

בעניין:

1. ועדת המעקב העליונה לענייני האזרחים הערבים בישראל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (ע.ר. 580312247)

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עדי מנסור ו/או נארימאן שחאדה- זועבי ו/או פאדי ח'ורי ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או מיסאנה מוראני ו/או סלאם ארשייד ו/או רביע אגבריה מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610, נייד: 052-6763217, פקס: 04-9503140

העותרים

נגד

1. הכנסת

ע"י היועץ המשפטי של הכנסת
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים
טל': 02-6408638; פקס: 02-6753495

2. השר לביטחון לאומי
3. היועצת המשפטית לממשלה

על ידי פרקליטות המדינה
רחוב סלאח אלדין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6753495

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022, בהיותו בלתי חוקתי.

בקשה לאיחוד

הסעד המבוקש בעתירה זו הינו זהה לסעד המבוקש בעתירות שאוחדו במסגרת בג"ץ 8987/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, ולפיהן יש לקבוע כי החוק בטל בהיותו בלתי חוקתי. על כן, העותרים מבקשים כי העתירות יידונו ביחד, וכי העתירה תאוחד עם יתר העתירות בבג"ץ 8987/22.

נציין כי העתירה הוגשה כעת ולא במועד מוקדם לאור תקופת החגים של הח"מ, הכוללת את חודש רמדאן, חופשת הפסחא, וגם פגרת הפסח בבתי המשפט. לצד זאת, נדגיש כי העתירה מוגשת לאחר מיצוי הליכים מול המשיבים אשר יפורט בהמשך העתירה, שכן המשיבים מכירים את הטענות המשפטיות שבמוקד העתירה. על כן, וכדי לחסוך מזמנם של הצדדים ושל בית המשפט, בית המשפט הנכבד מתבקש לאחד את הדיון בעתירות.

מבוא

1. ביום 27.12.2022 אישרה הכנסת בקריאה השלישית את הצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 (להלן: "**תיקון החוק**" או "**התיקון**" או "**החוק**"), אותה יזם חבר הכנסת מסיעת עוצמה יהודית, וכיום השר לביטחון לאומי, איתמר בן גביר. עניינו של תיקון החוק הוא בהרחבת והעמקת סמכויות השר הממונה על המשטרה.

מצ"ב העתק חוק תיקון פקודת המשטרה (מס' 37) התשפ"ג-2022 כפי שפרסום ברשומות ביום 28.12.2022, מסומן כנספח ע/1.

2. התיקון האמור מייצר הכפפה מלאה של המשטרה לדרג הפוליטי. ההסדר משנה את מערך התמריצים שבבסיס התוויית מדיניות אכיפת החוק במדינה באופן דרסטי. לפי התיקון, השיקולים שיעמדו בבסיס מדיניותה, במיוחד בכל מה שקשור לאכיפת החוק ולניהול חקירות פליליות, ייקבעו על ידי השר הממונה. מעתה, הגורם האמון על קביעת סדרי העדיפויות בעניינים שעד כה הוגדרו כנחלת הדרג המקצועי, הוא גורם פוליטי עם אג'נדה מחנתית ומפלגתית ועם הטיות מובנות המוזנות מהאינטרס להיבחר (וכן ממניעים פוליטיים ואידיאולוגיים של השר הממונה). מערך התמריצים של גורם נבחר מגביר את החשש שגיבוש מדיניות השיטור תישען על שיקולים אישיים ושיקולים בעלי אופי מחנתי באופן שיוביל לפוליטיזציה מלאה של עבודת המשטרה ויגביר את הפגיעה בשוויון בפני החוק וכן באופן אכיפתו של החוק.

3. ברמה הפורמאלית, מהווה המשטרה התגלמות פיזית ואופרטיבית של שלטון החוק, של כוחה הכופה של המדינה ושל המונופול שלה על הפעלת אלימות. היא מפעילה סמכות מעין שיפוטית בכך שבכוחה לשנות את היקף הזכויות של התושבים בכך שהיא מבצעת חיפושים, מעצרים, חקירות, תפיסות והעמדות לדין. בשל כך, מקובלת התפיסה לפיה המשטרה היא אבן יסוד במערך אכיפת החוק, המורכב משלוש צלעות, השזורות אחת בשנייה, ומקיימות תלות מבנית המבטאת את גרעין ההליך הפלילי. לצד המשטרה, מתפקדת מערכת

השפיטה כצלע שנייה ומשלימה; היא זו הקובעת האם אדם הפר את החוק, והאם הוא ראוי לעונש. הצלע השלישית, מוסדות הענישה, היא המקום בו האזרח נענש בפועל על הפרתו של החוק. תפקידה של המשטרה הוא קריטי במשולש היחסים הזה, שכן אלמלא מעצרו, תפיסתו ו/או העמדתו לדין של החשוד, וניהול תיקו אל מול בתי המשפט, חירותו ויתר זכויותיו לא היו מוגבלות במוסדות הענישה (ראו י' זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט, בעמ' 61; כן ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל פד, מ(3) 505).

4. לאור זאת, ובשים לב לרוחב והיקף סמכותה וכוחה, וכן הפגיעה בזכויות חוקתיות מעצם השימוש בסמכות, התקבל עקרון עצמאותה של המשטרה מהפוליטיקה כעקרון בסיסי מנחה, הנובע משלטון החוק – ואף מקיים אותו, שכן "אין מרות על שוטר, זולת מרותו של הדין. המשטרה אינה גוף פוליטי, אלא גוף אזרחי. אין היא משטרה של הממשלה, היא משטרה של המדינה. עליה לפעול ביעילות ובהגינות" (אהרן ברק, "שלטון החוק ועליונות החוקה (375) משפט וממשל ה). לכן התיקון פוגע אינהרנטית בעקרון שלטון החוק, והופך את הפעלת כוחה לפוליטי, ובכך, לבלתי שוויוני פר-הגדרה. הוא פוגע בעקרונות רבים ומצטברים שעומדים בבסיס פעילותה של המשטרה באכיפת החוק, הכוללים את עקרון החוקיות, עקרון ההסכמה הציבורית לפעילות המשטרה, האיזון הנאות בין האינטרס של עצמאות המשטרה ושחרורה מהשפעות פוליטיות לבין הצורך באחריות ופיקוח, הצורך לשמור על שיקול דעת באכיפת החוק מבלי לגרום לשרירות והפליה, וכן עקרון הפגיעה המינימלית בחירויות בעת אכיפת החוק (ראו דן ביין, "העקרונות הכלליים לפעילות המשטרה באכיפת החוק בישראל – ההיבט המשפטי (133) (1991).

5. החלק העובדתי של העתירה יפרט את ההיסטוריה החקיקתית של התיקון. כמו כן, הוא יצביע על עמדותיהם של היועצים המשפטיים כולל היועמ"ש של המשטרה אשר התנגדו לתיקון. הוא גם יתייחס לעצם העובדה שאין להתעלם ממנה והיא שהשר הממונה הוא בן גביר שהוא לא מרפה להביע עוינות נגד האוכלוסייה הערבית בישראל, דבר שמצביע גם על התכלית הסמויה והפסולה מאחורי התיקון וגם על הסכנה המוחשית ממימוש הסמכות על ידי בן גביר. בהקשר הזה נביא דוגמאות שכבר אירעו מאז התיקון.

6. בפרק הראשון של החלק המשפטי ייטען כי התיקון אינו חוקתי משום שהוא מנוגד לעקרונות יסוד מוסדיים בדבר עצמאות המשטרה ואי הכפפתה לפוליטיקה וזאת כחלק אינהרנטי מעקרון שלטון החוק (המחייב אכיפת החוק ללא משוא וכך יחס שווה בפני החוק). פגיעה זו הינה פגיעה בגרעינים המינימליים של ערכים דמוקרטיים המאפשרים ביטול חקיקה רגילה הפוגעת בהם. כמו כן, התיקון מנוגד לסעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה אשר תכליתו היא לשמור על הפרדה בין הפוליטיקה לבין רשות מוסמכת המפעילה סמכות מעין שיפוטית.

7. הפרק השני של החלק המשפטי יפרט כי התיקון לא עומד בתנאי פיסקת ההגבלה. הוא גורם לפגיעה פוטנציאלית במערך רב של זכויות יסוד. בהקשר זה פסק הדין בענין הפרטות בתי הסוהר יהווה מנחה לדיון במערך הפגיעה בזכויות יסוד על פי זהותו השלטונית של המכריע בגורלן של הזכויות (בג"ץ 2605/05 המרכז

האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). ייטען ויוסבר בהרחבה כי התיקון לא עומד בתנאי "הפגיעה על פי חוק" משום שהוא לא עונה על תנאי **ההסדר הראשוני**. בהיותו נוקט בלשון רחבה כמו "מדיניות", מעניק שיקול דעת לא מוגבל והכל מבלי לפרט את תנאי הפעלת הסמכות. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור עקרון החוקיות הקובע שלא פוגעים בזכויות יסוד אלא על פי סמכות ברורה, ספציפית ומפורשת אשר תוחמת את שיקול הדעת. נביא פסיקה רבה אשר שללה הענקת "סמכות סל" ורחבה מסוג זה כולל במצבי חירום (כמו המקרה של **איכוני השב"כ** בעת קורונה). התיקון לא נועד לתכלית ראויה: נעמוד על כישלון התיקון ויוזמו בהצבעה על חיוניותו הדחופה והצורך בו לאור פגיעתו בזכויות יסוד. הוא לא עומד במבחן המידתיות: לא עובר את הקשר הרציונלי בין המטרה והאמצעי וכן הוא לא נשען על נתונים אמפיריים או תשתית עובדתית. הוא גם לא צולח את התנאי השני; נסביר כי לכל "הדאגות" והצרכים שהצביע עליהן יוזם החוק, המשיב מס' 2, ניתן להם חלופות שונות אשר מייתרות את התיקון. לבסוף נעמוד על מבחן התועלת – הנזק מהתיקון עצמו.

8. העותרים אינם טוענים כי משטרת ישראל הינה ניטרלית – אך התיקון הנדון הופך אותה לפוליטית. יוסבר על יחסה המפלה של משטרת ישראל נגד האוכלוסייה הערבית-פלסטינית ועל מחדלה הנפשע בדבר המאבק נגד הפשיעה בתוך החברה הערבית. עם זאת, התיקון יחמיר וידרדר את המצב למצבים חמורים ומסוכנים יותר.

רקע עובדתי

העותרים

9. **העותרת מס' 1**, ועדת המעקב העליונה לענייני האזרחים הערבים בישראל, היא הגוף הפוליטי הערבי היציג ביותר שחבריו הם כל ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל, חברי הכנסת הערבים, נציגי המפלגות והתנועות הפוליטיות הערביות, פרלמנטאריות וחוף פרלמנטאריות. היא מיוצגת כאן באמצעות היו"ר שלה ח"כ לשעבר מר מוחמד ברכה.

10. **העותרת מס' 2**, הינה עמותת זכויות אדם, רשומה כדין בישראל, אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל וזכויות אזרחי המדינה הערבים-פלסטיניים בפרט. העותרת התנגדה לתיקון פקודת המשטרה בהליך חקיקתו, נכחה בדיונים שהתקיימו וכן הציגה את עמדתה בכתב.

א. התיקון וההיסטוריה החקיקתית

11. סעיף 8 לתיקון קובע כי (א) "משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה" וכי (ב) "השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה". סעיפים 8 ו-8ד מסדירים את סמכויות השר כלפי המשטרה, וזו לשונם:

ג8. (א) השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9א(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה.

(ב) השר ידווח לוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, אחת לכנס, על המדיניות שהתווה; השר יפרסם את המדיניות שהתווה באתר האינטרנט של המשרד לביטחון הפנים.

ד8. (א) השר רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי עדיפויות עקרוניים, לאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר התייעצות עם המפקח הכללי והמופקדים במשטרה על נושא החקירות.

(ב) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מחובתה של משטרת ישראל לפי כל דין בעניין חקירה או תיק, לרבות לעניין פתיחתם, ניהולם או סגירתם, ואין בהן כדי לגרוע מחובתה לפתוח בחקירה אם נוגע לה על ביצוע עבירה כאמור בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

12. ההסכם הקואליציוני שנחתם בין סיעת עוצמה יהודית בראשות איתמר בן גביר לבין סיעת הליכוד בראשות בנימין נתניהו ביום 25.11.2022, כלל התחייבות שלסיעת עוצמה יהודית יינתן בממשלה ה-37 תפקיד של השר לביטחון פנים, כאשר המשרד יקרא המשרד לביטחון לאומי. עוד סוכם, בין היתר, כי טרם השבעת הממשלה הקואליציה תערוך שינויים בפקודת המשטרה, כך שהיחס בין השר לביטחון לאומי למפקח"ל המשטרה ישתווה ליחס בין שר הביטחון לרמטכ"ל.

מצ"ב העתק מההסכם הקואליציוני בין סיעת עוצמה יהודית לסיעת הליכוד מיום 25.11.2022 כנספח ע/2.

13. לשם הוצאה לפועל של הסכם זה, כבר ביום 12.12.2022 הניח חבר הכנסת איתמר בן גביר את הצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 מספר פ/80/25 (להלן: "**הצעת החוק המקורית**") על שולחנה של הכנסת. הצעת החוק המקורית, על סעיפיה השונים, ביקשה להכפיף הלכה למעשה את המשטרה ואת ראש הדרג המקצועי בה, דהיינו המפקח"ל, ל"מדיניות ולעקרונות הכלליים של השר", וכן להרחיב את סמכויותיו של השר והכפפת נושאים רבים להחלטתו, לרבות: ענייני מדיניות בתחומי חקירות, טיפול בתיקים, העמדה לדין ועוד, וזאת כהכנה לקראת כניסתו של יוזם החוק לתפקיד השר לביטחון לאומי לאחר השבעת הממשלה. כבר עתה יובהר כי, תיקון חוק שנועד להרחיב את סמכויותיו של יוזמו היא חשודה, קל וחומר בהעדרה של תכלית אובייקטיבית, וכפי שנפרט, בקיומה של תכלית פסולה.

14. הליך החקיקה של התיקון עבר בכנסת באופן זריז וחפז. יממה אחת לאחר הנחתה על שולחן הכנסת, וביום 13.12.2022, עברה הצעת החוק קריאה טרומית במליאת הכנסת, והתקבלה ברוב של 61 חברי כנסת נגד 53 מתנגדים. עוד באותו היום התכנסה הוועדה המסדרת של הכנסת בראשותו של ח"כ יואב קיש, והוחלט על הקמת ועדה מיוחדת לדיון בהצעת החוק, בראשותו של ח"כ אופיר כץ (להלן: "**הוועדה המיוחדת**").

15. הדיונים בוועדה המיוחדת קוימו ברצף ללא עבודת מטה מסודרת,¹ ללא מתן אפשרות נאותה לחברי הכנסת להשתתף באופן מהותי בהליך החקיקה, וללא שניתן משקל ראוי לטיעוניהם של הגורמים המקצועיים ולקולות מקרב חברי הכנסת שהתריעו והזהירו מהפגיעה החוקתית המתלווה להצעת החוק, ומהשינוי הדרסטי לעקרונות ולנורמות המוסדיות אותן טומנת בחובה. בדיוני הוועדה המיוחדת נשמעו טענות רבות נגד הצעת החוק, לרבות היועצים המשפטיים שנכחו בדיונים ומתחו ביקורת על הליך חקיקתה, על עצם הבאתה להצבעה טרם השבעת הממשלה, על תוכנה, על התכליות מאחוריה, על העדר הצורך שבה, על העמימות בה היא מתאפיינת, ועל המסוכנות הרבה המתלווה אליה. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט פלילי), עו"ד עמית מררי, הסבירה כי "ההצעה אינה כוללת איזונים וערובות להבטחת עצמאות המשטרה שקיימים בהסדרים משפטיים דומים", וכי:

"שינוי החקיקה הוא כה משמעותי, כפי שנאמר קודם, והוא עוסק באיזון העדין בין סמכותו של השר לבין עצמאותה של המשטרה, והוא לא מתאים לחקיקת בזק ערב השבעת ממשלה. ראוי שהוא יוגש כהצעת חוק ממשלתית, בהובלת המשרד לביטחון הפנים, בשיתוף עם משרד המשפטים, לאחר דיון מקצועי מעמיק, ותוך מתן הזדמנות לגורמי המקצוע ולציבור להתייחס לדברים" (ההדגשה אינה במקור) (פרוטוקול דיון הוועדה המיוחדת מיום 14.12.2022, בעמ' 54-53).

16. ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), מתח גם הוא ביקורת קשה על התיקון ועל הפגיעה הקשה שבו בעקרון עצמאות המשטרה ולדבריו:

"המשטרה היא גוף עצמאי, היא גוף שיש לו שיקול דעת עצמאי. למה יש לה שיקול דעת עצמאי? כי המשטרה מפעילה את הסמכויות הכי חזקות של המדינה, שוללת חופש ביטוי ואת חופש התנועה וכשיש סגר הם אוכפים אותו. למשטרה יש המון המון כוחות, הכנסת נתנה לה את הכוחות האלה בחקיקה מפורטת, ועל כן, המשטרה הזאת, אחד מהמרכיבים הבסיסיים שלה זה עצמאות" (דיון הוועדה המיוחדת בכנסת 15.12.22, בעמ' 163).

ובהמשך, הוסיף:

".... וזה המסר שאנחנו מנסים להעביר, גופים של אכיפת חוק וסדר, משטרה, פרקליטות, יועץ משפטי לממשלה, הגופים האלה חייבים להיות עצמאיים כדי למלא את התפקיד שלהם בחברה דמוקרטית" (ההדגשה אינה במקור) (שם, בעמ' 175).

17. כן, התייחס ד"ר לימון להעדר הנחיצות בתיקון החוק, באומרו:

"אנחנו מקבלים, קודם כל בוודאי כמו שאמרתי, המשטרה כפופה לשר לביטחון פנים, המשטרה כפופה לממשלה, המשטרה כפופה לחוק. אנחנו מבינים שיש רצון להביא את זה לידי ביטוי, אמר המציע שיש הרבה דברים שלא כתובים בפקודה והוא חושב

¹ ישיבות הוועדה בהכנה לקראת קריאה ראשונה התקיימו בימים 14.12.2022, 15.12.2022, 18.12.2022, 19.12.2022, 21.12.2022, 22.12.2022, 25.12.2022, ו-26.12.2022.

שהם כן צריכים להיות כתובים בפקודה ומבחינתנו הסעיף שמוצע שאומר שהשר **הממונה** על משטרת ישראל מטעם הממשלה הוא שר הבט"פ, מבחינתנו זה סעיף שהוא חשוב ונכון וטוב, אבל כל מה שקשור להכפפה למרות הממשלה, גם במסגרת סעיף 2(ב) וגם במסגרת סעיף 8ב, לדעתנו זה מועתק מתוך מודל שהוא לא מודל מתאים למודל המשטרי של משטרה." (ההגדשה אינה במקור) (שם, בעמ' 140).

עוד טען כי:

"אנחנו חושבים שהמודל הזה מועתק לא נכון, ואני מודה שגם לא מצאנו שום סיבה, לא בדוח צדוק ולא בעשרות הדוגמאות שהובאו ביומיים האחרונים, מה החוסר שאתם רואים..." (ההדגשה אינה במקור) (שם, בעמ' 164).

18. לעמדה זו היה שותף גם עו"ד אלעזר כהנא, עוזר היועמ"ש של משטרת ישראל, אשר סבר שיותר נכון היה להציע טיפול נקודתי לבעיות מהם סובלת המשטרה, בין אם דרך חקיקה ספציפית, בין אם דרך הקצאת תקנים, או כל דרך אחרת, אך לא בהכפפת המשטרה לשר. על כך עמד בדיון הוועדה:

"אני פה 20 שנה בוועדות האלה, אתה בא לבקש חוק, אומרים לך מה הבעיה שאתה רוצה לתקן? אם הבעיה היא שלא חוקרים אלימות התיקון הוא לא כפיפות לשר, התיקון הוא פשוט לתת תקנים לחקור אלימות כי לכל חוקר היום יש עשרות תיקים שמחכים לו בארון ואין לו שום סיכוי לטפל בהם. זה המצב, אין לזה שום קשר לכפיפות לשר או לממשלה. זאת אומרת התשובה לא עונה לשאלה, החקיקה לא נותנת פתרון - - -" (ההדגשה לא במקור) (שם, בעמ' 175).

מצ"ב פרוטוקול הדיון מהוועדה המיוחדת מיום 14.12.2022, והעמודים שאוזכרו כנספח ע/3. https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ptv_1600796.doc

מצ"ב פרוטוקול הדיון מהוועדה המיוחדת מיום 15.12.2022, והעמודים שאוזכרו כנספח ע/4. https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ptv_1434786.doc

19. ניסיונותיו של יוזם החקיקה, והנהנה ממנה, לטעון כי מודל כאמור של הכפפת המשטרה לדרג הפוליטי ניתן למצוא במדינות אחרות בעולם, לרבות ניוזילנד, אוסטרליה, ואנגליה, הן מטעות ובלתי מדויקות בבסיסן. שכן, עקרון יסודי בשיטות המשפט הללו הוא הבטחת עצמאותה האופרטיבית של המשטרה (operational independence) כאשר היא מוציאה לפועל את המדיניות שהוכתבה לה, הן בתחום אכיפת החוק והן בהיבטים אחרים של פעולתה, בדגש על השמירה על הסדר הציבורי וההגנה על זכויות האדם (ראו פרופ' עמיחי כהן, עו"ד עודד רון, ד"ר גיא לוריא, דפנה בנבניסטי, "בחירת ההשוואה הבין-לאומית של בן גביר מלמדת שיש להבטיח את עצמאות המשטרה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (20.12.2022)).

20. כנגד הצעת תיקון החוק הוגשו מאות הסתייגויות ובקשות לדיון מחדש מטעם חברי הכנסת המתנגדים לה. על רקע הביקורת החריפה שהושמעה נגד ההצעה, נעשו ניסיונות לשדרגה ולהכשירה על מנת שתעמוד

בביקורת, בין אם דרך הגשת הצעת חוק מתוקנת,² ובין אם דרך פיצול ההצעה והוצאת שני סעיפים ממנה שעניינם כפיפות מפכ"ל המשטרה (להבדל מהמשטרה עצמה כגוף) לשר ולממשלה, וכן לעניין סמכות השר להתוות מדיניות ולקבוע עקרונות כלליים בעניין "משך הטיפול בתיקים" בלבד.³

מצ"ב העתק מהנוסח המתוקן להצעת החוק מיום 19.12.2022, כנספח ע/5.
מצ"ב העתק מהצעת החוק כפי שהונחה על שולחן הכנסת ביום 20.12.2022, כנספח ע/6.
מצ"ב העתק מההודעה על פיצול החוק מיום 26.12.2022, כנספח ע/7.

21. הצעת החוק לאחר הפיצול כפי שהובאה להצבעה בכנסת אינה שונה במהותה מהצעת החוק המקורית. שכן, הוצאת שני הסעיפים ממנה לא היה בה כדי לשנות את מהותה של ההצעה או לרפא את הפגם שבתיקון החוק. רוח ההצעה נשמרה, וההתערבות הבוטה של השר, המונע מאינטרסים פוליטיים, בעבודתה המקצועית לכאורה של המשטרה, עדיין מהווה פוליטיזציה של המשטרה.

22. בסופו של יום הצעת החוק אושרה בקריאה שלישית במליאת הכנסת ביום 27.12.2022, וזאת ברוב של 61 חברי כנסת נגד 55 מתנגדים, והחוק פורסם ברשומות ביום 28.12.2022.

ב. העיקרון בדבר עצמאות שיקול הדעת ומקצועיות המשטרה

23. תפקידה של המשטרה, כפי שעוגן בסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה" או "הפקודה"), הוא לעסוק "במניעת עבירות ובגילוי, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדיון, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". הגדרה רחבה זו משקפת את היקף המשימות המוטלות על המשטרה, הנוגעות בחיי היום-יום של כלל אזרחי המדינה, עת היא מגלמת את הממשק הישיר בין השלטון לאזרח, ואמורה לתרגם את המשפט עלי ספר למשפט בפעולה. הגדרה זו אף משקפת את מהותה של המשטרה בתור הגוף שבאמצעותו המדינה עושה שימוש במונופול שיש בידיה על שימוש בכוח כופה כלפי האזרח (הידוע גם כמונופול הממלכתי על שימוש לגיטימי בכוח פיזי).

24. הפעלת כוח זה כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בזכויות אדם בסיסיות, ובראשן הזכות לכבוד, לחירות, לאוטונומיה, לחיים ולשלמות הגוף. פוטנציאל הפגיעה בזכויות אלה הוליד שורה ארוכה של דברי חקיקה שמבקשים להגדיר, להסדיר ולתחם את הסמכויות הניתנות למשטרה בתחומים שונים, וזאת מתוך שאיפה לאזן בין התפקיד המוטל עליה לבין השמירה על הפרט בבואו במגע עמה (לדוגמא: פקודת המשטרה, פקודת

² ביום 19.12.2022 הוגש נוסח מתוקן להצעת החוק שאינו שונה באופן מהותי מההצעה המקורית, מלבד הרחבת דברי ההסבר, השמטת הסעיף שמבקש לעגן תקציב המשטרה בסעיף נפרד בחוק המשטרה ופירוט ביתר שאת של הסעיפים אשר מרחיבים את הסמכויות של השר ומעניקים לו את הסמכות להתוות את המדיניות הכללית והעקרונות של המשטרה במגוון נושאים, כולל בעניין חקירות.

³ ביום 26.12.2022, פרסמה הוועדה המיוחדת הודעה על פיצול הצעת החוק, כך שהצעת החוק שתונח על שולחן הכנסת להצבעה בקריאה שנייה ושלישית לא תכלול את סעיף מס' 1 להצעת החוק שעניינו הכפפת מפכ"ל המשטרה לשר ולממשלה, ואת סעיף 8ה, המוצע בסעיף 2 להצעה, אשר עניינו סמכות השר להתוות מדיניות ולקבוע עקרונות כלליים בעניין משך הטיפול בתיקים. הוחלט כי, שני הסעיפים המוחרגים יובאו במועד מאוחר יותר למליאת הכנסת להצבעה בקריאה שנייה ושלישית כהצעת חוק נפרדת. מליאת הכנסת אישרה את פיצול ההצעה, וזאת בהתאם לסעיף 84(ב) לתקנות הכנסת.

סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)[נוסח חדש], התשכ"ט-1969, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 ועוד).

25. חלק נרחב מעבודת המשטרה מוסדר גם בפקודות ובנהלים פנימיים, המתווים את המדיניות שלה בהתאם לסמכות הניתנת לה בחקיקה ראשית. בשורה של חוקים, ומתקפם פקודות ונהלים, מוסדרים, בין היתר, עניינים הנוגעים לשלל התפקידים המוטלים על המשטרה במישור האכיפה, החקירה, איסוף ראיות וחיפוש בחזקת הפרט, והעמדה לדין בשורה ארוכה של עניינים, החל מדיני תעבורה וכלה בפשעים החמורים ביותר.

26. למדיניות המשטרה בכל אחד ואחד מתחומים אלה השלכה ישירה על האופן שבו קו התפר שבין האסור למותר כפי שהוגדר על ידי המחוקק קורם עור וגידים ומיושם בשטח. בהחלטות שמתקבלות במישורים אלה טמון סיכון עצום לפגיעות מיותרות ומופלגות בזכויות הפרט ולהפרה של האיזון העדין בין האינטרס של הגשמת התכליות אותן מבקש הדין הפלילי לקדם לבין חירויות הפרט. לפיכך, האופן שבו מוציאה לפועל המשטרה את המנדט החוקי שניתן לה, לרבות השיקולים העומדים ביסוד המדיניות שעל פיה היא פועלת, אינו עניין של מה בכך. על כן, היא ממחישה את הצורך שביצירת מנגנונים מוסדיים שיבטיחו שמירה על האיזון האמור וימנעו שיקולים זרים באופן שבו החוק, שבעצמו אמור להיות כללי וניטרלי, נאכף מתוך ראייה אובייקטיבית וכנה המכוונת להגשמת האינטרס הציבורי ואת הערכים המוגנים שביסודו. לצד עקרונות יסוד חוקתיים ומנהליים כלליים, כגון עיקרון החוקיות, דרישת ההסמכה, השמירה על זכויות הפרט, העקרונות בדבר סבירות ומידתיות פעולות רשויות השלטון, העיקרון בדבר מקצועיות ועצמאות רשויות אכיפת החוק, ועל ראשן המשטרה (כמו גם פרקליטות המדינה והרשות השופטת) מהווה אבן יסוד בעיצוב המוסדי שמיועד להבטיח שהחוק נאכף ללא משוא פנים ומתוך שיקולים של שמירה על שלום הציבור וביטחונו. זהו המסד התיאורטי שעמד ביסוד ההבחנה העקרונית בין הדרג המקצועי לדרג הפוליטי בעיצוב היחסים שבין המשטרה לממשלה עובר לקבלת התיקון מושא עתירה זו.

27. כביטוי להבחנה האמורה ולתכליותיה, הועמד בראש ההיררכיה הארגונית של המשטרה המפקח הכללי של המשטרה – תפקיד שאמנם ממונה על ידי הממשלה, ואולם המאייש אותו שומר על עצמאות ממנו, וזאת בדומה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה. סמכויות המפקח למוסדרות בסעיפים 9 ו-10 לפקודת המשטרה. טרם חקיקת התיקון מושא עתירה זו, נחשב המפקח למוסדרות שבראש הפירמידה של הדרג המקצועי שמופקד על ניהול העבודה של המשטרה וקביעת מדיניותה. המעורבות היחידה של הדרג הפוליטי, באמצעות השר הממונה, היה במישור אישור של מספר פעולות מוגדרות מראש הנמצאות בסמכות המפקח. פעולות אלה כוללות הוצאת פקודות משטרה,⁴ החלטה על גיוס שוטרים לתפקידים מיוחדים,⁵ השעיית

⁴ סעיף 9א(א) לפקודת המשטרה.

⁵ סעיף 31 לפקודת המשטרה.

שוטרים מתפקיד במקרים מסוימים,⁶ ומינוי מפקדים וקצינים למשמר מדרגת קצין משטרה.⁷ כך, מלשון "לאו" נשמע ה-"הן", העיקרון המנחה עובר לתיקון הוא כי הדרג הפוליטי לא היה מוסמך להתערב בשיקוליה המקצועיים של המשטרה.

28. על פניו, השר הממונה היה אחראי לפני הכנסת לפעילותה של המשטרה, אך לא היה מוסמך להתערב בניהולה היום-יומי ובקביעת המדיניות שעל פיה היא פועלת במישור אכיפת החוק כלפי הפרט (ראו עמירם הרפז, מרים גולן, "משפט ושיטור, זכויות אדם וסמכויות משטרה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה**, 2018). מצב הדברים האמור ביקש להגשים את העיקרון בדבר עצמאות ומקצועיות המשטרה תוך יצירת מנגנון אחריותיות מוגבל באמצעות התפקיד המתוחם שהוענק לשר הממונה בהיבטים מסוימים של עבודתה וארגונה הפנימיים.

29. העיקרון בדבר עצמאות ומקצועיות המשטרה עלה על ידי ועדות ציבוריות שונות שדנו בהיבטים שונים של עבודת המשטרה. בדו"ח **הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש** (יוני, 1999) (ועדת צדוק)⁸ הובהר בפרק ה' (סמכויות השר כלפי המשטרה) כי **"המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד"** (פס' 1, שם), וכי **"במקרים של ספק לגבי דרך הפעולה של המשטרה בתחום החקירות והתאמתה לחוק, הסמכות להורות למשטרה כיצד לנהוג (או לא לנהוג) צריכה להיות בידי היועץ המשפטי לממשלה"** (פס' 2, שם). עוד הובהר שם כי בעוד השר אינו רשאי להתערב בחקירות ספציפיות, רשאי הוא "להתוות מדיניות כללית בתחום החקירות, לרבות קביעה של סדרי העדיפויות העקרוניים, אך זאת בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מפכ"ל המשטרה והמופקדים במשטרה על נושא החקירות" (פס' 5, שם). יחד עם זאת, נקבע כי **"יש להגדיר בחוק את ההבחנה בין סוגיות עקרוניות של ממש לבין עניינים ספציפיים שיינתן להם לבוש של סוגיות עקרוניות"** (פס' 6, שם). באשר לתחומים אחרים של עבודת המשטרה, ועדת צדוק סברה כי **"מחוץ לחקירות, [...] השר רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות, לתת הנחיות כלליות, ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית, אולם אין הוא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות, או בפרטים, נושא השמור לדרג המקצועי"** וכי רשאי הוא "להתערב בקביעת תכנית העבודה של המשטרה, ובקביעת סדרי העדיפויות בין התחומים השונים המופקדים בידי המשטרה, אולם בבואו לעשות כן עליו ליתן משקל ניכר לעמדתו המקצועית של המפקד", **ולא להתערב בה אלא במקרים מיוחדים ומטעמים בעלי חשיבות רבה"** (פס' 7-8, שם) (כל ההדגשות הוספו).

30. ההערות וההמלצות שעלו לעיל אין בהן בהכרח כדי לקבוע את הסטנדרט שלפיו ראוי להכריע בשאלות העולות מעתירה זו. המלצות אלו מבקשות לשרטט את קו התפר שבין מעורבות בעניינים כאמור לבין השמירה על מקצועיות ועצמאות המשטרה. ואולם, הסטנדרט האמור בפני עצמו אינו חף מקשיים לנוכח

⁶ סעיף 10(2) לפקודת המשטרה. ראו גם סעיף 77. לפקודת המשטרה.

⁷ סעיף 149(ב) לפקודת המשטרה.

⁸ בלינק: <https://halemo.net/fishler/vaada1999.htm>

החשש שמתן הסמכות לממשלה, באמצעות השר הממונה, להכתיב את סדרי העדיפויות של המשטרה יפר את האיזון שמיועד לשמור על התחום המקצועי מהשפעות פוליטיות ויפתח פתח לפוליטיזציה מלאה של משימות המשטרה בכל תחומי עבודתה, גם אם רק במישור העקרוני.

31. עם זאת, גם את הסטנדרט הזה התיקון הנדון מפר. שכן, גם על פי הגישה לפיה הממשלה, באמצעות השר, נהנית מסמכות להתערב במדיניות הכללית והעקרונית של המשטרה, על סמכות זו להיות מתוחמת באופן ברור וקונקרטי באופן שימנע פגיעה בעצמאות ובמקצועיות המשטרה. התיקון אינו מעגן כל מנגנון אפקטיבי שימנע הכפפה מלאה של המשטרה למרותו של השר, ושיגן מפני הפוליטיזציה של משימות המשטרה בכל תחומי עבודתה. כפי שיבואר להלן, התיקון מושא עתירה זו הוא רחב והופך את המשטרה מגוף שאמור להתנהל באופן מקצועי לגוף שכפוף לגחמות פוליטיות.

32. הסדר שלפיו מדיניותה הכללית של המשטרה במישור של אכיפת החוק, ניהול חקירות, ניהול תביעות וכיוצא באלה, מוכתבת על ידי הדרג הפוליטי, שהינו גורם בעל הטיה אידיאולוגית ומחנתית, עלול להוביל לגיבוש מדיניות שבבסיסה תעדוף שיקולים פוליטיים זרים, שעומדים בסתירה לצרכים ולשיקולים מקצועיים ואובייקטיביים. על פי ההסדר החדש, העדפות וסדר העדיפויות שקובע השר עלולות בחשיבותן על העמדה של הדרג המקצועי בהתוויית המדיניות שלפיה החוק ייאכף – עמדה שהתיקון לפקודה מותיר כשיקול שהשר הממונה נדרש אך לשמור (ולא בהכרח לקבל) בטרם יגבש את מדיניותו.

3.א. הזיקה בין יוזם החוק לנהנה ממנו

33. לא ניתן להתעלם מהצהרותיו והתבטאויותיו של השר הנכנס לתפקיד, בין אם בכלי התקשורת ובין אם בפרוטוקולים של דיוני הכנסת, על כוונותיו לבצע שינויים דרסטיים בכל הקשור לעבודת המשטרה וסדרי עדיפויותיה, ובפרט, בכל הקשור לחברה הערבית-פלסטינית בישראל, אשר יוזם החוק אינו מסתיר את דעותיו השליליות ביחס אליה, ואת העוינות והגזענות אשר מאפיינות את יחסו אליה.

34. כך למשל, בהוראות הפתיחה באש, לגביהם הצהיר לאחרונה: "עלינו להחזיר את הביטחון וההרתעה. יש צורך דחוף בשינוי נהלי הפתיחה באש, **לא לחינם שמנו את זה במוקד המשא ומתן** [הכוונה למשא ומתן במסגרת ההסכמים הקואליציוניים]" (ההדגשה לא במקור),⁹ ובהזדמנות אחרת הצהיר כי: "יש לוודא כי כל אירוע בו מותקפים אנשי ביטחון ייסתיים עם מחבל הרוג".¹⁰ התבטאויות אלו המנוגדות לחוק אינן חדשות לו, שכן, כבר ממאי 2021 הצהיר בן גביר לכלי התקשורת כי: "אני דורש מהדרג המדיני שכאשר

⁹ מורן אזולאי, "בן גביר: נשנה את הוראות הפתיחה באש כדי שאיש לא יחשוב פעמיים בפיגוע" ynet (15.11.2022)

<https://www.ynet.co.il/news/article/hj3slgwii>

¹⁰ ראיון עם איתמר בן גביר, "הבוקר הזה" כאן רשת ב', 23.12.2022: <https://omny.fm/shows/kan-2971/23-12-2022?t=64m11s>

פורעים ערבים רוגמים שוטרים בסלעים ובבקבוקי זכוכית, יאפשרו לשוטרים להגן על חייהם ולהשתמש בנשק חם כולל ירי. שוטר שמסכנים את חייו צריך לירות ולא להתעסק באמצעים לפיזור הפגנות".¹¹

עמדותיו אלו של בן גביר לא נשארו ברמה של הצהרות לכלי התקשורת, אלא הם מצאו את דרכן אל תוך ההסכמים הקואליציוניים, שם נכלל סעיף המורה בפירוש כי: "השר לביטחון לאומי יבחן את הוראות הפתיחה באש במשטרת ישראל, ויערוך בהן שינויים במידת הצורך", וכי "הממשלה תעדכן את ההחלטות שנקבעו בעקבות ועדת אור בין היתר בעניין תורת ההפעלה של המשטרה בתחום הפרות הסדר ובעניין מדיניות פתיחת וחסימת צירים"¹² משמע, הרחבת הסמכויות יש בה להוביל באופן ישיר ליישום הכוונות המסוכנות של השר, ולהוביל לפגיעה קשה בזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף של אזרחי המדינה.

מצ"ב העתק מההסכם הקואליציוני בין סיעת עוצמה יהודית לסיעת הליכוד מיום 28.12.2022 כנספח ע/8.

35. נושא אחר הנמצא על האג'נדה של בן גביר אשר חקיקת התיקון יאפשר לו מרחב פעולה רחב יותר ליישומו, הינו מתן חסינות לאנשי ביטחון המעורבים בעבירות נגד פלסטינים. בן גביר הצהיר לכלי התקשורת: "אני רוצה להעיף מחבלים מהארץ ולתת חסינות לחיילים ושוטרים באירועי טרור, כדי להחזיר את הביטחון, המשילות והריבונות לרחובות ישראל".¹³ גם כאן, נושא זה עוגן בתוך ההסכמים הקואליציוניים,¹⁴ ואף מצא את דרכו אל תוך קווי היסוד המתווים של הממשלה.¹⁵ לכן הפקדת ניהול חקירות תחת מרותו של השר עלולה להוביל למדיניות גורפות של אי פתיחה בחקירות פליליות נגד שוטרים המעורבים בעבירות נגד פלסטינים.

36. הדברים החלו להתבטא בשטח, ולמשל בעניין הנפת הדגל הפלסטיני. עם כניסת השר לביטחון לאומי לתפקיד, ותוך הרחבת סמכויותיו, הספיק עד למועד הגשת עתירה זו להשתמש בכוח הרב שניתן לו, ולהוציא הנחיה על איסור הנפת הדגל הפלסטיני¹⁶ - אף אם הנחיה זו עומדת על פניו בסתירה עם חוות הדעת המשפטית של הגורמים המקצועיים, כפי שיפורט בהמשך בחלק המשפטי לעתירה זו.

¹¹ פרסום ברשת החברתית פייסבוק מיום 08.05.2021, <https://www.facebook.com/ibengvir/posts/pfbid02D1cQ6gSTj9NQ7yArUE3Z6E793HTtUmSNNm7FvE7SAmTfYcYerGemqbEkfhuhQeCl>

¹² סעיף 103 להסכם הקואליציוני בין סיעת עוצמה יהודית לסיעת הליכוד מיום 28.12.2022.

¹³ סעיף 103 להסכם הקואליציוני בין סיעת עוצמה יהודית לסיעת הליכוד מיום 28.12.2022, <https://www.facebook.com/watch/?v=1169013747344073> פייסבוק מיום 17.12.2022.

¹⁴ סעיף 115 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת עוצמה יהודית מיום 28.12.2022.

¹⁵ קווי היסוד של הממשלה ה-37: https://www.adalah.org/uploads/uploads/Guiding_principles_government.pdf.

¹⁶ יהושע גיוש בריינר, "בהנחיית בן גביר, שבתנאי הורה לאכוף איסור הנפת דגלי פלסטין בציבור" הארץ, <https://www.haaretz.co.il/news/politics/2023-01-08/ty-article/premium/00000185-91c8-d96c-a3ad-fdcd19b70000> (08.01.2023).

37. הרקע שהובא לעיל מלמד על פוטנציאל הסכנה הטמון בהרחבת סמכויות בן גביר ועל הרצון לעשות שימוש בסמכויות אלה באופן שמשרת את האג'נדה שלו העוינת כלפי האזרחים הערבים-פלסטינים. לכן, החששות מפני התוויית מדיניות המשטרה על יסוד שיקולים זרים ופסולים אינו היפותטי אלא ממשי.

38. איננו טוענים בעתירה זו כי המשטרה לא הפעילה מדיניות מפלה נגד האזרחים לפני התיקון. התנהלות המשטרה מלמדת כי בכל מה שקשור ביחסה כלפי האוכלוסייה הערבית, הוא יחס עוין ומפלה כלפיה. לא למותר להזכיר את אחריות המשטרה להריגתם של 13 אזרחים פלסטינים במהלך אירועי אוקטובר 2000, ואת מסקנות ועדת אור, ועדת החקירה הממלכתית שהוקמה לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000, שקבעה במסקנותיה כי: "המשטרה חייבת להטמיע בקרב שוטריה את התובנה, כי הציבור הערבי בכללו אינו אויב שלהם, וכי אין לנהוג בו כאויב"¹⁷. גם לאחר פרסום מסקנות הוועדה, יחסה העוין של המשטרה כלפי האוכלוסייה הערבית לא פסק, כפי שניתן ללמוד משורה של אירועים במהלך שני העשורים האחרונים, לרבות הפינוי האלים של היישוב הבדואי אום אלחיראן, בשנת 2017, והרג המורה יעקוב אבו אלקיעאן בידי המשטרה. בהחלטה בעתירה שהוגשה על רקע סגירת תיק החקירה בנסיבות הרג אבו אלקיעאן ז"ל במח"ש, ציין השופט גרוסקוף כי:

"משטרת ישראל פועלת בתחומי המדינה מול אזרחיה ותושביה – לא מול אויביה. משימתה היא לשמור על שלומם ולהבטיח את ביטחונם – לא לגרום לפגיעה בהם, ובוודאי שלא להביא למותם. הפועל היוצא מכך הוא שפעילות משטרתית המבוצעת בתחומי מדינת ישראל, היא אופייה אשר היא, המתדרדרת לאירוע במהלכו נהרגים שוטר ואזרח, היא מציאיות שאסור להשלים עמה" (בג"ץ 1504/20 סארה אבו אלקיעאן נ' פרקליט המדינה, פסקה 2 לפסק דינו של השופט גרוסקוף).

39. עוד יוזכר מחדל המשטרה הקיצוני, וחוסר המעש שלה, בטיפול בתופעת הפשיעה בחברה הערבית, בין אם במניעת מקרי האלימות ובין אם בפענוח אותם מקרים שאירעו – ובין אם בתפיסת נשק המשמש את הפושעים וארגוני הפשע.

40. עם זאת, אנו טוענים כי הכפפת מדיניות המשטרה לדרג הפוליטי תביא בהכרח להידרדרות ולהחמרה לעומת המצב הקודם ובמיוחד כאשר השר המופקד הוא בן גביר שעמדותיו הגזעניות נגד האזרחים הערבים היא ידועה לכל.

ג. מיצוי הליכים

¹⁷ דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, שער שישי: סיכום ומסקנות, סעיף 15.

41. עותרת 2 פנתה ביום 22.12.2022 ליועצת המשפטית של הכנסת, וליועצת המשפטית של הממשלה בבקשה להתערב ולהפסיק לאלתר את הליכי החקיקה של התיקון.

מצ"ב העתק מפניית העותרת 2 מיום 22.12.2022 מצורף ומסומן כנספח ע/9.

42. ביום 27.12.2022, ולאחר פיצול ההצעה, פנתה העותרת בשנית ליועמ"ש הממשלה והכנסת, וטענה כי אין בפיצול האמור לרפא את הפגמים החוקתיים שעומדים בבסיס הצעת החוק, ועליהם הצביעה העותרת בפנייתה הראשונה בעניין הצעת החוק. על כן, שבה העותרת 2 וביקשה את התערבותם להפסקת הליכי חקיקת החוק.

מצ"ב העתק מפניית העותרת 2 מיום 27.12.2022 מצורף ומסומן כנספח ע/10.

43. ביום 04.12.2022, ולאחר שהחוק עבר בקריאה שנייה ושלישית, פנתה העותרת 2 בפעם השלישית ליועמ"שית ולכנסת, והדגישה את הפגמים החוקתיים שבבסיס הצעת החוק וביקשה את התייחסותן של המשיבות.

מצ"ב העתק מפניית העותרת 2 מיום 04.01.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/11.

44. באותו יום, התקבל מענה מאת הכנסת לפיו מאחר והוגשו שתי עתירות נגד החוק, העמדה של הכנסת תובא במסגרת מענה לעתירות. על כן, צוין כי הכנסת לא תעמוד על טענת מיצוי הליכים ככל והוגשה עתירה מטעם העותרת.

מצ"ב העתק ממענה הכנסת מיום 04.01.2023, מצורף ומסומן כנספח ע/12.

הטיעון המשפטי

45. בחלק הראשון דנן ייטען כי החוק מושא העתירה אינו חוקתי משום שהוא מנוגד לעקרונות היסוד בדבר עצמאות המשטרה ואי הכפפתה לפוליטיקה כחלק אינהרנטי מעקרון שלטון החוק המחייב אכיפת החוק ללא משוא וכן יחס שווה בפני החוק. כמו כן, התיקון מנוגד לסעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה אשר תכליתו היא לשמור על ההפרדה בין הפוליטיקה לבין הפעלת סמכות מעין שיפוטית.

46. בחלק השני נטען כי התיקון הוא בלתי חוקתי כי הוא לא עומד בתנאי פיסקות ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הפגיעה בעקרונות היסוד

47. כפי שצוין והוסבר בהרחבה בחלק העובדתי, תפקידה של המשטרה כאוכפת את החוק הוא תפקיד מעין שיפוטי המשפיע על זכויותיהם וחובותיהם של התושבים. על כן, שמירת עצמאותה המקצועית הכוללת בעיקר הפעלת שיקול דעת עצמאי מתחייבת מתוך ההכרה בעקרון שלטון החוק (אכיפה ללא משוא פנים של החוק ויחס שווה בפני החוק).

48. על מרכזיות ערכים אלה של שלטון החוק בתפקודה של המשטרה עמד בית המשפט אך לאחרונה:

”בין יתר תפקידיה, אמונה המשטרה גם על מניעת עבירות ובכל זאת, היא מופקדת על שלבי החקירה ואיסוף הראיות בהליך הפלילי...כחלק ממערכת אכיפת החוק, ביסוד שיקול הדעת של כוחות המשטרה עומד הצורך במימוש תכליות ההליך הפלילי, ובהם האינטרס הציבורי בהעמדת עבריינים לדין. מטבע הדברים, ישנה חשיבות מיוחדת שהפעלת הסמכויות בתחומים אלו תיעשה על בסיס מקצועי ובהתחשב באינטרס הציבורי בלבד, באופן שוויוני וללא משוא פנים” (בג”ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ממשל ישראל, פסקה 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

(להרחבה ראו עמקים הרפז ומרים גולן, **משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה** (2018)).

49. הקשר בין עקרון שלטון החוק (אכיפה של החוק ללא משוא פנים ויחס שווה בפני החוק) לבין עצמאות המשטרה הודגש על ידי ועדת צדוק לאמור:

”המחוייבות העיקרית של המשטרה צריכה להיות לחוק, ובהקשר זה עליה להיות **חופשית מכל השפעה פוליטית**. כך, למשל, קיים חשש ממצב שבו הדרג המקצועי במשטרה סבור שיש לעצור אדם מסויים לצורך חקירה, והשר מורה שלא לעצור אותו אך בשל ההשלכות הציבוריות העלולות לנבוע מכך, או אף מתוך שיקול פוליטי. הוראה כזו של השר פוגעת באכיפת החוק בידי המשטרה בדרך אותה חושבים הגורמים המקצועיים כנכונה. ואולם, מעבר לפגיעה הנקודתית, מתן אפשרות לשר להתערב בחקירה לא זו בלבד שהוא עלול לפגוע בחקירה, **אלא יש בו משום חשש לפגיעה מהותית בעיקרון החשוב של השוויון בפני החוק, שהרי מי שהשר מתערב לטובתו (או לרעתו) בניגוד לעמדת הדרג המקצועי איננו ככל האדם. לפגיעה בשלטון החוק, החמורה כשלעצמה, עלולה להיות השלכה חמורה גם על אמון הציבור במשטרה, שהינו אבן-יסוד להצלחתה במילוי תפקידיה”** (ההדגשות אינן במקור)(שם, בעמ’ 45).

50. כמו כן וכפי שפורט לעיל, פקודת המשטרה היא המאגדת את סמכויות המשטרה והיא פונה במישרין לפקיד הציבור (השוטר לרבות התובע המשטרתני) ומעניקה לו את הכוח להפעיל את החוק בהתאם לשיקול דעתו העצמאי והמקצועי לפי הדין, המחייב אותו לשלול את האכיפה הסלקטיבית ולקיים את שלטון החוק. כפי שנאמר: “The law speaks directly to him and he is personally clothed with duties, responsibilities and obligations” Robson, W.A., *Public Officers. Control of Discretion by Minister.* THE MODERN LAW REVIEW, vol. 10, no. 1, (1947), p. 71.

51. לכן הפגיעה של התיקון הנדון בעקרון שלטון החוק המחייב את אכיפתו השווה של החוק מתחזקת לאור שני אדנים מרכזיים בתיקון; הקביעה הנחרצת לפיה המשטרה נתונה למרותה של הממשלה והשר, והעדרן של הגבלות כלשהן על סמכויותיו של השר בדבר קביעת עקרונות ומדיניות. בגורפות שבשני אדנים אלו יש משום השפעה ישירה על אופן הפעלת סמכויות אכיפת החוק. הן כרוכות אחת בשנייה, ומקימות סיכון מוחשי לפיו הרשויות, לרבות אלו המפעילות שיקול דעת מעין-שיפוטי, יפעילו את סמכויותיהן בהתאם לאינטרסים פוליטיים זרים, בניגוד מוחלט לעקרון היסוד של שלטון החוק.

52. ההפרה של ערכים אלה, המכוננים את הבסיס לשלטון החוק מהווים פגיעה בערכים משטריים בסיסיים ביותר המכוננים את הגרעינים המינימליים של דמוקרטיה, שאף חוק יסוד הפוגע בהם הוא בלתי חוקתי – ומקל וחומר חקיקה רגילה.

53. לכן ייטען כי החקיקה הנדונה הינה בלתי חוקתית בהיותה שוללת את הערכים הדמוקרטיים והמשטריים הבסיסיים המכוננים את שלטון החוק. לענין זה ראו: א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי**, נז(4) 2003; בג"ץ 4908/10 **ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל**, סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (נבו) 06.09.2017.

54. לענין זה ניתן להקיש מפסק דינו של בית המשפט בעניין בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: "עניין המרכז האקדמאי"), ובו נדונה החוקתיות של התיקון לפקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004 שקבע כי במדינת ישראל יוקם בית סוהר שיופעל וינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא על ידי המדינה. בית המשפט, שקבע כי התיקון איננו חוקתי, התייחס להפרטת בתי הסוהר שתאפשר את חדירתם של שיקולים פרטיים דוגמת רווח להליך קבלת ההחלטות בכליאתם של אסירים (עניין **המרכז האקדמי**, בעמ' 614). בדומה לעניין **המרכז האקדמי**, הפוליטיזציה של המשטרה מייצרת **תחום אפור מינהלי-פוליטי, שלפיו שיקולים שהיו זרים לאכיפת החוק ומנוגדים לעקרון שלטון החוק הופכים להיות חלק מהותי ממנו, ואף נגזרים ממטרותיו**. תחום זה, הבא לידי ביטוי בשיקול דעתו של השר, הופכים את עצם החובה המשטרית לאכיפת החוק לכלי בידי השר שיכול להשפיע במישרין על פעילות המשטרה. הוא יכול להחליט על תחילתו של ההליך הפלילי, הפעלתו של הכוח המשטרתי, מניעתן או הגבלתן של זכויות ועוד. הוא יכול אף ליזום אכיפת הוראות עונשיות ספציפיות, או למנוע את אכיפתן, שכפי שיפורט בהמשך, עשויות לשרת פוליטיקה מחנתית. על כן, מביא תיקון החוק לכדי שינוי באופי אכיפת החוק באמצעות שינוי דרסטי באופן קבלת ההחלטות והשיקולים שבבסיסן.

55. במאמרם של פרופ' ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות **עיוני משפט** מ 595-662 (2017) הם מתייחסים לנורמות המוסדיות שבחוקי היסוד "המוסדיים", דוגמת חוק יסוד: הממשלה, וגם אלו שבאו לידי ביטוי בפסיקה כמו עקרון שלטון החוק. בין היתר, מתייחסים הכותבים לפסיקתו של בית המשפט בעניין **הפרטת בתי הסוהר**. שם, לטעמם,

יש בקביעתו של בית המשפט כי "כליאתו של אדם בבית סוהר בניהול פרטי מנוגדת לתפיסה הבסיסית של החברה בישראל" משום נורמה מוסדית, הבאה לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, כאשר עצם הפרתה מאיינת את הצורך את החשיבות בבחינת מידת הפגיעה באינטרסים של האסירים או בתועלת העולה לצמוח להם מן ההפרטה.

56. ועוד. הוראות תיקון החוק סותרות את הוראותיו של סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה. תכליתו של סעיף 34 היא להבטיח את עקרון שלטון החוק על ידי כך שרשות שתפקדה הוא מעין שיפוטי תופרד מהפוליטיקה על מנת לשמר את מקצועיותה ועצמאות השיקול הדעת שלה. לכן סעיף זה מגביל את כוח הממשלה כישות פוליטית, ויכולתו של שר מטעמה ליטול סמכויות בעלות אופי שיפוטי, לצד סמכויות אחרות מקצועיות שבהכפפתן לפוליטיקה יש משום פגיעה בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי. בכך, קובע הסעיף את גבולות נטילת סמכויות שר "הממונה על ביצועו של חוק" לסמכויות שאינן בעלות אופי שיפוטי או כאלה שאין כוונה אחרת המשתמעת מן החוק לגביהן, שכן בהתאם לסעיף:

"שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת".

57. סמכויות מעין שיפוטיות הן סמכויות המשנות זכויות משפטיות והן כוללות את הסמכות להכרעה בסכסוכים שהשופט אינו צד להם, או סמכות בעלת השפעה מידית על דיון משפטי קיים (ראו שמעון שטרית, **הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה** (כרכים א-ב, מסדרת פירוש לחוקי היסוד, בעמ' 609 (2018)). לדבריו של השופט בדימוס פרופ' יצחק זמיר, שדן בספרו, **הסמכות המינהלית**, על אודות גבולות נטילת סמכויות ע"י שר בממשלה, סמכויות בעלות אופי שיפוטי "הן סמכויות כאלה משום שנדרשת בהן הכרעה על פי העובדות והדין, כפי שהוצגו בפני הרשות המוסמכת, להבדיל מאינטרסים חיצוניים או שיקולים פוליטיים".

58. ברוח זו נקבע עוד בבג"ץ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, ח"כ שלמה הלל, מא(4) 169 (1987) כי נטילת חסינותו של חבר כנסת, לדוגמה, הינה הליך מעין-שיפוטי, שכן:

"ההליך של נטילת החסינות או הזכות האחרת מחבר הכנסת על-ידי הכנסת הוא הליך מעין-שיפוטי, שבו דנה תחילה ועדת הכנסת...בעשותה כן היא מכריעה בין גירסאות עובדתיות ומשפטיות שונות."

[...]

נטילת החסינות היא דוגמה בולטת ליפעולה משפטית, היינו לאקט המביא לשינוי במצב המשפטי על-ידי יצירה, שינוי או ביטול של אחת מזכויותיו של חבר הכנסת. (שם, בפסקאות 21 ו-24 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) שמגר) (ההדגשות אינן במקור).

59. זאת ועוד: מציין פרופ' זמיר בספרו **הסמכות המינהלית** כי "יש גם סמכויות נוספות שצריכות להיות מופעלות באופן מקצועי ללא תכתיב או אף איום חיצוני. כאלה הן לדוגמה סמכויות שצריכות להיות מופעלות על יסוד עובדות המקרה ושיקולים מקצועיים בלבד, כמו קביעה של רופא מוסמך בדבר דרגת נכות או סמכויות חקירה שבהן נודעת חשיבות רבה לאמינות החקירה ולאמון הציבור. נראה כי סמכויות כאלה צריכות להיות מוגנות מפני נטילה על ידי השר" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב – ההליך המינהלי, בעמ' 903-904 (2011) ההדגשות אינן במקור). סמכויות אלו צריכות להיות מופעלות בהתאם לשיקולים מקצועיים בלבד, ועל כן קיים אינטרס מובהק, בהתאם לשלטון החוק, להימנע מהשפעתו של השר עליהן.

60. הרצינול מאחורי הגבלת נטילת הסמכות נובע, אם כן, מהפגיעה שהנטילה מסבה לעקרון עצמאות שיקול הדעת של עובד הציבור, עקרון הנשען על יסודות חוקתיים, ובהן עקרון החוקיות ומעמדה של הרשות הציבורית כנאמן של הציבור (ראו והשוו את דוח ועדת המשפטיים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962), בתוך **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (426).

61. למעשה עיקר סמכותה של המשטרה היא מעין שיפוטית בהיותה נוגעת לזכויות והחובות של האזרחים ומביאה, בדומה לעניין **מיעארי**, לשינוי במערך זכויותיו של הנפגע מפעילותה, וזאת בין היתר בהכרעה נקודתית בעניינו בין גרסאות עובדתיות ומשפטיות שונות. סמכויותיה הן סמכויות מקצועיות, המשתרעות על הליך החקירה, המעצר, החיפוש, התפיסה וההעמדה לדין, שיש למנוע את השפעת השר על יישומן ולשמור על עצמאות הפעלתן. דוגמה מובהקת לכך הינה סמכותה על מחלקת התביעות המשטרית – הגוף שבאמצעותו מוגש החלק הארי מכתבי האישום (כ-90%), ואחראי על ניהול מרבית התיקים הפליליים – הן בהגשת כתבי אישום, הן בייצוג המדינה בערכאות. ועוד, בניגוד לפרקליטות – הכפופה מבחינה ניהולית ליועץ המשפטי לממשלה – התביעה המשטרית כפופה למשטרה עצמה, שבעבר הלא רחוק הוצע לחזק את אי-תלותה במסגרת המשטרה או לאחדה עם הפרקליטות.

62. זאת ועוד, בנטילתו סמכויות קביעת מדיניותה ועקרונותיה של המשטרה, יכול השר להחליט החלטות מעין שיפוטיות שישפיעו על סדרי העדיפויות להגשת כתבי אישום, להחליט על עיכוב הליכים בסוג עבירות מסויים, לקבוע מדיניות שונה להעמדה לדין בעבירות אחרות, ולהשפיע על מדיניות הסדרי הטיועון של המחלקה.

63. הסמכות וגבולותיה עמדו בבסיס חקיקתו של סעיף 34, שחוקק לאור דוח ועדת המשפטיים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "**ועדת אגרנט**") משנת 1962. כאמור, ועדת אגרנט הוקמה לצורך הבהרת

סמכויותיו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, לרבות תלותו בשר המשפטים ומדיניותו (ולאחר מכן ועדת שמגר לעניין בחירת היועץ המשפטי לממשלה). בהתאם למסקנות הוועדה, אין השר מוסמך ליטול את סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום מדיניות ההעמדה לדין, לרבות בקביעת מדיניות כללית של התביעה (ראו זמיר, בעמ' 904-903).

64. על כן ייטען כי עצמאות המשטרה וקביעתה למדיניות עצמה נמצאת "בגרעין הקשה" לסמכותה כגוף האמון על אכיפת החוק, שהממשלה אינה רשאית להכפיף אותה למרותה, וזאת לאור הסמכויות המקצועיות מעין-שיפוטיות שעומדות בבסיס פעילותה באכיפת החוק וההעמדה לדין שיש לשמור על עצמאותן, ולכן ניתוקן מהשפעה פוליטית.

65. יפים לעניין זה דבריו של השופט פוגלמן בבג"ץ 911/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, לעניין השפעת שיקולים פרטיים על אופן קבלת החלטותיו של מפכ"ל המשטרה, הנכונים, קל וחומר, בנוגע להשפעתו של השר על אופן קבלת ההחלטות של המשטרה:

"ניתוק הזיקה בין מפכ"ל המשטרה לממשלה היא אמצעי להבטיח אף במישור של מראית פני הדברים כי החלטותיו של המפכ"ל ענייניות הן, ולהסיר חשש בקרב הציבור ששיקול פרטי כלשהו של המפכ"ל משפיע על אופן קבלת החלטותיו...אכן, אמון הציבור במשטרה חשוב לשם הבטחת פעילותה התקינה..." (שם, פסקאות 16-17 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

66. הנה כי כן, תיקון החוק קובע בבסיסו כי שיקול הדעת המקצועי נועד להיות כפוף ואף לנבוע משיקולים פוליטיים צרים, ובכך, הוא מפר את הנורמה המוסדית העל-חוקתית וכן עקרונות יסוד בדבר השמירה על מקצועיות המשטרה ועצמאותה בעת הפעלתה לסמכויותיה מעין-השיפוטיות.

פיסקת ההגבלה

הפגיעה בזכויות

67. פעילותה של המשטרה מובילה לפגיעה בזכויות מעצם הפעלת הסמכות, גם כשהיא נעשית כדין. פגיעה זו כוללת את הפגיעה **בזכות לחיים** (למשל בעת השימוש בכוח קטלני), **בזכות לחירות** (למשל בעת ביצוע עיכובים, מעצרים ועוד), **בזכות לכבוד** (בעצם הפעלת הכוח ו/או הגבלת החירות), **בזכות לחופש הביטוי וההפגנה** (למשל בקביעת הגבלות על הפגנות, חופש ביטוי, הנפת דגלים), **בזכות לחופש תנועה** (למשל בהגבלת תנועת רכבים או בהטלת תנאים מגבילים לחשודים) **בזכות לשוויון** (כאשר החוק מופעל בצורה חלקית) ועוד.

68. הפוליטיזציה של המשטרה מובילה לפגיעה עצמאית **נוספת** בזכויות חוקתיות אלו מעבר לפגיעה הנובעת מעצם הפעלת הסמכות, אשר בתורה נובעת מעצם הכפפת המשטרה לגורם פוליטי הפועל משיקולים שאינם עולים בקנה אחד עם שיקוליה המקצועיים של המשטרה. אלו יכולים לכלול, גם כן, שיקולים ואינטרסים הסמויים מן העין שיחדרו אל הפעלת הסמכות המשטרית באמתלת "אכיפת החוק". משכך, יש בעצם נטילת הסמכות משום פגיעה בזכויות חוקתיות.

69. כך למשל, מעצרו ועיכובו של בן אדם, הפוגעים כשלעצמם בזכותו לחירות, פוגעים **פעם נוספת** לאור התכלית שעמדה בבסיס הפגיעה בזכות. "מיהות ומהות" הגוף שלו הוקנו הסמכויות לפגוע בחירויות הינה מרכזית בקביעת היקף וחוקתיות הפגיעה בזכויות, שכן משטרה המבטאת בפעולותיה האופרטיביות את שלטון הפוליטיקה, טומנת בחובה מערכת שיקולים ואינטרסים השונים מאלו העומדים בבסיס שלטון החוק, הנובע מהמרות לחוק עצמו. ראו והשוו את **עניין הפרטת בתי הסוהר**, שם בית המשפט הנכבד זיהה את הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות יסוד לאור זהותו של הגורם המוסמך להכריע בגורלן של הזכויות. וכך נקבע בין היתר בפסקאות 21-30 לפסק דינה של השופטת ביניש כי:

"לאור מעמדה החוקתי המיוחד של הזכות לחירות אישית והיותה תנאי למימוש זכויות אדם רבות אחרות מביאים לכך שהלגיטימיות של שלילת החירות תלויה במידה רבה בזהות הגורם המוסמך לשלול את החירות והאופן בו נעשית שלילת החירות...ההצדקה הבסיסית לשלילת חירותו האישית של הפרט נעוצה בכך ששלילת החירות מביאה להגשמת אינטרס ציבורי חיוני כלשהו...[השאלה האם הגורם השולל את החירות פועל בראש ובראשונה על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית (פסקאות 21-22 לפסק דינה של השופטת ביניש)].

70. עקרון זה נובע מהרצון להגביל את הכוח השלטוני המופעל על הפרט בהליך הפלילי, המחייב כי הפעלתו תהיה מנותקת כליל מכל חשש לניגוד עניינים מכל סוג שהוא, וזאת לאור הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בו, שכן:

"עירובו של שיקול זר ובלתי ענייני בהפעלת כח-המרות השלטוני בהליך הפלילי יוצר פוטנציאל סיכון ממשי לעיוות האיזון הנדרש בין צרכי השימוש בכח להשגת תכלית שבאינטרס ציבורי, לבין ההגנה על זכויות היסוד של הפרט. שילובו של שיקול זר באיזון המתחייב בין הצורך הציבורי בשמירת הסדר החברתי וציות לחוק, לבין זכויותיו של אדם לחירות ולכבוד אישי עלול לערער את שיווי המשקל הראוי בין הכוחות השונים הפועלים בענין זה, ולהביא לפגיעה לא ראויה בפרט (שם, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה)".

71. הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות הכוללות את **הזכות לכבוד, לחירות, לשוויון לחופש תנועה, לחופש הפגנה, לחופש ביטוי** נובעת מעצם הפעלת הכוח השלטוני מתוך אינטרסים המערבבים בתוכם אינטרסים פוליטיים הזרים לשיקולי אכיפת החוק, המובילים לפגיעה "מהותית, רבת-משקל ומתמשכת" (שם, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

72. פגיעה זו קיבלה ביטוי רק לאחרונה, באחת מהחלטותיו הראשונות של השר לביטחון לאומי, לפיה הוא הכריז כי העביר למפכ"ל הנחיה שמטרתה להסמיך "כל שוטר בכל דרגה... להסיר דגלים של הרשות הפלסטינית במרחב הציבורי", וזאת בתואנה "כי הנפת דגל אש"ף הינה תמיכה בארגון טרור".¹⁸ הנחיה רשמית כאמור טרם פורסמה, ואולם מיד לאחר מכן ניתן היה להבחין בעלייה במספר הדיווחים על ניסיונות המשטרה למנוע את הנפת הדגל הפלסטיני ועל מעצרים במהלך הפגנות שעילתם היחידה הייתה הנפת הדגל. כך למשל, ביום 27.01.2023, במהלך משמרת מחאה במושב הגרמנית בעיר חיפה במחאה על הפשיטה של הצבא הישראלי בג'נין באותו שבוע, נעצרו חמישה מפגינים, וזאת לאחר ששוטר שנכח באירוע דרש את הסרת הדגלים שטען כי הדגל "עלול לגרום להתססה, זה גורם להתססה, זה תומך בטרור". הנחיה זו מנוגדת למצב המשפטי הקיים. אין בחוק הישראלי איסור כלשהו על הנפת הדגל הפלסטיני (ראו: בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(2) 62 (2003). הנחיה זו אף מנוגדת להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין הקובעת כי אין איסור על עצם הנפת הדגל הפלסטיני.¹⁹

73. דוגמה נוספת הינה הוראתו של השר בן גביר לזרז הריסת בתים שלא ניתן להם היתר בנייה בירושלים המזרחית "בתגובה לפיגועים".²⁰ במנותק מהבעייתיות הכרוכה במדיניות הממשלה ועיריית ירושלים, הריסת בתים שנבנו לכאורה ללא היתר כגומול על עבירות של אחרים הינה שרירותית, נקמנית ומהווה מהלך של ענישה קולקטיבית, החורגת בבירור מגדר השיקולים של אכיפת החוק ומבטאת העדפות של פוליטיקה מחנתית, ובכך, משרתת בראש ובראשונה את מטרותיו הפוליטיות של בן גביר.

74. אך לאחרונה, נבחנה סמכותו של השר על המשטרה במסגרת הבקשה לצו ביניים שהוגשה בבג"ץ 532/23 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת ובבג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** וזאת לאור התערבותו של השר בן גביר בפעילותה האופרטיבית במחאה נגד מדיניות הממשלה הנוכחית והשינויים במערכת המשפט, והנחיותיו לדיכוי המחאה באמצעים אלימים תוך שימוש ברימוני הלם, מכת"זיות, אלות וסוסים. בהחלטתו, קבע השופט עמית ש"אין 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".

¹⁸אלון חכמון, "השר בין גביר הנחה את המפכ"ל להסיר דגלי אש"ף מהמרחב הציבורי", **מעריב online** (08.01.2023), זמין ב**כאן**.
¹⁹עדאלה: נייר עמדה: הנפת הדגל הפלסטיני במשפט הישראלי (09.03.2023), https://www.adalah.org/uploads/uploads/Palestinian_Flag_Position_Paper_March_2023_HEB.pdf.
²⁰<https://www.ynet.co.il/news/article/hjnx1iw60>

75. יש בדוגמאות הללו, אם כן, משום ראייה להשלכות מרחיקות הלכת והפגיעה הפוטנציאלית החמורה שיש בפוליטיזציה של המשטרה, המביאה לכדי ניגוד עניינים מובנה במערכת אכיפת החוק בניגוד לעקרון שלטון החוק, ומגבירה את האכיפה המוגזעת בהנחיותיו של השר בן גביר הרואה באוכלוסייה מסוימת כ"אויב".

הפגיעה אינה על פי חוק

76. בחלק זה ייטען כי החוק אינו עונה על הגדרת "חוק" כהסדר ראשוני. הוא מכפיף את המשטרה למרות הממשלה, ובתוך כך, מעניק לשר סמכות רחבה ובלתי מוגבלת לקבוע "מדיניות" בכל תחומי פעילותה של גופי אכיפת החוק. כפי שיפורט להלן, סמכות זו הנוקבת במונח "מדיניות" היא חובקת עולם; לא מפורטת, לא מדריכה ולא ספציפית אשר מייצרת, הלכה למעשה, מרחב שיקול דעת בלתי מוגבל לשר שניתן להפעילו במנעד סמכויות בלתי מוגדרות, ובכך הופך את הוראת החוק ל"סתומה" שלא עומדת בהגדרת "הסדר ראשוני".

77. בהתאם לתיקון כאמור, יכול השר להתוות ולקבוע מדיניות בכל תחום שפועלת בו המשטרה, ככל שירצה, לרבות בהפגנות, הוראות הפתיחה באש, החקירה, ההעמדה לדין, מעצרים ועוד. פעולות אלו פוגעות כאמור הן עצמאית והן פוטנציאלית בזכויות וחירויות היסוד של האזרחים, והן עלולות להשתנות באופן עיתי לאור הקשרן הפוליטי והיתלותן בנבחר ציבור המשתנה ומשנה את המדיניות יחד איתו. כל זאת, במציאות פוליטית המשתנה יומם ולילה.

78. שינוי זה מנוגד לעיקרון ההסמכה שנדרש בפסקת ההגבלה השואב את עצמו גם מעקרון החוקיות שלפיו אין לממשלה או לשר מטעמה את הסמכות לפעול בנושאים שיש בהם משום הגבלה לחירויות יסוד – אלא אם הוקנתה לו, על ידי המחוקק הראשי, סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לכך, כאשר החקיקה המסמיכה אותו חייבת להיות קונקרטית התוחמת את שיקול הדעת באופן ברור. משמעותם של עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק כמציבים מגבלות על היקף ההסמכה שניתן להעניק למחוקק המשנה מתוקף עיקרון ההסדרים הראשוניים, הובעו זה מכבר על ידי פורפי י' ה' קלינגהופר באופן הבא:

"שלטון החוק אינו מתיישב עם שיטה תחקית של הסמכת המינהל בדרך של דלגציות 'פורמליות' גרידא. על מנת שדלגציה של המינהל לא תפגע בשלטון החוק, צריך שהיא תהיה 'מטריאלית', כלומר, מוגבלת להסדרים משניים, מאחר שהמחוקק קבע את ההסדרים הראשוניים הנוגעים לענין" (י' ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 105, 108 (י' זמיר עורך, 1993) (ההדגשה אינה במקור)).

79. פסק הדין הראשון שניתן לאחר חקיקת חוקי היסוד היה פסק דין רובינשטיין בעניין גיוס תלמידי ישיבות, ששם נקבע כי סמכותו של שר הביטחון להעניק פטור מגיוס היא סמכות רחבה מאוד המעניקה שיקול דעת רחב (בדומה למונח מדיניות בענייננו). על כן, נקבע כי מאחר ונושא הגיוס נוגע לזכות יסוד השוויון, הסמכות

חייבת להיות מפורטת, ברורה, מדריכה ובאמצעות חקיקה ראשית (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998)).

80. זאת ועוד, בעניין איכוני השב"כ קבע בית משפט נכבד זה כי על אף קיומה של סמכות פורמאלית לממשלה לפי סעיף 7 לחוק שירות ביטחון כללי, תשס"ב- 2002 להפעיל את השב"כ למען "ההגנה על אינטרסים חיוניים וביטחוניים", ואולם היות סעיף זה בבחינת "סמכות סל" המעניקה לממשלה שיקול דעת רחב, היא אינה יכולה להוות הסמכה העונה על הגדרת הסדר ראשוני. על כן, נקבע כי על הממשלה לחוקק את הנושא בחקיקה ראשית, אם רוצה בכך, שתעניק לה סמכות מפורשת וברורה להפעיל את השב"כ בעת חירום קורונה (ראו בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (ניתן ביום 26.04.2020)).

81. גם בענין סיווג הישובים לאזורי עדיפות לאומית נקבע כי סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה המעניק לה סמכות שיורית אינו יכול להוות סמכות מפורשת וברורה העונה על הסדר ראשוני לצורך סיווג הישובים לאזורי עדיפות, כי סיווג זה נוגע למימוש הזכות לשוויון ולכן ההסמכה חייבת להיות מפורטת, ברורה ומדריכה (ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2006)).

82. בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (נבו 13.09.2017), שדן בשלילת תושבות קבע, נקבע כי על אף שקיימת סמכות כללית לשר הפנים לבטל תושבות קבע, אולם הסמכה זו לא עונה על הסדר ראשוני בהיותה עמומה, כללית ובלתי מפורשת שאינה מפרטת את תנאי הפעלתה.

"בבסיס דרישות ההסמכה המפורשת והמפורטת עומדים רציונאליים זהים. הסמכה בחוק שאינה קובעת במפורש את הסמכות לפגוע בזכות יסוד או שקובעת זאת בצורה רחבה וכללית אינה רצויה, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון הפרדת הרשויות, עם עיקרון שלטון החוק ועם חובת ההגינות השלטונית [...] עיקרון הפרדת הרשויות מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, היא שתקבע את הסמכות המינהלית לפגוע בזכויות יסוד ואת אמות המידה הכלליות להפעלתה. מקום שקיימת פגיעה בזכויות הפרט, מתחדד הצורך בליבון פרלמנטרי פומבי של השיקולים החוקתיים והערכיים הצריכים לעניין [...] הסמכה שאינה מפורשת או הסמכה שמנוסחת בצורה כוללנית ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם. העדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות יסוד – הסמכה הכוללת אמות מידה ברורות ואחידות להבניית שיקול הדעת המינהלי – עלולה אף להביא להגדלת הסיכון לטעות, לאכיפה סלקטיבית, וכתוצאה מכך לשרירותיות מסוימת ביישום הדין. כמו כן, מטבע הדברים, מצב דברים זה – שבו פעילות המינהל אינה מוסדרת ומפורטת בחוק – מקשה על היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיו הפרטניות של המינהל (שם), בפסקה 53 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

83. ובדומה לענייננו, בבג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, סב(1) 2006(2006), שדן בהתניית מתן רישיון להפגין, נקבע כי סעיף 85 לפקודת המשטרה – המסמיך את התניית קיומה של הפגנה – מהווה חקיקה סתומה, וזאת בהיותה כללית ועמומה. על כן, אין לראות בסעיף כמקור הסמכה להתניית מתן רישיון להפגנה בתנאים הקשורים לאבטחתה של ההפגנה, הן לאור מעמדה של הזכות לחופש הביטוי, והן בשים לב לתפקידה של המשטרה בשמירה עליה ועל האפשרות למימושה:

"עיון בלשונו של סעיף 85 לפקודת המשטרה מעלה כי ההסמכה הניתנת בו למפקד המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בתנאים, הינה כללית ועמומה. הסעיף איננו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים אותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע, ובשל אילו שיקולים רשאי הוא לקבוע תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. זוהי חקיקה סתומה (vague). חקיקה סתומה איננה רצויה. יש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק [...] הסמכה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם [...] האם ניתן לראות בסעיף 85 לפקודת המשטרה מקור הסמכה להתנות מתן רישיון להפגנה בהצבתם של מאבטחים, גדרות ביטחון ועמדות בידוק, מערכות הגברת קול וכריזה, וכיוצא באלה תנאים הקשורים באבטחתה של ההפגנה והכרוכים בעלויות גבוהות עבור מארגניה? דעתי היא שהתשובה על שאלה זו היא בשלילה. זאת, לנוכח חשיבותה ומעמדה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה מחד, ולנוכח תפקידה של המדינה בכלל, ושל משטרת ישראל בפרט, להגן על זכות זו ועל האפשרות לממשה מאידך" (שם, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא (בתוארו אז) ברק).

84. דברים אלו מקבלים משנה חומרה בענייננו לאור רוחב היריעה ועמימותה, שכן מייצר החוק מצב שבו כל מדיניות שמתקבלת מכוח הסמכות שניתנה לשר בהכרח תקבע הסדרים ראשוניים המגבילים את זכויות האדם בצורה רחבה. כל זאת, כאשר השר לא הוסמך לעשות כן באופן מפורש, בכל תחום מתחומיה של המשטרה. ראוי להדגיש כי ההסתמכות על מונח "מדיניות כללית" או "עקרונות כלליים" אין בו בכדי לאיין את הפגיעה, או למנוע את יצירתן של הסדרים ראשוניים ללא הסמכה בחוק.

85. לאור האמור, ואף רק בשל הפגיעה בעקרון החוקיות, יש להביא לכדי פסילת תיקון החוק מושא עתירה זו.

הפגיעה בזכויות לא נועדה לתכלית ראויה

86. ייטען כי החוק משרת תכלית פסולה שנועדה להביא לפוליטיזציה של המשטרה, ובכך פוגע בשלטון החוק ובזכויותיהם של האזרחים ללא הצדק או חיוניות. חוק הפוגע בזכויות יסוד חוקתיות ייחשב לראוי "אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל [...]. המבחן יתחשב

במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. 'ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה' [...]. יש, אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה, והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, סו(1) 717 (2013)).

87. העותרים יטענו כי תיקון החוק אינו מקיים את מבחן התכלית הראויה. יוזם החוק לא הצביע על צורך "חיוני, נחוץ וראוי" כלשהו, הן בדברי ההסבר לחוק והן בדיונים שהתקיימו בוועדה ובמליאה, שכן לא הוצגה תשתית עובדתית המצדיקה את הפגיעה "בגרעין הקשה" בזכויות האדם ובעקרונות המוסדיים (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 263, 235 (2002); בג"ץ מנור נ' שר האוצר פ"ד נט(1) 729 (2004)).

88. נציין בהקשר זה כי המשנים ליועמשי"ת, עו"ד עמית מררי וד"ר גיל לימון, הביעו עמדה דומה, לפיה "עצמאותה המקצועית של המשטרה היא עקרון יסוד במשטר דמוקרטי" ונועדה להבטיח כי הפעלת סמכויות המשטרה "שיש בהן כדי להגביל זכויות אדם, כמו חופש הביטוי והמחאה, חופש התנועה והחירות האישית תתבצע באופן שוויוני וללא משוא פנים", שכן העובדה "שהמשטרה פועלת בתחומים הרגישים ביותר הנוגעים לזכויות אזרחי המדינה, ובהן – הפגנות ואכיפת החוק, לרבות חקירות, מחייבת שמירה על עצמאותה".

מצ"ב חוות הדעת של המשנים ליועמשי"ת בעניין הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 39 (סמכויות), התשפ"ג-2022 מיום 27.01.2023 כנספח ע/13.

89. החוק אינו צולח את מבחן התכלית הראויה גם בשים לב לתכלית עליה הצביע יוזם החוק בעצמו. לגישתו, התיקון נועד לצורך "יצירת הרמוניה חקיקתית" והגברת הפיקוח על עבודת המשטרה באמצעות דרגים פוליטיים, וזאת תוך השוואה בין תפקידו של המפכ"ל לרמטכ"ל (דברי ההסבר להצעת החוק בקריאה ראשונה מיום 20.12.2022, בעמ' 8). מבלי להיכנס לאופן ניהול כל צבא, ההשוואה בפני עצמה הינה בעייתית בשל התכליות השונות וסוגי הסמכויות שעל יסודן כל גוף פועל. הצבא אינו גוף של אכיפת חוק שאמור לפעול מול האזרחים והתושבים, וההכרעות הפוליטיות, שיש לראות בהן "מעשה מדינה", מכתיבות את סדרי עדיפותו והתנהלותו.

90. כפי שצוין, המשנים ליועמשי"ת, עו"ד עמית מררי וד"ר גיל לימון, הביעו את הסתייגותם מהשוואה זו במסגרת חוות דעתם המפורטת בעניין הצעת החוק שפוצלה, שמתייחסת בין היתר לחוק מושא עתירתנו. לדבר, "ההשוואה לצבא שגויה מיסודה ועלולה לעורר שאלות לגבי תפקידה של הממשלה אל מול השר, לנוכח הסמכות הרחבה שהוענקה לשר בחוק" (חוות דעת המשנים ליועמשי"ת, בעמ' 9).

91. ועוד, לא הובאה בדברי ההסבר לחוק או בדיוני הוועדה המיוחדת מסגרת נורמטיבית אחת שביכולתה להצביע על הפוטנציאל שבהגשמתן של תכליות אלו, והאם, אם בכלל, הן יובילו להגברת הפיקוח על המשטרה ו/או ייעול עבודתה. גם בהשוואה עם מדינות אחרות עליהן הצביע יוזם החוק, לא נמצא אף מקרה הדומה "להרמוניה החקיקתית" הנטענת. בהעדר נתונים, שינוי בתכלית הנורמטיבית אינו צולח את מבחן התכלית הראויה, שכן "הגשמתה של תכלית ראויה עשויה להצדיק פגיעה בזכות אדם חוקתית, מקום שקיימת הסתברות ראויה לכך כי באמצעות הפגיעה בזכות האדם תוגשם התכלית הראויה" (אהרון ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (תשנ"ד, כרך ג) בעמ' 535).

הפגיעה בזכויות אינה מידתית

92. כפי שפורט לעיל, אף אם ניתן, בדוחק, להניח כי החוק מקיים תכלית ראויה (ואין אנו טוענים זאת), ייטען כי אין הוא צולח את מבחני המשנה למידתיות; מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות במובן הצר.

מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה

93. תיקון החוק אינו מקיים את מבחן הקשר הרציונלי, שכן הפוליטיזציה של המשטרה אינה מגשימה את המטרה הנטענת לחוק, בהיותה אמצעי מחוסר היגיון. קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי למטרה מחייב כי האמצעי שנבחר אינו "שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון" (בג"ץ 9593/04 מוראר נ' **מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פורסם בנבו, 26.06.2007, בפסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש; ראו גם בג"ץ 2887/04 **אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ארבל).

94. האמצעי שבחר המחוקק בענייננו הינו שינוי מבני מהותי בהיררכיה הפיקודית ובניהולה המקצועי של המשטרה. הפוליטיזציה של רשויות אכיפת החוק, אשר בא לידי ביטוי במתן סמכויות רחבות ובלתי מוגבלות לשר, הינו אמצעי שרירותי, הנעדר קשר רציונלי לכל תכלית לגיטימית שניתן להצביע עליה, ואף מוביל לתוצאה הפוכה – שכן יש בעצם הפוליטיזציה של המשטרה והכפפתה לשר משום הגברת אי הוודאות באכיפת החוק, הסטת תפקודה המקצועי לכזה המונע מאינטרסים פוליטיים עיתיים ומשתנים בהתאם להרכב הקואליציוני, ובכך, לפגיעה בתפקודה ובקונסיסטנטיות של פעילותה.

95. גם עמדת נציג יועמ"ש המשטרה, מר אלעזר כהנא, לא ראה קשר רציונלי בין המטרה והאמצעי, והוא ציין כי גם אם מדובר על בעיות בתפקוד המשטרה, כמו למשל חקירת אלימות, הפתרון הוא לא הכפפת המשטרה לשר, אלא פשוט להגדיל את התקנים (פרוטוקול מיום 15.12.2022, בעמ' 175-176).

96. זאת ועוד: לא הוצגה תשתית עובדתית שביכולתה לבסס את הקשר בין תיקון החוק לבין הבעיה אליה מחוקקיו מכוונים, שכן "[ה]רציונליות דורשת עובדות. 'התאמה', מחייבת נתונים" (בג"ץ 366/03 **עמותת**

מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 508, 464 (2005) (השופט לוי). יוזם החוק ומחוקקיו נמנעו מהצבעה על נתונים אמפיריים שביכולתם להצדיק את הכפפתה של המשטרה לשר, ואף נקטו בהליך חקיקתי חפוז ולקוי מבלי שדרשו מהגורמים המעורים בנושא נתונים או הבהרות. דברים אלה מתחדדים לאור גורפות הנטילה, שכן החוק נעדר התייחסות לכל גוף משטרה ולצרכיו הפרטיקולריים, וכיצד, אם בכלל, סמכותו של השר תוביל לקידום מטרתו של החוק. קל וחומר כאשר מדובר בנטילת סמכויות מקצועיות ומעין שיפוטיות, שיש בהכפפתן לגורם פוליטי משום פגיעה עצמאית ופוטנציאלית בזכויות.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן "הצורך"

97. כפי שיפורט להלן, האמצעי שנבחר הינו האמצעי בעל הפגיעה הרחבה יותר, שכאמור, לא רק שאינו פותר אף בעיה שהתעוררה לפני כן, ואין נחיצות לקיומו, אלא משנה את מהותה של אכיפת החוק תוך התעלמות מוחלטת מהפגיעה הקשה בזכויות ועקרונות יסוד. כל זאת, כאשר עמדו בפני המחוקק פתרונות רבים ומגוונים, כאלו שאינם מובילים לפגיעה הקשה בזכויות ועקרונות יסוד, ו/או מצמצמים את היקפה. פתרונות אלו כללו אף מתווים הנסמכים על המצב המשפטי שהיה קיים טרם חקיקת החוק, שאינם מצריכים השלמה עם הפוליטיזציה של המשטרה.

98. למשל, התייחס מר כהנא, נציג יועמ"ש המשטרה, לטענותיו של יוזם החוק בדבר ביצוע מעצרים בהפגנות. מר כהנא הביע את הסכמתו כי יש צורך להימנע ממעצרים אלו, אך הפתרון לבעיה זו הינו בתיקון הוראות החוק הקיימות כיום, שכן (ומבלי שתשתמע תמיכה בהצעות אלו) "פקודת המשטרה שעוסקת בפיזור הפגנות היא פקודה מנדטורית. אנחנו מבקשים שנים לתקן אותה, במקום לעצור, צריך לתת קנס או לא לתת קנס, או להרחיק, תן לי סמכות הרחקה בלי מעצר כדי להפעיל כוח. אין לי היום" (פרוטוקול דיון הוועדה המיוחדת מיום 15.12.2022, בעמ' 174).

99. כך גם לעניין המאבק באלימות ובפשיעה. מר כהנא הפציר בפני יוזם החוק כי הבעיה העיקרית שקיימת כיום מבחינת יכולות המשטרה הינה ש"אין מספיק אנשים...אם הבעיה היא שלא חוקרים אלימות התיקון הוא לא כפיפות לשר, התיקון הוא פשוט לתת תקנים לחקור אלימות כי לכל חוקר היום יש עשרות תיקים שמחכים לו בארון ואין לו שום סיכוי לטפל בהם. זה המצב, אין לזה שום קשר לכפיפות לשר או לממשלה" (שם, בעמ' 175).

100. לצד זאת, הביאו חברי הכנסת הסתייגויות רבות ומגוונות, שחלק גדול מהן נועד להמעיט את הפגיעה שמסב התיקון בזכויות ועקרונות יסוד. כך, למשל, הציעה סיעת חד"ש-תע"ל להחליף את סעיף 8ב(א) במשפט "משטרת ישראל נתונה למרות החוק ופועלת מטעם הממשלה", ולסעיף 8ג(א) הוראה המגבילה את סמכותו של השר, וממעיטה את הפגיעה בזכויות יסוד, ובייחוד בזכות לחופש ביטוי, על ידי הוספת החלק הבא: "סמכות השר להתוות מדיניות כללית לא תחול בתחומי העמדה לדיון, חקירות, חופש הביטוי,

המחאה, ההפגנה וההתארגנות. המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד" (נוסח הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית מיום 26.12.2022, בעמוד 17).

101. הסתייגויות אלו, שמהוות אך דוגמאות אחדות מכ-900 הסתייגויות שהוגשו נגד החוק, נדחו על ידי חברי הוועדה.

102. לצד זאת, נציין כי ועדת צדוק (אליה הפנה כאמור יוזם החוק) קבעה בהמלצותיה את המצב הרצוי מבחינת סמכותו של השר על המשטרה, ומהן הסמכויות הפוליטיות שיש להגדירן במסגרת תפקידו של השר, ואילו סמכויות יש להשאיר בידי המפכ"ל והמשטרה. כל זאת – כאשר היא מדגישה את עצמאותה של המשטרה ואי-תלותה בשר. בתיקון מושא העתירה, לא נקבעה אף הגבלה מההגבלות עליהן הומלץ בוועדת צדוק, שאף נדונו בוועדה המיוחדת, והותירו את סמכויותיו של השר ללא כל הסדר ראשוני שביכולתו לשמור על נקודת איזון כלשהי בין המפכ"ל לבין השר (ראו ועדת צדוק, עמ' 57-44).

103. זאת ועוד: סמכויותיו של השר טרם התיקון כללו סמכויות רחבות על המשטרה, לרבות פיקוח, קביעה ואישור מדיניות, קביעת הרכב המשטרה ועוד. סמכויות אלו, על כל הבעייתיות שבהן בהיעדרו של פירוט כלשהו בדבר גבולותיה של הסמכות, מספיקות הן לצורך "ייעול ושיפור" תפקוד המשטרה ו/או פיקוח על עבודתה, בהתאם לדרישות תפקידו של השר. ואולם, ובקביעתו לראשונה מערכת מרות בין המפכ"ל לשר, מעניק התיקון סמכות בלעדית לשר לקביעת מדיניות, גם אם היא מנוגדת להמלצותיו של המפכ"ל, וכן קובע סמכות רחבה וחסרת הגדרה לקביעתם של "עקרונות כלליים" למשטרה (לעניין זה ראו בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השליטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נ"ז (6) 817 (2003), אשר דן במינויו של ח"כ צחי הנגבי לשר לביטחון הפנים, ובו פסק בית המשפט העליון כי "אין להקל ראש ולהמעט בחשיבותן של סמכויות אלה, אולם השר לביטחון פנים אינו 'מפכ"ל על, ובהקשרים הרלוונטיים לענייננו סמכויותיו הן סמכויות של פיקוח, אישור וקביעת מדיניות").

104. אם כן, הסמכויות שהתקיימו קודם לתיקון – הכוללות פיקוח, אישור וקביעת מדיניות – מייצרות את הפוליטיזציה של המשטרה והפגיעה הקשה בזכויות ובעקרונות יסוד הנגרמות מאימוץ ההסדר שבתיקון מושא עתירה זו. ובכל אופן, יכול היה המחוקק לבחור, לאורך כל הדרך, באמצעים פוגעניים פחות, בהתאם להמלצות הוועדות השונות וכן הצעותיהן של חברי הוועדה, אך הוא נמנע מלעשות זאת. בשל כך, תיקון החוק אינו מקיים את מבחן המשנה השני.

מבחן המידתיות במובנו הצר

105. תיקון החוק אינו מקיים את מבחן המידתיות במובנו הצר, שכן הוא קובע הסדר גורף שנועד להחדיר שיקולים הזרים למערכת אכיפת החוק אל תוך פעילותה של המשטרה.

106. חוק צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכויות חוקתיות, עקרונות יסוד ואינטרסים ציבוריים, והנזק שהוא גורם בכך. מבחן זה הינו ערכי במהותו, במסגרתו נבחן היתרון החברתי והתועלת הציבורית הצומחת מהחוק אשר פוגע בזכויות חוקתיות, לעומת הפגיעה בהן (ראו **המרכז האקדמי**, בפסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש (2009)).

107. החוק קובע הסדר גורף ובלתי מידתי הנעדר מנגנוני הגנה אפקטיביים. הוא מכפיף את המשטרה למרותו של השר, ומעניק לאחרון סמכות רחבה על מדיניותה של המשטרה ועקרונותיה. שינויים מבניים אלו מכשירים שיקולים פוליטיים הזרים לאכיפת החוק, כאלו המנצלות לרעה את הסמכות המוקנית, ועלולות להוביל לשיטור חסר או יתר, במטרה לשרת את צרכיו הפוליטיים של השר או ציבור בוחריו.

108. הלכה למעשה, נקט השר הנוכחי מאז מינויו במספר החלטות ופעילויות אשר פוגעות בזכויות באופן שרירותי ומפלה גם כאשר אין בהן תועלת חברתית או ציבורית, עליהם עמדנו בהרחבה לעיל. החלטות אלו הן אך דוגמה לפגיעה הרחבה אליה מובילה הפוליטיזציה של המשטרה לזכויותיהם של האזרחים. פגיעה זו הינה חמורה שבעתיים שעה שמדובר על שיטור גזעני המבחין בין קבוצות פוליטיות, אתניות ולאומיות בהתאם לאינטרסים הפוליטיים העיתיים והצרים של השר.

109. באף שלב במהלך החקיקה, לא הצביע יוזם החוק או מחוקקיו על יתרון ציבורי מהותי או אופרטיבי כלשהו שיכול תיקון החוק לחולל.

110. על כן, לאור הפגיעה הקשה בזכויות ובעקרונות יסוד, ובהעדרה של תכלית או יתרון ציבורי מובהק, תיקון החוק אינו מקיים את מבחן המשנה השלישי, ודינו פסלות.

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בפתח העתירה, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להפכו למוחלט.

נארימאן שחאדה –זועבי, עו"ד

עדי מנסור, עו"ד

חיפה, 17 אפריל 2023