

**צ'ק ליסט חוקתי****מבוא למשפט חוקתי****חוקה**

1. **מאפיינים:** תוכן, נוקשות, מעמד עליון, צורת התקבלות, סגנון, אכיפה. (עמ' 1-2)
2. **בעד:** יצירת בסיס יציב, הגנה על חירויות יסוד, הגנה על המבנה הדמוקרטי. (עמ' 3)
3. **נגד:** אי הסכמה בנוגע לערכים, מתח עם העקרונות הדמוקרטיים, כבילת הדור הנוכחי לערכים של קודמיו, ספק אם אפקטיבית. (עמ' 3)
4. **פתרונות:** הגבלת היקף הביקורת השיפוטית (גרונס), התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת + גרוניס, "חוקה בחוק עליון למדינת ישראל" / מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי / הורדת רף הנוקשות / פירוש אחר של החוקה. (עמ' 4)
5. **פרשנות חוקה:** לאמץ אורייג'נליזם (לעומת נון-אורייג'נליזם), פרשנות תכליתית. (עמ' 5)

**המצב בישראל**

הכרזת העצמאות / זיו נ' גוברניק - זמורה- הכרזת העצמאות היא לא חוקה אלא רק מסמך מבטא חזון/ חוק מעבר/ ניסיונות לא מוצלחים לחוקה/ החלטת הררי.

**המהלך החוקתי עד 92****מעמד של זכויות בהיעדר חוקה (עמ' 7-9)**

1. **פס"ד בז'רנו – חשין** – זכות טבעית היא של כל אדם, גם אם אינה מעוגנת בחוק נהנית מעליונות. פגיעה בזכות אדם צריכה להיעשות בחקיקה בלבד. לא ברור איזה סוג של חקיקה.
2. **מיטרני- שמגר** – ניתן לפגוע בזכות אדם או על ידי המחוקק הראשי או מתוך הסמכה מפורשת בחוק של המחוקק הראשי את מחוקק המשנה- בימ"ש בוחן האם ניתנה סמכות.
3. **פס"ד שטרייט- חוקה פרשנית לטובת זכויות- חיים כהן** – מפרשים את החוק תמיד באופן שמגן על זכויות, ועולה עם עקרונות היסוד החוקתיים, מתוך תפיסה של מחוקק בעצמו אין כוונה לפגוע בזכויות. כשיש פגיעה נפרש את החוק באופן שמצמצם אותה.
4. **קול העם** – ביקורת מהותית על שיקול דעת מינהלי- גם אם יש סמכות, שיקול הדעת יכול להיות שגוי בכך שפוגע בזכויות אדם.
5. **רובשינסקי** – כל עוד זכויות האדם לא מעוגנות בחוקה כתובה, יגנו עליהן אבן לא יבטלו חוק לאורך (עד 92).

**מעמד חוקי יסוד עד שתבנה חוקה מלאה (עמ' 9-12)**

6. **פס"ד ברגמן- חוק סותר חו"י משוריין** – פגיעה בזכות השוויון ולכן צריך לתקן את החוק הפוגע או לעמוד ברוב של 61 ח"כ. (לא עושים הבחנה בין שינוי לפגיעה).
7. **קרצ'מר- 3 פרשנויות להלכת ברגמן:**
  - a. חו"י בעל עליונות על חוק רגיל
  - b. חו"י משוריין בעל עליונות על חוק רגיל
  - c. הכנסת יכולה לכבול עצמה לגבי חקיקה עתידית
8. **פס"ד נגב- חוק רגיל סותר חו"י לא משוריין**. יש להעדיף חוק ספציפי על חוק כללי. אז בקשר לברגמן, לא כל חו"י נהנה מעליונות נורמטיבית.
9. **קניאל- חוק סותר חו"י משוריין**. ניתן לסתור חו"י משוריין בחוק רגיל אם עובר רף פורמאלי. בקשר לברגמן- גם חו"י משוריין לא נהנה מעליונות.
10. **לאור- חוק סותר חו"י משוריין**. **אלון** – חוק יכול לסתור חו"י אם עבר את הדרישות שנקבעו בחו"י, ואם לא עבר ניתן לפסולו. **ברק (מיעוט)** – להבא, נוכל לפסול חוק אם סותר עקרונות יסוד של המשטר הדמוקרטי. **בנוסף**, לא תמיד הרף שקובעת החוקה הוא מספיק, כל עוד החוק פוסל עקרונות מהותיים.

המהלך החוקתי 92 ואילך

**הסברים אפשריים להצלחה:** חוקות נולדות במשבר / הגעה לפשרה כחלק ממשא ומתן / הטעיה או טעות / מהלך חירום של אליטה מאוימת.

1. **פס"ד בנק מזרחי- חוק ההסדרים שמאפשר לחקלאים בהקיפין לא להחזיר חובות לבנקים.** העתירה נדחית הפגיעה מידתית. שאלות אוביטר:
- א. **האם לכנסת סמכות לכוון חוקה: שמגר-** הכנסת הכול יכולה, מקור סמכות עליון שמקורה בעם. **ברק-** תורת שני הכובעים סמכות מהעם, ומכוח ירושה. **חשין-** צריך גוף מכוון אחר וזו לא סמכות הכנסת, היא לא יכולה להגביל את עצמה.
- ב. **מה מעמד חו"י נטולי שריון פורמלי? ברק-** גם אם אין שריון פורמלי יש שריון מהותי, פסקת הגבלה. **שמגר וברק-** אם אין שריון פורמלי או מהותי אז ניתן לשנות רק באמצעות חו"י, בקשר לברגמן, במילים אחרות, כל חו"י נהנה מעליונות. **חשין-** ניתן לסתור חו"י משוריין מהותית בחוק כל עוד נכתב מפורשות: על אף האמור, בקשר לברגמן- לכנסת אפשרות לכבול עצמה וצריך רוב מוחלט כדי לשנות (בצמח ישנה דעתו). **(עמ' 16-14)**
2. **פס"ד מנהלי תיקי השקעות-** פעם ראשונה בימ"ש פוסל חקיקה ראשית המנוגדת לחו"י משוריין פורמלית (חו"י משוריין פורמלית נהנה מעליונות). **(עמ' 17-16)**
3. **צמח:** בימ"ש פוסל חוק המנוגד לחו"י משוריין מהותית. (חו"י משוריין מהותית נהנה מעליונות).  
+ מחיר כלכלי לרוב יהיה מידתי בהגנה על זכויות אדם.  
+ חוק מיטיב לא חסין בפני ביקורת שיפוטית, ויש לבחון את המקרה לגופו ולא ביחס לשיפור.  
+ **חשין** מיישר קו עם השופטים ששריון מהותי הוא עילה לפסילת חוק. **(עמ' 19-18)**
1. **חרות: ברק-** לחוק יסוד שותק יש מעמד חוקתי וניתן לפסול לאורו חוק רגיל.  
+ חצי רציו כי ניתן היה לבצע פרשנות אחרת למילה בימ"ש, ולהגיע לאותה תוצאה. **(עמ' 20)**

השלמה שיפוטית של חלקי חוקה חסרים

1. **הלל סומר- הזכויות הבלתי מנויות:** 3 תזות שמסבירות מדוע ניתן להכניס את הזכויות הבלתי מנויות לחו"י כבוד האדם:
- א. מכוח פסקת המטרה ס'1- כחלק מערכיה של מדינת ישראל "כיהודית ודמוקרטית".
- ב. מכוח פסקת עקרונות היסוד ס'2- כחלק מהזכויות הנגזרות ממגילת העצמאות.  
**ביקורת על 1+2=** פסקת עקרונות היסוד והמטרה לא נועדו להכיל נורמות משפטיות, אלא להכווין פרשנות. לא ראוי להכניס אליהן זכויות בלתי מנויות.
- ג. התזה של **ברק-** כחלק מהמונח "כבוד האדם" במובן הרחב שלו. זו היא התזה המקובלת כיום.  
**ביקורת על התזה של ברק-** לא ראוי להכניס זכויות נוספות למונח "כבוד האדם". זו לא הייתה כוונת **המחוקק** (הזכויות המנויות הן תוצאה של פשרה), לא מתיישב עם **הסעיפים האופרטיביים** המפרטים את הזכויות הנגזרות מכבוד האדם, לא מתיישב עם **אזכור זכויות אחרות** ביחס לכבוד האדם (כמו פגיעה בגוף וחיי אדם).
2. **רסלר-** 2012 **בייניש** פוסלת לראשונה חקיקה ראשית (חוק טל העוסק בגיוס בני ישיבות), על סמך פגיעה בזכות בלתי מנויה- הזכות לשוויון, משום שלטענתם נכללת בחו"י כב"ה. זאת לפי מבחן המידתיות הראשון- אמצעי מטרה. **(עמ' 23-24)**
3. **חסן נ' ביטוח לאומי-** בימ"ש פוסל לראשונה חקיקה ראשית שפוגעת בזכות לא מעוגנת, לא רק בזכות פוליטית אזרחית (שזה ראינו גם ברסלר), אלא בזכות חברתית. **בייניש** מכניסה את הזכות לתנאי קיום מיני לתוך הזכות לכבוד. היא אומרת שהזכות נמצאת בגרעין הזכות לכבוד. היא קובעת כי הסעיף נופל במבחן המידתיות השני – אמצעי שפגיעתו פחותה. יכלו להשתמש באמצעי אחר שלא קובע חזקה חלוטה ומבחין בין מקרה למקרה. בנוסף, הסעיף נופל במבחן המידתיות השלישי- נזק מול תועלת. **(עמ' 25-24)**

**ביקורת שיפוטית הליכית (עמ' 26-28)**

1. **מגדלי העופות** - (חוק ההסדרים) - אפשר לבטל חוק בגלל פגמים בהליכי חקיקה גם אם לא הופר כלל פורמלי בתקנון הכנסת אלא סותר עקרונות בלתי כתובים. - אמרת אגב, אוביטר, כי בסוף לא נפסל.  
+ **ביניש** מגדירה 4 עקרונות להליך שיכולים להביא לפסילת חוק: הכרעת רוב, עקרון השוויון הפורמלי (קול אחד לכל אחד), עקרון הפומביות, עקרון ההשתתפות (המצומצם - הזכות להשתתף ובאופן רחב - הזכות לגבש עמדה).
2. **קוונטינסקי** - (חוק מס על דירה שלישית) - זו הפעם הראשונה בה בימ"ש פוסל חוק של הכנסת בגלל פגם שנפל בהליכי החקיקה: הליך מזוהז ולא היה עקרון ההשתתפות.  
+ **סולברג** קובע שני מבחנים לעקרון ההשתתפות:  
1) האם הח"כ יכול היה לדעת על מה הוא מצביע?  
2) האם נשללה ממנו האפשרות לגבש עמדה?  
a. זמן שהושקע בדיון ביחס לאורך ההצעה  
b. האם הדיון בוועדה או במליאה השפיע על התוכן של החוק  
c. תשתית עובדתית שצורפה להצעה  
d. פרק הזמן מהעברת הצעת החוק עד למועד הדיון (זמן קצר לא מאפשר לגבש עמדה)  
+ מבטל רק את החלק הפגום על סמך **עקרון הבטלות היחסית**.  
**מזוז (מיעוט)** - ביהמ"ש צריך לפסול על סמך עקרון לא כתוב, רק כאשר הוכחה פגיעה קיצונית ומהותית, והיא לרוב תקרה אל מול זכויות כלליות ולא אל מול עקרונות מוסדיים שהם ברורים. **סולברג בתגובה** - אבל כן יש פה עקרון כללי והוא הפרדת רשויות + אני רק שומר על הסמכות של הכנסת לחוקק ולא מתערב לה בתוכן, שזה חמור יותר.  
+ **הבעיה בפס"ד**: למרות שפסילה לפי הליכי חקיקה היא כמו פסילה מסמכות והיא רכה יותר מפסילה בשל שיקול דעת, יש בה בעיה כי זה יכול להיות תקדים מסוכן שינוצל על ידי בימ"ש לפסול חקיקה ראשית שסותרת עקרונות מהותיים בלתי כתובים (ממש את מה **שברק** אמר בלאור), פה זה עקרונות הליכיים אבל יכול להיות בהמשך גם עקרונות תוכניים.

**חוקי היסוד כחוקה****איך מזהים חוקה? (עמ' 29)**

1. **בנק המזרחי** - **ברק ושמוגר** קובעים מבחן צורני. **בעיות** - מה קורה ש"חוק יסוד" לא ראוי להיות חוקה מבחינת התוכן? מה קורה כשיש חוקים רגילים שראויים להיכנס לחוקה אך הם לא תחת הכותרת "חוק יסוד"?
2. **פס"ד בר-און** - (תקציב חד שנתי). **ביניש** - האם המושג "הוראת שעה" פוגם בתוקפו של חו"י? לדעתה, יש מקום לשלב, התנאי לצורה הוא תנאי הכרחי אבל לא מספיק, אולי צריך לשלב גם עניין תוכני (מהותי). **יתרון** - (1) בחינה מקיפה של חקיקה, (2) בחינה מעבר למבחן הפורמלי של הצורה - ימנע שימוש לרעה בכותרת חו"י. **החיסרון** - (1) מה עושים עם חקיקה קיימת (2) מתן סמכות נרחבת לבימ"ש מה ראוי להיות חלק בחוקה ומה לא.  
+ חו"י הוראת שעה עומד במבחן הצורני והמהותי.

**שינוי חו"י או פגיעה? (עמ' 30)**

1. **פס"ד תנועת דרוך ישראל** (הפרטת קרקעות) - **ביניש** - שינוי חו"י - חוק שסוטה מהותית מהרעיון המרכזי של חו"י, צמצום או הרחבה של זכות מוגנת בחו"י. **פגיעה בחו"י** יכולה להיות שינוי בנורמת החוק/ הזכות. אין גבול מדויק, פגיעה כשהיא כל כך גדולה מפסיקה להיות פגיעה והופכת לשינוי.  
וכאן אין שינוי ואין פגיעה כי החוק מתיר פגיעה בו. (בחנו את היקף הקרקע, סוג הקרקע, 2 פעימות)

**שינוי ופגיעה בחו"י שותקים (עמ' 33-31)**

1. **בנק המזרחי- ברק- שינוי:** רק ע"י חו"י, אלא אם החוק היסוד אומר אחרת, ואם מופיעה דרישה נוספת (כמו רוב), היא מצטברת. **פגיעה:** אם יש פסקת הגבלה, לפיה. אבל חוק יסוד שותק נפגע רק באמירה מפורשת "על אף".
- שמגר- שינוי:** רק ע"י חו"י. אלא אם חוק היסוד מאפשר אחרת. **פגיעה:** 3 אפשרויות- 1. ע"י חוק רגיל. 2. ע"י חוק רגיל בתנאי שתהיה פגיעה מפורשת. 3. לא ניתן לפגוע, רק ע"י שינוי בחו"י חדש. ונוטה לאפשרות השלישית- אם חו"י שותק אז רק ע"י חו"י חדש.
2. **חרות- חוק רגיל לא יפגע בחו"י אלא אם מתאפשר לפי פסקת הגבלה (עמ' 20).**
3. **הופנונג- (מימון מפלגות)-** אוביטר- פסקת הגבלה לחו"י שותק. **זמיר-** יש לייבא את פסקת ההגבלה לסעיף 4 לחו"י הכנסת לבדיקת פגיעה בשוויון מהותי. **ברק-** מסכים שניתן לקחת את מבחני פסקת ההגבלה לעניין זה, אך לא רק כדי להגיד אם יש פגיעה אלא גם אם היא מוצדקת (שלב אחד אחר). **הלכה-** האופציה הרביעית לפגיעה בחו"י שותק: יוצרים בתוכו פסקת הגבלה, גוררים אותה מחו"י אחרים ואז מתאפשרת גם פגיעה בחוק רגיל.
4. **מופז- (פסקת הגבלה לחו"י שותק)-** יישום של הלכת הופנונג. חוק הבחירות קובע תקופת צינון למועמדים לכנסת ששירתו בתפקידים בכירים בצה"ל. חו"י הכנסת לא קובע תקופת צינון. מופז עותר נגד הפגיעה בשוויון שהיא ההבחנה בין אלה ששירתו בתפקידים בכירים לאלו ששרתו בתפקידים זוטרים. **מצא-** אומר שאין פגיעה בשוויון. גם אם יש היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה (שמייבא אותה, לפי הופנונג). + פסקת ההגבלה היא כלי ראוי לבחינת חוקתיות חוק ואחר מעקרונות היסוד של החבינה השיפוטית החוקתית אותה רשאי בימ"ש להפעיל.
5. **פס"ד גוטמן (פגיעה בעקרון היחסיות)- חיות-** גם אם נייבא את פסקת ההגבלה, הוא עומד בה. אין צורך להחליט אבל **באוביטר:** גם אם זה כן עבר שריון פורמלי עדיין צריכה להיבדק פסקת ההגבלה.
6. **המרכז האקדמי למשפט ועסקים (בית כלא פריטי)-** שני מסלולים לפסילה: 1) פגיעה בזכויות אדם- הולכים על זה 2) מסלול מוסדי- לממשלה אין סמכות להפריט. האם ניתן לייבא פסקת ההגבלה לחו"י משטריים: **ביניש-** לא נדרשת הכרעה כי הלכו על זכויות אדם. **לוי-** אין הבדל בין זכויות לעקרונות אחרים ואפשר לייבא אותה. **ברק-** בזכויות אדם חייב לייבא, בעקרונות משטריים יש לבחון כל מקרה לגופו. - **אין הכרעה בשאלה.**

**תיקון חוקתי לא חוקתי (עמ' 36-34)**

1. **בר-און (תקציב דו שנתי, הוראת שעה)- ביניש-** לא פסלו את החוק אבל ניתן לפסול במקרים קיצוניים של שימוש לרעה בכותרת חו"י, אם הוא סותר עקרונות יסוד חיוניים למדינה ולמשטר הדמוקרטי.
2. **המרכז האקדמי למשפט ועסקים (תקציב דו שנתי, הוראת שעה)-** רפליקה של בר-און. **פוגלמן-** מכיל את דוקטרינת שימוש לרעה בחו"י: אין פסול מהותי בתוכן של החוק אבל מה שפסול זה השימוש בפרוצדורה, הכותרת של חו"י שהיא שימוש לרעה בחו"י, צרוף שגוי בין הוראת השעה לבין חו"י. דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי – מתייחסת לתוכן התיקון, המהות שלו. פוגלמן חושב שגם אם אין לישראל חוקה ניתן להשתמש בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי למרות שבמקרה הזה אין צורך.
3. **פס"ד ג' בארין (תיקון חו"י הכנסת להפסקת חברות)-** האם התיקון הוא תיקון חוקתי לא חוקתי? **מזוז-** יש בעייתיות בדוקטרינה זו מכיוון שבמדינת ישראל אין עדיין חוקה מלאה כדי שנקבע מה חוקתי ומה לא. **אבל** אם הכנסת תחוקק חו"י שיחסל את הדמוקרטיה אז בימ"ש כן יוכל לקבוע שזה לא חוקתי. אני מקבל את הכלי אבל רק במקרים חריגים.
- **מה הוא השימוש לרעה?** שימוש טכני שגוי בכותרת חו"י או בפרוצדורה. פסילת חו"י בגלל שימוש לרעה היא תוצאה של פגם טכני. - מכשיר שהפך מאוביטר לרציו. (בא לידי ביטוי במבחנים של חיות בפס"ד שפיר)
- **מהו תיקון חוקתי לא חוקתי?** בעייתיות בתוכן של החו"י. תיקון חוקתי הופך להיות לא חוקתי מטעמים מהותיים (תוכן שמנוגד לעקרונות יסוד, לכללי הדמוקרטיה).
- לא נעשה שימוש בתיקון חוקתי לא חוקתי, אך בימ"ש מרחיב מאוד את השימוש לרעה, כך שפוסל לאורו גם מנימוקי מהות ולא רק מנימוקים טכניים.
4. **שפיר (חו"י משק המדינה, הוראת שעה)- חיות:** מציעה מבחן שלבי כדי לבדוק אם מדובר בשימוש לרעה: (1) **שלב הזיהוי-** האם יש מאפיינים צורניים של נורמות חוקתיות: יציבות, כלליות, התאמה למארג החוקתי הכולל. (2) **שלב הצידוק-** אם לא עובר את השלב הקודם, האם יש הצדקה לעיגון הנורמה למרות שלא עונה על המבחן הצורני? כמה זה חמור והאם יש לכך הצדקה בנסיבות?  
+ הוראת השעה כאן היא נורמה זמני שלא עוברת את שלב הזיהוי, ולא את שלב הצידוק.

**ברק ארזי** - התאמה למדרג החוקתי זה מבחן שנותן לחוק ישן עליונות על פני חוק חדש, כי הוא מכתוב התאמה אליו. מציעה **מבחן המובחנות** - להבחין בין תוכן שמתאים לחוק ראשי או משני, לתוכן שמתאים לחוקה. + הוראת שעה כבר פוסל את חו"י כי לא עומד במבחן היציבות, ולא צריך עוד מבחנים. **סולברג (מיעוט)** - זו עתירה תיאורטית כי הוראת שעה לא תהיה רלוונטית בעתיד. + מבחני תוכן פולשים לסמכות המכוון ולכן יש להסתפק במבחן הצורני.

## מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות

### היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת (עמ' 43-38)

1. **פעילויות הכנסת** - חקיקה, הליכים פנים-פרלמנטריים, הליכים מעין שיפוטיים.
2. **בצול (חזירים) - בימ"ש**: אין לערער על החלטות הכנסת, מבטא את עקרון הפרדת רשויות והכבוד ביניהן.
3. **פלאטו שרון (השעיית ח"כ בניגוד לתקנון)** - החלטה מעין שיפוטית: האם לביהמ"ש סמכות להתערב? כן, לפי חו"י השפיטה, בימ"ש רשאי לתת הוראות לגופים שממלאים תפקידים ציבוריים. האם הנושא שפיט? **כהן** - כן. זו החלטה מעין שיפוטית - של הכנסת (העמידה אותו לדין והטילה עליו סנקציה) ולכן בימ"ש עוסק בעניין שפיט. **אמנם** יש סמכות והנושא שפיט, אך יש להתערב רק בחריגה מסמכות של הכנסת, ולא לאור שיקול דעת שגוי. כאן הייתה חריגה ולכן ראוי שנתערב.
4. **לנדוי (מיעוט)** - לא ראוי שנתערב בפעילות הכנסת, כמו שלא מתערבים בחקיקה, כך גם לא בהפעלת סמכות שיפוטית. **שריד (דחיית הצבעת אי אמון)** - הסדר פנים פרלמנטרי - **ברק** - האם החלטת יו"ר הכנסת נתונה לביקורת שיפוטית - האם הנושא שפיט? זהו הסדר פנים פרלמנטרי, (לא מבדיל בין שיקול דעת לסמכות). קובע מבחן להתערבות בהליכים פנימיים של הכנסת:
  - א. מידת הפגיעה בכללי המשחק הפרלמנטריים
  - ב. ובמידת ההשפעה של הפגיעה ביסודות המשטר החוקתי
5. הרחבת הלכת פלאטו שרון - לא רק על החלטות מעין שיפוטיות, אלא גם על הליכים פנימיים של הכנסת. **סיעת כד (יחיד לא יכול להציע אי אמון)** - הליך פנים פרלמנטרי: בימ"ש פרשן מוסמך לענייני חקיקה ולכן יקבע מה הפירוש הנכון לתקנון הכנסת. **ברק** - אמנם מבחן שריד בעייתי ונותן שק"ד רחב לבימ"ש, אך הוא עדיף כי במערכת היחסים בין השופט למחוקק יכריע בימ"ש כל עניין לגופו ולא במבחן נוקשה. **מבחן שריד הופך לרציון**.
6. **כהנא (לא מקבלים הצעות חוק גזעניות)** - הליך פנים פרלמנטרי: **שמגר** - אין מקום להתערב כי לא עובר את מבחן שריד. **אלון (מיעוט)** - יש בעיה במבחן של ברק מפס"ד שריד. נותן הרבה כוח לבימ"ש בעניינים פוליטיים, ופוגע ברשות המחוקק. גם בעניינים פנים פרלמנטריים יש להתערב רק לאור חריגה מסמכות ולא לאור שיקול דעת. כאן הייתה סמכות לכן יש לצמצם התערבות.
7. **פנחסי (הסרת חסינות)** - החלטה מעין שיפוטית. כשהכנסת מחליטה החלטה מעין שיפוטית ניתן לבקר אותה כמו כל גוף שיפוטי אחר. גם אם מדובר בחריגה מסמכות וגם אם פגם בשיקול דעת.
8. **חשיבות - בהליכים שיפוטיים - בימ"ש יתערב תמיד (סמכות או שיקול דעת) והליכים פנים פרלמנטריים (לפי שריד) או רק בסמכות (דעת מיעוט של אלון)**.
9. **מחול (ועדת האתיקה)** - החלטה מעין שיפוטית - **ברק** - הבחנה בין החלטות מעין שיפוטיות: החלטות ועדת האתיקה קרובות הן גם מעין שיפוטיות אבל גם מפעילות סנקציות (ניהול פנים) ולכן נהג בריסון שיפוטי מסוים ביחס להחלטות מעין שיפוטיות אחרות.
9. **פס"ד התנועה לאיכות השלטון (אדלשטיין - החלטה לא להעלות דיון לסדר היום)** - פנים פרלמנטרי - **חיות**: (1) צריך להימנע מהתערבות בענייני פנים של הכנסת אבל יש מקרים חריגים שראוי להתערב אם יש חשש לפגיעה ביסודות המשטר הפרלמנטרי (שריד). (2) במקרה זה גם פעל מעבר לסמכות (אלון ככהנא).

**תקנון הכנסת ומעמדו (עמ' 44-46)**

1. **נמרודי (ביטול חוק כי לא נשמעה נפגעת) -** ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מתוקף הליכיים שמופיעים בתקנון. **ברק -** עקרונית, ניתן לפסול חקיקה ראשית על סמך פגיעה באחד מהעקרונות המעוגנים בתקנון הכנסת לגבי הליכי חקיקה, (אבל במקרה הזה הם לא היו חייבים ולכן לא פסלו). לתקנון יש מעמד. **\*\*\* היום זה לא מסעיר - קוונטינסקי -** ראינו שאפשר לפסול חוק בשל עקרונות לא כתובים (פגמים הליכיים), אז זה לא מרגש שפוסלים לאור תקנון. + ניתן לבצע ביקורת שיפוטית אפרורית (לפני היותו חוק).
2. **כהנא 1 (סירוב הצעת חוק גזענית) - ברק -** סמכות היו"ר שלא לאשר היא סמכות **מוגבלת**. אסור לו לפסול הצעה שמקדמת מצע בחירות, אלא רק על סמך שיקולים טכניים של צורה ותוכן ראויים להצעת חוק. **שמגר -** יו"ר הכנסת הוא לא חוקה ולא מתפקידו לסנן הצעות חוק.
3. **כהנא 2 (לאחר תיקון התקנון) - שמגר -** לתקנון שלושה מאפיינים: (1) יש לו אופי של חוק (התקבל באופן דומה), (2) הוא הליך פנים פרלמנטרי (ולפי שריד אין להתערב בו) (3) אולם אינו חקיקה ראשית (לכן נתון לביקורת שיפוטית). + רק בנסיבות קיצוניות בהן, שבהוראת התקנון יש פגם מהותי שפוגע במשטר החוקתי והעקרונות הדמוקרטיים אפשר להפעיל ביקורת על הוראת תקנון שהתקבלה במליאת הכנסת. בעניינינו אין פגם כזה ולכן אין לפסול את ההוראה. **במילים אחרות**, לתקנון מעמד משמעותי ואפשר לפסול מכוחו חקיקה אפרורית- בסיס לסינון של הצעות חקיקה.
4. **אריאל בנדור: המעמד החוקתי של תקנון הכנסת -** התקנון **דומה לחוקה** כי יכול להגביל תוכן חוקים, נמוך מחוקה כי **נתון לביקורת שיפוטית ועוסק בענייני פנים**, וגבוה מחוקה מכיוון שלא נתון לשינוי ברוב מיוחס. לדעת המחבר אין לכלול בתקנון הגבלות על תוכן של חוקים מכיוון ש(1) התקנון הוא הסדר משני וחוקים הם הסדר ראשוני (2) לא ראוי לתת ליו"ר הכנסת שק"ד לביטול הצעות חוק. + **אין לפסול חוק בשל חריגה מהליכי חקיקה בתקנון:** (1) פגיעה בריבונות המחוקק (2) הפרת חו"י לא שוות ערך להפרת הוראה הנובעת מחו"י. + על העליון לדון א-פריורית (במהלך ההליך) ולא א-פוסטריורית (לאחר חקיקה), כדי לשמור על ריבונות הכנסת.

**חלוקת העבודה בין הכנסת לממשלה (עמ' 46-48)**

1. **פס"ד רובינשטיין (גיוס בחורי ישיבות) -** בימ"ש בוחר לפסול מסמכות ולא משיקול דעת. **ברק -** לשר אין סמכות לתת פטור לאוכלוסייה שלמה מכיוון שמדובר בהסדר ראשוני שצריך להיות מעוגן בחקיקה ראשית. **למה כעת פוסלים פעם ראשונה לאור כלל ההסדרים הראשוניים שאינם חדש?** (1) כמות עושה איכות (2) כלל ההסדרים הראשוניים השתדרג אחרי 92.
2. **האם זו חזקה חלוטה או שהיא ניתנת לסתירה? לפי רובינשטיין -** לכל הפחות כלל עם עוצמה שניתן לסתירה. **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' מדינת ישראל (גיוס בחורי ישיבות) - חשין -** חקיקת משנה לא יכולה לפטור את המגזר, ואני לא אכריע אם בכוח חוק הכנסת לעשות כן ואולי גם לא בכוחו של חוק יסוד לעשות את זה. במילים אחרות, ייתכן כי החוקה לא עליונה וגם לכנסת יש גבולות בכוחה.
3. **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הממשלה (החלטה למתווה גז) -** האם הממשלה מוסמכת לקבל החלטות בנושא הגז? **גרונים -** האם כלל ההסדרים הראשוניים הוא חזקה הניתנת לסתירה? ניתן לטעון כי יש לו מעמד חוקתי ולפיו יש סוגיות שהכנסת חייבת להסדיר בעצמה ולא להאציל. לא קובע מה הסטטוס.
4. **פס"ד מגדלי העופות (חוק ההסדרים) - ביניש -** יש פגיעה בכלל ההסדרים הראשוניים מכיוון שמנגנוני חקיקה כמו חוק ההסדרים בעצם שוללים את עקרון ההשתתפות מחברי הכנסת ובכך בעצם מעבירים חוק של הממשלה ולא של הכנסת.

**חסינות חברי הכנסת (עמ' 49-51)**

- **חסינות עניינית -** לא ניתנת להסרה, מגנה מפני כל פעולה משפטית בעת מילוי תפקידו ולמענו, ותקפה גם אחר הכהונה על תקופת הכהונה (תיקון 2002) מעשה לא חד פעמי ושהתוכן עונה על הסעיפים בתיקון הוא לא מוגן עניינית.

- **חסינות דיונית** - להגן על המחוקק מפני מעצר בגין מעשים שאינם חלק ממילוי תפקידו והם בסיס לאישום פלילי, המטרה היא להבטיח שרשויות האיכפה לא משתמשות באופן לא ראוי בסמכויותיהן כדי לרדוף ח"כ. היא מוגבלת וניתנת להסרה.
  - **עד 2005**: יועמ"ש מגיש בקשה, ועדת הכנסת דוחה או ממליצה לכנסת להסיר, אם ממליצה להסיר - הכנסת מחליטה.
  - מה המטרה של חסינות דיונית? פס"ד אהרון אבו חצירא - להבטיח את פעולת הכנסת כרשות מחוקקת ולהגן עליה מפני הממשלה.
- 1. **התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת הכנסת (ח"כ גורלוביץ' מצביע הצבעה כפולה, נעצר בוועדה)** - נשאלת השאלה מה היקף שק"ד של הוועדה בקבלת החלטה שלא להסיר חסינות? ברק-3 אפשרויות: צרה, רחבה, ביניים. ניתן לבחור באפשרות הביניים רק בעבריות קלות ביותר. מאמץ את האפשרות הצרה - בחינת תום הלב של היועמ"ש בהגשת הבקשה, מניעת התנכלות פוליטית לח"כ, תומך בעקרון הפרדת רשויות. זה משתלב גם עם מטרת החסינות הדיונית.
  - **מ-2005**: שינוי סדר הדברים: היועמ"ש מגיש בקשה, ח"כ צריך לבקש חסינות (אם לא מגיש ממשיכים בהליך), הוועדה יכולה או לדחות או לקבל את הבקשה לחסינות, עובר להחלטת הכנסת למתן חסינות. השינויים המרכזיים: (1) כעת השאלה היא האם לתת חסינות ולא האם להסירה (2) צריך לפעול אקטיבית כדי לקבלה.
- 2. **מחול' נ' הכנסת - חסינות עניינית** - האם ועדת האתיקה רשאית להטיל סנקציות על ח"כ כשהוא תחת חסינות עניינית? **ברק-כ**. כן. היא מגינה מפני הגשת כתבי אישום חיצוניים לא בפני סנקציות ועונשים.
- 3. **זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת - חסינות עניינית - נאור** - מחזקת את הלכת מחול - חסינות עניינית לא מונעת סנקציות פנימיות בכנסת של ועדת האתיקה, גם אם ההתבטאויות נאמרו מחוץ למשכן הכנסת.
- **תוצאות הסרת חסינות והרשעה בדין** - עד שנה מסוימת ח"כ יכול היה לשבת בכלא בעודו מכהן. עד ס'42: פס"ד סופי ועבירה עם קלון - מפסיקים חברות; אין קלון - השעיה בזמן ריצוי העונש. פס"ד לא סופי - השעיה עד שיהיה סופי. הקביעה היא האם יש קלון.
- **מגבלה על הזכות להיבחר** - תיקון חו"י הכנסת - יש עילות מסוימות בגינן מועמד לא יכול להיבחר: התנהגות שיש בה גזענות או שלילת קיומה של מדינת ישראל ודמוקרטיה. ואם אין קלון בעבירה, הוא כן רשאי להיבחר. הקביעה צריכה להיות אם אין קלון ע"י יו"ר ועדת הבחירות המרכזית.

## הממשלה

1. **משטר נשיאותי ופרלמנטרי**: מאפיינים, יתרונות וחסרונות (עמ' 52)
2. **המצב בישראל**: חוק הבחירה הישירה - מודל היברידי וביטולו ב-2001, חיזוק מעמד רוה"מ, חיזוק מעמד הכנסת (עמ' 53)
3. **מתי מרכיבים ממשלה?** (1) בחירות לכנסת כל 4 שנים, (2) בחירות מוקדמות (בגלל החלטה על פיזור בחוק, לא צלח תקציב או אי הצלחה בהרכבת ממשלה), התפטרות הממשלה (עמ' 54), פיזור הכנסת ע"י רוה"מ. **מה הרציונל? (עמ' 54-55)**.

## הסכמים קואליציוניים

- **האם הסכם קואליציוני מחייב משפטית? (עמ' 55-57)**
- 1. **הלכת ההשתחררות - (עמ' 55)**
- 2. **ז'רז'בסקי** - מה מעמדם של הסכמים קואליציוניים: אלון - הלכת ההשתחררות - חלה על הסכמים פוליטיים - קואליציוניים - לא רק על הסכמים בין אדם למדינה אלא גם בין המדינה למדינה. אם צורכי הציבור מצדיקים זאת, הרשות יכולה לא לכבד את התחייבותה ולא לשאת בסנקציות. **ברק** - כל ערובה או ביטחון שניתנים בהסכמים קואליציוניים והם בעל אופי כספי - בטלים.
- הסעדים להסכמים פוליטיים: **ברק** - בימ"ש ככה"נ לא יורה על איכפה, אלא על ביטול או הודעה לציבור, הסעד יהיה הצהרת בלבד. אלון - התרופות הקבועות בחוק לא מתאימות להסדרים פוליטיים.

3. וולנר (הסכם קואליציוני בין העבודה לש"ס לשימור הסטטוס קוו) - חשין בימ"ש מוכן לדון בהסכמים פוליטיים בלי קשר לשאלה אם יש להם תוקף משפטי מחייב, אם הם פוגעים בתקנת הציבור או ערכי היסוד של שיטת המשפט.
- שמגר - מפלגה מקדמת את המצע שלה באמצעות הסכמים קואליציוניים, ואין למנוע זאת ממנה. חשין - אם המצע של המפלגה מותר אז גם ההסכם מותר (כמו שמגר) ברק - (1) ההסכם פוגע במעמד הרשות השופטת ובעקרון הפרדת הרשויות (2) אם הגשמת המצע פוגעת בתקנת הציבור (בעקרונות יסוד או זכויות אדם) לא צריך לתת לה להגשים את מצעה, ניתן לאפשר למפלגה לרוץ לבחירות ולאחר הבחירות לא לאפשר לה לבצע חלק מהמצע שלה (אם היינו פוסלים מראש, הייתה פגיעה גדולה יותר בזכויות). גולדברג - מסכים עם ברק, בימ"ש צריך להתערב. אבל בגלל שההסכם הזה ספציפית נוגע ישירות לבימ"ש לא ראוי שיתערב בגלל ניגוד אינטרסים.

### סמכויות הממשלה, השרים והאצלתן (עמ' 58-59)

1. מקור סמכויות הממשלה - סמכות שיורית (פס"ד פדרמן) (עמ' 58)
  2. עיריית קריית גת (סיווג ערי פיתוח על סמך סמכות שיורית) - גולדברג - מרגע שהסמכות קיימת אצל גורם מסוים לא נדרש למלא את החסר ולכן לממשלה אין סמכות לפעול
- השגיאה בדבריו היא שהוא מתבסס על הוא מתבסס על הסייג של "בכפוף לכל דין" במקום לבסס על הסייג של הסמכות השיורית.
- דורנר - מה משמעות "בכפוף לכל דין" - הסמכות השיורית לא קיימת במקרים בהם יש פגיעה בזכויות אדם, כל דין משמעו גם פסיקות בימ"ש, כולל הגנה על זכויות אדם וזכויות בלתי מנויות. הצדקה שניה להגנה על זכויות. (מתחבר למיטרי שאומר שכל פגיעה בזכות צריכה להיות בחקיקה ראשית).
3. הועד הציבורי נגד עינויים (שב"כ) - האם מתוקף הסמכות השיורית? ברק - סמכות שיורית לא מקור לפגיעה בזכויות אדם, אלא מעניקה סמכות לפעול בהתקיים "חלל מנהלי", ואין כאן.

### האצלת סמכויות לגורמים פרטיים (עמ' 60-61):

1. ס' 33 לחו"י הממשלה (עמ' 60)
2. פלק (נציגי ועדה מחוזית לבנייה) - האם ניתן שהנציגים יהיו גורמים פרטיים? מצא - למה בעייתי להעסיק גורמים פרטיים: (1) עובדתית- היכרות עם הנושא (2) מחויבות (3) פיקוח (4) ניגוד עניינים. מצא שולל את כל הנימוקים ויש גם יתרונות- שיפור הוועדה בתחום המבוקש. הלכה - יש פתח להפרטת סמכויות לגורמים פרטיים מטעם רשות שלטונית. אמנם כאן מדובר בעובדי ציבור אך יש כאן מגמה- יכול להיות שלא יגבילו את האפשרות להאצלת סמכויות לגורמים פרטיים גם בסמכויות הממשלה.
3. חטיבת זכויות אדם נ' שר האוצר (הפרטת בית סוהר) - ביהמ"ש פוסל את ההפרטה בטענה שפוגע בזכויות אדם. בימ"ש לא תומך בהעברת סמכויות מסוימות לגורמים פרטיים.

### הפסקת כהונת שר או סגן שר (עמ' 61-63)

1. עבירה שיש עימה קלון - הרשעה כזו תביא להפסקת כהונה מיידית ללא מתן שיקל דעת לרוח"מ. רק בימ"ש קובע אם יש קלון (תיקון לאחר דרעי ופנחסין).
2. לרוח"מ סמכות להפסיק כהונה של שר ס' 22 ב לחו"י הממשלה - רשאי אומר לפעמים חייב, ולפעמים בעל שיקול הדעת להחליט.
3. התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (דרעי הראשון) - שמגר - העבירות הן חמורות ולכן אי הפעלת הסמכות לפטרו היא לא סבירה (חייב לפטר ולא רשאי).
4. התנועה למען איכות השלטון נ' רהמ"ש (צחי הנגבי) - כתב אישום - זמיר - כמו דרעי, אם העבירה חמורה רוח"מ מחויב לפטר ולא רשאי. חשין - לא ייתכן שיהיה כוח כה רב ליועמ"ש בקביעת הפסקה אוטומטית של כהונת שר דורנר - מחדדת את ההלכה מפרשת דרעי: הסמכות לפטר היא חובה בהתקיים שני תנאים: (1) אישום בעבירה חמורה שיש עימה קלון (2) ראיות ונתונים עובדתיים שסביר שיובילו להרשאה- עילת הסבירות.
5. פס"ד אמיתי (הכנסת לא מסירה את חסינות פנחסי בניגוד להמלצת יועמ"ש) - כתב אישום - ברק - שיקול חשוב בפיטורי שר או סגן לאור כתב אישום הוא שהם נבחרי ועובדי ציבור והדבר פוגע באמון הציבור. אי-הסרת החסינות פוגעת בו מכיוון שאי אפשר להוכיח חפותו ולכן יש לפטר אותו כדי לא לפגוע באמון הציבור. ההלכה של דרעי תחול גם על סגני שרים.



6. **בעקבות הלכות דרעי ופנחסי הוסיפו ס' 27+23 לחו"י הממשלה** - הרשעה בעבירה שיש עימה קלון מביאה להפסקת כהונה מיידית ללא מתן שיקול דעת לרוה"מ. בימ"ש רשאי לקבוע האם יש או אין קלון.  
**לא מפנים באופן מלא את הלכת דרעי פנחסי** - לפי ההלכה - רוה"מ מחויב לפטר שר לאור כתב אישום בשני תנאים. לפי החוק - רוה"מ מחויב לפטר רק לאחר הרשעה בעבירה עם קלון.

#### מגבלות על מינוי שרים (עמ' 66-64)

1. **מצב שבו עומדים לפני מינוי - ס' 6 לחו"י הממשלה** - שר יכול להתמנות שבע שנים לאחר גמר המאסר או מתן פס"ד (המאוחר מביניהם) אלא אם אין קלון בעבירה.
2. **התנועה לאיכות השלטון נגד שר החוץ (מינוי הנגבי) - גרוניס (מינוי)** - לא צריך לחייב את רוה"מ לפטר (מנוגד לדרעי ופנחסי), כי הלכות דרעי ופנחסי היו כשלא היה חוק, אבל כרגע יש חו"י שקובעים את ההסדר, אין חלל חקיקתי. וצריך לפעול לפי החוק - הוא רשאי. **עמית** - ראוי לשלב גם בחינה של כשירות ע"פ חוק וגם כשירות בשיקול הדעת (מבחן הסבירות).
7. **התנועה לאיכות השלטון נ' רוה"מ - (דרעי שר הכלכלה) - חיות** - לא מספיק ההסדר בחוק בנוגע לתקופת הצינון, החלטה לא לפטר צריכה לעמוד גם במבחני סבירות ולכן לרוה"מ אין שיקול דעת מלא. **מלצר** - צריך להצמד לשיקולים הקבועים בחוק (תקופת הצינון), ובכך לתת שק"ד לרוה"מ, בימ"ש לא רשאי להתערב בשיקולים נוספים ובחוקה.
8. **פס"ד פוקס (פיטרוו כדי להשיג רוב) - מתי רהמ"ש לא רשאי לפטר שר? ברק** - רוה"מ יכול לפטר שר רק אם זה יקדם את תפקוד הרשות המבצעת ויגשים את מדיניותה, ולכן אפשר לפטר כדי לקבל רוב בהצבעת הממשלה, כלומר, ניתן לפטר שר משיקולים פוליטיים לפני או אחרי הצבעה. **לוי** - בפיתורים לפני ההצבעה יש פגיעה בדמוקרטיה כי יש חשיבות למגוון רחב של דעות בהצבעה, לרוה"מ סמכות רחבה מדי. הכנסת צריכה לתקן את החקיקה - כך שבכל מצב, על הכנסת יהיה לאשר פיטורין ולא רק מינויים. עד שתתקן - נקבע כי רוה"מ פיטר מבסמכות. **פרוקציה** - רהמ"ש יכול לפטר רק שמתעורר צורך דרמטי מיוחד. כאן זה התקיים.

#### בתי המשפט

#### מינוי שופטים

1. הרכב הועדה, הצבעה, הצעת שופטים
2. **פורום משפטי לישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים (סירוב השופטים בועדה) - בימ"ש** - החלטת השר לא לכנס מוצדקת : (1) כבוד לחברי הועדה (2) סוגיה ציבורית מרכזית בזמן ממשלת מעבר ולכן סוגיה פוליטית שבימ"ש לא רשאי להתערב בה (3) התערבות באי מינוי (אי ביצוע) היא חשובה פחות מהתערבות במינוי (ביצוע).
3. **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (בחירת שני ח"כ לוועדה למינוי שופטים) - עמית** - אין נוהג שקובע האם הם צריכים להיות שניהם מהאופוזיציה או מהקואליציה, הנציגים צריכים להיבחר בבחירה חופשית על ידי הכנסת שאינה מוגבלת.

#### שיטה ריכוזית (תחולה ישירה) וביזורית (תחולה עקיפה) (עמ' 69-68)

1. **בישראל - שיטה היברידית משולבת** - ריכוזית וביזורית יחד. בג"צ בתקיפה ישירה ושאר בתי המשפט בתקיפה עקיפה (נגב כדוגמה).
2. **מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה (תקיפת חוק בבית הדין לעבודה שמונע קיום הסדרים) - בימ"ש** - יש לבית הדין סמכות נגרת לדון בחוקיותו של חוק, במסגרת תקיפה עקיפה. **לוי (מינוי)** - אין באמת מחלוקת בין ההתאחדות להסתדרות כי שתיהן רוצות את ההסכמים. לכן כל מה שהיו צריכים לעשות זה לפנות ישירות לבג"ץ כדי לתקוף את החוק שמבטל את ההסדרים שלהם.
3. **בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי (הפחתת תקציב) - נאור** - דוחה את העתירה (1) חוסר בשלות כי החוק עוד לא הופעל. (2) עכשיו גם תוקן חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים לפיו הם יטפלו בענייני תקציב. כך שאם אתם כבר רוצים לדון בחוק הזה, לכו לבימ"ש הזה ושם הוא יוכל לדון בתחולה עקיפה גם בחוקיות החוק. **כלומר**, מאפשר ללכת לתקיפה עקיפה והחידוש הנוסף הוא שניתן ללכת לתקיפה עקיפה גם אם אתה יוזם הדיון בחוקיות החוק, ולא רק אם אתה מעלה במקרה טענות הגנה.

מנגנוני פיקוחהיועץ המשפטי לממשלה

1. איך ממנים יועמ"ש? (עמ' 70).
2. תפקידים:
  - ייצוג - מייצג את רשויות השלטון בערכאות השונות. רשאי להציג עמדה אחרת משל הרשות ולהציג במקביל את עמדת הרשות.
  - ייעוץ - הממשלה רשאית לנהוג לא לפי המלצת היועמ"ש אם לקחה בחשבון שזו הנורמה המשפטית עד שייקבע ביהמ"ש אחרת.
3. אמיתי (יועמ"ש רוצה לפטר את פנחסי ורוה"מ לא) - ייצוג : ברק - היועמ"ש מציג את עמדת הממשלה אבל אם יש מחלוקת בין הממשלה ליועמ"ש, יועמ"ש ייצג את המקרה (וגם את רוה"מ) לפי תפיסתו שלו. הוא הפרשן המשפטי המוסמך לממשלה.
4. התנועה למען איכות השלטון (יועמ"ש רוצה לפטר את דרעי ורוה"מ לא) - ייצוג : מצא, אם עדיין הצדדים חלוקים, היועמ"ש רשאי לסרב לייצג את הממשלה בניגוד לעמדתו, הממשלה יכולה לבקש ייצוג אחר - פרקליטות או גורם חיצוני ששכרו את שירותיו. התוצאה - בימ"ש לא מוחק את דעת הממשלה גם כשהיא מנוגדת לדעת היועמ"ש.
5. שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (איסור הונאה בכשרות) - היועמ"ש מייצג את הרבנים הראשיים, מיג עמדה נוגדת את עמדתם. בימ"ש: קובע דיון נוסף בו היועץ המשפטי לרבנות הראשית יציג את עמדת הרבנים, כלומר, עולה צורך לשמוע דעות אחרות לדעת היועמ"ש.
6. אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (פסילה של החלטה על אי מינוי) - השר מבקש ייצוג אישי. שטיין - אם היועמ"ש לא מסכים עם דעתו של השר יש לאפשר לשר ייצוג הולם ע"י עו"ד. זה חלק מזכותו לחופש הביטוי מול הערכאות המשפטיות, ויש חשיבות לשמיעת מגוון הדעות בסוגיה. הנדל - השר ביקש לייצג עצמו וכך ניתן לו. קרא - הייצוג של רשויות השלטון צריך להיות ע"י היועמ"ש ולפי דעתו.

זכויות האזרחמבחני האיזון הישנים

1. דיין נ' מפקד מחוז ירושלים (החלטה לא להפגין מול ביתו של עובדיה יוסף, חופש הביטוי מול פרטיות) - ברק - יש להשתמש במבחני איזון:
  - א. איזון אנכי - הכרעה - נוק אווט. כאשר יש זכות מול אינטרס שאינם בעלי מעמד שווה. נבחן שני דברים - (1) וודאות קרובה (2) לסכנה ממשית. במידה והתקיימו השניים נעדיף את האינטרס על הזכות.
  - ב. איזון אופקי - פשרה. זכות מול זכות והן בעלות מעמד שווה. נגיע לפשרה שתאפשר קיום של שתיהן תוך ויתור מינימלי מכל צד. ברק - איך נאזן? יקבע לפי המחוקק במידה ואין פסקת הגבלה כתובה בחוק.
 הזכות להפגין והזכות לפרטיות הן זכויות שוות מעמד ולפיכך צריך לבצע בניהן איזון אופקי, כלומר, ויתור הדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה כדי לאפשר את קיומן של השתיים יחד.

מבחני האיזון החדשים

1. חורב נ' שר התחבורה (סגירת רח' בר אילן) - הגנה על רגשות הדת מול הזכות לחופש התנועה של התושבים החילוניים. ברק - היום כדי לבחון סמכויות שלטוניות בחקיקה ראשית או משנית, יש מבחני איזון חדשים - מבחני המידתיות שמאפשרים למצוא פשרה.
 

+ גם אם החוק נחקק לפני חו"י (זכויות שאינן מכוסות, נפרש אותו לאור מבחני המידתיות) וגם אם אחריהם (זכויות מכוסות, ואז הם חלים עליו)

2. **בית סוריק (בניית גדר)** - ביטחון המדינה מול קניין לערבים.
- ברק** - תואי הגדר נמצא לא מידתי מכיוון שיש אמצעי שפגיעתו פחותה. לפי ברק למבחן המידתיות השלישי יש שני מבחני משנה :
- א. נוק כללי מול תועלת כללית - **בחינה מוחלטת**- המבחן הרגיל
  - ב. תוספת נוק מול תוספת תועלת - **בחינה יחסית** - אם קיים אמצעי שפגיעתו פחותה אך לא מגשים את אותה מטרה במלואה בוחנים את ההפרשים בין הנוק והתועלת של האמצעי עם הפגיעה הפחותה לאמצעי המקורי, כלומר, בדוקים גם חלופות.
- חידוש** - ניתן לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה גם אם אינו מגשים את המטרה במלואה אך הנוק שלו פחות מהנוק המקורי באופן משמעותי, נבחן פשרה אופטימלית במבחן המידתיות השלישי.
3. **א.ס.ף (החזקת מסתננים במתקן משמורת)** - פגיעה בחירות ובכבוד. **ארבל** - החוק לא מידתי לפי המבחן השני-האמצעי שפגיעתו פחותה. המדינה צריכה לבחור אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם לא בטוח שתושג המטרה במידה דומה (רכיב התועלת ורכיב הנוק הם גמישים).
4. **תנופה (פגיעה בעיסוק של קבלי כ"א)** - **דורנר** - מבחני המשנה של המידתיות אינם מוחלטים או דווקניים, יש בהם מידת גמישות. לרשויות יש שיקול-דעת ביישום, ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת "מתחם המידתיות" כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות.
- + אם לזכות חשיבות מאוד גבוהה הבדיקה לפי מבחני המידתיות תהיה קשוחה יותר.
- + הגישה הזו רווחת גם כלפי הרשות המחוקקת וגם כלפי הרשות המבצעת. עם זאת, הדעת נותנת כי "מתחם המידתיות" הנתון לרשות המבצעת עשוי להיות צר יותר מזה הנתון לרשות המחוקקת.
- דורנר קובעת כי החוק והתקנות עומדים בדרישת המידתיות. למרות שניתן להעלות על הדעת אמצעים חלופיים הפוגעים פחות בזכות, האמצעים שנקטו מצויים במתחם המידתיות.
5. האם יש בחינת הסתברות לפגיעה במבחני המידתיות? תאוריה של גידי. כדאי להכניס הסתברות למבחני המידתיות החדשים.
- **מילר - מצא** - נדרשת וודאות קרובה לקשר אמצעי מטרה.
  - **אבנרי - עמית** - מבחן ההסתברות הוא חלק ממבחן המידתיות השלישי- מידתי במובן הצר : נכניס את המבחן משני הכיוונים : מה ההסתברות לקרות הנוק ומה ההסתברות לקרות התועלת?
6. **האגודה לזכויות האזרח (מעקב השב"כ בקורונה) - חיות** - יש להשתמש בהגבלת זכות באופן מצומצם יותר למשל רק במקומות שחייב להגביל ולא באופן גורף וכללי, כדי לממש את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

### דרישת ההסמכה

1. **פס"ד מיטרני - שמגר** : זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, או לפי הסמכה מפורשת ממנו לעשות כן.
  2. **אורן גזל פגיעה בזכויות יסוד "מכוח חוק" או "לפי חוק" (עמ' 80-82)** - חקיקה של הכנסת = מכוח חוק. חקיקה של הממשלה = לפי חוק. 3 **גישות לדרישת ההסמכה** -
    - א. **הסמכה כללית** - צריך חוק מסמיך לפעולה כללית
    - ב. **גישת תכלית החוק** - אם הפגיעה בזכות נדרשת כדי להגשים את תכלית החוק אז יש הסמכה.
    - ג. **הסמכה מפורשת** - גישת שמגר במיטרני.
- + יש לצמצם את הגישה המחמירה של הסמכה מפורשת רק למקרים בהם הפגיעה נעשית בחקיקת משנה (תקנות) ולא בהחלטות של הרשות המבצעת (סמכויות ביצוע)
3. **המפקד הלאומי - בייניש (מיעוט)** : ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, ועוצמת הפגיעה גדולה יותר, כך נפרש יותר בקפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת". אם הזכות היא פחות חשובה והפגיעה לא משמעותית- אפשר יהיה להתגמש וללכת לפי גישת תכלית החוק.
  4. **טבקה (הצגת ת.ז. לשוטר) - חיות** : רשות מנהלית לא יכולה לבצע פעולות מנהליות שפוגעות בזכויות אדם אם לא הוסמכה לכך, וכאן הייתה הסמכה מסויימת. **שטיין (מיעוט)** : מסכים שנדרשת הסמכה מפורשת, אבל כאן לא היתה הסמכה כזו.

הלימה לערכי המדינה

1. פס"ד דיזיין 22 (איסור עבודה בשבת) - חופש העיסוק מול ערכי הדת. ברק: בהתנגשות בין הערכים, יש לאזן בין צרכי המדינה כיהודית לבין צרכיה כדמוקרטית.
2. פס"ד חטיבת זכויות אדם נ' שר האוצר (הפרטת בתי סוהר) - בייניש - קשה מאוד לראות אי פעם הליך שמנוגד לערכי מדינת ישראל הדמוקרטית מלבד נסיבות חריגות ויוצאות דופן.

תכלית ראויה:

1. התנועה לאיכות השלטון נגד הכנסת - ברק: (1) תכלית של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה בתנאי שנועדה להגשים מטרת חברתיות במערך החברתי הכולל, העולות בקנה אחד עם ערכי המדינה ושמגלות רגישות לזכויות אדם במערך החברתי הכולל. (2) עוצמת הפגיעה משפיעה על עוצמת התכלית - בפגיעה חזקה בזכות אדם חשובה, התכלית צריכה להיות חזקה גם היא.
2. שטיין נ' המפכ"ל (סגירת בית קפה, סכנה לטרור) - ברק: מכניס את מבחן האיזון האנכי למבחן התכלית הראוי: נעדיף את הזכות אלא אם הפגיעה עוצמתית באינטרס ובוודאות קרובה. אם האיזון האנכי מורה על העדפה של אינטרס על זכות, אז התכלית ראויה.

שאלות נוספותהתנגשות בין זכויות או עקרונות חוקתיים

1. פס"ד פלונית נ' בית הדין למשמעת (דיון בדלתיים סגורות) - הזכות לפרטיות (חוי"י כב"א) מול עקרון הפומביות (חוי"י השפיטה). דורנר - ערכים בעלי מעמד חוקתי שווה, במצב כזה: (1) נבחר בחוק מאוחר על פני מוקדם (אולם חוי"י הם על זמניים אז מבחן זה לא רלוונטי) (2) נבחר בחוק ספציפי על פני כללי, במובן של על כמה תחומי חיים הזכות חלה. ברק (הלכה) - לא מסכים. חושב שיש לעשות איזון ולחפש פשרה או הכרעה באמצעות מבחני מידתיות גם בהתנגשות שתי זכויות ולא רק בהתנגשות זכות מול אינטרס, כדי לנסות לקיים בכל זאת את הזכויות.

פסקת שמירת הדינים ומעמדה (עמ' 86-89)

1. פסקת שמירת דינים - לא חלק על תיקון חדש, כן חלה על שינוי טכני ולא תוכני, לא חלה על חוק מטיב (עמ' 87)
2. פס"ד גנימאת - ברק: מטאפורת המטריה - את הדין הישן יש לפרש לאור המהפכה החוקתית. לפי ברק הלשון לא משתנה אך הבנת הטקסט כן. חשין (מיעוט) - שמירת דינים רחבה - כוונת המחוקק בסי' שמירת דינים ברורה, הוא התכוון להשאיר את הדין כמו שהוא, ובדין הכוונה גם לפירוש הקודם של החוק.
3. פס"ד אבו ערפה (ביטול תושבות של חמאסניקים) - עקיפת שמירת דינים - בסעיף כתוב "לפי שק"ד" של השר. פוגלמן - עושה תרגיל כדי לעקוף את שמירת הדינים. אומר ש"לפי שק"ד" לא מעניק סמכות לשלול אזרחות לתושבי מזרח ירושלים. הוא אומר שאם רוצים לעשות את זה צריך לעגן סמכותו בחקיקה ראשית חדשה אשר תצטרך לעבור מבחני מידתיות ופסקת הגבלה. הנדל - הסי' הוא חקיקה ישנה שנהנית משמירת דינים, מטרתה לסמור על הוראות החוק הקודמות, מה שמציע פוגלמן ירוקן מתוכן את סעיף שמירת הדינים. ניתן לפרשו ברוח עקרונות היסוד.

תוצאות הפגם החוקתיבטלות מוחלטת, נפסדות ובטלות יחסית (עמ' 90-92)

1. האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים - חוי"י חופש העיסוק סעיף שמירת דינים שהוארך כל פעם. העתירה נגד התחולה הרטרואקטיבית בתקופת הביניים בה לא היה הסעיף קיים. גולדברג - יש 3 מודלים כאשר חוק עומד בסתירה לחוקה - בטלות מוחלטת, בטלות יחסית, ונפסדות. הוא טוען שגם אם הולכים פה על הקיצוני ביותר שזו הבטלות המוחלטת החוק לא מבוטל מכיוון שיש חריג והוא כוונת המחוקק - המחוקק רצה והתכוון להכיל פה את התיקון של חוי"י רטרואקטיבית. זמיר - לדעתו יש להעדיף את מודל הבטלות היחסית. הוא הכי גמיש ומתייחס לנסיבות העניין.

2. **גניס (ביטול מענק מגורים בירושלים) - בימ"ש** - פגיעה בקניין שלא עומדת בפסקת ההגבלה. **חשין** - יש להשתמש בעקרון העיפרון הכחול והחריג את מי שהסתמך (בטלות יחסית). **ברק** - מסכים שניתן לעשות פרשנות כזו כפי שעשה חשין אם הדבר מגשים את תכלית החוק. **ריבלין + מצא** - תפקיד ביהמ"ש הוא רק הכרזה על בטלות של חוק ולא שינוי ע"י פרשנות. + מאומץ מודל **הבטלות היחסית** - גמישות לבימ"ש להחליט אם מבטל אחורה או קדימה. תוצאה - נתנו זמן למחוקק לתקן את החוק.

**צו לחוקק** - לא נדון עוד בפסיקה. האם ביהמ"ש יכול לתת צו לחוקק חוק? רלוונטי במיוחד לזכויות חיוביות. (עמ' 92)

**צו לתיקון חוק** - צו שהופיע בהחלטת ביניים של ביניים בפס"ד נסר. (עמ' 92)

1. **פס"ד נסר (הטבות לישוים סמוכי גבול)** - פגיעה לא מידתית בשוויון ובכב"ה. **בייניש** - (1) נותנת אפשרות לתקן את החוק כך שיכניס ישובים ערבים ודרוזיים. הסעד נתון תחת סייגים - צריך להיות תואם את עקרון החוק ולא לשנות את התכלית. כלומר, לא שינוי אלה הוספה. (2) אם המדינה לא תתקן את החוק במועד שנקבע, לא יהיה מנוס מלתת צו לתיקון חוק.
2. **בג"צ ליאת משה (בנות זוג בהריון)** - החוק פוגע בזכויות יסוד. **חיות (מיעוט)** - סעד של ביטול לא יביא לתוצאה ראויה. מבקשת להכניס ס' משנה שלפיו תוסמך ועדת חריגים לתת אישות לתרומת ביציות. היא מבקשת להרחיב את תחולת החוק - ליצור מנגנון חדש, ולא רק להוסיף פרטים לפי ההוראה הקיימת.

**פיצויים כסעד חוקתי** - סעד שיכול להינתן גם במסגרת דיני נזיקין (עמ' 93)

**התראת בטלות** - (עמ' 93)

1. **ההסתדרות הרפואית (ליצמן סגן שר ועם סמכויות של שר) - רובינשטיין**: תמרור אזהרה - אם לא יעשה שינוי בתפקיד של ליצמן, בימ"ש יתערב ויקבע שהפעולה לא חוקתית

**זכויות האזרח במשפט הפרטי (עמ' 99-94)**

1. ביקורת על אי החלת הזכויות במשפט הפרטי (עמ' 95)
2. איך עושים זאת?  
א. **הזאת קו הגבול** - ע"י הגדרת גוף כדו-מהותי / ציבורי. לפי דרך זו אנחנו מגדירים גוף כציבורי.  
ב. **החלה של חובות גם על שחקנים פרטיים**:  
▪ **תחולה ישירה** - תביעה ישירה במישור הפרטי על הפגיעה בזכויות.  
▪ **תחולה עקיפה** - דרך מושגי שסתום מתוך המשפט הפרטי כמו תום-לב בחוזים או תקנת הציבור - במקרה הזה נדרש חוק תומך ממערכת משפטית אחרת.
3. **פס"ד מיקרו-דף: ברק** - כדי שגוף יחשב דו-מהותי צריך שיהיה לו: (א) סמכויות שלטוניות, (ב) זיכיון בלעדי מהמדינה (ג) שליטה על אמצעי חיוני. + לא נחיל על גוף מהותי את כל המשפט הציבורי, אלא רק עקרונות יסוד.
4. **חברת קדישא נ' קסטנבאום** - פגיעה בכבוד הנפטרת. **בימ"ש**: החברה היא גוף דו מהותי. **שמגר** - יש לה הכל: סמכויות שלטוניות, בלעדיות ושליטה על אמצעי שירות חיוני. **אלון** - אין לה בלעדיות. יש חברות רבות זה לא מונפול כמו חברת חשמל. **ברק** - מסכים עם אלון שאין בלעדיות אך העניין המהותי הוא הסמכות הסטטוטורית - זה תנאי מספיק. **וגם** בסוף ברק מכניס את הפגיעה דרך **תחולה עקיפה** - תקנת הציבור ס' 30 או תנאי מקפח בחוזה אחיד. **תוצאה** - נקבע כי חברת קדישא היא גוף דו-מהותי עליה חלים עקרונות מהמשפט הציבורי בניהם מימוש כבוד האדם.
5. **בית יולס (מכרז לבית אבות)** - פגיעה בשוויון. **אלון** - אין חובת שוויון במשפט הפרטי, זה פטרנליזם לא מוצדק והגבלה לא ראויה של חופש החוזים. **ברק (מיעוט)** - יש חובה, לפי דיני חוזים: (1) היה קיבול או חוזה נספח (2) לפי עקרון תו"ל במו"מ ס' 12 לחוק החוזים. **תחולה עקיפה**.

6. **פרוז'אנסקי (הבחנה בין גברים לנשים בכניסה למועדון) - דנציגר** - שוויון הוא לא ערך במשפט הפרטי, אלא החירות. יש להפעיל את עקרון השוויון רק כאשר יש פערי כוחות בין הצדדים או שלאחד מהם מעמד מעין ציבורי. **אבל** במקרה הספציפי הזה יש חקיקה של המחוקק, כלומר יש הסדר ספציפי בחוק ולכן העתירה מתקבלת. **הלכה** - התנגדות לתחולה עקיפה. השוויון במשפט הפרטי יהיה כפוף לחוק כאשר אין פערים בין הצדדים או גוף ציבורי

### כבוד האדם

1. דני סטטמן שני מובנים של כבוד : כבוד כיחס לא משפיל, כבוד במובן הקנטיאני (לא לפגוע באוטונומיה של אחר). לדעתו, יש להעדיף את כבוד כיחס לא משפיל בהיסט הסובייקטיבי-פסיכולוגי.
  2. **קטלן נ' שירות בתי הסוהר (חוקן)** - פגיעה בכבוד היא **יחס משפיל**. בימ"ש : אין הסמכה לפגיעה בכב"ה בחוק ולכן הנוהל נפסל. שוני סגנוני : **בהן** - ממליץ לכנסת לתקן את החוק כך שיתבצע חוקן רק במקרה של ידיעה ודאית לסמים. **לנדוי** - לא צריך להמליץ לכנסת מה לחוקק, זה לא תפקיד ביהמ"ש. סומך על המחוקק שידע למצוא פתרון שיתחשב בזכויות האדם.
  3. **פירוש כבוד כפגיעה באוטונומיה : נגד** : זו לא כוונת המחוקק, לא ראוי - כמעט כל פעולה של המדינה פוגעת באוטונומיה, פגיעה בדמוקרטיה (פטרנליזם) + פגיעה זכויות אדם אחרות (עמ' 101).
  4. **עדאלה (הורים לא מחסנים)** - פגיעה באוטונומיה. **ארבל** - מבחן כפול לבחינת פגיעה באוטונומיה : (1) מהות הבחירה הנשללת מהפרט (2) מידת הכפייה ושליטת הרצון. במקרה הזה העוצמה של הכפייה היא לא גדולה מדובר על הפחתה קטנה יחסית והטבה כספית ולא סנקציה פלילית - אין כפייה.
  5. **דעקה נ' בית החולים כרמל (הסכמה לניתוח)** - ביהמ"ש לא מקבל את טענת הרשלנות. **אור** - יש פגיעה באוטונומיה במובנה כפגיעה בגוף. נשללה זכות הבחירה מהעותרת. האוטונומיה היא חלק מכבוד האדם ולכן יש פגיעה חוקתית ומגיע פיצויים מכוח דיני נזיקין על נזק לא ממוני. **יש כאן הרחבה של פגיעה בכבוד כפגיעה באוטונומיה גם לאור פגיעה בגוף.**
- הבעיה** - איך נדע מתי פגיעה באוטונומיה היא חמורה (בגוף ובהשפלה) ומתי לא (רק באוטונומיה)?
6. **לשכת עורכי הדין - (שימוש בתואר מקצועי)** - **שובו של כבוד** במניעת השפלה - **לוי** - אין פגיעה בחופש העיסוק כי לא נשלל העיסוק. אין גם פגיעה בחופש הביטוי. אולי יש פגיעה בכב"ה - הצגת העיסוק של האדם הוא היכולת שלו להגשים את עצמו ולממש את עצמו. אין כאן פגיעה בגרעין של הזכות (השפלה או ביזוי) אבל יש פגיעה משמעותית פחות.
  7. **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (גיוס בחורי ישיבות)** - פוסלים את חוק טל על בסיס פגיעה בשוויון. החוק לא עומד במבחן המידתיות הראשון - אמצעי מטרה. **סולברג (מיעוט)** - כדי לבחון פגיעה בכבוד צריך לבחון שני מסלולים : (1) השפלה (2) אוטונומיה. **וכאן** אין פגיעה בכבוד כיחס לא משפיל וגם לא באוטונומיה, לכן לא פוסל את החוק **חשין** - אין פגיעה בכב"ה : לא באוטונומיה ולא בהשפלה. **אבל** כן פול את החוק כי פוגע בעקרונות חוקתיים של המדינה (כמו ברק בלאור).

### זכויות חברתיות (עמ' 111-105)

#### ההבדל בין זכויות חברתיות לאזרחיות

- אין הבדל, זה עניין של זמן
- הבדל עקרוני -
  - האם ראוי להתייחס לזכויות חברתיות כחוקתיות?
  - הן מטילות חובות אקטיביות ולא נגטיביות
  - יותר קשה להסכים עליהן
  - האם בימ"ש הוא הגוף המתאים לאכיפת הזכויות האלה?

המצב בישראל

1. שלב ראשון- סירוב להכיר במעמדן של הזכויות החברתיות  
**לפי גישת הביניים של ברק** (כב"ה כולל רק זכויות פוליטיות אזרחיות ולא חברתיות).  
 א. **פס"ד עמותת שוחרי גילת- פגיעה בזכות לחינוך של הילדים.**  
**אור-** הזכות לחינוך לא חוקתית ולא חלק מכב"ה. כי זכות חוקתית צריכה להיות מעוגנת חוקתית (לפי גידי, לא צריך שהיא תהיה מעוגנת כדי לפסול החלטה מנהלית, מספיק שהיא זכות יסוד). **טל+דורנר-** ההחלטה היא מידתית לכן אין צורך לסווג את הזכות לחינוך כחלק מכב"ה.  
 ב. שלב שני- הכרה ללא שיניים  
 מתחילים להכניס כמה זכויות חברתיות כחלק מכבוד האדם והבולטת בניהן היא הזכות לתנאי קיום מינימאליים.  
 א. **פס"ד גמזו (איחור במזונות)- ברק-** הזכות לתנאי קיום מינימאליים היא חלק מכבוד האדם. ספיר אומר שבפועל אין הרבה חידוש- אמנם הכירו בזכות חברתית כחוקתית אבל מדובר בהיבט שלילי (לא לפגוע בזכות) ולא בהיבט חיובי. בנוסף, פסלו החלטה מנהלית ולא חוק.  
 ב. **פס"ד מנור-** (קיצוץ קצבאות זקנה)- הקיצוץ מביא את חלקם לסף של תנאי קיום מינימאליים. ביהמ"ש דוחה את העתירה. **בימ"ש:** מצד אחד הזכות הוכרה כחוקתית, מצד שני כדי להגיד שיש פגיעה צריך להוכיח שבאמת יש קיום בתנאי מחייה מינימאליים, על ידי בחינת כל הדרכים שהמדינה מסייעת בהן לאזרח ולא רק באופן תמיכה אחד (כמו קצבת זקנה).  
 ג. **העמותה למחויבות לשלום וצדק חברתי (פגיעה בהבטחת הכנסה)- פגיעה בתנאי קיום מינימאליים. ברק-** הזכות לתנאי מחיה מינימאליים היא חוקתית, אבל אין פגיעה כי הפגיעה בתנאי קיום מינימאליים צריכה להתבסס על נתונים מלאים שלא הובאו על ידי העותרים כדי לבסס את הטענה, ולפיה פגיעה בכב"ה. רק אז יוכל בימ"ש להעניק סעד כלשהו. יש לבחון כל מקרה לגופו ונדרשת הוכחה קונקרטית לכל עותר.  
**\*\* הביקורת על ביהמ"ש בשלב זה-** זה יוצר רף גבוה מדי לעותרים, גם אם יצליחו להוכיח הסעד של בימ"ש יהיה פרטני ולא רחב. הסיבות האלו ימנעו מאנשים לעתור על פגיעה בזכות.  
לוי- נטל ההוכחה למידתיות הפגיעה הוא על המדינה והמדינה לא הוכיחה שהפגיעה מידתית לכן יש פגיעה בזכות.  
 3. שלב שלישי- אכיפת הזכות לתנאי מחיה מינימאליים  
 א. **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (חזקה חלוטה על רכב)- בייניש:** (1) יש לפרש את הזכות לקיום מינימאלי בכבוד באופן רחב (2) צריך לקיים ביקורת שיפוטית זהה על זכויות אזרחיות ועל זכויות חברתיות: לקבוע האם יש פגיעה בזכות ואז האם היא מידתית. החידוש- לראשונה נפסל חוק על בסיס פגיעה בזכות חברתית. (לא עובר את מבחן המידתיות השני)  
 ב. **פס"ד רובינשטיין (מימון למוסדות חינוך חרדיים)- פוגע בזכות לחינוך (וגם כב"ה?). גרוניס-** דוחה את העתירה: אין פגיעה בזכות וגם אם יש אז היא מידתית- כשמדובר בזכות חיובית, בית המשפט צריך לנקוט ריסון כי (1) חובה לפעול גוררת נטל תקציבי וזה לא תפקידו להתעסק במדיניות כלכלית חברתית (2) מערב שיקולים פוליטיים שלא ראוי שיתעסק (3) פגיעה בהפרדת רשויות והגבלת חופש המבצעת יותר מאיסור על פעולה מסויימת.

חופש העיסוק (עמ' 116-112)רציונל ומעמד:

1. רציונל הפרנסה-
  - **בז'רנו- חשין:** "זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה".
  - **איגלו- דורנר-** העיסוק שבוחר האדם לפרנסתו מאפשר את קיומו הפיסי, הוא מקנה לו מעמד וקובע את איכות חייו.

**2. רציונל המימוש העצמי (אוטונומיה) -**

- **איגלו- דורנר:** הרציונלים בבסיס הזכות לחופש העיסוק הם הרצון של האדם להתפרנס ולהגשים את הכישרון שלו, האישיות שלו והשאיפות שלו. היא אומרת שחופש העיסוק הוא חלק מזכויות האזרח שמבטיחות לפרט את חירותו.
- **לשכת יועצי ההשקעות:** חופש העיסוק נגזר מהאוטונומיה ולהגדרתו העצמית של האדם, באמצעותו מעצב אישיותו ותורם לחברה

**3. רציונל התחרות החופשית -**

- **כלל ומגדל (הגבלה של חברות בתחום קרנות פנסיה) - לוי:** מדגיש את רציונל התחרות החופשית: בהגבלת עיסוק בתחום מסוים ישנה פגיעה והגבלה של התחרות בין גופים שונים ודבר חשוב בזכות היסוד הזו הוא היכולת לתחרות חופשית בין הפרטים. זהו רציונל כללי חברתי ולא אישי כמו הקודמים.
- 4. **איל גרוס- כיצד הייתה התחרות החופשית לזכות חוקתית?:** מציע פרשנות מרחיבה לחופש העיסוק, בכך שהופך אותו לזכות חברתית: המדינה צריכה לפעול אקטיבית כדי להבטיח פרנסה לאזרחיה (זו זכות חיובית שמשפיעה על תנאי מחיה וכו'). בבחירת הפרשנות הזו נוצר מתח בין רציונל הפרנסה לרציונל התחרות: בהטלת הגבלות כמו בכלל ומגדל, הפוגעת בתחרות החופשית, יש קיום של רציונל הפרנסה של מקבלי הקרנות.
- ++ **גרוס טוען כי** לרוב, בימ"ש מפרש את חוה"ע כחופש של המעסיקים. קידום חוה"ע של מעסיקים יכול לפגוע בחוה"ע של העובדים.
- ++ **בבז'נו +לם:** גרוס טוען כי בימ"ש מפרש את חוה"ע כזכות שלילית ולא חיובית: הגנתית הפועלת כנגד פגיעה על ידי הרשות השלטונית. חוה"ע אינו מעניק זכות אקטיבית לפעולה מטעם הרשות השלטונית.

**היקף**

1. **פס"ד לם (מאבחנים פסיכולוגיים חינוכיים) -** פגיעה בחופש העיסוק. **דורנר -** יש פגיעה בחופש העיסוק ולכן ההחלטה צריכה להתבטל. **ברק -** פגיעה בחוה"ע צריכה להיבחן באופן מהותי ולא רק פורמלי- פגיעה בחוה"ע מתרחשת לא רק כשהרשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בעבודה או משלח יד (באופן הצהרתי או הטלת הגבלה מסויימת) אלא גם נעשתה שלילה בפועל של האפשרות לעסוק מהווה פגיעה.

**פסקת ההתגברות**

1. **פס"ד מיטראל (ייבוא בשר) -** הם חוקקו את פסקת ההתגברות שקבעה שניתן יהיה פגוע בחופש העיסוק אם החוק יעבור ברוב של ח"כים וייכתב במפורש שהוא פוגע בחופש העיסוק. לטענת מיטראל, החוק אמנם עומד בפסקת ההגבלה בזכות פסקת ההתגברות אבל פסקת ההתגברות לא מגינה מפני פסקת המטרה (ס'2) ועקרונות המדינה (ס'1). בנוסף, יש פגיעה גם בזכויות מתוך כבוד האדם. **ברק -** אי אפשר להסתמך על פסקת המטרה כשרוצים לתקוף. אבל עקרונית ניתן לפסול חוק שסותר עקרונות יסוד, גם אם עמד בדרישה בחוקה (פסקת ההתגברות). ברק לא רואה לנכון להשתמש בזה כאן. הפגיעה היא לא דרמטית בערכים חשובים שמצריכה להפעיל נשק כזה. לגבי הטענה השנייה.
  - ++ **ברק נותן 3 תנאים** כדי להכניס זכויות אחרות (למשל מכב"ה) לפסקת ההתגברות:
    - א. הפגיעה בזכויות האחרות היא תוצר לוואי המתבקש מהפגיעה בחופש העיסוק
    - ב. הפגיעה בחופש העיסוק היא המהותית, ובזכויות האחרות היא משנית.
    - ג. הפגיעה בזכויות האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית.
2. **פרופ' ספיר הליך החוקתי- הרציונאל בבסיס פסקת ההתגברות:** יש שרואים את פסקת ההתגברות ככלי לפגיעה במעמד החוקה (כי מאפשר לפגוע בה למרות שזה לא מידתי), אך ספיר חולק על כך ורואה את זה בתור כלי שיתרונותיו:
  - (1) אפשר ליהנות מ2 העולמות- ביקורת שיפוטית יחד עם ביקורת של הציבור והמחוקק. (2) עניינים חוקתיים נשארים על סדר היום הציבורי- תקף רק ל-4 שנים, ומכריח את העניין לצוף מחדש. 3. דיפרטמנטליזם- לא מרכז את הכוח הפרשני בידי גוף אחד ולא משאיר את המילה האחרונה בידי גוף אחד.



**שויון (עמ' 128-117)****השוויון האריסטוטלי, היקף וחולשות**

- 1. השוויון במובן האריסטוטלי** - יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. שוני רלוונטי לתכלית ראויה **התזה של גידי** - מבחן הפגיעה כולל בחינה של תכלית ראויה + קשר אמצעי מטרה (האם השוני רלוונטי). מבחן זה יבדוק האם בכלל הייתה פגיעה בזכות: אם הייתה פגיעה בזכות, היא מוצדקת ולא צריך להמשיך לבחון מידתיות, אבל אם אין פגיעה בזכות לא צריך להצדיק את השוני.  
**בעיות**: אנחנו מניחים שיש שוני בין בני אדם; יכול להיות שוני רלוונטי ועדיין לא נרצה להצדיק פגיעה (למשל העסקת נכה יכול להביא לתפוקה נמוכה יותר וזה שוני רלוונטי, אבל נרצה לעודד העסקת נכים).
- 2. פס"ד מילר (אי גיוס נשים לקורס טיס)** - ביהמ"ש מקבל את העתירה ודוחה את טענות המדינה.  
**מצא** - לא בטוח שהשוני רלוונטי (קשר אמצעי מטרה), נימוקי הצבא מבוססי הערכות ויש לבססן על עובדות, בעזרת פיילוט, בייחוד כי מדובר בהבחנה לאור סטיגמות (סיווגים חשודים).  
**דורנר** - ההגדרה האריסטוטלית גובלת בטאוטולוגיה, יש להחליפה במבחן כפול: א) האם השיקול רלוונטי ב) האם ההתחשבות בו מוצדקת לאור הנסיבות.  
**שטרסברג-כהן**: שונות שיוצרת קשיים פיזיים כלכליים ולוגיסטיים ביישום עקרון השוויון היא רלוונטית.  
+ מדברת על "שוויון הזדמנויות" - להביא את כולם לנקודת פתיחה שווה. גם אם יש שוני רלוונטי אבל ניתן לנטרול במחיר סביר, יש לשאוף לעשות זאת.
- 3. עדאלה (מסרבי חיסונים) - סולברג** - כאשר השיקולים להבחנה מבוססים **עילות חשודות**, דוגמת סטריאוטיפים, בית-המשפט יטה לקבוע פגיעה בשוויון.

**מעמד**

- 1. פס"ד מילר - דורנר**: לא ראוי להכניס את השוויון לחו"י כבוד האדם זו "סטירת לחי" למחוקק. אפשר להכניס את הפגיעה בשוויון רק כאשר יש אלמנטים של השפלה. לדעתה, השפלה תהיה בהפליה נגד קבוצות על רקע של **סיווגים** כמו דת גזע ולאום.
- 2. פס"ד התנועה לאיכות השלטון (גיוס בני ישיבות) - ברק** (1) מאמץ את "מודל הביניים" להבנת כב"ה: כב"ה הוא לא רק גרעין הזכויות ולא כל הזכויות הקיימות, כולל זכויות המתקשרות לכב"ה בקשר ענייני הדוק. (2) לכן שוויון כחלק מכב"ה: אפשר לייחס לכב"ה גם הפליה שאין עמה השפלה כל עוד היא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטאת את האוטונומיה של הרצון הפרטי (חופש הבחירה והפעולה של אדם).

**סיווגים חשודים**

- 1. פס"ד פרוז'אנסקי - דנציגר**: יש לדחות נסיון להבחין בין נשים לגברים גם אם היא מטיבה עם הצד החלש היסטורית. יש צורך לדחות כל ניסיון להבחין בין גברים לנשים, סופה לשמר את הסטריאוטיפ.

**חופש הדת (עמ' 133-129)**

- 1. רציונל המצפון (עמ' 129)**: למה: (1) למנוע סבל וכאב (2) נותנים כבוד למצפוניסטים (3) חשיבות האנשים שעומדים בעקרונות.  
← **היקף**: הפגיעה בחופש הדת מתוך רציונל המצפון היא מצומצמת יותר - רק מה שאדם סבור שחובה ואסור לו לעשות. זוהי זכות חיובית שתדרוש מהמדינה לא לפגוע בה.  
← **משקל**: משקל גבוה יותר, יהיה קל יותר לנצח עם הרציונל הזה, כי הוא לא רחב ופגיעה בו היא קשה יותר.

2. **רציונל התרבות (עמ' 129-130):** הגנה לקבוצות מיעוט תרבותיות. למה? (1) נחוצה לאדם למימוש חיים אוטונומיים ומשמעותיים (2) ביטוי לזהות שלנו.
- ← **היקף:** דלת הכניסה מהתרבות היא רחבה יותר- הפגיעה היא יחסית בקלות יותר- מספיקה פגיעה במה שנהוגראוי לעשות ולא רק במה שחובה לעשות, יש מקום להגבלות רבות יותר על הרוב כדי להגן על המיעוט וזוהי גם זכות חיובית שתדרוש מהמדינה להגן עליה.
- (התנועה לאיכות השלטון, גיוס תלמידי ישיבות, ברק):** תכלית חוק טל מגלה התחשבות בצרכי החברה החרדית שמאפייניה שונים, ומבטאת רגישות אליה- הגנה על התרבות שלהם וחופץ מזה לכבד את חופש הדת והמצפון שלהם.
- כלומר,** יש הכרה בחשיבות של תרבות, אבל בימי"ש לא מכניס אותו תחת חופש הדת, אלא מביאים אותה כזכות נפרדת. **(יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, בייניש):** המחוקק יכול לתמוך בקבוצת אוכלוסייה ייחודית כדי לאפשר לה לשמר את אורח חייה ותרבותה. הזכות לתרבות קונה מקום בתפיסה אבל החיבור בינה לבין חופש הדת לא נעשה, התפיסה של השופטים היא שחופש הדת הוא חלק מחופש המצפון.
- ← **משקל:** משקל נמוך יותר, הזכות לתרבות כל כך רחבה ואם נצדיק אותה ידרשו הרבה מאוד מגבלות על קבוצת הרוב.
3. **חוב (סגירת כביש בר אילן)-** חופש הדת מול חופש התנועה. **ברק-** אין פגיעה בחופש הדת של החרדים כי אין פגיעה במצפונם (סגירת הרחוב לא מונעת מהדתיים לקיים את מצוות השבת). מה שנפגע פה הן רגשות הדת, ולא פגיעה במצפון. (ממשיך גם בנוגע לחופש מדת)
- גידי-** אם היינו מסתכלים על רציונל התרבות אז כן הייתה פגיעה בחופש הדת.
4. **שביט (רפליקה של קסטנבאום)-** פגיעה בחופש הדת של קדישא. **ברק-** אין כאן פגיעה בחופש הדת. יש פגיעה ברגשות הדת (רציונל התרבות). חופש הדת הוא חלק מחו"י כבוד האדם, רגשות הדת לא. הם לא אלו שמבצעים בפועל את הכיתוב לכן אין פגיעה. **אנגלרד-** לדעתו יש פגיעה בחופש הדת. והזכות לחירות של העותרים צריכה לסגת מפני חופש הדת. הכפייה על אדם להפר את מצוות הדת אינה יכולה להיות הפתרון הנכון במדינה דמוקרטית, המכבדת את עקרון חופש הדת.
5. **גור אריה (שידור כתבה בשבת)-** חופש הביטוי מול חופש הדת. **ברק-** הפגיעה פה היא רק ברגשות הדת ולא בחופש הדת: רק פגיעה שאינה מאפשרת לפרט לקיים את מצוות הדת והאמונה שלו, או לנהל את אורח חייו כדתי תיחשב לפגיעה בחופש הדת (רציונל המצפון). **דורנר (מיעוט)-** יש פגיעה בחופש הדת. במקרה שלפנינו פסק הרב של העותרים, כי בהופעתם בסרט המשודר ביום השבת יפרו העותרים עצמם את מצוות הדת, גם אם השידור יתבצע על-ידי אחרים.
6. **פסחו גולדשטיין (גיוור לא אורתודוכסי בארץ)-** העותרת הגיעה לישראל עברה גיוור רפורמי ורוצה להיחשב כיהודייה לצורך חוק השבות ולכן המדינה לא צריכה להתערב. **שמגר-** יש פגיעה בחופש הדת שלה כי החירות לבחור את הדת ולהמירה היא חלק מחופש הדת. **טל-** אין פגיעה בחופש הדת. כל מדינה רשאית להתנות לצורך עלייה. וההתניה בחוק מיהו יהודי היא לגיטימית ולא פוגעת בחופש הדת. **גידי:** אף אחד לא מונע מאדם לעבור את טקס הגיוור, אלא רק מחליטים האם לקבל את זה במדינה או לא לצרכי עלייה.

### חופש מדת (134-137)

#### רציונלים

1. **שביט (רפליקה של קסטנבאום)-** פגיעה בחופש הדת של קדישא. **ברק-** אין פגיעה בחופש הדת, אבל אם יש פגיעה בחופש הדת יש פגיעה גם מחופש מדת, הוא מניח שיש סימטריה.
- גידי-** טענת הסימטריה בעייתית כי אותם השיקולים המצדיקים הגנה על הזכות לא בהכרח מצדיקים הגנה מפניה. אי אפשר להצדיק כל דבר באוטונומיה.
- **תרבות (עמ' 134):** הזכות היא לשימור התרבות שלי (חופש הדת) ולא הגנה מפני תרבות אחרת (חופש מדת) מה גם שכיום החילוניות היא תרבות הרוב. פרשנות החילונות כהימנעות מדת מקטינה את התרבות הזו.
  - ← קשה להצדיק חופש מדת בנימוק של תרבות.
  - **מצפון (עמ' 135):** כפיית שיקולים דתיים היא פגיעה באוטונומיה של הפרט ומימושו העצמי, בהנחה שאין שיקולים נוספים המצדיקים אותה. לפי גידי, כפייה לעשות (כמו השתתפות בטקסים) היא פגיעה במצפון אבל כפייה להמנע היא לא פגיעה במצפון. אבל גם הכפייה לעשות היא לא בהכרח פגיעה בעקרונות שאני מחויב אליהם (מצפון), אלא פגיעה בזכות שלי.

## היקף ומשקל

1. **קפלן (סגירת עסקים בשבת) - פרוקצ'יה** - פוסלת את החוק. הפעלת בתי עינוגים לא פוגעת בתחום הפרט של האדם הדתי למרות שהיא פוגעת ברגשותיו, וכפיית סגירתם (הימנעות) כופה על החילוני קיום אורח חיים שהוא לא חפץ בו. ז"א - לחילונים יש חופש מדת.
2. **חורב (סגירת כביש בר אילן בזמן תפילה) - פגיעה בחופש התנועה מול חופש הדת ברק** - זו פגיעה ברגשות הדתיים ולא בחופש הדת (מצפון). **חשין** - סגירת הכביש לא פוגעת בחופש מדת של החילונים. **אבל** לרשות אסור לפעול משיקולים דתיים (פגיעה בחופש הדת ומדת) אלא אם הדבר הותר במפורש בחקיקה ראשית.

## מעמד חופש הדת ומדת

1. **סולדוף נ' עיריית רחובות (מגרש לבית מדרש) - פרוקצ'יה** - חופש האמונה הדתית קשור למימוש האוטונומיה של הפרט ולכן חופש הדת וחופש מדת הם חלק מהזכות לכבוד. ז"א מוסיפה רציונל נוסף לחופש הדת ומדת והוא אוטונומיה. זה לא הפך לרציו ולא נפסל עד היום חוק ראשי לאור פגיעה באוטונומיה של חופש הדת/מדת.

## חופש הביטוי (עמ' 138-143)

1. **רציונליים**: גילוי האמת, קידום הדמוקרטיה (חופש ביטוי פוליטי), אוטונומיה. (עמ' 138-139)

## מעמד

2. **גולן נ' שירות בתי הסוהר (אסיר רוצה לפרסם על חיי הכלא) - מצא (אגב)** - חופש הביטוי נכלל בחו"י כבוד האדם כמובנו לפי ס' 2 ו-4 לחוק היסוד: חירות יסודית (אוטונומיה). **זורנר** - חוה"ב לא חלק מחו"י כב"ה, אבל יש מקרים שהיא כן חלק מכב"ה כשהפגיעה קשורה השפלה. הפגיעה תהיה כרוכה בהשפלה, כאשר מדובר במשהו עמוק שמבטא את העצמי שלי ומונע ממני אוטונומיה. **חשין** - לא צריך להכריע. מדובר פה על תקנה אז מספיק שנצהיר שמדובר בזכות יסוד, היא לא חייבת להיות חוקתית.
3. **מטה הרוב נ' משטרת ישראל - ברק** - לא כל חופש הביטוי נכלל תחת הזכות החוקתית לכב"ה, אלא רק ההיבטים שלה שקשורים לכבוד האדם במובן של אוטונומיה וחופש פעולה, זה כולל גם את המושג של ההשפלה - גישת הביניים.
4. **אבנרי (חוק למניעת חרם קובע סנקציה מנהלית ועוולה נזיקית) - פגיעה בחופש הביטוי. מלצר** - חוה"ב הוא חלק מכב"ה, אבל אין פגיעה בגרעין של חופש הביטוי, כי מדובר על פגיעה בהתבטאויות ספציפיות ולא רחבה, ביטוי שמטרתו לכפות ולא על מנת לעודד דו-שיח. למרות שקובע כי הפגיעה מצומצמת, הוא מקבל חלק מהעתירה, כי אינה עומדת במבחני המידתיות. **חשיבות** - לראשונה פוסלים רכיב בחקיקה ראשית בשל פגיעה בחופש הביטוי.
5. **קול העם (סגירת עיתון שמגנה מדיניות ממשלה) - אגרנט** - חופש הביטוי הוא זכות אדם שנגזרת מאופייה הדמוקרטי של המדינה. נפגע בה רק אם עלולה לפגוע בשלום הציבור, עלול = הסתברות קרובה לוודאי. (סטנדרט גבוה לפגיעה בחוה"ב) - רק במקרים קיצוניים הפגיעה באינטרס בזכות תגבר על חופש הביטוי. במקרה זה אין וודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור וששיקול הדעת של השר, למרות ההסמכה שניתנה לו, היה מוטעה והוא לא היה צריך להשתמש בסמכותו. **החידוש** - פעם ראשונה שהכירו בחופש הביטוי כזכות אדם.

## ההיקף

• **ביטוי גזעני (הסתה):**

1. **פס"ד כהנא - (רשות השידור מגבילה התבטאויות של כהנא) - ברק**: (1) חופש הביטוי חל גם על ביטויים גזעניים מתוך שלושה רציונליים: (1) גילוי האמת (2) הגשמה עצמית (3) קידום הדמוקרטיה.  
+ ברק מאמץ נוסחה כתנאי לפגיעה בחופש הביטוי הגזעני - מבחן הוודאות לפגיעה ממשית (עוצמה+הסתברות) = קול העם.
2. **פס"ד אלבה (הסתה לגזענות ועידוד אלימות במאמר) - ברק + זורנר** - חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, ללא תלות בתוכנו, גם על ביטוי שיש בו הסתה. **מצא** - הביטוי הגזעני לא נכלל בחוה"ב, ולכן ביטויים שהם פלייליים, ומחוץ לתפיסת העולם הדמוקרטית, לא נכללים בזכות לחופש ביטוי.

• **לשון הרע:**

1. פס"ד אבנרי נ' שפירא (עיתונאי מפרסם ביוגרפיה על ח"כ שפירא) - ברק - חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי ישיר בו לשון הרע, שהוא עבירה פלילית או עוולה אזרחית. גם כאן קיימים 3 הרציונליים לפי ברק (כהנא).

**מה מהווה פגיעה בחופש הביטוי?**

1. אבו-גוש (אי מימון פסטיבל מוסיקה) - פגיעה בחופש הביטוי. השופט חיים-כהן (מיעוט): אי תמיכה פוגע בחופש הביטוי. קיסטר (רוב): אין פגיעה בחופש הביטוי. המדינה רשאית להחליט במי היא תומכת, ואי תמיכה בו לא שוללת ממנו את חופש הביטוי, הוא עדיין רשאי לעשות מה שהוא רוצה.
2. בוגרי התיכון האורתודוקסי (הפחת תקציב לגופים מתנגדי מדינה) - נאור - לא מכריעה בשל בשלות (החוק עוד לא יושם) - כל עוד לא נעשה שימוש אקטיבי שפוגע בחופש הביטוי, בימ"ש לא יתערב.
3. אבנרי (חוק למניעת חרם קובע סנקציה מנהלית ועוולה נזיקית) - מלצר - יש פגיעה בחופש הביטוי, מותר לפגוע רק במקרים חמורים והטלת סנקציות מנהליות ואזרחיות מהווה פגיעה.  
+ מניעת תמיכה זו פגיעה ממדרג שני בזכות, המדינה יכולה לבחור במי לתמוך (באבו גוש אומרים שאין פגיעה כלל)  
+ באבו-גוש לא תמכו לא על בסיס תוכן פוליטי ולכן זה לא פגיעה, באבנרי לא תמכו בשל תוכן ביטוי פוליטי (שדורש הגנה יותר) ולכן זו כן פגיעה מסוימת.

**סמכויות חירום (מעמ' 144)**

**הכרזה על מצב חירום**

1. ס' 38 לחו"י הממשלה - מסמיך את הכנסת להכריז על קיום מצב חירום, ומשך כל ההכרזה על מצב חירום יוגבל לתקופה שלא עולה על שנה אחת תוך מתן אפשרות לחזור ולהכריז.
2. האגודה לזכויות האזרח - ביהמ"ש דחה את העתירה שביקשה לבטל מצב חירום מפני שהוא נמשך במשך תקופה ארוכה, בין היתר כי קרה שינוי במדינה שמקדם שמירה על זכויות אדם:
  - מרכז הכובד של דיני החירום עובר לחקיקה ראשית - ההסדרים הופכים להיות ראשוניים.
  - החקיקה יורדת לפרטים ואינה מסתפקת בהסמכה כללית - קביעה מדויקת של היקף הסמכות וכללי המשחק של הרשות המבצעת
  - החקיקה לא מותנית יותר בקיומו של מצב חירום - כללים שמשמשים לאורך זמן, מנרמלים את מצב החירום על ידי כך שהחוקים תקפים גם בלי הכרזה עליו.

**היובל הראשון - הסדרים מנהליים התלויים הכרזה על חירום**

**חקיקה מנדטורית-תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 - (עמ' 149-147)**

- תקנות ההגנה המנדטוריות מקבלות את כוחן מפקודת סדרי השלטון ס' 11. הן העניקו סמכויות לרשות המבצעת ולקצינים צבאיים (באמצעות צווים) לפגוע בחירויות הפרט גם עם זה סותר חקיקה ראשית, ז"א שחוקים יותר מחקיקת הכנסת.
1. **ליון נ' גוברניק (להוקיע דירה של ליון)** - טוען שלתקנות ההגנה אין תוקף יותר בגלל השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה (לפי ס' 11 לפק' סדרי השלטון). לטענתו, התקנות הן בעלות אופי אנטי-יהודי ודיקטטורי. ביהמ"ש דחה את הטענות. לדבריהם, לא היו פה שינויים מהותיים, כי שינויים מהותיים צריכים להיות מוסדרים בידי הכנסת, וכאן היו רק שינויים טכניים. ז"א הפקודה מתכוונת רק לשינויים בחוק, שאחריהם לא ניתן יהיה לקיים את הפקודה.  
\*\*למרות שביהמ"ש לא מבטל את תקנות ההגנה הוא נאות לפקח על הפעלתן: במישור המהותי - לא יפסול את התקנות אבל יכול לפסול את השימוש בהן אם הוא סותר חקיקה ראשית חדשה. ובמישור הפורמלי - אם הן הופעלו בסמכות.
  2. **פרשת שניצר (פסילת כתבה על ראש המוסד מתוקף התקנות המנדטוריות) - ברק** - את הפירוש שצריך לתת לתקנות ההגנה צריך לתת לפי עקרונות המשפט הישראלי כיום ולא לפי הפירוש היה מתאים בעבר.

+ תקנות ההגנה הן חלק מדיני המדינה כיום, לכן בפירושן יש לאזן באופן מחמיר בין ערכים מתנגשים: וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה (אנכיל). **חידוש** - ביהמ"ש פוסל פעולה שהסמכות שלה מגיעה מתוך תקנות ההגנה, לאור פירוש מחודש ואיזון של התקנות.

- **מעמד התקנות היום** - הן לא בוטלו, ועתירות שרוצות לבטלן נדחות. אבל בוצעו רפורמות בחקיקה ראשית במגוון נושאים שמחליפות את תקנות ההגנה: חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), חוק המאבק בטרור).

#### חקיקה מנהלית - תקנות שעת חירום (עמ' 149-150)

- לפי ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט: למחוקק המשנה סמכות לחוקק חקיקת משנה - תקנות שעת חירום, תוקפן מוגבל ל-3 חודשים - בוטל.
  - חו"י הממשלה:
    - ס' 38: לכנסת סמכות להכריז מצב חירום המוגבל לתקופה של שנה, אפשר לחדש את ההכרזה.
    - ס' 39:
  - לממשלה סמכות להתקין תקנות. (עד כאן אין חידוש, אבל הפעם הממשלה מוגבלת יותר):
    - הממשלה יכולה להתקין תקנות שעת חירום, רק אם מצב החירום מחייב זאת ולא ניתן לפעול בחקיקה ראשית (פורז).
    - תקנות שעת חירום נתונות לביקורת שיפוטית: לא ימנעו פניה לבימ"ש ולא יפגעו בכבוד האדם
    - ס' 39 מסמיך את הכנסת גם להאריך את התקנות בחקיקה ראשית וכך הן נשארות יותר מ-3 חודשים.
- ← ביהמ"ש בתחילת שנות ה-90 התחיל להגביל את סמכות השימוש בתקנות שעת חירום - גם אם מצב החירות מחייב זאת, לא ניתן להשתמש בתקנות אם אפשר להסדיר את זה בחקיקה ראשית.
1. **פורז (תקנות שעת חירום במקביל לחקיקת משבר הדיוור)** - החוק נכנס לתוקף שבוע אחרי התקנת התקנות. **לוי** - אם אפשר לחוקק את זה בחקיקה רגילה וראשית ע"י הכנסת. יש לעשות זאת בהליך רגיל ולא בתקנות שעת חירום, כי תקנות חירום יקבעו רק במצב חירום מחייב (ס' 39).

#### חקיקת חירום עצמאית של הכנסת - (עמ' 152-150)

- **הארכה של תקנות שעת חירום** - יש תקנות שעת חירום רוצים לעגן אותן אז מחוקקים אותן בחקיקה ראשית. (ס' 39 לחו"י הממשלה)
  - **חקיקת חירום מקורית של הכנסת** - חוק שכולו עוסק במב החירום ותוקפה מותנה במצב חירום. שני דפוסים:
    - **הסדר מפורט של תחום בטחוני** - ספציפי. למשל חוק סמכויות שעת חירום מעצרים מנהליים שמסדיר את נושא המעצרים המנהליים של חשודים בעבירות ביטחוניות בישראל.
    - 1. **פחימה (מעצר מנהלי) - פרוקציה** - בימ"ש שמפקח על החלטות חירום כדי להגן על זכויות, מאשר את הכלי של מאסר מנהלי ואומר שמותר להפעילו במצבים קיצוניים של סכנה לביטחון המדינה כשאין מענה אחר.
    - **חוק מסגרת** - מסמיך את הרשות המבצעת להתקין תקנות ולפרסם צווי ביצוע בתנאים המפורטים בחוק, למשל חוק פיקוח למצרכים ושירותים, מקנה לשרים את הסמכויות להסדיר עיסוק באספקת מוצרים תוך פגיעה חמורה בחו"ע.
- חוקי המסגרת נותנים לרשות המבצעת **סמכות רחבה** (קצת כמו ס' 38-39), להתגבר על חקיקה ראשית ולפגוע בזכויות יסוד. ההבדל הוא שלפחות בחו"י הממשלה לתקנות יש הגבלה בזמן של שלושה חודשים וכאן הן לא מוגבלות.
- איך בימ"ש פותר את זה? בימ"ש החיל גם כאן את **הסייג של חו"י הממשלה** - שאין לעשות שימוש בסמכות הזו אלא אם זה חיוני והכרחי ולא ניתן לעשות זאת בחקיקה ראשית.

1. **שנסי נ' המפקח על היהלומים - חשין-** גם בחוקי מסגרת כמו חוק הפיקוח למצרכים ושירותים, אין לקבוע צווים אם מצב החירום לא מחייב זאת. ז"א- בימ"ש יכול לפקח גם על תקנות מסמכות חוקי המסגרת (כמו הסייג השני לסי' 39 חו"י הממשלה)

- **הוראות שעת חירום בחוקים רגילים-** מדובר בחוק רגיל שלא מותנה בקיום מצב חירום. בתוכו יש התייחסות למה יהיה המצב או ההסדר אם וכאשר יתחיל מצב חירום, והסעיפים הללו יהיו בתוקף רק כל עוד יהיה מצב חירום. למשל- חוק חופשה שנתית- שקובע כי שר העבודה יכול לדחות מועד חופשה בשעת חירום (אבל ב2006 גם ההסדר הזה השתנה ונקבע כי הסמכות קיימת גם בלי תלות במצב חירום).

### **המודל החדש (20 שנים)- הסדרה בחקיקה ראשית שתוקפה לא מותנה בהכרזה על חירום (עמ' 153)**

- **השינויים:** מעבר לחקיקה ראשית, חקיקה מפורטת, אין תלות במצב חירום.
- **הסברים לשינויים: (עמ' 153-158)**
  - **אי-התאמה של המודל הישן למציאות של מצב מתמשך (עמ' 153-154)**
  - **התחזקות ההתנגדות השיפוטית להאצלה גורפת (עמ' 154-157):** המהפכה החוקתית משדרגת את היכולת לבטל חוקים, וגם:
    - **הדרישה להסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות (מיטרני)**
      1. **הועד הציבורי נגד עינויים (עינויים בשב"כ)-** סמכות שיורית (וכללית) של הממשלה לא מצדיקה חקירות הפוגעות בזכויות אדם, ונדרשת הסמכה מפורשת.
      2. **כלל ההסדרים הראשוניים- צמצום הפעולה של הרשות המבצעת-**
        2. **רובינשטיין-** המחוקק לא מתכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקביעת הסדרים ראשוניים, לכן בימ"ש יפרש את ההסמכה שנתן המחוקק למנהל (המבצעת) באופן מצומצם, כך שלא תוכל הרשות המבצעת לקבוע בעצמה בסוגיות חברתיות חשובות, או בעניינים הפוגעים בחירויות יסוד.
    - **הרחבת התערבות השיפוטית בשק"ד בעניינים בטחונים**
      3. **פלונים נ' שר הביטחון (החזקת אדם שהוא קלף מיקוח במעצר)- ברק-** חירות הפרט והצורך בביטחון. מפרש באופן מצומצם את החוק, עצור שהוא קלף מיקוח לא מהווה סכנה ולכן אין לפגוע בחירותו. פגיעה זו צריכה להיות כתובה מפורשות בחוק וגם אם תחוקק, צריכה לעבור פסקת הגבלה.
      4. **פלונים נ' מדינת ישראל-** כתוצאה מפס"ד פלונים חוקקו את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקים- שמאפשר לעצור גם משתייכים לארגון טרור, לכן כדברי ברק נעמידו בפסקת ההגבלה. **ביניש-** החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה ואין עילה להתערבות משפטית. בנוסף היא אומרת: (1) החוק לא נועד לאפשר החזקה של אסיר כקלף מיקוח, אלא להרחיק מי שמשתייך לארגון טרור (2) ביהמ"ש לא הכשיר את כל החוק, כלומר עוד לא בחן אותו, אלא רק סעיף ספציפי שגורם לכך שלא צריך להוכיח מסוכנות של אסיר וניתן לעצור אתו אוטומטית. בפס"ד הזה כן הוכחה מסוכנות האסירים ולכן השאלה בדבר חוקתיות הסעיף בצ"ע. **החידוש-** כשהדבר מעוגן בחקיקה ראשית, בימ"ש לא ימהר לבטל פעולה שלטונית שבוצעה. לא בטוח שהתרחבות ההתערבות השיפוטית השפיעה על המעבר לחקיקה ראשית כי היום בימ"ש מתערב גם בחקיקה ראשית (למשל ביטול חוק טל בענייני בטחון)
        - ← אז מה המטרה בעיגון החקיקה אם הוא לא מגן עליה?
        - מול חקיקה ראשית בימ"ש פועל בריסון
        - חקיקה ראשית לא מוגבלת בזמן
    - **התחזקות המעורבות הציבורית להגנה על זכויות האדם- (עמ' 158)**
      - מה שקורה בכנסת משפיע על הציבור והמחוקק מתאים את עצמו ורוצה גם הוא להגן יותר על זכויות אדם, מסכים עם פעילות בימ"ש (ולא מתנגש לה כמו שהסברים הקודמים)

## מדינה יהודית ודמוקרטיה

### הגירה ומרשם

- **חוק השבות- לא הגדיר בהתחלה מיהו יהודי?**
- 1. **רופאייזן (חוק השבות היהודי שהתנצר בשואה)- בימ"ש:** מוגדר כיהודי אבל לא יקבל אזרחות. **זילברג (רוב)-** אם הייתה הולך על ההגדרה הדתית אז הוא יהודי, אבל ההגדרה לחוק השבות למיהו יהודי היא הגדרה חילונית, לפיה בגלל שהוא התנצר הוא לא יהודי. **חיים כהן (מיעוט)-** בהיעדר קנה מידה אובייקטיבי בחוק השבות שקובע מי הוא יהודי, נשתמש בקנה מידה סובייקטיבי: כל מי שנולד יהודי ורוצה לשוב לישראל, צריך לאפשר לו. **לנדוי-** מטרת חוק השבות לקרב את יהודי הגולה לארץ, והמרת דת היא התרחקות מהדת. ז"א אין אפשרות לנתק את ההגדרה היהודית מההגדרה הלאומית, ואם הוא לא יהודי לפי הדת הוא גם לא לפי חוק השבות.
- 2. **שליט (לרשום ילדים מעורבים כיהודים)-** הוא מבקש לבצע מבחן אובייקטיבי (ילדיו חיים פה, דוברי עברית ויתגייסו לצבא) + סובייקטיבי (לפי רגשות הפרט, כמו חיים כהן ברופאייזן). **בימ"ש:** מקבל את העתירה ומחייב רישום כיהודים. **זוסמן (רוב)-** מקבל את העתירה. (1) אין סמכות לפקיד להחליט מיהו יהודי ומי לא לצורך מרשם האוכלוסין אם חוק השבות לא קבע מי הוא יהודי. (2) בנוסף, אין בעיניו משמעות לסעיף הזה במרשם האוכלוסין- אין לו נפקות. **זילברג וקיסטר (מיעוט)-** אין בחוק הגדרה למיהו יהודי ולכן צריך להיצמד להגדרה הדתית למיהו יהודי, אין לרשום אותם.
- אגרנט ולנדוי-** מצטרפים לדעת המיעוט לדחיית העתירה. הסי' לא חסר משמעות כי (1) יש לו לכך השלכה ציבורית (2) המדינה כן מתייחסת אחרת. ++ זו החלטה שצריכה להילקח בתוך המערכת הפוליטית ולא בביהמ"ש.
- פרשת שליט מעוררת סערה- תקנו את חוק השבות וקבעו שיהודי הוא מי שנולד לאם יהודייה (כמו בהלכה), או התגייר ואינו בן דת אחרת, המשקל הופך להיות לא השאלה מיהו יהודי אלא מי זה מיש אינו בן דת אחרת? מי הוא לא יהודי? מי קובע מה זה גיור?
- 3. **סוזן מילר (רישום לאחר גיור רפורמי בחו"ל)- ביהמ"ש-** הציע שלוש אפשרויות, השר הציע אפשרות רביעית. **החידוש-** רשם האוכלוסין צריך להיצמד לפריטי הרישום ולא לערער בתוקף הנתונים.
- 4. **ש"ס (רישום לאחר גיור בחו"ל, חותמת למילר)-** ביהמ"ש קובע שגיור בחו"ל של עולה במרשם האוכלוסין ירשם לאחר הודעתו וצירוף מסמך גם לגבי סעיף הלאום וגם לגבי סעיף הדת. **הלכה-** אדם שהתגייר בחו"ל ונמצא בארץ כדן בין אם תושב קבע ובין אם אזרח צריך רק להביא מסמך שאומר שהתגייר בחו"ל והוא ירשם כיהודי. **ללא הפרדה בין סוגי הגיור.**
- **עד כאן- מיהו יהודי?** מי שהוא בן לאמא יהודייה ואינו בן דת אחרת. וגיור שנעשה בחו"ל מספיק כדי להחשב יהודי.
- **פונק שלינגר (נישואין אזרחיים בחו"ל)- זוסמן-** לפקיד אין סמכות לשאול האם יש תוקף לנישואין או לא (כמו שליט). החידוש: נישואין אזרחיים שבוצעו בחו"ל ירשמו כנישואין בארץ.
- 5. **פסחו גולדשטיין (גיורים שבוצעו בארץ לצורך שבות)-** בהסתמכות על ש"ס (מתגייר בחו"ל ירשם כיהודי) המדינה: הלכת ש"ס חלה רק על גיורים בחו"ל ובארץ הגיורים כפופים לפקודת העדה הדתית. **ברק-** ההכרה בגיור לא כפופה לפקודת העדה הדתית, שנוגעת לענייני מעמד אישי ולא לענייני מרשם ושבות.  
+ מן הראוי שהכנסת תחליט בנושא מיהו יהודי ומי הוא גר לצורך חוק השבות.
- 6. **פס"ד נעמ"ת (רישום גיורי קפיצה)-** הלכת ש"ס לא חלה על גיורי קפיצה. **ביהמ"ש:** עם ישראל הוא אחד. לגבי מרשם: כל עוד אין הנחיה בחוק, מי שהתגייר, לא משנה איפה, יש לרשום אותו כיהודי (לא מכריע בנוגע לחוק השבות שכאן לא נידון). **טירקל-** כל עוד לא מבחירים מה משמעות "התגייר" בחוק אף אחד לא ירשם כיהודי. **הצעה מהפכנית-** שתגרום למחוקק לקבל החלטה מיהו יהודי.
- 7. **טושביים 1- (מתגיירים בארץ לצורך שבות)-** המדינה טוענת שרק מי שתגייר בחו"ל נחשב יהודי לצורך חוק השבות שתכליתו לעודד עליה של יהודים. **ברק-** אומר שזו הפלייה פסולה בין מתגיירים בארץ לבי מתגיירים בחו"ל. אבל הכנסת צריכה לקבוע מיהו גר לצורך חוק השבות.
- **המדינה מכירה בגיורים ליברליים לחוק השבות,** בשני תנאים: (1) שילוב בקהילה יהודית (2) גיורים בחו"ל או גיור בארץ ע"י מערכת הגיור של המדינה.
- 8. **טושביים 2- ברק-** מקבל את ההכרה בגיורים ליברליים אבל לא מקבל את הסייג הראשון שיש להישאר בקהילה. לגבי הסייג השני- הכנסת צריכה לקבוע בחוק. **החידוש-** גם המדינה וגם בימ"ש מכירים בגיור ליברלי לצורך חוק השבות אם בוצע בחו"ל.

9. בג"צ רוג'צו'בה (שבת לגיור אורתודוכסי פרטי בארץ) - המדינה לא מסכימה כי מכירים רק בגיורים בחו"ל, וגם אם בארץ אז רק ע"י הרבנות. נאור - לגבי הטענה הראשונה של המדינה, זו פרשנות מצמצמת ומפלה. לגבי הטענה השנייה - לגבי גיור בארץ ובחו"ל צריך לאמץ את מבחן הקהילה היהודית המוכרת, לכן יש לאפשר להם שבות. הלכה - גיורים אורתודוקסיים + אורתודוקסיים פרטיים בארץ מוכרים לצורך חוק השבות.
10. דהן - הכרה מלאה בגיורים קונסרבטיבים ופרומים שבוצעו בארץ לצורך.

חוק השבות	מרשם אוכלוסין	הליך גיור בוצע ב-
(פס"ד רוג'צו'בה) אורתודוכסי ואורתודוכסי פרטי	(פס"ד נעמ"ת) כל גיור	ישראל
(פס"ד דהן) גם גיורים רפורמים וקונסרבטיבים	(פס"ד דהן) גם גיורים רפורמים וקונסרבטיבים	
(פס"ד טושביים 2) כל גיור	(פס"ד מילר + פס"ד ש"ס) כל גיור	חו"ל

#### הרחבת הזכאות לשבות לאחר תיקון החוק

1. סטמקה - האם בן זוג של יהודי לפני העליה או אחרי העליה זכאי לשבות? חשין - מדובר בבני זוג טרם עלותם ארצה משני נימוקים (1) מטרת החוק לא להפריד משפחות עולות (2) לא לפגוע בשוויון של ישראלים שאינם יהודים ובני זוגם לא יקבלו אזרחות.
2. מרינצ'בה - האם אלמנה נחשבת עדיין בת זוג של יהודי לצורך שבות? בימ"ש: רק אלמנה המקיימת קשר גורל עם העם היהודי וניתן לראות בה כבת זוגו של זכאי שבות, תהיה זכאית לשבות.

#### כניסה לישראל והתאזרחות של לא יהודים

- חוק האזרחות והכניסה לישראל - התיקון לא מאפשר יותר אזרחות לנישואי זרים מהשטחים משום שהאזרחות נוצלה לרעה לביצוע טרור.
  - 1. עדאלה - המדינה מצדיקה את החוק בשל שמירה על בטחון המדינה ואזרחיה פרוקציה - התכלית האמיתית היחידה שניתן לראות היא דמוגרפית. זו לא התכלית שהמדינה מציגה וזו סיבה מספיק טובה לפסול את החוק. חשין - לא מתייחס לתכלית הדמוגרפית המדינה לא הציגה אותה אלא הציגה רק תכלית ביטחונית. העתירה נדחת.
  - 2. גלאון - עתירה נגד אותו חוק. המדינה מציגה תכלית ביטחונית. לוי - הרציונל הביטחוני לא מספיק מפני שיש אמצעי שפגיעתו פחותה. בנוסף, לא ברור אם ההצדקה הדמוגרפית מחזקת או מחלישה את עמדת המדינה, אבל מזכיר גלי עליה (ז"א שכנראה חשוב שהנימוק הדמוגרפי לגיטימי. ריבלין - דן ברציונל הביטחוני בלבד לא כי הדמוגרפי לא הוצג אלא כי הוא לא מתאים לחוק הספציפי שאוסר כניסה ממקום ספציפי ולא מונע הגירה מכל מדינות ערב. מלצר - מתעסק בנימוק הביטחוני כי זה מה שהמדינה מציגה. העתירה נדחת.
- ← בימ"ש דבק בתכלית הביטחונית כהצדקה בלעדית לחוק ולפיה החוק בטל כי לא עובר פסקת הגבלה, אבל האמירות מרמזות כי אם המדינה הייתה מנמקת דמוגרפית אולי בימ"ש לא היה פוסל את החוק.



**הבחירות לכנסת**

1. סמכותה של וועדת הבחירות המרכזית לא לאשר רשימת מועמדים לכנסת למרות שהיא לכאורה עומדת בדרישות החוק.
2. **ירדור (ועדת הבחירות פוסלת את רשימת הסוציאליסטים למרות שעומדת בדרישות החוק):** השאלה העולה היא האם אפשר לפסול מפלגה בגלל איום פיזי בטחוני על המדינה או גם בשל איום רעיוני על אופי המדינה. **רוב- פוסלים את המפלגה:** אומרת שבהיעדר חוק מותר לפסול לאור איום פיזי על קיומה של מדינת ישראל. **חיים כהן (מיעוט)-** אין סמכות לפסול מפלגה (1) בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק. (2) אני לא רואה סכנה ממשית למדינה מהשתתפות המפלגה בבחירות (יכול להיות שאם היה רואה סכנה כן היה פוסל).
3. **ניימן הראשון (ועדת הבחירות פוסלת את כך והתנועה המתקדמת לשלום)-** השופטים קבעו כי פסלו בירדור את המפלגה בשל איומה הפיזי על מדינת ישראל ולא בהכרח בשל איום רעיוני.
  - + לגבי הרחבת העילה: **אלון, בייסקי ושמגר-** אי אפשר להרחיב את הלכת ירדור על איום רעיוני כי אין הסמכה לכך בחוק. **ברק-** ראוי להרחיב את עילת הפסילה לאיום רעיוני גם בלי חוק.
  - + האם לשקול שיקולי הסתברות בפסילה: **ברק-** מספיקה סכנה אפשרית (מסתברת) וכאן אין. **שמגר-** צריך לפסול רק בוודאות קרובה לסכנה. **אלון-** לבימ"ש אין יכולת להעריך הסתברות לכן אין לבחון אותה. **תוצאות: (1) הרשימה המתקדמת: בן פורת-** יש לפסול לאור הלכת ירדור. **רוב-** לועדת הבחירות לא היו מספיק ראיות לסכנה למדינה ולכן לא פוסלים. (2) **כד: רוב-** המפלגה הכריזה שלא מנסה לפגוע בקיום המדינה אלא רק מתנגדת לסדר היום שלה (אופי) לכן לא פוסלים לאור הלכת ירדור. **ברק-** אפשר לפסול לאור פגיעה באופי המדינה גם בלי חוק אבל יש צורך במבחן הסתברותי, וכאן אין סבירות להגשמת המטרה של המפלגה.
- **רות גביזון-** השופטים ציינו גם נימוק איום רעיוני- אי התיישבות עם ערכי היסוד של המדינה. ניתן לראות בדברי זוסמן ואגרנט.
- **תיקון 7 לחו"י הכנסת: ס' 7(א)-** לא תשתתף רשימה בבחירות לכנסת אם במטרותיה או במעשיה במפורש או במשתמע: (1) שלילת קיומה של המדינה כמדינת העם היהודי (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה (3) הסתה לגזענות.
 

← **אומצה עילה רחבה יותר מהלכת ירדור (קיום פיזי) ומספיק איום על אופי המדינה.**
- **ס' 5 לחוק המפלגות:** התנאים של סעיף 7(א) יחולו כתנאי לרישום מפלגה (שלב מוקדם יותר).
 

**ברק-** פסילה מוקדמת יותר (לפי ס' 5 לחוק המפלגות) מהווה פגיעה חמורה יותר בזכויות **חשין ודורנר-** ההבדל זניח
- **תיקון 2002 לס' 7(א) (עמ' 174)**
  - אפשרות לפסילה פרטנית
  - **אמצעי בקרה חזק מהרגיל-** בפסילת רשימה ההחלטה תקפה מיד וניתן לערער עליה, בפסילת יחיד, בימ"ש צריך לאשר את ההחלטה. מכניס את בימ"ש לשחקן פעיל בהחלטה
  - **עילת פסילה נוספת-** תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור.

← הוסיפו משום שעילות אחרות היום כבר לא בשימוש.
4. **טיבי ובשארה- ברק-** מדינה יהודית ודמוקרטית לפי 7 (א)- יש לו פרשנות מצמצמת כי מטרתו לצמצם זכות לבחור ולהבחר. שונה מהמובן של מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית בחוקי היסוד של זכויות אדם, שם יש לתת למושג משמעות רחבה כי מטרתו הגנה על זכויות.

5. **בן שלום - שלמה לוי** - אני מגדיר הגדרת מינימום למדינה יהודית ודמוקרטית, רק כדי לא להכנס לשיח פוליטי. הגדרת המינימום : (1) קיום של רוב יהודים בה (2) מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם. (3) קיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות. וכל זאת ברוח מגילת העצמאות. ההלכה - רשימה שיעדה המרכזי הוא ביטול המרכיבים הללו, עונה על ס' 7 א ועליה להפסל.
6. **בל"ד ורע"מ** - הועדה פוסלת את המפלגות בשל שלילת אופי המדינה כמדינת העם היהודי. בימ"ש: מבטל את החלטת הועדה ולא מסכים לפסול את המפלגות. משמעות - ריקון מתוכן של עילת הפסילה לאור שלילת אופי המדינה כיהודית (העילה הראשונה).
7. **טיבי ובשארה** - ועדת הבחירות המרכזית פסלה את השתתפותם לאור העילה הנוספת של תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. ברק - מבטל את הפסילה כי לא שוכנעו שהם תומכים במאבק כזה כי היו חסרות ראיות. משמעות - גם עילת פסילה זו מרוקנת מתוכן ע"י בימ"ש.