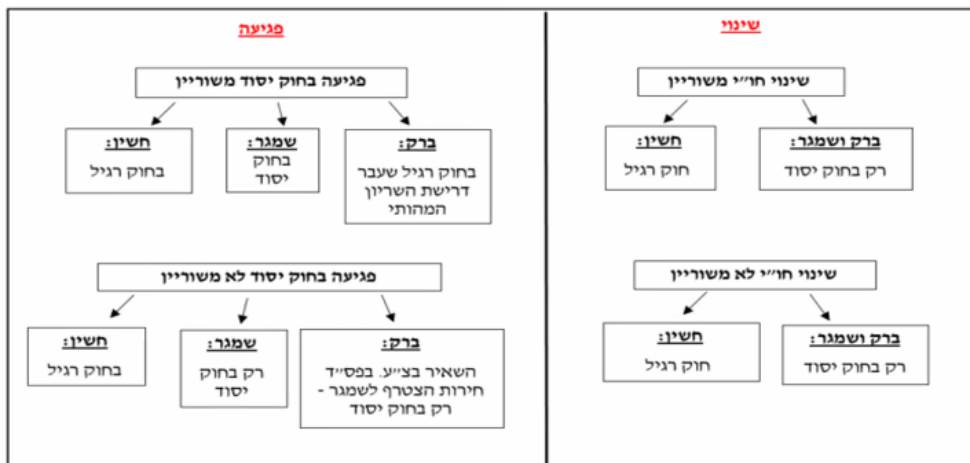


צ'ק ליסט משפט חוקתי/ עדי פלד

סמסטר א' תשפ"ב

סדר הפתרון

1. מי תוקף?
 2. את מה תוקף? גוף פרטי/ ציבורי/ דו מהותי/ החלטה מנהלית/ חקיקה ראשית/ תקנות וכו'
 3. מה הפגיעה לה העותר טוען? זכות מול זכות/ זכות מול אינטרס מדיני
 4. ניתוח הערכים המתנגשים כולל פירוט הרציונליים של כל זכות. איזה מהרציונליים נפגע?
- בתקיפת חקיקת משנה (תקנה/ צו/ החלטה מנהלית וכד') לציין שאין צורך שהזכות הנפגעת תהיה מעוגנת/ מנויה בחו"י (כי גם לפני המהפכה החוקתית ניתן היה לתקוף חקיקת משנה).
- כל חוקי היסוד נהנים מעליונות (ברק באוביטר בנק המזרחי הופך לרציו בחירות התנועה הלאומית).
- אבחנה בין שינוי לפגיעה (תנועת דרור ישראל). סטייה נקודתית היא פגיעה, שינוי הוא שינוי העיקרון המרכזי (בינש, תנועת דרור ישראל).



- ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר צריך אינטרס ציבורי חזק יותר ע"מ להצדיק את הפגיעה (צמח).
- הגנה על זכויות אדם עולה כסף. חברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר עבור הגנה על זכויות אדם (זמיר בצמח, ארבל בא. ס. פ.).
- זכויות-אדם אינן מוחלטות אלא ניתנות לפגיעה בהתנגשות בצורך לקיום אינטרס מדיני-חברתי (ברק בדיין).
5. ניתוח לפי פס' הגבלה (ס' 4 לחו"י: חוה"ע/ ס' 8 לחו"י: כבוה"א)
- ייבוא פסקת הגבלה שיפוטית והחלתה על חו"י שותק (הופנונג, מופז).
- ניתן להחיל פס' הגבלה שיפוטית גם על אינטרסים ציבוריים (לוי בדעת מיעוט, המרכז האקדמי למשפט ועסקים).
- הסמכה מפורשת בחוק או לפי חוק
 - תכלית ראויה- מאפייני התכלית, רגישות לזכויות אדם + הצורך בהגשמתה (ברק בתנועה לאיכות).
 - הרתעה איננה תכלית ראויה שמצדיקה פגיעה בזכויות אדם (א. ס. פ., ארבל).
 - מבחן הסתברותי
 - סוציו-אקונומי, פסיכולוגי, חינוכי- תרבותי, בטיחות, ביטחון, איכות הסביבה, בריאות תברואה.
 - הלימה לערכי המדינה- יהודית ודמוקרטית.
 - הרמוניה בין ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית (ברק בדיין).

- רק במקרים חריגים ייפסל הסדר כי לא הולם את ערכי המדינה (חטיבת זכויות אדם נ

שר האוצר, ביניש).

○ מידתיות - שלושה מבחני משנה למבחן המידתיות (לשכת מנהלי השקעות, ברק)

○ קשר אמצעי מטרה

○ האמצעי שפגיעתו פחותה

- המחוקק לא חייב לבחור את האמצעי שפגיעתו פחותה ביותר כל עוד הפגיעה

במתחם הסבירות (ארבל בא.ס.ף)

- הפגיעה המינימאלית בסולם (דורנר בתנופה).

○ מבחן המידתיות במובן הצר - 2 מבחני משנה (ברק בבית סוריק)

- בחינה מוחלטת- נזק מול תועלת

- בחינה יחסית- פשרה, איזון בין הנזק לתועלת, תוספת נזק מול תוספת תועלת

○ אמצעי שפוגע פחות גם אם יעיל פחות/ עולה יותר (ארבל בא.ס.ף)

6. מה הסעד המבוקש

סוגי בטלות:

- רטרוספקטיבית- אחורה, ממועד חקיקת החוק.

- אקטיבית- מעתה והלאה.

- פרוספקטיבית- מנקודה בעתיד והלאה (צמח).

היקף הביטול:

- בטלות מוחלטת= לא היה תוקף לעולם.

- נפסדות= קיים כל עוד ביהמ"ש לא ביטל, אקט אקטיבי.

- בטלות יחסית (מודל ביניים)= יכול להיות תקף למערכת נסיבות אחת ובטל במערכת נסיבות אחרת.

פרשנות:

- קריאה לתוך החוק (חיות בדעת מיעוט בליאת משה).

- צו לשינוי החלטה/ למחוקק/ מניעה (ביניש בנסר). סייגים לסעד: האם ההרחבה תואמת את כוונת המחוקק? מה מידת ההרחבה הנדרשת? האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע? מה תהא עלותה?

תרופה נוספת:

- התראת בטלות (פרשת ליצמן).

חוסר בשלות: דחיית עתירה נגד הפחתת תקציב בטענה לחוסר בשלות (נאור בתיכון האורתודוקסי).

7. מה להערכתנו תהיה התוצאה

הגדרות

- תקיפת חקיקה ראשית מחייבת להראות פגיעה בחו"י (מאז המהפכה החוקתית).

- שריון מהותי= פסקת הגבלה.

- שריון פורמאלי= נדרש רוב מוחלט של ח"כ כדי לשנות (61 לפחות).

- תחולה עקיפה= באמצעות דוק' מהמשפט הפרטי (תו"ל- ברק בבית יולס, תקני"צ ותניה מקפחת בחוזה

אחיד- קסטנבאום).

- זכויות לא מנויות = חופש דת, חופש מדת, שוויון, חופש הביטוי, זכויות חברתיות (קיום מינימאלי בכבוד).
- זכויות מנויות = הזכות לקניין, הזכות לתנועה, הזכות לפרטיות.
- זכות חוקתית = שבית המשפט הוכיח את מעמדה על ידי פסילה של חקיקה בטענה לפגיעה בזכות.

חויי משוריינים פורמאלית: חויי הכנסת (ס' 4 בלבד משורייין), חויי הממשלה - ס' 44.

חויי משורייין פורמאלית ומהותית: חויי חוה"ע (ס' 4- שריון מהותי, ס' 5- רשויות השלטון חייבות לכבד חוק זה ס' 6- אין בכוחן של תקנות חירום לשנות חויי זה, ס' 7- שריון פורמאלי, ס' 8 פסקת התגברות).

חויי משורייין מהותית בלבד: חויי כבוה"א (ס' 8).

חויי שותק: שפיטה (נקבע בפס"ד חרות שהוא נהנה ממעמד חוקתי), חויי הכנסת למעט ס' 4.

חופש הביטוי: זכות חוקתית! רציונליים- גילוי האמת, קידום הדמוקרטיה, מימוש האוטונומיה

- בפס"ד אבנרי נפסל ס' בגלל פגיעה בחופש הביטוי = זכות חוקתית.
- חופש הביטוי ייסוג בהסתברות גבוהה (קירבה לוודאות) לפגיעה ממשית בשלום/ ביטחון הציבור (אגרנט בקול העם).
- עיגון חופש הביטוי בכבוה"א (מצא בגולן) חשין- זה לא מובן מאליו, צ"ע בדבר.
- חופש הביטוי נכלל בכבוה"א רק כשיש השפלה (דורנר בגולן).
- פרסומי הסתה נכללים בחופש הביטוי (ברק באלבה).
- גם ביטויים גזעניים נכללים בחופש הביטוי (ברק בכהנא).
- חופש הביטוי לא חל על התבטאות גזענית (מצא באלבה).
- מניעת תמיכה לא פוגעת בחופש הביטוי (קיסטר באבו גוש).
- דוקטרינת מדינה מתגוננת/ דמוקרטיה מתגוננת (מלצר באבנרי).
- חופש הביטוי הפוליטי זוכה להגנה רחבה יותר (מלצר באבנרי).

חופש העיסוק: 3 רציונליים- פרנסה (בזרנו, דורנר באיגלו), מימוש עצמי (דורנר באיגלו), תחרות חופשית (לויין בכלל ומגדל)

בחינת עמידה בפסקת ההגבלה ← אין עמידה ← בחינת עמידה בפסקת ההתגברות ← אם אין עמידה כי נפגעת זכות אחרת ← לבחון את הפגיעה בזכות האחרת באמצעות פסקת ההגבלה.

- אין שמירת דינים!
- דרישה להסמכה מפורשת כדי לפגוע בחוה"ע/ בזכויות אדם (בזרנו, חשין).
- שמגר במירטני- הסכמים שפוגעים בחויי צריכים להיות מעוגנים בחקיקה ראשית (קיבלו את אמונם מהציבור, כלל ההסדרים הראשוניים).
- פס' ההתגברות- חוק שפוגע פגיעה שאינה עומדת בפס' ההגבלה. רוב של 61 לפחות, נאמר בו שהוא תקף על אף האמור בהוראות יסוד חוה"ע, תוקפו לא יעלה על 4 שנים (ברק במיטראל).
- 3 תנאים מצטברים המתירים עמידת חוק בפסקת ההתגברות תוך פגיעה בזכויות אדם אחרות (ברק במיטראל):

1. הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאת לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה בחויי חופש העיסוק.

2. הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית והפגיעה בזכויות האחרות היא משנית.
3. הפגיעה בזכויות האדם כשלעצמן אינה בעלת עוצמה ממשית.

שוויון: שוויון אריסטוטלי (יחס שווה לשווים), שוויון הזדמנויות (שטרסברג כהן במילר), מניעת השפלה, אוטונומיה.

- לפי סולברג (וברק ארוז בעדאלה) כשהפגיעה מתבססת על קריטריון חשוד (דת, גזע, לאום, מין, נטייה מינית) אפשר להניח שיש פגיעה בשוויון ולעבור ישר לפסי ההגבלה.
- השוויון מקורו במגילת העצמאות ובחוי"כבוה"א (ברק באיכות השלטון).
- בתקיפת חקיקה ראשית לתקוף דרך מניעת השפלה או פגיעה באוטונומיה.
- חולשות השוויון האריסטוטלי: אין בני אדם שווים וזהים, משוואה בינארית- פגיעה שאין איך להצדיק, רלוונטיות השונות שנויה במחלוקת.
- הכנסת מבחן ההסתברות לתוך מבחני המידתיות (עמית באבנרי נ' הכנסת, דורנר במילר).
- במקרה של סיווגים חשודים נדרוש קשר אמצעי מטרה חזק יותר (מצא במילר).
- נטרול השונות באמצעים אחרים גם אם העלות גבוהה יותר (שטרסברג כהן במילר, זמיר ברקנט).
- התבססות על תשתית עובדתית (דורנר במילר, מצא במילר).
- מבחן דו שלבי של דורנר במילר - 1. האם השיקול/ השונות רלוונטית 2. האם ההתחשבות בו מוצדקת בנסיבות העניין. הביקורת של גידי- משוואה בינארית. יש להמשיך למבחני פסי הגבלה.
- תוצאה מפלה יכולה להתרחש גם בהיעדר כוונה, התוצאה היא הרלוונטית (ברק בוועדת מעקב).
- במשפט פרטי החירות הוא הכלל והשוויון הוא החריג (דנינגר בפרו'אנסקי) ג'ובראן חולק עליו.
- אסור להפלות גם קבוצה חזקה, גם אם אין בכך השפלה (דנינגר בפרו'אנסקי).
- אם ההבחנה ע"ב מאפיין שלילי זהותו של אדם ניטה לומר שהפגיעה חוקתית (סולברג בעדאלה).
- ביהמ"ש קורא את הזכות לשוויון לתוך כבוה"א. ביהמ"ש קובע שחוק אינו חוקתי בטענה לפגיעה בזכות לא מנויה (שוויון) (יסלר נ' הכנסת).
- ביהמ"ש משתמש בפרשנות כדי לצמצם את אי השוויון, מעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם זכויות אדם (שטרייט).

כבוה"א: רציונליים- יחס לא משפיל (סולברג בפרשת חוק טל, כהן בקטלן), אוטונומיה (אור בדעקה).

- לשים לב לשמירת דינים!
- רק המחוקק יכול לפגוע, במקרה של וודאות קרובה (כהן בקטלן).
- מבחן דו שלבי לבחינת פגיעה באוטונומיה: 1. מהות הבחירה הנשללת 2. מידת השלילה והכפייה, חומרת הסנקציה והשלכותיה. אבחנה בין פגיעה בשולי הזכות ובליבה (ארבל בעדאלה נ' משרד הרווחה).
- בהיעדר לשון מפורשת אין סמכות (שטיין בטבקה).
- פסילת חוק הפרטת הכלא בגלל פגיעה בזכות החוקתית לכבוה"א (חטיבת זכויות האדם, ביניש).
- ביהמ"ש פסל חקיקה ראשית לאחר שמצא שפוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית. הכרה בזכות לקיום אנושי בכבוד כנגזרת לזכות לכבוה"א (חסן נ' המוסד לביטוח לאומי).

ס' 2: אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם (זכות שלילית -)

ס' 3: אין פוגעים בקנינו של אדם.

ס' 4: כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו (זכות חיובית +)

ס' 5: אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

ס' 6 (א): כל אדם חופשי לצאת מישראל. (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.

ס' 7 (א): כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

חופש דת: רציונליים: הגנה על מצפון (היקף מצומצם, משקל כבד), הגנה על התרבות (היקף רחב, משקל פחות).

- הבחנה בין פגיעה בחופש דת לפגיעה ברגשות שחמורה פחות (ברק בגור אריה, בחורב ובשביט).
- כל עוד המחוקק לא הגביל את חופש הדת והמצפון פירוש שייתן תוקף. חופש הדת והמצפון הם מעקרונות היסוד של שיטתנו (שמגר בפסחה).
- "חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם, בהיות חופש זה קשור קשר הדוק לאישיותו של האדם, לתפיסת עולמו, לצו מצפוני ולייחודו כפרט" (פרוקציה בסולדון).

חופש מדת: רציונליים- תרבות (מאוימת), מצפון (פעולה אקטיבית, כפיה= יותר פגיעה).

- "זכותו של האדם החילוני לחופש מדת הינה חלק מזכותו לכבוד אנושי ולחופש מפני כפייה דתית" (פרוקציה בסולדון).

שמירת דינים: הגנה חוקתית מפני תקיפה לכל חוק שנחקק לפני 1992 (ס' 10 לחו"י: כבוה"א)

- לא ניתן לתקוף חוק שנהנה משמירת דינים, אין מקום לדון האם החוק חוקתי או לא.
- חוה"י מקרינים על כל חוקי המשפט, לרבות הדין הישן (ברק בגניאמת).
- לא רק לשון החוק נשמר אלא גם הפרשנות שמוענקת לו (חשין במיעוט בגניאמת).
- מני נ' המוסד לביטוח לאומי- הוראות שהופיעו בנוסח קודם נהנות משמירת דינים.
- חקיקה חדשה תחשוף את החוק לתקיפה וזה מרוקן את ס' שמירת הדינים (הנדל במיעוט באבו ערפה).
- תיקון לחוק לא נהנה משמירת דינים (צמח).
- ביקורת חוקתית על חוק מתקן 'מיטיב' תרתיע את המחוקק מתיקון חוקים ישנים (קדמי בדעת מיעוט בצמח).
- חוק מיטיב לא נהנה משמירת דינים, יכול להיתקף לביקורת חוקתית (צמח).

עמדת היועמ"ש לממשלה:

- דעתו המשפטית של היועמ"ש מחייבת (מצא בתנועה לאיכות השלטון).
- שי גיני- ביהמ"ש מאפשר הצגת שתי העמדות (היועמ"ש + העותרים).
- אם היועמ"ש לא מעוניין לטענות השר עליו לאפשר לו להציג את עמדתו ע"י עו"ד אחר, לא מחייב שהמדינה תיוצג רק ע"י היועמ"ש, שתי הדעות יכולות להישמע בפני ביהמ"ש (שטיין באמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה).
- עמדת הרשויות נקבעת ע"י עמדת היועמ"ש (קרא באמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה).

חסינות ח"כ:

מעוגן בס' 17 לחו"י: הכנסת.

1. חסינות עניינית/ מהותית (ס' 1 לחוק חסינות ח"כ)- לא ניתנת להסרה למעט חריגים: ס' 1(א) לחוק.
2. חסינות דיונית (ס' 13 לחוק חסינות ח"כ)- ניתנת להסרה. מנגנון הגנה על פעולות פרטיות של ח"כ שאינן קשורות בפעילותו בכנסת.

עד 2005: בקשת היועמ"ש להסרת החסינות ← ועדת הכנסת דנה ויכולה לקבל 2 החלטות: א. לדחות את הבקשה ובכך ההליך מסתיים ב. להמליץ לכנסת להסיר את החסינות ואז הענין עובר להכרעת הכנסת.

החל מ-2005: יועמ"ש מגיש כתב אישום ← בקשת הח"כ לחסינות תוך 30 יום ← ועדת הכנסת מחליטה לדחות את הבקשה או ממליצה לקבל אותה ← העניין מועבר לכנסת שרשאית להחליט לתת חסינות (החוק קובע במפורש מה השיקולים שלפיהם על הכנסת לשקול).

- אבחנה נחרצת בין ענייני ניהול פנימיים שדורשים ריסון לבין הליכים מעין שיפוטיים- ביטול הסרת חסינות בשל היעדר תשתית עובדתית מינימאלית (פנחסי נ' הכנסת, ברק).
- חסינות עניינית לא מגנה מפני סנקציות של ועדת האתיקה. ביהמ"ש לא יתערב בהם למרות שזה ענין שיפוטי (מחיל, ברק).
- חסינות עניינית מגנה מפני הליכים משפטיים אך לא שוללת סמכויות ענישה פנימית של הכנסת- חסינות עניינית היא כלפי חוץ (זועבי נ' ועדת האתיקה).

התערבות שיפוטית:

- תנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הינו פגיעה קשה וניכרת בעיקרון יסוד של הליך חקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי (עיקרון הכרעת רוב, עיקרון השוויון הפורמאלי, עיקרון הפומביות, עיקרון ההשתתפות) (מגדלי העופות, ביניש).
- עמדה מחמירה של ריבונות הכנסת, גם אם יש טעות (בצול, ברנזון).
- תנאים להתערבות ביהמ"ש בהחלטת הכנסת- כשהכנסת ממלאת תפקיד מעין שיפוטי + חריגה מסמכות (פלאטו, כהן). לנדוי- מינימליזם שיפוטי.
- אמת מידה להתערבות בהליכים פנימיים של הכנסת- פגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים וערעור יסודות המבנה של שיטתנו- מבחן שריד (שריד, ברק).
- מבחן שריד הופך מאוביטר לרציו במידה חלקית (כד, ברק).
- ביהמ"ש יתערב בחקיקת משנה שחרגה מסמכות או שאינה סבירה לפי מבחן שריד (התנועה למען איכות השלטון, ריבלין).
- ריסון בהתערבות בהחלטות פנים פרלמנטריות של הכנסת- התערבות כשיש פגם מהותי (כהנא נ' הכנסת, שמגה).
- ביהמ"ש יתערב בסדר היום הפוליטי כשחותר תחת יסודות התהליך הדמוקרטי ונדרשת התערבות לשם מניעת פגיעה במשטר (פרשת אדלשטיין).
- ניתן לפסול חוק בגלל פגם בהליך החקיקה (ביניש מזהירה ולא פוסלת מגדלי העופות, פסילה בפועל בקוונטינסקי).
- ביטול חוק בעילה פרוצדוראלית- אי עמידה בעיקרון ההשתתפות (יישום הלכת מגדלי העופות) (קוונטינסקי נ' הכנסת).
- בעניין פנים פרלמנטרי יש עדיפות לריבונות הכנסת- פחות התערבות שיפוטית (ארדן).

הסכם קואליציוני:

- הסכם קואליציוני חסר תוקף משפטי. סעד הצהרתי או ביטול (ז'רז'בסקי, ברק).
- הסכם קואליציוני מחייב משפטית. ניתן להשתחרר מהם לצורך אינטרס ציבורי. סעד הצהרתי בלבד, גורם לביקורת ציבורית חזקה שמקטינה את הצורך בהתערבות ביהמ"ש (ז'רז'בסקי, אלון).

- מפלגה מנסה לקדם את המצע שלה באמצעות הסכמים פוליטיים וזה מעולה, ככה מתנהל המשחק הפוליטי (שמגר בולנה).
- להסכם פוליטי אין תוקף מחייב אך ביהמ"ש יכול להגדירו כלא חוקי או נוגד את תקני"צ (חשין בולנה).
- לא ראוי שביהמ"ש ידון בהסכם שנוגע במעמד ביהמ"ש עצמו כי זה עלול לפגוע באמון הציבור במע" המשפט (גולדברג בולנה).

שימוש לרעה:

האפשרות של שימוש לרעה בחוק יסוד נבחנת כאשר משתמשים בחוק יסוד כדי לחוקק משהו שעל פניו לא הולם שיהיה בחוקה מבחינה צורנית - למשל הוראת שעה.

- ביהמ"ש פוסל את חו"י: משק המדינה שנחקק בפעם החמישית כהוראת שעה על סמך דוקטרינת שימוש לרעה. פוגלמן: לא עומד בדוקי של תיקון חוקתי בלתי חוקתי שיש לנהוג בה בצמצום (המרכז האקדמי למשפט ועסקים).
- איך מזהים חוקה? שמגר - מבחן צורני ומהותי. ברק - מבחן צורני, משאיר בצ"ע מה קורה אם רק דרישה צורנית אחת מתקיימת (בנק המזרחי).
- מבחן דו שלבי 1. שלב הזיהוי - האם חוה"י או התיקון נושאים מאפיינים צורניים וסימני היכר של נורמות חוקתיות (יציבות, כלליות, התאמה למארג החוקתי הכולל) 2. שלב הצידוק - האם יש צידוק לעגן את הנורמה במסגרת חו"י (חיות בשפיר).
- אמת מידה של מובחנות (ברק ארז בשפיר).
- מייסודה של הוראת שעה אין זה מקומה להיעגן בחו"י (חיות בשפיר).
- עיגון הוראת שעה בחו"י מהווה זילות בערכו ומעמדו של חו"י (סולברג בשפיר).
- במשך שנים זיהוי חוה"י ע"י הכנסת וע"י מע" המשפט נעשה בהתאם למבחן הצורני (ביניש בבראון).
- בחינה מהותית מהווה פלישה שיפוטית לסמכות המכוון ולכן יש להסתפק במבחן הצורני (סולברג במיעוט בשפיר)

תיקון חוקתי לא חוקתי:

- האפשרות של תיקון חוקתי בלתי חוקתי נבחנת כאשר חוק יסוד פוגע בדבר מה מהותי שנמצא בליבת המארג החוקתי - למשל חוק יסוד שמנוגד לליבת הערכים הדמוקרטיים או היהודיים של המדינה.
- תיקון חוקתי לא חוקתי ייפסל אם 1- התיקון סותר סעיפים בחוקה שמשוריינים באופן מוחלט 2- התיקון סותר עקרונות יסוד (ביניש, בראון).

פגיעה בהפרדת הרשויות:

- חוק ההסדרים - חקיקת סל שכוללת חוקים רבים, קשה לח"כים לדעת לעומק על מה הם מצביעים. מפר את האיזון בין הכנסת לממשלה ויש להימנע ממנו (ביניש במגדלי העופות).
- כלל ההסדרים הראשוניים - אין לכנסת סמכות להאציל על המבצעת כללים חוקתיים (ביטול סמכות מתן פטור גיוס ע"י שר הבטחון לפי שיקול דעתו - סמכותו נפסלה) (רובינשטיין, ברק).
- הממשלה צריכה הסמכה מהכנסת כדי לחוקק הסדר ראשוני בפועל (המרכז האקדמי, גרוניס, ייצוא גז).
- כשהסדר ראשוני נקבע בפועל ע"י הממשלה ולא ע"י הכנסת יש פגיעה בהפרדת הרשויות (מגדלי העופות, ביניש).
- סמכות שיורית לא מתירה לממשלה לפגוע בזכויות הפרט (עיריית קריית גת) (הועד הציבורי נגד עינויים).

גוף דו מהותי:

- ברק מציג שלושה מאפיינים של חברת החשמל שהופכים אותה לגוף דו מהותי שיש להחיל עליו נורמות מהמשפט הציבורי: 1. קיומן של סמכויות שלטוניות- מספיק לגישת ברק. 2. זיכיון בלעדי מהמדינה 3. שליטה על אמצעי ייצור חיוני. לא ברור מהפסיקה אם זה שלושה תנאים מצטברים ולכן במבחן יש לבחון את שלושתם, עם זאת לפי ברק- הוכחת קיום סמכויות שלטוניות זה מספיק אך לא ברור אם הכרחי (ברק במיקרודף).
- אם ניתן לקבל את השירות מגופים אחרים זה לא מונופול, גם אם יש להם שליטה ברוב השוק (אלון דעת רוב בקטנסאום).
- על גוף דו מהותי חלה דואליות נורמטיבית, חלים עליו גם נורמות מהמשפט הפרטי וגם נורמות מהמשפט הציבורי.
- אמרת אגב לגבי האצלת סמכויות לגוף פרטי- אם מדובר בפעילות המצויה בליבת הסמכות הביצועית שלפי חו"י: הממשלה, הסמכות שמורה לרשות המבצעת ולא ניתן להאצילה לגורם פרטי (אמרת אגב בפרשת המרכז האקדמי- הפרטת בתי הסוהר).
- החלת עקרונות יסוד על גוף דו מהותי- הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותו"ל (ברק במיקרודף).

חקיקת חירום:

- ס' 38 לחו"י: הממשלה (2001) מסמיך את הכנסת להכריז על מצב חירום לתקופה שלא תעלה על שנה.
- ס' 39 מסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום שהצורך בהן מתחייב ממצב החירום, תוקפן שלושה חודשים.
- חקיקת חירום של הממשלה תתבצע רק כשאין אפשרות להמתין לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת (הלכת פרוז). מעוגן כיום בס' 39(ה) לחו"י: הממשלה.
- מעצר מנהלי פוגע בחירותו האישית של האדם ומוצדק רק בהתקיים תנאים חריגים המחייבים שימוש באמצעי קיצוני זה. המעצר המנהלי תקף כל עוד קיים מצב חירום במדינה (פרוקציה בפחימה).
- משתמשים בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים רק במקרים בהם יש צורך דחוף להסדיר את העניין. ראוי לתת לפרש את החוק על דרך פרשנות מצמצמת (חשין בשנס).
- אין להרחיב את האפשרות של מעצר מנהלי למעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה רק קלף מיקוח (ברק בפלוגית).
- תקנות חירום צריכות להלום את עקרונות היסוד של המדינה (ברק בשניצר).

ס' 39(א) לחו"י הממשלה: במצב חירום הממשלה רשאית להתקין תקנות חירום כדי להגן על המדינה.

ס' 39(ד) לחו"י הממשלה: אין בכוח תקנות שעת חירום למנוע פנייה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע או להתיר פגיעה בזכויות אדם.

ס' 39(ה) לחו"י הממשלה: לא יותקנו תקנות שעת חירום ולא יופעלו מכוחן הסדרים, אמצעים וסמכויות, אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת.

ס' 39(ו) לחו"י הממשלה: תוקפן של תקנות שעת חירום יפקע כעבור 3 חודשים מיום התקנתן, זולת אם תוקפן הוארך בחוק או שבוטלו ע"י הכנסת בחוק או בהחלטה של רוב ח"כ.

אזרחות ומרשם:

- ביהמ"ש לא מתערב בהחלטת משרד הפנים, אין משמעות למה שרשום במרשם האוכלוסין (זוסמן בעמדת רוב, שליט).
- המרשם הוא סמל ויש לו משמעות (לנדוי ואגרנט במיעוט, שליט).
- בעקבות פס"ד שליט הכנסת מתקנת את חוק השבות, ההגדרה של יהודי (גם לגבי חוק השבות וגם לגבי מרשם האוכלוסין) = יהודי הוא מי שנולד לאם יהודייה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת. עד כה השאלה הייתה מיהו יהודי, כעת השאלה הופכת להיות מיהו גר (המחוקק לא קבע איזה גיור).
- גיורים שנערכו בחו"ל: הלכת ש"ס- לצורך מרשם האוכלוסין לא משנה איזה גיור עבר (רפורמי/ קונסרבטיבי/ אורתודוקסי) כי אין משמעות אופרטיבית לרישום (בהשפעת הלכת שליט). לגבי חוק השבות אין הכרעה.
- מרשם: נישואין אזרחיים שבוצעו בחו"ל וגם של נישואין קונסולריים יכולים להירשם כך במרשם האוכלוסין, לפקיד אין סמכות ולרישום אין משמעות (הלכת פונק שלזינגר).
- גיורים שנערכו בארץ: הכנסת צריכה להחליט על סטנדרט לגיור (ברק בפסחו).
- חלל חקיקתי בהגדרת "התגייר" ולכן אין לקבל אף גיור עד שהכנסת תמלא את החלל החקיקתי (טירקל במיעוט בנעמ"ת).
- המרשם הוא רק מרשם ואין לו משמעות מעבר לכך (דעת הרוב בנעמ"ת).
- בעקבות בג"ץ נעמ"ת נקבע שאדם שעבר גיור קונסרבטיבי ורפורמי רשאי להירשם כיהודי בפרטי הלאום, פריט הלאום יישאר במרשם אך יימחק מתעודת הזהות.
- גיור שנערך בחו"ל בהקשר חוק השבות: ברק דוחה את התנאי שהמדינה מצביה (שהות בקהילה). דוחה את ההפליה שנוצרת בעניין סדר הזמנים של הגיור. לא דן בגיור בארץ (טושביים 1).
- גיור שנערך בארץ בהקשר חוק השבות: חוק השבות הוא הסדר ראשוני שצריך להיקבע ע"י המחוקק (נאור, טושביים 2).
- הכרה בגיור רפורמי שנערך כולו בארץ לצרכי חוק השבות (דהאן) - 2021!
- הרחבת הזכאות לשבות: חשין משתמש בפרשנות מצמצמת לחוק השבות (שבות רק לבן זוג של יהודי שאינו תושב ישראל ולא לבן זוג של יהודי אזרחי ישראל) כדי למנוע נישואים פיקטיביים לשם קבלת אזרחות. פירוש מרחיב יצור אפליה בין אזרחי יהודי לבין אזרחי שאינם יהודי (סטמקה).

חוק האזרחות:

- עתירה נגד חוק האזרחות (לאחר פיגועים רבים). דעת הרוב - שיקול ביטחוני גבר על שיקול משפחתי אך החוק לא נפסל בגלל שהשי' אדמונד לוי קבע שעל המדינה לתקן אותו.
- התכלית לחוק האזרחות היא דמוגרפית וזה לא תכלית ראויה (פרוקציה בעדאלה).
- אין צורך להכריע בענין הדמוגרפי כי המדינה לא טענה לכך, ובכל זאת גם נימוק דמוגרפי עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה (חשין בעדאלה).
- גם בפרשת גלאון המדינה סירבה לבסס את החוק על נימוק דמוגרפי.

בחירות ומפלגות:

- ביהמ"ש אישר את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לא לאשר רשימת מועמדים לכנסת שיוזמיה חברי ארגון בלתי חוקי (ירדור).

- ביהמ"ש ביטל פסילת שתי רשימות שפסלה ועדת הבחירות המרכזית. בהיעדר חוק אין להרחיב את עילת הפסילה **(דעת הרוב בניימן הראשון)**.

בשנת 1985 התקבל **תיקון לחו"י: הכנסת** הקובע מניעת השתתפות רשימת מועמדים:

רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי
2. שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה
3. הסתה לגזענות

בשנת 1992 נחקק **חוק המפלגות ובס' 5 בו הוצב ס' 7(א) כתנאי לרישום מפלגה** - בלימה בשלב מוקדם יותר.

- פגיעה/ פסילה מאוחרת היא פחותה לעומת פסילה מוקדמת (ברק). לדעת חשין ביאסין, זה לא משנה.

תיקון בשנת 2002 - מאפשר לפסול חבר מהרשימה ולא את הרשימה כולה - מותנה באישור בימ"ש. הוספת עילת פסילה במקרה של "תמיכה במאבק מזוין" של ארגון טרור במדינת ישראל.

- ביהמ"ש (בניגוד לעמדת ועדת הבחירות המרכזית ולעמדת המיעוט של אדמונד לוי) לא פוסל את רשימת בל"ד ששאיפתה מדינת כלל האזרחים (פוגע במידת מה במדינה יהודית). כלומר ביהמ"ש מרוקן במידת מה את עילת הפסילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי (בל"ד ורע"מ). פגיעה במשחק הפוליטי (קרצימר), מתן מקום לקיצוניים מחשש שיהפכו לקיצוניים יותר (ספיר).

- במקרה של ספק לקיומן של ראיות משכנעות וחד משמעיות, החירות לבחור ולהיבחר תגבור **(ברק בפרשת טיבי ובשאר)**.

שונות:

- לתקנון הכנסת יש מעמד. הפרתו יכולה להוביל לפסילת חוק **(נמרודי, ברק)**.

- הלכת **דרעי (שמגר)** - מקרים בהם לרה"מ חובה לפטר שר.

- רה"מ רשאי לפטר שר בנסיבות מסוימות לפי שיקול דעתו כל עוד ההעברה מהתפקיד מוצדקת ויש בה כדי לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי ולהשיג מטרותיה **(פוקס, ברק)**.