

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."

שמעון אזרח יהודי ישראלי שמוקנות לו כל הזכויות. תקיפה ישירה לבג"ץ כנגד גוף ציבורי- המשטרה. יטען לביטול הפעולות של המשטרה מכמה סיבות. זאת בשל סתירה שלא כדין של אחד מחוקי היסוד. לפי ס' 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני פגיעה ומפני כל דבר אחר ואין לפגוע בחופש הגישה אליהם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות. שמואל יטען כי התרחשה פגיעה בחופש הדת שלו וגם בחופש התנועה שלו. הרציונלים מאחורי חופש הדת הינם חופש המצפון או שהזכות לתרבות.

פגיעה כחופש המצפון- שמואל יטען כי שבאיסור על כניסה להר הבית ותפילה בו יש פגיעה בחופש הדת מכיוון שלא מאפשרים להם לקיים את המצטטה של תפיחה וזה לא מאפשר להם לפעול על פי צו מצפונם. המשטרה תטען מנגד שלא מדובר בפגיעה במצפון שכן מתאפשרת כניסה של יהודים להר הבית פשוט בשעות מסוימות על כן לא מגבילה אותם מלהתפלל. מדובר רק בפגיעה ברגשות הדתיים (ברק, חורב).

פגיעה בזכות לתרבות- שמואל יטען כי אדם מזהה עצמו לפי תרבותו על כן פגיעה בזהותו תוביל לפגיעה קשה בתרבות. יש לשמור על התרבות הדתית. המשטרה תטען כי חופש הדת הינה זכות לא מנויה ועל כן לא ניתן לפגוע בה. (סטטמן וספיר)

שמואל יטען כי אפשר לתקוף החלטה מנהלית בלי הוכחה לכך שהזכות מנויה בחו"י. (שוחרי גילת).

זאת ועוד יטען שמואל כי חופש האמונה הדתית הינו חלק מכבוד האדם זכות שמעוגנת שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סולדור, פרוקציה).

משכך יש לבחון את הפגיעה אל מול פסקת ההגבלה לפי ס' 8 לחו"י כבוד האדם וחירותו.

הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית- שמואל יטען כי אין הסמכה לפעולה המנהלית של המשטרה מכוח חוק, שכן שר הפנים נשאל על מקור התקנות ונאמר כי המשטרה פועלת מכוח סמכות כללית. רשות מנהלית יכולה לפעול רק לפי הסמכה שלה בחוק והיא אינה רשאית לבצע פעולה שלא הוסמכה במפורש לעשות. (חיות, טבקה). אמנם חוק המשטרה הותיר למשטרה את הזכות לשמירה על המרחב הציבורי, אך לא נקבע כי המשטרה רשאית לפגיעה בזכויות הספציפיות. הרשות לא הוסמכה להגביל את כניסתם של היהודים להר הבית.

המשטרה תטען מנגד כי למדינה ישנה סמכות שיווית, לפי ס' 32 לחוק יסוד: הממשלה, במקום שאין לרשות אחרת סמכות, תופעל הסמכות השיווית של הממשלה.

שמואל יטען כי אסור לפגוע בזכויות אדם מכוח סמכות שיווית (דורנר, עריית קריית גת).

בנוסף שמואל יטען שהסמכות מוסדרת מכוח חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל ובו נקבע במפורש הסדרים לכניסה להר הבית. והרי לפי השופט גולדברג (עריית קריית גת) לא ניתן להפעיל סמכות שיווית במקום בו כבר קיים חוק שמסדיר את הנושא.

עוד יטען שמואל כי סמכות שיווית לא כוללת הסדרים ראשוניים, הם צריכים להיות מעוגנים בחקיקה ראשית לפחות. (הוועד הציבורי נ' עינויים).

הלימה לערכי המדינה- שמואל יטען שפעולה של המשטרה פוגעת בערכי המדינה כמדינה יהודית, שכן חלק ממהותה כיהודית הם גם הדת היהודית. מונעים מהציבור היהודי להיכנס להר הבית לעומת אפשרות כניסה למוסלמים להר הבית. המשטרה תטען כי יש הלימה לערכיה הדמוקרטיים של המדינה. אך על מנת לפסול פעולה על סמך סיבה נדרשת נדרשת פגיעה קשה וחמורה מאוד (דורנר, דיזיין).

תכלית ראויה- (התנועה לאיכות השלטון, ברק)

- מאפייני התכלית- המשטרה תטען שמדובר בתכלית ראויה והיא שמירה על הסדר הציבורי וביטחון הציבור.

- מידת הצורך בהגשמתה והצדקתה לפגוע בזכויות- ניתן להיעזר במבחן האנכי של ברק. הסתברות קרובה לפגיעה בזכות- ישנה הסתברות שתרחש פגיעה קשה לחופש הדת זאת בשל מניעה של יהודים להיכנס לאתר הקדוש להם ולדתם, אך במטרה לשמור על ביטחונם של המתפללים היהודים. עוצמת הפגיעה- מדובר בעוצמה גבוהה, מדובר בשלילת ההאפשרות לקיים את צו מצפונם לפי אמונתם הדתית.

מידתיות- (מנהלי השקעות, ברק)

קשר אמצעי מטרה- ניתן לראות שיש קשר ישיר בין האמצעי שנבחר והוא מניעת כניסתם של יהודים להר הבית לבין המטרה שהיא שמירה על ביטחון הציבור.

האמצעי שפגיעתו פחותה- לא מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה שכן ניתן היה לבחור אמצעי אחר שהיה משרת את ביטחון הציבור ופגיעתו הייתה פחותה.

תועלת מול נזק (ברק, בית סוריק)

בחינה יחסית- המשטרה תטען כי התועלת עולה על הנזק, שכן מדובר בבריאות וביטחון הציבור, והוא יהוו תכלית יותר גדולה מאשר פגיעה ברגשות הדתיים. ראה למעלה איזון אנכי.

בחינה מוחלטת- ניתן היה למצוא פתרון שאמנם יפחית את עוצמת השגת התכלית אך יסב פחות נזק לזכות, כגון הפתרונות שהוצעו בשער "שלשלת", שעות מוסדרות, ואבטחה יותר גדולה.

זאת ועוד יטען שמואל כי פעולות הממשלה פוגעות בזכותו לשוויון וכך בחופש התנועה.

פגיעה בזכותו לקניין שכן לקחו לו את התשמישים ששייכים לו. המשטרה תטען מנגד שמדובר בחלק מפעולות שיטוריות שהיא מחויבת לעשות למען שמירה על הציבור.

שמואל יטען כי נפגע השוויון האריסטוטלי שלו, בכך שמאפשרים כניסה של מוסלמים להר הבית אך ליהודים לא. שוויון אריסטוטלי מוגדר כיחס שונה בין שווים ויחס שונה לשונים כל עוד שנותם רלוונטיות. (דורנר, מילר)

המשטרה תטען כי מתקיים שוני והוא רלוונטי לסיטואציה, שכן מדובר ב2 אוכלוסיות שונות, יהודים ומוסלמים שלכל אחד מהם גישה והתנהלות שונה. על כן מתקיים שוני רלוונטי.

שמואל יטען כי לפי ברק (התנועה לאיכות השלטון) פגיעה בשוויון תבטא גם כפגיעה באוטונומיה של האדם. נוסף על כך לפי ברק (פס"ד חורב) חופש התנועה הינה נגזרת מהזכות לכבוד בשל פגיעה באוטונומיה.

משהוכחה הפגיעה בזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לבחון את הפגיעה לפי פסקת ההגבלה. ראה למעלה, רק לזכות לשוויון ולחופש התנועה.

בנוסף בגלל שמדובר בפעולה מנהלית, אין צורך שהזכות לשוויון תהיה מנויה מפורשות בחו".

שמואל יבקש את ביטול המדיניות של המשטרה.

סבורני כי שמואל יזכה שכן מדובר בפגיעה קשה בשלל זכויותיו, נוסף על כך, פעולות המשטרה נעשות בחוסר סמכות מפורשת.

שמואל אמנם ישמיט את טיעונו באשר לסמכות השירות, שכן לאחר עיגון פעילות המשטרה, לא ניתן לטעון כי המשטרה פועלת ללא סמכות, נוסף על כך המשטרה לא תטען כי הדברים נעשו מכוח סמכות שירות, שכן הסמכויות מעוגנת כעט. שמואל יטען כי למרות שמדובר בחוק הוא נקבע על ידי הממשלה ולא הכנסת.

במידה ותבצע בקורת א-אפרוירית- תוך כדי הליך החקיקה (פס"ד נמרודי- בנדור), שמואל יטען כי נפל פגם בהליך חקיקת החוק בממשלה.

בייניש (ארגון מגדלי העופות) בימ"ש יטה להתערב בהיך חקיקתי בריסון ובזהירות רק אם מדובר שבהם יש פגם שיורד לשורש העניין. פגיעה מהותית בערכי המשטר הדמוקרטי. בחינה לפי 4 עקרונות היסוד של השיטה: **הכרעת הרוב**- שמואל יטען כי התרחש פגם שכן נאמר כי היו 100 הסתייגויות למעבר החוק. **עקרון השוויון**- המידנה תטען כי ההליך היה תקין וכל קול היה שווה לשני

עקרון הפומביות- המדינה תטען כי הפיצה בסומבי את החוק וכל חברי הכנסת המצביעים ידעו במה מדובר.

עקרון השתתפות

הזכות להשתתף בהצבעה- הכנסת תטען כי נתנו אפשרות לכל חברי הכנסת להשתתף בהצבעה. לדעת על מה מצביעים- כל חברי הכנסת ידעו

לגבש עמדה לגבי החוק- שמואל יטען כי משהגבילה הכנסת את מתן ההסתייגות, פגעה בהליך החקיקה, שכן לא ניתן זמן סביר לחברי הכנסת לגבש עמדה. כל זה התרחש בניגוד לתקנון הכנסת שמתיר את הצגת עמדותיהם של חברי הכנסת.

על כן יטען לביטול החוק.

בבחינת החוק בביקורת א-אפוסטריורית (ספיר)- בסוף הליך החקיקה, שמואל יטען כי החוק שנחקק עודנו פוגע בחופש הדת בזכות לשוויון וכן בחופש התנועה, על כן יש לחוקק אותו על ידי חקיקה ראשית של הכנסת. שמואל יבקש לפסול את החוק, או בטלות פרספקטיבית, או בטלות אקטיבית, או ביטול רטרואקטיבי.

נוסף לכך שמואל יטען כי החוק החדש סותר את חוק יסוד:ירושלים בירת ישראל, שמגדיר כי אין לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם.

שמואל יטען שמדובר ב**שינוי** של חוק היסוד- שינוי הינו קביעת הסדר חדש תחת ההסדר הקיים, והרי שינוי של חוק יסוד יתבצע רק על ידי חוק יסוד אחר יש לעקוף את הרשיון הפורמאלי לשם כך. ומשהיו 100 הסתייגויות לחוק, החוק לא עבר ב61 קולות (שמגר, בנק המזרחי)

הכנסת תטען מנגד כי מדובר ב**פגיעה** בחוק היסוד שכן מתקיימת סטייה לעניין מסוים, פגיעה בזכות מסוימת אך לא שינוי לגמרי.(דרור)

משמדובר בחוק יסוד שותק, ניתן פגוע בו בכמה דרכים:

1. אפשר לפגוע בו.

2. אי אפשר לפגוע בו (ברק, בנק המזרחי)

3. אפשר לפגוע בו רק בפגיעה מפורשת. (שמגר, בנק המזרחי)

4. אפשר לשתול פסקת הגבלה מחוק יסוד אחר גם כשמדובר בפרוצדורת פגיעה פורמאלית, נבחן מו המבחן המהותי של פסקת ההגבלה. (גוטמן, הופנונג)

אמנם המשטרה תטען כי ניתן לפגוע בחוק היסוד(בנק המזרחי). אך שמואל יטען כי ישנה פגיעה של זכויות על כן יש לבחון לפי פסקת ההגבלה בעתירה המקורית.

מעבר לכך יטען שמואל כי ניתן לבטל חוקים/ החלטות במידה וסותרים את עקרונות היסוד של השיטה- ברק (אוביטר, לאור).

על כן יוסיף שמואל שמתרחשת פגיעה קשה ביסודות הדמוקרטיים, וערכים חשובים כמו ערך השוויון המעוגנים בה. עדיפות לדעת המיעוט וכו'.

המדינה תטען שאין פגיעה ביסודות הדמוקרטיים, להפך החוק נועד על מנת לשמור על הדמוקרטיה ועל קבוצת הרוב, שמירה על ביטחון הציבור.

נוסף לכך, ניתן להבחין שמדובר ביועמ"ש הכנס. הגישה המקובלת בבג"ץ (של יועמ"ש הממשלה) היא שליועמ"ש ישנה בלעדיות בייצוג. (אמיתי, ברק)

לעומת זאת ניתן לראות כי ישנם סימנים ראשונים של שינוי המגמה (גיני ושטיין, אמיתי). דעות למתן ייצוג חיצוני על מנת לשמור על הליך הוגן לכלל המיוצגים.

לדעתי עתירתו של שמואל עתידה להתקבל, שכן החוק יפול בשל פגם חקיקתי, המהווה לפי ארבל, פגיעה בערכי השיטה הדמוקרטית.

•