

צ'ק ליסט - משפט חוקתי

פסקת פתיחה:

רקע על החומר של הנושא, להעתיק כמו תוכן

1. לפנינו חוק רגיל/חוק יסוד (לפי המבחן הצורני של ברק במזרחי-18, רצוי לציין שח"י במעמד נורמטיבי גבוה יותר)
2. חזקת חוקתיות - נובע מעיקרון ריבונות הכנסת:
שלב ראשון - הטוען לאי חוקתיות נטל ההוכחה מוטל עליו (פס"ד מזרחי - 18, צמח - 24)
שלב שני - נטל ההוכחה בשלב העמידה בפסקת ההגבלה - קיימת מחלוקת בין השופטים (התנועה לאיכות השלטון): מחד, יש שופטים שאומרים שנטל ההוכחה הוא על המדינה בשלב מבחני המידתיות ומאידך, יש טוענים שהוא עדיין על העותר.
שפיטות - לפי ברק ברסלר, הכל שפיט בפני ביהמ"ש.
3. נחקק בשנת לפני 92/אחרי 92 אם לפני, נהנה, משמירת הדינים, ס' 10 לח"י כבוה"א, עם זאת יש לבצע פרשנות (כרסומים) לדינים ישנים ברוח חוקי היסוד:
- חוקק לפני 92 ולא שונה - ברק בגנימאת, 23: היקש - יש לפרשו ברוח חוקי היסוד. ד'
מיעוט חשין בגנימאת, 23: הסדר שלילי - שתיקת המחוקק אינה מקרית, תוקפו של דין ישן חל על כולו.
- חוקק אחרי 92 ושונה - חוק מיטיב, לא נהנה משמירת הדינים. זמיר בפרשת צמח, 24:
" העובדה שמדובר בחוק מיטיב אינה מחסנת את החוק, אם מדובר בחוק שמרע, על אחת כמה וכמה" ד' מיעוט קדמי בצמח, 24 - ע"מ לעודד את הכנסת להיטיב עם החוקים הישנים, אין לבחון תיקון מטיב לאור ח"י. סומר - גורם לקפאון חקיקתי.
- תקנה שתוקנה לאחר 92 מכוח חוק שלפני 92 - נתייחס אליה כתקנה חדשה! לא חלה עליה שמירת דינים ואילו את החוק המקורי שמעניק סמכות נפרש לאור הכרסומים (פרשת בלקר - 35)

מהו הגוף הפוגע?

שלטוני/ציבורי (חוק/תקנה/צו) - רשות מנהלית (כל רשות מרשויות השלטון) מחויבת לעמוד בפס' הכיבוד ס' 5 חוק יסוד: חוה"ע: (נוגע רק לאזרח/תושב) וס' 11 חוק יסוד: כבוה"א (ללא סייג). חלות עליהן במישרין חובות מהמשפט הציבורי. קיצור, אם אנחנו פה אז נעבור לשלב הבא..



דו מהותי

גוף שהתאגד במסגרת המשפט הפרטי אך ממלא פונקציה בעלת אופי ציבורי. לפיכך יש להחיל דואליות נורמטיבית - להחיל את נורמות המשפט הפרטי ובצידן להכיל באופן מידתי גם חלק מהנורמות של המשפט הציבורי (שמגר ואלון קסטנבאום, 87).

*** מוטלות על הגוף חובות מתוככי המשפט הציבורי: החובות האלה כוללות את החובה לפעול בהיגיון, בסבירות תוך נאמנות לאנטרס הציבורי וללא שיקולים זרים.

מבחנים ע"פ קסטנבאום/און/מיקרודף:

1. האם ישנה תלות של הפרט בשירותים החיוניים שמספק אותו הגוף? (ברק קסטנבאום, 87)

גוף פרטי

אופציה 1:

מודל התחולה עקיפה - פירוש הוראות חוקי היסוד כמוכונות כלפי רשויות השלטון אך חלות בעקיפין גם ביחסים בין פרטים (ברק, קסטנבאום, 87). מודל התחולה העקיפה לא מבטיח תוצאה רק אומר שנייבא למישור הפרטי את זכויות היסוד ע"י הזרמתן דרך מושגי השסתום (עקרונות שמייצגים אידיאליים):

1. תקנת הציבור - סעיף 30 לחוק החוזים - קובע שאין חוזה רשאי לעומד בסתירה לתקנת הציבור (מגדיב כיצד היינו רוצים שהפעילות החוזית בין החברים בחברה תתרחש). חוזה לא ראוי <נגד תקנת ציבור > ביטול החוזה או החלק הרלוונטי (ברק בקסטנבאום - 87, AES, ני סער - 45). "תקנת הציבור משמעותה כי לחופש החוזים יש גבולות.

גוף פרטי - המשך

אמנם, תקנת הציבור מחייבת ביצוע חוזים, אך זאת בתנאי שאין הם מנוגדים לתקנת הציבור"

2. הפרת חובה חקוקה – סעיף 63 לפקודת הנזיקין – פעולה מסוימת > פוגעת בזכות שנכללת בחוק היסוד > החובה נועדה לטובת הגנת הנפגע > הנזק הוא מהסוג שאליה התכוון החיקוק > נוצרת הפרת חובה חקוקה. נעאמנה, 92 – משפחה ערבית בפארק מים, נבי אטיאס, 93 – הפליה מותרת מכיוון שאופי העסקי של המקום הוא שיקול לגיטימי.

3. עקרון תום הלב – סעיפים 12, 39 ו-64 (ב) לחוק החוזים – הפרת חוזה בכל שלביו תעשה בתום לב ("גילוי נאות"), בהתחשבות הדדית ובאנושיות אחד כלפי השני.

4. עוולת רשלנות – ס' 36 לפקודת הנזיקין – הזרמת השוויין בעקיפין דרך דוקטרינת "הרשלנות" > חו"י: כבו"א וחירות > פגיעה בשוויין > רשלנות ע"פ ס' 36 – שמסיאן, 88 – אשה בכסא גלגלים לפני חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. ** נבחן את הזכויות של הפרטים ואת האנטרס הציבורי המיובאים מהמושגים במסגרת מבחן המידתיות.

אופציה 2:

החלת זכויות במשפט הפרטי מכוח חקיקה ספציפית – חקיקה ספציפית המטילה חובות חוקתיות על גופים פרטיים. חוקים ע"פ הסילבוס – ראה סעיפים בספר החוקים.

1. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה – (דנילוביץ', 78 – שונות שאינה רלוונטית)
2. חוק שיווי זכויות האישה – (פורז, 75 – איסור הפלית נשים)
3. חוק שעות עבודה ומנוחה – (הנדימן, 47)
4. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – (שחר)
5. בוצר, 85 – היווה בסיס לחקיקת החוק
5. חוק איסור הפליה במוצרים שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים ("חוק המועדונים")
 - פרוזינסקי, 94 – גיל לא מופיע בס' 3 (א) – אך הרשימה לא סגורה ע"פ ההלכה – ומכאן אין להפלות ע"פ גיל.
 - אטיאס, 93 – הפליית גיל מותרת – לפני חקיקת חוק המועדונים.
 - סרור, 96 – אינה רשימה סגורה.
 - אליס מילר, 82 – שונות שאינה רלוונטית.
 - מזרחי יצחק, 94 – גוון עור + ס' 6 הפעלה חזקה.
6. חוק החברות הממשלתיות –
 - מאמר של ד"ר סומר ופינטו "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית" – 86
 - שדולת נשים, 81 – דוקטרינת "יצוג הולם"
 - שדולת נשים, 2 – החלת דוקטרינת "יצוג הולם" על חברות לא ממשלתיות.

דו מהותי - המשך

2. האם הגוף קיבל סמכות סטטוטורית מכוח חוק – המדינה נתנה לגוף סמכויות של מעין רשות שלטונית (קסטנבאום, 87 – חברת קדישא), או המדינה נתנה לגוף להיות מונופול (מיקרוזף, 90 – חברת חשמל).

3. ככל שהקניין מקורה יותר לקוטב הציבורי כך יחולו עליו יותר מגבלות מהמשפט הציבורי (לזין און, 87).

4. זמיר און, 87 – "לא הכל זה דירה פרטית או בניין ציבורי – יש תחום אפור ורחב. הדואליות הנורמטיבית התרחבה במהלך השנים. בתחום ההכרה בגופים דו מהותיים, אין סימנים ברורים שיאפשרו לזהות בבירור גוף דו מהותי, ונאמר שאין מדובר ברשימה סגורה".

מאמר של אסף הראל, 91 – קובע 3 מאפיינים מצטברים להכרה בגוף כגוף דו מהותי:

- הפעלת סמכות שלטונית ע"פ דין – תאגיד פרטי שמוקנית לו סמכות שלטונית ע"פ דין (חברת קדישא, חברת חשמל)
- זיקה פונקציונאלית לשלטון – תאגיד פרטי המבצע פעילות בעלת "אופי ציבורי" הזהה לפעילויות המבוצעות דרך קבע ע"י רשויות השלטון – כגון ביצוע תפקיד חיוני לציבור, מונופול וכיו"ב (חברת חשמל)
- זיקה מוסדית לשלטון – תאגיד פרטי שיש זיקה בינו לבין רשויות השלטון, כגון זיקת בעלות או זיקה מימונית. כלומר אם השלטון מממן אותו הוא יכול להיחשב כגוף דו מהותי (ביטוח לאומי).

בדיקת החוק

1. מהן הזכויות הנפגעות? (פירוט רשימת הזכויות בהמשך)
2. מהו מעמדן הנורמטיבי של הזכויות?
ז' מנייה – זכות חוקתית על חוקית – מעמד נורמטיבי עליון (ברק במזרחי, 18), ציון הסעיף בחוק.
ז' לא מנייה –
שנכללת – לא נכללו במפורש בחוקי היסוד אך הוכרו בפסיקה בעלות מעמד נורמטיבי עליון הנגזרות מכבוד האדם. לפי מודל הביניים הזכות של ברק בפס"ד התנועה לאיכות השלטון – זכויות הקשורות קשר ענייני הדוק לכבוד האדם זכות להגנה, גם אלו הנמצאות בשולי הזכות. ברק מכניס ז' בלתי מנויות דרך צינור האוטונומיה של הרצון הפרטי. בהופרט, 79 – התחילה כניסת ז' יסוד שהכנסת לא בחרה להכניסן (שוויון) לרשימת "ז' העל" שחקיקת הכנסת הפוגעת בהן תהיה כפופה לביקורת שיפוטית.
שלא נכללת – עקרון ריבונות הכנסת, הפגיעה צריכה להיות בלשון מפורשת, פרשנות שמצמצמת את הפגיעה. (מיטרני, 20) – בזמנו דובר על חופש עיסוק שהוא זכות יסוד הלכתית).
3. האם יש "כפל פגיעות"?
פגיעה בכמה זכויות מנויות בו זמנית. הלכת מישראל, 20 – הגנה חוקתית לחוק חורג (המוגן באמצעות פסקת התגברות) הפוגע לא רק בחו"י חופש העיסוק אלא גם בחו"י כבו"א וחירותו תינתן רק אם התקיימו 3 תנאים מצטברים:
 - פגיעה בז' אדם היא תוצאת לוואי לפגיעה בחופש העיסוק.
 - הפגיעה בחופש העיסוק היא העיקרית וכבוד האדם משנית.
 - הפגיעה בז' האחרת אינה בעלת עצמה ממשית. כשאלו מתקיימים – הז' העיקרית "פורשת כנפיה" על יתר הזכויות ואין צורך לשתי פסקאות הגבלה. לפי סומר – ניתן לבצע ההלכה גם כשהפגיעה העיקרית היא בז' כבוד האדם ולהשליכה על חופש העיסוק.
4. האם החוק באמת פוגע בזכות? להבחין בין שינוי/פגיעה. לפנות לתוכן החוק ולבדוק על מי הוא חל (אזרח/תושב/אדם).

הגדרת שינוי/פגיעה (פס"ד מזרחי, 18)

שינוי - חוק המשנה את חוק היסוד מיסודו בעניין מרכזי או בחזית רחבה. שינוי יכול להיות או מפורש או משתמע. שינוי ח"י יעשה רק ע"י ח"י.

שינוי ע"י ח"י – הח"י אינו צריך לעמוד בפסקת ההגבלה אלא רק בכל שלבי החקיקה ובתנאי פסקת נוקשות (דרישות צורניות שקובע חוק היסוד – רוב וכ"ו) הלכת פורת, 37.

שינוי ע"י חוק רגיל- אף פעם אי אפשר! בטל!

פגיעה- פגיעה צרה, מצומצמת, מתוחמת בחוק תוך השארת תכליתו – שינוי מתחם הזכות.

פגיעת חוק רגיל בחוק רגיל- מותרת עפ"י כללי הפרשנות הקלאסיים- חוק ספציפי (אפילו אם מוקדם) גובר על חוק כללי מאוחר, חוק מאוחר גובר על מוקדם.

פגיעת חוק רגיל בח"י – חוק רגיל יכול לפגוע בח"י כאשר עומד בתנאי פסקת ההגבלה (בהמשך) לגבי חוק יסוד שותק (בהמשך).

****חשוב חשוב חשוב** לפני פס"ד מזרחי- הלכת נב, 14** – העידר מעמד עליון לחו"י, היה מותר לחוק רגיל לפגוע בחוק יסוד, ע"י כללי פרשנות הקלאסיים- חוק ספציפי גובר על חוק כללי, חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם. הלכת התנועה המסורתית, 36- בהתנגשות שני חוקים רגילים, שימוש במושגים של חוק פלוס וחוק מינוס.

כבילות-

כבילה צורנית: מטילה על הכנסת חובות צורניות (רוב מספרי, ארבע קריאות, "על אף האמור", פס' התגברות)

מחלוקת השופטים במזרחי 18

חשין	ברק- 2 כובעים	שמגר	
חשין לא מכיר בסמכות מכוונת של הכנסת (לדעתו לא הייתה מהפכה חוקתית- לא היה מעמד הר סיני) ולכן אין הבחנה בין חוק לחוק יסוד. תקף- רואה בכך דרישה לנוכחות (קוורום) עקרון הרוב הדמוקרטי הוא עקרון חשוב.	הושאר בצריך עין	שמגר פונה לעיקרון ריבונות הכנסת הקלאסית. הוא קובע לכאורה כי הכנסת רשאית לכבול את עצמה גם בחוקי יסוד וגם בחקיקה רגילה וזאת מכוח ריבונותה הבלתי מוגבלת. הוא אינו מבחין בין הכנסת כרשות המכוונת או המחוקקת.	רוב של 61 בחוק רגיל
תקף- קוורום	תקף, הכנסת כרשות מכוונת יכולה לכבול את עצמה והבאים אחריה.		רוב של 61 בח"י
מתפרש כ-61 לא מכיר בסמכות המכוונת של הכנסת.	צריך עיון, אבל כפרופ' ברק בספרו על "הפרשנות החוקתית" – לא יכולה לשריין. הכנסת יכולה לשריין חוק רק ביושבה כרשות מכוונת.		מעל 61 בחוק רגיל
מתפרש כ-61 לא מכיר בכנסת כרשות מכוונת.	תקף, הכנסת כרשות מכוונת יכולה לכבול את עצמה והבאים אחריה.		מעל 61 בח"י

האם אפשר לכבול חוק ברוב נמוך מהרוב הנקבע בכבילה?

לדעת גוברמן- לא ראוי שכבילה תתקבל בידי הכנסת ברוב הנמוך מהרוב שבו מבקשים לכבול.

ארבל בפס"ד רב"ס- קובעת שכן אפשר! ניתן לתקן סעיף ולהקטין את הרוב הנדרש ולעשות זאת ברוב רגיל. הדיון מתייחס לחוק יסוד אך הגיונו חל גם על חוק רגיל.

כבילה מהותית:

ההלכה של מזרחי- הכנסת רשות מכוונת יכולה מתוקף סמכותה ליצור מגבלות מהותיות על כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת (פס' הגבלה היא גם כבילה מהותית).

ברק וחשין בפורת, 37- חוק יסוד יכול לשנות חוק יסוד אחר מבלי לעמוד בפסקת ההגבלה רק באמצעות עמידה בפסקת הנוקשות (הדרישות הצורניות). "עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק "הרגיל" (יהא הרוב בו הוא פועל אשר יהא) בכוחו להגביל או לפגוע בחופש העיסוק. פסקת ההגבלה אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה"

עם זאת עמדתו של סומר- פס"ד זה אינו מפורט, ועסק במקרה ספציפי מאוד. לא ברור איפוא שהוא מהווה הלכה סופית ומחייבת לפיה חו"י חדש אינו כפוף לפסקת הגבלה אם הוא פוגע בחו"י בעל פסקת הגבלה.

פגיעת חוק רגיל בחוק יסוד שותק:

שתי אפשרויות-

1. לפי קריאה כלשונו של פס"ד חירות, 27 וברק במאמרו משפט ועסקים - אם בחוק אין פסקת הגבלה ואינו מתיר במפורש פגיעה בו - לא ניתן לפגוע בו כלל (מצב אבסורדי בו ח"י שותק מוגן יותר מח"י לא שותק)
2. לפי ברק בספרו "השופט בחברה הדמוקרטית" ומצא במופז -
- ח"י העוסק בזכויות אדם - נחיל פסקת הגבלה שיפוטית (ברק אינו מפרט כיצד נראית אך עקב אמירתו על "התאמה למבנה החוקתי הכללי" ניתן להניח שתדמה לרגילה.
- ח"י שאינו עוסק בזכויות אדם- אין להניח שחלה פסקת הגבלה שיפוטית אך כל "מקרה לגופו".
תעלומה!

פגיעת חוק רגיל בחוק יסוד שותק המתיר פגיעה בו (כגון ח"י מקרקעי ישראל, ח"י הצבא) - מחילים פסקת הגבלה שיפוטית.

פגיעת חוק רגיל בחוק יסוד לא שותק: ממשיכים הלאה...



פסקת ההתגברות - ס' 8 לח"י חופש העיסוק

אם הזכות הנפגעת מעוגנת בח"י חופש העיסוק נבחן את פסקת ההתגברות:

קריטריונים צורניים/פורמאליים (ולא מהותיים) מצטברים לפגיעה בח"י:

1. התקבל ברוב ח"כים בכל הקריאות פס"ד ברנמן, 15 - פסילת חוק מפני אי עמידה בדרישה הצורנית של הרוב.
2. נאמר במפורש: "על אף האמור בח"י: חופש העיסוק". ברק במיטראל, 40 - דורש שבחוק הפוגע תהיה אמירה מפורשת ב"חופש העיסוק" ולא "בכל דין".
3. החוק הפוגע יהיה תקף 47 שנים בלבד - אלא אם כן הוארך. סייג - ההוראה בדבר פגיעת התוקף לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק היסוד (1994-1995).

אם קריטריונים אלה מתקיימים - החוק מוכשר. אם הקריטריונים לא מתקיימים, נמשיך לפסקת ההגבלה.

פסקת הגבלה: ס' 8 בח"י כבוד האדם וס' 4 בח"י חופש העיסוק (עמ' 44-55)

פס"ד לאור, 16 - לפני המהפכה החוקתית, באמירת צריך עיון אומר לראשונה הש' ברק כי באופן עקרוני קיימת אפשרות שביהמ"ש יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד את "עקרונות היסוד של השיטה".

פס"ד מזרחי, 18 - לאור הפגיעות בזכויות המעוגנות בח"י כובה"א/חופש העיסוק- יש לעמוד ב4 התנאים המצטברים שמפורטים בפסקת ההגבלה אשר קובעים את אופן הפגיעה בזכויות המפורטות בח"י (כבילה מהותית). אם אין עמידה ב4 תנאים אלו - רשאי ביהמ"ש להכריז על בטלותו.

1. הפגיעה צריכה להיעשות בחוק או לפי החוק או מכוח הסמכה מפורשת בו (תנאים חלופיים) -
א. פגיעה בחוק (בייניש בפס"ד המפקד הלאומי, 63) - על החוק שפוגע להיות פומבי, נגיש ובהיר. (עקרון שלטון החוק במובן המהותי - בהמשך...). ברק מבצע הרחבה לפיה הפגיעה בזכות יכולה להיות גם מתוקף הלכה פסוקה, קרי גם הגבלות שבהלכה פסוקה על ז' אדם מוגנת, הן למעשה חוק. (הצדקה לכך - חוק הפרשנות שאינו מכליל הלכות פסוקות, לא תקף לחוק יסוד).
ב. פגיעה לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית - כלל ההסדרים הראשוניים - החוק מאפשר שהפגיעה תהיה בחקיקת משנה אם הפגיעה היא מכוח הסמכה מפורשת. בייניש במפקד הלאומי, 63 - קובעת 3 תנאים מצטברים לאשר חוקיותה של פגיעה באמצעות חקיקת משנה. (1) הסמכה לפגיעה בחקיקה ראשית. (2) על ההסמכה להיות מפורשת. (3) על החוק המסמיך וחקיקת המשנה לקיים את תנאיה המהותיים של פס' ההגבלה. יש לבחון האם הכללים חוקתיים!
רובינשטיין, 8 - שיקול דעתו של השר צריך להיקבע לפי חקיקה ראשית. חקיקה ראשית שלא מצביעה

על אמות מידה לפתרון של הכרעות גורליות ועקרונות (הסדרים ראשוניים) עלולה להביא לבטלותו- ככל שמדובר בסוגיה חשובה יותר המשליכה על ציבור רחב יותר כך ניתן לראות בה הסדר ראשוני שיהיה צריך להיות מוגן בחקיקה ראשית ולא משנית. לא כל הסמכה כללית היא בעייתית, יש להצביע על הקשר בין ההסמכה לבין פגיעה בזכויות אדם (אין דרך אחרת לפרש את הסמכות – קול העם) יש להצביע על הפגיעה של השר / התקנה בז' אדם.

בלקר נ' אשטמקר, 35- הפגיעה בחוק צריכה להיעשות מכוח הסמכה מפורשת בחוק (שמסדירה את הכלל הראשוני) ופרשנותו צריכה להיות לאור ח"י. צריך להיות כתוב במפורש שמותר לפגוע בז' אדם. הלכה זו נהפכה במחוזי אך נדון בה!

שמגר במיטרני, 40- קובע חזקה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את המחוקק משנה להתקין תקנות הפוגעות בז' יסוד, אלא אם אמר זאת מפורשות או שלא ניתן לפרש זאת אחרת. **פרץ נ' שמריהו, 38-** הרשות המבצעת לא רשאית לפגוע בזכות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחוק. **ברק בועד הציבורי נ' עיניים, 4-** עקרון שלטון החוק מחייב שהפגיעה בחירויות האדם תעוגן בהוראת חוק המסמיכה את המנהל לכך.

2. הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית-

זהו עוד מונח שסתום המאפשר לביהמ"ש לקבוע את חוקתיותו של חוק לפי שיקולים ערכיים. מדינה יהודית- 2 גישות: 1. מדינת הלכה, 2. השראה רעיונית לבית המשפט (פרשנות). מדינה דמוקרטית- השמת זכויות אדם בראש סדר העדיפויות הנדימון עשה זאת בעצמך, 47- קיום שני ההיבטים. **ירדור, 2-** שימוש לרעה של דמוקרטיה.

3. לשם תכלית ראויה-

פס"ד חוף עזה, 34- ביהמ"ש קובע 2 מבחני משנה:

1. האם התכלית עצמה ראויה?

- התכלית היא ראויה אם נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכי המדינה, ומגלות רגישות למקומן של ז' אדם במערך החברתי הכולל (**פס"ד איכות השלטון**). לפי **פס"ד אורון, 26-** להתמקד בתכלית הדומיננטית והאמיתית.
- **ברק בפס"ד חורב-** מישור נוסף שיש לבחון הוא את מידת הצורך בהגשמת התכלית, קרי התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה ושל המדינה.

2. התממשות התכלית - המבחן הזה עובר לשלב המידתיות, כמבחן ראשוני.

4. במידה שאינה עולה על הנדרש- 3 מבחני המשנה המצטברים למידתיות (ברק קבע אותם בלשכת מנהלי ההשקעות, 21 - פסילת חוק לראשונה שלא היה מידתי, לאחר 92 אך נחשב חוק מינורי).

1. **מבחן ההתאמה/קשר ראציונלי:** נדרש קשר ראציונלי של התאמה בין המטרה לאמצעי הפוגע. כאן גם נבחן את סיכויי ההתממשות של התכלית- **פס"ד חוף עזה, 34-** שלפנינו חוק עם תכלית בטחונית ביהמ"ש לא מערער על עמדת השלטון.

2. **מבחן האמצעי שפניעתו פחותה:** האמצעי החקיקתי הפוגע בז' אדם חוקתית הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית ע"י אמצעי אחר שפניעתו בז' קטנה יותר. נדרש לבחון פעולה כפולה:

א. דירוג האמצעים לפי חומרתם.

ב. בדיקה האם האמצעי הפוגעני פחות – אכן אפקטיבי. (אם לא- לא משפיע). **פס"ד החותרים-** החובה לקבל החלטה מבין החלופות במתחם הפעולות נדרשת רק כאשר הפגיעה בז' היא משמעותית או אינטרס משקל כבד. **אדוארדו נ' שר הביטחון-** ביהמ"ש מורה ללכת עם האמצעי היקר יותר לשם פגיעה צרה יותר בזכות – שיקול כספי מול זכות לחיים.

3. **מבחן האמצעי המידתי במובנו הצר:** עלות מול תועלת- האם יש יחס ראוי בין התועלת הציבורית לבין היקף נזק הפגיעה (נזק עולה על תועלת) – **פס"ד סטמקה, 102.**

צמח, 24- "פגיעה קשה בזכות חשובה שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש"

לא לשכוח! להכניס איזונים- איזון אנכי- אינטרס רגיל נכנס למידתיות, ואיזון של אינטרס רגשות הדת למדינה יהודית ודמוקרטית.

****פיקציות-חזקה חלוטה-** לכנסת מותר לקבוע חזקה חלוטה שהיא תיחשב כ"אמת משפטית", או לחלופין חזקה הניתנת להפרכה באמצעות ראיות. החזקה השניה תיחשב מידתית יותר מחזקה חלוטה כי היא ניתנת להפרכה.

סעדים:

1. ביטול חוק- חוק הפוגע בזכות אדם ולא עובר את פסקת ההגבלה (אורון, 26- ביטול חוק) (האגודה לזכויות האזרח, 32- ביטול תקנה בנושא דרכונים)

2. כלל העיפרון הכחול- בטלות הסעיפים או החלקים הנגועים באי חוקתיות והשארת החלקים "הבריאים" (לשכת מנהלי ההשקעות, 21)

3. החזרת החוק למחוקק- ע"מ שיחוקק את החוק מחדש ויתקן את אי החוקתיות (צמח-24, לשכת מנהלי ההשקעות-21). סלאח חסן, 6- ביהמ"ש מאפשר למחוקק לגבש הסדר חלופי, שכן הוא קובע הצהרת הבטלות שתיכנס לתוקף רק שישה חודשים מיום מתן פסק הדין.

4. קריאה לתוך החוק- ביהמ"ש משכתב את החוק במקום לבטל את החלק הלא חוקתי הוא מוסיף חלק ההופך אותו לחוקתי- זהו הסעד האפקטיבי ביותר. (חוף עזה-34, חרות-27)

****לא לשכוח ליישם על החוק שנתנו לי – לציין את החלקים הלא חוקתיים בו וכו'. לתת כמה חלופות של סעדים.**

אם ניתן להכשיר את החוק, לזכור אלטרנטיבה נוספת לפטירה מהחוק- ששירלי לימדה:

****סעד מן הצדק-** יש מקרים שאם נוכיח בהם כי הרשות שלטונית לא עומדת בחוק, אזי נפטור את עצמנו מהחוק.

איזונים (עמ' 95)

זכויות הן לעולם ניתנות להגבלה. הגבלתן של זכויות תעשה לצורך שמירה על זכותו של אדם אחר או לצורך אינטרס ציבורי חשוב. מבחני האיזון יהיה הן על חוק והן על פעולה מנהלית (מכוח חוק). חשוב לזכור- ברק בסלודקין, 116- אומר שהמתודיקה של השתלבות האיזונים בתוך מבחני פסקאות ההגבלה טרם הוכרעו סופית!

איזון אופקי/איזון פנימי

זכות מול זכות- מתבצע כאשר הערכים המתחרים הינם שווי מעמד (בין אם מנוי או בלתי מנוי). נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. איזון זה אינו נעשה במסגרת פסקת ההגבלה. כמה אפשרויות מהפסיקה:

1. כלביא, 71- איזון של זמן, מקום ואמצעים.

2. דורנר בנור אריה- לדעתי כאשר האיזון הוא בין חופש דת מול חופש הביטוי: "במקרה זה ויתור הדדי אינו אפשרי...לזכות חופש הדת אין "מרחב נסיגה" והפגיעה בה היא מהותית. מנגד, המקרה מאפשר לרשות השניה לותר על מקצת מזכויותיה על שידור הסרט ביום חול במקום שבת."

3. דורנר ביואב יצחק נ' מוזס- כללי פרשנות הקלאסיים.

4. סומר בהקשר של יואב יצחק נ' מוזס- פסקת הגבלה (ראה טבלה).

אם מדובר ברגשות הדת (אינטרס ציבורי) מול זכות חוקתית על חוקית נכניס מבחן איזון לתוך שלב מדינה יהודית ודמוקרטית:

"על כף אחת של המאזניים מונחת הפגיעה ברגשות הציבור- רגשות הדת של הציבור החרדי הגר באזור, זהו אינטרס ציבורי. על הכף השנייה מונחת הזכות לחופש תנועה שהיא זכות אדם. סגירת כביש בר אילן מעוררת נוקבת על אופייה של ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית." ברק בחורב.

כשמדובר באיזון אנכי – יד חופש הדת על העליונה אלא אם כן הפגיעה ברגשות הדת היא קרובה לוודאית+ פגיעה ממשית וקשה מעבר לסף סיבולת (ברק בגור אריה)

מבחני מידתיות במובנם הרחב (פס"ד חורב- 111 וסלודקין-112)

1. התחשבות ברגשות מתיישבת עם התכלית המיוחדת המונחת ביסוד החקיקה.

2. התחשבות ברגשות אינה גורמת לכפיה דתית.

3. הפגיעה מעבר ל"סף הסיבולת" הראויה- שלושה מבחנים מצטברים-

א. הפגיעה היא קשה, חמורה ורצינית.

ב. ההסתברות לפגיעה הינה קרובה לוודאי (קול העם-66).

ג. קיים עניין חברתי מהותי בהגנה על רגשות הדת.

ד. מידת הפגיעה בחופש התנועה אינה מעבר למידה הדרושה (מכאן מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה).

איזון אנכי

אינטרס מול זכות- סידור הערכים המתחרים זה תחת זה, לפי רמת חשיבות או מעמד נורמטיבי באופן שידו של אחד הערכים על העליונה.

א. מצב שבו זכות חוקתית על חוקית נפגעת לטובת אינטרס (דורנר ביפאורה תבורי) במקרה של רגשות הדת ראה למטה פס"ד חורב). – איזון אנכי יתבצע בשלב השלישי של מבחני המידתיות בפס' ההגבלה (מבחן נזק מול תועלת).

1. הסתברות קרובה לוודאית לפגיעה באינטרס (קול העם-66, גור אריה-115)

2. ברק ביוניברסל- הפגיעה צריכה להיות "קשה, רצינית וחמורה".

3. "סף הסיבולת"- עוצמת הפגיעה הממשית והחזקה (שניצר-3 וסנש-5)

אם הפגיעה אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה כולל הכל, אזי יד הזכות תהיה על העליונה.

ב. מצב שבו האינטרס נפגע לטובת זכות חוקתית על חוקית- איזון אנכי לפי מבחני הוודאות הקרובה (3 התנאים לעיל) (ברק בגור אריה). אם הפגיעה אכן "קשה, רצינית וחמורה", עוברת את סף הסיבולת של החברה הישראלית והתרחשותה בוודאות קרובה, אזי יד האינטרס על העליונה.

שמגר ביוניברסל- "תפיסותינו אינן מתירות הגבלתו של חופש הביטוי בשל כל פגיעה שאיננה חמורה מאוד. רק פגיעה קיצונית, גסה ועמוקה עשויה להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי. בעניין מידת ההסתברות להתרחשותה של הפגיעה, אשר יכולה להניענו להגביל את חופש הביטוי בשל טעם שבסדר הציבורי, אימצנו את הכלל אשר לפיו אם יש וודאות קרובה, כי שימוש בזכות פלונית יפגע במקרה קונקרטי בביטחון הציבור או בסדר הציבורי, יכולה רשות סטטוטורית שהוסמכה לכך להגביל את ההפעלה המעשית של הזכות. המבחן לקיומה של ודאות קרובה הוא מבחן אובייקטיבי."

ההבחנה בין רגשות הדת לחופש הדת- ברק בגור אריה-115 "מבחן זהות עושה הפעלה אסורה" ודורנר "מבחן מהות הפעולה האסורה".

סוגי איזונים:

(1 חופש הביטוי מול רגשות הדת- (גור אריה-ברק) – איזון אנכי – חופש הביטוי הוא העליון אלא אם כן ישנה פגיעה ממשית קרובה וודאית ברגשות הדת.

(2 חופש הביטוי מול חופש מדת- (גור אריה- דורנר) – איזון אופקי.

(3 חופש הביטוי מול אינטרס בטחון המדינה- (קול העם,66) – איזון אנכי – חופש הביטוי הוא העליון אלא אם כן ישנה פגיעה ממשית, קרובה וודאית בביטחון המדינה.

4) חופש ההפגנה מול הזכות לפרטיות- (פס"ד דין, 70) – איזון אופקי – נדרש הגבלה של זמן, מקום ואמצעים. כאשר הזכות או האינטרס אינם עומדים בהגבלה אזי אינן בעלות זכות קיומית.

5) זכות לפרטיות מול דין בפומביות- (דורנר ביואב יצחק נ' מוזס, 68)- איזון אופקי ע"י שימוש בכללי פרשנות הקלאסיים.

6) חופש ביטוי מול זכות לשם טוב- (ברק באבינרי נ' שפירא, 55)- איזון אופקי – לאיש ציבור יש מספיק כלים לשמור על שמו הטוב, וחופש הביטוי חיוני למשטר דמוקרטי, ולכן תינתן עדיפות לחופש הביטוי.

7) חופש העיסוק מול חופש הדת- (פס"ד רסקין, 112) – החוק הוא חוק חילוני ולא נועד לשרת מטרות של השלטת דיני ההלכה. סעיף 11 לחוק עוסק אך ורק בדיני כשרות. (פס"ד הוועד לשומרי מסורת)- פסיקה הפוכה וזאת משום שחיוב הרבנים לערוך טקס נישואין במקום שאינו שומר כשרות כחיובם לעשות דבר האוסר את מצפונם.

8) רגשות הדת מול חופש התנועה- (פס"ד חורב, 111)- יש לעשות מבחני איזון אנכיים.

9) רגשות הדת מול פגיעה בחופש העיסוק חופש המצפון ובחופש מדת- (פס"ד סולודקין)- שילוב של כמה מבחנים. איזון בין רגשות הדת לחופש העיסוק כפסקת ההגבלה. בנוסף, שימוש במבחני האיזון ובמבחן סף הסיבולת.

איזונים כאשר הפגיעה באמצעות חוק/תקנה

מי הגוף הפוגע? (באמצעות חוק תמיד!) ולאיזה מטרה?	עד המהפכה החוקתית	אחרי המהפכה החוקתית
הכנסת פוגעת בזכות באמצעות חוק לטובת אינטרס	החוק תקף לאור עקרון ריבונות הכנסת.	<p>החוק שמור בשמירת דינים- נפרש לאור הכרסומים של גנימאת (היקש-ברק, הסדר שלילי-חשין).</p> <p>החוק לא שמור בשמירת דינים- לשים לב אם הוא לא שמור בגלל שהוא תוקן "חוק מיטיב" (צמח) או בגלל שהוא בחיים לא היה שמור. נעשה פסקת הגבלה רגילה (לשכת מנהלי ההשקעות).</p>
רשות מנהלית (שר כלשהו) פוגעת בזכות לצורך אינטרס	<p>1. מותנה בקיום סמכות מפורשת ע"פ החוק.</p> <p>2. מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית (קול העם, שניצר)</p>	<p>הסמכות בחוק הראשי שמור בשמירת דינים- נפרש את החוק המסמך לאור הכרסומים של גנימאת (היקש-ברק, הסדר שלילי-חשין). ביקורת שיפוטית רק על התקנה- מבחן פסקת הגבלה +מבחן הוודאות הקרובה. 2 גישות להכנסת וודאות קרובה- 1. אינטרס של רגשות הדת – בשלב של מדינה יהודית ודמוקרטית (ברק בחורב וסולודקין).</p> <p>2. אינטרס אחר- בשלב של מידתיות במבחן עלות מול תועלת (דורנר ביפאורה תבורי).</p> <p>הסמכות בחוק הראשי לא שמור בשמירת דינים- לשים לב אם הוא</p>

<p>לא שמור בגלל שהוא תוקן "חוק מיטיב" (צמח) או בגלל שהוא מעולם לא היה שמור. החוק המסמיך עומד למבחן פסקת ההגבלה. אם החוק כשר ע"פ פסקת ההגבלה, יישומו ע"י הרשות המנהלית יבחן בנפרד כאמור לעיל.</p>		
<p>1. זכות מעוגנת בחוק יסוד כולל בלתי מנויות- איזון אופקי: זמן, אמצעים, מקום (כלביא, דיין). 2. כללי הפרשנות הקלאסיים (דורנר ביצחק נ' מוזס). 3. פסקת הגבלה שבה האיזון האופקי יכול להיעשות במסגרת מבחני המידתיות= בשלב של האמצעי שפגיעתו פחותה (סומר מציע בהקשר של יצחק נ' מוזס).</p>	<p>החוק תקף לאור עקרון ריבונות הכנסת. במקרה של התנגשות בין חוקים – 1. כללי הפרשנות הקלאסיים- ספציפי על כללי, מאוחר על ישן (נגב). 2. חוק פלוס/חוק מינוס (התנועה המסורתית)</p>	<p>הכנסת פוגעת בזכות באמצעות חוק לטובת זכות אחרת</p>
<p>1. מותנה בקיום סמכות ע"פ חוק. 2. פסקת הגבלה שבה האיזון האופקי יכול להיעשות במסגרת מבחני המידתיות= בשלב של האמצעי שפגיעתו פחותה (אמצעים, זמן, מקום- פס"ד כלביא)</p>	<p>1. מותנה בקיום סמכות ע"פ חוק. 2. הפעלת הסמכות כפופה לאיזון האופקי.</p>	<p>רשות מנהלית פוגעת בזכות באמצעות חוק לצורך זכות אחרת</p>

זכויות מנויות – עמ' 52

(1) **הזכות לקניין** - מעוגנת **בח"י כבוח"א ס'3** (כל אדם).

- **ברק במזרחי**- הפקעה עם מתן פיצוי היא עדיין פגיעה בקניין. "**פגיעה באינטרס בעל ערך כלכלי**" נכלל בפגיעה בזכות חוזית (in personam) ומכאן הפגיעה בזכות לקניין.
- **שמגר במזרחי**- בניגוד לברק, הפגיעה בקניין רק כאשר יש "**אקט חוזי בעל השלכות מהותיות**". אין כוונה שביט המשפט יפעיל סמכות חקיקתית על כל חיוב אגרה ולכן נבחין בין מהותי ללא מהותי.
- **פס"ד הולצמן ופייצר**- הפיצוי על ההפקעה התרחב לאור מעמדה של הקניין כזכות חוקתית על חוקית.
- **פרופסור חנוך דגן**-רואה בקניין כנושא עמו גם אחריות חברתית, ולפיכך ייתכנו פגיעות בזכות לקניין אשר תוצדקנה מתוך הגבלתה הפנימית של הזכות לקניין ולא ייחשבו לפגיעה בה.
- **מאמר פרופסור יואב דותן "המעמד החוקתי של הזכות לקניין"**- הטענה לפיה יש לצרף את הזכות לקניין למגילת הזכויות החוקתיות שלנו- פירושה תמיכה בהגנה על מצב נתון של חלוקת העושר בחברה, כנגד האפשרות לשנות את המצב הזה באמצעות פעולה דמוקרטית, למדיניות חלוקה צודקת יותר.

- מס- פוגע בז' קניין? **לבדוק במחברת בחינה. נטע: 64-65 תמר: 111-112.**

(2) הזכות לחיים - מעוגנת בס' 2' (ז' שלילית) ובס' 4' (ז' חיובית) לח"י כבוה"א (כל אדם).

- **הזכות לבריאות** אינה נחשבת כחלק מהזכות לחיים, היא נחשבת זכות חברתית. מה שמקובל לגבי זכויות חברתיות הוא שמדינה צריכה להעניק אותן בהתאם לתקציב שלה **(סומר)**.
- **ברק באדם טבעי ודין** - על יסוד מודל הביניים נפסק כי לא ניתן לגזור מהזכות לכבו"א וחירותו את הזכות לאיכות סביבה ראויה.

(3) הזכות לחירות - מעוגנת בח"י כבוה"א ס' 5' (לכל אדם כולל עובדים זרים).

- כוללת את החירות הפיזית ממאסר.
- **גישה מרחיבה ל"בכל דרך אחרת"** - במסגרת הניסיון להרחבת הזכויות בחוק היסוד, לזכויות בלתי מנויות, ניתן שביטוי זה יכול לשמש כמקור לזכויות בלתי מנויות. אולם, נראה כי הביטוי "בכל דרך אחרת" מכיל רק דרכים נוספות הדומות לאלו שנמנעו לפיו כגון: אשפוז כפוי.
- ניתן להעלות טענה **שחוק הפרשנות** מאפשרת להרחיב את הביטוי "בכל דרך אחרת" לזכויות בלתי מנויות, אולם כזכור נקבע ע"י **ברק** שהוראת חוק הפרשנות אינה חלה במישרין על חוקי יסוד.
- **חירות בהקשר למעצר**: חלוק שינויים משמעותיים במעצרים לאור חקיקת חו"י כבו"א וחירותו: קיצור התקופה בה צריך להביא עציר בפני שופט (ע"י חוק המעצרים החדש, 1996) **גנימאת, 23** – בהקשר של חוק הנוגע למעצרים ששמור בשמירת דינים **(סוגיית היקש/הסדר שלילי) פס"ד פלוני, 121** – חירות העצירים בעסקת רון ארד לא ניתן לאפשר מעצר מנהלי של אדם שממנו לא נשקפת כל סכנה לבטחון המדינה.
- **חירות בהקשר למאסר: בג"ץ פר"ח** - נקבע כי מאסר הוא אמצעי כפייה לתשלום חוב ולא עונש. הנפקות- מי שאין לו כסף לא הולך למאסר מכיוון שאין מה לכפות עליו. בנוסף מותר לאסור אדם בשל הוצאה לפועל רק לאחר הסבר זכויות.

(4) זכות לפרטיות וצנעת הפרט – מעוגנת בח"י כבוה"א ס' 7' (כל אדם).

- מקנה לאדם הז' לנהל את אורח חייו כרצונו בביתו שמהווה חלק מהאוטונומיה הפרטית שלו- "ביתו של אדם – מבצרו". כוללת הגנה על פרטיות הגוף, מקום המגורים מפני חיפוש וכניסה ללא רשות וכן הגנה מפני האזנות סתר.
- **פס"ד דיין** - נפרש את הז' לפרטיות באופן רחב ובכובד רב. שיקולי פרטיות מול הז' להפגין (בהמשך – ז' להפגין).
- **דוק' פירות רעילים (פס"ד צ'סקלה)** - ראיות שהושגו שלא כדין ייפסלו לאחר חקיקת כבוה"א. מעוגן בס' 32 לחוק הגנת הפרטיות וס' 13 לחוק האזנות סתר (פורש בפס"ד אילוז).
- **פס"ד יששכרוב** - נפסלה הודאה של נאשם שהושגה שלא כדין.
- **דורנר ביואב יצחק נ' מוזס** - פסקה שהוראות הפומביות בחו"י: השפיטה ("ביהמ"ש ידון בפומבי זולת אם נקבע אחרת בחוק או שבית המשפט הורה אחרת לפי החוק"). גוברת על הוראת הפרטיות שבחו"י: כבוה"א וחירותו.

(5) זכות לכבוד - מעוגנת בס' 2' (זכות שלילית) ובס' 4' (ז' חיובית) לח"י כבוה"א (כל אדם).

- נותנת ביטוי לערך כבוד האדם מתוך ראייה ליברלית, שוויונית והומאנית המכירה **באוטונומיה של הפרט לממש עצמו**. "התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ובמכלול אנושיותו" – **התנועה לאיכות השלטון**.
- מינימום קיום אנושי – ב2003 **בג"ץ עמות מחויבת לשלום ולצדק חברתי, 28- ברק** - "אין לקרוא אל תוך הזכות לכבוד יותר ממה שבכוחה לשאת... הזכות לקיום בכבוד היא הזכות היא הובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי." **לוי (מיעוט)** - "הזכות לתנאי מחייה בסיביים ולסיפוק צרכים

- חיוניים, ובהם קורת נג, לבוש מזון, כלולה כמובן בהגנה המוענקת לזכות לקיום אנושי בכבוד, אך אין לומר כי היא מוגבלת באלה.
- מינימום קיום אנושי - ב2004 **ביניש בסאלח חסן** – "כבוד האדם במונחו החוקתי מקיף וכולל בתוכו גם זכות למינימום של קיום אנושי וכבוד".
- **פרשנות רחבה** - הז' לקיום מינימלי בכבוד (ברק ולוי).
- **מאמרו של סומר (כבוד האדם כד' חוקתית)** - פגיעה בכבוד המחיה דינו פגיעה במימוש הפוטנציאלית של כל אדם כפרט ייחודי.

6) חופש התנועה- הזכות ליציאה מישראל וכניסה אליה – **כבוא"א ס'6 (א) יציאה מישראל** (כל אדם), **6 (ב) כניסה לישראל** (כל אזרח)

- המקורות מהן נכזרת הזכות לחופש התנועה עוד בטרם חקיקת חוק היסוד – **הכרזת העצמאות** "מדינת ישראל תהא מושתתת על יסודות החירות". חירות זו כוללת את הזכות לחופש התנועה וליציאה מהמדינה. **פרופ' יפה זילברשלץ** - "ללא ספק לא ניתן להגשים חיים מלאים ועשירים אם אדם אינו יכול לחיות בכל מקום שחפץ ותנועתו מוגבלת".
- חופש התנועה הפנים מדינתי כזכות חוקתית על חוקית – **ברק בחורב** – "חופש התנועה בכללותו (ולרבות חופש התנועה הפנימי) הוא נגזרת של הערך של כבוד האדם, המעוגן במפורש בחוק היסוד" < **ביטוי לאוטונומיה של רצון הפרט** (דרכו נזרים ז' לא מנויה). **מנגד** - **הש' טל** – "חופש התנועה אמנם ז' יסוד אך אינה נגזרת מח"י כבוא"א".
- ז' לבחור את מקום המגורים- בפסיקה הישראלית לא נדונה זכות זו כנגזרת חופש התנועה הפנימי אלא כד' לשיוויון (**קאעדן, בורקאן ואביטון**).
- חקיקה עקיפה המכירה בז' אדם לבחור מקום מגוריו – **ס' 165 (ב) לחוק ביטוח לאומי**.
- סמכות גירוש מישראל- בוטלה, נשארה בשטחים.
- הסגרה- הפרת חירות, נגזרת של ס' 5 לח"י כבוא"א.

7) חופש העיסוק- מנויה **בס'3 לח"י חוה"ע**

- מעמד לפני המהפכה החוקתית הכירה בז' לחופש העיסוק כז' טבעית.
- **ידוקים נורמטיביים להכרה**: מאפשר המשך קיומו הפיזי, מקנה מעמד בחברה, הקמת משפחה וקיומה, הגשמת סגולותיו הרוחניות של האדם, הגשמת אישיותו, הבאה לידי ביטוי את האוטונומיה של רצונו, תרומה למרקם החברתי בו הוא חי ואליו הוא שייך.
- **הזכות ההלכתית (לכל אדם)**- נובעת מזכותו של **כל אדם באשר הוא אדם** לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה, ומטילה חובה על רשויות השלטון לא להפריע. חלה באופן ישיר על המשפט הפרטי. **חשין בבד'ארנו** – "זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלוח-יד, אשר יבחר לעצמו בכל זמן שהתעסקות בעבודה או במשלוח היד אינה אסורה מטעם החוק זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה". **ברק בספרו פרשנות חוקתית**- במקום בו לא חלה הז' החוקתית חלה הז' ההלכתית. **לוי בקו לעובד, 48-** מתייחס לחופש העיסוק כזכות הלכתית לצד זכות חוקתית והבעייתיות שיש בח"י חופש העיסוק בכך שמעניק זכות זו רק לתושבים ואזרחים.
- **הזכות החוקתית – ח"י חופש העיסוק** : (לכל אזרח או תושב).
 - "אזרח או תושב" – **ס' 3 לחוק, אזרח לפי ס'1 לחוק האזרחות**. תושב- מושג גמיש, נקבעת לפי הזיקה למדינה (**פס"ד שינביים, 107**).
 - "לעסוק" – חופש להיכנס לעיסוק וחופש לפעול במסגרתו. (**ביניש במנחם**)
 - "עיסוק, מקצוע או משלח-יד"- בחירת מקצוע היא ביטוי להגדרה עצמית ולרצון החופשי של הפרט כחלק מהאוטונומיה שלו. עיסוק מתמשך המעניק לפרט בסיס לחיים.
 - הבחנה בין כניסה לעיסוק לבין מימוש עסקי – **ביניש במנחם** – קושי לעמוד על האבחנה בין השניים, אולם עפ"י פסיקת ביהמ"ש הפגיעה במימוש העיסוק פחות חמורה מהפגיעה בכניסה לעיסוק. הגבלות במימוש העיסוק תהא פגיעה פחות חמורה שכן, הן קשורות פחות לנושא הביטוי והמימוש העצמי אלא להצדקות שעניינן בחברה וברווחיותה. לפיכך, נטייה של בית המשפט לקבל.

- הבחנה בין הגבלת עיסוק- לגיטימי. איסור עיסוק- פוגע בהגשמה עצמית. מבחן מהו עיסוק **(בייניש במנחם)** – "מבחן כפול": (1) פעולה המהווה בסיס לחיים. (2) פעולה לא חד פעמית. (גניבה-לא, תחביב-כן).
- **דרכים להגביל או לאסור את חופש העיסוק-**
 - 1) **חוזי תניות ללא תחרות- ברק בAES נ' סער-** בהגנה על אינטרס ציבורי של חופש התחרות ניתן לאסור על העובד להשתמש ברשימת לקוחות או סודות מסחריים כחלק מה **"אינטרס הלגיטימי"** של המעביד, אך לא ניתן לקיים חוזה שכל תכליתו הוא למנוע תחרות של העובד במעביד לאחר סיום עבודתו – **"אינטרס עירום"**. חוזה מסוג זה ייחשב כנוגד את **"תקנת הציבור"** (תוזרם לתוככי המשפט הפרטי ע"י **ס' 3 לחוק החוזים**) ובכך בית המשפט יוכל לבטל את תנאי המעביד שקבע בחוזה. יש לבחון את תנאי המעביד בחוזה עפ"י מבחני מידתיות וסבירות.
 - 2) **מקצועות הדורשים פיקוח/ רישיון (פס"ד שטנגר-** לשכת עורכי הדין). **פס"ד מנחם** – אגרת המוניות לא הורגת ממתחם המידתיות- **"המחוקק, אינו צריך תמיד להיצמד לדרגה הנמוכה יותר שבתחתית הסולם"**.
 - 3) **הגבלות המגשימות ערכי ישראל – פס"ד מנחם** – אין לפגוע בחופש העיסוק אלא אם כן יוכח צורך חברתי מהותי שמהווה מטרה חברתית חשובה לשם הצדקת הפגיעה. **פס"ד הנדימן – חוק שעות עבודה ומנוחה** – מקיימת את תכלית מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. **ברק בקראדי** – סגירת בית קפה שמהווה מקום מפגש לטורוריסטים. מותר לפגוע בחופש העיסוק של מקום עבודה אם פוגע באינטרס הציבורי.
 - 4) **חיקה השוללת עיסוק- פס"ד 90 הכדורים-** על אף שמדובר בשלילת עיסוק (הימורים פרטיים), הרי שהשלילה עומדת בפסקת ההגבלה, שכן מטרתן של ההוראות הן: **"למנוע הימורים והגרלות העלולים לגרום להתמכרות, לנזק כלכלי חמור, לפשע ולהרס התא המשפחתי, והעיקר – הגדלת הנטל המוטל על החברה"**.
 - חופש התחרות – **ברק בפס"ד סער** – "מחופש העיסוק נגזר חופש התחרות, עם זאת, חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי העומד על רגליו הוא. **"מאמרו של ד"ר אייל גרוס-** מבחין בין **התפיסה האישית** – ההצדקה להגנה על חופש העיסוק מצויה בהכרה בזכותו של האדם לחפש לו אחר מקומות מחיה, למצוא לו מלאכה מפרנסת ולבטא עצמו באמצעותה (התפיסה ה**בז'רנאית**) לבין **התפיסה התחרותית** – חופש חוזים ותחרות חופשית. גרוס – תפיסה תחרותית אינה רצויה, יש לשוב להגדרה אישית **(פס"ד כלל)**.
 - **עובדים זרים – לוי בפס"ד כלל לעובד** – לא מקבל את העובדה שאין לעובדים זרים זכות חוקתית – משאיר בצריך עיון האם קיימת אחת כזו. מכיר בזכות ההלכתית שלהם לחופש העיסוק הנתונה "לכל אדם".
 - **חוקתיות העיסוק – הלכת בז'רנו** קובעת כי היקף הזכות מותנה בחוקתיות העיסוק. לכן יעברו את שלב היקף הזכות אך סביר ויפסלו בשלב היקף ההגנה. במסגרת היקף ההגנה על הזכות נבחן:
 - 1) שיקולים הנוגעים להגנה על טובת הציבור.
 - 2) מדיניות המדינה – כלכלית או אחרת (שביהמ"ש לא אוהב להתערב בהם).

זכויות בלתי מנויות

לא נכלל במפורש בחוקי היסוד **שנחקקו ב2092** אך הוכרו בפסיקה כזכויות בעלות מעמד נורמטיבי עליון הנגזרות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וזאת לפי **מודל הביניים שברק הציג בפס"ד התנועה לאיכות השלטון**. המודל שנבחר בכדי לבחון פגיעה בזכויות האדם – **זכויות הקשורות קשר ענייני הדוק לכבוד האדם זכות להגנה, גם הזכויות הנמצאות בשולי הזכות**. אולם, **במאמרו של ברק במשפט ועסקים** נזהה גישה מעט פשרנית יותר: **"אין לכלול במס' הזכויות לכבו"א את כל הזכויות האזרחיות, הפוליטיות והחברתיות המוכרות במשפט המקובל שלנו או במשפט המשווה**. כבו"א אינו כל הטוב והיפה שבחיים."

יישום המודל: בדיקה אם ישנה **פניעה באוטונומיה של הרצון הפרטי** – (פס"ד טייב – "כל אדם זכאי לכתוב את סיפור חייהם כרצונם ועפ"י בחירתם – זוהי האוטונומיה של הרצון החופשי")
סומר במאמרו "הז' הבלתי מנויות" – מחד, אין להרחיב את תחולת חוקי היסוד והזכויות הנובעות מהן מעבר לאלו המנויות בהם במפורש שכן הרחבת חוק היסוד פוגעת בתהליך ה"אטומיזציה" ובתהליך הפשרה פוליטית. זאת בניגוד לעמדת **ברק** – חוקי יסוד מקימים גם את הזכויות הבלתי מנויות, או לפחות חלק מהן.

חופש הביטוי

מעמד נורמטיבי – נגזרת כבעלת מעמד נורמטיבי עליון מעצם היות ישראל מדינה דמוקרטית (פס"ד אופלני הסרטה וברק בכהנא)

פס"ד סטיישנפילם וסנש – חופש הביטוי נגזר מכבוד האדם.

פס"ד המפקד הלאומי (בייניש במיעוט) – קביעתה כזכות חוקתית בעלת קשר ענייני והדוק לח"י כבוה"א.
נאור (רוב) – "כבוד האדם וחירותו כולל את האוטונומיה של הרצון הפרטי ומשם נגזר חופש הביטוי הפוליטי."

הכרזה חופש הביטוי הפוליטי – כזכות חוקתית על חוקית. פרקציה – זכות פסיבית/ נגטיבית מסוג חירות – על המדינה חובה שלא להפריע למימושה.

מבחן הדו שלבי לבחינת חופש הביטוי: (1) כיסוי/היקף הזכות, (2) הגנת הזכות

1. כיסוי הזכות – הביטויים הנכללים בחופש הביטוי:

- חופש הביטוי משתרע על כל צורות הביטוי (עיתונים, ספרות, טלוויזיה, קולנוע)
- חופש הביטוי משתרע על כל סוגי הביטוי (פוליטי (מפקד לאומי), מסחרי (קידום), ספרותי, אמנותי (ביוניברסל סטודיוז))
- חופש הביטוי משתרע על זכות ההפגנה (פס"ד לוי נ' מפקד המחוז הדרומי)
- חופש הביטוי משתרע גם על ביטויים שפוגעים ברגשות הציבור (פלייבוי, קידום, יפאורה תבורי)

2. הגנת הזכות – האם הביטוי הספציפי זכאי להגנה של חופש הביטוי?

שיוך דבר מסוים לתחום של "ביטוי" איננו אומר שהדבר מותר באופן בלתי מוגבל, אלא רק שמסגרת הדיון יהיה חופש הביטוי. יש לקבוע בכל מקרה קונקרטי:

- מהו ערכו של אותו "ביטוי"? (פוליטי, מסחרי, אמנותי)
- האם עומד ביסודו אנטרס ציבורי מיוחד? (דמוקרטיה, שוק דעות, מסחר, גילוי אמת, ביטוי פוליטי)
- מהו ערכו של האנטרס המתנגש עם חופש הביטוי? (רגשות הציבור, ההסדר הציבורי, בטחון המדינה)

חשיון משאיר ב"צריך עיון" אם כן יש אבחנה בין "היקף" הפריסה ל"היקף" ההגנה. **ברק** – גישתו מוליכה לתוצאה שכל פגיעה חקיקתית בחופש הביטוי ולו בנושאים כמו עדות שקר או גזענות, תגיע לבחינה חוקתית במסגרת פסקת ההגבלה. **גישה נוספת** – מוציאה את חופש הביטוי מהגדרת "הזכות" ובמקרה זה עקרון ריבונות הכנסת מקבל תוקף מלא, כמעט ללא יכולת של ביקורת שיפוטית של בית המשפט.

טעמים להגנה על חופש הביטוי: גילוי אמת, מכשיר וביטוי לדמוקרטיה, שינוי בשכנוע ולא באלימות, מימוש וביטוי עצמי:

1. **מכשיר לגילוי האמת** (דוגמאות מהפסיקה)

- **ביטוי גזעני נכלל בחופש הביטוי** – היקף ההגנה על הזכות – לגבי כל ביטוי, "יהא תוכנו אשר יהא". גם ביטוי גזעני (**ברק בכהנא**) חופש הביטוי משתרע על דעות מקוממות וחריגות (**שמגר בניימו**).
- **חופש ביטוי נגד הזכות לשם טוב** – כאשר הוכחה אשמתו של הנתבע (המפרסם) בגין לשון הרע- הזכות לשם טוב על העליונה. אך אם טרם הוכחה זאת חופש הביטוי על העליונה, זאת בכפוף לכך שהמפרסם מצהיר כי עומדת לו הגנה, דבריו אמת- וכי הוא יגן על הפרסום לגופו.

העובדה שיש לאיש ציבור יותר נגישות לתקשורת ולציבור מחלישה את זכותו לשם טוב **(אבנרי נ' שפירא)**.

- **שוק חופשי של דעות** – זהו האידיאל, המצב בפועל – יש כשל שוק ובו רק לבעלי ממון יש גישה לשוק ואז למדינה ז' להתערב **(פס"ד כהנא, אבנרי נ' שפירא)**.
- **ברק בפס"ד סנש** – "בחברה דמוקרטית, כשלונו של השקר יבוא מתוך חינוך לאמת, בדרך של הגברת השיח הציבורי ולא בדרך של הנבלת הביטוי השקרי".
- **פס"ד בכרי** – "נפסק כי במסגרת חופש הביטוי אין בוחנים אם הביטוי הוא אמת או שקר, שכן הסרת ההגנה מהביטוי השקרי מעניקה לרשויות את הכוח להחליט אילו ביטויים ראויים להשמיע ואילו אינם ראויים להישמע" – אמות המידה לאיזון היא הקבועה בפסקת ההגבלה **(באופן ישיר או מכוח היקש)**.

2. מכשיר לדמוקרטיה:

- **שמגר בבג"צ קלופפר נוה** – "אין להעלות על הדעת שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי ללא החלפת דעות ושכנוע הדדי".
- **מבחני בייניש לאבחנה בין ביטוי פוליטי/ אמנותי לבין ביטוי מסחרי**: (1) תוכנו של הביטוי, (2) אופיו של המתבטא, (3) מטרותיו של הביטוי. יש לבחון את האפקט הדומיננטי של התשדיר מנק' מבטו של הצופה.
- **חופש הביטוי הפוליטי** – "מצוי בנרעין הזכות של חופש הביטוי כיסוד המשטר הדמוקרטי" **(המפקד הלאומי)**.
- **חופש הביטוי המסחרי (קידום)** – מספק מידע ואינפורמציה ומגשים את הזכות של הציבור לדעת להקשיב לקבל מידע. פחות שומרים עליו בשלב היקף ההגנה.
- **דוק' ההגנות (המפקד הלאומי)** – נבחנת בשלב התכלית הראויה של פס' ההגבלה. תכליתה של הדוקטרינה היא להבטיח "שוק רעיונות חופשי" המשקף באופן ראוי ושלם את מגוון הדעות. יש להבטיח שוויון בהשתתפות בשיח הציבורי ולמנוע השפעה בלתי הוגנת ובלתי שוויונית על ציבור המאזינים והצופים.
- **חופש הביטוי העיתונאי והתקשורתי** – זכות הגישה לאמצעי התקשורת + זכות הציבור לדעת. **(פלוני נ' אילנה דיין)**.
- **שריפת דגל (ג'וני נ' טקסס)** – נחשבת לחופש הביטוי.

3. **שינוי בשכנוע ולא בכוח** – "הקיטור החברתי מוצא ביטויו במסלול השקט של הביטוי ולא במסלול האלים של המעשים" **(ברק בכהנא)**

4. **מימוש וביטוי עצמי: (אגרנט, פס"ד קול העם) פס"ד ראם** - ז' של כל אדם להתבטא בכל לשון שיבחר.

הז' לחופש המידע – ז' הנגזרת מחופש הביטוי אך כיום כבר חקוקה. 2 טעמים להכרה בה:

(1) **הטעם הדמוקרטי** – זרימה חופשית של מידע. **(פס"ד ויקי שירן)**

(2) **טעם הבעלות** – מידע שברשויות השלטון שייך למעשה לציבור.

איזונים (לפי רובינשטיין (בספרו המשפט הקונסטיטוציוני):

1. **בטחון המדינה** – אינטרס המדינה לשמור על ריבונותה ועצמאותה מפני איום ופגיעה חיצוניים (צנזורה צבאית, **(פס"ד שניצר)**).
2. **שלום הציבור** – אינטרס המדינה לשמור על יציבות המבנה החברתי והמשטר הדמוקרטי מפני פגיעה הרסנית בתוך המדינה.
3. **הסדר ציבורי** – אינטרס המדינה לשמור על אורחות חייהם של תושבי המדינה מפני מהומות והפרעות בלתי מרוסנות.

שלושת האינטרסים הללו משמשים בערבוביה פעמים רבות, והם הבסיס לאיזון של פסקי הדין קול העם ושניצר בנושא "ודאות קרובה לפגיעה ממשית" באינטרס חשוב.

4. **המוסר הציבורי** – אינטרס החברה לשמור על מסגרת הנורמות הבסיסיות של החברה מפני השחתה ודרדור ערכי. (פורנוגרפיה – **פס"ד של פלייבוי**)

5. רגשות הציבור – אינטרס הציבור לשמור על אמונותיו ורגשותיו המקודשים מפני חילול, ביזוי והכפשה פומביים (וניברסל סיטי סטודיוס)
6. הזכות לפרטיות – אינטרס הפרט לחיות במנוחה ולהגנה מפני חדירה וחשיפה של עולמו הפרטי ללא הסכמתו.
7. הזכות לשם טוב – אינטרס הפרט לשמירת כבודו העצמי בפני הציבור מפני הכפשה והוקעה פומביים (לשון הרע, אבנרי נ' שפירא)
8. טוהר ההליך השיפוטי – אינטרס החברה להבטחת הליך שיפוטי אובייקטיבי, הוגן וללא פניות (זילות בית המשפט, סוביודיצה)

הזכות להפגין

מעמד נורמטיבי (לכל אדם)

- עוד לפני חקיקת ח"י ב-92 הוכרה הזכות כז' יסוד במשטר דמוקרטי. כעת מוגדרת כז' בלתי מנויה הנגזרת מחופש הביטוי ושייכת לאותן חירויות המעצבות את אופי המשטר הדמוקרטי, משמשת כאמצעי יעיל להעברת מסרים. (פס"ד דיין, מטה הרוב)
- אחרי 92, נקבע כי הזכות להפגין היא זכות יסוד בישראל הנגזרת מכבוד האדם (פס"ד כלביא, סיעת מר"צ). הזכות בעלת פן חיובי ושילולי – ס' 4+2 לחו"י כבו"א וחירותו (מטה הרוב) – מטילה חובה שלילית – לא להפריע, ולצידה חובה חיובית – לנקוט משאבים כדי שהאזרח יוכל לממשה.

הגבלת הזכות:

- הז' הינה יחסית וניתן לפגוע בה באופן הבא: זמן, מקום ואמצעים (פס"ד דיין)
- בפק' המשטרה ס' 84 (א) – מסמיך את המשטרה לדרוש רשיון מעל ל- 50 איש משתתפים, חמישה ימים טרם ההפגנה.

נסחת איזון בין הזכות להפגין לאינטרסים אחרים (איזון אנכי):

- מבחן הוודאות הקרובה** נבחון רמת הסתברות הפגיעה לפי 2 קריטריונים (פס"ד סיעת מר"צ)
1. קביעה לפיה אכן קיימת וודאות קרובה לפגיעה קשה באינטרס הנדון (לדוג' סדר ציבורי).
 2. הקביעה צריכה להתבסס על ראיות קונקרטיות ואין די בהערכות או ספקולציות.

נק' לדין במסגרת האיזונים –

- דין בצמצום ההפגנה לשעות ולמרחקים מסוימים – יש לטעון מחד שהמיקום רגיש/ שעות שמפריעות לסביבה וכו'. מאידך יש לטעון שהרחקת ההפגנה או הגבלתה יתר על המידה הופכת אותה ללא אפקטיבית – אזי פגיעה קשה בז' להפגין (סיעת מר"צ).
- דחייתה ליום אחר – אם היום הספציפי היה יום חשוב (יום השנה/חג מסוים) – ההעברה יכולה לרוקן את ההפגנה מתוכן.
- אמצעי אבטחה להפגנה – נקבע בפס"ד מטה הרוב וכן בפס"ד מר"צ שחובתה של המדינה בהיבט החיובי של הזכות להפגין (ס' 4 לחו"י כבו"א וחירותו), משמעותה בין השאר את חובתה לאפשר מימושה של הז' להפגנה ע"י אבטחתה ושמירה על הסדר הציבורי במהלכה. העברת אחריות = פגיעה בז' להפגין. שמירת הסדר באירועים אשר יש בהם מימוש זכויות חוקתיות נופלת ל"גרעין הקשה" שבמסגרת תפקידיה של המשטרה (מטר הרוב).
- איסור על הפגנה – הוא האמצעי האחרון! ציטוט חשוב: יש לזכור שמתן כוח לקהל עוין לסכל במימוש ז' ההפגנה הינה מתן פרס לאלימות ועידודה (דורנר, מר"צ) ולכן יש למנוע ביטול הפגנה ככל האפשר.

נסחת איזון בין הזכות להפגין לבין פגיעה בזכות אחרת (איזון אופקי):

- ז' להפגין מול הזכות לפרטיות/ קניין/ עיסוק/ תנועה = איזון אופקי (עושים רגיל) = איזון של זמן, מקום ואמצעים (כלביא-71).

הפגנה מול בית פרטי – ז' לפרטיות מול הז' להפגין – איזון אופקי. הפגנה מול מעון רשמי –
אובייקט ראוי להפגנה **(כלביא / דיין)**
הפגנה מול בית פרטי של איש ציבור – ז' להפגין מול ז' לפרטיות (של איש ציבור ושכניו)
דעות חלוקות:

הש' ברק (דיין נגד וילק/ כלביא) – סבר כי הזכות לקיים אסיפה והפגנה משתרעת גם לעבר ביתו הפרטי של איש ציבור. פרטיותו של המעון תתבטא באיזון הראוי מבחינת זמן, מקום ואמצעים – בין זכות ההפגנה מזה לבין הזכות לפרטיות ולהנאה מהקניין מזה.

השופט ש' לוי (דעתו שניתנה בפס"ד וילק מפורטת ע"י ברק בעם כלביא) – גרס כי הזכות להפגנה צריכה להגשים את עצמה רק מול מוסדות הציבור, שכן ביתו הפרטי של איש הציבור הוא מבצרו. זכות ההפגנה אינה מגיעה לתחום זה. לכן, אין לאפשר הפגנה מול ביתו של השר.

השופט גולדברג (דעתו שניתנה בפס"ד וילק מפורטת ע"י ברק בעם כלביא) – קבע כי אם קיימת חלופה אפקטיבית, ניתן למנוע הפגנה ליד ביתו הפרטי של איש ציבור. בהיעדר חלופה אפקטיבית, מוכרת זכותו של אדם להפגין ליד ביתו הפרטי של איש הציבור.

עקרון השוויון

הקווים הכלליים של עקרון השוויון –

(1) אסורה הפליה פסולה בין שווים, (2) אסורה הפליה בין שונים כאשר השונות ביניהם איננה רלוונטית לעניין ההפליה **(אליס מילר)**, (3) מותרת הבחנה בין שונים כאשר השונות היא רלוונטית **(פס"ד אביטן –** בדואים).

מאמר של הלל ופינטו - "העדפה מתקנת":

שוויון פרומאלי – משמעותו הוא "עיוורון צבעים". מדובר על מושג סביל האוסר על מקבל ההחלטות להתחשב בשיקול זר כגון: דת, לאום, גזע או מין. תאוריה זו מדגישה את האוטונומיה של הפרט ומצדדת בהתערבות מינימאלית של המדינה. גישה זו דוחה את רעיון ההעדפה המתקנת.

שוויון מהותי – גישה זו רואה בעקרון השוויון נורמה חברתית שמידת הצלחתה נבחנת בתוצאות. גישה זו אינה מרוצה מן התוצאות שהושגו בייצוגן של קבוצות חלשות באמצעות מדיניות השוויון הפרומאלי. **שוויון מהותי = PRO** העדפה מתקנת. ע"פ השוויון המהותי השגת שוויון בתוצאות מחייבת פעולות חיוביות ומעשיות. יש לקיים שוויון מהותי ולא שוויון פרומאלי **(פס"ד אביטן)**.

מעמד נורמטיבי – 3 גישות (לכל אדם):

1. **עקרון השוויון כעקרון חוקתי כללי, פרי פיתוחו של ביהמ"ש העליון –** לפני ואחרי חקיקת חו"י כבזה"א וחירותו, ניתן למצוא בפסיקה התייחסויות רבות למאפייניו והיקפיו של עקרון השוויון **(ברגמן 1969, פורז, בוקראן 1979) – "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, דת, לאום, עדה, ארץ מוצא, השקפה או מעמד חברתי, הוא עקרון יסוד חברתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו, ומהווה חלק בלתי נפרד מהן."**

2. **עקרון השוויון כעקרון המקבל ביטוי לשורה ארוכה של חוקים –** (חוק שוויון הזדמנויות בעבודה 1988, חוק שווי זכויות האישה 1951, חוק שעות עבודה ומנוחה ס'9 ג), חוק המועדונים) – **ראה קובייה למטה.**

3. **עקרון השוויון כעקרון המעוגן בחו"י כבזה"א וחירותו –** הוכרה כז' חוקתית ע"פ **מודל הביניים של ברק –** (לראשונה – **בהופרט נ' יד ושם, התנועה לאיכות השלטון**) הנגזרת מהזכות לכבוד **(ז' מנייה – ס'2 לח"י כבזה"א) דעה נגדית – זמיר בשי.י. –** סבור כי שוויון לא נגזר מח"י, עקב או חקיקתו באופן מפורש. **הלל במאמרו –** העלאת מעמדו הנורמטיבי של שוויון למעמד על עלול להיווצר מצב של קפאון חקיקתי.

פרשנות – יש לפרש את כוונת המחוקק תחת ההנחה כי הוא מקיים את עקרון השוויון. **(פס"ד פורז)**

נושאים לדיון

1. רשימת הקריטריונים על בסיס אסורה הפליה – רשימה משתנה ומתעדכנת בהתאם להפלות הקיימות בחברה. ישנם קריטריונים אשר הפליה על בסיסם תיחשב להפליה על שיוך קבוצתי "חשוב" וככזו היא תיכלל "בגרעין הקשה" של הזכות לשוויון. כאשר מדובר בקריטריון כזה, יפעיל ביהמ"ש את **"מבחן המיון החשוד"** הבוחן את הנורמה הפוגעת בצורה קפדנית. שיוך חשוד הוא למשל על רקע דת, גזע, מין, נטייה מינית וכו'. **(הבית הפתוח בירושלים)**.
2. הפליה נבחנת בצורה תוצאתית – המבחן הינו אובייקטיבי ולא מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה **(פס"ד ועדת הקבלה העליונה)**.
3. שיקול תקציבי – הוא אכן שיקול שבית המשפט שוקל, עם זאת – שמדובר בז' האדם, ביהמ"ש אומר שז' אדם עולות כסף, והחברה צריכה לשלם לצורך הגשתו. **ברק בבג"צ אליס מילר** – ביהמ"ש אינו מזלזל בטיעון התקציבי של המדינה אולם משקלו נמוך קל וחומר כשמדובר בז' אדם. **שטרסברג כהן** – "חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על מנת שערך השוויון יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה".
4. **נפרד אך שווה** – משמעותה אינו שווה **(פס"ד קעדאן)**.
5. **העדפה מתקנת** – תוכנית זו מכילה צעדי ביניים המיועדים לשבור את הסטריאוטיפים הקיימים ואת המחסומים המבניים, המונעים קידום קבוצות מסוימות בחברה. לפי הגישה של ביהמ"ש **בפס"ד שדולת נשים 1** – יש הצדקה בגישה הרואה בעקרון העדפה מתקנת חלק ממימושו של עקרון השוויון ולא כסטייה ממנו.

- "ביטוי הולם" – **ס' 18 (א) לחוק החברות הממשלתיות בפס"ד שדולת נשים 1** – ביהמ"ש דן במשמעות הביטוי. **ש' מצא** – במונח "ביטוי הולם" אין הכוונה דווקא לביטוי שווה. מדובר בייצוג יחסי, ששיעורו יקבע ע"פ אופיו, צרכיו ומטרותיו של התאגיד. אין להסתפק רק במתן ייצוג כלשהו של נשים, וגם אי ייצוג כלל של נשים- לא מהווה ולא יכול להוות "ביטוי הולם".
- "ככל שניתן בנסיבות העניין" – **ס' 18 (ב) לחוק החברות הממשלתיות** - השר צריך להיות אקטיבי בנושא, כלומר- הוא צריך לעשות כמיטב יכולתו ע"מ לקיים ייצוג הולם של נשים גם אם זה באמצעות מכרזים, מודעות וכדומה. כך או כך הנטל להצדקת אי מנייה של אישה ע"פ ס' 18(א) **מוטל על הגורם הממנה אשר צריך להראות שפעל ובדק את האפשרות למנות אישה מתאימה וכי נקט באמצעים סבירים לשם כך.**
- **שדולת נשים 2** – פיתוח **דוקטרינה כללית ל "ייצוג הולם"**, שלא חלה רק על חברות ממשלתיות, אלא גם על גופים פרטיים.
- **מאמר של סומר ופינטו בנושא העדפה מתקנת** – מזכיר את **פס"ד ל.כ.ן** – קבע ביהמ"ש העדפה מתקנת של נשים בתקצוב ספורט הנשים – גם זאת מכוח **הדוקטרינה הכללית** של העדפה מתקנת, וללא סעיף חוק המתייחס להעדפה זו.
- בנוגע להעדפה מתקנת של המגזר הערבי- נאמר **במאמרו של סומר ופינטו** – התמיכה השיפוטית שבה זכה המיעוט הערבי בישראל, פחותה בהרבה, ברמה התוצאתית, מזו שזכו בה הנשים, למרות הרטוריקה השווה של ביהמ"ש בשני העניינים.
- נטייה מינית- **(דנילוביץ')** איסור הפליה.

החלה ישירה של הזכות לשוויון על המשפט הפרטי:

1. **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה** – **דנילוביץ', 78** – שונות שאינה רלוונטית.
2. **חוק שיווי זכויות האישה** – **פורז, 75** – איסור הפליית נשים.
3. **חוק שעות עבודה ומנוחה** – **הנדימן, 47**.
4. **חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות** – **שחר בוצר, 85** – היווה בסיס לחקיקת החוק.
5. **חוק איסור הפליה במוצרים שירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים** ("חוק המועדונים")
 - **פרוזינסקי, 94** – גיל לא מופיע בס' 3(א)- אך הרשימה לא סגורה ע"פ ההלכה- ומכאן, אין להפלות ע"פ גיל.
 - **אטיאס, 93** – הפליית גיל מותרת – לפני חקיקת חוק המועדונים.

- **סרור, 96** – אינה רשימה סגורה.
- **אליס מילר, 82** – שונות שאינה רלוונטית.
- **מזרחי יצחק, 94** – גוון עור + ס'6 הפעלה חזקה.

6. חוק החברות הממשלתיות

- **מאמר של ד"ר סומר ופינטו "מחקיקה נקודתית לדוקטרינה כללית" – 86.**
- **שדולת נשים, 81** – דוקטרינת "ייצוג הולם"
- **שדולת נשים 2** - החלת דוקטרינת "ייצוג הולם" על חברות לא ממשלתיות.

שלושת מצבי ההפליה של ברק (פס"ד חוקה לישראל)

המבחן	הסעד
לפלוני לאחרים כמותו יש אנטרס המוגן בדין ללא תלות בשיקול דעת שלטוני	מתן ההטבה גם לפלוני
לפלוני ולאחרים כמותו אין אינטרס המוגן בדין ללא תלות בשיקול דעת שלטוני	שלילת ההטבה מכולם
לפלוני ולאחרים כמותו אין אינטרס המוגן בדין אך קיים שיקול דעת שלטוני	אם ניתנה ההטבה לאחרים – יש להעניקה גם לפלוני. סייג – תלוי בהיקף הזכאים החדשים, ייתכן וישללו מאחרים במקום (המצב בפס"ד חוקה לישראל)

חופש הדת והמצפון

מעמד נורמטיבי –

ז' לא מנויה, נגזרת מהז' לכבוד ומקבלת משמעותה דרך מקורות נוספים – (1) **הכרזת העצמאות**, (2) **סימן 83 לדבר המלך במועצתו**, (3) **פסיקה – פרץ נ' כפר שמריהו**.

לגישתו של **ברק**, חופש הדת והמצפון הוא זכות נגזרת מכבוד האדם. במס' הז' לכבוד האדם מקובלת ההבחנה בין:

1. **חופש דת** – לכל אדם יש זכות להאמין כראות עיניו ולקיים את המצוות שלו ללא הפרעה וכמובן גם הזכות להמיר את דתו.

2. **חופש מדת** – אישית: יש לי זכות לא להאמין ולא לממש מצוות. ציבורית: אי אפשר לכפות עליו לעשות או לא לעשות דברים שקשורים להיבט דתי (**פס"ד רגוזינסקי**)

3. **רגשות דת** – אינטרס ציבורי.

4. **חופש המצפון** – נגזר מאופיה הדמוקרטי והסובלני של המדינה. (**נאמני הר הבית**). התחשבות המצפון האינדיווידואלי של האדם נגזרת גם מהכבוד לאישיותו וחירותו (**ס'2 לח"י כבוה"א : זונשיין**) אבחנה בין **סרבנות מצפונית מלאה לבין סלקטיבית**.

לפני המהפכה – הלכתיות, נסוגות מפני חקיקה מפורשת (**רגוזינסקי**)

אחרי המהפכה – זכויות יסוד דור ראשון.

שלוש אפשרויות ליחס לזכות זו –

1. חופש בענייני דת מתוך **ח"י כבוה"א** (**אור, הועדה לשומרי מסורת**) זכות בלתי מנויה, אבל חוקתית.

2. זכות חופש בענייני דת היא חוקתית, ויש להחיל עליה את פסקת ההגבלה. (**ג'ובראן בפס"ד נעמי רגן**)

אבחנה בין חופש דת לרגשות דת – ע"פ הלכת גור אריה

ברק – מבחן זהות עושה הפעולה – כשהאדם עצמו הוא זה שעושה את הפעולה האסורה זהו חופש דת. כשאחרים עושים את הפעולה – רגשות דת (מפחד ממדרון חלקלק).

דורנר – מסכימה עם ברק אך מוסיפה מבחן נוסף – **מבחן מהות הפעולה האסורה** – אם הרב של הקהילה מגדיר את הפעולה כאסורה – היא פגיעה בחופש הדת. אך יש לשופט מתחם של סבירות ומידתיות.

התנגשות בין זכות לחופש הדת לבין אינטרס –

1. **העדפת אינטרס סדר ציבורי על פני חופש דת – פס"ד חוגים לאומיים** – ככל שהדבר נוגע למימוש הזכות בהר הבית, נראה שבית המשפט יעדיפו לקיים את אינטרס הסדר הציבורי על פני הזכות לחופש הדת והפולחן. ניתן זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים בפסק הדין נדון סירוב המשטרה לקיים תפילה על הר הבית בחשש לפגיעה בסדר הציבורי. **מיקי לוי** – העדיף ביהמ"ש את עמדת המשטרה לפיה החשש להפרת הסדר הציבורי מסייג את הזכות לחופש הדת והפולחן במקרים הקונקרטיים.

2. **חופש העיסוק לבין רגשות הדת – פס"ד סולודוקין** – (א) תיאוריית שלושת הכפרים של ברק – שיקול דמוגרפי כמשפיע. (ב) נגישות – ע"מ שיהיה מידתיות הגבלה חייבת להיות נגישות. **זיהוי האיסור על בשר חזיר כערך לאומי – זהו ערך לאומי הרחב מערך דתי בלבד.**

3. **חשיבות של סמל לאומי – פס"ד הופמן** – כותל- בעל ערך לאומי. ביהמ"ש נוטה לפגוע פחות בערך לאומי מבערך דתי. פירוש מנהג מקום – **אלון בהופמן** – הלכתי. **לוינ**- חוק חילוני, לאו דווקא לפי ההלכה, פירוש משתנה ופולורליסטי. המבחן הוא לפי המכנה המשותף של כל החוגים והאנשים השוחרים.

4. **כשרות – דרך חוק חילוני לא ניתן להשליט חוקים הלכתיים (רסקין)**. לעומת זאת, **בפס"ד ועד לשומרי מסורת** – יש להתחשב ברגשות הרב כשיקול.

המתודיקה שברק משתמש בה בפס"ד חורב וסולודקין - התנגשות אנכית בין רגשות הדת לחופש התנועה/ העיסוק (מיקס פסקת הגבלה עם מבחני הוודאות הקרובה:

מדינת ישראל

דמוקרטית: מחויבת לקיים זכויות אדם.

יהודית: מחויבת לכבד את רגשות הדת של אחד מבניה ובנותיה.

האם השיקול ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי מהווה שיקול להגבלת זכויות והולם ערכים דמוקרטיים

מאיך משטר דמוקרטי מעמיד בראש סולם ערכיו את זכויות האדם

מחד על משטר דמוקרטי להתחשב ברגשות הדת ולתת להם ביטוי של סובלנות

מסקנת ביניים: חב' דמוקרטית צריכה להיות זהירה כשהיא פוגעת בזכויות אדם + חיים משותפים בחב' דמוקרטית מחייבים הכרה ברמת סיבולת מסוימת

איך נקבע את רמת הסיבולת? עצמת הפגיעה (קול העם, חורב)

א. אם הפגיעה קשה, תמורה ורצינית
ב. הסתברות להתרחשות הפגיעה קרוב לוודאי
ג. קיים עניין חברתי מהותי בהגנה

מבחן רמת הסיבולת - פגיעה ברגשות שכל אחד מהפרטים בחברה מוכן לקחת עליו. ברק - ככל שהפרדה בין מדינה לדת מוחלטת יותר וז' אדם מנוסחים באופן מוחלט - כך תידרש רמת סיבולת גבוהה יותר.

שבות ומרשם אוכלוסין

חוק השבות - מעמד נורמטיבי: אף שאין הוא חוק יסוד במובנו הפורמאלי, ניתן לומר שהוא בבחינת חוק יסוד מהבחינה המהותית. יש לפרשו מתוך "מבט רחב" (**ברק בנאמן**)

חוק מרשם אוכלוסין - מסדיר את פעולתו של מרשם אוכלוסין. המעמד הנורמטיבי של הרישום במרשם האוכלוסין נקבע כמרשם סטטיסטי בלבד. הרישום לא מקנה זכויות ולא מטיל חובות.

סעיף 1 - הזכות לעלייה - כל יהודי זכאי לעלות לארץ ישראל.

סעיף 2 - סעיף פרוצדורלי שקובע אשרת עולה.

סעיף 3 - מסלול אישי: כל יהודי העולה מכוח חוק השבות יהיה זכאי אוטומטית לאזרחות.

מיהו "יהודי" צורך חוק השבות? לפי תיקון תש"ל -

1. **מבחן אובייקטיבי** - תרבותי לאומי - התפיסה המקובלת בציבור לגבי מיהו יהודי (**ד' הרוב ברופהאיזן והאח דניאל**)

2. **מבחן סובייקטיבי** - כל אדם המצהיר בתום לב שהוא יהודי השב למולדתו ורוצה להשתקע בה (חשש לניצול לרעה) (**ד' מיעוט ברופהאיזן**)

3. **מבחן דתי הלכתי** - מי שנולד לאם יהודייה ומתגייר כהלכה - גיור אורתודוכסי (**פרשת שליט**)

מיהו "יהודי" לצורך חוק מרשם אוכלוסין? לפי תיקון תש"ל -

1. **בבג"צ שליט 1** - דעת הרוב קבע כי פקיד הרישום חייב לרשום את הצהרתו של האזרח ואין הוא רשאי לשנותה על דעת עצמו וזאת בסייג אחד: כאשר פרט מהפרטים לא היה אמת והדבר גלוי לעין.

2. **זוסמן בבג"צ בן מנשה** - אימץ את הלכת שליט וקבע שפקיד הרישום אינו רשאי לרשום דבר שמוסר ההצהרה לא ביקש לרשום.

מיהו "יהודי" אחרי תיקון תש"ל? תקף גם למרשם אוכלוסין ס'3א' (א'1ב')

ס'4ב' - מגדיר מיהו "יהודי" - מי שנולד **לאם יהודיה** או **שנתגייר** והוא **אינו בן דת אחרת**:

מי שנולד לאם יהודיה או "שנתגייר" -

- גיור תקף - ככל שמדובר בגיור בחו"ל שנעשה בקהילה יהודית מוכרת - ביהמ"ש לא נכנס לתוככי הדת (**הלכת ש"ס**) - בלי קשר רק לחוק השבות.
- **ברק בטושביים** החלטה 1 - עלייה משמעותה השתקעותו של יהודי בישראל. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה מתי הפך אדם שהשתקע בישראל ליהודי - בטרם שהייתו בישראל או לאחר מכן (הכרה ב"גיורי קפיצה")
- **ברק בטושביים** החלטה 2 - יש להכיר לעניין חוק השבות, בגיור שנערך בקהילה יהודית מוכרת ע"פ כלליה. לעניין זה אין נפקא מינה אם המתגייר מצטרף לאחר הגיור לאותה קהילה, אם הוא עובר לקהילה יהודית אחרת מחוץ לישראל ולאחר מכן עולה לישראל, או אם הוא עול לישראל בסמוך לאחר הגיור!

והוא אינו "בן דת אחרת" -

- **מבחנה של הדת האחרת** - האם הדת האחרת רואה אותך כמשתייך אליה (**הש' ויתקון בדורפלינגר**)
- **מבחן עולמה של היהדות** - האם היהדות רואה אותך בן דת אחרת (**אלון בבג"צ ברספורד**)
- **מבחן חילוני ליברלי** - מי נחשב יהודי בעיני הציבור (**ברק, ברספורד**) - מכיר בחוק כחוק חילוני וחולק על אלון)

ס'4א' - זכויות בני משפחה (מסלול משפחתי)

40א. (א) – הזכויות של יהודי לפי חוק השבות מוקנות גם לילד ולנכד של בן יהודי, לבן זוג של יהודי, ולבן זוג של ילד - ושל נכד יהודי, להוציא אדם שהיה יהודי והמיר את דתו מרצון. **הלכת סטמקה** – מי שמתחתן עם אזרח ישראל בן אם הוא יהודי או לא אינו מקבל אזרחות מתוקף נישואין. רק מי שמתחתן עם יהודי שאינו אזרח ישראל מקבל אזרחות מתוקף חוק השבות.

הדעות השונות בעניין תכלית השבות בפס"ד טושביים:

דעת הרוב – לקבץ את מירב היהודים בישראל, לכן לא משנה מתי התגירו.

מיעוט – להחזיר את מירב היהודים לארץ "שבו בנים לגבולם".

** יש לציין כי מי שנחשב יהודי לצורך מרשם איננו בהכרח יהודי לצורך שבות (משום שחוק השבות מניב זכויות ומרשם לא)

אזרחות

אזרחות ישראלית נקנית אך ורק ע"פ הדרכים המנויות **בסעיף בחוק האזרחות – סעיף 1.**

שלילת אזרחות –

בנ"צ אלראי נ' שר הפנים (2006) – בית המשפט קבע כי אף שבישראל לא זכתה האזרחות למקום של כבוד בחו"י, אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד, בין היתר, משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, ממנה צומחת הדמוקרטיה. **זמיר – ס'11ב' לחוק האזרחות** – אינו מחייב את שר הפנים לשלול את האזרחות של פלוני כתוצאה מ"הפרת אמונים" כלפי המדינה. זמיר קבע כי שלילת הזכות לבחור והזכות להיבחר אינה נתונה במע' המשפטית של משטרינו הדמוקרטי.

ב2008 שונה **ס'11 לחוק האזרחות** באופן ניכר. במסגרת שינוי זה הועברו רוב הסמכויות הנוגעות לשלילת אזרחות משר הפנים לבית המשפט המחוזי כשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. כמו כן, הוכנס לס'11 לחוק, את **ס'11 (ב) (2)** שבו הגדרה מפורטת של מהי עבירת "הפרת אמונים" ובאילו תנאים יהיה רשאי בית המשפט לשלול אזרחות לאורה.

סעיף חשוב נוסף, **ס'11א** – לפי סעיף זה, יכול בית המשפט, נוסף לכל עונש אחר, להורות על שלילת אזרחות.

אזרחות מכוח לידה – ס'4 לחוק האזרחות –

הסעיף גם מקנה אזרחות לבני המשפחה – לפי תיקון תש"ם – היה אימוץ קיצוני של דין הדם- כל מי שנולד שלאביו ואמו הייתה אזרחות ישראלית נהיה לאזרח ישראלי מלידה, לא חשוב מקום לידת ההורים, או תושבותם בישראל בזמן הלידה. אימוץ זה יצר מצב **אבסורדי** על פיו אזרחות ישראלית הוענקה לנצח נצחים. אחרי תיקון תש"ם – **ראה תרשים.**

רכישת אזרחות – (דין הקרקע – ארה"ב/ דין הדם – ישראל). לסעיפי רכישות אזרחות – (נטע -155)

נקודות לדיון:

- **חובת שירות הביטחון – (דה במרקר) ס'12 לחוק האזרחות** – קובע שאיבוד אזרחות ישראלית אינו פוטר מאחריות הנובעת מאזרחות ישראלית שנובעת לפני.
- **יהודים - חוק שבות**
- **לא יהודים - חוק האזרחות ס'5(א)** – תנאים מצטברים לקבלת אזרחות.
- **פלסטינים – קשה מאוד בגלל חוק האזרחות והכניסה לישראל (2003).**
- **בנ"צ זהבה גלאון – נאור – הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד.** לזכות לחיי משפחה יש נגזרות רבות וההגנה החוקתית אינה חלה על האפשרות לממש את חיי המשפחה עם בן זוג זר דווקא בישראל. כך, אך שמדובר בזכות חוקתית אין חובה לאפשר מימושה בכל עת

ובכל תנאי. **מלצר** – מציג את **עקרון הזהירות המונעת** – שפותח למצבים של חוסר וודאות חזויה וסיכונים קטסטרופליים. במקרה זה יישום עקרון הזהירות מתבקש, שכן מדובר במצב שבו אי הוודאות היא רבה, ולמרות שתוחלת הסיכון הנטענת נמוכה יחסית, האסון שיכול להיגרם הוא נורא ולמעשה אין דרך חלופית למנוע אותו. **חשין (רוב)** – בזמן מלחמה רשאית מדינה למנוע כניסתם של נתיני אויב לשטחה, גם אם נישאו לאזרחי המדינה. **ברק דעת(מיעוט)** – הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון כלולות בזכות החוקתית לכבוד האדם. החוק פוגע בזכויות חוקתיות אלה. יש להגן על זוויות האדם בשעת שלום ובשעת מלחמה.

- **פס"ד קאדעו** – ברק אומר כי מותר לנו כמדינה להחליט למי לתת את המפתח לכניסה וברגע שנכנסו אנו מחוייבים לתת לכולם באופן שווה את הזכויות.

חקיקת חירום:

בסיס חוקתי: מדינת ישראל נמצאת בהגדרה של מצב חירום מאז קום המדינה. המצב הזה מוגבל לשנה אך מתחדש מחדש כל שנה. **ס'64 לחו"ל: הממשלה** – "רואים כאילו הוכרז מצב חירום" הממשלה קובעת זאת בצורה חד משמעית. **סמכות הודעת מצב חירום** – מוטלת על הכנסת. במקרים מיוחדים בלבד – הממשלה.

ביקורת: רובינשטיין מבחין בין מצב חירום מלא לרגיל (לא ממש מרגישים חירום). במצב רגיל לדעתו של רובינשטיין אין הצדקה לקיום מצב חירום.

1. **תקנות שעת חירום (תקש"ח) נמצאות בס'39 לח"י הממשלה** (עמ' 22 לספר חקיקה) – רשאית ממשלת ישראל להתקין תקנות בשעת חירום כדי להגן על המדינה (בעבר הסמכות ניתנה בס'9 לפקודת סדרי שלטון ומשפט עד 1996 – **פס"ד פריצקי**)

דרך החקיקה – הממשלה כולה מתקינה בהליך מסודר, רק במצב קיצוני. רוה"מ או שר מוסמך **ס'39 (א+ב)**

עד חקיקת ח"י – הממשלה – לא היה צריך להוכיח קש"ס בין מצב חירום לתקנות **(פס"ד אוסטרייכר, חזן נ' שר המסחר וקלופפר נוה)**.

לאחר ח"י – הממשלה: ס'39(ה) – קובע קש"ס בין התקנות למצב החירום. לפי **פס"ד פריצקי** בפועל לא דורשים קש"ס. ס'א מפרט שעל התקנות להגן על המדינה, בטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים. דורש יותר ויותר מהרשות המבצעת ללכת לכנסת במקום להתקין תקנות. **(פס"ד פורז ופריצקי)**

ליון בפורז – יש להזדקק לסמכות תקש"ח רק כשאין אפשרות העברת חקיקה בכנסת.

תקנות אלה יכולות לגבור כמעט על כל חוק אך לא על כולן (חוק שאוסר פגיעה בו – ס'ג) אך ביה"מש תוקפן **(ס'ו)** – סמכותן זמנית – לשלושה חודשים (אלא אם כן הכנסת מאריכה או מקצרת). הכנסת יכולה לבטלן בכל שלב.

ס'39(ד) לח"י הממשלה – פגיעה בכבוד האדם – אסור להתקין תקנות חירום הפוגעות בכבוד אדם. זהו חוק יסוד שותק ולכן אם תקנה הפוגעת בז' אדם יש להחיל **פסקת הנבלה שיפוטית** עפ"י **ברק במאמרן שופט בחברה דמוקרטית**.

תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (עמ' 171 לספר החקיקה) – הוראות דין בטחוניות קבועות (ירושה מהבריטים, **ס'11 לפס"מ**), מקנות סדרה של סמכויות ענישה לממשלה שאינן מקובלות במשטרים דמוקרטיים ורובן מופעלים רק בשטחים, סמכותן ניתנת למפקד הצבאי.

2. **חוק פיקוח על מצרכים ושירותים** – חוק שלכאורה משמש רק במצבי חירום אך למעשה אין קשר בינו לבין מצב חירום **(פס"ד אוסטרייכר)**

3. **חוק סמכויות שעת חירום** – סמכות למעצר מנהלי הנתונה בידי שר הביטחון עם אפשרות לרמטכ"ל לעצור למשך 48 שעות בלבד בלי לראות שופט. לאחר 48 שעות יש להראות שופט. תקופת המעצר המנהלי היא 6 חודשים ויש לעשות ביקורת שיפוטית כל 3 חודשים. הביקורת אינה "חותמת גומי" – כפי שהיה במקרה העצירים הלבנוניים (פס"ד פלוני). תקנה 112 לגירוש – בוטלה בישראל, חלה בשטחים (מכוח החוק הירדני).

4. פגיעת תקנת חירום בח"י – ס' 12 לח"י כבוח"א – אין בכוחן של תקנות חירום לפגוע אלא אם כן הוכרז מצב חירום ואז מותר להתקין תקנות שייפגעו בזכויות ובלבד שההגבלה תהיה לתכלית ראויה + במידה שלא תעלה על הנדרש. ס' 6 לח"י חופש העיסוק – אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות ח"י זה.

עקרון שלטון החוק (עמ' 15)

1) עקרון פורמאלי – פס"ד קו 300 (ברזילי) מביא לידי ביטוי הפרה של שלטון החוק שבמובנה הפורמאלי נחלק ל – (1) החלק השווה – אם השלטון עובר על החוק הפרט פטור מעונש (2) אכיפה שווה (3) סנקציה שווה. בין הקשיים שד' הרוב העלתה – פגיעה בעקרון שלטון החוק עדיפה ע"פ פגיעה בבטחון. ברק במיעוט – מדינה בלי שלטון חוק אין ביטחון. כולם כפופים לחוק!

2) עקרון מהותי – מתבסס על פרסום (ס' 10 לפס"מ), יציבות, בהירות (פס"ד רובינשטיין).

עקרון הפרדת רשויות (עמ' 16)

מהות העקרון – פיזור הכוח ובין הרשויות וחוסר ריכוזיות. 2 מאפיינים:

1) חלוקת סמכויות בין הרשויות השונות – המחוקקת במעמדה הבכיר במפעל החקיקה והשופטת כמפרשת את דברי החקיקה, המבצעת – כמוציאה לפועל את הסדרי וחוקי הכנסת. עצמאות הרשות השופטת הכפולה – עצמאות השופט (בחירתו, אי כפיפותו לפוליטיקה), עצמאות המערכת כולה.

2) פיקוח הדדי בין הרשויות ע"י קביעת מנגנוני איזונים ובלמים – המנגנון המובהק ביותר הוא החלת ביקורת שיפוטית על רשויות אחרות. הכרזה על בטלות חוק אינה מהווה פגיעה בעקרון הפרדת רשויות אלא היא בגדר הגשמתו. גם הצבעת אי אמון.