**הקדמה:** (לרוב לא שואל, השארנו בצ'קליסט ואם את/ה משתמש/ת בו- מומלץ לבדוק ולברר אם יהיה במבחן)

**מאפייני המשפט החוקתי:**

1. **פיצול בין השלטון לריבון**: העם הוא הריבון, הוא נותן לרשויות שבחר סמכות להחליט החלטות שמשקפות את רצון הרוב .

משפט חוקתי מבטיח שהשלטון ייצג את העם ורצונו. "בעיית הנציג"- אינטרסים אישיים מול טובת הריבון.

1. **שלטון מוגבל**: אמצעים להגבלת כוחו של השלטון מבטיחים שלא ינצל סמכותו לרעה ויפגע בזכויות האזרחים. חילוק הכוח בין הגופים השלטוניים השונים. פחות יעיל, אבל מחיר ששווה לשלם.

ההיבט המוסדי- הפרדת רשויות- הגישה המסורתית (כל מנדט בלעדי לרשות שלו, נוקשה ואין להתערב בסמכות הרשויות האחרות.)+ איזונים ובלמים- הגישה המודרנית (הרשויות יפקחו אחת על השנייה וכך יאזנו ויבלמו אחת את השנייה. הרשות השופטת תבקר את החלטת הרשויות האחרות תוך איזון ובלימה. הפרטת בתי הסוהר: נקבע כי כליאה הוא סמכותה הבלעדית של הממשלה ואין להפריט אותה.) כל רשות שומרת על הרשויות האחרות.

* אין פס"ד שפסלו חוק בגלל עיקרון זה. בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר עלתה טענה זו, אך ביהמ"ש בחר לא לנתח בהיבט המוסדי אלא בהיבט של זכויות האדם.

זכויות אדם מוגנות- גם כשכל רשות פועלת תחת סמכותה היא לא כל יכולה ויש זכויות שאינן ברות פגיעה (אף זכות אינה מוגנת בצורה מלאה).

**שלוש גישות לפרשנות חקיקה**: 1. כוונת המחוקק- מה הבינו ח"כים כשהעבירו את החוק. 2. גישה תכליתית- מטרת החקיקה ולא כוונת המחוקק (ברק). 3. טקסטואליזם- מה בדיוק אומר הטקסט.

**מאפייני החוקה:**

חוקה פורמלית- מסמך אחד (ארה"ב), חוקה מטריאלית- אגד עקרונות (ישראל).

* היבט מוסדי (דרישה מינימאלית): נורמות המסדירות את רשויות השלטון וסמכותן.
* זכויות אדם: ברוב המדינות זה קיים, אך לא חובה.
* עליונות: ככל שנורמה גבוהה יותר: 1. אי אפשר לסתור את הנאמר בה. 2. כל נורמה נמוכה יותר שואבת את תוקפה מהנורמה מעליה (פירמידת הנורמות של קלזן). 3. המנדט יותר ישיר. 4. היא יותר תמציתית.
* נוקשות: כדי לשנותה צריך פרוצדורה מיוחדת תובענית יותר מזו של הליכי חקיקה רגילים. יתרון- מגן מפני אינטרסים. חיסרון- נורמות משתנות. \*יש חוקות שיש בהם חוקים קבועים שאי אפשר לבטל אותם (לדוגמה גרמניה- זכויות אדם, נאציזם).

**עד המהפכה החוקתית- 1948-1992:**

המחוקק הוא כל יכול, הפרלמנט הוא הריבון:

* אין מגבלה משפטית על הפרלמנט והוא יכול לחוקק כל חוק
* אין גוף שמעביר ביקורת על הפרלמנט ואין ביקרות שיפוטית על הליכי חקיקה

 **לסיכום המצב עד 92**: הכנסת חוקקה חוקי יסוד מוסדיים אך לא חוקי יסוד של זכויות אדם ומעמדם של חוקי היסוד אינו ברור מהחלטת הררי 1950 (1. חוקי היסוד הם החוקה. 2. בעת כתיבת החוקה יסתמכו על חוקי היסוד.)

**המהפכה החוקתית שנת 1992 והילך:**

הכנסת (ח"כים מכל המפה הפוליטית) חוקקה חוקי יסוד של זכויות אדם- כבוד האדם וחרותו וחופש העיסוק חוק יסוד חופש העיסוק:

* הגדרת אופי המדינה כיהודית דמוקרטית (ס' 2)
* פסקת ההגבלה- פגיעה רק בתנאי הסעיף, שריון מהותי, הכנסת כבר לא יכולה לעבור עליו (ס' 4)
* פסקת הכיבוד- כל רשויות השלטון מחויבות כולל הכנסת (ס' 5)
* יציבות- תקנות בשעת חירום לא יכולות לשנות את החוק (ס' 6)
* פסקת נוקשות- שינוי רק ברוב של 61 ורק בחוק יסוד אחר (ס' 7)
* פסקת ההתגברות- פגיעה רק ברוב ח"כים, יש לציין שפגעו, תקף רק ל4 שנים (ס' 8)
* אין שמירת דינים- ניתן לתקוף גם חוקים ישנים שסותרים.

חוק יסוד כבוד האדם וחרותו: דומה לחופש העיסוק אך יש לו שמירת דינים, אין פסקת התגברות, אין פסקת נוקשות (=יכול להשתנות בחוק רגיל). (הגדרת אופי- ס' 1(א). פסקת הגבלה ס' 8. שמירת דינים- ס' 10. פסקת כיבוד- ס' 11. יציבות- ס' 12).

פרשת מיטראל (חוק יבוא בשר לא כשר): דוגמה לשימוש בפסקת ההתגברות.

פס"ד בנק המזרחי:

חוקי יסוד הם במעמד על חוקתי, גם אלו שאין להם סעיף נוקשות.

* **מה דינו של חוק הסותר חוק יסוד?** להלן.
  + **כשאין לחוק פסקת שריון/ הגבלה**: ניצור פסקת הגבלה משתמעת/שיפוטית ונחיל בפועל את תנאי פסקת ההגבלה.
  + **כשיש לחוק פסקת שריון**:מדובר בס' 4 לחו"י הכנסת, ראי להלן. ביקורת הכנסת**-** אין הכיל פסקת הגבלה משתמעת, מכיוון שלא מדובר בחוק יסוד שותק.

* **האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה (פרוצדוראלית ומהותית)?**כן. הן מבחינה פרוצדוראלית (הכנסת תהיה מוסמכת לקבוע שחוק יעבור ברוב מעל 61) והן מבחינה מהותית (למשל פסקת הגבלה שתגיד לכנסת שמעכשיו היא יכולה לשריין בתנאים מסוימים). הבעייתיות- רוב ארעי יכול לקבוע שריון שיחייב את הכנסות הבאות.
* **מה מקור הסמכות של הכנסת לכונן חוקה וחוקי יסוד שיהיו עליונים ונוקשים?**

גישת שמגר-**יש לה סמכות**. בהתאם לגישה הבריטית המסורתית **הכנסת היא כל יכולה** ולכן יכולה לקבל כל חוק, כולל להגביל את עצמה (ע"י דרישה של שריון למשל).

גישת ברק-**יש לה סמכות**. תאוריית שני הכובעים- גם הרשות המחוקקת וגם **הרשות המכוננת**. הרשות המכוננת נמצאת מעל לרשות המחוקקת, ולכן אין בעיתיות עם מצב בו הרשות המכוננת תכבול את הרשות המחוקקת. זוהי הגישה הרווחת .ברק מבסס את דבריו בעיקר על ההיסטוריה החוקתית שלנו. לכנסת הראשונה הייתה סמכות מכוננת ומחוקקת שעברה לכנסות הבאות (עקרון ההמשכיות- החלטת הררי) ולכן גם היום היא נושאת בשני הכובעים הללו. נוכל להבחין באיזה כובע הפרלמנט נמצא לפי כותרת החוק.

גישת זמיר- לא מהפכה, רק המשכיות של פס"ד ברגמן.

3 הגישות האלה מגיעות תוצאה זהה (דעת הרוב)- לכנסת יש סמכות מכוננת, ולחוקי היסוד יש עליונות (כמו חוקה).

גישת חשין- דעת מיעוט. לכנסת היום **אין סמכות** מכוננת. לכנסת ה-1 הייתה סמכות מכוננת, אך לא הייתה לה את היכולת והרשות להעביר את זה לכנסות הבאות, ולכן כל הכנסות הבאות הן אך ורק רשות מחוקקת. עיקר טיעונו היא שחוקה צריכה להתקבל ברשות העם, שהוא הריבון, ורק בכנסת הראשונה העם בחר בכך שהכנסת תהווה רשות מכוננת. לכן: 1.לחוקי היסוד אין מעמד של חוקה. 2.הדרישה של רוב מעל 61 לא תקפה.

* **האם לביהמ"ש יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד?** כן. ביהמ"ש קבע שהרשות השופטת מוסמכת לבטל, כי התפקיד של הרשות השופטת הוא ליישם חוקים ונורמות. בלתי נמנע שביהמ"ש מתוקף התפקיד השיפוטי שלו יצטרך להכריע במקרים של סתירה. (ביקורת שיפוטית- לגיטימית) \*ברוב החוקות כתוב במפורש שאפשר להשתמש בביקורת שיפוטית.

בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (דורנר)- חוק יסוד תקציב המדינה, הוראת שעה. ביהמ"ש קבע מבחינת הניתוח העקרוני שחוק היסוד הוא לא חוקתי, אבל נתנו התרעת בטלות. תפקידו של בימה"ש לבקר גם את הראשות המכוננת (ולא רק המחוקקת). \*יכלו להשתמש בדוקטרינת סתירת עקרונות יסוד אוניברסליים, ואז הפס"ד היה יותר מהפכני.

* **מי עשה את המהפכה החוקתית בישראל?**

ברק- הכנסת, הפס"ד רק נתן את האישור הפורמאלי- משפטי למהלך. לנדוי- ביהמ"ש יצר חוקה מלאכותית במנותק מהכנסת. ח"כ דרעי (וחבריו)- החוק עבר בגלל חוסר מודעות של הכנסת, ביהמ"ש יזם את המהפכה.

**ביקורת**: בעיקר כלפי הרטוריקה של ברק.

**עד היום כל הפסיקה של בנק המזרחי לא אושררה בחוק יסוד= אין חוק יסוד חקיקה.** אבל הכנסת קיבלה את המהפכה החוקתית (והימין העביר עוד שני חוקי יסוד נוספים).

**ביקורת שיפוטית/סובסטנטיבית (תוכנית):**

הבעיות בביקורת שיפוטית:

* אין הסמכה בחוקי יסוד.
* סטייה מהתפיסה המסורתית שהכנסת היא הריבון.
* פוגע בהפרדת רשויות.
* הקושי האנטי דמוקרטי- ביהמ"ש הוא לא גוף שנבחר ע"י הציבור והכנסת כן.

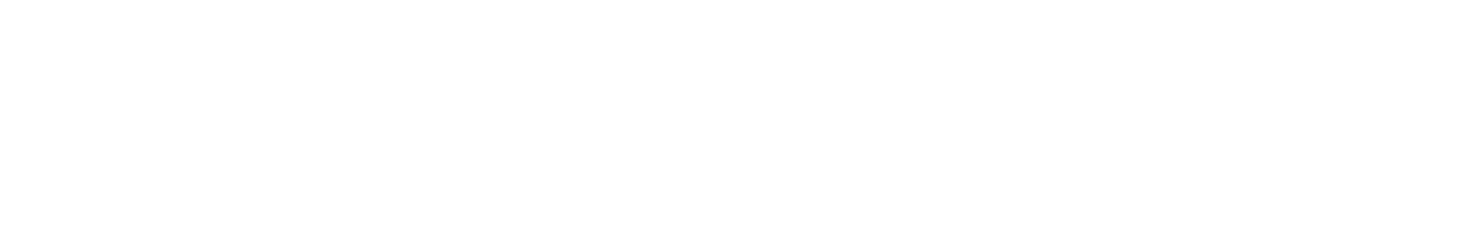
ההצדקה:

* עליונות החוקה.
* איזונים ובלמים (אין הפרדת רשויות נוקשה).
* ביהמ"ש גוף חיצוני לכנסת הוא יכול לבקר אותה (לא משחק במשחק הפוליטי).
* מגשים את עקרון הכרעת הרוב, הדמוקרטיה היא לא רק פורמאלית אלא מהותית (צריך להגן על זכויות האדם).

בבג"ץ התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (גיוס בחורי ישיבות) גרוניס (בדעת מיעוט), אומר שיש רק שני מקרים שבהם אפשר להשתמש בביקורת שיפוטית:

* בשביל להגן על יחידים ומיעוטים מעריצות הרוב.
* להגן מפגיעה בעקרונות דמוקרטיים.

**פתרון קייס:**



**מבנה לפתרון קייס:**

**4 השלבים לניתוח:**

1. עילת הסף: זכות עמידה  שפיטות  בשלות
2. שאלת הפגיעה- האם הזכות נפגעה? 4 שאלות משנה
3. חוקתיות הפגיעה- האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה? תורת שלושת השלבים
4. סעד- לא צריך לדון.

**כדאי לזכור**: לציין את סמכות ביהמ"ש לדון, לבדוק אם החוק חוקק לפני 92 ומוגן בשמירת דינים, דעת מיעוט, רציונליים ונימוקים



**סמכותו של בית המשפט לדון מעוגנת בס' 15ג לחוק יסוד השפיטה וס' 15ד הוא הרחבה.**

**1.עילת הסף- ננתח את החוק כמכלול:** **סמכותו של בית המשפט לדון מעוגנת בס' 15ג לחוק יסוד השפיטה וס' 15ד הוא הרחבה.**

רציונליים לעילות הסף:

* כלי להתמודדות עם העומס על בימה"ש (סינון תביעות).
* מנגנון לריסון אקטיביזם שיפוטי.

עילות הסף:

* 1. .מי **זכות עמידה**: מי הוא העותר (פרטי, ח"כ, תנועה) האם יש לו זכות עמידה? האם הוא קשור?

**גישה מסורתית**- דווקנית: יש להראות אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה.

בג"ץ אלוני: בו הוגדר העותר הציבורי: בסוגיה בעלת חשיבות עקרונית בית המשפט יפתח שעריו גם בפני אדם שאין לו אינטרס אישי בדבר

שמגר (רוב)

1.העניין שעולה בעתירה הוא בעל אופי ציבורי מהותי שנוגע ישירות לשלטון החוק.

2.אין עותר אחר עם אינטרס.

3.אין משמעות לשאלה האם העותר הינו ח"כ.

אלון (מיעוט) נכיר עותר ציבורי רק במקרה עם אופי חוקתי מובהק שנוגע בציפור נפשה של המשטר הדמוקרטי או המבנה החוקתי (כולל שחיתות). לעומת גישת ברק, לא נסתפק בטענת שנפגע שלטון החוק. מעמדו של העותר צריך להיות אינטרס אישי המשותף לו ולקבוצה מוגדרת נוספת.

בג"ץ לירן: [זה שעתר כדי שקצב יקבל חסינות- נדחה על הסף] **ההלכה כיום**- פרוקצ'יה מרחיבה את הגדרת העותר הציבורי:

1. עניינים בעלי אופי ציבורי הנוגעים לקידום שלטון החוק

2. אכיפת עקרונות חוקתיים עקרוניים

3. תיקון פגמים מהותיים בפעולת המנהל הציבורי.

**• חריג**: אם קיים נפגע ישיר רק הוא זה שיעתור ויידחה העותר הציבורי

**•חריג לחריג**: אם הנפגע הישיר נמנע, אך הסוגיה היא בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, שמתפרסת מעבר למחלוקת פרטנית וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי וזכויות האדם.

* **שובה של זכות העמידה?-** בשנים האחרונות יש עמדה שכדי לצמצם את זכות העמידה.   
  משה הר שמש (הסדר קבלני שמשה התנגד אליו וטען שמייצג קבלנים)- נדחית ע"י סולברג על הסף, העותר לא מכיר את כל העובדות ולא הצטרפו עותרים רלוונטיים לכן יכול להיות שהם לא מעוניינים. בנוסף זה בזבוז משאבים משפטיים. ("ריב לא לו").   
  עמותת עיר עמים- (מצעד ריקוד הדגלים ביום העצמאות פוגע ברמאדן)- נדחית על הסף ע"י סולברג, הטענה לחשה, זה לא המצב בפועל (טענו שאנשי השכונה מפחדים לבוא לביהמ"ש).   
  יואל רזבוזוב- (כ"ח, טען שהמדינה מפלה לרעה עולים חדשים בסיוע שכ"ד) הש' מזוז דחה על הסף, הוא ח"כ ולכן הוא יכול לפעול לכך בכנסת.
  1. מה **שפיטות:** האם ראוי שבית המשפט יתערב ויכריע בנושא?

בג"ץ רסלר: (גיוס חרדים) ברק יוצר הבחנה בין שפיטות נורמטיבית: האם לבית המשפט יש את הכלים ואמות המידה להכריע בנושא משפטית?

עונה "הכול שפיט נורמטיבית"- יש לבדוק ע"י שאלת הסמכות (מי האורגן) ושאלת הסבירות. שפיטות מוסדית: האם ראוי שדווקא בית המשפט יכריע בסוגיה או שמא מוסד אחר?

**3 שיקולים למניעת התערבות של בית המשפט**: [1] הפרדת רשויות [2] הכרעת הרוב [3] פגיעה באימון הציבור.

לרוב כן ראוי להתערב ורק במצבים בהם יש חשש לפגיעה רצינית באמון הציבור לא נשפוט (הבעיה בציבור ולא בשופטים). לדעתו עצם קיום האפשרות של שפיטות, מרסנת את הרשויות מחשש לביקורת שיפוטית על מעשיהם.

הביקורת על ברק- אלון בבג"ץ ז'רז'בסקי (האם בימה"ש יכול להתערב בהסכם פוליטי): מתנגד להבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית וטוען שלא הכול שפיט נורמטיבית, הוא מתנגד לצמצום השפיטות המוסדית. אין כלים משפטיים להעריך סבירות של החלטות פוליטיות מעומעמות מה שיצור מצב בו השקפת עולמו של השופט תשפיע על הכרעתו. צריך לתת יותר מקום לביקורת עצמית במערכת הפוליטית ולא להתערב- הפרדת רשויות. ברק ענה "כוכב הצפון היחיד שמנחה אותו הוא החוק". **וזוהי ההלכה** נורמטיבית הכול שפיט אך אין שפיטות מוסדית בעניינים רגישים פוליטית או נגועים במדיניות. [להעלות את 2 הצדדים ולהכריע שהכול שפיט]

 **מקרים קלאסיים של אי שפיטות מוסדית:** ביטחון ויחסי חוץ, פוליטיקה שבתוך הכנסת. פרוקצ'יה בפולארד ניתן לשפוט אך יש שיקול דעת רחב לרשויות ויש לאפשר להן לעשות עבודתן. ועדת ההתנתקות- ביהמ"ש התערב בעניינים קטנים בעיקר לגבי בעיות קניין, תקפו אותו שלא התערב בצורה מספקת.

**שובה של השפיטות?-** יואב הס נ' הרמטכ"ל- עתירה של פעיל זכויות אדם על ירי בהפגנות בעזה. העתירה נדחית על הסף. סולברג: האם הנושא שפיט?. ח"כ יואל נ' משרד הבינוי- דיור ציבורי לעולים חדשים מול נזקקים. מזוז: שאלה של מדיניות חברתית תקציבית (לא אומר שפיטות אבל לא מצדיק התעברות ביהמ"ש). מוחמד נ' שר הביטחון- עתירות נגד הקבת ישוב עמיחי באיו"ש. חיות: לא סוגיה שביהמ"ש נדרש אליה (אי שפיטות מוסדית). אקרמן נ' ממשלת ישראל- העברת כספים מקטר לחמאס. שטיין: דוחה את העתירה, יש שאלות שלא שפיטות נורמטיבית (מצטט את אלון), שיקול דעת של הכנסת- מהפכני.

ג .מתי **בשלות:** מהו המועד הראוי לדון ולהכריע בנושא משפטית? (לאחרונה משתמשים בה יותר, בעיקר כדי לא לדון בעניינים פוליטיים. כדוקטרינה "מהדלת האחורית", במקום להשתמש בדוקטרינת השפיטות להשתמש בבשלות). \*המקור מהפסיקה האמריקאית- מבינים שסנקציה פלילית יכולה להיות אפקט מצנן. הרתעת יתר בנקיטת פעולות מותרות.

* מתי לא נדון: בג"ץ בוגרי התיכון הערבי: נאור כאשר החוק עוד לא ייושם בית המשפט יחכה לבחון את החוקתיות אחרי היישום+ והעדר תשתית עובדתית מספק שעל בסיסה אפשר יהיה להכריע. בג"ץ שוק ההון ריבלין [הסדר שמוודא שיועצי ההשקעות ישמרו על הכסף כראוי] אם טרם הוחל החוק (ספקולטיבי ועתידי), ולא ניתן לראות איך הוא מיושם- לא נדון.
* ביקורת: אין מה לחכות להטלת הסנקציה, הפתרון לא תמיד יכול להיות בדיעבד.

בג"ץ אורי סבח: [ועדת קבלה לישוב, קריטריונים עמומים שיכולים לשמש כסות לאפליה] 3 דעות שופטים:

גרוניס מבחן 2 השלבים: [דעת הרוב, ליישם- אין לדון בעתירה]

1. אם העתירה מעוררת שאלה משפטית ולא עובדתית, אין צורך להמתין שהעובדות יתרחשו בפועל- ניתן לדון בעתירה. דוגמה: בג"ץ הפרטת בתי הסוהר: בייניש- השאלה משפטית, יש פגיעה בכבוד האדם- סוחרים בו. אם מדובר בשאלה עובדתית, יש להמשיך לשאלה 2.
2. האם קיימים טעמים לדון בעתירה למרות שאין תשתית עובדתית? במקרה בו לחקיקה יש השפעה מידית על בעל הדין או אינטרס ממשי כמו אפקט מצנן אז נדון. מקרים נוספים- עובדות בלתי הפיכות; אין נקודת זמן בה העתירה תהיה בשלה (זה יהיה מוקדם מדי או מאוחר מדי, **שיהוי**); אינטרס ציבורי ממשי.

**יישום שיטת גרוניס**: בג"ץ גוטמן: [העלאת אחוז החסימה] גרוניס יש צורך בתשתית עובדתית, רק אם נראה באופן מובהק שהיישום יהיה לא חוקתי בית המשפט ידון ויפסול. ג'ובראן יש לפסול את החוק כי ייצור נזק בלתי הפיך (לא יבטלו רטרואקטיבית), ובית המשפט צפה מראש שפסול.

ג'ובראן מיעוט (לדעתו יש לדון בעתירה לגופה):

1.אי מיצוי הדין בפני הרשויות כלומר ישר פנו לבג"ץ לפני שניסו הליכים אחרים (לפעמים רואים את זה כעילה נפרדת מבשלות) שוק ההון ריבלין- דרך המלך לא לתקוף חוק שטרם יושם.

2. חזקת חוקתיות- הנטל מוטל על העותר להוכיח שהכנסת לא פועלת לפי חוקי היסוד.

3. היעדר תשתית עובדתית- במחסור בנתונים קונקרטיים לא מהותיים, אפשר לדון בעתירה.

• אם מתעורר חשש שההמתנה תביא לפגיעה בעותרים, נבדוק את **עוצמת הפגיעה בפרט** (אם הסוגייה לא תבורר בביהמ"ש) + האם יש **הליך חלופי לבירור יעיל יותר**, האם הכי יעיל לפנות לבג"ץ?. צריך להיזהר בשימוש בבשלות במקרים בהם הדחייה תגרום לכך שהמקרה לעולם לא ייבחן עקב **אי בשלות תמידית**.

קושי: הדבר יצור אפקט מצנן (המתנה תגבה מחיר כבד)- מיעוטים לא יפנו לישובים וכך לא תיווצר סיטואציה בה נדרש לעתירה (בבג"צ בוגרי התיכון הערבי פורקציה).

הנדל גישת ביניים:

בשלות חלקית (לא חייב הכל או כלום)- יש לבחון האם חלק מהיבטי העתירה בשלים ולדון רק בהם:

1. האם ניתן לפצל את החלק המסוים מתוך החוק מבלי לפרק את החוק.

2. 4 שיקולים מצטברים מתי להשתמש בבשלות חלקית: א. אין צורך ביישום קונקרטי (שלב 1 בגרוניס). ב. כמה אפשר לפצל את השאלה הבשלה בחוק בלי למוטט אותו. ג. האם חשוב להכריע בזה. ד. האם יביא תועלת לציבור (תוצאות בלתי הפיכות, נזק מצנן, מניעת נזק עתידי).

**יישום שיטת הנדל**: בג"ץ רשות השלטון: [שתי עתירות: ביבי יכול לכהן כרה"מ, האם ההסכם הקואליציוני ראוי] דנו בעתירה לגופה ואמרו שלחלק מהמרכיבים אין בשלות.

* **הקשר בין עילת הבשלות לעילת זכות העמידה**: אם נחכה לבשלות אז אנו מחכים שמישו יפגע באופן ממשי וישיר כלומר חוזרים לגישה המסורתית מחפשת נפגע ממשי.
* **הקשר בין עילת הבשלות לעילת השפיטות**: היום יש נסיגה מאקטיביזם שיפוטי, משתמשים מבשלות כמנגנון התחמקות (לא אומרים שזה לא שפיט כדי להשאיר את הדלת פתוחה לעתירות עתידיות).לדוגמה- בג"ץ ברי: [האם מי שיש לו אישום פלילי יכול להרכיב ממשלה] שטיין- דוחה על בשלות, סוגייה מורכבת פוליטית.

**כעת נבחן את העתירה לגופה**

**שינוי או פגיעה?**

**לפני המהפכה החוקתית**- ברגמן- התייחסו לפגיעה ושינוי אותו הדבר. **אחרי מזרחי:** נוצר המתח בין שינוי לפגיעה.

**היום, הלכת גוטמן ג'ובראן (+נאור, חיות, מלצר וברק בכתיבה האקדמית)**:

**שינוי**: [למחוק או להוסיף מילה, לשנות טקסט] שינוי עקיף (משתמע)- שינוי (שינוי ולא פגיעה!) בחוק יסוד. שינוי ישיר (מפורש)- בחוק יסוד עצמו. אם משוריין- צריך רוב של 61 ו3 קריאות לפי ס' 4 לחו"י הכנסת. \*במקרה של חו"י- המדינה תטען שזה שינוי עקיף ולא פגיעה. במקרה של חוק רגיל- המדינה תטען שזאת פגיעה ולא שינוי.

**פגיעה**: [חוק אחר שסוטה מהנורמה בצורה נקודתית ומתוחמת] אפשר לפגוע גם בחוק רגיל ע"י פסקת הגבלה והתגברות (בחופש העיסוק רוב של 61+ 4 שנים תוקף).

**הצדקות**: 1. טקסטואלית- "אין לשנות חוק זה אלא.." הטקסט מדבר על שינוי ולא פגיעה. 2. הרמוניה חוקתית- בכל חוקי היסוד יש פסקת הגבלה משתמעת, יש חשיבות לאחידות והרמוניה.

**לציין מה הפגיעה**

**מצבים מיוחדים:**

**כשיש פגיעה בשוויון מכוח חו"י הכנסת (שריון+ מבחני פסיקה- עמ' 12) וחו"י כבוד האדם וחירותו (פסקת הגבלה), מה נעשה? בג"ץ מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** (האם ח"כ יכול לכהן גם כראשי עיר).

אין הכרעה בעניין- יש להציג את 3 הדעות.

1. נורמה ספציפית עדיפה על נורמה כללית- חל ההסדר הספציפי מכוח ח"י: הכנסת, ואין צורך להחיל את פסקת ההגבלה. גרוניס בגוטמן- מאמץ גישה זו, ונותן 3 נימוקים:
   * יש הסדר ספציפי למקרה הזה ולכן יש להחיל אותו.
   * השוויון בס' 4 בח"י הכנסת מעוגן בפורש ולעומת זאת בכבוד האדם הוא לא מפורש.
   * הנטל להוכיח פגיעה בשוויון במובן של ח"י הכנסת נמוך יותר מלהוכיח פגיעה לפי כבוד האדם וחירותו (ששם צריך להוכיח גם פגיעה בכבוד). מכאן – אם מוכיחים שזה לא פוגע בשוויון לפי ח"י הכנסת, זה גם לא פוגע לפי כבודה"א.

שאר השופטים בבג"ץ זה לא מתייחסים לשאלה בפס"ד. הנדל: תיאורטית יכולים להיות מקרים עתידיים שתהיה פגיעה מכוח שני החוקים.

1. שתי ההוראות יחולו באופן מצטבר- צריך לעמוד גם בס' 4 לח"י: הכנסת וגם בח"י: כבדה"א וחירותו. כלומר – צריך לנתח פעמיים.
2. דרישות חלופיות- צריך לקיים **או** את מבחני הפגיעה בס' 4 של ח"י: הכנסת **או** את מבחני הפגיעה של ח"י: כבדה"א וחירותו.

**מה קורה אם יש חוק שפוגע בזכות לחופש העיסוק וגם בחוק יסוד כבוד האדם**? בג"ץ מיטראל: (השאלה מהותית כי אין בחוק יסוד זה פסקת התגברות) ברק מציע 3 תנאים מצטברים שתחתיהם תוענק הגנה חוקתית לחוק החורג גם מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (=כאילו פסקת ההתגברות חלה גם עליו):

1. הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות "תוצאת לוואי המתבקשת מחופש העיסוק."
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האחרות היא משנית- כך למשל, לפגיעה בחופש העיסוק תהיה פעמים רבות תופעת לוואי של פגיעה בקניין. השאלה היא מה נפגע יותר?

ג. הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות שולית ("אינה בעלת עוצמה ממשית").

**מבחני פסקת ההתגברות (כשיש פגיעה בחוק יסוד חופש העיסוק):** פסקת התגברות: (1)הוא התקבל ברוב מיוחס. (2)יאמר בו מפורשות שהוא תקף על אף האמור בחוק היסוד. (3)תקף עד 4 שנים או למטה מכך.

פסקה זו יכולה לעבוד ב2 אופנים:

1. חיסון מראש של חוק מסוים מפני פסקת ההגבלה
2. אם הנושא עלה, פסקת ההתגברות יכולה לחול כחוק עוקף בג"ץ: הכנסת חוקקה חוק -> בית המשפט טען שיש פגיעה ופסל -> הכנסת תחוקק בכל זאת לפי דרישת פסקת ההתגברות  בפועל רק חוק ייבוא בשר (מיטראל) נחקק שוב חוק על ידי פסקת ההתגברות.

**במידה והייתה פגיעה לנתח לפי תורת 3 השלבים**

**שלבי הביקורת השיפוטית: שיטת 3 השלבים:** בוחנים לגופו של עניין- יש לבחון את כל 3 השלבים למען הסר ספק.

**רציונלים:** [1] אמצעי לשם בהירות הניתוח ודיוק המחשב- הכרעה מטודית ומובנת, ולא תלוית שיקול דעת שופט. [2] תפיסה שהזכויות יחסיות ומוגבלות (לעומת גרמניה- הזכות לחיים וכבוד האדם היא מוחלטת). [3] מבהיר את ההבחנה בין היקף הזכות למידת ההגנה עליה.

**2. שאלת הפגיעה האם הזכות נפגעה?** 4 שאלות משנה התשובה דיכוטומית- נפגעה או לא? היקף ועוצמה יהיו בהמשך

1. **האם קיימת זכות?** לבחון כל זכות רלוונטית בנפרד החוק יכול לפגוע/לשנות זכות!

**זכויות/נורמות מעוגנות (מנויה) בחוקי יסוד:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| חופש העיסוק – (כולל חופש תחרות) לציין ביחס לסעיפים בחו"י חופש העיסוק ס' 3.  זכות להיבחר/לבחור – ס' 5,6 לחו"י הכנסת (כל פעם שנציין אותן, יש לציין גם פגיעה בשוויון הבחירות ↓).  זכות לחיים ושלמות הגוף (זכות חיובית ושלילית)– ס' 2,4 לחו"י כבוד האדם.  זכות לחירות – ס' 5 לחו"י כבוד האדם. (מעצר/ מאסר/ הסגרה או בכל דרך אחרת).  חופש התנועה – ס' 6 לחו"י כבוד האדם  זכות לקניין – ס' 3 לחו"י כבוד האדם - זכותו של האדם לעשות בקנייננו כרצונו.  זכות לפרטיות – ס' 7 לחו"י כבוד האדם.  שוויון הבחירות – ס' 4 לחו"י הכנסת. |  | בחירות יחסיות ועיקרון הייצוג – ס' 4 לחו"י הכנסת  עיקרון הפרדת הרשויות- עקרון משתמע מדמוקרטיה, בג"ץ הפרטת בתי הכלא נשאר בצריך עיון. מאיפה משתמע? 3 חוקי יסוד שונים (הכנסת הממשלה והשפיטה)+ קיומה של פסקת התגברות (הרשות המבצעת לא יכולה לפגוע בזכויות חוקתיות).  סמכות הרשות המבצעת – ס' 1 לחו"י הממשלה – לדון אם ס' אופרטיבי או דקלרטיבי (בהליכי הרשות המבצעת בצ'קליסט).  עיקרון אי תלות שיפוטית- ס' 2 לחו"י השפיטה  שינוי ס' 7א- עילות פסילה.  כבוד האדם וחירותו- משתמשים באדם באמצעי. |

**זכויות נגזרת של כבוד האדם:**

שוויון, הזכות לאוטונומיה, חופש הביטוי, חופש דת ומדת, הזכות לחיי משפחה, הזכות לקיום מינימאלי בכבוד.

* **זכות שלילית או חיובית?** זכות שלילית- חירות, המדינה צריכה להימנע מלהפריע לי לנהוג כבת חורין.

זכות חיובית- מטיל על המדינה חובה לפעול כדי לממש את הזכות שלי. קושי: אין זכויות שהן רק שליליות או רק חיוביות (קול העם- חופש הביטוי, האם המדינה צריכה לעזור לי לממש את הזכות להפגין או רק לאפשר לי אותה).

**טרילוגיה חוקתית של ברק** (כתיבה אקדמית)- יש 3 חובות של המדינה כלפי הפרט:

א. הזכות להוקרה (respect)- חובה להימנע מלפגוע (ההיבט השלילי) ס' 2+8 לח"י כבוד האדם וחירותו.

ב. הזכות להגשמה- רק כבוד האדם וחירותו (ס' 4).

ג. הזכות להגנה- האם יש להגן מפני פגיעה שתתרחש ע"י צד שלישי? ברק (בספרות)- הזכות להגנה חלה על כל הזכויות (לא רק אלו בס' 4). על המדינה ליצור תשתית באמצעים סבירים. בג"ץ אדוארדו- [מיגון כיתות בעוטף עזה] קבעו שעל המדינה להגן בצורה אקטיבית על האזרחים, החריגו ואמרו שזה מקרה נדיר ואקטיביסטי (מהפכני- מעבר לאמצעים סבירים). בג"ץ מטה הרוב (האם חלק מהזכות להפגין היא שהמדינה תאפשר את ההפגנה)- יש זכות כמעט תמיד, המדינה צריכה לשקול את היקפה.

* בחופש העיסוק **ההבחנה בין זכות אדם לזכות אזרח** - בג"ץ בז'רנו- חשין האב קבע שחופש העיסוק הוא זכות אדם ולא רק אזרח (לפני חוק היסוד). לאחר חוק היסוד נוצר דיסוננס. ההשלכה האופרטיבית- בגלל שהיא זכות פסיקתית אפשר לסתור אותה בתקנה ולא רק בחוק. הבדלים בין זכויות הומניות בסיסיות, לזכויות מורחבות לאזרחים בלבד.

**ב. האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד?** אם מנויה לציין באיזה חוק, אם נגזרת נריץ במבחני בדיקת נגזרת חוקתית:

**3 גישות לזכות נגזרת מכבוד האדם**: נכתוב לגבי כל זכות אם תיכנס או לא ולפי איזו גישה

1. גישה מצומצמת (מבחן ההשפלה): דורנר באליס מילר ההגנה המינימאלית על כבוד האדם מכילה בתוכה גם הגנה מפני פגיעה מהשפלה (כי זו פגיעה בכבוד).

למשל זכות לשוויון- אפליה מחמת מין (העיקרי)/גזע (/אולי קבוצות נוספות כמו דת) תחשב השפלה.

1. גישת ביניים (ההלכה): ברק תנועה לאיכות השלטון- חוק טל נחפש קשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו לרבות אוטונומיה, לא משנה אם הזכות קשורה לגרעינו או שוליו של כבוד האדם. ביקורת מצב חשין- זה מאוד מרחיב, אם חוק טל פוגע באוטונומיה כל זכות כמעט תכנס תחת כבוד האדם. תשובת ברק באט"ד- יש זכויות שלא נכנסות כמו הזכות לחיים בסביבה ראויה.
2. הגישה המרחיבה ביותר: זכות כבוד האדם וחירותו היא מקור לכל הזכויות. ביקורת- טענת קש.

* שוויון – בג"צ התנועה למען איכות השלטון [גיוס בחורי ישיבות]. אליס מילר [קורס טייס]
* זכות לאוטונומיה – הזכות של פרט להחליט על מעשיו ולפעול בהתאם לבחירות אלו. כבוד האדם משתקף גם ביכולת של אדם לגבש את אישיותו האישית ולבחור את בחירותיו. (פרשת חוק טל).
* חופש הביטוי - חופש העיתונות, זכות ההפגנה והמחאה - פס"ד אבנרי ואילנה דיין – זכות חוקתית! עדיין יש לדון כנגזרת!
* חופש לדת ומדת - מגילת העצמאות
* הזכות לחיי משפחה- כפגיעה באוטונומיה. בג"ץ עדאלה- דיון של חשין: גישה מצמצמת. וברק: גישה מרחיבה- הזכות מתפרסת גם על הזכות לחיות עם בן הזוג הזר בישראל. הזכות לחיי משפחה, הנגזרת מכבוד האדם, כוללת גם את הזכות להתחתן עם אזרח זר, אך לא כוללת את הזכות שבן הזוג הזר יקבל מעמד בישראל.
* הזכות לקיום מינימלי בכבוד-בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, בג"ץ חסן (חזקה חלוטה למי שיש רכב מרוויח הרבה): בינייש- בגרעין הזכות לכבוד. צריכים להראות **מהו הרף המינימלי** לקיום בכבוד. עליהם להראות כי מבחינה עובדתית קיימים אזרחים במדינת ישראל שלא מגיעים לאותו רף מינימלי, כי עליהם הנטל הראשוני להראות שיש פגיעה. בפועל, העותרים לא הראו את הרף המינימלי ולכן לא הראו את הפגיעה והעתירה נדחתה.

**ג. מה היקף הזכות ?** (פגיעה בס' 7א+4+5+6 לחוק יסוד הכנסת, יש לבחון מעמ' 11) שום דבר לא ירד בשלב זה, משאירים לבחינת פסקת ההגבלה.

* **חופש הביטוי-** פלוני נ' אילנה דיין- לא בודקים תוכן, הכל נכנס תחת חופש הביטוי. לא משנה אם זה אמת/שקר- בג"ץ חנה סנש. פוגעני- הסרט ג'נין ג'נין. גזעני- כהנא.
* **חופש העיסוק-** 1. שלילת חופש העיסוק מראש. 2. הגבלת אופן השימוש וצמצום (פחות חמור, נעבר במפיצי הסיגריות)
* **הזכות לקניין-** מפיצי הסיגריות גרוניס- הפקעת רכוש או מניעת שימוש בו.
* **הזכות לשוויון**- מקרים מיוחדים-שוויון בבחירות רלוונטי פה! גוטמן- גם שוויון סיכויים (לבחון האם השוני רלוונטי/לא).
* **הזכות לחיי משפחה-** נובע מעדאלה, ההיקף שנוי במחלוקת- חשין אומר שהיא כוללת רק חתונה ולא חיים משותפים בארץ. ברק אומר שהיא כוללת מגורים בארץ.
* **הזכות לחיי משפחה-** עדאלה: [איחוד משפחות] ברק (הגישה שהתקבלה) הזכות לחיי משפחה נגזרת מכבוד האדם וחירותו, מה**אוטונומיה** של הפרט לעצב את חייו. היקף הזכות צריך להתפרש באופן רחב ואת האיזונים מכניסים אחר כך בשלב של פסקת ההגבלה. חשין (הגישה שלא התקבלה) הזכות החוקתית לחיי משפחה נגזרת מכבוד האדם, אבל היקף הזכות צריך להיות צר (הבחנה בין חתונה להגירה ומחיה בארץ. לחלופין- הבחנה בין מדינה ניטרלית למדינת אויב)

**מתי יש לשקול אינטרסים מתנגשים?** גרוניס מסכים עם גישת חשין וקובע שאין לדלג על שאלת ההיקף והפגיעה בזכות, גם אם ההכרעה בשלב זה לא קלה.   
דוגמות: במפיצי הסיגריות [עתירה לגבי חוק שאוסר מכירת סיגריות במכונות אוטומטיות] ושטנגר [עצור יכול היה לערר פעמיים בזכות, השינוי היה שהשני ברשות וטענו שזה פוגע בזכות לחירות]- דוחה את העתירה כבר בשלב הראשון. גישת ברק לדעתו עלולה להעביר את המסר שכמעט כל פגיעה בזכות עומדת בפסקת ההגבלה. ביקורת: עלולות להיפגע זכויות עותרים בלי שהמדינה תוכיח תכלית ראויה ומידתית.

**ד.האם החוק פוגע בזכות?** יש לבחון האם הזכויות שהצגנו לעיל נפגעות מהחוק והיכן. בג"ץ עמותת מחויבות לשינוי וצדק חברתי [הפחתת שיעורי גמלאות] נטל ההוכחה על התובעים להוכיח שהחוק אכן פוגע בזכות. בג"ץ מפיצי הסיגריות [איסור למכור טבק במכונות] להביא הוכחות קונקרטיות. \*דומה לבשלות.

**4.חוקתיות הפגיעה- מבחני פסקת ההגבלה** (הנטל על המדינה להוכיח שהפגיעה חוקתית- מכבד את זכויות האדם)

לשים לב אם צריך פסקת הגבלה רגילה [עיסוק וכבוד האדם] או שיפוטית/משתמעת [חוק יסוד שותק] או התגברות [עיסוק]

* שאלת הזכות לא עולה פה. כעת נבחן רק את החוק.

רציונליים:

* אף זכות אינה מוחלטת אלא יחסית
* הכנסת מוגבלת, לא יכולה לפגוע בזכויות ככל העולה על רוחה.

**4 רכיבים לפסקת ההגבלה** (מצטברים): ס '8 לכבוד האדם וס '4 לחופש העיסוק ופסקת הגבלה שיפוטית:

א .בחוק או לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו:

**נבדוק האם זה חוק:**

* דרישות פורמליות לחוק: 3 קריאות ופרסום רשימות (ס '46 לחו"י הכנסת).
* דרישות מהותיות לחוק: "בחוק" בייניש במפקד הלאומי קבעה אפיונים של חקיקה לגיטימית: פומביות (אין עונשין אלא מזהירים), נגישות (צריך שיוכלו להבין מה הכוונה), כלליות, חוסר עמימות, העדר שרירותיות (קבוע, לא מתחלף כל שני וחמישי). זה היה אוביטר שהתקבל בפסיקה, אבל אין תקדים (שום חוק לא בוטל בגלל זה)

**אם זה לא חוק:** הפסיקה לא הכריעה האם מדובר בחוק/דין/פסיקה (ברק, לפי קנדה). איתי- חוק של הכנסת, תמיכה בכך: אפשר לעתור על החלטה של בימה"ש- יומני המתלוננת [סנגור מבקש לקרוא את היומנים של המתלוננת]- היא עתרה לביהמ"ש על החלטה לאפשר לו לקרוא את היומן (אפשר לעתור על החלטה לבג"ץ).

**החלטות של רשות מנהלית**: (חוזר מנכ"ל, החלטות פקידים, תקנות..) צריכות לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. מדוע? הכנסת קובעת הסדרים ראשוניים ומאצילה להם את הסמכות לקבוע הסדרים מפורטים (הרציונל הדמוקרטי). בכנסת ההחלטות מתקבלות אחרי דרישות פורמאליות ומהותיות בעוד ברשויות זה נעשה מהר (הרציונל המוסדי).

**במקרה שמדובר בהסמכה**:

עד כמה מפורטת היא צריכה להיות? בייניש בבג"ץ המפקד הלאומי [שידור פרסומות פוליטיות] בעדת מיעוט שנהפכה להלכה מאוחר יותר טוענת שמידת הספציפיות של ההסמכה תהיה תלויה בנסיבות המקרה. ככל שהזכות יותר חשובה- נקפיד יותר על: כתלות בזכות ובמעמדה, עוצמת הפגיעה, ההשלכות החברתית, הרשות. ככל שעוצמת הפגיעה רחבה יותר נפרש ביתר קפדנות את הדרישה.

ב. הולם את ערכיה של מד"י (מבחן קש) [דרישות מצטברות]: הערכים הנמצאים בפסקת המטרה ס'2 שבחוק יסוד חופש העיסוק ובכבוד האדם- **יהודית ודמוקרטית** (יש המוסיפים את ס '1- ערך האדם קדושת חייו והיותו בן חורין, אך השופטים נוטים לא להתדיין בו).

א.א לוי בגלאון[תיקון חוק האזרחות]: חוק מפלה על רקע מיעוט לאומי פוגע באופן קשה בשוויון אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ויש לפסול.

"**יהודית**"= זכות העם היהודי להגדרה עצמית, יכולת להגנה עצמית מפני הקמים עליו, ציונות, היסטוריה, תרבות, לשון עברית, רוב יהודי מקרב אוכלוסיית המדינה, סמל המדינה, המנון, דגל, חגים (ממד לאומי ולא דתי).

"**דמוקרטית**"= דמוקרטיה פורמאלית- של זכות לבחור ולהיבחר. דמוקרטיה מהותית- כבוד לזכויות, חירות שוויון, קיום זכויות של המיעוט והפרט.

גובראן- הפסילה צריכה להיות בשלב המידתיות- זו גישת הפסיקה, הדרישה עמומה ללא ניתוח.

גישת ברק- האיזון נוטה יותר לדמוקרטית (הדמוקרטיה מורכבת מיהדות). גישת אלון- חושב שיש לתת יותר מקום ליהודית. ביהמ"ש משאיר את המבחן עמום גם בגלל המורכבות הזו.

ג. שנועד לתכלית ראויהבג"ץ אדם (הרוב- משאירים את הקביעה הסופית למבחן המידתיות): [פרשת המסתננים] ארבל סוקרת את שתי התכליות (הרתעתית- לא ראויה, חברתית- ראויה) יש לתור אחר התכלית הדומיננטית והמרכזית של החוק (אם יש כמה, לדון בכולן ולהתמקד בדומיננטית ביותר).

ככל שהזכות הנפגעת חזקה יותר, נדרוש 3 תכליות עקרוניות שיצדיקו פגיעה בזכות:

1. ערכי המדינה (יהודית ודמוקרטית כמו במבחן ב')
2. קידום זכויות אדם. בג"ץ אדם- הגישה הקנטיאנית- חייב לראות באדם מטרה ולא אמצעי.
3. קידום מטרה ציבורית חשובה עדאלה(החליטו שהתכלית הביטחונית ראויה, הדמוגרפית לא הוכרעה)

ד .במידה שאינה עולה על הנדרש= מידתיות: דרישה זו מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר בו. המטרה לא תמיד תקדש את האמצעים- על האמצעי להיות ראוי= מידתי ביחס לפגיעה.

**3 מבחנים של בית המשפט לבדיקת מידתיות** [המבחנים מצטברים]:

1. מבחן ההתאמה- [קשר רציונלי] יש להראות התאמה בין המטרה הרצויה לאמצעי הפוגעני. לא נדרשת וודאות מוחלטת להגשמתה אך אין להסתפק בקשר תאורטי בלבד. ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה חמורה יותר נדרוש קשר הדוק יותר בניהם.

חוק טל ברק ניתן להתבסס על שכל ישר וניסיון עבר ולבדוק אם יש קשר רציונלי ולא חייב לחכות לראות שהאמצעי לא עובד כמו חוק טל.

 מדוע יש צורך בגורם חיצוני לממשלה/כנסת שיבחן את מבחן ההתאמה? מטרת המבחן לחשוף מטרות נסתרות ולא ראויות פס"ד קליפורניה [חתונה לזוגות חד מיניים בטיעון של יציבות משפחה].

רסלר- חוק טל: האמצעי לא עמד במבחן התוצאה. אדם- האמצעי פתר רק חלק קטן מהבעיה, וכלא רק מעט מהמסתננים.

* איך יבדוק את זה ביהמ"ש?- בדיקה של עובדות, או בדיקה של ההליך שביצעה הכנסת (הגישה האחרונה אומצה בישראל).

1. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה- [מבחן הסולם] עדאלה יש לבחור אמצעי שפגיעתו פחותה מבין מכלול האמצעים הסבירים. בית המשפט יכיר במתחם אפשרויות לגיטימיות – נשאל מה האפשרויות הקימות? מה נבחר? האם יש אופציה טובה יותר? (שיקולי עלויות) אם כן נעדיף אותה.

(1) אמצעי גורף שחל כלפי כולם ללא אבחנות ברק בעדאלה אמצעי גורף אינו מידתי כי אמצעי אינדיבידואלי יפגע פחות בייניש בחסן צריך למצוא אבחנה שאינה חלוטה וגורפת. אדם שיקול עלויות נכלל במידה מסוימת, אם הוא במתחם המידתיות.

(2) אמצעי גורף+ חריגות (כדאי לכתוב דוגמה)

(3) אמצעי ספציפי- מכוון נגד אוכלוסייה מוגדרת וברורה, לא תמיד יגן (ברק בעדאללה אומר שאינדיבידואלי לא יבטיח את אותו בטחון)

1. תועלת מול נזק- [מידתיות במובן הצר] בהנחה שהתקיימו שני התנאים ואין אמצעי שפוגע פחות צריך לשאול: מה היחס בין התועלת שצומחת מהשגת התכלית, לבין הפגיעה שהיא גורמת לתכלית? והאם היחס ראוי?.   
   **מבחן משנה פסיקתי**: בית סוריק [גדר ההפרדה בתוך שטחים חקלאיים] תועלת שולית מול עלות שולית (לא הכל או כלום- 100% הגנה מול 97%)= האם ישנו אמצעי שיביא הגנה פחות טובה לתכלית של החוק, אבל לפגיעה הרבה פחות חמורה בזכות?

עדאלה ברק- לדעתו החוק לא עומד במבחן המידתיות הצרה, לעומת חשין שחושב שהוא עומד במבחן.

אדם גורניס מפיל את הבדיקה על מבחן המידתיות הצר, בעוד ארבל מפילה את הבדיקה כבר בשלב האמצעי שפגיעתו פחותה.

 זה מבחן ערכי של הצבת האינטרסים שחשובים לנו מול המחיר שנשלם עבורם. תלוי שיקול דעת קונקרטי אבל לרוב:

* זכויות מנויות מול אינטרסים- זכויות גוברות.
* זכויות בלתי מנויות נתפסות כשוות לאינטרסים.

 פרקטית: מבחן 3 חשוב יותר מהשנים שקודמים לו. ניתן להניח בקלות ש1 ו2 מתקיימים ועיקר הדיון יתרכז ב3.

**4. סעד-** לא צריך במבחן

**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה- ביקורת פרוצדוראלית (הליך)**:מכוח ס '15 לחו"י השפיטה (לציין עילות סף).

**ביקורת שמתייחסת לאופן שבו נחקק חוק- האם הוא עמד בדרישות הפרוצדורליות.**

בג”ץ נמרודי נ' יו"ר הכנסת [לפני המהפכה החוקתית] ברק באוביטר- יש סמכות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ולביטול חוק שלא עומד בתקנון הכנסת. **אריאל בנדור ביקורת** מעלה את השאלה איך אפשר לבטל חקיקה ראשית מכוח התקנון (חקיקה משנית)? **נימוקים-** (1) הכנסת היא "גוף המבצע תפקיד ציבורי על פי דין" כשתקנון הכנסת הוא הדין, לכן כל עוד הכנסת לא משנה את התקנון- ביהמ”ש יכול לאכוף אותו. (2) חוקי היסוד עליונים ובהם (חו"י הכנסת ס' 19) קבוע שצריך ללכת לפי התקנון. (3) זה לא חוק, אלא רק הצעת חוק. בגלל שחוקים צריכים לעמוד בכל הדרישות הפרוצדורליות.

**הליך= תקנון או גם פגם פרוצדוראלי לא מנוי?** בג"ץ ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל(חוק ההסדרים, מנוסח ע"י משרד האוצר, הליך חקיקה לא מעמיק, יש משמעת קואליציונית)- אף אם הליך החקיקה עמד בדרישות תקנון הכנסת, ניתן לבטל חוק שיש בו" **פגם היורד לשורש ההליך ושסותר אחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה של משטרנו הפרלמנטרי החוקתי**". השאלה היא לא אם הם הפרו ס' תקנון או לא, אלא **אם יש פגיעה קשה וניכרת בעקרונות** (יש החלפה של המבחן של ברק) בייניש (אוביטר) מה ייקרא פגיעה קשה וניכרת:

* הכרעת הרוב (כתוב במפורש בחוק יסוד הכנסת).
* שוויון- לכל ח"כ קול אחד. **נימוקים:** משלים הכרחי לעקרון הכרעת הרוב; אם זה לא יתקיים, זה ירוקן מתוכן את עיקרון השוויון הפורמאלי (קול אחד לכל אזרח).
* פומביות- הליך החקיקה פומבי ושקוף (כתוב במפורש בחוק יסוד הכנסת).
* **עקרון ההשתתפות** (חידוש- מהלך אקטיביסטי!) - כל ח"כ יכול להשתתף בהליך החקיקה. ההשתתפות כוללת לא רק נוכחות פיזית **אלא גם** **אפשרות להבין את החוק** ועל מה הוא מצביע (שפה מובנת, כמות חומר, האם היה זמן לשאלות ודיון). נימוקים: עקרון משלים להכרעת הרוב; נובע מזכות הבוחרים להשתתף בהצבעה לכנסת.
* **ריסון להלכה(1):** נקבע שביהמ"ש ינקוט בריסון שיפוטי ויתערב רק במצבים בהם **יש פגיעות קשות** (רק במקרים קיצוניים שבהם ההליך היה כ"כ מזורז וענקי- נחליט שההליך פגום).
* **ריסון להלכה(2):** ביהמ"ש **יתערב בהליך חקיקה** אם לא היה "**הליך חקיקה נאות"** (קבלת הליך חקיקה ראוי ע"ס דיון מושכל שקול וראוי). תפקיד ביהמ"ש בנוגע להליך חקיקה זה רק לאפשר לח"כים אפשרות. אם הם בוחרים לא לעשות בזה שימוש- זה כבר לא עניינו.

ישנם שלושה מבחנים אופציונאליים, ביהמ"ש בוחר בדרך האמצע (דעת בייניש):

1. גישה מצמצמת- האם הפרו סעיף בתקנון הכנסת או לא?

2. גישת ביניים- האם הייתה פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה?

3. גישה מרחיבה- האם התקיים הליך חקיקה נאות ודיון ראוי?

מאז מגדלי העופות לא השתמשו בהלכה זו, ולא בוטל חוק בעקבות פגם בהליך החקיקה, עד לבג"ץ קוונטינסקי.

פס"ד קוונטיסקי נ כנסת ישראל: [מס דירה שלישית שעבר בחוק בהליך מהיר] נטען לפגם בהליך החקיקה וגם היועמ"ש ושני הצדדים הפוליטיים התנגדו. נאור חיות והנדל- יש לעשות שימוש בהלכת מגדלי העופות, נחצה קו אדום. דעת הרוב סולברג: מלטש את מגדלי העופות (לטענתו לא מרחיב). ישנם שני שלבים: **א**. מתן הזדמנות לגבש עמדה. **ב**. דיון מינימלי הוא בסיסי לשם גיבוש עמדה.

**קריטריונים שיסיעו לדעת האם הייתה אפשרות לקיים דיון מינימלי- רשימה לא ממצה ולא מחייבת:**

1. משך הדיון- מידתיות של משך הדיון היחס להצעת החוק, מורכבותה והיקף השלכותיה.
2. השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק על נוסחה ועל תוכנה.
3. תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק .
4. כמה זמן מראש קיבלו חברי הכנסת את הצעת החוק, כמה זמן היא קיימת וכמה זמן היה להם לעיין בה.

**חשוב!** במידה ומדובר על חוק ההסדרים בקייס יש לדון האם החקיקה כלכלית באופייה.

**ביקורת** מזוז בדעת מיעוט- סולברג פורץ את ההלכה ולא מלטש אותה (הולך לגישה המרחיבה). פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות והריסון השיפוטי, הלכת מגדלי העופות צריכה להישמר למקרי קיצון בלבד (היו לדעתו מקרים יותר קיצוניים). בנוסף, עלול לסתור את המציאות הקואליציונית היום.

**סיכום**- הליכי חקיקה: ביקורת נמוכה.

**המשפט החוקתי המוסדי**

**הכנסת ובחירות לכנסת**

הרשות המחוקקת והמכוננת, למרות שאין חוק יסוד חקיקה שמסדיר זאת.

**ס' 4 לחוק יסוד הכנסת- שיטת בחירות**

הס' היחיד שמשוריין. לפני המהפכה החוקתית בוטלו 4 חוקים, כולם כי לא עמדו בו. (ס' 46 משלים)

**שיטת הבחירות – הדרישות בס '4 לחו"י הכנסת:**

1. **כלליות -** כל אזרחי המדינה, לא רק קבוצה מסוימת במדינה.
2. **ארציות -** כל שטח מ"י נחשב לאזור בחירה אחד, לעומת המודל האמריקאי. רציונל: הנבחרים לא ידאגו לאינטרסים רק של אזורים מסוימים.
3. **ישירות -** בארץ אנו בוחרים ישירות במפלגות בהן אנו מעוניינים לפי השקפתנו, אך הממשלה נבחרת בבחירות עקיפות.
4. **חשאיות-** החשיבות של החשאיות היא בכך שאנו מגנים על היכולת של אזרח להצביע לפי מצפונו ולצמצם השפעה לא ראויה מאחרים. מצד שני, יש פגיעה בעיקרון השקיפות. **לדעת המרצה, פרסום התפלגות ההצבעה לפי קלפיות זה בעייתי כי זה פוגע בעיקרון החשאיות.**

בבחירות האחרונות נעשה העיקרון אקטואלי- חוק המצלמות. האם החשאיות צריכה להיות בכל מתחם הקלפי או רק מאחורי הפרגוד.

1. **יחסיות -** חלוקת המושבים בכנסת ביחס זהה ליחס של הקולות (%20 מהבוחרים הצביעו בעד מפלגה מסוימת, יהיה לה %20 מהמושבים). יש לזכור שקיימים הסכמי עודפים ואחוז חסימה.

בג"צ גוטמן **-** העלו את אחוז החסימה מ-%2 ל3.25%. נטען שזה פוגע בעיקרון **ב"עיקרון הייצוג"** (נגזרת של בחירות יחסיות) גרוניס טוען שצריך אחוז חסימה כי הוא מאזן בין **עיקרון המשילות** (הקטנת מספר המפלגות הקטנות שמקשות על ניהול ממשל ומביאות לסחטנות פוליטית)- שהממשלה תוכל להתנהל, לבין עיקרון הייצוג (מורחב להלן). גרוניס (רוב) -ההסדר חוקתי, אך העתירה נפסלת עקב חוסר בשלות. עיסוקו של גרוניס בסוגיית הייצוג:

**ייצוג פורמלי- מספרי-** כלומר שבהתאם לדפוסי ההצבעה כך המושבים בפרלמנט יחולקו.

**ייצוג מהותי -** ייצוג של **קבוצות שונות ודעות שונות בחברה** ייצוג מהותי מתחלק לשניים –

1. **ייצוג רעיונות -** האידיאולוגיות השונות יקבלו ייצוג (לדוגמה- גם מי שבעד לגליזציה לסמים וגם מי שנגד לגליזציה של סמים). גרוניס דוחה את הטענה הזאת- קשה להגיד שיש חובה כזו על המדינה, יש יותר מדי רעיונות.
2. **נציגות כנוכחות (גישת גרוניס) -** לא מתייחסת לאידיאולוגיה אלא **למאפייני האוכלוסייה/קבוצתיים -** מאפיינים דמוגרפיים כמו מגדר, גזע, ואולי גם נטייה מינית. אךיש רק שתי קבוצות אוכלוסייה שמהוות מיעוט מאובחן - **המיעוט הערבי-ישראלי והמיעוט החרדי (אולי יש עוד).**

**מה הרף?** שאלה חמקמקה. במקרי קיצון קל להכריע, אבל במקרה הנ"ל יש לדחות את העתירה על חוסר בשלות (כל הנאמר הוא אוביטר).

ג'ובאראן- דעת מיעוט- לא צריך לדחות על בשלות, יש סכנה ממשית לחוסר ייצוג של מפלגות ערביות.

**בפועל-** נוצרה הרשימה המשותפת. עולה השאלה האם באמת יש ייצוג לכלל הערבים בכנסת?

6. **שוות (לבחון בחוסר שוויון)- סעיף זה משוריין בחו"י,** ולכן ע"פ בג"ץ ברגמן (חלוקת מימון בחירות),התוכן פוגע בשוויון. בפס"ד גוטמן - גרוניס מסכם את התפיסות שעלו בברגמן.

* **מה הכוונה בחוק לא שוויוני לפי ברגמן וגוטמן?** 
  + בגרעין של עקרון זה מצוי הכלל לפיו "**קול אחד לכל אחד"** (טענת העותרים שזו בלבד הכוונה).
  + **גם בזכות להיבחר** וכל אחד מההיבטים של שיטת הבחירות המופיעים בסעיף 4- **הזכות לבחור, והזכות להיבחר.** (הרחבה של ביהמ"ש)
  + **שוויון הסיכויים של הרשימות השונות להיבחר**. לדעת גרוניס – אם ההסדר הוא ניטראלי אין פגיעה בסיכויים (הרחבה של ביהמ"ש). מנגד פוגלמן טוען, חוק שנראה נטרלי הוא לאו דווקא כזה הלכה למעשה.

בנוסף- צריך לקחת בחשבון שאלו חוקים שהכנסת הרי מחוקקת לעצמה והכנסת תנסה תמיד להטיב עם עצמה ולפגוע בחלשים ולכן יש לגלות חשדנות כלפי החוקים האלו (פגיעה במיעוטים).

* **שוויון פורמלי או מהותי:** (הרחבה של ביהמ"ש)
  1. **שוויון פורמלי (לא אומץ)-** במובן הבסיסי בו כולם מקבלים אותו דבר.
  2. **שוויון מהותי (אומץ בפסיקה-גרוניס בגוטמן) - מבחינה מהותית – נבדוק האם פרופורציונאלי, האם יש הבדל שיכול להצדיק אי שוויון פורמאלי.**

ברגמן: גרוניס- לפעמים יש שוני רלוונטי בין הקבוצות, ואז אם נעניק בדיוק אותו דבר לכולם- נביא לחוסר שוויון**.** במקרה זה הפער היה קיצוני ולכן הוא לא היה שוויוני.

בגוטמן: גרוניס- אחוז חסימה **לא פוגע בשוויון פורמאלי** (הוא ניטרלי), ואינו פוגע גם **בשוויון מהותי** כי המשמעות של שוויון מהותי הוא שניתן להתחשב בהבדלים בין רשימות לרבות גודלן וכי יש לזכור שמלכתחילה, הסיכויים של כל רשימה לזכות לייצוג בכנסת אינם שווים - ככלל, סיכוייה של רשימה מטעמה של מפלגה קטנה וסקטוריאלית לזכות לייצוג בכנסת אינם שווים לסיכוייה של רשימה המוגשת מטעמה של מפלגה גדולה, המייצגת מגוון רחב יותר של עמדות (בלי קשר לחוקי הבחירות). **אולם** דעתו הייתה שונה אם היה אחוז חסימה גבוה יותר (15%), שיביא לכך שההסדר שוויוני להלכה אך לא למעשה, שכן רק לרשימות בודדות סיכוי ריאלי לעבור אחוז חסימה כזה**.**

פוגלמן – לא מסכים עם גרוניס שיש לדחות על בשלות. אחוז חסימה 3.25% פוגע בשוויון הסיכויים להיבחר (הכנסת הודתה בכך), לכן ממשיך לבחון לפי מבחני פסקת ההגבלה והחוק עומד בהם.

* **שוויון בין הרשימות או שוויון בין המועמדים**?

מרכז השלטון המקומי (ראשי עיר שלא יכלו לכהן במקביל כח"כ): לנתח רק כאשר מדובר על בוחר ספציפי או פריימריז. עולות 3 שאלות:

1. כל היבט של שוויון בבחירות **שוויון ברשימות או במועמדים?**

גולדברג - שס'4 לחוק יסוד הכנסת מחייב רק שוויון בין **רשימות** ולא מועמדים. איך הוא מנמק זאת? בשיטת הבחירות שלנו אנחנו מצביעים לרשימה ולא למועמד- לכן כל ההיבטים של החוק והשוויון רלוונטיים לרשימות בלבד.

זמיר – מוכן להניח לצורך הדיון שזה חל גם על **מועמדים**.

חשין (הדעה שהכריעה)- טוען שזה בוודאות חל על **מועמדים ועל רשימות.**

1. **שוויון בבחירות לכנסת או בבחירות מפלגתיות (פריימריז**)?

גולדברג - חל רק על בחירות לכנסת ולא לבחירות מפלגתיות. הנימוק- אם אין שוויון בין מועמדים קל וחומר אין שוויון בפריימריז.

זמיר - היה מוכן להניח כי זה מתייחס גם לפריימריז לצורך הדיון אבל בסופו של דבר לא משוכנע שיש כאן פגיעה בשוויון ולכן אין צורך להכריע .

חשין (הדעה שהכריעה)- טוען שזה בוודאות תקף גם לפריימריז. פירוש ס '4 הוא כל מה שקשור לבחירות.

1. **שוויון הסיכויים וההזדמנויות בבחירות לכנסת או כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות?**

זמיר וגולדברג (הדעה שהכריעה)- אין להרחיב את היקף השוויון- צריך להישאר בגבולות שוויון הסיכויים וההזדמנויות. חשין – מרחיב את העיקרון, טוען שעיקרון השוויון חל על כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות. לא מגביל לעיקרון שוויון הסיכויים וההזדמנויות.

**ס' 5 לחוק יסוד הכנסת- הזכות לבחור**

החוק קובע 2 תנאים לזכות זו:

1. אזרח. תוספת של חוק הבחירות לכנסת: לא מספיק להיות אזרח, צריך להיות גם תושב. מה שכן – לא שללו מעולם זכות הצבעה מאף קבוצה את זכות ההצבעה (אסירים, נשים, לוקים בשכלם..).
2. גיל 18 ומעלה. תוספת של חוק הבחירות לכנסת: כל מי שיום הולדתו ה18 חל לא יאוחר מיום הבחירות.

**ס' 6 לחוק יסוד הכנסת- הזכות להיבחר**

**מי רשאי**? כל אזרח ישראלי מעל גיל 21.

**איך פוסלים זכות זו**? 3 דרישות חלופיות:

* ביהמ"ש שלל.
* ריצה מאסר של יותר מ3 חודשים ב7 השנים האחרונות.
* עבירות טרור/ביטחון חמורה, וריצה מאסר של 7 שנים ב14 שנים האחרונות.

**חריג:** בקשה להקלת תקופת הצינון, אם נטען שאין עם העבירה קלון.

**בג"צ פייגלין** (בעיה פרוצדורלית, האם פייגלין יכול לרוץ למרות שלא דיווח)**:**

פייגלין לא הצהיר שיש לו מניעה להתמודד (בגלל מאסר של 3 חודשים וכו' ...) וגם לא הגיש בזמן את הבקשה ליו"ר וועדת הבחירות המרכזית.

* **האם יש לשלול את זכותו להיבחר?**

לוין (בדעת הרוב): עצם האיחור בהגשת הבקשה ואי ההצהרה מונעים מפייגלין להתמודד, לוח הזמנים חשוב מאד.

לוי (בדעת מיעוט): הזכות להיבחר חשובה מאד, נגזרת גם מהזכות לבחור. לכן יש להשתמש בפרשנות אקטיביסטית כדי למנוע פגיעה בזכות להיבחר. לוי אומר שהחוק אוסר על פייגלין להגיש בקשה ליו"ר הוועדה אחרי שעבר הזמן, אך אין זה הסדר שלילי לגבי זכותם של צדדים שלישיים להגיש עבורו בקשה זו לאחר הזמן, ו"לפתוח לו את הדלת". במקרה זה, העותרים נגד פייגלין הם הצדדים השלישיים הללו.

* **האם יש עם העבירה קלון?**

לוין: לא דן בשאלת הקלון.

לוי: עבירת ההמרדה בבסיסה בעייתית דמוקרטית כי היא עבירה של חופש הביטוי, לכן תמיד לא נטיל בגינה קלון. בייחוד בהתחשב ב"**נסיבות המקרה**"- לא הייתה אלימות, תקופה קשה וכולי.

פרוקצ'יה, שטרסברג, בייניש, וברק: תמיד יש עימה קלון. 1.יציאה נגד הסדר החברתי הדמוקרטי. 2. היקש מס' 7(א) לחו"י הכנסת- ניתן לפסול מועמד אם הוא קורא במעשיו (אמצעים אלימים ולא חוקיים) להתנגדות הריבונות. קל וחומר ניתן לפסול מועמד שהורשע וריצה מאסר בגין זה.

דורנר וטירקל: יכול להיות קלון בהמרדה, תלוי בנסיבות. במקרה זה לא היה קלון.

בג"ץ סילבר(מייסד טלאגרס רצה לרוץ לכנסת, לא עבר תקופת צינון אבל נקבע שלעבירה שלו יש קלון):

* **הגדרת קלון?**

הכרעה ערכית מוסרית. מזוז- מושג עמום בעל רקמה פתוחה, שיכול לשאת משמעויות שונות בהקשרים שונים. הוא עמום בכוונה, כדי שיוכלו להתאימו לשינוי הנורמות.

* **איך קובעים עם יש קלון?**

1. נסיבות העבירה (החשוב ביותר)- בפס"ד מדובר על ביצוע חוזר ונשנה, מראה שהאדם לא מקבל את מרות החוק.
2. תכלית החקיקה אשר במסגרתה מופיע דבר העבירה שיש עימה קלון- **א.** האם יש זיקה בין העבירה לתפקיד (קלון פונקציונאלי). **ב.** ככל שמדובר בתפקיד יותר בכיר, נדרש רף יותר גבוה (היבט מוסדי ציבורי).
3. אופי העבירה- **א.** אם מדובר בעבירות של אחריות מוחלטת, שלא נדרש בהן יסוד נפשי או א"פ מטבען נגיש שאין עימן קלון. **ב.** עבירות שמטבע הוויתן יש עימן קלון: מהחוק- אונס, שוחד וגניבה. בפסיקה- יש הסכמה על מרמה, לגבי המרדה ועדות שקר אין הכרעה (פייגלין).

בימה"ש החליט שיש עם מעשיו של סילבר קלון.

* **האם יש חזקה שיש עם העבירה קלון?**

מזוז- חזקה סטטוטורית, לא חלוטה אלא בלתי חלוטה. (הנטל על העותר)

מינץ וברק- ארז- מצטרפים לניתוחו של מזוז, אבל מסתייגים מלקבוע חזקה סטטוטורית.

**ס' 7(א) לחוק יסוד הכנסת- שלילת הזכות להשתתף בבחירות**

\*נובע מעיקרון הדמוקרטיה המתגוננת, קיים גם בגרמניה. עם זאת הזכות לבחור ולהיבחר לרוב גוברים על שיקולים אלו.

\*לציין במבחן- ניתן להגיש ערעור בחירות (ע"ב) לביהמ"ש על החלטת ועדת הבחירות בנוגע לפסילת רשימה מלהשתתף בבחירות. לעומת זאת, כאשר ועדת הבחירות מחליטה לפסול מועמד מלהשתתף בבחירות, יש צורך באישור של בית משפט העליון (א"ב). (יש לבחון פרשנות ואמות מידה, כמעט תמיד ייפול בשלב אמות המידה, ובפרט בשלב הראיות).

**פרשנות:**

**1.כדי לפסול מועמד/רשימה יש להוכיח את אחד מהתנאים (לא מצטברים) (ס' 7 (א)(1))**

שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או/ו דמוקרטית ס' 7)(א)(1)- א"ב כסיף (זאת הפסיקה העדכנית, מבוסס על א"ב טיבי): יש לפרש עילה זו באופן צר, מינימלי וגרעיני:

**א. יהודית-** המאפיינים ה"**גרעיניים**" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מ"י מדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני ומורשתי.

**במרכזם :** זכותו של כל יהודי לעלות לא"י, שהיהודים יהוו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.

* **האם מדינת כל אזרחיה שוללת את "מדינה יהודית"?** (התעורר בעיקר בעקבות בל"ד)תלוי כוונה:

אם הכוונה היא שוויון זכויות מוחלט לכלל האזרחים- אז אין בעיה, לגיטימי.

אם הכוונה היא פירוק תפיסת מדינת הלאום של ישראל (לדוגמה- ישראל היא מדינה דו לאומית/ללא מאפיינים של מדינה יהודית)- אז יש בכך פגיעה, עילה לפסילת הרשימה.

**ב. דמוקרטית-** המאפיינים ה"**גרעיניים**" ו"**המינימליים**": הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית.

בא"ב טיבי- נקבע עוד שרשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר אינה יכולה להשתתף בתהליך הדמוקרטי שהיא מבקשת להפיל בכוח הזרוע.

פס"ד פייגלין- למי שיש קלון על המרדה לא ישתתף כי כיוון זו עבירה ששוללת את היסודות הבסיסיים של הדמוקרטיה.

רשימה ששוללת את זכות הבחירה על בסיס לאומי אתני, לא תוכל להתמודד בבחירות. (לדוגמה רשימת כ"ך).

**2.הסתה לגזענות (ס' 7(א)(2))**

יש להתחשב ביסודות ה"**גרעיניים**" או ה"**מינימליים**" של ההסתה לגזענות. שמגר בפרשת כ"ך שם את הדגש על "ליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום, קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסייה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי-אתני".

* המפלגה היחידה שנפסלה היא כ"ך, רוב המפלגות והח"כים לא נפסלים בגלל אמות המידה (המבחן הבא).
* האם זה יכולה להיות גם קבוצת מיעוט האוכלוסייה או מיעוט אתני?- לא ידוע, עניין של פרשנות
* פחות מרחיב מהסתה לגזענות של פלילי.

**3. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל (ס' 7(א)(3))** -

ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים או המועמד הבודד – אשר אינם נוטלים, הם עצמם, חלק פעיל במאבק מזוין, אך הם תומכים במאבק זה או מעודדים אותו. תמיכה זו יכולה להיות חומרית\ פוליטית, וכמוה כנטילת חלק במאבק עצמו. התמיכה יכולה ללבוש צורות שונות אשר מעניקות לגיטימציה למאבק המזוין נגד המדינה.

1. המאבק צריך להיות מאבק מזויין, ולא סתם מאבק.
2. ארגון טרור או מדינת אויב- שאלה זו התעוררה בפרשת המשט לעזה עם חנין זועבי, במקרה של בשארה דיבר בגנות הממשלה והמדינה (אבל לא תמך במאבק מזויין). בזמנו, חמאס לא הוכר כארגון טרור ולכן היא לכאורה היא לא תמכה במאבק מזוין לארגון טרור.

* ע"פ ס' 7א(א1) לח"י הכנסת – אם אדם שהה שלא כדין במשך 7 שנים במדינה אויבת, יש חזקה שהוא תומך בטרור. נטל ההוכחה להוכיח שהוא לא תומך במאבק מזוין כנגד ישראל מוטל עליו (ז"א שיש כאן היפוך הנטל, בשונה מבדר"כ).

**אמות המידה:**

**מה הרף שנדרש לעבור?** (נקבעו בטיבי, אפשר לראות אותן גם בכסיף.)

**על מועמד/רשימה**:

* + 1. "שיש במטרותיה"- הכוונה ל-"מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" הרשימה בעמוד הקודם היא דוגמא למטרות שליליות .
    2. הצהרות מפורשות- מטרותיה הדומיננטיות והמרכזיות של הרשימה – ובאותה מידה מעשיו של מועמד לבחירות במסגרת רשימת מועמדים – נלמדות הן מהצהרות מפורשות שיש בהן היגד ישיר, והן ממסקנות מסתברות המשתמעות באופן חד-משמעי.
    3. פעילות אקטיבית למימוש הרעיון-לא די במטרות בעלות אופי תאורטי (משאלת לב). יש להראות כי רשימת המועמדים "פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמתו". חייבת להיות "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית ולבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה.
    4. הראיות הנדרשות (החשוב ביותר)- הראיות המבססות את המטרות והמעשים של רשימת מועמדים או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות"- **מסה קריטית** של ראיות. בן גביר לעומת בן ארי בכסיף.
* הרף הנדרש- יותר מאזרחי, פחות מפלילי.
* נטל ההוכחה- הנטל על הטוען לפסילת הרשימה/מועמד. אם מתעורר ספק לגבי דיות הראיות, יפסק שלא לפסול.

חריג: ס' 7(א)(1)(1).

 לציין כי על אף האמור לעיל (לגבי מועמד והן לגבי רשימה), ביהמ"ש מייחס משקל רב לזכות לבחור ולהיבחר והנטייה היא לא לפסול רשימות ומועמדים.

