מחברת מקוצרת – משפט חוקתי

תש״פ- ד״ר איתי בר סימן טוב

שלומית בייטמן ורוני יעקובי

**תוכן עניינים:**

**הקדמה-** עמ׳ 2

**חוק יסוד : חופש העיסוק-** עמ׳ 3

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו-**  עמ׳ 3

**פס״ד מזרחי-** עמ׳ 4

**מבנה לפתרון קייס-** עמ׳ 5

**ביקורת שיפוטית-** עמ׳ 5

**עילות סף:** עמ׳ 6

 **זכות העמידה**- עמ׳ 6

 **שפיטות**- עמ׳ 7

 **בשלות**- עמ׳ 8

**פגיעה או שינוי-**  עמ׳ 10

**ביקרות שיפוטית סובסטנטיבית (תורת שלושת השלבים)-** עמ׳ 10

**שלב א- שאלת הפגיעה:**

1. **האם קיימת זכות-** עמ׳ 11
2. **האם זכות זו מעוגנת בחוקי יסוד**- עמ׳ 11
3. **היקפה של הזכות-** עמ׳ 12
4. **האם החוק פוגע בזכות-** עמ׳ 14

**שלב ב- חוקתיות הפגיעה:**

1. **בחוק או לפי חוק-** עמ׳ 14
2. **הולם את ערכיה של מדינת ישראל-** עמ׳ 15
3. **נועד לתכלית ראויה-** עמ׳ 16
4. **מידתיות-**  עמ׳ 16

**פסקת ההתגברות -** עמ׳ 18

**שלב ג- הסעד-**  עמ׳ 19

**ביקרות שיפוטית על הליך החקיקה-**  עמ׳ 19

**רשויות השלטון והמשפט החוקתי מוסדי-**  עמ׳ 21

**הכנסת ובחירות לכנסת:**

* + - 1. **פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר ס׳ 6-** עמ׳ 22
			2. **מי לא יהיה מועמד ס׳ 7 -**  עמ׳ 23
			3. **פגיעה בבחירות ס׳ 4-** עמ׳ 25

**הקדמה:**

**מאפייני המשפט החוקתי:**
1. **אין זהות 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.
2. **שלטון מוגבל**: אמצעים להגבלת כוחו של השלטון מבטיחים שלא ינצל סמכותו לרעה ויפגע בזכויות האזרחים. חילוק הכוח בין הגופים השלטוניים השונים. ההיבט המוסדי- הפרדת רשויות+ איזונים ובלמים לפיהם כל רשות שומרת על הרשויות האחרות זכויות אדם מוגנות- גם כשכל רשות פועלת תחת סמכותה היא לא כל יכולה ויש זכויות שאינן ברות פגיעה.

**מאפייני החוקה:**
🡨 **היבט מוסדי**: נורמות המסדירות את רשויות השלטון וסמכותן
🡨 **זכויות אדם**: ברוב המדינות זה קיים, אף לא חובה
🡨 **עליונות**: אי אפשר לסתור את הנאמר בה, כל נורמה נמוכה יותר שואבת את תוקפה מהנורמה מעליה
🡨 **נוקשות**: כדי לשנותה צריך פרוצדורה מיוחדת תובענית יותר מזו של הליכי חקיקה רגילים.

**המהפכה החוקתית:**

* לאחר קום המדינה הייתה ועדה שהייתה אמורה לכונן חוקה, תוך פרק זמן מסוים, מאחר והיא לא הצליחה היא העבירה את סמכויותיה לכנסות הבאות.
* במהלך השנים הבינו שלא יצליחו לכונן חוקה ולכן העבירו את החוקים בנפרד – פרקים פרקים – חוקי יסוד שאמורים להרכיב את החוקה. החלטה זו נקראת החלטת הררי כאשר היא הולידה קושי פרשני- האם כבר מעכשיו כל ח״י מהווה פרק בחוקה קיימת או רק כאשר יסיימו לחוקק את כולם הם יהוו חוקה.
* עד 92 נחקקו 9 חוקי יסוד הקשורים להיבט המוסדי של החוקה כאשר רק בחוק אחד יש סעיף שריון – (ס׳ 4 לח״י הכנסת)
* ב92 מתרחש המהפכה החוקתית, נחקקו 2 חוקי יסוד- ח״י כבוד האדם וחירותו וח״י חופש העיסוק – חוקים אלה קשורים להיבט זכויות האדם של החוקה.
* היו תומכים ומתנגדים למהלך- התומכים סוברים שהכנסת הבינה את משמעות המהלך ואת עליונותם הנורמטיבי של חוקי היסוד, את הגבלת הכנסת על ידם את החשיפה לביקורת שיפוטית על כך. המתנגדים סברו כי הכנסת לא הבינה את משמעות המהלך, הם טוענים שהיוזמים היו משפטנים שניצלו את חוסר ההבנה של חברי הכנסת בכדי לחוקק את החוק , הם טוענים כי היעדר דיון ציבורי בעניין והרוב שבו הועבר (רק 32 ) מעיד על כך כי אין מדובר במהפך חוקתי אלא בחוק רגיל. ד״ר בר סימן טוב- הטענה כי הם לא ידעו היא לא משכנעת כי דברי ההסבר דיי מסבירים את המשמעות של החוק. אך בהחלט האופן שבה עבר החוק אינו אופטימלי. מאחר והיה ראוי לקבל אותו בהליך יותר משמעותי ולגיטימי.
* לא נאמר במפורש כי חוקי היסוד הינם בעלי מעמד נורמטיבי עליון על פני חוקים רגילים.
* לא נאמר במפורש כי החוקים גורמים לכך כי הכנסת חשפוה לביקורת שיפוטית .
* יש 3 גישות להבנת השאלה האם יש משמעות לשאלה האם הכנסת התכוונה לחולל מהפכה חוקתית:
1. **גישת כוונת המחוקק**- מה התכוונו חברי הכנסת הספציפיים ומה הם הבינו כשהם חוקקו אותו
2. **גישת פרשנות תכליתית**- יש משקל מסוים לכוונה אבל לא רק. והוא לא מכריע- מה התכלית בעיני ולאור זאת
3. **טקטסטואליזם**- הדבר היחיד שצריך לתת משקל הוא הטקסט עצמו- לפי מה שכתוב – ללא התייחסות לשאלה מה הייתה הכוונה של הח"כים

**חוק יסוד: חופש העיסוק:**

ס׳ 1. מקשר את חוק היסוד למגילת העצמאות. קישור זה חשוב מאחר שישנן זכויות שמעוגנות במגילת העצמאות אך טרם עוגנו בחוקי יסוד (כמו למשל שוויון).

ס׳ 2  חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ס׳ 4- **פסקת ההגבלה**- לפני 92 אסור לפגוע בחופש העיסוק אלא בחוק. הסעיף הזה טוען כי הכנסת לא יכולה להגביל סתם אלא , שהחוק יעמוד בתנאיו של חוק היסוד- הולם את ערכיה של מדינה ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. – הכנסת לא יכולה לחוקק סתם

ס׳5- כל רשות מרשויות השלטון- עד אז התפיסה הייתה שיש זכיות אך הרשות המבצעת חייבת לקיים אך הכנסת יכולה לחוקק זאת – אך סעיף זה מגדי כי כל רשות חייבת

ס׳6- החוק טוען כי אין בכוחן של תקנות שעת חרום לא יכולות להגביל- מעיד על עליונות נורמטיבית

ס׳ 7- יש **נוקשות**. אין לשנות החוק אלא ברוב – יש שריון , נוקשות חוקתית. עד 92- היה רק שריון בסעיף 4 לחוק הכנסת.- הנוקשות מעידה על עליונות. יש עוד חידוש- אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד- מעיד על מדרג נורמטיבי- מעמד גבוהה יותר.

ס׳ 8- **פסקת ההתגברות**- כיום רק בחוק יסוד זה ישנה פסקת התגברות. פסקת ההתגברות נותנת מסלול חלופי לסעיף 4, מאחר שניתן לחוקק חוק שפוגע בחוק היסוד גם בלי שהוא עומד בתנאים המופיעים בסעיף 4. עם זאת, במידה וכך יקרה, הכנסת תצטרך לעמוד בתנאים פרוצדוראליים (רוב של חברי כנסת, ציון במפורש שהחוק תקף על-אף האמור בחוק היסוד, תוקף לארבע שנים לכל היותר).לכאורה, סעיף זה סותר את המעמד הנורמטיבי העליון של חוק היסוד, אבל בפועל הוא מגביל את כוחה של הכנסת עם התנאים הפרוצדוראליים, מה שמחדד את ההבדל בין חוק היסוד לחוק רגיל.

הטענה נגד פסקת התגברות היא שהיא מרוקנת מתוכן את המעמד הנורמטיבי של חוק היסוד. הטענה בעד פסקת ההתגברות היא שהיא נותנת איזון בין שמירה על זכויות לבין עליונות המחוקק (אם הרוב רוצה משהו ניתן לבצע אותו).

ס׳ 10- **סעיף שמירת דינים**, והוא קיים בשני חוקי היסוד: ההבדל הוא שבחופש העיסוק סעיף זה הוא זמני, ובכבוד האדם וחירותו הוא לא מוגבל בזמן. לפי סעיף זה, כל חקיקה שהתקבלה לפני 1992 היא חסינה ולא ניתן לתקוף אותה בהתבסס על חוק היסוד. לכאורה סעיף זה פוגע בעליונות הנורמטיבית של חוק היסוד, אולם ניתן לפרש אותו כך שהכנסת הבינה שהיא צריכה לעשות סעיף שמירת דינים מאחר שמדובר בנורמה גבוהה יותר שמעתה ואילך תבטל חוקים שסותרים את חוק היסוד.

הסעיף זמני בחופש העיסוק מאחר שרצו לתת זמן מעבר לכנסת בו היא תוכל לשנות חוקים רלוונטיים, שלאחריו אנשים יוכלו לעתור לגבי חוקים שלא השתנו ולדעתם פוגעים בחופש העיסוק.

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

קיים דמיון בינו לבין חוק יסוד: חופש העיסוק

גם חוק זה תוקן ב-1994 כשתוקן חופש העיסוק.

-ס׳ 1: (1+1א) זהים לסעיפים 1+2 בחופש העיסוק

-ס׳ 2: בפני עצמו לא מראה עליונות נורמטיבית אלא רק בשילוב שלו עם סעיף 1.

-ס׳ 8- **פסקת ההגבלה** -זהה לחוק יסוד חופש העיסוק- ( בעצם המצב החוקתי לפני 92 ומהמהפכה- אמנם היו זכויות, אך הם חלו רק על הרשות המבצעת, אך כאן זה מחיייב גם את החקקיקה כלומר גם הכנסת לא יכולה לחוקק חוקים שנוגדים את הזכויות)

ס׳ 10- **ס׳ שמירת דינים** (כמו בח״י חופש העסיוק)

ס׳ 11- **פסקת הכיבוד**- קיים משהו דומה גם בחופש העיסוק. פעם התפיסה הייתה שהכנסת לא כפופה לחוקי היסוד ועכשיו גם הכנסת מחויבת להם.

ס׳ 12- **ס׳ יציבות**- קיים משהו דומה גם בחופש העיסוק. בד"כ תקנות שעת חירום מתגברות על חוק ופה הן מוגבלות.

בג״ץ בנק המזרחי:
בפסק דין זה קבע ברק שלישראל ישנה חוקה הכוללת את 11 חוקי היסוד שנחקקו עד אז.

**מה דינו של חוק הסותר?
שינוי**: [למחוק או להוסיף מילה, לשנות טקסט] ניתן לשנות רק על ידי חוק יסוד אחר+ רוב של 61 אם החוק משוריין
**פגיעה**: [חוק אחר המהווה פגיעה בחוק היסוד ועקרונותיו] אפשר לפגוע גם בחוק רגיל ע"י פסקת הגבלה והתגברות (בחופש העיסוק
רוב של 61+ 4 שנים תוקף)
🡨 **כשאין לחוק פסקת שריון/ הגבלה**: ניצור פסקת הגבלה שיפוטית ונחיל בפועל את תנאי פסקת ההגבלה (מופז נ' ועדת הבחירות) (להעלות את האפשרות כי ייתכן ולא ניתן להחיל את פסקת ההגבלה – בג״ץ חירות)
🡨 מקרי ביניים: בחוק כתוב "שינוי מפורש או משתמע" שינוי כל כך משמעותי ורחב שנותן משמעות חדשה או מרוקן מתוכן את החוק, למרות שלא כתוב במפורש ששינו את החוק עצמו.
• **האם הכנסת יכולה לשריין חוקי יסוד ולהגביל את עצמה (פרוצדוראלית מהותית)?**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**. הכנסת היא בעלת שני כובעים- 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 לסמכויות השונות ולכן גם היום היא נושאת בשני הכובעים הללו. נוכל להבחין באיזה כובע הפרלמנט נמצא לפי כותרת החוק.
גישת חשין- דעת מיעוט. לכנסת **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. טענת נגד של ברק: לכנסת סמכות נמשכת ואין צורך להעביר את כל הסמכויות שכבר יש לה לכנסת הבאה או לחוקק את כל החוקים שהיא קיבלה מחדש.
• **האם לביהמ"ש יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד?** 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.
• **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.

• **השלכות בנק המזרחי בכנסת:** 1. היו ניסיונות להשלים את המהפך החוקתי ע״י חקיקת חוקי יסוד נוספים. 2. נעשה שימוש בפסקת ההתגברות (בפועל רק פעם אחת- בג״ץ מיטראל) 3. ביקורת חוקתית כבר בהליך החקיקה לוודא כי חוקי יסוד והזכויות החוקתיות. נשמרות)

**\* השלכות בנק המזרחי בביהמ״ש:** 1. יישמו את הלכת בנק המזרחי וביטלו חוקים לאורה. 2.השלמה עם עליונות חוקי היסוד הקודמים למהפכה החוקתית. למשל חוק יסוד: הממשלה - בג"ץ אבני, חוק יסוד: השפיטה - בג"ץ חירות, וחוק יסוד: הכנסת - פרשת מופז). 3. השלמת מגילת הזכויות החוקתיות הבלתי מנויות.(שיווין וחופש ביטויי) 4. ביקרות שיפוטית על חוקי יסוד- בג״ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים- (הוגשה בקשה לאישור תקציב המדינה באופן דו שנתי בפעם החמישית ברצף. העותרת טענה כי הליך זה מעיד על שינוי חוק יסוד בצורה שאינה מתאימה ולכן הוראת השעה אינה חוקתית) ישנה דוקטרינה של **שימוש לרעה בסמכות מכוננת** שביהמ״ש מעדיף להשתמש בה על פני ביטול חוק יסוד מאחר ואינו חוקתי (מאחר והדוקטרינה הזו שנויה במחלוקת). ולכן דינה של הוראת השעה- להתבטל.

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

**מבנה לפתרון קייס:**

 **4 השלבים לניתוח:**
1. עילת הסף: זכות עמידה 🡨 שפיטות 🡨 בשלות
2. האם הזכות נפגעה? 4 שאלות משנה
3. האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה?
4. סעד- בטלות/ בטלות יחסית/ השעיית בטלות

**כדאי לזכור**: לפתוח את הדיון בסמכות ביהמ״ש מכח ס׳ 15 (ג) ו15 (ד) לביקורת שיפוטית לכתוב בכמה משפטים רקע של המשפט החוקתי הרלוונטי למקרה. לבדוק אם החוק חוקק לפני 92 ומוגן בשמירת דינים, דעת מיעוט, האם יש הצדקה לביקורת שיפוטית, רציונליים ונימוקים,

**שלבי הביקורת השיפוטית**

שלבי הביקורת השיפוטית

**ביקורת שיפוטית:**

יש שני סוגים של ביקורת שיפוטית- 1. תכנית סובסטנטיבית- העוסקת בחוקיות החוק מבחינת התוכן. 2.ביקרות על הליך החקיקה- העוסקת באופן חיקוק החוק והאם הוא נחקק בצורה ראויה.

**בעיתיות בביקורת שיפוטית:**

1. אין הסמכה מפורשת בח״י לביהמ״ש לבטל חוקים ולאפשר ביקרות שיפוטית עליהם.
2. הכנסת היא הריבון וכל יכולה
3. פוגע בעקרן הפרדת רשויות
4. ביהמ״ש לא הגוף הנבחר.

ברק במזרחי- 1. ( מתייחס לשלטון החוק/ החוקה-) על מנת לקיים את עליונות החוקה, צריך להכפיף את המחוקק – כנסת אליה. הדרך לעשות זאת הי ע״י ביקורת שיפוטית היות ומדובר בגוף חיצוני ולא פוליטי שיכול לוודא שהכנסת פועלת באופן ראוי לפי החוקה.

2. (מתייחס להפרדת רשויות)- אין פגיעה בעקרון זה מאחר וחלק מתפקיד ביהמ״ש הוא לפרש חוקים. בנוסף, מתיישב עם הרעיון של איזונים ובלמים (ולא הפרדת רשויות נוקשה)- לפיו יש צורך להתערב בנעשה בכל רשות ע״מ לוודא שהם ממלאים את תפקידם כראוי.

3. (מתייחס לבעיה שהשפוטים אינם נבחרי העם)-אמנם יש פגיעה בעקרון הדמוקרטיה הפורמאלית- הכרעת הרוב. אך עוזר לממש את הדמוקרטיה המהותית, בכך שהביקורת השיפוטית מוודאת שישנה הגנה על זכויות אדם ומיעוטים.

גרוניס בבג״ץ התנועה למען איכות השלטון- פרשת גיוס בחורי ישיבות (עתירה העוסקת בגיוס בחורי ישיבות העותרים טענו שהחוק פוגע בשיווין של דתיים וחילונים לעומת חרדים) הביקורת השיפוטית מוצדקת רק כאשר 1. יש צורך להגן על יחידים ומיעוטים מפני עריצות החוק/רוב 2. לצורך שמירה על כללי הדמוקרטיה. (במקרה זה אין מקום לביקורת שיפוטית)

**עילות סף:**

**הגדרה:** שאלה מקדמית בה מתקבלת ההחלטה האם ביהמ״ש ידון בנושא מסוים. או שיידחה אותו על הסף. ביהמ״ש פיתח עילות מסוימות שמסננות את העתירות השונות.

**סמכות בית המשפט לעומת שיקול הדעת להשתמש בו**

חוק-יסוד: השפיטה ס' 15: ביהמ"ש העליון:

* בית המשפט העליון ידון בערעורים על פסקי דין והחלטות אחרות של ביהמ"ש המחוזיים וישב גם כבג"ץ.

בג״ץ- כל אדם יכול לפנות לבג״ץ.

**סמכות בג"ץ:**

* 15(ג): "ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".
* 15(ד): בג״ץ מוסמך גם, "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

לצד הסמכות הרחבה שניתנה לביהמ״ש אשר נתונה לפרשנות ההחלטה על היקף הסמכות לדון במקרים מסוימים נתונה בידי השופטים בעקרון אין מגבלה לדון במקרה מסוים הפסיקה פיתחה מבחנים שמטרתם להגביל ולנתב את שק״ד בהחלטה האם להשתמש בסמכות ולדון במקרה מסוים- מבחנים אלה נקראים עילות הסף:

**רציונליים:**

1. כלי להתמודד עם עומס התיקים על ביהמ״ש
2. מנגנון לריסון שיפוטי
3. דרך של ביהמ״ש להימנע מלדון במקרים בהם הוא חושב שלא מתאים שיתערב לדוג׳ מקרים פוליטיים בהם הוא אל רוצה להביע עמדה מסוימת.

**זכות העמידה:**

 **מי הוא העותר (פרטי, ח"כ, תנועה) האם יש לו זכות עמידה? האם הוא קשור?
גישה מסורתית**- אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה
בג"ץ אלוני: (אדם הואשם ברצח בצרפת והוא ברח לישראל שר המשפטים בחר שלא להסגירו , על כך אנשים פנו לביהמ״ש בטענה שיש להסגירו אולם לאף אחד לא היה זכות עמידה בעניין). פס״ד זה **הגדיר את העותר הציבורי**: בסוגיה בעלת חשיבות עקרונית בית המשפט יפתח שעריו גם בפני אדם שאין לו אינטרס אישי ממשי וישיר בעניין (הגישה המסורתית שפורשה בדווקנות עד פס״ד זה) שמגר רוב -מספיק שיש עניין בעל אופי ציבורי מהותי שנוגע ישירות לשלטון החוק על מנת להגיש עתירה במידה ואין אדם אחר שעונה לדרישות הגישה המסורתית ואין משמעות לשאלה האם העותר הינו ח"כ. אלון מיעוט נכיר בעותר ציבורי רק במקרה עם אופי חוקתי מובהק שנוגע בציפור נפשה של המשטר הדמוקרטי או המבנה החוקתי כולל שחיתות ומקרים בהם לעותר אינטרס אישי משותף לו לקבוצה העותרת. פגיעה בשלטון החוק או טעות בשיקול-דעת- לא די. אלא יש צורך בפגיעה קשה בשלטון הדמוקרטי להבדיל משיקול דעת מוטעה. הוא טוען שהמשטר הדמוקרטי מאפשר הרבה דרכים ע״מ לבקר , ביהמ״ש לא צריך לעשות הכל. , פתיחת שערים מלאה תציף את המערכת, תהווה פגיעה בהפרדת רשויות, ובנוסף- יגרום לסטייה עיקרית מתפקיד ביהמ״ש- להכריע בין בעלי דין שזכויותיהם נפגעו.
בג"ץ לירן: (מבטא בצורה קלאסית את עניין זכות העמידה. העותר פנה בעתירה ציבורית הוא רצה למנוע את עצם הליך השימוע בפרשת קצב. בטענה כי ישנה פגיעה בחסינות הנשיא. אולם הנשיא רצה שימוע ורק לו יש אינטרס ממשי וישיר) 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 כמו שחיתות או מרמה.
• **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 שמתפרשת מעבר למחלוקת פרטנית וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי וזכויות האדם. אז העתירה תתקבל (במקרה זה העתירה נדחתה על הסף)

**שובה של זכות העמידה-**

בג״ץ משה הר שמש- - (נושא שקשור למיסוי מקרקעין, הסדר קבלנים. משה הר שמש מציג עצמו כעותר ציבורי המייצג קבלנים רבים ועותר כנגד הסדר זה. ביהמ"ש דוחה את העתירה על הסף ואומר שהעותר לא מצא אפילו אדם פרטי אחד שנפגע מההסדר ויגיש עתירה) סולברג הכלל הוא שאם יש עותר פרטי רלוונטי שבוחר לא לפנות לביהמ"ש, בדרך כלל אין להכיר בעתירה ציבורית בנושא. **דחייה זו נעשית כדי לאפשר דיון והליך שיפוטי תקין**, ומתוך חשש לפגיעה באינטרסים של הפרטים אליהם העתירה נוגעת.

בג״ץ רזבוזוב- (העותרים טענו בנושא של סיוע בשכ"ד לזכאים לדיור הציבורי. טוענים שהמדיניות הקיימת מפלה עולים חדשים ומבקשים להגביל את הסיוע בשכ"ד באופן משמעותי. ביהמ"ש דוחה את העתירה) מזוז- לא למותר לציין לעניין זה כי עותר האחד הוא ח"כ וביכולתו לבצע הליכים אחרים של חקיקה, דיונים ומהלכים ברשות המחוקקת בה חבר, וזו הזירה הרלוונטית ולא ביהמ"ש ועל כן העתירה נדחית.

בג"ץ עיר עמים- (עתירה נגד מעבר הריקוד דגלים ברובע המוסלמי בזמן הרמדאן מאחר והמעבר יפגע באוכלוסייה המוסלמית. השופטים שאלו מדוע תושבי הרובע המוסלמי שנפגעים לא עותרים? בא כח העותרים טען כי נעשו ניסיונות לגייס תושב שיעתור וטען כי לא נמצא כזה מהחשש של התושבים לפנות לבג"ץ. העותר ביקש להסתמך על מקרי עבר בהם התקבלו עתירות ציבוריות אחרות של אותה העמותה. ביהמ"ש דוחה את העתירה), סולברג אומר כי אין עילה להתערבות גם בגופו של עניין, ומוסיף לגבי זכות העמידה- במידה ויש אדם בעל זיקה אישית ממשית בדרך כלל עתירה ציבורית תידחה.

\*ניתן לראות בפס״דים עדכנים דחיה של עתירות ציבוריות שיכולות להעיד על מגמת חיזוק של זכות העמידה בשנים האחרונות.

**שפיטות-**

**האם המקרה מתאים להכרעה שיפוטית-**

בג"ץ רסלר: (עתירה בעניין הפטור מגיוס בחורי ישיבות לצה״ל) ברק יוצר הבחנה בין שפיטות נורמטיבית: האם לבית המשפט יש את הכלים ואמות המידה להכריע בנושא מבחינה משפטית? ועונה ש"הכול שפיט נורמטיבית" לשפיטות 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.
ברק לרוב אומר שכן ראוי להתערב ורק במצבים בהם יש חשש לפגיעה רצינית באמון הציבור לא נשפוט. לדעתו עצם קיום האפשרות של שפיטות מרסנת את הרשויות מחשש לביקורת שיפוטית על מעשיהם.

**הביקורת על ברק**: בבג"ץ ז'רז'בסקי: (עתירה בעניין הסכם פוליטי) אלון **מתנגד להבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית וטוען שלא הכול שפיט נורמטיבית,** הוא מתנגד לצמצום השפיטות המוסדית וטוען שיכול להיווצר מצב בו פוליטיקה +עמימות= 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]

\*בשנים האחרונות יש חזרה הדרגתית לתפיסות שקדמו להרחבתם של שמגר וברק ויש חזרה הדרגתית לגישת אלון:

**מקרים קלאסיים של אי שפיטות מוסדית:**

ביטחון ויחסי חוץ, פוליטיקה שבתוך הכנסת. פרוקצ'יה בפולארד - (רצו לנצל ביקור של ראש הממשלה ביחסים עם ארה״ב על מנת לשחררו) ניתן לשפוט אך יש שיקול דעת רחב לרשויות ויש לאפשר להן לעשות עבודתן.

בג״ץ יואב הס  (העתירה היא מטעם פעיל שלום-שמבקש מבג״ץ שיורה לחיילי צה״ל להימנע מלירות אש חיה כלפי מפגינים על הגדר בעזה) סולגברג דוחה את העתירה בגין מגוון עילות סף ומעלה ספק האם זה בכלל שפיט שביהמ״ש ידון בחוקיות הורואות פתיחה באש של צה״ל.

בגץ רזבוזוב (עתר נגד מדיניות של דיור ציבורי לנזקקים, הוא טען שפוגעים בזכויות של עולים חדשים.) מזוז דחה את העתירה על הסף כי הוא ח"כ ועליו לפנות לפתרון בעיה זו בדרך אחרת. **זוהי שאלה חברתית והממשלה והכנסת צריכות להכריע בזה ולא ביהמ"ש.**

בג"ץ סאלם (עתר נגד הקמת יישוב עמיחי ביהודה ושומרון שהיה אמור לקלוט את תושבי עמונה.) חיות: מדובר בסוגיה מדינית ושאלת חוקיותן של ההתנחלויות היא לא שפיטה.

בג"ץ אקרן(העברת כספים שמקורם בקטאר לרצועת עזה (לחמאס) דרך ישראל). שטיין דוחה את העתירה, כי מדיניות המלחמה בטרור הוא עניין מבצעי ופוליטי מובהק,. לא הכל שפיט נורמטיבית - אין קנה מידה משפטיים

**בשלות:**

 **מהו המועד הראוי לדון ולהכריע בנושא משפטית?**
**• מתי לא נדון**: בג"ץ בוגרי התיכון הערבי: (הועבר תיקון לחוק הנכבא לפיו במדיה וגוף שמקבל תקציב מהמדינה משתמש בו לציון הנכבא ביום העצמאות- שר האוצר יוכל להפחית את התקציב לאותו הגוף. העותרים טענו כי התיקון פוגע בחופש הביטויי וחופש העיסוק) נאור כאשר החוק עוד לא ייושם בית המשפט יחכה לבחון את החוקתיות אחרי היישום+ כמו גם העדר תשתית עובדתית מספקת שעל בסיסה אפשר יהיה להכריע. אך היא מכירה בחריג **האפקט המצנן-** כאשר ההמתנה תגבה מחיר כבד מדי מהעותר אין לדחות את העתירה

. בג"ץ שוק ההון(חוק אכיפה מנהלית שאסר רכישת ביטוח על מנהלי השקעות. המדינה טענה כי החוק נועד להגן המשקיעים . העותרים טענו שהחוק פוגע בחופש העיסוק ומאחר והעובדים לא יכולים להתגונן ע״י ביטוח מה שמסכן את העיסוק במקצוע. העתירה נדחתה על הסף מחמת חוסר בשלות מאחר וטרם יושם החוק. לכן העתירה תיאורטית ולא ניתן להכריע בסוגיה.) ריבלין **אם טרם הוחל החוק ולא ניתן לראות איך הוא מיושם לא ניתן לדון בסוגיה.** דרך המלך היא לא לתקוף מראש חוקיות של חוק לפני שיושם, אלא במידה ויוטלו סנקציות בעקבות החוק ניתן יהיה לטעון כי הטלתן אינה חוקיו בעקבות אי חוקיות החוק ואז ידונו בסוגיה.
• **חריג**: בג"ץ הפרטת בתי הסוהר: אם הזכות הנפגעת היא זכות שעומדת בליבה של מדינה דמוקרטית או שתהווה פגיעה בזכויות הפרט העילה תעבור את סף הבשלות. 🡨 מקרה דוגמא שאין מחכים לפגיעה ממשית: חוק 0 אחוז מע"מ היה ברור שיפגע באוכלוסייה הערבית והחרדית ולא חיכו לפגיעה.
בג"ץ אורי סבח: (עתירה בעניין ועדות קבלה לישובים נטען כי הועדות מאפשרות אפליה של אוכלוסיות מסויומות.) בפס״ד הובאו 3 דעות שופטים:
גרוניס **מבחן 2 השלבים: [ההלכה, ליישם]**
1. **האם נושא העתירה הוא משפטי בעיקרו ופחות תלוי בעובדות** כדי להכריע בו אזי העתירה לא תדחה. אם עובדתי עוברים לבחון את השלב השני במבחן: (פרשת הפרטת בתי הסוהר- ברור שמדובר בפגיעה בזכות לכבוד. עניין משפטי)
2. **טיב ועוצמת הפגיעה**: האם קיימים טעמים לדון בעתירה למרות שאין תשתית עובדתית? 4 מצבים: א. חשש מהאפקט המצנן- אם נמתין אז כבר עכשיו יש פה סנקציה שתפגע בזכויות ב. מקרים בהם דחייה של העתירה תגרום למצבים של פגיעה בשטח, שעלולה להיות בלתי הפיכה. ג. אין נקודת זמן שהעתירה תהיה בשלה, ועדיף מוקדם מאשר מאוחר (הפלות, המתת חסד) ד. אם קיים אינטרס ציבורי ממשי לבירור העתירה כבר עכשיו.

ג'ובראן מיעוט **עתירה תדחה בשל אי בשלות כאשר:**
1.אי מיצוי הדין בפני הרשויות כלומר ישר פנו לבג"ץ לפני שניסו דברים אחרים ( מדובר בעילת סף נפרדת)

2. הנחה שחקיקה ראשית של הכנסת נוגעת באי חוקיות
3. היעדר תשתית עובדתית מספקת על מנת לדון בסוגיה
• **חריג**: אם מתעורר חשש שההמתנה תביא לפגיעה בעותרים, נבדוק את עוצמת הפגיעה בפרט בזכות יסוד + 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. הדבר יצור אפקט מצנן- מיעוטים לא יפנו לישובים וכך לא תיווצר סיטואציה בה נדרש לעתירה.**הנדל **גישת ביניים:**
**בשלות חלקית**- יש לבחון האם חלק מהיבטי העתירה בשלים ולדון רק בהם 4 תנאים מצטברים:

1. דומה לשלב הראשון במבחן של גרוניס- באיזו מידה השאלה הספציפית שמתעוררת אינה מצריכה יישוב קונקרטי בהכרעה חוקתית.

2. מידת ההתאמה של העתירה לפיצול הדיון בה- האם מדובר בסוגיה שניתן לפצל ולדון בחלק ממנה או שמא מדובר בעניין שלא ניתן להפריד.

3.האם השאלה שהופרדה ובה דנים בה הינה שאלה מהותיתֿ למרות שאינה השאלה העיקרית במקור- ייתכן שהשאלה היא לא העיקרית אך היא בשלה ולכן ניתן לדון בה אך הדיון יתקיים רק אם היא מספיק חשובה ומהותית.

4.האם הפיצול יצמיח תועלת לציבור. מאזן הנוחות- האם הדיון בשאלה יחסוך נזק עתידי או יועיל לציבור (שיקולים זהים לשלב השני במבחן גרוניס)

ההלכה מפס״ד זה היא גישת גרוניס- במידה והסוגיה אינה בשלה לפי גישתו ניתן לבחון האם יש בשלות חלקית לפי הנדל
**דוגמאות ליישום ההלכה בפס״דים מאוחרים יותר**:
בג"ץ גוטמן: (עתירת חוקיות העלאת אחוז החסימה- היה חשש שבעקבות השינוי קבוצות מיעוט בחברה לא יקבלו ייצוג הולם בכנסת) גרוניס ברוב- מסכים ששינוי בצורה מוגזמת זה לא חוקתי. אך כאן מדובר בשינוי שאינו קיצוני ולא ניתן לדעת מה יהיו השלכותיו. יש צורך בתשתית עובדתית, במידה ויראו באופן מובהק שהיישום לא חוקתי בית המשפט ידון בנושא. ג'ובראן ניתן להכריע טרם הבחירות על בסיס תוצאות בחירות קודמות ולכן אין כאן היעדר בשלות.

בג״ץ ברי- (עתירה שהוגשה טרם הבחירות בה בג״ץ התבקש להבהיר האם נאשם בפלילים כשיר לקבל את מנדט הרכבת הממשלה ובקשה להבהרת עמדתו של היועמ״ש בנושא). ביה״מש נמנע מלהכריע בשאלה זו בטענה כי אינה בשלה, העותרים טענו שבשלב זה העתירה בשלה ודחופה מאחר והנשיא עתיד להעניק את המנדט בקרוב. ביהמ״ש דחה את העתירה על הסף מאחר והחשש טרם התממש הדחיה הובילה לעתירה נוספת:

בג״ץ התנועה למען איכות השלטון- (עתירה באותו עניין כמו בבג״ץ ברי וגם בעניין ההסכמים הקואליציוניים.) השופטים דנו בסוגיה אך היא נדחתה מאחר והיה רוב בכנסת שהמליץ על נתניהו ולא היה צידוק לשנות זאת. ולגבי שאלת תוקף ההסכם הקואליציוני דחו את העתירה, גם מטעמי בשלות. בגדול ביהמ"ש אומר שמדובר בהסכם חריג שמעורר קשיים משפטיים לא מבוטלים אבל כרגע זה לא הזמן להתערב. במידה והחששות יתקיימו בג״ץ ידון בנושא.

🡨**עילת הבשלות הפכה להיות נפוצה יותר בשנים האחרונות** וזה מראה סוג של נכונות של ביהמ"ש להשתמש בעילות סף כדי לא להיכנס לדיון בגופן של סוגיות טעונות פוליטית. קצת דוחק החוצה את האקטיביזם השיפוטי, וסוג של התחמקות של ביהמ"ש. מצד שני, הבשלות היא עילת סף שמשאירה את העתירה לדיון עתידי. הדלת נשארת פחותה. בפועל, רואים את זה באופן בולט בבגצים האחרונים שפורטו.

🡨 **הקשר בין עילת הבשלות לעילת זכות העמידה**: אם נחכה לבשלות אז אנו מחכים שמישהו יפגע באופן ממשי וישיר כלומר חוזרים לגישה המסורתית מחפשת נפגע ממשי.

**לפני שנעבור לשאלת הפגיעה יש להבין ראשית האם הייתה פגיעה או שינוי (טקסטואלי):** ר' לעיל הבדלים, עמ׳ 2 לבדוק גם אם יש שינוי משתמע
• **מדובר בחוק**? יש להבחין האם חוקק לפני שנת 92 כלומר יש לו שמירת דינים בכבוד האדם או אחרי (האם החוק המדובר הוא חוק ישן? ואז אי אפשר לבטל אותו אם הוא פוגע בזכויות של חוק יסוד מכח ס׳ שמירת דינים (10)- מאחר והחוקים אלה חלים מעתה והלאה המעיד על כך כי לחוקי יסוד אין בהכרח מעמד נורמטיבי עליון)
בג״ץ ברגמן: **אין הבחנה בין שינוי לפגיעה**. כדי לשנות/לפגוע בחוק יסוד יש להבחין האם מדובר בסעיף משוריין או לא- אם משוריין- נדרש רוב של 61 חכ״ים אם לא ניתן לעשות זאת בכל רוב ובחוק רגיל.
בנק מזרחי: **יש הבחנה בין שינוי ופגיעה**. **שינוי** ניתן לבצע רק ע"י חוק יסוד אחר, אם הוא משוריין אז ברוב של 61 ואם לא משוריין אז ניתן לעשות זאת בכל רוב. **פגיעה** ניתן לבצע ע"י חוק רגיל עם פסקת הגבלה [בחופש העיסוק ניתן עשות זאת גם לפי פסקת ההתגברות] ואם מדובר בחוק יסוד ללא שריון או פסקת הגבלה שקדם ל92 השאלה נשארת בצריך עיון (היות וזה מוליד קושי פרשני במעמדם של חוק יסוד) בג״ץ חירות לגביי חוקים שקדמו ל92- אם אין לחוק יסוד פסקת הגבלה או התגברות. תשובה זו מעלה קושי אמרח והיא גורמת לכך שחוקי היסוד המוסדיים מקבלים מעמד נורמטיבי גבוהה יותר ומאשר זכויות האדם. בג״ץ מופז- במידה ואין לחוק יסוד פסקת הגבלה מחילים עליו פסקת הגבלה משתמעת – שיפוטית לפי הכללים של פסקת ההגבלה בחוקי יסוד החדשים.
גוטמן: חוק עם שריון ובלי פסקת הגבלה: בפגיעה- יש צורך בפסקת הגבלה שיפוטית בשינוי נסתפק בשריון של 61.
• **היה שינוי של חוק יסוד** נטען ל2 הדעות שמגר במזרחי [1] שינוי רק באמצעות חוק יסוד אחר [2] אם יש שריון- שינוי ברוב מיוחס של 61 בגוטמן שינוי רק ברוב של 61
• **הייתה פגיעה בחוק יסוד** גוטמן יש צורך בפסקת הגבלה שיפוטית. לא מספיק רוב ולכן במקרה של פגיעה נעבור לשלבי ביקורת שיפוטית.

🡨 אם יש מצבים מיוחדים, זה המקום לדון בהם.

**ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית תוכנית-**

**הניתוח נעשה ע״י תורת שלשות השלבים המופיעים** בפס״ד מזרחי. בייניש בחסן- מדובר בשלושה שלבים מצטברים שנועדו להכווין את שק״ד בבחינת הפגיעה לאחר שהעתירה עברה את עילות הסף. כל שלב מוביל לשלב אחריו, ובאופן עקרוני במידה ואחד השלבים לא מתקיים ניתן להפסיק לבחון בפועל בביהמ״ש ובמבחן מנתחים את כל השלבים בכל זאת.

**רציונליים:**

1. מצמצם את שק״ד המופעל בביקורת השיפוטית, מכווין ותוחם אותה
2. יוצר איזון בין הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה הראויה עליה.
3. משקפת את התפיסה המשפטית הישראלית לפיה הזכויות מוגבלות ואינן מוחלטות בשונה משיטות משפט אחרות.

\*ישנה חזקת חוקתיות – נק המוצא היא שהחוק חותקי ולכן מי שסובר אחרת נטל ההוכחה עליו. החלוקה לשלושה שלבים משליכה גם על נטל ההוכחה- העותר מוכיח את השלב הראשון . בעניין השלב השני – ישנה מחלוקת האם נטל ההוכחה היא על העותר או על המדינה להוכיח כי היא לא פגעה.

**שלב א: שאלת הפגיעה-**

**מתחלק ל4 שאלות משנה שנועדו לדייק את הפגיעה.**

**1.האם קיימת זכות?**

ברק **יוצר את הטרילוגיה החוקתית ומסווג את סוגי הזכויות השונות:**

**הזכות להוקרה**- חובת המדינה לכבד זכויות. שהו הפן השלילי של הזכות- על הרשויות מוטלת החובה להימנע מפעולות שיפגעו בזכויות . מדובר ברובד הבסיסי והוא חל כלפי כל הזכויות החוקתיות. (ס׳ 2 לח״י כבוד האדם וחירותו)

**הזכות להגשמה**- למדינה יש חובה להגשים את הזכות. היבט חיובי של הזכות, שמטי חובה על המדינה לא רק לא לפגוע בזכות אלא להגשים אותו ע״י יצירת תשתית נורמטיבית שתאפשר את הגשמתה- עליה לנקוט אמצעים על מנת שתמומש. חובה זו חלה אינה חלה על כלל הזכויות החוקתית אלא מוגבלת לשמירה על גופו, כבודו וחיו של האדם מתוקף זה, שזכויות אלו מצוינות באופן מפורש בס׳ 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

**הזכות להגנה**- חובת המדינה להגן על הזכויות מפני פגיעתן מצדדים שלישיים. הרשות השלטונית אינה יוצאת ידי חובתה לא לפגוע בזכות החוקתית במידה והיא יודעת שישנו צד שלישי שיפגע בבעל הזכות והיא אינה מונעת פגיעה אפשרית זו. אין ספק כי חובה זו חלה על הזכיות בס׳ 4.

לדוג׳ בג״ץ אדוארדו (עתירות שנגעו לחובת המדינה להגן על תלמידים בעוטף עזה מפני טילים מחמאס (גורם שלישי) בייניש- **המדינה חייבת להעניק מענה בטחוני לבעיה, למרות השיקולים הכלכליים הרלוונטיים**. פס״ד זה נדיר ואקטיביסטי וצוין בו שנוגע רק למקרה הקונקרטי והקיצוני הזה בכדי לא לפתוח פתח להתערבויות נוספות ומרחיקות לכת בהחלטות אחרות.

**חובת המדינה להגן מפני צד שלישי נוגעת לכלל הזכויות ולא רק לאלו שצוינו במפורש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.** למשל בג״ץ מטה הרוב (עתירות בעניין קיום הפגנה שבה המשטרה התנתה את מתן הרישיון להפגנה בכך שעל מארגני ההפגנה לדאוג בעצמם לרווחתם הביטחונית. טענת העותרים הייתה כי התניה זו אינה חוקית) ביהמ״ש פסק, למרות שחופש ביטוי אינו מעוגן במופרש בס׳ 4 לח״י כבוד האדם וחירותו קיימת חובה על המשטרה להגן על המפגינים מפני קהל- צד שלישי שרוצה לפגוע בזכות זו.

* **זכויות מעוגנות בחוק יסוד:** חופש העיסוק, כבוד האדם וחרותו: ס' 2 שמירה עליו- פאסיבי ס' 4 הגנה עליו- אקטיבי. גוף וכבוד, הזכות לקניין (ס'3) חירות (ס'5) תנועה (ס'6) פרטיות (ס'7). חופש מדת ולדת, חיי משפחה, קיום בכבוד, אוטונומיה, שוויון, חופש ביטוי, לבחור ולהיבחר (חו"י הכנסת).
**זכויות מהפסיקה:** הזכות לחיי משפחה חשין וברק בבג"ץ עדאלה הזכות לקיום בכבוד מחויבות וחסן בייניש תחת כבוד האדם: אוטונומיה דעקה וחוק טל, שוויון אליס מילר חופש ביטוי קול העם, חינוך רשימת המעקב העליונה, חופש דת ומדת פסיקה ומגילת העצמאות.
הזכות לחיי משפחה נגזרת מחו"י כבו"ה כמובן של אוטונומיה (עדאללה, ברק) וכוללת גם זכות לגור בארץ. חשין- לא כולל מגורים בארץ.
* יש להבחין האם מדובר בזכות אדם או זכות אזרח ובנוסף לכך לבחון האם הזכות היא חוקתית או פסיקתית (לדוג׳ בח״י חופש העיסוק הזכות לחופש העיסוק היא זכות חוקתית לאזרח אולם ההכרה בזכות זו הוכרה כזכות אדם ע״י חשין האב בפסיקה עוד קודם לכן הבחנה זו משליכה על האופן בו ניתן לפגוע בזכות זו אם מדובר באזרח יש לוודא כי הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ואם מדובר באדם- ניתן לפגוע בכל חוק.)

**2. האם זכות זו מעוגנת בחוקי יסוד**

במידה ומדובר בזכות מעוגנת בחוק יסוד ישנן הגבלות שנועדו למנוע את הפגיעה בה- במידה ומדובר בזכות שאינה מעוגנת באופן מפורש יש לשאול האם בכל זאת ניתן לפגוע בה וכיצד. כביכול ניתן לעשות זאת באופן לא מידתי בשל העובדה שהזכות לא מעוגנת- אולם, הפסיקה דנה בשאלה זו וקבעה שלושה מבחנים על מנת להפוך את הכבוד האדם כזכות סל שממנה ניתן לגזור זכויות נוספות על מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בזכויות אלו (ע״י החלת פסקת ההגבלה)

1. **גישה מצומצמת- מבחן ההשפלה** בג״ץ אליס מילר (עתירה הנוגעת במניעה מנשים להתגייס לקורס טייס מחמת פגיעה בשיויון) דורנר- במקרים מסוימים ניתן בפגיעה בזכות לשיווין פגיעה בכבוד מאחר והפגיעה גורמת להשפלה ובכך ישנה פגיעה בזכות לכבוד. אפליה על רקע קבוצתי נחשבת כפגיעה בכבוד מאחר והיא משפילה. \*אין פירוט לגביי אלו קבוצות.
2. **גישת ביניים קשר ענייני הדוק לכבוד על כל מובניןו לרבות אוטונומיה**- בג״ץ תנועה למען איכות השלטון- (חוק טל)-(עתירה בעניין גיוס בחורי ישיבות)- ברק- ניתן לגזור זכויות נוספות מכבוד האדם כל עוד ישנו קשר ענייני הדוק הוא מרחיב את גישת דורנר לכך שהקשר אינו רק במבחן ההשפלה אלא גם בפגיעה באוטונומיה ומציין כי הקשר לא חייב להיות בגרעין הכבוד אלא יכול להיות בשוליו. חשין- הרחבה שכזו תהפוך כל זכות לזכות מנויה. ברק מנגד תמיד צריך להראות קשר וכשאין קשר- לא ניתן לגזור את הזכות מכבוד לדוג׳- בג״ץ אדם טבע ודין- (נדחתה העתירה לכך שיש זכות חוקתית לאיכות סביבה כי לא ניתן לגזור זכות זו מהזכות לכבוד.) \* זו הגישה שהוכרה בפסיקה
3. **גישה מרחיבה**- ניתן לגזור כל זכות שאינה מנויה בכבוד האדם- זכויות חברתיות ימצאו את דרכם פנימה דר זכות זו.

**± חופש הביטוי-** חופש הביטוי לא קיבל חוק יסוד משל עצמו ולכן משתמשים בחוק יסוד כבוד האדם וממנו גוזרים
ברק בבג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל: אפשר לגזור זכויות מכבוד האדם אם יש קשר ענייני הדוק לחוק יסוד זה באחד ממובניו. אחד הרציונליים של חופש הביטוי הוא ביטוי עצמי וזה קשור בקשר ענייני לאוטונומיה שהיא מובן של כבוד האדם. גישת ברק היא לא להפוך את חופש הביטוי לחוקתי אלא יש להראות קשר ענייני הדוק שלו אל כבוד האדם. ביטוי שאינו מבטא צורך אוטונומי [או היבט אחר] לא יחשב כחוקתי. מכירים בחופש הביטוי כחוקתי אך לא על כל היבטיו.
ריבלין ופוגלמן בע"א פלוני נ' אילנה דיין: סוברים שחל שינוי תפיסתי כלפי חופש הביטוי ומסתכלים עליו כחוק יסוד בפני עצמו גם אם הזכות אינה כתובה עלי ספר- היא עומדת בפני עצמה ולא נגזרת מכבוד האדם.
בג״ץ אבנרי: (סנקציות על מודעות חרם על ישראל), בית המשפט ביטל ס' של פיצוי בלי הוכחת זנק כי לא מידתי. זהו פסק דין ראשון בו בג"ץ פסל חקיקה ראשית עקב פגיעה בחופש ביטוי.

* **ביקורת על הרחבת הזכויות המנויות גם לאלו שאינן מנויות**- הכנסת בחרה שלא להכניס זכויות אלו לחוק ויש לכבד החלטה זו ולא להכניסן ולפעול לפי גישת כוונת המחוקק. מנגד יש דעות שתומכות בביהמ״ש באופן פרשנותו את החוקה מאחר והם פועלים לפי גישת הפרשנות התכליתית, לפיה יש משקל לכוונת המחוקק אבל זה לא השיקול היחיד. לדעתם בפרשנות החוקתית חלק מהתכלית זה ערכי מגילת העצמאות.

**3.היקפה של הזכות**

ישנה מחלוקת עקרונית בעניין פרשנות היקף הזכות. האם צריך לפרש את היקף הזכות בצורה מרחיבה או מצומצמת. :

**הגישה שהתקבלה**- ברק בבג״ץ עדאלה היקף הזכות צריך להתפרש באופן רחב ואת האיזונים מכניסים אחר כך בשלב של פסקת ההגבלה
**הגישה שלא התקבלה**- חשין היקף הזכות צריך להיות צר וכבר כאן יש לשקול את האינטרסים המתנגשים.

חטיבת ובשטנגר מפיצי הסיגריות גרוניס אימץ גישת חשין וקובע שאין לדלג על שאלת ההיקף והפגיעה בזכות. לדעת ד״ר בר סימן טוב – גישת גרוניס מעידה על שינוי מגמתי באופן פרשנות היקף הזכות. לפיה יש להתחשב בשיקולים המצמצמים אותה כבר בשלב זה בשונה מגישת ברק.

**הזכות לחיי משפחה**: בג״ץ עדאלה (עתירה הנוגעת בעניין איחוד משפחות בהן אחד מביני הזוג פללשתינאי ואחד ישראלי. החוק קובע כי בן הזוג הפלשתינאי אינו ראשי להגר לשטחי המדינה מחשש לשימוש באפשרות זו לפגיעה במדינת ישראל ) נשאלה שאלת היקף זכותו של אדם לחיים בחיק משפחתו כפי שהוא ראה לנכון – בחירת בן זוג ואת מקום מגוריו . ברק- זכותו של אדם לבחור בן זוג ואת מקום מגוריו בחירות אלו הם חלק מזכותו החוקתית של אותו אדם בזכות לחיי משפחה והמדינה לא יכולה לפגוע בזכות זו. חשין- אמנם קיימת זכות לאדם זכות לחיות בחיק משפחתו אולם ישנם שיקולים נוספים שיש לקחת בחשבון- המדינה לא מחויבת לאפשר לבן הזוג הזר להגר לשטחה בכדי לאפשר זכות זו במיוחד כאשר ישנו חשש לפגיעה בביטחון המדינה. על כן, זכות זו אינה כה רחבה ומוחלטת ומקרה זה חורג מהיקפה.

**פגיעה בחופש הביטוי-**בארה"ב מחילים שיטת חלוקה לקטגוריות והבדלה בין סוגיי ביטויים, אצלנו הגישה מרחיבה בפסיקה ומכניסה את כל סוגי ההתבטאות תחת חופש הביטוי בלי קשר למידת ההשפעה התוכן והאופן שבו מביעים.

בג״ץ כהנא- - (רשות השידור סרב לשר את נאומיו של כהנא בטענה כי הם גזעניים, על כך הוא עתר לביהמ״ש מחמת פגיעה בחופש הביטוי. ביהמ״ש פסק כי חייבים לדר את נאומיו על מנת לאפשר את הזכות לחופש הביטוי) למרות שהיקף הזכות רחב מאוד לא תמיד יאפשרו את קיומה במידה ופוגעת באופן חמור בזכויות אחרות.

ע״א פלוני נ׳ אילנה דיין- ( תביעת לשון הרע של סרן ר׳ נ׳ אילנה דיין שסיקרה את האירוע ב היה מעורב באופן שהוציא אותו בצורה שלילית שהתבררה בסופו של דבר כשגויה מאחר וזכה מכל אישום. בתחקרי נאמר כי סרן ר׳ וידא הריגה של ילדה בת 10 שלא היוותה סכנה כלל) נק' המוצא של המשפט הישראלי היא שכל ביטוי, יהיה תוכנו אשר יהיה, מכוסה ע"י ההגנה החוקתית, אולם ההגנה על חופש הביטוי אינה מוחלטת. כלומר, **מבחינת היקף הזכות- ההיקף יהיה רחב מאוד ויכלול כמעט כל ביטוי ע״מ לשמור על זכות זו . אולם בשלבים הבאים ייבחנו שיקולים נוספים שיכולים לצמצם את היקף הזכות.**

בג״ץ סנש (שודרה סדרה שעסקה בקסטנר בה נאמר כי חנה סנש בחקריתה הסגירה חברים נוספים שפעלו איתה. העותרים טענו פרט שקרי זה פוגע בשמה הטוב של חנה סנש ואף מהווה פגיעה בניצולי שואלה ולכן אין לשדרו. ביהמ״ש פסק כי מדובר בסדרה בדיונית וכי פרט זה הובהר לצפים ולכן שידור הסדרה לגיטימי ונכלל תחת הזכות לחופש הביטוי. ) אפילו דברי שקר נכללים בהיקף הזכות לחופש הביטוי.

**פגיעה בכבוד האדם- שלוש המשמעויות של הזכות:**
1. **מצמצמת במובן של איסור השפלה/ ביזוי**: קטלן [חוקן בכלא] פלונים נ' שר הביטחון [אסירים כקלפי מיקוח]
2**. קאנטיאני** האדם הוא תכלית, מטרה ולא אמצעי: הפרטת בתי הסוהר
3**. אוטונומיה**: הלכה כיום, האדם חופשי דעקא
🡨 הזכות לכבוד כוללת את הזכות לקיום בכבוד בג״ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי.(ר׳ פירוט בהמשך)

**פגיעה בחופש העיסוק:**בג״ץ חטיבת מפיצי הסיגריות-(חוקקו חוק שאסר על הצבת מכנות למכר סיגריות. בעלי המכונות טענו כי החוק פוגע בזכות לקניין והעיסוק.) גרוניס- דוחה את העתירה כבר בשלב הניתוח הראשון, הוא משיב: קבלת טענה כזו על הזכות לקניין עלולה להרחיב את היקף הזכות לקניין. כי לא מדובר בהפקעת קניינם של העותרים, אלא מדובר על ערך המכונות שייתכן ותפגע בהם.

**הזכות לחירות:**בג״ץ שטנגר (בעבר אדם שנעצר היה יכול להגיש ערעור למחוזי וערעור נוסף לעליון בזכות ואילו לפי החוק החדש האפשרות לערער לעליון לערעור ברשות ולא בזכות העותר טען כי שינוי זה פוגע בזכות לחירות.) גרוניס- דוחה את טענתו של שטנגר מאחר והאפשרות לערער לעליון בזכות מהווה הרחבת יתר של הזכות לחירות הוא מכיר בחשיבות הזכות אולם מציין כי אין להרחיבה יתר על המידה.

1. **האם החוק פוגע בזכות?**

גם במקרה בו ישנה זכות מנויה ופגיעה הפוטנציאלית נכללת בהיקפה של הזכות, ישנם מקרים בהם החוק לא בהכרח ייחשב כפוגע בזכות:

בג״ץ עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי- (נחקק חוק המקטין את גמלאות הסעד. על כך הוגשה עתירה בטענה כי הפחתת שיעור הגמלאות פוגעת בזכות לחיים בכבוד. ביהמ״ש עסק בהיקף הזכות ופסק כי היא כוללת את הזכות לקיום בכבוד, לפיה הגמלאות צריכות להעניק לאדם את האמצעיים החומריים שיאפשרו לו לחיות בחברה בה חי בכבוד- ביהמ״ש דוחה את העתירה על כך כי העותרים לא הצליחו להוכיח כי החוק פוגע בזכות זו.) ש׳ דורנר- על המדינה להגדיר מהו הרף המינימלי לחיים בכבוד על מנת לקבוע האם החוק פוגע בזכות זו. ש׳ ברק- ההוכחה לכך כי החוק פוגע בזכות הינה על העותרים. ש׳ אדמונד לוי (דעת מיעוט)- הערבת הוכחת הרף המינימלי לעותרים הוא לא ראוי זה אמור להיות על המדינה.

בג"ץ חטיבת מפיצי הסיגריות - גרוניס אמר שלא מדובר בהפקעת קניין, אבל גם אם זה כן בהיקף הזכות, בכלל לא הוכחה הטענה כי ערך המכונות ירד כתוצאה מאיסור ממכר סיגריות במכונות. ולכן כל עוד לא הוכח כי ישנה ירידה בערך לא ניתן לקבוע כי החוק פוגע בזכות.

**שלב ב- חוקתיות הפגיעה- האם היא עומדת בפסקת ההגבלה:**

* **פסקת ההגבלה ניתנת לפרשנות דו כיוונית-** מחד- ניתן לפגוע בזכויות (כל עוד היא עומדת בתנאים המופיעים בפסקה) ובכך מבטאת את העיקרון לפיו הזכויות אינן מוחלטות ולמרות שפגיעה בהן הינה בעייתית יש מקרים בהם יש בכך צורך ע״מ לשמור על ערכים ואינטרסים. מאידך- הכנסת אינה רשאית לפגוע בזכיות ככל העולה על רוחה ויש תנאים הקובעים מתי הפגיעה לגיטימית ומתי לא.
* השינוי שחל מאז המהפכה החוקתית- טרם השינוי רק הרשות המבצעת הייתה כפופה לשמירה על זכויות לאחר המהפכה- גם הרשות המחוקקת אינה רשאית לפגוע בזכויות אלו.

🡨 לשים לב אם צריך פסקת הגבלה רגילה [עיסוק וכבוד האדם] או שיפוטית [חוקים ישנים- מופז, גוטמן] או התגברות [עיסוק]
🡨 שאלת הזכות לא עולה פה. כעת נבחן רק את החוק.

**4 רכיבים לפסקת ההגבלה**: ס' 8 לחוק יסוד כבוד האדם וס' 4 לחוק יסוד חופש העיסוק:
**א. בחוק או לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו:** הפסיקה לא הכריעה לגבי האם זה חוק או דין או פסיקה (ברק בספרות). ד״ר בר סימן טוב- רק חוק של הכנסת.

* הסיפא – ״מכח הסמכה מפורשת בו״ נוסף מאחר ושינויים רבים נעשים לא ע״י חקיקה ראשית- דבר שיכול להוביל לפגיעות רבות במידה ולא יוסדרו ולכן האפשרות לפגוע בזכות באמצעות דרכים שאינם חקיקה ראשית- יכולה להתבצע רק במידה ויש הסמכה לאותו אמצעי לפגוע באותה זכות.

**רציונלים לדרישת החוקיות:**

1. **הרציונל הדמוקרטי**- מאחר ומי שנבחר ע״י העם והוא הריבון- הכנסת, הפגיעה בזכות צריכה לקבל לגיטימציה מנבחרי העם מאחר וההחלטה לפגוע בזכות הינה חשובה ומשמעותית.
2. **הרציונל המוסדי-** - הליכי החקיקה בכנסת הם הליכים ציבוריים ופומביים ומוסדרים, ובהליך הזה אמורים לעלות כל השיקולים והציבור יותר נחשף (זאת לעומת הליך החקיקה המנהלי שהוא יותר חסוי). לפי דורנר, ״דווקא הליך החקיקה המסורבל והארוך מהווה ערובה מוסדית מסוימת שנועדה להבטיח שזכויות היסוד לא יפגעו אלא רק כאשר הדבר דרוש, ורק בעקבות דיון מעמיק וציבורי. ״

• **דרישות פורמליות לחוק**: 3 קריאות ופרסום רשימות, בטרומית לא צריך רוב מיוחס (ס' 46 לחו"י הכנסת) מגדלי העופות: דחו חקיקה בשל אי סדרים
• **דרישות מהותיות לחוק**: "בחוק" בייניש במפקד הלאומי (עתירה בעניין איסור שידור ברדיו של מסמך שגובש על מנת לפתור את הסכסוך הישראלי פלשתיני. רשות השידור והרשות השנייה סרבו לתשדירים בשל האיסור לשדר תשדירים פוליטיים. העתירה נסובה סביב הפגיעה בחופש הביטוי. ההסמכה לאסור תשדירים נעשתה בחקיקת משנה (של הרשות השניה).)קבעה אפיונים של חקיקה לגיטימית: פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות, העדר שרירותיות, פרסונלי.
• **רשות מנהלית**: [החלטה של רשות מבצעת פוגעת בזכות חוקתית] נחיל גם את מבחני פסקת ההגבלה רק שדרישת החוקיות לא תהה שהפגיעה תעשה בחוק אלא דרישה חלופית של מכוח הסמכה מפורשת בו
• **מדובר בהסמכה**? • הסמכה = כשהמחוקק קובע חוק הוא נותן סמכות לגוף אחר מהרשות המבצעת לקבוע חקיקת משנה ולקביעת כללים ותקנות שנמוכים יותר במדרג הנורמטיבי. עד כמה מפורטת היא צריכה להיות? בייניש בבג"ץ המפקד הלאומי- ההסמכה לפגוע בזכויות צריכה להיות ברורה ומוגדרת- מה מותר ומה אסור. היא מציעה לאזן בין דרישה מקילה מידי העשויה לפגוע בזכויות לבין דרישה מחמירה מידי העשויה לפגוע בסמכויות הרשות המבצעת. האיזון נעשה ע״י בחינת שני שיקולים: א. **טיב הזכות הנפגעת**- כלומר כמה הזכות נחשבת זכות מרכזית. במשפט הישראלי לא כל הזכויות שוות, ויש זכויות שיש להן מעמד גבוהה יותר מאחרות בפסיקה, ולכן יש להן הגנה חזקה יותר, כלומר מבחני פסקת ההגבלה צריכים לעמוד ברף גבוהה יותר. הזכויות הגבוהות הן: כבוד האדם, ועוד זכויות שקשורות לכבוד האדם, למשל חופש הביטוי (בעיקר פוליטי). הזכויות הנמוכות יותר הן לרוב חופש הקניין והעיסוק (זכויות כלכליות יותר). ככל שהזכות יותר חשובה, כדי לפגוע בה צריך שהמחוקק יהיה יותר מעורב וההסמכה צריכה להיות יותר מפורשת, ולהפך. ב. **עוצמת הפגיעה בזכות**-- ככל שהעוצמה של הפגיעה בזכות היא רבה יותר, כך נפרש ביתר קפדנות את ההסמכה, ונדרוש יותר מעורבות של המחוקק ושיש לו הסמכה מפורשת יותר. (אמנם בייניש בבג״ץ זה בדעת מיעוט אולם גישה זו אומצה להלכה מאוחר יותר)

**ב. הולם את ערכיה של מדינת ישראל**: הערכים הנמצאים בפסקת המטרה ס'2 שבחו יסוד חופש העיסוק ובכבוד האדם- יהודית ודמוקרטית
ויש המוסיפים את ס' 1 לאותו חוק אך השופטים נוטים לא להתדיין בו.

\* **בפועל מעולם לא פסלו חוק עקב רכיב זה ומניחים שקיים**.
לוי בגלאון: ( פרשת איחוד משפחות והתיקון לחוק האזרחות – ההמשך של עאדעלה.) חוק מפלה על רקע מיעוט לאומי פוגע באופן קשה בשוויון אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ויש לפסול.
לוי מגדיר "**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. מזכיר את פרשנות ס' 7(א), השוני הוא שב7(א) מפרש בצמצום רב כדי לא להביא לפסילה רחבה וכאן מפרשים יותר בהרחבה. ו"**דמוקרטית**"- שני הביטים לדמוקרטיה- 1. פורמלית- העם הוא הריבון שבוחר את נציגיו ומנגנוני ההכרעה נעשים באופן דמוקרטי- הכרעת הרוב. 2. מהותית- מוסדות המדינה צריכות לכבד ערכי יסוד דמוקרטיים ולנסות לקדם אותם- (חירות שוויון, הגנה על מיעוטים).

ג׳ובראן- מפרשנותו של לוי עולות שני בעיות: 1. ביהמ״ש הוא לא גוף נבחר ולכן בעייתי שייפרש וייקבע מהן ערכי המדינה. 2. את התנאי של ״הולם את ערכיה של מדינת ישראל״ יש לפרש בצמצום מאחר וטרם נקבעו מבחני משנה בפסיקה על מנת לפרשו. בשל בעיות אלו, ביהמ״ש נמנע מלבטל חוקים על בסיס חוסר הלימה לתנאי זה בלבד.

**ג. נועד לתכלית ראויה:**

**א.** סיווג התכלית - **מבחן התכלית הדומיננטית** - אם יש כמה תכליות, חלקן ראויות וחלקן לא - נלך לתכלית הדומיננטית – אם התכלית הדומיננטית ראויה- זה מספיק- שאר התכליות יכולות להיות לא ראויות

**ב. תכליות ראית במידה ומטרתן אחת מאלה (**בג״ץ חסן בג״ץ אדם) – 1) נועדה לקדם זכויות אדם 2) נועדה להגשים מטרה ציבורית או חברתית ראויה .3) הוספה בפסיקה התכלית- הולמת את ערכיה של המדינה (יהודית ודמוקרטית)

עדאלה- ארבל 2 תכליות: התכלית הביטחונית מניעת שימוש איחוד משפחות כדרך לביצוע פעולות טרור ברורה כתכלית ראויה- שמירה על בטחון האזרחים. התכלית הדמוגרפית- המדינה טענה שהתכלית היא רק ביטחונית. בטחון- תכלית ראויה, תכלית דמוגרפית מול ביטחונית= לא הוכרע. ביהמ"ש הניח שהתכלית היא בטחונית בלבד.

 **ג**. חוזק התכלית - מול חוזק האינטרס הציבורי שעומד מנגד - תלוי בזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה **ככל שהזכות חזקה ומשמעותית יותר וככל שעוצמת הפגיעה בה גדולה יותר - נדרוש מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ**. למשל, כבוד האדם יש דרישה בנוסף למטרה החברתית החשובה גם מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ. בזכויות פחות חשובות - הרף יותר נמוך.

בג״ץ אדם- (עתירה הנוגעת לחוק המסתננים- לפיו, כלאו מסתננים ללא משפט לתקופה של 3 שנים אותה ניתן להאריך. העתירה נסובה סביב שאלת הפגיעה של חוק זה בזכות לחירות- זכות אדם) ש׳ ארבל- ישנם 2 תכליות לחוק- 1. למנוע את ההשלכות החברתיות הבעייתיות כתוצאה מתופעת ההסתננות ואת השתקעותם (דרום ת״ל)- זו תכלית ראויה. 2. תכלית הרתעתית- מטרת החוק היא לשלוח מסר לאפריקה על מנת שלא יבואו לישראל מאחר והם ייכלאו. תכלית זו אינה ראויה מאחר והיא הופכת את האדם לאמצעי- והאדם הוא מטרה לפי התפיסה הקנטיאנית ואין להשתמש בו כאמצעי התרעתי. כפי שניתן לראות גם בבג״ץ פלונים נ׳ שר הביטחון- (חטיפת אזרחים חפים מפשע מלבנון על מנת שישמו קלף מיקוח בכדי לשחרר את רון ערד)- ביהמ״ש- במידה ומדובר במחלים ניתן לעשות זאת אולם חפים מפשע לא יכולים לשמש כקלפי מיקוח מאחר ואדם אינו אמצעי.

ניסוח למבחן- "תכליתו של חוק תיחשב ראויה אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה. כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית תכליתו של החוק הפוגע תצדיק את הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ (בג״ץ מרכז השלטון המקומי- פרשת חוק טל)

1. **ובמידה שאינו עולה על הנדרש- מידתיות:**

גם האמצעי להגשמת הכלית צריך להיות מידתי, העיקרון המרכזי הוא שהמטרה לא מקדשת את האמצעים- זה שתכלית מסוימת ראויה לא אומר שניתן לעשות הכל ע״מ להגשים אותה. מבחן המידתיות הוא המבחן המרכזי בפסיקה הישראלית והוא מתרכז בעיקר בשלב זה של הניתוח. לצורך בחינה זו **3 מבחנים מצטברים:**

1. **מבחן ההתאמה (הקשר הרציונאלי) צריך להראות שיש קשר רציונלי בין המטרה לאמצעי הפוגעני. לא צריך ודאות מוחלטת, כל עוד לא מדובר בסיכוי "קלוש ותיאורטי״** (אדם)

\* על מנת לבחון האם ישנו קשר רציונלי ניתן להיעזר ב3 מבחנים:

1. **מבחן השכל הישר** - - לרוב מספיק להסתכל על השכל הישר וניסיון עבר - שמצביע על הקשר הרציונלי.

2. **בחינת העובדות**-.בג״ץ אדם ארבל –צריך להיות קשר עובדתי בין התכלית שאותה החוק באה לממש לבין אופן המימוש. בעניין זה, מאחר ומתקן הכליאה יכול להכיל רק 1750 מסתננים ומדובר בבעיה בסדר גודל של 55,000 מסתננים הפתרון המוצע אינו מתאים ולכן אינו עומד במבחן ההתאמה.

3. **בחינת התוצאות** בג״ץ חוק טל- ביהמ"ש הסתכל על התוצאות וראה שאחוז החרדים שהתגייסו היה מזערי ולכן קבע שלפי מבחן התוצאה החוק אינו עומד במבחן ההתאמה.

• **מידת ההתאמה נבחנת לפי** 1. נסיבות; 2. חשיבות הזכות. 3. עוצמת הפגיעה. ככל שהזכות חשובה יותר ויש פגיעה חזקה יותר - נדרוש רמת התאמה גבוהה יותר.

\*\* ניתן לציין שבמידה וחוק שונה מספר פעמים הוא ככל הנראה מתאים מאחר ועבר את ההתאמות הדרושות מבחן ההתאמה לרוב יתקיים \*\*

1. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**-

האם האמצעי הנבחר בחוק אינו פוגע בזכות מעבר לנדרש להשגת התכלית הראויה. מבין כל האמצעים שמשיגים את המטרה באותה מידה- יש לבחור את המבחן שמשיג את המטרה בצורה שהכי פחות פוגעת. זאת, **בהתחשב: 1. מהות הזכות המופרת 2. בעוצמת ההפרה 3. התכלית** .

✓ **הגבלה גורפת של זכות היא אמצעי שחשוד בחוסר מידתיות** (מאחר ואמצעי המתחשב במקרים חריגים יהיה פחות פוגעני). לבחון האם ניתן להגשים את המטרה באופן אינדיבידואלי במקום גורף – עדאלה חסן, אדם)

1. עדאלה- האמצעי שנבחר היה איסור גורף לאיחוד משפחות. ברק -איסור גורף הוא אמצעי שחשוד כבלתי מידתי מאחר ובד"כ יהיה ניתן להגשים את התכלית באמצעים פוגעניים פחות, כמו בחינה אינדיבידואלית או לפחות הכרה במקרים חריגים. יש לבחון האם אמצעים אלו יכולים להגשים את התכלית באותה המידה. חשין טען שזה נטל גדול מדי ולדעתו האמצעי להגשמת התכלית מידתי בכל זאת.

2. בג"ץ חסן –(נקבעה חזקה חלוטה לפיה כל המשתמשים ברכבים אינם זכאים לגמלאות) בייניש - כל חזקה חלוטה היא אמצעי פוגע מאוד, ומאחר ומדובר באיסור גורף הוא לא מידתי. ניתן לקבוע חזקה זו במידה שהיא ניתנת לסתירה (כלא חלוטה) או לקבוע כי החזקה הינה רק על הבעלים ולא כל שימוש.

3 אדם- ארבל אומרת שאת שתי התכליות שהמדינה טוענת שיש להגשים ניתן להגשים בצורה פוגעת פחות- 1. הפתרון לתכלית של מצוקת תושבי דרום ת"א- תמיכה של עיריית ת"א והשמת הפליטים במקומות אחרים, הגדלת שיטור ועוד. 2. פתרון לתכלית ההרתעה- בניית גדר).אמצעי יקר אינו שיקול.

✓ **בשלב זה בד"כ יש דיון**. כשמחוקקים חוק (יש 3 אפשרויות:

 1. לקבוע מנגנון גורף לכולם אסור**.**

2. מנגנון גורף שיכלול אפשרות לבחינת חריגים

3. לקבוע חריגים בחוק עצמו

**ג. מידתיות במובן הצר- תועלת מול נזק-** בוחן את היחס בין התועלת בחוק המביא לפגיעה לבין הנזק שעשיו להיגרם ממנה. גם במידה בו החוק עמד בשני המבחנים הקודמים של מידתיות עדיין יש לבחון האם היחס בין התועלת שבהגשמת התכלית לבין הפגיעה בזכות החוקתית הולם. (עלולים להיות מקרים בהם הפגיעה בזכות היא כה חמורה ולכן התועלת לא מצדיקה את הפגיעה בה).

\***מבחן איזון ערכי**- ככל שהזכות הנפגעת היא יסודית – והפגיעה בה חרפה נדרוש תועלת חשובה ומהותית יותר. כמו כן, ככל שהאינטרס חשוב יותר כך הוא יכול יותר להצדיק פגיעה חמורה יותר.(עדאלה , חסן)

✓ **יישום** לפי דעתו של חשין בעדאלה **:** הפגיעה בזכות לא כה קשה- מאחר ולא מונעים מאף אזרח ישראלי להתחתן עם מי שירצה ולחיות עם אותם בני זוג, אלא רק מונעים מהם לגור יחד בשטחי הארץ לעומת הסיכון הביטחוני החמור שעלול להיגרם בעקבות מתן אפשרות זו ולכן, פגיעה זו מידתית.

• **מבחן משנה היחס בין התועלת השולית לבין העלות השולית** - בג״ץ בית סוריק(מדינת ישראל החליטה לבנות גדר הפרדה בין תחומי השטחים לתחומי המדינה על מנת למנוע פיגועים. הוסכם כי התכלית ראויה, אך לא היה ברור אם הגדר היא האמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר מאחר ובנייתה תפגע בהרבה שדות). ביהמ״ש קבע כי גדר היא אמצעי מתאים אך השאלה הייתה היכן תעבור. המדינה טענה כי כל תזוזה של הגדר תוריד את רמת יעילותה. ביהמ״ש הסכים כי הגדר היא אכן האמצעי שפגיעתו פחותה, אך במידתיות במובן הצר הוסיפו מבחן עזר העוסק ביחס בין התועלת השולית לנזק השולי, כלומר- אם ידוע שהפחתה קטנה באפשרות לממש את התכלית מצמצמת בצורה דרסטית את הפגיעה בזכות, הפגיעה לא תעמוד במבחן זה. **אם קיימת אפשרות לשימוש באמצעי חלופי שמממש אותה כמעט באותה צורה והפגיעה בעקבות השימוש בו תצטמצם- השימוש באותו אמצעי לא יעמוד במבחן המידתיות ואינו חוקתי**.

✓עדאלה**-**ברק -הפחתה בהשגת המטרה ע"י בדיקה אינדיבידואלית מביאה להפחתה מאוד משמעותית בפגיעה בזכות ולכן יש לפסול את החוק לפי המבחן ה-3.

🡨 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.

* לחפור איזה אינטרסים יש מנגד ואיזה זכויות נפגעות! יש לבצע איזון בין ערכים לבין האינטרס הנפגע. בד"כ הנטייה ללכת בכיוון הערכים אא"כ הפגיעה באינטרס היא קשה מאד!!
* **חופש הביטוי**- נשאל מה אופי הביטוי, החשיבות החברתית שלו, חשיבותו בהגשמת מטרות העומדות בסיס חופש הביטוי [אוטונומיה, תכלית, ביזוי] ביטוי פוליטי יקבל הגנה גבוהה (המפקד הלאומי) ביטוי מסחרי פחות חשוב לדמוקרטיה, לציבור ולמטרות חברתיות ויזכה לפחות הגנה. סוג המגבלה: הגבלה מראש חמורה יותר מהגבלה בדיעבד
* **אם מדובר בחו"י חופש העיסוק** - אם מגיעים למסקנה שהחוק הוא לא חוקתי, יש לומר שעכשיו נבדוק אם החוק עומד בפסקת ההתגברות.

**פסקת ההתגברות**

\*. פסקת ההתגברות מאפשרת דרך חלופית לפגוע בזכויות: מותר לחוק לפגוע בזכות ולא לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה אם – (1) הוא התקבל ברוב מיוחס; (2) ייאמר בו מפורשות שהוא תקף על אף האמור בחוק היסוד ו(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: פגיעה רק ברוב ח"כים, יש לציין שפגעו, תקף רק ל4 שנים

**\*במידה והגעתי למסקנה במבחן כי חוק מסום אינו חוקתי ניתן להציע א האפשרות לחקיקה מחדש ע״י הכנסת – חקיקה שתעמוד בתנאי פסקת ההתגברות.**
🡨 בפועל רק בבג"ץ מיטראל (עתירה בעניין חוק שאסר על ייבוא בשר לא כשר לארץ) נחקק חוק על ידי פסקת ההתגברות.:

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

א. הפגיעה בזכויות האחרות צריכה להיות "תוצאת לוואי המתבקשת מחופש העיסוק".
ב. 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").

**שלב ג- סעד בעקבות אי חוקיות.**

אין צורך לפרט מאחר וירד מהחומר למבחן- לצין בסוף הניתוח במשפט- לפי הפסיקה האמריקאית- במידה וחוק אינו חוקתי- דינו להתבטל. בפסיקה הישראלית- במידה וחוק אינו חוקתי ישנם 3 אפשרויות לסעד:

1. בטלות מוחלטת מחמת אי חוקיות
2. בטלות יחסית- ביטול החלק הפוגע בלבד
3. השהיית הכרזת בטלות- ביהמ״ש יכול להעניק השהיית בטלות – לפיה היא תקבע נק׳ זמן ממנו החוק יבוטל במידה ולא ישונה באותו תקופת זמן במידה והחוק לא יתקון אשר מאפשר לכנסת לתקן את החוק על מנת שיתאים לתנאי פסקת ההגבלה במקום שהחוק יבוטל.(סעד זה יכול להגיע בנפרד או בתוספת לביטול יחסי/מוחלט)

🡨 לפי מחקר שערך ד״ר בר סימן-טוב- - מאז בג"ץ ברגמן (חוק מימון המפלגות) ביהמ"ש מעולם לא השתמש בבטלות היחסית ואף לא הזכיר את המושג ואילו ביהמ"ש משתמש יותר ויותר בהשהיית הכרזת הבטלות שמבטלת את החוק לגמרי ובד"כ גם מחילה את הביטול רטרו'. ביהמ"ש ירצה לומר שיש לבטל את החוק אבל הוא ייתן ארכה למחוקק ע"מ שזה יתקן את הליקוי בעצמו.

**ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה**

* סמכותו של ביהמ״ש לבחון חוק ולבטלו מחמת הליך חקיקה לא רואי. ללא רלוונטיות לתוכן החוק. מכח ס׳ 15 לחוק יסוד: השפיטה.
1. בוחנים הם ישנה זכות עמידה על מנת לעתור בעניין הליך חקיקה לא ראוי.

בג״ץ נימרודי- (עתירה על כך שלא ניתנה זכות דיבור בדיון בהליך החקיקה). ברק- כאשר החקיקה לא עומדת בתנאים הפורמאליים הנדרשים על מנת לחוקק חוק- (3 קריאות , דיון בוועדה ועוד) יש סמכות לביהמ״ש לבטל חוק בשל אי עמידה בתקנון הכנסת. נימוקים**-** 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. בנוסף, חוקי היסוד עליונים ובהם (חו"י הכנסת) קבוע שצריך ללכת לפי התקנון. בנוסף, מאחר והחור אינו עומד בדרישות לחקיקתו הוא אינו חוק וברור שדינו להתבטל. אוביטר- גם במידה והחוק כן עומד בתנאים הפורמאליים ולכאורה אין סמכות להתערבות ביהמ״ש, בכל זאת הסמכות קיימת וניתן לבצבע ביקורת שיפוטית גם על חוק זה **בשל פגם היורד לשלורש ההליך** (בפס״ד זה העניין הובא כאוביטר ולא פורש כיצד ניתן ליישמו- פורש במגדלי העופות).

בג״ץ מגדלי העופות: (עתירה הנוגעת לחוק ההסדרים שמנוסח ע"י משרד האוצר, הליך חקיקתו לא מעמיק המשיבים העלו טענה לפגיעה בהפרדת רשיות בהפעלת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה מאחר והחוק עמד בתנאים הפורמליים לחיקתו)

**חוק ההסדרים** - הצעת חוק ממשלתית שעוברת יחד עם התקציב ובה הממשלה מכניסה כמקשה אחת נושאים רבים שונים שכביכול נדרשים כחלק מרפורמה כלכלית ועוברת בצורה מהירה יחסית תחת משמעת קואליציונית חריפה. מדוע?

✓ הצבעה נגד חוק ההסדרים משמעותו פיזור הכנסת

. ✓ רוב הח"כים לא ירצו לרוץ לבחירות חדשות ולכן לא יצביעו נגד

. ✓ במצב מסוג זה: בד"כ האופוזיציה תצביע נגד, והקואליציה תצביע בעד

. ✓ כאשר מדובר בהצעות חוק רגילות אחרי הקריאה הראשונה מרכזים את הצעות החוק לוועדות הכנסת השונות - כל אחת לתחום שלה. כאן, למרות שמדובר בהרבה תחומים שדורשים התמחויות משנה, החוק עובר ישר לוועדת הכספים.

✓ נטען שהממשלה הפכה להיות מחוקקת והכנסת הפכה להיות חותמת גומי ולפיכך ישנה פגיעה ברעיון של הליך דמוקרטי ראוי - כי אין אפשרות לדון בו.

- בייניש- גם 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**". במסגרת ההחלטה על תוצאתו של פגם בהליך החקיקה יש להתחשב במהותו של הפגם שנפל ובמכלול נסיבות העניין. לעניין מהותו של הפגם שנפל בהליך החקיקה- יש לבדוק בנוסף לחומרת הפגם ועוצמת פגיעתו בעקרונות היסוד של הליך החקיקה את השאלה אם היה החוק עשוי שלא להתקבל לולא הפגם. עקרונות היסוד לחקיקה נאות אותם מונה בייניש-

* **הכרעת הרוב;**
* **שוויון**- לכל ח"כ קול אחד;
* **פומביות**- הליך החקיקה פומבי ושקוף;
* **עקרון ההשתתפות** (חידוש!) - כל ח"כ יכול להשתתף בהליך החקיקה. ההשתתפות כוללת לא רק נוכחות פיזית אלא גם אפשרות להבין את החוק ועל מה הוא מצביע. (נוכחות רוחנית)
* **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 וכ״כ ארוך שלח״כים לא הייתה שום אפשרות מעשית לדעת ולהבין על מה הם מצביעים- נחליט שההליך פגום).
* **ריסון להלכה (2):** בייניש - 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 הו לאפשר לח"כים שזכיותיהם ואת זכויות בוחריהם. במידה והח"כים לא לממש את זכותם ביהמ״ש לא יתערב.
* **חשוב!** במידה ומדובר על חוק ההסדרים בקייס יש לדון האם החקיקה כלכלית באופיה.

בג״ץ קוונטינסקי- ( עתירה בעניין העברת פרק בחוק ההסדרים הנוגע בטלת מס לדירה שלישית שעבר לאחר לילה לם של דיונים מבלי שניתן לח"כים זמן להתעמק בחוק בהצעת החוק טרם ההצבעה עליו) ניתן לפגם בהליך החקיקה לפי הלכת מגדלי העופות- פגם בעקרון ההשתתפות). סולברג- מפרש את הלכת מגדלי העופות ומדגיש שצריך לאפשר לחברי הכנסת לא רק לדעת מה כתוב בהצעת החוק אלא לתת להם לגבש עמדה לגביה.

גיבוש עמדה דורש מהלך מחשבתי, עיבוד מידע וקבלת החלטה מושכלת ביהמ"ש יתערב בהליכי חקיקה ראשית רק כאשר נשללה מחברי הכנסת אפשרות מינימלית לקיים גיבוש עמדה. הוא משייך את דיון מינימלי לעיקרון ההשתתפות ומוציא אותו מתוך דוקטרינת הליך חקיקה נאות. וקובע **שני תנאים הכרחיים על מנת לקיים את עקרון ההשתתפות**: **א**. מתן הזדמנות לגבש עמדה. **ב**. מתן אפשרות לדיון מינימלי על מנת לגבש את העמדה.

**קריטריונים שיסיעו לדעת האם היה דיון כמו שצריך:**
1. משך הדיו והמידתיות שלון ביחס 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. פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק ולמצער עיקרי הסדריה ומרביתם.
5. כמה זמן מראש קיבלו חברי הכנסת את הצעת החוק.
6. האם הדיון באמת שינה את הצעת החוק.

מזוז- מתנגד להרחבתו של סולברג וטוען כי פגע לגמרי בהלכת מגדלי העופות:

1. סולברג מעביר את הדגש לאיכות הדיון ו מעקרון ההשתתפות.
2. הרחבת ההלכה תהווה עילה לביטול חוקים נוספים – שיכול לפגוע בהפרדת רשויות
3. אין משמעות לקיומו של דיון ומשמעות ליכולת לגבש עמדה- מאחר והגרם המופיע העיקרי הוא המשמעת הקואליציונית.
4. הלכה חדשה זו עשויה לגרום לחכ״ים ליצור בכוונת תחילה מצבים בהם לא נתקיימו דיונים שעמודים בקריטריונים וכך יוכלו להביא לביטול חוקים שהם לא מעוניינים בהם.

**תגובות לפס"ד**: הרבה גורמים שלטוניים, כולל גורמים מהקואליציה (אפילו גפני) אמרו שהפס"ד מוצדק. הייתה גם ביקורת רבה שכללה רצון לעשות תיקון חוקתי שיהפוך את ההלכה. היועמ"ש אף הגיש בקשה לד"נ בטענה כי חרגו מההלכה. מנגד, היועץ המשפטי לכנסת ביקש לדחות את הבקשה לד"נ, ועד היום לא הכריעו בבקשה זו. מאז קוונטינסקי לא בוטלו חוקים נוספים, ובכנסת חל שינוי מאז ומקפידים על תנאי הליך חקיקה סבירים.

**סיכום-** המבחנים שנקבעו נותנים שק"ד רחב לביהמ"ש בבדיקה האם יש פגיעה קשה וניכרת. מצד שני, לפי הפסיקה בפועל, יש ריסון שיפוטי רב וכמעט מעולם ביהמ"ש לא ביטל חוק בעקבות פגמים בהליך החקיקה, והיה נראה שביהמ"ש מעדיף להשתמש בביקורת שיפוטית חוקתית. רק בבג"ץ קווטינסקי בוטל חוק בהליך החקיקה ועוד מוקדם לדעת האם זו תחילת מגמת שינוי של שימוש בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, או עניין נקודתי המבוסס על בעיות עמוקות בהליך חוק ההסדרים הספציפי שבוטל.

יתרונות של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:

1. עצם ביטול החוק מפחית את הסיכוי שיחוקק שוב, וגם אם כן, הדיון הראוי בו בכנסת יפחית פגיעה באזרחים.
2. עצם הפרוצדורה הדמוקרטית הוא חשוב על מנת לקיים דמוקרטיה מהותית
3. אין פה פגיעה כ"כ גדולה בעצמאות הכנסת, זה רק פרוצדורה, לא מדיניות.

חסרונות של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:

1. מדובר בליבת עצמאותה של הכנסת
2. ההצדקה לביקורת שיפוטית תוכנית סובסטנטיבית שאומרת שמדובר בהגנה על זכויות אדם לא קיימת פה

**רשויות השלטון ומהמשפט החוקתי מוסדי-**

הפרדת רשויות: לפי הגישה המסורתית מודבר בעקרון נוקשה ואין סמכות לרשות אחת להתערב בנעשה ברשות אחרת. התפיסה במדינת ישראל- ה היא של ״איזונים ובלמים״ אשר מאפשר בקרה ופיקוח על הנעשה ברשיות האחרות על מנת של ינצלו את כוחם לרעה.

מעמדו החוקתי של עקרון הפרדת הרושיות- אמנם מעדמה החוקתי של עקרון זה אינו ומוסדר בחוק אולם יש שלומדים מהפרדת חוקי היסוד המוסדיים כי עקרון הפרדת רשויות -בעל מעמד חוקתי. יש שסוברים ההפך – כי עקרון זה אינו בעל מעמד חוקתי.

שאלה זו לא הוכרעה בפסיקה.

בג״ץ הפרטת בתי הסוהר (המרכז האקדמי)- (עתירה נגד החוק להפרטת בתי הסוהר והעברתם לגוף פרטי, מאחר והחוק מפר את ס' 1 לחו"י הממשלה ופוגע בהפרדת רשויות מאחר והכנסת לא יכולה להעביר סמכויות של הרשות המבצעת לגוף פרטי.) . במקרה זה החוק עצמו נפסל כיוון שהוא פוגע בחוק יסוד, אך ברמה המהותית **- האם הכנסת יכולה בעצמה לפגוע בהפרדת הרשויות? העניין נשאר בצריך עיון**. חשוב לציין כי בין השורות נראה שביהמ"ש מאוד לא מעוניין לפסול חוק דרך עקרון הפרדת הרשויות, ומעדיף מסלול של פגיעה בזכויות אדם.

בג"ץ רובינשטיין –(פטור שירות צבאי לבחורי ישיבות) ביהמ"ש- השאלה האם לתת לבני ישיבות פטור משירות היא שאלה עקרונית, ולא ניתן להשתמש בסמכות שניתנה לשר בקום המדינה ע"מ לפטור אנשים מסוימים במקרים מסוימים. מאחר שמדובר בהחלטה עקרונית חשובה הכנסת היא זו שצריכה להכריע בה כדי לא לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות.

הכנסת:

**הכנסת ובחירות לכנסת:**

**פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר סע' 5+6 לח"י הכנסת:**

* נבחן האם העתירה עומדת בעילות הסף.+ האם הזכות מעוגנת בח"י, ונבחן האם מדובר בפגיעה או שינוי
* אם יש פגיעה – להפעיל את פסקת ההגבלה (התקבל במופז נגד וועדת הבחירות) ואם יש שינוי עליו לעמוד בתנאים- מאחר וסעיפים אלה אינם משוריינים ניתן לשנותם באמצעות חוק יסוד ברוב רגיל (מזרחי)

**ס' 5 לחו"י: הכנסת: הזכות לבחור**

"כל אזרח ישראלי בן **18** ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק..."

**ס' 6 לחו"י: הכנסת: הזכות להיבחר**

לכל אזרח **מגיל 21** ומעלה ישנה זכות להיבחר, אלא אם כן:

* ביהמ”ש שלל ממנו זכות זו על פי חוק.
* נשפט בפסק דין סופי **ל3 חודשי מאסר** ולא **עברו 7 שנים** מיום שגמר לרצות את המאסר בפועל.
* אם הורשע האדם בעבירת טרור או ביטחון חמורה, נידון בפס"ד סופי לעונש מאסר העולה על 7 שנים, וביום הגשת המועמדות טרם עברו 14 שנים מהיום שבו סיים לרצות את עונש המאסר בפועל.

**חריג לכך**: חבר הכנסת יכול לפנות בבקשה ליו"ר וועדת הבחירות המרכזית שיכריז שאין בעבירה זו קלון וכך הוא יוכל לרוץ.

בג"צ פייגלין–( עתירות שנסובו סביב הגשת מועמדותו של פייגלין להתמודדות בבחירות, מאחר ולא הצהיר שיש לו מניעה להתמודד בבחירות (בגלל מאסר של 3 חודשים) וגם לא הגיש בזמן את הבקשה להתמודדות יו"ר וועדת הבחירות המרכזית, וטען שמדובר בעבירה ללא קלון ולכן יכול להתמודד)**.** לוין (בדעת הרוב): לא דן בשאלת הקלון, עצם האיחור בהגשת הבקשה ואי ההצהרה מונעים מפייגלין להתמודד, לוח הזמנים חשוב מאד.לוי (בדעת מיעוט): שהזכות לבחור ולהיבחר היא חשובה מאוד לכן, להשתשמ בפרשנות אקטיביסטית כדי לאפשר מימוש זכות זו אמנם החוק אוסר על פייגלין להגיש בקשה לועדה לאחר שעבר הזמן,אך העתירות שהוגשו נגדו פתחו את הסוגיה לדיון, ולכן ניתן לדון בשאלת הקלון. לדעתו עבירות ההמרדה שבהן מורשע פייגלין הן ללא קלון מאחר ומדבור בעבירות חופש ביטויי שקיים ספק לגביי הרשעתן קל וחמור לגבי הקלון שיבוא עימן.

שאר השופטים הסכימו עם הטיעון הפורמליסט של לוין לפיו אין לדון בשאלת התמודדותו של פייגלין. לעניין הקלון:

פרוקצ'יה, שטרסברג, בייניש, וברק: יש בעבירת ההמרדה קלון, משום שהיא מראה ניסיון לשנות בכוח את השלטון הדמוקרטי, את הכרעת הרוב. (כמו שאפשר לפסול רשימה השוללת את היותה של מ"י דמוקרטית).

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

הגדרת הקלון:

בג״ץ סילבר (סילבר הורשע בעבירות סמים וביקש בזמן מיו״ר ועדת הבחירות לקבוע כי אין עם עבירה זו קלון. בקשתו נדחה ועל כך העתירה) מזוז- הקלון הוא הרכיב המוסרי שבעבירה ולשאלת קביעתו 3 משתנים:

1. נסיבות העבירה- החלק המשמעותי ביותר (למשל ביצוע חוזר ונשנה של עבירה זה נסיבות שגורמות לקלון)
2. תכלית החקיקה שבמסגרתה מופיעה הוראה בדבר העבירה – (התכלית התפקיד המבוקש) האם העבירות שבוצעו קשורות לתפקיד הספציפי. ככל שהמשרה המבוקשת בדרג גבוהה יותר כך דרישת היעדר קלון תהיה גבוהה יותר.
3. סוג העבירה וחומרתה
* במקרה זה, סילבר הורשע בעבירות חמורות יותר מאשר החזקת סמים לצריכה עצמית ולכן בעקבות הנסיבות מדובר בעבירה שיש עימה קלון ולכן העתירה נדחתה ופסילתו הייתה כדין.
* ההלכה- בעבר הדגש היה על סוג העבירה וכיום הדגש הוא על נסיבות העבירה ותכלית התפקיד המבוקש.ֿ

ס׳ 6א- סייג למועמדות ח״כ שפרש מסיעתו- ח״כ שעבר מפלגה על מנת לקבל תפקיד ללא התפטרות אינו רשאי לרוץ בבחירות הקרובות עם מפלגה אחרת שהייתה מיוצגת בכנסת הקודמת אלא יכול לרוץ יכו לרוץ רק במפלגתו המקורית או מפלגה חדשה (אורלי לוי אבקסיס בניגוד לבוגי יעלון שהתפטר ולכן יכל לחבור ליש עתיד)

**ס' 7- מי לא יהיה מועמד?**

נשיא המדינה, שני הרבנים הראשיים, שופט, דיין של בית דין דתי, מבקר המדינה, הרמטכ"ל, רבנים וכהני דתות אחרות שמשמשים 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.

זולת אם עברה תקופת צינון מתאימה.

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

הסעיף מאפשר פסילה של רשימות או מועמדים לכנסת. זוהי פסילה ממש על בסיס המטרות שרוצים לקדם מבחינה פוליטית. זוהי דמוקרטיה מתגוננת (לאור הלקחים מעידן המפלגה הנאצית שהרסה את הדמוקרטיה מבפנים). הס' כותב באיזה עילות ניתן למנוע מרשימות או מועמדים ספציפיים לרוץ. יש 3 עילות מרכזיות:

1. שלילת קיומה של מד"י כמדינה יהודית ודמוקרטית. (זה בעצם שתי עילות).

2. הסתה לגזענות.

3. תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מד"י.

[מדובר פה על הליכים שהם לא בג"ץ, אלא א"ב/ע"ב. ]

 **מועמד שנפסל- אישור בחירות משמעו שהוא פסול מלהיבחר וערעור משמעו שרשאי. חלק מההליך מערב את ביהמ"ש. רשימה שנפסלה- הוועדה מחליטה ואז ניתן לערער לעליון כלומר יש רק ביקורת שיפוטית ולא מעורבות.**

**באישור יש יותר ביקורת שיפוטית " האם ההחלטה סבירה" בערעור השאלה היא "האם הרשות השלטונית סבירה". 7ב**

הפסיקה נתנה פרשנות לשלושת העילות הללו וקבעה אמות מידה לפיהן בוחנים מתי יש בסיס מספק כדי לפסול מועמד או רשימה בעקבות אחת העילות

ע״ב כסיף:

לאורך השנים, הייתה מגמת צמצום לשימוש בסעיף זה. בעזרת שתי דרכים מרכזיות פרשנות מצוצמצת

1. **פרשנות מצוצמת**.
2. **פיתוח אמות מידה לפיהן מוכיחים ומפרשים כל אחת מעילות הפסילה**.

**פרשנות מצוצמת**

1.שלילת המדינה כיהודית ודמוקרטית- יכולה להיות רשימה שמתנגדת לאחד מעקרונות אלו, מספיק לשלול אחד מהם. הפסיקה פירשה עקרונות אלו: יהודית- כוללת את זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, רוב יהודי במדינה, עברית היא השפה המרכזית, סמלים וחגים שמשקפים את המסורת היהודית, מורשת ישראל היא המורשת המרכזית. הדגש- מדינת ישראל כמדינת הלאום ולא מדינת הלכה. דמוקרטית- המאפיינים מבוססים על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות שוות, הכרה בזכויות אדם- כבוד אדם ושיוויון, הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית. הפסיקה הוסיפה כי מפלגה לאומית אתנית, או מפלגה הדוגלת באלימות- לא תורשה לרוץ לכנסת. (כמו מפלגת כ״ח של כהנא).

2. הסתה לגזענות- מפלגה שמטרותיה ומעשיה הם באופן ברור גזעניים כלפיי קבוצה אתנית מסוימות בעקבות יסוד לאומי אתני. רשימת כך היא הרשימה היחידה שנפסלה בגין עליה הזאת מאז עלתה מספר פעמים הטענה כי מפלגות שהמשיכו את דרך כך- ביהמ״ש קבע שהם עמדו ברף ולא נפסלו בגין עליה זו. אולם בע״ב כסיף מועמד ספציפי נפסל בעקבות הסתה לגזענות

3. תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור- יש צורך לעמוד בשני הדרישות והן מצטברות- 1. תמיכה במאמבק הזמוין ספיציפית 2. של ארגון טרור מוכר ורשמי (חנין זועבי והמשט – תמכה במאבק מזוין אבל הארגון לא הוכר כארגון טרור) בג״ץ בשארה- ח״כ בשארה תמך בעם הפלשתיני וובארגוני הטרור חמאס וחיזבאללה אך לא הביע במפורש תמיכה במאבק המזוין שלהם. \* ישנה חזקה כי אדם ששה במדינת אויב במשך 7 שנים לפני הבחירות – כי הוא תומך במאבק מזוין ונטל ההוכחה עליו להוכיח כי הוא אינו תומך במאבק זה.

ע״ב כסיף (פרשה אשר דנה בפסילת מועמדותם של מספר מועמדים אך בפועל רק כסיף נפסל) נעשה שימוש ב4 המבחנים שהובאו בע״ב טיבי- לפיהן יש לבחון האם אחת העילות הנ״ל מתקיימות (כדי לוודא שהפסילה מתאפשרת רק במקרים קיצוניים מובהקים):

1. צריך להראות שמדובר במאפיינים הדומיננטיים ברשימת השאיפות של המועמד.
2. את המטרות המרכזיות צריך ללמוד מהצהרות מפורשות והיגידים ישירים של המועמד (במקרה שמדובר באמריה לא מפורשת ניתן להסיק מסקנות ולפעול לפיהן אך המסקנות חייבות להיות חד משמעיות) בנוסף על מנ לצמצם את המקרים ניתנת אפשרות למועמד להסביר את עמדתו והצהרותיו.
3. המועמד פועל באופן אקטיבי להגשמת המטרות, ונעשתה מצדו פעילות אקטיבית להוצאתן מהכח אל הפועל.
4. ראיות- המבססות את העילות לפסילה צריכות להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות. בהמשך נקבע כי נדרשת מסה קריטית של ראות בעלות אמינות גבוהה להצדקת הפסילה. מאזן הסתברויות לא מספיק, אך אין צורך להוכיח מעבר לספק סביר.

\*נטל הבאת הראיות הוא על מי שמבקש לפסול את המועמד, ובמידה ויש ספק- הספק יפעל נגד הפסילה. (יש חריג בנוגע לתמיכה במדינת אויב- הופך את נטל ההוכחה על מי ששהה במדינת האויב). (המבחן העיקרי לפסילה).

בעניין כסיף- מקרה בו פסלו מועמד בשל העובדה כי הרף הראייתי היה גבוהה במיוחד. זאת לעומת בן גביר אשר נידון באותו תיק שטען שהוא ממשיך דרכו של כהנא ובכל זאת לא נפסל מאחר ואמירה זו לא הייתה מספקת על מנת לפסולו – מאחר וזה לא עמד ברף הגבוה הנדרש.

**פגיעה בשוויון לבחירות בכנסת סע' 4 לחו"י הכנסת:**

* בדר"כ מצטרף לזכות לבחור ולהיבחר אם זה נעשה בצורה לא שוויונית.
* נבדוק אם יש פגיעה לפי בג"ץ ברגמן+ גוטמן+ מרכז השלטון.
* במידה ויש שיויון נבחן את השריון של ס׳ 4
* נבדוק אפליה+ שוני מהותי\פורמלי +שוני רלוונטי.
* במידה ועוסקים בעבירה [שוחד וכדו]- נבדוק את הקלון **סוף העמוד.** פייגלין באוביטר- בהמרדה יש קלון
* במידה ויש פגיעה בשוויון בבחירות צריך לבדוק אם יש פגיעה בשוויון מתוך כבוד האדם.
* בדיקת פגיעה בזכות השוויון בצורה רגילה ממה הזכות ועד פסקת ההגבלה כולל.

**פגיעה בעקרונות של חוק יסוד הכנסת- כלומר פגיעה בסעיף 4!**

כאשר יש פגיעה בסעיף זה- נפגעות 2 זכויות – הזכות לבחור ולהיבחר והזכות לשייון שנפגעת בעקבות כך.

**שיטת הבחירות - מבחנים אלו לפי ס' 4 לחו"י הכנסת -**

1. **כלליות -** כל אזרחי המדינה, רשאים לבחור מגיל 18 ולהיבחר מגיל 21.(ס׳ 5 ס׳ 6 לחוק יסוד הכנסת)
2. **ארציות -** כל שטח מ"י נחשב לאזור בחירה אחד במידה וירצו להפוך את הבחירות לאזוריות, יצטרכו לשנות את חוק יסוד הכנסת כיוון שזהו **שינוי מהותי בשיטה.**
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 אזרחים לבחור לפי מצפונם ולצמצם השפעה לא ראויה של גורמים חיצוניים מצד שני, יש פגיעה בעיקרון השקיפות. ד״ר בר סימן טוב-, הפרסום של התפלגות ההצבעה לפי קלפיות זה בעייתי כי זה פוגע בעיקרון החשאיות.
5. **יחסיות -** חלוקת המושבים בכנסת ביחס זהה ליחס של הקולות (במידה ו20% מהבוחרים הצביעו למפלגה מסוימת- יהיו לה 20% מהמושבים)

**נתייחס לאחוז החסימה –** עקרון זה לא מיושם באופן מלא- כאשר הפגיעה העיקרית בעקרון זה נעשית בעקבות אחוז החסימה והסכמי העודפים שגורמים לכך שחלק מהקולות לא באים לידי ביטוי בכנסת ומועברים למפלגה אחרת מה שגורם לכך שלא כל הצבעה מיוצגת בכנסת כפי שהבוחר בה רצה.

בג"צ גוטמן **–** (עתירה בעניין העלאת אחוז החסימה מ-2% ל-3.25%. נטען שזה פוגע בעיקרון **ב"עיקרון הייצוג"** נגזרת של בחירות יחסיות גרוניס טוען שצריך אחוז חסימה כי הוא מאזן בין **עיקרון המשילות** - שהממשלה תוכל להתנהל, לבין **עיקרון הייצוג** . בעניין זה ההסדר חוקתי, אך העתירה נפסלת עקב חוסר בשלות.

**ייצוג לשיטת גרוניס בא לידי ביטוי בשני אופנים:**

**ייצוג פורמלי -** בהתאם לדפוסי ההצבעה כך המושבים בפרלמנט יחולקו - ייצוג מספרי מדויק.

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

* + - 1. **ייצוג רעיונות -** הדעות והאידיאולוגיות השונים יקבלו ייצוג. גרוניס דוחה את הטענה הזאת.
			2. **נציגות כנוכחות** לא מתייחסת לאידיאולוגיה אלא **למאפייני האוכלוסייה -** מאפיינים דמוגרפיים כמו מגדר, גזע, ואולי גם נטייה מינית. אך **לשיטתו**  יש לוודא עקרון זה רק לגביי שתי קבוצות אוכלוסייה שמהוות מיעוט מאובחן - **המיעוט הערבי-ישראלי והמיעוט החרדי.**
1. **שוויון הבחירות -**  ע"פ בג"ץ ברגמן,בית המשפט אוכף על הכנסת את מגבלות השריון הפורמלי שהיא קבעה בחוק היסוד מאחר ובבג"ץ זה אין הבחנה בין שינוי לפגיעה ולכן היא חשופה לביקורת שיפוטית, וזאת ככל שהתוכן אכן פוגע בשוויון. בפס"ד גוטמן - גרוניס מסכם את ההיבטים הפורמליים של עקרון זה המופיעים בברגמן.
* "קול אחד לכל אחד"
* ההיבטים המופיעים בס׳ 4 רלוונטיים גם לעניין הזכות לבחור וגם לעניין הזכות להיבחר
* שוויון סיכויים של הרשימות השונות להיבחר. גרוניס – **הנבחן באופן ניטרלי**
* **שוויון פורמלי או מהותי:**
	+ - 1. **שוויון פורמלי (לא אומץ)-** במובן הבסיס בו כולם מקבלים אותו דבר.
			2. **שוויון מהותי (אומץ בפסיקה-גרוניס בגוטמן) - מבחינה מהותית - נבדוק לפי מבחן השוני הרלוונטי!** דורנר באליס מילר כאשר יש פגיעה בשיווין על בסיס מין או גזע יש להעמיד את **מבחן השוני הרלוונטי** הכפול: לבחון האם השיקול הוא רלוונטי ואם כן לבדוק האם התחשבות בשוני מוצדקת בנסיבות העניין.- **האם יש הבדל שיכול להצדיק אי שוויון פורמאלי. קודם כל יש לבדוק האם יש בכלל הבדל רלוונטי וכל עוד הוא קיים יש שוויון מהותי.**

ברגמן – הפער היה קיצוני ולכן עקרון השוויון המהותי הוא לא היה שוויוני.

יישום של גרוניס בגוטמן: 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**.**

יישום של פוגלמן -אפילו 3.25% פוגע בשוויון הסיכויים להיבחר (ואפילו הכנסת הודתה בכך בגוטמן)

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

מרכז השלטון המקומי (עתירה בעניין תיקון לחוק החסינות הקובע כי ראשי ערים המכהנים בכנסת ה13 יכולים להמישך בשני התפקידים בכנסת הבאה הניגוד לראשי ערים שטרם מכהנים בכנסת שיצטרכו להתפטר מתפקידם כראשי ערים על מנת לכהן בכנסת בנוסף נטען כי התיקון פוגע בשוויון ובחופש העיסוק) בג״ץ זה רלוונטי רק כאשר מדובר בנבחר ספציפי או פריימריז כל היבט של שוויון בבחירות
גולדברג - ס'4 לחוק יסוד הכנסת מחייב רק שוויון בין **רשימות** ולא מועמדים. הנימוק לכך הוא כי שיטת הבחירות מבוססת על רשימות ולא על מועמדים- אנחנו מצביעים לרשימה ולא למועמד- לכן כל ההיבטים של החוק והשוויון רלוונטיים לרשימות בלבד.

זמיר - לצורך הדיון הוא מניח שדרישת השוויון חלה גם על מועמדים

חשין- השוויון חל גם על **מועמדים וגם על רשימות.**

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

גולדברג – השוויון חל רק על בחירות לכנסת ולא לבחירות מפלגתיות. הנימוק- אם אין שוויון בין המועמדים קל וחומר שאין שוויון בפריימריז.

זמיר - מוכן להניח כי שוויון מתייחס גם לפריימריז לצורך הדיון אבל בסופו של דבר לא השתכנע שיש כאן פגיעה בשוויון ולכן אין צורך להכריע בשאלה זו.

חשין – עקרון השוויון תקף גם לעניין הפריימריז – הדרישה לשוויון בס׳ 4 נוגעת לכל מה שקשור לבחירות

**שוויון בבחירות לכנסת או כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות?**

זמיר וגולדברג (הלכה)- רק פגיעה בשיוון הזדמנויות וסיכויים לכנסת. פגיעה בשוויון באופן כללי ל**א מספיק** כי זה **פגיעה בעיקרון השוויון הרחב** ולא בשוויון הסיכויים של המועמדים להיבחר (שזו משמעותו של ס'4 לחוק יסוד הכנסת)

חשין - מרחיב את עיקרון השוויון בס'4 ואומר **שזו כל פגיעה, אין הגבלה לעיקרון שוויון הסיכויים**, אלא מדובר בכל היבט אפשרי וראוי של שוויון, ולכן קיים כאן חוסר שוויון.

**חשוב- אם חוק פוגע בשוויון הן במובן של שוויון בבחירות מכוח חו"י: הכנסת, הן במובן של הזכות לשוויון הנגזרת מחו"י כבוד האדם קיימות שלוש אפשרויות לפי** בג"ץ מרכז השלטון המקומי .

* + 1. **חל ההסדר הספציפי שבחו"י הכנסת -** חל ההסדר הספציפי הנוגע לשוויון הבחירות ולכן אין צורך לדון בזכות לשיויון הכללי. (בהתאם לעיקרון הפרשני לפיו נורמה ספציפית מועדפת על פני נורמה כללית). במקרה זה מפעילים את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת. גוטמן - גרוניס **מעדיף את ההסדר הזה.**
		2. **שתי ההוראות חלופיות –** הפגיעה צריכה לעמוד רק באחד המבחנים החלופיים של סעיף 4 של ח"י הכנסת או של מבחני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.
		3. **ההוראות מצטברות -** מפעילים גם את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת וגם את מבחני הפגיעה של ח"י: כבדה"א וחירותו והחוק צריך לעמוד בשניהם באופן מצטבר.
* לאחר הדיון בשלשות האפשרויות הבוחנות האם הפגיעה חוקתית - לפי ברגמן: מאחר ואין הבחנה בין שינוי לפגיעה נדרש רוב מיוחס בשל היותו של ס׳ 4 משוריין ולפי מזרחי ומופז- כאשר יש פגיעה- מפעילים פסקת הגבלה שיפוטית ללא צורך ברוב מיוחס

**שינוי או פגיעה - בס' 4 לחוק יסוד : הכנסת.-**

כאשר נדון אם הייתה פגיעה או שינוי של חוקי יסוד: לפי מזרחי :

* **בשינוי** - א. ע"י חוק יסוד; ב. אם הסעיף משוריין – רוב מיוחס.
* **בפגיעה** -פסקת הגבלה שיפוטית(גוטמן)\ רוב מיוחס(ברגמן):

**בחוק יסוד הכנסת –** קודם כל נערוך דיון **בשינוי** בו צד אחד יגיד שהוא משנה וצד שני יגיד שזה לא משנה כי זה מגשים את לשון החוק. **ולאחר מכן נערוך דיון נפרד בפגיעה**.

**שינוי –** גוטמן (ג'ובראן)

א. **אין צורך בפסקת ההגבלה.**

ב. **השינוי נעשה על ידי חוק יסוד** ;ואם הוא משוריין - **צריך את הרוב הנדרש**.

לפי ברק במזרחי –שינוי כולל לא רק שינוי מפורש, אלא גם שינוי משתמע. דעת הנגד תמיד תטען שמדובר בתוספת מצומצמת ולכן **בפגיעה**.

**פגיעה**-

לפי הלכת ברגמן- **אין הבדל בין פגיעה לשינוי**- יש לבדוק האם החוק עבר ברוב מיוחס בשלושת הקריאות. במידה והחוק עמד בדרישות, המשיבים יטענו כי החוק חוקתי. לכך ישיבו העותרים כי לפי חשין בפרשת חוק טל- גם אם החוק עומד בדרישות הפורמליות ניתן לבטל אותו משום שהוא סותר את ערכי היסוד של הדמוקרטיה, הכוללים את עקרון השוויון.\_ עם זאת, מדובר בדעת יחיד שלא התקבלה בפסיקה ולא יושמה בפועל ). בנוסף יטענו העותרים לפי בג"ץ המרכז האקדמי- כי גם במקרה בו הפגיעה או השינוי עומדים בדרישות הפורמאליות, ניתן לבטל חוק מכוח דוקטרינת **"שימוש לרעה בסמכות מכוננת".** לפי גישת ג'ובראן (+נאור, חיות, מלצר) בבג"ץ גוטמן : דרישת הרוב המיוחס שבס' 4 לח"י: הכנסת חלה רק במקרה של שינוי חוק יסוד. במקרה של פגיעה, נפעיל פסקת הגבלה שיפוטית.

* **מה קורה כשחוק רגיל פוגע בחו"י בלתי משוריין פורמלית או מהותית.** הדעה שהתקבלה במזרחי ואושררה בגוטמן ומופז - מפעילים **פסקת הגבלה שיפוטית** ואין צורך ברוב מיוחס. לפיכך, הניתוח של פגיעה זו ייעשה לפי פסקת ההגבלה.