

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."

העותר יטען שהתקנות הכלליות לפיהן פועלת המשטרה הינם מובילות לפגיעה בחו" כוסד האדם וזאת על ידי פגיעה בשיוויון. שמואל יטען שהשיוויון במובנו האריסטוטלי מקנה יחס שווה וזכויות שוות לשווים. לעניינו היהודים והערבים הינם אזרחים שווים במדינה, ולכן אין לאפשר לאחד להתפלל במקום הקדוש לו, ובו בזמן למנוע מאחר ולהגבילו בשערי הכניסה. המשיבה תטען שפגיעה בשיוויון אינה רלווטית משום שלפי (מילר, דורנר) פגיעה בשיוויון פוגעת בכבוד האדם רק כאשר כרוכה בהשפלה. במקרה דנן ישנו אמנם איסור לתפילה. אך הדבר אינו כרוך בהשפלה. לכן אין פגיעה בחו" כבוד האדם. העותרים יטענו שטענת המשיבה בחזקת איפכא מסתברא, משום שעל פי (מילר, דורנר) במידה וישנם סיווגים חשודים הפגיעה בשיוויון בהכרח כרוכה בהשפלה. במקרה דנא, ישנה פגיעה בקבוצה ספציפית שאינה מורשת להתפלל במקום, לכן הדבר תחת סיווגים חשודים וכרוך בהשפלה. מנגד תטען המשיבה כי ישנו שוני רלוונטי לתכלית ראויה. לכן לפי השיוויון במובנו האריסטוטלי אין פגיעה בשיוויון. התכלית הראויה הינה הגנה על תרבות המיעוט מפני הרוב. טענת המשיבה תתבסס על דברי ברק בפרשת טל, לפיו יש להכיר ביחודתם של תרבות מסוימת ובצרכיה. העותרים יטענו כי על אף שיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה. הסיווג החשוד שהינו על קרע דתי דורש הגנה מיוחדת מפני פגיעה לכן על ידרשו בחינה על פי המבחנים. ראשית יטענו כי התועלת אינה עולה על הנזק, משום שמייצרת סטיגמה לפיה יהודים אינם יכולים לקיים פולחן באזור שבו יש מוסלמים ללא תגרה. המשיבה תטען שהפגיעה הינה שולית ביחס לתועלת שהיא מניעת נזק באדם ורכוש. העותרים יטענו שיש לבחון אמצעים חלופיים להשגת המטרה, כמו הקצאת שטח מסוים לתפילה. או חלוקה בין היהודים לערבים בזמני תפילות. ובכך תמנע פגיעה גורפת בזכותם של יהודים. המשיבה תטען כי אמצעים חלופיים אלו עלולים להבעיר את את השטח ולגרום לנזק רב. העותרים יטענו שעל פי המבחן הראשון (מילר, מצא) יש הכרח בהוכחה ברורה לקיומו של קשר בין אמצעי לתכלית האמורה. המשיבה תטען שהדרישה להוכחה במקרה האמור אינה רלוונטית משום שהוכחה תהיה פגיעה ממשית באדם ורכוש. דבר שעל המשטרה למנוע.

העותרים יטענו כי יש פגיעה נוספת בחו" כבוד האדם. וזאת עקב פגיעה בחופש הדת במובנו החופש המצפון. העותר יטען כי נכפה עליו לפעול בניגוד לאמונתו. וזאת בכך שנמנע מלהתפלל במקום שמוצא לקדוש. מניעת האדם להתפלל פוגעת במספר רציונלים ראשית נוצר כאב וסבל לעותר. שנית הדבר מהווה חוסר כבוד למצפוניסטים, הדבר מתבטא גם בהחרמת רכושו של העותר. העותר יבסס טענתו על דברי שמגר (פלונים נ' אלמוני) לפיו היבטיו של חופש המצפון כוללים את הזכות להגשים צווי מצפון בדרך של פעולות. במקרה דנן, נמנע מהעותר להגשים את צו מצפון דרך פעולה, ולכן ישנה פגיעה בחופש הדת במובנו כחופש המצפון. המשיבה תטען כי במקרה האמור אין פגיעה בחופש הדת, טענה זו תתבסס על (חורב, ברק) לפיו כאשר קיום המצוות אינו נמנע אין פגיעה בחופש הדת. במקרה דנן קיום המצווה אינו נמנע. זאת מכיוון שאין מניעה גורפת על העותר לבצע את צו מצפון. הדבר נמנע ממנו אך ורק באזור גאוגרפי ספציפי ופעוט בשטחו. העותרים יטענו כי ישנה פגיעה בחופש הדת במובנו כזכות לתרבות. שכן זכותם של יהודים לקיים את תרבותם היהודית בבירתם. טענה זו תתבסס על דברי ברק בפרשת חוק טל. בה נאמר כי יש להכיר ביחודתיה וצרכיה של תרבות מסוימת. במקרה האמור לא מכירים בצורך של יהודים ושל שמואל בפרט לקיים את תרבותם הדתית בעירם. מנגד תטען המשיבה שהעותרים אינם זכאים להגנה מטעם החופש לתרבות. משום שהרציונל לחופש תרבות אינו עומד לקבוצות תרבותיות גדולות משום שקיומן אינו מאוים. במקרה האמור (יהודים) הינם הרוב במדינה ולכן תרבותם אינה מאוימת.

העותרים יטענו שלא ייתכן שפגיעה בחו" תעשה על ידי חקיקת משנה. טענתם תבסס על דברי שמגר במיטריני לפיו כאשר מחוקק משנה פוגע בזכויות יסוד נדרוש כי ההסמכה תהיה מפורשת וברורה וכי יתכן שפעל ללא שיקול דעת יאות. במקרה האמור התקנות כלליות ואין הסמכה מפורשת וברורה. מכאן שיש לפסול תקנות אלה. המשיבה תטען כי יש לראות זאת לפי גישת תכלית החוק. כך שגם ללא המסכה מפורשת הפגיעה מותרת אם מטרתה להשיג את התכלית. המשיבה תטען כי במקרה האמור יש שיקול דעת לרשות המנהלית לפיו צריכה לבצע ניהול סיכונים למען שמירה על בטחון אזרחי ישראל. טענה זו נסמכת על פס"ד קול העם. בו נקבע מבחן בוודאות הקרובה והפגיעה הממשית. במקרה האמור ישנה וודאות קרובה לפגיעה ממשית לכן שיקול הדעת של הרשות המנהלית תקין. העותרים יטענו כי בהתאם לפס"ד רובינשטיין היסדרים מעין אלו ראויים שיהיו תחת חקיקה ראשית. משום הם בעלי השפעה רבה. במקרה האמור אינם.

העותרים יטענו כי התקנות פוגעות בחו" ירושלים בירת ישראל. לפיו יש לאפשר גישה למקומות הקדושים לדתות. במקרה האמור נפגעת גישתם של יהודים למקום הקדוש להם. המשיבה תטען כי לא נפגעת גישתם אלא מצטמצמת יתרה מזאת חוק היסוד הינו חוק שותק, לכן אפשר לפגוע בו. טענה זו נסמכת על (חשין בנק המזרחי) לפיו אינו זוכה לעליונות נורמטיבית כלל. העותרים יטענו כי אי אפשר לפגוע בו לפי דברי שמגר בפס"ד מזרחי. וכל הפחות יש לייבא לו פסקת הגבלה. בהתסס על פס"ד הופנגו, פס"ד מופז ופסד גוטמן. המשיבים יטענו כי הפגיעה הינה נקודתית ולכן אפשרית. טענה זו נסמכת על פרשת הנשים המתפללות. לפיה במידה והסירוב פרקטיקולרי הדבר אפשרי. העותר יטען כי זו התנהלות ומדיניות הקבועה מזה 10 שנים ולכן אינה בגדר קיבעה פרטיקולרית.

העותרים יטענו שלאור האמור לעיל יש לבחון האם התקנות הכלליות עומדות בפסקת ההגבלה.

1. חוקיות- העותרים יטענו כי הפגיעה בזכות נעשת שלא מחוק ולא מהסמכה מפורשת, שכן במקרה האמור ישנם "תקנות כלליות". מנגד המשיבה תטען כי אינה חייבת הסמכה מפורשת כל עוד התכלית ברורה וברור שעליה להפעיל תקנות אלה לשם ביצוע תפקידה. טענה זו נסמכת על מאמרו של אורן גזל. לפיו כורח המציאות מחייב להשאיר שיקול דעת בידי רשויות המנהל.

2. הלימה לערכי המדינה - העותרים יטענו שהחוק אינו הולם את ערכי המדינה, הן היהודים והן הדמוקרטים. החוק פוגע בערכי המדינה היהודים בכך שמונע תפילתם של יהודים באזור הקדושים להם. ופוגע בערכיה הדמוקרטים דרך הפגיעה בזכות לשיוויון ובחופש הדת. המשיבה תטען כי החוק הולם את ערכי המדינה, משום שמונע תפילה באזור מסוכן שעלול להוות סכנה ליהודים המתפללים בו.

3. העותרים יטענו כי התקנות לא נועדו לתכלית ראויה, שכן קיימות באופן כללי ושרירותי. המשיבה תטען התכלית ראויה והיא שמירה על אזרחי ישראל מפני פגיעה.

מידתיות

1. העותרים יטענו כי לא ברור מה הקשר הרציונאלי בין התקנות לאמצעי. שכן אין צורך באיסור כניסה ליהודים ולתפילה כדי לשמור על סדר ציבורי. המשיבה תטען שישנו קשר ישיר. התקנות מאפשרות שמירה על הסדר הציבורי ומינעת תגרות.
 2. העותרים יטענו כי מבחן הפגיעה הפחותה אינו חל. הפגיעה אינה במידה הקטנה ביותר. במידה ישנה סכנה על המדינה לאבטח ביתר שאת את היהודים שחפצים להתפלל במקום. טענה זו נסמכת על פס"ד צמח. בו נקבע כי זכויות אדם עולות כסף, ובמשטר דמוקרטי ראוי להכיל זאת. המשיבים יטענו שהפגיעה מידתית, אין איסור כניסה גורף. ישנם שעות בהן ניתן להכנס למקום. יתרה מזאת אכיפה מוגברת אינה תקנה הגנה מלאה.
 3. העותרים יטענו שהאמצעי אינו רואי משום שפוגע ללא יחס ראוי לתועלת. פגיעה בזכויות יסוד אינם ראויים כאשר התועלת אינה ברורה. ואינה מוכחת. ההמשיבה תטען כי בהתאם לפס"ד קול העם דברי ברק. יש לבחון האם ישנה וודאות קרובה לפגיעה במקרה האמור ישנה וודאות קרובה לפגיעה ממשית לטענת העותרים ומכאן שפעולתה מידתית והתועלת אכן עולה על הנזק.
- לדעתי סיכויי שמואל לזכות בעתירה הינם גבוהים. בעיקר עקב "התקנות הכלליות" שכן לא סביר כי תקנות אלו יהיו בעלות יכולת לפגוע בזכויות אדם, אף אם הפגיעה אינה משמעותית. שכן על התקנות להיות תחת הסמכה מפורשת לכל הפחות. לדעתי ביהמ"ש יפסוק לפסילה פרוספקטיבית, כדי להקנות זמן לרשות המנהלית. ויפנה את הכנסת להסדיר את הסוגיה בחקיקה ראשית.

ב

לאחר התיאור בשלב ב' אשמיט את טיעוני ההסמכה. משום שכעת הדבר מגובה בחקיקה ראשית. יתרה מזאת טענת החוקיות בפסקת ההגבלה תהא לא רלוונטית. כעת העותרים יטענו כי על ביהמ"ש לבצע ביקורת הליכית על הנעשה בהצעה על החוק. טענתם תתבסס על דברי השופות בייניש בפרשת מגדלי העופות. לפיה תנאי להתערבות שיפוטית הינו פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה. לרבות הכרעת הרוב, ועקרון ההשתתפות. במקרה האמור הכעת הרוב ועקרון ההשתתפות נפגעים. מכיוון שההסתייגות לחוק אינן נכללות עקב הגבלה אסטרטגית לשעתיים. למרות טענת היועמ"ש שההגבלה אינה חוקית. המשיבה תטען שאל לבית המשפט להתערב במקרה זה. התערבות תהווה פגיעה בהפרדת הרשויות ולכן על בית המשפט לבצע ריסון עצמי. בנוסף לכך המקרה האמור אינו יורד לשורש ההליך. טענה זו תסתמך על פס"ד ארדן בו נקבע שהביקורת השיפוטית מוגבלת ומרוסנת על תהליכים מעין זה במוצג במקרה האמור. העותרים יטענו כי יש לבצע התערבות שיפוטית עקב עקרון ההשתתפות. טענה זו נסמכת על דברי סולברג בפסד קוויטנסקי בו נאמר כי במידה ונשללה מהחכ"ם אפשרות מעשית לגבש עמדה בנוגע להצעת חוק יש לקיים התערבות שיפוטית. לפיכך קל וחומר במקרה דנא, לקיים התערבות שיפוטית משום שלא נפגעה זכותם לגבש עמדה אלא לעמוד עליה. העותרים יטענו כי הגבלת הזמן אינה חוקית. זאת כאמור כי על פי התקנון יכול כל חבר כנסת לקבל 5 דקות לדון ולפיכך שעתיים אינם עומדים בקריטריון ואינם מקצים מספיק זמן ל-100 מסתייגים. המשיבה תטען כי בהתאם לסעיף 98 רשאית לקבוע זמני דיבור במקרים שונים וחריגים. המקרה האמור הוא מקרה שונה וחריג לכן רשאית לשנות את הקצאת הזמנים ולהגבילם לשעתיים. העותרים יטענו כי המקרה האמור אינו חוסה תחת מקרים חריגים.

מחד סיכויי של שמואל פחתו עקב חקיקה ראשית שמסדירה את התקנות הקודמות. לכן טענותיו ביחס לכך שעל הסדר זה להיות ראשוני אינם עומדות לו. מאידך פעולה זו של הממשלה בהחלט פוגעת בשורש ההליך הדמוקרטי ומונעת את קיום הצבעה הוגנת. שכמובן אינה מבטאת את רצון הבוחר. יתרה מזאת היועמ"ש מאמין כי פעולה זו אינה חוקית ובהתאם לכך שליועמ"ש עצמאות בייצוג המדינה. לכן על אף היות הדבר נדיר. ככל הנראה העותר יזכה להתערבות הליכית.