**פתרון חלק א'**

הכנסת העבירה "חוק בחירות לכנסת (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), התשפ"ב-2021" (להלן: החוק) שנועד להשיג תוצאות המאפשרות הקמת ממשלה בתמיכת רוב חברי הכנסת הנבחרים. מר מחלוף קול וגב' נוף אש יטענו שהחוק פוגע בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד (להלן: חו"י)-

* **הזכות לשוויון**– נגזרת מסעיף 2 ו4 בחו"י כבוד האדם וחירותו (רסלר, ביניש, 2). מימון רטרואקטיבי של המפלגות על בסיס תוצאות סבב הבחירות האחרון מיטיב עם המפלגות הגדולות, שכן הן לקחו בחשבון את ההגדלה במסע הפרסום לבחירות ומראש הוציאו יותר כסף. במצב זה נקודת הפתיחה של המפלגות השונות שונה, "מחזקים את החזק" ובכך מגדילים את הפערים.

הזוג יטען כי יש להפעיל ביקורת שיפוטית על הכנסת מכוח עקרונות היסוד (לאו"ר, אלון, 2) באמצעות בדיקה האם הפגיעה חוקתית. הפגיעה של חוק רגיל בחכוק יסוד תתאפשר רק אם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה ([סעיף 8](http://www.nevo.co.il/law/70320/8) ל[חו"י: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320)). הזוג יטען כי החוק נופל במבחן המידתיות תועלת-נזק וכי הנזק מהפגיעה בשוויון גדול מהתועלת המופקת מימנו, שכן הוא פוגע בזכות יסוד בפרט ובחברה בכלל באופן לא מידתי. מנגד, המדינה תטען כי התועלת המופקת עולה על הנזק האמור.

* **בחירות שוויוניות-** החוק סותר את ס' 4 לחו"י: הכנסת הקובע כי הבחירות יהיו בחירות שוות. המדינה מחדדת כי כוונתה ב"בחירות שוות" בסעיף זה הינה הזכות לבחור ולא להיבחר (ברגמן, ע"מ 698-ב'). הזכות לבחור מעוגנת בס' 5 לחוק והיא נפגעת בשני אופנים:
1. קולות שהלכו למפלגות שלא עברו את אחוז החסימה ילכו לאיבוד: הזכות לבחור, טומנת בחובה מתן הזדמנות שווה לכל הקולות להיספר במניין הקולות ובמידה והם עוברים את אחוז החסימה גם להשפיע על ההרכב הנבחר. החוק מונע מהסיעות שלא עברו את אחוז החסימה במועד הבחירות האחרון להשתתף בסבב ההשלמה ובכך מבטל מראש את האופציה של הקולות שהלכו למפלגות שלא עברו את אחוז החסימה להשפיע על תוצאות הבחירות. הוא חוסם את האופציה לאנשים בעלי זכות הבחירה (אלו שלא הצביעו בסבב הבחירות הקודם) להצביע למפלגות אלו ולהעביר אותן את אחוז החסימה. על כן, החוק מעוות את תוצאות הבחירות.
2. לא משקף את דעת העם האותנטית: אנשים עשויים לשנות את דעתם לגבי מפלגה מסוימת ולרצות להצביע לאחרת לאור התנהלות המפלגה. אך, הם לא יוכלו לעשות זאת, מאחר והזכות להצביע ניתנת רק למי שלא הצביע בבחירות הקודמות.
3. פגיעה בעקרון היחסיות: הקביעה כי עמידה באחוז החסימה וחלוקת המנדטים ייקבעו בהתאם לסך ההצבעות הכולל בשני הסבבים פוגעת בעיקרון היחסיות שמופיע בס' 4.
4. לא ניתנת הזדמנות שווה לכל האזרחים לנצל את זכות ההצבעה שלהם- החוק קובע כי על אף האמור בס' 10 לחוק יסוד: הכנסת, במועד ההשלמה לא יונהג יום שבתון. יום השבתון מפנה זמן לאזרחים ללכת לקלפי ובכך לממש את זכות ההצבעה שלהם. עבור חלק מהאזרחים הקלפי רחוק מביתם (לדוגמה עבור אלו שעברו דירה וטרם שינו את כתובתם). לפיכך, לא כולם יוכלו להרשות לעצמם לוותר על יום עבודה כדי ללכת להצביע.

המדינה תטען כי החוק התקבל ברוב של 70 ח"כים, בשלוש הקריאות ולכן הוא עומד בדרישות ס' 46 לחוק יסוד: הכנסת. הזוג יטען כי מדובר בפגיעה בעקרון חשוב ולכן שריון פורמאלי לא מספיק. יש להחיל בנוסף את מבחני פסקת ההגבלה (גוטמן, חיות, 2). בנוסף, אין בס' 4 לחוק יסוד: הכנסת פיסקה המסדירה את פרוצדורת הפגיעה ולכן הפגיעה תתאפשר רק כאשר החוק עונה על פסקת הגבלה שבחוקי יסוד אחרים, או על פסקת הגבלה שיפוטית שנשתלה בחוק יסוד: הכנסת (הופנונג, זמיר, 12). לצורך הבדיקה נעזר במבחן המשולש:

1. **ערכי המדינה–** המדינה תטען כי החוק מסייע למימוש ערכי הדמוקרטיה שלה בכך שהוא מעודד אזרחים שלא הצביעו להצביע ונותן להם הזדמנות נוספת לממש את זכאותם.
2. **תכלית ראויה**– המדינה תטען כי החוק עולה בקנה אחד עם מטרת המדינה להקים ממשלה ברוב של חברי הכנסת הנבחרים ע"י העם. כמו כן, תטען כי החוק מקדם את העקרון הדמוקרטי לפיו העם הוא הריבון והכנסת מייצגת את דעותיו ועמדותיו.
3. **מידתיות**– המדינה תטען שהחוק עומד בשלושת מבחני המידתיות. הזוג יטען כי החוק נפסל במבחן המידתיות השני- קשר אמצעי מטרה. ביטול יום השבתון, מעבר לפגיעה בזכות לשוויון תגרום לאובדן קולות פוטנציאליים, ובכך היא נוגדת את המטרה לשמה הועבר החוק מלכתחילה- עידוד אזרחים להצביע כדי להצליח להקים ממשלה.

 **פתרון חלק ב'**

הזוג יטען בעתירתו כי התיקון לחו"י: הכנסת (הוראת שעה) עומד בסתירה לעקרון השוויון - עקרון על בדמוקרטיה. עקרונות היסוד עומדים לא רק מעל חקיקה ראשית, אלא גם עליונים לחוקה ולכן יהנו מעליונות נורמטיבית. לפיכך, התיקון הוא **תיקון חוקתי לא חוקתי** (בר-און, בייניש, 31 ו-34). מנגד, המדינה תטען, כי יש שימוש בעייתי בדוקטרינת התיקון חוקתי לא חוקתי מפני שמדינת ישראל בתהליך בניית חוקה שלא הושלם. החוקה עדיין בתהליכי התהוות, אין עדיין מבנה שלם יציב וקבוע ולכן יהיה זה אקטיביסטי מידי להגיד מה חוקתי ומה לא חוקתי. כשתהיה חוקה שלמה, יהיה אפשר לבחון את תחולתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי. המדינה תבסס את עמדתה על המגבלה שקיימת לתיקון החוקה לפיה התיקון ייעשה במצבים חריגים ביותר של שינוי חוקתי הפוגע בליבת הדמוקרטיה ובעקרונות יסוד מהותיים כחברה ומדינה (ג'אברין, מזוז, 11).

בנוסף, הזוג יטען לפי **דוקטרינת השימוש לרעה**:

1. **פן מהותי:** התיקון בעל השלכות רחבות על המבנה החוקתי של המדינה ועל המארג השלטוני. לא הגיוני שתהיה השפעה כזאת מתיקון זמני של חוק יסוד מבלי שיתקיים דיון ציבורי מעמיק בנושא. לפיכך, יטענו כי קיימים פגמים במהות התיקון.
2. **פן טכני:** השימוש בכלי הוראת השעה הוא שימוש לרעה שנועד לנסות לעקוף את הוראות החוקה ולא באמת לתקן אותה. הצירוף בין 'חוק יסוד' ל'הוראת שעה' פסול מטעם טכני. ביהמ"ש קבע כי במקרים קיצוניים של שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד יאלצו לפסול את החוק (המרכז האקדמי למשפט ועסקים).

כמו כן, הזוג יבחן את החוק לפי מבחן הזיהוי לקביעה האם מדובר בשימוש לרעה (שפיר, ברק-ארז 14,21 והנשיאה-חיות, 36-40):

**יציבות-** לפי מבחן זה, יש לשלול חקיקת יסוד ארעית במתכונת של הוראת שעה. בעניין דנן, הוראת השעה מעצם היותה כזאת היא לא יציבה ולכן הסדר שנחקק כהוראת שעה לא יכול להכלל בחוקה, המאופיינת ביציבותה.

**כלליות-** הסדר חוקתי לא יכול להיות פרסונלי או קונקרטי. מדובר בתיקון המעגן נורמה זמנית ופרסונלית במובן המוסדי שנועד לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה וכנסת מסוימת- התיקון אינו כללי.

על בסיס תוצאות מבחנים אלו, זוג יטען כי מדובר בשימוש לרעה.

מנגד, המדינה תטען כי המבחנים של שימוש לרעה בסמכות המכוננת מכניסים את ביהמ"ש לזירה הפוליטית בכך שהם לוקחים אותו יותר מידי לפן התוכני -שימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, פלישה שיפוטית לסמכות המכונן. יש להסתפק ברוב היחסי (החוק עבר בשלוש קריאות ב65 ח"כים) (שפיר, סולברג, 27-28)