**מבוא:**

**המשפט החוקתי:** מסדיר את פעולתם של מוסדות השלטון בינם לבין עצמם ובינם לבין הפרט.

**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 רצונו של העם. (ולא כמו בעבר שהמלך היה הריבון).
2. **שלטון מוגבל**: אמצעים להגבלת כוחו של השלטון מבטיחים שלא ינצל סמכותו לרעה ויפגע בזכויות האזרחים (עריצות). חילוק הכוח בין הגופים השלטוניים השונים. ההיבט המוסדי- הפרדת רשויות+ איזונים ובלמים לפיהם כל רשות שומרת על הרשויות האחרות זכויות אדם- גם כשכל רשות פועלת תחת סמכותה היא לא כל יכולה ויש זכויות שלא ניתן לפגוע בהן (עד גבול מסוים).

**מאפייני החוקה:**

🡨 **חוקה** = צירוף הכללים הבסיסיים שקובעים את מוסדות השלטון, אשר עליהם מושתת המדינה ומסדירים את פעילותה.
🡨 חוקה פורמלית/מהותית: **פורמלי**-מסמך בו מקובצים כל חוקי החוקה. **מהותי**- קובץ חוקים שבמהות שלהם משמשים כחוקה.
🡨 תוכן: **היבט מוסדי**– נורמות המסדירות את רשויות השלטון וסמכותן. **זכויות אדם**. (יש מוסיפים את ערכי היסוד של המדינה).
🡨 עליונות: אי אפשר לסתור אותה, כל נורמה נמוכה יותר שואבת את תוקפה מהנורמה מעליה. (פירמידת הנורמות של קלזן).
🡨 נוקשות: כדי לשנותה צריך פרוצדורה מיוחדת תובענית יותר מזו של הליכי חקיקה רגילים.

**עד המהפכה החוקתית- 1948-1992:**

* אין מגבלה משפטית על הפרלמנט והוא יכול לחוקק כל חוק. (הפרלמנט הוא הריבון).
* אין גוף שמעביר ביקורת על הפרלמנט ואין ביקרות שיפוטית על הליכי חקיקה.

בצול נ' שר הפנים [לא בסילבוס]: ביהמ"ש דוחה עתירה נגד חוק איסור גידול חזיר כי לא תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקים כלל.
 בית המשפט מפתח מגילת זכויות אדם בלתי כתובה בפסיקותיו:

בז'רנו נ' שר המשטרה: ביהמ"ש קובע שחופש העיסוק זו זכות טבעית ולכן הרשות המבצעת יכולה לפגוע בה רק כשהמחוקק אישר.

* מגילת זכויות האדם איננה כתובה, היא מחייבת כלפי הרשות המבצעת בלבד והכנסת עדיין כל יכולה ומותר לה לפגוע בזכויות.

פסיקה ביחס למעמדם של חוקי יסוד:

* מודלים של ביקורת שיפוטית:

**1. פרוצדוראלי טהור-** ביהמ"ש בוחן איך התקבל החוק (3 קריאות) ואם הוא התקבל כדין הוא תקין (לא עוסק בתוכן).

**2. תוכני טהור-** ביהמ"ש בודק רק את התוכן של החוק בלי לבחון את הפרוצדורה שבה הוא התקבל.

**3. סמי פרוצדוראלי-** מודל ביניים שמשלב היבטים של ביקורת תכנית וביקורת פרוצדוראלית, ננקט בברגמן.
ברגמן נ' שר האוצר: [מימון לא שוויוני בין מפלגות-פגיעה בח"י הכנסת] ביקורת שיפוטית: **תוכן-** שוויון הוא גם שוויון להיבחר ולא רק לבחור **פרוצדורה**- פגיעה בזכות היא שינוי משתמע ולכן החוק מבוטל ויש לחוקק חוק שאינו פוגע או פוגע ברוב 61.
🡨 פרשנות לברגמן:

* לא מעיד דבר על עליונות נורמטיבית של חוק יסוד, כשיש חוק משוריין [נוקשות] נאכוף זאת. רק חוק משוריין בעל מעמד-על.

🡨 **לסיכום המצב עד 92**: הכנסת חוקקה חוקי יסוד מוסדיים אך לא חוקי יסוד של זכויות אדם ומעמדם של חוקי היסוד אינו ברור מהחלטת הררי [שהחליטה שהחוקה תיבנה 'פרקים פרקים']. בית המשפט פיתח מגילת זכויות אדם לא כתובה ופירש את סמכותו לביקורת שיפוטית. הממשלה לא יכולה לפגוע בזכויות כל עוד הכנסת לא חוקקה חוק שמאפשר זאת. הכנסת יכולה לחוקק חוק ובית המשפט יפרשו כך שתגרם פגיעה מועטה אך אם אין דרך פרשנות אין דרך לתת ביקורת על חוק של הכנסת למעט חוק יסוד משוריין שאין לשונותו [לרבות פגיעה ושינוי משתמע] אלא בדרישות השריון.

**המהפכה החוקתית שנת 1992 והילך:**

**הכנסת חוקקה פעם ראשונה חוקי יסוד של זכויות אדם- כבוד האדם וחרותו וחופש העיסוק**.

חוק יסוד חופש העיסוק:

הגדרת אופי המדינה כיהודית דמוקרטית – קישור למגילת העצמאות.

* פסקת ההגבלה- פגיעה רק בתנאי הסעיף, שריון מהותי, הכנסת כבר לא יכולה לעבור עליו.
* פסקת ההתגברות- פגיעה רק ברוב ח"כים, יש לציין שפגעו, תקף רק ל4 שנים
* פסקת נוקשות- שינוי רק ברוב של 61 ורק בחוק יסוד אחר
* פסקת הכיבוד- כל רשויות השלטון מחויבות לכבד כולל הכנסת.
* אין שמירת דינים- ניתן לתקוף גם חוקים ישנים שסותרים.

חוק יסוד כבוד האדם וחרותו:

דומה לחופש העיסוק. **הבדלים**: יש לו שמירת דינים (לא מבטלים חוקים קודמים), אין פסקת התגברות, אין פסקת נוקשות.

פס"ד בנק המזרחי: **הקביעות המרכזיות של המזרחי:**

א. מעמדם של חוקי היסוד- ברק קובע שלישראל ישנה חוקה הכוללת את 11 חוקי היסוד שנחקקו עד אז (חוקי-על).

ב. מה דינו של חוק הסותר ח"י? בעיקרון בטל. אבל נוצרה הפרדה בין שינוי לפגיעה:

**שינוי**: [למחוק או להוסיף מילה, לשנות טקסט] ניתן לשנות רק על ידי חוק יסוד אחר+ רוב של 61 אם משוריין.

**פגיעה**: [חוק אחר המהווה פגיעה בחוק היסוד ועקרונותיו] אפשר לפגוע גם בחוק רגיל ע"י פסקת הגבלה או התגברות.

* **כשאין לחוק פסקת שריון/ הגבלה**: ניצור פסקת הגבלה שיפוטית ונחיל בפועל את תנאי פסקת ההגבלה (מופז נ' ועדת הבחירות).
* **שינוי משתמע:** פגיעה כ"כ משמעותית ורחבה שנותנת משמעות חדשה או מרוקנת מתוכן את החוק, למרות שלא כתוב במפורש ששינו את החוק עצמו – תיחשב שינוי.

ג. האם הכנסת יכולה לכונן חוקה ולהגביל את עצמה (גם פרוצדוראלית=שריון, וגם מהותית=תנאי הגבלה)

**ההסבר התיאורטי של הסמכות:**

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

ברק-תיאוריית שני הכובעים-**יש סמכות**. הכנסת היא גם הרשות המחוקקת וגם **הרשות המכוננת**. הרשות המכוננת נמצאת מעל לרשות המחוקקת, ולכן אין בעייתיות 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].

חשין- דעת מיעוט. לכנסת **אין סמכות** מכוננת. לכנסת ה-1 הייתה סמכות מכוננת, אך לא הייתה לה את הרשות 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.

ד. האם לביהמ"ש יש סמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד?

נקבע שהרשות השופטת מוסמכת לבטל. **נימוקים**:1. התפקיד של הרשות השופטת הוא ליישם חוקים ונורמות. הגיוני שביהמ"ש מתוקף תפקידו השיפוטי יצטרך להכריע במקרים של סתירה. 2. חוק יסוד הוא אוטומטית כביכול בטל אם לא עומד בתנאי פסקת ההגבלה, לכן ביהמ"ש רק מכריז על בטלותו.

**סיכום המהפכה החוקתית בישראל**

חוקה: עד המזרחי התפיסה הייתה שאין חוקה -> יש חוקה (חוקי על בראש הפירמידה).

תוכן: יש ח"י של זכויות חוקתיות ויש ח"י מוסדיים. אין ח"י חקיקה.

חוקה פורמלית: אין מסמך פורמלי, אך לפי המזרחי, הכותרת "חוק יסוד" היא הסימן הפורמלי. בעצם חוקה מהותית.

עליונות/נוקשות: לפי המזרחי, כל חוקי היסוד עליונים לחקיקה רגילה ומה שסותר אותם בטל. וכדי לשנות יש פרוצדורה מיוחדת.

**המצב החוקתי כיום מאז המזרחי:**

מגמות בביהמ"ש:

* **יישום ההלכה-** ביטלו בערך 19 חוקים.
* **מגילת הזכויות**-ביהמ"ש הכריז על זכויות בלתי מנויות כזכויות נגזרות של הזכויות המנויות.(ביקורות-מחד, אלו זכויות חשובות וטוב שהכירו בהן. מאידך, זה תפקידה של הרשות המכוננת).
* **ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד**- בג"ץ המרכז האקדמי שלם [ח"י הוראת שעה על התקציב כל שנתיים] נקבע שזה שימוש לרעה בח"י והוכרזה התרעת בטלות. פס"ד זה מכיר במגבלות הסמכות המכוננת של הכנסת ובביקורת שיפוטית על ח"י. כיום מחכים לראות אם זה ינחה את ביהמ"ש בעתירה על ח"י הלאום.
* **נסיגה מאקטיביזם שיפוטי**– שימוש רב בעילות סף.

מגמות בכנסת:

* **ניסיונות להשלים את המהלך החוקתי**- היה תיקון של ח"י כבה"א וחופש העיסוק אך לא הוכנסו עוד זכויות. היה ניסיון לחוקק ח"י חקיקה שיעגן את קביעות המזרחי אך זה לא צלח (ועדת נאמן).
* **כיבוד חוקי היסוד**- ביקורת של הכנסת כלפי עצמה עוד בתהליך החקיקה.
* **תגובת הכנסת לביטול חוק**- בהתחלה לא היו בעיות ובהמשך זה נעשה יותר מורכב (חוק הגיוס).
* חשוב לזכור שחוקי היסוד הם רובם לא משוריינים! אך בגדול יש סטטוס קוו.

הבעייתיות בביקורת שיפוטית:

1. אין לכך הסמכה מפורשת בח"י.
2. ביקורת שיפוטית מגבילה את הכנסת(פוגעת בתפיסה שהכנסת היא הריבון).
3. פגיעה בהפרדת רשויות(גישה מסורתית).
4. הקושי האנטי-דמוקרטי(ביהמ"ש לא נבחרי ציבור).

גישות השופטים בתגובה לבעיות אלו:

* ברק(המזרחי) החוקה מעל הכנסת, הפרדת רשויות (איזונים ובלמים), הגשת הדמוקרטיה המהותית-הגנה על מיעוטים.
* גרוניס (חוק טל) זה מוצדק כהגנה על מיעוטים וכדי לשמור על הדמוקרטיה – איזונים ובלמים.

**מבנה לפתרון קייס:**

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

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

**שלבי הביקורת השיפוטית**

* **כל דבר שנכתב בקייס נכתב מסיבה מסוימת – יש להקפיד להתייחס לכל העובדות המוצגות וליישם עליהן!**
* **חשוב לציין כמה שיותר פסקי דין ולציין סעיפי חוק רלוונטיים!**

**1. איתור עילות התביעה – מהן הסוגיות שעולות מן הקייס**

* לציין מי הצדדים

**2. האם עומדת לבג"ץ זכות לביקורת שיפוטית?**

* סמכותו של בית המשפט לדון כבג"ץ מעוגנת **בס' 15 ו 15 ג** לחוק יסוד השפיטה ו**ס' 15ד** הוא הרחבה.
* זכות לביקורת שיפוטית: על פי הפסיקה מבנק המזרחי והלאה בידי ביהמ"ש סמכות לבטל חוקים בגין סתירה של חוקי יסוד. כמו כן, יש שופטים ומלומדים שטוענים כי הסמכות לבטל חוקים אינה נתונה רק מכוח חוקי יסוד אלא גם מכוח פגיעה בעקרונות יסוד של השיטה (חשין בבג"ץ חוק טל).
* לציין האם מדובר בחוק שנחקק לפני 92 ולכן מעוגן לפי **ס'10** (שמירת הדינים) בחו"י כבוד האדם

**3. עילת הסף- ננתח את החוק כמכלול:**

* **אין צורך לנתח את כל עילות הסף, אלא רק את הרלוונטיות לקייס! לפי מה שעולה מהקייס...**
* **אם בקייס קיימים מספר סעיפים לחוק שנבחן – את עילות הסף נבחן כמכלול! בהמשך נבחן כל ס' בנפרד..**

רציונליים לעילות סף: כלי להתמודד עם העומס בביהמ"ש. כדי שביהמ"ש לא יכנס לזירות לא שלו. הגבלת האקטיביזם השיפוטי.

1. **זכות עמידה – מי?**:

מיהו העותר? (אדם פרטי, ח"כ, שר, תנועה, מפלגה) האם יש לו זכות עמידה? האם הוא קשור – האם יש לו זכות עמידה?

* מועצה או גוף מייצג אינם נחשבים לבעלי אינטרס אישי ממשי וישיר. יכולים לטעון מנגד שיש להם אינטרס אישי ישיר.
* **גישה מסורתית**- נדרש אינטרס אישי, ממשי וישיר בנושא העתירה.
* **הרחבה**- בג"ץ אלוני: [הסגרת נקש לצרפת. רקע: נקש הואשם ברצח בצרפת והוא ברח לישראל. שר המשפטים סירב להסגיר אך ביהמ"ש החליט שכן צריך להסגיר. בעיקרון, לפי זכות העמידה, לאף אחד אין אינטרס אישי וישיר. אבל ח"כים פנו לביהמ"ש ואמרו שהם עותרים לשם קיומו של שלטון החוק ואם לא תהיה להם זכות עמידה אף אחד לא יוכל לעתור לגבי זה.]

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

שמגר רוב (מרחיב) : קריטריונים מצטברים - 1. מספיק שיש עניין בעל אופי ציבורי מהותי שנוגע ישירות לשלטון החוק. 2. אין בנמצא עותר אחר שיש לו אינטרס ישיר. 3. אין משמעות לשאלה האם העותר הינו ח"כ.

אלון מיעוט (מצמצם): 1.נכיר בעותר ציבורי רק במקרה עם אופי חוקתי מובהק שנוגע בציפור נפשה של המשטר הדמוקרטי או במבנה החוקתי, כולל שחיתות שלטונית (לא נסתפק בטענה שנפגע שלטון החוק או טעות בשיקול דעת). 2. נכיר בעותר במקרה שיש לו אינטרס אישי המשותף לו ולקבוצה העותרת (הנפגעת).

* **ההלכה כיום**- בג"ץ לירן [זה שעתר כדי שקצב יקבל חסינות - 1עו"ד רצה להגיש עתירה ציבורית נגד הליכי שימוע לנשיא קצב. הוא טען שעצם זה שעשו הליך שימוע פוגע בחסינות של הנשיא ובמוסד הנשיאות. קצב (לו אינטרס אישי וישיר) אמר שרצה שיהיה שימוע]:

פרוקצ'יה מרחיבה את הגדרת העותר הציבורי: [לא מצטברים] 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 המתפרשת מעבר למחלוקת פרטנית וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי וזכויות האדם – העותר הציבורי יתקבל

**המגמה בפסיקה בשנים** **האחרונות- שובה של זכות העמידה?**

בג"ץ הר שמש [עותר על חוזה של אחר - מדובר על חוזה מקרקעין, ובא מישהו מבחוץ ואומר שההסדר לא ראוי וצריך לשנות אותו]: סולברג דוחה את העתירה: 1. אין לו יכולת להביא תשתית עובדתית. 2. עלולים להיפגע אינטרסים של הנוגעים לדבר. 3.עדיף להתמקד ביישוב סכסוכים של בעלי אינטרס פרטי.

בג"ץ ח"כ יואל רזבוזוב: העותרים עתרו לגבי סיוע בשכ"ד והקצאת דירות לזכאים לדיור ציבורי. הטענה הייתה שהמדיניות הקיימת פוגעת ומפלה לרעה עולים. מזוז: ח"כ צריך לפתור דברים בזירה הרלוונטית שלו. דוחה את העתירה על הסף מאחר שלא מוצא עילה משפטית המצדיקה התערבות. בסוף הפס"ד הוא מוסיף שעצם העובדה שהעותר הוא ח"כ מוסיפה לכך שהנושא לא צריך להגיע לביהמ"ש, מאחר שביכולתו של העותר לטפל בנושא באמצעות כלים פרלמנטריים. אמירה זו סותרת במידת מה את אמירת שמגר לפיה היות העותר ח"כ לא מעלה ולא מורידה מזכות העמידה ובמקביל תומכת במידת מה בעמדת אלון לפיה נושאים מסוג זה צריכים להיות מטופלים בדרכים אלטרנטיביות דוגמת ביקורת פרלמנטרית. בעצם מזוז טען שלא הועלתה טענה משפטית מתאימה שמצדיקה שביהמ"ש יתערב בסוגיה חברתית כגון זו שהועלתה.

בג"ץ עמותת עיר עמים [מצעד ריקודגלים ברובע המוסלמי - רקע: דובר על מצעד ריקודגלים, אמרו שזה נופל על הרמדאן והמעבר ברובע המוסלמי פוגע בתושביו המוסלמים. לכן עתרו כנגד החלטת הממשלה לאפשר לריקודגלים לעבור ברובע המוסלמי. השופטים תהו למה העמותה פונה לביהמ"ש ולא תושבי הרובע המוסלמי שהם הנפגעים הישירים? העותרים אמרו שניסו לאתר נפגעים ישירים אך אלו חוששים לפנות לביהמ"ש, וגם העמותה אמרה שיש עתירות קודמות שלה שכן התקבלו - תקדימים] העתירה נדחתה כי היו נפגעים ישירים שלא עתרו (מתאים לגישת שמגר).

**ניסוח סיכום למבחן**: ככלל, ראוי כי בעל דין יתקוף חוקיותו של חוק רק מקום בו הוא נתבע בפועל על הפרתו- שאז יוכל להתגונן כנגד הכוונה להטיל עליו סנקציה, בשל ההפרה, בטענה שהחוק המופר אינו חוקתי;

1. **שפיטות – מה?:**

האם ראוי שבית המשפט יתערב ויכריע בנושא? ברק בבג"ץ רסלר (חוק הגיוס) יוצר הבחנה

בג"ץ רסלר: [נגד השתמטות חרדים - רקע: רסלר הוא רב סרן במיל'. הגישו עתירות על כך שהם מתגייסים והחרדים לא וזה פוגע בשוויון. בשנים הראשונות דחו את העתירות על הסף בגלל שזה לא שפיט אלא פוליטי, וגם על היעדר זכות עמידה. בבג"ץ זה ביהמ"ש שינה את עמדתו ואמר שהנושא כן שפיט. זה מדגים את השינוי בין ביהמ"ש עד תחילת שנות ה80 שנחשב פחות אקטיביסט לביהמ"ש החדש, שמתערב יותר ופחות דוחה עתירות על הסף]

ברק יוצר הבחנה בין סוגי שפיטות:

1. **נורמטיבית**: האם יש לביהמ"ש את הכלים להכריע בנושא משפטית?

"הכל שפיט נורמטיבית" (בג"ץ שריד), על כך חולשת עילת הסבירות - אפשר לבחון הכל האם הוא עומד בחובת הסמכות והסבירות = כל החלטה של השלטון צריכה להיעשות לפי סמכות ובאופן סביר.

1. **מוסדית**: האם ראוי שדווקא ביהמ"ש יכריע בסוגיה או שמא מוסד אחר?

לרוב כן ראוי להתערב ורק במצבים בהם יש חשש לפגיעה רצינית באמון הציבור לא נשפוט. עצם קיום האפשרות של שפיטות מרסנת את הרשויות מחשש לביקורת שיפוטית על מעשיהם.

שמגר כשהמסה העיקרית לא משפטית עדיף לא לשפוט.

אין שפיטות מוסדית בעניינים רגישים פוליטית ונוגעים למדיניות (חוץ ובטחון, שבויים, מו"מ מדיני).

1. **שאלת המומחיות:** ביהמ"ש הוא המומחה לניתוח שאלות קשות של איזונים בין זכויות לבין אינטרסים וכן להכרעה במאבקי סמכויות בין שתי הרשויות האחרות. מיקומו המוסדי, העצמאות שלו והכשרתם של שופטיו הופכים אותו למוסד המתאים ביותר. ברק ברסלר ובזרזבסקי

**שיקולים אפשריים שיכולים למנוע מביהמ"ש להתערב**: 1. הפרדת רשויות 2. הכרעת הרוב והטיעון האנטי רובני [=איך ייתכן שהכנסת שהיא נבחרת מחוקקת חוק ואז ביהמ"ש שהוא אינו גוף נבחר מבטל את ההחלטה שלה. לפי תפיסת הדמוקרטיה, החלטות צריכות להתקבל בהכרעת רוב של הגוף הנבחר ולכן ביטול החלטות רוב ע"י ביהמ"ש מעלה קושי. דווקא העצמאות ואי-תלות פוליטית של השופטים מצדיקים את מתן הסמכות לביהמ"ש לבקר חקיקה מאחר שהם יכפיפו את רצון הרוב לעקרונות החוקה. לשופטים יש יכולת להיות אובייקטיביים ולשפוט לפי החוק בלבד] 3. פגיעה באימון הציבור.

**הביקורת על ברק:** דעת מיעוט - חשוב לציין!!!

אלון בבג"ץ ז'רז'בסקי:

1. מתנגד להבחנה בין שפיטות נורמטיבית למוסדית. 2. טוען שלא הכול שפיט נורמטיבית. 3. מתנגד לצמצום השפיטות המוסדית וטוען שיכול להיווצר מצב בו השקפת עולמו של השופט תשפיע על הכרעתו. 4. טוען כי צריך לתת יותר מקום לביקורת עצמית במערכת הפוליטית ועל ביהמ"ש לא להתערב (הפרשת 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.

**מקרים קלאסיים של אי שפיטות מוסדית:** ביטחון ויחסי חוץ, פוליטיקה שבתוך הכנסת. פרוקצ'יה בפולארד : ניתן לשפוט אך יש שיקול דעת רחב לרשויות ולכן יש לאפשר להן לעשות את עבודתן ולא להתערב.

במבחן - להעלות את 2 הצדדים ולהכריע שהכול שפיט.

**ניסוח תוספת למבחן**: עצם הקיום של שפיטות, מרסן את הרשויות מחשש לביקורת שיפוטית על מעשיהן.

**פער בין תיאוריית השפיטות למידת קבלת העתירות**: דפנה ברק ארז עמדת ברק לא הביאה לשינוי דרמטי.

**המגמה בשנים האחרונות – חזרה לעמדת אלון:**

בג"ץ יואב הס: [מדובר בהפגנות בעזה על הגדר. עתירה של פעיל שלום לזכויות אדם, ומבקש מבגץ שיורה לחיילי צהל להימנע מלירות אש חיה לעבר המפגינים (ההנחיות אפשרו בפתיחה באש חיה במקרים מסוימים)] ביהמ"ש דוחה את העתירה על הסף ממגוון של עילות סף. הוא מעלה ספק האם זה בכלל שפיט שביהמ"ש יבדוק את החוקיות של הוראות פתיחה באש של צה"ל. העתירה נדחית כי לא בטוח שזה בכלל שפיט.

בג"ץ יואל רזבוזוב: מזוז דוחה את העתירה בטענה שהוא ח"כ והוא צריך לפתור את הבעיה דרך הכנסת כי זו שאלה חברתית.

בג"ץ סאלם: [נגד הקמת התנחלות - 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 אקרמן: [העברת כספים שמקורם בקטאר לרצועת עזה (לחמאס) דרך ישראל] ביהמ"ש דוחה את העתירה, כי מדיניות המלחמה בטרור אלו עניינים מבצעיים ופוליטיים מובהקים. לא הכל שפיט נורמטיבית - אין קנה מידה משפטי. שטיין מצטט פסק דין של אלון ובעצם סותר את גישת ברק.

1. **בשלות – מתי?:**

מהו המועד הראוי להכרעה שיפוטית?

* אם החוק כבר נחקק ויושם, יש בשלות! תיתכן **בשלות חלקית** במקרים בהם בחוק יש כמה ס' - ס' אחד בשל והשני לא...

**מתי לא נדון בבשלות המקרה?** נאור בבג"ץ בוגרי התיכון הערבי [חוק הנכבא]

1. כאשר החוק עוד לא ייושם בית המשפט יחכה לבחון את החוקתיות אחרי היישום.
* **חריג**: כאשר יש פגיעה עקרונית בליבת הדמוקרטיה או בזכויות הפרט. בג"ץ המרכז האקדמי רקע: הכנסת חוקקה חוק שאפשר לזכיין להקים בית סוהר פרטי בישראל. העותרים טענו שזה פוגע בזכויות, ושזה פוגע בהפרדת הרשויות, כי הממשלה היא הרשות המבצעת, והכנסת בחוק רגיל לא יכולה לקחת סמכות של המבצעת, ולהעביר אותה לגוף פרטי (הרי זה מוסדר בח"י הממשלה). ביהמ"ש התייחס לטענה על זכויות האדם, ולא לשאלת הפרדת הרשויות.
1. כאשר אין תשתית עובדתית מספקת שעל בסיסה אפשר להכריע בסוגיה.

בג"ץ שוק ההון נדחה עקב כך(ריבלין כדעת נאור)

* נאור מכירה בחריג **"האפקט המצנן"**: כאשר ההמתנה תגבה מחיר כבד מידי מהעותר שמתחיל בהווה, באופן מידי (מחיר כבד-לרוב בעניין פלילי/מנהלי ולא כלכלי אך לא באופן גורף). עצם חקיקת החוק תגרום ל"אפקט מצנן" כמו למשל הרתעה. [לדעת המרצה זה מה שהיה צריך לחול בבג"ץ איגוד הנאמנים בשוק ההון, כי כבר הייתה פגיעה של ממש]
* **דגש:** אם הזכות הנפגעת היא זכות שעומדת בליבה של מדינה דמוקרטית (כמו חופש הביטוי) - גם אם יש אי ודאות בנוגע לתשתית העובדתית זה עדיין יעבור את עילה זו וייחשב לבשל.

**מקרה דוגמא שבו לא נחכה לנפגע/פגיעה** - במקרה כמו חוק 0% מע"מ שכשברור שתהיה פגיעה באוכלוסיות הערבית והחרדית אין צורך לחכות לפגיעה.

**גישות לבחינת עילת הבשלות:**

בג"ץ אורי סבח:

[בגץ זה פיתח את ההלכה המשמעותית לעילה זו! וועדת קבלה ליישוב – רקע: מדובר על חוק ועדות הקבלה לישובים, שזו סוגיה שנויה במחלוקת. ישובים מרגישים שיש להם זכות להחליט אם לקבל מישהו או לא, אבל בפועל הם מעדיפים לקבל 'יהודים אשכנזים אמידים' ודוחים לרוב הרבה אוכ' שוליים. זה גם הביא לעתירות קודמות, ואז תיקנו את החוק וקבעו באילו תנאים יכולות לפעול ועדות הקבלה. בחוק אמנם יש עילות שבעדן ניתן לא לקבל אנשים, אך אלו עילות רחבות שבסוף לא שינו את הנוהג כלל. מצד שני, החוק הכניס גם סעיף כללי שאסר על אפליה מהרבה סוגים וקבוצות (גזע/דת/מין וכו). העותרים אומרים שהחוק הזה הופך את העותרים למתוחכמים יותר אך עדיין מאפשר אפליה (מסרבים לקבלה לא מתוך אפליה אלא מתוך 'אי התאמה למרקם החברתי'). מיד אחרי קבלת החוק הגישו עתירה נגדו. ביהמ"ש טען לאי בשלות כי החוק רק נחקק ועוד לא הביא לשום תוצאות.]

**3 דעות שופטים:** ליישם את כולם!

**א.** גרוניס (רוב) מבחן 2 השלבים:

* 1. האם נושא העתירה הוא משפטי בעיקרו ופחות תלוי בעובדות כדי להכריע בו.

אם משפטי (רק על פי תוכן החוק ניתן לומר כי הוא אינו חוקי – לדוג' זכות נשים להצביע) אזי נכריע. אם עובדתי (צריך לחכות שהחוק יחול ולראות עובדות בשטח) - אין בשלות.

* 1. האם קיימים טעמים לדון בעתירה למרות שאין תשתית עובדתית מספקת?

נדון ונחרוג מהכלל במקרים הבאים: א. אפקט מצנן (=השפעה ישירה על בעל הדין. למשל פרשת הפרטת בתי הסוהר-פגיעה ישירה בזכויות הפרט). ב. אין נקודת זמן שהעתירה תהיה בשלה, ועדיף מוקדם מאשר מאוחר. ג. אם קיים אינטרס ציבורי ממשי.

**ב.** ג'ובראן (מיעוט) עתירה תדחה בשל אי בשלות כאשר:

1. אי מיצוי הליכים בפני הרשויות - כלומר ישר פנו לבג"ץ לפני שניסו דברים אחרים.
2. היעדר תשתית עובדתית (כמו 1 בגרוניס).
* **חריג**: אם מתעורר חשש שההמתנה תביא לפגיעה בעותרים, נבדוק שני שיקולים:
* עוצמת הפגיעה בפרט (במיוחד כאשר מדובר בזכות יסוד)
* האם יש הליך חלופי לבירור יעיל יותר: כלומר האם יעיל יותר לפנות לבג"ץ (תקיפה ישירה) מאשר לערכאה נמוכה (תקיפה עקיפה).

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.

**ג.** הנדל גישת ביניים: להתייחס רק כאשר זה עולה מהקייס! אם לא בשל לפי גרוניס, נבדוק אם מתאים להחיל בשלות חלקית.

**בשלות חלקית**- יש לבחון האם חלק מהיבטי העתירה בשלים ולדון רק בהם. האם ניתן לעשות חלוקה בין היבטי החוק, או שמבחינה מהותית הם קשורים זה בזה.

תנאים מצטברים:

1. האם החלק הספציפי יותר משפטי ופחות תלוי בתשתית עובדתית - באיזו מידה השאלה הספציפית שמתעוררת מצריכה יישום קונקרטי לשם הכרעה חוקתית. ככל שהשאלה מצריכה יותר יישום קונקרטי - אז דוחים אותה, ואם השאלה מעוררת בעיה שלא תלויה ביישום אז אפשר להכריע כבר עכשיו.
2. האם ניתן לפצל את החלק המסוים מבלי לפרק את כל החוק.
3. האם השאלה שכבר בשלה היא מספיק מהותית כדי לדון בה בפני עצמה.
4. האם הפיצול יצמיח תועלת לציבור ויחסוך נזק עתידי – מאזן הנוחות.

בעיקרון כל סעיף בחוק הוא בפני עצמו וצריך לעבור ניתוח בפני עצמו, אבל בדרך כלל עילות הסף יחפפו ולכן לא יהיה צורך לדון כל פעם בנפרד אלא ניתן יהיה לדון בהן כקבוצה.

**מגמה בשנים האחרונות – שימוש בעילת הבשלות:**

בג"ץ גוטמן: [נגד העלאת אחוז החסימה - רקע: היו עתירות חוקתיות נגד העלאת אחוז החסימה. העתירה הייתה לפני הבחירות והיה חשש שבעקבות העלאת אחוז החסימה, קבוצות מיעוט בחברה לא יהיו מיוצגות בכנסת. וגם היה נראה שהעלאת אחוז החסימה היה כדי להדיר את המפלגות הערביות.]

גרוניס (רוב): יש צורך בתשתית עובדתית, רק אם נראה באופן מובהק שהיישום יהיה לא חוקתי בית המשפט ידון ויפסול. העלאת אחוז החסימה בצורה מוגזמת זה לא חוקתי, אבל במקרה הנתון לא ברור עדיין אם העלאה זו אכן תפגע במפלגות הקטנות

ג'ובראן (מיעוט):כן ניתן להכריע עכשיו, על סמך הבחירות הקודמות. יש לפסול את החוק כדי לא להכשיר מעשה עתידי בלתי הפיך ושביהמ"ש צפה מראש שהוא פסול.

בג"ץ התנועה למען איכות שלטון (2020): [הוגש לאחרונה נגד הרכבת ממשלה ע"י חשוד בעבירות. בעקבות בג"ץ ברי שנדחה גם על חוסר בשלות עסקה בשאלה האם ניתן להטיל את הרכבת הממשלה על חשוד בעבירות, וגם לגבי ההסדר הקואליציוני.] נקבע כי רוב בכנסת המליץ על נתניהו ולכן אין סיבה להתערב. ולגבי ההסכם הקואליציוני נקבע כי מה שדורש חקיקה כדי ליישם מעיד על חוסר בשלות.

**ניסוח סיכום למבחן**- במידה וביהמ"ש יקבע שהמקרה עומד בעילות הסף, ימשיך לנתח את הפגיעה. בעניינו נניח כי המקרה עומד בעילות הסף ולכן ננתח על פי תורת שלושת השלבים אשר נקבעה בפס"ד חסן ופס"ד מזרחי.

**4. האם הייתה פגיעה או שינוי בחוק יסוד?**

* **מדובר בחוק?** יש להבחין האם הוא נחקק לפני שנת 92' (ס'10 שמירת הדינים בכבוד האדם) או אחרי.
* **יש לציין האם מדובר בשינוי/פגיעה-** אם ס' משוריין – ניתוח מעמיק של ההלכות, אם אין שריון-מספיק לציין.
* שינוי- להוסיף או למחוק מילה בחוק, כלומר לשנות את הטקסט.

**שינוי משתמע** זה שינוי שלא אומר במפורש שהוא משנה את הטקסט החוקתי, אבל המשמעות שלו היא שהוא בעצם משנה את ההסדר הקיים בחוק היסוד (כנסת בת"א). **טענה נגד שינוי משתמע-** ניתן לטעון שהחוק עוסק בנושא ספציפי ושונה ולא משנה את ההסדר בחוק היסוד, אלא רק מוסיף עליו בצורה שעולה בקנה אחד עם תכליתו.

**נוסח למבחן**- התפיסה, שעולה גם מס' 46 לח"י הכנסת וגם מהדיון של שמגר בבנק המזרחי לגבי ההבדל בין שינוי לפגיעה, היא ששינוי כולל לא רק שינוי מפורש, אלא גם שינוי משתמע.

* פגיעה- לא נוגעים בטקסט עצמו אלא סותרים אותו, יוצרים הסדר באופן שבו העניין מתממש, כל עוד הוא מידתי. אם הפגיעה לא מידתית ומהותית – זהו שינוי משתמע.

**ההתפתחות בפסיקה:**

ברגמן: הן עבור שינוי והן עבור פגיעה נדרש רוב מיוחס של 61. כדי לפגוע בחו"י משוריין צריך רוב.

בנק המזרחי:

* שינוי- ניתן לבצע רק ע"י חוק יסוד אחר, ואם הוא משוריין אז ברוב של 61.
* פגיעה- ניתן לבצע ע"י חוק רגיל עם פסקת הגבלה [בחופש העיסוק התגברות] ואם מדובר בחוק יסוד ללא שריון או פסקת הגבלה [הישנים] נשתמש בפסקת הגבלה שיפוטית כלומר נחיל לבד פסקת הגבלה.
* בנק המזרחי יצר לראשונה הבחנה בין פגיעה בחוק יסוד לבין שינויו. אולם, לא הפך את הלכת ברגמן ולכן לא יישם הבחנה זו לגבי סעיף 4 לח"י: הכנסת (אלא יישם את ההבחנה רק לגבי חו"י: כבוד האדם וחירותו).

גוטמן[העלאת אחוז החסימה]: מה עושים כאשר יש חוק עם שריון ובלי פסקת הגבלה (ישן):

* פגיעה- יש צורך בפסקת הגבלה שיפוטית (אם זה פגיעה בס'4 לחו"י הכנסת אז גם דרישה של רוב מיוחס)
* שינוי נסתפק בשריון של 61.
* בבג"ץ גוטמן (ג'ובראן + נאור, רובינשטיין, חיות, מלצר): דרישת הרוב המיוחס שבס' 4 לח"י: הכנסת חלה רק במקרה של שינוי חוק יסוד. במקרה של פגיעה, נפעיל פסקת הגבלה שיפוטית. במקרה שמחילים מבחן הפגיעה המסורתי בס' 4 לחו"י הכנסת נדרש רוב של 61 בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית.

**ההלכה כיום:**

* **היה שינוי מפורש/משתמע של חוק יסוד**–הלכת מזרחי- **לבדוק שעמד בתנאים:** (1) שינוי רק באמצעות חוק יסוד אחר. (2) אם יש שריון- שינוי רק ברוב מיוחס (61+). גוטמן- שינוי רק ברוב מיוחס (61+) אין הלכה ברורה אז לטעון את שתי הדעות.
* **הייתה פגיעה בחוק יסוד** – הלכת גוטמן ומזרחי- אם חו"י עם פסקת הגבלה: לפי פסקת ההגבלה. אם חו"י ללא פסקת הגבלה: לפי פסקת הגבלה שיפוטית, לא מספיק רוב (אושרר בפס"ד מופז). לכן במקרה של פגיעה נעבור לשלבי הביקורת השיפוטית.

**ניסוח מעבר למבחן**- באירוע הנדון ניתן לאבחן כי הפגיעה הדומיננטית הינה בחוק יסוד - 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, על כן ניתן לקרוא לחוק חוק פוגע. מאחר והחוק נחקק לאחר 1992 - לא חל עליו חוק שימור הדינים, ולכן כעת אתחיל בבחינתו החוקתית.

**5. במידה והייתה פגיעה, ננתח לפי שלבי הביקורת השיפוטית: תורת שלושת השלבים** מזרחי וחסן

* **בקייס עם כמה ס' בחוק** – מתייחסים לכל סעיף בחוק בנפרד!! מנתחים כלפי כל חוק את תורת 3 השלבים בנפרד. (עונים על שאלת הפגיעה+מבחני פסקת ההגבלה של ס' אחד ואז עוברים לשאלת הפגיעה+מבחני פסקת ההגבלה של הס' השני)

רציונלים לשיטת 3 השלבים: 1. הופך את הביקורת השיפוטית ליותר טכנית ולא רחבה. 2. מקדם את ההבחנה הבסיסית בין הזכות החוקתית לבין ההגנה עליה בפועל. 3. משקפת תפיסה לפיה הזכויות תמיד מוגבלות ויחסיות, ואינן מוחלטות].

**שלב א' - שאלת הפגיעה: האם הזכות נפגעה?** **4 שאלות משנה** (התשובה דיכוטומית- נפגעה או לא? היקף ועוצמה יהיו בהמשך)

* במקרה של פגיעה בכמה זכויות – עונים על 4 שאלות המשנה לכל זכות בנפרד.
* (1) מהי הזכות שנפגעה. (2) האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד (3) מהו היקף הזכות (4) האם הזכות נפגעה
	+ 1. **מהי הזכות שנפגעה (=האם קיימת זכות)?** למנות את הזכויות שנפגעו
* במידה והזכות לא נגזרת של כבוד האדם ולא מעוגנת בחוק יסוד – לא ניישם עליה את תורת 3 השלבים.
* חשוב לציין האם מדובר **בזכות מנויה/לא מנויה!**
* **זכות** =אינטרס מוגן ע"י המשפט.

**זכויות מעוגנות בחוקי יסוד**:

**חו"י חופש העיסוק**

**חו"י כבוד האדם וחרותו**

* זכות לחיים ושלמות הגוף: **ס' 2** שמירה עליו- פאסיבי **ס' 4** הגנה עליו- אקטיבי.
* קניין **ס'3:** זכותו של האדם לעשות בקניינו כרצונו
* חירות **ס'5:** (מעצר/מאסר/הסגרה או בכל דרך אחרת)
* חופש התנועה (**ס'6)**
* זכות לפרטיות (**ס'7).**

**חו"י הכנסת**

* שוויון הבחירות, בחירות יחסיות ועיקרון הייצוג **ס'4**
* זכות להיבחר/לבחור **ס'5,6**

**סמכות הרשות המבצעת ס'1 לחו"י הממשלה**

**עקרון אי תלות שיפוטית ס'2 לחו"י השפיטה**

**עקרון הפרדת הרשויות** - עיקרון משתמע מהדמוקרטיה

בעניין הפרטת בתי הכלא-השאיר בצ"ע. בבג"ץ לאו"ר ברק הכיר בכך שניתן לבטל חוק על בסיס זה, אך בפועל לא יישם זאת. בפרשת מתווה הגז- נמנע מביטול עקב עיקרון זה.

**זכויות נגזרת של כבוד האדם**

* **שוויון** – פס"ד התנועה למען איכות השלטון (גיוס בחורי ישיבות), דורנר באליס מילר יש מבחנים ספציפיים לשוויון
* **זכות לכבוד ולאוטונומיה** – הזכות של פרט להחליט על מעשיו ולפעול בהתאם לבחירות אלו. כבוד האדם משתקף גם ביכולת של אדם לגבש את אישיותו האישית ולבחור את בחירותיו. (דעקה + פרשת חוק טל). אין צורך לדון כנגזרת - יש לציין כי היא עוגנה בחו"י בפסקיה
* **חופש הביטוי** -חופש העיתונות, זכות ההפגנה והמחאה -קול העםופס"ד אבנרי ואילנה דיין – זכות חוקתית! יש לדון כנגזרת
* **חופש לדת ומדת** - מגילת העצמאות יש לדון כנגזרת
* **הזכות לחיי משפחה**- כפגיעה באוטונומיה. בג"ץ עדאלה- דיון של ברק: גישה מרחיבה- הזכות מתפרסת גם על הזכות לחיות עם בן הזוג הזר בישראל. וחשין: גישה מצמצמת - הזכות לחיי משפחה, הנגזרת מכבוד האדם, כוללת גם את הזכות להתחתן עם אזרח זר, אך לא כוללת את הזכות שבן הזוג הזר יקבל מעמד בישראל. אין לדון כנגזרת – יש לציין כי היא עוגנה בחו"י בפסקיה
* **הזכות לקיום מינימלי בכבוד**-בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, בג"ץ חסן: בינייש- הזכות נמצאת בגרעין הזכות לכבוד. צריכים להראות מהו הרף המינימלי לקיום בכבוד. עליהם להראות כי מבחינה עובדתית קיימים אזרחים במדינת ישראל שלא מגיעים לאותו רף מינימלי, כי עליהם הנטל הראשוני להראות שיש פגיעה. בפועל, העותרים לא הראו את הרף המינימלי ולכן לא הראו את הפגיעה והעתירה נדחתה. אין לדון כנגזרת – יש לציין כי היא עוגנה בחו"י בפסקיה
* **חינוך** רשימת המעקב העליונה יש לדון כנגזרת
* **זכות חיובית מול זכות שלילית-"הטרילוגיה החוקתית"**

ברק: יש שלושה היבטים שונים לזכויות של הפרט כלפי המדינה:

1. הזכות להוקרה (ס' 2+8 ח"י כבה"א) – המדינה מחויבת לכבד זכויות וצריכה להימנע מלהפריע למימוש הזכות, פסיבי.

2. הזכות להגשמה (ס' 4 ח"י כבה"א)– למדינה יש חובה להגשים זכויות, אקטיבי.

3. הזכות להגנה – המדינה מחויבת לפעול כדי להגן על הזכויות מפני צד ג', אקטיבי.

בג"ץ אדוארדו: [בניית מקלטים בעוטף] בייניש יש חובה אקטיבית למדינה להשקיע משאבים כדי למלא את הזכות החוקתית לחיים. בג"ץ מטה הרוב המשטרה חייבת להגן בהפגנות מפני קהל עוין לשם מימוש זכות ההפגנה.

* **זכויות אדם מול זכויות אזרח:** יש זכויות ששייכות לכל אדם אך זכות אזרח קיימת רק למי שהוא אזרח של המדינה.

**ב. האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד?**

* אם הזכות מעוגנת, לציין איפה. אם נגזרת, נבדוק באיזה מקרים ניתן להגדיר זכויות כנגזרות בח"י כבוד האדם.

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

1. גישה מצמצמת (לא התקבלה בפסיקה) אין מקום לזכויות נגזרות אלא רק זכויות שמופיעות במפורש בחוקי היסוד.
2. גישת מבחן ההשפלה: דורנר באליס מילר נגזור מכבוד האדם זכות רק במקרים בהם הפגיעה בזכות מגיעה לידי ביזוי והשפלה. **למשל זכות לשוויון-** אפליה תהיה רק אם ההיא אפליה משפילה (מחמת מין או גזע עקב יחוס מעמד נמוך למופלה.
3. גישת ביניים מרחיבה [ההלכה]:של ברק תנועה לאיכות השלטון- חוק טל נחפש קשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו לרבות אוטונומיה, השפלה וביזוי, לא משנה אם הזכות קשורה לגרעינו או שוליו של כבוד האדם.

זוהי **גישה מרחיבה מאוד אבל לא מקיפה** - לכאורה מצמצם כי לא כל הזכויות נכנסות אבל תחת אוטונומיה ניתן להכניס זכויות רבות.

ביקורת של חשין(התנועה לאיכות השלטון): אם חוק טל הוא פגיעה באוטונומיה, קשה לראות זכות שלא תיכנס תחת כבוד.

תגובתו של ברק: יש זכויות שלא נכנסות כמו איכות הסביבה באדם טבע ודין.

יישום הגישה בפסיקה: **התנועה לאיכות השלטון**: **חשין**- אם חוק טל הוא פגיעה באוטונומיה, קשה לראות זכות שלא תיכנס תחת כבוד האדם. **ברק**- כשיש פטור לחרדים ולא לאוכלוסיות אחרות זו אפליה של פגיעה בכבוד. **בג"ץ אדם טבע ודין**: **ברק**- יש זכויות שלא נכנסות, למשל איכות הסביבה**. בג"ץ עדאלה**: **ברק**- הזכות לחיי משפחה היא פגיעה באוטונומיה- אדם רשאי לבחור עם מי להתחתן ולהקים משפחה וזו נגזרת של כבוד האדם.

1. הגישה המרחיבה ביותר: המקור לכל הזכויות זה התפיסה של כבוד האדם, ולכן כולן נגזרות מח"י כבוד האדם. (ברק בכתיבה אקדמית). זכויות חברתיות-כלכליות כמו דיור וכו' – יימצאו את דרכן פנימה רק תחת מבחן זה.
* 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: 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. מכירים בחופש הביטוי כחוקתי (כאשר הוא מבטא צורך אוטונומי) 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.

**ג. מה היקף הזכות?**

* בד"כ שום דבר לא יורד בשלב זה, לכן אין צורך בדיון מקיף.

הגישה שהתקבלה- ברק בעדאלה היקף הזכות צריך להתפרש באופן רחב ואת האיזונים מכניסים אחר כך בשלב של פסקת ההגבלה. כלומר לפי ברק כמעט כל מצב ייכנס בהיקף הזכות.

* לציין ב"מנגד": הגישה מצמצמת- חשין היקף הזכות צריך להיות צר וכבר כאן יש לשקול את האינטרסים המתנגשים. 🡨 בשטנגר ובחטיבת מפיצי הסיגריות גרוניס אימץ גישת חשין וקובע שאין לדלג על שאלת ההיקף והפגיעה בזכות.לא רוצה להרחיב את היקף הזכויות.

**יישום בזכויות ספציפיות:**

* **חופש הביטוי-**

הגישה מרחיבה בפסיקה (אילנה דיין) ומכניסה את כל סוגי ההתבטאות תחת חופש הביטוי בלי קשר למידת ההשפעה התוכן והאופן שבו מביעים (גם שירת דגל או ביזויו). גישה מרחיבת היקף. מטה הרוב חופש ההפגנה הוא חלק מחופש הביטוי.

* **חירות-**

גרוניס בשטנגר [מעצרים וזכות ערעור]גרעין הזכות לחירות הוא שלא יעצרו בן אדם. ערר שלישי לעליון זו הרחבת יתר.

* **כבוד האדם-**

יש לדון בשלוש המשמעויות של הזכות:

1. מצמצמת - במובן של איסור השפלה/ ביזוי: פלונים נ' שר הביטחון [אסירים כקלפי מיקוח]

2. קאנטיאנית - האדם הוא תכלית, מטרה, ולא אמצעי להשגת מטרות: בג"ץ אדם[פרשת המסתננים]. פרשת הפרטת בתי הסוהר

3. אוטונומיה - ההלכה כיום, האדם חופשי: דעקא והתנועה לאיכות השלטון (חוק טל)

הזכות לכבוד כוללת את הזכות לקיום בכבוד עמותת מחויבות.

* **חופש העיסוק-**

2 דרכי פגיעה בג"ץ מפיצי הסיגריות:

1. שלילת עיסוק ואפשרות להיכנס אליו נחשבת כפגיעה חמורה יותר ממגבלות בתוכו.

2. הגבלת אופן המימוש וצמצום העיסוק פחות חמור, במפיצי הסיגריות התירו.

בס' 3 לחו"י חופש העיסוק נקבע כי הזכות החוקתית מוענקת רק לאזרח או תושב על ידי הכנסת אך הזכות ההלכתית היא לכולם ורק הממשלה יכולה להעניקה.

* האם כל עיסוק, גם שלילי**?** (הימורים, סמים, רוצח שכיר וכו')הפסיקה **מרחיבה** מאוד לגבי ההיקף- גם עיסוק **שהוא לא יצרני או שאין בצדו תועלת לחברה** ואפילו עיסוק לא חוקי ייבחנו תחת "היקף הזכות". ברק בכתיבה אקדמית טוען- "**פעילות שכל כולה נזק לחברה כמו גניבה אינה יכולה לטעון לחופש העיסוק**".
* **הזכות לשוויון**- [רלוונטי למקרים מיוחדים. שוויון בבחירות רלוונטי פה]

שוויון כללי מול עילות שוויון ספציפיות - נציג את הגישות השונות בנושא:

* רשימה מוגבלת של עילות מוגדרות: רק אפליה ע"ב עילה מוגדרת תהא קבילה ואם לא נכיר בה תישלל טענת אי שוויון. נדגים: אין להפלות אדם עקב דת, גזע ומין. גישה כזו מעלה את השאלה מהן אותן עילות מוגדרות?
* הפסיקה הישראלית נוטה לעקרון השוויון הכללי ולא עילות מוגדרות אך מספר שופטים כן מתייחסים לגישה זו:

זמיר באגודה לזכויות האזרח מבחין בין משפט חוקתי למנהלי וטוען כי רק אפליה על בסיס קבוצתי של קבוצות מוגדרות תחשב פגיעה חוקתית בשוויון

דורנר באליס מילר מבחינה על בסיס שיוך קבוצתי כמו מין או גזע. יש להעמיד את **מבחן השוני הרלוונטי** הכפול: (1) לבחון האם השיקול הוא רלוונטי (קריטריון ההבחנה) ואם כן (2) לבדוק האם התחשבות בשוני מוצדקת בנסיבות העניין (פסקת ההגבלה).

בגלל שבהבחנה על בסיס שיוך יש פגיעה בכבוד האדם, גם אם השוני רלוונטי המדינה תצטרך להוכיח שזה קריטריון שהיו צרכים להשתמש בו. **ביקורת**: לפעמים יש אבחנות לגיטימיות, לדוג' סבסוד בדיקות גנטיות מסוימות לפי עדות כי להם סטטיסטית יש סיכוי גבוה להיות נשאים.

* גישת ההבחנות החשודות: הניתוח כרגיל- בחינת שוני רלוונטי אך הבחנה על בסיס דת גזע או מין תיבחן ביתר קפדנות עם נטייה לקבל טענת העותר. דורנר- גם בשיקול רלוונטי, דת גזע ומין מהווה פגיעה חוקתית.
* שוויון פגיעה באוטונומיה: דעקא ואיחוד משפחות כבוד במובן אוטונומיה כולל את יכולת האדם לבטא שאיפות ורצונות ולבחור איך להגשימם בחייו הפרטיים.

**ד. האם החוק פוגע בזכות?**

* יש לבחון האם הזכויות שהצגתי נפגעות מהחוק והיכן. (אם זה פוגע בשוויון זה השפלה?) נדרש פה יישום נרחב!
* ברק בעמותת מחויבות: [צמצום קצבת הבטחת הכנסה] נטל הוכחת הפגיעה על העותרים. וגרוניס במפיצי הסגריות: העותרים צריכים להוכיח עובדתית את הפגיעה.

**שאלת הפגיעה (שלב א') – ניתוח ביחס לזכויות ספציפיות**

**חופש הביטוי**

האם קיימת זכות? כן – נגזרת של חו"י כבוד האדם הוכר ב**קול העם, בג"ץ אבנרי** – חופש העיתונות, זכות ההפגנה והמחאה.

האם מעוגנת בחו"י יסוד?מהו היקף הזכות? **ברק** **בבג"ץ מטה הרוב** (ההלכה)- כל זכות שיש לה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם במובן הרחב של 3 המשמעויות ניתן להגיד שזה חלק מכבוד האדם, כולל חופש ביטוי.

🡨 נקבע כי זכות זו היא זכות חוקתית על חוקית ב**בג"ץ אבנרי** אך יש לנתח האם הפגיעה בכבוד האדם (**מטה הרוב**)!

**גישה מרחיבה** של **הפסיקה**- לפיה כל סוגי ההתבטאויות חוסים תחת הזכות לחופש הביטוי, לא משנה מהי ההשפעה, התוכן ומה אופן –ההבעה (גם שריפת דגל או ביזויו). **בג"ץ אבנרי**- ביטול חוק עקב פגיעה בחופש הביטוי.

**פלוני נ' אילנה דיין**- **ריבלין ופוגלמן** התייחסו לחופש הביטוי כזכות חוקתית- היא זכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם "מזכות שאינה כתובה עלי ספר עלתה הזכות לזכות חוקתית".

מבחן ההשפלה **(דורנר באליס מילר)-** נגזור מכבוד האדם במקרים בהם הפגיעה בזכות מגיעה לכדי ביזוי והשפלה. **אפליה**-רק במצב של אפליה משפילה.

גישה מצמצמת- רק הזכויות המנויות בחו"י כבוד האדם הן הנגזרות של כבוד האדם.

האם הזכות נפגעת? יישום לפי הנסיבות של המקרה.

**כבוד האדם** – נגזרות של כבוד האדם

האם מעוגן בחוק יסוד? כן, בחו"י כבוד האדם וחירותו – לבדוק בכפוף לאיזה סעיף! או נגזרת של כבוד האדם

מהו היקף הזכות?(זכות מאוד חשובה, ביהמ"ש מקפיד עליה) יש לדון ב-3 המשמעויות של הזכות:

1. **מצמצמת במובן של איסור השפלה או ביזוי – בג"ץ קטלן** (פרשת חוקן לאסירים).
2. **במובן הקאנטיאני:** ראיית האדם כאמצעי ולא כמטרה(למשל סחר בבני אדם)– **פלונים (קלפי המיקוח)** ו**פס"ד אדם**.
3. **במובן של אוטונומיה**- **ברק** ב**בג"ץ דעקה** (ניתוח ללא הסכמה): אם הפגיעה מגיעה עד כדי פגיעה באוטונומיה של האדם (כבוד האדם כולל את זכותו של האדם לגבש את אישיותו ושאיפותיו הרצוניות מבלי שיגבילו אותו בכך. ביהמ"ש מוסיף שזכות זו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של החיים כמו עם מי לחיות, במה להאמין וכדומה), אם בגרעינו אם בשוליו.

**בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי**- **הזכות לכבוד** כוללת גם את הזכות לקיום בכבוד.

האם נעשתה פגיעה בזכות לכבוד האדם? יישום של התיאוריה של כבוד האדם לפי הנסיבות של המקרה.

**חופש העיסוק**

האם החוק מנוי בחו"י? כן, בס' 3 לחו"י חופש העיסוק.

מהו היקף הזכות?זוכה להגנה גבוהה. **פס"ד בז'רנו** - הזכות היא **זכות אזרחית** ולא זכות לכל אדם (יכולה לפגוע בחופש העיסוק רק של תיירים או מסתננים למשל).

הגדרה לפי **בג"ץ מנחם**- פעילות מתמשכת והעיסוק צריך להיות בסיס לחיים (פרנסה).

* אם מדובר בחופש העיסוק של חברה ולא שם אדם פרטי – יש לציין זאת! (האם זכויות אדם חלות גם כלפי תאגיד?)

**ישנן 2 דרכי פגיעה:**

1. **בג"ץ מנחם**- שלילת העיסוק והאפשרות להיכנס אליו נחשבת כפגיעה חמורה יותר.
2. **בג"ץ מפיצי הסיגריות**- הגבלת אופן מימוש העיסוק (צמצומו)- פחות חמור, במפיצי הסיגריות התירו.

האם כל עיסוק, גם שלילי**?** (הימורים, סמים, רוצח שכיר וכו') הפסיקה **מרחיבה** מאוד לגבי ההיקף- גם עיסוק **שהוא לא יצרני או שאין בצדו תועלת לחברה** ואפילו עיסוק לא חוקי ייבחנו תחת "היקף הזכות".

**ברק** בכתיבה אקדמית טוען- "**פעילות שכל כולה נזק לחברה כמו גניבה אינה יכולה לטעון לחופש העיסוק**".

**בג"ץ רשת**- חופש העיסוק כחופש התחרות. **חריג**- שחקן חדש בשוק נותנים לו הקלות זמניות כדי להיות מתחרה רלוונטי (לא פגיעה בחופש העיסוק של המתחרים שלו).

* יש לנתח ביחס לפסקת ההתגברות לפני ניתוח החוקתיות – פסקת ההגבלה!

האם נעשתה פגיעה בחופש העיסוק? יישום לפי הנסיבות של המקרה.

**הזכות לשוויון**

האם קיימת זכות? כן – נגזרת של כבוד האדם.

האם מעוגנת בחוק יסוד? מהו היקף הזכות?שוויון כללי מול **עילות שוויון ספציפיות** - נציג את הגישות השונות בנושא:

1. **רשימה מוגבלת של עילות מוגדרות**: רק אפליה על בסיס **עילה מוגדרת** תהא קבילה ואם לא נכיר בה תישלל טענת אי שוויון. למשל: אין להפלות אדם עקב דת, גזע ומין. גישה כזו מעלה את השאלה **מהן אותן עילות מוגדרות?**
2. הפסיקה הישראלית נוטה **לעיקרון השוויון הכללי** **ולא של** **עילות מוגדרות** אך מס' שופטים הגניבו מהדלת האחורית את **גישת העילות הספציפיות:**
* **זמיר בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח**- רק עקרון השוויון במובן הצר של עילות מוגדרות, להבדיל מן המובן הרחב, ראוי להיחשב, זכות חוקתית. ברמה החוקתית, רק הפליה על בסיס קבוצתי של קבוצות מוגדרות (למשל גזע, מין ולאום) תחשב פגיעה בשוויון.
* **דורנר באליס מילר**- ניתן להכיר באמצעות הכבוד בזכות חוקתית לשוויון, אם הפגיעה בהן מגיעה כדי השפלה. לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, אלא רק במקרה של סוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. הדוגמאות ש**דורנר** נותנת הן הפליה מחמת מין או גזע. **ביקורת**: לפעמים יש אבחנות לגיטימיות, לדוג' סבסוד בדיקות גנטיות מסוימות לפי עדות כי להם סטטיסטית יש סיכוי גבוה להיות נשאים.
* **ברק בתנועה לאיכות השלטון**(חוק טל)- כמו מקודם, קשר ענייני הדוק לכבוד האדם על כל מובניו, לרבות אוטונומיה.

**ניסוח למבחן**- ניתן לעגן בכבה"א את כל היבטיה של הזכות לשוויון שקשורים בקשר ענייני הדוק לכבה"א, על פי כל אחת ממשמעויותיו: איסור השפלה, האדם כתכלית ולא כאמצעי, וגם כבוד במובן הרחב של אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה.

* **הגישה המרחיבה**- **ברק** מזכיר גישה אפילו יותר מרחיבה מגישתו לעיל, לפיה כל זכויות האדם, לרבות הזכות לשוויון במלואה, כלולות בזכות לכבוד. אולם, קשה למצוא תמיכה בפסיקה לעמדה זו וגם ברק עצמו מציג ואז שולל גישה זו.
* **שוויון כפגיעה באוטונומיה**- **פס"ד דעקה** ו**בג"ץ איחוד המשפחות**, כבוד במובן אוטונומיה כולל יכולתו של האדם לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתם בחייו הפרטיים.
* **גישה מצמצמת**- רק הזכויות המנויות בחו"י כבוד האדם הן נגזרות של כבוד האדם.

האם החוק פוגע בזכות?

לוקחים את התכלית של החוק (**מהקייס**) וממנה בוחנים אם מדובר בשוויון מהותי או פורמלי. מגיעים למסקנה שמדובר בשוויון מהותי (**זה מה שהתקבל בישראל**) ואז הולכים למבחן השוני הרלוונטי. במסגרתו בודקים את התכלית של החוק- ואז ממנה אפשר להבין **אם מדובר בשוני רלוונטי או לא**. ואז בודקים אם האפליה היא ישירה או תוצאתית. ואז נבחן עילות ספציפיות.

הבחנה בין:

**שוויון פורמאלי**- יחס שווה לכולם (קול אחד לכל אחד בבחירות).

**שוויון מהותי**- יחס שווה לשווים ושונה לשונים (מיסוי פרוגרסיבי). **זהו הרעיון האמיתי של שוויון ולכן יש לבדוק בכל מצב של חוסר שוויון פורמלי האם ישנה הצדקה להתייחס לאנשים בצורה שונה כדי לשמור על שוויון מהותי** – זהו השוני הרלוונטי. **פס"ד גוטמן**- הפסיקה מאמצת את השוויון המהותי – חשוב לציין!

**ניסוח למבחן**- הגישה שהתקבלה בפסיקה היא גישת השוויון המהותי. לפיכך, כדי לקבוע אם יש פגיעה בשוויון צריך לבחון את תכלית הנורמה הנדונה ולבחון האם השוני בין הקבוצות הוא רלוונטי לתכליתה של הנורמה המבחינה ביניהם (בג"ץ יקותיאלי).

**בייניש** **בבג"ץ יקותיאלי**- **2 מבחנים לשוני רלוונטי:**

(1) מה תכלית הנורמה להבחנה? (מה מטרת החוק שלשמה יצרו את חוסר השוויון?)

(2) האם השוני רלוונטי (להשגת התכלית)?

* **השוני רלוונטי**- לא מדובר בפגיעה בשוויון ולכן עוצרים בשלב הניתוח הראשון (אך במבחן ממשיכים בכל זאת).
* **השוני לא רלוונטי**- מדובר בפגיעה בשוויון ולפיכך עוברים לבחון אותה לפי מבחני פסקת ההגבלה.

**חשוב:** אם קיים שוני רלוונטי- בסייג שלפי **דורנר** ב**אליס מילר**, במקרים של הפליה על רקע קבוצתי שכרוכה בה השפלה, בודקים פסקת הגבלה גם אם יש שוני רלוונטי.

* למרות שהניתוח הוא במסגרת שאלת הפגיעה, כבר יש בחינה נורמטיבית של השוויון. אם יש שוני רלוונטי – אפשר להכריע כי יש פגיעה ואין צורך להמשיך בניתוח. אם השוני רלוונטי – בעזרת החריג של **דורנר**, ננתח את פסקת ההגבלה.

**אפליה ישירה/תוצאתית?**

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

בג"ץים בנושא- **בג"ץ נסר**: כאשר אין קריטריון פורמלי שקובע הפליה ישירה ומפורשת בין הקבוצות- אפליה תוצאתית. **בג"ץ עדאלה**: לישראלים אסור להתחתן עם אנשים מחברון, זו אפליה תוצאתית. **וועדת המעקב**: התוצאה תביא לאפליה כי הדרך בה תחמה הממשלה את אזורי המפה תביא לתוצאה מפלה כי תיחום המפה הביא לכך שמתוך 500 היישובים שנבחרו לקבל עדיפות לאומית רק 4 מהם יישובים ערבים. וזה לא עולה בקנה אחד עם החלוקה הגאוגרפית של הארץ.

**ניסוח סיכום למבחן**- נראה כי ישנה פגיעה בחוק יסוד/בזכות האמורה ולכן, נעבור לבדוק האם הפגיעה היא חוקתית.

**שלב ב' - חוקתיות הפגיעה- מבחני פסקת ההגבלה**

* לציין שפסקת ההגבלה מופיעה בס'8 לחו"י כבה"א וס' 4 לחו"י חופש העיסוק. בפסיקה זה הורחב ותקף לכל חו"י (המזרחי)
* לציין 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 עצמו
* רכיבים מצטברים: על כולם להתקיים כדי שהפגיעה תהיה "כדין". אם רכיב אחד לא מתקיים=פגיעה לא כדין. בכל מקרה ננתח את כל הרכיבים
* **אם יש פגיעה בחו"י חופש העיסוק** – נדון עכשיו בפסקת ההתגברות לפני ניתוח פסקת ההגבלה!

**4 רכיבים לפסקת ההגבלה**: ע"פ ס' 8 לחו"י כבוד האדם וס' 4 לחו"י חופש העיסוק)

1. **"בחוק או לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו":**

הפסיקה לא הכריעה האם זה חוק או דין או פסיקה. הדעה הרווחת היא שמדובר על חוק של הכנסת.

* **דרישות פורמליות לחוק**: חוק= המינימום זה 3 קריאות ופרסום רשימות. מגדלי העופות: דחו חקיקה בשל אי סדרים שהיו בהליך החקיקה.
* **דרישות מהותיות לחוק**: הרחבה של "בחוק" בייניש במפקד הלאומי קבעה אפיונים מהותיים של חקיקה לגיטימית: פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות, העדר שרירותיות, פרסונלי. (עם זאת, לא פסלו חוק מכיוון שלא עמד באחד ממאפיינים אלו).

**ניסוח למבחן**- בהנחה שהחוק עומד בדרישות אותם קבעה בייניש בבג"ץ המפקד הלאומי, נמשיך בניתוח.

* **חריג:** דרישה כאשר מדובר בהחלטה של **רשות מנהלית**: [כאשר החלטה של רשות מבצעת פוגעת בזכות חוקתית] נחיל את מבחני פסקת ההגבלה, רק שדרישת החוקיות לא תהה שהפגיעה תעשה בחוק, אלא דרישה חלופית של 'מכוח הסמכה מפורשת בו'.
* **עד כמה ההסמכה צריכה להיות מפורטת**? בייניש בבג"ץ המפקד[איסור פרסומות פוליטיות] (מיעוט שהפך להלכה בבג"ץ ארקו): מידת פירוט ההסמכה (הספציפיות) שנדרוש מהמחוקק תשתנה לפי הנסיבות: אופי הזכות ומעמדה, עוצמת הפגיעה בה, ההשלכות החברתיות של הפגיעה, זהות הרשות הפוגעת ועוד. ככל שמידת הפגיעה עמוקה יותר וככל שהזכות חשובה יותר- נקפיד יותר בבחינת ההסמכה.
1. **הולם את ערכיה של מד"י:**

הערכים הנמצאים בפסקת המטרה ס'1+2 שבח"י חופש העיסוק ובכבוד האדם: **יהודית ודמוקרטית**. לוי בגלאון [איחוד המשפחות] מגדיר:

"**יהודית**"- זכות העם היהודי להגדרה עצמית, והגנה עצמית, ציונות, היסטוריה, תרבות, לשון, רוב יהודי במדינה, סמל, המנון, דגל, חגים שנובעים מהמסורת וכו. (דגש לאומי ולא דתי).

"**דמוקרטית**"- דמוקרטיה במובן צר של זכות לבחור ולהיבחר (מוסדות), דמוקרטיה מהותית- כבוד לזכויות הפרט והמיעוט, חירות ושוויון, קיום של זכויות המיעוט והפרט.

לוי בגלאון: חוק מפלה על רקע מיעוט לאומי, פוגע עמוקות בשוויון, ואינו הולם את ערכיה של מד"י, לכן נפסול.

ג'ובראן בגלאון: [הלכה] דרכי הביקורת השיפוטית עד כה לא ייחסו לס' זה את ההכרעה ויש לשמור על כך ולהניח שהס' מתקיים.

**ניסוח למבחן-** בפועל, ביהמ"ש מעולם לא ביטל חוק בשל רכיב זה בבחינת פסקת ההגבלה ועל כן נניח כי החוק עומד בדרישה זו.

1. **שנועד לתכלית ראויה:**
* יש כאן מעין זליגה למבחן המידתיות.
* כאשר יש מספר תכליות, יש לדון ב"מהי התכלית המהותית-עיקרית?"
* בנוסף ליישום והניתוח הפרטי, **חשוב לציין אסמכתאות לתכליות מהפסיקה!** כדי לבסס את הטענה שלי

**נוסח 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 הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ (בגץ חסן; בגץ אדם או כל פסד אחר שמציג הגדרה זו).

בג"ץ אדם[פרשת המסתננים] יש לחפש את התכלית הדומיננטית של החוק (אם יש כמה לדון מה הדומיננטית ביותר) ורק הדומיננטית רלוונטית.

\*\* אם התכלית הדומיננטית ראויה ויש לחוק תכליות משנה שאינן ראויות - אז החוק יעמוד מבחינת רכיב זה של פסקת ההגבלה. אולם במקרה ההפוך, אם התכלית הדומיננטית לא ראויה אולם ניתן למצוא כמה תכליות משנה שהן ראויות - החוק לא יעמוד במבחן זה.

* ככל שהזכות הנפגעת חזקה יותר – נדרוש תכלית מהותית יותר.

**חריג לכבוד האדם:** במקרה של פגיעה בזכות מזמעותית כמו כבוד האדם הפסיקה דרשה גם מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ.

3 תכליות עקרוניות שיחשבו ראויות ויצדיקו פגיעה בזכויות:

1. ערכי המדינה (יהודית ודמוקרטית, כמו במבחן ב').

2. קידום זכויות אדם.

3. קידום מטרה ציבורית חשובה (לדוג' בטחון המדינה)

תכליות בפסיקה:

ארבל בבג"ץ אדם: תכלית **חברתית** ראויה ותכלית **הרתעה** לא ראויה. נניח ששתי התכליות ראויות ונבחן אותן בהמשך במידתיות.

עדאלה- 2 תכליות: **התכלית הביטחונית**- שימוש באיחוד 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.

1. **במידה שאינה עולה על הנדרש= מידתיות:**

דרישה זו מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר בו. המטרה לא תמיד תקדש את האמצעים. על האמצעי להיות ראוי= מידתי ביחס לפגיעה. זהו המבחן המרכזי לשאלת ביטול החוקים!

**שלושה מבחנים מצטברים של בית המשפט לבדיקת מידתיות**:

1. מבחן ההתאמה- [קשר רציונלי]

עדאלה יש להראות התאמה בין המטרה הרצויה לבין האמצעי הפוגעני שנבחר. לא נדרשת וודאות מוחלטת להגשמת המטרה אך אין להסתפק בקשר תאורטי בלבד. ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה חמורה יותר נדרוש קשר הדוק יותר בניהם.

ברק מספיק להתבסס על שכל ישר וניסיון עבר כדי לבדוק אם יש קשר רציונלי.

* **בפועל כמעט תמיד נמצא התאמה ומבחן זה הוא קל** ומטרתו לחשוף מטרות נסתרות שאינן ראויות

אדם (חוק המסתננים): האמצעי פתר רק חלק קטן מהבעיה וכלא רק מעט מהמסתננים. ולכן לא מספיק לפי שכל ישר והיה צריך תשתית עובדתית.

1. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה- [מבחן הסולם]

**נוסח למבחן**- אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר.

עדאלה יש לבחור אמצעי שפגיעתו פחותה מבין האמצעים המתאימים.

ביהמ"ש יכיר במתחם אפשרויות לגיטימיות – נשאל מה האפשרויות הקיימות? מה נבחר? האם יש אופציה טובה יותר? אם כן נעדיף אותה. 🡨 ביהמ"ש יתערב רק כשיש חריגה משמעותית ממתחם הסבירות. [נציע אמצעים אחרים שמגשימים את התכלית ופחות פוגעניים]

* **דגש-** נניח ונבחר אמצעי, יש לבחון אותו **ולנסות לחשוב על דוגמאות לאמצעים אחרים טובים יותר** שיגרמו לפגיעה פחותה, למשל קנס נמוך יותר.

(1) **אמצעי ספציפי**- מכוון כנגד אוכלוסייה מוגדרת וברורה (רק ג'ינג'ים יכולים להגיע לבריכה)

(2) **אמצעי גורף + חריגות** או בדיקות אינדיבידואליות (רק ג'ינג'ים יכולים להגיע לבריכה וחריגים מאושרים)

(3) **אמצעי גורף**- חל כלפי כולם ללא הבחנות.

ארבל באדם[פרשת המסתננים]: גדר מגשימה את אותה מטרה ופוגענית פחות. לכן האמצעי שנבחר לא עומד ברף הנדרש.

🡨 **הסדר גורף-** קיים חשד אוטומטי שהחוק לא מידתי, וביהמ"ש יעדיף הסדר אינדיבידואלי שעדיין מגשים את המטרה.

ברק בעדאלה: אינדיבידואלי לא יבטיח את אותו ביטחון ולכן אמצעי גורף זה מידתי לעניינו. בייניש בחסן: [חזקה על רכב - הניחו שלכל מי שיש רכב יש הכנסה מספקת] החזקה החלוטה לא עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ואותה תכלית יכולה להתגשם בדרך אחרת (חזקה רגילה) ופוגענית פחות.

**ניסוח למבחן-** **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 (בג"ץ עדאלה; בג"ץ חסן).

1. תועלת מול נזק- [מידתיות במובן הצר]

**נוסח למבחן-** שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי. יחס ראוי בין האמצעי למטרה.

* במידה והחוק לא עומד במבחן השני – ניתן לטעון כי גם מבחן זה לא מתקיים!

גם אם תכליתו של החוק ראויה והאמצעי מתאים יהיו נסיבות בהן הפגיעה כ"כ חזקה שאינה מצדיקה את התכלית. 🡨 ניקח את הזכויות שמנינו ונשאל: **האם חשיבות האינטרס ותכליתו של החוק (התועלת) עולים על התכלית של מניעת הפגיעה בזכות, ובכך מצדיקים את רמת הפגיעה בזכויות**? נקיים דיון לכאן ולכאן. ככל שהזכות הנפגעת יסודית, והפגיעה חריפה יותר,אז נדרוש תועלת מהותית יותר.

מבחנים בפסיקה

בית סוריק : מבחן תועלת שולית לעלות שולית - האם ניתן להביא אמצעי חלופי שיפחית במעט במידת מימוש התכלית (יביא להגנה קצת פחות טובה על האינטרס) אך מצד שני יביא להפחתה משמעותית בעוצמת הפגיעה בזכות? [שינוי תוואי הגדר מוריד קצת מהבטיחות אך מפחית משמעותית מהפגיעה. לכן העתירה התקבלה].

עדאלה: מבחן היחס של העלות השולית – אם אנו יכולים להפחית בצורה קטנה את האפקטיביות של האמצעי, אבל לעומת זאת לצמצם בצורה דרמטית את הפגיעה בזכויות – **אנו נגיד שהאמצעי הנוכחי שפוגע יותר אבל טיפה פחות אפקטיבי – הוא לא חוקתי.**

הסדר גורף זה אמנם האמצעי שפגיעתו פחותה אך עדיף לוותר מעט על הביטחון מאשר לפגוע בצורה חמורה בהרבה.
🡨 זה מבחן ערכי של הצבת האינטרסים שחשובים לנו מול המחיר שנשלם עבורם. זה תלוי שק"ד קונקרטי, אבל לרוב:

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

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

* **הזכות לשוויון**- שאלת השוני הרלוונטי- אם זה מקרה מעורפל ואין הכרעה **בשאלה ד'** (האם הזכות נפגעה?) נצטרך לעשות זאת כאן תוך שקלול רחב יותר. באופן כללי זהו שלב ההכרעות.
* **חופש הביטוי**- נשאל מה אופי הביטוי:
1. מה החשיבות החברתית שלו
2. מהי חשיבותו בהגשמת מטרות העומדות בסיס חופש הביטוי [ההגשמה העצמית של בני האדם, קידום ההליך הדמוקרטי והעשרת הרעיונות שמקרבים אותנו לאמת.]

המפקד הלאומי: ביטוי פוליטי/הפגנה יקבל הגנה גבוהה, ביטוי מסחרי פחות חשוב לדמוקרטיה, לציבור ולמטרות חברתיות ויזכה לפחות הגנה.

סוג המגבלה: לפי הפסיקה **הגבלה מראש** היא פגיעה קשה וחמורה יותר בחופש הביטוי לעומת סנקציות **שלאחר** הביטוי.

חופש הביטוי מול אינטרס ציבורי:

* **פגיעה ברגשות הציבור**: מבחן סף הסיבולת - כלל הציבור/אוכלוסייה מסוימת בציבור שנפגעת מהביטוי. נדרש שהפגיעה ברגשות תהיה קרובה לוודאי מבחינת הסתברות התרחשותה. המבחן הוא האם עוצמת הפגיעה היא כה קשה עד שהיא מעבר לסף הסבולת של החברה הישראלית? נשקול מה עומד מול חופש הביטוי, יהיו אינטרסים עם הגנה חזקה יותר כמו בטחון המדינה או חלשה יותר כמו רגשות הציבור.
* **מבחן הודאות הקרובה**: אגרנט בקול העם - המבחן עוסק בהסתברות לפגיעה ובעוצמת הפגיעה של הביטוי – צריך פגיעה רצינית וממשית, ולא פגיעה מזערית. **שלום הציבור/ביטחון המדינה-** רק אם קרוב לוודאי שהפרסום יגרום לפגיעה בשלום הציבור או בביטחון המדינה, מותר לפגוע בחופש הביטוי. כמו כן, לא די בפגיעה כלשהי, אלא נדרשת פגיעה ממשית, פגיעה רצינית.

**6. מצבים מיוחדים שיש בהם פגיעה/שינוי**

* **ייבחנו בנוסף לתורת שלושת השלבים כתנאים מיוחדים/ספציפיים אם רלוונטיים לקייס**

**פסקת ההתגברות (כשיש פגיעה בח"י חופש העיסוק):**

* **ננתח את פסקת ההתגברות לפני ניתוח פסקת ההגבלה (שלב 2 בתורת שלושת השלבים)!**

פסקת ההתגברות מאפשרת דרך חלופית לפגוע בזכויות, אם מתקיימים התנאים הבאים:

(1) הוא התקבל ברוב מיוחס-61.

(2) נאמר בו מפורשות שהוא תקף ע"א האמור בחוק יסוד חופש העיסוק

(3) תקף עד 4 שנים או פחות.

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 אותו 🡨הכנסת תחוקק בכל זאת לפי תנאי פסקת ההתגברות.

בפועל רק בבג"ץ מיטראל [ייבוא בשר] נחקק שוב חוק על ידי פסקת ההתגברות.

בג"ץ מיטראל:

**מה קורה אם יש חוק שפוגע בזכות לחופש העיסוק וגם בחוק יסוד כבוד האדם**? (השאלה מהותית כי אין בחו"י זה פסקת התגברות)

ברק מציע 3 תנאים מצטברים שתחתיהם תוענק הגנה חוקתית לחוק החורג גם מחוק יסוד נוסף שהוא לא חופש העיסוק (=כך שכאילו פסקת ההתגברות חלה גם עליו):

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

**ניסוח למבחן –** אם ביהמ"ש יקבע כי מדובר בחוק שסותר את חוק יסוד חופש העיסוק אך עומד בתנאי פסקת ההתגברות, לא נפנה כלל למסלול שסקרנו זה עתה (תורת שלושת השלבים) והחוק רשאי לעמוד בסתירה בהתאם לתקופה הקצובה (עד 4 שנים).**.**

**כשיש פגיעה בשוויון גם מכח חו"י הכנסת וגם מכוח חו"י כבוד האדם:**

* **נבחן שוויון בחירות בכפוף למבחנים של שוויון כללי בשאלת הפגיעה!**

בג"צ מרכז שלטון מקומי נ' הכנסת, בג"צ גוטמן – שלוש גישות

1. חוק ספציפי גובר על חוק כללי - לכן יחול **ס' 4 לחוק הכנסת** ולא **לחוק יסוד כבוד האדם**. רציונל של ספציפי גובר על כללי, ולכן מספיק שיש רוב מיוחס (61).(גרוניס בגוטמן אומר שזאת ההלכה).
2. צריך לחול במצטבר - 2 ההוראות יחולו. **כלומר:** רוב של 61 (חו"י הכנסת) **וגם** פסקת הגבלה (חו"י כבוד האדם וחרותו). (לפי ברגמן: פסקת הגבלה +רוב מיוחס).
3. דרישות חלופיות (החוק צריך לקיים או את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת או את מבחני הפגיעה של ח"י: כבוד האדם וחירותו. (לפי ברגמן: רוב מיוחס-ס' 4, או פסקת הגבלה- כבוד האדם).

**ניסוח למבחן –** ישנן שלוש גישות כאשר קיימת פגיעה בשוויון גם מכח חו"י הכנסת וגם מכח חו"י כבוד האדם – (1) חוק ספציפי גובר על כללי: ולכן נדון רק לפי ס'4 לחו"י הכנסת. (2) צריך לחול במצטבר: ולכן נדון גם לפי חו"י הכנסת וגם לפי פסקת ההגבלה. (3) דרישת חלופיות: ולכן אפשר לבחור האם לדון לפי חו"י הכנסת או לפי פסקת ההגבלה. **בכל מקרה אני אבחן גם לפי חו"י הכנסת וגם לפי פסקת ההגבלה בחו"י כבוד האדם.**

**7. סעד** אם החוק פוגע בזכות- מה יהיה הסעד שניתן? אין צורך לפרט, רק לציין רק שעל ביהמ"ש יהיה לבחון את שאלת הסעד

**8. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה:**

מכוח ס' 15 לחו"י השפיטה. האם הליך החקיקה היה ראוי ועמד בדרישות?

**בעבר**-ביקורת על התוכן (האם חוקתי?). **כיום**- ביקורת על חוקיות ההליך עצמו.

>עילות הסף. (כאן אין להפעיל את פסקת ההגבלה אלא רק את המבחנים הספציפיים).

בג”ץ נמרודי נ' יו"ר הכנסת –

* רקע: נקבעה פעם ראשונה הסמכות התיאורטית של ביהמ"ש לבטל חוק על בסיס בעיה בהליך החקיקה. (זה קדם לבנק המזרחי והמהפכה החוקתית). הליך החקיקה הוא הליך ששלביו מוסדרים בדין (בתקנון הכנסת), שם נקבעות הדרישות הבסיסיות: 3 קריאות, דיון בוועדה ועוד.
* ביהמ"ש קובע: אם החוק לא עבר את כל הדרישות בדין, ביהמ"ש מוסמך להכריז על בטלות החוק. וביהמ"ש הוסיף: "או שנפל באחד ההליכים האלו פגם היורד לשורש ההליך."
* התעורר הקושי: מהו פגם שיורד לשורש ההליך שיכול להצדיק ביקורת שיפוטית וביטול? והאם זה עילה נפרדת לבטל חוק על פגם בהליך החקיקה אפילו אם לא הפרו אף כלל בדיני החקיקה הכתובים? לכאורה, יש טענה שזה לא הגיוני לבטל חוק רגיל על בסיס אי קיום של חקיקת משנה (התקנון), כי זה כאילו ליחס לתקנון מעמד חוקתי.

ברק באוביטר- יש סמכות לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ולביטול חוק שלא עומד בתקנון הכנסת. **נימוקים:**

1. הכנסת היא "גוף המבצע תפקיד ציבורי על פי דין"- תקנון הכנסת הוא הדין.
2. חוקי היסוד הם עליונים ובהם חו"י הכנסת קובע שצריך ללכת לפי התקנון - . ח"י הכנסת נותן את הסמכות של התקנון, לכן זה חזק יותר מאשר חקיקה רגילה
3. הצעת חוק שלא עברה את כל ההליך הפרוצדורלי לא נחשבת חוק, ולכן ביהמ"ש יכול להכריז על ביטולה מכח תקנון.

בג"ץ מגדלי העופות – [חוק ההסדרים, הליך חקיקה זריז, טענה לפגיעה בהפרדת רשויות]

* רקע: מדובר על חוק ההסדרים - הצעת חוק ממשלתית בה מכניסים מגוון גדול של נושאים לאו דווקא קשורים בחוק אחד - חוק סל. ומשתמשים במשמעת קואליציונית חזקה (כי זה חלק מהתקציב, ואחרת הממשלה תיפול), וזה עובר בהליך חקיקה מזורז (ע"א שהוא עובר את כל השלבים), ויש טענה שזה הליך הפוגע בסמכותה העילאית של הכנסת לחוקק. ההליך עורר בעיות, ועתרו על חוק ההסדרים.
* המדינה: ההליך לא ראוי, אך הוא חוקי. זה לא סותר אף ס' בתקנון, ולכן אין עילה להתערבות שיפוטית.
* השאלה: האם הליך החקיקה נשלט רק ע"י דיני החקיקה הפורמלית ותקנון הכנסת, או שאפשר לטעון שהליך החקיקה היה פגום אפילו שלא הופר שום סעיף בתקנון? הבסיס לטענה זו היא האמרה בנימרודי "פגם היורד לשורש ההליך". השאלה הייתה - מה כוונת הביטוי?

אף אם הליך החקיקה עמד בדרישות תקנון הכנסת, ניתן לבטל חוק שיש בו "**פגם היורד לשורש ההליך ושסותר אחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה**" (הופך את ההלכה של ברק כי לא רלוונטי אם הייתה הפרה או לא). יש להתחשב במהותו של הפגם שנפל ובמכלול הנסיבות. יש לבדוק את חומרת הפגם ועוצמת פגיעתו בעקרונות היסוד של הליך החקיקה, וכן לשאול- האם היה החוק עשוי שלא להתקבל לולא הפגם? **האם מדובר על פגם שיש בו פגיעה מוחלטת ועקרונית בעקרונות היסוד של החקיקה?**

בייניש קובעת עקרונות יסוד מינמאליים שקובעים מתי תהיה הפרה מוחלטת עקרונית (פגם בעקרונות אלה הוא פגם בהליך חקיקה):

* **הכרעת הרוב**– עיקרון מוחלט ובסיסי.
* **שוויון**- לכל ח"כ יש קול אחד בהצבעה. (**רציונליים**: זה עיקרון משלים להכרעת הרוב, ושומר על שוויון בקולות הבוחרים).
* **פומביות**- הליך החקיקה פומבי ושקוף. (מעוגן במפורש בחו"י הכנסת)
* **עקרון ההשתתפות** (העיקרון החדשני) - כל ח"כ יכול להשתתף בהליך החקיקה. ההשתתפות כוללת לא רק נוכחות פיזית אלא גם אפשרות להבין על מה ההצבעה-נוכחות רוחנית. (**רציונליים**: עיקרון משלים להכרעת הרוב, ושמירה על זכויות הבוחרים).
* **ריסון להלכה (1):** נקבע שביהמ"ש ינקוט בריסון שיפוטי ויתערב רק במצבים בהם **יש פגיעה קשה וניכרת** (=רק במקרים קיצוניים בהם ההליך היה כ"כ מזורז וארוך שלח"כים לא הייתה אפשרות לדעת על מה הם מצביעים). (**צריך שלח"כים לא תהיה אפשרות מעשית לראות את הצעת החוק – מאוד מחמיר**)
* **ריסון להלכה (2):** בייניש ביהמ"ש יתערב בהליך חקיקה אם לא היה "**הליך חקיקה נאות**" (לפי העקרונות). תפקיד ביהמ"ש בנוגע להליך חקיקה זה רק לאפשר לח"כים אפשרות. אם הם בוחרים לא לעשות בזה שימוש- זה כבר לא עניינו.

פס"ד קוונטיסקי: [מס דירה שלישית שעבר בחוק בהליך מהיר] נטען לפגם בהליך החקיקה ואפילו היועמ"ש התנגד להליך.

* רקע: מדובר הצעת חוק הסדרים של האוצר, הצעה מאוד מקיפה (כ400 עמודים שכללו הרבה נושאים) ודנו בזה בהליך מזורז. דנו בעיקר על הצעת האוצר למסות את מי שיש לו מעל 3 דירות. הגיעו בלילה לדיון הזה לאחר דיון ארוך של הפרקים הקודמים. הח"כים טענו שלא הספיקו לראות את הפרק שהם הולכים לדון בו, וגם היועצים המשפטיים בוועדה לא הספיקו כי היו בדיונים אחרים. אפילו ח"כים של הקואליציה ביקשו זמן לבחון את החוק. בסוף היה דיון כל הלילה, ובבוקר היועץ המשפטי לכנסת שלח מכתב לגפני וליו"ר הכנסת, וכתב שהיה פגם היורד לעומק הליך החקיקה, שיש פה מקרה כמו במגדלי העופות וקרא ליו"ר הוועדה לחזור על הדיון. יו"ר הכנסת (אדלשטיין) הסכים, אך גפני סירב לחזור על הדיון, והחוק חוקק. על כך הוגשה העתירה לבג"ץ.

סולברג רוב: הרחבה של מגדלי העופות [יוצר הלכה חדשה]: מציע שלושה שלבים בכדי להכריע -

1. צריך לאפשר לח"כים לא רק לדעת מה כתוב בהצעת החוק אלא לתת להם הזדמנות לגבש עמדה לגביה (נדרש מהלך מחשבתי, עיבוד מידע וכו).
2. יש לאפשר דיון מינימלי לשם גיבוש העמדה (מבוסס על דוקטרינת ההשתתפות והליך חקיקה נאות), לא משנה אם הם עשו זאת בפועל או לא – צריכה להיות האופציה לכך.
3. כדי לדעת אם היה אפשר לקיים דיון כמו שצריך, **יש לבחון רשימת שיקולים**:
	* 1. משך הדיון.
		2. מידתיות של משך הדיון ביחס להצעת החוק, מורכבותה והיקף השלכותיה.
		3. השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק על נוסחה ועל תוכנה.
		4. האם הייתה תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק.
		5. כמה זמן מראש קיבלו חברי הכנסת את הצעת החוק.
		6. האם הדיון באמת שינה את הצעת החוק.

מזוז מיעוט: מתנגד בטענה שזה סותר את הלכת מגדלי העופות – ביהמ"ש מצטייר כאקטיביסט.

הוא מציג ביקורות**:** 1. זה מסיט את הדגש לאיכות הדיון ולא לעיקרון ההשתתפות. 2. הרחבת היריעה יתר על המידה. 3. אין משמעות לגיבוש עמדה כיון שהמשמעת הקואליציונית היא המשפיעה.

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 (פס"ד ליצמן סותר את זה).
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 תכנית שאומרת שמדובר בהגנה על זכויות אדם לא קיימת פה.
* **חשוב!** במידה ומדובר על חוק ההסדרים בקייס יש לדון האם החקיקה כלכלית באופייה.

**ניסוח למבחן –** בפועל, ביהמ"ש מעולם לא השתמש בהרחבה הזאת של הביקורת החקיקתית, ועל אף שהגישו עתירות - הוא דחה את כולם ללא התעמקות בביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, בג"ץ קוונטינסקי, הייתה הפעם הראשונה והיחידה עד כה שבוטל חוק לפי ביקורת שיפוטית חקיקתית.

**9. נעבור לדון במצבים ספציפיים מוסדיים**

**הפרדת רשויות:**

פיזור הסמכות השלטונית ל3 גופים. **המטרה**- פיצול הכוח השלטוני ומניעת ריכוז סמכויות.

2 התפיסות של הפרדת רשויות:

**התפיסה המסורתית**: הפרדה נוקשה - כל סמכות בלעדית לרשות שלה, ואין להתערב בסמכות הרשויות האחרות.

**התפיסה המודרנית של איזונים ובלמים**: הפרדה נוקשה לגמרי יכולה להוביל לדיקטטורה, לכן הרשויות יפקחו אחת על השנייה וכך יאזנו ויבלמו אחת את השנייה. כיום, אין ממש יכולת להפרדה מוחלטת (הרשות המבצעת אחראית על חקיקת משנה כי הכנסת לא יכולה לעשות הכל לבדה, וגם בהחלטות הכנסת היא מאוד מעורבת).

מה מעמדו החוקתי של עיקרון הפרדת הרשויות? יש אומרים שזה עיקרון על-חוקי שמעוגן בצורה משתמעת והכנסת חייבת לכבדו.

הפרטת בתי הסוהר: [רקע - הכנסת חוקקה חוק שאפשר לזכיין להקים בית סוהר פרטי בישראל. העותרים טענו שזה פוגע בזכויות, ושזה פוגע בהפרדת הרשויות, כי הממשלה היא הרשות המבצעת, והכנסת בחוק רגיל לא יכולה לקחת סמכות של המבצעת, ולהעביר אותה לגוף פרטי (הרי זה מוסדר בח"י הממשלה)].נקבע שכליאה היא סמכותה הבלעדית של הממשלה ואין להפריט אותה (אך החוק נפסל בסוף על סמך פגיעה בזכויות). **עד היום ביהמ"ש נמנע מלהכריע בסוגיה ואין תקדים לפסילת חוק בגלל פגיעה בעיקרון החוקתי המוסדי.**

**אישור/ערעור בחירות (פסילת מועמד/רשימה לכנסת) מניעת השתתפות בבחירות:**

* **סמכות הועדה לפסול מועמד/רשימה מכוח ס' 7א(א) לחוק יסוד הכנסת.**

**שלב ראשון – עילות הסף**

**שלב שני– יש להבחין בין:**

1. **פסילת מועמד** (א"ב- אישור בחירות)- דורש את אישור ביהמ"ש- יש לו שיקול דעת מאוד רחב
2. **פסילת רשימה** (ע"ב- ערעור בחירות)- ס'7א(ב) לחו"י הכנסת ביהמ"ש רק בוחן האם הוא מקבל את ההחלטה של ועדת הבחירות- גם אם לא מסכים אתה, שיקול דעת מצומצם יחסית. בודק אם ההחלטה של ועדת הבחירות היא במתחם הסבירות. **ביהמ"ש יתערב רק אם מערערים על ההחלטה של הוועדה.**

**ניסוח למבחן**- בפס"ד טיבי נפסק כי להבדל בין ע"ב לא"ב תהיה משמעות מבחינת היקף הביקורת השיפוטית: היקף הביקורת יהיה נרחב יותר במקרה של אישור בחירות מאשר במקרה של ערעור בחירות. בערעור בחירות, השאלה שבית-המשפט מציג לעצמו הינה האם רשות שלטונית סבירה הייתה רשאית לקבל ההחלטה שנתקבלה. אם התשובה היא בחיוב, ידחה בית-המשפט את הערעור גם אם הוא עצמו לא היה מקבל אותה. לעומת זאת, באישור הבחירות, השאלה שעליו להציג לעצמו אינה אם ההחלטה של ועדת הבחירות היא סבירה, גם אם הוא לא מסכים לה; השאלה שעליו להציג לעצמו הינה אם הוא מאשר את ההחלטה שנתקבלה.

**שלב שלישי – בפסילת מועמד: מי יכול להיבחר? סעיף 6 לחו"י הכנסת-**

תנאים מקדימים:

 1. גיל 21

 2. נשפט ל3 חודשי מאסר, ועברו 7 שנים.

**חריג**: עבירה שאין עמה קלון, אפשר לבקש אישור מיוחד מיו"ר ועדת הבחירות.

* פס"ד פייגלין- קלון היא החלטה שיפוטית בהמלצת יועמ"ש. פייגלין כשל במילוי ההליך הפרוצדוראלי ולכן לא מתערבים בהחלטת הועדה לפסול מועמדותו. לוי מיעוט- הזכות להיבחר עדיפה על פני פגם פרוצדוראלי +אין בהמרדה קלון. **אוביטר**- יש קלון [פוגעת **בס' 7(א)(1)]**.

**שלב רביעי – פסילת מועמד/רשימה יש להוכיח את אחד מהתנאים** **בסעיף 7(א) לחו"י הכנסת**

להוכיח כי הרשימה/המועמד:

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.

* **יהודית-** המאפיינים ה"**גרעיניים**" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מד"י מדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני ומורשתי. **במרכזם :** זכותו של כל יהודי לעלות לא"י, שהיהודים יהוו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי בתרבות.
* האם מדינת כל אזרחיה שוללת את "מדינה יהודית" (סוגית סיעת בלד)?

**#** אם הכוונה של מדינת כל אזרחיה זה שלכולם מגיע שוויון זכויות- אז אין בעיה.

**#** אם ישנה פגיעה ברציונל של יסוד הקמת המדינה ופגיעה במד"י כמדינה יהודית- אז יש בכך פגיעה.

* **דמוקרטית-** המאפיינים ה"**גרעיניים**" ו"**המינימליים**": הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית. בא"ב טיבי נקבע שרשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר לא יכולה להשתתף בדמוקרטיה שהיא מבקשת להפיל בכוח הזרוע. פס"ד פייגלין – על עבירת המרדה יש קלון כי זו עבירה ששוללת את היסודות הבסיסיים של הדמוקרטיה.
1. **הסתה לגזענות (ס' 7א(א) (2))** –

פרשנות מצמצמת – רק הסתה קיצונית. יש להתחשב ביסודות ה"**מינימליים**" של ההסתה לגזענות. **הגדרה**= משהו שיש בו הסתה שיטתית נגד קבוצה לאומית אתנית מסוימת שמלווה גם בקריאה לשלילה של הזכויות שלהן, ויש ביזוי שלהם וכו. (פרשת פסילת רשימת כך).

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

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. התמיכה יכולה ללבוש צורות שונות אשר מעניקות לגיטימציה למאבק המזוין נגד המדינה. יודגש כי הכוונה היא לתמיכה בטרור ספציפי נגד מ"י ולא כללית (פס"ד זועבי-הוכיחה שהיו פעילי שלום על המשט הטורקי).

* מניעת ההשתתפות בבחירות אפשרית רק אם התמיכה היא **במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור**. תמיכה אחרת (למשל במהלך פוליטי של החמאס) אינה נכללת במסגרתו של סעיף זה (אם כי היא עשויה להיות מרכיב של העילה בעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).
* **מהי ההלכה כאשר יש תמיכה במאבק מזוין אך לא של מדינת אויב או של ארגון שהוכרז כארגון טרור**? יש שופטים שטוענים שצריך שזה יהיה דווקא מדינת אויב או ארגון טרור. בכל מקרה, התמיכה בטרור יכולה להעיד (להעיד ולא להכריע) על שלילת קיומה של מדינת ישראל. (פרשת זועבי במרמרה)

**פס"ד טיבי**- התנהגות מועמד יחיד יכולה להקרין על שאלת פסילת הרשימה כולה. השיקולים:

1. מעמדו של החבר ברשימה- בכיר או זוטר, האם הוא המנהיג הבולט של הרשימה ומזוהה כמייצג שלה.
2. האם זה התנהגות חוזרת ונשנית או חד פעמית.
3. תגובת שאר חברי הרשימה להתנהגותו.
4. מספר חברי הרשימה השותפים לדעתו ומספר חברי הרשימה באופן כללי(האם הם מהווים כמות נכבדה).
* ניתן לציין, כי צעד מידתי בפסילת רשימה, יכול להיות פסילת המועמד הספציפי וכך להכשירה.

**ניסוח למבחן**- חשוב לציין כי **זו בפסיקה ישנה -** בעבר לא יכלו לפסול מועמד בלבד. לכן ביהמ"ש בצעד מידתי בחן האם ניתן לפסול רשימת מועמדים על סמך פעילותו של מועמד יחיד. שקל בכל מקרה את התכלית הנתונה ביחס לתוצאות וההשלכות האמורות. **כבר לא רלוונטי מאחר וכיום ניתן לפסול את המועמד הספציפי עצמו ובכך להכשיר את רשימת המועמדים.**

**אמות המידה הפרשניות להפעלתו של ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת (**כסיף/טיבי). **על מועמד/רשימה:**

* + - 1. "שיש במטרותיה"- עילת הביטול צריכה להתמקד במטרות הדומיננטיות של הרשימה או המועמד. הסמכות הקיצונית של שלילת ההיבחרות צריכה להיות בעקבות משהו מאוד קיצוני.
			2. הסקת מסקנות משתמעת- המטרות המרכזיות צריכות להילמד מהצהרות ומהיגדים מפורשים וישירים של המועמדים. (עם זאת, אפשר להסיק את זה גם ממסקנות משתמעות, אך זה צריך להשתמע בצורה חד משמעית וברורה).
			3. פעילות אקטיבית למימוש הרעיון-לא די במטרות בעלות אופי תאורטי. יש להראות כי רשימת המועמדים "פועלת למען מימוש מטרותיה ולשם הפיכתן מרעיון להגשמתו". חייבת להיות "פעילות בשטח" אשר נועדה להוציא את מטרות הרשימה מהכוח אל הפועל. פעילות זו צריכה להיות חוזרת ונשנית ולהתבטא באופן חמור וקיצוני מבחינת עוצמתה.
			4. הראיות הנדרשות- הראיות המבססות את המטרות והמעשים של רשימת מועמדים או של מועמד בבחירות לכנסת, צריכות להיות "משכנעות, ברורות וחד-משמעיות". ונדרשת מסה של ראיות בעלות אמינות גבוה להצדקת הפסילה. **נטל הראיה** על מי שטוען בעד הפסילה, ואם ספק המתעורר, נטל הראיה מתהפך והנתבע יצטרך להוכיח את חפותו.
* לציין כי על אף האמור לעיל (לגבי מועמד והן לגבי רשימה), ביהמ"ש מייחס משקל רב לזכות לבחור ולהיבחר והנטייה היא לא לפסול רשימות ומועמדים.

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

1. עילות הסף. + הזכות מעוגנת בח"י, ההיקף שלה ברור ועכשיו בודקים אם יש פגיעה/שינוי.
2. פגיעה מול שינוי- לפרש את החוק הפוגע אם הוא משנה או פוגע.
3. אם יש פגיעה – להפעיל את פסקת ההגבלה (התקבל במופז נגד וועדת הבחירות).

**ס' 5 לחו"י: הכנסת: הזכות לבחור**

כל אזרח ישראלי שעומד בתנאים הבאים זכאי לבחור:

 1. אזרחות ישראלית. 2. החל מגיל 18. (גישה מכילה – כל אזרח שהוא תושב ובגיל 18 או יותר יכול להצביע).

**ס' 6 לחו"י: הכנסת: הזכות להיבחר**

לכל אזרח **מגיל 21** ומעלה ישנה זכות להיבחר. המגבלות לזכות:

* ביהמ”ש שלל ממנו זכות זו על פי חוק במפורש.
* נשפט בפס"ד סופי **ליותר מ3 חודשי מאסר בפועל** ולא **עברו 7 שנים** מיום שגמר לרצות את המאסר בפועל עד להגשת הרשימה.
* הורשע בעבירת טרור או ביטחון חמורה, נידון בפס"ד סופי לעונש **ליותר מ7 שנות מאסר בפועל** ולא **עברו 14 שנים** מיום שגמר לרצות את המאסר בפועל עד להגשת רשימת המועמדים.

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

**שאלת הקלון**

בג"ץ פייגלין[נרשם לבחירות בתקופת הצינון ולא ביקש ביטול קלון. נפסל ועתר לבג"ץ]

האם להתייחס לשאלת הקלון: לוין רוב פייגלין לא התנהג כראוי ולא משנה אם היה קלון או לא. לוי מיעוט שאלת הקלון נפתחה וניתן לדון בה (כי לצד שלישי אולי עוד מותר לבקש הקלה מקלון, למרות שלמועמד עצמו כבר עבר הזמן-הסדר שלילי – ובמקרה זה, העותרים נגד פייגלין הם צד שלישי).

לגבי שאלת הקלון: לוי לא בטוח שבהמרדה יש קלון (כי יש בזה חופש ביטוי) ולכן לא נייחס קלון, במיוחד בהתחשב בנסיבות המקרה(אין אלימות וכו). מעבר לכך, הזכות לבחור ולהיבחר עולה בחשיבותה על הכשלים בהרשמה. ברק(ועוד) יש קלון כי המרדה פוגעת בערך הכרעת הרוב בדמוקרטיה. דורנר וטירקל קלון נבחן לפי הנסיבות, ולא לפי סוג העבירה דווקא (וכאן לא היה קלון).

בג"ץ סילבר [נפסל על סמים] מזוז הכרעת שאלת הקלון היא שאלה מוסרית ולא טכנית. היא נמדדת לפי 3 משתנים:

1. **נסיבות העבירה** - החלק החשוב! למשל ביצוע חוזר ונשנה של עבירה.

2. **תכלית התפקיד של המועמד -** למשל מי שרוצה להיות שר תחבורה יקבל קלון על עבירות תנועה.

3. **סוג העבירה** – יש עבירות שמטבען אין עימן קלון, למשל עברית מנהליות או עבירות אחריות מוחלטת. וההפך- רצח, אונס וכו.

* **הלכה**: כיום פחות חשוב באיזו עבירה מדובר, אלא צריך לשים דגש על שלושת המשתנים - בעיקר הנסיבות.

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

1. בדר"כ מצטרף לזכות לבחור ולהיבחר (ס'5,6) אם זה נעשה בצורה לא שוויונית.
2. נבדוק אם יש פגיעה לפי בג"ץ ברגמן+ גוטמן+ מרכז השלטון[חוק חסינות של נבחר לכהן בגוף ציבורי].
3. במידה ויש פגיעה נבחן את השריון שעומד בבג"ץ לאו"ר מול סע' 46 להלן. **(??)**
4. נבדוק אפליה+ שוני מהותי\פורמלי +שוני רלוונטי. (מפורט בהמשך).
5. במידה ועוסקים בעבירה [שוחד וכדו]- נבדוק את הקלון. (בעמוד הקודם).
6. במידה ויש פגיעה בשוויון כזה צריך לבדוק אם יש פגיעה בשוויון מתוך כבוד האדם (מפורט בהמשך).
7. בדיקת פגיעה בזכות השוויון בצורה רגילה ממה הזכות ועד פסקת ההגבלה כולל. (תורת השלבים).

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

* דגש: סוגיה זו נמצאת כאן על מנת לקשר בין הזכות לשווין **מכוח ח"י כ"ה** לבין עקרון השוויון בבחירות **מכוח ס' 4 לח"י הכנסת**.

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

1. **כלליות -** כל אזרחי המדינה, רשאים לבחור מגיל 18 ולהיבחר מגיל 21.
2. **ארציות -** כל שטח מד"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 –** החשאיות מגוננת על יכולתו של האזרח להצביע לפי מצפונו ולצמצם השפעה לא ראויה מאחרים (גם מחבריהם וגם מצד השלטון). מצד שני, יש פגיעה בעיקרון השקיפות - פרסום התפלגות ההצבעה לפי קלפיות זה בעייתי (לפי המרצה).
5. **יחסיות -** חלוקת המושבים בכנסת ביחס זהה ליחס של הקולות (20% מהבוחרים הצביעות למפלגה-יהיו לה 20% מהמושבים).
* חריגת שיטת הבחירות בישראל מכלל היחסיות:
	1. **אחוז החסימה –** יש קולות מסוימים שלא נכללים ברשימה כי לא עברו רף מסוים.
	2. **הסכם עודפים** – יש הסכמי עודפים שמועברים בין המפלגות (בערך 5 מנדטים).

בג"צ גוטמן **–** העלו את אחוז החסימה מ-2% ל-3.25%. נטען שזה פוגע **ב"עיקרון הייצוג"** (נגזרת של בחירות יחסיות, לפיו הציבור רוצה ביטוי במוסדות הנבחרים לפי נציגים שבחר).

גרוניס טוען שצריך אחוז חסימה כי הוא מאזן בין **עיקרון המשילות** (=שהממשלה תוכל להתנהל), לבין עיקרון הייצוג. בנוסף, ההסדר חוקתי, אך העתירה נפסלת עקב חוסר בשלות.

עיסוקו של גרוניס בסוגיית הייצוג. מתחלק לשני מובנים:

* + **ייצוג פורמלי -** בהתאם לקולות הבוחרים, כך המושבים בפרלמנט יחולקו - ייצוג מספרי. (אדיש למאפייני הבוחרים).
	+ **ייצוג מהותי -** ייצוג של קבוצות שונות ודעות שונות בחברה -"צילום פני החברה". מתחלק לשניים:
		- 1. **ייצוג רעיונות -** הדעות והאידיאולוגיות השונות יקבלו ייצוג בהתאם לאחוז הבוחרים. (למשל גם מי שבעד לגליזציה לסמים וגם מי שנגד לגליזציה של סמים יקבלו ייצוג ביחס לבוחרים). גרוניס דוחה את הטענה הזאת.
			2. **נציגות כנוכחות** (גישת גרוניס)-לא מתייחסת לאידיאולוגיה אלא למאפיינים דמוגרפיים של הציבור, כמו מגדר, גזע, ואולי גם נטייה מינית. אךיש רק שתי קבוצות אוכלוסייה שמהוות מיעוט מאובחן - **המיעוט הערבי-ישראלי והמיעוט החרדי.** אם למיעוטים אלו אין יכולת להיות מיוצגים בכנסת, דרישת היחסיות לא מתמלאת ויש לבטל את החוק.
1. **שוויון הבחירות - סעיף שוויון זה משוריין בחו"י,** ברגמן[חוק מימון מפלגות] פיתח את הפרשנות של 'בחירות שוות' מבחינת עיקרון השוויון. בית המשפט אוכף על הכנסת את מגבלות השריון הפורמלי שהיא קבעה בחוק היסוד (חובת ביקורת שיפוטית), וזאת ככל שהתוכן אכן פוגע בשוויון. בפס"ד גוטמן [העלאת אחוז החסימה]- גרוניס מסכם את התפיסות שעלו בברגמן(הלכה):
* **מה הכוונה בחוק לא שוויוני לפי ברגמן וגוטמן?**
* בגרעין של עקרון זה מצוי הכלל לפיו "**קול אחד לכל אחד".**
* כל אחד מההיבטים של שיטת הבחירות המופיעים בסעיף 4, לכולם 2 פנים- **גם הזכות לבחור, וגם הזכות להיבחר.**
* **מבחן עזר הנוגע לשוויון הסיכויים של הרשימות השונות להיבחר - האם ההסדר שנקבע הוא ניטרלי?** כלומר, האם הוא יוצר כלל זהה בין הפלגות או שמא הוא נותן יתרון לרשימות מסוימות בלבד. **מנגד** פוגלמן אומר שלפעמים יש כללים שמתחזים להיות ניטרליים. **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.
* **שוויון פורמלי או מהותי:**
	+ - 1. שוויון פורמלי (לא אומץ)-שוויון מוחלט – כולם מקבלים אותו דבר. יחס שווה לכולם (קול אחד לכל אחד בבחירות).
			2. שוויון מהותי (אומץ בפסיקה-גרוניס בגוטמן)– יחס שווה לשווים ושונה לשונים (מיסוי פרוגרסיבי) - **זהו הרעיון האמיתי של שוויון ולכן יש לבדוק בכל מצב של חוסר שוויון פורמלי האם ישנה הצדקה להתייחס לאנשים בצורה שונה כדי לשמור על שוויון מהותי. זהו 'מבחן השוני הרלוונטי'** -האם יש התחשבות בהבדלים הרלוונטים בין הרשימות? האם יש הבדל שיכול להצדיק אי שוויון פורמאלי? **כל עוד ההבדל הוא רלוונטי> יש שוויון מהותי.** לפעמים יש שוני רלוונטי בין הקבוצות, ודווקא ביטולו יביא בדיוק לתוצאה ההפוכה של שוויון. ברגמן הפער בהטבות בין המפלגות היה קיצוני ולכן הוא לא היה שוויוני.
* חשוב לציין שהפסיקה מאמצת את השוויון המהותי

**יישום ע"י** 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** (למשל 15%), שיביא לכך שההסדר שוויוני להלכה אך לא למעשה, שכן רק לרשימות בודדות סיכוי ריאלי לעבור אחוז חסימה כזה. **יישום ע"י** פוגלמן - אפילו 3.25% פוגע בשוויון הסיכויים להיבחר.

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

מרכז השלטון המקומי [חוק החסינות]: לנתח רק כאשר מדובר על נבחר ספציפי או פריימריז.

* שוויון ברשימות או במועמדים?

גולדברג - ס'4 לחו"י הכנסת מחייב רק שוויון בין **רשימות** ולא בין מועמדים. **הנימוק**: שיטת הבחירות שלנו מבוססת על רשימות ולא על מועמדים- אנחנו מצביעים לרשימה ולא למועמד- לכן כל ההיבטים של החוק והשוויון רלוונטיים לרשימות.

זמיר - לצורך הדיון הוא מניח שזה חל גם על **מועמדים**.

חשין- אומר שחל על **מועמדים ועל רשימות.**

* שוויון בבחירות לכנסת או בפריימריז?

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

זמיר - מוכן להניח כי זה מתייחס **גם לפריימריז**, אבל בסופו של דבר אין צורך להכריע.

חשין - טוען שזה בוודאות **תקף גם לפריימריז**. פירוש ס' 4 הוא כל מה שקשור לבחירות.

* היקף עיקרון השוויון - שוויון ההזדמנויות בבחירות לכנסת או כל היבט אפשרי וראוי של שוויון בבחירות?

זמיר וגולדברג (הדעה שהכריעה)- **רק שוויון הזדמנויות וסיכויים** (זו המשמעות של ס' 4 לח"י הכנסת). אין כוונה להגן על עיקרון השוויון הרחב.

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!! כשיש פגיעה בשוויון גם מכוח חו"י הכנסת וגם מכוח חו"י כבוד האדם:** 3 פרשנויות אפשריות מרכז השלטון המקומי:

* 1. חל ההסדר הספציפי שבחו"י הכנסת הנוגע לשוויון בבחירות **-** במקרה זה מפעילים את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת. גרוניס בגוטמן:מעדיף את ההסדר הזה. (לפי ברגמן: דרוש רוב מיוחס).
	2. ההוראות מצטברות **-** גם ס' 4 לח"י הכנסת וגם ח"י כבה"א יחולו באופן מצטבר. מפעילים גם את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת וגם את מבחני הפגיעה של ח"י כבה"א (פסקת הגבלה) והחוק צריך לעמוד בשניהם.(ברגמן: פסקת הגבלה **+**רוב מיוחס).
	3. שתי ההוראות חלופיות- החוק צריך לקיים או את מבחני הפגיעה בסעיף 4 של ח"י הכנסת או את מבחני הפגיעה של ח"י: כבה"א. (ברגמן: רוב מיוחס-ס' 4, **או** פסקת הגבלה- כבוד האדם).

**שינוי או פגיעה פגיעה בס' 4 לחוי הכנסת.**

* **בחו"י הכנסת -** קודם דיון **בשינוי** בו צד אחד יגיד שהוא משנה וצד שני יגיד שזה לא משנה כי זה מגשים את לשון החוק.
* **רק אחר כך דיון נפרד בפגיעה**.

**שינוי –** גוטמן (ג'ובראן)

א. **אין צורך בפסקת ההגבלה.**

ב. **השינוי נעשה על ידי חוק יסוד** ;ואם הוא משוריין - **צריך רוב מיוחס(61).**

לפי ברק במזרחי –שינוי כולל לא רק שינוי מפורש, אלא גם שינוי משתמע. כך עולה גם מס' 46 לחו"י הכנסת.

* דעת הנגד תמיד תטען שמדובר בתוספת מצומצמת ולכן **זה רק פגיעה**.

**פגיעה** –

לפי ברגמן - אין הבדל בין פגיעה לשינוי - **יש לבדוק אם החוק עבר ברוב מיוחס בשלושת הקריאות, גם קריאה טרומית**. אולם, לפי ס' 46 לח"י הכנסת: הרוב המיוחס נדרש רק ב3 הקריאות המרכזיות (ולא בטרומית).

**מנגד,** יטענו העותרים כי לפי חשין בחוק טל, ניתן לטעון לביטול החוק אפילו אם הוא עומד בדרישות השריון הפורמלי וזאת משום שהוא סותר את ערכי היסוד של השיטה, הכוללים את עקרון השוויון. עם זאת, מדובר בדעת יחיד שלא התקבלה בפסיקה ולא יושמה בפועל (בונוס).

גישת ג'ובראן (+נאור, חיות, מלצר) בגוטמן: 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 ואושרה בגוטמן: מפעילים **פסקת הגבלה שיפוטית** ואין צורך ברוב מיוחס. לפיכך, הניתוח של פגיעה זו ייעשה לפי פסקת ההגבלה.

* **לסיכום:** כאשר נדון אם הייתה פגיעה או שינוי של חוקי יסוד: לפי מזרחי : **בשינוי** - 1. ע"י חוק יסוד; 2. אם הסעיף משוריין –רוב מיוחס. **בפגיעה** -פסקת הגבלה שיפוטית(גוטמן)/ רוב מיוחס(ברגמן)

**ברכה והצלחה! 😊**