

## בבית המשפט העליון

### בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 20/

#### העותרים

1. חה"כ אלי אבידר
2. דפנה ממן
3. זהר זמיר
4. יהודה פלג
5. דלית סבוראי פלג
6. מירה כהן
7. יעל הדני
8. אלדד שרעבי
9. טל רגב
10. אסנת ירון
11. רחל נטע
12. שולי לוזון
13. שמעון בנדלק
14. מיכל הובר רוטשילד
15. אלי מאור
16. גלעד שקד מנדל
17. נאוה שוורץ
18. סטיבן מאיר רינגלר
19. שירי גלוסקא
20. אורלי וקסלר ינאי
21. ענבל אושמן
22. בריסלב בלכמן
23. עידן עינב
24. אילן קו
25. לירון רוזנבאום
26. אוהד אברמוביץ
27. נורית צרפתי
28. משה אריה הדני
29. שי שמואלי
30. ד"ר סימה שמואלי
31. פריאל פלג
32. אלכסיי לייבוביץ
33. סוניה לייבוביץ
34. יוליה יוטקביץ'
35. צחי דואק

36. שירה סיני דולינגר
37. אמנון מהללאל
38. תיפוי ייסכלא
39. אריאל פרידמן
40. יאיר שלוח
41. שרון נאה
42. אריאלה לאנדה
43. דרור גל-עד
44. שחר שלוח
45. ניצן שטיגליץ
46. אהובה גוטמן
47. אברהם פרידה
48. שושי רסיוק
49. יוני ספיר
50. אילת אובלס
51. אבי אובלס
52. עידן זוסמן
53. מיכל דובר
54. גלעד ינון
55. ניבה שקד
56. גבריאל עובדיה
57. עפרה ספיר
58. יובל הררי
59. רקפת שמאי
60. בנימין אפעל
61. ערן טלמור
62. אהובה גוטמן
63. יואב פליט דברת
64. זיו קיטלריו
65. הדר לוי
66. עמיחי פוקסברונר
67. סמדר פוקסברונר
68. נעמה קדם
69. גדעון הלל
70. לאה טלאור
71. זאב מימון
72. מיכל מדורסקי
73. חיים מלמן
74. מיכל עמיר

- 75. ארנון שוורץ
- 76. הדר צח
- 77. קמינסקי שמואל
- 78. יהושע גולדברג
- 79. רחל חיה גולדברג
- 80. בעז תמיר
- 81. גיל גולומב
- 82. ברק פיקרסקי
- 83. יצחק חגי קרניאלי
- 84. יוני חגואל- קרניאלי
- 85. צבי קלמר
- 86. אורי אופק
- 87. אברהם אביטל
- 88. גלית קוניק הופמן
- 89. אמנון רייס
- 90. גבריאל פישר
- 91. יואל עיני
- 92. לימור קרין
- 93. דורון כץ
- 94. בנימין אליאסון
- 95. חנה אליאסון
- 96. מאיה גולן
- 97. תומר גולן
- 98. תיקי דולב

על-ידי באי-כוחם עוה"ד חגי קלעי ו/או אוהד רוזן ו/או גל בריר  
 קלעי, רוזן ושות' משרד עורכי דין  
 מרחוב מזא"ה 22א תל אביב-יפו  
 טלפון: 03-9070770, פקס: 03-9070771

## נגד

1. ראש הממשלה – חה"כ בנימין נתניהו
2. הממשלה

## המשיבים

על-ידי פרקליטות המדינה,  
 מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים  
 רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181

טלפון : 02-6466588, פקס : 02-6467011

### 3. ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת

**המשיבה**  
**הפורמאלית**

על-ידי היועץ המשפטי לכנסת

הלשכה המשפטית, כנסת ישראל

טלפון : 02-6408636, פקס : 02-6753495

## עתירה דחופה למתן צו על תנאי

### בקשה לקביעת דיון דחוף בעתירה

#### וכן בקשה למתן צו ארעי וצו ביניים עד להכרעה בעתירה

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, מדוע לא יקבע :

1. כי התיקון מיום, 1.10.2020, לתקנה 2(א)(13) לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), תש"ף-2020, במסגרתו הוספה הסיפא לסעיף "ובלבד שההפגנה מתקיימת במרחק של עד 1,000 מטרים ממקום מגוריו של המשתתף בהפגנה" בטל.

**נספח 1:** תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות) (תיקון מס' 3), התשפ"א-2020

2. כל סעד אחר שימצא לצודק ונכון בנסיבות העניין.

### בקשה לקיום דיון דחוף בעתירה

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את העתירה לדיון דחוף, על מנת שינתן בה סעד אפקטיבי.

כפי שפורט לעיל, עסקינן בעתירה נגד תיקון לתקנות, שהתקבל ביום חמישי האחרון ומונע קיום הפגנות. זאת, לתקופה ראשונה של 7 ימים, אשר ניתן להאריכה לפחות ב-14 ימים נוספים.

סד זמנים דחוף זה, מחייב את בירור העתירה בקבועי זמן קצרים. למותר לציין, כי הגם שהנושא עצמו טעון פוליטית, כפי שיפורט בעתירה עצמה, השאלות המשפטיות שמתעוררות בה אינן חדשניות ואינן קשות להכרעה. די בישום כללי המשפט החוקתי והמנהלי כפי שכבר עוצבו בפסיקה על נסיבות המקרה הפרטני על מנת להביא לתוצאה כי דין העתירה להתקבל.

על מנת שינתן סעד אפקטיבי בקבועי הזמן הקצרים שנוצרו, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון דחוף, ולכן להורות כי תצהיר תשובה יוגש בסמוך קודם לדיון (בין אם בדרך של מתן צו על-תנאי מטעמי יעילות דיונית, ובין אם בדרך של קיום דיון כאילו ניתן צו על-תנאי).

## **בקשה למתן צו ביניים**

התיקון לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), תש"ף-2020 (להלן: "**התקנות**" או "**תקנות סמכויות מיוחדות**") התקבל בממשלה ביום 30.4.2020 בשעות לפנות בוקר, ואושר בכנסת בשעות הלילה של יום 1.10.2020 (יום חמישי). תוקף התיקון נכון לעת זו ל-7 ימים, והוא יכול להיות מוארך בשבועיים נוספים.

סד זמנים קצר זה, המקשה על ביקורת שיפוטית, אינו תוצאה של דחיפות נסיבות אובייקטיביות בלבד, אלא של בחירה מודעת של הממשלה והקואליציה שלא לתקן את החוק המסמיך מבעוד מועד, במהלך השבוע שעבר, ושלא להעביר את התקנות פרק זמן סביר קודם למועד כניסתן לתוקף.

ונדגיש – כבר במהלך השבוע שעבר קיימה הממשלה דיונים באותן התקנות שאושרו היום. מובן, כי ככל שסברה שמדובר בהחלטה דחופה, הייתה יכולה לפעול לתיקון החוק המסמיך בשבוע שעבר, ולהתקנת התקנות על אתר. אלא שמובן, כי פרק זמן של שבוע היה מקל על הביקורת השיפוטית על פעולת הממשלה.

ברי, כי בימים קשים ומורכבים דוגמת הנוכחיים, מצופה מכל שלוש הרשויות לעשות ככל יכולתן על מנת לשמור על המסגרת הדמוקרטית התקינה, בד בבד עם ההתמודדות עם מגפת הקורונה. מקום שבו הממשלה והקואליציה, ביודעין, פועלות באופן שמקשה על ביקורת שיפוטית, יש חשיבות עליונה במעלה, הנגזרת מעקרון שלטון החוק עצמו, למתן צווים המבטיחים ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

בהקשר זה, כפי שיפורט מיד, במקרה הנוכחי הן מאזן הנוחות, והן סיכויי ההליך, תומכים במתן צו הביניים והצו הארעי המבוקשים.

**באשר למאזן הנוחות** – אין כלל טענה שקיומה של הפגנה, במתכונת המוגבלת ובהתאם להנחיות, במוצאי יום שבת הקרוב עתידה להיות בעלת משמעות של ממש בכל הנוגע להיקפי התחלואה במחלת הקורונה. ממילא, לא הוצגה במהלך הדיונים בממשלה ובכנסת כל ראשית תשתית עובדתית התומכת בטענה שכזו.

מנגד, סיכול הפגנה בעת הזו, שבמוקדה טענות לכשלון של הממשלה בהתמודדות עם מגפת הקורונה, והחשש כי נעשה שימוש במגפת הקורונה לקידום אינטרסים פוליטיים של הממשלה, תפגע פגיעה אנושה בליבת הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה.

**באשר לסיכויי ההליך** – כפי שנראה מיד, ההחלטה על מניעת הפגנות התקבלה מתוך ניגוד עניינים עמוק, מוסדי ואישי.

**במישור המוסדי** – מקום שבו הממשלה והקואליציה קובעות הסדר שמיטיב עימן ועימן בלבד, יש מקום להקפדה מחמירה במיוחד על הליך תקין ובלתי תלוי. כך, יש לבסס את ההחלטה עצמה על המלצה של גורמי מקצוע בלתי תלויים, שאינם מושפעים מהשיקולים הפוליטיים. הביקורת השיפוטית על החלטה כזו צריכה להיות המחמירה ביותר. זאת, בפרט מקום שבו ההחלטה לא התקבלה מתוך הסכמה רחבה וחוצת מפלגות.

**במישור האישי** – מושכלות יסוד של המשפט המנהלי כי די בחשש ממשי לניגוד עניינים כדי לחייב נושא משרה ציבורית להימנע מקבלת ההחלטה. במקרה הנוכחי, ההפגנות המסוכלות הן ההפגנות נגד ראש הממשלה, מחוץ למעונו הרשמי. קשה לדמיין ניגוד עניינים מובהק מזה. משכך, לכל הפחות ראש הממשלה עצמו לא יכול היה להשתתף בהצבעה על הסעיף המגביל את ההפגנות, וודאי שלא היה הוא רשאי לקדם את הסעיף האמור.

ליקויים אלו בהליך אישור התקנה המונעת הפגנות, די בהם כדי להביא לבטלותה, מבלי להידרש לתוכן התקנה. אלא שאפילו אם יפנה בית המשפט הנכבד לבחינת התקנה באופן מהותי, מדובר בתקנה שאינה עומדת במבחן הודאות הקרובה, שהתקבלה ללא כל תשתית עובדתית רלבנטית, ושאינה מידתית.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן **צו ארעי** ו**צו ביניים** שעל פיהן הסיפא לתקנה 2(א)(13) לתקנות לא תיכנס לתוקפה עד להכרעה בעתירה.

---

---

## א. תמצית העתירה

1. עניינה של העתירה הנוכחית פשוט.
2. מזה למעלה מחצי שנה מתקיימות הפגנות מול משכן ראש הממשלה בירושלים, וכן בגשרים ובמוקדים נוספים בכל רחבי הארץ. זאת, נגד הממשלה ונגד ראש הממשלה.
3. במסגרת ההגבלות על הפעילות בשל מגפת הקורונה, הוסמכה הממשלה בתחילה לקבוע בתקנות שעת חירום הגבלות שונות, אך היא לא הוסמכה להגביל השתתפות בהפגנות.
4. על בסיס זה, במסגרת תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), התש"ף-2020 נקבע:

2(א) לא יצא אדם ממקום המגורים או ממקום שהייה קבוע אחר (להלן – מקום מגורים) למרחב הציבורי אלא לאחת מהפעולות או המטרות האלה:

[...]

(13) השתתפות בהפגנה;

5. ביום רביעי האחרון, 30.9.2020, תוקן חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020 (להלן: **החוק המסמיך**) והוקנתה במסגרתו לממשלה סמכות להתקין תקנות חירום המגבילות הפגנות.
6. בחלוף פחות מ-24 שעות, אושרו תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות) (תיקון מס' 3), התשפ"א-2020 (להלן: "**התקנות**").
7. במסגרת תיקון התקנות, הוספה הגבלה ליציאה להפגנות, כך שניתן יהיה להשתתף בהפגנה שמתקיימת עד 1,000 מטרים מהבית, ובלשון התקנה החדשה:

(13) השתתפות בהפגנה **ובלבד שההפגנה מתקיימת במרחק של עד 1,000**

**מטרים ממקום מגוריו של המשתתף בהפגנה.**

8. זאת, בנוסף על החובה לשמור על ריחוק חברתי ולעטות מסכות בהפגנות.
9. יצוין – ההגבלה החדשה על פי לשונה אינה מונעת הפגנות מרובות משתתפים באזורים עם צפיפות אוכלוסין גבוהה, ואינה מגבילה את מספר המפגינים בתא שטח בגודל מסוים על מנת להבטיח שמירה על ריחוק חברתי. זאת, כל זמן שנשמר מרחק סביר בין קבוצות שגודלה של כל אחת מהן אינו עולה על 20 איש. אלא שהיא מונעת הגעה להפגנות במרחק של יותר מקילומטר ממגורים המגורים. זאת, לרבות במקרה של הפגנה במתכונת של שיירת מכוניות.
10. קרי, השפעתה העיקרית היא כפולה. היא מקשה על קיום של כל הפגנה מרובת משתתפים, ומחייבת התארגנות בקפסולות,<sup>1</sup> והיא מונעת כליל הגעה (ברכב, שכשלעצמה לא גורמת לכל

<sup>1</sup> יצוין כי בפועל, אירועי סוף השבוע האחרון מלמדים כי המשטרה פירשה את התקנות שמונעות לחלוטין הפגנות, ופעלה לפיזור הפגנות בכל רחבי הארץ. זאת, מבלי שנקטה צעדים על מנת לאפשר הפגנות במתווה הקבוע בתקנות (על ידי יצירת "קפסולות" של מפגינים במרחק קילומטר מבייתם. משהעתירה הנוכחית עוסקת בחוקתיות התקנות עצמן, לא נדרש כאן לשאלות של אופן הישום של התקנות, והפרשנות המרחיבה (והשגויה) שניתנה להן על ידי גורמי האכיפה.

סיכון לבריאות הציבור) להפגנה, אף אם ההפגנה עצמה מתקיימת תוך שמירת הכללים לריחוק חברתי.

11. המשמעות המעשית של המגבלה החדשה, בשים לב להפגנות המתקיימות כיום, היא שלא ניתן יהיה להמשיך לקיים הפגנות מחוץ למשכן ראש הממשלה, שבהן משתתפת אוכלוסייה מכל רחבי הארץ.

12. כפי שנפרט מיד, ההחלטה על הפגיעה בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה התקבלה מתוך ניגוד עניינים מוסדי ואישי.

13. ניגוד העניינים המוסדי נובע מהעובדה שהממשלה, שהיא הנהנית מההסדר, היא זו שקיבלה את ההחלטה על אישורו. כפי שנפרט מיד, בהתאם לפסיקה במקרים של ניגוד עניינים מוסדי, יש למזער את ניגוד העניינים או לאיינו, בדרך של קבלת ההחלטה על ידי גוף מקצועי בלתי תלוי, ולכל הפחות – בהסתמך על עבודת המטה של גוף מקצועי בלתי תלוי. מטעם זה ממש, בכל הנוגע לניגוד העניינים המוסדי של הממשלה בהליכי מינוי (בין הכובע הפוליטי לכובע המנהלי של השרים) נקבע כי יש לתת משקל "כמעט מכריע" להמלצות של ועדות איתור. ואם אלו הם פני הדברים מקום שבו מתקיים ניגוד עניינים בכוח, בסוגיה שאינה יורדת לליבת זכויות האדם, מקל וחומר שיש לאמצם במקרה הנוכחי, שבו ההחלטה המיטיבה עם הממשלה היא כזו הפוגעת בזכויות חוקתיות מהמעלה הראשונה.

14. ניגוד העניינים האישי נובע מהעובדה שההפגנות המסוכלות במסגרת התקנה החדשה הן הפגנות נגד המשיב 1, ראש הממשלה, באופן אישי, הפוגעות בו במישור הפוליטי, ומפריעות לו ולבני ביתו בשגרת יומם. קשה לחשוב על ניגוד עניינים מובהק וברור יותר, מאשר ניגוד העניינים שנוצר כאשר עובד ציבור מקבל החלטות למנוע את הביקורת האישית נגדו.

15. למול המורכבות המתעוררת בכל הנוגע לניגוד העניינים המוסדי, במישור של ניגוד העניינים האישי הכלל הוא ברור – על עובד הציבור להימנע מהימצאות במצב של ניגוד עניינים. ככל שהוא מבקש לפעול מתוך ניגוד עניינים, עליו להוכיח צורך בהשתתפותו האישית בקבלת ההחלטה, והעדר כל חלופה סבירה אחרת.

16. במקרה הנוכחי, מובן שהשתתפותו של המשיב 1 בהחלטה על קיום או מניעת ההפגנות נגדו ולמול ביתו אינה דרושה לצורך קבלת ההחלטה. למעשה, דרך המלך הייתה לקבל החלטה זו על ידי גורמי המקצוע. אלא שאפילו אם ההחלטה הייתה צריכה להתקבל בממשלה, ניתן היה לקיים את הדיון בממשלה בקשר למתווה ההפגנות ללא השתתפותו של המשיב 1, שהוא בעל העניין המרכזי בתוצאה.

17. אלא שראש הממשלה, לא בלבד שלא נמנע מהשתתפות בהחלטה, אלא שהוא אף הוביל אותה, דרש אותה, והפעיל את מלוא כובד משקלו הפוליטי על מנת לקדמה. משמע, ניגוד העניינים האישי של ראש הממשלה חילחל להחלטת הממשלה כולה, ולא ניתן להפריד בין השיקול הזר שלו, לבין ההחלטה שהתקבלה.

18. יתרה מכך, הגם שבהתאם להלכה הפסוקה די בניגוד עניינים בכוח על מנת להביא לקביעה כי נפל פגם בהחלטה המנהלית, במקרה הנוכחי ניגוד העניינים המוסדי והאישי התקיימו בפועל. די בבחינת הדברים הגלויים והישירים של ראש הממשלה ושרי הממשלה במהלך דיוני

הממשלה והכנסת כדי ללמד על העניין האישי הברור שלהם, שחורג משאלת ההתמודדות עם מגפת הקורונה, בהחלטה.

19. ליקוי זה, של קבלת החלטה הפוגעת בזכויות האדם מתוך עניין אישי ברור, באופן שמיטיב עם מקבל ההחלטה, אינו בר תיקון בדיעבד. מדובר בליקוי שיוורד לשורשה של ההחלטה, ומאין אותה, אפילו לו ניתן היה בדיעבד לנסות ולאתר לה הצדקות ענייניות.

20. עוצמתו של הליקוי רבה במיוחד בשים לב לעובדה שהמתווה שאומץ בתקנות אינו עולה בקנה אחד עם ההמלצות שניתנו על ידי גורמי המקצוע במשרדי הממשלה (שמטבע הדברים, אף הם מושפעים מהלחצים של הדרג הפוליטי). גם ההתנגדות הגורפת למתווה בספירה הפוליטית, בשונה מהחלטות אחרות בקשר למצב החירום שהתקבלו מתוך הסכמה רחבה, מלמדת על היות הרכיב הפוליטי בהחלטה הגורם הדומיננטי, שגבר על השיקולים המקצועיים.

21. משכך, בית המשפט הנכבד לא נדרש כלל לבחון את ההחלטה על הגבלת ההפגנות לגופה, מבעד למבחני פסקת ההגבלה.

22. אלא שאפילו אם יבחר בית המשפט הנכבד בכל זאת לבחון את ההחלטה לגופה, הרי שהיא נכשלת במובהק הן במבחני הסבירות והן במבחני המידתיות. העולה מדיוני הממשלה והכנסת הוא שכלל לא גובשה תשתית עובדתית המלמדת על סיכון משמעותי של הדבקה בהפגנות בשטח הפתוח; לא נקבעו ממצאים כלשהם לגבי התועלת שבהגבלת הפגנות לטווח של 1,000 מטרים מבית מגורים; לא נבחנו חלופות להגבלה שהוטלה על ההפגנות אשר יצמצמו את הסיכונים תוך הפחתת הפגיעה בזכויות היסוד; ולא התבצע איזון בין התועלת השולית, ככל שישנה, של המגבלה החדשה, למול עוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות.

23. ונדגיש – הביקורת השיפוטית שעל בית המשפט לקיים, במקרה הנוכחי, היא קפדנית במיוחד. זאת, בשים לב לעובדה שספק רב אם תכלית ראויה היא שעמדה ביסוד ההחלטה (וכפי שיפורט להלן, התכלית העיקרית שעמדה ביסוד ההגבלה על הפגנות היא תכלית פוליטית, שהיא תכלית זרה ופסולה). לכן, אפילו אם יקבע כי לצד התכלית הפוליטית מתקיימת גם התכלית של שמירה על בריאות הציבור (וספק אם כך), נטל כבר ביותר מוטל על המשיבים לבסס את מדיניותם, נטל שהם אינם יכולים לעמוד בו.

24. טעם נוסף המחייב ביקורת שיפוטית קפדנית במיוחד הוא בכך שהחוק המסמיך עצמו קובע פרוצדורה נדרשת שרק בהתקיימה תוכל הממשלה להפעיל את סמכותה להגביל הפגנות – ובראשונה – דיון בבממשלה (שלא התקיים כלל), במסגרתו שוכנע הממשלה על יסוד נתונים ולאחר שבחנה את החלופות שפגיתם פחותה כי אין מנוס מההגבלה; והצגת מלוא הנתונים הדרושים לועדת חוקה, חוק ומשפט קודם לאישור ההגבלה. פרוצדורה זו לא התקיימה כלל, ובמקומה בחרה הממשלה לחרוג מסמכותה, ולקבוע הסדר ראשוני של מניעה מוחלטת של ההפגנות בפועל (חלף קביעת הגבלות ישיבות שלא יאיינו את ההפגנות).

25. בין אם כך ובין אם כך, התוצאה אחת היא – בטלות ההחלטה על הגבלת ההפגנות.

26. וברי, כי בנסיבות הייחודיות של מצב החירום, מובן כי בידי הממשלה הכלים למנות ועדה בלתי תלויה לבחינת הזיקה שבין הפגנות להתפשטות מגפת הקורונה, ובמידת הצורך לגבש המלצות מקצועיות על יסוד הממצאים שיתבררו (אשר הן תבחינה במבחני המידתיות). אלא שאת ההחלטה במתכונתה הנוכחית, ובאופן שבו התקבלה, לא ניתן להכשיר.

27. ואולם, ראשון-ראשון, ואחרון-אחרון.

## ב. הצדדים

28. העותר 1 – חה"כ אלי אבידר הוא חבר כנסת מטעם מפלגת ישראל ביתנו.
29. העותרים 2-98 - הם אזרחי ישראל, שזכותם הבסיסית לחופש ביטוי ולהפגנה נפגעה בשל התקנות.
30. המשיב 1 – ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו, הוא מי שאמון על עבודת הממשלה, ומי שמצוי בניגוד עניינים מובהק בכל הנוגע לסיכול הפגנות נגדו.
31. המשיבה 2 – ממשלת ישראל, היא הרשות המבצעת בישראל והיא שהתקינה את התקנה העומדת במוקד העתירה הנוכחית.
32. המשיבה הפורמאלית – ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, היא שאישרה את התקנות, מבלי שהועמדה בפניה כל תשתית עובדתית רלבנטית.

## ג. העובדות הדרושות להליך

33. כאמור בפתח הדברים, עתירה זו נסובה סביב מקרה קיצוני ומובהק של שימוש לרעה בתקנות שעת חירום על מנת לקדם את האינטרסים הפוליטיים של ראש הממשלה ושל הממשלה.
34. בפרק זה נעמוד על העובדות הדרושות לניתוח המשפטי שידון להלן.
35. ראשית, נעמוד בקצרה על שורת הפעולות שנקטו על מנת לסכל ולצמצם את ההפגנות נגד ראש הממשלה, המתקיימות מול משכנו ברח' בלפור בירושלים, ועל ההתבטאויות הברורות של ראש הממשלה ושל חברי הממשלה, המלמדות כי השיקול הפוליטי מהווה חלק (לשון המעטה) מהשיקולים הנשקלים על ידם בכל הנוגע להגבלת הפגנות בעת הזו.
36. שנית, נעמוד על ההליכים הפרלמנטרים והמנהליים שנקטו לצורך צמצום ההפגנות ומניעתן, עד לאישור ההגבלה המוחלטת על הפגנות במרחק של יותר מ-1,000 מטרים מבית המגורים כיום. נציין כבר עתה, כי התמונה העולה היא שבשום שלב לא הוצגו נתונים קונקרטיים אודות הדבקה בקורונה בהפגנות, ובשום שלב לא נבחנו חלופות שונות, שיאפשרו קיום הפגנות תוך הפחתת הסיכון הנטען.
37. שלישית, נעמוד על מיצוי ההליכים שבוצע. ונציין, כי מיצוי ההליכים בעל פה, בכנסת – לא נענה במענה ענייני, ומיצוי ההליכים בכתב – לא נענה כלל (למעט תשובה לקונית המלמדת על קבלת הפניה).

## ג.1. הממשלה פועלת לצמצם ולהגביל את ההפגנות נגד ראש הממשלה

38. כאמור, מזה למעלה מחצי שנה מתקיימות הפגנות שמטרתן מחאה נגד הממשלה ונגד ראש הממשלה בפרט. הפגנה עיקרית מתקיימת מול מעונו הרשמי של ראש הממשלה בירושלים והפגנות רבות נוספות מתקיימות בגשרים ומוקדים שונים בכל רחבי הארץ.
39. מאליו מובן, כי הפגנות אלה אינן נושאות חן בעיני הממשלה והעומד בראשה. משכך, בחודשים האחרונים פועלת הממשלה, בשלל דרכים מפוקפקות, לצמצם ולהגביל את ההפגנות ואת זכותם של האזרחים להשתתף בהן.

40. כך, למשל, כינו חברי הממשלה, הקואליציה ותומכיהן את המפגינים ומארגני המחאה בשלל כינויים מבזים (כך, לדוגמה, כונו המפגינים: מדגרות של קורונה – על ידי ראש הממשלה; חייזרים - על ידי בנו של ראש הממשלה, יאיר נתניהו; אנרכיסטים נגד הדמוקרטיה בישראל – על ידי השר המקשר בין הממשלה לכנסת, מר דוד אמסלם; המפגינים שמחים על העלייה החדה בתחלואה – על ידי ח"כ מיקי זוהר; ועוד דוגמאות רבות).

**נספח 2:** העתקי קטעי עיתונות וראיונות בנושא הפגנות המחאה.

41. בהמשך, התבטא השר לביטחון פנים באופן ברור ונחרץ, נגד קיומן של ההפגנות ואף הפציר במשטרה לגלות פחות סובלנות לקיומן ולהתייחס למפגינים כאנרכיסטים. יתרה מכך, הודיע השר על כוונתו להודיע על מינוי מפכ"ל חדש למשטרת ישראל, כאשר אחד השיקולים הניצבים בפניו הוא עמדתם של המועמדים ביחס להפגנות.

**נספח 3:** העתקי קטעי עיתונות וציטוטי השר לביטחון פנים בעניין ההפגנות ומינוי מפכ"ל המשטרה הקבוע.

42. אם כן, נראה כי הממשלה פועלת ללא לאות לדיכוי ההפגנות וצמצום היקפן.

43. כעת, מנסה הממשלה מהלך נוסף לביטול ההפגנות, במסווה של פעולה מעשית הכרחית לצמצום התחלואה בנגיף הקורונה. ונסביר.

44. בתחילת הדרך, כאמור, הותקנו תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), התש"ף-2020, לפיהן חל איסור על אדם להתרחק למעלה מ-1000 מ' מביתו. אלא שברשימת החריגים שהוספה לתקנות אלה, בתקנה 2(א) (13), נקבע כי מותרת חריגה מטווח זה לצורך השתתפות בהפגנה. קרי, המשך קיומן של הפגנות מול מעונו הרשמי של ראש הממשלה הותר כחריג. למעשה, עוד נשקלה על ידי המשיבה 2 האפשרות להקמת ועדה שתדון במתווה לקיומן של הפגנות תחת המגבלות הנובעות מהתפרצות נגיף הקורונה, אך זו לא הוקמה.

45. המשיבים 1-2, לא היו שבעי רצון ממצב זה, והובילו, בליל ה-30.9.2020, לחקיקת תיקון לחוק המסמך, לפיו מוסמכת כעת הממשלה להתקין תקנות חירום המגבילות יציאת אזרחים לטווח העולה על קילומטר אחד מביתם **אף לצורך הפגנה**.

46. והנה, לא חלפו 24 שעות מתיקון החוק המסמך, והממשלה כבר הפעילה סמכותה לפיו והתקינה את התקנות. לפיהן, תוקנה תקנה 2(א) (13), לעניין השתתפות בהפגנה כחריג לאיסור על יציאה למרחב הציבורי, כך שלשונה כעת: "השתתפות בהפגנה **ובלבד שההפגנה מתקיימת במרחק של עד 1,000 מטרים ממקום מגוריו של המשתתף בהפגנה**".

47. הנה כי כן, פתרה המשיבה 2 את "מטרד" ההפגנות מול מעונו ראש הממשלה באמצעות תקנות לשעת חירום שנועדו להתמודד עם התפרצות נגיף הקורונה. ודוק, אין בתקנה זו כל איסור על עצם קיומן של הפגנות באשר הן, אלא שהיא מונעת, באופן ישיר וללא כל ניסיון להסתיר זאת, את הזכות להפגין **מול מעונו הרשמי של ראש הממשלה בלבד**, הפגנה אליה מגיעים מפגינים מכל רחבי הארץ. יגעת ומצאת - תאמין.

## ג.2. הליך התקנת התקנות והדיונים שהתקיימו אודות התקנות

48. ייאמר מיד, הליך תיקון החוק המסמיך והתקנת התקנות לוו בכשלים רבים ובהתנהלות המעלה תהיות רבות על כנות החקיקה ותכליתה.

49. למעשה, מהליך חקיקת החוק המסמיך, מדבריהם של חברי הקואליציה ושרי הממשלה, נראה, ובבירור, שמטרתו אחת היא – מניעת ההפגנות בכסות של נימוקי בריאות הציבור והתמודדות עם התפרצות נגיף הקורונה.

50. כך, למשל, מדבריו של השר המקשר בין הממשלה לכנסת, חה"כ דוד אמסלם בדיון שהתקיים במליאת הכנסת ביום 24.9.2020 בהכנה להצבעה בקריאה ראשונה, עולה כי הנחיצות בתיקון לחוק נובעת מהנזק שנגרם מההפגנות וההדבקה ההמונית ו-"האנרכיה" שהן, לכאורה, יובילו אליהן. למעשה, לפי השר אמסלם, מדובר בעשרות אלפי אנשים שכל תכליתם היא לעשות "חנגות". עוד השווה השר אמסלם את ההפגנות לאירועים משפחתיים, כאילו אין מדובר בזכות חוקתית יסודית, אותה מממשים אזרחי ישראל (ראה שם, בעמ' 15-17).

**נספח 4:** העתק העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דברי הכנסת מיום 24.9.2020.

51. בדומה, גם מדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לעניין חקיקת התיקון לחוק המסמיך, עולה, כי מטרתה של הממשלה הייתה קידום חוק שתכליתו הבלעדית היא צמצום הזכות להפגין.

52. כך, למשל, לדיון הכנת הצעת התיקון לחוק להצבעה בקריאה שנייה ושלישית ביום 25.9.2020, התייצב יו"ר הקואליציה, ח"כ מיקי זוהר (להלן: "ח"כ זוהר"), לייצג את עמדת המשיבה 2 והקואליציה. בכל דבריו, התייחס ח"כ זוהר להשלכות ההפגנות בלבד על התפרצות נגיף הקורונה. בדבריו, הביא ח"כ זוהר נתוני תחלואה וצפי התפתחות המחלה בשל קיומן של הפגנות, בהיעדר כל ביסוס או הצגת נתונים רשמיים וללא תגובת משרד הבריאות או גורם מקצועי. למעשה, ח"כ זוהר הבהיר באופן מפורש, כי מטרת קידום התיקון לחוק המסמיך היא: "שאולי יהיה סיכוי שנוכל למנוע את ההפגנות", וכי אם יגיעו התקנות לפתחו של בית משפט נכבד זה, והוא לא "יאשרן" – אזי יתקיימו הפגנות ויתרחש "אסון אפידמיולוגי" (ראו שידורי וועדות הכנסת בין הדקות 00:22-00:32).

**נספח 5:** הקטע הרלוונטי בשידורי וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 25.9.2020.

53. והנה, כאמור, ביום 30.9.2020 אכן תוקן החוק המסמיך והממשלה החלה מיד בהליך התקנת התקנות מכוחו.

54. בפועל, בתוך פחות מ-24 שעות, קיימה המשיבה 2 "הצבעה טלפונית" שאישרה את התקנות בנוסחן. כלומר, ככל הנראה, שרי הממשלה נדרשו להצביע ללא דיון מהותי בתקנות ונחיצותן במתכונת זו ובהיעדר עמדה רפואית-מקצועית ראויה לעניין זה. ויובהר, כי בהתאם לדברי ההסבר לחוק המסמיך, נדרשת הממשלה בעת הגשת תקנות מכוח החוק המסמיך, להציג בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, נימוקים ותשתית עובדתית העומדים בבסיס ההחלטה על התקנת התקנות (ראה שם, בעמ' 19). למותר לציין, תשתית עובדתית כאמור, לא הוצגה וממילא לא ניתנו נימוקים ראויים בהתאם לה.

55. ודוק, המדובר במהלך חמור שבעתיים, כאשר מדובר בתקנות הפוגעות באופן כה חמור בזכויות חוקתיות יסודיות. ועוד יודגש, החוק המסמיך אף מחייב את הממשלה לקיים דיון ממשי בהתקנת התקנות וכי בטרם תעשה כן, עליה להשתכנע "כי קיים הכרח בקביעת מגבלות נוספות כאמור בסעיף 7(ב) כדי להפחית את חומרת הפגיעה בבריאות הציבור". ובכן, ספק רב אם בפרק זמן זה ובנסיבות הנוכחיות, הספיקה המשיבה 2 להשתכנע, כי קיים הכרח להתקנת התקנות כאמור (ראה סעיף 3א(א) לחוק המסמיך).

56. הנה כי כן, לעינינו מתגלה הליך התקנת תקנות מכוח החוק המסמיך רצוף כשלים ופגמים, נגוע בניגוד עניינים, שהוביל להתקנת תקנות הפוגעות באופן ישיר בזכויות חוקתיות יסודיות.

### ג.3. מיצוי הליכים

57. נוכח כל האמור לעיל, ובשים לב לכוונת הממשלה להביא לחקיקת החוק המסמיך והתקנתו בפועל של התקנות מושא עתירה זו, ביום 25.9.2020 שלח העותר 1 מכתב דחוף לידי היועץ המשפטי לממשלה המביע חשש מפני פגיעה בלתי חוקתית בזכות ההפגנה ובחופש הביטוי. יצוין, כי מכתב זה היה המשך לפניה מוקדמת יותר, בדבר ניגוד העניינים של השר לבטחון פנים וראש הממשלה ורצונם בסיכול ההפגנות מול משכן ראש הממשלה.

נספח 6: העתק מכתב ליועץ המשפטי לממשלה מיום 25.9.2020.

58. אלא שמכתב זה נותר ללא מענה. לפיכך, פנה העותר 1 במכתב נוסף, מיום 29.9.2020, לקבלת עמדת היועץ המשפטי לאמור במכתב מיום 25.9.2020 ולקבוע כי יש להקים וועדת מומחים בלתי תלויה שתדון בנחיצות התקנות. בשים לב להליך התקנת ההתקנות, ולצורך באישורה של ועדת חוקה, חוק ומשפט, נשלח מכתב זה אף לב"כ הכנסת, עו"ד אביטל סומפולינסקי.

נספח 7: העתק מכתב ליועץ המשפטי לממשלה מיום 29.9.2020.

59. אף מכתב זה נותר ללא מענה לגופו של עניין, זאת למעט מענה כללי מיום 30.9.2020 מטעם משרדו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיו המכתב התקבל בלשכתו והועבר לטיפולו של המשנה לו למשפט ציבורי-חוקתי – עו"ד רז נזרי.

נספח 8: העתק מכתב מטעם לשכת היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.9.2020.

60. נציין כי עו"ד נזרי לא השיב לפניה, אך טען בפני גופי התקשורת כי ראש הממשלה לא מצוי כביכול בניגוד עניינים בכל הנוגע להגבלת ההפגנות.

61. לצד זאת, העותר 1 השתתף בכל דיוני הכנסת וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, העלה בצורה ברורה ומפורשת את כלל הטענות בדבר ניגוד העניינים של הממשלה והעומד בראשונה, של העדר התשתית העובדתית להחלטה, ושל חוסר מידתיותה וסבירותה.

62. בהקשר זה, נציין כי חובת מיצוי ההליכים, לרבות במקרים דחופים, נועדה לקיים דיון אפקטיבי ולאפשר לרשות לשקול את מכלול השיקולים. אין ספק, כי מכלול השיקולים המפורטים בעתירה זו הובאו בפניה, בכתב ובעל פה. אלא שצידה השני של חובת מיצוי ההליכים, היא חובת המענה לפונה. זאת, בכלל, וזאת בפרט מקום שבו פונה חבר כנסת לרשות המבצעת, מכוח סמכותו לפקח על פעולת הרשות המבצעת.

63. הפרקטיקה של המשיבים, שלא לענות לפניית דחופות אליהם כלל ועיקר חותרת תחת חובת הנאמנות של המשיבים לציבור, וחובת האמונים של הממשלה לכנסת. במצב דברים זה, עצם

העדר הפניה מהווה טעם למתן צו על-תנאי, שכן העדר המענה מקרקע את חזקת התקינות העומדת לרשות המנהל.

64. על רקע הדברים הללו, נפנה לטיעונו המשפטי.

### **ד. הטיעון המשפטי**

65. במסגרת דיונו להלן, נעמוד תחילה על ניגוד העניינים המוסדי וניגוד העניינים האישי שמתוכם התקבלה ההחלטה על מניעת מוחלטת, הלכה למעשה, של הפגנות במתחם בלפור.

66. כפי שנפרט בפרק 1.ד, ניגוד העניינים המוסדי של הממשלה מחייב הקפדה יתרה על הליך תקין של קבלת החלטות, תוך הפרדה מוחלטת והרמטית בין ההחלטה המקצועית, לבין השיקולים הפוליטיים. בפרק 2.ד נעמוד על ניגוד העניינים האישי הברור והמובהק של המשיב 1 בכל הנוגע למניעת הפגנות נגד וסביב משכנו.

67. על רקע זה, נעמוד בפרק 3.ד. על כך שמדובר בליקוי היורד לשורשה של ההחלטה בדבר הגבלת ההפגנות, ואינו בר תיקון בדיעבד. זאת, בפרט בשים לב לסטייה הניכרת של הממשלה מההוראות החלות מלכתחילה על תיקון תקנות שעת חירום ובפרט – תיקון תקנות שעת חירום שיש בהם משום פגיעה בליבת זכויות האדם ואף יצירת הסדר ראשוני.

### **1.ד. הממשלה פעלה מתוך ניגוד עניינים מוסדי**

68. מצב שבו רוב בתקופת זמן נקודתית קובע נורמה המיטיבה עימו ועימו בלבד, הוא מצב המעורר חשש מובנה של פגיעה במנהל התקין ובשלטון החוק.

69. בפרשת התקציב הדו-שנתי, עמד כבי' השופט הנדל על הקושי המתעורר במצב דברים זה, המצדיק ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשית, בציינו:

"חוק המנוסח "באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול" – גם אם אינו נוקב במפורש בשם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות, הנתפסת על ידי מלומדים כתנאי להבטחת "מוסריותו הפנימית" והחיצונית של המשפט, ואף כנגזרת של עקרון שלטון החוק המהותי [...]. בין היתר, נאמר כי "בבואו לחוקק חוק על המחוקק להעמיד לנגד עיניו עיקרון המשרת לתפיסתו את האינטרס הציבורי הכללי. אסור למחוקק לעצב את הנורמה כאשר טובתו של אדם ספציפי עומדת לנגד עיניו ולתפור אותה למידותיו" (מדריך למחוקק, עמ' 63-64), וכי במצבים מסוימים חקיקה פרסונאלית, או "סלקטיבית", עלולה אף לחתור תחת עקרון הפרדת הרשויות (טמיר, חקיקה סלקטיבית).

[...]

קושי זה אף מתעצם במידה מסוימת נוכח שני הכובעים שחובשת הכנסת, ומעוררים סוגיה מעניינת של ניגוד עניינים: הכנסת ה-34, בכובעה כרשות מכוונת, "מכוונת לעצמה" נורמה ייעודית שתסדיר אך ורק את יחסיה שלה, בכובעה כרשות מחוקקת, עם הממשלה (לדיון במגבלות אפשריות על "חקיקה עצמית" – בין היתר, בשל ניגוד עניינים ופגיעה בהפרדת הרשויות – ראו יואב דותן "איסור החקיקה

העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001) (להלן: דותן, חקיקה עצמית); איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 170-172 (1998).

**ונבהיר – הביקורת העניינית שבמונח חקיקה פרסונאלית עשויה להיות נכונה לא רק לאישי (חקיקה המופנית כלפי אדם פרטי) אלא גם לאישיות המשפטית. לא רק פרסונאלית, אלא גם כזו העוסקת ב"פרסונה" מוסדית".**

(בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט הנדל, וראו גם פסקה 10 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר).

70. ונדגיש – דברים אלו נכתבו בקשר לחקיקה ראשית של הכנסת, אשר מעצם טיבה, לא יכולה להיות מבוצעת אלא על ידי הכנסת, וששיקול הדעת הלגיטימי המנחה אותה הוא שיקול הדעת הפוליטי (לאבחנה בין טיב שיקול הדעת שמפעילים חברי הכנסת, לטיב שיקול הדעת המנהלי, ראו בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020)).

71. במילים אחרות – מקום שבו מדובר בחקיקה ראשית, אין כל דרך לאיין מראש את ניגוד העניינים הנוצר מהצבעה של חברי כנסת על חוק שמיטיב עימם במישרין, ושאלת ניגוד העניינים המוסדי תבחן רק כשיקול במסגרת ביקורת שיפוטית בדיעבד על חוקתיותו של החוק.

72. כאשר עסקינן בהחלטה מנהלית של רשות מנהלית, הדברים פשוטים בהרבה. לרשות המנהלית כלים פשוטים, המאפשרים את איון ניגוד העניינים המוסדי מראש. ככל שניגוד העניינים המוסדי חריף יותר, כך ראוי להקפיד על הליך פרוצדורלי תקין יותר (וראו בג"ץ 415/19 לוי נ' שר הפנים (21.4.2020), פסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט מזוז, והאסמכתאות המובאות שם).

73. הדברים הם בבחינת מקל וחומר במקום שבו הקואליציה מחוקקת חקיקת חירום בהוראת שעה שלמעשה מפקיעה מהכנסת את הסמכות לקבוע הסדר ראשוני הפוגע בחופש הביטוי וההפגנה, ומעבירה את שיקול הדעת לממשלה, להליך שאינו ציבורי ואינו שקוף.

74. בהקשר זה, הלכה פסוקה היא כי במקרים שבהם מדובר בסוגיה מקצועית במובהק, למעט בנסיבות קיצוניות, אין הצדקה להתערבות הדרג הפוליטי בהחלטה המקצועית.

75. כך, בהלכת אשר עמד כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) ריבלין, על הטעמים המצדיקים מתן משקל "כמעט מכריע" לשיקול דעתה של ועדה מקצועית (שם – ועדת איתור), וציון כי אלו שניים – ראשית, מומחיותה של ועדת האיתור, ושנית, תכליתה של הועדה "להבטיח כי השיקולים הנלקחים בחשבון לצורך המינוי הם ענייניים ומקצועיים בלבד" (בג"ץ 8134/11 עו"ד ורו"ח אשר נ' שר האוצר (29.1.2012)).

76. ונדגיש – הלכת אשר ניתנה בקשר למצב שבו אין סיבה להניח שלשר עניין אישי מיוחד בהחלטה ובנוגע להחלטה שגרתית, שכמוה מתקבלות רבות מידי יום, ואשר אין לה כל

השלכות ישירות על זכויות האדם של מאן דהו. גם באותן נסיבות, נקבע כי בשל המומחיות המיוחדת מחד, והחשש משיקולים זרים בהחלטה מאידך, יש מקום לתת את הבכורה לדרג המקצועי.

77. הנסיבות הנוכחיות קיצוניות בהרבה:

(1) ההחלטה מיטיבה במישרין עם הממשלה הנוכחית ואיתה בלבד (ולא תיטיב עם ממשלות עתידיות);

(2) מדובר בהחלטה חריגה המשנה הסדר ראשוני מכוח הסמכה כללית;

(3) יש אינדיקציות ברורות (לשון המעטה) כי שיקולים פוליטיים נשקלו במסגרת ההחלטה;

(4) ההחלטה לא התבססה על כל עבודה של הדרג המקצועי וודאי שלא על הליך מקצועי בלתי תלוי;

(5) ההחלטה התקבלה שלא בהתאם לפרוצדורה הקבועה בחוק המסמך;

(6) ההחלטה פוגעת בליבת הזכויות החוקתיות לחופש ביטוי ולהפגנה.

78. במצב דברים זה, של ניגוד עניינים מוסדי קיצוני ומובנה, יש הכרח באיזון ניגוד העניינים המוסדי על ידי הפרדה הרמטית בין ההחלטה החקיקתית-פוליטית בדבר הקניית סמכות בחקיקה ראשית להגבלת הפגנות בשל מצב החירום, לבין ההחלטה הישומית, של הפעלת הסמכות על ידי רשות מנהלית.

79. במילים אחרות, אפילו אם ימצא שהנורמה החוקית עצמה צולחת את מבחני החוקתיות, חרף היותה בהוראת שעה וחרף ההטבה הפוטנציאלית שלה עם ממשלה נקודתית (והעתירה הנוכחית אינה מכוונת נגד חוקתיות הנורמה המסמיכה) ההחלטה על הפעלת הסמכות על ידי אותה הממשלה שתהנה מהאופן שבו תופעל הסמכות פסולה ובטלה.

80. במצב דברים זה, על הממשלה, המצויה בניגוד עניינים מוסדי, להקים ועדה מקצועית בלתי תלויה, שאינה מורכבת רק מנציגי הממשלה, על מנת לגבש את ההחלטות המומלצות בעניינים שיש אפשרות שייטיבו על הממשלה עצמה. להמלצות אלו יש לתת מעמד "כמעט מכריע", והתערבות של הממשלה בעמדת גורמי המקצוע הבלתי תלויים תתאפשר רק בנסיבות חריגות ביותר (בפרט – התערבות המיטיבה עם הממשלה בניגוד להמלצה המקצועית).

81. נציין, להשלמת התמונה, כי פעולה מתוך ניגוד עניינים מוסדי, כפי שצוין לעיל, היא טעם כבד משקל לביקורת שיפוטית מחמירה. ההצדקה לביקורת שיפוטית שכזו מתגברת אפילו יותר מקום שבו ההחלטה התקבלה ללא הסכמה פוליטית רחבה.

82. נזכיר, כי הסדרים חקיקתיים קבועים המקנים לממשלה ולקואליציה אפשרות להיטיב עם עצמן, דוגמת האפשרות לדחות את מועד התפזרות הכנסת, מחייבים רוב מיוחס של 80 חברי כנסת על מנת למנוע ניצול לרעה של הסמכות. בדומה, אף במישור השלטון המקומי, נקבע כי על מנת להתגבר על חשש לשיקולים פוליטיים שבהתקשרות מועצה עם חבר מועצה לשעבר בחוזה עסקי, יש לעמוד בדרישה כפולה – רוב של שני שלישים מחברי המועצה המכהנת

(משמע, הסכמה רחבה) וכן אישור של שר הפנים (ראו לדיון נרחב במניעת ניגוד עניינים בהקשר זה את פסק דינו של כב' השופט מזוז בהלכת לוי).

## **2.ד. ראש הממשלה פעל מתוך ניגוד עניינים אישי**

83. מושכלות יסוד הן, כי על נושא משרה ציבורית חלה חובה להימנע מקבלת החלטות שיש בהן ניגוד עניינים אישי, שלו או של מקורביו. לעניין זה, די בכך שהעניין האישי עשוי להשפיע על קבלת ההחלטות, כדי להביא לתוצאה שעל נושא המשרה להימנע ממעורבות בהחלטה (ראו, לסקירה מקיפה של הפסיקה, הלכת לוי, פסקאות 16-21 לפסק דינו של כב' השופט מזוז).
84. על מנת להצדיק פעולה מתוך ניגוד עניינים אישי, על נושא המשרה מוטל להוכיח כי ישנו צורך בפעולה בניגוד עניינים, ולא מתקיימת כל חלופה ראויה לקבלת ההחלטה אשר תאיין ניגוד העניינים האישי. מצב דברים זה, מעצם טבעו, הוא נדיר ביותר (הלכת לוי, פסקה 36 והאסמכתאות המובאות שם).
85. במקרה הנוכחי, לא יכול להיות כל ספק שראש הממשלה מצוי בניגוד עניינים אישי – **ההפגנות העיקריות שמתקיימות היום בישראל הן נגד ראש הממשלה והמשך כהונתו במשרתו**. חלק משמעותי מהפגנות אלו מתקיימות מחוץ למשכנו האישי של ראש הממשלה, תוך שהן משפיעות עליו ועל בני ביתו ומפעילות עליהם לחץ ציבורי. סיכול ההפגנות יטיב עם ראש הממשלה במישור הפוליטי, ויטיב עם ראש הממשלה ובני משפחתו במישור האישי.
86. בהמשך לכך, הגם שהנטל להראות שמתקיים "צורך חריג" המצדיק את הפעולה בניגוד העניינים מוטל על המשיב 1, מובן שצורך כזה לא מתקיים. למעשה, כבר בישיבת הממשלה עלתה החלופה של קביעת מתווה ההפגנות בידי ועדה מקצועית, באופן שהיה מצמצם את ניגוד העניינים של המשיב 1.
87. יתרה מכך, אפילו אם היה מקום לדון בהגבלת ההפגנות בממשלה, ושלא על בסיס המלצה של ועדה מקצועית, ניתן היה לקיים את הדיון בלא השתתפותו של ראש הממשלה. מובן, כי למשיב 1 אין מומחיות רבה יותר מליתר שרי הממשלה בכל הנוגע לקבלת ההחלטות להתמודדות עם מגפת הקורונה, ואין לו תרומה יחודית להחלטה. במצב דברים זה, ניתן היה לדון באותה ההחלטה עצמה ללא השתתפותו של ראש הממשלה, המצוי בניגוד עניינים.
88. למותר לציין כי כך נעשה דרך שגרה על ידי עובדי ציבור, לרבות שופטים, מקום שבו קם חשש לעניין אישי בעוצמות חלשות בהרבה מזה שמתעורר במקרה הנוכחי, ואפילו שאיש אינו מטיל ספק בכשירותם ומקצועיותם.
89. מעורבותו של ראש הממשלה בקבלת ההחלטה שיש לו עניין אישי מהותי היא כשלעצמה טעם לפסילת ההחלטה. ויודגש – אין מדובר במצב שבו ראש הממשלה היה אחד מהמצביעים על ההחלטה, אך לא היה מעורב בקידומה באופן פעיל. ראש הממשלה היה הגורם המניע והדומיננטי בקבלת ההחלטה על הגבלת ההפגנות, תוך שהוא מגלה בצורה ברורה כי השיקולים האישיים והפוליטיים הם חלק מהשיקולים הנשקלים על ידו במסגרת קבלת ההחלטה. משכך, ניגוד העניינים החריף של ראש הממשלה הוא כזה המקרין על ההחלטה כולה, לבלי הפרד.

### 3.ד. סיכום ביניים - יש להורות על בטלות הסיפא לתקנה 2(א)(13) עד

#### לקיום הליך מנהלי תקין

90. במסגרת ההליך הנוכחי עומדת החלטה שיש לקבלה בתנאי אי ודאות משמעותיים ובנסיבות חריגות ודחופות, היא ההחלטה באשר לאופן ההתמודדות עם מגפת הקורונה. מעצם טבעה של החלטה זו, בנסיבות הנוכחיות, מתחם שיקול הדעת המהותי המסור לרשויות האמונות על ההתמודדות עם המגפה הוא רחב יחסית. בכל הנוגע לביקורת השיפוטית, סד הזמנים הקצר, אי הודאות והמורכבות, מקשים על האפשרות לבחון את ההחלטה לגופה, מבעד למבחני המידתיות והסבירות.
91. דווקא מטעמים אלו – **יש הכרח שהחלטות המתקבלות ופוגעות בליבת זכויות האדם, כמו גם בעקרון המשטרי של שוויון בפני החוק ושלטון החוק, יתקבלו בהליך מנהלי תקין.** תקינות ההליך המנהלי וטוהרו הם הכרח תמיד, אבל הם חשובים במיוחד במקרים שבהם ישנו קושי לבחון את ההחלטה המנהלית לגופה.
92. הכנסת בחוקה את החוק המסמיך הייתה מודעת לכך. מטעם זה, היא קבעה בחוק המסמיך כי על הממשלה חובה להשתכנע, על יסוד מידע מהימן ולאחר שבחנה חלופות שפגיעתן פחותה, כי אין מנוס מהטלת ההגבלה, וכי מלוא המידע העובדתי צריך להיות מוצג לועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.
93. גם הממשלה עצמה מודעת לכך. מהסיבה הזו, דנה הממשלה מלכתחילה באפשרות של מינוי ועדה בלתי תלויה לדון במתווה ההגבלות על הפגנות. זאת, בשים לב לניגוד העניינים החריף, המוסדי והאישי, שבו מצויה הממשלה וחבריה.
94. יתרה מכך, התמונה העולה מדיוני הממשלה היא שהבחירה להימנע מהקמת ועדה בלתי תלויה לדון במתווה ההפגנות נבעה מהעמדה הברורה של גורמי המקצוע, לרבות בתוך משרדי הממשלה, שההפגנות אינן רכיב משמעותי בהתפשטות מגפת הקורונה.
95. למעשה, הדרג המקצועי, במשרדי הממשלה ומחוץ להם, מעולם לא המליץ על הגבלה מוחלטת וגורפת של הפגנות, לרבות הפגנות בדרך של שיירות רכבים (שאין בהן כל חשש להדבקה) והפגנות בקפסולות או בתנאים מגבילים אחרים.
96. למיטב הידיעה, אין כל עבודת מטה מקצועית המשווה את כלל החלופות לקיום הפגנות בתקופה הנוכחית, ומגיעה למסקנה כי התנאי לירידה במסגרת הנדבקים החדשים הוא מניעת הפגנות כליל.
97. במצב דברים זה, שבו הממשלה פעלה ביודעין מתוך ניגוד עניינים מוסדי ואישי, וחברי הממשלה אף הבהירו במהלך דיוני הממשלה כי שיקולים זרים עומדים ביסוד הליך קבלת ההחלטות, אין מקום שבין המשפט ידרש להחלטה המהותית שהתקבלה כלל ועיקר. זאת, שכן אין ביכולתו של בית המשפט הנכבד להכנס בנעלי הגורמים המקצועיים, ולהפריד בין השיקולים הפוליטיים והשיקולים הענייניים שביסוד החלטת הממשלה.
98. עוצמת הפגם שבהליך התקנת התקנות, במקרה הנוכחי, רבה במיוחד בשים לב לעובדה כי הממשלה לא עמדה באף לא אחד מהתנאים שקבועים בסעיף המסמיך, והתנאים הנגזרים מהמסגרת הנורמטיבית החלה על חקיקת משנה.

99. נסביר.

100. על פי סעיף 4(א) לחוק ההסמכה: "בתקופת תוקפה של הכרזה על מצב חירום בשל נגיף הקורונה רשאית הממשלה, באישור כאמור בסעיף קטן (ד), להתקין תקנות כאמור בסעיפים 6 עד 12, אם שוכנעה כי הדבר דרוש לשם מניעת הדבקה בנגיף הקורונה בקרב הציבור וצמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות בסיכון, והכול רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות, לאחר שנשקלו חלופות להשגתן, הפגיעה בזכויות וההשפעות על המשק; תקנות לפי סעיף קטן זה יכול שיחול במדינה כולה או בשטח מסוים ממנה".

101. בהמשך, מובהר כי העברת התקנות לאישור ועדה מועדות הכנסת תעשה "בליווי דברי הסבר והתשתית העובדתית שעמדה בבסיס ההצעה להתקין"

102. אלא שבמקרה הנוכחי התקנות הותקנו במשאל טלפוני, ולא ידוע על דיון כלשהו שהתקיים בממשלה (וודאי שהממשלה לא "שוכנעה" בצורך במניעת ההפגנות, בחנה חלופות או שקלה את השפעת ההגבלות על זכויות, כפי שהיא מחויבת בחוק).

103. כמו כן, התקנות הועברו לאישור המשיבה 3 ללא כל תשתית עובדתית, ללא הסבר למעט תיאור כללי של מגמת התחלואה בארץ, וללא פרוטוקול של ישיבת הממשלה (הטלפונית) שיאפשר לחברי הכנסת לבקר את החלטת הממשלה.

104. בהמשך לכך, כלל חקיקת המשנה, לרבות תקנות שעת חירום, כפופה לעקרון שעל פיו חקיקת משנה יכולה להסדיר רק הסדרים משניים, ואינה יכולה להפקיע או לשנות הסדרים ראשוניים.

105. העובדה שהכנסת הסמיכה את הממשלה לקבוע מגבלות שונות על הפגנות, אינה מקנה לממשלה את הזכות למנוע את ההפגנה העיקרית שמתקיימת כלל ועיקר. סמכותה של הממשלה להגביל את היקף ההפגנות תחומה בגדריה של סמכות הרשות המבצעת – לקבוע הוראות המגשימות את זכות ההפגנה, אף אם בדרך מוגבלת או חלקית.

106. וברי, כי לו היה מתקיים הליך מנהלי תקין, לרבות בחינת חלופות, היו מוצגות בפני הממשלה אפשרויות כאלו. אלא שהממשלה בחרה לנצל לרעה את הסמכות שניתנה לה, ומכוח סמכות מנהלית שהוענקה לה להפקיע למעשה את ההסדר הראשוני, שהוא חופש ההפגנה.

107. בפשטות אם כן, בהתאם לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים, יש לקבוע כי בנוסף למגבלות הפנימיות שקבועות בחוק ההסמכה עצמו (אשר לא התקיימו) סמכותה של הממשלה לקבוע הגבלות להפגנות מוגבלת רק לקביעת תנאים שאינם מסכלים את זכות ההפגנה כליל. אלא שהכנסת לא העבירה לממשלה, ואינה מסוגלת להעביר לממשלה, את הכוח לשנות את ההסדר הראשוני עצמו באמצעות חקיקת תקנות שעת חירום.

108. ונציין – פגמים אלו בהליך התקנת התקנות, הפנימיים והחיצוניים, יש בהם כשלעצמם כדי להצדיק את בטלות התקנות אפילו לו לא היה שיקול זר העומד ביסודן. כאשר פגמים אלו נבחנים על רקע הנסיבות של הגבלת ההפגנות, וניגוד העניינים המובהק שמכוחו הותקנה התקנה המגבילה את ההפגנות, ברור כי אין מדובר בטעות הנובעת מדחיפות העניין, אלא מסטיה מכוונת מההליך המנהלי התקין לשם קידום מטרות הזרות לחוק ההסמכה.

109. נקדים ונציין, כי נוכח ניגוד העניינים החריף ההליך הנוכחי אף אינו מתאים לסעד של בטלות יחסית. כידוע, הנטל להוכיח את התנאים לסעד של בטלות יחסית (שהוא החריג לכלל) מוטל על המשיבים, וממילא – העותרים שומרים את זכותם להשיב לדברים ככל שיטענו.

110. יחד עם זאת, נציין כבר עתה, כי מדובר במקרה של ליקוי חמור ויסודי בהחלטה המנהלית, אשר הכשרתה בדרך של בטלות יחסית תהווה פגיעה של ממש בעקרון שלטון החוק. למול פגיעה חמורה זו, אין כל תשתית המלמדת על אינטרס ציבורי כבד משקל המצדיק את הותרת ההחלטה הפגועה על כנה. לאורך התקופה שמהתפרצות מגפת הקורונה ועד היום לא הייתה הגבלה על הפגנות, ואין כל אינדיקציה מקצועית ממשית שעל פיה הפגנות מהוות מקור לשיעור משמעותי מבין הנדבקים החדשים בנגיף הקורונה.

#### **ד.4. אפילו לו היה מקום לבחון את ההגבלה על ההפגנות לגופה, היא**

#### **אינה עומדת במבחני המידתיות, ובמבחן הודאות הקרובה, ואינה עומדת**

#### **במבחני הסבירות**

111. עמדנו עד כה על ניגוד העניינים החריף שבו התקבלה ההחלטה לצמצם את זכות ההפגנה, ולמעשה – למנוע לחלוטין את ההפגנות למול משכן ראש הממשלה.

112. פגמים אלו בהליך קבלת ההחלטה הם כה יסודיים, עד שאין מקום כלל להידרש להחלטה לגופה, משאין לבית המשפט את היכולת לבחון את ההחלטה ב"נטרול" השיקולים הזרים שעמדו בבסיסה.

113. אלא שאפילו אם יפנה בית המשפט הנכבד לבחינת ההחלטה לגופה, היא אינה עומדת באמות המידה החוקתיות והמנהליות.

114. משלא יכולה להיות מחלוקת שעסקינן בפגיעה בזכויות חוקתיות, לחופש ביטוי ולהפגנה, נטל ההוכחה להראות כי מתקיימים מבחני פסקת ההגבלה, וכי ההחלטה מצויה במתחם הסבירות, עובר לפתחם של המשיבים.

115. אשר לתכלית, ספק רב אם התכלית של בריאות הציבור היא שעמדה ביסוד ההחלטה. כידוע, במקרה שבו התכלית הסובייקטיבית גלויה וברורה, והיא תכלית פסולה, לא יתיר בית המשפט את הפגיעה בזכות אפילו אם ניתן בדיעבד לנסות ולעטות למעשה המנהלי תכלית ראויה כזו או אחרת.

116. יתרה מכך, אין למשיבים כל יכולת לעמוד בנטל ההוכחה הכבד המוטל עליהם במישור של מידתיות הפגיעה, מהטעם הפשוט – שאין כל עבודת מטה, שעמדה בפני הממשלה ובפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, התומכת בהגבלות. למעשה, דברי ההסבר שצורפו לתקנות אינם כוללים נתונים כלשהם, אודות היקף ההדבקה בנגיף הקורונה בהפגנות במתכונתן הקיימת, חלופות אפשרויות והטעמים לבחירה בחלופה של מניעת כמעט מוחלטת של הפגנות (ובעיקר – מניעת ההפגנות מול משכן ראש הממשלה).

117. זאת, בפרט אף בשים לב לעובדה כי במהלך תקופת הסגר הראשונה, שהייתה לגישת הממשלה עצמה אפקטיבית, לא מנעו קיומן של הפגנות.

118. בהעדר תשתית עובדתית ממילא – אין ההחלטה על התקנת התקנות, שהיא החלטה מנהלית, יכולה לעמוד.

119. כך, מאחר שהממשלה כלל לא בחנה את היקף ההדבקה בהפגנות במתכונת שבה הן נערכו, לא ניתן לדעת האם האמצעי שנבחר משרת בצורה כלשהי את המטרה של צמצום ההדבקה בקורונה.

120. יתרה מכך – ההגבלה הנוכחי על הפגנות מונעת גם הפגנות שבבירור אין בהן חשש להדבקה, דוגמת הפגה באמצעות שיירת מכוניות.

121. ועוד, הממשלה לא בחנה כיצד צפוי האמצעי שנקט להשפיע על החשש מפני הדבקה במקומות אחרים. נציין, כי על פי התקנה במתכונתה החדשה, ניתן לקיים הפגנות רבות משתתפים באתרים מרכזיים, דוגמת תל אביב, בגשרים ובכיכרות הערים, בכפוף לציות לכללי הריחוק החברתי והפגנה ב"קפסולות".

122. אלא שהגבלת המרחק (בשונה, למשל, מהגבלה על מספר המשתתפים בהפגנה בתא שטח נתון) מונעת את קיום ההפגנות ברח' בלפור בירושלים. ברור, כי ככל שיש חשש מפני הדבקה בהפגנות באוויר הפתוח, הוא לא נובע מהמיקום הגיאוגרפי של ההפגנה, וקיום הפגנה על גשר, או בצומת בלב תל אביב, אינה משנה מהסיכון למול קיום אותה ההפגנה ברח' בלפור בירושלים. במילים אחרות, ניתן לקיים את אותה מתכונת של הפגנה שמקוימת במרחק של עד קילומטר מהבית גם למול משכן ראש הממשלה (וברור כי ההגעה להפגנה עצמה ברכב אינה מסכנת איש).

123. על כן, הגבלת ההפגנות אינה עומדת במבחן המידתיות הראשון.

124. בדומה, בהעדר כל בחינה של חלופות, לרבות אפשרות של הגבלת מספר המשתתפים בהפגנה בתא שטח נתון, הקמת מתחמי הפגנות פתוחים או הפגנה בקפסולות, לא ניתן לקבוע כי מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה.

125. ולבסוף, במבחן המידתיות השלישי ודאי שאין ההגבלה עומדת. כידוע, לשם פגיעה בחופש הביטוי וההפגנה נדרשת "ודאות קרובה" להתממשות הסיכון. גם במקרה של ודאות קרובה יש לשקול את התועלת השולית של האמצעי שנקט למול החלופה הפוגענית פחות, ולמולו – את עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית.

126. במקרה דנן, אין ספק שהפגיעה היא בליבת הזכות החוקתית לחופש ביטוי ולהפגנה. הלכה למעשה, ההחלטה מסכלת את ההפגנות מול משכן ראש הממשלה, וזאת – בתקופה שבה הפגנות אלו מתקיימות מידי יום ומגיעות לשיא בכל מוצאי שבת.

127. למול פגיעה קשה זו, כלל לא ברור מה התועלת מהאמצעי שנקט בכלל, וודאי שלא ברור האם מדובר באמצעי יעיל יותר מהוראות בדבר ריחוק חברתי, או אפילו הגבלת מספר השוהים בתא שטח מוגדר.

## סוף דבר

128. נוכח הטענות שהוצגו בפירוט בגוף העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה.

129. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים במסגרת הליך זה, לרבות שכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

\_\_\_\_\_  
גל בריר, עו"ד

\_\_\_\_\_  
אוהד רוזן, עו"ד

\_\_\_\_\_  
חגי קלעי, עו"ד

**היום, 4 באוקטובר 2020**