

# 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."

**שלב א':**

שמואל יעתור בתקיפה ישירה בבג"צ כנגד משטרת ישראל (חלק מהרשות המבצעת) בטענה לפגיעה בזכויותיו הטבעיות לשם צו לשינוי הנהלים ופיצויים בגין עוגמת הנפש שלו.

שמואל (להלן: העותר) יטען כי פעולות המשטרה פגעו בזכותו לחופש התנועה ובעיקר בזכותו לחופש הדת.

פגיעתו של שמואל בחופש התנועה מתבטאת בהגבלת השעות אשר הוגדרו בכניסה להר הבית ובנוסף בהגדרת השערים אשר דרכם יהודים יכולים להיכנס, פגיעה זו אמנם קיימת אך בהתחשב במצב הבטחוני באזור שמואל יתרכז בפגיעה העיקרית והיא - חופש הדת.

עיקר טענותיו של שמואל יתבססו על שאלת הסמכות של המשטרה לבצע פעולות אלו ללא תקנות ספציפיות בנושא.

חופש הדת מורכב מ-2 רציונלים עיקריים: **(דני סטמן וגדעון ספיר)**

1. חופש המצפון- פגיעה בחופש הדת מהווה פגיעה חמורה במצפון ומכך גם בזהותו האישית של המאמין, תביא לתחושת ניכור עצמי ואובדן זהות.
2. חופש התרבות- זכות נחוצה למימוש חיים אוטונומיים בעלי משמעות, דרושה לביטוי היחיד והקבוצה גם, זכות זו מוגברת כאשר מדובר בקבוצות מייעוט **(התנועה לאיכות השלטון)**.

- אמנם רציונל התרבות יותר קל "ליישום" במיוחד כשמדובר בקבוצת מייעוט, אך מהיסטוריית הפסיקה ניתן להבין כי רציונל התרבות רחב מדי ואילו רציונל המצפון יותר מצומצם ובעל משקל יותר גבוה ולכן שמואל יעדיף להשתמש בו כחלק מטענות **(ברק בחורב - לא מכיר בזכות לתרבות)**.

הזכות לחופש הדת הינה זכות לא מנויה, זכות אשר אינה מעוגנת באחד מחוקי היסוד של המדינה ולכן יש למצוא את הדרך להשתמש בה בצורה אחרת **(הלל סומר)**.

שמואל יטען כי פעולות המשטרה: החרמת תשמישי הקדושה, הגבלת זמן ליהודים גם בכניסה וגם בביקור עצמו, אלו הן פעולות שפוגעות בחופש המצפון שלו כאדם יהודי דתי מאמין. הר הבית משמש כאתר קדוש גם ליהודים, זכותו של שמואל כאזרח יהודי במדינת ישראל לבקר באתר אם ירצה בכך (חופש התנועה), בעת הגבלת המימוש הדתי שלו- לקיחת התפילין ואיסור התפילה המשטרה מנעה משמואל לקיים את מצוות האמונה שלו ולכן פגעו במצפון הדתי שלו. שמואל יטען כי פגיעה זו פוגעת באוטונומיה שלו למימוש המצפון וה"אני מאמין שלו" ומכיוון שהאוטונומיה נכללת בגרעין הזכויות בזכות לכבוד - זוהי זכות שלילית מנויה"א ולכן זוהי פגיעה שאינה חוקתית. **(ברק בחורב)**

את הפגיעה באוטונומיה ידגיש שמואל בעזרת המבחן שהציעה **השופטת ארבל בעדאלה**:

1. **מהות הבחירה שנשללת מהפרט**- ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת בדברים שקשורים בביטוי האיש והמימוש עצמי של האדם, כך תגבר הנטייה לראות בזה פגיעה בזכות חוקתית: במקרה הנ"ל האמונה של שמואל הינה חלק בלתי נפרד מחייו ופגיעה במימוש המצוות הללו מהווה פגיעה חמורה עבורו באוטונומיה שלו.
2. **מידת הכפייה ושליטת הרצון**- מידת הכפייה היא כמה כופים על הפרט ומתערבים בבחירה החופשית שלו. ככל שהכפייה יותר משמעותית ניתן לומר שיש פגיעה: בעת החרמת תשמישי הקדושה של שמואל ובעת איסור תפילה, מידת הכפייה בולטת לעין ולא ניתן להתעלם מכך.

המשטרה תשיב כי לא הכריחו את שמואל לבצע מעשים ולבצע איסורים בפועל ולכן אין פגיעה בחופש הדת שלו אלא ברגשותיו הדתיים ועל כך אין פגיעה חוקתית. **(שביט נ' קדישא)**.

שמואל יוסיף על טענותיו וישיב כי פעולות המשטרה לא נעשו מכוח סמכות, לאחר פנייתו לח"כ יסכה טובה זו העבירה שאילתה לשר הביטחון בנוגע לתקנות הספציפיות אשר מתוכן שואבת המשטרה את סמכותה לבצע פעולות אלה, שר הביטחון השיב שהמשטרה פועלת מכוח סמכותה הכללית לשמר על אינטרס הציבור לביטחון וסדר - כפי שהזכירה המשטרה בטענתה הראשונה. ובמילים אחרות, המשטרה פועלת מכוח הסמכות השיורית של הממשלה כאחת מהזרועות המבצעות שלה. (ס' 32 לחו"י הממשלה).

שמואל יטען שגם אם פעולותיה של הממשלה אינן סותרות את חו"י כבוה"א מכיוון שפוגעות ברגשותיו הדתיים ולא באוטונומיה עדיין אין הדבר אומר כי יש להם את הסמכות לפגוע בזכויותיו הטבעיות כאזרח במדינת ישראל הזכאי להן **(חשין בז'רנו)**. גם אם פעולות המשטרה נעשו מכוח סמכותה השיורית של הרשות המבצעת עדיין אין סמכות לפגוע בזכויות אדם **(דורנר בעיריית קרית גת)**.

מנגד, המשטרה תשיב כי פעולותיה לא נועדו לפגוע בחופש הדת של שמואל, אלא לשמור על ביטחון הציבור והסדר הציבורי, וכפי שהוזכר המדיניות משתנה מעת לעת ואיננה קבועה לכן, ניתן להסיק כי קיימת תלות במצב הבטחוני- אינטרס אשר עולה בחשיבותו על הפגיעה בזכויותיו של שמואל.

לאור העמידה אל מול אינטרס ציבור יש לבצע בדיקה של הפגיעה ולברר האם עומדת במידתיות או לא, לכן יש ליישם אל מול פסקת ההגבלה- ס' 8 לחו"י כבוה"א: **(דורנר בתנופה)**.

1. דרישת ההסמכה: שמואל יטען כי למשטרה אין את הסמכות לבצע פעולות אלו, גם לא שימוש בחקיקת חירום בלתי תלויה. המשטרה תטען כי סמכותה נוסעת מס' 3 לפקודת המשטרה. המשטרה תטען כי סמכותה נוסעת מסמכותה הכללית.
  2. הלימה לערכי המדינה: שמואל יטען כי לא קיימת הרמוניה בין 2 ערכי היסוד של המדינה יהודית-דמוקרטית **(ברק דיזין)**, יטען שהפגיעה בזכויותיו אינה עומדת בקנה אחד עפ ערכי הדמוקרטיה ככלל, ובפרט פגיעה באמונה היהודית היא פגיעה בערך היסוד של ישראל כמדינה יהודית.
  3. תכלית ראויה: המשטרה תטען כי שמירה על הסדר והבטחון הציבורי הינה תכלית אשר עולה בחשיבותה וראויה לשם פגיעות אלו.
  4. מבחני המידתיות: **(ברק במנהלי השקעות)**.
- א)קשר אמצעי מטרה- פעולות אלו נועדו לשמור על שמירת הסדר והביטחון וכך עושות.

(ב) אמצעי שפגיעתו פחותה- שמואל יטען כי המשטרה יכלה להשתמש באמצעי אחר אשר פגיעתו פחותה.  
(ג) כאן ניתן לעשות שימוש ב-2 מבחני המשנה של **ברק מבית סוריק** למרות שע"פ דעות אחרות שימוש במבחנים אלו יכול להיעשות גם במבחן המידתיות השני:

- 1- תועלת אל מול נזק: המשטרה תטען כי התועלת שעולה לאינטרס הציבורי עולה על הנזק שנגרם לשמואל.
- 2- תוספת תועלת אל מול תוספת נזק: שמואל יטען כי המשטרה יכלה למצוא פיתרון אשר ישיג את התכלית בקירוב ויפגע פחות בזכויות, לדוגמא, להשאיר את הליווי המשטירי אך להאריך את הגבלת הזמן ולאשר תפילה במקום ספציפי בו ניתן לפקח כי הסדר יישמר.

דרך נוספת בה יכול שמואל לעתור הינה בעזרת שימוש בס' 3 לחו"י ירושלים בירת ישראל הטוען שאין לחלל את חופש הגישה של בני הדתות למקומות הקדושים. פגיעה בחופש הדת של שמואל כפי שהוצגה לעיל הינה סתירה לסעיף זה. ופה יש לשאול האם מדובר בפגיעה או שינוי של חו"י? (**בג"צ דרור ישראל**). שינוי: קביעת הסדר חדש תחת ההסדר הקיים. פגיעה: סטייה לעניין מסויים, פגיעה בזכות אך לא שינוי לגמרי.

מכיוון שבמקרה הנ"ל מדובר בסירוב חד פעמי ולא קבוע, כפי שהתבקשנו לשים לב להבדל, ניתן להסיק שמדובר בפגיעה. חו"י ירושלים בירת ישראל הינו חו"י שותק- ללא שריון מהותי ולכן נבדוק כיצד בוחנים פגיעה בחו"י שותק.

**ע"פ ברק בפרשת מזרחי 3 אפשרויות:**

1. אפשר בכל חוק רגיל.
2. אפשר רק בחו"י. (הסכמה עם שמגר).
3. אפשר אם קיימת הסכמה מפורשת בחקיקה ראשית. "על אף האמור בחו"י...."

\* שיטה נוספת אשר העלה ברק בפס"ד **הופונונג** הינה יבוא פסקת הגבלה מחו"י ושימוש בה לבחינת מידת הפגיעה בחו"י הרלוונטי, גישה אשר במידה ושמואל יצטרך ישתמש בה וישם את אותם מבחנים שהוזכרו לעיל גם בחו"י זה.

- תקיפה נוספת אשר יכול שמואל לטעון הינה פגיעה בזכותו לשוויון, על בסיס הרציונאל של סיווגים חשודים-מוסלמים יכולים להתפלל ואילו יהודים לא? הדת שלהם, קריטריון הנחשב כאחד מהסיווגים החשודים בזכות לשוויון. את פגיעתו יבסס כהשפלה (**דורנר במילר**) ובכך יטען לפגיעה בזכותו לכבוד אך על פי שגם סיווגים חשודים לעצמם יכולים לשמש כתקיפה חזקה בביהמ"ש (**בג"צ נסר**).

- ע"פ טענותיו של שמואל נראה כי עתירתו לבג"צ עשויה להיענות, ואף ידרוש ביהמ"ש שהמשטרה תבסס את פעולותיה על חקיקת תקנות בהתאם, ועד אז עליה לשמור על התנהלות סטטית אשר תכבד את זכויות האדם.

## שלב ב':

הנימוקים שאוסיף כעת לעתירה הם:

-שמואל יעתור לפסילת החוק ולא לפיצויים על הפעולות, בעת קיום חקיקת משנה ניתן לעתור כנגדה וכסעד- לדרוש לביטולה במידה ונוגדת לזכויות אדם מנויות. (**התנועה למען איכות השלטון**)

- טענה נוספת שאוסיף לשמואל היא ביטול החוק בטענה שקיימת פגיעה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה, בפרשת לאו"ר נראה כי ניתן לפסול חוק גם אם אינו פוגע בזכויות אבל נוגד עקרונות יסוד- **השופט ברק**. **ביניש בפס"ד מגדלי העופות** מציגה

4 עקרונות להליך החקיקה:

1. הכרעת הרוב.
2. שוויון- קול אחד לכל אחד.
3. פומביות הדין.
4. השתתפות (פורמלי: לנכוח פיזית בהצבעה, מהותי: לדעת על מה מצביעים ושתיה אפשרות לגבש עמדה על כך). בעת הגבלת הזמן וועדת הכנסת לא נתנה מספיק זמן לכל ח"כ לגבש את עמדתו כראוי ולתת יחס ראוי והוגן להצעת החוק ולכן עיקרון ההשתתפות נפגע.

- ע"פ תקנון הכנסת ס' 90 קובע שלכל ח"כ יש עד 5 דק' להסתייגויות ובחישוב מהיר יש עד 500 דק' להסתייגויות (בהנחה שיש כ-100), בנוסף לכך ס' 98 לתקנון קובע כי הוועדה רשאית להגביל את זמן הדין במקרים חריגים. בעזרת שימוש ב-2 סעיפים אלו יטען שמואל כי פעולת הוועדה נוגדת את הוראות התקנון ומכיוון שלתקנון מעמד כמעט חוקתי (**אריאל בנדור עוסק בשאלה זו**), הליך חקיקה בעל כשל טכני אשר נוגד את אחד מהוראות התקנון דינו להיפסל (**פס"ד נמרודי**).

- טענה נוספת היא דעת היועצת המשפטית של הכנסת, אשר סמכותה לייצג את עמדת המשפט של הכנסת התנגדה לפעולה זו של הכנסת והביעה דעתה כי פעולה זו אינה חוקית. היועצת המשפטית לכנסת איננה היועמ"ש ואמנם סמכותה בהגדרה דומה לזו של היועמ"ש אך רלוונטית לכנסת. ולכן, יכול שמואל להשתמש בדעת היועצת המשפטית של הכנסת ולטעון כי דעתה הינה הוכחה כי פעולותיה של הוועדה אינן חוקיות ומהוות כשל בהליך החקיקה.

כזכור, סמכויות היועמ"ש: חוות דעתו משקפת את המצב המשפטי הקיים והמצוי, ותפקידו לייצג את הממשלה אך במידה והממשלה אינו מסכימה עם דעתו, זה יכול להתנגד לייצגה והממשלה זכאית לייצג ע"פ בחירתה. יש הטוענים שדעת היועמ"ש מחייבת ואין להתנגד לה - **מצא בפרשת דרעי 1**, ויש הטוענים אחרת - פרשת אמיתי נ' שר המדע.

טענות אשר הייתי מסירה מן העתירה של שמואל:

1. את דרישת ההסמכה- בחלק א' לא הייתה קיימת הסמכה למשטרה לבצע את הפעולות הללו, כפי שזכור שר הביטחון הגיב כי אין תקנות ספציפיות וכעת קיימת חקיקת משנה אשר נמצאת בתהליך.

- מנגד לטענות נוספות אלה של שמואל יכולה הוועדה להגיב כי מכוח ס' 98 לתקנון הכנסת יכולה הוועדה לקבוע חריגים לנושא הזמנים, הוועדה תטען כי אינטרס לשמור על הביטחון והסדר הציבורי הינה סיבה מספקת לקצר את אורך הדין על מנת לשמר על מצב ביטחוני טוב במקום כ"ע רגיש כמו הר הבית ולמנוע הליך חקיקה ארוך.

בנוסף, תשיב הוועדה כי אין לפסול חקיקת משנה זו מכיוון שאין פגם טכני בהליך החקיקה ומכיוון שהליך החקיקה עדיין אינו הושלם על ביהמ"ש לפעול בריסון בביקורתו השיפוטית (ברק בפס"ד שריד). (אי בשלות- פס"ד התיכון האורתודקסי)

לסיכום, סיכויי של שמואל להיענות בחיוב לעתירה שיגיש הינם גבוהים, על פניו נראה כי טענותיו לפגיעות השונות עולות על טענות ההגנה של המשטרה ושל וועדת הכנסת. אך, הסעד אשר יכול לקבל הינו פיצויים בגין עוגמת הנפש שנקבעה לו ובקשר לבטלות החוק יש על כך עוררין מכיוון שאינטרס הציבור הנוגע לביטחון במדינת ישראל הינו אינטרס מהמעלה הראשונה ועל כך ביהמ"ש לא מקל, לכן יכול להיות שביהמ"ש יורה על אחד מהסעדים השונים: קריאה לתוך החוק (בג"צ נסר) ׀ בטלות יחסית (בג"צ גניס).