|  |
| --- |
| **תוכן עניינים** |
| **סמכות בג"ץ לנהל את העתירה** | **2** |
| **עילות סף – זכות העמידה** | **2** |
| **ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה**  | **3** |
| **ביקורת שיפוטית על תוכן החוק עצמו** | **4** |
|  | קדם שלב א: שינוי או פגיעה בחוק/י היסוד | **5** |
| שלב א: שאלת הפגיעה | **5** |
|  | האם קיימת זכות? - סוגי זכויות  | **6** |
| האם היא מעוגנת בחוקי היסוד? | **8** |
| מהו היקף הזכות? | **8** |
| האם החוק פוגע בה?  | **8** |
| שלב ב: חוקתיות הפגיעה | **9** |
|  | פסקת ההתגברות  | **9** |
| פסקת ההגבלה  | **9** |
| שלב ג: הסעד | **12** |
| **החוקה** | **12** |
| **המהפכה המשפטית** | **14** |
| **הפרדת רשויות** | **15** |

סמכות בג"ץ לנהל את העתירה

* סמכותו של ביהמ"ש לדון כבג"ץ, מעוגנת **בס' 15 ו 15 ג** והורחב ב**ס' 15ד** לחו"י השפיטה.
* על פי הפסיקה **מבנק המזרחי** והלאה, בסמכות ביהמ"ש לבטל חוקים הסותרים חוקי יסוד.
* יש שופטים ומלומדים שטוענים כי הסמכות לבטל חוקים אינה נתונה רק מכוח חוקי יסוד אלא גם מכוח פגיעה בעקרונות יסוד של השיטה (חשין ב**חוק טל**), אך גישה זו לא התקבלה בפסיקה.

**משפט קישור -** תחילה נבחן האם העתירה עומדת **בעילות הסף**, כלי להתמודדות עם העומס על ביהמ"ש ומנגנון לריסון אקטיביזם שיפוטי:

עילות סף – זכות העמידה

**הרציונאלים לעילות סוף:**

* חשש מהצפה - חוק היסוד לא יוצר מגבלות.
* הפרדת רשויות – ככל שביהמ"ש לא יתערב כך הוא יכבד יותר את הגבולות והסמכויות של הרשויות האחרות (אפשר להכניס כאן את העודה שבפועל הממשלה שולטת בכנסת).
* מנגנון לריסון אקטיביזם שיפוטי – הגבלה של גרירת ביהמ"ש למשחק הפוליטי.
* אמון הציבור – התערבות של ביהמ"ש בעניינים מסויימים יכולה להתיפס בעיני הציבור כתפישת צד פוליטי.

**נוסח תשובה עפ"י שלבים ומבחנים:**

**1.** "עילת הסף מסוג זכות עמידה עוסקת בשאלה האם לעותר יש זכות להגיש את העתירה".

**2.** X (להלן: העותרים) יטענו שלפי הגישה המסורתית עומדת להם זכות העמידה כיוון שהינם בעלי אינטרס אישי ממשי וישיר שכן הם הנפגעים הישירים מהחוק".

**3.** "**מנגד**, המדינה תנסה לטעון שהם אינם כאלה" ← יישום.

**4.1.** "העותרים ימשיכו ויטענו כי גם אם אינם בעלי אינטרס אישי וישיר, ניתן להכיר בהם כעותר ציבורי ללא אינטרס אישי, אם העניין נושא אופי ציבורי ממשי הנוגע לשלטון החוק כשלא קיים עותר בעל אינטרס אישי (דעת רוב של שמגר באלוני)." ← יישום.

**4.2.** מנגד, תטען המדינה כי המקרה דנן אינו בעל אופי חוקתי ואינו "נוגע בציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי" (דעת מיעוט של אלון באלוני) ← יישום.

**5.** במקרה והסיפור עוסק בח"כ שעותרים:

**5.1.** שמגר באלוני, אין נפקות אם העותר הוא ח"כ; "הם מייצגים את הציבור ולכן יש לתת להם אופציה רחבה יותר להגיש עתירות." ← יישום.

**5.2. מנגד**, לדעת אלון באלוני או מזוז ברזבוזוב יש נפקות; "יש לה יותר כוח ודרכים אחרות ויש לשמור את המשפט נטרלי מפוליטיקה" ← יישום.

**6.** "**בנוסף**, העותרים יטענו כי הפסיקה הרחיבה והכירה בעותר הציבורי במקרים הנוגעים לשלטון החוק ולאכיפת עקרונות חוקתיים או לפגמים במנהל הציבורי (כמו שחיתות או מרמה) (פרוקצ'יה בלירן)". ← יישום

**7.** במקרה והקייס מדבר על חריג:

"המדינה תטען **מנגד** כי אם קיים נפגע ישיר, רק הוא זה שיעתור ויידחה העותר הציבורי. במיוחד אם הוא עצמו לא צורף לתביעה או דורש לקבל סעד" (לירן). ← יישום.

**7.1.** במקרה והקייס מדבר על חריג לחריג:

 "העותרים **מנגד** יטענו כי מתקיים גם החריג לחריג: אמנם האזרח שנפגע ישירות נמנע מלעתור, אך הסוגייה דנן בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה וקשורה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ועל כן יש לאפשר את החריג לחריג ולקבל את העתירה" (לירן). ← יישום הזכות החוקתיות.

**8.** המדינה **מנגד** תטען כי כיום ישנה מגמה בפסיקה לחזור לצמצום בזכות העמידה ויש לדחות את העתירה בגלל קיומו של נפגע ספציפי שלא עתר"(הר שמש – ייתכן ולייצג כראוי את אינטרס הנפגע הישיר, רזבוזוב – לח"כ יש אמצעים פרלמנטרים, עיר עמים – עצם העובדה שבעבר הייתה זכות עמידה לא אומרת שכעת יש, פיינשטיין – עותר ציבורי צריך להוכיח שהוא מייצג את האינטרס הציבורי הרחב, עיתונאים ועיתונאיות). ← יישום

**9.** "העותרים יטענו כי אין ללכת לפי הגישה האחרונה בפסיקה עקב \*\*ניגוד לאחת העילות הספציפיות של אחד הפס"ד בס' 8\*\*" או "העותרים יטענו שחוק זה פוגע בנשמת אפה של הדמוקרטיה (לעיל ס' 4.2) ולכן עומד בעילת הסף". ← יישום.

**משפט קישור -** במידה וביהמ"ש מקבל את העתירה עפ"י עילות הסף, יש לדון בחוקיות תהליך החקיקה של החוק:

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה – ס' 15 לחו"י השפיטה

* תקנון הכנסת מעוגן בס' 19 לחו"י הכנסת.
* יכולה לשלב כאן בטענות את הרציונאלים של הפרדת הרשויות.
* במידה ומדובר בחוק ההסדרים: אם החקיקה אכן כלכלית באופייה- בסדר. אם לא ועושה רפורמה- אינדיקציה שלא נתנו מספיק זמן לחברי כנת לגבש דעה.

**נוסח תשובה עפ"י שלבים ומבחנים:**

**1.** "ביקורת שיפוטית זו בוחנת את אופן קבלת החוק והאם הוא התקבל כראוי".

**2.** "העותרים יטענו שביהמ"ש יכול לתת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה" (נמרודי).

**3.** "המדינה **מנגד** תטען כי יש ללכת לפי גישת העבר ולא להתערב הליך החקיקה של הכנסת כי יש בכך הפרה של עקרון הפרדת הרשויות שהוא יסוד למשטר דמוקרטי" (בצול).

**4.** "העותרים **ימשיכו** ויטענו כי ביהמ"ש יכול להתערב בהליך החקיקה כאשר קיים פגם בשלבי החקיקה (תקנון הכנסת) או פגם היורד לשורש ההליך (ברק בנמרודי); הוא פגם שיש בו פגיעה קשה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה. הפגיעה בעקרונות היסוד נובעת מהזכות לייצוג; פגיעה בזכות ההשתתפות של ח"כ תפגע בזכויותיהם של הבוחרים בהם ותפגע באופן לא שיוויוני בקולם. כל ח"כ צריך לקבל כוח שווה בפרלמנט. (בייניש במגדלי העופות). ← במקרה זה קיימת פגיעה ב...

* הכרעת הרוב – רוב של ח"כ. מעוגן בחו"י הכנסת. ← יישום
* שוויון פורמאלי – כל קול שווה קול אחד. מעוגן בחו"י הכנסת. ← יישום
* פומביות – הליך החקיקה צריך להיות פומבי ושקוף. מעוגן במפורש בחו"י הכנסת. ← יישום
* **השתתפות** – לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה. החידוש בפס"ד מגדלי העופות. ההשתתפות כוללת לא רק נוכחות פיזית במליאה אלא גם לאפשר לחברי הכנסת את התנאים המינימאליים ע"מ שיבינו על מה הם מצביעים. ← יישום

**5.** "**מנגד**, תטען המדינה כי לא כל פגיעה בעקרונות היסוד תביא לביטול חוק אלא **רק פגיעה קשה וניכרת**. ואין זה במקרה דנן". ← יישום

**6.** "העותרים **ימשיכו** ויטענו כי אכן הייתה פגיעה קשה וניכרת כפי שהיה בפרשת קוונטינסקי; שלושת הרחבות שנקבעו בדעת רוב של הש' סולברג בפס"ד זה ביחס לפס"ד מגדלי העופות מתקיימות:

* + 1. מתן הזדמנות לח"כ לגבש עמדה. ← יישום
		2. ע"מ לגבש עמדה, יש לאפשר לחברי הכנסת לנהל דיון מינימאלי (הקראה של סעיפי החוק לא נחשבת דיון). ← יישום
		3. אינדיקציות לבחינת דיון ראוי (רשימה לא ממצה ולא מחייבת): ← יישום
	+ משך הדיון – האם היה מידתי ביחס למורכבות של החוק ולהיקף השלכותיו.
	+ השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק – נוסחה או תוכנה.
	+ תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק (רקע ונתונים שהכרחיים כדי לקבל החלטה לגבי הצעת חוק).
	+ פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק עד לדיון.

**7.** "**כמו כן**, העותרים יטענו **לחלופין** לדוקטרינת הליך החקיקה הנאות; יש לבדוק את איכות ההליך (האם חברי הכנסת אכן טרחו להגיע, תשתית עובדתית מספקת, האם היה דיון מספק וכדו')".

**8.** "המדינה **מנגד** תטען כי אין לקבל דוקטרינה זו מאחר והיא נדחתה בפסיקה; תפקיד ביהמ"ש בנוגע להליך חקיקה הוא לאפשר לח"כים שזכיותיהם ואת זכויות בוחריהם. במידה והח"כים לא לממש את זכותם ביהמ״ש לא יתערב" (בייניש במגדלי העופות). ← יישום

**9.** **כנגד** הלכת קוונטינסקי תטען המדינה כי בקבלתה למעשה מקבלים את דוקטרינת הליך החקיקה הנאות שנדחה בפסיקה (כפי שצוין לעיל בס' 8)" (מזוז בדעת יחיד בקוונטינסקי).

* בפועל, ביהמ"ש לא ייטה להשתמש בהרחבת הביקורת החקיקתית, קוונטינסקי הייתה הפעם הראשונה והיחידה עד כה שבוטל חוק לפי ביקורת שיפוטית חקיקתית.

**משפט מקשר –** במידה והחוק לא יבוטל עקב פגם בהליך החקיקה נמשיך לבדיקת תוכן החוק עצמו עפ"י גישת שלושת השלבים:

ביקורת שיפוטית על תוכן החוק עצמו

**גישת שלושת השלבים (מצטברים):**

קדם שלב א: שינוי/פגיעה

שלב א: שאלת הפגיעה

שלב ב: חוקתיות הפגיעה

שלב ג: סעד

**הרציונאלים לגישה:**

* זה מסייע לניתוח המשפטי; מסייע לפתח כללי אצבע כדי שהמשפט החוקתי לא יהיה חסר הכוונה או הבניה.
* משקפת תפיסת עולם בה הזכויות בישראך אף פעם לא מוחלטות מאחר ולעיתים המחוקק צריך לקדם אינטרסים ציבוריים על חשבון פגיעה מסוימת בזכויות הפרט
* מאפשרת הבחנה בין היקף הזכות (מה נכנס בתוכה) במסגרת שלב א לבין התנאים בהם ניתן לפגוע בזכות במסגרת שלב ב.
* נראה שהגישה נובעת ומתבקשת מחוקי היסוד עצמם משום שכך מנוסחים ומסודרים.
* גישה זו מאפשרת לביהמ"ש לפרש בצורה רחבה את הזכויות ולשים את "המסננת" של התביעות בשלב השני בו בוחנים את הלגיטימיות של הפגיעה.
* מאפשרת איזון בנטל הראייה בתביעה; בשלב הראשון הנטל על העותר והחל מהשלב השני הנטל הוא על המדינה להראות שהפגיעה מידתית.

**משפט מקשר -** תחילה, נבדוק האם מדובר בפגיעה או בשינוי בחוק היסוד:

קדם שלב א: שינוי או פגיעה בחוק/י היסוד

**הגדרות:**

שינוי = הנורמה החוקתית משתנה עקב חוק יסוד חדש או תיקון חדש שלו. קבוע. יכול להיות תיקון ישיר, תיקוף עקיף ותיקון משתמע.

פגיעה = לא מביאה לשינוי הנורמה החוקתית אלא לסטייה ממנה בהקשר מסוים. זמנית. צריך לעמוד בפסקת ההגבלה/ההתגברות.

**נוסח תשובה עפ"י שלבים ומבחנים:**

**1.** "העותרים יטענו כי מדובר בפגיעה ולא בשינוי. מדובר בפגיעה בנורמה חוקתית קיימת בחוק יסוד X. מאחר ולא כתוב באירוע שהחוק החדש הוא חו"י, על פניו ניתן לומר שחוק זה אינו בא לבטל את חו"י X אלא בא לפגוע בזכות המעוגנת בחוק היסוד ואפשר לתת עליו ביקורת שיפוטית" (מזרחי). ← יישום

**2.** "המדינה תטען **מנגד** כי מדובר בשינוי ולא בפגיעה מאחר ויש שינוי בנורמה החוקתית. שינוי יכול להיות בבאופן מפורש או באופן משתמע. במקרה דנן, מדובר בשינוי...." (ס' 46 לחו"י הכנסת, שמגר מזרחי). ← יישום

**3.** במקרה של פגיעה + החוק חוקק לפני 1992:

אם פוגע בחופש העיסוק – יש לבחון לפי פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות לפי שמירת הדינים בס' 10 לחו"י העיסוק. ← יישום

אם פוגע בכבוד האדם וחירותו – אין חובה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה; יכול להישאר בגלל הוראת שמירת הדינים שלא מוגבלת לנו בס' 10 בחו"י כבוד האדם. ← יישום

**משפט מקשר –** השלב הראשון לגישת שלושת השלבים על ביקורת שיפוטית תוכנית הוא שאלת הפגיעה:

שלב א: שאלת הפגיעה – האם קיימת זכות; האם היא מעוגנת בחוקי היסוד; מהו היקפה; האם החוק פוגע בזכות

* בשלב זה, נטל ההוכחה על העותרים (ברק בעמותת מחויבות, גרוניס במפיצי הסיגריות)

1. האם קיימת זכות? - סוגי זכויות (להסתכל בטבלת הלכות לראות שלא פיספסתי פס"ד)

* **חו"י חופש העיסוק - ס' 3**

הזכות החוקתית לחופש העיסוק מול הזכות הפסיקתית. בז'רנו.

* **חו"י כבוד האדם – מנויות:**
* **הזכות לחיים ולשלמות הגוף**

 ס'2- שמירה עליו פאסיבי; ס'4- הגנה עליו אקטיבי (זוהי גם זכות אדם וגם חוקתית)

* **איסור השפלה או ביזוי / האדם כתכלית ולא כאמצעי / אוטונומיה**
* **קניין**

ס'3 – זכותו של כל האדם לעשות בקניינו כרצונו. מפיצי הסיגריות. אין פוגעים בקניינו של אדם. זכותו של כל אדם לעסוק במקצועו ועיסוקו. עיסוק הוא פעילות מתמשכת היכולה להוות בסיס לחיים← יישום

עיסוק הוא פעילות מתמשכת היכולה להוות בסיס לחיים; יש לבחון את טיב העבודה, היקפה, משך העיסוק, מידת ההגבלה המוטלת עליה, ומידת פגיעה בחירותו של המבקש לעסוק בה וביכולתו לעצב את אישיותו על פיה. סולברג בלוי ← יישום

הזכות היא זכות אזרחית ולא אדם. חשין האב בבז'רנו ← יישום מי המועסק מאיפה מגיע

* **חירות**

 ס'5 (מעצר/מאסר/הסגרה או בכל דרך אחרת)

* **חופש התנועה**

 ס'6 – לצאת ולהיכנס. להיכנס - רק אזרחים

* **זכות לפרטיות**

 ס'7 - כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

* **חו"י כבוד האדם - לא מנויות / נגזרות:**
* **שוויון**

שוויון פורמאלי = יחס שווה לכולם (לדוג' קול אחד לכל אחד בבחירות).

שוויון מהותי = יחס שווה לשווים ושונה לשונים (דורנר במילר).

נבדוק האם ישנה הצדקה להתייחס לאנשים בצורה שונה– האם יש שוני רלוונטי ← יישום

כאשר יש פגיעה בשוויון על בסיס מין/ גזע:

יש להעמיד את מבחן השוני הרלוונטי הכפול; לבחון (1)האם השיקול הוא רלוונטי ואם כן לבדוק האם (2)התחשבות בשוני מוצדקת בנסיבות העניין (דורנר במילר). ← יישום

כאשר מדובר בהחלטה מנהלית/של הרשות המבצעת:

חל מבחן השוני הרלוונטי (דורנר מילר) ← יישום

כאשר מדובר בהחלטה חוקתית:

**אם כתוב במפורש שהחוק פוגע ←** ניתן לומר שיש אפליה ישירה ← יישום

**אם לא** ← בוחנים האם זה אפליה תוצאתית (סולברג בכספי) ← יישום

* **זכות לכבוד ולאוטונומיה**

 זכותו לגבש את אישיותו באופן חופשי כרצונו לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לעצב את חייו ואת גורלו לגבי כל ההיבטים המרכזיים של חייו. דעקה + פרשת חוק טל

* **חופש לדת ומדת**

מגילת העצמאות

* **הזכות לחיי משפחה**

הזכות מתפרשת גם על הזכות לחיות עם בן הזוג הזר בישראלברק בעדאלה. הזכות לחיי משפחה, הנגזרת מכבוד האדם, כוללת את הזכות להתחתן עם אזרח זר אך לא כוללת את הזכות שבן הזוג הזר יקבל מעמד בישראל חשין בעדאלה.

* **הזכות לקיום מינימלי בכבוד**

אינה זכות נגזרת אלא נמצאת בגרעין הזכות לכבוד. יש לבחון מהו הרף המינימלי לקיום בכבוד. עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**,** חסן; בינייש**.**

* **חינוך**

יתד(לקוח מהחומר לעבודה)

* **חופש הביטוי**

הזכות שבה ביהמ"ש הלך "הכי רחוק" בעניין של היקף הזכות; כל התוכן האפשרי ולא משנה אם הוא שיקרי\גזעני. קול העם, אילנה דיין, בכרי, כהנא, סנש, קידום, ש.י.נ ואבנרי**.**

**מנגד,** למרות שהיקף הזכות רחב מאוד לא תמיד יאפשרו את קיומה במידה ופוגעת באופן חמור בזכויות אחרות. כהנא.

מבחני איזון (אילנה דיין):

1. אופי הביטוי (מסחרי או פוליטי) – ביטוי פוליטי יקבל הגנה גבוהה יותר מביטוי מסחרי. בייניש בבג"ץ המפקד הלאומי ←יישום**.**

2. סוג המגבלה –מניעה מראש חמורה מאשר מניעה בדיעבד (לאחר הביטוי) ← יישום.

* **חופש העיתונות, זכות ההפגנה והמחאה**

קול העם, אבנרי ואילנה דיין - זכות חוקתית! מטה הרוב**;** זכות להגנה, חובה על המשטרה להגן מפני קהל עוין.

* **חו"י הכנסת**
* שוויון הבחירות, בחירות יחסיות ועקרון הייצוג ס' 4
* זכות לבחור/ להיבחר ס' 5-6
* **סמכות הרשות המבצעת** – ס' 1 לחו"י הממשלה

**זכות חיובית מול זכות שלילית - "הטרילוגיה החוקתית":**

**לפי ברק** בכתיבתו הספרותית יש שלושה היבטים שונים לזכויות של המדינה כלפי הפרט:
.1הזכות להוקרה (ס' 2+8ח"י כבה"א) – הכי בסיסית. המדינה מחויבת לכבד זכויות וצריכה להימנע מלהפריע למימוש הזכות, פסיבי. היבט שלילי.
.2הזכות להגשמה (ס' 4ח"י כבה"א) – למדינה יש חובה להגשים זכויות, אקטיבי. היבט חיובי. לא חלה על זכויות לא מנויות.
3.הזכות להגנה – המדינה מחויבת לפעול כדי להגן על הזכויות מפני צד ג', אקטיבי. היבט חיובי.

2. האם היא מעוגנת בחוקי היסוד?

**הגישות:**

הגישה המצמצמת ← מבחן ההשפלה ← גישת הביניים המרחיבה ← הגישה המרחיבה

**נוסח תשובה עפ"י שלבים ומבחנים:**

**1.** "העותרים יטענו כילפי הגישה המרחיבה שאומרת כי כבוד האדם הוא המקור לכל הזכויות, הזכויות שנפגעו במקרה דנן הן \*\*\*\*\* מתוכן הזכויות המנויות הן: \*\*\* שמעוגנת ב\*\*\*. והזכויות הבלתי מנויות הן: \*\*\* שהינן נגזרות של חו״י כבוד האדם וחירותו. לכל הזכויות הנ"ל יש לפחות את ההיבט השלילי; עפ"י הגדרת ברק לזכות להוקרה (ברק בכתיבה אקדמית)."

**2.** "המדינה תטען **מנגד** כי לפי הגישה המצמצמת לא ניתן לגזור זכויות נוספות מהזכות לכבוד האדם ואין לגזור את הזכויות הלא מנויות בעניינינו." ← יישום

**3.** "העותרים **מנגד** יטענו כי יש לקבל לכל הפחות את גישת הביניים של ברק שהתקבלה בפסיקה; הזכויות הנגזרות קשורות בקשר הדוק לכבוד האדם: השפלה וביזוי, האדם כתכלית ולא כאמצעי במובן הקאנטיאני, וגם כבוד במובן הרחב של אוטונומיה של הרצון הפרטי." (ברק בתנועה לאיכות השלטון פרשת חוק טל) ← יישום: לעניינו הזכויות XX אכן מוגדרות ככאלו כיוון שהם עניין מרכזי הקשור בקשר הדוק לכבוד האדם."

**4.** "המדינה **תמשיך ותטען מנגד** כי אם לא לקבל את הגישה המצמצמת יש לכל הפחות לקבל את הגישה של מבחן ההשפלה, לפיה רק זכויות בהן הפגיעה גורמת לביזוי והשפלה הן זכויות שניתן לגזור מתוך הזכות המנויות." (דורנר במילר) ← יישום על כל אחת מהזכויות המנויות.

**משפט מקשר –** במידה וביהמ"ש יקבל את טענת העותרים כי ישנה זכות והיא מעוגנת/נגזרת, יפנה לשלב הבא בו יש לבדוק את היקף הזכות והאם החוק פוגע בה:

3. מהו היקף הזכות?

**1.** העותרים יטענו כי יש ללכת לפי הגישה שהתקבלה בפסיקה והיא שהיקף הזכות יתפרש באופן רחב בשלב זה ואת האיזונים יערוך ביהמ"ש בשלב פסקת ההגבלה." (ברק בעדאלה) ← יישום

**2.** מנגד, יטענו המשיבים כי יש לאזן ולהגביל את היקף הזכות גם בשלב זה." (חשין בעדאלה, גרוניס בשטנגר, גרוניס במפיצי הסיגריות) ← יישום

4. האם החוק פוגע בה? - יישום ספציפי על כל זכות

על העותרים להראות כי אכן הייתה פגיעה בזכות ← דורש יישום ספציפי בהתאם לקייס שנותנים לנו

**\*מבחן הודאות הקרובה+ צריך פגיעה חזקה**

\*\*יכולה להשתמש בפס"ד עמותת מחויבות, סיגריות, כספי עפ"י טבלת ההלכות.

**משפט מקשר –** במידה וביהמ"ש יקבל את טענת העותרים כי ישנה פגיעה בחוק יסוד/בזכות האמורה יעבור לבדוק את חוקתיות הפגיעה:

שלב ב: חוקתיות הפגיעה

* בשלב זה, נטל ההוכחה על המשיבה (המדינה)

**משפט מקשר –** המדינה תטען כי החוק עומד בתנאי פסקת ההתגברות ונהנה מחסינות לביקורת שיפוטית:

פסקת ההתגברות **–** ס' 8 לחו"י חופש העיסוק

**מבחני פסקת ההתגברות:**

חוק יכול לפגוע בזכות לחופש העיסוק ולא לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה אם:

1. הוא התקבל ברוב מיוחס של 61 ← ליישם

2. ייאמר בו מפורשות שהוא תקף "על אף האמור בחו''י זה" ← ליישם

3. נאמר שתקף ל 4 שנים. ← ליישם

במקרה והחוק עומד בפסקת ההתגברות ופוגע גם בחו"י כבוד האדם:

שלוש תנאים **מצטברים** בגינם תוענק הגנה לחוק שפוגע בחו"י כבוד האדם וחופש העיסוק כך שנראה את פסקת ההתגברות כאילו חלה גם על כבוד האדם (ברק במיטראל):

1. הפגיעה בזכויות האחרות מלבד חופש עיסוק הינה "תוצאת לוואי המתבקשת מחופש העיסוק". ← יישום

2. הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האחרות היא משנית. ← יישום: "לא מתקיים כי יש פגיעות חמורות בזכויות X שלא חלק מחופש העיסוק".

3. הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות שולית ("אינה בעלת עוצמה ממשית"). ← יישום

* **במידה והגעתי למסקנה במבחן כי חוק מסוים אינו חוקתי ניתן להציע אפשרות לחקיקה מחדש ע״י הכנסת – חקיקה שתעמוד בתנאי פסקת ההתגברות.**

**משפט מקשר –** במידה וביהמ"ש ידחה את טענת המדינה ויקבע כי החוק לא עומד בתנאי פסקת ההתגברות, יעבור לביקורת שיפוטית עפ"י פסקת ההגבלה:

פסקת ההגבלה - ס' 8 לכבוד האדם, ס' 4 לחופש העיסוק

**הרציונאלים של פסקת ההגבלה:**

* מגבילה את הזכויות החוקתיות ומראה שהן לא מוחלטות.
* מגבילה את הכנסת ביכולת שלה לפגוע בזכויות

**נוסח תשובה עפ"י שלבים ומבחנים:**

**1.** בחוק או מכוח הסמכה מפורשת **←** יישום: לציין את שם החוק הפוגע כפי שמופיע בקייס.

**1.1.** במקרה ומדובר בחוק שפוגע:

**1.1.1.** "העותרים יטענו כי החוק שפוגע מקיים את הדרישות כדי שייחשב חוק; עבר בהליך חקיקה ראוי (כפי שפורט בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה) ועומד בדרישות הבאות" (בייניש במפקד הלאומי):

1. פומביות – החוק פורסם לציבור ← יישום
2. נגישות – הפרסום במקום נגיש ← יישום
3. כלליות – החוק לא פרסונלי. לכל הפחות, לא פרסונלי לרעה ← יישום
4. חוסר עמימות – הנורמה צריכה להיות ברורה לאזרח הפשוט ← יישום
5. היעדר שרירותיות – שהחוק לא ישתנה כל הזמן ← יישום

**1.1.2.** "המדינה **מנגד** תטען כי החוק לא עומד בדרישות X הנ"ל ולכן לא ניתן לבחון אותו עפ"י פסקת ההגבלה ואינו נחשב כפוגע באמת"

**1.2.** במקרה ומדובר בהסמכה שפוגעת:

**1.2.1.** "העותרים יטענו כי הפגיעה X שהיא פגיעה חמורה, מתרחשת עקב הסמכה שלא מפורשת מספיק בחוק Y. הפגיעה היא חמורה משום ש: הזכות X עדיפה ועוצמת הפגיעה של X חזקה. יש ללכת לפי הכלל בפסיקה שככל הפגיעה חמורה יותר כך יש צורך בסמכות מפורשת יותר כדי להצדיק את הפגיעה (בייניש במפקד הלאומי) ← יישום

**1.2.2.** "**מנגד**, המדינה תטען כי ההסמכה מפורשת מספיק ויש לקבל את הסמכות להגביל את הזכות. לחילופין, הזכות אינה עדיפה והפגיעה אינה חמורה כ"כ כדי לדרוש מידת הסמכה מפורשת גבוהה." ← יישום

**2.** הולם את ערכיה של מדינת ישראל; דמוקרטית ויהודית (ס' 1-2 לחו"י העיסוק וכבוד האדם)

* יהודית = זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית ולהגנה על עצמו. ציונית. דמוקרטיה ייעודית (לוי בגלאון)
* דמוקרטית = לא רק דמוקרטיה פורמאלית +דמוקרטית מהותית; המחויבת לתפיסה של קיום זכויות יסוד (לוי בגלאון, ברק במזרחי)

**2.1. "**העותרים יטענו כי החוק החדש לא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, הן מבחינת "דמוקרטית" והן מבחינת "יהודית"**."** (לוי בגלאון) ← יישום

**2.2.** "המדינה **מנגד** תטען כי ניתן לפרש את הערך "דמוקרטית" גם באופן צר של דמוקרטיה פורמאלית כך שאין פגיעה בערכי המדינה במקרה דנן. ← יישום.

לחילופין, תטען המדינה כי הדבר נתון לפרשנות אישית ומדובר במבחן סובייקטיבי מאוד. כמעט ולא פסלו חוק עקב רכיב זה. הפסיקה לא פיתחה מבחנים ברורים לשלב זה". (ג'ובראן בגלאון) ← יישום

**3.** נועד לתכלית ראויה

**3.1.** "העותרים יטענו כי החוק החדש X לא נועד לתכלית ראויה מאחר ואינו נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית/חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה" (עדאלה, אדם). נבדוק עפ"י (עדאלה):

* סעיפי המטרה ← יישום
* הדיונים בכנסת/בוועדה ← יישום
* התרחשות היסטורית – הליך החקיקה ← יישום

**3.2.** "המדינה **מנגד** תטען כי החוק X כן נועד לתכלית ראויה." ← יישום

**3.3.** "העותרים יטענו מנגד כי במקרה של ריבוי תכליות יש לבדוק מה התכלית הדומיננטית והאם היא תכלית ראויה (לפי המפורט בס' 3.1) (סולאד, אדם)" ← יישום: ציון מה התכלית הדומיננטית ומה המשנית.

**3.4.** "המדינה תטען **מנגד** כי התכלית הדומיננטית היא Y והיא תכלית ראויה (כפי שפורט בס' 3.2)".

**4.** מידתיות

בדיקה לפי שכל ישר (ניסיון חיים) + מבחן התוצאה (עובדות וראיות).3 מבחנים מצטברים:

**4.1.** **מבחן ההתאמה:**

קשר רציונאלי בין המטרה הראויה לאמצעי הפוגעני. התאמה בין המטרה הראויה לבין האמצעי הפוגעני (התנועה לאיכות השלטון פרשת טל; ברק אומר שטרם היה קשר רציונאלי, עדאלה, חסן, אדם).

**4.1.1.** "העותרים יטענו כי מבחן זה לא מתקיים" ← יישום

**4.1.2.** "המדינה תטען מנגד כי המבחן כן מתקיים" ← יישום

במידה והחוק שונה כבר כמה פעמים:

 הוא ככל הנראה מתאים מאחר ועבר את ההתאמות הדרושות מבחן ההתאמה לרוב יתקיים

**4.2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה:**

האם האמצעי החקיקתי אינו פוגע בזכויות מעבר לנדרש וקיים אמצעי חלופי שיגשים את המטרה (באותה המידה) תוך פגיעה פחותה בזכויות (עדאלה, חסן, אדם).

**4.2.1.** "העותרים יטענו כי מבחן זה לא מתקיים וישנו איסור גורף שהוא אמצעי החשוד כלא מידתי בד"כ ניתן יהיה להגשים התכלית באמצעים פחות פוגעניים כמו בחינה אינדיבידואלית, או אם בלתי אפשרי- לפחות הכרה בחריגים" (עדאלה, חסן) ← יישום: להציע אפשרויות חלופיות.

**4.2.2.** "המדינה תטען מנגד כי החלופות לא יקיימו את המטרה באותה מידה (100%)" (עדאלה). או שאין מספיק משאבים לדרך החלופית (טענה חלשה) ← יישום

**4.3. מבחן התועלת מול נזק (הכי חשוב):**

שקילת התועלת שתיגרם לציבור מול הנזק שנגרם מנקיטת האמצעי. יש להתחשב במהות הזכויות הנפגעות ובהיקף הפגיעה בהן.

**4.3.1.** "העותרים יטענו כי הפגיעה יסודית וחריפה ועל כן יש צורך במשקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו. השיקולים אינם מספיקים" (עדאלה, חסן). ← יישום

**4.3.2.** "המדינה תטען **מנגד** כי הפגיעה אינה יסודית וחריפה והתועלת לציבור מול הנזק גבוהה ומידתית. לא ניתן להחליף אמצעי משום שהתכלית לא תתקיים באותה מידה (100%)" ← יישום

**4.3.3.** "העותרים ימשיכו ויטענו כי יש להחיל את מבחן המידתיות היחסית; אם ידוע שהפחתה קטנה של הגשמת התכלית, תביא להפחתה משמעותית של הפגיעה, זה יכול להשפיע על השיקול להפוך אותו ללא מידתי.גם אם האמצעי לא מקדם את המטרה ב100%" (בית סוריק, עדאלה) ← יישום

* **לא לשכוח לעבור כאן שוב על פירוט הזכויות ועל טבלת ההלכות לראות שכתבתי את כל ההלכות הרלוונטיות.**

**משפט מקשר –** במידה וביהמ"ש יקבל את טענת העותרים כי החוק אינו עומד בפסקת ההגבלה:

שלב ג: הסעד

**נוסח לתשובה קצרה (משום שלא למדנו על זה):**

"אציין כי במידה וחוק אינו חוקתי ישנם 3 אפשרויות לסעד: בטלות מוחלטת, בטלות יחסית או השהיית הכרזת הבטלות."

החוקה

עיסוק המשפט החוקתי

משפט חוקתי = משפט שמסדיר את פעילותם של מוסדות השלטון וכן את היחסים בינם לבין הפרט:

1. תחום העוסק במבנה המוסדי של רשויות השלטון. בכוחותיהן, בסמכויותיהן וביחסים ביניהן.
2. תחום העוסק בזכויותיו של הפרט כלפי רשויות השלטון - כלומר, בהגבלות המוטלות על השלטון בבואו להפעיל את הכוח שהופקד בידיו ע"י הציבור.

 ייחודי - היחסים בין השלטון לאזרח (בניגוד למשפט הפלילי שעוסק רק בהתנהגות שבן הפרטים תוך עירוב המדינה או לחוזים שבין פרטים).

**הנחות יסוד למשפט החוקתי**

1. יש פיצול בין הריבון במדינה (הריבון הוא העם ולא מלך או בעל שררה) לבין השלטון - מבטא לנו את התחום הראשון במשפט החוקתי העוסק בהפרדת רשויות ואיזוני בלמים.
2. השלטון הוא מוגבל - הנחת יסוד זה אמנם פוגעת במשילות ובאפקטיביות של השלטון לצלוח מהלכים, אך היא נדרשת כדי לא ליצור דיקטטורה. מבטא את התחום השני של המשפט החוקתי העוסק בזכויות האדם.

**מהי חוקה**

חוקה = צירוף של כללים בסיסיים אשר עליהם מושתת המדינה; כללים שקובעים את מוסדות השלטון ומסדירים את פעולתם. הגדרה מינימליסטית המשותפת לכל הדעות.

הגדרה מורחבת עפ"י מאפיינים:

1. **חוקה מהותית מול פורמאלית**
* חוקה מהותית/מטריאלית - חוקה מינימלית שמסדירה את מוסדות השלטון. אין פה דרישה שהחוקה תהיה כתובה; החוקה יכולה להיות מעין קונצנזוס נרחב ומוכר (כמו באנגליה בעבר). חוקה מעין זאת יש לכל מדינה באשר היא כי בלעדי כללי יסוד אלו אי אפשר לנהל מדינה.
* חוקה פורמאלית - חוקה שחייבת להיות כתובה, שיהיה לנו מסמך ברור ומובן בו מוסדרים כל כללי היסוד המזוהה כחוקה.
1. **תוכן החוקה**
* תוכן מינימלי המסדיר את מוסדות השלטון (כיום יש רק בערך 2 מדינות הללו).
* תוכן של מגילת זכויות
* תוכן העוסק באופי המדינה. למשל, מדינת ישראל היא יהודית ודמוקרטית.
1. **נוקשות**

רמת הקושי לשנות את כללי היסוד בחוקה (פרוצדורה תובענית במיוחד מהפרוצדורה הרגילה של חוקים במדינה).

1. **עליונות**

החוקה היא הנורמה הכי גבוהה במדינה, היא החוק שאליו תמיד יישאו עיניים לבדוק שאנו לא סותרים אותו.

**שיקולים בעד ונגד חוקה**

**בעד (תפקידי החוקה)-**

1. מקבעת ערכים מסוימים בסיסיים, ומונעת מצב של שינוי בעתיד עקב מצבי קיצון או סיבות דומות של הערכים הללו.
2. אנחנו רוצים להסכים באופן בסיסי על דרך הוויכוח, כדי לקבוע את כללי ההכרעה.
3. יצירת 2 מסלולי חקיקה. חקיקה יומיומית רגילה, וחקיקה חוקתית. בניגוד לחקיקה הרגילה, החקיקה החוקתית תכלול שיקולים של טווח ארוך, באופן שישרת את הכלל לאורך זמן (הסתכלות על אינטרסים רחבים מאוד של הכלל).

**נגד-**

1. ערכים יכולים להשתנות עם הזמן. אנחנו כובלים את הרוב לערכים עתיקים.
2. שאלה של צדק בין דורי, למה שלדור אחד תהיה זכות יתר בנוגע לקבלת החלטות על פני דור אחר.
3. יעילות – הגבלת השלטון באמצעות חוקה הופכת אותו לפחות אפקטיבי

**היבטי החוקה בישראל**

בישראל יש חוקה או לכל הפחות "מעין חוקה". מבחינה פורמאלית; יש חו"י הגבוהים נורמטיבית. מבחינה מהותית; אין חוקה אחת, קבועה וברורה:

* **חוקי משטר -** יש אך עדיין לא באופן שלם (אין למשל חוק יסוד חקיקה בו היה צריך לקבוע את כל העניינים שנדונו בפס"ד מזרחי).
* **מגילת זכויות אדם -** יש באופן חלקי (מיני מגילת זכויות).
* **נוקשות -** יש חלקית. כמעט כל סעיפי חוקי היסוד אינם משוריינים. גם אלו שכן משוריינים לא מוגנים באופן חזק.
* **עליונות -** יש. נקבע בפס"ד מזרחי כי חוק היסוד הם בדרגה עליונה.

המהפכה המשפטית

**סקירה היסטורית**

**1947:** החלטת האו"ם על הקמת מ"י בתנאי שתהיה מדינה דמוקרטית.

**1948:** הכרזת העצמאות - נקבע באופן מעומם כי תקום אסיפה מכוננת שתקבע חוקה תוך כ-4 חודשים. לא יכולה להיות בפני עצמה חוקה משום שכתוב בה כי תקום חוקה. מקור השראה והדרכה לעקרונות.

\*\*בחירות דמוקרטיות לאסיפה המכוננת (רק לחוקה) אבל קיבלה גם סמכות ממועצת המדינה הזמנית לחקיקה רגילה.

**1949:** חוק המעבר – הכנסת הראשונה תהיה גם האסיפה המכוננת של החוקה.

**1949:** בז'רנו- יש זכות לאדם לחופש עיסוק (דה פקטו הגביל רק את הרצות המבצעת ולא המחוקקת).

**1950:** החלטת הררי – חלוקת החוקה לחוקי יסוד שבסוף יאוחדו לחוקה אחת (האם זה אומר שחוקי היסוד הם כבר חוקה או עוד לא?).

**1951:** חוק המעבר לכנסת השנייה – הכנסת השנייה והכנסות הבאות יהיו גם האסיפות המכוננת לחוקה.

**1953:** קול העם- יש זכות לחופש הביטוי מעצם היותה של מדינת ישראל דמוקרטית.

**1958-1988:** חקיקת חוקי יסוד העוסקים במוסדות השלטון (חוק יסוד הכנסת, הממשלה , הצבא וכו'. 9 חוקים סכ"ה).

**1969:** ברגמן- התנגשות בין חוק לחו"י; חוק רגיל לא יכול לסתור חו"י. התחילה העליונות של חוקי היסוד.

**1992:** חקיקת חוקי היסוד "חוק יסוד: חופש העיסוק" ולאחר כמה שבועות "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". מגבילים הן את הרשות המבצעת והן את הרשות המחוקקת.

**1993:** בנק מזרחי- אישרור של המהפכה החוקתית ומענה על שאלות לגבי מעמדם של חוקי היסוד.

**1994:** מיטראל- הוביל לפסקת ההתגברות.

**1994:** נערך תיקון לשני חוקי היסוד של זכויות האדם. הוכנסו סעיפי המטרות בהם עוגנה לראשונה מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" + הכנסת "פסקת ההגבלה" + הכנסת "פסקת ההתגברות".

א. בכנסת-

**2006:** ניסיון לגבש חוקה כללית וניסיונות לחוקק את חו"י החקיקה עם דרישה לכמה שלבים של חקיקה של חוק יסוד ולשינוי חוק יסוד.

**2014:** נחקק חו"י משאל העם - במקרה בו נרצה להחזיר את השטחים שישראל החילה עליהם ריבונות למדינה אחרת במסגרת הסכם שלום יש לעשות משאל עם או לקבל רוב מיוחס בכנסת.

**2018:** נחקק חו"י הלאום - חוק יסוד זה מעגן את ההיבטים הקשורים לאופי המדינה כמדינת הלאום היהודית.

**כיום:** הכנסת לא מייחסת חשיבות רבה לתפקידה כגוף מכונן - ישנם שינויים כה רבים בחוק יסוד: הממשלה בהתאם לצרכי הממשלה שקמה וכן גם בחוק יסוד: הכנסת שגורם לזילות הכינון

הכנסת יצרה לעצמה ביקורת חוקתית פרלמנטרית - הפנמה של הכנסת לבדוק בעצמם האם החוק שעובר עומד בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד.

ב. בבית המשפט-

* ביהמ"ש יישם את הסמכות שהסכים עליה בפס"ד מזרחי שיש לו את האפשרות לתת ביקורת שיפוטית: פסל 22 הוראות חוק.
* קבע כי כל חוקי היסוד מצויים ברמה חוקתית על-חוקית (אבני, חירות, מופז).
* הכרה בזכויות בלתי מנויות – מחלוקת בפסיקה (דורנר במילר, ברק בעדאלה).
* חזרה לריסון משפטי - עזיבת תפיסת השופט ברק וקבלת תפיסות מקבילות יותר שמרניות.

**כוונת הכנסת בחקיקת חוקי היסוד**

1. האם הכנסת התכוונה להגביל את עצמה בזמן שהעבירה את חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם?

**הכנסת לא הבינה** את מה שקורה - הכנסת לא הבינה את משמעות המהלך והמעמד הנורמטיבי. תמיכה: אי נוכחות במליאה בקריאות 2+3.

**הכנסת הבינה** את מה שקורה - רצתה לקדם את זכויות האדם כמדינה דמוקרטית. תמיכה: היו הרבה דיונים, החוק שונה, היה תיקון לאחר שנתיים ברוב של כנסת.

1. האם הכנסת הבינה כי היא נותנת לגיטימציה לביהמ"ש ליצור ביקורת משפטית?

**הכנסת לא הבינה**

**הכנסת הבינה** – הוכנסו פסקאות ההגבלה ופסקת ההתגברות

**חוקי היסוד בישראל**

* הכנסת – 1958 (בעל שריון בס' 4 בשיטת הבחירות).
* מקרקעי ישראל - 1960
* נשיא המדינה - 1964
* הממשלה - 1968
* משק המדינה - 1975
* הצבא - 1976
* ירושלים בירת ישראל - 1980
* השפיטה - 1984
* מבקר המדינה - 1988
* חופש העיסוק - 1992 + תיקון שלו בשנת 1994
* כבוד האדם וחירותו - 1992
* משאל עם - 2014
* ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי - 2018

הפרדת רשויות

בישראל ישנן 3 רשויות נפרדות שההפרדה ביניהן באה לידי ביטוי גם בחקיקה (לכל רשות יש חוק משלה):

1. **הכנסת -** הרשות המחוקקת. אמורה להיות הרשות החשובה והחזקה ביותר. אמורה להשגיח ולפקח על הרשות המבצעת.
2. **הממשלה -** הרשות המבצעת
3. **ביהמ"ש -** הרשות השופטת

בפועל בישראל ישנן שתי רשויות: הממשלה וביהמ"ש משום שלממשלה יש רוב אוטומטי בכנסת (לפחות 61 מול 59) הממשלה היא זו ששולטת דה פקטו בכנסת ע"י משמעת קואליציונית.

**איזונים ובלמים**

* בדמוקרטיות אחרות יש גופים רבים שמאזנים ובולמים את כוח השלטון ← בישראל אין בלימה של חקיקה
* בישראל אין באמת חוקה נוקשה - הממשלה, באמצעות הכנסת, הופכת להיות גם הרשות המכוננת.
* אין לנו שני בתי פרלמנט שמאזנים אחד את השני (כמו שיש למשל בארה"ב).
* במחקר שערך פרופ' עמיחי כהן -שבדק 66 דמוקרטיות מלאות- ישראל היא הדמוקרטיה המלאה שאינה מכילה אף גורם בולם ומאזן מבין המפורטים והמצויים בעולם.
* מכך עולה הצורך הגדול והגבוה של ביקורת שיפוטית שלקח על עצמו ביהמ"ש העליון בישראל.
* יכולה להעלות את הטענה הזו בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ובפסקת ההגבלה בשלבים של ערכי המדינה