משפט חוקתי - זהו הענף המשפטי שעוסק בעקרונות הבסיסיים שעליהם מבוססת שיטת המשפט והמדינה. המשפט החוקתי עוסק ברשויות השלטון, בכללים העוסקים בהן, ביחס בניהן ובזכויות אדם. אלו עקרונות היסוד של שיטת המשפט ולכן יש להם השלכה והשפעה על כל מקצועות המשפט. דוג': פס**"**ד מזרחי – התחיל כתביעה חוזית אך נפסק ע"פ חוקתי.

פירמידת הנורמות – הנס קלזן. הוא מציג את המכנים המשותפים לכל שיטות המשפט, המודל אומר כי ניתן לאחד את כל הנורמות והמוסדות לפירמידות.

נורמה – הכוונה לנורמות משפטיות – כלל התנהגות שניתן לאכיפה ע"י המדינה. כלל התנהגות יכול להיות חובה/זכות/סמכות. לא אוכפים את כל הנורמות המשפטיות כי פשוט לא ניתן, מה נאכף נקבע במדינה ע"פ סדר עדיפויות.

מוסד - מוסד הוא אדם או גוף אשר מוסמך ליצור נורמה. לא כל מוסד יכול ליצור כל סוג של נורמה. הכנסת יכולה גם להתקין תקנות, גם לחוקק חוקים וגם להטיל חסינות על ח"כ ולכן זוהי דוגמא למוסד שיוצר כמה סוגים של נורמות. הכנסת, יש לה סמכות של אסיפה מכוננת להכנת חוקה. הפעילה את כוחה באופן חלקי כשחוקקה חו”י. הינה שני מוסדות – רשות מחוקקת ואסיפה מכוננת. לכן יש לבדוק מתוך איזו סמכות נוצרה נורמה כזו או אחרת.

משמעות ההיררכיה -

1. הכרה בנורמות - כל נורמה משפטית ע"מ שבאמת תוכר כנורמה משפטית, כלומר, שהמדינה תוכל לאכוף אותה, יש צורך שתיווצר מכוח הסמכה שנקבעה בנורמה בדרגה גבוהה יותר. כל הנורמות המשפטיות הראשונות נוצרות מכוח – כמו שמכנה אותו קלזן – הנורמה הבסיסית. הנורמה הבסיסית במ"י היא הכרזת העצמאות. המשפט ממנו משתלשלת כל פירמידת הנורמות של המדינה, שם נאמר כי עד להקמת השלטונות הסדירים של המדינה המוסדות הזמניים יהיו מועצת העם וגוף ביצועי שייקבע על ידה.
2. התנגשות/סתירה - כאשר קיים מצב של סתירה/התנגשות של נורמות, אם שתי הנורמות נמצאות במעמד היררכי שונה, נקבע ע"פ הגבוהה יותר. כאשר שתיהן באותה הדרגה: באופן פרקטי – פסיקות בית דין. עקרון זה אינו ערכי אלא טכני. כאשר 2 נורמות באותה דרגה סותרות אחת את השנייה קיימים מס' כללי הכרעה:

א. נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית- כלומר, נורמה המתייחסת למקרה הנדון תגבר על נורמה כללית המדברת על מס' מקרים. (רצח= מאסר עולה חובה, רצח שבוצע ע"י קטין לא)

ב. נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת- מבוסס על השכל הישר- האמירה האחרונה משקפת רצון מעודכן של המוסד שייסד את הנורמה.

ככל שיורדים בפירמידה קיימות יותר ויותר נורמות לכן המודל מציג פירמידה.

**פירמידת המוסדות**

קיימת הקבלה בין פירמידת המוסדות לפירמידת הנורמות. כל מוסד צריך הסמכה מכוח מוסד/נורמה עליונה. כאשר נורמות סותרות האחת את האחרת- הנורמה הקובעת תהיה זו שהוסמכה ממוסד גבוה יותר בפירמידה.

המוסד המשפטי העליון של מדינת ישראל מועצם העם- שקבעה את הכרזת העצמאות(נורמה בסיסית). לפי קלזן ישנה סמכות הנקראת ריבון- ולה הכוח הראשוני (במדינות דמוקרטיות העם).

**פירמידת הנורמות פירמידת המוסדות**

1. הכרזת העצמאות (עליונה, מחוץ לפירמידה) 1. מועצת העם

2. חוקי יסוד 2. האסיפה המכוננת

3. חוקים רגילים, משפט מקובל 3. הכנסת כרשות מחוקקת+ ממשלה+ רשות שופטת

4. תקנות שלטוניות כלליות 4. שרים+ שאר רשויות הממשלה

5. תקנות אינדיווידואליות 5. פקידים, שוטרים

6. נורמות המשפט הפרטי (חוזים, ירושה..) 6. אוכלוסייה

מעמדם של פסקי דין- לא ניתן לציירם במקום מסוים בפירמידה, קיימים 3 סוגי פסקי דין:

1. פסקי דין כהכרעה בסכסוך בין צדדים מסוימים- ניתן לראות כצווים שלטונים אינדיבידואלים המהווים נורמות וניתנים לאכיפה ע"י המדינה.
2. פסקי דין כמפתחים את המשפט המקובל- תחומים משפטיים שונים שנותרו כהלכה פסוקה (ולא חוקקה לדוג' דיני ראיות, חסינות עיתונאית) מעמדו של המשפט המקובל (הלכה פסוקה) הוא כשל חוק. במידה והכנסת מעוניינת לשנות הלכה פסוקה יכולה לחוקק חוק סותר.
3. הלכות פרשניות- כאשר ביהמ"ש העליון מפרש נורמה מסוימת הפירוש לא משמש רק כהכרעה לסכסוך הספציפי הנדון אלא בעל כוח נורמטיבי מחייב בשיטת המשפט הישראלית. כאשר מפרשים, יש צורך לפרש את החוק בנורמה באותה דרגה (כלומר לא ניתן לפרש את חו"י בחוק רגיל) על מנת לשנות פירוש יש לשנותו בחקיקה (נורמה גבוה יותר).

**חוקי היסוד**

מהפכת חו"י חלה בתחילת שנות ה90 לאחר חקיקת חו"י העוסקים בזכויות אדם (למרות שנחקקו עד כה 9 חו"י), וזאת מהטעמים הבאים:

1. המנטליות האנגלית שהורשה בארץ- הרעיון לחוקה עליונה מחוקים הוא זר למשפט המנדטורי.
2. הנושא החוקתי היה אזוטרי עד חקיקה חו"י העוסקים בזכויות אדם. עד כה חו"י עסקו בנושאים שאינם יומיומיים וכעת חל תהליך של קונסטיטוציונליזציה.

מעמדם המשפטי של חוקי היסוד- הכרזת העצמאות כתובה כמסמך היסטורי. קיימת פסקה מכריעה בה נאמר כי מועצת העם מכריזה על הקמת מ"י, ובינתיים מועצת העם תפעל כמועצת העם הזמנית. כלומר נאמר כי יהיו בחירות לרשויות השלטוניות של הארץ. מועצת העם- רשות מחוקקת זמנית, מנהלת העם- ממשלה זמנית. נקבעו בחירות לאסיפה מכוננת שלא התרחשו עקב מלחמת יום העצמאות. מועצת העם היה גוף נבחר דמוקרטי בעל סמכות לכונן חוקה וגופים נוספים שלא נבחרו- פיזרו עצמם והעבירו את סמכויותיהם לאסיפה המכוננת שהפכה להיות בעלת סמכות כפולה: רשות מכוננת ורשות מחוקקת בעת ובעונה אחת. האסיפה המכוננת שינתה את שמה לכנסת הישראלית הראשונה. במסגרת סמכותה החוקתית, התעוררה **מחלוקת**- 1) התקופה של עלייה המונית- לא ניתן לכפות על תושבים חדשים חוקה שנקבעה ע"י נציגים שאינם בחרו. 2) חוגים דתיים מסורתיים שטענו כי חוקת העם היהודי הינה התורה. 3) חשש מהקניית חוקה לא נוחה לשלטון הרעוע והלא יציב של מדינה בראשית דרכה. 4) בניגוד למצב כיום, לחוקה היה מוניטין "רע" בעולם (בעקבות משברים בארה"ב). הנשיא והקונגרס ניסה ליצור רפורמה כנגד זכויות חוקתיות. (החוק שהסדיר את עבודת הילדים במאפיות- מגביל את חופש העיסוק) הקונגרס איים להפציץ את ביהמ"ש בשוטפים שיקבעו לפי פסיקתם.

המחלוקת בדבר כינון חוקה הובילו לפרשה שנקראת **החלטת הררי-** לפיה הכנסת תחוקק חוקה בהדרגה (מקבצים אחדים- הקרויים חוקי יסוד) ולבסוף תאגד אותם לכדי חוקה מלאה ומגובשת. עד היום החוקה אינה מושלמת- יש שטוענים כי החסר בחו"י מהוויים מעין הסדר שלילי ונובעים מהחלטה מודעת של הכנסת. הכנסת הראשונה אומנם קיבלה את החלטת הררי, אך לא חוקקה כלל חו"י. כשהגיעה שעתה להתפזר חוקקה את חוק המעבר לכנסת השנייה שהאציל את סמכויותיה לכנסת הבאה אחריה. סמכויות אלה כפולות: רשות מחוקקת וסמכות מכוננת. הש' חשין במזרחי העלה חשש שהכנסת הראשונה לא הייתה מוסמכת להעביר את סמכויותיה- פתרון למחלוקת טמון בעקרון המשכיות תאגידים- כלומר, הכנסת היא גוף אחד, לא משנה איזה מס' היא. חוק המעבר בעצם היה מיותר! התפיסה של הכנסת כתאגיד מאפשרת המשכיות (לדעת הרוב). החל מ1949 (הכנסת הראשונה) סמכויותיה של הכנסת עברו בין כל הכנסות. חקיקת חו"י היא מעין טיוטה, וטרם אוגדו לחוקה- לכן עולה השאלה בדבר מעמדם המחייב. חוקי היסוד חוקקו כך שנמצאים במעמד היררכי גבוה משל חוקים "רגילים". חברי הכנסת משתנים, ולכן החשוב הוא הדיון בהצעת החוק והנאמר בתוכן החוקים.

אינדיקציות לכך שרק 2 חו"י המעגנים זכויות אדם נועדו להיות במעמד היררכי גבוה משל חוקים "רגילים":

1. פסקת ההגבלה- אין לפגוע בזכות שנקבעו אלא בתנאים מסוימים. קיימת רק בחוקים אלו-מראה על התנשאות.
2. פסקת ההתגברות- חו"י חופש העיסוק נקבע שלחוק רגיל הסותר את האמור צריך לענות על מס' תנאים
3. שמירת דינים- מופיע בס' 10 לחו"י כבוד האדם- אין בכוח החוק לפגוע בדינים קודמים רמיזה לכך שיש בו על מנת לפגוע בחוקים עתידיים הסותרים אותו. לשמירת הדינים יש מגבלת זמן בחופש העיסוק עד 2002 בכבוד האדם אין.
4. שריון החוקים- כדי לשנותם דרוש רוב מיוחד בכנסת.

\*קיימות אינדיקציות לגבי עליונותם גם לגבי חו"י אחרים (חו"י הכנסת- קובע את העיקרון ולא את ההסדרים עצמם, אלה יקבעו בחוק רגיל, מעיד על עליונות)

במבט על ניתן לראות כי חוקים אלה לא נכתבו כחוק רגיל ואלו בעלי משמעות חוקתית. תפיסה זו התקבלה בפס"ד **מזרחי.** שם אוזכרה האפשרות כי הכנסת כפופה לעקרונות שהוצגו בהכרזת העצמאות (יהודית ודמוקרטית). בפרשת חוק טל היה מקרה מובהק בו שופט העליון מ' חשין במיעוט ביקש לפסול חוק על סמך אותם עקרונות על (חוק טל- המקנה פטור/ דחייה לגיוס של ילדי ישיבות חרדיות), אך לבסוף ביהמ"ש פסל את החוק משום שמדובר באפליה הנוגדת את הזכות לשוויון בחו"י כב"א וחירותו.

לכאורה קיים מצב של ניגוד עניינים בין תפקידיה השונים של הכנסת כרשות מכוננת (המסתכלת על טווח ארוך ושיקוליה צריכים להיות נטולי אינטרסים פוליטיים יומיומיים) וכרשות מחוקקת (העוסקת בענייני ניהול המדינה השוטפים).

ניתן לגזור מהכרזת העצמאות 3 סוגי מגבלות המפחיתים את החשש של שימוש לרעה של הכנסת בכוחה הכפול:

1. משפט חוקתי- משמעותו שניתן לקבוע בחוקה רק נורמות מתוך ענף זה הקיים בשיטות משפט שונות. מהות החוקה אינה מתיישבת עם נורמה תקופתיות ולא יציבות! על החוקה להיות מסמך על זמני המגדיר את רשויות השלטון של המדינה. קיים יוצא דופן- חו"י תקציב המדינה (הוראות שעה) כאן יכול שמדובר בניצול לרעה של הכנסת את כוחה כרשות מכוננת.
2. מדינה יהודית- זהות המדינה כמדינה יהודית אינה ניתנת לערעור. הכרזת העצמאות מסמיכה את הכנסת כרשות מכוננת אך קביעתה בדבר הזהות של המדינה היהודית אינה מוטלת בספק. בהכרזה גם צוין לגבי זכות השבות- לכנסת אין סמכות לסטות מהוראה זו.
3. מדינה דמוקרטית- משטר זה גם הוא הוכתב ע"י הכרזת העצמאות הקובעת כי הרשויות הקבועות ייבחרו ע"י בחירות דמוקרטיות. בנוסף מצוין כי המדינה תקיים שוויון גמור בין אזרחיה- אמירות אלה מכוונת לחוקה עתידית שתלך בהלך הרוח הזה.

איזונים אלה יש בהם כדי להגביל את סמכויותיה של הכנסת ומפיגים את החשש בדבר סמכותה כפולה.

מעמדם של חו"י כחוקי על מוטלים בספק, יחד עם מעמדה של חוקה: בעבר חוקה לא הייתה נורמלית, הייתה נדירה ואף בעלת מוניטין "רע" כיום חוקה היא דבר נורמטיבי במדיניות מערביות. יש הטוענים כי חוקה כלל אינה דמוקרטית- לא ניתן לסתור אותה גם לפי החלטת הרוב. טיעון זה ניתן לסתור אותו לפיכך שחוקה הינה קריטית לשימור הדמוקרטיה שהרי ניתן לבטל את המשטר הדמוקרטי ע"י החלטת רוב. כל עוד החוקה מעגנת את המשטר הדמוקרטי עצמו רעיון החוקה מיטיב עם המשטר! המשטר הדמוקרטי דוגל בחופש המידע והביטוי. כל עוד החוקה אינה נכנסת לאינטרסים פוליטיים יומיומיים שאינם חלק מהגדרתה, היא תורמת לדמוקרטיה ולשימור עליה.

אם כן קיימת עליונות לחו"י על חוקים רגילים (שאושרה גם בפסד מזרחי) הבאה לידי ביטוי:

1. שינוי/ביטול של חוק יסוד מפורש/ משתמע- (**מזרחי**) שם קבעה הפסיקה כי לא ניתן לשנות או לבטל חו"י אלא ע"י חקיקת חוק יסוד. הרציונל לכך היא שנורמה בדרגה נמוכה לא יכולה לשנות נורמה הגבוהה ממנה. החל מ1995. מהו שינוי/ תיקון? א) שינוי מפורש- החלפת סעיף לדוג' ב) שינוי משתמע- כאשר לא נאמר במפורש כי יחול שינוי אך בפועל נעשה כך. דינו של שינוי משתמע= דינו של שינוי מפורש. קיים הבדל בין שינוי לפגיעה! קיימים תנאים מסוימים המאפשרים פגיעה בחו"י ע"י חוק רגיל דוג' חו"י חופש העיסוק ס' 7 (פסקת השינוי, ו8 פסקת ההתגברות- הוראת חוק שונה תתקיים אם נקבעה ברוב חברי הכנסת ותוקפה עד 4 שנים).
2. חריגה/ סטייה/ פגיעה נקודתית מחוקי היסוד (פס"ד **חירות** בנוגע לפסילת תשדיר ע"י יו"ר ועדת הבחירות)- עלתה הטענה כי בג"ץ לא מוסמך לדון וזאת בגלל הוראה בחוק הבחירות, שהינו חוק רגיל- בו נאמר כי ליו"ר הבחירות יש סמכות לפסול תשדיר בחירות ולשום ביהמ"ש אין סמכות להתערב בהחלטתו. בג"צ דוחה הטענה מכיוון שמוסמך לדון בנושא מכוח חו"י השפיטה. ולכן מפרש את הס' כך שלשום ביהמ"ש אין סמכות לדון מלבד בג"צ. אך גם אם לאו- הסעיף אינו תקף. מסקנה: לחוק רגיל אסור לסטות מחו"י, אלא אם חו"י התיר זאת.
3. פרשנות (פסד **אבני**)- אין לפרש חו"י ע"פ חוק רגיל- משום שלא מפרשים נורמה עליונה ע"י נורמה תחתונה.

התוצאה של פרשנות חו"י ע"י חוקים רגילים עלולה ליצור פגיעה בס' 1.

1. נורמה כללית מול נורמה מיוחדת (פלונית נ' בית הדין למשמעת)- חו"י כללי גובר על חוק רגיל ספציפי. לעיתים קיימת סתירה לדוג' בין הזכות של אדם לפרטיותו לעומת עקרון פומביות המשפט (שניהם מעוגנים בחו"י, כבוד האדם והשפיטה). ע"פ דורנר נקבע שבין 2 חו"י יבחר ההסדר הספציפי (השפיטה). לפי ברק, מסובך יותר- קיימים עקרונות פרשניים.
2. שריון (פסד יקותיאלי)- ישנה הבחנה מקובלת בין שריון פורמלי לשריון מהותי. שריון פורמלי- צורני כלומר, ישנה צורה בירוקרטית וסבוכה לשינוי חו"י. השריון הקלאסי הינו הדרישה לרוב מיוחס. דוגמה נוספת פסקת ההתגברות. שריון מהותי- הכתבת תוכן ע"י חו"י למשל "לא ניתן לחרוג מחו"י זה אלא אם נאמר אחרת". לכאורה בעייתי אך במהותה של חוקה שריון עצמי (בגרמניה אף אבסולוטי). חוק רגיל אינו יכול לשריין עצמו (מלבד חריגה פורמלית: בחוק להגנה של השקעות הציבור בנכסים פיננסיים). בפס"ד קבעו שהתקיים שריון מהותי שדרש כי חוק יסודות התקציב יחולק באופן שוויוני.

חוקי היסוד המעגנים זכויות אדם

חוקים אלו עוסקים בנושאים יומיומיים לכן למרות שאין להם עליונות משפטית על פני חו"י אחרים, השימוש בהם רב יותר ומשפיע על כל תחומי המשפט. עיקר עניינו אופן ההגנה על הזכויות ע"י חו"י.

הבדלים אלו מקריים ואקראיים ונובעים מכך שנחקקו בנפרד.

תכנים משותפים בין חו"י העוסקים בהגנה על זכויות אדם:

1. ס' 1- המטרות של עקרונות היסוד. הערכים המוזכרים בו יכולים להיות רלוונטיים לצורך פירוש פסקת ההגבלה. “חוק ההולם את ערכי ישראל"- קדושת חיי אדם וחירותו, עקרונות הכרזת העצמאות.
2. ס' 2 בחופש העיסוק= ס' 1א בכבוד האדם וחירותו- הפעם הראשונה בה השתמשו בנוסח מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כלומר, החוק מלבד לקדם זכויות אדם מקדם את ערכיה של מ"י כמדינה יהודית ודמוקרטית. ע"פ פירוש מילולי יוצא כי המטרה לעגן בחו"י את זכויות האדם, אך הפרט טכני והמטרה חברתית- הגנה על זכויות האדם. הס' מתקשר באופן ישיר לפסקת ההגבלה- המשמעות המשפטית לצורך פסקת ההגבלה. לעיתים נטען כי קיימת סתירה בין מהותה של המדינה יהודית לדמוקרטית. אך סתירה כזו לא באמת קיימת- עלינו לפרש את הסעיף בצורה בה אין סתירה! דמוקרטיה ויהדות הם ביטויים רחבים שיש לצקת אליהם תוכן. ניתן תמיד למצוא פירוש שאינו סותר בין 2 עקרונות העל הללו.
3. רשימת הזכויות- הזכויות המעוגנות בחו"י מופשטות ויש לצקת בהן תוכן. גם הזכות לחירות מעלה תהיות (פסד **סילגדו**) שם היו חילוקי דעות: לפי ברק (רוב) כל חוק המחמיר עונש פלילי/ מטיל אחריות פלילית פוגע בזכות לחירות. זאת משום שהזכות אינה מוחלטת וכאשר עונה על פסקת ההגבלה ניתן לפגוע בזכות. שטרסברג כהן (מיעוט) טענה כי הזכות לחירות אינה מנת חלקם של עבריינים. לפי **מזרחי** זכות חוזית= קניין. (במזרחי נקבע כי חוק גל עמד בפסקת ההגבלה ולכן חוקתי למרות שפוגע בקניין). לפי המרצה הפתרון אחר- חירות במשמעותה החוקתית לא משתרעת על כל דבר. פשעים שמסבים נזק לחברה הם לא בגדר חירות. מקרים שונים במחלוקת יש להעביר בפסקת ההגבלה. בצורה דומה ישנה מחלוקת האם כל עיסוק מוגן ע"י חו"י. גם דעת שטרסברג כהן בעייתית יש לבדוק במשקפיים חוקתיות חוק האוסר עבירות שאינן נזק מוחלט לחברה. את האיזון עושה פסקת ההגבלה.

חשיבותה של הזכות לכבוד נובעת ממס' הופעותיה בחוק (שם החוק, פסקת המטרה, ס' 2 ו4). מה כוללת הזכות לכבוד? ע"פ פסד **התנועה לאיכות השלטון** (פרשת חוק טל) ברק הציג 3 גישות אפשריות למה כוללת הזכות לכבוד. מרחיבה, מצמצמת ודרך הביניים (שנבחרה). לדעת בנדור ניתן להצביע על 4- בפס"ד הפכה גישת הביניים המרחיבה לביניים, הביניים המצמצמת הפכה למצמצמת והמצמצמת הושמטה.

\* **גישה מצמצמת** (בנדור)- הזכות לכבוד לא כוללת בחובה שום זכות אחרת. רובינשטיין כשל להעביר את 4 ההצעות הנפרדות והתקבלו רק 2 מהן, ולכן הכנסת בכוונה תחילה הותירה זכויות אדם לא מעוגנות בחו"י - לכן לא ניתן לצרף ע"י פרשנות זכויות נוספות לזכות לכבוד. ע"פ גישה זו הזכות לכבוד כוללת: **קטלן** לא ניתן לערוך חיפוש גופני על משפחות (חוקן כפוי) המבקרות אסירים הלבנונים(**פלונים**)**-** שבויים לבנונים שהוחזקו במשך שנים מתוך "סכנה לציבור" למרות שאינם מסכנים. לאחר שברק שינה את דעתו שוחררו.

\* **הגישה המרחיבה**- אומרת כי כל זכויות האדם כלולות בזכות האדם ונובעות ממנה. גישה זו אינה מתיישבת עם היסטורית החקיקה של חו"י בארץ- קיבלה ועיגנה בחו"י רק חלק מהזכויות.

2 הגישות הללו קיצוניות מידיי.

\* **גישת ביניים- מצמצמת-** נקראת "**גישת ההשפלה**"- אם מדובר בחוק שבו השפלה של ממש ייחשב כפוגע בכבוד האדם. גם אם ההשפלה מתבטאת ע"י פגיעה בזכות שלא צוינה במפורש בחו"י. כך לא ניתן להכניס זכויות שלמות לחו"י אלא מקרים מסוימים הגורמים לאדם השפלה- פוגע בזכותו לכבוד. פגיעות טיפוסיות שכאלה לעיתים נובעות מאפליה ע"ס השתייכות לקבוצת זהות (לא ע"י בחירה) לדוג' **אליס מילר.** הגבלת חופש ביטוי מסחרי לדוג', אין בה אלמנט של השפלה.

\* **גישת ביניים- מרחיבה-** זו הגישה שנבחרה ע"י הפסיקה בפרשת חוק טל וכיום נקראת גם בתור גישת הביניים. המבחנים אינם אחידים. מבחן ההשפלה, המבחן הקנטיאני: התייחסות לאדם באופן מוסרי ולא כאמצעי להשגת מטרות/ חפץ. אוטונומיה: מבחן רחב (מאוד) האם חלה פגיעה באוטונומיה של האדם? לפי חשין קשה להבין לפי המבחן המרחיב כיצד חוק טל פוגע בכבוד האדם (לדידו לא). קיימים מס' פסדים המסתמכים על פרשת טל ע"מ לקבוע כי הזכות שוויון הינו חלק מהזכות לכבוד- הסתמכות זו אינה נכונה שנקבע בפרשה שהיבטים מסוימים של הזכות לשוויון אכן מעוגנים בכב"א, אך הדבר תלוי בנסיבות העניין. לפי העליון לדוג' לא כל הזכויות החברתיות נכנסות בגדר כבוד האדם. לפי בנדור יש קושי בגישה זו: א) יש סטייה מהתכלית האוב' של חוק היסוד לעגן רק זכויות מסוימות ולא כולן. ב) פגיעה בהגנה על זכויות (לפי זמיר במזרחי) תפסת מרובה לא תפסת. ככל שמגנים על מס' אינטרסים רבי ותר רמת ההגנה עליהם פוחתת. ג) חשש מפני ביקורת שיפוטית רחבה מידיי ולא צודקת- לכן יש להשתמש בה בצורה מצומצמת. (7-8מקרים מאז שנות ה70).

**פסקת ההגבלה**

ממלאת 2 תפקידים:

1. מקור לפגיעה בזכויות- הזכויות החוקתיות אינן מוחלטות וניתן לפגוע בהם בתנאים המצוינים בפסקת ההגבלה.
2. פסקת ההגבלה קובעת תנאים לפגיעה בזכויות: מגבילה את הזכויות עצמן ומגבילה את הזכויות של הכנסת לפגוע בהן ע"י חקיקה רגילה. את הגבלה זו עושה ע"י תנאים מצטברים:

א. חוקיות- הפגיעה צריכה להיות ע"י חוק או ע"פ חוק מכוח ההסמכה המפורשת בו. הדרישה נקבעה בפסד **בז'רנו** (היה מאכר שעבד ברשות ציבורית) על מנת שרשות תוכל לפגוע בזכות חוקתית עליה להיות מוסמכת לכך. לדוג' החוק הפלילי מסמיך את ביהמ"ש להוציא צו מאסר. **פרשת המפקד הלאומי** נאור (רוב) די בכך שהחוק מסמיך את רשות השידור להסדיר שידורי פרסומות בתשלום ע"מ להוות בסיס לפגיעה בזכות. ואילו בייניש (מיעוט) טוענת כי הגבלת חופש ביטוי פוליטי הינה הפרה של זכות חשובה המצריכה סעיף ספציפי- קובעת כי ההסמכה תעשה בהתאם לחשיבות הזכות. לפי בייניש המבחן גמיש. ב**לם** דורנר קובעת 2 סיבות לחשיבות של הס' הפורמלי של הקביעה המפורשת בחוק: 1. חשיבות העניין- פגיעה בזכות חוקתית (גם מוצדקת) עליה לקבל גושפנקא מידי המחוקק 2. סרבול/ יסודיות הכנסת- בגלל סרבול הליכי החקיקה, רוב הצעות פרטיות לא עוברות. אם הכנסת לא ראתה את הנושא כחשוב מספיק לחקיקה, כנראה שאינו חשוב מספיק על מנת לפגוע בזכות חוקתית. חוק צריך להיות חוק (ע"י הכנסת)ולא תקנה (מעמדו של חוק זהה לשל משפט מקובל ע”פ ברק לפי בנדור מדובר על חקיקה בלבד ללא הלכה פסוקה).

ב. הלימת ערכי המדינה- מדינת ישראל בתור מדינה יהודית ודמוקרטית. הפרשנות ליברלית.

ג. לתכלית ראויה- הביטוי כללי ולא קיימת רשימה סגורה. ישנן 2 גישות פרשניות למהותה של התכלית הראויה: 1) (מקובלת ע"י העליון) קיימות תכליות ראויות לחקיקה אך שאינן ראויות לחקיקה כנגד פגיעה בזכויות יסוד. 2) פרשנות מצומצמת יותר (לפי המרצה עדיפה) המשקפת תכלית בעלת אופי ציבורי (מוסרי). תכלית זו מציג ברק בספרו האחרון.

ערוץ 7(פסד **אורון**) מה קורה כשיש 2 תכליות שרק אחת מהן ראויה? הכנסת חוקקה חוק להנפקת תחנת רדיו מסורתית. תנאיו של המכרז היו כאלה שרק תחנה פיראטית יכולה לגשת (עבריינים). כלומר התנגשות בין 2 תכליות- לצד התכלית הראויה של גיוון בתקשורת הייתה תכלית לא ראויה של הטבה עם עבריינים. ביהמ"ש קבע את מבחן הדומיננטיות- התכלית המשמעותית היא שתקבע. ביהמ"ש פסל את החוק עקב מבחן המידתיות. אינו מידתי בגלל שאת התכלית של גיוון תקשורתי ניתן להשיג ע"י מכרז פתוח לציבור. ב**פרשת בית הסוהר** נקבע כי התכלית הדומיננטית היא כלכלית ושיפור תנאי הכליאה משנית לה. כאשר 2 התכליות דומיננטיות במידה שווה, לפי בנדור מספיק שקיימת תכלית ראויה על מנת שתעמוד בפסקת ההגבלה.

ד. מידתיות- הפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש, לכך 3 מבחני משנה:

1. מבחן ההתאמה/ הקשר הרציונלי- האם החוק הפוגע אכן משיג את התכלית הראויה? קיים בדרישה זו אלמנט של יחסיות- ככל הזכות הנפגעת בסיסית יותר וככל שהפגיעה בה קשה יותר כך נדרוש שהתכלית תושג ביחס ישר (ודאות קרובה לכך שהתכלית תושג). לדוגמה ביטחון המדינה היא תכלית כה חשובה שניתן בשמה לפגוע בזכות הקניין (הריסת בתי מחבלים למען הרתעה). לבסוף לפי שמגר ניתן לאטום בית (ולא להרסו) מבלי מתן זכות טיעון.
2. מבחן הפגיעה הפחותה/ המדרגה- ניתן לפגוע בזכות כל עוד הפגיעה הינה מינימלית לצורך השגת התכלית. אם ניתן להשיג את התכלית בדרכים שונות, יש לבחור בדרך הפוגעת באופן מינימלי בזכות. דוג': פסד אורון- ערוץ 7, פסד **צמח** שעסק במעצר של חיילים ועוסק בחוק מיטיב, ע”פ ביהמ"ש ניתן להשיג את תכלית החקיקה גם במעצר בן יומיים ולא 4. לדוג' מטרות מעצר: 1. שהנאשם לא יברח 2. שלא ישבש ראיות 3. שלא יבצע עבירות נוספות. ניתן להחיל מעצר בית במקום מאסר ובכך להפחית את הפגיעה בחירותו.
3. מידתיות במובן הצר/ יחסיות- יש לבחון האם מתקיים יחס סביר בין הרווח מהשגת התכלית הראויה לעומת הנזק שנגרם מהפגיעה בזכות. גם ב2 המבחנים הראשונים קיים רכיב של יחסיות. הדרישות אינן מוחלטות, אלא מותאמות לערך היחסיות. פוסל את רוב המקרים. דוג' הזזת תוואי גדר ההפרדה- נבדוק באופן פרטני האם הזזת התוואי קצת על מנת לאפשר לחקלאים נגישות לחלקותיהם תפגע רבות בביטחון המדינה? לפי ברק כאשר 2 זכויות חוקתיות סותרות אחת את השנייה כדי לבחור על מי מהן נגן יש לפתח פסקת הגבלה פסיקתית. לפי בנדור אין בכך צורך אלא לפרש את פסקת ההגבלה הקיימת. במצב כזה מידתיות אינה רלוונטית אלא נשתמש במבחן מידתיות במובן הצר והקשר הרציונלי.

עד כאן דנו במכנה המשותף בין 2 חוקי היסוד כעת נדון בהבדלים ביניהם:

* חו"י כבוד האדם וחירותו ס' 9- סייג למשרתי כוחות הביטחון. לפי הס' לכוחות הביטחון מניע ייחודי. אדם המשרת בכוחות הביטחון אינו חסר זכויות, אך הן מוגבלות. יישום הזכויות צריך להיעשות תוך התחשבות באופי השירות שלו. הס' לכאורה מיותר משום שפסקת ההגבלה משקפת את התכלית הראויה של כוחות הביטחון. ההבדלים בין ס' 8 ל9- 1) ב8 מדובר על פגיעה בזכות ואילו ב9 “אין מגבילים ואין מתנים" אין הסבר לשינוי 2) ב8 נקבע כי על הפגיעה להיקבע בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו ואילו ב9 ע"פ חוק. 3) ב8 על החוק להלום את ערכי מדינת ישראל ואילו ב9 לא. לכאורה אבסורדי מבחינה מעשית חסר חשיבות. 4) ב8 דרישה לתכלית ראויה וב9 לא. בפסד **צמח** נקבע כי אין לפרש את ס' 9 באופן מילולי (פירוש שכזה יוביל לתוצאה אבסורדית) לפי ביהמ"ש יש לפרשו לפי ההיגיון- הצורך להתחשב בצרכים המיוחדים של כוחות הביטחון.
* שמירת דינים- ס' 10 בחו"י כבוד האדם עוסק בשמירת דינים ללא מגבלת זמן. הרציונל הוא יציבות שיטת המשפט. השינויים יחולו מרגע חקיקתו ואילך. יש הטוענים כי היה צורך במגבלת זמן על מנת לבחון דינים ישנים ולבחון האם פוגעים בזכויות אדם. לפי חשין תוקפו של הדין כולל את פירוש הדין (דעתו לא התקבלה). לפי רוב שופטי העליון יש להבדיל בין דין לפירוש- אומנם הדינים הישנים אינם מתבטלים אך יש לפרשם לאור חו"י. בחו"י חופש העיסוק הגבילו את תוקף שמירת הדינים (עד 2002). ההבדל מכב"א נובע משיקולים פוליטיים. כאשר חוק ישן פוגע ב2 חוקי היסוד (לפי חופש העיסוק תקף עד 2002 ואילו לפי כבוד האדם יישאר תקף לנצח) יפעל מבחן הדומיננטיות: אם הפגיעה הדומיננטית בחופש העיסוק ניתן יהיה לפסול את החוק ואילו הפגיעה הדומיננטית בכבוד האדם לא ניתן לפסלו. שאלה שהתעוררה בפס"ד **צמח**: מה לגבי חוק מיטיב? קיצרו תק' המעצר של חייל מ4 ימים ל2. הקיצור נעשה לאחר חקיקת חו"י ונשאל האם ייחשב כחוק חדש או כחוק ישן? לפי קדמי (מיעוט) חוק מיטיב גם אם לא עומד בפסקת ההגבלה אין לפסלו ע"מ לא להרתיע את הכנסת בחקיקת חוקים מיטיבים. ואילו לעומתו שופטי הרוב קבעו כי חוק מיטיב שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה בטל. לפי שמגר יש לבדוק האם החוק פוגע בזכויות אדם לאור חו"י ולא לאור החוק הישן. דעתו של שמגר (רוב) התבררה כנכונה כאשר הכנסת המשיכה לחוקק חוקים בלא פחד מביקורת שיפוטית, חשש מקיפאון (מכיוון שרוב החוקים הניתנים לביקורת שיפוטית ישנים ולא חדשים).
* בחו"י חופש העיסוק קיים ס' 7- שריון פורמלי- דורש רוב (מיוחס-61) של ח"כים. נשאלת השאלה האם בכל הקריאות כולל הטרומית. חו"י חופש העיסוק אינו אינדיקציה משום שבחו"י הכנסת מצוין כי בכל הקריאות נדרש רוב וכאן לא מצוין.
* בחו"י חופש העיסוק קיימת פסקת התגברות ס' 8. היחס בין ס' 7 השריון הפורמלי לבין ס' 8 פסקת ההתגברות: 7 לא עוסק בפגיעה נקודתית אלא בשינוי מהותי של חו"י עצמו. חריגה נקודתית תיבחן לאור פסקת ההגבלה והתגברות. ס' 8 מסמיך חוק רגיל לפגוע בזכויות אם הינו קצוב בזמן ונקבע בו קביעה מפורשת כי תקף על אף האמור בחו"י זה.

בס' 8 מצוין יוצא מן הכלל (חוק שהתקבל עד כשנה מיציאת חוק יסוד זה) זאת על מנת לפתור בעיה נקודתית העוסקת בייבוא בשר (פסד **מטריאל**). ס' 8ב התקבל לאור הוראת העליון שבלעדיו, האיסור על ייבוא בשר יהיה לא חוקתי. ס' 8 ב' מאפשר לחוק להישאר בתוקף גם מקץ 4 שנים לחקיקתו (לא חלה עליו פסקת ההתגברות, זהו חריג יחיד).

* כאשר 2 חו"י נפגעים במקביל נבחן מהי הפגיעה הדומיננטית ובמידה והיא תהיה בחו"י חופש העיסוק ויתקיימו תנאי תחול פסקת ההתגברות- החוק לא יהיה ניתן לפסילה. אם הפגיעה העיקרית בחו"י כבוד האדם- לא תהיה משמעות לפסקת ההתגברות. בנסיבות מטריאל הפגיעה הדומיננטית בחופש העיסוק לכן ניתן להתגבר על הקושי ע"י פסקת ההתגברות. עולים 2 קשיים: כאשר לא ניתן לאמוד על פגיעה דומיננטית יותר- אם כבוד האדם נפגע בצורה קשה החוק לא יאושר על אף עמידתו בפסקת ההתגברות. מבחן הדומיננטיות מעורפל- קשה ליישמו וכאשר לא נדע מהי הזכות הדומיננטית נטה לאשר את החוק.

**הסעדים החוקתיים**

לרוב בעיה זו לא עולה משום שהכנסת אינה מחוקקת חוקים לא חוקתיים. במידה וקרתה תקלה, אילו סעדים עומדים בפני ביהמ"ש? במשפט החוקתי לא קיים חוק התרופות (בשונה מדינים אחרים). לרוב הסעד יינתן מכאן ואילך לעתיד (לדוגמה פס"ד **צמח**. במקרה נתנו חלון זמן הארכה של 6 חודשים ע"מ להעניק לכנסת זמן להתארגן להסדר החדש ולמלא את הואקום החקיקתי שנוצר בעקבות ביטול החוק).

פרשת **ההתנתקות**- ביהמ"ש קבע כי עצם הפינוי חוקתי אך התערב בשיקולי מתן הפיצויים.

הוראת שעה- כאשר חוק עומד לפקוע- **בפרשת טל** ביהמ"ש קבע כי החוק אינו חוקתי אך עומד לפקוע בקרוב ממילא לכן יסתפק בהבעת דעתו ולא בהחלת הסדר חדש.

ב**נסר נ' ממשלת ישראל-** עתירה הוגשה ב2002 וטרם ניתן סעד (עוסק בהטבות מס על יישובים הממוקמים באזורי סיכון). דחיית הסעד מראה על הבעייתיות שבו. ביהמ"ש מנסה להימנע מהכרעה בנושא ומשהה אותה, מחכה למציאת פתרון קבוע (ולא זמני ויחידני) ע"י הכנסת.

היסוס יתר של ביהמ"ש במתן סעדים חוקתיים אינו ממלא את עקרון הפרדת הרשויות- ביהמ"ש למעשה מלווה תהליך ולא מיישב סכסוך ספציפי. ייתכן וראוי כי הכנסת תקבע סעדים להפרה חוקתית.

**מקורות החוקה המטריאלית**

החוקה הפורמלית הינה החוקה עצמה או חו"י. אך לחוקה מטריאלית (תחומית- תחום המשפט החוקתי) מס' מקורות:

1. הכרזת העצמאות- מהווה מקור משפטי לחוקה המטריאלית מכמה היבטים:

א) עקרונות היסוד של הכרזת העצמאות- ברמה של נורמה עליונה במדינת ישראל

ב) מוזכרת בחו"י (ס' 1) ובדרגתם הנורמטיבית כלומר, ברמת החשיבות של חו"י.

ג) ההיבט השלישי והחשוב מכל- ההכרזה כמקור לפרשנות נורמות בעלות השלכות חוקתיות. ההכרזה מעין "אני מאמין" של מ"י לאורה נפרש נורמות (כך לפי פס"דים ירדור וקול העם). כוללת את עקרונות היסוד של המדינה כיהודית ודמוקרטית.

**בקול העם** (פרשנות למשטר דמוקרטי) נקבע כי יש לפרש את פקודת העיתונות לאור הכרזת העצמאות אף שנחקקה בטרם ההכרזה (ולא לפי המשפט המנדטורי). שר הפנים רצה לבטל את הוצאת העיתון בשל מאמר ביקורת שהופיע בו, נקבע כי לא עומד במבחן הודאות הקרובה (לפגיעה בביטחון המדינה ובשלום הציבור) לכן אין בסמכותו לבטל את קיום העיתון.

בפרשת **ירדור** (פירוש בהיבט נצחיות ומשמעות הכנסת) דנו בשלילת רשימת הסוציאליסטים לכנסת. הרשימה שללה את עצם קיומה של מ"י כיהודית ודמוקרטית, אך עמדה בתנאים הטכניים לרשימתה כמועמדת (אותה תקופה לא היה הסדר שעסק בתוכן הפעילות) הערעור נדחה. ח' כהן (מיעוט) פסק כי אין סמכות לפסול את הרשימה- אומנם הרשימה בעייתית אך החוק מתיר את השתתפותה בבחירות. זוסמן (רוב) הסכים אך קבע כי לא ניתן להשתמש בחוק ע"מ לחסל את המדינה. אגרנט (רוב) השתמש בהכרזת העצמאות בפרשנות חוק הבחירות כלומר, אין לשלול את קיומה של המדינה כיהודית ודמוקרטית (זוהי נורמה בסיסית) ונועדה להיות מדינה עצמאית ברת קיימא. לפי המרצה פירוש דחוק.

1. חוקי יסוד
2. חוקים "רגילים"- חלק מהחוקה המטריאלית מעוגן בחוקים רגילים (חוק השבות) אך עוסק בתחומי משפט חוקתי- על כן נראה בהם כמקור לחוקה מטריאלית. יש הטוענים כי לחוק השבות יש ליתן מעמד כשל חו"י- מיישם עקרונות בסיסיים המובאים בהכרזת העצמאות. לפי המרצה, לא ניתן לבטלו (בגלל ההכרזה).
3. חקיקת משנה- לדוג' תקנון הכנסת שהתקבל מכוח חו"י הכנסת ס' 19. מעמדו הנורמטיבי פחות מחוק, אך מביא עקרונות מהותיים (קובע כיצד מחוקקים חוק יסוד וחוק רגיל ע"י 3 קריאות וכו' ואף כיצד ניתן לפסול הצעת חוק). מכוח היותו תקנה, קל לשנותו- זהו מצב קיים אך בעייתי בו קיים פער בין הרמה הנורמטיבית הנמוכה של תקנון הכנסת לבין האופי החוקתי המובהק של ההסדרים הקובעים בו. (הצעת החוק לתיקון המעוות לא עברה).
4. פס"דים- פסקי הדין דרגתם זהה לנורמה אותה הם מפרשים זהו מקור שיכול לעמוד בפני עצמו לחוקה המטריאלית. פסקי דין המפרשים את המשפט המקובל לעיתים עוסקים בנושאים חוקתיים. (חופש העיסוק של אדם שאינו אזרח/תושב, זכויות חברתיות)
5. מקורות אחרים:

א) *נוהג*- ב**שץ** נקבע כי נוהג הוא מקור מחייב אם עומד ב2 תנאים: 1. נוהג בפועל 2. תודעת חובה. בהנחה שהנוהג אינו סותר נורמה גבוהה יותר בפירמידת הנורמות יש להוכיח כי ההתנהגות חוזרת על עצמה (תנאי 1) לדוג' החלטת ממשלה בנוגע לנסיגה משטחים דורשת אישור של הכנסת. דוג' נוספת- מהותו הלא פוליטית של תפקיד הנשיא נקבע בנוהג ולא מעוגנת בחוק.

ב) *מקורות פרקטיים שיש להם חשיבות במדינה (למרות שאינם חלק מפירמידת הנורמות)*- לדוג' משפט השוואתי ניתן לעשות כך כאשר התשתית החוקתית דומה (אין חובה לשאוב השראה ממדינות אחרות אך ניתן לעשות כך- לא מחייב). ספרות אקדמית- לה מקום רחב במשפט הישראלי (יותר ממדינות אחרות). והמשפט העברי- השופט אלון שבהגדירו מיהו יהודי עשה שימוש ישיר במשפט עברי בפס"ד **רודריגז,** עם זאת רוב השופטים משתמשים במשפט העברי לשם שאיבת השראה בלבד.

**שבות ואזרחות**

עקרונות אלו מבוססים על הכרזת העצמאות ומעמדם גבוה אף שמעוגנים בחוקים "רגילים" ולא בחו"י, נראה בהם עקרונות חוקתיים.

**חוק השבות**

ס' 1- כל יהודי זכאי לעלות מלבד חריגים (ס' 2) את חריגים אלו נפרש באופן מצומצם. השימוש במקרים אלו נדיר לדוג' **מאיר לנסקי** עבריין יהודי מארה"ב שרצה לעלות ארצה. טען כי מעולם לא הרשע ולכן לא ניתן לשלול את זכותו לעלות ארצה. נקבע כי אין צורך בהרשעה וכי קיימת תשתית ראייתית רחבה דיה ע"מ לשלול את זכותו.

על זכות זו אין עוררין אך עולה השאלה **מיהו יהודי?** לפי ס' 4ב בן לאם יהודייה שאינו המיר את דתו. הגדרה זו מעלה שאלות פרשניות רבות שהכנסת טרם הכריע בהן. ב**רודריגז** כתוב כי אדם אינו חייב להיות משויך לקהילה יהודית ע"מ שיתגייר. 2 גישות לבחינה האם אינו בן דת אחרת (**ברספורד**): 1. גישתו של מ' אלון- לפי ההלכה היהודית. אדם שהמיר את דתו לא ייחשב כיהודי. 2. גישתו של ברק- המבחן חילוני- לאומי.

לפי גישתם של **ברק ומדינה** אין לשלול את זכות האזרחות מיהודי שלא הורשע בפלילים, אך גישה זו לא התקבלה. מ"י תהווה מקלט מדיני לכל יהודי שיחפוץ בכך לכן אינו מחויב לקבלת אזרחות ישראלית אם הצהיר שאינו מעונין בכך. עד כה עסקנו בסיבות לשלילת זכות השבות ובהגדרות.

**אזרחות** (שלא מכוח שבות)

קיימות מס' דרכים מלבד מכוח שבות לקבל אזרחות ישראלית:

1. מכוח לידה- ס' 4 לחוק האזרחות. מי שנולד בישראל ואחד מהוריו בעלי אזרחות.
2. מכוח ירושה- בעבר, אזרחות מכוח ירושה לא הייתה מוגבלת במס' מסוים של דורות אך כיום מוגבל לדור 1 בלבד (הכנסת הגבילה לפני 30 שנה). **רובינשטיין ומדינה** מבקרים מהלך זה שעובר מקיצוניות אחת לאחרת. קיים שק"ד לשר הפנים בהענקת אזרחות לנכדים אך מוגבלת לאנשים שהשתקעו בישראל.
3. מכוח אימוץ- ס' 4ב לחוק.
4. מכוח בני זוג- יהודי שעולה ארצה עם בן זוגו מקנה אזרחות גם לבן זוגו.
5. אדם שלא עונה על הקריטריונים לעיל יכול לקבל אזרחות לפי ס' 5: אם נמצא בישראל 3 שנים (מתוך 5 שקדמו לבקשתו), תושב קבע, יודע עברית, ויתור על אזרחות קודמת או הוכחה שיוותר על אזרחותו הקודמת- בניגוד לאזרחות מכוח חוק השבות, אישור שר הפנים והצהרת נאמנות.
6. אנשים ששירתו בצה"ל עוברים למסלול מקל בקבלת אזרחות (ס' 6)
7. אזרחות מכוח ישיבה באזור המוחזק ע"י המדינה- לדוג' תושבי איו"ש

ביטול/ ויתור על אזרחות

אדם יכול להתכחש לאזרחותו ע"י הצהרה ויכול לעשות כן לילדיו. ילדיו יוכלו לבקש חזרה את אזרחותם בהגיעם לגיל 18.

ביטול אזרחות ע"י המדינה- שר הפנים יכול לבטל את אזרחותו של אדם אם לדידו נרכשה ע"י פרטים כוזבים וטרם עברו3 שנים מיום הנפקת האזרחות. במידה ולשר הפנים כבר אין סמכות לביטול האזרחות יכול להגיש בקשה לביהמ"ש ע"ב כמה עילות: א. חלפו מעל 3 שנים ויש ראיות למסירת פרטים כוזבים ע"י האזרח ב. ס' 11ב(א) הפרת אמונים למ"י- מוגבל למצבים בהם לאדם תיוותר אזרחות במדינה אחרת ואם לא, יוכל להישאר תושב.

חוק האזרחות והכניסה לישראל- **הוראות שעה**- התקבל ב2003 והוארך. לפי חוק זה, תושב (איו"ש או תושב מדינת אויב לא יקבל רישיון ישיבה בישראל. נק' המוצא לחוק זה, מקרים בהם תושבי קבע (בעלי ת"ז כחולות) רכשו זכות ישיבה בארץ למרות שהיו מעורבים בפעולות טרור. החוק לעיתים יוצר הפרדה בין קרובי משפחה ערביים ואף מכיל איסור גורף ואינו בודק מקרים באופן פרטני. **החריגים** לחוק בהם ניתן לשר הפנים שק”ד:

1. כאשר מדובר בגבר מעל 35 והדבר נועד למניעת הפרדתו מבת זוגו השוהה כדין בישראל.
2. כאשר מדובר באישה מעל 25 והדבר נועד למניעת הפרדתה מבן זוגה השוהה כדין בישראל
3. קטין (עד 14) כדי למנוע הפרדתו מהורה/ משמורן השוהה בישראל כדין

החוק מאפשר מקרים הומניטריים חריגים (מקרים רפואיים) המוגבלים לתקופה בת עד 6 חודשים ואף לצורכי עבודה לתקופות ארוכות יותר.

ב**עדאלה** נדונה חוקתיותו של החוק. הרוב דחה את העתירה. לוי טען כי החוק אינו חוקתי אך יש לאפשרו בינתיים משום שמדובר בהוראת שעה זמנית. לפי דעת המיעוט בפס"ד, החוק פוגע בזכות ישראלים לכבוד ב2 מובנים: חיי משפחה ושוויון- משפיע בעיקר על ערבים למרות שלא מנוסח לגבי קב' אתנית מסוימת. פגיעה זו בשוויון הינה על בסיס שיוך לא רצוני לקב' מסוימת ועל כן נבחן החוק לפי פסקת ההגבלה. שופטי המיעוט פסקו כי תכלית החוק ראויה (בטחון המדינה) אך פוגע באופן לא מידתי בזכות משום שכולל איסור גורף ולא בדיקה פרטנית. לפי מ' חשין (רוב) החוק עומד ותקף משום שחו"י אינו חל בענייני הגירה, אלא בענייני יומיום. אם החוק היה נבחן לאור פסקת ההגבלה היה צורך לבטלו משום שאינו חוקתי.

**הכנסת**

ס' 4 לחו"י הכנסת קובע כי הכנסת תיבחר בבחירות כלליות (כל האזרחים), ארציות (כל שטח המדינה הוא אחד בשונה מאזוריות), ישירות (הצבעה ישירה עבור רשימה ולא לרוה"מ), שוות, חשאיות ויחסיות (לא יחסיות מוחלטת, בין היתר בגלל אחוז החסימה והסכמי עודפים). אין לשנות ס' זה אלא ברוב ח"כים.

בחירות שוות- הסוגיה המרכזית, יש מס' היבטים לשוויון:

1. שוויון בין מפלגות, ישנן חוקי בחירות הנותנים עדיפות למפלגות גדולות.
2. שוויון בסיסי, כולם יכולים להצביע.
3. שוויון בין מועמדים- שנוי במחלוקת.

השאלה הרלוונטית היא האם השוויון הוא פורמלי (התייחסות זהה לכל המפלגות) או מהותי (שוויון תוך התחשבות בהבדלים בין מפלגת קטנות וגדולות). נפסק כי מדובר בשוויון מהותי, מכאן ההבדל בין מפלגות הוא לגיטימי, כל עוד הוא מידתי. בנוגע למימון מפלגות זוהי ההכרה, אך בנוגע לזמני השידור לתעמולה, יש ויכוח, דעת המיעוט ובנדור אומרים ששוויון זה צריך להיות פורמלי אך הכנסת יכולה לחרוג מכך במקרים מסוימים, כיום הכנסת רשאית לתעדף מפלגות גדולות בעניין זה במס' קריטריונים ע"פ דעת הרוב ללא צורך ברוב מיוחד. פס"ד ברגמן(לא בסילבוס) קבע כי חוק לא שוויוני בנוגע לבחירות צריך להתקבל ברוב ח"כים, אחרת הוא אינו חוקתי.

שאלה שלא נדונה בפסיקה- מה קורה כאשר חוק פוגע בשוויון הבחירות המהותי, האם ייבדק לאור חו"י הכנסת (דרישת רוב) או ע"פ חו"י כב"א וחירותו (פסקת ההגבלה) או ע"פ שניהם? גישת הש' זמיר- המבחנים הם חלופיים. גישת בנדור- חו"י הכנסת הוא ספציפי ולכן גובר על חו"י כב"א וחירותו. במקרים קיצוניים של שינוי שיטת הבחירות לשיטה לא דמוקרטית ההתמודדות תהיה דרך הכרזת העצמאות ולא דרך חו"י כב"א וחירותו.

משמעות הביטוי שינוי בס' 4- ע"פ ס' 46 סיפא השינוי הוא במפורש או משתמע (הכוונה היא לסטייה נקודתית מסוימת). לעומת זאת, ע"פ פס"ד מזרחי ופסיקה נוספת של העליון, שינוי כוונתו כאשר הוא מהותי ומרחיב את הכתוב בחו"י. כלומר, אם מדובר בפגיעה נקודתית אין צורך בחו"י אלא רק ברוב ח"כים בחוק רגיל, ואילו כאשר מדובר על שינוי מהותי יש צורך גם בחו"י וגם ברוב.

פסילה מטעמים מהותיים פוליטיים של רשימות ומועמדים-

תחילה, ע"פ פרשת **ירדור**, בה אגרנט ברוב פסל רשימה לכנסת ע"ב הכרזת העצמאות. בפרשת ניימן ה1 84' כהנא ורשימת "כך"- העליון אישר את הרשימה אך המצב לא הניח את הדעת ולכן הכנסת נרתמה וברוב גדול הוסיפה את ס' 7א לחו"י הכנסת, שקובע הסדר העוסק בסמכות לפסול רשימה. הס' שונה לאורך השנים, בעבר היו עילות שונות. העילה האחרונה הוספה בתיקון מאוחר יחסית, ולאחר מכן לאותה עילה התווספה חזקה ראייתית- אם מועמד שהה לא כדין במדינת אויב 7 שנים קודם להגשת המועמדות, יראו זאת כמעשה שיש בו תמיכה במאבק המזוין נגד מ"י, והראייה עליו להוכיח אחרת.

היום נוסחו: רשימה או אדם לא ישתתפו בבחירות אם יש במטרותיה/ מעשיה בפורש או במשתמע אחד מהבאים-

1. שלילת קיומה של מ"י כמדינה יהודית ודמוקרטית
2. הסתה לגזענות
3. תמיכה במאבק מזוין של מדינות אויב/ ארגון טרור נגד מ"י.

פרשנות הס'- לפני תיקון הס', היו שתי פרשות בהן נפסלה רשימה בעקבות השימוש בו. פרשת **ירדור**- הרשימה הסוציאליסטית נפסלה ע"פ מה שהיה אז ס' שלילת מ"י כמדינה יהודית. פרשת **ניימן ה1**- רשימת כך לא נפסלה למרות ששללה את קיומה של המדינה כדמוקרטית, וכן כי הסיתה לגזענות. ירדור וניימן ערערו לעליון. בפרשת ניימן ה2 הוחלט פה אחד לפסול את הרשימה ע"ב ס' 7א שהוסף. הנימוקים ניתנו בפס"ד שניתן בעניין בן שלום. העליון אישר את החלטת הוועדה לפסול את כך, כולם הסכימו לעקרונות הפרשניים הנוגעים לס' 7א. ברק לא היה בהרכב, ויכול להיות שהייתה מתקבלת תוצאה שונה.

מטרת הס'- שתי גישות:

1. המקובלת בעליון וע"י בנדור- **מבחן תוכני**. האם מעשי או מטרות הרשימה מהווים פגיעה שעומדת במבחני הפגיעה. ברק השתמש במבחן ההסתברותי (ניימן ה1), לאחר מכן סטו מכך ופסלו את הרשימה ע"פ המבחן התוכני (ניימן ה2) וזוהי ההלכה היום. הכנסת היא רשות שלטונית של מ"י, היא אינה אדם פרטי וחופשי, צריכה לפעול לקידום המדינה ולא לשלילת הערכים הבסיסיים שלה. בנדור מוסיף שהמבחן ההסתברותי נכון לאדם פרטי. יש להשתמש באפשרות הפסילה בצמצום כי זה שולל מהבוחרים את ייצוגם ברשות השלטונית, פגיעה חריפה בדמוקרטיה. כמו כן, החלק הארי של פעילות הכנסת הוא יום יומי ולא חוקתי, לכן כאשר נבצר מציבור מסוים להיות מיוצג בכנסת, האינטרסים שלו נפגעים. כיצד מצמצמים את השימוש בס'?

1-נמנע רק פעילות שמטרתה שהמדינה לא תהיה יהודית/דמוקרטית.

2-צריך ראייה חד משמעית בנוגע לגזענות.

3-הזדהות עם המאבק המזוין.

הצמצום נעשה ע"י פרשנות זהירה ומצמצמת של עילות הפסילה ודרישה קפדנית מבחינה ראייתית (כמו פס"ד בן שלום). ע"פ ניימן השני המטרה העוינת צריכה להיות דומיננטית בפעילות הרשימה.

במבחן התוכני יש ממד הסתברותי, נדרשת צפייה לגבי התנהגות הרשימה. ההסתברות פחותה משל הגישה ההסתברותית, הדרישה היא בנוגע להתנהגות הרשימה בנוגע למטרות הפסולות, ולא הצלחת פעולתן.

1. **מבחן הסתברותי**- מהי מידת ההסתברות שאכן במידה והרשימה תשתתף בבחירות לא תתקיים מדינה דמוקרטית או יהודית וכו'. המבחן מתחשב בתוכן- יוצא מנקודת הנחה שהתוכן הוא בעייתי, אך מתמקד בהסתברות שהפגיעה תשתמש. המבחן הוא מצמצם, וכמעט לא מאפשר פסילה. הרציונל- הערך מאחוריו הוא קיום ערכי המדינה.

ע"פ ההסדר הקיים, הסמכות הראשונית לפסילה היא בידי ועדת הבחירות המרכזית לכנסת שהיא הרכב פוליטי לחלוטין, עם יו"ר שיפוטי. השיקולים שלהם פוליטיים במובן הצר. בגלל ההרכב הבעייתי, כאשר ביהמ"ש דן בנושא הוא דן בו כמו ערכאה ראשונה.

**חוק המפלגות ס' 5**- עוסק במגבלת על רישום כמפלגה. לפני חוק המפלגות כל גוף עם אגרה וחתימות יכל להגיש מועמדות לכנסת, לאחר החוק, רק תאגיד מפלגה יכול להגיש מועמדותו וזאת ע"מ לבסס את הפוליטיקה. ס' זה קובע את הסייגים לרישום רשימה למועמדות לכנסת: שלילת קיומה של מ"י כיהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות, תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב/ארגון טרור, יסוד סביר שהמפלגה תשמש כמסווה לפעילות בלתי חוקית(עילה זו היחידה שלא מקבילה לס' 7א בחו"י הכנסת, בעייתית כי לאחר הרישום מפלגה יכולה לשנות את מטרתה לפעילות בלתי חוקית ולא ניתן לפסול על פיו כאשר היא מתמודדת לכנסת). התנאי הוא מהותי, סמכות הפסילה היא בידי רשם המפלגות במסגרת משרד המשפטים- גוף מקצועי. גם על החלטות שלו ניתן להגיע לעליון- פס"ד **יאסין**- ע"פ דורנר גם בס' 7א וגם בס' 5 המבחנים זהים, והרציונל שלהם דומה. לכן, אם מפלגה אושרה זמן קצר לפני הבחירות, הראיות יהיו דומות והתוצאה תהיה זהה. ע"פ ברק המבחן לס' 5 אינו תוכני (כמו שנקבע בפרשת ניימן בנוגע לס' 7א) אלא הסתברותי. כלומר, יכול להיות מצב שמפלגה תאושר לרישום כי לא התקיימה הסתברות אך תפסל אח"כ בגלל התוכן. הלכת ניימן לא חלה על חוק המפלגות כי הוא לא היה קיים.

נימוקי ברק:

1. **התאגדות למפלגה זו זכות נפרדת - זכות להתאגדות -**קשור גם לחופש הביטוי, לא כל ביטוי שמנוגד לערכיה של מ"י כמדינה יהודית ודמוקרטית יש לפסול.

2. **קרבת הזמן -**כאשר פוסלים מפלגה ע"פ ס' זה אנחנו בעצם מונעים ממנה לפעול, יכול להיות שנים רבות לפני הבחירות הרלוונטיות. ואז אין לה הזדמנות להראות לציבור מהי פעילותה והאם היא מסוכנת. לכן נפסול, רק כאשר כבר בשלב הזה יש אפשרות סבירה כי עצם רישומה כמפלגה זה כבר דבר מסוכן. הרי רישום כמפלגה לא מכניס אותה עדיין לכנסת ואפילו לא מאפשר לה עדיין להתמודד לכנסת.

ביהמ"שׁ לא הכריע בין גישות אלו.

שא' נוספת, בפס"ד **פייגלין** - בנוגע לנושא עבירות שיש עמן קלון. ביהמ"שׁ הרשיע את פייגלין בעבירת המרדה ונושא הקלון לא נדון. אדם שהורשע בעבירה פלילית ונדון למאסר בפועל של 3 חודשים ומעלה בשנים הסמוכות לפני הבחירות ורוצה להתמודד בבחירות צריך להתריע על כך ובנוסף צריך להגיש בקשה ליו"ר ועדת הבחירות (ש' עליון) כדי שיקבע כי אין קלון. אם היו"ר מחליט שיש קלון הוא לא יכול להשתתף. במקרה הזה פייגלין לא דיווח, חברי הוועדה ידעו כי יש קלון בעבירה שלו ו"הלשינו". הוא נפסל וערער לעליון. **העליון החליט לדחות את העתירה בדעת רוב – נימוק טכני – אי עמידה במועד של דיווח הקלון**ולא הכריעו בשא' המהותית אך רובם התייחסו לכך באוביטר ודעותיהם היו חלוקות, חלקם חשבו שיש עם העבירה קלון ולכן בכל מקרה היה פייגלין נפסל, וחלקם סברו כי אין עם העבירה קלון ולכן לא היה נפסל. **דעת המיעוט הש' לוי** – הנושא כ"כ חשוב מבחינה דמוקרטית שאי אפשר להיתלות בנימוק טכני. כל עוד ניתן לדון בנושא אז יש צורך לדון בו. זה לא בסדר שפעל כפי שפעל אולי צריך להטיל עליו סנקציה מסוימת אבל לפסול אדם ממועמדות לכנסת בגלל סיבה טכנית זו לא ראוי. זו פגיעה בזכות האישית שלו וגם בזכות ציבור המצביעים שרוצים לבחור בו. **לוי**סבר שיש לקבל את העתירה ולדון. בנושא הקלון חושב כי אין בהרשעה אשר בה מדובר קלון.

**ע"פ מה נקבע אם יש/אין קלון?** כל הש' הסכימו כי שא' זו לא צריכה להיות מוכרעת באופן טכני אלא בהתאם לנסיבות המקרה .הטענה לכך שיש קלון בעבירה - פייגלין הורשע בביצועם מעשים שביטאו התנכרות מובהקת בעקרונות יסוד של הדמוקרטיה. כלומר המריד באופן שפגע פגיעה קשה בסדר הציבורי וגם נגד הממשלה הדמוקרטיה והכנסת תוך כדי ביצוע עבירה פלילית. הטענה לכך שאין קלון בעבירה (בנדור מסכים)- לא פוסלים אדם בגלל דעותיו גם אם הן קיצוניות. הוא גם נענש כבר בפלילים על מעשיו והמעשים אינם כה חמורים שיש למנוע ממנו להתמודד בבחירות תוך כדי פגיעות חוקיות.

יש מקרים שבהם חומרת העבירה היא כזו שלמרות השיקולים הדמוקרטיים לא ראוי שאדם יתמודד בבחירות. אבל כאשר מדובר במקרה בו אדם לא הורשע בעבירה מהותית, יש לזכור כי הזכות הדמוקרטית היא הבסיסית ביותר – ולכן יש לייחס חשיבות כאשר שופטים בנושא הקלון. בנדור חושב כי זה לא סוג המקרים החמורים שבגינם יש לשלול מאדם את הזכות להתמודד לכנסת. בנדור מסכים עם לוי כי לא פוסלים בגלל בעיה טכנית כי מדובר בפגיעה חוקתית קשה בזכותו של אדם.

**חסינות ח"כים**- הוראת ההסמכה היא בס' 17 לחו"י הכנסת. נקבע שיש לח"כים חסינות, פרטים יקבעו בחוק. לא מפורט מהי חסינות, לא התעורר בפסיקה. המשמעות היא שח"כ חסין מהעמדה לדין למרות שביצע עבירה, ובכך היא למעשה פוגעת בשוויון כי מפלים לטובה ח"כים, ובשלטון החוק (פס"ד **בשארה** ורובינשטיין). נק' נוספת- אם יבטלו את חוק החסינות זה לא יהיה חוקתי כי סותר הוראת חו"י. הנושא מוסדר בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם.

**חוק החסינות**: קובע סוגים שונים של חסינות. מתמקדים ב2, אלו מתייחסות להגשת תביעות וחסינות דיונית בנוגע לרישומים פליליים:

1. **חסינות עניינית מהותית**- החסינות נוגעת לדברים שעשה ח"כ למען מילוי תפקידו. חלה על מעשים נעשו במהלך כהונה, גם אם הנושא עולה לאחר כהונתו של הח"כ. חלה גם על עבירות אזרחיות ופליליות. מוחלטת ולא ניתן ליטול אותה. בשנת 2002 הוספה הוראת הבהרה לס' 1(א1) לפיה המעשים או התבטאויות שאינן אקראיות הבאות לא יזכו את הח"כ בחסינות- שלילת קיומה של מ"י כמדינה יהודית/דמוקרטית, הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין של מדינות אויב. שופטי הרוב ברק וריבלין- את הס' יש לפרש בצורה זהירה, ואין למהר להסיר החסינות, דנים ע"פ ס' 1א העוסק בהגדרתה הבסיסית של החסינות. לעומתם שופטת המיעוט חיות סברה כי ההתבטאות נכנסת לחלופה הרביעית של ס' (א1) ולכן אין צורך לדון בס' 1א (פס"ד **בשארה**). המבחן המחייב על פיו צריך לפרש את ס' זה הוא המבחן של ברק בבשארה. המבחן קובע כי החסינות המהותית חלה על מעשים אסורים המצויים במסגרת "מתחם הסיכון הטבעי" של פעילות לגיטימית של ח"כ במסגרת מילוי תפקידו. המבחן אינו טכני או חד משמעי. שלושת השיקולים בגללם המעשים נכנסו בגדר מתחם הסיכון הטבעי: ראשית, נאמר במסגרת נאומים פוליטיים, מדובר על משפטים ספורים בנאום. שנית, חופש הביטוי היא זכות בסיסית והיא כלי העבודה של הח"כ. שלישית, חלק מהותי מעבירות הביטוי מנוסחות בצורה מעורפלת ויש חשש מצינון הח"כים.
2. **חסינות דיונית**- חלה על נושאים לגביהם אין חסינות מהותית, ועל עבירות שבגינן מבקשים להעמיד לדין ח"כ. חלה רק על ח"כים מכהנים, לא משנה מתי התרחשו המעשים עצמם, שלא קשורים לתפקיד הח"כ. חלה רק על עבירות פליליות. ניתן ליטול את החסינות הדיונית, היא אינה מוחלטת, זה בסמכות הכנסת (שני שלבים- וועדה ומליאה). בעבר הכנסת הייתה צריכה ליטול את החסינות בכל מקרה. לאחר תיקון ס' 13 לחוק החסינות בשנת 2005 במקרים בהם הח"כ מסכים לנטילת החסינות אין צורך בהצבעה במליאה אלא יו"ר הוועדה יכול להחליט על נטילתה ורק להודיע על כך לכנסת. מצמצם כביכול את החסינות, אולם למעשה הצמצום הוא לא מהותי מכיוון שגם בעבר במידה והח"כ הסכים לנטילת החסינות הכנסת הייתה מצביעה פה אחד וההצבעה הייתה פורמלית. במידה והיא החליטה ליטול אותה ניתן להעמיד את הח"כ לדין כמו כל אזרח. תק' ההתיישנות מוארכת כך שמוציאים ממנה את תק' הכהונה של הח"כ. קיימות 4 עילות בהן יש לכנסת אפשרות שלא ליטול את החסינות שהוספו בתיקון לחוק- (1)כאשר לח"כ יש חסינות מהותית אבל אין דיונית, (2)פגם בשק"ד של היועמ"ש, (3)התקיימות תנאים מצטברים- הכנסת קיימה הליך ע"פ הנהוג בה נגד ח"כ, העבירה בוצעה במשכן הכנסת, במסגרת אחת מוועדותיה, אי ניהול ההליך הפלילי לא יפגע באינטרס הציבורי – הבעיה היא שיש כאן העברה של שק"ד של היועמ"ש שהוא גוף מקצועי לגוף פוליטי (הוועדה) מעצם כך שבנטילת החסינות היא מחליטה אם להעמיד או לא להעמיד לדין ח"כ. (4)כאשר ייגרם נזק של ממש בשל ניהול ההליך הפלילי לתפקוד הכנסת או וועדה שלה, או לייצוג ציבור הבוחרים ואי ניהול הליך כאמור בהתחשב בחומרת העבירה לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי (אימוץ דעת המיעוט של כהן בעליון לפני כן). מאז תיקון זה ב2005 לא היה מקרה בו הכנסת סירבה ליטול החסינות ע"ב עילות אלו. לרוב הח"כים מסכימים לנטילת החסינות.

כל פעם שמתעורר נושא החסינות בביהמ"ש השופטים ערים לכך כי אם יקבעו שחלה החסינות תהיה פגיעה בשלטון החוק ובשוויון, ולכן מצמצמים פירוש זה. (פס"ד **בשארה**- המחוזי קבע כי ביצע את העבירות, אך יש לו חסינות מהותית. לכן בעליון החילו את החסינות המהותית ברוב העבירות באישומים הפליליים).

הרציונל מאחורי החסינויות- דיונית- למנוע מצב של רדיפת הרשות המבצעת אחרי חברי הרשות המחוקקת. הרציונל לחסינות המהותית- לא רוצים שח"כים יצנזרו עצמם בפעילות הציבורית.

**סדרי העבודה של הכנסת והביקורת השיפוטית עליהם**- סדרי העבודה של הכנסת נקבעים בתקנון הכנסת בו גם עניינים פעוטים וגם ענייני חקיקה. ההסמכה לתקנון מופיע בס' 19 לחו"י הכנסת, במידה וסדרי העבודה לא נקבעו בחוק ובתקנון, תנהג הכנסת לפי נוהג ונוהל המקובלים בה. התקנון הוא מסמך גמיש, ומקנה שק"ד רחב לרשויות הכנסת. אחת מהסמכויות שהוא מקנה לנשיאות הכנסת לדוג' היא לפסול הצעת חוק.

שאלת הביקורת השיפוטית על סדרי עבודת הכנסת- לא חל מבחן אחד ויחיד, אלא עמדת ביהמ"ש תלוית הקשר. ישנם היבטים בהם הביקורת השיפוטית לא חופפת את הדין המהותי.

סוגית ס' 143 לתקנון הכנסת- עד פס"ד שריד מדיניות העליון הייתה כי עתירות הנוגעות לסדרי העבודה של הכנסת אינן שפיטות ויש לדחות אותן על הסף. זאת מטעמים של הפרדת רשויות, אין להתערב בהחלטות פנימיות של אחת הרשויות (החלטות הפוגעות בזכויות אדם אינן החלטות פנימיות). בפס"ד **שריד** נקבע כי אמנם עקרון הפרדת רשויות חשוב, אך יש להתחשב גם בעקרון שלטון החוק. הפרדת רשויות היא ערך ראוי עד הנקודה בה החלטת הכנסת היא לא חוקית, מנוגדת לתקנון או מבוססת על שיקולים זרים, אז הפגיעה היא בשלטון החוק. אז נדרשת התערבותו של ביהמ"ש. כיצד מאזנים בין עקרון הפרדת הרשויות לעקרון שלטון החוק? **בימה"ש יתערב רק בעניינים בעלי חשיבות ציבורית-חוקתית- מהותית** (מבחן שריד), אך בכל עניין אחר יכבד את החלטת הכנסת. לפי בנדור בחינת ביהמ"ש לא פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות אלא מחזקת אותו. כלומר, זהו המבחן הראשון ורק אם העתירה תעבור אותו היא תידון בביהמ"ש. ישנה ביקורת על כך, כיוון שלא כל הדברים החשובים עוסקים במשפט חוקתי ולכן לא ידונו בביהמ"ש. בפס"ד **לבנת** העתירה נדחתה על הסף ולא נבדקה חוקיות העניין לגופו. אך **בכהנא** 1- היה מדובר בדחייתו של יו"ר הכנסת את הצעות החוק הגזעניות של הח"כ כהנא, העניין כן נדון בביהמ"ש, בשלב ראשון דן בכך האם הנושא נכנס למבחן שריד, כלומר נושא מספיק חשוב מבחינה חוקתית כדי שביהמ"ש ידון בו. נקבע (ס' 134 לתקנון הכנסת) כי במסגרת תפקידה של נשיאות הכנסת היא שוקלת שיקולים בעלי אופי מנהלי וטכני בלבד, ולא שיקולים הנוגעים לתוכן ההצעה. נקבע שהנשיאות פעלה לא בסמכותה והעתירה התקבלה. בימה"ש אמר כי זהו הפירוש הנכון לס', ואם הכנסת רוצה היא יכולה לשנות את התקנון, וכך היה- הוסף ס' 134 ג- הנשיאות לא תאשר הצעת חוק שלדעתה היא גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מ"י כמדינת העם היהודי. מכוח הס' המתוקן הנשיאות פסלה את ההצעה, וכהנא שוב עתר לעליון בנושא זה. הפעם, העתירה נדחתה, ביהמ"ש לכאורה נכנס לדון בגופו של עניין. טענתו של כהנא כעת היא שלכנסת לא הייתה סמכות לקבוע את תקנה 134 ג בתקנון, ס' 19 לחו"י הכנסת לא מסמיך את הכנסת ליצור תקנה כזו כיוון שהיא לא נוגעת ישירות לסדרי העבודה של הכנסת. ע"פ שמגר מכוח ס' 19 כן ניתן לקבוע את התקנה בתקנון- הפה שהתיר הוא הפה שאסר. בנדור לא משוכנע בכך. זה לא שהתוכן של התקנה לא ראוי, אך הוא צריך להיות מעוגן בחו"י או להתבסס על חו"י, כי אז מונעים למעשה מהכנסת לדון בחוקים שיתכן מאוד שאם היו עומדים בפניה, היו מתגלים כחוקתיים. התקנה יוצרת הבחנה בין הצעת חוק פרטית לממשלתית, כאשר רק הפרטית צריכה לעבור אישור של הנשיאות. מכיוון שאת הממשלתית כותבים יועצים ממשלתיים. אולם בסופו של דבר כל הצעות החוק עוברות אישור של יועץ משפטי לכנסת מבחינה פוליטית, לא צריכה להיות הבחנה כזו. בעיה נוספת מתעוררת כאשר הנשיאות אישרה הצעת חוק גזענית/שוללת את המדינה. בזמן הליכי חקיקה בג"ץ לא יתערב כלל (כי מדובר בהליכי חקיקה בהתהוות שהם עניינה של הכנסת בלבד- הפרדת רשויות), בפס"ד **ארגון מגדלי העופות** נקבע כי אכן ביהמ"ש לא יתערב בהליכים של חקיקה אלא רק במקרים מסוימים בהם הפגמים בהליכי חקיקה יורדים לשורש הליכי החקיקה. אם הפכה הצעה הסותרת את ס' 134ג לתקנון הכנסת לחוק, כיצד יכול בג"צ להתערב? הרי מדובר בחוק רגיל הסותר תקנה (ולא חו"י הנמצאת במעמד נורמטיבי נמוך) לשאלה זו יש מענה חלקי, ביהמ"ש יוצר פיקציה ואומר שה"חוק" אינו חוק באמת ורק מתחזה להיות חוק כי נפל פגם שורשי בהליכי חקיקתו, אז ניתן להשתמש בתקנון כדי לפסול אותו.

**הממשלה**

ס' 1 לחו"י הממשלה- היא הרשות המבצעת. הרשות המבצעת כוללת את כל משרדי הממשלה, וגם גופים ביצועיים שונים שאינם מסונפים לממשלה- כמו נגיד בנק ישראל. לממשלה יש שני מובנים: **המובן המצומצם** ע"פ ס' 5א- רוה"מ והשרים (זאת ניתן להבין מפירוש ס' חוק היסוד למשל ס' 33(ב)- האצלת סמכות, וס' 34- נטילת סמכות). **הרחב**- כולל גם גופים ביצועיים שהם חלק מהרשות המבצעת. השאלה חשובה מבחינה חוקתית מכיוון שהכנסת לא רשאית בחוק רגיל להעניק תפקידי ביצוע לגורמים שאינם גורם ברשות המבצעת. במציאות וגם מבחינה נורמטיבית הרשות המבצעת עוסקת בפועל לא רק בביצוע במובנו המצומצם, אלא גם בחקיקה (רוב החקיקה בישראל מתבצעת על ידה- חקיקת משנה היא בעלת אופי ביצועי יותר, ולכנסת אין בהכרח את המקצועיות המנהלית הנדרשת) ושפיטה באופן משמעותי. התפיסה הקלאסית היא שתקנות הן הסדרים משניים שעניינם בפרטי הביצוע של העקרונות שנקבעים ע"י הכנסת. בפועל זה לא תמיד המצב (דוג' דיני ההסדרים הציבוריים, חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים), ויש לא מעט חוקים שמסמיכים את הרשות המבצעת לחוקק בצורה מנהלית הסדרים בעלי אופי ראשוני. לא בטוח שהפרקטיקה הזאת חוקתית. כאשר הממשלה כן מחוקקת תקנות בעלי אופי ראשוני זה תלוי באיזה תחום ההסדר:  
\* תחום חו"י על זכויות האדם- רלוונטי רק להסדרים שמסמיכים פגיעה בזכויות אדם. נבחן ע"פ פסקת ההגבלה. דרישת החוקיות- גישת ביהמ"ש כי אם מדובר בפגיעה מהותית בזכות יסוד חשובה, ידרשו שהחוק עצמו הוא שיקבע את העקרונות בצורה מפורטת, וישאיר לתקנות את פרטי הביצוע. פס"ד בעניין **ז'נבה**- שופטות המיעוט טענו כי מכיוון שמדובר בחופש פוליטי, וזהו חופש מהותי, אם הכנסת רצתה לאסור פרסומות פוליטיות, היה עליה לקבוע זאת בחוק, לא מספיק חקיקת משנה.   
\*תחום שלא נוגע לזכויות אדם, ומסמיך בצורה מפורשת רשות ביצועית לקבוע בתקנות הסדר ראשוני- דוג' חוק חובת המכרזים. כאשר מסתכלים בס' 1 לחו"י הממשלה (הממשלה היא המבצעת) ובס' 1 לחו"י הכנסת (הכנסת היא בית הנבחרים) הטענה היא כי לא ניתן לסטות מחלוקה חוקתית זאת. שאלה זו הועלתה בפס"ד **המרכז האקדמי** בעניין הפרטת בתי הסוהר שם החוק נפסל כי נקבע שזה פוגע בזכויות אדם, אבל הייתה טענה נוספת כי הממשלה היא הרשות המבצעת (ס' 1 לחו"י הממשלה) ולא גוף פרטי. נטען כי לא מדובר בפרט טכני, אלא הכנסת הסמיכה חב' פרטית לדאוג לענישה של אסירים, וזה כאמור סותר את הוראת חו"י בה נאמר כי הממשלה היא המבצעת לעניין מהותי זה. זו הייתה חריגה מסמכות הכנסת. העליון לא הכריע, חלק מהשופטים התייחסו לטענה זו, ביניש מסכימה כי הכנסת לא יכולה כל פעולה להעביר לידיים של זכיין פרטי, למרות זאת, הנושא נשאר בצריך עיון. גם הפוך זה לא עובד - אם הכנסת תקבע הכל בחוקים זה יהיה מעין החלטה ביצועית שלה וזה סותר את חלוקת התפקידים החוקתית.

במסגרת שאלת המהות של הרשות המבצעת והשאלה האם קביעת הממשלה כרשות מבצעת היא רק הצהרתית, נתמקד בשני נושאים:

1. שק"ד של רוה"מ בהפעלת הסמכויות שניתנו לו בחו"י הממשלה **להעביר שר מתפקידו**- ס' 39 לחו"י הממשלה. הרציונל הוא שלא יהיה מצב בו שר מתנכל להחלטות הממשלה. הבחירה נתונה לשק"ד של רוה"מ, אך היא צריכה להיעשות משיקולים ענייניים. סמכות זו נותנת לרוה"מ כוח משמעותי. נדון בביהמ"ש בשני מקרים:  
   א- פס"ד דרעי (**התנועה למען איכות השלטון**)- דרעי הואשם בעבירות שחיתות חמורות, לא היה מוכן להתפטר ורבין רוה"מ, בגלל חשש ליציבות הממשלה לא רצה להעבירו מתפקידו. ביהמ"ש ראה שני שיקולים רלוונטיים שעומדים לפני רוה"מ- 1) פוליטי- יציבות הממשלה 2) עקרוני- שמירת אמון הציבור המע' השלטונית ובממשלה. למרות שמדובר בסמכות שהיא ביסודה שק"ד, נקבע כי בסיטואציה קיצונית של כתב אישום שגובש ובוסס על עבירות חמורות מאוד, השיקול של שמירת אמון הציבור צריך לגבור ולכן הערעור התקבל ועל רוה"מ להעביר את דרעי מתפקידו. כתוצאה מכך נקבעה נורמה שבמקרים של הגשת כתבי אישום בעבירות משמעותיות נגד שרים הם יתפטרו, ובתום המשפט בהתאם לתוצאה תידון חזרתם לממשלה. שנים לאחר מן תוקן חו"י הממשלה והוספו חובות בדבר פרישת שרים מהממשלה שהורשעו בעבירות שיש עמן קלון. בנוגע לשרים שרק הוגד נגדם כתב אישום(מקרה דרעי)- לא הוסף בתיקון. ע"פ תורת ההסדר השלילי, המחוקק היה ער לנושא, לא השאיר מקום לפרשנות, ולכן אם לא נאמר במפורש, אין חובה לפטר שר שהגישו נגדו כתב אישום.  
   ב- חו"י של זכויות אדם- בעקבות פס"ד דרעי, ישנה פגיעה בחזקת החפות. פגיעה זו היא בכבוד האדם (חו"י), כדי לאפשר פגיעה זו, יש צורך לעשות זאת ע"פ חוק (פסקת ההגבלה), אך כאן תנאי זה לא מתקיים. איך ניתן להגיע לתוצאה כי לביהמ"ש סמכות כזו? אם הנושא היה נטען, הפתרון שמציע ברק הוא כי הוראת פסקת ההגבלה בנוגע לדרישת החוקיות (ע"פ חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו) כוללת את המשפט המקובל, ולכן ביהמ"ש יכול לפסוק בנושא זה. בנדור חולק עליו- לא מתאים לרציונאליים של חוקיות שעולים בפרשת **לם** (גושפנקת המחוקק, סרבול הליכי חקיקה).

בפרשת דרעי ביהמ"ש הוסיף וציין שיכולים להיות גם מקרים חריגים שבהם החובה של העברת שר מתפקידו תתעורר גם לא בהקשר של כתב אישום פלילי שגובש נ' שר אלא במקרים אחרים בהם התנהגותו של השר היא כזו שהמשך כהונתו בממשלה תפגע באופן חמור באמון הציבורי בתקינות ובטוהר המידות בממשל בישראל. וזו ההלכה כיום למרות שלא שונתה החקיקה לפיה.

מה הדין במקרה הפוך בו רוה"מ כן מעוניין להעביר שר מתפקידו? האם שק"ד של רוה"מ במקרה הזה הוא מוחלט? ברור שאם רוה"מ מעביר שר מתפקידו בגלל שוחד אז ההחלטה איננה חוקית כי השיקול הוא זר ופסול. בפס"ד **פוקס** לא נטען שרוה"מ דאז שרון שקל שיקול מושחת במובן הפלילי, אלא פיטר את ליברמן ואיילון משיקולים פוליטיים שנגעו למדיניות שלו בהקשר לתוכנית ההתנתקות, כי רצה רוב בממשלה כדי לאמץ את תוכנית ההתנתקות, הקולות באותה עת היו שקולים וע"י העברה מתפקידם של 2 שרים אלו שהתנגדו באופן מובהק לתוכנית קידם את הסיכוי שתכניתו תתקבל. יכול להיות שהיה בכך הערת אזהרה למען יראו ויראו. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה ונדחתה.

מהו המבחן שקבע העליון כדי לדעת האם שק"ד הפוליטי הזה להעברת שרים מתפקידם הוא לגיטימי? כאשר רוה"מ משוכנע ששיקולים של מדיניות מחייבים פיטוריהם של שרים אז הוא רשאי לעשות זאת. הנימוק לכך הוא למנוע מצב בו הממשלה מקבלת החלטות ושרי המיעוט ממשיכים לפעול כנגד החלטות אלו, זאת כיוון שיש להם אחריות קולקטיבית לא לפעול לסיכול מדיניות הממשלה. אבל בפס"ד זה היה מדובר על הצעה שרק עמדה על הפרק והממשלה לא הכריעה, הסיבה הפוליטית לפיטורים הייתה לקדם את האפשרות אימוץ התוכנית. המקרה זה בימה"ש השתכנע כי ההעברה נופלת בגדר שיקולים שמטרתם לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי, העתירה נדחתה.

פס"ד זה בעייתי בעייני בנדור מבחינה משפטית, ס' 1+5 לחו"י הממשלה – הרשות המבצעת במ"י איננה רוה"מ המשטר אינו נשיאותי (כמו ארה"ב), והממשלה בעניינו היא לפחות רוה"מ והקבינט/השרים. החלטה מסוג ההתנתקות איננו נושא שרוה"מ מוסמך מבחינה משפטית וציבורית לקבל על דעת עצמו, הנושא הוא בסמכות הממשלה ואח"כ נדרש גם אישור של הכנסת (חוק תוכנית ההתנתקות). הסיבה להעברת השרים מתפקידם הייתה הרצון לקדם את הסיכוי לאישור של תוכנית ההתנתקות, לכאורה אם רוה"מ רוצה לשנות את הרכב הוא יכול גם לצרף שרים, אך לכך יש צורך באישור הממשלה והכנסת. לכן בחר באופ' נוחה יותר של העברת שרים מתפקידם, אבל בכך בעצם רוה"מ השתמש בסמכות שנועדה ביסודה להבטיח קוליגאליות של השרים להחלטות הממשלה ותפקוד תקין של השרים ולהשתמש בה כאילו הוא עצמו הרשות המבצעת, למרות שבהקשר זה היה ברור כי יש צורך באישור של הממשלה והכנסת. ולכן מבחינה משפטית מהותית נדמה כי זה מקרה שרוה"מ פעל בחוסר סמכות, כי שיקוליו היו זרים. לא כל שיקול זר צריך להיות מושחת, אלא השיקולים שלו היו זרים למבנה החוקתי של מ"י שבה החלטות מדיניות מתקבלות ע"י הממשלה.

1. **הסמכות השיורית**- ס' 32 לחו"י הממשלה קובע כי הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה ב"כפוף לכל דין" כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת. הס' לא ברור וניתן לפרשו בשני אופנים: מצמצמת- הס' עוסק במצבים נדירים בהם החוק מעניק סמכויות מסוימות למדינה ולא קובע רשות ביצועית ספציפית. פרשנות זו לא מגלמת את תכלית הס'. מרחיבה- הס' מסמיך את הממשלה לשמש כרשות מוסמכת בעניינים שאין לגביהם הסדר באשר לרשות אחרת. זוהי הגישה המקובלת על העליון, יש לאזן בין הצורך שעניינים מסוימים שחיוניים למדינה יטופלו לבין חשש שהמדינה תעשה כרצונה ללא הגבלה. כלומר, איזון בין הצורך ברשות שיורית לצורך לשמור על עקרונות שלטון החוק ולא להרחיב מידי סמכות של רשות מסוימת.

סייגים לסמכות השיורית:  
\*סמכויות ביצוע (פסיקתי)- לאור חשין בעניין **ועדת המעקב**, הסמכות השיורית של הממשלה כרשות מבצעת תחול רק על ענייני ביצוע.  
\*"בכפוף לכל דין"- פעולות הממשלה בתוקף הסמכות השיורית כפופות לכל דין (כולל תקנות).   
\*"הסמכות חלה רק אם אינה מוטלת בדין על רשות אחרת"- זה לא פותר את הבעיה שהס' בא לפתור. השא' שיש לשאול- האם הטיפול בנושא מוטל על פי חוק על רשות אחרת? אז הממשלה לא יכולה לטפל באותו נושא. ההנחה היא כי אם יש חוק הוא ממצה את הנושא.

**הרשות השופטת**

ייחוד הרשות השופטת:

1. היא אינה רשות נבחרת, השופטים נבחרים ע"י גוף שכולל את הרשויות הנבחרות אבל הבחירות אינו במובן של הרשויות הציבורית האחרות. השופטים נבחרים ע"י ועדת בחירה של 9 חברים- ייצוג של הרשויות הפוליטיות וחברים מקצועיים. השופטים נבחרים ע"פ רוב, לאחרונה בבחירת שופטי העליון נדרש רוב של מעל 7 חברים בוועדה. השיקולים לבחירתם של השופטים הם בעיקר מקצועיים, אמנם ישנם שיקולים פוליטיים הנובעים מהיות חלק החברים בוועדה פוליטיקאים, אך שיקולים אלה נחשבים זרים ואסורים. ככל הנראה הנציגים הפוליטיים נועדו כדי לשתף את הציבור בהחלטה חשובה זו. (ביקורת של החלטה של גוף מעין שיפוטי בנוגע לאי פיטוריו של הרב הראשי מצגר- בג"ץ **אומ"ץ**. וכינוס וועדה לבחירת שופטים- ובג"ץ **הפורום המשפטי לישראל**).
2. היא מכריעה בסכסוכים קונקרטיים, ואינה יוזמת ופועלת ע"פ כללים (בשונה מהכנסת שקובעת אותם). היא כפופה לחוק, והוא מקנה לה שיקול דעת נרחב בהפעלת סמכויותיה. שק"ד הוא בתחום הפרשני, ולמרות שהוא נראה נרחב, המילה האחרונה אף פעם אינה בידיה (פס"ד **דנילוביץ'**- דייל שעתר לבג"ץ להקנות לבן זוגו את הזכויות בהתאם להסכם העבודה שלו. ברק פסק לטובתו אך התבסס על חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה). כמו כן, נושא המשפט המקובל- הכנסת היא שקבעה שהוא יחול מקום בו אין חוקים.

עקרונות היסוד החוקתיים שמנחים את מע' השפיטה:

1. עקרון אי התלות השיפוטית- ס' 2 לחו"י השפיטה. לשופטים אין מרות והוראות, הם אמורים לפסוק ע"פ הדין בלבד. ההיררכיה הרגילה לא חלה במסגרת הרשות השופטת. חוק הקדנציות מתנגש עם עקרון אי התלות כיוון שקובע אורך קדנציה לכל הנשיאים וסגניהם בכל ערכאות בתי המשפט. העניין חושף שופטים להליכי בחירה. יש חשש שהם ישפטו בהתאם כדי להיבחר. בנוגע לנשיאי העליון העניים פחות בעייתי כי יש מסורת בבחירת הוותיק.   
   \*היבט נוסף הוא אי תלות מוסדית- לא ברור מיהו ראש הראשות השופטת- שר המשפטים או נשיא העליון. בארץ היא יחידה בתוך משרד המשפטים. היום החלטות מנהליות מתקבלות ע"י הדרג הפוליטי.
2. עקרון פומביות הדיון- ס' 3 חו"י השפיטה- ברירת המחדל היא פומביות(פס"ד יצחק נ' מוזס) אך יש יוצאים מן הכלל. איך מאזנים בין האינטרסים? מצד אחד עקרון הפומביות בא לחזק את אמון הציבור במע', נותנים לו משקל יתר. מנגד, נותנים משקל חסר לאינטרסים של צנעת הפרט. לא ראוי לפי בנדור.
3. החובה לקיים פס"דים- החובה לקיים את החוק כוללת חובה זו. קשה לאכוף קיום פס"ד ע"י המדינה. יש סכנה שאם המדינה לא תקיים את פס"דים כלשונם, גם אנשים לא יקיימו אותם והמע' תתערער.

**שפיטות**

שאלת השפיטות נדונה בבג"ץ מכוח סמכותו בס' 25(ג) של חו"י השפיטה לתת סעד למען הצדק. מבחינה פורמלית, ביהמ"ש פיתח **עילות סף** (כללים על פיהם הוא אינו דן בעתירות לגופן ודוחה אותן על הסף- זכות עמידה, דיוק בזמנים, ניקיון כפיים, מיצוי אפשרויות אחרות, עתירה בלתי שפיטה וכו'). מעשית, הרבה פעמים מתעוררות סוגיות השפיטות. שאלות השפיטות יכולות להתעורר לעיתים נדירות בערכאות אחרות ולעיתים לא ניתן להכריע בהן- פרשת **פולארד**- נושא מדיני מובהק בו על אף הפגיעה בזכויות אדם, אין מקום לביקורת שיפוטית. השינוי חל בפס"ד **רסלר** בו ברק קבע את הניתוח המושגי לשאלת השפיטות. שמגר ובנדור חולקים על הניתוח הספציפי אך מסכימים עם ההגדרה העקרונית. כללית ההבחנה היא בין שני היבטים שונים של שפיטות:

1. שפיטות נורמטיבית- השא' היא האם המשפט עוסק בכל מעשה של אדם/רשות/ תאגיד המשפט ויכול לתת פתרון. התשובה של ברק איתה בנדור מסכים היא שכן, במונחים של זכויות וחובות. **הכל שפיט**. אין שאלה של טוב או רע אלא היגיון. לדעת בנדור ברק מאחד שתי שאלות- האם המשפט מתעניין בכל דבר והאם יש תשובה לכל דבר, לשאלה אחת שעליה הוא עונה בחיוב. לדעת בנדור יש להפריד ביניהן במשפט הנורמטיבי. ברוב המכריע של המקרים המשפט כן ייתן תשובה.
2. שפיטות מוסדית- האם ראוי שביהמ"ש ידון בשאלה. בפס"ד זה המחלוקת בין ברק לשמגר היא בנוגע לאילו מבחנים יש להפעיל מבחינת השפיטות המוסדית (כדי לקבוע האם ראוי שביהמ"ש ידון בעניין מסוים). ישנם שיקולים חזקים שדוחפים לכיוון שפיטות מוסדית רחבה ביותר, הרי יש שופטים שיכולים לבצע את תפקידם. אם עתירה היא בנושא לא חוקי וביהמ"ש לא דן בה, זה פגיעה בחוק. כאשר ביהמ"ש בוחר לא לדון בנושא נשאר חלל של משהו שיכול להימצא כלא חוקי. דוג' פס"ד שריד ולבנת. הפתרון המוסדי שהמדינה נתנה הוא קיומו של ביהמ"ש. כאשר הוא לא דן, הפתרון לא קיים. רוב השופטים מסכימים כי למרות השיקולים הרחבים לצמצום חוסר השפיטות המוסדית, עדיין יש מקרים בהם ביהמ"ש ידחה עתירה על הסף בשל חוסר שפיטות מוסדית. השיקול לדחיית העתירה לפי ברק: כאשר מתן פס"ד יכול להיראות לציבור **כהכרעה פוליטית** ולפגוע קשות באמונו במע' המשפטית. זה יהיה נזק לטווח רחוק לשלטון החוק. שמגר: מרחיב- מבחן הדומיננטיות- כאשר ההיבט המשפטי בסוגיה הוא תפל וההיבט הדומיננטי הוא זר למשפט. ביקורת של בנדור: הציבור יכול להבין לא נכון את הפסיקה. הקושי במבחנים המבוססים על אמון ודעת הציבור הוא כפול- \*קושי בגישת ברק-ההנחה ששאלת אמון הציבור היא רלוונטית להכרעת ביהמ"ש היא הנחה מאוד מסוכנת. ביהמ"ש לא אמור לחשוב על אמון הציבור אלא על החוק. \*קושי בגישת שמגר-הציבור לא מבדיל בין דחיית עתירה משיקולים של חוסר שפיטות לבין דחיית עתירה משיקולים משפטיים לגופו של עניין.   
   נדיר שעתירות נדחות מטעמי חוסר שפיטות. לפעמים מטעמי חוסר שפיטות באופן בלתי מוצהר דוחים עתירות אך טוענים שזה בגלל ביקורת משפטית מצומצמת בעניינים מסוימים (פס"ד **פולארד**). לרוב הרשויות המשפטיות (ביהמ"ש ויועמ"ש) יגררו לנושאים התפלים כי זה פחות פוליטי, ויותר נוח לציבור.

**יועמ"ש ויועץ המשפטי לכנסת**

היועמ"ש נחשב כרשות שלטונית נפרדת, למרות שבתיאוריה הוא חלק מהממשלה. כיוון שבפועל, הפרקטיקה יחד עם גיבוי חקיקתי והתפתחות ציבורית הפכו את היועמ"ש לרשות חוקתית עצמאית. היועמ"ש אינו כפוף לממשלה בעבודתו למרות שטכנית הוא עובד משרד המשפטים. כאשר מדברים על היועמ"ש מדברים על כל המערך עצמו. עד לפני כמה שנים גם היועץ המשפטי לכנסת היה כפוף ליועמ"ש, הכנסת מטעמי הפרדת רשויות החליטה ליצור תפקיד עצמאי של יועץ משפטי לכנסת.

ליועמ"ש 4 סמכויות ותפקידים:

1. ראש התביעה הכללית (ראש הפרקליטות)- (ההיבט פלילי של תפקידו). הוא בעל הסמכות להחליט להעמיד למשפט פלילי. שיקולי ההעמדה לדין במשפט פלילי: שיקול ראייתי- יש לבדוק האם הראיות יוצרות סיכוי סביר להרשעה, ע"פ חוק סדר הדין הפלילי יש ליועמ"ש שק"ד לא להעמיד לדין גם אם לכאורה קיימות ראיות, בגלל חוסר עניין לציבור. שיקול שני- אינטרס ציבורי- לפעמים יוחלט לא להעמיד לדין עקב אינטרס ציבורי (למשל הלשנה של עבריין אחד על שני, או מדיניות של אכיפה זהירה על עבירות מסוימות- למשל חופש ביטוי וקיום יחסי מין הומוסקסואליים).

נשאלת השאלה האם על פן זה של תפקיד היועמ"ש יש ביקורת שיפוטית? במובן הטכני ביהמ"ש מוסמך לדון בהחלטות היועמ"ש, כבהחלטות כל רשות שלטונית. נשאלת שאלת השפיטות המוסדית- האם ראוי שבימה"ש ידון בשאלות שקשורות לעצם ההעמדה לדין? ההפרדה נעשתה בבג"צ **התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש**: העמדה לדין- בהחלטה כזו לרוב אין ביקורת שיפוטית שכן העניין נדון ממילא בביהמ"ש. אולם להחלטה זו חשיבות מעשית והיא משפיעה רבות על המועמד לדין, גם אם הוא מזוכה, במיוחד אם הוא בתפקיד ממשלתי או עובד ציבור. הפתרון לבעיה מעוגן במשפט הפלילי עצמו- **הגנה מן הצדק**-במסגרת ההליך כטענה מקדמית, הנאשם רשאי לטעון כנגד העמדתו לדין, לא כי הוא חף מפשע אלא כי השיקול בהעמדתו לדין לא היה מוצדק. סייג לאחריות הפלילית מתוך חוה"ע: **זוטי דברים**- גם אם מבחינה טכנית המעשים מהווים עבירה, הרי שאין בהם פגיעה מהותית בערך שהעבירה מיועדת להגן עליו ולכן לא ראוי להטיל אחריות פלילית.   
במידה והוחלט לא להעמיד לדין- יש ביקורת שיפוטית אך היא מצומצמת. יש לכך מס' סיבות- \*סיבות מקצועיות- היועמ"ש והפרקליטות הם גורמים מקצועיים וביהמ"ש לא אמור להחליף את השק"ד שלהם, אלא רק אם היה פגם שהופך את ההחלטה לבלתי חוקית. \*חריצת הדין- אם העליון מחייב להעמיד לדין אדם לאחר שהיועמ"ש בחר שלא, גורלו של התיק חרוץ מראש- פס"ד **גנור**(פרשת הבנקאים)- בניגוד להמלצת וועדה החליט היועמ"ש שלא להעמידם לדין מסיבות אלו- פעולתם הייתה ידועה לראשי המשק, הם נענשו באופן מסוים בכך שהודחו מתפקידם. הוגשה עתירה על כך והעליון קבע כי ההחלטה לא להעמידם לדין הייתה בלתי סבירה במיוחד לאור תוצאות הוועדה. בסופו של דבר הם הועמדו לדין, והורשעו ע"י המחוזי שנתן להם עונשים חמורים במיוחד. הם ערערו לעליון שהתחשב בנסיבות והקל בעונשם למרות שלא זיכה אותם. הגישה של ביהמ"ש מטעמים אלו היא מרוסנת, ואין הרבה מקרים בהם יחייבו את היועמ"ש או הפרקליט הצבאי להגיש רישום פלילי. גם כאשר הביקורת השיפוטית מופעלת בנושא זה היא מתמקדת בהיבטים של אינטרס ציבורי ולא בעניינים של הראיות.

1. נותן חו"ד משפטיות לממשלה ולרשויותיה- היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק והוא מוציא חו"ד שהן פרשנות על פיהן המדינה פועלת. עד כמה המדינה מחויבת לקיים חו"ד אלה? יש שתי גישות- ועדת אגרנט ושמגר בפרשת **בר און**- במצב הרגיל כל הרשויות צריכות לראות בחו"ד היועץ כמגלמת את הדין ולפעול לפיה. שתי הוועדות קבעו כי במקרים חריגים יש להבחין בין הממשלה והשרים לבין שאר הגופים במע' המנהלית של הרשות המבצעת. הממשלה עצמה ממנה את היועמ"ש ולכן חובתה איננה מוחלטת. במקרים חריגים היא יכולה לא לקיים את חו"ד. גישת העליון(פס"ד **מרצ נ' השר לענייני דתות** השופטים דורנר וחשין)- בשורה של פס"דים עמדת העליון (לא ממש הלכה) היא שחו"ד מחייבות את כולם, כולל הממשלה. מה שמעניין אותנו מבחינה משפטית היא התיאוריה עליה העמדה מבוססת- כמו שמה שהתרחש ברקע בפס"ד בעניין **דרעי**- לכאורה לרוה"מ וליועמ"ש היו דעות אחרות אך ביהמ"ש קבע כי לא נכון לומר שהדעות הן אחרות בעניינים שקשורים למדיניות משפטית, עמדת הרשויות נקבעת ע"י היועמ"ש, ויש ללכת על פיה. הסיבות לכך- (1) הוא בעל הכישורים המקצועיים (2) ניגוד עניינים- כאשר שר או ממשלה מחליטים בעניינים משפטיים זה יוצר מצב של ניגוד עניינים. מצב בו זרוע אחת של המדינה נלחמת בביהמ"ש בזרוע השנייה הוא אבסורדי. פס"ד **לביא**-מזוז היועמ"ש הוציא חו"ד שאסור לממשלה לדון במינוי לביא לראש מנהל מקרקעי ישראל, וכך עשתה הממשלה. לביא עתר לבג"ץ שסבר כי אסור היה לאסור משפטית על הממשלה לקיים דיון בנושא. ביניש טענה כי צריך לאפשר את הדיון ורק במידה ולביא היה נבחר, להוציא חו"ד כי הבחירה הייתה פסולה. שני טיעונים- לא היה ברור שהוא ייבחר. הנימוק העיקרי הוא שרק הדרך הזו הייתה יכולה לאפשר לביהמ"ש לבדוק את סבירות ההחלטה, אחרי שכל הרשויות אמרו את דברן. זה היה כאמרת אגב. הרשויות מכבדות את החו"דים.
2. מופקד על ייצוג המדינה בכל ביהמ"ש- מחזק את כוחו כמונופול. אם רשות של המדינה לא תפעל בהתאם לחו"ד של יועמ"ש, כאשר היא תיתבע והיועמ"ש ייצגה, הוא יבקש מביהמ"ש לקבל את התביעה. זוהי דרכו להניע את הרשויות לפעול בהתאם לחו"ד. הוא רשאי לאפשר ייצוג ע"י עורכי דין פרטיים, למשל כאשר מדובר בגופים שפורמלית הם חלק מהמדינה אבל ראוי להעניק להם מידת עצמאות בגלל תפקידם. דוג': פס"ד ישן בו היועמ"ש אפשר למועצה לביקורת על מחזות להציג את עמדתה ע"י ייצוג פרטי כיוון שהיא מורכבת מנציגי ציבור ולא עובדי מדינה. עתירות שונות שהוגשו נ' ועדת וינוגרד, יועמ"ש חלק על דעת הוועדה. מכיוון שבראשותה שופט הוא לא חשב שנכון לכפות עליה את דעתו ע"י ייצוגה, לכן אפשר לה בחלק מהמקרים להיות מיוצגת ע"י עו"ד פרטי, מבקר המדינה מיוצג ככלל ע"י יועמ"ש, ולפעמים עקב ניגוד עניינים ומכיוון שמדובר על רשות חוקתית בעלת אופי ותפקיד מיוחד היועץ מוכן לתת לה להיות מיוצגת ע"י עו"ד פרטי.
3. מתן שירותים שונים לממשלה- כל ענייני המשפט האחרים.

ביקורת על היקף סמכותו של היועמ"ש

יש הטוענים כי היא רחבה מידי, מהשיקולים הבאים:

1. היא שאדם אחד לא יכול למלא כ"כ הרבה תפקידים ולשאת באחריות כה רחבה. טענה זו לא משכנעת לדעת בנדור כי מדובר במערכת היררכית.
2. טענה לניגוד עניינים – בין התפקיד הראשון (שמצריך לפעמים התערבות אישית של היועמ"ש - דיון בהיבטים פליליים של פעילות בכירי השלטון במ”י) לשני (מתן חו"ד) כי מכוח תפקיד זה יש בינו לבין השלטון קשרי עבודה. אדם שהוא גם תובע של מישהו וגם יועץ שלו לכאורה באמת יש בעיה של ניגוד עניינים. וועדת שמגר המליצה כי היועמ"ש לא יישב בכל וועדות הממשלה אלא רק בנושאים שרלוונטיים אליו. בנדור חושב שטענת ניגוד העניינים מופרזת.

איך בוחרים יועמ"ש?

בעבר היו כישורים פורמליים בהם היה צריך לעמוד המועמד. שר המשפטים היה מציע והממשלה בחרה. היום, לאור פרשת בר און המצב השתנה. הממשלה מינתה את וועדת שמגר לדון בהיבטים הרחבים של יועמ"ש ובחירתו. המלצות הוועדה אומצו ע"י החלטת ממשלה. ההצעה הייתה כי תקום וועדה שהרכבה מקצועי (5 חברים) והיא תמיין מועמדים ותוכל לבחור מתוכם. אף נקבע כי מועמד יוצג לממשלה רק אם קיבל מעל ארבעה קולות בוועדה. בסיבוב הראשון מני מזוז נבחר. בסיבוב השני לא הייתה הסכמה מינימלית של ארבעה חברים, העלו את המועמדים שקיבלו שלושה קולות, כך נבחר ויינשטיין. ברור כי לא ניתן להמשיך בנוהל הקיים.

**מבקר המדינה**

רשות המוסדרת בחו"י עצמאי, לצדו חוק רגיל מפורט. לא ברור אם תפקידו הוא רשות חוקתית עצמאית או שהוא כפוף לכנסת בביקורת על הרשות המבצעת. ההסדר הקיים מאפשר למבקר המדינה לבחור בעצמו את הנושאים אותם יבקר (יוזם בניגוד לרשות השופטת) אבל הממשלה או הועדה לביקורת המדינה של הכנסת גם רשאיות להפנות אליו עניינים. ס' 2 לחו"י וכן חוק מבקר המדינה קובע את סמכותו, ומנסחים אותה באופן רחב באופן שהיא חלה כמעט על כל הנושאים. לצד הפעילות המרכזית של המבקר חלק מסמכותו הוא נציב תלונות הציבור- אזרח שטוען כי רשות שלטונית טיפלה לא ראוי בענייניו, יכול לפנות אליו: ביקורתו אינה מחייבת, אבל לרוב השלטון נוהג בהתאם להמלצותיו- כמעט מחייב מבחינה משפטית. רק בנסיבות חריגות הרשות רשאית לא להקשיב לו. בעניינים בעלי אופי מערכתי, התפיסה היא שצריך לקחת בחשבון את ממצאיו. בשנים האחרונות משקל ממצאיו התחזק.   
מעבר לכך, לרוב החלטותיו הן הפקת לקחים מערכתיים כספיים או תקציביים. בעבר הבדיקה נעשתה ביחס לאירועים שהיו למדיניות, אך זה השתנה. בעת האחרונה הייתה הגברת ביקורת בזמן אמת ולא רק בדיעבד, העניינים אותם הוא מבקר נהפכו ליותר אישיים ונקודתיים דוג' התנהלותו האישית של האלוף גלנט (זאת מכיוון שלהתנהגותו האישית יכולה להיות השפעה לצורך קידומו בצבא). בנוגע להיקף התפרסות ביקורת המבקר הדעה של ד"ר טמיר היא שהוא צריך להתמקד בהיבטים מערכתיים ולא פרטניים, כדי שלא יוצרו נק' חיכוך בין הרשויות. הביקורת באה בגלל הכוחות הגדולים של המבקר- מתפקד כרשות חוקרת, ביצועית, תובעת ושופטת, ויש קושי בכך שהחלטות שמיוחס להן משקל כבד מבחינה ציבורית יעשו באופן כזה. לדעת בנדור התרחבות חקירת מבקר המדינה עונה על לקונה הקיימת במשפט הישראלי בתחום החקירות (החלופה לו היא וועדות חקירה נקודתיות שהן לא פרקטיות באופן יומיומי. יש צורך בגוף חקירות חדש לצורך זה). ע"פ בנדור יש להיזהר בקבלת המלצותיו כאוטוריטה כי זה יכול לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות. במסגרת הנושאים בהם הוא עוסק, חלקם הספציפי מוסדר בחוק כמסגרת סמכותו. אין לו סמכות פלילית בכלל(מלבד התנהלות אתית ציבורית לא ראויה). הוא כפוף לביקורת שיפוטית.

**זכויות האדם**

דיברנו על זכויות האדם בשני חו"י. הן הזכויות הקלאסיות, יש נוספות שביהמ"ש גוזר מהן. למרות הפרשנות הנדיבה של ביהמ"ש, לא כל זכויות האדם נכללות בחו"י. בכל מקרה זכויות אדם קיימות במשפט הישראלי עוד מאז הקמת המדינה, וגם לאחר חקיקת חו"י לזכויות אדם, ישנו ס' 10 (שמירת דינים) ולכן יש לכבד את זכויות האדם שקדמו לחו"י.

פס"ד **קול העם**- הלכת קול העם למעשה לא התבטלה, על אף קיומם של חו"י (שמירת דינים). ההלכה היא שאם שר הפנים ירצה להשתמש בסמכותו מכוח ס' 19 ולסגור עיתון הוא יוכל לעשות זאת רק כאשר קיימת וודאות קרובה להתקיימות הפגיעה.

כשיש פגיעה בזכות אדם שכיום מעוגנת בחו"י, אבל הפגיעה היא ע"י חוק שקדם לחו"י, ע"פ דורנר יש לפרש את החוק לאור חו"י (ס' 11 תחולת חו"י), ולכן יש לפגוע בזכות באופן שלא עולה על הנדרש. חשין במיעוט אומר כי לאור ס' 10 שמירת דינים אין מקום לפרש חוקים ישנים לאור חו"י. (**גנימאת**)

קיימים חוקי זכויות נוספים- חוק זכויות האישה, חוק חופש המידע, חוק הגנת הפרטיות, חוק האזנת סתר.

**חופש הדת והמצפון**- לחופש זה יש ביסוס כבר בפקודת דבר המלך ומועצתו מ1922, ניתן לגזור אותו מחו"י כב"א וחירותו. חופש המצפון לא בהקשרו הדתי לא יכול לזכות להגנה חוקתית רחבה כי מצפון הוא סוב', והמדינה לא יכולה לאפשר לפרט את כל מה שמצפונו דורש ממנו לעשות. בהקשר הדתי ישנם שני היבטים:

1) חופש הדת- אדם רשאי לעשות דברים שהם בגדר ציווי דתי ולא לעשות דברים שהדת אוסרת לעשותם. חופש הדת קשור באופן עמוק לחופש האדם. לא מגן על רגשותיו של אדם ברמה חוקתית. פס"ד **גור אריה**- נקבע ע"י ברק ולוין שהאינטרס שנפגע הוא הרגשות, מה שעומד מנגד הוא חופש הביטוי של הרשות השנייה ולכן מבצעים איזון אנכי- חופש הביטוי גובר. דורנר סיווגה שונה (היא אמרה שחופש הביטוי נוגד את חופש הדת) ולכן קיבלה את העתירה. יש לעשות איזון האופקי כאשר הזכויות הן באותה רמה ע"י בדיקת שתי החלופות- לא לשדר בשבת- יש הגנה 100% על חופש הדת, אין פגיעה של 100% בחופש הביטוי, או כן לשדר בשבת ואז הפגיעה בחופש הדת היא 100% וההגנה של חופש הביטוי היא 100%. איזון אנכי ייעשה רק כשערך אחד עליון על הערך השני. שאלת הסיווג של הפגיעה בזכויות החוקתיות היא קריטית להכרעה. לדעת הרוב, מותר לפגוע בחופש הביטוי רק כדי להגן על רגשות במקרים קיצוניים בלבד שעוברים את סף הסיבולת של החב' הישראלית. מדינה שמכבדת את חופש הביטוי סף הסיבולת שלה יהיה גבוה מאוד. דוג' לסיבולת זו- פס"ד **מפלגת שינוי**- תשדיר פרובוקטיבי. ביניש פסלה אותו (אולי בתור יו"ר הוועדה), בג"ץ אישר את החלטתה. קבעו שיש פגיעה ברגשות שהיא יותר חשובה מחופש הביטוי במקרה זה.

2)חופש מדת- אין יוצרים נורמות שכופות איסורים או חובות שהרציונל שלהן הוא דתי טהור. לא כופים על אדם לפעול בצורה מסוימת או אוסרים עליו לפעול מטעמים דתיים. התחושה של אנשים שאינם דתיים היא שיש בעיה מיוחדת בנורמות דתיות. תחושתם היא שהנורמה היא שרירותית, הרציונל של הנורמות הדתיות הוא הדת, וזה לא נוגע לכולם. ברגע שיש שרירות כזו, יש אלמנט הפוגע בכבוד האדם.

הקשר בין חופש דת לחופש מדת- יש איכות מיוחדת לפגיעה בכב"א כאשר מחייבים מישהו להפר ציווי דתי. במיוחד כאשר אין לכך הסבר מתאים. יש שתי סיבות עיקריות בגללן אין מכירים באותה המידה בחופש המצפון (שיסודו אינו בדת) ביחס להכרה הרחבה שיש בחופש דת. 1)טכנית- אוב' לעומת סוב'. דת היא דבר ממוסד, יש מע' מוסדית ונורמטיבית. מצפון הוא סוב'- כל אדם יכול לטעון שמעשיו או סירוביו מבוססים על מצפונו. 2)פרקטית- קושי להבחין בין תפיסה מוסרית לבין איד' פוליטית- חלק מהמצפון. מטעמים אלה לא מכירים בתפיסות פוליטיות כנכנסות לגדר זכות חופש המצפון. (פס"ד שווילי לא בסילבוס- מי שמצליח להוכיח שהוא לא רוצה לשרת בצבא מטעמים שאינם נוגעים לוויכוח פוליטי, המדינה יכולה להרשות לעצמה להתחשב בהם).

**חופש הביטוי**- לא כתובה במפורש בחו"י, אבל נכללת בכב"א וחירותו. בישראל ההגנה על זכות זו היא רחבה, המקרים בהם מותר לפגוע בו הם יחסית חריגים לעומת זכויות אחרות. ככל שהפגיעה בחופש הביטוי מקיימת את המבחן שנקבע בפרשת **חוק טל** (גישת הביניים המרחיבה) מדובר לא רק בזכות חוקתית מבחינת החוקה המטריאלית והמשפט המקובל, אלא גם מגבילה את הכנסת עצמה בחקיקה. חופש הביטוי מעוגן בחו"י כב"א וחירותו, ואילו חופש העיתונות בחו"י חופש העיסוק. ככל שחופש הביטוי קבוע בכב"א, מבחינת שמירת הדינים, ההגנה עליו רחבה יותר. ככל שניתן לקשר ביטוי לא רק לזכות לכב"א אלא גם לחופש העיסוק, התוצאה תהיה הרחבת ההגנה על חופש הביטוי באותו הקשר. השא' היא מדוע חופש הביטוי מוגן ע"פ התפיסה הישראלית בצורה כה רחבה?

1. דמוקרטיה במובן המצומצם- כדי לקיים את השיטה הדמוקרטית המינימלית יש צורך להכיר את הגישות השונות המתחרות בבחירות בכדי לשפוט אותן ולגבש דעה צריך נגישות לעובדות ומידע, אחרת הבחירות הופכות לטקס סתמי.
2. כב"א- יכולת האדם להתבטא הוא ערך חשוב ביותר ופגיעה בו תהיה בפגיעה במובן העמוק ביותר. יעילות הביטוי מבחינת האינטרס החברתי לא חשובה.
3. גילוי האמת- אם נגביל מראש את היצע הביטויים, יכול להיות שיוגבלו אמירות נכונות, ההנחה היא שאם הציבור ייחשף למגוון גדול יותר של אמירות, האמת שמתוכן תצוץ. "קלישאה חוקתית" לפי בנדור.

קיימים רציונלים נוספים הקיימים בספרות אבל לפי בנדור הם המרכזיים, במיוחד כאשר מרוכזים יחד. משלבים טעמים ציבוריים ופרטיים. ככל שההגנה רחבה יותר המחיר החוקתי שמשלמים על כך הוא גבוה יותר.

מהו ביטוי? משהו שמקדם את אחד הרציונליים ולא ביטוי שנאמר בעלמא. חילוקי הדעות בין פרוקצ'יה לנאור וביניש בפרשת **המפקד הלאומי**, בין כל השופטות מוסכם שחופש הביטוי הפוליטי הוא אחד מההיבטים החשובים של חופש הביטוי. בארץ יש הרחבה של חופש זה, אין עם כך בעיה מסוימת מעבר לעובדה כי זה עומד בפסקת ההגבלה. בישראל השאלה הזו היא פחות חשובה כי הזכות אינה מוחלטת, ויש להעבירה בדיקה חוקתית של שני שלבים: האם זה ביטוי, האם עומד במבחנים.

שאלת חופש הביטוי המסחרי- נקבע בפס"ד קידום כי יש עליו מידה נמוכה יותר של הגנה מאשר חופש ביטוי אמנותי או פוליטי כי חלים עליו רק חלק מהרציונלים של חופש הביטוי. ביהמ"ש קבע מבחנים המקלים לפסול דבר פרסום מאשר יצירת אמנות. חשוב- לא יכולים לבחון רק מבחינה טכנית, אלא יש לערוך בחינה מהותית.

יש טענה כי בארץ העליון הרחיב יתר על המידה את חופש הביטוי, וזה "מפתח זכויות של עשירים המקורבים לתקשורת".

טיעון נגד כך- חופש הביטוי הינו זכות משמעותית, גם במובן היומיומי ומשפיע על האופן בו אנו חיים את חיינו.

סוגיות ספציפיות של חופש הביטוי:

1. התנגשות בין זכויות - פס"ד **שניצר**- (חופש הביטוי מול בטחון המדינה) כתבה של עיתון העיר של חילופי ראש המוסד, הצנזור צנזר חלקים שלמים מהכתבה, הוגשה עתירה לבג"ץ. העתירה התקבלה ע"פ מבחן קול העם (הוודאות הקרובה), נקבע כי כשיש פגיעה קשה מאוד בביטחון המדינה לעומת פגיעה קשה מאוד בחופש הביטוי האיזון הוא אנכי, ובטחון המדינה יגבר. זאת למרות שחופש הביטוי הוא ערך בעל הגנה מיוחדת. ההגנה עליו לא תעשה כשיש הסתברות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה. זו הערכה מקצועית של רשויות הביטחון (הצנזור) וביהמ"ש לא יטה להתערב בכך. כיום, לאחר חקיקת חו"י בד"כ מפרשים חוקים, גם חוקים שנחקקו לפניו, לאור חו"י ופסקת ההגבלה.

הגישה של הפסיקה בשנים האחרונות היא שמבחן הוודאות הקרובה משתלב לתוך מבחן המידתיות במובן הצר.

ההבדל בין פס"ד **בכרי**(ג'נין ג'נין) **לשניצר**- בשניהם מדובר בצנזורה- בניגוד לשניצר בו היה בטחון המדינה מול חופש הביטוי כשביטחון גבר. בבכרי מדובר בפגיעה ברגשות מול חופש הביטוי, כשחופש הביטוי גבר. ההגנה הניתנת לרגשות היא נמוכה, ולא ניתן להחיל עליה את מבחן הוודאות הקרובה. אולם יש דרכים אחרות להגן עליה, קובלנה פלילית פרטית מחוק לשון הרע(תלונה במשטרה), ותביעה אזרחית מכוח לשון הרע.

1. פלילי מול חוקתי- פס"**ד כהנא נ' וועד המנהל של רשות השידור**- רשות השידור קבעה כי ציטוטי דברי כהנא ימחקו כך שיוותרו רק ידיעות בעלות אופי חדשותי. האם הרשות, שהיא גוף שלטוני, יכולה לקחת בחשבון פליליות של ביטוי מסוים ע"מ לפסול אותו, ולא להשתמש במבחנים חוקתיים? בך במיעוט סבר כי כן ניתן להשתמש במבחן הפלילי כחלופי למבחן החוקתי. זאת מתוך הטענה שאי אפשר לומר שרשות של המדינה חייבת לאשר פרסום שמהווה עבירה פלילית. ברק לעומתו טוען כי הרשות צריכה לפעול ע"פ המבחנים החוקתיים, ואם זה יתגבש לעבירה, ניתן לנקוט בהליכים משפטיים. בנדור מסכים עם בך ומוסיף כי כשמפרשים את הסמכות יש שיקול של קוהרנטיות, וברק לא קוהרנטי. ישנם שני היבטים של חופש הביטוי- היבט חיובי: המדינה תפעל באופן אקטיבי כדי לקיים את הזכות (תשדר), והיבט שלילי: המדינה תמנע ממעשה מסוים(אי הטלת סנקציות). ביהמ"ש פסק שכאשר השיקולים הם של תוכן השידור, חלים שני ההיבטים.

זאת בניגוד לפס"ד **כהנא נ' קצין אג"מ**, בה תנועת כך שהוכרזה כארגון טרור, אסרו כל פעולתה. כהנא ביקש רישיון להפגנה, ולא קיבל כזאת. הגיש עתירה לבג"צ שנדחתה כי לא מתקבל על הדעת שמשטרה שתפקידה למנוע עבירות תיתן אישור לבצע עבירה.

1. התעלמות משאלת החוקתיות- פס"ד **"חדשות" נ' משרד הביטחון** (עשיית דין עצמי)- העיתון פרסם ידיעה על פיגוע שהתרחש בקו 300, שהוטל עליה צו איסור פרסום, בעקיפה של הצנזור. הצנזור הפעיל את סמכותו, וסגר את העיתון לארבעה ימים. העיתון עתר על כך לבג"ץ. ביהמ"ש לא הפעיל שום מבחן חוקתי, אלא דחה בגלל העובדה שהעיתון לא פנה אל הצנזור, וזוהי עשיית דין עצמי שלא ניתן לקבלה. דומה לפס"ד **פייגלין** שגם בו העתירה נדחתה בגלל עשיית דין עצמי (לא דיווח על היותו מורשע עבירה כדי שיקבעו אם יש בה קלון). בשניהם המשפט הוכרע לא ע"פ הסוגיה החוקתית. לוי במיעוט בפייגלין סבר כי הזכות של התמודדות לבחירות היא בסיסית וחשובה מידי מכדי לפסול אותה על פרט טכני. לפי בנדור אותו עקרון צריך לחול גם במקרה של חדשות, כיוון שחופש הביטוי הוא זכות חוקתית חשובה, המבחן אותו יש להחילו הוא הוודאות הקרובה.

הגבלת חופש הביטוי:

1. מניעה מוקדמת- בישראל לכאורה יש מניעה מוקדמת. גם דרך המשפט האזרחי ניתן לבקש סעד של איסור פרסום. בארה"ב חופש הביטוי הוא זכות מוחלטת, ויש שם איסור על מניעה מוקדמת. פס"ד **אבנרי נ' שפירא-** ערעור כנגד צו מניעה להוצאת ספרו של אבנרי המוציא שם רע לשפירא. אם חו"י כב"א היה בפרשה, יכול להיות שאבנרי היה זוכה, כי השופטים היו מכניסים את הזכות לאסור מניעה מוקדמת כסניף של חופש הביטוי כחלק מכב"א.
2. הטלת סנקציה מאוחרת- הביטוי יוצא לאור, ומוטלת סנקציה לאחר מכן.

למניעה מוקדמת יש אפקט של הקפאה, כיוון שהביטוי לא מגיע כלל לשוק הרעיונות. הסיבה לאיסור מניעה מוקדמת היא הגנה על חופש הביטוי, לעומת זאת, סנקציה מאוחרת יש לה רק אפקט של צינון התלהבותו של המפרסם, אך הביטוי כבר יצא. נוצר מצב קצת אבסורדי בכך שבעת ובעונה אחת אוסרים את המניעה המוקדמת כדי לאפשר חופש ביטוי, אבל מטילים סנקציה מאוחרת כי לא רוצים שהוא יהיה.   
חוק איסור לשון הרע- לא באמת אוסר את האמירה, אלא מאזן בין הזכות לחופש הביטוי לזכותו של אדם לשם טוב. החוק המהותי קובע כי ניתן משקל של 60% לחופש הביטוי ו40% לזכות לשם טוב, שגם נגזרת מכב"א. ולכן, הלכת אבנרי אומרת שכל עוד לא הוסכם בשלב המקדמי שפרסום מסוים הוא אסור, ביהמ"ש ימנע מלהוציא צו איסור פרסום.

לאחר חקיקת חו"י כב"א, ברק בפס"ד **גנימאת** אמר באמרת אגב כי עלה מעמדה של הזכות לשם טוב, ויש צורך לשנות את הלכת אבנרי. אולם הלכה זו חלה עד היום, וביהמ"ש לא ייתן צווים זמניים במשפטים של לשון הרע.

**חופש ההפגנה**- סוג של ביטוי. חופש ההפגנה חשוב כי הוא מאפשר ביטוי לאנשים שאין להם נגישות לכלי התקשורת. היום פחות רלוונטי. הפגנה גדולה יכולה להשפיע, והיו מקרים כאלה במ"י. פס"ד **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של המשטרה**- ביהמ"ש מחיל את המבחן של חופש הביטוי (וודאות קרובה), וקבע כי רק כאשר יש וודאות קרובה שההפגנה תגרום לפגיעה מהותית בסדר הציבורי, המשטרה יכולה שלא לאשר אותה. אם ניתן להשיג את התכלית בצורה אחרת (מידתיות), זה עדיף מאשר לשלול את חופש ההפגנה לחלוטין. גם כאן יש היבט שלילי (המשטרה לא תמנע את ההפגנה) וחיובי (המשטרה תגן על המפגינים מגורמים עוינים) של הזכות. רק אם מסתבר שמאמץ זה של המשטרה (אבטחת המפגינים) לא ימנע פגיעה בשלום הציבור רק אז ניתן למנוע את חופש ההפגנה.

חופש ההפגנה מול הזכות לפרטיות- פס"ד **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים של המשטרה**- משמורת מחאה בצמוד למעונו הפרטי של הרב עובדיה יוסף, חיכוך בין שתי זכויות- חופש ההפגנה והביטוי מצב אחד, לבין הזכות לפרטיות מצד שני. ביהמ"ש פסק כי אין איסור מוחלט על הפגנה ליד בית פרטי, אך יש צורך לערוך איזון אופקי בין הזכויות כי הן באותה דרגה נורמטיבית- כגון הפגנה לא בשעות המנוחה או במרחק מסוים מבית הרב.

פס"ד **כהנא נ' קצין אג"מ**- ביהמ"ש אמר שלא צריך לבחון חופש הפגנה, כי זהו ארגון שנחשב ארגון טרור. לכן, כל פעילותו היא פלילית. מטרתה של המדינה היא למגר ארגוני טרור, ועל כן היא צריכה למנוע את ההפגנה. רק ע"פ שופט אחד יש לבחון את העניין ע"פ הוודאות הקרובה.

**הזכות לשוויון**- יחד עם חופש הביטוי נחשבת לזכות חוקתית מרכזית במ"י. יש יסוד של פגיעה בכבוד במובן של השפלה. למרות חשיבותה, היא מעוררת קשיים מושגיים ומעשיים רבים, עד כדי הקיצוניות שיש הרואים אותה כזכות ריקה. היא הוכרה במס' תחומים בחוק: פרטי ושלטוני (דוג' חוק הסלקטורים וחוק השוויון בעבודה). התפיסה היא שכל זכויות האדם חלות בין האדם לשלטון.

אפשר לסווג את השימוש בזכות זו במשפט (בעיקר החוקתי) בשני היבטים:

1)שוויון כזכות יסוד- ע"פ הזכות, חל איסור על התחשבות בשיקולים קבוצתיים מסוימים. רשימת השיקולים לא כתובה, והם מתפתחים ומשתנים. ההגדרה הקלאסית היא שוויון בלי הבדל דת, גזע ומין. עם השנים גם נטייה מינית הפך להיות חלק מכך. ניתן לפגוע בזכות ע"י התנאים שקבועים לכך במשפט החוקתי (עד חו"י כב"א מבחני הוודאות הקרובה, ואחריהם פסקת ההגבלה). פס"ד **אליס מילר**- הסיבות בגינן צה"ל אימץ מדיניות זו בנוגע לנשים היו תקציביות. נקבע שיש בשיקולים אלו משום פגיעה בזכות לשוויון. אם שיקולים אלו היו רלוונטיים, מדוע רואים מדיניות זו כפוגעת בשוויון? כי שלילת הזדמנויות למישהו שנולד לקב' מסוימת בלי יכולת לבחור היא לא חוקתית. מעבר לפגיעה בכב"א וההשפלה, ביהמ"ש מוסיף כי יש השלכה חברתית לשירות בתפקידים בכירים בצבא. ביהמ"ש סבר כי הפגיעה היא לא מידתית. ניתן להתחשב בשיקולים תקציביים, אבל לא באופן קיצוני ששולל מנשים כל הזדמנות.

2) תפיסת השוויון שמיוחסת לאריסטו- שוויון אריסטוטלי- התייחסות שווה לשווים ושונה למקרים שונים תוך פרופורציה ביניהם. הבעיה היא שבמציאות אין אף פעם מקרים שווים לחלוטין. כאשר השוני בין הקבוצות הוא רלוונטי אין פגיעה בשוויון האריסטוטלי. אך כאשר השוני בין הקבוצות אינו רלוונטי, תחול פגיעה בשוויון החוקתי.

פס"ד **לוי נ' מ"י**- חלוקת תקציב לנפגעי שירות מילואים, הוחלט שיחול רק מתאריך מסוים. עלתה טענת השוויון, ביהמ"ש העביר בפסקת ההגבלה, אך לא קיבל את הטענה. לא קיימת ממש הפלייה בין שתי קב', אלא בחירה שרירותית שבבסיסה הרציונל לתת תמיכה משמעותית למי שמקבל את התקצוב, ולכן לא קיימת פגיעה מהותית בשוויון.

פס"ד **זקין נ' ראש עריית ב"ש**- מדובר על אכיפה סלקטיבית/בררנית של החוק של איסור הדבקת מודעות ללא רישיון בהקשר של תעמולת בחירות לרשות המקומית. פקחי העירייה הורידו רק את הכרזות נגד ראש העיר, ולא את כל הכרזות הפוליטיות. זקין עתר לבג"ץ, והעתירה התקבלה לאור העובדה כי שק"ד באכיפה היה מוטעה. אכיפה חלקית היא חוקית, אולם עשויה להגיע לכדי איסור כאשר היא אכיפה בררנית.

פס"ד **שדולת הנשים נ' הממשלה**- התפיסה היא שהבחנה מקדמת (לטובת הקב' החלשה) לא תחשב כפוגעת בזכות החוקתית לשוויון. ניתן להסביר תפיסה זו על רקע הרציונלים של הזכות לשוויון- רציונל ציבורי- ככל שרציונל זה הוא הרלוונטי, ההטבה של החב' הישראלית או של הקב' החלשה מקיימת את הרציונל. -מבחינה אישית- מבחינה זו, כאשר מפלים לרעה מישהו שהוא חלק מהקב' החזקה, חווית ההשפלה שלו לא תתקיים, או שתהיה פחות משמעותית, כיוון שהרצון לקדם קב' חלשות אינו נושא מסר של פגיעה בכב"א של הקב' החזקה, בשונה מהמקרה ההפוך.

**זכויות רווחה**- זכויות הכוללות זכות לחינוך, בריאות, קיום בכבוד מבחינה חומרית, דיור וכו'. בהקשר החוקתי הן מעט מטעות, הן לא זכויות של החברה אלא זכויות אישיות. לא מעוגנות בחו"י אך לעיתים מגנות על אינטרסים וערכים בסיסיים ולא פחות חשובים מהזכויות הפוליטיות. על כן, השופטים לעיתים מפרשים את חו"י כב"א ככולל בתוכו את הזכויות האלו באופן המינימלי. ביקורת של ביהמ"ש- אולי ראוי שהכנסת תחוקק הסדר חוקתי לזכויות.

**דיני חירום**

מ"י מיום הקמתה מבחינה משפטית, מצויה במצב חירום במידות משתנות(בעבר התקבלה מתוקף פקודת סדרי השלטון והמשפט שהתקבלה ע"י מועצת העם הזמנית ב48, והיום היא מכוח ס' 38 של חו"י הממשלה), על כן יש לקיים איזון זהיר בין צרכי ביטחון קיומיים, לבין אופייה כמדינה דמוקרטית וחופשית. המשמעות של כך היא שמרגע שיש הכרזה כזו נכנסים לתוקפם שורה של **הסדרים קיצוניים**- חלים רק על השטחים מתוך הבנה שזה יפגע באופן קשה באינטרס הקיומי של מ"י להתקיים כשיטה דמוקרטית. כעניין של החלטת מדיניות, הממשלה לקחה חלקים מהתקנות לשעת חירום, והחליפם בחוקים חדשים. כך היא מפעילה אותה ברוח הערכים של מ"י המודרנית. דווקא ההסדרים החמורים והמרחיקים לכת לא מותנים בקיומו של מצב חירום (דוג' צנזורה צבאית).

למה הכנסת מחדשת מידי שנה את תוקף ההכרזה על מצב חירום? חוקים רבים מותנים בקיומה של ההכרזה, למרות שלא קשורים בהכרח בקיומו של מצב חירום. אם הכנסת לא תאריך מצב זה, הם יתבטלו מאליהם. דוג'- חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים. מתייחסים לדוג' משתי סיבות עיקריות: חוק משמעותי ובעייתי במ"י, אבל לא קשור למצב חירום. וכן כי האופן בו ביהמ"ש פירש חוק זה בפס"ד **רוזן** מהווה תשתית לפרשנות של הסמכות להתקין תקנות שעת חירום מכוח חו"י הממשלה. תקנות ההגנה- תקנות המנדטוריות משנת 45, תקנות שעת חירום (תקש"ח) הן תקנות מיוחדות שהממשלה רשאית להוציא מכוח חו"י הממשלה, מעמדן כשל חוק ולא תקנות.

ס' 5 בחוק הפיקוח הוא דוג' לתקש"ח- ההגבלה הבסיסית לשימוש בסמכות להוציא צווים בחוק הפיקוח בס' 3- שר לא ישתמש בסמכות זו אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שזה דרוש לקיום פעולה חיונית או למניעת הונאת ציבור. כדי לבדוק מהי פעולה חיונית, יש ללכת לס' ההגדרות ס' 1, ומה שניתן ללמוד מכך הוא שהנוסח של שני הס' הוא מבלבל. זאת עד להגעת פס"ד **רוזן**- הוצא צו שהורה לא לשלוח יהלומים בדואר אלא רק באוויר, מכיוון שהיו גניבות. באותה תק', נושא ייצוא היהלומים היה משמעותי לכלכלה הישראלית. ע"פ ברק, שלושת הרכיבים שצריכים להתקיים כדי שהשר יוכל להשתמש בסמכותו להוציא צווים:

1-מטרה- ס' 3, קיום פעולה חיונית להגנת המדינה ועוד. לא בודקים אם הצו חיוני, אלא אם המטרה חיונית.

2-אמצעי- צו.

3-יחס בין מטרה לאמצעי- היחס הנדרש בס' 3 הוא קיום יסוד סביר להניח.

במקרה של רוזן נפסק כי המבחנים מתקיימים. אולם חסר הניתוח של המונח "דבר": אותו ניתן לבחון בשני היבטים, תוכן הצו אותו ברק בודק, והשימוש בסמכות אותו הוא לא בוחן, אך ניתן לומר כי לשר יש אופציה אלטרנטיבית של הגשת הצעת חוק. מה שמעניין הוא, שעל סמך אותה גישה עקרונית של מטרה, אמצעי ויחס, העליון פירש את כל הסמכות להתקין תקש"ח.

בעקבות פס"ד **פורז**, בו נעשה שימוש מלא ע"י הש' לוין ע"י כל ההגדרה (כולל ההיבט השני), הכנסת תיקנה את ההסדר וקבעה הסדר חדש שהעובר לרמה של חו"י הממשלה בו נקבע בס' 39(ה) כי לא יותקנו תקנות שעת חירום אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת. כלומר רק כאשר הכנסת לא מסוגלת לבצע תפקידה, מוסמך או רשאי השר להתקין תקש"ח.

זה יושם בפס"ד **פריצקי**- העתירה נדחתה בדעת רוב ובעקבותיה לא משתמשים יותר בתקש"ח במדינה. כי לא היה אף פעם מצב חירום כזה ששיתק את הכנסת.

עד שנות השמונים היה ניתן לסתור חוקים עם תקש"ח, אך זה השתנה, אפשר רק לקבוע נורמות סותרות, לכן חשובות ההגבלות:

1. תקש"ח היא רק כאשר הכנסת לא יכולה לבצע הליך חקיקה.
2. ס' 39(ד)- שלושה דברים שלא ניתן לעשות בתקש"ח למרות מצב חירום- 1- איסור פנייה לערכאות 2-קביעת ענישה למפרע 3- התרת פגיעה בכב"א. זה בעייתי כי זה סותר את ס' 12 לחו"י כב"א, שם מתירים זאת במפורש אבל דורשים שזה יהיה לתכלית ראויה ולתק' ובמידה שאינה עולה על הנדרש. דרך אחת ליישוב הסתירה היא נורמה מאוחרת הגוברת על מוקדמת, אך ע"פ בנדור הדרך הנכונה היא פירוש כב"א בשני חוקים אלו באופן שונה- בחו"י הממשלה הפירוש הוא ליבת הליבות (עינויים). מאשר הפירוש הרחב של חו"י כב"א.
3. ס' 39(ו)- תוקף לתקש"ח לשלושה חודשים מקסימום. אם רוצים להאריך זה יהיה בחוק רגיל. ישנה מחלוקת מה דינו של חוק הארכה לתקש"ח- האם מדובר בחוק רגיל או תקש"ח? פס"ד **ביאלה** בימה"ש דחה את העתירה של ביאלה שחוק ההארכה לא תקף, מכיוון שהתקש"ח לא הייתה בתוקף בעת הדיון, כי גם אם הכנסת קראה לכך חוק הארכה, היא הביעה את רצונה לכך שההסדר ימשיך לפעול. אבל בנוגע לטענה של ביאלה, ביהמ"ש אומר שאם הכנסת רוצה את ההסדר שנקבע בתקש"ח היא צריכה לאמץ אותו בחוק רגיל.