

אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים

משפט חוקתי – 82-992-0402

פרופ' גדעון ספיר - שנת הלימודים תשפ"א

מבחן – מועד א'

הוראות

- משך המבחן 120 דקות ללא הפסקה. לא תינתן הארכה.
- הבחינה בחומר פתוח, בהתאם לכללי המערכת.
- סטודנטים ששפת אימם אינה עברית רשאים להשתמש במילונית.
- ענו בקצרה אך לא בסיסמאות, תוך שימוש באסמכתאות במידת הצורך. אל תחרגו ממכסת המילים המוקצית לתשובה.

אירועון (מקסימום 2000 מילים)

שלב א

לפני כחודש הגיע שמואל בשעה 15:00 ל"שער השלשלת" בכניסה להר הבית וביקש להכנס להר. אנשי המשטרה מנעו ממנו להכנס והסבירו כי יהודים רשאים להכנס להר רק דרך "שער המוגרבים", בין השעות 7:30-11:30, 12:30-13:30 בלבד.

למחרת, בשעה 7:30, התייצב שמואל בשער המוגרבים כשהוא נושא בידו טלית ותפילין. השוטרים החרימו את תשמישי הקדושה. הם הבהירו לשמואל כי התפילה בהר של יהודים אסורה וכי הביקור בהר מוגבל לפרק זמן של חצי שעה לכל היותר במסלול שיותווה על-ידי שוטר מלווה. לאחר דין-ודברים עם השוטרים החליט שמואל לעזוב את המקום ולא להכנס להר.

שמואל פנה לחברת הכנסת יסכה טובה שהגישה שאילתה לשר לבטחון פנים ובו ביקשה שיפנה אותה לתקנות מכוחן פועלת המשטרה בעניין. השר השיב כי אין תקנות ספציפיות בנושא, כי המשטרה פועלת מכוח הסמכות הכללית שמסורה לה לשם שמירה על בטחון הציבור והסדר הציבורי וכי מדיניות המשטרה בנוגע להר מתקבלת בהתאם להערכת מצב המתקיימת מידי פעם.

שמואל מבקש לעתור נגד המדיניות המתוארת. **הצג את נימוקי העתירה האפשריים והערך את סיכויי של שמואל לזכות בה.**

שלב ב

לאחר שהוגשה העתירה, אך בטרם הכריע בה בית המשפט, העבירה הממשלה את חוק הכניסה להר הבית, תשפ"ב-2021, ובו עוגנה מדיניות המשטרה, המגבילה את מקום ושעות הכניסה להר ואת האיסור על תפילת יהודים בהר. לקראת ההצבעה בקריאה שנייה ושלישית הוגשו כמאה הסתייגויות לחוק, אולם, ועדת הכנסת הגבילה את הדיון בהסתייגויות לשעתיים לכל היותר, זאת, למרות שהיועצת המשפטית של הכנסת חיוותה דעתה שההגבלה האמורה אינה חוקית.

אלו נימוקים תוסיף כעת לעתירה, אלו תשמיט ממנה ומהם לדעתך סיכויי של שמואל כעת?

לידיעתך:

· סעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל קובע כדלקמן: "המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות."

· להר הבית מספר שערים. מוסלמים רשאים להכנס דרך כל השערים.

· מוסלמים רשאים להתפלל בהר ושהותם בו אינה מוגבלת בזמן.

· ההנחיות שהוצגו לשמואל משקפות את המדיניות הקבועה של המשטרה בעניין בעשור האחרון.

· קבוצת נשים ביקשה להתפלל, פעם אחת בכל חודש, בעזרת הַנְּשִׁים שברחבת הכותל, עם טלית/תפילין/ספר תורה. המשטרה סירבה מטעמים של שמירה על שלום הציבור. בעתירה שהגישה הקבוצה קבע בית המשפט כי יש להבחין לעניין זה בין סירוב חד-פעמי לבין סירוב קבוע. סירוב חד-פעמי הינו לגיטימי. סירוב קבוע אינו לגיטימי.

· סעיף 90 לתקנון הכנסת קובע כדלקמן:

(א) הקריאה השנייה תיפתח בהנמקה של הצעת החוק על ידי יושב ראש הוועדה שהכינה אותה.

(ב) (1) כל מסתייג רשאי לנמק את הסתייגותו במסגרת זמן שלא תעלה על חמש דקות לכל הסתייגות;

...

(ג) לאחר הנמקת ההסתייגויות יקבל כל חבר כנסת שבקשתו לרשות דיבור נרשמה כאמור בסעיף 87(א), את רשות הדיבור במסגרת זמן שלא תעלה על חמש דקות."

· סעיף 98 לתקנון הכנסת קובע כדלקמן: "בדיון בהצעת חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים יוצאים מן הכלל, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור."

· סעיף 3 לפקודת המשטרה קובע כדלקמן: "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדיון, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש."

שלב א:

נראה כי המדיניות המתוארת מתבצעת בידי המשטרה כשלוחה של הרשות המבצעת. כיוון שנאמר שאינה פועלת מכוח תקנות ספציפיות ויכול שמזאל לתקוף במישור הסמכות, הוא יטען כי אין ביכולתם לפגוע בזכויותיו ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. לכאורה ניתן לטעון כי המשטרה פועלת מכוח הסמכות השירותית של הממשלה (ס' 1 לחו"י הממשלה) אולם, נקבע כי לא ניתן להסיק מסמכות זו את היכולת לפגוע בזכויות אדם וכי היכולת לפגוע בזכויות נזקקת להסמכה מפורשת ושתעמוד בפסקת ההגבלה (ברק, בג"צ שב"כ).

לכן, יטען שמזאל כי המדיניות המתוארת פוגעת בזכותו לשוויון כחלק מכבוד האדם וחופש הדת וכי למדיניות יש אופי ראשוני כיוון שקובעת הסדר גורף ולא נקודתי. ובנוסף, מדיניות שפוגעת בזכויות אדם כפופה לכלל ההסדרים הראשוניים (חזקה חלוטה) ונדרש שתהיה מעוגנת בחקיקה ראשית (המרכז האקדמי, גרוניס).

הזכות לשוויון:

לזכות זו 2 רציונלים, שוויון מהותי שתכליתו להביא לשוויון הזדמנויות (שטרסברג-כהן, מילר) ובמקרה זה נדמה שנפגעה זכותו לשוויון במובן האריסטוטלי - יחס שווה לשווים ושונה לשונים. יטען שמזאל שהשוני בדת אינה רלוונטית למקרה שכן הר הבית קדוש 2 הדתות ואין סיבה להבחנה, גם אם ידרשו עוד משאבים להגנה על יהודים בשהותם בהר הבית על המדינה לפעול לכך (מילר, שטרסברג-כהן). בנוסף, הבחנה על בסיס דת מהווה סיווג חשוד שעולה לכדי השפלה ופגיעה בכבוד האדם כיוון שדתו של אדם היא מרכיב חשוב בזהותו, על כן יש להעניק לזכות הגנה חוקתית (זמיר, האגודה לזכויות).

חופש התנועה:

על אף שאינה מנויה, ניתן להכניס את הזכות כחלק מסעיף 1 לחו"י כבוד האדם וחירותו דרך פגיעה באוטונומיה על פי הגישה הקנטיאנית (אור, דעקה). נראה שבמקרה זה הפגיעה בחופש התנועה של שמזאל עולה לכדי פגיעה באוטונומיה, המגבלות הרבות שוללות ממנו הבחירה לעלות להר הבית ומונעות ממנו לחיות את חייו כפי שהוא חפץ (ברק, חורב). גם אם יבחר לעלות להר על אף כל המגבלות, נכפה עליו לעשות זו לא בתנאים שלו ולא לפי רצונו ואמונתו (ארבל, עדאלה). אולם יש דעות הטוענות שאין להכניס זכויות בלתי מנויות דרך אוטונומיה לכבוה"א בטענה שהדבר מרחיב מדי (ספיר וסטמון). אולם נראה שהזכות לכבוד במקרה זה היא במופעה החיובי ולכן ביהמ"ש נוטה פחות להתערב במקרים כאלה כיוון שאינם מודעים לאמצעים הכלכליים הדרושים, והתערבות להורות לעשות מצד ביהמ"ש היא יותר מרחיקת לכת מאשר התערבות לא לעשות, יתרה מכך זוהי סוגייה שנויה במחלוקת וראוי שנבחרי העם יביעו את דעתם לגביה ויחליטו בעצמם (גרוניס, רובינשטיין). בנוסף זוהי זכות חברתית וההגנה עליה תלויה בכמות המשאבים העומדים לרשות המדינה, היינו, תקציבים לשוטרים שיגנו על היהודים שיעלו להר, ולמדינה יש את הזכות להחליט באילו אמצעים לנקוט כדי להגשים אותה.

חופש הדת:

לחופש הדת 2 רציונלים, הדת כמצפון והדת כתרבות. כיוון שאינו חלק מתרבות מיעוט שיש להגן עליה באופן מיוחד, יטען שמזאל שהמדיניות פוגעת בזכותו לחופש הדת כחופש המצפון, המניעה מלהגיע להר הבית מונע ממנו לממש את המצוות של הדת כחלק מהאמונות הכי עמוקות שלו (ברק, פלוניס) ולכן צריכה להיות מוענקת לה הגנה חוקתית כחלק מכבוה"א. אולם ניתן לטעון שזו אינה פגיעה בחופש הדת כיוון שאין כפייה אקטיבית לעשות בניגוד לדת (ברק, שביט) אלא פגיעה ברגשות דתיים, זכות שאינה מקבלת הגנה חוקתית (ברק, גור אריה).

על כן יש לבחון את הפגיעה מהמדיניות בפסקת ההגבלה:

דרישת הסמכה: אין הסמכה מפורשת בחקיקה (שמגר, מיטרני).

הלימה לערכי המדינה: כיהודית ודמוקרטית (דיזין 22) נראה שיש פגיעה בערכים היהודיים - יהודים לא יכולים להתפלל במקום קדוש להם כאוות נפשם. אולם דרושה פגיעה מאוד חמורה בשביל לפסול חוק על סעיף זה (ביניש, חטיבת זכויות).

תכלית ראויה: (ברק, שטיין) נדרש איזון אנכי - וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון הציבור אלמלא המדיניות, נראה שתכלית זו מתקיימת שכן יהודים שעולים להר הבית עלולים להיפגע מאלימות.

מידתיות: 1. קשר אמצעי מטרה: נראה שהגבלות הזמנים ליהודים וליווי משטרי מאפשרת שמירה על הביטחון של העולים להר הבית בצורה יעילה. 2. אמצעי הפגיעה הפחותה: ניתן היה להגיע להסדר אחר, של ימים מרוכזים מלאים ליהודים. זה עדיין פוגע בזכויות שנמנו אבל בצורה פחותה (תנופה, דורנר). 3. תועלת מול נזק: בבחינה המוחלטת - התועלת בשמירה על ביטחון הציבור עולה על הנזק מהמגבלות. בבחינה היחסית - (ברק, בית סוריק) נראה שאילו היו עושים ימים מרוכזים ליהודים היינו מרוויחים יותר תועלת אולם גם הנזק היה יכול לגבור כי היו יותר זמנים לחשיפה לפגיעה. נראה שהמדיניות עוברת את המבחנים ואף נמצאת במתחם הסבירות, בהתחשב במציאות הבטחונית המסובכת אל מול הזכות לשוויון (תנופה, דורנר), על כן סיכוי של שמזאל לזכות אינם גבוהים.

שלב ב:

כעת יתקוף שמזאל את החוק בתקיפה ישירה בבג"צ באופן א-פוסטריורי. למרות שנשמעו טענות כי ביקורת כזו פוגעת בריבונות המחוקק (בנדור), ביהמ"ש נוהג בריסון ומתערב רק במקרים חריגים.

נראה כי החוק פוגע בחו"י: ירושלים בירת ישראל (להלן: חו"י ירושלים), אינו סוטה מהרעיון המרכזי בו אלא פוגע נקודתית בעניין ספציפי (דרור לישראל) ולכן מדובר בפגיעה ולא בשינוי של חוק היסוד. לא צוין אם חו"י ירושלים משורין אולם כל חו"י כשלעצמו נהנה מעליונות חוקתית (ברק, חרות). לפיכך, בהנחה שאינו משורין ישנן 4 דרכים לפגוע בחו"י שותק - א. ללא תנאים ב. בחקיקה שמציינת במפורש על אף האמור בחו"י (ברק) ג. לא ניתן לפגוע כלל (שמגר) ד. ניתן לייבא פסקת הגבלה לבחינת הפגיעה (הופנונג).

החוק החדש לא עומד בדרישה של פגיעה מפורשת "על אף" חו"י ירושלים וכי חו"י ירושלים, בניגוד לחו"י כבוד האדם כן מבקש להגן על רגשות דתיים במסגרתו. לכן ניתן לייבא פסקת הגבלה ולבחון את הפגיעה בזכות זו המעוגנת בחוק היסוד. נראה כי מלבד דרישת ההסמכה שכעת כן מתקיימת אין שינוי משמעותי לטובת הטענות של שמזאל. אומנם מהות הזכות שנפגעת מקבלת כעת מעמד חשוב יותר, אולם החוק עדיין נמצא במתחם הסבירות בהתחשב בנסיבות העניין שהאינטרס הוא להגן על ביטחון האזרחים היהודים (תנופה, דורנר).

בנוסף, יש צורך לבחון את האופן בו התקבל החוק.

על אף שקביעת זמני הדיבור נעשתה לפי תקנון הכנסת ולכן ביהמ"ש יתערב רק בנסיבות קיצוניות שנפל בהן פגם מהותי (שמגר, כהנא), נראה כי באופן קבלת החוק נפל פגם היורד לשורש ההליך (ביניש, ארגון מגדלי העופות). בעת הדיון בהסתייגויות לחוק הוענק לכל מתנגד 5 דק' לטעון את דבריו, וגם בקריאה השנייה ניתן לח"כ שקיבל את זכות הדיבור 5 דקות. הדבר פוגם בשורש ההליך דרך עיקרון ההשתתפות. עקרונות אלו נחשבים לעקרונות יסוד של ההליך החקיקה ושל המשטר (ברק, כהנא) ולכן על ביהמ"ש להתערב במקרה זה.

בנוסף, נאמר כי החוק התקבל על אף דעתו החולקת של היועץ המשפטי למרות שהיא מחייבת.

