

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

31/102017

משפט חוקתי : פסק דין ארד פינקס : פונדקאות

חוק הפנדקאות נקרא : חוק לנשיאת עוברים. במדינת ישראל מותר פונדקאות

אבל רק זוג גבר או אישה. זוגות הטרוסקסואליים לא יכולים. טוענים הזוגות החד מיניים לחו, ל
במדינה שרמת התברואה היא קטסטרופלית ? למה החוק עושה את ההבחנה בין זוגות כאלו?

באיזה זכויות החוק הזה פוגע? = חוק השיוויון.

הזכות להורות – המדינה לא מונעת , רק מקשה על המימוש שלה. המדינה יוצרת מחסומים
למימוש זכות...

במידה ואין הורות ואין שוויון אז איך נכניס זאת לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו?

כבוד האדם הוא אוטונומי וצריכה לכבד את האדם.

" אתם לא משפחה נורמטיבית" "לא לטובת הילד" . – כך למעשה עושה בית המשפט הבדלה בין
זוגות הטרוסקסואליים לבין חד מיניים.

*** אם בית המשפט יבטל את חוק הפונדקאות – הכנסת תחוקק חוק שתכלול את כל הזוגות
בפנים.

יש אפשרות לקרוא לתוך החוק – לקבוע סעד ע"י המחוקק , ולהכניס לשם תיקון לזוגות חד
מיניים.

יוזמת חקיקה חדשה : הנה הנכסת עושה ממהוו לתקן אז אני אכבד אותה ואתן לה לתקן את
החוק – ואז אני אבטל את החוק.

גיוס בחורי הישיבות – פסלו עוד חוק.

היו בג"צים חוקתיים 3 שבדקו את החוק : פס"ד חוק טל שהסדיר את עניין בחורי הישיבות –
חוק שמצאו שהוא פוגע בכבוד האדם , בשיוויון.

בטלות יחסית : השהייה של הבטלות – נותן זמן לכנסת לחוקק חוק חדש.

ממשלת נתניהו / בנט/ לפיד : היה עומד במבחן הכנסת . המששלה התפרקה בגלל עיתון : ישראל
היום. ואז קמה לה ממשלה חדשה –

חוק החדש הוא עד 2022. אומר : יש תקופת הסתגלות ואחר כך הממשלה תקבע יעדי גיוס. בית
המשפט רואה בזה בלוף.

לפני כמה חודשים גם החוק של הממשלה הנוכחים – בוטל. מנסים לחוקק חוק של החרדים כבר
למעלה מ 20 שנה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

Sharon-w@bezeqint.net !! משפט חוקתי!!

1. החלק הראשון במבחן המסכם : יהיה קיים – ניתוח ארוע. (ניתוח סקירה בין חוק – לחוק יסוד) ניתוח חוק פונדקאות מול יסוד כבוד האדם וחירותו.
 2. החלק השני של הבחינה – משפט נכון/ לא נכון/ נכון חלקית. ואז לנמק...
- שיטת ההוראה : 70/30 . הרעיון הוא להתקדם לאט.... 70 אחוז ללמוד מצויין. ואת ה 30 אחוז נוכל בקלות ללמוד לבד.
- שיעור הכנה למבחן – ייערך עם המורה...
- אין סיכומי שיעור – אנחנו אמורים לתמצת ולסכם.
- עבודת הגשה : בדרך כלל בעבודה עושים פיסקת הגבלה. בודקים פס"ד ובודקים את ההגבלה שלו.

החברה החופשית

הכי חשוב בראש הפירמידה הוא: האדם = מעל הכל!!

פירמידת האישיות המשפטיות בחברה החופשית

אלו גופים שהמשפט מכיר בהם כמושא לזכויות וחובות ובחוקה לעשות פעולות שהמשפט מכיר בו.

אם הוא ח"כ הוא יכול להוציא חוק או אם הוא אדם – הוא יכול לתבוע ולהתבע.

קטינים : הם אישיות משפטית מוגבלת.

יש גם חסרי אישיות משפטית : חוסים ותשושי נפש – ממנים לו אפוטרופוס .

כל מה שקורה נועד לשרת את האדם!!

אנו למעשה חיים על ההוגים של תקופת הנאורות – החברות החופשיות שנשענות על החשיבה הזו על ההומניזם ששם את האדם מעל הכל.

האדם > אומה: חבר בני האדם שמתארגנים יחד ומורכבת מחבר בני אדם....

בעידן המודרני – האומות זה חבר של אנשים שהצליחו להתארגן למדינה.

השאלה היא למה כולם בסוף מתכנסים למדינה??

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

תומס הובס – הוגה דעות : כדי להבין איך קמה המדינה המודרנית : המצב הראשוני הזה קוראים לו : **מצב הטבע**.

• **יש במצב הטבע** – כל אדם נולד עם חירות בלתי מוגבלת + שיוויון מוחלט.

מה הבעיה במצב הטבע?? : יצר האדם להגביר את כוחו ומשאביו.

האדם מטבעו רוצה יותר ⇔ ובמידה ויש חוסר במשאבים , מה שיקר בעולם הזה ⇔ מלחמה!!
יצר האדם ← מכוח התבונה ← חוק הטבע ← " בקש שלום ורדפהו" , שאיפה להרמוניה מול בני האדם האחרים – אל תילחם איתם.

דילמת האסיר : לדבר או לשתוק.

בין שני האסירים השוכנסו לתא יש דילמה – לדבר או לשתוק.
אם אחד מדבר והשני שותק – זה שמדבר 0 שנים בכלא ושה ששותק 20 שנה בכלא.
אם שניהם מדברים – הם נכסים כל אחד ל 10 שנים לכלא.
שניהם שותקים – בארגוני הפשיעה זה עובד ככה. כל מי ששותק כל אחד 5 שנים.
הכי כדאי להם לשתוק.
מה החשש בשני אסירים באותו תא? שתהיה בגידה.
לכן הרציונל לא עובד לטובתו.

המסקנה היא זו : כאנשים רציונליים יש סיטואציות בחיים שאנשים יקבלו החלטה שגוייה לכל הצדדים.

אם כולם היו חכמים ומקיימים את חוק הטבע היה טוב לכולם בדיוק כמו קשר השתיקה בין שתי אנשים בדומה לדילמת האסיר

החשש מבגידה – מוביל למתקפת מנע ומלחמת כל בכל(כולם נלחמים בכולם)

החירות הזו היא שקר כי אין ריבון שאומר מה לעשות אבל החיים הם בפחד מחשש לבגידה.
כל הזמן מתחמשים וכל הזמן הוא תוקף את האחר. למעשה נוצר שיעבוד לפחד הקיומי.
מה הבעיה המשפטים עם החוק הזה?

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

היחלצות מ"מצב הטבע" = עריכת "אמנה חברתית" – בין הנתינים של אותה חברה – האזרחים לבין הריבון השליט. השליט (פעם היה מלך היום יש שליט)

הדרך להחלץ ממצב הטבע: היא לשבור שיוויון.

• על מה מוותרים הנתינים באומה/ מדינה?

1. מוותרים ויתור על החירות הלתי מוגבלת במצב הטבע. למה? עכשיו אני בכפיפות לציווי הריבון!! מיסים, שמירה, היטלים.
2. ויתור על הזכות להפעיל כוח פיזי כלפי אדם אחר+ להחזיק נשק.
3. לריבון מונופול על הנשק ועל הזכות להפעיל כוח פיזי.

07/11/2017

פירמידת האישויות המשפטיות בחברה החופשית

מהם התנאים ל ההאמנה החברתית?

מחברה שכולם שווים – אנחנו שוברים את השיוויון = אנחנו כולנו חמשים את הריבון וגם משלמים לו מיסים והוא כל כך חזק לעומתינו הנתינים כך שאף אחד לא יתעסק עם הריבון. ברמה הבין לאומית מתחילים הריבים בין הריבונים למשל: איראן וישראל....

על מה הנתינים מוותרים ? באמנה? ומה הם מוותרים?

1. ויתור על החרות הבלתי מוגבלת. צריך לציית לריבון)

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

2. ויתור על הזכות להחזיק נשק ולהפעיל כח פיזי – לריבון מונופול על הנשק ועל הפעלת כח פיזי.
3. ויתור - במצב הטבע כשמישהו היה גורם לי עוול , היו מופעלים עשיית דין עצמי וצדק פרטי. לריבון מונופול על עשיית הצדק .
4. ההכרח למן את פעולות הריבון? $nv\ vo\ neckho$

מה הם מקבלים?

1. הגנה על הביטחון הפיזי : הפנימי והחיצוני
2. הגנה על הזכויות הטבעיות – חירות קניין, הריבון מבטיח – אף אחד לא יגע לך בקניין.
3. הליך הוגן ומשפט צדק = בעידן הריבון כל אחד יכול להתגונן ולא דווקא נכון ההאשמות שיתבעו אותי בהם.
4. האפשרות ליצירת תוצר משותף – תוצר כלכלי משותף, ניהול אוצרות טבע וניהול הכלכלה.

מי היא מדינה?

מדינה זה ייצור מופשט , המדינה חייבת אורגניים , במדינה נהוג להפריד את הזרועות בין רשות מחוקקת , רשות מבצעת ורשות שופטת.
רשות מבצעת = צבא, שב"ס, משטרה, מוסד,
רשות המחוקקת = בשם הריבון קובעת את כללי ההתנהגות בחברה וקובעת מהם הסיכסוכים שצריכים להפתר וליישב אתם בפני הריבון.
רשות המבצעת : אוכפת את הכלים של הרשות המחוקקת = ולכן הרשות המבצעת חייבת צבא ומשטרה.
רשות שופטת = הליך הוגן ומשפט צדק. לצורך העניין הזה הריבון מקים מערכת של בתי משפט. ומי שיש לו סכסוכים , הולך לבתי משפט.

בחברה הדמוקרטית לרשות השופטת תפקיד כפול:

1. יישוב סכסוכים מטעם הריבון
2. ביקורת שיפוטית על הרשויות האחרות ואכיפת עקרונות היסוד באותה חברה.

חברי האומה שמתארגנים במדינה- ואין מדינות שאין להם זהות ועקרונות. ולכן שמקימים מדינה – רוצים לבסס אותה על עקרונות מסויימים.

נוסחאות ההתארגנות היסודית של האומה:

זה ביטוי לרצון העמוק של חברי האומה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

יש שני סוגים של נוסחאות: נוסחאות אוניברסליות ונוסחאות פרקטיקולריות.

1. **אוניברסלי:** נוסחה זו שכל אומה שרוצה לכוון חברה חופשית חייבת לאמץ אותה והיא משקפת את השלב האחרון באבולוצייה של האומות. ותהיה נאמנה לאדם.
 - מהם הנוסחאות? מדינה מודרנית שנשענת על הרעיון של "אמנה חברתית"
 - מדינה דמוקרטית – ומדינה דמוקרטית.

2. **נוסחאות הפרקטיקולריות:**

- נוסחה זו היא נוסחה שטובה לאומה מסויימת בתקופה מסויימת בהיסטוריה שלה. היא לא הכרחית לכוון חברה חופשית אם נבטל אותה לא בהכרח נפר את הנאמנות החוקתית לאדם. והיא לא משקפת את המצב האחרון באבולוציה של אומות.
- מודל הלאומיות מגדיר את היחס בין המדינה לבין קבוצות הלאום שיש בחברה.

מודל הלאומיות שמאמצת האומה

1. **לאומיות אזרחית רב תרבותית:** האומה רוצה להתארגן כך שכל הנתונים ישתייכו של אותה חברה , לטפח לאום משותף לכל האזרחים "מדינת כל אזרחיה" מודעים לתרבויות אחרות ולא מתכחשים להם.
2. **לאומיות רפובליקנית:** כולנו כלל האזרחים – כולנו צרפתיים לצורך העניין. והתרבות הצרפתית תשלוט. הלאומיות הרפובליקנית עושה הפרדה מוחלטת בין הדת למדינה. במרחב הציבורי כולנו חילוניים (כולנו תורכים, כולנו צרפתיים)
3. **רב לאומיות / דמוקרטיה קונסציונלית:** יכול להיות גם דו לאומיות. לדוגמא בבלגיה: פלמים וולונים אלו הקבוצות הלאומיות המרכזיות. (זו מדינה דו לאומית) גם בקנדה יש שתי שפות מדוברות- קוויבקים שדוברים צרפתית והשאר דוברים אנגלית בריטית. שוויץ – רב לאומית : יותר מ2 שפות, גרמנית, צרפתית, איטלקים , רומנסטיקית. כל אחד ישמר את הזהות שלו בנפרד ואנחנו צריכים לחלוק ביננו את ענייני ניהול המדינה . קובעים כללים הסדריים לחלוקת השלטון בין הקבוצות השונות. למשל: כל ממשלה בשוויץ, צריכה להיות נציגות לכל הקנטונים . אי אפשר לשנות משהו בחוקה אילולה יהיו נציגויות מכל קנטון.
4. מדינת הלאום אתנית תרבותית: ישראל!!!! רק קבוצה אחת מזוהה עם המדינה.
המדינה מזוהה לחלוטין על קבוצת לאום אחת וכל היתר מיעוטים לאומיים. כדי שפרוייקט מדינתי יצליח החבר אומה צריכים להזדהות עם האומה, צריכים להרגיש שייכים, אם זו מדינה שאף אחד לא מזדהה איתה, מי יתגייס לעזור ולהלחם ולהקריב עבורה.
למשל כשברית המועצות התפרקה: נולדו מדינות לאום בדומה לישראל: סרביה, קרואטיה, מונטנגרו, סלובניה,
אתם מדינות לאום שירצו להצטרף לאיחוד האירופי: יצטרכו להכיר בתרבויות המיעוט.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מדינת פדרליזם : מדינה שהיא איחוד שהם מסגרות מדינתיות או שהם מדינה בפני עצמה או כביכול . בה הממשל המרכזי והפדרטיבי מנהל את ענייני החוץ והביטחון.

לכל מדינה תהיה משטרה שלה וממשל משלה.

מה ההבדל בין הנוסחא הפרקטיקולרית לבין הנוסחא האוניברסלית

סיפורים בדיוניים לדוגמא :

1. בכנסת החליטו שכדאי לחשוב האם ישראל צריכה לעבור מישראל 1 לישראל חוקקו חקיקה מכוננת – והציעו חוקה שביבי יומלך על ישראל והוא יהפוך למלך ישראל ולא יהיה ניתן להפילאותו. ואחרי שהוא ימות הממשל יעבור לשרה או יאיר. עבר משאל עם ויהיו מעל 90% הצבעות בעד – לא יהיה!!! למה? כי אין חוקתיות. זה נוגד את הנאמנות לאדם, הרס יסודות האדם, נוגד את הדמוקרטייה.

2. ישראל החליטה שהיא בשלום עולמי עם כל המדינות הערביות : הפלשתינים והישראלים יגבשו חוקה שמעבירה את המדינה ממודל 4 ל 3.

אבל בגלל שישראל היא מדינה יהודית צריכים 2 משאלי עם. פעם אחת יהודים ופעם אחת ערבית, ויעתרו לבג"צ כי הכ לא חוקתי. הטענה להיותו חוקי זה : שזה נבחר בהליך דמוקרטי.

****** את הנוסחאות האוניברסליות לא ניתן אף פעם לשנות. גם אם 100% ירצו את אותו מלך – לא יהיה חוקתי. לעומת זאת נוסחאות פרקטיקולריות: נכוות לאומה ספציפית בתקופה מסויימת בהיסטוריה שלה. כל עוד יבטיח שזה הרצון החדש של חברי האומה. ******

מי יכול להוביל את ההתארגנות למעבר ממודל 1 ל 2 ? הרשות המבצעת/ מחוקקת/רשות השופטת. מי שלא מקבל את ערכי היסוד של ישראל 1 לא יכול להבחר לכנסת.

המדינה שחייבת לאומה וחייבת לאדם.

סעיף 7 א' לחוק יסוד הכסת : היא רשות של המדינה שנאמנה למדינה.

בפסק דין בנק המזרחי – הכנסת הוכרה גם רשות מחוננת, שמייצרת חוקי יסוד.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

היא אמנם יכולה ליצור חוקים אבל רק כאלו שנאמנים לחוקה ולאדם. למשל חוק יסוד כבוד

כיום אין גוף שיכול להעביר את ישראל 2. אפשר להקים את הקבוצה המחוננת הראשית ורק הגוף הכנסת יכול ליצור אסיפה מכוננת מקורית או ראשית.

שיקום הגוף הזה -

ידונו ואחרי זמן מה יגידו שגיבשו הצעת חוק לחוקת מדינת ישראל יעשו משאל עם. ויעשו שוב עוד משאל עם ובשניהם יהיה רוב שהאסיפה המקורית החליטה מה הרוב שמאפשר הקמת מדינה 2, ורק אם יאושר ברוב משאלי העם, יגיע לבית המשפט ואז יחליטו שלא אפשרי מאחר וזה לא חוקתי.

נוסחאות אוניברסליות לא ניתן לשנות!!!!!!!

למשל : חוק השבות – אם אחד מבני הזוג הוא יהודי, בן הזוג יכול להביא איתו כל צאצא ממקור ראשון. נניח שהכסת אומרת שעברו 70 שנה ואנחנו רוצים להפסיק את חוק השבות : האם ניתן.

כל הדוגמאות של יהודים בתפוצות עולם!!!

מיהי הרשות העליונה יותר המחוקקת או המבצעת?

הרשות המחוקקת היא הנציגות הישיר של העם ומיכוון שבדמוקרטיה היא שלטון העם והכנסת , היא הנציגות הישירה של העם אז היא הגוף העליון בדמוקרטיה.

ועדת שרים לענייני חקיקה :

הצעת חוק פרטית

הצעות חוק מטעם הממשלה



נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מה קורה כשיש חוק מול חוק.

"כלל ברירת הדינים": זה הכלל שעוזר לבית משפט לברר מה יותר ספציפי?

אם אני לא יודע מה יותר ספציפי מהשני, ואם שניהם מאוד מדוייקים, אז בודקים מי הוא הרצון הספציפי של מחוקק, או מי יותר מאוחר? הרצון העדכני של המחוקק.

האם הוא חל גם בין התנגשות בין חוק יסוד לבין חוק יסוד?

סעיף 3 א' לחוק יסוד השפיטה : ב"מ יידון בפומבי.

פומביות זה עיקרון במדינה חוקית!! .

העיקרון הסותר : סעיף 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו = אומר ליזכות לפרטיות. (שמירה על צנעת הפרט)

שופט דורנר – אומרת לנו בין חוקי היסוד זה אותו דבר כמו כל נורמה אחרת כך נתייחס לכל חוק .

נחיל את כלל ברירת הדינים. ונבדוק מי יותר ספציפי.

על פי ברק : טוב רק למדרגות שמתחת לחוקי תקנה. בחוקה יש לנו עקרונות

28/11/2017

(חזרה על החומר הנלמד בשיעור שעבר...)

פס"ד פלונית

לפי גישת דורנר : כלל ברירת הדינים, שחל גם בהתנגשות בחוקה. הפומביות במשפט גוברת .

ולפי גישת ברק : בחוקה לא מעדיפים עקרון אחד על עיקרון אחר. כי גם חשוב פומביות וגם פרטיות, ולכן לא חשוב להכיל את כלל ברירת הדינים. לכן לא יהיה נכון להתנהג על פי כלל אחד, אפשר לחיות עם פרטיות ועם פומביות. לא מחליטים מה גבר על מה בחוקה. 2 העקרונות חשובים. איך נאזן? האיזון ייעשה ברמה שמתחת לחוקה :

נניח שהשופט מחליט לסגור דלתיים : נותן הגנה לפרטיות ומכרסם בפומביות. ואז הבחינה החוקית תהיה אל מול העקרון של הפומביות.

כל עוד שזה עומד בפסקת ההגבלה –

עומד בערכיה של מדינת ישראל

האם חוקתי

תכלית ראוייה

במידה שאינה עולה על הנדרש

אם ההחלטה הכירסום עומד בכל מבחני פסקת ההגבלה – אז החוק מתיר אותו.

(כל חוק יסוד יש פסקת הגבלה)

28/11/2017

נושא חדש :

עקרונות היסוד הבלתי כתובים מנוסחאות ההתארגנות הסודית של האומה.

עקרונות היסוד אלו עקרונות שנגזרים מהנוסחה ואם לא יישמר העיקרון , ההגיון הפנימי של הנוסחה יהיה בסכנה. לכל נוסחה יש הגיון פנימי – צריך לצאת ממצב הטבע.

לדוגמא : אם נשמור על חוק השבות זה יפגע בהגיון הפנימי של מדינה יהודית שפוגם בהגיון של יהודי כל העולם. העקרון קיים גם אם כתבו אותו בחוקה וגם אם לא. אם כתבו אותם לא חייבים ללכת לעקרונות הבלתי כתובים.

המעמד של עקרונות אלו הוא מעל החוקה – כדי להגשים את הרצון של כל חברי האומה.

נורמה עליונה בשיטה – זה מעל פירמידת הנורמות. לדוגמא כמה פסקי דין

פס"ד ירדור – סעיף 7 א' לחוק יסוד הכנסת : נכתב לפני שהיה את הסעיף , באה ועדת הבחירות ופסלו את הרשימה, נפגעה חופש הביטוי, כמו לבחור ולהבחר. הכלל החוקתי אומר שאתה לא יכול לפגוע בזכות כל כך חשובה בלי כלל בחוק- אין הסמכה לפסול על בסיס הכוונה שלה. השופט זוסמן אומר : יש להשתמש בכלל עקרון בסיסי בלתי כתוב.

השופט אגרנט : מה זה כנסת? זה בית הנבחרים של העם, נבחרים העם שצריכים לשקף את האני מאמין של העם, והאני מאמין?! , זה לקיים מדינה יהודית. אבל לא מקבל את הזהות של מדינה יהודית ומקימה של המדינה. לכן יש להשתמש ביסודות לא כתובים. נתון קונסטיטוציוני- נתון בלתי ניתן לשינוי.

אנו רואים בשימוש בעקרונות היסוד הבלתי כתובים.

פס"ד לאור- פעם ראשונה אומר השופט ברק – אם עקרונות היסוד הבלתי כתובים הם מעל הנורמות הכתובות אז חוק של הכנסת שיעמוד בניגוד לעקרונות הבלתי כתובים – עקרונית ניתן לפסול אותו. בלאור- אומר ברק, אנחנו עוד לא בשלים לפסול חוק של הכנסת רק כי הוא סותר חוק יסוד בלתי כתוב. (תחילת שנות ה 90)

פס"ד בנק המזרחי : היתה מהפכה חוקתית, פתאום היה אפשר לפסול חוקי יסוד בלתי כתובים, ובתי המשפט החלו להבין שניתן לבטל חוקי הכנסת שעומדים בסתירה עם חוקי יסוד

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

, ובכל ההיסטוריה של מדינת ישראל רק שופט אחד כתב פס"ד שניתן לפסול חוק בסתירה לעקרונות יסוד בלתי כתובים – למרות ששופטים רבים הכירו בה אך לא השתמשו.

וזה השופט חשין- שנקרא חוק טל (גיוס בחורי ישיבות) , חשין חשב שזה נוגד עקרונות היסוד :
(1) פוגע בשיוון ולכן מערער את הנוסחה הדמוקרטית – חוק בלתי כתוב.

(2) וזה מערער את היותו של צה"ל כצבא מגן של העם היהודי – וזה עיקרון יסוד שנגזר מזה שאנחנו מדינה יהודית.

העקרונות הנגזרים "ממדינה מודרנית" (3 מודלים : מדינה מודרנית / מדינה דמוקרטית /

מדינה יהודית)

מדינה מודרנית:

א'. **הזכות שלא להיות חשוף להפעלת כח פרטית** : מה שהיה במצב הטבע , כל מי שהתחשק לו תקוף אותי, לא היה מי שיעצור אותו. במעבר למדינה המודרנית, אמרנו דבר כזה עכשיו יש מונופול כשעוברים ממצב הטבע למדינה המודרנית על הפעלת כח לריבון. בפסק הדין המרכז האקדמי – הפרטת בתי הכלא, אם היתה הפרטת בתי כלא – אז אנשים היו מפעילים כח על אנשים אחרים. לא היה צריך ללכת לעקרונות היסוד הבלתי כתובים כי היו לו עקרונות יסוד כתובים. עוד דוגמא : הבלעדיות של צה"ל (סעיף 6 לחוק יסוד הצבא) מה מיוחד בזה : שהוא הכוח היחידי של הריבון.

ב'. **הזכות להגנה שווה על ידי הריבון והשיוויון בפני החוק** : כולם מוותרים באופן שווה וכולם מקבלים הגנה שווה. למה היא שווה בפני החוק? כי הסכמנו לוותר על החופש הבלתי נדלה שהיה לנו, לכן גם תצווה עלינו איך להתנהג ותכיל עלינו את החוק באופן שווה לכולם. למשל : שדרות. היא לא קיבלה הגנה שווה כמו שאר תושבי המדינה. פס"ד ניר : (התנתקות מעזה) היו שם עבירות פליליות : אחרי ההתנתקות על מנת לרפא את הפצעים הלכו על שמיטת עבירות, פשוט לא הפעילו הליך פלילי בשל המחאה וההליך הפוליטי.

ג'. **הנגישות לצדק מטעם הריבון+איסור עשיית דין עצמי** : הרעיון הוא שאין יותר לעשות צדק בסכסוך. מי שרוצה צדק בסכסוך – הולך לריבון :

** זכות הפנייה לערכאות שיפוטיות – אם למשל שני אנשים מסוכסכים לגבי חוזה. וחייבו אותם ללכת לגישור. אז יש כאן חוסר חוקיות כי זה לא חוקתי וזה לא שייך לריבון .

** בתי הדין הרבניים הפרטיים – הם לא של הריבון. ויש זכות לא ללכת לשם. אותם בתי דין לא ריבוניים יכולים להטיל עליך סנקציות : וחרמות. אבל זה לא חוקי וריבוני.

יכול להיות שיום אחד יחוקקו במדינת ישראל שהם לא יוכלו להפעיל סנקציות מול האוטונומייה הספציפית ואת כל בתי הדין הפרטיים בלבד ייסגרו.

(4) החופש מריבון חיצוני :

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

5) הגנה על זכויות טבעיות : שאף אדם רציוני לא היה מוותר עליהם באמנה. במצב הטבע לא היו לנו הגנה על זכויות טבעיות, רצינו שהריבון ישמור. אך הריבון צריך לשמור על הזכויות הטבעיות. יש זכויות טבעיות שלעולם לא היינו מוותרים עליהם באמנה.

אני הריבון שולל את מוסד המשפחה : לא היינו נכנסים לריבונות. היינו נשארים במצב הטבע.

עקרונות הנגזרים ממדינה דמוקרטית:

1. ריבונות העם: כדי שזה יעבוד , השליט לא יכול לשלוט ללא מנדט מהעם. ולכן חייבת להיות בחירות חופשיות והוגנות .

א'. הבטחת החירויות הפוליטיות: כאשר בחברה מבטיחים את החירויות הפוליטיות : הזכות לבחור ולהבחר. / חופש ההתארגנות הפוליטית / חופש העיתונות / חופש הביטוי.

ב'. עיקרון הכרעת הרוב: העם הוא ריבון כי מכריעים ע"פ רוב בעם. זוהי שיטה לקבלת הכרעות יש בה משהו יפה ושיוויוני. למה השיטה היא שיוויונית? בכל סוגייה שנעלה לדיון תהיה מחלוקת בציבור – אנו צריכים כלל הוגן שיקבע איך לנהוג. זה כלל שיוויוני והוגן שקיימים לגביו בעיות.

ג'. החופש של האומה להתארגן: בדמוקרטיה העם הוא הריבון ואם העם רוצה להתארגן מחדש, צריך לאפשר את זה. (סעיף 7א' לחוק יסוד הכנסת) מה הבעיה של הסעיף: הוא לא מבחין בין הנוסחאות האוניברסליות לפרקטיקולריות. הפיתרון היחיד שיכול להביא להתארגנות מחדש כי היא אסיפה מחוננת נגזרת משנית ולא מקורית ראשית. בשביל להכנס לכנסת אתה מחוייב ולנסות לכנס אסיפה ראשית מתוך הכנסת והיא תכונן כראשית ותפעל מתוכו לפי סעיף 7 א' ואז תנסה לשנות.

ד'. כפיפות הצבא לדרג המדיני: הצבא לא יכול לעשות כלום ללא אישור הריבון. ממשלה היא הנבחרת והצבא לא עושה כלום ללא הנחייה מפורשת מהממשלה.

2. הכרה בגרעין של זכויות אדם: אין דמוקרטייה ללא הכרה בזכויות אדם ובלי שיש הגנה עליהם.

א'. כבוד האדם: מה יעשה השליט ללא הכרה בזכויות האדם? כולנו בעלי ערך עצמי שווה ורואים עצמינו ראויים להבחר ולהנהיג את המדינה. לכן גם חייב להתקיים על עיקרון השיוויון.

ב'. שיוויון

ג'. חופש הביטוי

ד'. חופש הדת/ חופש מדת

ה'. חופש התנועה – פרטיות.

ו'. חופש ממעצר שרירותי

ז'. הזכות להליך פלילי לא הוגן.

3. **הפרדת רשויות:** זה מאפיי של כל דמוקרטיה של כל חברה שאם נותנים יותר מדי כח בידי אדם אחד או רשות אחת יצור בסוף משטר של עריצות. איך פועלת הפרדת הרשויות? כל רשות תפרד במישור שונה : הרשות המחוקקת – תחוקק. המבצעת תשלוט במסגרת החוקים שחוקקה המחוקקת. והשופטת תפקח על שתי האחרות ותעסוק ביישוב סכסוכים . קודם כל מפרידים ואז יוצרים מערכת : " איזונים / בלמים " . איך הכנסת מרסנת את הממשלה? הממשלה צריכה התרה מהכסת על איך לפעול, פיקוח פרלמנטרי על הממשלה. תקציב המדינה – הממשלה לא שולטת בקופה. היא יחיבת את חוק התקציב שבא מהכנסת על מנת להעביר לה את המשאבים הכלכליים לפעול. למשל : אם בארה"ב רוצים לשלוח חיילים מסויימים לאזור בעולם : אם הנשיא ירצה לשלוח חיילים לסורייה. יהיה חייב אישור של הקונגרס לסעיף התקציבי הזה. ומי מפקח על הכנסת? בית המשפט!! בית המשפט יכול לבדוק גם חיקוק וגם לגבי הממשלה : האם היא עומדת ופועלת על פי מה שהמחוקק התיר לה בחוק.

4. **שלטון החוק: שני היבטים הפורמלי והמהותי.**

א'. **הפורמלי:** כל הרשויות יפעלו בהתאם לחוק. – החוק הוא הרצון של נציגי העם. אם השליט לא יעשה כרצון העם, יהפוך לכוח בלתי מרוסן ויהיה דיקטטורה.
ב'. המהותי : כולם חייבים לכבד את החוקים שהולמים את ערכי היסוד של מדינת ישראל. אם הוא לא מכבד את ערכי היסוד / החוקה –

5. **עצמאות הרשות השופטת:** הרשות השופטת לא כפופה לשליט, היא עצמאית. מעבר למה שנחשף בתוכנית עובדה : הרבה מאוד אנשים לא אוהבים את בית המשפט העליון, וזה מצויין. כי ככה יש למעשה ביקורת כלפיו. שהשלטון מרוצה מהשפיטה : זה מעיד על חוסר ניטרליות. בישראל גם הנציגים של השלטון – עמדו לדין ונשפטו : היא עצמאית ויכולה להרשיע ראשי ממשלות ואישי ציבור ונבחרי כנסת ולא לרדוף אחר נציגי השלטון ומערכת השילטון.
א'. אם הרשות השופטת לא תהיה עצמאית : לא תהיה הגנה , לא תהיה הפרדת רשויות , ואם לא תהיה עצמאית גם לא יהיה שלטון חוק פורמלי ומהותי.

6. **שליטת כל שינוי פוליטי באלימות:** } " האלימות היא כרסום יסוד הדמוקרטיה" לדברי רבין ז"ל. איך אתה משנה משהו במדינה דמוקרטית? אתה תשכנע ותתווכח ולבסוף : תצליח באופן דמוקרטי. למשוך אחר כך קהל, להביא שינוי. לא תוכל לנקוט באלימות על מנת לנצח שינוי פוליטי.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

חוק היסוד הגרמני מעניק זכות להתנגד למשטר דיקטטורי כמו שהיה בגרמניה של פעם.
מי שיכול להפעיל אלימות : משטרה או צבא.

7. **נכונות ליטול סיכונים סבירים להגנה על זכויות האדם**: מה שקורה בחברה לא מדמוקרטיית או הערך העליון הוא בטחון המדינה. כל סיכון לביטחון המדינה פועלים נגדו ומגנים מיד על בטחון האדם וזכויותיו. כלומר אנחנו סובלים בדמוקרטיה מצבים מסוכנים לאדם ולבטחון המדינה ומוכנים ליטול את הסיכונים על מנת לשמור על חירות זכויות, וכבוד האדם.

עקרונות נגזרים ממדינה יהודית

1. הזכות של כל יהודי לעלות לארץ : השופט ברק מזכיר את זה : ישראל מדינת הלאום של העם היהודי כולו. " האומה " בישראל היא העם היהודי. ישראל 1 האומה היא העם היהודי. יכול להיות שישראל 2 תצור אומה חדשה : ליצור מדינה דו לאומית .

פס"ד טמריין – קם יהודי וביקש שלא ירשמו לו בת.ז. יהודי: שייך לזרם העיברי.

2. שמירה על רוב יהודי : השופט ברק מציין זאת כעיקרון. אם חושבים על זה שרוב יהודי עוזר לקיים מדינה יהודית. וזה עוזר לקיים מדינה יהודית . אם לא יהיה רוב יהודי : לא יהיה קל לקיים מדינה דמוקרטית . זמנית יהיה רוב לא יהודי בכנסת אבל החוקה תשמר את המדינה היהודית.

3. עברית היא השפה המרכזית : במדינת לאום המפעל של האומה והמדינה נשען על אחדות פנימית בתוך העם היהודי. המודל של מדינת הלאום היא באמצעות תרבות משותפת, היסטוריה משותפת, שפה , גיבורים, משותת וכ'.

השפה הערבית : היא שפתה הרישמית בישראל, שוות מעמד. המציאות היא שריבוי שפות שוות מעמד זה מודל דו לאומי שפחות מתאים למדינת הלאום.

המעמד לשפה הערבית: זוכה להגנה חוקתית כאחות לשפה הבכורה שהיא מובילה במרחב הציבורי.

4. **עיקר חוגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי**: סמליה וחגייה של התרבות היהודית כמדינת הלאום. כחלק מהצורך להתחשב במיעוט במעמדו החוקתי :

יציינו את החגים והסמלים שלהם ויהיו במרחב האוטונומי שלו ולא במרחב הציבורי.

5. **מורשת ישראל**: מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית של אותה מדינה יהודית : הקולקטיב היהודי התחיל מרעיון דתי ואחר כך הפך לייחוד במרחב הציבורי כדי לאחד את העם במרחב הזה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

6. **צה"ל כצבא מגן של העם היהודי** : כשקוראים את חוק יסוד הצבא , לא כתוב שהוא מגן על יהודים בכל העולם. במדינת ישראל אפשר לדמיין את הצבא פועל במקומות בהם רודפים יהודים . היה מדובר בעם שסבל מרדיפה , חסר הגנה, השמדה. הפרוייקט של המדינה היהודית... ללא צה"ל לא תהיה מדינה . קיומו של צה"ל זה עניין חוקתי.

השופט חשין : זה שפוטרם את החרדים מגיוס לצבא, פוגע בעם היהודי. כל עוד שצה"ל מצליח לתפקד ללא החרדים – העיקרון לא נפגע.

7. **שלילת אוטונומיה רחבה לזרם ביהדות** : כלומר אף זרם ביהדות לא יכול לומר שהוא לא שייך לעם היהודי, ומעוניין להפרד מהתרבות הכוללת.

א'. (1)לאומיות אזרחית רפובליקנית סטייל צרפת, (4) מודל מדינת הלאום = את מי מאחדים? כלל האזרחים מהווים לאום אחד משותף.

ב'. את מי מתכוונת לאחד מדינת הלאום?!...מאחדים את כל היהודים ומעניקים אוטונומיה ללאומים אחרים תרבותית. איך מפרוייקט כזה נובע סעיף 7? זה שולל תביעה של זרם מסויים ביהדות(בעיקר החרדים) לאוטונומיה רחבה – היפרדות מהמופעל של העם היהודי. בית המשפט הפעיל את זכות השוויון כחלק מכבוד האדם וקבע שחוק טל – חוק הגיוס חובה עומד בסתירה לחוק כבוד האדם וחירותו ולכן צריך לפסול אותו . אם המחוקק יוצר חוק שלוקח זרם שלם ומרכזי, בל לקח לעומת זאת זרם מרכזי ולמעשה יוצר היפרדות של הקהילה החרדית מהמפעל של העם היהודי. ** האם זה שהמדינה פותרת את ערביי ישראל משירות חובה ? האם יש חובה חוקתית ? ע"פ חוק השוויון – מחייב את כולם לשרת אולם אם לקבוצת מיעוט אחת (ע"פ פסקת ההגבלה) כי זה מצפונית לא ניתן שבני המיעוטים לא יוכלו להלחם נגד בני עמם.

מה לגבי ערים חרדיות? אם הממשלה מקימה עיר שהיא רק לחרדים? זה לא חוקתי. לא ניתן להקים בוועדת תיכנון עיר שהיא מיועדת לקהל מסויים ואוסרת על שאר אנשי הישוב לגור או להשתמש בשרותים הכוללים הציבוריים.

8. (דווקא מזה שישראל היא מדינה יהודית) : **הכרה באוטונומיה קהילתית למיעוטים**

לאומיים . : במדינת לאום הפרוייקט של האומה לא מאחד את העם , את כלל האזרחים. זה אומר שכל מי שלא שייך לתרבות הזו זכאי לאוטונומיה קהילתית : לטפח תרבות אחרת, חיים אחרים, השקפות אחרות. אם היינו צרפת לא היינו יכולים .

9. **הזכות של כל זרם ביהדות ליחס שווה של זאגה וכבוד** : אם יש אתר בישראל שהוא סמל לאומי : הכותל המערבי, ולא לכל הזרמים יש גישה שווה וזכות שווה להתנהג שם כדרכם ואמונתם.

"המהפכה החוקתית" – בנק המזרחי

הרגל הראשונה של המהפכה החוקתית : איך הגענו לצב שיש לישראל חוקה . במדינה שיש בה חוקה יכול אדם לבוא לביה"מ ולטעון שחוק מנוגד חוקה. אם ישכנע את ביה"מ שחוק מנוגד לחוקה, ומכיוו שחוקה היא נורמה עליונה בפירמידת הנורמות. חוק לא יוכל לעמוד בסתירה

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

והחוק יתבטל. ב 20 שנים האחרונות, מגיע אדם וטוען שיש סתירה בחוקי היסוד וטוען שצריך לבטח חוק, ביה"מ שלא היה מוכן לקבל אותם ומבטל את הטענות שלו. כאשר שתי נורמות מתנגשות בודקים מי יותר ספציפי. למשל : סעיף 3 לכבוד האדם וחירותו : אין פוגעים בקניינו של אדם. ואם לעומת זאת יש את חוק הפיצוי והפינוי : (חוק של הכנסת שהוביל את ההתנתקות), (פס"ד המועצה האזורית חוף עזה). במידה ויש חוק מול חוק. נכיל את כלל ברירת הדינים. ונבדוק מי ספציפי. מכיוון שהחל מבנק המזרחי חוקי היסוד נתפסים יותר מחוקה. למשל סעיף כבוד האדם וחירותו מול סעיף 3 ' אין פוגעים בקניין : יש את סעיף 8 : אין פוגעים בזכויות המוגנות אלא בחוק.

אם החוק עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה : רק אז החוק יהיה חוקתי. בערך 16 מיקרים ביה"מ הגיע למסקנה-לרבות הסעיפי פיצוי בהתנתקות. ביה"מ באמת הגיע למסקנה שהחוק לא עומד במבחני פסקת ההגבלה. כמו למשל : חוק טל – על חוק גיוס חובה. והחוק שאיפשר להחזיק את מבקשי המקלט – 3 שנים במעצר עוד לפני שמבררים מי הם ומה הם. שיטת המשפט הישראלי מתנהגת כאילו שחוקי היסוד הם חוקה לכל דבר.

איך הגענו למצב הזה שהרבה שנים לא למדנו שחוקי היסוד הם חוקה?

ואלו הם מרכיביה :

1. החוקה היא הנורמה העליונה במדינה
2. כל נורמה אחרת לא יכולה לסתור את החוקה
3. ביה"מ החוקתי מוסמך להצהיר על בטלותה של נורמה העומדת בסתירה לחוקה.

הרגל הראשונה : אם אין פסקת עליונות מפורשת צריך פסקת עליונות.

אינדיקציות לעליונות ונורמטיביות בחוקי היסוד של שנת 92, נראים בול כמו כל חוקה בעולם. הם מנוסחים וכתובים כמו כל דבר בעולם.

אינדיקציות עליונות נורמטיביות :

1. אינדיקציות בנוסח המקורי : יש סימנים לזה שהחוקי יסוד הם עליונים נורמטיביים. **א'** פסקת ההגבלה : סעיף 8 לכבוד / סעיף 4 לעיסוק. " אין פוגעים בזכויות המוגנות- שלא בחוק בעומד בתנאים". חוק שעומד בתנאים יש בכוחו לפגוע בזכויות.

זכויות תמיד חזקות מחוק!!!

ב'. פסקת הכיבוד : סעיף 11 לכיבוד וסעיף 5 לעיסוק : " כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות המוגנות .

ג'. פסקת שמירת הדינים – סעיף 10 לכבוד (עד 2002 היה גם בעיסוק) : אי בכוחו של חוק היסוד לפגוע בתוקפו של כל דין שהיה קיים לפני כניסתו לתוקף. (כל מה שהיה לפני מרץ 1992). למשל : ישנו מונופול לנישואים ברבנות. פנו זוגות פסולי חיתון שלא יכולים להנשא ברבנות. המונופול לפני שנת 1992 לכן הוא שמור. עד שהכנסת לא תחוקק חוק של הכנסת לגבי זוגות חד מיניים – הם לא יוכלו להתחתן בישראל. למה זה אינדיקציה

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

שלחוקי היסוד עליונות נורמטיבית – המחוקק לא מאיימים על תוקפו של שום חוק. המחוקק חשש שיפסלו מאות חוקים ויהיה וואקום נורמטיבי , ואז המחוקק הציע את שמירת הדינים. לא ניתן לבטל אחורה אלא ררק אחרי שנת 92.

2. אינדיקציות בתיקונים :

הוועד הציבורי נ' מדינת ישראל :

ביה"מ נתן החלטה לגבי החזקת גופות מחבלים מאז הסבב החדש של האינתיפאדה : אנשים שמבצעים פיגועים , רוב הגופות מוחזרות בתנאי שיקבלו ויקברו אותם בדרך מסודרת על מנת שלא תהיה תמיכה בטרור. אבל 9 גופות מסרבים להחזיר. גופות של מחבלים שמשתייכים לחמא"ס והממשלה פיתחה קריטריונים מתי לא מחזירים- פיגוע שיש בו הרבה הרוגים. אז את הגופות שלה לא מחזירים. למה? הם בעצמם מחזיקים גופות של ישראלים. פס"ד היו מהעתירות של בני המשפחה של המחבלים – המדינה מתנגדת ומסתמכת על תקנה 133 לתקנות ההגנה המנדטוריות – לשעת חירום, מקנות סמכות למנהל האזור להורות על קבירה של אדם במקום בו יקבע. הטענה של העותרים כי לממשלה אין סמכות לסחור או לקיים מו"מ על הגופות או להורות על קבורה במקום מסויים. המעניין הוא שהשופטים דנציגר וקרא אומרים שהתקנה 133 היא לא מקור החזרה טכני המחוקק חייב לחוקק חוק חדש על מנת לדון בענין. מוחמד עליאן נגד מפקד כוחות צהל בגדה המערבית . 4466/16.

מנגד פס"ד אלמגור- נתן החלטה שהיא הפוכה : היה את גלעד שליט שהיה בשבי , והממשלה מנהלת מו"מ על שיחרור מחבלים שהיו בכלא הישראלי וגם על גופות. לא היה צריך לזה מקור סמכות מיוחד. במסגרת המו"מ שוחררו עשרות מחבלים . שיש להם דם על הידיים. נציגי אלמגור טענו שאין סמכות לממשלה לנהל מו"מ לשחרר מחבלים תמורת חייל.

זה מה שמדינת ישראל עשתה עיסקאות.השאלה הנשאלת מה מקור הסמכות? אין!!

מי שיש לו סמכות לתת חנינה במקרה הזה , הנשיא. אבל הוא לא מחליט אלא הצוות שמנהל מו"מ וממשלת ישראל. יש צוות שמחליטים על השמות... והממשלה חותמת כחותמת גומי. פסק הדין אמר : שהסמכות לשאת ולתת בעניינים של שבויים – היא של הממשלה כי זה בליבת הסמכות שלה. כי ענייני החוץ והביטחון –

דנציגר מנגד אומר : זכותו של כל אדם כולל מחבל לקבורה בכבוד. היה פס"ד שנקרא dred skot - הקונגרס החליט שהוא משחרר עבדים . והמחוקק קבע שהוא לא חוקתי. כי הזכות פוגעת שזה פוגע בזכות החוקתית של בעלי העבדים לקניין. הנשיא לינקולן : אנחנו רפובליקה שזה שילטון העם, אחריות העם והחלטת העם. ולכן אם אנחנו רפובליקה אף אחד לא יחליט בשבילנו. לכן אנחנו צריכים לחוקק חוק חדש ולצפצף על בית המשפט.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

רבין למשל היה עושה המון תרגילים חוקתיים. היה עושה דברים בניגוד למה שהיועצים המשפטיים ייעצו לו. כמו שלמש חוק איסור חופש העיסוק: הדתיים נכנסו לקואליציה והחליטו שאין אפשרות לייבא חזיר לארץ. מה עשה רבין: **תיקן מחדש את החוק**. ערפאת והמחבלים יילחמו בלי בגז ובלי צלם.

פס"ד : צהל במסגרת הכיבוש או השהייה בשטחים, נעזר לצורך ביצוע תפקידיו, באוכלוסייה המקומית. כל הדברים הללו בעיתיים. לפי החוק הבינלאומי- אסור להסתייע באוכלוסייה המקומית לשם פעילות צבאית.

צהל החיל נוהל שכך: מתי ניתן להסתייע בתושב מקומי- כדי לקרוא לתושב מקומי לקרוא למבוקש ולהסגיר אותו. הנקודה היא שכשהתחילו לבצע אותו. לעיתים ציידו אותו בחגורות נפץ. ואז פיתחו את הנוהל הזה. חייב לבקש הסכמתו בשפתו, אסור להלביש אותו בציד צבאי. אסור לו להכנס לבית אלא רק לדפוק בדלת ולהשאר בחוץ. עתרו נגד החוק הזה: הוא מנוגד לחוק הבינלאומי ואסור. השופט חשין אומר: אני דווקא הייתי מוכן לאשר את הנוהל כי יש בו הגיון. כי הוא חוסך בחיי אדם. במקום זה קוראים לו לצאת החוצה. אך בסוף הגעתי למסקנה שלא נוכל לאשר זאת משני טעמים.

1. **מעשה שיגרה:** או אם אתה עושה נוהל אז הולכים להשתמש בו תדיר הרבה יותר ממה שצריך. כמו בירוקרטיה. תיצור נוהל עינויים. אבל בסוף תשתמש בו כנוהל.
2. **חשין אומר:** אני לא מאמין שאפשר יהיה ליישם את הכללים בשטח בזמן אמת. מדובר בסיטואציה שיש בה לחץ וסיכון חיי אדם. אני א מאמין שבמצב הזה לא תוכל להתייחס לכללים הללו בתנאי הלחץ.

פקודת סדרי השלטון והמשפט: נחקקה ע"י מועצת העם: כוחות העם מופקדים על בטחון המדינה ועל בטחון התושבים. הם מוסמכים לעשות כל דבר כדי להגשים את ההבנה הזו.

"הרגל הראשונה":

אינדיקציות לעליונות נורמטיבית בחוקי היסוד לפי ס' 92.

אינדיקציות בנוסח המקורי: היו 3 בנוסח המקורי.

א'. שמירת הדינים – כל מה שנחקק לפני 1992

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

ב'. פסקת ההגבלה

ג'. פסקת הכיבוד- כל רשות חייבת לכבד את הרשות של חברתה(פוגעים על פסקת כיבוד)

אינדיקציות בתיקונים:

1. **פסקת עקרונות יסוד :** זה משהו שמאפיין יסוד. כשאנ רואה טקסט שמתחיל בחוקה, וחוקי היסוד מתחילים בכמו שחוקה מתחילה. זכויות בישראל מבוססות על ההכרה בערך האדם. בקדושת חייו ובהיותו בין חורין. והן יכובדו ברוח העקרונות בהכרזה על הקמת מדינת ישראל. עוסק בעקרונות יסוד, מפנה למגילת העצמאות.
2. **פסקת התגברות ס' 8 לחופש העיסוק :** זה מסלול חריג שמאפשר להתגבר על פסקת ההגבלה. למה הם הכניסו את התיקון ? הכל התחיל מהחוק של איסור ייבוא בשר לא כשר. כדי להעביר את זה הכנסת חוקה את פסקת ההתגברות על מנת להתגבר על פסקת ההגבלה. מהם התנאים? החוק שרוצה להתגבר צריך להגיד במפורש שהוא תקף על אף האמור בחופש בעיסוק: הוא מתגבר על חופש העיסוק. החוק המתגבר צריך להתקבל ברוב מוחלט של חברי כנסת 61 חברים. והוא תקף 4 שנים ואז רק ניתן להאריך אותו.

מה שמיוחד בחוקי היסוד שחוקקו בשנת 92- הם חוקקו בצורת חוקה.

החוקה היא הנורמה היא עליונה במדינה. וכל מה שסותר חוק בחוקה – בטלה.

מה עושה ביה"מ בבנק המרחי? אין לנו פסקת עליונות מפורשת אבל אני יכול ללמוד במשתמע " פסקת עליונות משתמעת/ שיפוטית"

הרגל השנייה: בפסק הדין מזרחי .

מה אומרת הרגל השנייה? תאורייה בדבר הסמכות המכוננת של הכנסת (המופעלת כשהכנסת מחוקקת חוק יסוד) למה זה משלים את המהפכה החוקתית כולה.

מגיע ביה"מ ואומר שחוק יסוד שזהו ביטוי לסמכות של הכנסת. כל פעם שהכנסת מחוקקת חוק יסוד היא מפעילה ביטוי לסמכות המכוננת של הכנסת. אם מקבלים את הסמכות הזו של הכנסת: מכיוון שחוק יסוד – כל חוק יסוד מקבל את העליונות שלו מהחוקים הרגילים.

ביסוס: שמגר בנק המזרחי: היו שני נשיאים שמגר וברק.

1.תאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת: לכנסת יש סמכות מוננת איך אני מוכיח את זה? לעם יש סמכות לחוקק – ודאי ריבון בדמוקרטיה. ולכונן איזה חוקה שהורא רוצה. שמגר אומר שהכנסת מייצגת את העם ואז אומר שמגר: הגוף היחידי שאי פעם ייצג ישירות את העם זה הכנסת. אז אם העם ריבון לחוקק – הכנסת שהיא ריבון של העם ולכן יש לה סמכות מכוננת. הפרידה בין חוקי יסוד לחוקים רגילים.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

2. **תאוריית שני הכובעים** ברק בנק המזרחי. לכנסת כובע מחוקק וכובע מכונן. וחוקי היסוד הם ביטוי לכובע המכונן.

א. **ההוכחת "הרציפות החוקתית לפי ברק** : רק טוען שיש לכנסת שני כובעים. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (מגילת העצמאות) – תיבחר אסיפה מכוננת שתקבע חוקה. אסיפה

ב. **בחירות של האסיפה המכוננת** – ואזרחי ישראל היו בפעם הראשונה שבחרו – בחרו את האסיפה המכוננת . לא היה זמן והמצב היה קשה, היה קשה לגבש חוקה . האסיפה המכוננת שנבחרו ע,י העם – מחוקקים את חוק המעבר.

ג. **"חוק המעבר"** – האסיפה המכוננת היא "הכנסת הראשונה." הסיבה היא שצריך לנהל מדינה וצריך לנהל חוקים. אין מחלוקת שהכנסת הראשונה החזיקה בסמכות מכוננת. מהסיבה שהם נבחרו ישירות מהעם להיות רשות מכוננת. על ידי העם : הם ציפו שהיא תכונן חוקה.

ד. **"החלטת הררי"** – בכנסת הראשונה הוחלטה ע"י הררי – במקום לחוקק חוקה שלמה הרעיון היה – פרק פרק, לפרוט את החוקה לחוקי יסוד שכל פרק בחוקה מהווה פרק עתידי בחוקה. וועדת החוקה – חוק ומשפט של הכנסת : תביא לחקיקת חוק היסוד שכל אחד יהווה פרק בחוקה עתידית. במקום לחוקק חוקה אחת שלמה – הליך האוטומיזציה : חוקה הדרגתית. מה שקרה הוא שאמנם ההחלטה של הרי התקבלה בכנסת הראשונה – אולם אף חוק לא חוקק בכנסת הראשונה .

ה. **חוק המעבר לכנסת השנייה** : כל הסמכויות שהיו לכנסת הראשונה עוברות לשנייה וממנה לשלישית וכך הלאה. מה זה אומר : ברק מבקש לקבל זאת כפי שזה. שאכן כל הסמכויות ישארו כפי שהתקבלו מהכנסת הראשונה ועד היום.

3. **חשין** : "בנק המזרחי" (דעת המיעוט) והיחיד עד היום, שקבע הפוך מכל התהליך של המהפכה החוקתית . שהוא לא חוקה והם חוקים רגילים. כל הסמכויות , ישנם סוגים מסויימים של סמכויות לא יכול להעביר אותה לגוף אחר. סמכות מכוננת לפי חשין : העם צריך לבחור את הסמכות המכוננת ישירות והיא לא יכולה להעביר את הסמכות לאף גוף אחר. ניתן לפי חשין רק להעביר לחוקק חוקים רגילים. לדעתו סמכות מכוננת צריכה להבחר מחדש. הבחירות לכנסת השנייה לא הוגדרו כבחירות לאסיפה המכוננת השנייה. כלומר : שהגוף היחיד בהיסטוריה של מדינת ישראל שהחזיק בסמכות המכוננת היה הכנסת הראשונה. כל השאר : נבחרו כראשות מחוקקת רגילה. **כלומר לפי חשין** : החל מהכנסת השנייה, הכנסת אין לה סמכות מכוננת ומכאן שכל חוקי היסוד הינם חוקים רגילים. אין חוקה וכל חוקי היסוד. אלא שהגישה של חשין היא בדעת מיעוט!!

אין התייחסות בין מכוננת מקורית למכוננת נגזרת. אם ארצה לקרב בין הגישות של ברק וחשין : אני יכול לעשות זאת באמצעות האבחנה בין מקורית לנגזרת. חשין מדבר על המכוננת הראשית כמעמד הר סיני לאומה. זה קטורה פעם בהיסטוריה. לעומתו ברק מתכוון לסמכות מכוננת משנית

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

/ נגזרת . ברק למעשה מדבר על המכוננת הנגזרת לסמכות המוגבלת וזה מתחזק בכך שברק תומך בדוקטורינת יסודות הבלתי כתובים : עקרונות של מדינה יהודית דמוקרטית.

ברק בכל הכתיבה שלו – אומר שלא ניתן לסתור את עקרונות היסוד הבלתי כתובים. זה מכוננת נגזרת ולא עקרונית. רק מקורית יכולה לשנות ולהתארגן לאומה מחדש.

26/12/2017

הדרישות מחוקה אפקטיבית

תנאי 1 : עליונות נורמטיבית לחוקה



לחוק היסוד עליונות נורמטיבית

(בנק המזרחי : רגל ראשונה + שנייה)

תנאי 2 : נוקשות החוקה (קושי לשנותה)



למחוקק יהיה דרך לאכוף את החוקה אם לא יהיה נוקשות ע"י פסקת ההגבלה. בישראל רוב חוקי היסוד אין קושי לשנותם. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו , הצבא. ניתן לשנות ברוב של 2 חברי כנסת.

כל קואליציה בישראל יש לה 61 חברי כנסת. קל מאוד לשנות את החוקה.

יש רק מקום מסויים שבו נדרש 80 חברי כנסת : אם הכנסת רוצה להאריך את כהונתה. ואז ע"פ העיקרון הדמוקרטי חייבים ללכת לבחירות, ויש מצב לא ללכת לבחירות, אבל צריך הצבעה של 80 חכים וזו נוקשות רצינית.

אם יש לנו וי על תנאי אחד ו איקס על תנאי אחר , אפשר לסכם את המצב החוקתי בישראל כך :

חוקי היסוד הם חוקה (במובן של מסמך בעל עליונות נורמטיבית) אבל חוקה חדשה נעדרת

נוקשות

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' ע"י ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מגיע ביה"מ העליון ויוצר דוקטורינה "תיקון לחוקה" שאינו חוקתי. אם תרצה לשנות את החוקה אבל השינוי שלך יהיה בניגוד לעקרונות היסוד הבלתי כתובים , אז נפסול. (פס"ד בר און פס"ד המרכז האקדמי)

הרעיון הזה של הפרלמנט היהודי להגביל את המערכת המשפטית, זה רעיון שמנוגד למבנה הבסיסי של החוקה ההודית

ניתוח הסתירה (לכאורה) בין חוק לחוק יסוד.

בשלב א' העותר מנסה לשכנע שיש לו עתירה חוקתית רצינית. במידה ולא תצליח – היא תיפול.

אם הצליח לחצות, נגיע לשלב בו נברר האם צודק, אם לא החוק סותר את החוקה: תתקבל.

שלב א' לניתוח החוקתי (יופיע בעבודה)

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

כיצד תיבחן הבשלות? : דוקטרינת הבשלות

א. האם ראוי להמתין יישום של החוק בשטח ולהתגבשות של סכסוך קונקרטי עם עותר שנפגע? או שניתן לדון מיידית עקרונות בחוק כשאלה משפטית נקייה ללא קשר לסכסוך קונקרטי ותשתית עובדתית קונקרטית? (יש שתי אפשרויות לדון : באופן תיאורטי, או לחכות שיפגע החוק במישהו) יש עוד שיקול: האם זה למרות שנדחה בבשלות : ביה"מ יכול לדון בזה כי היה יכול להיות מטופל במסלולים חלופיים. (דו"ח שמסמיך וועדות קבלה ליישובים / קיבוצים) פס"ד סבח. השופט ג'וברן אמר כי העתירה בשלה וכי ניתן לדון בזה כבר עכשיו כי היא מייצרת אפלייה. שאר השופטים טענו כי אם פסלו אותך אתה יכול להגיש עתירה מנהלית על סמך אפלייה – תקבל סעד נגד אותה וועדת קבלה.

ב'. עוברים לשלב רק במקרה אחד : אם בשלב א' החלטנו שהסוגייה בוערת, כמו הפרטת בתי הכלא. עוברים לשלב ב' מה בודקים בשלב הזה : האם מתקיימים חריגים המצדיקים בכל זאת דיון מיידית למרות שלכאורה ראוי להמתין.... ישנם חריגים מצדיקים בכל זאת דיון מיידית?

- **החריג הראשון:** האם לחוק "אפקט מצנן" שיפגע בעיקרון חוקתי חשוב בתקופת הביניים? (הזמן שבגצ אמר שראוי להמתין ודוחה את העתירה כי היא לא בשלה,) אפקט מצנן הוא כל חוק שיביא אנשים להתנהג "בצינון" לגבי כל חוק חדש... (כל מי שמוציא לשון הרע ברשת ישלם פיצוי של 3 מיליון שקלים) או למשל : כל מי שעביר ביקורת על מדינה היהודית : ברגע שהוא יגיד דבר כזה ייפסל מלבחור לכנסת.
- **החריג השני: נזק בלתי הפיך לעותר,** כמו למשל חקירות בשב"כ, שיטת ההטבעה. אומר ביה"מ עדיין לא ברור את מי יטביעו, את מי יעצרו, מי הניזוק אם בכלל יש נזקים.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

- **החריג השלישי: פגיעה קשה באינטרס הציבורי.** לפעמים מתווה הגז היה עולה לדיון חוקתי וביה"מ היה אומר זה עדיין לא בשל – המשמעות היא שדוחים את פיתוח לווייתן במשך כמה שנים: יש נזק ציבורי מיידי. בג"צ יכול להחליט כי יש היזק מיידי ולדון בזה מיידי.

פס"ד גוטמן: העלאת אחוז החסימה- הועלה ל 3.25 פוגע ס' 4 לחוק יסוד הכנסת: שקובע שהכנסת תיבחר בבחירות יחסיות/ שוות. (יחסיות) היחס בין הקולות שקיבלתי בבחירות לבין המקומות שקיבלתי בכנסת) אם הבחירות היו יחסיות ב 100 % היית אמור לקבל 3 מקומות בכנסת.

בגלל **החוק של אחוז החסימה החדש** – קיבלת 0% בכנסת- נמחקת. אין מפלגה והקולות נעלמים. העלאת אחוז החסימה משפרת את הסיכוי של המפלגות הגדולות וכל המפלגות הקטנות – נעלמות ונמחקות.

מה זה אומר להתגבשות לסכסוך קונקרטי: זה אומר שנמתין לבחירת. החוק אין לו יישום במציאות עד הבחירות ממש.

שיפור איכות הדיון: יש ויכוח בין שני שופטים. הנשיא גרוניס: אם נחכה זה ישפר את הדיון כי זה לא אומר שיפגע, כי הוא דואג שיהיה ייצוג לכל המגזרים. העובדה שהבחירות יחסיות מבטיחה ייצוג לכולם. גרוניס: יכול להיות שמפלגות קטנות יתחברו ביניהם ולא ייפגעו.

אפקט מצנן: כלפי הקטנות – שחוששות ללכת לבד, במקום לשדרג הם הולכות על גוש גדול ומצנן. בחרות לעמם את המסר ולהצטרף לגדולות מאשר להעלם. כלפי החדשות, הן יגידו- אין סיכוי כי אנחנו לא נעבור את החסימה ולכן בכלל לא נצטרף לכנסת.

נזק בלתי הפיך לעותר: עצם זה שאתה מצמצם את אפשרויות בחירה לבוחרים זה מצמצם את האפשרויות ופוגע באינטרס הציבורי.

לסיכום: ביה"מ החליט לא לדון בעתירה בשל עתירה לא בשלה. רוב ביה"מ החליט על חוסר בשלות. הלכו עם אחוז החסימה החדש לבחירות. המיעוטים לא נפרעו בכוחם הפוליטי, והיו חייבים ללכת לגושים הגדולים.

2. האם החוק (או החלטה המנהלית) מכרסם "בהיקף הפנימי" של **עיקרון חוקתי** המעוגן בחוקי היסוד (או בלתי כתוב).

- אם החוק לא מכרסם באף עיקרון חוקתי – היא מיותרת במשפט חוקתי. כל עיקרון חוקתי ניתן לשרטט את התחום שלו במין מעגל ...

עיקרון חוקתי ס' 3 לחוק השפיטה: פומביות הדיון

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

בית הדין להתאחדות הכדורגל – בית הדין מקבל החלטות , שחקנים נפגעים מכך בעלי קבוצות , בית הדין דן בדלתיים סגורות, האם העיקרון חוקתי כולל כן דיונים בדיני התאחדות של הכדורגל

נכנסים לטקסט של החוקה – בית המשפט ידון בפומבי אפשר להכליל את הדין של ההתאחדות לכדורגל בחוק זה? לא!! מכיוון שהפומביות בחוק מתייחסת ללבתי דין פרטיים שמתעסקים בעניינים שוליים. כלומר ששחקן כדורגל שנפגע מבתי הדין לכדורגל – זה מכרסם בעקרון החוקתי והעתירה נופלת.

סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת: הכנסת תיבחר בבחירות שוות! (פס"ד גוטמן) עיקרון חוקתי. עכשיו יכולות להתעורר כל מיני שאלות: מי מתחרה בבחירות לכנסת? ישנם גם רשימות של מועמדים ממפלגות קטנות.

יש לנו בחירות לתוך המפלגה בכנסת: ואנו טוענים שיש פגיעה בשיוויון של הפריימריז.

09.01.2018

בס"ד

1. האם הכרסום ממשי (או "זוטי דברים" / עניין של מה בכך) –

כדי שהעתירה תמשיך הכרסום צריך להיות משמעותי, אם הכרסום לא ממשי – העתירה תיפול. אנו לא נדון בעתירה חוקתית אם הפגיעה היא שולית. אנו בעצם מבררים כמה זה קרוב לגרעין או כמה זה נדחק לפריפריה. גם אם העתירה לא נפלה – מה שנחליט כאן ישפיע על שלב ב' (יחולו מבחני פסקת ההגבלה) ככל שהכרסום חלש יותר כאן, ונדחקנו יותר לפריפריה כך מבחני פסקת ההגבלה יחולו בצורה רכה יותר. חשוב לדעת אם אנחנו בגרעין או בפריפריה או באמצע.

בשנת 2005 הייתה ההתנתקות מחבל עזה, האם הפגיעה בקניין בהתנתקות היא פגיעה בליבת הגרעין או בפריפריה. אין פגיעה יותר ליבתית מזה – מדובר בדבר חמור גם פגיעה בבית וגם פגיעה בחיי הקהילה הסובבת אותך – פירקו את הקהילה, הפגיעה בקניין חמורה הרבה יותר.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

בעתירה אחרת שעסקה באגרת הטסט לרכב – תשלום כלפיי הטסט שכללה ביו היתר תשלום אגרה על הרדיו ברכב. למה אדם שאין לו רדיו ברכב צריך לשלם? אתה משלם על משהו שאין לך. כאן הפגיעה היא בפריפריה – כי זה לא מעניין אף אחד, אז תשלם את האגרה גם אם אין לך רדיו.

מס על דירה שלישית – נפסל בבג"צ בשל הליך חקיקה פגום. ח"כ לא היה להם את ההזדמנות ללמוד את הנושא לפניי ההצבעה. בג"צ טען כי צריך לחוקק את החוק מחדש. נניח וההליך היה תקין – אז היו תוקפים אותו בבג"צ על הפגיעה בקניין. כאן הפגיעה תיהיה בדיוק באמצע. בין הליבה לפריפרייה.

2. האם הכרסום מהווה פגיעה או שינוי?

פגיעה היא כרסום נקודתי בחוק היסוד, היא כרסום מצומצם, מתוחם.

שינוי – הוא רחב – שינוי העקרון החוקתי.

איך נבחין בין פגיעה לשינוי?

לפי מבחני הפסיקה –

1. **מבחן "החריג הבלוע את הכלל"** – חריג הוא משהו מצומצם הוא מכרסם בכלל שהוא משהו חוקתי. הוא אמור לכרסם קצת ולא לבלוע את העקרון – אם הכרסום קטן – לא בלע את הכלל מדובר בפגיעה. אם הכרסום הוא גדול שבלע את הכלל החוקתי אז מדובר בשינוי.

ע"פ סעיף 1 - חוק יסוד מקרקעי ישראל - אין מעבירים בעלות בקרקעות המדינה.

וע"פ סעיף 2 – סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין שיקבעו בחוק.

2. **מבחן "כיפוף הענף" עד שבירתו** – (ע"פ חשין בפס"ד בנק המזרחי.)

מבחן זה בא להגיד לנו שכרסום צר יכול להיות שינוי. האם הכרסום הצר כ"כ קיצוני ששובר את העקרון החוקתי – מפגיעה עברנו לשינוי.

16/01/2018

ניתוח הסתירה (לכאורה) בין חוק לחוק יסוד. שלב א'.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

1. בשלות
2. כרסום בהיקף הפנימי?
3. כרסום ממשי?
4. פגיעה / שינוי?

שלב ב' לבחינה החוקתית.

האם זה פגיעה או שינוי. ראשית צריך לומר מה דעתינו. או שזה פגיעה או שינוי... לנתח את כל השאלות המשפטיות... הכלנו את המבחנים, ונראה שלאור מבחני הפסיקה – מדובר בכרסום המהווה לכל היותר פגיעה בחוק היסוד.

בתחילת שלב ב' – המדינה מנסה להראות שלמרות שהעותר הצליח להראות שיש סיבה לשינוי החוק, המדינה תנסה להראות שהחוק עדיין הוא חוק הגון.

כאן מתחיל הפיצול: אנחנו מנתחים זאת: במידה ויקבע שלפנינו שינוי..... למה מתחילים עם שינוי – כי התשובה תהיה שתי שורות... ופגיעה היא טיעונים ארוכים בלבד.

*במידה וייקבע שיש בפנינו שינוי: איך משנים חוק יסוד? מאחר וחוקי יסוד הם הרצון של הרשות המכוננת, הם היחידים שיכולים לשנות חוק. יש חוקי יסוד שיש להם "פסקת נוקשות מפורשת". סעיף 7 לחוק יסוד חופש העיסוק: אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד שהתקבל ברוב חברי הכנסת (61). יש שני תנאים: צריך חוק יסוד חדש,

יש חוקים שאין להם פסקת נוקשות מפורשת" אלא שיש להם פסקת נוקשות משתמעת (⊗)לא רשום במפורש שאי אפשר לשנות אותו – אלא יש לו משתמעת. נניח כבוד האדם וחירותו – משתמע מכל המפעל של חוקי היסוד ומפס"ד בנק המזרחי. חוק יסוד חייב חוק יסוד, מה אומרת הפסקת נוקשות המשתמעת: בכל רוב.

חשין בבנק המזרחי:

****מה שאומרים השופטים שמגר וברק בבנק המזרחי, קבעו את מה שמקובל על כל השופטים, שחוקי היסוד הם נורמה עליונה וביטוי לסמכות המכוננת של הכנסת ולכן לא ניתן לשנות חוק יסוד באמצעות חוק רגיל (זו התשובה למשתמעת מכל חוק) כל מה שאמרנו משקפים את דעתם של השופטים בעליון למעט חשין בבנק המזרחי – אומר שלכנסת אין סמכות מכוננת, לא עברה מהכנסת הראשונה לשנייה ולשנייה יש רק מחוקקת וכך כל הכנסות. כל חוקי היסוד לפי חשין הם חוקים רגילים, אז כל חוקי היסוד הם חוקים רגילים, ולכן ניתן לשנות אותו בחוק רגיל. בנייתו אנחנו מאזכרים דיעות היסטוריות כגון זו!!!!!!!**

במידה וייקבע שזו פגיעה: חוקי היסוד הם לא בעלי מבנה קוהרנטי, (אחיד) וכך יצא שיש 4 מסלולי סתירה שונים בתוך חוקי היסוד:

1. באיזה מסלול סתירה מדובר? כאן התשובה היא חד משמעית!! או זה או זה. חייבים להחליט. כשמגיעים לבחירת המסלול – יש להשקיע בזה זמן ולא לטעות.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מסלול סתירה 1 – סתירה לכאורה בין חוק להוראה שותקת בחוק יסוד ביחס לאפשרות הפגיעה בה באמצעות חוק רגיל : המאפיין בו היא שההוראה שותקת(לא אומרת באילו תנאים ניתן לפגוע בה)

סעיף 15 ג' חוק יסוד השפיטה : לבג"צ סמכות להעניק סעד למען הצדק. אין בחוק יסוד השפיטה – פסקת הגבלה שאומרת שאפשר לפגוע בזה בתנאים מסויימים – כלומר ההוראה הזו שותקת ביחס לאפשרות לפגוע בה מחוק רגיל – כך ניתן להכיל מסלול סתירה 1 – כי זו הוראה שותקת.

למה הצבא כפוף לריבון ? אם הצבא הוא הריבון , אז העם מתחת לריבון. ולכן אם הצבא לא ישמע לגוף הדמוקרטי, והוא ישתלט : הוא יהיה נוגד את העקרונות הדמוקרטיים ולא יוכל לפעול באופן עצמאי. לכן חייב שהצבא יהיה כפוף לריבון.

היינו בקייס ובדקנו מה יהיה אם יש פגיעה בקייס ? ואחר כך אנו בודקים מהם גישות השופטים יחס למסלול סתירה 1 : נכיל אותם על כל מסלול. הגישות לא ישתנו , יופיעו בכל המסלולים, רק התוצאה של ההכלה יכולות להשתנות.

שמגר בבנק המזרחי : מה קורה בסתירה בין חוק לחוק יסוד

מה אומרת גישתו? אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל אלא אם חוק – חוק היסוד. אלא אם כן חוק היסוד מתיר זאת במפורש למשל : בפסקת ההגבלה אם אנו מילים את גישת שמגר על מסלול סתירה 1 – הוראה שותקת על מסלול פגיעה בה ,

(2) גישת ברק : בבנק המזרחי , היא מאוד בעייתית, אנחנו רגילים לזהות את העוצמה של חוק השריון – או מהותי שזה פסקת ההגבלה, הוראה שותקת – חסרת כל שריון צורני או מהותי צורני – אין פוגעין אלא ברוב חברי כנסת (61).

מהותי – אין פוגעים אלא בתנאי פסקת ההגבלה. רק אם בתוכן שלו יעמוד

לגישת שמגר – אף פעם לא ניתן לפגוע בחוק. צריך היתר יותר מפורשת.

בעיה נוספת בגישת שמגר : ככה לא מתנהגות חוקות. בדרכי בחוקה לא קובעים עקרונות מוחלטים שלא ניתן לפגוע בהם בשום צורה. שניתן לכרסם בהם כל עוד עומדים בתנאים מסויימים. בחוקות קובעים עקרונות שהוא יחסי ולא מוחלט וגישת שמגר הופכת את העקרונות השותקים למוחלטים ושלא ניתן לפגוע בהם בשום צורה. למה עקרונות מוחלטים אלו בעיה לחוקה? כי העקרונות מגנים על זכויות האדם/הפרט אבל אם החוקה מגבילה אדן המחוקק – היא מגבילה את עקרונות הרוב, כי הרוב רוצה ורצונו לא יכול בוא לידי ביטוי.

ברק בבנק המזרחי לא מסכים עם שמגר והולך על גישה אחרת : חוק היסוד מוגן מפני פגיעה באמצעות חוק רגיל על פי השריון שיש לו. ההגנה של חוק היסוד היא על פי השריון. חוק היסוד מוגן כשיש לו שריון. הגישה של ברק בבנק המזרחי, גם היא לא מתאימה לחוקה , כי יש לו עקרון לוקתי חשוב מכל חוק שיכול לפגוע בנו כי ההוראה שותקת ואין לה הגנה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

ברק בפס"ד חירות: מאמץ את גישת שמגר , כמו שנקבע בפס"ד מזרחי . + מה שמסביר את זה זה זו ההמצאה בין שני הפסקי דין : "פסקת ההגבלה השיפוטית"

פסקת ההגבלה השיפוטית : בפס"ד הופנונג : השופט זמיר , שגם בחוק יסוד שאין לו פסקת הגבלה, אפשר בדרך של פרשנות לייבא פסקת ההגבלה. (השופט צריך לפרש- הוא מכניס לה פסקת הגבלה שיפוטית, ומסתמך כאילו יש לה פסקת הגבלה) . בפס"ד הופנונג- זמיר מציע את הרעיון הזה, וברק לא מסכים עם הרעיון, ואחר כך : מגיעים לפס"ד חירות, אני מצטרף לפס"ק דין שיפוטי, ואחר כך פס"ד מופז- כאן כבר 11 שופטים מאמצים את הרעיון של פסקת ההגבלה השיפוטית.

גישת ברק המעודכנת : מהי הגישה המעודכנת מפסק דין חירות (שהיא גם הגישה הנכונה) :

"אין פוגעים בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל אלא אם חוק היסוד התיר זאת במפורש(באמצעות פסקת ההגבלה הרגילה) או במשתמע (באמצעות פסקת ההגבלה השיפוטית) . הגישה המעודכנת אם כך : לא ניתן לפגוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל אלא אם כן החוק מתיר זאת או במפורש או ההיתר לפגוע בחוק שותק.

חשין: לפי חשין חוק יסוד שותק – הוא חוק רגיל ואז בא חוק אחר שאנחו בוחנים, מה יכול בחוק כזה : כלל ברירת הדינים – מי יותר ספציפי? בדרך כלל חוק שאנו דנים בו . חוקי יסוד הוא כללי.

סמסטר ב' :

האם הפגיעה עומדת בסתירה לחוק היסוד ?

מה צריך לעשות בתחילת ניתוח במסלולי הסתירה?

איזה סוג של חוק יסוד אנו פוגעים בה?

סתירה בין חוק להוראה שותקת בחוק יסוד. מה זה שותקת? שותקת ביחס לאפשרות של חוק ישיר לפגוע בחוק יסוד : דוגמה קלאסית היא פסקת ההגבלה. אתה רוצה לפגוע ב? תעמוד בתנאים הללו.... חוק היסוד מגדיר איך פוגעים בו. יש הוראות בחוק היסוד.

הגישה המרכזית שהיא הגשה המקובלת : היא גישת שמגר , גישת ברק גישת חשין.

גישת שמגר – גישה של עליונות והיא הגישה המקובלת כיום : אפשר לפגוע בחוק יסוד רק אם חוק היסוד מתיר זאת במפורש.

23.02.18

בס"ד

שיעור ראשון בסמסטר ב' – מרצה: ד"ר שרון וינטל.

שלב ב' לניתוח החוקתי –

האם "הפגיעה" עומדת בסתירה לחוקי היסוד?

הגישה החלה על כלל המסלולים – אין לפגוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל אלא בהיתר מפורש (פסקת ההגבל / שריון צורני) או בהיתר במשתמע (פסקת ההגבלה השיפוטית) .

מסלול 1: סתירה בין חוק להוראה שותקת בחוק היסוד – (גישת שמגר, גישת ברק, גישת חשין).
מסלול 2: הוראה בחוק יסוד הכוללת היתר כללי ובלתי מוגבל לפגוע בה באמצעות חוק רגיל.

לפי מסלול 2 גישות השופטים: שמגר אומר שאין לפגוע בחוק יסוד בלי היתר מפורש. בפומביות הדיון לדעתו יש היתר גורף כללי לפגוע בחוק היסוד.

ע"פ גישת ברק למסלול 2 – הוא מחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית וקובע שתחול בפס"ד פלונית. הוא אומר שיש היתר כללי וגורף ונחיל פסקת הגבלה שיפוטית – נאסור במשתמע באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית כדי שלא יהיה ניתן לפגוע (על פומביות הדיון) איך נחליט אם חוק שמכרסם בפומביות הדיון הינו חוקתי? נחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית ככלי פרשני אם החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית – אנחנו בעצם מפרשים את החוקה כמתירה את הפגיעה ואז החוק חוקתי. אם החוק אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית אז החוק לא יהיה חוקתי.

איך מפרשים את החוקה באמצעות פסקת ההגבלה השיפוטית? אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה השיפוטית צריך לפרש את החוקה כמתירה את הפגיעה הזו בחוק רגיל. אם לא עומד בתנאי פסקת ההגבלה – היא אוסרת במשתמע על החוק לפגוע בחוק היסוד.

מסלול 3:

הוראה בחוק יסוד המכילה שריון צורני – (דרישה שהפגיעה תהיה ברוב חבריי הכנסת – לפחות 61 חבריי כנסת שיצביעו בעד)

02/03/2018

יש 4 מסלולי סתירה לכרסומים ברמת "פגיעה"

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

1. הוראה שותקת
2. הוראה המכילה היתר כללי ובלתי מוגבל לכרסום באמצעות חוק רגיל.
3. הוראה בחוק יסוד המכילה שריון צורני מפני פגיעה(אין פוגעים אלא ברוב חברי הכנסת – 61)

סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת – עוסק בבחירות הדמוקרטיות, וגם שוות ויחסיות.

+ אין משנים סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת (שריון צורני של 61) כלומר שזה הוראה שעוסקת רק בשינוי!!! אם קוראים את זה כמו שזה כתוב – זה פסקת נוקשות ולא קשורה לפגיעה.

ומה אומר הסעיף הנל מול בחוקי יסוד? לא אומר כי הוא שותק. ולכן סעיף 3 המנוי מעלה : מחזיר אותנו לסעיף 1 המנוי מעלה

ברק בכתיבה המחקרית שלו מציע כי לפרש את זה שחל רק על שינוי.

מי שמציע – ביהמ העליון השופט גיוברן בפסק דין גוטמן (אחוז החסימה) מציע להכיל רק על שינוי ואז למעשה הוא חל על סעיף 3.

אבל הוראת סעיף 4 – לאורך עשרות שנים ביהמ דן בסעיף 4 והוא החיל את הדרישה של 61 חכים במיקרים שהם במובהק פגיעה ולא שינוי!

נניח מחלקים מימון מפלגות : ומפלגה א' קיבלה יותר מב' : איזה חוק נפגע? חוק השיוויון. הרי לא יכול להיות שמפלגה אחת גדולה מקבלת יותר ממפלגה קטנה- זו אפלייה ושיוויון. זו פגיעה בחוק החוקתי – אבל לא שינוי מהותי.

עקרונית – ברק הציע כחוקר לא לשנות. אך כשהיה שופא בפסד בנק המזרחי - אין משנים או פוגעים, בסעיף זה אלא ברוב חברי הכנסת (ברוב של 61 חכים)

למה לא כתבו בחוק יסוד הכנסת : כשנכתב חוק היסוד : לא היתה אבחנה בין פגיעה לשינוי כשהתחיל במהפכה בחוק היסוד. אנו רואים זאת לראשונה בחוק יסוד חופש העיסוק.

פסקת ההגבלה : מתחיל ב - אין פגיעה

סעיף 7 : מתחיל ב - אין משנים חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד שהתקבל ברוב חברי הכנסת

אם הפסיקה קוראת את זה כך : אין משנים / פוגעים?

מכיוון שלא התקבלה ההצעה של ברק **שלא** קוראים או משנים / פוגעים.... אז נוצר מסלול שתירה חדש כי ההוראה היא לא שותקת כמו מסלול 1. לכן 3 הוא מסלול שונה מ 2 ו 1 .

מה עושים עם מסלול 3 : (במבחן) ועל פי גישת ברק וגיוברן אין מסלול 3 – נעבור למסלול 1 .

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

אז מה שצריך לעשות: לפי הפסיקה יש כרסום לפי סעיף 3, ולפי גיבורן נעבור לשלב 1 שוב!

עכשיו אם בשלב 3 – הוא מחיל פסקת הגבלה שיפוטית.

פס"ד מופז – מחילים "פסקת הגבלה שיפוטית" במסלול 3: (כי בסעיף 3 יש שריון צורני שצריך 61 אבל לא אומרים באילו תנאים ניתן לפגוע... ביחס לשריון הצורני) מי שקבע את הלכת מופז היו 11 שופטים.

עכשיו מתעוררת השאלה הבאה: מה היחס בינה לבין השריון הצורני(דרישת ה 61):

כאן יש שתי פרשנויות:

פרשנות א': נתמכת עי גישות השופטים בגוטמן – באימרות אגב. הדרישות חלות במצטבר – כל חוק שמכרסם בהוראה החוקתית ואנחנו מדברים על הוראה סמסלול 3 צריך גם שיפוטית וגם 61 חכים: כלומר מדובר בדרישות מצטברות. כלומר אם יש לנו חוק שפוגע במימון מפלגות. הבעיה היא שהפרשנות השיפוטית היא כלי שיפוטי. בפרשנות הזו – מגיע ביהמ מוסיף לה פסקת ההגבלה שלא היתה קיימת ומקשיח את הגישה החוקתית,

פרשנות ב': מופז (+גישת המרצה): פסקת ההגבלה השיפוטית חלה ככלי פרשני לחוקה בשלב מקדים להחלת השריון הצורני. (השריון הצורני משמש כפסקת התגברות) קודם כל מפרשים באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית: צריך לפרש את החוקה ואז מחילים כשלב ראשון. כשלב מקדים להחלת השריון הצורני.

אם החוק עומד במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית – על פני הפרשנות של החוקה: היא מתירה. החוקה מתירה את החוק. לא צריך הליך של רוב חברי הכנסת. אם זה לא עומד במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית: יש סתירה בין חוק יסוד לחוק: זה מאפשר להעביר את החוק ב 61 חכים: זו פסקת ההתגברות.היתרון: השאיפה להרמוניה חוקתית נוצרת בחוק חופש העיסוק.

פרשנות ב' יוצרת מסלול של התגברות על מבחני פסקת ההגבלה. אם אתה עומד בפסקת ההגבלה: החוק בכלל לא סותר את החוקה ולא צריך 61. ואם אתה ללא עומד ב 61 – החוק לרא מתבטל. זה שאפשר להתגבר זה לא טוב עיקרון החוקתי עפ ברק. הצעתו של ברק באקדמיה שהדרישה של ה 61 שחלה רק על שינוי מחזקת את העיקרון החוקתי – כי במסלול של פגיעה 1 – ההוראה שותקת. ובהוראה שותקת לא ניתן להתגבר בפסקת ההגבלה השיפוטית.

תיקון למסלול 3: החלת גישות השופטים על מסלול 3

גישת שמגר: בחירות שוות – אין לשנות אלא ברוב של 61. הגישה הכללית של גישת שמגר: אלא אם יש יותר מפורש. גישת שמגר: אין לפגוע בחוק יסוד אלא אם חוק היסוד מתיר זאת במפורש.

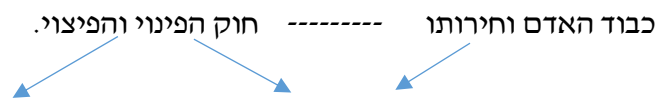
נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

בגלל שבסעיף 4 אמרנו שאין לשנות – לכאורה הוא לא מתיר במפורש לפגוע ואז לפי שמגר אין לפגוע = זאת טעות!!

למה זאת טעות: כי שמגר שייך לתקופת השופטים שכך פירש את אין לשנות – כי יש שם היתר לפגוע.

ברק אומר- לוקח את גישת שמגר ומוסיף לה את ההמצאה של פסקת הגבלה שיפוטית: גישת ברק תוביל אותנו שאם אין פסקת הגבלה צורנית היא תוביל לשיפוטית

לפי חשין: מסביר את פסקת ההגבלה – כלל ברירת הדינים מיוחד המעדיף דווקא את הנורמה הכללית.



חוק הפינני תקף על אף האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. "כלל ברירת הדינים"

לפי חשין: "כלל ברירת הדינים" - דווקא הכללי גובר אלא אם כן הספציפי יעמוד בתנאים של פסקת ההגבלה.

כל כללי ברירת הדינים: אלו כללים שבתי המשפט מחיים על מנת לדעת מתי מעדיפים להשתמש באיזה נורמה. מכיוון שחוקי היסוד הם לא חוקה והם לא נורמטיביים- אפשר להתגבר עליה בלשון מפורשת. ברק ושמגר – לסעיף 5 – אין לזה שום משמעות.

שלב 4:

האם פסקת ההגבלה חלה?

1. שמירת דינים: (סעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם). אינדיקציות לעליונות נורמטיבית לעליונות החוק.
א'. תיקון מאוחר לחוק ישן: התיקון הוא כמו חקיקה מאוחרת. לכן אין עליו את שמירת הדינים והוא חייב לעמוד בפסקת ההגבלה.
ב'. תיקון מיטיב: פס"ד צמח. מה עושים איתו? חקיקה חדשה שמשפרת את מצב ההגנה על העיקרון החוקתי. הדוגמא במעצר כי במעצר פוגע בכבוד האדם וחירותו: עכשיו עוצרים חייל במשך כמה ימים. החייל טוען שעצרו אותו למשך כמה ימים עד שראה שופט: אומרים לו שהתיקו המיטיב – הוא מיטיב עימך. מה עושים עם חוק שהוא רק משרת.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

גישת המיעוט של השופט קדמי : לא מחילים את פסקת ההגבלה על תיקון מיטיב.

גישת הרוב : (זמיר) היא הגישה המקובלת עד היום. חלה על פסקת ההגבלה – כל מה שאחרי 92 יחול עליו שמירת הדינים. שני נימוקים : (1) קשה להבחין בין תיקון מיטיב למרע. הרבה פעמים תיקון לחוק הוא מיטיב או מרע. נמיק (2) פסקת הכיבוד : 11 לכבוד האדם ו 5 לעיסוק : כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות המוגנות בחוק היסוד- לחוקק עפ פסקת ההגבלה. מי אמור לאכוף את חובת הכיבוד.

ג'. חוק ישן המכרסם גם בזכות המוגנת בכבוד האדם וגם בחופש העיסוק : היה בעבר סעיף שמירת הדינים לפי שעה – בחופש העיסוק. החוק

מה שהרשות המכוננת רצתה – שהוא יהיה מוגן בשמירת הדינים לעמות חופש העיסוק , יש סתירה בין שתי (התשובה תגיע בהמשך)

2. "פסקת התגברות" – אם עומדים בתנאיה אז התגברנו על פסקת ההגבלה : חוק לא יעמוד תנאי ראשון :

א'. אמירה מפורשת כי החוק תקף על אף האמור בחוק היסוד.

ב'. התקבל ברוב חברי הכנסת. באיזו קריאה? (בשלושת הקריאות)

שני התנאים הללו הם שני תנאים מצטברים והוא חוק חורג והוא תקף ל 4 שנים.

בס"ד

16.03.18

-
האם תחול פסקת ההגבלה?

-
: ע"פ מסלול סתירה 4

1. שמירת דינים – כל החוקים הישנים שקדמו ל – 92 (חוקי היסוד) נכללים בשמירת הדינים.

- **חוק ישן שנחקק לפני 92** : הוא למעשה חוק ישן שמוגן בשמירת הדינים אך מכרסם גם – בזכות המוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וגם בחופש העיסוק. (בכבוד האדם וחירותו יש שמירת דינים – ובחופש העיסוק אין שמירת דינים)

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

ניתן להשתמש במחני מישראל בכל פעם שיש סתירה בין 2 חוקי יסוד

(הפוך מהתגברות) בכבוד האדם וחירותו לא רוצים להכיל את פסקת ההגבלה כי יש שמירת דינים ועל חופש העיסוק רוצים להכיל את פסקת ההגבלה על חוק ישן כי אין שם שמירת דינים.

המוקד זה שמירת הדינים חלה קודם כל על זכויות כבוד האדם וחירותו – קניין, **מה עושים** וכו'. נשאלה השאלה- אם הפגיעה בחופש העיסוק היא תוצאת לוואי, ודווקא הפגיעה בקניין (כבוד האדם וחירותו) היא הדומיננטית. אם אחד המבחנים לא מתקיים אי אפשר להכיל את שמירת הדינים רק על העיסוק ואז החוק מוגן בשמירת הדינים בכבוד האדם וחירותו אך לא בעיסוק – תחול פסקת ההגבלה על חופש העיסוק.

2) פסקת ההתגברות – דיברנו על התנאים להתגברות. איך מתגברים על פסקת הגבלה ובאילו תנאים?

-

תנאי 1: אמירה מפורשת שהחוק תקף על אף האמור בחוק היסוד

תנאי 2: החלטה של רוב חברי הכנסת (61) בכל הקריאות. (ראשונה, שנייה, שלישית)

****על מה ניתן להתגבר? (סוגיות בהתגברות) – לא ניתן להתגבר במצב של שינוי, ופסקת ההגבלה לא חלה. ההתגברות רלוונטית אך ורק למסלול של פגיעה

– סעיף 1

מפנה למעשה למגילת העצמאות שהיא – פסקת עקרונות היסוד – לכבוד האדם ולחופש העיסוק מסמך לא מחייב אך למעשה היא הכנה לחוקה וניתן ללמוד ממנו על העקרונות הבלתי כתובים. מגילת העצמאות מדברת על מדינה יהודית ודמוקרטית. אחריו מגיע

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מטרתם לעגן את הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית – **“פסקת המטרה” – סעיף 1א** ודמוקרטית.

ניתן להעביר חוק חורג מפסקת ההגבלה אם עומדים בתנאים. – **“פסקת ההתגברות” – סעיף 8** אחד המבחנים של פסקת ההגבלה שעליה אנו רוצים להתגבר זה ההולם את ערכיה של מדינת ישראל. הרי פסקת ההגבלה מורכבת מ – 4 מבחנים. פגיעה בחוק, העולם את ערכי מדינת ישראל, בתכלית ראוייה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש

בגלל המבנה הזה , אחד המבחנים בפסקת ההגבלה הוא ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כאשר מדובר בערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית על המבחן הזה בסעיפי פסקת ההגבלה לא ניתן להתגבר ולא ניתן להפעיל פסקת ההתגברות כי זוהי כל מטרתם של חוקי יסוד

ניתן להתגבר על מבחן התכלית הראוייה – המטרה צריכה להיות חשובה. כמה המטרה חשובה בחוק יבוא הבשר שאינו כשר? אם יש הסדריי כשרות שאדם שלא רוצה לרכוש בשר לא כשר אשר מסומן בסימונים מיוחדים – ויש פיקוח על הכשרות בחותמות מיוחדות לא נפגע בחוק זה ונאפשר ייבוא בשר לא כשר (מי שלא רוצה שלא יקנה)

פסקת ההתגברות מאפשרת להגבר על תכלית לא ראוייה ועל המידיות (פגיעה שאינה עולה על הנדרש) אך לא מאפשרת להתגבר על הולם את ערכיה של מדינת ישראל

מה דין התגברות על הפגיעה בעיסוק כשיש גם פגיעה בזכות המוגנת בכבוד האדם

זה סעיף הדומה לסעיף ג' ב- 1. כאן זה לעניין פסקת התגברות (ב – 1 לעניין הקניין)

– דעתו של השופט אהרון ברק : ברק מציע את מבחני מיטראל – **“פ פסד מיטראל**

אם כל פעם שהיינו מפעילים התגברות על העיסוק זה לא היה תופס על הקניין, וכשפוגעים בעיסוק פוגעים גם בקניין, אז היינו מפעילים התגברות על העיסוק אך לא על הקניין – אז למעשה אי אפשר להתגבר אף פעם. כי היינו מנסים להתגבר על פסקת ההגבלה בעיסוק ונופלים בקניין – זה היה למעשה מרוקן את פסקת ההתגברות מכל תוכן

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

ומצד שני, אם תמיד שהיינו מפעילים התגברו תעל העיסוק היינו מצליחים להתגבר על כבוד האדם וחירותו אז אנו לא מכבדים את הרצון של הרשות המכוננת לא להכניס התגברות לכבוד האדם וחירותו. בעצם באמצעות התגברות על העיסוק היינו מתגברים על כבוד האדם וחירותו אז זה היה נוגד לרצון של הרשות המכוננת להכניס פסקת התגברות לכבוד האדם וחירותו

- מבחני ברק: (מדובר במבחנים מצטברים)

המבחן הראשון שואל – האם הפגיעה בזכויות של כבוד האדם תוצאת לוואי?

1) כשאני פוגע בעיסוק יש תוצאת לוואי גם של פגיעה בקניין. (הקניין הוא תוצאת לוואי של הפגיעה בעיסוק).

נניח שאנו מדברים על חופש הביטוי, האם כשאני מגביל את העיסוק אך יש גם פגיעה בחופש הביטוי? לא מחייב שתיהן תוצאת לוואי. אם לא מדובר בתוצאת לוואי ההתגברות על העיסוק ללא תפוס לעניין הזכויות של כבוד האדם, ופסקת ההגבלה תחול על הזכויות של כבוד האדם. (אם לא תוצאת לוואי ההתגברות תופסת על העיסוק אבל פסקת ההגבלה תחול על הפגיעה בסעיפי כבוד האדם וחירותו – ההתגברות לא תופסת על שתי סעיפים אם המבחנים של מיטראל לא מתקיימים)

2 המבחן השני – האם הפגיעה בעיסוק דומיננטי?

האם הפגיעה בקניין יותר דומיננטי או הפגיעה בעיסוק? נניח שאדם מגדל חזירים. את החזירים הוא יוכל למכור לחו"ל ואז למעשה העיסוק שלו נפגע פגיעה קשה יותר

3 המבחן השלישי - האם הפגיעה בזכויות של כבוד האדם ממשית / רצינית כשלעצמה

כשחופש העיסוק מוגבל וגם הקניין – המבחן הראשון מתקיים הפגיעה בקניין הוא תוצאת לוואי להגבלת העיסוק. מי יותר דומיננטי? יכול להיות שהפגיעה בעיסוק יותר דומיננטית מהקניין. ע"פ מבחן זה, אם הפגיעה היא בכסף וההפסד הוא הפסד גדול בהשקעות ולמעשה הפגיעה בקניין היא ממשית כשלעצמה

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

אם 3 הסעיפים מתקיימים יחד ההתגברות על העיסוק תופסת גם על הקניין ועל הזכויות של כבוד האדם וחירותו ולכן פסקת ההגבלה לא תחול על המסלול של פגיעה בעיסוק ולא על המסלול של פגיעה בקניין והכנסת הצליחה להתגבר.

עיתונאי יוכל לעבוד בעיתונאות רק אם הוא מקבל רישיון משר התקשורת. אנו נותנים לפוליטיקאי כח על מי יעסוק ומי לא? מבקר חריף של שר התקשורת לא יקבל רישיון - פגיעה בעקרונות דמוקרטיים – אנו נכיל את 3 הסעיפים

פגיעה של חופש העיסוק מול חופש הביטוי – סעיף 1 מקיים

האם הפגיעה בעיסוק היא דומיננטית או בביטוי? תלוי איזה עיתונאי הוא. נניח שהוא כתב במקומון או כתב ספורט אז העיסוק חשוב יותר. אך אם הוא כתב לעניינים מהותיים יותר המצריך חופש ביטוי אז הפגיעה תהיה ממשית יותר בחופש הביטוי. העיסוק תמיד נפגע אך צריך לבדוק מה נפגע יותר. נניח שכאן נפגע העיסוק – מבחן 2 מתקיים

ע"פ מבחן מס' 3 – במקרה זה כששר מחליט מי יעסוק כעיתונאי ויפגע בחופש הביטוי הפגיעה היא כ"כ קשה וכן גם סעיף 3 מתקיים

אם שלושת הסעיפים מתקיימים מתעלמים מפסקת ההגבלה – היא לא תחול על העיסוק וגם לא על כבוד האדם וחירותו

– אם לא כל 3 הסעיפים מתקיימים

ההתגברות תופסת רק על העיסוק ולא על כבוד האדם וחירותו. משמע פסקת ההגבלה תחול על כבוד האדם וחירותו ואם החוק לא עומד במבחני פסקת ההגבלה הוא יפסל

13/04/2018

עבודת הגשה – העבודה מדמה את השאלת קייס בבחינה ולכן אנו נתאמן בעבודה : ההבדל הוא זה בקייס בבחינה בסעיף המרכזי , לא עושים את מבחני פסקת ההגבלה. בבחינה אנו לא נעשה את כל פסקת ההגבלה.

בעבודה עושים ניתוח מלא. חוק מול חוק יסוד : כל השלבים : שלב א' על בסיס החומר הנלמד בכיתה. שלב ב' : יהיה חומרי קריאה של פסקת ההגבלה.

יש סידרה של שאלות משפטיות – דנים בה . לדוגמא :

1. שלב א' לבחינה החוקתית : האם העתירה בשלה?
2. האם החוק מכרסם בהיקף הפנימי של עקרון חוקתי?
3. האם הכרסום ממשי?
4. האם פגיעה או שינוי? האם הכרסום הוא ברמת פגיעה או שינוי ומביאים את מבחני הפסיקה : כמו האם החריג בולע את הכלל. שואל האם זהו חריג נקודתי או נרחב אחר כך מגיע הציטוט, כל הציטוטים הם בגוף העבודה , או לפי פס"ד (כפי הנלמד בכיתה)

שלב ב' לבחינה החוקתית :

מתפצלים :

במידה ויקבע שמדובר בשינוי – (יש פיצול , להמשיך בכל האופציות...) גם אם נקבע שזה פיצול ממשיכים בציטוטי השופטים. (לגישת ברק אין משנים חוק יסוד אלא בחוק יסוד אחר) (כפי הנלמד בכיתה)

במידה ויקבע שמדובר בפגיעה : יש 4 מסלולים.

ואז צריך לנמק מהו המסלול הסתירה הנבחר ? או מסלולים שאנו נגיע לפסקת הגבלה שיפוטית... הם אותו דבר כמו פסקת ההגבלה החוקתית . (שניהם נחשבים לאותם חוקים)

שם מתחיל העבודה עם חומר הקריאה.

בכל מקרה לפי שמגר וחשין : יש עליונות לחוק יסוד

"הפסיקה דורשת במבחן התכלית הראויה "מטרה ציבורית חשובה" – צריך להראות בסוף המשפט : פותחים סוגריים שם פסק הדין מודגש, או שם משפחה אם זה אדם פרטי. ואחר כך שם השופט , ורווח ופסיק ואז תופיע הפסקה שבה מופיע המבחן הזה)

13/04/2018

התנגשות בין חוקי יסוד :

מה קורה בין חוק יסוד לחוק יסוד?

והשאלה הראשונה האם חוק יסוד החדש הוא באמת חוק יסוד חדש? מבחני הזיהוי לחוק יסוד :

1. המבחן הצורני : של השופט ברק : יש לו כללים מאוד ברורים , צריכה להיות כותרת חוק יסוד +נקודותיים+שם חוק היסוד=ללא ציון שנת החקיקה. חוק יסוד : הממשלה.
 2. האם חוק יסודות התקציב הוא חוק יסוד? לא! למה? כי היא לא מצויינת בחוקי יסודות ולא מצויינת שנת החקיקה. ואם אם מופיע ככה , אז הוא לא חוק יסוד. האם הכותרת "הוראת שעה" פוסלת את הצור הצורנית פס"ד בראון +המרכז האקדמי) התקציב הדו שנתי. בית המשפט אומר שלא ראוי לחוקק חוקים כאלו שהם זמניים. שהם חוקי יסוד. אך אם הם מופיעים לא בהכרח אומר שהם לא חוקי יסוד. מי שהגה את המבחן הצורני זה ברק בבנק המזרחי ובייניש בבראון. מה שברק אומר זה מבחן צורני +חריג של דוקטורינת "השימוש לרעה" בסמכות המכוננת. אם הכנסת השתמשה לרעה בצורה הצורנית לחוק יסוד , הסעד יהיה כי בית המשפט יתן סעד של הנמכת קומה של החוק. דוגמאות לשימוש ברעה :
- א'. עיגון בחוק יסוד של נושא/ מטריה חסר זיקה לחוקה (לנוסחאות ההתארגנות של האומה)
- ב'. שיריון יתר של נושאים שמבחינה דמוקרטית חייבים להיות מוכרעים על פי כלל הכרעת הרוב. (יש ויכוח פוליטי בחברה הישראלית אחד מנהלים יחסים עם הפלשתינים, יש ויכוח מה עושים עם ירושליים, האם הם יסופחו או יועברו לרשות. מי יכריע? השר בנט תיקן את חוק יסוד ירושליים צריך 80 חברי כנסת, ואת הסעיף הזה ניתן לשנות ל 61 , מה זה אומר? כל מי שירצה שלום עם הפלשתינים לא יוכל : יש כאן שמוש לרעה בחוקה).
- ג'. משתמשים בסמכות המכוננת שימוש שנועד לכרסם בעקרונות חוקתיים, מבלי לתרום משמעותית להגנה על עקרון חוקתי אחר. וזאת כדי לעקוף פסיקה או מגבלה חוקתית. לדוגמא : במשבר האחרון היה ויכח על הסדרת תלמידי ישיבה אל מול תקציב. כמעט הממשלה נפלה : הציעו חוק "חוק יסוד התורה" , למה? על מנת סעד : הנמכת קומה.
- ד'. שמוש בחוק יסוד משיקולי נוחות פוליטית תוך עקיפת הצורך בדיון ציבורי : פס"ד המרכז האקדמי ובפס"ד התקציב הדו שנתי : בפסד בראוןלא נפסל התקציב הדו שנתי, אמרו שהוראת השעה לא פוסלת את חוק יסוד אך לא פסלו. בפס"ד בראון שאלו מדוע לחוקק חוק יסוד? המון פעמים עושים ניסויים אז אפשר יהיה להכניס באופן קבוע. בחוק התקציב הדו שנתי אחרון הכניסו תיקון שיש מנגנון התכנסות שאפשר יהיה לתקן על מנת שלא יוצר גרעון נוסף : אם אתה רוצה תקציב דו שנתי אתה יכול לקן את החוקה. למה משתמשים כל הזמן בהוראת שעה? כי יותר קל להעביר את זה . הם השתמשו בחוק יסוד משק המדינה. זה הזילות של החוקה , כי כל הזמן מתקן לפי הוראות השעה. זה יהיה זילות של החוקה. התוצאה היתה שבית המשפט קבע שאי אפשר לעשות זאת בהוראת השעה וקבע התראת בטלות : זהו סעד חוקתי, אם תביאו עוד פעם הוראת שעה רני אבטל : בפעם הבאה אני יוציא חוק הבטלות.

20/04/2018

חזרה על החומר :

בשאלה הראשונה בעבודת ההגשה פשוט מ תרגלים את אחד המסלולים ועונים ע השאלות הספציפיות :

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

הניתוח המלא הוא ב 2 .

*למדנו 4 מסלולי סתירה : צריך לבחור איזה מסלול ולהסביר מדוע בחרנו....

שאלה 2 : מהם הגישות השונות בבנק המזרחי : עונים על פי מה שלמדנו ומחילים את מה שלמדנו.
צריך לעשות את כל השאלות : כ ההנחות וההגבלת האפשרות של מקום מגוריו מהווה כרסום בזכות לכבוד האדם : צריך לדון בכל השלבים.

שאלה 3 : האם נסיונה התגבר/ תופס?

האם חוק היסוד החדש הוא באמת חוק יסוד?

יש לנו מבחני הזיהוי : ברק בבנק המזרחי + בייניש בבראון יש לנו מבחן צורני :
כותרת+נקודותיים+שם +ללא שנה הוראת שעה. + חריג : דוקטוריה "השימוש לרעה"
1. 2. 3. 4. (לדעת המרצה לא היה צריך דיון ציבורי).

• (2) מבחן משולב צורני+מהותי : שמגר בבנק המזרחי.

צורני + מהותי
מנוסח בכלליות .
מטרייה חוקתית + השתלבות במערך הכולל.

למשל חוק יסוד ההגינות בספורט : לפי ברק נראה כחוק יסוד. במבחן המהותי : נופל החוק ואז תהיה הנמכת קומה ולכן יתייחסו אליו כמו חוק רגיל. (לפי פסקת ההגבלה זה נופל)
הצורני של שמגר הוא צורני אחר : אני מתמקד בניסוח ולא בצורה : זה קובע עקרונות. אם ניקח חוקים כמו חוק המעבר היתה אסיפה המכוננת ,
חוק השבות : הוא מנוסח בכלליות.

אם זה חוק רגיל אז הולכים לפי פסקת ההגבלה לפי כל הנלמד בשיעור.

האם חוק היסוד החדש הוא באמת חוק יסוד?

2 : שינוי חוק יסוד : (1) האם עומד בפסקת הנוקשות שקיימת בחוק היסוד שמשנים אותו.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

(2) ביקורת מהותית על תוכן חוק היסוד החדש "התיקון לחוקה שאינו

חוקתי. (מקבלת הכרה באוביטר בפס"ד המרכז האקדמי –

בתקציב הדו שנתי) .



** עקרונות היסוד הבלתי כתובים.

פגיעה בחוק יסוד: אם חוק היסוד שמשנים אותו מכיל פסקת נוקשות: אז שאני מגיע לשנות אני חייב לעמוד בפסקת הנוקשות שאומרת: "אין משנים אלא ברוב של 61" אז צריך לשנות ע"י רוב של 61 חכים ב 3 קריאות לפי מה שכתוב.

מי שמחוקק חוק יסוד שהיא הכנסת: הוא לא יכול לסתור את חוקי היסוד הבלתי כתובים ולכן אם הוא סותר את חוקי היסוד הבלתי כתובים אז ניתן לפסול אותו.

1. "פסקת התגברות":

• התנאים להתגברות:

ס' 8 לעיסוק :

2 תנאים :

א'. אמירה מפורשת כי החוק תקף על אף האמור בחוק היסוד.

ב'. התקבל ברוב חברי הכנסת. (באיזו קריאה? אין תשובה בחוק יסוד חופש העיסוק אך בחוק יסוד הכנסת ישנה דרישה לרוב ב3 קריאות).

אם החוק עומד בתנאים אלו ישנו חוק חורג והוא יהיה תקף למשך 4 שנים. אם נרצה להמשיך עם אותו חוק הכנסת תצטרך לדון בו שוב.

• על מה ניתן להתגבר?

מבנה חוק היסוד – חופש העיסוק :

ס' 1 – פסקת עקרונות היסוד- מפנה למגילת העצמאות שמדברת על מדינה יהודית ודמוקרטית.

ס 1א – "פסקת המטרה" – לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ס' 8- "פסקת ההתגברות"- ניתן לעקוף את פסקת ההגבלה אם עומדים בתנאים, אחד הערכים

בפסקת ההגבלה עליה נרצה להתגבר הוא "להלום את ערכיה של מדינת ישראל".

לא הגיוני לפרש את פסקת ההתגברות כמאפשרת להתגבר על ערכיה של מדינת ישראל שהרי זו כל המטרה של החוקה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

את פסקת ההתגברות **צריך ולא ניתן** לפרש כפסקה שמאפשרת להתגבר על "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

על מה כן ניתן להתגבר?

א'. מבחן התכלית הראויה.

ב'. מבחן המידתיות.

• מה דין התגברות על הפגיעה בעיסוק כשיש גם פגיעה בזכות המוגנת בכבוד האדם?

ברק, פס"ד מישראל:

מבחני מישראל:

כל פעם שפוגעים בעיסוק פוגעים גם בקניין (כבוד האדם וחירותו), אם היינו כפופים לפסקת ההגבלה במסלול של הקניין היינו נופלים וזה היה מרוקן את פסקת ההתגברות מכל תוכן. מאידך, אם תמיד כשהיינו מפעילים התגברות על העיסוק היינו מצליחים להתגבר גם על כבוד האדם וחירותו, אז אנחנו לא נכבד את רצון הרשות המכוננת שלא להתגבר על כבוד האדם וחירותו.

מה עושים?

מבחן ראשון: האם הפגיעה בזכויות של כבוד האדם הן "תוצאות לוואי"?

אם זה כן "תוצאות לוואי" ההתגברות על העיסוק תתפוס גם על כבוד האדם וחירותו.

אם זה לא, ההתגברות לא תתפוס גם על כבוד האדם וחירותו.

מבחן שני: האם הפגיעה בעיסוק דומיננטית?

אם העיסוק יותר דומיננטי נוכל להתגבר על כבוד האדם.

אם העיסוק פחות דומיננטי לא נתגבר על כבוד האדם.

מבחן שלישי: האם הפגיעה בזכויות של כבוד האדם ממשית כשלעצמה?

אם הפגיעה היא ממשית (רצינית), לא נוכל להתגבר על כבוד האדם.

אם הפגיעה איננה ממשית, נוכל להתגבר על כבוד האדם.

אם שלושת המבחנים מתקיימים ההתגברות על העיסוק תופסת גם על כבוד האדם וחירותו.

לכן פסקת ההגבלה לא תחול לא על העיסוק ולא על הקניין.

בכל המקרים, אם לא נוכל להתגבר על כבוד האדם נצטרך לבחון האם החוק עומד במבחני פסקת

ההגבלה לגבי כבוד האדם.

דוגמא	מסלול 3	מסלול 4
-------	---------	---------

<p>פגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה ב"כבוד האדם".</p> <p>ישנה פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, המוכר כחלק מכבוד האדם ע"י הפסיקה.</p> <p>האם פסקת ההגבלה חלה? היא לא תחול אם יש שמירת דינים/ התגברות.</p> <p>אין פסקת התגברות ואין שמירת דינים כיוון שהחוק חדש.</p> <p>החלת פסקת ההגבלה, החוק לא עומד במבחנים (נוגד את ערכיה של מדינת ישראל), החוק בטל.</p>	<p>ס' 4 לחוק יסוד : הכנסת- שיוויון בבחירות, יש שריון צורני (אין לשנות (או לפגוע) אלא ברוב של 61 חברי כנסת).</p> <p>ישנה פגיעה בשוויון בבחירות.</p> <p>החלת "פסקת הגבלה שיפוטית", שאלת היחס בינה לבין השריון הצורני?</p> <p>פרשנות א'- החוק צריך לעמוד גם בפסקת ההגבלה השיפוטית וגם רוב של 61 חברי כנסת, החוק לא עומד במבחני פסקת ההגבלה ולכן הוא מתבטל.</p> <p>פרשנות ב'- אם החוק עומד בפסקת ההגבלה השיפוטית, לא צריך רוב של 61 חברי כנסת כי אין פגיעה בחוק.</p> <p>כלומר- ה-61 חברי כנסת מהווים פסקת התגברות על פסקת ההגבלה השיפוטית ואז החוק תקף.</p>	<p>שיוויון בבחירות- יש חוק שמקשה על ייצוג המגזר הערבי בכנסת. התקבל ב-61 חברי כנסת בשלושת הקריאות.</p> <p>דוגמא : אדם שיתבטא נגד המדינה היהודית לא יהיה מועמד בבחירות לכנסת.</p>
<p>נוצרת סתירה בין פרשנות ב' למסלול 3 לבין מסלול 4. מה עושים? משתמשים במבחני ברק במיטראל. השאלה היא איזה חוק יסוד הוא הנפגע העיקרי? חוק יסוד : הכנסת.</p> <p>האם הפגיעה בכבוד האדם היא תוצאת לוואי? כן.</p> <p>האם הפגיעה בחוק יסוד: הכנסת היא דומיננטית? כן.</p>		

<p><u>האם הפגיעה בכבוד האדם היא ממשית לכשעצמה?</u> יש שיגידו שכן, מכיוון שאם אדם יפחד להגיד את מה שהוא חושב כי זה יוביל לאי בחירתו לכנסת, יש פגיעה ממשית בחופש העיסוק.</p> <p>במידה ויקבע בסופו של דבר שמבחיני מיטראל מתקיימים וניתן להתעלם ממסלול 4 אז יכול להיות שהחוק תקף. אבל כמו שראינו החוק לא עומד במבחן השלישי לכן אי אפשר להתעלם ממסלול 4 והחוק בטל.</p>		
<p>חוק יסוד: כבוד האדם, אין פוגעים בכבוד האדם (ס' 2), אין פוגעים בחירות האישית (ס' 5).</p> <p>האם "פסקת ההגבלה" חלה? שמירת דינים אין, התגברות אין בחוק. לכן היא חלה. האם החוק עומד במבחנים? לא. החוק בטל.</p>	<p>חוק יסוד: הממשלה, ס' 1- הממשלה היא הרשות המבצעת של מדינת ישראל. יש לחוק שריון צורני. (אין משנים אלא ברוב חברי הכנסת).</p> <p>בעצם מעבירים סמכות של הרשות המבצעת לגוף פרטי.</p>	<p>הפרטת בתי הכלא- העברת בתי הכלא לאדם פרטי. עבר ברוב של 61 חברי כנסת בשלושת הקריאות. (נניח)</p>
<p>נניח והפגיעה המשמעותית היא בחוק יסוד: הממשלה. נחיל את מבחני מיטראל : <u>האם ישנה תוצאת לוואי לפגיעה בחירות ובכבוד האדם? כן.</u> להעביר אדם כלוא לחברה פרטית מסחרית, זה פוגע בכבודו ובחירותו. <u>האם הפגיעה בחוק יסוד: הממשלה היא דומיננטית?</u> אם נעביר את סמכויות הרשות מבצעת לרשות פרטית, אז ברור שהפגיעה היא דומיננטית.</p>		

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

<p><u>האם הפגיעה בכבוד האדם היא ממשית לכשעצמה?</u> גם כאן, די ברור שכן.</p> <p>לכן- אי אפשר להתעלם ממסלול סתירה 4 והחוק בטל.</p> <p>אבל- במידה וייקבע שכן, כל מבחני מיטראל חלים, ניתן להתעלם ממסלול 4 ולהתמקד במסלול 3, במסלול זה עפ"י פרשנות ב' יש אפשרות להתגבר ואז החוק תקף.</p>	
---	--

חוק יסוד חדש הסותר חוק יסוד אחר

שלב ראשון: האם חוק היסוד החדש הוא באמת חוק יסוד?

מבחני הזיהוי:

1. **המבחן הצורני** - (ברק, בנק המזרחי + בייניש, בר-און).
כותרת "חוק יסוד", הסימן " : בסוף השם "חוק יסוד".

אין ציון שנת חקיקה.

האם הוספת השם "הוראת שעה", שוללת את הצורה של חוק יסוד? בית המשפט קבע שאם ציינו הוראת שעה, זה עדיין לא שולל את היות החוק חוק יסוד.

דוגמה (חוק יסוד: הממשלה)

+

דוקטרינת "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת

אמנם זה נראה כמו חוק יסוד אבל הכנסת השתמשה לרעב בסמכות שנת

גם אם יהיה חוק יסוד שיעמוד בכל הדרישות שלמעלה, עדיין לא נראה בו חוק יסוד אם נאמר שיש כאן שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

בעצם מגביל את הכנסת בחיקוק חוקי יסוד.

קטגוריות של שימוש לרעה:

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

א. עיגון בחוקי היסוד של נושאים שאין להם כל זיקה למטריה חוקתית (לנוסחאות ההתארגנות של האומה) – ברק, בנק המזרחי.

הסעד- הנמכת קומה נורמטיבית, הכנסת חוקקה את החוק כחוק יסוד, בית המשפט חושב שזה שימוש לרעה, אז הוא יאמר שזה לא חוק יסוד אלא חוק רגיל.

ב. שריון יתר של נושאים שבדמוקרטיה אמורים להיות מוכרעים לפי כלל הכרעת הרוב
דוגמה: הצעת חוק של נפתלי בנט על שריון חוק יסוד: ירושלים. הוא הציע שאם ירצו לשנות את גבולות ירושלים, יצטרכו רוב של 80 חברי כנסת ולא של 61 חברי כנסת.

מה השימוש לרעה? ישנן החלטות שהרוב צריך להחליט בהם, יהיה קשה מאוד להשיג 80 חברי כנסת דבר שאף אחד לא עשה. לכן ישנו שריון יותר על המידה.

הסעד- בית המשפט יחליט להנמיך את הרוב ל-61 ולא ל-70.

ג. שימוש שנועד לכרסם בעקרונות חוקתיים מבלי לתרום משמעותית להגנה על עקרון חוקתי
אחר: זאת כדי לעקוף פסיקה או מגבלה חוקתית.

דוגמה: החרדים הציעו את חוק יסוד: התורה המטרה- לעקוף את פסיקת בגץ בנוגע לגיוס בחורי ישיבות.

אפשר לכרסם בעקרונות חוקתיים, אבל רק אם אנחנו מגנים על עקרון חוקתי אחר.

בנוגע לחוק יסוד: התורה, זה לא מגן על שום עקרון חוקתי אחר.

חוקקו חוק זה ע"מ לעקוף פסיקה חוקתית של בגץ שהחובר בגיוס זה פוגע בכבוד האדם ובשיוויון. הסעד: הנמכת קומה שבסוף תוביל לפסילת החוק. כי אם כבר בגץ קבע שמדובר בחוק שנוגד את החוקה, אז הוא גם יבטל אותו.

ד. שימוש בחוק יסוד משיקולי נוחות פוליטית תוך עקיפת הצורך בדיון ציבורי. פס"ד המרכז האקדמי – התקציב הדו שנתי).

בפס"ד בראון לא פסלו את התקציב הדו שנתי, רק אמרו שההוראת שעה לא שוללת את העובדה שזה חוק יסוד.

מה השתנה? בפעם הזו זה כבר לא ניסוי זה כבר הפעם החמישית שהכנסת עושה זאת.

ניתן להסיק שהכנסת עושה זאת רק בשביל למנוע את הדיון בשינוי חוק היסוד הרלוונטי וזה גורם לזילות של החוקה. בית המשפט קבע **שאי אפשר לקיים זאת בהוראת שעה יותר ובנוסף התרעת**

בטלות, הוא בעצם לא מבטל את החוק הזמני מיידיית אך אם עוד פעם יקבע תקציב דו שנתי

בהוראת שעה הוא יבטל את ההוראה הזו ואז הכנסת תצטרך לתקן את חוק יסוד: משק המדינה.

2. **מבחן משולב- צורני+ מהותי (שמגר, בנק המזרחי) - מטרה חוקתית+ השתלבות במערך הכולל.**

נניח- חוק יסוד: ההגינות בספורט. (סתם חוק שלא קיים)

מבחינת ברק- מבחן צורני, נראה כמו חוק יסוד, אך נופל בקטגוריה הראשונה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה".

מבחינת שמגר- בנוסף למבחן הצורני, מספיק שהחוק ינוסח באופן כללי כמו חוקה, נבחן האם ישנה מטריה חוקתית והשתלבות המערך הכולל. מטריה חוקתית- החוק לא עוסק

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

בנושאים חוקתיים ולכן זה לא עניין חוקתי והחוק יפול, בית המשפט יהפוך חוק זה לחוק רגיל.

שלב שני: אם זה באמת חוק יסוד, האם הוא בא לשנות חוק יסוד או לפגוע בחוק יסוד?

• **אם שינוי-**

- האם חוק היסוד החדש עומד ב"פסקת הנוקשות" שקיימת בחוק יסוד שמשנים אותו?
- ביקורת מהותית על תוכן חוק היסוד החדש: 2 דוקטרינות הבוחנות את החוק:
 - "התיקון לחוקה שאינו חוקתי"- בודקים האם התיקון הוא חוקתי בכלל, אם לא, אז חוק היסוד ייפסל.
 - "עקרונות היסוד הבלתי כתובים"- נזכר בפירמידת הנורמות, מעליה היה את עקרונות היסוד הבלתי כתובים, חוק יסוד אינו יכול לסתור עקרונות אלה שמבטאים את הרצון העמוק של האומה. אם הוא סותר עקרונות אלה, הוא ייפסל.

• **אם פגיעה- פס"ד פלוני**

- ברק- בחוקה לא מחילים את ברירת הדינים, אם חוק יסוד פוגע באחר, שניהם נשארים יחד. האיזון ביניהם ייעשה ברמה שמתחת לחוקה, כאשר יגיע חוק אז נבדוק אותו מול העקרון שבו הוא מכרסם.
- דורנר- נחיל את כלל ברירת הדינים

"פסקת ההגבלה"

בפרקטיקה, זה החלק הכי חשוב.

מבחני פסקה ההגבלה, הוחלו באופן רחב בכל התחומים של המשפט החוקתי.

החלה על חקיקה: נקח את "פסקת הכיבוד". כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חוקי היסוד, אם הרשות רוצה לפגוע בחוק יסוד באמצעות החלטה או בחוק, היא תהיה חייבת לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

פס"ד הפרטת בתי הכלא: האם הכנסת חייבת לכבד את חוקי היסוד? כן. אם הכנסת רוצה להפריט את בתי הכלא היא חייבת לעמוד במבחני "פסקת ההגבלה"

החלה על החלטה מנהלית: גם הרשות המבצעת חייבת לכבד את חוקי היסוד.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

פס"ד אליס מילר: חיל האוויר צריך לפתוח את הטייס גם לנשים, הוא חייב לכבד, אם בכל זאת הוא ירצה לאסור טייס על נשים, הוא יהיה חייב לעמוד במבחני "פסקת ההגבלה".

החלה על הרשות השופטת :

פס"ד יששכרוב: ההלכה- כאשר משיגים ראיות תוך פגיעה בחשודים או נאשמים, נפגע עקרון חוקתי. הזכות להליך הוגן. במקרה זה, יש שיקול דעת לבית המשפט. אם בית המשפט יקבל במקרה הזה הוא יאפשר פגיעה בהליך פלילי הוגן וזה בעייתי. כדי שבית המשפט בכל זאת יקבל ראיה בעייתית כזו הוא יצטרך להוכיח שהראיה והדרך בה הושגה, יעמדו במבחני "פסקת ההגבלה". התוצאה- זיכוי הנאשם.

מבחן ראשון: אין פוגעים אלא בחוק...או לפי חוק מכח הסמכה מפורשת בו.

שינוי לפי פסקת נוקשות ופגיעה עפ"י פסקת ההגבלה.

משמע- אין פוגעים באותו חוק יסוד אלא בחוק אחר או חוק אחר המסמך אדם לעשות כן (כמו חוק שנותן אישור למשטרה לפגוע בכבוד האדם, החוק מסמך את המשטרה).

יסוד 1: "יסוד המפורשות": הפגיעה חייבת להיות מפורשת בחוק או מכח הסמכה מפורשת בחוק.

או שהחוק עצמו פוגע כבר או שהוא מסמך במפורש רשות אחרת, לפגוע. תמיד זה חייב להיות מפורש.

נניח חוק שאומר שכל מי שיסתגן לישראל, יעצר ל-3 שנים. יש כאן פגיעה בכבוד האדם. אז צריך לחוקק חוק, או שהחוק יאשר במפורש לפגוע בחירות של האדם או שהחוק יסמך רשות אחרת לעשות כן.

פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים- חקירות השב"כ – לאורך שנים השב"כ הפעיל אמצעי חקירה חריגים הפוגעים בזכויות אדם. נניח ומדובר בפגיעה בזכויות האדם, חוקרי השב"כ יצטרכו להראות חוק שמסמך אותם לפגוע בזכויות אלו. הלכו לחוק ומצאו כי "סמכויות של חוקר שב"כ הם סמכויות של שוטר". ברק אומר כי בחקירה אפשר להשתמש בלחץ פסיכולוגי וכו', שיטות חקירה לגיטימיות ואילו השיטות בהן השתמש השב"כ הן לא כאלה ולכן זה אסור והשב"כ לא עומד ביסוד זה, אם היה חוק מפורש אז הוא היה עובר למבחנים הבאים.

פס"ד לס- במשרד החינוך הבינו שמישהו עושה "שכונה" באבחוני ליקויי הלמידה, מתוך כיתה של 40 תלמידים- 30 עם תוספת זמן. משרד החינוך הוציא חוזר מנכ"ל בנושא ליקויי למידה הקובע "רק מי שיביא אבחון מפסיכולוג חינוכי מוסמך יזכה להקלות". בכך נפגע חופש העיסוק של אותם אלה שאבחנו עד אותו חוזר. העותרים היו צריכים להראות בשלב הראשון כי ישנו חוק או חוק המסמך רשות אחרת לפגוע בחוק, הנחיות של השר הוא לא חוק, זה רק הנחיה מנהלית. אין שום חוק שמסמך את שר החינוך לעשות כן ולכן העתירה בשלה והתשובה למבחן זה שלילית.

פס"ד מנעא – המשטרה שמה מדי פעם מחסומים מטעמי ביטחון. רשות המסים אומרת למשטרה שאם הם כבר בודקים מי בעל הרכב שעובר במחסום אז על הדרך תבדקו אם הוא חייב בגביית

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מיסים. אם הוא חייב במס, אין לו יכולת להתגונן- מוציאים אותו מהרכב ומעקלים אותו. נפגע הזכות להליך הוגן, פרטיות, חופש התנועה שבתוך כבוד האדם. מגיעים למבחן הראשון, יש חוק שמתיר סמכות לרשות המסים לגבות מס בעזרת כניסה למקרקעין של החייב ולתפוס מטלטלים, ז"א- לבוא אליו הביתה, לשטח שלו ולקחת לו מטלטלים כמו רכב, טלוויזיה וכו'. מסקנה- אין סמכות לבצע את הנוהל שבוצע. ולכן עומדים במבחן זה.

פס"ד **בן-חיים** - אחת ההלכות החשובות של השנים האחרונות, מדובר על האפשרות להגמיש את הדרישה של הסמכה מפורשת בחוק.

שוטר עוצר את בן חיים ברחוב ומבקש ממנו לרוקן את הכיסים, בן חיים היה צריך לבקש עילה לעיכוב וחיפוש. בן חיים שיתף פעולה בכל אופן ומצאו עליו סכין, הוא עתר לבג"ץ על כך שהחיפוש היה בלתי חוקי. חיפוש על גופו של אדם פוגע בגרעין של הפרטיות. המשטרה טוענת שבן חיים הסכים והוא יכל לא לאפשר לנו לחפש בגופו, האם להסכמה זו יש משמעות? ביניש בפס"ד בן-חיים אומרת שאם יש "הסכמה מדעת" לחיפוש, אז אפשר לומר שהפגיעה בפרטיות לא הייתה קשה מכיוון שהאדם ידע את המצב המשפטי והסכים לשוטרים לעשות חיפוש. בפס"ד בן חיים לא הייתה הסכמה מדעת ולכן מחפשים חוק שמתיר לחפש או חוק שמסמיך את המשטרה לחפש על גופו של אדם ללא שאלות. לכן- התשובה למבחן זה שלילית והוא מתקיים.

השופט דנציגר בבן חיים אומר שאי אפשר להשיג הסכמה מדעת לחיפוש אף פעם משום שאדם הוא לא משפטן, הוא נמצא במצב של לחץ, הוא לא מסכים מדעת שהם יחפשו אלא הוא מפחד ורוצה שיתנו לו ללכת הביתה. אם זה באמת היה ב"הסכמה מדעת", אפשר להגמיש את המבחן הראשון של פסקת ההגבלה.

יסוד 2: "יסוד המפורטות", פירוט בחוק של העקרונות/אמות המידה לפגיעה בזכות. ("הסדרים ראשוניים").

נניח שבא חוק שאומר "ראש השב"כ רשאי להורות על אמצעי חקירה חריגים".

במצב כזה יש הוראה מפורשת אך חסר פירוט.

עכשיו נניח שכתוב "ראש השב"כ רשאי להורות על אמצעי חקירה חריגים ובכלל זאת הטבעה, קשירת ראש וכו'". עדיין חסר מתי, כמה זמן להטביע או לקשור או למנוע שינה וכו'.

כמו בכל מבחן בפסקת ההגבלה, השאלה האם נקפיד עליו או שנתגמש תלויה האם הפגיעה היא מהותית, הכרסום ממשי וכו'.

פס"ד לם

פס"ד המפקד הלאומי

לעבודה- ניח שאנו רשאים לבצע תיחום מגורים- נשאלת השאלה מתי? באילו ערים? באילו נסיבות? האם החוק מפרט או לא?

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

מבחן שני: ההולם את ערכיה של מדינת ישראל.

פסקת המטרה- המטרה היא לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. פסקת עקרונות היסוד- מפנה למגילת העצמאות. בשיעורי המבוא היה לנו את העקרונות הנגזרים מהנוסחאות. (מודרנית, דמוקרטית, יהודית). אם החוק פוגע באחד מעקרונות אלה, אז הוא לא הולם את ערכיה של מדינת ישראל (מדינה יהודית ודמוקרטית). אחד העקרונות שאפשר להשתמש פה המנוי ברשימת העקרונות הנגזרים ממדינה דמוקרטית – הנכונות ליטול סיכונים סבירים להגנה על זכויות אדם. יש נוסחה לבחון זאת, פס"ד קול עם – ניסוח לסגור עיתון בגלל שהסיט להשתמטות מצה"ל. בחנו "ודאות קרובה", רמת ההסתברות לפגיעה במדינה + "פגיעה קשה, רצינית וחמורה". בקול עם הייתה ודאות קרובה מכיוון שיש מאמר שקורא לסרבנות אך עדיין לא הייתה פגיעה קשה רצינית וחמורה.

מבחן שלישי: "לתכלית ראויה"

יסוד 1: תוכן התכלית – הפסיקה קבעה כך- צריכה להיות "מטרה ציבורית חשובה" מנקודת מבט של חברה הרגישה לזכויות אדם. גישת המיעוט: לוי, פס"ד עדאלה (איחוד משפחות). דרישה עצמאית – ניסוח מטרה רגישה לזכויות האדם. לוי הוא השופט היחיד שלקח את המטרה ואמר שהמטרה היא דרישה עצמאית, היא חייבת להיות מנוסחת באופן שרגיש לזכויות האדם.

יסוד 2: הצורך בהגשמתה –

כל מבחני פסקה ההגבלה, תלויים במה שמצאנו בשלב א' לניתוח, ככל שהיה לנו כרסום יותר בגרעין בעקרון חוקתי יותר חשוב, מבחני פסקת ההגבלה חלים בצורה קפדנית ביותר. אם בשלב א' היה לנו עקרון פחות חשוב או פגיעה שהיא יותר לכיוון הפריפריה מהגרעין- מבחני פסקת ההגבלה חלים בצורה יותר גמישה.

מבחן שלישי: "לתכלית ראויה"

יסוד 1: תוכן התכלית – הפסיקה קבעה כך- צריכה להיות "מטרה ציבורית חשובה" מנקודת מבט של חברה הרגישה לזכויות אדם.

גישת המיעוט: לוי, פס"ד עדאלה (איחוד משפחות).

דרישה עצמאית – ניסוח מטרה רגישה לזכויות האדם.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

לוי הוא השופט היחיד שלקח את המטרה ואמר שהמטרה היא דרישה עצמאית, היא חייבת להיות מנוסחת באופן שרגיש לזכויות האדם. צמצום הסכנה הביטחונית לאזרחי המדינה לכדי סיכון סביר שראוי לדמוקרטיה ליטול על עצמה כדי להגן על זכויות אדם.

האם תיתכן מטרה הסותרת עיקרון חוקתי?

השופט ארבל בפס"ד אדם.

תכלית הרתעתית שלא במסגרת הליך פלילי.

נניח מסתננים שכולאים אותם למשך יותר מחצי שנה, כמה זמן כבר לוקח לבדוק את מעמדם? בין 3-6 חודשים.

האם סותרת את "כבוד האדם"?

אחד היסודות שהוכרו בפסיקה בכבוד האדם זהו ה"ציווי הקנטייני" – תמיד תראה את האדם כתכלית בפני עצמה (חוץ מהליך פלילי שם אחת ממטרות הענישה היא הרתעה). כדי לדעת אם ישנה פגיעה שקשורה לציווי הקנטייני.

יסוד 2: הצורך בהגשמתה –

פגיעה בגרעין בעקרון חוקתי עליון:

"צורך חברתי לוחץ", "עניין חברתי מהותי". ("מופיע בפסיקה כך).

אם בשלב א' מצאנו שהפגיעה היא רצינית בגרעין אז צריך לדרוש צורך מיידי ודחוף אם הפגיעה היא הפריפריה אפשר קצת להקל בעניין הצורך בהגשמתה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

חוק טל- הצורך היה לעודד גיוס חרדים על מנת להתקדם לעבר שיויון.

למה זה היה דחוף? היה רק 400 בני ישיבות מגוייסיים מתוך החברה החרדית (שמהווים 20% מהחברה). לכן, הצורך החברתי בנושא זה הוא לוחץ.

מבחן רביעי: במידה שאינה עולה על הנדרש ("מידתיות")

בכל העולם התפתחו שלושה מבחני מידתיות:

מבחני משנה:

1. מבחן המידתיות הראשון- "מבחן האמצעי המתאים" (הקשר הרציונאלי).

יסוד 1: התאמת האמצעי כשלעצמו. בודקים את האמצעי עצמו שהשתמשו בו מבלי לבדוק מה הקשר שלו למטרה.

א) האם זהו אמצעי ראוי במדינה דמוקרטית? (הועד הציבורי נגד עינויים). ברק אומר המטרה אינה מקדשת את האמצעים, המטרה הראויה בחקירות השב"כ היא להוציא מידע ולמנוע פיגועים אך אי אפשר לעשות זאת בדרך של עינויים.

פס"ד פלוני- מדובר בעבירות ביטחוניות כנגד המדינה וכדי לייעל את החקירה דנים בהמשך מעצרו של אדם ללא נוכחותו בבית המשפט.

דוקטרינת "האפקט המצטבר"

פס"ד פלוני- כאשר העותר בא וטוען שכאשר מנהלים משפט בלי נוכחותו זה לא חוקתי. אך מה קורה כאשר ישנם עוד אלמנטים מעבר לאי נוכחותו כמו למשל שכתוב בחוק שאפשר למנוע ממנו ייצוג משפטי ע"י עו"ד ולכן נוצר אפקט מצטבר בעצם.

התפתח ויכוח בין השופטים בו הם דנים בסוגיה מה קורה כאשר העותר לא טוען לפגיעה הנוספת אך השופט כן שם לב לזה.

השופט ריבלין- השופט ביוזמתו ידון באפקט המצטבר.

השופט נאור- בהתאם לטענת העותר.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

המרצה- תומך בריבלין מכיוון שעל השופט חלה חובת כיבוד של החוקה "פסקת הכיבוד".

ב) האם מדובר באמצעי בלתי הוגן באופן קיצוני? (פס"ד אבו מדיג'ים ומוראר).

למשל בפלוני, דנים האם לעצור אדם מבלי שהוא יהיה בדיון ולא רק שהוא לא בדיון, גם העו"ד שלו לא בדיון, זה בלתי הוגן באופן קיצוני.

מסתננים- 3 שנים מחזיקים אותם במעצר בלי הליך משפטי, אף שופט לא קבע שזה העונש שהם צריכים לקבל, לא היה הליך משפטי- זה לא הוגן באופן קיצוני.

אבו מדיג'ים- מדיניות של מנהל מקרקעי ישראל להלחם בפלישה לקרקעות המדינה. לדוגמה בדואים בדרום, הקרקע היא קרקע של המדינה והם באו והשתלטו על הקרקע לצורך חקלאי, מדיניות המנהל הייתה להרים מטוס ריסוס ולרסס את כל הגידולים של אותם חקלאים.

הבעיה- החומרים שיש בקוטלי העשבים גרמו לפגיעות משמעותיות באנשים עצמם ששהו באזור.

אם המדינה מרססת את האזרחים בקוטלי עשבים שיכולים לגרום לנזקים חמורים ביותר.

יסוד 2: זיקה וקשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה

שני מצבים שונים :

חוק שטרם יושם: מתקשר גם לבשלות. במקרה זה אנחנו עדיין לא יודעים האם האמצעי ישיג את המטרה. מה עושים? מעריכים.

אם הפגיעה היא גרעינית בעקרון עליון- נדרוש ודאות קרובה שהאמצעי יגשים את המטרה.

נכתב ע"י מיטל מרי , משפטים שנה א' מסלול ערב , המכללה האקדמית נתניה - תשע"ח.

אם לא גרעיני- ודאות סבירה.

חוק שכבר יושם- מבחן התוצאה. (פס"ד התנועה לאיכות השלטון ופס"ד רסלר).

שניהם עסקו בחוק טל. בתנועה לא פסלו אותו וברסלר פסלו.

בפעם הראשונה שחוקקו את החוק הוא היה "הוראת שעה"- לחמש שנים.

החוק נתן פטור כמעט מלא לחרדים ומעודדים אותם לעשות שירות צבאי קצר.

במשך שלוש שנים זה לא באמת קרה, כמות זעומה של חרדים התגייסו, בית המשפט לא פסל את החוק מכיוון שלא עבר מספיק זמן כדי לומר שהחוק נכשל טוטלית, גיוס חרדים לצבא זה תהליך מאוד רגיש ולכן 3 שנים לא מספיקות ובכל מקרה בתום ה 5 שנים הכנסת תצטרך לדון בזה מחדש.

דבר נוסף, נפלו פגמים בצה"ל עצמו שלא פעל מספיק לקליטת החרדים.

לכן בג"ץ בתנועה לא פסל את החוק.

ברסלר, עברו כבר 10 שנים מאז שחוקק החוק, ועדיין שום דבר לא השתנה. בית המשפט אמר שהחוק לא הגשים את מטרתו ולכן פסל את החוק.

למה החוק לא מידתי? אנחנו פוגעים בשיוויון ולא משיגים את המטרות את התכלית הראויה, לכן הפגיעה עולה על הנדרש.