

בס"ד

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק
בעניין שבין:**

1. ח"כ איתמר בן גביר ת.ז. 038678793

הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים

טלפון: 02-6753333, פקס: 02-6408196

מייל: ibengvir@knesset.gov.il

העותר 1 בעצמו ו/ או באמצעות עו"ד חנמאל דורפמן

מרכז העסקים שילה, ד.ג. אפרים 4483000

טלפון: 02-6543300, פקס: 02-6543400

מייל: dorfch@gmail.com

העותר

- נ ג ד -

1. קצין הכנסת

2. היועצת המשפטית לכנסת עו"ד שגית אפיק

3. יו"ר הכנסת ח"כ מיקי לוי

המשיבים 1-3 באמצעות היועצת המשפטית לכנסת

הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים

טלפון: 02-6408636, פקס: 02-6753495

מייל: mishpatit@knesset.gov.il

4. השר לביטחון פנים עמר בר לב

5. מפכ"ל משטרת ישראל רב נציב קובי שבתאי

6. מפקד מחוז ירושלים ניצב דורון תורג'מן

7. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבים 4-7 באמצעות פרקליטות המדינה – מחלקת הבגצ"ם

מרחוב צלאח א-דין 31, ירושלים

טלפון: 073-3925590, פקס: 02-6467011

מייל: H CJ-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה לבית משפט נכבד זה ולפיה יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל נוהל עליית חברי כנסת להר הבית מהטעם שהנוהל בלתי חוקי, פוגע בזכויות יסוד של העותר וביישומו יש אפליה קשה בין חברי כנסת יהודים לערבים תוך פגיעה חמורה וקשה בעקרון השוויון.

פתח דבר

.1

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית.... הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם, הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות.. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני שרירות. אכן אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות, היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה, היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם".

(בגץ 953/87 א. פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309).

2. את כתב עתירה זו בחרנו לפתוח מתוך דברים של כבוד השופט א' ברק (כתוארו דאז), שפורסמו בתאריך ז' בסיון תשמ"ח 23/05/88. בית המשפט העליון מפרט על הסכנה הקשה בהפליה, מדיניות לא שוויונית והפגיעה הקשה שנגרמת לדמוקרטיה הישראלית כתוצאה מההפליה.
3. עברו חלפו מאז אותו פסק דין 34 שנים, אלא שמסתבר כי חרף הדברים הללו וחרף שורה ארוכה של פסקי דין שעסקו בעיקרון השוויון המשיבים ובראשם המשיבים 4-6 מרשים לעצמם להתנהל בצורה לא שוויונית באופן בוטה וחמור: משטרת ישראל מחייבת חברי כנסת יהודים בתיאום של 24 שעות טרם עלייתם להר הבית, בעוד שהיא מאפשרת לחברי כנסת ערבים לבקר להר ללא כל תיאום וללא כל בקרה.
4. התנהלות המשיבים איננה רק לגבי העותר: כך לדוגמה הגיע ח"כ עמיחי שיקלי להר הבית ללא תיאום, והמשיבים 4-6 מנעו ממנו לעלות להר מהטעם "שלא תיאם" את ביקורו בהר.
5. הלכה למעשה, העותר 1 מופלה לרעה על רקע פוליטי ודתי, כאשר כפי שידוע הפליה שכזאת חמורה במיוחד.
6. נצא איפה למסענו, בסיומו נבקש מבית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי, להפוך את הצו למוחלט ולקבוע שהנוהל בדבר עליית חברי כנסת להר הבית בטל הן בהיותו בלתי חוקי, הם בהיותו פוגע בזכויות יסוד של העותר, והן בהיותו מפלה בין יהודים לערבים, ולחלופין שעל המשיבים לאכוף את הנוהל בצורה שווה כלפי כלל חברי הכנסת – יהודים וערבים כאחד.

הצדדים

7. העותר הוא חבר כנסת, יו"ר עוצמה יהודית, חבר בסיעת הציונות הדתית, עורך דין, פעיל למען עם ישראל וארץ ישראל, ועולה בקביעות להתפלל במקום הקדוש לעם היהודי – הר הבית.
8. המשיב 1 הוא קצין הכנסת, הממונה על ביצוע הוראות יושב ראש הכנסת לקיום הסדר בבניי הכנסת, אחראי על השומרים והסדרנים בכנסת, ויש לו הסמכויות הנתונות בכל חוק אחר למפקד משטרה.
9. המשיבה 2 היא היועצת המשפטית לכנסת. בין יתר סמכויותיה המשיבה 2 ממונה על מתן ייעוץ ליו"ר הכנסת, לנושאי התפקידים בה, ולמוסדות הכנסת בכל ענייני חוק ומשפט, הנוגעים לסמכויותיהם ולתפקידיהם, וייצוג הכנסת בערכאות.

10. המשיב 3 הוא יו"ר הכנסת. בין יתר סמכויותיו, ניהול ענייני הכנסת, שמירת כבודה, אחריות על מנהל הכנסת ופיקוח על משמר הכנסת.
11. המשיב 4 הוא השר לביטחון פנים של מדינת ישראל, חבר מפלגת העבודה, בין יתר תפקידיו, לקבוע את מדיניות המשטרה, אך לצד זאת לפעול בהתאם לחוק.
12. המשיב 5 הוא המפקח הכללי על המשטרה שתפקידה לעסוק במניעת עבירות וגילויין, בתפיסת עבריינים ותביעתם לדין, ובקיום הסדר הציבור ובטחון הנפש והרכוש.
13. המשיב 6 הוא מפקד מחוז ירושלים במשטרה, האמון בין היתר על הסדר והביטחון בהר הבית.
14. המשיב 7 היא היועצת המשפטית לממשלה, והיא העומדת בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת – בין יתר תפקידיה לייצג את האינטרס הציבורי ושמירה על קיום החוק ואל לה לתת יד לכל מדיניות לא שוויונית. היועצת המשפטית לממשלה היא שומרת הסף הראשונה בנושא זה, ואמורה לפסוק לאנשי הרשות המבצעת דברים ברורים וחד משמעיים: הפליה וחוסר שוויון – לא במקומותינו.

חלק ראשון – הרקע העובדתי וההתכתבות בין הצדדים

15. ביום 08/06/21, הגיע חבר הכנסת עמיחי שיקלי לשער המוגרבים, במטרה לעלות להר הבית. עם הגעתו למקום, נמסר לו על ידי קציני משטרת ירושלים כי קיים נוהל עלייה להר הבית המחייב תיאום עם קצין הכנסת של 24 שעות קודם לכן, והנוהל מחייב את כלל חברי הכנסת (להלן: "הנוהל").
16. ח"כ שיקלי מסר כי לא הכיר את הנוהל, וקציני המשטרה מסרו כי הנוהל קם כדי שניתן יהיה להיערך לביקור 24 שעות קודם לביקור, כי לא ניתן לבצע את התאום בשטח, וכי הנוהל מאפשר למשטרה לשקול את השיקולים המקצועיים והמבצעיים.
- תיעוד השיחה עם קציני המשטרה מצ"ב ומסומן א' בדיסק המסומן כנספח "1".**
ניתן לצפות בדברים גם בקישור:
https://twitter.com/kann_news/status/1402164792480129028
17. בעקבות חסימתו של ח"כ שיקלי מלעלות להר הבית, באותו יום – 08/06/21 הודיע העותר כי הוא מתכוון להגיע בעליית הצהרים ולעלות להר הבית. העותר הודיע כי אין חוק המחייב אותו לתאם מראש עם קצין הכנסת או עם המשטרה.
- עותק הודעת העותר מיום 08/06/21 מצ"ב ומסומן כנספח "2".**
ניתן לצפות בדברים גם בקישור:
https://twitter.com/kann_news/status/1402167560469200896
18. ואכן, ביום 08/06/21 בסמוך לשעה 13:30 בצהרים הגיע העותר לשער המוגרבים במטרה לעלות להר הבית.
19. בנכיסה להר הבית הודיעו קציני המשטרה לעותר כי הוא לא יוכל לעלות להר הבית. קציני המשטרה מסרו כי ישנו נוהל לפיו על חבר הכנסת לפנות לקצין הכנסת 24 שעות מראש, והמשטרה צריכה לאשר את הביקור ולהיערך אליו. קציני המשטרה מסרו כי המשטרה מבצעת הערכות מצב ובהתאם אליהן מחליטה אם לאשר את הביקור.
20. העותר הפנה לחוק חסינות חברי הכנסת, המאפשר לעותר להיכנס לכל מקום ציבורי, אך קציני המשטרה סירבו לאפשר לעותר להיכנס להר. קציני המשטרה מסרו כי הנוהל מחייב את כלל

חברי הכנסת. העותר מסר כי הוא מבקש לעלות כפי שח"כ אחמד טיבי עולה בחופשיות, אך קציני המשטרה מסרו כי הנוהל חל על כלל חברי הכנסת.

21. העותר מסר כי הגיע להר הבית פעמיים מאז שנבחר לכנסת ואיש לא הודיע לו על נוהל כלשהוא המחייב תיאום מראש, והקצין ענה כי הנוהל חודד והוא חל על כל חברי הכנסת, וכי העותר לא שונה מאף חבר כנסת שמחויב בתיאום. בסופו של דבר נאלץ העותר לעזוב את המקום מבלי שקציני המשטרה אפשרו לו לעלות להר הבית.

עותק תיעוד שיח בין העותר לקציני המשטרה מצ"ב ומסומן ב' בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן לצפות בדברים גם בקישור:

<https://twitter.com/AsaelPeled/status/1402227474520580106>

22. בעקבות הדברים, איתר העותר את הנוהל – אותו לא קיבל בעת כניסתו לכנסת – ואכן על פי הנוהל מיום 04/07/18 של קצין הכנסת (דאז) יוסי גריף בעניין עליית חברי כנסת להר הבית, ניתנו מספר הנחיות בקשר לעליית חברי כנסת להר הבית. על פי הנוהל, חבר הכנסת יידרש להעביר 24 שעות לפני מועד הביקור מכתב בקשה ללשכת קצין הכנסת ובו מפורטים תאריך ושעת הביקור המבוקש.

23. עוד על פי הנוהל, באחריות קצין הכנסת לתאם עליית חברי הכנסת להר הבית מול משטרת ישראל.

24. עוד קובע הנוהל כי מפכ"ל המשטרה או מפקד מחוז ירושלים יידרשו לאשר את הביקור בהתאם להערכת מצב ספציפית לקראת מועד הביקור המבוקש.

25. בהמשך מפרט הנוהל כי חברי הכנסת היהודים ייכנסו דרך שער המוגרבים במהלך שעות ביקור הבוקר בין השעות 07:30 עד השעה 11:00, ויהיו רשאים ללכת במסלול הביקור הרגיל של מבקרים שאינם מוסלמים. בנוסף, חברי הכנסת היהודים יהיו כפופים לכללים החלים על מבקרים שאינם מוסלמים, כמופיע בשלט המוצב בואכה הר הבית וכמוסבר בתדרוך הניתן לקבוצות מבקרים לפני העלייה להר הבית.

26. באשר לחברי כנסת הערבים – נקבע כי אלו ייכנסו דרך שער השבטים, החל מחצי שעה לאחר שעות ביקורי היהודים ועד לסגירת הר הבית.

27. עוד נקבע בנוהל, כי לא תתאפשר נשיאת נאומים, לא יתאפשר מתן ראיונות לתקשורת במהלך הביקור לרבות בשערי הכניסה, ולא תותר כניסה או השתתפות בפגישות או דיונים במשרדי הוקף בהר הבית. כמו כן, חברי הכנסת לא ילוו בביקורם אח"מים מהארץ או מחו"ל ללא תיאום ואישור נפרד, ולא יהיו מלווים בידי נציגים של אמצעי תקשורת.

28. כן נקבע בנוהל, כי לא תותר כניסת מלווים חמושים, כי האחריות הבלעדית על האבטחה במהלך הביקור היא של משטרת ישראל, וכי משטרת ישראל רשאית לקבוע תנאים ודגשים ספציפיים נוספים מטעמים של שלום הציבור וביטחונו.

29. לבסוף נכתב בנוהל, כי הפרתו עלולה לגרום לאי נעימות שרצוי להימנע ממנה נוכח הרצון לשמור על כבוד חברי הכנסת ועל כבוד המקום, משמע, מטרתו של הנוהל היא שמירה על כבוד חברי הכנסת ועל כבודו של הר הבית.

עותק הנוהל מצ"ב ומסומן כנספח "3".

30. בעקבות הנוהל, ביום 08/06/21 הודיע העותר על כוונתו לעלות להר הבית בימים 09-10/06/21.

עותק הודעת העותר למשיב 1 על כוונתו לעלות להר הבית מצ"ב ומסומן כנספח "4".

31. ביום 09/06/21, הודיע המשיב 5 לשר לביטחון פנים, כי נערכה הערכת מצב בהשתתפות המשטרה והשב"כ, ולפיה עליית העותר להר הבית עלולה להגיע עד כדי פגיעה בביטחון המדינה.

32. יחד עם זאת מסר המשיב 5, כי ההחלטה למנוע מהעותר לעלות להר הבית צריכה להיות על דעת ראש הממשלה ושר הביטחון המופקדים על ענייני ביטחון המדינה, ועל כן ביקש המשיב 5 מהשר לביטחון פנים לפנות לגורמים אלה בעניין.

עותק מכתב המפכ"ל מצ"ב ומסומן כנספח "5".

33. זאת ועוד, נצ"מ רועי ולדמן בלשכת המשיב 5 פנה לעוזר שר הביטחון, בצירוף עמדת המשטרה, וביקש ממנו כי שר הביטחון יטפל בעניין.

עותק פניית לשכת מפכ"ל לשר הביטחון מצ"ב ומסומן כנספח "6".

34. זה המקום לציין כי באותה העת הורה המפכ"ל על מניעת כניסת העותר לשער שכם והעותר אף הגיש עתירה לבג"ץ בגין כך, אך העתירה נדחתה על הסף מהטעם שסד הזמנים הקצרצר לא מאפשר לדון בה (בג"ץ 4091/21 ח"כ איתמר בן גביר נ' מפכ"ל המשטרה (נבו 10.06.2021)).

35. מכל מקום, ביום 23/06/21, ובשל הנוהל, נאלץ העותר להודיע למשיב 1 על עלייתו הצפויה ביום 27/06/21 יום י"ז בתמוז התשפ"א, ואכן עלה להר ביום זה בתיאום עם המשטרה.

עותק פניית העותר מיום 23/06/21 מצ"ב ומסומן כנספח "7".

36. יצויין כי באותו מכתב הדגיש העותר כי בפעם הקודמת שבה השיבה המשטרה בשלילה הסתבר כי כניסתו של העותר נחסמה שלא כדין כאשר ראש ממשלת ישראל לא חתם ואישר את החלטת המפכ"ל.

37. אלא שמסתבר, שישנו דין אחד לחברי כנסת יהודים ודין אחד לחברי כנסת ערבים. כך, בעוד שחברי כנסת יהודים נדרשים למלא אחר הנוהל ונחסמים בכניסה להר אם הם מפריס את הנוהל, חברי כנסת ערבים זוכים ליחס שונה לחלוטין. כך, ביום 18/07/21 – ט' באב, הגיע חבר הכנסת אחמד טיבי לביקור בהר הבית. בסרטון שהעלה טיבי להר נראה שוטר אומר לח"כ טיבי כי כיוון שהוא לא תיאר מראש את הביקור בהר הבית, הוא לא יכול להיכנס להר. במהלך הסרטון נראה טיבי מסביר לקצין, כי הוא מוסלמי ולכן הנוהל לא חל עליו.

38. בדיוק כמו במקרה של העותר, למקום הגיע קצין שהסביר לטיבי על הנוהל המחייב תיאום מראש והוא לא יוכל להיכנס כיוון שלא תיאר מראש.

39. אלא שטיבי הודיע לשוטרים כי הנוהל לא חל לגביו, ובניגוד להתנהלות מול העותר, אפשרו השוטרים לח"כ טיבי להיכנס לשטח הר הבית ולא חסמו אותו כפי שעשו לעותר, תוך שהקצין אומר לטיבי על כך שהוא מפר את הנוהל: "זה כבר בעיה שלך".

תיעוד שיחה בין ח"כ טיבי לשוטר מצ"ב ומסומן ג' בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן לצפות בדברים גם בקישור:

https://www.tiktok.com/@ahmadtibi1/video/6986263251705187586?is_copy_url=1&is_from_webapp=v1

תיעוד שיחה בין ח"כ טיבי לקצין מצ"ב ומסומן ד' בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן לצפות בדברים גם בקישור:

https://www.tiktok.com/@ahmadtibi1/video/6986277144603249921?is_copy_url=1&is_from_webapp=v1

תיעוד ביקור ח"כ טיבי בהר הבית מצ"ב ומסומן ה' בדיסק המסומן "1".

ניתן לצפות בדברים גם בקישור :

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/videos/209625004413134>

40. בעקבות האפליה הגזענית באכיפת הנוהל, ביום 20/07/21 פנה העותר ליו"ר הכנסת. העותר כתב למשיב 3, כי מסתבר שהנוהל בדבר עליית חברי כנסת להר הבית נאכף בצורה סלקטיבית וגזענית, כאשר כלפי יהודים אוכפים אותו וכלפי ערבים לא אוכפים אותו.

41. העותר הפנה את המשיב 3 לכך שמדובר בהפליה חומרה, ודרש לבטל את הנוהל, ולבקש הסבר ממשטרת ירושלים מדוע נאכף הנוהל בצורה סלקטיבית.

עותק פניית העותר למשיב 3 מיום 20/07/21 מצ"ב ומסומן כנספח "8".

42. בנוסף, ביום 21/07/21 פנה העותר למשיב 6. העותר הפנה את המשיב 6 לביקורו של ח"כ אחמד טיבי בהר הבית מיום 18/07/21 בו הפר את הנוהל, הגיע לבקר בהר הבית ללא כל תיאום, ולאחר שקצין המשטרה הודיע לו על הנוהל וסירב לאפשר לו להיכנס להר, ח"כ טיבי התעקש, טען שהוא ערבי והנוהל לא חל עליו עד שלבסוף קצין המשטרה אישר לטיבי להיכנס להר הבית.

43. העותר ציין כי המדובר באפליה חמורה בינו לבין ח"כ טיבי, כאשר ממנו נמנעה הכניסה כאשר לא תיאם עם קצין הכנסת 24 שעות קודם לעלייתו להר, ואילו לחבר הכנסת טיבי אפשרה המשטרה להיכנס אף שלא תיאם את הביקור 24 שעות קודם לכן.

44. נוכח זאת, דרש העותר מהמשיב 6 להודיע כי הנוהל לא ייאכף עוד על ידי המשטרה, להחיל על העותר את אותו דין החל על חבר הכנסת טיבי ולהורות לשוטרי משטרת ירושלים שלא לאכוף נהלים כלשהם בצורה גזענית.

עותק פניית העותר למשיב 6 מיום 21/07/21 מצ"ב ומסומן כנספח "9".

45. במקביל, ביום 22/07/21 פנה העותר בשאלתה לשר לביטחון פנים (שאלתה 132), בדרישה לקבל הסבר מדוע המשטרה פועלת בצורה גזענית ובלתי שוויונית ואוכפת את הנוהל רק על חברי כנסת יהודים.

עותק שאלתה 132 מצ"ב ומסומן כנספח "10".

46. ביום 26/07/21 נמסר לעותר על ידי המשיב 3, כי בעצה אחת עם המשיבה 2, העביר המשיב 3 את פנייתו למשיב 5 לקבלת התייחסותו.

עותק תשובת יו"ר הכנסת מיום 26/07/21 מצ"ב ומסומן כנספח "11".

47. ביום 08/08/21 פנה העותר למשיבה 2 ולמשיבים 5-6, בדרישה לקבל תשובות למכתבו שבנדון. העותר ציין, כי לפי בירור שערך, מסתבר כי בשנים האחרונות ביקרו לא מעט חברי כנסת ערבים להר הבית, ללא כל תיאום, והעותר אף הפנה למספר ביקורים, כמפורט להלן:
א. ביום 30/09/19 ביקר בהר הבית ח"כ מנסור עבאס – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל. עבאס אמר כי: מסגד אל-אקצא, זכות טהורה למוסלמים, וכל חדירה לכיכרותיו היא תוקפנות והפרה של קדושתו, ורדיפתנו האצילית בריבונות מלאה על כל אטום אדמה בו".

עותק תיעוד ביקור ח"כ עבאס מדף הפייסבוק שלו בהר הבית מצ"ב ומסומן כנספח "12".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור :

<https://www.facebook.com/mansour.abbas.39/posts/2379706192107934>

ב. ביום 25/01/20 ביקר בהר הבית ח"כ אחמד טיבי – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל.

סרטון המתעד את ביקור טיבי להר הבית מצ"ב ומסומן ו' בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור :

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/videos/789221734910172>

ג. ביום 05/02/20 ביקרו בהר הבית ח"כ מנסור עבאס, ח"כ אחמד טיבי, וח"כ אוסמה סעדי – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל.

סרטון המתעד את ביקור חברי הכנסת עבאס, טיבי וסעדי בהר הבית מצ"ב ומסומן ז' בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/videos/565398197518862>

ד. ביום 31/05/20 ביקרו בהר הבית ח"כ מנסור עבאס וח"כ ואליד טאהא – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל. השניים אף השתתפו בפגישה ודיון במשרדי הווקף – גם כן בניגוד לנוהל.

עותק תיעוד ביקור ח"כ עבאס וטאהא מדף הפייסבוק של ח"כ טאהא בהר הבית מצ"ב ומסומן כנספח "13".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור המצורף:

<https://www.facebook.com/photo/?fbid=3100106003411687&set=a.522761084479538>

ה. ביום 16/06/20 ביקר בהר הבית ח"כ אחמד טיבי – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל. **סרטון המתעד את ביקור חבר הכנסת טיבי בהר הבית מצ"ב ומסומן ח' בדיסק המסומן כנספח "1".**

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/videos/1937988889668142>

ו. ביום 28/10/20 ביקר בהר הבית ח"כ אחמד טיבי – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל. **סרטון המתעד את ביקור חבר הכנסת טיבי בהר הבית מצ"ב ומסומן ט' בדיסק המסומן כנספח "1".**

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/videos/1448354085374545>

ז. ביום 20/07/21 ביקר ח"כ אחמד טיבי פעם נוספת בהר הבית – ללא תיאום כלשהוא ובניגוד לנוהל.

סרטון המתעד את ביקור חבר הכנסת טיבי בהר הבית מצ"ב ומסומן י' בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

https://www.facebook.com/watch/?extid=WA-UNK-UNK-UNK-AN_GK0T-GK1C&v=559692921692454

48. בהמשך פניית העותר מיום 08/08/21 ציין העותר, כי הלכה למעשה מתברר כי אכיפת הנוהל האמור מתבצעת באופן מפלה – כלפי חברי כנסת יהודים בלבד. לאור זאת, ביקש העותר לקבל עמדת המשיבים 2 ו-5, מדוע לא יבוטל הנוהל המפלה ו/או מדוע לא תודיע משטרת ירושלים כי היא איננה אוכפת את הנוהל המפלה.

49. העותר צירף רשימת ביקורים של חברי הכנסת מהרשימה המשותפת ורע"מ בהר הבית וביקש את התייחסות המשיבה 2 והמשיבים 5-6 לנושא.

עותק פניית העותר מיום 08/08/21 מצ"ב ומסומן כנספח "14".

50. ביום 08/08/21 נמסר לעותר על ידי יועמ"ש מחוז ירושלים סני"צ ג'ורג' קיוורקיאן, כי בכוונת המשטרה להשיב לו במסגרת שאילתה 132 אשר הוגשה על ידיו אל השר לביטחון פנים. יחד עם זאת באותו מכתב המשדך היועץ המשפטי של משטרת המחוז לטעון כי: "המשטרה פועלת לטובת הציבור כולו ללא משוא פנים, או הפליה בצורה שוויונית ומתוך תחושת שליחות ואחריות... קיום נוהל ביקור חברי הכנסת בהר הבית ושיתוף הפעולה מצד כלל חברי הכנסת בנושא הם מרכיבים חשובים למען הצלחת מאמצים אלה".

עותק תשובת יועמ"ש מחוז ירושלים מיום 08/08/21 מצ"ב ומסומן כנספח "15".

51. ביום 11/08/21 השיב העותר ליועמ"ש מחוז ירושלים, כי בכוונתו לפנות בעתירה לבג"ץ אם לא יבוטל הנוהל, וכי ככל ואין בכוונת המשטרה לשנות את הנוהל – הוא מבקש לקבל על כך עדכון.

עותק תשובת ליועמ"ש מחוז ירושלים מיום 11/08/21 מצ"ב ומסומן כנספח "16".

52. בין לבין, ביום 12/08/21 חלף המועד לתשובת השאילתא. כמו כן, נמסר לעותר כי ביום 05/08/21 התקבל מענה לשאלה דומה לעו"ד מיכאל ליטווק מאת לשכת המשיב 5 (עו"ד שרית כץ בן-משה, רפ"ק). לפי מכתבו של המשיב 5, תכליתו העיקרית של הנוהל היא לאפשר למשטרה להיערך מראש לקראת ביקורו של חבר הכנסת בהר הבית, מקום רגיש ונפיץ, תוך שמירה על שלום הציבור ובטחונו.

53. עוד על פי תשובת המשיב 5, המשטרה מקיימת היערכות משמעותית על מנת לאפשר לחברי כנסת החפצים בכך לבקר במקום, כאשר היערכות זו כוללת בין היתר הערכת מצב בדרגים הגבוהים ביותר, בראשות מפקד מחוז ירושלים או המפק"ל.

54. עוד על פי תשובת המשיב 5, ביום ט' באב 18/07/21 נערכה המשטרה בכוחות מתוגברים בהר הבית, וביום זה עלו מספר חברי כנסת **יהודים** שתיאמו מראש את עלייתם להר ובהתאם לנוהל. באשר לחבר הכנסת טיבי, הודה המשיב 5 כי זה לא תיאם מראש כנדרש בנוהל, ועל כן כניסתו סורבה בתחילה, אך לאחר בחינת כלל השיקולים וקיום הערכת מצב, התקבלה החלטה אד הוק, בשטח, לאפשר את כניסתו של ח"כ טיבי להר אף שלא פעל על פי הנוהל.

55. עוד נמסר על ידי המשיב 5, כי בהמשך העבירה המשטרה למשרדו של קצין הכנסת דיווח מתאים אודות הפרת הנוהל על ידי חברי הכנסת אחמד טיבי, וכי המשטרה הייתה מתנהלת באותו אופן שהתנהלה בעניינו של חבר הכנסת טיבי כלפי כל חבר כנסת שהיה מבקש להיכנס להר הבית באותו היום.

56. בסיום מכתבו מסר המשיב 5, כי הפרת הנוהל עלולה לגרום **לאי נעימות**, וסופה להכביד על מאמצי המשטרה לשמירת השלום במקום.

עותק תשובת לשכת מפכ"ל מיום 05/08/21 מצ"ב ומסומן כנספח "17".

57. ביום 01/09/21, פנה העותר פעם נוספת למשיבים 2, 5, ו-6, וזאת אחרי שלל הפניות כפי שפורט לעיל – העותר חזר על דרישתו לבטל את הנוהל המפלה בין חברי כנסת יהודים לערבים. כמו כן העותר ביקש מהמשיבים הנ"ל לקבל את עמדתם באופן ישיר מדוע לא יבוטל הנוהל ומדוע משטרת ירושלים לא תודיע שאיננה אוכפת את הנוהל המפלה.

עותק פניית העותר מיום 01/09/21 מצ"ב ומסומן כנספח "18".

58. ביום 13/10/21 התקיים דיון בכנסת, במסגרתו מסר סגן השר לביטחון פנים תשובתו לשאילתה 132 שהגיש העותר בעניין. בהתאם לתשובתו, ביום הביקור של חבר הכנסת טיבי בהר הבית נכח במקום מפקד מחוז ירושלים, שביצע הערכת מצב בזמן אמת, והתיר את

כניסתו של חבר הכנסת טיבי להר הבית למרות שחבר הכנסת טיבי לא פעל בהתאם לנוהל ולא תיאם מראש את ביקורו בהר הבית. בין יתר דבריו הציג סגן השר כי למעשה המדובר במקרה ספציפי שבו עלה חבר כנסת בניגוד לנוהל, וכך ציין:

"אתייחס לשאילתא שאמרת שהשאילתא מדברת על יום תשעה באב, ביום זה יש הערכות מאוד מאוד גדולה בהר הבית ואכן אתה צודק בעקרון צריך להגיע לקצין הכנסת לבקש 24 שעות קודם, לכן כאשר הגיע חבר הכנסת אחמד טיבי להר הבית אמר לו הקצין תשמע, לא ביקשת קודם 24 שעות אתה לא נכנס, זה הגיע למפקד המחוז שהיה במקום הזה, היו די כוחות עשו הערכת מצב בכל אירוע כזה, הערכת מצב שעושים, גם מפקד המחוז וגם המפקד"ל אם צריך, הם קיבלו החלטה במקום שאפשר לעשות את זה, ואכן הביקור עבר בשקט בסדר מופתי ולא הייתה שום בעיה איתו, בסופו של דבר יש שיקול דעת של מפקד המחוז והוא השתמש בו, לקרוא לשיקול הדעת, ואני אומר עוד פעם, במרכאות מוטה לפה מוטה לשם, מפקדי המחוזות במשטרת ישראל וודאי מפקד מחוז ירושלים דהיום, מקבל החלטות ענייניות על בסיס קבלת החלטה עניינית זו ההחלטה שהוא קיבל ואני חושב שהוא קיבל החלטה נכונה והוא זה שנמצא שם, הוא צריך לקבל את ההחלטה".

59. באותו מעמד, נשאל סגן השר על אירועים נוספים שמלמדים לכאורה על כך שמדובר במדיניות סדורה שבה חברי כנסת ערבים עולים להר הבית בלי תיאום ובניגוד לנוהל, ולא בהחלטה חד פעמית של מפקד המחוז, אלא שסגן השר בחר להשיב: **"לא, אני מתייחס לשאילתא ששאלת...".**

60. כאשר נשאל סגן השר שוב על ידי העותר על אודות האירועים הנוספים, והעובדה שלטענת העותר לא מדובר באירוע חד פעמי ולאחר מכן נשאל האם לא מדובר בגזענות השיב סגן השר לביטחון פנים:

"לא, אני אומר דבר פשוט, כנראה הערכת מצב שהייתה באותה נקודת זמן אפשרה את זה....".

61. הנה כי כן, במעמד התשובה לשאילתא, סגן השר התעקש שמדובר במקרה ספציפי ועל הערכת מצב ספציפית שהתקיימה באותה נקודת זמן, משל לא מדובר במדיניות סדורה.

עותק פרוטוקול מענה לשאילתה 132 מצ"ב ומסומן כנספח "19".

62. מאז חלפו להם מספר חודשים, בהם המתין העותר למענה מכלל המשיבים אליהם פנה, אך לצערו לא התקבל כל מענה ענייני נוסף.

63. בין לבין ולאור פניית העותר למשיבה 2, ביום 13/02/22 פנה עוזר המשיבה 2 מר שי וולהיים ולסגן השר לביטחון פנים באמצעות ראש המטה גבי' נטע בוחבוט. עוזר המשיבה 2 ציין, כי ביום 05/09/21 מסר המשיב 4 כי במקרה שבו עלה חבר הכנסת טיבי להר הבית בט' באב אכן לא תואמה כניסתו מראש, אולם לאחר שקילה עניינית ואובייקטיבית, גובשה עמדה לפיה ניתן לאפשר את ביקורו.

64. עוזר המשיבה 2 ציין, כי מקובלת על המשיבה 2 העמדה לפיה תתאפשר כניסתו של חבר כנסת שהגיע ללא תיאום להר הבית בהתאם להערכת המצב בשטח, ולעמדת המשיבה 2 ראוי כי

השיקולים אותם תשקול המשטרה יהיו שיקולים ביטחוניים, בהתאם לרמת הסיכון לחבר הכנסת. עוד ביקש עוזר המשיב 2 כי לנוכח פניית העותר, מבוקש לקבל את השיקולים שהמשטרה שוקלת בהחלטתה לאפשר או למנוע כניסתו של חבר כנסת שלא תיאם כניסתו מראש.

עותק מכתבו של עוזר המשיב 2 מצ"ב ומסומן כנספח "20".

65. ביום 13/02/22 השיבה מורשה נגוסה מרכזת לשכה בכירה בלשכת המשיב 4 לעוזר המשיב 2. על פי תשובתה, שמבוססת גם על בדיקת של עו"ד לינס חמד, רפ"ק ס' יועמ"ש מחוז ירושלים, מסקנת המשיב 2 לפיה כניסתו של חבר כנסת שהגיע להר הבית ללא תיאום ותאפשר בהתאם להערכת מצד בשטח, מתבססת על מקרה קונקרטי שניסבותיו חריגות ביותר ומבקשת להפכו למדיניות כללית שתיושם בשגרה, ומסקנה זו לא מקובלת על המשיב 4.

66. עוד נמסר, כי מסקנה זו עומדת בסתירה לשיקולים העומדים בבסיס הנוהל, אשר נועדו לתת מענה כולל וענייני להיבטים המהותיים הנגזרים מביקורו של חבר כנסת בהר הבית.

67. עוד נמסר כי מימושה היסודי והמקצועי של היערכות ופריסת כוחות משטרתיים טרם עלייתו של חבר כנסת להר הבית, מחייבת תיאום מראש כפי שנקבע בנוהל של קצין הכנסת.

68. באשר לשיקולים שהמשטרה שוקלת לקראת כניסתו של חבר כנסת להר הבית, נמסר כי השיקולים הם כלל השיקולים הרלוונטיים ובכלל זה מועד הביקור, מידע מודיעיני רלוונטי, קיומן של הפרות סדר והתראות פח"ע, אירועים מתוכננים העלולים להשליך על קיומו התקין של הביקור, הלכי רוח בגזרת הר הבית, נוכחות גורמי עניין בהר הבית, וכל מידע או אינדיקציה שיש בהם כדי להשפיע על **שלום הציבור וביטחונו** בשעת הביקור.

69. בהתאם לזאת נטען על ידי לשכת המשיב 4, כי הגעה של חבר כנסת ללא תיאום על פי הנוהל עלולה לסכל את יכולתה של המשטרה לבצע היערכות ראויה לקראת הביקור בהר הבית, ולאור האמור מבוקש לשוב ולקרוא לכלל חברי הכנסת להתאם הגעתם להר הבית בהתאם לנוהל.

עותק מכתבה של רכזת הלשכה הבכירה בלשכת המשיב 4 מצ"ב ומסומן כנספח "21".

70. והנה, חרף כל האמור לעיל ובפרט במכתבה של מרכזת הלשכה הבכירה, בדבר אירוע חד פעמי ואמירה שכלל חברי הכנסת חייבים בקיום הנוהל, ביום 15/04/22, ביקר חבר הכנסת טיבי בהר הבית, ללא כל תיאום מראש, כאשר המשטרה מודעת לכך ולא עושה דבר.

סרטון המתעד את ביקורו של ח"כ טיבי בהר הבית מצ"ב ומסומן י"א בדיסק המסומן כנספח "1".
ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=951439305553984

71. יצוין, כי במהלך ביקורו בהר הבית קיים ח"כ טיבי פגישה במשרדי הוואקף בהר, וגם זאת בניגוד מוחלט לנוהל.

72. לא זו אלא אף זו, גם ביום 22/04/22 ביקר חבר הכנסת אחמד טיבי בהר הבית. בכניסה להר, בתיעוד מצולם, נראה ח"כ טיבי שוב כשהוא מפר את הנוהל ברגל גסה, ושוטרי משטרת ישראל לא עושים דבר. להלן דו שיח שהתקיים בין השוטר לח"כ טיבי:

"שוטר: אני לא אמנע ממך בכוח להיכנס. אתה מכיר את הנוהל

ואתה כרגע מפר את הנוהל, שיהיה לך יום טוב.

טיבי: אני מפר את הנוהל?

שוטר: לפי הנוהל אתה צריך לקבל אישור מקצין הכנסת.
טיבי: אמרתי לך בשבוע שעבר, לי קוראים אחמד, אני מוסלמי,
ואני רוצה להתפלל".

סרטון המתעד את ביקורו של ח"כ טיבי בהר הבית וחילופי הדברים עם השוטר מצ"ב ומסומן י"ב
בדיסק המסומן כנספח "1".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://twitter.com/Lachjerusalem/status/1517952035550863362>

עותק דברים שפרסם ח"כ טיבי בעמוד הפייסבוק שלו מהר הבית מיד לאחר מכן מצ"ב ומסומן
כנספח "22".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/posts/544113187070252>

73. הנה כי כן, לפי חילופי הדברים המתוארים לעיל, הלכה למעשה חבר הכנסת טיבי ביקר בהר הבית פעמיים ברציפות תוך הפרת הנוהל, ובידיעת משטרת ישראל, ולא רק שחבר הכנסת טיבי בז לנהל ולא מקיים אותו, אלא שהמשיבים לא נקפו אצבע בעניין ואפשרו לחבר הכנסת טיבי להפר את הנוהל ברגל גסה. **אמור מעתה: הנוהל תקף לחברי כנסת יהודים בלבד!**

74. אלא שחבר הכנסת טיבי לא ביקר בהר הבית לבד, ומסתבר שהפרת הנוהל נעשתה גם על ידי חברי כנסת ערבים נוספים. באותו יום, 22/04/22, ביקר גם חבר הכנסת סמי אבו שחאדה להר הבית, ללא כל תיאום ובניגוד לנהל.

עותק פרסום של ח"כ סמי אבו שחאדה מעמוד הפייסבוק שלו בדבר ביקורו בהר הבית מצ"ב
ומסומן כנספח "23".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/samiaboushahadeh1/posts/553904729425452>

75. בנוסף, ביום 28/04/22, ביקרו חברי הכנסת איימן עודה וסמי אבו שחאדה בהר הבית, אף הם ללא כל תיאום מראש.

סרטון המתעד את ביקורו של חבר הכנסת איימן עודה בהר הבית מצ"ב ומסומן י"ג בדיסק
המסומן כנספח "1".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/AymanOdeh1975/videos/357926659711384>

עותק פרסום של ח"כ איימן עודה מעמוד הפייסבוק שלו בדבר ביקורו בהר הבית מצ"ב ומסומן
כנספח "24".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/photo?fbid=581094316713101&set=a.541041227385077>

עותק פרסום של ח"כ סמי אבו שחאדה מעמוד הפייסבוק שלו בדבר ביקורו בהר הבית מצ"ב
ומסומן כנספח "25".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/samiaboushahadeh1/posts/557142272435031>

76. בנוסף לביקורים אלו, ביום 29/04/22, ביקר טיבי בשלישית בהר הבית, שוב – ללא כל תיאום ובניגוד לנהל.

עותק פרסום של ח"כ אחמד טיבי מעמוד הפייסבוק שלו בדבר ביקורו בהר הבית מצ"ב ומסומן כנספח "26".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/posts/548656026615968>

77. ביום 30/04/22, ביקר טיבי בפעם הרביעית בתוך שבועיים בהר הבית – ושוב, ללא כל תיאום ושלא בהתאם לנוהל.

עותק פרסום של ח"כ אחמד טיבי מעמוד הפייסבוק שלו בדבר ביקורו בהר הבית מצ"ב ומסומן כנספח "27".

ניתן להתרשם מן הדברים גם בקישור:

<https://www.facebook.com/Tibi.Fans/posts/548925783255659>

78. נוכח הפרות רבות אלו, ביום 11/05/22 פנה העותר למשיבים בעניין הנוהל ובפניה אחרונה טרם נקיטת הליכים. העותר סקר ארוכות את כלל הפניות והתשובות הקודמות כמו גם את המקרים השונים הנזכרים בעתירה זו בהן עלו חברי כנסת להר הבית בניגוד לנוהל.

79. העותר ציין, כי בסיכומו של דבר, ובעוד שבעבר טענה המשטרה שמפקד מחוז ירושלים אישר את כניסת חבר הכנסת טיבי להר הבית בזמן אמת וזאת באופן יוצא דופן וכחלק משיקול דעת המסור למפקד המחוז, בדיעבד מתברר כי אי קיום הנוהל באשר לחבר הכנסת מהרשימה המשותפת הפך לשגרה.

80. העותר הוסיף וציין, כי בעוד שחבר כנסת יהודי נדרש לענות להוראות הנוהל ובין היתר לתאם את ביקורו 24 שעות קודם לכן, הרי שחברי הכנסת הערבים כלל לא נדרשים לעשות כן, פועלים בניגוד לנוהל, והמשטרה מאפשרת את כניסתם ללא כל תיאום מראש.

81. העותר הוסיף עוד, כי עצם העובדה שחבר כנסת מהרשימה המשותפת לא נדרש לתאם עלייתו להר בעוד העותר נדרש לעשות זאת בכל פעם ופעם וכאשר לא התקיים תיאום נאסרה עליו העלייה להר מלמדת על פגיעה קשה בדמוקרטיה, פגיעה קשה בעקרון השוויון, ופוגעת לא רק בעותר אלא בכלל הציבור, כאשר הפליה בין חבר כנסת לחבר כנסת במיוחד כאשר הפליה שכזאת נעשית על רקע קבוע, היא הפליה בעייתית מאוד, שאינה חוקית.

82. בנסיבות אלו, הודיע העותר כי בכוונתו לפנות לבית המשפט הנכבד, וביקש את תגובת המשיבים מדוע לא יבוטל הנוהל של קצין הכנסת בדבר עליית חברי כנסת להר הבית ונהלי משטרת ישראל שנקבעו מכוחו, ככל ונקבעו, כאשר הנוהל נאכף באופן גזעני ומפלה על ידי משטרת ישראל – כלפי חברי כנסת יהודים בלבד.

83. הלכה למעשה, עד הגשת העתירה, המשיבים לא מסרו כל מענה לגופם של דברים, והמשיב 1 לא טרח למסור מענה כלשהוא.

חלק שני: הזווית המשפטית ונימוקי העתירה

מיצוי החליך המנהלי

84. רק לאחרונה דחה בית משפט זה עתירה אחרת של העותר בטענה כי פרק זמן של חודש וחצי אינו מספיק זמן להשיב וכלשונו של בית המשפט: "כפי שנסקר לעיל התשתית העובדתית עליה נשענת העתירה מבוססת על אמירה שנאמרה לעותר (מבלי שהוסבר מתי נאמרה וזהות הגורם מפיו נאמרה ואף מבלי שהובא כל תיעוד או אסמכתא לקיומה

של שיחה כאמור) וכן על כתבה אחת שפורסמה באחד מערוצי החדשות, במצב דברים זה, טוב עשה העותר אשר פנה למשיבים לבירור העניין ובכלל זה האם אכן קיימת החלטה של השר, המונעת מהמפכ"ל להיפגש עם מי מחברי הכנסת, אולם טענת העותר לפיה קמה הצדקה להתערבותו של בית משפט זה מאחר שחלף חודש וחצי לאחר שפנה לראשונה, וחודש מאז שנמסר לו כי פנייתו התקבלה והועברה לטיפול, בטרם ניתן מענה לגופם של דברים, אינה יכולה להתקבל. כפי שנוזמן לי לומר בעבר בעניין אחר: "בית המשפט הגבוה לצדק, איננו סדרן העבודה בלשכת היועץ המשפטי לממשלה והעתירה אליו אינה אמצעי נאות, לדברון הפרקליטות לשנות את סדרי הקדימויות שקבעה לעצמה וכל עוד אין התמשכות ההליכים בלתי סבירה בעליל יש לאפשר ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליטות המדינה לקבל החלטה בהתאם ללוח הזמנים שקבעו בעצמם... (בג"צ 3931/22 ח"כ איתמר בן גביר נ' השר לביטחון פנים).

85. במקרה שלנו כפי שניתן לראות המתין העותר זמן רב תוך שהוא שוב ושוב שולח מכתבים ועושה פעולות שונות ובהם הגשת שאילתה לשר, ואף הסבת תשומת הלב של המשיבה 2, ולמעשה של כל הגורמים לעניין. בנסיבות אלה, נדמה שבמקרה שלנו, מיצה העותר את ההליך המנהלי עד תומו, ושוב ושוב נתן למשיבים הזדמנויות שונות להשיב וגילה אורך רוח חרף העובדה כי המדובר בזכויות יסוד שנפגעות.

חסינות חבר הכנסת:

86. סעיף 9(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 ftn - https://www.nevo.co.il/law/html/law01/190_013.htm (להלן: "חוק

החסינות"), שכותרתו "חופש התנועה בתחום המדינה" קובע כדלקמן:

"שום הוראה האוסרת או המגבילה את הגישה לכל מקום במדינה, שאינו רשות היחיד, לא תחול על חבר הכנסת, אלא אם היה האיסור או ההגבלה מטעמים של בטחון המדינה או של סוד צבאי".

87. נמצאנו למדים מלשון החוק, כי חברי הכנסת נהנים מחופש תנועה מלא בכל מקום שאיננו רשות היחיד. בעניין זה נקבעו בבג"ץ 4252/17 ח"כ ד"ר יוסף ג'בארין נ' הכנסת [פורסם בנבו], דברים ברורים:

"במסגרת סעיף 9(א) לחוק החסינות, נקבעה כאמור זכותם של חברי הכנסת להתהלך בכל מקום במדינה, אלא שזכותם זו סויגה למקומות שאינם רשות היחיד. חופש התנועה של חברי הכנסת, תחום אפוא ל'רשות הרבים' לבדה. רשות הרבים היא מקום שהציבור מהלך בו בחופשיות". אי זו היא רשות הרבים? מדברות ועיירות ושווקים ודרכים המפולשין להן (משנה תורה, שבת, פרק יד, הלכה א)."

88. בבג"ץ 8102/03 ח"כ זהבה גלאון נ' שר הביטחון [פורסם בנבו], נדונה שאלת חופש התנועה של חברי הכנסת, בהתאם לסעיף 9(א) לחוק החסינות. נקבע, כי סעיף 9(א) נועד להגן על חופש התנועה של חברי כנסת, הדרוש להם לשם מילוי תפקידם ולצורך קיומה של ביקורת

פרלמנטרית. עוד קבע, כי לשם כך הוקנתה לחברי כנסת חסינות מפני הגבלות על חופש התנועה כאשר עיקרה של החסינות הקבועה בסעיף 9(א) היא למנוע את כפיפותם של חברי הכנסת למגבלות מסוימות שעשויות להיות מוטלות על חופש התנועה של הציבור כולו.

89. הוראת סעיף 9(א) פורשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהנחייה מס' 21.406. בהנחיית היועץ נקבע כי הוראת סעיף 9(א) לא נועדה להקנות לחבר הכנסת זכות לבקר במקום שהציבור כולו מנוע מלבקר בו. אלא, מטרת סעיף 9(א):

"להבטיח כי מעשי המינהל, המסייג כניסת קהל למקום, מתנה אותו בתנאים וכיו"ב – לא יחולו על חבר הכנסת, היינו כל עוד יכול אפילו חלק מן הקהל לגשת למקום מסויים, חלקו של חבר הכנסת תמיד עמו. לשון אחרת, סעיף 9 שולל זכותן של רשויות השלטון לקבוע איסורים והגבלות שיחולו על חבר כנסת (פרט לאיסור וההגבלה הבטחוני והצבאי, כאמור בסעיף). אם הנך בא להגביל את תנועת הקהל במקום מסויים בשל אירוע... הרי אין דבר זה חל על חבר הכנסת; מקום אליו רשאי חלק מהציבור להגיע, יכול גם הוא להגיע. אולם אין הסעיף בא להקנות זכויות כניסה למקום אליו שום 'חלק מן הציבור' אינו זכאי להכנס" ("חסינות חברי הכנסת" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.406, (תשל"ג) – ההדגשות שלי א.ב.ג.).

90. בהתאם לחוק, ניתן למנוע מחבר הכנסת את חופש התנועה האמור **אך ורק מטעמים של בטחון המדינה או סוד צבאי**. כבר נפסק בבג"ץ 7560/02 ח"כ קליינר נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(6) 721 (להלן: "עניין קליינר") כי:

"לפי סעיף 9(א) לחוק החסינות, אין תחולה לאיסור זכות הגישה של חבר-כנסת או להגבלתה, אלא מטעמים של "בטחון המדינה או של סוד צבאי". במילים אחרות, לא די בטעמים של שמירת ביטחון הציבור והסדר הציבורי – היכולים להצדיק הטלת הגבלות על חופש התנועה והגישה של אזרח מן השורה – אלא שלעניין הגבלת חופש התנועה של חבר-כנסת על המדינה להראות שבידיה טעמים שבביטחון המדינה דווקא".

91. אפשרות נוספת היא נטילת חסינותו של חבר הכנסת, כמפורט בסעיף 13(א) לחוק החסינות:

"הכנסת רשאית, בהחלטה, לקבוע שלחבר הכנסת תהיה חסינות בפני דין פלילי לגבי האשמה שבכתב האישום כאמור בסעיף 4(א) וכי לא יועמד לדין בשל אותה אשמה בעת היותו חבר הכנסת, וכן ליטול ממנו חסינות אחרת או זכות הנתונות לו לפי חוק זה, חוץ מחסינות או זכות הנתונות לו לפי סעיף 1; אך הכנסת לא תחליט החלטה כזאת אלא לפי הצעת ועדת הכנסת עקב בקשה שהובאה לפני הוועדה".

92. בסעיף 13(ב) לחוק החסינות נקבע, כי הרשות להגיש בקשה בדבר נטילת זכות הנתונה לחבר הכנסת לפי חוק זה, היא בידי הממשלה ובידי כל חבר הכנסת.

93. בענייננו אין ספק שלא מדובר בנטילת החסינות של הכנסת לפי הצעת ועדת הכנסת, ועל כן ניתן להגביל את תנועתו של חבר הכנסת מטעמים של ביטחון המדינה או סוד צבאי בלבד.

סמכותו של קצין הכנסת להגביל תנועת חברי כנסת:

94. טרם שנדון בשאלה אם במקרה דנן מתקיימים התנאים של פגיעה בביטחון המדינה או סוד צבאי, נדון בידי מי הסמכות להטיל הגבלות על חבר הכנסת ולקבוע כי מתקיימים התנאים להגבלות.
95. סמכותו של קצין הכנסת מוגדרת בחוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, תשכ"ח-1968 (להלן: "חוק משכן הכנסת").
96. על פי סעיף 8 לחוק משכן הכנסת, קצין הכנסה יהיה ממונה על שמירת הביטחון ועל קיום הסדר במשכן הכנסת וברחבה, ועל אבטחת מידע מסווג של הכנסת או מידע מסווג המצוי ברשותה. כמו כן, לקצין הכנסת יהיו כל הסמכויות הדרושות לו לביצוע תפקידיו, ולשם כך נתונות לו גם הסמכויות הנתונות בכל דין אחרי למפקד משטרת מחוז.
97. בסעיף 9 לחוק משכן הכנסת נקבע, כי קצין הכנסת יפקח על הסדרנים על אנשי משמר הכנסת.
98. סעיף 12 לחוק משכן הכנסת מאפשר לקצין הכנסת להרחיק אדם מהכנסת והרחבה אם לא ציית להוראות שניתנו כדין או הפר את הסדר.
99. סעיף 16 לחוק משכן הכנסת קובע כי קצין הכנסת רשאי לקבוע את הסדרי התנועה והחניה ברחבת הכנסת.
100. בנוסף, סעיף 12 לחוק החסינות קובע כי קצין הכנסת רשאי ליתן לחבר כנסת הרשאה לשאת כלי יריה של הכנסת.
101. באשר לאבטחת חברי הכנסת, סעיף 12 לחוק החסינות קובע, כי לצורך שמירה על בטחונם של חברי הכנסת רשאי קצין הכנסת להטיל על איש משמר הכנסת לבצוע פעולות אבטחה מאושרות בישראל או באזור, להורות על אספקת אמצעי מיגון לחבר הכנסת, וליתן הרשאה לעובד הכנסת לשאת כלי יריה של הכנסת.
102. הנה כי כן, למשיב 1 אין סמכות להגביל תנועתם של חברי כנסת, וודאי לא מטעמים של ביטחון המדינה או סוד צבאי. עתה יש לבחון, האם לקצין משטרה מפקד מחוז ישנה הסמכות לכך, מאחר וכאמור לקצין הכנסת יהיו כל הסמכויות הנתונות למפקד מחוז.
103. סעיף 1 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "הפקודה") קובע, כי מפקד משטרת מחוז יהיה מפקד משטרה בכיר. בנוסף, נקבע כי מפקד משטרה בכיר יהיה בדרגת סגן-ניצב ומעלה. משכך, למשיב 1 נתונות כל הסמכויות הנתונות לקצין בדרגת סגן ניצב.
104. בסעיף 3 לפקודה נקבעו תפקידיה של המשטרה:
- "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש".**
105. כלומר, המשטרה אמונה על מניעת עבירות וגילויין, קיום הסדר הציבורי, ובטחון הנפש והרכוש.
106. סעיף 4 לפקודה קובע, כי לכל שוטר יהיו כל סמכות, חסיון וחסינות הכרוכים במשרת שוטר לפי כל דין, ושוטר יטול על עצמו כל תפקיד ואחריות הכרוכים בה.

107. סעיף 4 לפקודה מסדיר את הפעולות שרשאי שוטר לבצע, אם מצא שקיים חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש.
108. סעיף 5 לפקודה קובע כי תפקידו של כל שוטר יהיה לקיים סדר במקומות ציבוריים, למנוע הפרעות בשעת התקהלות או תהלוכה במקומות ציבוריים, ליתן דעתו על עבירות במקומות ציבוריים, לקבל לרשותו מציאה או רכוש שאין עליו תובעים, ולעצור או לבצע חיפוש במי שיש נגדו חשד סביר שהוא מחזיק או מעביר רכוש גנוב או דבר מה לא חוקי.
109. סעיף 78 לפקודה מסדיר את סמכותו של קצין משטרה בכיר לסגור מקומות ציבוריים במידה ויש התקהלות בלתי חוקית, התפרעות או הפרעת השלום.
110. סעיף 79 לפקודה מסדיר את סמכויות הממונה בשעת התקהלות, התפרעות או הפרעה לשלום הציבור.
111. סעיף 84 לפקודה קובע כי מפקד המחוז יכול לדרוש רישיון לאסיפה או תהלוכה, והסעיף מסדיר את אופן הגשת הבקשה והמועד להגיש אותה.
112. סעיף 90 לפקודה קובע כי מפקד משטרת המחוז רשאי בשעת הצורך ליתן הוראות בדבר התנהגות של כל התאספות והליכה בדרכים ציבוריות, ולהסדיר את מידת השימוש במוסיקה ברחוב ובשעת חגיגות וטקסים.
113. **סמכויות ראש הממשלה ושירות הביטחון הכללי: סמכויות שירות הביטחון הכללי נקבעו בחוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 (להלן: "חוק השב"כ").** כך, בסעיף 7(א) לחוק השב"כ ניתן למנות את תפקידי השב"כ:
- "השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובכפוף לכל דין".**
114. הנה כי כן, הגוף האחראי על שמירת ביטחון המדינה הוא שירות הביטחון הכללי. יחד עם זאת, נקבע בסעיף 4 לחוק השב"כ כי שירות הביטחון הכללי כפוף למרות הממשלה ולהוראות ראש הממשלה:
- "(א) השירות נתון למרות הממשלה; הממשלה תאשר יעדים לשירות בכפוף להוראות חוק זה.**
- (ב) ראש הממשלה ממונה על השירות מטעם הממשלה".**
115. סמכויות שר הביטחון: בנוסף לראש הממשלה, גם שר הביטחון מופקד על ענייני ביטחון המדינה. כך, ניתן לראות בשורת חוקים את סמכותו של שר הביטחון לשקול שיקולים של ביטחון המדינה.
116. בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 כי שר הביטחון מוסמך להוציא צו מעצר מנהלי בין היתר מטעמים של ביטחון המדינה.
117. בסעיף 36 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 נקבע כי שופט רשאי לעכב ידיעה על מעצר של אדם, אם אישר שר הביטחון בכתב שבטחון המדינה מחייב סודיות המעצר.

118. בסעיף 9 לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 נקבע כי רשות ציבורית לא תמסור מידע בנושאים ששר הבטחון, מטעמים של שמירה על בטחון המדינה, קבע אותם בצו, באישור הועדה המשותפת.

119. חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה: בשנת 2001 ניתנה חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה במקרה של הפעלת סעיף 9(א) לחוק החסינות מטעמים של בטחון המדינה, יש לקבל את אישורם של הממונים על בטחון המדינה, הלוא הם ראש הממשלה ושר הביטחון, לאחר שקיימו התייעצות עם השב"כ – מה שאין מחלוקת שלא נעשה בענייננו.

עותק חוות דעת היועמ"ש משנת 2001 מצ"ב ומסומן כנספח "28".

120. לסיכום – הנוהל שהוציא המשיב 1 לא חוקי, ניתן בחוסר סמכות, ודינו בטלות, אין מחלוקת כי לא קצין הכנסת ולא משטרת ישראל רשאים להטיל הגבלות על חופש התנועה של חבר הכנסת והם אינם מוסמכים לשקול שיקולים של ביטחון המדינה.

121. עוד על העדר סמכותם של המשיבים להגביל את עליית העותר להר הבית ניתן ללמוד מדבריו של המשיב 5 עצמו מיום 09/06/21 (סומן כנספח 6) כאשר המשיב 5 סבר שעליית העותר להר הבית עלולה להגיע לידי פגיעה בביטחון המדינה, וביקש מראש הממשלה ומשר הביטחון לקבל החלטה בעניין, מהטעם שקבלת החלטה שכזו על ידו איננה בסמכותו. כלומר, במכתבו זה מודה המשיב 5 כי אין בסמכותו להגביל עליית העותר להר הבית מטעמים של ביטחון המדינה, וממילא הדברים גם לא בסמכותו של קצין הכנסת.

122. לסיכום פרק זה, העותר יטען כי מי שמוסמך לשקול שיקולים של ביטחון המדינה ולהגביל תנועה של חברי כנסת מהטעם של ביטחון המדינה הם ראש הממשלה ושר הביטחון.

123. לאור זאת, העותר יטען כי למשיב 1 אין כל סמכות לשקול שיקולים אלו או להורות על הגבלת תנועה של חבר כנסת מטעמים של ביטחון המדינה, משכך למשיב 1 לא הייתה סמכות להוציא את הנוהל.

124. לחלופין, העותר יטען כי החלטת המשיב 1 בטלה כיוון שלא קיבלה את אישורה של וועדת הכנסת. לא נאריך בסעיף זה שכן המדובר בטענה חלופית, אך יחד עם זאת אם חלילה לא תתקבל הטענה כי המשיב 1 נעדר סמכות כאמור, הרי שהיה על המשיב 1 להעביר את ההחלטה לאישור וועדת הכנסת, שכן כידוע, וועדת הכנסת היא זו שעוסקת בענייני הסרת חסינותם של חברי הכנסת.

125. הנה כי כן, קצין הכנסת והמשטרה לא מוסמכים לעסוק בעניינים של ביטחון המדינה, לשקול שיקולים של ביטחון המדינה, ועל אחת כמה וכמה שאין בסמכותם להורות כי חופש התנועה של חבר הכנסת יוגבל בשל טעמים של ביטחון המדינה. משכך, למשיב 1 לא הייתה סמכות לקבוע נוהל המגביל את החסינות של חברי הכנסת ודין הנוהל להתבטל בחוסר סמכות.

הנוהל לא הוצא מטעמים של ביטחון המדינה:

126. עיון בנוהל עצמו ובתשובות המשיבים, מעלה כי הנוהל עצמו, כמו גם החלטת המשטרה ליתן אישור לעליית חבר כנסת להר הבית או לסרב לכך, מבוססים כולם על טעמים של ביטחון הציבור ושלומו הציבור, ולא מטעמים של ביטחון המדינה.

127. כך, בנוהל עצמו קיימות שתי התייחסויות למטרתו. ההתייחסות האחת – נקבע כי משטרת ישראל רשאית לקבוע תנאים נוספים לביקור חברי כנסת בהר הבית, מטעמים של **שלו**

- הציבור וביטחון הציבור.** השנייה – נקבע כי הפרת הנוהל עלולה לגרום לאי נעימות, שרצוי להימנע ממנה נוכח הרצון לשמור על **כבוד חברי הכנסת ועל כבוד המקום.**
128. במענה שמסרה לשכת המשיב 4, נמסר כי באשר לשיקולים שהמטרה שוקלת לקראת כניסתו של חבר כנסת להר הבית, נמסר כי נשקל כל מידע או אינדיקציה שיש בהם כדי להשפיע על **שלום הציבור ובטחונו** בשעת הביקור.
129. במענה שמסר המשיב 5, נמסר כי תכליתו העיקרית של הנוהל היא לאפשר למטרה להיערך מראש לקראת ביקורו של חבר הכנסת בהר הבית, מקום רגיש ונפיץ, תוך שמירה על **שלום הציבור ובטחון הציבור.** עוד מסר המשיב 5, כי הפרת הנוהל עלולה לגרום לאי נעימות, וסופה להכביד על מאמצי המטרה לשמירת השלום במקום.
130. במענה שנמסר על ידי יועמ"ש המשיב 6 סני"צ ג'ורג' קיוורקיאן, נמסר כי המטרה משקיעה מאמצים רבים לצורך שמירת שלום הציבור ובטחונו של הציבור, וכי קיום הנוהל הוא מרכיב חשוב למען הצלחת המאמצים של **שלום הציבור וביטחון הציבור.**
131. משכך, העותר יטען כי שיקולי המטרה בעליית חברי כנסת להר הבית ושיקולי המשיב 1 העומדים בבסיס הנוהל, מנוגדים לחוק החסינות ולא עומדים בדרישות סעיף 9 לחוק החסינות. אין בנוהל דבר וחצי דבר המתקשר עם ביטחון המדינה, כפי שראינו בעניין קליינר, בית המשפט העליון עושה גם עושה הפרדה בין ביטחון המדינה לביטחון ושלום הציבור-משכך, אף אם הנוהל לא היה בטל, למשיב 1 או למטרה אין סמכות להגביל עליית חבר כנסת שלא תיאם את עלייתו קודם לכן מטעמים של שמירה על שלום הציבור או שמירה על ביטחון הציבור או להציב תנאים לעליית חבר הכנסת להר הבית.
132. זאת ועוד, העותר יטען כי גם אילו היו פועלים המשיבים בשל "פגיעה בביטחון המדינה", ולא היא, הרי שלא ניתן להסתפק באמירה כללית של "פגיעה בביטחון המדינה", ועל מקבל ההחלטה להתבסס על מידע מוצק, ממשי ועדכני – מה שאין כן בעניינו.

הגבלות גישה – רק אם מגבילים גישה לכלל הציבור:

133. טענה נוספת של העותר תעסוק בכך שגם אם אכן ההגבלות בנוהל היו חוקיות ומטעמים של ביטחון המדינה, הרי שלפי סעיף 9 לחוק החסינות, נקבע למעשה שאם מתקיימות הגבלות על גישה למקום מסוים ויש רצון להגביל חבר כנסת, הרי שלצורך כך צריך שיהיה ברור כי ההגבלות הן על כלל הציבור ורק אז ניתן לשקול הגבלת חבר כנסת.
134. בעניין זה יפים הדברים המפורשים שנקבעו בנוהל היועץ המשפטי לממשלה אותו כבר ציינו ומובאים גם במסגרת בגצ 42521/17 חה"כ ד"ר יוסף ג'בארין ואח' נ' הכנסת שם כאמור נקבע כי:

"במסגרת סעיף 9(א) לחוק החסינות, נקבעה כאמור זכותם של חברי הכנסת להתהלך בכל מקום במדינה, אלא שזכותם זו סויגה למקומות שאינם רשות היחיד. חופש התנועה של חברי הכנסת, תחום אפוא ל'רשות הרבים' לבדה. הצדדים לעתירה נחלקו בשאלה, אם בתי הסוהר מסווגים כ'רשות הרבים', או שמא כ'רשות היחיד'. שאלה זו כבר נדונה והוכרעה על-ידי בית משפט זה, במסגרת עניין גלאון. באותה פרשה קבע בית המשפט, כי בית הסוהר מוגדר כ'רשות היחיד', וממילא

גישת חברי הכנסת אליו – מוגבלת. בקביעותיו אלו, נסמך בית המשפט על הנחייתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה לגבי היקף הזכויות המוקנות לחבר כנסת מכוח סעיף 9 לחוק. בהנחיה זו נקבע, כי "סעיף 9 בא להבטיח כי מעשי המינהל, המסייג כניסת קהל למקום, מתנה אותו בתנאים וכיו"ב – לא יחולו על חבר הכנסת, היינו כל עוד יכולו אפילו חלק מן הקהל לגשת למקום מסויים, חלקו של חבר הכנסת תמיד עמו. לשון אחרת, סעיף 9 שולל זכותן של רשויות השלטון לקבוע איסורים והגבלות שיחולו על חבר כנסת (פרט לאיסור וההגבלה הבטחוני והצבאי, כאמור בסעיף). אם הנך בא להגביל את תנועת הקהל במקום מסויים בשל אירוע... הרי אין דבר זה חל על חבר הכנסת; מקום אליו רשאי חלק מהציבור להגיע, יכול גם הוא להגיע. אולם אין הסעיף בא להקנות זכויות כניסה למקום אליו שום 'חלק מן הציבור' אינו זכאי להיכנס" ("חסינות חברי הכנסת" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.496 5-6 (תשל"ג)).

135. הנה כי כן, גם היועץ המשפטי לממשלה וגם שופטי בית משפט נכבד זה קבעו כי לא ייתכן מצב כי זכותו של חבר כנסת לחופש תנועה תהיה פחותה מזכותו של כל אזרח, כפי שנקבע בסעיף 9 (א) עצמו.

136. במקרה שלנו הנוהל אינו חל על אזרחים, ולפיכך למעשה בעוד על העותר הוטלו הגבלות שונות לעליה להר הבית, הגבלות אלה אינן חלות על כלל הציבור. כך למעשה חיובו של העותר לבקש ולקבל אישור מראש לעלות להר הבית בעוד אזרחים (הן ערבים והן יהודים) לא הוגבלו בהגבלה זו.

137. גם לאור אלה יש לקבל את העתירה וליתן את הצווים כמבוקש.

פגיעה בזכויות ייסוד חוקתיות: חופש התנועה וחופש העיסוק, ופגיעה במילוי תפקידו של חבר הכנסת

138. העותר יטען, כי החלטת המשיב 1 נשוא העתירה פוגעת בזכויותיו החוקתיות של העותר, וגם בשל כך דינה להתבטל.

139. העותר יטען, כי מניעת כניסתו להר הבית (כאשר העותר לא מתאם, או במידה ולא ניתן אישור), פוגעת בזכותו החוקתית של העותר לחופש התנועה. חופש התנועה נהנה ממעמד רם במשפט הישראלי, והוא אף זכה לעיגון חוקתי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במובנו הקלאסי, חופש התנועה משמעו הוא חופש וחירות היחיד להסתובב בארץ לאורכה ולרוחבה בלא שתחול עליו הגבלה כלשהי ברשות הרבים. וכפי שצוין בבג"ץ 5016/96 ליאור חורב ו-4 אח' נ' שר התחבורה ו-23 אח', פ"ד נא(4), 1, 49-50 (1997):

"דברים אלה יפים, על אחת כמה וכמה, לעניין חופש התנועה בתוך המדינה. אכן, החופש לנוע בתוך גבולות המדינה נתפס לרוב כבעל עוצמה חוקתית גבוהה יותר מחופש התנועה אל מחוץ לגבולות

המדינה... לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה

על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי".

140. על מעמדה של הזכות לנוע בחופשיות בתוך תחומי המדינה במשפט הבינלאומי ראו, בין היתר: סעיף 13(1) להכרזה האוניברסאלית של זכויות האדם משנת 1948; וסעיף 12 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966.
141. עוד יטען העותר, כי הפגיעה בחופש התנועה במקרה דנן קשה שבעתיים כיוון שהיא מלווה בפגיעה בחופש העיסוק של חברי הכנסת, ובפגיעה במילוי תפקידו של חבר הכנסת.

על הפליה ופגיעה בעקרון השוויון:

142. גם אילו נקבע שהנוהל שריר, חוקי וקיים, כי בדין ניתן להגביל זכויות העותר אל מול ציבור שלם שלא מוגבל וכי אין בנהל כדי לפגוע בעותר ובזכויות החוקתיות שלו הרי שיישומו של הנוהל על ידי המשיבים כלל לא עומד בעקרון השוויון.
143. הזכות לשוויון זכויות יסוד הוכרה בדמוקרטיה הישראלית עוד מראשית ימי מדינת ישראל, היא הוכרה במגילת העצמאות בה התחייבה המדינה לקיים שוויון זכויות בלי הבדל דת גזע ומין, היא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו (השופט לנדאו בבג"צ 98/69 **ברגמן ואח' נ' שר האוצר** פ"ד כג' 693), היא ממהותה ומאופייה של מדינת ישראל (ע"ב 2/88 **בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה** פ"ד מג(4) 221), והיא מהווה: **"עקרון יסוד חוקתי השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו, ומהווה חלק בלתי נפרד מהן"** (בג"ץ 114/78 **מוחמד סעיד בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800).
144. מאז קום המדינה ועד ליום כתיבת שורות אלה, ניתנו מאות פסקי דין המעלים על נס את עקרון השוויון, והיטיב לבטא זאת כב' השופט עמית בדבריו על עקרון השוויון בע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, סד(2) 1 (2010) (להלן: **"פרשת הבית הפתוח"**), ולפיהם:

"עקרון השוויון זכה למעמד בכורה כעקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית עוד מראשית דרכה, ולא אוסיף לתילי התילים של המילים שנאמרו בשבח השוויון שלא אהיה כמכניס תבן לַעֲפָרִים. אסתפק אפוא בלקט קטן מקצת הכתרים שנקשרו בפסיקה לעקרון השוויון: "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 69/98 **ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)); "עקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות" (בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 650 (1998)) (להלן: **עניין שדולת הנשים**); "הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (ראו: בג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393, 415 (2002); בג"ץ 10026/01 **עדאלה נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(3) 31, 39 (2003)). יש הרואים את עקרון השוויון כמכנה המשותף וכבסיס לכל זכויות-היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה (יצחק זמיר ומשה סובל **"השוויון בפני החוק"** משפט וממשל ה 165, 166 (תש"ס)). עוד על עקרון**

השוויון במאמרי מלומדים, ראו, לדוגמה: פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (תשנ"ד); יונה ספיר "יישום עקרון השוויון בפסיקה בית-המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט לו 143 (תשמ"ו).

145. עד כדי כך רם מעמדו של עקרון השוויון, עד אשר בחלק מהפסיקה הוכר עקרון השוויון לא רק כעקרון המעוגן בדין הישראלי החקוק תחילתו בהכרזת העצמאות, לא רק כעקרון הלכתי פרי המשפט המקובל נוסח ישראל אשר הוכר ופותח על ידי בית המשפט, אלא כנגזרת מחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית על חוקית (בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, מח(5) 749 (1994)) (להלן: "פרשת דנילוביץ") (בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם רשות הזכרון לשואה ולגבורה פ"ד מח (3) - 353).

146. עד כאן העיקרון, אולם ישאל השואל מה כולל העיקרון בתוכו. שהרי, ברור לכולם שהשוויון אינו מעניק זכות מוחלטת, וככל זכות עסקינן בזכות יחסית (ראו פרשת דנילוביץ, סעיף 13) הרי יש מקרים ובהם המדובר בשוני רלוונטי, שאינו מבוסס על הבחנה קבוצתית פסולה, ולעיתים אין השוויון זוכה להגנה על מלוא היקפו, ופגיעה בשוויון עשויה שלא לזכות בהתערבות בית המשפט אם זו תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, אם היא לתכלית ראויה ואם פגיעתה בשוויון אינה עולה מעבר למידה הדרושה (פרשת דנילוביץ, סעיף 13 סיפא).

147. ידועים היטב דברו של בית משפט נכבד זה בקובעו כי: "לא כל הבחנה פסולה היא. הבחנה המבוססת על נימוקים עניינים אינה פוגעת בשוויון. אכן שוויון אינו מחייב זהות, לא כל יחס שונה הוא יחס מפלה. הפליה היא בחנה מטעמים שאינם עניינים" (בג"ץ 11956/05 סוהאד בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (נבו 13.12.2006)).

148. סיכם את הדברים בית המשפט בפרשת הבית הפתוח שם נקבעו הדברים הבאים:

"החובה לנהוג בשוויון משמעה מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. מכאן שהצד השני של השוויון הוא ההפליה, שהיא יחס שונה ובלתי הוגן לשווים, כאשר ההכרה בעילת ההפליה נותנת ביטוי מעשי למעמדו הרם של עקרון השוויון (ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 673-678). על פגיעה בעקרון השוויון נאמר כי היא "הרע-מכל-רע" (כב' השופט מ' חשין בפסק דינו בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996)); ההפליה עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995)) (להלן: עניין מילר); ו"אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה" (ראו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988)); עניין ועדת המעקב, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא (ברק)). בוודאי כך מקום שהמדובר בהפליה "גנרית" הנמצאת ב"גרעין הקשה" של ההפליה בשל מאפיין בזהותו של אדם, כמו למשל, בין היתר, דתו, גזעו או מינו. על הפליה שכזו נאמר כי היא "פוצעת אנושות בכבוד האדם" (ראו: עניין שדולת הנשים, בעמ'

658-659, והשוו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 142 (2004). באותה רוח נאמר, כי "...הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה של קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה. ובבוא קנאה תאבד תבונה [...] נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו – השווה לנו – כמותנו ועימנו; אך נתקומם ולא נשלים במקום בו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 (1998)).

149. וכדברי המשנה לנשיא א. ברק (כתוארו דאז) בסעיף 14 לפסק דינו בפרשת דנילוביץ, נקודת המוצא העובדתית הינה כי:

"בני האדם שונים הם זה מזה... אין אדם הדומה לחלוטין לרעהו.... כל אדם הוא עולם בפני עצמו. החברה מבוססת על בני אדם השונים זה מזה. רק הגרועות שבדיקטטורות מבקשות לבטל הבדלים אלה. זאת ועוד: ביסוד כבוד האדם מונחת ההנחה, שכל אדם ואדם הוא חופשי לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו... על רקע חופש זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק וניטרליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. זהו השוויון בהפעלת החופש. זהו השוויון בהזדמנויות. שוויון זה מניח הסדר נורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם. עם זאת, עקרון השוויון אינו מניח אך דין אחיד לכול. אכן, עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מנח אפוא קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני (הבחנה, אבחנה). הפליה – שהינה ניגודו של השוויון – קיימת אפוא באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם, ובלשונו של השופט אור: "יחס שונה ללא הצדקה עניינית".

150. לא אחת נקבע, כי הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה, ודי בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה (בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 764).

151. כך גם בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654, שם נקבע כי:

“עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה”.

152. כן ראו דבריו של כב' הנשיא א' ברק בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, סא(1) 1 (2006):

המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית. עמדתי על כך באחת הפרשות:

“השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה היא גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון”.

ובפרשה אחרת כתבתי: “קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג, הלכה למעשה... על כן דין שניסוחו 'ניטרלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה... הפליה עשויה להיות 'נסתרת' ו'שיטתית', במובן זה, שאין היא מופיעה 'על פני' הנורמה, אלא נובעת מ'האפקט' של הנורמה”.

153. בענייננו אנו, גם אם בית המשפט הנכבד יקבע כי למשיבים יש סמכות להטיל הגבלות על עליית חברי כנסת להר הבית, הרי שעניינה המרכזי של עתירה זו היא במדיניות ההפליה הלא שוויונית של המשיבים כלפי העותר מצד אחד, וכלפי חברי כנסת ערבים מצד שני.

154. כפי שהרחבנו בעתירה זו, הזכות לשוויון הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית. בשורה ארוכה של פסקי דין עוגן המעמד החוקתי שזכה לו עקרון השוויון, וכבר נפסק לא אחת כי: “ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה” (עניין מילר, סעיף 4 לפסק דינה של השופטת דורנר)

155. העותר יטען, כי אין כל סיבה להפליה ולהבחנה בין חברי כנסת יהודים, לחברי כנסת ערבים.

156. כך, התנהלות המשיבים זועקת לשמייים: בעוד שהעותר וחבר הכנסת שיקלי לא הורשו לעלות להר הבית ללא קיום הנוהל, ונאלצים לקיים את הוראות הנוהל על מנת להיכנס לשערי הר הבית, חברי כנסת ערבים רבים נכנסים לשטח הר הבית ללא כל תיאום מראש, מבצעים בו פגישות במשרדי הווקף, והכל בניגוד לנוהל ובאישור המשיבים – פעם אחר פעם.

157. מההתנהלות שתוארה לעיל, ובניגוד לטענת המשיבים לפיה עלייתו של ח"כ טיבי בתשעה באב עניינה במקרה ספציפי כאשר המשיבים 5-6 נתנו אישורם אד הוק, בשטח ובזמן אמת לעליית ח"כ טיבי להר הבית, המשיבים מאפשרים לחברי כנסת ערבים רבים ובכללם חבר הכנסת טיבי להיכנס פעם אחר פעם להר הבית ללא קיום הוראות הנוהל.

158. אמור מעתה – לשיטת המשיבים – הנוהל לעליית חברי כנסת להר הבית – נוהל ליהודים בלבד!
159. כאמור, עיקרה של עתירה זו היא פגיעה בעקרון השוויון בפועל, וגם אם נתעלם מכל הרקע, ואל לנו להתעלם ממנו, גם אם נבקש ללמד זכות על המשיבים ולבחון החלטתם ופועלם בעין טובה, התוצאה היא הרסנית לשלטון החוק, הרסנית לדמוקרטיה, פוגענית ובלתי שוויונית, ועל כן יש לקבל את העתירה.

160. כידוע, אפליה ופגיעה בשוויון היא הקשה שבפגיעות. אין לך גורם הרסני לבניה ובנותיה של החברה בישראל החשים בתחושת הקיפוח וחוסר השוויון, ובתוך תחושה זאת אפליה על רקע לאום היא אפליה קשה, שמחייבת התערבות מיידי.

העדר התייחסות לפניית העותר:

161. בשולי הדברים נבקש להתייחס לנושא שהוא לכאורה טכני, אך לצערנו מלמד היטב על ההתנהלות של המשיבים בכל הנוגע לעותר – כאשר מלבד המשיבים 4 ו-6 – איש מן העותרים לא מסר תשובתו העניינית לעותר באופן ישיר.

162. לא זו אלא אף זו, התנהלות המשיבים לא פוגעת רק בעותר אלא גם בעבודת בית המשפט ובביקורת השיפוטית. אם הייתה מתקבלת תשובה כלשהי והמשיבים היו ממקדים התנהלותם והתנהגותם (ככל שהם יכולים לעשות כן), הרי יריעת המחלוקת הייתה קצרה – יש להצטער על התנהלות זאת.

163. מכל מקום, סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: "החוק לתיקון סדרי מנהל"), קובע כך:

"(א) נתבקש עובד הציבור, בכתב, להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין, יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם, אך לא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום קבלת הבקשה".

164. ישאל השואל, מה הנפקות להעדר מענה, כמו במקרה שלנו. ובכן, סעיף 6 לחוק לתיקון סדרי מנהל, קובע כדלקמן:

"(א) החלטה או פעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א, 2ב, 4 או 5; ואולם בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין. הוראות סעיף זה אינן גורעות מאחריותו המשמעית של עובד הציבור על אי-מילוי חובתו לפי חוק זה".

165. בענייננו אנו, המדובר בעניין דחוף, נוכח האפליה הקשה הנקטת כלפי העותר מדי חודש בחודשו, עת מבקש העותר לעלות להר הבית.

166. בעת"מ (מנהלי חיפה) 1179/03 ד. עירון בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה, תשסג(2003) 879 (2004) נקבע, כי:

”הדין הוא עם העותרת כי סעיפים 6(א) ו-6(ב) הם סעיפים משלימים ולכן נטל הראיה בשאלת החוקיות, שבדרך-כלל הוא מוטל על מי שתוקף החלטה מינהלית, עבר אל המשיבות (ראה זמיר בספרו הנ”ל [7], בעמ’ 714-716). דהיינו, חזקת החוקיות איננה עומדת עוד למשיבות ונטל הראיה עבר עליהן (ראה זמיר בספרו הנ”ל [7], בעמ’ 920)”.

167. כך שם, כך בענייננו. העותר יטען כי בהעדר מענה מצד המשיבים, ובפרט מהמשיב 1 ללא נימוק, יש לראות בכך כסירוב לענות, ולהעביר למשיבים את הנטל להוכחות חוקיות התנהלותם.

הפגיעה החוקתית:

168. כפי שהפנה העותר, עקרון השוויון הועלה למעמד חוקתי על חוקי עם חקיקת חוק היסוד כבוד האדם וחירותו וכאשר המשיבים פועלים בצורה מפלה ולא שוויונית עליהם להצביע על חוק מפורש המסמך אותם לאפשר את הפגיעה. בנוסף, על המשיבים לשכנע שהחוק המסמך עומד בתנאי פסיקת ההגבלה – משמע חוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ועומד מבחני הסבירות והמידתיות.

169. באשר להתנהלות המשיבים, כפי שסקרנו לעיל, אין ספק שהפגיעה נעשית בהעדר חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל. ההפך הוא הנכון: שורת קבצי החקיקה בעניין קצין הכנסת והמשטרה, לא מאפשרת למשיבים לקבל החלטות מטעמים של ביטחון המדינה. הווה אומר, פעולת המשיבים נעשתה בהעדר כל בסיס נורמטיבי.

170. כך או כך, גם אילו היה (ואין), חיקוק המתיר התנהלות המשיבים, הרי שפעולות המשיבים לא עומדת במבחני המידתיות. כידוע, עקרון זה דורש כי הפגיעה בזכות אדם מוגנת תעשה רק במידה שאינה עולה על הנדרש למימוש המטרה, שלשמה פוגעים בזכות, כאשר בית משפט נכבד זה קבע מספר מבחנים והם מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, מבחן המידתיות ומבחן המידתיות במובן הצר.

171. העותר יטען, כי בחינת שלושת מבחני המשנה מגלה כי יש ליתן צו על תנאי המורה למשיבים שלא להטיל על העותר תנאים כלשהם בקשר לעלייתו להר הבית ולביטול הנוהל.

172. כך, באשר למבחן קשר הרציונאלי: לא ברור כיצד ישנה התאמה בין המטרה לבין האמצעי שנבחר. כאמור, מטרת הנוהל היא שמירה על ביטחון הציבור ושלומו הציבור. אילו היה מורה הנוהל כי בעת עליית חבר הכנסת יוקצו כמות שוטרים מסוימת, או המלצה לתיאום עליית חבר כנסת, כי אז היה ניתן לחשוב שיש קשר רציונאלי. בהינתן שהנוהל מחייב תיאום מראש ואכיפתו נעשית רק כלפי יהודים – ברי כי ההחלטה לא עומדת במבחן זה.

173. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו הפחותה, ניתן היה להבין החלטה שמבקשת מחבר הכנסת להתחשב בהמלצות המשטרה, וגם אם לא להסכים עם ההחלטה, להבין אותה. בענייננו, הפגיעה בעותר היא פגיעה חמורה, כאשר היא נעשית שלא כחוק, ותוך פגיעה חמורה בשוויון.

174. המבחן השלישי של מידתיות במובן הצר הוא פרופורציה בין האמצעי שנבחר והמטרה, כאשר תכלית ראויה אינה ערך מוחלט ולא מצדיקה פגיעה בזכויות אדם. בענייננו ייתכן וניתן לומר שהתכלית ראויה, אך גם תכלית שמירה על הסדר לא מצדיקה פגיעה כה קשה בזכות העותר לשוויון, בזכויותיו החוקתיות, ובחופשה התנועה של העותר מכוח חוק החסינות.

חוסר סבירות:

175. לא אחת נקבע, כי לעיתים די בעילת חוסר סבירות קיצונית, כדי להביא להתערבות בהחלטת הרשות. כך נקבע בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (נבו) (12.02.2015):

"כשלעצמי סבורני ובמפגיע, כי אין דופי בשימוש בעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית, שכמובן צריכה להיות מופעלת באורח מושכל וזהיר במקום הראוי... עילת הסבירות, ושוב – בכל הזהירות – מאפשרת לבית המשפט לשמש כמה שקרוי בלשון עידננו "המבוגר האחראי", ולא אחטא לאמת אם אניח כי לא מעטים בין ראשי הממנים עצמם מייחלים בסתר ליבם להתערבות הבג"צית, כדי למנוע מינוי שנולד מלחצים כאלה ואחרים; וכדברי חברי השופט עמית בענייננו, יש בעילת הסבירות כדי "לחזק ולהטמיע נורמות של אתיקה ציבורית ולהגן על האינטרס של נקיון כפיים בשירות הציבורי".

176. באשר למיקומה של ההחלטה במתחם הסבירות, בבג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', נא(4) 1 (1997) נקבע, כי בית המשפט אינו שואל עצמו באיזו מבין האופציות החוקיות האפשריות הוא היה בוחר, אילו סמכות הבחירה הייתה בידיו, אלא:

"בית-המשפט שואל עצמו, אם האופציה שנבחרה היא חוקית. מכיוון שכל אופציה ב"מיתחם הסבירות" היא חוקית, אין בית-המשפט פוסל אופציה כזו רק משום שהוא היה בוחר באופציה אחרת, אילו הסמכות השלטונית הייתה בידיו (פרשת רסלר [33], בעמ' 506). הנה-כי-כן, יש מקום להצהיר על החלטה שלטונית של הרשות המבצעת כבלתי חוקית, אם היא מחוץ למיתחם הסבירות. כל החלטה שלטונית בגדרי המיתחם היא חוקית, ובית-המשפט לא יצהיר על בטלותה. קביעת גבולות המיתחם נתונה לבית-המשפט".

177. לא אחת נקבע, כי על הרשות להפעיל את הסמכויות שניתנו לה בסבירות, ושהפעלה לא סבירה של הסמכות היא עילה שיכולה להביא לבטלותה של הפעולה (ראו לדוגמא: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, לה(1) 421 (1980)).

178. זה המקום להזכיר, כי על המשיבים חלה החובה לבסס את החלטותיהם על תשתית עובדתית ראויה מלאה (ראו לדוגמא: בג"ץ 3057/09 פארס מוחתסב נ' שר הפנים (נבו) 03.11.2009).

179. סבירותה של החלטה מנהלית טמונה לא רק בשקלול מכלול הנתונים הרלוונטיים, אלא גם באיזונים ביניהם, כפי שנקבע בבג"ץ 341/81 מושב בית-עובד מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' המפקח על התעבורה, לו(3) 349 (1982):

"בקביעת גבולותיו של "מיתחם סבירות" יש להתחשב. בין השאר, בשאלה, אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוואנטיים השונים שבהם עליה להתחשב. החלטתה של רשות מינהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין. אכן, שיקלול ואיזון זה הם

**מעיקרי תפקידיה של הרשות הציבורית, והביקורת על אופן
ביצועם נתונה לבית המשפט".**

180. בענייננו אנו עולה, כי החלטת המשיבים ובפרט המשיב 1 התקבלה ללא תשתית עובדתית ראויה, משיקולים של שלום הציבור ובטחונו, העומדים בניגוד לסמכותם ובניגוד להוראות סעיף 9 לחוק החסינות, וגם מן הטעם הזה יש להורות על קבלת העתירה:

סוף דבר:

181. העותר יטען, כי החלטת המשיבים ובפרט המשיב 1 ניתנה בהעדר סמכות, ועל כל דינה בטלות.
182. העותר יטען, כי ככל והמשיבים מעוניינים לעשות שימוש בהוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות, על ההחלטה להתקבל בידי ראש הממשלה ושר הביטחון ולשקול רק שיקולים של פגיעה בביטחון המדינה או סוד צבאי, ליתן לעותר זכות שימוע וזכות עיון, ולקבל את ההחלטה תוך התייעצות עם השב"כ.

183. העותר יטען כי גם אם בסמכותם של המשיבים היה ליתן החלטה שכזאת, הרי שלא ניתן ליישם אותה באופן מפלה וגזעני, כאשר חבר כנסת ערבי לא מחויב בקיום הנוהל ואילו יהודי כן.

184. האופן התדיר שבו לא מקויים הנוהל באשר לחברי כנסת מהרשימה המשותפת, לעומת העובדה כי העותר וח"כ שיקלי חוייבו בקיום הנוהל וכאשר לא עשו כן, נאלצו לחזור כלעומת שבאו מהר הבית, לא רק מטריד ופוגעני אלא לא חוקי, לא צודק ולא ראוי במדינה דמוקרטית.
185. מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה במלואה, ולהורות לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל נוהל עליית חברי כנסת להר הבית מהטעם שהנוהל הוא בלתי חוקי, ואכיפתו מפלה בין חברי כנסת יהודים לערבים תוך פגיעה חמורה וקשה בעקרון השוויון והפליה בוטה בין העותר לבין חברי כנסת ערבים.

186. יתר הטיעונים ישמעו בעל פה.

אשר על כן ולאור כל האמור לעיל יטען העותר כי שורת הצדק וערכיה הבסיסים של מדינת ישראל, מצדיקים הוצאת צו על תנאי והפיכתו לקבוע. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בתשלום הוצאות העותר לרבות שכר טירחה ומעמד עליו כדין.

חנמאל דורפמן, עו"ד
מ.ר. 88304
נייד: 052-509-0045

חנמאל דורפמן, עו"ד



איתמר בן גביר, ח"כ