**מבוא-**

משפט חוקתי- עוסק ביחסים בין רשויות השלטון לבין עצמן או בין רשויות השלטון לפרט (בהגנה על זכויות אדם).

למשפט חוקתי 2 הנחות יסוד בסיסיות:

1. אין זהות בין הריבון לבין השליט- בתפיסה הדמוקרטית העם הוא הריבון והשליט מייצג את רצונות הריבון מבלי לפגוע בזכויותיו.
2. שלטון מוגבל- השלטון לא כל יכול ולכן יצרו אמצעים שיגבילו את השלטון:
3. היבט מוסדי: הפרדת רשויות בשילוב מנגנון של איזונים ובלמים (פיקוח על הרשויות האחרות).
4. זכויות אדם מוגנות: חלק מהרעיון של איזונים ובלמים, יש להגן על זכויות בסיסיות.

חוקה: כללים ועקרונות בסיסיים שעליהם מושתת המדינה ומוסדות השלטון.

1. חוקה מטריאלית (מהותית)- מערכת נורמות שמסדירה את רשויות השלטון ואת היחסים ביניהם. לא חייבת להיות כתובה פורמלית- חוקה כזו יש בכל מדינה וגם בישראל. משפט חוקתי יכול להתקיים גם בלי חוקה פורמלית.
2. חוקה פורמאלית- מסמך כתוב. הסדרים מרכזיים שלפי טבעם שייכים לחוקה.

מאפיינים של חוקה שהם לא חלק מההגדרה המינימלית של חוקה-

1. זכויות אדם: בהגדרה המינימלית אין אזכור לזכויות אדם בחוקה אבל עם זאת נהוג לכלול אותן.

2. נוקשות: האופן בו ניתן לשנות/לבטל את החוקה- צריך להעשות באופן בו התקבלה החוקה וזאת כדי להקשות על שינויים וביטולים בה.

3. עליונות: לחוקה יש מעמד נורמטיבי עליון במשפט. ביטוי לעליונות הוא "פרדמידת הנורמות של קלזן" שמבטאת שני דברים עיקריים-

* מקור התוקף- החוקה היא המקור הנורמטיבי לכל הנורמות במשפט (לחוקים ומתחתיהם לחקיקת משנה). מכאן עולה שחוקים/חקיקת משנה שסותרים את החוקה יהיו בטלים. לפי קלזן, סמכות החוקה עצמה נובעת מכך שהעם הוא הריבון והוא מכיר בתוקפה- קונווציה חברתית.

פירמידת הנורמות של קלזן: פירמידת הרשויות:

 הרשות השופטת

* יש קשר בין הפרמידות- לדוג' מי שמקבל את החוקה היא הסמכות המכוננת. הסמכות המכוננת היא נבחרי העם, יש מדינות בהן מתאסף גוף מיוחד- בארץ מי שחוקק את חוקי היסוד זה הרשות המחוקקת.
* הרשות השופטת נמצאת בין שני הפרמידות משום שהיא המבקרת והמאזנת של כל האלמנטים.
* רמת הפירוט:רמת הפירוט מתרחבת ככל שיורדים בפרמידה (חוקה תמציתית יותר מחוקים).

האם יש חוקה בישראל?

מטריאלית (מהותית): יש.

פורמלית: לא מלאה.

* היבט מוסדי: הפרדת רשויות מלאה רק לא קיים חוק יסוד חקיקה שיקבע מיהי האסיפה המכוננת ומה ההליך לקבלת חוקי היסוד.
* מגילת זכויות אדם: לאחר המהפכה החוקתית יש 2 זכויות אדם, דהיינו- מגילה חלקית.
* עליונות: חוק יסוד כבוד האדם וחופש העיסוק יש מעמד עליון- שאר חוקי היסוד לא ברור.
* נוקשות: חלק משוריינים וחלק לא. חוק כבוד האדם לא משוריין, ברק טוען שלא צריך שיריון פורמלי כי יש שריון חברתי פוליטי וד"ר איתי טוען שמנגד שעדיין יש צורך כי יש ח"כ שמעיזים לנסות לשנות (ליכטר מקדימה).

**המהפכה החוקתית-**

המהפכה היא בעצם קבלת חוקי היסוד בשנת 92 והפרשנות העליונה שניתנה להם בפס"ד מזרחי.

עד שנת 92 בכנסת:

היה מועד לכינון חוקה ע"י אסיפה מכוננת שהעבירה את סמכויותיה לאסיפה המחוקקת (הכנסת) ולא יצרה חוקה ובשנת 1950 היתה החלטת הררי שהחליטה ליצור חוקה ע"י חוקים חוקים ולא חוקה קוהרנטית (יש הטוענים כי כל חוק יסוד הוא חוקה ויש הטוענים שרק עם איגוד כלל החוקים תיווצר בארץ חוקה). ב-1958 הכנסת החלה בחקיקת חוקי יסוד מוסדיים משטריים, לא נחקקו חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם (זאת נעשה רק ב-92).

עד שנת 92 בביהמ"ש:

בהקשר התפתחות הפסיקה יש 3 מסלולי התפתחות מרכזיים-

1. עקרון ריבונות הפרלמנט- המחוקק הכל יכול (כמו הגישה כלפי הפרלמנט האנגלי):
2. פרלמנט עליון: הכנסת היא כל יכולה, בראש פרמידת המוסדות, אין מגבלה על יכולת החקיקה והתבונה של הכנסת.
3. אין ביקורת חוקתית משפטית: אין לשום מוסד סמכות לבחון את חוקתיות החוק או להטיל בו ספק.

בג"צ בצול נ' שר הפנים: חוק לאיסור גידול חזיר שהסתמך על מפות שלא קיימות בפועל- ביהמ"ש החליט שגם כאשר יש פגם משמעותי בהליך החקיקה אסור לביהמ"ש להתערב ולפקפק בכנסת ולכן דחה את העתירה.

1. פיתוח מגילת זכויות אדם בלתי כתובה ע"י ביהמ"ש:

ביהמ"ש הפך אקטיביסט ולמרות שהכיר בריבונות הכנסת התחיל לפתח מגילת זכויות אדם שיפוטית.

בג"צ בז'רנו נ' שר המשטרה: המדינה אסרה על סנג'רים של טסטים לרכב להמשיך בעיסוקם, הם עתרו לבג"צ שעשה הבחנה בין זכות שלילית (כאשר המדינה לא נדרשת לבצע פעולה אקטיבית כדי לממש את הזכות שלי- חופש הביטוי) לבין זכות חיובית (המדינה נדרשת לבצע פעולה אקטיבית כדי לממש את הזכות שלי- דמי אבטלה). ביהמ"ש קבע שלעותרים יש זכות טבעית לעבוד והוא מגן על זכותם ואם המדינה רוצה לפגוע בזכותם (זכות שלילית) מוטל עליה הנטל להצדיק את הפגיעה בזכות.

מהלך אקטיביסטי היות וביהמ"ש הקנה זכויות טבעיות יש מאין שלא נבעו מחוק. פס"ד זה מייצג גם את יצירת זכויות האדם וגם את ריבונות הכנסת- כל עוד המחוקק לא אישר את הפגיעה בזכויות האדם אז ביהמ"ש יכול להגן עליהם (אם היה חוק שאומר שמותר לפגוע בזכות הטבעית של העיסוק אז ביהמ"ש לא היה מתערב).

בג"צ קול העם נ' שר הפנים: שר הפנים הורה על סגירת שני עיתוני שמאל שלטעמו יצרו חשש להמרדה פנימית ופגיעה בביטחון המדינה. ביהמ"ש קובע את הזכות הטבעית "חופש הביטוי" ויוצר נוסחת איזון בין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה ע"י מבחן "הוודואות הקרובה". רק אם השר משוכנע שיש וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה אז הוא יכול לפגוע בזכות לחופש הביטוי. במקרה דנן ביהמ"ש קבע שאין וודאות קרובה ולכן העתירה התקבלה.

1. פסיקה ביחס למעמדם של חוקי היסוד:

ב-58 החלו בחקיקת חוקי היסוד אך לא הוגדרה עליונתם. המחוקק לא הביא לכך אינדקציה והתשובה לגבי מעמדם ניתנה במס' פס"דים.

פס"ד ברגמן: עוסק בחוק שהוציאו שאומר שממנים בבחירות רק מפלגות קיימות ולא חדשות. עלו 2 נק': גם שזה פוגע בשיוויון הבחירות וגם שאסור לשנות את חוק יסוד הכנסת בלי רוב מיוחד של 61. לגבי הנק' הראשונה ביהמ"ש ביצע פרשנות למשמעות השיוויון בחוק ותמך בברגמן שטען שהשיוויון הנדרש הוא גם לבחור וגם להיבחר (בניגוד לטענת המדינה). לגבי הנק' השניה ביהמ"ש קבע שלא ניתן לפגוע בחוק יסוד הכנסת ללא רוב של 61 (פגיעה היא כמו שינוי או ביטול). ביהמ"ש לא נתן מענה לשאלות חוקתיות מהותיות אך החידוש הוא שביהמ"ש לראשונה פסל חוק (קבע שחסר תוקף ולא חוקי) והוציא צו לשר האוצר. יש הטוענים כי המהפכה החוקתית החלה בפס"ד זה, עם זאת חשוב לציין כי ביהמ"ש לא עסק בהגבלות על תוכן החוק אלא לכאורה רק הגשים את רצון הכנסת להליך פרוצדורלי כפי שמשתמע מהחוק שהיא חוקקה (ס' 4- רוב מיוחד) ולכן זו לא באמת ביקורת שיפוטית.

ד"ר איתי טוען שזו ביקורת שיפוטית סמי פרוצדורלית- מורכבת מביקורת גם תוכנית וגם פרוצדורלית.

ניתן ללמוד מפס"ד זה כי הנוקשות (רוב של 61) מלמד על עליונות.

 פרשת נגב:תחנת דלק מהלה בנזין. המערערים הסתמכו על חוק יסוד הממשלה, המדינה הסתמכה על חוק התקנים ונוצרה התנגשות בין חוק יסוד הממשלה (לא משוריין-דהיינו לא מצריך רוב מסויים לשנות/לבטל) אל מול חוק התקנים. בהמ"ש קבע שהואיל וחוק יסוד הממשלה לא משוריין- אין לו עדיפות על חוק התקנים, להיפך, היות וחוק התקנים הוא ספציפי אזי יש לו עדיפות על חוק יסוד הממשלה הכללי. מכאן, שכאשר יש חוק יסוד משוריין (כמו בברגמן)-יש עליונות, וכאשר מדובר בחוק יסוד לא משוריין (במקרה דנן)- אין לו עליונות והוא כמו חוק רגיל.

בג"צ קניאל נ' שר המשפטים: קניאל מצא שמנגנון חלוקת עודפי הקולות פוגע בס' 4 לחוק יסוד הכנסת שקובע שיוויון בבחירות. חוק העודפים התקבל בהליך פרוצדוראלי נדרש (רוב קולות- עמד בס' השיריון) ולכן הטענה של קניאל הייתה לגבי המעמד הנורמטיבי התוכני של חוק יסוד ולא מבחינת הפרוצדורה. הוא טען שלא ניתן לפגוע בחוק יסוד אלא ע"י חוק יסוד אחר. בהמ"ש קבע שאפשר לסתור (ואף לבטל) חוק יסוד גם ע"י חקיקה רגילה כל עוד זה נעשה בפרוצדורה הנדרשת (רוב מיוחד). בפס"ד זה לא עוסקים בתוכן החוק אלא רק בפרוצדורה (שוב, הכנסת הכל יכול יכולה לחוקק איזה תוכן שתרצה).

בג"צ תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת: מתעוררת שאלה לגבי חוק מימון מפלגות שהכנסת היוצאת תיקנה כאשר עצם התיקון פגע בעיקרון השיוויון. החוק עלה בהצעת חוק פרטית (דורש קריאה טרומית ו3 קריאות עם רוב מיוחד) בקריאה הטרומית לא היה רוב מיוחד ובשאר הקירואת היה רוב מיוחד. עלתה השאלה האם הדרישה לשיריון חלה גם על הקריאה הטרומית. ביהמ"ש פסק שהשיריון חל גם על הקיראה הטרומית ולכן מבטל את החוק. הש' אילון אומר במפורש שלביהמ"ש יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד משוריין מבחינה פרוצדוראלית ולא מבחינה תוכנית, דהיינו, עדיין קיימת עליונות הכנסת ואין ביקורת שיפוטית תוכנית. בפס"ד זה, ברק בדעת מיעוט פותח פתח תיאורטי לביקורת שיפוטית תוכנית (ביהמ"ש יכול לבטל גם חוק יסוד שסותר עקרונות יסוד עליונים של השיטה) עם זאת, הוא קובע שלא ראוי בשלב זה לסטות מן המסורת (הכנסת עליונה וביהמ"ש לא מתערב בהחלטותיה מבחינה תוכנית).

לסיכום מעמד חוקי היסוד טרם המהפכה- חוק יסוד לא משוריין אפשר לבטל בחקיקה רגילה (מעמד כמו חוק רגיל- לא עליון). החריג היה ס' 4 המשריין את חוק יסוד הכנסת (עוסק באיך מבצעים בחירות לכנסת), וביהמ"ש בפס"ד ברגמן אמר שכאשר חוק פוגע בס' 4 לחוק יסוד הכנסת הוא חייב לעמוד בתנאי השיריון הפרוצדורליים (רוב של 61 ומעלה) ולא, ביהמ"ש מוסמך לבטל חוק של הכנסת במקרה המאוד ספציפי הזה.

משנת 92 בכנסת:

1. חוק יסוד חופש העיסוק:

ס' 1+2- קובעים את הערכים הבסיסיים של המדינה, נותנים אינדיקציה שמדובר במסמך חוקתי ולא רגיל.

ס' 4- פסקת ההגבלה- מלמדת על עליונות החוק בכך שמאפשרת למחוקק לפגוע בו רק אם הוא עומד בדרישות ספציפיות. קיים שיריון מהותי (לא פרוצדוראלי שדורש רק רוב מיוחד לשינוי).

ס' 5- כתוב כל רשות מרשויות השילטון- פונה בעיקר לכנסת. ס' זה נותן בסיס תוכני לביטול חקיקה של הכנסת אם המחוקק לא מכבד את הזכות מבחינה תכנית.

ס' 7- נוקשות- מלמד על עליונות. קיימת סתירה של הפסיקה הישנה, מעתה, חוק יסוד אי אפשר לשנות בחוק רגיל עם רוב מיוחד אלא רק בחוק יסוד עם רוב מיוחד.

ס' 8- פסקת ההתגברות- אמצעי נוסף לפגיעה בחוק זה (שוב מלמד על עליונות). ניתן לפגוע בחוק זה או בהתאם לס' 4, או בחוק רגיל אחר שהתקבל ברוב מיוחד ונאמר בו במפורש שהוא תקף למרות שסותר חוק יסוד זה (גם אז תוקפו יהיה עד 4 שנים).

ס' 10- שמירת דינים- חוקים שהיו קיימים לפני קבלת חוק יסוד זה ישארו בתוקף גם אם הם סותרים את החוק. מכאן למדים שחוק שחוקק לאחר חוק יסוד זה וסותר אותו- חסר תוקף.

1. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו:

ננתח את סעיפי החוק ע"י השוואה בין חוק זה לבין חוק יסוד חופש העיסוק.

דומה:

1. בשניהם קיימים עקרונות יסוד ומטרה.
2. בשניהם פסקת הגבלה.
3. בשניהם יש יציבות בשעת חירום.
4. תחולה זהה- כל רשות מרשויות השילטון.
5. בשניהם יש שמירת דינים.

שונה:

1. בחוק כבוד האדם אין פסקת התגברות. מכך למדים שני דברים: לא ניתן לפגוע בו ע"י פסקת התגברות אבל היות ועליונות נלמדת מפסקת התגברות אז זה מוזר- משום שזה מרמז שחוק יסוד כבוד האדם פחות חשוב....
2. בחוק כבוד האדם יש יותר זכויות מוגנות.
3. אין נוקשות בכבוד האדם (דרישה לרוב מיוחד). שוב מוזר בגלל העליונות אבל ברק הסביר שמספיק שיש פס' הגבלה.

האם הכנסת התכוונה ליצור מהפכה חוקתית?

* המתנגדים למהפכה: לא!

חוק היסוד עבר בשל חוסר מודעות שנבע מהטעיה מכוונת שלך יוזמי החוק, עובדה שהיה רוב נמוך, ח"כים לא טרחו להגיע באותו יום, לא היה סיקור תקשורתי או התרגשות בעם. יוזמי החוק היו משפטנים והיחידים שהבינו את המתרחש.

* יוזמי החוק: כן!

הכנסת הבינה את פועלה והבינה שזה יצור ביקורת שיפוטית ועליונות, עובדה שהמתנגדים היו מעורבים בניסוח והכניסו את ס' שמירת הדינים, ואת פסקת ההגבלה.

משנת 92 בביהמ"ש:

פס"ד בנק המזרחי:

1. מהו מעמד חוקי היסוד?

לחוקי היסוד עליונות נורמטיבית- מעמד על-חוקי- כל חוקי היסוד גם אלו שאינם משויירנים.

1. מה דינו של חוק שסותר חוק יסוד? משנה? פוגע?

חוק שסותר חוק יסוד הוא בטל (מעצם הרעיון של העליונות הנורמטיבית). בנק המזרחי יצר הבחנה בין שינוי לבין פגיעה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | שינוי | פגיעה |
| פירוש | יצירת חוק שמבטל חוק יסוד או סעיף,שינוי מילים מסוימות בחוק,פגיעה קיצונית המרוקנת את החוק מתוכן. | פגיעה במימוש חוק היסוד (שיוויוןבפס"ד ברגמן). |
| איך יכול להעשות? | שינוי חוק יסוד (גם לא משוריין) נעשה רקע"י חוק יסוד אחר. הפך את הלכות נגבוקניאל. כל זאת בהתאם לדרישות החוק-אם יש שיריון אז רוב מסוים ולהפך.  | כשיש פסקת הגבלה: לפי ההנחיותהקיימות בה (גם ע"י חוק רגיל). כשאין פסקת הגבלה: נדון בפסיקהמאוחרת לפס"ד מזרחי\*.  |

\*פס"ד חירות נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית: אם אין פסקת הגבלה בחוק יסוד לא ניתן לפגוע בו (יצר אירוניה כי אז כבוד האדם וחופש העיסוק אפשר לפגוע ובאחרים לא).

\*פס"ד מופז נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית: ביהמ"ש נסוג מההלכה בפס"ד חירות. הוחלט ש"מלבישים" לכל חוק יסוד פסקת הגבלה שיפוטית (מעיד על אקטיביזם שיפוטי אבל הכנסת לא תתלונן כי זה לטובתה, היא יכולה לפגוע).

1. האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה (פרוצדורלית ומהותית)?

כן.

1. מה מקור הסמכות של הכנסת לכונן חוקה וחוקי יסוד עליונים ונוקשים?

גישת שמגר: הכנסת היא כל יכולה ולכן יכולה לחוקק הכל וגם להגביל את היכולות שלה בעתיד (שיריון).

גישת ברק: לכנסת יש שני כובעים- רשות מכוננת ומחוקקת, סמכויות נפרדות שבמקרה באותו מוסד ומקור הסמכות הוא ברשות המכוננת.

גישת חשין: בניגוד לברק ושמגר, טוען שלכנסת אין סמכות. לכנסת הראשונה היתה סמכות מכוננת אבל לשאר הכנסות אין משום ש"חוק המעבר" לא תקף. טוען שהכנסת יכולה לחוקק חוק רגיל עם שיריון.

1. האם לבתי המשפט יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד?

כן. לביהמ"ש יש סמכות להחיל ביקורת שיפוטית תוכנית על חקיקה ראשית ולבטל חוקים שסותרים חוקי יסוד.

1. האם יש לנו חוקה?

כן. ברק קובע ש-11 חוקי היסוד הם החוקה. וכפועל יוצא יש ביקורת שיפוטית חוקתית- "דמוקרטיה חוקתית".

1. מאפייני החוקה והגדרתה?

מבחינת חוקה מטריאלית: יש הסדרים מוסדיים (מלבד חוק יסוד החקיקה), יש מגילת זכויות אדם ויש קביעה של ערכי יסוד המדינה.

מבחינת חוקה פורמלית: בשל החלטת הררי יש מקבץ של חוקים חוקים והדרישה היא כותרת "חוק יסוד" בראש החוק.

מבחינת אלמנט העליונות: מאז מזרחי, כל חוקי היסוד הם עליונים.

מבחינת אלמנט הנוקשות: נוקשות מינמלית. מאז מזרחי, אפשר לבטל או לשנות חוק יסוד באמצעות חוק יסוד אחר (בדיוק כמו בחקיקה רגילה רק הכותרת צריכה להיות "חוק יסוד").

1. מי עשה את המהפכה החוקתית בישראל?

 ברק: הכנסת. בשנת 92 כאשר העניקה מגילת זכויות אדם חוקתית, בנק מזרחי נתן אישור פורמלי למהלך.

לנדוי: פס"ד מזרחי. הכנסת לא התכוונה ליצור חוקה, ביהמ"ש הודיע לה שעשתה זאת בפס"ד.

1. האם נכון לראות את פס"ד ברגמן כמתחיל המהפכה החוקתית?

ניתן לטעון שפס"ד מזרחי הוא רק הרחבה לברגמן, מצד שני ניתן לטעון כי נמנעו מלעסוק בשאלות תוכניות מהותיות בברגמן ולכן אין הוא מתחיל מהפכה חוקתית.

המצב החוקתי כיום:

ביהמ"ש- התייחס להלכת מזרחי כמחייבת (למרות שהיתה הוביטר). ביטל 11 חוקים (שהמשמעותי ביניהם הוא חוק הפרטת בתי הסוהר וחוק טל). אשרר קביעות של בנק המזרחי לגבי עליונות כל חוקי היסוד. ואף הרחיב את הלכת מזרחי והחל להכיר בזכויות אדם שלא מצוינות לפי חוק (הזכות לשיוויון) וגם להם נתן מעמד עליון על-חוקתי.

בכנסת-ניתן לראות שקיבלה את המהפכה כי בהליך החקיקה יש הבנה שהחוקים צריכים לא לסתור את חוקי היסוד. בנוסף, חוץ מפעם אחת, לא השתמשה בפסקת ההתגברות שמאפשרת לה לפגוע בחופש העיסוק (כלומר, שהיא מכבדת את המגבלות). הכנסת קיבלה על עצמה ביטול 11 חוקים ואף שינתה אותם בהתאם למתווה ביהמ"ש ומכאן ניתן לראות כי היא מקבלת את המהפכה החוקתית והביקורת השיפוטית. הכנסת מנסה לחוקק חוקי יסוד נוספים.

**ביקורת שיפוטית-**

1. הגדרת ביקורת שיפוטית חוקתית: סמכות של ביהמ"ש לפרש, ואם צריך גם לבטל חוק שסותר את חוקי היסוד.
2. הבעייתיות בביקורת שיפוטית ובכך שביהמ"ש מוסמך לבטל חוק:
3. קושי אנטי-רובני: חקיקת הכנסת אמורה לייצג את רצון העם וכאשר ביהמ"ש (שאינו נבחר ע"י העם) מבטל חוק של הכנסת הוא מסכל את האלמנט הדמוקרטי.
4. הפרדת רשויות:סמכות לחוקק היא של הכנסת וכאשר ביהמ"ש מתערב זה פוגע בהפרדת הרשויות הדמוקרטית.
5. ביקורת שיפוטית: פוגע בשיוויון בין הרשויות ומעמיד את ביהמ"ש בעליונות על הכנסת והממשלה- מבקר אותן.
6. חוקי היסוד בכלל לא הסמיכו את ביהמ"ש לביקורת שיפוטית ולא קבעו עליונות מפורשת, ביהמ"ש הסמיך את עצמו (כמו בפס"ד מלבורן נ' מדיסון האמריקאי בו קבעו כי החוקה עליונה וניתן לבצע ביקורת שיפוטית).
7. ההצדקות לביקורת שיפוטית:

גישת השופטים בדבר הטעמים לביקורת שיפוטית-

ברק בבנק המזרחי (דעת הרוב הרווחת עד גרוניס):

1. "הדמוקרטיה המהותית"- אחד הטיעונים נ' הביקורת הוא שהיא אנטי דמוקרטית אז ברק מגדיר מחדש את הדמוקרטיה ואומר שהיא לא רק פורמלית (הכרעת הרוב?) אלא גם מהותית שמכילה ערכי יסוד וזכויות אדם ובביקורת השיפוטית ביהמ"ש מגן על ערכים אלו. ברק מסמיך דבריו בשלושה טיעונים-
2. מה שנמצא בחוקה הוא רצון העם ולכן כאשר ביהמ"ש מבצע ביקורת שיפוטית הוא מגן על רצון העם בחוקה ולא סותר אותו.
3. דמוקרטיה היא גם ערכי יסוד וכאשר ביהמ"ש מבטל חוק שפוגע בהם הוא מגן על הדמו' המהותית.
4. אין קושי אנטי-רובני כי הכנסת במילא קובעת את חוקי היסוד ויכולה לשנות את רובם בכל רוב. הכרעת הרוב תמיד יכולה לנצח את ביהמ"ש.
5. כנגד הטיעון של הפרדת הרשויות ברק טוען שביקורת שיפוטית נידרשת מעיקרון הפרדת הרשויות:
6. לשם יצירת איזונים ובלמים.
7. לפי הפרדת רשויות כנסת צריכה לחוקק אבל ביהמ"ש מוסמך לפרש את החוקים ולכן מטבע הדברים הוא יכול לבטל חוק במידה וקיימת סתירה.
8. ביקורת שיפוטית נדרשת מעקרון שילטון החוק- זה מבטיח שהכנסת תהיה כפופה לחוקה.
9. למה דווקא ביהמ"ש יבצע ביקורת שיפוטית?
10. רשות עצמאית לא תלויה שפועלת לפי ערכים אובייקטיבים שמעוגנים בחוקה.
11. ההסמכה של השופטים מלמדת אותם לשים דעות סובייקטיביות בצד.
12. זו מסורת משפטית- מפס"ד ברגמן ועד לאו"ר.

גרוניס בתנועה למען איכות השילטון:

בעקבות חוק טל, טען שאין הצדקה לביקורת שיפוטית במקרה של חוק טל ומנה את המקרים בהם מוצדקת ביקורת:

1. הגנה על מיעוטים מפני עריצות הרוב- ניתן להתערב רק כשהרוב משתמש בכוחו כדי להתעמר על מיעוטים.
2. הגנה על כללי המשחק הדמוקרטיים- ביהמ"ש צריך לוודא שהרוב לא מנצל את כוחו כדי להפר את הדמוקרטיה הפורמלית (לעומת ברק שטען שצריך להתערב גשיש פגיעה בדמוקרטיה הפורמלית והמהותית).

תשובת ברק לגרוניס:

1. הגישה של גרוניס לא פרקטית. קשה להבחין מהו כלל משחק פורמלי ומה מהותי. בנוסף, קשה להבחין בין מיעוט לבין רוב (לא רק כמותי- חרדים).
2. תפיסת גרוניס צרה מדי, דמוקרטיה אמיתית היא לא רק פורמלית אלא גם מהותית.
3. גישת גרוניס לא התקבלה בארצות אחרות ולא מתאימה למבנה החוקתי של ישראל:
4. לא מתאים לכל הפסיקה הקיימת ולא מצדיק את מזרחי וכל החוקים שבוטלו.
5. לא מתיישב עם חוקי היסוד (לא מתעסקים עם רוב-מיעוט אלא אדם באשר הוא).
6. חוקי היסוד עצמם מחייבים את ביהמ"ש לבצע הכרעה ערכית ולא פרוצדורלית.

תשובת בייניש לגרוניס:

1. חזרה על טיעוני ברק והדגישה שהמבחן הרלוונטי זה האם הפגיעה חוקתית (לא מסתכלים על מי האדם שנפגע).
2. התעורר וויכוח האם זה תפקידו של ביהמ"ש להביא לשינוי חברתי. בייניש (לעומת גרוניס) טוענת שביהמ"ש הוא כלי אפקטיבי לשינוי חברתי.

גישת חשין בתנועה למען איכות השלטון:

מאז בנק המזרחי אין ספק שביהמ"ש מוסמך לבטל חוק שסותר חוק יסוד, חשין מרחיב ואומר שצריך להצדיק ביקורת שיפוטית גם כאשר חוק סותר עיקרי יסוד שלא מעוגנים בחוקי היסוד במצבים הבאים:

1. כאשר החוק סותר את קיומה של המדינה.
2. סותר את היות המדינה יהודית.
3. כאשר סותר את היות המדינה דמוקרטית או מעיקרי הדמוקרטיה (שיוויון לדוג').

תשובת ברק לחשין:

1. ביהמ"ש צריך לעשות את המקסימום כדי לבצע ביקורת לפי חוקי יסוד ולא עיקרי יסוד (לא נכון בינתיים לאמץ גישה זו). ברק מסכים עם גישת חשין אך חולק על הטיעון השלישי של חשין וטוען שהוא רחב מדי (סתירה היות המדינה דמוקרטית).
2. ברק מצדיק את גישת חשין במקרים הספציפיים שחשין מנה אבל במידה מינימלית ולא רחבה.

**עילות סף-**

בהנחה שלביהמ"ש יש סמכות לביקורת שיפוטית, מהן עילות הסף שהעותר יצטרך לעמוד בהם כדי להגיע לביהמ"ש?

הסמכות של ביהמ"ש מעוגנת בחוק יסוד השפיטה:

ביהמ"ש ישב גם כבג"צ לפי ס' 15 (ג) ו(ד). הכנסת העניקה לבג"צ סמכות רחבה ובפועל נראה שמשאירים לביהמ"ש להחליט מה יהיו גבולות סמכותו. השופטים פירשו את הסמכות בהרחבה. הסמכות היא שהוענקה להם ע"י הכנסת ובאמצעות עילות הסף הם בוחרים מתי להפעיל אותה ומתי לא (אקטיביזם שיפוטי). מבחינת עילות הסף- ביהמ"ש הישראלי הוא האקטיביסט ביותר בעולם.

ההצדקות לכך שביהמ"ש יצר לעצמו עילות סף (הגביל את עצמו):

1. ישנם נושאים (צבאים, פוליטיים ועוד) שלביהמ"ש אין ידע נרחב בהם או שלא ראוי שיעסוק בהם.
2. התמודדות עם העומס (לא רוצה להיות מוצף בעתירות).

העילות-

**העילה הראשונה- זכות עמידה:**

עוסקת בשאלה למי יש מעמד לבוא בפני ביהמ"ש ולהביא את המקרה. נק' המוצא הינה שהעותר צריך להראות שיש לו קשר למקרה כדי שיהיה זכאי לעתור. הגישה המסורתית היא שהעותר צריך להראות אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה.

בג"צ אלוני נ' שר המשפטים: רוצח מצרפת ברח לישראל, הצרפתים ביקשו להסגירו ושר המשפטים סירב. לאור העובדה שלא היה אדם בעל אינטרס ממשי אישי וישיר שעתר בנושא זה (המשפחה של הנרצח נמצאת בצרפת) חברי הכנסת בראשות אלוני עתרו בטענה שיש פגיעה בשלטון החוק שעליו הם אמונים ולכן הם פונים למרות שאין להם אינטרס אישי ממשי וישיר.

גישת שמגר (דעת רוב): המקרים בהם ביהמ"ש יפתח דלתו גם בפני מי שלא בעל אינטרס ממשי אישי וישיר-

1. כאשר מדובר בעניין בעל אופי ציבורי ממשי הנוגע לקידומו של שלטון החוק.
2. כאשר אין עותרים נוספים בעלי אינטרס אישי ממשי וישיר אז יופעל שק"ד חיובי לעותר ציבורי.
3. אין משמעות להיות העותרים ח"כ (זה בסדר).

גישת אילון (דעת מיעוט): מסכים עם שמגר שלא צריכה להיות סגירה הרמטית מול אדם שלא בעל אינטרס אישי אך מרגיש שיש הרחבה גדולה מדי שיוצרת פריצות.

החריג בו כן יש להתייחס זה כאשר הנושא בעל אופי חוקתי מובהק שנוגע במשטר הדמוקרטי (כולל שחיתות), לטענתו- פגיעה בשלטון החוק או טעות בשק"ד זה לא מספיק!

ביהמ"ש לא צריך לתקן את העולם, בנוסף- זה יפגע בהפרדת הרשויות (ביהמ"ש יעסוק בדברים ציבוריים ולא בנושאים שלו) וזה יגרום להצפת ביהמ"ש.

גישת שמגר היא השולטת, מכירה ב"עותר הציבורי" שמגן על אינטרס ציבורי, חלה הגמשה בזכות העמידה.

המצב כיום: בג"צ לירן נ' היועמ"ש: לירן עתר לבג"צ כ"עותר ציבורי" נגד הליכי השימוע שעושים לנשיא קצב בטענה שהם פוגעים במוסד הנשיאות. קצב עצמו כן רצה את הליכי השימוע. יצר ניגוד בין רצון בעל האינטרס האישי לבין בקשת העותר הציבורי.

ביהמ"ש קובע את המקרים בהם מכירים בעותר ציבורי:

1. עניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידומו של שלטון החוק.
2. אכיפת עקרונות חוקתיים מובהקים.
3. תיקון פגמים מהותיים בפעולת המנהל הציבורי.

החריג- אם קיים נפגע ישיר בעל אינטרס אישי לא תהיה זכות עמידה לעותר ציבורי.

החריג לחריג- במקרה בו הסוגיה בעלת חשיבות חוקתית גבוהה שמעבר למחלוקת הפרטנית-יש זכות עמידה.

כיום מכירים בעותר הציבורי כמעט בכל מצב והקריטריונים לדחיית זכות עמידה מאוד צומצמו.

**העילה השניה- שפיטות:**

האם הנושא ראוי להיות שפיט (מתאים וראוי להכרעה שיפוטית).

בג"צ רסלר (גיוס תלמידי ישיבות) ברק מגדיר את ההלכה השולטת לגבי שפיטות:

שפיטות- התאמה של שאלה לדיון משפטי ע"י ביהמ"ש. ברק יוצר הבחנה בין 2 שאלות:

1. שפיטות נורמטיבית: הכל שפיט נורמטיבית. ביהמ"ש ידון בכל דבר המובא לפניו אך בכל הקשור לכנסת הוא ידון רק בעניינים עקרוניים וחוקתיים (פס"ד שריד- לא התערב כי השאלה היתה לגבי שעת ישיבה של הכנסת). בנדור טוען שברק כורך שני דברים יחדיו- ושזה שביהמ"ש מתערב ומתעניין בהכל לא אומר שיש לו תשובה לכל שאלה. יש שאלות שאין להן תשובה וביהמ"ש יצור הכרעה אך לא יתן תשובה.
2. שפיטות מוסדית: האם ראוי שביהמ"ש יכריע בסוגיה או שהסוגיה צריכה להיות מוכרעת במוסד אחר?

ברק בעל עמדה מצומצת מאוד ואומר שיכולים להיווצר מקרים כאלו אבל זה יפגע בעיקרון שלטון החוק (ביהמ"ש יודע שהופר חוק ונמנע מלשפוט בסוגייה), מהצד השני יש מצבים בהם ביהמ"ש יהיה מחויב להכריז אי שפיטות מוסדית כדי למנוע פגיעה באמון הציבור (עניינים פוליטיים).

בפס"ד רסלר שמגר מעלה דעה שונה משל ברק וטוען שצריך לבחון את נק' הכובד של הסוגייה. במקרים בהם נק' הכובד היא לא משפטית (אלא מקצועית לדוגמא) ביהמ"ש לא צריך להכריע (בחירת מטוס קרב).

בנדור טוען שביהמ"ש לא צריך להגביל עצמו בשפיטות מוסדית היות וביהמ"ש קיים כדי לעשות צדק ולא כדי להגשים את רצונות הציבור.

בג"צ ז'רז'בסקי נ' רה"מ: השופט אילון תוקף את גישת ברק בשלוש חזיתות:

1. עצם ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית.
2. אילון יוצא נ' הטענה שהכל שפיט נורמטיבית:
3. טוען שיש הרבה פעולות אנושיות שהמשפט לא חל עליהם. מציין כי ברק טען שכל מה שלא אסור מותר- ולכן גם כאשר אדם רוקד הוא עושה זאת כי זה לא אסור, אילון טוען שזה מלאכותי.
4. יש פעולות אנושיות שחלות עליהם נורמות אחרות (מוסר, דת) ולא קשורות למשפט. ברק טוען שהעובדה שיש נורמה אחרת לא סותרת את העובדה שיש גם נורמה משפטית בהכל.

בנוסף, ברק טוען שהכל ניתן לבחון לפי מידת הסבירות (בודקת איזון נכון בין השיקולים השונים) גם אם אין מומחיות מקצועית בנושא.

אילון יוצא נגד טענת מידת הסבירות וטוען כי צריך להכיר בכך שבנושאים פוליטיים אין ערך למבחן זה י הוא דורש לבצע איזון נכון ולשפוט אין ידע מקצועי כדי לדעת אם האיזונים בוצעו נכונה (החזרת שטחים וכו').

1. אילון (בניגוד לברק) בעד שפיטות מוסדית רחבה יותר. הוא מאמין שיש דין גם בלי דיין ושצריך לתת יותר מקום למערכת הפוליטית לבקר את עצמה (הביקורת השיפוטית מחלישה את הביקורת העצמית של המערכת הפוליטית).

אילון טוען שהסכם פוליטי יהיה שפיט כאשר יש אי חוקיות או פגיעה קשה בתקנת הציבור עד כדי שחיתות (לעומת ברק, שבוחן את מידת הסבירות). בבג"צ ז'רז'בסקי, אילון טוען שההסכם כן שפיט.

המצב כיום:

גישת ברק התקבלה באופן חד משמעי.

1. הניתוח המקובל הוא של אי שפיטות נורמטיבית ומוסדית.
2. הכל שפיט נורמטיבית.
3. גישתו שלא צריכות להיות הרבה מגבלות על שפיטות מוסדית גם כן זוכה לתמיכה.

השלכות התיאוריה של ברק: תוואי גדר ההפרדה, זכויות הומניטריות של פלש' תו"כ מלחמה, עם זאת- יש מצבים רגישים פוליטיים ומדיניים בהם ביהמ"ש לא התערב (גלעד שליט), הטענה של אי ההתערבות לא נבעה מאי שפיטות מוסדית אלא משימוש במבחן הסבירות שהוא רחב לרשויות הפוליטיות ולכן ביהמ"ש לא צריך להתערב.

בג"צ פולארד: פולארד ביקש מישראל שתבקש מארה"ב לקצר את העונש שלו. השופטת פרוקצה לא אמרה שזה לא שפיט אלא שיש שיקול דעת רחב לרשויות הפוליטיות וזה נוגע למדיניות חוץ ולכן ביהמ"ש לא יתערב. (מדגים שביהמ"ש לא אומר לא שפיט אלא מתרץ ב"שיקול דעת רחב של מבחן הסבירות").

**העילה השלישית- בשלות:**

האם העתירה בשלה להכרעה? (עוסק במועד הביקורת השיפוטית).

בג"צ בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי נ' שר האוצר: נדון על חוק הנכבא (שאומר שעמותות שהמדינה ממננת לא יכולות להוציא כספים לפעילויות שמייחסות את יום העצמאות כיום אבל ואם יעשו כן יפעלו נגדם בסנקציות כלכליות של הגבלת תקציבים). העותרים טענו שחוק זה פוגע בחופש הביטוי המביע את השקפת העולם הפוליטית, בנוסף- החוק יוצר השפעה מצננת כי הוא בעצם מרתיע את הגופים מלבצע פעולות המביעות את השקפת עולמן. ביהמ"ש דחה את העתירה בעילה של חוסר בשלות.

השופטת נאור:

1. העתירה לא בשלה כי אין תשתית עובדתית קונקרטית שחיונית להכרעה.
2. ס' החוק שביקשו לבטל עוד לא יושמו, אלו רק ספקולציות- אף אחד עדיין לא נפגע.
3. נאור לא מציינת אמות מידה להפעלת עילת הבשלות אך עולים מדבריה שני שיקולים מרכזיים:
4. כאשר החוק טרם יושם ביהמ"ש ידחה ויחכה לבחינה חוקתית אחרי יישום החוק.
5. צריך תשתית עובדתית מספקת כדי להכריע בסוגייה.
6. השופטת נאור מכירה בחריג לכלל הזה- במקרים בהם ההמתנה ליישום החוק גובה מחיר כבד מדיי.

בג"צ איגוד הנאמנים בשוק ההון נ' מ"י: חוקקו חוק שאוסר על רכישת ביטוח מנהלים ופיצוי דירקטורים למנהלי תיקי השקעות בשוק ההון. העותרים טענו שזה פוגע בחופש העיסוק (כי רק עשירים יוכלו לעבוד בזה).

ריבלין: דוחה את העתירה על הסף מנימוק של חוסר בשלות ומגדיר במפורש את השיקולים לבשלות-

השאלה המרכזית היא האם החוק יושם או לא. אם הוא טרם יושם העתירה לא בשלה. ריבלין מכיר בחריג הצ'ילינג אפקט מהמשפט האמריקאי שטוען כי אם יש ממש בטענת העותרים ועלולה להיווצר פגיעה מיידית אין צורך להמתין ליישום החוק. ד"ר איתי טוען שבמקרה דנן היה צריך להחיל את החריג ולא לדחות את העתירה על הסף.

עילת הבשלות מזכירה את עילת זכות העמידה משום שהיא מחכה שאדם יפגע באופן ממשי וישיר כדי שיוכל לעתור.

**שלבי הביקורת השיפוטית:**

הפסיקה הישראלית יצרה חלוקה של שלושה שלבים בהליך הביקורת השיפוטית. שיטה זו משקפת תפיסה שכל הזכויות הן יחסיות ומוגבלות (אינן מוחלטות!). בייניש ציינה בפס"ד חסן כי החלוקה הפכה לאבן יסוד במשפט הישראלי וזו הדרך לבצע ניתוח חוקתי. המשמעות המעשית של החלוקה באה לידי ביטוי בנטל הראייתי- על הנפגע לבסס את הפגיעה בזכות החוקתית שלו והנטל עובר למדינה להצדיק את הפגיעה בזכות.

**השלב הראשון- שאלת הפגיעה:** האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוק יסוד? (מתחלק למס' שאלות)

1. האם קיימת זכות? פרשיית ענת קם טענה לפגיעה בזכות שלא קיימת (שיקדמו חקיקה שמטיבה איתה).
2. האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד? חוקי היסוד מכילים רשימה לא מלאה וביהמ"ש בפעולה פרשנית מחליט לעגן זכויות נוספות דרך חוק יסוד כבוד האדם (הזכות לשיוויון).
3. מה היקפה של הזכות? השאלה עלתה בהקשר הזכות לקניין- ברור שגניבה זה פגיעה בקניין שלי, אבל האם פגיעה באינטרסים כלכליים היא גם פגיעה בקניין שלי?
4. האם החוק פוגע בזכות? ייתכן והפעילות לא תמיד תפגע בזכות.

בג"צ עדאלה נ' שר הפנים: עוסק בחוק השולל מתן אזרחות לפלש' שהתחתנו עם ישראלים. העותרים טענו שהחוק פוגע גם בזכות לשיוויון וגם בזכות לחיי משפחה. ברק וחשין ניתחו את הזכות לחיי משפחה לפי ארבעת השאלות לעיל. ברק טען כי קיימת זכות וכי שאלת הפגיעה מתקיימת לאור ארבעת המבחנים וחשין טוען שלא מתקיימת שאלת הפגיעה היות והיקף הזכות לא חל במקרה דנן- הזכות מוגבלת רק לאזרחי ישראל שמתחתנים עם אזרחי ישראל.

ברק מגיע למסקנה שיש פגיעה- בוחן באופן רחב יותר ומשאיר את שאלת איזון האינטרסים לשאלת חוקתיות הפגיעה בשלב השני. ברק עושה זאת כדי להקל עם הנאשם (כי בשלב השני נטל ההוכחה הוא על המדינה).

חשין בוחן באופן צר יותר את היקף הזכות, משלב אינטרסים ואיזונים נוספים בשאלת היקף הזכות.

הגישה בפסיקה היא של ברק, ביהמ"ש נוטה להקל בשלב הראשון ולהעניק פרשנות רחבה ע"מ להקל עם העותר ולהעביר את נטל ההוכחה למדינה בשלב השני. עם זאת, כן יש מקרים בהם כבר בשלב הפגיעה היה מחלוקת:

פס"ד אדם טבע ודין: ברק טען שאין זכות חוקתית לאיכות הסביבה שנגזרת מחוק יסוד כבוד האדם.

בג"צ עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר- ברק קבע כי קיימת זכות של מינימום קיום בכבוד הנגזרת מחוק יסוד כבוד האדם, אך לא הוכח שזכות זו נפגעה.

**השלב השני- חוקתיות הפגיעה (פסקת ההגבלה):** בהנחה שחוק מסויים פוגע בזכות, יש לבחון האם הפגיעה חוקתית (האם היא עומדת בפסקת ההגבלה).

תכליות פסקת ההגבלה:

1. הגבלת זכויות- מאפשר איזון בין הזכויות, משקף את התפיסה שהזכויות יחסיות ולא מוחלטות.
2. הגבלת הכנסת- יכולה לפגוע בזכויות שמעוגנות בחוק יסוד רק בתנאים שמנויים ולא כדי לקדם כל אינטרס.

לפסקת ההגבלה תפקיד כפול- מאפשרת מראש הגבלת זכויות ומגבילה את היכולת להגביל אותן.

פסקת ההגבלה יוצרת 4 דרישות מצטברות:

1. בחוק או לפי חוק, מכח הסמכה מפורשת בו:

נקרא גם דרישת החוקיות. הדרישה היא שהחוק יחקק ע"י מחוקק ראשי או בחקיקת משנה כאשר יש הסמכה מפורשת (שר שמתקין תקנות בהסמכה מפורשת של המחוקק הראשי).

בפס"ד לם- (איבחון ליקויי למידה) השופטת דורנר ציינה שני רציונלים לדרישה זו:

א. דמוקרטי- החלטה לפגוע בזכות היא חשובה ולכן צריכה להיעשות ע"י מחוקק ראשי שמייצג את העם.

ב. פרוצדוראלי- הליכי החקיקה מלווים בסירבולים רבים (3 קריאות, רוב, ועדות וכו') שמהווים ערובה לכך שיפגעו בזכויות רק כאשר תהיה סיבה מספקת.

במקרה דנן, ביהמ"ש פסל את מדיניות משרד החינוך בעילה שהחוק נוצר בחוזה מנכ"ל ולא ע"י מחוקק ראשי או בהסמכה מפורשת.

1. מהי ההגדרה של חוק?

אין הגדרה בחוקי היסוד ולכן זו שאלה פתוחה לפרשנות (האם רק חוק ראשי או כל דין-תקנה, צו, פסיקה). ברק: טוען שחוק הוא גם פסיקה. ד"ר איתי: טוען שחוק זה רק חוק של הכנסת ולא כל דין (מגיע למסקנה זו ע"י פרשנות תכליתית). הפסיקה לא הכריעה אך נוטה לגישת ברק.

1. מה משמעות הדרישה של "בחוק"?

הגישה המקובלת הינה "שבחוק" דרישה פורמליצ- דהיינו, חקיקה של הכנסת שעברה 3 קריאות ופורסמה ברשומות. בייניש בבג"צ המפקד הלאומי נ' היועמ"ש הרחיבה את הדרישה של "בחוק" וטענה שחוק שפוגע בזכויות צריך לענות גם על דרישה פורמלית ובנוסף דרישה מהותית (סובסטנטיבית) הכוללת: 1. פומביות. 2. נגישות. 3. כלליות (חל באופן שווה על כלל הציבור). 4. חוסר עמימות. 5. העדר שרירותיות. ד"ר איתי: מציע שלטון חוק הליכי (לדרוש שנראה שהמחוקק מודע לפגיעה בזכות).

1. עד כמה מפורטת צריכה להיות ההסמכה?

הגישה השולטת כיום- בייניש בבג"צ המפקד הלאומי נ' היועמ"ש (איסור גורף של שידור פרסומות פוליטיות בטלוויזיה) הציעה מבחן שטוען שמידת הספציפיות שנדרוש מהמחוקק תשתנה לפי הנסיבות: שאלה אחת היא איזה זכות מדובר ושאלה נוספת היא מהי עוצמת הפגיעה, מי הרשות הפוגעת ומהו הקשר הדברים הכללי. לפי זה היא תקבע אם נדרשת הסמכה ספציפית או כללית (ככל שהפגיעה חזקה יותר בזכות חשובה יותר נצטרך הסמכה מפורשת יותר) משאיר שק"ד נרחב לביהמ"ש.דעת רוב בפס"ד המפקד הלאומי- השופטת נאור אם המחוקק אמר שהרשות יכול ליצור מגבלות על פרסומות זה מספיק (דרישה כללית ורחבה יותר).

1. הולם את ערכיה של מדינת ישראל:

מהם ערכיה?

יהודית ודמוקרטית (ס' המטרה בחוק היסוד)

הכרה בערך האדם, קדושת חייו ובהיותו בן חורין והערכים ממגילת העצמאות (פסקת העקרונות חוק יסוד).

ביהמ"ש נותן לרכיב זה משקל מאוד קטן היות והכנסת העבירה לו את הסמכות לקבוע את ערכי מדינת ישראל (רכיב אנטי-דמוקרטי, השופטים, שאינם נבחרי ציבור צריכים לבצע איזונים בין ערכי המדינה).

1. נועד לתכלית ראויה:

איך מזהים את תכלית החוק? לא הוכרע בפסיקה האם לפי תכלית מוצהרת אובייקטיבית או סובייקטיבית.

מה קורה כאשר יש כמה תכליות- חלקן ראויות וחלקן לא? מכריעים לפי התכלית הדומיננטית.

מהי תכלית ראויה? תכלית שמהווה צידוק לפגיעה בזכויות היא תכלית שמקדמת זכויות אדם או מגשימה מטרה ציבורית ראויה. עד כמה חזרה התכלית הראויה? תלוי במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה (ככל שזכות חשובה יותר ועוצמה גדולה יותר- כך האינטרס הציבורי צריך חזק יותר כדי שיחשב תכלית ראויה). במקרים של פגיעה בכבוד האדם צריך בנוסף למטרה החברתית- מטרה חברתית מהותית/צורך חברתי לוחץ.

1. במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות):

עקרון מאחורי דרישה זו היא שהמטרה לא מצדיקה את כל האמצעים- האמצעי צריך להיות ראוי- מידתי.

ביהמ"ש פיתח מבחנים מצטברים כדי לבחון ס' זה (בפרקטיקה, מבחן ג' הכי חשוב):

1. מבחן ההתאמה (קשר ראציונלי): נדרשת התאמה בין המטרה הראויה (נניח שיוויון) לאמצעי הפוגעני (נניח חוק טל). לא נדרשת וודאות מוחלטת של השגת המטרה אך לא תספיק התאמה קלושה. מידת ההתאמה תלויה בכמה גורמים: בנסיבות, חשיבות הזכות ובעוצמת הפגיעה.
2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: מתוך כל האפשרויות להשגת המטרה יש לבחור באמצעי שיפגע הכי פחות בזכויות (לא בוחנים אופציות אבסולטיות אלא במתחם הסבירות- ביהמ"ש מתחשב בשיקולים נוספים כמו כלכליים ועוד- לדוג' לא יציב שוטרים במקום גדר הפרדה- הכי פחות פוגע אבל הרבה כסף). בודקים אם יש אמצעי אחר שיכול להגן על הערך המוגן באותה רמה עם פחות פגיעה.

בג"צ עדאלה (איחוד משפחות עם פלש') ברק בדעת מיעוט טען שהחוק גורף ולא מידתי ובשביל לפעול לפי האמצעי שפגיעתו פחותה צריך לבדוק כל מקרה לגופו, חשין בדעת רוב טוען שהנטל גדול מדיי. בג"צ סלאח חסן בייניש פסקה שכאשר יש חזקה חלוטה ללא חריגים (איסור גורף),מדובר באמצעי לא מידתי.

1. מידתיות במובן הצר- עלות מול תועלת. מבחן שיוצר הכרעה ערכית בין האינטרסים. בוחנים את היחס בין התועלת שצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק שנובע מהפגיעה בזכות. בג"צ בית סוריק (גדר הפרדה הפרידה בין מתיישבים לשטחים החקלאיים שלהם) ביהמ"ש ציין אמצעי שיכול להשיג מעט פחות ביטחון עם פגיעה נמוכה הרבה יותר בזכויות העותרים ולכן החוק לא עמד במבחן זה.

**השלב השלישי- הסעד (מהי התוצאה כאשר החוק לא חוקתי):**

בישראל פותחה דוק' "הבטלות היחסית" (המונעת בטלות אוטומטית שלה השלכות מרחיקות לכת)- הדוק' מפרידה בין השאלה: האם החוק חוקתי או לא (שני השלבים הראשונים) לבין השאלה מה צריך להיות הסעד? (השלב השלישי) ביהמ"ש לא מבטל אוטומטית אלא יש שק"ד רחב וכל מקרה הוא בוחן לגופו. השיקולים שמנחים בשאלת הסעד: 1. מהות האי חוקתיות (עד כמה יסודית וקשה). 2. נסיבות העניין (מה הנזק שיגרם מביטול החוק)

מתוך דוק' זו צמח סעד נוסף- "השעיית הכרזת הבטלות": לא משנה אם הבטלות היא יחסית, מוחלטת, רטרואקטיבית, ביהמ"ש יכול להכריז עליה ולהשעות את תחולתה עד מועד מסוים שיבחר (במקום שתחול מיד). (בפרטיקה ביהמ"ש מבטל רטרואקטיבית את החוק הלא חוקתי ומשתמש בהשעיית הבטלות).

**רשויות השלטון**

**עיקרון הפרדת הרשויות:**

* פיצול סמכויות בין הרשויות כדי להגן באופן מקסימלי על זכויות האדם (יוצר חוסר יעילות אך זה מקדש את המטרה). התפיסה הקלאסית של הפרדת שלושת הרשויות איננה מעשית כי בפועל כל רשות עוסקת גם בתחומים של הרשויות האחרות. כמו לדוגמא:
1. הממשלה בפועל גם מחוקקת תקנות רבות (תקנות טכניות זה עוד סביר אבל לעיתים רבות היא גם מחוקקת תקנות בנושאים עקרוניים). בנוסף, הרשות המבצעת לעיתים גם שופטת (בבעלותה בתי דין כמו לדוג' וועדה לשחרור אסירים).
2. הרשות השופטת לעיתים גולשת לתחום החקיקה ע"י פרשנות חוק.
* לכל אחת מהרשויות יש את הסמכות הייעודית לה וסמכות ביקורת ופיקוח על הרשויות השונות ואז הן כפופות האחת לשניה (כמו לדוג' תקציב המדינה עניין ביצועי של הרשות המבצעת שדנים עליו בוועדות הכנסת).
* הרשות השופטת בעצמה מקפידה על הפרדת הרשויות (העבירה את סמכות הפטור לביינישים משר הביטחון לכנסת שחוקקה את חוק טל).
* האם הכנסת יכולה בעצמה לפגוע בהפרדת הרשויות? נדון בפרשת הפרטת בתי הסוהר (העברתם מהממשלה לאדם פרטי-לב לבייב) ונשאר בצריך עיון.

**רשות השלטון המרכזית- הכנסת:**

גם רשות מחוקקת וגם אסיפה מכוננת. הרשות הנבחרת המרכזית בא"י, הוסדרה בחוק יסוד הכנסת- הס' החשוב בחוק זה הוא ס' 4 שקובע את הדרישות לשיטת הבחירות:

1. דרישת הכלליות: כולם רשאים לבחור מגיל 18 ולהיבחר מגיל 21
2. ארציות: כל שטח המדינה נחשב לאזור אחד.
3. ישירות הבחירות: בוחרים ישירות במפלגות ולא בראש ממשלה.
4. שיוויון הבחירות: יש קושי מעשי ביישום השיוויון . נהוג להבחין בין שיוויון פורמאלי (מימון מפלגות, חלוקת זמני שידור תעמולה) לבין שיוויון מהותי (אם יש הבדל פורמאלי שמצדיק את החוק- מפלגות גדולות יותר צריכות יותר זמן שידור להראות מה עשו בקדנציה האחרונה). השיוויון הוא גם בין קולות הבוחרים וגם בין המועמדים.
5. בחירות חשאיות.
6. בחירות יחסיות- ההרכב של חלוקת המושבים נעשה ביחס לשיעור קולות הבוחרים (10% הצביעו לש"ס אז הם יקבלו 12 מקומות בכנסת). אחוז החסימה עלה ל-2% ולכן יש קולות מבוזבזים רבים. עודפי הקולות מחולקים לפי הסכם בדר-עופר שמקנה אותם למפלגות הגדולות.

 איך ההגנה החוקתית על שיטת הבחירות מושפעת מהמהפכה החוקתית?

1. נובע מבנק המזרחי שיש הבחנה בין שינוי לחריגה- כל שינוי מהותי יעשה רק ע"י חוק יסוד אחר (ברוב מיוחד של חברי כנסת) וכל חריגה טכנית יכולה להעשות בחוק רגיל (ברוב מיוחד).
2. חוקי תשריר- הכנסת חששה אחרי פס"ד ברגמן שיפסלו חוקים רבים ולכן חוקקה את חוק תשריר (ברוב מיוחד) שקובע שכל חוקי הבחירות לכנסת שהתקבלו עד היום תקפים.
3. שיוויון הבחירות- כדי לשנות או לחרוג משיוויון הבחירות (בגלל ששיוויון זו זכות חוקתית) לא מספיק רוב חברי כנסת אלא צריך להוכיח שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה. יש גישות שונות- אחת טוענת שצריך גם רוב וגם פסקת הגבלה (דרישות מצטברות) ואחת טוענת שרק פסקת הגבלה מספיקה לבדה (בלי רוב).

מניעת ההשתתפות בבחירות: (יש מבחן של שמגר ושל ברק בעמוד 35 במחברת)

פס"ד ירדור- (מפלגה שרצתה לחסל את מדינת ישראל) דעת רוב פירשו את החוק כך שיש להם סמכות לפסול את הרשימה. בפס"ד כהנא נפסק כי אין סמכות לפסול רשימתו ואז לאור הפעילויות שלו בכנסת הוסף ס' לחוק יסוד הכנסת- 7 (א) המאפשר פסילה של רשימה או אדם ממועמדות לבחירות בתנאים מסוימים.

ניתוח משפטי של הס'- הערכים הדומיננטיים שמאפשרים פגיעה בזכות הדמוקרטית לבחירות הינם:

* הגנה על קיום המדינה כדמוקרטית ויהודית.
* הפעילות התקינה של בית הנבחרים.

**חסינות חסרי הכנסת:** הגנה מפני הליכים משפטיים נגד חברי הכנסת.

הראציונלים מאחורי עקרון החסינות:

1. לגרום שח"כ לא יחשוש להביע דעה במילוי תפקידו (שלא יפחד שינקטו בהליכים נגדו).
2. להגן על עצמאות הכנסת.
3. מימוש ההליך הדמוקרטי בהבעת דעה המייצגת את העם.

הקשיים שנובעים מהחסינות:

1. עקרון השיוויון בפני החוק.
2. שלטון החוק- החוק צריך לחול על כולם והחסינות מונעת את זה.
3. חשש מפגיעה באמון הציבור- גורם לתפיסה שח"כים עוברים על החוק ומשתמשים בחסינות כעיר מקלט.

העיגון החוקתי לחסינות מצוי בס' 17 לחוק יסוד הכנסת-הפירוט נמצא בחוק חסינות חברי הכנסת.

**חסינות עניינית:**

חסינות גורפת שחלה על דברים הקשורים מבחינה עניינית מעצם מילוי התפקיד הפרלמנטרי או למענו. חסינות רחבה- חסין מכל הליך משפטי, גם שנעשה מחוץ לכותלי הכנסת. החסינות חלה גם אחרי שהח"כ פורש ולא במילוי תפקידו (על דברים שעשה בכהונתו) והיא לא ניתנת להסרה. עלה צורך לצמצם את החסינות העניינית ע"י הגדרת "למילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו" ולכן בשנת 2002 יש תיקון ס' א' 1 שנותן סייג- הס' מגדיר איזה פעילויות לא יחשבו "למען מילוי תפקידו" (הסתה לגזענות וכו').

בג"צ עזמי בשאררה (ח"כ ערבי ששיבח את החיזבאללה) היועמ"ש הסיר את החסינות הדיונית שלו והוא הועמד לדין. בשאררה טען שיש לו חסינות עניינית ועתר לבג"צ- השאלה שעלתה היא האם ס' א' 1 חל על בשאררה על אף שתוקן לאחר מעשיו (האם יש תחולה רטרואקטיבית?) ביהמ"ש פסק שכן ומכאן שלבשאררה אין חסינות עניינית. ביהמ"ש הצדיק החלטתו בכך ש: א. התיקון הוא רק הבהרה לס' הקיים "למען הסר ספק". ב. ביהמ"ש היה מפרש כך את הס' גם ללא התיקון. ג. ס' 7 א' מגביל מועמדות לכנסת במצב של תמיכה באירגון טרור אז קל וחומר שזה חל על ח"כ מכהן.

השופטים ביצעו הבחנה בין ס' 7 א (מועמדות) לבין ס' א 1 (סייג חסינות) וקבעו שס' 7 א' דורש רף הוכחה גבוה יותר היות והוא מונע זכות בסיסית מראש (להיבחר לכנסת) ולא מעניש על התנהגות שבוצעה (כמו הסייג לחסינות).

השופטים נחלקו ביישום.

השופטת חיות בדעת מיעוט טענה שדברי השבח הם תמיכה במאבק מזוין ולכן אין לו חסינות עניינית.

השופטים ברק וריבלין טענו שקיימת תמיכה בארגון טרור אך לא תמיכה במאבק מזוין נ' מ"י ולכן קובע שהחריג של א 1 לא מתקיים. החריג אומר מתי זה לא נחשב "למילוי תפקידו" ולכן ברק ממשיך מה כן נכנס בגדר "מילוי תפקידו" כדי להגדיר את היקף החסינות ולבחון אם היא מתקיימת לבשאררה.

ברק עשה פרשנות תכליתית והתווה את מבחן "מתחם הסיכון המקצועי" שקובע שסביב ח"כ יש חגורת הגנה והוא יכול לגלוש באופן טבעי מעבר למתחם החוקי ועדיין זה יהיה לגיטימי והוא יהיה מוגן. זה מתקיים כאשר 1. לא מדובר בפעילות מתכוננת מראש בה ח"כ ניצל מעמדו (מבחן הספונטניות- נפלטה לביבי ידיעה סודית וזה סבבה). 2. כאשר הפעילות היא מראש בגדר הסיכון הפרלמנטרי המקצועי הטבעי (לא לקיחת שוחד נניח).

* ברק מחליט כי מעשיו של בשאררה נעשה כחלק אינטגרלי מהבעת דעה פוליטית ולכן יש לו חסינות.

בג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' וועדת הכנסת- גורולובסקי פרשת "ההצבעות הכפולות" שגורולובסקי הצביע משני מושבים וגם ניסה לגנוב את מצלמות האבטחה של הכנסת. הוא טען שיש לו חסינות עניינית וברק טען שלהצביע פעמיים בכוונה תחילה זה לא חלק מסיכון מקצועי טבעי ולכן אין לו חסינות.

 **חסינות דיונית:**

חסינות פרוצדורלית שמהווה מחסום זמני מפני העמדה לדין פלילי בגין עבירות שלא נעשו במילוי התפקיד או למענו. גם מה שלא נכנס בחסינות עניינית יכול להיכנס בדיונית. החסינות היא לזמן הכהונה בלבד. ניתנת להסרה. \*ניתן להגיש כתב אישום נגד ח"כ על עוד זה לא בגדר החסינות העניינית אבל צריך לקבל אישור מהיועמ"ש ולהודיע לח"כ וליו"ר ואז הח"כ יכול לבקש חסינות דיונית כדי שלא יועמד לדין.

פרשת גורולבסקי: לא הייתה לו חסינות עניינית והיועמ"ש ביקש גם להסיר לו את החסינות הדיונית והכנסת לא אישרה. הוגש בג"צ כדי לקבוע האם החלטת הכנסת לא להסיר את החסינות היא לגיטימית. ביהמ"ש התווה את מבחן שיקול הדעת (בוחן את שק"ד של היועמ"ש- אם פעל בתו"ל אז לכנסת אין שק"ד בענין). בעקבות החלטה זו הכנסת שינתה את החוק וקבעה כי היועמ"ש יכול להסיר חסינות אלא אם כן ח"כ מיוזמתו ביקש לקבוע שיש לו חסינות דיונית. בנוסף- הכנסת הוסיפה עילות שמאפשרות לה לתת חסינות דיונית:1. הכנסת יכולה לקבוע כי קיימת חסינות עניינית ואז לא ניתן להסירה. 2. הכנסת מגיעה למסקנה שהיועמ"ש פעל שלא כדין. 3. אם היו כבר הליכים לבירור והענשה והכנסת החליטה שזה מספיק. 4. אם הכנסת חושבת שיגרם נזק של ממש לתפקוד הכנסת בשל ניהול ההליך הפלילי.

**סדרי עבודת הכנסת וביקורת שיפוטית עליהם:**

נק' המוצא לסדרי העבודה של הכנסת היא ס' 19 לחוק יסוד הכנסת. הס' קובע את המקורות בהם היא תעגן את הכללים- בחוק, בתקנון, בנוהג או בנוהל מקובל.

ההנחה היא שלכנסת יש סמכות לקבוע את סמכויות העבודה שלה כי:א. זה גוף גדול עם הרבה דעות צריך סדרי עבודה. ב. עצמאות הפרלמנט- מניעת התערבות של רשויות אחרות בו.

בפועל, כל ההסדרים של הכנסת מצויים בתקנון (נתפס נמוך יותר מאשר חוק, יש לכך יתרונות וחסרונות).

**ביקורת שיפוטית על הכנסת-**

לכנסת שלושה תפקידים עיקריים:

1. מנהלת את ענייניה הפנימיים- החל מהלכת שריד יש נכונות מצד ביהמ"ש להתערב בפעילות פנים פרלמנטרית.
2. פעילות בעלת אופי מעין שיפוטי- החל מפרשת פנחסי ביהמ"ש החליט כי הוא יכול להתערב בהחלטות מעין שיפוטיות של הכנסת.
3. מחוקקת- עד 92 ביהמ"ש לא התערב, והחל מ-92 ביהמ"ש החל לפסול חוקים של הכנסת.

**1+2: ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים, סדרי עבודה בכנסת ופעילות מעין שיפוטית:**

העמדה המסורתית של העדר שפיטות עד שנות ה-80: כל ההליכים הפנימיים בכנסת הם לא שפיטים. בג"צ בצול נ' שר הפנים: (גידול חזירים בלי מפות) מייצג את התפיסה של הכנסת כל יכול. ביהמ"ש קבע שמותר לו לפרש חוק אך לא להרהר בתוקפו ואל-לא להסתכל מאחורי הפרגוד של הכנסת והחוק.

תחילת השינוי: בג"צ פלטו שרון (נבחר לכנסת כי חיפש מקלט מהליכים פליליים נגדו, הושעה מהכנסת על אף שהורשע בפלילים לעונש פחות משנה והחוק אומר שצריך להשעות רק מעל שנה). ביהמ"ש בחן האם הנושא הזה בכלל שפיט מבחינתו (האם יכול לבחון את הכנסת?). הנשיא לנדאו היה בדעט מיעוט וייצג את הגישה המסורתית- לא מתערבים בכנסת. השופט כהן הוביל את דעת הרוב וקבע שיש להפריד בין שאלת הסמכות לשאלת השפיטות. הוא טוען שמובן מאליו שלביהמ"ש יש סמכות על כל רשויות השלטון (וביניהן הכנסת) היות והוא מוסמך בחוק לשמש כבג"צ וטוען שהשאלה היחידה היא שאלת שפיטות.

מאז- כאשר עולהשאלת הסמכות- "מובן מאליו שיש סמכות" אך ביהמ"ש יקבע מתי להפעיל אותה- זוהי שאלת השפיטות ונבחן אותה לפי מבחן פלטו הכורך שני תנאים מצטברים:

1. צריך לזהות את סוג ההליך הפרלמנטרי- רק הליכים מעיין שיפוטיים יהיו שפיטים (אם הכנסת משעה מישהו או מסירה לו חסינות).

2. כאשר הכנסת חורגת מסמכות שלה (ביהמ"ש לא יתערב אם זה רק טעות בשק"ד).

מאז פלטו שרון היתה מגמת הרחבה משמעותית בשני אפיקים:

1. עילות ההתערבות רחבות יותר.
2. כיום אין שום סוג של הליך פרלמנטרי שאינו שפיט (לא רק מעין שיפוטי).

דוגמא להרחבה בעילת התערבות: בג"צ פינחסי- ש"סניק מואשם בשוחד והפרת אמונים ומתונן על כך שהכנסת הסירה את החסינות שלו בלי לקרא את הפרוטוקולים וביהמ"ש מתערב ומרחיב את עילות ההתערבות שלו כדי להבטיח דיון הוגן. הוא ביטל את החלטת הכנסת וקבע שיש לבצע הצבעה חוזרת. בהימ"ש הרחיב את מבחן פלטו שרון במובן של עילות ההתערבות- לא רק חריגה מסמכות.

דוגמא להרחבה בסוגי ההליכים שביהמ"ש מתערב בהם: בג"צ שריד- יו"ר הכנסת דחה את השעה של הצבעת האי אמון כדי שח"כים שהיו בחו"ל יוכלו להגיע (הם תמכו בממשלה). שריד טען שזה לא חוקי ולכן ביהמ"ש צריך להתערב. המקרה עורר את השאלה האם גם הליכים לא מעין שיפוטיים אלא פנימיים ניתנים להתערבות ביהמ"ש? ביהמ"ש אמר שיש לו סמכות להתערב בנושאים לא רק מעין שיפוטיים- אלא גם הליכים פרלמנטריים פנימיים, אך במקרה דנן, לא ראה צורך להתערב (זה לא מספיק קריטי).

נקבע מבחן שריד- ההתערבות תהיה לפי מידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי.

דהיינו, האם ההחלטה שעותרים נגדה פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים?– כן מתערבים בהליך פנימי אך רק כאשר הפגיעה קשה מאוד.

יישום מבחן שריד: בג"צ סיעת כ"ך נגד יו"ר הכנסת- (סיעת כ"ך הייתה סיעת יחיד, היא הציעה הצעת אי אמון ויו"ר הכנסת לא הסכים להגיש אותה בטענה שבפירוש התקנון אסור לסיעת יחיד להציע הצעת אי אמון) ביהמ"ש קבע שיש חריגה מסמכות ושק"ד של הכנסת, וזה נוגע בדבר מהותי- במרקם החיים הפרלמנטריים ולכן ראוי שיתערב.

בג"צ כהנא נ' יו"ר הכנסת- (יו"ר הכנסת החליט לא לבחון שתי הצעות חוק פרטיות של כהנא שכללו תכנים גזעניים) ביהמ"ש טען שהחקיקה היא פונקציה מרכזית של הכנסת ולכן יש לקבל את עתירת כהנא (שרצה ע"י הצעות החוק לקדם את המצע שלו).

בג"צ לבנת נ' יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט- (ח"כ לבנת ביקשה להקדים את הדיון על התפטרות הכנסת בגלל הפריימריז בליכוד ויו"ר הועדה סירב- ביהמ"ש צריך להחליט אם להתערב בשאלה מתי יחול הדיון או לא). ביהמ"ש קבע שהביקורת השיפוטית משתנה לפי סוג ההליך בכנסת. במעין שיפוטי- ביהמ"ש יתערב הרבה, בהליך מנהלי- יתערב באמצע, ובחקיקה- יתערב מעט. כלומר, כאשר הוא בוחן עתירה עליו לסווג את סוג ההחלטה וכך לקבוע את מידת ההתערבות. במקרה דנן, ביהמ"ש קובע שזה הליך סידרי עבודה פנימי-מנהלי ומחיל את מבחן שריד- אי הקדמת הדיון לא פוגעת במרקם החיים הפרלמנטריים ולכן אין טעם להתערב.

בג"צ התנועה למען איכות השילטון בישראל נ' ועדת הכנסת- הכנסת עמדה להתפזר לאחר 3 שנים במקום 4, בערב ההתפזרות הועדה דנה בפנסיה של חברי הכנסת ויצרו פיקציה כאילו הם שירתו 4 שנים- משמעות כלכלית של מיליונים. ביהמ"ש חוזר על כך שצריך לסווג את ההחלטה וכך לקבוע את היקף ההתערבות (כמו בלבנת). בנוסף, טען כי כאשר הכנסת מחוקקת למען עצמה באופן שמנוגד לאינטרס ציבורי (כשיש ניגוד עניינים) אז הביקורת תהיה גדולה יותר.

**3.ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:**

ביקורת שיפוטית שבוחנת את תוקף החוק.

בפרשת התנועה למען איכות השלטון נ' וועדת הכנסת השופט ריבלין טוען שהליכי החקיקה הם חלק מהפעילות הפנים פרלמנטרית ולכן הלכת שריד חלה גם עליהם.

לפני המהפכה החוקתית-

עד שנות ה-80 ביהמ"ש לא התערב- כנסת כל יכולה. ואז בפס"ד נמרודי נשמעה לראשונה דעה שונה שטוענת שביהמ"ש יכול להתערב בהליכי חקיקה של הכנסת במקרים בהם נפל פגם פרוצדורלי לפי תקנון הכנסת.

פס"ד נמרודי 1989: (משפחת נמרודי ביקשה מביהמ"ש לבטל חוק של הכנסת על בסיס פגם בהליך החקיקה היות והם לא זומנו לדיון בנושא). השופט ברק קבע שבמקרה דנן לא נפל פגם בהליך אך אמר בהוביטר שיש לביהמ"ש סמכות לבטל חוק אם הוא לא התקבל בהליך חקיקתי ראוי (עוד לפני המהפכה החוקתית!). בנוסף, ביהמ"ש מעניק לתקנון מעמד חוקתי ומכאן שאם הליך החקיקה עובר על תקנון הכנסת אז החוק בטל (ברק משחק אותה כאילו הוא לא מבטל באופן אקטיבי את החוק אלא שזה רק דקלרטיבי כי החוק הזה בכלל לא קיים אם הוא לא התקבל כדרוש בתקנון).

אחרי 14 שנה-

ארגון מגדלי העופות: עלו טענות שחוק ההסדרים ("חוק סל") פוגע בהליך הדמוקרטי הראוי לחקיקה. ביהמ"ש קבע שחוק ההסדרים לא ראוי ושהוא יכול לבטל חוק גם אם אין הפרה של ס' בתקנון וזאת גם כאשר עקרונות יסוד של הליך החקיקה (שאינם כתובים בתקנון) נפגעים.

ביהמ"ש מגדיר את עקרונות היסוד של הליך החקיקה שבגינם הוא יכול לבטל חוק בשל הליך פרוצדורלי שגוי:

1. עקרון השיוויון
2. עקרון הכרעת הרוב
3. עקרון הפומביות
4. עקרון ההשתתפות

במקרה דנן, העקרון המתנגש הינו עקרון ההשתתפות (לא ניתן לכל ח"כ להביע דעה) אך בייניש קבעה שאין פגם שיורד לשורש ההליך שמצדיק את בטלות החוק.

עד היום לא פסלו חוק בשל פגם בהליך חקיקה- אלא רק אמרו שאפשר- אפילו לא במקרה בו ח"כ הצביע פעמיים (פס"ד ליצמן). הפסילות היחידות שהיו הן רק בגלל תוכן (12 חוקים אחרי המהפכה החוקתית).

**הרשות המבצעת:**

עוסקת מעבר לתפקידי ביצוע גם בתפקידי שיפוט: בתי דין משלה, תקנות, הצע"ח פרטיות תלויות אישור ממשלה.

האם הפרדת הרשויות במדינה היא משהו רצוי או כלל שמלווה את הליך החקיקה?

הרציונל המרכזי של דרישת החוקיות ופסקת ההגבלה הוא הפרדת רשויות ולכן הכנסת כרשות מחוקקת מחויבת לה (אם הכנסת תחוקק חוק שמסמיך את הממשלה לעשות משהו שיפגע בהפרדת רשויות אז יתכן והחוק יפסל). העברת הסמכויות בין הרשויות יכולה להפרש גם כלא חוקתית בשל הפגיעה בחוק יסוד הממשלה או חוק יסוד הכנסת שמגדיר את תפקידם.

מה פירוש הגדרת המונח ממשלה בחוק היסוד? על פניו ההגדרה בחוק היסוד לממשלה מקשה על הפרדת הרשויות. ניתן לפרש את הגדרה זו בשני אופנים:

* ממשלה במובן המצומצם: כפי שרשום בס' 5, גוף של 20 אנשים שמקבל החלטות פעם בשבוע. אם נפרש כך את המונח אז זה לא יהיה רלוונטי להפרדת רשויות.
* ממשלה במובן הרחב: כל משרדי הממשלה, כל היחידות, סגני השרים. אם נפרש כך את המונח אז עקרון הפרדת הרשויות מתקיים לפי חוק היסוד.

עקרון הפרדת הרשויות הוא חוקתי שהכנסת בחוקים רגילים לא יכולה לפגוע בו- וזה בתנאי (!) שנפרש את מונח הממשלה בחוק יסוד הממשלה בצורה רחבה ולא באופן המצומצם של ס' 5.

מגבלות משפטיות על מינוי והעברת שרים:

ישנן מגבלות במינוי השרים שנובעות מחוק יסוד הממשלה ומשיקולים מוסריים (לא ימנו מישהו כי הוא נתן שוחד).

הלכת דרעי ופנחסי: היועמ"ש רצה להעמידם לדין על שחיתות שעשו ורבין בשל טיעונים פוליטיים לא רצה. היו 2 עתירות לבג"צ בעניין וביהמ"ש החליט שכאשר מיוחסות לאדם עבירות פליליות חמורות, על אותו אדם להתפטר או שעל רוה"מ להשתמש בסמכותו ולפטר אותו. עם זאת, ביהמ"ש אמר שזה נתון לשיקול דעת רוה"מ במקרה שהאישומים הם לא חמורים ואז הוא יכול להעדיף שיקולים פוליטיים.

האם הלכת דרעי ופנחסי חלה גם על מינוי מחדש של אותו שר שהורשע פרשת חיים רמון: במינוי כזה נדרש אישור של הכנסת ושל הממשלה וביהמ"ש יתן משקל כבד לאישור של הכנסת ולעובדה שאין קלון ואין פגיעה באמון הציבור בהחזרת הממונה ומכך הם מגבילים את הלכת דרעי ופנחסי.

האם הלכת דרעי פנחסי חלה גם על ראש ממשלה? הדחת ראש ממשלה כרוכה בשינוויים הסטוריים למדינה שהם מעבר לפגיעה בכבודה ולכן יש בעייתיות רבה בכך (אולמרט- שזוכה בסופו של דבר) בנדור טוען שזה קל וחומר על רוה"מ אך שזה עדיין לא הוכרע בביהמ"ש.

**הרשות השופטת:**

 רשות שלא נבחרת ע"י הציבור, לא יוזמת (כמו הממשלה והכנסת) אלא רק מגיבה.

הרשות השופטת מיישבת סכסוכים קונקרטיים (מתאימה כלל למקרה) ומאזנת ומפקחת על הרשויות האחרות.

מבנה מערכת המשפט:

מקורו בס' 1 (א)+(ב) לחוק השפיטה- סמכות שפיטה (עליון, מחוזי, שלום ובתי דין עצמאיים).

ס' 15 הוא מקור הסמכות של ביהמ"ש העליון וס' קטן (ג) הוא נותן סמכות לביהמ"ש בשבתו כבג"צ באופן רחב.

עקרון אי התלות השיפוטית:

נותן לביהמ"ש חופש לפסוק בלי שיבדקו את פסיקותיו (אסור לאף רשות אחרת להכריע או להתערב בהכרעתו).

אי התלות נובעת מ-2 עקרונות: א. עקרון הפרדת הרשויות. ב. עקרון השיוויון בפני דין (אין התערבות אינטרסים).

אי התלות השיפוטית באה לידי ביטוי ב-2 היבטים:

1. אי תלות מהותית: (ס' 2 לחוק יסוד השפיטה) כששופט מקבל החלטה הוא צריך להיות מושפע רק ממהות הדין ולא משיקולים לא רלוונטיים.
2. אי תלות אישית: מספקת הגנה לשופט מפני החלטותיו (שלא יחשוש להכריע באופן מסוים). אם לא היתה אי תלות אישית לא הייתה מתקיימת אי תלות מהותית כי השופט לא היה מושפע רק מהחוק אלא גם מפחדים.

ס' (7) תקופת כהונה, קובע שלא ניתן לפטר שופט על סמך החלטותיו אלא ע"י גורמים של דין משמעתי, נציב תלונות הציבור או נשיא ביהמ"ש העליון (ברוב של 7 שופטים).

ס' (9) סייג לשינוי כהונה, לא ניתן להעביר שופט לביהמ"ש אחר או לערכאה אחרת אלא באופן חריג.

ס' (10) משכורת וגמלאות, המשכורות יקבעו בחוק ולא ניתן יהיה להפחית מהם (אם זה לא מכל הרשויות).

ס' (12) שיפוט פלילי, ס' זה מזכיר את החסינות הדיונית של השופטים (קובע תנאים מסוימים להליך פלילי).

1. אי תלות מוסדית: הרשות השופטת עצמאית ככללותה והיא לא תלויה בשאר הרשויות. הבעייתיות היא שבארץ התקציבים והניהול הפנימי שלה תלויים בממשלה, ומהצד השני היא מנהלת תיקים של בג"צ נ' הממשלה ואז יכולה להיווצר לכאורה תלות ברשות המבצעת, אך בפועל לפי האקטיביזם השיפוטי ניתן להסיק שזה לא משפיעה על הרשות השופטת.

מינוי שופטים:

חוק יסוד השפיטה מגדיר וועדה שממנה שופטים שמונה 9 חברים. שלושה שופטים מצביעים כ"בלוק" (למרות האיסור המפורש והדרישה להצבעה עצמאית). לעליון צריך רוב של 7 , לביהמ"ש דלמטה צריך רוב של 5. יש יותר משפטנים בוועדה מאשר פוליטיקאים (אבל היו"ר פוליטקאי אז יש באלנס).

החל משנות ה-80 החלו לבקר את שיטת מינוי השופטים (יש וטו לשופטים, מינויים מעין פנימיים). מה שגרם לשינוי ביחס של החברה היה שהגיעו למסקנה שהשופטים לא לגמרי אובייקטיבים וכן עם צמיחת האקטיביזם השיפוטי (התערבות ביהמ"ש בשלטון). דוגמא למינוי פוליטי זה שהנשיא ברק הטיל וטו על מינוי פרופ' רות גבינזון שהיה לה אג'נדה ערכית (שופט צריך להיות פסיבי) שלא תואמת את שלו. בכל העולם המינוי הוא דמוקרטי של העם.

בג"צ פורום משפטי למען א"י נ' הוועדה לבחירת שופטים:שר המשפטים פרידמן רצה לכנס וועדה למינוי שופטים ובייניש לא רצתה להגיע משום שזו היתה תקופת ממשלת מעבר ולטענתה זה לא זמן למינויים (חשבה שיהיה לה נוח יותר עם השר הבא) ואז היתה עתירה לבג"צ שביהמ"ש לא צריך להיות מושפע משיקולים פוליטיים וביהמ"ש (במפתיע) בחר לא להתערב.

בעקבות הביקורות על בחירת השופטים הוקמה ועדה בנושא ומסקנותיה היו שצריך לשמור את השיטה הקיימת ולשים דגש במינוי השופטים על המקצועיות ויש לצרף אליו גם שיקול משנה של שקיפות (אם יש שניים מקצועיים נבחר את האישה כדי שתשקף יותר את האוכלוסיה).

ביקורת שיפוטית על הוועדה למינוי שופטים: ביהמ"ש הצהיר שהנושא שפיט כי הוא, כמו כל גופי השלטון, נתון לביקורת שיפוטית אבל בפועל ביהמ"ש יוצר היקף מצומצם של ביקורת שיפוטית בנושא (צריך לבקר את עצמו).

בג"צ אומ"ץ נ' הוועדה למינוי דיינים: הדיין מצגר פגע בתואר המידות (דירה בירושליים ובתי מלון). התכנסה וועדה למינוי דיינים והחליטה לא להדיח אותו. הוגש בג"צ וביבמ"ש החליט שעל אף שהנושא שפיט הוא לא מתערב בשל ניתוח שלושת המבחנים שיצר:

1. תקינות ההליך מבחינה פרוצדורלית
2. גיבוש תמונה עובדתית (פרטים מהותיים ולא בקטנות- נדרש רף נמוך מהוועדה)
3. תוכן החלטת הוועדה (יש לה שק"ד רחב מאוד, ביהמ"ש התערב רק אם ההחלטה רדיקלית לחלוטין).

 ביהמ"ש בוחן את העניין לגופו ובוחר לא להתערב.

**זכויות אדם:**

מהי זכות- אינטרס משפטי מוגן.

זכות שלילית: זכות שהמדינה לא צריכה לעשות כלום, רק לא לפגוע בה (הזכות לכבוד האדם).

זכות חיובית: זכות שמטילה על המדינה חובה לפעול אקטיבית כדי לספק אותה (הזכות לחינוך).

* התפיסה המסורתית היא שזכות שלילית היא יותר בסיסית כי נדרש רק חוסר פעולה (לגיטימית).
* בהמשך התפתחה התפיסה לפיה לכל זכות יש היבט חיובי והיבט שלילי. לדוג' הזכות להפגין, בהיבט השלילי המדינה לא צריכה לעשות כלום ואני מפגינה, בהיבט החיובי המדינה צריכה לשים שוטרים.
* גם בחוק יסוד כבוד האדם ניתן לראות בס' 2+4 כי אותה זכות מובאת בהיבט השלילי ובהיבט החיובי ומכאן למדים ששני ההיבטים שווים ואין עליונות.

זכות מוחלטת מול זכות יחסית- זכות מוחלטת היא כזו שלא ניתן לפגוע בה או להגביל אותה בשום מחיר וזכות יחסית זו זכות שהיקף ההגנה הוא מוגבל. בישראל השתרשה הגישה שכל הזכויות הן יחסיות (יש פסקת הגבלה).

זכויות אדם מול זכויות אזרח- זכויות אדם נגזרות מהיותך אדם (שלמות הגוף), זכויות אזרח נגזרות מהאזרחות שלך (הזכות לבחור).

זכויות אזרחיות פוליטיות מול זכויות חברתיות כלכליות- קודם היו זכויות אזרחיות פוליטיות (הזכות לחירות, שיוויון) נשבעו מהרצון להגביל את השלטון. מאוחר יותר התפתחו זכויות חברתיות כלכליות (חינוך) שנבעו מהתפיסה החברתית שעל השלטון לדאוג לפרט. הזכויות האזרחיות פוליטיות מעוגנות בחוקי היסוד, והזכויות חברתיות כלכליות נכנסות בדלת האחורית ע"י ביהמ"ש דרך חוק יסוד כבוד האדם.

בפס"ד חסן: הנשיאה בייניש דוחה את הסברה שזכויות אזרחיות פוליטיות הן שליליות בעוד חברתיות כלכליות הן חיוביות וטוענת שבכל זכות יש פן חיובי ושלילי.

**כבוד האדם:**

זכות בעלת מעמד מיוחד במשפט החוקתי, שאינה מוחלטת ואינה בעלת שיריון. ניתן לראות שהיא מקבלת מעמד זה לפי שם החוק, פסקת המטרה ותוכן החוק. המשמעות למעמד המיוחד הינה שהזכות מקבלת הגנה חזקה יותר ושהיא חובקת זכויות נוספות.

המונח כבוד האדם הינו עמום ורחב וניתן לבחון את התפתחותו בפסיקה-

1. כבוד האדם במובן של איסור השפלה וביזוי: בג"צ קטלן (הברחת סמים לכלא והכרחה לחוקן). ביהמ"ש ביטל את הנוהל חוקן בטענה שהוא משפיל ופוגע בכבוד האדם ברמה הכי בסיסית.
2. כבוד האדם במובן הקטנטיאני (ראית האדם כמטרה ולא אמצעי): בג"צ פלונים נ' שר הביטחון (קלפי המיקוח) (צה"ל חטף אזרחים לבנוניים חפים משפע כדי להשתמש בהם כקלפי מיקוח לשחרור רון ארד), ביהמ"ש הורה לשחרר את האסירים כי שימוש באדם ככלי מיקוח מהווה פגיעה באדם (משתמשים כאמצעי להשגת מטרה). דוגמה מרחיקת לכת יותר היא בג"צ המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר: בייניש ביטלה את חוק הפרטת בתי הסוהר משום שלטענתה הוא פוגע בכבוד האדם היות וכליאת אסירים בידי גורם פרטי הופכת אותם לאמצעי להפקת רווחים.
3. כבוד האדם במובן של אוטונומיה (המשמעות הרחבה ביותר): ע"א דעקה (נכנסה לניתוח ועשו לה ביופסיה שגמרה לה את הכתף בלי אישורה) נקבע שהזכות לאוטונומיה (זכות האדם לגבש את אישיותו ושאיפותיו הרצוניות בלי שיגבילו אותו) מהווה את אחד הביטויים המרכזיים של זכותו החוקתית של האדם לכבוד. כבוד האדם היא זכות מסגרת וממנה ניתן לגזור זכויות רבות.

בג"צ התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת: (חוק טל) ברק קובע שכבוד האדם זה לא רק ביזוי והשפלה אלא גם אוטונומיה- ההכרה של האדם כפרט חופשי.

כבוד האדם כמקור לזכויות נוספות: (עד כמה ניתן להכיר בזכויות שנגזרות מכבוד האדם?!)

1. הגישה המצמצמת ביותר- כבוד האדם היא זכות ספציפית בלבד. הגישה נתמכת ע"י אקדמאים. לא מתפקדי ביהמ"ש להכניס זכויות דרך הדלת האחורית אלא של הכנסת.
2. גישה פחות מצמצמת- מזדהה עם השופטת דורנר בבג"צ אליס מילר (קורס טייס) דורנר טוענת שניתן להשתמש בזכות האדם ככלי להגנה בזכויות בלתי מנויות כגון שיוויון אך רק אם הפגיעה בזכויות אלו מגיעה לכדי השפלה (סתם פגיעה בשיוויון לא מספיקה, רק אם היא ממש משפילה מישהו זה נכנס בזכות לכבוד).
3. גישת ביניים מרחיבה- דרישת ברק לקשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו כולל אוטונומיה. בבג"צ התנועה לאיכות השלטון ברק מציע שכבוד האדם היא זכות מסגרת כללית שמעגנת בתוכה מס' זכויות. לא אומר את כל הזכויות אלא רק זכויות שיש להן קשר אינהרנטי לכבוד האדם- אוטונומיה.(להגנת ברק- למרות שהוא ממש מכניס הכל בפס"ד בג"צ אדם טבע ודין הוא לא הסכים להכיל בכבוד האדם זכות לסביבה נאותה).
4. הגישה המרחיבה ביותר- בבג"צ התנועה לאיכות השלטון ובכתיבה האקדמית ברק מעלה (ופוסל) גישת קש לפיה כל זכויות האדם כלולות תחת הזכות לכבוד.

**זכויות חברתיות כלכליות:**

אמנון רובינשטיין מעביר את חוקי היסוד והוא "וויתר" על מס' זכויות מרכזיות מתוך הבנה שהן נתונות במחלוקת.

מדוע זכויות חברתיות (רווחה, בריאות, חינוך) לאהצליחו לעבור בחוקי היסוד?

1. זכויות חברתיות דורשות כספים רבים מהמדינה ממיסוי של האזרחים וכך פוגעים בזכות לקניין.
2. הזכויות האזרחיות פוליטיות נתפסות כחשובות יותר וטבעיות יותר מזכויות רווחה.
3. הזכויות שהועברו הן עמומות ולעומתן הזכויות החברתיות הן חדות ובהירות (יוצרות בלאגן).
4. פשטות מוסדית מול מורכבות מוסדית (עדיף שברווחה יכריעו מקצוענים ולא ביהמ"ש)

התפתחות הזכויות החברתיות בפסיקה:

במס' בג"צים עותרים לביהמ"ש שיכיר בזכויות חברתיות מכח פרשנות הזכויות המנויות בחוק יסוד.

בג"צ שומרי גילת(עמותה העוסקת בטף בעלי צרכים מיוחדים שביקשו לעגן את הזכות לחינוך בכבוד האדם) השופט אור בדרך של פרשנות תכליתית לא מכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית.

בג"צ יתד דורנר לא קובעת שזכות החינוך חוקתית אבל מחייבת את המדינה לממן מוסדות לימוד לאנשים בעלי צרכים מיוחדים.

בג"צ לוזון בייניש מוכנה להכיר בזכות לבריאות אך לא ברמה החוקתית אלא ברמה הביצועית מנהלית.

רע"א גמזו (פרופ' ברח לחו"ל וחייב מזונות לאשתו לפי חוק הוצל"פ אבל אין לו כסף) לצד התכלית המיוחדת שעניינה גבייה מהירה ויעילה של החוב מונחת התכלית הכללית שעניינה הגנה על הקניין. תכלית זו מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מתבטאת בהוראת חוק היסוד המגינה על הקניין (סעיף 3). זכותו של הזוכה בחוב טבועה בחוק יסוד זה כמו גם כבודו של החייב שזכאי למרות חובו, לא לחיות את חייו בהשפלה.

בג"צ עמותת מחויבות: העותרים מבקשים להכיר בקיצוצים כמהלך לא חוקתי שפוגע בזכות להתקיים בכבוד של השכבות החלשות. ביהמ"ש מכיר בזכות הקיום בכבוד כחלק מחוקי היסוד אך דוחה את העתירה כי התשתית העובדתית של העותרים לא מפורטת מספיק. (הייתה ביקורת קשה לפס"ד זה של ארגוני זכויות)

בג"צ חסן (נחקק חוק לפיו אם אדם משתמש ברכב הוא לא יכול לקבל אבטחת הכנסה) העותרים טענו שזה פוגע בקיום בכבוד ובייניש מקבלת את טענתם ופוסלת את החוק. היא טוענת שזכות קיום בכבוד גוברת על חקיקה ראשית של הכנסת ושהיא נמצאת בליבה של זכות כבוד האדם החוקתית המעוגנת בחוק היסוד. פס"ד חסן הוא הראשון הפוסל חקיקה מכח זכויות חברתיות- כלכליות, עד אז רק התפתח שיח חוקתי.

**הזכות לשיוויון**

זכות בסיסית שלא עוגנה בחוק יסוד כבוד האדם. הרעיון הבסיסי של הזכות הוא שלרשויות המדינה אסור לעשות הפליה שלא כדין. עיקר הפסיקה עוסקת במה מהווה את עיקרון השוויון ומה מפר אותו.

שיוויון פורמלי מול שיוויון מהותי:

שיוויון פורמלי- יחס זהה לכולם (קול אחד לכל בוחר)

שיוויון מהותי- יחס שווה לשווים ושונה לשונים. כלומר- לעיתים מוצדק להתייחס לאחר באופן שונה (מס הכנסה).

הפסיקה קבעה שבכל מקרה יש לבחון את התכלית של הנורמה הרלוונטית שיוצרת את ההבחנה ולבחון אם השוני רלוונטי ומצדיק את ההבחנה.

מבחן השוני הרלוונטי:

בג"צ יקותיאלי: (אבטחת הכנסה של אברכים שלומדים בישיבות) העותרים טענו שאבטחת הכנסה לאברכים ולא לסטודנט רגיל פוגעת בשיוויון. עתה בוחנים את תכלית הנורמה- בייניש טוענת שהתכלית היא חברתית כלכלית ולכן להחליט שאברכים ניזקקים וסטודנט רגיל לא זה לא נכון והשוני הוא לא רלוונטי ולכן היא פוסלת את החוק. המדינה מצידה טוענת שהתכלית היא עידוד לימוד תורה ולכן השוני הוא רלוונטי. בייניש אמרה שאם זו היתה התכלית אז באמת השוני רלוונטי והפרת השיוויון מוצדקת אך בעיניה זו לא התכלית.

בג"צ עדאלה: (אי מתן "תושב" לפלש' שמתחתנים עם תושבי ישראל) העותרים טענו שהחוק מפלה בין אזרחים ערבים לבין אזרחים יהודים (כי הערבים לא יכולים להתחתן עם הפלש'). ברק טען שאין שוני רלוונטי כי לא מבצעים הבחנה בין בנזוג מסוכן או לא אלא בין פלש' ללא פלש' וההנחה שכל הפלש' מסוכנים היא לא שיווניות ולא מצדיקה את התכלית הביטחונית. חשין בדעת רוב קבע שיש שוני רלוונטי כי אנחנו נמצאים בעימות אלים עם הפלש' ושהפגיעה לא נזרת מיהודי או ערבי ישראלי אלא מכך שהערבים הישראלים הם מי שבחרו להתחתן עם פלש' אזרחי מדינות עימות.

הפליה ישירה לעומת הפליה תוצאתית:

הפליה ישירה: כאשר החוק עצמו יוצר הבחנה מפורשת בין קבוצות\כשברור שמניע של חקיקה הוא הפליה.

הפליה תוצאתית: הפליה שמעידים עליה תוצאותיה של החקיקה

הגישה הישראלית מקבלת גם הפליה תוצאתית- גם אם היא לא ברורה באופן מפורש אבל התוצאות מעידות עליה. כדי להוכיח הפליה מספיק להראות שהתוצאה מפלה ולא שהיה מניע מסוים.

בג"צ וועדת המעקב לענייני הערבים בישראל נ' רוה"מ: (קביעת אזורי עדיפות לאומית לחינוך באופן ג"ג שיצרו מצב שרק 4 מתוך מאות ישובים הם ערבים שמקבלים הטבות) ביהמ"ש קבע שלמרות שהקרטיריון לכאורה הוא אובייקטיבי ונייטרלי (כאילו סתם סימנו במפה) התוצאה שלו מפלה מבחינה תוצאתית.

בג"צ עדאלה נ' שר הפנים (תושבי ישראל שמתחתנים עם פלש' לא יכולים לבצע איחוד משפחות) העותרים טענו שמבחינה תוצאתית החוק פוגע בערבים כי הם האזרחים הישראלים שמתחתנים עם הפלש'.

עקרון שיוויון כללי מול עילות שיוויון ספציפיות:

מבחינים בין שני סוגים של שיוויון- כללי: יש זכות כללית לשיוויון לכולם וכל הבחנה בין בני אדם שלא מבוססת על שוני רלוונטי נוגדת את הזכות הזו. ספציפי: יש מס' עילות מוגדרות ורק הפליה על בסיסן היא קבילה (דת, גזע ומין). גישת הפסיקה הישראלית נוטה לעקרון שיוויון כללי אבל במס' פס"דים השופטים הגניבו את הרעיון של עילות ספציפיות.

בג"צ האגודה לזכויות האזרח: השופט זמיר בהוביטר טען שעקרון השיוויון במובן הצר של עילות ספציפיות הוא המדויק יותר. אפליות על בסיס העילות המוגדות הן חמורות יותר. בנוסף, זמיר יוצר הבחנה בין שיוויון חוקתי למנהלי. המחוקק מחויב רק לשיוויון ספציפי לפי עילות מוגדרות ולעומתו שיוויון מנהלי הוא בעל חובה רחבה יותר לנהוג בשיוויון כללי (אלא אם יש שוני רלוונטי).

אליס מילר(איסור נשים בקורס טייס) השופטת דורנר טוענת שההבחנה במקרה דנן הינה על רקע קבוצתי (מין) וכאשר מדובר במקרה של הפליה קבוצתית יש לבצע מבחן כפול היות והפליה קבוצתית היא פגיעה בכבוד האדם ומצריכה עמידה בפסקת ההגבלה. המבחן: קודם כל לבחון את קריטריון ההבחנה והאם הוא רלוונטי ואז לבדוק (גם אם הקריטריון רלוונטי) האם ההתחשבות מוצדקת בנסיבות העניין. דורנר טוענת שהמבחן הפשוט של השוני הרלוונטי לא ישרת את בחינת ההפליה הקבוצתית כי היא בדר"כ מבוססת על סטיריאוטיפים וגם יש פסקת הגבלה ולכן צריך להעזר במבחן הכפול.

ההבחנות החשודות: ככל שההבחנה תהיה על עילה יותר מוגדרת (גזע, מין דת) כך הביקורת השיפוטית תהיה יותר קפדנית. עדיין מבצעים מבחן של שוני רלוונטי אך ההבחנה היא יותר חשדנית. כאשר יש הפליה קבוצתית ביהמ"ש יטה להיות יותר חשדן כלפי המחוקק.

עע"מ הבית הפתוח ירושליים לגאווה וסובלנות: (עיריית ירושליים דחתה מימון כספי לעמותה של הומואים ע"י כך שעשתה קריטריונים למתן כספים באופן שלא יוכלו לעמוד בהם) השופט עמית אמר שבאופן כללי צריך לבצע ביקורת שיפוטית קפדנית כאשר ההבחנה היא חשודה. בנוסף טען שיש הפליה תוצאתית הנובעת מהקרטיריונים ומעתה נטייה מינית היא גם הבחנה חשודה שצריך לבצע.

שיוויון בפני החוק: החוק צריך לחול על כולם באופן שיווני, עקרון זה מחייב אכיפה שיוונית של החוק.

בג"צ זקין נ' ראש עיריית באר שבע (תלו מודעות נ' ראש העיר והפקחים הורידו מודעות באופן סלקטיבי) ביהמ"ש אמר שברור שלא ניתן לצפות מרשות האכיפה לכוף את כל החוקים אך שאסור לה לאכוף אותם באופן סלקטיבי מגמתי (אלא אם השוני רלוונטי- לבדוק בינשוף רק צעירים אם שתו, אבל לא לבדוק מהירות נסיעה רק בכבישים של ערבים).ביהמ"ש קבע שאם יש יסוד לטענה של אכיפה סלקטיבית הנטל עובר לרשות האכיפה להוכיח שהתנהלה באופן תקין או שהאכיפה הסלקטיבית נובעת משוני רלוונטי.

מעמד חוקתי של הזכות לשיוויון: ביהמ"ש הכניס את הזכות לשיוויון כנגזרת מכבוד האדם (לא הוכנס כחוק יסוד ב-92 בשל חשש שהחוקים לא יעברו בגלל החרדים והדתיים, רצו להמנע מפרובוקציות).

דורנר באליס מילר:אין עקרון שיוויון חוקתי מלא- דהיינו, רק כאשר הפגיעה בשיוויון מגיעה לכדי השפלה אז זה פוגע בכבוד האדם. המבחן הוא מבחן ההשפלה. דורנר לא מכירה בזכות מלאה חוקתית לשיוויון כי היא טוענת שלא צריך להתעלם מהעובדה שהזכות לשיוויון לא עוגנה בחוקי היסוד. דורנר אומר שכל הבחנה על בסיס קבוצתי מהווה השפלה ועל כן פגיעה בזכות לשיוויון כמוה כפגיעה בכבוד האדם.

זמיר בבג"צ האגודה לזכויות האזרח: מבחין בין שיוויון חוקתי (של המחוקק- דרישה לשיוויון לפי עילות מוגדרות) לבין שיוויון מנהלי (של הממשלה- דרישה לשיוויון כללי). הוא דוגל בזכות לשיוויון בעילות המוגדרות (המחוקק) כאשר יש אפליה על בסיס דת גזע ומין. אוסר הפליה על שיוך קבוצתי (כמו דורנר).

גישת ברק בבג"צ התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת: הגישה השולטת. אפשר לעגן בכבוד האדם את כל ההיבטים של הזכות לשיוויון שקשורים בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל משמעויותיו (כבוד במובן הרחב של אוטונומיה ורצון פרטי).

מקרים בהם המחוקק עיגן את הזכות לשיוויון בחוק: חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה ס' (2): חוק זה חל על מעבידים ציבוריים ופרטיים כאחד.

העדפה מתקנת עקרון השיוויון הוא מושג פסיבי שדורש לא להפלות. העדפה מתקנת היא אקטיבית שמטילה חובה לפעול כדי לצמצם את אי השיוויון.

העדפה מתקנת בחקיקה:

1. חוק שירות המדינה: דורש ייצוג הולם של כל המינים והמגבולויות ומטיל על המדינה לפעול לכך.
2. חוק החברות הממשלתיות: מרחיב את החובה לייצוג הולם לא רק לעובדי מדינה אלא גם לעובדי משרדי הממשלה.

העדפה מתקנת מכח הפסיקה:

1. בג"צ שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה: הפסיקה יצרה חובה להעדפה מתקנת לנשים במשרדי הביטוח הלאומי ע"י כלל הלכתי.
2. בג"צ האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל: פסק העדפה מתקנת לערבים במנהל מקרקעי ישראל.

היחס בין העדפה מתקנת לשיוויון:

קיימות שתי גישות:

1. יש ניגוד: העדפה מתקנת מהווה פגיעה בעיקרון השוויון-
2. יש התייחסות לפרטים לפי השתייכות קבוצתית (עצם ההתייחסות המבדילה פוגעת בשיוויון)
3. העדפה מתקנת נותנת עדיפות על פני קבוצות אחרות ואז מפלים אותם לרעה.
4. אין פגיעה בשיוויון: העדפה מקתנת מקדמת את עיקרון השיוויון. גישה זו התקבלה בפסיקה הישראלית. ביהמ"ש קובע בפס"ד האגודה לזכויות האזרח שאפליה מתקנת נגזרת מעיקרון השיוויון ומהווה אמצעי להגשמתו (כך מתקנים עיוות שכבר נעשה).

לפי הגישה הישראלית אם טוענים לפגיעה בשיוויון בשל העדפה מתקנת וביהמ"ש קובע שאין העדפה מתקנת אז לא צריך לבחון את פס' ההגבלה.

טיעונים נ' העדפה מתקנת:

1. תמריץ שלילי לצמצום פערים לאוכלוסייה לה ניתנת העדפה מתקנת.
2. פוגע באוכלסייה שמנסים לקדם(אם מישהו התקדם אז אומרים שהוא שם רק בגלל הפליה מתקנת)
3. יוצרים אפליה כלפי הצד השני (תיקון עוול בעוול)

טיעונים בעד העדפה מתקנת:

1. מעמידה אותם באותו מקום מבחינת שיוויון הזדמנויות.
2. לאחר זמן אנשים שוכחים שמישהו התקדם רק בגלל אפליה מתקנת (כמו עם הטייסות בעבר)

**חופש הביטוי**

הראציונליים בבסיס חופש הביטוי:

1. ראציונל דמוקרטי (כדי להגן על המשטר הדמוקרטי ולדעת מי לבחור צריך חופש ביטוי)
2. ראציונל חיפוש האמת (צריך לשמוע כמה שיותר דעות כדי לדעת את האמת- דעה אמריקאית)
3. ראציונל פרטי (נובע מזכויות הפרט, מימוש עצמי, שלא תהיה פגיעה באוטונומיה).

ההכרה בחופש הביטוי במשפט הישראלי:

לא מופיע בחקיקה ראשית ולא בחקיקה משנית (חוץ מחוק הסטודנט). מוכר רק מהפסיקה:

בג"צ קול העם: (עיתון פירסמו דיווח שיקרי שישראל תסייע לבריה"מ במלחמה נ' קוריאה ואז רצו לסגור את העיתון) השופט אגרנט קבע לראשונה שיש לבטל את צו הסגירה כי יש בישראל חופש ביטוי. אגרנט קבע שלפי ההתנהלות במדינה ישראל היא דמוקרטית (הראשון שציין זאת) ומכך שצריך להיות בה חופש ביטוי. קובע שהזכות היא לא אבסולוטית אלא יחסית ואת מבחן הוודאות הקרובה- רק שקרוב לוודאי שהפירסום יפגע בביטחון המדינה יש להגביל את חופש הביטוי.

המעמד החוקתי של חופש הביטוי (האם אפשר לעגן את חופש הביטוי בכבוד האדם?):

גישת מצא בעע"א גולן נ' שירותי בתי סוהר (אסיר שרצה לכתוב תור שיתאר את חוויותיו בכלא ולא הסכימו לו) מצא טוען שחופש הביטוי הוא זכות חוקתית ואין משמעות לזכות לכבוד האדם ללא הזכות לחופש ביטוי משום שהיא מהווה חלק משמעותי מהאוטונומיה והמימוש העצמי של האדם.

גישת דורנר בעע"א גולן נ' שירותי בתי סוהר חוזרת על העמדה באליס מילר- לאור ההסטוריה החקיקתית הכנסת לא עיגנה אז לא ראוי לעגן אותו דרך כבוד האדם אלא רק במקרה בו פגיעה בחופש הביטוי של אדם מביאה להשפלתו או פגיעה בכבודו (סתימת פה של אסיר היא השפלה). יש לבחון מה הראציונל של הביטוי. אם הוא ביטוי פוליטי אז זה לא פגיעה בכבוד האדם ואז זה ביטוי אישי (כמו האסיר) אז זה כן פגיעה בכבוד האדם. דורנר מפעילה גם את מבחן ההשפלה כפי שצוין לעיל וגם משלבת את מבחן האוטונומיה של ברק (דרישה לקשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו כולל אוטונומיה). המבחנים לא מצטברים. במבחן להציג את שניהם!

גישת ברק בבג"צ מטה הרוב נ' משטרת ישראל- מחיל אותו מבחן כמו בשיוויון. דורש קשר הדוק לכבוד האדם במובן של אוטונומיה ומימוש עצמי.

גישת ריבלין ופוגלמן בע"א פלוני נ' אילנה דיין (לשון הרע) טוענים שחופש הביטוי על כל היבטיו הוא בעל מעמד חוקתי על חוקי (זכות אבסוטלוטית- ללא כל סייגים). ריבלין טוען שכאשר שמים זכות לשם טוב וחופש ביטוי במקרה של אישי ציבור תמיד יגבר חופש הביטוי. הם היו דעת הרוב ולכן הזכות לחופש הביטוי נחשבת לכאורה כאבסולוטית ללא כל סייגים.

גישת השופט עמית בע"א פלוני נ' אילנה דיין השופט עמית אמר שלא צריך לקבוע נוסחה שתתן משקל לאחת מהזכויות מראש (שם טוב או חופש ביטוי). עם זאת, לוקח בחשבון שהמחוקק לא עיגן את חופש הביטוי ולכן אומר שבמקרים מסוימים משקל הזכות לשם טוב יכול לגבור על הזכות לחופש הביטוי.

היקף הזכות (אילו סוגי ביטויים מקיימים את הראציונליים של חופש הביטוי?):

* בגישה האמריקאית: עושים הבחנה לפי סיווג הביטויים- קיימות קבוצות שנכנסות וכאלו שלא.
* בגישה הישראלית: דחו את האמריקאית. הגישה היא גישה פרשנית מרחיבה. חופש הביוטי משתרע על כל ביטוי (לא משנה מה תוכנו). יש אפילו פסיקה שקבעה שחופש ביטוי כולל גם פורנוגרפיה, גזענות, ביטויים שקריים, מסחריים, הוצאות דיבה. מעדיפים להגיד שכל ביטוי נכנס ואז לבחון בשלבים הבאים את מידת ההגנה.

חופש הביטוי כזכות גם חיובית וגם שלילית:

מקובל לחשוב כי זה רק שלילי (אסור לפגוע, אסור לצנזר, אסור להעניש) אבל לפעמים השלטון צריך לפעול באופן אקטיבי (חיובי) כדי לממש את חופש הביטוי.

בג"צ כהנא: קבעו לרשות השידור חובה אקטיבית לשדר את דברי כהנא בטלוויזיה למרות שהם גזעניים.

בג"צ מטה הרוב נ' משטרת ישראל: ארגונים רצו לערוך הפגנה נ' ההתנתקות והמשטרה אמרה להם שיתנו רישיון רק אם הם בעצמם יממנו את ההוצאות של האבטחה. ביהמ"ש קבע שזו שכות אקטיבית ועל המשטרה לממן את ההפגנות. ברק מסייג שלא בכל הפגנה המשטרה צריכה לממן אבל באופן כללי להתנות הפגנה בכך שהמפגינים יממנו את האבטחה מהווה אי קיום חובה אקטיבית המוטלת על הרשויות.

מידת ההגנה על חופש הביטוי- מבחני האיזון:

בשלב השני של חוקתיות הפגיעה בוחנים את מידת ההגנה על הזכות. מול הזכות תמיד יש אינטרסים אחרים והשאלה היא כיצד מאזנים בין הזכות לבין האינטרסים האחרים.

הפסיקה מתייחסת לשני שיקולים מרכזיים שמשפיעים על מידת ההגנה על חופש הביטוי:

1. הפסיקה נותנת משמעות לאופי של הביטוי:

ההנחה היא שיש סוגי ביטוי עם הצדקות חזקות יותר שמקבלות יותר הגנה וכאלו עם הצדקות חלשות יותר.

את ההצדקות נבחן לפי שלושת הראציונליים שנידונו בבג"צ קול העם:

1. הראציונל הדמוקרטי
2. הראציונל של גילוי האמת (חופש הביטוי הכרחי לגילוי אמת)
3. האוטונומיה של הפרט

בודקים עד כמה הביטוי מקדם את הראציונלים הללו.

לפי הפסיקה ניתן להסיק שחופש ביטוי פוליטי יקבל הגנה חזקה לעומת חופש ביטוי מסחרי שיקבל חלשה.

ההבחנה הזו עלתה בבג"צ המפקד הלאומי: (רשות השידור סירבה לפרסם פרסומת בעל מסר פוליטי על סמך חקיקת משנה שלהם שאסרה זאת). עלתה השאלה האם מסווגים זאת כביטוי מסחרי או פוליטי (טענו שמסחרי יקבל פחות הגנה) ובסוף הוחלט שזהו פוליטי. השופטת נאור בדעת רוב טענה שהפגיעה היא כדין ודחתה את העתירה. בייניש טענה שהפגיעה היא לא כדין בגלל שהדרישה של פסקת ההגבלה היא שהפגיעה תהיה לפי חוק.

1. הפסיקה נותנת מקום לאינטרס או הזכות שמול חופש הביטוי:
2. חופש ביטוי מול שלום הציבור וביטחון המדינה-

בג"צ קול העם יצר את מבחן האיזון הראשון- מבחן הוודאות הקרובה.

מבחן זה הוא הסתברותי והשאלה היא האם יש וודאות קרובה שהפירסום יגרום לפגיעה בשלום המדינה ורק אם יש וודאות קרובה אז יהיה מותר לפגוע בחופש הביטוי. המבחן משלב גם את שאלת ההסתברות (קרוב לוודאי) וגם את ההיבט של עוצמת הפגיעה (נדרשת פגיעה ממשית).

**הייתה תפיסה שמבחן הוודאות הקרובה זה המבחן הכללי שמתאים לכל סוגי הפגיעות בחופש הביטוי (אינטרס מול חופש ביטוי). אך מאוחר יותר התבהר שהוא לא מתאים לכל הסיטואציות אבל במקרים של טענות של פגיעה בשלום הציבור וביטחון המדינה אז מפעילים עדיין את המבחן הזה.**

1. חופש ביטוי מול פגיעה בריגשות הציבור-

הפסיקה אמרה שיכול להיות שכאשר חופש הביטוי פוגע ברגשות הציבור מבחן הוודאות הקרובה הוא לא בהכרח צריך להיות הרלוונטי. (היה חשש שקבוצות מסוימות רגישות יגבילו את חופש הביטוי של שאר הציבור).

בג"צ גור אריה- (צילמו דתיים לטלוויזיה ורצו לשדר את זה בשבת והם טענו שזה פוגע להם בחופש דת) דעת הרוב של ברק אמר כי בפועל מישהו אחר הולך להפר את השבת אז אין פגיעה בחופש הדת אלא בפגיעה ברגשות הדת. כיוון שברק סיווג את הפגיעה בריגשות הדת (ולא חופש הדת שזה זכות יסוד) אז הוא קבע מבחן איזון שנותן עדיפות גדולה לחופש הביטוי.

המבחן הוא לא שאלה של וודאות לפגיעה אלא- האם הפגיעה ברגשות הציבור היא מעבר לסף הסיבולת שחברה דמוקרטית צריכה לשאת. במקרה דנן ברק פסק לטובת חופש הביטוי ונגד העתירה.

בג"צ בכרי- אחרי מבצע חומת מגן בגדה, מוחמד עשה סרט דקומונטרי שיקרי שהציג את צה"ל באור שלילי. רצו להקרין אותו בישראל ומילואמיניקים התנגדו והמועצה לסרטים קיבלה את הטענה שזה פוגע ברגשותיהם ולא פירסמה. מוחמד עתר לבג"צ ודורנר השתמשה שוב במבחן- האם הפגיעה ברגשות הציבור היא מעבר לסף הסיבולת שחברה דמוקרטית צריכה לשאת.

במקרה דנן ברק פסק לטובת חופש הביטוי ונגד העתירה.

**במקרים של פגיעה ברגשות הציבור נעזרים במבחן זה שבא לידי ביטוי באופן משמעותי לראשונה בבג"צ גור אריה.**

1. חופש ביטוי מול הזכות לשם טוב

נידון בבג"צ אילנה דיין, המקרה הזה הוא ספציפי בעל נוסחת איזון משל עצמו שנקבעה ע"י המחוקק בחוק איסור לשון הרע ולכן אין מבחני פסיקה כללים באיזון אלא צריך להפעיל את האיזון שקבע החוק. החוק מצד אחד נותן הגנה על השם הטוב של הנפגע בכך שמעגן אישור פרסום של לשון הרע וגם בכך שהוא קובע תנאים בהם זה גם תהיה גם עבירה פלילית מעבר לעבירה אזרחית. מהצד השני המחוקק מודע על הצורך להגן על חופש הביטוי וזה בא לידי ביטוי ע"י רשימה של הגנות שקיימות בחוק (פרסומים שמותרים)- הגנת אמת, הגנת תו"ל ועוד.

המשמעות הפרקטית:

בעבר- המחוקק יצר את האיזון וביהמ"ש היה מכבד ומיישם את האיזון ולא היה לחופש הביטוי מעמד עליון אפריורי מול הזכות לשם טוב.

**הגישה המקבולת היום היא כי אומנם המחוקק יצר את האיזונים אבל עדיין יש מקום לפרשנות ביישום שלהם וביהמ"ש הוא שיחליט מה האיזון הראוי בין חופש ביטוי לזכות לשם טוב**.

ריבלין אומר במפורש שביישום הוא נותן העדפה לחופש ביטוי- בעיקר כאשר מדובר בעניין בעל ערך ציבורי. השופט עמית טוען שאין לקבוע אפריורי העדפה לחופש הביטוי ולשמור על הזכויות שוות משקל עד שפונים ליישום.

1. חופש ביטוי/הפגנה מול הזכות לפרטיות-

בג"צ דיין- העותר רצה להפגין מול הבית של הרב עובדיה יוסף. המשטרה אסרה עליו להפגין בטענה שהוא פוגע בזכות לפרטיות של עובדיה יוסף והשכנים שלו. כשיש התנגשות בין זכויות אז המבחן של קול העם לא מתאים (אנחנו בזכות מול זכות לא זכות מול אינטרס). ביהמ"ש אומר שכאשר מדובר בזכויות שוות צריך לבחור מבחן שלא נותן עדיפות לאף אחת מהזכויות.

בהקשר של זכות ההפגנה התפתח מבחן ה"מקום-זמן-ואופן". אפשר ליצור מגבלות על חופש הביטוי וחופש ההפגנה שלא מגבילות את עצם התוכן על הביטוי אבל כן אפשר למשל להגביל את המיקום, או עם הגבלת זמן (רק בשעות מסוימות). הגבלת אופן זה למשל שאפשר לעמוד עם שלטים ולצעוק אבל ללא מגה-פון או להגביל את מס' המפגינים. צריך למצוא את הדרך שתאפשר להביע את המסרים שרוצים באופן שימזער ככל שאפשר את הפגיעה בזכות היסוד שעומדת בצד השני.

**המבחן הכללי בזכות מול זכות צריך להיות מאוזן באופן שימנע פגיעה משמעותית בלי העדפה אפריורית- להגשים את שתיהם בלי לפגוע בשניה בצורה מוגזמת, ההסדר הספציפי לגבי הפגנות הוא מבחן "מקום,זמן ואופן".**

1. חופש ביטוי מול חופש דת-

בג"צ גור אריה- השופט ברק בעצם אמר לא צריך לדון בשאלה הזו כי זה לא חופש דת אלא רגשות דת. דורנר אמרה שאכן יש פגיעה בחופש דת וטענה שהמבחן לעניין פגיעה בחופש דת זה אם המאמינים עצמם מרגישים שכופים עליהם להפר את הרצונות הדתיים שלהם זה פגיעה בחופש דת. משהגיעה דורנר למסקנה שיש פגיעה בחופש דת אז היא התמודדה עם השאלה שברק נמנע מהן- התנגשות של זכות מול זכות כאשר שתיהן שוות מעמד.

דורנר טוענת שצריך לעשות איזון אופקי ולמצוא את הדרך שתאפשר מימוש 2 הזכויות- בוחנים לפי הנסיבות בכל מקרה איזה זכות נפגעת יותר ומעניקים לה עדיפות. במקרה דנן הפגיעה בדתיים היא גדולה יותר מאשר הפגיעה ברשות השידור שיכולה לדשר את התוכנית גם ביום חול.

* ניתן בהחלט לראות כי מבחן האיזון מושפע מאוד מהדרך בה השופט מסווג את הביטוי. חלק מהקושי שעולה בפסיקה הוא שביהמ"ש מסווג את הביטוי ולפיכך מושפע מבחן האיזון (דוגמא מובהקת זה כך שברק התייחס לגור אריה כפגיעה לרגשות דת ודורנר התייחסה לפגיעה בחופש דת וזה גרם להבדל משמעותי בתוצאה).

סיכום המצב בזכות לחופש ביטוי אחרי חוקי היסוד (מבחני איזון ישנים ופסקת הגבלה).

אחרי שעבר חוק יסוד כבוד האדם התפתחה גישה לפיה פסקת ההגבלה היא מבחן האיזון בכל המקרים, בהקשר של חופש הביטוי התפתחו מס' גישות:

בשאלת איזון בין חופש ביטוי לבין אינטרס ציבורי- מפעילים את מבחן פסקת ההגבלה דעת רוב בבג"צ מפקד לאומי

אז מה דינם של המבחנים הישנים כאשר מדובר באינטרסים? דורנר אומרת שהמבחנים הישנים ממשיכים להתקיים אך משלבים אותם לתוך מבחני פסקת ההגבלה ולתוך מבחני המידתיות (מבחן המשנה השלישי).

בשאלת איזון בין חופש ביטוי לבין זכות אחרת- יש 2 דעות ללא הכרעה (בצריך עיון)

1. דורנר: פסקת ההגבלה לא מתאימה באריזון בין שתי זכויות ולכן נפעיל את המבחנים הישנים.
2. אילון: בפרשת שפר הפעיל פסקת הגבלה. בנוסף, בייניש טענה שהמבחן הראוי בין זכויות הוא פסקת ההגבלה.