סמכותו של ביהמ"ש לדון כבג"ץ, מעוגנת **בס' 15 ו 15 ג** והורחב ב**ס' 15ד** לחוי השפיטה. על פי הפסיקה **מבנק המזרחי** והלאה, בסמכות ביהמ"ש לבטל חוקים הסותרים חוקי יסוד. בנוסף, יש שופטים ומלומדים שטוענים כי הסמכות לבטל חוקים אינה נתונה רק מכוח חוקי יסוד אלא גם מכוח פגיעה בעקרונות יסוד של השיטה (חשין ב**חוק טל**), אך גישה זו לא התקבלה בפסיקה.

תחילה נבחן האם העתירה עומדת **בעילות הסף**, כלי להתמודדות עם העומס על ביהמ"ש ומנגנון לריסון אקטיביזם שיפוטי.

**זכות עמידה**: האם לעותר יש זכות להגיש את העתירה. \*\*\* (להלן: העותרים) יטענו שלפי הגישה המסורתית
עומדת להם זכות העמידה כיוון שהינם בעלי אינטרס אישי ממשי וישיר שכן הם הנפגעים הישירים מהחוק. מנגד
המדינה תנסה לטעון שהם אינם כאלה יישום. בנוסף, ב**אלוני שמגר** בדעת הרוב, הכיר בעותר ציבורי ללא אינטרס אישי, אם העניין נושא אופי ציבורי ממשי הנוגע לשלטון החוק כשלא קיים עותר בעל אינטרס אישי (לדעת שמגר, אין נפקות אם העותר הוא ח"כ. לדעת מזוז ברזבוזוב יש נפקות) יישום.

**פרוקצ'יה** **בלירן** (הלכה) הרחיבה ומכירה בעותר הציבורי במקרים הנוגעים לשלטון החוק ולאכיפת עקרונות חוקתיים או לפגמים במנהל הציבורי (כמו שחיתות או מרמה). יישום

**חריג**: אם קיים נפגע ישיר רק הוא זה שיעתור ויידחה העותר הציבורי. יישום. אך מתקיים גם **החריג לחריג**: אזרח שנפגע נמנע מלעתור אך הסוגיה בעלת חשיבות מרבית לזכויות כלל האזרחים שצוינו. יישום הזכות החוקתיות.

כיום ישנה מגמה בפסיקה לחזור לצמצום בזכות העמידה **סולברג בהר שמש, עיר עמים.** לכן המדינה תטען שיש לדחות את העתירה כי יש נפגע ספציפי מהחוק. יישום

העותרים יטענו שחוק זה פוגע בנשמת אפה של הדמוקרטיה (לעיל) ולכן עומד בעילת הסף.

**שפיטות:** האם ראוי שביהמ''ש יכריע בנושא העתירה. **ברק ברסלר (ההלכה)** יוצר הבחנה בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית כאשר נורמטיבית הכל שפיט (**שריד**) ומוסדית שואל האם ראוי כי ביהמ״ש יהיה הגוף המתערב בסוגיה משום שאם יתערב יפגע באמון הציבור בביהמ"ש או יפר את הפרדת הרשויות או הטיעון האנטי-רובני. (ליישם בשיקולים מה שאפשר). העותרים יטענו כי ביהמ״ש חרט על דגלו הגנה על זכויות אדם ועל כן עליו להתערב.
מנגד, המדינה תטען ש**שמגר** סובר שבמקרה שהמסה העיקרית אינה משפטית עדיף לא להכניס את הסוגיה לכותלי ביהמ״ש.

המדינה תטען לדעת **אלון בז'רז'בסקי** שלא הכל שפיט **(אקרמן)**. יש להפעיל ביקורת שיפוטית בריסון רב, התערבות ביהמ"ש תוביל להתערבות בוטה בפעילות הרשות המחוקקת , שכן החוק עבר ברוב נדרש. אי ריסון זה יוביל לפגיעה באמון הציבור ברשות השופטת

 \*מקרה זה הינו מקרה מובהק של בטחון פנים/פולטיקה ולכן אין זה ממקומו של בגץ להתערב**(הס)** יישום.

\*כמו כן, סוגיה שלכאורה מפלה ציבור מסוים, היא שאלה חברתית הניתנת לשיקול דעת מדיני בלבד (**רזבוזוב).**

**בשלות:** האם העתירה בשלה להכרעה שיפוטית? הנטל על העותרים.

**במידה והחוק הועבר**: החוק נחקק וכבר עברה \*\*\*\* מאז חקיקתו, כיוון שהחוק יושם וישנה תשתית עובדתית מספקת, ניתן לראות את הפגיעה ועוצמתה ולכן הבשלות תעמוד (**נאור בתיכון הערבי וריבלין בשוק הון).** בנוסף, העותרים יטענו לחריג שהובא **בהפרטת בתי הסוהר** שכאשר יש פגיעה בזכויות אדם והנזק הוא ברור העתירה תעמוד בבשלות.

**במידה והחוק עוד לא הועבר/עבר לפני זמן קצר:** **המדינה תטען** כי החוק אינו בשל לפי **נאור** **בתיכון הערבי**, **ריבלין בשוק ההון וגרוניס בגוטמ**ן שסברו שכאשר חוק עדיין לא הוחל ולביהמ"ש אין תשתית עובדתית מספקת לא ניתן לדון **יישום.**

מנגד, **נאור** **בהפרטת בתי הסוהר** מכירה באפקט המצנן כחריג. העותרים יטענו שנעשתה פגיעה קשה בדמוקרטיה או פגיעה קשה בזכויות הפרט ותגבה מחיר כבד בכך ש... בייניש במרכז האקדמי מכירה בחריג של פגיעה בזכויות הפרט או ליבת הדמוקרטיה יש פגיעה

**גרוניס בסבח הלכה**, מבחן דו שלבי: האם נושא העתירה משפטי או עובדתי והאם יש סיבה לדון למרות העדר תשתית עובדתית. המדינה תטען שהנושא עובדתי ואין תשתית האם החוק יפגע או לא, האם יאכף ולכן אין לדון.

 העותרים יטענו שהנושא משפטי ואין צורך להמתין לתוצאות הפוגעניות וליצור אפקט מצנן (**סבח**, **התיכון** **הערבי**)

**המדינה תטען** לפי **גובראן בסבח וחיות באיכות השלטון** –אי מיצוי הליכים. היה על העותרים לפעול בפנייה לרשות מוסכמת לפני הגשת העתירה בחיפזון שכזה. מנגד העותרים יטענו שאין להקפיד מידי על מיצוי הליכים **(נאור איכות השלטון)**

**העותרים** יטענו לגישת **הנדל בסבח** להכרה **בבשלות חלקית.** העותרים יטענו שהסעיפים XX בהם הפגיעה ברורה ניתן לפצל את הזכות הנפגעת משאר הדין מכיוון שמדובר בזכויות מהותיות שנפגעות, תיחשב שאלה מהותית ופיצולה יצמיח תועלת לציבור וימנע נזקים עתידיים יישום. **מנגד המדינה** תטען כי הסעיפים מורכבים אחד מתוך השני, כולם לא הוחלו עדיין ולכן לא ניתן לפצלם**.**

**במידה והחוק שהוצע הוא חוק יסוד –** נעבור לחלק הרלוונטי בסיכום.

**שינוי או פגיעה בחוק/י היסוד** (ההבחנה עפ''י **בנק המזרחי**):

עפ''י ס' 46 לחו''י הכנסת ושמגר במזרחי, שינוי יכול להיות בין במפורש בין במשתמע. כאן מדובר במפורש/במשתמע

מדובר בפגיעה בנורמה חוקתית קיימת ולכן **מדובר בפגיעה** ולא בשינוי חו"י XXX. מאחר ולא כתוב באירוע שהחוק החדש הוא חוק יסוד, על פניו ניתן לומר שחוק זה אינו בא לבטל את חוק יסוד XXX אלא בא לפגוע בזכות המעוגנת בחוק היסוד.

חוק שחוקק לפני 92 ולכן מעוגן לפי ס'10 (שמירת הדינים) בחו"י כבוד האדם.

* חו"י חופש העיסוק ס'3
* חו"י כבוד האדם (מנויות)
* הזכות לחיים ולשלמות הגוף. ס'2- שמירה עליו פאסיבי; ס'4- הגנה עליו אקטיבי (זוהי גם זכות אדם וגם חוקתית)
* קניין ס'3 – זכותו של אדם לעשות בקניינו כרצונו
* חירות ס'5 (מעצר/מאסר/הסגרה או בכל דרך אחרת)
* חופש התנועה ס'6 – רק אזרחים נכנסים
* זכות לפרטיות ס'7
* חו"י כבוד האדם (לא מנויות, נגזרות)
* **שוויון** **– אליס מילר**
* **זכות לכבוד ולאוטונומיה** – **(דעקה + פרשת חוק טל**.)
* חופש העיתונות, זכות ההפגנה והמחאה – **קול העם, אבנרי ואילנה דיין** – זכות חוקתית! **מטה הרוב-**זכות להגנה. חובה על המשטרה להגן מפני קהל עוין.
* **חופש לדת ומדת** - **מגילת העצמאות**
* **הזכות לחיי משפחה**- **עדאלה- דיון של ברק**
* **הזכות לקיום מינימלי בכבוד**- **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, חסן: בינייש.**
* **חינוך רשימת המעקב העליונה**
* **חופש הביטוי** **קול העם**
* חו"י הכנסת
* שוויון הבחירות, בחירות יחסיות ועקרון הייצוג ס4
* זכות לבחור/ להיבחר ס5,6
* סמכות הרשות המבצעת – ס1 לחו"י הממשלה
* עיקרון אי תלות שיפוטית ס2 לחו"י השפיטה
* עקרון הפרדת הרשויות – משתמע מהדמוקרטיה **בהפרטת בתי הכלא** (צ"ע). **בלאור ברק** הכיר בכך שניתן לבטל חוק על בסיס זה אך בפועל לא יישם. **במתווה הגז** נמנעו מלבטל עקב עיקרון זה.

**זכות חיובית מול זכות שלילית-"הטרילוגיה החוקתית"
ברק**: יש שלושה היבטים שונים לזכויות של המדינה כלפי הפרט:
.1הזכות להוקרה (ס' 2+8ח"י כבה"א) – המדינה מחויבת לכבד זכויות וצריכה להימנע מלהפריע למימוש הזכות, פסיבי.
.2הזכות להגשמה (ס' 4ח"י כבה"א)– למדינה יש חובה להגשים זכויות, אקטיבי. **(אדוארדו בייניש)**
.3הזכות להגנה – המדינה מחויבת לפעול כדי להגן על הזכויות מפני צד ג,' אקטיבי. **(מטה הרוב)**

**מה קורה כשיש פגיעה בשוויון גם מכוח ס' 4 לחו''י הכנסת וגם מכוח חו''י כבוד האדם וחירותו:**

בטרם אדון בשאלת הפגיעה בכל חוק בפני עצמו, נראה שבענייננו תעלה השאלה מה קורה כשיש פגיעה בשוויון מכוח מכוח ס' 4 לחו''י הכנסת וגם מכוח חו''י כבוד האדם. ישנן שלוש גישות לבחינת מקרה זה – (1**) חוק ספציפי גובר על כללי**: נדון רק לפי ס'4 לחו"י הכנסת. (**2) צריך לחול במצטבר**: נדון בשניהם. (3) **דרישת חלופיות**: אפשר לבחור האם לדון לפי חו"י הכנסת או לפי פסקת ההגבלה. השאלה התעוררה אך לא הוכרעה **בשלטון המקומי ובגוטמן** אם כי **גרוניס בדעת יחיד בגוטמן** נטה לאפשרות הראשונה, לפיכך ניישם את כל האפשרויות.

נפתח בביקורת שיפוטית סובסנטיבית (לעניין תוכן החוק) לפי תורת 3 השלבים (**מזרחי וחסן**):

**שלב ראשון: שאלת הפגיעה – האם קיימת זכות; האם היא מעוגנת בחוקי היסוד; מהו היקפה; האם החוק פוגע בזכות**

**נטל ההוכחה** על העותר (**ברק בעמותת מחויבות וגרוניס במפיצי הסיגריות**)

**ברק** בספרות מציין שלושה היבטים שונים לזכויות של המדינה כלפי הפרט:הזכות להוקרה (ס' 2+8ח"י כבה"א) – זכות שלילית - המדינה צריכה להימנע מלהפריע למימוש הזכות, (אין פוגעים ב..). זכויות חיוביות - הזכות להגשמה (ס' 4ח"י כבה"א)– למדינה יש חובה להגשים זכויות, אקטיבי. **(בייניש באדוארדו)** הזכות להגנה – המדינה מחויבת לפעול כדי להגן על הזכויות מפני צד ג,' אקטיבי. **(מטה הרוב)**

אציין כי הזכויות שנפגעו במקרה דנן הן \*\*\*\*\*
מתוכן הזכויות המנויות הן:\*\*\* שמעוגנת ב\*\*\*. והזכויות הבלתי מנויות הן:\*\*\* שהינן נגזרות של חו״י כבוד
האדם וחירותו.

\*אציין כי לכל הזכויות מנויות/לא יש לפחות את ההיבט השלילי שברק מכנה הזכות להוקרה, להימנע מלפגוע

נשאלת השאלה האם ניתן לגזור אותן מכבוד האדם, ישנן 4גישות:
הגישה המצמצמת (**גידי ספיר ודני סטטמן**) הסוברת כי כבוד האדם אינו מקור לזכויות נוספות (לא התקבל בפסיקה). לפיכך לא ניתן לגזור את הזכויות הלא מנויות בעניינינו

גישת מבחן ההשפלה **דורנר במילר**- רק זכויות בהן הפגיעה גורמת לביזוי והשפלה יישום על כל אחת מהזכויות המנויות.

גישת הביניים המרחיבה **הלכה, ברק באיכות השלטון** הזכויות הנגזרות קשורות בקשר הדוק לכבוד האדם: השפלה וביזוי, האדם כתכלית ולא כאמצעי במובן הקאנטיאני, וגם כבוד במובן הרחב של אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה (אנתח בהרחבה גם בהמשך). יישום לעניינו הזכויות XX אכן מוגדרות ככאלו כיוון שהם עניין מרכזי הקשור בקשר הדוק לכבוד האדם.

הגישה המרחיבה- כבוד האדם הוא המקור לכל הזכויות(**ברק בכתיבה אקדמית**). לפיכך ניתן לגזור את הזכויות הלא מנויות בעניינינו

העותרים יטענו כי הינם עומדים בדרישה שהתקבלה להלכה ולכן יש לעבור להיקף הזכות.
**נכון לגבי כל הזכויות שאמנה להלן – היקף הזכות,** לפי **ברק בעדאלה (הלכה)** היקף הזכות יתפרש באופן רחב ולאיזונים יהיה מקום בשלב פסקת ההגבלה. מנגד, **חשין בעדאלה** סבר שגם בשלב זה יש לאזן, לכך הצטרף **גרוניס בשטנגר ומפיצי הסיגריות** אך ההלכה כברק.

**היקף זכויות**

**פגיעה בכבוד האדם:**

**מהי הזכות שנפגעה והאם מעוגנת?** הזכות לכבוד כתובה בס' 2 (הזכות להוקרה), ו4 (הזכות להגשמה ולהגנה מצד ג) לחו''י כבוד האדם, אך ביהמ''ש גזר ממנה משמעות רחבה. ננתח כעת את משמעות הזכות בהתאם **לגישת הביניים המרחיבה** שהתקבלה בפסיקה. **מהי היקף הזכות והאם נפגעה:** 1. במובן של איסור השפלה או ביזוי: גישה מצמצמת **(קטלן**- חוקן לאסירים**)** יישום2. במובן הקאנטיאני: לגישה זו ראייה באדם כאמצעי או כחפץ ולא כמטרה פוגעת בכבוד האדם (יושם **באדם, פלונים**, **המרכז האקדמי**) יישום 3. במובן של אוטונומיה (**דעקה**, **התנועה לאיכות השלטון**): כבוד האדם כולל את הזכות לגבש את אישיותו, שאיפותיו ורצונותיו ולעצב את חייו בהתאם לרצונו מבלי שיגבילו אותו בכך. יישום **האם הזכות נפגעה?** יישום

**פגיעה בזכות לכבוד במובן של אוטונומיה:**

הזכות לאוטונומיה הוכרה בפסיקה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד ופורשה בפסיקה רבה ככוללת בהיקפה את האטונומיה של הפרט (**דעקה, ברק בעניין חוק טל**) מהווה ביטוי מרכזי לזכותו החוקתית של כל אדם לכבוד, שכוללת בין היתר את זכותו לגבש את אישיותו באופן חופשי כרצונו לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לעצב את חייו ואת גורלו לגבי כל ההיבטים המרכזיים של חייו. **האם הזכות נפגעה?** יישום

 **הזכות לחיי משפחה:**

אינה מעוגנת במפורש בחוקי היסוד, אך הוכרה בפסיקה כנגזרת מכבוד האדם במובן של אוטונומיה (**עדאלה איחוד משפחות**) **דעת ברק** (רוב): הזכות מתפרשת גם על הזכות לחיות עם בן הזוג הזר בישראל. **מנגד חשין**: הזכות לחיי משפחה, הנגזרת מכבוד האדם, כוללת את הזכות להתחתן עם אזרח זר אך לא כוללת את הזכות שבן הזוג הזר יקבל מעמד בישראל. **האם הזכות נפגעה?** ליישם על המקרה

**הזכות לקיום מינימלי בכבוד:**

**הזכות לקיום מינימלי בכבוד**- **עמותת מחויבות; חסן: בינייש-** אינה זכות נגזרת אלא נמצאת בגרעין הזכות לכבוד. דיון בהיקף הזכות לעיל.

**האם הזכות נפגעה?** יש לבחון מהו הרף המינימלי לקיום בכבוד. על העותרים הנטל להראות שיש פגיעה. יישום

**הזכות לפרטיות**

מעוגנת בס'7 לחו"י כבוד האדם כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

**האם הזכות נפגעה?**

**שוויון:** (**גיוס בחורי ישיבות, דורנר במילר**)

זכות בלתי מנויה. נגזרת (לעיל) מהזכות לכבוד בחו''י כבוד האדם **(ס' 2,4).**

שוויון פורמאלי – יחס שווה לכולם (לדוג' קול אחד לכל אחד בבחירות). שוויון מהותי – יחס שווה לשווים ושונה לשונים (לדוג' מיסוי פרוגרסיבי) זהו הרעיון האמיתי של שוויון (**גרוניס גוטמן**). ולכן נבדוק האם ישנה הצדקה להתייחס לאנשים בצורה שונה– האם יש שוני רלוונטי. יישום

כאשר יש פגיעה בשוויון על בסיס מין/ גזע **דורנר במילר-** יש להעמיד את **מבחן השוני הרלוונטי הכפול:** לבחון האם השיקול הוא רלוונטי ואם כן לבדוק האם התחשבות בשוני מוצדקת בנסיבות העניין.יישום

**סולברג בכספי** – יש הבדל אם מדובר בהחלטה של הרשות המבצעת/המנהלית שפוגעת בשוויון לבין חוק שפוגע בשוויון. במנהלי – חל מבחן השוני הרלוונטי לעיל. אך אם זה בתחום החוקתי – רק אם מדובר בדבר חקיקה הכולל הבחנה המבוססת על השתייכות דתית/לאומית/מגדרית – רק אז נאמר שיש פגיעה.

**אם כתוב במפורש שהחוק פוגע** ניתן לומר שיש אפליה ישירה. **ואם לא** אז כותבים שלא כתוב במפורש ובוחנים האם זה אפליה תוצאתית (**סולברג בכספי**)

**פגיעה בזכות לחירות:**

מעוגנת **בס'5 לחו"י כבוד האדם**.  **מה היקף הזכות?** דיון לעיל. **האם הזכות נפגעה?** יישום

**פגיעה בזכות לקניין ובחופש העיסוק:**

מעוגנת **בס'3 לחו"י חופש כבוד האדם והזכות לחופש העיסוק מעוגנת בחו"י (ס'3)**.

זכותו של כל האדם לעשות בקניינו כרצונו(**מפיצי הסיגריות**). אין פוגעים בקניינו של אדם. זכותו של כל אדם לעסוק במקצועו ועיסוקו. עיסוק הוא פעילות מתמשכת היכולה להוות בסיס לחיים יישום

**מה היקף הזכות?** ראה דיון לעיל

לפי **סולברג בלוי** יש לבחון את טיב העבודה, היקפה, משך העיסוק, מידת ההגבלה המוטלת עליה, ומידת פגיעה בחירותו של המבקש לעסוק בה וביכולתו לעצב את אישיותו על פיה. **יישום**

**בז'רנו חשין** - הזכות היא זכות אזרחית ולא אדם יישום מי המועסק מאיפה מגיע

**האם הזכות נפגעה?** שני סוגי פגיעה: שלילה והגבלה, שלילה פגיעה חריפה יותר. לפי **גרוניס במפיצי הסיגריות** הבחנה תעשה ע"י בחינה של הגדרת העיסוק וטיב הפגיעה. יישום הפסיקה הרחיבה את הזכות אפילו לעיסוקים שליליים

אמנם חו"י ע"פ לשונם נועדו לבני אדם אך ככלל נקבע שזכויות יחולו גם על תאגידים פרטיים.

**פגיעה בס'4 לחו"י הכנסת:**

פגיעה או שינוי?

ברגמן (עד 92) אין הבדל בין פגיעה לשינוי. החוק צריך לעמוד ברוב של 61 קולות ו-3 קריאות.

בנק המזרחי – יש הבחנה. בפגיעה נדרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. בשינוי: נדרש רוב של 61 קולות ו-3 קריאות.

גוטמן – ג'ובראן (+נאור, רובינשטיין, חיות, מלצר. ברק בכתיבה אקדמאית) שינוי – דרישת הרוב המיוחס שבס' 4 ולעשות זאת באמצעות חו"י. פגיעה – עמידה בדרישות של פסקת ההגבלה השיפוטית.

מדובר בפגיעה ולכן:

יש **שריון** של הסעיף. **בס' 46** לחו"י מופיע הרוב הנדרש לשינוי הסעיף (**רוב של 61** חכ ב3 קריאות)

**בחירות כלליות** – כל האזרחים מעל גיל 18 יכולים להצביע (ס' 5 ו6 לחו"י הכנסת; גם הזכות לבחור ולהיבחר, אם רלוונטי אז לציין שאדון בהמשך, אם לא- לסתור כבר עכשיו) יישום אם רלוונטי

**בחירות ארציות** – כל שטח המדינה הוא אזור בחירה אחד (בניגוד לשיטה של בחירות אזוריות). יישום אם רלוונטי

**בחירות ישירות** – האזרחים בוחרים את חברי הכנסת באופן ישיר, להבדיל משיטה בה בוחרים אנשים להם נותנים את הסמכות לבחור בשם העם. יישום אם רלוונטי

**בחירות חשאיות** – אף אחד לא יודע למי כל אחד מצביע (הצבעה מאחורי פרגוד). המטרה היא שלא ניתן יהיה להפעיל לחץ על הבוחרים ולהבטיח חופש בחירה אמיתי. יישום אם רלוונטי

**בחירות יחסיות ועקרון הייצוג –**

**גרוניס בגוטמן –**  קובע כי לעקרון הייצוג שני מובנים מרכזיים:

**המובן הפורמלי** – בהתאם לקולות הבוחרים, כך המושבים בפרלמנט יחולקו - ייצוג מספרי. יישום

**המובן המהותי**­ – ייצוג של **קבוצות שונות ודעות שונות בחברה**: העותרים יטענו שפוגע ב**ייצוג רעיונות** – הדעות והאידיאולוגיות השונים לא מקבלות ייצוג. יישום. מנגד המדינה תטען ש**גרוניס בגוטמן** דחה את גישה זו וקבע שהדגש הוא על **נציגות כנוכחות** המתייחסת על ייצוג על בסיס מאפיינים מסוימים של הציבור המיוצג (מגדר, גזע, נטייה מינית). אך העותרים יטענושלשיטתותקף רק לגביי שתי קבוצות אוכלוסייה שמהוות מיעוט מאובחן - **המיעוט הערבי-ישראלי והמיעוט החרדי.** במקרה שלנו לXXX (ערבי/ישראל) אין יכולת להיות מיוצגים בכנסת, דרישת היחסיות לא מתמלאת ויש לבטל את החוק.

המדינה תטען שעקרון הייצוג נועד אלא רק למנוע מצב שמיעוטים מסוימים לא יזכו לייצוג בפרלמט. יישום

\*קיימת דעת מיעוט של **ג'ובראן** לפיה אין צורך להמתין לתוצאה, מאחר שניתן להסתכל על התוצאות של הבחירות הקודמות ולהבין האם מפלגה כזו או אחרת תעבור את אחוז החסימה החדש.

**שוויון בבחירות –** גוטמן

לפי **לנדוי בברגמן עקרון השוויון בבחירות חל גל על הזכות לבחור וגם על הזכות להיבחר**. יישום

**שוויון פורמלי (לא אומץ)** – צריך להעניק לכל אחד את אותם זכויות בדיוק. יישום**. שוויון מהותי (גוטמן, ברגמן) –** האם יש שוני רלוונטי בין המועמדים שמצדיק את חוסר השוויון יישום.

**שוויון הסיכויים של הרשימות השונות להיבחר** לדעת **גרוניס בגוטמן** – אם ההסדר הוא ניטראלי שחל על כל המפלגות אין פגיעה בסיכויים יישום. אם לא, בוחנים לפי שוויון מהותי. יישום גם **פוגלמן** מאמין בבחינת שוויון מהותי כי לפעמים יש כללים שנחזים כניטרליים יישום. 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.. יישום

כאשר יש פגיעה בשוויון על בסיס מין/ גזע **דורנר במילר-** יש להעמיד את **מבחן השוני הרלוונטי הכפול:** לבחון האם השיקול הוא רלוונטי ואם כן לבדוק האם התחשבות בשוני מוצדקת בנסיבות העניין.יישום

**חובת שוויון גם בין מועמדים (השלטון המקומי)** יישום**.**

**שוויון גם בבחירות מפלגתיות (פריימריז) ולא רק בבחירות לכנסת (השלטון המקומי)** יישום**. מנגד, גולדברג טען שפריימריז לא נחשב**

**פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר ס'5 + 6(א) לחו"י הכנסת:**

**הזכות לבחור:** נגרמת פגיעה כאשר יש חוק ששולל מאזרח להצביע מעל גיל 18 . הסעיף לא משוריין ולכן שינוי יתבצע ברוב רגיל. **ס'5**

**הזכות להיבחר: 6(א) לחו"י הכנסת** לכל אזרח מגיל 21 ומעלה ישנה זכות להיבחר. **המגבלות לזכות**: אם שלל ביהמ"ש את הזכות יישום , נידון למאסר 3 חודשים ומעלה ולא עבר 7 שנים מסיום ריצוי המאסר יישום, הורשע בעבירת טרור/ביטחון ונאסר למעל 7 שנים לא יוכל לרוץ לכנסת 14 שנה מסיום המאסר יישום.

**חריג למגבלות**: ח"כ יכול לפנות בבקשה ליו"ר וועדת הבחירות שיכריז שאין בהרשעתו קלון, כך יוכל לרוץ לפני תום תקופת הצינון. יישום

**חריג לחריג**: אם ביהמ"ש בהליך שהרשיע את אותו אדם קבע שיש קלון - אז יו"ר וועדת הבחירות לא יכול עכשיו לקבוע שאין קלון.

**שאלת הקלון: פייגלין- לוין רוב:** מדגיש את החשיבות בעמידה בדרישות הטכניות (הגשה בזמן) ע"פ האינטרס של פייגלין ולכן לא דן בכלל בשאלת הקלון יישום.

\*ספציפי על עבירת המרדה: **שטרסברג-כהן, פרוקצ'יה, בייניש, ברק** אומרים באוביטר כי יש בעבירת ההמרדה קלון, משום שהיא מראה ניסיון לשנות בכוח את השלטון הדמוקרטי, את הכרעת הרוב. לוי- עבירת המרדה היא ללא קלון מאחר ומדבור בעבירות חופש ביטוי שקיים ספק לגביי הרשעתן קל וחומר לגבי הקלון שיבוא עימן.

**לוי מיעוט**- הזכות לבחור ולהיבחר הינה זכות בסיסית ולכן אין לפגוע בה בנימוק פרוצדוראלי. לכן נבחן את מקרה הקלון לגופו:

מהו קלון?-פגם מוסרי המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים ולשאת במשרה ציבורית. קביעת הקלון היא פונקציה של: **לפי סילבר**. 1. נסיבות העבירה- (הכי חשוב!) למשל ביצוע חוזר ונשנה יישום 2. תכלית התפקיד שהמועמד מבקש - למשל מי שרוצה להיות שר תחבורה יקבל קלון על עבירות תנועה. האם העבירות שבוצעו קשורות לתפקיד הספציפי. ככל שהמשרה המבוקשת בדרג גבוהה יותר כך דרישת היעדר קלון תהיה גבוהה יותר. יישום. 3. סוג העבירה וחומרתה – יש עבירות שמטבען אין עימן קלון, למשל עברית מנהליות או עבירות אחריות מוחלטת. וההפך- רצח, אונס וכו יש קלון מובנה. יישום.

**מלצר ברוסו** – לא רוצה שיעקפו את תקופת הצינון.

**סייג למועמדות חבר כנסת שפרש מסיעתו** – **סעיף 6א לחו"י הכנסת**

**מי לא יהיה מועמד** – **ס' 7 לחו"י הכנסת**

אלה לא יהיו מועמדים לכנסת:

* + - * נשיא המדינה;
			* שני הרבנים הראשיים;
			* שופט;
			* דיין של בית דין דתי;
			* מבקר המדינה;
			* ראש המטה הכללי, צבא-הגנה לישראל;
			* רבנים וכהני דתות אחרות, כשהם משמשים בכהונתם בשכר;
			* עובדי מדינה בכירים וקציני צבא בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק;
			* שוטרים וסוהרים בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק;
			* עובדי תאגידים שהוקמו בחוק, בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק.

אלא אם כן חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור ("תקופת צינון")

**חופש הביטוי:** **(קול העם, אבנרי)** – חופש העיתונות, זכות ההפגנה והמחאה

זכות בלתי מנויה. נגזרת מחו"י כבוד האדם (לעיל). **הזכות שבה ביהמ"ש הלך "הכי רחוק" בעניין של היקף הזכות**.

**ריבלין ופוגלמן באילנה דיין:** סוברים שחופש הביטוי עומד בפני עצמו ולא נגזר מכבוד האדם. היקף הזכות כולל בתוכו את כל התוכן האפשרי ולא משנה אם הוא שיקרי\גזעני. **מנגד, כהנא:** למרות שהיקף הזכות רחב מאוד לא תמיד יאפשרו את קיומה במידה ופוגעת באופן חמור בזכויות אחרות. יישום. **סנש:** אפילו דברי שקר נכללים בהיקף הזכות לחופש הביטוי. יישום

**האם הזכות נפגעה? מבחני איזון (אילנה דיין) 1. אופי הביטוי (מסחרי או פוליטי) – בייניש בבג"ץ המפקד הלאומי** ביטוי פוליטי יקבל הגנה גבוהה יותר מביטוי מסחרייישום**. 2. סוג המגבלה –** מניעה מראש חמורה מאשר מניעה בדיעבד (לאחר הביטוי) יישום.

**\*מבחן הודאות הקרובה+ צריך פגיעה חזקה**

נראה כי ישנה פגיעה בחוק יסוד/בזכות האמורה ולכן, אבדוק האם הפגיעה היא חוקתית. בשלב זה נטל ההוכחה להוכיח שהחוק חוקתי עובר למשיבים**:**

**שלב ב – חוקתיות הפגיעה –**

**פסקת ההתגברות – חוק יסוד חופש העיסוק** – ס' 8; מיטראל

חוק יכול לפגוע בזכות לחופש העיסוק ולא לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה אם

1. הוא התקבל ברוב מיוחס של 61 ליישם

2. ייאמר בו מפורשות שהוא תקף "על אף האמור בחו''י זה" ליישם

3. נאמר שתקף ל 4 שנים. ליישם

**\*במידה והגעתי למסקנה במבחן כי חוק מסוים אינו חוקתי ניתן להציע אפשרות לחקיקה מחדש ע״י הכנסת – חקיקה שתעמוד בתנאי פסקת ההתגברות.**

נכון להיום הכנסת הישראלית עשתה שימוש בפסקת ההתגברות פעם אחת בלבד: ב**מיטראל .**

**מיטראל** שם **ברק** מציע 3 **תנאים מצטברים** בגינם תוענק הגנה לחוק שפוגע בחוי כבוד האדם וחופש העיסוק כך שנראה את פסקת ההתגברות כאילו חלה גם על כבוד האדם:

1. הפגיעה בזכויות האחרות מלבד חופש עיסוק הינה "תוצאת לוואי המתבקשת מחופש העיסוק". לא מתקיים כי יש פגיעות חמורות בשוויון/משפחה שלא חלק מחופש העיסוק

2. הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האחרות היא משנית. גם לא מתקיים לעיל

3. הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות שולית ("אינה בעלת עוצמה ממשית"). גם לא מתקיים לעיל

**לכן נדון גם במבחני פסקת ההגבלה שם הנטל להוכחה הוא על המדינה:**

**פסקת ההגבלה.** ס' 8 לכבוד האדם. ס' 4 לחופש העיסוק

* **בחוק או מכוח הסכמה מפורשת** לציין את שם החוק כפי שמופיע בקייס.

לכאורה עומד בתנאי, שכן מדובר בחוק/ הוראת שעה שנוצר מחקיקה ראשית (3 קריאות..), לפי **בייניש במפקד הלאומי (אוביטר)** הדרישה היא לחוק פומבי, נגיש, כללי, חסר עמימות, העדר שרירותיות ופרסונלי. לטעון איפה הוא אינו עומד

האם מדובר בהסמכה? **בייניש במפקד הלאומי** (מיעוט שמאוחר יותר הפכה להלכה)- ההסמכה לפגוע בזכויות צריכה להיות ברורה ומוגדרת. הסתכלות על טיב הזכות, עוצמת הפגיעה ונסיבות המקרה יישום

* **הולם את עריכה של מדינת ישראל- דמוקרטית ויהודית (ס1+2 בחוי חופש העיסוק וכבוד האדם).** מעולם לא פסלו חוק עקב רכיב זה, מכיוון שהדבר נתון לפרשנות אישית ולכן מניחים שקיים(**גובראן בגלאון**). **לוי בגלאון (מיעוט)**: יהודית- הזכות להגן על עצמנו. דמוקרטית- שמירה על זכויות אדם כמו ביטחון, לכן מתקיים

**הרחבה (כנראה לא יהיה צריך):** חוק מפלה על רקע מיעוט לאומי פוגע באופן קשה בשוויון, אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ויש לפסול. העותרים יטענו כי החוק מפלה מיעוט יישום

**"יהודית"-** זכות העם היהודי להגדרה עצמית, יכולת להגנה עצמית מפני הקמים עליו, ציונות, היסטוריה, תרבות, לשון עברית, רוב יהודי, סמל, המנון, דגל, חגים יישום.

**"דמוקרטית"-** דמוקרטיה במובן צר של זכות לבחור ולהיבחר, דמוקרטיה מהותית- כבוד לזכויות, חירות שוויון, קיום זכויות של המיעוט והפרט. העותרים יטענו אינו מקיים את דרישת הדמוקרטיה יישום.

* **נועד לתכלית ראויה:** אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית/חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה. **(איחוד משפחות, אדם)**

במקרה של ריבוי תכליות, נסתכל על התכלית הדומיננטית ואם היא ראויה, ניתן להעביר את החוק **(סולאד)** יישום – לציין מה התכלית הדומיננטית ומה המשנית

* **מידתיות-** בדיקה לפי שכל ישר ומבחן התוצאה:3 מבחנים מצטברים:

א. **מבחן ההתאמה-** קשר רציואלי בין המטרה הראויה לאמצעי הפוגעני (**עדאלה, רסלר, חסן, אדם**). יישום **\***ניתן לציין שבמידה וחוק שונה מספר פעמים הוא ככל הנראה מתאים מאחר ועבר את ההתאמות הדרושות מבחן ההתאמה לרוב יתקיים

**ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**: האם האמצעי החקיקתי אינו פוגע בזכויות מעבר לנדרש וקיים אמצעי חלופי שיגשים את המטרה (באותה המידה) תוך פגיעה פחותה בזכויות (**עדאלה, חסן, אדם**). **איסור גורף** הוא אמצעי החשוד כלא מידתי כי בד"כ ניתן יהיה להגשים התכלית באמצעים פחות פוגעניים כמו בחינה
אינדיבידואלית, או אם בלתי אפשרי- לפחות הכרה בחריגים (**עדאלה**; **חסן)** יישום – להציע אפשרויות חלופיות.

**ג. מבחן התועלת מול נזק** : הכי חשוב!! שקילת התועלת שתיגרם לציבור מול הנזק שנגרם מנקיטת האמצעי. יש להתחשב במהות הזכויות הנפגעות ובהיקף הפגיעה בהן. ככל שהפגיעה יסודית וחריפה יותר, יש צורך במשקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו (**עדאלה, חסן**). יישום . בנוסף, **מבחן המידתיות היחסית** (**בית סוריק**, **עדאלה**) אם ידוע שהפחתה קטנה של הגשמת התכלית, תביא להפחתה משמעותית של הפגיעה, זה יכול להשפיע על השיקול להפוך אותו ללא מידתי.גם אם האמצעי לא מקדם את המטרה ב100%. יישום

\*\*\* **הגבלה מראש** היא פגיעה קשה וחמורה יותר בחופש הביטוי לעומת סנקציות **שלאחר** הביטוי. יישום

\*\*\*אם מדובר על פגיעה בחופש הביטוי – המפקד הלאומי: ביטוי פוליטי/הפגנה יקבל הגנה גבוהה, ביטוי מסחרי פחות חשוב לדמוקרטיה, לציבור ולמטרות חברתיות ויזכה לפחות הגנה. יישום

**שלב ג – הסעד**

לא נדון בשלב זה אך אציין כי במידה וחוק אינו חוקתי ישנם 3 אפשרויות לסעד: בטלות מוחלטת, בטלות יחסית (**האגודה לזכויות האזרח)** או השהיית הכרזת הבטלות.

**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה** – ס' 15 לחו"י השפיטה + נמרודי

תקנון הכנסת נמצא בס' 19 לחו"י השפיטה.

על פי **ברק בנמרודי** ביהמ"ש יתערב כאשר קיים פגם היורד לשורש ההליך. **בינייש במגדלי העופות** מסבירה שהוא פגם שיש בו פגיעה קשה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה ומונה אותם במקרה זה קיימת פגיעה ב..

1. הכרעת הרוב – רוב של ח"כ. מעוגן בחו"י הכנסת. יישום
2. שוויון פורמאלי – כל קול שווה קול אחד. מעוגן בחו"י הכנסת. יישום
3. פומביות – הליך החקיקה צריך להיות פומבי ושקוף. מעוגן במפורש בחו"י הכנסת. יישום
4. **השתתפות** – לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה. החידוש. ההשתתפות כוללת לא רק נוכחות פיזית במליאה אלא גם לאפשר לחברי הכנסת את התנאים המינימאליים ע"מ שיבינו על מה הם מצביעים. יישום

\*לא כל פגיעה בעקרונות היסוד תביא לביטול חוק אלא **רק פגיעה קשה וניכרת**.

**\*הליך החקיקה הנאות** – בדיקת איכות ההליך (האם חברי הכנסת אכן טרחו להגיע, תשתית עובדתית מספקת, האם היה דיון מספק וכדו'). בייניש לא מקבלת את הדוקטרינה הזו. תפקיד ביהמ"ש בנוגע להליך חקיקה הו לאפשר לח"כים שזכיותיהם ואת זכויות בוחריהם. במידה והח"כים לא לממש את זכותם ביהמ״ש לא יתערב.

\*מנגד יטענו כי **בליצמן** ראינו על הנכונות של ביהמ"ש לא להתערב בהליך החקיקה אלא רק האם הפגם השפיע על תוצאות הליך החקיקה.

**קוונטינסקי**- שלוש הרחבות ביחס למגדלי העופות:

* + 1. מתן הזדמנות לח"כ לגבש עמדה. יישום
		2. ע"מ לגבש עמדה, יש לאפשר לחברי הכנסת לנהל דיון מינימאלי (הקראה של סעיפי החוק לא נחשבת דיון). יישום
		3. אינדיקציות לבחינת דיון ראוי (רשימה לא ממצה ולא מחייבת): יישום
	+ משך הדיון – האם היה מידתי ביחס למורכבות של החוק ולהיקף השלכותיו.
	+ השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק – נוסחה או תוכנה.
	+ תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק (רקע ונתונים שהכרחיים כדי לקבל החלטה לגבי הצעת חוק).
	+ פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק עד לדיון.

מנגד, **מזוז בדעת יחיד** מתנגד להרחבתו של סולברג.

בפועל, ביהמ"ש לא ייטה להשתמש בהרחבת הביקורת החקיקתית, **קוונטינסקי** הייתה הפעם הראשונה והיחידה עד כה שבוטל חוק לפי ביקורת שיפוטית חקיקתית.

נדון כאשר מדובר בחוק יסוד שפוגע בחוק יסוד:

**ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד**

כבר **בבנק המזרחי** צוין שכל מה שנדרש כדאי לשנות זה לכתוב בכותרת "חוק יסוד". החריג הוא עם סעיף נוקשות ששם נדרש גם רוב.

בישראל אין חוק יסוד חקיקה – שאמור לקבוע את הסמכות המכוננת והמחוקקת של הכנסת, לקבוע את הליך החקיקה של חוקי היסוד ואמור לקבוע במפורש האם ובאילו תנאים יכולה להיות ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. **וועדת נאמן ניסתה להעביר חוק זה.** כבר היה נוסח שהממשלה אישר. גם **השרה שקד ניסתה**. אך עד היום לא נראה כי דבר כזה יצליח לעבור.

**התנועה למען איכות השלטון בישראל –** **מלצר** מציג את 2 הדוקטרינות בנושא. אדון בהן בהרחבה:

**דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – ביקורת שיפוטית צורנית**.

**ח"כ רוני בר-און–** **בייניש** – שהעלתה שחיקוק חוק יסוד או תיקון של חוק יסוד **בהוראת שעה** עשויה להוות שימוש לרעה בסמכות מכוננת שיכולה לכאורה להקים עילה להתערבות שיפוטית. יישום

* קובעים בהוראת שעה שרק לממשלה הנוכחית יהיה תקציב דו שנתי במקום חד שנתי.
* בעייתי לעשות תיקונים בחוקי יסוד בהוראות שעה, זה עלול לפגוע.
* בפועל ביהמ"ש לא התערב בגלל שזה היה מצב חריג. עשו מעין ניסוי.

בהמשך, **במרכז האקדמי למשפט ועסקים - רובינשטיין** אומר שמדובר בשימוש לרעה בחקיקת יסוד. נתן התראת בטלות.

**בשפיר חיות** מסבירה את הדוקטרינה באופן מפורש וקובעת מבחן דו שלבי:

1. שלב הזיהוי: מעבר לכותרת "חוק יסוד" צריך להיות גם:
	* יציבות – לא משתנה, חל לטווח ארוך. הוראת שעה לא מתאים. יישום
	* כלליות – תכולה מבנית כללית, סוגיה רחבה ולא פרסונלית. יישום
	* התאמה למארג החוקתי הכולל – האם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי יסוד אחרים או בחוק יסוד שאליו מתווסף התיקון. לא האם התוכן חוקתי. אלא האם זה מתאים למאפיינים של משהו שמתאים לחוקה. יישום
2. מבחן הצידוק: יש לקחת בחשבון שני שיקולים מרכזיים:
	* דבר קיומן של נסיבות חריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת. יישום
	* מידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. יישום

המתנגדים יטענו לפי **ברק-ארז** שאומרת ששאלת הצידוק מכניסה את ביהמ"ש לשאלה פוליטית שאין לה מה לדון בה, זו תפקידו של המחוקק. לא מסכימה עם כך שצריך התאמה למארג החוקתי הכולל.

**דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי – מגבלות על התוכן של חו"י**.

**בחסון חיות** אומרת כי המגבלה התוכנית היחידה על חוקי היסוד היא עצם שלילת המדינה כיהודית ודמוקרטית. אך שמשאירה בצריך עיון האם יש סמכות לביהמ"ש לערוך ביקורת שיפוטית על תוכן חו"י.

**עקרון הפרדת רשויות**

**הפרטת בתי הסוהר** – בישראל עקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון חוקתי משתמע (חוק יסוד הממשלה, הכנסת והרשות השופטת) ולא מעוגן בחו"י הכנסת.

האם אפשר לפסול חוק כי הוא נוגד את עקרון הפרדת הרשויות? ביהמ"ש נקט בעמדה לפיה הוא לא מתעסק בעקרון הפרדת רשויות כעקרון יסוד, ולכן **עד היום לא קרה שבוטל חוק ע"ב עקרון זה**.

**ס' 7א לחו"י הכנסת: שלילת הזכות להשתתף בבחירות**

**בשלב הראשון**, יש להבחין בין פסילת מועמד לפסילת רשימה: החלטה של ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה את אישורו של ביהמ"ש העליון (הליך א"ב – אישור בחירות). לעומת זאת, על ההחלטה של ועדת הבחירות כי רשימת מועמדים מנועה מלהשתתף בבחירות, ניתן לערער לביהמ"ש העליון (הליך ע"ב – ערעור בחירות) – ס'7א(ב) לחו"י הכנסת.

**בטיבי** נפסק כי היקף הביקורת השיפוטית יהיה נרחב יותר במקרה של א"ב מאשר במקרה של ע"ב.

**בשלב השני** בחינת התנאים המקדימים בס'6 לחו"י הכנסת: לעיל.

**בשלב השלישי** נוכיח את אחד מהתנאים בס'7(א) לחו"י הכנסת:

1. **שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ס' 7א(א) (1))** – לפי א"ב **טיבי** יש לפרש עילה זו באופן צר, מינימלי ולהתייחס רק למאפיינים הגרעיניים של אותם ערכים. יישום

מאפייני מדינה יהודית:

* הדגש הוא פחות במובן ההלכתי ויותר במובן הלאומי.
* זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל.
* רוב יהודי.
* עברית כשפה רשמית.
* חגים וסמלים שמשקפים את התקומה הלאומית של העם היהודי.
* מורשת ישראל כמרכיב מרכזי למורשת דתית של המדינה.

מאפייני מדינה דמוקרטית:

* ריבונות העם (בחירות חופשיות ושוות).
* גרעין זכויות אדם (בין היתר כבוד ושוויון).
* הפרדת רשויות.
* שלטון החוק.
* רשות שופטת עצמאית.
1. **הסתה לגזענות:** בעצם רק הסתה קיצונית, משהו שיש בו הסתה שיטתית נגד קבוצה לאומית אתנית מסוימת שמלווה גם בקריאה לשלילה של הזכויות שלהן, ויש ביזוי שלהם וכו יישום

\*מה קורה אם מפלגה כזו כבר בתוך הכנסת? צריך לחכות לבחירות הבאות ולפסול אותם. בעניין החסינות של אותם חברי כנסת, ככ הנראה תבוטל במקרה זה.

**3. תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל (ס' 7א(א) (3)) פרשת ירדור**. ניתן למנוע השתתפות בבחירות של רשימת או מועמד אשר אינם נוטלים חלק פעיל במאבק מזוין, אך הם תומכים במאבק זה. תמיכה זו יכולה להיות חומרית/ כלכלית/ פוליטית, ונחשבת כנטילת חלק במאבק עצמו. יודגש כי הכוונה היא לתמיכה בטרור ספציפי נגד מ"י ולא כללית (**זועבי**) יישום

כמו כן יצוין שהתנהגותו של מועמד יחיד (XXX) יכולה להקרין גם על שאלת פסילת הרשימה כולה. הפסיקה (**טיבי**) קבעה מספר אמות מידה לשאלה מתי יש לפסול רשימה כאשר מועמד אחד בה מקיים את תנאי הפסילה:

* **מעמדו של החבר ברשימה:** יישום
* **האם זה התנהגות חוזרת ונשנית או חד פעמית.** יישום**.**
* **תגובת שאר חברי הרשימה להתנהגותו – האם הסתייגו או אישרו בדיעבד את התנהגותו.** יישום
* **מספר חברי הרשימה השותפים לדעתו ומספר חברי הרשימה באופן כללי (האם הם מהווים כמות נכבדה).** יישום

אמות מידה אלו עלו בתקופה בה לא ניתן היה לפסול מועמד יחיד. בשאלה האם יש תוקף למהלך של פסילת רשימה בגלל מועמד במצב הנוכחי (כשניתן לפסול מועמד יחיד), ניתן לטעון שכיום עדיין ניתן לבצע מהלך שכזה אך הרף יהיה יותר גבוה.

**פיתוח אמות מידה לפירוש ס' 7א – חיות בטיבי ובכסיף**

* "מטרותיה" – המאפיינים הדומיננטיים הניצבים כמרכזיים בין השאיפות של הרשימה. לא מדובר במטרות שוליות וחסרות השלכה פרקטית של הרשימה. יישום
* "מפורש ומשתמע" – המטרות מתפרשות הן מאמירות מפורשות והן ממסקנות מסתברות ומשתמעות חד משמעית יישום
* פרקטיקה, אקטיביות – יש להראות פעילות למען מימוש המטרות ולשם הפיכתן למציאות. פעילות חוזרת ונשנית. יישום
* ראיות – הכי חשוב! הראיות צריכות להיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות. מאזן הסתברויות לא מספיק, אך אין צורך להוכיח מעבר לספק סביר.

\*נטל הבאת הראיות הוא על מי שמבקש לפסול את המועמד. (יש חריג בנוגע לתמיכה במדינת אויב/טרור- הופך את נטל ההוכחה על מי ששהה במדינת האויב). יישום

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

**סדרי עבודת הכנסת וביקורת שיפוטית עליהם – ס' 19 לחו"י הכנסת**

ביהמ"ש יבקר את הכנסת כשהיא לא עומדת במדרג חוק🡨תקנון🡨נוהג ונוהל זה המדרג.

בישראל אין חוק יסוד חקיקה, ולכן הכללים הבסיסיים של הליך החקיקה קבועים בתקנון הכנסת.

הגישה המסורתית הייתה שאין לביהמ"ש סמכות לפקח על הכנסת (**בצול**). עם השנים, החלה מגמה של פיקוח של ביהמ"ש בעיקר בהליכים מעין משפטיים, וכשמדובר בפגם של חריגה מסמכות(**פלאטו**.) עם השנים חלו הרחבות של מגמה זו (**פנחסי**.) ההלכה כיום היא **מבחן שריד**, שם **ברק** קבע שיש לבחון את מידת הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמטנרים ומידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. כמו כן, במקרים של ניגוד אינטרסים של הכנסת גם הביקורת תהיה קפדנית יותר (**איכות השלטון**). יישום

**יישום מבחן שריד** –

**כהנא –** הצעת חוק גזענית

**לבנת נ ועדת החוקה, חוק ומשפט** –**בהחלטות של ניהול פנימי יתערבו פחות**. נקבע שדחייה של מספר ימים לא פוגעת במבנה החיים הדמוקרטי בצורה חמורה.

ביקורת על הליכים פרלמנטריים, הדגש הוא על סוג ההליך. בהליכים מעין שיפוטיים הנטייה היא יותר להתערב, ובניהול פנימי הנטייה היא לא להתערב (ועדת החוקה; איכות השלטון). זה לא אומר שהליכים פנימיים לא נתונים לביקורת שיפוטית מאחר שניתן להחיל את מבחן שריד ולהבין האם יש הצדקה להתערבות. ברוב המכריע של העתירות ביהמ"ש לא מתערב.

נושא: **הממשלה**

**סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה** "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

ניתן לטעון שלסעיף 1 משמעות הצהרתית בלבד (**בייניש בהפרטת בתי הסוהר** אמנם השאירה בצריך עיון אך נוטה לכך שברובו הצהרתי). מצד שני, ניתן לטעון שיש בסעיף קביעה אופרטיבית משפטית שלפיה במידה ויש חוק שסותר את מה שנקבע בס' 1 ניתן לבטל אותו מאחר שהוא סותר חוק יסוד.

**סעיף 31 לחו"י הממשלה – תפקוד הממשלה**

הבחנה בין נושאים מערכתיים לניהול שוטף ופנימי

* נושאים משמעותיים ומערכתיים יותר שנוגעים לממשלה (כמו למשל ביטול משרד ממשלתי, הקמת משרדים חדשים, איחוד משרדים, חלוקת התפקידים בין השרים), הממשלה רשאית לעשות אבל היא צריכה את אישור הכנסת. ס' 31(ב), **מתווה הגז**
* מצד שני, סעיף 31 מאפשר לממשלה גמישות ועצמאות בעניינים הנוגעים לניהול שוטף ופנימי. כחלק מעקרון הפרדת רשויות. ס' 31(ו).
* ועדות שרים – ס' 31(ה) –הממשלה לא פועלת תמיד כגוף שלם, אלא מחלקת את העבודה לתתי ועדות של שרים לעניינים מסוימים. הסמכות בסופו של דבר היא תמיד של הממשלה.

**האיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי**

אחד מעקרונות היסוד במשפט המנהלי הוא שאסור לגוף מבצע לכבול מראש סמכות מסוימת ולהתחייב שלא יפעיל סמכות זו – **מתווה הגז**

**סמכות שיורית סעיף 32 לחו"י הממשלה**

**הסמכות השיורית מאפשרת לרשות לפעול גם כשאין הסמכה מפורשת בחוק**. סמכות שיורית היא **חריג לעקרון חוקיות** **המנהל**.

כיום הסמכות השיורית כפופה לשלוש מגבלות מרכזיות:

* 1. **פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת** – **רק כשיש לקונה בחקיקה**. לא כשיש הסדר שלילי (=אם הכנסת נתנה דעתה על נושא מסוים והחליטה באופן מודע לא להסדיר אותו, לא ניתן להשתמש בסמכות השיורית באותו הנושא מאחר שלא קיים חלל חקיקתי).

**עיריית קריית גת נ' מ"י** – ביהמ"ש קבע שהממשלה לא יכולה לעשות שימוש בסמכות השיורית מאחר שקיים הסדר חקיקתי.

**ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל** – קביעת אזורי עדיפות. יש לכאורה חוק שעוסק בנושא. עם זאת, בפועל החוק לא נכנס לתוקף אז לכאורה ניתן להשתמש בסמכות השיורית. ביהמ"ש לא הכריע בסוגיה המורכבת הזו, אבל נראה שהוא נוטה לפרש את הסיטואציה כהסדר שלילי.

**נועם פדרמן –** שליחת כוח הדרכה של שוטרים לסייע בהאיטי. הבעייתיות הייתה שפעילות של משטרת ישראל כן מוסדרת בחוק. ביהמ"ש קבע שניתן להתיר את פעילות הממשלה מאחר שהיא לא ביקשה שהשוטרים יפעילו את הסמכות המשטרתית שלהם מחוץ לגבולות הארץ אלא ביקשה לשלוח אותם כשליחים דיפלומטיים. מכאן שהשימוש בסמכות השיורית לא חורג ממה שהחוק מתיר למשטרה אלא נוגע לפעילות דיפלומטית של המדינה.

* 1. **בכפוף לכל דין** – כולל תקנות. משמע, הסמכות השיורית נמוכה יותר מכל נורמה הקיימת בפירמידת הנורמות. מעבר לכך, **דורנר בפרשת קריית גת** טוענת שמדובר גם על הלכות פסוקות.
	2. **רק עניינים שהם במסגרת הסמכות המבצעת** – **אינה כוללת סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים** (מגבלה יצירת הפסיקה).
		+ **ברק** הסדר ראשוני הוא הסדר שקובע את המדיניות הכללית והעקרונות המנחים, אותם צריכים לקבוע הכנסת. הסדר משני הוא הסדר שנועד להגשים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים, זהו התפקיד של הרשות המבצעת. הגדרה מאוד עמומה.
		+ **חשין בוועדת המעקב** קובע אמות מידה (לא מחייבות) להכרעה האם דבר מה הוא הסדר ראשוני:
			- מהות ההסדר – ההשלכות החברתיות שלו ומידת הפגיעה שלו בזכויות. ככל שההשלכות יותר רחבות ניתן לטעון שההסדר ראשוני.
			- מידת ההשפעה של ההסדר על הציבור בישראל בכלל – אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית כדין פעולה שנועדה להשפיע על הציבור כולו.
			- תכלית הפעולה – מידת ההסכמה הציבורית לפעולה המסוימת. ככל שמדובר במשהו שדורש את הסכמת העם (משמע העם הוא זה שצריך להכריע), והכרעה זו מתבצעת באמצעות נבחרי הציבור (הכנסת), הרי שמדובר בהסדר ראשוני.
			- עלות – האם מדובר על דבר מה שההשלכות התקציביות שלו קטנות יחסית או שמדובר במשהו עם משמעות כלכלית אדירה.
			- דחיפות הפעולה – לעיתים אי-אפשר לחכות שהמחוקק יעשה את עבודתו ע"מ לבצע דבר מה שנחשב דחוף יחסית.
			- מידת ההסתמכות של הציבור על החלטה זו
		+ במקרה של ועדת המעקב הוחלט שמדובר בהסדר ראשוני ולא ניתן להשתמש בסמכות השיורית לקביעת הסדר זה.

**פרשת מתווה הגז –**

* ייצוא של הגז. **גרוניס** קובע שככל שיש יותר פגיעה בזכויות כך ההסמכה תצטרך להיות יותר מפורשת.
* התקבל מתווה גז בהחלטת ממשלה שמסדיר נושאים שונים בהקשר של הגז (מאגרים, מחירים, ייצוא, מיסוי, קיום סביבה רגולטורית יציבה). דעת הרוב קבעה שלא מדובר בהסדר ראשוני ולכן ניתן היה לקבוע את המתווה בהחלטת ממשלה.
	+ 1. **פוגלמן** טען שלא מדובר בהסדר ראשוני שדורש חקיקה ראשית. מעבר לכך, פוגלמן הסביר שקיימת חקיקה לגבי כל אחד מהנושאים שנכללו במתווה הגז שנותנת לממשלה את הסמכות לקבל החלטה בנושא.
		2. **סולברג** הולך לכיוון אחר. מדובר בהסדר ראשוני, אבל מאחר שיש רשת של חקיקה שעוסקת בנושאים האלו שנותנת לממשלה את הסמכות לקבל החלטה בנושא היא יכולה לעשות זאת.
		3. **מיעוט של רובינשטיין וג'ובראן** טענה שהנושא הוא **הסדר ראשוני בגלל החשיבות שלו**. כמו כן, גם אם מחליטים שכל נושא בפני עצמו אינו הסדר ראשוני או שיש חקיקה לגבי כל אחד מהנושאים שמסמיך את הממשלה, ברגע שמדובר במכלול הרגולציה שעוסק במדיניות הגז של המדינה הרי שמדובר בהסדר ראשוני והממשלה לא יכולה לקבל החלטה בנושא.

**בן מאיר (מעקבי השב"כ בקורונה)** –קיימת חזקה משפטית כי המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע בעצמה הסדרים ראשונים. **חיות** אומרת שזה כך אלא אם כן ניתן להצביע על הסכמה מפורשת של המחוקק המאפשרת לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני. תלוי בנסיבות ובדחיפות ההחלטה. כשהממשלה קיבלה את ההחלטה הזו, היה פוטנציאל משמעותי לפגיעה. על כן, יש לנקוט בגישה מרחיבה ולומר כי יש הסכמה. ככל שחולף הזמן, ההצדקה שזה דחוף ולא היה אפשר לפנות למחוקק פוחתת. היא מאשרת את ההחלטה.