

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:

התוקף: שמואל, אזרח-שמוקנות לו כל הזכויות.

עתירה לבג"צ, בתקיפה ישירה.

סעד מבוקש: צו לשינוי החלטה, מפורטים עוד מטה

הנתקף: מדיניות משטרת ישראל בהר הבית.

המשטרה הינה גוף ציבורי, שפועלת מכוח הסמכות הכללית שנתונה לה לשמירה על ביטחון הציבור והסדר הציבורי. מכאן, שכל עקרונות המשפט הציבורי חלים עליה בתחולה ישירה.

שמואל יטען כי מדיניות המשטרה הינה פעולה של רשות מינהלית, ההסמכה למעשה כפי שהסביר השר לבט"פ וס'3 הינה כללית ולא מפורשת. בנוסף, לדעתו, שק"ד שהופעל אינו ראוי.

ראשית, מדיניות המשטרה בהר הבית משנה את חו"י 'ירושלים בירת ישראל' בכך שהיא סוטה ממנו בצורה מהותית, שהרי החוק מסדיר את חשיבותה ירושלים, עיר המקודשת לכל הדתות משום המקומות הקדושים שבה, ומהות החוק כולו נפגעת אם נעשית פגיעה בגישה אליהם. (תנועת דרוך, בייניש). שינוי של חו"י יכול להיעשות רק באמצעות חו"י אחר (מזרחי, שמגר, ברק) ולכן כדי שתוכל לממש את מדיניותה עליה לחוקק אותה כחו"י. מנגד טען המשטרה שלכל היותר מדובר כאן בפגיעה בחו"י, שכן הסטייה היא לעניין מסויים בלבד, ולא מכל ענייני חו"י שהרי לירושלים יש עוד מובנים ולא כולו עוסק במקומות הקדושים. חו"י זה נראה כשותק, שהרי לא מובא כיצד ניתן לפגוע בו, ולכן ניתן לפגוע בו בכמה דרכים: א. בחוק רגיל. 2. בחוק רגיל הכולל אמירה מפורשת 3. באמצעות פרוצדורת שינוי (מזרחי, שמגר. ברק בחירות מציינ גם את 3). 4. ע"י פסקת הגבלה שיפוטית (הופנונג, זמיר, ברק. מופז, מצא. גוטמן, חיות). מאחר שהחלטת המשטרה אינה חוק רגיל, ניתן לפגוע בה ע"י פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון האם היא עומדת בה.

שמואל יוסיף שמדיניות המשטרה גם מפלה בין יהודים לערבים, שהרי להם מותרת כניסה להר דרך כל השערים, ללא הגבלת זמן, וליהודים רק דרך שער ה'מוגרבים', ולזמן קצוב. נעשית כאן פגיעה בזכותם של היהודים לשוויון במובנו האריסטוטלי. היהודים והערבים הינם אזרחים שווים, והיחס הניתן להם שונה. השונות הנבחנת אינה רלוונטית: אין קשר בין ההגבלה למטרה של שמירת הסדר הציבורי, שהרי גם אם הימצאותם של יהודים וערבים יחד מפרה את המטרה, ניתן לחלק את השעות באופן שווה ביניהם. התכלית אמנם ראויה- והיא שמירה על ביטחון הציבור והסדר הציבורי. המשטרה תשיב שהאמצעי קשור למטרה, שהרי יש הוכחות רבות לכך שהימצאות יהודים וערבים יחד בהר פוגעת בסדר הציבורי, וכן הימצאות בחלוקה שווה תתסיס את הציבור הערבי ותגרום להפרות סדר. ע"פ דורנר ב'מילר'- יש לבחון האם השוני רלוונטי- דבר שיכול להיות שנוי במחלוקת. שהרי גם אם סיכון בהימצאות יהודים בהר ניתן לחלק את שעות השהיה בו בצורה שווה. ובנוסף יש לשאול- האם הוא מוצדק בנסיבות העניין- גם שאלה שנויה במחלוקת, ולא ברור האם כדי לשמור על הסדר הציבורי והבטחון יש להבחין בין יהודים לערבים ולתת להם זמן רב יותר בהר מאשר ליהודים, אך המשטרה תוכל לטעון שע"פ הערכת הבטחוני, יש להבחין בין יהודים לערבים וההבחנה מוצדקת. בנוסף, ניתן לטעון כי קיימת גם פגיעה בשוויון במובנו כמניעת השפלה- שהרי מניעה מיהודים להיות בהר פוגעת בכבודם ומשפילה אותם בכך שהיא מייצרת להם סטיגמה שהם מסוכנים לחברה (דורנר, מילר). מכאן, שנעשית פגיעה בחו"י כבוה"א, ויש לבחון האם היא עומדת בפסקת ההגבלה. המשטרה תוכל להשיב כי תחושת השפלה יכולה לנבוע מנתוני רקע שאינם תלויים כמו תחושת הכעס עקל הערבים, ולכן אין לטעון כך. שמואל יוסיף שהסיווג הנעשה חשוד, שהרי הוא מודל בין אנשים ע"פ הלאום שלהם. המשטרה תוכל להשיב שהסיווג אינו כלפי הלאום הערבי, שכלפיו בד"כ הופנו ההפלות, אך שמואל ישיב כי גם אם הדבר נכון, גם סיווג חשוד הפוך אסור שהרי הוא מעצים את התפיסות החברתיות השגויות (דנציגר, פרוז'אנסקי). כאשר ישנו סיווג חשוד- הוא יכול להיחשב באופן ישיר כפגיעה בשוויון (סולברג, עדאלה). הפגיעה הינה גם בשוויון ההזדמנויות של היהודים להגיע למקום תפילתם. (מילר, שטרסברג-כהן), וגם בשוויון במובנו כאוטונומיה, שהרי האיסור מונע מהיהודים לממש את עצמם. בגלל מעמדה של הזכות לאוטונומיה כמנויה בחו"י כבוה"א, יש לבחון גם האם הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה.

שמואל יוסיף שגם זכות לחופש דת (להלן חוה"ד) נפגעת. הפגיעה בחוה"ד שלו היא במובנו כיוצא מחופש המצפון- המשטרה מנעה ממנו לפעול ע"פ אמונתו העמוקה ולקיים את מצוות העליה להר הבית- מקום הקדוש ביותר לעם היהודי, להתפלל, להתעטף בטלית ולהניח תפילין. המשטרה תשיב כי לא נאסר עליו לעלות להר, אלא רק הוגבל. בנוסף, הוא יכול להתפלל במקום אחר, והדבר לא נמנע ממנו באופן כללי, ואין מצווה ספציפית להתפלל בהר. הפגיעה היא רק ברגשותיו הדתיים, ולא במצפונו, ואין הגנה על רגשות (חורב, שביט, גור אריה, ברק) בנוסף לא נתבקש ממנו לפעול בניגוד למצפונו אלא רק להימנע מעשייה(שביט, ברק) וע"כ הפגיעה במצפון פחותה. שמואל ישיב כי העליה להר הבית ותפילה בה היא מצווה. ובנוסף, הפגיעה בחוה"ד שלו היא גם בחובנו מהזכות לתרבות(סטטמן וספיר)- תרבותו הדתית היהודית היא לעלות להר הבית, והדת היהודית הינה תרבות של קבוצת מיעוט בארץ ולכן יש להגן עליה ביתר שאת. יותר מזה- תרבות העליה לבית היא נחלתם של חלקים מסויימים מהדתיים ועליה יש להגן עוד יותר. המשטרה תוכל להשיב כי חוה"ד כנובע מהזכות לתרבות לא מוכר עדין בחוק. שמואל יוסיף שע"פ פרוקצ'יה, ב'סולדוך', חוה"ד נובע מאוטונומיה, וע"כ יש לבחון האם הפגיעה בו עומדת בפסקת ההגבלה. המשטרה טען שאין זו הלכה. שמואל יוכל לטעון גם שהמשטרה פגעה בזכותו לקנין כשהחרימה את תשמישי הקדושה שלו, וכן לפגיעה בחופש התנועה שלו, עקב האיסור להיכנס משער השלשלת וההגבלה להסתובב בהר. זכויות אלו הן זכויות המנויות בחו"י כבוה"א ופגיעה בהן צריכה להיעשות גם לפי פסקת ההגבלה.

יש לבחון האם כל הפגיעות הנ"ל עומדות בפסקת ההגבלה: א. מחוק או מכוח חוק: ישנן 3 גישות: 1. הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית- לא קיימת הסמכה מפורשת למשטרה, אלא הסמכה כללית בס'3 לשמור על הסדר הציבורי (שמגר, מיטרני). 2. גישת תכלית החוק- ניתן להבין שמתכלית החוק ישנה הסמכה למשטרה לפעול כדי למנוע פגיעה בביטחון הציבור ובסדר הציבורי, ולפעול ע"פ הערכת המצב המתקיימת מדי פעם, מה שיכול לגרום לפגיעה בזכויות אדם. 3. הכללים הרגילים- לפי ההסמכה הרגילה לביצוע החוק לפי כללים מינהליים ניתן לטעון שהמשטרה לא פעלה בסבירות ובמידתיות בכך שהיא פגעה בשורה של זכויות אדם. 4. הגישה הגמישה- (בייניש, המפקד הלאומי)- הזכויות הנפגעות חשובות מאד: שוויון, כבוה"א, אוטונומיה, ולכן ההסמכה לפגוע בהן צריכה להיות מפורשת. ב. בהלימה לערכי המדינה: מצד אחד ניתן לטעון שהפגיעה

הולמת את ערכי המדינה, שהרי מטרתה לשמור על ביטחון האזרחים והסדר הציבורי. אך ניתן גם לטעון להפך - שהפגיעה פוגעת בשורה של זכויות אדם, מה שלא הולם את ערכי המדינה הדמוקרטית, וגם היהודית במובנה הדתי (ברק, דיזיין). ג. לתכלית ראויה - ע"פ ארבל בא.ס.פ ניתן לבחון את מטרת הבינים - שאינה ברורה במקרה זה. ע"פ ניל, ג'ובראן, בא.ס.פ וע"פ ספיר - יש לבחון את התכלית הסופית - שמירה על שלום הציבור ובטחונו - שעשויה להיחשב ראויה. ע"פ ברק בשטיין יש לבצע 1. איזון אנכי - ניתן לומר שהאינטרס גובר על הזכויות שנפגעות, שהרי ללא ביטחון מה ערכן. ולכן ניתן לפגוע בהן כי 1. הבטחון עלול להיפגע בוודאות, 2. להיפגע בעוצמה רבה, 3. ולהיפגע ממשית. הציבור עלול להיות בסכנת חיים. ד. מידתיות: ע"פ ברק ב'לשכת', יש לבצע 3 מבחנים: 1. קשר אמצעי מטרה? ניתן לומר שקיים קשר הדוק בין האמצעי למטרה. 2. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה? קשה לומר שלא ניתן להיעצר בשלב מוקדם יותר של הסולם, ולהשתמש באמצעים כמו - חלוקת שעות שווה בהר בין יהודים לערבים, אפשרות תפילה ליהודים בשעות שלהם, אפשרות כניסה בליווי משטרה דרך שערים אחרים, הגברת האכיפה. אמצעים אלו אמנם יגבירו את הנזק, אך גם את התועלת. (ארבל בא.ס.פ). ע"פ ספיר יש לבצע כאן איזון אופקי - וניתן ליצור פשרה על ידי החלופות שהצענו. ע"פ ברק יש לבצע איזון אנכי - שאותו ביצענו לעיל. 3. תועלת מול נזק - ניתן לומר שהתועלת עולה על הנזק, שהרי ערך חיי האדם חשוב יותר ובלעדיו אין ערך לשום זכות. ע"פ ספיר יש לבצע איזון אנכי, וע"פ ברק, ב'בית סוריק' יש לבצע איזון אופקי. את שניהם ביצענו לעיל.

המשטרה תוכל גם לטעון שביהמ"ש הכריע בעתירת הנשים שסירוב חד פעמי הינו לגיטמי ולכן המידניות שלהם אפשרית. שמואל ישיב שהדברים לא הוצגו כחד פעמיים והינם מדיניות.

סיכויי הצלחה: לדעתי סיכויי ההצלחה של שמואל אפשריים ואף גבוהים. נראה שמתקיים שינוי בחו"י ולא פגיעה. ובנוסף ישנה פגיעה בשורה של זכויות אדם טבעיות וחשובות, ואינה עומדת בכל מבחני פסקת ההגבלה ולכן אינה חוקתית. ניתן למצוא אמצעים אחרים שיממשו את התכלית אך יפגעו פחות בזכויות, גם אם הם ידרשו יותר מימון מהמדינה.

שלב ב:

שמואל יוסיף כי גם אם החוק נחקק בחקיקה ראשית, הוא לא יכול לשנות חו"י שהרי שינוי חו"י הינו רק בחו"י (שמגר, מזרחי). והחוק אכן משנה את חו"י שכן הוא סוטה ממנו מהותית כפי שטען לעיל. המשטרה תשיב שהחוק פוגע ולא משנה, כפי שטענה לעיל, וחו"י יכול להיפגע ע"י חקיקה רגילה (שמגר, מזרחי).

בנוסף, החקיקה לא עומדת בס' 90 לתקנון משום הזמן המועט שניתן לעומת כמות המסתייגים. הכנסת תוכל להשיב שההליך עומד בס' 98, שהרי מדובר במקרה יוצא מין הכלל. מדיניות המשטרה הינה לפי הערכת המצב הבטחוני, ואם כך המשטרה פעלה - כנראה שהמצב מורכב ויוצא דופן, בנוסף, אין לביהמ"ש להתערב בהליך החקיקה, ולאחר שהחוק נחקק (בנדור). שמואל ישיב כי אין הוכחה לכך שהמצב מיוחד. בנוסף, כאשר יש פגם מהותי היורד לשורש ההליך, כמו שנעשה, ביהמ"ש רשאי להתערב (בייניש, מגדלי העופות). בנוסף, היועמ"ש אחראית בין היתר על קידום שלטון החוק, והיא הפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הרשות המבצעת (מצא, התנועה) והחקיקה נעשתה בניגוד לדעתה ולכן צריכה להתבטל. מנגד ישיבו כי היא אינה הפרשנית המוסמכת והבלעדית (מצא, שטיין), וניתן לעשות בניגוד לדעתה, והרי הדבר חוקי לפי ס' 98.

סיכויי הצלחה: לדעתי סיכויי הצליח בעתירה עולים, משום שישנן יותר ראיות לכך שהחקיקה לא נעשתה לפי החוק והשינוי בחו"י לא תקין

סעדים: ביטול חקיקה - שמואל יוכל לדרוש לבטל את החוק, בבטלות מוחלטת ע"פ מודל א' של הבטלות היחסית - ולומר שלא היה לו תוקף מעולם משום שאינו חוקי, והוא פוגע בשורה של זכויות אדם. ניתן גם לבטלו בנפסדות - מרגע העתירה. אפשרות נוספת הינה פרשנות של החוק ברוח חוקי היסוד ובהתאם לזכויות האדם, או קריאה לתוך החוק (חיות, ליאת משה) של הסדרים שלא יפגעו בזכויות אדם. בנוסף יוכל לבקש צו לשינוי למחוקק לשנות את החוק משום שאינו חוקי (בייניש, נסר). הוא יוכל לבקש גם פיצויים על הפגיעה בזכויותיו בהחלטת המשטרה.