

אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים

משפט חוקתי – סמסטר א' תשפ"ד – מועד א – פתרון

שאלה מס' 1 – 30%

בהצעת חוק העונשין (תיקון – איסור כיסוי פנים במקום ציבורי), תשפ"ד-2024, הוצע להוסיף לחוק העונשין סעיף שכך נקבע בו:

- (א) המכסה את פניו או חלק מהם באמצעות פריט לבוש, במקום ציבורי, באופן שלא ניתן לזהותו בבירור, דינו – מאסר חודש ימים או קנס 500 שקלים חדשים.
- (ב) הכופה אדם לכסות את פניו כאמור בסעיף קטן (א), דינו – שישה חודשי מאסר או קנס 10,000 שקלים חדשים.
- (ג) סעיף זה חל על כלל אזרחי ותושבי המדינה, ללא הבדל גזע, לאום, מין, דת, עדה, ארץ מוצא, גיל או נטייה מינית.
- (ד) לעניין סעיף זה –

"כיסוי פנים" – לרבות כיסוי בעל אופי דתי;

"מקום ציבורי" – מוסדות חינוך (גן ילדים, בית ספר יסודי, תלמוד תורה, חטיבת ביניים, בית ספר על-יסודי, פנימייה, מוסד להשכלה גבוהה, וכל מוסד אחר שבו ניתן חינוך; בית אוכל (מסעדה, בית קפה, וכל מקום כיוצא באלה); מגרשי ספורט, אצטדיונים וכל מקום אחר שבו נערכות תחרויות ספורט; מקום שבו נערכים מופעי תיאטרון, קולנוע, מוסיקה, מחול וכיוצא באלה; משרדי ממשלה או משרדיה של רשות מקומית; מועדונים; מוסדות מערכת הבריאות; מקומות נופש; כלי רכב של התחבורה הציבורית.

בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק נכתב:

כיסוי פנים באופן שאינו מאפשר להבחין בתווי ההיכר של אדם, הנעשה במקומות ציבוריים, עלול לפגוע באנשים אלו. המנהג של כיסוי הפנים, הנעשה בדרך כלל תחת מסווה של כיבוד המסורת, נפוץ בעיקר בקרב נשים, דבר היוצר חוסר שוויון בין גברים ונשים. במקרים רבים ניתן להיתקל בתופעה של נשים המאולצות לכסות את פניהן על

ידי המשפחה שלהן, על ידי הקהילה בה הן חיות או על ידי העדה הדתית אליה הן משתייכות. תופעה זו היא תופעה פסולה ויש לשלול אותה מכול וכול. [...]

במקרה של מדינת ישראל, כיסוי פנים יוצר בעיה כפולה כיוון שהוא לא רק פוגע בעקרונות של חברה מודרנית, אלא גם מהווה בעיה ביטחונית. מחבלים או גורמים עוינים אחרים עלולים להשתמש בכיסוי פנים במסווה של חופש דת לצורך ביצוע מעשי טרור או מעשי איבה אחרים.

ידוע לכול כי במצבים רבים בהם נשים טוענות כי הם מכסות את פניהן מבחירה, הרי שמדובר בפעולה שהן נוקטות בשל לחץ מצד בני משפחה או הסביבה הקרובה, או כביטוי לכניעה לתכתיבים דתיים או חברתיים שונים.

הניחו כי הכנסת חוקה חוק בהתאם להצעה. כנגד החוק הוגשה עתירה, בטענה כי הוא סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מה יהיו טענות הצדדים, וכיצד בית-המשפט צפוי להכריע?

בשלב הראשון יש לבחון אם החוק פוגע בזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק קובע עבירה פלילית שעונשה מאסר. לפי דעת הרוב בבית המשפט העליון, חוק כזה פוגע בזכות לחירות אישית. לפי דעת המיעוט, הזכות לחירות אינה חלה על ביצוע עבירות. בונס ניתן על ציון קביעת עבירה פלילית שעונשה קנס כפוגעת בזכות החוקתית לקניין. זכות נוספת שיש לבחון היא חופש הדת, שהפגיעה בו משתמעת גם מדברי ההסבר. זאת הגם שהסעיף אינו פוגע בזכות זאת בכל המקרים, והוא חל לא רק במקרים של כיסוי פנים מטעמים דתיים. מאחר שחופש הדת אינו מוזכר בחוק-היסוד, יש לבחון אם ובאיזו מידה הוא כלול בזכות לכבוד האדם. יש לבדוק לפי ארבעת המבחנים שנלמדו. לפי הגישה המצמצמת, כבוד האדם אינו כולל זכות אחרת כלשהי. בונס ניתן על הטענה שכבוד האדם נפגע גם לפי הגישה המצמצמת בשל הפלישה למראה החיצוני של בני אדם, שהיא חלק מזהותם, בחוק שחל ללא קשר לדת. לפי הגישה המרחיבה כל הזכויות כלולות בכבוד האדם, וממילא כבוד האדם נפגע במקרה זה. לפי גישת הביניים המצמצמת, המבוססת על מבחן ההשפלה, נראה שיש יסוד משפיל בפלישת החוק ללבושם של בני אדם. עם זאת, אפשר לטעון שדווקא כיסוי פנים הוא משפיל, וממילא איסור על כיסוי פנים אינו משפיל. בונס ניתן על הטענה שיש השפלה ו"הקטנה" בהנחה, הבאה לביטוי בדברי ההסבר, כי כיסוי פנים אינו מבטא בחירה אמיתית של נשים. לפי גישת הביניים המרחיבה, שהתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון, הזכות לכבוד האדם כוללת גם זכות לאוטונומיה. אומנם, לפי גישה מסוימת הכוונה היא רק לאוטונומיה מפני סטריאוטיפים הנוגעים לקבוצת זהות, אך לפי תפיסה רחבה יותר של אוטונומיה החוק פוגע באוטונומיה להתלבש, הכוללת גם כיסוי פנים, ובכך נפגע כבוד האדם.

בשלב השני, בהנחה שהחוק פוגע בזכות חוקתית, יש לבחון את חוקתיותו לפי פסקת ההגבלה. (א) חוקיות: המבחן הוא מבחן "גמיש", הדורש כי במקרה של פגיעה מהותית בזכות מרכזית החוק יהיה מפורט. בענייננו החוק נראה מפורט. בונס ניתן על הטענה כי החלת האיסור על כיסוי פנים של אדם "באופן שלא ניתן לזהותו בבירור"

היא כשלעצמה אינה ברורה די הצורך. **(ב) הלימת ערכיה של המדינה:** בהיבט זה הדרישה היא מינימלית וחוק יפסל לפי תנאי זה רק במקרים נדירים ביותר, שלא נראה כי חוק זה נמנה עימם. עם זאת, אפשר אולי לטעון שפלישה ללבוש אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה הדמוקרטיים של המדינה. **(ג) תכלית ראויה:** השאלה היא אם תכליות החוק הן תכליות ראויות לפגיעה בזכויות חוקתיות במדינה המכבדת זכויות כאלה. דברי ההסבר מציינים מספר תכליות: שוויון נשים, עקרונות חברה מודרנית, וביטחון המדינה. מתוך תכליות אלה הראשונה והשלישית הן בוודאי תכליות ראויות. עם זאת, ספק אם התכלית השנייה, ככל שהיא עומדת בפני עצמה ואפשר לראותה כדומיננטית, היא תכלית ראויה לפגיעה בזכויות האדם. **(ד) מידתיות: (1) התאמה:** ניתן לטעון שהחוק מתאים לקידום "עקרונות חברה מודרנית". הקשר לביטחון המדינה נראה דחוק. באשר לשוויון, ובהנחה שבדרך כלל כיסוי הפנים הוא של נשים, מתקיים המבחן בקשר לאיסור להכריח לכסות את הפנים. לעומת זאת, יש קושי בהתקיימות המבחן בקשר לענישת אישה המכסה את פניה. זאת בין אם הכיסוי הוא מתוך כפייה, ובין אם מרצון (במקרה זה ספק אם הכיסוי פוגע בשוויון). **(2) פגיעה פחותה:** ניתן לטעון, ראשית, שלצורך השגת התכליות אין הכרח בהטלת אחריות פלילית (על טענה זאת ניתן בונוס); ושנית, בכך העיקר, שענישת נשים שכפו עליהן לכסות את פניהן מיותרת, ושניתן להשיג את המטרות על ידי הסתפקות בענישת מי שמכריח לכסות פנים. בהיבטים של שוויון וחברה מודרנית ספק אם מן הדין להטיל את האיסורים על גברים. בונוס ניתן על הטענה כי בכל הנוגע לתכלית השוויון, שמשמעותה היא שתכלית הפגיעה בזכויות מסוימות היא הגנה על זכות אחרת, אין תחולה למבחן הפגיעה הפחותה, משום שפגיעה פחותה בזכות האחת מוליכה לפגיעה מרבית בזכות האחרת, וההיפך. **(3) יחסיות – מידתיות במובן הצר:** לצד הערכה כללית של חומרת הפגיעה בזכויות לעומת חשיבות התכלית, יש להדגים היזקקות למבחני איזון עקרוניים, כדוגמת מבחן הוודאות הקרובה, ולמבחן ההשפעה השולית ביחס לחלופה (כדוגמת אמצעי שאינם פלילי).

שאלה מס' 2 – 25%

האם הכנסת רשאית להוסיף לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כהוראה זמנית בשל מצב החירום – סעיף שבו ייכתב כי חוק-היסוד לא יחול במשך שישה חודשים לאחר החקיקה (של הסעיף הנוסף)?

(1) גירסה ישראלית של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי": ניתן לטעון שחוק-היסוד, הזכויות הקבועות בו, פיסקת ההגבלה והערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית המעוגנים בו הם נתונים חוקתיים בסיסיים במדינה, ושהשעיית חוק-היסוד לשישה חודשים היא פגיעה חזיתית בנתוני היסוד, במיוחד בהיבט הדמוקרטי אך גם בהיבט של מדינה יהודית. מנגד, אפשר לטעון שהשעיית זמנית לתקופה קצרה, למטרות חירום, אינה פוגעת באופן מהותי, אם בכלל, בערכי המדינה. יתר על כן, זכויות האדם ועקרונות מדינה יהודית ודמוקרטית קבועים בשורה של מקורות של המשפט החוקתי ("החוקה המטריאלית"), והשעיית חוק-היסוד אינה פוגעת בהם. נוסף על כך, לפי גישת המיעוט חוקי-היסוד הן נורמות עליונות שאינן נתונות לכל הגבלה.

(2) שימוש לרעה בסמכות המכוננת: לפי דעת הרוב הניתוח נעשה בשני שלבים: **בשלב הראשון** – שלב הזיהוי – נבחן: (א) האם דבר החקיקה קרוי חוק-יסוד ללא שנת החקיקה: נראה שמתקיים. (ב) מבחן הכלליות – האם החקיקה כללית ואינה פרסונלית: נראה שמתקיים. (ג) מבחן היציבות – האם החקיקה קבועה ואינה לטווח קצר: אינו מתקיים. (ד) מבחן המארג החוקתי – האם תואם חוקי-יסוד קיימים ואת הנושאים שהוסדרו בהם: מבחינת הנושא נראה שמתקיים, אך אפשר לטעון (על הטענה ניתן בונוס) שהשעיית חוק-יסוד, פרק מהחוקה הישראלית, עשרות שנים לאחר שנכנס לתוקפו, אינה תואמת את המארג החוקתי. **בשלב השני** – שלב הצידוק – במקרה שלא מתקיים אחד ממבחני העזר של השלב הראשון נבחן אם בכל זאת יש הצדקה לחקיקת חוק-היסוד. שיקולים הנובעים ממצב חירום אכן יכולים להצדיק חקיקת חוק-יסוד שעל פניו אינו מתאים לחקיקה חוקתית. עם זאת, אפשר לטעון (על הטענה ניתן בונוס) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש כבר הסדר למצב חירום. גישה המצטרפת בעיקרון לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (של השופטת דפנה ברק-ארז; אין הכרח בציון שמה) מחליפה את מבחן המארג החוקתי במבחן המובחנות – האם יש פלישה מובהקת של הרשות המכוננת לתחום של רשות אחרת: בענייננו לא נראה שיש פלישה כזאת. נוסף לכך נעדר שלב הצידוק, שלפי גישה זאת עלול לערב את בית-המשפט בהכרעות פוליטיות. דעת המיעוט שוללת לחלוטין את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. לפי דעה זאת יש תוקף לתיקון לחוק-היסוד.

(3) הכרזת העצמאות: לפי גישה זאת, מקור הסמכות החוקתית של הכנסת הוא בהכרזת העצמאות. (א) האם התוכן של חוק-היסוד מתאים להיות פרק בחוקה: אפשר לטעון שהשעיית תוקף חוק-יסוד, שהוא עצמו בתחום המשפט החוקתי, גם היא מתאימה לחוקה. מנגד, לחוקה אמור להיות תוקף קבוע, והשעייתה אינה במסגרת הסמכות המכוננת. (2) אי-סתירה של מדינה יהודית: נראה שמתקיים. (3) אי-סתירה של מדינה דמוקרטית: יש פנים לכאן ולכאן. מצד אחד, הבחירות לא מבטלות ולא מושעות. מצד שני, יש קושי דמוקרטי בהשעיית חוק-היסוד המרכזי בדבר זכויות האדם.

שאלה מס' 3 – 15%

מדוע יש חשיבות משפטית לשאלה אם החלטה שלטונית פוגעת בחופש הדת או פוגעת ברגשות דתיים? חופש הדת הוא זכות חוקתית, שאף נגזרת במידה רבה מהזכות לכבוד האדם. לכן פגיעה בחופש הדת – בין על ידי חוק ובין על ידי החלטה מינהלית – נדרשת לקיים את תנאי פיסקת ההגבלה. לעומת זאת, לא זו בלבד שאין זכות חוקתית לשמירה על רגשות דתיים, אלא רגשות דתיים יועדפו על זכות חוקתית רק במקרה קיצוני שבו מימוש הזכות יעבור את סף הסיבולת של חברה דמוקרטית, שהוא סף גבוה מאוד.

שאלה מס' 4 – 10%

האם מבחן הוודאות הקרובה מבטא איזון אופקי או איזון אנכי? נא לנמק.

מבחן הוודאות הקרובה מבטא איזון אנכי. המבחן חל במקרה שבו האיזון הוא בין זכות לאינטרס הגובר על הזכות. לכן אם ודאי, או קרוב לוודאי, שמימוש הזכות יפגע באופן מהותי באינטרס, האינטרס יועדף. רק אם אין הסתברות ברמה של קרוב לוודאי שהזכות תפגע באופן מהותי באינטרס, הזכות תועדף.

שאלה מס' 5 – 10%

1. מהי הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל? נא להסביר. **5%**
 הנורמה הבסיסית – שאינה נורמה משפטית, אלא מצב של כוח שכתוצאה ממנו נוצרת הנורמה המשפטית העליונה – היא ציות למועצת העם, העומדת בראש פירמידת המוסדות, שכווננה את הכרזת העצמאות.

2. מהי הנורמה המשפטית העליונה של מדינת ישראל? נא להסביר. **5%**
 הנורמה המשפטית העליונה של המדינה היא הכרזת העצמאות, שמכוחה הוקמו רשויות השלטון הבסיסיות (הזמניות והקבועות) של המדינה ונערכו הבחירות הראשונות. לפי גישה מסוימת, שתוארה בתשובה לשאלה 2, ההכרזה גם מגבילה את הסמכות המכוננת.

שאלה מס' 6 – 10%

1. האם הכנסת רשאית לחוקק חוק ("רגיל"), ובו להעלות את אחוז החסימה בבחירות לכנסת ל-20%? נא להסביר את התשובה. **5%**

השאלה היא אם העלאת החוק החסימה ל-20% היא שינוי של שיטת הבחירות היחסיות, הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת, או רק חריגה ממנה. אם שינוי – לא ניתן לחוקק חוק "רגיל", המשנה הסדר הקבוע בחוק-יסוד. אם רק חריגה – חוק-יסוד: הכנסת מאפשר לחרוג משיטת הבחירות בחוק "רגיל". נראה שאחוז חסימה כה גבוה הוא שינוי של השיטה היחסית, ולכן לא ניתן לחוקק חוק "רגיל". בנוספים ניתנו על הטענות הבאות: (1) ייתכן שהשינוי או החריגה הם גם משוויון הבחירות. (2) אם כן – וככל שבכל זאת ניתן לחוקק חוק "רגיל" – ייתכן שתחול גם פיסקת ההגבלה השיפוטית המשתמעת, בשל הפגיעה בזכות לשוויון בבחירות.

א. בהנחה שהתשובה לשאלה א היא כן – מהו הרוב שיידרש לקבלת החוק? נא להסביר את התשובה. **5%**
 רוב חברי הכנסת (61 ח"כים לפחות) – הנדרש גם לחקיקת חוק "רגיל" החורג משיטת הבחירות.