מחברת מקוצרת חוקתי

תוכן עניינים

**חוקה.................................................................................................................................................................2**

**החוקה בישראל....................................................................................................................................................3**

**השלמה שיפוטית..................................................................................................................................................6**

**המהלך החוקתי............................................................................................................................................................7**

**מבנה המשטר ועיקרון הפרדת רשויות...........................................................................................................................9**

**תקנון הכנסת ומעמדו..................................................................................................................................11**

**חסינות חברי כנסת......................................................................................................................................................12**

**הממשלה....................................................................................................................................................................13**

**הסכמים קואליציוניים.................................................................................................................................................15**

**סמכויות הממשלה והשרים...........................................................................................................................................16**

**בתי המשפט................................................................................................................................................................18**

**היועץ המשפטי לממשלה..............................................................................................................................................19**

**זכויות..............................................................................................................................................................20**

**זכויות האזרח במשפט הפרטי..............................................................................................................................24**

**כבוד האדם וחירותו............................................................................................................................................24**

**זכויות חברתיות.................................................................................................................................................25**

**חופש העיסוק.....................................................................................................................................................26**

**הזכות לשיוויון...................................................................................................................................................27**

**חופש הדת וחופש מדת.........................................................................................................................................29**

**חופש הביטוי......................................................................................................................................................29**

**סמכויות חירום..................................................................................................................................................30**

**מדינה יהודית ודמוקרטית...................................................................................................................................32**

**בחירות ומפלגות................................................................................................................................................33**

חוקה

מכילה שני חלקים: כללי המשחק וערכים

למדינת ישראל יש שני מאפיינים ייחודיים שבהם היא נחשבת מדינת קצה:

1. הימצאותה של המדינה במצב חירום מהקמתה ועד היום - יש לזה השלכות על המבנה החוקתי, חיזוק של הרשות המבצעת ולגיטימציה של שלילת זכויות.
2. מדינה יהודית וגם דמוקרטית - יוצר מתח בין קבוצות, ומתח בהפרדת דת ומדינה.

מאפייני החוקה: גדעון ספיר, שלושה מודלים של חוקה משפטים

תוכן

1. רכיב מבני - הגדרה והסדרה של מבני השלטון במדינה
2. רכיב מהותי - ערכי יסוד אשר חלקם מתרגמים לזכויות

סגנון

חוקה כתובה באופן קצר ותכליתי, נותנת רשימת עקרונות שאחר כך מיתרגמת לחוקים.

עליונות

החוקה היא בעלת מעמד גבוה יותר משאר סוגי החקיקה. יוצרת היררכיה בנורמות משפטיות, כל חקיקה מתחתיה צריכה להיות מחוקקת לאורה של החוקה.

צורת התקבלות

חוקות מתקבלות ברגעי משבר, כאשר יש צורך ביציבות ואפשר להתגמש בדעות שלנו על מנת להגיע להסכמה.

1. מאפייני דמוקרטיה ישירה - לדוגמא ״משאל עם״, בו כל האזרחים מצביעים על החוק. בעידן המודרני משתמשים בדמוקרטיה עקיפה (נציגים של העם).
2. דרישה להסכמה רחבה- ציפייה שהחוקה תתקבל בהסכמה ציבורית רחבה.

נוקשות/שיריון

1. שריון מוחלט - לא ניתן לשנות בשום רוב את החוקה.
2. שריון יחסי - רוב יחסי או פרוצדורה מיוחדת כתנאי לשינוי. (רוב מוחלט)
3. שריון זמני - לא ניתן לשנות אלא לתקופת זמן מוגבלת.
4. שריון מותנה - מאפשר שינוי במידה ויתרחש אירוע מסוים.

גדעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד

בעד החוקה

1. יצירת בסיס יציב - ערכים שעליהם כולם מסכימים, ולא ניתן לשינוי לפי גחמה פוליטית.
2. הגנה על חירויות יסוד - זכויות כמו קניין, מיעוט, רוב.
3. הגנה על המבנה הדמוקרטי.

נגד החוקה

1. אי הסכמה על ערכים - אי הסמכות בחברה על ערכים שינחו אותה.
2. מתח עם העיקרון הדמוקרטי - בית המשפט מחויב לפרש את החוק, ולכן נוצר מתח בין בית המשפט לציבור.
3. כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו.
4. דילול השיח הדמוקרטי - משפיע על מידת היכולת והמוטיבציה שלנו לשנות דברים.
5. ספק לגבי האפקטיביות - החוקה בעבר לא שימשה ככלי יעיל למטרה שלשמה היא נועדה.

הצעות לפתרון הבעיות

1. הגבלה של היקף הביקורת השיפוטית (מינימליזם) - הגבלת היכולת הביקורתית של השופט יתערב רק במקרים של פגיעה של שיטת הבחירות, חופש הביטוי, וקבוצות מיעוט.

למינימליזם 2 חולשות:

(א) עובדתית - מתעלמת מהחלק הערכי בחוקה

(ב) אין אפשרות אמיתית לרסן את כוחו של בית המשפט-שופטים יכולים להביע שיקול דעת.

1. מנגנוני שליטה על התוצר הסופי - הציבור/מחוקק יבחר את השופטים בהליכים דמוקרטיים, כהונת השופטים תוקצב בזמן. חולשות: 1. מתרחקים שלב מהעיקרון הדמוקרטי. 2. פוגע בהפרדת הרשויות, איזונים ובלמים.
2. הורדת רף השריון - יהיה קל יותר לשנות את החוקה. חולשה: יהיה קל מדי אולי לפגוע בערכי יסוד כשהממשלה מתחרפנת (נאצים)

תורת הפרשנות: במה שונה תורת הפרשנות של החוקה מפרשנות חוקים?

1. עובדתית - פרשנות היא כלי עדכון והתאמה של הערכים אותם החוקה מייצגת ומצד שני יכול להיות כלי לשופטים להביע שיקול דעת רחב מדי.
2. נורמטיבית - פרשנות של חוקה משפיעה על הפרשנות של כל החוקים. פרשנות חוקתית צריכה להיות פרשנות תיאורטית ועקרונית. מגבשת נורמות יסוד של החברה.

משה לנדוי, חוקה כחוק עליו למדינת ישראל- פרשנות חוקה

2 אסכולות מרכזיות לפרשנות:

 אוריג׳ינלסיטים - פירוש לפי המשמעות והכוונה המקורית של החוק. נצמדים לטקסט ומנסים להבין למה התכוון מי שכתב את החוקה. ללא שיקול תפיסת עולמם של השופטים. רוצים למנוע מהשופט להכניס את דעתו האישית.

הבעיות: מחמיר את בעיית הקיבעון וחוסר היכולת של הדור הנוכחי לעצב את תפיסת עולמו.

נון אוריג׳ינליסטים - נותנים מקום לפרשנות באופן שיעלה בקנה אחד עם תפיסה ערכית מסוימת. הבעיות: אי הסכמה בשאלת הערכים, ריכוז כוח פרשני, הקושי ליצור הנחיות ברורות.

* ברק מציין שיש פרשנות תכליתית - צריך לפרש באופן אובייקטיבי לאור יסודות השיטה, קצת מכוונת המחוקק ולפי סוג ההסדר המשפטי.

קשיים

* אינה מגבילה בצורה מספקת את שיקול הדעת של בית המשפט - החוקה מעומעמת השופט לא יכול להימנע מפרשנות אישית.
* מחמיר את בעיית הקיבעון וחוסר היכולת של הרוב הנוכחי לעצב את תפיסת עולמו - שנצמדים לכוונת המחוקק אין אפשרות לתת מקום לשינוי חברתי והתאמה לתפיסת הערכים של העולם המודרני.

ניר קדר, המהפכה הפרשנית : עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית

פרשנות אותה מציע ברק:

איך קובעים תכלית אובייקטיבית?

1. כוונת המחוקק- אי אפשר להתעלם לגמרי אך לא מכריע
2. סוג ההסדר המשפטי - ​​כל סוג של הסדר משפטי הכללים שאנחנו נפעיל לגבי הפרשות של הטקסט, הם כללים שונים.
3. המבנה החוקתי של השיטה ועקרונות היסוד שלה - צריך להתחשב בערכים היסודיים של השיטה.

בעיה בשיטה- ברק והשופטים הם מי שקובעת העקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית, מאפשר להכניס את השקפת עולמם לתוך הפרשנות.

החוקה בישראל- לפני 92

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

**הכרזת העצמאות**

המטרה היתה לגרום לאום לתמוך בנו כמדינה אז הכריזו כי תוך ארבעה חודשים תהיה חוקה, כמובן שזה לא היה ריאליסטי אך היה הכרחי על מנת לקבל תמיכה.

* בג"צ זיו נ' גוברניק המדינה לקחה ממנו את הדירה. טוען לכך שהזכות לקניין עליונה נורמטיבית, הטענה לא מתקבלת בבית המשפט. מגילת העצמאות אמנם מגינה על זכויות אדם אך אין לה מעמד חוקתי.

**סדר פעולות בפועל**

מועצת העם (הכנסת הזמנית) העבירה את כל הסמכויות של לאסיפה המכוננת (הממשלה), ואז האסיפה היתה בשני כובעים, גם מחוקקת וגם מכוננת.

הם העדיפו לתת לאסיפה את הכוח כי מועצת העם לא היו נבחרי העם. זה הוא צד שמגביל את הכוח השלטוני והם רצו כי מי שמחוקק את החוקה יבין כי זה מגביל את הכוח השלטוני שלו עצמו.

**דיונים ומחלוקת**

מהרגע שנבחרה האסיפה המכוננת היתה מחלוקת לגבי כינון חוקה, מה התוכן שלה, ומתי. היסטורית הדתיים הפריעו לחקיקת החוקה כי פחדו שיהיו חוקים שפוגעים בצביון הדתי. הסיבה העיקרית שלא כוננו חוקה הוא בן גוריון שהתנגד אליה ולא רצה שיגביל את השלטון שלו. מי שתמך בחוקה רצה שהאסיפה המכוננת תהיה גוף חיצוני למחוקקת.

**החלטת הררי (1950)-** החלטה של פריסת החוקה לחוקי יסוד באופן הדרגתי. לאחר החלטת הררי, חוק היסוד הראשון התקבל ב1958. ועד 1992 התקבלו רק חוקי יסוד שעוסקים ברשויות השלטון והיחסים ביניהם. גם לפני 92 לא ברור מה המעמד של חוק יסוד.

מה מעמדם של הזכויות בהעדר חוקה?

הכרה במעמדם החוקי של זכויות האדם (בז׳רנו 1949)עובדות: משרד הרישוי אסר על חברת הסדרת רישיונות לעסוק בזה בלי שיש חוק שאוסר זאת. בזרנו- נפגעה הזכות לעיסוק. **ביהמ"ש**: 1) יש זכות טבעית לכל אדם לחפש מלאכה לעצמו שתפרנס אותו (כיום חופש העיסוק) ואז נבע מכך שאדם זכאי לעבוד לפרנסתו וזו היא זכות טבעית והמדינה צריכה להביא ראיה/הוכחה כדי לאסור אליהם. 2) ניתן להגביל זכות אזרח רק ע"י הגדרה מפורשת בחוק. 3) ביהמ"ש לא מגדיר איזה חקיקה ראשית או משנה? האם הרשות המבצעת יכולה לפגוע או רק חקיקה ראשית.

מיטרני- הגבלת הרשות המבצעת לפגוע בזכויות:העותרים מגישים טפסים בירוקרטיים לרישיון ובדיקת מכוניות והמדינה הוציאה את עבודתם מהחוק. על ידי תקנה של הרשות המבצעת. העותרים אומרים שזה פוגע בזכותם.

ביהמ"ש צריכה הסמכה מפורשת בחוק שתאפשר לרשות המבצעת להגביל את זכויות האזרח.

החשיבות: **ביהמ"ש**: 1- מכיר בזכויות האדם 2- הגבלת פגיעה בזכויות אדם- או חקיקה ראשית או הסמכה מפורשת בחוק המסמיכה את המצעת לפוגע.

שטרייט- 1964- חזקה פרשנית לטובת הזכויותהתחתנו בחו"ל בנישואים אזרחיים, בעל רוצה להתגרש והאישה מסרבת- לפי החוק היהודי אי אפשר לכפות גירושין, ואסור לו להתחתן בפעם השניה אלא אם בית הדין הרבני מעניק פטור, האישה תוקפת. **ביהמ"ש**- עומד לצד האישה אי אפשר להתגרש רק בן זוג נעדר או חולה נפש, אם יתנו לבית דין הרבני כוח שיפוט שעולה על החוק הדבר ייצור פגיעה בשוויון בין יהודים ללא יהודים שלהם אין את המנגנון הזה.

חזקה פרשנית- נעדיף פרשנות שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים גם כאשר הפרשנות לא סבירה.

* פס"ד ברגמן (1969)המדינה מימנה את הקמפיינים של מפלגות ישנות שנבחרו לכנסת ולא מפלגות חדשות. ברגמן עתר בטענה כי יש סתירה בין הוראות חוק המימון לס4 לחוק יסוד הכנסת ומכיוון שיש סתירה צריך להימנע מהחוק. **בית המשפט** מסכים ואומר כי יש פגיעה בעיקרון השוויון. דורש מהמדינה את הרוב הדרוש לשינוי של ס4. או שלא יסתור את עיקריון השוויון בחוק היסוד.

**קרמניצר - הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם**

 שלוש אפשריות להלכה בדבר מעמד זכויות אדם:

1. מעמד ייחודי לחוקי היסוד - לחוק יסוד עדיפות נורמטיבית ואם חור רגיל סותר אותו, חוק היסוד יגבר עליו.
2. לחוק יסוד משוריין יש עדיפות נורמטיבית.
3. האפשרות המצומצמת ביותר, הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחד לחקיקה עתידית וגם בחקיקה רגילה. אין עליונות מיוחדת לחוק יסוד.
* פס"ד קניאל (1973) חוק לחלוקת קולות עודפים מעניק לסיעות יתרון גדול יותר על הסיעות הקטנות ובכך פוגע בס'4 לחוק יסוד הכנסת כיוון שהדבר פוגע בשיוויון בין המפלגות. החוק התקבלת ברוב מוחלט כפי שנחוץ בשריון. קניאל- טוען כי ניתן לשנות חוק יסוד רק בעזרת חוק יסוד ולא חקיקה ראשית בגלל מעמדו הנורמטיבי. **בית המשפט**: קובע כי כל עוד השינוי נעשה ברוב הדרוש בשריון חוק היסוד, יכול להיעשות גם בחוק רגיל.

לפי הלכת פס"ד זה, האופציה השנייה של הלכת ברגמן- חוק יסוד משוריין נהנה מעליונות **מופרכת** שכן פגעו בחוק יסוד על ידי חקיקה רגילה, וכרגע מובן כי המעמד הנורמטיבי הוא שהכנסת יכולה להגביל את עצמה ביחס לחקיקה עתידית גם בחוק יסוד וגם בחקיקה רגילה **ואין מעמד נורמטיבי מיוחד.** בפועל- ניתן היה לראות שכן סעיפים משוריינים נהנו מעליונות נורמטיבית מסוימת אך עד 92 כמעט לא היו סעיפים משוריינים.

* פס״ד נגב (1974) הורשע במכירת דלק באוקטן נמוך מהתקן. הטענה: בסעיף 31 לחוק יסוד הממשלה נאמר, כי אם לשר יש סמכות חקיקתית, כך הוא לא יכול להאציל לאדם אחר. ולכן, לא היה השר רשאי להעביר את הסמכות להתקנתה לממונה על התקינה.

**בית המשפט:** 1. סעיף 21 לחוק התקנים מסמיך את השר להעביר לממונה על התקינה את סמכויותיו לפי החוק. 2. מתקיימת סתירה בין חוק היסוד לחוק התקנים. 3. מתן עדיפות לחוק המיוחד על פני חוק הכללי- יש כלל שבמידה ויש סתירה בין חוק כללי לחוק ספציפי, הספציפי יגבר. אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שהמחוקק לא מייצר סתירות בין חוקים ולכן אנחנו נסמכים על כך שהמחוקק חוקק חוק כללי והחוק הספציפי מהווה חריג.

סתירה בין הלכות פס״ד ברגמן ונגב,בפס״ד ברגמן ניתן עליונות לחוק יסוד אך בנגב ניתן לחקיקה רגילה, דבר שסותר אחד את השני. פתרון לסתירה יכול להיות שהאופציה הראשונה של קרצמר נפסלת אך לא בהכרח השנייה שכן אולי אם חוק יסוד הממשלה היה משוריין אז אולי הוא היה גובר.

* פס"ד לאור (1990)תיקון של חוק המימון (כמו ברגמן)- מעלה את ההקצבה פר מנדט טענות- פוגע בס'4 לחו"י הכנסת ופוגע בשיוויון, ובשביל הקריאה הטרומית לא עבר ברוב של 61 הדרוש לשריון. **ביהמ"ש: ברק (מיעוט)** אומר כי בגלל שיש פגיעה בעקרונות יסוד,גם ללא חוקה הוא יכל לפסול את החקיקה הזאת (פוגעת בעקרון השוויון) אך בגלל שאין לגיטימציה מצד הציבור להתערב בהחלטות הכנסת ללא קשר לחוקה, הוא לא יעשה זאת כעת, ומקווה שבעתיד יתאפשר. **אלון (רוב):** באופן כללי שאלת התוקף של חוק לא בבחינת בית המשפט, אך בגלל שיש שריון צריך לכבד אותו ומאחר שבקריאה הטרומית לא התקבל הרוב הדרוש- החוק לא התקבל כדין. **החידוש:** 1- בית המשפט מוסמך לבטל חוק של הכנסת גם כשאין חוקה להתבסס עליה- מכוח המשטר הדמוקרטי. 2- למרות שהחוק עומד בדרישות (רוב מוחלט) הוא פוגע בעקרונות השיטה הדמוקרטית ולכן ניתן לגבור על עקרון זה ולבטלו. (פוגע גם בשוויון וגם בהליך קבלת חוק.)

קול העם 1953: ביקורת על שיקול דעת מנהלים

רקע: לפני מלחמת ויאטנם יש שתי מחנות הקומוניסטים נגד ארה"ב ושגרירות ארה"ב בישראל מודיעה כי תצטרך את עזרת ישראל ועיתון קומוניסטי מגנה את הממשלה ומדיניותה- סוחרת בדם ילדיה. שר הפנים סוגר את העיתון. הם עותרים לבג"ץ העתירה מתקבלת:

**ביהמ"ש** מבטל את ההחלטה שכן הוא אומר שאין פגיעה בשלום הציבור מהפרסום בעיתון וחופש הביטוי נפגע מסגירת העיתון- איזון בין זכויות אדם לשלום הציבור.

לסיכום

בית המשפט בעצם פיתח שיטה של כלים להגנת זכויות אדם:

1. יש למדינת ישראל עקרונות חוקתיים אף והם אינם מעוגנים בחוקה.
2. כדי שהרשות המבצעת תהיה מוסמכת לפגוע בזכויות יש צורך להראות כי יש הסמכה מפורשת מידי הרשות המחוקקת.
3. העדפה של פרשנות שתצמצם את הפגיעה בזכות. חקיקה פוגעת תפורש במידת האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות.
4. בית המשפט מוסמך לבקר את הפעולות של רשות המבצעת בהסתמך על עקרונות חוקתיים אלו, ולפסול פעולות לא רק בשל היעדר הסמכה בחוק לפגיעה בזכויות אלא גם בשל פגם בשיקול הדעת המבטא באיזון לא נכון בין ערכים מתנגשים.

אז למה צריך חוקה**:** ביהמ"ש לא מבטל חקיקה ראשית בהיעדר חוקה. בשנות השישים זוג עתר נגד נישואים רבנים בבקשה לנישואים אזרחיים- ביהמ"ש אמר שלמרות שאכן יש פגיעה בחופש מדת ומונופול של בתי הדין הרבניים, אין לו את הסמכות לבטל חקיקה ראשית של הכנסת.

המהפכה החוקתית 1992:

שני חוקי יסוד חדשים שעוסקים בזכויות אדם שעברו רק ברוב של 32 חברי כנסת : חו"י כבוד יסוד וחירותו וחו"י חופש העיסוק הכולל בתוכו הוראת שריון. מעניק לביהמ"ש חופש וביקורת שיפוטית רחבה יותר. הדתיים פחות רצו את זה כדי שלא יתבטל הסטטוס קו שחל שנים .

**למה עכשיו?**

* רגע היסטורי- הבשלה ירידת אמון במערכת הפוליטית וסומכים יותר על בתי המשפט כמבוגר אחראי- כנראה שלא- לא פורסם בשום מקום לא היה קונצנזוס ציבורי על חו"י החדשים.
* דינמיקה של פשרה- הכנסת לא מצליחה לחוקק חוק שקשור בזכויות אדם - לחלק את זכויות האדם לכמה תתי זכויות ובחוקים יש דרכי מילוט-כמו שמירת דינים ופסקת התגברות. דתיים- הסכימו רק לאחר שמרכיבים בעייתיים כמו שוויון שהיא תיבת פנדורה.
* טעות והטעיה- היוזמים של ההצעה הטעו את המתנגדים. ריכוך של זה הוא שהמתנגדים הם טעו ולא הייתה הטעיה מכוונת היו תמימים עם אמירות כמו אי שריון, אמירות הרגעה, ושיעור השתתפות צנוע.
* פעולת הצלה- מפלגת העבודה עלתה לשלטון ועכשיו יש לה אינטרס לשמר את מדיניותה בחוקה כדי שגם כשתרד מהשלטון המדיניות שלה תמשיך ותשמר, מגן על האינטרסים של הממשלה החדשה, כשהם לא היו בשלטון הם התנגדו לחוקה.
* **בנק המזרחי 1992** עובדות- המדינה עושה תספורת לחקלאים כדי להציל את המשק הזה מקריסה כלכלית, בנק המזרחי לא מקבל את כל החובות שלו ואומר שפוגעים לו בזכות לקניין שעולה מחו"י כבוד האדם וחירותו. כל השופטים סברו כי החוק עומד בפסק ההגבלה ולכן לא יבוטל, כל הדיון השמפטי הוא אוביטר ולא הלכה.השאלה: האם לכנסת יש את הסמכות לחוקק חוקה: ברק: תורת שני הכובעים: לכל כנסת מהכנסות הקיימות יש סמכות מכוננת, הכנסת הראשונה קיבלה סמכות זו והיא עובדת מהכנסת הראשונה הלאה כל השנים. שמגר: המחוקק הראשי הוא הסמכות העליונה, הסמכות לחקיקת החוקה היא בידי העם דרך הנציגים שהוא בוחר ולכן יש להם את הסמכות לחוקק חוקה. חשין:עצם העובדה שלא מוסכם אם יש לכנסת סמכות או לא מעיד שאין המסכמה על הסמכות של הכנסת בהיבט החוקה ולביהמ"ש אין סמכות לקבוע את המסות של הכנסת . כמו כן מבחנה היסטורית הסמכות לכונן חוקה מגבילה את המחוקק ולכן רו גוף נפרד מהמחוקק שיחוקק חוקה כי המחוקק לא יגביל את עצמו לחוקק חוקים. מוסר פוליטי: לא ראוי להסמיך את החוקה ללא ידיעת העם, ללא רצונם.

במציאות- רק מעט חוקי יסוד מוגנים בשיריון:

**שריון פורמלי- רק רוב מוחלט יכול לשנות את החוק**

**שריון מהותי- דרישה של תוכן שנובעת מפסקת ההגבלה, היא המקנה לו שריון מהותי.**

**חוק יסוד לא משוריין**- הכנסת רשאית לכבול את כוחה בשריון חוקי היסוד. ניתן לשנות חוקי יסוד משוריינים רק בעזרת חוק יסוד אחר. שינוי חוק יסוד משוריין יעשה ברוב הנדרש בשריון (מוחלט…) וחוק יסוד רגיל לא שווה ערך לחוק רגיל אבל ניתן לשנותו ברוב רגיל על ידי חוק יסוד.

**חו"י כבוד האדם וחירותו- אין שיריון פורמלי אך יש לו שריון מהותי** שאומר שניתן לפגוע בחו"י זה באמצעות חוק רגיל רק אם הוא עומד בדרישת המהות-פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו **קובעת תנאים לשריון מהותי**, כך שהפגיעה בחוק היסוד נעשית בחוק, אשר הולם את **ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.** מכוחה, בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד אין לפגוע על ידי חוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. **הוראת שריון זו תופסת: היא חוקתית ושוללת מחקיקה רגילה, שאינה מקיימת את דרישות השריון, לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד.**

**ברק ושמגר מאמצים פרשנות מרחיבה** - **כל חוק יסוד נהנה מעליונות של שריון מהותי**. חשין מנגד מאמץ פרשנות מצמצמת כבילה עצמית מותרת על לרמת רוב מוחלט (פורמלי) מהותי תכובד אך כל עוד הכנסת לא אמרה אחרת.

* אוביטר הפוך לראציו- לשכת מנהלי ההשקעות 1997חלים תנאים מסויימים כדי לקבל רישיון כדי להיות מנהל השקעות ויוצא מצב שחלק ממי שכבר עוסק בתחום מעבד את תחום עיסוקו וצריך לעבור מלא תנאים והסמכות. עותרים: פגיעה בחופש העיסוק שכן פרק זמן של 7 שנים הוא ארוך מדי ולא מדתי. הפגיעה בזכות חייבת לעמוד בארבעה תנאים מצטברים:
* הפגיעה צריכה להיות מעוגנת בחוק ישיר או שבמידה והרשות המבצעת פוגעת בזכות **יש צורך בהסמכה** מפורשת של הרשות המחוקקת.
* הפגיעה צריכה לעלות בקנה אחד עם **ערכי מדינת ישראל**
* הפגיעה צריכה להיות **לתכלית ראויה**, בשם המטרה יש צורך להבטיח שהמטרה אכן תקינה
* הפגיעה בזכות נדרשת להיות **במידה שאינה עולה על הנדרש.**

מבחן המידתיות: שלושת המבחנים צריכים להיענות בחיוב כדי שהחוק הוא יהיה מידתי:

1. **מבחן האמצעי המתאים והרציונאלי-** בחירה באמצעי שתואם לתכלית הפגיעה.
2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**- על המחוקק לבחור בדרך הפוגעת במידה הנמוכה ביותר בזכות.
3. **מבחן האמצעי המידתי**- במידה ועדיין הדרך שנבחרה פוגעת במידה הכי נמוכה, אך הפגיעה עדיין גבוה. הדרישה היא שהתועלת תעלה על הנזק, אם הנזק כבד יותר מאשר התועלת, החוק אינו מידתי.

**ביהמש:** לא מדתי לפי המבחן השני שאין הדרגתיות, הוראת המעבר לא מידתית וביהמ"ש ביטל הוראה אחת לא מדתית מתוך ההוראות הכלליות.

 האם ההכרעה משכנעת? לא בדיוק, נקבע רף שרירותי מסוים שקשה להוציא מתוכו תוכן רלוונטי. המבחנים לפסקת ההגבלה מאוד סובייקטיביים והם תלויי השקפה. אין תקדים לביטול חקיקה ראשית- היה סעיף מינורי בחקיקה מינורית

**חשיבות פסק הדין: המקרה הראשון בו ביטל בית המשפט הוראת חוק הסותרת חוק יסוד הדן בזכויות אדם.**

* האוביטר הופך לרציו- צמח (1999) חיילים מתלוננים על מעצר 96 שעות לפני הבאתם לפני שופט שהדבר פוגע בחירות שלהם ובכך בחו"י כבוד האדם וחירותו. העותרים טוענים כי מבחן המידתיות השני נפגע שכן אפשר לקצר את תקופת המעצר מבלי לפגוע בתכלית- לא הדרגתי. אך החוק שהיה לפני יותר גרוע- 25 יום מעצר אז מה גורלו של חוק מטיב? האם חוזרים לחוק הישן שעוד יותר גרוע? **ביהמש:** גם אם זה חוק מטיב עדיין בודקים אותו לאור חו"י. המדינה טעונת שקיצור תקופת המעצר יפגע במשמעת ומצריך זמן ותקציב גדול יותר. **ביהמ"ש-** מחיר בצורה סבירה הוא לא שיקול לפגיעה בזכות, במקרה שלפננו המחיר הדרוש להשקעה הוא סביר אך לא בכל מצב כך יפסוק ביהמ"ש. המדינה אומרת שלוקח זמן לעשות שינוים כאלה, **בימה"ש** אומר שהיה לו זמן להערך לשינוי זה ומכיוון שלא עשה כך הוא מתערב.מה הסעד: ביטול התקנה ששפוגעת בחוק יסוד, מציעים להחליף ל48 שעות, עתידית לעוד חצי שעה להתארגנות הצבא. **מה החידוש: ביטול חוק בשל סתירה לחו"י כבוד האדם שלא נהנה משריון מהותי אלא פורמלי.**

(חשין בפס"ד בנק המזרחי אמר שבנוגע לחוק רגיל הפוגע בח"י עם שריון מהותי כל עוד הכנסת אומרת בחוק במפורשת שהפגיעה היא על אף האמור בחו"י, זה זכותה וזה תקין, אך בפס"ד זה הוא מצטרף לדעת חבריו ואינו מכיר בזכות זו של הכנסת.)

מה עדיין חסר**-** לא ברור מפס"ד בנק המזרחי האם חו"י ישנים נהנים ממעמד חוקתי ועליונות.

* חירות 2003 תשדיר בחירות שכולל דגל פלסטין מעל הכנסת ושרפה של דגל ישראל. (בכלל מפלגה ימנית תשדיר הפחדה)- יו"ר ועדת הבחירות אמרה לפסול את התשדיר. הבעיה- ס'137 לחוק הבחירות קובע כי יו"ר ועדת הבחירות הוא הקול האחרון בהחלטות הקשר שלו וששום בית משפט יכול לערער על החלטתו. **ביהמ"ש:** חו"י השפיטה- ביהמ"ש העליון הוא גם לצדק- בגלל שהוא גם לצדק הוא יכול לשפוט הוראות של נציגי ציבור ולתת צווים לרשויות המדינה- החוקים סותרים. הכרעה: חוק רגיל לא יפגע בחו"י יסוד אלא אם הדבר מתאפשר בפסקת ההגבלה. ריכוך,**ברק**- רק בית המשפט הגבוהה לצדק יכול להתערב, ס'137 לא התכוון להכניס בתוכו את ביהמ"ש הגובה לצדק, ורק את בתי המשפט הרגילים שעליהם הדבר חל.

**ככל שיש סתירה בין שתי הוראות, גם חוק יסוד שאין בו שיריון פורמאלי או מהותי, גובר על הוראת חוק רגילה. בכך הושלמה המהפכה החוקתית, לאור מה שנקבע כל חוקי יסוד נהנים מעליונות, גם ללא שיריון פורמאלי או מהותי.**

השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים

ישנן 3 זכויות חשובות שהוכרו טרם המהפכה החוקתית אך לא נכנסו לחו"י החדשים- חופש הביטוי, חופש הדת והזכות לשוויון. זכויות אלו נשארות במעמד שהיה להן לפני המהפכה החוקתית – בפועל זה אומר שביהמ"ש לא יכול לפסול חקיקה ראשית על סמך זכויות אלו. **לפי המאמר של הלל סומר, 3 תזות שמסבירות למה ניתן להכניס זכויות בלתי מנויות לחוק היסוד:**

1. יהודית קרפ טוענת שיש להכניס זכויות שאינן מנויות מכוח סעיף המטרה הכללי, עיגון על בסיס ערכי מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית.
2. דוב לוין טוען שזכויות היסוד מושתתות על ההכרה בערך האדם, קדושת חייו... הן יכובדו מכוח הסעיף שקורא לכבד את הזכויות מתוך כבוד להכרזת העצמאות. פסקת עקרונות היסוד וההפניה למגילת העצמאות.
3. אהרון ברק טוען בין הזכויות בחו"י כבוד האדם וחירותו מופיעה הזכות לכבוד. ברק מציע שהזכות לכבוד ניתנת להבנה כזכות מסגרת, ממנה ניתן לגזור את כל זכויות האדם. (ס' 2 ו4 בחו"י כבוד האדם וחירותו). הדוקטרינה המובילה והמקובלת כיום.

**טענות וביקורת:**

1. תזות 1+2 - פסקת המטרה ופסקת עקרונות היסוד הן כלי לפירוש זכויות קונקרטיות, לא נועדו לקבוע נורמות משפטיות. הן לא יכולות לשמש בסיס לעיגון זכויות.
2. תזה 3 – כבוד האדם – הפרשנות הרחבה אינה סבירה ואינה תואמת את הפירוש הלשוני הטבעי ואת המשמעות ההיסטורית של זכות זו לפני 1992 (מניעת השפלה). גם בהקשר חוקי היסוד, הפרשנות הזו אינה תואמת את כוונת המחוקק שכן ההסכמה על הזכות לכבוד התבססה על אטומיזציה ופשרה ולכן לא יהיה נכון להכניס זכויות שהיה עליהן קונצנזוס לתוך חוק יסוד שהוסכם ברוב חברי כנסת. הבעיה השלישית שצצה היא הפירוט בסעיפים אופרטיביים, אם הזכות לכבוד היא זכות מסגרת מדוע המחוקק פירט את הזכויות הנגזרות מהזכות לכבוד בסעיפים האופרטיביים?.
3. טענה כללית- הדבר עומד בניגוד מוחלט לכוונת הכנסת. היה מהלך של "אטומיזציה", של פשרה, וחו"י אלו הם תוצר המהלך הזה. ולעשות כעת הפוך לכוונת הכנסת זה לא נכון וגם לא כדאי. משחקי כוחות בין הרשות השופטת לכנסת- הכנסת לא תרצה לחוקק חוקי יסוד כי גם ככה ביהמ"ש יפרש אותם איך שהוא רוצה.

**מה הסטטוס לזכויות יסוד שלא מעוגנות שלא מעוגנות בחוק יסוד? ברק בבנק מזרחי**- למרות שלא מעוגנות בחוקה הן ממשיכות להתקיים על פי מעמדן עד כה- חזקת הפרשנות דרישת הסמכה וכו׳.

**הצעת ברק לא מספקת**- פגיעה בזכויות שלא מעוגנות בחוקה לא יכולות לבטל חוק, אחרי בנק המזרחי השופטים משתמשים בכלים פרשניים כדי לכלול את הזכויות החסרות בחוקי היסוד. למה חשוב:

* להכניס אותם תחת כותרת חו"י כדי שיוכלו לבטל חוק רגיל שפוגע בזכויות האלו.
* פגיעה בזכות שמעוגנת בחוקה דורשת עמידה קפדנית יותר בחזקה הפרשנית וזכות שלא פחות דורשת- הכנסה של הזכויות לחו"י תדרוש רף גבוהה יותר.
* משקל ואיזון- **בהתנגשות מול אינטרס ציבורי לזכות**, בזכות בעלת מעמד חוקי יותר **יהיה קשה לפגוע** מזכות ללא.

תזות לעיגון- איך עושים את זה? (ההצעה שהתקבלה- הצעה מספר 2, בה צידד הנשיא ברק) תזות איך המהפכה החוקתית התרחשה:

* ס'1 לוח"י כבוד האדם אומר כי מטרת החוק היא כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל- מאפשר להכניס עוד ערכים שאנו תופסים כחלק מערכיה של מדינת ישראל כמו שוויון.( כמעט כל הערכים)
* ס'2 ו4 שמדברים על מהו כבוד האדם ניתנם לפרשנות: מצמצמת: מניעת השפלה מרחיבה: כל זכויות האדם נמצאים בכבוד האדם כמו שיוויון ואוטונומיה לכן פגיעה בשיויון פוגעת בכבוד האדם.
* ס'1 לחו"י כבוד האדם מדבר על מגילת העצמאות, הזכויות שמופיעות במגילה יש מעמד חוקתי.

**חולשות נגד הטענות הללו:**

* הזכויות הנכללות בחו"י מפורטות בשאר הסעיפים וס'1 נועד לכלי עזר פרשני- לא ניתן לפרש שכוונת המחוקק היא להכניס את כל הזכויות.
* כוונת המחוקק היתה לכבוד במובן של מניעת השפלה לפי ההיסטוריה החקיקתית ולכן יש לפרש לפי הפרשנות המצמצמת.
* שוב, ס'1 נועד לכלי עזר פרשני ולא דרך לעגן את כל הזכויות כשבאופו מכוון הוצאו.
* באופן עקרוני- לא ראוי לפעול כנגד כוונת המחוקק כשבאופן ברור של פשרה פוליטית של חלוקת הזכויות לכמה חו"י, אי התחשבות ביהמ"ש יכול לפגוע ברצון המחוקק לקדם את המהלך החוקתי בעתיד.
* ראוי להיצמד לכוונת המחוקק ובמקרה זה היא ברורה ואין קושי לבצע מחקר היסטורי למצוא אותה.

הופך לרציו: כאשר ביהמ"ש מבטל חקיקה ראשית בפגיעה בזכויות שלא מעוגנות בחו"י.

* רסלר נ' הכנסת 2012 פעם הראשונה של ביטול חוק בשל בפגיעה בשוויון.חוק טל- מ2002 לא מגייסים בני ישיבות שתורתם אמונתם. רוב השופטים רואים את שוויון כחלק מחו"י כבוד האדם וחירותו ובעלת מעמד חוקתי -צריך להיבדק לפי מבחני פסקת ההגבלה. **סיבוב ראשון**- סמוך לחקיקת החוק יש עתירות: פוגע בשוויון ולא עומד בפסקת ההגבלה. **ברק** סובר כי יש תכלית ראויה בתמיכה בלימודי תורה ובתמיכה בחברה החרדית מידתיות- למרות שקיים פער בין הצפייה למציאות, יש לחכות לתום תקופת הניסיון שכן זהו חוק עם מטרה תהליכית- מציין שאולי בעתיד יתבטל.

סיבוב שני- 2009הוארך משך ניסיון החוק ועתירות בנושא נדחו כדי לאפשר זמן לחוק להראות תוצאות- ביהמ"ש מקציב עוד 5 שנים (לאחר כבר 6 שנים של הארכה) לבחינת החוק. **סיבוב שלישי והביתה 2012**- **מבטלים את החוק שכן הוא לא חוקתי.** **ביהמ"ש**: **ביייניש (רוב)** קובעים כי **אין קשר ישיר בין האמצעי למטרה**- שוויון בחלוקת נטל השירות הצבאי, סותר לגמרי את תפיסת השיוויון באיך שהיא תפסת בחוק. **ארבל וריבלין בדעת מיעוט**- טוענים כי יש לתת הערכה לחוק שכן יש מגמה בכיוון הרצוי. **גרוניס מיעוט נוספת**- בגלל שהחוק התקבל ברוב דמוקרטי בו נכחו גם ציבור חילוני אין מקום להתערבות בג"ץ. בנוסף "לעיסה" חוזרת ונישנת של הנושא בלי התקדמות לא תורמת לתדמיתו של ביהמ"ש.

* חסן נ' המוסד לביטוח לאומי 2012 **ביטול בשל פגיעה בזכות המינימלית לכבוד**. רקע: יש זכויות אדם וזכויות אזרחיות. לרוב לזכויות חברתיות אין מעמד חוקתי. חוק הבטחת הכנסה קובע שלכל מי שיש רכב או עושה בו שימוש קבוע- לא מגיע הבטחת הכנסה. העותרים טוענים כי ס' זה **פוגע בזכות לקיום מינימלי בכבוד באופן בלתי מידתי**. מדינה טוענת שהסעיף הוא במדיניות כלכלית חברתית של המדינה ולא נופל בהגדרה של הזכות לקיום בכבוד- אקסטרה אך לא חובה. בנוסף טוענת המדינה כי בזכויות חברתיות ולא אזרחיות יש לבדוק רק את המבחן הראשון של אמצעי מטרה**. ביהמ"ש:** המדינה מאמצת מודל רחב של הזכות וכי עצם העובדה שהזכות היא חברתית לא מצדיק החלת מודל שיפוטי שונה. ביהמ"ש בודק את החוק לפי מבחני המידתיות וקובע שחזקה חלוטה שלכל מי שיש מכונית לא זכאי לקצבה היא לא מידתית לפי מבחן המדתיות השני, צריך חזקה הניתנת לסתירה במקום חזקה חלוטה. חידוש: פעם ראשונה של פסילת חקיקה ראשית על פגיעה בזכות חברתית ולא אזרחית פוליטית, מכניס את הזכות ליום בתוך חו"י כבוד האדם וחירותו.

המהלך החוקתי- ביקורת שיפוטית הליכית

ביקורת שיפוטית- ביקורת על התוכן של ההחלטה, בדיקה האם התוכן שעולה מן החוק יושב בקנה אחד עם חוקי יסוד.

ביקורת הליכית- בית המשפט בוחן את ההליך שבו התקבל החוק זהו לא בחינה של תוכן החוק, אלא בחינה של איך חוק התקבל מול איך היה אמור להתקבל.

התחום החוקתי במדינה פרוץ באופן יחסי, משום שאין בידינו חוק יסוד: חקיקה. הדבר הקרוב ביותר לפרוטוקול חקיקה שיש לנו הוא תקנון הכנסת, שהוא אינו חוק אלא תקנון שמתקבל בחקיקת משנה על ידי הכנסת, בקנון יכול היו שיש עקרון בלתי כתוב לאיך חוקי יסוד אמורים להתקבל.

חוק ההסדרים הוא חוק ש[הממשלה](https://main.knesset.gov.il/About/Lexicon/Pages/government.aspx) מביאה לאישור הכנסת בכל שנה לצד חוק התקציב, המאגד תיקוני חקיקה רבים שהממשלה רואה צורך באישורם בכנסת כדי ליישם את מדיניותה ותכניותיה הכלכליות. **חוק ההסדרים נבדל מרוב החוקים הנחקקים בכנסת בכך שהוא מקבץ חוקים ותיקוני חקיקה בנושאים שונים. לאחר שהוא מאושר בקריאה הראשונה ומועבר לדיון בוועדות הכנסת השונות, הוא מונח כיחידה אחת על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ולקריאה שלישית.** חוק ההסדרים נחקק לראשונה בשנת ‎1985 כחוק לשעת חירום המשלים את התוכנית הכלכלית לייצוב המשק. הממשלה קיבצה אוסף של חוקים ותיקוני חקיקה בתחומים רבים והביאה אותם לאישור הכנסת כמקשה אחת. מאז, חוק ההסדרים מלווה את חוק התקציב דרך קבע. ​אחד הנימוקים לחקיקתו ​​הוא שעלות יישומם של חוקים שהוא מבקש לשנות או לבטל לא תאפשר עמידה במסגרת התקציב.​​

* ארגון מגדלי העופות 2004 **ביהמ"ש קובע שניתן לבטל חוק בשל פגמים בהליך החקיקה גם אם לא עבר על כלל פורמלי בתקנון הכנסת, וגם אם הם בלתי כתובים.** רקע: חוק ההסדרים פגע באינטרסים של מגדלי העופות לכן עתרו. **ביהמ"ש-בייניש:**קובעת כתנאי להתערבות שיפוטית היא פגיעה ניכרת בעקרון היסוד של הליך החקיקה- בדומה לדברי ברק בלאור, רק שכאן הפגיעה היא בעקרונות הליכיים ולא תוכניים. העקרונות הנפגעים: שוויון, הכרעת הרוב, פומביות, והשתתפות. לגבי ההשתתפות יש שני מובנים: צר- שיש אופציה לכל לחבר כנסת במליאה הצביע בהליך החקיקה. והרחב- לכל חבר כנסת תהיה האופציה לגבש עמדה ביחס להצעת החוק. השאלה האם נשלל מחברי הכנסת את הזכות להשתתף? לא, נאמר שלא נשלל מחברי הכנסת אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים או לגבש עמדה, ולכן ביהמ"ש לא מתערב. (בייניש 30) יש להבדיל בין הרצוי למינימום הנדרש- יתערב רק שלא מתקיים המינימום הנדרש.

מאז מגדלי העופות 13 שנים לא היה ביטול מטעם בית המשפט של חוק מטעם פגמים בהליכים. דוגמא:

* ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים יו"ר וועדת הכספים ביצע מניפולציה בסדר הדיון ובמועד ההצבעה כדי למנוע מחברי הוועדה המתנגדים לתקנות לנכוח בהצבעה. היו"ר הודה אך טען שפעל במסגרת סמכותו לפי התקנון, וכי "כל עוד אין חריגה מהוראות הדין המפורשות, יש לראות בפעולות אלו חלק מתכסיסים לגיטימיים של הזירה הפוליטית"(פסקה 4). **ביהמ"ש** **ברק-** למרות כי נראה שהיה פגיעה בעקרון יסוד החקיקה ברק דוחה את העתירה וטוען שמדובר בהליך מנהלי חקיקתי מובהק שלא מצריך התערבות שיפוטית רחבה. פס"ד זה מראה כי ביהמ"ש לא עושה שימוש בהלכות מגלי העופות.
* בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' הכנסת: פעם ראשונה שביהמ"ש מבטל חוק ע"ב ההליך הפרוצדוראלי ולא ע"ב התוכני. העובדות: **חוק מס' דירה שלישית** נכלל בחוק ההסדרים. הטענה היא **לפגם שנפל בהליך החקיקה** בעת הקריאה השנייה והשלישית. הנוסח העדכני הופץ ב21:02 ההצבעה הייתה לקראת חצות – לא היה זמן ללמוד אותה כמו שצריך להצבעה. לאחר קבלת הצעת החוק ביקש יו"ר הכנסת מיו"ר ועדת הכספים לכנס מחדש את הוועדה אך האחרון סירב. סולברג: **הביקורת השיפוטית היא לא נגד הכנסת אלא בעדה**. משתמש במבחני בייניש מפס"ד מגדלי העופות. ביקורת שיפוטית על הליך חקיקה **מחזקת את הכנסת** ומהווה משקולת מאזנת כנגד הרשות המבצעת. בזכות לדעת על מה מצביעים (עקרון ההשתתפות) –אין חריגה. הפגם העיקרי הוא בשלב הדיון בוועדה שם לא התבצע דיון מעמיק ורציני ולא הייתה אפשרות מעשית לגבש עמדה וע"כ יש לפסול. הפגם ממוקד רק בשלב הדיון ולכן אין הצדקה לבטל את כל ההליך אלא רק את הדיון בוועדה. מזוז**:אפשר לפסול גם במקרה של פגיעה בנורמות לא כתובות בהליך החקיקה – אבל רק במקרים חריגים ונדירים.** נורמות שקשורות לזכויות אדם וערכים – מנוסחות בשפה כללית שמחייבת פרשנות מתאימה לנסיבות המקרה. נורמות מוסדיות-דיוניות (כללי המשחק של הדמוקרטיה) **– פרשנות מצומצמת**. השימוש בפרשנות מוגבל שבמוגבלים. ביקורת חוקתית על פגיעה בערכי יסוד לא כתובים כשמדובר בנורמות מוסדיות-דיוניות – **מצומצמת**. לדעת מזוז הפגמים אינם עונים על המבחן המחמיר כפי שנקבע במגדלי העופות ופסילת החוק תהיה פגיעה בהלכת מגדלי העופות.

התקדים של סולברג, יוצר אוביטר שהופך לרציו: **בפעם הראשונה פוסל בית המשפט חוק בשל פגם בהליכי החקיקה על סמך עקרון יסוד שלא היה כתוב (זכות ההשתתפות) . את אותו הרציו ניתן להרחיב ולהביא לפסילה של חוקים, בין אם בשל תוכן או הליך חקיקה, בגלל עקרונות שניתן יהיה להגדירם כ"עקרונות יסוד" לא כתובים.- נותן ביסוס לדברי ברק בפרשת לאור.**

חוקי היסוד כחוקה

איך מזהים חוקה?

* בנק מזרחי 1995 **שמגר** (צורניות)-בחינה מבחינת כותרת, נוקשות, שריון מהותי, תהליך קבלה ייחודי. **ברק** (מהותיות)- האם כל חוק שכותרתו היא חוק יסוד הוא חלק מהחוקה?, האם חוק שמהותית צריך להיות חוק יסוק אבל אינו תואם צורנית הוא חוק יסוד?
* פרשת בר און 2010רקע: חוק יסוד: תקציב המדינה האומר כי התקציב יהיה חד שנתי, הכנסת חיקקה הוראת שעה בתוך חוק היסוד על מנת שהתקציב יהיה דו שנתי. **החוק המקורי הוא ללא שריון** (חוק שותק), הממשלה חוקקה אותו כחוק יסוד על מנת שלא יהיה ניתן לבטלו. השאלה המשפטית: **האם הוראת השעה אכן נחשבת כחוק יסוד?** נבחן לפי זיהוי של החוק כצורני, מהותי או שניהם. והאם השימוש בהוראת השעה פוגמת בתוקפו או במעמדו כחוק יסוד? **ביהמש: ביניש** מציינת שיש יתרונות לבחון מבחן משולב (צורני ומהותי), זה יגביל ניצול ושימוש לרעה של הכותרת ״חוק יסוד״. החסרונות הם מתח בין הכנסת לבית המשפט, כיוון שבית המשפט קובע האם התוכן של החוק מתאים להיכלל בחוקה. במקרה זה אין סיבה להכריע כיוון **ששימוש במבחן המשולב מוביל למסקנה כי זה הוא חוק יסוד**. בעצם מבחן זה נותן עוד כוח וסמכות לבית המשפט, הוא גם **קובע איזה חוק נכנס לחוקה ואילו עניינים לא יכולים להיכנס לחוקה**, זה משנה את מערכת היחסים בין הכנסת כגוף מכונן לבית המשפט.

​​בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו

איך מבדילים בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו?

* פס"ד תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (2010) חוק יסוד מקרקעי ישראל קובע בסעיף 1 שהעברת הבעלות במקרקעי ישראל לא תועבר. סעיף 2 קובע שסעיף 1 לא יחול על סוגי עסקאות ומקרקעין שנקבעו בחוק. הכנסת מעבירה תיקון לס'7 לחוק ,ומגדילה באופן משמעותי את מסת הקרקעות העירוניות שניתן להעביר במכר. העותרים טוענים שהתיקון משנה או לכל הפחות פוגע בעקרון שנקבע בסעיף 1 שנקבע לחוק היסוד. אם זה שינוי, הוא שינוי שנעשה בחוק רגיל ולא בדרך של חוק יסוד כמו שהיה צריך. פס"ד בנק המזרחי נאמר **שחוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו. פגיעה היא יותר ספציפית ונקודתית, היא כרסום של העיקרון. עם זאת, פגיעה יכולה להפוך לשינוי.** **ביהמ"ש:** בייניש- התיקון מרחיב את היקף הקרקעות , אך לא משנה את העיקרון המרכזי שבחוק היסוד, יתרה מזאת, בייניש אומרת שאין פגיעה מכיוון שחוק היסוד עצמו מאפשר פגיעה בו(ס'2 לחוק).

איך ניתן לשנות חוק יסוד ואיך ניתן לפגוע בו?- שינוי ופגיעה בחוקים שותקים

* בנק המזרחי - **ברק** : **שינוי-** שילוב- חו"י אחר וצריך הסמכה. דוגמה- חוק יסוד הכנסת שדורש רוב מוחלט- צריך גם שינוי ע"י חוק יסוד חדש וגם עמידה בשריון. **פגיעה**- חו"י ללא פסקת הגבלה- דורש להשאיר את חוק יסוד כבוד האדם בעיון, משום שיש בו שיריון, אך לא פורמאלי יש צורך לקבוע את מעמדו. **שמגר:** **שינוי**-רק בחקיקת חוק יסוד חדש. **פגיעה:**. אי אפשר לפגוע בחוק יסוד אלא רק על ידי שינוי של חוק היסוד על ידי חוק יסוד אחר. (שמגר ברק ושופטים אחרים אחריהם בקביעו אלו מציירים באופן פרשני את חוק יסוד החקיקה)
* חירות **:** בפס"ד חירות, משום שאין פסקת הגבלה בחוק יסוד השפיטה, לא ניתן לחרוג או לפגוע בחוק יסוד זה, ומכאן שבג"צ יכול לדון בעתירות. **אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בחוק יסוד, רק במסגרת פסקת ההגבלה**.
* הופנונג- פגיעההעובדות: תיקון 18 לחוק מימון מפלגות פוגע בעקרון השוויון כפי שמעוגן בס' 4 לחוק יסוד: הכנסת. **ביהמ״ש**:**גרירת פסקת ההגבלה שבשני חוקי היסוד גם לחוק יסוד אחרים. זמיר**: אפשר להשתמש בפסקת ההגבלה גם לזכויות אחרות (במקרה זה לזכות לשיויון שנובעת חו"י כבוד האדם וחירותו), בוחן את הפגיעה בשיוויון המהותי לפי מבחני פסקת ההגבלה) **ברק:** ברק בעד להביא את פסקת ההגבלה גם לחוקי יסוד אחרים. גם בארה"ב יש מגילת זכויות ואין פסקת הגבלה. ובית המשפט האמריקאי פיתח סוג של פסקת הגבלה. **פסקת ההגבלה לא קובעת האם נפגעת זכות, אלא היא בודקת וקובעת מתי לגיטימי לפגוע בזכות.** בעצם ברק יוצר מצב, שבחוק יסוד שותק פגיעה תתקיים רק אשר היא עונה על פסקת ההגבלה שבחוקי יסוד אחרים, או פסקת הגבלה שתיוצר במטרה לחוק יסוד זה.
* מופז נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית **- פגיעה** עתירה כנגד תקופת הצינון לרמטכ"ל הקבועה בחוק יסוד הכנסת- מופז טוען שיש פגיעה בשיוויון באבחנה בין קצינים בכירים ללא**. ביהמ״ש**: מצא מיישם את שיטת ברק בהופנונג ודוחה את העתירה גם מכיוון שאין פה פגיעה בשוויון, וגם אם יש היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הוא משתמש בפסקת ההגבלה למרות שחו"י הכנסת הוא חוק שותק. **העתירה נדחית, מצא מיעוט בהקשר של פסקת ההגבלה, השופטים האחרים מעבירים על סמך הבחנה מותרת לעומת אפליה פסולה.** מה עניין פסקת ההגבלה לכאן? פסקת ההגבלה משהפכה לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת ההגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו.
* בג"צ 3166/14 גוטמן נ' היועמ"ש - פגיעה עתירה כנגד העלאת אחוז החסימה בשל היותו פוגע בשוויון הבחירות. ההעלאה התקבלה ברוב של 61 כפי שדורש השריון הפורמלי. העותרים טוענים שיש פגיעה בעקרון היחסיות וכי שיש להחיל גם שריון מהותי בחו״י הכנסת- פסקת ההגבלה**. ביהמ"ש:** חיות אומרת שזה רעיון מעניין אך אין לה צורך להכריע שכן התיקון עומד גם בשיריון המהותי. **יש רמיזה ששיריון פורמלי אינו מספיק וצריך גם שריון מהותי אפילו שזה לא מצוין בחוק**. **העתירה נדחית, הפגיעה שנעשתה עומדת בפסקת ההגבלה למרות שאינה קיימת בחו"י הכנסת.** נראה שחיות סבורה שלא מדובר בדרישות מצטברות: במקרה של פגיעה תחול מפסקת ההגבלה בלבד ללא צורך בשריון. מצורפות שלוש הנחות:
1. שריון מספיק לפגיעה בסעיפי חוק יסוד
2. שריון לא מספיק ויש צורך גם בעמידה בפסקת ההגבלה
3. כאשר הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה, אין צורך לעמוד בדרישת השריון.

העיקרון של פסקת ההגבלה היא במטרה לשמור על כוונת המחוקק השופטים יצרו מנגנון לפגיעה לחוק יסוד שותק כי לא הגיוני שלא יהיה ניתן לפגוע בו.

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

**בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים** עתירה כנגד הפרטת בתי הסוהר. **ביהמ"ש: בייניש** משאירה בצריך עיון האם ניתן להחיל את מבחני פסקת ההגבלה גם על חוקי יסוד שעוסקים בכללי המשחק (עד עכשיו זה נעשה רק בחו"י הכנסת שהוא אמנם עוסק בכללי המשחק אך זה נעשה על ההיבט של זכויות שבו- שיווניות בבחירות). **לוין** אומר שמותר להפעיל פסקת ההגבלה גם כשאינה נמצאת, גם על עקרונות ציבורים ולא רק פרטים. לרשות שופטי הרוב עמדו שני בסיסים אפשריים לפסילת ההפרטה של סמכות הכליאה:

* מישור מוסדי- אחריות הכליאה מופקדת בידי הרשות המבצעת ואינה לה סמכות להפריטם.
* מסלול זכויות אדם- שבכלא פרטי בגלל עניין הרווח הכלכלי, בוודאות יפגעו זכויות אדם במידה בלתי מוצדקת.

בכל מקרה שבו חוקי היסוד מופיע סעיף שנוגע לזכויות אדם, יש צורך בפסקת הגבלה. עד היום לא ניתנה תשובה חד משמעית, בנוגע להחלת פסקת הגבלה להוראת חוק חוקתית שלא נוגעות לזכויות אדם.

שינוי חוקתי או לא חוקתי

* בר-אוןרקע: חוק יסוד משק המדינה הוראת שעה המשנה את התקציב כך שיתקבל אחת לשנתיים. כבר כמה שנים הכנסת עושה הוראות שעה לחו"י התקציב כך שיהיה אפשר להעביר תקציב דו שנתי. **ביהמ"ש:** בייניש **רומזת שניתן לפסול חוקי יסוד אם אינם עומדים במבחן המהותי. דוקטרינת תיקון חוקתי לא חוקתי.** בהנחה שחוק יסוד הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד, האם יש מקום לפסול אותו משום שהוא משנה את מאזן הכוחות בין הכנסת והממשלה בהליך אישור תקציב? **האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם(תיקון חוקתי שאינו חוקתי).** יש מדינות, כדוגמת הודו, בהן בית המשפט פסל תיקונים לחוקה מן הטעם שהם פגעו ב"מבנה הבסיסי של החוקה". **התנאי להגיד שינוי חוקתי לא חוקתי, צריך להיות שינוי או פגיעה בעקרונות היסוד החיוניים למדינה. שינוי על ידי חוק יסוד שפוגע פגיעה קשה בחוק יסוד מהותי לבסיסה של המשטר הדמוקרטי, לא יכול לעבור.** המקרה שלפנינו אינו מקרה כזה.
* בג"צ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת הממשלה מעבירה את **חו"י הוראת שעה** שיאפשר שינוי בתדירות של שינוי התקציב, שקבוע **בחו"י משק המדינה. ביהמ״ש** במקרה זה, לא פוסל את התיקון ה-5 ולא פוסל את התקציב, אלא מוציא התרעת בטלות- אם הכנסת תשנה את התיקון בפעם השישית ותשתמש לרעה בכלי של חוק יסוד, בית המשפט יפסול את התיקון**. ביהמ"ש** **טוען שיש שימוש לרעה בהגדרת הורא שעה כחוק יסוד וכך אין לו תוקף חוקתי והוא מבוטל.** אם נעשה שימוש לרעה לחוק יסוד במבחינה הצורנית שלו, האם יש הכרח לשנות את המבחן לשלב של פורמאלי ומהותי ממבחן פורמאלי? בית המשפט שהוא משתמש בתיקון חוקתי לא חוקתי, הוא לא קובע כי התיקון במעמד חוק רגיל, אלא לא קובע סטטוס חדש לתיקון. **מכאן והילך, בדוקטרינה של שימוש לרעה נעשה שימוש ובדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי לא נעשה שימוש.**

שימוש בחוק יסוד לרעה- כאשר משתמשים בחוקי היסוד לרעה ובכוח שלהם- לדוגמה הוראת שעה/ לדוגמה שמישהו באופן ספיציפי בבחירות האלו לא יכול לבחור**. תיקון חוקתי לא חוקתי**- אומר אם חוק היסוד עצמו לא מתאים להיות בחוקה שהוא סותר נוגד את העקרונות החשובים ביותר בחברה כמו דמוקרטיה.( כל מי שג'ינג'י לא יכול להצביע).

* שפיר נגד הכנסת:ברק-ארז וחיות: **יש לבחון לפי מבחן הזיהוי לקביעה האם מדובר בשימוש לרעה: (1) יציבות – לפי מבחן זה, יש לשלול חקיקת יסוד ארעית במתכונת של הוראת שעה. (2) כלליות – הסדר חוקתי לא יכול להיות פרסונלי או קונקרטי.** סולברג: **המבחנים של שימוש לרעה בסמכות המכוננת מכניסים את ביהמ"ש לזירה הפוליטית בכך שהם לוקחים אותו יותר מידי לפן התוכני -שימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, פלישה שיפוטית לסמכות המכונן.**

מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות

היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת

הכנסת פועלת בכמה מישורים:

1. התעסקנו במישור החוקתי של הכנסת- חקיקת חוקי יסוד, מעמדם והתערבות שיפוטית של ביהמ"ש.
2. הכנסת מנהלת את ענייניה הפנימיים- כל מה שקשור לאופן שבו הכנסת מתנהלת.
3. שפיטה- הכנסת גם שופטת ומצבעת הליך בעל אופי שיפוטי לחבריה (הסרת חסינות חברי הכנסת- באקט שלעצמו בעל אופי שיפוטי, ועדת אתיקה, הטלת סנקציות על חברי הכנסת).

נתעסק מעתה והלך בשינוי במידת הנכונות של ביהמ"ש במישור החוקתי של הכנסת ולמדיניות הפנימית והשופטת של הכנסת.

* בצול נ' שר הפניםרקע: חוק האוסר גידול חזיר מלבד אזורי גידול בשטחים מסוימים שרובם אזורים נוצרים שלא רוצים לכפות אליהם חוקים יהודיים. הסימון של השטחים אושר על ידי שר הפנים והונח במשרדים של הממונים על הישובים האלו. בעת חקיקת החוק המפות לא היו מונחות. העותרים טוענים כי החוק התקבל על רקע של טעות ולכן צריך לבטלו. **ביהמ"ש:** השופטים **ברנזון וזילברג**- **גם אם המחוקק מסתמך על הנחה מוטעית לא תפקיד ביהמ"ש לבדוק את העובדות או הטעות והחוק חל.-** ריבונות הכנסת, זוהי תפיסת ביהמ"ש בתחילת הדרך.

**מסורת אנגלית**- מסורת מרוסנת, עד כמה בית המשפט יכול להתערב, דעה זו מבטיחה יותר את החלוקה החדש בין שלוש הרשויות. **מסורת אמריקאית**- הסוברת כי עד כמה שהמחוקק מצטט עובדות, זהו לא חוק, ובתי המשפט אינם חייבם להכיר בהן.

* פלאטו שרון נ' ועדת הכנסתרקע: מערכת בחירות שרון רץ לכנסת ונבחר, הוא מורשע בביהמ"ש השלום בשתי עבירות ל9 חודשים, והוא מערער על גזר דינו. ועדת הבחירות מחליטה להשעות אותו מכהונתו עד שפסק דינו יהיה סופי. השאלה המשפטית: האם לבג"ץ יש סמכות להתערב בהחלטת הועדה? (על פירוש של ס'42ב' לחו"י הכנסת) **ביהמ"ש:**
1. **יש סמכות לבג"ץ מס'15ד'2 לחו"י השפיטה**- בג"ץ יכול לשפוט על מעשה ועדת הכנסת ואין חריג בחוק לשום גוף ציבורי כזה או אחר.
2. האם הנושא שפיט: שאלה שפיטה היא אם היא מעוררת עניין או סכסוך. מי קובע אם קיים? **המשפטן יכול עם השנים להבחין מתי קיים עניין או סכסוך בעניין הנידון.**
3. החלטה מעין שיפוטית: בגלל **שהכנסת עשתה החלטה שיפוטית** במובן מסוים זה עניין שפיט ע"י ביהמ"ש להכרעה.
4. חריגה מסמכות: **הכנסת חרגה מסמכותה במעין שפיטה שעשתה**, אם היה בעיה בשיקול הדעת ביהמ"ש לא היה מתערב אבל הוועדה פעלה במקרה זה בחוסר סמכות.

**חשיבות- כאשר מקרה הוא מעיין הכרעה שיפוטית וחורג מהסמכות- ביהמ"ש (רק בהצטברות שניהם) רשאי להתערב בהחלטות הכנסת.**

**לנדוי מיעוט-** חולק על המסקנה: גם מטיל ספק בסמכות ביהמ"ש להתערב בהחלטות הכנסת בצורה כזו עד הקמתה של חוקה, וכי היועץ המשפטי לממשלה לא הגיש תביעה או קיבל תביעה על העניין ולכן לא יכול להגן על עצמו.

* שריד נ' יו"ר הכנסתרקע: יו"ר הכנסת דחה את מועד לדיון לא לפי תקנון הכנסת כדי להציל את הקואליציה שיכלה להפסיד בהצבעה מבחינת כמות האנשים. יו"ר הכנסת בתגובה טען כי דחה לפי התקנון ובגלל יום זיכרון לדוד בן גוריון. שאלה משפטית: האם ראוי שביהמ"ש ידון בסמכויות שיש ליו"ר הכנסת? והאם בכלל ראוי (לא מכוח הסמכות) שנושא זה יהיה שפיט שכן הוא חלק מכללי המשחק הפנימיים של הכנסת והממשלה- עקרון הפרדת הרשויות הוא לא בטוח אם להתערב**. (ברק) נפסק**: בתור הערת אגב- רק פגיעה מהותית בערכים המהותיים של שיטתנו הדמוקרטית מצריכים התערבו של בג"ץ כי יש פגיעה בזכות של חבר כנסת. כל עוד העניין נוגע לדיון הפוליטי עצמו, ביהמ"ש לא מתערב חשיבות: 1) הרחבה של הלכת פלאטו שרון- **לא רק הליך מעין שיפוטי אלא גם מקרים של הליכים פנימיים של הכנסת**. 2) הרחבת היקף הביקורת השיפוטית ביחס להליכים פנימיים. לא רק חריגה מסמכות. 3) קביעת אמת מידה להתערבות בהליכים פנימיים : פגיעה במרקם החיים הפלמנטרי ועקרונות היסוד של משטרנו.
* סיעת כך נ' יושב ראש הכנסתרקע: ס'36 (א)- כל סיעה יכולה להציע אי אמון. יו"ר הכנסת מחליט- סיעת יחיד לא יכולה להגיש אי אמון בגלל שסיעה הכי קטנה יכולה להיות מ2 ומעלה. כך עותרים. המדינה- ועדת הכנסת שהיא הפרשן המוסמך של תקנון הכנסת צידדה בהחלטה זו נוהג זה פלמנטרי, עניין לא שפיט- בעל אופי מנהלי, פנים פלמנטרי, קביעות של הכנסת כלפי עצמה. מבחן שריד מעורפל מדי- יש להתערב רק אם ההליך פנים פלמנטרי חרג את את הסמכות הפונקציונלית של מבצעו. **נפסק:** 1) פרשנות- סיעת יחיד היא סיעה, **ביהמ"ש הוא הפרשן העליון של החוק לשאלת הפרשנות והוא המכריע והקובע.** 2) לגבי הנוהג- **בגלל שבתקנון הכנסת יש הסדר מסויים, נוהג לא יכול להחליפו. ואין בסמכות של ועדת הכנסת לקבוע נוהג בניגוד לתקנון הכנסת**. 3) לגבי מבחן שריד, ביהמ"ש בתגובה למבחן אותו המדינה הציע אומר שעדיף מבחן שריד שהוא גמיש יותר, ביהמ"ש החליט להתערב בהחלטה זו של ועדת הכנסת בטענה כי יש פגיעה ביסודות הפלמנטרים. **מבחן שריד הופך לראציו.**
* פנחסי נ' כנסת ישראלרקע: היועמ"ש הגיש בקשה לנטילת חסינותו של ח"כ פנחסי. וועדת הכנסת דנה בבקשה והחליטה להציע לכנסת להסיר את חסינותו של פנחסי. הכנסת החליטה ליטול את חסינותו של פנחסי. פנחי עותר: 1) בגלל שהוא חבר כנסת יש לו חסינות מהותית - עד הרשעה אין אפשרות ליטול ממנו את החסינות.2) יש פגמים מהותיים בהחלטות ועדת הכנסת - לכן צריך לבטלם 3) פגמים דיונים- לא היה חומר דיוני בפני המליאה שעל בסיסו התבקשה הסרת החסינות. **נפסק**: דחה את 2 הטענות הראשונות ובדבר טענת החומר הדיוני ביהמ"ש קיבל אותה ברוב דעות כי לא היה תשתית עובדתית מינימלית. **בגלל שהחלטת הכנסת היא מעיין שיפוטית יש ביקורת של ביהמ"ש על הליכים פנים פלמנטרים אלו.** ההצדקה לביקורת הכנסת היא **שבנטילת החסינות יש פגיעה בזכויות חבר הכנסת כזו שמשפיעה על פעולות הרשויות האחרות כלפיו.**

**חשיבות: אבחנה נחרצת בין ענייני ניהול פנימיים והליכים מעין שיפוטיים, בעיקר כשמדובר בהסרת חסינות.**

* מח'ול נגד הכנסת **העתירה נדחית.** העותר מחה על יחסה של הממשלה כלפי המצילים השובתים תוך אמירת גידופים ואמירות חריפות. הוא הועלה לוועדת האתיקה ולא טען מולה. החליטה הוועדה פה אחד לשלול את זכותו של העותר לקבל רשות דיבור במליאת הכנסת ובוועדותיה למשך עשרה ימי ישיבות. ברק**:** ביהמ"ש יטה פחות להתערב בהחלטות ועדת האתיקה כי החלטותיה נוגעות יותר **לעניינים הפנימיים של הכנסת,** למרות שזהו הליך מעין שיפוטי שיקול הדעת של ביהמ"ש הוא מצומצם. החסינות העניינית לא מגנה מפני סנקציות של וועדת האתיקה של הכנסת שכן זהו הלך פנים פרלמנטרי. צמצום של הלכת פנחסי.
* התנועה לאיכות השלטון (אדלשטיין) **רקע:**61 חברי כנסת מבקשים להעלות הצבעה לבחירת יו"ר חדש, יולי אדלשטיין מהכן מכוח עקרון הרציפות. הבקשה היא ביום השבת הכנסת והזמן הנתון לכך היא עד כינון הממשלה (צריך לבחור). אדלשטיין מחליט כי לא לעשות את ההצבעה באותו היום מכיוון שאפשר גם עד כינון הממשלה וטוען כי בחירות יו"ר יכולה למנוע הקמת ממשלת אחדות. היועץ המשפטי לכנסת: נכון שליו"ר מותר להחליט מתי תתבצע ההחלטה, אבל בגלל שהוא מכהן בגלל עקרון הרציפות זהו פיקדון זמני ושיקול דעתו של אדלשטיין מצומצם. **אך לא חושב שראוי שביהמ"ש יתערב. ביהמ"ש:** נכון שהעניין נתון לשיקול דעתו של יו"ר אך במקרה זה **יש צורך להתערבות ביהמ"ש ועל אדלשטיין לקדם את ענייין הבחירות בהקדם האפשרי.** בישיבת הממשלה הבאה אדלשטיין התפטר מתפקידו- ההתפטרות נכנסת לתוקף 48 שעות אחרי. בעקבות הימנעות אדלשטיין (הוא התפטר) לקבוע תאריך - עתרה עמותה לבג"ץ לכפות על אדלשטיין עד שהוא מתפטר לקבוע תאריך. **ביהמ"ש-** מינה את הוותיק בח"כים לפנות לוועדה המסדרת ולכנס מליאה לבחירות יו"ר חדש וסדר יום חדש. התערבות בוטה של ביהמ"ש בהתנהלות הכנסת.

תקנון הכנסת ומעמדו

ס'19- לחו"י הכנסת אומר כי הכנסת רשאית לקבוע את סדרי עבודתה- אם היא לא קובעת אז לפי התקנון– אם לא נקבע בתקנון אז לפי הנוהג.

* נמרודיעותרים: חובת הועדה להזמין את העותרת מכיוון שהחוק שנחקק יפגע באותה עותרת. מכיוון שלא הוזמנה נפל פגם בהליכים ולכן דין החוק להתבטל. כשהולכת להתקבל החלטה שעומדת לפגוע באדם ספציפי, זכותו של האדם להשמיע את קולו לפי קבלת ההחלטה. טענה זו מעוגנת בסעיף 106 לתקנון הכנסת**. נפסק:** העתירה נדחתה- אין חובה של שמיעה אינדיבידואלית של כל הגורמים שרלוונטיים לחקיקה. עקרוני אם היה חייב להזמין אותה, כאשר חוק נוגד את תקנון הכנסת ניתן לפסול חוק בשל אי עמידתו בדרישות התקנון. **חידוש: כביכול, תקנון עשוי במקרים מסוימים לגבור על החוק. כלומר, על החוק לעמוד גם בתנאי התקנון.** לרוב ביקורת שיפוטית תתאשר רק ל**אחר קבלת החוק**, רק בפגם חמור שנופל בהליך החקיקה יש הצדקה לביקורת שיפוטית **לפני חתימת החוק**, בשל הרצון למנוע הטעיית הציבור. **אם נפל בכל אחד משלבי הליך קבלתו של חוק פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לידי חקיקה וביהמ"ש מוסמך בתקיפה ישרה/עקיפה להכריז על בטלותו.**
* **ישירה /עקיפה:** ביקורת שיפוטית אפריורית- מתערבים לפני שהחוק מתקבל. ברק אומר שלרוב לא ייעשה שימוש בכלי זה, אך יכולים להיות חריגים. גישה זו פחות מקובלת במדינות בהן מתקיימת ביקורת שיפוטית.
* ביקורת שיפוטית א-פוסטריורית- מתערבים רק לאחר שהחוק נתקבל.
* כהנא נ' יו"ר הכנסת (הראשון) **העתירה התקבלה** יו"ר הכנסת סירב לקבל 2 הצעות חוק של כהנא בטענה שהן גזעניות. לטענת כהנא החלטה זו חורגת מסמכות ופוגעת באורח החיים הפרלמנטרי. ברק- סמכות היו"ר לא לאשר הצעת חוק היא בשיקול דעת, והוא מוגבל לאור כללי ההגינות, תו"ל, סבירות, היעדר שרירותיות ואיסור הפליה. מטרת בחינת הצעת החוק ע"י היו"ר היא להוות מנגנון סינון ובקרה שההצעה בנויה צורנית ותוכנית כראוי. **הסמכות אינה כוללת ביטול ה"ח בשל הסתייגות פוליטית או חברתית.** ועתיד לבוא- ביהמ"ש מקבל את העתירה בגלל ס'134 בתקנון הכנסת, אך הם רשאים לשנות סעיף זה בתקנון ואז לביהמ"ש לא יהיה עמדה בנושא. האם באמת לא הובעה כל עמדה? האם באמת לא ראוי שתובע כל עמדה? יושב ראש הכנסת וסגניו לא יכולים לסנן מראש הצעות שאם יתקבלו יעמדו בניגוד לעקרונותיהם.**ודאי שאין סמכות שכזו נתונה נשיאות הכנסת בהעדרה של חוקה פורמלית ונוקשה**
* כהנא נ' יו"ר הכנסת (השני) **העתירה נדחית** הוסף לתקנון הכנסת סעיף שיו"ר הכנסת לא יאשר הצעת חוק גזענית או שוללת את קיום המדינה. כהנא דורש לבטל כי זה הסדר ראשוני שצריך להיעשות בחקיקה ראשית. שמגר- **מאפייני תקנון הכנסת:** 1. אופיו כשל חקיקת משנה. 2. מסדיר סוגיות שעניינם פנים פרלמנטריות. 3. נתון לביקורת שיפוטית. יש לפעול בריסון בכל הנוגע לכניסה לתחום הפעלת הסמכות הפנים פרלמנטרית שהיא בגבולות התקנון( הלכת שריד). **כאשר רשות מרשויות הכנסת מקבלת החלטה שבתחום סמכותה, לא יתערב בימ"ש בשיקו"ד חברי בית הנבחרים**. אלון- המבחן אינו ברור, אין סמכות שיפוטית לבית המשפט חשש לפגיעה במערכת יחסים בין המחוקק לבית המשפט- הופך את בית המשפט למתערב בעניינים פולטים. ניתן להתערב רק בחריגה מסמכות.

האם בית המשפט היה מקבל הוראה בתקנון שהייתה שוללת באופן גורף אפשרות להצגת הצעת חוק פרטית?

**במקרה שלנו מפלים בין הצעת חוק אחת לשנייה, כשהנושא שעל הפרק אינו יכול לפסול את רשימה מלהתמודד. זו שאלת אחת לגמרי מהדוגמה שנותן בית המשפט!**

חלוקת העבודה בין הרשות המחוקקת למבצעת

* פרשת רובינשטיין **העתירה התקבלה** עתירה נגד החלטת שהב"ט לתת פטור גורף לבני ישיבות. בסמכות שר הפנים לתת פטור נקודתי ולא גורף. **ברק-** החלטת השר פוגעת בשוויון ללא סמכות. הוא עושה זאת כהסדר ראשוני- דבר שניתן להיעשות רק ע"י המחוקק ולא הממשלה( חקיקה). נדרשת הסמכה מפורשת בחוק. כך ברמה התחתונה, יש הסדרים בעלי אופי ראשוני, שצריכים להיחקק בחקיקה ראשית. לא ראוי כי עניינים בעלי אופי ראשוני יוסדרו על ידי מחוקק המשנה, הרשות המבצעת. חשין- גם אם היה מדובר בחקיקה ראשית ההחלטה לא הייתה עומדת כי גם המחוקק מוגבל ביכולתו לפגוע בשוויון. **החידוש: מהפכת 1992 חידדה את המדרג הנורמטיבי- הסדרים ראשוניים ומשניים, כעת משנוספה חוקה בראש הפירמידה**. חוקי היסוד שדרגו את כלל ההסדרים הראשוניים. בנוגע לזכויות הוא חזקה חלוטה, בנוגע לשאר הדברים ניתן לקבוע הסדרים ראשוניים גם בחקיקת משנה אם יש הסמכה מפורשת (גרוניס במרכז האקדמי).

ברק אומר שעד 92 המחוקק יכל להעביר את המסכות לשר הפנים, אך מ92חוקים אלו חיזקו את כלל ההסדרים הראשוניים וקיבל משנה תוקף, מחקיקית חוקי היסוד שמעגנים זכויות, ההיררכיה נהייתה יותר נוקשה וחזקה כך שכעת יש הקפדה יתרה על המצב הרצוי. מכאן והילך, אף פעם לא יוכל להיות מצב שהרשות המבצעת תחוקק חקיקה בעלת אופי ראשוני? או שצריך הסדרה על ידי הכנסת? **האם הכלל הוא בחזקה חלוטה או חזקה הניתנת לסתירה?**

* המרכז אקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראלעתירה בעניין ייצוא הגז. בין היתר עוסקת בשאלה האם יש לכלל ההסדרים הראשוניים מעמד חוקתי. אין הכרעה שלגרוניס אך הוא מביא את דעת ברק שסובר שכן מכוח חוקי היסוד בדבר זכויות האדם או מכוח ס'1 לחו"י הכנסת. גרוניס כן מעלה נקודה שיתכן שצריך לעשות אבחנה בין הדרים רשוניים הפוגעים בזכויות אדם לבין כאלו שאינם.(דעתו של ברק).
* ארגון מגדלי העופות נגד ממשלת ישראל **חוק ההסדרים-** פעם היה רק למתכונת חירום אבל עכשיו משתמשים בו כמנגנון יעיל מחקיקה רגילה- דיון אחד על הכל. במקרה זה התיקון מנהיג רפורמות מבניות בהסדרתם של כמה ענפי חקלאות. **בייניש** מדברת על צורת חקיקה של חוק ההסדרים. צורת החקיקה היא מעין "חקיקת סל" המאפשרת לממשלה להעביר חוקים רבים ומגוונים בבת אחת תוך הפעלת משמעת קואליציונית ובכך למנוע עבודה אפקטיבית של הפרלמנט. לדעתה בשל הפרת האיזון בין הכנסת לממשלה שנגרם בהסדר שכזה יש להימנע ממנו ככל האפשר.

חסינות חברי הכנסת

חסינות עניינית-סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת: ח"כ לא יישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל הפעולה משפטית, בשל הצבעה, או הבעת דעה בעל פה או בכתב או בשל מעשה, בכנסת או מחוצה לה, אם היו במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת. סעיף קטן ג- החסינות תהיה גם אחרי שחדל להיות חבר כנסת. **החסינות העניינית מגינה על מעשים שעשו ח"כ בתפקידם**. בג"צ קבע שתפקידם כולל רק מעשים חוקיים. איך הגיוני כי המטרה היא להגן מפני האשמה במעשים לא חוקיים. **תשובת ברק-** תוך כדי שחבר הכנסת הולך על השוליים אך נוגע כבר בתחום האסור. יש רצון לתת לחברי הכנסת ביטחון ולמנוע מתח של חבר הכנסת לפעול בסמכותו. אך, תחום זה לא תקף לחצייה משמעותית לתחום האסור.

תכלית החסינות:לאפשר לח"כ להגשים את תפקידו, בל חשש שיחצה את הגבול. הבטחת עצמאות חבר הכנסת, ואי תלותן ברשויות השלטון האחרות, לרבות המחוקק עצמו.

חסינות דיונית:נועדה **להגן על המחוקק מפני מעצר**, והיא אינה מאפשרת לעצור או לתבוע חבר פרלמנט בגין מעשים שאינם חלק ממילוי תפקידו ללא אישורו המוקדם של הפרלמנט.

**בכדי לקחת את חסינותו של חבר הכנסת עד 2005 היה צריך לעבור שתי משוכות:**

סדר הדברים בשיטה הישנה היה כדלקמן:

1. היועמ"ש מגיש בקשה להסרת חסינות

2. וועדת הכנסת דנה. היא יכולה לקבל שתי החלטות:

3. לדחות את הבקשה, ואז ההליך הסתיים.

4. להמליץ לכנסת להסיר את החסינות ואז העניין עובר להכרעת הכנסת.

\* בגץ אבו חצירא נ' היועמ"ש: **מה תכלית החסינות הדיונית?** להבטיח את פעולתה התקינה של הכנסת כרשות מחוקקת, שחבריה לא יוטרדו מאיומיי שווא מטעמים פסולים ביוזמת הרשות המבצעת- השפעה לא כדין על חופש פעילות נבחרי העם ולשבש את הבעת רצונם החופשי.

היקף שיקול הדעת של הכנסת עד 2005

* בג"צ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' וועדת הכנסת **העתירה התקבלה** ח"כ גורולובסקי הצביע הצבעה כפולה. היועמ"ש הגיש בקשה להסרת החסינות וועדת הכנסת שהחליטה לא לקבל אותה. ברק- חסינות עניינית- לפי מבחן "מתחם הסיכון הסביר". חסינות דיונית- מה יכולה הכנסת לקחת בחשבון כשיקול האם להסיר חסיונות דיונית של ח"כ? 3 גישות: 1. מרחיבה- כל שיקול שהוא. **גישה זו נדחתה!** 2. צרה- רק שיקולי תו"ל של היועמ"ש על מנת למנוע רדיפה אישית/פוליטית. 3. ביניים- בעבירות קלות ניתן לשקול שיקולים נוספים. **נפסק:** ברק דוחה את אפשרות הביניים. היא מבוססת על התפיסה שהצורך להבטיח פעילות תקינה של הכנסת מוביל למסקנה שיש להכיר בכוח ועדת הכנסת לשקול שיקולים שמעבר לבחינת חוקיות החלטת היועמ"ש. מפר את הפרדת הרשויות ושלטון החוק. במקרה שלפנינו, העבירות בהן מואשם ח"כ גורלובסקי הן חמורות ביותר- לא מקרה קל, וגם אם היינו מקבלים את אפשרות הביניים מקרה זה אינו נופל בתחומיו והוא נתון לשיקולי היועמ"ש וביהמ"ש פלילי. מחודד שכלל אפשרות זו לא מתקבלת, זה רק אמירת אם היינו מקבלים. המשך הפרשה: וועדת הכנסת הליטה שוב לא להסיר חסינות, שוב עתרו לבג"ץ, נעשה תיקון חדש לחוק ובגץ קבע שהיועמ"ש רשאי להגיש שוב כתב אישום והדבר יידון לפי החוק החדש.

**מה סדר הדברים של החוק החדש?**

**סדר הדברים:**

· היועמ"ש מגיש כתב אישום.

· חבר הכנסת צריך לעשות צעד אקטיבי, אשר הוא מבקש חסינות.

· ועדת הכנסת יכולה להחליט לא להעניק חסינות או להמליץ להעניק חסינות. אם היא מחליטה לא לתת חסינות העניין נגמר, אך אם היא אכן ממליצה להעניק חסינות זה עובר לכנסת.

· העניין עובר לכנסת שרשאית להחליט לתת חסינות.

· החוק קובע במפורש מה השיקולים שהכנסת צריכה לשקול.

סוף דבר- יועמ"ש מגיש שוב כתב אישום גורלובסקי לא הגיש בקשה לוועדת הכנסת, נשפט, הורשע ונגזרו עליו חודשיים עבודות שירות. גורלובסקי לא ערער על ההרשעה.

חסינות עניינית וסנקציות מטעם ועדת האתיקה

* מחול נ' הכנסת : האם ועדת האתיקה יכולה להטיל סנקציות על דברי חבר הכנסת במליאה כשהוא תחת חסינות עניינית?

התשובה: החסינות העניינית מגינה על ח"כ מפני נקיטת פעולות משפטיות כלפיו. עם זאת עוולה משפטית לא כוללת פעולות שהכנסת נוקטת כלפי עצמה. לכן החסינות לא מבטלת את סמכות וועדת האתיקה במקרים אלו.

* זועבי נגד ועדת האתיקה **:** אותו סיפור כמו מח'ול רק שהדברים נאמרו בגין התבטאויות פוליטיות קיצוניות שנשאה בתקשורת. גם כאן **ביהמ"ש** (נאור)פוסק שאין חסינות עניינית למרות שהדברים לא נאמרו בתוך הכנסת**. חסינות עניינית לא מגינה מפני הליכים משמעתיים שמפעילה הכנסת עצמה, אלא מפני הליכי המדינה.- עתירה נדחתה.**

 **תוצאות הסרת חסינות והרשעה בדין:**

* חבר דין שהורשע בעבירה פלילית באופן סופי, וקבע בית המשפט שיש עבירת קלון – תיפסק חברותו בכנסת אוטומטית ברגע שפסק הדין נהיה סופי.
* חבר כנס שהורשע בעבירה פלילית ונדון במאסר, יושעה בכנסת למשך הזמן שהוא נושא את ענש המאסר.

**מגבלה על הזכות להיבחר:**

* לפי חוק יסוד הזכות לכל אדם להיבחר, אלא אם בית המשפט מנע ממנו את זכות על פי חוק אם עונש המאסר עולה לתקופה שעולה על 3 חודשים וביום הגשת המעומדות עבר 7 שנים מהיום שגמר לרצות את מאסרו, אלא אם כן יושב ראש ועדת הבחירות אומר כי אין קלון בעברה.

הרשות המבצעת- הממשלה

שני מודלים שלטוניים:

**ארה"ב: (נשיאותי)**

* ראש הרשות המבצעת נבחר ישירות ע"י הציבור.
* לא יוצאים לבחירות אלא בתאריך שנקבע מראש, רק בנסיבות קיצוניות ידיחו את את הנשיא וגם אז סגנו יחליפו.
* ראש הממשלה אוחז בכל סמכויות הממשלה, השרים הם רק יועצים, יכול לפעול לפי השקפתו האישית.
* הנשיא ושריו לא יכולים להיות חברים ברשות המחוקקת.
* אין משרה נוספת של ראש המדינה מעבר לנשיא.

**ישראל: (פרלמנטרי)**

* ראש הרשות המבצעת נבחר ע"י הפרלמנט- מי שמקבל את הרכבת הממשלה צריך רוב בכנסת.
* הממשלה וראשה תלויים באמון המחוקק.
* ראש הממשלה הוא ראשון בין שווים, לכל שר יש את הסמכות שלו, יש מגבלות על רה"מ ולא כל הסמכויות נובעות ממנו.
* אין הפרדה בין הממשלה וכנסת, שר הוא בדר"כ חבר כנסת.
* בנוסף לרשויות יש את הנשיא שהוא עם משרה טקסית בלי סמכויות.

**יתרונות וחסרונות:**

**נשיאותי:**

* יתרון- יש יציבות חזקה לפי שיטה זו שמונעת משינויים ותהפוכות.
* יתרון- הרשות המבצעת מדברת בכל אחד, השרים צריכים ליישר קו עם הנשיא ואם לא הנשיא יכול לפטרם. בארץ פיטורו של שר יכול לגרום להפלת הממשלה מה שלא יכול לקרות בארה"ב.
* חסרון- ריכוז כוח וסמכויות בידי אדם אחד שעולה השאלה לגביו האם אדם אחד יכול לנהל את כל המערכת.

**פרלמנטרי:**

* יתרון- גמישות, ניתן כאשר יש אי אמון בין הכנסת לממשלה להפיל את הממשלה ולפזר את הכנסת לבחירות- מאפשר לצאת ממצב בו הצדדים תקועים והמדינה משותקת.
* יתרון- פלורליזם ריבוי דעות, לא נשמעת דעתו של אדם אחד, אלא לכל ח"כ יש את היכולת לשכנע ולהשפיע.
* חסרון- חוסר יציבות: מפלגות מטות מאזניים, ריבוי מפלגות.

השיטה בישראל

עד שנת 1996 הממשלה נהג המודל הפרלמנטרי בחוק יסוד:

בשנת 1992 הכנסת ה13 התקבל חוק יסוד חדש, שהחליף את חוק יסוד הממשלה שכונה חוק הבחירה החדשה.

הרקע לאירועי החקיקה החדשה היא התרגיל המסריח של שמעון פרס, נחקק מתוך רצון לחזק את הממשלה מול הכנסת שלא תהיה תלויה באמונו, במיוחד כשיש מפלגות קטנות וסחטנות שמקבלות כוח לא פרופורציונלי באופן שווה את החתך הדמוגרפי.

בשביל זה היו שני אמצעים מרכזיים:

1. אימוץ השיטה הנשיאותית- לפיה כהונתו של ראש המדינה אינה תלויה כלל באמונו של בית המחוקקים.
2. שילוב- אימוץ מודל היברידי, במודל משלב בין הנשיאותית לפרלמנטרית, בה מכהנת הממשלה מכוח אמון הפרלמנט.
* הבחירות ברה"מ יעשו לפי שיטת הבחירות עד כה, רה"מ ממנה את השרים והכנסת מאשרת את המינוי, חוסר אישור של הכנסת = אי אמון ברה"מ.
* המודל לא נחל הצלחה, שכן המפלגות הקטנות חיזקו את מעמדן לנוכח אפשרות פיצול הכוחות.
* בשנת 2001 תיקנה הכנסת שוב את חוק יסוד: בערך החזיר את המצב לקדמותו, בשיטה החדשה יש חיזוק של הממשלה וראש הממשלה בפרט, וגם עוד סמכויות לכנסת ביחס לראש הממשלה.

חיזוק מעמדם של ראש הממשלה ושל ממשלתו הושג באמצעות המנגנונים הבאים:

1. אי אמון קונסטרוקטיבי- סעיף 28 לחו"י הממשלה.

עם הקמת הרפובליקה הפדרלית בגרמניה הם קבעו אי אמון מובנה כדי להילחם בממשלות לא יציבות ונופלות, הפרלמנט יכול להפיל ממשלה מכהנת רק אם הוא מביע בו זמנית אמון בממשלה חדשה

בישראל ניסו לעשות אי אמון קונסטרוקטיבי חלקי- רק להגיש ראש ממשלה חליפי: לא צלח כי אפשר להביא מועמד פיקטיבי ובכך עדיין לפרק את הממשלה.

בשנת 2014 הכנסת תיקנה את החוק, ועיגנה בו(סעיף 28) "אי אמון קונסטרוקטיבי מלא":

\* הכנסת רשאית להביע אי אמון בממשלה.

\* הבעת אי אמון בממשלה תיעשה בהחלטתה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים כאמור בסעיף 13(ד)

1. דרישה כי יוזמה לבחירת מוקדמות תתקבל ברוב של 61 חברי כנסת לפחות- סעיפים 34-36 לחו"י הכנסת.
2. מתן סמכות בידי ראש הממשלה לפזר את הכנסת ולכפות בחירות מוקדמות- סעי 29 לחו"י: הממשלה.
3. קביעת עילות להתפזרות אוטומטית של הכנסת במקרה שתקציב המדינה לא מאושר במועד (סעיף 36א לחו"י הכנסת), או במקרה שניסיונות חוזרים ונשנים להקים ממשלה לא צלחו (סעיף 11 לחו"י הממשלה).

**חיזוק מעמד הכנסת הושג באמצעות מנגנונים אחרים**

* יכולתה לחייב ראש ממשלה להופיע בפניה;
* חובתה של הממשלה למסור לידי הכנסת וועדותיה מידע על פי דרישתן;
* יכולתה של הכנסת וכל אחת מוועדותיה לחייב שר להופיע בפניהן;
* הפקדת סמכויות בידי הכנסת בתחום הפיקוח על חקיקת משנה וסמכות להכריז על מצב חירום, אגב הגבלת כוחה של הממשלה בנדון.

**מתי מורכבת ממשלה?**

1. **כל פעם שמתקיימות בחירות לכנסת**, כשהן מתקיימות במועדן אחת לארבע שנים.

2. **הקדמת בחירות לכנסת**- הבחירות מוקדמות כשהכנסת לא מצליחה לתפקד והיא יוצאת לבחירות:

* החלטת הכנסת להתפזר - 34-36 לחו"י הכנסת- חייב לקבוע בחוק מתי הבחירות הבאות.
* כאשר יש מועמד חדש שמוטלת עליו משימת הרכבת הממשלה, כמו החלטת הכנסת להתפזר.
* אי קבלה של תקציב 3 חודשים מתחילת שנת התקציב.
1. **התפטרות הממשלה: שוות ערך להתפטרות הממשלה כולה.**
* ס' 18- הפסקת כהונת ראש הממשלה מחמת עבירה, בסעיף 18 לחוק יסוד הממשלה.
* ס' 19- התפטרות ראש הממשלה
* ס' 20- ראש הממשלה נפטר או נבצר ממנו לקיים ולמלא את תפקידו
* ס' 21- ראש הממשלה חדל מלהיות חבר כנסת, אשר מדגים ומבטא את השיטה הפרלמנטרית- המקיימת חפיפה בין הרשות המחוקקת למבצעת.
* ס' 28- הכנסת הביעה אי אמון בממשלה- לפחות 61 חברי כנסת הביעו חוסר אמון ובמקומה קמה ממשלה חדשה לכנסת.

**4. ראש הממשלה פיזר את הכנסת-** אם רה"מ יודע כי קיים רוב בכנסת שמתנגד לממשלה והדבר פוגע בפעילות התקינה של הממשלה, באישור הנשיא הוא יכול לפזר את הכנסת.

הרציונל מאחורי:

* הרציונל הוא שהכנסת לא תוכל להחזיק את ראש הממשלה כבן ערובה
* שלא יהיה מצב שיש מדינה משותקת בגלל שהממשלה והכנסת לא יכולים לפעול כי הם מתנגדים אחד לשני.
* לא הולכים אוטומטית לבחירות- מנסים להקים ממשלה חדשה ורק אם לא מצליחים הולכים לבחירות.
* סמכות הנשיא לאשר פיזור, לפי שיקול דעתו- צריך לבדוק שאין לרה"מ אלטרנטיבה.

הסכמים קואליציוניים

הסכמים שהם תחת הסכמים פוליטיים בין מפלגות, במפלגה עצמה, מועמדים למשרות ציבוריות ולדרכי הפעלת סמכויות שלטוניות. האם יש תוקף להסכמים פוליטיים? למרות שבמרוצת השני הדעות היו חלוקות בפועל זה לא משנה בפועל האם להסכם יש תוקף מחייב, כתוצאה ממספר סיבות:

1. **הלכת ההשתחררות-** עיקרון, דין שלפיו הרשות, המדינה, יכולה לא לכבד את ההתחייבויות שלה ולהתנער מהם, בלי תוצאות והשלכות משפטיות, אך רק אם צרכי הציבור מצדיקים זאת.
* בחתימת ההסכם שני הצדדים מבינים שההסכם דינמי מאוד וכאשר האינטרס מסתיים אין טעם בהסכם.
* הסכם כאשר שני הצדדים טוענים לאינטרס ציבורי- כאשר אין אינטרס ציבורי אין טעם בהסכם

גם אם יש תוקף משפטי, הלכת ההשתחררות מקלה מאוד על ההשתחררות ממנו, ואף הופכת אותה לקלה.

1. **אין לכלול תניה בדבר בטחונות וערבויות-** בג"צ ז'רז'בסקי קבע כי בורר קבוע מראש יחליט מהן הערבויות והביטחונות. ברק אמר שהדבר נוגד את תקנת הציבור. היום הלכה זו מעוגנת בס'2 לחו"י הממשלה באופן חלקי:
* אם לפי חוק ניתן להעביר את המסכות של עובד ציבור כלשהו, אי אפשר לעשות הסכם שיומר כי לא ניתן להעביר את הסמכויות.
* אי אפשר לשלם בכסף או בעקיפין או בטובת הנאה כדי להבטיח את ביצוע ההסכם או התחייבות.
1. **הסעדים יהיו מוגבלים מאוד בניגוד לסוגי הסכמים אחרים-** בית המשפט קבע גם אם הוחלט על סעדים לחוזה פוליטי, בית המשפט לא יורה על אכיפתו אלא על ביטול על ידי הצד הנפגע.
* ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה: **העתירה התקבלה** **תוקפם של הסכמים קואליציוניים:** אלון- תקפים ומחייבים משפטית, (כחלק מהמשפט הציבורי יותר מאשר הפרטי)ברק- אין תוקף לדיני החוזים , ההסכמים שפיטים מכוח המשפט הציבורי וקיומם נדרש ע"פ ההגינות. **שפיטות הסכמים קואליציוניים:** אלון- הסכם פוליטי שאיננו חוקי או נוגד את תקנת הציבור- בטל. ברק- ההסכמים שפיטים ע"י בג"ץ. הסעד שיינתן הוא הצהרתי, אכיפה לא תיתכן.

ברק בז'רז'בסקי: רואה בתרופה העיקרית **בביטול ההסכם**, אולי ייתכנו מצבים שמצדיקים תרופות אחרות- צריך לבחון לפי מהמבחן הסבירות. אכיפה היא סבוכה ומסורבלת והתרופה הראויה היא זו המכריזה על הפרת ההסכם עוד תרופות מיוחדות להסכם פוליטי **הודעה לציבור על דבר הפרת ההסכם**, ההתנצלות.

אלון בז'רז'בסקי: הצדדים לא רצו להיקשר בחוזה מחייב שיש בו תרופות לצד הנפגע, הסעד היחידי הרואי בהסכם פוליטי הוא **סעד הצהרתי.**

1. **בית המשפט מוכן לדון בהסכמים פוליטיים בלי קשר לשאלה האם יש להם תוקף משפטי מחייב-** חשין בוולנר סבור כי להסכם פוליטי אין תוקף מחייב, ולמרות שדעה זו מוזכרת בכמה פסיקות, ביהמ"ש מעולם החליט כי הסכם פוליטי הוא מקור לזכויות וחובות במשפט ובין הצדדים.

למרות זאת ביהמ"ש מתערב בהסכמים קואליציונים רק כאשר הם נוגדים את תקנת הציבור או בלתי חוקיים- אז מכריזים על בטלותם. (לפי דברי חשין)

האם ניתן לכבול שיקול דעת סטטוטורי?

* ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית: **העתירה נדחית. (ברק ואור במיעוט, גולדברג, שמגר וחשין ברוב).** בהסכם קואליציוני בין ש"ס לעבודה נקבע כי הפרה של הסטטוס-קוו תתוקן בחקיקה גם אם ביהמ"ש פסלו את החוק או התקנה. חשין (רוב)- הסכם פוליטי אינו שפיט-בגלל שהמצע של המפלגות הוא חוקי, זוהי הדרך שלכם להגשים את מצעם- עקרון הדמוקרטיה. ברק (מיעוט)- אי-שפיטות ההסכם הופך אותו לעוקף דמוקרטיה. הוא פוגע מהותית בתפקיד השפיטה ובשילוש הרשויות. הוא נוגד את תקנת הציבור ולכן בטל, פוגע במעמד ביהמ"ש ויוצר חוסר אמון הציבור בו. גולדברג (יחיד)- מסכים עם ברק כי הסעיף המדובר נוגד את תקנת הציבור, אך בגלל שהעניין עוסק ברשות השופטת לא נכון להתערב- יפגע באמון הציבור בביהמ"ש.

סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן

​​סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה: הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. הכוונה לממשלה במובן הצר - ראש ממשלה ושרים.

**סמכויות מהמנדט-** יש סמכויות שהממשלה מחזיקה בהן מכוח ירושה, מתקופת המנדט הבריטי, ס'(א)14 לפקודת השלטון- כל סמכות שיהיה למלך בריטניה או אחד ממזכיריו עובדת לממשלה.

**סמכויות לפי חוקים ישראלים-** נגיד ס'1 לחוק וועדות חקירה, דוגמה לסעיפים בחוק שנותנים סמכויות לממשלה.

**סמכויות שליטה על שרים-** ס'31(ב) לחו"י הממשלה- ניתן להעביר סמכויות שיש בידי שר לידיו של שר אחרת באישור הכנסת.

סמכות שיורית-ס'32 לחו"י הממשלה יכולה לעשות מה שהיא רוצה אך יש שני סייגים: שיהיה בכפוף לכל דין, וסמכות שלא נתונה לרשות אחרת. מדוע ניתן לממשלה סמכות שיורית (מלשון שארית יענו)?

* פדרמן נ' שר המשטרהסעיף 32 הוא בהכרח בא לגונן, חייבים בצד הסמכויות הניתנות לממשלה לפתוח לה פתח לכל הפעולות הנדרשות על מנת להחיל את מדיניות הממשלה, **אין אפשרות לכסות כל תחומי הפעולה האפשריים של הרשות המבצעת על ידי הוראה חקוקה.**

אם המחוקק העניק את הסמכות לרשות אחרת, מאותו הרגע אין יותר צורך בסמכות השיורית והיא לא תקפה באותו תחום רלוונטי.

* עיריית קריית-גת נ' מדינת ישראל: **העתירה התקבלה** עתירה נ' החלטת ועדת מנכ״לים לגבי העדפה של אזורי פיתוח שהוציאה את קריית גת ואריאל מרשימת הזכאים, מאחר כי קיים ועדת שרים הממונה על ההחלטה הזאת. גולדברג- הסמכות השיורית של הממשלה לא מאפשרת יצירת מסלול מקביל כאשר כבר קיים הסדר נורמטיבי בחוק (הפנה לחלק הלא נכון במשפט-בכפוף לכל דין). דורנר- לממשלה אסור לפגוע בזכויות אדם מכיוון שאינה יכולה לפעול בסמכות שיורית שפוגעת בזכויות אדם ומעוגנת רק בפסיקה- חייבת להיות מעוגנת בחקיקה, אין לפרש את ס'29 לחו"י כמסמיך את הממשלה לפגוע בזכויות אדם.

חוק יסוד הממשלה לא מסמיך באופן מפורש פגיעה בזכויות אדם מכיוון שהסמכות השיורית לא מקנה סמכות כגוף לפגוע בזכויות אדם.

בג"צ השב"כ

* הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל: **העתירה התקבלה** עתירה לבדיקת חוקיות השימוש באמצעים פיזיים בחקירות השב"כ. ברק-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. היה נסיון שימוש בס'34 לחוק העונשין- שכאשר אדם מנסה להציל חיים אחרים לא תהיה עליו אחריות פלילית- לא התקבל חייב להיות קבוע בחקיקה ראשית.

התוצאה: הממשלה הסדירה את עניין החקירות, יחד עם סמכויות השב"כ, ב"חוק השב"כ".

**חשיבות: פסילה של פרקטיקה משמעותית (חקירות השב"כ) תוך סירוב לעגן אותה בעקרון הסמכות השיורית. מדובר בפסילה של פרקטיקה משמעותית בית המשפט פוסל אותה על שמחוקק יעגן את הסמכות בחוק.**

האצלת סמכויות

**סעיף 33 לחוק יסוד: הממשלה**

(א) הממשלה יכולה לקבוע כי שר מסוים ירכז בידיו את הסמכות בעניין זה. למעט סמכויות שהממשלה רוכשת מכוח חוק היסוד עצמו, אותן היא לא יכולה להאציל. למעט את הסמכות השיורית בתחום מסוים היא רשאית להאציל.

(ב) סמכות אשר שר רכש אותה באמצעות החלטת ממשלה שקבעה את האצלת הסמכויות, רשאי השר לאצול כולה או מקצתה לעובד ציבור למעט סמכות לחקיקת תקנות.

(ג) כשהממשלה מאצילה את סמכות הממשלה המשותפת, סמכויות שהואצלו והוענקו מהממשלה, יכול להעביר ולהאציל את הסמכות לעובד ציבור רק אם הממשלה הסמיכה אותו לכך.

האם ניתן להאציל סמכויות שלטוניות לגורמים פרטיים?

* פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה **העתירה התקבלה** עתירה נגד החלטת היועמ"ש לא לאפשר לשר הפנים לאשר מינוי אנשי מקצוע חיצוניים לוועדת התכנון והבניה. מצא דוחה בפס"ד את כל טיעוניה של דורנר התומכים ביועמ"ש:

אין סוגיה נורמטיבית, זאת שאלה עובדתית, מה מידת הבקיאות של נבחר או עובד, מידת המחויבות הנמוכה לאינטרסים שלה,פיקוח, ניגוד עיניינים. (עברנו על התשובות לכך) ובכך הוא בעצם מביא נימוקים בעד הפרטה.

פס"ד הפרטת בתי הסוהר

* חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר: **העתירה התקבלה** הקמת בתי סוהר פרטיים כפוגעת בזכויות של פרטיים. האם המדינה יכולה להאציל סמכות לפגיעה בזכויות? שני מסלולים- זכויות אדם וחוסר יכולת להאצלת סמכות זו.

לא הלכו על המסלול המוסדי למרות שהוא נראה כי מתקבל יותר בקלות על ידי הציבור כי אין עיגון וסעיף חוקתי לביקורת שיפויטת מטעמים מוסדיים, וכי יש הפרטה לגופים פרטיים ורשויות שלטון אחרות שלא תתאפשר אם מסתמכים על ס'1 לחו"י הממשלה.

 בייניש- יש לבחון את אופי הפגיעה בזכות. כאשר גוף פרטי פוגע בזכות וזאת משיקולים כלכליים זה לא בסדר. ס' 1 לחו"י הממשלה קובע שהממשלה היא הרשות המבצעת. לא ניתן להאציל סמכות לפגיעה בזכויות שבגרעין הקשה.

הפסקת כהונת שר או סגן שר

ראש הממשלה רשאי לפטר את שריו לאחר הודעה לממשלה , שר פוטר אחרי 48 שעות. האם יתכנו מצבים בהם ראש הממשלה חייב לפטר אחד משריו? או שפיטור שר מהווה החלטה לא סבירה? בעילה של חוסר סבירות, "רשאי" הופך ל"חייב" ולהיפך.

בית משפט העליון קובע כי יש מצבים בהם בעל הסמכות הוא בעל שיקול הדעת, **השיקולים השונים באותן הנסיבות מבילים לתוצאה אחת שהיא התוצאה הסבירה.** הרשאי הופך לחייב, או שאסור לנקוט בסמכות.

* התנועה לאיכות השלטון- דרעי 1 **העתירה התקבלה** המשך כהונתו של דרעי כשר בממשלה לאחר שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות חמורות. רוה"מ טוען שאין עליו חובה לפטר את דרעי (בעקבות עצה של היועמ"ש- לא לפטר את דרעי כדי שיקיים את ההתחיבות בהסכם הקואליציוני- מה שלא חוקי) שמגר- כשמדובר על סמכות שבשיקול דעת **מבחן הסבירות- כשמוגש כתב אישום בנסיבות מחמירות קמה חובה לפטר, וסירוב של רה"מ בנסיבות אלה מהווה חוסר סבירות קיצוני.**הוא הקובע האם ההחלטה פסולה או קבילה. לעניין זה אין הבדל בין הפעלת סמכות לבין הימנעות מהפעלת סמכות.
* בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה **לשופט חשין** דעה מעט שונה : לא הגיוני שבית המשפט יאפשר הדחת שר מכהונתו על בסיס כתב אישום בלבד. זה כאילו בית המשפט יעביר את סמכויותיו של הדחה ליועמ״ש או לפרקליט המדינה אשר האשים את אותו השר. **דורנר: הלכת דרעי ופנחסי קובעות חובה לפיטורין בהתקיים שני תנאים, ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה ואישום בעבירה חמורה שיש עימה קלון.**

**השאלה היא, מה סדר הדברים? מי זה שבוחן את חומר הראיות לפיטורים? למה לא להשאיר את סמכות הפיטורים לשיקול ראש הממשלה?**

* אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל - פנחסי: **העתירה התקבלה** היועמ"ש הגיש לכנסת בקשה להסרת חסינותו של ח"כ שהינו גם סגן שר. האם יכול להמשיך בתפקידו? ברק- מקובל עלינו כי לא הרי נבחר ציבור כהרי עובד ציבור. הראשון נבחר על ידי העם ועומד לשיפוטו. השני נבחר על ידי נבחרי העם ועומד לשיפוטם, . אין משמעותו כי נבחר העם עומד בפני דין הבוחר בלבד, במקרים חריגים יעמוד לדין שמשפט (בשני המבחנים של דורנר)- דווקא לא נבחר ציבור יש חובה לנהוג בהגינו יתר ואתיקה- פוגע באמון הציבור ברשויות השלטון.

**טענה שאלתה היא למה לא לאפשר לכנסת ע"י מנגנון הבעת אי אמון לפקח על הממשלה:**

**הציבור הוא זה שיחליט ויכריע אם אותו נבחר ציבור צריך להמשיך בהכונתו, להבדיל מעובד ציבור שיש לפטרו.**

* בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (הנגבי)עתירה למנוע את מינויו של צחי הנגבי לשר לבטחון פנים עקב מעורבותו במבצע דרך צלחה. **דורנר (רוב)-** עילת פסילה 2 יסודות- 1. כשיש ראיות מוצקות להגשת כתב אישום. 2. כשהעבירות מסוג שיש עמו קלון. במידה ואחד לא מתקיים יש לרוה"מ שיקו"ד. חשין (מיעוט)- המבחן הוא מבחן הסבירות- מתבסס על תשתית ראיות המספיקה גם במשפט המינהלי. **צמצום הלכות דרעי**

תשובה: לטענה שיש לתת לציבור להחליט, כשהכנסת מביעה אי אמון היא מביעה בכל הממשלה ולא בשר ספיציפי, לכן לא ניתן להתבסס ולקבוע אי אמון הכנסת והציבור כדרך לבחירת פיטורו של שר או לא.

**ברק בפרשת אמיתי (פנחסי)**אומר כי לאור האישומים החריפים וכי לא ניתן לבררם בבהמ"ש, אין לחכות עד לסיום כהונתו הטבעית, אך שהחלטת הכנסת לא להגיש כתב אישום יכולה לפעול לטובתו- יש להתחשב בכך שנחברי הציבור מסרבים ליטול את חסינותו. אך מיד ברק מתקן ומוסיף כי השיקול הזה נמוך כי האשמה בפלילי והפסקת הכהונה הן בעיות שונות ונפרדות.

**האם חוק היסוד הפנים את הלכת דרעי ופנחסי?**

בעבר לא היו חוק יסוד הממשלה שקבעו פוזיטיבית הפסקת כהונו של שר או סגן שר- רשאי. מצב זה השתנה. חוק היסוד הנוכחי קובע בסעיפים 23ב ו27 כי הרשעה בעבירה שיש עמה קלון מביאה להפסקת כהונה מיידית ללא מתן שיקול דעת לראש הממשלה. מכיוון שסוגיית הקלון איננה חדה מוטלת משימת הסיווג על ביהמ"ש

אימוץ הלכת דרעי ופנחסי ככל שהיא קיימת, הגשת כתב אישום עם עבירת קלון, הכהונה מסתיימת.

מגבלות על מינוי שרים

סעיף 6 לחו"י הממשלה:

1. לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין בעבירה קלון.

2. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לא יכול להחליט שאין קלון עם ביהמ"ש אמר שכן.

\* התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (הנגבי)עתירה נגד מינויו של הנגבי לסגן שר החוץ- עשה עבירה עם קלון. ניסיון שלא צלח להחיל את 6ג לחו"י הממשלה על סגן שר. גרוניס אומר שאין כל צורך להשתמש בעניין הסבירות שכן חוק היסוד מדבר בדיוק על התנאים בהם יש להעביר סגן שר מכהונתו- אין חור חקיקתי, עומד בתנאי החוק.

* התנועה למען איכות השלטון - דרעי 2: **העתירה נדחית** עתירה נגד מינויו של דרעי לשר הכלכלה בגלל עברו הפלילי. המינוי עבר את אישור הכנסת והוא על פי חוק שכן עברו יותר משבע שנים מאז סיים דרעי לרצות את עונשו. לדעת העותרים עדיין יש בכך אי סבירות קיצונית. חיות אומרת כי המבחן בחו"י לא ממצה ויש לבחון במקרים מסויימים גם לפי מבחן הסבירות. ההחלטה של רוה"מ אך במקרה הזה ההחלטה איכשהו עוד נמצאת במתחם הסבירות הרחב יחסית שיש לרוה"מ בעניין. **מלצר** מוסיף שמקרה דומה קרה בהודו וגם שם ביהמ"ש לא התערב כי יש בכך פגיעה במוסריות ובמשילות.
* פוקס נ' ראש הממשלה **העתירה נדחתה** שרון רצה לפטר 2 שרים ע"מ להשיג רוב בהצבעה על תכנית ההתנתקות. עתירה לפסילת הפיטורים מכיוון שהשיקולים אינם ראויים. **ברק-** האיזון הראוי- רוה"מ יכול לפטר שר רק אם הוא משוכנע שיש בכך לקדם את יכולת הממשלה לתפקד ולהגשים יעדי מדיניותה. כלומר ניתן לפטר שר משיקולים פוליטיים כדי להגשים את מדיניותו הפוליטית. **לוי (מיעוט)-** בפיטורין לפני הצבעה יש משום פגיעה בדמוקרטיה צריך לעבור את אישור הכנסת בשינוי מדיניות שכזו, אך שרון פעל במסגרת סמכותו ויש לתקן את החקיקה- ביהמ"ש לא יכול לעשות זאת. **פרוקצ'יה-** במקרה הנ"ל הדבר שנעשה הוא נכון כי ראש הממשלה רוצה לקדם תוכנית הרת גורל, ולכן זה לגיטימי יותר לפטר כדי לקיים את המדיניות הרת הגורל וכדי להשיג רוב כדי לעשות כך.

גידי כתשובה לעמדת פרוקצ׳יה- לא דווקא החלטה מסוג כזה רצוי שהממשלה והכנסת יהיו מעורבות בה.

הרהורים של גידי:

* אנחנו לא במשטר נשיאותי שבו יש כוח בלתי מוגבל לנשיא, פה רה"מ הוא ראשון בין שווים- אפשרות הפיטור מעניקה כוח וסמכות קיצונית שנוגדת את מהות המשטר הפרלמנטרי.
* לוי נותן דוגמה בה יש רה"מ רוצה להכריז על מלחמה ורה"מ מפטר שרים כדי להשיג רוב. דוגמה חיובית היא של לוי אשכול בששת הימים- חיכה לגיבוש רוב כדי לצאת למלחמה.
* על ראש הממשלה לשכנע את ממשלתו שיש צורך לשנות כיוון. אם לא יצליח לשכנע יש צורך בהרכבת ממשלה חדשה.

בתי המשפט

מינוי שופטים

סעיף 4 לחוק יסוד השפיטה (בדפי חקיקה)

סעיף 6א' לחוק בתי המשפט

(3א) לפחות אחד מנציגי שופטי בית המשפט העליון בוועדה, לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים;

6א. חבר הועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה.

7. (א) ראה שר המשפטים שיש למנות שופט, יודיע על כך ברשומות ויכנס את הועדה.

 (ב) אלה רשאים להציע מועמדים:

(1) שר המשפטים;

(2) נשיא בית המשפט העליון;

(3) שלושה חברי הועדה כאחד.

תיקון לחוק- גדעון סער: הצבעה תתקבל על פי רוב, ו7 מתוך 9 צריכים להצביע בעד, אם אין 9 משתתפים אז רוב רגיל.

* ​​בג"צ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים **העתירה נדחית. כדאי לחכות לרגיעה פוליטית ואז למנות 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 (ריבלין)** דוחה את העתירה ואומר שנכון שיש לוועדה מאפיינים מיוחדים שהופכים אותה לבלתי תלויה במערכת הפוליטית אך עדיין אי כינוס הוועדה אינה החלטה בלתי סבירה. בנוסף, הם מוצאים מהקבר את טענת חוסר השפיטות. ההחלטה היא לא החלטה לעשות אלא החלטה לא לעשות ומכאן שמידת ההתערבות תהיה יותר נמוכה.

ביקורת שיפוטית ריכוזית או ביזורית?

1. ריכוזי- רק ביהמ"ש אחד יכול לדון ומוסמך לפסול חקיקה ראשית בטענה שהיא נוגדת את החוקה, אם הסוגיה מתעוררת בערכאות נמוכות, עוצרים, מחכים לתשובת הערכאה העליונה ואז ממשיכים את הדיון- אירופה.
2. ביזורי- גם ביהמ"ש ייעודי יכול לדון בסוגיה חוקתית, אך ביהמ"ש העליון הוא המילה האחרונה בנושא.

ישראל מודל הביניים- אם מבקשים לתקוף חוק ישירות- רק דרך בג"ץ אך אם הדבר עולה בצורה עקיפה דרך נושא אחר, גם ערכאה נמוכה יכולה לדון בחוקיות חוק.

* תקיפה ישירה- רק בבג"ץ, טוען את המודל הריכוזי
* תקיפה עקיפה- גם בבתי משפט נמוכים התואם למודל הביזורי.

דעת שופטי בית המשפט העליון היא הרחבת התקיפה העקיפה וכך קירוב למודל הביזורי.

* בג"צ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה **העתירה נדחית** 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. **א. 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.
* בג"צ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודקסי בחיפה נ' שר האוצר **העתירה נדחתה, המשך לפס"ד הקודם – ביהמ"ש "מאציל סמכויות".** התיכון הערבי עתר כנגד חוקיות חוק המסמיך את שר האוצר לקצץ תקציבים לגוף שהוציא כסף למטרות השוללות את קיום המדינה כיהודית ודמוקרטית. **נאור -** **העתירה נדחתה על הסף מחמת "אי בשלות".** פניה לסעד חלופי יכולה לגבש את הבשלות הנדרשת ע"י תקיפה עקיפה בבית משפט לעניינים מנהליים.

איזה פס"ד מרחיק לכת יותר?

מצד אחד- בפס"ד הראשון העותרים פנו בדרך עקיפה וביהמ"ש לא התנגד, ומצד שני בפס"ד השני ביהמ"ש מורה לעותרים לנקוט בדרך עקיפה.

מצד שני- בפס"ד הראשון אין מחלוקת של ממש בין הצדדים מלבד חוקיות החוק ובשני יש מחלוקת נוספת מעבר לחוקיות החוק.

* יכול להיות שביהמ"ש מנסה להשיג קביעה שביטול של חוק יוכל להיעשות גם בבהימ"ש לעיניינים מנהליים ובכך מה שיגיע לבג"ץ יהיה מבושל ורק צריך להוסיף עליו במידה מועטה, ושיטה ביזורית יש פה יותר פלוזלים.
* מנגד פסילה של חוק הוא אירוע דרמטי ומן הראוי שרק בג"ץ יוכל לעשות זאת.

היועץ המשפטי לממשלה

היועץ המשפטי לממשלה משמש כשתי פונקציות עיקריות:

1. ייצוג של הממשלה
2. ייעוץ לממשלה

בעבר- הממשלה הייתה עצמאית לחלוטין למנות את היועמ"ש לפי המלצת ביהמ"ש, וועדת שמגר שמונתה בעקבות פרשת בראון המליצה על דרך חדשה, הממשלה אימצה את הדרך:

* תהיה ועדת שתסנן מועמדים שמתוכם הממשלה תבחר- תוחלף כל 4 שנים.
* יו"ר הוועדה שופט ביהמ"ש העליון בדימוס- יבחר ע"י שר הפנים.
* שאר חברי הוועדה יהיו: שר המשפטים לשעבר או יועץ משפטי לשעבר שימונה על ידי הממשלה; חבר כנסת שייבחר על ידי וועדת חוק חוקה ומשפט; איש אקדמיה מתחום המשפטים שימונה על ידי פורום שחברים בו גם דיקני הפקולטות למשפטים; עורך דין שייבחר על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין.
* רשאים להציע מועמדים: רה"מ, שר המשפטים וחבר הוועדה.
* תנאי כשירות- מי שכשיר להתמנות לשופט ביה"מש העליון.
* הוועדה תגיש המלצה קונקרטיות אך יכולה לתת יותר משם אחד.
* אורך הקדנציה של היועמ"ש יהיה שש שנים, ללא הארכה וללא קשר לכהונת הממשלה.
* הממשלה רשאית בעקבות חילוקי דעות המונעים שיתוף פעולה יעיל, להעבירו מתפקידו, הוועדה תתכנס ותמסור לממשלה דעתה בכתב, דעה זו לא מחייבת.

מהם תפקידי היועץ?

1. **ייצוג-** בכל מקרה שהמדינה תובעת או נתבעת היועמ"ש ייצגה. אין הגדרה מפורשת לסמכותו הכוללת או ליחסים בינו לבין הממשלה.( ס'4 לחוק תיקון סדרי הדין האזרחי ) ס'10 לאותו חוק, אומר שיועמ"ש לא ייצג את המדינה כשהדיון הוא בבג"ץ.

בראשית שנותיה של המדינה היועמ"ש היה חייב לייצג את עמדתה, עם הזמן השטלתה תפיסה המעניקה עצמאות ליועמ"ש בייצוג:

פרשת אמיתי (פנחסי- סגן שר עם כתב אישום) - רה"מ לא רצה לפטר ויועמ"ש דרש לפטר.

**ברק:** כאשר יש חילוקי דעות או השקפות בין היועמ"ש לממשלה, יועמ"ש ייצג את המקרה לפי תפיסתו.

פרשת דרעי- ביהמ"ש כפה על רה"מ לפטר את דרעי על רקע הגשת כתב אישום.

**מצא:** העיקרון החוקתי הוא כי היועמ"ש הוא הפרשן המשפטי המוסמך של הממשלה, ועמדתו עולה על של רה"מ בנושאים אלו.

התוצאה היא כאשר יש מחלוקת בין הממשלה ליועמ"ש לראש הממשלה אין זכות ויכולת להציג את דעתו והתפיסה שלו.

1. ייעוץ-
* יועמ"ש הוא המשקף את החוק הקיים לממשלה כל עוד ביהמ"ש לא קבע אחרת.
* על אף האמור לעיל- הממשלה יכולה לפעול לפי שיקול דעתה.
* זמיר כתב במאמר על וועדת אגרנט- כי **חוות דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה ורק הוא יכול לייצגה-** בפרשרת אמיתי ברק מאמץ פרשנות זו.

**הקשר בין ייעוץ וייצוג:**

* מבחינה מנהלית יש בישראל הפרדה בין מתן ייעוץ לממשלה לבין ייצוגה- מחלקות שונות.
* בפועל היועמ"ש ממונה הן על מערך הייעוץ והן על מערך הייצוג - אין הפרדה
* משפיע על אופן ייצוג המדינה דוגמא: "קדם בג"צ"- המחלקה יכולה להודיע לרשות כי אם תסרב לקבל את דעתה, היא לא תוכל להגן עליה בפני בית המשפט.

האם ניתן לזהות שינוי מגמה?

* אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה – שר המדע סירב למנות את פרופ' אמיתי לחברת מועצה בקרן. השר מייצג את עצמו כיוון שדעתו מנוגדת לעמדת היועמ״ש. **שטיין:** השר רשאי להיות מיוצג ע"י עו"ד פרטי או מטעם הפרקליטות- היועמ"ש לא חייב לייצג את דעת השר אם הוא לא מסכים איתה. **הנדל:** השר ביקש לייצג את עצמו וקיבל זאת, אין מקום לדון בסוגיית הייצוג **קרא:** הייצוג צריך להיות ע"י היועמ"ש- עניין מוסדי (כפי שהיה עד היום).
* יש קונספירציה של גידי לגבי החלפת השופטים- קרא החליף את מינץ, בגלל דעותיו של מינץ (?)

זכויות

​​**ברק: לפני 92':**

1. איזון אופקי בין אינטרסים שווי מעמד. פשרה- "ויתור הדדי".

2. איזון אנכי בין אינטרס בעלי משקל שונה- הכרעה בינארית (בד"כ זכות אישית מול אינטרס ציבורי)

**אחרי 92': פסקת ההגבלה.**

**מבחני המידתיות:**

א. קשר אמצעי מטרה.

ב. האמצעי שפגיעתו פחותה: כמעט אופקי- בודקים את רמת הפגיעה בזכות כמשתנה ובאינטרס כקבוע.

ג. מידתיות במובן הצר- נזק (פגיעה בזכות) מול תועלת (הגשמת התכלית הראויה): יותר אנכי- נוותר על הזכות אם התועלת גדולה.

כיום: פסקת ההגבלה היא למעשה שילוב בין אופקי לאנכי.

(נלך ל"נוק אאוט" של האינטרס לעומת הזכות רק לאחר שבדקנו את אפשרות הפשרה- אולם זה לא מחייב).

מה עדיף לזכויות האדם: לכאורה נראה כי האיזון האופקי, אך באיזון האנכי או שהזכות נפגעת או שבכלל לא, לעומת האיזון האופקי ששם הזכות נפגעת בכל תרחיש- אנכי יותר טוב לזכויות.

מה הבעייתיות במבחנים: אין הגיון להעדיף ערך אחד של השני, יש לבחון אם צריך להעדיף או ניתן להתפשר ולהפך לפעמים צריך להעדיף זכות גם כשהזכות שניצבת מולה שוות מעמד.

עד 92- מבחן אנכי ואופקי.

מתחם מידתיות

* בג"צ דיין נ' מפקד מחוז ירושליםמבחני המידתיות מאפשרים ההחלטה מושכלת בכך שלא מחייבים פשרה (כמו דעת זמיר) אלא פותחים פתח לפגיעה מוגברת באחת הזכויות שבאיזון במידת הצורך.

איזון אנכי מיטיב עם הזכות- כל עוד לא הגענו לנקודת ההיפוך נעדיף אותה.

עתירה נגד איסור הפגנה מול בית הרב עובדיה. חופש הביטוי וההפגנה (אינטרס ציבורי) מול זכות לפרטיות וקניין.

***תוצאה: ברק בוחר באיזון האופקי- זכויות שוות במעמדן, הפשרה היא הפגנה מחוץ למשרדו ולא ביתו של הרב.***

**ברק**: מציג את 2 הנוסחאות ולבסוף אומר שיש להחיל מבחן קבוע שבוחן את החשיבות היחסית של הערכים השונים.

איזון אנכי

אינטרס הציבור יגבר בכפוף ל2 מבחנים-

1. **הסתברות** הפגיעה באינטרס "מבחן הקרבה לוודאות".

2. עוצמת **הפגיעה** באינטרס

"מבחן הפגיעה הממשית".

איזון אופקי

ניצור פשרה בין הזכויות.

* תנופה נ' שר העבודה **העתירה נדחת, החוק הוא מידתי.** טענה לשרירותיות בקביעת גובה הערבות שנקבעה לקבלני כ"א בהעסקת עובדים.החקיקה החדשה סוציאלית ומטרתה להגן על העובדים וזה גובר על זכות העותרים לחופש העיסוק. דורנר-
* מבחן מדתיות ראשון- ככל החשיבות הזכות הנפגעת גדולה יותר, כך יידרש קשר אמצעי מטרה חזק יותר.
* מבחן מידתיות שני- ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, ככה המדינה תידרש לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה יותר לא משנה מה העלות.
* מבחן המידתיות השלישי- עלות מול תועלת, מה נשיג מול מה יפגע, דורנר מציעה לקרוא את שאלת ההסתברות למבחן השלישי.

**דורנר בתנופה אומרת שלרשויות יש שיקול דעת ביישומם של המבחנים.**

* חורב נ' שר התחבורה שימוש מניפולטיבי בשני המבחנים (פס' הגבלה ואיזון אנכי) כאסמכתא לכך שחייבת להתקבל הכרעה. עתירה נגד החלטת שר התחבורה לסגור את רח' בר אילן בשבתות וחגים בטענה לפגיעה בחופש התנועה מול פגיעה ברגשות דתיים מטעם פקודת התעבורה.

***תוצאה: העתירה התקבלה. גם צווים עליהם חל סעיף שמירת הדינים צריכים לעמוד בפסקת ההגבלה.*** ברק- ניתן להחיל את פסקת ההגבלה גם בפרשנות על דינים ישנים. מדוע? 1. המעמד החוקתי שלחוק היסוד מקרין על כל חלקי המשפט. ההבדל הוא שאת הישנים לא ניתן לבטל. 2. קיים קשר טבעי בין פסקת ההגבלה לכלל דיני המשפט הציבורי- ראוי שהגנה על זכויות אדם תיעשה לפי אותן אמות מידה בין אם הזכויות מכוסות בחו"י ובין אם לא.

* האגודה לזכויות האזרח2021עתירה כנגד מעקבי שב"כ בתקופת הקורונה.חיות:במקרים חריגים של פגיעה קשה בזכויות יש להעדיף את האמצעי שפגיעתו פחותה גם אם התועלת המופקת מן הכלי פחותה.
* בית סוריק (מבחן מידתיות שלישי) **עתירה כנגד בניית גדר הפרדה שפוגעת בחופש הקניין ובחופש התנועה של החקלאים. זכויות אלו מתנגשות עם אינטרס הביטחון.**

לפי ברק, מבחן מס 3 (נזק מול תועלת) הוא מבחן שיש לו 2 מבחני משנה –

**1. תועלת כללית מול נזק כללי (בחינה מוחלטת)**

**2. תוספת תועלת מול תוספת נזק (בחינה יחסית) - משווים כמה תועלת וכמה נזק מקבלים משקילת אופציות אחרות שאמנם לא משיגות את התכלית שביקש המחוקק להשיג במלואה.**

**המשמעות היא שיכול להיבחר האמצעי שלא מגשים באותה מידה את המטרה שהציבה המדינה, אם הוא מצליח להשיג במידה סבירה את המטרה והפגיעה בזכות בו פחותה.** הלכה: במסגרת מתחם המידתיות השלישי נחפש את הפשרה הטובה ביותר. מבחני המידתיות דורסים לכאורה את האיזון האנכי.

* א.ס.ף נ' הכנסת (מבחן מידתיות שני) **תוקן חוק להחזקת מסתננים. התנגשות בין זכויות המהגרים לבין האינטרס למניעת הסתננות. ארבל: החוק לא מידתי מאחר ולא נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה.** במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי גם אם היא מבינה שהמטרה לא תושג באותה מידה. ארבל מכניסה את מבחן "תוספת תועלת מול תוספת נזק" למבחן המידתיות השני.

ביקורת של גידי: השופטים שעשו זאת לא היו מודעים למה הם עושים. יש להשתמש במבחן תוספת תועלת מול תוספת נזק רק במסגרת מבחן המידתיות השלישי.

דרישת הסמכה:

* מיטרני(לפני 92)עתירה כנגד הוראות משרד התחבורה המגבילות את יכולת העותרים לבדוק רישיונות רכב (מעאכרים). העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק. **שמגר:** **פגיעה בחו"י באמצעות חקיקת משנה תיעשה רק כאשר המחוקק הראשי אומר ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על חו"י. הלכה: יש צורך להסמכה מהחוקק הראשי למחוקק המשנה בחוק או לפי חוק לחוקק חקיקת משנה הפוגעת בזכויות.**
* המפקד הלאומי **עתירה נדחתה** 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):ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת". כשהפגיעה קלה ניתן לשאוב הסמכה מתכלית החוק בעוד שהפגיעה קשה יש דרישה להסמכה מפורשת. הנשיאה בייניש משאירה בידי בית המשפט את הסמכות לקבוע מתי נדרשת הסמכה מפורשת ומתי לא.
* טבקהעתירה שמטרתה לצמצם את סמכויות השוטר בגדרם הוא רשאי לבקש ת.ז ומסמכים נוספים.חיות:לשון החוק מסמיכה את המשטרה לפגוע בזכויות ולכן פעלו מכוח סמכות. רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק בגדר הסמכות שהוקנתה לה במפורש בחוק. **שטיין (דעת מיעוט):** כל עוד אין הסמכה מפורשת לפגיעות הספציפיות לא ניתן לפגוע בזכות.

אורן גזל : פגיעה בזכויות יסוד מכוח חוק או לפי חוק- פעל על מנת לצמצם את הגישה המחמירה של הסמכה מפורשת.

חקיקה של הכנסת = מכוח חוק

חקיקה של הממשלה =לפי חוק

**3 גישות לדרישת ההסמכה:**

1. הסמכה כללית – הסמכה שאינה מפורשת

2. גישת התכלית הפרטיקולרית של החוק – הפגיעה מתחייבת להשגת תכלית החוק (ברק)

3. הסמכה מפורשת (שמגר במיטרני)

**לפי גזל: (1) יש להחמיר יותר בהסמכה מפורשת כאשר מדובר בתקנות. בהחלטות מנהליות מספיקה הסמכה כללית.**

 **(2) לא ניתן לדרוש הסמכה מפורשת מהרשות המבצעת מאחר והדבר יוצר בעייתיות.**

הלימה לערכי המדינה

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

תכלית ראויה:

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

שאלות נוספות

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

שמירת דינים

\* גנימאת גנימאת מואשם בגניבת רכב ונעצר על פי סדר הדין הפלילי שקדם לחו"י: כבוה"א**. ברק:** את הדין הישן יש לפרש לאור המהפכה החוקתית. לשון הטקסט לא משתנה אך פרשנותו משתנה**.** **חשין(מיעוט):** הן לשון הטקסט והן פרשנות הטקסט לא משתנה. הלכה: חו"י כהאו"ח משפיע על משמעות חוקים שקדמו לו.

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

\* אבו ערפה **–** עתירה כנגד שלילת תושבות של אזרחי ירושלים בשל בחירתם לפרלמנט הפלסטיני.הדבר נעשה **מכוח חקיקה ישנה** המסמיך את שר הפנים.פוגלמן: החוק הישן אינו מסמיך את השר לפעול לפי שיקול דעתו אם רוצים לשלול תושבות יש להסמיך בחקיקה חדשה באופן ברור. עוקף את שמירת הדינים ע"י חיקוק חדש. **הנדל (דעת מיעוט):** חיקוק מחדש מרוקן את ס' שמירת הדינים מתוכן. מהלך מכוון לעקיפה לא לגיטימית של ס' שמירת הדינים.

 תוצאות הפגם החוקתי

סעדים שביהמ"ש יכול לתת כשהחוק/פעולת הרשות לא חוקתיים

* בטלות רטרוספקטיבית(חוזרת אחורה)
* אקטיבית(מכאן ואילך)
* פרוספקטיבית(מתקופה מסויימת בעתיד).

ביטול

\* האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים **–** הוארך ס' שמירת הדינים בחו"י: חופש העיסוק כל פעם מחדש. העתירה כנגד התקופות הקצרות שבהן פקעה שמירת הדינים – זמן בו היה ניתן לתקוף את חופש העיסוק. גולדברג: 3 מודלים כאשר חוק עומד בסתירה לחוקה:

**1. בטלות מוחלטת**  VOID– בטל מעיקרו, החוק אף פעם לא היה קיים. כשביהמ"ש מכריז על בטלות האקט הוא הצהרתי בלבד.

**2. נפסדות** VOIDABLE– החוק תקף אלא אם ביהמ"ש מחליט אחרת. החלטת ביהמ"ש לביטול היא זאת שמבטלת את החוק.

**3. בטלות יחסית** – מודל גמיש**. יכול להיות מצב שבו החוק יהיה תקף בנסיבות מסוימות או תקף בנסיבות מסוימות/תקף כלפי אנשים מסוימים ובטל כלפי אחרים.**

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

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

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

**צו:**

**צו לחוקק -** מצב שבו אדם יטען שזכות שלו נפגעת ע"י המדינה והמדינה תגיד שאין חוק שמחייב אותה לעשות זאת. ביהמ"ש יכול לתת צו לחוקק חוק שמגן על הזכות. רלוונטי להבחין פה בין זכויות חברתיות חיוביות (לעשות) ושליליות( לא לפגוע).

**צו לתיקון חוק** – לצוות את המחוקק לשנות את החוק (פס"ד נסר).

* נסר נ' ממשלת ישראל – ניתנו הטבות מס ליישובים מסוימים אך לשלושה יישובים שעומדים גם הם בקריטריונים לא ניתנו ההטבות. בייניש: מאחר ואין קריטריון המגדיר אילו יישובים נכללים נשתמש **"בקריאה לתוך חוק"** לפיו יש להכניס את שלושת היישובים. סעד זה לא פוגע בחוק ולא נועד לשינויו אלא מדובר בהוספת סייגים לחוק. **אם המדינה לא תתקן את החוק לא תהיה ברירה אלא לתת** **צו שיחייב את הממשלה לתיקון החוק**.

פיצויים:במקרה רשלנות או הפרת חובה חקוקה, במקרה זה הוראה המעוגנת בחוקה יכולה לפעול במסגרת דיני הנזיקין.

קריאה לתוך החוק

* נסר- בית המשפט לא השתמש באיום, אלא פשוט תיקן את החוק בעצמו, תיקון החוק באופן שיסיר את הפגיעה שהייתה בו. קרא לתוך החוק קריטריונים שהחוק כבר קבע.
* בג"צ משהעתירה כנגד חוק שלא מאפשר לבנות זוג להביא ילד מפני שלא ניתן להפרות ביציות. **חיות (מיעוט):** פגיעה לא מידתית. חיות מוסיפה לחוק סעיף לפיו תהיה ועדת חריגים למתן אישור לתרומות ביציות ובכך משתמשת **"בקריאה לתוך החוק".** **פרשת משה מרחיקת לכת לעומת נסר מאחר וחיות מבקשת להרחיב את תחולת החוק לסעיף שהחוק לא מתייחס עליו.**

התראת בטלות

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

זכויות האזרח במשפט הפרטי

זכויות האזרח במשפט הפרטי הן כלי להגנה בפני גורמים ציבוריים ובפני שחקנים פרטיים.

טיעונים נגד הכרה בזכויות בין פרט לפרט:

1. הצדדים בעלי מעמד שווה ולכן אין צורך להתערב- חירות הפרט ושוק חופשי

2. קושי בהחלת זכויות מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי.

3. פטרנליזם – כוח רב בידי ביהמ"ש בהכרעה בסכסוך בין פרטים.

טיעונים בעד:

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

ביהמ"ש מרחיב את החובות החוקתיות גם למערכות יחסים פרטיות באמצעות:

(1) הזזת קו הגבול – הגדרת גוף כדו-מהותי והחלת נורמות ציבורית עליו

(2) החלה של חובות גם על שחקנים פרטיים –

תחולה ישירה – תביעה ישירה במישור הפרטי

תחולה עקיפה – הכנסה למשפט הפרטי דרך מושג שסתום כמו תום לב ותקנת הציבור.

* **בית יולס** – חברה שמפעילה בתי אבות יצאה במכרז. החברה שנבחרה לא עמדה בתנאי המכרז. עולה טענה לפגיעה בשוויון. אלון דעת רוב: אין חובת שוויון במשפט הפרטי מטעמי פטרנליזם. לא ניתן להגדיר מה הייתה ציפיית הצדדים. ברק בדעת מיעוט: יש חובה לשוויון לפי עקרון תום הלב = תחולה עקיפה.

**\* קדישא נ' קסטנבאום** – חברת קדישא סירבה לכתוב בלועזית על מצבה. קסטנבאום טוען לפגיעה בכבוד המנוחה. ביהמ"ש קובע כי מדובר בגוף דו-מהותי. המחלוקת בין השופטים נסבה אודות הסיבה שקדישא מוגדרת כגוף דו-מהותי. **שמגר:** קדישא בעלת אופי ציבורי ובעלת שלושת המאפיינים שהוגדרו במיקרודף:

1. פורמאלי- או שיש סמכויות סטטוטוריות או שאין, או שיש בלעדיות מהמדינה או שאין. סמכויות סטטוטוריות או קיומו של זיכיון.

2. מהותיים- מדר על התוכן- שליטה על אמצעי ייצור חיוני. שליטה על אמצעי ייצור חיוני.

3. מעמד מונופולסטי.

מדובר בתניה מקפחת. **אלון:** מדובר בגוף דו-מהותי בשל היותו גוף חיוני אך התניה לא מקפחת מאחר ולא מדובר במונופול, יש חברות נוספות מסוג זה. ברק: מדובר בגוף דו מהותי בגלל היותו גוף סטטוטורי – בעל סמכויות שלטוניות. ברק מפעיל תחולה עקיפה דרך ס' 30 בתקנת הציבור.

* **פרוז'אנסקי** – הבחנה בין נשים לגברים בגיל מינימום לכניסה למועדון. טוענים לפגיעה בשוויון. **דנציגר:** שוויון הוא לא ערך במשפט הפרטי. החירות הוא הכלל והשוויון הוא החריג לו. החריג מוחל רק כאשר יש פערי כוחות בין הצדדים. זאת כאשר לאחד מהצדדים יש מעין אופי ציבורי. **הלכה: התנגדות לתחולה העקיפה. נחיל את ערך השוויון רק כאשר מדובר בגוף דו-מהותי.** ג'ובראן-עקרון השוויון בעל אותו מעמד של עקרון החירות במשפט הפרטי.

כבוד האדם וחירותו

**דני סטטמן** מגדיר 2 מובנים של כבוד כזכות:

**(1)** כבוד כיחס לא משפיל

**(2)** כבוד כאוטונומיה.

סטטמן מעדיף את כבוד כיחס לא משפיל מאחר והאוטונומיה רחבה מדי.

* קטלן נ' בתי הסוהר **כבוד כיחס לא משפיל.** עתירה כנגד ביצוע חוקן באסירים. האסירים טוענים לפגיעה בכבוד. ביהמ"ש קבע כי חדירה לגופו של אדם ללא הסכמה מהווה השפלה. כהן: כדי לפגוע בזכות לכבוד יש צורך בחקיקה ראשית. יש לבצע את החוקן רק אם יש ידיעה וודאית על הברחת סמים. לנדוי: רק המחוקק הראשי יכול לפגוע בזכות לכבוד ע"ב שק"ד. הלכה: אימוץ הגישה של כבוד כיחס לא משפיל.

כיום עושים שימוש בזכות כזכות לאוטונומיה- רחב יותר ומכניס בתוכו זכויות לא מנויות כמו שיוויון וחופש הביטוי (ברק ממובילי דעה זאת). ביקורת מקומית על תפיסה זאת:

* לא כוונת המחוקק
* פירוש מרחיב שמכניס את כל הזכויות ומוריד מעליונות הזכות כבוד האדם.
* רצו לחלק לכמה חוקים- לא מתיישב עם זה.

**ביקורת עקרונית על תפיסה זאת:**

* נזק לדמוקרטיה מאימוץ הפרשנות המרחיבה- כמעט כל החלטה שלטונית פוגעת באוטונומיה, ביהמ"ש שופט על- פגיעה באיזון ובלמים
* מחליש את ההגנה בזכויות אדם- מוריד מחשיבות זכויות שהחליטו שהם עליונות.
* דעקה נ' ביה"ח כרמל **שימוש בכבוד כאוטונומיה.** החתימו אישה על טופס רפואי בעודה מטושטשת על ביצוע ביופסיה. האישה תובעת בגין רשלנות רפואית וטוענת לפגיעה באוטונומיה המעוגנת בזכות לכבוד. אור: יש פגיעה באוטונומיה כתוצאה מפגיעה בגוף מאחר ונשללה זכות הבחירה של העותרת. הלכה: הרחבה של הזכות לכבוד, מזכות פרטיקולרית למניעת השפלה לזכות מסגרת לאוטונומיה.ביקורת של גידי: כבוד כאוטונומיה בולעת את כבוד במובנו כיחס לא משפיל.
* לשכת עורכי הדין – עתירה כנגד ההחלטה שעובדי מדינה לא יוכלו להשתמש בתעודותיהם המקצועיות אם עיסוקם לא קשור באופן ישיר. העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק וחופש הביטוי. לוי: אין פגיעה בחופש העיסוק אלא **יש פגיעה בכבוד כאוטונומיה** – הגשמה עצמית ושימוש בתואר כמקור לגאווה הן חלק מהזכות של אדם לכבוד. במקרה דנן אין פגיעה בלב הזכות מאחר והפגיעה לא כרוכה בהשפלה. הלכה: ניתן להכניס זכויות נוספות כמו הגשמה עצמית ומקור לגאווה תחת אוטונומיה ככבוד האדם.
* עדאלה נ' משרד הרווחה – ניסיון לצמצום היקף האוטונומיה. חוק המורה על הפסקת קצבאות להורים שילדיהם שלא התחסנו. הטענה היא **לפגיעה באוטונומיה ההורית.** ארבל:לא כל פגיעה באוטונומיה היא פגיעה חוקתית. יש לבחון בשני מבחנים: (1) מהות הבחירה הנשללת מאדם (2) מידת הכפייה ושלילת הרצון.

האם הצמצום פותר את הבעיה? לא, כי האוטונומיה הופכת מזכות מסגרת לרציונל שעומד במרכז כל הזכויות וככה מטשטש את הקו והמאפיינים של כל זכות וזכות.

* התנועה לאיכות השלטון – עתירה כנגד חוק טל בטענה כי החוק פוגע בשוויון. חשין (פעם דעת מיעוט): קובע גבולות של הזכות לכבוד גם לפי הפירוש המרחיב. כבוד מכיל בתוכו 2 זכויות בלבד: אוטונומיה ומניעת השפלה. שוויון לא נכנס ביניהם. סולברג (היום דעת מיעוט): התייחסות להסדר הגיוס כפוגע בכהאו"ח מרחיבה יתר על המידה את הזכות ומורידה מערכה. הרוב חושבים שיש פגיעה בכבוד.

סיכום הזכות לכבוד

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

זכויות חברתיות

**זכות חיובית (עשה) –** המדינה צריכה לפעול למען הגנה על הזכויות.

**זכות שלילית (אל תעשה) –** המדינה צריכה לא לעשות משהו שיפגע בזכויות.

 כיוונים המסבירים מדוע הזכויות החברתיות בעלת מעמד נמוך יותר:

(1) עניין של זמן. זכויות חברתיות חדשות יותר. (2) הבדל עקרוני. שנויות במחלוקת – אין קונצנזוס. (3) קושי טכני בהכרעה שיפוטית – חוסר בכלים זמן ומיומנות (4) קושי מהותי בהכרעה שיפוטית –הכרעה בדבר זכויות חברתיות צריכה להיעשות בידי הכנסת בשל היותה מייצגת את דעת הציבור.

בישראל: ברק בספרו הציע 3 פרשנויות לחו"י כבוד האדם: מצמצמת- רק מניעת השפלה, מרחיבה- כוללת את כל הזכויות הפוליטיות והחברתיות, ויבניים- כוללת את הזכויות הפוליטיות ולא את החברתיות.---- בוחר בגישת הביניים שלדעת גידי בכלל לא ביניים אלא מאוד מרחיבה.

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

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

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

ברק- מתחיל להכניס זכויות חברתיות, יש תיאוריה כי בעקבות הביקורת על הביהמ"ש כי הוא מגן רק על זכויות העשירים- מנסים להכניס זכויות חברתיות כנגד הביקורת.

* **גמזו** – המערער חייב בתשלום מזונות ומבקש לפרוס את התשלומים. ברק: מקבלים את הבקשה**, הזכות לתנאי מחיה מינימליים בכבוד מעוגנת בחו"י כהאו"ח. מגן על מופע שלישי- לא לקחת- לא מרחיק לכת.**
* **פרשת מנור** – תיקון לחוק שביצע קיצוץ בקצבאות הביטוח הלאומי לקשישים. העותרים טענו שהקיצוץ מביא חלק מציבור הקשישים אל מתחת לסף של תנאי מחיה מינימליים. **ביהמ"ש:** לא מתערב מאחר ולא הובאו כל הנתונים (יש הבטחת הכנסה) לפיהם ניתן לקבוע- **מכיר בזכות לחיי מחייה הגונים כזכות חוקתית.**
* עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי – עתירה כנגד תיקון לחוק ביטוח לאומי שפוגע בקצבאות הבטחת הכנסה. נטען לפגיעה בתנאי קיום מינימליים בכבוד. **דורנר:** על הכנסת להגדיר בחוק מהו הרף לקיום מינימלי. **ביקורת של גידי:** לא ריאלי לבחון כל מקרה לגופו, לא מגן על קבוצות שלמות. לאחר שדורנר פורשת לפנסיה- **ברק** משקיט את הרוחות: הזכות הנפגעת חוקתית אך במקרה זה אין פגיעה מאחר והעותרים לא הביאו תשתית עובדתית מספקת. יש לבחון כל מקרה לגופו ולהוכיח את הטענה. שלב שלישי – הכרה בזכויות חברתיות והגנה עליהן.

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

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

חופש העיסוק

רציונל ומעמד

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

**1.** **פרנסה –** זכותו הטבעית של כל אדם לפרנס את עצמו (פס"ד איגלו ופס"ד בז'רנו)

**2.** **אוטונומיה –** הגשמה עצמית (פס"ד איגלו ולשכת יועצי ההשקעות)

**3.** **תחרות חופשית –** הגנה וחיזוק התחרות החופשית לייעול התועלת החברתית (פס"ד כלל ומגדל)

\* בז'רנו נ' שר המשטרה– **חשין:** **חופש העיסוק היא זכות טבעית בעלת עליונות נורמטיבית.** פגיעה בזכות תיעשה רק באמצעות חוק. **פעם ראשונה שביהמ"ש מצהיר על זכות כבעלת אופי חוקתי. הכרה במעמדם החוקתי של זכויות אדם.- דגש על הזכות להתפרנס**

\* איגלו נ' שר המסחר – איסור לייבוא מרוסיה לישראל. איגלו טוענת כי יש פגיעה בחופש העיסוק. דורנר: אם הרציונל העומד בבסיס ההגנה על חופש העיסוק הינו **פרנסה** ולעומתו ערך קידום **כלכלת המדינה- יש להחיל את מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בכלכלת המדינה** (קרבה לוודאות לפגיעה ממשית בכלכלה).

הבחנה בין רציונל המימוש העצמי לרציונל הפרנסה:

**עיסוק התנדבותי** – אם הרציונל העומד מאחורי חופש העיסוק הוא הפרנסה, העיסוק ההתנדבותי לא ייחשב לעיסוק כי הוא נועד למימוש עצמי.

**חלופת קצבה** – אם המדינה מגבילה את חופש העיסוק אך נותנת קצבה, אם הרציונל הוא פרנסה, ניתן לטעון שאין כאן פגיעה. אם המדובר במימוש עצמי, אז ניתן לטעון שנפגע חופש העיסוק.

אייל גרוס – רציונל התחרות החופשית

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

**4 דרכים להבין את חופש העיסוק:**

1. הזכות שלי לעבוד, ומחייב את המדינה או המעביד לספק עבודה במקום ובזמן
2. כולל זכויות קונקרטיות במקום העבודה, הגנות על העובדים
3. כחופש- מחייב את המדינה מלהגביל את האפשרות של האדם לבחור לו עיסוק
4. כזכותם של יזמים ועצמאים בשוק החופשי לפעול בסביבה של רגולציה מינימלית

**ביהמ"ש**- נראה בפסיקה כי ביהמ"ש בוחר באפשריות הרביעי והשלישית והתייחסות קלה לשניה (לדעת גידי)

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

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

היקף

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

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

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

פרופ' ספיר – ההליך החוקתי

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

הזכות לשוויון

השוויון האריסטוטלי, היקפיו וחולשותיו

שוויון אריסטוטלי –יחס שווה לשווים, מיהו שווה- שווה בנסיבות העניין- שוני רלוונטי.

שוויון מהותי –אדם מקבל כי מגיע לו לקבל על סמך נתוניו- שיווין הזדמנויות.

התוצאה של השוויון האריסטוטלי בינארית: יש שני שלווים: שוני רלוונטי לתכלית ראויה, והאם הפגיעה מוצדקת. אם הראשון מתקיים (יש תכלית ראויה) אין צורך לבדוק שהיא מוצדקת וכך גם הפך, אם אין תכלית, אז זה לא מוצדק- גישה צרה, המציאות יותר מורכבת וצריך להתייחס לשני האלמנטים, אך בגישה זו לא ניתן.

\* חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצרכאשר אחר מקבל דבר והצד השני רוצה לקבל אותו גם, קיימות שלוש אופציות:

1. **קבלת טובת ההנאה היא לפי החוק:** במקרה זה הצד השני יקבל גם לפי החוק, ללא קשר לשוויון.

2. **קבלת טובת ההנאה ניתנת לאחר בניגוד לחוק:** במצב זה מתנגשים שני עקרונות: החוקיות והשוויון. עקרון החוקיות קובע כי ניתן לתת מה שהחוק מאפשר לתת. ביהמ"ש אומר כי עקרון השוויון לא יכול לגבור על עקרון החוקיות. לפיכך, לא ניתן לתת לצד השני את הדבר מאחר והדבר מנוגד לחוק, על אף שאחר קיבל. ניתן לעתור לבג"ץ ולבקש את הפסקת קבלת טובת ההנאה של האחר אף שלא תצמח לעותר טובה (תועלת עקיפה).

3. **לרשות המנהלית יש שיקול דעת אם לתת או לא:** היא לא חייבת, היא רשאית להחליט.

קיימים 2 מצבי משנה:

**א.** עמידה בתנאים מסוימים מקנה זכות קבלה ואם לא התקבל אז ביהמ"ש יקבל את בקשתו.

**ב.** אי עמידה בתנאים מסוימים לצד השני אך האחר כן קיבל וגם הוא לא עומד בתנאים. המדינה אומרת שזה באמת לא בסדר והיא תשנה זאת. בית המשפט מקבל את זה ומוסיף שני סייגים:

1. אומר שההפסקה לא צריכה להיות מכאן ואילך אלא גם אחורה, לא לתת למי שכבר קיבל.

2. סייג שני הוא ביקורת שיפוטית.

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

* פס"ד אליס מילר – מדבר על השונות הרלוונטית ועל הפליה פסולה. עתירה כנגד אי גיוס נשים לקורס טיס.

מצא: קובע כי מדובר במדיניות מפלה: הסתמכות על הערכות בלבד ולא על נתונים עובדתיים מפרה את השוויון. לפי השוויון במובנו האריסטוטלי יש לתת יחס שווה לשווים. לפיכך, יש לבדוק את **השונות הרלוונטית.** טוען כי ההערכות שהמדינה עשתה מושפעות מסטראוטיפים קדומים ואין הוכחה עובדתית שנשים ישרתו פחות זמן מגברים. דורנר: לדורנר יש שני טיעונים: פגיעה בכבוד האדם - נדון בהמשך, פגיעה בשוויון האריסטוטלי: אין שונות רלוונטית- התחשיב הכספי לא כלל את כל הנתונים הרלוונטיים, פסל את כל הנשים באופן מוחלט למרות שהצבא מודה שאין הבדל יכולת ובכך לצמצם את כמות ובכך גם איכות הטייסים - השוויון האריסטוטלי נפגע. שטרסברג-כהן: מוסיפה למבחן השוויון האריסטוטלי את מבחן שוויון ההזדמנויות. אומרת כי יש שונות רלוונטית אך **כאשר יש שונות רלוונטית במחיר סביר נשאף לנטרל אותה כדי להשיג** שוויון הזדמנויות. [העדפה מתקנת פותחת בפני קבוצה תחום שהיה סגור בפניה כדי לתקן עיוות](https://www-nevo-co-il.eu1.proxy.openathens.net/SearchResults.aspx?query=4fde721d-a5b5-43e0-83cc-ffcea9c907ee) היסטורי. כמו כן, חיסכון כספי אינו הצדקה מספקת לפגיעה בשוויון.

* עדאלה 2021 **–**עתירה כנגד תיקון לחוק הביטוח הלאומי שקבע בסעיף 325(ב) לחוק כי במקרה שקטין הורשע בעבירת ביטירדורחון חמורה ובכלל זה עבירה של יידוי אבנים, אשר בוצעה מתוך מניע לאומני או בזיקה לפעילות טרור, ונגזר עליו עונש מאסר - ישללו מהוריו הקצבאות המשולמות עבורו, למשך כל תקופת מאסרו. **ביהמ"ש** פסק, בדעת רוב, כי תיקון סעיף 325(ב) לחוק הביטוח הלאומי, המאפשר לשלול באופן גורף קצבאות מסוימות מהוריו של קטין שמרצה עונש מאסר בגין ביצוע עבירות ביטחוניות, פוגע באופן בלתי חוקתי בזכות לשוויון. **דעת המיעוט (סולברג)** סברה כי דין העתירה להידחות. השופט סולברג סבר כי יש להבחין בין סוגים שונים של פגיעה בשוויון, והואיל והזכות החוקתית לשוויון נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד, הרי שפגיעה בשוויון תוכר רק כאשר יוכח כי נעשתה הבחנה על בסיס תבחינים 'חשודים'. על יסוד הבחנה זו, הגיע השופט סולברג למסקנה כי החוק אינו מבחין הבחנה חשודה בין יהודים לערבים, לא במפורש, וגם לא במשתמע, במבחן התוצאה. משכך, לשיטת השופט סולברג לא הוּכחה פגיעה בזכות חוקתית, וממילא אין מקום להידרש לבחינת חוקתיות החוק בהתאם לפסקת ההגבלה.

מעמד

* פרשת מילרדורנר:הזכות לשוויון נכללת בזכות לכבוד רק אם הפגיעה בשוויון כרוכה בהשפלה. אלמנטים של השפלה קיימים במקרים בהם חוסר השוויון או היחס השונה לשווים מתבצע ביחס לקבוצות מסוימות כאשר ההבחנה היא בעלת סממנים קבוצתיים כמו דת מין גזע ולאום (סיווגים חשודים). **פגיעה בשוויון היא עקיפה ורק במקרים שמדובר בהשפלה בשל השתייכות קבוצתית.**
* התנועה לאיכות השלטון **–** עתירה כנגד חוק טל. ברק: כולל בתוך מודל הביניים גם הפליה שאין עמה השפלה**.** לפי מודל הביניים שוויון אינו מוגבל רק לפגיעות בגרעין כבוד האדם אך גם לא חל על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו**. הזכות לשוויון כוללת זכויות הקשורות בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. ברק מכניס פגיעה באוטונומיה לכהאו"ח.**

**גידי-** אוטונומיה מונח עמום, גם הדרה **של קבוצת אנשים פוגעת באוטונומיה- קשה למצוא מבחן ברור מתי שוויון פוגע באוטונומיה.**

סיווגים חשודים

1. הבחנה על שיקולים מטעם דעת/גזע/מין- לא מהווים תכלית ראויה ולגיטימית.
2. שיוך על רקע שיוך לקבוצה, יכול לייחס לאדם תכונות שליליות מסטריאוטיפים על הקבוצה אליה הוא משתייך.
3. גם אם התכלית לכאורה ממקום ראוי אך ובעת מייחוס סטריאוטיפ לקבוצה מסוימת שהושרש במחשבה- לדוגמא דורנר במילר- מחשבה על נשים כלא חושבות על ביטחון לפני ילדים.

**ס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים-**קיים בדפי חקיקה

**חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, סעיף 2 -**קיים בדפי חקיקה

* פרוזאנסקי– מועדון שלא מקבל מגיל מסוים רק גברים. מדבר על שוויון בהתקיים סטריאוטיפים היסטוריים. דנציגר: יש לדחות הבחנה על רקע קבוצתי בין נשים לגברים גם במקרה שבו הצד המופלה הוא זה שבאופן היסטורי נחשב לחזק יותר. לפיכך, **גם כשיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה עדיין יש השפלה בגלל חיזוק סטריאוטיפים ישנים.** כלומר, זה המקרה שבו שוויון כיחס לא משפיל "מתגבר" על החולשה שוויון אריסטוטלי.

חופש הדת וחופש מדת

רציונליים

**רציונל המצפון (אישי) – חופש הדת נגזר מהמצפון.** פגיעה בחופש הדתבאופן שפוגע בזהותו האישית של היחיד הדתי. עילות להגנה על המצפון: **(1)** מניעת כאב וסבל **(2)** "כבוד למצפוניסטים" **(3)** תועלת בקיומם.

**רציונל התרבות (כללי) –**זכות נחוצה למימוש חיים אוטונומיים בעלי משמעות. ההגנה על התרבות נובעת מקרבה לוודאות לפגיעה ולכן תינתן לרוב לקבוצת המיעוט בחברה.

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

נראה שביהמ"ש קורא את הזכות לדת ומצפון כמקשה אחת ובשנים האחרונות מתייחסים לחופש הדת כחלק מהזכות לתרבות.

* פסרו נ' גולדשטיין **–** רציונל הזכות לתרבות**.** עותרת עשתה גיור רפורמי בחו"ל ורוצה להיות אזרחית ישראל אך לא מתירים לה. שמגר:נפגע חופש הדת של העותרת מאחר וחלק מחופש הדת היא החירות לבחור את הדת ולהמיר אותה כרצונה. לדעת שמגר, המרת דת נכללת בחופש הדת.טל: אין פגיעה בחופש הדת. כל מדינה רשאית להחליט את התנאים לאזרחות. שמגר- חופש דת כתרבות, טל- חופש דת במובן הצר-כמצפון.
* פרשת חור סגירת רחוב בר אילן בשבת.התנגשות בין חופש הדת לחופש התנועה.ברק:הפגיעה היחידה היא באינטרס רגשות הדת – **אינטרס שההגנה עליו פחותה.** חשין:לצד עקרון חופש הדת, ואף כחלק מימנו, קיים עקרון החופש מדת כעקרון חוקתי בישראל. **ביקורת של גידי:** אם היינו מסתכלים על רציונל התרבות היינו מוצאים פגיעה.
* פרשת שביט עתירה כנגדבלעדיות הכיתוב בעברית על המצבה.התנגשות בין חופש הדת לחופש מדת.ברק:אין פגיעה בחופש הדת יש פגיעה באינטרס של רגשות הדתיים. כמו כן**, חופש הדת היא זכות בלתי מנויה הנגזרת מחו״י: כהאו״ח.** אנגלרד (דעת מיעוט): יש פגיעה בחופש הדת.
* גור אריהעתירה כנגד שידור תוכנית בשבת שמשתתפים בה דתיים. הדתיים טוענים לפגיעה בחופש הדת**.** התנגשות בין חופש הדת לחופש הביטוי.ברק:מדובר בפגיעה באינטרס רגשות הדתיים ולא בחופש הדת.דורנר:יש פגיעה בחופש הדת מאחר והעניין מפר את מצוות הדת. **גידי:** אין פגיעה גם בהסתכלות בחופש דת כתרבות.
* פרשת קפלן– בתי קולנוע קיבלוקנסות שהיו פתוחים בשבת כי עברו על חוק עזר עירוני האוסר על כך. פרוקצ'יה: תכלית החוק היא מנוחה וקודש של שבת אך אין הסמכה בחקיקת משנה לעצב חיי אוכלוסיה ברוח הלכה. כל אדם רשאי להנות אחרת מיום המנוחה שלו. למחוקק המשנה אין סמכות להתקין תקנות הנוגעות לענייני דת.

סיכום חופש דת

ביהמ"ש לא קבע באופן חד משמעי האם חופש הדת וחופש מדת נכלל בתוך חוק יסוד כבוד האדם או לא. לכן, אם יינתן לנו קייס שעולה בו פגיעה בזכות זו, תחילה יש לבדוק אם יש פגיעה. לאחר מכן יש לציין כי העניין תלוי אם חופש הדת נכלל או לא בזכות לכבוד ואם כן אז איזה היבטים נכללים. לפי פרוקציה בפס"ד סולדוך, אם הפגיעה כרוכה גם בפגיעה באוטונומיה אז זה נכלל בכהאו"ח ויש פגיעה בזכות חוקתית. אם אין פגיעה באוטונומיה אז הפגיעה היא בזכות רגילה.

חופש הביטוי

רציונל ומעמד

1. גילוי האמת
2. קידום הדמוקרטיה
3. מימוש האוטונומיה של הפרט

**חופש הביטוי מול האינטרס הציבורי- האיזון האנכי**

* קול העם **–**שר הפנים סגר עיתון לאחר כתבה שערורייתית.אגרנט:חופש הביטוי היא זכות חוקתית הנגזרת מאופיה הדמוקרטית של המדינה- לא רק בעניין הסעיף המדובר. ניתן לפגוע בזכות רק אם היא עלולה לפגוע בשלום הציבור. **לצורך הגבלת חופש הביטוי יש לבחון האם מדובר** בפגיעה חמורה ברגשות הציבור ע"י 1- נטית הביטוי לסכן את שלום הציבור 2- יש קשר סיבתי של וודאות קרובה.

מה המעמד של חופש הביטוי? האם הוא זכות יסוד או חוקתית?

* גולן נ' שירות בתי הסוהר נאסר על אסיר לכתוב במקומון בכלא. הדיון נסב אודות מעמד חופש הביטוי.

מצא: **חופש הביטוי מעוגן בחו"י כהאו"ח כחלק מרציונל האוטונומיה.** דורנר: הכנסת חופש הביטוי תחת כבוד האדם סותר את כוונת המחוקק. רק במקרים של השפלה הפגיעה תהיה מהזכות לכבוד**.** הדיון היה על היקף הזכות ולא על מעמדה ולכן לא נדרשת הכרעה בשאלת מעמד חופש הביטוי.דורנר- הגנה על הביטוי החברתי ולא הפוליטי.

* **אבנרי נ' הכנסת 2011**  עתירה כנגד החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם הדורשת פיצויי כספי. **מלצר:** אין פגיעה בגרעין הקשה של חופש הביטוי מאחר וההגבלה מצומצמת. **יש פגיעה בחופש הביטוי במובנו ככבוד האדם**. חשיבות: ביהמ"ש פוסל לראשונה רכיב בחקיקה ראשית של הכנסת בגלל פגיעה בחופש הביטוי.

היקף פגיעה בזכות

* הסתה- אלבה נ' מדינת ישראל: העתירה התקבלה מערער רב שמואשם ב5 עבירות-הסתה לגזענות ברק- ביטוי גזעני נכלל בחוה"ב. 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.
* לשון הרע- אבנרי נ' שפירא: בקשה לצו איסור פרסום על ספר בטענת לשון הרע. ברק- לחופש הביטוי 2 מטרות: 1. הגשמה עצמית. 2. סיוע בחשיפת האמת. חופש הביטוי משתרע גם על לשון הרע. עדיפה סנקציה מאוחרת מאשר מניעה ע"מ שהציבור לא יפגע יתר על המידה. מניעה מוקדמת של חופש הביטוי תעשה רק במקרה של וודאות קרובה וחמורה לפגיעה- גם אם אינטרס פרטי עומד מנגד. שימוש בנוסחת האיזון האנכי ולא האופקי.

דרכי פגיעה בזכות-בדר"כ ע"י איסור פלילי/ חובת רשיון או סנקציה, מה לגבי שלילת תמיכה ציבורית?

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

היחס בין מה שנאמר אברני(2011) לבין הלכת אבו גוש**:**

גידי מעלה שתי אופציות אפשריות:

**אופציה 1**: יכול להיות שאם המדינה קובעת קריטריון כללי ואז מחליטה כי אמנם אדם עומד בקריטריון זה אך בשל ההתבטאותו התוכנית הוא לא זכאי.

**אופציה 2**: יכול להיות שבפרשת אבו גוש לא הייתה הסתייגות מהתוכן מצד המדינה אלה החלטתה שקיימים תכנים חשובים יותר. הפסילה היא לא ע"ב תוכן פוליטי. לעומת זאת, באבנרי מדברים על שאלת תמיכה ע"ב של תוכן מבחינת המסר שמבקשים להעביר.

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

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

**סמכויות חירום**

הכרזה על מצב חירום

**מה נדרש במצב חירום:**

1. קביעת כללים- מתי משתמשים ואיך, וכולי.

2. מנגנון בקרה של בית המשפט וקיבעת ההיקף של הביקורת על מנגנוני והכלים המצויים בזמן מצבי חירום.

**את חקיקת החירום במדינת ישראל אפשר לחלק ל-2 תקופות:**

**50 השנים הראשונות** – ההכרזה על מצב חירום משמשת כבסיס פורמאלי(הכרזת חקיקת החירום מותנית בקיומו של מצב חירום) ומהותי(הצדקה לפעולות שהרשות מבצעת באופן שמגביל זכויות) לחקיקת החירום בישראל.

**20 השנים האחרונות** – שינוי באופן ההסדרה של דיני החירום בישראל. השינוי מתבטא ב-3 אופנים:

1. מרכז כובד עובר לחקיקה ראשית (ולא בתקנות כמו שהיה בעבר).

2. החקיקה יורדת לפרטים ולא מסתפקת בהסמכה כללית של הרשות המבצעת.

3. החקיקה אינה מותנית בקיומו של מצב חירום.

\* האגודה לזכויות האזרח **–**ביהמ"ש דחה עתירה לביטול מצב חירום שנמשך זמן רב. בסוף דחו את העתירה בגלל שהתחילו להסדיר את דיני החירום בחקיקה ראשית

50 השנים הראשונות לחקיקת החירום (מתחלק ל3)

**1**. תקנות ההגנה (שעת חירום) **– חקיקה מנדטורית** מקבלות את כוחן מפקודת סדרי השלטון ס' 11. הן העניקו סמכויות בעיקר לקצינים צבאיים (באמצעות צווים) לפגוע בחירויות הפרט גם אם זה סותר חקיקה ראשית. לא רלוונטי כיום כי מדינת ישראל היא דמוקרטית והתקנות דיקטטוריות.

\* ליון נ' גוברניק **–** עתירה כנגד פינוי בית לטובת בעל משרה בכיר ללא פסיקת פיצויים.העותר טוען כי לתקנות שעת החירום אין תוקף בעקבות השינויים הנובעים מהקמת המדינה החדשה. ביהמ"ש מקבל עקרונית את הטענה אך דוחה את העתירה בטענה כי שינויים מהותיים בתקנות החירום צריכים להיות בידי הכנסת. הלכה: ביהמ"ש לא רשאי לבטל תקנות חירום אך הוא מוסמך לפקח עליהם. ניתן לפסול את התקנות את השימוש בתקנות אך לא את התקנות עצמן.

\* פרשת שניצר **–** הצנזור הצבאי הראשי פוסל קטעים מכתבה שדנה בראש המוסד העומד להתחלף. בכתבה הייתה ביקורת על פעילותו ועל יכולת התפקוד של המוסד ותאריך החלופה של ראש המוסד. הצנזור פוסל את הקטעים מחשש לביטחון הציבור**. ברק: יש לפרש את תקנות ההגנה היום לפי עקרונות המשפט הישראלי ולא לפי הפירוש שניתן להן בעבר.** **ההגבלה על חופש הביטוי תהיה כשיש קרבה לוודאות לפגיעה ממשית בביטחון המדינה.**

**2**. תקנות שעת חירום

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

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

קיימים סייגים: רק אם מצב החירום מחייב זאת, אי אפשר למנוע פנייה לביהמ"ש בעקבות התקנות, אי אפשר לפגוע בכבוד האדם. משנות ה90 חלה מגבלה נוספת: גם אם מצב החירום מחייב זאת, לא ניתן להשתמש בתקנות אם ניתן להסדיר בחקיקה ראשית.

\* פס"ד פורז **–** הותקנו תקנות שעת חירום המסדירות מנגנון לאישור תוכניות בנייה. **במקביל התנהל בכנסת הליך מזורז של חקיקה שנועד לפתור את אותה הבעיה.** אע"פ שיו"ר וועדת הפנים אמר לשר הבינוי והשיכון לחכות, הוא מתקין בכל זאת. החוק נכנס לתוקף שבוע אחרי התקנת התקנות, מכאן העתירה. ביהמ"ש מקבל את העתירה וקובע כי הסדרה בחקיקה רגילה עדיפה על הסדרה בתקנות חירום.

**3**. חקיקת חירום עצמאית של הכנסת

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

ניתן לחלק דברי חקיקה ראשית אלה ל3 סוגים:

(1) **חוקי הארכה של תקנות לשעות חירום** – ס' 39(ו) מסמיך את הממשלה לעגן תקנת שעת חירום בחקיקה ראשית.

(2) **חקיקת חירום מקורית של הכנסת** – חקיקה ראשית עצמאית וקבועה שאיננה מאריכה תקנות שעת חירום אך תוקף החוק כולו מותנה בקיום הכרזה על מצב חירום. קיימים שני דפוסים עיקריים בחקיקת החירום הקבועה:

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

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

 (ב) חוק מסגרת – מסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות ולפרסם צווי ביצוע בתנאים המפורטים בחוק. **זהו חוק מסגרת שלא מגביל בצורה מהותית את הרשות המבצעת.** למשל: חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים המקנה לשרי הממשלה סמכויות להסדיר את העיסוק באספקת שירותים ומוצרים, תוך פגיעה חמורה בחופש העיסוק ובזכויות יסוד נוספות. **מה בעניין הביקורת השיפוטית? תחילה לא הייתה, ומסוף שנות ה-80 ביהמ"ש קבע כי רק שיש מניעה מלעגן את המדניות השלטונית בחקיקה או יש צורך דחוף בהחלתה.**

**\*** שנסי נקבע כי ניתן להשתמש בחוקי מסגרת רק בשעת חירום כשיש צורך מהותי להסדיר את העניין ואין אפשרות להסדיר אותה בחקיקה. זאת משום שמתבצעת פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות.

(3) **הוראת שעת חירום בחוקים רגילים** – חוק רגיל שבתוכו יש התייחסות למה יהיה המצב או ההסדר אם וכאשר יהיה מצב חירום. דוגמה: חוק חופשה שנתית.

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

**שינויים: (1)** מעבר לחקיקה ראשית **(2)** חקיקה מפורטת **(3)** אין תלות במצב חירום.

**הסברים לשינויים:**

**(1)** אי התאמה של המודל הישן למציאות- מצב החירום קבוע והקניית הסמכות לחיקוק לרשות המבצעת היא בעייתית. העתירה נגד הכרזת שעת חירום ע"י הממשלה- גרם לביהמ"ש לגרום לכנסת לחוקק בחקיקה ראשית.

 (2) התחזקות של ההתנגדות השיפוטית: על רקע חקיקת חו"י התעצמות כוח ביהמ"ש- דרישה להסמכה מפורשת מהמחוקק לפגיעה בזכויות, קביעת הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית+ החלטות שלטוניות בתחום הביטחון.

* פלונים נ' שר הביטחון:דיון נוסף בעניין מעצר מנהלי של לוחמים בלתי חוקיים לאחר שסיימו לרצות את עונשם. שימוש במעצר מנהלי כ"קלף מיקוח". **ברק** משנה את דעתו בדיון הנוסף וקובע שיש לפרש את חוק המעצרים המנהליים בצורה מצמצמת כך שאינו מאפשר מעצר מנהלי של אדם כדי שימש קלף מיקוח.ברק אומר כי גם אם יש חוק המסמיך הוא צריך לעמוד בפסקת ההגבלה.
* פלוני נ' מדינת ישראל **–** עתירה כנגד חוק כליאה לאנשים שמשייכים אותם לארגון טרור בשל מסוכנותם לציבור. **ביניש:** החוק עומד בתנאי פס' ההגבלה. אין עילה להתערבות: מטרת החוק אינה להכשיר מחבלים כקלפי מיקוח וביהמ"ש לא באמת הכשיר את החוק. הלכה: בחקיקה ראשית ביהמ"ש מרוסן יותר**.**

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

ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

שני אפיונים מיוחדים לישראל: 1- מצב חירום תמידי 2- מדינת לאום- אין הפרדת דת למדינה.

שבות ומרשם

| **שליט-** לפני מתן פס"ד הרכב שופטים ביקשו מהכנסת למחוק את ס' הלאום כדי להימנע מלהכריע בשאלה אידיאולוגית ולא משפטית, בקשתם לא התקבלה. חיל בחיל הים התחתן עם גויה שקיבלה אזרחות בארץ, מבקש לרשום את ילדיו כיהודים מבחינת לאום- מסורב, וכחסרי דת- נענה. טוען שיש לבחון זאת אובייקטיבית (גרים בארץ ומדברים עברית) וסובייקטיבית (מזדהים עם היהדות). ***תוצאה: העתירה מתקבלת (9 שופטים) מתקנים את חוק השבות- נוספת ההגדרה של מי הוא יהודי.*****זוסמן (רוב- 5):** השאלה היא האם ניתן לרשום אותם כיהודים ולא אם כאלה. לרישום אין משמעות אופרטיבית ולכן אין בעיה. **זילברג וקיסטר (מיעוט דתי):** דוגל במבחן ההלכה האובייקטיבי. לא ניתן להפריד דת ולאום. לא יהודים – לא ירשמו, אחרת יהיו השלכות הרסניות. **לנדוי ואגרנט (מיעוט חילוני):** יש משמעות לרישום- קרב על הסמל. לא רוצים להשליט את השקפת עולמם לכן לא מתערבים, בעצם שתיקתה הכנסת קיבלה את פרשנות שר הפנים- גם לא להחליט זו החלטה. |
| --- |

* דהן 2021העותרים בהליכים הנדונים באו לישראל ממקומות שונים ברחבי העולם, ועברו בה הליך גיור בקהילה קונסרבטיבית או רפורמית. הדיון נסב אודות השאלה האם יש להכיר בהם כיהודים לעניין חוק השבות. בג"ץ מפי הנשיאה חיות ובהסכמת השופטים הנדל, פוגלמן, עמית, ברק-ארז, ברון, קרא ומינץ, בניגוד לדעתו החולקת של השופט סולברג, קיבל את העתירות ופסק כי: לעניין חוק השבות יש להכיר כיהודים במי שבמהלך שהותם בישראל כדין עברו גיור בקהילה רפורמית או קונסרבטיבית. הכרעה זו מצומצמת לשאלה האזרחית-ציבורית של הקניית מעמד מכוח חוק השבות ואינה עוסקת בשאלה דתית. השופט סולברג הצטרף למסקנה המשפטית של דעת הרוב, אך סבר בדעת יחיד כי יש להשהות את מועד כניסת הצווים לתוקף ב-12 חודשים מיום כינונה של הממשלה ה-36, כדי לאפשר אסדרה חקיקתית.

הרחבת הזכאות לשבות- עד כמה?

רקע: תיקון חוק השבות- מאפשר לא רק ליהודם זכות שבות אלא גם לבני זוג ובני משפחה עד דור שלישי.

* סטמקה נ' שר הפנים: **העתירה נדחתה** אזרחי ישראל שנישאו ללא יהודים ומבקשים לרשמם כיהודים מכוח **ס' 4א(א) לחוק השבות**.חשין- חוק השבות לא חל על בן זוג גוי של יהודי שהיה אזרח ישראל בעת נישואיו. הסעיף הרלוונטי מדבר רק על יהודים שטרם עלו ארצה והשבות מוקנית לבני משפחתם שטרם עלו ארצה, בנוסף יצור אפליה בין יהודים לערבים.

כניסה לישראל והתאזרחות של לא יהודים

* עדאלהחוק האזרחות מייצר מדרגות התאזרחות. הוכח כי החוק פגע בביטחון המדינה ולכן נקבע חוק הוראת שעה המונע התאזרחות של יושבי השטחים. מוגשת עתירה והכנסת מתקנת את החוק ומכניסה בו הקלות. אישור כניסה לנשים ערביות מבוגרות והרחבת ס' האיסור למדינות כמו איראן עיראק סוריה ולבנון. ברק (מיעוט)- השוויון נפגע ובבדיקה מול פסקת ההגבלה במידתיות במובן הצר החוק נכשל.פרוקצ'יה (מיעוט)- התכלית היא דמוגרפית ולא ביטחונית בגלל השקר, התכלית לא ראויה.דעת הרוב-דחיית העתירה. מי שמעוניין להתחתן שילך למדינה אחרת**. א. לוי-** מצטרף לדעת הרוב למרות שבעיניו לא חוקתי כי זה הוראת שעה**. בית המשפט דובק בתכלית הביטחונית כהצדקה בלעדית לחוק הוראת השעה. יש כמה אמרות אגב שפזורות בחוות הדעת של השופטים העשויות ללמד לו המדינה הייתה בוחרת בתכלית הדמוגרפית, בית המשפט היה מוכן ללכת איתם- אין ודאות אם רוב דמוגרפי מהווה תכלית ראויה.**
* מרינצ׳בה 2021:הדיון נסב אודות השאלה האם אלמנתו של זכאי שבות (בן ליהודי או נכד ליהודי שאינו יהודי בעצמו) זכאית למעמד עולה מכוח חוק השבות. המחלוקת מתמקדת באופן פירושו של סעיף 4א לחוק השבות ובשאלה אם יש הצדקה להבחנה בין אלמנות של יהודים, לבין אלמנות של זכאי שבות. ביהמ"ש :אלון בדעת רוב, כי אלמנה של זכאי שבות (בן ליהודי או נכד ליהודי שאינו יהודי בעצמו) זכאית לאזרחות ישראלית ולמעמד עולה מכוח הוראות חוק השבות; הודגש כי השאלה אם האלמנה נחשבת עדיין לבת זוגו של הזכאי ואם הענקת זכות שבות מקיימת את תכליות החוק, תלויה בנסיבות המקרה; וכי רק אלמנה המקיימת קשר גורל עם העם היהודי, וניתן לראות בה כבת זוגו של זכאי שבות, תהא זכאית לזכויות מכוח החוק. **השופט מינץ סבר בדעת מיעוט** כי יש לפרש את סעיף 4א לחוק השבות באופן שאלמנת ילד או אלמנת נכד של יהודי לא תהיינה מוגדרות כ"זכאיות שבות", וכי יש להשיג וודאות משפטית- הגדרה אחידה.

בחירות ומפלגות

**המצב טרום חקיקת ס' 5 לחוק המפלגות וס' 7 לחוק יסוד: הכנסת:**

* ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית העובדות: ועדת הבחירות לכנסת מוסמכת מכוח **חוק הבחירות לכנסת** לפסול רשימת מועמדים שאינה עומדת שתנאים הפרוצדוראליים שנקבעו בו. ועדת הבחירות ה-6 פסלה את **מפלגת הסוציאליסטים**  בטענה שהם זרוע של ארגון אל-ארד אשר הוכרז ע"י שר הביטחון כארגון לא חוקי מאחר ומטרותיו הן לפגוע בקיום המדינה **– שוללים את שלמות מדינת ישראל ועצם קיומה. זוסמן ואגרנט (רוב):** הסיבה לפסול את הרשימה **כי הם מהווים סיכון בטחוני לקיומה של מדינת ישראל.** המדינה לא תכיר במפלגה שחותרת תחת השלטון. יש להגן על המדינה גם באמצעים שאינם מובאים בחוק. **המפלגה נפסלה. חיים כהן (מיעוט):** במדינה שבה שלטון החוק אין שוללים זכות מאדם, אלא בהתאם לחוק בלבד. **אם אין חוק – אי אפשר לפסול מפלגה.** בנוסף, גם אם היה חוק – **כל עוד אין סכנה ממשית** שבאמת תהיה פגיעה במדינה לא נפסול מפלגה.כביכול- מבחן האיזון**. הלכת ירדור: לוועדת הבחירות לכנסת יש סמכות לפסול רשימות רק במקרים קיצוניים ביותר – שלילת קיום מדינת ישראל.**

מה היה באמת החזון של אל ארד? לפי **רון חריס**: בסוף החזון של אל ארד היה שלילת קיום מדינת ישראל.

השופטים פירשו את **ירדור** בצמצום – עמדת שופטי הרוב הייתה מבוססת על כך שהם חשבו שהרשימה הסוציאליסטית מהווה איום ביטחוני ותומכת במאבק טרוריסטי פיזי נגד המדינה. במאמר שפרסמה **רות גביזון**, היא דווקא טוענת שהנימוק לפסילה של הרשימה הסוציאליסטית לא היה רק איום פיזי אלא גם **מתח/סתירה בין יעדיה של הרשימה לבין הגדרות היסוד של מדינת ישראל** (**איום רעיוני**).

* **​​ניימן 1 (1985):** ועדת הבחירות פוסלת את "כך" ו"הרשימה המתקדמת לשלום". **דעת הרוב מאמצת את הלכת ירדור** לכן לא ניתן לפסול רשימה השוללת את **אופייה** של המדינה אלא **רק את עצם קיומה**. (השופטת בן-פורת כדעת השופט כהן בירדור**.** ברק דעת מיעוט:מותר לפרש את זה כאיום רעיוני, כלומר להרחיב את עילת הפסילה גם לאיום רעיוני –**פגיעה באופי המדינה כיהודית.** צריך להשתמש בנוסחת ההסתברות אלון ובייסקי: לא רוצה להשתמש בהסתברות כי ביהמ"ש לא יכול הערך סיכויים. לביהמ"ש אין הכלים לזהות. **גם ביטוי רעיוני לשלילת קיומה של המדינה מהווה עילת פסילה.**

**בשנת 1985** יש מסלול חדש בעקבות חקיקת **ס' 7א לחו"י הכנסת** ו**-ס' 5 לחוק המפלגות**, **הוספו עילות פסילה**: שלילת אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל, הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. **החוק לא כולל מבחנים הסתברותיים! ביהמ"ש גם לא המשיך להכניס את ההסתברות לתוך הפרשנות שלו**. וועדת הבחירות צריכה לאשר רישום מפלגה לפני ריצה לכנסת. לדעת ברק חוק המפלגות צריך להיות מקל יותר מחו"י הכנסת- פסילת מפלגה מראש פוגעת יותר בזכויות, הבדל לא גדול בין החוקים. **חשין-** הבדל זה כה קטן עד שאין הבדל.

**2002-** תיקון לס'7 א לחו"י הכנסת וס'5 לחוק המפלגות- ניתן לפסול אנשים פרטיים. מצד אחד קל יותר לפסול אדם פרטי והדבל פחות פוגע בזכויות, מצד שני מצריך כל פעם אישור של בהימ"ש העליון. נוסף תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל

* א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי: בפרשת טיבי ובשארה פסלה וועדת הבחירות המרכזית את מועמדותם של בשארה ומפלגתו גם בנימוק של תמכה במאבק מזוין של ארגון טרור. בית המשפט העליון הפך את החלטת וועדת החבירות המרכזית וביטל את פסילתם של בשארה וברק. ברק (רוב): **כדי לפסול מפלגה על רקע שלילת המדינה כיהודית יש צורך לראות אם הדבר מרכזי בפעולות המפלגה, היא פועלת להגשמה של שאיפה זו והאם יש הוכחה ברורה לכך. פה אין הוכחה ברורה. צריך לבחון רק מאפיינים גרעיניים** **בשלילת המדינה כמדינה יהודית**: זכות כל יהודי לעלות ארצה; היהודים יהוו במדינה רוב; עברית והחגים כמעמד רשמי; מורשת ישראל כמרכיב מרכזי. הביטוי "כלל אזרחיה" לא שולל את המדינה אלא מצביע על שוויון. מאפיינים גרעיניים **בשלילת הדמוקרטיה**: הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות שוות חופשיות והכרה בגרעין הזכויות, הפרדת הרשויות, שלטון החוק והרשות השופטת ותמיכה באמצעים פיזיים כאמצעי לשינוי משטר/שלילת מועמד על בסיס רקע אתני/גזעי. מאפיינים גרעיניים **הסתה לגזענות** : מרכיב כוונה, מרכיב ליבוי יצרים, קריאה לשלילה אלימה של זכויות. **הדמוקרטיה רשאית להגן על עצמה גם ממפלגה התומכת במאבק מזוין כמו בירדור.** את מבחן ההסתברות ברק משאיר בצריך עיון. שטרסברג כהן: חושבת שתמיכה במאבק מזוין לפי ס' 7א חייבת להתבטא בכוונה או במעשים דומיננטיים ויש להראות הוכחה ברורה ומשמעית לקיום המטרות. פרוקצ'יה: מציינת כי ככל הנוגע לעילת הגזענות אין צורך לבחון הסתברות כי עילה זו ברורה וחד משמעית.
* ע"ב 561/09 בל"ד ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית ואח':עובדות: ועדת הבחירות המרכזית פוסלת את "בל"ד" - מתוך עילת הפסילה של האופי היהודי של המדינה. בית המשפט מקבל את העתירה ומחזיר את הרשימות להתמודד בבחירות.

לוי (דעת מיעוט):סובר שיש לאשר את החלטת הועדה ולפסול את הרשימה של בל"ד. רשימה המבקשת לשלול את אופייה היהודי או הדמוקרטי של מדינת ישראל דינה להיפסל, ישנן ראיות לכך שמעבר לחזונם עומד הרצון לערער מיסודו את רעיון היותה של ישראל, לא רק מדינה דמוקרטית כי אם גם מדינה יהודית, במטרה אמיתית של מדינת לאום ערבית. לפי חו"י צריכה להיפסל **גידי:** פסיקה זו היא מיתה חד משמעית של המושג "מדינה יהודית"- לא לאום.

ביהמ"ש מחק מספר החוקים את עילת הפסילה מכוח "מדינה יהודית"- ובכך **מייתר את הסעיף בחו"י הכנסת** הדורש זאת. הצדקות לפעולת השופטית:

1. **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.

2. **צידוק "תבוני"**- **גידי-** **כיוון מוסרי**- עדיף ל"הכיל" את הקיצוניים ולא לדחוק אותם לשוליים*.*

מה מהות עילת התמיכה בטרור?

ברק **בפרשת** טיבי ובשארה**:** ניתן לפסול השתתפות של פרטים/ מפלגה אם היא תומכת בפעילות טרור גם במובן החומרי/ הפוליטי/ הישיר- בפס"ד זה לא היה ראיות לכך.

יש לציין כי בלשון החוק בחרה הכנסת בנוסח **ארגון טרור** ולא **מעשה טרור**. השופט חשין, שכיהן כיו"ר וועדת הבחירות המרכזית הסביר, שהתמיכה צריכה להיות בארגון טרור, ולא מעשי טרור "כך סתם".