

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."

תקיפת המדיניות - חלק א'

1. מן המדיניות עולה **פגיעה קשה בחופש הדת** של היהודים במקום, גם במובנו כנגזרת של חופש המצפון וגם כזכות לתרבות ראשית, בעודה מונעת ממנו להגיע למקום הפולחן שלו היא **מונעת ממנו לפעול בהתאם לצו מצפוני וגורמת לו כאב וסבל**. בנוסף, הדת היהודית, שהיא **תרבות מיעוט** במתחם הר הבית (שבו מתפללים מוסלמים במסגד אל-אקצא) זקוקה להגנה לאור היות המקום **מרכיב חשוב בזהות העותר וחבריו לקבוצה**. פגיעה בחופש הדת עקב מצפון היא פגיעה בחו"י כבוד וחירותו (ברק בחורב) ואף רציונל התרבות מוגן חוקתית (שמגר בפסרו).

2. קיימת גם **פגיעה קשה בזכות לשיוויון** במובנו כשיוויון אריסטוטלי (פס"ד מילר) - לא מתקיים שוני רלוונטי שכן המקום קדוש לשתי הדתות (אסלאם ויהדות) ועל כן המדיניות המפלה אינה הגיונית, במובנו **כמינעת השפלה (דורנר במילר)** - יהודי במדינתו שאינו יכול להיכנס למקום הקדוש ביותר לו זה אקט משפיל ומבזה. ואף **כנגזרת של הזכות לאוטונומיה (ברק בתנועה לאיכות השלטון)** - מונע ממנו את זכותו לבטא את עצמו ולממש את עצמו. ומאחר והשיוויון היא זכות חוקתית המוגנת דרך חו"י כבוד האדם וחירותו (ברק באל-על) נעבור לפסקת הגבלה בכל הפגיעות יחדיו:

הסמכה - מכוח סמכות כללית בפקודת המשטרה - הסמכה עמומה למדי ויש צורך שתהיה ברורה יותר (שמגר במיטרני), יתר על כן, ככל שהזכות הנפגעת מרכזית יותר וככל שהפגיעה בה קשה יותר, כמו במקרה שלנו, נדרוש הסמכה בחקיקה ראשית ובאופן ברור מעל לכל ספק (ביניש במפקד הלאומי). לכן נקבע שלא מתקיים. יתרה מכך, יותר מסביר להניח שמדובר בהסדר ראשוני שהיה על המחוקק להסדירו ולא לעשות בו שימוש דרך סמכות כללית (רובינשטיין)

הלימה לערכי המדינה - בכדי לנצח עילה זו יש צורך בפגיעה חמורה ומובהקת (ביניש בחטיבת זכויות), ולדעת העותר מניעת חופש הדת מיהודים בארצם ופגיעה כה קשה בשיוויון היא פגיעה חמורה גם בערך הדמוקרטי וגם ביהודי.

תכלית ראויה - נשאל מהם מאפייני התכלית ומה מידת הצורך בהגשמתה (ברק בתנועה לאיכות השלטון), שמירה על ביטחון הציבור באחד המקומות הנפיצים ביותר במזה"ת היא תכלית ראויה ע"פ מבחנים אלו

מידתיות- קשר אמצעי מטרה: נדרוש ודאות קרובה ואף מוחלטת שהאמצעי הפוגע יגשים את המטרה כשמדובר בזכויות כבדות משקל כמו אלו (דורנר בתנופה) - ניתן לקבוע שהמבחן מתקיים. מניעת הכניסה ליהודים למעט שעות מסוימות מנטרלת כל סיכוי להתלקחות.

אמצעי שפגיעתו פחותה - לא מתקיים. ניתן היה לתת מרחב זמן גדול יותר ליהודים מבלי לסכן את שלום הציבור, לא עומד בתורת המדרגות שמבקש פגיעה מינימלית (דורנר בתנופה).

תועלת מול נזק - לא מתקיים. בבחינה מוחלטת סך התועלת לסדר הציבורי אינו עובר את הפגיעה חסרת התקדים ואף שלילת חופש הדת והפולחן של היהודים במקום באופן כמעט מוחלט. ישנן חלופות נוספות שיתכן והיו מגשימות פחות את המטרה אך היו עושות נזק פחות יותר - וזהו עקרון הבחינה היחסית שאינו מתקיים גם (ברק בבית סוריק)

הסעד המבוקש במקרה: בטלות אקטיבית של המדיניות ואיסור על המשטרה לנהוג על פיה - מעתה והלאה.

הערכת סיכויים:

סיכויי העתירה להתקבל הם להערכתי 80%. וזאת מן הטעמים הבאים.

1. **התקדים בעניין הסירוב הקבוע** שהובא בפניי תקף גם בעניין זה לאור העובדה שמדובר במדיניות המשטרה בשנים האחרונות.

2. טענת נגד בדבר פגיעה ברגשות הדתיים מכוח הסעיף המגן בחו"י ירושלים בירת ישראל תקף לשני הצדדים (יהודים ומוסלמים) וניתן "לצמצם" את הפגיעה הזו (מהלך של ברק בפסיקתו).

3. הטענות שהועלו בדבר ההסמכה הם חזקות לאור הקביעות הבלתי מתפשרות של ביהמ"ש בעניין כפי שהובאו בעתירה. גם אם ביהמ"ש יפסול את טענת ההסדר הראשוני מכיוון שזוהי לא הלכה אלא חזקה פרשנית.

4. טענת הפגיעה בערכי המדינה לא תתקבל. שכן נדרשת פגיעה ברף חסר תקדים. הדבר נאמר גם בפס"ד חטיבת זכויות אדם ובפסיקה בעניין בהמשך.

5. טענות המידתיות עומדות במבחני ההלכות הפסוקות והן דומות לפסיקות שונות שנתן כבר ביהמ"ש העליון בעניין ולכן אני רואה גם אותן מתקבלות.

6. גם טענת נגד אפשרית בדבר העובדה שסמכות המשטרה (שככל הנראה מעוגת בחוק מלפני שנת 1992) מעוגנת בחוק המוגן בשמירת הדינים, ניתן לפתור ע"י איזכור התקדים לפיו נפרש חוקים מתקופה זו לאור חוקי היסוד וכי פסקת ההגבלה ממילא משקפת את השיקולים ששקל ביהמ"ש גם בעבר (ברק בחורב), ואף הסעד שמבוקש עומד אף בדעות מקפידות יותר כלפי שמירת הדינים שכן הפרשנות המוצעת לסעיף אינה מרוקנת אותו מתוכן (הנדל באבו ערפה) אלא מבקשת להסדיר הסדר נקודתי בחקיקה ראשית.

7. טענת נגד אפשרית בדבר פגיעה ברגשות הדתיים ולא בחופש הדת שהיא לא פגיעה חוקתית שכן היהודים באתר יוכלו לקיים את מצוות דתם גם מבלי להגיע לאתר (ברק בשביט וגור אריה) ייתכן ותתקבל אך לרשות העותר יעמדו שורה של עיגונים משפטיים לפגיעה בחופש הדת וזאת לאור רציונל התרבות שהוכר בעניין פסרו-גולדשטיין שציינתי ואף עיגון בדעות המיעוט המשפיעות של דורנר בגור אריה ואנגלרד בשביט. אך גם אם תתקבל - הטענות בדבר פגיעה בשיוויון איתנות ביותר.

1. לאחר חיקוק החוק נשתנה המצב המשפטי, אומנם בסיס הטענות עדיין מתקיים (הפגיעה בחופש הדת והשיוויון) אך כל הטענות בדבר הסמכה - בטלות, שכן קיים הסדר ברור בחקיקה ראשית.

2. אך מנגד - מצטרפות עתה לעתירה שורת טענות הליכיות כנגד הליך החקיקה בכנסת, אסקור אותם כעת:

א. נבדוק האם ביהמ"ש יכול מבחינה מקדמית לקבל עתירה כנגד הליך פנימי בכנסת. לכאורה ישנן מספר הלכות המחזקות את הטענה שאין לביהמ"ש סמכות להתערב בהן - ראשית **הלכת בצול, מבחן שריד** - ברק מציע שני מבחנים, מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים ופגיעה בעקרונות היסוד - ניתן לפרשו לכאן ולכאן מבחינת טיעוני הצדדים. טענה בדבר אי מילוי הוראות היועמ"שית יכולה לעמוד בשני המבחנים כפגיעה במרקם החיים בכנסת שמבוסס על הקשבה לדין הייעוץ המשפטי כנוהג ידוע בכנסת, ואף מדובר בפגיעה בעקרון היסוד שמחייבים גם את הכנסת בהליך תקין ונכון משפטי. ניתן להזכיר גם את הטענה שיתכן ולא מדובר בפגם היורד לשורש העניין (**ביניש בארגון מגדלי העופות**).

ב. עלינו לבחון האם יש מעמד לתקנון הכנסת, שכן בסיס הטענות הן באי עמידה בהוראות התקנון שפורשו ע"י היועמשיית ולא מולאו - נקבע כי פגם בהליך הנובע מאי עמידה בהוראות התקנון היא פגיעה שעלולה להוביל לפסילת ההליך (**ברק בנימרודי**)

ג. נוסף, עלינו לבחון האם יש מעמד לחוות דעתה של היועמשיית לכנסת, שכן, טענת אי העמידה בהוראות התקנון טעונה הלימה בין חוות דעתה לבין הפירוש הנכון של התקנון (שהרי "מקרה יוצא מן הכלל" ניתן לפרשו במספר אופנים מנוגדים), אם ימצא שחוות דעתה אינה מחייבת - אין תוחלת לטענות. ואכן, **חוות הדעת של יועמשיית הכנסת היא רק בגדר ייעוץ ואינה מחייבת.** אך מחובתי לסקור מצב אפשרי בו ימצא בית המשפט לנכון לקבוע שיש הלימה בין הצורה שבה אנו רואים את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה - שדעתו מחייבת ומייצגת את המצב המשפטי כפי שנקבע **בעניין התנועה לאיכות השלטון (דרעי 1) ועניין אמיתי (פנחסי).**

ד. לכאורה ניתן לבסס פה **עילת פגיעה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת,** ניתן לטעון כי בקיצוץ הדרמטי והשנוי במחלוקת בזמן הדיון לא יכלו הח"כים לגבש את עמדתם כשורה כאשר הדיון הענייני בין העמדות השונות בשלב שבו החקיקה גובשה (קריאה שניה ושלישית הם האישור הסופי). פגיעה שכזו היא עילה לפסילת החוק (**ביניש בארגון מגדלי העופות**). אך ניתן לבוא ולטעון כי המקרה הנ"ל אינו נופל בגדר המקרים החריגים שמצדיקים התערבות של ביהמ"ש (**ברק בארדן**).

הסעד המבוקש: **בטלות אקטיבית** - ואולי אף **צו לתיקון החוק (ביניש בנסר)** שימתן את הסדרים השונים ע"מ להגיע לפשרה בין הזכות לאינטרס לשלום הציבור מנגד, יש שיטענו כי סעד שכזה אינו עומד במבחני הפסיקה בעניין נסר שכן מידת ההרחבה היא גדולה, אינה פשוטה לביצוע והיא אינה מגשימה את כוונת המחוקק. עמידה במבחן עלות השינוי לא תספיק. ואף נשקול מתן **התראת בטלות (רובינשטיין בעניין ההסתדרות הרפואית)** בכדי למנוע הסדרים דומים בכלים אחרים.

הערכת סיכויים - סיכויי העתירה פחתו כעת לרף של כ-50% וזאת לפי הדיון שערכתי לעיל בדבר הטענות השונות בנוגע לביקורת ההליכית שביהמ"ש אכן יכול להפעיל במקרה. אך, ישנו פתח לא קטן שבו יכול ביהמ"ש לקבוע כי הטענות בדבר הפגיעה הכה קשה בחופש הדת והשיוויון אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה כפי שציינתי בחלק א'. **לדעתי העתירה תתקבל.**