

## דף סיכום בחינה

מזהה בחינה: 001000276709 מזהה סטודנט: 359012

## שם קורס: משפט חוקתי

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציון
1		30.00	30.00
2		25.00	20.00
3		15.00	13.00
4	רק אם אין הסתברות ברמה של קרוב ל'ודאי' שהזכות תפגע באופן מהותי באינטרס, הזכות תועדף. קיבלת 9/10, הזנתי פה את הנקודת בונס העודפת משאלה 1.	10.00	10.00
5.1		5.00	4.00
5.2		5.00	5.00
6.1		5.00	5.00
6.2		5.00	5.00
7		1.00	

0

ציון בחינה סופי : 99.00

הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים

# אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים

משפט חוקתי – סמסטר א תשפ"ד – 99-204-01

## שאלון לבחינה – מועד א

9:00 – 12.4.2024

### הוראות לנבחנים

1. משך הבחינה – שעתיים.
2. הבחינה ב"חומר סגור". אין להשתמש בכל חומר עזר.
3. יש להשיב על כל השאלות.
4. אין חובה לציין שמות של פסקי-דין, שופטים, וכו'.
5. נא לנמק את התשובות, ולציין את כל אפשרויות התשובה המעוגנות בחומר הלימוד, כולל דעות מיעוט, השקפות בחיבורים אקדמיים ודעת המרצה.
6. טיוטה: עומדות לרשותכם שתי אפשרויות לכתיבת טיוטה:

- אפשר לכתוב טיוטה במקום המיועד לתשובה (המקום המיועד לתשובה לא הוגבל). לאחר גיבוש התשובה אפשר למחוק את הטיוטה, או לציין "טיוטה לא לבדיקה".
- לאחר השאלות מסומנת "שאלת בונוס". זו אינה שאלה אמיתית, ומטרתה היא לאפשר כתיבת טיוטה. לאחר גיבוש התשובות אפשר, אך אין חובה, למחוק את הטיוטה. בכל מקרה הטיוטה לא תיקרא על-ידי הבודק.

**בהצלחה!**

שמירת דינים -

לא תחול שמירת דינים על תיקון של חוקים ולכן יש אם ישנה פגיעה יש לבחון האם היא מידתית ועודמת בתנאי פסקת ההגבלה.

30

(1)

הזכויות שנפגעו-

הזכות לחירות- בשל הטלת המאסר נשללת חירותו של אדם. **3 נק' על חירות**

דעת הרוב בפס"ד בפרשת סילדגו קבעה כי כל הטלת עונש של מאסר היא שלילה של חירותו של האדם **ותחשב כפגיעה בזכות לחירות**. גם אם העונש מגיע לאדם בגין המעשה הפלילי שביצע, שלילת חירותו היא פגיעה.

דעת המיעוט קבעה כי לא נאפשר לאדם לבצע עבירות תחת חסותו של החוק, לאדם שביצע עבירה פלילית אין חירות והטלת אחריות פלילית כלפיו אינה פוגעת בזכות שלו כי לא מוקנת לו ככל שביצע עבירה פלילית.

חופש הביטוי- כיסוי הפנים כשהוא במובן של ביטוי, פגיעה והגבלתו מהווה פגיעה בחופש הביטוי. חופש דת- ישנה פגיעה בחופש הדת של אדם מאמין שזוהי מצוות דתו לכסות את הפנים.

רגשות דתיים - ישנה פגיעה ברגשות של ציבור דתי שכיסוי פנים הוא חלק ממנהגיו. שוויון- העדפה המתקת עלולה גם לפגוע בשוויון.

ישנם שלושה סוגי שוויון, **השוויון החוקתי** לפיו כל הפליה גנרית היא הפליה חשודה ויש לבחון האם היא ניטרלית הוא לא. במקרה זה ההפליה אינה הפליה גנרית. החוק כולל במילותיו את כלל הקבוצות הגנריות (גזע, דת מין וכו)

השוויון המנהלי- לפיו הבחנה רלוונטית בין לעניין השוני אינה פגיעה בשוויון - אך כאן אין שוויון מנהלי. **לא רלוונטי.**

השוויון כאפליה מקדמת - ההבחנה שנעשת כאן היא שוויון כאפליה מקדמת ויש הרואים אותו כפוגע בזכות לשווי - כאן ישנה הבחנה מתקנת **שניתן לראותה גם כפוגעת בזכות לשוויון**.

האם כלולות בכבוד האדם?

על פי הגישה המצמצמת- רק זכויות הפוגעות בכבוד האדם בקשר ענייני הדוק יכללו בזכות - לכן לא יכללו הזכויות המוזכרות לעיל.

על פי הגישה המרחיבה - כל זכות שבסיסה בכבוד האדם תכלול בזכות לכבוד האדם- על פי גישה זו יכללו כל ארבעת הזכויות.

על פי גישת הביניים המצמצמת - רק פגיעה המביאה להשפלתו של אדם תכלול בזכות לכבוד ולכן לא יכללו הזכויות.

על פי גישת הביניים המרחיבה שהתקבלה - הזכות לכבוד מהווה אגד רחב של זכויות, כל זכות שמבטאת פגיעה באוטומויה של הרצון הפרטי תחשב כלולה בזכות. **על פי גישה זו הפגיע בחופש הדת, בחירות, בחופש הביטוי ובשוויון תחשב ככלולה בזכות לכבוד האדם.**

לאחר שראינו כי זכות היסוד אכן נפגעה נעבור לבחון את הפגיעה והאם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

חוקיות - חקיקה ראשית והסמכה מפורשת

העותרים יטענו כי ישנה הסמכה בחקיקה ראשית, חוק העונשין הוא חוק שעבר בכנסת בחקיקה ראשית ועל כן עומד במבחן החוקיות. בנוסף טוענים העותרים כי ישנה הסמכה מפורשת בחוק, החוק מסמיך את הפגיעה וקובע את העונש ובכך הוא מאפשר הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכות.

המשיבים יטענו כי מידת ההסמכה אינה מפורשת מספיק, לטענתם על מידת ההסמכה המפורשת להיות מפורשת וספציפית עוד יותר.

בית המשפט אינו צפוי לפסול ממבחן זה, מבחן זה חלש בשל הגמישות שלו. ככל שהפגיעה חמורה יותר וככל שהזכות חשובה יותר כך נדרשת להסמכה מפורשת יותר. מידת מפורשות ההסמכה בחוק היא גמישה ועל כן גם הכנסת אינה יכולה להיות כפופה לו בעת חקיקת חוקיה.

הלימת ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית -

העותרים - החוק אינו הולם את המדינה כדמוקרטית בכך שאינו מאפשר חופש ביטוי מלא שהוא בסיסה של הדמוקרטיה (על מנת לקיים בחירות דמוקרטיות עלינו להיות חשופים באמצעות חופש הביטוי למגוון דעות). כמו כן טוענים העותרים כי החוק אינו הולם את המדינה כיהודית, במדינה יהודית יש לאפשר חופש דת מלא וקיום של מנהגים וציווי דת. הגבלת כיסוי הפנים פוגעת בחופש הדת ולכן לא הולמת את ערכי המדינה כיהודית.

המשיבים יטענו מנגד כי החוק הולם את המדינה כדמוקרטית המבקשת לקדם ערכים של שוויון וצמצום פערים בין נשים לגברים. החוק נועד להיות כחוק של הפליה מתקנת ותכלית זו הולמת את המדינה כדמוקרטית.

בית המשפט אינו צפוי לפסול את החוק ממבחן זה, ראוי לפרש את ערכיה של המדינה כמערכת ערכים אחרת ולא כ2 מערכות נפרדות. פסילה ממבחן זה היא נדירה.

העותרים יטענו כי החוק נועד לתכלית שאינה ראויה - תכלית של אפליה לטענתם היא תכלית שאינה ראויה. לדבריהם גם אם המטרה היא לצמצם פערים עצם ההבנה וההפליה בין המינים היא אפליה על בסיס תבחין חשוד והיא גורמת לפגיעה שאינה ראויה. תכלית החוק כמקדם ערכים של שוויון לטענתם היא תכלית שאינה ראויה כי היא מקדמת גם יחד ערכים של אפליה פסולה.

**ראה/י פתרון מוצע לגבי תכלית (1-)**

המשיבים יטענו כי התכלית הדומיננטית והיא במקרה זה גם **התכלית הראויה היא תכלית של שמירה על בטחון המדינה**. החוק נועד להגן על בטחונו של המדינה, הגנה על בטחון המדינה היא תכלית ראויה. תכלית זו ראויה באופן כזה שהיא מהווה גם תכלית ראויה לפגיעה בזכות. ולא רק תכלית ראויה בפני עצמה.

בית המשפט יבחן לפי **התכלית הדומיננטית**, במקרה זה התכלית הדומיננטית היא הגנה על בטחון המדינה. תכלית זו היא תכלית ראויה ולכן לא יפסול את החוק. (במקרה של תכלית שאינה ראויה ותכלית שראויה בית המשפט יראה את התכלית הראויה כדומיננטית)

- בהחלטה מנהלית יש לבחון על פי התכלית של החוק המסמיך אך כן לא מדובר בהחלטה מנהלית -

## **מדניות**

### **קשר רציונל -**

המשיבים יטענו כי קיים קשר בין האמצעי להשגת המטרה שהוא הגבלת ופגיעת הזכויות, לבין המטרה שהיא הגנה על בטחון המדינה. הגבלת כיסויי הפנים יוביל באופן הגיוני לכך שבטחון המדינה יפגע פחות.

**ניצד הנבלת כיסויי תביא למימוש הביטחון (1-)**

העותרים לא יעמדו מנגד.

### **פגיעה פחותה**

העותרים טוענים כי ישנם אמצעים נוספים המאפשרים פגיעה פחותה שתשיג את המטרה באותה יעילות באותה עלות. לטענתם, הטלת קנס כספי בלבד, גם אם גדול יותר מהמוצע כעת וביטול המאסר יגשימו את המטרה באופן זהה ויאפשרו פגיעה פחותה בזכות לחירות. לחילופין ניתן להגביר את אנשי הביטחון ובכך לאפשר קיום זכויות מלא.

המשיבים טוענים כי זהו האמצעי שפגיעתו פחותה. לטענתם הגבלת האיסור למקומות ציבוריים בלבד מהווה פגיעה פחותה ומגבילה את הפגיעה בזכויות, בכך היא האמצעי שפגיעתו פחותה לטענתם.

בית המשפט לא נוטה לפסול ממבחן זה משום שמבחן זה לא נקלח ברצינות ע"י הכנסת. היא לא דנה בעת העלאת הצעת החוק בחלופות נוספות.

### **יחסיות - נזק מול תועלת**

**מבחן השפעה שולית- דלתא**

העותרים טוענים כי ישנם אמצעים נוספים שיכולים להגשים את מטרת החוק. לטענתם אמצעים אלו גם אם לא יגשימו את המטרה במלואה יהיו בעלי השפעה שולית על הגשמת המטרה אך יפגעו פחות בזכות ולכן יש לבחור בהם. חלופה אפשרית כזו היא צמצום של ההגבלה למשל רק למקומות בהם יש יותר סיכון לבטחון המדינה, כך תפגע המטרה בקצת בכך שלא בכל אזור יהיה בטחון מלא אבל יוגבלו פחות הזכויות.

**מבחני איזון עקרוניים:**

### **איזון אנכי - זכות מול אינטרס**

המשיבים טוענים כי במקרה זה בטחון המדינה גובר על הפגיעה בזכויות. על מנת להגן על בטחון המדינה באופן מוחלט יש לפגוע בזכויות מפני שבטחון המדינה עומד מעליהן.

המשיבים טוענים כי **ישנה ודאות קרובה** לכך שבטחון המדינה יפגע אם לא יוגבילו את חופש הביטוי ואת חופש הדת. לכן לטענתם בשל הודאות הקרובה לכך וההנחה כי בטחון המדינה עומד מעל לזכויות אלו יש להגביל את הזכויות ולשמור על בטחון המדינה.

**מבחן אפשרות סבירה** - המבחן מספק הגנה פחותה לחופש הביטוי וחל במקרים של חרם, עשיית צדק ועוד.. לא רלוונטי במקרה זה.

**מבחן סף הסיבולת הראויה** - העותרים טוענים כי ישנה פגיעה שמזעזעת את אמות הסיפים לדבריהם הפגיעה מעבר לסף הסיבולת הראויה והיא פועת יתר על המידה ברגשותיהם.

המשיבים יטענו כי הפגיעה עומדת בסף הסיבולת, בחברה דמוקרטית פגיעה ברגשות צריכה להיות קשה, חמורה, עוצמתית ולזעזע את אמות הסיפים. הפגיעה במקרה זה אינה כה חמורה ולכן עומדת במבחן זף הסיבולת ויש להגביל את חופש הביטוי והדת במקרה זה.

### **איזון אופקי -**

מטרת האיזון האפקי היא לקיים את שתי הזכויות גם יחד. כאשר חוק פוגע בזכות כדי להגן על זכות אחרת.

אם התכלית הדומיננטית הייתה קידום השוויון העותרים היו טוענים כי יש לאזן את הפגיעה בחופש הדת וחופש הביטוי אל מול הרצון לקדם את הזכות לשוויון. לטענתם על מנת להגשים באופן המקסימלי את שלושת הזכויות ולאפשר את קיומן בצוותא יש לאזן בין הפגיעה בזכויות. כל אחת מן הזכויות תפגע מעט כדי לאפשר סך הכל קיום של מקסימום שלהן יחד.

בית המשפט צפוי להכריע כי החוק עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה והפגיעה היא מידתית, לתכלית ראויה והולמת את ערכיה של המדינה.

ישנן כמה גישות בעניין. דעות השופטים נחלקו באשר לשאלת המגבלות על הסמכות המכוננת. ככל נקבע באופן עקרוני בפסד "עילת הסבירות" כי ישנן מגבלות והן: 1) הלימת ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית ו2) שימוש לרעה בזמכות המכוננת.



בפס"ד שפיר נחלקו דעות השופטים באשר למשמעות דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. לדעתה של השופטת חיות יש לזהות האם הנורמה מתאימה להיות חוק יסוד בשני שלבים:  
- שנת חקיקה - זיהוי צורני האם הנורמה מנוסחת כחוק יסוד מבחינת צורתה  
- האם היא כללית - עוסקת במשהו כללי ולא ספיציפי מידי  
האם היא יציבה - עוסקת במשהו לטווח הארוך ולא כהוראת שעה או לזמן הקצר  
והאם היא מתאימה למארג החוקתי.

לדעתה של חיות השלב השני הוא שלב הצידוק. במידה ונורמה אינה עומדת בכל התנאים יש לבחון האם יש הצדקה למעמדה כחוק יסוד. **על פי גישתה של חיות ככל הנראה חקיקת החוק הנל הייתה מתקבלת משום שגם אם אינה עומדת במבחן היציבות ייתכן שיש הצדקה לכך.**

השופטת ברק ארז סברה אחרת כי אין להצדיק נורמה אם אינה עומדת במבחנים. היא שינתה את מבחן המארג החוקתי למבחן המובחנות. לגישתה במקרה של חירום ניתן לחוקק חוק רגיל בהוראת שעה או להחיל פסקת הגבלה שיפוטית - משתמעת על חוק היסוד. על פי גישה זו חוק היסוד במבנה זה אינו ראוי להיות נורמה על חוקתית במעמד של חוק יסוד ולכן ואין להצדיק את זה ולכן לא יכול להיות.

לדעת השופט סולברג - יש להסתפק רק בזיהוי הצורני ואם החוק ללא שנת חקיקה זה מספיק. על פי גישה זו חוק היסוד הנל יוכל להתקיים.

לדעת המרצה - לא כל נורמה יכולה תחת המילים חוק יסוד להיות על חוקתית - לכן גישת סולברג בעייתית - השאלה היא לא של זיהוי אלא של סמכות, מה היה בסמכות של הרשות לחוקק כנורמה על חוקתית?

ישנה חשיבות משפטית לשאלה זו מפני שחופש הדת זוכה להגנה כמעט מלאה ומוחלטת, הרציונל העומד מאחורי הגנה זו היא הרצון למנוע דילמות מצפונית של אדם בשל מצוות ואיסורי דתו. חופש הדת זוכה להגנה רחבה בישראל גם בשל העובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית. כמו כן ישנה מערכת "חוקים הלכתית" מוגדרת וקל יותר מאפשר בחופש המצפון להגדיר את גבולות הדת, מצוותיה ואיסוריה. **איזה הגנה?**

**13**

**(3)**

לעומת זאת רגשות דתיים זוכים להגנה פחותה, רק כאשר הפגיעה ברגשות מהווה אינטרס ציבורי חשוב, והפגיעה היא עוצמתית וקשה ואינה עומדת במבחן סף הסיבולת, רק אז יתכן שנגן על פגיעה כזו ברגשות.

ההבחנה בין רגשות דתיים לחופש הדת חשובה מאוד מפני שרמות ההגנה עליהן שונות וסיווג הפגיעה כחופש דת או כרגשות דתיים יוביל לתוצאות שונות בבית המשפט.

בפס"ד גור אריה ראינו את החשיבות הזו. דעת הרוב סיווגה את הפגיעה כרגשות דתיים ולכן רצתה לאפשר את קיום חופש הביטוי במלואו ואילו דעת המיעוט קבעה כי הפגיעה היא תחת חופש הדת ולכן יש להגן עליה גם במחיר של פגיעה בחופש הביטוי. סיווג הפגיעה כחופש דת היא מה שהובילה לתוצאה שהתקבלה שהיא הגבלת חופש הביטוי על פני חופש הדת מפני שלזה אין מרחב נסיגה.

מבחן הודאות הקרובה מבטא איזן אנכי. על פי מבחן זה כאשר ישנה ודאות קרובה לכך שאי הגבלת הזכות יוביל לפגיעה בסדר הציבורי או בבטחון המדינה, רק אז נגביל ונפגע בזכות על מנת לאפשר הגנה על הסדר הציבורי ובטחון המדינה.

מבחן הודאות הקרובה יחול בדרך כלל כאשר עומדים אל מולנו בטחון המדינה או הסדר הציבורי אל מול חופש הביטוי. אך הוא יכול חול גם כלפי זכויות אחרות וגם כלפי אינטרסים ציבוריים.

מבחן הודאות הקרובה מבקש לאזן בין שני ערכים כאשר ערך אחד ידו על העליונה וכדי לממשו נאפשר פגיעה בערך השני העומד תחתיו. לכן מבחן זה הוא חלק מהאיזון האנכי המבקש לשים את ידו של ערך אחד על העליונה ולאפשר פגיעה בערך השני. רק כאשר ישנה ודאות לכך שהערך "העליון" יפגע - רק אז נאפשר פגיעה בערך "התחתון".



**רק אם אין הסתברות ברמה של  
קרוב לוודאי שהזכות תפגע באופן  
מהותי באינטרס, הזכות תועדף.**

**קיבלת 9/10, הזנתי פה את  
הנקודת בונוס העודפת משאלה 1.**



הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא הכרזת העצמאות. הנורמה הבסיסית היא מעין נורמה שאינה משפטית (מושג מעולם הסוציולוגיה). הנורמה הבסיסית נוצרת בעקבות התחלפות מצב הכוחות. מכוחה משתלשלת שאר הנורמות והן שואבות את כוחן מכוחה. במדינה ישראל כאשר השלטון הבריטי עזב, נוצרה מעין לאקונה משפטית, בין גריון וחבריו תפסו את המקום-ניצלו את התחלפות הכוחות והכריזו את הכרזת העצמאות. בכך היא הפכה להיות הנורמה הבסיסית שלנו בפירמדת הנורמות.

4  
(5.1)

הנורמה המשפטית העליונה שלנו היא הכרזת העמצאות ותחתייה נמצאים חוקי היסוד שהם במעמד עליון של חוקה. הכרזת העצמאות היא מה שהסמיך את הרשות המכוננת לקבל את חוקי היסוד ולהיות רשות מכוננת. הכרזת העמצאות העומדת בראש פירדמת הנורמות מהווה גם מקור פרשני, יש לפרש חוקים כך שיהלמו לערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. הכרזת העמצאות עומדת מעל חוקי היסוד בכך שהיא בעצם הגורם להסכמה לקבל את חוקי היסוד. כמו כן היא גם מחייבת לפרש בהלימה לערכים שלה.



העלאת אחוז החסימה ל-20 אחוז יגרום לפגיעה בשניים מעקרונות הבחירות. בישראל ישנם שישה עקרונות בהליך הבחירות:

חוק יסוד הבחירות קובע כי על הבחירות לעמוד ב:

**כלליות** - על אדם שעומד בתנאי ההצבעה להיות רשאי להצביע

**ארציות** - מערכת בחירות אזורית אחת בכל הארץ

**ישירות** - בישראל בחורים ישר בניציגים ולא באלקטורים

**שוויוניות** - הבחירות צריכות להיות שוויוניות הן מצד הבוחר - קול אחד לכל אחד. והן מצד הנבחר - שוויון סיכויים להתחרות על

קול הבוחר. (זמני שידור, תעמולה ותקציבים שוויוניים)

**חשאיות** - הצבעה חשאית

**יחסיות** - על הבחירות להיות יחסיות ולשקף את המצביעים באופן יחסי בכנסת.



חוק היסוד מאפשר לשנות אותו בחוק רגיל רק ברוב של 61 שעבר בכמה קריאות במליאה.

ישנה שאלה איך אפשר לשנות חוק יסוד בין אם זה במפורש או במשתמע על ידי חוק רגיל?

התשובה לכך היא שמקובל לפרש את הוראות החוק האלו כחריגה שאז היא מותרת בחוק רגיל ורק רציכה להיות ברוב הדרוש על פי החוק.

העקרונות כלליות, ארציות, ישירות, וחשאיות - הם עקרונות מוחלטים שאין לפגוע בהם.

עקרונות השוויון והיחסיות הם יחסים ולא מוחלטים. עקרון השוויון והיחסיות נפגעים בכך שלא כל קול שווה לכל קול בגלל הסכמי העודפים והדריישה לאחוז חסימה. אבל הפגיעה בהם צריכה להיות מידתית ושלא תגיע למצב שתשלול אותם לגמרי.

העלאת אחוז החסימה ל-20 אחוז עלול לפגוע יתר על המידה ביחסיות ובשוויוניות. פגיעה כזו עלולה להיות לא מידתית.

אך היא מותרת על פי הוראות חוק היסוד. לכן כיביכול הכנסת ראשית רק שאז אם יש פגיעה גם בכבוד האדם עקב הפגיעה בשוויון היא תדרש לעמוד בתאנים נוספין. אפרט בשתשובבה לסעיף הבא.

יידרש רוב של 61 חברי כנסת מפני שזהו הרוב על מנת לפגוע גם בזכות הקבועה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

העלאת אחוז החסימה עלולה לפגוע גם בכבוד האדם ואז ישנן שלוש גישות לאיך לבחון את הפגיעה:

גישה (1) רק הנורמה הספיציפית שיהא חוק יסוד הבחירות תחול ואז ניתן לפגוע רק לפי התנאים הקבועים בהי גישה (2) גם חוק היסוד וגם פסקת הגבלה של הזכות ועל פגיעה לעמוד בכל התנאים.  
גישה (3) דומה לגישה השנייה ואומרת שרק חוק היסוד הבחירות יחול ועל הכנסת לחוקק חוק שיעמוד בתנאים שלה ועליה גם תחול פסקת הגבלה שיפוטית.

יש על זה ביקורת כי קשה לנו להגיד שפגיעה בשיוון של מפלגות מגיעה להשפלה כלומר קשה לומר שמפלגה תהיה מושפחת כי היא לא אדם.

**5**  
**(6.2)**

