

דף סיכום בחינה**מזהה בחינה: 001000276709 מזהה סטודנט: 333745****שם קורס: משפט חוקתי**

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציון
1		30.00	27.00
2		25.00	18.00
3	חסרה התייחסות לפסקת ההגבלה	15.00	13.00
4	מתי תגבר הזכות על האינטרס ?	10.00	9.00
5.1		5.00	5.00
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 : 95.00**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!

ראשית, יש לבחון האם נפגעת פה זכות - אפשרויות פרשנות שונות לזכות לכבוד האדם המעוגנת בחו"כבו"א - פרשנות מצמצמת לפי פגיעה בכבו"א היא אך ורק פגיעה בכבוד, פרשנות מרחיבה האומרת כי פגיעה בכל זכות נחשבת כפגיעה בזכות לכבו"א, פרשנות ביניים מצמצמת הסבורה כי פגיעה בכבוד היא פגיעה המשפילה במהותה, ופרשנות ביניים מרחיבה האומרת כי כל פגיעה בכבוד אשר מהווה פגיעה באוטונומיה של הפרט נחשבת כפגיעה בזכות לכבוד האדם, וזו הגישה שהתקבלה ע"פ הפסיקה. נראה כי חופש הדת של אלו שדתם מחייבת אותם לחבוש כיסוי פנים, עלולה להיפגע קשות באם יאסר עליהם לפי החוק לחבוש כיסוי פנים. נוסף, תהא זו פגיעה בחירותם של אלו הבוחרים ללכת על פי מצוות דתם ולחבוש כיסוי פנים, ומסתכנים בכך בעונש מאסר. ופגיעה באלו תהווה פגיעה בזכות לכבוד האדם לפי גישת הביניים המרחיבה שהתקבלה.

שנית, לאחר שראינו כי ישנה זכות חוקתית הנפגעת כתוצאה מחקיקה רגילה זו, יש לבחון אם החקיקה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה הקבועים בחוק:

27
(1)

יישום חלקי על הנישואים על הזכות (1-)

1. חוקיות - נראה כי החוק עומד בדרישת החוקיות, כיוון שהינו כחוק ומפורש הוא. יש לציין כי מבחן זה הינו גמיש, וככל שהפגיעה חמורה יותר כך תהיה דרישה לחוק הפוגע להיות מפורש יותר.

2. הלימת ערכי המדינה - נראה כי החוק אינו הולם את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, כיוון שמונע מאנשים ללכת על פי צו מצפונם, כל עוד אין בכך פגיעה באדם אחר, וזו פגיעה בערכי הדמוקרטיה. מנגד, יגידו המשיבים כי החוק הולם את ערכי המדינה בכך שהוא שומר על אלו המאולצים לכסות את פניהם, ושומר על השוויון שלהם.

3. תכלית ראויה - העותרים יגידו כי החוק אינו לתכלית ראויה, וכי פגיעה כה קשה בחופש הדת ובחירות שלהם למי שיבחר ללכת על פי הדת ולא לקיים את חוק המדינה, אינה תכלית ראויה לחיקוק חוק זה. מנגד ישיבו המשיבים כי תכלית החוק ראויה בשל מטרתה בשמירה על אלו המאולצים לנהוג כך בניגוד לרצונם ובשל השתייכותם לחברה כזו או אחרת אליה נולדו, התכלית מועילה לשוויון בין גברים לנשים בחברה, ושומרת על הביטחון בכך שמונעת מגורמים עוינים לכסות את פניהם באמתלות דתיות. **ראה/י דיון בתכליות (1-)**

4. מידתיות, המחולקת למספר מבחני משנה:

כיצד התיקון מביא לביטחון המדינה? (1-)

א. התאמה/קשר רציונלי - נראה כי יש התאמה בין האמצעי והוא איסור כיסוי פנים במרחב הציבורי, לבין תכלית החוק, והיא מניעת כפיית לבישת כיסוי פנים, יצירת שוויון בין גברים לנשים בכך שנישים לא יחויבו בכיסוי פנים, ושמירה על ביטחון המדינה.

ב. פגיעה פחותה - העותרים יסברו כי ישנן אפשרויות אחרות מקלות בעלי אותה אפקטיביות אם לא יותר, אשר לא יהיו יקרות יותר לביצוע, בהם ניתן יהיה לוודא כי נשים אינן מוכרחות ללבוש כיסוי פנים במרחב הציבורי, וכי נשים השמות כיסוי פנים בהתאם לדתם עושות זאת מבחירה ואין בכך פגיעה כלשהיא בשוויון בינם לבין גברים, וחוק זה אינו עומד במבחן הפגיעה הפחותה כי ישנם מצבים אחרים שיפגעו פחות. לדעת המשיבים - מבחן זה אינו רלוונטי לעניינו שכן, המקרה דעסקינן הוא פגיעה בזכות כדי לשמור על זכות אחרת(הזכות לשוויון), ומשכך מבחן זה אינו חל.

ג. יחסיות:

1) פגיעה שולית - העותרים יסברו כי החוק פוגע בצורה קשה בזכויותיהם ביחס למצב שהיה לפני כן וביחס לחלופות אחרות, ואינו עומד במבחן ההשפעה השולית בו ההשפעה על זכויותיהם היא שולית ביחס לתועלת העולה מהחוק.

2) לפי מבחן הוודאות הקרובה בו משתמשים במקרה של זכות אל מול אינטרס ציבורי, כביטחון המדינה, אין חשש לפגיעה ממשית בביטחון המדינה בכך שנישים יכסו את פניהם, אך זכויותיהם יפגעו בצורה קריטית, והעניין אינו עומד במבחן זה. אף לפי מבחן האפשרות הסבירה נראה כי זכויותיהם יפגעו קשות. מבחן סף הסיבולת הראויה אינו רלוונטי כי לא עסקינן בפגיעה ברגשות אלא בפגיעה בחופש הדת.

3) איזון אופקי/איזון אנכי - בזכות העומדת מול זכות(שוויון מול חופש הדת), ישנו צורך באיזון אופקי ביניהם שיאפשר את המקסימום מכל זכות. באינטרס ציבורי העומד אל מול זכות ישנו צורך במבחן איזון אנכי כדוגמת מבחן הוודאות הקרובה. במקרה דנן, נראה כי שני אלו אינם מתקיימים כראוי. במקום לבצע איזון אופקי בין הזכויות, זכות אחת בטלה בהצעת החוק מפני השנייה(חופש הדת בטלה מול השוויון), ובמקרה של חופש הדת אל מול אינטרס ציבורי של שמירה על ביטחון המדינה, אין ודאות קרובה לכך שביטחון המדינה תפגע באם הזכות תתאפשר.

משכך, בית המשפט צפוי להכריע שהתיקון לחוק העונשין בו יאסר על אנשים לכסות את פניהם במרחב הציבורי תהא פגיעה קשה מאוד בזכותם לחופש הדת, ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. יתרה מזו, חופש הדת היא זכות הזוכה להגנה כמעט מוחלטת, מכיוון שישנו קושי רב להציב אדם בעמדה בה צריך הוא לבחור בין ציות לחוקי המדינה לבין ציות למצפונם ולחוקי דתו.

ככלל על מנת לתקן חוק יסוד, תיקון חוק יסוד צריך להיעשות על ידי חוק יסוד, עקב דרגתו הנורמטיבית וצריך להיזהר שלא יהא תיקון כלשהוא במשתמע ע"י חוק רגיל שלא יהיה תקף. חוק יסוד מאופיין באמצעות 4 יסודות המראים את עליונותם - תיקון(תיקון ייעשה רק ע"י חו"י באותו דרגה נורמטיבית), חריגה(לא ניתן לחרוג מהחוק שלא באמצעות הסמכה מפורשת בו, למעט באמצעות פסקת הגבלה משתמעת), פרשנות(לא ניתן לפרש חוק יסוד באמצעות חוק רגיל), שיריון(ניתן לשריון חו"י שיריון מהותי או פורמלי אך חוק רגיל לא ניתן).

בפס"ד שפיר דן ביהמ"ש בחריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת. השופטת חיות בפס"ד מסבירה כי ישנו מבחן דו שלבי לבחינה האם חוק עומד בגדרי חו"י והייתה לכנסת סמכות לחוקק אותו.

1. שלב הזיהוי:

- א. מבחן צורני - האם החוק נראה כחוק יסוד, יש בכותרתו "חוק יסוד" ולא כתוב בו תאריך החקיקה.
- ב. מבחן בו בודקים האם החוק עומד במבחן הכלליות, משמע הוא כללי ואינו פרסונלי. במבחן היציבות, משמע הוא יציב, אינו הוראת שעה ואינו לזמן קצוב או קצר כלשהוא, ואם הוא עומד במבחן המארג החוקתי, משמע הוא מתאים למבנה חוקי היסוד שנחקקו עד כה, לצורתם ולאופיים הכללי.
2. שלב הצידוק - גם אם החוק או תיקון החוק המוצע אינו עומד באחד מגדרי המבחנים דלעיל, ניתן לבדוק האם ישנה הצדקה כלשהיא לחיקוק החוק בתצורתו הנוכחית על אף שלא עומד במבחנים, כדוגמת מצבי חירום בהם ניתן לאפשר חריגות מסוימות מהתנאים הנ"ל.

בדעת מיעוט, סוברת השופטת ברק ארז כי המבחן הינו מבחן חד שלבי, וביהמ"ש לא צריך להידרש לשאלת הצידוק, אלא לשאלת הזיהוי בלבד, אך היא משנה מעט מהנוסח המוצע ע"י השופטת חיות ומחליפה את מבחן המארג החוקתי במבחן המובחנות, משמע האם חוק היסוד או תיקונו אינם חורגים מגדרם ונוגסים בסמכויות רשיות אחרות שאינן שייך להם. בעניין מצבי חירום היא מציינת כי על הכנסת להוסיף בחוקי היסוד אפשרות לכתחילה למצב בו יהיה מצב חירום ומענה למצב שכזה בחו"י עצמו.

חסר יישום

השופט סולברג בדעת מיעוט סבור כי המבחן הינו מבחן צורני בלבד, משמע האם חוק היסוד יש בו כותרת "חוק יסוד" ללא ציון תאריך

18

(2)

אם החלטה שלטונית פוגעת בזכות, היחס אליה יהא שונה מאשר באם רגשות דתיים יפגעו, והמבחנים בהם ישתמשו לבחינת אלה הם שונים. בפסיקה ניתן לראות לדוגמא את עניין גור אריה בו הייתה אבחנה משמעותית לפסק הדין האם לעותרים נפגע החופש מדת או רגשותיהם הדתיים. האבחנה בעניין חשובה כל כך מכיוון שדעת הרוב סברה שהפגיעה הינה ברגשות דתיים ועל כן השתמשו במבחן ודאות קרובה לפגיעה העולה על סף הסיבולת הראויה, והוא מבחן בו משתמשים במקרה של פגיעה בזכות אל מול פגיעה ברגשות דתיים. במקרה מעין זה המבחן יהא איזון אנכי. לעומת זאת דעת המיעוט סברה כי העניין דן הינו פגיעה בחופש הדת של העותרים אל מול פגיעה בזכות אחרת של הצד השני, ועל כן המבחן הנדרש הוא מבחן איזון אופקי בו ביהמ"ש ינסה לאפשר את מקסום 2 הזכויות תוך ניסיון לפגוע כמה שפחות בזכויותיהם של 2 הצדדים. בפסק דין זה ברור כי מה שמכריע את דעת המיעוט ואת דעת הרוב הינו האבחנה האם מה שנפגע הוא חופש הדת של העותרים, או שמא רק רגשותיהם הדתיים, שכן, לו האבחנה הייתה שונה(ששניהם היו מסכימים שזה פגיעה בחופש הדת, או לחילופין שהפגיעה היא רק ברגשות דתיים), ככל הנראה היו מסכימים בפסיקתם, והכל כרוך בהבחנה מהי הפגיעה עצמה.

13

(3)

**חסרה
התייחסות
לפסקת
ההגבלה**

מבחן הוודאות הקרובה מבטא איזון אנכי, שכן הוא מבחן בו משתמשים במקרה של זכות שנפגעת אל מול אינטרס ציבורי, כשמירה על שלום הציבור או ביטחון המדינה, ובו אחד מהם גובר על השני באופן אבסולוטי, כלומר, אין מקום גם לקיום הזכות וגם לשמירה על האינטרס הציבורי. לדוגמא, אם קרוב לודאי שחופש הביטוי של מאן דהוא תפגע בצורה ממשית בביטחון המדינה, אזי ביטחון המדינה יגבור, ולא יהיה מקום כלל לחופש הביטוי. לעומת זאת, מבחני איזון אופקיים בהם משתמשים בד"כ באיזון של זכות אל מול זכות, מאפשרים מקסימום של 2 הזכויות בו זמנית, ומנסים למצוא את דרך האמצע, לקיום 2 הזכויות גם יחד, מה שלא קיים במקרה של מבחן הוודאות הקרובה, בו דבר אחד גובר על השני, והוא מבטא איזון אנכי.



מתי תגבר הזכות על האינטרס?

הנורמה הבסיסית ממנה נוצרת מדינה, על שלל הנורמות שלה ומערכותיה השלטוניות היא מושג המגיע מחוץ לעולם המשפט, מעולם הסוציולוגיה. בשטח ארץ גיאורפי כלשהוא נוצר כח, והכח הוא היוצר את הנורמה הבסיסית, מתוכה מגיעה הנורמה הראשונה, וכלל הנורמות אחריה. בישראל הכח הוא קבוצת אנשים שקמים לאחר עזיבת הבריטים את הארץ, ובן גוריון בראשם. הם קוראים לעצמם מועצת העם, ומחליטים להכריז על הקמת מדינה. בכך בישראל נוצרה הנורמה הבסיסית בשל אותה קבוצת אנשים שהיוו "הכח" ותפסו את השלטון, הם יצרו את הנורמה הראשונה - הכרזת העצמאות, שהיוותה הבסיס לכלל הנורמות שלאחריה.

5
(5.1)

בפירמידת הנורמות ידוע כי העם הוא העליון בפירמידה, כיוון שהוא הריבון. אך הנורמה המשפטית העליונה של מדינת ישראל היא הכרזת העצמאות אשר בה פורטו עניינים בדבר הקמת מערכות השלטון של המדינה, הצורך בחוקה, ומשפט אחד בה יצר את הבסיס לכל המערכת המשפטית במדינה.

5
(5.2)

עקרונות שיטת הבחירות הקבועה בחו"י הכנסת הינם - כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות. לכאורה, על מנת לחוקק חוק בו אחוז החסימה יועלה ועל כן יהיה פגיעה כלשהיא בשוויון או ביחסיות הבחירות, ישנו צורך בחוק יסוד כדי לפגוע בכך. אך בחו"י הכנסת נאמר כי חריגה או שינוי של אחד מאלה צריכה להתקבל על ע"י רוב ח"כ(61), ובפרשנות המקובלת של שינוי במשתמע(שאינו במובן המודרני כי מקורו בחו"י ישן אך הוא מתפרש לפי הכוונה) הפרשנות אינה לשינוי, אלא לחריגה, וחריגה צריכה להיעשות ברוב של 61 ח"כ, וניתן לעשותה אף בחוק רגיל. ועל כן ניתן להניח כי הכנסת רשאית לחוקק חוק שכזה, על אף שהוא עלול לפגוע בשוויון וביחסיות הבחירות. חשוב לציין כי במידה והפגיעה בשוויון תהיה פגיעה הכרוכה בשוויון הנגזר מכבוד האדם(לפי פרשנות ביניים מרחיבה שהתקבלה), אזי המבחן יהא שונה, וישנם גישות שונות בעניין. גישה אחת סבורה כי בענייני בחירות אך ורק חו"י הכנסת חל בענייני שוויון, וחו"י כבו"א אינו חל. גישה שנייה סבורה כי שני חוקי היסוד חלים, ובנוסף לדרישת רוב חברי הכנסת כדי להתגבר על עניין השוויון שמצוי בחו"י הכנסת, יהיה צורך בפסקת הגבלה של חו"י כבו"א על מנת לאפשר את הפגיעה בשוויון. גישה שלישית סבורה כי עיקרון פסקת ההגבלה המשתמעת חל על חו"י הכנסת ויש להשתמש בה, ואין בה יחס כלל לחו"י כבו"א.

5

(6.1)

הרוב שידרש לקבלת החוק הוא רוב חברי הכנסת, משמע 61 חברי כנסת. כנענה במסגרת התשובה לעיל, בחו"י הכנסת נאמר ששינוי או חריגה מהנאמר בווק דרושה באמצעות רוב (61) חברי כנסת, ובאמצעות חקיקה בכנסת שתעבור את הליכי החקיקה. נאמר גם כי השינוי יכול שיעשה במפורש, וגם במשתמע. בפרשנות המקובלת של שינוי במשתמע (לא לפי המובן המודרני כי מקורו בחו"י ישן, אבל מתפרש הוא לפי הכוונה), הכוונה לחריגה, וחריגה זו מותרת כאן, לפי הלכת בנק המזרחי, ועל כן יכולה להיעשות ברוב רגיל של חקיקה רגילה.

5
(6.2)

