**פתרון למבחן**

1.תקיפת התקנה-   
תקיפה הליכית: ס'1י1(ה) מסמיך את השר להתקין הוראות לפטור מדמי ההיתר. תותית יכולה לטעון שהתקנה של השר סותרת את כלל ההסדרים הראשוניים. ע"פ כלל ההסדרים הראשוניים, הסדרים ראשוניים לא יקבעו בחקיקת משנה אלא רק בחקיקה ראשית. ביכולתו של השר לקבוע מי יקבל פטור ומי לא, מה שעלול לפגוע בשוויון בין חברות הבנייה השונות. שוויון הוא נושא מהותי ולכן נדרשת לכך הסמכה מפורשת בחוק בהסדר ראשוני(פס"ד רובינשטיין נ' שר הביטחון).

מנגד, המדינה תטען שהמחוקק הסמיך את השר לקבוע הוראות אלו ולכן יש לדחות את העתירה של תותית(המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל).

תקיפה תוכנית: שינוי או פגיעה? במקרה שלפנינו מדובר בסטייה קלה בלבד, מכאן שזוהי פגיעה ולא שינוי(פס"ד דרור לישראל).

תותית תטען לפגיעה בזכות לשוויון, זכות זו הוכרה באופן רשמי בפס"ד התנועה לאיכות השלטו נ' הכנסת, השוויון נקרא פנימה לחו"י כבוד האדם וחירותו, ובשם הפגיעה בו ניתן לפסול חקיקה ראשית. לשוויון יש גישות שונות. הראשונה היא **שוויון הזדמנויות**(שטרסברג-כהן בפס"ד מילר), יש לאפשר לפרטים השונים להתחיל מאותה נקודה. כאשר נותנים לחברת בנייה מסוימת הטבה ופטור ולאחרות לא נותנים, זה פוגע בשוויון הזדמנויות. על המדינה להבטיח שוויון הזדמנויות בחברה גם אם הוא מצריך תקציב כספי גבוה יותר. אולם, המדינה תטען שאין לקבל את הטענה לשוויון הזדמנויות כאן, חברת שלד היא חברה ותיקה ומוערכת. מכאן שדווקא החברה מתחילה מנקודה גבוהה יותר מהחברות בנייה החדשות כיוון שאין חברות זרות שהציבור הישראלי לא מכיר.

טענה נוספת של תותית תתבסס על השוויון האריסטוטלי, לפיו יש להעניק יחס שווה לשווים. לפי פרופ' ספיר כאשר יש טענה לפגיעה בשוויון האריסטוטלי יש לבחון זאת כך: 1)שוני רלוונטי- תותית תטען שאין שוני רלוונטי שכן כולן חברות בנייה. אולם המדינה תטען שקיים שוני, שכן בחברות הבנייה הזרות מועסקים עובדים זרים בלבד ולכן יצטרכו לשלם דמי היתר גבוהים מאוד.  
2) תכלית ראויה- המדינה תטען שמטרתם היא להעלות את היקף ורמת התיעוש בבניה למגורים. תותית תטען כי המדינה משתמשת בחברות בנייה כמו החברה שלה(שלד) להשגת מטרה זו. שימוש באנשים כאמצעי להשיג מטרה מסוימת אינו ראוי ולכן התכלית אינה ראויה(פס"ד א.ס.ף). 3)קשר אמצעי-מטרה: המדינה תטען שהתקנה ראויה להגשים את מטרתם. אולם, תותית תטען שהתחשבות בחברות השונות היא הכרחית להגשמת תכלית החוק(לוי, עמותת מחויבות).

תותית תטען גם לפגיעה ברציונל הפרנסה(פס"ד בז'רנו) והתחרות החופשית(פס"ד כלל ומגדל, מאמרו של אייל גרוס) **שבחופש העיסוק.** חשוב לציין כי חופש העיסוק לא חל על העובדים הזרים אלא רק על אזרחי המדינה. אמנם חופש העיסוק כן חל על שאר העובדים בחברה שהם בעלי אזרחות בישראל. חופש העיסוק היא זכות מנויה בס'3 לחו"י חופש העיסוק. ראשית עלינו לבחון האם קיים כאן חוק חורג לחו"י חופש העיסוק. על פניו נראה שלא, לתקנה ולחוק אין תוקף ל4 שנים , לא נאמר בהם "על אף האמור..." ולא נתון לנו שעברו ברוב של מעל 61 בכנסת. מבחינת שמירת הדינים, לתקנה ולחוק אין תאריך ולכן אין צורך לבחון האם עומד בשמירת הדינים.

בנוגע לפגיעה בחופש העיסוק תותית תטען שהתקנה החדשה פוגעת בתחרות חופשית שווה בין פרטים בחברה. כיוון שחברות הבנייה שנהנות מהפטור יוכלו להצליח ולהתקדם יותר מחברות הבנייה שלא נהנות מהפטור. כמו כן דמי ההיתר הם גבוהים מאוד ולכן נפגע הרציונל לפרנסה, שכן דמי ההיתר פוגעים באופן מהותי בפרנסת חברת הבנייה. לפיכך יש לבחון את הפגיעה בפסקת ההגבלה.

**תכלית ראויה-** המדינה תטען שמטרתם היא להעלות את היקף ורמת התיעוש בבניה למגורים. תותית תטען כי המדינה משתמשת בחברות בנייה כמו החברה שלה(שלד) להשגת מטרה זו. שימוש באנשים כאמצעי להשיג מטרה מסוימת אינו ראוי ולכן התכלית אינה ראויה(פס"ד א.ס.ף). **הלימה לערכי המדינה-** תותית תטען שפעולה אי-שוויונית נוגדת לערך הדימוקרטיה. המדינה תטען כי רק בנסיבות חריגות ניתן יהיה להכריז על אי-חוקיותו של חוק עקב פגיעה בערכי המדינה כדמוקרטית(פס"ד חטיבת זכויות האדם). **הסמכה-** המדינה: החוק מסמיך את השר להתקין תקנות בצורה מפורשת בנוגע למתן פטור לדמי היתר.

**מבחני המידתיות(פס"ד לשכת מנהלי השקעות)- קשר אמצעי מטרה:** המדינה תטען שהתקנה ראויה להגשים את מטרתם. אולם, תותית תטען שהתחשבות בחברות השונות היא הכרחית להגשמת תכלית החוק(לוי, עמותת מחויבות). **אמצעי שפגיעתו פחותה-** בהתבסס על פס"ד א.ס.ף ועל פרופ' ספיר, נוסיף כאן מבחן משנה- תוספת תועלת מול תוספת נזק, דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי ופוגעני פחות. גם אם אמצעי זה לא יביא את אותה התועלת. תותית תטען כי יש אמצעי פוגעני פחות שהוא פטור חלקי מדמי היתר למשך השנתיים הראשונות לכל עובד זר גם בחברת בנייה זרה וגם בחברת בנייה ישראלית. **תועלת מול נזק-** המדינה תטען שהתקנה תביא תועלת רבה ל6 החברות בנייה הזרות שהגיעו למדינה. אולם תותית תטען לפגיעה קשה בכל החברות הישראליות. לפיכך, הנזק עולה על התועלת.

**סעדים אפשריים:** על ביהמ"ש יהיה להחליט האם התקנה אכן פוגעת פגיעה שאינה חוקתית בזכות לשוויון ובחופש העיסוק, והאם הפגיעה מוצדקת לפי פסקת ההגבלה(פס"ד הופנונג). **בטלות-** התקנה בטלה מלכתחילה בשל הפגיעה בזכויות אדם חוקתיות. **נפסדות-** צעד אקטיבי של ביהמ"ש בו הוא יבטל את התקנה בשל הפגיעה הקשה בזכויות. **בטלות יחסית:** אם הפגם לא חמור, התקנה ניתנת לביטול לפי החלטת ביהמ"ש(זמיר, האגודה לזכויות האזרח), הבטלות היחסית גמישה יותר. **צו למחוקק(בייניש בפס"ד נסר נ' ממשלת ישראל)-** ביהמ"ש יכול להוציא צו לשנות את התקנה כך שלא תפגע בחברות בנייה כמו שלד. **קריאה לתוך החוק(חיות בפס"ד ליאת משה)-** ביהמ"ש יכול להשתמש בדוקטרינה זו ולקבוע כי הפטור חל גם על חברות בנייה ישראליות שעובדיהם הם עובדים זרים. **פיצויים(נאור בפס"ד ישועה)-** ביהמ"ש יכולים לקבוע מתן פיצויים לחברת שלד בשל הפגיעה החוקתית והנזק הכלכלי שיגרם לחברה בעקבות תקנת השר.

**סיכויי הצלחה-** לטעמי, סיכויי ההצלחה לא מאוד גבוהים. התקנה נועדה למטרה חיובית שהיא העלאת היקף ורמת התיעוש בבניה למגורים. זוהי מטרה חברתית שנועדה לקדם זכויות חברתיות ולאפשר לציבור רמת חיים גבוהה יותר. בסופו של דבר החוק והתקנה הם דוגמא המשקפת את חובתו של השלטון לפעול באופן אקטיבי למען קידום ההגנה על זכויות יסוד(השופטת ברק-ארז בפס"ד עדאלה).

2.פיטורייה של מילעל- מילעל מגישה תביעה לביטול הפיטורין. מילעל יכולה לבסס את תביעתה על הפגיעה בחופש הביטוי, שכן החברה מונעת ממנה להתבטא ובכך פוגעת בהגשמה העצמית ובטיעון הדמוקרטי (המאמר של אילנה דיין). חופש הביטוי הוכרה כזכות חוקתית בפס"ד קול העם. יש קושי בכך שמילעל תתבע את החברה בצורה ישירה על הפגיעה בזכות, כיוון שזוהי חברה פרטית שאינה מחויבת בהגשמת זכויות. **האם החברה היא גוף דו-מהותי?** על פי הנתונים שלפנינו נראה כי אינה מקיימת התנאים לגוף דו-מהותי שבפס"ד קדישא: 1) קיומן של סמכויות סטטוטוריות 2) זיכיון בלעדי מהמדינה. 3) שליטה על אמצעי ייצור חיוני.

האפשרות השנייה של מילעל היא **תחולה עקיפה**(פס"ד בית יולס). מילעל יכולה להגיש תביעה לבית הדין לעבודה ולטעון שהתנאי בחוזה פוגע באופן משמעותי בחופש הביטוי ולכן הוא נוגד את תקנת הציבור ועליו להיות בטל. בנוסף, מילעל תטען שדברייה הוצאו מהקשרם בכתבה שפרסם העיתון ואינה התכוונה לפגוע בחברה. מכאן שהחברה פעלה בחוסר תו"ל כאשר פיטרה אותה ועלייה להחזיר את מילעל לעבודה. אולם החברה תוכל לטעון שמילעל פוטרה בשל הפרת חוזה. יתרה מזאת, במשפט הפרטי החירות הוא הכלל ואם רוצים לחייב בזכות חוקתית יש לעשות זאת בחקיקה ישירה ולא דרך תחולה עקיפה(דנצינגר בפרוז'אנסקי) ולכן אין לחייב את החברה להחזיר את מילעל לעבודה ולאפשר ביטוי שעלול לגרום נזק לחברה.

אפשרות נוספת שעומדת בפני מילעל היא **תחולה ישירה** דרך חקיקה ספציפית בדיני עבודה.

**סיכויי ההצלחה-** לטעמי סיכויי ההתגוננות של תותית מפני התביעה של מילעל אינם גבוהים, כיוון שפיטור אדם בשל התבטאותו פוגע בגרעין הקשה של חופש הביטוי במיוחד בשל העובדה שדבריה של מילעל הוקצנו בכתבה. מפני שכך, הפיטורים שנעשו בחוסר תו"ל נוגדים את תקנת הציבור.

3.תקיפה של החלטת שר הפנים בעניינו של אנדריי-

**עמדת היועמ"ש:** תותית תטען שבהתבסס על ועדת ארגנט היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת וייצוג המדינה מופקד על היועמ"ש לפי הדרך שהוא סובר שמצדיקה את פעולות הרשות(פס"ד אמיתי נ' רה"מ), כמו כן בפס"ד התנועה לאיכות השלטון, השופט מצא רואה את חוות דעתו של היועמ"ש כמחייבת. לפיכך, על השר לאפשר לאנדריי לקבל אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות ולהירשם כיהודי במרשם האוכלוסין. **מנגד,** השר יטען כי היועמ"ש אינו מחוייב לטעון לשר, והוא יכול להציג את עמדותיו באמצעות עורך דין אחר. על השר להציג את טענותיו שלו על מנת להגשים את חופש הביטוי שלו(השופט שטיין בפס"ד אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה).

**יהודי למרשם האוכלוסין:** תותית ואנדריי יטענו כי יש לאפשר לאנדריי להירשם במרשם האוכלוסין כיהודי כיוון שלרישום אין משמעות מיוחדת(דעת רוב בפס"ד שליט). אולם, השר יטען כי יש משמעות לרישום, אם לא היה משמעות לאנדריי לא היה אכפת כיצד הוא נרשם(לנדוי בפס"ד שליט). כמו כן, אנדריי הוא עובד זר ואין להפריד בין דת ללאום(זילברג בפס"ד שליט).

**יהודי לחוק השבות:** תותית ואנדריי יטענו כי יש לקבל גיור שנעשה בארץ לחוק השבות כדיי לעודד עלייה לארץ(נאור, פס"ד רוגצ'ובה) אם המתגייר עומד במבחן הקהילה היהודית המוכרת(פס"ד טושביים2). מכאן שיש להכיר בגיורו של אנדריי ולהעניק לו אזרחות מכוח חוק השבות. **בניגוד לכך**, המדינה תטען שגיור בארץ יהיה רק לפי הרבנות(פס"ד רוגצ'ובה). אנדריי עבר גיור דרך התנועה הקונסרטיבית ולכן הגיור שלו לא תקף ע"פ הרבנות.

**בנוסף,** תותית ואנדריי יטענו כי מה שעומד בבסיס החלטת השר היא התכלית **הדמוגרפית**. השר טען שמתן אזרחות לעובדים זרים מכוח גיור תביא לגל גיורים של עובדים זרים. אין ספק כי הוא החליט לדחות את בקשתו של אנדריי על בסיס שיקול זה ולכן החלטתו אינה ראויה(פרוקצ'יה, פס"ד עדאלה). **מנגד,** השר יטען לדעת היועמ"ש במסמך התגובה שלו לפס"ד עדאלה, כי תכלית דמוגרפית עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. מכאן נובע שהתכלית הדמוגרפית הינה תכלית ראויה.

**סעדים אפשריים:** על ביהמ"ש יהיה להחליט האם החלטתו של השר מוצדקת בנסיבות העניין והאם יש לקבל את בקשתו של אנדריי. **בטלות-** במקרה שלפנינו אין פגיעה בעקרון יסוד(פס"ד לאור) ולכן אין בטלות ישירה. **נפסדות-** צעד אקטיבי של ביהמ"ש בו הוא יבטל את החלטת השר ויקבל את בקשתו של אנדריי. **צו למחוקק(בייניש בפס"ד נסר נ' ממשלת ישראל)-** ביהמ"ש יכול להוציא צו לשנות את החלטת השר, כך שתתקבל בקשתו של אנדריי.

**סיכויי ההצלחה**- לטעמי, סיכויי ההצלחה של התביעה של אנדריי ותותית אינם גבוהים בעקבות הפסיקה והחקיקה בנושא חוק השבות והמרשם. בפסקי הדין השונים נראה כי ביהמ"ש בוחר בגישה מצמצמת(פס"ד סטמקה) ונוטה לא להתערב בהחלטות המנהל והמחוקק(פס"ד טושביים1).

הערות בדיקה:

1. תקנה – חסר: היחס שבין זכויות לא מנויות ותקנות. סוגי עבודה מול סוגי מעסיקים בחוק. דיון בדרישת ההסמכה – עמדת בג"ץ והתכלית.
2. פיטורין – חסר: עמידה על כך שלא מדובר בביטוי פוליטי. היחס שבין זכות לא מנויה ותחולה במשפט הפרטי. דיון באיזונים ובתוצאותיהן, בין זכויות ואינטרסים סותרים.
3. גיור – חסר: דהאן. התייחסות לאבחנה בין גיור לנישואין (הזוג לא נישא בקייס)
4. יועמ"ש – חסר: יישום שגוי של עמדת שטיין.