

1. חה"כ ד"ר יוסף ג'בארין

2. עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או מאיסאנה מוראני ו/או סוהאד
בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או פאדי חירי ו/או נארימאן שחאדה
זועבי ו/או איה חאגי עודה

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090

טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140

המבקשים

- נגד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

משכן הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים 9195016

טל: 02-6408636; פקס: 02-6753495

2. שירות בתי הסוהר

3. השר לביטחון פנים

באמצעות פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה לדיון נוסף

מוגשת בזאת עתירה לדיון נוסף לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד (השופטים סולברג, קרא ואלרון) בבג"ץ 4252/17 חה"כ ד"ר יוסף ג'בארין נ' הכנסת (פורסם במאגרים, 14.7.2020) (להלן: "פסק הדין"). הגשת עתירה זו במועד זה הינה בהתאם להחלטות של כב' הרשמת שרית עבדיאן מיום 23.7.2020 וכן מיום 27.8.2020 ומיום 16.9.2020.

== מצ"ב העתק מפסק הדין נשוא עתירה זו והמסומן כנספח א'.

== מצ"ב העתקים מהחלטות כב' הרשמת שרית עבדיאן והמסומנים כנספח ב'.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון נוסף בהליך שבכותרת שידון ויכריע בשאלות המשפטיות כדלהלן:

1. האם בתי הסוהר בישראל הם בבחינת רשות היחיד או לא וזאת לצורך תחולתו של סעיף 9(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, השתי"א-1951 (להלן: "חוק החסינות") הקובע כי:

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.

2. האם נציב בתי הסוהר מוסמך לשלול זכויות יסוד של חברי הכנסת על ידי הגבלת האפשרות שלהם לבקר אסירים בטחוניים ולפקח על תנאי כליאתם זאת מבלי שישנו צורך לעגן פגיעה זו בחוק או לבחון הגבלה זו במבחני הסבירות והמידתיות.

א. מבוא - הטיעונים בתמצית:

3. העתירה נסובה סביב ארבעה סעדים, כאשר הרלוונטי ביניהם בשלב זה הינו הסעד המבקש לבטל את סעיף 5 לפקודת נציבות בתי הסוהר 03.13.00 "מפגש של חבר כנסת עם אסירים בבתי-הסוהר" ואשר נוטל את זכות ביקורי חברי הכנסת אצל אסירים המסווגים כביטחוניים והמגביל אותה, בין היתר, רק לחברי כנסת 'מקרב בעלי התפקידים' מבין חברי הכנסת לגביהם הוחלט כי יורשו לבקר אסירים בטחוניים (להלן: "סעיף 5 לפקודה").

4. פסק הדין דן במתווה המוצע לתיקון סעיף 5 לפקודה ואשר הציגו אותו המשיבים מס' 2-3 במהלך הדיונים. המתווה מבחין בין שני מסלולים של ביקורי חברי כנסת את האסירים הביטחוניים. המסלול הראשון, מסדיר את המפגשים עם אסירים ביטחוניים ספציפיים ומגביל זאת לנציג אחד בלבד מכל סיעה מסיעות הכנסת. המסלול השני, מסדיר ביקורים כלליים של חברי הכנסת במתקן הכליאה והוא יתאפשר לכל חברי הכנסת. עוד מודגש כי כל מפגש כאמור, בנוסף להיותו כפוף לשיקול פרטני של שירות בתי הסוהר, הוא אף יפוקח על ידי איש סגל מטעם שב"ס כך שנוכחותו וליווי תאפשר לו התערבות במידת הצורך.

5. הדיונים בפני בית המשפט הנכבד התמקדו בעיקר בשתי שאלות משפטיות: השאלה הראשונה הינה האם בתי סוהר נחשבים כ"רשות היחיד" לצורך תחולתו של סעיף 9(א) לחוק החסינות. והשאלה השנייה נוגעת לפרקטיקה ארוכת שנים לפיה חברי כנסת ביקרו אסירים בטחוניים בבתי הכלא כחלק מפעילות הפיקוח הפרלמנטארי של הכנסת על הרשות המבצעת, כפי שציינה המשיבה מס' 1, והשאלה האם רשאי המשיב מס' 2 לשלול זכות זו בהעדר חקיקה ראשית המסמיכה אותו לעשות כן; ובכל מקרה, האם החלטה זו הינה מידתית.

6. נקדים ונציין בשלב זה כי המשיבה מס' 1 התנגדה נחרצות למתווה מושא פסק הדין בהיותו פוגע בפיקוח הפרלמנטארי של הכנסת, בשוויון בין חברי הכנסת ובין הסיעות בכנסת וכן בהיותו לא מידתי וגורף. המשיבה מס' 1, הגישה עמדה מפורטת וארוכה אשר מסבירה את הבעייתיות בהחלטת המשיבים מס' 2-3

נשוא פסק הדין ואשר היועץ המשפטי לכנסת מתנגד לה בתוקף. למרות התנגדות נחרצת זו, בית המשפט הנכבד לא הוציא צו על תנאי.

7. השופט סולברג הורה על דחיית העתירה והשופט אלרון הורה על מחיקתה ולעומתם השופט קרא בעמדת מיעוט הורה על מתן צו על תנאי.

8. השופט סולברג דחה את העתירה בקובעו כי סעיף 9(א) לחוק החסינות לא חל על בתי הסוהר בהיותם "רשות היחיד" וכי ההחלטה של נציבות בתי הסוהר הינה החלטה הנופלת בפררוגטיבה הניהולית של הרשות המבצעת ועל כן בית המשפט אינו מוסמך להתערב ולבחון את המידתיות או הסבירות של ההחלטה.

9. פסק דינו של השופט סולברג הוא חריג משני טעמים: ראשית, הוא פסק הדין הראשון שמתייחס לבתי סוהר בישראל כ"רשות היחיד" לצורך תחולת סעיף 9(א) לחוק החסינות. שנית, הוא פסק הדין הראשון שבו שופט מנמק תוצאה זו, בעמדה כי מבחן הסבירות או המידתיות לא חלים על החלטה מינהלית, וזאת מבלי להציג פסק דין אחד שיתמוך בעמדה זו. עמדתו של השופט סולברג, שהכריעה את העתירה, עומדת כשלעצמה בסתירה חזיתית להלכות יסוד של בית המשפט הנכבד ואשר יפורטו בהמשך.

10. גם השופט אלרון מספק הכרעה שסוטה באופן מובהק מן ההלכה הפסוקה ואשר מובילה לתוצאה דומה לזו של השופט סולברג. השופט אלרון קובע כי בג"ץ לא יתערב כאשר מתגלעת מחלוקת בין הרשויות וכי יש לתת לדיאלוג בין הרשויות להמשיך ולקבל עוד זמן וזאת ללא קשר לתחולתו של סעיף 9(א) לחוק החסינות וללא קשר האם ההחלטה המינהלית הנתקפת אינה מעוגנת בחקיקה ראשית ומבלי לדון בסבירותה.

11. נדירות הכרעתו של השופט אלרון מתבטאת בקביעה כי חובה על בית המשפט להימנע מביקורת שיפוטית בנושאים אשר נמצאים בלב היחסים שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת – הנושא של הפיקוח הפרלמנטרי – וכי עדיף הדיאלוג בין הרשויות על פני הכרעה שיפוטית. עמדה זו משעה את הדיון בסעיף 9(א) לחוק החסינות כי היא רואה בשיח בין הרשויות כקודם להוראה זו. קביעה זו כשלעצמה, סותרת נוהג מושרש של בית משפט נכבד זה, לפיו נושאים הקשורים לפגיעה בהפרדת הרשויות, קרי, במערכת האיזונים והבלמים בין הרשויות, אינם מובילים למחיקת העתירה בשל אי התערבות אלא הם ענין להכרעה שיפוטית, במיוחד כאשר קיימת הוראה בעלת מעמד קונסטיטוציוני (סעיף 9(א) לחוק החסינות) שמסדירה את הנושא, שהרי זה תפקידה של קונסטיטוציה להסדיר את ענין הפרדת הרשויות.

12. השופט קרא בעמדת מיעוט הורה על הוצאת צו על תנאי. הוא הציג עמדה שונה מזו של הרוב לענין התחולה של סעיף 9(א) לחוק החסינות על בתי הסוהר וכן העביר את סעיף 5 לפקודה תחת שרביט הביקורת השיפוטית בהתאם לכללים הנהוגים מזה עשרות שנים על ידי בית המשפט והנוגעים לסבירות ולמידתיות של החלטות מינהליות. השופט קרא הגיע לכלל מסקנה כי ההחלטה של המשיבים ביכרה את שיקולי הביטחון על השיקול של פיקוח פרלמנטרי בצורה החורגת בצורה קיצונית ממתחם הסבירות ועל כן היא לא מידתית.

13. המהלך השיפוטי של שופטי הרוב הוא נדיר ביותר בנוף הפסיקה וזאת לא רק משום שהוא סוטה באופן קיצוני מן הלכות מושרשות שקיימות מימים ימימה, לפיהן פגיעה בזכויות יסוד או בסמכות

קונסטיטוציונית כמו פיקוח פרלמנטארי מחייבים לפחות עיגון בחקיקה ראשית, ובכל מקרה עמידה במתחם הסבירות והמידתיות ככל החלטה מינהלית אחרת, אלא הוא פוסק נגד עמדת משיבה עיקרית אשר מסכימה עם עיקר העתירה, והכל מבלי אף להורות על צו על תנאי. לכל הדעות, והדבר בבחינת נוהג שיפוטי מושרש, כי במקרים מסוג זה כאשר משיבה עיקרית מסכימה עם סעדי העתירה, לכל הפחות בג"ץ מוציא צו על תנאי על מנת לאפשר בירור כדבעי של הסוגיות. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בסוגיות קונסטיטוציוניות הנוגעות לעקרון הפרדת הרשויות ולחסינותם של חברי הכנסת. שכן, לרוב בג"ץ לא רק דן בנושאים אלה לאחר הוצאת צו על תנאי אלא, שלאור חשיבותם, הוא דן בהם בהרכב מורחב.

14. בהמשך להסבריו של ד"ר יגאל מרזל במאמרו המפורט בענין ההליך של דיון נוסף שנתייחס אליו להלן, המבקשים טוענים כי **קיים יסוד אובייקטיבי** לקבוע כי הלכה למעשה פסק הדין קובע הלכה המשנה את המצב המשפטי הקיים. פסק הדין קובע כי בית המשפט לא יתערב בהחלטה מינהלית הנוגעת לפיקוח פרלמנטארי על בתי כלא הכוללת ביקורי אסירים והוא למצער משעה את תחולתה של הוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות. פסק הדין משנה את המצב המשפטי שהיה קיים מימים ימימה, לפיו (ובהתאם לעמדת המשיבה מס' 1, ואף לפי עמדתם של היועצים המשפטיים לממשלה הקודמים), חברי הכנסת רשאים, כולם וללא הבחנה ביניהם, לערוך ביקורים בבתי כלא ואצל אסירים. היום פסק דין זה מכריע במחלוקת בין השופטים של ההרכב בדבר תחולת סעיף 9(א) לחוק החסינות על ביקורים של אסירים בטחוניים, לטובת עמדת השופט סולברג לפיה בית הסוהר הינו רשות היחיד. יוצא אפוא כי לפי פסק דין, הפיקוח הפרלמנטארי של חברי הכנסת אינו כולל פיקוח על תנאי כליאתם של אסירים ביטחוניים באמצעות ביקורים של אסירים ביטחוניים.

15. בכל מקרה, להכרעת שופטי הרוב שלושה פנים שכל אחת מהן כשלעצמה מצדיקה קיומו של דיון נוסף. **ראשית**, היא סוטה מהלכה פסוקה מושרשת שכן שופטי הרוב קובעים שאין מקום להתערבות שיפוטית בהחלטה מינהלית הפוגעת בחסינות של חברי הכנסת, במעמדה של הכנסת ובסמכותה לפיקוח פרלמנטארי. הנימוקים של הכרעת הרוב קובעים כי לא מתעוררים בסבירות ההחלטה המינהלית ולא מחילים עליה את מבחני המידתיות ללא קשר לשאלה האם ההחלטה היא גורפת או לא. **שנית**, ההלכה בפועל של פסק הדין סוטה מן האמור בסעיף 9(א) לחוק החסינות ומן פסקי דין רבים שהתייחסו לפרשנותה של הוראה קונסטיטוציונית זו. עמדת השופט סולברג מנמקת, בניגוד לפסיקה, כי בתי כלא הם בבחינת רשות היחיד והשופט אלרון לא רואה צורך לדון בתחולתה של הוראה קונסטיטוציונית זו וכאילו היא ענין שולי למרות שהיא קודמת לכל מחלוקת בין הרשויות. **שלישית**, יש צורך בקיומו של דיון נוסף משום שכאן קיימת הלכה חדשה המעניקה שיקול דעת רחב לרשות המבצעת ומבכרת אותה על פני הרשות המחוקקת בכל הקשור לביקורי אסירים על ידי חברי כנסת. על כן, חשיבותה, קשיותה והשאלה המשפטית שמעוררת הלכה זו בדבר הפרדת הרשויות והפיקוח הפרלמנטארי מזמינה הכרעה שיפוטית באמצעות דיון נוסף בפסק הדין.

16. חשוב מאוד לציין כי המבקשים לא טוענים ולא טענו כי זכותו החוקתית של חבר כנסת לבקר בבית הכלא לפי סעיף 9(א) לחוק החסינות הינה מוחלטת. אכן, ניתן להטיל מגבלות על הביקור של חבר כנסת בבית כלא, אך מדובר במגבלות הנוגעות לאופי ואופן הביקור (משך הביקור, מועדו, תדירותו וכן הגבלות פרוצדוראליות נוספות) ואף הגבלות פרטניות (שיש לבחון אותן לגופן). אולם, פרשנותה של הוראת סעיף 9(א) לחוק

החסינות אינה מאפשרת לרשות המבצעת לאסור בצורה גורפת על חברי הכנסת לבקר ולהיכנס לבתי הכלא ואין מסמכותה של הרשות המבצעת, ובהעדר חקיקה ראשית הגוברת על הוראת סעיף 9(א) הנ"ל, לקבוע מי מבין חברי הכנסת יהיה רשאי להיכנס ולבקר אסירים ומי לא.

17. עניינה של הוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות הוא להסדיר סוגיה קונסטיטוציונית הנוגעת להפרדת הרשויות שהרי תפקידה של הוראה חוקתית-מוסדית מסוג זה הוא למנוע את השימוש לרעה בכוחה של הרשות המבצעת ועל כן נושא זה אינו נושא לשיח ולדיאלוג בין הרשויות.

ב. המצב הנורמטיבי

18. הסמכות של בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בנושא שכבר נפסק מעוגנת בסעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה הקובע כי:

ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה, ניתן לקיים בו דיון נוסף בבית המשפט העליון בחמישה או יותר, בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק.

דהיינו, הסעיף קובע ארבעה מבחני סף כדי שתהיה אפשרות לקיים דיון נוסף: (1) ענין; (2) שנפסק; (3) בבית המשפט העליון; (4) על ידי שלושה שופטים.

19. הסעיף מותיר את קביעת העילות והדרך לקיומו של הדיון נוסף לקביעה בחקיקה. קביעה זו נעשתה בסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 שהחלק הרלוונטי לעניינינו קובע בסעיף קטן (ב) כי:

לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם **ההלכה** שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת **בסתירה להלכה קודמת** של בית המשפט העליון, או שמפאת **חשיבותה, קשיותה או חידושה** של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.

20. לגישת המבקשים, וכפי שיוסבר להלן בהרחבה, פסק הדין נשוא בקשה זו עומד בכל התנאים לקיומו של דיון נוסף.

ג. האם פסק הדין קבע הלכה?

21. להלן נציין ארבעה טעמים מדוע יש להתייחס לפסק הדין כקובע הלכה לצורך קיום הליך דיון נוסף.

22. **ראשית כל**, עמדת הרוב כאן היא ברורה ולפיה סעיף 9(א) לחוק החסינות אינו חל על ביקורי חברי כנסת לבתי סוהר. השופט סולברג מנמק זאת בהרחבה, והשופט אלרון לא רק שאינו חולק עליו אלא עמדתו לא רואה בהוראה זו כהוראה קונסטיטוציונית מחייבת למרות שהיא היתה בלב הדיונים ועל כן הוא מורה על אי התערבות בהחלטת המשיבים מס' 2-3. לעומתם עמדת המיעוט שראתה בשאלה זו כשאלה דומיננטית התייחסה לכך.

23. לכן בפנינו פסק דין קובע כי בתי הסוהר הינם בבחינת רשות היחיד לצורך תחולת סעיף 9(א) לחוק החסינות. הדברים שהובאו במבוא של בקשה זו, שלא נחזור עליהם כאן, תומכים בטענה שפסק הדין קובע הלכה על ידי הרוב לפיה לא מתערבים בהחלטת המשיבים מס' 2-3 בענין ביקורי אסירים לפי סעיף 9(א) לחוק החסינות.

24. **שנית**, המבקשים יטענו כי פסק הדין **בפועל** קובע הלכה. השאלה אימתי בית המשפט קבע הלכה ומהי אותה הלכה אשר נקבעה הינה שאלה קשה שלמרות כל הנסיונות לפשטה עודנה נעדרת הגדרה או קריטריונים ברורים. לעניינו נראה כי מוסכם על כל כי בפני מותב של שלושה, קביעה של שניים משלושת שופטי המותב מהווה הלכה. תוצאה זו הינה המסקנה המתבקשת מהוראת סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט אשר קובעת כי "בית משפט הדן במותב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב".

25. יחד עם זאת, סעיף 80(ב) לחוק קובע מנגנון נוסף להכרעה שאינו בנוי על קיומו של רוב בין השופטים שכן "באין רוב לדעה אחת בענין אזרחי, תכריע דעת אב-בית-הדין". כלל זה בעצם מחליף את כלל ההכרעה מכלל של רוב מספרי בין השופטים לכלל של ותק. המשמעות של השימוש בסעיף זה הינה כי **דה פקטו** התוצאה של פסק הדין אינה עוד שיש 3 עמדות שונות השוות במעמדן, אלא שישנה עמדה מכרעת אשר מהווה את תוצאת פסק הדין והיא זו של אב בית הדין.

26. על כן, העותרים טוענים כי במקרה שלפנינו, משבחרו שופטי ההרכב להפעיל את סעיף 80(ב) ככלל הכרעה, הרי **דה פקטו** העמדה של בית אב הדין הפכה להיות "עמדת רוב" והיא השורה התחתונה של פסק הדין, **היא ההלכה**. פסק הדין נחתם בשורה כי "הוחלט כאמור בפסק הדין של אב בית הדין השופט נעם סולברג". **דיהיינו פסק דינו של השופט סולברג הינו פסק הדין המחייב ומהווה, דה פקטו, הלכה**. על כן, פסק הדין בעצם מכריע כי אין מקום להתערבות בית המשפט הנכבד בהחלטה מינהלית מהנימוקים שצוינו על ידי שופטי הרוב וכי סעיף 9(א) לחוק החסינות אינו חל על ביקורים של אסירים ביטחוניים, באופן הסוטה מן הפרשנות שניתנה לסעיף בפסיקה, כולל בענין **גלאון** ואשר רואה בבית סוהר לא כרשות יחיד משום שהוא נגיש לחלק מן הציבור (בג"ץ 8102/03 **גלאון נ' שר הביטחון** (פורסם במאגרים, 20.1.2011)).

27. ואכן, המצב המשפטי כיום הינו שההסדר שיש בפקודת בתי הסוהר האוסר על חברי כנסת לבקר אסירים ביטחוניים הינו שריר וקיים ואין באפשרות העותרים, או כל גורם אחר, לאתגר אותו בשנית שכן, העתירה נדחתה לגופה. במובן זה, הקביעה של השופט סולברג הינה התוצאה של פסק הדין, הינה ההלכה, ואין זה משנה אם היא נתקבלה ברוב (סעיף 80(א) לחוק) או לפי הותק (סעיף 80(ב)).

28. במאמר מוסגר יצוין, כי עצם המצב הזה בו השופטים נאלצים להשתמש בסעיף 80(ב) להכרעה בין עמדות השופטים, מעורר קושי אמיתי בהיותו כלל הכרעה שרירותי. על כן, ראוי להשאיר כלל הכרעה זה אך ורק למקרים חריגים כאשר אין בידי השופטים כלים אחרים להכרעה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהקשר של בית המשפט העליון. שכן, בידי שופטי בית המשפט העליון קיימים כלים אחרים אשר יאפשרו הכרעה יותר טובה מאשר סעיף 80(ב). כלי ראשון הינו הרחבת ההרכב של השופטים הדנים בתיק (סעיף 26(ב) לחוק); כלי שני הינו קביעת דיון נוסף על ידי שופטי ההרכב (סעיף 30(א)); כפי שנעשה למשל בע"א 5964/03 **עייזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה**, פ"ד ס(4) 437 (2006); כלי שלישי, הינו

מתן צו על תנאי אשר יאפשר את בירור הענין לגופו והגעה להחלטה מושכלת יותר. ואכן, לא עלה בידי הח"מ לאתר יותר מ-9 פסקי דין של בית המשפט העליון אשר מזכירים מפורשות את סעיף 80(ב) לחוק וזאת לרוב במטרה להתגבר עליו.

29. **שלישית**, העותרים יטענו כי בפועל, היחס אל פסק הדין נשוא בקשה זו הינו כאל פסק דין אשר קבע הלכה. יפים לעניינו דבריו של ד"ר יגאל מרזל במאמרו "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" לענין דרישת ההלכה שנקבעה בכוונת מכוון ובמפורש:

יש לדעתי לנקוט זהירות בעמידה דווקנית על דרישה זו, שכן ייתכנו מצבים שבהם ההרכב המקורי יקבע הלכה שלא במפורש ושלא בכוונה, ולמרות זאת מדובר יהיה בהלכה, או לכל הפחות יהיה **בסיס אובייקטיבי מספיק להבנה כזו**

(ההדגשות נוספו. יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" **ספר דורית ביניש** 181, 240 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

30. כדוגמה למקרים בהם קביעה יכולה להיות מובנת כהלכה, מפנה ד"ר מרזל לפרשת **צלאח** בענין הזכות של אסירים בטחוניים ללמוד באוניברסיטה הפתוחה. באותו מקרה, בית המשפט קיים דיון נוסף על החלטה בת 4 פסקאות בלבד של נשיא בית המשפט העליון אשר דחתה רשות ערעור, כך שפסק הדין בהכרח לא קבע הלכה חדשה, אך הוא היה יכול להיות מובן בצורה זו.

31. המבקשים טוענים כי זה המצב בענייננו וכי **קיים יסוד אובייקטיבי** לקבוע כי פסק הדין קבע הלכה שצריך לנהוג לפיה ואשר שינתה את המצב המשפטי הקיים. כך למשל, באם המבקש 1 יגיש את בקשתו בשנית לביקור אסיר ביטחוני, בקשתו תידחה כי פסק הדין שינה את המצב ששרר לפני כן והוא קובע היום כי אין זכות לחבר כנסת לבקר אסיר ביטחוני וכי הענין נתון לשיקול דעתם המוחלט של המשיבים מס' 2-3. ועוד, אם אסיר ספציפי יבקש להיפגש עם חבר כנסת מסוים ובקשתו תידחה והוא יגיש עתירת אסיר בנושא, בית המשפט ידחה את הבקשה לאור קיומו של פסק הדין שקובע כי חבר כנסת אינו רשאי לבקר אסיר ביטחוני וכי הנושא לא יקבע על פי בקשתו של אסיר זה או אחר אלא לפי שיקול דעתם של המשיבים מס' 2-3. יפים לענייננו בהקשר זה דבריו של השופט חיים כהן לענין ההבחנה בין הלכה לאוביטר בפסק הדין של בית המשפט העליון בדיון בערכאות נמוכות יותר:

כאשר מונח לפי בית משפט מחוזי או בית משפט שלום פסק דין של בית המשפט העליון ובו הלכות מהלכות שונות, אין זה מתקבל על הדעת שיחפש ויבדוק מה רציו ומה אוביטר בפסק הדין: מצפים ממנו שיפסוק כפי שפסק בית המשפט העליון [...]. לי נראה שבית המשפט פוסק "הלכות" לא רק בדרך רציו כי אם גם בדרך אוביטר, ומשלא הגביל המחוקק במפורש את "ההלכה" לרציו בלבד, יש לפרש "הלכה" ככוללת את זו שנפסקה כרציו ואת זו שנפסקה כאוביטר גם יחד.

חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות ליא"ט" **משפטים** לא 415, 424-425 (התש"ס).

32. על השפעת פסק הדין על הפרקטיקה שהיתה קיימת במשך שנים בענין ביקורי אסירים על ידי חברי הכנסת

יעידו דבריו של היועץ המשפטי לכנסת :

סעיף 5 לפקודת הנציבות בנוסחו הנוכחי וכן המתווה המעודכן בנושא, **עומדים בניגוד לפרקטיקה רבת שנים במסגרתה כעניין שבשגרה הותרה כניסתם של חברי כנסת למתקני כליאה**. כעולה גם מדיוני ועדת הכנסת **עוד משנות השמונים**, ועל אף המחלוקת בשאלת פרשנות חוק החסינות, לא נמנעה מחברי הכנסת האפשרות להיפגש עם אסירים או עצורים. (תגובה מיום 7.7.2019, פסי' 39).

ראו גם : שם, בפסי' 26-34.

33. **רביעית**, המשיבים יטענו כי פרשנות זו של המושג הלכה מתבקשת אף לאור תכליתו של הדיון הנוסף. כאמור לעיל, סמכותו של בית המשפט לערוך דיון נוסף עוגנה בסעיף 18 לחוק-יסוד : השפיטה כאשר סעיף 30 לחוק בתי המשפט קבע את העילות ואת הדרך להגשת דיון נוסף. עם זאת, קיים מתח מסוים בין שני הסעיפים. שכן, מבחינת חוק היסוד, קיומו של דיון נוסף אינו מותנה בקיומה של הלכה אלא מספיק שמדובר **בענין** שהוכרע. ואכן, קיים היגיון שלא יקויים דיון נוסף בכל ענין אשר נפסק על ידי מותב של שלושה שופטים אלא אך ורק בנושאים שמהווים הלכה. כך למשל, אין היגיון לקיים דיון נוסף ולחרוג מעקרון סופיות הדיון בשל החלטה בדבר יישומה של הלכה קודמת על מקרה מסוים.

34. יחד עם זאת, המבקשים טוענים כי הפרשנות של המושג "הלכה" בסעיף זה אמורה להיות מושפעת מהפרשנות של חוק היסוד בדבר "ענין שנפסק" והתכליות העומדות בבסיס סעיף זה בחוק היסוד. שהרי "אין פרשנותה של הוראה חוקתית המגלמת נורמה עליונה, כפופה להוראת חוק המגלמת נורמה תחתונה; וכן, כי כאשר הנורמה העליונה מתנגשת בתחתונה, נסוגה האחרונה מפני הראשונה" וכן כי יש לפרש את הוראות חוק היסוד מתוך "מבט רחב" תוך היעזרות "ברציונל המונח ביסוד הסמכות שהוענקה בחוק היסוד ובתכלית שלשם הגשמתה הוענקה אותה סמכות" כאשר התשובה אינה צריכה להיות "על-ידי פרשנות מילולית דוקנית, אלא על-ידי פרשנות מהותית ותכליתית" (בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206, 212 (1998)).

35. התכלית העיקרית של הדיון הנוסף הינה לשרת "אינטרסים מוסדיים של בית המשפט העליון ומערכת השפיטה, ובמובן רחב יותר את האינטרס הציבורי בפיתוח נאות של ההלכה המשפטית המחייבת" (מרזל, בעמ' 197). על כן המבקשים יטענו כי קיימים אינטרסים מוסדיים כבדי משקל אשר מצדיקים לפרש את המילה "הלכה" בסעיף 30 לחוק בתי המשפט בצורה מרחיבה אשר כוללת גם מקרים כגון פסק הדין נשוא הבקשה (וזאת בניגוד לפרשנות המצמצמת שיש לתת למושג זה בסעיף 20 לחוק-יסוד : השפיטה לענין התקדים המחייב) :

א. פסק הדין מגלם מחלוקת כה עזה בין היועץ המשפטי לממשלה לבין היועץ המשפטי לכנסת בסוגיה כה קריטית הנוגעת לזכויותיהם של חברי הכנסת על פי חוק החסינות וכן למעמדה של הכנסת בדבר מימוש הפיקוח הפרלמנטארי. מחלוקת זו בסוגיה הנוגעת לענין קונסטיטוציוני מובהק מעידה כאלף עדים שמדובר בסוגיה חשובה, רצינית ביותר ובעלת השלכה ציבורית רחבה. ועל כן היא מחייבת הכרעה ברורה לאחר דיון מעמיק ובפני הרכב מורחב.

ב. מעבר לסוגיית ההלכה, קיים אינטרס מוסדי מובהק שבית המשפט הנכבד יבהיר את התנאים להוצאת צו על תנאי. במקרה דנן לא הוצא צו על תנאי על אף שעמדתו של שופט המיעוט מורה על כך. כידוע, הוצאת צו על תנאי מתרחשת כאשר החלק העובדתי והמשפטי של העתירה מעידים כי העתירה לכאורה הינה מבוססת ומזמינה דיון לגופו של ענין. במקרה דנן, גם המשיבה העיקרית מסכימה עם סעדי העתירה וגם שופט מבין שלושת שופטי ההרכב מעיד כי אכן קיים צידוק להוצאת צו על תנאי, ובכל זאת לא הוצא צו על תנאי. הדבר אינו דבר של מה בכך שכן הוצאת צו על תנאי מאפשרת מימוש לזכות הגישה לערכאות במובן המהותי שמחייב את המשיבים להשיב לגופו של ענין ובתצהיר, וכן מאפשר לעותרים לבקש פרטים נוספים והוא גם נותן הזדמנות טובה לבית המשפט לדון לעומק בעמדות הצדדים.

36. לאור כל האמור לעיל, המבקשים טוענים כי **פסק הדין קובע, דה פקטו, הלכה, למצער במשתמע**, ועל כן ממלא אחר דרישה זו בהוראות סעיף 30(ב) לחוק. להלן נבחן את העמידה של כל אחת מהקביעות שבפסק הדין, בתנאים של סעיף 30 לחוק.

ד. פרשנות של סעיף 9(א) לחוק החסינות:

37. העתירה שלפנינו התמקדה בשאלת הפרשנות של סעיף 9(א) לחוק החסינות ותחולתו על ביקורי חברי הכנסת בבית כלא.

ההלכה שנקבעה על ידי הרוב:

38. השופט סולברג קובע לענין הפרשנות סעיף 9(א) לחוק החסינות כי ענין זה כבר נידון והוכרע על ידי בית המשפט בפרשת **גלאון** אשר קבע כי "בית הסוהר מוגדר כ'רשות היחיד' וממילא גישת חברי הכנסת אליו – מוגבלת". הוא אף נסמך בפרשנות המושג "רשות הרבים" על השימוש שנעשה במושג זה בסעיף 1 לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984 שהוא "כל מקום שהציבור רשאי להשתמש בו או לעבור בו או שהציבור משתמש בו עובר בו למעשה". לדידו של השופט סולברג:

בתי הסוהר לסוגיהם, אינם חוסים תחת הגדרה זו. הציבור אינו מורשה להלך בבתי הסוהר בחופשיות, ללא קבלת אישור מקדים; הציבור גם איננו נוהג כך למעשה. רשות הרבים היא מקום שהציבור מהלך בו בחופשיות. [...] בתי הסוהר, על-פי טבעם, הם מקומות שהתנועה בהם מוגבלת. הם מוקפים חומה גבוהה, דלתיים ובריח; השמירה בהם מוקפדת, ממילא הציבור אינו מהלך בהם כבתוך שלו. שב"ס הוא המוציא והמביא, לו מסור שיקול הדעת לבחון מי יבוא בשעריהם, ואימתי. משחופש התנועה בבתי הסוהר תחום ומוגבל כל כך, לא נוכל לסווגם כ'רשות הרבים' (פס' 17 לפסק דינו).

39. אמנם, השופט סולברג מציין במשפט אחד כי לאור אופיו של בית הסוהר כרחוק מעינו הפקוחה של הציבור גובר הצורך בפיקוח פרלמנטארי אפקטיבי על המתרחש בתוכו. אך לגישתו, בעוד המדיניות המרחיבה של המשיבים מס' 2-3 אינה מצרה את צעדי חברי הכנסת ומאפשרת להם לבצע פיקוח פרלמנטארי אפקטיבי על זכויות האסירים הפליליים, אין כך הדבר ביחס לאסירים ביטחוניים (פס' 18 לפסק דינו).

40. השופט אלרון סבור גם הוא כי אין לקבל את העתירה מהטעם שאין מקום להתערבות בית המשפט לאור ההצהרה של המשיבים מס' 2-3 על כוונתם לשנות את מדיניותם. גישת אי ההתערבות של השופט אלרון בעצם מתעלמת מהטענות בדבר פגיעה ביכולת הפיקוח הפלרמנטארי ומהפרשנות של סעיף 9(א) לחוק החסינות.

41. תחת זאת, השופט אלרון מעדיף את השיח בין הרשויות על פני הגנה על זכויות חבר הכנסת מהמיעוט ועל אינטרסים חוקתיים:

שאלת חוקיות המתווה המוצע עוסקת באופן הפעלת הפיקוח הפרלמנטרי על פעולותיה של הרשות המבצעת באמצעות שירות בתי הסוהר – ועל כן מצויה בלב ליבה של מערכת היחסים שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. [...] לדידי, הסדרת מערכת היחסים בין הרשות המחוקקת למבצעת, ראוי שתבצע על ידי שתי רשויות אלה (פס' 6 לפסק דינו).

42. דהיינו, גם עמדת השופט אלרון, בדומה לשופט סולברג, לא רואה בעיה עקרונית בהגבלת יכולת הביקורת הפרלמנטארית של הכנסת באמצעות הוראה של הרשות המבצעת וללא דבר חקיקה מסמיך ואינה בוחנת את טיב ההסדר הקיים ואת המידתיות והסבירות שלו ומסתפקת בהצהרת כוונה לשנות את ההסדר וזאת על אף שהוא לא שונה ועל אף שנראה מההודעות של המשיבים כי לא מתקיים עוד שיח בין הרשויות.

43. עמדת השופט אלרון בעצם לא רואה בהסדר הקיים פגיעה מהותית בזכויות של חברי הכנסת ובאינטרסים חוקתיים ומבכר את הרצון בשיח בין הרשויות על פני הגנה על זכויות ועקרונות משטריים ממעלה ראשונה.

ההלכה עומדת בסתירה להלכות קודמות

44. המבקשים יטענו כי ההלכה העולה מעמדת הרוב שבוטאה באופן ברור בפסק דינו של השופט סולברג משנה את ההלכה המושרשת באשר לפרשנות סעיף 9(א) לחוק החסינות וכן באשר ליכולת של הרשות המבצעת להגביל ולפגוע בזכויות של חברי הכנסת.

45. **המבקשים טוענים כי קריאתו של השופט סולברג לפסק דין גלאון אינה נכונה שכן אין שום קביעה בפסק**

דין גלאון לפיה בתי הסוהר הינם בבחינת רשות יחיד. וגם אין שום אמרה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה שקובעת כי בתי הכלא הם בבחינת רשות יחיד. וגם אין פסק דין שקובע קביעה כה מפורשת כפי שקובע כאן השופט סולברג. הלכת גלאון תומכת דווקא בעמדתם של העותרים ובעמדתה של המשיבה מס' 1, שכן היא קבעה כי רשות יחיד היא מקום שאין גישה לציבור או לחלק ממנו אליו וכי דחיית העתירה בענין גלאון הייתה משום שמדובר במתקן סודי שאין לציבור גישה אליו וגם מיקומו היה חשאי ולא ידוע לציבור, כולל גופים רשמיים רבים. ואכן בענין גלאון הדגיש בית המשפט כי "האינטרס הציבורי בשמירה על חשאיות מיקומו הפיסי של מתקן המעצר עקב צרכים ביטחוניים מובהקים וחיוניים שהוצגו לבית המשפט" גובר על הזכות של חברי הכנסת לביקורים (ענין גלאון, בפס' 33). לכן, לפי פסק הדין בענין גלאון, מתקן סודי אינו נופל בגדר מקום שמטבעו פתוח לציבור הרחב וזאת בשונה משאר בתי הכלא שמיקומם מוכר לציבור והם פתוחים לחלקים שונים של הציבור, כגון עורכי דין, משפחות, חברי כנסת ואחרים. בכל מקרה, עצם המתווה שהוצע על ידי המשיבים מס' 2-3 מעיד כי בתי הסוהר בישראל אינם בבחינת רשות יחיד כי אחרת לא היו מרשים לחלק מחברי הכנסת לבקר בהם.

46. אף חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה משנת 1973, אשר אומצה על ידי ביהמ"ש בענין גלאון, ואשר מבקש השופט סולברג להסתמך עליה, תומכת בטענה של המבקשים דווקא. שכן, היועמ"ש שמגר, ארבע שנים לפני דבריו המובאים להלן בפרשת מיעארי, ציין כי :

ס' 9(א) בא 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. [...] 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, 6-5 (תשל"ג)." (ההדגשה לא במקור)

יתרה מכך, לענין הגדרתו של אותו "ציבור" חוות הדעת מפנה בהסכמה לע"פ 169/57 **ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יב 15 (1958) אשר דן בזכות הגישה של הציבור לנמל ומציינת כי :

המונח "ציבור" איננו מתייחס רק לכלל תושבי המדינה אלא יכול להתייחס גם לחוג יותר מצומצם של אנשים. לדוגמה הצורך בהשגת רישיון כניסה לנמל אינו שולל מקהל המשתמשים- בנמל את תכונת הציבור, כי הרי הנמל אינו שטח פרטי אלא מתקן המתנהל ע"י רשות ציבורית בשביל הציבורי כולו [...]. סיכומה של בדיקה זו היא כי המונח "רשות הרבים" אותו הסמכנו למונח "מקום ציבורי" – ייבחן בדרך כלל בהקשר משולב של מקום, נסיבות וזמן. סממנו הבולט הוא כי מדובר על מקום שהקהל זכאי או רשאי לגישה אליו או להמצא בו, בתנאים או ללא תנאים, בתשלום או ללא תשלום. (פס' ה)

דהיינו, הדרישה שהציבור יהלך במקום בצורה חופשית כדי להגדירו כמקום ציבורי **חורגת מהמבחן המשפטי הנהוג בהקשר זה**. על כן, גם אם הכניסה של הציבור לבית הכלא תלויה בהסכמה ובהיתר של שב"ס, אין בכך לבדו כדי לשלול ממנו את האופי הציבורי ולהפוך אותו לרשות הפרט.

47. היועץ המשפטי לכנסת מנתח גם את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 1984 גם בקונטקסט בו היא ניתנה ומגיע למסקנה השונה מזו אשר הוצגה על ידי השופט סולברג והמשיבים מס' 2-3 :

חוות הדעת האמורה של פרופ' זמיר, עליה מסתמכים משיבי הממשלה, מורה כי יש שני עוגנים מרכזיים לבחינת הסוגיה: **האחד**, כי שאלת הסדר ביקורי חברי כנסת במתקני כליאה ומפגשים עם אסירים **רחבה** משאלת הפרשנות שיש להעניק לסעיף 9(א) לחוק החסינות, ונוגעת באופן רחב יותר למערכת היחסים בין הרשויות השונות. **והשני**, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי אין למנוע מחבר כנסת להיפגש עם אסירים או עצורים. יתרה מכך, היועץ המשפטי לממשלה קבע מפורשות כי מן הראוי לאפשר לחבר הכנסת הבודד להיכנס למתקני כליא ולהיפגש עם אסירים ועצורים, ללא טרדה יתרה וללא שינוי, תוך התחשבות בצרכים ובאינטרסים של הרשויות (ההדגשות במקור. פס' 34 לתגובה המשלימה מטעם היועץ המשפטי לכנסת מיום 7.7.2019)

48. **המבחן אשר אומץ על ידי השופט סולברג לסיווגו של בית הכלא כ"רשות הרבים", או "רשות היחיד" סוטה מהמבחן המקובל בענין זה**. שכן, השופט סולברג מאמץ את ההגדרה של רשות הרבים הכוללת "כל

מקום שהציבור רשאי להשתמש בו או לעבור או שהציבור משתמש בו עובר בו למעשה" ועל הגדרה זו הוא מוסיף את הדרישה כי הציבור ייהלך במקום מסוים **בחופשיות**.

49. מבחן זה אינו עולה בקנה אחד עם המבחן אשר נקבע בפסיקה לענין סעיף 9(א) לחוק החסינות. כך למשל בענין **מיעארי** קבע בית המשפט מפי השופט שמגר, כי בהתאם לס' 9(א) חבר הכנסת רשאי לגשת לכל מקום "אשר לציבור או לחלק ממנו זכות גישה אליו... המבחן אינו בבעלות על המקרקעין אלא בזכות הגישה אליהם, וכל מקום בו יכול חלק מן הציבור לגשת למקום מסוים, חלקו של חבר הכנסת עמו..." (בג"ץ 620/85 **מיעארי נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מא(4) 169, 199 (1987)) (ההדגשה אינה במקור). עינינו הרואות כי המבחן מסתפק באפשרות של חלק מהציבור לגשת למקום מסוים ואין הוא דורש שזו תהיה גישה חופשית.

50. בניגוד לטענה כי בית הכלא סגור בפני הציבור, הרי לחלק מהציבור קיימת זכות גישה אליו: מציבור עורכי הדין המבקשים לבקר את האסירים, לבני המשפחות של האסירים המבקשים לבקר את יקיריהם, לכלל חברי הכנסת המבקרים אסירים פליליים וחברי הכנסת שביקרו בו עד החלטת המשיבים שנידונה בעתירה, וכן לציבור "הידידים" בכלל המבקשים לבקר אסירים פליליים. במובן זה, בית הכלא עונה על ההגדרה של "רשות הרבים" שיש לציבור גישה אליו.

51. **הקביעה עומדת בסתירה אף לעמדה לענין היחס בין הוראות סעיף 9(א) לחוק החסינות לבין שאר הוראות החוק.** שכן, גם חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' זמיר, מיום 8.4.1984, מבססת את הזכות של חבר הכנסת למלא את תפקידו ולפקח על תנאי הכליאה גם במנותק מההוראות הקבועות בס' 9(א) לחוק החסינות. שכן אותה חוות דעת קובעת כי:

... חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, יש לו מטרה מוגבלת ואין הוא מכסה את כל תחום הפעילות של חברי הכנסת ואת כל מערכת הקשרים בין חברי הכנסת לבין רשויות הממשלה. בלי קשר לחוק זה, מן הראוי לסייע לחברי הכנסת למלא את תפקידיהם, ובמיוחד מן הראוי שהממשלה, על כל שלוחותיה, תסייע להם בכך במידת האפשר וההולם את הנסיבות של כל ענין. בהתאם לכך מן הראוי לאפשר לחבר כנסת לבקר בבתי הסוהר ובבתי מעצר, כדי לעמוד על התנאים השוררים בהם, וכן לבקר אסירים ועצירים, כדי לשמוע את טענותיהם או משאלותיהם. [...]

דעתי שהיא שמן הראוי לקבוע הסדר מיוחד לענין זה... שיאפשר לחברי הכנסת לערוך ביקורים אצל עצורים ללא טרדה יתירה וללא שיהוי מיוחד. מן הראוי שהסדר כזה גם ינחה את הרשויות המוסמכות לענין זה לנהוג בכל מקרה בגמישות ומתוך נכונות להקל על חבר הכנסת המבקש לבקר אסיר או עציר, תוך התחשבות בשיקולים של סדרי הבטחון, צרכי החקירה וסדרי העבודה בבתי הסוהר ובבתי המעצר... (מש/2 בהודעה משלימה מטעם המשיבים 2 ו-3 מיום 17.1.2018)

52. **הקביעה עומדת בסתירה לעקרונות יסוד שנקבעו בפסיקה לענין הפרשנות של חוק החסינות וזכויות חברי הכנסת.** הלכה ידועה היא כי "התכליות שביסוד מוסד החסינות נועדו בעיקרן להגן על בית המחוקקים מפני התערבות לא ראויה של הרשות המבצעת בעבודתו, ולאפשר תפקוד תקין של הרשות המחוקקת" (בג"ץ 12002/04 **מח'ול נ' הכנסת**, פ"ד ס(2) 325 (2005)) וכן היא "נועדה לקדם אפשרות פיקוח ובקרה על הרשות

המבצעת בלא חשש מפני התעמרות הרשות" (בג"ץ 507/81 **אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לה(4) 561 (1981)). לאור האמור לעיל, הרי ברור כי יש לפרש את הוראותיו של סעיף 9(א) לענין השתרעותה של הזכות של חבר הכנסת על דרך ההרחבה. דהיינו כי יש לפרש את ההגבלות על זכות זו על דרך הצמצום.

53. משמעות הדבר הינה כי בבואנו לקבוע מהו אותו מקום "שאינו רשות היחיד" שניתן לאסור או להגביל את הגישה של ח"כ אליו, יש לפרש את "רשות היחיד" בצמצום כך שתכלול אך ורק אותם מקומות שהם במובהק "רשות היחיד", דהיינו חצרות בתים וקניין פרטי מובהק שאין לציבור אינטרס להיכנס אליו. תמיכה בגישה זו ניתן למצוא בפרוטוקול הדין בועדת הכנסת סביב חוק החסינות, ואשר מובאים בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 1973, ולפיהם תיבה זו הוכנסה לנוסח הסעיף בשל הרצון של חברי הכנסת להבהיר שהסעיף "אינו מתיר כניסה לרשות היחיד. כלומר לבית או למפעל פרטי, או למשק של מישו" (ס' 4 להנחיית היועץ המשפטי ממשלה מס' 21.046 מיום 1.1.1973 (מש/1 להודעת המשיבים מס' 3-2 מיום 17.1.2018)).

54. **הקביעה כי בית כלא הינו רשות היחיד סותרת הלכות יסוד לענין ההגדרה של רשויות המדינה בכלל כגופים ציבוריים וכן הלכות יסוד לענין בתי הסוהר בפרט.** שכן, בית כלא, בדומה לכל רשות או זרוע ממשלתית אחרת, הינו גוף ציבורי שנטוע כל כולו בעולם של המשפט הציבורי-החוקתי-המינהלי ואין הוא נמצא בספירה הפרטית בשום צורה. ההחרגה של בתי הכלא מההגדרה עומדת בניגוד לעקרונות המוחלים על שאר רשויות הממשלה והינה בעייתית ביותר. החרגה זו הינה בעייתית שבעתיים לאור אופיים המיוחד של בתי הכלא כהתגלמות המונופול של המדינה על הפעלת הכח ופוטנציאל הפגיעה הרב שיש בזכויות אדם ואשר כולם מחייבים הקפדה יתרה בפיקוח ובבקרה עליהם. דברים אלה אף מתבקשים מפסק הדין בענין הפרטת בתי הסוהר (בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009)).

55. לא זאת בלבד, אלא שבמטרה להגן על זכויות אדם, הלכה מושרשת היא שההגדרה של גופים ציבוריים אשר מוחלים עליהם עקרונות המשפט הציבורי, הינה הגדרה מרחיבה הכוללת גם לפעמים גופים פרטיים המוגדרים כדו-מהותיים. יפה לעניינו למשל הקביעה בע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196 (1995) לענין היהלומן אשר הבורסה לתכשיטים החליטה למנוע את כניסתו לבניין, לפיה גם קניין פרטי מבחינת הבעלות יכול להיחשב לציבורי מבחינת המהות והדין החל עליו. דברים אלה יפים לעניינו בבחינת מקל וחומר.

56. לאור האמור לעיל, ההלכה שנקבעה בפסק הדין משנה את ההלכה המושרשת באשר לזכות שניתנת לחברי כנסת לממש את חופש התנועה שלהם וכן את תפקידם ולקיים פיקוח פרלמנטארי אפקטיבי.

הלכה שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה מצדיקה דיון נוסף:

57. הקביעות של שופטי הרוב וקביעות השופט אלרון בפרט בענין אי ההתערבות בשם חיוניות הדיאלוג בין הרשויות תוך התעלמות מן הוראת סעיף 9(א) לחוק החסינות יחד עם קביעותיו של השופט סולברג מובילות לכרסום בחסינות חברי כנסת. לכן מדובר בהלכה הפוגעת בעקרון הפרדת הרשויות ובמערכת האיזונים

והבלמים בין הרשות המחוקקת למבצעת וכן מכרסמת בעקרון הפיקוח הפרלמנטארי המהווה אינטרס חוקתי ממעלה ראשונה. הלכה זו מפאת חשיבותה, קשיותה וחידושה מצדיקה דיון נוסף, כפי שיוסבר להלן.

58. פסק הדין נשוא הבקשה עוסק באחד הנושאים המרכזיים בהפרדת הרשויות ובמערכת האיזונים והבלמים בין רשויות השלטון – החסינות של חברי הכנסת ויכולתם לבצע פיקוח פרלמנטארי ראוי על הרשות המבצעת על שלל זרועותיה (לענין חשיבות החסינות של חברי הכנסת ראו: בג"ץ 11225/03 **ח"כ בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ס(4) 287 (2006); בג"ץ 12002/04 **ח"כ מח'ול נ' הכנסת**, פ"ד ס(2) 325 (2005); בג"ץ 6706/14 **ח"כ זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת** (פורסם בנבו, 10.02.2015); פס" 15 לפסק דינו של השופט ברק בבג"ץ 507/81 **ח"כ אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לה(4) 561 (1981)).

59. אין ספק כי הפיקוח על בתי הסוהר נופל בגדר "מילוי תפקידו" של חבר הכנסת ובמסגרת הפיקוח הפרלמנטארי על הרשות המבצעת. כמו כן, אין ספק כי המפגש הלא אמצעי עם האסירים מהווה נדבך חשוב ביכולתו של חבר הכנסת לפקח בצורה אפקטיבית על הנעשה בין כותלי בית הכלא והינו בעל חשיבות מיוחדת לאור פוטנציאל הפרות זכויות האדם הרב הנובע מעצם המאסר בבית כלא. זוהי גם העמדה של היועץ המשפטי לכנסת אשר ציין בתגובה מטעם המשיבה מס' 1 כי:

ודוק, גם אם קיימת מחלוקת באשר לתחולתו **הישירה** של סעיף 9(א) לחוק החסינות על כניסה של חברי הכנסת למתקני כליאה, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת בדבר זכותם וחובתם של חברי הכנסת לפקח על הרשות המבצעת, ובכלל זה על בתי הסוהר, מבחינה זו חוק החסינות מהווה רק אחד הביטויים לחופש הפעולה המוקנה לחבר הכנסת, ושנועד לאפשר לו למלא את תפקידו ולמנוע מהרשות המבצעת לסכל זאת. הפיקוח על הנעשה מאחור סורג וברוח חשוב במיוחד משעין הציבור אינה שוזפת את המקום. [...]

תפקידם של הכנסת ושל חברי הכנסת לפקח על הרשות המבצעת, ובכלל זה על תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים, אינו עניין של מה בכך. ולכן, אין המדובר ב"סיוע" גרידא לחברי הכנסת, כפי שטוענים משיבי הממשלה, אלא **בחובה** של הגוף המפוקח להעמיד לידי מי שמפקח עליו את מלוא הכלים העומדים לרשותו כדי שיוכל למלא את תפקידו. נדמה כי משיבי הממשלה לא נתנו את המשקל הראוי לעניין זה [...]

ס' 5 לפקודת הנציבות בנוסחו הנוכחי וכן המתווה המעודכן בנושא, עומדים בניגוד לפרקטיקה רבת שנים במסגרתה כעניין שבשגרה הותרה כניסתם של חברי כנסת למתקני כליאה.

(ההדגשות במקור, פס" 24, 37 ו-39 בתגובה מיום 7.7.2019)

60. על חשיבות הסוגיה זו עמד השופט קרא בציינו כי:

הביקורים של חברי הכנסת במתקני כליאה נעשים במסגרת תפקידם הפרלמנטרי של פיקוח על הרשות המבצעת. במסגרת זו חברי הכנסת מקיימים פיקוח ובקרה על רשויות בתי הסוהר ובכלל זה על דרכי הטיפול שלהם באסירים, על תנאי הכליאה של האסירים ועל תקינות ניהולם של בתי הסוהר. מפגשים של חברי כנסת עם אסירים הם מרכיב חיוני במלאכת הפיקוח. פקודת הנציבות עצמה מכירה בכך מפורשות: סעיף 1.א. לפקודת

הנציבות קובע כי "חבר כנסת רשאי מכוח תפקידו להיפגש עם אסיר/ים ועצורים וזאת בתנאים ובמגבלות שיפורטו בפקודה זו" וסעיף 2.א. לפקודת הנציבות קובע כי מטרתה של פקודת הנציבות היא "הסדרת אופן כניסת חבר כנסת בתוקף תפקידו, תוך שמירה על כללי האבטחה הנהוגים בבתי הסוהר" (ראו גם: עניין גלאון, פסי' 33 (על האינטרס הציבורי בקיומה של ביקורת פרלמנטרית על מתקן המעצר)). המתווה המוצע פוגע באינטרס ציבורי ששב"ס עצמו הכיר בו בפקודת הנציבות. הצורך בביקוח פרלמנטרי אפקטיבי על מתקני כליאה הוא אינטרס של כלל הציבור ושל האסירים. ביקורים במתקני כליאה מגבירים את השקיפות ואת האחריותיות לגבי המתרחש במתקני הכליאה וזאת לצורך הגנה על זכויות אדם. הדבר חשוב בפרט מאחר שאסירים הם אוכלוסייה מוחלשת" (פסי' 29 לפסק דינו).

61. לאור העובדה כי הביקור בבתי כלא ופגישה עם אסירים הינם חלק ממילוי תפקידו של חבר הכנסת וחלק מהפיקוח הפרלמנטארי, לפסק הדין יהיו השלכות רוחב מקיפות. דברי השופט קרא בפסק דינו מעידים על כך:

המדיניות החדשה מונעת באופן גורף, ממרבית חברי הכנסת, לבקר אסירים ביטחוניים. מניעה גורפת ממרבית חברי הכנסת של האפשרות להיפגש עם אסירים ביטחוניים – פוגעת ביכולתם של חברי הכנסת לקיים פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי. כך, עלולים להיפגע ה"איזונים והבלמים" שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. המתווה המוצע מונע, מהרוב המוחלט של חברי הכנסת, באופן מוחלט את הפעילות הפיקוחית של חבר הכנסת שבמפגש עם אסירים ביטחוניים (פסי' 39 לפסק דינו של השופט קרא).

62. עוד על ההשפעת הרבות של הסוגיה שהוכרעה בפסק דין, מעידים דבריו של היועץ המשפטי לכנסת אשר ציין מפורשות כי:

המתווה העדכני אינו כולל הגבלות על הפעילות הפיקוחית של חבר הכנסת באמצעות המפגש עם האסירים הביטחוניים, אלא **מניעה** מוחלטת של פעילות זו מהרוב המוחלט של חברי הכנסת. תוצאה זו פוגעת במעמדם של חברי הכנסת אל מול הרשות המבצעת וביכולת האפקטיבית שלהם לבצע את תפקידם [...]

נדמה כי אין צורך להרחיב על כך שהמפגש הנמצא תחת פיקוח הדוק של הגורם המפוקח לא יאפשר לחבר הכנסת לשוחח עם האסיר בנוגע לתנאי כליאתו, לשאול שאלות ולשמוע את טענותיו. קשה לראות כיצד ניתן לבצע את מלאכת הפיקוח, כאשר במפגש עם האסיר נוכח גם נציג של הגוף המפוקח.

(ההדגשות במקור, פסי' 25, 49 לתגובה מיום 7.7.2019)

ועוד, פסק הדין מעורר קושי גם בכל הקשור למעמד של חברי הכנסת כ"יחידה חוקתית". הלכה פסוקה היא כי חברי הכנסת בכל סיעה אינם פועלים כמקשה אחת, כל חבר כנסת מהווה "יחידה חוקתית" בפני עצמו וכי העצמאות של חבר הכנסת מהווה אבן יסוד משטרית ממעלה ראשונה שכן "עצמאות פעולתו, ויכולתו לגבש את השקפתו בעניינים שעל סדר היום הפרלמנטרי, חיונית למבנה המשטר החוקתי. הם מבטיחים את פעולתה התקינה של הכנסת, ועמה פעולתו התקינה של המשטר החוקתי כולו" (בג"ץ 1843/93 **פנחסי נ'** **כנסת ישראל**, פ"ד מט(1) 661, 681 (1995)).

63. עמד על כך, השופט קרא, עת קבע כי שינוי זה מהווה **התנגשות חזיתית עם ההלכה הפסוקה**. כלשונו:

באפשרותו של חבר הכנסת "הבודד" לפקח על תנאי הכליאה של אסירים ביטחוניים. היות שרק חברי כנסת נציגי הסיעות בכנסת יורשו להיפגש עם אסירים ביטחוניים ולפקח על תנאי כליאתם, המתווה המוצע מונע ממרבית חברי הכנסת את אפשרות הפיקוח. הפחתה זו של מספר חברי הכנסת שיורשו לקיים מפגשים עם אסירים ביטחוניים **מתנגשת חזיתית עם ההלכה הפסוקה**, אשר קבעה כי חבר הכנסת הוא "יחידה חוקתית" עצמאית. (פס' 34, הדגשה לא במקור).

64. סטייה זו מהתפיסה של "היחידה החוקתית" אינה ענין של מה בכך והיא בעלת השלכות רחב בעייתיות על המעמד החוקתי של חברי הכנסת; על יחסי הכוחות בין הרשות המבצעת למחוקקת; על יחסי הכוחות בין חבר הכנסת לסיעה אליה הוא משתייך; וכן על השוויון בין הסיעות ובין חברי הכנסת.

65. אימוץ המודל הסיעתי **הינו חסר תקדים**. עמד על כך בהרחבה היועץ המשפטי לכנסת בהודעה המשלימה של משיבה 1 מיום 7.7.2019 אשר ציין כי המתווה שהוצג הכולל פיקוח פרלמנטרי במודל "סיעתי" הוא **חסר תקדים**, ו"אינו תואם את אופן התנהלות הכנסת וחברי הכנסת" (פס' 42). שכן, "הפעילות של חברי הכנסת במסגרת סיעות הכנסת נוגעת בעיקרה להתנהלות הפנים-פרלמנטרית ואינה נוגעת לממשק של הכנסת עם הרשות המבצעת" (ההדגשות במקור, פס' 43). ואכן, הזכויות של חברי הכנסת מוענקות להם (ונשללות מהם) על בסיס אישי ולא על בסיס סיעתי, כך גם לענין החובות.

66. לכן מפאת השלכות פסק הדין וחשיבות הקביעות שלו והקושי שהן מעוררות מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דיון נוסף בהליך זה.

ה. פסק דין של הרוב סוטה מן הלכות מושרשות בענין ההתערבות בהחלטה מינהלית

67. פסק הדין של הרוב הקובע אי התערבות שיפוטית בהחלטה מינהלית כאשר אצל השופט סולברג היא מגיעה תוך שלילת תחולת מבחני הסבירות והמידתיות ואצל השופט אלרון בשם קיומו של דיאלוג בין הרשויות. הלכה זו אשר מצדיקה לקיים דיון נוסף, נוגעת לשאלת אופן הביקורת השיפוטית על החלטות נציב שירות בתי הסוהר ושל השר לביטחון פנים ותחולת עילות המשפט המינהלי בדבר שיקול הדעת על החלטותיהם.

68. שלילת תחולת מבחן המידתיות הינה סטייה מהלכות מושרשות בפסיקה ואי התערבות בשם דיאלוג בין הרשויות כאשר הדבר פוגע בזכויות יסוד, אינה נשענת על אף פסק דין, אלא להפך עומדת בסתירה להלכות של בית המשפט. לכן, פסק הדין של הרוב הוא סטייה קיצונית מההלכה הפסוקה.

69. הקביעה של השופט סולברג אשר דחתה את העתירה התבססה על גישה חדשה, שאינה מקובלת בבית המשפט העליון, לענין עילות הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל והתחולה שלהן. שכן, לדידו של השופט סולברג:

משנחה דעתנו כי לא נפל פגם בדרך קבלת ההחלטה המנהלית, ומשעסקינן בהחלטתו של דרג נבחר – השר לביטחון הפנים, **שוב אין**

אנו נדרשים לבחון את סבירותה התוכנית-מהותית של החלטה, להעריך ולאמוד את שיקוליה ומידותיה [...]

במהלך גיבוש המתווה נדרש השר למכלול השיקולים והאינטרסים הצריכים לעניין, ונתן לכל אחד מהם את המשקל, שלשיתו, ראוי לו. משעשה כן, בשקילה, ללא משוא פנים, אין הצדקה מצידנו לבכר איזון אחר על פני האיזון שעשה השר. הכרעה בדבר המידה והמשקל שיש להעניק לכל אחד מן האינטרסים המתרוצצים לפנינו, הריהי הכרעה ערכית בעיקרה. **אין מדובר בשאלות שבפתרון ישנו יתרון לבית משפט זה, על פני הדרג הנבחר.** במקרים מסוימים גילה המחוקק דעתו, כי ערך מסוים עולה בחשיבותו על ערכים אחרים, והעניק לו מעמד שונה. אולם, לבד מאותם מקרים שנתפרשו בכתובים, ככלל אין סיפק בידי הכלים השיפוטיים שברשותנו ליתן מענה לשאלת מעמדם של ערכים המתגוששים ביניהם.

(ההדגשות נוספו, פס' 24-25).

70. תחת בחינת הסבירות והמידתיות של החלטת הרשות המינהלית, כפי שעקרונות היסוד של המשפט המינהלי מחיבים, השופט סולברג דוגל בגישה שונה לחלוטין אשר מתמקדת אך ורק בהליך קבלת ההחלטה ומבטלת כל ביקורת שיפוטית על תוכן ההחלטה. שכן לגישתו:

המתווה המוצע גובש לאחר **עבודת הכנה מעמיקה ויסודית**, תוך שיתוף כל גורמי המקצוע הרלבנטיים, ושקילת מכלול השיקולים הצריכים לעניין, וכשהפועל היוצא – המתווה – הולם, לא מצאתי כי קיימת עילה מבוררת המצדיקה את התערבותנו. (פס' 20)

יתרה מכך, השופט סולברג קבע גם כי:

שב"ס הוא אשר הופקד על ניהול בתי הסוהר, ולו האחריות על הנעשה בהם. ממילא, הוענקה לו הסמכות לשקול את שיקוליו הפנימיים, ולקבוע מיהם הרשאים להיכנס אל תחומי בית הסוהר, אימתי, ולמשך כמה זמן (פס' 20).

71. השופט אלרון אף הוא דוגל בגישה של אי התערבות אשר בפועל משעה את הביקורת השיפוטית על עקרונות יסוד של המשטר הנוגעות למערכת האיזונים והבלמים בין הרשויות. השופט אלרון בוחר שלא להתערב בהסדר הקיים, ולהסתפק בהצהרה על כוונה לשנותו, ובכך משאירו על כנו מבלי לדון במידתיות ההחלטה. גישה זו אשר מבכרת שיח בין הרשויות על פני המשפט החוקתי והחוקי קיים, בעייתית ביותר, בהיותה משעה את עקרונות המשפט המינהלי המחייבים בחינת ההחלטה כאשר מתעוררת פגיעה בזכויות יסוד.

72. הקביעות של הרוב עומדות בסתירה מוחלטת לעקרונות יסוד של המשפט המינהלי הקובעות כי בית המשפט, ללא קשר לקבלת העתירה או דחייתה, יבחן את הפגיעה בזכויות יסוד או בעקרונות מוסדיים. פסק הדין של הרוב שולל את הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל לפי מבחני הסבירות והמידתיות בשל קיומה של פררוגטיבה ניהולית או בשם הדיאלוג והשיח בין הרשויות וזאת על אף קיומה של פגיעה בזכויות יסוד או באינטרסים מוסדיים.

73. הן קביעותיו של השופט סולברג והן קביעותיו של השופט אלרון משעות את בחינת מידתיות ההחלטה, אם כי כל אחד מנימוקים שונים, והתוצאה היא הענקת שיקול דעת כמעט מוחלט לרשות המבצעת. כלל מושרש הוא שהחלטה אשר חורגת ממתחם הסבירות או ממתחם המידתיות בצורה קיצונית דינה בטלות.

74. **ראשית**, עמדה זו שבאה לידי ביטוי בפרוטרוט בפסק דינו של השופט סולברג סותרת בצורה חזיתית את עקרונות היסוד של המשפט המינהלי אשר הכיר מזה עשרות שנים בעילות הביקורת המינהליות במישור של שיקול הדעת. עילות ביקורת אלה מהוות את "עקרונות היסוד של השיטה" בכל הנוגע למשפט המינהלי, ואין להרהר אחריהן מבלי לזעזע את יסודות הבניין כולו. אכן, גם לאורך השנים הביעו שופטים שונים ביקורות אודות השימוש בעילות הסבירות והמידתיות, אך גם בזמן אמת, כאשר טרם התבססה ההלכה לענין זה, ההסתייגות הצטמצמה אך ורק ליישום של עילות אלה ולא לעצם קיומן. ביקורת זו הצטמצמה מאוד עם השנים, ובטח בעידן שלאחר חוקי היסוד (דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך ב' 733 (2010)).

75. **שנית**, קביעתו של השופט סולברג מעוררת קושי רב לאור זה שהיא בעצם יוצרת דין מינהלי נפרד להחלטות של שב"ס ושל השר לביטחון הפנים (למרות שלא מדובר בגורם נבחר בניגוד לגישת השופט סולברג). עד כה, המשפט המינהלי היה אחד וכל החלטות של המינהל עוברות תחת שרביטה של הביקורת השיפוטית בהתבסס על אותן עילות ביקורת הנוגעות הן לפגמים במישור הסמכות (חריגה מסמכות), הן במישור ההליך (תשתית עובדתית, זכות טיעון וכו') והן במישור שיקול הדעת (שיקולים זרים, סבירות ומידתיות). אמנם אמת המידה והיישום של העילות משתנה בהתאם לאופי הרשות (רשות מעין שיפוטית אל מול רשות ביצועית למשל) אופי החלטה (החלטה מינהלית אל מול תקנות) ומידת המקצועיות אותה היא מערבת (ראו למשל: בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(3) 46 (1997); בג"ץ 2534/97 **ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1 (1997)), אך הבדלים אלה אין משמעם שיש החלטות אשר "מקבלות פטור" מעמידה בעקרונות המשפט המינהלי. שכן, אין דין מיוחד להחלטות של נציב שירות בתי הסוהר, ואין דין מיוחד להחלטות של שרים. עמדה זו אף עולה בקנה אחד עם העמדה של היועץ המשפטי לממשלה אשר מציין מפורשות בהנחיות יועץ מס' 1.0002 לענין הנחיות מינהליות כי:

קביעת הנחיות מינהליות הרי היא מעשה מינהלי הכפוף להלכות המדריכות ומגבילות את מעשי המינהל [...] ההנחיות חייבות להיות כפופות למגבלות ההלכתיות החלות בדרך-כלל על שיקול הדעת המינהלי, ובמיוחד האיסור לחרוג מן הסמכות, החובה לכוון אל מטרת החוק ולשקול שיקולים ענייניים בלבד, והצורך לפעול באופן סביר. בהתאם לכך, גם הביקורת השיפוטית המופעלת על-ידי בית המשפט על ההנחיות המינהליות, תואמת את הביקורת השיפוטית המופעלת על מעשי המינהל בדרך-כלל (עמ' 12).

76. יצוין כי אין זה מקרי כי השופט סולברג אינו תומך את גישתו הנ"ל בהפנייה לפסיקה כלשהי אשר מצדדת בה. תחת זאת הוא מפנה לשני פרסומים של פרופ' יואב דותן: מאמר לענין הסבירות משנת 2003 וספרו בנושא ההנחיות המינהליות משנת 1996. עם כל הכבוד הראוי, העמדה של פרופ' דותן בפרסומיו אלה אינה משקפת את ההלכה, אלא דווקא עומדת בסתירה לה. ואכן חיפוש במאגרים המשפטיים לא העלה אף תוצאה בה בית המשפט העליון ציטט מקורות אלה בהקשר דומה לזה שבענייננו. יתרה מכך, אף השימוש בפרדיגמה של הנחיות מינהליות אינו נטול ספקות במקרה שלפנינו שכן ספק הוא שזה הסיווג המתאים להנחיות נציב

שירות בתי הסוהר (ראו למשל: רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 60 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם במאגרים, 7.10.2010)).

77. **שלישית**, הקביעה של השופט סולברג עומדת בסתירה להלכות מבוססות לענין גזירת השיקולים הרלוונטיים אשר על הרשות המינהלית לשקול עת היא מקבלת את החלטתה. הלכה פסוקה היא כי שיקולים אלה נגזרים מלשונו ומתכליתו של החוק המסמך וכן מתכליות כלליות אשר משקפות את ערכי היסוד של השיטה. יפים לעניינו הדברים אשר נקבעו בענין פורז אשר דן במינוי נשים למועצה הבוחרת את רב העיר:

מועצת העירייה ממלאת איפוא תפקיד ציבורי על-פי דין. מערכת השיקולים שמותר לה, למועצת העירייה, לקחת בחשבון, היא מערכת השיקולים הנופלת "לדל"ת האמות" של חוק שירותי הדת והתקנות. מערכת שיקולים זו נקבעת בדרך של פירוש חוק שירותי הדת והתקנות. בפירוש זה יש לקחת בחשבון את לשון החוק והתקנות מזה ואת תכלית החוק והתקנות מזה. תכלית זו היא התכלית הפרטיקולרית, כפי שהיא עולה מלשון החוק והתקנות ומההיסטוריה החקיקתית. כן יש להניח, כי תכלית זו כוללת – בהעדר ראייה לסתור – תכליות כלליות, הבאות להגשים ערכים ועקרונות של שיטתנו המשפטית.

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 323 (1988)

דברים דומים נקבעו גם בענין קעדאן לענין החובה לפרש כל דבר חקיקה כך שנועד לשרת גם את התכלית הכללית של השוויון(בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 273, 258 (2000)).

78. השופט קרא מנה את השיקולים הרלוונטיים שהיה על שירות בתי הסוהר לשקול: (1) ביטחון המדינה; (2) צרכים של ניהול מתקן הכליאה (3) האינטרס הציבורי בקיומו של פיקוח פרלמנטארי. המשיבים חולקים על השיקול השלישי, והם מציינים מפורשות שהם צריכים לשקול אך ורק את הצורך "לסייע" לחבר הכנסת בביקורו ולא את האינטרס של הפיקוח הפרלמנטארי. עמדה על כך המשיבה מס' 1 כי "אין המדובר ב"סיוע" גרידא לחברי הכנסת, כפי שטוענים משיבי הממשלה, אלא בחובה של הגוף המפוקח להעמיד לידי מי שמפקח עליו את מלוא הכלים העומדים לרשותו כדי שיוכל למלא את תפקידו" (הודעה המשלימה מטעם המשיבה מס' 1, מיום 7.7.2019, בפס' 37).

79. על יסוד כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון נוסף בהליך זה.

מאיסאנה מוראני, עו"ד
ב"כ המבקשים

חסן ג'בארין, עו"ד
ב"כ המבקשים

חיפה, 22.9.2020