מבוא למשפט חוקתי והמהפכה החוקתית

# מבוא

## מהי חוקה

חוקה מכילה שני פרקים מרכזיים:

1. מנגנוני שלטון.
2. ערכים- זכויות אדם בעיקר.

שני מאפיינים יחודיים למצב החוקתי בישראל:

1. מאז הקמתה היא במצב חירום בטחוני.
2. חוץ מהיותה של ישראל דמוקרטית היא גם יהודית.

## מאפייני חוקה

1. **תוכן**

שני רכיבים: רכיב מבני (הגדרת רשויות השלטון) ורכיב מהותי (ערכי יסוד שמיתרגמים לזכויות).

1. **סגנון**

קצר ותכליתי ביחס לדברי חקיקה רגילים. החקיקה הראשית והחקיקת משנה הופכים את עקרונות היסוד המופיעים בחוקה לחוקים התנהגותיים מוגדרים ומפורטים.

1. **עליונות**

החוקה נמצאת במקום הגבוה ביותר מבחינת פירמידת הנורמות, כל חוק שיסתור אותה דינו להבטל.

1. **צורת התקבלות**

בדרך כלל חוקה מתקבלת במצבי משבר, העם מבין שצריך להגיע להסכמות רחבות ולהתגמש על הדעה האישית בשביל שהמדינה לא תיחרב. המצב האידיאלי הוא שחוקה מתקבלת בהסכמה רחבה, לא ברוב מזדמן, וכן שהחוקה תתקבל בהליך סופר דמוקרטי, כלומר השתתפות יותר גדולה מהדמוקרטיה הייצוגית הרגילה.

1. **נוקשות**

חוקה צריכה להיות נוקשה ומשורינת בחוק כך שלא כל רוב יכול לשנות אותה. יש מספר צורות של שיריון:

1. שיריון מוחלט- לא ניתן לשנות בכלל (חוקת גרמניה).
2. שיריון יחסי- צריך רוב מיוחד בשביל לשנות (חוקת ארה"ב)
3. שיריון זמני- ניתן לשנות את החוקה לזמן מוגבל.
4. שינוי מותנה- ניתן לשנות בתנאי שיקרה אירוע מסוים.

## שיקולים בעד ונגד חוקה

|  |  |
| --- | --- |
| **בעד** | **נגד** |
| 1. יצירת בסיס יציב לכללי המשחק. 2. הגנה על חירויות יסוד מפני השלטון. 3. הגנה על המבנה הדמוקרטי. | 1. אי הסכמה בחברה בשאלת הערכים. 2. מתח עם עקרון שלטון הרוב בחברה הדמוקרטית 3. כבילת הדור הנוכחי לערכי קודמיו. 4. דילול השיח הדמוקרטי (משתק את נבחרי הציבור. 5. ספק לגבי האפקטיביות (כשהנבחרים ירצו שום חוקה לא תעצור אותם) |

### הצעות לפתרון הבעיות בחוקה

1. **מינימליזם (הגבלה על היקף הביקורת)**

בית המשפט יתערב רק בסוגיות מסוימות, בפגיעה בעצם שיטת המשטר, ולא בערכי המדינה. (הוגה- אילי) בפרשת רובינשטיין גרוניס תמך בגישה זו.

**חולשות**

1. זה גורם לכך שהעניינים הערכיים בחוקה לא אומרים כלום, כי הם לא שפיטים.
2. זה לא מרסן את כוחו של בית המשפט כיוון שהוא יכול להחליט מהי הפגיעה בעצם שיטת המשטר בכל רגע.
3. **מנגנוני שליטה על התוצר הסופי**

ליצור מנגנון בו דעות השופטים קרובות ככל האפשר לדעות הציבור. לדוגמא, בחירת שופטים על ידי הרשות השופטת או הקצבת כהונה.

**חולשות**

1. מתרחק מהעקרון הדמוקרטי, הפרדת רשויות.
2. מתרחק מגישת האיזונים והבלמים, כיוון שהבלמים נבחרים על ידי האנשים אותם צריך לאזן.
3. **הורדת רף השיריון**

ניתן לשנות את החוקה בקלות וכך הערכים המופיעים בחוקה ישקפו תמיד את ערכי הציבור.

**חולשות**

לא עוזר בכלל למטרת החוקה, למנוע מהאנשים בעתיד להיות במצב של שכרון מוסרי ולפגוע בזכויות

## תורות פרשנות לחוקה

החוקה, כמו כל טקסט, צריכה פרשנות. גם מהבחינה העובדתית, צריך להבין מה בדיוק החוקה אומרת, וגם מהבחינה הנורמטיבית, בשביל לחוקק לאורה צריך להבין מה בדיוק היא אומרת.

### אוריג'ינליזם

פרשנות החוקה צריכה להלום את כוונתם המקורית של מנסחיה או את המשמעות **האובייקטיבית** והמקורית של הטקסט. נצמדים לטקסט ומנסים להבין למה התכוון מי שכתב את החוקה. לעיתים הדגש אינו יהיה דווקא על כוונתו המקורית של המחוקק אלא על כוונתו של הטקסט עצמו.

**יתרון-** התייחסות מינימלית לדעתו האישית של השופט.

**בעיה-** זה מחמיר את בעיית קיבעון החוקה, מחמיר את המתח בין שלטון העם לחוקה, פעמים רבות אין כוונה אחת "אמיתית".

### נונ-אוריג'ינלזם

נותנים מקום לפרשנות באופן שיעלה בקנה אחד עם תפיסה ערכית מסויימת.

**בעיה-** אי הסכמה בשאלת הערכים, ריכוז כח שלטוני, קושי לחלץ מטקסט אבסטקרטי הנחיה ברורה.

### פרשנות תכליתית

ברק טוען כי יש עוד דרך, תכליתית, להבין בצורה הטובה ביותר מהי תכלית הטקסט האובייקטיבית, לזה יש שלושה מבחנים:

1. כוונת המחוקק
2. סוג ההסדר המשפטי, לכל הסדר כללי פרשנות שונים.
3. עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית

גידי- ברק הוא נונ-אוריגינליסט שמסווה את זה במסווה של אובייקטיביות.

# גלגולי החוקה בישראל

### הכרזת העצמאות

בהכרזת העצמאות מופיעה התייחסות לחוקה עתידית למדינת ישראל, ומופיעה התייחסות למצב החוקתי עד להתקבלות חוקה:

* מועצת העם- רשות מחוקקת.
* מנהלת העם- רשות מבצעת.

ניתנה גם התייחסות לתאריך סופי לקבלת החוקה, תוך ארבעה וחצי חודשים. (גידי- הם לא באמת רצו חוקה אבל הם רצו שיסתכלו עליהם כמדינה דמוקרטית טובה).

לאחר הכרזת העצמאות עלתה השאלה האם מגילת העצמאות מהווה חוקה, ובית המשפט הצהיר כי הכרזת העצמאות לא מהווה חוקה (זיו).

### אחרי הכרזת העצמאות

סדר הפעולות בפועל היה שהקימו אסיפה מכוננת שברגע שהיא הוקמה היא קיבלה גם את הסמכויות של הרשות המחוקקת וגם את הסמכויות של הרשות המכוננת. מועצת העם העבירה את סמכויות החקיקה שלה לרשות המכוננת משתי סיבות:

1. המועצה המכוננת הייתה הרשות הנבחרת היחידה.
2. הם לא באמת רצו חוקה אז הם נתנו לגוף שאמור לכונן חוקה סמכויות לדברים אחרים (גידי).

יש שלוש סיבות למה לא באמת נכתבה חוקה בזמן הזה שהאסיפה המכוננת הייתה:

1. הדתיים התנגדו לכל הצעה לחוקה.
2. בן גוריון לא רצה חוקה שתגביל את השלטון (גידי).
3. אין לרשות מחוקקת אינטרס להיות גם רשות שתכונן חוקה בגלל שחוקה תגביל גם אותה.

### פשרת הררי

הררי הציע שהחוקה תיכתב בשלבים, בצורה של כינון **חוקי יסוד** וכשכל חוקי יסוד יכתבו אז הם יוגדרו כחוקה.

פשרת הררי לא קובעת מהם מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד עד שהם יוגדרו כחוקה. בתי המשפט לאורך השנים דנו בזה.

### המשך התפתחויות- ברגמן נגב קניאל ולאור

בשנת 1969 בית המשפט לראשונה פוסל חוק שסותר חוק יסוד, סותר את סעיף השוויון (סעיף משורין) בחו"י הכנסת (ברגמן).

קרצ'מר מציע שלושה דרכים להבין את הלכת ברגמן:

1. לכל חוקי היסוד יש עדיפות נורמטיבית.
2. לחוק יסוד משוריין יש עדיפות נורמטיבית.
3. הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחס לחקיקה עתידית גם בחקיקה רגילה.

בשנת 1974 בית המשפט מעדיף חוק רגיל על פני חוק יסוד, בטענה שחוק ספציפי גובר על חוק כללי (נגב). פס"ד זה סתר את הלכת ברגמן וניתן להסיק ממנו כי אין לכל חוקי היסוד עדיפות נורמטיבית.

בשנת 1973 בית המשפט פוסק כי רוב של חברי הכנסת שעוקף את דרישת השיריון יכול להיות חזק יותר מחו"י (קניאל).

מנגב ומקניאל יחדיו ניתן לדחות את שני הצעותיו הראשונות של קרצ'מר ולקבל רק את העובדה כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחס לחקיקה עתידית גם בחקיקה רגילה.

**בתקופת הביניים בין ברגמן עד ללאור, לחוקי היסוד אין מעמד עליון והם לא נבדלים מחקיקה ראשית.**

בשנת 1990 עולה מחלוקת בפסיקה, אהרון ברק (לאור, 30) מציע אוביטר לפיו **ניתן לפסול חוקים אף אם אין חוקה כל עוד הם לא מתאימים ל"עקרונות היסוד של השיטה הדמורטית"**, לדעתו דבר זה יכול לקרות רק לאחר שתשתנה התפיסה של הציבור בישראל. מנחם אלון(לאור,2) לעומתו סובר שלאחר שחוק התקבל בכנסת וחצה את דרישת השיריון הכתובה בחוק היסוד, בית המשפט לא יתערב (במקרה הספציפי החוק לא עבר את דרישת השיריון ולכן אלון מבטלו). (לאור)

## הגנה על זכויות בהעדר חוקה

גם לפני שהיה חוקי יסוד, בתי המשפט התייחסו לזכויות היסוד כאל הנחיה חוקית, הם עשו זאת בשלוש מישורים:

1. ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת.
2. חזקה פרשנית לטובת הזכויות.
3. ביקורת מהותית על שיקול דעת מנהלי.

### ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת

בשנת 1949 בית המשפט הכיר בכך שזכויות האזרח זקוקות להגנה וחידש שני חידושים בקשר לכך (בז'רנו):

1. כשיש זכות יסוד (במקרה האמור "חופש העיסוק) , הרשות המבצעת צריכה להביא מקור בחוק להגבלת זכויות היסוד.
2. צריך הגבלה מפורשת בחוק.

בשנת 1981 בית המשפט חידש חידוש נוסף ביחס להגנה על זכויות היסוד, צריכה שתהיה הסמכה מפורשת בחוק לרשות המבצעת להגביל זכויות יסוד (מיטרני). בית המשפט הציב מגבלה גדולה על הפגיעה בזכויות האדם.

### חזקה פרשנית לטובת הזכויות

בשנת 1964 בית המשפט קובע כי בהתעורר מחלוקת איך לפרש חוק של הכנסת, תמיד נעדיף לפרש את החוק באופן שעולה בקנה אחד עם היסודות החוקתיים של המדינה, אפילו אם הפרשנות הזאת פחות סבירה (שטרייט).

### ביקורת מהותית על שיקול הדעת המנהלי

בשנת 1953 בית המשפט פוסק שהוא יכול לפסול החלטה של הרשות המבצעת אף אם יש הסמכה בחוק כשההחלטה פוגעת בזכויות האדם (במקרה הזה "חופש הביטוי), אם ההחלטה נובעת משיקול דעת לקוי (קול העם).

### אז למה צריך חוקה

צריך חוקה בשביל שתהיה היכולת לפסול גם חקיקה ראשית מתוקף פגיעה בזכויות אדם ולא רק חקיקת משנה.

## מהפכת מרץ 1992

בחודש מרץ בשנת 1992 נחקקים לראשונה חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם, חו"י חופש העיסוק וחו"י כהאו"ח.

### סיבות לכך שעברו חוקי היסוד

1. **רגע היסטורי**- הציבור מאס בפוליטיקאים והפוליטיקאים הבינו שהם צריכים להעביר סמכויות לגוף חיצוני להם ושצריך להתקדם בתהליך כתיבת החוקה. בעיה- אין חגיגיות בהכרזת חוקי היסוד האלו כפי שצריכה להיות בהכרזה על חוקה.
2. **פשרה**- הסכימו לשאת ולתת עם המתנגדים הקבועים לחוקי יסוד אלו (הדתיים) וכך הם הסכימו להעביר את החוקי יסוד.
3. **טעות והטעיה**- יוזמי הצעת החוק הרדימו את השטח על ידי אמירות מרגיעות, היה שיעור השתתפות צנוע וחוקי היסוד לא קיבלו שיריון פורמלי.
4. **פעולת הצלה**- לאליטה החילונית שמאלית היה אינטרס לשמר את השליטה שלה, אחרי 15 שנה שהימין שלט או שהיה ממשלות אחדות, לראשונה הייתה קואליצית שמאל, ולכן הם העבירו חוקים שמגבילים את השלטון לעתיד.

גידי- כל זה מראה שהמהפכה קרתה בבית המשפט ולא בכנסת.

### פס"ד המזרחי

בפס"ד המזרחי לא נפסל חוק יסוד ועל כן כל הדברים שנאמרו בו הם בגדר אוביטר ודיון תיאורטי שיהפכו להלכה מחייבת רק בפס"ד מאוחרים.

נידונו מספר שאלות:

1. האם לכנסת יש סמכות לכונן חוקה?
2. מהם מעמד חוקי היסוד אשר אין להם שיריון פורמלי?

#### סמכות כינון חוקה

**שמגר**- הכנסת היא כל יכולה ולכן יש לה סמכות לכונן חוקה שתגביל אותה מהחלטות עתידיות.

**ברק**- לכנסת יש שני כובעים, כובע מחוקק וכובע מכונן, את הכובע המכונן היא ירשה מהכנסת הראשונה שהוגדרה כסמכות מכוננת ומאז ועד היום לא השתנתה ההגדרה.

**חשין**- העובדה שיש ויכוח האם לכנסת יש סמכות לכונן חוקה מציגה שאין סמכות לכינון חוקה כיוון שהחוקה צריכה להיות ביטוי של הסכמה רחבה יותר ושאלה זו לא צריכה להיות מוכרעת בבית משפט.

#### מעמד חוקי יסוד חסרי שיריון פורמלי

**ברק-** לחו"י בלי שיריון פורמלי (מספר חברי כנסת שנדרשים בשביל לעקוף אותו) יש עדיין שיריון מהותי ולכן לא משנה כמה חברי כנסת הצביעו בעד חוק שיעקוף את חוק היסוד, ניתן לבטלו אם הוא לא עומד במבחנים של פסקת ההגבלה הכתובים בחוק היסוד:

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

החידוש בדברים אלו הם שחוק יסוד לא צריך שיריון של מספר חברי כנסת מסוים בשביל להפוך לחוקה.

חשין- רק חוק עם שיריון נהנה מעליונות, וזה עד לרמה של רוב מוחלט, 61 ח"כים. בחוק יסוד משורין מהותית מספיק שהכנסת תכתוב בחוק הרגיל "בניגוד לחו"י...".

### האוביטר הופך לרציו- לשכת מנהלי ההשקעות

בשנת 1997 נפסל לראשונה חוק מתוקף חו"י העוסק בזכויות אדם, חו"י חופש העיסוק, בפס"ד לשכת מנהלי ההשקעות. בפס"ד זה מובאים המבחנים לבחינת חוקיותו של חוק.

#### מבחני פסקת ההגבלה

1. **בחוק.**
2. **ערכיה.**
3. **תכלית ראויה.**
4. **מידתיות.**

בפס"ד זה מובאים המבחנים לבחינת המבחן הרביעי:

1. **מבחן האמצעי המתאים והרציונלי**

צריך לבחור באמצעי שבאמת מתאים לתכלית הפגיעה.

1. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.**

מבין כל האמצעים הדרושים על מנת להגשים את התכלית צריך לבחור באמצעי שפוגע בתכלית בצורה המינימלית.

1. **מבחן המידתיות במובנה הצר.**

אם הפגיעה גדולה מהתועלת, החוק אינו מידתי. אם התועלת גדולה מהפגיעה, החוק מידתי.

גידי- ברק בחר לפסול לראשונה חוק רק בדבר שולי כמו שנות הסמכה של מנהלי השקעות, דבר זה נעשה רק בשביל "להתחיל בקטן", ולא ליצור כותרות במהפכה שתכנן ברק.

בלשכת מנהלי ההשקעות נפסל חוק רגיל מכוח חוק יסוד משורין פורמלית.

### האוביטר הופך לרציו- צמח

בשנת 1999 נפסל לראשונה חוק מכוח חו"י כהאו"ח, שאינו משורין פורמלית, בפס"ד צמח.

בית המשפט מנסה לאזן בין הפגיעה הכלכלית לבין זכות היסוד. עוד חידוש שברק מביא בפס"ד צמח הוא שחוק שבא לתקן, מבחינת הפגיעה בזכויות, חוק שנהנה משמירת דינים, חשוף לביקורת חוקתית.

בפס"ד זה עוד לא הוכרע מהם מעמד חוקי היסוד שנחקקו לפני שנת 1992.

### האוביטר הופך לרציו- חרות

בשנת 2003 בית המשפט קובע כי כל חוק יסוד נהנה ממעמד חוקתי וניתן לפגוע בו רק בפרוצדורה הקבועה בו או בחקיקת חוק יסוד אחר (חרות).

**בכך הושלמה המהפכה החוקתית, לאור מה שנקבע כל חוקי יסוד נהנים מעליונות, גם ללא שיריון פורמאלי או מהותי.**

## השלמה של חלקי החוקה החסרים

קיימות זכויות שלא מנויות בחוקי היסוד, והפסיקה רוצה להכניס גם אותם שיהיו זכויות בעלות מעמד חוקתי.

קיימות כמה גישות המכניסות זכויות נוספות שלא כתובות בחוקי היסוד לתוך החוקה:

1. סעיף 1 לחו"י כבוד האדם- כתוב בסעיף שהחוק נועד בשביל לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולכן כל ערכיה של מדינת ישראל הם ערכים דמוקרטיים, וכל הערכים הדמוקרטיים נכנסים בתוך סעיף זה.
2. סעיפים 2 ו4 לחו"י כבוד האדם­- סעיפים אלו מגדירים שאסור לפגוע בכבוד האדם, ניתן לקרוא את כבוד האדם בפרשנות מרחיבה ובפרשנות מצמצמת:
   1. מרחיבה- כל זכויות האדם נכנסות לתוך כבוד האדם וכך כל הזכויות נכנסות (בזה תומך ברק).
   2. מצמצמת- רק דברים הקשורים להשפלה ובפגיעה באדם נחשבים פגיעה בכבוד האדם.
3. סעיף 1 לחו"י כבוד האדם- הסעיף מגדיר את מגילת העצמאות כמסמך זכויות, ולכן כל הזכויות הכתובות במגילת העצמאות כלולות בתוך חוק יסוד כהאו"ח.

חולשות בתיאוריה זו (גידי):

1. סעיף 1 הוא סעיף מטרה בלבד ואין לו שום השלכה נפקותית.
2. הפירוש הלשוני המתאים לכבוד האדם הוא הפירוש המצמצם.
3. אם הכנסת בחרה לחלק בין זכויות ולהכניס חלק מהזכויות לחו"י זה וחלק לאחר היא בוודאי לא התכוונה להכניס את כל הזכויות לחו"י כהאו"ח.
4. גם לפי הנונ-אוריג'ינליסטים צריך לבדוק לפחות בצורה מינימלית מהי מטרת המחוקק, ובמקרה זה הוא חי וניתן לבדוק זאת.

### השלמת השוויון- רסלר

פס"ד רסלר ניתן במספר סיבובים ולבסוף בשנת 2012 נפסק בו על ידי בייניש שהשוויון מעוגן בחו"י כהאו"ח.

השופט גרוניס חלק ואמר שאין מקום להתערבות שיפוטית מסוג זה והוא הוסיף שהתעסקות חוזרת ונשנית בנושא זה (גיוס חרדים) פוגעת במעמדו של בית המשפט העליון.

### השלמת זכות חברתית- חסן

בשנת 2012 בוטל חוק בשל פגיעה בזכות לכבוד מינימלי (חסן) וזו הייתה הפעם הראשונה שבית המשפט פסל חוק כיוון שהוא פגע בזכות חברתית ולא בזכות פוליטית או בזכות אזרחית, הזכות החברתית הייתה הזכות לחיים בכבוד. גם את הפסיקה הזאת נתנה בייניש.

## ביקורת שיפוטית הליכית

עד כה ראינו ביקורת על תוכן החלטות הכנסת, יש גם ביקורת של הכנסת על ההליך בו נחקק חוק.

כיוון שאין חוק יסוד "החקיקה" שמגדיר את הליכי החקיקה בצורה חוקתית.

בפס"ד מגדלי העופות בשנת 2004 בייניש הגדירה באוביטר מתי נפסול חוק כיוון שהוא לא חוקק בצורה טובה. ואמרה שנפסול חוק

1. עקרון ההשתתפות.

את עקרון ההשתתפות ניתן להתייחס במובן הצר, חבר הכנסת יכל להצביע במליאה, או במובן הרחב שניתנה לחבר הכנסת האפשרות המעשית לגבש את עמדתו ביחס להצעת החוק.

1. עקרון השוויון הפורמלי, לכל אחד יש קול אחד.
2. עקרון הפומביות.

במשך השנים לא נפסל אפילו חוק אחד בגלל פגם בהליך (דוגמא לכך היתה בפס"ד ארדן) עד לשנת 2016.

בשנת 2016 בפס"ד קווטינסקי סולברג פסל חוק בגלל פגם בהליך, הוא הביא הגדרות מתי נפסול חוק בגלל פגם בהליך:

1. האם נשללה מחבר הכנסת הידיעה על מה הוא מצביע?
2. האם נשללה מחבר הכנסת האפשרות לגבש דעה בנושא ההצעה?

הוא אף נתן רשימה שממנה נוכל להבין האם התקיים דיון כדבעי:

1. משך הדיון, מידתי לאור הצעת החוק והשפעותיו?
2. האם הדיון בוועדות השפיע על נוסח ותוכן הצעת החוק?
3. האם הייתה תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק?
4. כמה זמן ניתן לחבר הכנסת להתכונן לדיון?

סולברג פסק שהחוק צריך להפסל, אולם הוא סבר שהסעד צריך להיות פסילה עד לרגע בו התקיים הפגם, כלומר, השאיר את הקריאה הראשונה על כנה.

מזוז חלק ואמר כי כיוון שאין שום חוק יסוד שמגדיר זאת אי אפשר לפסול חוקים בשל פגם בהליך, בפסילת חוקים מטעמים של זכויות אדם בית המשפט עושה זאת כיוון שזה מהותי וערכי, אולם פה זה לא מהותי ולא ערכי.

סולברג עונה לו שהביקורת הזאת מהותית וערכית כיוון שהיא שומרת על האיזונים והבלמים בין הרשות השופטת למחוקקת.

גידי- סולברג יכול לטעון שהפסיקה אף מחזקת את הפרדת הרשויות בין הכנסת לממשלה. הבעיה בדברי סולברג הוא שכשופט שמרן הוא קבע תקדים אקטיביסטי מאוד.

# חוקי היסוד כחוקה

בפס"ד המזרחי ברק ושמגר חלקו מה מגדיר חוקה:

**שמגר**- כל חוק שהכותרת שלו היא "חוק יסוד".

**ברק**- צריך לבחון האם חוק היסוד מתאים להיות חוק יסוד מבחינה מהותית. שני שאלות בצ"ע:

1. האם כל חוק שכתוב עליו "חוק יסוד" הוא חלק מהחוקה?
2. האם חוק שמתאים להיות חלק מהחוקה אבל לא כתוב עליו "חוק יסוד" הוא חלק מהחוקה?

בפס"ד בר-און בשנת 2010 שאלה זו נידונה בהקשר לחוק יסוד ספציפי שהיה חוק יסוד "**הוראת שעה**". בפס"ד זה בייניש אומרת שלא מספיקה הבחינה הצורנית וצריך להוסיף גם דרישה מהותית. אולם משאירה את זה **כאוביטר**.

## שינוי ופגיעה בחוק יסוד

שינוי חוק יסוד- "צמצומה או הרחבה, הוספה עליה או ביטולה של זכות המוגנת בחוק היסוד" (המזרחי).

פגיעה בחוק יסוד- שינוי מקומי לזכות המוגנת בחוק יסוד. (דרור)

כעיקרון שינוי חוק יסוד יכול להתבצע רק על ידי כתיבת חוק יסוד שיסתור אותו (מזרחי, ברק ושמגר).

### כיצד ניתן לפגוע בחוק יסוד

המזרחי:

ברק- פגיעה בחוק יסוד יכולה להיות בדרך שבה נאמר בחוק היסוד שהיא יכולה להיות וגם פגיעה זו חייבת להיות רק בהסמכה מפורשת מהכנסת לפגוע בזכות היסוד (השיריון המהותי).

שמגר- פגיעה יכולה להיות על ידי פסקת ההגבלה אם כתובה או בחקיקת חוק יסוד נגדי.

### פגיעה בחוק יסוד שותק

בפס"ד המזרחי ברק מעלה שלושה אפשרויות בשאלת מעמדם של חוקי היסוד השותקים (נטולי פסקת הגבלה):

1. לא ניתן לפגוע כלל בחוק יסוד שותק.
2. ניתן לפגוע באמצעות כל חוק.
3. ניתן לפגוע בחוק יסוד שותק בחוק שיש בו אמירה מפורשת שהוא פוגע בחוק יסוד שותק.

בפס"ד חירות בשנת 2003 נפסק כי לא ניתן לפגוע כלל בחוק יסוד אם אין לו את פסקת ההגבלה.

בפס"ד הופנונג ברק בשנת 1996 מעלה הצעה נוספת, ניתן "לייבא" את פסקת ההגבלה האמורה בחו"י כהאו"ח וחו"י חופש העיסוק גם לחוקי יסוד שותקים, שאין להם את פסקת ההגבלה. ברק מעלה זאת **כאוביטר**.

בפס"ד מופז בשנת 2003 לראשונה נפסק על ידי השופט מצא שניתן לייבא את פסקת ההגבלה גם לחוקי יסוד שותקים (חו"י הכנסת).

בפס"ד גוטמן בשנת 2014 נשאלת השאלה האם גם כשחוק עומד בשיריון פורמלי כנגד חוק יסוד, האם הוא צריך לעמוד גם בדרישות השיריון המהותי. חיות טוענת שבמקרה כזה צריך לבחון האם הוא עומד בדרישות פסקת ההגבלה המיובאת לחו"י הכנסת אבל זה נשאר **כאוביטר**.

### הוספת פסקת ההגבלה להסדרים חוקתיים שאינם זכויות

בפס"ד המרכז האקדמי נידונה השאלה האם ניתן לייבא את פסקת ההגבלה גם להסדרים חוקתיים שאינם זכויות במקרה עליו הם דיברו רוב השופטים פסלו את החוק בגלל שמבחינת הזכויות הוא היה בעייתי אולם נשאלה שם גם שאלה על הפגיעה במוסדות השלטון:

בייניש- לא צריך להכריע בשאלה הזאת.

לוי (מיעוט)- ניתן להכניס את פסקת ההגבלה גם לחוקי יסוד שאינם עוסקים בזכויות אלא במשטר.

אהרון ברק (במאמר חיצוני)- ניתן לייבא את פסקת ההגבלה רק לחוקי יסוד שיש בהם פגיעה בזכויות.

**עד היום אין תשובה בשאלה זו.**

## שינוי חוקתי שאינו חוקתי

בפס"ד בר-און בייניש קבעה כי חוק יסוד יכול להפסל משני סיבות, או שהוא סותר את החוקה או שהוא סותר את עקרונות היסוד של החוקה.

יש שני דוקטרינות לפיהן יכול להפסל חוק יסוד:

1. טכני- שימוש לרעה בחוקי יסוד.
2. מהותי- תיקון חוקתי שאינו חוקתי.

בפס"ד המרכז האקדמי (השני) חוק יסוד נפסל בגלל פגמים טכניים, כלומר בגלל שהוא היווה שימוש לרעה בחוקי יסוד. ופוגלמן דן האם ניתן לפסול מהסיבה השנייה, שהיא תיקון חוקתי לא חוקתי, בהעדר חוקה. הוא אומר שכן אבל זה נשאר כאוביטר.

מזוז בפס"ד ג'בארין מתנגד לפסילת חוקי יסוד מטעמים אלו אולם אומר שבמצבים חריגים בית המשפט כן יצטרך להתערב ולפסול את חוק יסוד כיוון שהוא פוגע בערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית.

בפס"ד שפיר קיימות שלושה דעות לגבי פסילת חוקי יסוד:

סולברג- כשחוק יסוד מטיב עם הציבור, אז גם אם הוא זמני הוא חוקתי.

חיות- צריך לבחון שלושה מבחנים בשאלה האם חוק יסוד הוא חוקתי:

1. יציבות, האם החוק ישאר יציב לאורך זמן, חוק יסוד "הוראת שעה" איננו יציב.
2. כלליות, חוק יסוד צריך הסדר כללי ולא מקומי.
3. התאמה למארג החוקתי הכולל, חוק יסוד צריך לתאום את תכלית חוקי היסוד ואת מטרת חוקי היסוד שהיו.

ברק ארז- שימוש לרעה בחוק יסוד הוא כל ניסיון לפגוע באיזון שלושת הרשויות. (גידי- ברק ארז לא הבינה את ההבדל בין שימוש לרעה לבין תיקון חוקתי שאינו חוקתי).

גידי- כל עוד בית המשפט פוסל חוקי יסוד על סמך דוקטרינת השימוש לרעה הוא פועל בתוך המהפכה של ברק, אם בית המשפט יפסול לפי הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי הוא יחבוש גם את כובע המחוקק של חוקי היסוד והמהפכה החוקתית תגדל פי כמה.

מבנה המשטר והפרדת הרשויות

# הכנסת

## היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת

שאלת היקף ההתערבות השיפוטית בוועדות הכנסת עברה שינויים בין השנים. בשנת 1963 פסק בית המשפט כי אין הוא מתערב כלל בפעילות ועדות הכנסת אף אם הן נשענו על טעויות שבעובדה (בשאלת התערבות בית המשפט בטעויות שבעובדה יש מחלוקת בין המשפט האנגלי בו אין התערבות לבין המשפט האמריקאי בו יש התערבות) (בצול).

בשנת 1971 בפס"ד פלאטו שרון, בית המשפט (רוב,כהן) משנה את התייחסותו ופוסק שיש לו סמכות לביקורת על הכנסת מכוח סעיף 7ב2 (היום 15ד2) לחוק בתי המשפט כיוון שהחוק אומר שבית המשפט הוא סמכות עליונה לערערורים על כל התהליכים המשפטיים של הכנסת, ולכן יש תמיד סמכות לדון בהליכים מעין משפטיים המתרחשים בוועדות הכנסת.

בית המשפט פוסק שיש שלוש מצבים בהם הוא יוכל להתערב בוועדות הכנסת:

1. הליך מעין שיפוטי.
2. חוסר סמכות.
3. שיקול דעת לקוי.

לנדוי התנגד ופסק שאין סמכות שיפוטית לדון בהליכי ועדות הכנסת עד שלא תהיה חוקה כיוון שזה פוגע בהפרדת הרשויות.

בשנת 1981 בפס"ד שריד ברק מעלה **כאוביטר** אפשרות שבית המשפט יכול להתערב גם בסדרי עבודת הכנסת וקובע אמת מידה להתערבות:

1. התערבות בדברים נוספים מאשר שהיה בפלאטו שרון.
2. בית המשפט יתערב בהתחשב "במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי" כלומר, יהיה ריסון עצמי לבית המשפט בשאלות מסוג אלו אלא אם כן תהיה פגיעה חמורה.

בשנת 1985 הצעת ברק בפס"ד שריד נקבעת כהלכה מחייבת בפס"ד כך. בית המשפט מוסמך להתערב שיפוטית בסדרי עבודת הכנסת עצמה על פי מבחן שריד.

בשנת 1993 בפס"ד פנחסי בית המשפט מחדד את ההבדל בהתערבותו בין סוגי פעילות הכנסת:

1. בהחלטות רגילות של ועדות הכנסת- יתקיים ריסון שיפוטי.
2. בהחלטות הכנסת שהם הליך מעין שיפוטי- לא יתקיים כלל ריסון שיפוטי וכל ההליך שפיט, גם אם לא פגע פגיעה חמורה ביסודות המבנה של המשטר.

בשנת 2004 בפס"ד מח'ול בית המשפט מצמצם את הלכת פנחסי וקובע כי:

1. בהחלטות מעין שיפוטיות של ועדת האתיקה- יתקיים ריסון שיפוטי כיוון שהן נוגעות לסדרי הפעולה של הכנסת.
2. בהחלטות מעין שיפוטיות אחרות (הסרת חסינות ועוד) לא יתקיים ריסון שיפוטי כלל.

בשנת 1999 בפס"ד התנועה למען איכות השלטון פוסק השופט ריבלין כי הליך שנסתיים בוועדת הכנסת ולא חזר למליאה, נחשב חקיקת משנה וככזה, כפוף לביקורת השלטונית של חקיקת משנה ולא של חקיקה ראשית (כלומר נותן משקל גדול יותר לביקורת על שיקול דעת לקוי).

בשנת 2020 בפס"ד התנועה לאיכות השלטון חיות דנה בשאלה מתי בית המשפט יתערב בסדרי עבודת הכנסת, מהם אותם המצבים הפוגעים "פגיעה חמורה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי":

1. פגיעה בשמירה על "רצון העם" על ידי שימוש פסול בתקנון הכנסת (סעיף 10).
2. פגיעה בשמירה על הפרדת הרשויות בין הכנסת לממשלה (סעיף 11).

## תקנון הכנסת ומעמדו

"הכנסת תקבע את סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו חוק תקבעם הכנסת בתקנון ; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה" (**סעיף 19 לחו"י הכנסת**).

בשנת 1984 בית המשפט פסק (כהנא) שהכנסת מחויבת ללכת לפי תקנון הכנסת ושאין בתקנון הכנסת הגבלה על תוכן הצעות חוק ולכן אי אפשר להגביל הצעות חוק מצד תוכנן אלא רק מצד צורתן (שהם נראות כהצעת חוק ולא כדברים אחרים[רשימת מכולת לא יכולה להיות הצעת חוק]), בית המשפט אומר שהכנסת יכולה לשנות את תקנון הכנסת (גידי- בית המשפט די ממליץ לכנסת לעשות זאת).

בשנת 1985 הכנסת מתקנת את התקנון כך שיו"ר הכנסת יוכל לפסול חוק גם בשל תוכנו ובית המשפט פוסק כי תיקון זה חוקי ולא פוגם פגם היורד לשורשו של הליך הכנסת (כהנא 2) על אף שפסק דין זה ניתן לפני המהפכה החוקתית בית המשפט סבור שתקנון הכנסת עומד לביקורת שיפוטית כיוון שהוא במעמד נמוך יותר מחוק רגיל.

בשנת 1991 בפס"ד נמרודי בית המשפט פסק שני דברים:

1. תקנון הכנסת הוא במדרג נורמטיבי גבוה מחוק רגיל ולכן יכול לבטל חקיקה אם היא לא עמדה בהליך התקין שדורש תקנון הכנסת והיה פגם היורד לשורשו של הליך.
2. בדרך כלל פסילת חוק תיעשה לאחר גמר חקיקתו אולם בנסיבות חריגות שיש פגם גדול בהליך בית המשפט יכול לפסול חוקים עוד לפני פרסומם בשביל למנוע הטעיה של הציבור:
   1. פסילה אפריורית- לפני פרסום החוק.
   2. פסילה אפוסטריורית- לאחר פרסום החוק. ברוב המדינות בהם יש ביקורת שיפוטית החוק נפסל בשלב זה (גידי).

## חלוקת העבודה בין הרשות המחוקקת למבצעת

בשנת 1997 ברק פוסק בעניין **הסדרים ראשוניים** של הרשות המבצעת, שהם אינם מספיקים בשביל לפגוע בערכי יסוד חוקתיים אלא צריך שהדברים יאמרו בפירוש בחקיקה הראשית (רובינשטיין) מכאן ואילך דבר זה נקרא **כלל ההסדרים הראשוניים**.

**ש**- למה עד עכשיו לא נפסלו הסדרים ראשוניים בבית המשפט?

**ת** (ברק)- לאחר חקיקת חו"י כהאו"ח והביסוס של החוקה בישראל ההיררכיה בין הנורמות השונות נהייתה קשה יותר ומצריכה הקפדה על חקיקה בנורמה שווה כשיש חוק שסותר את הנורמה הבסיסית.

בשנת 2013 בפס"ד המרכז האקדמי גרוניס דן בשאלה (**אוביטר** בלבד) האם העובדה שהסדרים ראשוניים חייבים להיות בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה הוא כלל חוקתי או כלל מנהלי (ניתן לשאול זאת גם האם זו חזקה חלוטה או חזקה הניתנת לסתירה):

**כלל מנהלי**- אם הכנסת תסמיך את הרשות המבצעת בפירוש אז הרשות המבצעת תוכל לעשות הסדרים ראשוניים.

**כלל חוקתי**- יש לכנסת מספר דברים שרק היא מסוגלת לעשות בכל מקרה ואין לה יכולת לתת לרשות מנהלית יכולת לעשות דברים כאלו.

גרוניס מעלה סברה (על פי דברי ברק במאמרים אחרים) שבהסדרים ראשוניים הנוגעים לזכויות אדם נגיד שמדובר בכלל חוקתי ובהסדרים שלא נוגעים לזכויות אדם נגיד שמדובר בכלל מנהלי.

הממשלה התחמקה **מכלל ההסדרים הראשונים** בכך שהיא ביצעה הסדרים רבים והכניסה אותם בחוק אחד שיאשרו חברי הכנסת הנקרא "**חוק ההסדרים**", בייניש בפס"ד מגדלי העופות טוענת שאותה בעייתיות הקיימת בכלל ההסדרים הראשוניים קיימת גם בחוק ההסדרים בגלל שבסוף הממשלה היא מי שקובעת את החוקים ולא הכנסת.

## חסינות חברי הכנסת

קיימים שני סוגי חסינויות:

1. חסינות עניינית. (סעיף 1 לחוק החסינות)
2. חסינות דיונית. (סעיף 4 לחוק החסינות)

### חסינות עניינית

חסינות עניינית מגינה על מעשים שעשו חכי"ם בתפקידם ופוטרת את חברי הכנסת מאחריות פלילית על מעשים אלו.

**ש-** איך יכול להיות שמעשים בלתי חוקיים יהיו חלק מתפקוד חברי הכנסת, הרי אלו דברים לא חוקיים?

**ת (ברק)-** נותנים חסינות לתפקוד של חבר הכנסת כאשר הוא הולך בתחום האפור בשביל לא לשבש את פעילותו. ברגע שמעשיו מגיעים לתחום השחור ולא חוקי בעליל אז תוסר ממנו החסינות. צריך לבחון את הקשר בין המעשה הלא חוקי לתפקידו של חבר הכנסת, אם הפעולה קרובה לתפקיד, אז תהיה חסינות ואם לא אז לא.

**לא ניתן להסיר את החסינות הענינית**

#### מטרת החסינות העניינית

1. שחבר הכנסת לא יפחד משמעותית מרשויות החוק.
2. הבטחת עצמאותו של חבר הכנסת.
3. אי התלות של חבר הכנסת מהרשויות האחרות (הפרדת רשויות).

### חסינות דיונית

חסינות דיונית מגנה על חבר הכנסת מעמידה בכל הליך פלילי, בלי קשר לשאלת האם המעשה נעשה בשביל תפקידו כחבר כנסת ואם לא.

יש ארבעה קריטריונים לקבל חסינות:

1. לקבל חסינות מתוקף החסינות העניינית.
2. כתב האישום הוגש על ידי התובע שלא בתום לב או מתוך הפליה.
3. הדין עם חבר הכנסת מוצה על ידי ועדת האתיקה.
4. העמדה לדין תפגע בייצוג רצון הבוחרים ואי העמדה לא תפגע באינטרס הציבורי.

עד לשנת 2005 החסינות הייתה מתקבלת אוטומטית, ואם הייתה עוברת מספר שלבים היא הייתה מוסרת:

1. היועמש מגיש כתב אישום.
2. ועדת הכנסת דנה האם להמליץ למליאת הכנסת להסיר את חסינותו של חבר הכנסת.
3. אם הוועדה המליצה הדיון עובר למליאה ושם מחליטים האם להסיר את החסינות.

בשנת 2003 עלתה שאלה מהי הרמה של הדיון שמותר לוועדת האתיקה לדון בו בבואה להמליץ (התנועה למען- גורלובסקי):

1. **אפשרות רחבה**- ועדת הכנסת יכולה לדון בכל התיק כולל בראיות ולהחליט האם לדעתה ראוי להגיש כתב אישום.
2. **אפשרות צרה**- ועדת הכנסת מוסמכת רק לדון האם לדעתה כתב האישום הוגש שלא בתום לב או בהפליה.
3. **אפשרות ביניים**- ועדת הכנסת לא יכולה לדון בכל התיק אלא רק בהחלטה עצמה האם להגיש כתב אישום.

לדעת ברק האפשרות הצרה היא העדיפה בגלל שהאפשרויות אחרות הורסות את הפרדת הרשויות. במקרה הזה בית המשפט פסק כי הוא יכול להתערב בהחלטה האם להסיר את החסינות או לא, והסיר את החסינות.

לאחר מכן, בשנת 2005 שונה החוק:

* 1. הדיפולט הוא שאין חסינות ורק אם חבר הכנסת מבקש אז דנים בבקשת החסינות. (13 לחוק החסינות)
  2. קבעה קריטריונים מדויקים לדיון שועדת הכנסת יכולה לדון.

### חסינות עניינית וועדת האתיקה

החסינות הענינית מגנה על ח"כ מפני נקיטת פעולות משפטיות ולא מפני סנקציות של הכנסת המופעלות על ידי וועדת האתיקה (מחול). גם דברים שלא נאמרו בתוך הכנסת יכולים לקבל טיפול בועדת האתיקה ובכך להיות כפופים לסנקציות מטעם ועדת האתיקה (זועבי).

# הממשלה

|  |  |
| --- | --- |
| **נשיאותי** | **פרלמנטרי** |
| ראש הרשות המבצעת נבחר על ידי המצביעים ישירות | ראש הרשות המבצעת נבחר על ידי הרשות המחוקקת |
| הרשות המבצעת נבחרת לתקופה קצובה מראש | הרשות המבצעת תלויה כל הזמן באמון הרשות המחוקקת |
| ראש הרשות המבצעת אוחז בכל הסמכויות והשרים הם רק יועצים | הממשלה היא קבוצה וראש הממשלה הוא ראשון בין שווים, אין לו את כל הסמכויות. |
| הפרדה נוקשה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת | אין הפרדה והרבה פעמים יש חפיפה |
| אין משרה נוספת סמלית של ראש מדינה | יש משרה סמלית של ראש מדינה |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **נשיאותי** | **פרלמנטרי** |
| **יתרונות** | * יציבות- הממשלה לא משתנה. * הממשלה מדברת בקול אחד | * גמישות, כשהצדדים תקועים ניתן ליצור הסכמים לגבי המצב הפוליטי * יש ריבוי דעות גם בממשלה. |
| **חסרונות** | ריכוז כוח בעייתי בידי אדם אחד | עלול להיות משבר אם אף אחד לא מצליח להרכיב ממשלה |

### השיטה בישראל

עד לשנת 1996 השיטה בישראל הייתה פרלמטרית. בשנת 96' חוקקו חוק יסוד ששינה זאת וקבע כי השיטה בישראל תהא משולבת, הציבור יבחר את ראש הממשלה אולם הממשלה תהיה חייבת לזכות באמון הכנסת. דבר זה יצר בעיה שכן הוא הגדיל אף יותר את כוחן (הלא פרופורציונלי ממילא) של המפלגות הקטנות ולכן השיטה תוקנה מחדש בשנת 2001.

#### חיזוק מעמד הממשלה

1. אי אמון קונסטרוקטיבי

בשביל שהכנסת תפיל ממשלה היא חייבת להביא להביא ממשלה חדשה (החל מ2014) (28 לחו"י הממשלה).

1. פיזור הכנסת ברוב של 61 מנדטים בלבד. (34-36 לחו"י הכנסת)
2. סמכות בידי ראש הממשלה לפיזור הכנסת. (29 לחו"י הממשלה)
3. פיזור אוטומטי אם לא מעבירים תקציב.
4. פיזור אוטומטי אם לא מצליחים להקים ממשלה

#### חיזוק מעמד הכנסת

1. הכנסת יכולה לחייב את ראש הממשלה לעמוד מולה.
2. הממשלה חייבת למסור דין וחשבון לכנסת.
3. כל ועדה יכולה לחייב שר לעמוד בפניה
4. פיקוח על חקיקת משנה והכרזה על שעת חירום בידיה של הכנסת.

### מתי מוקמת ממשלה

ממשלה מוקמת באחד מהמצבים הבאים:

1. התקיימו בחירות חדשות לכנסת.
   1. במועדן
   2. הכנסת החליטה להקדים את הבחירות. (34-36 לחו"י הכנסת)
   3. ראש הממשלה החליט לפזר את הכנסת והכנסת לא הצליחה להציג ממשלה חדשה. (29 לחו"י הממשלה)
2. חילופי ממשלה בתוך כנסת קיימת
   1. התפטרות ראש ממשלה.
   2. הצעת אי אמון קונסטרוקטיבית.

## הסכמים קואליציוניים

הדיון האם הסכמים קואליציוניים הם בעלי אופי מחייב הוא דיון אקדמי ארוך אולם לא רלוונטי בעולם המעשי ממספר סיבות:

1. **הלכת ההשתחררות.**

באופן כללי הרשות, המדינה, יכולה לא לכבד את ההתחייבויות שלה ולהתנער מהם, בלי תוצאות והשלכות משפטיות, אך רק אם צרכי הציבור מצדיקים זאת. בגלל שבהסכם פוליטי שני הצדדים טוענים לצורכי הציבור, ניתן להתנער מאוד בקלות מהסכמים קואליציוניים.

1. **אין לכלול תניה בדבר בטחונות וערבויות.**

לא ניתן לכלול בהסכם הקואליציוני שום תניה לגבי ערבות כספית (זרזבסקי, ברק). בתיקון לחו"י הממשלה זה עוגן גם כן (2ב לחו"י הממשלה).

1. **הסעדים מוגבלים בניגוד לסוגי הסכמים אחרים. (זרזבסקי)**

**ברק-** ניתן לתת סעדים כגון הודעה לציבור על הפרת ההסכם וביטולו וכן התרופה העיקרית היא ביטול ההסכם.

**אלון-** ניתן לתת רק סעד הצהרתי.

1. **בית המשפט מוכן לדון בהסכמים פוליטיים גם בלי קשר לשאלת תוקפן המשפטי.**

בפס"ד ולנר חשין פוסק שגם בהנחה ואין תוקף משפטי להסכם פוליטי ניתן לדון בבטלותו אם הוא נוגד את **תקנת הציבור**.

#### כבילת שיקול דעת סטטוטורי

בפס"ד ולנר קיימת מחלוקת בין השופטים האם ניתן להגיד שהסכם קואליציוני פסול כיוון שהוא נוגד את השיטה הדמוקרטית:

שמגר וחשין- הסכם קואליציוני הוא המשך למצע, אם את המצע בית המשפט מאשר גם את ההסכם בית המשפט צריך לאשר.

ברק- סעיף של הסכם קואליציוני שמשנה את מעמד הרשות השופטת צריך להתבטל כיוון שהוא פוגע בהפרדת הרשויות.

גולדברג- עקרונית דעת ברק נכונה אולם כאשר בית המשפט מתערב בדבר שמשנה את מעמדו זה פוגע באמון הציבור בבית המשפט.

## סמכויות הממשלה השרים והאצלתן

יש מספר סוגים של סמכויות של הממשלה:

1. סמכויות מהמנדט.

כל סמכות שהייתה לממשל של המנדט הבריטי עבר לממשלה (14א לפקודת סדרי הממשל).

1. סמכויות על פי חוק.

יש חוקים ספציפיים שנותנים סמכויות לממשלה (חוק ועדות חקירה ועוד).

1. סמכויות שליטה של שרים.

הממשלה יכולה להעביר באישור הכנסת סמכות בין משרדי ממשלה ובין שרי ממשלה (31 (ב) לחו"י הממשלה).

1. סמכויות שיוריות

### סמכות שיורית

הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת (32 לחו"י הממשלה).

הצורך לסמכות השיורית היא שלא ניתן לכסות את כל תחומי הפעולה האפשריים של הממשלה על ידי הוראת חוק (פדרמן).

דבר שניתן בחוק לועדה מסוימת בתוך הממשלה, לא כלול בסמכות השיורית. כיוון שהוא כבר ניתן לרשות אחרת (עיריית קרית גת, גולדברג). (גידי- בנידון של עיריית קרית גת גולדברג פסק את מה שפסק בגלל המגבלה "בכפוף לכל דין" וזה טעות בגלל שהיה צריך לפסוק בגלל המגבלה "כל פעולה שעשייתה...")

דורנר- סעיף 32 לחו"י הממשלה מונע מהממשלה לפגוע בזכויות הפרט על ידי שימוש בסמכות השיורית. כיוון שסעיף 32 אומר שזה צריך להיות בכפוף לכל דין, והדין העקרוני לא נותן פגיעה בזכות אדם אלא אם כן יש הסמכה מפורשת בחוק. (קריית גת)

דברי דורנר הופכים לרציו בפס"ד השב"כ בו נאמר שאין חקיקה מפורשת המסדירה את הפרת זכויות האדם של השב"כ ובגלל שהסמכות השיורית לא יכולה לפגוע בזכויות אדם צריך חקיקה מפורשת שתסדיר את זה (ברק).

חשיבות פס"ד השב"כ- מדובר **בפסילה של פרקטיקה משמעותית חשובה ונחוצה לכל הדעות** ויחד עם זאת בית המשפט פוסל אותה על שמחוקק יעגן את הסמכות בחוק.

### האצלת סמכויות לגורמים פרטיים

בפס"ד פלק נידון האם ניתן להחליף גורמי ממשלה בגורמים פרטיים בוועדה ממשלתית השופט מצא פסק שניתן להחליף גורמי ממשלה בגורמים פרטיים.

בפס"ד הפרטת בתי הסוהר עלתה השאלה האם ניתן להפריט בתי סוהר:

מסלול הזכויות (בייניש)- לא ניתן להפריט בגלל שזה פוגע בזכות האדם לכבוד.

מסלול מוסדי (לוי)- לא ניתן להפריט בגלל שכליאת אנשים והחזקתם כלולה ב**גרעין הקשה** של הדברים שרק לממשלה מותר לעשות. (לוי מתנגד למסלול הזכויות משום שלדעתו אין הבדל מהותי בזכויות האדם בין השב"ס לבין חברה פרטית).

### הפסקת כהונה של שר או סגן שר

סעיף 22 (ב) לחו"י הממשלה קובע כי ראש הממשלה **רשאי** להעביר שר מכהונתו.

#### דרעי-פנחסי

בפס"ד דרעי שמגר קבע כי במצבים בהם מיוחסות לשר עבירות מסוימות, להשאיר אותו בתפקיד זה **חוסר סבירות קיצונית** וראש הממשלה **חייב** לפטר אותו.

בפס"ד פנחסי ברק מרחיב את החובה הזאת גם למצבים בהם הכנסת נותנת חסינות לחבר הכנסת שגם נושא במשרה ממשלתית ומרחיב את החובה הזאת גם לסגן שר.

**הלכת דרעי פנחסי: שר או סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום יש לשקול לחייב את ראש הממשלה לפטר, אפילו אם סמכות ראש הממשלה לא מורה לו על כך ואף אם הכנסת נתנה לו חסינות. "יכול" יכול להפוך ל"חייב" תוך שימוש ב"עילת הסבירות".**

מה ההיקף של הלכת דרעי-פנחסי

זמיר- כל כתב אישום שמוגש נגד שר או סגן שר מחייב את ראש הממשלה לפטרו. (הנגבי הראשון)

חשין ודורנר- צריך 2 תנאים מצטברים בשביל לחייב את ראש הממשלה לפטר: שיהיה סיכוי סביר להרשעה ושהעבירה תהיה כזאת שיש עימה קלון. הבעייתיות שיש עם הלכת דרעי פנחסי היא שליועמ"ש יש סמכות לפטר כל שר (הנגבי).

האם הלכת דרעי-פנחסי יוצרת אמון הציבור או פוגעת בו

ברק- כאשר יש איש בשלטון עם כתב אישום זה פוגע באמון הציבור, ושאלת החסינות היא רק שאלה האם הוא ראוי לשמש כח"כ, לא כשר (פנחסי).

חשין- ההחלטה של הכנסת לתת חסינות מציגה אמון של הציבור בשר או בסגן השר ולכן הלכת דרעי-פנחסי פוגעת באמון זה (הנגבי).

### מגבלות על מינוי שרים

סעיף 6 לחו"י הממשלה קובע 2 דברים:

1. לא ימונה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון למאסר, עד 7 שנים מהיום שסיים את ריצוי עונשו. אלא אם כן זו עבירה בלי קלון.
2. יו"ר ועדת הבחירות קובע אם יש קלון.

האם החוק הזה ממצה?

גרוניס- לא ניתן לטעון שהחוק לא ממצה כיוון שהוא נותן תקופת צינון ופורמלית זה מספיק (הנגבי השני).

חיות- ההסדר לא ממצה כיוון שיש מצבים שאינם סבירים ברמה קיצונית שעוברים את רף 7 השנים שהקציבה הממשלה (דרעי 2015).

מלצר- התערבות בהסדר הזה הוא ניסיון פסול של בית המשפט לכתוב בעצמו את החוקה (דרעי 2015).

### פיטורי שרים בלי קשר לדרעי-פנחסי

האם רוה"מ יכול לפטר שרים בגלל שהוא שינה את קווי היסוד של הממשלה (פוקס)?

ברק- ראש הממשלה לא כבול לקווי היסוד של הממשלה כיוון שזה כובל את שיקול דעתו ולא שם לב לצרכים המשתנים.

לוי- ראש ממשלה יכול לשנות מדיניות אולם הוא חייב להעביר את שינוי המדיניות ואת פיטורי השרים דרך הכנסת. טוען שתיאורטית כמו שמינוי שרים מצריך את הכנסת כך גם פיטורי שרים מצריכים את הכנסת.

(גידי- ראש הממשלה הוא ראשון בין שווים בשיטה שלנו ולכן צריך לשכנע את הממשלה בשביל לשנות מדיניות ואם לא, להקים ממשלה חדשה.)

# בתי המשפט

### הוועדה למינוי שופטים

סעיף 4 לחו"י השפיטה מגדיר את המינוי של השופטים ואת הרכב הוועדה למינוי שופטים.

סעיף 6א' לחוק בתי המשפט מגדיר איך הוועדה ממנה שופט.

בפס"ד פורום משפטי למען ארץ ישראל בג"צ הכריע כי לוועדה למינוי שופטים אין רק אופי מקצועי ויש גם היבטים פוליטיים ולכן אין על הוועדה להתכנס בממשלת מעבר.

### ביקורת שיפוטית ריכוזית או ביזורית

ישנם שני מודלים של ביקורת שיפוטית:

1. ריכוזית- רק בית המשפט העליון יכול לדון בחוקיותו של חוק.
2. ביזורית- לכל בית משפט יש סמכות לדון בחוקיותו של חוק.

בישראל יש מודל ביניים:

1. תקיפה ישירה- אדם הרוצה לתקוף את החוק יכול לעשות זאת רק בבית המשפט העליון.
2. תקיפה עקיפה- הליך המתקיים בבית משפט רגיל והתעוררה בו שאלת חוקיותו של חוק, וזה לא נוגע לשאלה הישירה, בית המשפט יכול לבחון את חוקיותו של החוק\

בית המשפט עם השנים הרחיב את התקיפה העקיפה.

בפס"ד בית הדין לעבודה דעת הרוב הייתה שיש לבית הדין לעבודה (סמכות שיפוט נמוכה מבג"ץ) סמכות לדון בשאלת חוקיותו של חוק ההסדרים ולפסוק נגדו. השופט לוי חלק ואמר שאין סמכות כיוון שהתברר בבג"ץ שהשאלה העיקרית הייתה בשאלת סמכותו של בית הדין לעבודה לפסול חוקים, ואם הדיון הראשי בהליך משפטי הוא בפסילת חוקים, הדיון צריך להיות בבג"צ.

בפס"ד בוגרי התיכון הערבי השופטת נאור המליצה לעותרים לפנות לערכאה נמוכה יותר ולתקוף את החוק על ידי תקיפה עקיפה.

הפס"ד הראשון מרחיק לכת בכך שהוא מציג שאלה של חוקיותו של חוק כתקיפה עקיפה. והפס"ד השני מרחיק לכת כיוון שבית המשפט מציע בעצמו לפנות לתקיפה עקיפה בערכאה נמוכה (בשונה מהפס"ד הראשון, יש בו עוד עניינים משפטיים חוץ מבטלותו של חוק).

# נשיא המדינה

מבוסס על מאמר של רובינשטיין ומדינה

### חסינותו

לנשיא המדינה יש חסינות אישית שדומה בתחולתה לזו של חבר כנסת.

לנשיא יש חסינות מפני ביקורת שיפוטית על החלטותיו (13 א לחו"י נשיא המדינה), אולם כמעט כל החלטותיו מוצמדות גם להחלטות השר הממונה (12 לחו"י הנשיא) ולכן יש בפועל ביקורת שיפוטית על המעשים עצמם (אולם לא על הנשיא עצמו).

### סמכויות חובה

ניתן לחייב את הנשיא בכל הדברים המדיניים ומשמעותו המדינית היא סמלית בלבד.

### חנינה

לנשיא יש סמכות לתת חנינה (11 ב לחו"י נשיא המדינה)

החנינה הזאת יכולה להיות רק ליחידים ולא לקבוצה.

נשיא המדינה יכול להמיר את העונש לעונש קל יותר רק לפי המדרג של בית המשפט למושג "עונש קל" (מתאנה).

הנשיא יכול לקבוע תנאי לחנינה שלו (מתאנה).

הנשיא לא יכול לדחות ביצוע של גזר דין.

עקרונית חנינה של הנשיא לא יכולה להחזיר קנסות מהמדינה לניחן אלא אם זה נאמר במפורש.

הרשעה שנשיא המדינה חנן עליה נמחקת לגמרי, אבל במינוי לשירות הציבורי צריך להתחשב בהרשעה (אייזנברג).

הנשיא יכול לחון לפני שהאדם עמד בכלל לדין (ברזילי) ויש להכיר בכך שסמכות החנינה נועדה גם לשרת אינטרס ציבורי (קו 300). המלומדים סבורים שאין לעשות זאת בגלל ששאלת האינטרס הציבורי היא שאלה שהיועץ המשפטי אמור לדון בה לפני החלטה על הגשת כתב אישום.

החנינה צריכה להיות של שר המשפטים ושל הנשיא ביחד, אף אחד משניהם לא יכול לכפות את השני לחתום.

תפקיד החנינה הוא לאפשר מימד של חסד ורחמים במקביל לצדק ולדין. ועולה שאלה האם הוא יכול גם לחון בשאלות של דין ולא בשאלות של חסד, המלומדים בעקבות אגרנט אומרים שכן, הנשיא יכול לחון במקרה שלדעתו יש עיוות דין, אולם בימינו כאשר יש שימוש במשפט חוזר, ניתן לומר שעדיף לצמצם את יכולת זו של הנשיא (בן פורת).

היקף הביקורת השיפוטית על חנינות הנשיא צריך להיות מצומצם מאוד (חשין) ומוגבל לעניינים של מרמה וחריגה מסמכות, אולם לא תהיה ביקורת שיפוטית על טעות של הנשיא (ברזילי).

הנשיא יכול (ואף חייב) לחזור בו מהחלטתו אם גילה כי היא הייתה מושתתת על עניין כוזב (רונן)

# מנגנוני פיקוח

## היועץ המשפטי לממשלה

### מינוי

עד שנת 98' הממשלה הייתה עצמאית לגמרי. ועדת שמגר המליצה לשנות את הבחירה והממשלה קיבלה:

1. ועדת איתור בראשות שופט עליון בדימוס.
2. בוועדה נציגים גם מהאקדמיה גם מבית המשפט וגם מהממשלה.
3. רשאים להציע מועמדות- רוה"מ, שר המשפטים, חבר ועדה.
4. מי יכול- מי שיכול להיות שופט עליון
5. הוועדה יכולה להמליץ על יותר משם אחד.
6. אורך קדנציה יהיה 6 שנים בלי קשר להחלפת הממשלה.
7. הממשלה יכולה להעביר את היועץ מתפקידו במקרה ויתגלעו חילוקי דעות קשים בין הממשלה ליועץ.

### תפקידי היועץ

#### יצוג.

התפקיד של היועץ המשפטי הוא לייצג בבית המשפט את עמדת הממשלה.

כשיש חילוקי דעות בין הממשלה ליועץ המשפטי היועמש לא מחויב לדעת הממשלה (פנחסי):

ברק- היועמש צריך לייצג את הממשלה על פי דעתו של היועמש.

מצא- עמדת היועמש מחייבת את עמדת הממשלה ומכאן שאין פער בין הממשלה ליועמש.

יוצא מזה שאין לממשלה דרך להגן בבית המשפט על עמדתה.

בפס"ד אמיתי נידונה פעם נוספת השאלה האם יש אפשרות לתת לשר להתגונן עם ייעוץ משפטי בשלו כשהיועמש מתנגד:

שטיין- השר יכול לקחת ייעוץ משפטי אחר מהיועמש.

הנדל- לא רלוונטי בפס"ד זה בגלל שהשר רצה לייצג את עצמו.

קרא- השר לא יכול כיוון שזוהי ההלכה המושרשת בישראל.

#### ייעוץ

בוועדת אגרנט הוחלט שהייעוץ המשפטי **לא מחייב** את הממשלה.

במאמר בשנת 1986 זמיר במאמר הכריע כי ועדת אגרנט החליטה שהייעוץ מחייב את הממשלה.

ברק בפס"ד פנחסי הכריע שהייעוץ מחייב.

## מבקר המדינה

מבקר המדינה, יבקר את המשק, נכסים, כספים, התחייבויות וכו' של המדינה והמנהל. יבחן את חוקיות הפעולה ואת טוהר המידות והניהול התקין.

הגוף העומד לביקורתו ימציא ללא דיחוי את המסמכים ומה שהמבקר דורש.

יועבר מכהונתו או בגלל גורם רפואי או בגלל התנהגות שאינה הולמת.

ראש הממשלה אף חייב תוך 10 שבועות למסור תגובה לביקורת שהמבקר מוציא.

כיום המבקר מפרסם את ממצאי הביקורת, דבר שעוזר לו לאכוף את ממצאיו. לכאורה לממצאיו אין מעמד מחייב, אך נאמר על ידי בית המשפט כי רשות שבוחרת להתעלם ממצאיו צריכה להוציא נימוק מדוע.

גם חוק יצא שבהנחה וגוף רוצה לדחות תיקון ליקוי הוא צריך לדווח למבקר. ביקורת שיפוטית קיימת בנושא.

תפקידו כנציב תלונות הציבור – כל אדם יכול להתלונן במידה והוא נפגע בצורה ישירה מאחד הגופים המבוקרים על ידי המבקר. אפשרות לפנות בתלונה לא סותר את האפשרות לעתור לבג"ץ. יכול גם לדון בנושאים משפטיים.

## ועדות חקירה

אם ראתה הממשלה כי יש דבר להקים וועדת חקירה בשבילו, תמונה וועדה וראשה יהיה שופט בית משפט העליון או מחוזי.

חוק מבקר המדינה גם אומר שאם יש ליקוי שראוי להקים עליו וועדת חקירה כך יהיה.

הממשלה ממנה ועדת חקירה, לה 2 מגבלות: 1. תחום הסמכויות 2. המתחם שהיא רשאית לחקור.

לוועדה שיקול דעת רחב בנוגע לנושא החקירה, לעיתים עולים נושאים ותחומים נוספים בגלל הסוגייה שאותם הם חוקרים.

אין הוועדה מחליפה הליך פלילי, אך ממצאיה יכולים להשפיע רבות. החקירה אינה יכולה להוות ראייה בהליך הפלילי, אך יש פה בעייתיות כיוון שהפרסום גורם לשם רע גם ללא הליך פלילי הוגן.

אם מחפשים להטיל אחריות אישית עדיף שזה יהיה דרך הליך פלילי ולא וועדת חקירה.

וועדת חקירה יכולה לחקור גם דברים שקשורים לשיפוט ( הליך פלילי), אך בית המשפט יפסול את הקמת הוועדה אם ברור שהוועדה תגרום לפגיעה בסמכותה של הרשות השופטת, והוועדה תהיה מעין ערכאת ערעור נוספת.

הוועדה יכולה לחקור גם חברי כנסת, אך תמנע מלצמצם את חופש פעולתה, לדוגמה 3 חברי כנסת הסיתו לאלימות, דבר שהוועדה חשפה והדבר השפיע לבחירות הבאות.

לעיתים תהיה חובה לממשלה להקים וועדת חקירה בנושא מסוים, אך לעניין אין ביקורת שיפוטית. מניגוד לכך, לכנסת גם יש סמכות להפסיק את פעולתה של וועדת חקירה, אך לדבר זה כן יש ביקורת שיפוטית.

גם וועדת ביקורת המדינה רשאית להקים וועדת חקירה, ואף לחקור גופים שאינם מבוקרים.

קביעת ההרכב – בידי נשיא בית המשפט העליון, על אף שלא כל הוועדה הם משפטנים. יכול להיות שאדם שיש לו דעות קדומות בנושא החקירה לא ייבחר או יודח משם.

הליכי הדיון בוועדה - יכולה להזמין מי שהיא רוצה לתת עדות \ מידע, ויכולה אף לקנוס אם משהו מסרב. הדיון פומבי אלא אם יש הצדקה שלא. הוועדה מחויבת לתת לאדם שאמור להיפגע מהוועדה מידע על כך ואפשרות להציג את טענותיו. בנסיבות חמורות יכולה הוועדה לפרסם גם בלי האפשרות להציג את טענותיו. ניתן גם למנוע מאנשים לבוא בפני הוועדה אם הוועדה משוכנעת שאין בממצאים בכדי לפגוע באותו אדם.

בנוסף יש לציין שזכויות רבות שיש בהליך הרגיל אין בהליך בוועדה, כמו כתב אישום מראש וכאלה.

מעמד הממצאים – אין הממשלה מחויבת לממצאים, אך מחויבת לשקול היטב את המלצותיה. משקל רב גם להמלצותיה בנוגע לעובדי ציבור, ולכשירותם לתפקיד בשל מעשיהם.

קיום וועדת חקירה בנושא מסוים לא סותר את קיום ההליך הפלילי באותו הנושא.

לעיתים הוועדה יכולה לגרום לשם רע גם בלא הליך, ההחלטה שלא לקיים הליך, תבוא עם נימוקים מדוע, דבר זה אמור לבוא לקראת אותו אדם שנוצר לו שם רע למרות שלא היה בהליך פלילי.

בית המשפט נמנע מלהחיל ביקורת שיפוטית על החלטות והמלצות וועדת החקירה.

זכויות האזרח

# מבוא

המבוא לזכויות האזרח עוסק בנוסחאות האיזון בין הזכויות.

## מבחני האיזון

עד לשנת 92' במצב של התנגשות בין זכויות היו שני נוסחאות שמאזנות בין הזכויות, אנכית ואופקית (חורב, ברק).

### איזון אנכי

באיזון אנכי ידו של ערך אחד גובר על ידו של ערך אחר בצורה מוחלטת (דיין, ברק). בדרך כלל בהתנגשות בין האינטרס הציבורי לזכות הפרט, עליונות זו משתכללת רק בהתקיים שני מצבים:

1. הסתברות גבוהה לפגיעה באינטרס הציבורי.
2. פגיעה גדולה באינטרס הציבורי.

האיזון האנכי מטיב עם זכויות האדם שכן נוסחת האיזון נותנת עליונות לאינטרס הציבורי הנוגד אליו רק אם זה הגיע לרמה של נקודת האיזון.

### איזון אופקי

באיזון אופקי שני הערכים המתנגשים הם שווי מעמד ובית המשפט צריך למצוא פשרה בין הערכים.

האיזון האופקי פחות טוב לזכויות האדם כיוון שתמיד יצטרכו למצוא פשרה, גם אם לא הגיעו לנקודת האיזון.

#### בעיה בנוסחאות האיזון

גידי- למה לא למצוא תמיד פשרה, למה לתעדף אבסולוטית ערך?

## פשרה והכרעה במסגרת פסקת ההגבלה

### מבחני המידתיות

לאחר חו"י כהאו"ח בית המשפט מתחיל להגדיר אחרת את מבחני האיזון ומשתמש בשלוש מבחני המשנה למידתיות שמופיעה בפסקת ההגבלה:

1. הקשר הרציונלי- לתוכו לא מכניסים מבחן איזון.
2. האמצעי שפגיעתו פחותה- לתוכו מכניסים לעיתים את מבחני האיזון (א.ס.ף, ארבל).
3. המידתיות במובן הצר (האם הנזק עולה על התועלת)- לתוכו מכניסים בדרך כלל את מבחני האיזון (בית סוריק, ברק).

#### המידתיות במובן הצר

על מנת לבחון את האיזון במבחן זה נכניס מבחן משנה למבחן המשנה (בית סוריק, ברק):

1. בחינה מוחלטת- מקבלים בצורה קשיחה את האינטרס הציבורי עליו המדינה רוצה להגן ובודקים האם יש אמצעי שייתן את אותו ערך בפחות פגיעה בזכויות האדם. (רק הצד של זכויות האדם גמיש)
2. בחינה יחסית- יוצרים פשרה בין האינטרס הציבורי לזכויות האדם גם אם יש פגיעה באינטרס הציבורי עד שמגיעים למצב שבו התועלת עולה על הנזק. (2 הצדדים גמישים)

#### האמצעי שפגיעתו פחותה

גם במחיר פגיעה באינטרס הציבורי נחפש אמצעי שישמור בצורה מסוימת על האינטרס הציבורי וישמור על חוסר הפגיעה בזכות האדם (2 הצדדים גמישים).

### מבחנים נוספים למידתיות

#### מתחם המידתיות

בפס"ד תנופה דורנר נותנת שלושה מבחנים נוספים לפסקת המידתיות, מתחם המידתיות, שמצטרפים למבחני המשנה של המידתיות בפסקת ההגבלה:

1. מידת הוודאות של הפגיעה בזכות, ככל שתהיה ודאות נמוכה יותר תותר פגיעה בזכות יותר.
2. עלות השמירה על הזכות (כלכלית ושיקולים נוספים)
3. מהות הזכות שנפגעת, כמה שהזכות יותר חמורה תהיה קשה יותר הפגיעה בזכות ותהא התחשבות נמוכה יותר בשיקולים כלכליים.

#### הסתברות הפגיעה

בהתאם למבחן הראשון שהציגה דורנר בתנופה, בית המשפט מכניס בדרך פרשנית גם את הסתברות הפגיעה בזכות האדם לתוך מבחני פסקת ההגבלה, בפס"ד אבנרי עמית קובע שהבחינה של ההסתברות תיעשה במבחן המשנה השלישי (המידתיות במובן הצר) ושם יבדקו את עוצמת הפגיעה ואת הסתברות הפגיעה.

### דרישות ההסמכה

אחד התנאים של פסקת ההגבלה היא שהפגיעה תיעשה **בחוק**. והדרישה הזאת מכוונת לרשות המבצעת.

עד 92'- בפס"ד מיטרני שמגר אומר שצריך הסמכה מפורשת בשביל לפגוע בזכות, שבחוק יהיה כתוב שיש אופציה לממונה להתקין תקנה הפוגעת בזכות. במאמר של גזל הוא אומר שאין הלכה היוצאת ממיטרני בגלל שבית המשפט פסק גם אחרת.

אחרי 92'- בפס"ד המפקד הלאומי בייניש טוענת שהדרישה להסמכה מפורשת אינה מוחלטת ומשתנה בין זכויות, ככל שהזכות הנפגעת תהיה חמורה יותר כך הדרישה להסמכה מפורשת תהיה גדולה יותר (גידי- אין פה שום מבחן מוחלט וזה נותן לבית המשפט מרחב גמישות מאוד גדול).

בפס"ד טבקה חלוקים השופטים, לדעת חיות הסמכה כללית מספיקה לפגיעה בזכויות ואילו לפי שטיין צריך הסמכה מפורשת לפגיעה בכל זכות.

### הלימה לערכי המדינה

דרישה נוספת המופיעה בפסקת ההגבלה היא ההתאמה של החוק לערכי המדינה. בפס"ד דיזיין ברק בחן את ההתאמה והכריע שהחוק מתאים ובפס"ד חטיבת זכויות האדם בייניש אומרת שרק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן חוק יפסל בגלל סיבה זו.

המבחן עולה בשני היבטים (דיזיין):

1. יהודית- הלכתית וציונית.
2. דמוקרטית- רוב וזכויות אדם.

### תכלית ראויה

ככל שהרף של התכלית הראויה יהיה גבוה יותר, כך חוקים יוכלו להפסל יותר ויותר בלי להכנס לפסקת ההגבלה.

בפס"ד התנועה לאיכות השלטון (חוק טל) ברק מכניס את המדד לבחינת התכלית הראויה:

1. נועד להגשים מטרות חברתיות.
2. מגלה רגישות למקומם של זכויות האדם.

את הרגישות בודקים לפי מהותה של הזכות שנפגעת.

בפס"ד שטיין ברק אמר בפועל שמבחן התכלית הראויה הינו מבחן איזון אנכי.

**ש-** זה מכניס את מבחן האיזון האנכי לפני מבחני המידתיות, ואז מה עושים עם מבחני המידתיות?

**ת-** את מבחני המידתיות עושים רק אם האינטרס הציבורי גבר על הזכות הנפגעת.

גידי- זה יוצר יתרון בלתי פרופורציונלי לזכות על פני האינטרס בגלל שאם יש ניצחון קל לזכות הזכות תנצח לחלוטין במבחן האנכי ולא תלך לפשרה כיוון שזה יפול עוד בשלב "התכלית הראויה".

גישתו של ברק אומצה בכמה פס"דים אבל לא מוחלטת.

## התנגשות בין נורמות חוקתיות

בפס"ד פלונית נתעוררה מחלוקת מה עושים כאשר יש התנגשות בין נורמות חוקתיות:

דורנר- בוחנים נורמה ספציפית מול נורמה כללית ומעדיפים את הספציפית.

ברק- מקיימים מבחני איזון איזו זכות נפגעת יותר והאם מדובר בלב הזכות או בשולי הזכות ומכריעים.

## שמירת דינים והוראת שעה

סעיף 19 לחו"י כהאו"ח קובע כי ישנה שמירת דינים לחוקים שהיו לפני החוק ולא ניתן לתקוף אותם.

תיקונים לחוקים שהיו קיימים

1. תיקון טכני- נהנה משמירת דינים.
2. תיקון של פרק שלם- לא נהנה משמירת דינים.

בפס"ד מני ריבלין פוסק שסעיף שלא שונה בחוק שתוקן נהנה משמירת דינים.

בפס"ד צמח ברק פוסק שתיקון מטיב לחוק לא נהנה משמירת דינים וקדמי חולק ואומר שתיקון מטיב לחוק כן נהנה משמירת דינים בגלל שזה ירתיע את המחוקק מלשנות חוקים שפוגעים בזכויות אדם.

#### פרשנות לחוקים שהיו קיימים

בפס"ד גנימאת הייתה מחלוקת האם צריך לפרש את החוקים שהיו קיימים לפי חו"י כבוד האדם או לא:

ברק- רק לשון החוק נהנית משמירת דינים.

חשין- גם הפרשנות שהייתה בבתי המשפט ללשון החוק נהנית משמירת דינים

גידי- כשבודקים את היחס בין סעיף שמירת הדינים בחו"י חופש העיסוק לסעיף שמירת הדינים בחו"י כבוד האדם וחירותו, רואים שהפרשנות שברק נותן עוקרת את רצון המחוקק.

#### עקיפה של סעיף שמירת הדינים

בפס"ד אבו-ערפה פוגלמן אומר שניתן לעקוף את סעיף שמירת הדינים על ידי פרשנות למונח "הסמכה המפורשת", ואם אין הסמכה די מפורשת הסעיף עצמו בטל. הנדל חולק ואומר שצריך להקפיד על החוקים שהיו קודם חו"י כהאו"ח ולכן לא ניתן לעקוף סעיף זה.

## תוצאות הפגם החוקתי

תוצאות הפגם החוקתי הם בעצם הסעדים שבית המשפט נותן בעקבות פגם חוקתי.

יש מספר סעדים אפשריים:

1. ביטול החוק (צמח, זמיר).
   1. רטרוספקטיבית (חוזרת אחורה).
   2. אקטיבית (מכאן והילך).
   3. פרוספקטיבית (מנקודה מסוימת בעתיד).
2. צו למחוקק (להורות למחוקק שיחוקק חוק).
3. פיצויים.
4. תיקון חוק- קריאה לתוך חוק.
5. התראת בטלות.

### ביטול החוק

כאשר מבטלים חוק יש שלושה מודלים איך הוא בוטל (האגודה לזכויות האזרח, גולדברג):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | משמעות | נפק"מ למסתמכים |
| בטלות מוחלטת | החוק מעולם לא היה קיים | כל מה שנעשה בעקבות החוק לא נחשב כלום |
| נפסדות | החוק היה קיים ובית המשפט ביטל אותו | כל מה שנעשה עד ביטול החוק נחשב |
| בטלות יחסית | יש עניינים מסוימים בהם הוא היה קיים ויש עניינים בהם הוא לא היה קיים | יש מערכות שבהם לא נעשה דבר ויש מערכות בהם הדבר יחשב |

זמיר- בוחר באופצית הבטלות היחסית ואומר שצריך לקבוע אמות מידה לו. במשפט המנהלי המודל הוא בטלות יחסית ולכן צריך לאמץ את הבטלות היחסית.

בפועל בית המשפט בוחר בבטלות יחסית.

בפס"ד גניס הייתה מחלוקת בשאלה האם ניתן לבטל חלק אחד בחוק בלי שיש אפשרות להפריד במילים או שאי אפשר:

1. ברק- אפשר, רק עם כללי פרשנות סבירים.
2. חשין- אפשר גם בלי כללי פרשנות סבירים, מרחיב את דוקטרינת **העפרון הכחול** (מחיקה חלקית של חוק) גם למקרה בו אין מילים טכניות שניתן למחוק.
3. מצא טירקל ולוין- אי אפשר ולכן צריך לבטל את כל הסעיף בחוק.

גידי- השופטים יכלו להשתמש בכלי אחר בשביל לפתור את הבעיה שמה, מודל הבטלות היחסית.

### צו למחוקק

בגרמניה סעד כזה הוא מקובל, בישראל לא היה פס"ד שאמר שסעד כזה אפשרי אולם בפס"ד נסר בית המשפט איים שהוא יחייב את המחוקק לתקן את החוק אם המחוקק לא יעשה זאת בעצמו.

### פיצויים

הדרך היחידה כיום להעניק פיצויים היא דרך עוולת "הפרה חובה חקוקה", אולם רוב הפגיעות החוקתיות אינן עולות כדי המבחנים של עוולה זו וכן יש הגנה בפקודת הנזיקין על עובד ציבור שהאמין שפעל בצורה חוקית. ולכן כיום אין כמעט דרך להעניק פיצויים על פגם חוקתי.

### תיקון חוק- קריאה לתוך חוק

בפס"ד נסר בית המשפט לא החזיר את החוק אל הכנסת עקב פגם חוקתי אלא תיקן אותו בעצמו, לא היה מדובר בתיקון שמתנגד לנוסח החוק בעצמו.

בפס"ד משה חיות הייתה **בדעת מיעוט** שניתן לתקן את החוק אף אם הנוסח החדש שבית המשפט מציע מתנגד לנוסח החוק שקבעה הכנסת.

### התראת בטלות

בפס"ד ההסתדרות הרפואית רובינשטיין נתן תמרור אזהרה כי אם מצב לא ישתנה הוא יפסול אותו בעתיד, קביעה זו לא הייתה שהמצב הנוכחי אינו חוקתי אלא שבעתיד הוא יהיה לא חוקתי. במצבים אחרים בית המשפט הוציא התראות בטלות גם על מצבים לא חוקתיים, כיוון שהיה מדובר במקרה תקדימי (המרכז האקדמי 2017).

# זכויות אדם במשפט הפרטי

עקרונית יש הפרדה בין ענפי המשפט, יש את המשפט המנהלי והחוקתי שבו ניתן לעתור על פגיעה בזכויות ויש את המשפט הפרטי בו לא ניתן לעתור על פגיעה בזכויות.

### שיקולים בעד החדרת זכויות אדם לתוך המשפט הפרטי:

1. המדינה איננה שחקן העל במגרש הפעילות האנושי.
2. זכויות אדם אינם כלי שהמדינה יצרה אלא נכס שיש לאדם מתוקף היותו אדם ולכן שמירה על זכויות אדם לא מוטלת רק על המדינה אלא גם על אנשים.
3. כשהמגמה הכללית היא הפרטה, חייבים שתהיה דרך לשמור על זכויות אדם גם בדברים המופרטים.

### שיקול נגד

זה יוצר פגיעה תמידית בין החירות לשוויון.

### דרכים לזכויות במשפט הפרטי

1. להזיז את קו הגבול ולהגדיר שיש גופים שהם גם פרטיים וגם ציבוריים (גופים דו מהותיים). (מיקרודף, קסטנבאום).
2. החלה של חובות לשמירה על זכויות הפרט גם על האנשים הפרטיים:
   1. תחולה ישירה- לתבוע ישירות על הפרת הזכות (אין בישראל).
   2. תחולה עקיפה- לתבוע על הפרה של חוק שמתפרש כשמירה על זכויות (תקנת הציבור, תום לב וכו') (בית יולס ופרוז'אנסקי).

#### גוף דו מהותי

גוף דו מהותי הוא גוף שחלים עליו חובות גם מהמשפט הפרטי וגם מהמשפט הציבורי. בפס"ד מיקרודף ברק פוסק שיש דבר כזה גופים דו מהותיים כמו חברת חשמל (גידי- ברק היה יכול להגיד שחברת חשמל היא בכלל בבעלות המדינה אבל הוא רצה להרחיב את המושג של גופים דו מהותיים) ושהם חייבים בחובות של המשפט הציבורי כגון מכרזים.

ברק הגדיר שלושה מאפיינים לגוף דו מהותי:

1. פורמלי, יש לו סמכויות מהמדינה.
2. מהותי, יש לו שליטה על אמצעי ייצור חיוני.
3. מונופול בתחום מסוים.

קשה לקבוע האם מדובר בתנאים מצטברים או שלא. וקשה להגדיר את שני התנאים האחרים במדויק.

בפס"ד קסנבאום היתה מחלוקת האם מדובר בתנאים מצטברים:

שמגר- כן

אלון וברק- לא צריך את כל התנאים, אלון מוותר על המונופול ומשאיר את המהותי, ברק מוותר גם על המהותי ומסתפק בסמכויות הסטטוטוריות.

לאורך השנים בית המשפט לא הכריע בשאלות אלו בצורה נחרצת והשאיר את הדיון לערכאות הנמוכות יותר.

#### החלת חובות על שחקנים פרטיים

בפס"ד בית יולס הייתה מחלוקת בנוגע לחובת השוויון במכרזים הפרטיים:

אלון (רוב)- אין להחיל חובת שוויון במשפט הפרטי כלל.

ברק (מיעוט)- **מכניס את התחולה העקיפה**, קורא את סעיף "תום הלב" בחוק החוזים ופוסק לפיו שעקרון השוויון נכנס לתוך חוק תום הלב ולכן יש חובת שוויון במשפט הפרטי.

בפס"ד קסטנבאום ברק אומר שהיה ניתן לפסוק את אותו הפסק גם בדרך של התחולה העקיפה ובכך להכניס את זכויות האדם לתוך המשפט הפרטי. שמגר שם מסכים איתו.

**בהמשך השנים התקבעה גישת ברק שניתן להכניס את זכויות האדם אל תוך המשפט האזרחי בתחולה עקיפה.**

גם כיום ישנם שופטים שלא מסכימים להכנסת זכויות האדם אל המשפט הפרטי בצורה גורפת אלא רק בצורה חריגה. דנציגר בפס"ד פרוזאנסקי אומר שהשוויון המשפט הפרטי הוא איננו ערך יסוד וערך היסוד הוא החירות. החריג לערך החירות הוא השוויון (לדוגמא בחוק הסלקטורים) ולא להפך.

עמדתו של דנציגר איננה מקובלת היום.

# הזכות לכבוד האדם

יש שני אפשרויות איך להסתכל על המונח "כבוד האדם" (סטטמן):

1. כבוד כהיפוך של השפלה.
2. כבוד כמימוש של האוטונומיה של האדם.

עד לשנת 92' בית המשפט הסתכל על הכבוד כהיפוך של השפלה. בפס"ד קטלן בית המשפט התייחס כך לכבוד. בפס"ד קטלן גם חלקו השופטים האם הכנסת ראויה להיות השומרת על זכויות האדם או שזהו תפקיד בית המשפט:

כהן- זהו תפקיד בית המשפט (ולכן הוא מגדיר לכנסת מה לא לעשות בתחום ומה כן לעשות בתחום).

לנדוי- גם הכנסת יודעת לאזן בין הזכויות לבין האינטרס הציבורי ולכן לא ממליץ לכנסת מה לעשות.

לאחר המהפכה החוקתית בית המשפט מתייחס יותר ויותר לכבוד כאל הזכות לאוטונומיה, בפס"ד חורב ברק אומר זאת בצורה מפורשת.

גידי- בית המשפט מרחיב את הזכות לכבוד על מנת לייבא את הזכויות החסרות לתוך החוקה.

### צמצום המונח של הכבוד כאוטונומיה

#### ביקורת מקומית

1. זה מרתיע את המחוק
2. ק מלהשלים את החוקה.
3. הפירוש המרחיב פוגע ברצון המחוקק.

#### ביקורת עקרונית

1. אם אנחנו מרחיבים את המונח "כבוד האדם", כל פעולה שלטונית שמגבילה את האדם נעשית לשפיטה במסגרת "כבוד האדם וחירותו".
2. זה יוצר פגיעה בדמוקרטיה כיוון שזה הופך את בית המשפט לסמכות כל יכולה.
3. זה פוגע בזכויות האדם כיוון שזה מטשטש את ההבדלים בין גחמה אישית לבין פעולה אנושית המשרתת ערך או אינטרס חשוב.

#### הגדרת הפגיעה באוטונומיה

בפס"ד עדאלה ארבל מגדירה שלא כל דבר יחשב לפגיעה באוטונומיה אלא צריך שני תנאים מצטברים:

1. מהות הבחירה נשללת מהאדם, אין דומה דבר העומד בליבתו של חופש הבחירה לדבר סתמי.
2. מידת הכפייה ושלילת הרצון. יש הבדל בין סנקציה פלילית לבין שלילת הטבה כספית.

הגדרות אלו לא מכסות הכל כיוון שעדיין יש טשטוש ויש חשש שההסתכלות על כבוד כעל אוטונמיה תפגע באופנים אחרים של הזכות לכבוד. בפס"ד דעקה השופט אור מטשטש את ההבדל כשיש פגיעה שהיא בוודאי השפלה בהתאם להלכת קטלן אבל הוא לא מתייחס אליה בגלל שהיא לא זכות משמעותית כשהיא בלולה בתוך האוטונומיה.

#### שובו של כבוד כמניעת השפלה

בפס"ד לשכות עורכי הדין בישראל לוי אומר כי גם אם יש פגיעה באוטונומיה, אם אין השפלה או ביזוי אין פגיעה ב"גרעין הקשה" של הזכות לכבוד.

בפס"ד התנועה לאיכות השלטון (2017) סולברג טען שאי אפשר להכניס את השוויון לתוך הזכות לכבוד כמימד של אוטונומיה.

# זכויות חברתיות

יש שני סוגים של זכויות אדם:

1. זכויות אזרחיות פוליטיות- זכויות שליליות, מה אסור למדינה לקחת מהאדם.
2. זכויות חברתיות- זכויות חיוביות, מה המינימום שהמדינה צריכה לספק לאדם.

### זכויות חברתיות בעולם

הזכויות הפוליטיות מעוגנות בחוקות ברחבי העולם בצורה ברורה, במדינות בהם הזכויות החברתיות מעוגנות בחוקה זה בצורה כללית וכשאיפה.

#### סיבות שהזכויות החברתיות לא מעוגנות בצורה ברורה

1. **טכנית**- מבחינת ההיסטוריה של הרעיונות הזכויות החברתיות מופיעות בזמן מאוחר בהרבה מהזכויות הפוליטיות.
2. **עקרונית:**
   1. זכויות פוליטיות מעגנות כללי משחק נייטרליים ואילו הזכויות החברתיות עצמן שנויות במחלוקת.
   2. זה לא לגיטימי שהכרעות כיצד לחלק את העוגה המצרפית יוכרעו בבית משפט אלא רק במקום בו נמצאים נציגים מכל חלקי העם. (גרוניס, רובינשטיין)

### זכויות חברתיות בישראל

#### שלב ראשון- אין בישראל זכויות חברתיות

ברק בכובעו כמלומד הציג ב94' שלושה דרכים למושג כבוד:

1. פרשנות מצמצמת- אפליה בלבד.
2. פשרנות מרחיבה- כל זכויות האדם כולל הזכויות החברתיות.
3. פשרנות ביניים- כל זכויות האדם הפוליטיות.

ברק בוחר באפשרות הביניים. (גידי- גם הפרשנות ביניים של ברק מרחיבה מאוד.)

השופט אור בפס"ד שוחרי גילת פוסק שאין זכויות חברתיות בחוקה. (גידי- כיוון שלא נתקף בפס"ד זה חוק אלא תקנה מנהלית הוא היה יכול לפסול אותה בטיעון של שיקול דעת לקוי ולא היה צריך דווקא את חו"י כהוא"ח).

גרוניס בפס"ד רובינשטיין מביא חשש שמא אם יכירו בזכויות חברתיות הדבר יפגע בהפרדת הרשויות ובניהול התקציב ומציג הבדל בין התערבות שלילית (לכפות הפסקת פעולה שלטונית) להתערבות חיובית (לכפות פעולה שלטונית).

#### שלב שני- הכרה בזכויות חברתיות בלי שיניים

לאחר מכן, ברק שינה את עמדתו ולדעתו הזכות לכבוד כוללת גם את הזכויות החברתיות וקורא לזה **הזכות לקיום מינימלי לכבוד** (עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי).

בפס"ד גמזו לראשונה בית המשפט מכיר בזכות לקיום מינימלי לכבוד, אולם זה הוכר רק ברמה השלילית, לא לקחת מאדם את שארית כספו, ולא בצורה חיובית, לתת לאדם כסף.

בפס"ד מנור בית המשפט מכיר בזכות לקיום מינימלי בכבוד גם ברמה הפוזטיבית שלו אולם זה נשאר **כאוביטר**.

בפס"ד עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי השופטת דורנר דרשה מהכנסת להגדיר את הסטנדרטים לקיום מינימלי בכבוד, ברק ריכך זאת ופטר את הכנסת מחובה זו. ברק גם הוסיף חובה שכל עותר צריך להוכיח כי זכותו לקיום מינימלי לכבוד נפגעה.

#### שלב שלישי- אכיפת הזכויות החברתיות

בפס"ד חסן בית המשפט לראשונה אוכף זכויות חברתיות ופוסל חוק של הכנסת שפוגע בזכויות חברתיות.

בשונה מהחשש של גרוניס בפס"ד רובינשטיין בית המשפט עוד לא פסל חוק שהגדיר תקציב מסוים אלא רק את הדרכים להגדרת התקציב (בחסן- חזקה חלוטה בחקיקה ראשית).

# חופש העיסוק

רציונלים לחופש העיסוק (איגלו):

1. פרנסה (דגש בבז'רנו).
2. מימוש עצמי (דגש ביועצי ההשקעות).

נפק"מ בין הרציונלים:

1. עיסוק התנדבותי- זכות אם זה מימוש עצמי, לא זכות אם זה פרנסה.
2. חלופת קצבה- עדיין יש זכות אם זה מימוש עצמי, לא זכות אם זה פרנסה.

רציונל נוסף:

1. חיזוק התחרות לתועלת המשק, חוסר הגבלה על הפרט מלעסוק.

בפס"ד כלל ומגדל השופט לוין מחדש שבבסיס חופש העיסוק מונח גם חופש התחרות. גם בפס"ד אורון נאמר כך.

גרוס- המעבר ההיסטורי בין הרציונלים הולך יותר חלק עם המימוש העצמי מאשר עם הפרנסה. אימוץ רציונל התחרות פוגע באופן ישיר ברציונל הפרנסה, גרוס טוען שזה יוצר יתרון לחזקים אל מול החלשים בחברה ולכן בעייתי.

בסופו של דבר בית המשפט פסל את רציונל הפרנסה ובחר ברציונל המימוש העצמי וחופש התחרות.

תחילת המהפכה החוקתית במנהלי ההשקעות נעשתה על ידי ברק בשביל לפתוח צוהר לביקורת שיפוטית אולם הדבר לא היה חייב להגיע לכך והייתה חריגה מסמכות כיוון שהשאלה כמה מבחנים אדם צריך לעבור בשביל לעבוד בעבודה מסוימת איננה שאלה שפיטה(עלי זלצברג וקידר).

פגיעה בחופש העיסוק היא פגיעה מהותית ולא רק פורמלית ואם יש חוק לפיו רק חברה מסוימת יכולה להעניק רישיונות או דברים בסגנון אז גם זו פגיעה בחופש העיסוק (לם).

#### היחס בין חופש העיסוק לחו"י כהאו"ח

בחו"י חופש העיסוק יש פסקת התגברות ואילו בחו"י כהוא"ח אין.

**ש-** בעצם כל פגיעה בחופש העיסוק היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, אז פסקת ההתגברות לא רלוונטית.

**ת-** צריך שלושה חלקים מצטברים בשביל לעמוד בפסקת ההתגברות (ברק, מיטראל):

1. אם הפגיעה בחופש העיסוק מייצרת תופעת לוואי של פגיעה בכבוד האדם ולא פגיעה מתוכננת.
2. הפגיעה העיקרית היא פגיעה בחופש העיסוק ולא בכבוד האדם.
3. הפגיעה בכבוד האדם אינה בעלת עוצמה ממשית.

# הזכות לשוויון

## השווין האריסטוטלי

על פי אריסטו השוויון הוא מתן יחס שווה לשווים. נגדיר את זה לפי השאלה האם השוני הוא רלוונטי.

**בעיה-** זה ייתן לנו רק אפשרות אחת, אם השוני רלוונטי אז אין כל פגיעה בשוויון.

בשביל להוכיח שוני רלוונטי צריך להציג זאת בנתונים ולא מספיק רק להגיד כי הוא קיים (ברק, עדאלה).

בפס"ד עדאלה (השני) סולברג סובר שלא צריך לדון בשאלת הרלוונטיות של השוני בשלב הראשון של בחינת הזכות כי אם בשלב השלישי של בחינת המידתיות של הפגיעה בשוני.

#### שוויון לאחר הוכחת שוני רלוונטי

בפס"ד מילר הוצג שוני רלוונטי על ידי המדינה וכל אחד מהשופטים התייחס לזה בצורה אחרת:

מצא- השוני הרלוונטי הוא ספקולטיבי, אם הוא היה מוכח היינו פוסקים בעד המדינה אבל הוא מבוסס על בסיס הסתברויות.

שטרסברג כהן- גם אחרי שהמדינה עמדה במבחן של השוויון האריסטוטלי יש עוד מימד של שוויון, שוויון הזדמנויות.

דורנר- גם אחרי שהמדינה עמדה במבחן של השוויון האריסטוטלי, היא צריכה לעמוד במבחן של כבוד האדם.

## שוויון הזדמנויות

עוד מבחן הוא שוויון ההזדמנויות, אם נפגע שוויון ההזדמנויות גם אז נוכל לראות פגיעה בזכות. (שטרסברג כהן, מילר) (זמיר, רקנט).

## מעמדו החוקתי של השוויון

השוויון נמצא בלא מעט חוקים רגילים, אולם אין לו עיגון באף חוק יסוד, ברק מעגן אותו בחו"י כבוד האדם וחירותו (ברק, דנילוביץ') ויש שלושה אפשרויות כיצד להבין זאת:

1. דורנר- כשהפגיעה בשוויון כרוכה בהשפלה ויש סיווגים חשודים.(מילר)
2. זמיר- כשהפגיעה בשוויון כרוכה בהשפלה ויש סיווגים חשודים להשפלה. (האגודה לזכויות האזרח)
3. ברק- כשהפגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה באוטונומיה. (התנועה לאיכות השלטון, חוק טל)

(מבחינה טכנית אין הבדל בין דורנר לזמיר אולם דורנר אומרת שזה בדיעבד ואילו זמיר אומר שזה לכתחילה)

הבחינה של הפגיעה בשוויון צריכה להיות רק בדברים המונחים בליבת זהותו של האדם ולא בכל דבר שהאדם טוען שיש בו פגיעה בשוויון (עדאלה, סולברג).

### סיווגים חשודים

הצדקות להגן על סיווגים חשודים:

1. חוסר אמון בכך שיש צדק בחלוקה המקורית.
2. בסיווגים חשודים ישנה אפליה.
3. סיווגים חשודים מעודדים סטיגמות.

בסיווגים חשודים נחמיר יותר את מבחני המידתיות:

1. הקשר הרציונלי- תידרש הוכחה ברורה יותר של קשר רציונלי.
2. האמצעי שפגיעתו פחותה- נשקיע יותר כסף במציאת אמצעים אחרים בסיווגים חשודים.
3. המידתיות במובן הצר- נשקול במימד הנזק גם את הנזק הציבורי בהשארת הסטיגמה על כנה.

גידי- בפס"ד נסר בייניש מערבבת בין רציונל האפליה לרציונל הפגיעה באוטונומיה ופוסקת שיש פגיעה בשוויון גם בלי קשר לסיווגים חשודים (בשונה מזמיר בפס"ד האגודה).

#### סיווגים חשודים בקבוצות בלי היסטוריה של אפליה לרעה

באפליה של קבוצה שלא הופלתה לרעה אין פגיעה בשוויון (פרוז'אנסקי, ג'ובראן).

גם באפליה של קבוצות שלא הופלו לרעה היסטורית יש פגיעה בשוויון (פרוז'אנסקי, דנציגר).

## פגיעה בשוויון בלי כוונה להפלות

בוחנים את הפגיעה בשוויון לפי התוצאות, גם אם אין כוונה להפלות מראש (ועדת המעקב, ברק)

# חופש הדת

#### רציונלים לחופש הדת

יש שני רציונלים עיקריים לחופש הדת (גידי וסטטמן):

1. מצפון (מובא בפלונים).
   1. מניעת כאב וסבל (לא רוצים שלאנשים יכאב מכך שהם עושים דברים כנגד מצפונם).
   2. הערכה חברתית למצפוניסטים.
   3. תועלת בקיומם (האנשים בעלי המצפון מדגישים לחברה שיש דבר כזה ערכים וזה טוב לחברה)
2. הזכות לתרבות (לתרבויות מיעוט יש סכנה להבלל בתוך קבוצת הרוב ואנחנו רוצים להגן על זה).
   1. התרבות נחוצה בשביל שהאדם יוכל לממש חיים אוטונומיים.
   2. התרבות נותנת כבוד וערך עצמי לאדם.

#### נפק"מ לרציונלים

**מבחינת ההיקף**

1. אם שומרים על חופש המצפון אז נגן רק על מה שכופים על האדם לעשות או לא לעשות ואם שומרים על הזכות לתרבות אז ההיקף רחב יותר.
2. לחופש המצפון יש רק סעדים שליליים ואילו לזכות לתרבות יכולים להיות גם סעדים חיוביים כיוון שתרבות המיעוט שברירית יותר.

**מבחינת המשקל**

1. לחופש המצפון ניתן משקל רב יותר מאשר לזכות לתרבות כיוון שהוא מהווה פגיעה חמורה יותר.
2. את הזכות לתרבות של חופש הדת נאלץ לאזן עם הזכות לתרבות של הצד השני (החופש מדת) ואילו את חופש המצפון נצטרך לאזן פחות.

#### בפסיקה

בפס"ד חורב ברק לא מסכים לקבל את הזכות לתרבות כמאפיין של חופש הדת אבל מוכן לקבל טענות של "פגיעה ברגשות הדתיים.

בפס"ד שביט ברק לא מקבל את הטענה שיכולה להיות פגיעה בחופש הדת כל עוד האדם הנפגע לא עשה דבר שדתו אוסרת עליו לעשות ואילו אנגלרד קיבל גם את הטענה הזאת כחופש הדת.

בפס"ד גור אריה ברק ממשיך בדבריו שחופש הדת היא זכות מצומצמת לחופש המצפון. דורנר חלקה ואמרה שכאן אכן יש פגיעה במצוות הדת ולא רק בדת כתרבות ולכן יש פגיעה בחופש הדת (אין הבדל בין דורנר לברק בשאלת הרציונל) (גידי- בפס"ד זה גם אם היינו מקבלים את הזכות לתרבות היינו פוסקים ככה בגלל שהתרבות שבאמת הייתה כאן היא התרבות החילונית)

בפס"ד פסרו-גולדשטיין הדיון הפוך, יש התנגשות בין חופש הדת כמצפון של אדם בודד לבין חופש הדת כתרבות של קבוצה שלמה:

1. שמגר- חופש הדת כמצפון עדיף.
2. טל- אין לפגוע בחופש הדת כזכות לתרבות של הדתיים במדינה.

# חופש הביטוי

## רציונלים לחופש הביטוי (דיין)

1. **גילוי האמת**, הדרך לגלות את האמת היא דיון חופשי בין עמדות שונות.

חולשות- האמת תתגלה בעקבות זמן רחוק ואילו לבנתיים יכולות להיות טעויות בטווח הקצר.

1. **קידום הדמוקרטיה**, צריך מידע מלא, גלוי ושקוף בשביל שיתקיים עקרון הכרעת הרוב, שיכול לגבש עמדה רק אם הוא שומע את הכל.

חולשות- זה מגביל את חופש הביטוי רק להיבט הפוליטי (בפס"ד אבנרי ברק אומר שאכן לחופש ביטוי פוליטי יש מעמד חזק יותר).

1. **מימוש האוטונומיה של הפרט**

חולשות- זה מטשטש את הזכות לאוטונומיה לכל גחמה.

## מעמד חופש הביטוי

אגרנט- חופש הביטוי הוא **זכות חוקתית** הנגזרת מהאופי הדמוקרטי של מדינת ישראל, וניתן לפגוע בה רק מטעמים של **בטחון הציבור**. (קול העם)

מצא- חופש הביטוי נמצא בתוך סעיפים 2 ו4 בחו"י כבוד האדם וחירותו. (גולן)

דורנר- חופש הביטוי נמצא בתוך חו"י כהאו"ח רק אם הוא כרוך בהשפלה. (גולן)

ברק- חופש הביטוי נמצא בתוך חו"י כהאו"ח רק אם הוא כרוך בפגיעה באוטונומיה. (מטה הרוב)

חופש הביטוי כזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד, הופך לרציו בפס"ד אבנרי(חוק החרם).

## היקף חופש הביטוי

ארה"ב- יש כמה היבטים של חופש הביטוי שלא חוסים תחת הגנת החוקה.

ישראל:

1. אין פסילה קטגורית של סוג מסוים של חופש הביטוי (בן גביר, ריבלין) ולכן כל סוגי חופש הביטוי ראויים להכלל בתחומי ההגנה על חופש הביטוי(אלבה, ברק), אפילו ביטויי לשון הרע נכללים תחת ההגנה על חופש הביטוי (אבנרי-לשון הרע).
2. ביטויי גזענות לא צריכים להכלל במסגרת חופש הביטוי (מצא, אלבה).

## מה נחשב פגיעה בחופש הביטוי

ברור שאיסור פלילי או סנקציה אזרחית נחשבת פגיעה.

#### שלילת תמיכה כפגיעה בחופש הביטוי

1. שלילת תמיכה לא נחשבת פגיעה בחופש הביטוי (אבו-גוש, רוב).
2. שלילת תמיכה נחשבת פגיעה בחופש הביטוי (אבו-גוש, כהן).
3. שלילת תמיכה נחשבת פגיעה בחופש הביטוי אולם במדרג שני (אבנרי-חוק החרם).

אם עוד לא נשללה התמיכה בפועל אלא רק בעתיד אי אפשר לבטל בעקבות זה חוק (התיכון האורתודוקסי).

סמכויות חירום

**מצב חירום מתרחש כאשר מדינה נמצאת במצב חירום בטחוני או אזרחי. במצב חירום הממשלה רשאית לבצע חוקים על מנת להתמודד עם המצב, על אף שזה יוצר מניה וביה פגיעה בזכויות אדם.**

**בישראל עד לשנת 96' היה חוק (**9 לפקודת סדרי הממשל**) לפיו הממשלה רשאית להכריז כל מצב חירום ומשנת 96' חוקק (**38 לחו"י הממשלה**) שרק הכנסת יכולה להכריז על מצב חירום ורק לשנה אחת מרגע ההכרזה. בפועל מהקמת המדינה ועד היום מדינת ישראל נחשבת במצב חירום.**

**במשך 13 שנים התנהל דיון על ביטול מצב החירום (האגודה לזכויות האזרח) ובשנת 2012 העתירה נדחתה סופית.**

## שינויים בהסדרת דיני החירום

### היובל הראשון- 1948-2000

ב50 שנה הראשונות למדינה היו שלושה מסגרות לדיני החירום:

1. **תקנות ההגנה לשעת חירום (חקיקה מנדטורית).**

נחקקו בשנת 1945, מאפשרים סמכויות נרחבות לרשות המבצעת ובעיקר לצבא ולמפקדים צבאיים, והכח שלהם יותר חזק מכל חוק של הכנסת (4(6) לדבר המלך).

בפס"ד ליון (1949)בית המשפט מאשרר את תקנות ההגנה לשעת החירום. מצביע על הבעיה בתקנות אלו מבחינה דמוקרטית אולם סבור כי שינוי במצב משפטי צריך להעשות ע"י הכנסת. לאחר פס"ד זה בית המשפט הפעיל רק ביקורת פורמלית על תקנות אלו (האם הפעולה אכן בסמכות).

בפס"ד שניצר (89')ברק פוסק שפרשנות תקנות שעת חירום צריכה להעשות על פי אמות המידה של הדור הנוכחי ולא לפי אמות המידה של חיקוק התקנות, ההלכה העולה משניצר היא שניתן להפעיל ביקורת שיפוטית מהותית על תקנות ההגנה לשעת חירום.

בימינו נותרו מספר תקנות שעדיין בתוקף, בחלקן הגדול נעשה רפורמה ותקנות אלו הפכו להיות חלק מחקיקה ראשית של הכנסת.

1. **תקנות שעת חירום** על ידי שרי ממשלה המוגבלות לתקופה של שלושה חודשים (38-39 לחו"י הממשלה).

בעבר- סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

היום- סעיף 38 לחו"י הממשלה.

השינוי בין העבר להיום הוא בכך שנוצרו סייגים לסמכות זו:

1. רק כשמצב החירום מחייב להתקין תקנות מתקינים הסדרים שפוגעים בזכויות. (39ה לחו"י הממשלה)
2. תקנות אלו לא מונעות הליכה לערכאות או פגיעה בכבוד האדם. (39ד לחו"י הממשלה)

בפועל הכנסת פעם בכמה זמן נותנת הארכה.

בפס"ד פורז בית המשפט פוסק שכל עוד יש אפשרות להסדיר את התקנות בכנסת בצורה מהירה ויעילה זה עדיף משימוש בכלי של חקיקה על ידי הרשות המבצעת ורק אם אין מספיק זמן משתמשים בחקיקת חירום.

1. **חקיקת חירום של הכנסת** התלויות בהמשך קיום המדינה כשעת חירום או מוגבלות בזמן.
2. חוקי הארכה של תקנות שעת חירום, מעוגן בחו"י הממשלה.
3. חקיקת חירום מקורית של הכנסת:
   1. הסדר מפורט של תחום בטחוני (לדוגמא חוק סמכויות שעת חירום [מעצרים]).
   2. חוק מסגרת שמסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות (לדוגמא חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים).

**עד שנת 92' אין ביקורת שיפוטית על חוקים אלו (**ח.ס.ה**) ומשנת 92' מתחילה ביקורת גם על חוקים אלו (**שנסי**).**

1. הוראות שעת חירום בחוקים רגילים (לדוגמא בחוק חופשה שנתית (32) מוזכר סמכות לדחיית חופשה במצב חירום).

### שנות ה2000

**מתחילת שנות האלפיים יש שינוי באופן הסדרת דיני החירום בישראל:**

1. מרכז הכובד עובר לחקיקה ראשית.
2. החקיקה יורדת לפרטים.
3. החקיקה אינה מותנית בקיומו המוגדר של מצב חירום.

ש- **מה גם למחוקק להיכנס בעובי הקורה ולהתחיל להסדיר את ההסדרים בחקיקה ראשית? מה הוביל לשינוי? ומה גרם לו לבטל את הקשר בין חקיקת הביטחון להכרזה על קיומו של מצב חירום?**

1. **אי התאמה של דגם "החירום" במציאות מתמשכת.**
2. **התגברות הביקורת השיפוטית על חקיקות הממשלה.**
3. **גדילת המחויבות לזכויות אדם בציבור.**

#### אי התאמה של דגם החירום במציאות מתמשכת

יש צורך התקנות דרך קבע ע"י המחוקק כיוון שהמצב הוא קיומי ושגרתי ולא ארעי וזמני.

שינוי זה התרחש בעקבות העתירה של האגודה לזכויות האזרח שנמשכה משנת 99' עד שנת 12'.

#### התחזקות הביקורת השיפוטית

הביקורת השיפוטית התרחשה בשלושה מובנים:

1. דרישות להסמכה מפורשת.

בפס"ד השב"כ בית המשפט דרש הסמכה מפורשת בעניינים ביטחוניים ולא הסתפק בסמכות השיורית.

1. דרישה להסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית.

עם הזמן בית המשפט הכריע יותר ויותר שיש גרעין קשה של דברים שאסור לרשות המחוקקת להעניק לרשות המבצעת (דוגמא מובהקת- רובינשטיין)

1. הרחבת שיקול הדעת בעניינים ביטחוניים.

בפס"ד פלונים ברק מכריע שניתן לעשות ביקורת משפטית על תוכן של חוק ביטחוני ולהחליט מתי החוק הוא אכן ביטחוני ומתי הוא משרת מטרות אחרות, בפועל הוא לא עושה זאת על ידי ביטול חוק אלא על ידי **פרשנות מצמצמת** לחוק ואומר שצריך לחוקק חוק שמגדיר במדויק גם פגיעות שאינן מטעמים ביטחוניים.

החוק הוסדר ובפס"ד פלוני בייניש מבהירה באוביטר (כיוון שהיא לא פוסלת את החוק) שני דברים:

1. ניתן לצמצם את מטרת החוק הביטחוני שהכריז המחוקק אם זה לא לתכלית ביטחונית, תכלית החוק.
2. הסעיף שהותקף מייתר דרישה ביטחונית לפגיעה בזכויות, בייניש לא מכריעה אם הוא תקף ומעלה את שאלת חוקיותו.

#### התחזקות המחויבות הציבורית להגנה על זכויות אדם

הציבור בישראל תומך יותר ויותר בזכויות אדם ודבר זה מתבטא בכנסת שרוצה להסדיר גם את המצב הביטחוני עם מגבלות מוסריות.

הדבר התומך בטענה זו היא שבהסדרה בדרך כלל הכוח של הביטחון יורד לעומת הכוח של זכויות האדם ויש מנגנוני ביקורת בחוק עצמו (47 לחוק איסור מימון טרור).

מדינה יהודית ודמוקרטית

# הגירה ומרשם

## חוק השבות ומרשם האזרחים

לאחר הקמת המדינה מגדירים בחוק השבות שכל יהודי רשאי להגר (לעלות) לארץ. לא מוגדר בחוק זה מיהו יהודי.

בפס"ד רופאייזן נחלקו השופטים בהגדרת יהדותו של יהודי מומר. היו שלושה דעות:

זילברג- למרות ההלכה, את ההגדרה "יהודי" ניתן לפרש אחרת בין חוקים שונים, ואדם מומר לא יכול להחשב יהודי בגלל ההיסטוריה היהודית.

לנדוי- המטרה של חוק השבות היא קירוב יהודים לארצם ויהודי מומר לא נחשב יהודי שצריך לקרב אותו.

כהן (מיעוט)- יהודי זו הגדרה סובייקטיבית ולכן הוא יכול להצהיר על עצמו כיהודי אף אם התנצר.

בפס"ד שליט נחלקו השופטים האם ניתן להפריד בין הלאום לבין הדת במסגרת מרשם האוכלוסין:

זילברג- מי שמנתק בין הלאום להלכה שוגה כיוון שהלאום עצמו מבוסס על הזיקה הדתית וההיסטורית לארץ.

לנדוי ואגרנט- מדובר בשאלה חשובה שהציבור חלוק עליה מאוד ולכן אין מקומו של בית המשפט להתערב.

זוסמן (רוב)- מטרת המרשם סטטיסטית בלבד ונטולת חשיבות ולכן אין להגביל הפרדה שכזאת.

פקודת ההמרה הדתית קובעת כי רק ראש העדה הדתית בארץ או מוסמך מטעמו בסניף המקומי של העדה הדתית מוסמך לאשר המרת דת בעלת נפקות חוקית.

בפס"ד פסרו- גולדשטיין נקבע כי פקודת ההמרה הדתית רלוונטית רק בנושאים דתיים כמו נישואין וגירושין אולם לא רלוונטית בעניינים חילוניים כמו חוק השבות.

הלכת מילר-ש"ס קובעת כי כל גיור שיש לו תעודה של קהילה מוכרת בחו"ל נחשב גיור לעניין חוק השבות ואין הבדל (בחו"ל) בין אורתודוקסי לרפורמי.

בפס"ד טושבוים 1 נקבע שלא צריך להיות הבדל בין גיור ולאחר מכן עליה לבין עליה ולאחר מכן גיור.

בפס"ד טושבוים 2 ברק אומר שכל גיור בחו"ל יתקבל לפי חוק השבות. פרוקצ'יה במיעוט אומרת שחייבים שהמחוקק יקבע אמות מידה קשיחות לחוק השבות בגלל שיש בו פרצת הגירה גדולה.

בפס"ד רוגצ'ובה בית המשפט פסק שכל גיור אורתודוקסי פרטי הנעשה בקהילה מוכרת בארץ נחשב לגיור מבחינת חוק השבות.

בפס"ד דהאן נחלקו השופטים:

חיות- הרשות המחוקקת הייתה צריכה להסדיר כבר את העניין של הגיורים הרפורמיים לעניין חוק השבות, כיוון שהיא לא עשתה זאת, צריך לקבל גיור רפורמי אף שנעשה במדינה.

סולברג- צריך לתת לרשות המחוקקת עוד זמן להסדיר.

## הרחבת הזכאות לשבות

לאחר העליה מברית המועצות מתחילה להתעורר ספק לגבי "סעיף הנכד" והקרבה המשפחתית כמקנה זכויות לחוק השבות.

בפס"ד סטמקה נידון היחס בין נישואין בארץ ל"לא יהודים" לבין נישואין בחו"ל ל"לא יהודים" לעניין קבלת אזרחות מכוח חוק השבות, חשין הכריע שמטרת החוק היא לא לפרק משפחות ולכן רלוונטית רק לזוג נשוי מעורב שטרם עלה, טעם נוסף לדחיית העתירה היא מניעת פגיעה בשוויון בין ישראלי יהודי לישראלי שאינו יהודי.

גידי- הבעיה של הטעם השני של חשין היא שחוק השבות מראש יוצר אפליה ולשמר את הציביון היהודי.

## הגירה בחוק האזרחות

בפס"ד עדאלה נחלקו השופטים האם חוק האזרחות הוא בסדר או לא:

חשין (רוב):

* 1. אין זכות חוקתית לאנשים מחוץ לארץ להכנס לארץ ולהתאזרח.
  2. אין לפרש בצורה תכליתית את לשון החוק ולחפש את המניעים.
  3. אכן יש צורך בטחוני בחוק האזרחות

פרוקצ'יה- תכלית חוק האזרחות מטרתו דמוגרפית, ועל כן החוק פסול.

ברק- החוק אכן בטחוני אולם הנזק רב על התועלת.

# בחירות ומפלגות

בפס"ד יראור זוסמן ואגרנט קבעו כי למדינה יש סמכות להגדיר שיש אנשים ויש רשימות שלא לגיטימי שיתמודדו בכנסת, במקרים קיצוניים ביותר של **שלילת הקיום של המדינה**, כהן התנגד ואמר שזה חייב להיות מוסדר בחקיקה, ושגם אם זה היה מוסדר בחקיקה היה צריך לבחון את ההסתברות כי הרשימה שוללת את הקיום של המדינה.

את פס"ד יראור השופטים פירשו בצמצום, לדעתם זוסמן ואגרנט פסלו את הרשימה כי היא היוותה איום מבחינה ביטחונית, גביזון חלוקה על כך וסוברת שהשופטים חששו מהאיום הרעיוני, שהרשימה תפגע בהגדרות היסוד של המדינה.

בפס"ד ניימן חלקו השופטים במחלוקת שהוצגה:

אלון בייסקי שמגר- עילת פסילה רעיונית לא מספיקה בלי עיגון ברור בחוק.

ברק- עילת פסילה רעיונית מספיקה גם בלי עיגון ברור.

בניימן הם גם חלקו לגבי העילה הבטחונית:

ברק- מספיקה אפשרות סבירה לפגיעה במדינה על ידי הרשימה.

שמגר- צריך קרבה לוודאות לפגיעה במדינה.

אלון ובייסקי- לא נכון שבית המשפט יתעסק בהסתברויות כיוון שהוא לא יודע להעריך.

הלכת ניימן- **ביטוי רעיוני לשלילת קיומה של המדינה יכול להיות עילת פסילה.**

לאחר מכן בשנת 85' חוקקו את חו"י הכנסת ובכך קיבעו את הלכת ניימן שקובע בסעיף 7א כי ניתן לפסול רשימה ממספר סיבות:

1. שוללת את קיומה של ישראל כמדינה **יהודית ודמוקרטית**.
2. מסיתה לגזענות.
3. תומכת במאבק מזוין כנגד המדינה. (נוסף ב2002)

לפסילת מפלגה (על פי חוק המפלגות) ולפסילת רשימה לכנסת יש את אותם תנאים אולם ברק סבור כי צריכים לעבוד בשיטת המדרגות, פסילת מפלגה תעשה בנסיבות חריגות מאוד ואילו פסילת רשימה לכנסת תיעשה בנסיבות חריגות מאוד אולם חריגות פחות.

#### עילת פסילה רעיונית

**טיבי:**

ברק:

צריך להבדיל בין פסילת רשימה לפסילת מועמד.

בפסילת רשימה צריך להביא 3 תנאים:

1. שלילתן את מדינת ישראל מרכזית ודומיננטית בשאיפותיהם.
2. הם פועלים נמרצות להגשמת שאיפות אלו.
3. ניתן להוכיח את כל זאת בראיות משכנעות וחד משמעיות.

בפסילת מועמד צריך להביא מרכיבים קשיחים:

1. בעילה "יהודית", צריך שהוא ישלול את הזכות שהיהודים יהיו רוב ועוד שלילות נוספות, לא מספיק שהרשימה תפעל על מנת שהמדינה תהיה "רוב אזרחיה".
2. בעילה "דמוקרטית" החלק הקשיח יחייב 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.
3. בעילה "הסתה לגזענות" צריך שיהיה כוונה, ליבוי יצרים, קריאה לשלילה אלימה של זכויות.

ברק לא מכריע האם בשאלות האלה צריך מבחן הסתברות.

שטרסברג כהן:

תמיכה במאבק מזוין היא עילה שחייבת להיות בכוונה או במעשה דומיננטיים וצריך הוכחה ברורה (לא מספיק הסתברות).

פרוקצ'יה:

בנוגע לעילת הגזענות לא צריך הסתברויות כי זו עילה ברורה וחד משמעית.

בפס"ד בל"ד השופטים לא מסכימים לפסול את רשימת בל"ד מלהתמודד לכנסת על אף שהם שוללים את המדינה כמדינה יהודית ובכך הם הורגים את העילה "יהודית". לוי מתנגד לכך ואומר שצריך לפסול את רשימת בל"ד.

הצדקות לפס"ד בל"ד:

קרצמר- מבחינה עקרונית לפסול רשימה מטעמים של "יהודית" זה חמור בהרבה מבחינת השוויון מלשריין באופן חוקתי את אופיה של ישראל כמדינה יהודית.

גידי- מבחינה תבונית עדיף להתמודד עם הקיצוניים בתוך הכנסת.

#### עילת "המאבק בטרור"

ברק- גם בלי מעשים, יכולה להיות תמיכה פוליטית בטרור, אבל חייבים ראיות ברורות וחד משמעיות.

חשין- התמיכה צריכה להיות בארגון טרור ספציפי ולא בטרור באופן כללי, וזה נלמד מלשון החוק.

### מאמר סיכום- רובינשטיין ומדינה

הסעיף 7א' מונה 3 יסודות אשר ניתן לפסול בגין התקיימות אחד מהם.

1. **שלילת** קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,
2. **הסתה לגזענות,**
3. תמיכה **במאבק מזוין** של מדינת אויב או **ארגון טרור** נ' מדינת ישראל. ה

בפס"ד ירדור שללו את המפלגה גם אל מול חוסר בחקיקה. בפס"ד ניימן ההלכה צומצמה ונדרשה הסמכת חוק מפורשת. ולכן בשנת 85' תוקן החוק. בשנת 2002 הותאם ס' 7א לס' 5(1) לחוק המפלגות. התאפשרה פסילת מועמד ספציפי וכן כל מועמד חייב היה להצהיר נאמנות ומחויבות לא לפעול כנגד יסודות 7א.

ועדת הבחירות המרכזית **מחליטה** אם לפסול מועמד. רשות הערעור נתונה רק ל**יועמ"ש, יו''ר ועדת הבחירות או רבע מן חברי הועדה.** נדרש אישור בית המשפט לפסילת מועמד מלכתחילה אך לא רשימה. הסמכות לפסילת רשימה מצומצמת ויש מבחנים להפעלת הסמכות בפסיקה.

ההחלטה מסויגת ע"י 2 דרכים עיקריות.

1. הוכחת סיכויי התממשות הסיכון, דבר אשר נדרש לכל אורך הפסיקה החל מקול העם ועד ירדור וניימן.
2. והשנייה היא מבחן ראייתי מחמיר למידת הסכנה הכרוכה באישור התמודדות.

ע"פ התפיסה המקובלת החשש הוא לא רק עד כמה הרשימה תצליח להגשים מטרותיה אלא גם ההשלכות מעצם אישור המפלגה.

ישנן **דרכים חלופיות** להימנע ממבחן סיכויי ההתממשות, ע"י הוכחה כי **המטרות והמעשים מצטיירים בבהירות** וכן כי **ניתן לקבוע כי הרשימה מתכוונת לממש כוונתה.** ההלכה היא כי מצע הרשימה הוא לא המקור היחידי לקביעת מטרות הרשימה, יש להראות פעילות פוליטית מעשית.

שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית מוצאה בעקרון **הדמוקרטיה המתגוננת**. לדעת הכותבים יש להבחין בין 2 מובנים שונים של הדמוקרטיה המתגוננת. המובן הראשון הוא **אותם מאפייני יסוד** של המשטר הדמו' שראוי לשריין והמובן השני הוא **גם ההכרה בזכויות היסוד של האדם**. בפועל בפסיקה ננקט המושג הראשון אך גם השני תופס. גישה נוספת היא שלרשימה **אין יכולת** לשלול את האופי היהודי של המדינה אפילו בדרכי שלום. מפלגה אשר מכירה בזכות העמ"י אך רק מבקשת לצמצם זאת איננה מפלגה פסולה. שלילת חוק השבות **יכולה לעלות לכדי פסילה** אך יש לבחון בהתאם לנסיבות ולראות האם זה באמת שולל את קיום המדינה. **לדעת הכותבים** מבחן דומה יש להחיל בניסיונות לצמצום גבולות המדינה. לפי התפיסה המקובלת השאיפה לקיים **מדינת לאום ניטרלית** איננה לגיטימית. יש להבחין במקרים כאלו בין הרובד המעשי וההצהרתי. היה דיון שלם לגבי **ניסיונות שוויון עם המגזר** הערבי והאם **חוק יסוד: שוויון** **האוכלוסייה** **הערבית** הוא לגיטימי. נקבע שלא כי רשום שם מדינה דמוקרטית ורב תרבותית וזה **קורא תיגר על אופיינו היהודי**. המחברים לא מסכימים עם נקודה זו וחושבים שזה רובד הצהרתי בלבד. רשימה רשאית **לשאוף** לצמצום הזיקה בין מדינת ישראל לבין היהודים בתפוצות אך יתכן ושאיפה זו תקרא תיגר על מהות המדינה. חפירה שלמה על כך ששלילת זכות להיבחר יכולה בעצם לפגוע בנו כי יש לראות בנתינת הזכות להיבחר כלי אשר יכול לקרב את ערביי ישראל אל המדינה ולעורר בהם תחושת הזדהות חזקה ולכן לא כדאי למהר לפסול ויש לאפשר להם ליצור שיח בנוגע למה ראוי להיות אופיה של המדינה. רובינשטיין ומדינה דנים ב**יסודות** ס' 7א'. לעניין הסתה לגזענות **מסכימים עם פרוקצ'יה** בטיבי לגבי כך שאין צורך במבחן הודאות כי עניין הגזענות איננו עמום. לפי הנראה בפסיקה **כאשר מדובר בשאיפה/הטפה** להשגת הסדר גזעני במקצת, לא נשאף לפסילת המפלגה **אך כאשר מדובר בניסיון** להפעלת סמכות שלטונית חד צדדית המבטאת עוינות קשה נשאף לפסילה. **היסוד האחרון** של תמיכה במאבק מזוין מוגבלת עם מבחן תוצאתי **ויש על כך ביקורת** כי הדבר מצמצם את האפשרות להגביל זכות בחירה ע"י יסוד זה בשל הקושי להוכחה.