

# 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 שיתווה 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."

## שמואל והכניסה להר:

**סיווג התקנות הפוגעות:** התקנות הפוגעות אינן מעוגנות בחוק כלשהוא, אלא מהוות תקנות משנה - המחוקק מסמיך גוף מסוים לפעול למען ביטחון המדינה, אך לא פירט או אישר פגיעה מסוימת.

## האם מדובר "בהסדר ראשוני" אותו חייב המחוקק הראשי להסדיר בעצמו?

"הסדר ראשוני" הוא הסדר שיש בו בכדי להשפיע באופן מהותי על חיי אדם וחברה במדינת ישראל. בפס"ד רובינשטיין אנו רואים שבנוגע לזכויות אדם הנטייה היא לדרוש ממחוקק המשנה לפתור את הסוגיה בעצמו (רובינשטיין, ברק). ישנן גישות מקלות יותר המאפשרות יותר "חבל" למחוקק המשנה (נידון ע"י גרוניס בפרשת הגז). בכל מקרה, אין קביעה משמעותית או הכרעה ברורה בנושא.

**לדעתי, מכיוון שמדובר באחד המקומות הנפיצים ביותר בארץ, בעיר הקדושה ירושלים, ובמקומו ההיסטורי של בית המקדש והעכושי של מסגד אל אקצא - על המחוקק הראשי להסדיר בעצמו את הנושא="הסדר ראשוני".**

## האם ישנה הסמכה מפורשת לפגיעה?

ישנן מספר גישות בנוגע לפגיעה ע"י סמכויות שניוניות (נידון בהרחבה ע"י אייל-גזל). ישנם האוסרים על פגיעה ללא הסמכה מפורשת (מיטראני). ישנם המתירים גם ללא הסמכה אל מול שיקולי איזון וסבירות. וישנם הדוגלים בגישה "תכלית החוק" - פגיעה אם מסתמן מתכלית החוק שלרשות מוקנית הזכות לפגוע. בפס"ד המפקד הלאומי קבעה בייניש כי דרישת ההסמכה הינה גמישה, ובפגיעות קלות יחסית ניתן להסתמך על גישה "תכלית החוק", ולהתיר פגיעה, לעומת זאת פגיעה קשה תחייב הסמכה מפורשת העומדת בתנאי פסקת ההגבלה. במקרה של הנשים - הגיוני שמדובר בפגיעה חד פעמית וקלה, ולכן ניתן להסתפק בגישה תכלית החוק, אך לא בפגיעה ארוכת טווח (אדון בהרחבה בהמשך)

**במקרה שלנו, ברור כי מדובר בפגיעה בזכויות קשות, ויש לדרוש הסמכה מפורשת (מיטראני, בז'רנו, המפקד הלאומי).**

## סיווג הזכויות הנפגעות:

### שוויון:

שוויון הוא זכות הנגזרת מכבוד האדם וחירותו במקרים של השפלה או פגיעה משמעותית באוטונומיה (מודל הביניים של ברק, התנועה). כמו כן, במקרים של "סיווגים חשודים" - הפליה עקב השתייכות לקבוצה אתנית/גזעית/ דתית/ מינית ישנן הגנות חוקתיות חזקות במיוחד (סולברג, עדאלה, דורנר, מילר). ישנם 2 סוגי שוויון עיקריים: 1. אריסטוטלי - יחס שווה לשווים. 2. שוויון הזדמנויות (שרסברג-כהן, מילר). במקרה דנן יטען העותר כי משפילים אותו ע"י פגיעה, הפליה בזמני כניסה, והתייחסות אליו כאל חלק מעדת "טמאים" - סיווג חשוד. העותר יטען כי אף שיהודים הם קבוצת הרוב בארץ, כבר נפסק שאין הפליה מותרת כנגד קבוצות "חזקות" מסורתית כגון גברים, לבנים, עשירים (דנציגר, פרוז'אנסקי).

המשטרה טענה כי מדובר בשוויון אריסטוטלי - שוויון לשווים. מדובר באתר מוסלמי, מה יש לשמואל לחפש שם? כמו כן, יש טעם חזק למנוע ממנו כניסה להר לשם שמירה על בטחון ישראל. אין מדובר בהפליה אלא בהבחנה. כמו כן, יש לציין את המודל של ספיר לפיו במקרי שוויון במידה יש תכלית ראויה ושוני רלוונטי - דיינו. מדובר בהבחנה ולא בהפליה. במקרה דנן יש שוני רלוונטי בין יהודי למוסלמי ותכלית ראויה - שמירת הביטחון הציבורי.

### חופש הדת:

חופש הדת הינה זכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם וחירותו (חשין, חורב, כרגע אוביטר בלבד). לחופש הדת 2 היבטים: מצפון (אנו מעריכים "מצפוניסטים", דת תורמת לדמוקרטיה, דת תורמת למאמינים - סטטמן וספיר) - מוגן יותר אך ספציפי יותר (יקותיאלי), ותרבות (נגזרות מהזכות לחרות והזכות לזהות - סטטמן וספיר) - כללית יותר אך מצומצמת יותר בחוזקה (הוכרה בפס"ד פסרו גולדשטיין). במקרה דנן יטען שמואל כי פוגעים בחופש המצפון שלו - תפילה במקום בו שהה בית המקדש והקדוש ביותר לעם היהודי, ומניעה אקטיבית מלהתפלל, כמו גם החרמת תשמישי הקדושה שלו, וכמו כן בזכות שלו לתרבות - תפילה במקום היסטורי היקר לעם היהודי אמנם הזכות לתרבות תינתן לרוב למיעוטים (סטטמן וספיר), אך דתיים במדינת ישראל הם כרגע מיעוט.

**המשטרה טענה** כי לפי חו"י ירושלים יש לשמור על קדושת המקומות הדתיים. הר הבית הינו אתר מוסלמי כרגע, ולכן יש לשמור על קדושתו למוסלמים ועל חופש הדת שלהם, בדיוק כמו של שמואל! אין מדובר ברצון לפגוע באוטונומיה של שמואל או להשפילו. כמו כן, המשטרה תצטט את ספיר, לפיו הזכות לתרבות הינה כ"כ נרחבת עד שאינה מוגדרת כל צרכה, ותחולתה אינה חזקה במיוחד

**לעומת זאת יענה שמואל** כי לגבי המוסלמים, מדובר, במקרה הקיצוני, בהגנה על רגשות דתיים בלבד, דבר שאינו מוגן חוקתית בשום צורה (ברק, חורב), שהרי הוא אינו עושה את צרכיו על האתר המוסלמי, אלא רק מבקר ומתפלל שם. אף במקרים יחסית אקטיביים ראינו שבימ"ש פסק שמדובר ברגשות בלבד ולא בחיוב אקטיבי לעבור עברה (דעת הרוב בשביט).

**אני סבור כי טענה זו חזקה - חופש הדת של שמואל נפגע אקטיבית, ואילו חופש הדת של המוסלמים לא נפגע כלל, אולי רגשותיהם**

### כבוד האדם:

שמואל יטען כי מגבילים את כבודו, המעוגן בחוק היסוד בעל אותו השם. לכבוד 2 רציונלים - מניעת השפלה (קטלן) ופגיעה באוטונומיה (הוכר בפס"ד דעקה). במקרה דנן פוגעים בשניהם - משפילים אותו ע"י סירוב מגוחך להיכנס והחרמת חפציו, ופוגעים באוטונומיה שלו ע"י סירוב כניסה להר.

ס' 3 לכבוד האדם וחירותו. ע"י החרמת תשמישי הקדושה. לא למדנו אז אינני מרחיב.

למרות שבאמת אינני מרגיש שיש צורך אמיתי לבחון במבחני פסקת הגבלה, מכיוון שלמשטרה כלל אין סמכות לתקן תקנות אלו, למען הסר ספק אבחן את התקנות בפסקת ההגבלה כדי לצאת ידי חובת אלו הסבורים שייתכן וישנה הסמכה למשטרה לפעול מכוח סמכות כללית להגנת האומה:

"**ההולם את ערכיה של מדינת ישראל**" - יהודית ודמוקרטיה. יהודית מתחלק לציונית ומסורתית. פסילה בחלק זה תעשה בנסיבות חריגות בלבד (ברק, דיזיין). במקרה דנן - האם תקנות המונעות שוויון, מפלות, פוגעות בכבוד האדם ובחופש הדת במקום בו היה בית המקדש הולמות את ערכי המדינה? וודאי שלא. המשטרה תוכל לטעון שהחוק מקדם את זכויות המוסלמים והגנה עליהן ולכן הולם את ערכי המדינה היהודיים והדמוקרטיים, אך זו טענה חלשה בעיני - נפסל. לדעתי מדובר כאן במקרה קיצון המוזכר ע"י ברק בדיזיין.

"**לתכלית ראויה**" - התכלית: שמירה על ביטחון הציבור. ההתכלית הולמת את ערכי המדינה והצורך בה גדול - עבר.

"**במידה שאינה עולה על הנדרש**" - מבחני המידתיות (מנהלי ההשקעות):

1. **קשר אמצעי מטרה** - ישנו קשר הדוק בין כניסת יהודים להתפרצויות ביטחוניות אלימות - עבר

2. **האמצעי שפגיעתו פחותה** - מניעת כניסת יהודים לאתר מוסלמי בשעות מסוימות בלבד - עבר. ניתן להתייחס לדעת ארבל בא.ס.ף לפיה יש לבחון בשלב זה חלופות אחרות פוגעות יותר אף אם הן עולות כסף רב יותר, אך מדובר בדעת מיעוט ולכן נעזב אותה כרגע.

3. **נזק מול תועלת (מתחלק ל 3 לפי ברק בבית סוריק):** 1. נזק כללי אל מול תועלת כללית - ייתכן והתועלת הביטחונית גוברת על הנזק שנגרם למספר אינדיבידואלים מצומצם. 2. "הדלתא" - יש אפשרויות חלופיות אחרות - מה עם אבטחה כבדה יותר? מה עם חלוקה לאזורים? מה עם ענישה נוקשה יותר למתפרעים? ניתן היה למצוא חלופה נוחה יותר, אף אם הייתה טיפה יותר יקרה - נפסל.

#### לסיכום:

למשטרה אין סמכות לפגוע בזכויות אדם עקב כך שמדובר בהסדר ראשוני ופעולתה היא ללא הסמכה מפורשת. עקב כך, תקנות המשטרה בטלות, ועתידה עתירתו של שמואל להתקבל. הסעד המבוקש: ביטול תקנות המשטרה המפלות יהודים.

#### ההבדל בין סירוב חד פעמי לסירוב רב פעמי:

ניתן אולי למצוא פתרון להבדל בדרישת ההסמכה המפורשת. ישנן מספר גישות בנוגע לפגיעה ע"י סמכויות שניוניות (אייל-גזל). ישנם האוסרים על פגיעה ללא הסמכה מפורשת. ישנם המתירים גם ללא הסמכה אל מול שיקולי איזון וסבירות. וישנם הדוגלים בגישת "תכלית החוק" - פגיעה אם מסתמן מתכלית החוק שלרשות מוקנית הזכות לפגוע. בפס"ד המפקד הלאומי קבעה ביינוש כי דרישת ההסמכה הינה גמישה, ובפגיעות קלות יחסית ניתן להסתמך על גישת "תכלית החוק", ולהתיר פגיעה. במקרה דנן, ניתן להתסמך על גישת תכלית החוק ולומר שלאור שמירה על ביטחון הציבור מותר באופן חד פעמי לפגוע גם ללא הסמכה מפורשת, על מנ לאפשר גמישות למשטרה, אך באופן קבוע וברור - יש לקבל הסמכה מפורשת.

#### חלק ב:

**סיווג החקיקה הפוגעת:** חקיקה ראשית רגילה. לא נמסר שישנה הסמכה מפורשת לפגיעה הדרושה בס' 8 - "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו", או שהחלטה התקבלה ברוב.

#### הזכויות הנפגעות:

כל הזכויות המפורטות לעיל בחלק א. אינני חוזר על כל הרציונלים הנמנים שם באופן מפורט: שוויון, חופש הדת, כבוד האדם, זכות הקניין.

#### אופן תקיפת החוק:

#### אפשרות א - תקנונית והליכית:

יש לציין כרקע כי תקנון הכנסת קובע שבמקרים מיוחדים ניתן לקצר את סדרי הדיבור. התקנון אינו מפרט במפורש מה הם אותם אירועים חריגים. ביקורת שיפוטית תעשה אך ורק במקרים חריגים בהם יש פגם מהותי הפוגע בעקרונות היסוד של המשפט החוקתי (שמגר, כהנא 2). בפס"ד נמרודי נפסק עקרונית שפגיעה מהותית בתקנון עשויה להוביל לבטלות חקיקה. אריאל בנדור מבקר את חשיבות התקנון וטוען כי אין להשתמש בו ע"מ לפגוע בחקיקה. לא ייתכן שהתקנון יהיה בעל מעמד עליון על סדרי החקיקה. לדעת בנדור, גם אם התגלו פגמים בהליך התקנון - יש לקבל את החוק. במקרה דנן אני סבור שנעשתה פגיעה בעקרונות היסוד של המשפט החוקתי. כיצד אנו בוחנים "פגם מהותי הליכי בעקרונות היסוד של המשפט החוקתי" העשוי להביא לידי בטלות התקנון, וחשוב מכך - החקיקה?

**בהלכת מגדלי העופות** נקבעו מספר עקרונות שפגיעה בהם עשויה לעלות לפגיעה בהליך החקיקה ולהוביל לבטלות: עקרונות הפומביות, השוויון, הכרעת הרוב, וההשתתפות - כל ח"כ זכאי להשתתף בהצבעה, להבין על מה הוא מצביע ולהיות בעל יכולת לגבש עמדה לגבי החוק. כמו כן, **בבג"ץ קוויטניסקי** נקבעו מספר מבחנים, כגון:

א. משך הדיון ב. השפעת הדיון בוועדה והרלוונטיות שלו. ג. תשתית מחקרית ועובדתית שצורפה לחוק. ד. פרק הזמן מעת העברת החוק לעיון חברי הכנסת ועד להצבעה עליו

במקרה שלנו מדובר משך הדיון היה קצר במיוחד. פרק הזמן מגיבוש ההצעה הסופית (לאחר הסתייגויות) היה אפסי. משתמע שלא ניתנה לכל ח"כ ההזדמנות להבין את מהות החוק ולגבש לגביו עמדה ברורה. על כן, ובהתאם לתקדים קוואטניסקי, **אני קובע כי סיכויי העתירה להתקבל גבוהים מאוד באפיק זה.**

**בנוסף ובנוגע לתקנון**, באופן עקרוני ראינו בפרק היועמ"ש שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הקובע את עמדת הגוף אותו הוא מייצג (אמיתי, פנחסי), ולגוף המיוצג אסור להביע דעתו כנגדו. הלכה זו רוככה מעט בפסקי גיני נ' הרבנות ובג"ץ אמיתי, בהם הותר ייעוץ שאינו ע"י היועמ"ש או לחלק מהדעות אף בידי יועץ פרטי.

**איני יודע אם אותם הכללים חלים גם על היועצת המשפטית לכנסת מכיוון שלא דנו בהרחבה בסמכותם של היועצים למשרדים אחרים, אך ברור כי הרוח הנושבת מפסקי הדין שצינתי היא שעמדת היועמ"ש "משקפת את המצב המשפטי הקיים" (אגרנט), ומשך - פעולה כנגד פרשנותה לתקנון - הרי היא פעולה אסורה.**

### אפשרות ב - תקיפה לאו"רית:

החוק מנוגד לכל נורמה סבירה במדינה דמוקרטית, ומקבע הפליה פסולה בין יהודים למוסלמים. ניתן לפסול חקיקה זו כנוגדת את עקרונות היסוד של השיטה אף ללא הסמכה או חקיקה. סיכויי התקיפה באפיק זה נראים קלושים מכיוון שיש רציונל בטחוני ברור, ובהפליה נקודתית ספציפית באתר מסוים.

### אפשרות ג- בחינה אל מול פסקת ההגבלה

כאמור, לחוק אין הסמכה מפורשת לפגיעה:

**"ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"** - יהודית ודמוקרטית. יהודית מתחלק לציונית ומסורתית. פסילה בחלק זה תעשה בנסיבות חריגות בלבד (ברק, דיזיין). במקרה דנן - האם תקנות המונעות שוויון, מפלות, פוגעות בכבוד האדם ובחופש הדת במקום בו היה בית המקדש הולמות את ערכי המדינה? וודאי שלא - נפסל

**"לתכלית ראויה"** - התכלית: שמירה על ביטחון הציבור. ההתכלית הולמת את ערכי המדינה והצורך בה גדול - עבר.

**"במידה שאינה עולה על הנדרש"** - מבחני המידתיות (מנהלי ההשקעות):

1. **קשר אמצעי מטרה (כמו כן, לפי דורנר בפגיעה משמעותית יש קשר בהוכחה חזקה יותר (מילר) - ישנו קשר הדוק בין כניסת יהודים להתפרצויות ביטחוניות אלימות. אמירה זו עומדת אף בשיקול הסבירות אותו ניתן להכניס למבחנים (עמית, אורי אבנרי), שכן ההר היה מקור להתפרצויות קשות רק בשנה האחרונה - עבר**

2. **האמצעי שפגיעתו פחותה** - מניעת כניסת יהודים לאתר מוסלמי בשעות מסוימות בלבד - עבר. ניתן להתייחס לדעת ארבל בא.ס.ף לפיה יש לבחון בשלב זה חלופות אחרות פוגעות יותר אף אם הן עולות כסף רב יותר, אך מדובר בדעת מיעוט ולכן נעזב אותה כרגע.

3. **נזק מול תועלת (מתחלק ל 2 מבחני משנה לפי ברק בבית סוריק):** 1. נזק כללי אל מול תועלת כללית - ייתכן והתועלת הביטחונית גוברת על הנזק שנגרם למספר אינדיבידואלים מצומצם. 2. "הדלתא" - יש אפשרויות חלופיות אחרות - מה עם אבטחה כבדה יותר? מה עם חלוקה לאזורים? מה עם ענישה נוקשה יותר למתפרעים? ניתן היה למצוא חלופה נוחה יותר, אף אם הייתה טיפה יותר יקרה - **נפסל**.

**לסיכום, אני סבור כי יש לפסול את החקיקה - גם במישור ההליכי כפי שהראינו לעיל, וגם במישור המהותי, כפי שהראינו במבחני המידתיות.**

**הסעד המבוקש: קריאה של קריטריונים חדשים אל תוך החוק, הלוקחים בחשבון את המציאות הביטחונית המורכבת, אך גם את זכויות היהודים (תקדים לקריאה אל תוך החוק אנו רואים בפס"ד נסר).**