את הזמן לשתי תקופת: לפני 1970 שם לא הייתה הגדרה מיהו יהודי, ואחרי 1970, כשקבעו הגדרה.

חוק מרשם האוכלוסין **–**פורמלי, רושם מידע על אנשים שנמצאים בארץ. הלאום של כל אדם יהיה מצוין ברשומות פרטי המידע שלו.

מאוד מהר התברר כי יש מחלוקת בשאלה **מיהו יהודי** וצריך להכריע בעניין – נראה כמה פס"ד של התפתחות בזמן:

פס"ד רופאייזן (1962)-יהודי שהתנצר הגיע לארץ. מבקש לקבל תעודת עולה כיהודי. בקשתו נדחתה. עתר לבג"ץ. **זילברג** (רוב)- המדיניות השלטת בישראל היא שמי שהמיר את דתו הוא עדיין יהודי לכל דבר. לפי ההלכה צריך לתת לו אזרחות. אבל, האם יהודי שהתנצר נתחשב עדיין יהודי? לדעתו לא. אסור להתכחש לדת. **כהן (מיעוט)-** בהיעדר קנה מידה אובייקטיבי, אין מנוס מהגדרה סובייקטיבית, הצהרתית בלבד- כל אדם שמצהיר על עצמו כיהודי ומביע רצון להשתכן בארץ.

שליט נ' שר הפנים(1968): לפני שהוגדר מיהו יהודי. הילדים מקבלים אזרחות וחלוקים **איך לרשום במרשם**:

יהודי (שליט) התחתן עם גויה שקיבלה אזרחות בארץ (מתוקף חוק השבות), מבקש לרשום את ילדיו שנולדו בישראל כיהודים בסעיף הלאום (לא בסעיף דת) ונתקבל בסירוב ע"י הפקיד. העותר מבקש לבחון ע"י 2 מרכיבים: 1. סובייקטיבית- מזדהים עם ערכי הדת. 2. אובייקטיבית- גרים פה ומדברים עברית. **זוסמן(רוב)-** 1. לפקיד המרשם אין את הסמכות להחליט אם המסמכים תקפים. 2. פריט הלאום לא משמש ראיה בכלל, ולכן חסר משמעות. אין בעיה לרשום אותם כיהודים במרשם. העתירה מתקבלת. **לנדוי(מיעוט)-** 1. למרשם יש משמעות סמלית. 2. לסעיף הלאום יש השפעה בהצגת ת.ז במקומות שונים. 3. תיתכן זליגה לחוק השבות. 4. פקיד הרישום כן מוסמך לבדוק את אמיתות הפרטים שמוסרים לו. אם ביהמ"ש ייקבע, זה יהיה כאילו הם קובעים לציבור את ההלכה ולא בטוח שזה יתקבל יפה. **זילברג(מיעוט)-** רק מבחן ההלכה קובע - יהודי הוא מי שנולד לאם יהודייה/שהתגייר. הם נולדו לאם גויה, ולמבחן שהציעו העותרים יהיו תוצאות הרסניות.

בעקבות פרשת שליט ואיום המפד"ל לפרוש מהכנסת מתקנים את **חוק השבות** –מוסיפים את ההגדרה מיהו יהודי ומרחיבים את הזכאות גם לילדים ולבני משפחה ע"מ למנוע פירוק משפחות.

בעקבות תיקון זה המשמעות של "שהתגייר" עולה שוב וצריך להכריע בה:

סוזן מילר: גיור רפורמי בחו"ל. נקבע שרשם האוכלוסין לא רשאי להוסיף על הפרטים שקיבל. ביהמ"ש חייב את שר הפנים לרשום כיהודייה- לצורך רישום.

ש"ס נ' מרשם האוכלוסין: נקבע שחייבים לרשום מישהו כיהודי לצורך מרשם אם הוא עבר גיור כלשהו (רפו'/קונ') בחו"ל (הלכת מילר קיבלה תוקף).

**האם יש כאן הכרעה בעניין מעמד הגיורים הליברליים?** לא, משתי סיבות:

* בית המשפט ביסס את הכרעתו על הטענה שלמרשם אין כל משמעות ולכן אין צורך להכריע אם הגיורים תקפים. בשני המקרים לא עמדה על הפרק שאלת הזכאות לתעודת עולה לפי חוק השבות, שכן העותרים זכו בה בדרך זו או אחרת.
* מדובר בגיורים שהתבצעו בחו"ל, לכן, בכל מקרה אין כאן הכרעה לגבי מעמד גיורים שבוצעו בישראל.

הלכת פונק שליזנגר: פונק היא נוצרייה תושבת ישראל והיא נישאה לשלזינגר (יהודי) בנישואים אזרחיים. כשהגיעה להירשם במשרד הפנים כנשואה, היא סורבה. **ביהמ"ש-** קיבל את העתירה. הלכת פונק-שלזינגר הכשירה את הקרקע לרישומם של נישואין אזרחיים ואחר כך גם של נישואין קונסולריים. משני טעמים: **1.** הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות משמש למטרות סטטיסטיות בלבד, ואינו מהווה ראיה לכאורה לאמיתות האמור בו. **2.** לפקיד לא ניתנה הסמכות להכריע בעניין. שני הנימוקים מצטרפים זה לזה. אם היה מדובר בעניין שיש לו נפקויות מעשיות משמעותיות, לא ניתן היה להעביר את הנושא בקלות כזו בנימוק שהפקיד אינו רשאי להכריע. אם הפקיד אינו רשאי להכריע מן הדין שיעשה זאת בית המשפט, בדרך של פרשנות החוק.

פסחו (גולדשטיין) נ' שר הפנים (1993):ברזילאית שעברה גיור רפורמי בארץ וסירבו להכיר בה כיהודייה ולתת לה מרשם/שבות. הסתמכה על הלכת ש"ס. המדינה טוענת שהלכת ש"ס זה רק למי שעבר גיור רפו' בחו"ל. בגלל שהיא עשתה בארץ היא חייבת לעמוד להוראות הפקודה הדתית (המרה)- לקבל אישור מהרבנות שהיא יהודייה. **שמגר+ברק-** פקודת ההמרה קשורה רק לנושאים דתיים ולא למרשם/שבות שהם חילוניים. הכנסת צריכה להחליט על הסטנדרט לגיור.

בעקבות הפרשה, המדינה מקימה את "ועדת נאמן"-מנסים להגיע לפשרה בין כולם ע"י כך שיוקם מוסד ממשלתי לגיור בארץ שיהיה מורכב משלושת הזרמים (אור',קונ',רפור'), אך כל העסק מתפוצץ והוועדה מתפרקת!

נעמת נ' שר הפנים(1995): 5 עתירות של אנשים שהתחילו גיור בארץ וסיימו בחו''ל. חלק מבקשים רק מרשם וחלק שבות+מרשם. המדינה: לא כמו ש"ס-שם כל הגיור היה בחו"ל. לא כמו שליט- עכשיו זה גם ישפיע על שבות כי הוסיפו הפנייה לשם. **ברק(רוב)-** מכריע רק בעניין המרשם. לפקיד אין סמכות להחליט מהו גיור ראוי. לכן גם גיור רפורמי בארץ תופס למרשם (וגם בחו"ל-ש"ס). **טירקל (יחיד)-** פקיד הרישום צריך להשאיר את החלל ריק כל עוד לא יגדירו לו מה זה גר כי יש חלל חקיקתי. **אנגלרד(מיעוט)-** גיור רק לפי חוק השבות. אם לדעת פקיד הרישום הוא לא עונה להגדרה שבחוק השבות, הוא חייב לסרב לרשום את המבקש כיהודי. הלכה: גם מי שהתגייר בגיור רפורמי בארץ (או בחו"ל-ש"ס) יירשם כיהודי למרשם.

**זיהינו מס' גישות :**

1. יש להכריע מהותית. אין תשובות ברורות אך יש לתת החלטה. אלו שהכריעו הכריעו הלכתית. כיוון אורתודוקסי. (אנגלרד בפס"ד נעמת, זילברג בפס"ד שליט).

2. גישת הרוב, אומרת שאין משמעות להחלטה ולכן יש לרשום. יש מונח יהודי ויש מונח גר אך אין הגדרה ברורה. מחפשים דרך להימנע מהחלטה. לא מקבלים החלטה בעניינים מהותיים. ולכן יש לרשום (כי רשום שם שהאמור אינו מהווה ראייה לעניינים אחרים).

3. יש משמעות להחלטה ולא ראוי שביהמ"ש יכריע (לנדוי ואגרנט בפס"ד שליט).

4. טירקל, בפרשת נעמת, אומר שיש חלל חקיקתי בחוק המרשם ולא במקרה, לכן כל עוד אנו לא יודעים מה אומר המונח "התגייר" אין לרשום שום גיור, מכל סוג שהוא.

**טושביים נ' שר הפנים 1 (1999):** המדינה טוענת שמטרת חוק השבות לעודד עליית יהודים ובמקרה זה הגיור נעשה בחו"ל לאחר העלייה. זה לא קשור באיזה זרם המתגיירים אלא שהם לא זכאים להכרה כיהודי שבות בגלל היותם בארץ. נהפוך למדינת מהגרים אם נקבל גיור רפו' בחו"ל. **ברק-** עלייה היא השתכנות בארץ וזה לא משנה איפה האדם הפך ליהודי- הטענה שלהם היא אפליה פסולה. לא מכריע ומבקש מהמדינה להכריע כבר איזה גיור רלוונטי לחוק השבות.

**טושביים נ' שר הפנים 2 (2005):** אנשים שהתחילו גיור בארץ וסיימו בחו"ל לשבות. המדינה מסכימה להכיר בכל גיור לחוק השבות עם 2 תנאים (למנוע את ניצול הגיור לעלייה): 1. גיור בחו"ל- רק בשהייה לתקופה בקהילה יהודית שם. 2. גיור בארץ- במוסד שהקימה הממשלה. **ברק(רוב)-** מסכים שמי שהתגייר בחו"ל לא משנה באיזה זרם, יתקבל לחוק השבות.אבל לא מקבל את שתי התנאים, לא מקבל את תנאי ההשתייכות לקהילה. לגבי התנאי של גיור בארץ- לא מכריע אבל אומר שרק המחוקק יחליט ולא המדינה. **פרוקצ'יה (מיעוט)-** התנאי הראשון (חו"ל-קהילה) תקף למניעת ניצול המדינה.

**סיכום שבות**

פסחו גולדשטיין- המדינה טוענת לפקודת ההמרה וביהמ"ש לא מקבל.

נעמ"ת - לאור חוסר החלטה בפסחו עתירות נוספות- ביהמ"ש מכריע כל גיור בחו"ל ייחשב לצורכי חוק השבות והמרשם, גיור שבוצע בארץ ללא הכרעה.

טושביים 1- מי שמתגייר בחו"ל (כל גיור) אחרי שהוא גר בארץ- לא יקבל הכרה משבות- נהפוך למדינת מהגרים. ביהמ"ש לא מקבל את זה, מנוגד לשוויון-אפליה של איפה/מתי התגיירת.

טושביים 2- המדינה טוענת להחלטות ועדת נאמן. בית המשפט לא מקבל את זה, אומר שהוא לא צריך להכריע את זה עכשיו.

לאחר פסקי הדין אנו רואים ש: במרשם- ירשם בכל מקרה. בשבות- הוחלט רק מה קורה עם גיורים בחו"ל ולא בארץ.

ס' 4 בחוק השבות מציין כי יש הרחבה של חוק השבות גם לבני משפחה של יהודים, יש פה גם ביטוי לשסע הערבי יהודי:

רוגצ'ובה נ' משרד הפנים: עותרים ששוהים בישראל כדין מתגיירים בבי"ד אורתודוקסי פרטי ומבקשים הכרה משבות. המדינה: **1.** חוק השבות לא חל על מי שהתגייר בזמן שכבר שהה בישראל (כמו טושביים 1). **2.** גם אם כן על מי שכבר שגר כאן, הגיור בארץ יוכר רק למי שהתגייר במסגרת הרבנות. **3.** הליך הגיור ינוצל ע"י אזרחי מדינות זרות כדי לקבל שבות גם ללא זיקה לעם היהודי.

**נאור-** **1.** יש אפליה בגישת זו [אבחנה בין מי שהתגייר לפני העלייה לארץ (שיקבל שבות) למי שהתגייר אחרי העלייה (שלא יקבל שבות). **2.** גיורים אורתודוקסיים פרטיים בארץ, תקפים לשבות (כל עוד הגיור נעשה בקהילה יהודית מוכרת) אבל רצוי שהמחוקק יחליט בגלל כלל ההסדרים הראשוניים – חוק השבות הוא הסדר ראשוני שנוגע לשאלות עקרוניות שיורדות לשורשי החברה הישראלית. **3.** טעמים של ניצול לרעה ייבחנו בדרכים אחרות.

נטליה דאהן נ' שר הפנים: בעקבות פס"ד בעניין טושביים הוגשו בנובמבר 2005 עתירות לבג"ץ הדורשות להכיר לעניין חוק השבות גם בגיור רפורמי הנערך כולו בארץ. עד היום טרם ניתן פס"ד בעתירה.

פס"דים בעניין ההגירה (הדילמה כשסע רוב-מיעוט):

סטמקה נ' שר הפנים: עובדים זרים שנישאים ליהודים אזרחי ישראל ולכאורה כלולים בפרשנות ס' 4 לחוק השבות כזכאים לשבות כבני משפחה. מיהו בן משפחה של יהודי? האם כל בן זוג של יהודי זכאי לשבות או לא? **חשין-** שתי דרכים להתאזרח: 1) חוק השבות – הדרך המהירה. 2) חוק האזרחות – דרך מסובכת. מציע שני שיקולים לפרשנות רחבה לחוק השבות: שיקול של תכלית החוק – (לא להפריד משפחות) תקף רק אם הם התחתנו בחו"ל ועולים ביחד לארץ. אם היהודי הוא כבר אזרח ישראל הוא מיצה את השבות שלו. שיקול של אפליה – למה שמשה מראש העין יוכל להקנות אזרחות לאשתו הלא יהודייה לעומת מוסא מכפר קאסם? עד עכשיו העיסוק היה במחלוקת **פנים יהודית**. סטמקה מחזיר לעובדה שמדובר **בחוק הגירה** ושכחוק כזה הא **מעניק יתרון ליהודים** על פני מי שאינם יהודים ובכך מייצר אפליה ולכן יש צורך בפירוש מצומצם של ס' 4 לחוק השבות.

חוק האזרחות- מקל על הליכי אזרחות של בן זוג של אזרח הארץ. במסגרת הסכמי אוסלו, "קנו" עשרות אלפי ערבים מעמד של אזרחים בהגירה משטחי איו"ש (איחוד משפחות/נישואים). לכן, תוקן חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (2003)- תושבי אזורים מסוימים (איו"ש) לא יקבלו רישיון לישיבה בישראל. הנימוק הוא בטחוני. הוסף תיקון מחמיר שמרחיב את האיסור לאיחוד משפחות, גם לתושבי לבנון, סוריה, עיראק, איראן. ההצדקה שניתנת היא הצדקה ביטחונית (היו יכולים לטעון לטיעון דמוגרפי, שזה יהווה סכנה לרוב היהודי בארץ).

עדאלה נ' שר הפנים (2003): אישור חוק האזרחות. הטענה - החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון מאחר ומונע איחוד משפחות. **פרוקצ'יה(מיעוט)**- אתם טוענים טיעון ביטחוני אך הוא בעצם דמוגרפי. כשיש חוסר מתאם בין התכלית המוצהרת לבין התכלית האמיתית, התכלית הופכת ללא ראויה בגלל שמסתירים אותה. **חשין(רוב)-** מתנגד לפרוקצ'יה. את פותחת דבר שאף אחד לא טען. העתירה נדחית. החוק לא מונע את הנישואין כי הם יכולים להתחתן במקום אחר. הפגיעה מידתית. חושבים שמדובר בהוראת שעה שלא תוארך.

ב2007 תיקנו שוב את חוק הוראת השעה.

גלאון:אותו סיפור כמו עדאלה. **לוי(מיעוט)**- פוסל את החוק על הנימוק הביטחוני. רומז שאם היה החוק היה מבוסס על השיקול הדמוגרפי הוא לא היה פוסל. **ריבלין(רוב)-** דן בשיקול הביטחוני בלבד. אם השיקול היה דמוגרפי היו נכנסות לחוק מדינות ערביות נוספות, ולא רק אלו שיש לנו עימות איתן.

2.5 בחירות ומפלגות

ס' 7 לחו"י הכנסת וס' 5 לחוק המפלגות מעמידים תנאים שמונעים את המשחק הפוליטי ולכן מונעים את הכניסה לכנסת. לפני החקיקה הייתה נקודת מוצא שיש ערכים שלמענם מותר להגביל את המשחק הדמוקרטי ולפסול מפלגות. למשל:
ירדור נ' יו"ר ועד הבחירות המרכזית (1965) -פסילת מפלגה ללא הסמכה מפורשת, בגלל איום פיזי. **זוסמן+אגרנט(רוב):** המפלגה מהווה סיכון בטחוני לקיומה של מדינת ישראל. חובה לפסול אותם. יש להגן על המדינה גם באמצעים שאינם מובאים בחוק. המפלגה נפסלה. הלכה: לוועדה יש סמכות לפסול רשימות רק במקרים קיצוניים ביותר- שלילת קיום מדינת ישראל. **חיים כהן(מיעוט):**אין חוק אז אי אפשר לפסול מפלגה.
**הלכה**: לוועדת הבחירות יש סמכות לפסול רשימות רק במקרים קיצוניים ביותר- שלילת קיום מדינת ישראל.

ניימן (הראשון) נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (1984)- פסילת מפלגה ללא הסמכה מפורשת על איום רעיוני. ועדת הבחירות פוסלת את "כך" ו"הרשימה המתקדמת לשלום". אופי הפירוש של הלכת ירדור: **אלון+שמגר**– ללא חוק, לא ניתן להרחיב את הלכת ירדור לאיום רעיוני. **ברק(מיעוט)**- מותר להרחיב את עילת הפסילה גם לאיום רעיוני של פגיעה באופי המדינה. ההסתברות **–ברק(מיעוט)**- כשיש הסתברות סבירה לפגיעה ניתן לפסול מפלגה. **שמגר**- רק כשיש קרבה לוודאות. **אלון ובייסקי**- ביהמ"ש לא יכול להעריך סיכויים. העתירה מתקבלת. **הלכה**: הלכת ירדור- לא ניתן לפסול רשימה השוללת את אופיה של המדינה אלא רק את עצם קיומה. הערעור התקבל.

בעקבות זאת תיקנו את ס' 7א' לחו"י הכנסת (ב1985) ומאוחר יותר בס' 5 בחוק המפלגות (1992)
נחקקו עילות פסילה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (2) הסתה לגזענות;
החוק לא כולל מבחנים הסתברותיים!

**חו"י הכנסת לבין חוק המפלגות** (לכאורה הניסוח נראה זהה) (ס' 5: לא תירשם מפלגה, ס' 7א: רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת)

**ברק-** צריך להיות הבדל באופן שבו מיישמים את המבחנים בשלבים השונים (השלב הראשון מקל עם המפלגה והשלב השני מחמיר). הפגיעה בשלב ב' היא הרבה פחות חמורה מבחינה דמוקרטית.

מבחינת ברק הרף צריך תמיד לעלות, ולכן הרף יהיה נמוך יותר ברישום עצמו, אבל בבחירות הרף יעלה. **ברק** רוצה לעבוד בשיטת המדרגות.

הצעת חוק

הסכם קואליציוני

בחירות – **ס' 7 לחו"י הכנסת – ללא חישוב הסתברות**

רישום מפלגות – **ס' 5 לחוק המפלגות – עם חישוב הסתברות**

בשלב המפלגות ניתן להם להתמודד- נפעיל הסתברות- רק אם יש להם סיכוי לממש את המצע.

**עילות הפסילה**

ראו שלא השתמשו בעילות הפסילה הקיימות (חוץ מפעם 1) לכן תוקנו ב-2002 ס' 7א לחוק יסוד הכנסת וס' 5 לחוק המפלגות:

1. אפשרות של פסילת מועמד ספציפי מהרשימה
2. יצירת מנגנון אישור לפסילת מועמד (במקום ערעור) **–** העלאת רמת הפיקוח על פסילת יחיד. לפסילת **מועמד יחיד** יש צורך באישור של העליון.
**בערעור**- בפסילת רשימה בוחנים רק אם שיקול הדעת של ועדת הבחירות היה סביר. יש מתחם סבירות וביהמ"ש לא בהכרח חייב להסכים עם ההחלטה.
**באישור**-ביהמ"ש מחליט לבד אם לפסול את המועמד היחיד.
3. תוספת עילת פסילה של תמיכה במאבק מזוין- תמיכה במאבק מזוין במדינת אויב/ארגון טרור נגד מדינת ישראל. הוסיפו עילה ספציפית ונקודתית יותר כי ראו שלא השתמשו בעילה היותר כללית של שלילת מדינה/הסתה לגזענות.

מדוע לא קבעו בס' 7א מבחנים הסתברותיים?
המחוקק לא דורש שימוש במבחני הסתברות וכך גם שאר השופטים לא מחילים אותם. **ברק** מנסה בכל זאת לדחוף את מבחן ההסתברות כדי שרשימות לא ייפסלו בקלות (שיטת המדרגות). **פרופ' מדינה-** שאר השופטים לא עושים מבחן הסתברותי כי ביהמ"ש היה חייב לפרש את עילות הפסילה בצמצום, בלי מבחני הסתברות, כדי לפסול את רשימת כך (הוא היה ח"כ בודד ולכן לא באמת יכל לממש את מצעו).
**פרוקצ'יה** בפס"ד טיבי אומרת שיש להחיל מבחני הסתברות בכל העילות, חוץ מעילת ההסתה לגזענות, שהיא מעצמה צריכה להיות מוקעת, בלי לבדוק בכלל את ההסתברות שלה.

הגבלות שעל פיהן נחליט אם לפסול מפלגה או לא:

1. מרכזיות המטרה הפסולה
2. רף ראייתי גבוה- של קיומה של המטרה.
3. פירוש מצמצם- אם ניתן לפרש את המטרה /המעשה כלא פסול, יש לעשות זאת.
4. פעילות אקטיבית- פעילות למימוש היעדים, לא רק דיבורים.

בפס"ד בן שלום:היה מצב של מפלגה שרוצה להפוך את המדינה ל"מדינת כלל אזרחיה". **דב לוין (מיעוט):** מפלגה כזו שוללת את הדרישה שהמדינה תהיה מדינתו של העם היהודי ולכן יש לפסול אותה מלהתמודד. **שלמה לוין (רוב):** מוכן לקבל הגדרת מינימום/מצמצמת למושג של "מדינה יהודית" אם יחול בה חוק השבות ויתקיים קשר עם יהודי התפוצות- הוא לא יפסול את המפלגה.

ע"ב ארליך: המערער מבקש למנוע את השתתפות בל"ד בבחירות לאחר התבטאויות בשארה לפיהן ליהודים אין זכות. **טירקל-** קבע כי רק ביטויים חמורים וקיצוניים של ס' 7א' יצדיקו הפעלתו. שמתעורר ספק בכך פועל הספק לטובת הרשימה. קדמי למזלו של בשארה הוא פועל במדינה בה ערך הדמוקרטיה הוא חשוב עד שהיא מוכנה להתיר התבטאויות כה בוטות.

הצדקות לפעולת השופטית:

* הצדקה עקרונית- קרצ'מר- כיוון פרקטי- פסילת מפלגות הסותרת את מהותה היהודית של ישראל מהווה צעד מרחיק לכת יותר מאשר שריון חוקתי לאופייה היהודי של ישראל. הוצאה מ"מהשחק הפוליטי" של מפלגות מסוימות מהווה צעד חריף הרבה יותר מחוק (שייפסל בשל חוסר חוקתיות ) בנושא.
* צידוק "תבוני"- גידי- כיוון מוסרי- עדיף ל"הכיל" את הקיצוניים ולא לדחוק אותם לשוליים.

1992- חקיקת חוק המפלגות ועילת הפסלות של פעולות בלתי חוקיות:

רע"א יאסין (1995): העותרים מתנגדים לרישום תנועת "ימין ישראל" כמפלגה בשל מצעה הגזעני הקורא לטרנספר. רשם המפלגות דחה את התנגדותם. נפסק כי יש למנוע ייסודה של מפלגה רק במקרים קיצוניים ביותר. נפלה מחלוקת פרשנית בין ברק לחשין לגביי היחס בין ס' 5 לחוק המפלגות לבין ס' 7א'. **ברק** - יש לכלול בס' 5 מבחן הסתברותי לפיו קיימת הסתברות שהשתתפותה בבחירות של המפלגה תפגע במדינה. מנמק בשיטת המדרגות לפיה בס' 5 יוצב רף נמוך ובס' 7א' רף גבוה. ככל שהפסילה בשלב מאוחר יותר כך תיפגע פחות הזכות. **חשין**- מטרת ההוראות זהה ולכן תחום התפרשותן יהיה זהה.

שיטת המדרגות לפי ברק: 1. ס' 5 לחוק המפלגות.2. ס' 7א' לחוק יסוד הכנסת. 3. הסכם קואליציוני. 4. הצעת חוק.

בפס"ד אייזקסון: שוב רוצים לפסול מפלגה שסיסמתה "מדינת כל אזרחיה". **חשין**- מדינת ישראל היא הרי לא מדינה של חלק מאזרחיה.

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי (2002): **ברק**- עילות הפסילה: א. שלילת קיומה של מד"י כמדינה יהודית- ב. שלילת קיומה של מד"י כמדינה דמו'- ג. הסתה לגזענות- ד. תמיכה במאבק מזוין. פירוט בחוברת מצטברת

**שטרסברג-כהן** –בחינת האדם על כל תפקידיו, לא משנה באיזה הקשר אמר.

**פרוקצ'יה** –אין צורך בעילה הסתברותית בנוגע להסתה לגזענות. פגיעה גזענית בשוויון בין בני האדם היא מוקעת ואסורה.

בל"ד ואח' נגד ועדת הבחירות המרכזית ואח' (2009)- ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את בל"ד מעילת הפסילה של האופי היהודי של המדינה. **לוי(מיעוט)-** כוונת העותרים היא שהיהודים יוכלו רק להגדיר את עצמם כקבוצה בתוך קבוצות אידאולוגיה שונות- מערער את מעמדה של ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית.

לסיכום:

1. יהודית ודמוקרטית – ברק בטיבי: מאפיינים גרעיניים של המדינה כיהודית ודמוקרטית. "מדינת כל אזרחיה" – תלוי למה מתכוונים. בן-שלום: לוין ואילון- מבחן חוק השבות, אם שוללים אותו הם זה שלילה כיהודית. חשין באייזקסון: "מדינת כל אזרחיה", לגיטימציה.

2. מאבק מזוין – במדינת אויב או ארגון טרור, מעשה טרור לא סיבה מספקת. נדרשות ראיות ברורות. רשאים להגן על עצמה מפני רשימות מועמדים הנוקטות באלימות, או התומכות באלימות לשם שינוי המשטר. נדרש שזה יהיה מאפיין מרכזי/דומיננטי וכי יפעלו באופן חוזר ונשנה להגשמתו.

3.הסתה לגזענות – היסודות הגרעיניים בטיבי: כוונה, ליבוי היצרים, ביזוי על-בסיס אתני-לאומני. מבחן מצמצם.

בכל אחד מהם אומץ מבחן מצמצם.