

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 יטען כי נפגעו לו מספר זכויות מפעולת המשטרה (הפועלת מטעם המדינה - שלוחה של הרשות המבצעת).

ראשית, יטען שמואל כי פעולות המשטרה עומדות מנגד לסעיף 3 לחוק יסוד:ירושלים בירת ישראל. שם נקבע, כי המקומות הקדושים (ביניהם - הר הבית), יהיו שמורים מפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם. במקרה דנן, איפשרו לשמואל להיכנס להתפלל בהר הבית רק בזמנים מסוימים, וגם אחרי שאיפשרו לו - איפשרו לו לזמן מוקצב וקטן עוד יותר ממה שהובטח, כניסה בליווי משטרה ורק אחרי שהחרימו לו את ציוד התפילה.

יוסיף שמואל כי החרמת המשטרה את ציוד התפילין שלו עומדת מנגד לס' 3 לחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו, אשר קובע כי אין פוגעים בקניינו של אדם.

יטען שמואל כי לפי מודל הביניים, אותו מאמץ השופט ברק בפס"ד איכות השלטון, הזכות לכבוד כוללת בתוכה את עיקרון השוויון, אשר בא לידי ביטוי במעמדו של האדם כשווה בין שווים. פגיעה בכבודו של האדם יכולה להיות דרך הפליה או קיפוח (איכות השלטון, ברק). במקרה הנ"ל ההפליה באה לידי ביטוי בכך שלאזרחים ערבים אושר להיכנס להתפלל בהר הבית ככל העולה על רוחם, לעומת שמואל אשר לא אושר להיכנס בשל היותו יהודי וגם כשאושר, הדבר היה לחצי שעה. יוסיף שמואל, כי בהפליה על רקע קבוצתי, כאשר ביסוד ההפליה עומס ייחוס מעמד נחות למופלה, יש פגיעה בזכות לכבוד ע"י השפלה (מילר, דורנר). במקרה הנ"ל יטען שמואל כי לא רק שאושר לו להיכנס לפחות זמן ממה שנקבע, הוחרם לו גם ציוד התפילה. היחס שקיבל בתור יהודי, לעומת היחס שמקבלים אזרחים ערבים הרוצים להיכנס להתפלל בהר הבית, יהווה בסיס נוסף לטענה על השפלה.

על שני טיעונים אלה, יטען לפגיעה בזכות לכבוד (דרך השוויון - הפליה והשפלה), אשר הינה זכות מנויה בחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו.

מנגד, תגיב המדינה כי שוויון אריסטוטלי הינו נקטית יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים, ע"פ מידת שונותם. על כן, יטענו לבחינת המקרה ע"פ המבחן הדו שלבי (מילר, דורנר) - האם ההבחנה רלוונטית (מבחן המידתיות הראשון: קשר-אמצעי-מטרה) ושנית, בהנחה וכן, האם ההתחשבות בה מוצדקת לנסיבות העניין (תכלית ראויה). תטען המדינה כי ההבחנה במקרה הנ"ל הינה רלוונטית, שכן מטרת ההפרדה היא לשמור על ביטחון הציבור ועל האפשרות לקיים את תפילות הערבים והיהודים יחדיו על הר הבית, דבר אשר הינו קשה לביצוע בשל המצב הנפיץ באיזור (מבחינת אלימות). מנגד, יגיב שמואל כי אמנם מדובר בתכלית ראויה, אך השוני אינו רלוונטי, שכן לאזרחים ערבים מותר להיכנס בצורה חופשית להתפלל בהר הבית, ואילו ליהודים לא, כך שאם אין הגבלה על האזרחים הערבים, מדוע יש על האזרחים היהודים?

יוסיף שמואל, כי המשטרה פועלת בחוסר סמכות בנושא, שכן אין חוק או תקנה אשר נחקקו ומנחים את המשטרה להגביל את חופש התנועה של המתפללים היהודים אשר רוצים להתפלל. יתר על כן, יטען כי לא הופעל שיקול דעת מנהלי כראוי. אמנם האינטרס הציבורי אשר הינו שמירה על ביטחון ושלום הציבור (במקרה הנ"ל - המתפללים) גובר על הזכות לחופש התנועה וחופש דת (ניתן לטעון לאיזון אנכי בין האינטרס לזכויות המתנגשת לפי השופט ברק) אך הפגיעה אינה מידתית, שכן היהודים גם אם נכנסים להר הבית לזמן קצוב, לא מסוגלים להתפלל, שכן מוחרם להם ציוד התפילה.

על כל אלה, יוסיף שמואל כי נפגע לו חופש הדת אשר הוכרה כנגזרת מחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו (פס"ד מינג, ברק). פעולות המשטרה, בין אם הגבלת זמני הכניסה, או החרמת ציוד התפילה, לא מאפשרים ליהודים ובפרט לשמואל לקיים את התפילה שלהם בהר הבית כרצוי.

שמואל יטען כי יש לבחון את כלל הפגיעות שצוינו לעיל במבחני פסקת ההגבלה, הנובעת מס' 4 לחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו.

כמו כן, כשמדובר על פגיעה בחוק יסוד "שותק" (חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל) יטען לייבוא פסקת ההגבלה כמו שבוצע בפס"ד הופנונג.

מבחני פסקת ההגבלה:

בחוק -

אין הסמכה מפורשת בחוק. נדרשת הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית בכדי לפגוע בזכויות יסוד ובחוק יסוד. (מיטראני, שמגר).

המדינה עשויה לטעון מנגד כי לפי מאמרו של גזל, נדרש לצמצם גישה זו (גישת ההסמכה המפורשת) שכן הדבר עלול להצר את צעדי הממשלה.

הלימה לערכי המדינה -

שמואל יטען כי פעולות המשטרה אינן עומדות בערכי המדינה היהודים והדמוקרטים, שכן מעבר לפגיעה בשוויון, ישנה פגיעה בחופש הדת של היהודים אשר מעוניינים להתפלל בהר הבית. יחד עם זאת, נדרשת פגיעה קשה בנסיבות חריגות בכדי לקבוע כי מדובר בפגיעה אשר אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה (חטיבת זכויות האדם, בייניש).

תכלית ראויה -

תכלית ראויה הינה תכלית אשר מגשימה מטרות חברתיות ההולמות את ערכי המדינה, תוך כדי היותה רגישה לזכויות אדם (ברק, התנועה לאיכות השלטון) בפס"ד שטיין נקבע מבחן דו שלבי לבחינת מבחן זה: ראשית - מה היא הסתברות הפגיעה אלמלא פעולות המשטרה? שנית - מה היא עוצמת הפגיעה? במקרה הנ"ל יטען שמואל כי הסתברות הפגיעה הינה לא

גבוהה, אך במידה ותקרה - עוצמת הפגיעה תהיה גדולה (ככל הנראה פצועים/הרוגים). מנגד, תטען המדינה לאיזון אנכי בין האינטרס הציבורי אשר הינו שמירה על שלום הציבור לעומת הזכויות הנפגעות שצוינו לעיל. המדינה תטען כי האינטרס בשמירה על שלום הציבור גובר ועל כן, התכלית ראויה.

מידתיות -

למבחני המידתיות שלושה מבחני משנה (לשכת מנהלי ההשקעות, ברק):

קשר-אמצעי-מטרה - האם האמצעי אשר בו נוקטת המשטרה, קשור ויוביל להשגת התכלית?

גם שמואל וגם המדינה יסכימו כי האמצעי אשר בו נוקטת המשטרה קשור לתכלית ואכן יוביל להשגת התכלית אשר הינה שמירה על שלום הציבור ושמירה על חיי המתפללים משני הצדדים.

האמצעי שפגיעתו פחותה - האם ניתן למצוא אמצעי אחר אשר יפגע פחות ובכל זאת יוביל לתכלית אשר אותה רצינו להשיג? (פס"ד א.ס.ף)

המדינה תטען כי ההחלטה על אופן הפעולה באיזור מתבצעת בהערכת מצב שמתרחשת אחת לכמה שבועות (כמו שצויין באירועון).

שמואל יטען כי ניתן למצוא אמצעי אחר אשר יפגע פחות בזכויות ובכל זאת יוביל לתכלית, שמואל יטען כי אפשר להציב כמות שוטרים גדולה יותר, או לבצע הפרדה מלאה בין היהודים המתפללים לערבים המתפללים.

מנגד, תטען המדינה כי פיתרון מסוג זה עשוי להיות יקר ולא יעיל בהכרח.

שמואל יגיב כי שיקול כלכלי לא עומד מול פגיעה בזכויות אדם (א.ס.פ, ארבל).

תועלת מול נזק -

לפי השופט ברק בפס"ד בית סוריק, נקבע כי יש לתועלת מול הנזק מבחן דו שלבי.

במובן הצר - האם התועלת (קידום האינטרס) עולה על הנזק (הפגיעה בזכויות)?

במובן היחסי - האם ניתן למצוא אפשרות אחרת אשר תקטין אמנם את התועלת, אך תפגע פחות בזכויות אדם? (פרופ' ספיר מכניס את המבחן הנ"ל למבחן המידתיות השני - אמצעי שפגיעתו פחותה).

במקרה הנ"ל יטען שמואל כי התועלת לא עולה על הנזק במקרה הנ"ל שכן יש מספר זכויות לא קטן שנפגעות, וכל זאת בכדי לשמור על ביטחון הציבור. בשלב היחסי של המבחן הדו שלבי יטען שמואל כי ניתן למצוא פעולה אשר תקטין את התועלת אמנם, אך תקטין משמעותית את הפגיעה בזכויות - הפרדה מלאה בין יהודים לערבים אשר מתפללים בהר הבית, הצבת כמות שוטרים גדולה יותר, וכו'.

על כל אלה, לפי דורנר בפס"ד תנופה, מבחני המידתיות אינם דווקנים ודי כי פעולות הרשויות ימצאו במסגרת מתחם המידתיות.

שמואל יטען כי פעולות המשטרה חורגות ממתחם המידתיות, במיוחד כיוון שניתן למצוא אפשרויות אחרות למיתון הפגיעה בזכויות.

פגיעת המדינה (שליחתה - המשטרה) לא עומדת בפסקת ההגבלה ועל כן, ידרוש שמואל פיצויים על הפגיעה בזכותו לקניין לפי פס"ד ישועה) שם נקבע כי תביעת פיצויים תתקבל רק כאשר הנפגע נטול סעדים) + הסדרת התחום בחקיקה תחת צו שיפוטי לעשות זאת.

** המשטרה אינה פעלה מתוך סמכות ובנוסף לכך, היקף הזכויות הנפגעות הינו רחב והפגיעה אינה עומדת בפסקת ההגבלה. על כל אלה, סבורני שעתירתו של שמואל תתקבל.

2. לאחר חקיקת החוק, לו הייתי שמואל, הייתי משמיט את הטיעון על פעולה מחוסר סמכות של המשטרה. כמו כן, הייתי משמיט את הטיעון של פגיעה בחוק יסוד:ירושלים בירת ישראל, שכן חוק ספציפי, אשר הינו עם הנחיות ספציפיות למקרה מסוים, גובר על חוק יסוד אשר אינו משוריין.

יחד עם זאת, הייתי מוסיף לטענותיו של שמואל כך:

ועדת הכנסת, עברה על החוק בכך שהגבילה את הדיון בהסתייגויות לחוק לשעתיים בלבד לכל היותר. דבר העומד מנגד לדעתה של היועצת המשפטית לממשלה, אשר חוותה דעתה כי ההגבלה אינה חוקית. ע"פ ועדת אגרנט, תתייחס הממשלה לחוות דעתו של היועמ"ש כמשקפת את החוק הקיים, כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת. למרות זאת, רשאית הממשלה להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים, לפי שיקול דעתה שלה. הצעת הוועדה קיבלה תוקף בפרשת אמיתי, שם השופט ברק אימץ את פרשנותו של זמיר וקבע כי חוות דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה. במקרה הנ"ל ניתן להסיק כי ועדת הכנסת אינה פועלת בצורה חוקתית שכן היא מחויבת לחוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה ומשלא עשתה זאת - יטען שמואל להתערבות בית המשפט.

יתר על כן, יוסיף כי בעקבות התנהלות ועדת הכנסת והגבלת ההסתייגויות מתקיים פגם בהליך החקיקה ועל כן, יטען להתערבות בית המשפט בשל אי עמידה בעקרונות הליכיים במהלך החקיקה, אשר מהווים פגיעה בשורש ההליך (פס"ד מגדלי העופות, ביינש). ישנם ארבעה קריטריונים אשר הליך חקיקתי נדרש לעמוד בהם - הכרעת הרוב, שוויון, פומביות והשתתפות (הנחלקת לפורמלי ומהותי).

במקרה דנן, יטען שמואל כי העיקרון אשר נפגע הינו עיקרון ההשתתפות. העיקרון מתחלק לשני חלקים: פורמלי - אשר מהווה נוכחות פיזית בהצבעה על החוק. מהותי - לדעת על מה מצביעים בדיוק, ובנוסף לאפשרות לגבש על כך עמדה.

שמואל יטען כי הגבלת ההסתייגויות מהחוק מהווה פגיעה בחלק המהותי של עיקרון ההשתתפות, שכן נראה שועדת הכנסת מנסה להעביר את חוק הכניסה להר הבית במהירות. ההסתייגויות מהחוק והדיונים אשר אמורים לנבוע מהם (אשר לא נובעים בשל החלטת ועדת הכנסת), הינם נדבך חשוב ומהווים הבסיס ממנו הח"כים מגבשים את עמדתם לגבי חקיקת חוקים מסוימים. בפס"ד קוונטיסקי, העיקרון מורחב ובהינתן עברה למבחן דו שלבי: ראשית - האם נמנעה האפשרות לדעת על מה מצביעים? שנית - האם נמנעה האפשרות לגבש עמדה? שמואל יסכים כי אמנם לא נמנעה מהח"כים האפשרות לדעת על מה מצביעים, אך יטען כי נמנעה מהח"כים האפשרות לגבש עמדה שכן הם לא יזכו לשמוע את כלל ההסתייגויות מהחוק בשל החלטת ועדת הכנסת. בהמשך לכך - אם ייקבע כי במסגרת ההליך החקיקתי נעשתה טעות, בית המשפט מוסמך להכריז על בטלות החוק (ברק, פס"ד נמרודי).

** סבורני עדיין כי עתירתו של שמואל תתקבל, לדעתי, הפגיעה בזכויות עדיין בהיקף רחב מאוד וניתן למצוא אפשרויות חליפיות אשר ישיגו את התוצאה המבוקשת, עם נזק נמוך יותר. בנוסף, אני סבור כי יש פגם בהליך החקיקה שהתרחש בכנסת ועל כן, לדעתי בית המשפט יתערב.