

# חופש המחאה וחופש ההפגנה – עתיד דמוקרטי לשריד מנדטורי?

האם בישראל יש חופש מחאה ראוי? מהן הבעיות בחוקים הקיימים ובאכיפתם על ידי המשטרה? מה עשה בג"ץ כדי לתקן את המצב, וכיצד פעלה הכנסת לנוכח הלקונה החוקית והחוקתית? האם מוצדק להגביל את חופש המחאה? מה דינן של הפגנות בשעת חירום ביטחונית או בריאותית? מה אפשר ללמוד מניסיוןן של מדינות דמוקרטיות ומדיני זכויות האדם בתחום זה? מהם האתגרים המיוחדים לחופש המחאה בעידן הדיגיטלי ולנוכח התחזקות הפופוליזם האוטוריטרי?

---

עודד רון | דפני בנבניסטי | מרדכי קרמניצר

מחקר  
מדיניות  
198





המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

**חופש המחאה  
וחופש ההפגנה -  
עתיד דמוקרטי  
לשריד מנדטורי?**

מחקר מדיניות 198

עודד רון | דפני בנבניסטי | מרדכי קרמניצר

תאי 2024

Freedom of Assembly and the Right to Protest:  
A Democratic Future for a Relic of the British Mandate?  
Oded Ron | Daphne Benvenisty | Mordechai Kremnitzer

עריכת הטקסט: לילך צ'ינוב  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees  
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 1-453-519-965-978

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) 2024  
נדפס בישראל, תשפ"ד/2024

© כל הזכויות על שירו של יהודה עמיחי שמורות להוצאת שוקן

**המכון הישראלי לדמוקרטיה**  
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

**להזמנת ספרים:**  
החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנים, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במחקר מדיניות זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



## תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
13	פרק 1. על ערך המחאה בדמוקרטיה
19	זכות ההפגנה ואי-הציות האזרחי
24	פרק 2. המסגרת החוקית בישראל
24	א. הוראות החוק הרלוונטיות
26	ב. טקסונומיה של הפגנות
29	ג. על מהותה והיקפה של הזכות להפגין במשפט הישראלי
	פרק 3. "שריד מנדטורי אשר דומה כי הגיעה העת לבחון את הסרתו מספר
32	החוקים": רישוי הפגנות בישראל
45	פרק 4. המחאה במסורת היהודית
49	פרק 5. המחאה בישראל
54	פרק 6. תמורות, אתגרים ויוזמות חוקיות בהגנה על חופש המחאה בישראל
54	א. ההתפתחות ההיסטורית של הזכות להפגין בישראל
62	ב. יוזמות חקיקה
67	פרק 7. הבעיות והפגמים בדין הקיים
67	א. הגבלות על זכות ההפגנה של קבוצות למיניהן
90	ב. הגבלות על מקום ההפגנה
121	ג. הגבלות על מועד קיום ההפגנה: הפגנות בזמן חירום
129	פרק 8. ההיבט הפלילי: בין אספה חוקית להתקהלות אסורה
135	פרק 9. הפעלת אמצעים לפיזור הפגנות

155	פרק 10. מחאות בעידן הדיגיטלי
161	פרק 11. פופוליזם אוטוריטרי, ההפיכה המשטרית בישראל והזכות להפגין
166	פרק 12. מבט משווה
178	מה אפשר ללמוד מהסקירה השוואתית
180	פרק 13. קווי המתאר להסדר חוקי נאות
191	במקום סיכום
iii	Abstract

## תקציר

מחאות והפגנות הן חלק בלתי נפרד מהמסורת היהודית ומהתרבות הפוליטית שהתפתחה בימי המנדט ועם היווסדה של מדינת ישראל. גם בעשור האחרון (2014–2024) עמדו הפגנות במוקד השיח הציבורי: החרדים נגד חוק הגיוס; יוצאי אתיופיה נגד האלימות המשטרית; האוכלוסייה הערבית והדרוזית נגד חוק הלאום; המחאות נגד הממשלה ובעד שלטון החוק וטוהר המידות בתקופת הקורונה; המחאות נגד ההפיכה המשטרית ובעדה, ומחאות על רקע המלחמה שפרצה ב־7 באוקטובר 2023.

בניגוד למגמה שהוביל בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ משנות ה־70 להרחיב את חופש המחאה, ולחפות בכך על הפגמים שבדין הקיים, בשנים האחרונות נעשים ניסיונות להצר את הזכות ולהקשות על המפגינים במגוון אופנים: חקיקה, דה־לגיטימציה והפעלת כוח שלא כדין נגד מפגינים.

הזכות להפגין, שהיא נגזרת של חופש הביטוי הפוליטי, היא אחת הזכויות הבסיסיות בדמוקרטיה. היא מאפשרת לאזרחים להיות מעורבים מעורבות מתמשכת בחיי המדינה ולהביע ביקורת על השלטון, כדי להביא לשינוי או לתיקון



בזמן אמת. להפגנה – כאקט של התנגדות לשלטון – יש חשיבות רבה מבחינת האזרחים, והיא ביטוי לכך שהציבור (על גווניו השונים) הוא הריבון האמיתי במדינה. הזכות להפגין חיונית במיוחד למיעוטים ולקבוצות שהפוליטיקה הדמוקרטית הממוסדת, המבוססת על הכרעת הרוב, עלולה להשתק.

במחקר זה אנו סוקרים את המסגרת החוקית של הזכות להפגין בישראל, המוסדרת בדברי חקיקה, בנהלים ובפקודות. כפי שמתבהר מסקירה זו, ההסדרה החוקית של הזכות להפגין היא ארכאית וחסרה מאוד: הזכות אינה מוסדרת בחקיקת יסוד (בסתירה חדה לרוב רובן של החוקות בעולם), והיא אף אינה מוסדרת הסדרה פוזיטיבית בחקיקה רגילה. עיקר ההסדרה מצוי בחוקים ובפקודות בעלי שורשים מנדטוריים, והם משקפים הכרה מוגבלת בלבד בזכות להפגין. כך, לדוגמה, פקודת המשטרה דורשת קבלת רישיון לעריכת הפגנה, להבדיל מהמגמה העולמית המסתפקת במתן הודעה מראש על הכוונה לקיים הפגנה; המסגרת החוקית הקיימת מטילה הגבלות למיניהן על המקומות שבהם מותר להפגין (רחבת הכנסת, שדות תעופה ונמלים ימיים, בתייהם של נבחרי ציבור ועוד); וזכותם להפגין של גורמים שונים – כגון עובדי ציבור ומורים ותלמידים – מוגבלת גם היא. נוסף על כך, בעת חירום ניכרת נטייה של הממשלה בישראל לכרסם בהגנה על זכויות האדם ולהגביל עד מאוד את חופש הביטוי ואת הזכות להפגין, ואפשר להתרשם כי זו אחת הזכויות הראשונות הנפגעות בזמן חירום.

כפי שנראה במחקר זה, אומנם הפסיקה, וכן הנחיות הייעוץ המשפטי לממשלה, הלכו כברת דרך בהגנה על הזכות להפגין, למשל בצמצום של ממש בדרישת הרישיון להפגין ובהרחבת האפשרות להפגין מול בתייהם של נבחרי ציבור. עם זאת, הגנה פסיקתית אינה מספיקה, והיא אינה יכולה להחליף הסדרה חוקית (וחוקתית) כוללת. כפי שמשתקף במחקר זה, הדברים נכונים ביתר שאת בישראל של שנת 2024, המתאפיינת בעליית מגמות של קיטוב ופופוליזם, ובמתקפות חוזרות ונשנות על עצמאותה של מערכת המשפט.

לאחר הנחת תשתית משפטית רחבה והצבעה על הפגמים במצב החוקי הקיים, נציע קווים מנחים להסדר משפטי נאות, שבמרכזו עומדת ההכרה בחשיבות הזכות להפגין והצורך לספק לה הגנה רחבה. ההצעות להסדר יתבססו על דיני זכויות האדם במשפט הישראלי והבינלאומי, ועל מחקר משווה שיתמקד

בחוקים מודרניים המקובלים במדינות מתוקנות ששמרו אמונים למשטר דמוקרטי ליברלי.

במוקד המלצותינו עומד עיגון בחקיקה ראשית של הזכות להפגין, מתוך קביעת חובה למסור הודעה מוקדמת על עריכת הפגנה, חלף החובה הקיימת כיום לקבל אישור מהרשויות לעריכת הפגנה. בין היתר, אנו ממליצים גם לצמצם את ההגבלות החלות על זכותן של קבוצות מיוחדות באוכלוסייה להפגין; לבטל את ההגבלות הקיימות כיום בנוהל משטרתי על הזכות להפגין מול בתיהם של אנשי ציבור, וכן לאסור על שימוש באמצעים לפיזור הפגנות אם לא נשקפת סכנה חמורה ומיידית לפגיעה בגוף או לפגיעה חמורה ברכוש מצד המפגינים.



בשנת 1923 פנה דוד בן־גוריון, שהיה אז מזכ"ל ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, במברק אל רמזי מקדונלד, מנהיג האופוזיציה בבריטניה, והלין שמשטרת המנדט הפעילה כוח שלא כדין בהפגנת פועלים שקטה בתל אביב. אף כי באותה עת לא היה השלטון בפלשתינה-א"י שלטון דמוקרטי, ציפה בן־גוריון שתכובד הזכות להפגין, זכות שנרמסה גם אחר כך.<sup>1</sup> להלן נראה שאף שהממסד הישראלי ביקש לבדל עצמו מהמורשת המנדטורית (ואף להתנער ממנה), בין היתר בכל הנוגע למימוש הזכות להפגין, עד עצם היום הזה המהלך הזה טרם הושלם. אומנם במרוצת השנים תיקן המחוקק הישראלי חלק מההסדרים השרירותיים שקבע שלטון המנדט בנידון, אך רבות מההוראות המנדטוריות נותרו על כנו. על כן אין כיום עיגון חוקתי מפורש של הזכות הזאת, והיא מוגנת בעיקר על ידי בית המשפט העליון ובאמצעות הנחיות הייעוץ המשפטי לממשלה.

התוויית הפרשנות הרצויה על ידי בית המשפט, או באמצעות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אינה יכולה להחליף הסדר חקיקתי פגום ולהעמיד דברים על מכונם. זאת ועוד, בשנים האחרונות התחזרה פעם נוספת הקלות שבה אפשר לכרסם בזכות להפגין בעיתות שגרה, ובוודאי בעת חירום (למשל במהלך מגפת הקורונה ובעת המלחמה שפרצה באוקטובר 2023), לרבות באמצעות אלימות של שוטרים ואחרים כלפי מפגינים מקבוצות שונות באוכלוסייה, וכן בדרך של מניעה או צמצום של מימוש הזכות. על רקע הדברים האלה – מחקר זה בא להתאים את ההסדרים הקבועים בפקודת המשטרה ובחוק העונשין למדינה חופשית ודמוקרטית המחויבת לזכויות האדם. במדינה כזאת יש מעמד מיוחד לחופש הביטוי – שחופש האספה, התהלוכה וההפגנה הם מופעים מרכזיים וחיוניים שלו.

בעת האחרונה הושלמה כתיבת הצעה לחוק־יסוד: חופש הדעה והביטוי במכון הישראלי לדמוקרטיה, ובה גם עיגון חוקתי של הזכות להפגין.<sup>2</sup> עם זאת, לא

\* תודתנו נתונה למי שניאותו לסייע לנו במהלך המחקר: ד"ר דנה בלאנדר, עו"ד עדנה הראל־פישר, ד"ר תמי הופמן, ד"ר מורן קנדלשטיין־היינה, עו"ד ענת טהון אשכנזי ופרופ' סוזי נבות.

1 להרחבה ראו עודד רון ונעמי לבנקרון "מאבק הממסד נגד הפעלת כוח משטרי פסול בעשור הראשון למדינת ישראל" עיונים בתקומת ישראל 66, 39 (2023).

2 מרדכי קרמניצר, לילה מרגלית ועדן ארשיד חוק־יסוד: חופש הביטוי (הצעה לסדר 50, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2024).

ברור אם בשלה השעה הפוליטית לחקיקת יסוד בסוגיית חופש הביטוי, והסדרה חוקתית גם איננה תחליף להסדרה חוקית. מתבקש אפוא להסדיר כבר עתה בחוק כמה היבטים בזכות להפגין. אפשר אולי לשאוב עידוד מסוים בעניין ישימות ההצעה להסדרה חוקית של הזכות להפגין לנוכח המנעד הרחב של חברי הכנסת, ממפלגות שונות, לרבות מפלגות הקואליציה, המייצגים מגוון של ציבורים, שתמכו במרוצת השנים במתן הגנה רחבה יותר על הזכות להפגין. אפשר ללמוד על הלך הרוח הציבורי מתוצאות סקר שנערך בעת האחרונה (פברואר 2024) ומצא ש־65% מהציבור תומך במידה מסוימת או במידה רבה בעיגון זכות המחאה בחוק יסוד, בהשוואה ל־21% בלבד המתנגדים לכך במידה מסוימת או רבה. יש בכך כדי להראות שרובו הגדול של הציבור הישראלי מכיר בחשיבותה של הזכות להפגין, ומעוניין להרחיב את ההגנה עליה.<sup>3</sup>

העיסוק בזכות להפגין בעת הזאת מתבקש גם משום ששאלת הזכות להפגין, היקפה, הבטחתה ואכיפתה על ידי הרשויות עומדת במוקד תשומת הלב הציבורית בשנים האחרונות, וביתר שאת בשנה האחרונה – שהתאפיינה במחאות רבות נגד המהפכה המשטרית, ובהמשך בערעור ממשי על הזכות להפגין לאחר פרוץ המלחמה באוקטובר 2023.

במחקר זה נציע קווים מנחים להסדר משפטי נאות, מתוך התמקדות בליקויים העיקריים ובדרכים לתיקונם. כל זאת על בסיס סקירת המסגרת התאורטית, ההיסטורית והנורמטיבית של הזכות. המקורות שעליהם הסתמכנו לכתובת סקירה זו הם, בין היתר, החקיקה, הפסיקה, הספרות המשפטית, מאגרי המידע המשפטיים, ארכיון המדינה וארכיון העיתונות העברי. מסגרת רחבה זו תסייע לאתר את הבעיות והפגמים בדין הקיים, בדגש על פקודת המשטרה וחוק העונשין, והסוגיות הטעונות הסדרה. ההצעות להסדר יתבססו על דיני זכויות האדם במשפט הישראלי והבינלאומי, ועל מחקר משווה שיתמקד בחוקים מודרניים המקובלים במדינות מתוקנות, ששמרו אמונים למשטר דמוקרטי ליברלי.

3 בר פלג "המוחים מצביעים על הייאוש כסיבה לכך שהציבור נשאר בבית, אך לא מאבדים תקווה" הארץ (18.3.2024).

## על ערך המחאה בדמוקרטיה

הזכות להפגין, וכך גם חופש האספה והתהלוכה, הם "אמצעים לביטוי נלווה-מעשה", כלשון הצעת "חוקה בהסכמה"<sup>4</sup>, החוסים תחת חופש הביטוי הפוליטי. השתתפות פוליטית היא נשמת אפה של הדמוקרטיה. היא אינה מתמצה באקט חד-פעמי של בחירות אחת לכמה שנים, אלא במעורבות מתמשכת של האזרחים, לרבות בדרך של פעולות הנושאות אופי ביקורתי נגד השלטון.<sup>5</sup> תהליך הבחירות החופשיות, שבלעדיו אין דמוקרטיה, מאבד ממשמעויותיו אם אין לאזרחים חופש לבטא דעות והשקפות מגוונות, ובכלל זה ביקורת על השלטון. ביקורת זו מיועדת לרוב להביא לשינוי או לתיקון בזמן אמת שאי אפשר להשיג אותו בהצבעה בבחירות, שאינן מתקיימות בהכרח במועד סמוך למועד שבו האזרחים מעוניינים להשמיע את קולם. הציבור רשאי לתבוע שינוי בחוקים הקיימים, ואף לבטא את מה שנדרש לדעתו לעשות בכל הנוגע לנורמות ציבוריות ומוסריות. להתנגדות (או להזדהות) נודעת חשיבות רבה מבחינת האזרחים, והיא ביטוי לכך שהם הריבון האמיתי, וכן היא משקפת אזרחות טובה המתאפיינת באחריות למצב המדינה, באכפתיות ובמעורבות.

יודגש, חופש האספה וההפגנה מאפשר לציבור רחב לתת ביטוי לרחשי ליבו. גם מי שאין לה נגישות לאמצעי התקשורת הקלטיים, תמצא בקלות את דרכה אל ההפגנה, שבה היא משלבת את קולה בקולותיהם של אחרים החשים או חושבים כמוה. החופש להפגין מגביר אפוא את השוויון כשמדובר בנגישות לזירה ולכיכר העיר הציבוריות. הוא מגדיל את שיעור האזרחיות והאזרחים המשפיעים השפעה פעילה על השלטון, מרחיב את הדוכנים המציגים את מרכולתם בשוק הדעות והרעיונות, ואף מחזק את רוחם של המוחים בכך שהוא הופך אותם לחלק מציבור של מוחים, ולא רק לפרטים העומדים לבדם וזועקים נגד עוולות השלטון. זכות זו חיונית במיוחד למיעוטים ולבעלי דעות שהן מחוץ

4 מאיר שמגר ואח' חוקה בהסכמה 160 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005).

5 יצחק גל-נור ודנה בלאנדר המערכת הפוליטית בישראל: שנים ראשונות; מבנה מוסדי; התנהגות פוליטית; בעיות לא פתורות; הדמוקרטיה בישראל 417 (עם עובד והמכון הישראלי לדמוקרטיה 2013).

לקונצנזוס – מי שהפוליטיקה הדמוקרטית הממוסדת, המבוססת על עקרונות הכרעת הרוב, עלולה להשתיק.

ראוי שהשלטון והתרבות הפוליטית יעודדו את הציבור להביע את עמדותיו על ההתנהלות השלטונית בדרכים מגוונות, ובכלל זה בדרך של מחאות, מן הטעם שהפגנות משקפות את הלכי הרוח של הקבוצות המרכיבות את הפסיפס החברתי. האזרח, בלשונו של השופט אגרנט, "הוא היודע כאשר 'הנעל לוחצת יותר מדי' והיכן מקום הלחיצה"<sup>6</sup>. במיוחד, מחאות והפגנות עשויות להציף לפני הגורמים הפוליטיים ולפני הציבור עוולות, דאגות או אינטרסים שאינם זוכים לתשומת לב מספקת במערכת הפוליטית. כפי שציין חמי בן נון: "כל שלטון (ואזרחי המדינה) יצאו נשכרים מקיומם של אזרחים אחראיים, אם ישתמש השלטון במחאתם ככלי בקרה עבורו וידון ברצינות בטענות שהם מעלים נגדו"<sup>7</sup>.

יתר על כן, ההפגנה היא מנגנון ונטילציה או קתרתזיס שדרכו ניתן לנקז החוצה בדרכי שלום רגשות של תסכול ומורת רוח, קיפוח ואפליה. הגבלה של הזכות עשויה להביא לגאות של רגשות שליליים, ובכך להעלות את הסיכויים להתפרצות אלימה, שתהיה משום איום ממשי וקשה לריסון על שלום הציבור.<sup>8</sup> לעניין זה יפים הדברים שכתב מרטין לותר קינג במכתבו מבית הכלא העירוני של ברמינגהם:

יש לו לכושי [כך במקור] הרבה רגשי טינה כבושים ומפחי נפש חבויים. חייב הוא לתת להם פורקן. ילך, אפוא, לפעמים למצעדים; יישא את תפילותיו בעלותו לרגל אל בניין העירייה; יבין מדוע נחוצות לו שביתות שבת ותהלוכות חופש. אם לא יימצא להרגשותיו הכבושות פורקן בדרכים בלתי אלימות אלו, סופן למצוא להן פורקן בביטויים מבושרי רעה של אלימות. לא איום הוא זה אלא עובדה היסטורית.<sup>9</sup>

6 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 876 (1953).

7 חמי בן נון מרי אזרחי 62 (2014).

8 רוח גביזון זכויות אדם בישראל 59 (1994).

9 אי-ציות ודמוקרטיה 137 (אהרן אמיר מתרגם, יהושע ויינשטיין עורך 1998).

במילים אחרות, מיצוי אפשרות ההפגנה, כפי שמלמד הפילוסוף הפוליטי, ג'ון רולס, הוא שלב לפני פנייה לאי־ציות אזרחי.<sup>10</sup> שלטון המצר את חופש ההפגנה מזמין לעצמו אפשרות שהציבור יקפוץ אל עבר מרי אזרחי נרחב, שהיה יכול להימנע אם הייתה ניתנת לו האפשרות לזעוק את זעקתו וכך להשפיע על גורלו. יוצא אפוא שמבחינת השלטון הדמוקרטי, חופש המחאה לא צריך רק להתאפשר, אלא שהוא גם אינטרס מובהק של השלטון. אומנם, אם תתאפשר המחאה, הביקורת שתוטח בה כלפי הרשויות – ככל שתתרחב – עשויה לפגוע בלגיטימיות הציבורית של שלטון מסוים. בהיותה אפיק פעולה חוץ־פרלמנטרי המחאה עשויה להעיד על מידה מסוימת של חוסר אמון בפעולה ב"צינורות המקובלים". עם זאת, המחאה מאפשרת לשלטון להתמודד איתה באמצעות תיקון של מה שנראה גם בעיניו ראוי לתיקון, או בדחייה מנומקת של הדרישה לתיקון. זאת ועוד, דיכוי המחאה ופגיעה בחופש ההפגנה עלולים להוביל בסופו של דבר למרי נרחב ואף להפלת השלטון באמצעים בלתי חוקיים.

וברובד בסיסי יותר, חופש ההפגנה הוא מרכיב חיוני בזכותו של האדם לביטוי עצמי ולאוטונומיה מחשבתית.<sup>11</sup> הבנה זו מבקשת למקד את המבט לא רק בחברה הכללית ובחופש ההפגנה, שהוא כלי לקידום הדמוקרטיה, אלא גם בפרטים. היא נשענת על ההנחה שחופש ההפגנה, כחלק מחופש הביטוי, מאפשר לפרט בחברה לממש את שאיפותיו להגדרה עצמית ולהגשמה עצמית.<sup>12</sup>

דיכוי של חופש המחאה מאפיין משטרים לא דמוקרטיים.<sup>13</sup> כפי שציין עדי אופיר, "במשטרים דכאניים הרחובות ריקים, או מלאים ביחידים סגורים בקונכייותיהם, נמנעים ממגע עם זרים ומכל התגודדות שעלולה להוביל לפעולה שלא נקראה ואושרה מראש". במשטרים כאלה ההתכנסות המשותפת, מוסיף אופיר, אינה

JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 320 (Revised Edition, 1999) 10

11 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל לח(2) 393, 398 (1984).

12 עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 408 (2018).

13 אביעד הכהן "יסודות דמוקרטיים ומעין־דמוקרטיים בקהילה היהודית במאות ה־11-18" בדרך הדמוקרטיה: על המקורות ההיסטוריים של הדמוקרטיה הישראלית 120 (משה ליסק, אלון גל, גרשון בקון ופנינה מורג־טלמון עורכים 2012).



אלא מופע תמיכה מעושה בשלטון.<sup>14</sup> לא בכדי, ההכרה שזכויות האספה, התהלוכה וההפגנה שייכות "לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי", מושרשת היטב בפסיקה ובמסורת הישראלית הנוגעת לחופש הביטוי.<sup>15</sup> מניעת הביקורת נועדה לאפשר לשלטון לשלוט בלא מצרים ולעשות ככל העולה על רוחו. דיכוי של זכות זו הוא ביטוי להתכחשות המשטרים האלה לחופש הביטוי, שהוא ערך יסוד בחברה דמוקרטית, ולחשש מפני ביטוי חופשי. לעניין זה יפים דבריו של מדען המדינה רוברט א' דאל: "אזרחים דמומים עשויים להיות נתינים מושלמים לממשל טוטליטרי, אבל הם אסון לדמוקרטיה".<sup>16</sup>

אפשר למנות דוגמאות אקטואליות אחדות מרחבי העולם לרמיסת חופש המחאה: כך ברוסיה, שעל רקע המלחמה שפתחה בה נגד אוקראינה, תיקנה את חוק העונשין תיקון המפליל מפגינים נגד הרשויות בגין "הפצת מידע שקרי במתכוון".<sup>17</sup> מעבר לכך, רוסיה מערימה קשיים אדירים ברישוי הפגנות, בין היתר, באמצעות איסור על הפגנות בשטחים ציבוריים נרחבים, שימוש בנימוקים מעורפלים של "פגיעה באינטרס הציבורי" כדי לדחות בקשות להפגין, ואיסור על קבוצות המתווגות כ"סוכנים זרים" (תיוג שהוא פוליטי ובלתי ענייני) לקבל רישיון להפגנה. בהפגנות שיצאו לפועל נעצרו אלפי אנשים מעצרי שווא, ורבים אחרים נפגעו מהכוח המופרז שהפעילה המשטרה.<sup>18</sup>

גם שלטונות איראן הפעילו את המשטרה באלימות שהביאה להרג של מאות מפגינים נגד המשטר (ובה בעת העמידו לדין מפגינים, עשרות מהם נידונו למוות). בשנת 2022 דווח כי גילם הממוצע של העצורים בהפגנות הוא 15; ועל רקע זה טופלו קטינים רבים ביד קשה בשל עצם השתתפותם בהפגנות, לרבות באמצעות שליחתם למרכזי "חינוך מחדש", לשם "הבראה של התנהגותם

14 עדי אופיר על השלטון 186 (2022).

15 בג"ץ לוי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 399. כן ראו בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל (19.8.2020).

16 רוברט א' דאל על הדמוקרטיה 96 (שחר אליעזר פלד מחרגם 2002).

17 The Russian Criminal Code, Article 207.3

18 Freedom House, Freedom in the World 2023, Russia

האנטי־סוציאליזם.<sup>19</sup> גם בסין חופש האספה והתהלכה מוגבל דרך קבע, והיא זכורה לשמצה בעינין זה עוד מדיכוי ההפגנה באירועי כיכר טיין־אן־מן, באמצעות טנקים בשנת 1989.<sup>20</sup> סין הפעילה בעת האחרונה אמצעים חריגים לדיכוי ההפגנות שהתלקחו בה במחאה על המדיניות הנוקשה של "אפס הדבקה" בקורונה. האמצעים שנקטו הפעם היו מעצרים ממושכים של מפגינים על לא עוול בכפם,<sup>21</sup> ומעקב אחרי פעילים חברתיים באמצעים טכנולוגיים משוכללים המסיבים נזק אנוש גם לזכות לפרטיות.

גם בישראל אפשר למצוא דוגמה לניסיון ממוסד לדכא את חופש המחאה, הגם שניסיון זה אינו דומה למתרחש במדינות שהוזכרו לעיל. כך, בישראל התקיימו ב־2023 הפגנות ענק נגד ההפיכה המשטרית. הפגנות אלו החלו בראשית ינואר 2023, עם הודעת שר המשפטים, יריב לוין, על קידום "הרפורמה במערכת המשפט",<sup>22</sup> והן הלכו ותפסו תאוצה, עד שנהפכו להפגנות ענק שבועיות, בהשתתפות עשרות ומאות אלפי אנשים בעשרות מוקדים ברחבי הארץ.<sup>23</sup> אחד מרגעי השיא של המחאה היה כאשר פיטר ראש הממשלה נתניהו את שר הביטחון יואב גלנט,<sup>24</sup> לאחר שגלנט התריע כי האירועים סביב ההפיכה המשטרית מציבים "סכנה ברורה, מידית ומוחשית לביטחון המדינה".<sup>25</sup> מייד

Philip Loft, *Protests 2022: Human Rights and International* 19  
*Response* (Commons Library Research Briefing, 26 May 2023)

China 2022 Human Rights Report (State Department, 2023) 20

Simone McCarthy and Nectar Gan, *Chinese zero-Covid Protesters* 21  
*Released after Four Months in Custody*, CNN, April 20 2023

22 טובה צימוקי "לוין הציג את 'השלב הראשון' במהפכה: פסקת התגברות ברוב של 61, שינוי דרמטי בבחירת שופטים" *ynet* (4.1.2023).

23 ראו, לדוגמה, אדם קוטב, קורין אלבז־אלוש, ליאור אל־חי, אילנה קוריאל, רענן בן צור ואיתמר אייכנר "רבבות הפגינו נגד המהפכה המשפטית, חולדאי הזהיר: 'נעבור ממילים למעשים'" *ynet* (4.2.2023); אלון חכמון ואנה ברסקי "המאבק בשיאוי: לאחר חסימות הכבישים, עשרות אלפים מול הכנסת" *מעריב* (20.2.2023).

24 צבי זרחיה "אחרי קריאתו לעצור את החקיקה: נתניהו פיטר את גלנט" *כלכליסט* (26.3.2023).

25 "סכנה מוחשית לביטחון המדינה. חייבים לעצור את החקיקה": שר הביטחון יואב גלנט נגד המהפכה המשפטית" *גלובס* (25.3.2023).

לאחר הודעת הפיטורים פרצו הפגנות ספונטניות ברחבי המדינה, שהשתתפו בהן מאות אלפי אזרחים,<sup>26</sup> ולאחריהן הודיע יו"ר ההסתדרות על שביתה כללית במשק עד שראש הממשלה יודיע על עצירת הליך החקיקה ועל ביטול פיטורי גלנט.<sup>27</sup> נתניהו הודיע על השהיית החקיקה עד למושב הבא של הכנסת, בניסיון לגבש הסכמה רחבה סביב הרפורמה.<sup>28</sup> לאחר שהקואליציה החליטה לשוב ולקדם את ההפיכה המשטרית במושב הקיץ של הכנסת בדרך של חקיקת החוק לביטול עילת הסבירות, הודיעו אנשי מילואים רבים על השעיית התנדבותם לשירות מילואים.<sup>29</sup> בסופו של דבר, ולמרות ההפגנות הרבות, חוקקה הכנסת בסוף יולי מרכיב אחד מאותה הרפורמה – את ביטול עילת הסבירות.<sup>30</sup>

כפי שנדגים במחקר זה, המחאה נגד ההפיכה המשטרית – בהיותה ממושכת ורחבת היקף במיוחד בהיסטוריה של מדינת ישראל – העלתה אל פני השטח רבות מן הדילמות שמעלה הזכות להפגין שבהן נדון במחקר זה. לדוגמה, מחאה זו כוללת כמה מופעים של אי־ציות אזרחי ואת שאלת יחס השלטון והחברה אליהן; במסגרתה עלו שאלות בנוגע לחוקיות הפגנות במקומות שונים (כגון מול בתייהם של נבחרי ציבור; בנתב"ג ובתחנות רכבת) ולאפשרות של גורמים שונים (כגון עובדי ציבור וחיילים) להשתתף בהן; כן התעוררו שאלות בעניין שימוש המשטרה באמצעים לפיזור הפגנות ולהפעלת אמצעים טכנולוגיים אל מול המפגינים.

26 כתבי חדשות 12 "ליל מחאה היסטורי בישראל: כך קרא הציבור לעצור את המהפכה המשפטית" N12 (27.3.2023).

27 אדם קוטב, אדיר ינקו וגד ליאור "יו"ר ההסתדרות הודיע: 'שביתה כללית במשק מעכשיו'" ynet (27.3.2023).

28 "נתניהו הודיע על השהיית החקיקה, ויו"ר ההסתדרות – על הפסקת השביתה" כלכליסט (27.3.2023).

29 ראו, לדוגמה, מתן וסרמן "10,000 חיילי מילואים הודיעו על הפסקת ההתנדבות: 'צבא העם יש רק בדמוקרטיה'" מעריב (22.7.2023); אור הלר ואלון בן דוד "רעידת אדמה בחיל האוויר: מאות טייסים הודיעו על הפסקת התנדבות" חדשות 13 (21.7.2023).

30 חוק־יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), שביטל בית המשפט העליון בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024).

כפי שנראה בהמשך המחקר, בחוקות של מרבית מדינות העולם – ובהן מדינות שהוזכרו במבוא (כגון רוסיה וסין)<sup>31</sup> – יש עיגון מפורש של חופש הביטוי, לרבות זכות האספה, התהלוכה וההפגנה; אך כפי שכתב השופט משה לנדוי, "שום חוקה אינה שווה את הנייר שעליו היא כתובה, באין רוח חופשית של אזרחים בני-חורין המפיחה בה חיים וממשות".<sup>32</sup> ונוסיף כי יותר מרוח חופשית של אזרחים, נדרש שלטון שיאפשר להחיות את הכתוב בחוקה; שלטון שיבסס תרבות פוליטית שתהא מסוגלת להכיל יחס ביקורתי מצד האזרחים. דמוקרטיה היא המשטר היחיד שהיכולת הזאת מוטמעת בו באופן אינהרנטי.

## זכות ההפגנה ואי-הציות האזרחי

לאחר הדיון בהיקפה של הזכות להפגין יש לתת את הדעת גם לפעולות של אי-ציות אזרחי העשויות להתקיים במסגרת מחאות. כפי שנראה, חוקרים רבים סבורים כי פעולות של אי-ציות אזרחי כלולות במסגרת הזכות החוקתית להפגין.

מלומדים רבים, ובראשם הפילוסופים הנרי (דיוויד) ת'ורו וג'ון רולס, הכירו במעמד המיוחד של אי-ציות אזרחי (civil disobedience) בתנאים מסוימים. רולס הגדיר אי-ציות אזרחי כמעשה מנוגד לחוק, שהוא פומבי, בלתי-אליים ופוליטי, ומטרתו היא לשנות חוק או מדיניות של הממשלה.<sup>33</sup> רולס גם עמד על המאפיינים של אי-ציות אזרחי: ההתנגדות היא לפעולות של השלטון החותרות תחת התפיסה החברתית המשותפת של צדק העומדת בבסיס הסדר הפוליטי במדינה. המוטיבציה לפעולה צריכה להיות פוליטית במהותה, שכן היא חותרת לתפיסה חברתית משותפת של צדק; מטרת הפעולה היא שינוי החוק או המצב המשפטי; הפרת החוק מתרחשת בפומבי (לא בהיחבא, ואין ניסיון להסתירה מעיני הרשויות); הפעולה אינה אלימה ואיננה מיועדת לפגוע באדם אחר.

31 Constitution of the People's Republic of China, Article 35

32 משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט - ספר היובל 342, 348 (1993).

33 RAWLS, לעיל ה"ש 10.

בהקשר הזה הוא מבהיר כי פעולה של אי־ציות נעשית בגבולות הכבוד לחוק, במובן זה שאין בה התנערות כללית משלטון החוק במדינה, אלא התנגדות לחוק מסוים. לבסוף, המתנגדים צריכים להביא בחשבון את האפשרות שייעצרו וייענשו על הפרת החוק. עם זאת, הציפייה היא שהמניע החיובי שביסוד הפרת החוק יזקק לזכות המפרים ויהיה שיקול מקל בהליך המשפטי שיתנהל נגדם.<sup>34</sup>

כפי שציין אבי שגיא, "אי־ציות אזרחי מבטא, לכאורה, פרדוקס המיוסד על שני יסודות הנראים לכאורה כסותרים: כיבוד החוק ושליטתו. ברם, זהו פרדוקס מדומה שכן אי־ציות אזרחי הוא אחד הביטויים העמוקים של אחריות האזרח לאזרחותו. הוא צידו האחר של כיבוד החוק [...]".<sup>35</sup> לא בכדי, על בסיס הרעיון הפילוסופי של אי־ציות אזרחי, הכירו כמה חוקרים בזכות המוסרית לאי־ציות אזרחי בדמוקרטיה ליברלית.<sup>36</sup> מרדכי קרמניצר, אחד ממחברי מחקר זה, הציע להכיר בסייג מיוחד לאחריות פלילית, מסוג "צורך", שיש בו כדי להצדיק ולהתיר הפרות חוק מסוימות במאבק להגנת השיטה הדמוקרטית. הוא מנה ארבעה תנאים שהפרות חוק צריכות לעמוד בהם כדי שיהיו מוצדקות ומותרות: (א) תכליתן צריכה להיות שמירה על הדמוקרטיה; (ב) אסור שהפרות החוק יהיו כרוכות באלמות או בפגיעה בכבוד האנושי; (ג) הפרות החוק צריכות להינקט רק לאחר שמוצו צעדי מחאה במסגרת החוק; (ד) הנזקים הכרוכים בהפרות החוק צריכים להיות קטנים במידה ניכרת מהנזקים שייגרמו אם ההפרות לא יינקטו.<sup>37</sup> מקרים מובהקים של צורך מצדיק כזה הם הפרות חוק הכרוכות במימוש הזכות להפגין. מכל מקום, אנחנו סבורים שאין דינה של הפגנה שנועדה להגן על השיטה הדמוקרטית כדין הפגנה בנושא פוליטי כזה או אחר. באיזון האינטרסים בין הזכות להפגין לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, הזכות להפגין לשם קיום הדמוקרטיה ראויה למשקל יתר בהשוואה להפגנות אחרות.

34 שם, בעמ' 320–323; כן ראו מרדכי קרמניצר "כדי שאי־ציות אזרחי יהיה מותר וצודק – צריכים להתקיים ארבעה תנאים" אתר הארץ (2.7.2023).

35 אבי שגיא על הצדקת אי־ציות אזרחי בגין פגיעה ביסודות החוקיות 78 (2023).

36 Kimberley Brownlee, *Penalizing Public Disobedience*, 118 ETHICS 711 (2008)

37 קרמניצר, לעיל ה"ש 34.

חוקרים אחרים הבהירו כי הזכות להפגין כוללת גם את הזכות להשתתף בפעילות משבשת (disruptive) שאינה אלימה, לרבות בפעולות מתוחמות של הפרת חוק (כגון השתתפות בהפגנה בלי להשיג רישיון; אי־ציות להוראה של הרשויות על פיזור הפגנה; חסימת כבישים).<sup>38</sup> לדבריהם, הניסיון מלמד כי ממילא לעיתים קרובות הפגנה "משבשת" (את אורחות החיים הרגילים), ואם כך, שיבוש כזה הוא מאפיין מובנה והכרחי גם בהפגנות המתנהלות בדרכי שלום. דרישה להפגנה סטרילית סותרת את טיבה וטבעה של ההפגנה ומלמדת שמי שמשמע אותה אינו מחויב לזכות הפגין. עוד לפי המחקר בנושא, פעולות בלתי חוקיות, כגון חסימת כבישים, מבהירות את עוצמת ההתנגדות האזרחית למדיניות הממשלה וממקדות את תשומת הלב הציבורית בהתנגדות, ומכאן שהן לעיתים נחוצות ונכללות בגדרי הזכות להפגין.<sup>39</sup> לעיתים הן גם מסייעות למפגינים להגשים את תכליות המחאה. כך, נמצא כי הפגנות לא אלימות – שהיו בהן לעיתים מופעים של אי־ציות אזרחי, ושהשתתפו בהן לפחות 3.5% מהאוכלוסייה – השיגו את מטרותן.<sup>40</sup> מכל מקום, גם במקרים של הפגנות הכוללות מופעים של אי־ציות אזרחי, רשויות אכיפת החוק נדרשות למקד את מאמציהן בשימור הזכות להפגין, בשמירה על הסדר הציבורי ובמניעת אלימות.<sup>41</sup>

הערה פרשנית<sup>42</sup> שפרסמה ועדת זכויות האדם של האו"ם בשנת 2020 קבעה כי פעולות של אי־ציות אזרחי שאינן אלימות – כגון "פעולות ישירות" (direct action campaigns) – עשויות לחסות תחת סעיף 21 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות

William Smith, *Policing, Protest and Rights*, 32 (3) Pub. Affs. Q. 38  
185, 187 (2018)

39 ש.ס.

ERICA CHENOWETH & MARIA J. STEPHAN, WHY CIVIL RESISTANCE WORKS (2011) 40

Tabatha Abu El-Haj, *Defining Peaceably: Policing the Line between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Assembly*, 80 Mo. L. Rev. 961, 985 (2015) 41

42 ועדת זכויות האדם של האו"ם פועלה מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שעליה חתמו 173 מדינות, ובהן ישראל. הערות פרשניות של ועדת זכויות האדם של האו"ם הן פרשנות של סעיפים באמנה האמורה מטעם מומחים בינלאומיים. גופים פנים-מדינתיים, כגון בחי משפט, נוטים לעשות שימוש בהערות פרשניות כאלה בבואם לפרש את הדין המקומי והבינלאומי, ולכן להערות פרשניות יש מעמד מיוחד. להרחבה, ראו

אזרחיות ומדיניות (המעגן את הזכות להפגנה בדרכי שלום).<sup>43</sup> הגדרת "אלימות" שם היא שימוש בכוח פיזי נגד אחרים העלול להוביל לפגיעה או למוות, או לפגיעה חמורה ברכוש.<sup>44</sup> עוד הובהר כי דחיפות וחסימה של כבישים (mere "pushing and shoving or disruption of vehicular or pedestrian movement" אינן עולות כדי "אלימות". נוסף על כך, נקבע שם כי חזקה היא שהפגנות אינן אלימות, ושמקרים ספורים של אלימות של חלק מהמפגינים אינם צריכים להיות מיוחסים לכל משתתפי ההפגנה או למארגניה; כלומר מופעים "מבודדים" (isolated) של אלימות אינם שוללים מהפגנה את ההגנה החוקתית הניתנת לה.<sup>45</sup>

גם בתי משפט בעולם הכירו בלגיטימיות של פעולות של אי-ציות אזרחי. לדוגמה, בית המשפט העליון במחוז בריטיש קולומביה בקנדה הכיר בחשיבות הדמוקרטית של אי-ציות אזרחי כבר בשנות ה־70 של המאה ה־20.<sup>46</sup> באותו המקרה החליט בית המשפט שלא להרשיע מפגינים שחסמו כביש במהלך הפגנה לאחר שציין כי הם פעלו לטובת הכלל, ידעו שמעשיהם עלולים להיות עבירה פלילית, ולא ניסו לחמוק ממשפט (ניסוח המתכתב עם המאפיינים הרלוסיאניים של אי-ציות אזרחי שהוזכרו לעיל). בשנת 1994 קבע בית משפט קנדי כי אי-ציות אזרחי נמצא בליבם של מהלכים דמוקרטיים, וכי פעולות של אי-ציות אזרחי אינן צריכות להוביל בהכרח לתגובה מצד רשויות אכיפת החוק.<sup>47</sup> בעת האחרונה קבע בית המשפט העליון באנגליה כי הפגנה שהובילה לחסימת כביש מוגנת באמנה האירופית לזכויות אדם, ובהביר כי הפגנות הכוללות הפרה כזאת של החוק עשויות להיות חוקיות (קרי, לחוסמי הכבישים לא תהיה בהכרח

---

יובל שני, "הזכות להפגין – המסמך הפרשני החדש של ועדת האו"ם לזכויות אדם" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (29.7.2020).

Human Rights Committee, General Comment No. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21), CCPR/C/GC/37, para. 16 (17 September 2020)

44 שם, בסעיף 15.

45 שם, בסעיף 17.

46 *R. v. McGregor et al.*, [1979] 3 W.W.R. 651, Para. 24

47 *R. v. Mayer*, [1994] Y.J. No. 142, para. 9

אחריות פלילית), אם מידת השיבוש סבירה.<sup>48</sup> גם בית הדין האירופי לזכויות אדם הכיר, בכמה פסקי דין, שפעולות לא אלימות, דוגמת חסימות כבישים לפרקי זמן קצרים, עשויות לחסות תחת ההגנה הניתנת לזכות להפגין באמנה האירופית לזכויות אדם. עם זאת, הוא הבהיר כי הפעולות האלה אינן בליבת הזכות להפגין.<sup>49</sup>

*DDP v. Ziegler and others* [2021] UKSC 23 48

*Barraco v. France*, Chamber Judgment of 5 March 2009, Application No. 31684/05, para. 39; *Lucas v. United Kingdom*, 18 March 2003, Application No. 39013/02, p. 9; Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights – Freedom of Assembly and Association (updated on 31 August 2022) 49



## המסגרת החוקית בישראל

# פרק 2

### א. הוראות החוק הרלוונטיות

בטרם נעמוד על היבטים שונים של חופש המחאה וההפגנה, יש מקום לשרטט בקווים עיקריים את הנוף של אופני המחאה וההפגנה למיניהם. כפי שנראה בהמשך, הזכות להפגין אינה מעוגנת במפורש בחוקי היסוד, אלא הבסיס החוקי לזכות מעוגן במספר מצומצם של דברי חקיקה ונהלים, ובראשם בפקודת המשטרה, ששורשיה מנדטוריים.

בפקודת המשטרה שני חלקים הרלוונטיים לסוגיית ההפגנות: החלק הראשון הוא **סעיפים 3-5**, הקובעים את הסמכויות הכלליות של המשטרה בנוגע ל"קיום הסדר הציבורי". לפי סעיפים אלו "משטרת ישראל תעסוק [...] בקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש", ושוטרים רשאים לנקוט פעולות שונות – לרבות שימוש בכוח סביר – לשם הצלת הנפש או הרכוש. נוסף על כך, תפקידם של שוטרים הוא, בין היתר, "לקיים סדר בדרכים הציבוריות [...] ובכל מקום שיש לציבור גישה אליו", וכן "למנוע הפרעות בשעת התקהלות או תהלוכה בדרכים הציבוריות וברחובות הציבוריים". החלק השני הוא סימן ב' לפרק השישי לפקודה, שכותרתו "אסיפות ותהלוכות". בסימן זה מופיע **סעיף 83**, המגדיר אספות ותהלוכות כך:

83. "אסיפה" – חמישים איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני או כדי לדון בנושא כזה;

"תהלוכה" – חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי להלך יחד, ממקום למקום, בין שהם בתנועה ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו.

**סעיפים 84 ו-85** לפקודה מעגנים את הדרישה לקבלת רישיון להפגנות:

#### **הסדרת אסיפות ותהלוכות**

84(א) סבור מפקד משטרת המחוז כי קיום הבטחון הציבורי או הסדר הציבורי מחייבים זאת, רשאי הוא לדרוש, בהודעה לציבור, כללית או מיוחדת, שכל הרוצה להועיד, לארגן או לקיים במחוזו אסיפה או תהלוכה יבקש בכתב מאת הממונה רישיון לכך, לא פחות מחמישה ימים או זמן אחר שיפורש בהודעה לפני היום שנועד לקיום האסיפה או התהלוכה.

(ב) הודעה כללית יכול שתחול על המחוז כולו או מקצתו, הכל כפי שיפורש בה.

(ג) הודעה כללית או מיוחדת תעמוד בתקפה כל עוד לא שונתה או בוטלה בהודעה אחרת שפורסמה על ידי מפקד משטרת המחוז.

#### **רישוי**

85. הוגשה בקשה לרישיון, בעקבות הודעה שפורסמה לפי סעיף 84, רשאי הממונה –

(1) ליתן את הרישיון;

(2) ליתן את הרישיון בערובה או בתנאים או בסייגים אחרים שיראה לנכון לחייב בהם, והתנאים והסייגים יירשמו על גבי הרישיון;

(3) לסרב ליתן את הרישיון.

**סעיף 89** קובע כי אספה או תהלוכה שלא לפי רישיון דינו כדין התקהלות בלתי חוקית, וכל המשתתף בהן דינו כדין משתתף בהתקהלות בלתי חוקית לפי כל חיקוק בר תוקף אותה שעה. בהקשר זה, **סעיפים 151-158 לחוק העונשין** עוסקים בהתקהלות אסורה ובהתפרעות, שהן עבירות פליליות, וכן מתירים

לשוטרים להורות על התפזרות של התפרעות, ובתנאים מסוימים גם להפעיל כוח סביר נגד המתפרעים.

לצד זאת, יש בספר החוקים דינים נוספים הנוגעים לזכות להפיגן. כך, חוק הבטיחות במקומות ציבוריים, התשכ"ג-1962 מסדיר אספה שמספר המשתתפים בה הוא 500 איש או יותר, ומכנה אותה "עצרת עם".<sup>50</sup> סעיף 5 לחוק זה קובע כי יש לתת הודעה מוקדמת של חמישה ימים לפחות על קיום עצרת עם, ובה פרטים על "מקומה, מועדה, וכן על תכניה אם יש בה חשיבות לעניין בטיחות המשתתפים בעצרת והנמצאים בשכנותה". סעיף 7 לחוק קובע כי אם לא ניתנה הודעה מוקדמת, נדרש היתר כדי לקיים את עצרת העם. בתי המשפט מצאו גם בפקודת העיריות עיגון להגבלת חופש הביטוי והמחאה. כך, לדוגמה, נעשה שימוש בסעיף 235 לפקודת העיריות – הקובע כי העיריה "תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב" – כדי לפנות מאהל מחאה.<sup>51</sup>

## 1. טקסונומיה של הפגנות

החקיקה הישראלית מזכירה (במפורש לפחות) "אספה" (או "עצרת"), "תהלוכה" (או "מצעד") ו"הפגנה" – שהמכנה המשותף להן הוא "נוכחות פיזית במקום הביטוי".<sup>52</sup> אספה (assembly) היא התכנסות במרחב גאוגרפי תחום, תחת כיפת השמיים, ללא צעדה. על פי רוב כ"חמישים איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע

50 יוער כי סעיף 3 לחוק הבטיחות במקומות ציבוריים מגדיר עצרת עם כך: "אסיפה שמספר המשתתפים בה 500 או יותר, למעט – עינוג ציבורי; אסיפה שלעריכתה ניתן רשיון או היתר לפי חיקוק אחר; אסיפה המתקיימת במקום אסיפות קבוע; אירוע ספורטיבי שמספר הצופים בו הוא 7,000 או יותר".

51 עה"מ (הל אביב-יפו) 1112-03 טויטו נ' עיריית תל אביב (2003.5.29).

52 בג"ץ 2481/93 דיינ נ' מפקד מחוז ירושלים מח(2) 456, 468 (1994).

נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני או כדי לדון בנושא כזה".<sup>53</sup> גם עצרות (rallies) עשויות להיכלל בהגדרת האספה.

**תהלוכה** (או **מצעד** – parade, procession, או march), כגון מצעד הגאווה ומצעד הדגלים (הנערך בכל שנה ביום ירושלים), מוגדרת בפקודת המשטרה "חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי להלך יחד, ממקום למקום, בין שהם בתנועה ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו".<sup>54</sup> **הפגנה** מוגדרת בנוהל המשטרה (אך לא בחוק): "יציאה של יחיד או קבוצת אנשים אל רשות הרבים, בין אם ברישיון ובין אם לאו, להבעת דעה או מחאה בעניין מסוים וכדי להשפיע על אחרים או על מקבלי ההחלטות".<sup>55</sup>

מנעד שלם נוסף של דרכי מחאה לא זכה להגדרה סטטוטורית, ורק לעיתים רחוקות הוא מצוין בפסיקה. לדוגמה, הפגנה בתנועה בדמות **שיירת מחאה** (motorcade protest או convoy), שעל פי רוב מתכנסת במקום מסוים ונוסעת ממנו בשיירה בליווי דגלים וצפירות ליעד מסוים. לסוג זה של הפגנה הייתה עדנה מסוימת במהלך הקורונה, שכן היא אפשרה התכנסות פיזית ללא סכנת הדבקה.<sup>56</sup> ככל שהפגנה כזאת מלווה בשיבוש מהלכי התנועה, הנוהל המשטרה בישראל מכנה אותה "הפרת סדר בתנועה".

**משמרת צמודה ומשמרת מחאה** (picketing או vigil) היא "התכנסות לזמן ממושך של אנשים ליד מקום אחד (למשל ליד משרד ממשלתי או ליד בית המגורים של נושאי משרה שלטונית)",<sup>57</sup> ש"נועדו להזכיר לאדם שנגדו הן מכוונות את עמדות המפגינים, להפעיל עליו לחץ ציבורי וליצור אירוע תקשורתי".<sup>58</sup> הלחץ יכול להיות מופעל מעצם ההישארות במקום (על כל המשתמע מכך

53 סעיף 83 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

54 ש.ס.

55 נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 220.010.10 "הטיפול המשטרה באירועי הפרות סדר" (28.6.2021) (להלן: נוהל הטיפול המשטרה בהפרות סדר).

56 ראו, למשל, יהושע (ג'וש) בריינר "שיירה של מאות מכוניות מפגינה בירושלים על החלשת הכנסת בצל הקורונה" אתר הארץ (23.3.2020).

57 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 559 (2016).

58 עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 437 (2018).

עבור מושא הפעולה ושכניו), ולעיתים הוא מופעל באמצעות פעולה נוספת של המשמרת – למשל, שביתת רעב של חלק מהמשתתפים, או החתמת עוברי אורח על עצמות. זו איננה "אספה", במובן זה שאין הכרח שישמעו בה נאומים; וגם לא "תהלוקה", שכן היא סטטית ועל פי רוב "ניצבת ליד ביתו של אדם או סובבת על פתחו"<sup>59</sup>, ולעיתים סמוך למשרד ממשלתי, מוסד ציבורי, או זירה עירונית מרכזית ובולטת. שוני נוסף בין משמרת לבין אספה או מצעד הוא התמשכותה. להבדיל מאספות ומצעדים, ומכל מחאה שמטיבה ומטבעה מוגבלת יותר בזמן, דוגמת **חסימת כבישים** (traffic obstruction), משמרת עשויה להיות קבועה למשך פרק זמן ממושך – ימים, שבועות, חודשים, ולעיתים אף שנים. טקטיקה נוספת של הפגנה היא **ישיבת מחאה** או **שביתת שבת** (sit-in), הכרוכה בדרך כלל בכניסה למרחב ציבורי או פרטי ובסירוב להתפנות ממנו לפרק זמן מסוים. לעיתים המפגינים קושרים עצמם לאובייקטים במהלך הפעולה (lock-ons), מה שמקשה על כוחות הביטחון לפנותם מייד ומצריך תשומת לב מיוחדת. פעולה הנחשבת מינורית יותר ומחייבת פחות היא הפרעה לכנס או התפרצות אליו.

לצד סוגי המחאות דלעיל, יש להזכיר גם את **השביתה הפוליטית** (strike action) במקום העבודה, ה"מכוונת נגד הריבון להשגת יעדים פוליטיים"<sup>60</sup>. ההיגיון המרכזי בהכרה בזכות המחאה הזאת הוא ההבנה שחופש הביטוי, בהיותו זכות פוליטית, יכול להישלל בנקל מעובדים שאינם זכאים לשבות, ולכן חופש זה נותר מוגבל בתחולתו הריאלית.<sup>61</sup> עם זאת, שביתה פוליטית אינה נעדרת בעיות קונספטואליות ומעשיות. רות בן ישראל טוענת שהיא "עלולה לפתוח פתח להשלטת רצונם של השובתים על המוסדות הדמוקרטיים הנבחרים ולכוון הליכים על פי כוח הכפייה של גופים חוץ־שלטוניים ואף קבוצות מיעוט בעלות יכולת כפייה למעשה"<sup>62</sup>. לכן, אין היא מוגנת כמו זכות השביתה, אך ככל שהיא

59 ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, מב (3) 837, 851 (1988).

60 פרנסס רדאי "שביתות פוליטיות" המשפט ב 159 (1995).

61 מורן סבוראי משפט העבודה הקיבוצי – תאוריה, פרקטיקה ומעשה 129–130 (2023).

62 רות בן ישראל "השביתה הפוליטית" עיוני משפט יא 609, 614 (1987).

תחומה בזמן, יש מדיניות המכירות בה (בחוק או דרך הפסיקה), למשל דנמרק,<sup>63</sup> פינלנד,<sup>64</sup> איטליה<sup>65</sup> ונורווגיה.<sup>66</sup>

## ג. על מהותה והיקפה של הזכות להפגין במשפט הישראלי

הפסיקה הדגישה לאורך השנים את "מעמדה הרם" של הזכות להפגין. זכות זו, כמו זכות האם – חופש הביטוי, אומנם לא עוגנה בפירוש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך ההלכה גורסת כי אפשר לראות בה זכות בת של הזכות לכבוד האדם.<sup>67</sup> הנשיא אהרן ברק אף הציע לראות בחופש ההפגנה זכות בת לחירות האישית, שכן האחרונה כוללת בתוכה גם את זכות התנועה בתוך ישראל, והפגנה – בשל אופייה הפיזי – נשענת על זכות זו.<sup>68</sup>

בד בבד, הודגש כי חופש ההפגנה הוא זכות יחסית, והובהר כי "אסור לו לחופש התהלכה שיצמיד את המדינה אלי תהום".<sup>69</sup> כך, הזכות כפופה למבחני פסקת

European Public Service Union, *The Right to Strike in the Public Services – Denmark* (country fact sheet) (2021) 63

WIEBKE WARNECK, *Strike Rules in the EU27 and Beyond: A Comparative Overview* (European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety, Brussels, 2007), p. 8 64

ש.ם 65

European Public Service Union, *The Right to Strike in the Public Services – Norway* (country fact sheet) (2018) 66

ראו, לדוגמה, עניין לוי, לעיל ה"ש 11; בג"ץ מטה הרוב, להלן ה"ש 108, בפס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ב – הזכות לכבוד האדם 990 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך 2023).

ש.ם, בעמ' 992. 68

עניין לוי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 406. 69

ההגבלה וניתן להגבילה אם יש פגיעה באינטרסים ציבוריים. השופטת אילה פרוקצ'יה הבהירה כי המשמעות היא ש"שיקולי השמירה על הסדר והביטחון הציבורי, ובכללם מניעת מפגעים ומטרדים בשטחים ציבוריים המיועדים לשימוש הציבור וסיפוק צרכיו הבסיסיים, הם בגדר שיקולים ראויים להטלת הגבלות".<sup>70</sup> הנשיא ברק הוסיף כי –

חופש הביטוי (וההפגנה) אינו מגן על החופש למנוע מיולדת להגיע לבית החולים; חופש הביטוי (וההפגנה) אינו מגן על החופש למנוע ממכבי האש להגיע למקום שרפה; חופש הביטוי (וההפגנה) אינו מגן על החופש לשתק את המנגנונים לאכיפת החוק ולהביא לקריסתם; חופש ההפגנה אינו מגן על החופש "לעצור את המדינה" ולסכן את ביטחונם של הפרט ושל הכלל. הטוען בשם חופש הביטוי לכל אלה, אינו טוען מנקודת מבטה של הדמוקרטיה, אלא מנקודת מבטה של האנרכיה.<sup>71</sup>

עם זאת, יש לזכור כי נקודת המוצא של כל מדינה דמוקרטית היא שזכויות היסוד של האדם הן העומדות במרכזו של המשטר הדמוקרטי החוקתי. המשמעות המעשית היא שאין להרחיב את ההגנה על המדינה ועל מימוש של מדיניות ממשלתית כדי לפגוע בזכויות יסוד.<sup>72</sup> על כן, ככל שהפגיעה בחופש התנועה איננה מסכנת חיים, במישרין או בעקיפין, ואיננה "עוצרת את המדינה" לזמן ממושך, ואם אל מול הפגיעה בחופש התנועה עומדת פגיעה חמורה במיוחד, דוגמת פגיעה אנושה בדמוקרטיה, יש להעניק להפגנה לגיטימציה ולהגן עליה ועל מי שמבקש לפקוד אותה. יתרה מזו, הנשיא ברק הבהיר כי אומנם יש לשקול אינטרסים שונים במסגרת פסקת ההגבלה, אך עליהם להישקל על רקע היקפה הרחב של הזכות להפגין. לדבריו, אף כאשר הפגנה מתנהלת שלא בדרכי שלום, ואף אם היא כוללת בתוכה הסתה לגזענות, אין בכך כדי לצמצם את היקפה

70 ע"מ 3829/04 טויטו, יו"ר עמותת "מכל הלב" נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004).

71 בש"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל פ"ד נט(2) 833, 843 (2005).

72 חאלד גנאים ומרדכי קמניצר עבירות נגד המשטר 20-21 (מחקר מדיניות 70, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2008).

של הזכות להפגין או לשלול את הזכות החוקתית של המפגינים; אלא, האופי האלים של ההפגנה עשוי לשמש "נימוק כבד משקל" להגבלה על מימוש הזכות, או להשפיע על מידתיות ההגבלה שהמשטרה תטיל על קיום ההפגנה.<sup>73</sup>



## "שריד מנדטורי אשר דומה כי הגיעה העת לבחון את הסרתו מספר החוקים": רישוי הפגנות בישראל

אחת הסוגיות העומדות בליבת הדין הישראלי ביחס לזכות להפגין היא סוגיית רישוי הפגנות בישראל. הבנת משטר הרישוי הנוהג בישראל מחייבת לעמוד על ההגדרות בסעיף 83 לפקודת המשטרה ביחס לאספה ותהלוכה,<sup>74</sup> שיש להן משמעות כבדת משקל בשאלה אם הפגנה טעונת רישיון או לאו. בראשית הדברים יובהר כי אך שההגדרות אינן קובעות זאת במפורש, הלכה למעשה עסקינן באספות תחת כיפת השמיים, ולא באספות המתקיימות בחלל סגור.<sup>75</sup>

כדי לעמוד על טיבן של אספות ותהלוכות עולה הצורך לפענח את המושג העמום המופיע בו: "נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני". בעבר הלא־רחוק (עד לפני שנים ספורות), פורש המונח "עניין מדיני" פרשנות נרחבת – עניין פוליטי שאפשר להחיל אותו על כל נושא בעל עניין ציבורי<sup>76</sup> – מה שהפך כמעט כל התקהלות לטעונת רישיון. בג"ץ כיכר גורן, שדן בהפגנות שנערכו סמוך לבית היועץ המשפטי לממשלה דאז אביחי מנדלבליט – הפך את הקערה על פיה. בפסק הדין סקר בית המשפט את הדין הנוהג בדמוקרטיות אחרות בנושא זה וציין כי "הדרישה לרישוי כזה אינה מקובלת ואינה נהוגה במדינות המערביות שאליהן התייחסנו לעיל, אך לא בבריטניה, ועל אחת כמה וכמה שאין למצוא דרישה כזו בשיטות משפט של מדינות דמוקרטיות על פי אמת מידה הנוגעת

74 "בסימן זה – 'אסיפה' – חמישים איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני או כדי לדון בנושא כזה; 'תהלוכה' – חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי להלך יחד, ממקום למקום, בין שהם בתנועה ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו [...]" . סעיף 83 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971.

75 מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 196 (2001). ראו גם נוהל של אגף המבצעים של משטרת ישראל 221.110.19 "אסיפות ותהלוכות" (18.5.2023) (להלן: נוהל רישוי אסיפות 2023), הקובע כי אספה היא "חמישים איש או יותר, המתקהלים תחת כיפת השמיים [...]" .

76 בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 29 לפסק דינה של השופטת חיות (8.10.2017) (להלן: בג"ץ כיכר גורן).

לתוכן ההפגנה".<sup>77</sup> מאחר שהוראות הפקודה חוסות תחת סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מצא בית המשפט לנכון להוסיף קריאה למחוקק לבחון את שינוי ההסדר, ש"אינה אלא שריד מנדטורי אשר דומה כי הגיעה העת לבחון את הסרתו מספר החוקים הישראלי".<sup>78</sup> בה בעת הפעילה דעת הרוב בבית המשפט פרשנות תכליתית אובייקטיבית של המונח "עניין מדיני" כדי לשמור על עקרונות היסוד של השיטה, ובכללם ההגנה על חופש הביטוי וההפגנה, ולא את התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיניו של המחוקק המנדטורי.<sup>79</sup> על כן נקבע כי יש לפרש את המושג "נושא בעל עניין מדיני" פרשנות מצמצמת, כך שהוא מתייחס לאספות בנושאים מדיניים פוליטיים במובן הצר של מונחים אלו.<sup>80</sup> על פי פרשנות זו נקבע בפסק דין כיכר גורן כי הפגנה שמטרתה המוצהרת היא שמירה על שלטון החוק ועל טוהר המידות אינה הפגנה ב"נושא בעל עניין מדיני", ועל כן היא אינה טעונה רישיון.<sup>81</sup>

השופט יורם דנציגר הסתייג מהפרשנות שניתנה למונח "נושא בעל עניין מדיני", וסבר כי אפשר לפרש אותו כך שגם התקהלות הנושאת אופי "פוליטי" או ציבורי תיחשב אספה. עם זאת, הוא הדגיש כי מן הראוי שהמשטרה תפעיל את הסמכות לדרוש רישיון להתקהלות במקרים חריגים ונדירים בלבד. בפרשנות זו הדגיש השופט דנציגר כי שומה על פרשנות תכליתית הרמונית להוביל דווקא למסקנה שהמחוקק התכוון אליה, להשאיר את הדין המנדטורי כפי שהוא,

77 שם, בפס' 30 לפסק דינה של השופטת חיות.

78 שם.

79 מובן הוא כי התכלית הסובייקטיבית אשר עמדה לנגד עיני המחוקק הקולוניאלי במטרה לבצר את שליטתו על היישוב הארץ ישראלי בתקופת המנדט, אינה יכולה להוות עוד בסיס לפירוש הפקודה לאחר הכרזתה של מדינת ישראל כמדינה עצמאית, אשר חרטתה על דגלה עם הקמתה ערכים דמוקרטיים ובהם חופש הביטוי והדיבור. לפיכך, בבואנו כיום לפרש את הוראות הפקודה המנדטורית אשר נותרה עלי ספר החוקים שלנו, עלינו להעביר את מרכז הכובד מבחינה כללי הפרשנות אל התכלית האובייקטיבית שאותה נועדה להגשים ההוראה העומדת לדין. (שם, בפס' 33 לפסק דינה של השופטת חיות).

80 שם, בפס' 41 לפסק דינה של השופטת חיות.

81 שם.

לרבות הפרשנות המרחיבה למונח "עניין מדיני". אשר לתוצאה, השופט דנציגר התריע מפני הפרשנות העמומה שהעניקו יתר השופטים למונח "עניין מדיני". לדידו, כלל לא מובן אילו התקהלויות תיחשבנה אספה ואילו לא, והן המשטרה הן המפגינים לא יוכלו להבין לאשורו את הדין הנוהג ביחס לצורך לבקש מהמשטרה רישיון.

על פי ההלכה, המשטרה נדרשת לפרש את המונח "עניין מדיני" במובנו הצר – "נאומים הנוגעים ליחסי החוץ והביטחון של מדינת ישראל"<sup>82</sup>. התקהלות שבמסגרתה יישאו נאומים בנושאים אחרים, למשל שלטון החוק או טוהר המידות (נושאים שעמדו, כאמור, במוקד בג"ץ כיכר גורן), לא ייחשבו עניין מדיני. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שעודכנה בראשית שנת 2022 מחדדת כי על המשטרה לבחון בראש ובראשונה את המטרה המוצהרת של ההפגנה, וכי בחינת המשטרה את התוכן היא בחינה טכנית בלבד, והיא אינה אמורה להשפיע על שיקול דעתה במתן הרישיון. כל זאת, בשים לב ל"רגישות הרבה הכרוכה בבדיקה תוכנית בידי רשות שלטונית של מחאה אזרחית"<sup>83</sup>.

למרות השיפור במצב המשפטי, עדיין נותרנו עם העמימות שעליה הצביע השופט דנציגר, עמימות שהנשיאה אסתר חיות לא הכחישה, והיא עומדת בעינה. דווקא על רקע זה ראוי לעמוד על הסכמת שניהם "לבחון את האפשרות לשנות את ההסדר הקבוע בדיון בכל הנוגע לרישוי הפגנות". זה המקום לשוב ולציין כי גם כאשר לא נדרש רישיון מכוח פקודת המשטרה, חוק הבטיחות במקומות ציבוריים דורש כי תינתן הודעה מוקדמת על קיום אספה שמשתתפים בה מעל 500 איש, ואף על תוכניתה "אם יש בה חשיבות לעניין בטיחות המשתתפים בעצרת והנמצאים בשכנותה". כן נקבע כי אם לא ניתנה עליה הודעה מוקדמת, נדרש היתר כדי לקיימה. לצד זאת, העובדה שהפגנה איננה טעונת רישיון, אין משמעותה שהמשטרה נעדרת כלים להטיל עליה תנאים ומגבלות מכוח סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה וסעיפים 151-158 לחוק העונשין, שבהם נדון בהמשך.

82 נוהל רישוי אסיפות 2023, לעיל ה"ש 75.

83 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1200, "חירות ההפגנה" 7 (5.1.2022) (להלן: הנחיית היועם"ש בעניין חירות ההפגנה (2022)).

בטרם נבחן את מרחב שיקול הדעת הנתון למפקד המחוז במשטרה ביחס לרישיון המבוקש, כאן המקום לשוב ולהזכיר את **סעיף 84 לפקודת המשטרה**,<sup>84</sup> המקנה למפקד המחוז את שיקול הדעת לקבוע חובת רישוי כללית או ספציפית. ממסמך שכתב באוקטובר 1948 יהושע גוברניק, הממונה על מחוז תל אביב מטעם משרד הפנים, עולה שעם סיום המנדט נערכו בתל אביב אספות ותהלוכות ללא קבלת רישיון. מצב דברים זה, לדידו, איננו רצוי, ו"בטחון המדינה דורש להנהיג מחדש בקורת ממשלתית". גוברניק מביא לכך כמה טעמים: הראשון, במצב החירום שבו נתונה המדינה יש חשש שהאספות יהיו פלטרומה לחשיפת סודות צבאיים; השני, שמעצם ההפגנה תיווצר סכנה לשלום הציבור, מהמפגינים או מהמתנגדים להם; והשלישי, שכוח האדם המשטרתי לא יעמוד במספר רב של הפגנות בכמה מוקדים בלי שתעמוד לרשותו היכולת לאשר או לדחות את חלקן.<sup>85</sup> נימוק נוסף שעליו עמד הממונה היה שרצוי שהמארגנים יהיו אחראים להתנהלות האספות.

במכתב ששלח למפקד מחוז תל אביב כחודש לאחר מכן הציע הממונה ליתן פומבי לסעיף 35 לפקודת המשטרה (כנוסחה אז) ולהצהיר כי הוראה זו עומדת בתוקפה גם בקוממיות ישראל.<sup>86</sup> מפכ"ל המשטרה יחזקאל סהר סבר לעומתו כי "אין התנאים השוררים כרגע מצדיקים את השימוש בסעיפים".<sup>87</sup> אולם בכך לא הסתיימה הפרשה. ביוני 1949, לאחר שנכח לראות "שעניין ההפגנות הופך למכת המדינה", הציע שר המשטרה בכור-שלום שטרית לשר הפנים חיים משה שפירא לעשות שימוש בסעיפים הרלוונטיים מהפקודה ובאמצעותם לקבל "אישור למפרע" לקיום האספה או התהלוכה. כך יוכלו הרשויות לקבל אינפורמציה על המארגנים, ולבוא חשבון עם מי שבחר שלא לבקש רישיון ולקיים הפגנה בהיעדר רישיון.<sup>88</sup> שר הפנים היה תמים דעות עימו, אך היה מי שהביע התנגדות

84 גם הוא, כאמור, גלגול של סעיף מנדטורי משנת 1926.

85 יהושע גוברניק "אספות תהלוכות והפגנות" 24.10.1949, א"מ ג-16/197/2197/16. "ההנהלה - בטחון קיום אסיפות פומביות" (להלן: א"מ ג-16/197/2197/16).

86 מכתבו של יהושע גוברניק אל מפקד המחוז מיום 11.11.1948, א"מ ג-16/197/2197/16.

87 מכתבו של יהושע גוברניק אל משרד הפנים מיום 28.11.1948, א"מ ג-16/197/2197/16.

88 מכתבו של שר המשטרה, בכור-שלום שטרית, אל שר הפנים מיום 28.6.1949, א"מ ג-16/197/2197/16.

בהזדמנות זו. שר המשפטים פנחס רוזן כתב לשטרית באוגוסט 1949, "אינני חושב שיש להפעיל את החוק הזה", מבלי לנמק. <sup>89</sup> כשנה לאחר מכן, באוגוסט 1950, החליטה הממשלה לתמוך בעמדת שר המשטרה בדבר הפעלת סעיף 35 לפקודת המשטרה. הסעיף הסמיך מפקד מחוז במשטרה לדרוש ממארגן הפגנה לבקש רישיון מהממונה על המחוז במשרד הפנים "במשך לא פחות משלושה ימים קודם ליום שבו יש בדעתו להועיד את האסיפה או התהלכה". <sup>90</sup>

בתגובה למהלך זה הזהיר עו"ד שמעון גראטש, כי "מהגבלות חופש ההתקהלות עד להגבלות חופש הדבור אין הדרך רחוקה כל כך". <sup>91</sup> כעבור שנתיים מתח גם ח"כ אליעזר פרי (מפ"ם) ביקורת על המהלך כאשר מנה את הפעלת הסעיף על ידי הממשלה כאחת הדוגמאות המוכיחות ש"המשטרה הולכת ונעשית מיום ליום ממוסד לשמירת זכויות האזרח למכשיר לדיכוי חירויותיו". <sup>92</sup>

במרצת השנים, כאמור לעיל, חלה התפתחות לא מבוטלת בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה, ובכל זאת, הביקורת על הסעיף ועל אופני הפעלתו בעינה עומדת.

ראשית, לא ברור מדוע נעשתה ההגבלה השרירותית של הגשת הבקשה מראש חמורה יותר עם תיקון פקודת המשטרה. בנוסח המקורי (סעיף 35(1)) לפקודת המשטרה (עמד פרק הזמן המינימלי להגשת הבקשה על שלושה ימים, ואילו היום פקודת המשטרה קובעת "לא פחות מחמישה ימים או זמן אחר שיפורש בהודעה לפני היום שנועד לקיום האסיפה או התהלכה". במובן זה, מדובר בנסיגה של ממש בזכות ההפגנה ללא הצדקה נראית לעין. נוסף על כך, כאמור, נותרו בעיות בעצם נוסחו וקיומו של החוק. דוד קרצמר טען שהדרישה לבקשת רישיון חמישה ימים מראש היא פגיעה בהפגנות ספונטניות. <sup>93</sup> קביעה זו עודנה שרירה וקיימת, למרות הסייג בנוהל משטרתי שלפיו –

89 מכתבו של שר המשפטים, פנחס רוזן, אל שר המשטרה, בכור־שלום שטריה, מיום 9.8.1949, א"מ ג-2197/16.

90 ישיבה סא/שי של הממשלה, 13.8.1950, עמ' 42.

91 שמעון גראטש "תחיקת משנה" הפרקליט ז 508, 512 (1950).

92 ישיבה מס' 75 בכנסה 2, 1829, 1833 (1.4.1952).

93 David Kretzmer, *Demonstrations and the Law*, 19 Isr. L. Rev. 47, 75 (1984)

במקרים שבהם, מטעמים סבירים, נבצר ממגיש הבקשה להגישה במועד, ויש באי קיום ההפגנה במועד המבוקש משום פגיעה ממשית בזכות המבקשים להפגין, יכול מפקד המחוז לאשר את ההפגנה אם באפשרותה של המשטרה להיערך כנדרש בזמן שיעמוד לרשותה.<sup>94</sup>

תנאי הנבצרות להגיש במועד ושיקול הדעת של מפקד המחוז מגבילים מאוד את משמעות הסייג.

ברק מדינה ודרור וגשל טוענים "שההסדר שנקבע בסעיף 84 לפקודת המשטרה אינו עולה בקנה אחד עם הכלל בדבר הסדרים ראשוניים". זאת, בין היתר, על רקע האצלת הסמכויות למפקד המחוז לקבוע חובת רישוי כללית, מבלי שמוטלת עליו החובה לבחון אותה בהערכות מצב שוטפות. בדברי ההסבר להצעת החוק שנזכרה לעיל נכתב כי "סמכות זו – על פי הפקודה האמורה היא כביכול יוצאת מן הכלל – מותנית בצורך הודעה כללית מאת מפקד המשטרה לגבי המחוז עליו הוא ממונה. אך הודעות אלה פורסמו עוד בזמן השלטון הזר – בכל מחוזי [כך] הארץ – ולא בוטלו אף פעם".<sup>95</sup> אומנם, כאמור, האמרה הידועה "אין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה" לא התקיימה במעבר משלטון המנדט לשלטון ממשלת ישראל, והיה פרק זמן (לאחר סיום המנדט) שבו לא הופעלה סמכות זו. כמו כן, מפקדי המחוזות דווקא פרסמו מעת לעת הודעות, בנוסח גנרי, מכוח הסעיף. עם זאת, נראה שהסמכות להודיע הודעה כללית נוצלה בלי שתסמוך על הערכות מצב שיצדיקו את הפעלתה. ביקורת נוספת שמדינה ווגשל מציגים היא היפוך הדוקטרינה המקובלת הגורסת שהגבלת חופש הביטוי מראש תותר רק במצבים יוצאי דופן, ובוודאי שלא כחלק מדרישת הרישוי הפורמלית.<sup>96</sup> עוד ביקורת של מדינה היא דרישת הרישוי הגורפת לכל

94 נספח י"ט לנוהל אגף השיטור של משטרת ישראל 02.220.001 "עקרונות הפעלת הסיור – רישוי אסיפות ותהלוכות" (יוני 2019). יוער כי בנוהל המעודכן בנושא אין התייחסות להפגנות ספונטניות.

95 חוק חופש אסיפות עצרות ותהלוכות, התשל"ד-1974. פ/106/8.

96 ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד בית של אנשי ציבור" חוקים ב 197-254 (2010).

אספה או תהלוכה. מדוע "התאספויות שאינן כרוכות בשיבוש התנועה או ביצירת סכנה לפגיעה בסדר הציבורי" טעונות רישיון? לטעמו מדובר בהסדר לא מידתי.<sup>97</sup> גם לפי השופט דנציגר מדובר בהסדר בלתי מידתי. לדידו ניתן להסתפק בהסדרים חמורים פחות מדרישה לקבלת רישיון מבעוד מועד כדי למלא אחר התכלית של היערכות המשטרה לשמירה על הסדר הציבורי. בשל הקשיים שהוצגו לעיל קבע ברק מדינה כי גם אם אי אפשר לפסול את סעיף 84 לנוכח סעיף שמירת הדינים בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרש אותו פרשנות העולה בקנה אחד עם הדמוקרטיה הישראלית. עובדה זו צריכה לבוא לידי ביטוי בקביעה שסמכות המשטרה המעוגנת בסעיף היא תחומה, שמורה לסיטואציות ייחודיות, ואיננה גורפת.<sup>98</sup>

משהוגשה הבקשה לרישיון לפי סעיף 84, סעיף 85 לפקודת המשטרה קובע כי לממונה נתונות שלוש חלופות: אישור הבקשה, דחייתה, או קבלתה בכפוף לתנאים שיקבע. עד שנת 1960 ניתנה הסמכות, מכוח פקודת המשטרה (כנוסחה באותה העת) לדחות את בקשת הרישיון להפגין בלא נימוקים.<sup>99</sup> אומנם היועץ המשפטי לממשלה בפועל יוסף קוקיה סמך את ידיו על הקביעה ש"אין לפרש את סמכותו לטרב ללא מתן נימוקים כסמכות שיכולה להינתן ללא שקול דעת [...]"<sup>100</sup>, אך שינוי פקודת המשטרה בשנת 1960 פתח – בפעם הראשונה – את האפשרות לביקורת שיפוטית על ההחלטה שלא לתת רישיון. כמו כן, בשנת 1964 עברו הסמכויות שניתנו לממונה על המחוז מטעם משרד הפנים למפקד מחוז במשטרה.

לפי דוד ליבאי, למרות השינויים התחיקתיים, גם בראשית שנות ה־70 נחשב שיקול הדעת של מפקד המחוז "בלתי מוגבל".<sup>101</sup> בזכות פסיקת בית

97 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 562.

98 שם, בעמ' 561.

99 הופנונג, ישראל – בטחון המדינה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 197: בלשונה של פקודת המשטרה, כנוסחה אז: "לטרב ליתן את הרישיון המבוקש מבלי לחת כל נימוק לסירובו".

100 מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה בפועל אל קצין הכנסת בנושא "עריכת הפגנות ואסיפות עם בירושלים" מיום 1.5.1957, א"מ ג-2/8004 "איסור הפגנות בירושלים".

101 דוד ליבאי "הזכות להפגין ולהתקהל בישראל" עיוני משפט ב 54, 58 (1971).

המשפט העליון בעניין סער משנת 1979, נקבע להלכה כי שיקול הדעת של הרשות, מפקד המחוז, איננו בלתי מוגבל: "ברור הוא כי הממונה אינו רשאי לשיקול כל שיקול הנראה לו. על הפעלתו של שיקול הדעת במקרה שלפנינו חלות ההלכות הסובסטנטיביות והפרוצסואליות באשר להפעלתו של שיקול דעת מנהלי". עוד נקבע בפסק הדין כי כדי לצמצם את זכות ההפגנה מכוח שיקול דעת זה, הסכנה לפגיעה בביטחון או בסדר הציבורי צריכה להיות ממשית.<sup>102</sup>

בפרשת לוי משנת 1984 תורגמה קביעה זו הלכה למעשה למבחן "הוודאות הקרובה", בהשאלה מבג"ץ קול העם.<sup>103</sup> במבחן הוודאות הקרובה – "אין לנו עניין בנסיגה הזדדית אלא בעליונותו של אינטרס אחד על-פני האחר. עם זאת, בשל חשיבותו של האינטרס האחר, מבקשת השיטה לגרום לכך, שעליונותו זו תמצא ביטוי רק כאשר קיימת הסתברות שנראית כראויה לכך שהאינטרס העליון אכן ייפגע".<sup>104</sup> בית המשפט פסק כי קביעת הממונה לסרב להעניק רישיון על בסיס חשש מפגיעה איננה יכולה להיות תולדה של סברת כרס או רחשי לב – אלא היא צריכה להישען על אדנים מוצקים: טיעון בדבר אפשרות ממשית של פגיעה בביטחון הציבור אינו מספיק. המציאות בשטח צריכה להצביע על סכנה ממשית ומסתברת אגב אפשרות של "קיוזו בין מידת ההסתברות לבין מידת החומרה שבפגיעה".<sup>105</sup> הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2022 שמה דגש דווקא על הצטברות התנאים הנדרשת כדי להגביל את חירות ההפגנה – הן מידת הסתברות גבוהה והן חומרה גבוהה:

מפקד המחוז, במתן רישיון לקיים הפגנה, אינו עושה חסד עם מבקש הרישיון, אלא מאפשר לו לממש זכות יסוד, ולפיכך מן הראוי שהמפקד ייתן רישיון כמבוקש, אלא אם קיימת רמת הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה ורצינית בבטחון הציבור

102 בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמטרה פ"ד לד(2) 169 (1979).

103 בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 6. וראו להלן פרק 7.

104 אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד (2) 371, 379 (1989).

105 בג"ץ לוי, לעיל ה"ש 11.



### או בסדר הציבורי, אשר מונעת מתן רשיון או מחייבת להגביל

את הרשיון בתנאים וסייגים.<sup>106</sup>

זאת ועוד. גם אם יש הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה, על מפקד המחוז מוטלת החובה "בטרם תיפול ההחלטה, [...] לבחון ולבדוק קיומם של אמצעים חילופיים [...]". איסור ההפגנה צריך להיעשות כצעד אחרון בלבד.<sup>107</sup> מהם אותם "אמצעים חילופיים"? הצבת תנאים של זמן, מקום ואופן (time, place and manner). מדובר בדוקטרינה אמריקאית שאומצה בישראל.<sup>108</sup> במסגרת האיזון מוטלות הגבלות "על מיצויה של הזכות האחת כדי לקיים את מהותה של הזכות האחרת", כפי שהגדיר זאת אהרן ברק, והדגים:

אם חופש התהלוכה מתנגש בחופש התנועה ניתן לחלק את שטח הכביש באופן שמסלול אחד יוקדש לתנועה ואחר לתהלוכה [...]. אם חופש התהלוכה מתנגש עם הפרטיות, ניתן לקיים את התהלוכה בשעות הבוקר כאשר רוב הדיירים בביתו של איש הציבור שבפניו רוצים להפגין, אינם בביתם.<sup>109</sup>

יואב דותן הבהיר כי בעת בחינת החלטת המשטרה לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתה, במובן זה שהניתוח הראשוני של איזון האינטרסים (בדגש על הפגיעה בסדר הציבורי, וכן על הקביעות בדבר היקף כוח האדם הנדרש) יהיה של המשטרה. עם זאת, בית המשפט "יבחן בשבע עיניים את איזון האינטרסים בקבלת ההחלטה המקורית ויכנס לעובי הקורה בבחינתו זו", ומרווח התמרון של המשטרה יהיה קטן בהשוואה לביקורת שיפוטית על החלטות רגילות.<sup>110</sup>

106 הנחיית היועמ"ש בעניין חירות ההפגנה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 5, ההדגשה שלנו.

107 אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 670, 676 (2000).

108 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל 201, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (12.12.2006).

109 אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 521 (תשנ"ד).

110 יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 204 (2022).

האיזון האופקי והאנכי בין הזכות להפגין לבין הזכות המתנגשת הוא הכלי המרכזי בביקורת השיפוטית על החלטותיו של מפקד המחוז. על פי הפסיקה, אם הזכות להפגין מתנגשת עם זכויות אחרות (לדוגמה, זכות הקניין של הפרט; הזכות לפרטיות) נדרש "איזון בין השתיים, באופן שיתאפשר מימושה המהותי של האחת, בלי לפגוע מהותית באחרת".<sup>111</sup> זהו האיזון האופקי, ולפיו כל זכות תיסוג מעט כדי ששתי הזכויות יוכלו להתקיים בעת ובעונה אחת, בעזרת קביעת תנאים של זמן, מקום ואופן, "כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות".<sup>112</sup> לעומת זאת, אם נפגע אינטרס עליון של המדינה (לדוגמה, הסדר הציבורי או ביטחון הציבור), יש לבחון את מידת ההסתברות שהשימוש בזכות יפגע באינטרס. אם ההסתברות נמוכה, הזכות גוברת, אך אם קיימת "ודאות קרובה" שייגרם נזק של ממש לאינטרס הציבורי, הזכות להפגין היא שתיסוג.<sup>113</sup> האיזון האנכי חל בהפעלת מבחן "הוודאות הקרובה", כלומר "אם הפגיעה בחיים או בגוף מצד קהל עוין היא עניין שבוודאות, אין כל ספק שחופש ההפגנה והתהלכה חייב לסגת כנגד אינטרסים אלה של היחיד ושל הציבור".<sup>114</sup>

בספרות נמתחה ביקורת הן על האיזון האופקי הן על האיזון האנכי. למשל, אמנון רייכמן טען כי השימוש בתנאים של זמן מקום ואופן במסגרת האיזון האופקי נעדר "עוגן פנימי", במובן זה שהוא אינו מגדיר "את הזמן או המקום או האופן שבהם ביטוי נהפך ל'יקר' מדי".<sup>115</sup> קושי נוסף הוא שהגבלה של כל אחד מהמאפיינים של זמן, מקום ואופן עשויה לסרס את המסר שהמארגנים מבקשים להעביר. לעיתים קרובות למקום יש חשיבות סימבולית הקשורה בעבותות למסר, למשל, הפגנה סמוך לביתם של נושאי משרה ציבורית. גם הזמן חשוב, למשל, הפגנה סמוך לכנסת לקראת קבלתה של החלטה גורלית.

111 בג"ץ לוי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 403.

112 בג"ץ דיין, לעיל ה"ש 52.

113 בג"ץ לוי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 403.

114 אך זאת, רק כאשר המשטרה אינה מסוגלת למנוע את האלימות הזאת מצידו של קהל עוין. ראו בג"ץ לוי, לעיל ה"ש 11. ראו גם ברק מדינה והגר שגב "התנגשות" בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" משפטים 535 (2018).

115 אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים!: התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185, 214 (מיכאל בירנהק עורך 2006).

ביקורת נוספת על האיזון האופקי, שעליה מצביעים ברק מדינה והגר שגב, היא שבסופו של דבר, איזון זה עשוי לפגוע בזכות ההפגנה הרבה יותר מהאיזון האנכי, מאחר שבאיזון האופקי זכות ההפגנה תיפגע בוודאות, ואילו במבחן הוודאות הקרובה הנעשה במסגרת האיזון האנכי, ייתכן שהפגיעה תהיה מצומצמת יותר, או שאפילו לא תתקיים.<sup>116</sup> גם מיטל פינטו ויובל יקותיאל עמדו על כך שהמבחן האנכי מעניק הגנה טובה יותר על זכויות, מכיוון שרק לעיתים נדירות יימצא כי לולא נסיגת הזכות ייגרם – בוודאות קרובה – נזק ממשי וחמור לאינטרס הציבורי. על כן, רק במקרים ספורים יכשיר השימוש במבחן האנכי פגיעה בזכויות אדם, וברוב המקרים הזכות תקבל עליונות מלאה. לעומת זאת, במסגרת האיזון האופקי, שבו שתי הזכויות נסוגות, הפגיעה בזכות יסוד היא ודאית.<sup>117</sup> לביקורות אלו על האיזון האופקי מצטרפת הביקורת של גילה שטופלר על יישום מבחן הוודאות הקרובה במסגרת האיזון האנכי. לדבריה, בפועל בית המשפט אינו נוטה לבחון את התקיימות רכיבי מבחן הוודאות הקרובה בחינה מדוקדקת, ואף להפך – הביקורת השיפוטית על הפגיעה בחופש ההפגנה היא מינימלית.<sup>118</sup>

נוסף על כך, פגמים אינהרנטיים הם עדיין חלק בלתי נפרד מן ההסדר החוקי. ראשית, הגורם המוסמך, המשטרה, אינו מונחה כלל בדבר האופן שבו עליו להפעיל את שיקול דעתו. כפי שכתב הנשיא ברק בפסק הדין בפרשת **מטה הרוב**:

עיון בלשונו של סעיף 85 לפקודת המשטרה מעלה כי ההסמכה הניתנת בו למפקד המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בתנאים הינה כללית ועמומה. הסעיף אינו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים שאותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע ובשל אלו שיקולים רשאי הוא לקבוע תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. זוהי חקיקה סתומה (vague).

116 מדינה ושגב, לעיל ה"ש 114, בעמ' 548.

117 מיטל פינטו ויובל יקותיאל "יתרונותיו של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידחיות בהגנה על זכויות אדם" פורום **עיוני משפט** מב 67, 77–78 (2019).

118 גילה שטופלר "עליית המידחיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית" **משפט וממשל** יט 187, 213–214 (2018).

הנשיא ברק פירט כיצד העמימות פוגעת בשני עקרונות דמוקרטיים מרכזיים: בעקרון הפרדת הרשויות – בשל הכרסום בסמכות הכנסת לנסח בחקיקה את אופניה המדויקים של הסמכות המנהלית והפעלתה; ובעקרון שלטון החוק – לנוכח הכלל שלפיו "הסמכה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם ואת חובותיהם". גם ברק מדינה ביקר את המצב הנתון ברוח דומה, בכותבו כי "הסדרים אלו מעוררים קשיים ניכרים הן בהיבט של שלטון החוק – שכן מדובר בהאצלה נרחבת של שיקול דעת לרשות המבצעת – הן בהיבט המהותי של הפגיעה בחופש הביטוי הנובעת מההסדר שקבעה המשטרה ומאופן יישומו".<sup>119</sup>

בטרם נמשיך לדיון ביתר הבעיות בהסדרה הנוכחית של חופש ההפגנה, יצוין כי הסמכות לאסור כליל על הפגנה, בשל תוכנה, שנויה במחלוקת אף היא. אומנם נקבע בפסיקה כי מי שהוכרז "ארגון טרור" לא ראוי להגנה על זכותו להפגין בזכות הטרור, אך נשאלת השאלה מדוע המשטרה יכולה וצריכה למנוע מראש כל אספה או תהלוכה המתקיימת מטעם הארגון.<sup>120</sup> לדעתנו לא ראוי שהמשטרה תעריך מראש את טיב המסר האמור להיות מופץ בהפגנה ותנסה לקבוע אם הוא בגדר הפרה של החוק. ככלל, אין מקום שהיא תאסור על קיום הפגנה בשל החשש שתוכנה יפר את החוק או יפגע ברגשות הציבור, אלא אם כן נשקפת סכנה מיידית לשלום הציבור.<sup>121</sup>

נוסף על כך, סוגיות מורכבות יותר שלפי הנוהל המשטרתי כלולות במסכת השיקולים של מפקד המחוז – דוגמת "המרדה", או "אי-ציות לפקודה חוקית" – אינן מתאימות להכרעה משטרית א־פריורית בדבר חוקיות ההפגנה מבחינת תוכנה.<sup>122</sup> ברקע יצוין כי באשר לאפשרות לקבוע תנאים ברישיון – נקבע בפסיקה כי אסור להתנות את מתן הרישיון בהשתתף עלויות האבטחה על מארגניה. כך, בית המשפט העליון הכיר בחובתה של המשטרה לנקוט את הצעדים הדרושים

119 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 559.

120 לילה מרגלית מיהו טרוריסט: על המנגנון להכרזה על ארגוני טרור בחוק המאבק בטרור 146 (מחקר מדיניות 162, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021).

121 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 568–570.

122 ש.ש.

כדי לקיים את הסדר הציבורי בעת הפגנה,<sup>123</sup> וקבע כי ההגנה על חופש המחאה כוללת את החובה להשקיע את המשאבים הדרושים כדי לאפשר את קיומה, בגבולות הסביר.<sup>124</sup> סעיף 102ג(2) בחוק המשטרה כיום מעגן את פסק הדין בחוק וקובע כי "לא יוקצו שוטרים בתשלום בכל אחד מאלה: אסיפה או תהלוכה [...]".

123 ראו לעניין זה בג"ץ מטה הרוב, לעיל ה"ש 108.

124 שם, פס' 14.

## המחאה במסורת היהודית

מימיו של אברהם אבינו רוויה המסורת היהודית במופעים מכוננים של התנגדות. לא בכדי מדרש שנועד לענות על השאלה מה פשר הכינוי "אברהם העברי" מציע את התשובה הזאת: "מהו 'העברי'? שכל העולם כולו לעבר אחד והוא היה לעבר אחד".<sup>125</sup> במאמר על חופש הדעה והדיבור במסורת הזכיר השופט חיים כהן כי גם הנביאים לא היססו להתייצב נגד מלכים ושרים ולבקר אותם – כך נתן הנביא במשל כבשת הרש לדוד המלך, כך אליהו הנביא אל מול אחאב ואיזבל, וכך גם ישעיהו. הנביא ירמיהו אף הוסיף על כך וגינה את מי שאינם מוחים נגד העוולות המכוונות כלפיהם, באומרו: "כִּשְׁה לְטַבַּח יוֹבֵל וְכַרְחַל לְפָנַי גִּזְזִיָּה נְאֻלְמָה וְלֹא יִפְתַּח פִּיו".<sup>126</sup> מעבר לסנטימנט ההתנגדות, כבר בתלמוד יש "תקדים יפה להפגנה שהוכתרה כהצלחה", בלשונו של השופט כהן,<sup>127</sup> המדגים חלק מהעקרונות של הפגנה אפקטיבית – הצורך שקולם של המפגינים יישמע;<sup>128</sup> ולכן נבחר מועד ההפגנה ללילה, זמן שבו שאון העיר דועך וקולם של המפגינים נשמע למרחוק:

פעם אחת נגזרה גזירה על ישראל שלא יעסקו בתורה ולא ימולו את בניהם. מה עשה יהודה בן שמוע וחבריו? הלכו ונטלו עצה ממטרוניתא (גבירה) אחת שכל גדולי רומי מצויין אצלה. אמרה להם. עימדו והפגינו בלילה. הלכו והפגינו בלילה? אמרו, אי שמיים, לא אחים אנחנו, לא בני אב אחד אנחנו, לא בני אם אחת אנחנו, מה נשתנינו מכל אומה ולשון שאתם גוזרים עלינו גזירות רעות? וביטלון ואותו היום עשאוהו יום טוב.<sup>129</sup>

125 בראשית יד 13, פסיקתא רבתי לג. להרחבה ראו עודד רון ושחר פישר "הקריאה וההתייצבות: המסורת היהודית אל מול הכוח והגורל" דברים יד 7-19 (2021).

126 ישעיהו נג 7; להרחבה ראו חיים ה' כהן מבחר כתבים: קציר עשור הגבורות 145 (2001).

127 חיים ה' כהן המשפט 541 (1991).

128 לעניין זה ראו גם בג"ץ 7059/20 עמותת "חודה חדש" נ' משטרת ישראל (17.11.2020).

129 בבלי, תענית יח, ע"א. ראו גם בפסק הדין בבג"ץ 5469/20 אחריות לאומית

דוגמה מוצלחת אחרת מביא יוסף בן מתתיהו, המתאר מחאה יהודית בלתי מתפשרת מול ביתו של נציב רומי פונטיוס פילאטוס נגד החלטתו להכניס לירושלים דגלים עם דיוקן הקיסר, בניגוד לנוהג שהשתרש בירושלים: "היהודים שחשו לקיסריה התחננו בפניו להסיר את הנסים מירושלים ולהוקיר את חוקי אבותיהם. וכשפילטוס סירב – הם השתטחו על הארץ סביב ביתו, ונשאר בלי תנועה במצב זה משך חמשה ימים, ולילות כמספר הזה". פילאטוס ביקש לדכא את ההפגנה בעזרת כוחות מזוינים שלופי חרבות, אך בתגובה "השתטחו [המפגינים] כאיש אחד על הקרקע, והושיטו צוואריהם, והכריזו כי נוח להם למות ובלבד שלא יעברו על דתם". הנכונות לחירוף נפש מצד ההפגנה היהודית הותירה על הנציב הרומי רושם עז, עד כדי כך ש"נתן הוראות להסיר מיד את הנסים מירושלים"<sup>130</sup>.

ערך המחאה איננו מתמצה בפעולה מול שלטון זר, ואיננו נתון רק לנביאים ואנשי מעלה.<sup>131</sup> כך, התלמוד במסכת שבועות ובמסכת סנהדרין שואל באילו נסיבות יש לציבור אחריות קולקטיבית על חטאיהם של יחידים, ומשיב: "מדובר שיש אפשרות בידם למחות ולא מיחו"<sup>132</sup>. מסכת שבת מנסחת את העיקרון הזה בבירור:

כל מי שאפשר [לו] למחות לאנשי ביתו [על מעשה שאינו ראוי שהם עושים] ולא מיחה [הרי הוא עצמו] נתפס על [עוונם של] אנשי ביתו. [ואם יכול למחות] באנשי עירו [ולא מחה – הריהו] נתפס על [עוון] אנשי עירו. [ואם יכול למחות] בכל העולם כולו [הריהו] נתפס על [עוון] כל העולם כולו.<sup>133</sup>

1775/20 ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021). לדוגמאות נוספות ראו ע"מ 1775/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים 22 (24.9.2020).

130 יוסף בן מתתיהו מלחמת היהודים 111 (1993).

131 לדיון בשורה של מקורות נוספים, ראו מיכאל ויגודה "חופש ההפגנה וגבולותיו" מפגשים אקטואליים במשפט העברי יוטיוב (9.11.2020).

132 בבלי [מהדורת שטיינזלץ], שבועות לט, ע"א: בבלי [מהדורת שטיינזלץ] סנהדרין כז, ע"ב.

133 בבלי [מהדורת שטיינזלץ] שבת נד, ע"ב-נה, ע"א. ראו והשוו גם לדברי הרמב"ם במשנה תורה "כָּל שֶׁאֶפְשֶׁר בְּיָדוֹ לְמַחֹת וְאֵינוֹ מוֹחֶה הוּא נֶחְפֵּשׂ בְּעוֹן אֱלֹהֵי כִּינּוֹ שֶׁאֶפְשֶׁר לוֹ לְמַחֹת בָּהֶם" (משנה תורה, הלכות דעות, פרק ו, הלכה ז).

מצוות התוכחה והמחאה אינה כרוכה בחירוף נפש, אך לפי גישת הרמב"ם, היא בהחלט עשויה לעלות עד כדי פגיעה פיזית: "תמיד תיב אדם להוכיחו עד שיפנהו החוקא ויאמר לו איני שומע".<sup>134</sup> מעבר לחובה ההלכתית והמסורתית יש גם עיקרון תאולוגי הנגזר מעצם בריאת האדם בצלם אלוהים – חירות האדם ובתוכה גם זכות ההפגנה. עמד על כך השופט מנחם אלון, שביקש להביא למשפט הישראלי את רזי המשפט העברי. בדיון בנושא מעצר עמד אלון על מיקומה החשוב של הזכות להפגין ביהדות: "חכמינו הורונו: 'חביב אדם שנברא בצלם' (משנה, אבות ג, יד). ערך יסוד זה שבעולמה של יהדות הוא התשתית, לב ליבו של עקרון חירות האדם. חביבותה של חירות כל יחיד ויחיד, של חופש כל אדם באשר הוא אדם, ממנה פינה וממנה יתד לחביבותם של חירות הביטוי וחופש ההפגנה".<sup>135</sup> גם בהזדמנות אחרת ביקש אלון לבטא את הכבוד שרוחשת מערכת המשפט הכפופה להכרת בריאת האדם בצלם ולרעיון החירות – גם לחופש ההפגנה:

ובוא וראה כמה זהירים אנו, וכמה חוששים אנו, שלא לפגוע, חס ושלום, באף אחת מהחירויות למיניהן – חירות הביטוי, חופש הדעות, חופש ההפגנה וכיוצא בהן – לא בכולן ולא במקצתן, ומחמירין אנו עם כל מי שבא לפגוע בהן, אם פגיעת ודאי ואם פגיעת ספק, ושוקלים אנו היטב היטב איזון האינטרסים שבין חירויות ערכים אלה לבין ערכי יסוד של בטחון, של שלום הציבור וכיוצא באלה.<sup>136</sup>

מתוך כך, ההפגנה עצמה איננה רק ערך במסורת היהודית שראוי לפעול לאורו, ולעיתים אף מצווה לנקוט צעד זה של התוכחה, אלא היא יכולה להיות חוויה

134 שם. אף שהאלימות הפיזית איננה מותרת, יש מחלוקת הלכתית בשאלות אחרות של פעולות הננקטות על ידי מפגינים, ובעיקר בשאלת חסימת הכבישים. ראו, למשל, משה מלכה "הפגנות ומחסומי רחוב בשבת"; ישראל רוזן "היש 'לפני עור' בהפגנות שבת ובמחסומי רחוב"; יצחק זילברשטיין "החובה להפגין נגד חילול שבת" תחומין – תורה חברה ומדינה ז (1986); משה מלכה "הפגנות ותוכחות" שם ח 49 (1987); איתמר ורפהטיג "הפגנות שמפריעות לרבים" שם לה 229 (2015); שלמה אישון "חסימת כבישים בהפגנות" שם לח 236 (2018).

135 ב"ש 16/87 דננאשילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281, 289 (1987).

136 ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, מ(1) 706, 714 (1986).



רוחנית־דתית בפני עצמה. אחד המנסחים העיקריים של הרעיון הזה הוא הרב אברהם יהושע השל, שצעד עם מרטין לותר קינג בסלמה ב־1965 במצעד נגד הגזענות, ולאחר מכן דיווח "חשתי שרגליי התפללו".<sup>137</sup> דוגמה מקומית נוספת לכך מופיעה במאמרו של שלמה גוזמן כרמלי, שבו הוא מצטט מפגין חרדי בכיכר השבת ששיתף אותו בתחושותיו: "הפגנה טובה זה כמו תפילה, זו תחושה של התרגשות, של התעלות נפש. אתה יודע שאתה נלחם עכשיו לכבוד עולם התורה, בשביל החיים שלך".<sup>138</sup> למעשה, לעיתים, גם בתוך התפילה עצמה יש אפשרות להפגין, הן כלפי האל (פרשנויות אטימולוגיות אחדות ראו בעצם המונח תפילה מתן דין וחשבון מול בורא עולם),<sup>139</sup> הן כלפי הקהילה, בפעולה המכונה "עיכוב קריאה", שאינה אלא "סנקציה הפגנתית בידי אדם המבקש למחות על עוולה שנעשתה לו. ל'מעכב' ניתנה הרשות להפסיק את התפילה או את קריאת התורה ולא לאפשר לציבור להמשיך בה עד שנשמעו קובלנותיו".<sup>140</sup>

137 דרור בונדי אלוהים, הומניזם ודמוקרטיה במשנתו של אברהם יהושע השל 17 (2017).

138 שלמה גוזמן כרמלי "שתזדעזע ארץ הקודש, ב"ה": הפגנות ברחוב החרדי כביצוע חרבוני" תרבות דמוקרטית טו 31, 32 (2013).

139 ראו, למשל, "ותתפלל על ה' – מלמד שהטיחה דברים כלפי מעלה", בבלי ברכות, לא, ע"ב.

140 הכהן, "יסודות דמוקרטיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 121.

## המחאה בישראל

מתוך אלפי מחאות שנערכו במדינת ישראל, יוצגו כאן בקיצור אירועי מחאה בולטים שנחרטו בזיכרון הישראלי הקולקטיבי, לצד תמורות ושינויים במימוש חופש ההפגנה במדינה. עם קום המדינה באו השסעים בחברה הישראלית (פוליטיים, חברתיים, עדתיים, מעמדיים ואתניים) לידי ביטוי במחאות ציבוריות נרחבות בהיקפן. רשימה כרונולוגית בלתי ממצה שלהן מלמדת על מגוון הקבוצות והנושאים שעמדו במוקדי המחאות: מחאות השבת וההתנגדות לגיוס לומדי תורה והתערבות בג"ץ בענייני דת ומדינה מקרב החברה החרדית (1948–היום);<sup>141</sup> המחאה נגד הסכם השילומים עם גרמניה (1952); מחאות ואדי סאליב (1959); מחאת הפנתרים השחורים (1971); המחאה שהוביל מוטי אשכנזי אחרי מלחמת יום הכיפורים (1974); המחאה שהובילה תנועת גוש אמונים על רקע הסכם הביניים בין ישראל למצרים (1975);<sup>142</sup> ההפגנות על רקע הפקעה רחבת היקף של אדמות בבעלות ערבית (יום האדמה), שבמהלכן ירו כוחות הביטחון למוות בשישה אזרחים ערבים (1976); ההפגנות סביב מלחמת לבנון הראשונה, שבאחת מהן, בירושלים, נרצח אמיל גרינצוויג (1983); המחאות סביב הסכמי אוסלו במחצית הראשונה של שנות ה-90; עצרת התמיכה במהלכי השלום שהסתיימה בהירצחו של ראש הממשלה יצחק רבין (1995); מחאת הדם שהובילו עולים מאתיופיה לאחר פרסום תחקיר על אודות מדיניות מפלה שנוקטה ביחס לתרומות הדם שלהם (1996);<sup>143</sup> הפגנות הענק של הציבור החרדי נגד בית המשפט על רקע התערבותו בסוגיות דת ומדינה (כביש בראילן)

141 להתנגשויות מול בג"ץ ראו חיים זיכרמן "משפט אחד יהיה לכם: העימות המשולש של החברה החרדית עם מערכת המשפט הישראלית" **משפט חברה ותרבות** א 37 (2018).

142 עמנואל אטקס משיחות, פוליטיקה והלכה: הציונות הדתית ו"השטחים" 1967 – 204–218 (2023). לפי העיתונאי טדי פרויס, "יוסף בורג אמר מקץ שנים, כי חרד פעמיים לאופיה הדמוקרטית של המדינה: לראשונה מול ההסתערות על הכנסת בעת הדיון על השילומים; ובשנייה, לנוכח ההפגנות נגד הסכם הביניים". הציטוט מובא אצל דב שורץ ואבי שגיא **ממציאות לשפה: הציונות הדתית ומלחמת יום הכיפורים** 160 (2022).

143 להרחבה על היסטוריית המחאה של יוצאי אתיופיה בישראל, ראו עודד רון ופקדה אבבה "בין משפט למחאה: מיקומו של בג"ץ ככלי לשינוי חברתי עבור קהילת יוצאי אתיופיה" **מעשי משפט** יב 53–82 (2021).

והעמדתו לדין של אריה דרעי (1999);<sup>144</sup> אירוועי אוקטובר 2000, שבהם הפעילו כוחות הביטחון כוח קטלני נגד אזרחים – אירוועים שהתלקחו על רקע שילוב בין תחושת אפליה וקיפוח של הערבים אזרחי ישראל, עליית השר דאז אריאל שרון להר הבית ואדוותיה האלימות, והעימותים הקשים שניטשו בשטחים; המחאה שהובילה ויקי קנפו, וזכורה בעיקר מהצעדה ממצפה רמון לירושלים על רקע הקיצוץ בקצבאות שהוביל בשעתו שר האוצר בנימין נתניהו (2003);<sup>145</sup> המחאה נגד תוכנית ההתנתקות (2005); המחאה החברתית (2011); המחאה נגד תוכנית פראוור בנושא הקרקעות בנגב שבשימוש הבדואים (2013); הפגנת החרדים נגד גיוס בני ישיבות (2014); מחאת יוצאי אתיופיה נגד האלימות המשטרית והאפליה (2015 ו-2019); המחאה נגד חוק הלאום (2018); ההפגנות שבהן נדרש נתניהו הנאשם בפלילים להתפטר (מחאת בלפור, 2020-2021); המחאות שנערכו בשנת 2023 עד המלחמה על רקע ההפיכה המשטרית שביקשה הממשלה לקדם (2023); המחאות נגד המלחמה שפרצה באוקטובר 2023 – להשבת החטופים מעזה ולעריכת בחירות (2023-2024). המחאות האלה נערכו בתצורות מגוונות, ובכלל זה תהלוכות ומצעדים. לעיתים נשקפה סכנה למפגינים, למשל, במצעד הגאווה שבו נדקרו מפגינים (2005) ובמצעד שבו נרצחה שירה בנקי ונפצעו אחרים (2015).

דנה בלאנדר חילקה את המחאות שהוצגו לעיל ואחרות לפי תקופות ותכנים – בניסיון להתאים בין אופי התקופה לאופי המחאות. בתקופה הראשונה, מקום המדינה עד שנות ה-50, התמקדו המחאות בסוגיות של קליטת עלייה, סטטוס קוו ודת ומדינה, וכן בסוגיות מדיניות (הסכמי השילומים). את התקופה שמהמחצית השנייה של שנות ה-50 ועד מלחמת ששת הימים בלאנדר מכנה "התקופה הרדומה" (המחאה הסוערת של ואדי סאליב הייתה לפיכך חריג שאינו מעיד על הכלל – דיכוי מהיר של מחאות על ידי הממסד);<sup>146</sup> התקופה השלישית (1966-1976) – "המחאה האוטנטית", כפי שמכנה אותה בלאנדר, מאופיינת בהתפרצות מתחים: בעיקר מתח עדתי ומעמדי – מחאת הפנתרים השחורים;

144 ראו חיים זיכרמן וגדעון ספיר שומרי החומות: בג"ץ והחברה החרדית 16 (חיים זיכרמן וגדעון ספיר עורכים 2023).

145 הנרייט דהאן-קלוב נשים בישימון: מרי וסירוב בשולי החברה 167 (2018).

146 דנה בלאנדר "סופסוף מחאה מעמדית בישראל?" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (2.8.2011).

ומתח יהודי-ערבי – שבא לידי ביטוי למשל ביום האדמה ב־1976; לא בכדי כתבו טל אלמליח וענת קדרון כי בשנים אלו "פרחו בישראל גילויים של מחאה תרבותית ופוליטית בכמות ובעוצמה שלא נראו קודם לכן".<sup>147</sup> ייתכן שהתופעה המקומית נטועה גם בהקשר בינלאומי רחב של התלקחות מחאות מקבילות ברחבי העולם באותן השנים.<sup>148</sup>

שלושת העשורים הבאים התמקדו בסוגיות של שלום וביטחון, במחאה נגד החזרת מה שנתפס כחבלי מולדת או בעד כינון הסכמי שלום עם מדינות שכנות או עם הפלסטינים. שתי התנועות החוץ-פרלמנטריות המייצגות את המחלוקת הציבורית הזאת הן שלום עכשיו וגוש אמונים. גל המחאות שלאחר מכן נחשב למחאת "הדור הבא" – ובהן נמנות המחאה החברתית וגם מחאות אחרות במאה ה־21, לרבות מחאת יוצאי אתיופיה. מחאות אלו מתאפיינות בגיוון דמוגרפי, בניצול רשת האינטרנט לארגון המחאות ובעיסוק מוגבר בנושאי פנים, כגון שוויון וחלוקת משאבים. הגל הבא של המחאות קשה יותר לאפיון תוכני או גילי: הוא אומנם ממוקד בטוהר המידות (מחאת בלפור) ובשלטון החוק (המחאה נגד ההפיכה המשפטית), אך אינו נמנע מעיסוק בעדתיים, בשאלות של שלום וביטחון, דת ומדינה וכיוצא בזה, ויש בו רכיבים של "הדור הבא", כמו בגל המחאה הקודם;<sup>149</sup> אך בה בעת, המחאה נגד ההפיכה המשטרית קשורה גם לדור המייסדים, המבקשים, על פי עדותם, להותיר לצאצאיהם מדינה יהודית ודמוקרטית.

לא אחת ההפגנות אכן הובילו לשינויים: הפנתרים השחורים הצליחו לחולל שינוי הן בטווח הקצר (למשל בכל הנוגע להעלאתה לסדר היום של סוגית האפליה העדתית), אך גם בטווח הארוך (לעניין הטיפול במוקדי מצוקה);<sup>150</sup> המחאה

147 טל אלמליח וענת קדרון "בין תרבות לפוליטיקה: מחאת צעירים בישראל" עיונים בחקומת ישראל 11, 78 (2017).

148 צבי צמרת וחנה יבלונקה "העשור השלישי: עשור של תפניות משמעותיות" העשור השלישי: תשכ"ח-תשל"ח 5, 17 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים 2008).

149 שחר פישר "דוריות במחאת בלפור בין משבר הקורונה ומשבר האקלים" סוציולוגיה ישראלית כא (2) 228-235 (2021).

150 מנחם הופנונג מחאה וחמאה: השפעת הפגנות הפנתרים השחורים על תקציבי חברה ורווחה 88 (2006).

שהחלה לאחר מלחמת יום כיפור והתקיימה גם על רקע תוצאות הבחירות שנערכו מייד לאחר המלחמה, הפעילה לחץ שהוביל להתפטרות הדרג המדיני<sup>151</sup>; המחאה ההמונית בעקבות הטבח בסברה ושתילה (המכונה לעיתים מחאת ה־400 אלף) הביאה למינויה של ועדת חקירה ממלכתית; תנועת "ארבע אימהות" הפעילה מכבש לחצים על הדרג הפוליטי שתרם להחלטה על היציאה מלבנון<sup>152</sup>; במחאה החברתית, כפי שכתבו אורי רם ודני פילק, "המשטר לא קרס, אך החל שינוי בתרבות הציבורית"<sup>153</sup>, וכמו כן, היא גרמה להקמת ועדת טרכטנברג שהביאה לכמה שינויים – לדוגמה, חינוך חינום מגיל שלוש; מחאות יוצאי אתיופיה הובילו לא אחת לשינויים חברתיים – לעיתים משמעותיים יותר מהשינויים שהתחוללו בעקבות עתירות חוקתיות.<sup>154</sup> כך, למשל, בשנת 2015 העלתה המחאה הזאת את המודעות הציבורית לנושא, והובילה להקמת ועדת פלמור אשר מכוחה הוקמה, למשל, היחידה הממשלתית לתיאום המאבק בגזענות במשרד המשפטים.<sup>155</sup> עוד ראוי להזכיר כי בשנת 2018 נערכו שתי מחאות שהיה בהן גם מרכיב של שביתה פוליטית נרחבת בגופים רבים במשק: "מחאת הנשים", שהתפרצה על רקע העלייה במקרי האלימות נגד נשים בישראל והובילה להגדלה של הקצאת משאבים ממשלתיים לנושא,<sup>156</sup> ומחאה של קהילת הלהט"ב נגד האפליה בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 ("חוק הפונדקאות"), שאומנם לא הביאה להישג מיידי, אך ברבות השנים קבע בג"ץ כי חוק הפונדקאות יחול גם על זוגות חד־מיניים.<sup>157</sup> נוסף על כך, מאבק הנכים בשנים האחרונות הוביל להעלאת קצבאות הנכות ועוד. גם המחאה נגד

151 להצגת המחלוקת בספרות ביחס לטיב ההצלחה של המחאה ראו דן סואן שמאל, ימין: מחלומות חירות וצדק ללאומנות: סיפורה של החברה הישראלית 313 (2015).

152 ארזה צ'רצ'מן ואלישבע סדן הדרך שלך להשפיע 227 (2003).

153 אורי רם ודני פילק "ה-14 ביולי של דפני ליף: עלייתה ונפילתה של המחאה החברתית" תיאוריה וביקורת 41 17 (2013).

154 להרחבה ראו רון ואבבה, לעיל ה"ש 143.

155 יאיר יאסן לא מרימים ידיים: מחאות ואלימות כלפי המדינה בישראל 241 (2022).

156 נעמי גל אלס אילמות ואלימות במשפחה בישראל 26 (2023).

157 בג"ץ 781/15 ארד פנקס נ' ועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (11.7.2021).

ההפיכה המשטרית בלמה, ולו לפרק זמן מסוים, חלק מן היוזמות שנכללו ברפורמה שניסטה הממשלה לקדם.

לצד ההצלחות שהוצגו לעיל, יש לזכור כי ממחאות חברתיות רבות יצאו המפגינים כשפחות מחצי תאוותם בידם, ולעיתים קרובות אף בלא כלום. בלשונו של חיים כהן, "תולדות ההתנגדות הבלתי אלימה מוכיחות כי לצד כל פעולת מחאה או הפגנה שהצליחה התקיימו מאות פעולות התנגדות שנשכחו לחלוטין למרות שהתמידו בהן בעקביות"<sup>158</sup>. עם זאת, עצם האפשרות להיאבק על מימוש זכויות ולמחות על עוול הוא חלק בלתי נפרד מהתרבות הפוליטית בישראל, וחשוב מכך, חלק בלתי נפרד ממימוש מלא של אזרחות אחראית ופעילה במדינה דמוקרטית.

158 ראו חיים כהן "הזכות והחובה להתנגד" בחוך אי-ציות ודמוקרטיה 211, 230 (יהושע ויינשטיין עורך 1998).

## פרק 6

### תמורות, אתגרים ויוזמות חוקיות בהגנה על חופש המחאה בישראל

א.

#### ההתפתחות ההיסטורית של הזכות להפגין בישראל

הזכות להפגין בישראל התפתחה בפסיקה בהדרגה. כדי לעמוד על היקף ההגנה שמספקת הפסיקה לזכות להפגין ראוי להציבה בהקשר הרחב של ההגנה על חופש הביטוי. פסק הדין המכונן בהקשר הזה הוא בג"ץ **קול העם** משנת 1953. בג"ץ זה ביסס את חופש הביטוי – שהזכות להפגין היא חלק ממנו – וקבע שהיא "זכות עילאית" ה"מהווה את התנאי המוקדם למימוש של כמעט כל החירויות האחרות"<sup>159</sup>. חופש ההפגנה, שהוא חלק מחופש הביטוי, מבטא את חירותו הכללית של אדם להביא את דעתו.<sup>160</sup> בבג"ץ **קול העם** נקבע מבחן הוודאות הקרובה, הנזכר לעיל, הקובע כי חופש הביטוי ייסוג מפני אינטרס מוגן אחר רק אם יש ודאות קרובה לפגיעה ממשית ורצינית באינטרס האחר. כפי שנראה בהמשך, ברבות הימים אומץ מבחן הוודאות הקרובה גם ביחס לזכות להפגין.

עם זאת, בג"ץ **קול העם** והפסיקה המוקדמת במדינה לא כללו הסדרה פוזיטיבית של הזכות להפגין. בראשית ימי המדינה נשענו המגבלות על הזכות להפגין על המגבלות על הפגנות שקבע הנציב העליון הבריטי בשנות ה'20 וה'30 של המאה הקודמת, שעוגנו בפקודת המשטרה בעלת השורשים המנדטוריים.<sup>161</sup> ראוי להזכיר בהקשר הזה, שהתרבות הפוליטית שהתהוותה בראשית ימי המדינה

159 בג"ץ **קול העם**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 871, 878. ראו גם ברק, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעיל ה"ש 67, בעמ' 955.

160 שם, בעמ' 976.

161 ליבאי, "הזכות להפגין", לעיל ה"ש 101, בעמ' 55.

ראתה במחאה איום משמעותי על השלטון. עמדת השלטון הייתה כי הזכות להפגין אינה אקט לגיטימי שיש להגן עליו אלא פעולה שיש להתגונן מפניה. וממילא גם היחס להפגנות מצד הממשלה – וכפועל יוצא מכך, מצד המשטרה – היה נוקשה למדי. עד שנות ה־60 שלטה המשטרה בזכות להפגין כמעט ללא מצרים, והפיקוח השיפוטי והפרלמנטרי היה חלש. חופש המחאה של אזרחי ישראל הערבים, שהיו נתונים בממשל צבאי, היה מצומצם אף יותר, והפגנות שנערכו בלא רישיון טופלו ביד קשה במיוחד.<sup>162</sup>

שינוי בגישה הציבורית החל בשנות ה־70, שבהן נעשו ההפגנות תופעה רווחת יותר ולאקט של השתתפות פוליטית המונית.<sup>163</sup> התפתחות דומה לא חלה במערכת המשפט, ובאותה התקופה נמנע בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטות מפקד המחוז בעתירות שהובאו לפניו. שר המשטרה שלמה הלל עמד על כך, בדיון בכנסת, באומרו כי "לא ידוע לי אף לא מקרה אחד, שהייתה פניה לבית דין גבוה לצדק, והיה מספר בלתי מבוטל של פניות, ובית הדין הגבוה לצדק מצא שאכן מפקד המחוז ניצל סמכות זו באופן שרירותי".<sup>164</sup> כמה שנים אחר כך, בנימה ביקורתית יותר, עמד על כך גם ח"כ משה שחל (המערך):

אין חולק על כך שבג"ץ מוסמך לביקורת שיפוטית על החלטת מפקד המחוז. בפועל נמצא כי בשורה של פסקי דין לא נותר בג"ץ לעתירות שהוגשו ופטר עצמו באמרות גורפות, כגון: "התפקיד לשמור על שלום הציבור מוטל על המשטרה, וחזקה עליה שהיא שקלה שיקולי בטחון, שיקולים אחרים כיוצא באלה, כראוי בטרם תתיר קיום הפגנה". כל זאת בלא להיכנס לגופו של עניין לביקורת שיפוטית עניינית [...] על פני הדברים נראה כי בית המשפט הגבוה לצדק אינו דן בזכות האזרח להפגין ולהתקהל.<sup>165</sup>

162 ראו, למשל, הלל כהן ערבים טובים 61 (2006).

163 הופנונג, ישראל – בטחון המדינה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 198.

164 הישיבה המאה ושבע עשרה של הכנסת השמינית (9.12.1974), עמ' 710.

165 הישיבה המאתיים ושישים וחשע של הכנסת התשיעית (13.11.1979), עמ' 403, 420.



לפי דוד קרצמר, עד סוף שנות ה־70 נתקלו עתירות לבית המשפט נגד החלטות המשטרה ב"תגובה צוננת". לדבריו, בית המשפט נטה אז לאמץ את עמדת המשטרה, ונמנע מלהכיר בפגיעה בזכות היסוד שהתרחשה כאשר המשטרה לא העניקה רישיון להפגנה.<sup>166</sup>

בפועל, עצם הגישה לערכאות באותה התקופה היה בעייתי משני טעמים, שעליהם עמד דוד ליבאי: הראשון, היעדר מסורת מפותחת וחוסר מודעות לאפשרות להגיש עתירה לבג"ץ נגד החלטות המשטרה, והשני, גם מי שהיה מודע ונכון לעשות כן, פרק הזמן שבו היה אפשר לעתור לאחר קבלת התשובה מהמשטרה היה אפסי, בוודאי עבור מי שלא גרו בירושלים או בסביבותיה (שכן ההגשה אז הייתה ידנית).<sup>167</sup>

בסוף שנות ה־70 הסתמנו ניצנים ראשונים של שינוי בעמדת בית המשפט העליון, ובמאי 1979 הוא הכיר בפסק דין תקדימי, בעניין סער, בזכות ההפגנה כאחת מ"חירויות היסוד של האדם". בית המשפט הזכיר כי "קיומה של אסיפה ותהלוכה הוא אחד האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בענייניה של המדינה, אמצעי שהוא לעיתים יעיל יותר וממשי יותר מאמצעי הביטוי האחרים"; עמד על השימוש במרחב הציבורי לא רק לתנועה אלא גם למחאה; התערב בשיקול דעתו של מפקד המחוז, והתחיל לנסח את מודל האיזון בין האינטרסים השונים המתנגשים במהלך אסיפה או תהלוכה. באותו פסק דין צמצם בית המשפט את שיקול הדעת שלא להתיר הפגנה בהבהירו כי המבחן הוא אם יש בהפגנה כדי לפגוע בביטחון הציבור או בסדר הציבורי. אם התשובה חיובית – אפשר לסרב להעניק רישיון; אם התשובה שלילית, ואין חשש לפגיעה כזאת – יש להעניק את הרישיון.<sup>168</sup> מנקודה זו ואילך, גם בהיעדר חקיקה מפורשת, יצק בית המשפט תוכן לזכות ההפגנה,<sup>169</sup> והפעיל פיקוח שיפוטי על החלטות המשטרה, כפי שיפורט בהמשך.

166 Kretzmer, לעיל ה"ש 93, בעמ' 65.

167 ליבאי, "הזכות להפגין", לעיל ה"ש 101, בעמ' 69.

168 בג"ץ סער, לעיל ה"ש 102, בעמ' 170.

169 זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי 166 (2008).

לשינוי שניכר בפסיקת בית המשפט מסוף שנות ה־70 ובמהלך שנות ה־80 יש כמה הסברים אפשריים: הראשון, ייתכן שהוא נבע מ"הצתה מאוחרת" של בית המשפט העליון שהבין עם הזמן את הלך הרוח הציבורי ביחס לעליית קרנם של תפיסה ליברלית ואתוס זכויות האדם, ובכלל זה את חשיבותו של חופש ההפגנה; השני, במציאות החדשה, אחרי חילופי השלטון ב־1977, ההגנה על החופש להפגין לא נתפסה עוד כמהלך נגד שלטון מסוים, שכן היא חלה ביחס לכל שלטון, מה שהקל את ההתערבות השיפוטית שכבר לא נחשבה תמיכה בצד פוליטי מסוים. השלישי, הרחבת זכות העמידה של ארגוני חברה אזרחית והקמתם של ארגוני זכויות אדם בשנים אלו הביאו להתגברות על החסם הגאוגרפי שעליו הצביע ליבאי, ששלל דה פקטו מאזרחים מן השורה את זכות הגישה לערכאות ואפשר ייצוג גם למיעוטים ולקבוצות מוחלשות. הרביעי, מינויו של אהרן ברק לבית המשפט העליון חיזק את הגישה השיפוטית שביקשה להרחיב את ההגנה על חופש הביטוי בכלל ועל חירות ההפגנה בפרט.<sup>170</sup> לאורך שנות ה־80 ביסס בג"ץ את השימוש במבחן הוודאות הקרובה כתנאי לאיסור על הפגנה. כך היה, לדוגמה, בבג"ץ לוי, שבו הורה בית המשפט למשטרה להעניק רישיון להפגנה מכיוון שלא בוסס חשש העולה לרמת ודאות קרובה לסכנה לביטחון הציבור. עוד הובהר שם כי על המשטרה מוטלת החובה לנקוט את כל האמצעים הסבירים כדי לאבטח את ההפגנה, וכי איסור הפגנה יהיה "לא כצעד ראשון, אלא כצעד אחרון".<sup>171</sup>

אולם המגמה הליברלית הזאת לא נמשכה בשנות ה־90 ובראשית שנות ה־2000, בעיקר בשל רצח רבין, שהביא לשינוי בהיקף ההגנה על חופש הביטוי,<sup>172</sup> ולנוכח המצב הביטחוני שהלך והסלים עד שהגיע לנקודת רתיחה עם פרוץ האינתיפאדה השנייה. מציאות זו הובילה את בית המשפט לאמץ ביתר שאת את הערכות המצב של כוחות הביטחון ולהתחשב הרבה יותר הן בשיקולי כוח

170 להרחבה ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 159 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים 2009). ראו גם עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט מדברים!, לעיל ה"ש 115, בעמ' 27, 52–53.

171 בג"ץ לוי, לעיל ה"ש 11.

172 איל בנבנישתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל 29 (2000).

אדם והן בשיקולי ביטחון.<sup>173</sup> במילים אחרות, ככלל, כשהתותחים רעמו הייתה ההגנה על חופש המחאה, לפרקים, חלשה יותר.<sup>174</sup> אפשר גם שהעובדה שביית המשפט העליון עצמו היה מושא למחאה השפיעה לרעה על מחויבותו להגן על חופש המחאה.<sup>175</sup> כך היה, למשל, בפרשת **כיכר הלחם** (המאהל שפונה מכיכר המדינה בתל אביב והתמקם בירושלים, סמוך לבית המשפט העליון). בפסק הדין בפרשה זו קבע בית המשפט כי עירייה – שהסירה את מאהל המחאה – פעלה כדין, ואף ציין כי אין מדובר בפגיעה בזכות להפגין, שכן מעשי עיריית תל אביב היו מוכוונים לסילוק המכשול (אוהל המחאה) מהמרחב הציבורי.<sup>176</sup> בעקבות פסק הדין ביחס לפינוי מאהל המחאה גם מירושלים טען אדם ברוך כי "העליון פעל כאן כשוטר, ולא כבית הזיקוק הראשי של המיית החיים הישראליים".<sup>177</sup>

בהמשך שבה ועלתה קרנה של הזכות להפגין. כך היה בפרשת **מטה הרוב**, שבה קבע בג"ץ כי אסור להתנות מתן רישיון להפגנה במימון הוצאות האבטחה על ידי המפגינים. בכך הבהיר בג"ץ כי הזכות להפגין כוללת לא רק היבט "שלילי", שלפיו מוטלת על המדינה חובה שלא לפגוע בזכותו של אדם להפגין, אלא גם היבט "חיובי" – חובתה של המדינה להקצות משאבים כדי לאפשר את מימוש הזכות.<sup>178</sup> התפתחות חשובה נוספת התרחשה בפרשת **כיכר גורן** משנת 2017, שבה כבר דנו בהרחבה. שם, כזכור, צמצם בית המשפט את שיקול הדעת של המשטרה בדרישה לרישוי הפגנה, וקבע כי יש לפרש את המושג "נושא בעל עניין מדיני", שהוא תנאי לדרישת הרישיון, פרשנות מצמצמת

173 דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם" **משפט וממשל** ה' 297, 315 (2000).

174 להרחבה ראו **להלן** סעיף 8ג על הפגנות בזמן חירום.

175 יובל אלבשן "היעדרות המשפט" **קריאת מחאה** 95 (אריאל הנדל, אודי אדלמן, מיכל גבעוני, נועם יורן ויואב קני עורכים 2012).

176 עניין **טויטו, לעיל** ה"ש 51.

177 אדם ברוך "כיכר הלחם" **קריאת המחאה** 150 (אריאל הנדל, אודי אדלמן, מיכל גבעוני, נועם יורן ויואב קני עורכים 2012).

178 בג"ץ **מטה הרוב, לעיל** ה"ש 108.

כך שיקלול רק אספות בנושאים מדיניים-פוליטיים במובן הצר של מונחים אלו.<sup>179</sup>

בתקופת הקורונה, ובעיקר בראשיתה, היו ההגבלות על ההפגנות בישראל חמורות במיוחד בהשוואה למדינות אחרות,<sup>180</sup> ואף נעשה שימוש בתקנות שעת חירום באופן שפגע פגיעה ממשית בזכות להפגין, ולעיתים אף רוקן אותה מתוכן. למשל, על ידי קבלת החלטות משטרטיות שרירותיות בהיעדר סמכות, לדוגמה בעניין מחאת שיירת הרכבים (אז החליטה המשטרה – בהיעדר סמכות חוקית – לעצור שיירה של רכבים שעשתה דרכה לכנסת);<sup>181</sup> הטלת מגבלה גאוגרפית (הפגנה מותרת רק במרחק של 1,000 מטרים מבית המגורים), בצד הגבלה כמותית על מספר המשתתפים.<sup>182</sup> כאשר נדרש בג"ץ לנושא, בפסק הדין שעסק בעתירתם של תושבי שכונת רחביה בירושלים להטיל מגבלות מיוחדות נגד "מחאת בלפור" שהתנהלה באותה העת (כגון איסור על קיום הפגנות בסמוך למעונו הרשמי של ראש הממשלה והוראה על קיומן במקום חלופי), הוא עמד על חשיבות מימוש הזכות בשעת חירום.<sup>183</sup>

179 בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76.

180 עמיר פוקס וגיא לוריא "רק בישראל: שיא של הגבלות על הפגנות אזרחים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (6.10.2020). ראו גם גלעד נוה וליאור בן דוד הגבלת הפגנות על רקע המאבק במגפת הקורונה: סקירה ראשונית (הכנסת, הלשכה המשפטית, 12.10.2020).

181 שי דרומי "מה המחיר של החופש להפגין? ההגנה על זכות ההפגנה בדיני הנזיקין" משפטים על אתר כ (2) (2023).

182 ישנה סברה שהגבלות אלו הושפעו מן העובדה שההפגנות כוונו נגד ראש הממשלה. ראו אייל גרוס "כמו חלום בלהה דיסטופי": זכויות אדם, דמוקרטיה, פוליטיזציה וביטחוניזציה של הבריאות במשפט החוקתי והגלובלי בצל משבר הקורונה" משפט וממשל כד 463, 502-500 (2021).

183 בג"ץ פדידה, לעיל ה"ש 15, בפס' 29-30 לפסק הדין הובהר כי – דווקא בתקופה המורכבת של התמודדות עם מצב החירום יש להעניק חשיבות מוגברת לחופש הביטוי ולזכות להפגין [...]. 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

גם בהזדמנות נוספת עמדו השופטים על מקומה החשוב של הזכות להפגין במארג הזכויות:<sup>184</sup>

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, ושלילתו מאפיינת משטרים חשוכים [...].<sup>185</sup>

בשנת 2021 – בעיצומה של מגפת הקורונה – ביטל בית המשפט העליון את התקנה שאסרה על יציאה ממקום מגורים למרחק העולה על 1,000 מטרים לצורך הפגנה, לאחר שקבע כי זו אינה צולחת את מבחני המידתיות בשל הפגיעה החמורה בחירות ההפגנה ובחופש הביטוי. בפסק הדין הובהר כי –

בחירת מיקומה של ההפגנה נושאת אמירה בעלת חשיבות עצמאית ונפרדת עבור המפגינים ואף היא חוסה תחת ההגנה של חירות ההפגנה והביטוי [...]. הטלת מגבלות המונעות 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.<sup>186</sup> משהתקנה בוטלה, נקבע כי הקנסות שהוטלו מכוחה בטלים גם הם.<sup>187</sup>

---

להיות מידתית וממוקדת ככל שניתן' [...]. דברים אלה הגיונם יפה גם כאשר עסקינן בביקורת ציבורית על מדיניות הממשלה ופעולותיה, ובצדק טענה המדינה כי יש ליחן משנה חוקף להגנה על זכות הציבור להפגין בתקופה הנוכחית.

184 ראו לעניין זה בג"ץ אחריות לאומית, לעיל ה"ש 129.

185 שם, בפסק דינה של השופטת ברון.

186 שם, בפסק 54 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

187 רשות האכיפה והגבייה הודיעה, בעקבות פסק הדין, כי בהיעדר יכולת להבחין

אף על פי שבית המשפט הגן על חופש המחאה מפני תקנות המגבילות אותה בתקופת הקורונה,<sup>188</sup> למפגינים בשטח ולארגוני זכויות האדם היו טענות רבות נגד התנהלות המשטרה. למשל, כאשר היא דרשה ממפגינים להציג תעודות זהות, בלא שניתן לדרישה גורפת זו הסבר המניח את הדעת.<sup>189</sup> כמו כן, היו מקרים שבהם הופעלה טקטיקה של "כיתור", שבה שוטרים מכתרים – כיתור אקראי וקולקטיבי – את המפגינים ודוחקים אותם לשטח מוגדר, וכן מונעים מהם לצאת מאותו השטח. לפי הדיווחים, אנשים כותרו וחופש התנועה ניטל מהם גם אם לא ביצעו כל פעילות אסורה, ואף אם כלל לא השתתפו בהפגנה. טקטיקה זו אף חשפה את האנשים שכותרו לסכנות של מגפת הקורונה (בשל אי-היכולת לשמור על כללי הריחוק החברתי), וכן לסכנות פיזיות ונפשיות הכרוכות בציפוף אוכלוסייה בתא שטח קטן.<sup>190</sup>

בעת האחרונה, סביב מלחמת "חרבות ברזל", צומצמה הזכות להפגין – מגמה דומה למגמה האופיינית שעליה נעמוד בהמשך של צמצום הזכות בעיתות חירום. נרחיב בנושא זה בפרק 8 להלן, אך נציין כבר כאן, לדוגמה, כי בעת המלחמה התיר בג"ץ למנוע הפגנה נגד המלחמה בשל אילוצי כוח אדם של המשטרה, וכן כי בתי המשפט אישרו בקשות רבות להארכת מעצר של אזרחים שהפגינו נגד המלחמה.<sup>191</sup>

---

בין קנסות שהוטלו עקב יציאה להפגנה לבין קנסות אחרים שהוטלו בתקופה האמורה על יציאה למרחב הציבורי, הוחלט על ביטול כלל הקנסות שהוטלו בשל הפרת ההגבלה של יציאה למרחב הציבורי בתקופה האמורה (ראו רשות האכיפה והגבייה "בעקבות פסיקת בג"ץ רשות האכיפה והגבייה מודיעה על החזר תשלום קנסות קורונה בשל הפרת ההגבלה של יציאה למרחב הציבורי בין התאריכים 1.10.2020–13.10.2020" (הודעה לעיתונות 29.7.2021).

**188** רמי אמיר "משבר הקורונה: חקיקת חירום, זכות ההפגנה והביקורת השיפוטית" **75 שנות עצמאות במשפט** 653 (דפנה ברק-ארז עורכת 2023).

**189** האגודה לזכויות האדם בישראל "הקורונה ואנחנו: חופש הביטוי והמחאה" (12.10.2020).

**190** **שם**; מכתב מעו"ד אן סוצ'יו ועו"ד טל חסין מהאגודה לזכויות האזרחי בישראל, לד"ר אביחי מנדלבלוט, היועץ המשפטי לממשלה, בעניין שימוש משטרתי בלתי חוקי בשיטת כיתור (kettling) בהפגנות (12.10.2020).

**191** ראו, לדוגמה, ג'קי חורי "ביהמ"ש האריך מעצרים של 11 מפגינים נגד המלחמה, בהם נערים, בלי לשמוע טענותיהם" **אתר הארץ** (20.10.2023).

## 1.

יוזמות חקיקה

לאחר שדנו בהתפתחות הפסיקה בעניין הזכות להפגין, נפנה לסקור יוזמות חקיקה שעלו לאורך השנים להסדרת זכות זו. עד שנת 1960 קבעו ההוראות המנדטוריות כי הממונה על המחוז במשטרת ישראל רשאי שלא לתת רישיון להפגנה – ללא כל נימוק. המצב החוקי שיקף את הלך הרוח בציבור בעשור הראשון בחיי המדינה, שככלל לא הביע עניין רב בזכות להפגין. בשנת 1960 תוקנה, כאמור לעיל, פקודת המשטרה, והמשטרה חויבה לספק נימוק לסירוב לתת רישיון להפגנה. תיקון זה הוא שאפשר להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת המשטרה, אם כי, כפי שראינו לעיל, תיקון החוק לא שינה את המצב בשנות ה־60 שינוי מהותי.<sup>192</sup>

יוזמות חוק להסדרת הזכות להפגין החלו לעלות בכנסת בתכיפות יתרה בשנות ה־70, עם התרחבות ההפגנות במדינה. הצעות חוק לביצור חופש ההפגנה ולמניעת פגיעה שרירותית של השלטונות הוגשו הן מטעם המערך (העבודה) והן מטעם חירות (הליכוד). הבעיה הייתה שהצעות אלו באו מצד האופוזיציה ולא מטעם השלטון, ועל כן הן לא קודמו בכנסת.<sup>193</sup>

ההצעה הראשונה שהונחה על שולחן הכנסת בנידון, בשנת 1974, הייתה הצעתו של ח"כ יוחנן בדר, איש חירות, שעדיין הייתה חלק מהאופוזיציה. עיקרי ההצעה היו המרת הדרישה לאישור מראש מהמשטרה לטובת הודעה מראש (בפרק זמן קצר יותר, 48 שעות), והעברת הסמכות לאסור על עריכת ההפגנה או להציב לה תנאים, מהמשטרה לידי של שופט שלום, שיעשה כן רק אם "נוכח לדעת שהדבר דרוש למניעת סכנה לגופם של בני אדם או לנכסיהם או למניעת סכנה לשלום הציבור". רכיב חשוב נוסף בהצעה היה הקשחת התנאים לסיווג הפגנה כהתקהלות בלתי חוקית: רק לאחר התרעת שוטר ולאחר שנוכח כי קיימת סכנה לגוף או לרכוש. המרכיב השלישי החשוב בהצעה היה קביעת עונשים למי

192 הופנונג, ישראל – בטחון המדינה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 197–198.

193 שם, בעמ' 199.

שמבקש לסכל הפגנה חוקית באלימות. הממשלה התנגדה בתוקף להצעה.<sup>194</sup> לא חלפו שנים רבות, ולאחר המהפך הפוליטי העלה איש המערך משה שחל הצעה זהה, שגם היא נדחתה והוסרה מסדר היום על ידי מפלגת השלטון, הליכוד.<sup>195</sup> בפועל, כמה וכמה הצעות חוק לא קודמו, ואמות המידה שהותוו בפסיקה אומצו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ובהיעדר חקיקה מנחה – נעשו הנחיותיו לדין המחייב בנושא.<sup>196</sup>

חקיקת חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 הייתה רגע מכונן נוסף שבו קיבל מעמדה של זכות ההפגנה תוקף ואשרור, בין היתר, על רקע ההכרה בפסיקה בזכות להפגין כנגזרת מן הזכות לחופש ביטוי, זמן קצר לאחר מכן בנימוק ש"החופש להתבטא – במילים בלבד או במעשים מבטאים – הוא ביטוי מובהק לכבוד האדם ולחירותו".<sup>197</sup> גם עשור לאחר מכן נקבע כי "זכות ההפגנה צועדת יד־ב־יד עם חופש הביטוי, כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי".<sup>198</sup>

עם זאת, אין תמימות דעים שהמהפכה החוקתית הובילה לחיזוק ההגנה על זכות ההפגנה. למשל, מיכאל בירנהק טוען כי לפני המהפכה החוקתית נתפסו חופש הביטוי וזכות ההפגנה (שאינם מעוגנים במפורש בחוק היסוד) כזכויות חשובות לא פחות מהזכות לקניין או לפרטיות (המעוגנות במפורש בחוק היסוד), ואילו בעקבות המהפכה החוקתית כורסמה ונשחקה זכות ההפגנה לעומת הזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד.<sup>199</sup> בעיה נוספת, שעליה עמדה גילה שטופלר, היא שהמעבר של בית המשפט מהסתברות למידתיות, בעקבות פסק דין המזרחי, השפיע במידה רבה, ולרעה, על יישומו של מבחן הוודאות

194 חוק חופש אסיפות עצרות ומהלכות, התשל"ד-1974. פ/106/8; הישיבה המאה ושבע עשרה של הכנסת השמינית (9.12.1974), 707-711.

195 הצעת חוק חופש אסיפות, עצרות ומהלכות, התשל"ז-1977; ראו גם הישיבה המאחיים שישים והשע של הכנסת התשיעית (13.11.1979), עמ' 419-422.

196 הופנונג, ישראל – בטחון המדינה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 200.

197 בג"ץ דיין, לעיל ה"ש 52, בעמ' 468.

198 בג"ץ 2979/05 מועצת יש"ע נ' השר לביטחון פנים (27.3.2005).

199 מיכאל בירנהק, "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית־המשפט העליון בהכרעות פרכיות" מחקרי משפט יט 591, 625 (2003).



הקרובה, ובכך פגע בחופש המחאה. קביעה זו נשענת על ניתוח פסק הדין בעניין **מרץ**,<sup>200</sup> שבו נערך מבחן הסתברותי מדוקדק, לעומת פרשות **מועצת יש"ע**, שבהן התקבלה עמדת המשטרה ללא עוררין.<sup>201</sup> לדבריה:

מכיוון שדוקטרינת המידתיות מושתתת על בחינת כל מקרה לגופו, אינה כוללת איזונים עקרוניים וסיפים דאונטולוגיים, ושואפת לאיזון נקודתי בכל עניין ועניין, היא מהווה מצע דוקטרינרי נוח להחלטות שיפוטיות המדללות את ההגנה על זכויות האדם. כך, באופן פרדוקסלי, אף שהמהפכה החוקתית הייתה אמורה לחזק את ההגנה על זכויות האדם, כניסתה של דוקטרינת המידתיות והאופן שבו היא מיושמת מספקים צידוק דוקטרינרי נוח לדילול ההגנה עליהן.<sup>202</sup>

גם רשויות אכיפת החוק לא הפנימו תמיד את השינוי וסיכלו הפגנות באופנים שונים. המשטרה, למשל, הפעילה כוח שלא כדין באירועי אוקטובר 2000. הפגנות הציבור הערבי בישראל נהפכו לעיתים להתפרעויות ומהומות, ובאחת מהן אף נהרג אזרח יהודי בעקבות יידוי אבנים של מפגינים. עם זאת, ועדת אור (ועדת החקירה הממלכתית לביורר ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000) קבעה שהשימוש בנשק קטלני, שהביא למותם של 12 אזרחים ערבים ופלסטיני מאזור יהודה ושומרון, היה מופרז ו"עמדה על הצורך לחדד לשוטרים ולמפקדים בשטח את המשמעות החמורה של השימוש באמצעים, אשר עלולה להיות להם תוצאה קטלנית. יצוין כי באירועי אוקטובר נעשה במקרים רבים שימוש באמצעים כאלה, בלא שהייתה להם הצדקה אובייקטיבית בשל סכנה כלשהי שנשקפה לשוטרים".<sup>203</sup> למרות קביעותיה של

200 בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, נ(2) 822 (1996).

201 בג"ץ 1928/96 מועצת יש"ע נ' מפקד מחוז ירושלים של משטרת ישראל נ(1) 541 (1996).

202 שטופלר, "עליית המידתיות", לעיל ה"ש 118, בעמ' 216.

203 "ועדת החקירה הממלכתית לביורר ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 907, 928 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013); לינא סאבא-חבש

ועדת אור, לא מצאה התביעה הכללית ראיות מספיקות להאשמת איש מן השוטרים. על החלטה זו נמתחה ביקורת, שנשענה על הטיפול הלקוי של רשויות אכיפת החוק בתיקי ההרוגים והפצועים, הן באופן ביצוע החקירה (בעיקר על שלא נעשו מאמצים לשמור כראוי על הראיות, ולא התנהלה חקירה במשך חודשים ארוכים לאחר האירועים), הן במגמתיות שנקטה הפרקליטות בניתוח הראיות בתיקים.<sup>204</sup> לצד האיום שנשקף למפגינים בישראל משימוש בכוח שלא כדין וממעצרים בלתי מוצדקים של מפגינים, נקט שירות הביטחון הכללי – בעיקר נגד הציבור הערבי – פרקטיקה של תחקורים ו"שיחות אזהרה" של פעילים חברתיים שהשתתפו במחאות.<sup>205</sup> גם על פרקטיקה זו נמתחה ביקורת חריפה, ולפיה היא עלולה לצנן מחאות חוקיות, במיוחד של הציבור הערבי, וכן שהיא נעשית ללא הסמכה מספקת בחוק. הביקורת האחרונה מסתמכת על כך שבהחלטת ממשלה הותר לשב"כ לפעול נגד "פעילות בתחום הסדר הציבורי [...] אשר עלולה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו". לשון ההחלטה היא רחבה ועמומה, ואפילו אין בה כל דרישה שהפעולה שנגדה פועלים תהיה בלתי חוקית או אלימה. בית המשפט העליון אומנם צמצם את סמכות השב"כ רק למקרים של הפרת סדר בלתי חוקית ואלימה, אך הותיר את ההגדרות המרחיבות של שב"כ לחתרנות, שניכר כי הן מכוונות בעיקר להצרת צעדיהם של מפגינים ערבים.<sup>206</sup>

---

הנהחיית מרכזי קרמניצר אירועי אוקטובר 2000: האם כובד עקרון השוויון לפני החוק? (מחקר מדיניות 86, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2011): נוסף על אירועי אוקטובר 2000, טענת בועז סנג'רו, כלל רשויות אכיפת החוק ובכללן המשטרה, התביעה ובתי המשפט נקטו יד קשה מדי בכל הנוגע למדיניות השימוש בכוח, המעצר וההעמדה לדיון של המוחים נגד תוכנית ההתנתקות. ראו בועז סנג'רו "ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית: דמוקרטיה מתגוננת או דמוקרטיה מגומדת?" ספר אורי קיטאי 193 (בועז סנג'רו עורך 2008).

204 סאבא-חבש וקרמניצר, לעיל ה"ש 203, בעמ' 9-14.

205 ראו, לדוגמה, ברק רביד "בלוגר זומן לשיחת אזהרה בשב"כ בגלל ציוץ בטוויטר" אתר הארץ (19.5.2014): יהונתן ליט, אלי אשכנזי ויואב שטרן "נשק השב"כ נגד מפגינים ערבים: שיחות אזהרה והרצאות על ציונות" אתר הארץ (1.1.2009).

206 ראו בג"ץ 5277/13 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרות הבטחון הכללי (7.2.2017). להרחבה ולביקורת על עמדת בג"ץ בעתירה שהונחה בנושא, ראו מרכזי קרמניצר "התנכלות שב"כ למתנגדי הכיבוש משרתת מטרות פוליטיות ופוגעת באמון

במהלך שנות ה־2000 הערימו הכנסת והממשלה קשיים על מימושה של זכות המחאה. ראשית, בשורה של יוזמות חקיקה. דוגמה מובהקת לכך היא החוק שזכה לכינוי "חוק הנכבה"<sup>207</sup>, המאפשר להטיל סנקציות כלכליות על גופים המקבלים תקציבים מהמדינה, בין היתר, אם הם מציינים את יום העצמאות כיום אבל.<sup>208</sup> בכך יש פגיעה ממשית בזכות להפגין, והיא חמורה שבעתיים מכיוון שהגבלה על חופש ההפגנה מקורה בתוכן ההפגנה. כפי שנראה בהמשך, הגבלת ההפגנות בשל תוכן היא פגיעה חמורה במיוחד בזכות להפגין, והיא נחשבת בלתי חוקתית במדינות רבות.

במאמר מוסגר יצוין כי תתי־הפרק לא התיימר לסקור את כלל יוזמות החקיקה ואף לא את מקצתן. דוגמאות נוספות אפשר למצוא בחוקים ובתקנות בתקופת הקורונה, כפי שתיארנו לעיל. נוסף על כך, כפי שנראה בהמשך, ההפגנות נגד ההפיכה המשטרית, שהתרחשו לאורך רוב שנת 2023, גררו העלאה של כמה יוזמות חקיקה להגבלת הזכות להפגין (בדגש על החמרת ענישה על חסימת כבישים ואיסור על הפגנה ליד בתייהם של נבחרים ציבור).

---

**הציבור** "אתר הארץ (15.8.2018); לילה מרגלית "השב"כ: מגן מפני חתרנות או חותר תחת הדמוקרטיה" בלוג סיווג ביטחוני (14.8.2018); שטופלר, "עליית המידתיות", לעיל ה"ש 116, בעמ' 217.

207 תיקון 40 לחוק יסודות התקציב.

208 עמיר פוקס, דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר חקיקה אנטי־דמוקרטית בכנסת ה־18 (2009–2013) 38 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015).

## הבעיות והפגמים בדין הקיים

לאחר שדנו בדין הקיים ובפגמים העולים ממשטר רישוי ההפגנות, נסקור עתה בעיות ופגמים נוספים העולים מהדין הקיים בעניין הזכות להפגין, ונצביע על הלקונות העיקריות בעניין זכות ההפגנה בישראל. את השאלות שמעורר הדין הקיים ניתן לקבץ סביב שלוש סוגיות עיקריות: הראשונה, זכותן של אילו קבוצות באוכלוסייה להפגין מצומצמת יותר? השנייה, באילו מקומות חל דין מיוחד ביחס לזכות להפגין? והשלישית, מתי אפשר לצמצם את הזכות להפגין? נדון בהן לפי סדרן.

.א

### הגבלות על זכות ההפגנה של קבוצות למיניהן

#### מי שאינם אזרחי המדינה

אף שמקובל לראות בחופש ההפגנה זכות הנתונה לכל אדם הנמצא בשטח המדינה,<sup>209</sup> שאלת תחולתה של הזכות החוקית והחוקתית להפגין גם על מי שלא נמנה עם אזרחיה של המדינה מחייבת דיון, במיוחד ביחס למי שגם אינם תושבי קבע של המדינה.<sup>210</sup> ככלל, מוסדות בינלאומיים מכירים בזכות של כולם – ולא רק של אזרחים – להפגין. כך, ועדת זכויות האדם של האו"ם הבהירה כי הן לאזרחים, והן למי שאינם אזרחים, יש זכות זהה להפגין. מכאן שיש לאפשר לאזרחים זרים,

Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of 209  
Peaceful Assembly and of Association, Maina Kiai', UN doc. A/HRC/20/27  
(2012)

210 אין בכוונתנו לדון במסמך זה בזכויות ההפגנה של הפלסטינים הנחונים לשליטה צבאית, נושא שראוי להקדיש לו דיון נפרד. ראו, למשל, רגד ג'ראיסי ותמר פלדמן "מעמדה של הזכות להפגין בשטחים הכבושים" (האגודה לזכויות האזרח 2014).

למהגרים (חוקיים ובלתי חוקיים), למבקשי מקלט ולפליטים להפגין.<sup>211</sup> כך, סעיף 11 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע כי "לכולם יש את הזכות להפגין בדרכי שלום". מדינות אחדות מגבילות בחוקה את הזכות להפגין לאזרחים בלבד (כגון צרפת או גרמניה), אך במקרים רבים הן מעניקות בפועל את אותה הזכות גם לזרים, בין בדרך של חקיקה ובין בעזרת פרשנות שיפוטית מרחיבה.<sup>212</sup>

בישראל המצב מורכב יותר. אומנם כבר בשנות ה־90 נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק שביקשה להגביל את חופש הביטוי של מי שאינם אזרחי המדינה או תושביה כי "קיימת לקונה בחוק המאפשרת השתתפותם של זרים, שלא לדבר על גורמים עוינים, בהפגנות פוליטיות בישראל".<sup>213</sup> כמו כן, לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה "מוקנית זכות לכל אדם בישראל לארגן אסיפה או תהלוכה או להשתתף בה, ומוטלת חובה על כל אדם לכבד זכות זאת".<sup>214</sup> ואכן, מהניתוח שלהלן יהיה אפשר להתרשם כי הלכה למעשה מוקנית לאזרחים זרים הזכות להפגין. עם זאת, זכות זו אינה מוסדרת ברמה החוקית. נוסף על כך, החובה המוטלת על המדינה להשקיע משאבים כדי לממש את זכותם של מי שאינם אזרחי ותושביה להפגין טרם התבררה כדבעי.

בכמה הזדמנויות (למשל במגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר, 1963; בוועדת משנה בראשות בנימין הלוי בנושא הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, 1973; בהצעת "חוקה לישראל" בראשות פרופ' רייכמן, 1986),<sup>215</sup> ישבו חברי כנסת, פקידי ממשלה ומומחים משפטיים על המדוכה, והציגו את הדילמה ואת שילוב השאלות הכלכליות והערכיות שהיא מייצרת, במיוחד "מרגע שחופש

211 Human Rights Committee, General Comment No. 37, לעיל ה"ש 43.

212 יש מדינות המגבילות, להלכה ולמעשה, את הזכות להפגין לאזרחים בלבד, כגון רוסיה וסרביה. ראו Anne Peters & Isabelle Ley, *Freedom of Assembly in Europe: Comparison, in THE FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN EUROPE* 277, 280 (Anne Peters & Isabelle Ley eds., 2016).

213 חוק הכניסה לישראל (תיקון - איסור השתתפות בהפגנה פוליטית) התש"ן-1990.

214 הנחיית היועץ המשפטי בעניין חירות ההפגנה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 7, ההדגשה שלנו.

215 הלל סומר, עידו ארליך וערן שמואלי "הזכות לאסיפה ולהפגנה" (מסמך רקע שהוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט 2005).

ההפגנה הורחב באופן המצריך הקצאת משאבים להבטחת המפגינים, [ולכן] הדבר מחייב יצירת סדרי עדיפויות חברתיים".<sup>216</sup>

דוגמה עדכנית יחסית לדיון מסוג זה אפשר למצוא בפרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בשנת 2008. במסגרת הדיונים בפרק הזכויות בחוקה הציג את הדילמה פרופ' שמעון שטרית:

אם מישהו מארגן הפגנה רק של אנשים שהם בקטגוריה של "אדם" ולא בקטגוריה של "תושב" או "אזרח" יוכל "לגלגל" עליי הוצאות גדולות מאוד, ואפשר גם לארגן שיבואו לכאן כדי להטריד אותנו. אנחנו אמנם ידועים בהיותנו מזוכיסטים בהיבטים רבים, אבל לא נזמין ביודעין סוג כזה של פעילות.<sup>217</sup>

מנגד, היועץ המשפטי של הוועדה דאז איל זנדברג עמד על כך שהחרגה של "כל אדם" מחופש ההפגנה והותרת הזכות בידי אזרחים או תושבים בלבד, עלולה לשלול זכויות אדם מקבוצות שונות (לדוגמה מעובדים זרים או מקבוצות יהודיות שיכולות לבוא מתפוצות העולם למדינת ישראל). הוא אף הבהיר כי –

נשמעה כאן עמדה כאילו לשווה בלתי חוקי אין זכויות אדם, ולא היא. שווה בלתי חוקי שרוצה למחות על כך שהתעללו בו במעצר, אנחנו צריכים כחברה לרצות שתהיה לו אפשרות לעמוד בכיכר העיר ולמחות על כך בדרכי שלום, כי אחרת אף אחד לא יידע על כך.<sup>218</sup>

העמדה הזאת היא המקובלת עלינו.

בתגובה לחשש שהובע לעניין השתתף ההוצאות הכספיות על המדינה, עלתה הצעה לסייג את הקביעה "לכל אדם" לעניין סוגיית מימון ההפגנה, כדי שהיא לא

216 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון 183, 253 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 1997).

217 פרוטוקול מס' 462 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (18 בפברואר 2008), בעמ' 12.

218 שם, בעמ' 26 לפרוטוקול.

תעמוד לרשותם של זרים. הצעה זו בעייתית, שכן ברור שאם אוכלוסיית הזרים תצטרך לממן בעצמה את העלויות הכרוכות במימוש הזכות להפגין, בפועל היא לא תוכל להפגין. זהו ציבור שאין לו ייצוג פוליטי – מה שיקשה עליו לגייס את ההון הדרוש, והוא יעד לאיבה ועוינות – מה שיצריך עלויות גבוהות של אבטחת ההפגנות. מובן מאליו שיש להבטיח כי זרים לא ייפגעו עקב עצם ההשתתפות בהפגנה, כפי שעלה בהצעת חוק להפללה של משתתף בהפגנה שאיננו אזרח או תושב.<sup>219</sup> ענישה פלילית או מינהלית על מימושה של זכות אדם – אינה באה בחשבון. בעת האחרונה עלתה שוב הסוגיה הזאת לכותרת על רקע ההפגנות בתל אביב, שהפכו להפרות סדר והתפרעות רבתי, בין תומכי המשטר האריתראי ומתנגדיו. המשטרה אומנם העניקה את הרישיון להפגנה, אך נטען שהפעילה יד קשה במהלך האירועים (לרבות בדרך של שימוש תקדימי באש חיה), ואף לאחריהם (מעצרים שבבסיסם תשתית עובדתית של נוכחות בהפגנה בלבד<sup>220</sup>), רק בשל היות המפגינים אריתראים. אם לא די בכך, כמה מהחשודים נעצרו אחר כך מעצרים מינהליים, על כל המשתמע מכך לעניין הפגיעה המשמעותית בזכויות יסוד.

## עובדי ציבור

לעובדי הציבור, כמו לכלל האזרחים בישראל, נתונה הזכות לחופש הביטוי. עם זאת, הבחירה להיות עובד ציבור היא בחירה הנושאת עימה מחויבות להתנהל באופן שהציבור הכללי יוכל לסמוך על המקצועיות והיעדר הפניות של עובדי הציבור.<sup>221</sup> זהו קו מחשבה האמור ללוות את עובדי הציבור בפעולותיהם, באורחותיהם ובהתנהלותם. השתתפות בהפגנה היא עניין אקטיבי ופומבי. השתתפות בהפגנות בנושאים מדיניים עלולה להיחשב "בחירת צד" במחלוקת פוליטית, ועשויה להאיר את דימויו באור שלילי בעיני מקבלי השירות או התלויים

219 הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הגבלת תוקף רשיון לאסיפה או תהלוכה), החשנ"ג-1993 (פ/617/13).

220 ראו, למשל, בש"פ 6563/23 פלוני נ' מדינת ישראל (4.9.2023). במקרה זה קבעה השופטת וילנר כי נוכחות פיזית באתר ההתקהלות איננה הצדקה למעצר.

221 בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (26.12.2005); יצחק זמיר הסמכות המינהלית 541 (מהדורה שנייה מורחבת 2010).

בו.<sup>222</sup> כאמור, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה "תדמיתו המקצועית של עובד המדינה נסדקת ככל שעולה עוצמת מעורבותו הפוליטית הפומבית, תוך צידוד בגישה פוליטית מסוימת".<sup>223</sup>

מתוך היגיון כללי זה נקבעו בדין הגבלות ייחודיות על עובדי ציבור, לרבות על השתתפותם בהפגנות, סוגיה שתעמוד במוקד סעיף זה. כבר בפתח הדברים יצוין כי הסיבה המרכזית להגבלות היא הניסיון לשוות לשירות הציבורי אופי ממלכתי ובלתי מפלגתי, ולמנוע אפילו מראית עין שאינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה.<sup>224</sup> הסוגיה נדונה כבר מראשית ימי המדינה,<sup>225</sup> וכבר בראשית שנות ה-50 הפגיעו הצעות חוק שביקשו לקבוע איסור על עובדי מדינה (שתגדיר הממשלה) על ארגון הפגנות. עם זאת, ההצעה לא עלתה יפה, בין היתר בשל "התנגדות בקרב עובדי המדינה ובכלל זה חברי מפא"י ועסקניה באיגוד המקצועי", שאף פרסמו הודעה ולפיה "הגבלות אלו עשויות רק ליצור אווירה של גניבת דעת ושחיתות מוסרית בקרב העובדים".<sup>226</sup> בשנת 1958 הרחיבה הוועדה לחקר עקרונות וסטנדרטים להתנהגותם של עובדי ציבור וממלאי תפקידים בראשות המשפטן צבי ברנזון (לימים שופט בית המשפט העליון) את המגבלה על השתתפות בהפגנות, וקבעה כי "מצווה עובד ציבור הממלא תפקידים בכירים או רפרזנטטיביים להימנע מלהיות פעיל פעילות פוליטית בולטת, כולל הופעות פומביות מטעם מפלגה, השתתפות בהפגנות ותהלוכות פוליטיות".<sup>227</sup>

בשנת 1959 הוסדרה סוגיית ההשתתפות של עובדי המדינה בהפגנות בחקיקה ראשית במסגרת חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים)

222 בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, וייס, נ(1) 573, 599 (1996).

223 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.6100 "נקיטת עמדה בפומבי על ידי ממלאי תפקידים בשירות הציבורי בנושא מדיני שנוי במחלוקת" (3.7.2002).

224 כהן, מבחר כתבים, לעיל ה"ש 126, בעמ' 444 (2001).

225 א"מ ג-5664/28 "השתתפות עובדי ציבור בחיים הפוליטיים".

226 הישיבה המאחיים ושלושים ושמונה של הכנסת השניה בנושא חוק שירות המדינה, תשי"ג-1438 1953, 1440 (1.6.1953). ראו גם "בלחץ התנגדות העובדים נאלצה הממשלה לתקן את הצעת 'חוק שירות עובדי המדינה' קול העם 27.5.1953, 1.

227 עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, מ(4) 227, 236 (1986).



(להלן: חוק סיווג פעילות מפלגתית).<sup>228</sup> בסעיף 1 לחוק נקבע כי "הממשלה תקבע [...] סוגים של עובדים בשירות המדינה או נושאי משרות בשירות המדינה, שעליהם יחולו איסורים אלה, דרך כלל או לתקופה שתקבע [...] להשתתף בהפגנה או בתהלוכה בעלות אופי מדיני". בסעיף 4, הנוגע לכלל עובדי המדינה, נקבע כי "לא יארגן עובד המדינה הפגנה או תהלוכה בעלות אופי מדיני". במרוצת השנים, על רקע העובדה ש"התעוררו בעיות שונות בדבר האיסורים המוטלים על עובדי המדינה בקשר לפעילותם הפוליטית", הוקמה בשנת 1971 ועדה לבדיקת הוראות החוק, שהורכבה מנציב שירות המדינה, מנכ"ל משרדים והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה,<sup>229</sup> ובשנת 1974 יצאה הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שפירשה את הרכיבים המעורפלים בחקיקה.<sup>230</sup>

### פרשנות החוק בדבר חופש ההפגנה של עובדי הציבור – המצוי והרצוי

כאמור, החקיקה עמומה בכמה תחומים חשובים: ראשית, לא ברור על מי חל האיסור. להבדיל מהאיסור על ארגון ההפגנות, שתחולתו מתפרשת על כלל עובדי המדינה, האיסור על השתתפות בהפגנה נוגע רק למי שהממשלה קבעה. קביעה זו נותרה בתוקפה גם בהנחיה המעודכנת של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>231</sup> נושאי המשרה שעליהם חלה מגבלה להשתתף בהפגנה מפורטים בתקנון שירות המדינה (סעיף 42.321). הם מחולקים לפי כמה קטגוריות: רמת

228 חוק שירות המדינה (סיווג פעילות מפלגתית ומגביית כספים), התשי"ט-1959. ראו גם "אושר החוק לריסון הפעילות הציבורית של הפקידים" הארץ 5.8.1959, 5.

229 מכתבו של מזכיר הממשלה מיכאל ארנון אל חברי הממשלה בעניין "מינוי ועדה לבדיקת ההוראות בדבר סיווג פעילות מפלגתית של עובדי המדינה" מיום 10.11.1971, א"מ א-7318-12 "עובדי מדינה – מפלגות סיווג פעילות מפלגתית".

230 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.854 "הסייגים הקיימים בדבר פעילותם המפלגתית והמדינתית של עובדי מדינה" (1.7.1974). קדם לכך מכתב לנציב שירות המדינה שבו הוצגו הדברים, ראו מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה אל נציב שירות המדינה בעניין "סקר על הסייגים הקיימים ביחס לפעילותם המפלגתית והמדינית של עובדי המדינה והבעיות שהתעוררו בקשר לכך" מיום 2.8.1973, א"מ א-7318/12 "השתתפות עובדי ציבור בחיים הפוליטיים".

231 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.6100 "נקיטת עמדה בפומבי על ידי ממלאי תפקידים בשירות הציבורי בנושא מדיני שנוי במחלוקת" (3.7.2002).

בכירות (ארבע הדרגות העליונות של הדירוג המינהלי); רמת השתכרות; אופי המשרה (לדוגמה, משרה בעלת אופי שיפוטי; משרה בעלת אופי דתי; שוטרים, סוהרים, פקחים וכל משרה שיש עימה סמכות חקירה, חיפוש או מעצר); אופי השירות שהם מעניקים (משפט, סעד, תעסוקה);<sup>232</sup> והסמכויות המוקנות להם על פי דין (פיקוח, אכיפה; מתן היתרים; שומה וגבייה, קבלה לעבודה). החוק עצמו הכיר בכך שהרשימה הזאת איננה מבוארת כדבעי, ולכן קבע בסעיף 3 כי מקום שבו "נתערור ספק אם עובד פלוני נמנה עם סוג עובדים שנקבע על ידי הממשלה לענין סעיף 1, תכריע ועדת השירות שהוקמה לענין חוק המדינה (מינויים), תשי"ט-1959".

בחינה ביקורתית של ההסדר ביחס לנושאי המשרה המוגבלים בזכותם להפגין מלמדת שההגדרות שקבעה הממשלה עמומות למדי, וגם התחולה המפורשת והברורה שלהם רחבה מדי ושלא לצורך. בשנת 1986 מונתה ועדה בראשות פרופ' יחזקאל דרור "לבדיקת ההוראות הקיימות בדבר סיווג פעילות מפלגתית ופוליטית של עובדי המדינה". הוועדה המליצה, בין היתר, על הקלות ביחס לעובדי מדינה זוטרים, ככל שאין להם ממשק עם הציבור או שהם אינם ניצבים במוקדי קבלת החלטות.<sup>233</sup> אלא שהמלצה זו לא יושמה כדבעי. ראייה לכך ניתן למצוא בדברים שכתבה השופטת דפנה ברק־ארז במאמר שפורסם לפני יותר משלושה עשורים: "במה ייפגע תפקודו של פקיד־שומה אם יהיה ידוע לכל שהוא מתנגד לרפורמה במערכת החינוך?".<sup>234</sup> שאלה זו עודנה יפה גם לגורמים נוספים בשירות הציבורי שעליהם חל איסור גורף להשתתף בהפגנה, כגון שוטרים,<sup>235</sup> או

232 לרשימה המלאה ראו פס' 42.32 להקשי"ר (מהדורה שביעית 2004).

233 גל-18658/1 - מעמד המורים כעובדי מדינה".

234 דפנה ברק־ארז "חופש הביטוי של עובדי־ציבור" עיוני משפט טז 369, 390 (1991).

235 פקודות המטה הארצי 06.02.17 "פעילות מדינית ופעילות מפלגתית של שוטר - היחרים ואיסורים" (20.1.2020). הפגנות שבהן משתתפים שוטרים הן מחזה נדיר למדי בישראל. לכמה דוגמאות ראו נעמי לבנקרון "אהיה אני המרטין לותר קינג של המשטרה": איסור ההתארגנות על השוטרים בישראל והשפעתו על זכויותיהם כעובדים" עבודה חברה ומשפט טז 27, 45 (2020).

סוהרים (כמובן שלכוחות הביטחון קביעה זו יפה, שלא במסגרת עבודתם ולא במדים רשמיים).<sup>236</sup>

על בסיס הפסיקה בדבר חופש הביטוי של עובדי ציבור הציעה ברק־ארז בשעתו, "להגביל רק ביקורת פומבית שנסבה על מדיניות המשרד שבו האדם עובד, ואף זאת רק כאשר הביקורת עלולה לסכל את ביצוע תפקידו". ברק מדינה ואוריה בארי הוסיפו הבחנה נוספת, ספציפית למחאה, הנוגעת לאופייה: "אין מקום לקבוע באופן גורף שעובדי ציבור אינם רשאים להשתתף בהפגנות, אלא יש להבחין בין הפגנות לתמיכה במפלגות או במועמדים מסוימים לבין הפגנות שנועדו לבטא עמדה בסוגיה השנויה במחלוקת ציבורית".<sup>237</sup> ברק־ארז, מדינה ובארי לא הסתפקו בהצעות אלו, והדגישו כי כדי לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי של עובדי ציבור יש לאמץ את מבחן הוודאות הקרובה של "נזק או של פגיעה בשירות הציבורי או באינטרסים אשר אותם הוא משרת", כפי שנקבע בפסק הדין בעניין ספירו.<sup>238</sup> מבחן זה נזכר בעת האחרונה בפסק דינו של בג"ץ שניתן ביחס לעתירה להעמיד לדין משמעתני את הרב שמואל אליהו בגין התבטאויותיו הפומביות כעובד ציבור.<sup>239</sup> אימוץ מבחנים אלו יכול לאזן בין הצורך לשמור על ממלכתיות השירות הציבורי, לבין הכרה בזכות לחופש ביטוי לעובדים שבו, והוא עולה בקנה אחד עם המאמץ הפסיקטי לצמצם את ההגבלות המוטלות על חופש הביטוי של עובדי מדינה.<sup>240</sup>

236 נהלי שירות בחי הסוהר 02-5010 "כללים בדבר פעילות מפלגתית מדינית ופוליטית של סוהר" (15.12.2021).

237 ברק מדינה ואוריה בארי "עמדת מיעוט ואחריות משותפת: על חופש הביטוי של שרי הממשלה" מעשי משפט ח 81, 89-90 (2016).

238 עש"מ ספירו, לעיל ה"ש 227, בעמ' 236.

239 בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים 24-25 (21.9.2020), שם נאמר כי "עובד ציבור ממשיך ליהנות מחופש הביטוי גם בפועלו כעובד ציבור כל אימת שחופש ביטוי זה לא מוביל לפגיעה קרובה לוודאי בשירות הציבורי או באינטרסים אותם הוא משרת".

240 ראו גם סמדר פרידמן "על חופש ההפגנה של עובדי הציבור בישראל" ICON-S-IL Blog (3.4.2023).

ככל שיטען שמדובר במבחנים שאינם מתאימים להנחיה ולהתנהלות שוטפת של עובדי ציבור, אפשרות נוספת לאיזון היא פרשנות מצומצמת למושג "אופי מדיני" שנקבע בסעיף 4 לחוק סיוג פעילות מפלגתית. לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 1974, סעיף זה עשוי לחול גם על הפגנות שאינן מזוהות עם מפלגה פוליטית מסוימות, וכי "כל מקרה יבחן לאור נסיבותיו". הדוגמה שהביא היועץ היא צעדת 1 במאי של איגוד מקצועי, שאיננה אסורה על עובדי המדינה, ולעומתה הפגנה ביחס למדיניות כלכלית של הממשלה, שתתפרש כהפגנה בעלת "אופי מדיני". במסמך עקרונות יסוד וכללי מינהל של נציבות שירות המדינה מ־2008 הובהר כי "פעולה יכולה להיות בעלת אופי מדיני למרות שאינה ביטוי למעשיה או השקפותיה של מסגרת מפלגתית וההבחנה היא ביסוד המדיני של הפעולה"<sup>241</sup>.

בג"ץ כיכר גורן, שדן בהפגנות שנערכו סמוך לבית היועץ המשפטי לממשלה דאז אביחי מנדלבליט, התייחס, כאמור לעיל, למונח "עניין מדיני", המופיע גם בפקודת המשטרה. צוין שם כי מקור המונח בפקודה המנדטורית, וכי אז הייתה לו משמעות מרחיבה. עם זאת, נקבע כי כיום ראוי לפרש את המונח "עניין מדיני" בצמצום, ככל שהדבר נוגע לדרישה לקבלת רישיון להפגנות, כך שרק אספות בנושאים מדיניים-פוליטיים במובן הצר יצריכו קבלת רישיון.<sup>242</sup>

גישה אחרת ננקטה בפסק דין שניתן ביוני 2023 בבית הדין הארצי לעבודה (בערעור על החלטת בית הדין האזורי לדחות את בקשתו של פרקליט בפרקליטות מחוז להורות למשרד המשפטים לאפשר לו להפגין בהפגנות נגד ההפיכה המשטרית). בית הדין הבהיר כי ההחלטה לאסור על השתתפות עובדי מדינה בהפגנות נגד ההפיכה המשטרית נשענת על התקשי"ר, האוסר על עובדי השירות המשפטי להשתתף בהפגנות "בעלות אופי מדיני". בית הדין הסביר כי "עניין מדיני אינו נוגע בהכרח רק ליחסי החוץ והביטחון של מדינת ישראל, אלא גם לסוגיות פנים פוליטיות. בחיי היומיום, לא קיימת הפרדה דיכוטומית בין שני

241 שמואל הולנדר עקרונות יסוד וכללי מינהל בשירות המדינה 30 (נציבות שירות המדינה 2008).

242 בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76, בפס' 38-41 לפסק דינה של השופטת חיות.

המונחים 'מדיני' ו'פוליטי' ולעתים השימוש בהם יעשה אך כמילים נרדפות.<sup>243</sup> בית המשפט העליון דחה את הערעור על פסק הדין בלי להתייחס לטענות בדבר הרחבת המונח "עניין מדיני", במקום צמצומו, הנתיב שבו הילכה הפסיקה עד אן.<sup>244</sup>

לטעמנו, פסק הדין לא נימק כדבעי מדוע עובדי השירות המשפטי – המבקשים להשתתף בהפגנה המבקשת להגן על מערכת המשפט מפני תיקונים המאיימים על עצמאותה – משתתפים בהפגנה בעלת "אופי מדיני". העובדה שהנושא שני במחלוקת פוליטית איננה משכנעת, מכמה סיבות: ראשית, בהחלט יש נושאים שהם שנויים במחלוקת אך הם אינם בעלי "אופי מדיני", לדוגמה, סוגיות באיכות הסביבה, שאינן זוכות לקונצנזוס ציבורי. שנית, יש חשש שהפרשנות המרחיבה שניתנה למונח "אופי מדיני" תאסור בפועל על עובדי ציבור להפגין כמעט בכל נושא (שהרי הפגנות מתקיימות בדרך כלל בנושאים שבמחלוקת פוליטית). יתר על כן, ישנם ערכי יסוד ומושכלות יסוד שחייבים להימצא מחוץ למחלוקת הפוליטית, ושאינם יכולים להיות מוגדרים בעלי "אופי מדיני". בתשתית קיומה של כל מדינה מתוקנת מונחים עקרונות יסוד, כגון שלטון החוק וערך השוויון, ואין מקום להיכנע לתכתיבים פוליטיים ולהפכם לסוגיות שבמחלוקת, וחמור מכך – להפכם לסוגיות שבגינן שוללים את הזכות להפגין, שהיא בעצמה זכות יסוד בשיטה הדמוקרטית.

נוסף על כך, בית הדין נימק את הסטייה מההגדרה המצמצמת למונח "אופי מדיני" שניתנה בפרשת כיכר גורן, בהבדל שבין פקודת המשטרה לבין חוק סיוג פעילות מפלגתית (1959). לדבריו, להבדיל מהחשד שבו ראוי לנקוט כלפי התכלית הסובייקטיבית של המחוקק המנדטורי ביחס לפקודת המשטרה, ראוי לאמץ את התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק בחוק הסיוג, "לשמור על מעמדו הניטרלי והאפוליטי של השירות הציבורי".<sup>245</sup> לטעמנו, קביעה זו בטעות יסודה, והיא מתעלמת מן הרקע ההיסטורי של החקיקה. אך שניתן לפרש את חוק הסיוג,

243 ע"ע 11297-04-23 כהן נ' נציבות שירות המדינה, פסי' 53 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה (26.6.2023).

244 בג"ץ 5200/23 ע"ד כהן נ' בית הדין הארצי לעבודה (12.7.2023).

245 ע"ע כהן, לעיל ה"ש 243, בפסי' 49-50 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה.

וכן את חוק שירות המדינה (מינויים), שנחקק גם הוא בשנת 1959,<sup>246</sup> כניסיון לדה פוליטיזציה של השירות הציבורי, בפועל, באותן השנים עשתה הממשלה בשירות הציבורי כבשלה, למשל בכל הנוגע לאיוש משרות.<sup>247</sup> לכן, בהחלט ייתכן שחוק הסיוג נועד דווקא לדכא ביקורת של הפקידות המקצועית נגד הממשלה ולהותיר אותה נאמנה לא בהכרח לאינטרס הציבורי, אלא לממשלה. הווה אומר, יש מקום לפקפק בראויות התכלית הסובייקטיבית של המחוקק דאז. ומכל מקום, אין מקום לפרשנות המקדשת את הישן, שכן לא ניתן להשוות את רמת ההגנה על חופש הביטוי דהיום לזו שהייתה נתונה לאזרחי המדינה, ובוודאי לעובדי המדינה, בשלהי שנות ה-50. על כן, לדידנו, למרות המסד העובדתי השונה שהונח בפני הערכאות השיפוטיות, לא היה מקום לסטות מן הפרשנות המצמצמת שניתנה למונח "עניין מדיני" בפס"ד כיכר גורן.

יוער כי בכמה מדינות מתוקנות עובדי ציבור (או מרביתם לפחות) אינם מנועים מהשתתפות בהפגנות. בארצות הברית אסור לעובדי מדינה לעסוק בפעילות פוליטית, או לעשות שימוש בתפקידם הרשמי או ביכולת השפעתם כדי להתערב בבחירות. הדגש הוא, כאמור, על "פעילות פוליטית" ו"ענייני בחירות", והבסיס נותר התיקון הראשון לחוקה, המעניק חופש ביטוי וחופש מחאה. נוסף על כך, לאורך השנים הבחין בית המשפט העליון בארצות הברית בין ביטוי בעל אופי ציבורי, שעובדי ציבור רשאים להשמיע, לבין ביטוי בעל אופי פרטי (לדוגמה, ביקורת פרטית על המעסיק), שאותו אפשר להגביל. באנגליה, ככלל יש איסור על עובדי מדינה לקיים כל סוג של פעילות פוליטית כאשר הם בתפקיד או בין כותלי משרדי ממשלה, וכן יש איסור על נשיאת נאומים בעניינים פוליטיים שבמחלוקת ציבורית. מעבר לכך, רוב עובדי המדינה – פרט לדרגים גבוהים – אינם מוגבלים ביכולתם להשתתף בהפגנות לאחר שעות העבודה.<sup>248</sup>

246 חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

247 דורון נבות מינויים פוליטיים בלתי תקינים בישראל (נייר עמדה, אוניברסיטת תל אביב, בית הספר לממשל ולמדיניות על שם הרולד הרטוק, 2007).

248 Civil Service Management Code, 4.4 (2016)

## חיילים

בעבר הייתה ברירת המחדל שעל החיילים חל איסור גורף להשתתף בהפגנות. הוראות הפיקוד העליון של צה"ל שפורסמו במרץ 1953 קבעו כי "אסור לחייל – בין אם הוא לבוש מדים ובין אם הוא לבוש בגדים אזרחיים – להשתתף בכל הפגנה, תהלוכה, מצעד או בהתקהלות המונית אחרת [...]".<sup>249</sup> במאמר מוסגר יצוין כי ניסיונו של ח"כ ממפלגת חרות יוחנן בדר בשנת 1958 להסדיר בחקיקה פעילות פוליטית של חיילים, לא עלה יפה.<sup>250</sup> בדיון שנערך על רקע הצעת החוק סנט בו ראש הממשלה ושר הביטחון, בן-גוריון, ואמר שהמציע "שייך למפלגה היחידה שאני מכיר, שהקימה והחזיקה זמן לא מעט לאחר הקמת המדינה צבא מפלגתי. אני שמח שהוא למד סוף סוף שצריך למנוע מן הצבא כל התערבות בעניינים פוליטיים".<sup>251</sup>

עם השנים הלכה והתפתחה ההבנה, שעליה עמד אבי שגיא (ממנסחי מסמך רוח צה"ל), ש"צה"ל אינו צבא מקצועי המנותק מהחברה. כל חיילת וחייל בישראל נושאים בצקלונם את אזרחותם ואת ערכי היסוד של המדינה הדמוקרטית. הם בני אדם, אזרחים וגם חיילים".<sup>252</sup> וכך, לאחר עבודת מטה שנערכה בצבא, בין היתר בעקבות ביקורת על תחולתה הגורפת,<sup>253</sup> הפקודה המעודכנת משנת 2016,<sup>254</sup> "שינותה את ברירת המחדל, כך שהכלל הוא שחייל רשאי להשתתף בכל הפגנה. הוא רשאי למחות, לשאת שלטים, ללבוש בגדים המבטאים את רוח

249 ראו גם פקודה מטכ"ל 33.0116 "פעילות צבורית בצבא" א"מ א-285/7 "פנחס לבון – הפרשה – התבטאויות בישיבות הממשלה"; "חירויות האזרח ניטלו מהחייל" על המשמר 2.3.1950, 4.

250 להרחבה ראו ג-5427/13 "פעילות פוליטית בצבא".

251 הישיבה החמש מאות ושלושים ושלוש של הכנסת השלישית (12.11.1958).

252 אבי שגיא "כשטרבנות הופכת נפוצה, על השלטון לשאול את עצמו כיצד זה קרה" אתר מכון הרטמן (20.3.2023).

253 מכתבם של ד"ר אדם שנער ועו"ד דן יקיר מהאגודה לזכויות האזרח אל אל"מ תמיר מוריץ ממחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית הראשית בנושא "איסור על חיילים להשתתף בהפגנות" (30.1.2014).

254 פ"מ 8.0105 – פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם יעחונאים, עם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר (2016).

ההפגנה, והוא חופשי לממש את זכותו [...] בכל דרך חוקית בה יבחר".<sup>255</sup> יוצאים מכלל זה קצינים בדרגת סגן אלוף ומעלה וחיילים מסוימים על פי קביעת ראש אכ"א.

על רקע הניסיון לשמר את הצביון האפוליטי של הצבא ומשרתיו ו"למנוע פגיעה במשמעת הצבאית", חיילים רשאים להשתתף בהפגנה בכמה תנאים: חוקיות ההפגנה (ההפגנה צריכה להיות חוקית); מועד התקיימותה (בעת חופשה מהצבא ולא על חשבון הפעילות הסדירה); אופן התנהלותה (על החיילים להימנע מלהשתתף בהפגנה אלימה או בהפגנה ששקפת ממנה סכנה לשלום הציבור); תוכנה (ככל ש"המחאה נוגעת, במישרין או בעקיפין, בעניין מפלגתי או מדיני או נוגעת למדיניות צה"ל, לפעולותיו, לפקודותיו, להחלטותיו, למשימותיו או למשימות הצפויות להיות מוטלות עליו או חותרת תחת קיום המדינה או תחת השירות בצבא", החייל מנוע מלהשתתף במחאה). כמו כן, אסור לחיילים להימנות על מארגני ההפגנה, לנאום בה או אפילו להתייצב על במה שבא נישאים הנאומים במסגרת ההפגנה, וחל עליהם איסור להגיע להפגנה במדי צה"ל או באופן שיאפשר לזהותם כחיילים או לשייכם לצה"ל.<sup>256</sup> לראש אכ"א מוקנית הסמכות לקבוע שבהפגנה ספציפית "לא ראוי שחיילים ישתתפו בה", אך בה בעת במענה לבקשה פרטנית ביכולתו להתיר "בנסיבות מיוחדות" השתתפות בהפגנה חרף המגבלות הקבועות בפקודה.<sup>257</sup> מפירוט התנאים יוצא אפוא שמעטות הן ההפגנות שחיילים רשאים להשתתף בהן.

אהרן ברק הדגיש כי הפקודה – המתמקדת בחופש הביטוי הפוליטי של החייל – מגבילה הגבלה חריגה את ליבת חופש הביטוי, ולא רק את שוליה. עם זאת, לדבריו, יש נימוקים כבדי משקל בדבר החשיבות שבהבטחת הניטרליות

255 מכתבה של אל"מ יפעת תומר-ירושלמי, ראשת מחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית הראשית, אל עו"ד טל חסין מהאגודה לזכויות האזרח בישראל בעניין "פקודות הצבא בעניין השתתפות חיילים בהפגנות" (1.1.2019), ההדגשות במקור.

256 יואב זיתון "קצין בדרגת רב סרן השתתף בהפגנת תומכי המהפכה המשפטית על מדים – והודח מתפקידו" *ynet* (30.4.2023).

257 ראו התייחסות לנושא גם בסע"ש (חיפה) 23-03-22465 כהן נ' מדינת ישראל – משרד ראש הממשלה נציבות שירות המדינה (4.4.2023).



הפוליטית של הצבא העשויים להצדיק את הפגיעה הזאת.<sup>258</sup> אנו סבורים כי לנוכח הפסיקה החד־משמעית בעניין כיכר גורן, כשם שאין להכביד בדרישה לרישיון בשל תוכני ההפגנה, כך גם אין לצמצם צמצום משמעותי את חופש הביטוי של המשרתים בצה"ל בשל תוכן ההפגנה.<sup>259</sup> וכפי שכתבו מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור בפירושם לחוק־יסוד: הצבא – אומנם "המשמעת הצבאית אף כרוכה בהגבלות ניכרות על חירות הפעולה של המשרתים בצבא, לרבות הגבלות על חופש הביטוי, חופש ההתארגנות, חופש ההפגנה, חופש הפעילות הפוליטית, ועוד", אך "בעוד שמגבלות אלה ניתנות להצדקה כשהן נדרשות למטרה של הגנת המדינה מפני אויביה, ספק כבד מתעורר בהצדקתן למטרות אחרות".<sup>260</sup>

ואכן, הובהר לעיל כי ההפגנות סביב ההפיכה המשטרית אינן בעלות גוון פוליטי, ולכן על פי פקודת המטכ"ל, אין מניעה שחיילים עד דרגת רב סרן (כולל) ישתתפו

**258** אהרן ברק "פסקת ההגבלה הבטחונית וצבא ההגנה לישראל" **ספר אליקים רובינשטיין** 985, 1035–1036 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ־ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים) 2021).

**259** מכתב של עו"ד טל חסין ועו"ד דן יקיר אל הפרקליטה הצבאית הראשית, אלופה יפעת חומר ירושלמי, בנושא "השתתפות חיילים בהפגנות נגד הרס מערכת המשפט והשחתת המידות" (24.1.2023); זה המקום לציין כי בהמשך לפניות חיילים למפקדיהם הוציא מפקד בחיל האוויר הבהרה, על דעת הפרקליטות הצבאית, הקובעת – שחיילים עד דרגת סא"ל יכולים להשתתף בהפגנות שמתקיימות מדי שבוע אודות הרפורמה המשפטית. כמוכן שמדובר על הפגנות בעד/נגד הרפורמה. עם זאת, מספר דגשים: נוכחות אך ורק על אזרחי, אין לקיים שיח מסדרונות ע"מ לא להתחיל ולייצר פתח של שיח פוליטי, לשים לב יתר על המידה ולהימנע מהגעה למקומות שבהם יש סיכון גבוה.

אף שחידוד זה מגן לכאורה על הזכות להפגין, אפשר למצוא בו הגבלות מיותרות על חופש הביטוי הפוליטי, שהוא חלק בלתי נפרד ותנאי מוקדם למימוש הזכות להפגין. נוסף על כך, במענה לפניית האגודה לזכויות האזרח לפרקליטות הצבאית נכתב, בין היתר, כי "צה"ל מצפה ממשרתיו שלא להביא את המחלוקת לתוך שורותיו, ובתוך כך שלא להשתתף במחאות מכל צד, מתוך החשיבות שבשמירה על לכידותו של צה"ל וכשירותו". גם קביעה זו בעייתית למדי לנוכח האמור לעיל. ראו מכתבו של עו"ד רב סרן רפי סלמה ממחלקת הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית אל עו"ד טל חסין ועו"ד דן יקיר מיום 28.3.2023.

**260** מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור פירוש לחוקי היסוד – חוק־יסוד: הצבא 41–42 (2000).

בהן.<sup>261</sup> ואכן, היועץ המשפטי של המוסד קבע כי עובדי המוסד עד דרגת ראש מחלקה יהיו רשאים להשתתף בהפגנות נגד ההפיכה המשטרית.<sup>262</sup> לעומת זאת, ראש השב"כ אסר על עובדיו להשתתף בהפגנות נגד ההפיכה המשטרית, כדי "להמשיך ולשמר את אמון הציבור בקבלת ההחלטות של שב"כ ופעולותיו".<sup>263</sup> ראוי לציין כי עמדת הפרקליטות הצבאית (וכן עמדת המוסד), המתירה ככלל השתתפות בהפגנות, נבדלת מעמדת בית הדין הארצי לעבודה בעניין זה. כזכור, בית הדין הארצי לעבודה קבע כי ההפגנות בעניין ההפיכה המשטרית הן הפגנות בעלות "אופי מדיני" ולכן השתתפות עובדי ציבור בהן אסורה, ואילו הפרקליטות הצבאית קבעה כי ההפגנות האלה אינן נוגעות "במישרין או בעקיפין, בעניין מפלגתי או מדיני".

בארצות הברית נקבע כי חיילים המשרתים בשירות פעיל בצבא רשאים להשתתף בהפגנות פוליטיות כצופים בלבד, אך הם אינם רשאים להשתתף השתתפות פעילה בהפגנות פוליטיות.<sup>264</sup> כן נקבע איסור על חיילים להשתתף בהפגנות אם הם בתפקיד (on-duty); אם הם מוצבים במדינה זרה; אם הפעולות שלהם מפרות את החוק והסדר; אם יש חשש להתפרצות של אלימות בהפגנה, וכן אם הם במדים.<sup>265</sup> סעיף 11 לאמנה האירופית לזכויות אדם, המעגן את הזכות להפגין, קובע גם כי אפשר להטיל מגבלות על יישום הזכות על חיילים. עם זאת, מועצת אירופה המליצה לקבוע כי לחיילים יש זכות להפגין, ובמדינה דמוקרטית אפשר להטיל עליהם הגבלות רק אם הן הכרחיות כדי לקדם אינטרסים של שמירה על

261 יוסי מזרחי "הפרקליטות הצבאית החליטה: איזו מניעה לחיילים להשתתף בהפגנות נגד המהפכה המשפטית" N12 (19.3.2023).

262 איתמר אייכנר "אנשי מוסד, למעט בכירים, יוכלו להשתתף בהפגנות נגד המהפכה המשטרית" ynet (24.2.2023).

263 יניב קובוביץ "ראש שב"כ הבהיר לעובדיו: אסור לכם להשתתף בהפגנות נגד הממשלה" אתר הארץ (1.3.2023).

264 US Department of Defense Directive No. 1344.10 on Political Activities by Members of the Armed Forces (Feb. 19, 2008)

265 US Department of Defense Instruction No. 1325.06 on Handling Protest, Extremist, and Criminal Gang Activities Among Members of the Armed Forces (Dec. 20, 2021)

הביטחון הלאומי ועל ביטחון הציבור, מניעת פשע, שמירה על הבריאות והמוסר, או שמירה על זכויות של אחרים.<sup>266</sup>

## מורים ותלמידים

בכל הנוגע לחופש הביטוי הנתון להם, עובדי הוראה כפופים לשלושה מקורות נורמטיביים עיקריים: הראשון, חוק סיוג פעילות מפלגתית (1959), האוסר, כאמור, על ארגון או השתתפות בהפגנה או בתהלוכה בעלות אופי מדיני. השני, חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, הקובע בסעיף 19 כי "מורה, וכן עובד אחר במוסד חינוך, לא ינהל תעמולה לטובת מפלגה או ארגון פוליטי אחר בקרב תלמידים של מוסד חינוך". השלישי, חוזר מנכ"ל משרד החינוך משנת 2009, הקובע כי על פי חוק שירות המדינה, מי שחל עליו האיסור להשתתף בהפגנה בעלת אופי מדיני הוא מנהל מוסד חינוך, מפקח, וכן מנהל אגף, מינהל או מחוז במשרד החינוך.<sup>267</sup> אשר למורים, סעיף 7.2 קובע הסדר מיוחד הטעון בחינה ביקורתית:

אסור למורים מן השורה (שאינם ב-4 הדרגות העליונות בדירוג עובדי ההוראה) להשתתף בהפגנות מפלגתיות-פוליטיות [הדגשה שלנו] בשעות הלימודים, אך מותר להם להשתתף בהפגנות מחוץ לשעות הלימודים, שאינן בתחומי המוסד החינוכי ובקרב תלמידים של המוסד החינוכי, על אחריותם הם. ההשתתפות מותרת בתנאי שאין בערכי ההפגנה המובעים משום סתירה לערכי המדינה ואין באמירות המובעות משום עברה על שאר ההוראות המשמעתיות בחוזר זה, וכן בתנאי שהמורה משתתף בלבד ואינו אחד מהמארגנים או מהיוזמים של ההפגנה.

266 Recommendation CM/Rec (2010)4 of the Committee of Ministers to member states on human rights of members of the armed forces (Feb. 24, 2010)

267 תב"כ 24/20 חדו"ש – לחופש דת ושוויון נ' רשימת ש"ס (3.3.2015).

אף שהחוזר מגדיר במפורש את נושאי המשרה שההגבלות חלות עליהם, מתגלות בו כמה בעיות: ראשית, לא ברור מה מסתתר מאחורי המינוח "הפגנות מפלגתיות-פוליטיות", שהופיע בחוזר המנכ"ל, אך אינו מופיע בחוק עצמו. האם עסקינן "באיסורים בהקשר המפלגתי-עמולתי הצר בלבד", כפי שמתבקש לפרש, או שמא באיסור מרחיב יותר? עולה החשש שחלק מן המורים יבחרו, שלא בטובתם, באפשרות השנייה, וימנעו מעיסוק בחינוך פוליטי ומהפגנות בנושאים שעל סדר היום הציבורי.<sup>268</sup> שנית, הקביעה שזכות ההפגנה של המורים מותנית בכך שההפגנות אינן חותרות תחת "ערכי המדינה" עמומה ובעייתית,<sup>269</sup> במיוחד באקלים המקוטב שבו אנו נתונים, הנובע בין היתר ממחלוקת קשה על "ערכי המדינה". בהקשר זה ראוי להזכיר את הנחיות התוכנית (המחייבת) למעורבות חברתית והתפתחות אישית שהמורים והמורות אמורים ללמד, תוכנית המזמינה ומעודדת פעילות אזרחית אקטיבית. האם ארגון או ייזום הפגנה איננו דוגמה לכך? בעניין חופש ההפגנה של תלמידים, הוראת הקבע מס' 0360 המעודכנת לספטמבר 2022 קובעת כי –

אסור לתלמידים להשתתף בשעות הלימודים הן בהפגנות פוליטיות הן בהפגנות מכל סוג אחר [...] אין לאפשר להורים או לכל גורם אחר לבטל לימודים. אם מתברר למנהל בית ספר כי הורים או גורמים אחרים, שלא בידיעת ההורים, מוציאים תלמידים ממסגרת הלימודים ומהפעילות הלימודית, המנהל חייב להביא זאת לידיעת המפקח או מנהל המחוז. כאשר מדובר

**268** ניר מיכאלי מצייר את הספקטרום הרחב של המושג "פוליטי", בהקשר של הכנסת הפוליטיקה אל כותלי כיתת הלימוד: מהתפיסה ש"הכול פוליטי", קרי כל עיסוק בסוגיות חברתיות, אתניות, כלכליות, תכנוניות, תעסוקתיות, הוא עיסוק ב"פוליטי", ועד התפיסה הצרה שהפוליטי הוא זירה צרה הנשענת על אידאולוגיות מפלגתיות. לדבריו, מערכת החינוך נוטה לאמץ את העמדה המרחיבה המצרה את האפשרות לעסוק בחינוך פוליטי. ראו ניר מיכאלי "חינוך ופוליטיקה במערכת החינוך הישראלית" כן בבית ספרנו: מאמרים על חינוך פוליטי 10-20 (ניר מיכאלי עורך 2014).

**269** להרחבה ראו חוזר מנכ"ל תשס"ח/8(א), סעי' 59 – 3.7 הנחיות כלליות לגבי סייגים לפעילות פוליטית-מפלגתית של עובדי הוראה (1.4.2009). ראו גם ירון אונגר, יובל וורגון גבולות חופש הביטוי הפוליטי של עובדי הוראה במערכת החינוך (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010).

בתלמידי החטיבה העליונה המעוניינים לצאת להפגין בתחום שהם מגלים בו עניין, וההפגנה עלולה לפגוע בשעות לימוד, יש לדרוש מהם אישור הורים לצורך שחרורם מבית הספר למטרה

ז.270

הנחייה זו משקפת נסיגה של משרד החינוך עצמו מנהלים שנקבעו בסעיף 35 בחוזר המנכ"ל נג'1 מספטמבר 1992. ראשית, בחוזר אז נקבע כי האיסור חל על הפגנות פוליטיות-חברתיות, ואילו בהוראה מ'2009 כתוב "הפגנות מכל סוג". שנית, בחוזר מ'1992 לא הופיעה ההבחנה בין תלמידי החטיבה העליונה לתלמידים צעירים מהם, והאישור בכתב להיעדרות לא נדרש מראש אלא בדיעבד (והרי עיקרון חשוב בחופש הביטוי הוא שעדיף לבחון לאחר מעשה ובמקרה הצורך להטיל סנקציות, מלפעול למניעה מוקדמת). הדרישה לאישור הורים מתלמידי החטיבה העליונה – הקיימת כיום מכוח חוזר המנכ"ל משנת 2022 – מטילה מגבלה בעייתית על חופש הביטוי. יש להסדיר מנגנון שבמסגרתו בית הספר לא יהא אחראי לשלומם ולבטיחותם של תלמידי החטיבה העליונה שבחר לצאת להפגנה מרצונו החופשי, והתלמיד או התלמידה לא יזדקקו לאישור הורים לכל הפגנה. בחוזר בית הספר אפשר להוסיף הוראה המציעה להורים לחתום בתחילת השנה שאין מניעה שילדם יצא להפגנות. כמו כן, אין הצדקה עניינית לאסור על תלמידים לחלוטין להשתתף בהפגנות פוליטיות בשעות הלימודים, ויש למצוא חריגים שישאירו פתח להשתתפות. יפים דבריו של יוסי גרין בסוגיה:

מטרת האיסור להשתתף בהפגנות נועדה להבטיח את שלומם של התלמידים ואת הסדר הציבורי מחד גיסא וניצול שעות הלימודים ביעילות מירבית מאידך גיסא. לכן, ספק אם איסור גורף על השתתפות תלמידים בהפגנות יעמוד במבחן משפטי. המסקנה איפוא היא כי במקרים חריגים, ובמידת האפשר אין מניעה להתיר השתתפות תלמידים בהפגנות גם בשעות הלימודים, ואפילו מחוץ לכותלי בית הספר.<sup>271</sup>

270 הוראת קבע מס' 0360 "השתתפות תלמידים בטקסים ובאירועים ממלכתיים ואיסור ההשתתפות בהפגנות" (ספטמבר 2022).

271 יוסי גרין דיני חינוך – יחסי הורים, ילדים ועובדי הוראה 203 (2010).

יש לזכור כי סעיף 13 לאמנה לזכויות הילד קובע כי "ליילד תהא הזכות לחופש ביטוי", זכות הניתנת להגבלה רק בתנאים של פגיעה בביטחון הלאומי, בסדר הציבורי, בבריאות הציבור או במוסר, או כדי לשמור על זכויות של אחרים או על שם הטוב.<sup>272</sup> הגיל, כשלעצמו, אינו הצדקה להגבלת זכות מוקנית זו.<sup>273</sup> אדרבא, מכיוון שילדים אינם זכאים להצביע בבחירות מוצדק עוד יותר להרחיב את מנעד ההשתתפות הדמוקרטית שלהם. מאחר שחופש הביטוי כולל גם את חופש ההפגנה, דומה כי נוהלי משרד החינוך המצמצמים את הזכות אינם עונים על הקריטריונים הנזכרים לעיל, ואינם עומדים בסטנדרטים של המשפט הבינלאומי.

נוסף על האמור לעיל, יש לבחון את מידת השוויוניות של אכיפת משרד החינוך את הוראת המנכ"ל על כלל מוסדות הלימוד. אך שהוראות ברוח דומה היו גם בשנים עברו, דומה שבתו הספר הממלכתיים־דתיים לא הקפידו עליהן. נהפוך הוא: כפי שכתב ירמי סטביצקי, אחד הביטויים של הפוליטיזציה של החינוך הממלכתי־דתי היה שליחת תלמידים להפגנות.<sup>274</sup> כך היה, למשל, בהפגנות ביחס לתהליך אוסלו, למרות הקריאה המפורשת של ראש החינוך הממלכתי־דתי (חמ"ד) למורי החינוך הממלכתי־דתי "שלא לעורר את התלמידים להשתתף בהפגנות נגד הממשלה או בעדה, אלא לעורר ויכוח תרבותי ומושכל מתוך הקשבה לאחר".<sup>275</sup> עצמאותו של החינוך הממלכתי־דתי בתחומים אלו עשויה להקרין גם על זרמי חינוך אחרים ולהביא לביטול דה פקטו של החוזרים וההוראות של משרד החינוך בנושא. לפיכך, ראוי למצוא את דרך המלך שתצמצם את ההגבלות, אך תותיר על כנו קווי יסוד שראוי לפעול לאורם. כך, לדוגמה, אפשר להציע כי הזכות להפגין תישמר גם לתלמידים, ובד בבד המוסד החינוכי והצוות המחנך לא יוכלו להורות לתלמידים להפגין או לשלוח אותם להפגנות. נוסף על כך, יהיה אפשר להגביל

272 אמנה בדבר זכויות הילד כ"א 31, 221, 228 (נכנסה לחוקף בישראל ב־1991).

273 יהודית קרפ "כבוד האדם של הילד והאמנה לזכויות הילד" 305, 330 ספר מרים נאור (אהרן ברק, דפנה ברק־ארז, מיכל גל, רונן פוליאק, אבישלום וסטרייך וסתיו כהן עורכים 2023).

274 ירמי סטביצקי "אחוזה וסולידריות: פרספקטיבת מערכת החינוך" מסע אל האחוזה 337, 340 (ידידיה צ' שטרן ובנימין פורת עורכים 2014).

275 שלומי סרגוסי "בין כוחות משיכה מנוגדים: החינוך הממלכתי־דתי בין הלכה לדמוקרטיה" חינוך אזרחי בישראל 202, 219 (דן אבנון עורך 2013).

את זכותם של התלמידים להפגין בשל שיקולים פדגוגיים מקצועיים למיניהם (לדוגמה, כדי למנוע פגיעה ברצף הלימודי, וכן למנוע מתלמידים להפגין באופן המפריע למהלך התקין של השיעור).

להווי ידוע כי "ילדים המשתתפים בהפגנות עשויים לשמש ככלי שרת עבור אינטרסים זרים", בין מתוך בית הספר בין מחוצה לו.<sup>276</sup> טיעון זה חביב במיוחד על מי שמבקשים לעשות דה לגיטימציה למחאה. אולם הוא מועלה גם בדיון פנימי המתקיים בתוך הקבוצות המוחות. למשל, השתתפות ילדים במחאות התנועה לזכויות האזרח בארצות הברית זכתה לגינוי פוליטי, משפטי<sup>277</sup> ותקשורתי.<sup>278</sup> ביקורת זו נשמעת גם בישראל, הן מצד גורמים חיצוניים למחאות, הן בין המוחים לבין עצמם.<sup>279</sup> ככלל, רצוי למצוא את דרך המלך – לשתף ילדים

276 טלי גל "ילדים נפגעי עבירה והזכות להשתתפות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 267, 277 (תמר מורג עורכת 2010). ראו גם הצעות לסדר היום השתתפות תלמידי יש"ע בהפגנה והתבטאויות כלפי חברי הממשלה, הישיבה המאה ועשרים ושתיים של הכנסת החמש עשרה (21.6.2000).

277 גינוי של שופט המעצרים והתובע הכללי של ארצות הברית.

278 דרך כחבות גינוי בניו יורק טיימס ובטיים, שהאשימו את מרטין לותר קינג בהפיכת ילדים ל"יחידות סער" המשמשות את ההפגנות, אך גם מצד מלקולם אקס, שהיה במובנים רבים רדיקלי יותר מלותר קינג, ובה בעת התנגד לשלוח ילדים לחזית המאבק. חלק מההתנגדות נבע לא רק מהסכנה הכרוכה בהימצאות בזירת המחאה, לנוכח האלימות שהמטרה עלולה להפעיל, אלא גם מהאפשרות המסתברת להיעצר במסגרת ההפגנה ולהיות נתון בתנאים קשים עקב כך; מלקולם גלדוול דוד וגוליית: איך להפוך חולשה לכוח 170 (2014).

279 כך, למשל, בחודשים שקדמו למימוש תוכנית ההתנתקות השתתפו ילדים ובני נוער רבים במחאות נגד התוכנית, חלקן אלימות וסוערות. הביקורת על כך באה לידי ביטוי בהחלטה של בית המשפט העליון על מעצר קטינה (בת 14) שהשתתפה בהפגנות. מדובר בערר הנוגע למעצר קטינה שהשתתפה בהפגנות והואשמה בהתפרעות, בהפרת הוראה חוקית, בהכשלת שוטר במילוי תפקידו ובהעלבת עובד ציבור. הקטינה כבר נעצרה בעבר לאחר שבמהלך הפגנה נגד ההתנתקות היא סירבה להזדהות בפני שוטרים והואשמה בעבירות של השתתפות בהתקלות אסורה והתפרעות, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו ושיבוש מהלכי משפט. מכיוון שלא נמצאה חלופת מעצר הולמת, הורה בית המשפט העליון על מעצר הקטינה עד חום ההליכים, עד מציאת חלופת מעצר מתאימה. באותה החלטה מתחה השופטת פרוקצ'יה ביקורת על "תנועת מרי המונעת על ידי מבוגרים, אשר אינם חוסכים מילדיהם מעורבות במהלכים הפוגעים בחוק, מסכנים את גורלם ואת טובתם, ואינם מגוננים עליהם לבל יקחו חלק במאבק רעיוני שהם אינם כשירים, על שום גילם

בפעולות מחאה כפי רצונם ולפי יכולת הבנתם, ושלא מתוך מניפולציות של בעלי סמכות (הורים או מורים). כל זאת, כחלק מזכותם הבסיסית לחופש ביטוי, מתוך הכרה בחשיבות הדמוקרטית של חינוך פוליטי, וכדי לטפח חשיבה ביקורתית בקרב התלמידים.

## אסירים

באחד מפסקי הדין החשובים הנוגעים לחופש הביטוי של אסירים – פרשת גולן – קבע השופט אליהו מצא:

זכויות היסוד של האדם "שורדות" גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר (וכן לעציר) אף בתוך תא כלאו. [...] הנחת היסוד היא, ששל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר. עם זאת ברור, כי המאסר גם משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו האחרות.<sup>280</sup>

דברים ברוח דומה אמר אהרן ברק בנאום שנשא בכלא צלמון: "האסיר נהנה מכל זכויות האדם, למעט אלה שנשללו ממנו במפורש או ששלילתן משתמעת כתוצאה טבעית ומסתברת מהמאסר עצמו".<sup>281</sup> האם חופש המחאה נתון לאסיר, או שמה שנשלל מהאסיר באופן מפורש או משתמע? שאלה זו איננה קלה כלל ועיקר. כבר בשנת 1973, ביחס להצעת חוק ייסוד: זכויות האדם והאזרח שביקשה לקבוע כי "הכל זכאים לקיים אספות", העיר ארנסט לבנה כי נוסח הסעיף רחב מידי, בין היתר, משום ש"בוודאי אין כוונה לתת חופש אסיפה, תהלוכה והפגנה בבית סוהר".<sup>282</sup>

הצעיר, להבין את משמעויותיו ואח תוצאותיו" (ראו בש"פ 6844/05 מדינת ישראל נ' פלוניח (17.7.2005)).

280 ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156 (1996).

281 ברק, מבחר כתבים, לעיל ה"ש 107, בכרך א 651.

282 ארנסט לבנה "הצעת חוק ייסוד: זכויות האדם והאזרח" משפטים ה 701, 722 (1973).



אף שגם בית המשפט הכיר בכך שחופש הביטוי נתון לאסירים, גם אם במתכונת מצומצמת בהשוואה לאזרח מן השורה שאינו נמצא בין כותלי הכלא,<sup>283</sup> הוא טרם מצא לו בקעה להתגדר בה בכל הנוגע לזכותם של אסירים להפגין. כבדרך אגב ציין השופט חשין בפרשת גולן, כי "על דרך ההקצנה נאמר, שלא הרי הפגנה בסתם יום של חול – בעיר או בכפר – כהרי הפגנה של אסירים בין כתליו של בית-כלא. הימצא מי שיעלה על דעתו כי ניתן להתיר הפגנה של אסירים בבית-כלא?"<sup>284</sup> למעשה, גם שביתת רעב איננה זכות הנתונה לאסירים, בין היתר בשל הפגיעה בניהול התקין של מתקן הכליאה.<sup>285</sup> עובדה זו בעייתית במיוחד לנוכח האבחנה שעליה הצביעה ההסתדרות הרפואית לישראל בשנת 2014, כי "רוב בתי הכלא מאפשרים מרחב קטן בלבד לתלונות או התנגדות, כך שצום נתפס כצורת המחאה היחידה הפתוחה בפני האסירים. דבר זה נכון במיוחד עבור אסירים פוליטיים. שביתת רעב נחשבת כצורת מחאה לא אלימה".<sup>286</sup>

לפי פקודות נציבות שב"ס, "חופש הביטוי של האסיר בהיותו נתון במשמורת ניתן להגבלה לשם קיום הביטחון, הסדר, המשמעת והניהול התקין של בתי הסוהר וכן, לשמירה על שלומם של האסירים, אנשי הסגל, ביטחון המדינה, שלום הציבור ורגשותיו".<sup>287</sup> גם בלי להיכנס לסוגיה הסבוכה של שביתת רעב, יש מקום לבחון אם ראוי לאמץ גם בין כותלי הכלא מבחני איזון ראויים,<sup>288</sup> כדי לאפשר – במגבלות הנדרשות – מחאות של אסירים, הנחלקות לשתי קטגוריות מרכזיות: הפגנות על תנאי מאסר (לרבות על עצם מאסרם, למשל במעצר מינהלי); והפגנות על נושאים והתרחשויות שמחוץ לכותלי הכלא, הטורדים

283 כמו בתחומים אחרים החוסים תחת חופש הביטוי, כגון שימוש של אסירים באינטרנט. ראו נתנאל הנסל "אסירים ואינטרנט – שילוב מופרך? קריאה לשינוי בראי ההווה והעתיד" המשפט כז 53 (2021).

284 ע"א גולן, לעיל ה"ש 280.

285 בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97 (2004).

286 המדריך לרופא המטפל בעציר/אסיר שובת רעב (ההסתדרות הרפואית לישראל (2014).

287 פקודת שב"ס 04.42.01 "הטיפול בפניית אסיר לפרסום דברים בציבור" (15.2.2022).

288 ראו גם אהרן ברק מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 599 (2017).

את מנוחתם. מובן שמחאה של אסירים, בשתי הקטגוריות, מוגבלת בכוחה – שכן להבדיל מאספות ותהלוכות, היא אינה מתקיימת אלא לעיני הסוהרים, אם כי אפשר להפיצה וירטואלית אל מחוץ לכותלי הכלא. עם זאת, שיקולים אלו אין בכוחם לסכל או לערער על חשיבות מתן חופש הביטוי בגבולות המתחייב מהימצאותם של האסירים במשמורת חוקית, משני טעמים עיקריים: הראשון, טעם אינטרינזי, הקשור לליבת הכבוד האנושי, ולחופש הביטוי של האסיר הנובע ממנו. שנית, טעם אינסטרומנטלי – למשל, כוחה של המחאה להשפיע ולהיות מובאת לידיעת הציבור הרחב שיוכל להשפיע על דרישות האסירים, או למצער להדהד אותן ולתמוך בהם. לעניין זה יפות מילותיו של נתן אלתרמן מהטור השביעי, שנכתבו על מחאת אסירים ערבים בכלא רמלה:

אין חוקיה ואזרחיה של המדינה יכולים להשלים עם הורדתה של  
שאלה זו מן הפרק ודחיקתה אל תוך התא האפל אשר מתוכו  
הגיחה לרגע. לאחר שהעוולה עלתה על הפרק הרי היא עוולה  
הנעשית בראש חוצות גם אם מקומה בפניה נידחת.<sup>289</sup>

כחלק בלתי נפרד מהדיון בחופש ההפגנה של אסירים יש להידרש לעוד שלוש תת־קבוצות רלוונטיות: אסירים בחופשה, אסירים ברישיון (דהיינו, אסירים המשוחררים על תנאי),<sup>290</sup> ואסירים משוחררים. אשר לאסירים בחופשה, פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, וגם פקודת נציבות בתי הסוהר בנושא חופשות אסירים,<sup>291</sup> אין נוגעות בשאלה זו. ככל שהאסיר יבקש להקדיש חלק מזמן חופשתו הקצובה והקצרה למחאה בהפגנה חוקית – מוצע לאפשר זאת במפורש. אם יאומץ מנגנון המתנה את ההשתתפות בהפגנה באישור מראש, הדבר עלול לסכל בפועל את מימושה של זכות זו. הדברים אמורים בבחינת קל וחומר לאסירים ברישיון. כל זמן שלא יעברו במסגרת ההפגנה על תנאי הרישיון שניתן להם במסגרת שחרורם – אין הצדקה למנוע מהם השתתפות בהפגנה. אשר לקבוצה האחרונה שמינו, אסירים משוחררים, לכאורה אין שאלה. מובן מאליו שהזכות להפגין נתונה להם. אלא שבעבר מנעו מהפנתרים השחורים

289 נתן אלתרמן "משמעה של מחאה" דבר 22.7.1960, 2.

290 חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

291 פקודת נציבות שירות בתי הסוהר מס' 04.40.00 "חופשות אסירים" (2.4.2020).

להפגין בנימוק שמדובר בעבריינים מועדים. על כך אמר דוד ליבאי את הדברים האלה:

מדוע, למשל, תישלל מאסירים משוחררים הזכות להתקהל ולהפגין על שהחברה מזניחה את עניין שיקומם החברתי? מדוע ימנע החוק מאנשים שהורשעו בעבר בביצוע עבירות נגד הרכוש, עבירות פיסקליות או עבירות תעבורה מלהשתלב בחיים הפוליטיים, לאחר ריצוי עונשם, ולהשמיע קול מחאה נגד רדיפות היהודים ברוסיה או בעד חיסול העוניה?<sup>292</sup>

## 1. הגבלות על מקום ההפגנה

הפסיקה והספרות מכירות בחשיבות של בחירת מקום ההפגנה, ובהיותה אחת מדרכי הבעת המסר הכולל של ההפגנה. כך, הפסיקה הדגישה כי "טיבן של הפגנות ותהלוכות להיעשות באזורים מרכזיים, החשופים לעין הציבור הרחב, ולא במחשכים", וכי מטרתן של הפגנות היא "לבטא מסרים במלל ובתנועה לקליטת ציבור השומעים והצופים".<sup>293</sup> הפסיקה הדגישה גם כי "בחירת מיקומה של ההפגנה נושאת אמירה בעלת חשיבות עצמאית ונפרדת עבור המפגינים, ואף היא חוסה תחת ההגנה של חירות ההפגנה הביטוי".<sup>294</sup>

למרות זאת, הזכות לבחור את מקום ההפגנה אינה מוחלטת, ויש כמה מקומות שבהם חל איסור מפורש או משתמע בחקיקה להפגין בהם, אלא אם כן גורם מוסמך התיר לערוך בהם הפגנה. נדון עתה במקומות העיקריים שבהם יש

292 ליבאי, "הזכות להפגין", לעיל ה"ש 101, בעמ' 63.

293 בג"ץ 5346/07 ע"ד ברדנשטיין נ' משטרת ישראל, פס' 9 (19.6.2007). כן ראו בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76, בפס' 25 לפסק דינה של השופטת חיות.

294 בג"ץ פדידה, לעיל ה"ש 15, בפס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

הגבלות על הזכות להפגין. לקראת סוף הסעיף נקדיש דיון נרחב יותר להפגנות במוסדות להשכלה גבוהה ולהפגנות מול ביתם של משרתי ציבור.

## משכן הכנסת ורחבתו

חוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, התשכ"ח-1968 קובע כי במשכן הכנסת וברחבתו "לא תיערך כל אסיפה וכל תהלוכה אלא בהיתר, בין כללי ובין מיוחד, מאת יושב־ראש הכנסת"<sup>295</sup>. לפי הגדרת החוק, אספה ותהלוכה הן התקהלות של עשרה אנשים או יותר (מדובר בצמצום של ממש בהשוואה לקבוע בפקודת המשטרה, שבה ההגדרה לאספה היא התקהלות של לפחות 50 אנשים). תקנות משכן הכנסת ורחבתו (הפגנות ותהלוכות), התשכ"ח-1968 קובעות כי המבקש להפגין או לערוך תהלוכה במשכן יגיש בקשה לקצין הכנסת לפחות 48 שעות לפני מועד קיום ההפגנה או התהלוכה, והבקשה תאושר, כאמור בחוק, על ידי יושב ראש הכנסת.

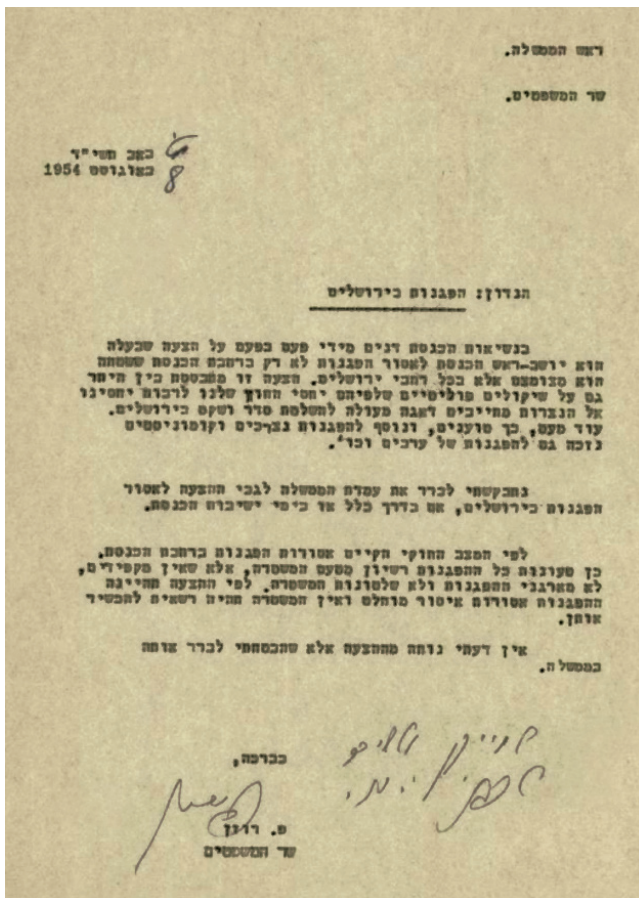
בראשית ימי המדינה עלתה יוזמה לצמצם את האיסור להפגין הרבה יותר, ובשנת 1954 הציע יושב ראש הכנסת יוסף שפרינצק לאסור כליל על עריכת הפגנות בירושלים בימים שבהם מתקיימת ישיבת מליאה בירושלים. לדברי שר המשפטים פנחס רוזן, ההצעה "מתבססת בין היתר גם על שיקולים פוליטיים שלפיהם יחסי החוץ שלנו לרבות יחסינו אל הנצרות מחייבים דאגה מעולה להשלטת סדר ושקט בירושלים. עוד מעט, כך טוענים, ונוסף להפגנות נצרכים וקומוניסטים נזכה גם להפגנות של ערבים וכו'"<sup>296</sup>. התנגדותם של שר המשפטים, ראש הממשלה דוד בן־גוריון ושר המשטרה בכור־שולם שטרית סתמה את הגולל על הצעת החקיקה להרחיב את "חסינות הכנסת" לחוצות ירושלים.

לדעתנו, ביחס למשכן הכנסת עצמו, אפשר להבין את ההיגיון העומד בבסיס החקיקה, המבקש לסכל ניסיונות להפוך את הכנסת לזירת התגוששות, למנוע מבעוד מועד מחאות העלולות להיתרגם למהומות, וכן להבטיח את יכולת

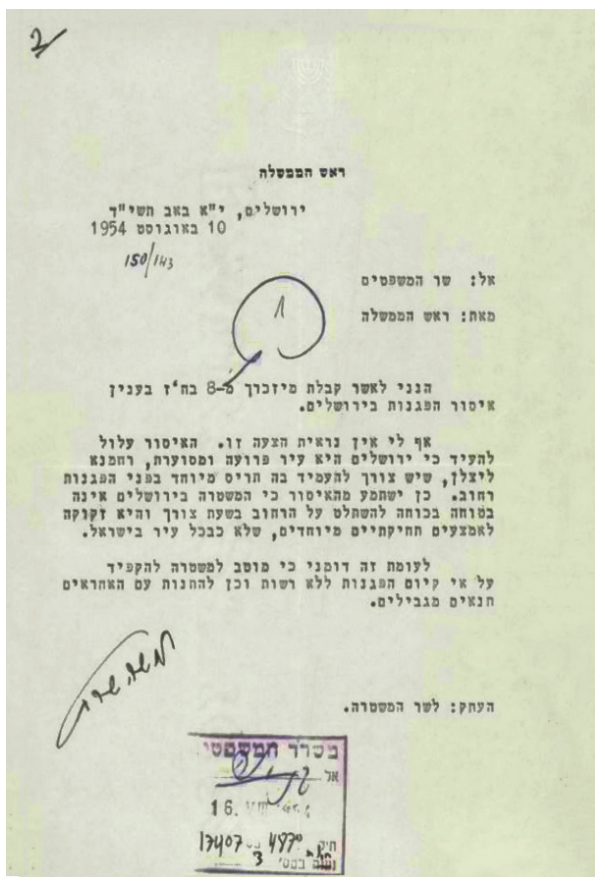
295 סעיף 7(ב) לחוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, התשכ"ח-1968.

296 בתגובה להצעת יושב ראש הכנסת כתב שר המשפטים לראש הממשלה "אין דעתו נוחה מההצעה". מכתבו של שר המשפטים אל ראש הממשלה מיום 8.8.1954 בנושא "הפגנות בירושלים", א"מ ג-8004/2 "איסור הפגנות בירושלים".

העבודה והתפקוד של המוסד החשוב הזה. עם זאת, לא ברור מדוע חל דין שווה על המתרחש ברחבה ועל המתרחש בין כותלי המשכן. ייתכן שיש מקום לאפשר מרחב פעולה מסוים למחאה ברחבה ללא בקשת היתר מיושב ראש הכנסת (בכפוף למתן אפשרות גישה לעוברי אורח ולעובדי הכנסת אל תוככי המבנה), ולאסור איסור גורף יותר רק על מחאה במשכן גופא. נוסף על כך, ראוי לציין כי קוד הלבוש בכנסת משנת 2017 אוסר על כניסה למשכן הכנסת בלבוש הנושא כיתוב פוליטי. בכך קוד הלבוש מחמיר יותר מהדין הקיים, שאינו דן בסוגיית הלבוש.



איסור הפגנות בירושלים, 1954 (א"מ ג-8004/2)



איסור הפגנות בירושלים, 1954 (א"מ ג-8004/2)

## משרדי ממשלה

ההסדר הנוגע להפגנות מול משרדי ממשלה קבוע בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה. בשנת 1976 הוציא היועץ המשפטי לממשלה דאז אהרן ברק הנחייה ספציפית שעניינה "איסור הפגנות בחצרות של משרדי ממשלה".<sup>297</sup> היועץ הבחין

297 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.561 בעניין איסור הפגנות בחצרות של משרדי ממשלה מיום 1.8.1976.

בין שני סוגים של רכוש המדינה לעניין הפגנות: האחד – משרדי הממשלה עצמם והחצרים שליד משרדי הממשלה המיועדים לשימוש אנשי המשרד. נקבע כי אלו הם קניין פרטי של המדינה, והיא חופשית לאסור קטגורית על הפגנות על מקרקעין מסוג זה. השני – המגרשים הפתוחים שבבעלות המדינה, שבהם היסוד הקנייני הוא שולי, והבכורה היא לעקרונות של המשפט הציבורי, ולכן ככלל יש לאשר שם הפגנות, אלא אם כן יש שיקול מיוחד במקרה ספציפי. עוד הובהר שם כי כל שר רשאי להחליט אם עריכת הפגנה בחצרים הפתוחים שליד משרדו תהיה הפרעה משמעותית, ואם כן, רשאי הוא לאסור על קיומה, כל עוד סמכות זו מופעלת ללא אפליה.

הדין כיום – כפי שהוא מתפרש בהנחיה המעודכנת מטעם היועץ המשפטי לממשלה מראשית 2022 – בסעיף הנוגע לחצרות הממשלה נשאר זהה: מקרקעין אלו – לעניין חירות ההפגנה – הם רכוש פרטי, ולכן אפשר לתת רישיון לעריכת הפגנה רק בהסכמת המדינה. ביחס למקרקעין הפתוחים לציבור שליד משרדי הממשלה, הכלל הוא עדיין שככלל יש לאפשר שם הפגנות שאינן מפריעות הפרעה משמעותית לעבודת המשרד. עם זאת, הדין השתנה במקצת, וכעת השר איננו הגורם המוסמך שלא לאפשר הפגנה במקרקעין ציבוריים שליד משרדי הממשלה, אלא הדברים ישקלו במסגרת מתן הרישיון. כך ייתכנו מקרים חריגים שבהם יש יסוד לחשש שהפגנה בחצרים פתוחים של משרד ממשלתי תגרום הפרעה של ממש לעבודת המשרד, ואז אפשר להתנות את הרישיון לעריכת הפגנה בתנאים שיצמצמו את ההפרעה הצפויה.

לדעתנו, הקריטריון של "הפרעה משמעותית לעבודת המשרד" כדי למנוע מתן רישיון להפגנה הוא מרחיב מדי. ההפגנה נועדה להסב את תשומת ליבם של העוברים והשבים ושל מושאיה. ככל שהיא נערכת בשטח ציבורי פתוח, לזמן מוגבל וחד-פעמי, אין הצדקה להגבילה גם אם היא גורמת להפרעה של ממש. אם מדובר במשמרת מחאה קבועה, המפריעה לעבודה על פני זמן ממושך, ראוי לשקול הגבלה בתנאי הרישיון להפגנה.<sup>298</sup>

## נמלים ימיים, שדות תעופה ותחנות רכבת

תקנה 24 לתקנות הנמלים, התשל"א-1971, מגבילה את האפשרות להפגין **בנמלים ימיים**. התקנה קובעת כי –

לא יערוך אדם הפגנה בנמל אלא ברשות מנהל הנמל ולא ישתתף אדם בהפגנה הנערכת ללא רשות כאמור; לא יגרום אדם להתקהלות אנשים בנמל ולא ישתתף בכל התקהלות אלא אם אישר אותה מנהל הנמל. (ב) כל התקהלות אנשים בנמל תתפזר והאנשים שהתקהלו יעזבו את המקום מיד כשידרוש מהם מנהל הנמל לעשות כך.<sup>299</sup>

לדעתנו, התקנה מותירה שיקול דעת נרחב מדי ובלתי מידתי למנהל הנמל, במיוחד משום שחלק מההפגנות עשויות להיערך בתגובה להחלטות שקיבל או למדיניות שהוא מעורב בה.

אשר להפגנות בשדות תעופה – כללי רשות שדות התעופה מגבילים את הזכות להפגין שם.<sup>300</sup> הכללים קובעים כי בשדות תעופה אפשר לקיים התקהלות של עשרה אנשים או יותר רק במקום שנקבע לכך, וכי יש למסור על כך הודעה מראש. עם זאת, היועצת המשפטית לממשלה הבהירה בעת האחרונה כי נתב"ג הוא "מרחב ציבורי", שבו "יש גישה לכל אחד מהציבור, ועל כן לכל אדם הזכות לחופש הביטוי וההפגנה גם במרחב זה". היא קבעה כי הייחודיות של נתב"ג היותו אזור ציבורי רגיש תבוא לידי ביטוי במסגרת האיזונים הקונקרטיים שיש לערוך ביחס לזמן, למקום ולאופן עריכת ההפגנות במקום.<sup>301</sup> נראה שהאיזון שהציגה היועצת המשפטית הוא ראוי. על פי האיזון שנקבע, כל עוד לא נשקפת

<sup>299</sup> בהקשר לאיסור הזה יש להזכיר גם את הסנקציה הקבועה בסעיף 158 לחוק העונשין הקובעת כי "מתפרעים המונעים או מפריעים, שלא כדין ובכוח, טעינה או פריקה או הפלגה או שיט של כלי שיט, או שהם עולים אל כלי שיט שלא כדין ובכוח בכוונה לעשות אחד המעשים האמורים, דינם – מאסר שלוש שנים".

<sup>300</sup> כללי רשות שדות התעופה (שמירה על הסדר בשדות תעופה), התשמ"ד-1984.

<sup>301</sup> מכתב מעו"ד אביטל סומפולינסקי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-חוקתי), לעו"ד יוסי פוקס, מזכיר הממשלה בעניין הפגנות בנמל התעופה בן גוריון (11.7.2023).



סכנה קרובה לוודאי לעוברים והשבים, לרכוש יקר ערך, וכל אימת שלא עתיד לחול שיבוש חמור בלוח ההמראות והנחיתות בעקבות ההפגנה (שיבוש שיפגע פגיעה בלתי מידתית בזכות היציאה מישראל והכניסה אליה, המעוגנת בסעיף 6 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו), יש מקום להרחיב את אפשרויות המימוש של זכות זו. במסגרת הזאת מוטלת על רשות שדות התעופה חובה לעשות פעולות אקטיביות כדי למנוע שיבוש משמעותי בלוח הטיסות (לדוגמה, לתגבר את כוח האדם בשדה התעופה). עוד ראוי להדגיש כי אין סמכות למנוע כניסה של אנשים לתוך שדה התעופה רק על בסיס העובדה שהם אינם נושאים עימם כרטיס טיסה לאותו היום,<sup>302</sup> ובוודאי שלא על רקע לבוש שעשוי להתפרש כמסר פוליטי־מחאתי.

בעת האחרונה התעוררה גם שאלת ההפגנה ברכבות וברציפי הרכבת,<sup>303</sup> ועל כן נידרש בקצרה גם לסוגיה זו. תחנות הרכבת הן מרחב ציבורי מובהק. בהיותן מרחב כזה, חלים עליהן דיני חופש הביטוי והמחאה בשים לב למאפייניהן הייחודיים: ההשפעה הרחבה של שיבוש סדרי הרכבת על חופש התנועה ככל שהמחאה תצא משליטה, ומנגד, הפגיעה החמורה בחופש הביטוי אם יוחלט על איסור הפגנה ומחאה גורף. רכבת ישראל הודיעה כי היא אינה עורכת איזונים מעין אלו, והיא הציגה את העמדה ש"לא ניתן להפגין או להיכנס לתחנות הרכבת עם אמצעי וחומרי הפגנה מכל סוג שהוא".<sup>304</sup> לקביעה נחרצת זו של רכבת ישראל אין כל בסיס חוקי והיא סותרת את הנחיית המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, שלפיה יש –

להבטיח בזמן אמת את הזכות לחופש הביטוי, כמו גם את שלום  
ציבור הנוסעים והשוהים בתחום תחנות הרכבת וביטחונם, בשים  
לב לייחודיות תחנות הרכבת, שבאה לידי ביטוי גם בקיומן של

302 מכתב בעניין הפגנות בנתב"ג, שם, בפס' 3.

303 לעניין האיסורים העונשיים בגין התפרעות, נזקים ועיכוב במסילה ראו, למשל, סעיפים 157 לחוק העונשין ו-31(5) לפקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], התשל"ב-1972.

304 בג"ץ 342/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (12.9.2023).

עבירות פליליות מיוחדות המעוגנות בפקודת מסילות הברזל  
 (נוסח חדש), התשל"ב-1972, אשר יכולות להוות כלי אכיפת  
 נוסף, במידת הצורך.<sup>305</sup>

לצד זאת, ראוי להדגיש כי לרכבת ישראל אין כל סמכות לעכב אנשים מלהיכנס לתחנות הרכבת בשל לבוש או נשיאת תכנים פוליטיים, או בשל נשיאת חומרי הפגנה מכל סוג שהוא.

ואכן, בספטמבר 2023 הודיעה רכבת ישראל – בעקבות עתירת האגודה לזכויות האזרח – כי לאחר קבלת עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה שהוצגה לעיל ההנחיות שהצרו את חופש המחאה חדלו מלהיות מיושמות, ואף הוסרו מאתר האינטרנט של הרכבת. בעקבות זאת נעתר בית המשפט לבקשת הצדדים והורה על מחיקת העתירה.<sup>306</sup>

## מקומות קדושים

תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981<sup>307</sup> קובעות כי בתחומי המקומות הקדושים אסור לשאת נאום, להכריז בקול רם או לשאת כרזות או שלטים, ללא היתר מהממונה ולפי תנאיו, והעובר על קביעה זו עובר עבירה פלילית שדינה מאסר או קנס כספי.<sup>308</sup> אומנם כן, על רקע הנפיצות של סוגיות דת ומדינה ויחסי יהודים וערבים, בעיקר בירושלים, הפגנה במקום מקודש איננה נושא פשוט, בין היתר בשל הפגיעה האפשרית ברגשות דתיים

**305** מכתב מאת עו"ד אביטל סומפולינסקי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), אל מירי רגב, שרת התחבורה והבטיחות בדרכים בנושא מחאות בתחום תחנות רכבת ישראל (18.7.2023).

**306** בג"ץ 342/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (12.9.2023).

**307** יוער כי לא נקבעו תקנות דומות ביחס למקומות קדושים למוסלמים, נושא שנידון בעבר בבג"ץ 10532/04 שחי' דרוויש נ' השר לענייני דתות (9.3.2009).

**308** ס' 2(א)(6) וס' 5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981. לפי התקנות, הממונה ממונה על ידי שר הדתות, על פי המלצת הרבנים הראשיים לישראל.

והסכנה להפרת הסדר הציבורי במצב דברים זה. ואכן, ביזרון הקולקטיבי היהודי חרוטות המחלוקות הפנימיות יהודיות בדבר הטענות שלפיהן תהלוכות של יהודים לכותל בשנת 1929 היו אחד הגורמים לפרעות תרפ"ט.<sup>309</sup> ישנן גם טענות, כמו הטענות שהעלה גדעון ספיר, ולפיהן "הפגנה היא כמובן צורת ביטוי לגיטימית ואף מועילה בחברה דמוקרטית, אולם השילוב בינה לבין מקום קדוש עשוי להיתפס כבלתי ראוי". לפי גישה זו זכות ההפגנה מצטמצמת מאוד במקום קדוש.<sup>310</sup>

עם זאת, ספק אם האיסור הגורף, בכפוף להיתר "הממונה" (קרי – הפרטת שיקול הדעת הנתון למפקד המחוז במשטרה לטובת הממונה) והסנקציה הפלילית הנלווית, מאזנים כראוי בין הזכות להפגין לבין האינטרסים הציבוריים בנידון, במיוחד אם יש סיבה מיוחדת להפגין במקום קדוש מסוים. בנייר עמדה שכתבו מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר עמדו המחברים על הבעייתיות שבהגבלת חופש הביטוי לנוכח "רגשות דתיים", בוודאי באמצעות שימוש במשפט הפלילי.<sup>311</sup> לכן מן הראוי לאפשר במקרים מסוימים את חופש ההפגנה גם במקומות קדושים, במיוחד אם המקום הקדוש אינו רק מקום פולחן, וכן אם ההפגנה לא אמורה לעלות לכדי חילול המקום הקדוש, או לפגוע בחופש הפולחן של הפוקדים את המקום (הרבה יותר מהפגיעה בחופש הביטוי של המבקשים לממש את זכות ההפגנה). זה המקום לציין כי הכותל, למשל, אינו מרחב של פולחן גרידאי; הוא משמש, למשל, רחבה לעריכת טקסים צבאיים וממלכתיים. בהיותו כזה, אמת המידה שדרכה יש לבחון את מימוש זכות ההפגנה בסביבתו איננה רק של מקום קדוש, אלא גם בראי היותו מרחב ציבורי המתפקד גם בהקשר "חילוני".

יש לתת את הדעת גם לסמכות המפליגה שניתנה ל"ממונה" שלא לתת היתר לעריכת הפגנה במקום קדוש. על פי תקנה 1 לתקנות השמירה על מקומות

309 ראו, למשל, אניטה שפירא ההליכה על קו האופק 85 (1988).

310 גדעון ספיר "פולמוס הכותל" מחקרי משפט לג 435, 445-446 (2021).

311 להרחבה ראו מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי: הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים 89-92 (מחקר מדיניות 38, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003).

קודשים ליהודים, "הממונה" הוא "מי ששר הדתות מינהו, על פי המלצת הרבנים הראשיים לישראל, להיות הממונה הראשי או הממונה על מקום קדוש פלוני". אין מדובר בגורם בעל רקע משפטי בהכרח, אלא לגורם בעל זיקה דתית.<sup>312</sup> רב החשש כי אותו ממונה לא יכפיף עצמו לדין המדינה, לשוויון ולעקרון חופש הביטוי; ולנוכח זיקתו הדתית הוא יטה לתת משקל עודף לרגשות דתיים וכריע הכרעות שיצמצמו את חופש המחאה בלא הצדקה. מאדיגה עוד יותר העובדה שברצותו יוכל הממונה לאמץ את התפיסה שתפילה שוויונית היא בגדר "הפגנה פוליטית", שאותה בכוחו לסכל.<sup>313</sup> למעשה, מטרידה לא פחות זיקתו הפוליטית לגורם הממונה, העשויה להשפיע על שיקול דעתו, ובכך להוסיף רובד בלתי ענייני נוסף למערך קבלת ההחלטות בנידון.

לעניין הר הבית – אין חוק האוסר במפורש על עריכת הפגנות שם, אך המדיניות הישראלית (בהחלטה, ולא בחוק)<sup>314</sup> משנת 1967 קובעת כי אין לערוך שם טקסים דתיים ותפילות יהודים בשל הסיכון החמור הכרוך בכך לשלום הציבור ולסדר הציבורי.<sup>315</sup> כפי שכתב משה הלברטל, "מתחת ליופי הנשגב של העיר מבעבעת הלבנה הרתחת של ההר הקדוש, והתנועה הקלה ביותר של שינוי או התגרות מעוררת גלי אלימות ושבר נוראיים".<sup>316</sup>

מעבר לאיסור על פעילות פולחנית או דתית, למבקרים בהר הבית גם אסור לעשות פעילות פרובוקטיבית או פעילות העלולה להפר את הסדר הציבורי או לפגוע בשלום הציבור.<sup>317</sup> בג"ץ הדגיש אומנם בעקביות את זכותם של יהודים

312 משנת 2000 רב הכותל, שמואל רבינוביץ', הוא שממלא את תפקיד הממונה.

313 ראו טענה זו בבג"ץ 4878/16 בצדק נ' משטרת ישראל (16.6.2016).

314 ברק מדינה ורומי קאופמן "המעמד המשפטי של הר הבית: השעיית השיפוט הר הבית: בין חלום לממשות 351, 370-371 (ידידיה צ' שטרן עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022).

315 בג"ץ 10450/07 תנועת נאמני הר הבית בא"י נ' ניצב אהרון פרנקו (11.12.2007).

316 משה הלברטל "הר הבית: על קדושה וריבונות" הר הבית, לעיל ה"ש 314, בעמ' 27, 28.

317 שירי ספקטור בן-ארצי עליית יהודים להר הבית (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2014). דוגמה לאיסור לבצע פעילות פרובוקטיבית אפשר למצוא בבג"ץ סולומון, שבו

לעלות להר הבית, אך בדרך כלל פסק לטובת המשטרה שהגבילה את זכותם של אזרחים ספציפיים לעלות מפאת סכנה לשלום הציבור.<sup>318</sup> דוגמה שחרגה ממגמה זו, ועסקה גם היא בזכות להפגין, אפשר למצוא בבג"ץ נאמני הר הבית משנת 1984, שבו הוגשה עתירה נגד החלטת המשטרה שלא לתת אישור לערוך תפילה יהודית מחוץ לכותלי הר הבית, ליד שער המוגרבים. בג"ץ קבע כי במקרה הזה – שבו התפילה אינה צפויה להתקיים בהר הבית, אלא רק לידו – "הרגישות המיוחדת ויוצאת הדופן הקיימת לעניין תפילה בהר הבית אינה קיימת", ועל כן אין סכנה קרובה לוודאי של פגיעה בביטחון הציבור.<sup>319</sup>

לדעתנו, יש להקפיד יותר על הגבלת הזכות להפגין בהר הבית, וככלל – ובהתאם לפסיקות בבג"ץ – יש למנוע הפגנות בתוך הר הבית. לעמדה זו כמה סיבות. ראשית, הריבונות הישראלית על הר הבית היא חלקית בלבד, וראוי שהדבר ישתקף גם באישור הפגנות שם; שנית, עוצמת הנפיצות של המקום היא גבוהה במיוחד, ויש חשש ממשי מהתפרצות של אלימות במתחם. בהקשר הזה ראוי להזכיר את התוכנית הקיצונית – המקבלת גם תמיכה מגורמים פוליטיים – הקוראת להרס המסגד ולביסוס הר הבית כמקום תפילה ליהודיים בלבד, ולכן גובר החשש מהפגנות שיפרו את הסטטוס קוו. על כן אפשר להניח כי במקרים רבים האינטרס הציבורי צפוי לגבור על חופש הביטוי וההפגנה במקום.

---

אשר בבג"ץ את החלטת המשטרה לאסור על פעיל מתנועת נאמני הר הבית לעלות להר הבית, בין היתר בטענה שמדובר באקט פוליטי הפגנתי המלווה בנשיאת כרזים. בפסק הדין הודגש כי "כאשר אין בכוחה של המשטרה [...] להבטיח את הגשמת חופש הפולחן או ההפגנה, אין מנוס לעתים מפגיעה בחופשים אלה כדי למנוע פגיעה באינטרס הציבור" (ראו בבג"ץ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים (20.2.1996)).

318 ראו בהקשר זה את הביקורת של מדינה וקאופמן על הנטייה של בית המשפט העליון להשעות את הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ביחס להר הבית, ולהותיר את הזירה להכרעה כמעט בלעדית של הרשות המבצעת (מדינה וקאופמן, לעיל ה"ש 314, בעמ' 353-354).

319 בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית ואחר נ' מפקד מחוז ירושלים (18.5.1984).

## הפגנה במקומות העלולים לגרום לפגיעה בשלום הציבור ובביטחון

שאלת עריכת הפגנות בהר הבית נקשרת לשאלה רחבה יותר של הפגנות העלולות לפגוע בשלום הציבור ובביטחון. כך היה, לדוגמה, בבג"ץ תנועת נאמני הר הבית משנת 1989. במקרה הזה ביקשה התנועה לערוך, ביום ירושלים, תהלוכה שתעבור במזרח ירושלים ותגיע עד להר הבית. בג"ץ דחה את העתירה בקבעו כי קיים "חשש ממשי בדרגה של ודאות קרובה להפרת השלום והסדר הציבורי". בהקשר זה ציין בית המשפט כי המשטרה לא תוכל לגייס כוח אדם מספק כדי להבטיח את שלום המפגינים ושלומם של אחרים, במיוחד מכיוון שביום ירושלים מוטלות על המשטרה משימות רבות אחרות. לכן ההחלטה שלא לאשר את התהלוכה הייתה סבירה.<sup>320</sup> מקרה דומה התרחש שני עשורים לאחר מכן כאשר ביקשו אנשי הימין הקיצוני, איתמר בן גביר וברוך מרזל, לערוך צעדת דגלים בלב העיר אום אל-פחם. המשטרה לא נתנה רישיון לקיום ההפגנה בתוואי המוצע מחשש שהפגנה בתוואי הזה תביא "בדרגה של קרבה לוודאות, להתלהטות יצרים ואלימות עד כדי חשש ממשי לפגיעה בשלום הציבור ובביטחון", והציעה תוואי חלופי.<sup>321</sup>

בעת האחרונה עלתה לכותרות הסוגיה של מחאות הכוללות השחתה של ספרי קודש, בעיקר במדינות סקנדינוויה. למשל, ביוני 2023 השחית מהגר מעיראק ספר קוראן מול מסגד בשטוקהולם,<sup>322</sup> ובמהלך 2023 אישרה משטרת שוודיה למפגינים לשרוף ספר תורה, אם כי הדבר לא נעשה בסופו של דבר.<sup>323</sup> בתגובה לאירועים האלה הודיעה ממשלת דנמרק כי היא תפעל להפליל השחתה של חפצים בעלי משמעות דתית, והודעה זו גררה ביקורת ציבורית על צמצום

320 בג"ץ 411/89 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד מג(2) 17 (1989).

321 בג"ץ 6802/08 בן גביר נ' מפקד המחוז הצפוני (29.10.2008); צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקה בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצעדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט יד 339, 354-355 (תשע"א).

322 Marie Mannes & Louise Rasmussen, *Protester Burns Koran at Stockholm Mosque on Eid Holiday*, REUTERS (29.6.2023)

323 איתמר אייכנר "בפעם השנייה בחוץ חודש: שבדיה תאפשר מחר שריפת ספר תורה" ynet (27.7.2023).

חופש הביטוי במדינה.<sup>324</sup> שוודיה, לעומת זאת, הבהירה כי לא תפליל את המעשה.<sup>325</sup>

סוגיה זו נקשרת למידת ההגנה על רגשות הציבור בפסיקה הישראלית. הנשיא ברק הבהיר כי במסגרת אינטרס הציבור – שפגיעה קשה בו מאפשרת הגבלה של חופש הביטוי – נמצאת גם הפגיעה ברגשות הציבור. לדבריו "משטר דמוקרטי, המגן על החירות של כל יחידיו, רשאי וצריך להגן לא רק על גופו של הפרט אלא גם על נפשו".<sup>326</sup> גישה זו היא, לדעתנו, רחבה מדי, שכן היא מאפשרת הגבלות מרחיקות לכת ובלתי שוויוניות על הזכות להפגין על בסיס שקשה עד מאוד להעריכו הערכה אובייקטיבית. דווקא הביטוי הפוגעני, המהפך חדרי בטן, נמצא בלב חופש הביטוי המוגן. דווקא משום שהפיתוי לפגוע בו גדול כל כך יש להגביה את חומות ההגנה עליו.<sup>327</sup> לדעתנו, יש מקום לאסור על הסתה לגזענות<sup>328</sup> ועל הסתה לאלימות בשל הפגיעה הכרוכה בהן בכבוד האנושי (להבדיל מפגיעה ברגשות), בחיים ובשלמות הגוף. בכך אנו מבדילים את עצמנו

Anne Francoise Hivert, *Danish Law Banning Public Burning of Quran Sparks Outcry*, LE MONDE (25.9.2023) 324

Nikolaj Skydsgaard & Jacob Gronholt-Pedersen, *Why are Sweden and Denmark Having a Crisis over the Koran?*, Reuters (3.8.2023) 325

326 אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה" מבחר כתבים, לעיל ה"ש 107, בכרך א 531, 542. לשם שלמות התמונה יוער כי בבג"ץ בכרי, שאפשר את הקרנת הסרט "ג'ניו, ג'ניו" בבתי הקולנוע, נשמעה עמדה אחרת, ולפיה "לחופש הביטוי יינתן, דרך כלל, מעמד בכורה גם מקום שחופש זה מנוצל לפגיעה ברשות, ואפילו מדובר בפגיעה ממשית. רק במצבים חריגים וקיצוניים שבהם הפגיעה הינה מעבר לסף הסיבולת האנושי שראוי לשאתו במשטר דמוקרטי באופן העלול להפר באופן ממשי את שלום הציבור ואת הסדר הציבורי, יהא מקום להגבלה מידתית של חופש הביטוי" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד מח(1) 249, 283 (2003)).

327 קרמניצר, גולדמן וטמר, לעיל ה"ש 311, בעמ' 84-85.

328 *R. v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697, שם השמיע מורה ביטויים אנטישמיים בפני תלמידיו. במשפטו הוא טען כי השמעת ביטויי שנאה היא חלק מזכותו החוקתית לחופש ביטוי. בית המשפט העליון בקנדה קבע כי ניתן להגביל את חופש הביטוי כדי למנוע השמעת ביטויי שנאה השוללים מאנשים את כבודם ועלולים לחשוף אותם ליחס שלילי על רקע שייכות קבוצתית.

מן ההגנה הכמעט מוחלטת על חופש הביטוי הנקוטה בארצות הברית.<sup>329</sup> אולם, יש להיזהר, לדעתנו, מאיסורים ומהגבלות על חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות כשלעצמה.

## מוסדות להשכלה גבוהה

הזכות להפגין בתחומי מוסדות להשכלה גבוהה בעניינים ציבוריים היא רכיב מסוים בחופש הביטוי האקדמי – שמצודתו פרושה גם על תחומים נוספים, בהיותם גופים שנועדו לפתח את הידע האנושי והשיח החופשי. במצב דברים זה מקובלת עלינו הקביעה ש"כשם שהערך המרכזי של הצבא – שמירה על הביטחון – מצדיק [...] קיצוצים בחירויות האזרחיות של חיילים, הערך הפנימי של האוניברסיטה, לאמור, קידום הידיעה האנושית, מצדיק מתן מישנה תוקף לחירויות האזרחיות במסגרתה".<sup>330</sup> גם היותם של המוסדות להשכלה גבוהה גופים דומותיים (גופים משפטיים בעלי מאפיינים פרטיים ומאפיינים ציבוריים), לצד הזיקה המיוחדת של הסטודנטים למוסדות, מרחיבה את היקף ההגנה על זכותם להפגין שם.<sup>331</sup> משיקולים של דמוקרטיה וחופש ההוראה,

329 שורה ארוכה של פסקי דין ממחישים את ההגנה הרחבה על חופש הביטוי בארצות הברית, לרבות על מופעים של גזענות. לדוגמה, בשנת 1969 דן בית המשפט העליון האמריקאי בהרשעתו של מנהיג של הקו־קלוקס־קלאן באוהיו בהסתה לאלמות, לאחר שנשא נאום בהפגנה וקרא לגירושם של יהודים לישראל ושל אפרו־אמריקאים לאפריקה, וכן רמז שצריך לנקום בהם. בית המשפט העליון ביטל את ההרשעה וקבע כי המבחן להרשעה בעבירה זו הוא סכנה ברורה ומיידית לקיומה של פעולה בלתי חוקית קרובה (1969) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444; במקרה אחר אפשר בית המשפט העליון לפעילים של המפלגה הנאצית האמריקאית לצעוד בתחומי העירייה סקוקי (ליד העיר שיקגו), שבה היה ריכוז גדול של יהודים (*National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977)); כן ראו טריגר, "בין ירושלים לאום אל פאחס", לעיל ה"ש 321, בעמ' 364. עוד קבע בית המשפט העליון כי התיקון הראשון לחוקה (המעגן את חופש הביטוי) (*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 420 (1989)) מגן על שרפת דגלים, ואף קבע כי הוא מגן גם על ביטויים פוגעניים בסימני מסחר (*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744, 1765 (2017)).

330 חיים גנז "חופש אקדמי" עיוני משפט יב 415, 421 (1987).

331 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 575.



המחקר והיצירה, מתבקש לראות באוניברסיטאות מרחבים אוטונומיים (גישה שקיימת במשפט האמריקאי).<sup>332</sup>

### **ראשית ימי המדינה: התבססות הקמפוסים האקדמיים כמרחבים פוליטיים**

אף שהיו הפגנות של סטודנטים גם בשנות ה־50, חופש המחאה של סטודנטים ברחבי הקמפוס עלה לתודעה הציבורית בישראל בפעם הראשונה בשנת 1966, על רקע המחאות נגד קונרד אדנאואר, אז קנצלר גרמניה המערבית, שהגיע לביקור בקמפוס האוניברסיטה העברית בגבעת רם. נראה שהסיבה לכך היא שהייתה זו ההתנגשות המשמעותית הראשונה בין כוחות מטרה לסטודנטים מפגינים במוסד להשכלה גבוהה,<sup>333</sup> והפעם הראשונה ששוטרים הפעילו כוח פיזי מופרז. מדוח ועדת החקירה בראשות עורך הדין יעקב סלומון אפשר ללמוד כי באותה העת לא הייתה הסדרה מיוחדת של הזכות להפגין באוניברסיטה, אך הנוהג היה "שאינן מבקשים רישיון להפגנה שקטה וכי ניתן להניף כרזות".<sup>334</sup> מלחמת ששת הימים העצימה את הקיטוב הפוליטי בין ימין לשמאל בשאלת השליטה בשטחים, והחריפה את המתח בין יהודים לערבים אזרחי ישראל. מתח זה הוליד תסיסה מיוחדת גם ברחבי המוסדות להשכלה גבוהה, ובשלהי שנות ה־60, אולי בהשראת הפגנות הסטודנטים ברחבי העולם באותן השנים,<sup>335</sup> הם נהפכו למרחבים פוליטיים במיוחד.

**332** אורן פרז, עינב טמיר, שרה גולד ויונתן מורל "חופש ביטוי ומחאה בקמפוסים בישראל: בין המשפט החוקתי להסדרה עצמית" מחקרי משפט לג 347, 353 (2021).

**333** אורי כהן אוניברסיטת אס: האוניברסיטה העברית בירושלים, 1948–1967 246 (2019).

**334** ועדת החקירה בענין ההתרחשויות בקשר להפגנה בקריית האוניברסיטה (16.6.1966), א"מ פ-930/4 "ועדת חקירה 1966". ראו גם דורון טימור "יכאן זה לא אשדוד": הסטודנטים והמטרה באוניברסיטה העברית (1966–1976) "מטרה והיסטוריה 104, 83 2 (2020).

**335** ראו גם אלמליח וקדרון, לעיל ה"ש 147, בעמ' 78.

### שנות ה־70 עד שנות ה־90: הסדרה המבוססת על הרצון הטוב של המוסדות האקדמיים

בהיעדר חקיקה המסדירה את הנושא, היה מימוש חופש הביטוי ברחבי המוסדות להשכלה גבוהה תלוי ברצון הטוב של כל מוסד: לעיתים הוא ניתן ביד רחבה וללא הפרעה מיוחדת, ולעיתים נותר תלוי על בלימה.<sup>336</sup> כך, למשל, בשנת 1979 החליטה האוניברסיטה העברית "שכל הפגנה היא בניגוד לחוקי המשמעת של האוניברסיטה". פרופ' רפאל משולם, הרקטור, הסביר כי "ההפגנות הללו, המתקיימות בשטחנו, באות למחות על מחדלים או מעשים של השלטונות שאין הנהלת האוניברסיטה אחראית להם".<sup>337</sup> תפיסה זו מגלמת הנחה שזכות ההפגנה הנתונה לסטודנטים ראוי שתתמצה, אם בכלל, בענייני הלימודים וזכויותיהם אך לא בנושאים המתרחשים אל מחוץ לכותלי הקמפוס. פרופ' לינה בן־דור, דיקנית הסטודנטים באוניברסיטה העברית דאז, הסבירה כי "הפגנה היא לפי הגדרתה דרך ביטוי 'אלימה'".<sup>338</sup> וישנן הצדקות כבודות משקל לאיסור על הפגנות ובכללן ההפרעה למהלך הלימודים התקין ופוטנציאל הגלישה לאללימות. לכן, לדעתה, המקום המתבקש לשיג ושיח הפוליטי הוא אולם סגור.<sup>339</sup> עמדות אלו בשאלת הנושאים שבהם ראוי לאפשר הפגנה, וגם בשאלת המרחב – תחת כיפת השמיים או במקום סגור – המשיכו להעסיק את מוסדות ההשכלה הגבוהה גם בשנים שלאחר מכן, אך ככלל אפשר לומר שרבים מהם נטו לאפשר את זכות ההפגנה.<sup>340</sup>

336 "מפגינים נגד 'סתימת פיות' באוניברסיטה העברית" דבר 10.3.1978.

337 מיכל מירון "פוליטיקה על הדשא" מעריב 28.12.1979, 70.

338 לינה בן דור "אלימות פוליטית בקאמפוסים" מעריב 17.12.1979, 5.

339 ראו גם לינה בן דור "האלימות באוניברסיטה – ללא תקדים" כל העיר 13.6.1980, 7.

340 בדברי ההסבר להצעת חוק חופש התארגנות פוליטית לסטודנטים במוסדות להשכלה גבוהה משנת 1996 נכתב כי "במרבית האוניברסיטאות והמכללות מחקיימת פעילות כזו באורח טבעי, אולם במקצתן נמנע הדבר מן הסטודנטים".

## שנות ה־2000 ואילך: הסדרה חוקית של הזכות להפגין בקמפוסים

בכנסת ה־17 החל מהלך של חברי כנסת מסוימים נגד "אג'ודות שמאל" השולטות לכאורה אצל המרצים באוניברסיטאות ומונעות לכאורה מסטודנטים ימניים את חופש הביטוי הפוליטי. את החוק בעניין הזה הובילו צעירי הליכוד באותו הזמן, באמצעות ח"כ סילבן שלום. וכך, חוק זכויות הסטודנט, שנחקק בשנת 2007, קבע במפורש כי "לכל סטודנט החופש להתארגן ולהפגין בכל תחום ונושא לרבות בנושאים הנוגעים לסטודנטים ולזכויותיהם, לפי הכללים הקבועים בעניין זה בתקנון המוסד".<sup>341</sup> למרות הרקע השנוי במחלוקת של הורתו ולידתו של החוק, יש ערך בהכרה בזכות ההפגנה של הסטודנטים בתחומי המוסדות להשכלה גבוהה ובהסדרה סטטוטורית שלה. בפועל, החקיקה מקנה שיקול דעת נרחב למוסדות ההשכלה הגבוהה לקבוע כללים שיגבילו זכות זו. וכפי שכתבו אמנון רובינשטיין ויצחק פשה –

גם אם יש לפרש את הזכויות שהוקנו בחוק באופן 'חיובי' יוצא המוסד ידי חובתו כאשר הוא קובע בתקנונו כללים המגבילים את הזכות באופן הנותן תוקף לרוח הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא, ומעניק, על ידי איזון ראוי, את הזכויות ואת האפשרות להתבטא, להתארגן ולמחות באופן שאינו פוגע במימוש התכלית המרכזית שלו: הלימודים והמחקר.<sup>342</sup>

ואולם, אין זו מלאכה קלה עבור המוסדות, ולכן לא תמיד הם מצליחים לשמור את הזכות. שערך מרכז המחקר והמידע של הכנסת שנה לאחר חקיקת החוק גילה כי חלק מהמוסדות מטילים מגבלות בעייתיות על מימוש הזכות.<sup>343</sup> עניין זה עלה, למשל, בפסק דין מ־2008, שביטל את האיסור שהופיע בתקנון

341 סעיף 6 לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007.

342 אמנון רובינשטיין ויצחק פשה סדקים באקדמיה: חופש אקדמי, עצמאות האוניברסיטה, מעמד הסטודנט והזכות להשכלה גבוהה 246 (2014).

343 יובל וורגן יישום חוק זכויות הסטודנט: חופש הביטוי וחופש ההתארגנות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2008).

אוניברסיטת בן-גוריון לערוך הפגנות בנושאים פוליטיים שאינם בקונצנזוס לאומי-ציבורי תחת כיפת השמיים.

כעבור כמה שנים, בשנת 2014, קיבלה המועצה להשכלה גבוהה (המל"ג) החלטה שלפיה הזכות להפגין תוגבל רק במקום שבו "הפעילות אסורה לפי כל דין; יש בפעילות פגיעה מהותית בקיום הסדיר של פעילות המוסד; הפעילות נעשית למטרות מסחריות". כן נקבע כי "מוסד יהיה רשאי לקבוע כללים לעניין פעילות כאמור בעניינים הבאים: מועד, מקום ומתכונת הפעילות, באופן שיאפשר את קיומה באופן המניח את הדעת; תשלום למוסד בשל פעילות הכרוכה בעלות כלכלית נוספת (כדוגמת אבטחה, ניקיון וכיו"ב)".

### דיון ביקורתי בדין הקיים

החלטת המל"ג משנת 2014 היא התפתחות חיובית במובנים מסוימים – הן במשנה התוקף שניתן לזכות המחאה של סטודנטים ובהסדרה הרשמית והאחידה של הסוגיה, הן בקביעה שיש ליצור מנגנון ערעור על דחיית בקשה להפגין בקמפוס (מנגנון שלא היה קיים עד אז בכל האוניברסיטאות).

ובכל זאת, דומה כי מרחב שיקול הדעת הנתון בעת הזאת למוסדות ההשכלה הגבוהה עודנו רחב מדי ועלול לפגוע בזכות ההפגנה. שיקול הדעת הרחב אינו מכיר בהיותם של האקדמיה ושל הקמפוסים האקדמיים זירות מחאה ו"חממות" של הפגנות פוליטיות.<sup>344</sup> הגבלה של הזכות להפגין דווקא שם היא פגיעה של ממש בחופש הביטוי הפוליטי; היא פוגמת הן בזכויותיהם של הסטודנטים, הן בחופש האקדמי במובנו הרחב. כך, יש מוסדות להשכלה גבוהה שעדיין אוסרים על פעילות ציבורית פוליטית תחת כיפת השמיים. נוסף על כך, בעייתית היא הדרישה הרווחת במוסדות לאישור מראש שצריך להינתן בשלב תכנון מחאה. כאמור בהקשר הכללי של חופש המחאה,<sup>345</sup> דרישה זו פוגעת במחאות

Sirianne Dahlum & Tore Wig, *Chaos on Campus: Universities and* 344  
*Mass Political Protest*, 54 (1) COMPAR. POL. STUD. 3 (2021)

345 אחי וייסבלאי פעילות ציבורית בקמפוסים – יישום סעיפי חופש הביטוי וחופש ההתארגנות בחוק זכויות הסטודנט 2 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2018).

ספונטניות.<sup>346</sup> אף אם יש מקום להותיר שיקול דעת נרחב לכל מוסד אקדמי, ראוי לפסוע בעקבות ההמלצה לאכוף על המוסדות את קיום הנחיות המל"ג משנת 2014 בדבר האפשרות המצומצמת להגביל את הזכות להפגין, ולעמוד בקווים המנחים שנקבעו שם לעניין חופש ההפגנה.

## הפגנה ליד בתיאם של משרתי ציבור (פקידים ונבחרים)

החקיקה טרם הסדירה את סוגיית חופש המחאה מול ביתם של משרתי ציבור, אך היא הוסדרה בחלקה בידי הייעוץ המשפטי לממשלה ובפסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט העליון קבע זה מכבר כי היכולת של הציבור לבקר את השלטון היא "מאפיין כה בסיסי של הדמוקרטיה עד כי ניתן לתארה כ'נייר הלקמוס' המבחין בין מדינות דמוקרטיות למדינות שאינן כאלה". כן הוא הבהיר כי הביקורת נגד השלטון כוללת מטבעה גם הפגנות נגד אנשי ציבור, ואלו כשלעצמן, אינן מפעילות לחץ פסול.<sup>347</sup> בפסיקתו הבחין בית המשפט בין הפגנות הנערכות מול ביתו של איש הציבור לבין הפגנות הנערכות סמוך לו. כאשר מדובר בהפגנה מול ביתו של איש ציבור – ככלל אין לאשר את ההפגנה, והזכות להפגין נסוגה מפני הזכות לפרטיות. כל זאת, למעט במקרים שבהם אין בנמצא חלופה אפקטיבית להפגנה.<sup>348</sup> אולם, אם ההפגנה איננה מול בית איש הציבור או לידו, אלא רק במקום **סמוך לו**, היא תיבחן לפי האיזונים הרגילים, ויהיה אפשר להגבילה רק במקרים של ודאות קרובה להפרת הסדר הציבורי.<sup>349</sup> הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2022 הבהירה כי אם אין חלופה אפקטיבית להפגנה, והיא מתקיימת מול ביתו של איש ציבור, על המשטרה להטיל תנאים של מקום,

346 ענבל בורוש ואביגיל וולנסקי "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון" הארת דין ז 61, 71 (2012).

347 בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76, בפס' 22-23 לפסק דינה של השופטת חיות; הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 6.

348 בג"ץ דיון, לעיל ה"ש 52, בעמ' 468. ראו גם בג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.4.2017). יש לציין כי עולה השאלה מהי אותה "חלופה אפקטיבית" להפגנה נגד חבר כנסת? האם מדובר במקום עבודתו – היינו בכנסת – שבה, כאמור, חל איסור גורף להפגין, אלא באישור יושב ראש הכנסת? האם הפגנה סמוך לכנסת תיחשב "חלופה אפקטיבית"? דומה שהתשובה לכך שלילית.

349 בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76.

זמן ואופן, והכול "תוך התחשבות במספר המפגינים, מידת הרעש של ההפגנה, תנאי המקום, ויחד עם זאת הצורך במתן אפשרות למחאה אפקטיבית".<sup>350</sup>

### התפתחות הפסיקה ביחס לשאלת הזכות להפגין מול ביתם של אנשי ציבור

בשנת 1971 סירבה המשטרה ליתן רישיון להפגנה מול ביתו של שר המשפטים דאז יעקב שמשון שפירא, בנימוק ש"רישיון להפגנות ניתן רק כלפי מוסדות ציבור וביתו של השר אינו מוסד ציבורי". השר, שהתוודע להחלטה דרך העיתונות, פנה בעצמו למפקד המחוז בבקשה ממנו להימלך בדעתו.<sup>351</sup> המשטרה נעתרה לבקשה זו, וההפגנה התקיימה כמתוכנן.<sup>352</sup> סוגיה זו הגיעה לראשונה לפתחו של בג"ץ בשנת 1973 בפרשת כהנא, שביקש להפגין מול ביתו של שר החוץ, אך המשטרה לא נעתרה להעניק לו את הרישיון המבוקש. בית המשפט קיבל את עמדת המשטרה ולפיה "חופש האסיפה וחופש הביטוי אין פירושה מתן היתר לחזור לרשות היחיד".<sup>353</sup>

20 שנה אחר כך הוגשה עתירה נגד החלטת מפקד מחוז ירושלים במשטרת ישראל שלא לתת רישיון להפגין מול ביתו של הרב עובדיה יוסף (להלן: פרשת דיין).<sup>354</sup> העתירה אומנם נדחתה פה אחד, אך השופטים נחלקו בעמדותיהם בשאלת האיזון הראוי בין הזכות להפגין מול בתיהם של אנשי ציבור לבין הזכות לפרטיות: השופט ברק, בדעת מיעוט, נקט את הגישה המרחיבה ביותר. הוא הבהיר כי הזכות להפגין משתרעת גם על קיום הפגנה בשכונת מגורים, ולא רק מול מוסדות ציבור,<sup>355</sup> ולכן זכות זו אינה נסוגה לחלוטין מפני הזכות לפרטיות. לדעתו, יש להתיר את קיום ההפגנה בכפוף לאיזון האופקי של זמן, מקום ואופן. השופט שלמה לוי, מצידו השני של המתרס, נקט את הגישה המצמצמת ביותר

350 הנחיית היועמ"ש בעניין חירות ההפגנה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 7.

351 "לא הירשו הפגנה ליד בית שר המשפטים" מעריב 3.12.1971, 3.

352 "איכפתניקים" הפגינו לפניו ביתו של שר המשפטים" על המשמר 6.12.1971, 6.

353 בג"ץ 456/73 כהנא נ' מפקד המחוז הדרומי (16.12.1973).

354 בג"ץ דיין, לעיל ה"ש 52.

355 שם, בעמ' 478.

ביחס לחופש המחאה. לדבריו, ביתו הפרטי של איש הציבור "הוא אכן מבצרו", כך שכלל הזכות לפרטיות גוברת ומותר לאסור על קיום משמרת מחאה מול ביתו של הרב יוסף.<sup>356</sup> בתוּך, עמדתו של השופט אליעזר גולדברג הייתה שכלל, אם יש חלופה אפקטיבית למקום עריכת ההפגנה, אין להתיר הפגנות מול בתיהם של אישי ציבור, אלא אם כן במעון הפרטי מתקיימת רוב פעילותם הציבורית.

פסק הדין זכה לביקורת. דניאל פרידמן עמד על הרחבת ההלכה בהשוואה לבג"ץ כהנא, שניתן ב-1973, ושם, כאמור, נקבעה קביעה נחרצת יותר כי ביחס להפגנות מול בתי מגורים – הזכות לפרטיות גוברת על הזכות להפגין.<sup>357</sup> לדברי פרידמן, טוב היה אם עמדת השופט לויין בפרשת דיין הייתה מתקבלת והופכת להלכה.<sup>358</sup> לעומת זאת, מיכאל בירנהק ביקר את עצם הצבתה של הזכות לפרטיות אל מול חופש ההפגנה בנסיבות דנן. לטענתו, הגם שהפגנה או משמרת מחאה הניצבת אל מול ביתו של איש הציבור עשויה לגרום למטרד, היא איננה עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, שכן אין היא נכנסת בפועל לתוך תחום ביתו של איש הציבור. לדבריו, מתאים יותר לערוך את האיזונים בין זכות ההפגנה לבין אינטרסים אחרים העשויים להיפגע מהפגנות כגון דא, למשל הסדר הציבורי ושלומו הציבור.<sup>359</sup>

פסק הדין נותר שנוי במחלוקת, מה שהקשה אולי על יישומו בידי רשויות אכיפת החוק. הן המשטרה, בבואה להעניק רישיון להפגנות, הן בתי המשפט – לא נקטו קו עקבי ביחס לזכות המחאה מול בתיהם של אישי ציבור. כאשר הגיעו החלטות המשטרה לכדי ביקורת שיפוטית, האסטרטגיה שהמדינה נקטה בה כללה בדרך כלל ניסיון להגיע לפשרה כדי להימנע מפסק דין שירחיב את הלכת דיין ואת זכות ההפגנה מול אישי ציבור.<sup>360</sup> בג"ץ נפתלי, בעניין קיום הפגנות מול ביתו

356 ראו גם מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11, 40 (1999).

357 בג"ץ כהנא, לעיל ה"ש 353.

358 דניאל פרידמן "לאחר הרצח" המשפט ג 9-11 (1996).

359 מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 159-161 (2011); מיכאל בירנהק פרטיות חוקתית 201-202 (2023).

360 יובל רויטמן וירדן אלון "דילמות ייצוג של עריכת דין ממשלתית – אגב הדין

הפרטי של היועץ המשפטי לממשלה, סתם את הגולל (לעת עתה) על חששות המדינה מפני פסיקה עקרונית, שכן נקבע בו כי "ההלכה שנקבעה בעניין דיין עומדת על מקוונה והיא לא שונתה ולא נהפכה".<sup>361</sup> גם אחרי בג"ץ נפתלי אישרה המשטרה בכמה הזדמנויות הפגנות בסמוך לבתייהם של עובדי ציבור. עובדה זו מוכיחה שעדיין יש חוסר בהירות בדין הקיים.<sup>362</sup>

### הסיווגים בפסיקה ביחס לנמעני המחאה

ההלכה קובעת כי "לא הרי נבחר ציבור כהרי עובד ציבור, ולא הרי עובד ציבור בכיר כהרי עובד ציבור זוטור".<sup>363</sup> כלומר, המושאים המובהקים טבעיים יותר להפגנה הם נבחר הציבור. זאת ועוד, ככל שרמת הבכירות עולה, הן בדרג המקצועי, הן בדרג הפוליטי, גוברת עוצמתה של הזכות להפגין ונדרשת הצדקה חזקה יותר להגבלתה. אין דינה של הפגנה נגד משרתי ציבור בדרג זוטור מקרב הפקידות המקצועית כדין הפגנה נגד נושאי משרה בכירים (למשל היועץ המשפטי לממשלה). נדון עתה בהלכות שהתפתחו ביחס לבתייהם של אנשי ציבור למיניהם.

### עובדי ציבור

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מבהירה שמכיוון שעובדי ציבור בדרג המקצועי שאינו בכיר אינם קובעים מדיניות, אין לאפשר הפגנות מול ביתם הפרטי או בסמוך לו, גם אם החלופה של הפגנה מול המשרד שהם עובדים בו אפקטיבית פחות. לכן, אם החלה הפגנה מול ביתו של עובד ציבור, על המשטרה לפעול במהירות כדי להרחיק את המפגינים מתחומי הבית הפרטי.<sup>364</sup> לעומת

---

במחאה בסמוך לביתם של נבחר ציבור ופקידי ציבור "שורשים במשפט 495 (דינה זילבר עורכת 2020).

361 בג"ץ נפתלי, לעיל ה"ש 348, בפס' 14.

362 הנחיית היועמ"ש בעניין חירות ההפגנה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 7.

363 בג"ץ נפתלי, לעיל ה"ש 348, בפס' 18.

364 הנחיית היועמ"ש בעניין חירות ההפגנה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 7; כן ראו בג"ץ מטה הרוב, לעיל ה"ש 108, בפס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם את עמדת אסף הראל, שמצב שבו אישיות ציבורית סופגת בביהת גידופים שמטרתם להשפילה



זאת, נושאי משרה בכירים – דוגמת היועץ המשפטי לממשלה ושופטים – אינם חסינים ממחאה בקרבת בתיהם.<sup>365</sup>

### מעון ראש הממשלה

הפגנות מול בתיהם של ראשי ממשלה התקיימו כבר בראשית ימי המדינה. עמדת המשטרה ועמדותיהם של ראשי הממשלה השתנו במרוצת השנים. למשל, בהפגנה שנערכה מול מעונו של דוד בן-גוריון ב־1949 נתקלו המפגינים בשיטור אגרסיבי.<sup>366</sup> לעומת זאת, חלק ממנהיגי העבר במדינה (שהיו מהם מי שנהנו בעצמם מזכות ההפגנה ופילסו באמצעותה את הדרך לשלטון) הבינו היטב את הצורך להגן על זכותם של המפגינים גם שעה שהם אחזו ברסן השלטון וכאשר הביקורת הופנתה כלפיהם. בין המנהיגים האלה אפשר למנות, למשל, את גולדה מאיר, שהפגנות נגדה, על פי עדותה, "הגיעו חצי מטר מדלת ביתי", אך היא הביעה התנגדות להטיל מגבלות על הפגנות מול בתים של שרים;<sup>367</sup> ואת מנחם בגין, שבהיותו ראש ממשלה התנגד להמלצת כוחות הביטחון להרחיק משמרת מחאה קבועה שהתמקמה סמוך למפתן ביתו, אף שהדבר הסב לו אי־נחת רבה.<sup>368</sup> בית המשפט העליון בבג"ץ **עם כלביא** משנת 1994, שעסק במחאות מול ביתו של ראש הממשלה דאז יצחק רבין, פסק כי "מעונו של ראש הממשלה הוא בעל אופי מיוחד ויש בו מסמליות השלטון. הוא שונה מדירות מגורים רגילות. על כן – ובלי לפסוק בדבר הזכות להפגין מול דירות שרד או דירות מגורים רגילות – נתונה לעותרים הזכות החוקתית לקיים אספה או הפגנה ליד

---

ולהפר את שלוחתה, הוא חציית קו אדום ומצדיק גם הוצאת צווי הטרדה מאיימת (אסף הראל גופים ונושאי משרה דו־מהותיים 583 (מהדורה שנייה 2019)).

365 בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת חיות.

366 "המשטרה פיזרה בכוח הפגנת תושבים ליד ביתו של ראש הממשלה" קול העם 4 20.10.1949.

367 חנה יבלונקה ילדים בסדר גמור : ביוגרפיה דורית של ילידי הארץ 1948-1955 294 (2018).

368 מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס חשבון נפש דמוקרטי לפי משנתו של מנחם בגין 6 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2011).

מעונו של ראש הממשלה".<sup>369</sup> בית המשפט הוסיף וקבע כי אף שזו זכות חוקתית, רשאית המשטרה להגביל אותה בתנאים של זמן, מקום ואופן.

שאלה זו שבה והתעוררה בעת האחרונה בעתירת תושבי השכונות רחביה וטלביה בירושלים המתגוררים סמוך למעונו של ראש הממשלה, בדרישה לאסור על ההפגנות במקום, או לחלופין להשית מגבלות משמעותיות יותר של זמן, מקום ואופן, ובין היתר, לאסור על המטרדים הנלווים להפגנות לנוכח החשש להדבקה בקורונה בשל ההתקהלות ההמונית. בית המשפט קבע כי בשל הסמליות השלטונית של המבנה הפגנה מול מעון ראש הממשלה נושאת חשיבות מיוחדת. אשר לטענה נגד הרעש העולה מן ההפגנות, הובהר כי ההגבלות שהטילה המשטרה (הגבלת השימוש באמצעים מרעשים בשעות מסוימות) מאזנות כראוי בין זכויות הצדדים. עוד הובהר כי אין להגביל את מספר האנשים הרשאים להשתתף בהפגנות מחמת סכנות מגפת הקורונה, שכן הגבלה כזאת תהיה למעשה שלילה של הזכות להשתתף במחאה, והדבר אינו עומד במבחן הוודאות הקרובה. אם כן, בפסק הדין נקבע כי התנאים שהטילה המשטרה על ההפגנות מספקים, וכי הפגיעה בתושבים היא "בבחינת 'הכרח בל יגונה' למימוש הזכות להפגין, 'ובבחינת מחיר שנדרש לשלמו כדי לזכות בחיים בחברה דמוקרטית'".<sup>370</sup> שאלה מורכבת יותר עלתה בנוגע להפגנות מול ביתו הפרטי של ראש הממשלה לשעבר נפתלי בנט ברענונה, ששימש גם מעונו הרשמי באותה העת. הפגנות אלו הסבו אי-נוחות רבה לא רק למשפחתו אלא גם לשכניו ולרשות המקומית שהוא מתגורר בה, שהייתה אחת העותרות לבג"ץ נגד המתווה שקבעה המשטרה. לפי המתווה, ניתנה רשות לערוך שלוש הפגנות בשבוע סמוך לבתים פרטיים. חרף הפגיעה נקבע כי "אין מנוס, לעת הזו, מלאפשר קיום של הפגנות במקומות שהוצעו במתווה המשטרה, ובהתאם לתנאים שנקבעו על ידה. זאת, למרות הפגיעה הבלתי מבוטלת שנגרמת עקב כך ליושבי הבתים הסמוכים על לא עוול בכפם".<sup>371</sup>

369 בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים פ"ד מח(4) 793, 795 (1994).

370 בג"ץ פדידה, לעיל ה"ש 15. ראו גם מיכל נד"ב "ההגנה על חופש ההפגנה: חופש הביטוי יוצא אל הרחוב" 75 שנות עצמאות במשפט (דפנה ברק-ארז עורכת 2023).

371 בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל 48 (18.5.2022).

### משכן הנשיא

לפי עיתון מעריב האישור הראשון להפגין מול משכן הנשיא ניתן בשנת 1987.<sup>372</sup> בג"ץ לא דן בשאלה בפירוש אלא אגב אורחא בעניין דין. משכן הנשיא נחשב אפוא מרחב שונה מבתי אישי ציבור אחרים בהיותו סמל שלטוני. לכן זכות ההפגנה מולו רחבה, דומה לזכות הנתונה להפגין מול בית ראש הממשלה.<sup>373</sup>

### **התפתחויות עדכניות**

המחאה נגד ההפיכה המשטרית עשתה שימוש רב בכלי של הפגנות מול ביתם של אנשי ציבור, והיא העלתה מאוד את העיסוק בסוגיה זו. בעת האחרונה פנו נבחרי ציבור להגביל את ההפגנות מול בתיהם בחקיקה. לדוגמה, בראשית חודש יולי 2023 הוגשה הצעת חוק המבקשת לקבוע כי לא יינתן רישיון להפגנה או משמרת מחאה ליד בית מגורים של עובד מדינה, לרבות נבחר ציבור, אלא אם כן אי אפשר לקיימן במקום מתאים אחר. במקרה כזה (כאשר אי אפשר להפגין במקום אחר) ייקבעו תנאים לעניין ההפגנה – כולל עריכת ההפגנה במרחק שלא יפחת מ־500 מטרים מבית המגורים.<sup>374</sup> לצד זאת, הוגשה גם הצעת חוק המבקשת לקבוע כי אספה או תהלוכה במרחק הקטן מ־230 מטרים מביתו הפרטי של איש ציבור (הן נבחר ציבור הן עובד ציבור, ואף עיתונאים או בעלי מניות בכלי תקשורת) תיחשב התקהלות בלתי חוקית. יוצאת מכלל זה אספה שקטה המונה עד חמישה משתתפים, היכולה להיערך במרחק שלא יפחת מ־150 מטרים מביתו הפרטי של איש הציבור.<sup>375</sup> הצעת החוק מבקשת לתת עיגון חוקי לחלקים נרחבים מהנוהל המשטרתי משנת 2023 בעניין רישוי הפגנות, ואף להחמירו בהיבטים מסוימים.<sup>376</sup>

372 מנחם רהט "לראשונה מחירה המשטרה הפגנה מול משכן הנשיא" מעריב 26.3.1987, 1.

373 ע"מ התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 129.

374 הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הפגנה ליד בתי מגורים), התשפ"ג-2023 (פ/3720/25).

375 הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (התקהלות בלתי חוקית מול ביתו של איש ציבור), התשפ"ג-2023 (פ/3632/25).

376 כך, לדוגמה, איש ציבור מוגדר בהצעת החוק הגדרה מרחיבה ביותר: "נשיא

נוסף על כך, בעת האחרונה פורסם נוהל משטרתי המסדיר אירועי מחאה מול בתים פרטיים של אישי ציבור. ראשית, נקבע בו, בזאת הלשון: "ההנחה היא כי הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור, נועדה כדי להפעיל עליו לחץ פסול על ידי הטרדתו בביתו הפרטי, בניסיון לכפות עליו החלטות שאינן משרתות את האינטרס הציבורי אשר לו הוא מחויב". לכן אין לאפשר מחאה ליד ומול ביתו הפרטי של איש ציבור (המוגדר בנוהל "עובד מדינה, עובד רשות מקומית, נבחר ציבור וכן גורם אחר שהוא בעל סמכות על פי דין"), אם יש חלופה אפקטיבית למחאה. כן נאמר שם כי אפשר לקבוע תנאים המרחיקים את מיקום המחאה, וכי יש לשאוף להרחיק את המחאה למיקום שאינו בשטח מגורים כדי שלא לפגוע בשכנים. עוד נקבע כי ניתן לקבוע תדירות למחאות (פעם אחת-פעמיים בשבוע) וכן לקבוע תנאים נוספים (לדוגמה, איסור על שימוש בצופרי אוויר או איסור על שימוש באמצעי הגברה לאחר שעה מסוימת). כל זאת, נוסף על הגבלות הקבועות בתקנות למניעת רעש בלתי סביר, האוסרות – כך לפי הנוהל – על השמעת רעש כלשהו (גם אם אינו רעש בלתי סביר) בשעות השניה והמנוחה. עוד נקבע בנוהל כי מחאה שקטה של אנשים ספורים תמוקם במרחק של עד עשרות מטרים מבית איש הציבור, ומחאות אחרות ימוקמו במרחק של עד 250–500 מטרים בערך מבית איש הציבור.<sup>377</sup> מתוקף הנוהל הזה הטילה המשטרה הגבלות על הפגנות מול בתים של שרים וחברי כנסת, וקבעה כי הן יוכלו להתקיים רק כמה ימים בשבוע ובשעות מסוימות, ובמרחק של מאות מטרים מבתי השרים

---

המדינה, ראש הממשלה, שר, סגן שר, חבר הכנסת, שופט, ראש רשות מקומית, חבר מועצת רשות מקומית, עובד ציבור בכיר, עיתונאי או בעל מניות המחזיק בחמישה אחוזים או יותר בבעלות על כלי תקשורת". לעומת זאת, הנוהל המשטרתי מגדיר איש ציבור – "עובד מדינה, עובד רשות מקומית, נבחר ציבור וכן גורם אחר שהוא בעל סמכות על פי דין", גם הגדרה זו מרחיבה, כמוסבר לעיל. גם אספה מוגדרת אחרת בשני המסמכים: הנוהל המשטרתי הולך בעקבות פקודת המשטרה ומגדיר אספה – "חמישים איש או יותר המתקהלים תחת כיפת השמיים כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל עניין מדיני", ואילו הצעת החוק מבקשת לקבוע כי אספה מתרחשת כאשר שני אנשים או יותר מתקהלים. כמו כן, הנוהל המשטרתי מבקש להרחיק אספה שקטה "עד עשרות מטרים מבית איש הציבור", ואילו הצעת החוק מציעה לקבוע כי אספה שקטה ובה עד חמישה משתתפים לא תהיה בלתי חוקית אם היא "מתקיימת במרחק שלא יפחת מ-150 מטרים מביתו הפרטי של איש ציבור".

וחברי הכנסת.<sup>378</sup> בפועל, לאחר פנייה להליכים משפטיים, הורתה פרקליטות המדינה למשטרה לצמצם חלק מן ההגבלות.<sup>379</sup>

### דיון ביקורתי

לדעתנו, אין לראות בסוגיית ההפגנות מול ביתם של אנשי ציבור התנגשות בין זכותו של הציבור להפגין לבין הזכות לפרטיות של משרת הציבור, באי ביתו וסביבתו הקרובה. אומנם אין ספק שיש התנגשות בין הזכות להפגין לבין נוחותם ורווחת חייהם של משרתי הציבור, וחשוב מכך – נוחותם ורווחת חייהם של בני ובאי ביתו והמתגוררים בסביבה הקרובה. עם זאת, וכפי שציין גם מיכאל בירנהק,<sup>380</sup> ספק בעינינו אם יש בהפגנה כזאת התנגשות בין שתי זכויות יסוד, שכן קשה לטעון שהפגנות כאלה פוגעות בזכות לפרטיות. אם כך, מכיוון שאין כאן התנגשות בין שתי זכויות יסוד, לא מקובלת עלינו הסגה א־פירורית של הזכות להפגין.

מכאן שבניגוד להלכה השלטת כיום אין מקום לסווג הפגנות מול אישי ציבור אך ורק לפי מקום ההפגנה (ביתו של איש הציבור). מדובר בשיקול רלוונטי, אך לא בשיקול היחיד ולא דווקא בשיקול המכריע. כדי להכריע בשאלה אם לאפשר הפגנה מול ביתו של איש ציבור אפשר להיעזר בכמה אמות מידה מרכזיות שפותחו בספרות ובפסיקה: הראשונה, מיהו הנמען של פעילות המחאה; השנייה, מהי תכליתה של ההפגנה (יודגש, אין מדובר בתוכני ההפגנה ובהשתייכות הפוליטית של מארגניה); השלישית, מיקומו של המעון והיקף השכנים שהמחאה עשויה לפגוע בשגרת חייהם; והרביעית, משך המחאה.

378 רן שמעוני, בר פלג ויהושע (ג'וש) בריינר "המשטרה הטילה הגבלות על הפגנות ליד בתים של עשרה ח"כים ושרים, בהם לוי", אתר הארץ (1.8.2023).

379 מתן וסרמן ואברהם בלוח "הישג למחאה: הוסרו ההגבלות על הפגנה בקרבת ביתו של ח"כ דני דנון" אתר מעריב (30.8.2023). יש לתת את הדעת לכך שהמשטרה ביטלה את הנוהל רק לאחר חודש, כך שהנזק לזכות המחאה כבר נעשה. עניין זה מתקשר לדפוס של מעצר מפגינים בהפגנות ללא עילה מספקת ושחרורם לאחר שעות ספורות. גם כאן הנזק של שלילת זכות ההפגנה נעשה כבר עם ביצוע המעצר, והוא מצטרף לנזק החמור של שלילת חירות ללא עילה מספקת.

380 ראו האמור לעיל בה"ש 359.

יוער בהקשר זה, כי ברק מדינה הציע הבחנה, ולפיה אפשר למנוע משמרות מחאה "שתכליתן העיקרית אינה הוכחת איש הציבור על מעשיו או ביטוי מסר אחר כלשהו, אלא ניסיון לכפות אותו לשנות את מדיניותו על-ידי הפעלת לחץ עליו בדרך של פגיעה נמשכת בו, במשפחתו ובשכניו". לדיו, במקרה זה לא תהא זו פגיעה בזכות להפגין, שכן תכליתה העיקרית של משמרת המחאה בנסיבות אלו איננה הבעת מסר.<sup>381</sup> המורכבות של גישה זו היא שהקו שבין מחאה שתכליתה לשכנע איש הציבור לשנות מדיניות שנקט או עומד לנקוט לבין ניסיון לכפות עליו שינוי כזה הוא קו דק בלבד. כדברי אהרן ברק, "כוונתו של המפגין לפגוע, להפחיד או להטריד אינה מוציאה את ההפגנה מגדריה של הזכות החוקתית לחופש ההפגנה. הגבלות לגבי מימושה של זכות ההפגנה ייבחנו בשלב השני של הבחינה החוקתית, הוא שלב הצידוק".<sup>382</sup> אומנם, אפשר לחשוב על דוגמאות אקטואליות לרדיפה כופה מסוג זה, למשל, הרדיפה שחוותה שרון אלרעי פרייס, ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, מצד מתנגדי החיסונים לקורונה. ובכל זאת, גם במקרים מעין אלו לא ברור מדוע אי אפשר להסתפק בצווים למניעת הטרדה מאיימת כאשר הם מוצדקים, וכאשר הם אינם מוצדקים – להסתייע בהגבלות זמן, מקום ואופן.

ההתפתחויות העדכניות בעקבות המחאה נגד ההפיכה המשטרית מציירות תמונה מטרידה של הגבלת יתר של הזכות להפגין. הנוהל המשטרתי המסדיר אירועי מחאה מול בתים פרטיים של אישי ציבור בעייתי בכמה היבטים, ואף סותר את הנחיות היועצת המשפטית לממשלה ואת ההלכה בנושא. ראשית, בהיבט הכללי – אין למשטרה סמכות להטיל הגבלות גורפות על מחאות שאינן דורשות רישיון (כגון במקרה של מחאות שבהן משתתפים פחות מ-50 אנשים או מחאות שאינן עוסקות בנושאים מדיניים), אלא עליה לבחון כל אירוע

381 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 300 (2012). ראו גם מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 581; השוו אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 147 (2014). מכל מקום, מדינה מתנגד להצעות המבקשות לאסור לחלוטין הפגנות מול מעונם של אישי ציבור. ראו גם מדינה ווגשל, לעיל ה"ש 96.

382 אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 132 (2018).

לגופו.<sup>383</sup> שנית, נקודת המוצא של הנוהל, שלפיה "הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור, נועדה כדי להפעיל עליו לחץ פסול על ידי הטרדתו בביתו הפרטי" שגויה ומנוגדת להלכה שהפגנות נגד אנשי ציבור אינן, כשלעצמן, הפעלה של לחץ פסול.<sup>384</sup> לא כל לחץ הוא פסול, לא כל הפגנה עולה כדי הטרדה במשמעה המשפטי, ובוודאי שישנן הפגנות שתכליתן לעודד את איש הציבור לפעול למען האינטרס הציבורי ולא נגדו. הנוהל המשטרתי אף אינו מבחין בין סוגים שונים של אנשי ציבור, ואילו הפסיקה הבחינה לעניין הפגנות מול בתים פרטיים בין עובדי ציבור לבין נבחרי ציבור. גם ההגבלות הפרטניות שנקבעו פסולות.<sup>385</sup> בעניין מקום המחאה – הרחקה של המחאה עשרות עד מאות מטרים מבית נבחר הציבור מאיינת את מטרת ההפגנה, וכך כבר קבעה בפועל פרקליטות המדינה.<sup>386</sup> בעניין הרעש – הנוהל המשטרתי אוסר על "השמעת רעש כלשהו" בשעות השינה והמנוחה, ואילו התקנות שעליהן הוא מסתמך מצומצמות יותר ומפרטות מהו הרעש שאסור להקים בשעות המנוחה והשינה.<sup>387</sup>

יש לתת את הדעת גם להקשר הכללי שבו גובש הנוהל המשטרתי – עת התקיימו הפגנות מתמשכות מול בתי נבחרי ציבור, וגברה הביקורת של נבחרי הציבור עצמם על קיום המחאה ועל "אוזלת ידה" של המשטרה בהתמודדות עם המחאות. יש חשש שהנוהל הקיצוני גובש בשל הלחץ שהופעל על המשטרה מהדרג המדיני.

## קניין פרטי במרחב הציבורי

סוגיה נוספת שיש לתת עליה את הדעת היא אם ניתן להפגין בקניין פרטי הנמצא במרחב הציבורי (לדוגמה, בקניונים). שאלה זו נזכרה בדרך אגב בפרשת

383 פורום המרצות והמרצים למשפטים "נייר עמדה מס' 56: חוקיות ההגבלות המשטרטיות על הפגנות ליד בית המגורים של אנשי ציבור" (28.8.2023).

384 בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76, בפס' 22–23 לפסק דינה של השופטת חיות.

385 ראו עמדה דומה שהביע פורום המרצים בנייר עמדה מס' 56, לעיל ה"ש 383.

386 וסרמן ובלוך, לעיל ה"ש 379.

387 תקנה 3 לתקנות למניעת מפגעים (מניעת רעש), החש"ג-1992 קובעת כי "לא ישיר אדם, לא יצעק ולא יפעיל כלי נגינה, מקלט רדיו או טלוויזיה ולא יקים רעש באמצעות פטיפון, רמקול, מגביר קול או מכשירי קול כיוצא באלה".

דיין בשנת 1994, ושם הובעה הדעה כי "לא הרי קניין פרטי, שעל פי המסורת החברתית הוא 'מבצרו' של הפרט (כגון דירתו או ביתו) כהרי קניין פרטי, שעל פי המסורת החברתית משמש את הציבור (כגון קניון [...])."<sup>388</sup> בהקשר זה, ברק מדינה עמד על הייחודיות של קניין פרטי הנמצא במרחב הציבורי; מדובר במוסדות שהם "מעין-ציבוריים", במובן זה שהם נדרשים לכבד זכויות אדם, ולכן החירות שלהם לנהוג בקניין כרצונם מוגבלת בהשוואה לבעלים אחרים של קניין פרטי.<sup>389</sup> בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון נרשמה אמרת האגב של השופט חשין כי "אין די בסיווגו של מקום כלשהו כ'פרטי', מבחינה קניינית או אחרת, כדי לקבוע, אפריורית, כי זכות ההפגנה תידחה או אף תוגבל משמעותית. עם זאת, נתון זה יילקח בחשבון, כמובן, בעת האיזון בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים [...]"<sup>390</sup>.

שאלה זו נדונה בהרחבה במאמרה של אילנה דיין משנת 1996. דיין הביאה לדוגמה בקשה להפגין בקניון – מרחב בבעלות פרטית המשמש את הציבור. דיין הצדיקה את קיומה של זכות המחאה במרחב זה בהיותה עשויה –

לתרום מידע, שלא תמיד מגיע לקהל הרלוונטי בערוצים אחרים. הקניון משמש פורום אפקטיבי במידה חזל באופן יחסי; הוא פותח אפיק השתתפות לגבי אלה שפורומים אחדים סגורים לפנייהם או יקרים מדי בשבילם. השיח הציבורי המודרני מתקיים בעיקרו בזירת התקשורת האלקטרונית. זו זירה בעייתית מאוד, בין היתר במובן זה שהיא גורמת, מעצם טיבה וטבעה, לטריוויאליזציה של הדיון הציבורי.<sup>391</sup>

אהרן ברק, במאמר שכתב כמה שנים לאחר מכן, התקשה להכריע בסוגיה זו לכאן או לכאן, אך הכיר גם הוא בעובדה שהפגנה בקניון היא "אמצעי חשוב

388 בג"ץ דיין, לעיל ה"ש 52, בעמ' 475.

389 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 574.

390 בג"ץ 2080/05 עמותת בצדק מרכז אמריקאי ישראלי לקידום נ' המפקח הכללי של המשטרה (14.1.2007).

391 אילנה דיין אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377 (תשנ"ו-תשנ"ז).



לשיח ציבורי המקדם את המשטר הדמוקרטי. לכאורה זהו אמצעי חשוב במיוחד לאותם מפגינים שאין בידם אמצעים כספיים לקנות מקום למודעה בעיתון או שעניינם אינו מושך את תשומת ליבם של הרדיו והטלוויזיה.<sup>392</sup> סוגיה זו מלמדת על חשיבות ההבחנה בין מרחב פרטי מובהק, כגון בית מגורים, לבין שטח פרטי בעל מאפיינים ציבוריים, המחייב את בעליו להביא בחשבון גם אינטרסים ציבוריים וחזיונות אדם. ברק מדינה הבהיר כי בשל אופיים המיוחד של המוסדות האלה – שהם מעין ציבוריים, או דומהותיים – הם נדרשים לכבד את חופש הביטוי. בהתאם לכך, נראה שההגבלות שבעלי הקניין ראשיים להטיל הן מסוג של זמן, מקום ואופן, ולא הגבלות על תוכן המסר. בהקשר הזה הדגיש מדינה כי לא די בחשש שההפגנה תפגע ברווחיות העסק כדי לשלול את הזכות להפגין.<sup>393</sup>

דוגמה מעניינת להתנגשות כזאת הייתה בפרשת פינוי מאהל "כיכר הלחם" בתל אביב, שהתמקם על קרקע שבבעלותם של יזמים פרטיים בכיכר המדינה. בפסק הדין בנושא נקבע כי העירייה – שביקשה להסיר את המאהל – פעלה כדין ולא פגעה בזכות ההפגנה, שכן מעשיה היו מוכוונים לסילוק מכשולים שהוצבו ברשות הרבים, והיא אינה אוסרת על הפגנות בכיכר.<sup>394</sup> פסיקה זו חשובה שכן בפועל צומצמה זכות המחאה, אף שאופיו הציבורי של המקום (כיכר המדינה) חזק יותר מאופיו הציבורי של קניון. וכפי שציין העותר: "העירייה סירבה לבקשתי בטענה שהשטח פרטי, אך אני, שראיתי איך עובדי עירייה מטפחים את גינות המקום וכיצד מסופקות לו גם תאורה, סברתי כי לא ייתכן שלציבור לא תהיה זכות לקיים הפגנה ומחאה בשטח, פרטי אומנם, שכספי ציבור מושקעים בו".<sup>395</sup>

שאלה מסדר אחר התעוררה בפרשת הבימה. בפרשה זו ביקש תאטרון הבימה (גוף דומהותי)<sup>396</sup> למנוע ממפגינים להקרין על קיר הבניין מסרים המהדהדים את

392 ברק, מבחר כתבים, לעיל ה"ש 107, בכרך א 546.

393 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 574.

394 עניין טויטו, לעיל ה"ש 51.

395 ישראל טויטו "חופש הביטוי בגוף ראשון: המאבק על כיכר הלחם" שקט, מדברים!, לעיל ה"ש 115, בעמ' 479, 480.

396 הראל, גופים ונושאי משרה דומהותיים, לעיל ה"ש 364, בעמ' 318.

השקפתם, בטענה שלא ראוי שמוסד ציבורי יהיה מזוהה עם מסרים פוליטיים. בית המשפט המחוזי בשבתו כבית המשפט לעניינים מינהליים קבע כי –

הקיר החיצוני של בית משותף הינו חלק מהרכוש המשותף. בהיקש לכך, הקיר החיצוני של מוסד ציבורי מהווה חלק מהזירה הציבורית. כאשר מוסד ציבורי ניצב בכיכר ציבורית, ניתן לראות בקיר החיצוני של המוסד הציבורי כחלק מן הסביבה הציבורית של הכיכר הציבורית.

על כן התיר בית המשפט את הקרנת המסרים, בתנאי "שבשום שלב לא יראה הדבר שהסמליל של תיאטרון 'הבימה' מתנוסס מעל המסרים והם מקושרים אליו".<sup>397</sup> האם קביעה זו משמעה שהקיר "הפנימי" של מוסד ציבורי איננו חלק מהזירה הציבורית? שאלה זו, כאמור, טרם התבררה.

## ג.

### הגבלות על מועד קיום ההפגנה: הפגנות בזמן חירום

בזמני חירום – בעת מלחמה או התמודדות עם מצב חירום אחר (דוגמת מגפת הקורונה) – כוחה של הרשות המבצעת גדל, בין בשל השימוש בתקנות שעת חירום, בין לנוכח העברת מוקד קבלת ההחלטות לקבינט מצומצם.

בעיתות חירום ניכרת נטייה של הממשל לכרסם בהגנה על זכויות האדם ולהגביל עד מאוד את חופש הביטוי ואת הזכות להפגין. לעיתים הגבלת ההפגנות נובעת מסערת הרגשות הציבורית הנלווית למצב החירום, בניסיון להשתיק ביקורת על השלטון וכדי ליצור מצג של אחדות ושל תמימות דעים עם מדיניות הממשלה. במקרים אחרים המגבלות המוטלות על הפגנות הן חלק מהגבלות רחבות יותר

397 יוער כי ההחלטה ניתנה במסגרת בקשה בהולה לצו ביניים, והודגש בה כי "אין בה משום קביעת מסמרות להליך העיקרי" (עת"מ (מנהלי ת"א) 18-03-15189 הדס נ' עיריית תל אביב יפו (נבו 9.3.2018)).

על התקהלות. לדוגמה, בתקופת הקורונה הוטלו מגבלות כלליות על התקהלות, שחלו הן על הפגנות והן על התקהלויות מסוגים אחרים.<sup>398</sup> כך קורה לעיתים גם במלחמות – איסור ההתקהלות נועד לוודא שקהל המפגינים יוכל להגיע בזמן למרחב מוגן. על פניו, מדובר באיסור מוצדק יותר, הנובע מדאגה למפגינים עצמם ולציבור הכללי. עם זאת, רב החשש שהטלת המגבלות על הזכות להפגין אינה נעשית רק כדי להגן על ביטחון המפגינים או על בריאותם, כחלק מאיסור כללי יותר, אלא כדי לקדם מטרה פסולה של השתקת ביקורת, וסלילת הדרך להפקעת הריבונות מהעם לידי הממשלה. כפי שמציין אבי שגיא:

דווקא בעת מלחמה חובה על האזרחים לעמוד על המשמר ולוודא שהמדינה עומדת במחויבותיה הערכיות והאזרחיות. האזרחים הם שומר הלילה של המדינה. אם קולם יידום, יש חשש עמוק שהמדינה תחרוג מגבולות הריבונות שהוקצו לה ותטען כי היא הריבון המוחלט המממש את רצון העם. זה יהיה הרגע שבו מדינה הופכת להיות דיקטטורה, ומלחמות מזמינות רגעים אלה למכביר.<sup>399</sup>

בשל חששי ממשי זה, יש להימנע מהטלת מגבלות גורפות על עצם קיומן של הפגנות ולאפשר מגבלות על הזכות רק על פי מבחן הוודאות הקרובה. ברקע הדרישה הזאת ניצבת התפיסה שהזכות להפגין היא מהחשובות שבזכויות היסוד, וש"האפשרות לבקר את השלטון חשובה שבעתיים בעתות חירום, שבהן נוקטת הממשלה באמצעים יוצאי דופן ומקצצת בחירויות הפרט".<sup>400</sup>

בשנים האחרונות חזינו במגבלות רבות על הזכות להפגין בעיתות חירום, עד כי נראה כי זו אחת הזכויות הראשונות הנפגעות בעת כזאת. כך, לדוגמה, בתקופת הקורונה נקבע בתקנה כי מותר להשתתף בהפגנה המתקיימת במרחק של עד 1,000 מטרים ממקום המגורים של המשתתף בהפגנה. אולם נמצא שתקנה זו בלתי חוקתית, והיא בוטלה. בג"ץ הבהיר כי הטלת מגבלה המונעת ממפגינים

398 ראו בג"ץ אחריות לאומית, לעיל ה"ש 129.

399 אבי שגיא "גם במצב שבו המדינה מצויה בסכנה, לא עושים 'הפסקה' בדמוקרטיה" אתר מכון הרטמן (4.4.2024).

400 בג"ץ אחריות לאומית, לעיל ה"ש 129. בפס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

לבחור את מקום ההפגנה פוגעת בליבת הזכות להפגין.<sup>401</sup> כן נקבע כי הטעם העיקרי להטלת ההגבלה הוא אכיפותי (לאמור – כדי לענות על החשש שאנשים יוכלו לטעון כי הם מתרחקים מביתם למרחק העולה על 1,000 מטרים כדי להפגין, אך שבפועל הסיבה תהיה אחרת), וטעם זה אינו מספיק כדי להגביל את הזכות להפגין.<sup>402</sup>

כאמור, גם בעת מלחמות ומבצעים צבאיים או עדים לפגיעות שיטתיות בזכות להפגין. כך היה במבצע עופרת יצוקה (דצמבר 2008–ינואר 2009), שבמהלכו נעשה שימוש מופרז במעצרים ובהגשת כתבי אישום כלפי מפגינים.<sup>403</sup> לדוגמה, המשטרה ניסתה להגביל את הזכות להפגין בימי המבצע בטענה שההפגנה תפגע ב"מורל העם", אך בית המשפט דחה את הטענה ומתח ביקורת חריפה על המשטרה.<sup>404</sup> מגמה דומה נרשמה גם במבצע צוק איתן (2014), ובמהלכו גאתה האלימות נגד מפגינים (בלי שהמשטרה הצליחה להגן באפקטיביות על המפגינים), ונרשמה עלייה במספר מעצרי המפגינים וכתבי האישום שהוגשו נגדם.<sup>405</sup> נוסף על כך, באותה העת היו גם מקבלי החלטות שקראו לצמצם מאוד את הזכות להפגין בעת לחימה.<sup>406</sup> זה המקום לציין כי כשנשאל נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק בריאיון שהעניק לפני כמה שנים על חופש הביטוי באותה העת הוא השיב "שאמת המידה של חופש הביטוי בשעת שלום ובשעת מלחמה בישראל צריכה להיות אותה אמת מידה. אם קובעים אמת מידה להגבלה, היא צריכה לחול גם בזמן שלום וגם בזמן מלחמה. מה שמשנתנה אינו הדין, אלא היישום שלו".<sup>407</sup>

401 שם, בפס' 54 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

402 שם, בפס' 57 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

403 האגודה לזכויות האזרח בישראל זכויות האדם בישראל, תמונת מצב 2009: זכויות אדם על תנאי, דמוקרטיה על תנאי 8–10 (2009); אריאלה שדמי ארץ מאובטחת: משטרה, שיטור והפוליטיקה של הביטחון האישי 107 (2012).

404 ב"ש 634/09 מדינת ישראל נ' גנטוס ואח' (7.1.2009).

405 האגודה לזכויות האזרח בישראל זכויות האדם בישראל 2014: תמונת מצב 7–8 (2014).

406 איתמר ב"ז "הסלמה" העין השביעית (4.8.2014).

407 אליחי שילה ללא גלימה: שיחות עם שופטי בית המשפט העליון 57 (2017).

יוער כי לעיתים המשטרה אינה מאפשרת הפגנות בזמן חירום כדי למנוע ממשותתפים בהפגנה לעבור עבירות של הסתה או תמיכה בארגון טרור. לדעתנו, הקרובה לעמדה שהשמיע ברק מדינה, אין להעניק למשטרה את הסמכות לכך, שכן בדרך כלל ההערכה אם תוכן הביטוי, בנסיבות השמעתו, מפר את האיסורים האלה היא סבוכה וקשה, ולמשטרה – להבדיל מבתי המשפט – אין כלים מספקים להעריך הערכה כזאת.<sup>408</sup> לכך יש להוסיף כי השאלה אם האיסור הפילי הופר תלויה בנוסח המדויק של הביטוי, בטון השמעתו וברקע של השמעתו מבחינת מי שנחשף לו. הנתונים האלה אינם ידועים מראש, ועל כן, כאמור, יש לדבוק בנוסחה שנקבעה, ולפיה המשטרה רשאית למנוע הפגנות רק אם נשקפת סכנה מיידית לפגיעה של ממש בשלום הציבור.

## מלחמת 7 באוקטובר 2023 וזכות המחאה

המלחמה שפרצה ב־7 באוקטובר 2023 הובילה להגבלות מתמשכות וחמורות במיוחד על הזכות להפגין: ניסיונות חוזרים ונשנים של המשטרה להגביל הפגנות, להרתיע מפגינים, ולעורר דה־לגיטימציה בציבור הרחב כלפי המחאות. עם פרוץ המלחמה הבהירה המשטרה בכמה הזדמנויות – ובלי כל בסיס חוקי – כי היא לא תאפשר עריכת הפגנות, וכי כל ניסיון להפגין יבלם, גם אגב שימוש בכוח. ואכן, המשטרה פיזרה הפגנות במגוון נושאים: שחרור החטופים, התנגדות למדיניות הממשלה וקריאה להפסקת המלחמה או לסולידריות בין יהודים לערבים.<sup>409</sup> שלושה חברי כנסת לשעבר שתכננו להפגין נגד המלחמה אף עוכבו לחקירה, בצעד שנתפס כעליית מדרגה מסוכנת נגד חופש הביטוי של הציבור

408 מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 568–570 (2016).

409 יובל יועז "המלחמה מאיינת את הישגי המחאה – וההפיכה המשטרית עדיין כאן" זמן ישראל (19.10.2023); דורון סולומון ופאזי אבו טועמה "בעיצומה של מלחמה: המשטרה מנעה בחיפה הפגנת תמיכה בעזה" mynet חיפה (18.10.2023); נגה כרמי "המשטרה פיזרה הפגנה בשדרות בן גוריון בחיפה במהלך המלחמה" חיפה (13.10.2023); מכתב מאת עו"ד הגר שחטר וסיון תהל מהאגודה לזכויות האזרח בישראל לרב־ניצב יעקב שבתאי בנושא "הבטחת זכות המחאה במקופת המלחמה" (14.10.2023).

הערבי.<sup>410</sup> פרקליט המדינה מתח ביקורת על מהלך זה, כמו על מעצרים נוספים של מפגינים נגד המלחמה והממשלה.<sup>411</sup>

הגדיל לעשות מפכ"ל המשטרה, קובי שבתאי, שהבהיר כי אין אישור לערוך הפגנות, והוסיף ש"אף הטיפול בנושא של אפס סובלנות הוא ברמה הכי גבוהה. [...] מי שרוצה להיות אזרח במדינת ישראל אהלן וסהלן, מי שרוצה להזדהות עם עזה מוזמן, אני אעלה אותו עכשיו על אוטובוסים שמפנים לשם, ואני אעזור לו להגיע לשם".<sup>412</sup> מעבר לאיום הפרוע שבדברי המפכ"ל, נגד אזרחים שלא עברו כל עבירה, האיסור המוחלט על עריכת הפגנות משולל כל בסיס חוקי: הוא אינו מעוגן בחוק, הוא גורף והוא אינו מידתי. בזמן חירום, כמו בזמן שגרה, נקודת המוצא צריכה להיות מימוש הזכות הבסיסית להפגין. לא רק שיש לאפשר הפגנות בעת חירום, אלא שדווקא בעת מלחמה (שאינה מטפחת, בלשון המעטה, שיקול דעת קר ורציונלי) יש חשיבות מיוחדות במתן ביטוי לדעות מיעוט ובשמירה עיקשת על זכויותיו. כמו כן, ניגוד העניינים שבו נמצאת ממשלה המבקשת לפגוע בזכות ההפגנה בעיתות שגרה – מחריף בשעת חירום, בין היתר לנוכח העובדה שלעיתים מצב החירום נגרם, או הסלים, בעקבות פעולה שביצעה או בשל אוזלת ידה. לכן, אסור לה למשטרה לשעות לבקשות לא חוקיות, המגיעות במפורש או במשתמע מצד פוליטיקאים, להצר את חופש המחאה. המבחן למניעת קיומה של הפגנה בעת חירום נותר זהה למבחן החל בעת שגרה – רק אם ההפגנה מציבה סכנה מיידית לפגיעה של ממש בשלום הציבור.

התפתחות מטרידה במיוחד נרשמה כאשר הכשיר בג"ץ את החלטת המשטרה לאסור על עריכת הפגנות בסכנין ובאום אל-פחם שהיו אמורות להיערך במחאה על פעילות צה"ל ברצועת עזה, לאחר שקיבל את טענת המשטרה כי אילוצי כוח האדם של המשטרה מעלים את החשש לפגיעה בסדר הציבורי ובביטחון הציבור

410 חסן שעלאן "הפגינה נגד המלחמה – ועוכבו: 4 ח"כים ערבים לשעבר ובהם חנין זועבי נלקחו לתחנת המשטרה" ynet (9.11.2023).

411 גידי וייץ "פרקליט המדינה למשטרה: עצרתם מתנגדים לממשלה ללא הצדקה, חוץ פגיעה בשלטון החוק" אתר הארץ (20.11.2023).

412 רן שמעוני, דיאא חאג יחיא ועדי חשמונאי "המפכ"ל: מי שרוצה להזדהות עם עזה – אני אעלה אותו לאוטובוסים לשם" אתר הארץ (18.10.2023).

לרף של ודאות קרובה.<sup>413</sup> כפי שהבהיר קרמניצר, אחד ממחברי מחקר זה, החלטה זו מבטאת התעלמות של בג"ץ מהמגמה להצר הצרה שיטתית את הזכות להפגין בימי המלחמה, ובמיוחד של זכותו של הציבור הערבי להפגין.<sup>414</sup> אשר לטענה בדבר אילוצי כוח האדם העומדת בלב ההחלטה לדחות את העתירות – טענה זו אינה משכנעת. המשטרה הפעילה כוחות רבים כדיכוי מחאות בתקופת המלחמה, וכעת היא טוענת שאין בידה להעמיד כוח אדם מספיק כדי לאפשר את הזכות להפגין כמתחייב מחובתה החוקית.<sup>415</sup>

גם בחלוף חודשים ארוכים מתחילת המלחמה המשטרה ממשיכה להקשות על עריכת הפגנות – בין בדרך של דרישת רישיון בלא צורך, בין בהצבת תנאים מגבילים חמורים לעריכת הפגנה, בין בפיזור הפגנות בלא עילה מספקת.<sup>416</sup> כך, לדוגמה, בינואר 2024 היא סירבה לשלוש בקשות של מפלגת חד"ש לערוך הפגנה בחיפה שעניינה קריאה לעצירת המלחמה, להגעה לעסקה להשבת החטופים ולקידום תהליך מדיני. בעתירה לבג"ץ נשמעה עמדת היועצת המשפטית לממשלה, שלפיה החלופה שהציעה המשטרה לעריכת ההפגנה הרחק ממרכזי אוכלוסייה, ביום חול ובהיקף של עד 450 איש אינה מספקת – היא נוגדת את הפסיקה ואינה מידתית. במסגרת הדיון הציגה המשטרה חומר חסוי שממנו עולה החשש להפעלת אלימות מצד מתנגדים להפגנה, אך לכך השיב בית המשפט כי "האפשרות לקיים הפגנה אינה פריווילגיה מיוחדת, כי אם זכות יסוד. הדברים יפים גם בעת מלחמה, גם אם היבטים מעשיים עשויים לתחום את היקף הרישיון שניתן. כמו כן, איומים באלימות מצד צדדים שלישיים אינם יכולים לשמש שיקול המאין את האפשרות להפגין". בסופו של דבר הגיעו הצדדים להסכמות על קיום ההפגנה בתנאים מגבילים.<sup>417</sup>

413 בג"ץ 8007/23 מפלגת חד"ש נ' מפכ"ל המשטרה, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (8.11.2023).

414 מרדכי קרמניצר "המשטרה מחריפה את המתקפה על זכות המחאה של הציבור הערבי, ובג"ץ עומד מנגד" אתר הארץ (9.11.2023).

415 ש.ס.

416 "דיכוי מחאות בעת המלחמה" אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל (17.1.2024).

417 בג"ץ 557/24 שביטה נ' מפקד מחוז חוף, משטרת ישראל (נבו) (18.1.2024).

נוסף על כך, המשטרה נקטה צעדים שונים העלולים להרתיע אזרחים מלממש את זכותם הבסיסית להפגין. לדוגמה, בצעד תקדימי תועדה המשטרה מחלקת עלוני אזהרה למפגינים מול בית ראש הממשלה נתניהו בקיסריה, המפרטים מהי התקלה אסורה ומהי התפרעות, ומדגישים את עונשי המאסר הקבועים בחוק לעבירות האלה.<sup>418</sup> בצעד חריג נוסף היא שלחה מכתבי אזהרה לפעילי מחאה בולטים לפני קיום הפגנה מתוכננת, ובהם היא הבהירה כי חסימות כבישים הן בלתי חוקיות.<sup>419</sup> כמו כן, באופן העלול ליצור דהילגיטימציה של ממש למפגינים, המשטרה נוטה להדגיש בהתייחסיותיה להפגנות אירועים אלימים מצד מפגינים דווקא. עניין זה פסול מכמה סיבות. ראשית, מהודעות המשטרה מצטיירת תמונה ולפיה ההפגנות מתאפיינות באלימות מצד מפגינים, תיאור שהוא רחוק מהמציאות, ואף עומד בסתירה לקביעת ועדת זכויות האדם של האו"ם, שלפיה מקרים ספורים של אלימות של חלק מהמפגינים אינם צריכים להיות מיוחסים לכל משתתפי ההפגנה או למארגניה.<sup>420</sup> שנית, לא פעם מתברר שהודעות המשטרה אינן מדויקות, בלשון המעטה. כך היה, לדוגמה, כאשר דוברות המשטרה טענה ששוטרת הותקפה ונפצעה בידי מפגין, ורק לאחר שהתפרסם תיעוד שהראה כי שוטר הדף בחוזקה את המפגין והטיח אותו כלפי השוטרת, נאלצה המשטרה לחזור בה מהאשמה זו.<sup>421</sup> לכך יש להוסיף שבכמה מקרים נקטה המשטרה אלימות נגד מפגינים, לרבות נגד חטופים ששוחררו מהשבי ובני משפחה של חטופים.<sup>422</sup>

מתעורר ספק אפוא אם פעולות המשטרה השונות הפוגעות בזכות להפגין הן מקריות. רב החשש שהלך הרוח במשטרה מוכתב מהממשלה עצמה, המבקשת

418 יואב איתאל "תקדים: המשטרה חילקה עלוני אזהרה למפגינים מול מעון רה"מ בקיסריה" וואלה (7.4.2024).

419 יהושע (ג'וש) בריינר, בר פלג וניר חסון "משטרת תל אביב שיגרה מכתבי אזהרה למפגינים בולטים לקראת מחאות מוצ"ש" הארץ (29.3.2024).

420 Human Rights Committee, General comment No. 37, לעיל ה"ש 43.

421 אדם קוטב "הזיגזג של המשטרה: טענה שמפגין 'הכה שוטרת' - ואז הגיעה ההבהרה" ynet (6.4.2024).

422 ראו, לדוגמה, בר פלג "עימותים קשים בין המשטרה למשפחות חטופים במחאה בח"א, שתי מפגינות נעצרו" הארץ (9.5.2024).



לצמצם את הביקורת עליה בזמן המלחמה.<sup>423</sup> מסקנה זו עולה, בין היתר, מההליכים במסגרת עתירה נגד תיקון 37 לפקודת המשטרה, שהרחיב את סמכויות השר לביטחון לאומי. בעתירה זו הוגשה בשלהי נובמבר 2023 בקשה למתן צו ביניים שיורה לשר בן גביר להימנע ממתן הוראות והנחיות בכל עניין הנוגע למימוש זכות ההפגנה, לאחר שהשר בן גביר פרסם שהנחה את המשטרה למנוע הפגנות נגד המלחמה, אגב הפרת הוראות היועצת המשפטית לממשלה. לפי הוראות אלו, שניתנו לשר בן גביר עוד במרץ 2023, על השר "להימנע ממתן הוראות אופרטיביות למשטרה, באופן ישיר או עקיף, בפרט בכל הנוגע למחאות ציבוריות נגד השלטון".<sup>424</sup> במענה לבקשה למתן צו ביניים הבהירה היועצת המשפטית לממשלה כי התבטאות בן גביר "מהווה חציית קו ברורה, העולה לכדי חריגה מסמכות, ואינה מצויה בגדרי סמכויות השר להתוויית מדיניות כללית בנושא הפגנות".<sup>425</sup> ב-10 בינואר 2024 התקבלה הבקשה והוחלט לתת צו ביניים שלפיו השר בן גביר יימנע מלתת הנחיות והוראות אופרטיביות למשטרה בדבר יישום מדיניותו בכל הנוגע למימוש זכות ההפגנה וחופש המחאה.<sup>425</sup> להשלמת התמונה, יצוין כי בתגובתה לעתירה הבהירה היועמ"שית כי "יש בסיס של ממש לטענות העותרים. התיקון לחוק אכן יצר מבנה משטרי המאפשר פוליטיזציה של הפעלת הכוח המשטרתי. על כן, התיקון, לפי לשונו הפשוטה, אינו חוקתי".<sup>426</sup>

**423** ראו, בהקשר הרחב, מרדכי קרמניצר "אחרי הוראת בן גביר, החשש מפוליטיזציה במשטרה הופך לתרחיש כמעט ודאי" הארץ (11.1.2023).

**424** תגובת המדינה מיום 15.3.2023 לבקשת העותרות למתן צו ביניים בבג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת.

**425** בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (החלטה מיום 10.1.2024). כן ראו "תיקון פקודת המשטרה – סמכויות השר לביטחון לאומי (חוק בן גביר)" אתר האגודה לזכויות האזרח (10.1.2024).

**426** ס' 5 לתשובת המדינה בבג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (28.3.2024).

## ההיבט הפלילי: בין אספה חוקית להתקהלות אסורה

סעיף 89 לפקודת המשטרה קובע כי הפגנה שהתקיימה ללא רישיון, או אפילו הפגנה ברישיון שלא מילאה את התנאים שקבע לה מפקד המחוז דינה כדין התקהלות בלתי חוקית.<sup>427</sup> במילים אחרות, נתונה למשטרה הסמכות לפזרה, ואף להעמיד לדין את המשתתפים בה (מכוח סעיף 79 לפקודת המשטרה המסמיך כל שוטר לעשות כן). סעיף זה מעורר שאלות קשות. ראשית, איך אפשר לצפות מכלל המשתתפים בהפגנה לוודא אם ניתן רישיון ואם נשמרים תנאיו. זוהי ציפייה בלתי הגיונית, ודאי ככל שהאספה או התהלוכה גדלות. לכן, אין לפגוע בזכותם של מי שאינם נמנים על מארגני ההפגנה. שנית, יש בסעיף כדי לפגוע בהפגנה ספונטנית היוצאת לפועל כתגובה ציבורית ראשונית.<sup>428</sup> תופעה זו – של הפגנות ספונטניות – הפכה בשנה האחרונה לשכיחה יותר מבעבר.<sup>429</sup> כמו כן, כפי שנראה להלן, אופן ההגדרה של התקהלות אסורה בחוק העונשין בעייתי ומערים קושי נוסף בנידון.

### התקהלות אסורה

151. שלושה אנשים לפחות שנתקהלו לשם עבירה, או שנתקהלו למטרה משותפת, ואפילו כשרה, ומתנהגים באופן הנותן לאנשים שבסביבה יסוד סביר לחשוש שהמתקהלים יעשו מעשה שיפר את השלום, או שבעצם התקהלותם יעוררו אנשים אחרים, ללא צורך וללא עילה מספקת, להפר את השלום, הרי זו

<sup>427</sup> סעיף 89 לפקודת המשטרה קובע כי "פורסמה הודעה על ידי מפקד משטרת המחוז לפי סעיף 84 ונתקיימה אסיפה או תהלוכה שההודעה חלה עליה, בלי שניתן עליה רישיון לפי סעיף 85 או בלי למלא אחרי תנאיו וסייגיו של רישיון שניתן לפי אותו סעיף, רואים את האסיפה או התהלוכה כהתקהלות בלתי חוקית, וכל המשתתף בה דינו כדין משתתף בהתקהלות בלתי חוקית לפי כל חיקוק בר חוקף אותה שעה".

<sup>428</sup> Kretzmer, לעיל ה"ש 93, בעמ' 76.

<sup>429</sup> יפעת גוטמן "מי 'הצד הממלכתי בסיפור הזה': מסר מתון ופרקטיקות רדיקליות במחאה נגד המשבר השלטוני" סוציולוגיה ישראלית כד (2) 206, 215 (2023).

התקהלות אסורה, והמשתתף בהתקהלות אסורה, דינו – מאסר שנה אחת.

כמו הסעיפים שנידונו לעיל מפקודת המשטרה, גם סעיף 151 לחוק העונשין (בעבר סעיף 79 לפקודת החוק הפלילי, 1936) העוסק בהתקהלות אסורה, הוא ירושה מנדטורית. מקורו בשנת 1879, בפרלמנט הבריטי.<sup>430</sup> העבירה בוטלה באנגליה בשנת 1911, אך הוכנסה לחקיקת טריטוריות בשליטה בריטית "ככלי לדיכוי מחאות והפגנות של אוכלוסיות מקומיות כנגד השלטון הבריטי".<sup>431</sup> בישראל, למרות הניסיון לבטלה, היא עומדת על מכונו. סעיף זה שייך לקטגוריות "עבירות מרובות משתתפים", שבהן "עצם ההתקהלות מצמיחה את העבירה, מבלי שיידרש כל אקט נוסף מטעם המתקהלים, ולו אף מזערי בלבד, של הפרת הסדר הציבורי".<sup>432</sup> במילים אחרות, עסקינן בעבירה התנהגותית שלא נדרש להתהוותה יסוד נפשי מיוחד (כלומר – מטרת המתקהלים יכול שתהיה כשרה).

המספר המצומצם של האנשים הדרוש לשם התקיימות יסוד זה בעבירה, לצד מונחי השסתום העמומים בה, יוצרים אינוחות גדולה מעצם הימצאותה בחקיקה של מדינה דמוקרטית.<sup>433</sup> לענייננו, עולה חשש לא רק מהפגיעה הכללית בעקרונות המשפט הפלילי, אלא גם מהפגיעה הפוטנציאלית בחופש המחאה. השופט לנדוי הודה כבר בשנת 1982, בלשון עדינה, "שפרשנות הסעיף [...] עשויה לעורר בעיות מעניינות".<sup>434</sup> נעמוד עתה על הבעיות העולות מהסעיף.

ראשית, הפגנה היא בהגדרתה, וגם לעניין פרשנות הסעיף, התקהלות "למטרה משותפת". ואם מצטרף לכך היסוד הסביר לחשש מפני "הפרת שלום" (מונח

**430** להרחבה על הסעיף הזה, ראו Kretzmer, לעיל ה"ש 93, בעמ' 122-137; נירה שלו ושרונה אליהר'חי מדריך משפטי להגנה על חופש המחאה 33 (האגודה לזכויות האזרח 2013).

**431** הצעת חוק העונשין (תיקון - ביטול הגבלות על חופש הביטוי וההפגנה), התשס"ח-2008 (פ/3835/17).

**432** ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין ב 197, 183 (תשמ"ז)

**433** ראו גיל רוטשילד ועדי בלוטנר "משפט הרחוב" מעשי משפט ה 35, 48 (2013).

**434** ה"מ 740/81 בלוי נ' מדינת ישראל פ"ד לו(1) 274, 276 (1982).

המופיע גם בכמה סעיפים נוספים בחוק העונשין,<sup>435</sup> כל הפגנה של שלושה אנשים חושפת את המשתתפים בה לסכנה עונשית על בסיס ביטוי עמום ובלתי מבואר. מהי "הפרת השלום"? לפי דוד ליבאי, על סמך דברי מלומדים שקדמו לו,<sup>436</sup> פירושה "עבירה", כל עבירה. לעומתו, קרצמר פורש מנעד צר יותר של משמעות למונח, ובכלל זה סכנה ואיום לפגיעה בגוף או ברכוש, או מהומה במרחב הציבורי. קרצמר מתנגד לפירוש "כל עבירה", כפי שמציע ליבאי, משני טעמים עיקריים: הראשון, נוסח הסעיף. לדברי קרצמר, מבחינת המחוקק אין היגיון לנסח במפורש ברישא של הסעיף "שנתקהלו לשם עבירה [הדגשה שלנו]", ולעומת זאת, להשתמש במושג עמום של "הפרת השלום" שדינו להתפרש "ככל עבירה". השני, לטענתו, מופרך להניח שכל עבירה, גם הזניחה ביותר בחוק העונשין, תהיה בסיס וצידוק להפיכת כל אספה לאסורה.

שנית, מלשון הסעיף עולה שגם התקהלות חוקית למהדרין שתעורר אחרים "להפר את השלום" עשויה באחת להפוך את משתתפיה לעבריינים. כבר בפרשת דרשוביץ משנת 1952 סמך בית המשפט העליון ידיו על הלכה אנגלית שקבעה

כי –

התקהלות חוקית איננה הופכת בלתי חוקית רק מפני שכרוכה בה האפשרות, שאנשים המתנגדים למטרת ההתקהלות עלולים להפר את שלום הציבור. [...] בוודאי שבמקרה כזה שומה על כוחות הבטחון הציבורי למנוע בעד האנשים המתעתדים להפריע להתקהלות על ידי הפרת השלום, ואם אינם עושים כן, לא תיהפך התקהלות לבלתי חוקית חוץ ממקרה שאין כל אפשרות למנוע הפרת השלום ומתוך הכרח שבדבר נקראה ההתקהלות להתפזר ואינה ממלאת אחרי הדרישה.<sup>437</sup>

435 ראו, למשל, סעיפים 190, 194 ו-216(א)(4) לחוק העונשין.

436 ליבאי, "הזכות להפגין", לעיל ה"ש 101, בעמ' 60. ראו גם יעקב קדמי על הדין בפלילים 1365 (1995).

437 ע"פ 100/51 דרשוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל ו 278, 280 (1952), ההדגשה במקור.

פרשנות זו אומנם תורמת לשיכוך מסוים של חלק מהקשיים שבסעיף החוק, אך היא אינה מקהה את הקושי החד שמעורר הסעיף ביחס לחופש המחאה.<sup>438</sup> כך, למשל, נותרת השאלה מתי יגיעו מעשיו של המשתתף בהתקהלות לכדי עבירה פלילית לפי הסעיף? הרי בית המשפט קבע כי "כרזות וקריאות, כשלעצמן, כשהן באות להפגין עמדה בענייני ציבור, ואינן חורגות בצורתן מהסביר, אין בהן כל דבר בלתי חוקי".<sup>439</sup> יצחק קוגלר מציע פתרון שלפיו "אם המתאספים יעשו מעשה חוקי כשלעצמו (כגון – יענדו סמל מסוים) כשמטרתם בכך היא לקנטר את מתנגדיהם ולהביאם להתפרעות, אזי הם כן ייחשבו כעוברים את העברה הנדונה".<sup>440</sup> עם זאת, לא ברור שכל מטרה לקנטר היא פסולה ואינה חוסה תחת חופש הביטוי, שהרי ככלל אמור המקונטר לסבול את הקנטור. ואם כך, על יסוד מה הופך מעשה חוקי לעבירה? ומה יהיה דינו של אדם שהצטרף להתקהלות המורכבת מאנשים שמטרתם לקנטר את מתנגדיהם, ואילו הוא ואחרים מעוניינים להשתתף באספה או תהלוכה שקטה? יתר על כן, נותרת השאלה כיצד "לאנשים בסביבה" כלים לקבוע או להעריך אם יופר השלום אם לאו? ב-1960 נחלץ בית המשפט המחוזי לסייע בניסיון לפתרון השאלה וקבע כי "אין מתחשבים בנדון זה בחששותיו של איש חלש אופי ופחדן אלא בחששות סבירים שנתקיימו במוחו של איש בעל אומץ רגיל".<sup>441</sup> עם זאת, אין אלו אמות מידה העולות בקנה אחד עם הסטנדרט המצופה בדיני העונשין. מה גם שהשאלה איננה רק של "אומץ", אלא נדרשת הכרעה בדבר תוכן הביטוי ומידת נפיצותו. לא ברור גם מדוע מסתפק המחוקק בסטנדרט המפוקפק של האדם הסביר ברחוב שאיננו יודע דת ודין ואין לו כל מיומנות בכגון דא, להבדיל מהסטנדרט המקצועי המנחה את קצין המשטרה.

על רקע ההסתייגויות שהוצגו לעיל ואחרות מתח השופט צבי טל ביקורת נוקבת על הסעיף:

438 הנחיית היועמ"ש בעניין חירות ההפגנה (2022), לעיל ה"ש 83, בעמ' 12.

439 ע"פ (תל אביב-יפו) 591/62 ארנפלד נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל לז 20, 23 (1963).

440 יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 392 (1997).

441 ע"פ (ירושלים) 120/60 דויטש נ' היועץ המשפטי לממשלה כה 336, 337 (1960).

לדידנו, על פי השקפת העולם הדמוקרטי, אין מנוס מן המסקנה, שבשל אי הנוחות הרבה שניתן לחוש בעת השימוש בסעיף עונשי זה (שניתן, אולי, לסברתנו, לשקול את ביטולו או לפחות את שינויו – והכוונה לסעיף 151 סיפא, ואם לא את שינויו, הרי דרושים חוכמת־לב, גמישות, רצון טוב ותבונת־מעשה במידה מוגברת בטרם יוחלט על העמדה לדין בסעיף עבירה זה)...<sup>442</sup>.

שופטים נוספים הצטרפו לביקורת על הסעיף והסבירו כי אומנם לא ניתן לבטלו, מכיוון שהוא חוסה תחת סעיף שמירת הדינים, אך יש לפרשו בצמצום.<sup>443</sup> בפועל, הנחיות הפרקליטות בנושא "מדיניות העמדה לדין בתיקים שנפתחו על רקע הפגנות או אירועי מחאה", אינן משקפות כדבעי את הבעייתיות בסעיף ואת המשאלה שהביע השופט טל.<sup>444</sup> הפרקליטות קובעת אומנם כי יש לשקול אי־העמדה לדין על עבירת התקהלות אסורה במקום שבו היא לא בוצעה בנסיבות מחמירות ולא נלוו לה עבירות פליליות נוספות, אך משאירה פתח רחב מדי ונתון לפרשנות בעייתית לעשות כן בכל זאת – בנסיבות של עיתוי או מיקום בעייתי (למשל, מול מעונו של איש ציבור).<sup>445</sup>

בכנסת הקודמת (ה'24) הצליח ח"כ אלי כהן להעביר, בקריאה טרומית, הצעה לתיקון חוק העונשין שעניינה איסור על הנפת דגל של מדינת אויב או של הרשות הפלסטינית בגופים המתוקצבים או הנתמכים על ידי המדינה.<sup>446</sup> יש המבקשים

442 ע"פ (י-ם) 1521/98 עזרון נ' מדינת ישראל (14.6.1998).

443 ראו, לדוגמה, רע"פ 4760/98 מטר נ' מדינת ישראל (28.7.1998).

444 יוער כי בשנת 2014 הושלם המהלך להעברת סמכות הטיפול בתיקי הפגנות מהתביעה המשטרתית לפרקליטות (ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 62 – הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"ה-2014), לאחר שהתברר שהתביעה המשטרתית אינה הגורם המתאים לטפל בתביעות מעין אלו (ראו, לדוגמה, גיא לוריא ומרדכי קרמניצר איחוד התביעה המשטרתית עם פרקליטות המדינה (הצעה לסדר 8, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2014)).

445 הנחיית המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) מס' 2.40 בעניין מדיניות העמדה לדין בתיקים שנפתחו על רקע הפגנות או אירועי מחאה (25.8.2020).

446 הצעת החוק מקטינה את מספר המתקהלים בנסיבות של הנפת דגל בגופים מחוקצבים ונתמכים לשניים בלבד, וקובעת קנס מינימלי של 10,000 ש"ח. לביקורת ראו

לקדם את ההצעה גם בכנסת הנוכחית מכוח ההסכמים הקואליציוניים. למעשה, במאי 2023 עברה בקריאה טרומית הצעה חמורה יותר, המפילה כל שלושה אנשים שהתקהלו והניפו דגל "של מדינת אויב או של מדינה, ישות או גוף שאינם ידידותיים למדינת ישראל או שאינם מאפשרים הנפת דגל מדינת ישראל בתחומם"<sup>447</sup>. הצעות החוק האלה פוגעות פגיעה קשה בחופש הביטוי בישראל, זכות העומדת למבחן בעיקר בהגנה על ביטויים מכעיסים ומקוממים. התכלית של מניעת הזדהות עם הרשות הפלסטינית אינה מספיקה להצדיק חוק ההופך הנפת דגל – אמצעי ביטוי לגיטימי – לעבירה פלילית במקרים שבהם הביטוי אינו צפוי לגרום לפגיעה חמורה בשלום הציבור. ככל שהצעות אלו ודומותיהן תעבורנה, גם בגרסה "מרוככת"<sup>448</sup>, הן תפגענה במיוחד בחופש הביטוי ובחופש המחאה של סטודנטים, קבוצה שגם כך מוטלות עליה מגבלות מיוחדות על חופש הביטוי והמחאה בתוך המוסדות האקדמיים. בתוך כלל הסטודנטים ייפגעו במיוחד סטודנטים מהחברה הערבית, שחלק מהם רואים בדגל פלסטין סממן זהותי חשוב וחלק בלתי נפרד ממימוש חופש הביטוי והמחאה שלהם.

---

חות דעתם של עמיר פוקס ועדנה הראל פושר על "הצעת חוק העונשין (תיקון – איסור הנפת דגל של מדינת אויב או של הרשות הפלסטינית בגופים המתוקצבים או הנתמכים על ידי המדינה)" **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (1.6.2022).

**447** הצעת חוק העונשין (תיקון – איסור הנפת דגל של ישות עוינת), התשפ"ג-2022.

**448** שירה קדרי-עובדיה "הקואליציה מגבשת נוסח מרוכך להצעת החוק שאוסרת על הנפת דגל פלסטין בקמפוסים" **אתר הארץ** (19.7.2023).

## הפעלת אמצעים לפיזור הפגנות

בפתיחת הפרק על סמכות המשטרה להפעיל אמצעים לפיזור הפגנות ועל הנסיבות שבהן מותר לעשות זאת ראוי לשוב ולהדגיש – זכות ההפגנה היא זכות יסוד בדמוקרטיה שהיקף פריסתה רחב מאוד. היא כוללת גם את הזכות להגיד דברים מקוממים, ולמעשה – זה עיקר חשיבותה.<sup>449</sup> נוסף על כך, נקבע זה מכבר שלזכות להפגין היבטים חיוביים – היא מחייבת את המשטרה לאפשר את זכות ההפגנה, ואף להקצות משאבים כדי להבטיח את שלומם של המפגינים.<sup>450</sup> לצד זאת, ראוי לציין כי הפגנה גדולה, ודאי בנושא חיוני בעיני המפגינים, כרוכה מטבעה באי־סדר (בשל ריבוי הגורמים המשתתפים וחוסר היכולת של המארגנים לשלוט בכל אחד מהמפגינים), וכן היא כרוכה ברעש, בהפרעה לתנועה ובאי־נוחות לציבור שאינו משתתף בהפגנה. וכך הבהיר גם בית המשפט העליון: "מטבע הדברים, שבכל הפגנה, ובפרט בהפגנות שנערכות במיקום מרכזי ופומבי, גלומה מידה כזו או אחרת של הפרעה. הפגנות אינן נוחות. הפגנות אינן שקטות. לו היו הפגנות כאלה – ניטל היה מהן עקצן וסר היה מהן עיקרן".<sup>451</sup> מכאן שכיבוד

**449** גלעד לובינסקי זיו "על גאוה וחופש ביטוי: סיפורו של מצעד הגאוה הירושלמי" **75 שנות עצמאות במשפט: שופטים מספרים על פסקי דין משבעים וחמש שנות שפיטה** 69–70 (דפנה ברק־ארז עורכת ראשית 2023). ראו בהקשר הזה גם את פסק הדין שזיכה זיכוי מלא את הנאשמים מעבירות של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, לאחר שהשתתפו בהפגנה שהפכה לתהלוכה. המשטרה ביקשה לעצור את התהלוכה, אך נקבע כי לא הייתה כל סיבה לכך, שכן הסדר הציבורי "נשמר על ידי המפגינים, למופת". המשטרה טענה כי היא ביקשה לעצור את התהלוכה כדי "למנוע עימות לאור העובדה שמדובר בהפגנה בנושא רגיש כנגד צה"ל בעוד שאנו ימים ספורים לפני יום הזיכרון", אך בית המשפט קבע כי טעם זה "פסול מעיקרו. גם נושאים רגישים הם יעד לגיטימי להפגנות, ואדרבא, דומה כי דווקא נושאים אלה הם היעד ה'מתבקש' להפגנות ומחאות, ומעטות ההזדמנויות שעל המשטרה לרסן הפגנות תמיכה סוערות בממשלה, לפחות במדינה דמוקרטית ראויה, כפי מדינת ישראל [כך במקור]". עוד הובהר כי אם היה למשטרה כל תפקיד במסגרת התהלוכה, היה זה לשמור על המפגינים דווקא ולאפשר להם לקיים את התהלוכה כאוות נפשם (ת"פ (ת"א-יפו) 11–11–01-42043 מדינת ישראל נ' בר (16.5.2014)).

**450** גיא מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **ספר ברנזון** כרך ב 224, 253 (התש"ס).

**451** בג"ץ כיכר גורן, לעיל ה"ש 76, בפס' 14 לפסק דינו של השופט דנציגר. ראו גם מכתבה של עו"ד אביטל סומפולינסקי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט



הזכות להפגין חייב להתבטא בהצבת רף סיבולת לא מבוטל ובכוננות לשאת בהפרעות אלו ולהימנע ממניעתן ומדיכויין.

לאחר דברים אלו, שראוי שיעמדו ביסוד ההחלטה אם לפזר הפגנה, נעבור לדין החל בעניין פיזור הפגנות. סעיפים 151-157 לחוק העונשין עוסקים בהתקהלות אסורה ובהתפרעות, וסעיף 154 הוא שמעניק לשוטרים את הסמכות "לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע או לתפסם". כפי שהדגישו בפורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, מלשון החוק עולה כי לא כל התקהלות אסורה היא התפרעות – בהתפרעות, כפי שמלמד סעיף 152 לחוק העונשין, יש יסוד נוסף של "הטלת אימה". נוסף על כך, ההסמכה להשתמש בכוח חלה רק כאשר המפגין התנגד לתפיסה. מכאן שאם אין התפרעות, וגם אין התנגדות לניסיון המעצר – אסור להפעיל כוח כלפי המפגינים.<sup>452</sup>

אף המשטרה הבהירה שהיא רשאית להפעיל אמצעי שימוש בכוח רק ביחס לאירועי הפרות סדר. מכאן שהיא אינה רשאית להפעיל שום כוח בהפגנות שאינן כרוכות בהפרות סדר.<sup>453</sup> ב"נוהל הטיפול המשטרתי באירועי הפרות סדר" מוגדרת הפרת סדר – "פעולת מחאה המתאפיינת באי ציות להוראות המשטרה או למערך האבטחה וישנה ודאות קרובה לפגיעה ממשית ורצינית בסדר הציבורי וכן לסכן את שלום הציבור. עם פעולות ההפרה נמנות חסימת כבישים, הפרעה לתנועה, פגיעה ברכוש, אלימות פיזית ויידוי אבנים, חפצים וכדומה". מהגדרה זו עולה כי כדי שתהיה הפרת סדר צריכים להתקיים כמה תנאים מצטברים: ודאות קרובה לפגיעה ממשית ורצינית בסדר הציבורי וסיכון של שלום הציבור, וכן נדרש כי המשתתפים בפעולת המחאה לא יצייתו להוראות המשטרה. המושגים "פגיעה בסדר הציבורי" ו"סיכון שלום הציבור" הם עמומים, ויש להבהיר בדיוק מה כוונתם. לא סביר גם שלפגיעה בגופו של אדם ופגיעה ברכוש יש אותו מעמד.

ציבורי-חוקתי) לעו"ד יוסי פוקס, מזכיר הממשלה, בעניין "מדיניות בנושא הפגנות" (להלן: מכתב המשנה ליועמ"ש למזכיר הממשלה). (16.7.2023)

452 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 53: סמכות המשטרה לפנות בכוח הפגנה שכוללת חסימת התנועה בכביש" (18.7.2023).

453 מכתב המשנה ליועמ"ש למזכיר הממשלה, לעיל ה"ש 451, בפס' 17.

על המשטרה מוטלת אחריות להפעיל שיקול דעת בנוגע לבחירת האמצעים המתאימים והפעלתם. לעניין זה יפים דבריה של השופטת ענת ברון: "פיזור הפגנה חותר תחת זכות היסוד העומדת לאזרח או לקבוצה להביע את מחאתם. לכן שומה על המשטרה לעשות שימוש מאופק ומרוסן בסמכויות שהוקנו לה לצורך מניעת הפרות סדר קשות; וזאת רק מקום שבו לא עומדת לה אלטרנטיבה אחרת ובהתאם לנהלים"<sup>454</sup>. ההחלטה על שימוש באמצעים היא החלטה מורכבת המחייבת שקילת שיקולים שונים. לדוגמה, ביחס לפתיחת ציר חסום, הודגש כי יש לבחון את קיומם של צירים חלופיים, את מידת הנזק הנגרם מהחסימה, ואת הנסיבות הקונקרטיות של האירוע. שיקול הדעת אינו מוגבל רק לעצם הפעלת האמצעים, גם אופן השימוש באמצעים הוא החלטה מבצעית מובהקת הנשענת על חובת המשטרה לשמור על ביטחון הציבור, ובכלל זאת על ביטחון המפגינים.<sup>455</sup>

לצד המשטרה, מוטלת אחריות על הדרג הפוליטי, ובעיקר על השר לביטחון פנים (שר המשטרה או השר לביטחון לאומי, בעת כתיבת שורות אלו), למשוך ידיו מהתערבות קונקרטית בשיקול הדעת האופרטיבי של מפקדי המשטרה בשטח.<sup>456</sup> אלא שהיום דומה שקביעה זו איננה מקוימת. הרקע הוא תיקון פקודת המשטרה לעניין סמכויות השר לביטחון לאומי, שקידם השר בן גביר עוד בטרם נכנס לתפקידו, ואף בטרם כינונה של הממשלה, תיקון שנועד להעניק לו שליטה כמעט מוחלטת במשטרה. התיקון לחוק מכפיף את משטרת ישראל למרות הממשלה, וכן קובע כי השר לביטחון לאומי יתווה את מדיניות המשטרה, וכי הוא אף רשאי להתוות מדיניות כללית בתחום החקירה.<sup>457</sup> בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ הוציא צו על תנאי המורה למדינה לנמק מדוע לא יבוטל התיקון לחוק, וכן הבהיר, בהחלטה בעתירה נגד התיקון -

שאינן השר רשאי ליתן הנחיות מבצעיות בדבר הדרכים ליישום מדיניותו, אופן השימוש בכוח באירוע כזה או אחר, דרכי השימוש

454 בג"ץ 5882/18 קרויס נ' משטרת ישראל 11 (19.8.2020).

455 מכתב המשנה ליועמ"ש למזכיר הממשלה, לעיל ה"ש 451, בפס' 17.

456 דוח הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש 45, 49 (1999).

457 חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), החשפ"ג-2022.

בכוח, האמצעים לפיזור הפגנות, התנאים הנוגעים לזמן, למקום ולאופן עריכת האירוע וכיו"ב. על מנת למנוע מחלוקות בעתיד, הרי שגם 'אזכור' של המדיניות במהלך אירוע מבצעי קונקרטי שעה שזה עודנו מתנהל, עלול להתפרש כהנחיה אופרטיבית.<sup>458</sup>

כפי שהוזכר לעיל, בעת המלחמה שפרצה באוקטובר 2023 הוצא צו ביניים המונע מהשר בן גביר לתת הנחיות והוראות אופרטיביות למשטרה בדבר יישום מדיניותו בכל הנוגע למימוש זכות ההפגנה וחופש המחאה.<sup>459</sup>

על פי עדותו של מפקד מחוז תל אביב לשעבר במשטרה, ניצב עמי אשד, השר בן גביר איננו פועל לאורה של הבהרה זו, וזאת בלשון המעטה.<sup>460</sup> מעבר לנזק הגדול הטמון בתיקון לפקודת המשטרה, יכולה להיווצר בעיה גם אם הוא אינו נותן הנחיות ספציפיות, אלא "רק" משרה אווירה קיצונית נגד חופש ההפגנה, אווירה המחלישה את המשטרה ומדרבנת אותה להגביל זכויות בניגוד לחוק ולפסיקה.<sup>461</sup> בעיה נוספת היא השימוש הקלוקל שפוליטיקאים עושים היום ברעיון ה"שוויון". הם גורסים כי המשטרה נוקטת "אכיפה בררנית", ומשום שבאירוע מסוים נהגה המשטרה ביד קשה (למשל, כלפי מפגינים ממחנהו של השר), בשם עיקרון השוויון, יש להפעיל יד קשה גם נגד המפגינים מהמחנה הנגדי.

גורם נוסף המשפיע על מדיניות הפעלת הכוח לפיזור הפגנות הוא **המחלקה לחקירות שוטרים** (להלן: מח"ש). ככל שמח"ש תעמיד לדין שוטרים שהפעילו כוח שלא כדין בהפגנות, כך יש להניח שההרתעה מהתנהגות מעין זו תהא משמעותית יותר. עם זאת, מח"ש גם עלולה לנהל הליכי סרק כדי לרצות את פיקוד המשטרה או את השר הממונה עליה. הבנה זו מטרידה במיוחד לנוכח הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירות שוטרים), התשפ"ג-2022, המבקשת

458 בג"ץ 532/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (19.3.2023).

459 ראו האמור לעיל בסעיף 7ג על הפגנות בזמן חירום.

460 יהושע (ג'וש) בריינר "עמי אשד פורש: הודחתי על רקע פוליטי, שילמתי מחיר על בחירתה למנוע מלחמת אחים" אתר הארץ (5.7.2023).

461 עמיר קורץ "הרוח הקיצונית של בן גביר מחלחלת ומחלישה את המשטרה" כלכליסט (7.8.2023).

להכפיף את מח"ש ישירות לשר המשפטים, ובכך לפגוע באי־תלותה.<sup>462</sup> כמו כן, וכפי שאפשר לראות, למשל, בפרשת גואטה, גם כאשר מח"ש עושה את תפקידה, לעיתים דווקא בית המשפט מייחס חומרה מופחתת לעבירות אלו. במקרה הזה משנת 2020 הואשם סנ"צ ניסו גואטה בתקיפת מפגין וצלם עיתונות במהלך הפגנה מול מעון ראש הממשלה. גואטה הורשע בבית משפט השלום לאחר שהובהר כי אפילו אם היה מדובר בהפגנה בלתי חוקית, לא הייתה קמה עילה של שימוש בכוח מול המפגינים, שכלל לא התפרעו. בגזר הדין הובהר כי אומנם לא נגרם למפגינים נזק ממשי, "אך יש בה באלימות זו כדי להפר את האמון שניתן בנאשם, בתפקידו ובמשטרת ישראל בכלל. יש בכך כדי לפגוע באמון הציבור במשטרת ישראל, האמונה על אבטחת הפגנות ומפגינים. יש בכך משום פגיעה בזכות היסוד של כל אזרח במדינה להפגין".<sup>463</sup> על גואטה הוטלו חמישה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים. ערעור שהגיש גואטה התקבל בחלקו, והוא זוכה מתקיפת המפגין. ההרשעה בתקיפת צלם העיתונות אומנם נותרה על כנה, אך בפסק הדין צוין כי נסיבות המקרה חמורות פחות מכפי שמשנתקף בהכרעת הדין, וכי את התנהגות השוטר יש לבחון "על רקע מצב הלחץ המתמשך בזירה, ועל רקע האירועים הרצופים שנדחסו בדקות ספורות".<sup>464</sup> בשל הזיכוי החלקי הוחזר הדין לבית משפט השלום לגזירת העונש מחדש.<sup>465</sup> בית משפט השלום החליט לבטל את ההרשעה, בין היתר מכיוון שלנאשם עלול להיגרם נזק קונקרטי מההרשעה, בדמות פיטוריו. כך נוצר מצב שבו ה"פגיעה בזכות היסוד של כל אזרח במדינה להפגין", מתגמדת אל מול "אינטרס ציבורי רב חשיבות שלפיו קצין מצטיין רב זכויות זה ימשיך לשרת את הציבור במסגרת תפקידו במשטרה

462 להרחבה, ראו מרדכי קרמניצר, עמיר פוקס וגיא לוריא "הכפפת מח"ש לשר המשפטים תפגע בעצמאותה, בעצמאות הפרקליטות ובשלטון החוק" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (12.2.2023).

463 ראו, למשל, ת"פ (ראשון לציון) 70314-11-20 מדינת ישראל נ' גואטה, עמ' 7 (9.8.2022) (להלן: גואטה, פס"ד ביהמ"ש השלום). להרחבה, ראו מרדכי קרמניצר "הרשעת קצין המשטרה הבכיר אינה מובנת מאליה, ומחזקת את זכות ההפגנה" אתר הארץ (23.6.2022).

464 ע"פ (מרכז) 47594-09-22 גואטה נ' מדינת ישראל מח"ש, פס' 80 (27.3.2023).

כפי שהוא עושה כיום"<sup>466</sup> יוער כי בשלהי שנת 2023, חודשים ספורים בלבד לאחר תום משפטו, קודם גואטה לדרגת ניצב משנה.<sup>467</sup> המסר היוצא מפרשה זו הוא שבמשטרה שוררת תרבות ארגונית המעודדת אלימות, או לכל הפחות אינה מענישה (בלשון המעטה) את מי שמעורבים באירוע אלים.<sup>468</sup>

הפעלת אמצעים לפיזור הפגנות שלא כדין טומנת בחובה פגיעה של ממש בחופש ההפגנה. ראשית, קבוצות העלולות להימצא בסיכון גבוה יותר מהפעלת האמצעים האלה – כגון קשישים, נערים ומשפחות – יעדיפו מראש להדיר רגליהן ממחאות שעולה מהן חשש של שימוש לא מבוקר באמצעים לפיזור

**466** גואטה, פס"ד ביהמ"ש השלום, לעיל ה"ש 463. ראו גם יהושע (ג'וש) בריינר "ביהמ"ש ביטל את הרשעתו של השוטר ניסו גואטה בחקירת צלם בבלפור" אתר הארץ (19.7.2023).

**467** רוני זינגר "הבלגן במשטרה לא עוצר: מינויים נעשים כמו במשטרים אפלים ובארגוני פשיעה" שומרים (12.12.2023).

**468** ראוי להזכיר גם את המקרה שאירע בשלהי 2023, שבו תועדו שוטרי מג"ב מכים צלם מטעם סוכנות הידיעות הטורקית. אומנם נפתחה נגד השוטרים חקירה של מח"ש, אך על פי פרסומים בתקשורת, לנוכח הגיבוי שהעניק בן גביר לשוטרים, הם שבו לעבודה סדירה בשטח ימים ספורים לאחר המקרה. אומנם מקרה זה לא התרחש במסגרת הפגנה, אך יש בו כדי להעיד על היחס הכללי כלפי אלימות במשטרה ובסביבת השר לביטחון לאומי, יחס המקרין גם על אלימות שוטרים בהפגנות. ראו "בעקבות התערבות בן גביר שוטרי מג"ב שהיכו עיתונאי פלסטיני שבו לשטח" זו הדרך (25.12.2023). לכך יש להוסיף שהשר בן גביר ליווה לחקירה במשרדי מח"ש שוטר מג"ב שירה למוות בילד בן 12 במחנה הפליטים שועפאט. בתגובה הבהירה היועצת המשפטית לממשלה לשר בן גביר כי "כל התערבות מטעמן בחקירות, בדרך ישירה או עקיפה, מפרה את החוק, פוגעת פגיעה קשה בשלטון החוק ומהווה פוליטיזציה של מערכות אכיפת החוק והשפעה אסורה עליהן. יש להימנע אלאחר" (ראו לירן תמרי, טובה צימוקי וסיון חילאי "בן גביר ליווה למח"ש את הלוחם שירה בבן 12 בשועפאט, היועמ"שית: אתה עובר על החוק" [ynet](#) (13.3.2024)). כמו כן, קצין משטרה ממחוז תל אביב, רפ"ק מאיר סוויסה, נחקר במח"ש לאחר שתועד משליך רימוני הלם לעבר מפגינים, וזמן קצר לאחר חקירתו הוענקה לו תעודת הצטיינות. חודשים ספורים לאחר מכן הוא נחקר שוב במח"ש בחשד לתקיפה, לאחר שתועד מכה מפגין מבוגר. ראו אבי כהן "הקצין שהשליך רימון הלם לעבר מפגינים – נבחר למצטיין התחנה" ישראל היום (20.4.2023); יהושע (ג'וש) בריינר "קצין משטרה נחקר בחשד שתקף מפגין נגד הממשלה יומיים לאחר תחילת המלחמה" אתר הארץ (25.2.2024). סוויסה אף קודם לדרגת סגן ניצב ומונה למפקד תחנת דרום תל אביב בעוד יש נגדו שני תיקים פתוחים במח"ש. ראו אבי כהן "מפקד תחנת ת"א דרום החדש: רפ"ק מאיר סוויסה, שנחשד בהשלכת רימון לעבר מפגינים בקפלן" ישראל היום (7.5.2024).

הפגנות. גם קבוצות רבות אחרות החוששות מפני הפעלת אמצעים אלו כלפיהן עשויות לבחור להימנע מראש מהשתתפות במחאות. שנית, משתתפים שנפגעו מאמצעים אלו עשויים לבחור שלא להשתתף בהפגנות עתידיות מחשש שמא יבולע להם. שלישית, אי אפשר להסכין עם מצב שבו המשטרה, שתכליתה לשמור על ביטחונם של המפגינים ועל מימוש זכותם להפגין, היא שתתחור תחת תכלית זו בלא הצדקה ראויה. רביעית, ככל שהאמצעים לפיזור הפגנות מופעלים שרירותית, ושלא על פי נוהל מסודר, יתקשו המשתתפים בהפגנה להעריך אם וכיצד יופעלו האמצעים נגדם. גם בעצם השרירותיות יש כדי להרתיע מפגינים מלהשתתף בהפגנות.

הנוהל המשטרתי בנושא הפרות סדר קובע כי השימוש באמצעים יעשה על פי המדרג הזה:

**מדרג א** חל על הפגנות שקטות שבהן אין הפרה של הסדר הציבורי (לדוגמה: הפגנות בהתאם לתנאי הרישיון, או הפגנות בלתי חוקיות אך שלא גורמות להפרעה לשגרת החיים, וכן משמרת מחאה שאיננה כרוכה בהפרת סדר), ובו אסור להשתמש בכוח או באמצעים לפיזור הפגנות.

**מדרג ב** חל כאשר יש הפרה של הסדר הציבורי ואי־ציות להוראות המשטרה הנדרשות לשמירה על שלום הציבור והסדר הציבורי. במקרים כאלה אפשר להשתמש בכוח באישור מפקד האירוע. אפשר גם להשתמש באלות לשם הדיפת מפגינים ומעצרים בסמכות מפקד המרחב או סגנו; ובהיעדרם, בסמכות מפקד תחנה בדרגת ניצב משנה או בסמכות מפקד מפקד משימתית או סגנו בהיעדרו.

**מדרג ג** חל כאשר יש הפרה של הסדר הציבורי והתנגדות אלימה של המפגינים כלפי כוחות המשטרה או כלפי הציבור, ומתקיים בהם אחד מאלה: המפגינים מתנגדים לפעולות המשטרה לפיזור ההפגנה ועלולים להיגרם חבלות בגוף או נזק לרכוש; המפגינים מתנהגים באלימות בהיקף נרחב כלפי הכוח המשטרתי הפועל לפיזור ההפגנה; המפגינים מתנגדים באלימות כלפי הציבור, ועלולים להיגרם חבלות בגוף או נזק לרכוש; המפגינים מתנגדים באלימות לפיזור ההפגנה, וקיים חשש ממשי לחסימת צירים חיוניים או לחסימת גישה למוסדות שלטון מרכזיים. במדרג ג מותר להשתמש באלות, במערכת אקוסטית "צעקה",

ברימוני הלם, בסוסים ופרשים, במכת"ז (עם מים, צבע, או בואש) בסמכות מפקד המרחב או סגנו; ובהיעדרו, בסמכות מפקד תחנה בדרגת ניצב משנה או בסמכות מפקד מפקדה משימתית או סגנו בהיעדרו.

מדרג ד חל כאשר קיימת הפרה של הסדר הציבורי והתנגדות אלימה קשה (כמפורט במדרג ג), ונוסף על כך המפגינים עושים שימוש בחפצים ובאמצעים למיניהם כלפי כוחות המשטרה או הציבור ועלולים להיגרם חבלות בגוף ונזק לרכוש. במקרים אלו מותר להשתמש בכדורי ספוג, ברובה אוויר מסוג FN303, בגז מדמיע, במדוכה רבי־קנית "ונום" (המסוגלת לשגר כמה רימוני עשן לכמה כיוונים בו בזמן), וכן ברחפן המטיל קפסולות גז מדמיע, והכול באישור מפקד מחוז או סגנו בהיעדרו.

על פי מדרג ב מותר להשתמש בכוח, ואף באלות, נגד המפגינים גם אם הם אינם מתנגדים למשטרה באלימות ואינם נוהגים באלימות. על פני הדברים, אין לכך הצדקה. נוסף על כך, ניסוח מדרג ג אינו מצומצם די הצורך, ומאפשר להפעיל אמצעים המסכנים את שלמות גופם של המפגינים גם אם הנזק הצפוי מהתנגדות אלימה שלהם אינו ממשי או מייד. לדעת פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – שאליה אנחנו מצטרפים – ככל שאין סכנה ממשית ומיידית לגופם או לרכושם של אחרים, למשטרה אין סמכות להשתמש באמצעים לפיזור הפגנות המסכנים את שלמות גופם של המפגינים. לדעתנו, סכנה לרכוש פחותה בחומרתה מסכנה לגוף, וככלל אינה מצדיקה הפעלה של אמצעים העלולים לסכן את שלמות גופם של המפגינים. עוד יש להבהיר כי חסימת כביש אינה מקנה למשטרה את הסמכות האוטומטית להפעיל אמצעים לפיזור הפגנות המסכנים את שלמות גופם של המפגינים. יש לבחון, למשל, את אופי החסימה, את משכה והשלכותיה, ואם יש צורך מייד לפנות את הכביש כדי להציל חיים, או שמא צירים חלופיים נותנים מענה לכך.<sup>469</sup>

הנוהל המשטרתי גם קובע כי יש לבחון את התאמת האמצעים למאפיינים המסוימים של הפרת הסדר מתוך התייחסות ספציפית לתכונות של כל אמצעי, וכן נקבע כי יש חשיבות רבה לשמירת ערוצי הידברות פתוחים בין המשטרה

469 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, "נייר עמדה 53", לעיל ה"ש

למארגנים כדי למנוע הפרות סדר ושימוש בכוח ובאמצעים לפיזור הפגנות. עם זאת, חסרה בנוהל הבהרה חד־משמעית שעל האמצעים להיות מופעלים באופן סביר ומידתי.<sup>470</sup> עוד נקבע בנוהל כי חובה על כל השוטרים לפעול באירועי הפרות סדר כשהם גלויי פנים ועונדים תג שם במקום גלוי. בפועל דווחו דיווחים רבים שלפיהם לא כל השוטרים בשטח מיישמים את ההוראה הזאת.<sup>471</sup>

מכיוון שבחודשים האחרונים הופנתה תשומת לב לאמצעים לפיזור ההפגנות לסוגיהם, נעמוד על מאפייניהם העיקריים, על פי המדרג האמור לעיל.

## אלות

השימוש הפסול באלה מופיע כבר במילותיו של המשורר נתן אלתרמן ששרטט את דמותו של "השוטר ג'וני" המנדטורי.<sup>472</sup> השוטר ג'וני יוצא לו לטיול ברחוב, מחשבותיו מתרוצצות. בעקבות נשים שבהן הוא נתקל בדרך, הוא חושב על אימו הרחוקה: "אנשים הולכים ברחוב וכל אחד כמוהו – טוב...". ולפתע מתגנבת למוחו המחשבה הזאת: "מזר מאד, הן רק היום/ נתנה גם לו אֶלֶת העץ/ והוא גם הוא ראשים נֶפֶץ".<sup>473</sup> הפרקטיקה המנדטורית לא פסה במשטרה העברית, והאלה הפכה, כדברי עיתון קול העם, למעיין סממן מעוות של הקוממיות היהודית: "כשבני העם מתחילים להרגיש את אלות המשטרה 'העברית' [...] אז הם מתחילים להבין את פירושה האמיתי של עצמאות".<sup>474</sup> האלימות שהפעילה משטרת ישראל כלפי מפגינים מבין העולים החדשים בראשית שנות ה־50 גררה ביקורת קשה: "זהו הטיפול בעולה החדש: אלות שוטרים – במקום עבודה. מכות

470 ש.ס.

471 עמיר קורץ "חניקות, אגרופים, בעיטות: הוגשו עשרות תלונות נגד שוטרים" כלכליסט (1.8.2023); יהושע (ג'וש) בריינר ובר פלג "עדויות מפגינים משרטטות דפוס פעולה של שוטרים: לחבוש קסדה כדי לא להזדהות – ולפרוק כל עול" אתר הארץ (26.7.2023).

472 מרדכי נאור אקטואליה ופוליטיקה בטורי העיתונות, השירים הליריים ושירי הזמר של נתן אלתרמן 111 (2018); דבורה הכהן תכנית המיליון: תכניתו של דוד בן־גוריון לעלייה המונית בשנים 1942–1945 25 (1994).

473 נתן אלתרמן "השוטר ג'וני" דבר 27.8.1934, 8.

474 "המזכיר הכללי מסכם הדיון" קול העם 2.6.1952, 1.



רצח – במקום קליטה".<sup>475</sup> גם מהפגנות הציבור הערבי לא נחסכו האלות. בשירו "מהומות נצרת" תיאר אלתרמן כיצד דיכאה המשטרה את הפגנות האחד במאי 1958 בטענה שההפגנה נערכה בלא רישיון וניסיונותיה לפזר את ההפגנה עלו בתוהו – מה שהביא את הדברים לכדי הכאת אזרחי המדינה הערבים שהשתתפו בהפגנה. הוא התריע שייתכן שהרוב היהודי בישראל נהפך "לציבור של קסדות־ואלות".<sup>476</sup>

בעת האחרונה דומה כי יש מי שמבקש להגשים את נבואתו של אלתרמן. לפני כשנתיים אישר המפכ"ל יעקב שבתאי להוריד את השימוש באלה למדרג ב, כלומר לצורכי מעצר והדיפה של מפגינים, "כצעד מניעתי לשם הרתעת מפרי הסדר מהמשך ההתנגדות להוראת הפיזור והסלמת האירוע ודרדורו למדרגי הפרת סדר גבוהים יותר והן לשמירה על טווח בטיחות בין השוטרים למפרי הסדר כאשר האלה יוצרת הפרדה בין גופם של השוטרים לגופם של מפרי הסדר".<sup>477</sup> במילים אחרות, נקבע כי יהיה אפשר להשתמש באלות גם אם המפגינים לא פעלו באלימות, ודי בכך שיש הפרה של הסדר הציבורי (ובכלל זה אם המפגינים אינם מציינים להוראות המשטרה).

לפי "נוהל הפעלה ושימוש באלה באירועי הפרות סדר", מותר לעשות שימוש באלה לשם הדיפת מפגינים אם האלה מושטת לכיוון חזה המפגינים; ואם ישנה התנגדות אקטיבית, אפשר להפעיל לחץ על מפקדי הידיים והכתף בעזרת האלות כדי לרתק את המפגינים. אם ההתנגדות היא אקטיבית ואלימה, אף ניתן להרחיק מפרי סדר באמצעות חבטות לירך החיצונית, אך אין לחבוט בשום איבר אחר, ומודגש כי אין לחבוט מעל לפלג הגוף התחתון כלל.<sup>478</sup> בניגוד לדברי משטרת ישראל, דומה שהחלטת המפכ"ל הביאה לשימוש מוגבר באלות, לעיתים גם

475 "מובטלי טבריה ורחובות הפגינו תביעתם לתעסוקה" קול העם 3.5.1951, 4.

476 נתן אלתרמן "מהומות נצרת" דבר 9.5.1958, 2.

477 מכתב מאת עו"ד מוריה בן משה, רפ"ק קמ"ד יחידות מבצעיות במשטרה, אל עו"ד אן סוצ'יו מהאגודה לזכויות האזרח בנושא "הורדת מדרג האלה" (14.7.2023).

478 נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 220.010.18 "הפעלה ושימוש באלה באירועי הפרות סדר" (להלן: נוהל הפעלה ושימוש באלה).

בהיעדר הצדקה מתאימה,<sup>479</sup> אך על פי שרשמית, "החבטה נועדה לסיוע בפיזור/ הפסקת הפרת הסדר והחזרת הסדר על כנו ולא כאמצעי ענישה".<sup>480</sup>

יוער כי כלל לא ברור שהשימוש באלות הוא הכרחי או יעיל בפיזור הפגנות. עדות לכך אפשר למצוא בפילוח הנתונים שקיבלה התנועה לחופש המידע במענה לבקשת חופש מידע שהגישה למשטרת ישראל. במהלך השנתיים מאז ששונה הנוהל עשתה המשטרה שימוש באלות כ־400 פעמים, כ־90% מהן באזור ירושלים, לעומת ארבע פעמים בלבד במחוז תל אביב.<sup>481</sup> במילים אחרות, הגם שאין להשוות בין הפגנה להפגנה, אפשר ללמוד מגישתו של מפקד מחוז תל אביב היוצא, עמי אשד, שלו יוחסה האמירה "אצלי לא יהיו אלות",<sup>482</sup> כי לעיתים השימוש באלה איננו כורח המציאות אלא תולדה של מדיניות הפעלת כוח ושל החלטה של פיקוד המחוז.

לא סביר שייעשה שימוש באלה אלא כדי למנוע פגיעה בגוף או פגיעה חמורה ברכוש, וכאשר שימוש בכוח אלים פחות אינו בא בחשבון או שהופעל ללא הועיל. משום שבהפגנה יש לרוב מתח בין המפגינים לבין השוטרים, ולעיתים קרובות מפגינים אינם מצייתים להוראות השוטרים, ואף נוקטים כלפיהם בלשון עולבת וגסה, השימוש התגובתי והנקמני באלה חייב להיות מובא בחשבון ולא ניתן להתעלם ממנו. לסיכום עניין זה – יש בשימוש באלה יסוד ברוטלי ויסוד משפיל, ולכן יש לוודא שהשימוש בה מצטמצם למקרים אמיתיים של בדלית ברירה.

## מכת"זית

מכונית התזה (מכת"זית) היא כלי רכב שעליו מונחת מכונת התזה היכולה להתזת סילוני מים, צבע, בואש (נוזל המפיץ ריח חריף, ואף יכול לגרום לצריבה בעור)

479 יהושע (ג'וש) בריינר "המפכ"ל הקל את נוהלי השימוש באלות והשימוש בהן גובר, גם כשאינן לכך הצדקה" אתר הארץ (21.6.2021).

480 נוהל הפעלה ושימוש באלה, לעיל ה"ש 478.

481 התנועה לחופש המידע "מידע מהמשטרה: דו"ח שימוש באמצעים לפיזור הפגנות" 19.5.2023.

482 משה שטיינמץ "כ־90% מהשימוש באלות בידי שוטרים – במחוז ירושלים" כאן חדשות (31.5.2023).

וגז מדמיע. על פי "נוהל הפעלה ושימוש במכת"ז", השימוש במכת"זית בהתזה ישירה יהיה רק למרכז מסה ו/או לפלג גוף תחתון, ובטווחי הפעלה מכ־20 מטרים לכל הפחות. מובהר בנוהל כי אין להתיז כלפי מקומות שבהם יש חשש ממשי לפגיעה של אדם מנזק אגבי (כגון נפילה ממקומות גבוהים או הטחה כלפי קיר).<sup>483</sup> השימוש במכת"זית מתאפשר במדרג ג, קרי במקרה של הפרת הסדר הציבורי מתוך התנגדות אלימה.

על השימוש במכת"זית נמתחה ביקורת כפולה: הן על עצם השימוש בכלי, הן על הפעלתו התכופה שלא לפי הנהלים. ראשית, לעניין עצם השימוש בכלי – ההסתדרות הרפואית הבהירה כי השימוש במכת"זית עלול לגרום לנזקים בלתי הפיכים ולנכות תמידית. לדבריה, סוגי הפגיעות שבהם הרופאים מטפלים מעידים שהמטרה מפעילה את הכלי שלא על פי הנהלים.<sup>484</sup> דומה כי דברים אלו של ההסתדרות הרפואית לא הופנמו במשטרה; ואכן, עדויות רבות (לרבות סרטונים) מראות כי המשטרה מפעילה את הכלי מתוך חריגה מהנהלים שהיא עצמה גיבשה. לדוגמה, השימוש במכת"זית גרם לפציעות בעיניים ובפנים, אף שהנוהל אוסר על כיוון ההתזה לפלג הגוף העליון, וכן נעשה שימוש במכת"זית ממטרים ספורים בלבד, כלפי מפגינים שכלל לא הפרו את הסדר, ומתוך הטחת המפגינים אל קירות.<sup>485</sup>

גם בית המשפט העליון מתח ביקורת על השימוש שהמשטרה עושה במכת"זית. וכך הדגיש השופט אלכס שטיין:

שימוש המשטרה במכת"ז, ובפרט בבואש, כאמצעי למניעת אלימות או פגיעה חמורה ברכוש חייב לעמוד במבחנים של חיוניות וסבירות הקבועים בסעיף 4א(א)(3)(ב) לפקודת המשטרה [...] עיקרון זה חל ביתר שאת בהקשרן של הפגנות – זאת, מאחר שזכותו של אדם להפגין ולמחות היא אחת מאבני

483 נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 220.010.12 "הפעלה ושימוש במכת"ז".

484 אדריאן פילוט "ההסתדרות הרפואית נגד השימוש במכת"זית: כלי נשק שגורם לנזקים חריגים" כלכליסט 8.7.2023.

485 יהושע (ג'וש) בריינר "המשטרה טוענת שמכת"זית היא אמצעי רך, עדויות מראות אחרת" אתר הארץ (31.7.2023).

היסוד של משטרנו החוקתי, ובתור שכזאת היא ראויה להגנה מיוחדת מפני פעולות של אנשי שררה אשר עלולות ליצור אפקט מצנן שיירפה את ידיהם של אזרחיות ואזרחים החפצים להפגין ולמחות [...] מסיבה זו, גם כאשר מדובר בהפרת סדר במדרג ג', חשוב לוודא שהשימוש במכת"ז יותר רק במצבי [...] "אין ברירה" – הווה אומר: כאשר אמצעים פחות קשים אינם יעילים דיים כמענה לאלימות ההמונים.<sup>486</sup>

השופט נעם סולברג הצטרף לדברים:

גם כאשר ישנן הפרות סדר, ואף אם בדרג ג', יש לוודא שהשימוש במכל ההתזה – גם אם תכולתו מים בלבד, קל וחומר צבע, ובן בנו של קל וחומר – "בואש", יעשה במידה ובמשורה, רק במצבי "אין ברירה". זאת, הן מחמת חשיבותה של הזכות להפגין, הן מחשש לפגיעה בתמימים, בחפים מפשע, עוון וחטא. מטבע הדברים, התזת מים או צבע בלחץ גבוה, עלולה לפגוע גם בעובר אורח תמיים, בשל יכולת הדיוק המוגבלת; התזת "בואש" משפיעה לרעה על דיירי הרחוב ומשתמשי הדרך גם מבלעדי פגיעה ישירה; היא חונקת ומחניקה. השימוש באמצעים הללו צריך להיעשות אפוא בדלית ברירה; לא כברירת מחדל.<sup>487</sup>

גם השופטת ברון הדגישה ביחס לשימוש בבואש כי מדובר ב"אמצעי דרסטי (גם אם לא הקיצוני ביותר)", ולכן "השימוש בבואש יכול שיישקל רק כאשר עסקינן בהפרות סדר אלימות וחמורות, בהיעדר ברירה אחרת, ובכל מקרה באופן מצומצם ומידתי – בהתאם להוראות הנהלים בנושא".<sup>488</sup> לא פעם גם נפסק כי המשטרה הפעילה את האמצעי בניגוד לנהלים, והיא חויבה לפצות את הנפגע.<sup>489</sup>

486 בג"ץ 346/21 עמותת משפט אמת וצדק נ' משטרת ישראל (29.7.2021).

487 ש.ס.

488 בג"ץ 5882/18 קרויס נ' משטרת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ברון (19.8.2020).

489 ראו, לדוגמה, תאד"מ (י-ם) 21-06-26104 לוינ' נ' משטרת ישראל (11.11.2023).

ניסיון העבר מלמד כי ההחלטה להפעיל מכת"זית או להימנע מכך איננה תמיד פרי של הערכת מצב מבצעית בהתאם למדרגים שנקבעו. כך למשל, בשעתו קבע השר לביטחון הפנים אביגדור קהלני כי אין להפעיל מכת"זית בהפגנות החרדים הסוערות בכביש בראילן.<sup>490</sup> לימים הגיב מי שהיה מפקד מחוז ירושלים באותה עת, ניצב אריה עמית, והביע בפומבי את מורת רוחו מהחלטת השר, ואף רמז לשיקולים פוליטיים לא ענייניים.<sup>491</sup> כיום אנו עדים לניסיונות פסולים מצד השר לביטחון לאומי בן גביר להביא להפעלת המכת"זית ביתר שאת – לא בשם הערכת מצב, אלא בשם דוקטרינת "השוויוניות" בהפעלת הכוח, כמתואר לעיל. זה המקום לציין כי יד קלה על הדק סילוני המים עשויה לנבוע גם מלחץ פנים ארגוני, למשל מצד מפקדים בכירים במשטרה על הכפופים להם, מה שעשוי גם כן להוביל להפעלה של הכלי שלא על פי המדרג המתאים.<sup>492</sup>

אנו סבורים כי השימוש במכת"זית לפיזור הפגנות צריך להיות מוגבל ביותר רק למקרים שבהם יש ודאות קרובה לסכנה מיידית וחמורה לשלומם של אנשים. לאמור, לא כל חסימה של ציר, ויהיה זה אפילו ציר מרכזי, מצדיקה את השימוש במכת"זית. זאת, הן בשל הפגיעה החמורה שהאמצעי עלול לגרום לשלומם של המפגינים, הן בשל היעדר היכולת שלו להבחין בין מפרי סדר הפועלים באלימות ומסכנים את שלמות הגוף של שוטרים או אחרים, לבין מפגינים שרק מממשים את זכותם הדמוקרטית. לכך יש להוסיף כי כל שימוש בו שלא על פי הנהלים (לדוגמה, התזה ממרחק של מטרים ספורים, התזה העלולה להטיח אנשים על קירות), מעלה עד מאוד את רמת הסיכון הנשקפת מהאמצעי. למרות הסיכון הגדול הכרוך בשימוש במכת"זית, ניכר כי המשטרה לא הפנימה שמדובר באמצעי "דרסטי", כדברי השופטת ברון, ובפועל אין עושים בו שימוש כמוצא אחרון בלבד. לכך יש להוסיף כי השימוש במכת"זית כדי להתיז נוזלים שאינם מים (כגון בואש, צבע, וכן גז מדמיע) חמור במיוחד. אף לפי האמור בנוהל המשטרה, הבואש עלול להותיר צריבה בעור, ולספיגת הבואש בבדים יש אפקט

490 גבי ברון ודורון מאירי "המשטרה תפסיק להפעיל בהפגנות פרשים וזרנוקי מים" ידיעות אחרונות 25.7.1996.

491 שוש מולא "אריה בסוגר" ידיעות אחרונות 50 5.11.1999.

492 ראו, למשל, בג"ץ 5562/07 שוטהיים נ' שר לבטחון פנים (23.7.2007).

ריח לאורך זמן. מכאן שהסיכון משימוש בנוזלים שאינם מים חמור שבעתיים, ואף כרוך בו ממד משפיל של "סימון" מפגינים לאורך זמן.

## פרשים

השימוש בסוסים במלחמה ובשיטור הוא עתיק יומין,<sup>493</sup> וכבר עם קום המדינה שימש הסוס כלי לפיזור הפגנות. כך, למשל, תיאר עיתון דבר את השימוש בסוסים לפיזור הפגנות: "השלווה הנסוכה על העיר נעלמת בבת אחת. דהרות הסוס ומתיחות רוכבו מבשרות קרב, מבשרות הסתערות על מפרי החוק. הפגנה או התקהלות תחת כיפת השמים ללא נטילת רשות עלולה להיפזר [כך] בין רגע".<sup>494</sup>

לפי נוהל המשטרה בדבר "הפעלה מבצעית של יחידות הפרשים", "גודלו ונוכחותו של הסוס משפיע על הסביבה ובלא מעט מצבים עצם הנוכחות מונעת הסלמת אירועים".<sup>495</sup> ברי כי בעיני המשטרה השימוש בסוסים הוא אמצעי חשוב, גם לנוכח הפחד שמתעורר בליבו של כל אדם שמתחוור לו שסוס שועט לעברו. הפחד הזה מסייע לפרשים לפזר הפגנה ביעילות, יותר ממספר רב של שוטרים שינסו לעשות כן בעזרת דחיפות ואלות. עבור משטרה הסובלת תמיד ממחסור בכוח אדם, יש לכך ערך רב.

משימות יחידות הפרשים מנוסחות בנוהל המשטרתי ניסוח עמום, ומוזכרים בו שמירה על הסדר הציבורי, מניעת התקדמות המפגינים למקומות אסורים ופיזור מתפרעים או מתקהלים. מובהר שם כי אין להפעיל פרשים בעת שמפעילים אמצעי פיזור אחרים, כגון מכת"זית, גז מדמיע ורימוני הלם. כאשר מפזרים הפגנה באמצעות סוסים, אפשר לעשות זאת הן בתנועה איטית של הסוסים, הן בתנועה מהירה, ואף מותר לפרשים לעשות שימוש באלות לכיוון הכתפיים

**493** ראו גם דרור בורשטיין "לפעמים די בשיר אחד כדי לראות סוסים בצורה אחרת" אתר הארץ (19.7.2023).

**494** ש. ברלינסקי "סוס ורוכבו" דבר 22.6.1951, 17.

**495** נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 22.013.06 "הפעלה מבצעית של יחידות הפרשים" (2.8.2020).

והזרועות, אך לא לכיוון הראש.<sup>496</sup> לפי נוהלי המשטרה, השימוש ביחידות הפרשים מתאפשר במדרג ג, קרי בעת הפרה של הסדר הציבורי מתוך התנגדות אלימה.

עצם השימוש בסוסים הוא נושא שנוי במחלוקת. ראשית, פוטנציאל הפגיעה במפגינים גבוה, ולעיתים קרובות הפגיעה היא בלתי מידתית. בדוח הביניים של ועדת החקירה הפרלמנטרית לאירועי עמונה (שבהם נפגעו כמה מפגינים מסוסים, חלקם פגיעה של ממש), צוין שלעיתים אפילו השימוש במים, המסוכן כשלעצמו, עדיף על פני השימוש בסוס. בכך סמכה הוועדה את ידיה על חוות דעתו של עמנואל גרוס, שקבע כי השימוש בסוסים הוא "אמצעי מאוד קיצוני". אומנם, לפי נוהל ההפעלה המבצעית של יחידות הפרשים של המשטרה "השימוש באמצעי זה יעשה תוך נקיטת אמצעי זהירות למניעת חבלות ככל האפשר".<sup>497</sup> עם זאת, לנוכח הנעשה בשטח, ספק אם יש בכך כדי להרגיע את הדאגה, במיוחד כאשר בד בבד הנוהל מתיר לפרשים לעשות שימוש באלות, ואף לערוך את הפיזור בתנועה מהירה, המגבירה עד מאוד את הסיכון הנשקף למפגינים.

שנית, כפי שנכתב בדברי ההסבר להצעת החוק שביקשה לאסור פיזור התקהלויות באמצעות סוסים, עצם השימוש בסוסים "יוצר כאוס אשר עשוי להגביר את התסיסה ולהוביל לאלימות מוגברת".<sup>498</sup> לכאורה, השימוש בהם אמור למנוע כאוס ולא לחולל אותו, אך בפועל דומה שהפרשים אינם תורמים להרגעת הרוחות. השימוש בסוסים עשוי להיות מוצדק רק אם האלימות שעימה המשטרה מתמודדת מצדיקה את שיעור החבלות הריאלי הצפוי עקב השימוש בסוסים. כלומר, צריך להשוות את הכוח שמפעילים הפרשים הרכובים על סוסים לכוח שמפעילים שוטרים, ואז לבחון אם השימוש הכולל בכוח הוא מידתי למידת האיום הנשקפת מהמפגינים.

496 שם, בס' 4.

497 שם.

498 הצעת חוק איסור שימוש בסוסים לשם פיזור התקהלויות, התשפ"א-2021, 1007/24/פ.

שלישית, בשנים האחרונות הולכת וגוברת הביקורת על השימוש בסוסים לפיזור הפגנות בשל "צער בעלי חיים", כלומר משום שהסוסים נקלעים שלא בטובתם לזירה הגורמת להם תעוקה נפשית, ולעיתים גם נזקים גופניים. בהקשר זה, הנוהל המשטרתי אף מתיר להפעיל את הסוס במשך שש שעות רצופות, ועד עשר שעות מצטברות ביממה. ממכתב ששלח אמנון קרן מהקליניקה לצדק סביבית והגנה על זכויות בעלי חיים באוניברסיטת תל אביב למפכ"ל המשטרה עולה שמצוקת הסוסים איננה מתמצה בזירת ההפגנה בלבד אלא נובעת גם ממשטר האימונים.<sup>499</sup> לטענתו, השימוש בסוסים במתכונתו הנוכחית נוגד את החוק לאיסור צער בעלי חיים.<sup>500</sup>

בעבר נעשה שימוש בכלבים לפיזור הפגנות, עד שהממשלה החליטה לבטלו בשנת 1957.<sup>501</sup> כיום הנוהל המשטרתי קובע במפורש כי "לא יבוצע שימוש בכלבים בהפגנות המוניות לפיזור המון".<sup>502</sup> לנוכח כל האמור לעיל נראה שהגיעה העת שגם השימוש בסוסים ככלי לפיזור הפגנות יהיה חלק מנחלת העבר.

## מערכת אקוסטית "צעקה"

מערכת ה"צעקה" היא מערכת אקוסטית המשמיעה רעשים ממוקדים רבי עוצמה ולמרחק רב. לפי הדיווחים, עוצמת הרעש עלולה לגרום לכאבי ראש, לסחרחורות, לבחילות, לאובדן התמצאות ולבלבול, ובמקרים קשים אף לנזק לעור התוף ולחירשות.<sup>503</sup> לפי הנוהל, "הפעלה ושימוש במערכת אקוסטית 'צעקה' למערכת הזאת כמה מטרות, ובהן פיזור הפרות סדר על ידי השמעת

499 מכתבו של עו"ד אמנון קרן לרב ניצב יעקב שבתאי בנושא "הפסקת השימוש בסוסים לפיזור הפגנות" (16.4.2023).

500 חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994.

501 "לא ישתמשו עוד בכלבים לפזור הפגנות" הארץ 12.8.1957, 1. החלטת הממשלה לא חלה על "שמירת הסדר" בשטחים שנכבשו כעשור לאחר מכן, אך גם שם התקבלה החלטה להפסיק את השימוש בכלבים בשנת 2012.

502 נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 220.013.46 "הפעלת כלב שיטור" (16.11.2021).

503 יאיר גיל "הצעקה בבלפור" העין השביעית (17.1.2021).



רעש מטריד שיגרום למפגינים להתרחק מהמקום או ימנע מהם להשליך חפצים ולהתפרע. מערכת זו משמשת גם אמצעי כריזה לשם העברת מסרים והנחיות.<sup>504</sup>

נוהלי המשטרה קובעים כי מותר להפעיל את המערכת במדרג ג, כאשר קיימת הפרה של הסדר הציבורי מתוך התנגדות אלימה. הנוהל המשטרתי בנושא האמצעי האקוסטי קובע כי מפקד הכוח יכריז במערכת הכריזה על הכוונה להפעיל מערכת הגברת קול בעוצמה גבוהה, ואז יינתן פרק זמן סביר להתרחקות הקהל מהמקום. כן נאסר על הפעלת המערכת במרחק הקטן מכ־20 מטרים מהמפגינים, ועל הפעלתה במקומות סגורים או במקומות שבהם עלול להיגרם החזר קול כלפי המשטרה. המערכת תופעל בהדרגה – מעצימות שמע נמוכה לעצימות בינונית (של עד 115 דציבל), ולסירוגין (בהפעלות קצרות של 10 שניות) ולא ברצף אחד ארוך. ניתן להפעיל את המערכת בעצימות גבוהה (של מעל 115 דציבל, עוצמה הנחשבת מסוכנת) רק במקרה שבו נשקפת סכנה ממשית לכוחות המשטרה ולציבור או פגיעה בגוף וברכוש.<sup>505</sup>

על השימוש במערכת נמתחה ביקורת רבה. איגוד רופאי בריאות הציבור בישראל הזהיר מפני ההשלכות הקשות של השימוש במכשיר על בריאות המפגינים, שאינם יכולים להתגונן כראוי מפני האמצעי (אטמי אוזניים אינם מפחיתים את החשיפה לחלוטין). ארגוני בריאות אמריקאיים קבעו שאמצעי זה גורם נזק בלתי הפיך, וגם איגוד רופאי בריאות הציבור בישראל הזהיר על "נזק בלתי הפיך ועל פגיעה בבריאות החשופים לאמצעים אלו" והמליץ להימנע לחלוטין משימוש בכלי נשק אקוסטיים.<sup>506</sup> יוער כי בעקבות הביקורת של איגוד רופאי בריאות הציבור שונו הנהלים במידת־מה.<sup>507</sup> לצד זאת, נמתחה ביקורת על שהמשטרה

504 נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 220.010.19 "הפעלה ושימוש במערכת אקוסטית 'צעקה', סעיף 5 (31.5.2023).

505 שם, בסעיף 6.

506 מכתב מאת פרופ' דניאל קפלן ופרופ' חגי לויין אל קרפ"ר המשטרה בנושא "המלצה מקצועית לאסור שימוש בכלי נשק אקוסטי מסוג תותחי קול - 'הצעקה'" (4.5.2023).

507 כך, נקבע שמותר להפעיל את המערכת רק כאשר המרחק בין המערכת האקוסטית לבין המפגינים הוא לכל הפחות 20 מטרים (אף שבנוהל המקורי נקבע כי הטווח יעמוד על לפחות 10 מטרים), וכן הותר להפעיל את המערכת בעוצמה הגבוהה מ־115 דציבלים רק במקרים קיצוניים.

מעמידה בסיכון גם את שוטריה שלה, הנחשפים למערכת בעת אבטחת ההפגנה. נוסף על כך, נטען שהמשטרה אינה מפעילה את המערכת על פי הנוהל. כך, לדוגמה, תועדו מקרים שבהם האמצעי הופעל בלא הודעה מוקדמת, במרחק קטן מאוד מהמפגינים ושלא בהתאם למדרג.<sup>508</sup> חרף הביקורת החד-משמעית המשטרה ממשיכה לעשות שימוש באמצעים האקוסטיים.<sup>509</sup>

אנו מצטרפים להמלצה לאסור כליל על שימוש באמצעים אקוסטיים. אמצעים אלו עלולים לגרום נזק גופני בלתי הפיך, שאינו מידתי כלל לפעולות המפגינים. כמו כן, האמצעים האקוסטיים מסכנים את כל המפגינים הנמצאים באזור, אף את מי שלא הפרו את החוק ואינם מבצעים פעולות שנכללות בגדר מדרג ג של המשטרה (קרי, אינם מפגינים אלימות), וגם את השוטרים הנחשפים להפעלת המערכת.

## רימוני הלם

לפי "נוהל הפעלה ושימוש ברמון הלם של משטרת ישראל", רימון הלם גורם להבזק מסנוור ולקול פיצוץ ברעש של 175 דציבלים. מטרת השימוש ברימון הלם היא להמם ולגרום לחוסר התמצאות זמנית של האובייקט לפרק זמן קצר. מותר להטיל את הרימון כך שיישאר טווח של כמטר אחד לפחות בין מקום נפילת הרימון לבין מפרי הסדר. לפי נוהלי המשטרה היום, מותר להפעיל רימוני הלם במדרג ג, כאשר יש הפרה של הסדר הציבורי מתוך התנגדות אלימה, אף שבעבר היה השימוש ברימוני הלם מותר רק במדרג ד. האגודה לזכויות האזרח ציינה כי לא רק שנוהלי המשטרה שונו, אלא שניתן לעשות ברימון הלם שימוש כאמצעי ראשון, עוד לפני השימוש באמצעים אחרים במדרג.<sup>510</sup>

508 בר פלג ויהושע (ג'וש) בריינר "תיעודים: שוטרים התשמשו בתותח קול לפיזור הפגנות בניגוד לנהלים" אתר הארץ (12.7.2023).

509 אור רביד "שינוי הגרסה של המשטרה: 'הצעקה' כן הפועלה בהפגנה, אבל בטעות – ובידי המפגינים" N12 (3.4.2024); בר פלג "המשטרה עצרה ארבעה מפגינים נוספים בת"א והשתמשה ב'צעקה'; לפחות 6 נעצרו עד כה" הארץ (6.4.2024).

510 מכתב מאת האגודה לזכויות האזרח למפכ"ל המשטרה, רב-ניצב יעקב שבתאי בנושא "הפסקת השימוש ברימוני הלם לפיזור הפגנות" (20.4.2023).

השימוש ברימוני הלה הוא בעל פוטנציאל סיכון רב ביותר למפגינים, עד כדי פגיעה בלתי הפיכה בשלמות גופם. האגודה לזכויות האזרח עמדה על כך שהסיכון הנשקף מרימוני הלה נובע הן מהסכנות שמקורן בפיצוץ עצמו (פגיעות פנימיות של רקמות עדינות כמו עור התוף), הן מפיזור הרימון (שברי הרימון עלולים לחדור לגוף ולגרום לחבלה באיברים שונים ולפגיעות ראש), והן מפגיעות עקיפות (כגון כוויות, פגיעות עיניים ונזק פסיכיאטרי). ואכן, לנוכח הסכנה הגדולה הנשקפת ממנו – מדינות שונות אסרו כליל על שימוש ברימון הלה.<sup>511</sup>

אנו מתנגדים לשימוש ברימוני הלה – שהם אמצעי לוחמה – לפיזור הפגנות. מטרתו המוצהרת של השימוש היא לגרום לדיסאוריינטציה למפגינים, אך מטרה זו אינה תואמת כלל את מעשיהם של המפגינים (גם של מי שחסמו כבישים). גם ההסתברות המשמעותית לפגיעה בשלמות גופם של המפגינים, וכן האפשרות לפגיעה במפגינים תמימים בשל הנזק האגבי שבשימוש ברימון – כל אלו מחזקים את המסקנה שיש לאסור על השימוש ברימוני הלה כאמצעי לפיזור הפגנות.

## מחאות בעידן הדיגיטלי

העידן הדיגיטלי, המתאפיין בכניסתן של טכנולוגיות מידע ותקשורת חדשות, השפיע עמוקות על מחאות בעולם. הטכנולוגיות החדשות מאפשרות לאזרחים להשמיע את עמדותיהם בדרך ישירה ומיידית, להבדיל מאמצעי התקשורת המסורתיים הנוטים להעניק כוח עודף למשטר ולבעלי ממון. הטכנולוגיות החדשות – בדגש על הרשתות החברתיות – גם מסייעות ביצירה ובביסוס של קשרים בין אנשים, ומאפשרות להפיץ מסרים בתפוצה רחבה, פשוטה וזולה. במקרים רבים גם אפשר לעקוף באמצעותן את הצנזורה שמפעילה המדינה, וגם את הצנזורה העצמית שמפעילים כלי התקשורת המסחריים. ברובד המעשי, ניתן לעשות שימוש בכלים טכנולוגיים גם כדי לתאם מחאות ולהוציאן אל הפועל; וגם במהלך המחאה מפגינים יכולים להשתמש בכלים טכנולוגיים כדי לתאם את צעדיהם בשטח אל מול השלטונות ורשויות האכיפה.<sup>512</sup>

יש שפע של דוגמאות למחאות שנעשו שימוש בטכנולוגיות מידע ותקשורת חדשות בשני העשורים האחרונים. דוגמה מובהקת היא חלק ממחאות "האביב הערבי", למשל, המחאה במצרים בשנת 2011 תפסה תאוצה ברשתות החברתיות והציתה את המחאה ברחובות. גם במחאות בהונג קונג בשנים 2019–2020 נעשה שימוש נרחב באמצעים טכנולוגיים למיניהם, בין היתר כדי להתגבר על הצנזורה שהפעילה סין. גם מחאת Black Lives Matter בארצות הברית ומחאת Me Too, שיצאה נגד הטרדות ותקיפות מיניות, השתמשו באמצעים דיגיטליים. ובישראל – אמצעים מקוונים סייעו בביסוס מחאות, כגון המחאה החברתית של שנת 2011, שנוצרה בעיקרה באינטרנט.<sup>513</sup> ואכן, חוקרים מראים שכפי שהשימוש

512 ראו, לדוגמה, Zeynep Tufekci, *Social Movements and Governments in the Digital Age: Evaluating a Complex Landscape*, 68 (1) J. INT'L AFFS. 1 (2014); Bruce Etling, Robert Faris & John Palfrey, *Political Change in the Digital Age: The Fragility and Promise of Online Organizing*, 30 (2) SAIS REV. INT'L AFFS. 37 (2010); Garrett R. Kelly, *Protest in an Information Society: A Review of Literature on Social Movements and New ICT's*, 9 (2) INFO. COMM'N & SOC'Y 202 (2006)

513 טל פבל המחאה החברתית והרשתות החברתיות: מהעולם המקוון לעולם הממשי ובחזרה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2012); Muzammil M. Hussain & Philip N.

באמצעים טכנולוגיים נעשה חובק־כול (ubiquitous) בתחומים רבים, גם מחאות נעשו מבוססות יותר על טכנולוגיות מידע ותקשורת.<sup>514</sup>

אך בצד היתרונות האדירים הגלומים בעולם הדיגיטלי לארגון ולהוצאה לפועל של מחאות, אי אפשר להתעלם מהשפעתן השלילית על חופש הביטוי בכלל, ועל הזכות להפגין בפרט. ברובד הבסיסי ביותר, הטכנולוגיות האלה – בעיקר הרשתות החברתיות – מקשות על היכולת לקיים שיח דיאלוגי או רב־קולי משמעותי, שהוא נשמת אפו של השיח הדמוקרטי, והמשתמשים בהן נוטים לקיום "בועתי". במילים אחרות, משתמשים נוטים להתבצר "כל אחד ברשת שלו", ואף להיות חשופים רק לדעות המאשרות, מאמתות ואף מקצינות את עמדותיהם, מתוך שלילה מוחלטת של השקפות אחרות.<sup>515</sup>

לכך יש להוסיף את היכולת להשתמש בטכנולוגיות האלה כדי להפיץ ידיעות כזב ("פייק ניוז"). אופי ידיעות הכזב יכול להשפיע על היכולת לארגן הפגנות, עלול למסגר את המסר של ההפגנה מסגור שקרי או מוטה, ואף להביא להטלת דופי במפגינים עצמם (לדוגמה, בהפצת ידיעות המעצימות את רמת הפגיעה של ההפגנה בסדר הציבורי; או על ידי הכפשת מפגינים או מארגני הפגנות). יכולת זאת נשענת על כמה סיבות, ובהן ההיבט הכלכלי הטמון בטכנולוגיות למיניהן (ובעיקר – ברשתות החברתיות). כיום מתחדדת ההבנה שפלטפורמות דיגיטליות אינן "כיכר עיר דיגיטלית",<sup>516</sup> אלא הן חברות מסחריות לכל דבר

---

Howard, *What Best Explains Successful Protest Cascades? ICTs and the Fuzzy Causes of the Arab Spring*, 15 INT'L STUD. REV. 48 (2013); עומרי קינן "אקטיביזם ומחאה בעידן הדיגיטלי הזדמנויות, אחגרים, כלים ודרכי פעולה" (שחיל, 2021).

Shiv Ganesh & Cynthia Stohl, *From Wall Street to Wellington: Protests in an Era of Digital Ubiquity*, 80 (4) COMM'N MONOGRAPHS 425 (2013)

ELI PARISER, *THE FILTER BUBBLE: WHAT THE INTERNET IS HIDING FROM YOU* (2011); CASS R. SUNSTEIN, *#REPUBLIC: DIVIDED DEMOCRACY IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA* (2018); Kathleen M. Kuehn & Leon A. Salter, *Assessing Digital Threats to Democracy, and Workable Solutions: A Review of the Recent Literature*, 14 INT'L J. COMM'N 2589 (2020)

Mary Anne Franks, *Beyond the Public Square: Imagining Digital* 516

ועניין, והן מקדמות אינטרסים מסחריים (ואחרים) של בעליהן. המודל העסקי של החברות האלה נשען על רצון ליצור מעורבות של גולשים, וכיום ידוע שהפלטפורמות לא רק שאינן מעוניינות למנוע הפצה של ידיעות כזב, אלא שהן אף מרוויחות מכך. לכך יש להוסיף כי לרוב הציבור אין כלים של אוריינות דיגיטלית כדי לזהות עובדות שקריות, וכך מתאפשרת הפצת ידיעות הכזב. יתר על כן, פסיכולוגים טוענים כי ידיעות שקריות מותירות חותם שנותר חקוק זמן רב במערכת האמונות של בני אדם, וגם אם אנשים יודעים שהידיעה שקרית, הם ממשיכים להאמין לה ולהפיצה. כל אלו מקשים מאוד על מיגור התופעה.<sup>517</sup>

לצד זאת, הרשתות החברתיות מאפשרות לשלטונות לבלוש אחר אזרחים ביתר קלות ולהשתיק ביטויים שאינם נוחים להם. עם השנים השתכללה היכולת להפעיל אמצעים טכנולוגיים למעקב אחרי פעילים חברתיים ומארגני הפגנות ברשתות החברתיות, ואף במרחב הציבורי<sup>518</sup> – מה שעשוי להלך אימים על מפגינים ולסכל מחאות לגיטימיות עוד טרם התגבשותן.<sup>519</sup> ואכן, בשנים האחרונות מקודמת חקיקה שתסלול את הדרך לשימוש במערכות זיהוי פנים, שכפי שכתבו תהילה שוורץ אלטשולר ועמיר כהנא, "פועלות כ'פנאופטיקון' הממשטר את התנהגות האזרחים המפוקחים."<sup>520</sup> במקום אחר הם הזהירו –

---

Democracy, 131 YALE L.J. – FORUM (16.11.2021); תהילה שוורץ אלטשולר "מאסק וטוויטר: המאבק על כיכר העיר הדיגיטלית רק מתחיל, והסכנות רבות" גלובס (1.5.2023); ניבה אלקין קורן "המתווכים החדשים ב'כיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו 381 (2003).

517 תהילה שוורץ אלטשולר "האמת על פייק ניוז" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (9.2.2020).

518 תהילה שוורץ אלטשולר ועמיר כהנא "תזכיר החוק לחיקון פקודת המשטרה שעוסק במערכות צילום מיוחדות פוגעני ובלתי מידתי" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.4.2022).

519 מיכאל בירנהק "פרטיות בעיר הדיגיטלית" מחקרי משפט לג (2) 911 (2022).

520 תהילה שוורץ אלטשולר ועמיר כהנא "הפרופיילינג המשטרחי מעלה חשש לאפקט מצנן שישפיע על שורה זכריות אדם" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.5.2023). ראו גם רועי גולדשמיט השימוש בטכנולוגיות זיהוי וניטור במרחב הציבורי (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

[ש]עצם הפעולה של פריסת מערכות מעקב חזותיות המתעדות פעילות פוליטית יש בה כדי לייצר אפקט מצנן על אזרחים המבקשים להשמיע את קולם תוך היטמעות בהמון המפגינים, לבקר מתנגד משטר בביתו או לנקוט במחאה יחידנית מול מבנה שלטוני. האפקט המצנן מתגבר שבעתיים כאשר מערכות אלו ניחנות ביכולת לזהות את המפגינים בזמן אמת.<sup>521</sup>

בעת האחרונה גובשה בישראל הצעת חוק מטעם הממשלה הנותנת הרשאה להציב במרחב הציבורי מצלמות המסוגלות לזהות פנים אנושיים, כדי לסייע למשטרה למלא את תפקידיה "בשמירת הסדר הציבורי והגנה על שלום הציבור ובטחונו". שוורץ אלטשולר עמדה על החשש שיהיה אפשר להפעיל את האמצעים הטכנולוגיים האלה לא רק בחקירת פשיעה ובמעקב אחר אנשים ספציפיים, אלא גם למעקב אחר הציבור במקומות ציבוריים, באופן העלול לשמש לדיכוי הפגנות. בין היתר הדגישה שוורץ אלטשולר כי החוק המוצע ניצב נגד המגמה בעולם המערבי לאסור על שימוש במערכות זיהוי פנים, והוא מטריד במיוחד מכיוון שלפי נוסח הצעת החוק, הפעלת המצלמות תהיה בסמכות רחבה ובלעדית של המשטרה, בלא פיקוח מצד בית המשפט.<sup>522</sup>

כבר היום התייעוד שמתעדת המשטרה במהלך הפגנות הוא בעייתי, משום שאין לו נוהל סדור.<sup>523</sup> פקודת המטה הארצי בדבר ביצוע צילומי וידאו באספות בידי משטרת ישראל מס' 14.12.10, שכבר איננה בתוקף, הורתה כי הצילום צריך להתבצע "אך ורק כשקיים חשש סביר להפרת הסדר הציבורי", לביצוע עבירות

521 תהילה שוורץ אלטשולר ועמיר כהנא "חוות דעת בעניין תזכיר חוק לחיקון פקודת המשטרה [נוסח חדש] (מערכות צילום מיוחדות), התשפ"א-2021" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (29.7.2021). ראו גם חוות הדעת העדכנית "החוק הנוגע למערכות משטרתיות לזיהוי פנים עלול לשמש לדיכוי הפגנות" שם (19.2.2023).

522 תהילה שוורץ אלטשולר "חוק זיהוי פנים ביומטרי: כל מה שחשוב לדעת", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.9.2023).

523 מפניות האגודה לזכויות האזרח עולה כי עבודות מטה מתקיימת בנושא זה שלוש שנים. ראו מכתבן של אן סוציו וסיון תהל מהאגודה לזכויות האזרח לעמית מררי, המשנה ליועמ"ש לממשלה (פלילי) בעניין "היעדר כללים והגבלות לחיקוד הפגנות על ידי המשטרה" (25.7.2022).

או לאירוע חריג. בפועל, דומה כי הצילום הוא עניין שבשגרה, גם בהפגנות שלוות ושקטות. עוד נכתב בנוהל הקודם כי "הצוות ימטט, ככל האפשר, בצילום המשתתפים, כל עוד מתנהל האירוע כשורה. צוות הצילום יקבע את מקומו באופן שיפחית, ככל הניתן, את הפגיעה בחופש ההתקהלות". בפועל יש היום עדויות לצילום – לרבות צילום של רחפנים, המאפשרים לצלם קהל רב<sup>524</sup> – בסמיכות למפגינים, באופן הפוגע בחופש ההתקהלות ומעלה בקרבם את החשש שמא יבולע להם בעתיד בעקבות התייעוד הזה.<sup>525</sup> אומנם, ברור כי יש ערך לתייעוד מבחינת צורכי המשטרה – להסברה, לתחקור, ואף לתשתית ראייתית במקרה הצורך.<sup>526</sup> ועם זאת, תיעוד בלתי מבוקר עלול להביא לנזק העולה על התועלת הצפויה ממנו. תיעוד שגרתי או רווח של אספות והפגנות הופך את המופעים האלה למופעים פסולים, או לפחות חשודים בעבריינות, ומסר זה מנוגד לחלוטין לעובדה שמדובר במימוש של זכות חוקתית.

לצד זאת, יש לתת את הדעת לכך שהמשטרה עושה שימוש יתר בכוח הצילום העומד לרשותה נגד המפגינים, ולעומת זאת, בניגוד לנוהל, נעשה שימוש חסר במצלמות הגוף של השוטרים בעת הפעלת כוח (לרבות מעצר או עיכוב) באירועי סדר ציבורי.<sup>527</sup>

חשש נוסף לעניין המעקב הוא השימוש של המשטרה (ושל שירות הביטחון הכללי, השב"כ) ברשתות החברתיות, שהיתרגם למשל לזימון של פעיל חברתי לתחנת המשטרה, ולדרישה ממנו לחתום על בקשת רישיון כמארגן ההפגנה.<sup>528</sup> דוגמה משמעותית היא הודעות ששלח השב"כ במאי 2021 (סביב אירועי "שומר

524 מכתבה של עו"ד אן סוצ'יו מהאגודה לזכויות האזרח לעו"ד עמית מררי, המשנה ליועמ"ש לממשלה (פלילי) בעניין "פגיעה בזכות המחאה עקב צילום מפגינים על-ידי המשטרה בהיעדר כללים" (9.3.2023).

525 ש.ם.

526 נוהל הטיפול המשטרחי בהפרות סדר, לעיל ה"ש 55.

527 נוהל אגף המבצעים של משטרת ישראל 220.003.16 "מצלמות גוף" (29.8.2021).

528 עמיר כהנא ויובל שני רגולציה של מעקב מקוון בדין הישראלי ובדין המשווה 48 (מחקר מדיניות 123, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019). ההפניה מהמחקר המצוטט לכתבה של נעה שפיגל "שוטרים אימו על פעיל שהחכוון להשתתף בהפגנה: יכל אחד יכול לעמוד עם שלט?" אתר הארץ (25.6.2017).



החומות"), כדי לאיים על אזרחים ערבים ועל תושבים פלסטינים ממזרח ירושלים שלא היו חשודים בפעילות אלימה. במהלך מלחמת "חרבות ברזל" בלשה המשטרה אחרי אזרחים (בעיקר ערבים) ברשתות החברתיות, והזמינה אזרחים לחקירה בעקבות התבטאויות שלהם ברשתות החברתיות בהיקפים גדולים יותר מבימי שגרה.<sup>529</sup> בעת האחרונה אף אישרה פרקליטות המדינה למשטרת ישראל לפתוח בחקירה נגד עבירות ביטוי ללא קבלת אישור מהפרקליטות.<sup>530</sup> בכך בוטלה הנחיית פרקליט המדינה משנת 2019 שדרשה את אישור הפרקליטות לנוכח הרגישות המיוחדת שבחקירות האלה והצורך לשקול את השיקולים הנדרשים שיקול רחבי.<sup>531</sup> הפרקליטות והמשטרה אף מתגאות בהיקף המעצרים ובמספר כתבי האישום המוגשים על עבירות ביטוי בחסות המלחמה.<sup>532</sup> דוגמאות אלו עולות לידי פגיעה בחופש המחאה, ויש בהן כדי לשקף את הקלות והמהירות שבהן מתרופפות ההגנות על חופש הביטוי (וכך גם על הזכות להפגין) בעיתות חירום.<sup>533</sup>

529 האגודה לזכויות האזרח בישראל **הפניכה המשטרית בצל המלחמה: המשך הפגיעה בדמוקרטיה ובזכויות האדם 4 (2023)**.

530 מכתב מאת עו"ד טל חסין מהאגודה לזכויות האזרח בישראל לפרקליט המדינה, עמית איסמן ולמשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים, אלון אלטמן בנושא "ביטול הנחיית פרקליט המדינה 'אישור פתיחה בחקירה והעמדה לדין בעבירות עניינים בעלי רגישות מיוחדת', והצורך הדחוף בהשבת שרביט הביקורת לפרקליטות" (18.10.2023).

531 הנחיות פרקליט המדינה מס' 14.12 "אישור לפתיחה בחקירה והעמדה לדין בעבירות או עניינים בעלי רגישות מיוחדת" (15.12.2009).

532 טובה צימוקי "כל פוסט על תמיכה בחמאס יוביל להעמדה לדין" [ynet](https://www.ynet.co.il) (16.10.2023).

533 בג"ץ 5312/22 האגודה לזכויות האזרח נ' שירות הביטחון הכללי (עתירה מיום 8.8.2022).

## פופוליזם אוטוריטרי, ההפיכה המשטרית בישראל והזכות להפגין

נקודת המוצא של הפופוליזם היא שדמוקרטיה משמעה שלטון הרוב, הא ותו לא. הפופוליזם מרדד את מושג הדמוקרטיה לשלטון הרוב ומפשיט אותו מעקרונות דמוקרטיים בסיסיים אחרים, כגון הפרדת רשויות וכיבוד זכויות אדם.<sup>534</sup> שלושת המאפיינים הבסיסיים של הפופוליזם הם: "העם" (שאיננו כלל האזרחים במדינה אלא הלאום שהוא הרוב), "האליטה" ו"רצון העם". "העם" – האותנטי, הפועל לקידום של אינטרסים לאומיים, שהם גם מטבעם מוסריים, להבדיל מ"האליטה" המנותקת, הרקובה, הפועלת לקידום אינטרסים גלובליים וליברליים ונגד "רצון העם". "רצון העם" ידוע רק למנהיג הפופוליסט ולשותפיו, שהם גם הנציגים היחידים, האמיתיים, של העם ורצונו.<sup>535</sup>

כבר בשלב זה ברורה ההתנגשות בין התפיסה הפופוליסטית לבין כיבוד חופש הביטוי והזכות להפגין, בכמה רמות. ברמה הבסיסית ביותר, הפופוליסטים מסייגים מעצם התפיסה בדבר זכויות האדם, וגם מתפיסת האוטונומיה של הפרט וזכותו של היחיד לכתוב את סיפור חייו לפי רצונו. יתר על כן, אין מבחינתם טעם לחפש את האמת בזירה הפתוחה של דיון ציבורי, שכן האמת ידועה להם ורק להם. בהקשר הזה, הפופוליסטים, המחלקים את הציבור למחנות מנוגדים – הרוב הלאומי ומי שאינם שייכים ללאום; העם והאליטה – מדגישים את היותם הנציגים האותנטיים היחידים של העם (הרוב האתני במדינה), ולכן הם היחידים שיועדים מה טוב לעם כולו ומה מוסרי; וכל הביקורת על השלטון היא במהותה לא-לגיטימית, חתרנית ומסוכנת. נוסף על כך, בהיפוך יוצרות, השלטון הפופוליסטי – האוחז בהגה השלטון – חושב, נוהג ומציג את עצמו כמי שמופלה לרעה, נתון למניפולציות ולשלטון צללים אליטיסטי, ועל כן הוא דוחה כל מחאה

CAT MUDDE & CRISTOBAL ROVIRA KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT 534  
INTRODUCTION 81 (2017); עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית  
בישראל" עיוני משפט מד 87, 93 (2021).

MUDDE & KALTWASSER, לעיל ה"ש 534, בעמ' 10-19; כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש  
534, בעמ' 89.

נגדו – שכן הוא סבור שדווקא הקבוצה שאליה הוא משתייך היא קורבן לאפליה. משום שהפופוליסטים מבקשים לעצמם כוח שלטוני בלתי מוגבל, הם רומסים כל מי וכל מה שעומד בדרכם להשגת היעד הזה.

השלטון הפופוליסטי מפעיל מגוון רחב של אמצעים כדי להשתיק כל דיון ביקורתי כלפיו, לדוגמה, חקיקת חוקים המגבילים את חופש הביטוי וההפגנה; השתלטות על התקשורת הציבורית; דה לגיטימציה לארגוני חברה אזרחית והפצת התפיסה שהם "בוגדים" ו"סוכנים זרים"; זריעת פחד בציבור, לדוגמה, באמצעות פוליטיזציה של גופי השיטור הקיימים והקמת מסגרות נוספות להפעלת כוח.<sup>536</sup>

מלבד הניסיונות המתמשכים לחסום את הזכות להפגין ולעשות דה לגיטימציה למפגינים, לעיתים השלטון הפופוליסטי גם עמל על מסגור המחאה כשולית ועל גימוד היקפה, בניסיון לזרוע דיסאינפורמציה בדבר גודל המחאה ומספר המפגינים. אך גם כאשר אין מחלוקת על גודל המחאה – למשל במשמרת מחאה של אדם יחיד או אנשים ספורים – משטר פופוליסטי אוטוריטרי יראה בה איום. דוגמה טובה לכך אפשר למצוא בסיפורו של האומן הטורקי ארדם גונדוז (Erdem Gündüz) שבחר לעמוד בדממה מול פסלו של אטאטורק במחאה על זניחת הנשיא ארדואן את הערכים שהנחיל אבי האומה. לא חלף זמן רב וגונדוז סווג כסוכן זר.<sup>537</sup>

הנגדה בולטת נוספת המשרתת את הפופוליסט היא הפניית הזרקור לפערי המעמדות בין השוטרים הנשלחים לאבטח את המפגינים, לבין המפגינים המשתייכים לעיתים למעמד חברתי-כלכלי גבוה יותר. כפי שכותב ניסים מזרחי, במצב דברים זה –

מתחלפים השחקנים בעמדותיהם החברתיות הקבועות ביחס למדינה, כך שהשוליים הופכים למרכז והמרכז הופך לשוליים. למשך שעות ספורות השוטרים, קבוצת המיעוט במדים, הם "המדינה"; המתנגדים להפגנה – אף הם, כאמור, אזרחים המשתייכים לקבוצות מיעוט אתנו-מעמדיות מובהקות –

536 כהן ורוזנאי, שם, בעמ' 141.

מתייצבים להגנתה; ואילו המורדים, בניה ובנותיה של האליטה הכלכלית-חברתית-תרבותית של ישראל, הופכים לבניה החורגים של המדינה, ל"בוגדים", שמחאתם מאיימת לפגוע בעצם קיומה.<sup>538</sup>

מזרחי מתאר את התופעה תיאור סוציולוגי, ואילו הפופוליסט רואה בה הוכחה נוספת לניתוק המפגינים מ"העם", המיוצג במקרה זה דווקא על ידי המשטרה.

שנת 2023 וההפגנות נגד ההפיכה המשטרית הבליטו מאוד את המאפיינים הפופוליסטיים בישראל. כך, ההפגנות רחבות היקף נגד ההפיכה המשטרית תויגו כ"הפגנות שמאל" ו"הפגנות של האליטה",<sup>539</sup> שמטרתן "להפיל ממשלה מכהנת".<sup>540</sup> המפגינים כונו "אנרכיסטים"<sup>541</sup> ו"פריוילגים",<sup>542</sup> ואף נטען שהם אויבים הממומנים מכסף זר.<sup>543</sup> נוסף על כך, אף שהיה מדובר בהפגנות רחבות היקף,<sup>544</sup> נעשה ניסיון מתמשך לגמדין ולתאר אותן כשוליות. אחד האמצעים שנוקטו לשם הקטנת משמעות המחאה הוא מיקומה על מפת המנדטים הישראלית: על 100,000 מפגינים – יאמרו הפופוליסטים: "אלו פחות מארבעה מנדטים". או במילים אחרות, הם יטענו כי המחאה מייצגת חלק מזערי מ"העם"

538 ניסים מזרחי "מעבר לגן ולג'ונגל: על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות האדם בישראל" מעשי משפט ד 51, 53 (2011).

539 הילו גלזר "שמחה רוטמן: 'שופטי בג"ץ בורים ועמי ארצות. זה מנגנון שדופק מינוטים. אני מסיר אותי'" אתר הארץ (23.2.2023).

540 דוד לוין "למי קראת ימני?" העין השביעית (14.4.2023); יוסי אחימאיר "סכנה לדמוקרטיה? הסיבה האמיתית למחאה כבר נחשפה מזמן" מעריב (28.8.2023).

541 איתמר אייכנר "בן גביר: 'האנרכיסטים מבקשים להבעיר את מדינת חל אביב'" ynet (4.3.2023).

542 "השופט רואה מפגין עם משקפיים ורולקס": ח"כ דודי אמסלם מכה שנית" ישראל היום (6.3.2023).

543 יונה לייבזון "נתניהו תקף לפני המראתו ל"ארה"ב: 'המפגינים חוברים לאש'" ולאיראן" N12 (18.9.2023).

544 אביעד גליקמן "המפכ"ל: 'להערכתנו כ-7 מיליון מוחים השתתפו בהפגנות'" חדשות 13 (4.9.2023)

כפי שהוא מיוצג בכנסת. בד בבד שבו הממשלה ותומכיה והדגישו כי "64 מנדטים" תומכים ברפורמה.<sup>545</sup>

העובדה שבישראל מי שהגן בפועל על חופש המחאה ויצק לתוכה תוכן הוא בית המשפט העליון יוצרת עבור הפופוליסטים עילה ואמתלה נוספת לכרסם במוסד זה ולהחליש את מעמדו. הדברים הגיעו לשיא סביב אירועי ההפיכה המשטרית. ממשלת נתניהו, ששבה והצהירה כי היא המייצגת את "העם" ("64 מנדטים") למול "האליטות" המושחתות, טענה כי בית המשפט העליון האליטיסטי והמנותק מגן על חופש המחאה ממניעים פוליטיים, במיוחד מכיוון שהמחאה נועדה להגן על מעמדו ועל עצמאותו.<sup>546</sup>

עם זאת, ולמרות הניסיונות של הפופוליסטים להשתיק ביקורת, לפופוליסטים יחס דואלי כלפי הפגנות, משום שהן מאפשרות למצב "אויב מבית". כך, הפופוליסטים עושים שימוש במחאות כדי לסמן את המיעוט, את האופוזיציה ואת המפגינים כאויבים, ובכך לייצר את ההפרדה הדיכוטומית בין "אנחנו" ל"הם", בין "העם" ל"אויבי המדינה", "הבוגדים".<sup>547</sup> המפגינים הופכים למקור הבעיות במדינה, לשעירים לעזאזל. כך, לדוגמה, בתקופת הקורונה הואשמו המפגינים נגד הממשלה ב"הפצת מחלות"; ובתקופת ההפיכה המשטרית טענה ההנהגה כי המפגינים (ולא ההפיכה המשטרית עצמה) הם שפגעו בכלכלה והחלישו את הביטחון.<sup>548</sup> בתקופת המלחמה שפרצה באוקטובר 2023 נאמר שהמפגינים נגד המלחמה פוגעים בביטחון,<sup>549</sup>

545 "64 מנדטים לא טועים": 150–200 אלף הפגינו בעד המהפכה המשפטית מול הכנסת" N12 (28.4.2023).

546 גלזר, "שמחה רוטמן", לעיל ה"ש 539. ראו גם בהקשר אחר, סיון חילאי "ועדת חוקה דנה בניגוד עניינים של שופטים – ורוטמן חקף את נציגת בתי המשפט: 'לא תברי אותנו, אתלונן'" ynet (20.9.2023).

547 כהן ורזנאי, לעיל ה"ש 534, בעמ' 108.

548 ראו, לדוגמה, אדריאן פילוט "פופוליזם נוסח נתניהו: כולם אשמים – חוץ ממני" כלכליסט (29.3.2023).

549 האגודה לזכויות האזרח בישראל ההפיכה המשטרית בצל המלחמה, לעיל ה"ש 529, בעמ' 5.

ואילו ההנהגה ניסתה לטעון כי משפחות החטופים שמפגינות הן ש"מעלות את המחיר" ומונעות את ההגעה לעסקה.<sup>550</sup>

550 יעל צ'כנובר, מאיר חורג'מן, רועי רובינשטיין, רוני גרין שאולוב, אילנה קוריאל, ליאור אל-חי, רענן בן צור ואיתן גליקמן "נמניהו: המחאה מחזקת את דרישות חמאס. המשפחות: אם אלה היו ילדיך, אתה ושרה הייתם פה" [ynet](https://www.ynet.co.il/article/2712024) (27.1.2024).

## מבט משווה

כפי שעולה מהסקירה שלהלן, הרוב המוחלט של המדינות מעניקות הגנה חוקתית לזכות להפגין,<sup>551</sup> זכות האספה מוגנת בפירוש גם באמנות למיניהן (לדוגמה, סעיף 21 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות; סעיף 11 לאמנה האירופית לזכויות אדם; סעיף 15 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם; סעיף 11 למגילה האפריקאית בדבר זכויות האדם). עם זאת, כפי שיתבהר בסקירה שלהלן, יש הבדלים בין מדינות בהיקף ההגנה החוקתית הניתנת לזכות, וכן נמצאו מגוון דרכים להגביל את הזכות.

## ארצות הברית

התיקון הראשון לחוקה האמריקאית מגן על "זכותם של בני אדם להתכנס בדרכי שלום". תיקון זה – המעגן את חופש האספה, וכן מרכיבים נוספים של חופש הביטוי – כונה "תמצית מגילת הזכויות כולה"<sup>552</sup>; והנשיא אברהם לינקולן ראה בזכות להתכנס בדרכי שלום את "החלופה החוקתית למהפכה"<sup>553</sup>. עם זאת, ולמרות מרכזיותה של הזכות בחוקה ובהיסטוריה האמריקאית, בפועל הפסיקה האמריקאית בנושא הזכות להפגין מצומצמת למדי.<sup>554</sup>

עקרון יסוד בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית הוא האיסור על הגבלת הפגנות המבוססת על תוכן הביטוי. אומנם ברבות השנים עידן בית המשפט העליון את האיסור המוחלט, אך קבע כי הגבלות תוכניות על הפגנות כפופות לביקורת

551 לפי אתר *Constitute Project*, הזכות להפגין מעוגנת ב־191 חוקות.

552 MARGARET M. RUSSELL, *FREEDOM OF ASSEMBLY AND PETITION: THE FIRST AMENDMENT: ITS CONSTITUTIONAL HISTORY AND THE CONTEMPORARY DEBATE* 22 (2010)

553 מכתבו של לינקולן לאלכסנדר סטיבנס מיום 19.1.1860. ראו UNCOLLECTED John D. LETTERS OF ABRAHAM LINCOLN 127 (Gilbert A. Tracy ed., 1917); כן ראו John D. Inazu, *The Forgotten Freedom of Assembly*, 84 TUL. L. REV 565, 566 (2010)

554 RUSSELL, לעיל ה"ש 552, בעמ' 21; Steven Less, *United States of America*, in *THE FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN EUROPE* 69 (Anne Peters & Isabelle Ley eds., 2016)

שיפוטית מחמירה (strict scrutiny).<sup>555</sup> כך, לדוגמה, בית המשפט העליון אסר על מעצר של אנשים המעליבים את המשטרה (בין היתר במסגרת של הפגנות),<sup>556</sup> ואפשר מעצרים רק אם העלבון עלול להסית את השומעים לבצע "פעולה לא חוקית מיידית" (imminent lawless action).<sup>557</sup> ההלכה קובעת כי ניתן להטיל מגבלות סבירות על חופש המחאה אם המגבלות הן ניטרליות בנוגע לתוכן המחאה, מנוסחות ניסוח צר כדי להגן על אינטרס שלטוני משמעותי, ומותרות ערוצים חלופיים מספקים להשמעת המסרים.<sup>558</sup> כך התגבשה הדוקטרינה של "זמן, מקום ואופן", להטלת מגבלות על הזכות להפגין, שהן ניטרליות במהותן.<sup>559</sup>

בניגוד למדינות אחרות, החוקה האמריקאית אינה מבחינה בין הפגנות הנערכות במבנה סגור לבין הפגנות תחת כיפת השמיים, ואף אינה מבחינה בין עצרות לצעדות. עם זאת, בית המשפט העליון בארצות הברית פיתח הבחנות בין הפגנות הנערכות ב"פורום ציבורי" (כגון רחובות וכיכרות), לבין הפגנות הנערכות ב"פורום לא ציבורי" (מקומות ציבוריים שליבת ייעודם אינה לאפשר חופש ביטוי, כגון שדות תעופה ומשרדי ממשלה). ביחס להבחנה זו נקבע כי בפורום ציבורי התיקון הראשון לחוקה חל במלוא עוזו, ועל המדינה לבסס אינטרס ציבורי משכנע כדי להגביל הפגנות, ואילו בפורום לא ציבורי יבחן בית המשפט אם ההגבלה סבירה ביחס לאנשים העושים שימוש בפורום ואם היא ניטרלית לתוכן הביטוי.<sup>560</sup> המשמעות היא שאין איסור מוחלט על הפגנות בפורום לא ציבורי, אלא הדבר ייבחן לפי נסיבות המקרה.

555 Less, שם, בעמ' 72-73.

*Lewis v. City of New Orleans*, 415 U.S. 130 (1974); *Gooding v. Wilson*, U.S. 1001 (1987) Less; לעיל ה"ש 554, בעמ' 73.

557 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). מדובר בהלכה מרכזית ביחס לתיקון הראשון לחוקה. ראו לעיל ה"ש 329.

558 *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984)

559 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968)

560 Less, לעיל ה"ש 554, בעמ' 70-71; ORSOLY SALAT, THE RIGHT TO FREEDOM OF ASSEMBLY: A COMPARATIVE STUDY 26 (2015)



מאפיין מרכזי של התיקון הראשון לחוקה הוא האיסור על השלטון למנוע מראש הפצה של רעיונות שאינם נוחים לו. מכאן שמניעה מוקדמת (prior restraint) של ביטוי נתפסת כסוג של צנזורה. למרות זאת, בתי המשפט הכירו באפשרות לדרוש רישיון להפגנות, כל עוד הדרישות הן ניטרליות וסבירות, ומטרתן היא לאפשר לרשויות אכיפת החוק להתכונן להפגנה (מבחינת הסדרי תנועה ומניעת שיבושים).<sup>561</sup>

בעת האחרונה, בין היתר לנוכח מחאות Black Lives Matter,<sup>562</sup> התרחבו הניסיונות להגביל את חופש ההפגנה, הן ברמה הפדרלית והן בכמה מדינות בארצות הברית. בין היתר, נעשה ניסיון לקדם הצעת חוק שתקבע איסור פלילי על "עיכוב מכוון של התנועה", וכן נעשו כמה ניסיונות לקדם חוקים שימנעו הטבות כלכליות ממי שהורשע בעבירות של השתתפות במהומות. עד עתה הצעות אלו לא צלחו ברמה הפדרלית, אך ברמה המדינתית התמונה מעורבת. לדוגמה, בטנסי נקבעה עבירה פלילית (שבצידה שנת מאסר) על חסימת מדרכות; ובלואיזיאנה, שבה יש ריבוי של הפגנות נגד חברות גז, נקבע כי העונש על הסגת גבול ליד אתרים להנחת צינורות גז יעמוד על חמש שנות מאסר.<sup>563</sup>

## אנגליה

חופש המחאה נחשב במסורת המשפטית האנגלית "זכות שלילית", כלומר לאזרחים יש זכות להפגין כל עוד הם אינם מפירים את החוק. הממד החיובי של חופש האספה נחקק רק ב־Human Rights Act 1998, שסיפח לדין הבריטי את האמנה האירופית לזכויות אדם (המעגנת את הזכות להפגין בסעיף 11).

עד חקיקת ה־Human Rights Act כלל הדין האנגלי בעיקר הגבלות על הפגנות, לדוגמה, דרישה למסירת הודעה מוקדמת של שישה ימים לתלוכות (להבדיל

561 Less, לעיל ה"ש 554, בעמ' 82-83; 569 U.S. 312 *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569; 316 U.S. 534 *Thomas v. Chicago Park District*, 316 U.S. 534 (2002) (1941).

562 תנועת מחאה שהחלה בשנת 2013 ברחבי ארצות הברית נגד אלימות משטרתית ואפליה ממוסדת כלפי שחורים. המחאה תפסה תאוצה ברחבי ארצות הברית, כלה הפגנות ענק בערים רבות והובילה לעיחים להתנגשות אלימה עם רשויות אכיפת החוק.

563 International Center for Non-profit Law "Analysis of US Anti Protest Bills"

מהפגנות נייחות);<sup>564</sup> מתן אפשרות למשטרה – באישור שר הפנים – להטיל תנאים (כל תנאי פרט לביטול התהלכה) על תהלכה אם יש הערכה סבירה שהתהלכה תגרום לאי־סדר ציבורי חמור, לנזק חמור לרכוש או להפרה חמורה של חיי הקהילה;<sup>565</sup> מתן אפשרות להגביל את מיקום ההפגנה, את משכה ואת מספר המשתתפים בהפגנות נייחות.<sup>566</sup> החוק גם קבע מגבלות על עריכת הפגנות באזור הפרלמנט, לאחר שבוטלה האפשרות החוקית למנוע הפגנות בלתי מאושרות באזור הפרלמנט.<sup>567</sup> עם חקיקת ה־Human Rights Act נמצא עיגון חוקי לחופש ההפגנה, ובתי המשפט באנגליה החלו להסתמך יותר על פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, המספקת הגנה רחבה לזכות להפגין.<sup>568</sup>

לאחר חקיקת ה־Human Rights Act התרחבה ההגנה החוקתית על חופש ההפגנה, בין היתר לנוכח הצורך להתאים בין דיני האיחוד האירופי לדין האנגלי. כך, לדוגמה, ב־2021 קבע בית המשפט העליון באנגליה כי מפגינים שחשמו כביש והפריעו לתנועה לא הפרו את חוקי התנועה, שכן באיזון שבין חופש ההפגנה לחופש התנועה הראשון גובר במקרה זה.<sup>569</sup> בית המשפט העליון הפנה לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, והחיל את עקרון המידתיות על המקרה, דרך דומה לדרך שבה נוטה בית הדין האירופי לנתח סיטואציות דומות.

**564** סעיף 11 ל־Public Order Act of 1986. הדוח המיוחד של מועצת זכויות האדם של האו"ם על חופש האספה וההפגנה מצא כי הדרישה להודעה מוקדמת כשלעצמה אינה מפרה את הדין האירופי, אך משך הזמן של שישה ימים ארוך מדי: Report of the UN Special Rapporteur on Freedom of Peaceful Assembly in the UK, 17 June 2013, A/HRC/23/39/ADD.1 Para. 11

**565** סעיף 12 ל־Public Order Act of 1986; SALAT, לעיל ה"ש 560, בעמ' 80.

**566** סעיף 14 ל־Public Order Act of 1986

**567** Jannika Jahn, *United Kingdom, in THE FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN EUROPE 29* (Anne Peters & Isabelle (Ley eds., 2016

**568** ראו, לדוגמה, Pok Yin, *DDP v. Ziegler and others* [2021] UKSC 23; S. Chow, *The Change in Judicial Practice in Cases Concerning Civil Disobedience Protests and its Constitutional Significance*, 86(4) Mod. L. Rev. 927 (2023)

**569** *DDP v. Ziegler and others* [2021] UKSC 23

בעת האחרונה הגביל הפרלמנט האנגלי את זכות ההפגנה בכמה חוקים, ובראשם ה-Public Order Act. החוק הזה קובע שקשירה של המפגין לחפצים או לאנשים אחרים – lock-on – היא עבירה פלילית, והעונש על המעשה יעמוד על שישה חודשי מאסר וקנס (שסכומו לא הוגבל). כן נקבע בחוק כי גם מי שנתפס בדרך לביצוע lock-on עובר עבירה פלילית שעונשה קנס שסכומו לא הוגבל. נוסף על כך, הופללה גם הפרעה לבנייה של תשתיות תעבורה או תשתיות לאומיות חשובות (כגון שדות תעופה, פסי רכבת, וכן תשתיות גז). ולבסוף, הורחבו סמכויות המשטרה לערוך חיפושים, וניתנה לבתי המשפט הסמכות לתת צווים נגד מפגינים שעברו עבירות חוזרות שיגבילו את שהייתם במקומות מסוימים או בחברת אנשים מסוימים, וכן לתת צווים שיגבילו את גישתם לאינטרנט.<sup>570</sup> החוק זכה לקיתונות של ביקורת – פנימית וחיצונית. גורמים באופוזיציה ובארגוני זכויות אדם באנגליה הגדירו את החוק "דרקוני",<sup>571</sup> וגם הנציב העליון של האו"ם לזכויות אדם מתח עליו ביקורת חריפה. הוא הדגיש כי החוק מטיל מגבילות חריפות "שאינן הכרחיות ואינן מידתיות, וכי החוק מחליש את מחויבותה של אנגליה לזכויות אדם".<sup>572</sup>

## גרמניה

סעיף 8 לחוק היסוד הגרמני קובע כי לכל הגרמנים יש זכות להפגין בדרכי שלום וללא נשק, ללא הודעה מוקדמת או קבלת רישיון. בחוק היסוד נקבע גם כי אפשר להגביל בחוק הפגנות הנערכות תחת כיפת השמיים. בחוק הגרמני נטען כי זכות האספה שמורה לגרמנים בלבד, בניגוד לקבוע באמנה האירופית לזכויות אדם, הקובעת כי כולם זכאים לזכות זו. עם זאת, בפועל, החקיקה הרגילה במדינה

570 להרחבה, ראו: Home Office, *Policy Paper – Public Order Bill*: Factsheet (30 August, 2023)

571 Amnesty International UK, *UK: "Deeply Draconian" Public Order Bill Must be Rejected by Lords – New Briefing* (27 January, 2023)

572 Office of the High Commissioner of Human Rights, *UN Human Rights Chief Urges UK to Reverse "Deeply Troubling" Public Order Bill* (27 April, 2023)

החילה את הזכות להפגין על כולם, וזכותו של מי שאינו אזרח גרמני להפגין קיימת גם כן.<sup>573</sup>

כאמור, חוק היסוד מתחם את הזכות להפגין ל"דרכי שלום וללא נשק". בית המשפט החוקתי קבע כי האיומים על השלום ועל הסדר החברתי צריכים להיות משמעותיים כדי שיהיה אפשר לפזר הפגנה. לדוגמה, אם רק חלק קטן מהמפגינים אלים, אין הצדקה להורות על פיזור הפגנה;<sup>574</sup> חסימת כביש אינה כשלעצמה אלימות המצדיקה את פיזור ההפגנה.<sup>575</sup>

על סמך חוק היסוד נקבע כי הפגנות תחת כיפת השמיים דורשות מתן הודעה מוקדמת לרשויות, לפחות 48 שעות לפני כן, והרשויות רשאיות לקבוע תנאים לקיום ההפגנה. בתי המשפט בגרמניה קבעו כי דרישת היידוע אינה חלה על הפגנות ספונטניות. כן נקבע כי מותר לפזר הפגנה שבגינה לא ניתנה הודעה מוקדמת, אך רק אם ההפגנה מסכנת ישירות את הביטחון או הסדר הציבוריים. בתי המשפט מפעילים אמת מידה מחמירה של ביקורת שיפוטית (strict scrutiny) כדי לבדוק את המידתיות של ההחלטה לפזר הפגנה.<sup>576</sup> בד בבד, בית המשפט החוקתי קבע כי ככל ששיתוף הפעולה של מארגני ההפגנה עם המשטרה הוא רב יותר, כך קטנה היכולת של הרשויות לפזר את ההפגנה בשל סיכון לסדר ולביטחון הציבוריים.<sup>577</sup>

בשנת 2006, במסגרת רפורמה חוקתית במדינה, הוחלט על העברת היכולת להגביל את חופש האספה מהממשלה הפדרלית לרמת המדינות (Länder). רוב המדינות נצמדו להלכה המשפטית והטילו הגבלות פרוצדורליות בלבד על חופש ההפגנה (של זמן, מקום ואופן עריכת ההפגנה).<sup>578</sup>

Rainer Grote, *Germany, in* THE FREEDOM OF PEACFUL ASSEMBLY IN EUROPE 573  
124 (fn 9) (Anne Peters & Isabelle Ley eds., 2016)

BVerfG 69, 315, Order of 14<sup>th</sup> May 1985, Az. 1 BvR 233, 341/81 – 574  
*Brokdorf*

Grote; BVerfGE 73, 206 (1986) 575, לעיל ה"ש 573, בעמ' 125.

Grote, שם, בעמ' 131.

פס"ד *Brokdorf*, לעיל ה"ש 574; Grote, לעיל ה"ש 573, בעמ' 132-133.

Grote, שם, בעמ' 134-135.

פס"ד *Brokdorf*, שפסק בית המשפט החוקתי של גרמניה בשנת 1985, נותר עד היום פסק הדין החשוב ביותר בנושא הזכות להפגין.<sup>579</sup> במקרה זה הוציאו השלטונות צו האוסר על הפגנות בשטח של כ־200 ק"מ סביב אזור שבו צפויה לקום תחנת כוח גרעינית, בעקבות מידע שמפגינים צפויים לפעול באלימות כדי למנוע את הרס המבנים במקום. בית המשפט החוקתי עמד על החשיבות הדמוקרטית הראשונה במעלה של הזכות להפגין, בהבהירו כי הפגנה היא "רגע יסודי וישיר של דמוקרטיה", והיא מאפשרת את עיצוב העמדה הפוליטית בדמוקרטיה. היא מאפשרת לאדם הפשוט להישמע ולהשפיע על ההליך הפוליטי. לנוכח חשיבותה היסודית של הזכות להפגין לדמוקרטיה, לאזרחים יש זכות חוקתית חזקה להפגין. בפסק הדין נקבע כי אי־קבלת אישור להפגין אינה שוללת מהמפגינים את זכותם להפגין, ואינה מובילה ישירות לחובה לפזר את ההפגנה. נוסף על כך, אם ההפגנה איננה אלימה היא נהנית מהגנה חוקתית. הדבר נכון אפילו אם יש בהפגנה מיעוט של מפגינים אלימים.<sup>580</sup>

## צרפת

הזכות להפגין קשורה עמוקות למסורת הצרפתית עוד מימי המהפכה הצרפתית, אך להבדיל מיתר מדינות אירופה,<sup>581</sup> זכות זו אינה מעוגנת בחוקה הצרפתית.<sup>582</sup> החוקה בצרפת מעגנת את חופש הביטוי של האזרחים, ומשם הפסיקה שואבת את ההגנה גם על חופש ההפגנה. יוער, כי למרות שהחוקה מגנה רק על חופש הביטוי של "אזרחים", הדוקטרינה המשפטית במדינה מכירה בחופש הביטוי של כל אדם, וכנגזרת מכך גם בחופש ההפגנה של כל אדם.<sup>583</sup>

Anne Peters & Isabelle Ley, *Freedom of Assembly: The Politics of Presence*, in *THE FREEDOM OF PEACFUL ASSEMBLY IN EUROPE* 11 (Anne Peters & Isabelle Ley eds., 2016)

פס"ד *Brokdorf*, לעיל ה"ש 574.

Anne Peters & Isabelle Ley, *Freedom of Assembly in Europe: Comparison*, in *THE FREEDOM OF PEACFUL ASSEMBLY IN EUROPE* 277 (Anne Peters & Isabelle Ley eds., 2016)

Melina Garcin, *France*, in *THE FREEDOM OF PEACFUL ASSEMBLY IN EUROPE* 49 (Anne Peters & Isabelle Ley eds., 2016)

שם, בעמ' 50–51.

הפסיקה הצרפתית מבחינה בין הפגנות הנערכות תחת כיפת השמיים, הדורשות הודעה מוקדמת (ולא פחות משלושה ימים לפני קיום ההפגנה), לבין הפגנות הנערכות במקומות סגורים, היכולות להתקיים ללא כל הודעה מוקדמת.<sup>584</sup> בהקשר הזה, בית הדין האירופי לזכויות אדם הבהיר, ביחס להליך שהתקיים נגד צרפת, כי כאשר הרשויות מודעות (גם ללא הודעה מראש) לקיומה הצפוי של ההפגנה, ההפגנה אינה אסורה ויש לאפשר אותה.<sup>585</sup> גם בתי המשפט בצרפת פעלו להגביל את יכולת הרשויות שלא לאשר הפגנות. ההלכה המרכזית בנושא ניתנה כבר בשנת 1933, בפס"ד Benjamin, שבו הופעלה אמת מידה מחמירה של ביקורת שיפוטית. שם נקבע כי ההגבלה על הזכות להפגין צריכה להיות מידתית למידת אייחוס הצפויה בעקבות ההפגנה.<sup>586</sup>

בשנים האחרונות התקיימו בצרפת מחאות ענק, שכללו גם ונדליזם נרחב (לדוגמה, מחאת "האפודים הצהובים" בשנים 2018–2020; מחאות על רפורמת הפנסיות של הנשיא מקרון; מחאות בעקבות מותו של הצעיר ממוצא אלג'ירי, נאהל מרזוק). הפגנות אלו גררו תגובות קשות מצד רשויות השלטון – עד כדי ניסיונות אלימים לפזרן. לדוגמה, מחאת האפודים הצהובים הובילה את המשטרה לעשות שימוש נרחב בכוח, כולל ברימוני הלם, וגררה מעצרים נרחבים.<sup>587</sup> בעקבות זאת קרא נציב זכויות האדם של האו"ם לרשויות בצרפת לכבד את חופש ההפגנה, והבהיר כי הפעלת כוח מצד הרשויות עלולה להניא את האזרחים מלממש את זכויות היסוד שלהם.<sup>588</sup> דווחים מיוחדים של

584 שם, עמ' 51.

ECtHR, *Barraco v. France*, Chamber Judgment of 5 March 2009, 585  
Application No. 31684/05

586 CE, cont., 19 mai 1933, n° 17413 17520; ראו חרגום לאנגלית של עיקרי פסק הדין באחר של [The University of Texas at Austin, School of Law](#).

587 נטען גם כי הרשויות בצרפת אימצו אסטרטגיה חדשה הכוללת "חתימה למגע" עם המפגינים ומעצרי מנע, במה שהתפרש כמתן לגיטימציה לרשויות לחקוף מפגינים באלימות (Pauline Trouillard, *Repressing the Protests through Law*, *Police and Discourse: The Example of the Yellow Vests' Movement in France*, 30 (3) J. CONTEMP. EUR. STUD. 506, 509–510, 514–515 (2022)).

588 United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights, [France: UN Experts Denounce Severe Rights Restrictions on](#)

האו"ם אף טענו כי צרפת היא המדינה היחידה באירופה המשתמשת בגז מדמיע וברימוני הלם באירועי הפרות סדר (public order operations), וכי היא מפעילה את האמצעים האלה באופן לא מידתי. הם ביקשו להזכיר לצרפת כי על המשטרה לכבד את העקרונות של נחיצות ומידתיות, וכי תפקיד המשטרה הוא לאפשר הפגנות בדרכי שלום ולהגן על הזכויות הבסיסיות של המפגינים.<sup>589</sup>

בעקבות מחאות הענק, הועברו כמה חוקים המגבילים את הזכות להפגין. בשנת 2019 נחקק חוק שאפשר למשטרה, בין היתר, לערוך חיפוש על מפגינים, אסר על מפגינים לכסות את פניהם, ואפשר לגורמים מינהליים (ולא משפטיים) לאסור על אנשים להפגין. בית המשפט החוקתי אישר חלקים מהחוק, אך פסל את הסמכות שניתנה לגורמים מינהליים לאסור על אנשים להפגין.<sup>590</sup> בשנת 2021 התקבל בצרפת חוק, שקבע, בין היתר, איסור פלילי על הפצת תמונות של שוטרים בתפקיד כדי לחשוף את זהותם. רבים ביקרו את הלשון העמומה של החוק והביעו חשש כי הוא נועד למנוע הפצה של סרטונים שמתועדת בהם אלימות משטרתית ועלול לפגוע גם בחופש העיתונות.<sup>591</sup> גם הוראת חוק זו נפסלה על ידי בית המשפט החוקתי במדינה.<sup>592</sup>

---

"Gilets Jaunes" Protestors (14 February 2019); Eva Cossé, *France Protests Test Government's Commitment to Rights*, HUMAN RIGHTS WATCH (24 March 2023)

United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights, 589 *France Must Respect and Promote Right to Peaceful Protest: UN Experts* (15 January 2023)

*Setback For Macron as Court Vetoes Key Plank of anti-Protest Law* 590 REUTERS (4 April 2019)

Elisa Braun, *French Crackdown on Filming the Police Causes Outrage*, POLITICO (17 November 2020)

*France: Constitutional Council Strikes Part of Recent Security Law*, LIBRARY OF CONGRESS (23 July 2023)

## מדינות ב"נסיגה דמוקרטית" – פולין והונגריה

בשנים האחרונות עברו פולין והונגריה תהליך המכונה "נסיגה דמוקרטית", פולין – בשליטת מפלגת "חוק וצדק" (שבשלהי שנת 2023 איבדה את השלטון) והונגריה – בשלטון ראש הממשלה אורבן. אחת מהזכויות שהשלטונות במדינות אלו מיהרו להגביל היא הזכות להפגין, כדי למנוע כל ביקורת ציבורית כלפיהם.

בהונגריה נקבע בחוקה כי אסור להשתמש בחופש הביטוי כדי לפגוע בכבוד האדם של אחרים או ב"כבוד האומה ההונגרית". על פי הפרשנות שניתנה לסעיף זה אפשר למנוע מראש הפגנה אם יש חשש שהיא תפגע בכבוד האומה ההונגרית. נוסף על כך, בשנת 2018 תוקן תיקון לחוקה שקבע כי יש לכבד את זכותם של אנשים לפרטיות בביתם ולשם טוב, ועל פי פרשנותו חופש המחאה אינו יכול לפגוע בזכותם של אנשים לפרטיות, ואפשר להגביל הפגנות מול בתים של נבחרי ציבור. כמו כן, נקבע בחוק כי אפשר להטיל את האחריות לנזקי הפגנה על מארגניה. בתקופת מגפת הקורונה אף נאסר כליל על הפגנות, אם כי התאספויות ציבוריות אחרות הותרו.<sup>593</sup> לצד השינויים האלה, בדצמבר 2018 אישר הפרלמנט ההונגרי חוק חדש המפקיע מבית המשפט החוקתי את סמכותו לדון בסוגיות מינהליות נפיצות, ובהן הזכות להפגין, ומעביר את הסמכות לדיון בסוגיות אלו למערכת משפט מינהלית חדשה, ששופטיה ממונים על ידי השלטון.<sup>594</sup>

בפולין נקבע כבר בשנת 2016 איסור על עריכת הפגנות נגד אירועים "מחזוריים". לפי ההגדרה בחוק של "אירועים מחזוריים", לא ניתן לקיים הפגנות במקביל לאירועים שעורכים השלטונות או הכנסייה. המשמעות היא שהפגנות נגד אירועים שלטוניים אסורות.<sup>595</sup> כמו כן, נרשמו עדויות של אלימות משטרתית כלפי מפגינים וניסיונות הפחדה מצד המשטרה (לדוגמה, כיתור המפגינים כדי

*Hungary*, FREEDOM HOUSE 593

594 עודד רון, מרדכי קרמניצר ויובל שני דמוקרטיה במשבר 30 (דוח מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020).

Claudia-Yvette Matthes, Radoslaw Markowski and Franck Bonker, 595  
[Poland Report](#), SUSTAINABLE GOVERNANCE INDICATORS (2022)



לאפשר את זיהויים, לצד מניעת גישה לעורכי דין.<sup>596</sup> עם זאת, בשנים האחרונות נערכו בפולין הפגנות ענק נגד השלטונות, למרות ניסיונות ממוסדים למנוע אותן, בעיקר בזכות מקרים של התייצבות מערכת המשפט לצד המפגינים.

## המשפט הבינלאומי

ככלל המשפט הבינלאומי נוקט גישה מרחיבה כלפי הזכות להפגין, והיא מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות שנזכרו לעיל. כפי שפורט לעיל, בהערה פרשנית משנת 2020 הבהירה ועדת זכויות האדם של האו"ם כי לכולם יש זכות להפגין – אזרחים ולא אזרחים, והיא ניתנת גם לזרים, למהגרי עבודה, למבקשי מקלט וכו'.<sup>597</sup> ההכרה בזכות להפגין מטילה על המדינה חובות שליליות וחוביות, לרבות החובה להבטיח את קיומה המלא של הזכות ללא אפליה ומתוך שמירה על המפגינים.<sup>598</sup> לצד זאת, הדין הבינלאומי מכיר ביכולת להציב תנאים על הזכות להפגין, אך הם צריכים להיות מנוסחים בצמצום.<sup>599</sup> נוסף על כך, מובהר כי גם הפגנות ספונטניות, שלא תואמו מראש, חוסות תחת ההגנה החוקתית. אשר לרישה שההפגנה תתנהל בדרכי שלום, משמעותה היא שאסור לה להיות אלימה, ואלימות בהקשר הזה היא שימוש בכוח פיזי שיכול לגרום פגיעה או למוות, או פגיעה חמורה ברכוש. כפי שצוין לעיל, חסימת כביש או דרך כשלעצמה אינה נחשבת אלימות ואינה הופכת את ההפגנה להפגנה שאינה מתנהלת בדרכי שלום.<sup>600</sup>

אסור להטיל על הזכות להפגין מגבלות הקשורות לתוכן הביטוי או לזהות המשתתפים. אומנם ניתן להטיל מגבלות על המקום, על הזמן ועל אופן

*Conclusions and Recommendations Concerning Freedom of Assembly in Poland*, AMNESTY INTERNATIONAL (2020) 596

Human Rights Committee, General comment No. 37, לעיל ה"ש 43, בפס' 5. 597

Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights 598  
Freedom of assembly and association (Updated on 31 August 2022), pp. 32–34

שם, בפס' 8. 599

שם, בפס' 14–15. 600

עריכת ההפגנה, אך ככל האפשר, יש לאפשר להפגנות להתנהל בטווח ראייה ושמיעה מקהל היעד של ההפגנה.<sup>601</sup> הטלת מגבלות חייבת לעמוד בעקרונות של מידתיות ונחיצות; וכן יש להעדיף ענישה בדיעבד על פני הגבלה מראש של הזכות להפגין.<sup>602</sup> אשר לחובה לקבל רישיון להפגנה, נקבע כי הדבר חותר תחת הזכות להפגין. לעומת זאת, החובה למסור הודעה מוקדמת היא לגיטימית, אך אין היא צריכה להקשות על ארגון הפגנה. נוסף על כך, אי-מסירת הודעה מוקדמת אינה הופכת את ההשתתפות בהפגנה לבלתי חוקית, ואינה פוטרת את הרשויות מהחובה לשמור על המפגינים ולאפשר את ההפגנה.<sup>603</sup>

שימוש בכוח יעשה רק כאשר הוא "הכרחי לחלוטין", מתוך ציות לעקרונות החוקיות, הצורך, המידתיות, מתן אזהרה מוקדמת והיעדר האפליה. רק במקרים יוצאי דופן אפשר לפזר הפגנה, לדוגמה, אם יש ראיות חותכות לסכנה מוחשית לאלימות חמורה שאי אפשר למנוע אותה באמצעים אחרים. אפשר לפזר הפגנה המתנהלת בדרכי שלום אך חוסמת דרכים לפרקי זמן ארוכים רק אם ההפרעה היא "חמורה ומתמשכת". הפעלת כוח צריכה להיות ממוקדת, ועל כן השימוש באמצעים שיש להם השפעה נרחבת, כגון גז מדמיע ותותח מים, ייעשה כמוצא אחרון בלבד. ירי אש חיה או כדורי גומי אינו אמצעי מתאים לשימוש בשיטור של הפגנות, ואפשר להשתמש בו אך ורק אם יש סכנה מיידית למוות או לפגיעה חמורה. הצבת שוטרים בלבוש אזרחי בהפגנות מותרת רק אם הנסיבות דורשות זאת, ולפני שימוש בכוח, או ביצוע חיפוש או מעצר – על השוטרים להזהרות.<sup>604</sup>

גם בית הדין האירופי לזכויות אדם הכיר בהיקפה הרחב של הזכות להפגין, הכוללת היבטים שליליים וחיוביים.<sup>605</sup> עם זאת, בית הדין מעניק למדינות שיקול דעת (margin of appreciation) רחב יחסית ואינו מזדרז להתערב בפעולות של

601 שם, בס' 22.

602 שם, בס' 36-37.

603 שם, בס' 70-71.

604 שם, בס' 78-92.

*Plattform Ärzte für das Leben v. Austria* (21 June 1988); 605  
*Baczkowski v. Poland*, Application no 1543/06, Judgment of 3 May 2007

המדינות בהגבלת הפגנות.<sup>606</sup> בית הדין האירופי אימץ את המבחנים של חוקיות, נחיצות ומידתיות כדי להגביל הפגנות,<sup>607</sup> וקבע כי איסור גורף על הפגנה יתאפשר רק אם יש חשש להסתה לאלימות או לשלילת עקרונות דמוקרטיים.<sup>608</sup> בית הדין האירופי הכיר בלגיטימיות של דרישה להודעה מוקדמת, ואף של דרישה לרישיון בתנאים מסוימים.<sup>609</sup> עם זאת, היעדרה של הודעה מוקדמת אינו מצדיק בהכרח את פיזור ההפגנה, אם המפגינים אינם מפריעים לסדר הציבורי.<sup>610</sup>

## מה אפשר ללמוד מהסקירה ההשוואתית

הסקירה ההשוואתית מלמדת כי ישראל חריגה ביותר באימתן מעמד חוקתי מפורש לזכות להפגין. ברוב המדינות שבהן יש הסדרה חוקתית של הזכות, מודגש גם הקשר הבלתינותק שלה לחופש הביטוי, שבדרך כלל זוכה להגנה רחבה ביותר (ראו, לדוגמה, ההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי בחוקה האמריקאית). לצד זאת, ומטבע הדברים, מדינות מגבילות את הזכות להפגין בדרכים שונות (לדוגמה, מתן הגנה למימוש הזכות "בדרכי שלום"), אך הגבלות אלו קבועות בדרך כלל בחוקה, ולחלופין בחקיקה, שחושפת אותה לביקורת שיפוטית.

JAVIAR FARCIA ROCA & PABLO SANTOLAYA, EUROPE OF RIGHTS: A COMPENDIUM 606, SALAT; ON THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS 406 (2012), לעיל ה"ש 560, בעמ' 77. לכן יש להיזהר מאימוץ קביעותיו של בית הדין, מעבר לכך שניתן לראות בהן מינימום שאין לרדת ממנו.

Roca & Santolaya, לעיל ה"ש 606, בעמ' 407.

*Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, Application nos 29221/95 and 29225/95, Judgment of 2 October 2001, ECHR 2001-IX 608

*Andersson v. Sweden*, Application no. 12781/82, Decision on admissibility, 13 December 1987; *K. v. Netherlands*, Application no 15928/89, Decision on admissibility, 13 May 1992 609

*Oya Ataman v. Turkey*, ECHR 2006-XV, application no. 74552/01, לעיל ה"ש 560, SALAT; Judgment of 5 December 2006, בעמ' 76-78.

ככלל, נרשמת הסתייגות מאיסור מראש על עריכת הפגנות, אלא אם כן האיסור נדרש כדי למנוע אי-סדר חמור. במקום זאת, יש העדפה מובהקת להעמדה לדין של מפרי החוק בדיעבד, וכן להטלת מגבלות "זמן, מקום ואופן", אם מתעורר הצורך בכך. בהקשר הזה, ניכר כי מדינות משתמשות במגבלות "זמן, מקום ואופן" במגוון בדרכים. כך, מדינות מתוקנות נוטות להבהיר כי על המגבלות להיות ניטרליות ולהסתייג משימוש נרחב במגבלות אלו. לדוגמה, מדינות רבות אינן מאפשרות להטיל מגבלות גורפות על מקום ההפגנה, פרט למקומות מצומצמים ומוגדרים מראש, כגון הפרלמנט או בסיסים צבאיים, מתוך הבנה כי למקום ההפגנה יש חשיבות רבה. לעומת זאת, ניכר כי מדינות שהייתה בהן נסיגה דמוקרטית עושות שימוש במגבלות האמורות כדי לפגוע בליבה של הזכות להפגין (למשל, האיסור בפולין על עריכת הפגנות במקומות שבהם התרחש "אירוע חשוב בהיסטוריה הפולנית" אינו ניטרלי).

בעת האחרונה נעשו ניסיונות להגביל את חופש ההפגנה גם בכמה מדינות מתוקנות. בכמה מהמדינות (לדוגמה, בארצות הברית) הניסיונות האלה לא צלחו; באחרות (כמו צרפת) הניסיונות נבלמו, לפחות חלקית, בידי מערכת המשפט; ואף כאשר המהלך החקיקתי צלח – כמו באנגליה – הוא נתקל בביקורת חריגה ומתמשכת, הן מבית הן מחוץ.

## קווי המתאר להסדר חוקי נאות

במהלך השנים הוגשו בישראל שורה ארוכה של הצעות חוק שלא הבשילו, ובכללן הצעות לתיקון פקודת המשטרה,<sup>611</sup> חוק העונשין<sup>612</sup> וחוק הכניסה לישראל<sup>613</sup> – כדי להסדיר היבטים שונים בזכות להפיגין. כמו כן, הוגשו הצעות לדבר חקיקה נפרד,<sup>614</sup> ואף עלתה ההצעה לעגן את זכות ההפגנה, במפורש, גם ברמה החוקתית במסגרת הצעת חוק ייסוד: חופש הביטוי, כפי שהציע למשל אמנון רובינשטיין בשנת 1991.<sup>615</sup> הלל סומר סוקר יוזמות בנושא שעלו גם מחוץ

**611** הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 38) (תיעוד חזותי של השימוש במכח"יית), התשפ"ב-2022 (פ/3041/24) (כ/938); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הפגנה ליד בני מגורים), התשפ"ב-2022 (פ/3936/24); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הוראות בדבר פיזור אסיפה או תהלוכה), התשפ"ב-2022 (פ/3114/24); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (חובת שימוש במצלמות גוף בעת הפגנה), התשפ"א-2021 (פ/731/24); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (חובת לבישת מדים בהפגנות), התשפ"א-2021 (פ/1805/24); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (ביטול הצורך בקבלת רישיון להפגנה), התש"ף-2020 (פ/747/23); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הזדהות שוטר בעת פיזור הפגנה), התשע"ה-2015 (פ/1822/20); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (פיזור הפרות סדר), התשע"ב-2011 (פ/3758/18); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הוספת השפה הערבית לתג זיהוי), התש"ף-2020 (פ/615/23); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 26) (רישוי הפגנות), התשס"ט-2009 (מ/425); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 16) (ענידת תג זיהוי), התשנ"ו-1997 (פ/195/14) (כ/2623); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (איסור אסיפה או תהלוכה בשבת ובחג), התשנ"ו-1996 (פ/199/14); הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הגבלת תוקף רשיון לאסיפה או תהלוכה), התשנ"ג-1993 (פ/617/13).

**612** הצעת חוק העונשין (תיקון - חסימת כבישים), התשפ"ג-2023 (עונש של שלוש שנות מאסר בנסיבות של "האטת מהירות התנועה או חסימת תנועת כלי רכב במכוון"). הצעת חוק העונשין (תיקון - ביטול הגבלות על חופש הביטוי וההפגנה), התשס"ח-2008 (פ/3835/17); הצעת חוק העונשין (תיקון) (איסור הפרעה לאסיפה) התשמ"ג-1982.

**613** חוק הכניסה לישראל (תיקון - איסור השתתפות בהפגנה פוליטית) התש"ן-1990.

**614** הצעת חוק טיפול שווינוני בהפגנות, התש"ע-2009 (פ/1729/18); חוק להבטחת חופש האסיפה והמחאה, התשמ"ג-1983 (123/021).

**615** לפי סעיף 2 להצעת חוק ייסוד: חופש הביטוי, הרי ש"לכל תושב החופש לקיים אסיפות, תהלוכות והפגנות למטרות חוקיות ובדרכי שלום".

לכותלי הכנסת.<sup>616</sup> כאמור, גם בהצעת חוקי־יסוד: חופש הביטוי והדעה שנוסחה במכון הישראלי לדמוקרטיה,<sup>617</sup> חופש האספה, התהלוכה וההפגנה הוא חלק בלתי נפרד מן הזכות לחופש הביטוי. ההמלצות שיוצגו להלן מבוססות על חלק מההצעות האלה, ועל המחקר שהוצג לעיל – לרבות הדין המשווה, והספרות המשפטית – בדגש על הצעות שפורטו בספרו של ברק מדינה "דיני זכויות האדם בישראל".

## המלצות ברמה החוקית

### עיגון של זכות המחאה בחקיקה ראשית ואמות המידה להגבלות עליה

שנים רבות עומדת זכות המחאה על בלימה, וההגנה החוקית עליה נמצאת במדרג נורמטיבי נמוך של הוראות, הנחיות, פקודות ותקנות, ולכן היא נתונה, במידה לא מעטה, לחסדיו של מפקד המחוז במשטרה שלא חויב על פי חוק באמות מידה לשיקול דעתו, או לחסדיו של השופט התורן, הדן בהארכת מעצרו של מפגין. מדובר במצב חריג מאוד בהשוואה בינלאומית, שכן ברוב רובן של החוקות בעולם יש עיגון לזכות להפגין.<sup>618</sup> לעומת זאת, בישראל לא רק שהזכות אינה מעוגנת ברמה החוקתית, אלא היא אף אינה מוסדרת בחקיקה ראשית של הכנסת.

הגיעה השעה להסדיר את הזכות להפגין – על רוחב יריעתה, ועל מגבלותיה – ולצמצם את מרחב הפרשנות של כל הגורמים הרלוונטיים. אומנם ייתכן שהעובדה שהזכות אינה מפורטת בחוק היא לעיתים לטובת המוחים, ועם זאת, בטווח הארוך חוסר העיגון עשוי להיות בעוכריהם, ומכל מקום, אין הוא הולם מדינת חוק. כאמור לעיל, ראוי לטעמנו לעגן את חופש המחאה בחוק יסוד מיוחד, או בסעיף בחוקי־יסוד: חופש הביטוי. ככל שאלו לא יעלו יפה, גם חקיקה ספציפית רגילה תשפר את המצב הנתון. תיקון זה, האמור לבצר את חופש המחאה, ייתן

616 סומר, ארליך ושמואלי, לעיל ה"ש 215.

617 קרמניצר ואח', חוקי־יסוד: חופש הביטוי, לעיל ה"ש 2, סעיף 9.

618 ראו האמור לעיל ליד ה"ש 551.

גם מענה לביקורת בדבר היעדר עמידה בכלל ההסדרים הראשוניים בכל הנוגע לחופש המחאה.

נבקש גם להניח כמה קווי יסוד לעניין תוכן החוק שיסדיר את הזכות להפגין.

ראשית, יש לזנוח את משטר הרישוי הקיים. במקום זאת, יש לקבוע כי כאשר מדובר באירוע הנערך תחת כיפת השמיים ובמקום ציבורי ועשוי להביא לפגיעה בחופש התנועה (למשל, צעדה על הכביש) או מצדיק היערכות מיוחדת – על המארגנים למסור הודעה (אך לא פנייה לשם קבלת אישור) לרשויות המפקדות על שמירת הסדר הציבורי באותו המקום. כאמור, ההודעה המוקדמת הזאת אינה בבחינת פנייה לשם קבלת אישור מהרשויות, אלא דרישת יידוע בלבד. עוד יובהר כי הדרישה להודעה מוקדמת אינה יכולה למנוע קיומן של הפגנות ואספות שלוות שלא צפויה מהן סכנה של ממש לסדר הציבורי, או למנוע קיומן של הפגנות ספונטניות. כמו כן, לנוכח תכלית דרישת היידוע, אין להחיל אותה על אירועים שאינם מחייבים התארגנות מוקדמת מצד הרשויות (כגון אספות קטנות).<sup>619</sup> נוסף על כך, אין באי-קיום דרישה זו בחלקה, ואפילו במלואה, כדי לפטור את הרשויות מהחובה לאפשר את האירוע ולאבטח אותו כדי להבטיח את ביטחון המפגינים. כפי שראינו לעיל, משטר של רישוי הפגנות אינו קיים במרבית הדמוקרטיות, והוא אף אינו עולה בקנה אחד עם הקווים המנחים שמפרסמים ארגונים בינלאומיים בנושא.<sup>620</sup>

שנית, על החקיקה האמורה לקבוע במפורש כי הסמכות לשלול עריכת הפגנה תינתן רק לבית המשפט, כתולדה של עתירה שתגיש המשטרה, או שיגיש איש ציבור (ולחלופין, אדם פרטי) המבקש למנוע הפגנה או משמרת מחאה סמוך לביתו. יצוין כי מנגנון זה, של העברת הסמכות לבית המשפט, נכלל גם בהצעת החוק שהגיש ח"כ יוחנן בדר בשנת 1974.<sup>621</sup>

619 קרמניצר ואח', חוק-יסוד: חופש הביטוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 81-84.

620 ראו לדוגמה, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Human Rights Handbook on Policing Assemblies, 18-19 (2016).

621 חוק חופש אסיפות עצרות ותהלוכות, התשל"ד-1974. פ/106/8.

שלישית, על החקיקה האמורה לקבוע כי תנאי ההפגנה (זמן, מקום ואופן) ייקבעו בידי המשטרה, במסגרת אמות מידה שיפורטו בחוק. לטעמנו, בכל הנוגע לזמן ההפגנה, יש לקבוע שככל שההפגנה איננה מתנגשת עם שעות איסור הרעש, וככל שלא מדובר במועד מקודש בלוח השנה שהפגנה במהלכו עשויה להצית מדנים (יום כיפור, למשל), יש צורך בנסיבות חריגות להגבלת הזמן. לעניין המקום, יש לקבוע בחוק את ההסדרים הנוגעים להפגנה מול בתיים של אנשי ציבור ולהוסיף הוראה כללית הנוגעת להסדרים הספציפיים שנקבעו בחקיקה (אל מול חוק זכויות הסטודנט, למשל). כמו כן, מובן מאליו שתיוותר הזכות לעתור לבית המשפט נגד החלטת המשטרה על התנאים, ועל המשטרה תוטל החובה לאפשר זמן מספיק, בנסיבות העניין, להגשת העתירה ולקבלת החלטה בה (דהיינו, ככל שהמשטרה תבקש להטיל על המארגנים תנאים, עליה לעשות זאת בהקדם ולאפשר גישה לערכאות).

## המלצות ביחס לקבוצות מיוחדות באוכלוסייה - שינוי חקיקה, תקנות ונהלים

### 1. קביעה מפורשת בחוק בדבר תחולתה של זכות

#### המחאה על קבוצות שונות המתגוררות בישראל

העובדה שזכות המחאה איננה טובין המחולקים שווה בשווה על ידי הרשויות איננה חריגה כשלעצמה. מהאמנה האירופית לזכויות אדם, למשל, אנו למדים כי הטלת הגבלות חוקיות על מימושה של הזכות להפגין על מי שנמנים עם כוחות הביטחון או שירות המדינה איננה סותרת את הוראות האמנה.<sup>622</sup> עם זאת, יש לקבוע בחוק המסדיר את הזכות להפגין כי זכות ההפגנה נתונה לכל הקבוצות באוכלוסייה, בלא קשר לשאלת מעמדם החוקי של האנשים (למעט אולי תיירים, שנדרשת הכרעה מורכבת בעניינם).



## 2. צמצום ההגבלות על זכותם של עובדי ציבור להפגין

אין להשלים עם איסור גורף על עובדי ציבור להשתתף בהפגנות. נקודת המוצא צריכה להיות הפוכה, שהתרת השתתפות בהפגנות היא הכלל, והאיסור על כך – המעוגן בנהלים – הוא החריג, ומוגבל לתמיכה במועמדים או במפלגות ספציפיות, כדי לשמור על ממלכתיות השירות הציבורי. לשם שמירה על חופש הביטוי של עובדי הציבור, יש לאמץ גם את מבחן הוודאות הקרובה של "נזק או פגיעה משמעותיים בשירות הציבורי או באינטרסים" שאותם עובדי הציבור משרתים.

## 3. מורים ותלמידים – מתן אפשרות למורים ולתלמידים להשתתף בהפגנות בשעות הלימודים

יש לשמר את הקביעה שמורים רשאים להשתתף בהפגנות מחוץ לשעות הלימודים ושלא בתחומי מוסד הלימודים. כן יש להתיר להם להשתתף בהפגנות בשעות הלימודים, שאינן הפגנות מפלגתיות-פוליטיות. את המונח "הפגנות מפלגתיות-פוליטיות" ראוי לפרש בצמצום, הן לנוכח חשיבות הזכות להפגין, הן מתוך הכרה בתפקידים הייחודיים של מורים לחנך חינוך פוליטי ולפתח חשיבה ביקורתית בקרב התלמידים.

## המלצות ביחס לזכות להפגין במקומות מיוחדים – תיקוני חוק, תקנות ונהלים

### 1. תיקון חוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, כך שתישלל מיו"ר הכנסת היכולת שלא לתת היתר להפגנה ברחבת הכנסת

כיום החוק קובע כי "במשכן הכנסת וברחבה לא תיערך כל אסיפה וכל תהלוכה אלא בהיתר, בין כללי ובין מיוחד, מאת יושב-ראש הכנסת". יש לשמר קביעה זו רק בנוגע למשכן הכנסת, אך לא לרחבת הכנסת.

## **2. הבהרת ההנחיה של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2022, ולפיה יש לאפשר עריכת הפגנות במקרקעין**

### **ציבוריים שליד משרדי הממשלה**

יש לאפשר עריכת הפגנות חד־פעמיות במקרקעין ציבוריים שליד משרדי הממשלה, גם אם הן יגרמו הפרעה של ממש לעבודת המשרד. אם מדובר במשמרת מחאה קבועה המפריעה לעבודה על פני זמן ממושך, ראוי לשקול הטלת הגבלות עליה לצמצום הפגיעה המתמשכת.

## **3. שלילת סמכות הממונה על המקומות הקדושים למנוע קיום הפגנות**

יש לתקן את תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים ולהפקיע מן הממונה על המקומות הקדושים את האפשרות למנוע קיום הפגנה במקום קדוש ולהעביר את הסמכות לידי בית המשפט.

## **4. צמצום סמכות מנהל הנמל לאסור על קיום הפגנה**

יש לתקן את תקנות הנמלים ולצמצם את סמכות מנהל הנמל לאסור על קיום הפגנה, כך שהיא תוגבל רק למקרים שבהם יש חשש ממשי לפגיעה בפעילות הנמל.

## **5. צמצום סמכויותיהם של מוסדות להשכלה גבוהה להגביל הפגנות**

יש לצמצם את שיקול הדעת שניתן למוסדות האקדמיים למנוע הפגנות, ולעמוד על כך שהזכות להפגין תוגבל רק על פי החלטת המל"ג משנת 2014 (קרי רק אם הפעילות אסורה לפי כל דין; יש בפעילות פגיעה מהותית בקיום הסדיר של פעילות המוסד; הפעילות נעשית למטרות מסחריות).

## **6. אין לאסור לחלוטין על הפגנות ליד בתי משרתי ציבור**

אין לקבוע איסור בדבר הפגנה ליד בתיהם של אישי ציבור, ואף לא ראוי לסווג הפגנות מול אישי ציבור סיווג חד־ממדי לפי מקום ההפגנה (ביתו של איש הציבור). מקום ההפגנה הוא שיקול רלוונטי אחד, אך לא יחיד ולא דווקא מכריע.

נוסף על כך, יש לבטל את הנוהל המשטרתי בעניין אספות ותהלוכות מספר 19.110.221 מיום 18.5.2023, המגביל את ההפגנות לידי בתייהם של אנשי ציבור בניגוד לחוק.

## המלצות לביטול חוקים ולבלימת הצעות חוק הפוגעות בזכות להפגין

### 1. בלימת הצעות חוק שבכוון לפגוע במישרין בחופש

#### המחאה

הקואליציה הנוכחית מקדמת חוקים שבכוחם לפגוע אנושות בחופש המחאה על רקע ההפגנות רחבות ההיקף שהתקיימו נגד ההפיכה המשטרית, ובעת האחרונה גם על רקע מלחמת חרבות ברזל. לפני שנדגים את האמור בעזרת כמה הצעות חוק, ראוי להבחין בתמונה הכללית: ענייננו בקואליציה השואפת לחוקק חוקים שיגבילו הפגנות הנערכות נגדה. מדובר בניסיון ברור להשתיק את המחאה, ניסיון המעלה חשש כבד לחקיקה בניגוד עניינים. דוגמה מובהקת לכך היא הצעות החוק המגבילות את האפשרות להפגין מול בתי נבחרים ציבור (כמפורט לעיל בסעיף הדין בהפגנה ליד בתייהם של משרתי ציבור). הצעות אלו מנוסחות ניסוח כוללני ופוגעות פגיעה קשה בחופש המחאה, בכך שהן מונעות דה פקטו הפגנות מול בתיים של נבחרים ציבור. דוגמה נוספת היא הצעת חוק העונשין (תיקון – חסימת כבישים), התשפ"ג-2023, המבקשת להשית עונש של שלוש שנות מאסר על "העושה מעשה, מציב מכשול או גורם נזק לדרך ציבורית בכוונה להאט את מהירות התנועה או לחסום תנועת כלי רכב". מדובר בהצעת חוק שאינה מידתית; היא אינה מבחינה בין סוגי דרכים ציבוריות ואינה נותנת משקל למשך החסימה, ואף אינה דורשת קיומו של נזק כדי להשית עונש פלילי כבד של שלוש שנות מאסר. גם ההצעה לקביעת איסור פלילי על הנפת דגל של הרשות הפלסטינית או של ישות או גוף אחר שאינם ידידותיים לישראל היא פגיעה קשה ובלתי דמוקרטית בחופש הביטוי ואיום חמור על מפיגניים ועל חופש המחאה.

הצעה נוספת שמקודמת בכנסת ה-25 היא הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תיקון מס' 23 – הוראת שעה) (החמרת תנאי שחרור בערובה של חשוד בעבירות חמורות), התשפ"ד-2024, המבקשת להחמיר את תנאי השחרור בערובה שקציני משטרה מוסמכים להטיל על חשודים. לפי הצעת

החוק, השתתת התנאים תתאפשר אף ללא צורך בקבלת הסכמת החשוד, ומבלי לקבוע מנגנון משלים של ביקורת שיפוטית על החלטת קצין המשטרה. הצעת חוק זו עלולה לפגוע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויות של אנשים שחזקת החפות עומדת להם. אומנם בהצעה יש החרגה, רק לעבירות פשע ועבירות עוון, וכן לעבירות העוסקות בחופש הביטוי, המצמצמת את הפגיעה. אולם בפועל יש חשש כי החוק יופעל גם נגד מפגינים שיעצרו על ידי המשטרה מתוך שימוש בעילות אחרות מהעילות שהוחרגו (דוגמת הפרעה לשוטר בנסיבות מחמירות).

## 2. בלימת הצעות חוק שבכוחן לפגוע בעקיפין בחופש

### המחאה

מעבר לבעיות הרבות שחוות הדעת שנערכה במכון הישראלי לדמוקרטיה ביחס להצעת החוק המבקשת להכפיף את מח"ש לשר המשפטים הצביעה עליהן,<sup>623</sup> הצעה זו מעוררת קושי נוסף בהקשר של הזכות להפגין. מצד אחד, השר לביטחון לאומי מבקש "לתת גיבוי לשוטרים" כל עוד הפליאו את מכותיהם במפגינים שהוא אינו חפץ ביקרם, ומהצד השני, הוא תוקף בחריפות קצינים בכירים שאינם נענים לדרישותיו להפעיל כוח שלא כדין נגד מפגינים שהוא חפץ ביקרם. במצב דברים זה, אישור ההצעה להכפפת מח"ש לשר המשפטים ימוטט את שארית האמון, הנמוך גם כן, במחלקה לחקירות שוטרים ובעצמאותה. הצעות נוספות שיש לבלום הן ההצעות המבקשות לעשות שימוש במערכות לזיהוי פנים במרחב הציבורי. כפי שהוסבר לעיל, הצעות החוק האלה נותנות למשטרה סמכות לעקוב אחרי הציבור במרחב הציבורי, ואינן מוגבלות רק לאיתור חשודים ספציפיים לאחר קבלת צו מבית המשפט. מדובר בסמכות רחבה שיהיה אפשר להשתמש בה כדי לדכא הפגנות, והיא עלולה לפגוע מאוד בזכות המחאה.

## 3. פסילת תיקון 37 לפקודת המשטרה

כאמור, השר לביטחון לאומי ממשיך לנסות ולהכתיב לקציני המשטרה כיצד למלא את תפקידם, ולהשפיע באמצעים שונים על עבודת המשטרה, ומתעלם במובן מהבהרת בג"ץ ביחס לסמכותו בכל הנוגע להפעלת כוח שיטורי

623 קרמניצר, פוקס ולוריא, לעיל ה"ש 462.

בהפגנות.<sup>624</sup> לכן, פסילה מוחלטת של התיקון האמור, או למצער פרשנות מצמצמת שתגדיר במדויק מה נכלל ומה איננו נכלל בתחום סמכותו של השר, תוכל להניח את הדעת ולגדור את מרחב ההתערבות הנתון לו.

#### 4. ביטול סעיף 151 לחוק העונשין וסעיף 89 לפקודת

##### המשטרה

זכור, סעיף 89 לפקודת המשטרה קובע כי אספה או תהלוכה שהתקיימה ללא רישיון או בלי למלא אחר תנאי הרישיון היא התקהלות בלתי חוקית. סעיף 151 לחוק העונשין קובע כי העונש על התקהלות אסורה עומד על שנת מאסר אחת. יש לבטל את הסעיפים האלה, שאינם מתאימים לחברה דמוקרטית המציבה את חופש הביטוי וחופש ההפגנה כזכויות אדם בסיסיות. הטלת סנקציה פלילית על יישום של זכות חוקתית היא אנטינומיה שהדעת אינה סובלת, ולכן דינה להתבטל. נוסף על כך, הסעיפים האלה – על חבותם הפלילית – יוצרים הרתעה משמעותית מדי, העלולה להניא את הציבור הרחב מהשתתפות בהפגנות. לצד כל זאת, הסעיפים האמורים אינם מכירים בלגיטימיות של הפגנות ספונטניות. הפגנות ספונטניות מתארגנות במהירות בתגובה לאירועים אקטואליים, והן תתקיימנה בדרך כלל בלי שהוגשה בקשה לקבלת רישיון, וממילא בלי שהתקבל רישיון. בהקשר הזה ראוי להדגיש כי בעת הנוכחית – שבה אפשר לאסוף אנשים להפגנה בקלות ובמהירות – נעשו הפגנות ספונטניות רווחות יותר, והגבלתן היא הגבלה כבדה מאוד על הזכות להפגין. ואכן, מדינות רבות בעולם הכירו בזכות לערוך הפגנות ספונטניות, גם במחיר של הפרת החובה למתן הודעה מוקדמת על קיום הפגנה.<sup>625</sup>

#### 5. ביטול ההפיכה המשטרית

התפקיד החשוב שמילא בית המשפט העליון בפיתוח זכות ההפגנה ובהגנה עליה עשוי להישלל ממנו אם ינוטרל מסמכויותיו. מובן מאליו שבית משפט חלש יגן טוב פחות גם על חופש הביטוי והמחאה. במיוחד משום שחופש הביטוי וחופש המחאה מתמקדים בביקורת על השלטון, לשלטון יש לעיתים קרובות

624 בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 458.

625 מדינה ווגשל, לעיל ה"ש 96, בעמ' 213.

אינטרס להצר את הזכויות האלה, ובית המשפט הוא שאמור לבלום זאת. לכן יש לזכור כי ככל שתתקדם הרפורמה המשפטית במשעול האוטוריטרי ששרטטה לעצמה (בהשראת מדינות אחרות), ובהיעדר עיגון חוקתי או חוקי של זכות ההפגנה, עולה החשש שהפוליטיקאים האוחזים ברסן השלטון יכרסמו בזכות זו, ובית המשפט העליון לא יוכל לספק סעד יעיל. ואכן, במדינות שהלכו בנתיב דומה של נסיגה דמוקרטית הוגבלה הזכות להפגין, ומכאן שאין מדובר בחשש תאורטי בלבד.

## המלצות ביחס לשימוש באמצעים לפיזור הפגנות

אנו סבורים כי יש לחדול משימוש באמצעים לפיזור הפגנות אם לא נשקפת סכנה חמורה ומיידית לפגיעה בגוף או לפגיעה חמורה ברכוש מצד המפגינים. המשמעות המיידית היא שאין להתיר שימוש באלות במדרג ב, כפי שנהוג היום, שכן במדרג זה כלל לא נדרשת פעולה אלימה מצד המפגינים כדי להתיר שימוש באמצעים כאלה, אלא די באי־ציות להוראות המשטרה. נוסף על כך, יש לנסח את מדרג ג ניסוח מצמצם, כך שלא יהיה אפשר להפעיל אמצעים המסכנים את שלמות גופם של המפגינים אם הנזק הצפוי מהתנגדות אלימה שלהם אינו ממשי או מידי. ככלל, יש לחדד את הנחיות השימוש בכוח בהפגנות. נקודת המוצא היא שתפקידה של המשטרה הוא לאפשר את קיום ההפגנה ולהגן על המפגינים עצמם. שימוש בכוח או באמצעים לפיזור הפגנות ייעשה כמוצא אחרון בהחלט, ותהיה עדיפות למעצרים של מפגינים שהפרו את החוק, על פני שימוש באמצעים לפיזור הפגנות, הפוגעים במפגינים ללא הבחנה.

כמו כן, יש לאסור שימוש באמצעים מסוימים לפיזור הפגנות: במערכת האקוסטית "צעקה", שהפעלתה אינה מידתית לפעולות של מפגינים משום שהיא עלולה לגרום נזק בריאותי חמור, והיא נעדרת יכולת להבחין בין מפגינים שעברו על החוק ומסכנים את ביטחון הציבור סכנה חמורה ומיידית, לבין מפגינים שומרי חוק (או כאלה שאינם עומדים ברף הגבוהה האמור של הפרת החוק). כך גם בעניין השימוש ברימוני הלם. המטרה שלשמה משתמשים ברימוני הלם – גרימת דיסאורינטציה למפגינים – אינה לגיטימית, ונראה כי היא מחפה על מטרה אחרת של הרתעה כללית של הציבור וזריעת פחד אצל המפגינים. כן יש להפסיק את השימוש בסוסים בשל פוטנציאל הפגיעה הגבוהה במפגינים והיעדר השימוש המידתי, וגם על רקע צער בעלי חיים.

נוסף על כך, יש פער בין "התורה שבכתב" לפיזור הפגנות, דהיינו, נוהלי המשטרה ופסיקת בית המשפט (למשל לעניין הפעלת המכת"זית), לבין "התורה שבעל פה". במילים אחרות, במקרים לא מבוטלים המשטרה אינה פועלת לפי הנהלים לעניין הפעלת אמצעים לפיזור הפגנות, ועושה שימוש מופרז ומסוכן באמצעים האלה. כך, לדוגמה, היא מזדרזת להפעיל את האמצעים ובכך חורגת מן המדרג שנקבע להפעלתם. יש והיא מפעילה את האמצעים ללא שמירה על מרחק מתאים או על כללים אחרים שנועדו לשמור על בטיחות המפגינים. פער זה סודק את האמון הציבורי במשטרה וגם בדרג המדיני, שלעיתים, במידה רבה של צדק, נחשב מי שמכתיב למשטרה לנקוט יד קשה נגד מפגינים שלא לצורך. לשם השקיפות, יש לאמץ הצעות ברוח הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 38) (תיעוד חזותי של השימוש במכת"זית), התשפ"ב-2022 (פ/3041/24) (כ/938), גם לעניין אמצעי פיזור הפגנות נוספים. הצעת החוק הזאת מציעה לקבוע כי שימוש במכת"זית לשם פיזור הפגנה יתועד בתיעוד חזותי. התיעוד עשוי לשמש בלם אפקטיבי על שוטרים המתעתדים להפעיל כוח שלא כדין, ולסייע למפגינים למצות את הדין, הן בהיבט הפלילי, ככל ששימוש זה עלה כדי עבירה, הן בהיבטים האזרחיים-נזיקיים של הסוגיה. בהקשר הזה ראוי לעמוד על קיום החובה המוטלת על שוטרים להצטייד במצלמות גוף ובתגי זיהוי, ועל הימנעות מכיסוי פניהם.

אָנִי אָדָם יְחִיד, אָדָם בּוֹדֵד. אֵינִי דְמוֹקְרָטִיָּה.  
הַרְשׁוּת הַמְבַצְעַת וְהַאֲהֶבֶת וְהַשׁוֹפְטֵת  
בְּגוֹף אֶחָד. רְשׁוּת אוֹכְלֵת וְזוֹלְלֵת, וּמְקִיאָה,  
רְשׁוּת שׁוֹנְאֵת וְרְשׁוּת כּוֹאֶבֶת  
רְשׁוּת עֹרֶרֶת וְרְשׁוּת אֶלְמֶת.  
לֹא נִבְחַרְתִּי. אֲנִי הַכְּנָנָה, אֲנִי מְרִים  
אֶת פְּנֵי כְכַרְזָה. הַכֵּל כְּתוּב שָׁם. הַכֵּל,  
אָנָּה, אֵין צָרָךְ לְהִטִּיל גֵּז מִדְמִיעַ,  
אֲנִי כָּבֵר בּוֹכָה. אֵין צָרָךְ לְפַזֵּר אוֹתִי,  
אֲנִי מְפָזֵר,  
וְגַם הַמִּתִּים הֵם הַכְּנָנָה.  
כְּשֶׁאֲנִי מְבַקֵּר אֶת קֶבֶר אָבִי, אֲנִי רוֹאֶה  
אֶת הַמַּצְבּוֹת מוֹרְמוֹת בְּיַדִּי  
הַעֲפָר שְׁמֵלֵמֶטָה:  
הוּא הַכְּנָנָה גְדוֹלָה.

יהודה עמיחי<sup>626</sup>

הזכות להפגין שייכת "לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי"<sup>627</sup> וההגנה עליה היא נייר הלקמוס של משטר דמוקרטי. הגנה רחבה על הזכות להפגין כלפי השלטון דווקא היא עדות לחוסנו של המשטר הדמוקרטי, שהוא המשטר היחיד שהזכות לבקר ולמחות נגדו מוטמעים בו ומוגנים על ידו.

626 יהודה עמיחי "מסעות בנימין האחרון מטודילה" עכשיו ברעש ולא על מנת לזכור כרך ב 156 (שוקן 2002).

627 בג"ץ פדידה, לעיל ה"ש 15, בפס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.



החודשים האחרונים, שבמהלכם נכתב מסמך זה, הוכיחו פעם נוספת מושכלות יסוד. על רקע חולשת הפרדת הרשויות בישראל, יכולתה המוגבלת של הכנסת בלולם מהלכי הממשלה וקואליציה וההתקפה הארסית על בית המשפט העליון והייעוץ המשפטי לממשלה – כל אדם המשתתף במחאה הציבורית הופך למעין רשות רביעית. ובהתקבץ והתאסף בודדים רבים – בכוחם לאתגר את הממשלה ולשקף רצונות ואינטרסים שלא באו לידי ביטוי מספק במנגנון קבלת ההחלטות, כלומר בבחירות. עניין זה נכון במיוחד בעת חירום, כשכוחה של הרשות המבצעת הולך וגדל לנוכח השימוש בתקנות שעת חירום, העברת מוקד קבלת ההחלטות לקבינט מצומצם והניסיון הכולל להשתיק ביקורת ציבורית עד "שש אחרי המלחמה". דווקא בעיתות חירום גובר החשש שיעשה ניסיון להגביל את חופש הביטוי ואת זכות ההפגנה, ובה בעת, יש חשיבות גוברת למתן האפשרות להשמיע ביקורת ציבורית.

בחברה מפוצלת ומקוטבת כמו החברה הישראלית חיוני שהתרבות הפוליטית והאווירה הציבורית יהיו מחויבות לחשיבות העליונה של חופש הביטוי בשיטה הדמוקרטית, ודווקא ביחס לביטויים קשים, צורמים ומהפכיים בטן. אם לא תהיה מחויבות כזאת, החופש להפגין עלול להיות בין הנפגעים הראשונים. חיוני להקפיד גם על יחס שוויוני מצד המשטרה ושאר גורמי אכיפת החוק לכל קבוצות המפגינים, יחס שיהיה עיוור לשיוך הקבוצתי של המפגינים והמסר שהם נושאים. חיוני גם שהיחס השיווני יזכה למעטפת חוקית נאותה. העובדה שיחס שאיננו כזה הופעל בהפגנה מסוימת אינה מצדיקה את נקיטתו (או את התביעה לנקוט בו) בהפגנות אחרות, בבחינת התיישרות לפי העקום.

ראשית, יש לספק הגנה לחופש להפגין בחקיקה מתאימה שתשקף את המשקל הראוי לזכות זו. אך בכך אין די. יחסן של רשויות אכיפת החוק לזכות להפגין הוא קריטי, והוא צריך להיבדק לא לפי הכרזות והצהרות אלא לפי התנהלותן הלכה למעשה. ראוי להזכיר שהשלטון אינו גורם ניטרלי בכל הנוגע לזכות להפגין, שכן לרוב ההפגנות הן נגדו. כך גם המשטרה הנמצאת בקו העימות מול המפגינים, העשוי ליצור אתגר של ממש מבחינת האינטרסים שיש לאזן ביניהם כראוי ולהגן עליהם בהתאם. השלטון עלול לתת ביטוי למורת רוחו מן ההפגנות על ידי הוצאת לעז על המפגינים ותיאורם כפורעי חוק, אנרכיסטים, תומכי טרור ואויבי המדינה. בעשותו כן השלטון מפגין גישה לעומתית כלפי הזכות להפגין, יוצר אקלים של איבה כלפי המפגינים המעודד לאלומות כלפיהם (של שוטרים ושל אחרים), וכן

יוצר אפקט מצנן העלול להביא לדיכוי בפועל של מימוש הזכות. תפקידה החיוני של הרשות השופטת הוא אפוא להבטיח הגנה יעילה על החופש להפגין. חשובה לא פחות הכשרה והדרכה מתאימה של השוטרים. בה בעת נדרש מאמץ מתמיד לתעד את המתרחש בהפגנות ובמגעים שבין שוטרים לבין מפגינים. לתקשורת תפקיד חשוב בהגנה על חופש הביטוי באמצעות סיקור הוגן של המתרחש. יש להישמר במיוחד מהציפייה ומהתביעה לסטריליות של הפגנות. צפייה ותביעה כאלה נוגדות את טיבן של הפגנות, והן מלמדות על יחס מתנכר, ואולי אף עוין, כלפי הזכות להפגין.



**Policy Paper 198**

# **FREEDOM OF ASSEMBLY AND THE RIGHT TO PROTEST**

---

## **A Democratic Future for a Relic of the British Mandate?**

Oded Ron | Daphne Benvenisty | Mordechai Kremnitzer

May 2024

## **Abstract**

Protests and demonstrations are an integral part of Jewish tradition and of the political culture that evolved during the British Mandate and through the establishment of the State of Israel. Over the past decade, too (2014–2024), demonstrations have been central to the public discourse: Ultra-orthodox Jews (“Haredim”) protesting against military conscription bills; Ethiopian immigrants against police violence; the Arab and Druze against the Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People; protests against the government and in favor of the rule of law and the integrity of public figures in the Covid-19 period; demonstrations supporting and opposing the 2023 Israeli judicial reform; and protests relating to the war that broke out on October 7, 2023.

In the 1970s, the Israeli Supreme Court, sitting as the High Court of Justice, strove to expand the scope of the freedom of assembly in order to compensate for the flaws of laws and regulations that protect this freedom. By contrast, in recent years there have been attempts by the government to restrict this right and curtail demonstrators through a variety of means: legislation, delegitimization, and illegal use of force against demonstrators.

The right to demonstrate, which is derived from the freedom of political expression, is one of the basic rights in a democracy. It enables citizens to be actively involved on an ongoing basis in the nation's life and to criticize the government in order secure change or correct flaws in real time. Demonstrating—as an act of opposition to the government—is a manifestation of the fact that the people (with all their differences) are the true sovereigns of the state. The right to demonstrate is also essential for minorities and groups that the democratic political establishment, based on majority rule, is liable to silence.

In this study, we examine the legal framework of the right to demonstrate in Israel, as set forth in legislation, procedures, and ordinances. As our study shows, the legal provisions regarding the right to demonstrate are archaic and seriously defective: this right is not stipulated in any basic laws (in sharp contrast to the vast majority of constitutions around the world) and is not even provided for in positive form in ordinary legislation. The main provisions are found in laws and ordinances with roots in the Mandate era and reflect only a limited recognition of the right to demonstrate. For example, the Police Ordinance requires the protesters to obtain a permit to hold a demonstration legally, in contrast to the worldwide trend that merely insists on providing advance notice of the intent to demonstrate. Moreover, the present legal framework imposes various restrictions on demonstrations in specific places (the Knesset Plaza, airports and seaports, residences of elected officials, etc.); and the right of various categories of people—such as civil servants, teachers, and schoolchildren—to demonstrate is also restricted. Moreover, in times of emergency there is a tendency to erode the protection of human rights and severely restrict the freedom of expression and the freedom of assembly. The impression is that this is one of the first rights to suffer in a state of emergency.

As we show in this study, court decisions, as well as guidelines of the Attorney General, have expanded the protection granted to the right to

demonstrate, for example by substantially lessening the need for a permit to demonstrate and widening the ability to protest in front of elected officials' residences. However, judicial protection cannot replace legal (and constitutional) provisions. This is especially true in Israel of 2024, which is characterized by heightened polarization, an increased tendency towards populism and repeated attacks on judicial independence.

After laying a broad legal foundation and identifying the flaws in the present legal situation, we propose guidelines for amending the legal framework, rooted in the recognition of the importance of the right to demonstrate and the need to afford it broad legal protection. The proposals are based on Israeli and international human rights law and on comparative research focusing on laws found in countries that have remained faithful to liberal democracy. Our recommendations center on enshrining the right to demonstrate in primary legislation, with an obligation to provide prior notice of a demonstration in place of the present requirement to obtain advance permission from the authorities to hold the demonstration. Our recommendations also include easing the restrictions on the right of specific population groups to demonstrate, eliminating the current restrictions in police procedures on the right to demonstrate outside the homes of public figures, and prohibiting the use of force in dispersing assemblies when there is no immediate danger of grave bodily harm or of serious damage to property by the demonstrators.

Text Editor [Hebrew]: Lilach Tchlenov  
Series and Cover Design: Studio Alfabees  
Typesetting: Ronit Gilad, Jerusalem  
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-453-1

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

**Copyright © 2024 by the Israel Democracy Institute (RA)**  
Printed in Israel

**The Israel Democracy Institute**  
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602  
Tel: (972)-2-5300-888  
Website: [en.idi.org.il](http://en.idi.org.il)

**To order books:**  
Online Book Store: [en.idi.org.il/publications](http://en.idi.org.il/publications)  
E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
Tel: (972)-2-5300-800

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

האם בישראל יש חופש מחאה ראוי? מהן הבעיות בחוקים הקיימים ובאכיפתם על ידי המשטרה? מה עשה בג"ץ כדי לתקן את המצב, וכיצד פעלה הכנסת לנוכח הלקונה החוקית והחוקתית? האם מוצדק להגביל את חופש המחאה? מה דינן של הפגנות בשעת חירום ביטחונית או בריאותית? מה אפשר ללמוד מניסיוןן של מדינות דמוקרטיות ומדיני זכויות האדם בתחום זה? מהם האתגרים המיוחדים לחופש המחאה בעידן הדיגיטלי ולנוכח התחזקות הפופוליזם האוטוריטרי?

מחקר זה – שבבסיסו עומדת המחויבות הבסיסית לזכות להפגין, אחת מזכויות היסוד בדמוקרטיה – מנתח את האתגרים הניצבים בפני מימוש זכות זו בישראל ומניח קווי מתאר להסדר חוקי נאות.

**עודד רון** הוא תלמיד לתואר שלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ומלגאי מחקר במרכז קוגוד לחקר המחשבה היהודית ולהגות עכשווית במכון הרטמן.

**דפני בנניסטי** היא עוזרת מחקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה.

**פרופ' מרדכי קרמיצר** הוא עמית בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי, ציבורי ומינהלי, זכויות אדם, שחיתות שלטונית ומידתיות.

