

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8987/22

התנועה למען איכות השלטון בישראל
ע"י ב"כ ד"ר אליעד שרגא ו/או תומר נאור ו/או אריאל ברזילי
ו/או הידי נגב ו/או גילי גוטוירט ו/או רחלי אל-שי ו/או רותם בבלי-דביר
ו/או תמר באום ו/או אורי הס ו/או דנה פרימור-אזר
מרח' יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054 ירושלים 91043
טל': 02-5000073 ; פקס : 02-5000076

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

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

העותרות

נגד

1. הכנסת
2. הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות)
3. חבר הכנסת איתמר בן גביר
באמצעות הלשכה המשפטית בכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408636 ; פקס : 02-6753495

4. המשרד לביטחון פנים
5. מפכ"ל המשטרה, רב-ניצב קובי שבתאי
6. משטרת ישראל
7. היועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גלי בהרב מיארה
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052
טל': 073-3925590, פקס 02-6467011

המשיבים בג"ץ 8987/22

1. הכנסת
באמצעות הלשכה המשפטית בכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408636 ; פקס : 02-6753495

2. השר לביטחון לאומי
3. משטרת ישראל
4. הממשלה
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052
טל': 073-3925590, פקס 02-6467011

המשיבים בג"ץ 532/23

תגובת המדינה לבקשת העותרת למתן צו ביניים

1. בהתאם להחלטת כב' השופט י' עמית מיום 13.3.23 ולארכות שהתבקשו, מתכבדת המדינה להגיש תגובה לבקשת העותרת בבג"ץ 8987/22 מיום 9.3.23 (להלן: **הבקשה**).

2. עניינה של הבקשה בדרישת העותרת כי בית המשפט הנכבד ייתן צו ביניים: "האוסר על השר להתערב בהפעלת הכוח המשטרית ובמינוי בכירה ביחס לניהולם את המחאה הציבורית כנגד מהלכי הממשלה; ולקבוע דיון דחוף בעתירה". עוד ביקשה העותרת "להוסיף את ניצב אשד כמשיב 8 לעתירה".

כל זאת נדרש לטענת העותרת "לנוכח ההתפתחויות האחרונות, והכרזתם של המשיבים 4 [...] ו-5 [...] על העברתו של ניצב עמיחי (עמי) אשד [...] מתפקידו כמפקד מחוז תל-אביב במשטרת ישראל, שנעשה משיקולים פוליטיים זרים ובניגוד לדיון [...]". במסגרת הבקשה טוענת העותרת כי ההחלטה על העברת ניצב אשד מתפקידו היא "צעד מינהלי שנוקט משיקולים זרים ומטעמים פוליטיים" וכי זו "מהווה חריגה מסמכותו של השר".

אם כן, בקשת העותרת למתן צו ביניים כוללת שני היבטים. האחד בעל היבט פרטני, בו מבוקש למנוע את העברת ניצב עמי אשד מתפקידו; השני בעל היבט כללי, בו מבוקש למנוע את התערבות השר במינויים עתידיים של בכירים במשטרה בהקשרים הנוגעים לניהול המחאה הציבורית.

3. באשר להיבט הפרטני בדבר העברתו של ניצב אשד מתפקידו:

כפי שיפורט להלן, בעקבות בחינה ראשונית שערכה היועצת המשפטית לממשלה והנחייתה להקפיא את העברת ניצב אשד מתפקידו עד להשלמת בירור הדברים, כבר ביום 11.3.23 החליט מפכ"ל המשטרה על הקפאת החלטה בדבר העברת ניצב אשד מתפקידו ועל עריכה של בחינה מחודשת לאחר חודש הרמדאן. בהמשך לכך, לאחר בירור מעמיק של פרטי האירוע, שנערך על-ידי המשנים היועצת המשפטית לממשלה למשפט פלילי ולמשפט ציבורי-מינהלי, נמצא כי ההחלטה בדבר העברת ניצב אשד מתפקידו, היא החלטה חריגה שסטתה מההליך המקובל במשטרה וקיימים מספר נתונים המעלים חשש משמעותי כי ההחלטה התקבלה באופן בלתי תקין; וכי תהליך קבלתה, בדגש על עיתויה ועיתוי פרסומה, לקה בשיקולים זרים. על כן, היועצת המשפטית לממשלה הנחתה, כי יש לקבל החלטה חדשה, לאחר שתינתן לניצב אשד הזדמנות להשמיע את עמדתו, ולאחר שקילה מחדש של השיקולים הרלוונטיים, בהתאם לנוהג המקובל. במצב דברים זה, הרי שהבקשה, ככל שהיא נוגעת להעברתו מתפקידו של ניצב אשד - התייתרה.

4. באשר להיבט הכללי שבבקשה:

עמדת המדינה היא שמינוי בכירים במשטרת ישראל והעברת בעלי תפקידים מתפקידם, צריכים להיעשות בתיאום בין המפכ"ל והשר, בהתאם להוראות הרלוונטיות, לנוהג המקובל במשטרה, לרבות בחינה משפטית של המינוי טרם השלמתו ותוך הקפדה על כללי המשפט המנהלי.

כעולה מהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.3.23, על השר להימנע ממתן הוראות אופרטיביות למשטרה, בין במישרין ובין בעקיפין. נוסף על כך, מינויים, לרבות קביעת עיתויים ומועד פרסומם, אינם יכולים לשמש כלי להתערבות אופרטיבית עקיפה בפעולות המשטרה. בשים לב לכך שזוהי העמדה המשפטית המחייבת, סבורה המדינה כי אין מקום ליתן את הסעד הכללי המבוקש (שאינו מכוון כלפי מינוי מסוים).

עתה נפרט:

הרקע בתמצית

5. ביום 28.12.22 אישרה הכנסת את הצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: **תיקון 37**; ו-**הפקודה**, בהתאמה).
6. העתירה שבכותרת מבקשת כי יבוטל תיקון 37.
7. להשלמת התמונה יצוין, כי בנוסף לעתירה שבכותרת הוגשו ארבע עתירות נוספות נגד חוקתיות תיקון 37 (בג"ץ 532/23 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**; בג"ץ 179/23 **העבודה נ' מדינת ישראל**; בג"ץ 99/23 **לוי נ' השר לביטחון פנים**; בג"ץ 2985/23 **ועדת המעקב העליונה לענייני האזרחים הערבים בישראל נ' הכנסת**). בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד הדיון בעתירות אלו אוחד. בשלב זה הדיון שהיה קבוע ליום 8.5.23 נדחה וטרם נקבע מועד חדש.
8. כידוע, בחודשים האחרונים מתקיימים ברחבי הארץ צעדי מחאה והפגנות בתגובה ליוזמות משפטיות המקודמות בימים אלה על ידי חברי כנסת ושרים בציבור ובכנסת. על רקע התנהלות השר לביטחון לאומי (להלן: **השר**) ופעילות המשטרה אל מול אירועי המחאה הוגשו ביום 5.3.23 על-ידי העותרות בבג"ץ 8987/22 ובג"ץ 532/23 שתי בקשות למתן צו ביניים, שעיקרן כי בית המשפט הנכבד יורה לשר לביטחון לאומי להימנע מהתווית מדיניות בכל ענין הנוגע למימוש זכות ההפגנה וחופש המחאה, ולהימנע ממתן הוראות והנחיות כלליות או פרטניות בעניינים אלה, עד להכרעה בעתירה.
9. ביום 19.3.23 קבע בית המשפט הנכבד כי אין מקום למתן צווי הביניים המבוקשים. במסגרת זאת נקבע כי:

1. לאחר שעיינתי בבקשות ובתגובת היועצת המשפטית לממשלה, שאליה צורפה תגובתו-עמדתו של השר, מצאתי שלמעשה קיימת הסכמה בין כל משיבי הממשלה כי השר רשאי להתוות מדיניות ועקרונות כלליים עבור משטרת ישראל, לרבות ביחס להפגנות ולחסימה ופינוי של צירי תנועה. כך, אציין כי הן השר והן היועצת המשפטית לממשלה, נסמכו על חוות הדעת של עו"ד מררי מיום 9.7.2019.

2. מנגד, וכפי שציין השר עצמו בתגובתו "שיקול הדעת על אופן הפעלת הכוח, מסור למפקדים בשטח". דומה אפוא כי גם כאן קיימת הסכמה בין כל הצדדים. ברי כי השר אינו רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות האמורה, ואינו רשאי ליתן הנחיות קונקרטיות אגב התרחשותם של אירועים פרטניים. עניינים ופרטים אלה נתונים לשיקול הדעת המבצעי-האופרטיבי של הדרגים המקצועיים של המשטרה והמפקדים בשטח, על פי הנסיבות המשתנות והתנאים בשטח.

מכאן, שאין השר רשאי ליתן הנחיות מבצעיות בדבר הדרכים ליישום מדיניותו, אופן השימוש בכוח באירוע כזה או אחר, דרכי השימוש בכוח, האמצעים לפיזור הפגנות, התנאים הנוגעים לזמן, למקום ולאופן עריכת האירוע וכיו"ב. על מנת למנוע מחלוקות בעתיד, הרי שגם "אזכור" של המדיניות במהלך אירוע מבצעי קונקרטי שעה שזה עודנו מתנהל, עלול להתפרש כהנחיה אופרטיבית.

ובקיצור, מהאמור לעיל עולה כי על השר להימנע ממתן הוראות אופרטיביות למשטרה, בין במישרין ובין בעקיפין, והדברים נכונים במיוחד לגבי מחאות והפגנות כנגד השלטון".

תמצית עובדות העניין

10. ביום 9.3.23, בשעת ערב, בעיצומן של הפגנות שנערכו באותו יום ברחבי הארץ, לרבות בעיר תל-אביב, פורסמה הודעת תקשורת מטעם דוברות המשד לביטחון לאומי ודוברות משטרת ישראל לפיה בכוונת השר לביטחון לאומי ומפכ"ל המשטרה להעביר את מפקד מחוז תל-אביב הנוכחי, ניצב עמיחי (עמי) אשד, מתפקידו הנוכחי ולשבצו בתפקיד ראש אגף הדרכה. על פי הנמסר בהודעה, הדבר נעשה כחלק מסבב מינויים שעתיד להתבצע במשטרת ישראל. יצוין כי מספר שעות לפני ההודעה, הביע השר לביטחון לאומי ביקורת על שיקול הדעת של המשטרה שהופעל באותו היום ביחס למחאות נגד השלטון, וביחס לפעולות המשטרה לאכיפת הסדר במקום, גם בפיקודו של ניצב אשד עצמו, בהפגנות שהתקיימו בתל אביב באותה העת.

11. נוכח הפרסום האמור, ולאחר בירור ראשוני של הסוגיה, בתאריך 10.3.23 הנחתה היועצת המשפטית לממשלה את השר לביטחון לאומי, להקפיא את ההחלטה האמורה, מפאת חשש כבד שהתעורר ביחס לחוקיות ולתקינות ההליך, לרבות השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה, עיתוי ההודעה והרקע לה. זאת, עד להשלמת בירור הנושא.

מכתב היועצת המשפטית לממשלה מיום 10.3.23 מצורף ומסומן מ/ש 1.

12. בהמשך לכך, בערב יום 11.3.23 נשא מפכ"ל המשטרה דברים במסיבת עיתונאים שכונסה, והתייחס לעניין העברתו מתפקיד של ניצב עמי אשד, כדלקמן:

"סבב מינויים רחב היה מתוכנן להיערך תוך זמן קצר. עמי הוא קצין מקצועי מוערך ומנוסה ובלי שום קשר למחאות או למצב הביטחוני, המינוי המדובר היה מתוכנן ליישום לאחר חודש הרמדאן. עובדתית אני מסתכל עכשיו לכולם בעיניים ואני אומר לכם – טעיתי. טעיתי בשיקול הדעת. טעיתי בעיתוי ובדרך ואני לא מקל בכך ראש. אני מכבד ומקבל את החלטת היועצת המשפטית לממשלה לגבי הקפאת המינוי".

13. לאחר מכן, נמסר על-ידי גורמי המשטרה כי כלל המינויים הבכירים במשטרת ישראל מוקפאים לעת הזו, עד לסוף חודש הרמדאן.

14. על רקע הדברים הללו ולצורך בירורם נערך ביום 19.3.23 דיון, בראשות המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-מנהלי), ד"ר גיל לימון והמשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי), גב' עמית מררי, בהשתתפות נציגים מטעם המשרד לביטחון לאומי, משטרת ישראל, משרד המשפטים ופרקליטות המדינה. בדיון, נשמעו התייחסויות הייעוץ המשפטי למשרד לביטחון לאומי, היועץ המשפטי למשטרת ישראל וגורמי המקצוע במשטרה. בהמשך לכך התקבלו גם התייחסויות משלימות בכתב מטעם המשרד לביטחון לאומי ומשטרת ישראל.

15. לאחר בחינת הנושא, סיכמו המשנים ליועצת המשפטית לממשלה את הבירור שנערך.

הסמכות למינוי קצינים בכירים במשטרה קבועה בסעיף 7 לפקודת המשטרה [נוסח המשטרה (נוסח חדש)], תשל"א-1971, שקובע כדלקמן: "השר רשאי למנות שוטר או אדם אחר למלא כל תפקיד מתפקידיו של קצין משטרה בכיר או להשתמש בכל סמכות מסמכויותיו, הכל בכפוף לתנאים שנקבעו" (ראו גם סעי' 10 לפקודת המשטרה לעניין סמכויותיו של המפכ"ל בכל הנוגע למינויים).

נקודת המוצא העולה מהדברים שנמסרו בעל פה ובכתב במסגרת הבירור, מהנהלים הקיימים במשטרה, מהפרקטיקה הנוהגת ומהאופן בו בוצעו עד כה הליכי מינוי של קצינים בכירים במשטרה, בדגש על תפקידי ניצבים, היא כי הפעלת סמכות השר להעביר בעלי תפקידים מתפקידם נעשית ככלל במסגרת "סבב מינויים", וצריכה להתבסס על המלצת המפכ"ל, באופן מקצועי ומסודר, וכן על בסיס תשתית עובדתית, ומשיקולים ענייניים הנסמכים על אותה תשתית, ובמקרים המתאימים תוך מתן האפשרות לקצין המשטרה שעניינו עומד על הפרק להתייחס להחלטה בעניין שיבוצו העתידי.

במקרה זה, במכלול נסיבות העניין, אכן נדרש היה לתת לניצב אשד אפשרות להתייחס לשיבוצו העתידי כאמור, וזאת בין היתר, מקום שנבחנה העברתו לתפקיד שיש בו משום פגיעה במעמדו. בנסיבות אלו, כללי הצדק הטבעי והצורך בקיום הליך תקין, מחייבים כי תינתן לקצין הזדמנות נאותה להישמע.

ההחלטה בדבר העברתו מתפקיד של ניצב אשד סתתה מההליך המקובל במשטרה, ומספר נתונים מעלים חשש משמעותי כי ההחלטה התקבלה באופן בלתי תקין :

ראשית, עיתוי פרסום ההחלטה, מספר שעות לאחר הביקורת שהביע השר כנגד ניצב אשד על רקע ההפגנות שהתרחשו באותה העת, ופרסום ההחלטה עצמה בעיצומן של ההפגנות שהתקיימו באותו ערב, בניגוד לעמדתו המקצועית של המפקח"ל בדבר עיתוי הפרסום ואופן ההודעה. הקושי בעיתוי מתעצם נוכח העובדה שההחלטה פורסמה מוקדם יותר באופן משמעותי מהמועד בו תוכנן לכתחילה להיערך סבב המינויים (לאחר תקופת הרמדאן). במועד פרסום ההחלטה, סבב המינויים בדרגת ניצב לא הסתיים ונותרו עוד החלטות משמעותיות רבות לקבל במסגרתו, גם ביחס לסבב המינויים הרחבי ועוד לפני שקילת המועמדים שיקודמו לדרגת ניצב (בתוך כך נותר גם לבחון בין היתר את שאלת בחירת מחליף לניצב אשד). זאת, בניגוד לנוהג שתואר לעיל, לפיו מתקבלות לרוב ההחלטות על שינויי התפקידים הרחביים בדרגת ניצב במקביל, שכן מדובר בהחלטות הקשורות האחת בשנייה. במובן זה, עצם הפרסום, הנוגע רק להעברה מתפקיד של שוטר בכיר יחיד מבין כלל השוטרים לגביהם תוכנן סבב המינויים – בסטייה מהנהוג במשטרה – אף הוא מעלה טעם לפגם.

שנית, העובדה כי לניצב אשד לא ניתנה אפשרות להציג את עמדתו בפני השר והמפקח"ל באשר לאופן התנהלותו, להשמיע את דבריו באשר לביקורת השר בנוגע לאופן ניהול ההפגנות וכן להתייחס לכוונה להעבירו לתפקיד ראש אגף הדרכה, העברה לתפקיד שיש בו כדי לפגוע במעמדו. בנסיבות שבהן מדובר בהעברה לתפקיד של מועמד, שנחשב משמעותי פחות מהתפקיד הנוכחי של המועמד, אשר בגינה צפויה להתעורר מחלוקת בין המועמד לבין המפקח"ל והשר, יש לאפשר למועמד להשמיע את עמדתו בנושא זה, בטרם קבלת החלטה ופרסומה. הדבר אף עולה בקנה אחד עם כללי הצדק הטבעי, הצורך בקיום הליך תקין, והנורמות המשפטיות שחלות על העברה מתפקיד. הליך זה לא התקיים במקרה הנוכחי.

שלישית, העברתו מתפקיד של ניצב אשד לא נבחנה משפטית טרם פרסום ההודעה, בניגוד להליך הנוהג לפיו נעשית בחינה משפטית לפני כניסת המינוי לתוקף.

על יסוד האמור נקבע, כי קיים חשש משמעותי שנפלו פגמים בתהליך קבלת ההחלטה בעניינו של ניצב אשד. בפרט, עיתוי מתן ההוראה על העברת ניצב אשד מתפקידו, מעלה חשש לקשר סיבתי בין חוסר שביעות רצון של השר מאופן פעולתה המקצועי של משטרת מחוז תל אביב, בראשותו של ניצב עמי אשד, בהקשר הקונקרטי של אירועי המחאה בתל אביב, אשר כווננו נגד הממשלה, לבין ההעברה מן התפקיד של ניצב אשד. למצער, קיים מראית עין של קשר זה. כן נקבע כי התנהלות זו, מעבר לפגם המשפטי שדבק בה, מהטעמים שצוינו לעיל, מייצרת, כשלעצמה, "אפקט מצנן" משמעותי ביחס לבעלי תפקידים אחרים

במשטרה, ועשויה לפגוע בתפקודה ובעצמאות הדרג הפיקודי הבכיר, בפרט בהקשרים הרגישים ביותר של שמירת חופש הביטוי וההגנה על זכויות האדם.

18. כמפורט בסיכום הדיון, בנסיבות אלה נמצא כי על מנת להבטיח שהחלטה המתקבלת בנסיבות רגישות, תתקבל באופן תקין וללא חשש מפני שיקולים שאינם ממן העניין, במסגרת סבב המינויים שצפוי להתקיים לאחר חודש הרמאדן, יש לקבל החלטה חדשה בנוגע לניצב אשד, בהתאם לנוהג המקובל לעניין זה, על סמך תשתית עובדתית ושיקולים עניינים כאמור, ולאחר שמיעת טענותיו של ניצב אשד.

סיכום הדיון הופץ כמקובל ללשכות המשפטיות של המשרד לביטחון לאומי ומשטרת ישראל לצורך המשך טיפולם של השר לביטחון לאומי ומפכ"ל המשטרה, בהתאמה.

סיכום הדיון מיום 17.4.23 מצורף ומסומן מש/2.

עמדת היועצת המשפטית לממשלה

19. בקשת העותרת למתן צו ביניים כוללת שני היבטים – היבט פרטני והיבט כללי: **בהיבט הפרטני**, "ליתן צו ארעי בהול לעצירת הדחתו של ניצב אשד"; **בהיבט הכללי**, "ליתן צו ביניים האוסר על השר להתערב בהפעלת הכוח המשטרתית ובמינוי בכירה ביחס לניהולם את המחאה הציבורית כנגד מהלכי הממשלה".

20. **בהיבט הפרטני**, עמדת המשיבים היא כי בעת הזו, נוכח החלטת המפכ"ל בדבר הקפאת העברת ניצב אשד מתפקידו כמפורט לעיל, ונוכח תוצאות הבירור והקביעה המשפטית לפיה יש לקבל החלטה חדשה בנוגע לניצב אשד בסבב המינויים שיתקיים לאחר חודש הרמאדן, הרי שהבקשה התייגרה ואינה רלוונטית עוד.

21. **בהיבט הכללי** מבוקש בין היתר למנוע את התערבות השר במינויים עתידיים של בכירים במשטרה בהקשרים הנוגעים לניהול המחאה הציבורית. עמדת המשיבים היא שמדובר בסעד כוללני שאינו מכוון כלפי מינוי קונקרטי.

בהקשר זה יובהר: מימוש סמכותו של השר למינוי בכירים במשטרת ישראל והעברת בעלי תפקידים מתפקידם הקבועה כאמור בסעיף 7 לפקודת המשטרה, צריך להיעשות בתיאום בין המפכ"ל והשר, בהתאם לנוהג ולסדר הדברים הרגיל והמקובל, לרבות בחינה משפטית של המינוי טרם השלמתו ותוך הקפדה על כללי המשפט המנהלי.

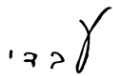
בתוך כך, על השר להימנע ממתן הוראות אופרטיביות למשטרה, בין במישרין ובין בעקיפין. מימוש הסמכות, לרבות קביעת עיתוי מינויים ומועד פרסומם, אינו יכול לשמש כלי להתערבות אופרטיבית עקיפה בפעולות המשטרה, בין היתר תוך העברת מסרים בעלי "אפקט מצנן" לשדרת הפיקוד.

בעניין זה תבקש המדינה להפנות את בית המשפט הנכבד לאמור בתגובתה מיום 16.3.23 לבקשות למתן צווי הביניים מיום 5.3.23 בעניין גבולות התערבות השר לביטחון לאומי בעבודת המשטרה ובאכיפת המשטרה את הסדר הציבורי בהפגנות, וכן להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.3.23 בבקשות אלו.

22. בשים לב לאמור לעיל, לעמדת המדינה, אין מקום למתן צו הביניים אף בהיבטו הכללי.

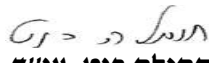
23. בכפוף לכלל האמור והמפורט לעיל, עמדת המדינה היא כי דין הבקשה לצו ביניים – להידחות.

היום, ב' באייר תשפ"ג
23 באפריל 2023



קובי עבדי, עו"ד

סגן במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



תהילה רוט, עו"ד

סגנית בכירה א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



דניאל מארקס, עו"ד

ממונה על ענייני בג"צים
בפרקליטות המדינה