

העותרת: משמר הדמוקרטיה הישראלית (ע"ר 580687341)

ע"י ב"כ עו"ד יובל יועז ו/או עו"ד אוהד שפק
שכתובתם לצורך הליך זה: משרד קרניאל ושות'
דרך אבא הלל 12 (מגדל חוגי) רמת גן 5250606
טל': 03-6961011; פקס: 03-6961021
דוא"ל: office@krnl.co.il

- נ ג ד -

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט
2. היועצת המשפטית למשטרת ישראל, עו"ד איילת אבישר

ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 073-3925590; פקס: 02-6467011
דוא"ל: hcj-dep@justice.gov.il

עתירה למתן צו על-תנאי

"Ubi jus, ibi remedium"

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי, המופנה כלפי המשיבים, והמורה להם להתייצב וליתן טעם, כמפורט להלן, ולאחר מתן תשובתם להופכו לצו מוחלט:

(א) מדוע לא יתקן ויעדכן המשיב 1 בלא דיחוי את הנחיה מס' 3.1200 בעניין חופש ההפגנה, כך שההנחיה תשקף את הדין הנוהג העדכני.

(ב) מדוע לא תתקן ותעדכן המשיבה 2 בלא דיחוי את פקודת מטא"ר 12.01.06 בעניין רישוי אסיפות ותהלוכות, כך שהפקודה תשקף את הדין הנוהג העדכני.

(ג) מדוע לא יקבעו המשיבים נוהל ייעודי לעדכוןם של כלל ההנחיות והנהלים במשרד המשפטים ובמשטרת ישראל, בנושאים בעלי זיקה לזכויות אדם, כך שישקפו את הדין הנהוג ויעודכנו תוך זמן סביר.

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בהתנהלותם התמוהה והמנוגדת לסדרי מינהל של משרד המשפטים ומשטרת ישראל, בכל הנוגע להליכי התאמת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא חופש ההפגנה לדין הקיים (להלן: **הנחיית היועץ**); ובכל הנוגע להליכי התאמת פקודת המטה הארצי בנוגע לרישוי אסיפות ותהלוכות (להלן: **פקודת מטא"ר**). במקד העתירה, הימנעותו

של משרד המשפטים מלעדכן את הנחיית היועץ בנושא הפגנות, אף שהודיע כבר בשנת 2018 כי הוא עתיד לסיים בקרוב את עדכון ההנחיה.

2. מושכלות יסוד הן כי במשטרנו זכות ההפגנה היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, אשר ביסודה ניצבים אדני קיומו ותפקודו של המשטר הדמוקרטי, המבוסס, בין היתר, על חופש הביטוי וחופש המחאה, שהם מן המרכיבים החיוניים בחופש הכללי של האדם לביטוי עצמי ולאוטונומיה מחשבתית.

3. הכרתו של בית משפט זה בבסיסה האידיאולוגי של זכות ההפגנה, שבמרכזו ערכו של האדם, החופש שניתן לו בביסוס אישיותו וקיום צורת משטר דמוקרטית, היא אשר מיצבה את זכות ההפגנה כאחת מאותן זכויות יסוד שאינן כתובות עלי ספר, אלא נובעות, במישרין, מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית. ודוק: פסיקתו של בית משפט נכבד זה, בבואו לפרש חוקים ובביקורתו על פעולות רשויות המדינה, שמה כנר לרגליה את זכויות היסוד כאמור. וברי כי כל רשות מינהלית חייבת לכלכל את מעשיה מתוך כיבוד הזכויות הללו.

4. הכרתו כאמור של בית משפט נכבד זה באה לידי ביטוי מובהק בבג"ץ 6536/17 **התנועה לאיכות השלטון נ' משטרת ישראל** (8.10.2017) (להלן: **עניין פתח תקוה**), שם הופנתה עתירה נגד החלטת המשטרה להתנות קיומן של הפגנות בקבלת רישיון. במסגרת עניין **פתח תקוה** בית המשפט הנכבד עמד על חשיבותה של הזכות להפגין ועל הצורך לאזן בינה לבין אינטרסים חשובים אחרים, משימה המוטלת בראש ובראשונה על המשטרה. נקבע כי אופיו של משטר דמוקרטי אינו מתיר מקום לשיקול דעתה של משטרת ישראל באם ליתן רישיון להפגנה על-פי קריטריון הנוגע לתוכן ההפגנה.

5. בעניין **פתח תקוה** נקבע כי ההסדר הקיים בהנחיית היועץ משנת 2010 ובפקודת המטא"ר מעורר קושי משמעותי, בהיותו מותיר בידי המשטרה מתחם סמכות רחב ביותר בעניין כמה מזכויות האדם המרכזיות ביותר – הזכות להפגין והזכות לחופש הביטוי – בלי שזו מפורשת דיה בנורמה המסמיכה. עוד נקבע, ובקביעה זו עסקינן, כי הדרישה לקבלת רישיון לצורך קיום הפגנות הקבועה בפקודת המשטרה, אינה אלא שריד מנדטורי אשר הגיעה העת לבחון את הסרתו מספר החוקים הישראלי, משאינו מקובל בשיטות משפט של מדינות דמוקרטיות.

6. במהלך השנים שחלפו מאז פסיקתו של בית משפט זה בשנת 2017, ולאור קביעותיו, נעשו פניות יזומות למשיבים בבקשה שיפעלו בהתאם להמלצתו של בית המשפט בעניין **פתח תקוה**, ויערכו תיקון יסודי הן בהנחיית היועץ ובפקודת המטא"ר **כך שהן ישקפו את הדין וההלכה הנוהגים**. במענה לפניות כאמור אף נמסר מטעמו של המשיב 1 כי לשכתו עמלה על גיבושן של הנחיות מעודכנות, הנמצאות במשלבים מתקדמים.

7. דא עקא, מאז חלפו קרוב לשלוש שנים וטרם פורסמו נוסחים מעודכנים, לא של הנחיית היועץ ולא של פקודת המטא"ר. והנה כי כן, על אף הוראותיו הברורות של בית משפט נכבד זה בעניין **פתח תקוה**, גל ההפגנות האחרון חשף כי ההנחיות הרלוונטיות בעניין קיומן של הפגנות נותרו הנחיית היועץ המעודכנת ליום **19.8.2010** ופקודת המטא"ר המעודכנת ליום **30.12.1994**.

8. כפי שיפורט להלן, העותרת נדהמה לגלות במענה מטעם המדינה במסגרת בג"ץ 5078/20 **טלי פדידה נ' משטרת ישראל – מפקד מחוז ירושלים** (להלן: **עניין פדידה**), את התייחסותה

לקיומה של הנחיית היועץ נשוא עתירתנו, תוך הדגשתה את העובדה כי **הנחיית היועץ אינה עוד משקפת את הדין הנוהג**, אך מבלי לפרט על אודות מהלך תיקונה של ההנחיה. לכן, על אף הודאתה של המדינה והצהרותיה בדבר עדכון הנהלים, נוצר מצב בלתי נסבל לפיו הנחיית היועץ ופקודת מטא"ר אינן משקפת את הדין הנוהג. ואכן, עיון באתר האינטרנט של משטרת ישראל מלמד כי הצהרתה של המדינה הן בבחינת מס שפתיים ותו לא.

9. יוער ויודגש, כי אין בידי העותרת מידע כמותי בדבר הנסיבות בהן משטרת ישראל מסרבת ליתן רישיונות להפגין, בין על בסיס תוכן ההפגנה ובין אם על בסיס אחר. כמו כן, אין בידיה של העותרת אינדיקציה בדבר היקף האפקט המצנן שעשוי להגרם לאור חוסר הוודאות של מארגני הפגנות באשר לצורך לאחוז ברישיון. ואולם, חוסר הוודאות המשפטית והאזרחית, הניכר באי-ידיעתה של משטרת ישראל את היקף סמכותה, הינו תוצר ישיר של מחדל מינהלי, הנגוע בחוסר סבירות קיצוני.

10. בנסיבות אלה, ולאחר פניות חוזרות ונשנות למשיבים כפי שיתוארו להלן, לא נותר בידי העותרת אלא לפנות לבית משפט נכבד זה בבקשה שיורה למשיבים להשלים את פועלם, וזאת לאחר למעלה משלוש שנים, כאמור. זאת, אף בשים לב לכך שבשנה האחרונה נערכות הפגנות קבע ברחבי ישראל ומול מעונו הרשמי של ראש ממשלת ישראל ברחוב בלפור בירושלים בפרט, ומתחדד הצורך הקריטי להסיר את אי-הוודאות המשפטית הקיימת. חוסר הוודאות נשוא עתירתנו מועצם נוכח התפשטות נגיף הקורונה בישראל וההגבלות המוטלות חדשות לבקרים מצד ממשלת ישראל על תושביה, לרבות זכותם האפקטיבית להפגין.

הצדדים לעתירה

11. העותרת, "משמר הדמוקרטיה הישראלית" (ע"ר 580687341) היא עמותה ציבורית, רשומה כדן, שנתאגדה בשנת 2019 וששמה לה למטרה לפעול למען האינטרס הציבורי לטיפול ערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, כמדינה יהודית ודמוקרטית, בתחומי שלטון החוק, המשטר והמינהל הציבורי; לפעול לשיפור נורמות השלטון והמשטר התקינות ולמיגור השחיתות השלטונית; לחזק את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, לפעול למען כינון חוקה ראויה, הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים ביניהן; לחזק את מעמדה של הרשות השופטת, עקרונות המשפט, הצדק וזכויות האדם; לעמוד על חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון בפני החוק ואכיפת עיקרון זה; להטמעת ערכי מינהל תקין ואתיקה בקרב עובדי ונבחרי ציבור; ולגיבוש וקידום חקיקה שתעגן את הערכים הללו.

12. המשיב 1 הוא היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט, והוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי גופי המדינה. בכובעו זה, מוציא המשיב 1 תחת ידו הנחיות, אשר "**על פי המסורת והנהוג בישראל (...)** מחייבות את כל המערכת הממשלתית, ופרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה לחוק היא הפרשנות המוסמכת מבחינת רשויות השלטון, כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת" (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 1.0000, תפקידי היועץ המשפטי לממשלה). בעניין פתח תקוה קבע בית המשפט הנכבד כי חזקה על המשיב 1 ועל משטרת ישראל, כל עוד נותרת דרישת הרישיון להפגין עלי ספר החוקים, לגבש הנחיות

מפורטות על מנת לאפשר את יישום פירוש התיבה "נושא בעל ענין מדיני" שבהגדרת המונח "אסיפה" בפקודת המשטרה.

13. המשיבה 2 היא היועצת המשפטית למשטרת ישראל, עו"ד איילת אבישר, והיא מונחת מקצועית על ידי המשיב 1. בגדרי סמכותה מתן שירותים משפטיים למשטרת ישראל, הכוונתה והנחייתה בענייני חוק ומשפט, והכל במטרה לסייע למשטרה למלא את תפקידיה ולשמור על שלטון החוק. גם בעניינה של המשיבה 2 נקבע בעניין **פתח תקוה** כי חזקה עליה כי תתקין הנחיות מתאימות ומעודכנות בנדון.

רקע עובדתי

15. ביום 8.10.2017 ניתן בבית משפט נכבד זה פסק הדין בעניין **פתח תקוה**, ובו נקבע כי קיומן של הפגנות מחאה בכיכר גורן בפתח תקוה אינן טעונות עוד רישיון הפגנה, וכי אין עוד לקבוע מכסות למספרי המפגינים. בגדרי פסק דין זה אף פרש בית המשפט את התיבה "**נושא בעל עניין מדיני**", המופיע בסעיף 83 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971. עוד נקבע בפסק הדין, בין היתר, כי יש לקבוע קריטריונים ואמות מידה חדשות, במסגרת הנחיית היועץ ובמסגרת פקודת המטא"ר נשוא עתירתנו, וזאת כדי להתאימן למציאות המשפטית הקיימת, ולא למציאות הנושנה, שהתבססה על פקודה מנדטורית.

16. כך, בסעיף 42 לפסק דינה, כתבה כב' השופטת (כתוארה דאז) א' חיות:

"אנו מניחים כי היועץ המשפטי לממשלה והמשטרה יתנו דעתם לנושא זה ויתקינו הנחיות מתאימות ומעודכנות בנדון על מנת לאפשר את יישום הפירוש האמור, כנדרש".

17. ושוב בסעיף 44 לפסק דינה:

"חזקה על היועץ המשפטי לממשלה ועל המשטרה כי כל עוד נותרת דרישת הרישיון עלי ספר החוקים שלנו, יגבשו הנחיות מפורטות ברוח דברים אלה ככל שהדבר נוגע לדרישת הרישיון".

18. בפסק הדין בעניין **פתח תקוה** עמד בית משפט נכבד זה על תכליתן העיקרית של הנחיית היועץ ושל פקודת המטא"ר לעיל, והיא לקבוע אמות-מידה וקריטריונים, שלפיהם ייקבע מתי תידרש המשטרה לאשר אסיפה או הפגנה בתנאים המפורטים בחוק ותנפיק למבקש רישיון; מתי לא יידרש רישיון כלל לצורך קיום פעילות מחאתית; ומתי תטיל המשטרה מגבלות או אף תאסור את קיום האירוע כליל, מכיוון שאינו חוקי או אינו עומד בדרישות החוק.

19. כפי שיפורט להלן, הח"מ פנו למשיבים מיד עם מתן פסק הדין בעניין **פתח תקוה**, בבקשה שיפעלו לעריכת תיקון יסודי בהנחיית היועץ ובפקודת המטא"ר, ואף קיבלו, במענה לפניויתה, התייחסות להתקדמותה הלכאורית של עבודת המטה בעניין. ואולם, לאור התעכבותו של פרסום התיקון למעלה משלוש שנים, נדהמה העותרת לגלות במענה מטעם המדינה במסגרת עניין **פדידה**, את התייחסותה לקיומה של הנחיית היועץ נשוא עתירתנו,

תוך הדגשתה את העובדה כי הנחיית היועץ אינה עוד משקפת את הדין הנהוג, אך מבלי לפרט על אודות מהלך תיקונה של ההנחיה.

15. בתגובתה בעניין **פדידה**, עמדה המדינה על כך שההפגנות מול מעון ראש הממשלה אינן טעונות רישיון, וכי הדין הנהוג בעניין השתנה, הלכה למעשה, מאז ניתן פסק הדין בעניין **פתח תקוה**. כך בסעיף 32 לתשובת המדינה:

"העותרים מבססים את טענותיהם בין היתר גם על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1200 אשר לא עודכנה מאז שנת 2010. ואולם, בענייננו, בהתאם לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין התנועה לאיכות השלטון, חל שינוי בעניין זה".

16. וכך בהמשך, בסעיף 42 לתשובת המדינה:

"נשוב ונציין כי הנחיית היועץ לא עודכנה לאחר מתן פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, וכי כיום לא נדרש אישור מראש לקיום ההפגנות מושא העתירה".

17. אך בזאת לא די. כאמור, חרף הודעתה של המדינה בפני בית משפט נכבד זה בדבר שינוי הפרקטיקה הנוהגת, עיון באתר האינטרנט של משטרת ישראל מלמד כי הצהרתה של המדינה הן בבחינת מס שפתיים ותו לא. הודעות בדבר מאות הפגנות ותהלוכות בחודשים האחרונים – החל בהפגנות נגד תפקוד ממשלת ישראל, המשך בשחרור נחל האסי וכלה בהפגנות נגד הסכם השלום עם איחוד האמירויות ובחריין, חושפות כי הדרישה לקבלת רישיון לצורך קיום הפגנות הקבועה בפקודת המשטרה, עודנה בבחינת פרקטיקה נהגת. אם כך, משטרת ישראל ממשיכה לפעול בהתאם לדין החרות ובניגוד לדין העדכני ולהלכה הנוהגת, כאשר תוכן ההפגנות עדיין עשוי להימצא בין שיקוליה.

18. כפי שהודגש לעיל, אין בידי העותרת מידע כמותי בדבר הנסיבות בהן משטרת ישראל מסרבת ליתן רישיונות להפגין, בין על בסיס תוכן ההפגנה ובין אם על בסיס אחר או אינדיקציה בדבר היקף האפקט המצנן שעשוי להגרם לאור חוסר הוודאות של מארגני הפגנות באשר לצורך לאחוז ברישיון. למרות זאת, חוסר הוודאות המשפטית והאזרחית ניכר באי-ידיעתה של משטרת ישראל את היקף סמכותה, שהינה תוצר ישיר של מחדל מינהלי.

מיצוי הליכים

19. כאמור, על רקע זה, נעשו פניות למשיבים כבר באוקטובר 2017, בבקשה שיפעלו בהתאם להמלצת בית המשפט לעריכת תיקון יסודי הן בהנחיית היועץ, והן בפקודת המטא"ר.

■ **מכתב פנייה ליועמ"ש מיום 9.10.2017, מצורף ומסומן נספח ע/1**

20. ביום 31.10.2017 השיבה רפרנטית ממחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) כי בעקבות פסק הדין בעניין **פתח תקוה** הנחה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר רז נזרי (להלן: **המשנה**

ליועץ), "לבחון את הדברים יחד עם הגורמים הרלוונטיים במשרד המשפטים ובמשטרה", וכי בכוונתו "לקיים דיון במטרה לגבש נוסח מעודכן של ההנחיות בעניין".

■ **מכתב מחלקת ייעוץ וחקיקה מיום 31.10.2017, מצורף ומסומן נספח ע/2**

21. בחלוף החודשים, ומשלא גובשו ההנחיות – לא על-ידי המשיב 1 ולא על-ידי פיקוד המשטרה, המשיכה מערכת אכיפת החוק לפעול בהתאם להנחיות שפסקו לתאום את הדין, על אף זיקת העניין לליבת זכויות האדם החוקתיות בישראל – חופש הביטוי הפוליטי וחופש ההפגנה, בניגוד לדין. הגדיל לעשות מפכ"ל המשטרה דאז, רב-ניצב רוני אלשיך, ובכנס ציבורי שהתקיים ביום 31.1.2018 בנושא דיני ממונות ומשפט עברי, ביטא את עמדתו לפיה בידי המשטרה הסמכות לדרוש רישיון הפגנה "בכל נושא במחלוקת פוליטית, בו יש פוטנציאל לתסיסה".

22. לפיכך, ביום 05.02.2018 פנתו הח"מ ללשכת המשנה ליועץ, וביקשוהו לפעול בהקדם האפשרי בהתאם להמלצת בית המשפט הנכבד בעניין **פתח תקוה**, ולערוך תיקון יסודי הן בהנחיית היועץ, והן בפקודת המטא"ר.

■ **מכתב פנייה למשנה ליועץ מיום 05.02.2018, מצורף ומסומן נספח ע/3**

23. ביום 20.02.2018, נענו הח"מ כי בשבועות האחרונים התקיימו דיונים בהשתתפות כלל הגורמים הנוגעים בדבר, במטרה לערוך תיקונים בהנחיה, וכי הייעוץ המשפטי עמל על תיקון להנחיית היועץ שימלא את מצוות בית המשפט ליצוק תוכן קונקרטי להלכתו. בנוסף, נמסר כי משטרת ישראל פועלת בשיתוף מלא עם כלל הגורמים הרלוונטיים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה ליצירת נוהל שישקף את העקרונות שנקבעו בעניין **פתח תקוה** וינחה את השוטרים, באופן מפורט ושקוף לציבור.

■ **מכתב מחלקת ייעוץ וחקיקה מיום 20.02.2018 מצורף ומסומן נספח ע/4**

24. והנה, משלא פורסמו נוסחיהן המעודכנים של הנחיית היועץ ופקודת המטא"ר, שבו ופנו הח"מ ביום 21.5.2018 אל המשנה ליועץ במטרה להחיש את פרסומן.

■ **מכתב פנייה למשנה ליועץ מיום 21.5.2018 מצורף ומסומן נספח ע/5**

25. ביום 29.05.2018 נענו הח"מ כי מאז המענה האחרון התקיימו מספר ישיבות במטרה לקדם את תיקון הנחיית היועץ, וכי גיבוש התיקון להנחיית היועץ נמצא בשלבים מתקדמים. בנוסף, במענה נאמר כי בשבועות הקרובים תתקיים ישיבה מסכמת בראשותו המשנה ליועץ.

■ **מכתב מחלקת ייעוץ וחקיקה מיום 29.05.2018 מצורף ומסומן נספח ע/6**

26. בחלוף למעלה משנתיים ימים מאז ההודעה כי גיבוש התיקון להנחיה נמצא בשלבים מתקדמים, לא פורסמו נוסחים חדשים לא של הנחיית היועץ ולא של פקודת מטא"ר האמורות. בהיותו של פרק הזמן שנדר להשלמת התיקון הנחיית היועץ ופקודת המטא"ר חורג במובהק ממתחם הסבירות המינהלית, שבה ופנתה העותרת ללשכתו של המשנה, ביום 25.08.2020, ביום 23.09.2020 וביום 09.02.2021. פניותיה אלו – לא זכו למענה. בנסיבות אלה, לא נותר בידי העותרת אלא לפנות לקבלת סעד משפטי מבית משפט נכבד זה.

■ **מכתבה של העותרת מיום 25.08.2020 מצורף ומסומן נספח ע/7**

■ **מכתבה של העותרת מיום 23.9.2020 מצורף ומסומן נספח ע/8**

■ **מכתבה של העותרת מיום 9.2.2021 מצורף ומסומן נספח ע/9**

27. למרבה הצער למכתבים אחרונים אלה לא נתקבל כל מענה מטעם המשיבים. לפיכך לא נותר בידי העותרת אלא לפנות לבית משפט נכבד זה לשם קבלת סעד משפטי. להנמקותיו של סעד מבוקש זה נפנה כעת.

הטיעון המשפטי

28. על מעמדה הרם של הזכות להפגין כאחת הזכויות הנגזרות העיקריות של חופש הביטוי וכמכשיר מרכזי להבעת דעות וליבון סוגיות חברתיות שעל סדר היום הציבורי, עמד בית משפט זה לא אחת. עם זאת, הזכות להפגין איננה זכות מוחלטת ואין פירושה התפרקות מכל סדר ציבורי. משכך, יש לאזנה מול אינטרסים בהם שלום הציבור ורכושו והצורך בשמירה על הסדר הציבורי (ראו: בג"ץ 148/79 **סער נ' שר הפנים והמשטרה**, פ"ד לד(2) 169, 172 (1979) (להלן: "**עניין סער**")).

29. כאמונה על שמירת הסדר הציבורי וביטחון הנפש והרכוש, כמורה פקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 בסעיפים 3, 4 ו-5, מטלת האיזון כאמור מוטלת בראש ובראשונה על המשטרה. ולצורך ביצוע תפקידה זה, הוקנו למשטרה בחוק סמכויות נרחבות מכוחן היא רשאית לדרוש ממפגינים להישמע להוראותיה (ראו: עניין **פתח תקוה**, בעמ' 13). והנה, גרירת הרגליים של המשיבים בעבודת המטה ביחס לעדכון הנחיית היועץ ופקודת המטא"ר במשך למעלה משלוש שנים, עולה לכדי הימנעות ממילוי תפקידם המינהלי, תוך הפרת חובת ההגינות המוגברת המוטלת על הרשויות בהקשר זה, ולפיכך נגועה באי-סבירות קיצונית.

30. העותרת תטען כי חוסר הוודאות המשפטית והאזרחית, הניכר באי-ידיעתה של משטרת ישראל את היקף סמכותה, נובע ממחדל מינהלי הנגוע בחוסר סבירות קיצוני, והכל כפי שיפורט להלן.

חופש ההפגנה והצורך ברישיון להפגין

31. הזכות להפגין ולקיים אסיפה או תהלוכה, אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל, קשורה בטבורה לחופש הביטוי, ושייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי, שהביקורת על רשויות המדינה ועל אישי ציבור היא מנשמת אפו (ראו: בג"ץ 153/83 **לוי נ' המפקד הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984) (להלן: **עניין לוי**). אין מחלוקת כי זכות ההפגנה מעניקה לבני הציבור במה להשמיע את קולם, להביע את השקפותיהם בענייניה של המדינה, ולהעלות סוגיות חברתיות על סדר היום הציבורי (ראו: בג"ץ 5346/07 **ברדנשטיין נ' מדינת ישראל**). באמצעות חירות ההפגנה, אף ניתן אמצעי הבעה לאלה שכלי הביטוי הממלכתיים והמסחריים אינם עומדים לרשותם (ראו: **עניין לוי**, עמ' 398).

32. הזכות לחופש הביטוי הוגדרה בפסיקתנו כזכות עילאית וכציפור נפשה של הדמוקרטיה (ראו: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427 (1968)), שמיושמה מהווה תנאי למימוש כלל החירויות. בהיותה הן מתבססת על שונות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והן מהווה תנאי למימושן, ולפיכך היא הוגדרה לעתים בפסיקה כ"אם החירויות", והדבר בא לידי ביטוי במילותיו של כב' המשנה לנשיאה ריבלין, באמרו:

"חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל. ניצב הוא בנדבך העליון של זכויות היסוד, שהרי, 'בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה...'

חרות הביטוי היא אם החרויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם. חרות האדם – כבודו. כבודו של אדם – חרותו." (ראו: רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקר, בפסקה 10 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין (12/11/06)).

33. חשיבותה של זכות ההפגנה לא נעלמה מעינו של המחוקק אף בתקופה האחרונה, והיא הוחרגה, כפעילות מותרת, בהסדרים שנחקקו בעקבות משבר הקורונה (ראו: סעיף 2(א)(5) לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020, שחלו עד לתאריך 20.04.2020; עיינו גם: סעיף 2(א) לחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020, בתוקף עד ליום 31.08.2020; וכן סעיף 7 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020).

34. כפי ששב וקבע בית משפט זה בעניין פתח תקוה ביקורת על רשויות המדינה ועל אישי ציבור היא נשמת אפה של הדמוקרטיה ואין בנמצא רשות או איש ציבור במדינה דמוקרטית החסינים מביקורת (ראו: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פד"י (3) 840, 862-864 (1989); רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, 32-30 (2008); בע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621-622 (2002)).

35. משכך, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי הנחשב לגרעין הזכות לחופש הביטוי, ואשר אף ממנו נגזרת זכות ההפגנה, הינה רחבה במיוחד (ראו: עניין המפקד הלאומי; בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157 (2003). לכן, נקבע בפסיקה כי זכות ההפגנה איננה בטבעה זכות שלילית המסתפקת באיסור לפגוע בה, אלא עניינה בזכות חיובית, שעל רשויות השלטון מוטלת החובה לאפשר את מימושה. וכך נפסק בהקשר זה בבג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006) (להלן: עניין מטה הרוב):

"חובתה של המדינה להגן על הזכות החוקתית לחופש ביטוי ולהפגנה היא בעלת שני פנים. ראשית, מוטלת על המדינה החובה שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש ביטוי ולהפגנה, כגון על-ידי הטלת איסור על יכולתו לממש את זכותו. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"). שנית, מוטלת על המדינה החובה להגן

על הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה- status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו") (פיסקה 14 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק, שם).

36. כשם שעל רשויות השלטון מוטלת החובה להגן על הזכות החוקתית להפגנה הרי שכאמור, למשטרת ישראל נתונה הסמכות להתנות קיום הפגנות ברישיון וזאת בהתאם להוראת סעיפים 83 ו-84 לפקודת המשטרה כדלהלן:

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; (..)

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 במחוז אסיפה או תהלוכה יבקש בכתב מאת הממונה רישיון 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.

37. והנה, בית משפט נכבד זה קבע, בעניין פתח תקוה, כי החלטת המחוקק להותיר בספר החוקים את השריד המנדטורי בדבר החובה לקבל רישיון ממשטרת ישראל לצורך קיום "אסיפה" או "תהלוכה" כהגדרתן בסעיף 83 לפקודת המשטרה, היא מרחיקת לכת ביותר. זאת, משום שהוראת סעיף 83 מלמדת כי משטרת ישראל מוסמכת לשקול שיקולים הנוגעים לתוכן ה"אסיפה" בבואה להעניק או לסרב להעניק רישיון, להבדיל משיקולים הקשורים לשמירה על הסדר הציבורי ועל שלום הציבור.

38. בעניין פתח תקוה ערך בית משפט הנכבד סקירה משווה של המצב המשפטי הרלוונטי במדינות מערביות דמוקרטיות אחרות, אף ממנה עלה כי שקילת מתן רישיון על פי אמות מידה הנוגעות לתוכן הפגנה פלונית או אסיפה אלמונית, אינה מקובלת במשטרים דמוקרטיים. בית המשפט הוסיף וקבע, כי אף במשטרנו שלנו אין מקום להעניק לכוחות האמונים על ביטחון הפנים שיקול דעת כאמור, בשל הפגיעה הרבה בחופש הביטוי ובזכות

ההפגנה הכרוכה בכך. אכן, בית המשפט עמד על גדרי סמכותה של משטרת ישראל בעניין באופן שאינו משתמע לשני פנים, ובמילותיו של כב' השופט (כתוארו דאז) ברק:

"המשטרה אינה ממונה על אידיאולוגיה" (עניין סער, בעמ' 178).

39. וכן:

"התוכן האידיאולוגי, שההפגנה או התהלוכה מבקשות לבטא, אינו כשלעצמו עניין לשלטונות" (עניין לוי, בעמ' 411).

40. יתרה מזאת, בעניין פתח תקוה קבע בית משפט נכבד זה כי הדרישה הגורפת לקבלת רישיון מראש לכל הפגנה המונה 50 משתתפים או יותר, בכל נושא שיש בו עניין לציבור, יש בה משום הכבדה בלתי מידתית על חופש ההפגנה והיא אינה תואמת את המבחנים הנוהגים בהקשר זה. כאמור, הדגיש בית המשפט כי עקב העמימות באשר לנושאים הטעונים רישיון, ההנחה היא כי המשיב 1 ומשטרת ישראל יתנו דעתם לנושא, ויתקינו הנחיות מתאימות ומעודכנות, תוך הסרת הדרישה לקבלת רישיון מספר החוקים הישראלי. הדברים ניכרים במילותיו של כב' השופט ע' פוגלמן:

"השקפות המפגינים, דעותיהם, רצונותיהם ומאוייהם הסובייקטיביים – בין שאלה מבקשים להביא לשינוי בזירה הפוליטית בכנסת או בממשלה ובין שלא – אינם עניין למשטרה. במדינה דמוקרטית היקף ההגבלה על זכויות היסוד – ובענייננו הזכות להפגין וחופש הביטוי – אינם נגזרת של נושא ההפגנה. הכללים המסדירים את עניין רישוי ההפגנות וקביעת התנאים להתקיימותן ראוי שיהיו ברורים, מפורשים וקלים ליישום – הן עבור ציבור המפגינים המבקש לממש את חופש הביטוי שלו, הן עבור המשטרה".

41. הנה כי כן, מאז פסיקתו של בית משפט נכבד זה בעניין פתח תקוה, נדמה כי המצב המשפטי אינו מחייב עוד מפגינים לפנות למשטרת ישראל לקבלת רישיון טרם קיום ההפגנות. כך אף עולה מתגובת המדינה לבית משפט נכבד זה בעניין פדידה, כאמור לעיל וכפי שיפורט להלן. ואולם, **חוסר הבהירות המשפטי**, כפי שנוצר עקב הפער בין הקבוע בהנחיית היועץ ופקודת המטא"ר לבין הדין הנוהג, פוגע פגיעה חריפה בזכות ההפגנה בעלת המעמד החוקתי. המעוניינים לממש את זכותם החוקית להביע את מחאתם בכיכרות ערי ישראל אינם יודעים איפוא אם עליהם לפעול בהתאם לדין הכתוב, לפיו יש לבקש רישיון ממשטרת ישראל, או שמא לנהוג לפי הפרקטיקה שככל הנראה מוחלת על-ידי רשויות אכיפת החוק, לפיה בהפגנות בנושאים פוליטיים-מדיניים אין לאחוז ברישיון מראש.

המעמד המחייב של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

42. כידוע, המשיב 1 הוא פרשנו המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת, והנחיותיו מחייבות את כלל המערכת הממשלתית. פרשנותו של המשיב 1 של הדין משקפת את המצב המשפטי עבור רשויות השלטון, כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת (ראו: בג"ץ 4267/93 אמיתי אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 441, 473

1993) (להלן: עניין אמיתי); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 404, 425 (1993); פרופ' יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", עיוני משפט יא 411, 417 (תשמ"ו-תשמ"ז).

43. בהקשר זה, מעמדו של המשיב 1 אינו ייעוצי במובנה השגור של המילה. חוות דעתו והנחיותיו הינן בעלות מעמד המחייב את רשויות השלטון, בהיותו בכובעו זה פרשן מוסמך של החוק, כאמור. עמדה על כך כב' השופטת דורנר בבג"ץ 4247/97 סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות:

"היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות דעת בדבר המצב המשפטי הקיים (...) מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או של עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו (...) הפרתו של כלל זה – תוצאתה הבלתי נמנעת היא הפרה של חוקי המדינה ושל פסקי דין של בתי המשפט ובסופו של דבר פגיעה בשלטון החוק".

44. באשר למעמד המחייב של הנחיות המשיב 1, נקבע כי סמכות הפירוש של החוק של המשיב 1 מחייבת את הרשות המבצעת פנימה (ראו: בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, בעמ' 152; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, בעמ' 800, 864; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, בעמ' 425; בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, בעמ' 240). לעניין זה יפים דבריו של פרופ' זמיר, בספרו הסמכות המינהלית:

"מן הבחינה של רשויות הממשלה, הנחיות אלה משקפות את הדין הקיים, או מפרשות אותו באופן מוסמך, ולפיכך הן מחייבות את רשויות הממשלה" (בכרך ב [27], בעמ' 776).

45. לא בכדי בדו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) (להלן: "ועדת אגרנט"), אשר הבהירה את סמכויותיו ומעמדו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, נמצא כי בהעדר הנחיה מפורשת בחוק בעניין פלוני, יהא על הממשלה להתייחס לחוות דעתו המשפטית של המשיב 1 כאל חוות דעת המשקפת את החוק הקיים. וכפי שהיטיב לתאר זאת פרופ' זמיר:

"[ועדת אגרנט] הכריעה באופן חד משמעי בזכות עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ... מקום שקיימים חילוקי דעות בין השניים (בין היועץ המשפטי לבין הממשלה) נתונה ההכרעה הסופית בידי היועץ המשפטי" (זמיר, עיוני משפט, בעמ' 417).

46. גישה זו נסמכת על העובדה כי במשטר דמוקרטי כמשטרנו, המבוסס על עקרון הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה, החל בחוקי יסוד וכלה בתקנות ובצווים, נתונה באופן בלעדי בידי בית המשפט. והנה, כידוע, כל דבר חקיקה מכיל בחובו, אינהרנטית, האצלת הסמכות הפרשנית לבית המשפט. ואולם, כל אורגן ממלכתי עוסק באופן תמידי בפירוש החוק, על מנת לכלל את צעדיו ולכוון את מהלכיו. כך, ובאופן מקובל, סמכות הפירוש

עבור אורגן ממשלתי ניתנת לפונקציונר בכיר, כפי שסמכות פירוש החוק עבור הרשות המבצעת נתונה למשיב 1.

47. השקפה זו יונקת את תוקפה ממסורתנו החוקתית שגובשה זה מכבר בדו"ח ועדת אגרנט והפכה מאז לחלק מהדין הנהוג בישראל. הנה כי כן, שניים הם כללי היסוד בעניין זה: חוות דעתו של המשיב 1 בשאלה משפטית תשקף, מבחינת הממשלה, את המצב המשפטי הקיים והמצוי; ייצוג המדינה ורשויות השלטון יופקד בידי המשיב 1 זמיר, בעיוני משפט, בעמ' 418-417.

48. מן האמור נגזר כי אין להרהר בדבר מעמדו של המשיב 1 כפרשנו המוסמך של החוק, אשר עמדתו מחייבת את רשויות השלטון ומתווה את גדרי חוקיות פעולותיהן (ראו גם: בג"ץ 6494/14 **שי גיני נ' הרבנות הראשית**, בסעיף 23 לפסק דינו של כב' השופט סולברג (2016)).

49. הנה כי כן, נכון למועד הגשת העתירה דנן, הנחיית היעוץ קובעות כי יש לקבל רישיון מאת מפקד משטרת המחוז כאשר מתאספים 50 אנשים או יותר; כאשר הם מתאספים תחת כיפת השמיים כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא מדיני או כדי לדון בנושא כזה; או כאשר הם מתאספים תחת כיפת השמיים כדי להלך יחד ממקום למקום.

50. כל זאת, עת בית משפט נכבד זה הורה, כאמור לעיל, לבחון הן את האפשרות לשנות את ההסדר הקבוע בדין בכל הנוגע לרישוי הפגנות והן באילו נסיבות של הפגנות ואסיפות בנושאים מדיניים-פוליטיים או בהפגנות בכל עניין לציבור, יהיו הן פטורות מרישיון מראש.

51. אם בכך לא די, ניכר כי מיום הנחייתו של בית משפט נכבד זה לתקן את ההסדר הקבוע בדין, השתנה כביכול המצב החוקי – **שאינו משתקף עוד בהנחיית היעוץ או פקודת המטא"ר**. כאמור, ואף לפי הודעתה של המדינה עצמה, **הדין הנהוג כיום אינו מתנה את קיומן של הפגנות בנושאים מדיניים-פוליטיים בהקבלת רישיון לכך ממשטרת ישראל**, מראש. אכן, הנחת היסוד שהוצגה בפני בית המשפט הנכבד בעניין **פדידה** הבהירה שאין להפגנות מן הסוג הנדון כל צורך ברישיון. עמד על כך כב' השופט פוגלמן בעניין **פדידה**:

“עמדתה של משטרת ישראל לפנינו היא כי בהמשך לקביעות בעניין כיכר גורן, בשים לב לאופיין של ההפגנות נושא העתירה, הן אינן חייבות ברישיון (להבדיל מיציאה לתהלוכות של למעלה מ-50 אנשים) וכי התנאים המוטלים על ידה לגביהן נקבעים מכוח הסמכויות הכלליות האמורות” (פסקה 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

52. החשיבות שבקיומה של ודאות בעניין זה מקבלת משנה תוקף נוסף בתקופה האחרונה, עת נערכות מזה כשנה, ובאופן קבוע, הפגנות מול מעונו הרשמי של ראש ממשלת ישראל ברחוב בלפור בירושלים. ההפגנות מתקיימות במרחב הסמוך למעון ראש הממשלה בשעות הערב ועד שעות הלילה, במטרה למחות על תפקוד הממשלה בתקופת התפרצות מגפת הקורונה ועל כהונת ראש הממשלה הנאשם בעבירות על טוהר המידות. לצד ההפגנות הקבועות, הוקם גם מאהל מחאה בסמוך למעון ראש הממשלה ואשר המחאה בו מתקיימת באופן קבוע במהלך כל ימות השבוע ולאורך כל שעות היממה.

53. עם זאת, עיון באתר האינטרנט של משטרת ישראל מעלה תמונה אחרת לחלוטין, ומנוגדת לדין כפי שנקבע בעניין **פתח תקוה** וכפי שהוצג על ידי המדינה בעניין **פדידה**. לא פחות מ-29

הפגנות בחודש ספטמבר 2020 קיבלו את אישור משטרת ישראל בעקבות בקשות שהוגשו על-ידי מארגני ההפגנות ביניהן גם ההפגנות התקיימות בסמוך למעון ראש הממשלה וכן הפגנות נגד הממשלה בשאר חלקי ישראל המתקיימות במחאה על תפקוד ממשלת ישראל. כך בעניין ההפגנות נגד תפקוד הממשלה והשחיתות השלטונית וכך גם בעניין הפגנות אחרות – כדוגמת "משחררים את האסי – מחאת מימוש חוק המים"; "מחאה כנגד החלטות והתערבות הממשלה בנושאים דתיים"; "מחאת חסידי גור – הגבלת תפילה בבתי כנסת"; "מחאת תושבי נעורה נגד התקנה קווי חשמל"; "משמרת מחאה נגד שחרור אסיר"; "מחאה נגד הסגר והזלזול בחגי ישראל"; "הפגנה כנגד הסכם השלום עם איחוד האמירויות ובחריין"; "מחאה למען אחדות העם"; "מחאה על בניה ברכס לבן"; "מחאת סטודנטים ע"ר משבר הקורונה", ועוד.

54. **ניכר כי הנחיית היועץ ופקודת המטא"ר אינן משקפות עוד את הדין הנוהג, כך הן לפי הודעת המדינה עצמה במכתביה לעותרת והן בתגובתה לבית משפט נכבד זה, באופן המקיים חוסר וודאות משפטית ואזרחית, הן מצד המשטרה שאינה יודעת במדויק מהו היקף סמכותה והן מצד המפגינים שאינם יודעים מתי הפגנתם עשויה להיות טעונת רישיון מראש. לראיה, בעוד שבעניין פדידה הובהר כי ההפגנות הקבועות המתקיימות בסמוך למעון ראש הממשלה אינן דורשות רישיון, הרי שמארגני ההפגנות ממשיכים לבקש רישיונות להפגין ממשטרת ישראל, וזו ככל הנראה נעותרת להם.**

חובת ההגינות של הרשות המינהלית

55. עקרון יסוד של המשפט המינהלי הוא עקרון הנאמנות, לפיו הרשות המינהלית היא נאמן של הציבור (ראו: ברק-ארז "נאמנות, אמון והגינות במשפט המנהלי" **חובות אמון בדין הישראלי** 169, 171 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016). מעמדה של הרשות כנאמן הציבור כרוך בחובה לפעול לטובת הנהנה, קרי הציבור, בדין המינהלי. עמד על כך פרופ' זמיר, בצינו:

"חובת הנאמנות מצד המינהל כלפי הציבור היא כל תורת המינהל הציבורי על רגל אחת. הנאמנות אינה רק מליצה נאה. היא עיקרון משפטי (...) חובה על המינהל הציבורי לפעול לטובת הציבור במסגרת הסמכות שהוענקה לו בחוק" (זמיר הסמכות המנהלית כרך א' – המנהל הציבורי, 37 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)).

56. וכך הוא הדין בלשונו של השופט (כתוארו דאז) א' ברק:

"מחובת נאמנות זו נגזרת ההלכה – הלכה כללית, החלה על כל רשות שלטונית, לרבות ממשלה, ראש ממשלה ושרים – כי שיקול הדעת המוענק לרשות ציבורית חייב להיות מופעל בהגינות, ביושר, מתוך שיקולים ענייניים בלבד ובסבירות" (עניין אמית, בעמ' 461).

57. מעיקרון הנאמנות נלמדת חובת הגינות כללית, שמטרתה להגן על הפרט מפני כוחה הרב של הרשות, באמצעות מניעת שרירות, עוול ופגיעה בזכויותיו (בג"צ 164/97 **קונטרס בע"מ נ'**

משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 368 (1998)). לחובת ההגיונות כאמור, מאפיינים הן דיוניים והם מהותיים. ההגיונות הדיונית מגולמת בדיני ההליך, לרבות זכות הטיעון וחובת התשתית העובדתית. להבדיל, ההגיונות המהותית מתבטאת בכללים בנוגע להפעלת שיקול הדעת בקבלת ההחלטה, הכוללים אי-שיקילת שיקולים זרים וסבירות.

58. והנה, על המדינה מוטלת חובת הגיונות מוגברת, קרי רחבה ומחמירה יותר מחובת תום הלב הנובעת מדיני החוזים, והיא חלה בכל מגוון פעולותיה של רשות. חובה מוגברת כאמור מוטלת על המשיבים בתקופה זו אף ביתר שאת, בה נערכות הפגנות כמעט מדי יום, בין אם במחאה כנגד ממשלת ישראל ובין אם במחאה על נושאים אחרים, באופן המחייב ודאות משפטית – הן מצד משטרת ישראל והן מצד המפגינים – ביחס לקבלת רישיון להפגין.

59. היבט מרכזי נוסף הכלול בהערכת הגיונותו של ההליך המינהלי, הוא ממד הזמן. הרשות חייבת לפעול בגבולות זמן סבירים, הן על מנת לשרת באופן מטיב את האינטרס הציבורי והן על מנת להבטיח ודאות עבור הפרט הממתין להחלטתה. אם כך, החובה לפעול תוך זמן סביר נובעת, למעשה, מחובתה הכללית של הרשות המינהלית לפעול בהגיונות ובנאמנות לטובת האינטרס הציבורי. החובה זכתה אף לעיגון סטטוטורי בסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע:

"הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות".

60. מחד גיסא, החובה לפעול במהירות הראויה לקיום חובה ציבורית היא ממושכלות היסוד של מינהל תקין. מאידך גיסא, המהירות הראויה היא המהירות הסבירה התלויה בנסיבותיו של כל מקרה (בג"ץ 10026/01 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל**, פד"י נז(3), 31, 42). עמידה בלוח זמנים סביר נתונה, לכשעצמה, לביקורת שיפוטית (בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח (4) 441, 451). גם על כך עמד פרופ' י' זמיר, בכותבו:

"קיים מתחם של מהירות ראויה. זהו המתחם בו רשות סבירה, שהיא, בין היתר, רשות מאורגנת כיאות, עשויה לפעול. בתוך מתחם זה יש לרשות שיקול דעת ובית המשפט לא יהיה נוטה להתערב בשיקול הדעת. בית המשפט יתערב רק אם הרשות חרגה מן הגבולות של מתחם זה, שאז יהיה מקום לומר כי הרשות הפרה את החובה לפעול במהירות הראויה" (זמיר, הסמכות המינהלית בעמ' 723).

61. חובת פעולה במהירות ראויה, המוטלת על הרשות הציבורית, אינה אלא חובתה לנהוג בסבירות:

"היא דורשת כי הרשות המינהלית תפעל באורח רציני ואחראי בהתחשב בנסיבות ובמשאבים" (זמיר, הסמכות המינהלית בעמ' 853).

62. כאמור לעיל, במאי 2018 נמסר ממשרד המשפטים כי התיקון להנחיית היועץ המשפטי לממשלה "נמצא בשלבים מתקדמים" וכי "בשבועות הקרובים תתקיים ישיבה מסכמת"

שלאחריה יועבר העניין לאישור היועץ המשפטי לממשלה. פניותיה החוזרות ונושנות של העותרת לא הובילו לסיום עבודת המטה שהחלה לפני למעלה משלוש שנים, ובפנייתה ללשכת המשנה מיום 25.08.2020 אף צוין כאמור כי פרק הזמן הארוך הנדרש להשלמת תיקון הנחית היועץ ופקודת המטא"ר, אינו סביר בעליל.

63. במסגרת הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, אין די בהבהרתן של הנורמות שעל הרשות הציבורי לקיים. חשיבות לא פחותה נתונה לממד הזמן והעיתוי הנדרשים למימושן של הנורמות הלכה למעשה. לשיטתה של העותרת, ככל שמדובר ביצירת ודאות משפטית לגבי זכות ההפגנה, נדרש כי מימוש כאמור יהא מיידי. אכן, חיי המעשה לא תמיד יאפשרו את הגשמתו של מצב הראוי באופן מיידי, ויש להכיר באילוצי ההיערכות המוטלים על הרשות לצורך מימוש חובתה. אכן, כדברי כב' השופטת א' פרוקצ'יה:

"אין מנוס אלא להכיר בכך כי לא את כל השינויים הנדרשים ניתן להשיג מיד, כהרף עין ובהינף קולמוס. יש להתייחס, אפוא לא רק לעצם צורך בקיום החובה ובאכיפתה על-ידי הרשות, אלא גם לאפשרויות המעשיות הנתונות בידה להגשימה, ובין היתר, מבחינת מתחם הזמן הסביר הנדרש לצורך השגת היעד הראוי" (בבג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים, פ"ד סב(1) 17,762 (2007)).

64. בהקשר זה, מן הראוי להניח כי תקופה העולה על שלוש שנים לגיבוש העדכון נשוא העתירה דן, **אינה סביר בלשון המעטה**. השתהותן של הרשויות המינהליות בעשות כן אינה מוצדקת, כאשר הסחבת הנמשכת עולה לכדי הימנעות מחובתן.

65. יוער, כי במקרה אחר, שעניינו הטמעת "תוכנית ליבה" בחינוך העל-יסודי במוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים, מצא בית משפט נכבד זה כי פרק הזמן של שלוש שנים לא חרג, **בנסיבותיו של אותו עניין**, ממתחם הסבירות. על נסיבות כאמור, עמד כב' השופט לוי:

"משהתקבלה ההחלטה לערוך את האיזון מחדש [במערכת החינוך – ה"ח"מ], במטרה לקרב בין המגזרים השונים, ולהטמיע בהם ערכי יסוד משותפים, יש לבצע את השינוי הזה ברגישות רבה כדי לשמר את מערכת היחסים העדינה השוררת בין המגזרים השונים בחברה הישראלית" (בבג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571 (2008)).

66. והנה, נהיר כי אין דינם של שינויים "מרחיקי לכת" במערכת החינוך כדין עדכון הנחיית יועץ או פקודת מטא"ר. משכך, ובחלוף למעלה משלוש שנים ממתן פסק הדין של בית משפט נכבד זה בעניין **פתח תקוה**, אין עוד מנוס מפני התערבות שיפוטית שתורה למשיבים להשלים את מלאכתם.

סיכום

67. עתירה זו מוגשת כנגד התנהלותם התמוהה והמנוגדת לסדרי המינהל של המשיבים, בהליך התאמת הנחיית היועץ ופקודת המטא"ר. כפי שפורט לעיל, בניגוד למושכלות היסוד של משטרנו, המקדשים את זכות ההפגנה כאחת מזכויות היסוד.

68. התנהלותם של המשיבים מנוגדת אף לממצאיו של בית משפט נכבד זה בעניין **פתח תקוה**, בו נקבע כי ההסדר הקיים בהנחיית היועץ משנת 2010 ובפקודת המטא"ר עורר קושי משמעותי, בהיותו מותיר בידי המשטרה מתחם סמכות רחב יתר על המידה, ומשאינו מקובל בשיטות משפט של מדינות דמוקרטיות.

69. כפי שפורט בעתירה, פניותיה הרבות של העותרת ללשכת המשנה לא הניבו את פרסומן של ההנחיות המשקפות את הדין הנוהג כעת, על אף המסרים לפיהם לשכתו עמלה על גיבושן של הנחיות מעודכנות, הנמצאות במשלבים מתקדמים. בנסיבות אלה, לא נותר בידי העותרת אלא לפנות לבית משפט נכבד זה בבקשה שיוורה למשיבים להשלים את פועלם. זאת, אף בשים לב לריבוי הפגנות קבע ברחבי ישראל, המחזד את הצורך הקריטי להסיר את אי-הוודאות המשפטית הקיימת בעניין.

70. על-יסוד המקובץ לעיל, יתבקש איפוא בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעונים, להופכו למוחלט.

71. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת ובשכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.

72. עתירה זו נתמכת בתצהירו של עו"ד דורון ברקת, חבר הוועד המנהל של העותרת.

73. יהא זה מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה זו.

היום, 14 במרץ 2021

א' ניסן תשפ"א


עו"ד אוחד שפק


עו"ד יובל יעז