

העותרים:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
3. התנועה לטוהר המידות

ע"י עו"ד יונתן ברמן ואח'
ממשרד ד"ר רענן הר-זהב, אדלשטיין, ברמן עורכי דין
רח' הברזל 32 (בניין A, קומה 5), תל-אביב
טל': 03-5602225 ; פקס: 03-5601755
דוא"ל: yonatan@heblaw.co.il

וכן ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75 תל אביב 65154
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.org.il

נ ג ד

המשיבים:

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

2. השר לביטחון לאומי

ע"י ב"כ עוה"ד נדב העצני ו/או אורית יפת ואח'
רח' הרטום 19, בית בינת, ירושלים
טל': 02-6240999 ; פקס: 02-6235888

3. משטרת ישראל

4. הממשלה

באמצעות מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

עיקרי טיעון מטעם העותרים בבג"ץ 532/23

בהתאם לתקנה 16 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, מוגשים בזאת עיקרי טיעון מטעם העותרים בבג"ץ 532/23.

א. מבוא

1. עתירה זו, כמו ארבע העתירות שעמן אוחדה, עוסקת בחוקתיות חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: **תיקון 37**). כמפורט בעתירה וכפי שיורחב להלן, החוק משנה באופן מהותי ובלתי חוקתי את האיזונים בין עצמאות המשטרה לבין כפיפותה לדרג המיניסטרילי.
2. העותרים בעתירה זו מצטרפים לטענות העותרים בעתירות האחרות בדבר הפגמים החוקתיים שנפלו בחוק ותוצאותיהם – בטלות תיקון 37. לעמדת העותרים פעילות המשטרה, למצער בתחום **החקירות** ובתחום **חופש המחאה והביטוי**, חייבת להיות נקייה לחלוטין מכל השפעה פוליטית, ולהיגזר אך ורק מהדין. במילים אחרות, בתחומים אלו חייבת להיות חומה סינית בין השר לביטחון לאומי (להלן: **השר**) לבין המשטרה, ועל ההחלטות להתקבל בצורה עצמאית לחלוטין. מה שעושה החוק הוא ההפך המוחלט – הוא פותח פתח להזרמת שיקולים פוליטיים לתחומים הרגישים ביותר בעבודת המשטרה. בנוסף, העותרים סבורים כי בכל תחום אחר שבו עצמאות המשטרה בקבלת החלטות שיטור רגישות חשובה לפוליטיזציה, נדרשות ערובות חזקות למנוע התערבות פוליטית שחורגת ממדיניות כללית, וערובות אלו אינן קיימות בחוק.
3. היועצת המשפטית לממשלה ומשיבי הממשלה עמדו על הצורך בפסילת ההסדר הנוגע לחקירות, ומסקנתם, **שלה העותרים שותפים**, היא שיש לפסול את סעיף 8 לפקודה. לאור ההתייחסות הנרחבת של היועצת המשפטית לנושא החקירות, **הדגש של העותרים בעיקרי הטענות הוא הפגיעה הבלתי חוקתית בחופש הביטוי וחופש המחאה**.
4. ממוקד העתירה בעניין זה נגזרים גם הסעדים המתבקשים על ידי העותרים דכאן. כמפורט בעתירה, הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות יסוד, ובהן חופש המחאה וחופש הביטוי, **מחייבת ביטול של תיקון 37** (ונוכח נוסחו של הצו על-תנאי – ביטול התיקון למעט סעיף 89), ולחלופין ביטול סעיפים 88 ו-8 לפקודת המשטרה. אלא שככל שלא תתקבל העמדה לפיה דין תיקון 37 כולו או דין סעיף 88 בטלות, **העותרים מבקשים סעד חוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" (reading-in), לפיו ייקבע ש"פעילות" המשטרה, כהגדרתה בסעיף 8 לפקודה, שלגביה רשאי השר לקבוע "מדיניות" או "עקרונות כלליים", אינה כוללת כל "פעילות" הנוגעת למימוש חופש המחאה וחופש הביטוי**. למצער, ככל שלא יינתן סעד כאמור, יש לפרש את סעיף 88 באופן שמחריג פעילות משטרתית בנושא חופש המחאה וחופש הביטוי, שבעניינה אין לאפשר לשר לקבוע מדיניות.
5. ודוק, הסעד החוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in) שמבקשים העותרים – כמו גם הפרשנות המקיימת המוצעת על ידי העותרים אם לא יינתן סעד חוקתי – שונה מן "הפרשנות המקיימת" שמבקשים משיבי הממשלה והיועצת המשפטית לממשלה לתת לסעיף 88 לפקודת המשטרה. "הפרשנות המקיימת" שמבקשת היועצת המשפטית לממשלה לאמץ, משמעה שהשר – גורם פוליטי בעל אינטרס ממשי במחאה – יוכל לקבוע מדיניות והנחיות כלליות בעניין חופש הביטוי וחופש המחאה, בכפוף לעקרונות ערטילאיים שהוצעו על ידי היועצת, שאינם מספקים ערובות של ממש, ושהיועצת המשפטית מבקשת להוסיף לחוק על

דרך של פרשנות. לעומת זאת, הסעד החוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in) המבוקש על ידי העותרים, הוא תרופה חוקתית המבטלת את הסמכתו של השר לקבוע מדיניות בתחום הרגיש של חופש המחאה וחופש הביטוי באופן מוחלט. כך גם פרשנות לפיה סעיף 8 אינו מסמיך את השר לקבוע מדיניות בעניינים שיש בהם כדי להשליך על חופש הביטוי והמחאה. זאת בדומה לסעד הבטלות שמבקשת היועצת המשפטית לעניין סעיף 8ד, שמשמעותו ביטול הסמכת השר לקבוע מדיניות בתחום החקירות.

6. כפי שפורט בעתירה, עמדת העותרים היא כי פעילות המשטרה שיש בה כדי להטיל הגבלות על חופש המחאה ועל חופש הביטוי, אינה יכולה להיות כפופה למדיניות והנחיות כלליות של הדרג הפוליטי אלא לדין, והיא כלל אינה נושא לקביעת מדיניות. כפיפות למדיניות והנחיות כלליות של הדרג הפוליטי בתחום זה מהווה כשלעצמה הפרה של נוסחאות האיזון החוקתיות שנקבעו לעניין מימוש חופש הביטוי וחופש המחאה.

7. הקושי החוקתי שמעוררת הסמכתו של השר להתוות "את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תכניות עבודה, הנחיות כלליות [ו]ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א)" (סעיף 8ג(א) לפקודת המשטרה), אינו מוגבל לקושי להבחין בין מדיניות כללית לבין הנחיות קונקרטיות. הוא גם אינו מוגבל להעדרן של ערובות פרוצדורליות ומהותיות בתיקון 37. הסמכת השר – גורם פוליטי שיש לו עניין אישי ומוסדי ישיר במחאה הציבורית, תוכנה והשפעתה – לקבוע "מדיניות" או "הנחיות" בקשר למימוש חופש הביטוי, היא כשלעצמה מפרה את האיזונים החוקתיים בין חופש הביטוי וחופש המחאה לבין אינטרסים ציבוריים אחרים.

8. משכך, "הפרשנות המקיימת" שמציעה היועצת המשפטית לממשלה לסעיף 8 בכתב התשובה מטעם המשיבים 3-4, כלל אינה "מקיימת" את החוק, משום שאין בה כדי להסיר את הפגמים החוקתיים שבהם הוא לוקה.

9. חשוב לשים לב כי לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, פרשנות מקיימת אינה יכולה להכשיר את כל חלקי החוק ואינה יכולה להכשיר את חוקתיותו של הסדר המאפשר לקבוע מדיניות והנחיות כלליות בכל תחום. באופן ספציפי, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי לא ניתן "להציל" מבטלות, באמצעות פרשנות מקיימת, את סעיף 8ד, המקנה לשר סמכות לקבוע מדיניות בתחום החקירות. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי המניעה החוקתית שגורם פוליטי יקבע מדיניות בתחום החקירות היא גורפת, עם או בלי ערובות פרוצדורליות ומהותיות שיוכנסו לחוק על דרך של פרשנות.

10. העותרים מצטרפים לעמדת היועצת המשפטית לממשלה בעניין סעיף 8ד, אך סבורים כי אותו עקרון של שמירה על הפרדה מוחלטת בין הפעלת סמכות הגורם המוסמך לבין הדרג הפוליטי, חל גם על תחומים נוספים, ובאופן ספציפי על תחום חופש המחאה וחופש הביטוי. גם חופש המחאה והביטוי, הוא תחום כה רגיש שאין לתת בו דריסת רגל כלשהי לגורם פוליטי ברמת המדיניות וגם בתחום זה לא ניתן להפקיד בידי השר סמכויות הפוגעות באיזונים החוקתיים הקיימים. אין ערובות מהותיות או פרוצדורליות שיש בהן כדי לתקן את הפגיעה של הכפפת שיקול הדעת בתחום רגיש זה לשר.

11. חופש הביטוי וחופש המחאה הם לעולם זכויות שבהם לשר אינטרס אישי, פוליטי ואלקטורלי. מחאה מכוונת לרוב נגד מדיניות הממשלה, שבה השר חבר. לעיתים היא מכוונת ישירות נגדו. קביעת מדיניות והנחיות כלליות בנוגע למחאה, יש בה כדי להשליך ישירות על זכויותיהם הפוליטיות והאזרחיות של יריבים פוליטיים. כל "הנחיה" או "מדיניות" של השר למשטרה בתחום זה, תמיד תהיה נגועה בפוליטיזציה.
12. כל "מדיניות" או "הנחיה" אף בהכרח תהווה הפרה של האיזונים החוקתיים בין חופש המחאה וחופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים רלוונטיים. כפי שהראינו בבקשות לצו ביניים שהוגשו במסגרת הליך זה וכפי שנראה בהמשך, השר הכריז כי "מדיניותו" היא שלא לאפשר במסגרת מחאות "לחסום צירים מרכזיים", שלא לאפשר הנפה של דגלי פלסטין ולמנוע הפגנות נגד המלחמה בעזה. הניסיון המלאכותי להפריד בין הפוליטיקאי לשר, ולהציגו כדרג מיניסטרטיוואלי ולא פוליטי, יפה בתיאוריה אך אין לו אחיזה במציאות, והשנה האחרונה הוכיחה זאת מעל לכל ספק. לכן מבלי להתייחס לתוכן ה"מדיניות" ו"ההנחיות הכלליות", כל הנחיה כללית או מדיניות של השר בהכרח תפר את הדין בנוגע לחופש המחאה וחופש הביטוי.
13. פסיקת בית המשפט העליון לאורך עשרות שנים קבעה נוסחאות איזון הקובעות מתי ניתן להגביל את חופש המחאה ואת חופש הביטוי כדי לשמור על הסדר הציבורי או להגן על אינטרסים אחרים. יישום של נוסחאות איזון אלה נעשה ממקרה למקרה, לפי נסיבותיו הספציפיות. הנחייה כללית לאפשר או שלא לאפשר סוגים מסוימים של פעילות או הנחייה כללית לפעול בצורה כזו או אחרת, פוגעת באיזון שנדרש לעשותו בכל מקרה קונקרטי.
14. מדיניות או הנחיה כללית לגבי, למשל, סוגי או נושאי התהלוכות שיש לאשר או לא לאשר, או סוג המסרים שניתן לכתוב על שלטים, בהכרח תביא לכך שמפקד המחוז, בהפעילו את סמכותו לאשר או לא אשר תהלוכה, או בהחליטו לפזרה, לא יוכל לקבל החלטה המיישמת את האיזונים החוקתיים בעניין זה שנקבעו בפסיקה, שכן ההנחיה תהיה גורם מתערב באיזון בין הזכויות החוקתיות לאינטרסים אחרים, שיפר איזון זה. מדיניות או הנחיה כללית לגבי, למשל, המקרים בהם יופעל כוח במהלך הפגנה לצורך פינוי צירים, או הדרגה בה יופעלו אמצעים שונים לפיזור ההפגנה, תביא לכך שהגורם המוסמך לקבל את ההחלטה על הפעלת הכוח יצטרך לשקלל במסגרת האיזון החוקתי את ההנחיה הכללית שנתן גורם פוליטי, באופן המערער את האיזון בין האינטרסים שיש לאזנם במסגרת ההחלטה אם להפעיל כוח. וכן הלאה.
15. הטלת מגבלות על חופש הביטוי וחופש המחאה דורשת יישום של הדין, ולא יישום של הנחיות כלליות או מדיניות. הדברים אינם יכולים לדור בכפיפה אחת, ועל כן סעיף 8 בהכרח פוגע בזכויות חוקתיות באופן שמחייב ביטול של ההסדר שנקבע או מתן סעד חוקתי של "קריאה לתוך ההסדר", המחריג את סמכות השר בנוגע לכל פעילות הנוגעת לחופש המחאה וחופש הביטוי.
16. השימוש בסמכות השר לקבוע "הנחיות כלליות" ו"מדיניות" בעניינים הנוגעים למחאה ציבורית מאז חקיקת החוק מוכיחה את האמור, כפי שנראה. ודוק – בניגוד לטענת השר

והכנסת בתצהירי התשובה מטעמם, הדגמת אופן השימוש בסמכויות השר אינה מקימה רק טענות במישור המינהלי, אלא מבהירה את האופן שבו החוק מקרין על זכויות יסוד ומעמיד אותן בסיכון. יש שיישומן של החוק והדרך שבה הוא מופעל על ידי רשויות המדינה מלמדים על פגיעתו של החוק בזכויות מוגנות ומקלים על זיהוי הפגיעה בזכויות מוגנות. באופן זה, תוצאות יישום החוק על ידי הרשות המינהלית עשויות ללמד על פגם חוקתי "גנטי" בחוק (ראו למשל: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (11.5.2006)).

17. ואכן, החוק פסול כשלעצמו בגלל הפגמים החוקתיים שבו, אך במקרה זה הזדמן לכולנו גם לחזות בזמן אמת בהשפעתו ההרסנית במציאות. להלן נעמוד על הדברים בפירוט.

ב. תיקון 37 מביא לפוליטיזציה של המשטרה ולפוליטיזציה של המגבלות על חופש

הביטוי וחופש המחאה

18. תיקון 37 נולד על רקע דרישתו של חבר הכנסת איתמר בן גביר, היום השר לביטחון לאומי, לפגוע באי-תלותה של המשטרה ולשנות את האיזונים הקיימים בין עצמאות המשטרה לבין כפיפותה לדרג המיניסטריאלי, כתנאי להצטרפות סיעתו לקואליציה. נוכח הדרישה לתקן את החוק לפני השבעת הממשלה, הליכי החקיקה נמשכו ימים בודדים, מבלי שנעשתה עבודת מטה סדורה ביחס לכל השלכות החקיקה, מבלי שלובנה באופן מספק משמעות התיקונים, ומבלי שנעשה ניסיון לעגן בחקיקה איזונים ובלמים שימתנו את הפגיעה בזכויות יסוד ובעקרונות דמוקרטיים. הליכי החקיקה תוארו בהרחבה בעתירה, והצו על-תנאי מיום 18.6.2023 אינו חל עליהם, ולכן לא נחזור על הדברים.

19. תיקון 37 מסמיך את השר לביטחון לאומי לקבוע "את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים של פעילותה" וכן "להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות". בכך הוא פתח את הדלת לשר להשתלט על המשטרה ולהפוך את המשטרה למשטרה פוליטית, כלי הזמין לשימוש השר לצרכיו הפוליטיים והאידיאולוגיים, תוך ערעור אמון הציבור במשטרה.

20. כאמור, לא נחזור על הטענות שנטענו בפירוט בעתירות האחרות שהוגשו בעניין תיקון 37. טענות העותרים כאן ממוקדות בטענה, לפיה פגיעת תיקון 37 בחופש הביטוי ובחופש המחאה מובילה למסקנה כי החוק אינו חוקתי.

21. טרם ההתייחסות לסוגיית חופש הביטוי וחופש המחאה, נתייחס בקצרה למשמעותו הכוללת של תיקון 37 – פוליטיזציה של המשטרה והפיכתה לגוף, שלצד או במקום חובתו לשרת את שלטון החוק, הופך לכלי שרת לקידום האג'נדה הפוליטית והאידיאולוגית של מי שמכהן בתפקיד השר לביטחון לאומי.

22. במצב העניינים קודם לתיקון 37, כפיפות המפקח"ל והמשטרה לשר באה לידי ביטוי בהליך מינוי מפקח"ל המשטרה על ידי הממשלה בהמלצת השר. לאחר המינוי קשר זה התנתק,

ולמפכ"ל ולמשטרה הייתה עצמאות מוסדית בביצוע תפקידיהם, בדומה למוסדות אחרים, בהם היועץ המשפטי לממשלה, נגיד בנק ישראל ונציב שירות המדינה.

23. בית משפט זה עמד על חשיבות עצמאותם של המשטרה ושל המפקח הכללי העומד בראשה, ועל חשיבות ההפרדה בין השיקולים המנחים אותם לבין הדרג הפוליטי –

"מטבע הדברים, ישנה חשיבות מיוחדת שהפעלת הסמכויות בתחומים אלו תיעשה על בסיס מקצועי ובהתחשב באינטרס הציבורי בלבד, באופן שוויוני וללא משוא פנים ... מכאן החשיבות הרבה בהבטחת עצמאותו ואי תלותו של מפכ"ל המשטרה, העומד בראשה ואמון על הפעלתה לביצוע תפקידיה. לפיכך סבורני כי במסגרת החלטה שקוצבת את תקופת כהונת המפכ"ל, יש ליתן משקל מתאים להבטחת עצמאותו ואי תלותו, וזאת בדומה להסדרים שנקבעו לעניין בעלי תפקידים בכירים אחרים במערכת אכיפת החוק, דוגמת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, שכהונתם נקצבה כאמור לתקופה אחת של שש שנים, שאינה ניתנת להארכה.

...
ניתוק הזיקה בין מפכ"ל המשטרה לממשלה היא אמצעי להבטיח אף במישור של מראית פני הדברים כי החלטותיו של המפכ"ל ענייניות הן, ולהסיר חשש בקרב הציבור ששיקול פרטי כלשהו של המפכ"ל משפיע על אופן קבלת החלטותיו".

בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקאות 16-17 (12.12.2021).

24. התפיסה המקובלת ביחס למשטרה בישראל היא כי יש למנוע התערבות של הדרג הפוליטי בנושאים מקצועיים הנוגעים לעבודתה –

"הפיקוח הפוליטי על המשטרה מתמקד בעיקר בניהולה הארגוני ובשימוש מושכל במשאביה החומריים והאנושיים. עם זאת, הדרג הפוליטי אינו יכול להתערב בשיקולים המקצועיים של שוטרים וקצינים, השואבים את סמכויותיהם ישירות מהחוק."

עמיקם הרפז ומרים גולן **משפט ושיטור - זכויות אדם וסמכויות משטרה** עמ' 100 (2018).

25. ד"ר פנחס יחזקאלי וד"ר אורית שלו תיארו את המצב המשפטי (שקדם לתיקון 37) כך –

"סמכויות השר והמפכ"ל מעוגנות בחוק בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, שהייתה ביסודה פקודה מנדטורית. על פי הפקודה, **המפכ"ל מהווה רשות עצמאית-סטטוטורית וסמכויותיו מעוגנות בחוק. הוא אינו מקבל את סמכויותיו מהשר, כפי שהדבר קיים בקרב עובדי המדינה הבכירים במשרדי ממשלה אחרים**. דומים לו רק עובדי ציבור בודדים, כמו הרמטכ"ל מול שר הביטחון והיועץ המשפטי לממשלה מול שר המשפטים."

פנחס יחזקאלי ואורית שלו "היחסים שבין המפכ"ל לשר הממונה בישראל, 1997-1948" **משטרה וחברה** (גיליון 4), עמ' 89, 98 (2000).

ראו גם: אהרן ברק "המשטרה וזכויות אדם בישראל" בתוך: **מבחר כתבים א', עמ' 667** (2000).

26. תיקון 37 הופך כלל זה על ראשו, והופך את המשטרה מגוף ממלכתי הכפוף לשלטון החוק לגוף פוליטי הכפוף לגחמות פוליטיות.

27. הסמכויות והאמצעים העומדים לרשות המשטרה – בכלל זה סמכויות המאפשרות הפעלת כוח, שלילת חירות, פגיעה בפרטיות, פגיעה בקניין, פגיעה בחופש הביטוי ובחופש המחאה, פגיעה בחופש התנועה ועוד – הם מטיבם סמכויות ואמצעים שהשימוש בהם כרוך בפגיעה בזכויות אדם. תיקון 37 מעמיד לרשותו של גורם פוליטי המחויב ציבורית לאידאולוגיה מסוימת ולציבור בוחרים מסוים, כוח לקבוע כיצד וכלפי מי יופעלו סמכויות אלה, באמצעות קביעת "מדיניות" ו"עקרונות כלליים".

28. ביטול עצמאותה של המשטרה והכפפתה ל"מדיניות" שיקבע הדרג הפוליטי סופס להיות מנוצלים לרעה על ידי השר בדרכים רבות, תוך פגיעה לא חוקתית בזכויות מוגנות – שיטור יתר כלפי קבוצות על רקע פוליטי, אתני או אחר או שיטור חסר כלפי קבוצות כאלה; פגיעה במאבק בשחיתות שלטונית או מיקוד חקירות שחיתות שלטונית ביריבים פוליטיים; פגיעה במפלגות יריבות; פגיעה בחופש הביטוי של יריבים פוליטיים, ועוד. לכן את הדלת שהשר ביקש לפתוח באמצעות התיקון, צריך לסגור ולנעול. אין מקום להמתין עד שהתוצאה תתרחש, כי אז זה כבר יהיה מאוחר מדי, ויש שיאמרו שכבר מאוחר מדי.

29. לאורך כל הליך החקיקה ניסה חבר הכנסת בן גביר ליצור אנלוגיה בין כפיפות הצבא לשר הביטחון לבין דרישתו להכפיף באופן מלא את המשטרה לשר האחראי עליה. מדובר באנלוגיה כוזבת. הצבא אמור לעסוק באיומים חיצוניים באמצעות הפעלת כוח, בעוד שהמשטרה אמורה לאכוף את הדין על אזרחי ותושבי ישראל. לא נחזור על הדברים שנאמרו על ידי משתתפי הדיונים בוועדה המיוחדת, ונסתפק בהבאת הסברם של פרופ' אליאב ליבליך ופרופ' אדם שנער – במאמר שפורסם ערב חקיקת תיקון 37 (נספח ע/12 לעתירה) – בעניין ההבדלים בין שני הגופים וכפיפותם לדרג הפוליטי:

"התפישה שלפיה היחסים בין הדרג הפוליטי לצבא ובינו לבין המשטרה צריכים להיות זהים מוטעית מהיסוד. יש הבדל דרמטי בין שיטור לבין לחימה, הן מבחינת סוג הפעילות והן מבחינת תהליכי קבלת ההחלטות. במצב הדברים הרגיל צבא פועל מול אויבי המדינה, ותכליתו הבסיסית היא כפייה פיזית ואלימה של רצון המדינה כדי להביא לניצחון במלחמה, בהתאם לאסטרטגיה הנקבעת על ידי הדרג המדיני. תפקידה של המשטרה, להבדיל, הוא להגן על זכויות האדם של הפרט בתוך תחומה של המדינה, בכפוף להוראות הדין הציבורי והפלילי.

המשטרה צריכה לשמור על זכויות האזרחים ועל הסדר הציבורי, ולשם כך עליה לאכוף את החוק באופן שוויוני שלא נותן מעמד מועדף לאינטרס פוליטי כזה או אחר. מנגנון אכיפת החוק חייב להיות נייטרלי וחף משיקולים פוליטיים מפלגתיים. בדיוק מסיבה זו ההסדר החוקי הקיים מבדד את המשטרה מהשפעות פוליטיות.

...

חמור מזאת, האנלוגיה של בן גביר בין משטרה לצבא משקפת תפישה מסוכנת, המבקשת לפתור בעיות אזרחיות, כגון פשיעה, באמצעות חשיבה וכוח כמו צבאיים. תפישה זו סופה להתייחס לאזרחים כאל אויבים, בין אם ידובר

בפלסטינים אזרחי ישראל, שמאלנים, מפגינים, ארגוני זכויות אדם או כל קבוצה אחרת שלא תתיישר עם הקו הפוליטי שבן גביר יבקש להשליט. בסופו של דבר, הפיכת המשטרה לשלוחה פוליטית של הממשלה — ושל שר ספציפי בה — עלולה לשמש לביצור השלטון הנוכחי באמצעות הכוח המשטירתי. כוח זה אמור לפעול בשוויוניות כלפי כולנו, שכן המשטרה שייכת לכולנו ופועלת למעננו."

אליאב ליבליך ואדם שנער "משטרת ישראל בכפוף להנחיות בן גביר" אתר הארץ, 10.12.2022.

30. תיקון 37 הופך את משטרת ישראל מגורם ניטרלי ומקצועי, גם אם לא חף מבעיות, למשטרה פוליטית, המשתמשת בסמכויותיה לפגוע בזכויות יסוד כדי לשרת גורמים פוליטיים לשם מימוש אינטרסים אישיים, פוליטיים ואחרים.

31. לאור האמור בפרק זה נקדים את המאחר ונאמר כבר עתה – ככל שתיקון 37 פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות (וכפי שנראה מייד, הוא פוגע בזכויות כאלה), הוא אינו צולח את תנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שעולה מהאמור בכתב העתירה בעניין הליך החקיקה וכפי שעולה מהאמור בפרק זה, תכליתו של התיקון היא ביטול אי-תלותה של משטרת ישראל בדרג הפוליטי ועצמאותה, תוך הזרמת שיקולים פוליטיים ואידיאולוגיים אל תוך מערכת אכיפת החוק, ותוך מתן כוח בלתי מוגבל לממשלה. מדובר בתכלית שאינה ראויה ושאינה עולה עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

32. על רקע זה יש לבחון את האופן שבו התיקון מכפיף זכויות יסוד מוגנות לשיקולים פוליטיים ואידיאולוגיים, באמצעות קביעת מדיניות הנוגעת, בין היתר, למגבלות על מחאה ועל ביטוי.

ג. הפגיעה בחופש המחאה ובחופש הביטוי

33. בפרק זה נסביר מדוע יש לקבוע כי תיקון 37 לפקודת המשטרה, ולמצער סעיף 8 לפקודת המשטרה, בטלים בשל פגיעתם הבלתי חוקתית בחופש הביטוי והמחאה.

34. דומה שמיותר לציין, כי חופש הביטוי וחופש המחאה הם זכויות יסוד חוקתיות, הנגזרות מן הזכות לחירות ומן הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חופש המחאה וחופש הביטוי הם תנאי בסיסי לא רק להבטחת חירותו האישית של הפרט, אלא לעצם קיומה של הדמוקרטיה. משום כך הם נתפשים כזכויות המצויות במדרג הגבוה ביותר של זכויות האדם במדינה דמוקרטית.

35. בית משפט זה עמד על כך לא אחת –

"זכות ההפגנה והתהלכה היא זכות יסוד מרכזית של האדם בישראל (בג"צ 6658/93 כלביא ואח' נ' מפקד משטרת ירושלים, בעמ' 796). 'דומה, כי חופש ההפגנה והאסיפה עומד על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזו ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצון לקיים צורת משטר דמוקרטית' (בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי שלמשטרת ישראל, בעמ' 398). **החירות להתבטא, ובתוך כך לקיים אסיפה או תהלכה, היא ביטוי מובהק לכבוד האדם ולחירותו** (ראו בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז

ירושלים ואח', בעמ' 468). חשיבותה של זכות זו וחיוניותה לתהליך הדמוקרטי
אינן מוטלות בספק:

'קיומה של אסיפה ותהלוכה הוא אחד האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בענינה של המדינה, אמצעי שהוא לעיתים יעיל יותר וממשי יותר מאמצעי הביטוי האחרים' (בג"צ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', בעמ' 171-172).

בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ(2) 822, פסקה 7 (1996).

36. אחד התחומים הרגישים ביותר, שבו הוקנו למשטרה סמכויות נרחבות, נוגע לחופש המחאה וההפגנה. תיקון 37 דורס את האיזונים העדינים הקיימים (אשר כשלעצמם אינם חפים מבעיות) בין חופש המחאה וחופש הביטוי לבין סמכויות השיטור ואכיפת החוק של המשטרה, באמצעות הכנסת גורמים ושיקולים פוליטיים לתוך קלחת זו. כפי שנראה בהמשך, שימוש השר בסמכויות לקבוע "מדיניות" ו"הנחיות כלליות" בנוגע להפגנות מאז חקיקת תיקון 37, מלמד על דריסת האיזונים בין חופש הביטוי וחופש המחאה לבין האינטרס הציבורי ועל אי חוקתיות התיקון, למצער ככל שהוא נוגע לסמכות להתוות "מדיניות" בנושא זה.

37. כדי להבהיר עד כמה סמכות השר להכתיב את פעולות המשטרה באמצעות קביעת "מדיניות" מאיימת על חופש המחאה וחופש הביטוי, נבחן בקצרה חלק מסמכויותיה של המשטרה בעניין זה.

38. סמכויותיה הרחבות – רחבות מדי – של המשטרה בנוגע להטלת מגבלות על חופש המחאה, מעוגנות, בין היתר, בסעיפים 83 ו-84 לפקודת המשטרה –

"83. בסימן זה –

"אסיפה" – חמישים איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני או כדי לדון בנושא כזה ;

"תהלוכה" – חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי להלך יחד, ממקום למקום, בין שהם בתנועה ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו ;

"מחוז", לענין סעיף 84 – מחוז משטרה, או כל תחום משטרתי משני שהמשטרה שבו נתונה לפיקודו של קצין המשטרה הבכיר שנתן את ההודעה לפי אותו סעיף.

הסדרת אסיפות ותהלוכות

84. (א) סבור מפקד משטרת המחוז כי קיום הבטחון הציבורי או הסדר הציבורי מחייבים זאת, רשאי הוא לדרוש, בהודעה לציבור, כללית או מיוחדת, שכל הרוצה להועיד, לארגן או לקיים במחוזו אסיפה או תהלוכה יבקש בכתב מאת הממונה רשיון לכך, לא פחות מחמישה ימים או זמן אחר שיפורש בהודעה לפני היום שנועד לקיום האסיפה או התהלוכה.

(ב) הודעה כללית יכול שתחול על המחוז כולו או מקצתו, הכל לפי שיפורש בה.

(ג) הודעה כללית או מיוחדת תעמוד בתקפה כל עוד לא שונתה או בוטלה בהודעה אחרת שפורסמה על ידי מפקד משטרת המחוז."

39. בהתאם לכך הוציאו מפקדי המחוזות הודעות כלליות, לפיהן מי שמבקש לקיים "אסיפה" או "תהלוכה" תחת כיפת השמיים יידרש לקבל לשם כך רישיון.

40. הוראה זו היא שריד קולוניאליסטי מתקופת המנדט, ואינה מקובלת במדינות דמוקרטיות. בית משפט זה עמד על כך בפרשו את סעיפים 83 ו-84 לפקודה –

"כמתואר לעיל, הסיר המחוקק הישראלי מפקודת המשטרה בנוסחה המקורי עוד בשנת 1960 חלק מן ההוראות הגורפות והשרירותיות שנכללו בה לעניין קבלת רישיון לאסיפות ותהלוכות. עם זאת, בחר המחוקק הישראלי להותיר על כנה את החובה לקבל רישיון ממשטרת ישראל לצורך קיום 'אסיפה' או 'תהלוכה' כהגדרתן בסעיף 83 לפקודת המשטרה. הוראה זו, שנותנה בספר החוקים שלנו כשריד מנדטורי, ולפיה מוסמכת המשטרה ליתן או לסרב ליתן רישיון ל'אסיפה' על פי אמת מידה הנוגעת לנושא האסיפה, להבדיל מאמות מידה 'ניטרליות' המיועדות לשמירה על הסדר הציבורי ועל שלום הציבור, היא כשלעצמה מרחיקת לכת ביותר. אכן, סקירה של המשפט הנוהג בהקשר זה במדינות מערביות דמוקרטיות אחרות מלמד כי דרישה לרישיון על פי אמת מידה הנוגעת לתוכנה של האסיפה או ההפגנה אינה מקובלת".

בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל**, פסקה 34 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) חיות (8.1.2017).

41. בבג"ץ 6536/17 הנ"ל בית המשפט צמצם את פרשנות סעיפים 83 ו-84 כך שהדרישה לקבל רישיון לאסיפה תחול רק מקום שבו מתקהלים לפחות 50 אנשים כדי לשמוע נאום או הרצאה "בנושאים מדיניים-פוליטיים במובן הצר של מונחים אלו" (שם, פסקה 41). גם פרשנות זו פורשת רשת רחבה על סוגים שונים של פעולות מחאה, ומעבר לכך – **פרשנות זו דורשת מן המשטרה "לבחון את תוכן ההפגנה ואת האידיאולוגיה שאותה היא באה לקדם על מנת להכריע בשאלה האם מדובר בהפגנה הטעונה רישיון"** (שם, פסקה 39), בניגוד למקובל במדינות דמוקרטיות.

42. סמכויותיה הנרחבות של המשטרה ביחס לחופש המחאה אינן מסתכמות בסמכות להכריע לפי תוכנה של הפגנה אם היא הפגנה "בנושא מדיני". ביחס לכל אסיפה שבה משתתפים יותר מ-500 איש ("עצרת עם") קיימת חובה לתת הודעה מוקדמת של 5 ימים בהתאם לחוק הבטיחות במקומות ציבוריים, התשכ"ג-1962. בנוסף לכך, המשטרה מפרשת את סמכויותיה הכלליות לשמירת הסדר ושלום הציבור, מכוח סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה, כסמכויות שמכוון היא רשאית לקבוע את התנאים לקיום הפגנה שאינה "אסיפה" או "תהלוכה" (ראו סעיפים 6-10 לנוהל אג"מ מס' 221.110.19 "נוהל רישוי אסיפות ותהלוכות", נספח ע/13 לעתירה).

43. סוגי התנאים שמשטרת ישראל קבעה שהיא רשאית להטיל מכוח סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה – בכל הפגנה ולא רק ב"אסיפה" או "תהלוכה" – הם כאלה שיש בהם פוטנציאל של ממש לפגיעה בחופש המחאה ובחופש הביטוי. בהתאם ל"בנק התנאים" (נספח ג' לנוהל אג"מ הנ"ל), המשטרה יכולה לחייב מארגני הפגנה לנקוט בשלל אמצעים כמו מינוי סדרנים

והצבת שילוט, ועשויה לקבוע את דרכי פרסום ההפגנה, להכתיב את סוג מערכת הכריזה, לקבוע שעות ההתקהלות וכיוצא באלה, ובמקרים של "אסיפה" או "תהלוכה" הטעונה רישיון – לחייב את מארגני ההפגנה להפקיד ערובה להבטחת קיום התנאים שנקבעו.

44. כפי שעולה מן הנוהל הנ"ל, האופן שבו מפרשת המשטרה את סמכויותיה הכלליות מותיר לה מידה רבה של יכולת להכתיב את אופיין של מחאות, באופן שבשילוב עם החובה לתת הודעה מראש לפי חוק הבטיחות במקומות ציבוריים, כמעט מרוקן ממשמעות את צמצום חובת הרישיון בבג"ץ 6536/17 הנ"ל.

45. נוסף על האמור, לעמדת היועמ"ש נתונה למשטרה סמכות לפזר הפגנה כאשר קיים יסוד סביר לחשש כי נעברת עבירה של התקהלות אסורה לפי סעיף 151 לחוק העונשין, התשל"ז-1967 (הנחיית היועצת המשפטית לממשלה מס' 3.1200 "חירות ההפגנה").

46. המשטרה עושה תדיר שימוש בסמכויות אלה, כשרק בחלק קטן מן המקרים הדברים מגיעים להתדיינות משפטית (ראו, למשל: בג"ץ 7059/20 עמותת "חוזה חדש" נ' **משטרת ישראל** (17.11.2020); בג"ץ 5976/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל** נ' **ממשלת ישראל** (10.9.2020); בג"ץ 1983/17 **נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (24.7.2017)).

47. מעבר לפגיעה בחופש המחאה ובחופש הביטוי, מדיניות המשטרה בנוגע להפגנות משליכה גם על הזכות לחירות ועל שלמות הגוף. משטרת ישראל קבעה שורה של נהלים הקובעים את אופן השימוש בכוח בעת הפגנות (נוהל הפעלת ושימוש מכת"ז (נוהל אג"מ מס' 220.010.12); נוהל הפעלה ושימוש באלה באירועי הפרת סדר (נוהל אג"מ מס' 220.010.18); נוהל שימוש ברימון הלם (נוהל אג"מ מס' 202.010.15). ראו גם: בג"ץ 5882/18 **קרויס נ' משטרת ישראל** (19.8.2020) ובג"ץ 346/21 **עמותת משפט אמת וצדק נ' משטרת ישראל** (29.7.2021)). השימוש בסמכויות אלה פוגע מטבעו בזכויות האדם הבסיסיות ביותר.

48. אם לא די באלו, המשטרה גם משפיעה על חופש הביטוי באמצעים רבים נוספים. כך, למשל, אופן ביצוע המעצרים, שימוש מוגזם בכוח ובאלימות נגד מפגינים, אופן הפעלת האמצעים שברשותה, השפלת עצורים שנעצרו בהפגנה או בשל ביטוי החשוד כאסור, צילומם והפצת הצילומים מהמעצר, הטלת מגבלות דרקוניות בעת שחרור ממעצר של מפגינים, איום על בעלי אולמות המשכירים אותם לאירועים פוליטיים ועוד. משטרה שמושפעת פוליטית מהשר עשויה להרתיע מפגינים ולהעביר מסר מצנן למחאה או למימוש חופש הביטוי בדרכים רבות, יצירתיות ומגוונות, ולא רק בהחלטות פורמליות, וגם באמצעות אכיפה ברגנית.

49. במסגרת הליכי החקיקה הוצעו מספר הסתייגויות שנועדו להחריג את תחום חופש המחאה מן הסמכויות שהוקנו לשר במסגרת תיקון 37. כך, למשל, סיעת חד"ש-תע"ל הציעה להחליף את סעיף 8ג(א) בהוראה הקובעת –

"סמכות השר להתוות מדיניות כללית לא תחול בתחומי העמדה לדין, חקירות, חופש הביטוי, המחאה, ההפגנה וההתארגנות. המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד." (הסתייגות 401.א).

50. סיעת יש עתיד הציעה להוסיף בסעיף 8ג(א) את המילים "ובלבד שלא תתקיים הגבלת הפגנות של מפלגות מתחרות של מפלגת השר" (הסתייגות 424) או את המילים "האמור לא יקנה לשר אפשרות להתערב באופן שיש בו כדי לפגוע בחופש הביטוי ובחירות ההפגנה של כל אדם במדינת ישראל" (הסתייגות 529), וסיעת העבודה הציעה להוסיף בסעיף 9ב את המילים "ככל שאינה נוגעת לחופש הביטוי, ההתארגנות וההפגנה" (הסתייגות 807.ה).

לפירוט ההסתייגויות ראו: https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls2_1443135.pdf

51. **כל ההסתייגויות, לרבות אלה הנוגעות לחופש הביטוי, נדחו.**
52. על הכוונה להחיל את התיקון גם על הפגנות ניתן ללמוד מדבריהם של חלק מחברי הכנסת. כך, למשל, בדיון בוועדה המיוחדת ביום 22.12.2022 ציין חבר הכנסת משה סעדה מהליכוד – "זאת אומרת, השר יכול להחליט לגבי מדיניות הפגנות, אבל זה חל על כל ההפגנות" (עמ' 194 לפרוטוקול הדיון).
53. במסגרת הדיון בהסתייגויות ביום 26.12.2022 חברת הכנסת נעמה לזימי ממפלגת העבודה התייחסה למשמעות הסירוב להחריג הפגנות –

"כל הסיפור של פיזור השיטור, סמכויות בהפגנות הוחרגו בכל המקומות שהראיתם. הוכחנו לכם את זה. הממ"מ של הכנסת – האם הוא נגדכם? הוציא סקירה ובו הראה בדיוק את המקומות בהם יש יותר סמכויות לשר לביטחון פנים כדי לקדם מדיניות אבל בדיוק מה הוחרג. המקומות האלה הוחרגו בכמעט כל המדיניות בהן הייתה סקירה כולל אוסטרליה היקרה של בן גביר. ועדיין אתם מתעלמים. המקום הזה של הזמן בוחר את הנקודות הרעות והחשוכות ולא יודע להאיר ולקחת את הנקודות הטובות בכול – זה כוונת מכוון." (עמ' 37 לפרוטוקול).

54. האפשרות של השר להתערב ולקבוע מדיניות בתחום מימוש חופש ההפגנה מעורר קושי רב, משום שחלק גדול מאירועי המחאה הציבורית מופנה כלפי גורמים שלטוניים ופוליטיים, לרבות השר עצמו ולרבות גורמים בממשלה שבה הוא מכהן. חלק גדול מאירועי המחאה מופנה כלפי פעולות או מדיניות שבהן תומכים השר ומפלגתו, ומטבעה, מחאה עשויה להשפיע על יכולתם של השר ושל הממשלה לקדם את המדיניות בה הם מעוניינים. הדבר מעמיד את השר בניגוד עניינים מוסדי, שכן שיקוליו אינם יכולים להיות נקיים ומנותקים מתוכן המחאה ויעדיה.

ד. גם "הפרשנות המקיימת" שהציגו משיבי הממשלה מביאה להפרת האיזון החוקתי, למצער בנוגע לחופש הביטוי וחופש המחאה

55. בתשובה שהוגשה על ידי משיבי הממשלה באמצעות היועצת המשפטית לממשלה, הובאה עמדתם לפיה "פרשנות מקיימת" של סעיף 8 לפקודת המשטרה מאפשרת לו לצלוח, בדוחק, את המשוכה החוקתית. עמדת העותרים כאן היא ככל שהדברים נוגעים לסמכות השר לקבוע מדיניות בענייני חופש הביטוי וחופש המחאה, "הפרשנות המקיימת" שהציעה היועצת המשפטית לממשלה, אינה מצילה את החוק מבטלות.

56. לשיטת משיבי הממשלה, פרשנות מקיימת של סעיף 8 משמעה כי "מבחינה מהותית השר רשאי לקבוע מדיניות כללית בעניינים בעלי חשיבות עקרונית בלבד, המותירה לגורמים המוסמכים במשטרת ישראל מרחב שיקול דעת רחב בקבלת ההחלטות הקונקרטיות, והמדיניות אינה יכולה להוות כסות למתן הנחיות אופרטיביות לפעולת המשטרה. מבחינה פרוצדורלית, יש לקבוע כי גיבוש מדיניות מחייבת קיום עבודת מטה סדורה שמסגרתה יינתן משקל משמעותי להמלצות הדרג המקצועי. זאת, בנוסף להקפדה בקיום הדרישות התהליכיות הקונקרטיות הקבועות בסעיף – פרסום המדיניות ודיווח לכנסת" (סעיף 193 לכתב התשובה מטעם המשיבים 1-2 מיום 28.3.2024).

57. אלא שפרשנות זו, אין בה כדי לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש המחאה באופן המביא אותה אל תוך מתחם החוקתיות, ואין בה כדי למנוע שיבוש מוחלט של האיזונים החוקתיים הנדרשים לצורך הפעלת סמכויות המשטרה הנוגעות להטלת מגבלות על חופש הביטוי וחופש המחאה. **היועצת המשפטית לממשלה לא נתנה ולו דוגמה אחת למדיניות שנקבעה על ידי השר בתחום חופש המחאה והביטוי או שעשויה להיקבע על ידו שתעמוד באמות המידה שהותוו על ידה ולא תביא לפגיעה בלתי מידתית בחופש המחאה או בחופש הביטוי.**

58. כפי שפורט בפרק הקודם, למשטרה סמכויות רבות הפוגעות מעצם טיבן בחופש המחאה ובחופש הביטוי – סמכות לתת או לסרב לתת רישיונות לאסיפות ותהלוכות, סמכות לקבוע תנאים לקיום אסיפות ותהלוכות, סמכות לפזר הפגנות בנסיבות מסוימות, סמכות להשתמש בכוחו – לרבות שימוש באמצעים אלימים שונים – לפיזור הפגנות או לאכיפת הסדר הציבורי בהפגנות, סמכות לעצור ולשחרר בתנאים מפגינים ועוד.

59. **סמכויות מרחיקות לכת אלה אינן כפופות ואסור שתהיינה כפופות למדיניות כלשהי של גורם פוליטי. השימוש בסמכויות אלה אינו עניין ל"מדיניות" אלא עניין לדין. הדין קובע כיצד יש לעשות שימוש בסמכויות האמורות, אלו שיקולים מותר לשקול, אלו שיקולים אסור לשקול, וכיצד על הגורם בעל הסמכות לאזן בין השיקולים הללו. הגורם המוסמך, אסור שיכניס בין השיקולים שעליו לאזן שיקולים הנוגעים ל"מדיניות" של גורם פוליטי.**

60. "ערובות מהותיות" לפיהן לשר מותר לקבוע רק הנחיות כלליות בנושאים עקרוניים ולא להתערב ביישומן בשטח, אינן מרפאות את השיבוש החוקתי שמדיניות או הנחיות כלליות כאלה יוצרות באמצעות הטיה של האיזון שהדין מחייב, בעת יישומן. היועצת המשפטית לממשלה הכירה באמור ככל שהדברים נוגעים למדיניות חקירה, שבה עוסק סעיף 78ד, ולא ייתכן שהדברים לא יחולו גם, לכל הפחות, על סמכויות המשטרה הנוגעות לחופש המחאה וחופש הביטוי.

61. **בהפעילם סמכויות המאפשרות להגביל את חופש המחאה והביטוי, על הגורמים המוסמכים לפעול אך ורק בהתאם לדין ולא בהתאם להנחיות, כלליות ועקרוניות ככל שתהיינה. לאורך עשרות שנים, בית משפט זה התווה את אופן הפעלת השימוש בסמכויות אלה, שפוטנציאל הפגיעה שלהן עצום. בית המשפט קבע, בין היתר, מה הם השיקולים ומה הן נוסחאות האיזון להפעלת סמכויות המשטרה בעניינים אלה (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של**

משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984); את אופן ביצוע האיזון בין חופש המחאה לבין תקנת הציבור ורגשות הציבור (בג"ץ 953/89 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד מה(4) 683 (1991)); את אופן ביצוע האיזון בין חופש המחאה לבין רגשות דת (בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים** (20.6.2007)); את אופן ביצוע האיזון בין חופש המחאה לבין הפגיעה בסדר הציבורי (בג"ץ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ(2) 822 (1996)); בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל** (8.10.2017); את האיזונים בנוגע להפגנות מול בתייהם של אנשי ציבור (בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפרד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994)); את השיקולים לשימוש באמצעים כמו מכת"זית ומידתיות השימוש בהם (בג"ץ 346/21 **עמותת משפט אמת וצדק נ' משטרת ישראל**, פסקה 5 לחוות דעת השופט שטיין ופסקה 3 חוות דעת השופט סולברג); את האיזון בין חופש המחאה לבין שיקולי כוח אדם (בג"ץ 8007/23 **מפלגת חד"ש נ' מפכ"ל המשטרה** (8.11.2023)); ועוד.

62. שעה שהגורמים המוסמכים במשטרה מפעילים במקרה קונקרטי סמכויות הנוגעות להגבלת חופש הביטוי וחופש המחאה, עליהם להיות כפופים אך ורק למרותו של הדין, כפי שהותווה בפסיקה ענפה בעניין זה, ולאזונים שנקבעו בפסיקה זו. השיקולים הרלוונטיים, השיקולים הבלתי רלוונטיים ונוסחאות האיזון בין זכויות יסוד אלה לבין אינטרסים אחרים או זכויות אחרות, קבועות כולן בדין.

63. נוכח האמור, **העקרונות הכלליים הנוגעים לשימוש בסמכויות המשטרה להגביל את חופש המחאה וחופש הביטוי אינם עניין למדיניות.**

64. "מדיניות" או "הנחיות" בקשר לשימוש המשטרה בסמכויותיה להגביל את חופש המחאה או חופש הביטוי, כלליות או עקרוניות ככל שתהינה, משבשות את האיזון שעל הגורמים המוסמכים במשטרה לבצע בכל מקרה קונקרטי.

65. טלו לדוגמה הנחיות בדבר חסימת צירים – כאשר מפקד המחוז צריך לקבל החלטה קונקרטית אם לעשות שימוש בסמכותו לפזר הפגנה שמביאה לחסימת ציר, להורות על שימוש בכוח לשם כך ולבחור את האמצעי שישמש לכך, הדין, כפי שבא לידי ביטוי בפסיקה, מציב בפניו את נוסחאות האיזון הנדרשות לשם, קובע את השיקולים שמותר לו לשקלם וקובע איזה משקל יש לתת לכל שיקול.

כעת, נניח שהשר קובע כ"מדיניות" או כ"הנחיה כללית", כפי שהודיע שעשה לפני כשנה, שככלל יש לפעול לפינוי צירים ופתיחת כבישים במקרים של הפגנות – אפילו אם נאמץ את "הפרשנות המקיימת" של היועצת המשפטית לממשלה ונראה בדברים הנחיה כללית המותירה לגורם המוסמך שיקול דעת בקבלת ההחלטה הקונקרטית, ברור שהמדיניות תשליך על האיזון החוקתי שיתבצע על ידי הגורם המוסמך (שגם תלוי לעיתים בשר לקידומו במשטרה), שהרי אם לא תשליך עליו, מה בכלל משמעותה של המדיניות או ההנחיה הכללית? לכן מדיניות כזו משבשת את האיזון החוקתי שנקבע בדין ובפסיקה שפירשה את הדין, ומעניקה לשיקול הסדר הציבורי משקל רב יותר משאמור להינתן לו על פי דין (שהרי, כאמור, אם המדיניות אינה משנה את האיזון, אין לה כל משמעות). מתן משקל רב יותר לשיקול הסדר

הציבורי על חשבון המשקל שניתן לזכות המחאה, מביא בהכרח לפגיעה בלתי מידתית בחופש המחאה.

66. טלו דוגמה נוספת – בשנת 2022 בית המשפט העליון רשם לפניו את הודעת משטרת ישראל כי הסרת דגלים פלסטיניים אינה חלק ממדיניות גורפת, אלא נעשית "באירועים נקודתיים, לפי שיקול הדעת המבצעי של גורמי האכיפה בשטח (וככלל, בהחלטת קצין משטרה), וזאת בהתאם לדין ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ומכלול הנסיבות והשיקולים הרלבנטיים לעניין" (בג"ץ 1386/22 **דיאב נ' מפכ"ל משטרת ישראל**, פסקה 4 (7.11.2022)).

כעת, נניח שהשר קובע מדיניות לפיה יש להסיר, ככלל, דגלים פלסטיניים מהמרחב הציבורי (כפי שהשר אכן הודיע שעשה, ולא ביחס לכל דגל אלא רק לדגל מסוים). אף אם "הפרשנות המקיימת" שמציעה היועצת המשפטית לממשלה תראה בהנחיה זו הנחיה כללית או מדיניות שמותירה מרחב לשיקול דעת של הגורם המבצע, הרי שגם כאן ההנחיה הכללית תביא לשינוי המשקלות שייתן הגורם המוסמך לשיקולים השונים, ישבש את האיזון החוקתי שנקבע בדין תוך צמצום המשקל שניתן לחופש המחאה וחופש הביטוי, ויביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות.

67. את האמור לעיל אפשר להחיל על כל דוגמה אפשרית של יישום מדיניות כללית או הנחיה כללית הנוגעת לשימוש בסמכויות המגבילות את חופש הביטוי או המחאה. **במסגרת הצעתה ל"פרשנות מקיימת" היועצת המשפטית התייחסה באופן כללי וערטילאי לאפשרות לקבוע מדיניות, אך לא נתנה ולו דוגמה אחת למדיניות או הנחיה כללית שניתנה על ידי השר או שיכולה להינתן על ידי השר – לא בתחום חופש ההפגנה ולא בכל תחום אחר – שתהיה כדין לפי פרשנותה המקיימת.** לפחות בכל הנוגע לחופש המחאה וחופש הביטוי (וייתכן שגם בתחומים אחרים), אין ולא יכולה להיות מדיניות שלא תביא לשיבוש ועיוות המשקל שיש לתת לזכויות, אינטרסים ושיקולים שונים לפי מבחני הפסיקה.

68. במסגרת "הפרשנות המקיימת" שמציעה היועצת המשפטית לממשלה, אחד התנאים המוצעים על ידה הוא ש"על מדיניות השר להיות בהלימה לקווים המנחים שהותוו בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין גדר הסמכות הנתונה למשטרה ואופן הפעלתה, בשים לב לאיזונים המתאימים בין האינטרס הציבורי העומד על הפרק לבין חריות וזכויות הפרט" (סעיף 188 לתצהיר תשובה מטעם המשיבים 1-2). אלא שמדובר באמירה שאין בה דבר. מובן שתחת כל פרשנות, מקיימת או לא מקיימת, מדיניות השר צריכה להיות כפופה לדין. ואם מדיניות השר רק מצהירה על הדין הקיים, למה היא נחוצה?

69. **אם הכוונה היא שכל שמותר לשר לעשות הוא ליידע את הגורמים המוסמכים מה הם מבחני האיזון ומה הם השיקולים, הזכויות והאינטרסים שמותר לאזן לפי הפסיקה, הרי שכלל אין מדובר במדיניות או הנחיה של השר, אלא בחוות דעת משפטית, שהשר אינו הגורם המתאים לתיתה.** וככל שמדובר במדיניות או הנחיה כללית שמוסיפה על או גורעת מהאיזונים והשיקולים שנקבעו בפסיקה, מדובר בהכרח במדיניות או הנחיה כללית שמשפיעה על שיקולי הגורם המוסמך בקבלת ההחלטה באופן שחורג מנקודת האיזון שנקבעה בפסיקה.

70. נשוב ונזכיר – גם לשיטתה של היועצת המשפטית לממשלה, יש תחומים שבהם לא ניתן להכשיר מבחינה חוקתית קביעת מדיניות על ידי השר, גם לא באמצעות פרשנות מקיימת וגם לא אם ייקבעו ערובות מהותיות ופרוצדורליות. כאמור בסעיפים 225-203 לתצהיר התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה והמפכ"ל, עמדתם היא שיש לפסול את סעיף 78 לפקודה, המקנה סמכות לקבוע מדיניות בתחום החקירות, היות שיש להקפיד על העדרה של מעורבות של גורם פוליטי במדיניות הנוגעת לחקירות. בהקשר זה, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי "לא תיתכן מדיניות חקירות הנתונה להשפעה פוליטית"; "מערכת אכיפת החוק... בשום אופן אינה יכולה לשמש כלי בידי השלטון לקידום ענייניו או צרכיו"; סעיף 78 המקנה סמכות לקבוע מדיניות בתחום החקירות "מביא בכך לזיהום הליך אכיפת החוק, ומקים פגיעה ישירה ועמוקה בשורה של זכויות אדם"; ו"תכליתו של סעיף 78 היא לאפשר השפעה פוליטית על עבודת המשטרה בתחום החקירות" ו"היא תכלית פסולה מיסודה".

71. כל הדברים הללו, שנאמרו לעניין קביעת מדיניות חקירות, נכונים גם ביחס לקביעת מדיניות או מתן הנחיות כלליות בעניין הפעלת סמכויות המשטרה להגביל את חופש הביטוי או חופש המחאה. מצד אחד, זכויות אלה הן "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" ומצויות בראש מדרג הזכויות שהקפדה עליהן דרושה כדי להבטיח את קיומו של משטר דמוקרטי. מצד שני, לממשלה ולשר לביטחון לאומי אינטרס אישי ופוליטי אינהרנטי ביחס לזכויות אלה. כל קביעת מדיניות וכל הנחיה כללית ישליכו תמיד באופן ישיר על יריבים פוליטיים ועל מי שמבקשים למחות או להתבטא נגד הממשלה, השר או מדיניותם.

72. כמו בנוגע לחקירות, כך גם "מדיניות" בנוגע לחופש המחאה וחופש הביטוי הנתונה להשפעה פוליטית תשמש בהכרח כלי בידי השלטון לקדם את ענייניו ואת צרכיו, ותמיד תיתפס ככזו על ידי מי שהיא חלה עליהם. היא תוביל לרמיסת אמון הציבור בכך שהחלטות על הפגנות מתקבלות באופן אובייקטיבי לפי האיזונים שבדין ולא לפי זהות המוחה או המתבטא ותוכן המסר. חופש המחאה וחופש הביטוי, בשל אופיים וההקשר הפוליטי שבו יש להם משמעות, הם זכויות שלא ייתכן שהיקף ואופן הגבלתן יהיה כרוך בשיקולים פוליטיים. חקיקה המאפשרת זאת היא בהכרח חקיקה הפוגעת בחופש הביטוי ובחופש ההפגנה שלא לתכלית ראויה, באופן שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ובאופן בלתי מידתי.

ה. התנהלות השר מאז חקיקת תיקון 37 מחדדת את הפגמים החוקתיים בו

73. מאז חקיקת החוק השר לביטחון לאומי, פעם אחר פעם, חילק הנחיות והנחית "מדיניות" על המשטרה, באופן המחדד את הפגמים החוקתיים בתיקון 37 בכלל, ובכל הנוגע לסמכות לקבוע מדיניות בנוגע לחופש המחאה וחופש הביטוי בפרט.

74. לפני שנציג את אותן דוגמאות של "מדיניות" או "הנחיות כלליות" שניתנו על ידי השר, נתייחס בקצרה לטענה העולה הן בהתייחסות הכנסת ובהתייחסות השר לתצהיר התשובה של משיבי הממשלה. הכנסת והשר סבורים כי להשתלשלות הדברים מאז הגשת העתירה

ולהתנהלות השר אין רלוונטיות להכרעה בשאלת חוקתיות החוק, וכי הן רלוונטיות רק לשאלה האם התקיים פגם בהתנהלות השר במישור המינהלי. העותרים סבורים אחרת.

75. לא פעם, מלוא היקפה של הפגיעה שמסב חוק לזכויות מוגנות מתחדד ומתבהר על דרך של בחינת יישום החוק. כבר נפסק כי במקרים מסוימים העדר יישום של החוק מקשה על בחינת השאלה אם קיים בו פגם חוקתי "גנטי", וכי יישומו וההתנהלות על פיו בפועל עשויים ללמד על פגם כזה (ראו, למשל: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (11.5.2006); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1 (2012)). זהו צידה השני של דוקטרינת הבשלות, לפיה במקרים מסוימים העדר יישום של החוק במועד הבחינה החוקתית מקשה על קיומה של בחינה כזו (בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (5.1.2012); בג"ץ 231/11 **סבח נ' הכנסת** (17.9.2014)), ובפרט מקשה לבחון את עוצמת פגיעתו של הסדר משפטי בזכויות יסוד מוגנות.

76. הכנסת טענה כי בחינת חוקתיות של חוק "אינה יכולה להתבסס על ההנחה שייעשה שימוש לרעה בסמכויות שהוא מעניק לרשויות המינהליות". אלא שהמציאות מלמדת שאין מדובר בהנחה. בענייננו אנו עדים לתיקון חקיקה שעל פניו ועוד לפני יישומו מלמד על כך שהוא מהווה פתח רחב לפגיעה בלתי חוקתית בזכויות, ובחינת השימוש בסמכויות המוקנות על פיו מחדדת את אופן והיקף פגיעתו בזכויות. חיי המעשה מלמדים שתיקון 37 אינו רק מעגן אפשרות פוטנציאלית לפגיעה בזכויות בכלל, ובחופש המחאה וחופש הביטוי בפרט, אלא מביא לפגיעה בהן בפועל. הם אף מלמדים שתיקון 37 מביא לפגיעה בעצמאות המשטרה ולפוליטיזציה שלה לא רק להלכה, אלא גם למעשה.

77. מעבר לכך – הכנסת טוענת שהאירועים מאז הגשת העתירה וצו הביניים שניתן במסגרתה, רק מוכיחים כי תיקון 37 "לא שינה את חלוקת הסמכויות הראויה בין השר לבין הדרג המקצועי במשטרה". הכנסת טוענת כי השר היה מוסמך לפני חקיקת תיקון 37 להתוות מדיניות ועקרונות כלליים לפעולת המשטרה אך לא היה מוסמך להתערב אופרטיבית בהתנהלות המשטרה; כי מצב זה לא השתנה לאחר חקיקת החוק; וכי צו הביניים שניתן בהליך זה הנוגע להתערבות השר בעניינים אופרטיביים, מבלי שהושעה תוקפו של החוק, מוכיח זאת.

78. אלא שמדובר בניתוח שגוי של הדברים ככל שהדברים נוגעים לסמכות השר לקבוע מדיניות לפני חקיקת החוק. ניתן לקבל את התזה, שהוצגה על ידי ועדת צדוק, לפיה לשר סמכות לקבוע מדיניות כללית בתחומים מסוימים (ויש לזכור – דו"ח ועדת צדוק אינו חוק ואינו פסק דין. הוא אינו דין, אלא הפרשנות שנתנה הוועדה לדין הקיים והצעה לדין רצוי, לשיטתה). אך אין בסיס לטענה כי גם לפני חקיקת החוק השר רשאי היה לקבוע מדיניות כללית בכל תחום, ובפרט בתחום השימוש בסמכויות להגבלת חופש המחאה וחופש הביטוי, בהעדר הסמכה מפורשת לעשות כן. כידוע, מעקרון החוקיות נובע שנדרשת הסמכה מפורשת בחוק כדי להגביל זכויות אדם בכלל (בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, פסקאות 13-14 (2010)), ואת חופש הביטוי וחופש המחאה בפרט, ושלצורך הטלת מגבלות עליהם נדרשת "הסמכה ברורה, חד משמעית ומפורשת" (בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל**, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן

(8.10.2017)). ככל שהזכות חשובה יותר ואפשרות הפגיעה בה קשה יותר, כך על ההסמכה המפורשת להיות גם מפורטת יותר (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקאות 52-53 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (13.9.2017)).

79. לפיכך, ברור שגם אם נקבל את הפרשנות שנתנה ועדת צדוק לפקודת המשטרה, ולפיה השר מוסמך היה, גם עובר לתיקון 37, לקבוע מדיניות עקרונית או הנחיות כלליות להפעלת סמכויות המשטרה בתחומים מסוימים, סמכות זו לא השתרעה על תחום סמכויות המשטרה שיש בהן כדי לפגוע בחופש הביטוי וחופש המחאה, ממש כשם שאין מחלוקת שלא השתרעה על תחום החקירות. בהינתן האמור, לא ניתן לומר, כפי שטוענים הכנסת והשר, שהודעות השר בדבר מדיניותו בעניין חופש המחאה אינן נובעות מן החוק החדש והיו מותרות גם לפניו. על יסוד האמור בעניין זה נבחן את התנהלות השר בכל הקשור ל"מדיניותו" בעניין זה.

80. כבר בעתירה עמדנו על כך שזמן קצר לאחר מינויו, תחת כסות של "מדיניות", השר נתן "הנחיה כללית" לעצור מפגינים שיתפרעו ויחסמו כבישים בהפגנות נגד הממשלה (סעיפים 91-92 לעתירה), ועל כך שנתן "הנחיה כללית" למשטרה "לאכוף איסור כל הנפת כל דגל אש"ף שמגלה הזדהות עם ארגון טרור מהמרחב הציבורי ולעצור כל אירוע הסתה נגד מדינת ישראל".

81. כפי שפורט בבקשה לצו ביניים שהגישו העותרים כאן ביום 5.3.2023 (להלן: **הבקשה הראשונה לצו ביניים**), על רקע המחאה נגד מה שכונה על ידי הממשלה "הרפורמה המשפטית", השר נתן "הנחיה כללית" "לא לאפשר לחסום צירים מרכזיים" (סעיפים 9-17 לבקשה הראשונה לצו ביניים), ונתן הנחיה "להתייחס במדיניות מקבילה להסתות שמגיעות משמאל לימין ומימין לשמאל" (סעיף 22 לבקשה הראשונה לצו ביניים).

82. יצוין שבתגובת משיבי הממשלה מיום 15.3.2023 לבקשה הראשונה לצו ביניים, הפגם העיקרי שהן מצאו בהודעות השר אודות מדיניותו בעניין חופש המחאה היה שהן ניתנו בקשר לאירוע קונקרטי ובמהלכו, ולכן מדובר בהוראות אופרטיביות שניתנו בכסות של הוראות מדיניות "באופן שעלול להטות את שיקול דעתם המקצועי של מפקדי המשטרה" (שם בסעיף 30). אלא שלעמדת העותרים לא זו הבעיה העיקרית של הוראת ה"מדיניות".

83. הפגם העיקרי בהוראות מדיניות מסוג זה אינו העיתוי שלהן, במהלך אירוע קונקרטי. גם הוראה כללית כאמור שהייתה ניתנת באופן כללי, במנותק מהקשר ספציפי, היה בה כדי "להטות את שיקול דעתם המקצועי של מפקדי המשטרה", כלשון היועצת המשפטית לממשלה. גם הוראה כללית למנוע חסימת כבישים הניתנת בעיתוי אחר הייתה מביאה לכך שבמקום ליישם את האיזונים הקבועים בדין בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, הייתה ה"מדיניות" נכנסת למשוואה באופן שהיה בו כדי לשבש את האיזון הנדרש, ולהפחית ממשקלם של חופש המחאה וחופש הביטוי באיזון זה, ובאופן זה לפגוע בזכויות אלה באופן לא חוקתי.

84. הודעות השר בעניין "מדיניותו" בהקשר זה מלמדות כיצד הסמכות לקבוע מדיניות בתחום חופש הביטוי וחופש המחאה מובילה בהכרח לפגיעה לא חוקתית בזכויות, ולא רק בשל עיתוי

פרסומה של המדיניות. מעמדת משיבי הממשלה בדבר "הפרשנות המקיימת" לתיקון 37 עולה שאילו אותה "מדיניות" הייתה מוכתבת למשטרה בעיתוי אחר, תוך שמירה על הערובות המהותיות והפרוצדורליות המוצעות על ידי משיבי הממשלה, מדובר היה במדיניות חוקית, חרף השיבוש והעיוות שהיא יוצרת ביחס לאיזונים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון ביחס להגבלת חופש המחאה. זוהי בדיוק הסיבה שבגינה גם "הפרשנות המקיימת" שמציעה היועצת המשפטית לממשלה אין בה די כדי למנוע פסילה של התיקון.

85. עמדת השר שצורפה לתגובת משיבי הממשלה לבקשה הראשונה לצו ביניים (לפני שהותר לו לקבל ייצוג נפרד), הייתה כי הוא עומד מאחורי דבריו שהוצגו בבקשה לצו ביניים וכי הם משקפים את מדיניותו (תגובת משיבי הממשלה לבקשה הראשונה לצו ביניים מיום 15.3.2023, נספח א', סעיף 11).

86. בעקבות הדברים ניתנה ביום 19.3.2023 החלטת השופט עמית שבה הובהר כי השר אינו רשאי לתת הנחיות אופרטיביות למשטרה, בעקיפין או במישרין.

87. יצוין כי בנוסחה הראשון של ההחלטה מיום 19.3.2023 נכתב ש"קיימת הסכמה בין כל הצדדים כי השר רשאי להתוות מדיניות ועקרונות כלליים עבור משטרת ישראל, לרבות ביחס להפגנות ולחסימה ופינוי של צירי תנועה". העותרים ביקשו לתקן את ההחלטה, שהרי כפי שעולה מעתירתם, עמדתם היא שתיקון 37 אינו חוקתי ככל שהוא מעניק לשר סמכות לקבוע "מדיניות" בעניינים הנוגעים לזכות להפגין, לחופש המחאה ולחופש הביטוי; וככל שייקבע שהתיקון חוקתי, יש לפרשו כך שהוא אינו מסמיך את השר לקבוע מדיניות בעניינים אלה. בעקבות בקשת העותרים תוקנה ההחלטה כך שנכתב בה כי "קיימת הסכמה בין כל משיבי הממשלה כי השר רשאי להתוות מדיניות ועקרונות כלליים עבור משטרת ישראל, לרבות ביחס להפגנות ולחסימה ופינוי של צירי תנועה".

88. כמתואר בסעיפים 123-130 לתשובת משיבי הממשלה, בסמוך לאחר מכן החליט השר להעביר מתפקידו את מפקד מחוז תל אביב, וזאת על רקע "חוסר שביעות רצונו של השר מאופן פעולתה המקצועי של משטרת מחוז תל אביב, בראשותו של ניצב עמי אשד, בהקשר הקונקרטי של אירועי המחאה בתל אביב אשר כוונו נגד הממשלה" (שם בסעיף 127). החלטה זו הוקפאה על ידי היועצת המשפטית לממשלה. בהמשך, ביום 1.5.2023, הגישה התנועה לאיכות השלטון בישראל, העותרת בבג"ץ 8987/22, הודעת עדכון בה הציגה אירועים רבים שבהם השר התערב בפעולות המשטרה, בין באמצעות מתן הוראות אופרטיביות ובין באמצעות "הנחיות כלליות", בין היתר בתחומי חופש הביטוי וחופש המחאה.

89. ביום 27.11.2023 הגישו העותרים בעתירה זו את בקשתם השנייה לצו ביניים, בעקבות פרסום של השר, בו נכתב ביחס להפגנה שנושאה קריאה להפסקת אש, שחרור החטופים המוחזקים בעזה וקידום שלום, כי השר הנחה את המשטרה שלא לאפשר "מפגני הזדהות עם הנאצים מהחמאס":



90. בתגובתו מיום 18.12.2023 לבקשה השנייה לצו ביניים, טען השר כי הצינף משקף את מדיניותו, שלפיה נתן הנחיה כללית למשטרה "שלא לאפשר קיום הפגנות לתמיכה באויב". לעומת זאת, בתגובת משיבי הממשלה לבקשה השנייה לצו ביניים מיום 1.1.2024, נטען כי בכסות של אזכור מדיניות, השר העביר למשטרה, תוך כדי אירוע אופרטיבי, מסר ביחס להפגנה קונקרטית, וכי בפרסום טמון מסר לעתיד לפיו אל למשטרה לאשר הפגנות המבקרות את השלטון בתקופת מלחמה. מסקנת היועצת המשפטית לממשלה הייתה כי נחצה הגבול בין קביעת מדיניות לבין מתן הנחייה קונקרטית. בנוסף, בסעיף 30 לתגובת משיבי הממשלה לבקשה השנייה לצו ביניים, ניתנו דוגמאות נוספות ל"הנחיות" קונקרטיות וכלליות שנתן השר.

91. אלא שכפי שצינו ביחס לתגובת משיבי הממשלה לבקשה הראשונה לצו ביניים, גם תגובה זו מחמיצה את העיקר. העיקר אינו עיתוי הפרסום של ה"מדיניות". העיקר הוא עצם הפצתה של הוראה בדבר "מדיניות", שיש בה כדי להשפיע על האיזונים החוקתיים ביחס לחופש הביטוי וביחס לחופש המחאה. אם נקבל את "הפרשנות המקיימת" של משיבי הממשלה, הרי שככל ש"מדיניות" מסוג זה תופץ בעיתוי מתאים ותגובש לאחר עבודת מטה סדורה, היא מותרת על פי תיקון 37, וזאת אף על פי שתוצאתה היא שיבוש ועיוות של האיזון שעל הגורם המוסמך לבצע בהתאם לדין.

92. כמפורט בסעיף 137 לתשובת משיבי הממשלה, ביום 10.1.2024 ניתן צו ביניים בנוסח המופיע שם.

93. יצוין כי בהתאם לסעיף 8(ג) לפקודת המשטרה, על השר לפרסם את מדיניותו באתר האינטרנט של המשרד לביטחון לאומי ולדווח עליה לוועדת הפנים ואיכות הסביבה אחת לכנס. יחד עם זאת, אף על פי שבתגובות השר לבקשות לצו ביניים ובתשובתו לעתירות הוא מתייחס לפרסומיו ברשתות החברתיות כפרסומים המשקפים את מדיניותו הכללית, אין למדיניות זו זכר באתר האינטרנט של המשרד. באתר האינטרנט מופיע פרסום כללי ביותר

בדבר מדיניות השר לשנת 2024, שבו אין כל זכר לכל אותם פרסומים שהוא טען כי מייצגים את מדיניותו.

ראו:

https://www.gov.il/BlobFolder/policy/ministers_policy_24/he/news_ministers_policy_24.pdf

94. כאמור בפתחו של פרק זה, התנהלות השר מחדדת את מה שברור ממילא מן החוק – הסמכות לקבוע מדיניות והנחיות כלליות בתחום הרגיש של חופש המחאה וחופש הביטוי, שביחס להגבלתם הוא מצוי בניגוד עניינים מוסדי ואישי, בהכרח תביא לכניסה של שיקולים פוליטיים אל תוך האיזונים שיידרשו בעלי הסמכות במשטרה לבצע בהתאם לדין, תוך פגיעה בזכויות מוגנות באופן בלתי מידתי. היא גם מלמדת ש"הפרשנות המקיימת" של היועצת המשפטית לממשלה, שלפיה יש לפרש את התיקון לפקודה ככולל ערובות מהותיות ופרוצדורליות שאינן נמצאות בו, לא מסייעת במניעת הפגיעה הבלתי חוקתית. "הפרשנות המקיימת" שהוצעה אינה יכולה להבטיח, והלכה למעשה אינה מבטיחה, את מניעת הפוליטיזציה של המשטרה ושל השיקולים שבעלי הסמכות במשטרה מפעילים, ולכן אין בה כדי למנוע פסילה של תיקון 37.

95. כאמור, התנהלות השר ואופן הפעלת סמכויותיו תוך כדי ההליכים בעתירות בעניין חוקתיות תיקון 37 היא התממשות החששות שהובעו בעתירות לנגד עניינו. החוק פתח את השער לרמיסת זכויות חוקתיות, ללא מנגנונים וללא איזונים שימנעו זאת, והשר הנוכחי מדגים תוך זמן קצר ביותר כיצד ניתן לנצל בצורה קיצונית את הסמכויות שהחוק מקנה.

ו. סעיף 28 – קביעת מדיניות כללית בתחום החקירות

96. העותרים מצטרפים לעמדת משיבי הממשלה בעניין סעיף 28 לפקודת המשטרה. הקניית סמכות לשר לקבוע מדיניות כללית בתחום החקירות היא בלתי חוקתית מן הטעמים המפורטים בעתירה (ראו סעיף 113 ואילך) ומן הטעמים המפורטים בתשובת משיבי הממשלה. כעמדת משיבי הממשלה, גם עמדת העותרים היא שלא תיתכן פרשנות מקיימת העשויה להכשיר את סעיף 28.

97. העובדה שהיועצת המשפטית לממשלה, אשר מייצגת בהליך גם את המפכ"ל והמשטרה, ולא רק את עמדתה, החמירה את עמדתה בתוך שנה אחת ותוך כדי ההליך, מדרישה לפרשנות מקיימת של החוק לדרישה לפסילת הסעיף, מצביעה בעיקר על הבנה בקרב המפכ"ל והיועצת, שהנזק שנגרם מפוליטיזציה של תחום החקירות הוא אף גדול יותר בחיי המעשה ממה שהעריכו תחילה. הבחישה העקבית של השר בתחום רגיש זה, אשר נעשית בעיקר מאחורי הקלעים בכסות של מדיניות השר, ואשר רק חלקה פורסם, היא היא שגרמה להקשחת העמדה המשפטית ביחס לתיקון.

98. כמפורט לעיל, את טענת משיבי הממשלה ביחס לסעיף 28, לפיה מניעת פוליטיזציה של תחום החקירות והעמדה לדין מחייבת שהשר ימשוך את ידיו מן התחום גם ברמת קביעת המדיניות, יש ליישם גם על תחומים נוספים, ובראשם תחום הסמכויות הנוגע להטלת מגבלות על חופש המחאה וחופש הביטוי, שגם בו נדרש שהחלטות קונקרטיות לא תושפענה ממדיניות של גורמים פוליטיים.

ז. הסעד החוקתי

99. כאמור בפתח הדברים, העותרים כאן מצטרפים לכל טענות העותרים בעתירות האחרות, ומדגישים את ההיבטים הנוגעים לפגיעה בחופש המחאה ובחופש הביטוי. צירוף כל הטענות בעתירות, כמו גם חלק מטענות משיבי הממשלה, מוביל למסקנה כי תיקון 37 לוקה בפגמים חוקתיים קשים המביאים לפוליטיזציה חריפה של המשטרה, באופן שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שלא לתכלית ראויה, ושיש בו כדי לפגוע באופן אינהרנטי בזכויות יסוד מוגנות באופן בלתי מידתי. התוצאה המתבקשת היא פסילת תיקון 37 כולו (למעט סעיף 9ב שלגביו לא ניתן צו על-תנאי).

100. לחלופין, טענות העותרים מצדיקות ביטולם של סעיפים 8ג, הנעדר איזונים בסיסיים הדרושים כדי להבטיח שמירה על זכויות אדם, והמנוסח בצורה כללית וגורפת, שאין בה הבחנה בין תחומים שונים של מדיניות, ואין בה החרגה של נושאים רגישים, כמו חופש המחאה וחופש הביטוי. זאת לצד ביטול סעיף 28 מהטעמים שפורטו לעיל.

101. לחלופי חילופין וככל שבית המשפט הנכבד לא ימצא לנכון להורות על בטלות מלאה של סעיף 8ג, הסעד הנדרש הוא **סעד חוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" (reading-in), לפיו ייקבע ש"פעילות" המשטרה, בהגדרתה בסעיף 8ג לפקודה, שלגביה רשאי השר לקבוע "מדיניות" או "עקרונות כלליים", אינה כוללת כל "פעילות" הנוגעת למימוש חופש המחאה וחופש הביטוי.** סעד כזה מתבקש כדי להביא את סעיף 8ג למינימום החוקתי הנדרש.

102. סעד חוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" או "שחזור הטקסט" (reconstruction) הוכר כתרופה חוקתית הולמת במקרים מסוימים, בהם הוא נדרש כדי לתקן פגם חוקתי שנפל בדבר חקיקה (ראו, למשל, בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקה 57 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (22.5.2012); בג"ץ 781/15 פנקס-ארז נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (27.2.2020)). הגם שבפסיקתו של בית משפט זה זכה סעד זה להתייחסות בעיקר במקרים בהם תיקון הפגם החוקתי דרש הרחבה של ההסדר כדי לתקן פגיעה בשוויון, אין כל מניעה דוקטרינרית לעשות שימוש בסעד האמור כדי לתקן את הפגם החוקתי גם באמצעות צמצום ההסדר החוקתי או קריאה לתוכו של הוראות אחרות המביאות אותו אל תוך מתחם החוקתיות וגם בהקשר של הגנה על זכויות חוקתיות אחרות (ראו, למשל, בפסיקה הקנדית - (R. v. Swain (1991) 1 S.C.R. 993; Figueroa v. Canada (1999), 170 D.L.R 4th 467).

103. השופטת (כתוארה אז) חיות עמדה על מהותו של הסעד האמור (בדעת מיעוט אך לא לעניין מהותו של סעד ה"קריאה לתוך ההסדר"):

"לו תשמע דעתי נקרא אל תוך חוק תרומת ביציות סעיף משנה נוסף, אשר יבוא לאחר סעיף 20(א)(4), ולפיו תוסמך ועדת החריגים ליתן אישור לתרומת ביציות 'אם סברה כי בנסיבות הענין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת'.

תרופה זו, של 'קריאה אל תוך החוק' מוכרת בספרות ובפסיקה הישראלית והזרה והיא מבקשת לקרוא לתוך ההסדר החוקי הלוקה באי-חוקתיות הוראות אשר יסירו אותה וימנעו את הצורך בביטולה (ראו ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 763). כך למשל נועדה תרופה זו להתמודד עם מצבים שבהם הוראת חוק מעניקה טובות הנאה לחברי קבוצה אחת, אך אינה מעניקה את אותה ההטבה לחברי קבוצה אחרת שהיא בעלת זכויות שוות. במצב דברים זה ביטולה הגורף של ההטבה מחמת פגיעתה בשוויון לא תהא התרופה ההולמת, שכן יהיה בכך כדי לסכל את תכליתו הראויה של החוק תוך פגיעה בחברי הקבוצה אשר נהנים כדין מן ההטבה הקיימת. על כן פיתחו בתי המשפט בארצות הברית ובקנדה תרופה מתאימה אשר תרחיב את היקפו של ההסדר הקיים ותסיר בכך את הפגיעה החוקתית הכלולה בו, תוך שמירה על החוק ועל התכליות שאותן הוא נועד להגשים (לסקירה השוואתית מקיפה ראו: ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 759-765; עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד' 433, 459-458 (1998) (להלן: גרוס); יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט' 39, 632 (2005)). כך, הכירו בתי המשפט האמריקאיים באפשרות להרחיב את היקפו של החוק במקרים מתאימים (extention), כתרופה חוקתית העדיפה על ביטולו של החוק ... באופן דומה פיתח בית המשפט העליון בקנדה את דוקטרינת ה-Reading In- שמשמעותה קריאת הוראות אל תוך החוק אשר ישללו את אי-החוקתיות שנפלה בו.

בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פסקאות 36-35 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) חיות (18.9.2014).

104. ככל שבית המשפט הנכבד יקבע כי אין לבטל את התיקון כולו או את סעיף 8ג, הרי שהדרך לצמצם את אי חוקתיות ההסדר הקבוע בתיקון 37, למצער ככל שאי החוקתיות נוגעת לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש המחאה, היא מתן תרופה חוקתית של קריאה לתוך ההסדר של סייג, לפיו סעיף 8ג לא יחול על פעילות המשטרה שיש בה שימוש בסמכויות שיש בהן כדי לפגוע בחופש המחאה או בחופש הביטוי.

105. כאמור בפתח הדברים, הסעד החוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in) שונה מן "הפרשנות המקיימת" שמבקשת היועצת המשפטית לתת לסעיף 8ג לפקודת המשטרה. "הפרשנות המקיימת" שמבקשת היועצת המשפטית לממשלה לאמץ, משמעה שהשר – גורם פוליטי בעל אינטרס ממשי במחאה – יוכל לקבוע מדיניות והנחיות כלליות בעניין חופש הביטוי וחופש המחאה, בכפוף לעקרונות ערטילאיים, שאינם מספקים ערובות של ממש, שהיועצת המשפטית מבקשת להוסיף לחוק על דרך של פרשנות. **סעד של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in) כמבוקש על ידי העותרים, הוא תרופה חוקתית המבטלת את הסמכתו של השר לקבוע מדיניות בתחום הרגיש של חופש המחאה וחופש הביטוי.**

106. ככל שעל אף כל האמור לא יינתן סעד חוקתי כלשהו ביחס לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש המחאה, בית המשפט יתבקש לקבוע שפרשנות הרמונית של התיקון לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייבת להסיק כי החוק לא התכוון לפגוע בעצמאותה ובאי-תלותה של המשטרה בכל הנוגע לחופש המחאה וחופש הביטוי או לתת בידי גורמים פוליטיים את הכוח

לקבוע מדיניות ועקרונות כלליים בכל עניין הנוגע לחופש המחאה או חופש הביטוי, ועל כן יש לפרש את סעיף 8ג כך שלא יחול על "פעילות" הנוגעת למימוש חופש המחאה וחופש הביטוי. מדובר ב"פרשנות מקיימת" שונה מזו שמבקשת היועצת המשפטית לממשלה לתת לסעיף 8ג, והיא נדרשת, בין היתר, נוכח העובדה שכאמור לעיל, הסמכה לפגוע בחופש הביטוי ובחופש המחאה חייבת להיות הסכמה מפורשת, ספציפית ומפורטת. הסמכה כזו אינה מצויה בסעיף 8ג.

ח. קביעת מדיניות ופרסומה

107. ככל שבית המשפט הנכבד ידחה את טענות העותרים או את חלקן, וככל שיותר לשר לקבוע מדיניות בתחומים מסוימים, שאינם בהכרח חקירות וחופש המחאה והביטוי, עדיין ישנו חשש כבד לפוליטיזציה של המשטרה.

108. המשטרה חולשת על תחומים רבים ושר נחוש ימצא דרכים להשפיע על המשטרה ולהכפיף אותה אליו באמצעות קביעת מדיניות בתחומים אחרים, שיכולים להיות רגישים בפני עצמם. קשה לחזות מראש את כל הדרכים שבהם שר יכול לעשות שימוש בסמכות זו כדי להזרים שיקולים פוליטיים למשטרה ולפגוע בעצמאותה.

109. למשל, מדיניות השר בעניין פתיחת תחנות משטרה חדשות, שאינה עולה בקנה אחד עם עמדה מקצועית בדבר צרכי המשטרה, יכולה להוביל לשיטור יתר או שיטור חסר, ולפגוע באכיפת החוק השוויונית. מדיניות השר בעניין רפורמה בחלוקת המשאבים במשטרה, שנעשית בניגוד לצרכים המקצועיים, יכולה לשרת אג'נדה סמויה של השר לחסל יחידה מסוימת במשטרה, למשל את היחידה האחראית לחקירת שחיתות.

110. לכן, ככל שהתיקון לא ייפסל בכללותו, יש לפרש את סעיף 8ג כך שהוא מחייב שקביעת מדיניות השר תיעשה בצורה השקופה והמקצועית ביותר, ולסגור, עד כמה שאפשר, כל פתח לניצול הסמכות לרעה. זאת במיוחד על רקע כל מה שכבר נאמר על הקושי בהפרדה בין מדיניות כללית להוראות אופרטיביות, ועל רקע האופן שבו השר הנוכחי משתמש בסמכות כדי להנחית את מדיניותו על המשטרה, בעלטה, באופן גחמני, בשיחות פרטיות ולעיתים באמצעות פרסומים ברשתות החברתיות.

111. התיקון קובע ערובות שרחוקות מלהספיק, וכך גם "הפרשנות המקיימת" שמציעה היועצת המשפטית לממשלה. כל מה שנדרש בסעיף 8ג הוא שהשר ידווח על מדיניותו אחת לשנה לוועדת הפנים והגנת הסביבה, ויפרסם אותה באתר האינטרנט של המשרד. כפי שראינו, השר מפרש חובה זו כחובה לפרסם פרסום שנתי של מסמך מדיניות כללי, שכולל כותרות כלליות שלא אומרות דבר. בניגוד לסעיף 8ד, סעיף 8ג אפילו לא מחייב היועצות עם היועצת המשפטית לממשלה או עם המפכ"ל.

112. לכן יש לקבוע כי גם אם ישנם תחומים שבהם מותר לשר לקבוע מדיניות כללית, מדיניות זו אינה יכולה להימסר בעל פה, בשליפה, או בשיחות פרטיות עם המפכ"ל או עם קציני

המשטרה. מדיניות כללית צריכה להיות בכתב, מנומקת, בצורה של נוהל, שמסביר את הטעמים למדיניות, מסביר בהרחבה מהי המדיניות, מהו מרחב שיקול הדעת של המשטרה, ומי הגורמים האמונים על יישומה.

113. כמו כן, מדיניות כללית צריכה להיות מגובשת לאחר היוועצות עם הגורמים המקצועיים ועבודת מטה מסודרת. היא אינה יכולה לשקף גחמות של השר.

114. מדיניות כללית כזו צריכה להתפרסם לציבור בצורה בולטת וברורה, באופן שגם ניתן להעמידה לביקורת שיפוטית. מבחינה צורנית עליה להיות כמו הנחיות היועצת המשפטית לממשלה או הנחיות פרקליט המדינה, ולחלופין, כמו חוזרי מנכ"ל משרד החינוך, המבטאים את מדיניות המשרד. כל תיקון או שינוי של המדיניות צריך להיעשות באותה דרך ולהתפרסם באותה דרך.

115. לבסוף יש לקבוע כי כל מדיניות שאינה נעשית באופן האמור היא נעדרת תוקף חוקי, והמשטרה אינה רשאית ליישמה.

ט. סוף דבר

116. נוכח כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, להורות על ביטול תיקון 37 לפקודת המשטרה (למעט סעיף 9 שלגביו לא ניתן צו על תנאי); לחלופין, לבטל את סעיפים 8 ו-8ד לפקודת המשטרה; וככל שלא יבוטל סעיף 8 – לתת סעד חוקתי של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in), כמפורט לעיל.

יונתן ברמן, עו"ד
ב"כ העותרים

13.6.2024