

בעניין:

1. **עמותת עיר עמים (ע"ר 580361202)**
2. **אמיר חשין (ת.ז 007555667)**  
באמצעות עו"ד איתי מק  
מרח' יפו 97, מרכז כלל, משרד 745, ירושלים  
טל': 02-5877766 פקס: 02-5877744

**העותרים**

- נגד -

1. **ניצב יורם הלוי, מפקד מחוז ירושלים במשטרת ישראל**
2. **משטרת ישראל**  
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
מרח' סלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466591/0 פקס: 02-6467011
3. **עיריית ירושלים**  
כיכר ספרא 1, ירושלים  
טל: 02-6297998 פקס: 02-6296014
4. **עמותת עם כלביא (ע.ר 580111441)**  
מרח' נג'ארה 47, ירושלים 9547153  
טל: 02-6520165/050-7969477

**המשיבים**

**עתירה דחופה לצו על תנאי**

מוגשת בזה עתירה לכב' ביהמ"ש בה הוא מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המכוון אל המשיבים ומורה להם ו/או למי מהם להתייצב וליתן טעם:

מדוע המשיבים מס' 1 ו-2 לא ימנעו את מעבר מצעד "ריקוד הדגלים" ברובע המוסלמי בעיר העתיקה בירושלים, ביום 5.6.2016, יום שעל פי כל ההערכות צפויה להתקיים בו תפילת התרוויח המוסלמית, אשר פותחת את חודש הרמדאן.

**פתח דבר ובקשה לקיום דיון דחוף ביותר**

1. עתירה דחופה זו מוגשת לאור ההחלטה של המשיבים מס' 1-2, על רקע לחצים פוליטיים כבדים, לאשר את מעבר מצעד "ריקוד הדגלים" (להלן: "המצעד") בערב שבו על פי כל ההערכות אמורה להתקיים תפילת התרוויח הראשונה של חודש הרמדאן. החלטה זו לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ומהווה פגיעה קשה בזכויות יסוד שהוכרו על ידי כב' ביהמ"ש זה מכבר, כגון, חופש הפולחן והתנועה של המתפללים, התושבים והסוחרים ברובע המוסלמי ומחוץ לו.

2. רק בשעה 12:24 ביום 1.6.2016 הגיעה תשובתם של המשיבים מס' 1-2 לפניו העותרת מס' 1 ועל פיה החליטו לקבוע כי לאחר כשעה ממתי שיתחיל המצעד באופן רשמי, בשעה 18:30,

- תימנע תנועת המפגינים ממרחק מה מהרובע המוסלמי לעבר הכניסה אליו. ודוק, אין זה אומר כי הצעדה ברובע המוסלמי תסתיים בשעה 18:30 אלא זמן מהותי אחרי כן.
3. בהחלטתם האחרונה, הכירו המשיבים מס' 1-2 בצורך ההכרחי ליצור הפרדה בין קיום המצעד לבין הגעת מתפללים מוסלמים לתפילת התרוויח. אך אין בכך די: ההחלטה אינה מאזנת נכון בין זכויות חופש הביטוי וההפגנה של המפגינים במצעד, לבין זכויות המתפללים המוסלמים הרבים, ברובע המוסלמי ומחוץ לו שההכנות לכניסת החג המרכזי שלהם מתקיימות באותן שעות ממש; ההחלטה אינה מעשית לנוכח תנאי השטח הייחודיים ברובע המוסלמי ובסביבתו, וחוסר היכולת המוכח של המשיבה מס' 2 לנהל כראוי את המצעד ולאכוף את החוק על המפגינים בשנים האחרונות, ובפרט במצעד אשתקד; ההחלטה גם מתעלמת מהמציאות הקשה שבה חלק מהמפגינים המשתתפים במצעד נוהגים באלימות פיזית ומילולית, אשר בטח שאין לה מקום בערב החג הקדוש ביותר לציבור המוסלמי ובסמוך להר הבית.
4. כפי שיפורט בהמשך, החל מיום 20.4.2016 העותרים חזרו ופנו למשיבים מס' 1-3, ללשכת היועמ"ש לממשלה, ולמחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה, בדרישה כי תתקבל ללא דיחוי החלטה שלא לאפשר את מעבר המצעד ברובע המוסלמי לנוכח המועד הצפוי לתחילת חודש הרמדאן.
5. בתחילה דחה היועמ"ש למשטרת מחוז ים את טענת העותרת מס' 1, והשיב כי אין כל חשש לסמיכות בין שני האירועים לאור העובדה שהרמדאן יחל ביום 7.6.2016. בניגוד לכך, הוסיפו העותרים ומסרו למשיבים מס' 1-3, כי מועד תחילת הרמדאן באזור נקבע על פי קביעתם של אנשי הדת בערב הסעודית. אנשי הדת בערב הסעודית הודיעו כי החל מה-5.6.2016 צריך להסתכל על הירח, כאשר חודש הרמדאן יחל ביום 6.6.2016 או ביום 7.6.2016 (חישוב תחילתו של חודש הרמדאן נסמך על לוח השנה המוסלמי). משמעות הדבר כי ייתכן בהחלט שתפילת התרוויח הראשונה תתקיים בערב יום ראשון ה-5.6.2016, המועד המתוכנן למצעד.
6. מצ"ב אף אישורו של נשיא בית הדין השרעי לערעורים, כב' הקאדי עבד אלחכים סמארה, שבמשרד המשפטים ושהוא בעל הסמכות לעניינים מוסלמיים כאן, כפי שהובא במכתבו מיום 31.5.2016 של עו"ד אבזק אדם, היועמ"ש לבתי הדין השרעיים (מסומן 1/נ). לפי מכתבו, אכן רק על פי הירח ביום 5.6.2016 יהיה ניתן לדעת את מועד תחילת הרמדאן, וכן להערכתו תחילתו תהיה ביום 6.6.2016. כלומר, תפילת התרוויח אכן תתקיים ביום שהמשיבים מס' 1-2 אישרו למצעד. העותרת מס' 1 תוסיף כי הופתעה לגלות כי כל פניה לנשיא בתי הדין השרעיים לא באה קודם מאת משרד המשפטים עצמו.
7. אף שהמשיבים מס' 1-2 חזרו והודיעו לעותרת מס' 1 בכתב ובעל פה באמצעות באי כוחם במחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה, כי טרם נתקבלה הכרעה סופית לגבי תוואי המצעד, וכן התחייבו להעביר על אתר את ההחלטה כתובה לבא כוח העותרים, מיד עם קבלתה ובכל שעת יממה, המשיבים מס' 1-2 ו-4 פרסמו ביום 31.5.2016 בערוצי התקשורת השונים, בסביבות השעה 20:00, את החלטתם כן לאשר את מעבר המצעד ברובע המוסלמי.
8. להלן פרטי ההסכם בין המשיבים מס' 1-4, כפי שהודיעו עליו בתקשורת המשיבים מס' 1-2 ו-4: על פי הודעתם לתקשורת, בעקבות פגישות שנערכו בין מפקד המשיבה מס' 1, ניצב יורם הלוי, הרב חיים דרוקמן, מארגני המצעד, ראש המשיבה מס' 3, מר ניר ברקת, ושר החקלאות,

מר אורי אריאל, סוכס כי האירוע יחל בבמות הריקודים במרכז העיר בשעה 16:00, ובשעה 17:30 תחל לנוע ההפגנה לכיוון הכותל המערבי דרך שערי העיר העתיקה. לאור הרמדאן, סוכס כי החל מהשעה 18:30 לא יתאפשר המעבר מאזור כיכר צה"ל לכיוון שער שכם. לפי טענת המשיבה מס' 4, גם סוכס כי מי שיעצור את הגעת המפגינים לאחר השעה 18:30 לכיוון שער שכם יהיו סדרנים מטעם המארגנים ולא שוטרים, כדי למנוע חיכוכים בינם לבין המפגינים.

מצ"ב הודעות המשיבים מס' 1-2 ו-4 בערוץ 7, עיתון הארץ, ואתר NRG ומסומנות 2/2

9. רק בחלוף שעות ארוכות לאחר פרסום ההודעה לתקשורת, ולאחר שפניות רבות של ב"כ העותרים הושבו ריקן, רק למחרת ביום 1.6.2016, בשעה 12:24 העבירו המשיבים מס' 1-2 את החלטתם למשרד ב"כ העותרים. בהחלטתם בכתב, נוסף על הודעתם לתקשורת כי גם יגבילו את גובה הדגלים והמוטות שיינשאו במהלך האירוע.

10. עוד טרם החלטת המשיבים מס' 1-2, אישי ציבור ותושבים רבים מירושלים, קראו להם שלא לאשר את מעבר המצעד ברובע במוסלמי ביום 5.6.2016, מתוך רגישות ורצון לשמור על כבוד כל הדתות שהעיר ירושלים קדושה להן, ולמנוע פגיעה קשה שלא תישכח במהרה במרקם החיים בין האוכלוסיות השונות המתגוררות בה, המעורער ממילא.

11. בנסיבות אלה, ארבעה ימים בלבד לפני היום המיועד, ובניסיון למנוע את הכאוס הצפוי, כבי"המ"ש מתבקש להורות על קביעת דיון דחוף ביותר בעתירה, כך שיובהר מעבר להכנות המשיבים מס' 1-2 לעניין המצעד גם כיצד הם נערכים לכניסתם של מתפללים מוסלמים רבים בדרך לתפילת התרוויח, כיצד יאפשרו את היערכות תושבי הרובע לחג, כיצד ימנעו פגיעה בקישוטי החג שנתלו, ומהי השעה הברורה בה לא יהיו יותר צועדים ברובע והמתפללים יוכלו להיכנס אליו.

12. המשיבים יכולים להלין רק על עצמם על מועד הגשת העתירה, בהינתן שהם דחו את הקץ והעותרים גילו על ההסכמה ביניהם מהתקשורת ביום 31.5.2016 בסביבות השעה 20:00, והם מסרו את החלטתם הפורמלית רק ביום 1.6.2016 בשעה 12:24.

13. ב"כ העותרים שוחח עם נציגת מחלקת בג"צים, מעיין הכהן, ביום 31.5.2016, בסביבות השעה 17:00, ושוב נאמר לו כי טרם נתקבלה החלטה על תוואי המצעד וככל שתתקבל זו תועבר באופן מידי. לאחר הפרסום בתקשורת ב"כ העותרים יצר קשר טלפוני עם לשכת היועמ"ש לממשלה, לשכת המשיב מס' 1 ותחנת מרחב דוד האחראית על העיר העתיקה, והעובדים שם אמרו לו כי אינם יודעים דבר וכי רק בבוקר למחרת יהיה ניתן לברר את הפרטים.

## **ואלה נימוקי העתירה:**

### **א. הצדדים**

1. העותרת מס' 1, "עיר עמים", היא עמותה ישראלית בלתי-מפלגתית העוסקת במורכבות החיים בירושלים ובמגמה שירושלים תהיה עיר תקינה ושוויונית. "עיר עמים" מעמידה בראש מעייניה את ירושלים כעיר הוגנת בה חולקים שני העמים, הישראלי והפלסטיני, עיר הדואגת

- לרווחתם ולכבודם של כל תושביה על קודשיהם ונכסיהם ההיסטוריים והתרבותיים. במהלך השנים האחרונות, העותרת מס' 1 ונציגיה חזרו ופנו לגורמים הרלוונטיים ברשויות החוק, בדרישה שתוגבר אכיפת החוק במצעד ויעשו כל המאמצים על מנת למנוע עבירות אלימות והסתה במהלכו ולמיצוי הדין עם העבריינים.
2. העותר מס' 2, הינו לשעבר יועץ ראש עיריית ירושלים לענייני ערבים, טדי קולק, אשר תומך בעתירה ודרישתה ופועל נמרצות במישור הציבורי כדי למנוע את מעבר המצעד ברובע המוסלמי במועד שנקבע.
3. יובהר כי רק מפאת קוצר הזמן לא צורפו כעותרים ועותרות רבים אחרים התומכים בעתירה ובדרישתה.
4. המשיב מס' 1, מפקד מחוז ירושלים, הינו הגורם הממונה על אכיפת החוק ושמירת הסדר הציבורי במחוז, ולו נתונה הסמכות לשלול, לאשר או לאשר בתנאים את קיום המצעד ומסלולו.
5. המשיבה מס' 2, הממונה על המשיב מס' 1, הינה הגורם האחראי על אכיפת החוק וקביעת המדיניות לגבי ההגנה על חופש ההפגנה והטלת המגבלות עליו. מפכ"ל המשיבה מס' 2, קבע את פקודת מטא"ר מס' 12.01.06 בדבר "רישוי אספות ותהלוכות".
6. המשיבה מס' 3, עיריית ירושלים, הינה הרשות המוניציפאלית אשר בשטחה מבקשת המשיבה מס' 4 לקיים את המצעד. כפי שיפורט בהמשך, בדיעבד התברר כי בניגוד גמור לתשובתה לפניית העותרים, כאילו אין העירייה אחראית לתוואי המצעד, ראש המשיבה מס' 3, מר ניר ברקת, היה מעורב אישית בגיבוש ההסכם על מעבר המצעד ברובע המוסלמי, וכן המשיבה מס' 3 הודיעה על הגדלת תקציבה למצעד פי שלושה ביחס לשנים הקודמות.
7. המשיבה מס' 4, עמותת "עם כלביא", הינה מארגנת ויוזמת המצעד, אשר הגישה בקשה לקיימו ביום 5.6.2016 גם ברובע המוסלמי בעיר העתיקה. לפי תעודת רישום העמותה, מטרתה: **"לפעול במישור הציבורי, הפוליטי, התרבותי והחברתי להגשמת רעיון תחיית עם ישראל בארצו - על-פי תורת ישראל, בדרך הציונות הדתית-לאומית"**.

## **ב. בג"צ 3079/15**

8. עתירה זו באה בהמשך להתדיינות קודמת שהתקיימה בשנה שעברה, שהסתכמה בפסק הדין בבג"צ 3079/15, אך גם בנפרד ממנה, לאור הנסיבות המיוחדות השנה של סמיכות שהתבררה לרמדאן.
9. בבג"צ 3079/15 נתבקש כבי' ביהמ"ש להגביל את תוואי המצעד כך שלא יעבור ברובע המוסלמי, זאת כחלק מהפקת לקחים מן האירועים החמורים שהתרחשו בשנים הקודמות ולאור אירועי ההסלמה בירושלים.
10. העתירה התבססה על התיעוד הרב לגבי אוזלת היד של משטרת מחוז י-ם באכיפת החוק במצעד. מהתיעוד המצולם הרב שנאסף על ידי העותרים ואחרים, החל משנת 2010, עלה כי חלק מהמשתתפים מנצלים את המצעד ואת חסות האבטחה של המשטרה, כדי להשתלח

בתושבים והסוחרים הפלסטיניים ולהלך עליהם אימים, לעבור עבירות הסתה, ואף לפעול באלימות פיזית כלפי התושבים ורכושם. לעתירה צורפו צילומי וידיאו אשר זעזעו את השופטים הנכבדים שדנו בתיק ("צורפה לעתירה קלטת שבה תועדו גילויי אלימות מילולית מן העבר, ואכן היה קשה לצפות בה"). המשטרה זכתה לביקורת השופטים הנכבדים, בדיון ובפסק הדין. בהקשר זה, ראו סעיף ד' לפסק הדין, שם נקבע כדלקמן: "...אשר לאכיפה, דעתנו לא היתה נוחה מכך שהגם שנמסרו נתונים על עיכוב מתפרעים לחקירה או מעצרים בשנים עברו, לא ניתן כל מידע על כתבי אישום. לעניין זה הובטח מפי מפקד המחוז והפרקליטות במבט לעתיד, כי ייעשה מאמץ מוגבר לאכיפה".

11. שופטי ביהמ"ש העליון הנכבדים בדיון ובפסק הדין הנחו את המשטרה ל"אפס סובלנות" כלפי מתפרעים אלימים, מילולית או פיסית. ראו סעיף ה' לפסק הדין: "לא בלב קל איננו נעתרים לעתירה. יש מקום לאפס סובלנות כלפי מתפרעים אלימים, מילולית או פיסית, יהיו אשר יהיו. אכן, תפקידה של המשטרה מורכב וקשה בעיר מורכבת וקשה כירושלים, הכוללת אלימות מכיוונים שונים שלא זה המקום לפרטם – אך במקרה הספציפי אין מחלוקת בין כל הצדדים לעתירה, כי אלימות מכל סוג יש למנוע, וגם לאכוף כנגדה אם אירעה. לטעמנו אותה קריאה משותפת למשטרה ולרבנים מארגני התהלכה, צריך שתכלול אמירה ברורה ושאינה משתמעת לשתי פנים נגד אלימות מילולית וגזענות, לרבות "מוות לערבים" שהיא חציה ברורה של הקו האדום הפלילי, ונגד אלימות פיסית וונדליזם, לרבות קריאת אכיפה פלילית; וגם נחוצים צעדים בעולם הישיבות המשתתפות כלפי מי מתלמידיהן שחלילה ינהג שלא כראוי, ואיננו כמובן מטילים דופי באיש בהקשר זה, אלא מתייחסים לסיטואציה הכוללת ולעשבים שוטים אפשריים. כמובן גם אם המדובר בעיקר במי שאינם מן הישיבות המשתתפות, והם מצטרפים לתהלכה ועוברים עבירות – ייקוב לגבי כולם הדין את ההר, ואכיפה תהא במקומה באופן ברור וללא פשרה".

12. השופטים הנכבדים הוציאו למעשה "כרטיס צהוב", הן למארגנים והן למשטרת מחוז י-ם, תוך שנקבע כי המתרחש במצעד הבא ישליך על אישור המצעדים בעתיד (ראו סעיף ו' לפסה"ד): "ראוי שלכל האמור יינתן ביטוי על-ידי המשטרה והמארגנים מראש גם בתקשורת ובאינטרנט, בחינת "ראו הוזהרתם". אנו מקוים כי התהלכה תעבור בשלום, ולקחים שיופקו יילמדו לשנה הבאה בקביעת המסלול".

13. בהתאם, מצ"ב דיסק ובו סרטונים ממצעד "ריקוד הדגלים" אשתקד, התומכים בטענות העותרים בעתירה זו. בשל קוצר הזמן, הסרטונים הינם צילומי וידיאו קצרים ביותר וערוכים, אשר נעשה בהם שימוש בקמפיין הציבורי של העותרת מס' 1 (ככל שכב' ביהמ"ש יבקש זאת, העותרת מס' 1 תגיש גם את הצילומים הגולמיים והמלאים).

### ג. ההחלטה אינה מעשית לנוכח תנאי השטח ברובע המוסלמי ובסביבתו

14. על פי החלטת המשיבים מס' 1-2, החל מהשעה 18:30 לא יתאפשר מעבר המפגינים מאזור כיכר צה"ל לכיוון שער שכם.

15. הסכמת המשיבים אינה תואמת לתנאי השטח ברובע המוסלמי, ולחוסר היכולת המוכח של כוחות המשיבה מס' 2 להשתלט ולאכוף את החוק על אותם מפגינים במצעד הבורחים לנצלו לרעה ולצורך הסתה, אלימות פיזית ומילולית, ולמצער הם רבים.

16. מאחר שלפי החלטת המשיבים מס' 1-2, עד השעה 18:30 תתאפשר התנועה של המפגינים מכיכר צה"ל לכיוון שער שכם, עולה בבירור כי המתפללים המוסלמים יאלצו להמתין זמן רב עד אשר עשרות אלפי המפגינים יתקדמו בין כיכר צה"ל לשער שכם, ועד שיחלפו ברח' הגיא הצר וייכנסו לתוך רחבת הכותל המערבי. אין צל של ספק כי מדובר בתהליך שיידרש לו זמן ממושך, זאת לאור העובדה, כי מדי שנה המפגינים נוהגים לרקוד לאורך המסלול, וחלקם נוהגים להתגודד ולהתפרע, למשל ברח' סולטן סולימאן, רחבת שער שכם, ליד האכסניה האוסטרית, בפתחי הבתים והחנויות, ומול המחסומים הממוקמים בסמטאות המתחברות לרח' הגיא.

17. כך למשל, קבוצות של המפגינים שיעברו את החסימה בכיכר צה"ל בסמוך לסביבות השעה 18:30 (למשל בשעה 18:25) יוכלו להמשיך לכיוון שער שכם ולתוך הרובע המוסלמי. כל עוד שהמפגינים יהיו בדרכם לכותל המערבי, סידורי האבטחה יעמדו בעינם, תוגבל כמעט לחלוטין תנועת התושבים ברובע המוסלמי (כפי שקורה מדי שנה במצעד), ותימנע גישת וכניסת המתפללים המוסלמים לתוך הרובע, דרך רח' סולטן סולימאן, והרחובות המתחברים אליו ממזרח ירושלים (למשל, דרך שכם וצאלח א-דין).

18. התייעוד המצולם הרב מהמצעדים בשנים האחרונות ובפרט מהמצעד אשתקד, מוכיח כי אין כל יכולת מעשית לכוחות המשיבה מס' 2 לווסת ולשלוט במהירות התקדמות התנועה של עשרות אלפי המפגינים, מרגע שהם נכנסו לתוך הרובע המוסלמי העתיק. בשל רוחבו הצר של רחוב הגיא, התנועה בו דומה לתנועה במנהרה צרה, כצוואר בקבוק, ומדי שנה השוטרים נראים נבלעים בין ההמונים. השוטרים מתמקמים באזור שער שכם, ואילו לאורך רח' הגיא השוטרים בעיקר ממוקמים במחסומים שהוצבו בסמטאות המתחברות לרחוב. כך נוצר מצב שבמקטעים לאורך רח' הגיא ובין המחסומים, אין כמעט שוטרים היכולים לזרז את המפגינים לעבר הכותל, בשים לב לפקק שנוצר ממילא באזור עמדת האבטחה בכניסה לרחבת הכותל המערבי. ככל שהשוטרים ינסו לזרז את מעבר המפגינים עלול להיגרם אסון, בדומה למקרים המוכרים לכל.

19. הודעת המשיבה מס' 4, בתקשורת בערב יום 31.5.2016, כאילו הסדרנים מטעמה הם אלה שיעצרו את תנועת המפגינים מכיכר צה"ל החל מהשעה 18:30 כדי למנוע חיכוכים בין המפגינים לשוטרים, מגלה כבר עתה את חוסר התיאום בין המשיבים. טענה זו של המשיבה מס' 4 כלל אינה מוזכרת בהחלטת המשיבים מס' 1-2 שנתקבלה ביום 1.6.2016 בשעה 12:24. זאת ועוד, ספק רב גם אם הסדרנים יוכלו לעצור את חבריהם מלהגיע לשער שכם – כפי שניתן לראות בתייעוד המצולם המצ"ב מהמצעד אשתקד, המארגנים פרסו במסלול המצעד סדרנים רבים יחסית. במקום לשמור על הסדר ולסייע לכוחות המשטרה, הסדרנים הצטרפו לאלימות חבריהם ולעיתים גם היו הגורמים האלימים המרכזיים, בפרט בהטרדת ובתקיפת הצלמים שתיעדו את המצעד. היו סדרנים שכיסו לצלמים את המצלמות, לא מנעו מהמפגינים לשיר שירי הסתה ולדפוק על דלתות הבתים והחנויות, ואף הצטרפו בעצמם אליהם.

**ד. ההחלטה אינה תואמת את חוסר היכולת המוכח של המשיבה מס' 2 לנהל כראוי את המצעד ולאכוף את החוק על המפגינים במצעד בשנים האחרונות, ובפרט אשתקד**

20. על פניו נראה כי פסק הדין בבג"צ 3079/15 השפיע במידה מסוימת על התנהלות המפגינים אשתקד. עם זאת, עדיין ניכרו מעשי אלימות במסגרת המצעד, ואלו הוסיפו ונעשו כמעט ללא כל התערבות מצד השוטרים שעמדו מנגד, בניגוד לדרישת כב' ביהמ"ש. בין היתר – היו מפגינים שדפקו על דלתות החנויות והבתים; היו מפגינים שקראו "כהנא חי" ו"מוחמד מת/מוחמד בן זונה", "יהודי זה נשמה, ערבי זה בן זונה"; היו מפגינים שהדביקו מדבקות על דלתות בתים, חנויות ותיבות דואר שהיה כתוב בהן "אל תעזו אפילו לחשוב על יהודיות" (בשפה עברית וערבית); והיו מפגינים שזרקו חפצים והניפו דגלים בכוונה על גוף וציוד הפלסטינים והצלמים שעמדו במחסומים לאורך רח' הגיא.

21. כך גם הוסיפה שירה גזענית ואלימה להיות חלק בלתי נפרד מהמצעד. הפעם לרוב לא בצורת "מוות לערבים" בבירור, ביטוי אליו התייחסו כב' השופטים באופן קונקרטי, אך מאות מבין המפגינים שרו את השיר "נקום אחת משתי עיני מפלסטיין/יימח שמם". שיר נקמה מסוכן זה, עלה לאחרונה לכותרות עם פרסום צילומי הווידאו מ"חתונת השנאה" של פעילי הימין הקיצוני, במהלכה המשתתפים שרו אותו כאשר הם מנופפים ברובים ובסכינים. כמובן שמבחינת המשפחות הפלסטיניות המתבצרות בתוך בתיהן בזמן המצעד, אין נפקא מינה בין הקריאות ההמוניות למותן לבין הקריאות ההמוניות לנקמה בהן וכי יימחק זכרן.

22. החמרה שחלה במהלך המצעד אשתקד נגעה להתייחסות המפגינים וכן המשיבה מס' 2 לתיעוד המצעד על ידי צלמים. ככל הנראה על רקע התייחסות כב' שופטי בג"צ לתיעוד המצולם המזעזע מהשנים הקודמות, היו תקיפות והטרדות חוזרות מצד המפגינים כלפי צלמים ישראלים, פלסטינים ובין-לאומיים שהגיעו לתעד את המצעד. בין היתר, עשרות מפגינים תקפו במספר הזדמנויות צלמים באזור שער שכם באמצעות בקבוקים, מקלות ודגלים, וגרמו נזק לציוד הצילום שלהם. כך גם מי מבין המפגינים ניסו למנוע מצלמים לתעד את המתרחש ברח' הגיא ואף תקפו צלמים שעמדו מאחורי המחסומים.

23. תיעוד המצעד אשתקד מגלה כי אל מול גילויי האלימות והגזענות שהיו בו ניכרה פסיביות שוטרי משטרת מחוז י-ם, בניגוד להבטחת מפקד מחוז י-ם דאז, ניצב משה (צ'יקו) אדרי, בפני כב' ביהמ"ש. בעת התרחשות כאמור, ניתן היה לראות את השוטרים עומדים מנגד. השוטרים לא טיפלו הן באלימות הפיזית והן באלימות המילולית מצד המפגינים, גם אם אירעה ממש בסמוך אליהם. אף שהשופטים הנכבדים קבעו במפורש בפסק הדין בבג"צ 3079/15 כי על המשיבה מס' 2 לאכוף את החוק, לעצור ולמנוע קריאות גזענות והסתה, אף שוטר לא נראה מנסה להפסיק את שירי ההסתה והקריאות הגזעניות.

24. גם כאשר העיתונאים סבלו מתקיפות חוזרות בשער שכם, השוטרים במצעד אשתקד עמדו מנגד ולא נקפו אצבע כדי לעצור את אלימות עשרות המפגינים כלפיהם. באחת מהתקיפות החמורות כלפי צלם הטלוויזיה הצרפתית, השוטרים לא מנעו מהמפגינים לפרוץ את הגדר שהוצבה מסביב למעין מובלעת שהשוטרים כלאו בתוכה את העיתונאים, כדי שיוכלו להכות בעיתונאים ולפגוע בציודם.

25. השוטרים במצעד אשתקד לא מנעו ממי מהמפגינים לדפוק על דלתות הבתים והחנויות, להדביק מדבקות עליהן, להטריד צלמים ברח' הגיא, לנפנף דגלים על גוף וציוד הפלסטינים והצלמים שעמדו מאחורי המחסומים לאורך רח' הגיא ולזרוק לעברם חפצים.
26. על אף הנחיית כב' השופטים המפורשת, לא תועד שום מקרה שבו נעצר או עוכב מי מבין המפגינים האלימים ע"י המשיבה מס' 2.
27. בתשובות יועמ"ש משטרת מחוז י-ם, עו"ד מיכאל פרנקנבורג, מיום 8.5.2016 ו-19.5.2016, אושר כי אכן המשיבה מס' 2 לא הפנימה פנימה את פסק הדין בבג"צ 3079/15 – לפי עו"ד פרנקנבורג לא עוכב או נעצר איש מבין המפגינים במצעד בחודש מאי 2015, אלא רק תושבים פלסטינים, וכי "לא דווח למשטרת ישראל אודות אירועים אלימים מצד משתתפי המצעד".
28. במכתבו של עו"ד פרנקנבורג, מיום 8.5.2016, הוא טען באופן תמוה כי לשיטת המשיבים מס' 1-2, שיר הנקמה הנ"ל נכנס בגדר ההגנה על חופש הביטוי, אף במהלך מעבר המצעד ברובע המוסלמי. לאחר שהעותרת מס' 1 ביקשה ממנו להבהיר האם אכן זו עמדת המשיבים מס' 1-2, הוא השיב לכך בחיוב במכתבו מיום 19.5.2016. לגישת העותרים ברור כי יש לאסור על השמעת שיר זה במצעד לאור פסיקתו של כב' ביהמ"ש בבג"צ 3079/15.
29. גם בעניין הסדרנים, תשובתו של עו"ד פרנקנבורג אינה מקיימת את רוח הנחיות כב' שופטי בג"צ – לנוכח העובדה שבמצעד האחרון הסדרנים הצטרפו לאלימות חבריהם ולעיתים גם היו הגורמים האלימים המרכזיים (בפרט בהטרדת ובתקיפת הצלמים שתיעדו את המצעד), העותרת מס' 1 עמדה על כך כי חובה על המשיבה מס' 2 לבחון רשימות שמיות של הסדרנים המיועדים, לדרוש טווח גילאים מסוים (לא צעירים מדלי) ולוודא כי אין למי מהם רקע פלילי קודם, ובפרט חשד למעורבות בפשיעה לאומנית יהודית. עו"ד פרנקנבורג השיב (סעיף 7 למכתבו מיום 8.5.2016) כי "אישור כל סדרן ע"י משטרת ישראל אינו ישים, אולם משטרת ישראל תחדד בפני המארגנים את תפקיד הסדרנים באירוע".
30. אף אם נניח כי המפגינים יעמדו במדויק בלוח הזמנים הבלתי אפשרי שנקבע בהחלטה שנתקבלה ביום 1.6.2016, ברור כי הדבר יבוא על חשבון המשאבים וכוח האדם שיושקעו באכיפת החוק על המפגינים במצעד הרגיש והמסובך, שכן, השוטרים יהיו בעיקר עסוקים בהכוונת התנועה של הצועדים, ובאותו יום אף ידוע כי ידיה של המשיבה מס' 2 יהיו עמוסות גם באבטחת אירועים רבים נוספים שיתרחשו בעיר. אם כוחות המשיבה מס' 2 נכשלו במשימתם זו שנה אחר שנה, מדוע שבמצעד הפעם תהיה התנהלות אחרת?
31. לא למותר להזכיר, את אירוע רציחתה של שירה בנקי ז"ל, במהלך מצעד הגאווה בירושלים אשתקד – כוחות המשיבה מס' 2 לא הצליחו למנוע את הגעת הרוצח ישי שליסל עד לשירה, דרך כל טבעות האבטחה, אף שהיה מדובר ברחוב פתוח ורחב יחסית (קרן היסוד), ובאור היום. למעט חילופים פרסונליים במחוז י-ם, לא ברור אם נלמדו והופנמו הלקחים החמורים מרציחתה של שירה ואם משטרת המחוז ערוכה לנהל אירועים מקבילים ומורכבים כבענייננו. הדאגה מתגברת לנוכח העובדה שמשטרת מחוז י-ם אינה מצליחה להשתלט ולאכוף את החוק ולו על מספר המפגינים המצומצם ב"סיבוב השערים" המתקיים מדי ראש חודש ברובע המוסלמי.



**ה. החלטת המשיבים מס' 1-2 אינה מאזנת נכון בין זכויות חופש הביטוי וההפגנה של המפגינים במצעד, לבין זכויות המתפללים, התושבים והסוחרים המוסלמים ברובע המוסלמי ומחוץ לו**

32. אין כל מחלוקת כי חופש ההפגנה אינו רק החופש של ילדים וזרי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של עיר, אלא גם חופש הצעידה של אנשים, אשר דעותיהם אינן מקובלות, ועצם צעידתם מרגיזה ומעוררת כעס (ראה בג"צ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (פורסם בנבו) (13.5.84)). בענייננו, עומדות מנגד הזכויות לחופש הפולחן והתנועה של המתפללים, התושבים והסוחרים ברובע המוסלמי ומחוץ לו.

33. אין צל של ספק כי קביעת הפרש של שעה אחת בלבד בין עצירת כניסת המפגינים בחסימה שתוקם בכיכר צה"ל, לבין השעה שבה לפי הודעת המשיבים מס' 1-2 ו-4 לתקשורת מיום 31.5.2016 אמורים לכאורה להגיע המתפללים המוסלמים (19: 30), הינה בלתי אפשרית ואינה מהווה "טווח בטיחות" מספק. זאת גם בשים לב לכך, שכאמור, רק לאחר שייכנס המפגין האחרון לרחבת הכותל המערבי מהרובע המוסלמי, המשיבים מס' 1-2 יוכלו להתחיל להסיר את כל המחסומים וסידורי האבטחה שיוצבו בתוך ומסביב לרובע המוסלמי ולחומות העיר העתיקה.

34. אף אם נניח בניגוד למציאות במצעדים בשנים האחרונות, כי המשיבים מס' 1-2 כן יצליחו להעביר תוך שעה אחת עשרות אלפי מפגינים דרך הרובע המוסלמי ולעצור את הכניסה דרך שער שכם סמוך לשעה 18:30, הדבר יפגע פגיעה קשה בהיערכות המתפללים, התושבים והסוחרים ברובע המוסלמי ומחוץ לו – על פי הנהוג, ביום תפילת התרוויח תושבי הרובע המוסלמי נוהגים לקנות ממתקים ומאכלים מיוחדים; רחובות הרובע המוסלמי ובפרט רחוב הגיא מקושטים במנורות (במועד הגשת עתירה זו, חלק מהסוחרים והתושבים כבר הציבו מנורות וקישוטים ברחובות); התושבים נערכים לקראת תפילת התרוויח, כאשר בסביבות השעה 19:00 נהוג לאכול, ובסביבות השעה 19:45 מתקיימת תפילת המגרב הקודמת לתרוויח; בנוסף, מתפללים מוסלמים נוהגים מדי שנה להגיע כבר בשעות הצהריים ואחר הצהריים המוקדמות לרובע המוסלמי.

35. על פי הפסיקה העקבית ורבת השנים של בימ"ש נכבד זה, כאשר מדובר בהתנגשות "בין שתי זכויות בעלות רמה נורמטיבית שווה. נדרש, איפוא, איזון בין השתיים, באופן שיתאפשר מימושה המהותי של האחת, בלי לפגוע מהותית באחרת" (ראה פסקה 6 לפסה"ד בבג"צ 153/83 לוי הנ"ל).

36. בענייננו, ברור כי כדי לאפשר למפגינים לממש את חופש הביטוי שלהם ברובע המוסלמי, על המשיבים מס' 1-2 לפגוע באופן מהותי ובלתי נסבל בחופש התנועה, חופש הפולחן, וההיערכות לחג של המתפללים, התושבים והסוחרים המוסלמים. פגיעה זו מתעצמת לנוכח העובדה שלשיטת המשיבים מס' 1-2 שירים וקריאות הסתה ולנקמה בפלסטינים שנשמעו במצעד אשתקד חוסים תחת הגנת חופש הביטוי, אף אם הם מעוררים "אי נוחות ושאת נפש" (כאמור בתשובת עו"ד פרנקנבורג).

37. כך, אין בהודעת המשיבים מס' 1-2 כי יגבילו את גובה הדגלים והמוטות שיינשאו במהלך האירוע, כדי להפוך את החלטתם למידתית – כיצד הם ימדדו בפועל את גובה הדגלים

והמוטות והאם גם ימדדו את הגבהים של המפגינים כך שרק מפגינים נמוכים יוכלו להיכנס לרובע המוסלמי? כאמור, מהתיעוד במצעד אשתקד, מי מבין המפגינים עשו שימוש אינטנסיבי במקלות ובדגלים כדי לפגוע בגוף וברכוש, בפרט של הצלמים. כלומר, לא רק לגובה. כפי שניתן לראות בתמונות המצ"ב, במועד הגשת עתירה זו, חלק מהסוחרים והתושבים כבר הציבו מנורות וקישוטים ברחובות הרובע (מסומנות 3/2).

38. לא למותר לציין כי להבדיל מחגם הדתי של המוסלמים, מצעד "ריקוד הדגלים" הינו בעיקרו מחאה פוליטית שנועדה לציין את חידוש הריבונות היהודית על מזרח ירושלים בעקבות מלחמת ששת הימים, אשר יוזמיה במקור היו אנשים שפעלו במסגרת "גוש אמונים" – אין הכרח במעבר המצעד דווקא ברובע המוסלמי ודווקא ביום בו צפויה לחול תפילת התרוויח.

39. בנוסף, מצילום מתועד רב שנאסף במצעד אשתקד, עולה כי למרות שיפור מסוים שחל בעקבות פסק הדין בבג"צ 3079/15, עדיין נגרמו בו פגיעות קשות בחופש התנועה ובחופש העיסוק של התושבים והסוחרים הפלסטינים. החלטת המשיבים מס' 1-2 תהווה נסיגה אחורה אפילו משיפור מסוים זה.

## **ו. מיצוי הליכים וחוסר תום לב והגינות מצד המשיבים מס' 1-3**

40. ביום 18.4.2016 העותרת מס' 1 פנתה למשיבים מס' 1-3, ליועמ"ש לממשלה ולמחלקת בג"צים, בדרישה כי: יתאפשר לבעלי החנויות להותיר חנויותיהם פתוחות במהלך המצעד, כי בוודאי לא יידרש מהם לסגור אותן במהלך המצעד, וכי תסופק ההגנה הנדרשת מפני פגיעות בהן; יתאפשר חופש תנועה מקסימלי לתושבים הפלסטינים במהלך כל המצעד; השוטרים יונחו לנקוט באפס סובלנות כלפי אלימות מילולית ופיזית מצד המפגינים, הן בהיבטים של מניעת אלימות והן בהיבטים של אכיפת החוק הפלילי; יובהר בפני המארגנים לעניין הסדרנים, כי עליהם לסייע לשוטרים בשמירה על הסדר הציבורי, וכי אסור להם להשתתף בעצמם במצעד ובאלימות המילולית והפיזית. לאור ההשתתפות החוזרת של הסדרנים באלימות במצעד במשך כל השנים, נתבקש מהמשיבה מס' 2 לאשר אישית כל סדרן שהמארגנים יציעו; ונתבקש כי יתאפשר תיעוד חופשי במצעד.

41. ביום 19.4.2016 נתקבל מכתב מעיריית ירושלים, לפיו, "התיאום שנעשה עם העירייה בהקשר למצעד נוגע בעיקר להצבת במות, תחבורה ציבורית ופעילות הרכבת הקלה, ואינו נוגע לסוגיות המעבר ברובע המוסלמי" - זאת בעוד שעל פי הודעת המשיבים מס' 1-2 ו-4 לתקשורת ביום 31.5.2016, ראש המשיבה מס' 3, מר ניר ברקת, היה מעורב אישית בגיבוש ההסכם על מעבר המצעד ברובע המוסלמי, וכן המשיבה מס' 3 הודיעה על הגדלת תקציבה למצעד פי שלושה ביחס לשנים הקודמות.

42. ביום 20.4.2016, לאחר שנודע לעותרת מס' 1 כי ביום המצעד או מיד אחריו אמור להתחיל חודש הרמדאן, נתבקשו המשיבים מס' 1-3 כי לא יאושר מעבר המצעד ברובע המוסלמי.

43. ביום 8.5.2016, נתקבל מכתב מעו"ד מיכאל פרנקנבורג, יועמ"ש מחוז ירושלים, אשר דחה את טענות העותרת מס' 1 לגבי אלימות המפגינים ואוזלת היד של השוטרים, הודיע כי יתאפשר תיעוד חופשי של המצעד, כי המשטרה לא תוכל לאשר אישית כל סדרן וסדרן, וכי לשיטת המשיבים מס' 1-2 חודש הרמדאן יחל ביום 7.6.2016 ולכן שני האירועים לא יתנגשו.

44. ביום 9.5.2016 שלחה העותרת מס' 1 תגובה למשיבים מס' 1-3 והבהירה כי רק ביום המצעד עצמו, ה-5.6.2016, יהיה ניתן לדעת בוודאות (על פי הירח) מתי יחל חודש הרמדאן, ולכן הם נתבקשו להודיע כי לא יאשרו את מעברו ברובע המוסלמי.
45. ביום 19.5.2016 נשלח מכתב מעו"ד פרנקנבורג בו הודיע כי טרם נתבקש רישיון מהמארגנים למצעד וכי טרם ידוע מתי יחל חודש הרמדאן, ורק לאחר שיתבהרו שני נעלמים אלה תתקבל החלטת המשיבים מס' 1-2 לגבי תוואי המצעד.
46. ביום 23.5.2016, נשלחה בקשה דחופה נוספת למשיבים מס' 1-3 כי יודיעו ללא דיחוי שלא יאשרו את מעבר המצעד ברובע המוסלמי. העותרת מס' 1 ביקשה לאפשר את מיצוי בחינתם של ה"נעלמים" על ידי המשיבים.
47. ביום 25.5.2016, נתקבל מכתב מממ"ז ירושלים לפיו המשטרה ערוכה במספר חלופות למעבר נתיב הצעדה לרבות במצב בו תיווצר חפיפה בין מועדי האירועים.
48. ביום 26.5.2016 נשלח מכתב נוסף למשיבים מס' 1-3 בו הם נתבקשו לפרט את החלופות ולציין את המועד האחרון בו יוכרע בין החלופות.
49. כמתואר, אף שהמשיבים מס' 1-2 חזרו והודיעו לעותרת מס' 1 בכתב ובעל פה באמצעות באי כוחם במחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה, כי טרם נתקבלה הכרעה סופית לגבי תוואי המצעד, וכן, התחייבו להעביר על אתר את ההחלטה כתובה לב"כ העותרים, מיד עם קבלתה ובכל שעת יממה, המשיבים מס' 1-2 ו-4 פרסמו ביום 31.5.2016 בערוצי התקשורת השונים, בסביבות השעה 20:00, את החלטתם כן לאשר את מעבר המצעד ברובע המוסלמי. זאת אף שב"כ העותרים שוחח עם נציגת מחלקת בג"צים מעיין הכהן, ביום 31.5.2016 בסביבות השעה 17:00, ושוב נאמר לו כי טרם נתקבלה החלטה על תוואי המצעד וככל שתתקבל זו תועבר באופן מידתי.
50. רק ביום 1.6.2016 בשעה 12:24 נמסרה במשרד ב"כ העותרים ההחלטה הסופית של המשיבים מס' 1-2, החוזרת על פרטי ההסכם שגובש ופורסם בתקשורת.
51. על המשיבים מס' 1-3 מוטלת חובה כרשויות ציבוריות, לנהוג בתום לב, בהגינות וביושר. בפסיקה נקבע כי חובת ההגינות המנהלית, שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור, מחמירה אף יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי (ראו: בג"צ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מז(3) 853, בעמ' 860; בג"צ 294/75 בן חיים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד ל(1) 412, בעמ' 415; רע"א 8733/96 לנגברט ואח' נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(1) 168, בעמ' 179; ע"א 3979/01 בניני ישקו ומקרקעין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(5) 423).
52. בענייננו, המשיבים מס' 1-3 כולם נהגו בחוסר תום לב והגינות – המשיבה מס' 3 הסתירה עד ליום 31.5.2016 את מעורבות העומד בראשה בגיבוש תוואי המצעד; המשיבים מס' 1-3 נמנעו מלהעמיד בפני העותרת מס' 1 והציבור את החלופות שנידונו זמן רב מראש, והדליפו לתקשורת את ההסכמה לפני שדיווחו עליה פורמלית לעותרת מס' 1 ובחלוף שעות רבות לאחר מכן.

מצ"ב המכתבים הנ"ל ומסומנים 4/א-י"א

## ז. שיקולים זרים וחוסר הסבירות הקיצוני באישור מעבר המצעד ברובע המוסלמי

53. סמכות המשיבים מס' 1-2 למנוע את מעבר המצעד ברובע המוסלמי השנה, הינה סמכות בשיקול דעת. בספרו "הסמכות המינהלית" (כרך א' עמ' 225) ציין כב' הש' פרופ' יצחק זמיר כי: "אף שייתכן כי לשון של רשות תתפרש כלשון של חובה, או להיפך, בדרך כלל אין הסמכות משנה את עורה; אלא שבית המשפט קובע כי על אף לשון של רשות, בנסיבות מסויימות חובה על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה. הדגש הוא על נסיבות המקרה ולא על אופי הסמכות...". כב' הש' זמיר עמד על כך גם בבג"צ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3), 46, 54: "אפשר שסמכות-רשות תיעשה, בנסיבות מסויימות, סמכות-חובה.... השאלה אם אמנם סמכות-רשות נעשית סמכות-חובה תלויה, בראש ובראשונה, בתכלית הסמכות, כפי שנקבעה בחוק".

54. בבג"צ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד(2) 169, התייחס כב' הנשיא (בדימוס) א. ברק לשיקול הדעת של המשיב מס' 1 בהפעלתו את סמכותו הקבועה בס' 85 לפקודה:

הוראה זו אינה קובעת את השיקולים שעל הממונה – הוא מפקד משטרת המחוז – לשקול לענין מתן הרשיון או הסירוב לתת. על כך נמתחה ביקורת (ראה ליבאי, "הזכות להתקהל ולהפגין בישראל", עיוני משפט, כרך ב', ע' 54, 58). למרות העדרה של הדרכה סטטוטורית בגוף סעיף 85 לפקודת המשטרה, ברור הוא כי הממונה אינו רשאי לשקול כל שיקול הנראה לו. על הפעלתו של שיקול הדעת במקרה שלפנינו חלות ההלכות הסובסטיביביות והפרוצסואליות באשר להפעלתו של שיקול דעת מינהלי. לענייננו משמעות הדבר היא כי שיקול הדעת חייב להיעשות במסגרת המטרה שלשמה הוענק אותו שיקול דעת (ס' 5 לפסה"ד).

55. כב' הנשיא (בדימוס) הש' שמגר עמד בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 404, 419-420, על משמעותה של סמכות שבשיקול דעת:

"...שיקול הדעת מוענק לרשות סטטוטורית כלשהי, בדרך כלל, כדי שיהיה לה חופש פעולה במילוי תפקידיה הרב-גוניים, על נסיבותיהם השונות והמשתנות מדי פעם לפעם. בכך מתאפשר לרשות לשקול בדעתה את נסיבותיו של כל עניין המובא בפניה ולמצוא לו את הפתרון המתאים (ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פד"י ט"ז 1215, 1209).

אולם, גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה (ראה דברי חברי הנכבד השופט ברק בבג"צ 297/82, ברגר נ' שר הפנים, פד"י לז(3), 29).

זאת ועוד, כפי שצוין כבר בעבר אין לצורך העניין שבפנינו, היינו עניין הפעלתו של שיקול דעת, הבדל בין הפעלת סמכות לבין הימנעות מהפעלת

סמכות: בהתקיים התנאים המקדמיים הדורשים הפעלת הסמכות, גם חייבת הרשות הסטוטורית לפעול. מכאן, כי גם אם הרשות ממאנת להפעיל סמכות שבשיקול דעת ניתן לבחון הימנעותה האמורה מפעולה לפי אמות המידה המקובלות בעת בחינתן של סמכויות סטוטורית, היינו ניתן לבחון אם ההימנעות משימוש בסמכות נבעה משיקולים סבירים או שמא חייב מכלול הנסיבות את הפעלת הסמכות; כן נבחן אם ביסוד ההימנעות אינם מונחים חוסר סבירות, שרירות או הפליה העלולות לפסול את מעשיה או מחדליה של הרשות.

משמע, לא רק הפעלת סמכות בנסיבות בהן הפעלתה אינה סבירה, אלא גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולים להוליך למסקנה כי ההימנעות מפעולה היא בטלה.

ג) בהקשר זה אמרתי בבג"צ 297/82 הנ"ל, כי קביעת הסדרים ראשוניים בחוק, המקנים לנושא תפקיד פלוני את הכוח להפעיל סמכות מוגדרת בנסיבות נתונות, אינה רק בגדר הענקת כוח ושררה, אלא נגזרות ממנה משמעויות עיקריות, הלוברשות גם לבוש של הטלת חובה בכל הנוגע לסדרי השימוש בסמכות.

...ככך שהדבר מתייחס לעיון ולדיון בבקשות, שעניינן הפעלת סמכות, מתחייבת נקיטתה של דרך עיון ודיון, שצורתה ומהותה נשלטות על ידי אמות מידה בסיסיות, שעוצבו בפסיקתו של בית משפט זה, ואשר ההימנעות מאימוצן יכולה להיות בעלת השלכה על תקפותה של ההחלטה. במילים אחרות, גם מקום בו אין ה'רשאי' בגדר "חייב", היינו גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות אינה עולה ממהות העניין, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם חובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות.

...

בעת בחינת האפשרות של הפעלת הסמכות, שומה על הרשות הסטוטורית לשוות נגד עיניה את כל המרכיבים הרלוונטיים, קרי את כל הנושאים היוצרים את פסיפס הנתונים שבפניה. אך מובן שאינה רשאית לשקול שיקולים זרים לעניין...".

56. על המשיבים מס' 1-3 כרשויות ציבוריות לפעול במסגרת מתחם הסבירות. חוסר הסבירות מתבטא באי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים ו/או מתן משקל מוטעה לשיקולים השונים (ראו בג"צ 935/89 גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 514); על חוסר סבירות באי הפעלת סמכות שבשיקול דעת, ראו דברי כב' הנשיא (בדימוס) השי' שמגר בבג"צ 297/82, עזרא ברגר נ' שר הפנים, לז (3) 29).

57. מהודעת המשיבים מס' 1-2 ו-4 בתקשורת ביום 31.5.2016, עולה כי שר החקלאות היה מעורב בגיבוש ההסכמה לתוואי המצעד הסופי – אין בהודעה אזכור כלשהו למעורבות בגיבוש המתווה של השר גלעד ארדן הממונה על המשיבה מס' 2. מן הסתם, על אף שזכותו להחזיק

בעמדה פוליטית כזו או אחרת, אין זה מסמכותו של שר החקלאות להתערב בנושא ולהניח את כובד משקלו לטובת מעבר המצעד ברובע המוסלמי.

58. בנסיבות המתוארות, ברור כי ההחלטה לאפשר למצעד לעבור ברובע המוסלמי התבססה על שיקולים זרים ופוליטיים, ואף אם טענות העותרים בדבר שיקולים אלה יופרכו ע"י המשיבים, הרי שההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצוני והעדר כל שכל ישר בהתעלמה מההשלכות והפגיעה הקשה במתפללים, התושבים והסוחרים המוסלמים. זאת במיוחד מאחר שלא זכור בעשרות השנים האחרונות כי יום ירושלים והרמדאן התנגשו.

59. חוסר הסבירות הקיצוני חריף גם במיוחד לנוכח העובדה שאינה שנויה במחלוקת כי קיים מסלול חילופי שבו יכול לעבור המצעד – לפי החלטת המשיבים מיום 1.6.2016, החל משעה 18:30 יופנו המפגינים לכיוון שער יפו ומשם בדרך הארמנים (ולא דרך רח' דוד-שלשלת) לכותל המערבי – המשיבים מס' 1-2 לא נתנו הסבר כלשהו מדוע המפגינים לא יעברו במסלול זה מתחילת המצעד.

60. לאור כל האמור לעיל, ביהמ"ש הנכבד מתבקש להורות למשיבים מס' 1-2 כמבוקש בעתירה זו, ולחייבם בהוצאות המשפט כולל שכ"ט עו"ד של העותרים.

---

**איתי מק, עו"ד**

**ב"כ העותרים**