



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5469/20

בג"ץ 6312/20

בג"ץ 6786/20

בג"ץ 6859/20

בג"ץ 6866/20

בג"ץ 6878/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

- העותרת בבג"ץ 5469/20 : אחריות לאומית – ישראל הבית שלי
- העותרים בבג"ץ 6312/20 : 1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- העותרת בבג"ץ 6786/20 : התנועה למען איכות השלטון בישראל
- העותרים בבג"ץ 6859/20 : חה"כ אלי אבידר ו-97 אח'
- העותרים בבג"ץ 6866/20 : תא"ל (מיל') אמיר השכל ו-24 אח'
- העותרים בבג"ץ 6878/20 : אורני פטרושקה ו-11 אח'

נ ג ד

- המשיבים בבג"ץ 5469/20 : 1. ממשלת ישראל
2. ראש הממשלה
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הכנסת
- המשיבים בבג"ץ 6312/20 : 1. הכנסת
2. הממשלה
3. ראש הממשלה

- המשיבים בבג"ץ 6786/20 :
 1. הכנסת
 2. ממשלת ישראל
 3. היועץ המשפטי לממשלה
 4. ראש הממשלה
 5. שירות הביטחון הכללי
- המשיבים בבג"ץ 6859/20 :
 1. ראש הממשלה
 2. ממשלת ישראל
 3. ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת
- המשיבים בבג"ץ 6866/20 :
 1. הכנסת
 2. ממשלת ישראל
 3. היועץ המשפטי לממשלה
 4. ראש הממשלה
- המשיבים בבג"ץ 6878/20 :
 1. ממשלת ישראל
 2. ראש הממשלה
 3. היועץ המשפטי לממשלה
 4. משטרת ישראל
 5. ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת
 6. הכנסת
- עתירות למתן צווים על תנאי
- תאריכי הישיבות :
 כ"ה בתשרי התשפ"א (13.10.20)
 כ"ח בטבת התשפ"א (12.1.21)
- בשם העותרת בבג"ץ 5469/20 : עו"ד גלעד ברנע
- בשם העותר בבג"ץ 6312/20 : עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד פאדי חורי
- בשם העותרת בבג"ץ 6786/20 : עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ; עו"ד הידי נגב
- בשם העותרים בבג"ץ 6859/20 : עו"ד חגי קלעי ; עו"ד גל בריר
- בשם העותרים בבג"ץ 6866/20 : עו"ד יאיר נהוראי ; עו"ד איתן להמן
- בשם העותרים בבג"ץ 6878/20 : עו"ד גלעד ברנע
- בשם הכנסת : עו"ד אביטל סומפולינסקי
- בשם משיבי הממשלה : עו"ד אודי איתן ; עו"ד יצחק ברט ; עו"ד סיגל אבנון ;
 עו"ד מוריה פרימן ; עו"ד לירון הופפלד ; עו"ד ענר
 הלמן

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

שש העתירות שבכותרת עוסקות בהסדרים שונים שנקבעו בחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכויות או החוק), בתיקון מס' 2 לחוק הסמכויות (להלן: התיקון לחוק הסמכויות), ובתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות), אשר הותקנו מכוח התיקון לחוק הסמכויות.

פתח דבר

1. בחודשים יולי-אוקטובר 2020 התמודדה מדינת ישראל עם הגל השני של התפרצות נגיף הקורונה. בתוך כך, נמשכו המחאות נגד ראש הממשלה ונגד מדיניות הממשלה ביחס לניהול משבר הקורונה אשר החלו בראשית שנת 2020. המוקדים המרכזיים של ההפגנות היו המעון הרשמי של ראש הממשלה ברחוב בלפור בירושלים וכיכר פריז הסמוכה; מעונו הפרטי של ראש הממשלה בקיסריה; וכן גשרים וצמתים ברחבי הארץ. ביום 23.7.2020 נכנס לתוקפו חוק הסמכויות, שבמסגרתו הוטלו מגבלות שונות על הפעילות האזרחית והמשקית. במסגרת הצעדים שנקטה הממשלה לצמצום התחלואה מכוח החוק, הוחלט בחודש ספטמבר 2020 על הטלת סגר מלא על מדינת ישראל. עוד הוחלט על תיקון החוק כך שהממשלה הוסמכה להכריז על "מצב חירום מיוחד" ולקבוע מגבלות משמעותיות על השתתפות בהפגנה, בתפילה או בטקס דתי. בהמשך, תוקנו התקנות שהותקנו מכוח החוק, ונקבע בהן כי אדם לא ישתתף בהפגנה שמספר האנשים בה עולה על "ההתקהלות המותרת", קרי, עד 20 אנשים בשטח פתוח ועד 10 אנשים במבנה, וכן נקבע כי לא ניתן להשתתף בהפגנה המתקיימת במרחק העולה על 1,000 מטרים ממקום מגוריו של המפגין.

2. העותרים בעתירות שלפנינו הם ארגוני זכויות אדם, אזרחים, חברי כנסת ומרצים למשפטים. בשתיים מן העתירות מתבקש צו המורה על ביטול חוק הסמכויות (בג"ץ 5469/20 ובג"ץ 6312/20; להלן יחד: עתירות חוק הסמכויות). ארבע העתירות האחרות מתמקדות בהגבלות על קיום הפגנות שנקבעו בתיקון לחוק הסמכויות, ובחלקן נתקפות התקנות שהותקנו מכוחו של תיקון זה (בג"ץ 6786/20, בג"ץ

6859/20, בג"ץ 6866/20 (להלן: עותרי אבידר) ובג"ץ 6878/20; להלן יחד: עתירות ההפגנות).

3. מספר בקשות הצטרפות לעתירות ההפגנות – מטעם התנועה לאיכות השפיטה בישראל (בהקמה), וכן מטעם תושבי השכונות רחביה וטלביה – נדחו על-ידי השופט נ' הנדל ביום 7.10.2020, מן הטעם שעתירות אלו הן עתירות חוקתיות אשר אינן מתייחסות להפגנה קונקרטית כזו או אחרת. מרכז קונקורד לחקר המשפט הבינלאומי ביקש אף הוא להצטרף כידיד בית המשפט. טיעונים מטעם מרכז קונקורד נשמעו בדיון מיום 13.10.2020 והטיעונים הכתובים מטעמו הובאו בפני חברי המותב, אך בקשתו להצטרף נדחתה ביום 6.1.2021.

בד בבד עם הגשת כל אחת מארבע עתירות ההפגנות הוגשו גם בקשות למתן צו ביניים, ובכלל זה בקשות להשהיית כניסתן לתוקף של ההוראות שנתקפו – הבקשות נדחו כולן.

4. ביום 13.10.2020 התקיים דיון בעתירות ההפגנות (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופט נ' הנדל), וביום 14.10.2020 ניתן בהן צו על תנאי, שזו לשונו:

1. ניתן בזאת צו על תנאי המורה למשיבים 1-4 בבג"ץ 6866/20, למשיבים בבג"ץ 6866/20 ולמשיבים 3-1 ו-5-6 בבג"ץ 6878/20 להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל תיקון מס' 2 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020.
2. כמו כן, ניתן בזאת צו על תנאי המורה למשיבים בבג"ץ 6859/20 ולמשיבים 1 – 3 בבג"ץ 6878/20 להתייצב וליתן טעם מדוע לא יינתן צו המורה על בטלותה של תקנה 24 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), התש"ף-2020 [...].

5. עוד נתבקשו משיבי הממשלה לפרט, במסגרת כתב התשובה מטעמם, מהו מספר ושיעור הקנסות אשר הוטלו בין הימים 1.10.2020-13.10.2020 בשל השתתפות בהפגנות ומה בדעת משיבי הממשלה לעשות בקשר לקנסות אלה.

6. בהמשך, ולנוכח העובדה שבעתירות ההפגנות נתקף תיקון לחוק הסמכויות וכן לנוכח העובדה כי חלק מטענות העותרים ביחס לתיקון התייחסו למיקומו במארג החוק בכללותו, נקבע ביום 3.11.2020 כי הדיון בעתירות אלה יאוחד עם עתירות חוק

הסמכויות, ויתקיים בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. המשיבים הסכימו, מטעמי יעילות ומבלי שתהא בכך משום הבעת עמדה לגופם של דברים, להצעת בית המשפט לקיים את הדיון המאוחד כולו במתכונת שלאחר הוצאת צו על תנאי וביום 12.1.2021 התקיים דיון לפני הרכב מורחב במסגרתו שבו הצדדים על טענותיהם והבהירו את הטעון הבהרה.

בטרם נפנה לתיאור טענות הצדדים בעתירות שלפנינו, יש להקדים ולהרחיב בתיאור רקע הדברים שביסוד העתירות.

הליך חקיקת חוק הסמכויות

7. ביום 9.6.2020 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת חוק הסמכויות, אשר באה לעולם על רקע התפשטותו של נגיף הקורונה. על פי ההסדר שהוצע, חוק הסמכויות ייחקק כהוראות שעה שתוקפה עד ליום 30.3.2021 (בהמשך הוחלט להאריך את תוקפו עד ליום 31.6.2021), והוא יעניק לממשלה סמכות להכריז על מצב חירום בשל נגיף הקורונה ולהתקין תקנות שבהן ייקבעו הגבלות זמניות על פעילות הציבור במרחב הפרטי והציבורי, בכפוף להסדרי פיקוח פרלמנטריים על ההכרזה ועל התקנת התקנות. זאת, חלף השימוש שעשתה הממשלה בחודשים פברואר-מאי 2020 בסמכותה לפי סעיפים 38-39 לחוק-יסוד: הממשלה, להתקין תקנות שעת חירום (לפירוט ראו בג"ץ 2399/20 עדאלה נ' ראש הממשלה (16.8.2020); להלן: עניין עדאלה).

8. הצעת החוק אושרה בקריאה הראשונה ביום 15.6.2020 ברוב של 28 תומכים, 16 מתנגדים ונמנע אחד, והועברה לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: ועדת החוקה). ועדת החוקה הקדישה עשרה דיונים לדיון בהצעה, במהלכם הוכנסו בה מספר שינויים שעליהם נעמוד בפירוט בהמשך הדברים. הוועדה אישרה את הצעת החוק ביום 22.7.2020 והיא הונחה על שולחן הכנסת בו ביום, לאחר שהתקבלה בקשת יו"ר ועדת החוקה לקצר את תקופת ההנחה של הצעת החוק. כמו כן, בשל ההסתייגויות הרבות שהוגשו ובהיעדר הסכמה בין הקואליציה לאופוזיציה באשר למתווה דיוני שיאפשר שמיעה אפקטיבית שלהן, החליטה ועדת הכנסת לעשות שימוש בסמכותה בהתאם לסעיף 98 לתקנון הכנסת ולקבוע בעצמה הסדר דיוני לשמיעת ההסתייגויות, שלפיו יוקצו לטובת העניין שלוש שעות. מליאת הכנסת דנה בהצעת החוק עוד באותו הערב, ובתום הדיון אישרה את הצעת החוק בקריאה שנייה

ושלישית, בנוסח שהוצע על ידי ועדת החוקה ברוב של 48 תומכים ו-35 מתנגדים.
ביום 23.7.2020 פורסם החוק ברשומות.

עיקרי חוק הסמכויות

9. ההסדר הקבוע בחוק הסמכויות הינו דו-שלבי: בשלב הראשון, מסמיך החוק את הממשלה להכריז על "מצב חירום בשל נגיף הקורונה", אם שוכנעה "כי יש סיכון ממשי להתפשטות רחבה של נגיף הקורונה ולפגיעה משמעותית בבריאות הציבור ובשל כך מתחייב לנקוט פעולות מכוח הסמכויות הקבועות בחוק זה" (סעיף 2 לחוק; להלן: מצב חירום רגיל). הכרזה כאמור מוגבלת לתקופה של 45 ימים, והיא אינה דורשת אישור מראש של ועדה מוועדות הכנסת. הכרזה זו ניתנת להארכה לתקופות נוספות של 60 ימים כל אחת, באישור של ועדת החוקה, אשר רשאית לאשר את הארכת תוקפה של ההכרזה או לדחותה (סעיף 2(ד)(3) לחוק). כמו כן, נקבע כי במקרה שוועדת החוקה לא קיבלה החלטה עד תום תקופת ההכרזה, יביא יו"ר הכנסת את הבקשה להארכת תוקף ההכרזה בפני מליאת הכנסת להצבעה בהקדם האפשרי, ולכל המאוחר עד תום שבעה ימים מתום תקופת ההכרזה – ובמקרה כזה ההכרזה תוארך "עד תום התקופה האמורה או עד למועד ההצבעה בכנסת, לפי המוקדם" (סעיף 2(ד)(4) לחוק). אם מליאת הכנסת לא אישרה את בקשת הממשלה במסגרת זמנים זו, ההכרזה פוקעת. במקביל, סעיף 3 לחוק הסמכויות קובע הסדרים לביטול ההכרזה על מצב חירום וסעיף 51 לחוק הסמכויות, שכותרתו "הוראת מעבר", קובע כי ביום תחילתו של החוק יראו כאילו ניתנה הכרזה על מצב חירום רגיל שתוקפה 45 ימים.

לעת הזו תוקפה של ההכרזה על מצב חירום רגיל הוארך שלוש פעמים – ביום 6.9.2020, ביום 3.11.2020 וביום 3.1.2021.

בשלב השני, בזמן תוקפה של הכרזה על מצב חירום רגיל, מוסמכת הממשלה להתקין תקנות שבהן תיקבענה מגבלות בתחומים שונים של החיים (סעיפים 4-12 לחוק). תנאי להתקנת תקנות כאמור הוא כי הממשלה שוכנעה ש"הדבר דרוש לשם מניעת הדבקה בנגיף הקורונה בקרב הציבור וצמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות בסיכון, והכול רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות, לאחר שנשקלו חלופות להשגתן, הפגיעה בזכויות וההשפעות על המשק" (סעיף 4(א) לחוק). חוק הסמכויות מבחין בין שני סוגי תקנות על פי מידת הפגיעה בזכויות הפרט הכרוכה בהן – תקנות לפי סעיפים 6 ו-7 לחוק,

שעניינן הגבלת הפעילות במרחב הפרטי והציבורי (להלן: תקנות להגבלת פעילות אזרחית); ותקנות לפי סעיפים 8-12 לחוק, שעניינן הגבלת פעילות בעסקים, באירועים, במוסדות חינוך, במסגרות רווחה ובתחבורה (להלן: תקנות להגבלת פעילות משקית). תקנות להגבלת פעילות אזרחית ניתן להתקין לתקופה שלא תעלה על 14 ימים; ותקנות להגבלת פעילות משקית ניתן להתקין לתקופה שלא תעלה על 28 ימים.

סעיף 7(א)(1) לחוק הסמכויות – שעניינו בסמכות להתקין תקנות להגבלת הפעילות במרחב הציבורי – קובע כי לתקנות הקובעות מגבלות על "יציאה ממקום המגורים או על שהייה במרחב הציבורי" ייקבעו סייגים אשר "יבטיחו את קיומן" של פעילויות מסוימות ובהן הצטיידות במוצרים חיוניים, קבלת טיפול רפואי והשתתפות בהפגנות. סעיף 7(א)(2) מוסיף וקובע כי הממשלה מוסמכת לקבוע כללים בדבר שמירת מרחק במרחב הציבורי – "ובכלל זה תנאים לעניין אופן קיום הפגנה, תפילה או טקס דתי".

10. עוד נקבע בחוק הסמכויות הסדר לפיקוח פרלמנטרי על התקנות שמתקינה הממשלה מכוח הכרזה על מצב חירום. נקבע כי מיד לאחר ההחלטה להתקין תוגשנה תקנות אלו לוועדה של הכנסת – אשר רשאית לאשרן, להימנע מלאשרן או לשנות את תקופת תוקפן. ככל שהוועדה לא קיבלה החלטה בנושא בתוך 24 שעות, התקנות תפורסמנה ותיכנסנה לתוקף, ולוועדה יינתנו 7 ימים לדון בתקנות להגבלת פעילות אזרחית, או 14 ימים לדון בתקנות להגבלת פעילות משקית; ועדת הכנסת רשאית להאריך את התקופות האמורות בשלושה ימים נוספים. אם הוועדה לא קיבלה החלטה בזמן שנקצב לכך, התקנות תובאנה לאישור מליאת הכנסת – ואם המליאה לא אישרה אותן או לא קיבלה החלטה בתקופה שנקבעה בחוק (3 ימים לתקנות להגבלת פעילות אזרחית, ו-7 ימים לתקנות להגבלת פעילות משקית), התקנות תפקענה.

לצד זאת קובע סעיף 4(ד)(3) לחוק הסמכויות כי בהינתן דחיפות המחייבת זאת, הממשלה רשאית להתקין תקנות גם בהיעדר אישור הוועדה, וכי במקרה כזה תובאנה התקנות לאישור הוועדה "סמוך ככל האפשר" לאחר פרסומן ברשומות, בליווי דברי הסבר והתשתית העובדתית שעמדה בבסיס ההחלטה להתקין (להלן: סעיף הדחיפות).

11. נוסף על הסדרים אלו, חוק הסמכויות מאפשר להטיל מגבלות על אזור שיש בו התפשטות נרחבת של הנגיף ורמת תחלואה גבוהה מהממוצע (להלן: אזור מוגבל).

החלטה להכריז על אזור מוגבל תעמוד בתוקפה למשך 7 ימים, עם אפשרות להאריכה בחמישה ימים נוספים בכל פעם, ועד 21 ימים בסך הכל. הארכה לתקופה נוספת של 14 ימים תלויה באישורה של ועדת החוקה. עוד קובע החוק הסדרי אכיפה מנהלית ופלילית (סעיף 23-24 לחוק).

תיקון מס' 2 לחוק והתקנות שעניינן הגבלת ההפגנות

12. לאחר חקיקת חוק הסמכויות, ונוכח התגברות שיעור ההדבקה בנגיף, החליטה הממשלה לנקוט אמצעים נוספים ומחמירים יותר בניסיון לעכב את התפשטות הנגיף. כך, ננקטו פעולות ואמצעים שכללו הגבלה וצמצום פעילות של בתי עסק והכרזה על אזורים מסוימים כאזורים מוגבלים. בעקבות גידול נוסף בשיעור ההדבקה, התקינה הממשלה ביום 17.9.2020 את התקנות, שמכוחן הוטל "סגר חלקי" הכולל מגבלות על השהייה במרחב הציבורי ועל פעילות מסחר, בילוי ופנאי, אשר נכנסו לתוקף ביום 18.9.2020 בשעה 14:00.

13. חרף צעדים אלה, גאתה התחלואה בנגיף ועל כן החליטה הממשלה כי יש צורך בהידוק הסגר החלקי שהוטל (להלן: הסגר המהודק). בהתאם לכך, ביום 24.9.2020, הניחה הממשלה על שולחן הכנסת הצעה לתיקון נוסף בחוק, לפיה יתווסף לחוק הסמכויות סעיף 3א אשר יסמיך את הממשלה להכריז בזמן מצב חירום רגיל, על "מצב חירום מיוחד" שבמסגרתו ניתן יהיה לקבוע מגבלות משמעותיות יותר על השתתפות בהפגנה, בתפילה או בטקס דתי.

הצעת התיקון לחוק אושרה ביום 24.9.2020 בקריאה ראשונה ברוב של 36 תומכים ו-32 מתנגדים, והועברה לוועדת החוקה לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית. בין חברי הכנסת בוועדה נתגלעה מחלוקת בעניינים שונים, ובעיקר ביחס לצורך להטיל הגבלות על זכות ההפגנה ועל מהותן וטיבן של הגבלות אלו. כך, למשל, תהו חברי הכנסת מדוע אין מקום לאמץ בהקשר זה את המתווה שהוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה ביום 18.9.2020 ואשר כלל הנחיות בעניין עטיית מסכה, שמירת מרחק בין מפגינים, חלוקתם לקבוצות של 20 איש, ומינוי סדרנים במידת האפשר (ראו פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 24.9.2020 בעמ' 28, 29, 34, 45, 67, 80, 82, ו-89, וההתייחסויות שם למתווה היועץ המשפטי לממשלה מיום 18.9.2020). לאחר שני דיונים שהתקיימו בנושא, אישרה הוועדה ביום 29.9.2020 את הצעת התיקון לחוק, ובאותו היום אושרה הצעת התיקון במליאת הכנסת ברוב של 46 תומכים מול 38 מתנגדים.

14. בתיקון לחוק נקבע כי במהלך תוקפו של מצב חירום רגיל, וככל שהוטלו מכוחו "מגבלות מלאות" – דהיינו, הגבלות שונות על יציאה ממקום המגורים ופעילות במרחב הציבורי, כמפורט בסעיפים 6-12 לחוק הסמכויות – תוכל הממשלה להכריז על "מצב חירום מיוחד" אם שוכנעה "כי יש התפשטות רחבה של נגיף הקורונה הגורמת לפגיעה חמורה בבריאות הציבור [...] וכי יש הכרח בקביעת מגבלות נוספות כאמור בסעיף 7(ב) כדי להפחית את חומרת הפגיעה בבריאות הציבור". עוד קובע התיקון כי טרם ההכרזה על מצב חירום מיוחד, יש להביא בפני הממשלה את עמדת שר הבריאות וכן חוות דעת מקצועית "המבססת את קיומו של המצב הבריאותי החמור". ההכרזה על מצב חירום מיוחד מוגבלת ל-7 ימים, והממשלה רשאית להאריכה פעמיים נוספות ב-7 ימים בכל פעם; הארכה מעבר ל-21 ימים מחייבת את אישורה של ועדת החוקה, אך הכנסת רשאית לבטל הכרזה זו בכל עת.

בסעיף 51(ב) לחוק הסמכויות, אשר נוסף במסגרת תיקון זה, נקבע כי ביום תחילתו של התיקון (30.9.2020) "יראו כאילו ניתנה הכרזה על מצב חירום מיוחד בשל נגיף הקורונה לפי סעיף 3א, שתוקפה 7 ימים". בתום תוקפה של הכרזה זו, האריכה הממשלה את תוקף ההכרזה על מצב חירום מיוחד פעם אחת, עד יום 13.10.2020.

15. סעיף 7 לחוק הסמכויות, שתוקן אף הוא במסגרת התיקון האמור, קובע כי בעת מצב חירום מיוחד ניתן לקבוע בתקנות הגבלות על מרחק היציאה המותר מבית המגורים לצורך קיום הפגנה, וכן לקבוע הגבלות על מספר האנשים המשתתפים בהפגנה (סעיפים 7(ב)1 ו-7(ב)2 לחוק), ובלבד שהגבלה כאמור חיונית למניעת התפשטות נגיף הקורונה וכי "לא יהיה בהגבלה לפי פסקה זו כדי למנוע לחלוטין קיום הפגנה, תפילה או טקס דתי". עוד נקבע בחוק כי תקנות שמגבילות יציאה מהבית אשר הותקנו מכוחו של מצב חירום מיוחד, תקופת תוקפן מוגבלת כאמור בסעיפים 4(ג) ו-7(ב) לחוק.

בהתאם לכך, תוקנו התקנות כך שיכילו את ההגבלות שביקשה הממשלה להחיל עקב מצב החירום המיוחד ובערב יום 30.9.2020 אישרה הממשלה את תיקון מס' 3 לתקנות – הוא התיקון נושא עתירות ההפגנות. במסגרת התיקון נוספה תקנה 24 לתקנות, הקובעת כך:

24. על אף האמור בתקנות אלה, בתקופה שממועד פרסומן של תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השחייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות) (תיקון מס' 3), התשפ"א-2020, עד יום כ"ה בתשרי התשפ"א (13 באוקטובר 2020), יראו כאילו –

(1) בתקנה 2(א)(13), בסופה בא "ובלבד שההפגנה מתקיימת במרחק של עד 1,000 מטרים ממקום המגורים של המשתתף בהפגנה";

(2) במקום תקנה 4 בא: "איסור התקהלות במרחב הפרטי והציבורי ובמקום ציבורי או עסקי

4. (א) בלי לגרוע מהאמור בתקנה 2, לא יקיים אדם ולא ישתתף בהתקהלות, כולל התקהלות בתפילה או בטקס דתי, שמספר האנשים בה עולה על ההתקהלות המותרת, במרחב הפרטי או במקום ציבורי או עסקי; לעניין זה, "התקהלות מותרת" – עד 20 אנשים בשטח פתוח ועד 10 אנשים במבנה, ואם מקום ההתקהלות כולל גם מבנה וגם שטח פתוח – עד 20 אנשים.

(ב) בלי לגרוע מהאמור בתקנה 2, לא יקיים אדם ולא ישתתף בהתקהלות, כולל התקהלות בהפגנה, בתפילה או בטקס דתי, שמספר האנשים בה עולה על ההתקהלות המותרת, או ללא שמירת מרחק בין המשתתפים כאמור בתקנה 3, במרחב הציבורי; לעניין זה, "התקהלות מותרת" – כהגדרתה בתקנת משנה (א).

עוד תוקנה במסגרת זו, בין היתר, הוראת תקנה 2(ב) – כך שיציאה ממקום המגורים לאחת מהמטרות המנויות בתקנה 2(א), ובהן הפגנה, הוגבלה לתחום היישוב שבו מתגורר אדם; וכן נוספה הוראת תקנה 19(4), המאפשרת לשוטר למנוע יציאה ממקום מגורים בניגוד לתקנה 2(ב). חריגה מהוראות אלה אפשרה הטלת קנס מנהלי בסך של 500 ש"ח (תקנה 13(א)(1) והתוספת השלישית לתקנות).

16. תוקפו של מצב החירום המיוחד הוארך, כאמור, עד יום 13.10.2020. בהתאם, ביום 7.10.2020 אישרה הממשלה את תיקון מס' 4 לתקנות, אשר האריך את תוקפה של הוראת השעה שבתקנה 24 עד יום 13.10.2020 בשעה 23:59.

למען שלמות התמונה יצוין כי חוק הסמכויות והתקנות תוקנו מספר פעמים נוספות, אך תיקונים אלה אינם נוגעים לעתירות שבפנינו.

תמצית טענות הצדדים

17. העותרים בעתירות חוק הסמכויות סבורים כי יש להורות על ביטול החוק מן הטעם שהוא פוגע במעמדה של הכנסת ובעקרונות יסוד של השיטה, וכן משום שהוא פוגע בזכויות יסוד באופן שאינו צולח את מבחני פסקת ההגבלה. לגישת העותרים, הסמכת הממשלה להכריז על מצב חירום בשל נגיף הקורונה סוטה מן ההסדר הקבוע בסעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו הכנסת היא הגורם המוסמך, ככלל, להכריז על מצב חירום. עוד סבורים העותרים כי בהליך חקיקתו של חוק הסמכויות נפלו פגמים פרוצדורליים אשר מנעו מחברי הכנסת את האפשרות להשתתף בו באופן מהותי; כי מנגנון הפיקוח הפרלמנטרי שנקבע בחוק הוא חלקי וחסר; וכי החוק מקנה לממשלה סמכויות חקיקה ולא מאפשר לכנסת לקיים הליך "ראוי והולם" לאישור התקנות מכוח החוק.

העותרים מוסיפים וטוענים כי חוק הסמכויות פוגע בעיקרון שלטון החוק, בעיקרון הפרדת הרשויות ובעיקרון ההסדרים הראשוניים, שכן הוא קובע אך מסגרת הסמכה פורמאלית וכללית המאפשרת לממשלה לקבל הכרעות עקרוניות מבלי שנקבעו בו אמות מידה התוחמות את שיקול דעתה. כמו כן, לטענת העותרים החוק פוגע בעיקרון הוודאות המשפטית, שכן הוא מאפשר שינוי תכופ בתקנות. עוד טוענים העותרים כי העובדה שהכנסת מאשרת את התקנות שמותקנות מכוח החוק אך בדיעבד, מנוגדת לעיקרון החוקיות בפלילים המעוגן בסעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובסעיף 1 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985. לבסוף, העותרים טוענים כי סעיפים 6-12 לחוק הסמכויות פוגעים באופן שאינו מידתי בשורה של זכויות יסוד, ובכלל זה בזכות לחירות, בזכות לשוויון ובזכות להפגין, וכי אין בסיסים אשר נקבעו בחלק מן הסעיפים או במנגנון ההשגות הקבוע בסעיף 22 לחוק, כדי לרפא את הפגיעה האמורה. בהקשר זה ממקדים העותרים את טענותיהם במנגנון שלפיו הכנסת מאשרת בדיעבד את התקנות שמותקנות מכוח החוק, וטוענים כי מנגנון זה אינו צולח את מבחני המידתיות.

18. העותרים בעתירות ההפגנות מתמקדים בהסדר שנוצר כתוצאה משילוב תיקון מס' 2 לחוק הסמכויות והמגבלות שנקבעו בתיקון מס' 3 לתקנות. לגישתם, הסדר זה פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות להפגין. זאת, בהינתן העובדה שהמגבלות שהוטלו על מספר האנשים המתקהלים בהפגנה ועל האפשרות לבחור את מקום ההפגנה, פוגעות במאפיינים אשר הוכרו בפסיקה כליבת הזכות להפגין. עוד נטען כי מגבלות אלו אינן קשורות "באופן הדוק" למניעת התפשטות הנגיף ולשיטת העותרים, ניתן היה להגשים את התכלית העומדת בבסיס התיקונים לחוק הסמכויות ולתקנות באמצעים פוגעניים פחות, כגון יצירת מתווה להפגנה בקפסולות נפרדות של עד 20

אנשים ולמצער, מתן אפשרות להפגנה בשיירות רכבים. לגישתם הפגיעה הנגרמת מן ההסדר עולה על התועלת המושגת ממנו, אשר לא נתמכה בנתונים. עוד נטען כי בשים לב לעוצמת הפגיעה בזכות להפגין, הסמכת הממשלה לקבוע את המגבלות האמורות בתקנות עולה כדי הסמכתה לקבוע הסדר ראשוני, וזאת בניגוד לפסיקה הנוגעת לעניין.

העותרים מוסיפים וטוענים כי בעת קבלת ההחלטה על התיקון לחוק והתיקון לתקנות, נלקחו בחשבון שיקולים זרים הנוגעים לרצון להביא להפסקת המחאות נגד הממשלה והעומד בראשה, וכי הגורמים שקיבלו החלטות אלו מצויים בניגוד עניינים מובנה בהקשר זה ועל כן, הם מנועים לכתחילה מלקבל החלטה בנושא. עותרי אביר מתמקדים בפגיעה שנגרמה בתיקון לתקנות, אשר קבע כאמור את פרטי ההגבלות על הפגנות, וטוענים לקיומו של פגם היורד לשורשו של הליך התקנת תיקון זה – נוכח היעדרה של החלטה מנהלית מנומקת בנושא; בהינתן העובדה שהממשלה הסתפקה בקיום משאל טלפוני פחות מ-24 שעות לאחר חקיקת התיקון לחוק הסמכויות; ובהינתן העובדה שהממשלה התבססה על נתוני תחלואה שנמסרו לה מספר ימים קודם לכן במסגרת דיון בוועדת החוקה, בעת הכנת הצעת התיקון לחוק לקריאה שנייה ולשלישית.

19. המשיבים, מצדם, סבורים כי יש לדחות את טענות העותרים כולן בהיעדר עילה להורות על בטלות חקיקה ראשית של הכנסת או להתערב בתקנות שהותקנו, וכן בשל העובדה שהתיקון לתקנות אינו בתוקף בעת הזו ומשכך היבט זה בעתירות הפך, לשיטתם, לתיאורטי.

אשר לעתירות חוק הסמכויות, המשיבים טוענים כי חוק-יסוד: הממשלה אינו מתיימר, על פי לשונו ותכליתו, לקבוע הסדר בלעדי לעניין הסמכתה של הממשלה לפעול במצבי חירום. עוד נטען כי במקרה דנן מדובר בהסדר מאוחר וספציפי שמטרתו לאפשר לרשות המבצעת גמישות לנוכח משבר בריאותי קונקרטי, וזאת תחת פיקוח פרלמנטרי ומבלי שיהיה בכוחן של תקנות שיותקנו מכוח החוק לסתור או לשנות חקיקה ראשית. המשיבים מוסיפים ומשיגים על טענת העותרים כי עקרון ההסדרים הראשוניים הוא איסור שמכוחו ניתן לפסול חקיקה ראשית או משנית: לשיטת המשיבים, כלל זה מהווה אך חזקה פרשנית במשפט המנהלי, וזאת, בניגוד לגישת העותרים, לפיה מדובר בכלל חוקתי הזהה במהותו לדוקטרינת איסור ההאצלה (non-delegation).

20. לגופו של עניין, המשיבים סבורים כי חוק הסמכויות הוא חוק מאוזן ומפורט, שנקבע מראש כהוראת שעה תחומה בזמן ומוגבלת בהיקפה. לגישת המשיבים, חוק הסמכויות נחקק לתכלית ראויה וההסדרים הקבועים בו הם מידתיים וכפופים להגבלות פנימיות, לחריגים, לסייגים ולמנגנוני פיקוח פרלמנטריים הממתנים את הפגיעה שנגרמת מכוחם. בהקשר זה טוענים המשיבים כי אין הכרח בדין שהליך הפיקוח הפרלמנטרי יתבצע לפני מעשה, וכי בענייננו הביקורת בדיעבד מתחייבת מאופיו של משבר הקורונה, שהוא דינאמי ודורש פעולה מהירה מצד הממשלה. המשיבים מוסיפים ומציינים כי אף שהליכי החקיקה היו מזורזים, הדבר נבע מהצורך לספק לממשלה כלי אפקטיבי להתמודד במהירות עם התפשטות הנגיף, ומכל מקום הדיון בהצעת חוק הסמכויות היה מעמיק, רציני ומשמעותי. על כך מעידה, לשיטת המשיבים, העובדה שנוסחו הסופי של חוק הסמכויות שונה מהנוסח שהוצע בתחילה.

21. אשר לעתירות ההפגנות: המשיבים אינם חולקים על כך שההסדר שנקבע פוגע בזכות להפגין, אך הם מטעימים כי הזכות להפגין, ככל זכות, איננה מוחלטת וניתן להגבילה בהינתן צידוק הולם לכך. לשיטתם, עקב נסיקת שיעורי ההדבקה בנגיף ולנוכח העובדה שצעדים קודמים שננקטו לא הובילו לבלימת התחלואה במידה הנדרשת, התעורר צורך בנקיטת צעדים דרסטיים למען הצלת חיי אדם. לפיכך, לגישת המשיבים הגבלת הזכות להפגין נעשתה לתכלית ראויה – מניעת התפשטות מחלת הקורונה, שמירה על בריאות הציבור, ומניעת אי-ספיקה של מערכת הרפואה הציבורית – וההגבלות נושא העתירות דנן הן מידתיות. בהקשר זה מדגישים המשיבים כי ההגבלות על הזכות להפגין התבססו על עמדת גורמי המקצוע ועל מידע אפידמיולוגי באשר לסיכון הנשקף מקיום הפגנות, שהן מטבען אירועים המוניים. המשיבים מטעימים כי עמדת גורמי המקצוע במשרד הבריאות הייתה שלנוכח מצב התחלואה בעת ההיא, לא היו בנמצא אמצעים חלופיים שהיה בכוחם להגשים באופן דומה את התכלית שביסוד התקנות ושפגיעתם מצומצמת יותר. באופן ספציפי ביחס למגבלת המרחק, מציינים המשיבים כי הגבלה זו נקבעה כחלק ממגבלות התנועה האוסרות יציאה של אדם ממקום מגוריו למעט לצרכים חיוניים, וזאת במטרה לצמצם את התנועה במרחב הציבורי "למינימום החיוני וההכרחי" ולמנוע התקהלויות. עוד עומדים המשיבים על כך שבתיקון לחוק הסמכויות נקבעו מנגנונים פרוצדוראליים ומהותיים המבטיחים פיקוח פרלמנטרי הדוק על ההגבלות אשר ניתן להטיל מכוחו.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי הכנסת לא האצילה לממשלה את הסמכות לקבוע הסדר ראשוני, שכן התיקון לחוק הסמכויות הוא שקובע את אמות המידה העקרוניות לפגיעה בזכות להפגין, ואילו התקנות קובעות אך את ההסדרים

הפרטיקולריים בגדרי אמות המידה שקובע החוק. לחלופין, עומדים המשיבים על טענתם כי עקרון ההסדרים הראשוניים אינו מהווה איסור חוקתי, וכי הכנסת מוסמכת להאציל לרשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדר ראשוני על דרך של הסמכה מפורשת בחוק, כפי שנעשה במקרה דנן. עוד מציינים המשיבים כי אף שהליכי חקיקת התיקון לחוק היו מזורזים, לא נפל כל פגם בהליך החקיקה – וכי מניעתם של חברי הכנסת, יהיו אשר יהיו, אינם מהווים עילה לביטולו של דבר חקיקה. משיבי הממשלה מוסיפים ומדגישים כי הפגנות מטבען מופנות לעתים קרובות נגד מדיניות הממשלה או מי מחבריה, כך שכמעט בכל מקרה ניתן לומר כי לחברי הממשלה יש עניין אישי בהטלת מגבלות על הפגנות. עוד טוענים המשיבים כי בהינתן אחריותה של הממשלה לניהול משבר הקורונה וההסמכה שקיבלה מהכנסת במסגרת התיקון לחוק הסמכויות, מעורבות הממשלה ושריה בנושא ההגבלות על הפגנות היא בלתי נמנעת.

22. אשר לתיקון לתקנות: המשיבים עומדים על כך שתוקפו של תיקון זה פקע ביום 13.10.2020, ולפיכך, לגישתם, הפכה סוגיה זו לתיאורטית. המשיבים מדגישים כי ככל שתותקנה תקנות דומות הן תעמודנה בתוקפן למשך שבעה ימים, כך שתהיה לעותרים הזדמנות לתקוף אותן ככל שיחפצו בכך. מכל מקום, משיבי הממשלה סבורים כי בהליך התקנת התיקון לתקנות – אשר הונח על שולחן ועדת החוקה סמוך ככל הניתן לאחר ההחלטה על התקנתו – לא נפל כל פגם.

דיון והכרעה

23. השאלה המרכזית העולה בעתירות שלפנינו נוגעת לחוקתיותו של חוק הסמכויות ושל ההסדרים שעוגנו מכוחו להגבלת הפגנות בזמן "מצב חירום מיוחד". הדיון בשאלה זו מצריך התייחסות בשלושה מישורים: ראשית, יש לבחון אם חוק הסמכויות עומד במבחני החוקתיות. ככל שהתשובה לשאלה זו היא בחיוב, הרי שדין עתירות חוק הסמכויות להידחות – אך יש להוסיף ולבחון את ההגבלות שהוטלו על הפגנות. בשלב זה יש לקבוע אם, בנסיבות העניין, עיקר הפגיעה שנגרמת לזכות להפגין – לגביה אין מחלוקת – מקורו בתיקון מס' 2 לחוק הסמכויות או בתיקון מס' 3 לתקנות שהותקנו מכוחו. לבסוף, יש לבחון אם הפגיעה בזכות להפגין צולחת את מבחני פסקת ההגבלה.

אקדים אחרית לראשית ואומר כי לגישתי, חוק הסמכויות צולח את מבחני פסקת ההגבלה וכך גם תיקון מס' 2 לחוק ותקנה 24(2) לתקנות, שעניינה בהגבלה על היקף ההתקהלות. זאת בהינתן פרשנות מקיימת אפשרית להוראות התיקון ותקנה

24(2) הנ"ל. לעומת זאת, אני סבורה כי תקנה 24(1) לתקנות – שעניינה מגבלת המרחק המותר ממקום המגורים לשם השתתפות בהפגנה – פוגעת פגיעה קשה ובלתי-מידתית בזכות להפגין ועל כן יש להורות על בטלותה, אף שתוקפה פקע ביום 13.10.2020. זאת, בין היתר, נוכח הנפקות המעשית שיש לסעד זה במישור הקנסות אשר הוטלו על תושבי המדינה מכוח תקנה זו בתקופה שבה עמדה בתוקפה.

חוק הסמכויות

24. התפרצות נגיף הקורונה בישראל פגשה מציאות סבוכה במיוחד של תקופת בחירות וכהונה של ממשלת מעבר. כתוצאה מכך, אל מול מצב החירום שהצריך פעולות דחופות, עמדה מציאות שלטונית שלא אפשרה להניע מהלך חקיקה סדור בכנסת, לפחות עד השבעת הכנסת ה-23 ביום 23.3.2020. בנסיבות אלה, עשתה הממשלה שימוש בסמכותה בהתאם לסעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה והתקינה תקנות שעת חירום. זאת בהתבסס על ההכרזה בדבר מצב חירום כללי במדינה, המתחדשת מעת לעת מאז שנת 1948 (ראו סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה). תוקפן של תקנות אלו הוארך באופן זמני מספר פעמים עד שביום 23.7.2020 נכנס לתוקפו חוק הסמכויות (להשתלשלות העניינים וכן לעתירות שהתייחסו לשאלת סמכותה של הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום, ראו עניין עדאלה; וכן בג"ץ 5314/20 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.1.2021)). עתה טוענים העותרים כי חוק זה אינו מהווה פתרון חקיקתי ראוי. מתוך שלל הטענות שהועלו, שלוש העיקריות הן: בהליך חקיקתו של חוק הסמכויות נפלו פגמים קשים שיורדים לשורש העניין; חוק הסמכויות סותר את הוראות חוק-יסוד: הממשלה ועקרונות יסוד של השיטה שלפיהם הגורם המוסמך להכריז על מצב חירום הוא, ככלל, הכנסת; חוק הסמכויות אינו חוקתי שכן הוא פוגע פגיעה קשה בזכויות אדם אשר אינה צולחת את מבחני פסקת ההגבלה.

25. לעניין הפגמים הנטענים שנפלו בהליך חקיקת חוק הסמכויות, העותרים טוענים כי ההליך היה מזוהזז ושנמנע מחברי הכנסת לקחת חלק בדיונים בניגוד לעיקרון ההשתתפות שעליו עמד בית משפט זה בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) ובבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017). המשיבים, מצידם, סבורים כי חרף הליכי החקיקה המזוהזזים, התאפשר דיון רציני ומעמיק בהצעת החוק טרם חקיקתו של חוק הסמכויות.

לטעמי הצדק בהקשר זה עם המשיבים. הליכי חקיקה של חוק אשר נועד להתמודד עם מצב חירום ספציפי, צפוי שיהיו מהירים ובאספקלריה זו יש לבחון את ההליכים שהתקיימו במקרה דנן. כפי שפורט לעיל, הצעת חוק הסמכויות אושרה בקריאה ראשונה ביום 15.6.2020 והועברה לדיון בוועדת החוקה, אשר הקדישה עשר ישיבות לדיון בה (בתאריכים: 23.6.2020, 6.7.2020, 9.7.2020, 12.7.2020, 14.7.2020, 16.7.2020, 19.7.2020, 20.7.2020, 21.7.2020 ו-22.7.2020). בדיונים אלה נכחו חברי כנסת רבים מסיעות שונות, נציגי ממשלה, נציגי שלטון מקומי, נציגים של ארגוני החברה האזרחית וכן גורמים פרטיים, ובמהלכם נערכו מספר שינויים מהותיים בהצעת החוק, כמפורט להלן:

א. הליך ההכרזה על מצב חירום – הוחלט כפי שהוצע בהצעת החוק המקורית, כי סמכות ההכרזה הראשונית להכריז על מצב חירום תהיה בידי הממשלה ללא צורך באישור מראש של הכנסת לכך, ואולם הארכת תוקפה של ההכרזה הותנתה באישור מראש של ועדת החוקה.

ב. הליך התקנת תקנות מכוח החוק – נקבע כי למעט במקרים דחופים המחייבים תחולה מיידית, התקנות שתותקנה מכוח החוק תיכנסנה לתוקף רק כעבור 24 שעות ממועד אישורן בממשלה – ובמהלך פרק זמן זה תוכל הוועדה בכנסת להחליט אם לאשר אותן אם לאו. ככל שלא הגיעה הוועדה להחלטה במהלך 24 השעות האמורות, התקנות תיכנסנה לתוקף ולוועדה תינתן האפשרות לאשרן או לבטלן בדיעבד.

ג. הגבלות על הפגנות – להצעת החוק נוספה קביעה לפיה לא ניתן יהיה למנוע באופן מוחלט קיום הפגנה, תפילה או טקס דתי (סעיף 7(א)(2) סיפא לחוק הסמכויות).

ד. אכיפה וענישה – נוספו הסדרים שלא נכללו בהצעת החוק המקורית. כך, הוקמה מנהלת אכיפה שמטרתה לכוון ולהנחות את השוטרים והפקחים כדי להבטיח אכיפה אחידה ושיוונית; הוחלט שקנס שהוטל מכוח התקנות לא יהיה כרוך ברישום פלילי; ונערכו שינויים בהסדר החל ביחס לאזורים מוגבלים.

26. הנה כי כן, בהצעת החוק הוטמעו שינויים מהותיים, המעידים על קיומו של דיון מקיף שבו נטלו חלק גם נציגים מהציבור וארגונים אזרחיים. בצדק נטען כי דיון בוועדה מוועדות הכנסת איננו מהווה תחליף לקיום דיון במליאת הכנסת (ראו בג"ץ

2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, פסקה 32 (26.4.2020) (להלן: עניין בן מאיר)). אך עיון בפרוטוקול הדיון במליאה, הנפרש על פני 83 עמודים, מעלה כי גם במליאה התקיים דיון מהותי בהסתייגויות העקרוניות, וכי יו"ר ועדת החוקה השיב באופן סדור לטענות שהועלו נגד הצעת החוק. זאת למרות תחימת זמן הדיון במליאת הכנסת לשלוש שעות בלבד.

וידוגש – כורח הנסיבות שנוצר בעקבות התפשטותו של נגיף הקורונה איננו מקנה "פטור" אוטומטי מהליך חקיקה מלא וסדור. אך ככל שהדבר נוגע לחוק הסמכויות, אינני סבורה כי נפל פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה. זאת נוכח הנסיבות הייחודיות ששררו בעת חקיקת החוק, בין "הגל הראשון" של התפרצות הנגיף ל"גל השני", אשר הצדיקו הליך חקיקה מזורז של חוק, המיועד לאפשר לרשויות המדינה להתמודד עם האילוצים שיצר הנגיף שלא באמצעות התקנת תקנות שעת חירום. לכך מצטרפת העובדה שהליך חקיקת החוק, כמתואר לעיל, היה מזורז אך לא חפוז.

27. טענה נוספת בפי העותרים נוגעת לשאלת הסמכתה של הממשלה להכריז על מצב חירום. העותרים טוענים כי חוק הסמכויות סותר את ההוראה שבחוק-יסוד: הממשלה, לפיה הכנסת היא האורגן היחיד שמוסמך להכריז על קיומו של מצב חירום (למעט מקרים חריגים שבהם הכנסת אינה מתפקדת). טענה זו אין בידי לקבל. חוק-יסוד: הממשלה אינו קובע הסדר ממצה בנוגע להכרזות על מצבים המהווים "מצב חירום". על כן, דבר חקיקה ספציפי הקובע מתווה שונה להכרזה כזו אינו סותר בהכרח את חוק-יסוד: הממשלה. למעשה, בחקיקה הישראלית קיימים מופעים רבים של "חקיקת חירום" אשר איננה נסמכת על המנגנון הקבוע בחוק-יסוד: הממשלה (לפירוט ראו דפנה ברק-ארוז "חוקה למצבי חירום" ספר שלמה לוין 671, 688 (2013) (להלן: חוקה למצבי חירום); שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק-יסוד: הממשלה כרך ב 642 (יצחק זמיר עורך, 2018); אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דורית ביניש 447, 477 (2018)). כזה הוא למשל ההסדר המעוגן בסעיף 9 לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, המסמיך את הממשלה להכריז על "מצב מיוחד בעורף" ומקנה לרשויות המנהל סמכויות ייחודיות בתקופת תוקפה של הכרזה כזו. הסדר דומה הוא ההסדר הקבוע בסעיף 160 לחוק העונשין, העוסק בהפרעות ביחסי עבודה ומסמיך את הממשלה להכריז על "מצב חירום" לצורך השימוש בסעיף זה. דברי חקיקה נוספים קובעים אף הם "הסדרי חירום" בהיבט המהותי וזאת מבלי להישען כלל על קיומה של הכרזה בדבר מצב חירום (ראו לדוגמה חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 וכן חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016). כמו

כן, ניכרת בשנים האחרונות מגמה של חקיקת חוקים במתכונת של "הוראת שעה" שתוקפם מוגבל בזמן, וזאת ללא תלות בהכרזה על מצב חירום (חוקה למצבי חירום, בעמ' 689), דוגמת החוק נושא העתירות דנן. הנה כי כן, הטענה לפיה ההסדר המעוגן בסעיפים 38-39 לחוק-יסוד: הממשלה הוא הסדר ממצה בכל הנוגע לחקיקת חירום ככלל או להכרזה על מצבי חירום בפרט, אין לה על מה שתסמוך.

28. חוק הסמכויות הוא מופע נוסף של חקיקת חירום. הוא מסדיר בחקיקה ראשית ספציפית את אופן ההתמודדות עם מצב חירום בריאותי קונקרטי שהתרגש עלינו בשל התפשטות מגפת הקורונה. החוק אכן מעניק לממשלה ולא לכנסת את הסמכות להכריז על מצב חירום בשל מגיפה זו, אך הארכתה של ההכרזה מעבר ל-45 ימים כפופה לאישור ועדת החוקה. עוד נקבע בחוק כי בקשה להארכת תוקף ההכרזה תובא בפני הוועדה לפחות חמישה ימים לפני תום ההכרזה (סעיף 2(ד)-(2)-(3) לחוק הסמכויות), ואם לא קיבלה ועדת החוקה החלטה – תובא הבקשה להצבעה בכנסת בהקדם האפשרי, ולכל המאוחר עד תום שבעה ימים מתום תקופת ההכרזה (סעיף 2(ד)-(4) לחוק הסמכויות). כך גם, בהתאם לסעיף 3(ב) לחוק הסמכויות, רשאית הכנסת לבטל את ההכרזה על מצב חירום בהתקיים תנאים מסוימים. נוסף על כך, התקנת תקנות מכוח החוק טעונה אישור של ועדת הכנסת שבסמכותה מצויה הסוגיה נושא התקנות, וללא אישור פוזיטיבי של הכנסת – התקנות פוקעות (סעיף 4(ד) לחוק הסמכויות). משנתן המחוקק דעתו באופן מפורש לסוגיה והסמיך את הממשלה להכריז על מצב חירום בשל התפשטות נגיף הקורונה, ובשל כך בלבד, קשה להלום את טענת העותרים לפיה חקיקתו של חוק הסמכויות סותרת את הוראותיו של חוק-יסוד: הממשלה.

29. במבט השוואתי יצוין כי מדינות נוספות בעולם, ובהן צרפת, גרמניה ובריטניה, חוקקו חוקי מסגרת ספציפיים להתמודדות עם התפשטות מגפת הקורונה, וזאת אף שבמדינות אלה קיימים סעיפי חוק כלליים המאפשרים הכרזה על מצב חירום, בדומה לסעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה. כך למשל, בצרפת לא נעשה שימוש בסמכויות החירום הכלליות המעוגנות בסעיף 16 לחוקה הצרפתית ובחוק מס' 55-385 (Loi n° 55-385 du 3 avril 1955), אלא בחוק ייעודי להתמודדות עם משבר הקורונה (Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19). חוק זה יוצר משטר חירום מיוחד לענייני בריאות הציבור ומסמיך את מועצת השרים – באישור נשיא המדינה – להכריז על מצב חירום במקרה של "אסון בריאותי המסכן, לאור טבעו וחומרתו, את בריאות הציבור". גם בגרמניה לא נעשה שימוש בסמכויות החירום המעוגנות בחוקה ועם פרוץ המשבר נחקק תיקון לחוק

משנת 2001 העוסק במניעת הדבקות (Infektionsschutzgesetz, IfSG) – אם כי יש לציין שחוק זה מסמיך את הפרלמנט הפדראלי, ולא את הממשלה, להכריז על "מצב אפידמי בעל משמעות לאומית". במקביל, בבריטניה חוקק Coronavirus Act 2020 – המקנה לממשלה שורה ארוכה של "סמכויות חירום" (Emergency Powers) לשם התמודדות עם משבר הקורונה. נראה, אם כן, כי ההסדר שבו בחר המחוקק הישראלי בהקשר זה איננו חריג וכי הסדרים ברוח דומה אומצו גם במדינות שמעבר לים.

30. טענתם העיקרית השלישית של העותרים היא, כאמור, כי חוק הסמכויות גורם לפגיעה קשה בזכויות יסוד וכי פגיעה זו אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. דומה כי אין חולק על כך שחוק הסמכויות פוגע בזכויות יסוד. עם זאת, כפי שהדגישו המשיבים, חוק הסמכויות נחקק כהוראת שעה זמנית והוא חוק מפורט, המאציל לממשלה סמכויות בלשון מפורשת ומכיל סייגים ואיזונים פנימיים. כמו כן, נקבעו בו מנגנוני פיקוח פרלמנטריים. כפי שצוין בעניין בן מאיר "בנסיבות המתאימות, יכולה, אפוא, הוראת שעה – המהווה חקיקה ראשית שהיא זמנית במהותה – להוות פתרון ראוי המתאים, ככלל, לחקיקה בסביבה המאופיינת בחוסר מידע ובשינויים תכופים" (שם, פסקה 32). בהינתן השינויים התכופים שבהם מתאפיינת התפשטותו של הנגיף, בהתחשב בתשתית העובדתית המצטברת והמשתנה כל העת, ובהינתן פיקוח פרלמנטרי הולם – לעמדתו סביר וראוי להסמיך את הממשלה לקבל החלטות נקודתיות בנוגע לאופן המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה.

ראוי לציין גם בהקשר זה כי ההסדרים שנקבעו בחוק הסמכויות – חרף הפגיעה בזכויות אדם, שאין להקל ראש בחומרתה – אינם חריגים ביחס להסדרים שנקבעו במדינות מערביות נוספות. בבריטניה למשל, חוק ה-Coronavirus Act 2020 מסמיך את הממשלה, בין היתר, להורות על סגירת עסקים, מקומות עבודה ומוסדות חינוך, למנוע התקהלויות, להשעות את התחבורה הציבורית ואת נמלי התעופה ולדחות בחירות מקומיות. בצרפת, בעת הכרזה על מצב חירום מוסמכת הממשלה להגביל חופש תנועה, לבודד חולים, לסגור מקומות שפתוחים לציבור, למנוע או להגביל התקהלויות, לתפוס מוצרים ושירותים הנדרשים למאבק במחלה, לפקח על מחירים, להטיל מגבלות על חופש העיסוק, ועוד. גם בגרמניה מוסמכת הממשלה, לאחר שהוכרז "מצב אפידמי בעל משמעות לאומית", להגביל את חופש תנועה, לסגור מקומות שפתוחים לציבור, למנוע או להגביל התקהלויות, לתפוס ציוד רפואי ולפעול לגיוס צוותים רפואיים.

31. למעשה, מרבית טענותיהם של העותרים מתמקדות בכך שהפיקוח הפרלמנטרי על הפגיעה בזכויות נעשית בדיעבד. באופן ספציפי, נטען כי מנגנון זה מוביל לבלבול בקרב האזרחים ביחס למצב הנורמטיבי החל ולפגיעה בעקרון הוודאות ובעקרון החוקיות. בהקשר זה חשוב להבהיר כי חוק הסמכויות אינו קובע כי הפיקוח בדיעבד ייעשה בכל מקרה – "דרך המלך" שנקבעה בחוק היא כי התקנות שמותקנות מכוח החוק תוגשנה לאישורה של ועדה מוועדות הכנסת 24 שעות לפני כניסתן לתוקף. רק אם הוועדה לא קיבלה החלטה בנושא בתוך 24 שעות, התקנות תפורסמנה ותיכנסנה לתוקף ולוועדה תינתן שהות נוספת לדון בהן (7 ימים בתקנות להגבלת פעילות אזרחית, או 14 ימים בתקנות להגבלת פעילות משקית, בתוספת שלושה ימים שוועדת הכנסת רשאית להוסיף למניין). אם הוועדה לא קיבלה החלטה בזמן שנקצב לכך, התקנות תובאנה לאישור מליאת הכנסת – ואם המליאה לא אישרה אותן או לא קיבלה החלטה בתקופה שנקבעה בחוק (3 ימים לתקנות להגבלת פעילות אזרחית, ו-7 ימים לתקנות להגבלת פעילות משקית), התקנות פוקעות.

הווה אומר, הפיקוח הפרלמנטרי בדיעבד הוא רק אחד מבין התרחישים שאותם מסדיר חוק הסמכויות, ואין הכרח שהפיקוח ייעשה במתכונת זו דווקא. בהינתן העובדה שהתקנות מונחות על שולחן הוועדה 24 שעות טרם שהן נכנסות לתוקף, עומדת בפני הוועדה ההזדמנות לבטלן ככל שהיא מוצאת בהן פגם משמעותי. מנגד, קביעת סד זמנים קשיח שלפיו התקנות תפקענה בתוך 24 שעות אם לא תאושרנה על ידי הוועדה הרלוונטית, עלולה להוביל לדיון בלתי-ממצה בתקנות ובנחיצותן. אכן, מנגנון האישור בדיעבד איננו מנגנון אידיאלי, וברי כי עדיף להימנע ממצבים שבהם נכנסות תקנות לתוקף לפני אישורן על ידי הוועדה הרלוונטית שאישורה נדרש. אך בהינתן הצורך להתמודד עם נסיבות המשתנות בתכיפות גדולה, לא מצאתי כי מדובר במנגנון בלתי-מידתי המצדיק את ביטול ההוראות הרלוונטיות. זאת בייחוד בהתחשב בכך שהסדר תחום בלוחות זמנים קצובים וקצרים למיצוי הפיקוח הפרלמנטרי, בין אם התקנות מאושרות לפני מועד כניסתן לתוקף ובין אם הן מאושרות בדיעבד.

32. הוא הדין באשר לסעיף הדחיפות (סעיף 4(ד)(3) לחוק הסמכויות). לא שוכנעתי מטענת העותרים כי קיומו של סעיף הדחיפות הוא בלתי-מידתי כשלעצמו, ואין להוציא מכלל אפשרות כי השימוש בו עשוי להיות מוצדק בחלק מן המקרים. מכל מקום, ככל שהחלטה ספציפית של הממשלה לעשות שימוש בסעיף הדחיפות תעורר קושי, ניתן לתקוף אותה במישור המנהלי – אך לא זה מוקד הטענות בעתירות שלפנינו.

33. סיכומם של דברים – חוק הסמכויות הינו הסדר ספציפי בחקיקה ראשית שנועד להסמיך את הממשלה לפעול כדי ליתן מענה למצב חירום רפואי קונקרטי. מדובר בהסדר מפורט שנחקק כהוראת שעה זמנית, המאציל לממשלה סמכויות בלשון מפורשת תוך קביעת מנגנוני פיקוח פרלמנטריים. הסדר זה, על מכלול סעיפיו והנסיבות שהובילו לחקיקתו, איננו גורם כשלעצמו פגיעה בלתי-מידתית בזכויות אשר יש בה כדי להצדיק את ביטולו.

משמצאתי כי לא נפל פגם בחוק הסמכויות בכללותו, אפנה עתה לבחינת הטענות ביחס לתיקון לחוק ולהגבלות אשר הוטלו על הפגנות.

תיקון מס' 2 לחוק הסמכויות והתיקון לתקנות

34. לפני תיקון מס' 2 לחוק הסמכויות וגם בעת שהוטלו מגבלות רבות אחרות על זכויות הפרט, קיומן של הפגנות הותר במפורש (ראו תקנה 2(א)(5) לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020, שחל עד ליום 5.5.2020; סעיף 2(א) לחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020, שחל עד ליום 31.8.2020; וסעיף 7(א)(1)(י) לחוק הסמכויות). זאת, כפי שצינו המשיבים עצמם, מתוך הכרה כי הזכות להפגין ולקיים אסיפה או תהלוכה היא מהחשובות שבזכויות היסוד. היא "שייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי, שהביקורת על רשויות המדינה ועל אישי ציבור היא מנשמת אפו" (בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (19.8.2020) (להלן: עניין פדידה); ראו גם, מיני רבים, בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 22 לפסק דיני (8.10.2017) (להלן: עניין כיכר גורן); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 216-217 (2006)).

35. במהלך חודש ספטמבר 2020 חלה עלייה חריגה בנתוני התחלואה בנגיף ומשמוצו שאר האמצעים בחוק הסמכויות ובתקנות שהותקנו מכוחו, סברו המשיבים כי בנקודת הזמן ההיא הגבלת הזכות להפגין לצורך הגנה על בריאות הציבור, היא כורח המציאות. ההגבלות שהוטלו הן משני סוגים: האחד, הגבלות על מקום קיום ההפגנה; השני, הגבלות על מספר המשתתפים בהפגנה. הגבלות אלה מצאו את ביטויין בתיקון מס' 2 לחוק שאפשר הכרזה על מצב חירום מיוחד, ובתיקון מס' 3 לתקנות.

באשר למקום קיום ההפגנה, נקבע בסעיף 7(ב)(1) לחוק הסמכויות כי בתקופת תוקפה של הכרזה על מצב חירום מיוחד תוגבל "יציאה של אדם להפגנה והשתתפות בה" למרחק המותר ליציאה ממקום המגורים, כפי שייקבע בתקנות. מגבלת מרחק קונקרטי עוגנה בתקנה 24(1) שנוספה לתקנות במסגרת תיקון מס' 3, ולפיה בתקופת תחולתן של ההגבלות תותר יציאה ממקום המגורים לצורך הפגנה למרחק של "עד 1,000 מטרים ממקום המגורים של המשתתף בהפגנה". זאת בדומה למגבלה הכללית שהוטלה על יציאה ממקום המגורים טרם ההכרזה על מצב חירום מיוחד. באשר למספר המשתתפים בהפגנה, נקבע בסעיף 7(ב)(2) לחוק הסמכויות כי בתקופת תוקפו של מצב חירום מיוחד רשאית הממשלה לקבוע בתקנות "הגבלה על התקהלות בהפגנה, בתפילה או בטקס דתי, לרבות הגבלה על מספר האנשים המשתתפים בהתקהלות כאמור שלא תפחת מהגבלה על התקהלות שנקבעה לפי פסקה זו, ובלבד שהגבלה כאמור חיונית למניעת התפשטות נגיף הקורונה". בהתאם לכך, במסגרת תקנה 24(2) לתקנות נקבע כי התקהלות אסורה היא התקהלות העולה על 20 אנשים בשטח פתוח ועל 10 אנשים במבנה.

36. ההגבלות על הזכות להפגין עוגנו, אפוא, בהסדר מורכב שהוא תולדה של שילוב בין הוראות חוק הסמכויות ובין התקנות שהותקנו מכוחו. לשם הבנת ההסדר לאשורו נדרשנו לקבל הבהרות והסברים מפורטים מאת באי כוחם של המשיבים במהלך הדיונים שהתקיימו בפנינו. זאת נוכח הלשון המסורבלת שבה נוסחו החוק והתקנות אשר בגינה נחלקו המשיבים וכן חלק מן העותרים בשאלה אם עיקר הפגיעה בזכות להפגין מצוי בחוק הסמכויות או שמא בתקנות. באת כוח הכנסת עמדה על כך בצינה כי "בעתירות שבפנינו יש ערבוב בין חוקתיות ההסמכה עצמה לבין חוקתיות השימוש בה במקרה הקונקרטי".

לגישת מרבית העותרים – למעט עותרי אבידר שעתירתם התמקדה בתקנות בלבד – התיקון לחוק הסמכויות הוא שיוצר את עיקר הפגיעה בזכות להפגין. זאת, לגישתם, משום שהחוק עצמו קובע את סוג ההגבלות שיוטלו, קרי הגבלה על מקום קיום ההפגנה ועל מספר המשתתפים בה, בעוד שבתקנות נקבעו אך פרטים קונקרטיים בנוגע להגבלות. הכנסת גורסת מנגד כי "התיקון לחוק אינו מגביל בעצמו את הזכות להפגין, אלא מסמיך את הממשלה להטיל הגבלות משמעותיות על זכות זו" (פסקה 74 לכתב התשובה מטעם הכנסת). לשיטתה, מדובר בחקיקת מסגרת אשר "מסמיכה להגביל את הזכות אך לא קובעת דה-פקטו את ההגבלה עצמה" (שם). דברים דומים נכתבו גם בכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה (בפסקה 104). עוד טענו משיבי הממשלה בהקשר זה כי מיקוד העתירות בתיקון לחוק שקול לטענה כי הכנסת אינה

רשאית להסמיך את הממשלה להטיל אף מגבלה על הזכות להפגין (פסקה 104 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה).

37. התלבטתי לא מעט בשאלה אם עיקר הפגיעה בזכות להפגין טמון בחוק או בתקנות. במבט ראשון נראה כי יש ממש בטענת העותרים שהפגיעה מקורה בחוק, שכן על פי הפשט, בתקופת תוקפה של הכרזה על מצב חירום מיוחד מוסמכת הממשלה להתקין תקנות אשר יחילו על קיום הפגנות את אותן ההגבלות החלות במצב חירום רגיל על פעילויות מסוגים שונים שאינן נמנות בסעיף 7(א)(1) לחוק הסמכויות. על פי קריאה זו, בזמן מצב חירום מיוחד ההגבלות על מרחק היציאה ממקום המגורים ועל ההתקהלות במרחב הציבורי תחולנה – כמות שהן – גם על קיום הפגנה. כך למשל, בהינתן העובדה שבעת חקיקתו של התיקון לחוק כבר עמדה בתוקף מגבלת יציאה מהבית של 1,000 מטרים, משמעות התיקון לחוק הסמכויות על פי פרשנות זו היא הגבלת האפשרות לקיום הפגנות למרחק של 1,000 מטרים ממקום מגורי המפגין, לא פחות ולא יותר. ובמילים אחרות, על פי פרשנות זו שיקול דעתה של הממשלה בהטלת הגבלות מכוח מצב חירום מיוחד מוגבל ומתוחם על ידי ההגבלות שכבר עומדות בתוקפן, ומכאן שעיקר הפגיעה נובע מהחוק.

38. בדיונים שהתקיימו בפנינו הציגו עם זאת באי כוח המשיבים פרשנות אחרת להסדר, לפיה ניתן לקבוע בתקנות הגבלות דיפרנציאליות על סוגי פעילות שונים. לשיטתם, אין הכרח שתהא זהות מוחלטת בין היקף ההגבלות שמוטלות מכוח סעיף 3א(ב) לחוק הסמכויות בזמן מצב חירום מיוחד ובין היקף ההגבלות שמוטלות על הפגנות במצב זה. כך, באשר למגבלה על מספר המשתתפים בהפגנה, הדגיש בא כוח משיבי הממשלה בדיון שהתקיים ביום 13.10.2020 כי על פי האמור בנוהל המשטרתי שנקבע על דעת היועץ המשפטי לממשלה, בזמן מצב החירום המיוחד ניתן היה לקיים הפגנות (וכן תפילות וטקסים דתיים) בהתקהלויות מופרדות (קפסולות) של עד 20 אנשים כל אחת – כל עוד נשמר מרחק של לפחות 20 מטרים בין קבוצה לקבוצה בהתאם לתנאי השטח – וזאת ללא מגבלה על המספר הכולל של הנוכחים בהפגנה (ראו עמ' 3-5 לפרוטוקול הדיון מיום 13.10.2020). דהיינו, לעמדת משיבי הממשלה, בעת התקנת התקנות הייתה הממשלה מוסמכת לקבוע מגבלה מקלה יותר על הזכות להפגין מזו שנקבעה באותה העת על התקהלויות אחרות (מגבלה של עד 20 מתקהלים בשטח פתוח). באשר למגבלת מקום קיום ההפגנה: בדיון שהתקיים ביום 12.1.2021 נטען על ידי באי כוח המשיבים כי על פי החוק נותר בידי הממשלה שיקול דעת לקבוע בתקנות מגבלות מקלות יותר ביחס לקיום הפגנות מאשר אלו שנקבעו על מרחק היציאה מהבית, וזאת בהתאם להמלצת גורמי המקצוע ולנתוני התחלואה העדכניים (ראו עמ' 38).

57-63 לפרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021). על פי הבהרה זו מפי באי כוח המשיבים, ההוראה הקבועה בתקנות בדבר הגבלת מרחק היציאה מן הבית ל-1,000 מטרים משקפת – ככל שהדבר נוגע להפגנות – אך את המגבלה המחמירה ביותר שמוסמכת הממשלה להטיל בתקופת תוקפה של הכרזה על מצב חירום מיוחד.

לתמיכה בפרשנות זו מפנים המשיבים לנוסחו של סעיף 7(ב)(2) לחוק הסמכויות, בו צוין כי "בתקנות לפי פסקה זו רשאית הממשלה לקבוע הגבלה על התקהלות בהפגנה, בתפילה או בטקס דתי, לרבות הגבלה על מספר האנשים המשתתפים בהתקהלות כאמור שלא תפחת מהגבלה על התקהלות שנקבעה לפי פסקה זו, ובלבד שהגבלה כאמור נחוצה למניעת התפשטות נגיף הקורונה" (ההדגשה אינה במקור). ביחס לסעיף 7(ב)(1) לחוק הסמכויות ציינה באת-כוח הכנסת בדיון ביום 12.1.2021 כי: "ככל שאתה חושב כמחוקק וכממשלה, שיש צורך להגביל מרחק יציאה מהבית למצב חירום מיוחד המינימום שלך הוא מה שנקבע ביחס למקום המגורים והמקסימום הוא השמיים" (פרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021, עמ' 59, שורות 23-25).

39. אימוץ הפרשנות שנתנו המשיבים לחוק ולתקנות מוביל אל המסקנה שעיקר הפגיעה נגרם כתוצאה מהוראות התקנות. לא אכחד כי גם לאחר שמיעת הסברי המשיבים, דעתי אינה נוחה מעצם האפשרות – העקרונית – לקבוע מגבלה על מקום קיום הפגנה או על מספר המשתתפים בה. כפי שפסקנו בעניין כיכר גורן: "היכולת לבקר את השלטון היא מאפיין כה בסיסי של הדמוקרטיה עד כי ניתן לתארה כ'נייר הלקמוס' המבחין בין מדינות דמוקרטיות למדינות שאינן כאלה" (שם, פסקה 22). האפשרות לבקר את השלטון חשובה שבעתיים בעתות חירום, שבהן נוקטת הממשלה באמצעים יוצאי דופן ומקצצת בחירויות הפרט (ראו עניין פדידה, פסקה 30 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). וכך ביתר שאת, בתקופה שבה מכונס הציבור בביתו בשל כורח השעה, האינטראקציות הבינאישיות מצטמצמות למינימום ומרחב הביטוי האישי של הפרט מוגבל עד מאוד. או אז מהווה החירות להפגין פתח "לשחרור הקיטור החברתי, אשר עלול להצטבר ולהתפרץ בדרכים לא רצויות אם לא יינתן לו פתח שחרור לגיטימי" (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי)). ואולם, את מגבלת מרחק היציאה מהבית קובעות התקנות, ובהקשר זה ברי שאין דינה של הגבלת יציאה מבית המגורים לצורך הפגנה למרחק של 1,000 מטרים, המאפשרת לפרט להפגין בסמיכות לביתו בלבד; כדין הגבלה של 10 קילומטרים, המאפשרת לפרט להפגין במקום מרכזי

בעיר מגוריו; או הגבלה של 100 קילומטרים, שבמדינה קטנה כמו ישראל מאפשרת למרבית התושבים חירות משמעותית ביחס לבחירת מקום ההפגנה. הוא הדין באשר לפגיעה הנטענת כתוצאה מן המגבלה על מספר המשתתפים בהפגנה, אשר על פי פרשנות המשיבים משרטטת את המינימום בלבד. לפיכך, עצם התרחשות הפגיעה בזכות להפגין ובוודאי היקפה, קשורים קשר כל יינתק בהוראות שתיקבענה בתקנות, ככל שתיקבענה, לעניין מספר המפגינים ולעניין מקום ההפגנה.

מסקנה פרשנית זו בכל הנוגע להסטת עיקר הפגיעה מן החוק אל עבר התקנות, נתמכת בעקרון הפרשני הנוהג בשיטתנו ולפיו "בהינתן שתי פרשנויות אפשריות לדבר חקיקה, האחת פוגעת בזכויות אדם והאחרת מקיימת אותן, יש להעדיף את הפרשנות המקיימת" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 21 לפסק דיני (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס)). מכך מתבקשת המסקנה כי באותם המקרים שבהם ניתן לפרש חוק באופן שהפגם החוקתי, ככל שקיים, דבק ביישומו ולא בחוק עצמו ובלבד שאינו מלאכותי ואינו מרוקן את החוק מתוכן – מן הראוי שמרכז הכובד של הביקורת השיפוטית יתמקד בחקיקת המשנה (לדברים ברוח זו ראו פסקה 5 לחוות דעתי בבג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.2014); ראו והשוו לאריאל בנדור, בשלות ועוד בעקבות בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת; בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת", משפטים על אתר ח 33, 57-65 (התשע"ו)).

הנה כי כן, בהתחשב באפשרות הנתונה בחוק למתן עד כדי איון את הפגיעה בזכות להפגין במסגרת התקנות, למשל, באמצעות קביעת מגבלת מרחק שהייתה מאפשרת קיום הפגנות בזיקה למהות ההפגנה ולא רק בסמיכות למקום המגורים – הגעתי לכלל מסקנה כי עיקר הפגיעה בזכות להפגין מצוי בתקנות ובאופן שבו מפעיל מחוקק המשנה את שיקול דעתו.

40. ביחס לפגיעתן של התקנות העלו העותרים טענות בשני מישורים: במישור הפרוצדורלי, טענו העותרים כי נפל פגם היורד לשורשו של עניין בהליך התקנת התקנות ובמישור המהותי, טענו כי התקנות פוגעות פגיעה קשה וחמורה בזכות להפגין שאינה מידתית. ודוקו – השאלה העומדת בפנינו בשלב זה של הדיון היא פגיעתה של חקיקת משנה בזכויות אדם ואותה יש לבחון על פי אמות המידה החוקתיות שנקבעו בפסקת ההגבלה.

אך טרם שנידרש לבחינה מהותית של המגבלות שנקבעו בתקנות על הזכות להפגין בזמן מצב חירום מיוחד, מן הראוי להידרש בקצרה לטענת סף שהעלו המשיבים ולפיה מדובר לעת הזו בסוגיה תיאורטית.

טענת סף ביחס לקיום ביקורת שיפוטית על התקנות

41. לעמדת המשיבים, בשלב הנוכחי סוגיית המגבלות על הזכות להפגין היא תיאורטית בלבד. זאת, משום שביום 13.10.2020 בשעה 23:59, פקע תוקפה של תקנה 24 לתקנות, ואין לדעת אם יהיה כלל צורך לשוב ולהתקין תקנות דומות בעתיד. על כן, כך סבורים המשיבים, אין במקרה דנן סכסוך בר-קיימא שדורש הכרעה, ומטעם זה יש לדחות את העתירות ככל שהן מופנות נגד התקנות.

42. אכן, "כלל נקוט בדינו הוא כי אין להיזקק לבירור סוגיה שהינה בבחינת 'תורה לשמה', ומשהופך העניין הקונקרטי נשוא ההתדיינות לאקדמי [...] לא יידרש לו בית המשפט למעט במקרים חריגים" (עצ"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות, פסקה 10 לפסק דיני (3.8.2006); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג' (5) 241, 250 (1999) (להלן: עניין צמח); בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד' (3) 204, 232 (2011) (להלן: עניין בר-אילן)). עם זאת, הפסיקה קבעה מספר חריגים לכלל. כך למשל במקרה שבו מדובר בעניין בעל חשיבות עקרונית שעשוי לחזור על עצמו, אך הוא על פי טבעו קצר-מועד או מתקיים כעניין אקטואלי לאורך תקופה קצרה בלבד (עניין צמח, בעמ' 250; עניין בר-אילן, בעמ' 233). במקרה כזה, כך נפסק, אם יסרב בית המשפט לדון ולהכריע בעתירה, למעשה יהא אותו העניין חסין בפועל בפני ביקורת שיפוטית (ראו, מיני רבים, בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לא' (3) 141, 146 (1985); בג"ץ 1273/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' הכנסת ה-22, פסקה 8 (9.9.2020); בג"ץ 208/19 בן מאיר נ' שר החינוך, פסקה 7 (2.5.2019); יצחק זמיר "ביקורת שיפוטית בעניינים תאורטיים" ספר סטיב אדלר 583, 595 (2016)).

43. המקרה שלפנינו נמנה לגישתי עם אותם מקרים חריגים המצדיקים דיון אף שהוראת התקנות אינה בתוקף עוד. זאת משום שתוקפן של התקנות המגבילות הפגנות במצב חירום מיוחד, הוא קצר-מועד ומשכך, קיים חשש ממשי שמא עד שימוצו הליכים, ועד שתוגש עתירה שתידון ותוכרע – תפקענה התקנות. חשש זה איננו חשש

בעלמא, והלכה למעשה כך אירע ביחס לעתירות שלפנינו. עתירות אלה הוגשו ביום 4.10.2020 (בג"ץ 6859/20), ביום 5.10.2020 (בג"ץ 6866/20) וביום 6.10.2020 (בג"ץ 6878/20) – והדיון בהן התקיים ביום 13.10.2020, הוא יום פקיעתן של התקנות מאחר שלא הוארכו עוד. טענת המשיבים כי "הסוגיה אינה מתעוררת ללא התראה, אלא לאחר שהתקנות מותקנות בהליך סדור ופומבי" (פסקה 211 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה), אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה, שכן לא ניתן להגיש עתירה נגד תקנות שטרם באו לעולם או שמצויות בהליך התקנה, ואם כך ייעשה – קרוב לוודאי שהעתירה תידחה בשל אי-מיצוי הליכים ובהיותה עתירה מוקדמת. העובדה שמדובר בתקנות המותקנות במצב חירום מיוחד, בעיצומו של משבר דינמי המחייב – לגישת המשיבים עצמם – פעולה דחופה ומהירה, מדגישה אף היא את חשיבות קיומה של ביקורת שיפוטית אף אם מדובר בתקנות שבינתיים פקעו. זאת ולו כדי שתוצאותיה של הביקורת השיפוטית בהקשר זה ינחו את המשיבים בעתיד, ככל שהנסיבות יחייבו שוב פעולה מהירה של התקנת תקנות כאלה.

44. זאת ועוד – כפי שציינו עותרי אבידר, מכוח תקנה 24 לתקנות הוטלו קנסות על מפרי ההגבלות, ואם ייקבע כי תקנה 24 בטלה מעיקרה, בטלים עמה גם הקנסות שהוטלו מכוחה. במובן זה, לא ניתן לומר כי מדובר בעתירה תיאורטית כלל ועיקר, אלא בעתירה אשר להכרעה בה נודעת משמעות אופרטיבית ברורה. בהקשר זה לא למותר ציין כי מספרם המדויק של הקנסות אינו ידוע לנו משום שמשיבי הממשלה לא מסרו את הנתונים הללו עד כה. ויוזכר – בצו על תנאי שיצא מלפנינו ביום 14.10.2020 הורינו למשיבי הממשלה לפרט "מהו מספר ושיעור הקנסות אשר הוטלו בימים 1.10.2020-13.10.2020 בשל השתתפות בהפגנות [...]". אך פרטים אלה לא נמסרו וההסבר שניתן לכך על ידי משיבי הממשלה הוא ש"ממשטרת ישראל נמסר כי לא ניתן היה לפלח אילו קנסות ניתנו בגין הפרת ההגבלות שהוטלו על הפגנות בתקופה הרלוונטית" (פסקה 218 לתשובה מטעם משיבי הממשלה). לטענת משיבי הממשלה המידע המצוי בידיהם מתייחס באופן כוללני לעבירה שבגינה ניתן הקנס (למשל "יציאה ממקום המגורים למטרה שאינה מותרת"). אולם, כך לטענתם, "לא ניתן לשייך נתונים אלו דווקא להתקהלות בהפגנות" (שם). על הסבר זה חזר בא כוח משיבי הממשלה בדיון שהתקיים בפנינו ביום 12.1.2021 (ראו עמ' 67 לפרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021). עם זאת, וכפי שאישר בפנינו בא-כוח משיבי הממשלה באותו הדיון, ככל שיוחלט על בטלות התקנות תימצא הדרך לאתר את הקנסות שהוטלו בשל השתתפות בהפגנות בניגוד למגבלת המרחק (ראו דברי בא-כוח משיבי הממשלה בפרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021 בעמ' 67).

45. תיקון מס' 3 לתקנות, אשר במסגרתו נוספה תקנה 24, התקבל ביום 30.9.2020 בסמוך לחצות, בדרך של משאל טלפוני. לטענת עותרי אביר, התקנת התקנות באופן זה אינה עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המנהלי ואינה מקיימת את התנאים אשר נקבעו בסעיף 4(א) סיפא לחוק הסמכויות לצורך התקנות תקנות מכוחו. לפי סעיף זה מוסמכת הממשלה להתקין תקנות "אם שוכנעה כי הדבר דרוש לשם מניעת הדבקה בנגיף הקורונה בקרב הציבור וצמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות בסיכון, והכול רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות, לאחר שנשקלו חלופות להשגתן, הפגיעה בזכויות וההשפעות על המשק" (ההדגשה הוספה). לטענת עותרי אביר, נוכח העובדה שהתקנות הותקנו במשאל טלפוני בשעת לילה מאוחרת, חזקה היא שהחלטת הממשלה לא נסמכה על התשתית העובדתית הנדרשת; כי לא נבחנו החלופות השונות להשגת המטרות שמבקשות התקנות להשיג; ולא נשקלה השפעתן של התקנות על הזכות להפגין, כפי שמתחייב מן החוק. עוד מטעימים עותרי אביר כי חרף פניות חוזרות ונשנות מצדם, לא הציגו משיבי הממשלה פרוטוקול של הדיון הלילי שקיימה הממשלה בנושא או כל תיעוד אחר שממנו ניתן ללמוד על דבר קיומו של פרוטוקול כזה או על תוכן הדיון ועל עמידתו בתנאים הקבועים בחוק הסמכויות ובכללי המשפט המנהלי. עובדה זו, כך עותרי אביר, יש לזקוף לחובת משיבי הממשלה.

46. כלל יסוד במשפט המנהלי הוא כי "החלטות מינהליות אמורות להתקבל על סמך תשתית עובדתית, ותוך בחינת כל החלופות להחלטה" (בג"ץ 2974/17 המועצה האזורית מגידו נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פסקה 32 (24.12.2017); וראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 440-439 (2010) (להלן: ברק ארז, משפט מינהלי כרך א)). כלל זה נכון בפרט כאשר מדובר בהחלטה "שהשלכותיה ותוצאותיה על המשק ועל החברה הן מרחיקות לכת" (בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 493 (1999)), דוגמת ההחלטה על התקנת התקנות בענייננו. הדרישה המעוגנת בסעיף 4(א) לחוק הסמכויות מהווה, אפוא, ביטוי קונקרטי לדרישה זו והיא אף מפרטת את השיקולים שעל הרשות לשקול בבואה להתקין תקנות דוגמת אלו שהן נושא הדיון בענייננו.

47. טענותיהם כבדות-המשקל של עותרי אביר לא זכו למענה מצד משיבי הממשלה. בטיעוניהם הכתובים של משיבי הממשלה צוין כי "בהמשך להחלטה על הסגר החלקי, דנה הממשלה בהטלת סגר כללי והדוק עוד יותר", וכי במסגרת דיונים

אלו החליטה הממשלה להטיל הגבלות על תפילות והפגנות (פסקה 45 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה). לא הובהר אם ומתי בדיוק התקיים דיון שעניינו הטלת הגבלות סציפיות על תפילות והפגנות, ולא הובא כל תיעוד לקיומו של דיון כאמור או לתוכנו. עוד ציינו משיבי הממשלה כי "לאורך יום 30.9.2020 התקיים שיג ושיח בין הגורמים הממשלתיים השונים בעניין התקנת התקנות, ובשים לב לדחיפות בקביעת ההוראות, בשעות הלילה התקיימה הצבעה טלפונית על אישורן של התקנות" (פסקה 226 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). מטענות אלה לא ניתן ללמוד דבר באשר לזהותם של ה"גורמים הממשלתיים" שדנו בנושא או באשר לעמדותיהם; לתוכן הדיון הלילי ולמשכו; ולסיבת היעדרו של פרוטוקול המתעד את שידורו בו.

בדיון שהתקיים ביום 13.10.2020 נשאל בא-כוח משיבי הממשלה מדוע לא הוצג פרוטוקול הדיון הלילי, ובתשובה נמסר כי "מבירור מול משרד רוה"מ עלה שדיוני ישיבות הממשלה וישיבות הקבינט [הם] חסויים מכוח סעיף 71 לתקנון עבודת הממשלה" (עמ' 55 לפרוטוקול הדיון). טענה זו, כך נראה, נזנחה בהמשך על ידי משיבי הממשלה שכן הם לא העלו אותה בתצהיר התשובה מטעמם או בדיון שהתקיים בפנינו ביום 12.1.2021. ונותרה התהייה, שלא זכתה למענה, אם יש כלל פרוטוקול כזה בנמצא. למעשה, בכתב התשובה מטעמם, ציינו משיבי הממשלה כי התשתית שעליה התבססה החלטת הממשלה מיום 30.9.2020 היא אותה התשתית שעמדה בפני ועדת החוקה בדיונים שערכה בנוגע לתיקון מס' 2 לחוק הסמכויות, בימים 24.9.2020, 25.9.2020 ו-29.9.2020 (פסקה 226 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). כלומר, אף אם בפני הממשלה הוצגה תשתית עובדתית כלשהי היתה זו תשתית בלתי מעודכנת ליום הדיון אשר מטבע הדברים לא התמקדה בצורך להטיל את המגבלות הקונקרטיות שאותן אישרה הממשלה בדיון הלילי.

48. המשיבים טוענים כי אף אם נפל פגם בהליך התקנת התקנות, משעה שהן אושרו על-ידי ועדת החוקה בדיון ארוך וממצה יום לאחר התקנתן (ביום 1.10.2020) וטרם כניסתן לתוקף – יש בכך כדי לרפא את הפגם האמור. טענה זו אינה חפה מקשיים, שכן שלב התקנת התקנות על ידי הממשלה (בהתאם לסמכותה על פי סעיף 4(א) לחוק הסמכויות) ושלב אשרור התקנות על ידי ועדת החוקה (על פי סעיף 4(ד)(1) לחוק הסמכויות), הם שני שלבים שונים ונפרדים בתהליך התקנת התקנות. יש אפוא קושי בטענה כי דיון מאוחר שהתקיים בכנסת מרפא בדיעבד פגם בדיון שקיימה הממשלה.

עם זאת, בהחלט יש משקל לעובדה שהתקנות אושרו על ידי ועדת החוקה בתוך מגבלת 24 השעות שנקצבו בחוק הסמכויות ולפיכך לא היה פרק זמן שבו התקנות היו בתוקף מבלי שקיבלו את אישור הוועדה. לכך יש להוסיף כי הדיון שהתקיים בוועדה היה רציני ומעמיק. על כך ניתן ללמוד מפרוטוקול הדיון הנפרש על פני למעלה מ-90 עמודים, בו נשמעו גורמי המקצוע השונים וניתנה לחברי הכנסת, מהקואליציה ומהאופוזיציה, ההזדמנות להביע עמדתם. בנוסף, ניתנה האפשרות לגורמי החברה האזרחית להשתתף בדיונים, ועמדותיהם זכו להתייחסות מצד חברי הוועדה. בשם לב לפיקוח הפרלמנטארי האפקטיבי שקיימה ועדת החוקה על התקנות כמעין "כנסת זוטא" (ראו והשוו לבג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פסקה 25 (13.8.2017)), אני סבורה כי הפגם שנפל בהליך האישור הלילי – אף שאין להמעיט ממשמעותו – אינו מוליך במקרה זה לביטול התקנות.

49. לאחר שעיינתי בחוות דעתם של חבריי להרכב, אבקש להדגיש ולהבהיר בהקשר זה כי גם לגישתי כאשר נפל פגם בהליך המנהלי שקדם לקבלת החלטה על ידי רשות, עשויה ההחלטה להיפסל מטעם זה בלבד, אפילו הייתה הרשות מוסמכת לקבל את ההחלטה ואף אם בדיעבד ניתן לה אישור של ועדה מוועדות הכנסת (על חשיבותו של הליך מנהלי כתנאי להבטחת תקינותה של החלטת הרשות, ראו והשוו: בג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד נב(5) 705, 713-714 (1999); ועל חשיבותו של הליך מנהלי כתנאי להבטחת תקינות החלטתה של הרשות, ראו והשוו אך לאחרונה: בג"ץ 1107/21 שמש נ' ראש הממשלה (17.3.2021)). עם זאת, ובהתאם לגישת הבטלות היחסית אשר אומצה זה מכבר בשיטתנו המשפטית, קיומו של פגם בהליך המינהלי אינו מוליך בהכרח לבטלות תוצאת אותו הליך, ויש לבחון בכל מקרה ומקרה, את משמעות הפגם, את מידת השפעתו על ההחלטה המינהלית שהתקבלה ובעקבות כך – את הסעד שיש ליתן (ראו, מיני רבים: ע"מ 1975/01 ועדה מקומית לתכנון ולבנייה, כרמיאל נ' רובינשטיין, פ"ד נו(6) 638, 648 (2002); בג"ץ 8378/96 חביש נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(1) 145 (1997); בג"ץ 465/93 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 634-635 (1994) (להלן: עניין טריידט); לתיאור השתרשותה של גישת הבטלות היחסית בשיטת המשפט שלנו, וכן להצגת חסרונותיה ויתרונותיה, ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 815-818, 826-839 (2010)).

במקרה דנן אכן נפל פגם בהליך התקנת תיקון מס' 3 לתקנות שעליו עמדתי לעיל, אך לגישתי אין מקום להורות, מטעם זה בלבד, על ביטולה של תקנה 24

שהותקנה במסגרת אותו התיקון. משיבי הממשלה עומדים על כך שהתקיימו דיונים בדבר המגבלות הספציפיות שהוטלו במסגרת תיקון מס' 3, ונשקלו חלופות בדבר המגבלות האמורות. אך בפנינו לא הובא תיעוד לכך ונותרה על כן אי-בהירות ביחס להיקפו של הדיון שהתקיים וביחס לתשתית העדכנית הספציפית שהונחה בפני חברי הממשלה. בעניין טריידט התייחס השופט י' זמיר למשמעות הפגם שנפל בהליך המנהלי, למידת השפעתו על ההחלטה שהתקבלה ולהשלכות שיש לכך על הסעד שיינתן בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית. השופט זמיר ציין כי "המבחן המרכזי בעניין זה נעוץ בקשר בין הפגם לבין ההחלטה: השאלה החשובה היא אם סביר להניח כי הפגם השפיע על ההחלטה, או, לשון אחר, אם סביר להניח כי לולא הפגם הייתה ההחלטה שונה באופן מהותי" (שם, בעמ' 634-635). על פי מבחנים אלה, הגעתי אל המסקנה כי אין די בפגם שנפל במקרה זה בהליך המנהלי על מנת להוליך לבטלות. זאת, בהינתן העובדה שלמחרת הדיון הלילי בממשלה התקיים במקרה דנן דיון מעמיק בוועדת החוקה, במסגרתו הוצגה עמדת גורמי המקצוע. בכך אין כדי לרפא את הפגם שנפל בהליך המנהלי שהתקיים בממשלה ושעליו עמדתי לעיל, אך לגישתי הדיון בוועדת החוקה יש בו כדי לחזק את המסקנה כי ככל הנראה עמדה תשתית מקצועית בפני הממשלה בעת קבלת ההחלטה, בדומה לתשתית המקצועית שעמדה למחרת היום בפני ועדת החוקה (וראו בהקשר זה גם את נוסח הצעת המחליטים מס' 416 של הממשלה מיום 30.9.2020 בה צוין "מחליטים [...] להביא את התקנות לאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט בליווי דברי הסבר והתשתית העובדתית שבבסיס ההצעה להתקין את התקנות", וכן את הצעת המחליטים המפורטת, הכוללת תשתית עובדתית מעודכנת ודברי הסבר בדבר הארכת תוקפן של התקנות מיום 7.10.2020, ואשר צורפה כמס' 6/ לכתב התשובה של משיבי הממשלה). לפיכך, אני מוכנה להניח כי הפגם שנפל בהליך – שעיקרו בהעדר תיעוד ובאי הבהירות הנובעת מכך – לא היה בו כדי לשנות באופן מהותי את ההחלטה שהתקבלה בסופו של דבר. לכך יש להוסיף את העובדה כי ועדת החוקה אישרה את תיקון מס' 3 לתקנות, וכידוע היקף התערבותו של בית משפט זה בחקיקת משנה שאושרה על ידי וועדה מוועדת הכנסת הוא מצומצם (ראו למשל: ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית, פ"ד נ(5) 485, 537 (1997); ברק ארז, משפט מנהלי כרך א, בעמ' 325-322)).

משהגעתי למסקנה זו, אפנה עתה לבחינת חוקתיותן של ההגבלות על ההפגנות שנקבעו בתקנה 24 לתקנות.

50. תקנה 24 לתקנות, שעמדה בתוקפה מיום 1.10.2020 ועד ליום 13.10.2020, הגבילה את הזכות להפגין בשני היבטים המצויים, כפי שכבר צוין, בליבת הזכות להפגין: בתקנה 24(2) לתקנות נקבע כי לא ישתתף אדם בהתקהלות שמספר האנשים בה עולה על ה"התקהלות המותרת"; ובתקנה 24(1) לתקנות נקבע כי ניתן להשתתף בהפגנה המתקיימת במרחק של עד 1,000 מטרים ממקום המגורים של המשתתף בהפגנה. מן הטעמים שאפרט להלן, עמדתי היא שתקנה 24(1) לתקנות אינה צולחת את מבחני המידתיות ויש להורות על בטלותה, בעוד אשר תקנה 24(2) צולחת אותם ואין מקום לבטלה.

תקנה 24(2) לתקנות

51. הטלת מגבלות על מספר המפגינים זכתה בפסיקה להתייחסות מיוחדת. כך, נקבע כי הגם שניתן לקבוע מגבלות על מספר המפגינים (בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 482 (1994)), היא מעוררת קושי מיוחד משום שהיא "עלולה לפגוע בפוטנציאל ההצלחה של ההפגנה, עוצמתה ותהודתה. הפגיעה הגלומה בהטלת מגבלה זו עלולה להיות אפוא קשה במיוחד, ועל כן מוטב להשתמש בה רק כאשר קיים קשר ישיר בין מספר המפגינים לבין הסיכון או הפגיעה שאותם מבקשת המשטרה לצמצם" (עניין כיכר גורן, פסקה 10 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר).

בענייננו, הפרשנות שנתנו המשיבים לתקנה 24(2) לתקנות מובילה לכך שהמגבלה שהוטלה היא למעשה מגבלה על המתווה לקיומה של ההפגנה על דרך של הפגנה ב"קפסולות" באופן שיבטיח, ככל הניתן, ריחוק חברתי. בא-כוח משיבי הממשלה אף הדגיש בדיון בפנינו ביום 13.10.2020 כי פרשנות זו של המשיבים עוגנה באופן מפורש בהודעה לציבור שפרסמה משטרת ישראל ביום 2.10.2020 וכי כך הונחו גם השוטרים בשטח. במובן זה, המגבלה שחלה על מספר המשתתפים היא מגבלה עקיפה הנובעת מתנאי השטח ומן האפשרות להכיל בו קפסולות של עשרים איש במרחק של עשרים מטרים זו מזו.

52. מגבלה זו, אף שיש בה פגיעה מסוימת בזכות להפגין, קשורה בנסיבות "ימי הקורונה" בקשר רציונלי לסכנות שאותן מציבה המגפה. לטענת המשיבים, יש קשיים מתודולוגיים באיסוף נתונים באשר להיקף ההדבקה בהפגנות ועל כן, לא היה בידם להציג נתונים אמפיריים כאלה. אך בהקשר זה ניתן לגישתי לקבל את עמדת גורמי

המקצוע שהציגו המשיבים ולפיה, בהתאם להבנתם את אופן התפשטות הנגיף בעת אישור התיקון לתקנות, כל התקלות – ובמיוחד הפגנה אשר במהלכה מושמעות קריאות רמות וצעקות המובילות לפיזור רסס טיפתי – עלולה להוביל להדבקה. דומה כי גם העותרים עצמם סבורים שהטלת מגבלה שעניינה ריחוק חברתי היא מידתית, שכן הם הפנו בטענותיהם למתווה היועץ המשפטי לממשלה מיום 18.9.2020 אשר בהקשר זה קבע מגבלות דומות, וציינו כי לגישתם מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה.

53. במבט השוואתי נראה כי בתי המשפט בעולם נטו לפסול מגבלות גורפות (blanket bans) שהוטלו על עצם קיומן של הפגנות או מגבלות על מספר המשתתפים בהפגנות. לעומת זאת, מגבלות שעניינן הקפדה על ריחוק חברתי אושרו על-ידי בתי משפט ברחבי העולם. כך למשל, ה-Conseil d'Etat, בית המשפט העליון לעניינים מנהליים בצרפת, קבע כי ההגבלה אשר הוטלה על קיום הפגנות שבהן משתתפים יותר מעשרה אנשים, פוגעת פגיעה בלתי-מידתית בחופש ההפגנה, וכי די בחיוב המפגינים לנקוט באמצעי זהירות על מנת לשמור על האינטרס של בריאות הציבור (C.E Sect. 13-06-2020 n° 440846, 440856, 441015). עוד הורה בית המשפט להתיר קיום הפגנות כל עוד מספר המשתתפים בהן אינו עולה על 5,000 איש וניתן לכבד במסגרתן את הדרישות בדבר עטיית מסכה ושמירה על ריחוק חברתי. גם בגרמניה הוגשו מספר עתירות כנגד הגבלות מדינתיות שמכוחן נאסר כליל על קיום הפגנות. בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה קבע כי על מדינות גרמניה להימנע מקביעת הגבלות מוחלטות על החופש להפגין בלא שמוצו אמצעים אחרים פוגעניים פחות, וכי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו (BVerfG, BvR 828/20 Apr. 15, 2020). עם זאת, אישר בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה את האיסור שהוטל על קיום הפגנה בעיר ברמן, וזאת נוכח הממצאים העובדתיים בדבר העדר יכולת לעמוד בהנחיות הריחוק החברתי הנדרשות והערכות המסוכנות אשר הוצגו בפניו (BVerfG, BvQ 145/20 Dec. 5 2020).

מן הטעמים שפורטו, אני סבורה כי הפגיעה בזכות להפגין הנובעת מהוראות תקנה 24(2) צולחת את המבחן החוקתי ואין מקום לבטלה. זאת, בהינתן עמדת המשיבים כי על פי תקנה זו ניתן לקיים הפגנה בקפסולות של עשרים איש כל אחת, תוך שמירת ריחוק חברתי בין קפסולה לקפסולה.

54. שונים הדברים ביחס להטלת מגבלה על מקום ההפגנה. בעבר נקבע בפסיקה כי "המסר שאותו מבקשים המפגינים להעביר אינו בא לידי ביטוי אך בקריאותיהם ובשלטים הנישאים על ידם. בחירת מיקומה של ההפגנה נושאת אמירה בעלת חשיבות עצמאית ונפרדת עבור המפגינים ואף היא חוסה תחת ההגנה של חירות ההפגנה והביטוי" (עניין פדידה, פסקה 23 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). עמד על הדברים השופט י' דנציגר בעניין כיכר גורן בציניו:

"הבחירה של המפגינים במיקום מסוים היא לרוב אינה בחירה ניטראלית. לעיתים קרובות בוחרים המפגינים ב'מיקום הטוב ביותר' – דהיינו, במיקום שבו נוכחותם הפיסית במרחב תורגש באופן המרבי, והמסר שאותו הם מבקשים להעביר יועבר באופן האפקטיבי ביותר [...] הפגנה היא אפוא – מעצם טיבה וטבעה – אקט פומבי, בו מבקשים המפגינים להביא את מחאתם אל הקהל האפשרי הגדול ביותר, ומתוקף כך יש חשיבות רבה גם לבחירת המקום. לא לחינם בחרו הדוברים והמפגינים לאורך ההיסטוריה האנושית את 'כיכר העיר' כזירה המתאימה לעריכת הפגנות. הדבר נובע, מניה-וביה, מתוך ההכרה בכך שבכל הנוגע להעברת המסר הזירה אינה פחות חשובה מהמסר. הדברים יפים בייחוד שעה ש'כיכר העיר' אינה רק 'סתם' מקום מרכזי, אלא הבחירה בה נושאת כשלעצמה מטען או אמירה כלשהם. במצבים אלו, לא זו בלבד שהזירה (המדיום) אינה פחות חשובה מהמסר, אלא לעיתים היא כשלעצמה מהווה סוג של ביטוי" (פסקה 13 לחוות דעתו; ההדגשה במקור).

הטלת מגבלה המונעת ממפגינים לבחור את המקום שבו הם חפצים לממש את זכותם פוגעת, על כן, בליבת הזכות להפגין. זאת בפרט בהינתן העובדה שאחד ממוקדי ההפגנות המרכזיים טרם הטלת ההגבלות היה מעונו הרשמי של ראש הממשלה. בפסיקה הודגש כי "למיקום בו נערכת משמרת המחאה – דווקא מול מעונו הרשמי של נבחר הציבור – יש איפוא חשיבות מיוחדת בעידן המודרני, שכן הדבר נועד למשוך את תשומת הלב של מקבלי ההחלטות ושל הציבור" (ע"מ 1775/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פסקאות 41-42 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (24.9.2020)); ההדגשה במקור (להלן: עניין בית הנשיא)). לגבי מעונו הרשמי של ראש הממשלה נקבע כי "יש בו מסמליות השלטון" (בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 796, 793 (1994)) וכי "הפגיעה בחירות ההפגנה ובחופש הביטוי של המפגינים כתוצאה משלילת אפשרותם להתכנס דווקא במקום זה – קשה וחריפה היא" (עניין פדידה, פסקה 24 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

55. בצדק מציינים המשיבים כי הזכות להפגין, ככל זכות יסוד, אינה זכות מוחלטת, וניתן להגבילה אם ניצבים מולה אינטרסים נוגדים הראויים אף הם להגנה (עניין פדידה, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). ואולם, נוכח חשיבותה של הזכות להפגין, נקבעה בפסיקה אמת מידה מחמירה לבחינת האיזון בינה ובין האינטרסים והזכויות המתנגשים עימה, ונפסק כי ניתן יהיה להגביל את הזכות להפגין רק "מקום שבו מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ובמידה המצומצמת ביותר הנדרשת" על מנת למנוע פגיעה כאמור (שם, פסקה 19; עניין כיכר גורן, פסקה 19 לפסק דיני; עניין אבנרי, פסקה 39 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר). נוסחה זו, אשר עוגנה בפסיקה עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (ראו למשל בג"ץ 153/83 לוי נ' המפקד הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 408 (1984)), משתלבת כיום במבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין בית הנשיא, פסקה 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר; אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 177 (2018)).

56. בניגוד למגבלה על מספר המשתתפים – שהמשיבים פירשוה כמגבלה של ריחוק חברתי ומתוקף פרשנות זו ניתן לומר כי היא צולחת את מבחן המידתיות – לא כן מגבלת המרחק שנקבעה בתקנה 24(1) לתקנות, אשר תחמה את מקום ההפגנה באופן שלא יעלה על 1,000 מטרים ממקום מגוריו של המפגין. להשקפתי, הגבלה זו אינה צולחת את מבחני המידתיות ודינה להתבטל.

העותרים העלו שלל טענות נוספות בנוגע לפגיעתה של תקנה זו. כך, נטען כי קיים ניגוד עניינים – מוסדי ואישי – של חברי הממשלה, ובמיוחד של ראש הממשלה, בהתקנת תקנות הנוגעות לקיום הפגנות בהתחשב במיקומן של ההפגנות ובנושאייהן; שההסמכה שבחוק אינה מספקת לנוכח העובדה שמדובר בהסדר ראשוני שיש לעגנו בחקיקה ראשית; וכן נטענו טענות באשר לתכליתו "האמיתית" של הסדר זה. לנוכח מסקנתי כי ההגבלה הקבועה בסעיף 24(1) לתקנות אינה צולחת את מבחן המידתיות, מתייטר הצורך לדון בטענות אלה. כמו כן, לצורך הדיון אני מוכנה להניח לטובת המשיבים כי התקנה עומדת בשאר מבחני פסקת ההגבלה ולפיכך אפנה הישר למבחני המידתיות.

מבחן הקשר הרציונלי

57. לטענת העותרים, לא הוצגו כל נתונים המבססים קשר רציונלי בין הגבלת מרחק היציאה מהבית שנקבעה בתקנה 24(1) לתקנות ובין צמצום התפשטות נגיף

הקורונה. עיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה שעסקו בהגבלת המרחק, מעלה כי הטעם העיקרי להטלת הגבלה זו אכן היה אכיפתי. כך למשל, ציין המשנה למנכ"ל משרד הבריאות דאז, פרופ' איתמר גרוטו, כי "אנשים יכולים להגיד שהם יוצאים להפגנה או יוצאים לכל מיני דברים אחרים ולנצל את העניין הזה" (פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 24.9.2020, בעמ' 66); באופן דומה ציין סגן שר הבריאות, ח"כ יואב קיש, בדיון שעסק בהארכת תוקפה של תקנה 24: "כל אחד יכול היה להיכנס לרכב ולומר שהוא הולך להפגין. זה ייצר אירוע שמבחינת האכיפה, היה בלתי נשלט" (עמ' 43 לפרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 11.10.2020). במקרים מסוימים ניתן אמנם להסיק כי מתקיים קשר רציונאלי בין הוראה ספציפית הגורמת לפגיעה בזכות ובין תכליתו של ההסדר הכולל, וזאת אף אם השיקול שעמד מאחורי קביעת אותו הסדר הוא שיקול אכיפתי גרידא (ראו למשל פסקה 180 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)). עם זאת, אינני סבורה כי במקרה דנן השיקול האכיפתי הוא משמעותי דיו עד כי ניתן לומר שמגבלת המקום צולחת את מבחן הקשר הרציונאלי. בהקשר זה יצוין כי בתקופת תוקפן של ההגבלות על הפגנות, ניתנה לתושבים האפשרות להתרחק מעבר למגבלת 1,000 המטרים ממקום מגוריהם לצורך פעילויות שונות המנויות בסעיף 7(א)(1) לחוק הסמכויות, אף שגם לגביהן ניתן היה לטעון כי הן עשויות לכאורה לעורר קושי אכיפתי דומה. כך, למשל, אדם יכול היה להתרחק מביתו לשם "הצטיידות במוצרים חיוניים או קבלת שירותים חיוניים" (סעיף 7(א)(1)(א)); לשם "סיוע לאדם שיש לו קושי או מצוקה הדורשים סיוע" (סעיף 7(א)(1)(ב)); לשם "יציאה של עובד למקום עבודה שפעילותו מותרת בחוק זה או בתקנות לפיו, לרבות של עיתונאי או עובד מקצועות התקשורת" (סעיף 7(א)(1)(ח)); ואף לשם "טיפול חיוני בבעל חיים" (סעיף 7(א)(1)(ז)).

58. המשיבים עמדו אמנם על כך שהפגנה היא פעילות שונה במובהק מפעילויות אלו, שכן הפגנה מובילה מטבעה להתקהלות של משתתפים ומייצרת קשיי אכיפה ייחודיים (עמ' 23 לפרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021). עוד צוין כי הפגנה היא אירוע המוני מטבעו, והגבלת המרחק מסייעת במניעת עירובם של אנשים מערים שונות שתפוצת הנגיף בהם שונה (עמ' 63 לפרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021). עם זאת, ספק בעיני אם קיומן של הפגנות מעורר קשיי אכיפה משמעותיים יותר מאשר יתר הפעילויות המנויות בסעיף 7(א)(1) לחוק הסמכויות. כך, בניגוד למרבית הפעילויות המנויות בסעיף 7(א)(1) לחוק, אשר יכולות להתרחש בכל שעה ובכל מקום, ההפגנות שבמוקד דיוננו התקיימו – לרוב – במקומות ידועים ובשעות שנקבעו מראש, והדבר איפשר לרשויות האכיפה לרכז את מאמציהן. זאת ועוד: בעיניי יש ממש בטענה

שהועלתה כי פיצול ההפגנות לעשרות ומאות מוקדים ברחבי הארץ, כפועל יוצא של מגבלת המרחק ממקום המגורים, למעשה הקשה על אכיפת איסור ההתקהלות, משום שרשויות האכיפה נדרשו לפצל את כוחותיהן בהתאם. ביחס לצורך בהטלת מגבלה גיאוגרפית ומניעת עירובם של אנשים מאזורים שונים בארץ, בחוק עצמו קיימים מנגנונים שנועדו להתמודד עם קיומם של אזורים שבהם תפוצת הנגיף גבוהה במיוחד (ראו פרק ג' לחוק הסמכויות). אכן, הסדרים ספציפיים אלה הם הסדרים המטילים מגבלות חמורות על הפרט, אך דומה כי לכל הפחות ניתן היה לאתר ברוח זו אמצעי שפגיעתו פחותה מזו הנגרמת כתוצאה מהטלת מגבלה כלל-ארצית על מקום ההפגנה. על כן, ובשים לב לכך שלא הוצגו הסברים המניחים את הדעת להשערה שהציגו המשיבים ולפיה יציאה להפגנה מעוררת קשיים ייחודיים בתחום האכיפה, נראה כי נימוק זה אינו מבוסס דיו.

59. סיכום ביניים – הגבלת היציאה מהבית לצורך קיום הפגנה אינה עומדת במבחן הקשר הרציונאלי. ואולם, אף אם הייתי מניחה, לצורך הדיון, כי קיים קשר רציונאלי רופף כלשהו בין האמצעי – הגבלת מקום ההפגנה – ובין התכלית, התקנה לא עומדת ביתר מבחני המידתיות, כפי שיפורט להלן.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

60. העותרים טענו, וטענה זו לא נסתרה, כי מגבלת המרחק היא המצאה ישראלית ייחודית. אף אם אניח שקיים קשר רציונלי בין מגבלה זו ובין תכלית ההסדר בכללותו – וכפי שצינתי אינני סבורה כי קיים קשר כזה – השאלה הנשאלת במסגרת מבחן המשנה השני היא אם קיימות חלופות שפגיעתן בזכות להפגין פחותה, ויש בהן כדי להגשים את תכלית ההסדר במידה קרובה. ברי כי אמצעי חלופי אפשרי הוא קיומה של בדיקה פרטנית של כל אדם ותשאולו בנוגע ליעדו, על מנת לבחון אם פניו אכן מועדות להפגנה או לא. וכבר נפסק כי "החובה לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה משמעותה, בין היתר, הימנעות משימוש בהסדר גורף והעדפת אמצעי הכרוך בבדיקה אינדיבידואלית" (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 93 לפסק דיני (9.6.2020)). עמד על הדברים הנשיא א' ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), בציינו:

"[...] ברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון [...]"

הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות" (פסקאות 69-70 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; וכן ראו עניין ארד-פנקס, פסקה 28 לחוות דעת).

61. בדיון שהתקיים ביום 12.1.2021, ציין בא-כוח משיבי הממשלה – אך זאת ללא כל ביסוס עובדתי – כי בנקודת הזמן שבה הותקנה תקנה 24, לא היו בידי רשויות האכיפה המשאבים המתאימים לצורך אכיפה יעילה של הסגר המהודק באמצעות בדיקות פרטניות לעוברים ושבים (ראו עמ' 23-24 לפרוטוקול הדיון מיום 12.1.2021). נראה כי נוכח העובדה שההפגנות – ולכל הפחות הגדולות שבהן – התקיימו במקומות קבועים ובשעות ידועות, ניתן היה להסתפק לצורך יצירת אפקט הרתעתי בעריכת בדיקות פרטניות. ככל שעריכת בדיקות כאמור הייתה כרוכה בקשיים בשל היקף המשאבים המוגבל של רשויות האכיפה, נראה כי ניתן היה להשיג את מטרת ההסדר בהתרת קיומן של הפגנות באמצעות שיירות רכובות, כפי שהציעו העותרים. אפשרות זו אף עלתה לדיון "בזמן אמת" בפני וועדת החוקה בנוגע להגבלת הזכות להפגין בעת שעסקה בהכנת תיקון מס' 2 לחוק הסמכויות לקריאה השנייה והשלישית. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ענייני ניהול ותפקידים מיוחדים), עו"ד רז נזרי, ציין שם בהקשר זה כי "נכון שאין סכנה אפידמיולוגית בנסיעה ברכבים, אבל ברגע שהרכבים עוברים מעיר לעיר זה יותר קשה למנוע את ההתקהלויות" (עמ' 47 לפרוטוקול הדיון בוועדת חוקה מיום 24.9.2020). מדבריו אלו עולה כי החשש מקיום הפגנות בשיירה רכובה אינו נעוץ בעצם הנסיעה ברכב או ההפגנה מתוכו, אלא בחשש שמא עם ההגעה ליעד ייצאו המפגינים את רכביהם וייצרו התקהלות. חשש זה, אשר אין ספק כי יש בידי רשויות האכיפה למתנו, אינו מצדיק את הפגיעה החמורה בזכות להפגין הנגרמת מהגבלת המרחק שהוטלה.

בדיון מיום 13.10.2020 טען בא-כוח משיבי הממשלה כי האפשרות של הפגנה בשיירה רכובה לא נמנעה באופן מפורש בחוק (ראו בעמ' 41 לפרוטוקול הדיון מיום 13.10.2020, שם צוין לפרוטוקול "רשמנו לפנינו כי לשיטתכם [משיבי הממשלה] האפשרות של ההפגנה בשיירה רכובה, היא אפשרית מבחינת החוק"). עם זאת, נושא זה עלה בוועדת החוקה במסגרת הדיון מיום 1.10.2020 שעסק בהארכת תוקף התקנות, אך לא התקבלה כל החלטה מפורשת בנושא (ראו פרוטוקול הדיון מיום 13.10.2020 בעמ' 41-42; וכן פרוטוקול בוועדת החוקה מיום 1.10.2020 בעמ' 9, 13, 19, ו-30), וספק אם גורמי האכיפה הבינו כך את ההסדר שנקבע בתקנות (ראו דבריו של בא כוח העותרים בבג"ץ 6786/20 אשר ציין כי כאשר ניסה להוביל הפגנה רכובה מול מעונו הפרטי של ראש הממשלה בקיסריה, הדבר נמנע ממנו והמשתתפים

קיבלו קנסות בטענה כי הדבר אסור על פי התקנות; בעמ' 51 לפרוטוקול הדיון מיום 13.10.2020).

62. הנה כי כן, נראה כי ניתן היה לעשות שימוש באמצעים חלופיים ופוגעניים פחות – בין אם בדרך של עריכת בדיקות פרטניות של הנוסעים בכבישים ובין אם בדרך של קיום הפגנות באמצעות שיירות רכבות – ואמצעים אלו היו משיגים את תכלית צמצום התחלואה לכל הפחות במידה דומה. אשר על כן, לשיטתי, הגבלת המרחק הקבועה בתקנה 24(1) לתקנות אינה צולחת את מבחן המידתיות השני. אך גם אם אניח כי היא צולחת מבחן זה, אין היא צולחת את מבחן המידתיות השלישי.

מבחן המידתיות במובן הצר

63. לטענת העותרים, מגבלת המרחק שהוטלה על הזכות להפגין פוגעת בה באופן אנוש עד כדי איונה. העותרים מטעימים בהפנותם לפסיקה הרלוונטית כי חלק מהותי מן המסר של הפגנות הוא קיומן במקום ספציפי, ובמיוחד כאשר מדובר במעונו הרשמי של נבחר ציבור. על כן, לגישת העותרים, מתן האפשרות להפגין בקבוצות קטנות בסמיכות לבית מגוריהם של המפגינים אינה מגשימה את מהות הזכות, ופגיעה זו חמורה במיוחד באשר למי שגרים ביישובים קטנים ובריחוק גאוגרפי מאנשים אשר חולקים איתם תפישת עולם דומה, ואשר בשל כך נדונו להפגין לבדם. העותרים מוסיפים כי אל מבחן המידתיות במובן הצר מתווספת בהקשר זה נוסחת "הוודאות הקרובה", והם מציינים כי משלא הוצגה כל תשתית ראייתית המבססת את קיומה של הדבקה נרחבת בהפגנות, לא ניתן לומר כי יש תועלת בהטלת מגבלת המרחק ובוודאי שאין בכך תועלת העולה על הנזק הרב הנגרם כתוצאה מן הפגיעה בליבת הזכות להפגין.

מנגד, המשיבים טוענים כי בעת שהוכרז מצב חירום מיוחד מכוח חוק הסמכויות והותקנה מכוחו תקנה 24, מצב התחלואה היה כה ממושט בארץ עד כי עלה חשש ממשי מאובדן היכולת להשתלט על התפשטות הנגיף ולמנוע קריסה של מערכת הבריאות. בשים לב לכך, סברו גורמי המקצוע כי יש להטיל את ההגבלות הנדונות על הזכות להפגין וזאת מתוך ראייה כי "מוטב להיזהר מאשר להצטער" (ראו והשוו לדברי המשנה לנשיאה ח' מלצר בפסקה 6 לפסק דינו בעניין בן מאיר). המשיבים מוסיפים כי אף שאין חולק כי ההגבלות שהוטלו פוגעות בזכות להפגין, אין מדובר בפגיעה אנושה בזכות, לא כל שכן באיונה המוחלט. זאת, משום שאף "במהלך תקופת מצב החירום 'המיוחד', התקיימו הפגנות רבות באזורי המגורים ברחבי הארץ, וקשה

להלום את הטענה כי במצב שכזה 'נמנעה' האפשרות להפגין" (פסקה 94 לכתב תשובה מטעם הכנסת). עוד מוסיפים המשיבים כי במבחן התוצאה, הטלת המגבלות האמורות הוכיחה את עצמה. לביסוס טענה זו מציגים משיבי הממשלה שלושה גרפים, מהם עולה כי לאחר הטלת הסגר החלקי בחודש ספטמבר 2020 – וביתר שאת לאחר הטלת הסגר המהודק בסוף אותו החודש – חלה ירידה דרמטית במספר המאומתים החדשים ביום, במספר החולים הקשים ביום ובמספר הנפטרים מהנגיף ביום.

64. כפי שנפסק לא אחת, ועמדנו על כך לעיל, המקום שבו מתקיימת ההפגנה יש בו כדי לבטא באופן מובהק וממשי את המסר שאותו מבקשת ההפגנה להעביר. טול מן המפגנים את היכולת להביע את מחאתם או את תמיכתם לפי העניין, אל מול מושא ההפגנה, ונטלת מהם במידה רבה את לוז העניין. הפועל היוצא מהגבלת המרחק שנקבעה בתקנה 24(1) הוא, אפוא, כי בעקבותיה נגרמת פגיעה משמעותית ביכולתם של המפגינים לבטא את שברצונם לבטא. על כן, אף שהגבלה זו אינה מאיינת לחלוטין את הזכות להפגין, היא קרובה – קרובה מדי – לקו הגבול הזה. לכך יש להוסיף כי במקרה דנן משקלה של הפגיעה בזכות להפגין משמעותי במיוחד נוכח החשיבות היתרה שיש לייחס למתן אפשרות לבקר את השלטון בעיתות חירום, ובמיוחד כאשר הממשלה מקבלת מדי יום ביומו החלטות שהן בעלות השלכות משמעותיות ביותר על חיי הפרט ועל זכויותיו וחירותו. במציאות כזו, נודעת חשיבות מוגברת לזכות להפגין "המאפשרת לקבוצת אנשים לקחת חלק בעיצוב סדר היום הציבורי, להשמיע את קולם, לעורר מודעות לסוגיות בוערות באופן בלתי אמצעי ולבטא סולידריות ותמיכה במסר מסוים" (עניין בית הנשיא, פסקה 37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר).

אל מול עוצמתה של פגיעה זו, ניצבת תועלת ששיעורה המדויק הוא בלתי-ידוע ובלתי-מוכח ואמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה, וכבר נפסק כי גם בעת שבוחנים את התקיימות מבחן המידתיות במובן הצר, נודעת חשיבות לקיומם של אמצעים חלופיים המגשימים את תכלית החוק, אף אם במידה פחותה (בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פסקה 40 לפסק דיני (23.4.2020); כן ראו עניין איתן, בפסקה 65 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). כפי שציינו המשיבים עצמם, אין בידם כל נתונים על אודות היקף ההדבקות במסגרת הפגנות. לפיכך, הניסיון להיתלות בירידת התחלואה הכללית לאחר הטלת הסגרים, כנתון המצדיק את הטלת ההגבלות הנוגעות להפגנות, לוקה בכך שאין בו כדי להצביע על קשר סיבתי מוכח בין הדברים.

הנה כי כן, במשוואת האיזון שבין התועלת הנובעת מהטלת הגבלה זו ובין הפגיעה אשר נגרמת בעטיה, אין מנוס מן המסקנה שהפגיעה הטמונה במגבלה אשר הוטלה על מקום קיום ההפגנה בתקנה 24(1) לתקנות, עולה על תועלתה ועל כן היא אינה צולחת את מבחן המידתיות במובן הצר. זאת, בפרט בהתחשב בכך שלצורך הגבלת הזכות להפגין ועל מנת לצמצם את הפגיעה בה ככל הניתן, נדרשת "ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור".

הסעד

65. משנמצא כי תקנה 24(1) – שעניינה המגבלה על מרחק היציאה מבית המגורים לשם קיום הפגנה – פוגעת פגיעה בלתי-מידתית בזכות להפגין, יש להוסיף ולבחון מהו הסעד המתאים לרפא פגם זה. לכאורה, משתקפה של תקנה 24 פקע ביום 13.10.2020, ניתן היה להסתפק בהצהרה על אי-חוקתיות התקנה. סעד זה מדגיש את חומרת הפגיעה בזכות להפגין, ומציב תמרוז אזהרה לעתיד לבוא מפני הגבלות דומות. עם זאת, משהוטלו מכוחה של תקנה 24 קנסות על מפגינים במהלך התקופה שבה הייתה בתוקף (כלומר מיום 1.10.2020 ועד יום 13.10.2020 בשעה 23:59), נדרש סעד אופרטיבי (על חשיבותו של סעד אפקטיבי מקום שבו שנפגעה באופן בלתי-מידתי זכות חוקתית, ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 322 (2017)). לפיכך, אציע לחבריי כי נורה על בטלות תקנה 24(1) לתקנות, וכן כי נוסף ונורה שכפועל היוצא מכך יבוטלו כל הקנסות שהוטלו מכוח תקנה זו.

66. כפי שהוזכר לעיל, משיבי הממשלה התבקשו להציג בפנינו נתונים על אודות מספר ושיעור הקנסות שהוטלו בשל השתתפות בהפגנות בתקופת תוקפה של תקנה 24 (ראו סעיף 4 לצו על תנאי מיום 14.10.2020 וכן ראו החלטה מיום 12.10.2020). תיעוד נאות הוא נדבך חשוב בקיומו של מינהל תקין (ראו והשוו לעצ"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז ירושלים, פסקה 17 לפסק דיני (24.11.2005)) ואין לקבל כי מחדלם של משיבי הממשלה לקיים תיעוד כאמור ולהציגו בפני בית המשפט, ייזקף לחובת המפגינים. לפיכך, אציע לקצוב למשיבי הממשלה פרק זמן מסוים לצורך איתור הנתונים הרלוונטיים הנוגעים לקנסות שהוטלו בין התאריכים 1.10.2020-13.10.2020, בשל הפרת המגבלה שנקבעה בתקנה 24(1) לתקנות על מרחק היציאה מבית המגורים לצורך קיום הפגנה. כמו כן, יש לוודא כי ניתן לקיים מנגנון אפקטיבי שיאפשר את השבת כספי הקנסות האלה לידי מי שמדידו נגבו. ככל שלא יעלה בידי משיבי הממשלה לבצע את ההבחנה האמורה ולקיים מנגנון אפקטיבי כאמור, אציע כי נורה על ביטול כלל הקנסות שהוטלו מכוח

חוק הסמכויות בשל הפרת ההגבלה של מרחק יציאה מבית המגורים בין התאריכים
13.10.2020-1.10.2020.

סוף דבר

67. מכל הטעמים המפורטים לעיל ולו תישמע דעתי, נורה על דחיית עתירות חוק הסמכויות וכן נורה על דחיית עתירות ההפגנות, ככל שהן נוגעות לתיקון מס' 2 לחוק ולתקנה 24(2) לתקנות. ואילו באשר לתקנה 24(1) לתקנות אציע כי נעשה את הצו על תנאי להחלטי במובן זה שייקבע כי היא בטלה מדעיקרא בהיותה בלתי חוקתית, וכי כלל הקנסות שהוטלו מכוחה בתקופת תוקפה בטלים אף הם. עוד אציע שייקבע כי ככל שבתוך תשעים ימים ממועד מתן פסק דין זה לא יודיעו משיבי הממשלה שיש ביכולתם לאתר את הקנסות שהוטלו בימים 13.10.2020-1.10.2020 על אזרחים מכוח תקנה 24(1) בגין השתתפות בהפגנות במרחק העולה על 1,000 מטרים ממקום מגוריהם וכן כי יש ביכולתם להשיבם למשלמים, יבוטלו כלל הקנסות שהוטלו מכוח חוק הסמכויות בגין הפרת הגבלת מרחק היציאה מהבית בתקופה האמורה, והכספים ששולמו בגין קנסות אלה יושבו למשלמים.

לבסוף, נוכח התוצאה שאליה הגעתי אוסיף ואציע שלא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני לחוות דעתה המנומקת של חברתי הנשיאה א' חיות, כמו גם לעיקרי נימוקיה.

מקובל אף עליי כי אין עילה להתערב בתוקפו של חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכויות), על יסוד הטעמים המפורטים עליהם עומדת חברתי.

אשר להגבלות הנוגעות למקום קיום ההפגנה בתיקון מס' 2 לחוק הסמכויות, התמונה מורכבת יותר, כפי שמבהירה חברתי. אולם נוכח הפרשנות שהציגו המשיבים, המאפשרת לקיים את תוקפו של החוק חלף ביטולו, אף אני סבור כי ניתן לאמצה, גם אם אין היא מובנת מאליה. יפים לכאן דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996):

“נדרש מאמץ פרשני ניכר על-מנת להגיע למסקנה שאליה הגעתי. מאמץ זה ראוי הוא. הוא משקף את עמדתנו, כי עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד. עמדה זו מבוססת, כפי שראינו, על הרצון להבטיח אחדות חוקתית ועל התפיסה הבסיסית, כי עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו. אכן, כאשר דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו)” (שם, בעמ’ 814).

בהינתן אימוץ הפרשנות האמורה, מסכים אני למסקנת חברתי כי עיקר הפגיעה בזכות להפגין מצויה בהוראות תקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש”ף-2020 (להלן: התקנות).

המגבלה על מספרם של מפגינים הקבועה בתקנות צריכה להיבחן, גם בעידן מגפת הקורונה, באמת מידה קפדנית במיוחד. דווקא בתקופה המורכבת של התמודדות עם מצב חירום יש להעניק חשיבות מוגברת לחופש הביטוי ולזכות להפגין (בג”ץ 5078/20 פדידה נ’ משטרת ישראל – מפקד מחוז ירושלים, פסקה 30 (19.8.2020)). כפי שצינתי שם:

“מגבלה מעין זו היא מגבלה חמורה וקשה על מימוש זכותו של אדם להפגין, ולמעשה משמעותה היא שלילה ממי שמעוניין להשתתף במחאה את זכותו לעשות כן [...] כפי שצוין בהקשר אחר מן העת האחרונה גם כשנגיף הקורונה מתהלך ברחובותינו המוזות אינן שותקות והביקורת הפרלמנטרית והשיפוטית אינן נאלמות דום. בימים אלה של מצב חירום, ובמיוחד בימים אלה, היד אינה צריכה להיות קלה על ההדק, והפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות צריכה להיות מידתית וממוקדת ככל שניתן” (בג”ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמות אלון נ’ ממשלת ישראל, פסקה 1 לחוות הדעת של השופט י’ עמית (14.4.2020)). דברים אלה הגיונם יפה גם כאשר עסקינן בביקורת ציבורית על מדיניות הממשלה ופעולותיה [...]” (פסקה 31).

גם לפי אמת מידה מחמירה זו, מקובלת אף עליי מסקנת חברתי כי בהינתן פרשנות המשיבים שלפיה ניתן לקיים הפגנה בקפסולות של עשרים איש כל אחת, תוך

שמירת מרחק חברתי בין קפסולה לקפסולה (באופן שאינו מציב תקרה למספר הכולל של המשתתפים), עומדת ההוראה בכור ההיתוך של הביקורת השיפוטית והיא מקיימת את האיזון הנדרש בין הזכות להפגין לבין השמירה על בריאות הציבור.

הדברים שונים בתכלית השינוי בכל שאמור במגבלת המרחק האוסרת על הפגנה במרחק העולה על 1,000 מטרים ממקום מגורי המפגין (תקנה 24(1) לתקנות). גם אם אניח לטובת המשיבים כי ההגבלה עומדת במבחן הקשר הרציונלי, מצטרף אני למסקנה כי אין היא צולחת את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן ניתן היה לעשות שימוש באמצעים חלופיים ופוגעניים פחות ששיגרו את תכלית צמצום התחלואה במידה דומה.

התקנה אף לא עומדת במבחן המידתיות במובן הצר. המגבלה הקבועה בה פוגעת בצורה אנושה בחירויות ההפגנה והביטוי, שכן היא שוללת מן הפרט את האפשרות להפגין במקום המבטא את המסר שאותו הוא מבקש להעביר. בהינתן האמצעים החלופיים העומדים למשיבים, בין אלה הנוגעים למגבלות הריחוק החברתי והחלוקה לקפסולות כמבואר לעיל, בין אחרים שעליהם עמדה חברתי שלא ננקטו על ידם, "תוספת התועלת" הצומחת ממגבלת המקום לאינטרס הציבורי שקשה לאומדה, אינה מצדיקה את עצמת הפגיעה שהיא גורמת לחירויות הפרט.

מצטרף אני אפוא לקביעת חברתי הנשיאה כי יש להורות על בטלות התקנה, ולסעד אותו היא מציעה.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. ביום 14.10.2020 ניתן צו על תנאי לפיו נצטוו המשיבים להתייצב וליתן טעם: מדוע לא יבוטל תיקון מס' 2 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: החוק); ומדוע לא יינתן צו המורה על בטלותה של תקנה 24 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת השהייה במרחב הציבורי והגבלת פעילות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות).

אני מסכים למסקנתה של חברתי הנשיאה, א' חיות, כמו גם לעיקרי נימוקיה - כי אין עילה להתערב בתוקפו של החוק בכללותו, ובתיקון מס' 2 לחוק.

אשר לתיקון מס' 3 לתקנות (להלן: התיקון לתקנות), בגדרו נוספה תקנה 24, שעניינה בהגבלות על קיום הפגנות והשתתפות בהן, אני שותף למסקנתה של הנשיאה כי תקנה 24(1) בטלה מעיקרא, מהטעמים שפורטו על ידה, אך אני סבור כי תקנה 24 כולה בטלה, מהטעם שאפרט בתמצית להלן.

2. כעולה מחוות דעת הנשיאה (פסקאות 45-48), הליך אישור התיקון לתקנות על ידי הממשלה במשאל טלפוני ביום 30.9.2020, סמוך לחצות, היה פגום. פגמים הליכיים אלו פוגמים לדעתי בתוקפו של התיקון לתקנות.

הסמכות להתקין תקנות להטלת מגבלות בשל נגיף הקורונה נמסרה בחוק לממשלה, תוך שהמחוקק מורה כי הממשלה רשאית להפעיל סמכותה זו בכפוף לאישור ועדה של הכנסת (כמפורט בסעיף 4(ד) לחוק), ורק אם –

”... שוכנעה כי הדבר דרוש לשם מניעת הדבקה בנגיף הקורונה בקרב הציבור וצמצום התפשטותו, צמצום היקף התחלואה או הגנה על אוכלוסיות בסיכון, והכול רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת המטרות האמורות, לאחר שנשקלו חלופות להשגתן, הפגיעה בזכויות וההשפעות על המשק;...”

בשונה אפוא מהמקובל, בו הסמכה להתקין תקנות מנוסחת בלשון כללית ומוענקת לשר הנוגע לענין, בענייננו נמסרה כאמור הסמכות לממשלה כולה, תוך שהחוק קובע, באופן חריג, את השיקולים שעל הממשלה לשקול, ואף את הליך קבלת ההחלטה הכולל את החובה לשקול חלופות שונות להשגת תכלית התקנות.

3. בתגובה לטענות העותרים בבג"ץ 6859/20 לענין הפגמים בהליך (ראו פירוט בפסקה 45 לחוות-דעת הנשיאה), לא היה בפי המשיבים מענה באשר לדיון שהתקיים, לתשתית העובדתית שהונחה בפני הממשלה, או באשר לחלופות שנבחנו, כנדרש בחוק. המשיבים לא הציגו את פרוטוקול הדיון שקדם לאישור התקנות, או כל תיעוד אחר של הדיון, למרות פניות חוזרות ונשנות לענין זה, ולא עשו כן אף בדיון לפנינו. וכל הידוע הוא כאמור כי התקנות אושרו במשאל טלפוני בין השרים בשעת לילה מאוחרת.

בנסיבות אלה, בהן לא ניתן מענה לטענות העותרים לענין זה, אין מנוס מלהסיק כי לא התקיים דיון כנדרש לפי סעיף 4(א) לחוק, וממילא המסקנה היא כי התקנות

הותקנו בהליך פגום, המנוגד להוראותיו המפורשות של החוק, במידה העולה כדי חריגה מסמכות הפוגמת בתוקפן של התקנות.

4. לא מקובלת עלי טענת המשיבים, שהתקבלה חלקית על ידי הנשיאה, כי הליך האישור שהתקיים בוועדת החוקה של הכנסת, רציני ומעמיק ככל שיהיה, מרפא את הפגם בהליכי ההתקנה על ידי הממשלה, במובן זה שהפגם שנפל בהליך האישור על ידי הממשלה אינו מוליך לביטול התקנות.

לשם קיומן של תקנות בנות-תוקף נדרש בהתאם לחוק הליך (תקין) כפול: התקנת תקנות על ידי הממשלה בהתאם להוראות החוק, ואישור התקנות על ידי ועדת החוקה של הכנסת. כל אחד מהליכים אלה עומד בפני עצמו ומתקיים על ידי רשות נפרדת - הרשות המבצעת מזה, והרשות המחוקקת מזה. המחוקק לא הסתפק בהפעלת שיקול דעת על ידי הרשות המבצעת, אלא קבע דרישת אישור על ידי הרשות המחוקקת, תוך שקבע כאמור, באופן חריג, את השיקולים שעל הממשלה לשקול. על כן, על מנת שיותקנו תקנות בנות תוקף נדרש כי כל אחת מהרשויות בנפרד תמלא את חלקה בהתקנת התקנות.

בדומה, נפסק לא פעם כי כאשר התקנת תקנה או קבלת החלטה על ידי רשות פלונית טעונים התייעצות עם גורם נוסף, העדר התייעצות יפסול בדרך כלל את תוקפה של התקנה או של ההחלטה: "מקום שחוק מסמיך את הרשות לחוקק אחר התייעצות מוקדמת עם פלוני והיא לא קיימה חובת ההתייעצות, דבר חקיקת המשנה בטל... חובת ההתייעצות היא סייג לכוח החקיקה של מחוקק המשנה, והמחוקק ללא התייעצות חורג מסמכותו" (בג"צ 265/68 אגודת האינג'נירים והארכיטקטים בישראל נ' שר העבודה, פ"ד כג(1) 132, 139 (1969)). וכן נקבע, כי –

" חובת ההתייעצות אינה עניין של מה בכך ואינה עניין שניתן לפטור אותו כלאחר יד. מדובר בחובה מהותית שהפרתה עלולה לפסול את מינוי המועצה הדתית ... זאת חובה שהיא אחד מן התנאים להפעלת הסמכות של הרשות, כך שאם לא התמלאה ניתן לראות את המעשה המינהלי כאילו נעשה תוך חריגה מסמכות ..." (בג"ץ 3551/97 ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים, פ"ד נא(5) 754, 776-777 (1997)).

וכן ראו עוד מבין רבים: בג"ץ 379/71 משה לוי נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד כו(1) 785, 790 (1972); בג"ץ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית

ירושלים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533 (1981); בג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 492 (1989); בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 525 (2000); בג"ץ 2910/04 מרכז השלטון המקומי נ' משרד החינוך, פ"ד נט(3) 625, 642-643 (2004)).

5. אכן, כאשר מדובר בפגם דיוני קל ערך, אין בכך ככלל כדי לפגוע בתוקפה של התקנה או ההחלטה שהתקבלה. יתכנו גם נסיבות בהן תופעל דוקטרינת הבטלות היחסית, בעיקר במימד הזמן. ואולם, הפגם בענייננו אינו שולי אלא פגם מהותי, היורד לשורשו של ענין. המחקק הראשי, בהיותו ער למשמעות מרחיקת-הלכת של פגיעה באמצעות חקיקת משנה בזכות היסוד להפגין ולמחות, הורה, באופן חריג, כי התקנות לענין זה יותקנו על ידי הממשלה כגוף, ולא על ידי שר פלוגי, וכן קבע את השיקולים שעליהם לשקול קודם להחלטה, וכן חובה לבחון חלופות להשגת תכליות ההגבלה. מילוי מצוות המחקק כאמור מחייבת דיון הכולל הצגת נתונים, החלפת דעות ובחינת חלופות, ולא ניתן להסתפק במשאל טלפוני בו השרים מאשרים נוסח תקנות נתון ללא דיון ממשי כאמור.

כאשר מדובר בפגיעה בזכות יסוד כה משמעותית, ובמיוחד כאשר הפגיעה מעוגנת בחקיקת משנה ולא בחקיקה ראשית, נדרשת הקפדה יתרה על קיומו של הליך תקין. הקפדה כזו נדרשת במיוחד כאשר מדובר בחקיקת חירום, בה קיימת נטייה לדחוק את זכויות האדם מפני צורכי השעה. ניסיון החיים לימדנו כי הליך תקין הוא ערובה מרכזית להחלטה ראויה, המתחשבת במכלול הנתונים והשיקולים הרלבנטיים. ואכן, לא ייפלא כי בענייננו הפגם שבתקנות לא התמצה בהליך התקנתן, אלא בא לידי ביטוי גם בתוכנה של תקנה 24(1), במובן של אי עמידה במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, כמו גם במבחן המידתיות במובן הצר, ולענין זה מקובלת עלי עמדתה של הנשיאה, כמבואר בחוות דעתה (פסקאות 59-63).

התוצאה היא לדעתי כי תקנה 24 כולה בטלה מעיקרא. אציין כי אמנם הפגם האמור דבק לכאורה בתיקון לתקנות כולו, אלא שלענין זה לא ניתן צו על תנאי, וממילא אינה נדרשת הכרעתנו.

6. בשולי הדברים אוסיף, כי ההפגנות שהתקיימו לאורך החודשים האחרונים ברחבי הארץ, ובייחוד ההפגנות בסמוך למעונו הרשמי של ראש הממשלה, כלפיהן כווננו המגבלות שנקבעו, לא עסקו, בעיקרן (או לפחות בחלקן), במדיניות הממשלה, אלא כווננו נגד ראש הממשלה, אישית, על רקע החשדות הפליליים המיוחסים לו.

בנסיבות אלה אני סבור כי ראוי היה כי ראש הממשלה יימנע מליטול חלק בהחלטה על התקנת תקנות אלה, אשר נועדו, ובפועל שימשו, בעיקר להגבלת ההפגנות נגדו ומול מעונו הרשמי.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, לתוצאה שאליה הגיעה ולדרך הילוכה. אוסיף התייחסות קצרה הנוגעת לטיבה של הפגיעה בזכות להפגין.

התפרצות נגיף הקורונה ברחבי העולם גררה את מדינת ישראל, כמו מדינות רבות נוספות, למשבר חריג וקיצוני בהיקף ובהשלכות שלו. האיום הממשי על בריאותם ושלומם של תושבי המדינה ממשיך לרחף מעל לראשינו גם בימים אלה וחרף התקדמות מבצע החיסונים, כשכל העת מתגלים וריאנטים נוספים של הנגיף המסוכן. המגפה משתוללת, והיא מציבה את מערכת הבריאות אל מול חשש של קריסה; מנחיתה מכת מחץ על החינוך; דורסת ברגל גסה את חיי הפנאי והתרבות; וגוררת את המשק הישראלי לשעת דוחק ומשבר. הניסיון להתמודד עם המגפה ולמנוע את התפשטותה מחייב נקיטת צעדים קשים – לא פעם תוך פגיעה ממשית בזכויות יסוד של הפרט, ובהן חופש התנועה, הזכות לפרטיות וחופש העיסוק. פגיעה זו היא בבחינת "רע הכרחי" (כלשון האמרה הידועה: desperate times call for desperate measures); ומה שבעבר נחזה כתסריט אימים במדינה דמוקרטית, הפך למרבה הצער לשגרת חיים ב"ימי קורונה".

2. הפעם הזו הדיון מתמקד בפגיעה בזכות להפגין; ובפרט בשאלת חוקתיותן של המגבלות שהוטלו על זכות זו במהלך "הסגר השני", מכוח תקנה 24 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020 (להלן: תקנה 24). כפי שפורט ולופן בחוות דעתה של הנשיאה, תקנה 24 הגבילה את הזכות להפגין בשני היבטים. ראשית, בהיבט של מספר המשתתפים בכל הפגנה; ושנית בהיבט של מקום ההפגנה, כאשר נקבע שאדם רשאי להשתתף בהפגנה רק אם היא מתקיימת במרחק של עד 1,000 מטרים ממקום מגוריו. מבין השתיים, המגבלה הגיאוגרפית היא המוקשית יותר.

בהתייחס למספר המשתתפים – משיבי הממשלה העניקו לתקנה 24 "פרשנות מקיימת", באופן שהמגבלה המספרית יושמה על ידם כך שלכאורה ניתן היה לקיים

הפגנות רבות משתתפים בדרך של חלוקה ל"קפסולות" של 20 איש, תוך שמירה על מרחק של 20 מטרים זו מזו. ואולם ההגבלה שנקבעה ביחס למקום ההפגנה למעשה רוקנה מתוכן את האפשרות לערוך הפגנה רבת משתתפים, אף לא בקפסולות – וזאת כתוצאה מהאיסור שהוטל על יציאה מהבית למרחק העולה על 1,000 מטרים וההגבלה בהתאם על המרחק שבו ניתן להפגין. במבחן התוצאה, לא ניתן היה להוסיף ולקיים את אותן הפגנות המוניות שעד לאותה עת נערכו באופן תדיר מול מעונו הרשמי של ראש הממשלה ברחוב בלפור בירושלים, מקום שהפך לסמל של מחאה נגד השלטון בתקופת הקורונה. וכאשר נטלת מן ההפגנה את העוצמה הגלומה בהמוני המשתתפים, ואת הסמליות שטמונה במקום עריכתה, אזי הפכת את הזכות להפגין לזכות ערטילאית גרידא. אני שותפה לעמדת הנשיאה שלפיה מדובר במכה ניצחת על זכות ההפגנה שאינה עומדת במבחני המידתיות, וכי בנסיבות אלה אין מנוס מלהורות על בטלותה של המגבלה הגאוגרפית הקבועה בתקנה 24(2).

3. וישאל השואל: מדוע ראויה הזכות להפגין למעמד מיוחד ביחס לזכויות יסוד אחרות? מדוע שיתוק של חיי המסחר בישראל, של מערכת החינוך, של פעילויות פנאי, ספורט וכיוצא ב', עשוי להיתפס כמידתי וחוקתי – בעוד הטלת מגבלות על הפגנות מהווה חציית קו אדום שלא ניתן להסכין עימה?

התשובה לכך היא שהזכות להפגין היא ייחודית ביחס לזכויות יסוד אחרות. מדובר בזכות אזרחית בעלת אופי פוליטי מובהק; זכות "הקשורה בטבורה לחופש הביטוי, שייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי, שהביקורת על רשויות המדינה ועל אישי ציבור היא מנשמת אפו" (בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל, פסקה 19 (19.8.2020)). הזכות להפגין משמשת שופר בידי "האזרח הקטן", ומאפשרת לו להשמיע את קולו ולהשפיע בדרכו על אופן קבלת ההחלטות ועל המדיניות השלטונית; וייחודיותה של זכות ההפגנה באה לידי ביטוי בעיקר בעתות משבר כדוגמת המשבר הבריאותי, הכלכלי והפוליטי שבו אנו נתונים. כחופש הביטוי, חופש ההפגנה אף הוא מאפשר ומקדם דיון ציבורי פתוח והשמעת ביקורת, ושליטתו מאפיינת משטרים חשוכים של רודנות ודיקטטורה. "היכולת לבקר את השלטון היא מאפיין כה בסיסי של הדמוקרטיה עד כי ניתן לתארה כ'נייר הלקמוס' המבחין בין מדינות דמוקרטיות למדינות שאינן כאלה" (בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 22 (8.10.2017)). זאת ועוד, חופש ההפגנה פותח פתח הכרחי לשחרור "קיסור חברתי", שבלעדיו הביקורת הציבורית עלולה להצטבר ולהתפרץ חלילה בדרכים שאינן לגיטימיות או חוקיות (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (15.4.2015); כן ראו: יובל שני "הפגנות בצל

הדברים מקבלים משנה תוקף בענייננו – שעה שהממשלה עצמה היא שמטילה מגבלות על חופש ההפגנה ואגב כך מביאה להשתקת הביקורת נגדה. וכל זאת במסגרת תקנות שנועדו להתמודד עם מצב חירום רפואי והותקנו באישון לילה, בהצבעה טלפונית ובהליך שאינו חף מפגמים.

4. כפי שנאמר בפתח הדברים, משבר הקורונה והניסיונות להתמודד עימו מתאפיינים בפגיעה בלתי-נמנעת בזכויות יסוד חוקתיות. דווקא בשל כך נדרשת הגנה מיוחדת על הזכות להפגין, בהיותה זכות אזרחית-פוליטית המאפשרת לפרט להביע דעה ולקחת חלק בהתוויית המדיניות וניהול המשבר, וביתר שאת בנסיבות שבהן למשבר הבריאותי והכלכלי נלווית אי יציבות פוליטית.

אין זאת אלא שגם ב"ימי קורונה" יש לאפשר עריכת הפגנות רבות משתתפים, אל מול סמלי השלטון והמשטר, והכל תוך מילוי אחר ההנחיות בדבר שמירת מרחק ועטיית מסכות. החשש שמא בתקופת סגר ייעשה שימוש לרעה בהיתר לצאת מהבית לצורך השתתפות בהפגנה, אינו מצדיק כשלעצמו את הפגיעה בזכות להפגין – אלא מחייב את רשויות האכיפה לנקוט באמצעים הדרושים להשגת אכיפה יעילה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. תקופות חירום מביאות עמן חוקי חירום, המותאמים להן. ההתאמה לנסיבות התקופה היא חיונית. עם זאת, חיונית גם השמירה על ה"דנ"א" של שיטת המשפט, על מנת שתהא מוכנה לחזור וללבוש את הדמות היאה לה בימים כתיקונם (ראו גם: בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פסקה 5 לחוות דעתי (1.3.2021)).

2. העתירות שבפנינו הילכו בשני מישורים. במישור הכללי – הועלו בהן טענות כנגד עצם חקיקתו של חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הקורונה או החוק), "חוק חירום" מיוחד הכולל הסדרי הסמכה נרחבים שעניינם התמודדות עם משבר הקורונה, לצד ההסדר החוקתי הכללי ביחס למצב חירום הקבוע בחוק יסוד: הממשלה. במישור הפרטני – העתירות התמקדו בהסדרים הקבועים בחוק האמור ובתקנות שהוצאו מכוחו בכל הנוגע

לקיום הפגנות בתקופות של סגרים ולהטלת מגבלות על הציבור מטעמים בריאותיים (בתיקון שהוכנס בתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: התקנות)). בעיקרו של דבר, אני מסכימה לתשובות שניתנו על-ידי חברתי הנשיאה א' חיות בפסק דינה, בשני המישורים. עם זאת, מחמת חשיבותו של הנושא, אבקש להוסיף מספר הערות, וכן להצטרף, באופן חלקי, לעמדתו של חברי השופט מ' מזוז בכל הנוגע לתוצאה של הפגם הדיוני שנפל בהליך התקנת התקנות.

חוק הקורונה כחוק חירום

3. ביסוד חקיקתו של חוק הקורונה עומדת ההכרה בכך שמצבים המכונים "מצבי חירום" אינם עשויים מקשה אחת, ועל כן עשויים לחייב הנהגת הסדרים מסוגים שונים. משחר הקמתה מדינת ישראל הייתה מורגלת באיומים ביטחוניים, ומטעם זה כבר דבר החקיקה הראשון בה – פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: פקודת סדרי שלטון ומשפט) – הסדיר את ההכרזה על שעת חירום, אשר עליה התבססה באותה עת הסמכות להתקין תקנות לשעת חירום שבכוון לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

4. המודל הבסיסי שנקבע בפקודת סדרי שלטון ומשפט הוא זה המלווה את מדינת ישראל עד היום, הגם שמבחינה פורמלית הוא שינה את מתכונתו ועוגן במישור החוקתי. כיום, עניין זה מוסדר בחוק יסוד: הממשלה בנוסחו העדכני, המבהיר כי הכרזה על שעת חירום תיעשה כל פעם לשנה בלבד, לכל היותר, באישור הכנסת (לפי סעיף 38 לחוק היסוד). כמו כן, חוק יסוד: הממשלה קובע כי הגם שתקנות שעת חירום יכולות לגבור על חוקים, ישנם עניינים שבהקשרם הן אינן יכולות לעשות כן – כחלק מן ה"חישוקים" הדרושים לשמירה על הגרעין הדמוקרטי של השלטון (כפי שמורה סעיף 39 לחוק יסוד זה).

5. דיני החירום של ישראל אפשרו למדינה להתמודד עם אתגרים קשים שניצבו לפתחה מאז הקמתה, ולבטא את התפיסה של שלטון החוק גם בעתות חירום (ראו עוד: דפנה ברק-ארז "חוקה לשעת חירום" 599 שלמה לוין 671 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013) (להלן: ברק-ארז, חוקה לשעת חירום); Daphne Barak-Erez, *The National Security Constitution and the Israeli Condition*, ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 429 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez

(& Aharon Barak eds., 2013). לצד זאת, חלוף הזמן חידד את נקודות התורפה המוסיפות לאפיין את ההסדר.

6. נקודת התורפה הראשונה, שהיא הידועה יותר, נוגעת להתמשכותו של מצב החירום – למעשה ללא הפסקה מאז הקמת המדינה ועד היום. אף שמדינת ישראל יודעת גם תקופות רגועות יותר (באופן יחסי), לרגיעה מלאה טרם זכינו, ועל כן, בפועל ההכרזה על מצב החירום הולכת ונמשכת (ראו: בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (8.5.2012)). ההסדר הקבוע בחוק יסוד: הממשלה אינו כולל "ניואנסים" משפטיים, המאפשרים התייחסות שונה לתקופות שבהן קיימת רגיעה יחסית, אלא מבוסס על תשובה במתכונת של "כן" או "לא". וכאשר זו השאלה – הנהגת המדינה ואחריה הכנסת משיבות: "כן". התוצאה היא מצב חירום מתמיד, ללא הבחנה מספקת בין עתות גאות ושפל, ומבלי לגרוע מן המשמעות של איומים ביטחוניים גם בתקופות רגיעה יחסיות.

7. נקודת התורפה השנייה נובעת מן הראשונה, אך מבטאת פן אחר שלה. כפי שעולה מן המוסבר עד כה, חוק יסוד: הממשלה אינו מכיר ב"דרגות" של מצבי חירום. על כן, כאשר מתבצעת הכרזה של שעת חירום מכוחו, התוצאה היא הענקת מלוא הסמכויות המיוחדות הנובעות מכך, בשני מישורים. ראשית, כפי שכבר צוין, מסורה לממשלה סמכות כללית להתקנת תקנות לשעת חירום, בכל תחום. שנית, ואף זוהי פרקטיקה נהוגה מאז הקמת המדינה, ניתן תוקף לחוקים של הכנסת שבהם נקבע כי יחולו רק כאשר עומדת בתוקפה הכרזה על מצב חירום (למשל: חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י-1949).

8. מגבלות אלה של דיני החירום של ישראל מתחדדות כאשר נעשית השוואה ביניהם לבין חלק מן ההסדרים החוקתיים של מדינות אחרות שבהן נוהגת הבחנה בין מצבי חירום שונים (ראו: ברק-ארז, חוקה לשעת חירום, בעמ' 684-688).

9. ניסיון מצטבר זה שופך אור על הטעמים העומדים ביסוד חקיקתו של חוק הקורונה. התפשטותו של נגיף הקורונה עימתה את מדינת ישראל לראשונה עם מצב חירום מסוג חדש. זהו מצב חירום "אזרחי" שאינו נוגע לאיומים ביטחוניים מחוץ. הוא מחדד את הצורך לקבוע הסדרים בדרגות שונות, ואף תוך הבחנות בין אזורים גיאוגרפיים שונים. כמו כן, הוא מחייב הכנה של מערך אמצעים שלטוניים שייחקקו כסוג של "חקיקת מדף" אשר תופעל על-פי הצורך בהתאם לגאות והשפל במצב החירום הבריאותי.

10. אם כן, במישור העקרוני, אין מקום לתרעומת על חקיקתו של חוק הקורונה. היפוכם של דברים הוא הנכון. הכנסת הייתה חוטאת לחובתה אלמלא פעלה לחקיקת חוק הנותן מענה להתמודדות עם מצב חירום מסוג חדש. בכך הייתה "דוחקת" את הממשלה לעבוד עם הכלים הקהים של חוק יסוד: הממשלה ושל תקנות שעת החירום המוצאות מכוחו. למעשה, ביסודן של העתירות המוקדמות שהוגשו כנגד הצעדים שננקטו בראשית התפשטותו של נגיף הקורונה עמדו טענות קשות כנגד השימוש שנעשה לצורך כך בתקנות שעת חירום (ראו: בג"ץ 2435/20 לוונטה' נ' ראש הממשלה (7.4.2020); בג"ץ 5314/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.1.2021)). חקיקתו של חוק הקורונה נועדה לתת מענה לקושי זה. על רקע האמור, הטענות כנגד חקיקתו של חוק ספציפי שיחול בתקופת החירום הנוכחית מעמידות אפוא את המדינה בפני חרב פיפיות – כיצד ניתן גם להימנע מפעולה בגדרן של סמכויות החירום לפי חוק יסוד: הממשלה וגם להימנע מחקיקת חוק ספציפי שנועד לתת מענה חירום מסוג אחר? למותר לציין, כי אין בטיעון חרב הפיפיות כדי להקנות להסדרים הקבועים בחוק הקורונה "חסינות" מביקורת, אלא רק להסביר מדוע אין לקבל את הטענה כנגד עצם חקיקתו כחוק חירום מיוחד.

הגבלת המרחק בהפגנות

11. נקודת המוצא להמשך הדיון היא שההכרה בהצדקה העומדת ביסוד חקיקתו של חוק הקורונה אינה פוטרת מן החובה להידרש לטענות הקונקרטיות הנוגעות לחוקתיותם של ההסדרים הקבועים בו, כמו גם של התקנות שהוצאו מכוחו.

12. המיקוד של העתירות בנושא ההגבלה על הפגנות הוא מתבקש. לכאורה, ניתן לשאול – מה הקושי? האם חיי אדם אינם חשובים יותר? הצגת השאלה בדרך זו מנסה לכוון לתשובה המבוססת על בחירה בינארית, המשטיחה את הדילמה שבפנינו. כאן חשוב לחזור למושכלות ראשוניים. חופש ההפגנה הוא אחת הנגזרות החשובות של חופש הביטוי, ואין תקומה לשיטה דמוקרטית בלעדיו (ראו למשל: בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994)). בהתאם לכך, תפקידן של רשויות המדינה הוא לעשות את מרב המאמצים על מנת לאפשר קיומן של הפגנות חרף המשבר הבריאותי. על כך יש להוסיף, כי דווקא המגבלות הנוספות שמוטלות על זכויות אדם במצבי חירום, על השלכותיהן הכלכליות והחברתיות, מחייבות להבטיח כי הערוץ של הבעת מחאה ציבורית אפקטיבית לא ייחסם.

13. זאת ועוד: כאשר מתוכננת הפגנה – המיקום, ההיקף והמתכונת הם חלק מהמסר. אכן, הפסיקה הכירה זה מכבר באפשרות להטיל הגבלות שעניינן "זמן, מקום ואופן" על קיומן של הפגנות (ראו למשל: בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006)). אולם, לצד זאת, לא אחת מאפיינים אלה שלובים בתוכן ההפגנה ובמסר שמבוקש להעביר בה, ולכן אף אותן הגבלות צריכות להיעשות בזהירות. כך למשל, כאשר מתקיים "מצעד גאוה", עריכתו במרכז של עיר, להבדיל מאשר בעיבורה, היא חלק מהמסר של גאוה – להבדיל מבושה. קיום הפגנה בסמוך למשרד ממשלתי במחאה על מדיניות אינו דומה לקיומה במרחק גדול ממנו, וכך הלאה (ראו עוד: Danielle Endres & Samantha Senda-Cook, *Location Matters: The Rhetoric of Place in Protest*, 97 Q. J. SPEECH 257 (2011)). המאפיינים של הפגנה מן ההיבטים של מיקום וגודל אף חורגים מתחום המסר אל עבר ההשפעה האפשרית שלה. היכולת לארגן הפגנה גדולה משליכה על האופן שבו מתקבל המסר של ההפגנה, ככזה שנהנה לכאורה מתמיכה ציבורית. זהו לא רק עניין של שכל ישר: מחקרים שעסקו בנושא מצביעים על התרומה שיש לבחירת המיקום של ההפגנה, לגודלה ולמאפיינים נוספים שלה, על היקף השפעתה (ראו למשל: Ruud Wouters & Stefaan Walgrave, *Demonstrating Power: How Protest Persuades Political Representatives*, 82(2) AM. SOCIOLOGICAL REV. 361 (2017)).

14. הדברים אינם חשובים רק במישור התהודה של ההפגנה בזירה הציבורית, אלא גם מהיבט המימוש של חופש הביטוי של כל פרט ופרט. משמעה של הגבלת מרחק בהפגנות היא שכל משתתף בהפגנה נדרש לתת ביטוי למחאתו בסביבת מגוריו הקרובה – מול משפחתו ושכניו. חשיפה כזו עלולה ליצור, כשלעצמה, אפקט מצנן. הדברים מקבלים משנה תוקף ביישובים קטנים, שבהם – לטוב ולרע – התושבים אינם נהנים מן האנונימיות של העיר הגדולה. זאת ועוד, ישנן מחאות שהשותפים להן "מפוזרים" על פני מרחבים גאוגרפיים גדולים, מאחר שהם אינם נמנים בהכרח עם קבוצה גדולה דיה בסביבתם הקרובה. כך, הגבלת המרחק מקשה על גיבוש "מסה קריטית" להפגנה (ראו והשוו: ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאוה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 65 (2010)).

15. לכך נוסף גם הממד של השפעת ההגבלות בתקופת בחירות. חוק הקורונה כולל התייחסות מפורשת להבטחת יכולתו של כל אזרח להגיע למקום קלפי ביום הבחירות (סעיף 7(א)(1)(כ) לחוק זה). אולם, הבטחת הזכות לבחור ולהיבחר במובנה המלא מחייבת הגנה גם על מכלול הפעילות הנלווית להשתתפות ה"טכנית" בבחירות.

האפשרות של אזרחים מכל קצוות הקשת הפוליטית ליתן ביטוי למחאה ציבורית (או לחלופין לתמיכה ציבורית) ולהביע באופן פומבי את עמדותיהם היא חלק אינהרנטי מתהליך הבחירות במדינה דמוקרטית. היא מבטיחה את קיומו ושגשוגו של שוק הדעות החופשי, שלו יש משנה חשיבות בתקופת בחירות. אכן, ההגבלות שנדונו בפנינו לא הוטלו בתקופה של היערכות לבחירות. אולם, במישור העקרוני, חשוב להפנות זרקור לכך שחוק הקורונה אינו כולל התייחסות מיוחדת להסדרת הסוגיה של הפגנות בתקופה של בחירות או היערכות לקראתן, וזוהי נקודת תורפה בו, בפרט כאשר החקיקה התקבלה בתקופה של מציאות פוליטית מורכבת.

16. הסתייגות נוספת שמצאתי לנכון להעלות נוגעת לכך שהגבלת המרחק בהפגנות עשויה לחול לפי החוק גם כאשר התקנות שהוצאו מכוחו מאפשרות לעבור בין אזורים שונים במדינה בשמם של צרכים חיוניים אחרים. אכן, לפי סעיף 7(ב) לחוק הקורונה מגבלת המרחק בהפגנות חלה רק כאשר קיים "מצב חירום מיוחד" וזה עצמו נכנס לתוקף רק כאשר מוטלות "מגבלות מלאות" כמובן לפי סעיף 3א(ב) לחוק, דהיינו רק כאשר מופעל "סגר" שבו חלות הגבלות על יציאה ממקום המגורים ומישוב המגורים. אולם, אף במצב חירום מיוחד ניתן לקבוע בתקנות אפשרות ליציאה ממקום מגורים לגבי פעולות חיוניות ש"מקום ביצוען הוא מחוץ ליישוב או שלא ניתן לקיימן בתחום אותו יישוב". הלכה למעשה אלה כללו מגוון של פעולות, לרבות הצטיידות במזון, קבלת טיפול רפואי ועוד. אכן, כל אלה הן פעולות חיוניות. אולם, נקודת המוצא לדיון חייבת להיות שגם הפגנות הן חיוניות.

מהלכה למעשה

17. משאמרתי דברים אלה במישור העקרוני, אין להתעלם מן הנסיבות המיוחדות של תקופת הקורונה. על כן, אני סבורה, כמו חברתי הנשיאה, כי המגבלות הקבועות בחוק יכולות לצלוח את המישור החוקתי. זאת, בהתאם לפרשנות החוק שהציגו המשיבים, לפיה אין זהות בין היקף ההגבלות המוטלות מכוח סעיף 3א(ב) לחוק הקורונה בזמן של מצב חירום מיוחד ביחס למרחק היציאה מהבית לבין היקף ההגבלות שמוטלות על יציאה להפגנות באותו זמן. אם כן, לשיטתם הממשלה מוסמכת לקבוע מגבלה על יציאה להפגנות שהיא מקלה יותר מהמגבלה שהוטלה על יציאה מהבית לתכליות אחרות. אדגיש, כי לא בנקל הגעתי למסקנה זו. כפי שציננה חברתי הנשיאה, האפשרות העקרונית לקבוע מגבלה על מיקומה של הפגנה או על מספר המשתתפים בה מעוררת כשלעצמה קושי. אולם, בהתחשב בשיקולים שהוצגו על-ידי חברתי – ובפרט על רקע חריגותה וקיצוניותה של המציאות תחת מגפת הקורונה – אף לשיטתי יש למקד

את הביקורת השיפוטית במקרה זה בתקנות שהוצאו מכוח החוק. בהמשך לכך, כמו חברתי הנשיאה ומטעמיה, אף אני סבורה כי אלה אינן צולחות את מבחן המידתיות.

18. מעבר לכך, אני מבקשת להצטרף, במישור העקרוני, לקביעתו של חברי השופט מזוז כי הליך האישור החפוז של התקנות בממשלה מהווה פגם דיוני עצמאי הנבדל מהפגם המהותי שעליו עמדה חברתי הנשיאה בפסק דינה – פגם שתהליך האישור הפרלמנטרי לא נתן לו מרפא. אכן, ניתן להבין כי הליך התקנת תקנות בזמן חירום אינו יכול להתנהל בשלווה ונחת. אולם, המקרה שבפנינו הוא דוגמה קיצונית להליך חסר ובלתי מספק, בעיקר כאשר מביאים בחשבון את משקלו של הנושא שעמד על הפרק – הגבלת הזכות להפגין. בעבר מתח בית משפט זה ביקורת חריפה על החלטה שהתקבלה במועצת הרבנות הראשית במתכונת של "משאל טלפוני" בכל הנוגע להסדרים החלים בשנת שמיטה (ראו: בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל (23.10.2007)). אין צריך לומר שהדיון באישור הניתן להחלטה מרכזית בחיי הדמוקרטיה הישראלית ביחס לקיום הפגנות ראוי לפחות לאותה מידה של חרדת קודש.

19. יחד עם זאת, במישור האופרטיבי יש להבחין בהקשר זה בין סוגי ההגבלות השונים שנקבעו בתיקון לתקנות. בהתחשב בעובדה שהגבלות שעניינן השתתפות באירועים במתכונת של "קפסולות" לא היו חדשות באותו זמן, ניתן להעמיד את הממשלה בחזקתה כי בנושא זה ההחלטה שהתקבלה התבססה על ניסיון קודם, ולא לזקוף לחובתה את הדיון הקצר, שתכניו לא הובררו. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לאותו חלק בתקנות הנוגע להגבלת המרחק בהפגנות. כאן היה מדובר בהגבלה בעלת אופי תקדימי, מן הסוג שטרם בא לעולם עד אותה עת. במובן זה אף במישור הפרוצדוראלי אין תקומה לתקנה שהתקבלה על בסיס כה רעוע. הלכה למעשה, אני מסכימה אפוא לתוצאה האופרטיבית שאליה הגיעה הנשיאה בפסק דינה, לפיה יש מקום להגביל את הצו המוחלט כך שיחול רק לגבי תקנה 24(1) לתקנות.

ש ו פ ת

השופט נ' סולברג:

1. חוות דעת מקיפה כתבה חברתי הנשיאה א' חיות; אני שותף למסקנתה, כי לא קמה עילה להתערבות שיפוטית בהוראות חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכויות). ברם, במה שנוגע לתקנה 24 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת

שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות), אשר הגבילה, לשעתה, את מספר האנשים הרשאים להשתתף יחד בהפגנה, וכן את האפשרות לצאת ולהפגין במרחק של יותר מ-1,000 מטרים ממקום המגורים, סבורני כי משקעו ההגבלות הללו, לפני כ-6 חודשים, ומאז לא חודשו, דיון בהן בעת הזאת – הריהו תיאורטי ומיותר.

דיון בשאלה תיאורטית – הכלל, היוצא מן הכלל והיישום

2. הלכה פסוקה, מושרשת וידועה היא, כי בית משפט זה ימנע מלדון בשאלות תיאורטיות, עיוניות, שאינן מובילות לסעד אופרטיבי וממשי. דברים אלו נכונים, גם כשלפנינו עתירה, אשר בעת הגשתה היתה ראויה לבירור, אך מחמת שינוי נסיבות הפכה בחלוף הימים לתיאורטית: "בעיקרו של דבר, ההצדקה להימנעות מדיון בעתירות תיאורטיות נובעת מן ההבנה המסורתית שתפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים. פן אחד שלה הוא מעשי-פרקטי, ונוגע לחיסכון במשאבים. פן אחר שלה קשור לצורך להגן על בית המשפט מפני היקלעות מיותרת למחלוקת ציבורית" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 390-391 (2017)). צודקת חברתי בדבריה אלו. בענייננו, כאמור, הותקנה תקנה 24, מלכתחילה, כהוראת שעה, והיא עמדה בתוקפה למשך 13 ימים בלבד (1-13 לאוקטובר 2020). מאז ועד עתה – לא חודשה, גם כאשר הוטל סגר נוסף. משכך, דיון בסוגיה זו כיום, כשהיא אינה נוגעת עוד לסכסוך קונקרטי, פעיל וקיים – יהא אקדמי ותיאורטי בלבד; ההכרעה בדבר – אינה מחוייבת המציאות; אדרבה.

3. אמנם, כלל זה אינו חף מחריגים, כפי שנפסק לא אחת:

"היו מקרים שבהם בית-המשפט היה מוכן לדון בשאלה תאורטית, בעלת אופי כללי, אף שלא הייתה קשורה למקרה מסוים. היו אלה על-פי רוב מקרים שבהם העתירה העלתה שאלה חשובה, ונתברר כי מבחינה מעשית אין בית-המשפט יכול לפסוק בה הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים [...] כזה הוא המקרה הנדון. הוא מעלה שאלה חשובה, הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, היא שאלת הסמכות לפגוע בחירות האישית בדרך של מעצר שאינו שיפוטי. השאלה עולה חדשות לבקרים, שנה אחר שנה, לגבי חיילים רבים, לדברי המשיבים קרוב ל-10,000 חיילים מדי שנה. אולם שאלה זאת היא בעלת אורך חיים קצר: היא עולה כאשר חייל נעצר על-ידי שוטר צבאי; היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחייל משתחרר, או מובא בפני בית-דין צבאי

להארכת המעצר, ואז היא גוועת. יוצא אפוא שאם בית-המשפט לא יהיה מוכן לדון בשאלת החוקיות של המעצר, רק משום שבינתיים החייל שוחרר והעתירה נעשתה תאורטית, הוא לא יוכל לדון בשאלה זאת לעולם. התוצאה תהיה, בפועל, שהחלטות לעצור חיילים יקבלו חסינות מפני ביקורת שיפוטית. זוהי תוצאה חמורה. היא אינה מתיישבת עם שלטון החוק. כדי למנוע תוצאה כזאת, צריך בית-המשפט לדון בשאלת החוקיות של המעצר אף לאחר שהשאלה חדלה להיות אקטואלית" (דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 250 (1999) (להלן: עניין צמח)).

דברים דומים נאמרו גם בבג"ץ 73/85 סיעת 'כך' נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 147 (1985) מפי השופט (כתוארו אז) א' ברק (להלן: עניין סיעת כך):

"בית-משפט זה אינו דן בשאלות שאינן אקטואליות, ואין הוא נותן חוות-דעת אקדמית, גרידא, בשאלות בעלות עניין תיאורטי. אך כלל זה אינו חל במקום שטבעו של האירוע, שעליו סבה העתירה, הוא כזה, שהכרעה שיפוטית בו עשויה לבוא לאחר שהאירוע התרחש, אך תוך קיום הסתברות סבירה, שאירועים דומים יתרחשו בעתיד [...]. במקרים אלה, מן הראוי הוא שבית המשפט ידון בעתירה, שאם לא כן לא ידון בה לעולם, שכן מעצם מהותה היא תהא לעולם מוקדמת מדי או מאוחרת מדי. אל לו לבית המשפט לנעול דלתותיו בפני מקרים אלה בטענה של חוסר אקטואליות, שאם ינהג כן, יהא תחום שלם של עניינים קונסטיטוציוניים חשובים חסין בפני ביקורת שיפוטית".

4. לדעת חברתי הנשיאה, בענייננו יש מקום לדון בתקנה 24, הגם שפג תוקפה, והסוגיה הפכה תיאורטית. לדבריה, ככלל, תוקפן של תקנות המגבילות הפגנות במצב חירום מיוחד הוא קצר-מועד, ועל כן, קיים חשש שמא גם לעתיד לבוא, לא יהיה סיפק למצות הליכים, להגיש עתירה, לדון בה, ולפסוק את הדין, בטרם תפקע הוראתן. על כן, אילולא דיון תיאורטי, לעולם לא ניתן יהיה להפעיל ביקורת שיפוטית, ולהנחות את המשיבים בסוגיה זו.

5. דעתי-שלי בעניין זה – שונה. לטעמי, המקרה שלפנינו אינו בא בגדרי החריג האמור, ואינו מצדיק דיון תיאורטי, אקדמי, במבט צופה פני עתיד. החריג לכלל בדבר

עתירות תיאורטיות בא לעולם מתוך הבנה, כי מקרים מסויימים עשויים להפוך תיאורטיים עוד קודם לשלב ההכרעה בהם; קיימת עם זאת הסתברות סבירה שיתרחשו מקרים דומים בעתיד, וגם אז, לפי טיבם, נראה כי לא יהיה סיפק לדון בהם, לפני שיהפכו שוב לתיאורטיים. כך, בעניין צמח צוין כי "השאלה עולה חדשות לבקרים, שנה אחר שנה, לגבי חיילים רבים, לדברי המשיבים קרוב ל-10,000 חיילים מדי שנה"; ובעניין סיעת כך הובהר, כי קיימת "הסתברות סבירה, שאירועים דומים יתרחשו בעתיד". בעניינינו-אנו, נוכח השינוי שחל בנסיבות מאז התקנת תקנה 24 – מפנה של ממש ובלימת התחלואה – נראה כי ההסתברות שאירועים דומים יתרחשו בעתיד, הולכת ופוחתת.

6. תקנה 24 הותקנה בימי הסגר השני, שהוטל בעטיה של החרפה ניכרת בתחלואת הקורונה. הממשלה פעלה להידוק הסגר, ובתוך כך קידמה תיקונים והתאמות לחוק הסמכויות ולתקנות. על מנת להמחיש את חומרת המצב באותם ימים, אביא מדברי ב"כ הממשלה בכתב תשובתם, כי "בשיא הגל השני אובחנו ביום אחד 11,316 חולים מאומתים חדשים (23.9.20)", וכי "בתחילת חודש אוקטובר, נפטרו בישראל מדי יום כ-30 עד 40 חולים". עוד צוין, כי "רמת התחלואה בישראל ערב [...] התקנת התקנות והארכתן לאחר מכן, הייתה מהגבוהות בעולם (יחסית לגודל האוכלוסייה)"; כי אחוז הבדיקות החיוביות היה גבוה ביותר, בין 12 ל-14 אחוזים מסך הבדיקות; כי מקדם ההדבקה (R), המעיד על עלייה אקספוננציאלית במספר החולים, זינק באופן דרמטי (ביום 15.9.2020 עמד ה-R על 1.55); וכי גם הפריסה הגיאוגרפית של המחלה הפכה מבוזרת, והחלה 'לזלוג' לעוד ועוד ישובים. "מצב חסר תקדים זה", כך על-פי ב"כ הממשלה, "חייב נקיטת צעדים מידיים לבלימת התפשטות המגפה, זאת, בין היתר על-ידי הטלת הגבלות חמורות על התקהלות במרחב הציבורי והפרטי". על רקע זה, הוטלו מגבלות מסוימות על חופש ההפגנה, ואלה הופעלו, כאמור, למשך 13 ימים; הא ותו לא.

7. גם בימים הקשים שידענו בהמשך, עם פרוץ הגל השלישי, וכניסה לסגר מהודק נוסף, תוך התמודדות עם זנים חדשים שחדרו לישראל – לא חודשו ההגבלות שבתקנה 24, ולא בכדי. מאז חודש דצמבר 2020, וככל שחלף הזמן, נראה אור בקצה המנהרה – חיסון יעיל מבשר טוב, משמיע ישועה. מבצע מוצלח, הביא להתחסנות בשיעור גבוה של האוכלוסייה; מדדי התחלואה מלמדים על שיפור ניכר – מקדם ההדבקה בירידה מתמדת, אין עוד ישוב בישראל המסווג כ"אדום"; המשק נפתח כמעט כימים ראשונים; הקלות נוספות נראות באופק; אביב הגיע פסח בא, הגשם חלף הלך לו; כליל הסדר ישבנו מסובים (כמעט) כבני-חורין. על פני הדברים, מה שהיה (עוצמת התחלואה) – לא יהיה; ומה שנעשה (הטלת הגבלות חמורות) – לא יעשה.

8. משאָלו הם פני הדברים, איני רואה עצמי בן-חורין להיזקק לשאלות משפטיות שאינן דורשות הכרעה במקרה הפרטני שלפנינו, כאשר בהוראות שפקעו לפני כ-6 חודשים עסקינן, וההסתברות שנמצא שוב עם הגבלות דומות, הולכת ופוחתת, מיום ליום. המשאב השיפוטי היקר, לא נועד למקרים תיאורטיים, גם לא על מנת 'לדרוש ולקבל שכר'. מטרתו לפתור סכסוכים 'חיים', הוֹנִים, בני-קיימא. אין מקום אפוא להקצות ממנו למקרה חד-פעמי, של הגבלות חריגות, שנועדו לשעתן; שעה קשה, אשר כרגע נדמה, ומקווה, כי היא לא תשוב. לא זו אף זו: בידוע, כי בית משפט זה נוקט גישה מרוסנת ומאופקת בבואו להעביר חקיקת-משנה תחת שבט הביקורת. קל וחומר שכך ראוי לעשות כשעל הפרק שאלת תוקפן של תקנות שהתקינה הממשלה (ולא רק שר משריה), באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת; ולבטח כך, בהיות הסוגיה – תיאורטית. הנה כי כן, אין טעם טוב לדון עתה בתקנה 24 שפג תוקפה: זמנה – עבר; המשאב השיפוטי – יָגָרַע; למחלוקת ציבורית – נִקְלַע; ו'אין הצר שווה בנזק המלך'.

דין הקנסות שהוטלו מכוח התקנה

9. אמנם כן, טוענים מקצת מן העותרים, כי קיים טעם מעשי בבירור העתירה, הגם שהוראות תקנה 24 פקעו זה מכבר. לדבריהם, ניתן להניח כי הוטלו קנסות מכוח תקנה זו, על מפרי ההגבלות, ומשכך, אם יקבע כי התקנה בטלה מעיקרה, הרי שדין הקנסות להתבטל עמה. על כן, לדידם, נודעת לעתירה, גם כיום, משמעות אופרטיבית. חברתי הנשיאה אימצה טענה זו; דעתי-שלי שונה גם בעניין הזה.

10. בראש ובראשונה, ראוי לזכור ולהזכיר: לא בא לפנינו ולו עותר קונקרטי אחד, הטוען כי נִקְנַס באותם ימים, בגין הפרת הוראת תקנה 24. דיינו בכך, כדי למשוך את ידינו מלדון בעניין. כדברים הללו אמרתי בבג"ץ 4244/17 הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (12.4.2018): "העותר לא הצליח למצוא ולו עותר פרטי אחד – נישום הטוען שנפגע מהחלתו של הסדר הקבלנים לגביו. צודק ב"כ המשיבים בתגובתו לעתירה, כי אינה עניין לבג"ץ לענות בו, שהרי ממה נפשך: אילו הוגשה העתירה על-ידי עותר פרטי, כי אז היה על אותו עותר, כנישום ספציפי, לפנות להליכי המס הרגילים, קרי – השגה מינהלית וערעור לבית המשפט, ולא לבג"ץ; ואם נניח כי אין נפגע יחיד, אלא כמה וכמה נפגעים, ואָלוּ נמנעו מהגשת עתירה – הרי שהעותר מתעבר על ריב לא לו, ואין לו זכות עמידה לעתור לבג"ץ. אכן, מוטב שלא נחרוג מן 'הכלל שלפיו לא ייעתר בית המשפט בדרך-כלל לעתירה ציבורית, מקום שברקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לבית המשפט בבקשת סעד על פגיעתו' [...]. עמדתי בעבר על הצורך למנוע מעותר להתעבר על ריב לא לו, ולהקפיד בכגון דא על זכות העמידה, על מנת להבטיח דיון שיפוטי יעיל והוגן [...]. אין תוחלת בדיון בעתירתו של עותר שכזה – כשעל-פי רוב אין לאל-ידו לפרוש את מלוא

התשתית העובדתית הנחוצה לשם הכרעה, ונמצא הדיון בעתירה מתקיים על כרעי-תרנגולת, מבלעדי בסיס ממשי כנדרש לצורך הסקת מסקנות; בדיון שכזה יכול שייפגעו אינטרסים של הנפגעים הרלבנטיים עצמם, אשר אינם חפצים מטעמיהם בהתדיינות משפטית [...] זמן שיפוטי יקר יורד לטמיון, תוך מתן העדפה בהקצאת משאבים שיפוטיים לעותר שרב את ריבו של האחר, על פני בעל דין שעניינו מוחשי ודוחק". זאת ועוד: גם אם היה בא לפנינו עותר שכזה, בעתירה נגר קנס שהושת עליו במהלך אותם 13 ימי ההגבלה – ספק אם עתירתו היתה מתבררת; הדעת נותנת שלא, משום שעומדת לו האפשרות לבקש לבטל את הקנס, ואף להישפט חלף תשלומו (ראו הוראות שנקבעו לעניין זה בחוק הסמכויות, בצירוף הוראות סעיפים 8 ו-8א לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985). לקיומו של סעד חלופי – ניהול משפט על אודות הקנס – משקל רב בענייננו. אסביר.

11. בבית המשפט שבו ישפט הנקנס, יתברר תחילה, מבחינה עובדתית, אם הפר את המגבלות שנקבעו בתקנה 24, אם לאו. בית המשפט יבחן על שום מה הוטל הקנס; אם על יציאה להפגנה, או שמא על יציאה לצרכים אחרים. ואם מחמת יציאה להפגנה הוטל, האם על שום שהרחיק המפגין מביתו, האם על כך שהתקהל ביחד עם רבים אחרים, או שמא בשל אי-עטיית מסכה, או אי-שמירת מרחק כנדרש. שאלות עובדתיות אלו ואחרות יכולות ואמורות להתברר בבית המשפט המוסמך; לא בבית המשפט הגבוה לצדק. אין קיצורי-דרך, ולא דרכים חלופיות. יתכן שבתום הברור בערכאה המתאימה – יוכרע, כי מספר הקנסות שהוטלו מכוח תקנה 24 – שולי, זניח, לא 'כצעקתה'. בנסיבות שכאלו, לא תהא הצדקה לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות התקנה, שהותקנה על-ידי הממשלה כולה, ואושרה על-ידי ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. דיון בפסילתה של הוראת דין, בעטיים של פגמים חוקתיים, שמור למקרים בעלי משקל רב ומשמעות נרחבת; לא למקרים שהם בעיקרם תיאורטיים, והשלכתם המעשית – מצומצמת. בייחוד אמורים הדברים, כאשר במוקד העתירות עמד הרצון לאפשר את ההפגנות באותם ימים, ולא עניין ביטול הקנסות בדיעבד, שעלה רק בשולי הדברים; ובפרט, כשהוראות התקנה אינן תקפות עוד.

12. חשוב להזכיר, כי גם הגורמים הרשמיים – משטרת ישראל – לא ידעו לבודד ולהצביע על נתונים קונקרטיים באשר למספר הקנסות שהוטלו, אך מחמת הפרת תקנה 24 לבדה. אמנם, המשטרה הציגה נתונים לגבי מספר הקנסות שהוטלו באותם ימים על יציאה ממקום המגורים שלא למטרה מותרת, אך הובהר, כי לא ניתן לדעת, מבלי לערוך בדיקה פרטנית לגבי כל קנס וקנס, אם הוטל מחמת יציאה להפגנה, או שמא בשל יציאה ליעדים אחרים. לא ניתן אפוא להפיח רוח חיים בעתירה תיאורטית, באמצעות טענות

תיאורטיות, שמהן אין אנו יכולים ללמוד על היקפה של התופעה; על מידת הפגיעה הלכאורית באזרחים, בעטיים של קנסות שהוטלו עליהם.

13. בנסיבות הללו, משהתמונה העובדתית לא התבהרה לאשורה, דרך התיקון איננה בביטולה המידי של התקנה. נדרש עוד לעבור מספר תחנות מקדימות, כמפורט לעיל. כפי שנפסק לא אחת – "כאשר המדובר בביקורת שיפוטית על מעשי חקיקה שהושלמו, חזר בית משפט זה והטעים, כי יורה על פסילת הוראות חוק רק כמוצא אחרון וכאשר אין עומדת לו כל אפשרות אחרת" (בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פסקה לא לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (5.9.2017)). בדומה נפסק, כי "עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה" (דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 66 (1996)). לגישתי, עלינו לשוות דברים אלה לנגד עינינו, גם בעת שעוסקים אנו בשאלת ביטול חקיקת-משנה, נוכח הגישה המרוסנת והמאופקת שבה אנו נוקטים בעניינים אלו, ודאי כאשר מדובר בתקנה שנתקנה על-ידי הממשלה פולה, ואושרה על-ידי ועדה מוועדות הכנסת. נראה כי לא הגענו עדיין לאותו 'מוצא אחרון', שאינו מותר בידינו כל ברירה, מבלעדי ביטול התקנה באופן גורף. 13 ימי ההגבלה על חופש ההפגנה, אינם תקלה חסרת תקנה.

14. טעם לפגם יש גם בכך שהצידוק שנמצא ל'החייאת' העתירה, נובע מעשיית דין עצמית שעשו הנקנסים הפוטנציאליים, כאשר הפרו את הוראות תקנה 24, ביודעין ובמכוון. לא ניתן לצפות כי בית משפט זה יתן ידו לעשיית דין עצמית שכזו, ובכך יעודד הפרות דין לעתיד לבוא, מקום שבו דבר חקיקה, או חקיקת-משנה, לא ימצא חן בעיני מאן-דהוא. כלל זה הוא נגזרת של חובת הציות לחוק, ערך ראשון במעלה, אשר נועד למנוע אנרכיה ופגיעה בשלטון החוק: "בדברנו על חובת הציות לחוק אין כוונתנו אך לנורמות כלליות המתקבלות על ידי המחוקק הראשי, אלא גם לנורמות כלליות הנקבעות על ידי מחוקק המשנה וכן לנורמות אינדיווידואליות שמתקבלות על ידי גופי מינהל [...] בצד כל אלה יש כמובן להוסיף את הנורמות הנקבעות על ידי בתי המשפט. על אדם המפר את החוק ביודעין לדעת כי הוא מסתכן בכך שבתי המשפט לא ישעו לטענותיו. הכלל האוסר עשיית דין עצמי משמש למעשה כתמריץ לשמירה על החוק. הציות לחוק הינו מיסודותיה של חברה מתוקנת. החוק וההסדרים שנקבעו על פיו משקפים את רצון הרוב, ובחברה דמוקרטית כפופים כולם לשלטון החוק. חובת הציות לחוק, ובכלל זאת חובת הציות להוראותיה של רשות מוסמכת, הינה חובה משפטית ומוסרית. במובן המשפטי, חובת הציות הינה חלק מעיקרון שלטון החוק לפיו כל הגורמים במדינה – יחידים, קבוצות ורשויות המדינה – כפופים לחוק וחייבים לפעול על פיו. פעולה בניגוד לחוק נתקלת בסנקציות שקובע החוק על הפרתו. במובן המוסרי, החוק מהווה תשתית לחיים משותפים

בחברה מאורגנת. הפרת החוק מהווה פגיעה בערכי יסוד של החברה כגון שלום, שוויון וחרות, ועל-כן הינה פסולה מבחינה מוסרית" (דברי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בבג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, פסקה 13 (9.9.2007) וראו גם פסקאות 14-17; לעיון נוסף, ראו: חיים גנז "ביסוסי חובת הציות לחוק" משפטים יז 353 (1987)).

15. הדברים נכונים בפרט, מקום שבו ההפרה הלכאורית נעשתה בעת שעתירה העוסקת בסוגיה זו עודנה תלויה ועומדת (ראו: בג"ץ 313/84 המשחטה המאוחדת שוק הכרמל נ' עיריית תל-אביב (1986)), ועל אף שלא ניתן צו ביניים המעכב את ביצוע התקנה, חרף בקשות שהוגשו על-ידי העותרים (בבג"ץ 6859/20). "הלכה מקדמת דנא היא, שבית-המשפט הגבוה לצדק לא יושיט סעד לעושים דין לעצמם. חייב אדם להחליט בלבבו אם מבקש הוא סעד מבית-משפט או אם עושה הוא דין לעצמו. שני אלה בה-בעת לא יעשה אדם, דהיינו: בית-משפט לא יושיט סעד למי שבמקביל לפנייה לבית-המשפט עושה דין לעצמו ומבקש להעמיד את זולתו בפני עובדות מוגמרות. הלכה זו הילכת-יסוד היא במשפט והגיונה נלמד מעצמו. העותרים עברו על לאו שבהלכה, ומטעם זה אין אנו רואים הצדק להידרש לעתירתם" (דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 8898/04 ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (28.10.2004)). משבחן בית המשפט את הסוגיה, במסגרת בקשות לצו ביניים, בשתי הזדמנויות, ובחר שלא ליתן צו כזה, לא ניתן עוד לקבל את הטענה, כי לעתירה משמעות אופרטיבית, משום שדרושה היא להגנה על מפרי ההוראות, מפני הקנסות שהוטלו עליהם. על אחת כמה וכמה, כאשר מבוקש לפסול באופן גורף את הקנסות שהוטלו בימיה של תקנה 24, נוכח העדר הנתונים; "שלא יהא חוטא נשכר" (בבלי, כתובות לו, ב.).

16. אין עוררין על חשיבות הזכות להפגין, שהיא יסוד מוסד בשיטת משפט דמוקרטית, ובלעדיו אין. תימוכין לחשיבות זכות ההפגנה, נמצא גם במקורותינו: "פעם אחת נגזרה גזירה על ישראל שלא יעסקו בתורה ושלא ימולו את בניהם ושיחללו שבתות. מה עשה יהודה בן שמוע וחבריו? הלכו ונטלו עצה ממטרוניתא אחת, שכל גדולי רומי מצויין אצלה. אמרה להם, עמדו והפגינו בלילה. הלכו והפגינו בלילה. אמרו אי שמים! לא אחים אנחנו? לא בני אב אחד אנחנו? לא בני אם אחת אנחנו? מה נשתנינו מכל אומה ולשון שאתם גוזרין עלינו גזירות רעות? ובטלום [הרומאים] ביטלו את הגזירות]; ואותו היום עשאוהו יום טוב" (בבלי, תענית יח, א.). כאז כן עתה, לא נדם קולם של המפגינים; טוב שכך. כך ראוי למען הכלל, ונכון לרווחת הפרט. ההפגנה לא ניגפה מפני המגפה. הזכות להפגין, כמו זכויות חשובות נוספות, דוגמת קיום תפילות וטקסים דתיים, הוגבלו במהלך השנה החולפת, מסגר לסגר, על מנת לבלום את התפשטות התחלואה. זכויות אלה, כולן, ראויות לשמירה, להגנה ולטיפוח. דא עקא, בנסיבות העניין דנן, חשיבותה הרמה של הזכות, אין בכוחה להפוך עתירה תיאורטית, למעשית. זאת ועוד: על רקע

פגיעתה הרעה של המגפה בבריאות ובכלכלה, ושאר מרעין בישין שהביאה עלינו הקורונה; כשכל אדם בישראל נאלץ לשנות מאורחות-חיו, כדי לשמור על עצמו ועל מנת להגן על זולתו; כשרבים ספונים בבתיהם, חוששים מהידבקות במחלה, טרודים בדוחק הפרנסה, מנותקים מבני משפחה ומחברים; דומני שבמצב דברים שכזה, פסיקה בעתירה תיאורטית לגבי 13 ימי מגבלת ה-1,000 מטר, ימים שחלפו-עברו לפני כחצי שנה, גם לא תועיל להעלאת קרנה של הזכות להפגין.

17. אזכיר שוב, כי הנסיבות השתנו בתכלית, וכיום, ניתן להאחז בתקווה שלפיה הגבלות חמורות וחריגות מן הסוג שידענו במהלך חודש ספטמבר 2020, לא ישובו עוד. אשר לקנסות, אין בכל האמור לעיל כדי למנוע את בחינת טענותיהם של הנקנסים הפוטנציאליים לגופן. לא אלמן ישראל. עומדת להם האפשרות להשיג על הקנס שהוטל עליהם, ככל שהוטל, אם בדרך של הגשת בקשה לביטולו, אם בדרך של הגשת בקשה להישפט.

סוף דבר

18. אשר על כן, במה שנוגע לחוק הסמכויות, מצטרף אני לעמדת חברתי הנשיאה, כי דינן של העתירות – לדחייה.

במה שנוגע לתקנה 24(1) לתקנות, אני חולק על דעתה. סבורני, כי משעמדה התקנה בתוקפה למשך 13 ימים בלבד; משהיה זה בצוק העיתים, בזמן השפל שפקד אותנו בגל השני של מגפת הקורונה; משפג תוקפה של התקנה לפני כחצי שנה, ולא חודש עוד, הרי שדיון בעניינה לא יהא אלא תיאורטי בלבד; נזקו עולה על תועלתו. אין הצדקה להענקת הסעד הגורף של ביטול הקנסות כולם, ואין טעם טוב דיו להכריז על בטלותה מעיקרא של תקנה זו, שהתקינה הממשלה כולה, באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות וכן לעיקרי נימוקיה ולתוצאה המוצעת על ידה.

נוכח חשיבות הדברים, הנני מרשה לעצמי להוסיף מספר הערות והדגשים.

2. חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"פ-2020 (להלן: חוק הסמכויות המיוחדות, או החוק) וכן תיקון מס' 2 לחוק הסמכויות המיוחדות (להלן: התיקון לחוק הסמכויות, וביחד עם החוק: חוקי המסגרת, נושאי העתירות) – עומדים, לשיטתי, בנסיבות של מגפת הקורונה שירדה על העולם ועל ארצנו, בתנאי "פיסקת ההגבלה" הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטעמים לכך מובהרים היטב בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, ויש בחוקי המסגרת, נושאי העתירות, שחוקקו על רקע מצב החירום שבו אנו נתונים עקב המגיפה, משום מימוש נכון של עקרון הזהירות המונעת (לגבי עקרון זה – ראו הרחבה: חוות דעתי ב- בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.01.2012) (להלן: עניין גלאון); כן עיינו: בג"ץ חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015) – בחוות הדעת של חברי, השופט נ' סולברג; רע"פ 2841/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה (27.07.2017), בפסקה 37 לחוות דעתי מפי ההרכב, והאסמכתאות הנזכרות שם; בג"ץ 5263/16 נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (23.07.2018) – בחוות דעתו של חברי, השופט מ' מזוז מפי ההרכב; בג"ץ 2019/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (29.04.2020) – בחוות דעתי ובחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג שם; בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (01.03.2021) (להלן: בג"ץ איכוני השב"כ) – בחוות דעתי ובחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג שם).

3. עקרון הזהירות המונעת גורס כי על מנת להתמודד עם הקושי שנוצר בפער שבין הידע הקיים בזמן נתון לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם, אם לא ינקטו מראש אמצעי זהירות מתאימים לגבי מצב החירום שנוצר בשל מחולל הנזק – יש לאפשר למחוקק לנקוט במהלכי חקיקה שתכליתם לנסות למנוע, או למזער את הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לכך שיקרה נזק רחב בלתי הפיך, אפילו אם סיכויי התמשותו הם בהסתברות נמוכה ואין ודאות מדעית מוכחת שהוא אכן יתרחש (ראו: עניין גלאון, שם בפסקאות 34-42 לחוות דעתי; עיינו גם: Ofer Malcai and Michal Shur-Ofry, *Using Complexity to Calibrate Legal Response to COVID-19* (forthcoming, 2021). המחברים במאמר זה תולים את עקרון הזהירות המונעת בתיאוריה המדעית של "מערכות מורכבות", ומצדדים בהפעלת העקרון בעת ששוררים מצבי חירום מיוחדים, כמו זה שבו אנו מצויים עתה). הליכה בנתיב האמור – בהתקיים התנאים לכך – היא איפוא בבחינת הרע במיעוטו, שהרי מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית במילים: Better Safe than Sorry).

4. בעניין גלאון, בעת שהצגתי את עקרון הזהירות המונעת – הגישה כלפי דוקטרינה זו היתה מסויגת לגבי תחומים שמעבר לנושאים של איכות הסביבה, ואולם עתה כולי עלמא לא פליגי שיש מקום לעקרון, למצער בנסיבות ובאתגרים כמו אלה שהעולם כולו ניצב בפניהם עכשיו לנוכח מגפת הקורונה. ראו לאחרונה את מאמרו של פרופ' קלאוס מסרשמידט: Klaus Meßerschmidt *Covid-19 legislation in the light of the precautionary principle* THEORY & PRAC. LEGIS. 8, 267 (2020).

יחד עם זאת, בימים אלה, לאחר שהדוקטרינה האמורה אומצה באופן בסיסי ועקרון הזהירות המונעת, ככל שהוא מעוגן בחוק – קיבל הכרה נרחבת, הנני בדעה כי יש להציב עתה גם לעקרון זה גבולות ולהפעילו בזהירות מונעת (ראו: דברי השופט א' רובינשטיין בעניין גלאון), וזאת – כל אימת שהוא מיושם על ידי הרשות המבצעת בין על דרך של התקנת תקנות, בין במעשי מינהל. בהקשר זה הנני סבור כי:

(א) יש לבדוק את דבר קיומם של אמצעים חלופיים ומידתיים יותר להשגת אותה תכלית, או תכלית דומה שהחיקוק מתכוון להשיג (הבחינה תיעשה, לתפיסתי, הן במישור תת-המבחן השני למידתיות שב"פיסקת ההגבלה" (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) והן במסגרת תת-המבחן השלישי של המידתיות כמובן הצר (היחסיות)).

(ב) יש להישמר מהיסחפות ב"מדרון חלקלק" של שימוש מופרז בהגבלות שתאושרנה – בהיקפן, או במישכן (ראו: אליקים רובינשטיין "על סכנת המדרון החלקלק" משרד המשפטים, פרשת השבוע גיליון מס' 65 (תשס"ב); ד"ר מנחם פינקלשטיין "המדרון החלקלק" עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל גיליון מס' 4, 1 (פברואר 2011). עיינו גם: ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (11.02.2008) בפסקה ז(1) לחוות דעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, שהתבטא שם כך:

"פתח שהוא 'כחודה של מחט' עלול להיפתח כפתח שיהיו עגלות וקרונוט נכנסות בו" (שיר השירים רבה, ה')."

ביחס לאמור לעיל – עיינו גם בחוות דעתי בנושא זה ב-בג"ץ איכוני השב"כ.

5. בתובנה הנ"ל יש משום נימוק נוסף המצדיק את הקביעה כי תקנה 24(1) לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות, אשר הותקנו מכוח התיקון לחוק

הסמכויות) – היא בטלה, כפי שמוצע על ידי חברתי הנשיאה ומרבית חבריי להרכב. הדבר מלמד גם כי לעקרון הזהירות המונעת ולסייגיו יכולה להיות נפקות אף במישור הסעדים החוקתיים, בין אם העקרון מתקבל ומשובץ במסגרת מבחני המידתיות בהתקפה ישירה על החיקוקים הרלבנטיים, ובין אם הוא נדחק לשלב התרופות, ובמיוחד כך בהתקפת עקיפין (השוו: ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004); אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 405, 419-414 (2017); רונן פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות 183-180 (2017), שם הוא מאזכר גם פסיקה צרפתית לגבי הפגנות; שלמה מיכאל ארדמן הזכות החוקתית לתבוע מהמדינה פיצויים או השבה 182-183 (2019). עיינו לאחרונה בארה"ב: (Uzuegbunam v. Preczewski, U.S. 592 (Mar. 8, 2021)).

6. הנני שותף גם לדעתה של חברתי הנשיאה בנושא הפרשנות המקיימת, ובעניין החרגים המאפשרים ליבון והכרעה בסוגיות שהפכו במהלך הדיון בעתירות – לעיוניות. אפרט גישתי בנושאים אלה מיד בסמוך.

7. הפרשנות המקיימת שנקטנו בה כאן, בעקבות הצהרות המשיבים לגבי הדרך שבה הם קוראים ומבינים את חוקי המסגרת, נושאי העתירות – עדיפה על הצורך בפסילה חוקתית של החוקים הנ"ל. גישה זו יושמה בעבר, בין היתר: ב-בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) (דעת הרוב שם); ב-בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (28.05.2012); ב-בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל (07.08.2012); ב-רע"א 7204/06 אדליך נ' ברטל (22.08.2012); ב-בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.04.2015) בחוות דעתי שם במסגרת דעת הרוב, וב-בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל (29.09.2016)).

הנה כי כן, ראוי להתמיד בדרך זו, ככל שהדבר אפשרי והפרשנות המקיימת סבירה. השוו בארה"ב: Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. Sebelius, 567 U.S. 519, 132 S. Ct. 2566 (2012).

8. בשים לב לכך שההגבלות החריפות על השתתפות בהפגנות, שהושתו מכוח התקנות פגו בינתיים – המשיבים טענו כי העתירות הפכו עתה לעיוניות ולכן יש לדחות את הצווים-על-תנאי, או למחוק את העתירות. העותרים טענו מנגד כי מכוח חוקי המסגרת, נושאי העתירות – ההגבלות יכולות לחזור על עצמן וכי בעת שההגבלות חלו הוטלו קנסות על מי שנתפס כעובר על התקנות, וחשיפה זו לעיצומים הכספיים בעינה

עומדת, אלא אם כן בית המשפט יקבע – במסגרת העתירות – כי המגבלות שנקבעו בתקנות בטלות.

למעשה הצדדים נחלקו בהקשר זה בשאלה האם חלה במקרה שלפנינו דוקטרינת ה-Mootness, שנקלטה בישראל מארה"ב, או שמתקיימים פה החריגים לדוקטרינה זו, שנקבעו בארה"ב ושאלו אותם אימצה הפסיקה אצלנו. סוגיה זו תלובן בפיסקאות הבאות.

9. מקורה של דוקטרינת ה-Mootness שפותחה בארה"ב כעילת סף, על חריגה שיפורטו להלן – "יובאה" לשיטתנו המשפטית ב-בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.02.2010), שניתנה בהרכב מורחב (להלן: עניין פלוני). באותה פרשה הסביר חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, את הבעיה שהולידה את הדוקטרינה כך:

"לא פעם עולה שאלת הדיון בסוגיה תיאורטית במסגרת עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק. הכלל הוא שבית המשפט אינו נוהג לדון בסוגיה תיאורטית ומבכר להמתין בקביעת הלכות עד-בוא מקרה פרטני מתאים. אולם במקרים מסוימים ייזקק בית המשפט בכל זאת לעתירה בעלת אופי תיאורטי. עמד על כך השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) [...] באותו מקרה נדונה שאלת חוקתיותה של הוראה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, הקובעת את תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי עד שהוא מובא בפני שופט צבאי. נקבע כי חרף הפן התיאורטי של העתירות יש לדון בהן לאור חשיבותה של השאלה הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, לאור השכיחות שבה מתעוררת השאלה ולאור "אורך החיים הקצר" שלה: "היא עולה כאשר חייל נעצר על ידי שוטר צבאי; היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחייל משתחרר או מובא בפני בית דין צבאי להארכת המעצר; ואז היא גוועת" (שם, בפיסקה 9).

בהמשך (שם, בפיסקה 10) ציין המשנה לנשיאה א' ריבלין כי על רקע הדילמה הנ"ל – התוו בתי המשפט הפדרליים בארה"ב את דוקטרינת ה-Mootness (חוסר רלבנטיות מעשית) וקבעו גם את החריגים לה, בגדרם בית המשפט יידרש לשאלה המשפטית לגופה, אף שהמחלוקת הקונקרטית בתיק התייתרה. מבין חריגים אלה לכלל ה-Mootness אציג פה שניים:

החריג הראשון חל כאשר ניתן לצפות שהשאלה המשפטית הנדונה או דומה לה עשויה להתעורר שוב בעתיד הקרוב, לגבי הצדדים המסוימים להליך, או ביחס לאחרים, אך קושיה זו, בגלל אופייה הזמני, צפויה ממילא להפוך לתיאורטית במהלך ההתדיינות המשפטית. כך, למשל, בפרשת Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), שעסקה בזכות

להפלה, נקבע כי אמנם אין בהכרעה כדי להשפיע על זכויותיה של המערערת שם, אשר עקב התמשכות ההליכים כבר הספיקה ללדת, אך כיון שבעיה זו היא אינהרנטית לשאלת חוקתיותו של האיסור על ביצוע הפלות, במובן זה שההליכים לעולם לא יהיו רלוונטיים לגבי הצדדים הפרטניים למשך יותר מתשעת חודשי ההריון – אין לדחות את הערעור על בסיס דוקטרינת ה-Mootness. השוו אצלנו: בג"ץ 73/85 סיעת כח נ' יו"ר הכנסת, פ"ד ל"ט(3) 141, 141, 145-146 (1985).

החריג השני – מתקיים כאשר דחיית ההליך על בסיס דוקטרינת ה-Mootness עלולה לחשוף את אחד הצדדיים להליכים פליליים, או לתביעה אזרחית (עיינו: Edgar v. MITE Corp. 457 U.S. 624 (1982)).

הערה: קיימים גם חריגים נוספים ואולם לא אזכירם פה כי אין הם רלבנטיים לענייננו. עיינו: עניין פלוני, פסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, וכן ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (04.05.2001). עוד אציין, כי מאז עניין פלוני, דוקטרינת ה-Mootness והחריגים לה אוזכרו בהסכמה בפסיקה חוקתית נוספת (ראו: בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.04.2016) וכן ב-בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה (21.01.2019) והחלטתי כיו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-21 ב-תב"כ 8/21 עו"ד שחר בן מאיר נ' מפלגת הליכוד (27.02.2019)).

זה המקום להזכיר כי גם בארה"ב החילו לאחרונה את החריגים לדוקטרינת ה-Mootness בהקשר למגבלות חריפות וזמניות שהוטלו על התכנסויות בתקופת הקורונה (שם בהקשר לצמצום האפשרויות לקיים תפילות בבתי כנסת ובכנסיות במדינת ניו יורק עיינו: Roman Catholic Diocese v. Cuomo, 141 S. Ct. 63 (2020), אשר נדון במאוחד עם: Agudath Israel of America, et. Al. v. Cuomo, No. 20A90 (להלן: פרשת התפילות בניו יורק)).

10. המקרה שלפנינו בא בגדר **שני החריגים** שאוזכרו לעיל, שכן הסוגיה היא עדיין אקטואלית כל עוד מגפת הקורונה לא הודברה והיא עלולה להתעורר חו"ח מחדש גם בהמשך הדרך. יתר על כן, גורל הקנסות שהושתו תלוי בתקפות התקנות שהותקפו. זאת ועוד, כפי שקבע חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין פלוני – ההתערבות מוצדקת אף לנוכח חשיבות הסוגיה, המעלה כאן שאלות יסוד בדבר אופן קיומו של הליך דמוקרטי תקין, וכן לנוכח "אורך החיים הקצר" של ההגבלות מעצם טיבן וטבען. לכך

קיימים פה טעמים מוצדקים לדיון בסוגיות העקרוניות שעלו בעתירה, וזו התשובה לגישה הנוגדת אותה ביטא חברי, השופט נ' סולברג בחוות דעתו כאן.

לסיכום נקודה זו – הניסיון להביא לדחיית הצווים-על-תנאי, או למחיקת העתירות מן הטעם, שאינן, כביכול, אקטואליות, או קונקרטיות עוד – יש בו התעלמות מפסיקתו של בית המשפט העליון, המכירה בכך שמצבים דוגמת זה שלפנינו מצדיקים דיון לגופם של דברים (ולכך אפנה בפסקה 12 שלהלן), אך טרם שאעשה כן אוסיף עוד הערה אחת.

11. הנני מסכים לאבחנה שהציעה חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ביחס לחוות דעתו של חברי, השופט מ' מזוז, בכל מה שנוגע לפגם הדיוני שנפל בהליך התקנת התקנות. מכאן אעבור להתייחסות קצרה באשר לזכות ההפגנה ולהגבלות שביקשו להטיל עליה כאן.

12. גישתי הבסיסית ביחס לחשיבות הרבה שיש לייחס לחופש ההפגנה בכלל, ולמיקומן של משמרות מחאה ופעילויות הפגנתיות אחרות מול מעונם הרשמי של נבחרי ציבור בפרט – באה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין (ראו למשל: בג"ץ 4846/08 עמותת עם כלביא נ' מפקד מחוז ירושלים (01.06.2008), ולאחרונה: עע"מ 1775/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים (24.09.2020), (להלן: עניין בית הנשיא)).

בעניין בית הנשיא ציינתי, תוך הסתמכות על פסיקה קודמת, כי:

"חופש ההפגנה והאסיפה עומד על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזו ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצון לקיים צורת משטר דמוקרטית. באמצעות חופש זה, ניתן אמצעי הבעה לאלה, שכלי הביטוי הממלכתיים והמסחריים אינם עומדים לרשותם. על כן מקובל במשפטנו, כמו גם במשפטן של מדינות דמוקרטיות נאורות אחרות, כי לזכות ההפגנה והאסיפה מוכר מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" (הציטוט לקוח מ-בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד ל"ח (2), 393, 398 (1984)).

מעבר לכך הבהרתי שם (בפסקה 41) כך:

"בניגוד להפגנה "רגילה", הנערכת במקום ציבורי, שתכליתה להביא לשינוי פוליטי, או חברתי כללי, המטרה של קיום משמרת מחאה מול משכנו של נבחר ציבור היא פרטנית – להביא לכך שנבחר הציבור, או הבאים אליו ישנו את עמדתם בנושא מסוים. ניתן להגדיר זאת גם כ"הבעת תוכחה", באשר משמרת המחאה נועדה להזהיר ציבורית את נבחר הציבור, או את מי שפונים אליו – על מה שנתפס, בעיני המפגינים, כשגוי (ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל בעמ' 580 (2016) להלן – מדינה); ברק מדינה ודרור וגשל, "בין מחאה למטרד מאיים", הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב' 197 (2010).

כך פעלו גם נביאי ישראל (ראו לדוגמא: מלכים א', פרק כ"א (הנביא אליהו); מלכים ב', פרק ח' ופרק כ' (הנביא אלישע והנביא ישעיהו); ירמיהו, פרק כ"ו (הנביא ירמיהו); דברי הימים ב', פרק ט"ז (חנני הרואה); עיינו: פרופ' אליקים רובינשטיין "חווה לך ברח" – על הנביא מול השלטון, הרצאה בערב לזכרה של בתו שרי ע"ה וכן דבריו ב-דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014), בפסקה ט'). בהרצאתו קבע פרופ' רובינשטיין, בין היתר, כך:

"... גם שלטונות דמוקרטיים אינם אוהבים ביקורת, הגם שחכמינו ציוו לאהוב את המוכיח (אהב את המוכיחך ושנא את המשבחך)... (אבות דרבי נתן, כ"ט, א') ... בסופו של יום – עדיף מאוד חופש הביטוי, ולוא בסייגים מתבקשים)".

למיקום בו נערכת משמרת המחאה – דווקא מול מעונו הרשמי של נבחר ציבור יש איפוא חשיבות מיוחדת בעידן המודרני, שכן הדבר נועד למשוך את תשומת הלב של מקבלי ההחלטות ושל הציבור".

עיינו גם: דברי השופט מ' אלון (כתוארו אז) ב-ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזיות לכנסת ה-11, פ"ד ל"ט(2) 225, 294 (1985), שדרש כך:

"נביאי ישראל ונבואותיהם שימשו ומשמים כאב-טיפוס לביקורת זועמת וחסרת פשרות, המופנית כלפי השלטון, המשתמש לרעה בכוחו ובעוצמתו, וכלפי הציבור או היחיד, המשחיתים את דרכם ... מלחמתם ועמידתם בשער של נביאי ישראל, גם כאשר נתקלו בתגובות קשות וזועמות, שימשו מקור השראה בלתי נדלה למאבק על חופש הבעת דעות ולמשטרים הדמוקרטיים הנאורים שבימינו. והדברים ידועים ואינם צריכים ראיה, וכל בר-בי-רב בתורת המדינה ובמשנת הדמוקרטיה מצוי אצלם."

13. בצד השיקולים הנ"ל עומדת העובדה שהזכות להפגין היא איננה רק זכות אישית, אלא מבטאת גם השתתפות פוליטית, שכן היא מאפשרת לקבוצת אנשים לקחת חלק ביחד בעיצוב סדר היום הציבורי, להשמיע את קולם, לעורר מודעות לסוגיות בוערות באופן בלתי אמצעי ולבטא סולידריות ותמיכה במסר מסוים (ראו: מדינה, בעמ' 558; אפרת אבן "הזכות להפגין וגבולותיה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (14.01.2004); יובל שני "הפגנות בצל הקורונה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.07.2020); חוות דעתה של חברתי, השופטת ע' ברון, כאן).

14. זאת ועוד – אחרת. בפסיקה אף נקבע כי זכות ההפגנה איננה מסתכמת באיסור לפגוע בה (זכות שלילית), אלא שעל רשויות השלטון מוטלת החובה לאפשר את מימושה (זכות חיובית), וכך נפסק בהקשר זה בבג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד ס"ב (1), 200 (2006):

"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 כאשר 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 (בדימ') א' ברק שם).

ראו גם: בג"ץ 6537/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל (18.10.2017) (להלן: עניין גורן), בפיסקה 19 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות; בג"ץ 5078/20 פדידה ואח' נ' משטרת ישראל (19.08.2020) (להלן: עניין פדידה), בפיסקה 21 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן; אהרן ברק מידתיות במשפט 518 (2010).

יתרה מכך, העברת ביקורת על רשויות המדינה ועל אנשי ציבור היא נשמת אפה של הדמוקרטיה (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 862-864 (1989)), ובבית משפט זה אף נפסק כי היכולת לבקר את השלטון היא "נייר הלקמוס" המבחין בין מדינות דמוקרטיות לבין כאלו שאינן דמוקרטיות (עניין גורן, בפיסקה 22 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות). משכך, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי

הפוליטי, הנחשב לגרעין הזכות לחופש הביטוי, ואשר אף ממנו נגזרת, זכות ההפגנה – היא רחבה במיוחד (ראו: בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157 (2003); בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' הועד המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2018)). לפיכך טעמים של קשיים באכיפה אינם סיבה מספקת לשלילת הזכות (ראו לאחרונה: בג"צ 1107/21 אורון שמש ואח' נ' ראש הממשלה (17/03/2021)).

15. המחוקק בחוקי המסגרת, נושאי העתירה ראה אף הוא את הייחודיות שבזכות לקיים הפגנות ולכן קבע סייגים שונים להגבלות שניתן להשית על עריכת הפגנות, אפילו בעת ששורר "מצב חירום מיוחד", ואיזכר בהקשר זה בצוואת חדא גם איסור למנוע לחלוטין קיום תפילה, או טקס דתי (ראו סעיפים 7(ב)(1) ו-7(ב)(2) לחוק הסמכויות המיוחדות).

הקבלה זו יש לה מקום, שכן תפילה בציבור וטקסים דתיים מסוימים הנסמכים על חופש הדת והפולחן דורשים גם הם השתתפות של קהל במספר מסוים (למצער מניין). זו אף הסיבה שתקנה 10א לתקנות החריגה והתירה קיום תפילות ב"קפסולות" של ריחוק חברתי (תוך עטיית מסכות), במספרים שמעבר למניין, והכל בהתחשבות בקיבולת המרחב, זאת באתרים של: רחבת הכותל המערבי, מסגד אל אקצה וכנסיית הקבר. כמו כן הותרה ההגעה לאתרים הנ"ל.

חופש הדת והפולחן עמד גם ביסוד הטעמים שהנחו את בית המשפט העליון בארה"ב לבטל (בדעת רוב) בפרשת התפילות בניו יורק את המגבלות שהטיל מושל מדינת ניו-יורק CUOMO על תפילות בבתי כנסת ובכנסיות.

מעניין לשים לב בהקשר זה את מקור המילה "פרהסיא", אשר אומצה בלשון חז"ל בעיקר במשמעות של: בפומבי או בגלוי (רשות הרבים), בעוד המילה היוונית ממנה נלקח הביטוי – *parrhesia* פירושה: "לומר הכל", מילה זו מופיעה בכתבי מחברים יוונים במובן של: "דיבור חופשי וגלוי", ומתורגמת בדרך כלל לאנגלית כ-"free speech" (עיינו: רומן כצמן "נבואה קטנה" כנות ורטוריקה בעיר ומלואה לש"י עגנון 19–24 (תשע"ג) (להלן: כצמן)).

הקשר האטימולוגי בין פרהסיא לדיבור מעיד על חיבור אמיץ בין דיבור חופשי לבין פומביות וציבוריות, עד כי חז"ל ראו בהם מושגים חלופיים. ברי כי הציבוריות – הפרהסיא – נותנת משמעות לדיבור והיא קשורה בטבורה לאפשרות לממש את חופש הביטוי הפוליטי (כך בשיטתנו – חופש הביטוי כולל את הזכות להביע עמדה בפומבי,

והזכות להפגין נגזרת כאמור גם מזכות זו (עיינו: מדינה בעמ' 431; עניין בית הנשיא, פסקה 31 לפסק דיני)).

באותו אופן הציבוריות (הפרהסיה) – נותנת נפקות מיוחדת למעשה הדתי שבתפילה בציבור למשל, וכן למשמעות של חילול שבת בפרהסיה, תוך כימות מספר האנשים הנכללים במונח: פרהסיה (ראו לדוגמא: בבלי סנהדרין, דף ע"ד ע"ב; בבלי עירובין, דף ס"ט ע"א; עיינו בהרחבה: צבי זוהר ואבי שגיא מעגלי זהות יהודית בספרות ההלכתית 11–19, 25–32, 130–134 (2000)).

הפילוסוף מישל פוקו התבטא באחת מהרצאותיו בנושא זה כך:

"בפרהסיה – הדובר משתמש בחופש שלו ובוחר כנות במקום שכנוע, אמת במקום שקר או שתיקה, סכנת מוות במקום חיים וביטחון, ביקורת במקום חנופה, ואת החובה המוסרית במקום אינטרס עצמי ואדישות מוסרית." (MICHEL FOUCAULT FEARLESS SPEECH,) (2001) SEMIOTEXT(E); מצוטט אצל כצמן, 23). (ההדגשות שלי – ח"מ).

16. יש פן נוסף להקבלה הנ"ל (מעין תמונת מראה שלה), שכן אף חז"ל דגלו בחופש ההפגנה והמחאה, כפי שעולה מהפרשה של: עמדו והפגינו בלילה, המובאת בבבלי תענית, דף י"ח ע"א ומאוזכרת גם על ידי חברי, השופט נ' סולברג בחוות דעתו. סיפור המעשה, כפי שהוא מופיע בפרשנות של מהדורת שוטנשטיין – מדבר בעד עצמו וקורא כך:

"...שפעם אחת נגזרה גזירה על ישראל [על ידי מלכות רומי] שלא יעסקו בתורה ושלא ימולו את בניהם ושיחללו שבתות. מה עשה יהודה בן שמוע וחבריו? הלכו ונטלו עצה ממטרוניתא אחת [מאישה אצילה רומאית] שכל גדולי רומי [היו] מצויין אצלה. אמרה להם [ליהודה בן שמוע וחבריו] "עמדו והפגינו" – צעקו בשווקים וברחובות [בלילה, כדי שישמעו השרים וירחמו עליכם]". [שמע יהודה בן שמוע וחבריו לעצתה] והלכו והפגינו בלילה, ואמרו: "אי שמים [הוי ה' שבשמים!] ואחר כך פנו לרומאים ואמרו: "וכי לא בני אב אחד אנחנו? [וכי לא בני אם אחת אנחנו? במה נשתנינו מכל אומה ולשון [אחרת שתחת ממשלתכם] שאתם גוזרים עלינו גזירות רעות? ובטלום – בעקבות אותה הפגנה בטלו הרומאים את הגזירות]. ואותו היום [שהיה העשרים ושמונה באדר] עשאהו [חכמים] יום טוב [שאינן להתענות ולהספיד בו]". (ההדגשות שלי – ח"מ).

17. הנה כי כן, בשל הצטברות הנימוקים שהביאו: חברתי הנשיאה ושאר חברות וחבריי ההרכב, המצדדים בהכרזה על בטלות תקנה 24(1) לתקנות ובהינתן הפרשנות המקיימת והטעמים הנוספים שהעליתי כאן – אני מצטרף כאמור לתוצאה המוצעת על ידי הנשיאה, על שני היבטיה.

המשנה לנשיאה

השופט י' עמית:

אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות.

שתי הערות קצרות:

א. חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכויות) החליף את השימוש שעשתה הממשלה בתקנות שעת חירום וטוב שכך (להשתלשלות הדברים שבסופה נחקק החוק ראו פסק דיני בבג"ץ 5314/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (10.1.2021); בג"ץ 2399/20 עדאלה נ' ראש הממשלה (16.8.2020)). חוק הסמכויות הוא חוק מסגרת שעניינו במצבי חירום, וככזה – אם חלילה ניקלע למגיפה או לשעת חירום אחרת – יוכל בעתיד לשמש כ"חוק מדף" לחקיקה ראשית מהירה חלף שימוש בתקנות לשעת חירום.

ב. איני מסכים עם חברי השופט נ' סולברג כי בנושא הקנסות קיים סעד חלופי. קשה להלום כי בתי משפט השלום יעסקו במאות או באלפי בקשות להישפט, וכל בית משפט יידרש לנושא חוקיות התקנות בתקיפה עקיפה. במצב דברים זה, ראוי כי בית המשפט העליון יאמר את דברו ויחסוך התדיינויות אין ספור ואפשרות להכרעות סותרות לאורך ולרוחב המערכת המשפטית.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. אני מסכים עם חברתי, הנשיאה א' חיות, כי דין העתירות המופנות כלפי חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), תש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכויות) – לרבות תיקון מס' 2 לו (להלן: התיקון) – להידחות, מטעמיה.

אשר לתיקונים מס' 3 ו-4 לתקנות סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה) (הגבלת פעילות והוראות נוספות), התש"ף-2020 (להלן: התקנות) – אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה. אבהיר את נימוקיי לכך.

2. במסגרת התיקון לחוק הסמכויות, התווסף לחוק סעיף 3א(א), הקובע כי –

”שוכנעה הממשלה, בתקופת תוקפה של הכרזה על מצב חירום בשל נגיף הקורונה, כי יש התפשטות רחבה של נגיף הקורונה הגורמת לפגיעה חמורה בבריאות הציבור ועומדות בתוקפן תקנות לפי חוק זה הקובעות מגבלות מלאות בתקופת תוקפה של הכרזה כאמור וכי יש הכרח בקביעת מגבלות נוספות כאמור בסעיף 7(ב) כדי להפחית את חומרת הפגיעה בבריאות הציבור, רשאית היא להכריז על מצב חירום מיוחד בשל נגיף הקורונה”.

בתקופת תוקפה של הכרזה כזו, הכבלים המוטלים ב”שגרת הקורונה” על ידי הממשלה – קרי, החובה לסייג את ההגבלות על יציאה ממקום המגורים ושהייה במרחב הציבורי, כך שתתאפשר “השתתפות בהפגנה” (סעיף 7(א)(1)(י) לחוק הסמכויות) – רופפים יותר. סעיף 7(ב) לחוק מצמצם את ההגנה על פעילות זו, ומאפשר לממשלה להגביל את “מספר האנשים המשתתפים” בהפגנות, ולאסור לחלוטין השתתפות כזו בהפגנה שאינה “מתקיימת במרחק המותר ליציאה ממקום מגורים שנקבע לפי פסקה זו”.

בהתאם לסעיף 51(ב) לחוק הסמכויות, ביום תחולתו של התיקון – קרי, 30.9.2020 (סעיף 9 לתיקון) – “יראו כאילו ניתנה הכרזה על מצב חירום מיוחד בשל נגיף הקורונה לפי סעיף 3א, שתוקפה 7 ימים”. מעבר להכרזה על מצב חירום מיוחד, המבוססת, כאמור, גם על המסקנה כי “יש הכרח בקביעת מגבלות נוספות”, על הממשלה לבחון, כנדרש, את היקף ומהות המגבלות הקונקרטיות שהיא מבקשת לעגן בתקנות בתקופת תוקף ההכרזה.

על פי המתווה האמור של המחוקק, הליך התקנת התקנות שבמוקד ההליך דנן על ידי הממשלה מעורר קושי רב, ואף לוקה בחסר. תיקון מס' 3 לתקנות התקבל ביום 30.9.2020 בסמוך לחצות, בדרך של משאל טלפוני. הפגם אינו במכשיר אלא במהות. מן החומר שהוצג, ומן המענה של ב”כ המדינה לשאלות ישירות בנושא, לא ברור אם התקיים בממשלה דיון בהגבלות הקונקרטיות על הפגנות, ואף אין כל תיעוד לדיון כזה (וראו, חוות דעתם של חבריי, השופט מ' מזוז, והשופטת ד' ברק-ארז).

3. מה הנפקות של הפגם האמור? להשקפתי, לא ניתן לתקן אותו באמצעות הליך אישור התקנות בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהתקיים ביום 1.10.2020. מספר טעמים לכך.

הטעם הראשון הוא עיקרון הפרדת הרשויות. לאמור, אין זה עניין פורמלי גרידא. דווקא בתקופת משבר של מגפת קורונה עולמית, המחייבת חקיקה אקטיבית ודינמית, חשוב עד מאוד לשמור על ייחודן של הכנסת, ועדותיה והממשלה. חוקי הקורונה מאופיינים בערבוביה מסוימת בין הרשויות. התפיסה היא שאי שמירה על תפקידי הרשויות תפגע במערכת האיוונים והבלמים הקיימים בין מוסדות אלה.

החלטות הרשות המבצעת – ובענייננו, התקנת התקנות – לחוד, והפיקוח הפרלמנטרי עליו, בדמות אישור התקנות, לחוד. אין באחד כדי לרפא פגמים שנפלו באחר, וההקפדה על הפרדה זו נחוצה שבעתיים בתקופה הנוכחית, שבה מיטשטשים הגבולות, ומתעצמת חשיבות הכובע החקיקתי של הממשלה – מהשימוש המוקדם בתקנות שעת חירום, ועד הפעילות הרבה מכוח חוק הסמכויות המשמש "חוק מסגרת" (בג"ץ 2399/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה, פסקאות 1-2 (16.8.2020)). לכן, אין בדיון בשלב אחר (אישור התקנות, להבדיל מגיבושן), לפני רשות אחרת (ועדה של הכנסת, ולא הממשלה), שלרשותה שיקול דעת מצומצם יותר (הוועדה רשאית לאשר את התקנות, להימנע מאישורן, או לשנות את תקופת תוקפן – אך לא את תוכנן), כדי לתקן את הפגם שנפל בשלב התקנת התקנות בממשלה.

4. הטעם השני, והוא העיקרי, הוא אופייה של הזכות להפגין. זכות זו מהווה חלק, ואף חלק חשוב, מחופש הביטוי הפוליטי. ההפגנה היא ביטוי פומבי וגלוי. היא מתרחשת לעיני כל, תחת השמש. כך, בין אם ההפגנה ביום או בלילה. חופש הביטוי הפוליטי הוא היהלום שבכתר חופש הביטוי. מהיסודות המבדילים בין חברה דמוקרטית לחברה שאינה כזו (ראו בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 24 לחוות דעתי (15.4.2015)). אכן, "על מעמדה הרם של הזכות להפגין כאחת הנגזרות החשובות של חופש הביטוי וכמכשיר עיקרי להבעת דעות ולהעלאת סוגיות חברתיות על סדר היום הציבורי, עמד בית משפט זה לא אחת בציניו כי מדובר בזכות יסוד 'השייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי'" (בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 18 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (8.10.2017)).

אך לא רק חשיבות הזכות חשובה להכרעה.

הסוגיה עדינה מאוד. הזכות להפגין נגד הממשלה בתקופה זו, היא הזכות הרגישה ביותר בין הזכויות. ודוקו, לאו דווקא החשובה ביותר. ישנן זכויות נוספות בעלות חשיבות רבה. אולם, הזכות להפגין נגד הממשלה מציבה את הממשלה במעין ניגוד עניינים, ויוצרת קונפליקט אישי-מוסדי ייחודי. הממשלה מחליטה באיזו מידה להגביל את אלה מאזרחיה שמפגינים נגדה. זהו מצב לא פשוט. ואולם, הממשלה חייבת למלא את תפקידה. אין לקבוע שהממשלה אינה רשאית להגביל הפגנות במסגרת תפקידה לנהל את המשבר ולהגן על בריאות הציבור, ולו מכוח הכלל של necessity, הכרח. אין ממשלה אחרת. אף אינני קובע כי שיקולי הממשלה בכגון דא אינם ענייניים. ברם, הקונפליקט קיים וברור. כפי שצוין, זוהי זכות רגישה מאוד. לכן, על הממשלה להקפיד שבעתים על קיומו של דיון על פי המתווה החקיקתי, ועל פי כללי המשפט הציבורי.

הנפקות לענייננו באה לידי ביטוי בבחינת עוצמת הפגם של העדר דיון מספק בממשלה. הפגם "זוכה" בפן של חומרה נוספת, שלא ניתן להתעלם ממנה בנסיבות המקרה.

5. ומילים ספורות על הפגיעה בזכות להפגין בענייננו. בבוא בית המשפט לבחון הגבלה של זכות זו, הוא מסתייע, בין היתר, בשלושה מרכיבים: זמן, מקום ואופן. שורשיה בבית המשפט העליון בארה"ב שפסק כי הגבלות מעין אלה (time, place and manner restrictions) נדרשות לעמוד בביקורת ממשית של בית המשפט (ראו, למשל, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 293 (1984)). המשולש האמור "יובא" לפסיקה הישראלית, שקבעה כי "האיזון בין הזכות להפגין או לקיים אספה או תהלוכה לבין הפגיעה בזכויות הפרט השונות או באינטרס ציבורי כללי עשוי להשתקף בהטלת מגבלות של זמן, מקום ואופן על דרך הפעלתה של הזכות האחת, כדי לקיים את הזכות האחרת" (בג"ץ 5346/07 ברדנשטיין נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (19.6.2007)).

6. חשיבות המקום היא בכוחו הסמלי. המפגין נגד העירייה בוחר להפגין מול היכל העירייה; המסתייג מהכרעות שיפוטיות יעדיף להפגין מול בית המשפט; ולמוחה נגד הממשלה או ראשה נכון לבחור את משרדי הממשלה, או מעונו הרשמי של ראש הממשלה. כך התרחש בפועל בתקופה טרם הגיעה לארץ מגפת הקורונה. אל מול זה, עומדת מגבלת 1,000 המטרים שנקבעה בתקנות. יש היגיון בהגבלה זו. היא עשויה

הייתה לתרום להשגת תכלית המאבק בקורונה, בשיא התפשטות המגפה, באמצעות צמצום היציאה מהבתים והמגע החברתי. לשם הדיוק, מגבלה זו עשויה לפגוע, במידות שונות, בזכויות שונות. למשל, חופש הדת בהקשר של הגבלה על תפילה אינו נפגע במידה משמעותית כתוצאה מהגבלה זו, וכך גם הזכות לשמור על הבריאות באמצעות אימוני כושר. לעומת זאת, הפגיעה בחופש העיסוק בהגעה למקום עבודה, והפגיעה בזכות להפגין במקומות שהם סמלי שלטון הרלוונטיים למחאה, משמעותית בהרבה.

אמנם, מגבלת המרחק אינה שוללת לחלוטין את הזכות להפגין במקום אחר. ברם, הפגיעה קיימת. בנושא זה, לא הייתי שולל את האפשרות שהגבלה מעין זו לגיטימית לתקופה קצרה מאוד – אם כי, תקופה של שבועיים עשויה להיכשל במבחן המידתיות. באופן דומה, אפשר שהגבלת תדירות ההפגנות, למשך תקופה קצובה, תעמוד במבחני המידתיות, ואף תשיג במידה ראויה את תכלית המאבק בקורונה, משום שיש בה כדי להקל על מלאכת האכיפה – שבעיניי, אינה קלה כלל ועיקר. אף היבטים אלה משליכים על הבחינה החוקתית.

מבחן המקום נועד להסביר מדוע בענייננו יש להורות על בטלות תקנה 24(1). שונים הם פני הדברים ביחס לתקנה 24(2), המגבילה את ההתקהלות של המפגינים, בדומה להתקהלות בתפילה או טקס דתי, עד 20 איש. אכן, מספר המפגינים הינו חלק מהבחינה של "זמן מקום ואופן". אלא בפועל, על פי התשתית שהוצגה, לא היה בהגבלה זו כדי להשפיע על הזכות להפגין כאן, הואיל והפרשנות שניתנה היא עד 20 איש בתוך שטח מסוים. הלכה למעשה, באמצעות יצירת קפסולות שונות ורבות של 20 איש, לרבות קביעת מרחק ביניהן, ניתן היה למנוע את הגבלת המספר ולאפשר למפגינים להשתתף בהפגנה בלי שמגבלה זו תורגש. לכן, בהעדר טענה מבוססת וסדורה של הגבלת הזכות להפגין, לנוכח פרשנות המשיבים לתקנה 24(2), כולל הודעות והנחיות משטרת ישראל בעניין, לא מצאתי באיזון הכולל לבטל את תקנה 24(2) בשל הפגם בהתקנתה.

7. לסיכום, הדגש מושם על השילוב בין הפגם בהליך, הגורם המחליט, ונושא ההחלטה.

ונקודה סופית: אני מסכים לעמדת הנשיאה כי העתירות שלפנינו לא הפכו תיאורטיות, ולו מהסיבה שהוטלו קנסות על אזרחים רבים. רשויות האכיפה הוסיפו קושי על קושי בכך שאינן יכולות להפריד בין סוגי ההפרות השונים שבגינם הוטלו הקנסות. מוסכם שחלק מהקנסות הוטלו בגין הפרת מגבלת 1,000 המטרים על

השתתפות בהפגנות. קנס הוטל על אזרח כעונש. אף אם מדובר בכלי ענישה מקל יחסית, עדיין הטלת הקנס עומדת תחת המטרייה של עקרונות המשפט הפלילי. נראה לי כי הכרעה בעתירות נחוצה על מנת להתמודד עם סוגיית הקנסות. לטעמי, העמדה לפיה יש להותיר לכל נקנס לפעול בדרך של תקיפה עקיפה במשפט שבידיו לדרוש אינה ראויה, ואף עלולה לפגוע בשוויון בין הנקנסים ביחס לזכות להליך הוגן בפלילים. בהינתן המרכיב הפלילי בהטלת קנס, להשקפתי אין להשאיר את התוצאה ליוזמה של היחיד, וראוי, לנוכח המסקנה, כי המדינה היא הגורם שיפעל לתת ביטוי לפגם שנפל בתקנות. לנוכח אופיים העקרוני של הנימוקים לביטול תקנה 24(1) לתקנות, שאינם קשורים בנסיבות העובדתיות הקונקרטיות של מתן הקנס, נכון כי בית משפט זה ידון ויכריע בסוגיה (והשוו, בג"ץ 5682/20 קוביצקי נ' שר הפנים, פסקה 17 (9.9.2020)).

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, בניגוד לדעתו החולקת של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, כ"ב בניסן התשפ"א (4.4.2021).

ה נ ש י א ה המ ש נ ה ל נ ש י א ה ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט ת