

מחברת בחינה

משפט חוקתי

מרצה: ד"ר שרון ויינטל

תודה לאדם כיוף וקורל סייג על השלמת החומרים.

המכללה האקדמית נתניה, משפטים, מסלול ערב, תשע"ו 2015/16

10/27/2015

Sharon-w@bezeqint.net

050-6847694

משפט חוקתי

תוכן העניינים

4	מבוא למשפט החוקתי
4	פירמידת האישייות המשפטיות בחברה החופשית
6	איך בנוי הריבון?
7	איך מזהים את הנאמנות של האורגנים לאומה?
7	מי זו האומה?
7	האם אומה יכולה להחליט שהנוסחה שהיא מאמצת לעצמה היא נוסחה שלעולם לא ניתן לשנות אותה?
7	קיימים שני סוגי נוסחאות להתארגנות של אומה:
7	1. נוסחאות התארגנות פרטיקולריות של אומה
8	2. נוסחאות התארגנות אוניברסליות של אומה
8	א. מדינה מודרנית-
8	ב. מדינה דמוקרטית-
8	אם האומה משנה שתי נוסחאות אלו, אז היא משנה את הנאמנות שלה כלפי האדם
9	איך משנים נוסחה פרטיקולרית בדרך דמוקרטית?
13	מדוע ברוב החוקות יש נוקשות ומדוע הנוקשות היא חשובה?
13	מעמד מגילת העצמאות בפירמידת הנורמות
14	האם יש לחוקי היסוד עליונות נורמטיבית?
15	אינדיקציות לעליונות בשני חוקי היסוד:
16	תיאוריה בדבר הסמכות המכוננת של הכנסת
19	ניתוח סתירה לכאורה בין חוק לבין חוק יסוד
19	שלב א' של הבחינה החוקתית
19	1. האם העתירה בשלה להכרעה?
19	1. אפקט מצנן
19	2. צפוי נזק בלתי הפיך לעותרים (מצב של "מעשה עשוי")
21	דוקטרינת הבשלות
21	2. האם החוק מכרסם בהיקף הפנימי של עקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד?
22	3. האם כרסום ממשי או בגדר "זוטי דברים"?
22	4. האם הכרסום הוא לכל היותר "פגיעה" או עולה כדי "שינוי"?
23	מבחני הפסיקה – להבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" (עקיף)
23	א. מבחן החריג הבולע את הכלל-
23	ב. מבחן "כיפוף הענף עד שבירתו" (חשין, בנק המזרחי)-
23	חשין
24	שלב ב' של הבחינה החוקתית

- 24 ב. בהנחה שמדובר בכרסום המהווה לכל היותר "פגיעה" .
- 25 שלב ב' של הבחינה החוקתית.
- 31 מבחני 'פסקת ההגבלה' .
- 31 "אלא בחוק...או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו" .
- 32 ההולם את ערכיה של מדינת ישראל .
- 34 לתכלית ראויה
- 34 תוכן התכלית
- 35 הצורך בהגשמתה
- 35 במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתית) .
- 37 3. המבחן האמצעי השלישי- "האמצעי המידתי"(מידיות במובן הצר)- .
- 38 מידתיות
- 38 זכויות האדם
- האם החוק/החלטה מנהלית מכרסמים ב'היקף הפנימי' של עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד/עק' יסוד בלתי כתובים?
39
- 41 הבחנה בין זכות שלילית (פאסיבית) לזכות חיובית (אקטיבית) .
- 45 הזכות לשוויון .
- 45 עיקרון השוויון בבחירות .
- 47 השוויון כזכות אדם .
- 50 תורת האיזון במשפט החוקתי .

מבוא למשפט החוקתי

הנחת היסוד של החברה החופשית שכל מה שאנחנו יוצרים, נועד לשרת את האדם.

פירמידת האישיות המשפטיות בחברה החופשית.

אישיות משפטית- המשפט מכיר בו למושא לזכויות וחובות - כמו תאגיד. חברה בע"מ (תאגיד) היא אישיות משפטית. המשפט מכיר בו והוא נהנה מזכויות וחובות- הוא יכול לעשות פעולות משפטיות. חוק במדינת ישראל אומר לנו שחברה בע"מ זה אישיות משפטית שיכולה לפעול ולעשות פעולות משפטיות. כל עוד שהחוק מכיר בהם כישות משפטית הם יכולים לפעול.

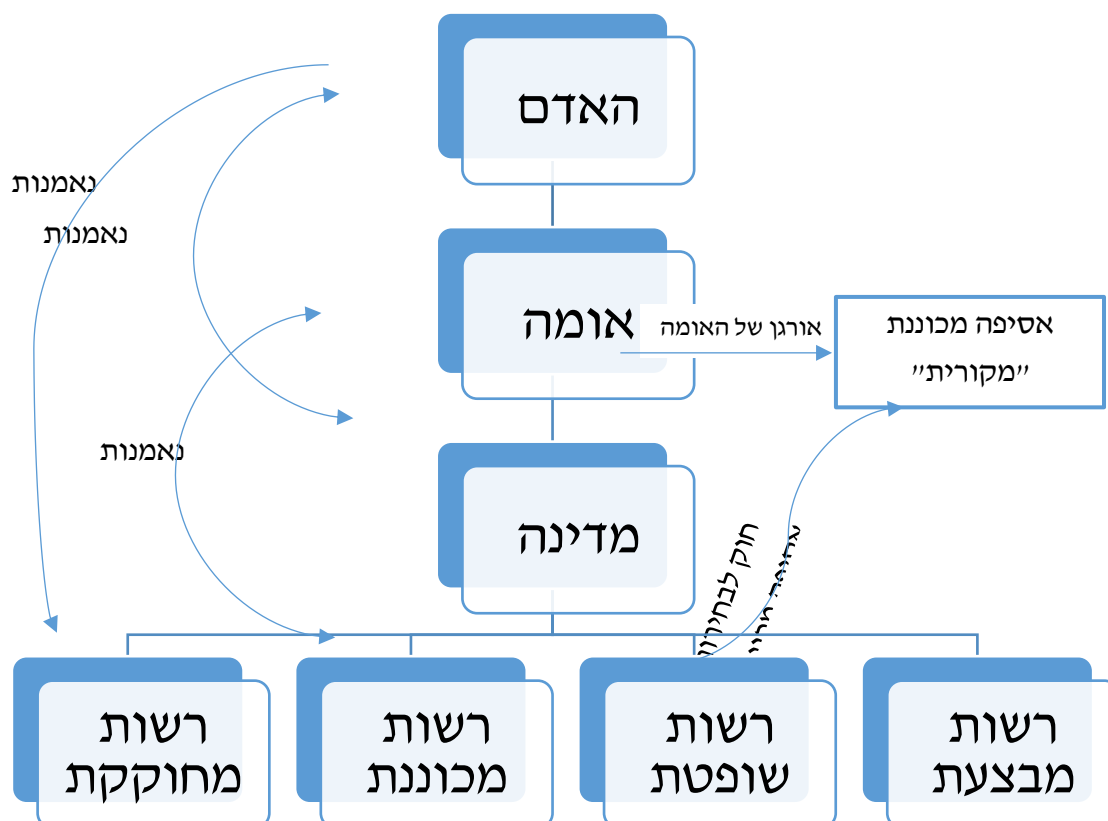
הנחת היסוד של החברה החופשית שכל מה שאנו יוצרים בחברה שלנו נועד לשרת את **האדם**.

לאדם זכויות טבעיות, הוא נולד חופשי. האדם הוא **אישיות משפטית** ולכן הוא מוצב בראשית הפירמידה- כל מה שאנחנו עושים הוא בשביל האדם.

אומה- קבוצת אנשים בעלת חלומות ואינטרסים משותפים. קבוצת אנשים מתארגנים כדי לצאת ממצב הטבע ועושים זאת על מנת לכוון מדינה. (למה כל המדינות רוצות לכוון אומה? אומה נותנת הגנה, ביטחון וזכויות).

מדינה- כל ההוגים של תקופת הנאורות הסבירו מדוע צריך מדינה וביניהם, תומס הובס, ג'ון לוק וג'אן ג'אק רוסו, "מצב הטבע הוא מצב נורא, כי שם בסוואנה אין מי שישמור עלינו, אדם לאדם זאב, הבעיה במצב הטבע שיש שוויון בין הפריטים בחברה וגם אם היו פריטים חזקים יותר הדבר לאו דווקא מבטיח להם חיסיון".

איך שוברים את השוויון? "אמנה חברתית", כל מי שחלק מאותה מסגרת חברתית מסכים לוותר על כל חלק מהחירות שלו שהייתה במצב הטבע (מקסימאלית). ויתור של הנתינים על החירות המוחלטת במצב הטבע כלפי הריבון. (אם ניקח את מדינת ישראל כדוגמא, לאחר הקמת המדינה, הנתינים, שהם האזרחים בעצם, הסכימו לשלם המון מיסים ובנוסף לשרת שירות חובה ארוך בצה"ל על מנת להבטיח את בטחונו של הנתין ובמטרה להפוך את מדינת ישראל למעצמה שתספק את צרכיהם של אזרחיה).



למה כדאי לנתינים לוותר על החופש שלהם?

וויתור של הנתינים על החירות המוחלטת במצב הטבעי כלפי הריבון. הם מסכימים לעשות מה שהריבון יצווה עליהם.

בישראל, האדם בחר בריבון שיגן עליו מבחינת ביטחון (צה"ל)

הנתינים מסכימים להפוך את הריבון למדינה חזקה ולקיים את החוקים והצווים של הריבון, ולשלם מיסים על מנת שיגנו עליה- בתמורה להגנה.

המדינה לא חייבת להיות דמוקרטית. תומס הובס הצדיק את המלך האנגלי- את המונרכיה. מאחר והמלך שומר על ביטחון האנשים. אם המלך חלש ולא שומר על ביטחון האדם, יהיה מרד ולאחר מרד יהיה ריבון חדש.

הריבון האמיתי זו הממשלה באמצעות הזרועות שלה- שב"כ, צה"ל, משטרה.

03/11/2015

במצב הטבע כולם "שווים"- חרות בלתי מוגבלת.

במדינה, האדם מוותר על שימוש בכוח למעט הגנה עצמית. הריבון ישתמש בכוח פיזי.

האדם מוותר על מונח הצדק, לעומת המצב הטבעי. הריבון יעשה את הצדק בשם האדם. האדם מחויב לכבד ולקיים את אותה מערכת הצדק מטעם הריבון. במדינה דמוקרטית קיימת התניה- כל עוד הריבון מספק צדק סביר בהליך הוגן, האדם חייב לקבל אותם.

מצב הטבע ← "אמנה חברתית" ← מדינה מודרנית

במדינה מודרנית האדם חי פחות בפרט ממה שהיה לו במצב הטבע. המדינה מתפקדת, הריבון חזק כשהאדם חי יחסית בביטחון. לכן כל עוד המצב הביטחוני לא טוב, הריבון יהיה חייב לפעול על מנת לשמר את "האמנה החברתית". מדינות שמתפרקות, **מדינות כושלות** מתחילות לחזור לחיי הטבע.

פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים (הפרטת בתי הכלא)

בוררות של העולם התחתון לא יכולה להתיישב עם העקרונות של מדינה מודרנית, הגורם היחיד שיכול לספק עם משפט הוא הריבון. האם גם בהפרטת בתי הכלא יש בעיה עם העקרונות של המדינה המודרנית? לפי פסיקה של בימה"ש אדם נשלח לכלא – כלא = הפעלת כוח (ציווים, בדיקות) היה חוק שאפשר לנהל כלא פרטי כאשר היא גוזרת קופון מהמדינה. המדינה הייתה משלמת לכלא הפרטי פר אסיר. בג"צ פסל את הפרטת בתי הכלא. בג"צ קבע כי מדובר בפגיעה בחירות האישית של האדם וכבוד האדם. קיימת פגיעה בחירות של האדם מאחר והזכיין הפרטי, הכלא הפרטי יכול לפעול משיקולים זרים. הבעיה הבסיסית היא הלגיטימיות של שלילת החירות. האדם מוכן לוותר על החירות שלו עבור הריבון ולא עבור אדם אחר (אפריקה ישראל, הזכיין הפרטי) ההפרטה של בימה"ש נפסלה על תורת ההוגים (חירות האדם) ומשום שרק הריבון רשאי לאסור את האדם, לשמירת ביטחון הכלל.

בתי הדין הפרטיים של העדה החרדית - שייכות לקהילה עם בתי דין פרטיים.

יכול להיות שבתי הדין האלו יזמנו אותך במקרה של סכסוך. מה קורה אם חבר בקהילה לא מוכן לציית לפס"ד או להגיע לזימון? אחד מהעונשים הוא חרם ונידוי לחבר אותה קהילה. במקרה של סכסוך בין פרטים – הולכים לריבון. אחד הטיעונים לגבי בתי הדין הפרטיים החרדים הוא שהקהילה היא אינטימית, סגורה ולכן בתי הדין הפרטיים. מדוע חייב שחרדי יהיה מחויב בבית דין פרטי ולא יזכה לטיפול הריבון? המדינה לא סוגרת את בתי דין הפרטיים מפאת **זכות האנטומיה הקהילתית**. ע"פ ההיגיון, כל קבוצה גדולה/ קטנה תקים בית דין פרטי משלה, וקיימת אפשרות לחזרה למצב הטבע.

איך בנוי הריבון?

מדינה היא אישיות משפטית מופשטת, כמו שהתאגיד הוא אישיות משפטית מופשטת. אישיות משפטית מופשטת חייבת אורגנים שיפעלו בשמה. בתאגיד משפטית- מנכ"ל, בעלי המניות, דירקטוריון. מי שפועל בשם הריבון זה האורגנים שלה, במדינה דמוקרטית מקובל העיקרון של הפרדת הרשויות. אם כל הרשויות ירוכזו בידי אדם אחד- נניח מלך, לא יהיה הרבה חופש. בדמוקרטיה לוקחים את כל הכח שהריבון קיבל ומבזרים אותו לרשויות שונות.

שלוש הרשויות:

- א. מחוקקת
- ב. שופטת
- ג. מבצעת

איך כל רשות תוציא אותנו ממצב הטבע?

במצב הטבע, כל אדם מתנהג לפי תפיסתו ואין כללים להתנהגות של כל פרט ופרט בחברה. ולכן האדם תמיד יחיה בפרט, כי אין כלל.

במדינה יש **רשות מחוקקת**, היא תקבע את כללי ההתנהגות. לדוגמא: לא ניתן להסיג גבול בקניין הפרטי. הריבון מגן על הקניין הפרטי.

גיון לוק שם את הקניין הפרטי במרכז, האדם אוסף את הקניין הפרטי והריבון צריך לשמור על קניין זה.

מי שלא ישמור על הכללים יפגוש את **הרשות המבצעת**, שאמורה לאכוף את הכללים בדמות הצבא, משטרה וכו'. ייווצר סכסוך בין הפרט לריבון.

מערכת הצדק מטעם הריבון, **הרשות השופטת** תכריע בסכסוכים. אם יתברר שמערכת הצדק עשתה טעות חמורה היא יכולה לתקן בין השאר, במשפט חוזר.

המבנה ההיררכי גוזר את המגבלות שחלות על כל אחד "מהשחקנים" האלו.

כל אחד האורגנים שפועלים בשם המדינה, והם בתחתית הפירמידה, חייבים בנאמנות להתארגנות המקורית שהקימה את המדינה ← אומה.

איך מזהים את הנאמנות של האורגנים לאומה?

סעיף מאוד מרכזי בחוקי היסוד, סעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת- רשימה בבחירות ששוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והם רוצים ליצור מדינה חדשה- ניתן לפסול אותה מרשימת הבחירות. הכנסת לא רואה את עצמה כגוף שמוסמך לדבר בשם האומה.

מי זו האומה?

בצרפת, הצרפתים תופסים את חברי האומה ככל מי שחי תחת האומה הצרפתית.

בתפיסה האזרחית, מי שנתין לאמנה החברתית יהיה אזרח.

התפיסה בישראל היא תפיסה שונה, היא תפיסה תרבותית, אתנית. האומה זה מושג שזהה למושג עם – תפיסת הלאום. לדוגמא: חוק השבות.

בישראל התפיסה הדומיננטית של האומה היא לא אזרחית אלא תרבותית אתנית, מי האומה התרבותית? העם היהודי. סממן תרבותי הוא סמלי המדינה. לא מנסים לאמץ סמלים ניטרליים שידברו לכל האזרחים, כל הסימנים הם סימנים בעל אופי יהודי. הימים החשובים המצוינים הם דתיים מובהקים. לא ייתכן שבמודל התרבותי לאומה, שכולם יהיו מרוצים. כל מי שהמדינה מדברת אליו, כל מי שמרגיש שייך אליו יהיה בעד האומה – הרוב. המיעוט, שלא מזדהה עם המפעל, עם הסממנים והסמלים.

האם אומה יכולה להחליט שהנוסחה שהיא מאמצת לעצמה היא נוסחה שלעולם לא ניתן לשנות אותה?

האומה היא אומה חופשית, בדרך דמוקרטית מובא לידי ביטוי החופש ולכן יש לכבד את מה שהאומה מחליטה כביטוי חופשי. מה קורה כשהאומה מחליטה לשעבד את עצמה למלך? ואז יקומו המצביעים במשאל חוק ויגידו שזה הרצון שלהם בתור ביטוי חופשי, כשלמעשה הם בחרו לשעבד את עצמם.

לכן כשאומה מגדירה את עצמה כאומה דמוקרטית וחופשית מבקשת לשעבד את עצמה- זהו לא חוקתי ומרגע שאומה מוגדרת כדמוקרטית וחופשית אין דרך חזרה.

10/11/15

קיימים שני סוגי נוסחאות להתארגנות של אומה:

1. נוסחאות התארגנות פרטיקולריות של אומה

כל אומה מחליטה איזה נוסחה פרטיקולארית היא בוחרת מבלי שהדבר ישפיע על האופי הדמוקרטי והחופשי שלה. לא צריך לאמץ את הנוסחאות הפרטיקולאריות בשביל להיות אומה חופשית. לצורך העניין יש שיטענו אם מדינת ישראל תאמץ נוסחה פרטיקולארית אחרת של "מדינה לכל העם" ולא "מדינה יהודית" אז היא תהיה חופשית ושוויונית יותר אך עם זאת הנוסחה הזו לא פוגעת בחופש במדינה או מגבילה אותו. סעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת אומר כי מי שרוצה לשנות את אופי המדינה כיהודית לא יוכל לכנס לכנסת ("פסקת נצחיות" – פסקה אשר מנציחה את מדינת ישראל כמדינה יהודית).

דוגמא נוספת, ארה"ב היא אומה פדרטיבית, היא מורכבת ממדינות שונות שלכל מדינה יש את האנטומיה שלה, וקיים הממשל הפדרלי. הפדרליזם בארה"ב הוא מאוד יסודי. שינוי הנוסחה האפשרי הוא שאין יותר מדינות ויש רק מדינה אחת, ומה שיש במקום מדינות שונות יש שלטון מקומי (כמו ערים, ראש עריית דנוור) האם ארה"ב לא תהיה חופשית אם זה יקרה? לא. היא עדיין תהיה חברה חופשית.

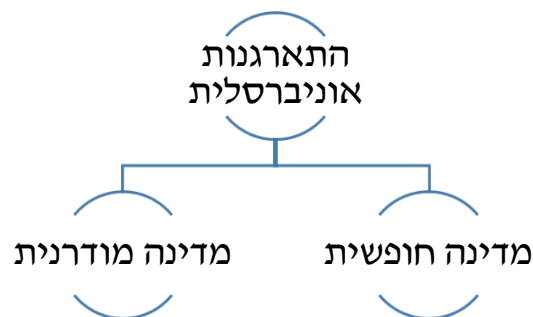
- מדינה יהודית
- מדינה פדרלית בארה"ב+גרמניה+ הודו
- רפובליקה חילונית צרפתית

כיצד מאחדים ללאום אחד משותף? מוותרים על הסממנים שמאחדים את כולם ביחד (כמו דת) הרבה פעמים כשאומות רוצות לשמר את הזהות שלהן כחופשית, הן מעגנות את זה בחוק. בטורקיה קיימת "פסקת נצחיות" בחוקה- לא ניתן לשנות את הזהות של הלאום. בישראל סעיף 7א – מי שרוצה לשנות את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, לא ייכנס לכנסת – וכך לא יוכל לבצע שינוי בתמהיל האומה.

אם צרפת תהפוך להיות אומה קתולית, אבל כל העקרונות החילוניים יישמרו בה- היא עדיין תהיה אומה חופשית, אך עם הגדרת אומה שונה.

2. נוסחאות התארגנות אוניברסליות של אומה

הנוסחאות האוניברסליות משותפות לכל חברה חופשית בעולם. אם אומה רוצה לכוון חברה חופשית, היא חייבת את הנוסחאות האלו, אחרת היא לא תהיה אומה חופשית.



- מדינה מודרנית**- חייבת להיות אומה חברתית שתקים ריבון, ריבון אחד חזק (אחרת האדם חוזר למצב "הטבע" ויהיה כאוס ותוהו ובהו). רק הריבון רשאי להפעיל כוח פיזי על מנת לשמור על האומה.
- מדינה דמוקרטית**- שיטת משטר שיוויונית חופשית, שמעניקה לכל אזרחיה חופש.

אם האומה משנה שתי נוסחאות אלו, אז היא משנה את הנאמנות שלה כלפי האדם.

אין מדינה חופשית שהיא לא מודרנית ודמוקרטית.

בישראל קיים מצב שבו ישראל היא אומה דמוקרטית אך יש בעיה עם השטחים. כיום תושבי השטחים לא שייכים למדינת ישראל, ומבחינת מדינת ישראל המצב **זמני**. ישראל סיפחה את ירושלים ורמת הגולן וטענה שהם שייכים לישראל. בשטחים, החוקים לא תופסים, אלא החוק הבינלאומי תופס. כל עוד ישראל רואה את המצב כמצב זמני היא יכולה לקיים את המשטר שלה.

היה ואומה רוצה לשנות את הנוסחאות האלו:

נוסחה אוניברסלית: לא ניתן, אחרת האומה מועלת באמון האדם. לא ניתן לשנות, אלא בכוח- הפיכה שלטונית. הנוסחה הזו היא תוצאה של הניסיון האנושי המצטבר.

נוסחה פרטיקולריות: הן לא הצדק המוחלט, והן לא הטוב המוחלט. קיימת ההעדפה ללאום מסוים, המדינה מגדירה את עצמה לפי סמלים ומנהגים שונים. יש העדפה ללאום מסוים, ולאום אחר לא מרגיש שייך.

אם זה הצדק המוחלט והטוב המוחלט כל האזרחים היו רוצים לקיים את הנוסחה הזו, ערביי ישראל מייצגים את זה שהם לא מרוצים מהנוסחה הזו.

הממשל הפדרלי יחליט לבטל את החלוקה למדינות, ויהיו ראשי ערים. האם זה יהיה בהכרח פחות טוב?

הנוסחאות יכולות להיות טובות לתקופה מסויימת, והאומה יכולה להחליט שהיא משנה את תמהיל הנוסחה הזו.

מראשית קום המדינה, השאיפה של המייסדים הייתה לכוון מדינה יהודית, ועד היום שאיפה זו לא השתנתה. העובדה שבריטניה היא אומה אזרחית שמורכבת מאנגלים, וולשים, סקנדיבים – היא מקיימת את הנוסחה הפרטיקולרית. גם אם הקטלונים יצליחו במאבק שלהם וישתחררו מספרד- ספרד עדיין תקיים את הנוסחה הפרטיקולרית.

איך משנים נוסחה פרטיקולרית בדרך דמוקרטית?

רק האומה יכולה לשנות את הנוסחה, הם צריכים גוף שייצג אותם, והכנסת לא יכולה לייצג אותם. גופים אלה גם נקראים אספה מכוננת.

הכנסת היא אורגן של מדינה, והאספה מכוננת מקורית- כזו שיכולה להתחיל פרויקט חדש, היא אורגן של האומה. המקורית יכולה לדבר בשם האומה ישירות ויכולה לבצע שינויים.

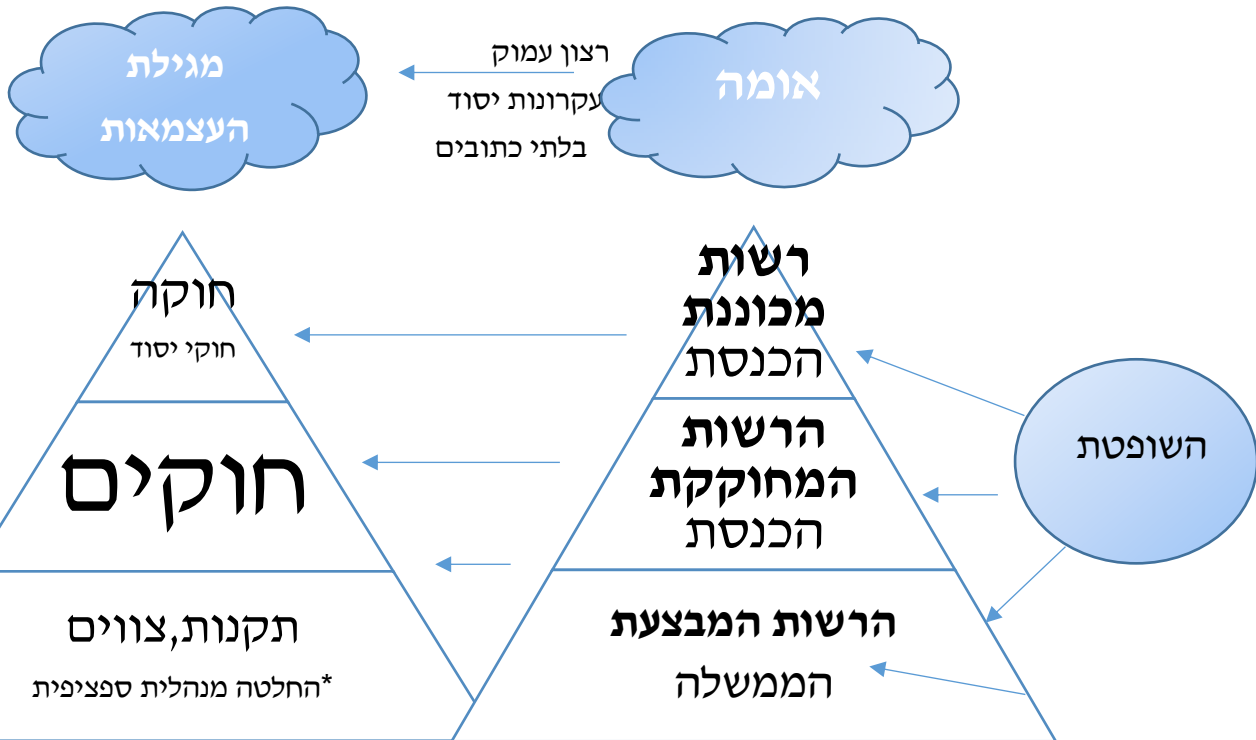
לגוף הראשון שנבחר בישראל, היה לו פוטנציאל להיות מקורית. האספה המכוננת המקורית הראשונה הפכה את עצמה **לכנסת**.

כרגע חברי האומה, הם חברי העם היהודי, אך בכדי להישאר אומה יהודית לא צריך אספה מכוננת יהודית כי היא כבר קיימת.

אם יהיה חוק לבחירת אספה מכוננת זה יהיה כי האומה הגיעה להחלטה שהגיע הזמן לחשוב על משהו חדש – שהיא לא ישראל אחת- אחדות של העם היהודי, אלא ישראל שתיים שהיא אחדות יהודית-פלסטינית.

מכיוון שיש לשקול מעבר ממדינה יהודית למשהו אחר, הנציגות חייבת לשקף כלל אזרחי – ישראל לא יכולה להיות **רק** מדינה יהודית.

אחד התנאים הוא בדיקת ההיתכנות של נוסחה חדשה בתחום.



ממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת כך שהכנסת היא מעל הממשלה, ולכן הכנסת יכולה להפיל את הממשלה. ממשלה לא יכולה לפעול לנצח בלי (דרכים להפיל את הממשלה):

- 1) תקציב- לא מעבירים תקציב למדינה, הממשלה נופלת. אם חברי הכנסת לא מעבירים תקציב במשך כמה חודשים, אוטומטית הממשלה תיפול.
 - 2) חוק פיזור הכנסת- דרך נוספת להפיל את הממשלה היא חקיקת חוק לפיזור הכנסת ולקיום בחירות חדשות. הממשלה הופכת להיות ממשלת מעבר עד הבחירות החדשות. עוד כתוב בחוק יסוד הממשלה אחראית בפני הכנסת, אחריות משותפת.
- הרשות השופטת מפקחת על כל הרשויות ובראש הפירמידה, **הראשות המכוננת (הכנסת)**.

הרשות המחוקקת (הכנסת) יוצרת לנו נורמות של חקיקת חוקים, תקנות וצווים (גם כן, החלטות מנהלתיות ספציפיות אך זו לא נורמה שנוגעת לכלל הציבור). הרשות המבצעת (הממשלה) מקבלת החלטות מנהליות. הרשות המכוננת (הכנסת) שעומדת בראש הפירמידה יוצרת לנו נורמות של חוקה (חוקה יסוד). **נורמה תחתונה לא יכולה לסתור נורמה נחותה יותר.**

17/11/15

נורמה ב'נורמה א'

ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו \neq חוק הפיניו והפיצוי
 אין פוגעים בקניינו של אדם
 מפנים + מפצים
 שנת 2005
 שנת 1992

מדובר בשתי נורמות שוות מעמד.

איך נוהג בימה"ש כשהנורמות שוות מעמד והוא נאלץ להכריע? כיצד בימה"ש צריך לדעת מה רצונה של הכנסת? במצב כזה מפעילים את **כלל ברירת הדינים**, להחליט איזה חוק גובר. קודם כל יש לבדוק מי יותר ספציפי. הכנסת יכולה להגיד משהו כללי, והנורמה הספציפית תחליט. בנורמה א'- קניין הוא משהו מאוד כללי: רכב, בית רכוש.

נורמה ב' – יותר ספציפית, כמו במקרה ההתנתקות.

במידה ולא ניתן להחליט מה יותר ספציפי-

נורמה א' כללית, וכך גם נורמה ב'. ההיגיון הוא לקחת את החוק העדכני יותר.

כלומר אם בשנת 2005 חוקי ההתנתקות הם פיקציה ואתה פונה לבימה"ש, ובימה"ש היה אומר שחוקי היסוד הינם רגילים, בודקים מי יותר ספציפי והוא יגבור, ואז ברור שחוק הפינני הפיצוי יגבור על חוק היסוד. והעתירה הייתה נידחת על הסף.

מכיוון שבין שנת 1992 לשנת 2005 התרחשה **מהפיכה חוקתית** בישראל, גילוי של רשות נוספת שיש לה כוח לחוקק נורמות עליונות יותר- חוקה או בהקשר המשפט הישראלי- חוקי יסוד.

הפרשן החוקתי – מפרש את החוקה. אין בימה"ש לגיטימי בעולם שחושב שהוא זה שצריך לכתוב חוקה חדשה, ולכן הוא לא מעל המכוננת.

כל עוד שהרשות המכוננת נאמנה לעקרונות היסוד- אז הרשות המכוננת מחוקקת את חוקי היסוד.

כשהרשות המכוננת מפרה את הנאמנות החוקתית שלה לאומה, למפעל המשותף שכונן את המדינה, אז יכולה להיכנס

לתמונה הרשות השופטת- רק אם הם לא פוזיטיביסטים, הם עולים מעל לרשות המכוננת. אם רואים שמה שכתבה הרשות

המכוננת עומד נגד הרצון המשותף, בימה"ש יפסול את החוק.

התפקיד של הרשות השופטת במדינה המודרנית- להחליף את הצדק הפרטי במצב הטבע ולשים במקומו צדק מטעם הריבון=מערכת צדק שמיישבת סכסוכים בין הפרט לשלטון. בימה"ש העליון הוא הערכאה הגבוהה ביותר.

שלטון החוק הפורמלי- אם הרשות המבצעת רוצה להפר את החוק ואף אחד לא עוצר אותה, זה מרוקן מתוכן את החוק של נציגי העם, הכנסת. הרשות המבצעת שמה את עצמה מעל הכנסת, ושליט לוקח לעצמו כוח מעל לנציגי העם הופך את עצמו לדיקטטור.

כולם פועלים ע"פ חוק לרבות הרשות המבצעת.

כדי לקיים דמוקרטיה צריך לעבור לבחינה המהותית= לאכוף את שלטון החוק המהותי.

כיצד אוכפים? בודקים את תוכן החוק. האם התוכן של החוק, מתיישב עם מה שרצינו להיות כחברה? אם רצינו להיות

מדינה דמוקרטית ותוכן החוק אומר בחירות כל 20 שנה? פוסלים את החוק. כולם פועלים באותה דרך = לבדוק האם

החוקים מגשימים את מה שרצינו להיות.

גישת מיעוט- פס"ד התנועה לאיכות השלטון

חשין בדעת מיעוט שצריך לפסול את החוק בסיבוב הראשון, טוען כי יש חוק שסותר את עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

לדעתו חוק גיוס בחורי ישובות פוגע בשני יסודות:

- מדינה יהודית: צה"ל הוא המגן של העם היהודי, ואם פוטרים קבוצה גדולה מתוך העם היהודי, מתקיימת פגיעה

בצה"ל – עקרון יסוד המדינה היהודית.

- מדינה דמוקרטית: בגלל הפגיעה בשיווין.

הגישה של חשין היא דעת מיעוט ולכן זו לא הלכה.

מדינה יהודית, אבל לא היסוד של צה"ל- מדינה יהודית כחילונית לאומית שהדת היא יסוד מרכזי בה כי היא מאחדת את

כל חברי הקבוצה. אבל לא ניתן לשים את הדעות מעל מעקרונות אחרים כי הוא לא מתאים לפרויקט- מדינה יהודית.

הבעיה היא כשמאחדים משהו, לא ניתן להתחיל להוציא קבוצות מהכלל הזה וליצור אוטונומיות והיפרדות. חוק שמתחיל

לבסס אוטונומיה מוחלטת על המגזר החרדי, והגיוס הוא חלק מזה- חוק זה מאיים על אחדות העם היהודי.

עד המהפכה החוקתית, חוקי היסוד היו תחת חוקים, לאחר המהפכה החוקתית חוקי היסוד עלו למעמד חוקי יסוד.

והבהרת עליונות חוקי היסוד הובהרה בהלכת בנק המזרחי.

חוק לא יכול לסתור חוק יסוד. האם חוק יסוד יכול לעקוף את עקרונות היסוד הבלתי כתובים?

חוק יסוד לא יכול לשנות את עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

נניח ויבוא חוק יסוד חדש, "תיקון" חוק יסוד עקרונית ניתן לפסול אותו מאחר והוא סותר את עקרונות החוק הבלתי כתובים- יסוד דמוקרטי.

שופטים רבים טוענים כי יש עקרונות יסוד, אמנם עד היום לא נזקקו לאותם עקרונות כי הכנסת לא פעלה באופן מזעזע. אם נציגי העם רוצים להרוס את מפעל העם, עקרונות היסוד הבלתי כתובים אמורים לשמש על מנת להגן על מפעל העם.

משבר חוקתי- כאשר שני הרשויות נכנסות למשבר, והן צריכות למצוא פתרון.

אם הכנסת תחוקק חוק שינסה לצמצם את סמכויות בג"צ- הוא יעמוד בסתירה את סמכות השפיטה שמעניק לבג"צ את היכולת להעביר ביקורת וכאן יתחיל פינג פונג.

הפס"ד שבו חשין לא נותן לנו את האמרה החשובה של בימה"ש שחוק יסוד לא יכול לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים מאחר והפס"ד דן **בחוק טל**, חוק רגיל.

בפס"ד בר-און דובר על חוק יסוד שדן בתקציב דו-שנתי, הוראת שעה שחוקקה כחוק יסוד זמני.

הכנסת עברה מתקציב שנתי לתקציב דו שנתי, וכדי לבחון את הסוגיה חוקקה את החוק במעמד חוק יסוד זמני. התקציב החדש שנתי הוא חוק יסוד. אם היו מחוקקים את התקציב הדו שנתי כחוק רגיל, והתקציב החדש שנתי הוא חוק יסוד משק המדינה. הייתה נוצרת סתירה בין חוק רגיל לחוק היסוד. ע"פ פירמידת הנורמות, ופס"ד מזרחי החוק הרגיל היה נופל. ולכן חוקקה את החוק החדש במעמד חוק יסוד זמני.

מה יטענו עותרים שרוצים לתקוף את התקציב הדו שנתי?

הנשיאה דורית בייניש אמרה, שזה שחוקקו משהו כחוק יסוד, לא אומר שאי אפשר לבדוק האם הוא חוקתי, יש אפשרות לפסול גם הוראה בחוק יסוד, אם היא עומדת בסתירה לעקרונות היסוד הבלתי כתובים.

לא היה פס"ד שאומר שחוק יסוד יכול לעמוד בסתירה לחוקי יסוד הבלתי כתובים. בייניש טוענת כשבאים לבטל סעיף בחוקה לאור פגיעה בעקרונות היסוד הבלתי כתובים, קיימת פגיעה קשה

יש חוק יסוד שטוענים שהוא סותר עקרון יסוד בלתי כתוב, הוא שואל את השאלה האם חוק היסוד יכול לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים? בייניש אומרת כי בימה"ש יכול לפסול חוק יסוד אם הוא סותר את חוק עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

למרות שיש חוק יסוד התקציב השנתי, אם יש שני חוקים באותו מעמד **כלל ברירת הדינים**, החוק היותר ספציפי יגבר על החוק הכללי. ואם שני החוקים הם חוקים כללים, אז החוק החדש יגבר על קודמו. ולכן חוק יסוד התקציב הדו שנתי גובר על חוק תקציב שנתי.

בחוקה בד"כ החוקה היא העליונה על כל דבר אחר, וכל מה שסותר את החוקה בטל. ובחוקי יסוד אין דבר כזה. גם בארה"ב החוקה גוברת על החקיקה של המדינות ולא על החקיקה של הקונגרס.

חוקה = עליונות נורמטיבית + נוקשות
 אם חוק סותר את החוקה החוק בטל קשה לשנות את החוקה

אנו מגנים על היסודות הללו- מחוקקת, שופטת ומבצעת. כדי לרסן את המבצעת לא צריך חוקה- מאחר והיא כפופה לחוק, היא מתחת לכנסת, וניתן לרסן אותה ע"י חוקים רגילים. המטרה של החוקה היא לשים משהו מעל המחוקק- היא מעל חוק רגיל.

מדוע ברוב החוקות יש נוקשות ומדוע הנוקשות היא חשובה?

כשאין נוקשות ניתן לשנות את חוקי היסוד. עליונות נורמטיבית זו דרישה בסיסית הכרחית, לחוקה אפקטיבית. כי אם יש חוקה והיא לא עליונה, היא לא שווה כלום. אם אין נוקשות ובימה"ש מרסן את המחוקק באמצעות החוקה, אז הוא ישנה את החוקה וכך הוא יוכל לשנות את הפסיקה של בימה"ש.

בישראל, בנק המזרחי אומר שיש עליונות נורמטיבית לכל חוקי היסוד. יש שני מקומות בחוקי היסוד שנדרשים 80 ח"כ. אחד מהם הוא מאוד חשוב, כאשר הכנסת רוצה להאריך את הכהונה שלה. בישראל אכן יש חוקה, אבל לא חוקה נוקשה. גם אם יבטלו את כל חוקי היסוד, קיימים העקרונות הבלתי כתובים. בסעיף 7א לחוק יסוד הכנסת-ממי שרוצה לשנות את מאפייני המדינה: מדינה מודרנית, מדינה דמוקרטית ומדינה יהודית לא יכול להיבחר לכנסת.

נניח שבוטלו כל חוקי היסוד, וגם סעיף 7א ← **פס"ד ירדור**. אחד מפס"ד החשובים ביותר של בימה"ש העליון. 7א נחקק בשנת 85, כאשר רצו לפסול את רשימת כהנא, תנועה פוליטית גזענית שרוצה לבטל את הדמוקרטיה בישראל, לא היה סעיף שמאפשר לפסול רשימה כזו, ואז חקקו את סעיף 7א.

ירדור בשנת 1965- כאשר אין את 7א- ירדור הייתה תנועה פוליטית אשר השופטים התלבטו לגבי המטרה שלה. שופט אחד חושב שהיא בכלל רוצה לבטל את מדינת ישראל – לבטל את המדינה המודרנית ולחזור למצב הטבע. שופט אחר חושב שהמטרה שלה היא לבטל את הזהות שלה, את קיומה כמדינה יהודית. שופט המיעוט, חיים כהן הלך ע"פ העקרונות המקובלים במשפט החוקתי שמי שרוצה לפגוע בזכויות יסוד של הפרט(חופש הביטוי הפוליטי, שיויון, הזכות לבחור ולהיבחר) חייב חוק מפורש שמסמך אותו. שופטי הרוב עולים לעקרונות היסוד הבלתי כתובים, שופט אחד מדבר על הזכות הטבעית של מדינה להתקיים. השופט זוסמן הולך לעקרונות היסוד הבלתי כתובים ומדבר על הזכות הטבעית של מדינה להתקיים. דמוקרטיה מתגוננת- למדינה מותר להתגונן ולפסול רשימה כזו גם כשהיא לא כתוב. מהעקרונות האלו הוא גוזר סעיף דומה ל7א רק שהוא **בלתי כתוב**. השופט אגרנט רואה את האיום באותו מקרה לא באיום על עצם קיומה של המדינה, אלא רק על זהותה היהודית ומבחינתו הכנסת היא נאמנה של האומה. השאיפה של כל ההתארגנות הזו היא לכוון מדינה יהודית- לא ייתכן שמי שנבחרו להגשים את השאיפה הזו יפעלו נגד שאיפה זו.

בישראל גם אם יבטלו את כל חוקי היסוד לרבות 7א תמיד יישארו עקרונות היסוד הבלתי כתובים. כל עוד שהכנסת מפעילה רק את הסמכות המחוקקת והמכוננת הרגילה שלה, לא ניתן לשנות אף אחד מהיסודות.

מעמד מגילת העצמאות בפירמידת הנורמות



מגילת העצמאות – הצהרת כוונות של האבות המייסדים של האומה, מה רצינו להיות.. רצון לכוון מדינה יהודית למרות שלא כתוב מדינה דמוקרטית. במגילת העצמאות כתוב שתיבחר אסיפה מכוננת. אף אחד מהחותמים (37) לא חשבו שהם כותבים חוקה, כתבו חזון והצהרות כוונות כללית האמורה לשמש בסיס לחוקה שתיכתב על ידי האסיפה המכוננת. הפרדת רשויות- מועצה הזמנית כגוף מחוקק ואת הרשות המבצעת הזמנית עד שתבחר האספה המכוננת. בתי המשפט התייחסו למגילת העצמאות כמעין מסמך המעיד על עקרונות היסוד הבלתי כתובים וזה היה מקור השראה כשבאים לפרש חוק/ חוק יסוד- מקור לפרשנות. כשאני בא לפרש חוק/ חוק יסוד אני לומד על כוונות היסוד של הפרויקט ממגילת העצמאות, זה לא מחייב אותי.

כל הדברים האלו הם דמוקרטיה.

השופט **אגרינט בפס"ד קול העם** - עוסק בהחלטה של שר הפנים לסגור את העיתון "קול העם" - מישהו פרסם מאמר עם תיאורית קונספירציה שהממשלה הישראלית הולכת לשלוח חיילים לקוריאה, ללחום עם ארה"ב במלחמת קוריאה. אין חוקה, אין חוק יסוד ולמרות זאת במדינה דמוקרטית לא פוגעים בחופש העיתונות. בשנת '53 היו בחירות, הוקמו בתי משפט, יש הפרדת רשויות בין פרלמנט, ממשלה ובית משפט משמע הייתה דמוקרטיה. ומאחר שישראל היא דמוקרטיה, לא ניתן לסגור את העיתון. מגילת העצמאות משמשת כמקור פרשני, לא מסמך משפטי מחייב אלא השופטים לעקרונות המגילה. חוקי היסוד עוברים תיקון, ובס' 1 "פסקת עקרונות היסוד" זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, קדושת האדם ובהיותו בן חורין. יש שופטים שהוכנס הסעיף חל שינוי, עד עכשיו מגילת העצמאות לא הוכרה בחוקי מדינת ישראל ולא נתנו לה מעמד חוקי ישר, אלא רק מקור השראה פרשני. בפעם הראשונה, טוענים השופטים - כי המגילה מוזכרת בחוקי המדינה, בחוק יסוד. אם עד היום היינו פונים אלי כדי לקבל השראה, כעת **ניתן לגזור ממנה ישירות עקרונות חוקתיים וזכויות חוקתיות**. חופש החינוך - החופש של כל הורה להחליט על דרך בה הם רוצים לחנך את ילדם. לשלוח את הילדים למסגרת כזו או אחרת או אפילו להחליט על חינוך ביתי. **גישה אחת** : אומרת שמאז ראשית ימי המדינה ועד לימנו אנו הייתה גישה אחת למדינה ישראל, היא אך ורק מקור פרשני ואין לה מעמד חוקתי. השופטים פונים אליה לפרשנות והשראה בלבד.

הגישה השנייה : עם הכנסת פסקת עקרונות היסוד לחוקי היסוד, משהו השתנה, ואם היא מוזכרת בחוקי היסוד יש לה מעמד חוקי.

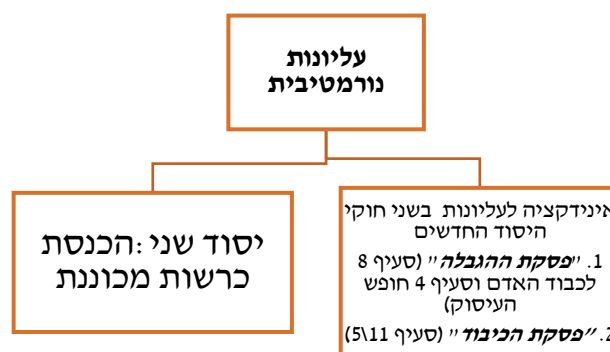


01/12/2015

האם יש לחוקי היסוד עליונות נורמטיבית?

לאחר פס"ד בנק המזרחי-כן! - חוק לא יכול לסתור חוק יסוד וחוק יסוד ולא יכול לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים. המהפכה החוקתית התרחשה לאחר חקיקת חוקי היסוד, בדבר זכויות האדם 92. השופטים הולכים לשני מסלולים.

מסלול אחד זה האינדיקציות לעליונות - מה מראה לי שחוקי היסוד הם עליונים. איפה מחפשים את האינדיקציות האלה? בשני חוקי יסוד החדשים. מה הם שני חוקי האינדיקציות האלה?

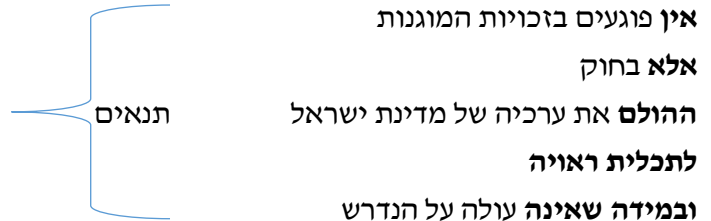


אינדיקציות לעליונות בשני חוקי היסוד:

עליונות נורמטיבית:

1. פסקת ההגבלה

(חל רק על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו - ס' 8, ובחוק יסוד חופש העיסוק - ס' 4.)



אינדיקציה ראשונה היא פסקת ההגבלה - המחוקק הישראלי רוצה לפתור את בעיית הלכלוך בחופים – מי שלכלך עד היום קיבל קנס של 750, המחוקק יעלה את זה לשנת מאסר. **פסקת ההגבלה מדבר על הזכויות המוגנות בחוק יסוד זה - הזכות לחירות אישית.** אם החוק לא עומד בתנאים של פסקת ההגבלה, אי אפשר לפגוע בחירות. פסקת ההגבלה תגיד שהחוק לא חוקתי - לא עומד בתנאים. הראשון שיכניסו אותו לכלא, בהליך הוא היה טוען שהחוק מנוגד לחוקי היסוד. אם זה היה נורמות באותו מדרגה נורמטיבית ולכן אין עליונות - בימה"ש היה אומר שהחוק על הלכלוך בחופים הוא יותר ספציפי. **אם חוק לא עומד בתנאים של חוק היסוד - כי אין לו תוקף, חוק היסוד הוא העליון.**

לפי חשין: חשין לא מקבל את עליונות חוקי היסוד ומסביר כך שאצלו חוקי היסוד הם באותה מדרגה כמו חוקים רגילים. זה כלל ברירת דינים מיוחד. כלל ברירת הדינים הרגיל אומר מי שיותר ספציפי גובר. ואז תמיד החוק שפוגע בחוק היסוד הוא יותר ספציפי כי חוק היסוד הוא מאוד כללי. החוק הספציפי תמיד מנצח לפי כלל ברירת הדינים הרגיל. חוקי היסוד הם חוקים רגילים ולכן פסקת ההגבלה זה סוג של כלל ברירת הדינים יותר ספציפי. חשין אומר כלל ברירת דינים בית המשפט ממציא אותו, זה כלל פרשני. בפסקת ההגבלה המחוקק קבע כלל ברירת דינים חדש ומה הוא אומר? הפוך. כללי גובר (חוק יסוד) אלא אם כן החוק הספציפי עומד בכל התנאים של פסקת ההגבלה. לפי חשין אין לראות בפסקת ההגבלה אינדיקציה לעליונות הוא רואה בה כלל ברירת דינים מיוחד. הרוב רואה בה אינדיקציה לעליונות נורמטיבית.

2. פסקת הכיבוד

(ס' 11 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו וס' 5 לחוק חופש העיסוק)

אינדיקציה שניה "פסקת הכיבוד". פסקה זו אומרת שכל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. כשיש במדינה במערכת משפטית – חוקה, אז כולם כפופים לחוקה כולל כל הרשויות (כולל את המחוקק = הכנסת). אם כל הרשויות כולל המחוקק בעצמו חייב לכבד משהו שכתוב נורמה מסוימת אז הנורמה הזו היא כנראה חוקה. התכלית היא להגביל את המחוקק. פסקת הכיבוד אומרת שכל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד ואם היא לא מכבדת, כולל המחוקק, צריך לאכוף עליה לכבד. הגוף היחיד במדינה דמוקרטית היכול לאכוף את הכיבוד הוא ביהמ"ש. כלומר, אם הכנסת לא מכבדת, אפשר לפנות לבימה"ש ולטעון שהכנסת לא מכבדת את חוקי היסוד, ובימה"ש יכריח אותה לכבד. פסקת הכיבוד היא עוד אינדיקציה לעליונות של חוקי הכנסת על החוקים הרגילים של הכנסת ולסמכות של ביהמ"ש לבטל חוק, מכוח כיבוד הזכויות.

(סעיף שמירת הדינים - ס' 10 לחוק יסוד כבוד האדם)

שמירת הדינים שומרת על יציבות החוק, ברגע שנכנסו חוקי היסוד היה חשש שזה יביא לפסילת חוקים רבים. המחוקק היה מודאג ולכן הוא קבע **שכל מה שנחקק עד כניסת החוק מוגן**. כבוד האדם וחירותו משליך על ענפים שלמים של החוק: עונשין, בטחון וכו' ואם כל החוקים ייפסלו תהיה בעיה של יציבות החוק ולכן כל מה שנחקק עד 92 מוגן. "אין בחוק יסוד זה בכדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה בתוקף ערב תחילתו של חוק היסוד" אם זה חוקק עד 92 הוא מוגן, אם זה חוקק אחרי 92 הוא צריך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. אם חוק היסוד לא היה עליון, אז לא היה צריך לשמור על אף דין. **אף שמירת דינים לא יכולה לשמר משהו שסותר את עקרונות היסוד הבלתי כתובים.**

4. פסקת ההתגברות

אם הכנסת הייתה מכניסה את ההתגברות לחוק רגיל, זה לא היה שווה, כי חוק רגיל לא יכול להתגבר על חוק יסוד. בשני תנאים ניתן להתגבר על פסקת ההגבלה:

- ייכתב בחוק במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד חופש העיסוק
 - החוק שרוצה להתגבר יקבל רוב של 61 חברי כנסת.
- החוק שחורג מפסקת ההגבלה, מתוקף פסקת ההתגברות תקף 45 שנים ולאחר מכן יש לחדש אותו.** מאחר ויש חריגה מהחוקה, יש לחוק היתר זמני. פסקת ההתגברות היא אינדיקציה לעליונות של חוקי היסוד - אם חוקי היסוד אינם עליונים אז לא היה צריך בהתגברות.

נורמה א' = נורמה ב'
חופש העיסוק = איסור ייבוא בשר שאינו כשר

08/12/2015

תיאוריה בדבר הסמכות המכוננת של הכנסת

בנק המזרחי השופטים מנסים לגבש תיאורה כללית - מאין באה הסמכות המכוננת של הכנסת.

איך אנחנו יודעים שהלכת בנק מזרחי זאת הלכה? איך אנחנו יודעים לישראל יש חוקה? השופט חשין בביהמ"ש העליון חשב שלישאל אין חוקה ושחוקי היסוד זה חוקים רגילים. כל שופטי ביהמ"ש העליון חוץ מחשין מקבלים את בנק המזרחי וחושבים שחוקי היסוד הם לא חוקים רגילים ושלישראל יש חוקה.

אם נבדוק את הפסיקה מ-1992 (חוקי היסוד החדשים), ו-1995 (בנק מזרחי) נפסלו מאז 11 הוראות חוק של הכנסת שעמדו בסתירה לחוקי היסוד. איך פועלות שיטות שיש בהם חוקה? ביהמ"ש העליון בודק כל הביט חוקתי בעולם איך הוא פועל, הוא בודק אם החקיקה של בית המחוקקים, של הפרלמנט, באותה מדינה מתאימה לחוקה ואם יש סתירה בין החוק לחוקה ביהמ"ש פוסל את החוק. ביהמ"ש הישראלי פועל אותו דבר - בודק אם החוק מתאים לחוק יסוד, אם הוא מוצא סתירה שאי אפשר ליישב אותה - הוא פוסל את החוק.

אם הכנסת היא רשות מכוננת, היא קופצת בפירמידת הרשויות מעל הרשות המחוקקת ואז לא רק שני החוקים האלו שנראים כמו חוקה הם עליונים נורמטיבית אלא כל מה שאמרה הרשות המכוננת יהיה עליון על מה שאמרה הרשות המחוקקת.

1. גישת שמגר - הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת

נשאלת השאלה מאיפה יש לכנסת סמכות מכוונת, מכוח מה היא יכולה לקבוע חוקים נורמטיביים? שמגר אומר, אנחנו חיים בדמוקרטיה שבה העם הוא הריבון והעם יכול להחליט מה שהוא רוצה. העבודה שהכנסת מייצגת את העם מקנה לה את הכוח לחוקק נורמות עליונות. יש לה סמכות מכוונת מעצם העובדה שאין גוף אחר בישראל שמייצג את העם חוץ ממנו אז אם העם הוא הריבון בדמוקרטיה ואין אף אחד שמייצג אותו חוץ מהכנסת אז גם הכנסת היא הריבון.

מכוח זה היא מכוונת נורמות **בשתי דרגות**:

נורמות עליונות- חוקי היסוד בשיטת המשפט

נורמות רגילות- חוקים רגילים

העם הוא "הריבון", אבל יש דברים שגם הוא מוגבל לשנות אותם- הנוסחאות האוניברסליות. העם לא יכול להחליט לפרק את הדמוקרטיה. אבל המסקנה הסופית היא שלכנסת יש סמכות מכוונת מקובלת על כל שופטי ביהמ"ש העליון. (אם יש לה סמכות מכוונת יש לה סמכות לחוקק נורמות שהם מעל חוק רגיל).

2. גישת ברק- תיאורית שני הכובעים/כתרים

תאוריה יותר מקובלת- תאוריה שנקראת דוקטרינת "שני הכובעים" או "שני הכתרים"- ברק אומר שלכנסת יש 2 כובעים.

הכנסת מחוקקת ולכם יש לה כובע של רשות מחוקקת ועל זה אין מחלוקת.

המחלוקת היא על הכובע השני- האם הכנסת היא גם רשות מכוונת?

התאוריה של ברק מדברת על הרציפות החוקתית: דבר נובע מדבר כשלבסוף אנו מגיעים לכנסת המכוונת. הסמכות עוברת מגוף לגוף, מכנסת לכנסת, האם אפשר להגיד שהסמכות עדין נשארת אותו דבר?

בחינת הרציפות החוקתית:

התחלנו ממגילת העצמאות שם נקבע שתיבחר אסיפה מכוונת (הכנסת הראשונה). לאחר מכן, התקיימו הבחירות

לאספה המכוונת ואז האסיפה המכוונת מחוקקת את "חוק המעבר".

אז יש לנו כנסת ראשונה והסמכות שלה היא רשות מחוקקת אבל גם רשות מכוונת, כי העם בחר אותה כרשות מכוונת ולכן היא מחזיקה בכפילות.

הכנסת הראשונה מבחינת חוקי יסוד לא עשתה כלום. היא מקבלת את "החלטת הררי" (שהמציא אותה ח"כ הררי), אין לה מעמד חוקי אבל היא מראה את הכיוון, את הדרך בה יפעל המשפט החוקתי: הררי- "הכנסת הראשונה מטילה על וועדת החוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסוד בפני עצמו. הפרקים יבואו בפני הכנסת במידה והוועדה תסיים את העבודה וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה"- במקום חוקה שלמה כל פעם נביא חוק יסוד ונקבל איזה שהוא פרק. בשלב הבא, בא חוק המעבר לכנסת השנייה- ס' 5, 10 - כל הסמכויות שהיו לכנסת הראשונה עוברות לשנייה, מהשנייה לשלישית וכך הלאה.

הוויכוח הגדול ביותר הוא – מה עבר מכנסת לכנסת?

ברק אומר, כתוב כל הסמכויות בס' 5, משמע שני הכובעים (מחוקקת ומכוונת) כל הסמכויות עוברות מכנסת לכנסת.

כלומר, שני הכתרים של הכנסת הם לא רק של הראשונה או השנייה אלא של כל כנסת שהייתה בישראל.

השופט חשין מתווכח איתו על נקודה הזו- מה עבר?

ברק מדבר על רציפות חוקתית ועל מסירה מכנסת לכנסת, לכנסת הראשונה היו 2 כובעים והיא מסרה אותם לשנייה ולשלישית וכך הלאה.

הבעיה עם הגישה של ברק, שברק לא עושה את האבחנה בין אספה מכוונת מקורית לרשות מכוונת נגזרת. הוא לא מזכיר

את האבחנה הזו, הוא אומר כי הכנסת היא מכוונת, אבל לא איזו מכוונת. (מקורית או נגזרת)

אין ספק שברק מכוון לכך שהכנסת היא נגזרת בלבד. ברק בכל כתיבתו הכיר בדוקטרינה שהכנסת כפופה לעקרונות היסוד הבלתי כתובים. אם היא כפופה לעקרונות היסוד הבלתי כתובים-דמוקרטיה ומודרניות, היא לא יכולה ליצור שום דבר חדש ואז ברור שכשהוא מדבר על שני כובעים- על הכובע שלה כמכוונת – הכוונה שלו למכוונת נגזרת ולא מקורית.

3. גישת חשין**הסמכות המכוננת היא חד-פעמית ואינה ניתנת להעברה!**

חשין מתמקד באופי של הסמכות המכוננת. הסמכות המכוננת זאת סכמות מיוחדת בסמכות של אומה. זה לא משהו שמעבירים מיד ליד. חשין אומר, שסמכות מכוננת מטבעה לא ניתנת להעברה מאחד לשני.

מי שקיבל מנדט לכתוב חוקה זו הכנסת הראשונה. מה שהיא התימרה לעשות זה להעביר את זה לכנסת השנייה אך היא לא יכולה לעשות זאת. סמכויות החקיקה הם היחידות שיכולות לעבר מכנסת לכנסת. הסמכות המכוננת היא חד פעמית ולא ניתנת להעברה.

חשין טוען כי מי שקיבל את הסמכות המכוננת ישירות מהעם עליו לנסח את החוקה ולהביא אותה לאישור העם. אין לגוף הזה להעביר את התפקיד של כינון החוקה לגוף אחר.

הוויכוח בין ברק לחשין הוא האם הסמכות המכוננת עברה מהכנסת הראשונה לשנייה, חשין אומר שהיא לא עברה וברק אומר שהיא עברה. יש לכל כנסת סמכות מכוננת מעצם מחויבותה לנאמנות החוקתית. רצינו מדינה מודרנית, דמוקרטית ויהודית. האם הכנסת מוסמכת מלכתחילה ליצור משהו חדש? ניתן להתווכח על כך לגבי הכנסת הראשונה.

כל חוקי היסוד מעולם לא הובאו לאישור העם במשאל העם

אם לכנסת אין סמכות לבטל את העקרונות הדמוקרטיים, איך הגוף הזה יכול לשמור "שחבריו" יהיו כפופים למערכת? בשיטה שבה הרשות המחוקקת מלכתחילה בעלת סמכות מוגבלת ולא יכולה לשנות את המפעל של חברי האומה, חייבת להיות לה סמכות לשמור על חבריה ולהטיל משמעת על חבריה- **משמעת חוקתית**.

משמעות חוקתית- כולם נאמנים לחוקה הבלתי כתובה. איך כופים משמעת חוקתית על חברי הכנסת? מחוקקים נורמה עליונה שתגביל אותם. חייבת להיות סמכות טבועה- מחוקק מוגבל שישמור על 'חבריו'. מכיליון שכל המפעל של הכנסת כאספה מכוננת ככזו שמפעילה סמכות טבועה, הוא **מפעל דקלרטיבי**- הצהרתי. הכנסת בחוקי היסוד רק מצהירה ולא יוצרת שום דבר חדש כיוון שכך זה מסתדר עם זה שהכנסת לא מביאה אף חוק יסוד לאישור העם.

לכל כנסת מעצם מהותה המוגבלת יש סמכות לכונן נורמות עליונות לצורך אכיפת משמעת חוקתית על חבריה שלה, כדי למנוע מהם לפגוע בעקרונות היסוד הבלתי כתובים.

ניתוח סתירה לכאורה בין חוק לבין חוק יסוד

המשפט החוקתי בנוי כך שאדם מופיע בפני בימה"ש וטוען כי יש חוק של הכנסת שעומד בסתירה לחוקי היסוד ולכן נבקש שבימה"ש יקבע שהוא מבוטל. לפי גישת ברק, כל חוקי היסוד עליונים נורמטיבית. בבימה"ש הטענה תהיה שהחוק כנסת עומד בסתירה לחוקי יסוד מאחר ונקבע כי חוקי היסוד עליונים נורמטיבית. חוק לא יכול לסתור חוק יסוד ואם הוא סותר, צריך לבטל – זו הטענה של כל עותר חוקתי. בימה"ש ביטל עד היום 12-13 חוקים (יכול להיות הוראת חוק/ סעיף). מי שצריך לטעון טענות חוקתיות, זה לא רק עו"ד בתחום החוקתי שתוקף חוקים בכנסת בעיניים ציבוריים- כל עו"ד צריך לשלוט במטרייה של החוקים. איך מנתחים מצב של סתירה בין חוק לחוק יסוד? מדוע לכאורה? כי נעבור הרבה שאלות שנשאל, ולא בטוח שהתשובה לכל השאלות תביא אותנו לסתירה בין חוק לחוק יסוד. נתחיל בניתוח לכאורה יש סתירה ואולי בסוף נגיע למסקנה שאין סתירה. אם יש סתירה- החוק יתבטל. אם אין- החוק יישאר.

שלב א' של הבחינה החוקתית

1. האם העתירה בשלה להכרעה? ("דוקטרינת הבשלות")

חוק זה דבר רציני מאוד בדמוקרטיה כי הוא משקף את הרצון הזמני של נציגי העם באמצעות נציגו. הרצון הזמני הוא כמו מתווה הגז- כנסת מסוימת שמקבלת את ההחלטה. הנוסחאות נשארות קבועות. לבטל את הרצון הזמני של העם זה לא דבר שבימה"ש עושה בקלות- הוא מתנגש עם הרצון של הכנסת. נטען כנגד בימה"ש שהוא פוגע בדמוקרטיה מאחר והוא נוהג ע"פ העמדות האישיות/פוליטיות וביקורות נוספות.

את דוקטרינת הבשלות בוחנים 2 שלבים:

- ✓ **שלב א': תשתית עובדתית קונקרטיה**- כשהוא רואה אדם שנפגע מהחוק. ההנחה היא שכשיש פגיעה אמיתית בבן אדם, הוא ייצג את זה בצורה הטובה ביותר והוא יציג לפני בימה"ש את התמונה כולה ויהיה ניתן להתרשם האם באמת ניתן לפסול את החוק.
- אם א' מתקיים אין טעם לעבור לשלב ב'.**
- ✓ **שלב ב': האם לפנינו שאלה משפטית שניתן להכריע בה מבלי להמתין ליישום של החוק בשטח**- כאשר מעלים תלונות על חוק שטרם הופעל, בימה"ש דן באופן תיאורטי ללא הקשר- באופן ערטילאי.

3 טעמים מיוחדים:

1. אפקט מצנן של החוק

אפקט המצנן הוא הבולט ביותר כשמדובר בחופש הביטוי. אם אדם מספר עליו שקרים, משמיץ אני יכול לתבוע ע"פ איסור 'לשון הרע' נניח שהחוק הזה ייקבע פיצויים לא סבירים – חצי מיליון ש"ח ללא הוכחת נזק. הרבה אנשים יתבעו ואנשים יחששו להתבטא בחופשיות. אם אנחנו נפעיל את דוקטרינת הבשלות תהיה בתקופת הביניים, עד הבשלות פגיעה בחופש הביטוי.

2. צפוי נזק בלתי הפיך לעותרים (מצב של "מעשה עשוי")

יש חוק שאוסר על עובדי מדינה להזדהות פוליטית- אמורים להיות ממלכתיים.

עובד מדינה שישותף בהפגנה פוליטית צפוי לפיטורים. מקיים גם את סעיף 1 וגם את 2. עוד לא נראה עובד מדינה שהפגין, האגודה לזכויות האזרח פנתה לבית המשפט ולכן צריך לחכות ליישום בשטח של החוק. ואז באים לבדוק את החריגים, מה יקרה בתקופות הביניים עד הבשלות, יש אפקט מצנן, כי כל עובדי המדינה לא ילכו יותר להפגנות, ואם החוק הזה בלתי חוקתי במדינה דמוקרטית יהיה אפקט מצנן ופגענו בחופש הביטוי ובחופש ההפגנה. בסעיף 2 בית המשפט אומר לחכות לסכסוך קונקרטי, שיפטרו אותו, אבל הפגיעה כבר נגרמה גם אם אחרי זה יחזירו אותו, המעמד שלו במקום העבודה כבר נפגע! יכול להיות שההליך המשפטי נמשך שנתיים, ייגרם נזק בלתי הפיך לעותר! דוגמא נוספת- הוראות פתיחה באש: דגל שחור תלוי מעליהן, בסיטואציה מסוימת אפשר לירות כדי להרוג. אדם רוצה לפנות לבית המשפט נגד אותם הוראות פתיחה באש, יכול ביהמ"ש להגיד לו שזה תיאורטי ושהוא לא בשל, עוד לא היה מקרה כזה, בעצם בית המשפט אומר - אתה תקיים את הוראות הפתיחה באש כמו שהמפקדים שלך הורו לך, אח"כ יעמידו אותך לדין על הריגה ואז אתה תצטרך לטעון שקיבלת פקודות, וזה לא פקודה שדגל שחור תלוי מעליה - אופציה גרועה לעותר. אופציה נוספת, לא לקיים את ההוראות פתיחה באש, ובצבא יעמידו אותו לדין של סירוב פקודה, יישפט ויכנס לכלא. ביהמ"ש מעמיד את העותר במצב גרוע. אי אפשר להעמיד אדם בדילמה כזאת ואם צפוי לו נזק בלתי הפוך צריך לדון בנידון ולא לשים אותו בסיטואציה הזאת.

3. אינטרס ציבורי

אמנם הנושא לא בשל, אבל הוא כ"כ חשוב- בטחון המדינה, מתווה הגז וכו'. אין להמתין מאחר והנושא רגיש.

פס"ד טבח - חוק ועדות קבלה"- לאורך השנים פעלו ועדות קבלה ביישובים, למעשה הן פעלו באופן בלתי חוקי, ללא שום מעמד בחוק. מי מוסמך לנהל את מקרקעי ישראל? מנהל מקרקעי ישראל. למנהל מותר להתייעץ עם היישוב אך המנהל נתן ליישוב ליסני' אנשים, כאשר המנהל שאחראי על מקרקעי ישראל מעלים עין ולא מתערב בהחלטות אלו. חברי הכנסת הבינו שוועדות הקבלה האלו יצטרכו להעלים כי אין להם בסיס חוקי. חברי הכנסת נתנו מעמד בחוק, ביישובים קטנים יכולות לפעול ועדות קבלה מטעם היישוב, בעלות הרכב מסוים- הן יכולות לדון את מי לקבל ואת מי לא, אך **אסור** להן להפלות. בוועדות הקבלה יושבים גם נציגים של היישוב, יש נטייה טבעית להסתגר עם אנשים שדומים לו, קרובים למגזר לו וכו'.

קיים וויכוח בין דעת הנשיא גרוניס לדעת הנשיא ג'ובראן. הנשיא גרוניס מרחיב את דוקטרינת הבשלות- האם חוק בשל להכרעה של בימה"ש. גם אם תהיה פגיעה עתידית במישהו, יהיה ניתן לפנות לבימה"ש על בסיס הטענה של אפליה. הוכחת האפליה היא מאוד קשה. לעומתו השופט ג'ובראן רואה את הבעייתיות של החוק כבר בשלב הזה, מאחר ואנו מכירים את ההיסטוריה של ועדות הקבלה. השופט ג'ובראן רגיש לאפליה, והוא מזהה בחוק את המנגנונים אשר ישתמשו בהם להסוואת האפליה.

עצם העובדה שקיימת ועדת קבלה, ושם יושבים אנשי ועדת הקבלה שיבחרו את מי שמקורב אליהם ולכן השופט ג'ובראן חושב שניתן לדון כבר בחוק, עד כמה הוא בעייתי ועד כמה ניתן לפסול אותו. זהו וויכוח לגבי הבשלות- השופט ג'ובראן היה בדעת מיעוט ולא דנו בחוק.

פס"ד גוטמן- הנשיא גרוניס והשופט ג'ובראן. פס"ד גוטמן עוסק בהעלאת אחוז החסימה. הכנסת הקודמת החליטה לעלות את אחוז החסימה ל-3.25%. לפחות 4 מנדטים. הטענה היא שהעלאת אחוז החסימה סותרת את ס' 4 לחוק יסוד הכנסת. הבחירות תהיינה שוות ויחסיות.

בחירות יחסיות- אותו אחוז שקיבלת מהבוחרים זה האחוז כיסאות שאתה אמור לקבל בכנסת. הטענה החוקתית הבסיסית תהיה: אם אחוז החסימה עולה ל-3.25% הבחירות הן לא יחסיות משום שמי שיקבל 3% נמחק לחלוטין.

כשאחוז החסימה עולה- נניח ל-10% זה פוגע ביחסיות הבחירות משום שאם קיבלתי 8%, בבחירות יחסיות הייתי אמור לקבל 9 מקומות בכנסת, ובעקבות אחוז החסימה אני מקבל 0 מושבים בכנסת.

שיוון- שיוון לסיכויים להיבחר

15/12/15

דוקטרינת הבשלות

**נמשיך בהנחה שהעתירה בשלה****2. האם החוק מכרסם בהיקף הפנימי של עקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד?**

העותר צריך להראות שיש חוק שסותר חוק יסוד, לכל עקרון חוקתי יש היקף פנימי כדי שבימה"ש יהיה מוכן לדון בעתירה או צריכים להראות שהחוק פוגע.

לכל עקרון חוקתי יש את ההיקף הפנימי שלו עקרון הגז. הזיכיון לחיפוש נפט וגז הם בתוך העיקרון החוקתי. יכול להיות שופט אחר שיגיד שזה מחוץ להיקף הפנימי של העיקרון החוקתי. השופטים הם אלה שיחליטו האם זה בתוך העיקרון או מחוצה לו - אם זה בתוך העיקרון החוקתי, אפשר לדון. אם זה בחוץ, העתירה נופלת.

סעיף 3 לחוק יסוד השפיטה: קובע שהדיון בבתי המשפט יהיה פומבי. (הצדק צריך להראות, צריך לראות את הריבון עושה צדק), עדיין יש מקרים בהם החוק רוצה לקיים דיון בדלתיים סגורות מטעמי צנעת הפרט, בטחון המדינה, קטינים. אם החוק קובע דיון בדלתיים סגורות, הוא פוגע בגרעין של עקרון הפומביות כי הצדק לא יראה, סוג של משפט סתר. השאלה

הנשאלת היא - פומביות בבתי הדין של ההתאחדות לכדורגל? זה יהיה בחוץ, ומי שיעתור לבית המשפט בטענה שזה סותר - הטענה תיפול. תלוי בפרשנות החוקתי - איך שבית המשפט מפרש את ההיקף הפנימי, אפשר להרחיב ואפשר לצמצם, כל עקרון חוקתי שקיים בחוקי היסוד צריך לפרש את ההיקף הפנימי שלו, האם הוא רחב או יותר צר. סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת: "הכנסת תבחר בבחירות שוות" מתעוררת שאלה: האם צריך שוויון בפריימריז - בבחירות המקדימות בתוך כל מפלגה. נניח שהייתה פגיעה בשוויון, בית המשפט חושב שסעיף 4 זה רק בבחירות בכנסת עצמה = ולכן העתירה לגבי הפריימריז תיפול!

לעומת זאת, אם יבוא רוב של השופטים ויגיד שהפריימריז בתוך ההיקף הפנימי של סעיף 4 אז אפשר לטעון בפרשנות חוקתית שסעיף 4 רלוונטי גם כן ולכן יש פגיעה בשוויון!

פס"ד המרכז השלטון המקומי - שם אפשר לראות איך הפרשנות החוקתית יכולה להשפיע על העתירה. השופט גולדברג אומר שצריך לקרוא את סעיף 4 כמו שהוא כתוב - הכנסת תבחר בבחירות שוות, ואומר, הכנסת תבחר, ולא הרשימה של המפלגה, ולכן זה לא חל על הפריימריז.

עקרונות החוקתיים (שקיימים בחוקי היסוד) הם:

1. זכות הקניין – חוק יסוד כבוד האדם וחירותו
2. פומביות הדיון – חוק יסוד השפיטה
3. שוויון בחירות – חוק יסוד הכנסת

3. האם כרסום ממשי או בגדר "זוטי דברים"?

כדי שבימה"ש יפסול חוק, צריך לשכנע אותו שהכרסום הוא לא משהו קטן, אלא משהו ממשי. לדוגמא- חוק שאסור ללכלך את החוף קובע קנס של 750 ₪, ניתן לטעון שהקנס הוא משמעותי. בעבר טענו בפי בימה"ש על גבייה של אגרת רדיו- האגרה הייתה סה"כ 60 ₪ אך האם יפסלו חוק של הכנסת בגלל 60 שקלים. זה **זוטי דברים - פס"ד קירש** אם זה זוטי דברים, לא יהיה ניתן לדון בנושא בימה"ש.

נמשיך בהנחה שהכרסום ממשי

4. האם הכרסום הוא לכל היותר "פגיעה" או עולה כדי "שינוי"?

חופש העיסוק- לכל אזרח או תושב של המדינה, זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד. העלאת תקופת התמחות לעורכי דין – האם פגיעה או שינוי?
זו דוגמה לפגיעה- זה לא מתוחם, לא עוסק בחסימת הכניסה למקצוע אלא בהגבלה מסוימת בדרך להשגת הרישיון. המידה של הכרסום יחסית מוגבלת.
פגיעה- כרסום מצומצם בחוק היסוד
שינוי- כרסום רחב בחוק היסוד עד כדי שינוי מהותי

ישנם מקרים שלא נאלץ לשאול עצמנו האם זו פגיעה או דורש שינוי, סיטואציה כזו דורשת שינוי אך תקרא "שינוי ישיר", לא נתלבט בכלל האם לבצע שינוי לחור במוזכר לעיל מדובר על "שינוי עקיף", כאשר הכנסת חוקקה חוק רגיל אך הוא משפיע על החוקה בצורה כזו כאילו מישהו כתב משהו חדש בחוקה, לדוגמא: איסור העסקת קטינים, הנורמה החוקתית אומרת כי כל אזרח זכאי לחוק חופש העיסוק ואילו חוק הכנסת טוען למשהו חדש בחוקה מכיוון שבא כנגד זכות חופש העיסוק (מכיוון שהזכות לחופש עיסוק 'מוגבלת' ע"י חוק הכנסת למי שמלאו לו 18)
ההתלבטות היא כאשר ישנו חוק המשפיע על חוקי היסוד(כאשר ישנו חוק המשפיע על אותו חוק ועולה מכך השאלה האם יש פגיעה בחוק היסוד או שינוי עקיף)

מבחני הפסיקה – להבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" (עקיף)

א. מבחן החריג הבולע את הכלל-

פגיעה היא חריג מצומצם, מתוחם. פגיעה מכרסמת בתחום צר בכלל החוקתי, מתי זה יהיה שינוי? כשהחריג כל כך גדול שהוא בולע את הכלל. 4% הם פגיעה בקרקע עירונית באזור שכבר תוחם, אך מנגד אלו 60% מתוך הקרקע שאפשר לבנות ולפתח. הנשיאה בייניש קבעה כי זו פגיעה לבד, מאחר וה-4% כבר צפויים לבנייה.

כלל עקרון פסיקתי קובע כלל **פס"ד תנועת דרוו ישראל**, עוסק בחוק יסוד מקרקעי ישראל, מדינת ישראל שולטת ברוב הקרקעות. כלל העיקרון החוקתי אומר " לא תועבר בעלות במקרקעי ישראל" האם חוק יסוד מקרקעי ישראל קשור למדינה מודרנית, דמוקרטית או יהודית? הרעיון של המדינה היהודית היה להשיג את ההפך ממה שהיה בגלות. בגלות היהודים חיו בגטאות כאשר המרחב הציבורי, התרבות השלטת הייתה זרה. כדי לשמר את התרבות, היהודים הצטמצמו. הרעיון במדינה יהודית, כדי לחזק את התרבות היהודית. מכיוון שהמדינה דמוקרטית לא יחויבו יתר העמים. מאפשרים למיעוטים לקיים את התרבות במרחב האוטונומי שלהם. המדינה צריכה להיות יותר רגישה לצרכים של המיעוט, לאפשר פיתוח גם למיעוטים. בפס"ד תנועת ישראל – 4% מקרקעות המדינה יעברו לבעלות פרטית. ברגע שהקרקעות יוצאות לשוק הפרטי ניתן לטפח, לשווק ולפתח יותר מהר. 800,000 דונם - בשתי פעימות. החוק אומר לשחרר 4% מאחר ומדובר בקרקע עירונית מתוכננת ולכן אין חשש שזה יפריע למצב את המרחב הציבורי.

ב. מבחן "כיפוף הענף עד שבירתו" (חשין, בנק המזרחי)-

חשין מדבר על ההבחנה בין פגיעה ושינוי הוא מדבר על כיפוף הענף. פגיעה – כרסום מתוחם, כיפוף קטן ולא שבירה. לעיתים, כאשר הכרסום, אפילו מתוחם, אם הוא מאוד עוצמתי הוא יכול להביא לשבירת הענף. ומה שנראה פגיעה הופך לשינוי. הארכת התמחות- פגיעה מצומצמת ומתוחמת. נניח שתקופת ההתמחות לעורכי דין תארך 20 שנה. האם החריג הקטן הוא פגיעה כל כך קשה זה יכול לעלות כדי שינוי? כן

זכות לפרטיות- בעיר מסוימת עושים פיילוט של עיר מצולמת. העיר המצולמת היא בלי הסייגים להגנה לפרטיות. כל מטר רבוע יצולם וגם חומרי שפוגעים בצנעת הפרט לא ימחקו. **האם החריג פוגע בכלל!** לא. – זוהו חריג מצומצם לכאורה זה מתוחם ורק תושבי העיר יסבלו מפרטיות, אבל הפגיעה היא כל כך קשה עד **שהענף נשבר** ואפשר להגיד שאין הגנה ראויה לפרטיות בישראל.

פומביות הדיון-נניח שהכלל הוא שכל אחד מהצדדים מבקש דיון בדלתיים סגורות, הדיון יתקיים בדלתיים סגורות. **חריג שבוולע את הכלל**

שלב ב' של הבחינה החוקתית

בהנחה ש"שינוי"

בפס"ד מזרחי הרוב הכיר בעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. העליונות באה לידי ביטוי ע"י זה שחוק יסוד הוא נורמה של הסמכות המכוננת של הכנסת, וחוק רגיל זה הכנסת- וחוק לא יכול לשנות חוק יסוד. לכן בהנחה של שינוי, שמגר + ברק טוענים ← שינוי רק בחוק יסוד.

לדעת חשין חוקי יסוד הם חוקים רגילים- חוק יכול לשנות חוק יסוד (שהוא חוק רגיל למעשה).

האם לחוק יסוד יש פסקת נוקשות שמגבילה את האפשרות לשנות אותו?

חוק יסוד חופש העיסוק- אין משנים אלא ברוב של חברי הכנסת (61), גם אם חשין חושב, לא שיכול לחשוב... כי כתוב בחוק יסוד חופש העיסוק "אין משנים אלא בחוק יסוד"
 מה גבול הנוקשות לפי חשין? מכיוון שחשין חושב שהכנסת אינה סמכות מכוננת, מי יכול להגביל את ההכרעות שמתקבלות בפרלמנט? רק חוקה, נורמה עליונה- ומכיוון שחשין חושב שכנסת אינה יכולה לחוקק נורמה עליונה, אז אי אפשר לדרוש רוב של 80 חברי כנסת לשנות משהו.
 כל מעל 61 לא לגיטימי, רק אם תהיה חוקה בעתיד אולי יהיה ניתן לשריונים כאלה – מעל 61. בכל מקום שכתוב אין משנים "אלא מבחינת 80 ח"כ"

בהנחה שמדובר בכרסום המהווה לכל היותר "פגיעה"

- שריון צורני – עוסק בכמה חברי כנסת צריכים לקבל את החוק הפוגע. לדוגמא- "אין פוגעים אלא ברוב של 60) – הוא דורש פרוצדורה, בצד הצורני. לא מעניין התוכן אלא כמה.
- שריון מהותי- פסקת ההגבלה, הדרישה שהחוק יעמוד בתנאים מהותיים כדי לפגוע בחוק היסוד. "אין פוגעים אלא בחוק.. הולם את ערכיה של מדינה ישראל, לתכלית ראויה" השריון של פסקת ההגבלה הוא מהותי.

ס'4 לחוק יסוד הכנסת

הכנסת תיבחר בבחירות יחסיות .. שוות+ אין לשנות סעיף זה אלא ברוב חברי הכנסת.
 "שינוי" במפורש או משתמע.

פגיעה	שינוי
<ul style="list-style-type: none"> • שריון צורני - עוסק ברוב הדרוש בפגיעה בחוק יסוד • שריון מהותי פסקת ההגבלה - עוסק בתנאים התוכניים שחוק חייב לעמוד בהם כדי לפגוע בחוק יסוד 	<ul style="list-style-type: none"> • פסקת נוקשות - עוסקת ברוב הדרוש לשינוי חוק יסוד

29/12/15

שלב ב' של הבחינה החוקתית

קיומו של היתר מפורש ובלתי מוגבל לכרסום בחוק רגיל	שריון מהותי "פסקת ההגבלה" - חל בפגיעה-	שריון צורני - חל בפגיעה-	נוקשות מפורשת - חל בשינוי-	נוקשות משתמעת - חל בשינוי- פס"ד בנק המזרחי	סעיף בחוק היסוד	עקרונות חוקתיים
-	+	- (יש פסקת התגברות)	7 ס'	+	<u>חוק יסוד</u> : חופש העיסוק	חופש העיסוק
-	+	-	-	+	<u>ס' 2+4 לחוק יסוד</u> : כבוד האדם וחירותו	כבוד האדם
+	-	-	-	+	<u>ס' 1 לחוק יסוד</u> : מקרקעי ישראל	איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל
+	-	-	-	+	<u>ס' 3 לחוק יסוד השפיטה</u>	פומביות הדיון
-	-	-	7 ס'	+	<u>ס' 1 לחוק יסוד</u> : ירושלים בירת ישראל	שלמות ירושלים כבירת ישראל
-	-	-	-	+	<u>ס' 15+ג לחוק יסוד</u> : השפיטה	ביקורת שיפוטית ע"י בג"צ
-	-	+	+	+	<u>סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת</u>	שיוויון ביחסיות בבחירות לכנסת

סתירה בין חוק להוראה שותקת בחוקי היסוד – הוראה שלא אומרת כלום על איך פוגעים באמצעות חוק, אין לה שריון צורני שאומר שאפשר לפגוע ב61 ח"כ, אין לה פסקת הגבלה ואין לה היתר בלתי מוגבל לפגוע. מה עושים כשחוק לכאורה פוגע בחוק יסוד?

גישות השופטים בבנק המזרחי:

- א. **שמגר** – עליונות כללית של חוקי היסוד ← אין לפגוע בחוק יסוד (באמצעות חוק רגיל) אלא אם חוק היסוד מתיר זאת במפורש. הבעיה בגישה של שמגר שחוקי יסוד אלו נקראים "חוקי יסוד שאינם משוריינים" – אין להם שריון צורני ומהותי. בפועל אין להם היתר פגיעה, כלומר אי אפשר לפגוע בהם בשום צורה. בעיה נוספת, היא שחוק שפוגע לא תקף- כדי לפגוע בהוראה שותקת צריך חוק יסוד בלבד. יוצא שכל כרסום קטן בחוק היסוד, מחייב חוק יסוד חדש.
- ב. **ברק**- עליונות לפי השריון ← מכיוון שההוראה שותקת(אין שריון מפני פגיעה) ← ניתן לפגוע ללא מגבלה. העליונות בחוקי היסוד במסלול של פגיעה, תהיה לפי הפגיעה אם לחוק יש שריון מהותי. הבעיה בגישה זו שהעליונות היא לפי השריון. אם אין שריון, אין עליונות מפני הפגיעה.
- ג. **חשין**- אין לחוקי היסוד עליונות ← החוק ספציפי יותר ולכן גובר על חוק היסוד. עליונות לפי השריון מכיוון שההוראה שותקת, לא קיים כלל ברירת דינים מיוחד- ולכן חל כלל ברירת הדינים הרגיל. החוק שרוצה לכרסם בחוק היסוד הוא תמיד יותר ספציפי כי חוקי היסוד הם כלליים.

פס"ד הופנונג + מופז:

בימה"ש ממציא "פסקת הגבלה שיפוטית/משתמעת", הוא מכניס פסקת הגבלה, במקום בחוקי היסוד שאין פסקת הגבלה ← פרשנות חוקתית. כשהחוקה שתקה, ומדובר בהוראה שותקת, החוקה לא התכוונה להפוך עצמה לעיקרון משוריין באופן מוחלט, תמיד ניתן לכרסם בחוקה כל עוד עומדים בתנאים מסוימים. אנו מפרשים את החוקה כעקרון מוחלט שלא ניתן לפגוע בו ע"י חוק.

פס"ד חירות:

ברק מאמץ את גישת שמגר ואת פסקת ההגבלה השיפוטית. אין לפגוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל אלא אם חוק היסוד מתיר זאת במפורש או במשתמע מפסקת הגבלה שיפוטית.

ברגע שיש חוק שפוגע בהוראה שותקת, לפי שמגר לא ניתן. לפי ברק בבנק המזרחי ניתן ללא בעיה. לפי ברק בחירות, ניתן לפגוע רק עם עומדים במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית. לפי חשין ניתן.

קטגוריה שנייה - סתירה בין חוק להוראה בחוקי היסוד הכוללת היתר בלתי מוגבל לכרסום בחוק רגיל (מקרקעי ישראל ס' 2, פומביות הדיון ס' 3) בשמגר אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, אלא אם חוק היסוד מתיר זאת. במקרה זה חוק מתיר זאת במפורש. הבעיה היא שזהו כרסום בלתי מוגבל וזוהי תקלה בחוקה כי לא יישאר כלום מהעקרונות הללו לאחר שחוקים אחרים יכרסמו בה.

בימה"ש מפרש את אותה הוראה בחוקה כמתירה לכרסם באמצעות חוק רק אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית.

ברק בבנק המזרחי אומר שההגנה היא לפי השריון בחוקי היסוד- במקרה זה אין שריון אז אין הגנה. ברק בחירות מאמץ את שמגר + את פסקת ההגבלה השיפוטית.

חשין בקטגוריה זו אין בעיה, כי אין לחוקי יסוד העליונות מבחינתו.

קטגוריה שלישית – סתירה בין חוק לבין חוק יסוד המכיל שריון צורני מפני פגיעה – ס' 4 לחוק יסוד הכנסת. יכולה להתקיים רק בחוק יסוד שיש לו שריון צורני מפני פגיעה. נסמן + בשריון הצורני, בפסקת ההגבלה כי אין לו, - בהיתר

הבלתי מוגבל לכרסם. -סתירה בין חוק לבין חוק יסוד המכיל שריון צורני מפני פגיעה.

ס' 4 לחוק יסוד הכנסת.

יכולה להתקיים רק בחוק יסוד שיש לו שריון צורני מפני פגיעה "אין פוגעים אלא ברוב של חברי הכנסת"

ואז יש + בשריון הצורני - בפסקת הגבלה ו - בהיתר הבלתי מוגבל.

בסעיף 4 נחשב הרבה לפני שהכנסת הבינה שיש הבדל בין שינוי לפגיעה, הפעם הראשונה שרואים שני מסלולים נפרדים זה

בחוק יסוד חופש העיסוק, בחוק היסוד הזה יש סעיף נוקשות שעוסק בשינוי ויש פסקת הגבלה שעוסקת בפגיעה = אין

פוגעים במסלול של פגיעה.

נשאלה השאלה האם שכתוב "אין לשנות" נכתב בחוק יסוד ישן כאשר לא נעשתה הבדלה בין שינוי לפגיעה, האם זה חל רק

על שינוי (פסקת נוקשות) או שזה חל גם על פגיעה (שינוי צורני).

לאורך כל השנים בית המשפט העליון החיל את השריון את הדרישה של 61 חברי כנסת על חוקים שהיוו **פגיעה**, בית

המשפט העליון פירש את זה "אין לשנות או לפגוע, אלא ברוב של חברי כנסת"

כלומר לסעיף 4 יש נוקשות משתמעת, יש נוקשות מפורשת, ויש גם **שינוי צורני** בשל הפרשנות לאורך השנים של סעיף 4,

פסקת הגבלה אין משום שיש רק לכבוד האדם וחופש העיסוק.

ברק בבנק המזרחי מפרש שצריך לקרוא את זה כאין לשנות ואין לפגוע, כמו שפירשו לאורך כל השנים. לאחר מכן ברק

פורש מבית המשפט העליון וכותב בכתיבתו האקדמית ומעלה רעיון שאולי אם כתוב אין לשנות, נפרש כמו שכתוב מבלי

להתייחס שלאורך כל השנים שזה חל גם על פגיעה. היום יש הגיון לפרש במקום שכתוב אין לשנות כאין לשנות בלבד ולא

לפגוע.

בפס"ד גוטמן (העלאת אחוז החסימה) השופט ג'ובראן מאמץ את הגישה האקדמית של ברק, ג'ובראן אומר שאיפה שכתוב

אין לשנות = אין לשנות בלבד!

וכתוצאה מכך, יש ויכוח האם אין לשנות כולל שאין לפגוע, ברק וג'ובראן מציעים לפרש **אין לשנות בלבד**, הדבר הזה לא

הוכרע עדיין בפסיקה, **השופטים האחרים לאורך השנים החילו את זה גם לפגיעה**, אז אנחנו נכיל את זה גם כפגיעה, אך

נדרש לציין שעל פי ברק וג'ובראן זה חל רק על שינוי ולא על פגיעה.

לפי ג'ובראן וגוטמן אין קטגוריה 3

באף חוק יסוד, אין שריון צורני במופרש שחל במסלול של פגיעה, אבל למשל בסעיף 4 של חוק יסוד פירשו כשאין לשנות או

לפגוע לאורך השנים. החילו את סעיף 4 גם על שינוי וגם הגבלה.

בהנחה שיש לנו שריון צורני גם במסלול של פגיעה, לא רק במסלול של שינוי.

אי אפשר לפגוע בחוק יסוד אלא אם החוק מתיר זאת במפורש.

לפי חשין אין פסקת הגבלה, לכן החוק הספציפי גובר. החוקר שגובר בשוויון בבחירות הוא יותר ספציפי

ברק בבנק המזרחי, אמר בהתאם לשריון, אבל ברק אימץ את הרעיון של פסקת ההגבלה השיפוטית, ופס"ד שהכילו את

פסקת ההגבלה השיפוטית, החלו אותה על סעיף 4.

בפס"ד מופז נקבע שתחול פסקת הגבלה שיפוטית בסעיף 4, בחוקי יסוד שאין פסקת הגבלה מייבאים פסקת הגבלה

שיפוטית.

מה היחס בין השריון הצורני לבין "פסקת ההגבלה השיפוטית"?

א. **שתי הדרישות חלו במצטבר** - החוק חייב לעמוד במבחני "פסקת ההגבלה השיפוטית" + להתקבל ברוב של 61.

גישה זו בעייתית מאחר והרעיון שבימה"ש מוסיף דברים לפסקה שלא מופיעים בה – בימה"ש אמור לפרש ולא

להוסיף. בעיה נוספת היא שאם חוק עומד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית, חוק היסוד מתיר במשתמע למי

שעומד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית כלל לא מכרסם את החוקה - לא סותר את החוקה כי החוקה מתירה זו,

ואם כך מדוע צריך רוב של 61 ח"כ?

בגוטמן, הכנסת קיבלה את ברוב של 61 והשופטים אומרים שזה לא מספיק וצריך גם את פסקת ההגבלה

השיפוטית.

ב. **פסקת ההגבלה השיפוטית חלה לצורך פרשנות תחולת השריון הצורני** - שלב מקדים להחלת השריון הצורני כדי

לפרש ולקבוע האם צריך להחיל אותו או לא צריך להחיל אותו. אם החוק עומד בכל המבחנים של פסקת ההגבלה

השיפוטית הוא כלל לא סותר את החוקה, החוקה מתירה את הפגיעה שהחוק מתיימר לפגוע בה. במצב זה השריון הצורני לא חל בכלל. לא צריך להעביר את החוק ברוב של 61, אם הוא עומד בכל המבחנים. אם החוק לא עומד בפסקת ההגבלה השיפוטית, אז בא השריון הצורני ופועל כפסקת התגברות- אם יש סתירה בין החוק לחוקה לא יהיה לו תוקף אלא אם הכנסת תעביר אותו ברוב של 61. היתרון בפרשנות הזו, הינה הרמונה חוקתית עם חוקי היסוד, בסוף אנו כפרשן חוקתי מעוניינים שכל הסעיפים בחוקה יפעלו בדרך דומה לצורך יצירת הרמוניה בחוקה. מה שמניע את ברק לפרש אין לשנות- כאין לשנות, זה שברק חושב שזה יאפשר התגברות, ולכל קואליציה יש 61. אם הכנסת תתגבר וזה יהיה חוק פוגעני, אם הפגיעה היא פגיעה קשה בעקרונות הבחירות אפשר שכיפוף הענף עולה עד כדי שבירתו ואז זה לא פגיעה אלא שינוי ואז צריך חוק יסוד חדש. אם יש פגיעה, התגברות היא לעולם מוגבלת, לא ניתן להתגבר על עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

קטגוריה רביעית – חוקי יסוד בעלי פסקת ההגבלה משל עצמם.

כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. האם תחול 'פסקת ההגבלה'?

1. שמירת דינים

א. ס' 10 לחוק יסוד: כבוד האדם – חוק היסוד לא יפגע בתוקפו של דין ערב כניסתו לתוקף- מה שנקבע עד מרץ 1992 מוגן. מה עם תיקון חדש לחוק ישן? (שקדם 92) מה שמוגן הוא החוק הישן, אם מכניסים תיקון זה חוק חדש והוא צריך לעמוד בפסקת ההגבלה. – נקבע בבנק המזרחי.

ב. מה עם תיקון מיטיב?

פס"ד צמח, תיקון חדש לחוק שמשפר את ההגנה.

החוק הישן פגע בזכויות האדם אבל הוא מוגן בשמירת הדינים, החוק החדש בא לשפר את המצב שהיה בחוק הישן והוא כבר חוק חדש, ולכן הוא לא מוגן. מותר לעצור חייל עד שהוא רואה שופט צבאי שבוע- החוק החדש רוצה לשפר את המצב ולהחזיק אותו 96 שעות. מה יקרה אם נחיל את פסקת ההגבלה? נניח שפסלנו את התיקון של ה-96 שעות, חוזרים למעצר של שבוע. בימה"ש בא להגן על זכויות האדם, פוסל משהו אבל אין שיפור.

שופט המיעוט קדמי, אומר שלא צריך להחיל את פסקת ההגבלה על התיקון המיטיב, נחזור למשהו יותר גרוע לזכויות האדם ואי אפשר להבטיח שהכנסת תתקן את החוק. – אם 96 עומד בסתירה לפסקת ההגבלה, הכנסת תקצר ל-48 שעות או כמו ההליכים האזרחיים הרגילים (24 שעות). נביא לפגיעה קשה בזכויות האדם. – הכנסת הביאה 96 שעות, ואם נחיל את פסקת ההגבלה ונפסול אותה- המצב יהיה גרוע יותר (נחזור לשבוע) דעת הרוב אמרה כי בימה"ש לא צריך להיכנס לשיקולים כאלה:

1. הבחנה-קשה להבחין בין תיקון מיטיב לתיקון מרע- יכול להיות שיש חוק, תיקון חדש, חלק מהתיקון משפר את המצב, חלק אחר מריע. איך אחליט אם הוא מיטיב או לא?
2. אם לא אתייחס לתיקון המיטיב, בימה"ש את הוראות החוקה. בחוקי היסוד יש פסקת כיבוד ס' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – כל רשות מרשויות השלטון, לרבות בימה"ש חייב לכבד את רשויות החוק. מחילים על תיקון מיטיב את פסקת ההגבלה.

ג. תיקון חדש שחוזר לחוק הישן- אפשר לעצור שבוע, בהתחלה הכנסת תיקנה תיקון מיטיב, לאחר מכן הכנסת תיקנה שוב את החוק וחזרה לשבוע.

הכנסת חוקקה את שמירת הדינים והיא רצתה לשמר את כל החוקים- נניח שבוע. זה מוגן בשמירת הדינים, ברגע שהכנסת תיקנה בפעם הראשונה היא איבדה את שמירת הדינים. כל חקיקה חדשה לא משנה מה התוכן שלה היא לא מוגנת, וצריך להחיל עליה את פסקת ההגבלה.

ד. מה עם חוק ישן שפוגע גם בזכויות בכבוד האדם וגם בחופש העיסוק?

שמירת דינים רק בכבוד האדם וחירותו, אין שמירת דינים בחופש העיסוק.
 חוק ישן הוא גם פוגע בזכויות של הכבוד וחירותו וגם בחופש העיסוק, הבעיה היא שלא ברור מה הרשות המכוננת רוצה.
 מצד אחד החוק פוגע בכבוד אדם וחירותו, הרשות רצתה לשמר את החוק אבל הוא פוגע בחופש העיסוק, הרשות המכוננת לא רצתה לשמר את שמירת הדינים
 איך נחליט מה הרשות המכוננת רוצה לגבי החוק הזה?
 חוק שקובע תנאים לעסק מסוים, והחוק פוגע לו בקניין וזה חוק ישן. לפגיעה הקניינית יש שמירת דינים, אך החוק פוגע גם בחופש העיסוק ולו אין שמירת דינים.

2. פסקת ההתגברות

- אם הכנסת התגברה לא צריך לבדוק את פסקת ההגבלה כי הכנסת התגברה עליה. איך מתגברים עליה?
- א. חוק – ההתגברות חייבת להיות בחוק ולא בתקנה
- ב. התגברות מפורשת בחופש העיסוק- החוק צריך להתגבר מפורש על אף האמור בחוק יסוד חופש העיסוק.
- ג. רוב של 61 ח"כ, יבוצע היקש לפי סעיף 46 לחוק יסוד הכנסת, הרוב של 61 דרוש בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית.
יש מגבלות על האפשרות להתגבר:
- א. **פסקת ההתגברות חלה רק במסלול של פגיעה**
 אם מדובר בשינוי זה לא יעזור הניסיון להתגבר. בשינוי צריך חוק יסוד חדש.
- ב. **המעמד של ההוראות בתוך חוק היסוד**
 חוק היסוד מתחיל עם פסקה של עקרונות יסוד ולאח"כ פסקת מטרה, שהמטרה של חוק יסוד היא לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. (הנוסחאות המכוננות של האומה)
 סעיף אחד יגיד שכל המטרה היא לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, וסעיף אחר יגיד שאפשר להתגבר. האם זה אפשרי? לפי ברק בפס"ד מיטראל – אי אפשר להתגבר על ערכיה של מדינת ישראל כי הרי זה מעוגן בסעיף החגיגי וגם בעקרונות היסוד הבלתי כתובים ואין לפרש את פסקת ההתגברות כעליונה על עקרונות אלה. אם התגברות תהיה יותר מידי קיצוני זו לא פגיעה אלא שינוי.
 אי אפשר להתגבר על "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", אך אפשר להתגבר על התכלית הראוי.
- ג. **מה קורה שהכנסת מפעילה התגברות?**
 החוק תקף על אף האמור.. ומקבלת ברוב של 61, היא התגברה על חופש העיסוק. אבל החוק פוגע בקניין. האם יש פסקת התגברות? בחוק יסוד האדם אין פסקת התגברות. מה הכנסת כרשות מכוננת רוצה? לגבי ההתגברות לחופש העיסוק היא רצתה שנתגבר ולכן פסקת ההגבלה אמורה לחול, לגבי הפגיעה בקניין היא לא רצתה שנתגבר ולכן פסקת ההגבלה לא אמורה לחול. **ברק קובע במיטראל מבחנים להכרעה בסתירה, בין חוקי היסוד.**
 ברק טוען שאם נגיד שכל פעם שהחוק מתגבר על העיסוק אבל הוא פוגע בקניין אז הוא לא מצליח להתגבר, כמעט כל פגיעה בעיסוק היא גם פגיעה בקניין. המבחנים מסייעים לראות איזה מסלול חוקתי יותר דומיננטי.
 תוצאת לוואי- שואל האם הפגיעה בזכויות של כבוד האדם וחירותו היא תוצאת לוואי טבעית של הפגיעה בעיסוק? אם מדובר בקניין בכל פעם שמגבילים את העיסוק, תוצאות לוואי מתבקשת הינה פגיעה בקניין ולכן כשמדובר בעיסוק וקניין "אלא בחוק..... או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו"
יסוד I: פגיעה מפורשת בחוק/חוק פוגע במפורש – החוק לא פוגע בעצמו במפורש אלא מסמיך שוטר לבצע חיפוש ובסוף יש חיפוש הפוגע בכבוד האדם.
יסוד II: מפורטות – פירוט ההסדרים הראשוניים, אמות המידה, הקריטריונים, העקרונות לפגיעה בזכות.
 עמדה שעדיין מופיעה בפסיקה אבל לא מפורשת, בייניש, בפס"ד המפקד. גישה זו היא עדיין לא הלכה מפורשת. מאז ומעולם, היסוד ה I הוא הלכה מפורשת.

הכל צריך להיות מוגדר, וגם אמת מידה 'חשד סביר לביצוע עבירה...'. החוק צריך לקבוע את כל ההסדרים כדי שנגיד שהפגיעה בזכות הייתה בחוק. הפגיעה צריכה להיות בחוק או לפי חוק מכח הסמכה מפורשת בו, ברגע שהחוק לא מפרט כלום. המחוקק רצה שמי שיקבע לגבי פגיעה הוא המחוקק הראשי עצמו.

ככל שהפגיעה בזכות עליונה יותר ובגרעין הזכות ← תהיה החמרה עם התכולה של מבחני פסקת ההגבלה, והם יחולו בקפדנות יתרה.

26/02/2016

בפס"ד בן חיים - מדובר על חיפוש רגיל, הזכות לפרטיות. אם דופקים על הדלת בבית של גייבלי- אמא של בן חיים והשוטרים רוצים להיכנס לבית ואין להם זכות. האם הפגיעה היא בגרעין הפרטיות או פריפריה של הזכות? פגיעה בגרעין. כשמדובר על הזכות לפרטיות, היסוד של ההסכמה. פגיעה בפרטיות היא שפגעו בפרטיות של האדם ללא הסכמתו. פרטיות מבוססת על האוטונומיה של הפרט- כל אדם יצור אוטונומי, הוא מחליט מה הוא חושף על עצמו או לא חושף. מהגרעין זה יתחיל לזוז לפרפריה. השופט דנציגר אומר שאדם נורמטיבי לא ייתן הסכמה לחיפוש, מפגש ראשון עם שוטר יכול להיות מלחיץ, והאדם הפשוט יחשוב שאולי אם לא ייתן הסכמה לחיפוש, זה יתנכל בו. כשיש הסכמה מדעת- יש אפשרות שזה יעבור לפרפריה ופה מתקיים וויכוח בין בייניש לדנציגר.

חיפוש
בהסכמה

חיפוש
ללא
סמכות

בייניש - אם יש הסכמה מדעת לחיפוש, אז הפגיעה בפרטיות היא פחות חמורה. הסכמה מדעת הוא מושג מכל מיני תחומים משפט - מה קורה אם רופא מנתח אדם מבלי שתהיה הסכמה? יכול להיות בגדר עבירה של תקיפה, עוולה. הסכמה מדעת לחיפוש בחוסר סמכות. **גישת בייניש** - תזוזה מהגרעין. אם התקיימות כל היסודות(הסכמה מדעת), השוטר יציג את המצב מבחינה חוקית (אין צו אבל מבקשים לחפש, וזה בסדר אם יסרבו ויש לתעד את זה), אז אפשר להסיק הסכמה מדעת. אם כך המצב, הפגיעה זזה מהגרעין לפרפריה. הזכות לפרטיות חשובה, אבל היא לא זכות לחיים ולא כבוד האדם, אבל הפגיעה זזה לפרפריה ומבחני פסקת ההגבלה לא יחולו בקפדנות, ואם כך אז ההסכמה לא חייבת להיות מפורשת ואפשר ללמוד ממנה במשתמע. בייניש טוענת שאז שחיפוש שאין לו הסמכה מפורשת, אבל אפשר ללמוד ממנו מתפקידי משטרה(אסיר שברח והמשטרה חושדת שהוא נמצא במקום מסויים), אז החיפוש יכול להיות קביל. **דנציגר** - חזרה לגרעין. דנציגר טען שגם אם יוסבר לאדם הנורמטיבי שאין צו, ושהוא רשאי לסרב, האדם עדיין יחשוש מהסיטואציה ויסיכים בלית ברירה. ודנציגר טוען שלעולם לא תהיה הסכמה מדעת לחיפוש. אין אינטרס לאדם לאשר חיפוש. לפי דנציגר חייבים הסמכה מפורשת, ואם אין כזו לא ניתן לבצע חיפוש. בסופו של דבר, בייניש באה לבדוק את ההסכמה לדעת, לא הסבירו לגייבלי ולא לבן חיים את

04/03/16

מבחני 'פסקת ההגבלה'

את מבחני פסקת ההגבלה ניתן להחיל רק במסלול של פגיעה!

ארבעה תנאים מצטברים:

- ✓ אלא בחוק
- ✓ ההולם את ערכיה
- ✓ אמצעי מתאים
- ✓ מידתיות

"אלא בחוק...או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו"

הפגיעה יכולה להיות לא רק בחוק אלא גם בתקנות או בהחלטה מנהלית, אבל תמיד הפגיעה חייבת להישען על הסמכה מפורשת בחוק.

שר שמתקין תקנות ופוגע בזכות יכול לעשות זאת כל עוד יש חוק המסמיך אותו להתקין תקנות ולפגוע בזכות.

יסוד 1- הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכות

יסוד 2- דרישת המפורטות- פירוט "ההסדרים הראשוניים" הנוגעים לסמכות הפגיעה.

ההסדרים הראשוניים הם העקרונות להפעלת הסמכות, אמות מידה, קריטריונים וכן הלאה. המגמה היא לדרוש שהמחוקק יפרש בחוק מה הוא רוצה לגבי הפגיעה ומתי אפשר לפגוע בזכות החוקתית. אם הוא לא מפרט בחוק ניתן לטעון שהפגיעה לא בחוק או על פי חוק, מאחר ולא נקבעו כל האמות מידה והקריטריונים.

דוגמאות ליסוד 1: הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכות:

פס"ד הוועד הציבורי נ' עינויים – שיטות חקירה של השב"כ – זו אחת הדוגמאות להיעדר הסמכה מפורשת בכוח, אין סמכות מפורשת.

ניח: שלאחר פסה"ד הכנסת מחוקקת חוק ואומרת ראש השב"כ ראשי להתיר לחוק שב"כ להפעיל את שיטת ההטבעה עם בד על הפנים.

הולכים ליסוד הראשון לפסקת ההגבלה- אין פוגעים אלא בחוק... יש הסמכה מפורשת בחוק להטביע אנשים, ממשיכים ליסוד השני- אין מפורטות בחוק לכמה זמן, על מי ניתן ובאיזה מקרה או תדירות.

פס"ד מנאע – משטרת ישראל "מגדילה ראש" ובמסגרת מחסום עוצרת נהג ובודקת את פרטיו במסוף ועולה כי הוא חייב לרשות המסים כסף, השוטר מעכל את הרכב ועוצר את הנהג. מבדיקה של החוק, המשטרה לא מוסמכת לגבות חובות מאזרחים ובמקרה הנ"ל גם הגורמים המורשים לגבייה יכולים עפ"י החוק לגבות "מטלטלים" אשר נמצאים בתוך ביתו של החייב (טלוויזיה, מקרר וכו') והרכב במקרה הנ"ל איננו בביתו של "החייב" ואיננו בגדר מטלטלים וגם זה צריך להיות עפ"י החלטה שיפוטית (רשם, שופט וכו') ולא ע"י שוטר.

פס"ד לם – משרד החינוך הגיע למסקנה שתחום ליקויי הלמידה איננו מתנהל כראוי, אם הסטטיסטיקה בעולם מראה כ-10% מכל התלמידים הינם בעלי ליקויי למידה ובארץ האחוזים גבוהים הרבה יותר אז משרד החינוך הוציא הנחייה מנהלית שאומרת כי משרד החינוך יקבל אבחון של ליקויי למידה אך ורק מפסיכולוג חינוכי, הנחייה שפגעה בפסיכולוגים האחרים שעד כה התפרנסו מאבחונים אלו ובעקבות כך פנו לביהמ"ש.

פס"ד האגודה לזכויות האזרח - תקנה 29 לתקנות בתי הסוהר אשר שוללת את הזכות להיוועץ בעו"ד שהיא זכות שנגזרת מהזכות להליך פלילי הוגן שניתנת לעיגון בחוקי יסוד תחת הזכות לחירות או לכבוד האדם. ע"מ לבדוק את התקנה אנו נדרשים לבדוק אם זו עומדת בפסקת ההגבלה (האם התקנה מכח חוק או הסמכה מפורשת בו) ומבדיקה שערכנו בפנייה

לפקודת בתי הכלא אשר בה חיפשנו הסמכה מפורשת לכך לא מצאנו חוק או הסמכה מפורשת ועל כן תקנה 29 אינה חוקית. אם היה כתוב בתקנה "לרבות פגישה עם עו"ד וכו'" אזי הדבר היה אפשרי.

דוגמאות ליסוד 2: פירוט "ההסדרים הראשוניים"

פס"ד בן חיים - בפס"ד זה אנו עוסקים בסמכות המשטרה לבצע חיפוש.

הזכות לפרטיות- חוק יסוד : וחרותו סעיף 7.

דופקים בדלת של אמא של חשוד בבית שלה, האמא עונה לשוטרים, השוטרים מבקשים אישור כניסה לחיפוש בבית,

האמא נענית בחיוב, מוצאים סמים של הבן מעמיד את הבן לדין. (ללא צו חיפוש).

המשטרה צריכה להראות דבר ראשון סמכות מפורשת בחוק לפגוע בפרטיות ולערוך חיפוש- לא הוצא צו לחיפוש בבית, אין

חשד מבוסס לחיפוש, למשטרה לא היה צו שהיה הכרחי לאותה פעולה, מכאן שאין סמכות והראייה לא מתקבלת.

לפי השופט דנציגר – לעולם לא נשיג הסכמה מדעת היות וגם האדם הנורמטיבי במידה ויקבל הסבר מפורש כי אין

לשוטרים צו חיפוש וזכותו לסרב הוא עדיין יהיה מצוי בלחץ (המפגש עם המשטרה הינו סיטואציה מלחיצה) ועל כן אי אפשר לעולם לחפש ללא סמכות כי גם אם האדם "ייסכים" זכ לא יהיה באמת הסכמה מדעת.

השופטת בייניש – תחילה הסבירה שעצם העובדה שאמו של ג'בלי נתנה הסכמה לחיפוש אזי הדבר מעביר את הפגיעה

מהגרעין (ביתו של אדם) לפריפריה ועל כן הדרישה להחלת המפורטות יורדת ברמת חשיבותה לאור העובדה שלא מדובר בגרעין אלא בפריפריה.

ההולם את ערכיה של מדינת ישראל

- **מדינה מודרנית**- המדינה כריבון שמחלץ את בני האומה ממצב הטבע
- **מדינה יהודית** – אחדות פנימית בתוך העם היהודי עם זכויות למיעוט בישראל. מודל הלאומיות המאומץ במדינת ישראל.
- **מדינה דמוקרטית** - נוסחת האיזון הישנה (פס"ד קול עם) לפני פסקת ההגבלה

כל חוק צריך להולם את העקרונות הנ"ל כדי שנוכל להגיד שהוא עומד במבחן ההולם.

פס"ד רובינשטיין (לימודי ליבה במגזר החרדי)- עד כמה מחייבים את הציבור החרדי, באותו זרם לימודי עצמאי את לימודי

הליבה. מתמטיקה, אנגלית ואזרחות. הטענה היא שנפגעת האוטונומיה של הנער החרדי, הוא לא מקבל כלים בסיסיים

להמשך החיים. העובדה שלא מקנים לו את הכלים הבסיסיים, לא מקנים לו את הזכויות לחינוך, יש לבדוק את החוקיות

שלו. החלק הזה היה יחסית חלש בפס"ד – לחינוך החרדי אין מקשה אחת. יש בחירה למשפחה החרדית, יש לימודים

במגזר החרדי ששם יש לימודי ליבה. המשפחה והנער יכולה לבחור, לא כופים את החינוך ללא לימודי ליבה. יש פה בעיה

לבסס עתירה חוקתית חזקה על הפגיעה באוטונומיה כי אכן יש אפשרויות ואלטרנטיבות. גם העותרים יצאו מהעולם

החרדי והגיעו לקריירה אקדמית, והצליחו במעבר. העותרים טוענים כי המדינה צריכה להיות פטרנליסטית ולהחליט

למשפחה מה טוב לה, ולכפות את זה עליה.

אם פוטרים מלימוד מתמטיקה ואנגלית, כל עוד הם מקבלים חינוך זה סביר. לגבי אזרחות, האם מדינה יהודית יכול לפטור קבוצה מסויימת מלימודי אזרחות? במודל של מדינה יהודית, אוטונומיה חרדית עומדת בניגוד למודל זה. נניח שנכיר באוטונומיה נוספת אחרת, אין לזה בסיס. מדינה יהודית לא יכולה להתקיים בנסיבות שבה כל קבוצה קובעת אוטונומיה. יש להכיר בחופש של כל אחד, וגם אוטונומיה מסויימת בחינוך. אבל תביעה לכל התחומים מנוגדת למדינה יהודית. המרחב היהודי צריך לאפשר לכל הזרמים להתקיים במדינה. השאלה היא מדינה מה עושה המדינה, ומה עושה הריבון. במדינה יהודית הנשענת על אחדות מסויימת, ייפטרו קבוצה מתוך העם מלימודי אזרחות שבהם מלמדים מהם וכיצד מקיימים את המדינה ואת ערכיה.

מדינת לאום יהודית	רפובליקה חילונית צרפתית
הכרה בזכויות קיבוציות למיעוטים לאומיים	אין הכרה בזכויות קיבוציות (אין הכרה במיעוטים לאומיים)

מדינה דמוקרטית

פס"ד קול העם – סמכות שר הפנים לסגור עיתון.

חופש הביטוי וחופשת העיתונות ⇔ ביטחון המדינה

נוסחת איזון עקרונית שיש לה פן הסתברותי ופן כמותי = מבחנים מצטברים.

פן הסתברותי – ודאות קרובה, הסתברות מאוד גבוהה, קרובה לוודאי.

פן כמותי-פגיעה קשה, רצינית וחמורה.

המחויבות של דמוקרטיה לשמור על זכויות אדם – דמוקרטיה מוכנה לטול על עצמה סיכונים כדי להגן על זכויות אדם. דמוקרטיה מוכנה לספוג זכויות בפגיעה במדינה ושלא ייפגעו זכויות האדם. מתי המדינה לא תספוג פגיעה? כשההסתברות פגיעה היא בוודאות קרובה, ושהפגיעה היא קשה וחמורה.

עקרון נוסחת איזון עקרונית הוא חלק מהתפישה היסודית של מהי מדינה דמוקרטית והמחויבות שלה לזכויות אדם. נוסחה זו משקפת עקרון יסוד של מדינה דמוקרטית – נכונות לטול סיכונים להגן על האדם. כאשר מחוקק חוקק את חוקי היסוד ופסקת ההגבלה הוא לא התכוון לבטל חוקים אלו. בפרשנות ניתן להכניס את המבחנים האלו לתוך פסקת ההגבלה. יש שני מקומות שניתן להכניס את המבחנים לפסקת ההגבלה:

1. 'ההולם את ערכיה של מדינת ישראל' – נכונות להסתכן כדי להגן על זכויות אדם. כאשר ההסתברות שמחקר של שב"כ ייפגע בביטחון המדינה נמוך, אין יותר מידי מסוכנות.

11/03/16

פס"ד עדאללה - השופט לוי היה נכון לפסול את החוק, אבל השופט לוי נתן הזדמנות לתקן את החוק בכנסת.

חוק האזרחות תוקן ע"י הכנסת ואז החוק הגיע שוב לביהמ"ש. בסיבוב השני השופטים היו חלוקים בדעותיהם, השופטת פורקצ'ה פרשה, שופט אחר החליף אותה והחוק שרד.

130,000 מאוחדים משפחות, ארגון עדאללה המייצג את הזכויות של המיעוט הערבי בישראל עותרים נגד **חוק האזרחות- הוראת שעה**. מהצד השני עומדת פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים. בנוסח הראשון החוק קובע כי אין יותר איחוד משפחות כלפי תושבי האזור (י"ש ועזה). בנוסח השני דובר בנוסף לתושבי על האזור, על כל נתין מדינת אויב+ חריגים הומניים. אם ממקום מושבו מתבצעת פעילות שמסכנת את מדינת ישראל.

עד החוק היו בוחנים את המסוכנות של כל מקרה, אחרי החוק סגרו את הסכר ולא ניתנה אזרחות. האם זה חוקתי לסגור את הסכר באופן טוטאלי? את האיסור הגורף?

כאשר מדובר בביטחון המדינה, צריך לספק נתונים. 130,000 מאוחדים משפחות, מתוכם על פני תקופה ארוכה שנבחנה (יותר מ10 שנים) – 26 לכאורה ניצלו את המעמד כדי להיות מעורבים בפעילות טרור. לאזרח הישראלי יש את הזכות להינשא, להקמת בית, להורות – זכויות יסוד בסיסיות של האדם; יש האומרים זכויות בסיסיות שקדמו להקמת המדינה. מול הזכות הזו- בטחון המדינה ושלומו הציבור של מדינת ישראל.

האזרח המאוהב הישראלי, מבקש להכניס את בן זוגו הפלסטיני – ולשב"כ אין מידע קונקרטי על בן זוגו.

לתכלית ראויה

כשבאים לפגוע בזכות אדם, חייב שיהיה משהו חשוב שיצדיק זאת וזו התכלית הראויה. התכלית מכילה את תוכן התכלית ואת הצורך בהגשמתה.

מה שמאפיין דמוקרטיה זה שהיא מוכנה לטול על עצמה סיכונים (הגנה על בטחון האדם וכדו...) כדי להגן על זכויות אדם. הריבון נוטל על עצמו סיכונים סבירים. סיכון סביר - כל עוד עד שההסתברות קרובה והפגיעה קשה רצינית וחמורה ואז המדינה אומרת "עד כאן". ע"מ להגן על אזרחי והזכויות זזות.

תוכן התכלית

יסודות שחוזרים על עצמם, מטרה חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. אנו בוחנים את המטרה הציבורית החשובה מנקודת המבט של חברה שרגישה לזכויות אדם, אנו שואלים עד כמה המטרה חשובה לנו? בסינגפור, מאוד חשוב הניקיון – מבחינתם מי שמלכלך, אדם שטינף את המרחב הציבורי. זה דבר שדורש טיפול חמור אם בוחנים את החשיבות של הניקיון מנק' מבט של חברה.

לוי **בפס"ד גלאון** - הרגישות לזכויות אדם, המטרה חייבת להיות רגישה לזכויות אדם. זו לא רק נק' המבט אלא דרישה עצמאית.

'צמצום הסיכון הביטחוני אזרחי ישראל, לכדי סיכון סביר שראוי לדמוקרטיה ליטול על עצמה כדי להגן על זכויות אדם'. הבעיה בתכלית הרתעתית (פס"ד אדם) – מבקשי המקלט. מבקשי המקלט מאפריקה שאינם פליטים. החוק מורה על מאסר לכלא 3 שנים על מנת שיעבור מסר לאפריקה וימנע מאנשים מסתננים להיכנס לישראל. הבעיה בתכלית ההרתעתית היא מידתיות העונשץ כאשר אתה לוקח אדם שלא מהווה סכנה לחברה, שלא העמדת אותו לדין בהליך פלילי ואוטומטית שם אותו בכלא, אתה משתמש באדם כדי להשיג מטרה שהיא חיצונית לו. הפרה של הציווי הקנטיאני (פילוסוף קנט) – כל אדם תכלית בפני עצמו. פס"ד פלוני – קלפי מיקוח.

18/03/16

אובייקטיבית מול סובייקטיבית

המטרה הסובייקטיבית זה על מה שחשב המחוקק, לעומת האובייקטיביות של מה החוק משיג. לפעמים מה שהמחוקק רצה להשיג סובייקטיבית, התכלית של מה שהחוק משיג היא אובייקטיבית. לפעמים קיים פער בין מטרת המחוקק לחוק בפועל. התכלית לא נסתרת, חה"כ אומרים מה הם רוצים להשיג בחוק, התכלית לא נסתרת. אין הכרעה בפסיקה האם בודקים יותר את האובייקטיבי וגם את הסובייקט ← שתי המטרות צריכות להיות ראויות.

תכלית נסתרת

קיומה של תכלית נסתרת היא כשלעצמה לא פוסלת את התכלית המוצהרת, השופטת פורקצ'ה זיהתה בפס"ד עדאללה את התכלית המוצהרת שהיא הדמוגרפיה. היכולת של התכלית הנסתרת היא לכרסם בתכלית המוצהרת/גלויה. חה"כ חשבו בה"ח על הדמוגרפיה בנוסף להיבט הביטחוני. אם התכלית הנסתרת מכרסמת בתכלית המוצהרת/גלויה עד לפגיעה שלא נותר מן התכלית הגלויה, אז ניתן לטעון שהתכלית לא ראויה ולא חוקתית.

מטרות בדרגת הפשטה שונה

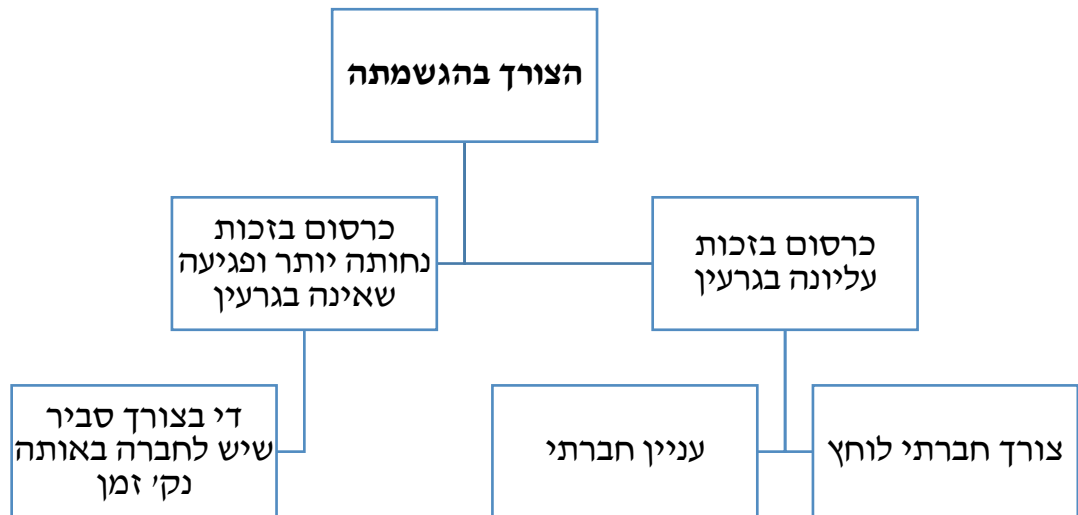
חוקי.

דרגות הפשטה שונות- סובייקטיבית אפשר להגיד שאת ח"כ עניין לעזור לערוץ 7 בלבד, וזוהי מטרה פסולה והחוק לא עומד בתכלית הראויה. בדרגת ההפשטה הנמוכה הקונקרטיה מדובר על להכשיר את ערוץ 7, אבל מבחינה אובייקטיבית הכשרת ערוץ 7 יוצרת יותר פלורליזם בישראל, ואם ערוץ 7 מייצג מגזר שאין לו במה, החוק שעבר נותן ליותר דעות ומגזרים במה.

הצורך בהגשמתה

לאורך מבחני פסקת ההגבלה, מה שקורה בשלב א', משפיע דרמטית על שלב ב'. אם שלב א' הסתיים עם זכויות עליונה, והכרסום בזכות עליונה בגרעין נחיל את הסטנדרט הגבוה מבחינת התכלית "צורך חברתי לוחץ" או "עניין חברתי מהותי". האפשרות לבצע חיפוש ללא חשד לביצוע עבירה ← כנראה יעבור את מבחן התוכן ← עד כמה יש צורך בהגשמתה של המטרה ← חוק המימוש חוקק על רקע גל טרור רצוף של 6 חודשים ← החוק נולד לטפל בהתרעות מודיעינית באזור מסוים; כמו בשער שכס ← יש צורך חברתי לוחץ לבצע חיפוש על אנשים.

הגרסה הראשונה של חוק המימוש הייתה לבצע חיפוש על כל אחד ללא חשד סביר, בחוק המימוש המתוקן מדובר על אזורים מסוימים שבהם תהיה התרעה ושם יהיה חשש לביצוע פיגועים.



זכות נחותה- זכויות כלכליות, זכויות חברתיות(חינוך), לא מדובר בחופש האדם או בפגיעה בפרטיות.

במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתית)

החוק אינו משיג את המטרה שלשמה חוקק ויש פגיעה בזכויות האדם. כל בתי המשפט החוקתיים שהחילו פסקת ההגבלה (בית דין אירופאי לזכויות אדם, ביהמ"ש קנדה) מחלקים את המידתיות לשלושה מבחני משנה:

1. מבחן האמצעי המתאים- ('קשר רציונלי')

היסוד הראשון הוא בחינת האמצעי כשלעצמו- בלי להסתכל בכלל על המטרה. יכול להיות שהאמצעי משיג את המטרה אבל הוא לא ראוי כשלעצמו- בחינת האמצעי כשלעצמו.

מצב א'- האם האמצעי ראוי במדינה דמוקרטית? פס"ד הוועד הציבורי נ' עינויים האם ראוי שדמוקרטיה תפעיל עינויים?

אם זה אמצעי פסול כשלעצמו בדמוקרטיה, אז לא מעניין אם הוא משיג את המטרה או לא ← הוא לא אמצעי מתאים.

מצב ב'- האם האמצעי בלתי הוגן באופן קיצוני?

פס"ד מראר- חקלאי פלסטיני בשטחים המוחזקים, לא חל שם החוק הישראלי ולא חלה פסקת ההגבלה. ניתן להחיל את עיקרון המידתיות מאחר והיא חלק מהמשפט הבינלאומי, מאחר ועליהן חל המשפט הבינלאומי עיקרון המידתיות חל גם עליהם. יש חשש לעימותים בחלקות שלהם, המפקד הצבאי שלא רוצה עימותים בין יהודים לפלסטינים מכריז על השטח

כשטח צבאי סגור. במקום לטפל בצד האלים, הפתרון שניתן היה לא מידתי ולא הוגן. הפסיקה בישראל במבחני המידתיות רלוונטית גם לפסקת ההגבלה וגם למבחנים אחרים. אם המחוקק בחר בפתרון בלתי הוגן באופן קיצוני. **פס"ד אבו מדיגם** איך נאבקים בפלישה לקרקעות המדינה? התברר שלמנהל מקרקעי ישראל הייתה מדיניות שאם פלישה למדינת ישראל, ואם הפלישה היא לצרכי עיבוד הקרקע. הדרך היקרה היא לשלוח שוטרים, לנטוע, ולתחום את האזור. המדינה החליטה לעלות מטוסי ריסוס לאוויר עם חומר קוטל עשבים. למנהל מקרקעי ישראל לא הייתה שום דרך לוודא אם יש בלתי מעורבים באזור. זה יהיה בלתי הוגן באופן קיצוני לרסס אותם בקוטלי עשבים. פלישה למקרקעי המדינה זה אסור, אבל גם לרסס זה אסור.

היסוד השני - האם האמצעי מגשים את המטרה?

מצב א' - בחוק שטרם יושם - "דוקטרינת הבשלות" אין תוצאות בשטח, עוד לא עבדו איתו. זכות עליונה+ פגיעה בגרעין – דורש וודאות קרובה שהוא ישיג את המטרה. אם זו זכות נחותה+ בפריפריה – די באפשרות סבירה. **מצב ב' - חוק שכבר יושם** – אם זה חוק שיושם, ניתן לבחון לפי התוצאה בשטח. מבחן התוצאה ← השיג או לא השיג את המטרה?

פס"ד התנועה לאיכות השלטון (חוק טל) עבור 3 שנים מאז שחוק טל נכנס לתוקף, בודקים את המספרים לגבי כמה חרדים ניצלו את המסלול, השתלבו בצבא ויצאו לשוק העבודה. המספרים קטנים מאוד, החוק לא משיג את המטרה. ביהמ"ש לא פוסל את החוק מהסיבות:

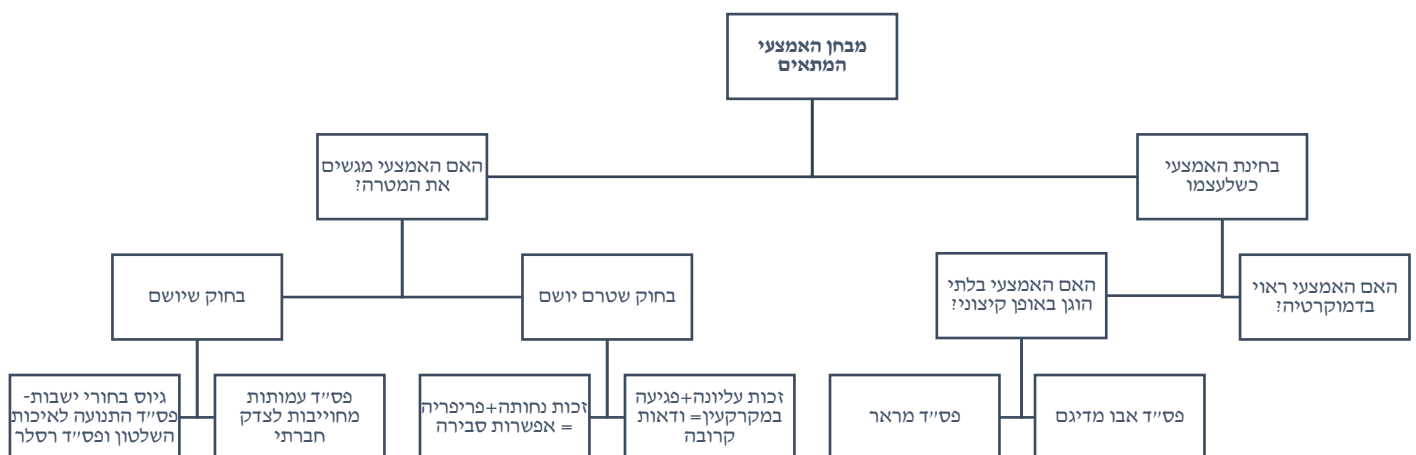
א. עברו רק 3 שנים חוק כזה לוקח זמן עד שהוא מוטמע, מדובר בחוק שהוא הוראת שעה ל 5 שנים, בעוד שנתיים הכנסת תבחן אותו.

ב. בודקים האם חוק במבחן התוצאה משיג את המטרה- לפעמים הבעיה איננה בחוק, לפעמים רות המבצעת לא נערכת נכון, בעיית יישום.

ג. מדובר בתהליך חברתי רגיש וקשה- הציבור מרגיש מאוים וצריך להתהלך לאט ובזהירות, צריך לחכות.

פס"ד רסלר - עברו כבר 10 שנים מחקיקת החוק, הכנסת לא עשתה כלום, החוק חוק יפה, אין לו שום סיכוי להשיג את המטרה, ואם יש פגיעה בזכויות אדם שלא משיגה את המטרה, היא עולה על הנדרש, פוגעת בשיוויון ולא משיגה כלום ולכן נפסל.

דוגמא נוספת קיימת בפס"ד **"עמותת מחויבות לצדק חברתי"** – ממצמים את הוצאות הממשלה על קצבאות, זה מפחית את החוב הכללי של המדינה ויכול לשפר את המצב הכלכלי שלה וזה אמור לעודד אנשים לצאת לעבוד. האם מקצצים את הקצבאות לכולם אלא רק לזכאים? אם מדובר בקבוצה שהיא חסרת יכולת לצאת לעבודה ולהשתתף בשוק העבודה, אין קשר בין האמצעי למטרה.



אם אנחנו רוצים להשיג מטרה או יכולים להשיגה ב2 דרכים בדרך הקשה או הקלה. הרשות בחרה להשיג המטרה באמצעי הפוגע יותר בזכויות האדם מאשר באמצעי אשר פגיעתו פחותה ואז הפגיעה עולה על הנדרש.

דוגמא: עץ הלימון- ליד הבית של דר הביטחון בכוכב יאיר יש מטע פלסטיני של עצי לימון, החשש הוא שיגיע מפגע דרך המטע ויפגע ברמטכ"ל. הרשות שלטונית צריכה לחשוב מה עושים כדי לפתור את האיום הביטחוני, הרשות צריכה לדעת איפה לעצור והרבה פעמים היא לא עוצרת במקום הנכון ומכאן הבעיה.

מדרג הפתרונות הפוגעניים בסדר עולה:

E. גידור המטע/שטח צבאי סגור

D. עקירת המטע

C. דילול המטע $\sqrt{\quad}$

B. משמר של 1000 חיילים סמוך אישית על ביתו + אמצעים אלקטרוניים מיוחדים (קרי מידה) ← גדר שתקיף את

היישוב בגובה 3 מטרים

A. שר הביטחון יעבור דירה

בחירת האמצעים על הסולם:

1. האם האמצעי מגשים את המטרה?

2. האם קיימים שיקולים אחרים שלא לבחור באמצעי הגוברים על שיקול מזעור הנזק לזכות האדם?

3. אמצעי הדורש השקעת משאבים בלתי סבירה

הרשות מחויבת לעצור באמצעי שפגיעתו פחותה – האמצעי האלטרנטיבי.

אמצעי הדילול פוגע פחות – הוא לא פוגע בערך הסנטימנטלי של המטע- המטע לא נותן פריחה, אלא עובר ממשפחה למשפחה.

לא כל טעות של הרשות בעצירה הזו על הסולם, היא בהכרח אי חוקיות.

3. **המבחן האמצעי השלישי- "האמצעי המידתי" (מידות במובן הצר)-** מתחם של מידתיות שיהיו בו כמה אמצעים שכולם

מידתיים, מתי נגיד שהרשות טעתה אבל זה בתוך המתחם? כשהאופציה האחרת היא אמצעי סמוך. אם בשלב א' בוחנים

איזו זכות נפגעה ובאיזה עוצמה, והגענו למסקנה שיש זכות עליונה ופגיעה בגרעין ← צמצום מתחם הטעות- מידתיות.

אם הזכות נחותה יותר והפגיעה היא לא בגרעין אלא בפריפריה ← ניתן לסבול יותר טעויות, וטעות יותר קשה יכולה להיות בתוך מתחם.

במקרה עץ הלימון, זכות הקניין נפגעת. מטע מסוים הוא לא ליבת הקניין, גם אם יש רגש סנטימנטלי אליו. לפי היגיון זה

הזכות היא לא הכי עליונה. אמנם עקירת המטע היא טעות, כי אפשר רק לדלל – אך האמצעי הוא בתוך המתחם. היה

אפשר לבחור בדילול המטע, אבל נבחר בעקירה. האם מבחן המידתיות כולל גם את הדילול וגם את העקירה? כן. ביהמ"ש

הלך על מתחם יותר צר, והחליט שהמבחן הוא באמצעי C – דילול המטע. ולכן עקירת המטע היא בלתי מידתית = בלתי

חוקתית.

פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים – הפרטת בתי הכלא.

סולם האמצעים:

המודלים שמתחרים בהפרטה, אחד המודל הבריטי ואחד המודל הצרפתי.

C. מודל בריטי (הפרטה מלאה)

B. מודל צרפתי (ניהול משולב)

המדינה הלכה על הפרטה מלאה, דרך יעילה וחשכונית למדינה – שיפור תנאי הכליאה.

בית המשפט יש וויכוח על מי הנטל להוכחה של הטענה הזו השופטת ביניש קובעת שלא הוכח שהמודל הצרפתי משיג את

המטרה במלואה כי הטענה שאם מכניסים את המדינה פנימה זה כבר לא חשכוני. השאלה על מי הנטל להוכיח את האמצעי

האלטרנטיבי מקובל שהעותרים צריכים להוכיח את שלב א' – כרסום ממשי ושלב ב' האם הכרסום חוקתי הנטל הוא על

המדינה- וחובת הוכחה היא על המדינה. בכך זאת הנשיאה בינינו לא פוסלת את זה כאן. היא קבעה שהנטל הוכחה הוא על העותרים.

השופט נאור אומרת שהנטל להוכיח הוא על המדינה, אם המדינה הוכיחה שהמודל הצרפתי שהוא עובד, כנראה שהוא עובד. אם המדינה הלכה למודל הבריטי והלכה להפרטה, האם בהכרח הולכת לאמצעי שפגיעתו פחותה? ברגע שיש עוד אמצעי יש חשד שיש בעיה. זה שלא עצרו נב והמשיכו ל'C זה לא אוטומטי פוסל את האמצעי.

יש לבדוק **מתחם המידתיות** – אם הטעות היא טעות גדולה אז גם אם המתחם גדול, האמצעי חורג. או שההבדל יחסית קטן ואפשר לטעון שזה בתוך המתחם.

יש מקרים בהם צריך לבדוק בכלל האם האמצעי על הסולם – **האם הוא מגשים את המטרה במלואה?**
פס"ד עדאללה + גלאון (חוק האזרחות, הוראת שעה)
המדינה קובעת בנוסח הראשון כי אין איחוד משפחות בשום מקרה, בנוסח השני רק לחריגים המוניטריים.

D.

C. איסור גורף על איחוד משפחות

B.

A. בדיקה אינדיבידואלית של המועמד + 1,000 תקני שבי"כ.

זכויות אדם עולת כסף, והמדינה חייבת לעשות כמיטבה לשמור על זכויות אדם. האם 1,000 זו השקעה צודקת? אם זה יקר מידי, האמצעי ייפול. נניח וזה לא יקר, אם הגשמת המטרה מתייחסת להשגת מקסימום ביטחון, גם אם יתווספו 10,000 תקני שבי"כ בסוף כשיש בדיקה אינדיבידואלית לאדם לא ניתן לדעת האם הוא ייפגע בסופו של דבר או לא. המטרה צריכה להיות רגישה לזכויות ואין לנסח מטרות מקסימליסטיות, יש לנסח את המטרה באופן יותר דמוקרטי – **'צמצום הסכנה הביטחונית לכדי סיכון סביר שדמוקרטיה צריכה ליטול על עצמה כדי להגן על הזכויות'**. במקום $100\% \leftarrow 80\%$
נניח והמטרה היא מקסימום ביטחון לאזרחי ישראל, אם זו המטרה 0 סיכונים, מקסימום ביטחון.

01/04/16

מידתיות

סולם האמצעים – הגשמת מטרה במלואה. האם אמצעי מסוים הוא על הסולם או מתחת לסולם?
האמצעי המידתי- מידתיות במובן הצר. עוברים לאמצעי השלישי, כשלא מצאנו אמצעי אחר על הסולם. אם המטרה היא מקסימום ביטחון לאזרחי ישראל, גם אם ייתנו הרבה תקנים לא מבטיחים את ביטחונה של ישראל. אין אמצעי אחר מלבד 'איסור גורף על איחוד משפחות'. האמצעי השני לא מפיל את החוק או ההחלטה, אין אמצעי שפגיעתו פחותה. יש לעשות השוואה בין התועלת החברתית לנזק לזכויות האדם.

נזק לזכויות האדם	התועלת החברתית	כמה הוא קרוב להשגת המטרה במלואה?
כמה תוספת הגנה לזכויות האדם נקבל במעבר לאמצעי הקרוב לסולם? (מכמעט 0 מאוחדים משפחות באיסור הגורף, לכמה אלפים בכל שנה)	מהו אובדן התועלת החברתית ממעבר לאמצעי הקרוב לסולם? 7% ביטחון	

08/04/16

זכויות האדם

העיקרון החוקתי הוא הגנה על זכויות האדם. נושא זה מאד מרכזי בשיח הציבורי בכל מדינה, בטח במדינות הדמוקרטיות. מה שמסמל אותן, הדמוקרטיה מגנות על זכויות האדם. זכויות האדם עצמן אמורות להיות אוניברסלי ותקף בכל מדינה, ולא רק קשור לדמוקרטיה. יש משהו יותר עמוק – 'משפט הטבעי' עוד לפני שיש מדינה, יש חברה אנושית ולאנשים שם יש זכויות טבעיות. אח"כ קמות מדינות, מכוננים אומות ויש דמוקרטיה והם מחויבים לרמה יותר גבוה של זכויות אדם.

בהנחה ובשלב ב' הכרסום בחוק הוא בעייתי, איזה חוק ניתן לעותרים? בד"כ הסעד הוא ביטול. לא תמיד מבטלים את כל החוק, לעיתים רק את הסעיף בעייתי.

האם החוק/החלטה מנהלית מכרסמים ב'היקף הפנימי' של עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד/עק' יסוד בלתי כתובים?

עיקרון חוקתי – הגנה על זכות אדם או זכויות יסוד של הפרט.
או בעקרונות יסוד בלתי כתובים? – הגנה על זכויות אדם.

הזכויות הבלתי מנויות (לא נזכרות בחוקי היסוד)

- הזכות לחיי משפחה/הזכות להורות
- הזכות לחינוך
- הזכות להליך פלילי הוגן
- חופש הביטוי
- חופש ההתאגדות הפוליטית
- חופש ההפגנה
- עיקרון השוויון
- חופש התנועה – סעיף 6 יש זכות להיכנס לישראל אם אתה אזרח ישראלי, או לצאת. בתוך המדינה אין חופש תנועה.
- חופש הדת
- חופש מדת
- מה כן מופיע?

משפט הטבע-
זכויות
אוניברסליות
זכות לחיי משפחה
זכות להורות -
במובן הגרעיני

- קניין – סעי' 3
- הזכות לחירות אישית- ממעצר/ מאסר הסגרה וכו' סעי' 5
- כניסה ויציאה לישראל – סעי' 6
- פרטיות- סעי' 7
- חוק יסוד : חופש העיסוק

האם הגנה רחבה על הקניין מהותית לדמוקרטיה? לא בהכרח. האם יש דמוקרטיה בלי הזכות להליך פלילי הוגן? לא. איזה זכויות עלולות להיפגע בעקבות ההחלטה? האם בכל צריך לעגן? איפה ניתן לעגן את זכויות האדם?

הפסיקה מכירה באפשרויות שהזכויות אדם שייכות לאדם עוד לפני שהייתה מדינה. הזכויות לחיי משפחה במובן הגרעיני, לבחור את בן הזוג. לקיים קשר ולקיים קשר עם ילדך. זכויות אלו קדמו למדינה. יש קושי ללכת למשפט הטבע ולהכניס זכויות אלו לשם, הזכות להליך הוגן. לא היה הליך פלילי במצב הטבעי, והליך זה קשור לריבון. חופש המחשבה יכולה להיחשב כזכות טבעית שיש לכל אדם, ואסור יהיה לממשלות להשתמש באמצעים עתידיים) אם יהיו) על מנת לשלוט במחשבות אלו.

החוקה המטריאלית – ליבת עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

זה יותר חזק מהעקרונות הכתובים.

היסודות של החוקה המטריאלית הבלתי כתובה :

א. מדינה מודרנית- מבוססת על אמנה חברתית

כל אלו נמצאים במעגל המקיף את משפט הטבע.

האם את חופש הדת ניתן להכניס למדינה דמוקרטית גם אם זה לא כתוב בחוקה? כל דמוקרטיה לא יכולה להתקיים בלי הגנה על חופש הדת. דמוקרטיה בנויה על שוק חופשי של רעיונות ודעות המחרה באופן חופשי כאשר כל דעה יכולה להתארגן פוליטית כדי לבטא עצמה בהליך הדמוקרטי. ברגע שחופש הדת לא מתקיים, זה מאפשר לרוב להפעיל עריצות כלפי המיעוט. זה גם קשור לשוק הרעיונות, וגם על הגנה על המיעוט מפני עריצות. חופש הביטוי והעיתונות? החוקה הכתובה, חוקי היסוד. האם חוקי היסוד מדברים על חופש הביטוי? לא. האם ניתן להכניס את זה לחוקה הבלתי כתובה? כן. דמוקרטיה לא יכולה להתקיים בלי כלים אלו, המגבשים את העמדות הפוליטיות בחברה, ומבקרים את השלטון.

פס"ד לימודי הליבה - את הציבור החרדי לא מעניינת הדמוקרטיה אלא הרצון לשמר את לימודי הליבה. האוטונומיה לציבור החרדי עולה בקנה אחד עם הדמוקרטיה. אם נטען כי מאחר ולא מלמדים לימודי ליבה, הנער החרדי לא מקבל חינוך זו התנגשות עם הדמוקרטיה. ביהמ"ש לא פסק כך, כי הליבה של החינוך קשורה לדמוקרטיה. המעבר לליבה 'האם כולם חייבים ללמוד מתמטיקה או אנגלית?' לא. לא מחייב. הדמוקרטיה יכולה לספוג את זה.

תכנית של תמיכה בשיעורי עזר לילדים רך - כשמשיקעים בגיל של 3-5. אם סוגרים פערים בחינוך בגילים אלו יחסוך הרבה שקלים בגילי התיכון. תכנית זו השקיעה כספים לאוכלוסיית חלשות ואז נגמר התקציב, והפסיקו את תכנית זו. האם פגעו בזכות בלתי כתובה בדמוקרטיה? האם יפסיקו לקבל את התכנית הבסיסית אלא את התוספת. ילדים אלו יקבלו חינוך ראוי, רק לא את התוספת שתסגור את הפערים החברתיים. במרבית הדמוקרטיות יש פערים מהותיים (ארה"ב) יש פגיעה באפשרות לסגירת פערים אבל לא בחינוך בסיסי. (פס"ד קול העם)

המינוח בפסיקה היא 'כתובה לא כתובה עלי ספר' אך חייבת להיות חלק ממערכת המשפט. הליבה של חופש הביטוי חייבת לקבל הגנה חוקתית אחרת לא תתקיים דמוקרטיה בישראל. האם דמוקרטיה יכולה להתקיים בלי שיווין? דמוקרטיה דוגלת בשיווין בסיסי בחברה, וזה נעשה רק כאשר מתייחסים אל אותם קבוצת באופן שווה. לכן, גם אם השוויון לא מופיע בחוק הכתובה, נמצא דרך להכניס אותו לחוקה הבלתי כתובה. האם דמוקרטיה יכולה להתקיים בלי זכות הגישה לערכאות שיפוטיות? לא. יש עקרונות רבים בדמוקרטיה, שלטון החוק, הגנה על זכויות אדם. מי אוכף זכויות אלו? על מה ויתרנו במצב הטבע לכל הנוגע לצדק? בצדק הפרטי. ברגע שעברנו למדינה המודרנית, לאדם אסור לנקוט נגד אדם שפגע בי רק דרך הריבון. והזכות המגשימה את זה היא זכות הגישה לערכאות שיפוטיות. אם המדינה לא נותנת לאדם לגשת לערכאות שיפוטיות היא פוגעת באחת היסודות.

הזכות שלא יופעל כלפי אדם כח פרטי- במדינה המודרנית, אדם נגנב רכוש רק הריבון יכול להפעיל את הכח (למעט הגנה עצמית, בסיטואציה זו אם אדם ימתין לריבון.. ☹) זו דרך לבסס את פס"ד הפרטת בתי כלא- אם אדם מבצע מרד בתוך הכלא, אנשים פרטיים היו משיבים את הסדר. זה מנוגד לעקרונות אלו שרק הריבון רשאי להפעיל כח וביהמ"ש יכל ללכת לעקרונות החוקה הבלתי כתובים. באותו פס"ד ביהמ"ש הצליח למצוא גם זכות לכבוד שנפגעת, גם זכות לחירות אישית ואז הוא מצא את הדרך לטפל בזה בחוקה הכתובה. אם לא היה מצליח היה יכול ללכת לחוקה הבלתי כתובה. האם דמוקרטיה מחייבת שבני הישיבות ישרתו בצבא? השוויון הוא לא שיווין שכולם חייבים לקיים אותם דברים. יש דמוקרטיה שהצבא הוא מקצועי בלבד. האם בדמוקרטיה כולם חייבים לשרת? לא בהכרח. כשהרוב כופה על מיעוט בניגוד לאורח החיים יכול ליצור בעיה דמוקרטית. מהנוסחה של מדינה יהודית אפשר לגזור את הפטור הגורף. מאחר וזה מנוגד למפעל הלאומי 'המדינה יהודית'.

איך אפשר לגזור את חופש הדת ממדינה היהודית? לא ניתן לשמר מורשת זו ולשמר אותה אם לא נותנים את החופש הדתי. איך אפשר לגזור את החופש מדת במדינה יהודית? כל המפעל הציוני של המדינה היהודית הוא לאחד זרמים שונים של המדינה היהודית. חלק מרכזי במדינה זו לא שומר את מצוות הדת, יחס שווה וכבוד שווה לזרמים שונים מחייב – ולכן חייב חופש דת ומדת.

האם הכפייה של הגיוס בעייתית לדמוקרטיה? אם היא פוגעת באוטונומיה, ניתן לבסס עתירה. הוא היה נדחה בשלב 'שמירת הדינים'. מעבר לחוק שירות ביטחון, גם אם הייתה התעלמות משמירת הדינים לפני שהמדינה היא דמוקרטיה הריבון מחייב לקיים בו מדינה דמוקרטית. הריבון יטען בבג"ץ שבלי צבא לא ניתן לקיים את המדינה ואת הקיום של המדינה במרחב הזה. חלק מהאמנה החברתית היא שהאדם מוותר על החירות שלו כדי שהריבון ישמור עליו.

הבחנה בין זכות שלילית (פאסיבית) לזכות חיובית (אקטיבית)

כמעט לכל זכויות האדם יש פן שלילי ופן חיובי.

הזכות השלילית היא בד"כ זכות מהסוג של חירות- הזכות של האדם היא שהמדינה לא תתערב במרחב הפרטי של האדם.

אדם חופשי רוצה לנהל את חייו, אין סיבה שהמדינה תתערב לו. זכות מאוד חשובה היא הפרטיות.

איך החופש הביטוי קשור לזכות שלילית? אלו הדעות של אדם, והוא רוצה לפרסם אותם. אין סיבה שיחסמו או ישתיקו אותו.

איך חופש העיסוק קשור לזכות שלילית? אדם בוחר לעבוד במקצוע מסוים, נניח זנות. טיעון נגד העיסוק יהיה שהעיסוק נעשה מתוך קושי או מצוקה.

איך חופש הורות קשור לזכות שלילית? זוג חד מיני שיש להם אישה פונדקאית, מדוע המדינה תתערב במרחב הפרטי ותחליט שפונדקאות זה רק לגבר ואישה?

הזכויות השליליות הן רבות.

הזכויות החיוביות- האדם תובע מהמדינה לנקוט פעולות אקטיביות על מנת ליצור תנאים שיבטיחו את החינוך. הנער

החרדי יטען למול המדינה, שעליה לכפות על ביה"ס לימוד ליבה. ציבורים בחברה הישראלית לא מקבלים במה להשמיע את דעותיהם.

הרגולטור יחייב לתוכן מכל הסוגים. באותן תכניות הרגולטור יחייב דמויות שונות בציבור, וכמה זוויות לחברה.

רדיו שנמנע מלהשמיע את קולות הנשים- הגברים בתכנית הרדיו מבקשים להביא לידי ביטוי את הזכות השלילית, שהנשים לא ידברו. הנשים מבקשות זכות חיובית – סגירת התחנה אם לא מביאים לידי ביטוי את הנשים.

06/05/16

יש פעמים שקל להצביע על פגיעה בעקרון חוקתי, אם יש פגיעה בזכות לצאת מהארץ יש לכך עיגון מפרוש בחוקי היסוד. מה עם אותן זכויות הלא המעוגנות בחוקי היסוד?

"החוקה הכתובה" (חוקי היסוד) ← הזכות לכבוד האדם ← מושג שסתום

החוקה המטריאלית- עקי היסוד הבלתי כתובים

משפט

הטבע

כבוד האדם: משותף לכל בני האדם, אותו אנחנו רוצים להגן. כל בני האדם שייכים למין האנושי ואת זה יש לכבד.



פס"ד הוועד הציבורי נ' עינויים – מניעת שינה מוגזמת שוללת את האנושיות של האדם.

פס"ד קטלן – מבריחי סמים היו נוקטים באיך מחביאים סמים, אחת השיטות היעילות זה לבלוע. דובר על חוקן בכפייה. האם אפשר לבצע לאדם חוקן בכפייה? האם זה מכבד את אנושיותו. האדם הוא ריבון לעצמו, הוא מליט מה להכניס לגופו ומה לא. וכאשר מנסים לכפות עליו בתחום אינטימי זה, זה סוג של עינויים הנוגעים בליבה של כבוד האדם. דוגמא נוספת, שעוסקת בחקיקה שתאפשר הזנה בכפייה של אסירים שובתי רעב. עתירה בנושא הולכת לעסוק האם ניתן להזין אנשים בכפייה. יש לעשות איזון בין ההזנה בכפייה לבין ביטחון המדינה ושלום הציבור. נוסחת הוודאות הקרובה – מתי אפשר לפגוע בזכות היסוד? כשיש פגיעה קרובה לוודאי בביטחון המדינה. בוועד הציבורי נ' עינויים – יש רמיזה של ביהמ"ש של כבוד הליבה אין איזון עם כלום, זה בגרעין ובליבה- לא פוגעים בליבה-אין עינויים.

20/5/16

במעגל כבוד האדם, ביהמ"ש פיתח שני מודלים לפרשנות כבוד האדם:

א. מודל צר - דורנר, אליס מילר + גולן

המודל הצר מדבר על הבעיה בלגיטימיות של פרשנות חוקתית. הכנסת לא רצתה להכניס שוויון לחוקי היסוד, אז על ביהמ"ש לכפות ולהכניס את זה לחוקה? השופטת דורנר בפסקי הדין אליס מילר + גולן- מעלה את הבעיה, שהפרשנות החוקתית משנה את חוקה. היא מעצבת את מבחן ההשפלה, נכון שהכנסת לא רצתה להכניס שוויון ביטוי וכי, אבל היא רצתה להכניס את כבוד האדם. אבל השפלה וכבוד האדם נוגדות זו את זו. לכן, כבוד האדם מתפרש בצמצום: האם עולה כדי השפלה? ← האם חופש הביטוי עולה כדי השפלה?

בפס"ד אליס- אליס מילר לא ערוך להכיל טייסות, צה"ל חוסם נשים לקורס טיס כשעל פניו כל אדם יכול להיות טייס. אי קבלת נשים לקורס טייס זו פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה.

לא משפיל- החלטת הממשלה לממן הוצאות אבטחה של אל על שהייתה חברה ממשלתית. פנתה חברת כאל, שהטיסה מוצרים חקלאיים. היא תהתה למה את הוצאות האבטחה שלה הממשלה לא ממנת. במקרה הזה אין השפלה.

פס"ד עמותת מחויבות - נמצא בתוך המודל הצר עם אפשרות לכניסה לתוך הגרעין. פס"ד חשוב בהיסטוריה של ביהמ"ש העליון, מבחינה חוקתית הוא שם את הזכויות החברתיות על המפה. בפס"ד זה היה קיצוץ אגרסיבי בקצבאות הבטחת הכנסה. טענת העותרים: קיצוץ בצורה משעותית מ2800, 2200 למשפחה שלמה, עם הקצבאות האלה אין יכולת לקיון מינימלי בכבוד. ביהמ"ש נזהר בלהכיר בזכויות חברתיות רחבות, ישנו ויכוח בין ברק לבין לוי ברק נזהר מלהכניס זכויות חברתיות חברתיות, כמה המדינה צריכה להבטיח לפרט את כל הזכויות החברתיות (בריאות, חינוך, מגורים, מזון, מים) עד לאן המדינה צריכה להבטיח את הדבר הזה? ברק הולך על פרשנות מצומצמת, מה נכנס לתוך כבוד האדם: **הזכות לקיום אנושי מינימלי**, שאם לא סיפקת אותו פגעת בכבוד האדם.

האם הומלס סובל מהשפלה? התשובה היא כן.

האם זה משפיע על צלם האדם? התשובה היא כן.

הזכות לקיום אנושי מינימלי היא חלק מכבוד האדם - או בגרעין או בהשפלה.

האם זה משפיע על האוטונומיה של הפרט? התשובה היא כן. ההומלס רק שורד, אין לו שום אוטונומיה על החיים שלו. לוי הולך על מהלך דרמטי - להרחיב את הזכות. לא רק קיום אנושי מינימלי, מי שאנחנו במטיחים לו מינימלי הוא במאבק הישרדות הוא לא יכול לקחת חלק בחיים החברתיים האמתיים. איך הוא יכול לקחת חלק כפרט בחברה אם הוא עסוק בלשרוד, ולכן צריך לתת לו **תנאי חיים נאותים**.

כרוך בעלויות רבות, ולכן צריך להיות זהירים עם הרחבת הזכויות.

פס"ד חסן - ההוראה פוגעת בזכות לקיום אנושי מינימלי

(20/05/16)

פס"ד קעדאן (הפלייה כלפי המגזר הערבי): מדובר ביישוב קהילתי, משפחת קעדאן דומה באופייה לשאר המשפחות ביישוב, יישוב רגיל במדינת ישראל. אין סיבה לא לקבל אותה, מלבד העובדה שהיא משפחה ערבית. מנהל מקרקעי ישראל, חייב לנהוג בשוויון כשהוא מקצה קרקעות מדינה.

האם זה נכנס לפגיעה בכבוד האדם? האפליה הקבוצתית עולה כי השפלה ועל כן זו פגיעה בכבוד האדם.

המדינה היא מדינה יהודית, מאפשר לוועדות התכנון לקחת את השיקול הזה כשיקול רלוונטי וכאשר הם מתכננים קרקע פנויה להקמת יישוב, העדיפו הקמה של יישובים יהודיים, על אחת כמה וכמה במקומות בהם לא היו יישובים יהודיים. יישוב יהודי לא יכול למנוע מערבים להתיישב בו, איך בכל זאת הוא יכול לשמור על הצביון היהודי מבלי לפגוע בעקרון השוויון? אפשר לנסות להגן על עמדה כזאת של היישוב - יגדיר בתקנון את היישוב כיישוב יהודי, היישוב יהיה פתוח לכולם, כלומר כל המגזר הערבי מוזמן להתגורר ביישוב, אבל עליהם לקחת בחשבון שהתקציבים של היישוב הם למאפיינים היהודיים: חגים, בתי כנסת, מקווה וכו' מאפייני הדת היהודי יבואו לידי ביטוי באורח החיים ביישוב.

יש הבדל באפליה בין המרחב הציבורי של הרוב, שגם ככה דאג לעצב את המרחב הציבורי על פי תרבותו והיא משתמרת בין כה וכה לבין קבוצת מיעוט שכל המקום שיש לה לשמר את התרבות שלה והמעט מרחב שיש לו.

המיעוט לא יכול להפלות בודדים מקרב הרוב שרוצים לשכור חנות בעוספיה, זה יצטרך לעמוד למבחן, זה לא חד משמעית משום שזו דרישה של המיעוט להגן על המעט שיש לו.

נוער כהלכה: הנערות בביה"ס החרדי, הספרדיות, שמו להן קיר ועשו הפרדה בין אשכנזים לספרדים. הנערות הספרדיות

לא יכולה ללמוד במגמה של האשכנזיות בטענה שמבחינת ההקפדה על מצוות הדת, לא עומדים בקריטריונים שהמגמה

ב. מודל הביניים של ברק:

נקבע פס"ד התנועה לאיכות השלטון (גיוס בחורי ישיבות)

לא הכל השפלה, כבוד האדם זה הרבה מעבר להשפלה. עוד דברים שלא מהווים השפלה אבל הם תחת פגיעות בכבוד האדם. כולם הצטרפו למודל הביניים של ברק, נכון להיום כל השופטים עברו למודל הביניים. מה שנכנס כבר למודל הצר זה מעולה, אין שאלה זה כבר בכבוד האדם. במידה ולא הצלחנו להכניס לגרעין, נבדוק אם יש השפלה אז נעבור למודל הביניים הרחב.

שני יסודות שהוא מוכן להוסיף לכבוד האדם כזכות חוקתית:

"פגיעה עם קשר הדוק לאוטונומיה של הפרט"

לפי התפיסה של ברק, לכבד אדם זה גם לראות אותו כייצור אוטונומי שמפתח את עצמו ומעצב את חייו, ואם אנחנו מתעלמים מהמרכיב הזה של האדם ומתערבים ופוגעים קשה באוטונומיה שלו כפרט, אנחנו בעצם לא מכבדים אותו כחברה.

דוגמא נוספת לפגיעה באוטונומיה: כיתוב על מצבות – לא מדובר באוטונומיה של המת, אלא על האוטונומיה של המשפחה. כך הם רוצים לזכור ולכבד את יקיריהם. בפס"ד כסטנבאום התפיסה של האוטונומיה זה הדרך שבה משפחה רוצה לרשום על המצבה ואנחנו צריכים לכבד את זה. חלק מכבוד האדם. אוטונומיה של החולה – הסכמה מדת, הרצון איך לסיים את חייו.

גיוס בחורי ישיבות: שואלים האם פגיעה בזכות לשוויון, האם היא בקשר הדוק לאוטונומיה של הפרט? האם דחיית השירות לאוכלוסייה החרדית היא זו שבקשר הדוק לאוטונומיה של הפרט שמשרת? האם אי השוויון הוא בזיקה ישירה לאוטונומיה. חוק שירות ביטחון שמחייב להתגייס – זה החוק שמגביל את האוטונומיה המוגן בשמירת הדינים, וגם אם הוא לא היה מוגן הוא היה עומד במבחני פסקת ההגבלה. אין בעיה חוקתית בפגיעה באוטונומיה. הפטור לחרדים לא עולה כדי השפלה. החברה הישראלית מהללת את המשרתים בחברה, הם זוכים להערכה גדולה. פטור לקבוצה כזו או אחרת לא גורם להם להשפלה.

פס"ד קאעדן: קשר הדוק לאוטונומיה – אתם לא תבחרו איפה לגור במדינת ישראל, אנחנו נגיד לכם.

אליס מילר: קשר הדוק לאוטונומיה – את לא תהיי טייסת, נבחר בשבילך.

פס"ד עדאללה איחוד משפחות (דובר בפסקת ההגבלה): הפגיעה באוטונומיה באה לידי ביטוי בזכות לחיי המשפחה, אומרים שאם אתה רוצה לחיות עם כל המשפחה שלך זה לא יהיה בישראל. העובדה הזאת שאדם לא יכול להחליט איפה הוא יתגורר, זו פגיעה שיש לה **קשר הדוק לאוטונומיה של הפרט**.

פס"ד רובינשטיין לימודי ליבה: בזכות לחינוך, שיש לה **קשר הדוק לאוטונומיה של הפרט**. חינוך שלא יכולים לעשות איתו אחר כך כלום, פוגעים בזכות הבחירה שלי לאחר סיום ביה"ס ביכולת להשתלב בחיים האזרחיים. יש בחירה בסיסית לנער החרדי ולהוריו, ישנם מסלולים חרדיים בלי ליבה, וחלק בלי. להורים יש יכולת לחוץ על הנער החרדי ללמוד במסלול ללא ליבה. מבקש שבכלל לא תהייה את האופציה הזאת שתפגע בו בהמשך.

הזכות לחינוך לא מופיעה בחוקי היסוד, אך בזכות הקשר ההדוק הוא בחוקי היסוד דרך האוטונומיה.

פס"ד מפקד הלאומי: מדבר על חופש הביטוי הפוליטי. דובר על תנועה שרצתה לעשות מפקד ולראות כמה אנשים תומכים באיזשהו מתווה של הסדר שלום ואז לבוא למנהיגים ולהגיד להם שהעם רוצה שלום (נניח). תנועה פוליטית שרצתה לפרסם את הרעיון הפוליטי שלה בטלוויזיה. בטלוויזיה לא מפרסים פוליטיקה רק בתקופת בחירות. השאלה האם נפגעת זכות חוקתית? מדברים בחופש הביטוי הפוליטי ולא המסחרי (הפוליטי נמצא בגרעין, מסחרי נמצא יותר בפריפריה) האם זה גם פוגע בכבוד האדם? יש קשר הדוק לאוטונומיה, בין השאר לפתח לעצמו השקפת עולם גם בנושאים פוליטיים וגם ליצור אינטראקציה עם אחרים ולדבר איתם על תפיסת העולם שלו, ולכן אם אנחנו משתיקים את העמדה הפוליטית שלו אנחנו פוגעים באוטונומיה שלו. בחופש הביטוי יש זיקה לאוטונומיה של הפרט. פגיעה בחופש הדת = קשר הדוק לאוטונומיה.

הערך העצמאי של האדם ללא קשר לתועלת לאחרים:

ברק מדבר על הערך העצמאי של האדם, לכבד אותו בלי קשר לתועלת שזה מספק לאחרים. קרוב **לציווי הקאנטיאני**: יש לראות באדם כתכלית בפני עצמה, ולא להשתמש בו למטרות חיצוניות לו.

דוגמאות: **פס"ד המרכז האקדמי**, הפרטת בתי הכלא: האדם שפוגעים בו, והציווי הקאנטיאני מציב את השאלה. שמים אדם בכלא בידיים פרטיות, חברה עסקית שמה שמעניין אותה זה כסף. האדם שואל את המדינה, למה הם מפקידים את גורלו בידי חברה מסחרית.

לא תהייה הפרה כשהמדינה תגיד בא לטובתו ותועלתו. תנסה לטעון ולהגיד שהם רוצים לשפר את תנאי הכליאה. התשובה שהמדינה תיתן זה שיש מטרות חיצוניות, זה חוסך לה כסף. האדם הוא לא המטרה, אלא **המטרות החיצוניות**. בזכות ההליך פלילי הוגן לא מופיע בחוקי היסוד, נניח ופוגעים בהגינות של ההליך הפלילי – האם זה מה שמגביל את האוטונומיה שלי כפרט? זה פחות קשור לאוטונומיה, משום שבהליך פלילי כנראה יגבילו לי את האוטונומיה = פגיעה בחירות בהליך פלילי.

כשהמדינה פוגעת בהגינות ההליך הפלילי **בפס"ד יששכרוב** דובר על שלילת ראיות והזכות להיוועץ עם סגור מטעם הצבא. **בפס"ד פלוני** דובר על הוראה בחוק שבהוראות ביטחון ניתן לדון בהארכת מעצרו של אדם כשהוא לא נוכח, מכיוון שהייתה עוד הוראה מצטברת שאפשר למנוע ממנו מפגש עם עו"ד יוצא שדנים בגורלו לא כשהוא שם ולא כשעו"ד שלו שם. אותם אנשים יגידו שהם זכאים לעו"ד, הם רצו לנצל את החולשה ולהוציא ממנו הודעה. משתמשים בו כדי להשיג מטרה חיצונית = להוציא הודעה, לייעל את החקירה ולסגור את התיק.

איך דנים בגורלו של הנאשם מבלי להביע את דעתו בבתי המשפט = עבירות ביטחון, הרציפות היא קריטית, רוצים לשמור על יעילות החקירה, כלומר, משתמשים בנאשם כדי לייעל את החקירה **כלומר פגיעה בציווי הקאנטיאני**.

בפס"ד המסתננים: הריסת בתים. המטרה של המדינה להרתיע! אותו נאשם שואל מדוע מחזיקים אותו במאסר כשהוא לא מהווה סכנה לחברה. המדינה בעצם תטען שאם האסיר ישתחרר ימשיכו לבוא אנשים, אנחנו משתמשים בו כדי לסמן לכל הפוטנציאלים האחרים לא להגיע. אם תגיעו = ישר לכלא.

27/05/16

הזכות לשוויון

להבדיל מזכויות אחרות, אם מגבילים את זכות הקניין נפגעת שיש פגיעה. שוויון זה מושג עמום, לא תמיד קל לדעת מתי יש פגיעה בשוויון.

עיקרון השוויון בבחירות

ס' 4 לחו"י הכנסת:

הכנסת תיבחר בבחירות..... שוות

אין לשנות(או לפגוע) אלא ברוב חברי הכנסת

הייתה דעת מיעוט של שמגר בפס"ד דרך ארץ – את שיווין בבחירות יש לפרש מתמטית טכנית; אם לא נותנים לכולם את אותם כללי משחק, זוהי פגיעה בשוויון. ("השוויון הפורמלי")

דעת הרוב (לנדוי וברק, דרך ארץ) שיוון מהותי, לא הולך טכנית. לא כמה כל אחד קיבל, אלא מבחן של צדק. הוא שואב ממבחן הצדק של אריסטו, המבחן האריסטוטלי. - צריך לתת יחס שווה למי ששווה. אם האנשים שונים, צריך להתייחס אליהם באופן שונה. **יחס שווה אל שווים – יחס שונה אל שונים.**

מיהם שווים ומיהם שונים?

כדי לבחון אם יש פגיעה בעקרון השוויון בבחירות, יש לבחון לפי המבחן האריסטוטלי. הבעיה תהיה כשיש יחס שווה אל שונים או יחס שונה אל שווים.

יחס שווה אל שווים – מי שאין ביניהם שוני רלוונטי למטרת החלוקה.

למשל, להורה יש שני ילדים והוא נותן רק לאחד מהם לבחור את יעד הטיול. אם הם תאומים, הם שווים. אם רק אחד מהם, חוגג בר מצווה אז הם שונים.

עידוד שירות של חיילים בחיילות קרביים, רוצים להגדיל את מענק השחרור למשרתים בקרבי ויקבלו פי 2. האם נתתי יחס שווה? לא

המטרה היא לעודד שירות קרבי, לאורך השנים הרמה ירדה ומטרת החלוקה היא להחזיר את השירות הקרבי. למטרת העידוד יש שוני בין מי שמשרת כקרבי ומי שלא. האם יש הבדל בין מי שמשרת בחיל לא קרבי לבין מי שלא משרת בכלל. לצורך עידוד השירות הקרבי אין הבדל, אבל מכיוון שלמענק הבסיסי יש עוד מטרה ושם יש עוד שוני.

לפני מס' שנים רצו לעודד שירות בצבא אבל בחרו בכלי לא נכון- דרך קיצוץ בקצבאות הילדים. באותה תקופה היה משבר במשק, רצו לקצץ לכולם אבל לחיילים לא קיצצו קיצוץ דרמטי למשרתי קבע עם ילדים. מהי מטרת החלוקה? דאגה לרווחת הילדים. רצו להבטיח שלילד יש צרכים מנמליים. מטרה סוציאלית לרווחת הילדים. הקצבה ניתנת לרווחת הילד. כשמטרת החלוקה היא סוציאלית אין שוני רלוונטי וכל המשפחות, כל הילדים הם שווים. זה לא משנה אם אתה ילד למשפחת משרתי קבע או לא. והקצבאות צריכות להיות שוות.

אם רצו לעודד את השירות בצבא, שייתנו עזרה ליוצאי צבא, עזרה במשכנתא, נקי זיכוי במס, מענקים, עבודה מעודפת. – מה זה קשור לקצבאות הילדים?

1. האם יש שוני רלוונטי למטרת החלוקה?

האם להסדיר תחרות פוליטית חייב להתנהג לכולם בשוויון או שיכול להיות שוני בין תנועת השלטון או לתנועה לשלטון הגבר? לפי דעת המיעוט של שמגר בדרך ארץ, שיווין בבחירות צריך לתת לכולם אותו דבר.

דעת הרוב היא שיווין מהותי, האם מפלגת שלטון שיש לה הוצאות, הצורך שלה להוציא יותר ממפלגה שבכלל לא הייתה קיימת? מפלגת השלטון צריכה לממן יותר פעולות וצריכה יותר סיוע מאשר סיעה קטנטונת. יש שוני רלוונטי לחלוקת מערכת בחירות שתהיה הוגנת. לא אמור להיות שיווין מלא, צריך להיות דירוג.

2. האם הפער ביחס סביר? (בהתאם למידת השוני)

פס"ד ברנמן, מימון מפלגות שרצות פעם ראשונה לכנסת ומפלגות ותיקות. האם צריך לתת יותר למפלגות הוותיקות שפעלו בציבור? כן. המפלגות החדשות לא צריכות לקבל אותו מימון אך הפער צריך להיות סביר.

אם השוני הוא שהמפלגות הישנות מקבלות 0% מימון והמפלגות הוותיקות מקבלות 100% מימון הפער לא סביר. הצרכים של המפלגות הוותיקות יותר גדולים, אך אם המפלגות החדשות מקבלות 0% הן לא יכולות להתמודד.

בפס"ד דרך ארץ – שידורי תעמולה. האם צריך לתת למפלגת זכויות הגבר אותו זמן מסך כמו למפלגת השלטון? המטרה היא מערכת בחירות דמוקרטית, הוגנת ראויה למדינה דמוקרטית.

למפלגות החדשות הורידו מ' 10 דק' סה"כ ל' 8 דק'.

האם היחס סביר? המטרה היא אותה מערכת בחירות ראויה, הוגנת בדמוקרטיה. למטרה זו המפלגות המרכזיות לא צריכות לקבל יותר מידי זמן כי זה מפר את ההגיונות. המפלגות הגדולות מקבלות הרבה זמן וזה יכול להביא לשטיפת מוח. לפעמים הקו הוא מאוד דק, מפלגה חדשה אפילו לא יכולה להציג עצמה לרמה הבסיסית לבחור. היחס הוא בלתי סביר, ויש פגיעה בשוויון בבחירות.

אם מצליחים להראות ששני הדברים האלה מתקיימים, יש שוני רלוונטי למטרת החלוקה והיחס סביר ← יש בסיס משפטי להפריד בין שני קבוצות בשוויון ובסופו של דבר יש שיוון מהותי. אם התוצאה היא שהתקיים השוויון המהותי כי ההבדל ביחס הוא סביר אין פגיעה בשוויון.

בפס"ד מופז (תקופת צינון לרמטכ"ל) מופז לא היה יכול להשתתף בבחירות כי היה לו חוק צינון, הצינון היה חצי שנה. הטענה הייתה לפגיעה בשוויון.

הקבוצות הן: הרמטכ"ל ואנשים אחרים שחל עליהם חוק הצינון, וקבוצה לכלל האזרחים. המטרה בצינון היא החשש לפוליטיזציה מהצבא, הוא ממלכתי ומשרת את כל הממשלות. ברגע שהרמטכ"ל קופץ לפוליטיקה נוצרת פוליטיזציה ולכן יש דרישה לצינון. תכלית החלוקה של תקופת הצינון היא לשמור על ממלכתיות הצבא ומניעת פוליטיזציה. האם יש קשר בין תכלית זו לסי' 4? המטרה של סי' 4 היא מטרה חוקתית, מערכת בחירות הוגנת וראויה. המטרה של החוקים היא נחותה יותר לחוקה. אם השוני הרלוונטי הוא למטרה של סעיף 4, כדי שהמערכת תהיה הוגנת וכו' אז היחס השונה משרת את החוקה – כל עוד שהפער הוא סביר. אם זה המצב, ויש שוני רלוונטי ופער סביר והשוני והפער משרתים את המטרה ביסוד החוקה אין סתירה בין החוק לחוק היסוד.

אם השוני הרלוונטי והפער משרת מטרה חיצונית לחוקה, צריך להניח שהיחס השונה מכרסם בעיקרון החוקתי. הוא לא משרת את העיקרון החוקתי ← ואז רק במקרה זה יש חזקה של פגיעה.

נניח ויש שוני רלוונטי והפער סביר, איזה מטרה הצינון משרת? מטרה חיצונית לחוקה. אפשר לעבור אוטומטית האם זה פגיעה או שינוי? אנו מניחים כי יש כרסום והכרסום הוא ממשי (אם תקופת הצינון הייתה 3 ימים אז זה היה זוטי דברים)

האם יש טעם לבדוק את הפער כשיש מטרה חיצונית? עצם זה שהשוני הוא למטרה חיצונית, זה מצביע על כרסום. הפער יבוא לידי ביטוי האם הכרסום הוא ממשי. הפער יהיה רלוונטי למידתיות.

השוויון כזכות אדם

שוויון כזכות אדם – הדרך היא להכניס לכבוד האדם.

יש לבחון האם יש פגיעה בשוויון בזכות אדם לעניין מסוים. – האם יש כרסום בעיקרון?

איך בוחנים את השוויון כזכות אדם?

פס"ד אליס מילר – ניתן למצוא שלוש גישות שונות בשאלה מתי נפגע השוויון.

1. יחס שונה ל'שוויים'

א. השופט מצא – שוויון מהותי, מבחן אריסטוטלי.**האם יש שוני בזיקה ישירה למטרת החלוקה?****האם הפער ביחס סביר?**

ע"פ המבחן הרלוונטי זה יהיה מוצדק רק אם יהיה שוני רלוונטי בין הקבוצות שנמצא בזיקה ישירה למטרת החלוקה. האם קיים שוני רלוונטי בזיקה ישירה למטרת החלוקה? הקבוצות יהיו קבוצת גברים וקבוצת נשים. ותהיה חלוקה למקומות בקורס טייס. המטרה היא להכשיר טייסים מצטיינים לחיל האוויר ולשמור על ביטחון המדינה. אם הרשות סוגרת לנשים, היא צריכה להוכיח שוני רלוונטי ויחס סביר. המדינה מתפתלת, היא טוענת לשיקולים תקציביים ותכנוניים. אין אף טיעון מהותי לפגיעה במטרה. במצב כזה שהכל עניין של הכסף, זכויות אדם עולות כסף וביהמ"ש יחייב להשקעה. ההשקעה בלפתוח קורס טיס לנשים היא נורמלית. אין שוני רלוונטי בין נשים לגברים. אם אנשים שווים למטרת החלוקה וניתן להם יחס שונה אז יש כרסום בזכות. ברגע שאין שוני רלוונטי בזיקה ישירה למטרת החלוקה, אז יש כרסום – נופלים בשלב א' של ניתוח, ואין של ב' של הניתוח החוקתי מבלי שנבחנת מטרת החלוקה מבחינת התכלית.

03/06/16

ב. שטרסברג כהן – באליס מילר. אריסטוטלי משופר**האם קיים שוני רלוונטי?****האם השוני אינו ניתן לנטרול בעלות חברתית סבירה לשם הגשמת שוויון?**

מבחן משופר שלא מסתפק בעצם השוני, גם אם קיים שוני רלוונטי למטרת החלוקה צריך לבחון שהוא לא ניתן לנטרול בעלות חברתית סבירה.

שוני שניתן לנטרול – משרד החינוך מקים 2 מסגרות חינוכיות : ממלכתי ומיוחד.

החינוך המיוחד- התלמידים לומדים ברמה אחרת, לא תהיה להם הזדמנות שווה בהמשך החיים ויש להם פגיעה באוטונומיה.

משרד החינוך רוצה להפריד תלמידים בעלי צרכים מיוחדים ← חינוך המיוחד, ותלמידים רגילים ← חינוך רגיל. אם בוחנים לפי גישתו של מצא, שוני רלוונטי למטרת החלוקה : התאמת מסגרת חינוכית לילד מבלי לפגוע בילדים האחרים במסגרת. משרד החינוך ייטען להבדל, אם חלק מהתלמידים בעלי הצרכים ישולבו בחינוך הרגיל יכול להיות שיהיו הפרעות בלימודים.

לגישת שטרסברג כהן, אם ניתן לחלק חלק מהתלמידים עם הצרכים המיוחדים ולקדם אותם תוך שילוב בחינוך הרגיל.

בסוף זה שאלה של עלות, מה יקרה אם נשלב? אם יש סייעת צמודה שיכולה להיות עם הילד ולמנוע שיפריע לאחרים.

עלות סבירה לנטרול השוני – כמה עולה הסייעת? מי ממך? ברגע שעולה שזה אפשרי, זה יהיה לפגוע באוטונומיה שלהם אם תוקעים אותם בגלל עלות שלא רוצים להשקיע.

אם השוני ניתן לנטרול בעלות סבירה, אין פגיעה ואין דיון אם המטרה לתכלית השוני ראויה או לא.

אם שילוב של חלק מהקבוצה (באמצעות סייעת) לא יפגע בחינוך הרגיל והעלות של סייעת היא לא בלתי סבירה ניתן לנטרל את השוני ביחס לקבוצה.

ג. השופט דורנר באליס מילר, ברק בקעאדן. הבחנה חשודה

בהבחנה חשודה ← חזקה של כרסום בשוויון ← ביטול המבחן האריסטוטלי

כאשר מבחינים בין אנשים יש הבחנות חשדות, יש הבחנות מאין חשודות, ויש הבחנות לא חשודות בכלל.

אם נותנים למפעל אחד מענק ייצוא ולאחר לא. המשפט החוקתי, קיום מדינה מודרנית ודמוקרטית לא מתעניין במפעלים. זוהי הבחנה שאינה חשודה.

הבחנה מאין חשודה – עילות האפליה שנחשבות לחשודות דת, גזע, מין, נטייה. האפליה על בסיס גיל היא מאין חשודה, כשפוגעים באדם על בסיס גיל זה קשור לאוטונומיה של פרט.

אם יש הבחנה חשודה לא צריך לבדוק יותר כלום. במדינה דמוקרטית כאשר מבחינים הבחנות חדשות זו כבר בעיה. לא צריך להתחיל לחפש סיבות. לא מכילים את המבחן האריסטוטלי. אם נעשתה הבחנה בין יהודים לערבים חזקה שיש הפרה לזכות, בשלב ב' יהיה צריך להצדיק את ההפרה. בשדה התעופה- שני אנשים מגיעים לבידוק, האחד עובר בדיקה בלי בעיה ואת השנייה לוקחים לבידוק מקיף. יחס שונה לשווים. ע"פ גישה זו כבר יש חזקה של פגיעה בשוויון.

בקעאדן לא מקבלים ערבים ליישוב על בסיס הבחנה חשודה, חזקה שיש פגיעה בשוויון. צריך לשים במאזניים משהו שיצדיק את זה. ברק לא מוצא משהו להצדיק את ההבחנה החשודה, ואין משהו בפסקת ההגבלה שיכול להצדיק את הדבר הזה. יישוב יכול לרצות לשמור על האופי שלו כיישוב יהודי ואז אפשר לדבר על תכלית ראויה.

2. יחס שווה + 'אפקט מפלה' (הפליה תוצאתית)

קריטריון ניטרלי לכאורה בעל אפקט מפלה. פס"ד עדאללה (איחוד משפחות) פס"ד ועדת המעקב העליונה.

פס"ד עדאללה - מי שנישא לפלסטיני תושב האזור, לא יכול להביא אותם לישראל מכח הנישואים. לכאורה, זה חל על כולם. גם על יהודים, וגם על פלסטינים אזרחי ישראל שמתחתנים עם פלסטינים. בפועל, יהודים שיש להם קשרי נישואין שואף ל0. זה פוגע רק באזרחי ישראל הערבים. הקריטריון לכאורה שווה, אבל יש פה אפקט של אפליה.

אזורי עדיפות לאומית-יש קו ג'ג של צפון הארץ. הקו ששורטט לטובת ההטבות דיגל על היישובים הערבים. זה קריטריון ניטרלי בעל אפקט מפלה.

פס"ד עדאלה (איחוד משפחות)

פס"ד ועדת המעקב העליונה

3. "נפרד אך שווה"

1. ביוזמת הרוב – **פס"ד BROWN** (תלמידה שחורה בארה"ב שמעוניינת ללמוד בבי"ס ללבנים), **פס"ד קעאדן** (ועדת קבלה לקיבוץ שפסלה את משי' קעאדן בשל המוצא) **ופס"ד נוער כהלכה** (הפרדה בין תלמידות ספרדיות לאשכנזיות)
2. לבקשת המיעוט – **פס"ד אביטן** (הקצאת קרקעות בשגב שלום לבדואים כסיוע והעותר יהודי טוען להפליה ע"ר יהדותו).

4. העדפה מתקנת

מתן העדפה לצד "החלש" כניסיון לצמצום פערים חברתיים, מדובר בהעדפה שמגובה בחוק ובפסיקה.

מהו כרסום ממשי (בזכויות אדם) ?

א. ע"ב תוכן הזכות

הריסת בית.

בחופש הביטוי – חופש הביטוי הפוליטי נחשב לליבה של חופש הביטוי אך חופש ביטוי מסחרי למשל (פרסומת עם תוכן שפוגע באוכלוסייה מסוימת) נמצא בפריפריה ולא בגרעין וזאת בשל העובדה שחופש ביטוי מסחרי אינו בלבה של חופש הביטוי לעומת חופש הביטוי הפוליטי.

ב. ע"ב דרך המימוש

פס"ד דיין – הרצון של מפגינים להפגין מול ביתו הפרטי של הרב עובדיה יוסף כאשר יש לו משרד פוליטי וביכולתם לממש את זכותם להפגנה פוליטית שם מבלי לפגוע בפרטיות בני משפחתו ושכניו בביתו הפרטי, המשטרה לא אישרה את קיום ההפגנה והעתירה נדחתה ע"י השופט גולדברג.

• חשוב לזכור שבלב זכות ההפגנה (מבחן המעגלים) עומדת הזכות להפגנה פוליטית וזכות זו מאפשרת לפרט להפגין ולהשמיע את דעותיו כל עוד והדבר נעשה מבלי לפגוע בפרטיות, לדוגמא פס"ד דיין שזכויות המפגינים בו נדחו לשוליים ולא היו בליבה בשל העובדה שסירבו להפגין מול משרדו אלא התעקשו לממש את זכותם תוך הפרת הזכות לפרטיות.

ג. ע"ב עוצמת הפגיעה (בזכות)

פס"ד נוף

פס"ד ריש

פס"ד קירש, השופט טירקל

תורת האיזון במשפט החוקתי

איזון אנכי – איזון בין זכות לאינטרס ציבורי (בטחון המדינה וכו') <--- נוסחת איזון עקרונית – ודאות קרובה לפגיעה קשה רצינית וחמורה. חשוב לזכור שכשיש לנו סיטואציה של איזון אנכי (זכות מול אינטרס) מחילים את פסקת ההגבלה.

איזון אופקי – איזון בין זכות לזכות אחרת. ישנו תנאי ע"מ שאיזון זה יתקיים, כלומר הזכויות צריכות להיות שוות מעמד והפגיעה צריכה להיות שווה (בפריפריה או בגרעין). בפס"ד דיין לדוגמא הזכות להפגנה פוליטית לעומת הזכות לפרטיות. אם אנחנו לא תוקפים חוק של הכנסת אני לא חייב את פסקת ההגבלה וכו' אלא ניתן לבחון זאת רק באמצעות **טכניקת הויתור ההדדי** (כל רשות מוותרת מבלי לפגוע ברשות השנייה) אך אם מדובר בחוק כנסת ואנו מעוניינים לבטלו אזי חלה עלינו החובה להגיע לפסקת ההגבלה. *** במידה ומעמד שתי הזכויות אינו שווה אזי מחילים את מבחני פסקת ההגבלה על העליונה במטרה לשמור על הנחותה יותר (כלומר, זו התכלית הראויה – השמירה על הנחותה).

כשמדובר בשתי זכויות שוות מעמד אזי מכילים את פסקת ההגבלה על הזכות שהעותר טוען לכאורה שנפגעה והזכות השנייה "תישמר" במצב שכזה במסגרת התכלית הראויה.

לדוגמא – אדם עתר לבג"צ בגין פגיעה בזכות חופש הביטוי הפוליטי כאשר המשטרה טוענת להגנתה שהדבר נעשה במטרה לשמור על הזכות לפרטיות, במקרה שכזה מכילים את מבחני פסקת ההגבלה על הזכות שהעותר טוען לפגיעה בה (הזכות לחופש ביטוי פוליטי) ואת התכלית הראויה מכילים על הזכות לפרטיות ע"מ לשמור גם עליה (איזון).

חזרה למבחן- משפט חוקתי

3 משפטים של נכון/לא נכון/ נכון חלקית – כל אחד 15 נק'! (סביר שתהיה שאלה על פסקת ההגבלה)

שלב הקייס- מכיוון שהוגשה עבודה על פסקת ההגבלה לא יהיה בנייתוח פסקת ההגבלה! יהיה כתוב -יש להניח כי לא מתקיימים מבחני פסקת ההגבלה.
 הפתרון לא מתחיל מ100, אלא מ110 ו120 וכו'.

פסקת הגבלה שיפוטית- לא מיושם בדרור ישראל (בייניש). אפשר להגיד שלעמדת המרצה המשפט לא נכון, כי צריך להחיל פסקת הגבלה שיפוטית אך בייניש החילה.

איזון אנכי- זכות לעומת אינטרס ציבורי. התנאי לאיזון אופקי הוא 2 זכויות שוות מעמד. ברגע שיש זכות עליונה מול נחותה יותר אז אי אפשר לעשות איזון אופקי רגיל. צריך לקחת את העליונה ולעשות לזה איזון אנכי. הזכות העליונה- פסקת ההגבלה תתעניין בתכלית הראויה. **במקרים של זכות עליונה + נחותה אי אפשר לעשות אופקי. הולכים לאיזון אנכי.**

תורת האיזונים –

מה קורה שיש איזון אופקי בין 2 זכויות שוות מעמד ואי אפשר להעדיף אחת על השני?

אם זו לא תקיפה של חוק, לא חייב להגיע לפסקת הגבלה, יש כלים אחרים לאיזונים. ניתן לבחור את הזכויות באיזון אופקי רגיל. האם כל זכות מותרת מעט מבלי לפגוע בזכות של האחרת ← **החלטה מנהלית**

חוק המגן על זכות אחת ומכרסם בזכות של אחרת והן שוות מעמד- כשיש חוק כזה, הדרך היחידה לפסול חוק הוא לטעון שהוא סותר חוק ואז יש לבחון לפי פסקת ההגבלה

בודקים מי העותר! אם הזכות מגן על זכות מסויימת ופוגע בזכות אחרת ששווה לה, זה שנפגע כתוצאה מהחוק הוא זה שיעתור לביהמ"ש. גם אם זה איזון אופקי, ביהמ"ש יחיל את פסקת ההגבלה על הפגיעה מהחוק של העותר.

ברק פלונית – איזון בין חוק יסוד מול חוק יסוד – לא דוחים עיקרון חוקתי אחד על פני אחר, יש לשלב ביניהם ברמה התת חוקתי. אם פוגעים באחד, בודקים האם הוא לא נפגע יותר מידי.

הולם את ערכיה של מ"י – נוסחאות האיזון השונות של הוודאות הקרובה (לפני חוקי יסוד) – היום ניתן להכניס בפסקת הגבלה השני מקומות:

- 1. ההולם**- אם לא מתקיימת הנוסחה. פגיעה משמעותית שאין אינטרס ציבורי חזק מאוד, ההסתברות לפגיעה בו מאוד גבוהה. והפגיעה היא קשה רצינית וחמורה, זה לא הולם את ערכיה של מדינת ישראל.
 - 2. המידתיות השלישי**- אמצעי מתחת לסולם. אמצעי ליד הסולם שמגשים אותה ב90%. הרשות לא רוצה לרדת לשם. האם יש יחס מידתי במובן הצר בין כמה רשות תפסיד בתועלת החברתית מול כמה היא תרוויח בזכות. אם אין וודאות לפגיעה קשה, כנראה שההפסד לא יהיה גדולה. זה לא מידתי להישאר על הסולם, וצריך ללכת על 90% כדי להשיג את אותם זכויות אדם.
- אם הנוסחה לא מתקיימת אפשר לטעון כי הפגיעה לזכויות ואין אינטרס חזק ברמה של וודאות קרובה זה מצביע על מדינה שלא מוכנה ליטול סיכון ויכול להיות שזה לא הולם את ערכיה של מדי"י.**

זכויות הפרט מול זכויות הקבוצה.

מופיע במבוא, לא נלמד בצורה מסודרת. ← לא יהיה במבחן.

לדעת: קבוצת מיעוט יש לה רצון לשמר את השפה שלה ורצונה לשמר את זה.

הזכות לאוטונומיה קהילתית – **נוער כהלכה**, אותה קהילה רוצה לשלוט על תכני החינוך ואופי החינוך והיא רוצה רק חינוך אשכנזי. זו הבקשה שלה לאוטונומיה קהילתית. מצד שני, הנערות הספרדיות מדברות על פגיעה בשוויון בכבוד האדם. צריך לאזן ביניהם. זכות אחת עליונה לאחרת.

פתרון מבחן לדוגמה מועד א' – תשע"ה (27.7.2015)

החוקתיות של החוק. אחרי שמפלגה נרשמת היא יכולה להירשם בבחירות.

אירוע:

לאחר ש"חוק החרם" לא השיג את מטרתו, וקריאות לחרם כלכלי על ישראל רק גברו, מגיש חבר הכנסת דן ישראלי הצעת חוק **תיקון חוק המפלגות, תשע"ה – 2015 (הצעת חוק פיקטיבית)**, ולפיה בסעיף 5 לחוק המפלגות (המצוטט לעיל) יתווספו סעיפים קטנים (4) ו- (5), הקובעים עילה חדשה לשלילת רישום מפלגה, ואלה לשונם:

"(4) מפלגה **שמי מחבריה** קרא **לחרם כלכלי** כנגד מדינת ישראל.

(5) חוק זה תקף על אף האמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו."

מי מחבריה - אחד קרא לחרם. האם יש לפסול את כל המפלגה?
חרם כלכלי - אין הגנה על ביטחון מדינה, או שלום הציבור, מדובר על אינטרס כלכלי.

חשוב לשים לב לטענה! אם הטענה היא לסתירת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק הזה יכול להשפיע גם על הזכות לבחור ולהיבחר בחוק יסוד: הכנסת.

סעיף (ב): (25 נק')

ענה הניחו כי הצעת החוק עוברת בכנסת, וכי האגודה לזכויות האזרח עותרת לבג"צ בטענה כי סעיף קטן (4) שהוסף לחוק המפלגות אינו חוקתי נוכח סתירתו לכאורה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **זונו בשאלות המשפטיות המתעוררות בעתירה בכל אחד משלבי הבחינה החוקתית.**

לא לכתוב פסקת התגברות! רק מה שנמצא בחוק היסוד, ושחוק היסוד מתיר להתגבר עליו!!!
העותר טוען כי ס' (4) אינו חוקתי לסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השאלה לא מדברת על זכות להיבחר, אלא לבדוק רק את מה שהעותר טוען והשאלה מתייחסת אליה.

שלב א' של הבחינה החוקתית:

האם העתירה בשלה להכרעה - בסוגיית הבשלות יש שני שלבים.

- האם הסוגיה היא שאלה משפטית שאפשר לבחון ללא סכסוך עובדתי קונקרטי. – האגודה לזכויות האזרח עותרת. זה עוד לא קונקרטי.
- תשתית עובדתית קונקרטית - החוק פגע בפרט.

- צריך לבחון את השאלה של הבשלות – האגודה לזכויות האזרח עותרת. ביהמ"ש יכול לטעון שלא עובר מספיק זמן. יכול שאם נחכה, זה יעזור בבחינת התכלית. האם בעיית החרם הפכה להיות עניין חברתי לוחץ או שזה מצדיק להמתין בכדי לבחון את הנושא? **אין בעיה להמתין לבדוק את החוקתיות מבלי שיהיה עותר קונקרטי.** גם אם טוענים כי כדאי להמתין כי זה חוק שעוסק בהגנה על המדינה מפני תופעות החרם וככל שניתן להמתין לקבלת תמונה רחבה יותר, בשלב השני צריך לבדוק האם מוצדק להמתין? שני טעמים:
- צפוי נזק בלתי הפוך לעותרים** - פגיעה משמעותית בעותרים פוטנציאליים כבר עכשיו, ביהמ"ש יכול לדון בעתיד. בינתיים יכולים לסכל התאגדות של מפלגה ולפגוע בהליכים פוליטיים, שגם אם רוצים להמתין ניתן לדון בחוקתיות.
- אפקט מצנן** - גוטמן+סבח. עצם זה שהחוק קיים, ביהמ"ש ידון בעניין בהמשך. את חברי המפלגה זה לא מרגיע והם יחששו להתבטא. זה כבר יגרום לאנשים לצנן את עצמם ולפגוע בחופש הביטוי שלהם.

האם החוק מכרסם בהיקף הפנימי של העיקרון החוקתי?

העותר טוען שהעיקרון החוקתי שהחוק סותר אותו זה כבוד האדם. האם הסעיף מכרסם בהיקף הפנימי של כבוד האדם? הוא מכרסם בהרבה זכויות שלא מנויות בכבוד האדם: חופש ההתאגדות הפוליטי ובזכות לבחור ולהיבחר. חופש הביטוי הפוליטי.

עיקרון השוויון הפוליטי. אם פוסלים מפלגה אחת, אז השוויון נפגע.

הגרעין לא נפגע, אין פגיעה בשלמות הגוף או במשהו כזה. אחרי הגרעין של כבוד האדם יש את מעגלי ההשפלה הקרובים לגרעין. **לבחון לפי המודל הצר ומודל הביניים. האם פגיעה בזכויות אלה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם? ← אם כן יש סתירה בין חוק לחוק יסוד.**

במודל צר - אפשר להתווכח אם זה משפיל שאדם קורא לחרם, ספק אם זה עולה כדי השפלה. אם הפגיעה בזכויות אלה עולה כדי פגיעה של דורנר אפשר לטעון לפגיעה.

אם זה לא נכנס אצל דורנר, זה בטוח נכנס **במודל הביניים** – שוויון ביחס לתחרות הפוליטית. זה קשור בקשר ענייני הדוק לאוטונומיה של הפרט. ע"פ מודל הביניים של ברק, פגיעה בזכויות האלה, קשורה בקשר הדוק כך שפגיעה בזכויות האלו הם פגיעה בזכויות כבוד האדם כי הם פוגעות בזכויות הפרט.

ציווי קנטינאני - היסוד הנוסף במודל הביניים של ברק היה הערך העצמאי של האדם, להכיר בערכו העצמאי של אדם ולא להשתמש בו להשיג מטרות חיצוניות.

האם הכרסום הוא ממשי?

ברגע שפוסלים מפלגה, הפגיעה בחופש ההתאגדות היא בתוכנית הגרעין ובעוצמה חזקה. אם אי אפשר לבחור אי אפשר להיבחר וכן הלאה. חופש הביטוי הפוליטי.

מבחינת חופש המימוש - יש לו הרבה דרכים אלטרנטיביות להגיד שהמדינה פח, רק שאסור לו לקרוא לו לחרם. מכל האלטרנטיביות הוא בוחר בדרך פוגענית שפוגעת באזרחים אחרים, כי זה יפגע באחרים. מבחינת דרך המימוש הוא מתעקש על הדרך הפוגענית ביותר. גם מבחינת עוצמת הפגיעה, אף אחד לא סותם לו את הפה. אין פה סתימת פה ישירה ← זה פוגע בחופש הביטוי, הכרסום הוא כרסום מאוד ממשי.

שריפת דגל כחלק מחופש הביטוי - רוצים להביע מחאה על מדינת ישראל, למה דווקא לשרוף את הדגל? זה זו מהגרעין מבחינת חופש המימוש. אבל זה לא אומר שזה לא כרסום ממשי.

האם פגיעה או עולה כדי שינוי?

מבחן החריג הבולע את הכלל, וכיפוף הענף עד שבירתו.

כרסום מתוחם ומבחינת כיפוף הענף, כל אחד יכול לטעון לכמה שהפגיעה קשה והאם היא עולה כדי שינוי.

מכיוון שהעיקרון החוקתי הוא כבוד האדם, גם אם זה פוגע קשה בחופש הביטוי. האם אפשר להגיד שזה משנה את הזכות לכבוד האדם? כשאנו במודל הביניים אנחנו רחוקים מהגרעין של כבוד האדם ויהיה קשה לראות שינוי חוקתי.

במבחן: ליישם, להגיע למסקנה ולצאת להסתעפות. בהנחה ששינוי/ בהנחה בפגיעה

הכרסום מתוחם כי הוא עוסק במשהו ספציפי

שלב ב' של הבחינה החוקתית

הוראה בחוקה ששותקת- האם אפשר לכרסם בה?

הוראה בחוקה שמתירה לכל חוק לכרסם בה

חוק יסוד שיש לו שריון צורני

חוק יסוד שיש לו פסקת הגבלה משל עצמו- להביא דעות שופטים ברק במזרחי, ושהיא השתנה בחירות.

העמדה המקובלת היום שהיא של שמגר, ושל ברק בחירות ← לא ניתן לפגוע בחוק יסוד אלא באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית. לכן, פסקת ההגבלה בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו היא ההיתר לפגוע. בד"כ הולכים לפסקת ההגבלה, אך לפני צריכים לבדוק האם מתקיימים חוקים שלא חלה עליהם פסקת ההגבלה. אם הכנסת הפעילה התגברות ← פסקת ההגבלה לא תחול.

לדעת הרוב בבנק המזרחי- אם חוק היסוד לא מתיר להתגבר סעיף (5) הוא ניסיון בלי משמעות חוקתית מאחר ואין פסקת התגברות. לפי חשין חוק יסוד זה חוק רגיל וחל עליו שמירת דינים. הוא מביע את הרצון הברור של הכנסת. ולכן ניתן להחיל את פסקת ההגבלה. אם העותר היה מדבר על סתירה לחופש העיסוק והיה כתוב שהחוק היה תקף על האמור, זה היה תופס לעניין פסקת ההתגברות.

סעיף (ג): (10 נק')

הניחו עתה כי החוק מהווה פגיעה גם בעיקרון השוויון בבחירות המעוגן בס' 4 לחוק יסוד: הכנסת (הערה: **אין צורך לבדוק את שלב א' של הבחינה החוקתית!**), וכי הוא התקבל ברוב של 65 חברי כנסת בשלושת הקריאות. האם עובדה זו עשויה להשפיע על שאלת חוקתיות סעיף קטן (4) שנדונה בסעיף הקודם? **זונו בשאלות המשפטיות המתעוררות אגב שאלה זו.**

שוויון בבחירות, יחס שווה לשווים, יחס שונה לשונים. לפי המבחן האריסטוטלי. השוויון המהותי בסיכוי להיבחר, האם יש יחס שונה לקבוצות השונות שרוצות להשתתף בבחירות? ברגע שפוסלים מפלגה אחת, אחת יכולה להשתתף והשנייה לא. האם יש שוני רלוונטי למטרת החלוקה? **מטרת החלוקה: מטרה חיצונית לס' 4- להתמודד עם החרם/לצמצם את החרם בישראל! אם זה מטרה חיצונית, חזקה שזה מכרסם בשוויון.**

לפעמים היחס השונה יכול להיות מוצדק, מפלגה נידחת למול מפלגה שהיו לה 40 ח"כ. בכל התחומים האלה יש הצדקה ליצור שני מעגלים. ההצדקה הזאת תהיה ההצדקה ליצור מערכת בחירות הוגנת. במקרה הזה, המטרה היא חיצונית- התייחסות שונות ל2 המפלגות, אבל לא כדי שתהיה יותר הוגנת. אלא כדי להתמודד עם החרם. כשיש מטרה חיצונית, חזקה שהוא פוגע בזכויות! **יחס שונה אל שווים!**

אם זו פגיעה, ס' 4 לחוק יסוד הכנסת, אין לו פסקת הגבלה ויש לו שריון צורני.

קטגוריה 3- לפי הגישה המעודכנת, שמגר(פסקת הגבלה שיפוטית), ברק חבר לשמגר וקיבל פסקת הגבלה שיפוטית ← יש להחיל פסקת הגבלת שיפוטית אם חוק היסוד מתיר את הפגיעה. במקרה הזה, לא צריך לעשות שוב פסקת הגבלה. בד"כ מחילים פסקת הגבלה שיפוטית, אך היה עמידה בשריון הצורני של 65 קריאות. במסלול הזה יש 2 פרשנויות:

1. **צריך גם פסקת הגבלה שיפוטית וגם 65 זה חל במצטבר** – בכל מקרה נצטרך פסקת הגבלה שיפוטית.

אוביטר **בגוטמן** – צריך גם וגם. גם אם עומדים בשריון הצורני זה לא מספיק.

2. פסקת ההגבלה השיפוטית חלה ככלי לפרש את החוק היסוד ואת הדרישה של 61 – אם החוק עומד בפסקת

ההגבלה השיפוטית לא נדרש שריון צורני ואין שום בעיה. ע"פ הגישה השנייה 61 זה כמו פסקת התגברות. אם

החוק יעבור בשלוש קריאות, התגברת. יש לזה פוטנציאל לשנות את התשובה.

מופז, ובמאמר של **שרון**.

ע"פ הפרשנות השנייה יש סתירה בין שני חוקי היסוד, התגברו על פסקת ההגבלה השיפוטית והחוק חוקתי. מה

עושים? **מיטראל! בכל פעם שיש סתירה בין חוקי יסוד הולכים למיטראל!!!!**

(1) מליאת הכנסת אינה מוסמכת להסיר את חסינותו הדיונית של חבר הכנסת בשל העובדה שדחף חייל צה"ל במהלך השתלטות הצבא על משט מחאה לעזה (דחיפה המקיימת את העבירה של הפרעה לחייל במילוי תפקידו), שכן עומדת לו חסינותו המהותית.

לא רלוונטי - לא שייך לחומר הנלמד השנה.

(2) הכנסת אינה מוסמכת לחוקק תיקון לחוק יסוד: הכנסת שיאריך את תקופת כהונתה של כל כנסת לעשר שנים, אולם "אסיפה מכוננת מקורית" יכולה להחזיק בסמכות כזו. – **נכון חלקית**

10 שנים זו תקופה מוגזמת לעריכת בחירות, זה פוגע בעיקרון דמוקרטי. השלטון צריך לעמוד לבחירות להיבחן על מעשיו כל תקופה סבירה. 10 שנים סותר את הנוסחה האוניברסלית של מדינת ישראל כדמוקרטיה.

✓ **הכנסת לא מוסמכת** - לא מוסמכת לשנות כל נוסחה של האומה הישראלית.

2 דוקטרינות – דוקטרינה של **העקרונות בלתי כתובים** (הכנסת היא לא הרשות העליונה, האומה מעל. חוק היסוד הוא לא נורמה העליונה) לכנסת אין את הסמכות לשנות את אותן נוסחאות של האומה כי היא כפופה לעקרונות הבלתי כתובים. חוק יסוד כתוב לא יכול לעמוד בסתירה לעיקרון בלתי כתוב, ואם הוא סותר יכולה להיות פסילה של אותו חוק יסוד. **התיקון לחוקה שאינו חוקתי** - בייניש בבראון. תיקון לחוקה זה משהו מוגבל, צריך להתאים לחוקה. אי אפשר בתיקון לשנות את היסודות של החוקה כולה. לחוקה יש רוח ועקרונות מסוימים והתיקון מתאים בהתאם. הכנסת שהיא מציעה תיקון לחוק ע"פ הדוקטרינה שאינו חוקתי. זה לא יכול לשנות יסודות שעליהן החוקה נשענת ← תיקון שנוגד את עקרונות היסוד = ניתן לומר שהוא לא חוקתי.

X 'מכוננת מקורית' כן מוסמכת – יכול להיות שהאומה רוצה את ישראל 2. היא יכולה לשנות את הנוסחאות. בצרפת אפשר לשנות מנוסחה אחת לאחרת. את הנוסחאות האוניברסליות אי אפשר – גם אחוז גדול מחברי האומה ירצה להעביר שינוי כזה לא חוקתי ← דמוקרטיה לא סובלת שיעבוד של האזרחים. החוק זה רצון העם. אם מבטלים את הדמוקרטיה אי אפשר לטעון לרצון החופשי של העם כי הוא משעבד.

(3) טעה בית המשפט שהורה לגנוז ספר (למנוע את פרסומו) המתאר רומן שהתקיים במציאות בין המחבר לבין מי שהיתה חברתו לחיים המתאר פרטים אינטימיים של מערכת היחסים באופן המאפשר למקורביה של האישה לזהותה, וזאת נוכח הפגיעה הגרעינית בחופש הביטוי. **לא נכון**

הייתה לו דרך אחרת לממש את חופש הביטוי- לשנות שמות. מבחינת עוצמת הפגיעה- גוונים לו את הספר. הספר לא יתפרסם. זוהי פגיעה גרעינית. ביהמ"ש החליט לגנוז לו את הספר, הספר לא התפרסם והיא טוטאלית. מבחינת תוכן ודרך מימוש אנחנו רחוק מהגרעין. איזון אנכי- זכות אחת גוברת על אחרת. אם היינו עושים איזון אופקי לא היינו הולכים על גניזת אופקי – כל אחד משנה קצת. הוא היה משנה כמה פרטים ופרסם אותו. זה איזון שמכריע לטובת אחת הזכויות. אם זו אחת על פני השני, גניזה היא הדרך הנכונה. זכות אחת גוברת בבירור על אחרת, ביהמ"ש מכריע לטובת אחת הזכויות.

שר החינוך צריך לסרב לבקשה של עולים ממדינות ברית-המועצות לשעבר לקבל רישיון להקמת בית-ספר יסודי בו ילמדו התלמידים בשפה הרוסית. **לא רלוונטי** - לא שייך לחומר הנלמד השנה.

נכון לא למדנו על ההבדל למיעוטים ילידים למהגר. שר החינוך. מיעוט ילד כמו מיעוט מהגר קדם למדינה. היא צריכה להתחשב בו, בזכויות שלו לשפה ותרבות. העולים מברה"מ באו להצטרף כמיעוט מהגר

(4) העותרים, המבקשים לבטל את החוק הפוטר חלק ממוסדות הלימוד החרדיים מהחובה ללמד לימודי ליבה (כמו מתמטיקה ואנגלית), באים לבית המשפט בשם הזכות השלילית של הנער החרדי להבטחת חינוך מתקדם המאפשר שילוב בשוק העבודה המודרני המעוגנת הן במגילת העצמאות והן בחוקי היסוד.

העותרים ברוביינשטיין (לימודי ליבה) **נכון חלקית**

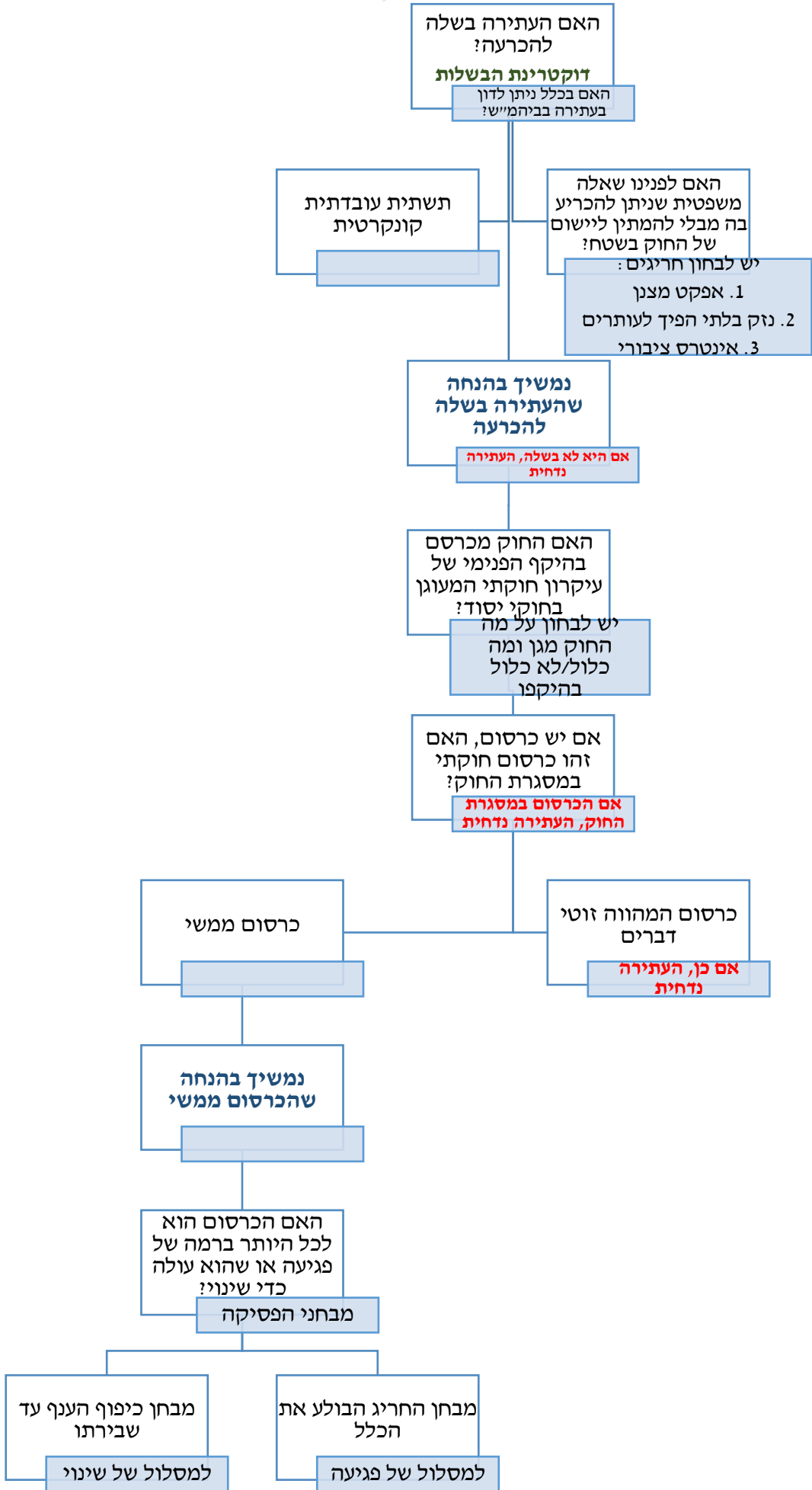
X באים בשם הזכות השלילית לחינוך מתקדם מי שטוען לזכותו השלילית (אל תתערבי) ההורים של

העותרים, הקהילה החרדית טוענת לזכות השלילית. העותרים שרוצים חינוך מתקדם יותר רוצים שהמדינה תתערב ותכפה לימודי ליבה ודורשים זכות חיובית. (תפעלי אקטיבית כדי שאקבל חינוך)

X הזכות מעוגנת במגילת העצמאות חופש החינוך, הזכות של הקהילה החרדית לעצב את החינוך כראות עיניה. הם לא תובעים את חופש החינוך, אלא להגביל את החופש החינוך לקהילה החרדית) כי אם כן, האוטונומיה של הנער החרדי תיפגע)

✓ **הזכות מעוגנת בחוקי היסוד לתוך כבוד האדם** קשר הדוק לאוטונומיה של הפרט שלא מלמדים אותו ליבה. הפגיעה לזכות חינוך מתקדם כפגיעה באוטונומיה ובכבוד האדם. בשל הקשר הזה אפשר להכניס את זה לכבוד האדם.

ניתוח הסתירה לכאורה בין חוק לבין חוק יסוד שלב א' של הבחינה החוקתית



- יש להציג את השאלה משפטית לפני כל שלב! הסתירה תהיה בין החוק הרגיל לבין חוק יסוד מסויים. הניתוח צריך להיות בהתאם לחוק היסוד.
- דיון בנושא
- בסוף הניתוח, יש להגיע למסקנה.

האם העתירה בשלה להכרעה? 'דוקטרינת הבשלות'

במבחן: יש לבחון האם ניתן לדון בעתירה. לבחון האם יש תשתית עובדתית קונקרטית. אם אין - לבחון טעמים מיוחדים לדיון מבלי להמתין לבשלות. **(כדי להמשיך לדון בעתירה, יש להגיע להנחה כי העתירה בשלה להכרעה, אחרת לא ניתן להמשיך בניתוח)**

דוקטרינת הבשלות מאפשרת לדחות את ההכרעה. יש חוקים שכתובים בספר החוקים אך טרם הופעלו- אין אדם ספציפי שנפגע מהחוק. ביהמ"ש יעדיף לדון במקרה כשיש לו **תשתית עובדתית קונקרטית**- כשהוא רואה אדם שנפגע מהחוק. ההנחה היא כשיש אדם שנפגע מהחוק הוא ייצג את זה בפני ביהמ"ש בצורה הכי טובה ואת התמונה כולה ויהיה ניתן להתרשם האם יש צורך לפסול את החוק או לא.

האם יש טעמים מיוחדים לדיון מבלי להמתין לבשלות?

- אפקט מצנן**- אם הייתה פסיקה שמחייבת פיצוי של חצי מיליון ₪ בשל תביעה בגין "לשון הרע" מבלי שיהיה צורך בהצגת עובדות אזי הדבר "מצנן" מכוחו של החוק, מזיל אותו. הרבה אנשים יתבעו ואנשים יחששו להתבטא בחופשיות. אם אנחנו נפעיל את דוקטרינת הבשלות בתקופת הביניים, עד הבשלות תהיה פגיעה בחופש הביטוי.
- צפוי נזק בלתי הפיך לעותרים** (מצב של "מעשה עשוי") - שיקרה משהו בשטח שלא לא בר שינוי. נניח חוק (ולא תקנה כפי שיש היום) שאוסר על עובדי מדינה להפגין בהפגנות פוליטיות ועובד מדינה שיעשה זאת צפוי לפיטורין ועובד אכן הפגין ופוטר ולאחר תהליך משפטי בן שנתיים העובד הוחזר לעבודתו בצו בית משפט, נעשה לו כבר נזק בלתי הפיך במעמדו בארגון ועל כן נעשה נזק לעותר.
- אינטרס ציבורי** - אמנם הנושא לא בשל, אבל הוא כ"כ חשוב- בטחון המדינה, מתווה הגז וכו'. אין להמתין מאחר והנושא רגיש.

נמשיך בהנחה והעתירה בשלה להכרעה

האם החוק מכרסם בהיקף הפנימי של העיקרון חוקתי המעוגן בחוק יסוד?

במבחן: העותר צריך להראות שיש חוק שסותר חוק יסוד. לכל עקרון חוקתי יש היקף פנימי- כדי שבימה"ש יהיה מוכן לדון בעתירה אנו צריכים להראות שהחוק מכרסם בחוק היסוד. צריך לבחון על מה חוק היסוד מגן ומה כלול/לא כלול בהיקפו. הפרשנות החוקתית צריכה לכוון לכרסום כך שאפשר יהיה להמשיך לדון בעתירה.

תלוי בפרשנות החוקתית - איך שבית המשפט מפרש את ההיקף הפנימי, אפשר להרחיב ואפשר לצמצם, כל עקרון חוקתי שקיים בחוקי היסוד צריך לפרש את ההיקף הפנימי שלו, האם הוא רחב או יותר צר.

• **פומביות הדיון - חוק יסוד: השפיטה**

סעיף 3 לחוק יסוד השפיטה קובע שהדיון בבתי המשפט יהיה פומבי. (הצדק צריך להראות, צריך לראות את הריבון עושה צדק), עדיין יש מקרים בהם החוק רוצה לקיים דיון בדלתיים סגורות מטעמי צנעת הפרט, בטחון המדינה, קטינים. אם החוק קובע דיון בדלתיים סגורות, הוא פוגע בגרעין של עקרון הפומביות כי הצדק לא יראה, סוג של משפט סתר. השאלה הנשאלת היא - פומביות בבתי הדין של ההתאחדות לכדורגל? זה יהיה בחוץ, ומי שיעותר לבית המשפט בטענה שזה סותר - הטענה תיפול.

• **שוויון בבחירות - חוק יסוד: הכנסת**

סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת: "הכנסת תבחר בבחירות שוות" מתעוררת שאלה: האם צריך שוויון בפריימריז - בבחירות המקדימות בתוך כל מפלגה. נניח שהייתה פגיעה בשוויון, בית המשפט חושב שסעיף 4 זה רק בבחירות בכנסת עצמה = ולכן העתירה לגבי הפריימריז תיפול! לעומת זאת, אם יבוא רוב של השופטים ויגיד שהפריימריז בתוך ההיקף הפנימי של סעיף 4 אז אפשר לטעון בפרשנות חוקתית שסעיף 4 רלוונטי גם כן ולכן יש פגיעה בשוויון!

פס"ד המרכז השלטון המקומי - אפשר לראות איך הפרשנות החוקתית יכולה להשפיע על העתירה. גולדברג: צריך

לקרוא את סעיף 4 כמו שהוא כתוב - הכנסת תבחר בבחירות שוות, ואומר, הכנסת תבחר, ולא הרשימה של המפלגה, ולכן זה לא חל על הפריימריז. חשיין: פגיעה בשוויון לפריימריז = פגיעה בשוויון לבחירות. הוא מכניס את הפריימריז לתוך העיקרון החוקתי. זמיר: לא מכריע, מוכן להניח שזה מכרסם כדי להמשיך בניתוח.

• זכות הקניין – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

האם כרסום ממשי או בגדר "זוטי דברים"?

במבחן: צריך להניח כי הכרסום הוא ממשי ולא 'זוטי דברים' – אם זה 'זוטי דברים' לא ניתן להמשיך לדון בעתירה.

אם הכרסום עניין שולי, עניין של מה בכך, זה כרסום קטן. ביהמ"ש לא ירצה להתעסק במקרים כאלה, ולא יבטל חוק של הכנסת, ולכן במקרה כזה העתירה תידחה. כדי שבימ"ש יפסול חוק, צריך לשכנע אותו שהכרסום הוא לא משהו קטן, אלא משהו ממשי.

איך יודעים אם הכרסום הוא ממשי או זוטי דברים?

פרשנות העיקרון החוקתי, שירטוט הגרעין מול הפריפריה.

פס"ד קירש - עוסק בפגיעה בחופש הביטוי, חופש הביטוי הוא לא רק החופש להתבטא אלא גם החופש לשמוע ולקלוט מידע. עתרו בבקשה לצפות בערוצים זרים וטענו לפגיעה בחופש הביטוי. טירקל דחה בטענה שזה שולי, שאר השופטים הצדיקו והמשיכו לדון בעתירה. (נניח, בעימות מלחמתי על ישראל, וכל הסיקור החדשותי הוא על הטילים, מניעת מידע חדשותי מהציבור - כבר לא שולי)

עיקרון חופש הביטוי - העיקרון מגן על חופש העיתונות, חופש הביטוי הפוליטי. **החופש לצפות בערוצים זרים -** השופט טירקל שם את זה בשולי הפריפריה, דורנר וריבלין שמו את זה יותר קרוב לגרעין. **החופש לראות סרט פורנוגרפי -** נמצא בשולי הפריפריה, כלפי חוץ המעגל.

נמשיך בהנחה שהכרסום ממשי

האם הכרסום הוא לכל היותר "פגיעה" או עולה כדי "שינוי"?

שינוי ישיר - במידה ומדובר בשינוי ישיר יוסיפו סעיף לחוק היסוד (נניח לחופש העיסוק) "כל אדם שמלאו לו 18 זכאי למשלח יד חופשית" ← אין ויכוח סביב שאלת השינוי ואין צורך בהחלת מבחן לטובת בחינת הסוגיה היות והדבר מובן מאליו כשינוי.

במבחן: צריך להחיל את מבחני הפסיקה כדי לבחון האם מדובר בפגיעה או שהפגיעה עולה כדי שינוי (שינוי עקיף)

כמו בעבודה! אין להגיע להכרעה שמדובר בפגיעה או בשינוי חד משמעית ← להניח כי נראה שמדובר בפגיעה, ואז להניח כי נראה שמדובר גם בשינוי.

פגיעה - כרסום מצומצם בחוק היסוד III שינוי - כרסום רחב בחוק היסוד עד כדי שינוי מהותי

מבחני הפסיקה להבחנה בין פגיעה לשינוי (עקיף)

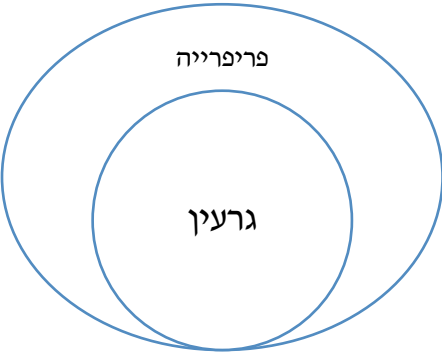
מבחן החריג הבולע את הכלל - פגיעה היא חריג מצומצם, מתוחם. פגיעה מכרסמת בתחום צר בכלל החוקתי, מתי זה יהיה שינוי? כשהחריג כל כך גדול שהוא בולע את הכלל.

פרשת תנועת דרור ישראל - 4% מקרקעות המדינה יעברו לבעלות פרטית – ה-4% האלו הינם קרקע עירונית מתוכננת ועל כן אין חשש לשינוי האופן של העיר, עם הוצאת ה-4% הדבר לא סותר לכאורה את העיקרון החוקתי שלפיו אין להעביר מקרקעי ישראל לאדמות פרטיות.

מבחן כיפוף הענף (חשיין, בנק המזרחי) - חשיין מדבר על ההבחנה בין פגיעה ושינוי הוא מדבר על כיפוף הענף. פגיעה – כרסום מתוחם, כיפוף קטן ולא שבירה. לעיתים, כאשר הכרסום, אפילו מתוחם, אם הוא מאוד עוצמתי הוא יכול להביא לשבירת הענף. ומה שנראה פגיעה הופך לשינוי.

במבחן: לא צריך להשתמש במילים יותר מידי מוחלטות. "נראה שלפי מבחן זה מדובר בפגיעה..." – עדיין אין הכרעה.

לצאת להסתעפות - במידה וייקבע שמדובר בשינוי אז... / במידה וייקבע מדובר בפגיעה אז... – גם פגיעה וגם שינוי!



שלב ב' של הבחינה החוקתית

במבחן: לבחון מה קורה בשינוי, ומה קורה בפגיעה. עדיף להתחיל מהשינוי כי הוא יותר קצר.

בהנחה ושינוי

- **פסקת נוקשות מפורשת** הקיימת בכל חוק-יסוד המכיל שריון צורני המתייחס ל"שינוי" חוק-היסוד ברוב מוחלט או מיוחס של חברי-הכנסת (ראו, למשל, ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; ס' 4, 45 ו-44 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה).
- **פסקת נוקשות משתמעת** שיש לקרוא אל תוך הוראותיו של כל חוק-יסוד, ואשר עניינה בדרישה כי "שינוי" של חוק-היסוד ייעשה בתיקון לחוק-היסוד או בחוק-יסוד אחר (ולא בחוק רגיל) — דרישה הנובעת מהמערך החוקתי הישראלי ומדוקטרינת הסמכות המכוננת של הכנסת (ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 65 לפסק-דינו של הנשיא שמגר ופס' 63 לפסק-דינו) פסקת נוקשות
- בפס"ד מזרחי הרוב הכיר בעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. העליונות באה לידי ביטוי ע"י זה שחוק יסוד הוא נורמה של הסמכות המכוננת של הכנסת, וחוק רגיל זה הכנסת- וחוק לא יכול לשנות חוק יסוד. **לכן בהנחה של שינוי, שמגר+**
- **ברק טוענים** ← שינוי רק בחוק יסוד. לדעת חשין (דעת מיעוט) חוקי יסוד הם חוקים רגילים- חוק יכול לשנות חוק יסוד (שהוא חוק רגיל למעשה)

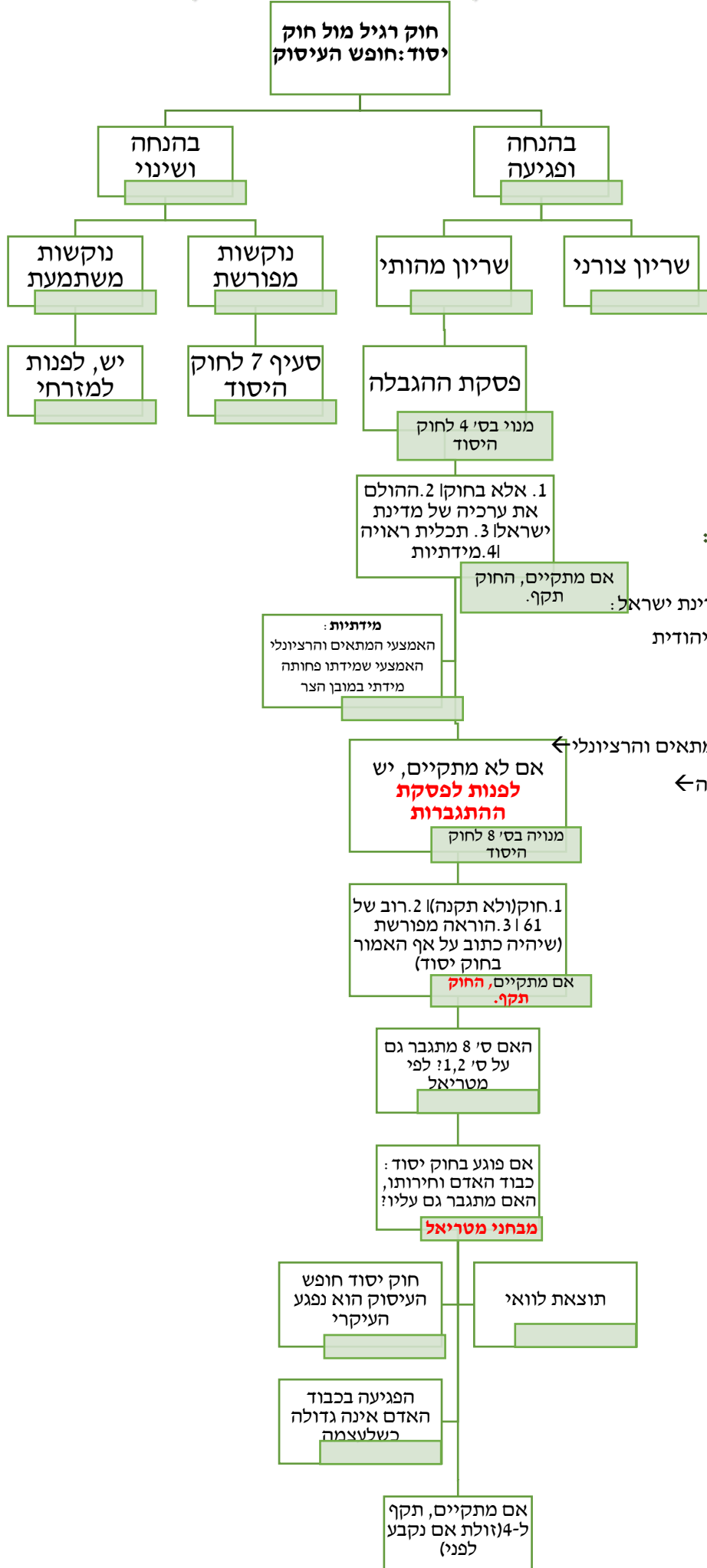
בהנחה שמדובר בכרסום המהווה לכל היותר "פגיעה"

- **שריון צורני** – עוסק בכמה חברי כנסת צריכים לקבל את החוק הפוגע. לדוגמא- "אין פוגעים אלא ברוב של 60) – הוא דורש פרוצדורה, בצד הצורני. לא מעניין התוכן אלא כמה.
- **שריון מהותי**- פסקת ההגבלה, הדרישה שהחוק יעמוד בתנאים מהותיים כדי לפגוע בחוק היסוד. "אין פוגעים אלא בחוק .. הולם את ערכיה של מדינה ישראל, לתכלית ראויה" השריון של פסקת ההגבלה הוא מהותי.

קיומו של היתר מפורש ובלתי מוגבל לכרסום בחוק רגיל	שריון מהותי- "פסקת ההגבלה" חל בפגיעה-	שריון צורני -חל בפגיעה-	נוקשות מפורשת -חל בשינוי-	נוקשות משתמעת -חל בשינוי- פס"ד בנק המזרחי	סעיף בחוק היסוד	עקרונות חוקתיים
-	+	יש פסקת (התגברות)	ס' 7	+	חוק יסוד: חופש העיסוק	חופש העיסוק
-	+	-	-	+	ס' 2+4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו	כבוד האדם
+	-	-	-	+	ס' 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל	איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל
+	-	-	-	+	ס' 3 לחוק יסוד השפיטה	פומביות הדין
-	-	-	ס' 7	+	ס' 1 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל	שלמות ירושלים כבירת ישראל
-	-	-	-	+	ס' 15+ג לחוק יסוד: השפיטה	ביקורת שיפוטית ע"י בג"צ
-	-	+	+	+	סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת	שיוויון ביחסיות בבחירות לכנסת

במבחן: להמשיך בנייתו של השינוי/פגיעה לפי חוק היסוד הספציפי.

חוק יסוד: חופש העיסוק



מבחני פסקת ההגבלה:

1. חוק או הסמכה בחוק
2. הולם את ערכיה של מדינת ישראל: דמוקרטית, מודרנית ויהודית
3. תכלית ראויה ← תוכן + הצורך בהגשמה
4. מידתיות – האמצעי המתאים והרציונלי ← האמצעי שמידתו פחותה מידתי במובן הצר

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיפים לחוק היסוד 2+4

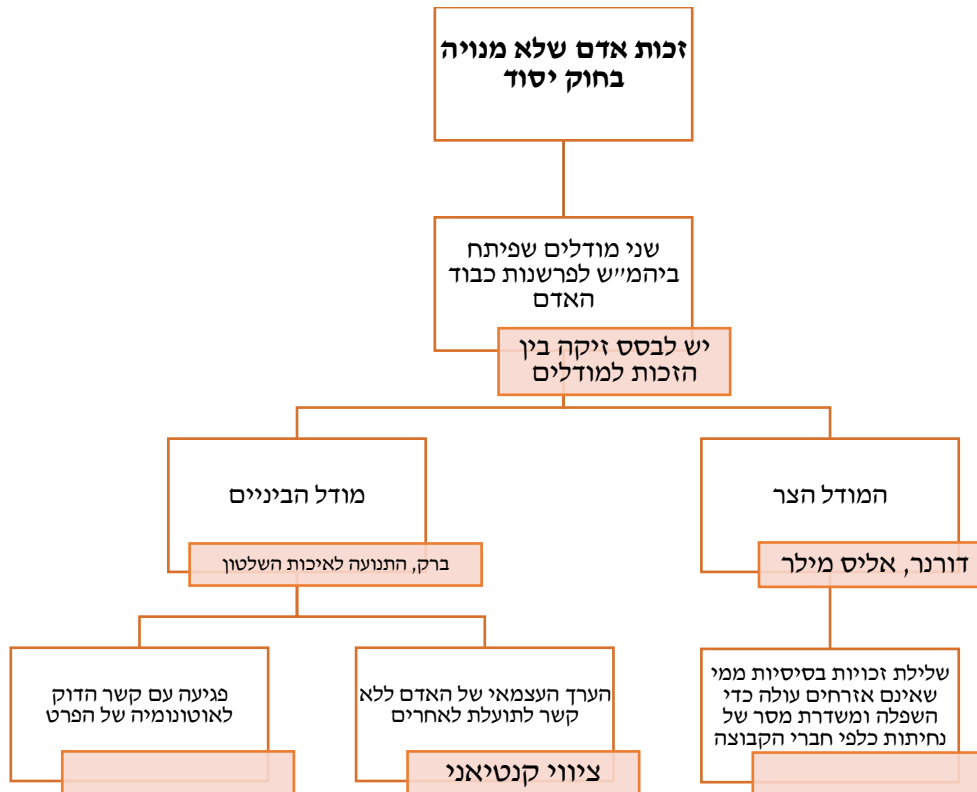


הגנה על זכויות אדם שלא מעוגנות בחוקי יסוד

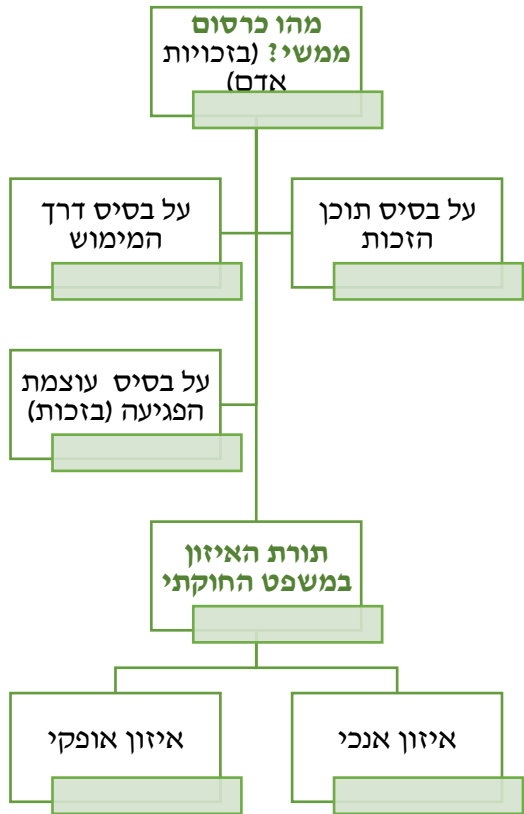
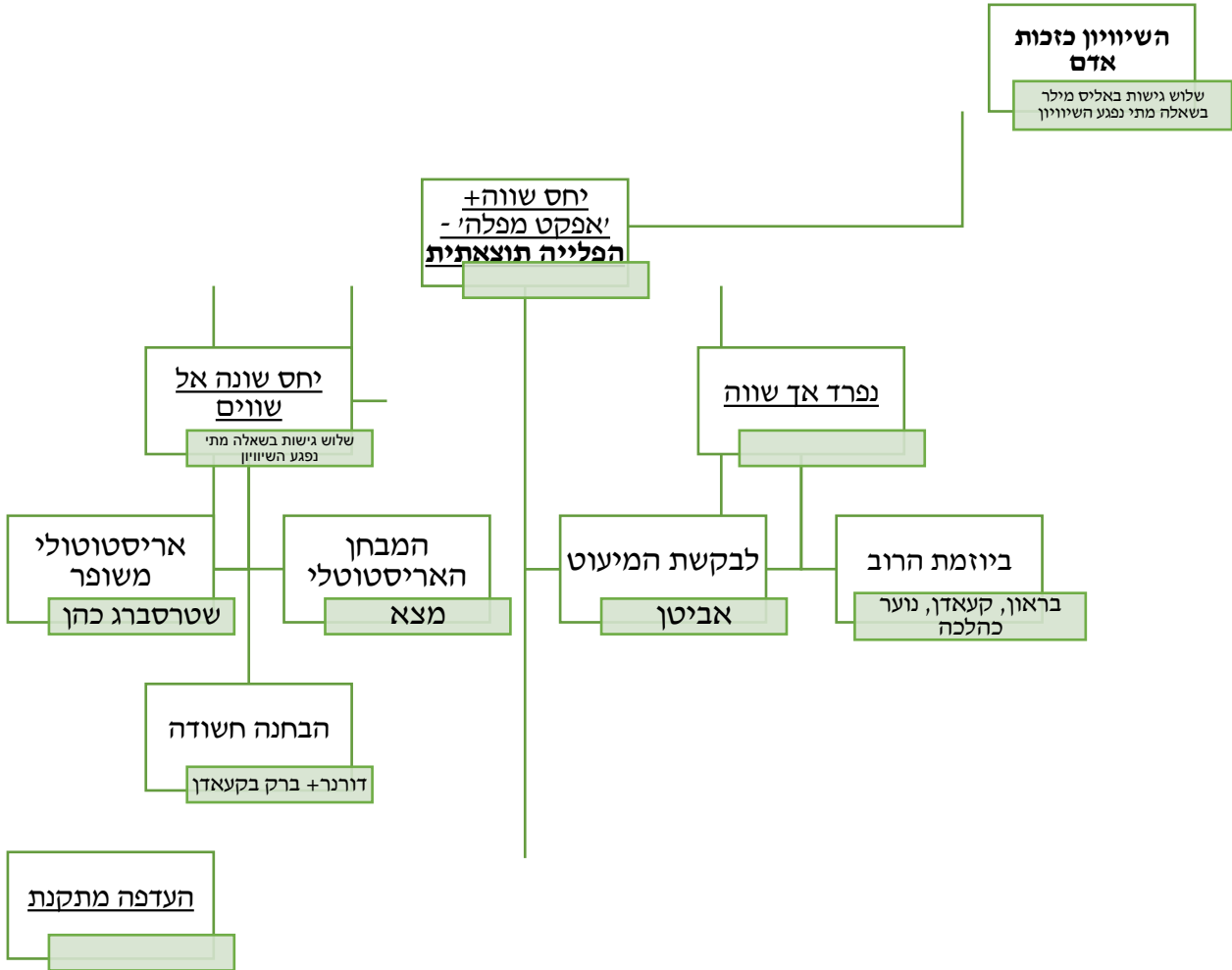
העיקרון החוקתי הוא הגנה על זכויות האדם. הדמוקרטיה מגנות על זכויות האדם. זכויות האדם עצמן אמורות להיות אוניברסליות ותקפות בכל מדינה. יש משהו יותר עמוק – 'משפט הטבע' עוד לפני שיש מדינה, יש חברה אנושית ולאנשים שם יש זכויות טבעיות. בהנחה ובשלב ב' הכרסום בחוק הוא בעייתי, איזה חוק ניתן לעותרים? בד"כ הסעד הוא ביטול. לא תמיד מבטלים את כל החוק, לעיתים רק את הסעיף בעייתי.

במבחן: צריך לבחון שמדובר בזכות אדם שלא מנויה בחוק יסוד ולא בזכות אדם שכן מנויה בחוק יסוד!

הזכויות המנויות בחוקי יסוד	הזכויות הלא מנויות בחוקי יסוד
<p>חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו</p> <ul style="list-style-type: none"> קניין – סעי' 3 הזכות לחירות אישית- ממעצר/ מאסר הסגרה וכו' סעי' 5 כניסה ויציאה לישראל – סעי' 6 פרטיות- סעי' 7 	<ul style="list-style-type: none"> הזכות לחיי משפחה/הזכות להורות הזכות לחינוך הזכות להליך פלילי הוגן חופש הביטוי חופש ההתאגדות הפוליטית חופש ההפגנה (חלק מחופש הביטוי) עיקרון השוויון חופש התנועה (ס' 6 בח"י: כבוד האדם- יש זכות להיכנס לישראל לאזרח ישראלי, או לצאת. בתוך המדינה אין חופש תנועה) חופש הדת חופש מדת
<p>חוק יסוד: חופש העיסוק</p>	
<p>במבחן: אם יש כרסום באחת מהזכויות מעלה, מדובר בזכות בחוק יסוד ולא בזכות אדם.</p>	



השוויון כזכות אדם



חוקי יסוד נוספים**איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל****ס' 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל**

- קיימת נוקשות משתמעת - בנק המזרחי

- קיים היתר מפורש ובלתי מוגבל לכרסום בחוק רגיל - ס' 2 לחוק היסוד.

סתירה בין חוק להוראה בחוקי היסוד הכוללת היתר בלתי מוגבל לכרסום בחוק. **שמגר** אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, אלא אם חוק היסוד מתיר זאת. במקרה זה חוק מתיר זאת במפורש. הבעיה היא שזהו כרסום בלתי מוגבל וזוהי תקלה בחוקה כי לא יישאר כלום מהעקרונות הללו לאחר שחוקים אחרים יכרסמו בה.

בימה"ש מפרש את אותה הוראה בחוקה כמתירה לכרסם באמצעות חוק רק אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית. **ברק** בבנק המזרחי אומר שההגנה היא לפי השריון בחוקי היסוד - במקרה זה אין שריון אז אין הגנה. ברק בחירות מאמץ את שמגר + את פסקת ההגבלה השיפוטית.

חשין בקטגוריה זו אין בעיה, כי אין לחוקי יסוד העליונות מבחינתו.

פומביות הדיון**ס' 3 לחוק יסוד השפיטה**

- קיימת נוקשות משתמעת - בנק המזרחי

- קיים היתר מפורש ובלתי מוגבל לכרסום בחוק רגיל - ס' 3 לחוק היסוד.

סתירה בין חוק להוראה בחוקי היסוד הכוללת היתר בלתי מוגבל לכרסום בחוק. **שמגר** אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, אלא אם חוק היסוד מתיר זאת. במקרה זה חוק מתיר זאת במפורש. הבעיה היא שזהו כרסום בלתי מוגבל וזוהי תקלה בחוקה כי לא יישאר כלום מהעקרונות הללו לאחר שחוקים אחרים יכרסמו בה.

בימה"ש מפרש את אותה הוראה בחוקה כמתירה לכרסם באמצעות חוק רק אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית. **ברק** בבנק המזרחי אומר שההגנה היא לפי השריון בחוקי היסוד - במקרה זה אין שריון אז אין הגנה. ברק בחירות מאמץ את שמגר + את פסקת ההגבלה השיפוטית.

חשין בקטגוריה זו אין בעיה, כי אין לחוקי יסוד העליונות מבחינתו.

שלמות ירושלים כבירת ישראל**סע' 1 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל**

- נוקשות משתמעת - בנק המזרחי

- נוקשות מפורשת - יש בס' 7

- סתירה בין חוק להוראה שותקת בחוקי היסוד - הוראה שלא אומרת כלום על איך פוגעים באמצעות חוק, אין לה שריון צורני שאומר שאפשר לפגוע ב16 ח"כ, אין לה פסקת הגבלה ואין לה היתר בלתי מוגבל לפגוע.

ביקורת שיפוטית ע"י בג"צ**ס' 15ג+ד לחוק יסוד: השפיטה**

- נוקשות משתמעת - בנק המזרחי

- סתירה בין חוק להוראה שותקת בחוקי היסוד - הוראה שלא אומרת כלום על איך פוגעים באמצעות חוק, אין לה שריון צורני שאומר שאפשר לפגוע ב16 ח"כ, אין לה פסקת הגבלה ואין לה היתר בלתי מוגבל לפגוע.

שיווין ביחסיות בבחירות לכנסת**סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת**

- נוקשות משתמעת - בנק המזרחי

- נוקשות מפורשת

- שריון צורני

פס"ד לשלב הבחינה החוקתית

דוקטרינת הבשלות וזיהוי הכרסום בעיקרון החוקתי

סבח נ' הכנסת

גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה

הבחנה בין כרסום המהווה לכל היותר "פגיעה" לבין "שינוי"

בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי

תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל

הגישות ל"פגיעה" ו-"שינוי" של חוק יסוד

בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי

חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות

פסקת הגבלה שיפוטית

הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת

מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16

חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר

תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל

גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה

סייגים לתחולת "פסקת ההגבלה"

בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי

גנימאת נ' מדינת ישראל

צמח נ' שר הביטחון

מיטראל נ' כנסת ישראל

פורת נ' ממשלת ישראל

סוגיות בשריון צורני

בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי

מבחני "פסקת ההגבלה"

סעיף 8, 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו / סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק