

[דף סיכום בחינה](#)**מזהה בחינה: 001000252328 מזהה סטודנט: 237825****שם קורס: משפט חוקתי**

מספר שאלה	הערה	ציון מירבי	ציון שאלה סופי
1		5.00	5.00
2	כל המוסיף גורע	5.00	5.00
3		5.00	4.00
4		5.00	5.00
5		5.00	5.00
6	חסרות התייחסויות מסוימות, ר"פ פתרון לפרטים	75.00	42.00

ציון בחינה מקורי : 66.00**ציון בחינה מחושב : 66****תוספת ציון לבחינה : 30****ציון בחינה סופי : 96.00****הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

1. לבחינה שני חלקים. בחלק הראשון חמש שאלות קצרות. בחלק השני שאלת אירועון.
2. משך המבחן 210 דקות ללא הפסקה. לא תינתן הארכה.
3. הבחינה בחומר פתוח, בהתאם לכללי המערכת.
4. יש להשיב על כל השאלות.
5. ענו בקצרה אך לא בסיסמאות, תוך שימוש באסמכתאות במידת הצורך. אל תחרגו ממכסת המילים המוקצית לתשובה.
6. ניתן להשתמש בדפי טיוטה.
7. ניתן לפתור את המבחן בכתב יד (מגבלת המילים זהה) - סריקת התשובות תתבצע בסיום הבחינה.
8. יציאה לשירותים מותרת באישור המשגיחים.
9. לנוחותכם, שאלון הבחינה מצורף כנספח.

(25% - מקסימום 200 מילים לכל שאלה)

שאלה מס' 1 (5 נק')

בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא למדנו), אמר הנשיא ברק את הדברים הבאים:

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.

א. בפרשת סטמקה עשה השופט חשין שימוש בטענה דומה לזו של ברק כדי לפרש בצמצום הוראה מהוראות חוק השבות. פרט והסבר.

ב. בכתה נטען שאותה טענה של ברק מספקת סיוע לעמדה שהציגה המדינה בפרשת טושביים I (עמדה שלמרבה הפלא ברק דווקא דחה). הסבר.

תשובה:

א. השופט חשין הציג 2 שיקולים לפרשנות של חוק השבות:

1. שיקול של תכלית החוק - (לא להפריד משפחות) והוא תקף רק אם הם התחתנו בחו"ל, ועולים יחד לארץ. אם היהודי הוא כבר אזרח ישראל, הוא כביכול כבר מיצה את השבות שלו.

2. שיקול של אפליה - למה שיהודי אזרח ישראל יוכל להקנות אזרחות לאשתו הלא יהודייה, לעומת ערבי אזרחי ישראל שלא יכול?

חוק השבות הוא בעצם חוק הגירה וכחוק כזה הוא מעניק יתרון ליהודים על פני מי שאינם יהודים, ובכך הוא מייצר אפליה. לכן, יש צורך בפירוש מצומצם של חוק השבות.

ב. טענת המדינה הייתה כי מי שהיה בארץ ורק אז התגייר לא יקבל הכרה כיהודי מכוח חוק השבות, שכן אם המדינה תאפשר זאת נהפוך למדינת מהגרים. העמדה של ברק מסייעת לעמדת המדינה בכך שהוא אכן מאשש שרק ליהודים יש מפתח כניסה לארץ דרך חוק השבות.

פרשת לאו"ר

א. מהם שני החידושים שהציע ברק בפרשת לאור?

ב. במספר פסקי דין שנכללים ברשימת הקריאה הועלו טענות דומות. תאר לפחות פסק-דין אחד כזה ואת ההקשר שבו נטענה הטענה.

תשובה:

א.

1. לביהמ"ש סמכות לפסול חקיקה ראשית כשהיא מתנגשת עם עקרונות היסוד גם אם הם אינם מעוגנים בחוקה. למעשה לא צריך חוקה בשביל לפסול חקיקה ראשית.

2. אפשר לפסול חוק גם אם אינו סותר את החוקה (אם ההגנה לעקרונות היסוד שהיא נותנת אינה מספקת). גם כשיש חוקה, מה שהיא קובעת אינו סוף פסוק. אם ההגנה שהחוקה נותנת אינה מספקת, יש את הסמכות למקם את ההגנה איפה שהיא צריכה להיות (חידוש גדול יותר). החידוש השני היה אמרת אגב של ברק במטרה להשתמש בזה בעתיד, לגייס ולהשפיע על הציבור וגם איתות לכנסת - או שתחוקק חוקי יסוד בעניין זכויות אדם או שהוא ייצר מגילת זכויות אדם חוקתיות בעצמו.

ב. פס"ד מיטראל - הועלתה הטענה כי למרות העקיפה על חוה"ע בפסקת ההתגברות, ניתן לפסול חוק אם הוא נוגד את עקרונות היסוד של השיטה - העומדים גם מעל החוקה. במקרה הזה, ברק אמר כי הפגיעה בחוה"ע מוגבלת ולא מגיעה לכדי פגיעה בעקרונות של המשטר החוקתי, כלומר גם אם יש פגיעה היא לא דרמטית. הייתה טענה נוספת כי יש פגיעה לא רק בחוה"ע אלא גם בזכויות אדם אחרות, וברק הציע מבחן של 3 תנאים מצטברים שאם התקיימו נכשיר את החוק שפוגע באמצעות פסקת ההתגברות - 1) הפגיעה בזכויות אחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת. 2) הפגיעה העיקרית היא בחוה"ע ומשנית בזכות אחרת 3) הפגיעה בזכות אחרת לא משמעותית.

בג"צ התנועה למען איכות השלטון ובג"צ אמיתי

א. מהו המשותף לבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ולבג"צ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל?

ב. מהי הביקורת שנמתחה בכתה על התנהלות בג"צ בשתי הפרשות?

ג. בכתה נטען שלמכח התפתחויות בתחום החקיקה, ספק אם ההלכה שנקבעה בשני פסקי הדין עודנה בתוקף. מהי הטענה?

תשובה:

א. הדמיון בין פס"ד הוא שבשניהם המואשמים הם בעלי משרות שלטוניות רמות ברשות המבצעת, יש חשד לעבירות חמורות, והמשך כהונתם יוצר פגם באמון הציבור. במקרה הראשון - הוגש נגד השר דרעי כתב אישום ורה"מ הבטיח לו שלא יפטר אותו מכהונתו במצב כזה. ביהמ"ש פסק כי החלטת רה"מ היא לא סבירה באופן קיצוני ובמקרים כאלה הסמכות לפטר שר הופכת לחובה. במקרה השני, הוגש כתב אישום נגד סגן השר פנחסי שמיוחסות לו עבירות של קלון. הכנסת הצביעה נגד הסרת החסינות הדיונית ולכן הוגשה עתירה, ביהמ"ש פסק כי נפגע אמון הציבור ומתחזקת החובה של רה"מ לפטרו, והוא אכן הודח מתפקידו.

ב. הביקורת הייתה כי האישורים נגד דרעי ~~חמורים~~ יותר, אין להמתין לנטילת החסינות עד להפעלת הסמכות מאחר והכנסת כבר סירבה שלא ליטול את החסינות של פנחסי.

ג. בעקבות שתי הפרשות הכנסת תיקנה את חו"י הממשלה וכיום יש את ס' 23 ב 271 שקובעים כי הרשעה שיש עמה קלון מפסיקה כהונה (בלי שק"ד רה"מ). בנוסף, בשונה ממה שנפסק בביהמ"ש, התיקונים מקלים את הנסיבות - גישה מצומצמת יותר. לכן ספק אם ההלכות מפס"ד עוד בתוקף.

(לימוד עצמי)

א. האם נשיא המדינה מוסמך להעניק חנינה גם לאדם שעבר עבירה אך טרם הועמד עליה לדין? באיזה הקשר עלה הנושא לדין?

ב. מי מוסמך להורות על הקמת ועדת חקירה ממלכתית?

ג. מי נותן את האישור הסופי להקמת ועדת חקירה פרלמנטרית?

תשובה:

א. הנשיא אכן מוסמך לכך, אך הנושא עלה לדין בעניין ברזילי - שם הוחלט כי נשיא אכן יכול לתת חנינה לפני הרשעה והעמדה לדין, עבור אינטרס ציבורי, אך אין להשתמש בזה! שכן הסמכות לקבוע האם קיים אינטרס ציבורי בדבר העמדה לדין מסורה ליועמ"ש, ואופן ההפעה של סמכות זו נתון לביקורת שיפוטית. קשה להצדיק הפעלת סמכות מקבילה בהקשר זה ע"י נשיא המדינה.

ב. מוקמת מכוח חוק ועדות חקירה מסמכות הממשלה. גם ועדת ביקורת המדינה יכולה להקים ועדת חקירה ע"י נשיא ביהמ"ש העליון ע"מ להבטיח את אמון הציבור במקצועיות.

ג. 3 שלבים להקמת ועדת חקירה פרלמנטרית - 1. המלצת המליאה להקים וועדת חקירה עוברת לוועדת הכנסת. 2. וועדת הכנסת דנה בהצעה וממליצה להקימה תוך פירוט סמכויותיה. 3. אישור ההצעה ע"י מליאת הכנסת. כלומר - האישור הסופי ניתן ע"י מליאת הכנסת.

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו

א. יש המייחסים להכרעה בעניין גמזו חשיבות רבה. מדוע?

ב. בכתה נטען שמסיבות שונות אין בפסק הדין חידוש כה מהפכני. מדוע?

תשובה:

א. ניתן לייחס לו חשיבות רבה כי בו ברק הכיר שהזכות של כל אדם לקיום מינימאלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית שמעניק חו"י כהאו"ח. בעצם ברק הכיר בזכות חברתית כמוגנת תחת חו"י כהאו"ח.

ב. יש 2 אלמנטים שמפחיתים מהמהלך של ביהמ"ש: 1. כשמדברים על הכללת הזכויות החברתיות מדברים בעיקר על המופע החיובי של הזכות, כאן עוסקים במובן השלילי.

2. הזכות של האישה והבת נפגעת. כשהמדינה מתירה לא לגבות את החובה זה בא על חשבון אלו שחייבים להם.

למעשה כאשר מדברים על זכויות חברתיות הדבר מרחיק לכת. יש סימן שאלה על האפקטיביות של ביהמ"ש כדי באמת לסייע לאלו שנמצאים במקומות הנמוכים לחיות חיים בכבוד. ביהמ"ש אקטיביסטי ככל שיהיה לא יכול באמת לתת מענה הולם ומספק לעוולות שקיימות ולמציאות שבה יש אנשים בחברה שנאבקים על יכולתם להתקיים. ניתן לראות שביהמ"ש מדבר הרבה על הזכויות הללו אבל ברגע האמת לא נותן סעד ולא מתערב במדיניות הכללית של המדינה.

(75% - מקסימום 2000 מילים)

שאלה מס' 6 (75 נק')

נג'יב, נאף ומוהנד הם אחים השייכים למשפחה מוסלמית מכובדת בעיר בצפון הארץ. נג'יב הוא בעל בית דפוס גדול, נאף עומד בראש עמותה להפצת ערכי האיסלם בקרב בני נוער, שפעילותה ממומנת, בין היתר, מתמיכה המתקבלת מן העיריה ואילו מוהנד מכהן כחבר כנסת.

לפני זמן מה התבקש נג'יב לתת הצעת מחיר להדפסת מודעות המפרסמות כנס להט"בי שעתיד להתקיים באזור הצפון. נג'יב סירב לתת הצעת מחיר ובתשובתו לפונים כתב כך: "אני מוסלמי מאמין, ואינני יכול להיות שותף לקידום התנהגות המפרה את מצוות הדת." מזמיני המודעות הגישו כנגד נג'יב תביעה לבית משפט השלום בעיר (להלן: התביעה כנגד נג'יב), בהתבסס על הוראות חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: חוק איסור אפליה).

בית דפוס אחר הדפיס את המודעות והן נתלו על גבי שלטי פרסום ברחבי העיר. נג'יב הפנה את תשומת ליבו של מוהנד (חבר הכנסת) לעניין, ובתגובה יצא מוהנד מייד לשטח והסיר באופן הפגנתי מודעה שנתלתה סמוך לביתו. כנגד מוהנד הוגש כתב אישום בעוון השחתה של רכוש ציבורי. לבקשתו של מוהנד קיימה הכנסת דיון בכתב האישום ובסיכמו נערכה הצבעה בה נקבע כי מוהנד נהנה מחסינות בגין מעשיו. מספר ארגונים הגישו עתירה לבג"צ כנגד החלטת הכנסת (להלן: העתירה נגד הענקת החסינות).

לאחר מספר ימים, קיימה הכנסת דיון נוסף באירועים, לבקשתו של ח"כ פלוני המנהל אורח חיים להט"בי גלוי. במהלך הדיון תקף פלוני את מוהנד וזה בתגובה כינה את פלוני "הומו מסריח". פלוני הגיש תלונה לוועדת האתיקה של הכנסת. הוועדה קיימה דיון והחליטה לשלול ממוהנד את הזכות לנאום במליאה למשך חצי שנה. מוהנד הגיש עתירה לבג"צ כנגד ההחלטה (להלן: עתירה כנגד החלטת ועדת האתיקה).

בעקבות החלטת הכנסת להעניק למוהנד חסינות, יזמו מספר חברי כנסת הצעה לתיקון חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951. במסגרת התיקון נוספה לסעיף 1 (א) פסקה נוספת (מספר 5) שלשונה כדלקמן: "(5) שלילת זכותם של להט"בים לשוויון זכויות מלא" (להלן: התיקון לחוק החסינות) התיקון לחוק החסינות התקבל בכנסת כחלק מחוק ההסדרים במשק המדינה לשנת 2021 (להלן: חוק ההסדרים). בנוסף, נכלל בחוק ההסדרים תיקון לחוק איסור אפליה, שבו תמכו 65 חברי כנסת, הקובע כדלקמן: "על אף האמור בהוראות חוק יסוד חופש העיסוק, רשאי ראש רשות מקומית להתלות את רשיון העסק של מי שעבר על הוראות חוק איסור הפליה." בעקבות התיקון לחוק איסור אפליה התלה ראש העיריה את רשיון העסק של נג'יב. מוהנד ונג'יב הגישו עתירה לבג"צ כנגד שני התיקונים וכנגד התליית הרשיון של נג'יב (להלן: עתירה כנגד התיקון לחוק חסינות חברי הכנסת ועתירה כנגד ההסמכה להתלות רשיון עסק וכנגד ההחלטה להתלות את רשיונו של נג'יב). היועץ המשפטי לכנסת סירב לייצג את עמדת הכנסת בעניין שני התיקונים. בתגובה, פנה יו"ר הכנסת אל בית המשפט בבקשה שיאפשר לו להציג את עמדת הכנסת. היועץ המשפטי לכנסת התנגד גם לבקשה זו, בטענה שהוא הגורם המוסמך לייצג הכנסת.

נאף (ראש העמותה) שעמד עד אותו רגע מן הצד, חש שאחיו מפסידים במערכה על לב הציבור. לפיכך הוא הדפיס אצל אחיו נג'יב מודעות ובהן צילום של משפחה גרעינית הכוללת אב, אם ושני ילדים. מעל הצילום נכתב "משפחה נורמלית". נאף פנה לעיריה בבקשה לקבלת רשיון לתליית המודעה ברחבי העיר, אך ראש העיריה סירב להעניק את הרשיון המבוקש (להלן: הסיורב להעניק רשיון). בנוסף, הורה ראש העיר לגזירות העיריה לקצץ במחצית את דמי התמיכה הכספית לעמותה (להלן: הקיצוץ בתמיכות). נאף עתר לבית המשפט לעניינים מנהליים כנגד הסיורב והקיצוץ (להלן: עתירה כנגד הסיורב והקיצוץ).

הנכם שופטים נודדים, המכהנים במקביל בכל הערכאות הרלוונטיות. דונו בכל התיקים והכריעו בהם. במידה ויש נקודות החוזרות על עצמן, ניתן להפנות מפסק-דין אחד שלכם לאחר ולהמנע מחזרות מיותרות.

נספחים:

חוק עזר לעיר בגליל (שילוט), תשנ"ג-1992

2. (א) לא יציג אדם שלט, לא יפרסם מודעה, ולא ירשה ולא יגרום להצגה או לפרסום של שילוט, אלא לפי רשיון מאת ראש העיריה ובהתאם לתנאי הרשיון, ולאחר ששילם אגרת שילוט שנקבעה בתוספת, וחותרת הקופה הוטבעה על גבי הרשיון.

(ה) לא יינתן רשיון לשילוט אם פרסומו או הצגתו מהווה עבירה פלילית או אם, לדעת ראש העיריה, השילוט פוגע בתקנת הציבור או ברגשותיו.

חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000

3. (א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם.

5. (א) מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נסח חדש], יחולו עליהם, בכפוף להוראות חוק זה.

(ב) בית המשפט רשאי לפסוק בשל עוולה לפי חוק זה פיצוי שלא יעלה על 50,000 ש"ח, בלא הוכחת נזק.

תשובה:

העתירה כנגד נג'יב-מזמיני המודעות הם למעשה אזרחים התוקפים את נג'יב ובית הדפוס שלו - גוף פרטי, באמצעות תחולה ישירה - עם חקיקה ספציפית. טענתם היא כי ההחלטה של נג'יב לא לספק להם את המודעות בשל נטייתם המינית נוגדת את חוק איסור הפליה במוצרים. ע"כ, ידרשו מביהמ"ש לפסוק כי הם זכאים לפיצויים כקבוע בחוק. משום שמדובר בגוף פרטי, לא הייתי מיעצת למזמינים לטעון לתחולה עקיפה ע"י מושגי שסתום ולפגיעה בזכות לשיוויון ולכבוד, שכן אין להחיל חובות כללו על גופים פרטיים, וכן ברור כי נג'יב עובר על החוק. על כן, אני סבורה כי ביהמ"ש אכן יפסוק לטובת התובעים ויטיל סנקציות על נג'יב בעקבות-כך - פיצויים ו/או סיפוק המודעות. **ומה עם לתקוף את החוק?**

העתירה נגד הענקת החסינות-תוקפים את הכנסת, לגבי החלטת אי נטילת החסינות הדיונית של ח"כ מוהנד. נראה כי לא אין פרטים האם הדיון החל בוועדת הכנסת כמו שראוי, אך נניח שכן. העותרים יטענו כי נפל פגם בהחלטת הכנסת הגורר את ביטול הענקת החסינות. בבג"צ 11298/03 ברק קבע כי הכנסת מוסמכת לבדוק רק האם ההחלטה להגיש כתב אישום וליטול חסינות מבוססת על טעמים פסולים שמקורם בהחלטות פוליטיות. העותרים ע"כ יטענו כי העבירות בהם מואשם מוהנד חמורות ומהוות פגיעה חמורה בדמוקרטיה. ע"כ יש ליטול את חסינותו הדיונית של מוהנד ולהעמידו לדיון. מנגד הכנסת ומוהנד יטענו כי מדובר בניהול עניינים פנימיים של הכנסת ולכן אין על ביהמ"ש להתערב אלא בנסיבות קיצוניות ואם נפל פגם מהותי - מה שלא קורה כאן (שמגר בכהנא). העותרים יטענו כי יש שיקולים שהכנסת צריכה לקחת בהחלטה: 1. העבירה שבה מואשם נעשתה לא למען מילוי תפקידו של הח"כ ולכן לא נהנה מחסינות מהותית. 2. כתב האישום לא הוגש שלא בת"ל או תוך הפליה. 3. לא מדובר שמעשה שנעשה בתוך כותלי הכנסת ולכן הכנסת לא יכולה לנהל את הנעשה. 4. האם ההליך המשפטי נגד ח"כ עלול לפגוע באינטרס הציבורי? העותרים יטענו שלא ויש להעמידו לדיון. מנגד מוהנד יטען שכן ואין צורך להגיע לכך.

איני בטוחה האם ביהמ"ש יסכים כי על הכנסת ליטול את החסינות של ח"כ, שכן הטענה כי העבירות חמורות ופוגעות בדמוקרטיה היא די חלשה.

עתירה כנגד החלטת ועדת האתיקה-מדובר בתקיפה של ח"כ נגד ועדת האתיקה של הכנסת, תקיפה ישירה בבג"צ. למעשה ח"כ תוקף החלטה מעין שיפוטית אך פנימית של וועדות האתיקה. השר יטען כי לוועדת האתיקה אין סמכות להטיל עונשים בגין התבטאות הנופלת בגדר החסינות המהותית המוענקת לח"כ, שכן הוא דיבר ו"תקף" לטענתם את ח"כ פלוני במהלך דיון בכנסת. מנגד, יזכרו בפרשת מח'ול בה ברק פסק כי החסינות העניינית לא שוללת מהכנסת את האפשרות לנקוט פעולה משמעתית נגד ח"כ שעבר על הכללים. החסינות העניינית לא מגנה מפני הליכי שיפוט פנימיים. סביר להניח שביהמ"ש יפסוק בהתאם להלכה זו, ויקבע כי הסנקציה שהוטלה על ח"כ מוהנד תקפה ואין להתערב בה, החסינות לא מונעת מהליכים שיפוטיים פנימיים.

עתירה כנגד התיקון לחוק חסינות חברי הכנסת-למעשה העותרים מבצעים תקיפה ישירה של התיקון לחוק דרך בג"צ. הם יטענו כי התיקון לחוק החסינות פוגע בזכות לחופש דת וחופש הביטוי שלהם ולכן החוק מהווה סתירה של חו"י כהאו"ח, שכן הזכויות הללו נגזרות ממנו (ויבהר להלן). מנגד, המדינה תטען כי קיים אינטרס להגן על שוויון זכויות הלהט"בים ואיסור אפליה שלהם. יש לציין כי תיקון לחוק לא נהנה משמירת דינים (ס' 10 לחו"י כהאו"ח). לפני הכל העותרים יכולים גם לטעון, כי התיקון לחוק התקבל במסגרת חוק ההסדרים שבתהליך חקיקתו יש בעייתיות רבה שנמשכת כבר שנים כי הוא מתבצע בהליך חקיקה מזורז ולח"כים קשה להבין למה הם מסכימים (בייניש בארגון מגדלי העופות). מנגד המדינה תטען שהחוק לעצמו אינו יכול להביא להכרזה על בטלותו, וכל עוד התקיימו עקרונות היסוד של הליך החקיקה (הכרעת הרוב, שוויון, פומביות והשתתפות), אין פגם בחקיקה (שם).

חופש דת: לזכות 2 רציונליים: חופש המצפון-עשייה או הימנעות מכזאת מתוך האמונות העמוקות ביותר של האדם עצמו. הזכות לתרבות-הדת כמארג שלם המכונן תרבות. ע"כ העותרים יטענו כי בחוק קיימת פגיעה בשני הרציונליים של הזכות, שכן מונעת מהם להגשים את צווי מצפונם ותרבותם. מנגד המדינה תטען כי לא מונעת דבר, אלא מטילה סנקציה במידה ויתבטאו בצורה לא הולמת - חסינות מהותית לא תינתן במקרה כזה. היקף - הזכות לתרבות היקפה רחב יותר ויכולה להופיע גם במופע חיובי, הזכות לתרבות מגינה על מיעוטים ותרבויות רבות. לעומת זאת היקף חופש המצפון מצומצם יותר. אך, המשקל של חופש המצפון כבד יותר מהזכות לתרבות, ולכן סביר כי עתירה תתקבל בטענה כי חופש המצפון נפגע ולא חופש הדת. במקרה שלנו, העותרים אכן יטענו כי יש פגיעה בשני הרציונליים, אך בחופש המצפון הפגיעה היא החזקה ביותר. המדינה תטען, שטרם נפסלה חקיקה ראשית בעקבות פגיעה בחופש דת ולכן הזכות לא נהנית ממעמד חוקתי. הרציונל של קריאת חופש דת לתוך חו"י בשלב זה בגדר אמרת אגב בלבד. לכן, אין לראות פגיעה בחופש דת כפגיעה בחו"י כהאו"ח ואין לפסול את התיקון לחוק בשל טענה זו. בנוסף המדינה תטען כי מדובר בפגיעה ברגשות דתיים בלבד(ברק בשביט ובחורב).

חופש הביטוי: 3 רציונלים- 1. גילוי האמת 2. דמוקרטיה 3. מימוש עצמי(קול העם). ע"כ העותרים יטענו כי קיימת פגיעה ב3 הרציונלים של הזכות. מניעה מגילוי האמת שלהם, פגיעה בדמוקרטיה שכן

לא ח"כ לא יכול להביע את עמדתו ומניעת מימוש העצמי. מנגד המדינה תטען שוב, לא מונעת דבר, אלא מטילה סנקציה. העותרים יטענו כי מעמדו של חופש הביטוי מעוגן בחו"י כהאו"ח(מצא בגולן). מנגד המדינה תטען כי פגיעה בחופש הביטוי תעוגן בחו"י כהאו"ח רק אם מדובר בהשפלה(דורנר בגולן), במקרה דנן לא מדובר בהשפלת ח"כ ולכן אין לחופש הביטוי הגנה. העותרים יטענו כי יש פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי שזוכה להגנה הגדולה ביותר(אבנרי), וגם כי חופש הביטוי הגזעני(אם רואים אותו כך) מקבל הגנה(אלבה). יש לפגוע בחופש הביטוי רק אם יש הסתה לגזענות(אלבה), ובביטויים שהעותרים מוחים נגדם אין הסתה לגזענות, אלא רק אימרה גזענית. המדינה תטען כי לא מדובר במניעה של חופש הביטוי אלא רק הטלת סנקציה במידה ויש ביטויים פוגעים - וכן עדיף סנקציה מאוחרת ממניעה מוקדמת(ברק באבנרי נ' שפירא).

ע"כ, במידה ויפסק כי אין יש פגיעה בזכויות, יש להעביר אותה בפסקת ההגבלה:

1. הסמכה-מדובר בחקיקה ראשית ולכן אין שאלת הסמכה.

2. הלימה לערכי המדינה-העותרים יטענו כי החוק לא תואם את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה בכך שמגביל את זכויותיהם. מנגד המדינה תגיד שהוא כן הולם את ערכי המדינה ומגן על זכויות מיעוטים (להט"בים).

3. תכלית ראויה- 2 מבחנים (התנועה לאיכות השלטון): א. מאפייני התכלית - להגן על מיעוט הלהט"בים ושוויון זכויותיהם - אין ספק שזו תכלית ראויה. ב. מידת הצורך בהגשמתה והצדקתה לפגוע בזכויות - המדינה תטען שהגשמת התכלית שווה פגיעה אם בכלל בזכויות, היא תחזר טענתה בכך שהתכלית מתכתבת עם שמירה על כבוד האדם והשוויון. מצד שני העותרים יטענו שגם אם רוצים להגיע לתכלית הזאת, זה לא סיבה לפגוע להם בזכויות.

4. מידתיות: א. קשר אמצעי מטרה-העותרים יטענו שאי הכללת החסינות המהותית על ביטויים מהסוג שנקבע בתיקון, לא יגשימו את תכלית החוק ואין קשר רציונלי בין האמצעי למטרה. המדינה מנגד תטען שהדבר כן יעזור שכן זה ימנע מחברי כנסת להתייחס בחוסר כבוד כלפי הלהט"בים.

ב. האמצעי שפגיעתו פחותה-העותרים יטענו שניתן למצוא פתרון עם פגיעה יותר קטנה ע"מ להגיע לאותה תכלית. לדוג' כן לשמור על החסינות אבל הטלת סנקציה משמעתית נגד מי שמתבטא כך, כמו שעשו קודם לכן מול מוהנד (ועדת האתיקה).

ג. מידתיות במובן הצר-מחולק ל 2 מבחנים (ברק בבית-סוריק): **בחינה-מוחלטת**: המדינה תטען שהתועלת לאוכלוסיית הלהט"בים שווה את הנזק לעותרים בעוד שהעותרים יטענו שהסיכוי הנמוך שזה אכן יעזור אינה שווה את הפגיעה בזכויות. עמית באבנרי מכניס את **האיזון האנכי** במבחן זה כאשר יש פגיעה בחופש הביטוי: המדינה תטען כי במידה ולא נגביל את הזכויות יש **וודאות קרובה לפגיעה ממשית ועוצמתית** בשוויון זכויות הלהט"בים. **בחינה יחסית**: למעשה, איזון אופקי, פשרה. ניתן להציע את הפתרון שהצעתי במבחן המידתיות ה-2 לעיל.

לדעתי, סיכויי ההצלחה של העתירה הזו לא גבוהים, שכן נראה שאין פגיעה ממשית בזכויות אלא רק הטלת סנקציה מסוימת, וכן אין בשלות לכך כי טרם נעשה שימוש בתיקון לחוק בקשר לחסינות.

עתירה כנגד ההסמכה להתלות רשיון עסק וכנגד ההחלטה להתלות את רשיונו של

נג'יב: שוב תקיפה ישירה, של חוק ושל החלטה מנהלית של ראש עירייה מקומית. העותרים יטענו כי יש בכך פגיעה בחופש העיסוק שלהם, בנוסף לחופש הביטוי והדת כפי שהוסבר לעיל (העתירות בעצם מוגשת יחד ולכן יש לקחת את הדיון שביצעתי קודם גם תחת העתירה הזו) מנגד המדינה תטען כי קיים אינטרס למנוע אפליה. העותרים יטענו כי מדובר בסתירה שלא כדין של חו"י חוה"ע. חוק ההסדרים - ראו דיון לעיל.

חופש העיסוק: 3 רציונליים - 1. הפרנסה לקיום אנושי (בז'רנו) 2. אוטונומיה - מימוש עצמי (איגלו)

3. תחרות חופשית בין פרטים (כלל ומגדל). מעמדו מעוגן בחו"י חוה"ע. העותרים יטענו כי קיימת פגיעה בכל 3 הרציונלים: פוגעים בפרנסתם שכן שוללים לפרק זמן מסוים את רשיון העסק שלהם, פוגעים במימוש העצמי שכן אם רוצים לבצע אפליה למה למנוע מהם, ופוגעים בתחרות החופשית,

שכן עסקים אחרים שלא מפלים לא מלקח מהם הרשיון העסקי, לכן כאשר הרציונליים נענים ישנה הגנה עליהם (דורנר באיגלו). המדינה תטען שאין פגיעה ברציונלים הללו ואין מניעה אלא רק הטלת סנקציה.

אם יוחלט כי יש פגיעה יש להעבירה בפסקת-ההגבלה:

1. הסמכה-בתיקון לחוק אין שאלת הסמכה. אך העותרים יטענו כי בהחלטת ראש העירייה יש צורך בהסמכה מפורשת (שמגר במיטרני). יש 2 תפיסות למה בדיוק היא המסכה: 1. אורן גזל במאמרו תומך בגישת ההסמכה מכורח התכלית (דורנר בלם) וכך המדינה תטען. 2. בייניש במפקד הלאומי - ככל שהפגיעה חזקה יותר דרישת ההסמכה תפורש ביותר קפדנות. המדינה תטען שהחוק בפירוש נותן לראש עירייה להפעיל שק"ד. העותרים יטענו כי לא הופעל שק"ד כראוי והוא לא מידתי וסביר ולכן ראש העירייה פעל בחוסר סמכות.

2. ערכי המדינה-המדינה תטען כי החוק תואם לערכי המדינה היהודים והדמוקרטים ומונע אפליה. מנגד העותרים כי הוא פוגע בדמוקרטיה. יש לציין שכדי לבטל חוק בשל אי התאמה לערכי המדינה נדרשת פגיעה קשה (בייניש, חטיבת זכויות אדם) והמדינה תטען שאין כזאת כאן.

3. תכלית ראויה-ראה דיון לעיל.

4. מידתיות: א. קשר אמצעי מטרה-העותרים יטענו שאין כל קשר בין נטילת רשיון לבין מניעת אפליה וכי האמצעי לא מתאים להגשמת התכלית. המדינה תטען שיש קשר והדבר ימנע עסקים מלקיים אפליה.

ב. האמצעי שפגיעתו פחותה-העותרים יטענו כי ניתן למצוא פתרון אחר - לא נטילת רשיון אלא ראשית קודם כל אזהרה או קנס כספי. המדינה תטען שאין ציפייה ממנה להגיע לפתרון מדויק אלא יש לה מרחב תמרון חוקתי וההצעה שהם מציעים עומדת בתנאי הזה.

ג. מידתיות במובן הצר-ראה דיון לעיל.

אם יפסק כי החוק לא עומד בפסקת ההגבלה, המדינה תטען כי למרות זאת - הוא עובר בפסקת ההתגברות. נתון לנו כי החוק עבר ברוב של 65 חברי כנסת, ונכתב בו "על אף האמור". אך, אין לנו נתונים כי החוק עבר בכל הקריאות, כולל הטרומית, ברוב מוחלט ולכן העותרים יכולים לטעון שיש פגם חקיקתי (לאו"ר). בנוסף על החוק להיות תקף במשך 4 שנים בלבד וגם על זה אין נתונים. משום שיש פגיעה גם בזכויות נוספות יש גם לבצע את המבחנים מפרשת מיטראל:

1. האם הפגיעה בזכויות אחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת? המדינה תטען שאין והעותרים יטענו שלא ויש פגיעה בלי קשר.

2. הפגיעה בחו"ע היא דומיננטית ובזכויות האחרות מינורית? המדינה תטען שכן וכלל אין פגיעה בזכויות האחרות. העותרים יטענו שכל הפגיעות דומיננטיות.

3. הפגיעה הזכויות היא לא משמעותית? העותרים יטענו שוב שלא והפגיעה דומיננטית, המדינה תטען שאין פגיעה.

אם העותרים יוכיחו כי יש פגיעה ופגם חוקתי יוכלו לדרוש אחד מהסעדים הבאים:

1. ביטול החוק וההחלטה-ע"י אחד המודלים - הבטלות המוחלטת, הנפסדות והבטלות היחסית (האגודה-לזכויות-האזרח, גולברג).

2. תיקון החוק-ביהמ"ש יוציא צו המורה לתקן את החוק(נסר, בייניש), לפי ההצעות שהוצעו לעיל.

לאור כל האמור, ספק אם העתירה תתקבל. אני סבורה כי התועלת כאן עולה על הנזק ויש לקדם איסור אפליה במדינה, גם אם זכויות אחרות נפגעות, אם בכלל.

עמדת היועמ"ש - עמדת היועמ"ש לכנסת אינה מחייבת. כמו כן, היה מקרה בעבר בזמן הדיון בבג"צ שאמרו השופטים לבא כוח המדינה שהציג את עמדת היועמ"ש להציג את עמדת המדינה האמיתית (שי גיני). בנוסף בפרשת אמיתי נפסק כי במידה והיועמ"ש לא מסכים עם עמדת המדינה עליו לאפשר להם להיות מיוצגים ע"י עו"ד אחר מטעמו או לא מטעמו. וזאת במטרה שעמדת המדינה תגיע לדיון ביהמ"ש. ייצוג של אדם או רשות שלטונית בביהמ"ש הוא חופש-הביטוי שלו במסגרת ההליך-השיפוטי. ע"כ, על היועמ"ש לאפשר ליו"ר הכנסת להציג את עמדת הכנסת.

עתירה נגד הסירוב והקיצוץ - העותר פונה לביהמ"ש לעניינים-מנהליים, תקיפה-עקיפה ויבקש לשנות את ההחלטה. העותר יטען כי הסירוב לתלות מודעות פוגע בחופש-הביטוי שלו, וכי ראש העירייה פעל בחוסר-סמכות והפעיל שק"ד לא כראוי. מנגד ראש-העירייה יטען כי הוא פועל על פי החוק וסביר כי מודעה כזו נוגדת את תקנת-הציבור ותפגע בלהט"בים. לגבי קיצוץ התמיכה-העותר יטען כי מדובר בפגיעה בחופש-הביטוי וחופש-הדת.

חופש-הביטוי-הרציונליים לעיל. העותר יטען כי קיימת פגיעה בכולם. מנגד המדינה תטען כי אין פגיעה ברציונל הפרנסה שכן מדובר בעמותה. העותר יטען כי קיימת פגיעה בחופש-הביטוי הפוליטי, האמונתי והדתי, שעליהם קיימת הגנה.

חופש-הדת-רציונליים-לעיל. העותר יטען כי קיימת פגיעה בחופש דת כמצפון וכתרבות, שכן העמותה פועלת להפצת האיסלם בקרב בני נוער. המדינה תטען כי הרציונל-מניעת-אפליה, ואין פגיעה במצפון ואם יש אז רק בתרבות ושוב-לא נפסלה חקיקה ראשית בשל פגיעה בזכות זו ולכן היא לא חוקתית. העותר יטען שמדובר פעולה-מנהלית ולכן אין צורך שהזכות תהיה מנויה.

ראש העירייה יטען כי הוא לא כפוף לתנאי הפגיעה בפסקת-ההגבלה ומימון העמותות נתון לשק"ד שלו בלבד. אך, העותר יטען שהוא חשוף לביקורת-שיפוטי. ייתכן וביהמ"ש יפסוק שראש-העירייה הפלה את העותר על רקע דת.