## צ'ק ליסט משפט חוקית - רז הלפרין וספיר סייג

## המהפכה החוקתית מ1992

בשנת 1992 חוקקו חוקי היסוד – חופש היסוד וכבוד האדם וחירותו. עד 1992 חוקי יסוד עסקו בהיבטים מוסדיים אלו היו חוקי היסוד הראשונים שעוסקים בזכויות אדם. נראה כי מצד אחד הביאו חוקים אלה לשינוי חוקתי אך מצד שני עליונותם לא נאמרה במפורש אלא רק בדרך של אינדיקציות כגון: פסקת הגבלה, פסקת כיבוד, נוקשות ושמירת הדינים.

עד 1992 כל הניסיונות לחקיקת חוקי יסוד המגנים על זכויות אדם היה כמגילת זכויות אדם מלאה. רובינשטיין היה הראשון לנסות לפרק את חוקי היסוד לפרקים, תוך ההבנה כי קיימות זכויות אדם שיותר קשה להעבירן בחוק.

**יוזמי החקיקה** ב1992טוענים שהכנסת הבינה טוב מאוד את ההשלכות וכהוכחה לכך הם מצבעים על ההתעקשות להכנסת סעיף שמירת דינים. **מתנגדי החקיקה** טוענים כי המצביעים לא הבינו את ההשלכות, כראיה מוכחים כי לא היה דיון ציבורי בכלל סביב חוקים אלו, למרות השפעתם הרבה. טענה נוספת היא שחוק יסוד חופש העיסוק עבר ברוב של 32 מה שמראה שאפילו לא היה בכנסת 61 נוכחים כשעבר החוק (5-7).

## פס"ד בנק המזרחי

התקבל ב1995, שלוש שנים לאחר המהפכה החוקתית. לטענת ברק חקיקת חוקי היסוד ב1992 הופכת את ישראל לדמוקרטיה חוקתית. בפס"ד זה עוסק ביהמ"ש בכל השאלות מהן התחמק **פס"ד ברגמן** (מעמדם של חוקי היסוד, דינו של חוק יסוד שסותר חוק רגיל ועוד).

מעמדם של חוקי היסוד - ביהמ"ש קובע שכל חוקי היסוד בעלי מעמד על חוקתי (עליונות נורמטיבית).

דינו של חוק שסותר חוק יסוד- פסה"ד מדגיש שיש הבדל בין שינוי לחוק לבין פגיעה בחוק יסוד.

1. **שינוי** – הנורמה החוקתית משתנה עקב תיקון או חקיקה. בכדי לאפשר שינוי הסותר חוק יסוד נדרש לעשות זו בעזרת **חוק יסוד אחר**, אם יש ס' שריון אז נדרש עפ"י הרוב בס' השריון.
2. **פגיעה** – לא מביאה לשינוי הנורמה החוקתית אלא לסטייה ממנה בהקשר מסוים ונקודתי. במקרה של חוק שפוגע בזכות נדרשים לחוקק חוק יסוד חדש **ברוב של 61** (אם אין פסקת הגבלה) במידה ויש נדרשים לעמוד בתנאי **פסקת הגבלה**, בחופש העיסוק ניתן גם דרך **פסקת התגברות.** בפסיקה מאוחרת נקבע כי **לכל חוקי היסוד קיימת פסקת הגבלה משתמעת** (שיפוטית) (7).

\* כאשר הפגיעה היא מקיפה כך שהחוק מתרוקן מתוכן תחשב הפגיעה לכדי שינוי.

סמכות הכנסת להגביל עצמה - בפסה"ד נקבע כי הכנסת יכולה להגביל עצמה פרוצדורלית (שינוי חוק יסוד רק ברוב) ומהותית (פסקת הגבלה) (8).

מקור הסמכות של הכנסת לחוקק חוק יסוד וחוקה (8-9)-

1. **שמגר** – הכנסת היא הריבון ואין עליה הגבלות, לכן יכולה להגביל את עצמה.
2. **ברק** – הכנסת היא גם הגוף המכונן בנוסף להיותה הגוף המחוקק (שני הכובעים). רשות מכוננת יכולה להגביל מחוקקת, לכן אין קושי.

**שמגר וברק מסכימים כי האסיפה המכוננת העבירה את סמכויותיה לכנסות הבאות**.

1. **חשין** – לאסיפה המכוננת לא היה סמכות להעביר את סמכותה הלאה לכנסות הבאות, לכן כנסות לא יכולות לחוקק חוקי יסוד בעלי מעמד על חוקי.

ביטול חוק שסותר חוק יסוד - ביהמ"ש **בבנק מזרחי** קובע כי קיימת לו הסמכות לבטל חוק שסותר חוק יסוד. בפועל הוא לא מבטל וזה תמונת הראי לברגמן כי בברגמן נאמר שאין סמכות ובוטל ובבנק המזרחי נאמר שיש ולא בוטל (9).

**מאפייני החוקה בעקבות בנק המזרחי** – הסדרת המוסדות (חוק יסוד הכנסת, חוק יסוד הממשלה ועוד), זכויות אדם (חופש העיסוק וכבוד האדם). מבחינה פורמאלית חוקי היסוד מהווים חוקה ויש להם עליונות על חוקים אחרים, מבחינת נוקשות בשביל לבטל או לשנות חוק יסוד נדרש חוק יסוד (למעט חוקים שיש להם סעיפי שריון מיוחדים, שם נדרש לעמוד גם בדרישות סעיפי השריון). יש ויכוח מי בפועל ביצע את המהפכה החוקתית. **לנדוי** טוען שביהמ"ש ואילו **ברק** טוען שהכנסת (10).

**ביהמ"ש לאחר בנק המזרחי** – בנק המזרחי נחשב הלכה, ביהמ"ש ביטל עד היום כ20 חוקים בעזרת הלכה זו. פסיקה מאוחרת השלימה את מהלכו של בנק המזרחי: נקבע כי כל חוקי היסוד (גם ללא שריון) יעמדו בפני פסקת הגבלה משתמעת, הכרה בזכויות בלתי מנויות כיכולות להוות עילה לביטול חוק (פס"ד אליס מילר) ואפשרות להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ועסקים) (11-12).

**הכנסת לאחר בנק המזרחי** - ב1994 היה תיקון של חוקי יסוד. יש מי שרואה מהלך זה כאשרור חוקי היסוד. מאז היו ניסיונות לעגן זכויות אדם נוספות בחוקי יסוד ולחקיקת חוק יסוד החקיקה. בנוסף, הכנסת אימצה לעצמה הליך ביקורת פנימי שבוחן האם הצעות חוק סותרות את חוקי היסוד (12).

ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית

## **ביקורת שיפוטית חוקתית הינה** הסמכות של בית המשפט לבטל חקיקה של הכנסת. **קיימת ביקורת שיפוטית** סובסטנטיבית **(נוגעת להיבטים של תוכן החוק) וביקורת שיפוטית** על הליך החקיקה(**נוגע להליך חקיקת החוק) (13).**

עילות סף

מדובר בשורה של דרישות סף שהעתירה צריכה לעמוד בהן כדי להיכנס בשערי ביהמ"ש. ביהמ"ש מפריד בין השאלה האם יש לו סמכות לדון (סמכות רחבה מאוד), לבין אם להשתמש בסמכות זו.

**הרציונליים מאחורי עילות הסף** – ניתן לומר כי ברגע שיש סמכות אי אפשר לחמוק ממנה, משכך יש מספר רציונליים לעילות הסף: חשש מהצפה, הפרדת רשויות, אמון הציבור, מניעת שימוש מניפולטיבי ועוד (17).

**זכות העמידה** - מי יכול להביא את המקרה בפני ביהמ"ש (18-20).

לא כל אדם יכול לעלות כל טענה בביהמ"ש צריך כי העותר עצמו יראה כמי שראוי לדון בעילה. **הגישה המסורתית** היתה כי רק **עותר ממשי וישיר** יכול. הגישה בעיתית כיוון והיו מקרים בהם העותר הנפגע לא יכל לעתור, משכך עם השנים הקלו על הדרישות.

**המהפך בגישה המסורתית - בג"ץ אלוני נ' שר המשפטים** אדם שביהמ"ש החליט להסגירו לצרפת בשל פשע שבצע שם. שר המשפטים החליט לא להסגיר. בפועל התוצאה היתה כי לא היה מי שיעתור כנגד שר המשפטים כי בעל העניין היחידי הוא המוסגר ואין לו אינטרס. קבוצת חכי"ם עתרו לבג"ץ. **שמגר (דעת הרוב)** ככל שהעתירה נוגעת בנושא יותר ציבורי כך ביהמ"ש יטה להתערב למרות שהעותר אינו בעל זכות. עוד נדרש כי אין בנמצא עותר אחר שהוא בעל אינטרס. לדעת שמגר אין חשיבות אם העותר הינו ח"כ או אדם פרטי. **אלון (דעת מיעוט)** אלון טוען שיש להגמיש את זכות העמידה אך לא ברמתו של שמגר. לדעתו הדבר יציף את ביהמ"ש העליון ויביא לפגיעה בהפרדת רשויות. הוא מכיר בחריג אם הוא בעל אופי חוקתי, נוגע במרכז המשטר הדמוקרטי או במבנה החוקתי של החברה, ניתן לתת זכות עמידה ללא אינטרס ישיר. לא מספיק כי העותר רוצה לעמוד על שלטון החוק או להצביע על שיקול דעת מוטעה. **פסיקה זו הכירה בעותר ציבורי המייצג אינטרס ציבור (גישת שמגר)**.

**בג"ץ לירן נ' היועמ"ש** עותר ציבורי הגיש עתירה נגד הליכי שימוע שנעשו לנשיא קצב למרות חסינותו (קצב הסכים שיעשה שימוע). ביהמ"ש (פרוקצ'יה) יעניק זכות עמידה **לעותר ציבורי** רק כאשר יש פגיעה בשלטון, מניעה לאכיפת חוקים ופגמים מהותיים בפועלת המנהל. **חריג** ביהמ"ש לא יכיר בעותר ציבורי כאשר קיים עותר ממשי שנמנע מלבקש את הסעד. **חריג לחריג** במקרה שחל החריג הראשון ביהמ"ש כן יכיר במקרה כשיש פגיעה מהותית ביסודות המשטר שהינו מעבר למחלוקת הפרטית. העתירה במקרה זה נדחתה.

**שובה של הגישה המסורתית -**

**בג"ץ הר שמש נ' מנהל רשות המיסים** טוען שיש פגיעה במס שומת קבלן. העותר טוען שיש קבלנים רבים שסובלים מכך, אך אינו מצליח למצוא ולו קבלן אחד המעיד כי הוא סובל. **סולברג** מציג אמירות מפורשות שיש לעמוד על זכות העמידה. אחת הסיבות היא כי עותר ציבורי לעיתים לא יכול להציג את התשתית העובדתית האמתית.

**בג"ץ ח"כ רזבוזוב נ' משרד השיכון** טענה כי מדיניות הדיור המסובסד מפלה עולים. העתירה נדחית על הסף כי לא נמצאת עילה משפטית. **הש' מזוז** בסוף דבריו אומר שעצם זה שהעותר הוא ח"כ מעידה על כך שיש לו יכולת לשנות מדיניות זו באמצעות כלים פרלמנטריים. (זאת בניגוד לגישת שמגר באלוני שם נקבע כי אין משמעות אם העותר הוא ח"כ לעניין זהות העותר הציבורי).

**בג"ץ עמותת עיר עמים נ' מפקד מחוז ירושלים** עתירה כנגד המשטרה, שרצתה למנוע את מעבר מצעד הדגלים ברובע המוסלמי. בית המשפט לא יקבל עתירה כללית כאשר יש אדם פרטי שנוגעת לו הסוגיה והוא לא עותר.

**עילת השפיטות** – מהם מקרים ראויים להכרעה שיפוטית (20-24).

**בג"ץ רסלר נ' שר הביטחון** קצין במילואים שמעוניין בגיוס חובה לחרדים. ברק יוצר הבחנה בין **שפיטות נורמטיבית**: האם קיימות אמות מידה משפטיות לדון בסכסוך? לדעת ברק **הכל שפיט**. גם במקרים של לאקונה קיימים כלים לבצע שיפוט, לשם כך יש את עילות הסל כדוג' סבירות. **שפיטות מוסדית**: האם ראוי לפתור את הסכסוך בביהמ"ש? עפ"י ברק יש להשתמש בטענה של חוסר שפיטות מוסדית בצורה מצמצמת. נשקול אי שפיטות מוסדית כאשר החשש לפגיעה באמון הציבור גבוה. במקרים מסוימים אי התערבות תעביר מסר שיש דין אבל אין דיין.

**בג"ץ ז'רז'בסקי נ' רוה"מ** האם הסכם פוליטי הוא שפיט? **אלון** מותח ביקורת על ברק ברסלר, יש מקרים בהם **אין כלים משפטיים לסוגיה** מבחינה נורמטיבית (לדוגמה בהסכם פוליטי). הוא לא מקבל את עילת הסבירות בטענה כי היא לא נותנת לשופט כלי אמיתי. לטענת אלון יש להרחיב את טענות השפיטות המוסדית יותר מההכרה של ברק. לעניין ההסכם הפוליטי ניתן להעביר ביקורת רק במקרה של שחיתות אבל לא במקרה של תו"ל או חוסר סבירות. **פורמאלית התקבלה גישת ברק, בפועל המשיכו לדחות עתירות רק לא אמרו כי זה לא שפיט** (23).

**שובה של השפיטות** – בשנים האחרונות ניתן לראות שופטים המטילים ספק בשפיטות של נושאים מסוימים.

**בג"ץ יואב הס נ' הרמטכ"ל** מדוע לא הורו לחיילי צה"ל לא להשתמש באש חיה על מפגינים בגדר? נדחה ממגוון עילת סף אך נאמר גם לא שפיט.

**בג"ץ רזבוזוב נ' משרד השיכון** נוגע לטענה כי תמיכה בדיור מפלה עולים. **מזוז** טוען כי לא הועלתה טענה משפטית שמצדיקה התערבות, במקרה זה עולה השאלה האם המקרה שפיט מוסדית. נטען שלא שפיט מוסדית.

**בג"ץ** **אחמד חג' נ' שר הביטחון** עתירה על הקמת יישוב עמיחי. **חיות** כותבת כי מדובר בשאלה בעלת אופי מדיני/ פוליטי מובהק ולכן לא דנים מטעמי אי שפיטות מוסדית.

**בג"ץ אקרמן נ' מ"י** דחיה של עתירה למנוע העברת כספים מקטאר לעזה. נדחה כי מדיניות החוץ היא בלתי שפיטה נורמטיבית.

**בג"ץ התנועה למען איכות השלטון נ' היועמ"ש** עוסק בהטלת ממשלה על חבר כנסת עם כתב אישום. **חיות**, שפיט אך בגלל שההחלטה פוליטית התערבות מצומצמת. **מזוז**, הנושא כל כך פוליטי שלא שפיט מוסדית.

**עילת הבשלות** – נוגעת למועד הראוי להכרעה שיפוטית. ביהמ"ש ידחה על הסף במקרים כי הוא חושב שבעתיד המקרה יהיה בשל יותר להכרעה, בעוד שבאותה עת הוא אינו בשל להכרעה (24-29).

**בג"ץ התיכון הערבי נ' שר האוצר** דיון תיקון 40 לחוק יסודות התקציב (חוק הנכבה), שר האוצר יכול להפחית מהתקציב של גוף מתוקצב אם ציין את יום העצמאות כיום אבל. העותרים טענו כי מדובר בפגיעה בחופש הביטוי בייחוד שהגופים נסמכים רק על תקציב ממשלתי. ביהמ"ש לא דן בטענות וטוען כי העתירה לא בשלה, כיוון שהשר לא השתמש עוד אף פעם בסמכותו. כמו כן, יש **תהליך פרוצדורלי** שהשר צריך לעבור בכדי למנוע ממון. במקרה ויהיה שימוש נדרש לראות האם השימוש במקרה הספציפי ראוי. ביהמ"ש מכיר בעילת הבשלות אך לא מפרט מתי ייחשב נושא כבשל. נראה כי במקרה שלא הופעלה הסמכות אין בשלות למעט חריג כי מדובר בדבר חמור ובלתי הפיך (לדוג' עונש פלילי).

**בג"ץ איגוד שוק ההון נ' מ"י** חוק שיצר מנגנון אכיפה מנהלית נגד גורמים בשוק ההון, העותרים טענו כי הסנקציות הן קשות ביחוד האיסור על ביטוח בתחום כי זה יגרום לכך שרק מי שיוכל להרשות לעצמו להיקנס בסנקציות יעבוד בתחום, משכך ישנה פגיעה בחופש העיסוק. **העתירה נדחתה בעילת הבשלות כי החוק רק הופעל והסנקציות טרם יושמו**.

הביקורת כלפי עילה זו כי משעובר החוק, האפקט המצנן חל ולכן כבר מתקיימת פגיעה, אין צורך לחכות לבשלות.

**אורי סבח נ' הכנסת (קביעת מבחנים לעמידה בעילה)** - דנו בעילה של אי קבלה ליישוב בשל "חוסר התאמה למרקם החברתי". הטענה היית שהתוצאה תהיה קבלה רק של קבוצה מסוימת. הרציונל היה כי השטח שייך למ"י ואנשים פרטיים מחליטים מי יכול לקנותו. **העותרים לא חיכו ליישום החוק ואפילו לא לרישומו**. דעת הרוב דחתה את העתירה בהעדר בשלות ופיתחה מבחן לעילה. **גרוניס** מבחן דו שלבי, **(1)** האם מלשון החוק ניתן לקבוע כי יש פגיעה או שצריך לחכות ליישומו? **(2)** האם קיימים טעמים (כגון אפקט מצנן, נזק משמעותי ועוד) לדון בעתירה גם ללא תשתית עובדתית מספקת? **ג'ובראן (דעת מיעוט)** מכיר שיש מקרים בהם יש חוסר בשלות אך מציג לכך טעמים שונים. קיימת חזקה לפיה ייושם החוק באופן חוקתי אלא אם יש סטירה לכך. עפ"י ג'ובראן אם יש חשד לפגיעה מהותית בעותר במידה וימתינו לבשלות, יש להכריע בעתירה גם במקרה שאין תשתית עובדתית. לדעת ג'ובראן יש שני שיקולים בבחינת אי בשלות: **(1)** עוצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לפרט במקרה של דחיית העתירה **(2)** האם יש הליך חלופי יעיל לבירור הטענות. ג'ובראן מסביר כי ביישום יש לקבל את העתירה, במקרים מסוג זה הרבה פעמים הנפגעים לא יעתרו בעתיד (אפקט מצנן) כי הם לא יתעמתו עם השלכות החוק. **הנדל** מכיר במקרים בהם יש **בשלות חלקית**. שיקולים להחלת בשלות חלקית: **(1)** מציאת חלקים שכן בשלים בעתירה. **(2)** האם אפשרי לפצל את החוק? **(3)** האם השאלה הנפרדת מהותית. **(4)** הפיצול יביא תועלת לציבור. נקבע כי **המבחן העקרוני הוא של גרוניס.**

**בג"ץ גוטמן נ' היועמ"ש** חוק שהעלה את אחוז החסימה, הייתה טענה כי זה במטרה להדיר מיעוטים. **גרוניס** אומר כי נדע רק אחרי הבחירות אם זאת תהייה ההשפעה של החוק, דוחה את העתירה על הסף בגין עילת הבשלות.

**בג"ץ ברי נ' היועמ"ש** עתירות שנגעו להענקת מנדט לנאשם בפלילים. נדחתה כי מוקדם (בשלות) שכן עדיין לא הוטל המנדט, לא מוצדק לקבל עתירה זו כדי להסיר אי וודאות מראש.

**בג"ץ התנועה למען איכות השלטון נ' היועמ"ש** עתירות שנגעו להענקת מנדט לנאשם בפלילים ולהסכם קואליציוני. מזוז קבע שזהו מקרה של חוסר שפיטות מוסדית. מתוך בשלות לא נתערב בסעיפי ההסכם הקואליציוני.

**אי מיצוי הליכים** - חלה מגמה של דחיית עתירות בשל אי מיצוי הליכים. שפונים לעליון לביקוש סעד יש להוכיח שמוצו כל ההליכים האחרים (בכך גם תתקיים תשתית עובדתית מלאה).

**דנג"ץ התנועה למען איכות השלטון נ' שר האוצר** עתירה העוסקת באי מיצוי הליכים בעתירות לביטול חוקים. העותרים טוענים כי הדרישה למיצוי הליכים בעתירות אלה היא הלכה חדשה. **חיות** דוחה את בקשתם לדיון נוסף שכן זוהי לא הלכה חדשה. לפעמים יתכנו מקרים בהם תוקפים את חוקיות החוק כולו ולרשות הרלוונטית אין יכולת לקבוע כי החוק אינו חוקתי ולכן אין הגיון בדרישת מיצוי ההליכים, אך יתכנו מקרים בהם פנייה מוקדמת יש בה כדי להועיל, בעיקר כאשר יש ספקות לגבי אופן פרשנות החוק. לכן יש הגיון בדרישת המיצוי (28-29).

שלבי ביקורת שיפוטית

ביקורת שיפוטית הינה הסמכות של ביהמ"ש לבחון את תוכן החוק אל מול חוקי היסוד ובמקרה של סתירה לבטל את החוק. לאחר שביהמ"ש קובע כי העתירה עומדת בעילות הסף עוברים לדון בסוגיה לגופה. הגישה המקובלת לבחינת טענות של ביקורת שיפוטית חוקתית היא **תורת שלושת השלבים** (29-30).

1. **שאלת הפגיעה** – האם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוק יסוד.
2. **חוקתיות הפגיעה** – אם החוק פוגע בזכות חוקתית בודקים האם הפגיעה עומדת בתנאיי פסקת ההגבלה.
3. **תוצאות הפגיעה** – מה הסעד הראוי על אי החוקיות.

הרציונל של תורת שלושת השלבים הוא לאפשר למשפט החוקתי להיות בהיר. גישה זו מייצגת את תפיסת העולם כי זכויות בישראל אינן מוחלטות. שיטה זו מבחינה בין היקף הזכות לבין הפגיעה המותרת בו. גישה זו מאפשרת לביהמ"ש להגדיר את הזכויות בצורה רחבה (שלב ראשון) ובשלב השני לצמצם בבחינת הלגיטימיות של הפגיעה. גישה זו מחלקת את נטל ההוכחה כי בשלב הראשון הנטל על העותר ובשלב השני הנטל על המחוקק.

שאלת הפגיעה

**האם החוק פוגע בזכות המעוגנת בחוקי יסוד**? בשלב זה על העותר להוכיח את קיומה של פגיעה בזכות חוקתית (אם תמצא פגיעה על הרשות להוכיח כי היא מוצדקת). שאלות משנה:

1. האם קיימת זכות – זכות היא אינטרס המוגן ע"י המשפט, על העותר נדרש להוכיח שיש זכות חוקתית שפגעו בה (30-31).

*הזכות להוקרה* - הרשות השלטונית צריכה להימנע מלפגוע בזכות.

*הזכות להגשמה* - היבט חיובי, החובה של המדינה היא להגשים את הזכויות, נוגע לזכויות שבס'4 לכבוד האדם.

*הזכות להגנה* - על הרשות השלטונית חלה חובה להגן על זכויות אדם מפני פגיעה של צד שלישי.

**בג"ץ מטה הרוב נ' משטרת ישראל** עוסק בזכות המפגינים להגנה מפני מתנגדיהם. נקבע כי חלק מהזכות להפגין (חופש הביטוי) כוללת חובה אקטיבית של המדינה להגן על המפגינים ממי שעלול לפגוע בהם.

**בג"ץ אדוארדו נ' שר הביטחון** עתירה מנהלית שעסקה במיגון כיתות בעוטף. אם התפיסה היא שיש זכות הגנה על החיים הרי שחלה על המדינה חובה להגן על חיי התושבים.

1. האם הזכות מעוגנת בחוק יסוד – רק זכות חוקתית תהיה עילה לביטול חוק. ע"פ הפסיקה בתנאים מסוימים נכיר בזכויות בלתי מנויות כנגזרות מחוקי היסוד (31-32).

\*\*במבחן נציג את שלושת הגישות, אם עומד בגישת הביניים אז מעוגן בחוק יסוד.

*הגישה המצמצמת* - פגיעה בזכות בלתי מנויה תחשב לפגיעה בזכות החוקתית כאשר בפגיעה טמון גם היבט של השפלה וביזוי. **בג"ץ אליס מילר** עוסק בשאלה אם נשים יכולות לשרת בקורס טייס. הוחלט כי הקביעה שאישה לא יכולה לשרת בקורס טייס **פוגעת בשוויון**. כאשר פגיעה זו מלווה בהשפלה, חוק היסוד: כבוד האדם מגן מפני הפגיעה (דורנר).

*גישת הביניים* - יש להראות כי פגיעה בזכות בלתי מנויה קשורה לפגיעה בכבוד. כבוד הוא לא רק השפלה אלא עוד מובנים לרבות הגבלת אוטונומיה. **בפרשת חוק טל** **ברק** אומר כי הפגיעה **בשוויון** קשורה קשר ענייני הדוק לפגיעה באוטונומיה ולכן הוא מכירה בפגיעה בשוויון כפגיעה בזכות חוקתית.

*הגישה המרחיבה* - כל זכויות האדם כלולות בזכות לכבוד. **בבג"ץ אדם טבע ודין נ' רה"מ** נדחית הגישה המרחיבה, ניתן לראות דוגמה לזכות שאינה נגזרת מכבוד האדם.

1. מהי היקפה של הזכות? מה נכלל בתחומי הזכות החוקתית? (32-35).

**בג"ץ עדאלה נ' שר הפנים (סוגית איחוד משפחות)** הוראת שעה המונעת איחוד משפחות. העותרים טענו כי מדובר בפגיעה בשוויון ופגיעה בזכות לחיי משפחה. **ברק (מיעוט)** הזכות לחיי משפחה היא זכות נגזרת מהזכות לכבוד. **מבחינת היקף הזכות היא לא רק להתחתן ולהביא ילדים אלא גם לחיות יחד.** ברק אומר כי יש פגיעה כי מאלצים את בן הזוג הישראלי או להגר או לוותר על חיים עם בני הזוג. השופטים מסכימים לניתוח של ברק אך חולקים על התוצאה. **חשין** מסכים כי הזכות לחיי משפחה גזורה מהזכות לכבוד והיא חוקתית.ברם, **היקף הזכות היא רק בין אזרחים או תושבים לבין עצמם.** הזכות כוללת את הזכות להתחתן עם אזרח זר, אבל לא כוללת את הזכות לממשה בארץ. לחלופין הוא אומר כי גם אם קיימת זכות להכרה באזרחים זרים היא אינה רלוונטית לעניין רשויות עוינות. **פס"ד זה מדגים את הוויכוח בין חשין לברק ע"פ ברק יש להרחיב בניתוח השלב הראשון (שאלת הפגיעה), מנגד חשין טוען כי יש לאזן כבר מהשלב הראשון. הגישה שהתקבלה היא גישת ברק, אך קיימים מקרים כי התביעה נדחתה בשלב הראשון.**

**בג"ץ פלוני נ' אילנה דיין** עוסק בשאלת חופש הביטוי. ביהמ"ש פסק שחופש הביטוי גובר על הכל, "הוא משתרע על כל ביטוי יהיה תוכנו אשר יהיה. **חופש הביטוי היא הגישה המרחיבה ביותר**. כשעוסקים בשלב ההיקף, כל ביטוי נכלל בתחומי הזכות.

**בג"ץ מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות** עוסק במכונות למכירת טבק. העותרים טענו כי מדובר בפגיעה בזכות לקניין. **גרוניס,** מדובר בהרחבה של הזכות לקניין, הסיבה לכך היא כי לא מדובר בפגיעה בזכות לקניין, אלא רק בירידת ערך של המכונות. גם הרחבה של חופש עיסוק. **הנשיא גרוניס טוען כי האיזונים נעשים בשני השלבים בזהה לחשין בעדאלה.**

**בג"ץ שטנגר נ' הכנסת** חוק הקובע כי ניתן להגיש ערר אחד בזכות לגבי מעצר בניגוד לשניים שהיה מקובל עד עכשיו. העותר טען כי מדובר בפגיעה בזכות לחירות. **גרוניס** טוען כי קיימת זכות אך מבחינת ההיקף לא נכללת הזכות לערער שני. ע"פ גרוניס יש לעשות ניתוח מעמיק יותר בשלב הראשון, כדי שלא ייווצר מצב בו מכירים בזכויות ואז מצדיקים פגיעה בהם.

1. האם החוק פוגע בזכות? על העותרים להראות כי החוק אכן פוגע בזכות חוקתית (35).

**בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי** – עתירה כנגד קיצוץ קצבאות לגמלאים. ביהמ"ש מכיר כי חלק מהזכות לכבוד היא הזכות לקיום בכבוד, חרף זו הוא אומר כי העותר לא הוכיח כי במקרה דנן בעקבות החוק לא יהיה קיום בכבוד (לא הוכיח פגיעה בזכות).

 **בג"ץ מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות** עוסק במכונות למכירת טבק. העותרים לא הוכיחו כי החוק יביא לפגיעה ברווחם הכלכלי (קניין ותעסוקה).

חוקתיות הפגיעה (פסקת ההגבלה)

פסקת ההגבלה (ס'8 חו"י כבוד האדם וס'4 חו"י חופש העיסוק) מתווה את האיזון בין זכויות חוקתיות לאינטרסים מתנגשים. בעלת שני תפקידים: (1) מאפשרת פגיעה בזכויות בהתאם לתנאיה. (2) מגבילה את הכנסת לפגיעה בזכויות רק בהתאם לתנאיה. פסקת ההגבלה היא הכלי המרכזי לבדוק האם הפגיעה היא מותרת, היא מתבססת על תנאים מצטברים.

1. בחוק או מכוח הסמכה מפורשת–בדר"כ הכוונה הינה לחקיקה ראשית של הכנסת, חוק צריך לעבור 3 קריאות, דיון בוועדה ולהתפרסם ברשומות. לדעת **בייניש** הדרישה לפגיעה עפ"י חוק מחייבת גם עמידה בדרישות נוספות: פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והעדר שרירותיות. לרוב מפרשים חוק כחוק של הכנסת, **ברק** בכתיבה אקדמית: חוק יכול להיות גם הלכה פסוקה (36-38).

**בג"ץ המפקד הלאומי נ' היועמ"ש** האם הגבלה על פרסומות בחקיקה משנית עומדת בתנאיי פסקת ההגבלה לעניין פגיעה בחופש הביטוי. **בייניש (מיעוט)** מונה מספר שיקולים לבדיקה **האם ההסמכה מפורשת דיה**: טיב הזכות- באיזה זכות מדובר ומה מעמדה? עוצמת הפגיעה - ככל שהפגיעה גדולה יותר נפרש ביותר קפדנות את דרישת ההסמכה. לדעת בייניש במקרה דנן הממשלה הוסמכה לאסור פרסומות אבל כיוון ומדובר בהסמכה לפגיעה **בחופש הביטוי** נדרש כי תהיה בהירה יותר. **נאור** ההסמכה שניתנה מספיקה.

1. הלימת ערכיה של מ"י – הערכים הם יהודית ודמוקרטית, השאלה מה משמעותו של כל ערך? (38-39).

**בג"ץ גלאון נ' היועמ"ש** נוגע לתיקון חוק האזרחות בעניין איחוד משפחות.ע"פ **אדמונד לוי** (מיעוט) ההגדרה **יהודית** מתייחסת לזכותו של העם היהודי להגדיר את עצמו ככזה ולהגן על עצמו. כמו כן זה כולל תפיסות יסוד כמו שפה עברית, ציונות. ההגדרה **דמוקרטית** היא שילוב של דמוקרטיה פורמאלית בבחירת נציגים ודמוקרטיה מהותית בערכי יסוד של כבוד האדם והגנה על מיעוטים.

למעט לוי בגלאון ביהמ"ש נמנע מלהתמודד עם רכיב זה כי הוא מחייב את השופטים לדון בשאלות שהן פוליטיות באופיין משכך הפך הרכיב לאות מתה ולא משמש לפסילת חוקים.

1. תכלית ראויה– נדרש לענות על שתי שאלות. **מה תכלית החוק? מה היא תכלית ראויה**?

**תכלית החוק** – לפעמים יש ס' מטרה לחוק, לפעמים נלמד מהדיונים שקדמו לחקיקה ולפעמים קשה להגיד (39-41).

**בג"ץ גלאון נ' היועמ"ש** עלו שתי תכליות הראשונה דמוגרפית והשנייה ביטחונית. התכלית המוצהרת היתה הביטחונית אך העותרים טענו כי התכלית האמתית הינה דמוגרפית. נקבע כי התכלית הינה ביטחונית.

**בג"ץ עיריית סלואד נ' הכנסת** נוגע לחוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון.ישנן שתי תכליות מרכזיות, כאשר רק אחת מהן ראויה. נקבע שכאשר יש ספק לגבי מה היא התכלית ניטה לקבל את עמדת המדינה. בנוסף, ע"פ **חיות** הפרשן רשאי לבחור בתכלית הדומיננטית הראויה.

**תכלית ראויה** – תכלית ראויה מתקיימת כאשר החוק נועד לקדם זכויות אדם ולהגשים מטרה חברתית חשובה. עוצמת האינטרס שעולה מן החקיקה צריכה להיות מאוזנת ביחס לפגיעה בזכות.

**בג"ץ אדם נ' הכנסת** חקיקה הנוגעת לכליאת מסתננים ממצרים. החוק מכיל 2 תכליות, כאשר אחת ראויה והשנייה לא ראויה. **ארבל** קובעת כי במקרים בהם לא ברור אם התכלית ראויה, במצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר לקיומה של המדינה ניתן יהיה להצדיק תכלית זו. הרף לתכלית ראויה נמוך מכיוון שזאת נבחנת שוב לעומק במבחני המידתיות.

1. במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות) - ההתמקדות היא באמצעי בו בוחר המחוקק לביצוע התכלית. **לרוב הניתוח החוקתי מתמקד בחלק זה**. יש שלושה מבחני משנה לצורך זה: (41-43).

1. **מבחן ההתאמה** – האם האמצעי שנבחר מתאים לקידום המטרה. לא נדרש התאמה מוחלטת אך אסור כי זה יהיה סיכוי קלוש ותיאורטי שהאמצעי מתאים להשגת המטרה. נדרש להראות כי האמצעי לא שרירותי ומתבסס על מקרים רציונליים. **בבג"ץ אדם** קבעה ארבל כי האמצעי אינו מתאים להשגת המטרה שכן כליאת 2000/50,000 מסתננים אינה אפקטיבית. **בפרשת חוק טל** בהתחלה החוק מובא ולא נפסל בטענה כי הוא חשוד אך לא ידוע איך הוא ישפיע, לאחר מס' שנים מגיעים עם מספרים מדויקים והחוק נפסל שכן האמצעי אינו מגשים את המטרה.
2. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (הסולם)** – יש לבחור מכל האמצעים המתאימים את האמצעי שמבטיח שהפגיעה בזכות תהייה הפחותה ביותר, הבחירה נעשית בין האמצעים שמגשימים את המטרה באותה מידה. מדמיינים סולם המוביל למדף עליו נמצאת התכלית. השלב הנמוך ביותר הוא האמצעי שפוגע פחות. כאשר מצליחים לממש את התכלית נפסיק לטפס על הסולם. המטרה היא לעצור בפגיעה הפחותה ביותר ועדיין לממש את התכלית. ביהמ"ש יתערב בהחלטת המחוקק רק שהאמצעי בו בחר חורג מהמתחם הסביר ושהוא אינו מדתי. **בבג"ץ אדם נ' הכנסת** עלתה הטענה כי בניית הגדר הינו אמצעי שפגיעתו פחותה ומגשים את אותה תכלית, על כן החוק לא עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ע"פ **ארבל** אם יש אמצעי חלופי שישיג את התכלית באופן פוגעני פחות יש לבחור בו. **בבג"ץ עדאלה נ' שר הפנים** עוסק באיחוד משפחות. עלתה הטענה כי בדיקה אינדיבידואלית פוגעת פחות. **ברק** אומר כי אמצעי זה **לא מגשים את התכלית באותה מידה** ולכן אינו מהווה אמצעי חלופי רלוונטי. **בבג"ץ חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** סעיף הקובע חזקה חלוטה לפיה מי שמחזיק רכב אינו זכאי להבטחת הכנסה. כאשר האמצעי גורף **(**לא בוחן אינדיבידואלית) תמיד נבחן אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה.
3. **מבחן היחס הראוי (מידתיות במובן הצר)** – איזון בין התועלת שתושג ממימוש התכלית לבין הנזק שיגרם לזכות. פה נכנס הכי הרבה שיקול דעת של ביהמ"ש ולכן מבחן זה הוא החשוף ביותר לביקורת. יכולים להיות מקרים בהם הפגיעה כה חמורה שהתועלת לא מצדיקה את הנזק שיגרם. קיים מבחן עזר הבודק האם ניתן בהפחתה קטנה של התכלית (שימוש באמצעי שיעילותו פחותה) להביא להפחתה משמעותית בפגיעה בזכות. **בג"ץ בית סוריק נ' הממשלה** מקרה בו התועלת משינוי (הזזת הגדר) הינה גדולה והפגיעה בתכלית כתוצאה מהשינוי הינה קטנה ולכן תוואי הגדר אינו מידתי. **בבג"ץ עדאלה נ' שר הפנים** עוסק באיחוד משפחות. ע"פ **ברק** בדיקה אינדיבידואלית תגדיל רק במעט את הסיכון הביטחוני אך מנגד תקטין באופן משמעותי פגיעה בזכויות אדם. על כן החוק אינו חוקתי שכן היחס בין התועלת ממימוש התכלית לבין הנזק לו גורם החוק אינו מידתי.

חוקתיות הפגיעה (פסקת ההתגברות)

פסקת ההתגברות (ס'8 לחו"י חופש העיסוק) מאפשרת מסלול חלופי לפסקת ההגבלה המאפשר לפגוע בחופש העיסוק גם לא בעמידה בתנאי פסקת ההגבלה (44-45).

תנאים: רוב של 61 ח"כים, צריך להיאמר במפורש כי זה פוגע בחופש העיסוק, החוק תקף ל4 שנים.

**בג"ץ מיטראל נ' הכנסת**  החלטת ממשלה על הגבלת יבוא בשר לא כשר. התעוררה השאלה מה קורה שחוק יסוד עומד בפסקת ההתגברות אך פוגע בזכויות אחרות שאין להם פסקת התגברות. **ברק** קובע שלושה תנאים מצטברים שבמקרה והחוק עומד בסתירה מאשרים אותו.

1. הפגיעה בזכויות האחרות הינה תוצאת לוואי של הפגיעה בחופש העיסוק.
2. הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית והפגיעות האחרות הן משניות.
3. הפגיעה בזכויות האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית (גבוהה).

שאלת הסעד

עוסק בסעד שיינתן בביהמ"ש, בעבר חוק לא חוקתי בטל, כיום יש גם בטלות יחסית, השעיית הכרזת הבטלות ובטלות מכאן ואילך (45-46).

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

מדובר במקרה בו ביהמ"ש מבטל חקיקה ראשית בשל פגמים בהליך (נבדוק האם ההליך תקין לאור דיני החקיקה). **הגישה בעבר** – לא ניתן לבטל חוק בשל פגם בהליך וביהמ"ש היה מדגיש כי הוא מבקר את עבודת הכנסת ולא את ההליך עצמו (46-51).

**מגמת ההרחבה**

**בג"ץ נמרודי נ' הכנסת**, **ברק** קובע באוביטר שניתן להעביר ביקורת על הליך חקיקה, כיוון ומדובר בהליך שלטוני. ע"מ לקבל חוק יש לעבור דרך כל התקנות המוגדרות בתקנון. בפועל ביהמ"ש קבע כי הפגם במקרה דנן לא הצדיק ביטול. בפס"ד זה לא הוגדר מהו פגם המצדיק התערבות.

**בג"ץ ארגון מגדלי העופות נ' מ"י** מקרה של שימוש בחוק ההסדרים (מסלול חקיקה אלטרנטיבי) על מנת להעביר רפורמה בארגוני המגדלים. יש ביקורת כי לא ניתן להעביר כמות כזו של חוקים בלי שיובן במה מדובר. המשיבים הסכימו כי יש בעיה בהליך זה אך טענו כי הוא חוקי. התעוררה השאלה **האם הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מתמצה בבדיקה האם הייתה עמידה בתקנון של הכנסת או שיש משהו מעבר**. **בייניש** אומרת כי **המבחן הוא האם נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך. פגם היורד לשורש ההליך הוא פגם שיש בו פגיעה קשה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.** במידה וישנו פגם שכזה מפעילים ביקורת שיפוטית גם אם לא הופר סעיף בתקנון. **עקרונות יסוד:** **(1) הכרעת הרוב** (חוק צריך לעבור ברוב). **(2) שוויון פורמאלי** (כל קול שווה קול אחד). **(3) פומביות** (הליך החקיקה צריך להיות שקוף). **(4) השתתפות** (לכל ח"כ זכות להיות מעורב בהליך ולקבל עליו הסבר מינימלי (זה העיקרון החדש שמכניסה **בייניש**)). התערבות תהיה רק כאשר יש פגיעה קשה וניכרת בעקרונות אלו. בייניש אומרת כי עיקרון ההשתתפות מחייב שהחכי"ם ידעו על מה הם מצביעים. במקרה זה החוק לא בוטל כי לא נשללה האפשרות מחברי הכנסת להבין על מה הם מצביעים. **פס"ד זה הוא הלכה והוא מרחיק לכת כי הוא מאפשר לפסול חקיקה בגין פגם בהליך שפוגע בעקרונות יסוד שחלקם לא כתובים בתקנון.**

**בג"ץ קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** הצעת חוק של 400 עמודים בחוק ההסדרים, לא היה זמן לעיין בחוק כמו שצריך משום שהוכנסו סעיפים ברגע האחרון. היועצת המשפטית לוועדה טענה כי יש לתת זמן ללמוד את ההצעה, יו"ר הוועדה לא קיבל את עמדה זו, בסופו של דבר הוקראו הסעיפים במשך שבע שעות. העותרים טענו כי נפל פגם בהליך החקיקה ויש לקיים הליך חוזר אך סורבו. **סולברג (דעת רוב)** יש לחדד את הלכת מגדלי העופות כי המבחן הוא מצומצם, **לא מספיקה ידיעת הח"כים אלא נדרש גם גיבוש עמדה. לצורך גיבוש עמדה יש לאפשר דיון מינימאלי ולא רק הקראה של סעיפי החוק**. במקרה וניתנו התנאים אך הח"כים לא ניצלו אותם ההליך תקין. הוא מוסיף אינדיקציות לבחינת דיון ראוי: **(1)** משך הדיון ביחס למורכבותו של החוק והשלכותיו. **(2)** השפעת הדיון בוועדה על נוסח ותוכן החוק. **(3)** תשתית עובדתית נדרשת להבנת הצעת החוק. **(4)** פרק זמן מעת העברת תוכן הצעת החוק עד לדיון. כל זה נעשה כחלק מההכרה בעקרונות היסוד ולא כסתירה אליהם. **במקרה זה החלק בחוק שנעשה בצורה לא ראויה מבוטל. זו הפעם הראשונה שביהמ"ש מבטל חוק בשל הליך, מהווה הרחבה של הלכת מגדלי העופות. מזוז (בדעת מיעוט)** חולק על סולברג טוען שדבריו הם סטייה ממגדלי העופות ופוגעים ביחסים בין הכנסת לביהמ"ש. לדבריו יש ליצר הפרדה בין האפשרות להשתתף לבין דוקטרינת ההליך הראוי. **סולברג** עונה כי לא מדובר בקבלת דוקטרינת ההליך הראוי אלא בהליך מינימאלי.

**סיכום** – נראה כי הדוקטרינה רחבה מאוד ומאפשרת אקטיביזם כי אינה מוגדרת, בפועל ביהמ"ש נמנע מלפסול חוקים בדרך זו. לא ברור אם **בג"ץ קוונטינסקי** הוא מגמה או שמא מקרה חד פעמי.

הכנסת

הפרדת רשויות: פיזור הסמכות השלטונית בין הרשויות השונות: מחוקקת (הכנסת, חיקוק), מבצעת (הממשלה, ביצוע שוטף), שופטת (בתי המשפט, פרשנות וכו) (51-52).

**ס' 4** לחו"י הכנסת. **ס' 4** לחוק **משוריין** (בס'46 מופיע הרוב הנדרש לשינוי הסעיף).

1. **בחירות כלליות** – כל אזרח מגיל 18.
2. **בחירות ארציות** – כל המדינה היא אזור בחירה אחד.
3. **בחירות ישירות** – האזרחים בוחרים באופן ישיר ח"כים.
4. **בחירות חשאיות** - אף אחד לא ידע למי כל אחד מצביע.
5. **בחירות יחסיות** – המושבים בכנסת מתחלקים באופן יחסי בין מקבלי הקולות, נדרש אחוז חסימה של 4 מנדטים ומותר למפלגות לעשות הסכמי עודפים על חלקי מנדטים (53).

**בג"ץ גוטמן נ' היועמ"ש** – האם העלאות אחוז החסימה פוגעת בעיקרון הבחירות היחסיות? לעיקרון זה שני מובנים **(1) פורמאלי** – נציגי הציבור הוא מי שהציבור בחר בהם. **(2)** **מהותי** – הכנסת צריכה לשקף את הרכב הקבוצות השונות בחברה. **ייצוג רעיונות** - שהאידיאולוגיות השונות בחברה יהיו מיוצגות בבית הנבחרים. **נציגות כנוכחות** -ייצוג קבוצה באוכלוסייה באופן יחסי. בעתירה נאמר שיש לתת דגש בעיקר על העיקרון של נציגות כנוכחות, משכך הקושי נוצר כאשר מדירים קבוצה מסוימת באופן מוחלט. מנגד יש עקרונות שצריך לאזן ביניהם כגון משילות (חוסר יכולת לנהל הליכים בשל ריבוי מפלגות). **גרוניס,** ניתן לבטל באופן עקרוני אחוז חסימה אם יש הדרה של קבוצת מיעוט שלמה. העתירה נדחית על בשלות. **ג'ובראן** **(מיעוט)** מהסתכלות על תוצאות הבחירות הקודמות ברור כי קיימות מפלגות שלא יהיה להם נציגות, בעקבות החוק.

1. **בחירות שוות** - הן לבוחר והן לנבחרים.

**בג"ץ ברגמן וגוטמן** נקבע כי כל תיאור בס' 4 חל גם על הזכות לבחור וגם על הזכות להיבחר. מכאן שמדובר בקול אחד לכל אחד וכל אחד יכול לנסות להיבחר. השאלה העולה היא האם השוויון הינו מהותי או פורמלי. **הפסיקה הולכת על גישת השוויון המהותי**. **גרוניס** – אם זה פגיעה לא ישירה בשוויון, אז מסתכלים אם יש שוויון פורמלי (ואז לא מתערבים) ואם אין שוויון פורמלי - בודקים אם הוא מהותי. אם הוא גם לא מהותי - נתערב. כאשר יש כלל נטרלי שפועל על כל המפלגות הוא חוקי. **פוגלמן** חולק על גרוניס, ההנחה צריכה להיות שיש פגיעה בשוויון, והשאלה הנשאלת היא האם הפגיעה היא כדין. בנוסף, מעלה בעיה של ניגוד עניינים כי הכנסת קובעת את החוקים לעצמה.

גוטמן - (אחוז החסימה) קבעו שאין פגיעה במיעוטים כי הם נמצאים בכנסת. בעצם לא הייתה פגיעה בשוויון פורמלי.

**בג"ץ מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**  פגיעה בראשי רשויות שרוצים להיות חברי כנסת. בעבר היה מותר לשאת בשני הכובעים ותיקון בחוק אסר על כך. נטען כי מדובר בפגיעה בשוויון של מועמדים אלה. **גולדברג** מהלך כשר אבל מסריח. **שוויון בין רשימות או מועמדים? גולדברג** - שוויון בין רשימות ולא מועמדים. **חשין** - שוויון הן ברשימות והן במועמדים. **זמיר** - מוכן להניח כי שוויון גם בין המועמדים. **שוויון בבחירות לכנסת או בפריימריז?** **גולדברג** - כנסת ולא פריימריז. **חשין** - גם בבחירות לכנסת וגם בפריימריז. **זמיר** - מוכן להניח כי גם בפריימריז. **שוויון הזדמנויות בסיכויים להיבחר או כל היבטי השוויון?** **זמיר** - שוויון בסיכויים להיבחר. **חשין** - כל היבט אפשרי של שוויון.

ניתוח **ס' 4** פגיעה מול שינוי

1. עד 92 (הלכת ברגמן) – חוק סותר לא התבטל אם הוא עומד בדרישת הרוב בכנסת.
2. **בנק מזרחי** – שינוי דורש חו"י ורוב בכנסת, במקרה של פגיעה לעמוד בפסקת ההגבלה.
3. **גוטמן** – הפך את **הלכת ברגמן** באופן רשמי, מסכים עם מזרחי לעניין שינוי או פגיעה. **במקרה של שינוי חל הדרישה של שינוי בחוק יסוד ברוב של 61 ב3 קריאות ובמקרה של פגיעה צריך בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה** (57).

**ס' 5 הזכות לבחור** – התנאים הם בעל אזרחות ישראלית ומעל גיל 18. זכות אוניברסלית גם אסירים רשאים. **בחוק הבחירות** קיימת מגבלה נוספת כי רק אזרח שהוא תושב ומי שבשליחות למען המדינה זכאים לבחור (57).

**ס' 6 הזכות להיבחר** - הזכות להיבחר ניתנת לאזרח ישראל מגיל 21. לא יכול להיבחר: מי שנדון ליותר מ3 חודשי מאסר ולא עברו 7 שנים מיום שחררו. מי שנדון לעבירות של טרור או ביטחון למאסר של לפחות שבע שנים וטרם עברו 14 שנים מיום שחררו. ישנו חריג המאפשר ליו"ר ועדת הבחירות לקבוע כי אין קלון. על המועמד נטל הוכחה כי אין בעבירתו אלמנט של קלון (58-60).

**פס"ד פייגלין נ' יו"ר הבחירות** פייגלין לא צירף מסמך המעיד על הרשעתו ובקשה כי יו"ר הבחירות יתיר לו להתמודד. יו"ר הבחירות מחק את פייגלין מרשימת המתמודדים. **לוין (דעת הרוב)** – יש חשיבות לדרישות הפורמאליות ולכן אין להביע עמדה בעניין הקלון. דעת הרוב אמרה שזה שלא נתנו לו להתמודד תקין, בנוסף אמרה דעת הרוב כי בעבירת המרדה אין קלון.

**קביעת קלון** – **א.** פגם מוסרי המעיד על אדם כי אין הוא ראוי לשאת במשרה ציבורית. **ב.** האם העבירה מערערת את אמון הציבור. **ג.** קביעת קלון היא פונקציה של שלושה משתנים (נקבעו **בבג"ץ סילבר נ' יו"ר הבחירות**) 1. **נסיבות העבירה** – המרכיב החשוב ביותר בהחלטה האם מדובר בקלון. 2. **תכלית החקיקה שבמסגרתה הופיע העבירה של הקלון** – יכול להיות הבדל בקביעת קלון בין סוגי משרות שונות. 3. **אופי העבירה** – יש עבירות שמטבען יש עמן קלון, יש עבירות שמטבען אין עמן קלון ויש עבירות שהדעות לגביהן חלוקות (59).

**ס' 7 א' -** שלילת זכאות להשתתף בבחירות. בעבר החוק עסק בפסילת רשימה בלבד, אך כיום החוק תוקן וניתן לפסול מועמד. העילות שבסעיף הן עילות חלופיות, משמע מספיק קיום אחת מהן ע"מ שתהיה עילה לפסילה.

**בג"ץ וועדת הבחירות המרכזית נ' כסיף** הפסיקה קבעה מה זה שלילת קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית. מה ייחשב כתמיכה במאבק מזויין או ארגון טרור. ניתנה **פרשנות מאוד מצומצמת**. רק במקרה בו מובן מאליו כי אחת העילות התקיימה וכי הראיות חזקות תהייה נטייה לפסול. (60).