



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 53 : סמכות המשטרה לפנות בכוח הפגנה שכוללת

חסימת התנועה בכביש

הופץ ביום 18.7.2023*

תקציר

במסגרת המחאה להגנה על הדמוקרטיה, כמו גם בהקשרים אחרים, מפגינים חוסמים מעת לעת דרכים ראשיות. במקרים רבים, משטרת ישראל משתמשת בכוח כדי לפנות את המפגינים. בחודשים הראשונים הדבר נעשה בעיקר בדרך של הפעלת כוח פיזי אנושי. בפרט בזמן האחרון החלה המשטרה לנקוט באמצעים חמורים יותר, ובהם שימוש במכונת התזה - מכת"זית (ולפי דיווחים אחדים, גם באמצעי של השמעת רעש חזק, "הצעקה"), סוסים, הכאת מפגינים באמצעות אלות,¹ והשלכת רימוני הלם אל קהל המפגינים.² אמצעים אלה גורמים או עשויים לגרום לפגיעה חמורה בגופם ובשלומם של אזרחים, ובימים האחרונים אף נפצעו באופן קשה מספר מפגינים.³ הדבר הביא את היועצת המשפטית לממשלה להודיע למשטרה, ב-13 ביולי 2023, בנוגע לשימוש במכת"זית, כי "במטרה לשמור על בריאות הציבור", יש לקבוע "הנחיות ברורות לשימוש בכלי זה לפיזור הפגנות".

* פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת, ובזכויות אדם נוספות.

חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידנו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה שלנו: <https://lawprofssforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר [@lawprofssforum](https://twitter.com/lawprofssforum). ליצירת קשר lawprofssforum@gmail.com.

¹ רן שמעוני, בר פלג, עדי חשמונאי "מח"ש בודקת דריסת מפגין ע"י פרש משטרה במחאה בתל אביב" **הארץ** (12.7.2023).

² גלעד כהן, איתן גליקמן, יאיר קראוס, אילנה קוריאל, עינב חלבי "רימוני הלם ומכת"זית הופעלו נגד מפגינים בתל אביב: הפגנות ברחבי הארץ אחרי נאום נתניהו" **ynet** (28.3.2023).

³ מכתב פורום מנהלי מחלקות עיניים של איגוד רופאי העיניים בישראל למפכ"ל, מיום 12.7.2023 ("10 מפגינים אושפזו עד כה עם קרעים ברשתית, היפרדות רשתית, שברים בארובת העין, אובדן עדשה תוך עינית ודימום תוך עיני. פגיעות אלה הינן חמורות ומסכנות ראייה").

השימוש באמצעים מסוג זה לפיזור הפגנות אינו חדש, אך ייחודה של המדיניות הנוכחית של המשטרה בכך שהשימוש באמצעים נעשה כעת לפיזור הפגנות שאינן אלימות וכלפי מפגינים שאינם מתנגדים לעיכוב או למעצר משטרתי. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את חוקיות המדיניות הנדונה של המשטרה כלפי מפגינים שאינם נוקטים אלימות.

על בסיס ניתוח המצב המשפטי, הגענו אל הממצאים העיקריים הבאים:

- סמכותה של המשטרה לפזר הפגנה, גם אם ההפגנה היא בלתי חוקית, היא מוגבלת. למשטרה מותר להפעיל כוח פיזי שאינו כרוך בסיכון לפגיעה בגופם ובשלומם של המפגינים. השימוש באמצעים שמסכנים את שלמות גופם של אנשים, כמו מכת"זית או "הצעקה" וכן סוסים והשלכת רימוני הלם, מותר רק בנסיבות שבהן המפגינים פועלים באלימות או בדרך אחרת שיש בה כדי להציב סכנה ממשית ומיידית לשלמות גופם של אחרים או לפגיעה חמורה ברכוש.
- אם לא מתקיימות הנסיבות של סכנה ממשית ומיידית לגופם או לרכושם של אחרים, למשטרה אין סמכות להשתמש באמצעים לפיזור הפגנה שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים.
- גם בנסיבות שבהן למשטרה יש סמכות לפעול, הסמכות צריכה להיות מופעלת באופן סביר ומידתי. בעניין זה, יש להתחשב בעוצמת הנזק שייגרם לציבור המשתמשים בדרך אם המפגינים לא יפנו באופן שמסכן את שלמות גופם. בכל מקרה שבו עיכוב בפינוי ההפגנה ופתיחת הדרך לתנועה לא כרוך בסכנת חיים, אסור למשטרה להשתמש באמצעים שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים לשם פינוי הכביש.
- לאור זאת, אם המפגינים אינם נוקטים אלימות, אסור למשטרה להשתמש במכת"זית, ב"צעקה" ובאמצעים דומים שאושרו לשימוש לפיזור הפגנות.⁴ פעולה כזו היא עבירה פלילית ועוולה נזיקית של השוטרים שמפעילים את האמצעים הללו ושל מי שנותן פקודה לעשות כן. לאור חומרת המעשה, פקודה להפעיל אמצעי לפיזור הפגנות שמסכן את שלמות גופם של המפגינים בנסיבות שבהן המפגינים אינם מפעילים אלימות ואינם מסכנים את שלמות גופם של אחרים היא פקודה בלתי חוקית בעליל, שעל שוטרים ושוטרות החובה לסרב לבצעה.
- בכל מקרה אין להשתמש באמצעים מאושרים אלא בהתאם להנחיות ההפעלה.

נייר העמדה

1. הזכות להפגין, חופש התנועה וגדרי שיקול הדעת המשטרתי

הפגנה כרוכה, מעצם טבעה, בהפרעה לחופש התנועה. כך אם ההפגנה נעשית במקום ציבורי שמיועד למעבר הולכי רגל, וכך אם ההפגנה נעשית על כביש, באופן שמפריע לתנועת כלי רכב או אמצעי תחבורה אחרים. הדין בישראל, כפי שפורש בפסיקת בית-המשפט העליון, מכיר בכך שהזכות להפגין עשויה במקרים רבים

⁴ יצויין כי השימוש באמצעים אחרים שלא אושרו לשימוש, כגון, לפי הדיווחים, השימוש שנעשה בתותח קול ב-11.7.2023, אסור לחלוטין. אף המשטרה התייחסה לעניין זה בציינה כי: "מבדיקה שערכנו אין מדובר באמצעי משטרתי, לפיכך הובהר כי אין לעשות שימוש במכשיר זה". בר פלג ויהושע (ג'וש) בריינר "תיעודים: שוטרים השתמשו בתותח קול לפיזור הפגנות בניגוד לנהלים" הארץ (12.7.2023).

לגבור על הזכות לחופש תנועה. האיזון מבוסס על-כך שיש הבדל מהותי בין שתי הזכויות הללו: הזכות להפגין כוללת את זכותו של המפגין לבחור את המקום והאופן שבו יבטא את עמדותיו. בחירת אמצעי הביטוי היא חלק מרכזי ממימוש הזכות. במסגרת זו, היבט מרכזי של ההפגנה הוא היותה חשופה לציבור, ובכלל זה העובדה שיש בה משום הפרעה מסוימת לשגרת חייהם של אחרים. לעומת זאת, הזכות לחופש תנועה אינה כוללת את זכותו של הפרט להשתמש במסלול נסיעה מסוים.⁵

בית-המשפט סיכם את ההלכה בעניין זה בפסק-דין שניתן לאחרונה:⁶

הזכות להפגין איננה זכות מוחלטת; ובוודאי שמעמדה הרם **אין בו משום היתר לקיים התפרעויות אלימות, ובתוך כך הפרות סדר המסכנות את המפגינים שנוטלים בהן חלק ואת הציבור בכללותו.** [...] [תפקידה של המשטרה [...] [לפעול רק כאשר ההפגנה הופכת למסוכנת עד כדי שנדרשת התערבותה – והדבר נתון לשיקול דעתה של המשטרה, בהתאם לסמכויות שמוקנות לה על פי דין ומוסדרות בנהלים. ויודגש בהקשר זה המובן מאליו והוא, כי לא כל הפרעה או שיבוש של הסדר הציבורי מצדיקים להגביל, לא כל שכן לפזר הפגנה שכן "מידה מסוימת של פגיעה בסדר הציבורי היא מחיר שיש להיות מוכנים לשלמו כדי להגשים את הזכות להפגין" (בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ(2) 822, 833 (1996)).

משמעות הדבר ברורה: לא כל הפרעה או שיבוש של הסדר הציבורי יספיקו כדי להצדיק את הפגיעה בזכות להפגין, לעניין מתן היתר להפגין במקום מסוים וגם לא כל הפרעה או שיבוש יספיקו כדי להצדיק שימוש בכוח לצורך פיזור ההפגנה. סמכותה של המשטרה לאכוף את האיסורים שקבועים בדין שלא לחסום דרכים תוך שימוש בכוח ובאמצעים לפיזור הפגנות מוגבלת למצבים שבהם מדובר ב"התפרעות אלימה", כלומר כאשר "ההפגנה הופכת למסוכנת".

2. הסמכות להשתמש בכוח לפיזור הפגנה

בחקיקה נקבעו הוראות שונות באשר לנסיבות שבהן הפגנה עשויה להיות בלתי חוקית, כך שהשתתפות בה היא עבירה פלילית. העיקריות שבהן הן סעיפים 151 עד 157 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שעוסקות ב"התקהלות אסורה" (סעיף 151), "התפרעות", שעניינה "התקהלות אסורה" [...] שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור" (סעיף 152) והפרת הוראת קצין משטרה להפסיק "התפרעות" (סעיפים 153 עד 157; וכן סעיף 79 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971). לכך נוסף גם האיסור לחסום דרך ציבורית למעבר חופשי (סעיף 1490(1) לחוק העונשין), ובנסיבות חמורות במיוחד עשויה לקום עבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה (סעיף 332 לחוק העונשין). בנייר עמדה זה לא נעסוק בשאלת חוקיותן או אי חוקיותן של הפגנות ספציפיות, אלא מוקד הדיון בנייר עמדה זה הוא בסוגיית התגובה המותרת של המשטרה להפגנות אף אם הן מהוות הפרות חוק, מלבד התגובה של העמדה לדין פלילי.

בחקיקה נקבעו מספר הוראות שמסמיכות את המשטרה להורות למפגינים "להתפזר", ואם הם מסרבים לעשות כן, "לפזר" את ההפגנה. המדובר בעיקר בהוראות בחוק העונשין ובפקודת המשטרה. בחוק העונשין נקבע כי מפקד משטרה הרואה שלושה אנשים לפחות "מתפרעים", רשאי להורות להם "שיתפזרו בשקט" (סעיף 153); ואם הם מסרבים לעשות כן, גורם משטרתי מתאים רשאי "לעשות כל הדרוש כדי לפזר את

⁵ למשל, בג"ץ 5546/16 בית גאה בבאר שבע נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (13.7.2016).

⁶ בג"ץ 5882/18 קרויס נ' משטרת ישראל, פ"ד 5 לחוות דעתה של השופטת ברוך (19.8.2020) (ההדגשות הוספו).

המוסיפים להתפרע או לתפסם, ואם מישהו התנגד לתפיסה יכול המוסמך להשתמש בכוח הדרוש בדרך סבירה כדי להתגבר על ההתנגדות, ובכל משפט פלילי או אזרחי לא ישא [השוטר] באחריות אם גרם פגיעה או מוות לאדם או נזק לרכוש" (סעיף 154). הוראות אלה קובעות אם כן שני סייגים לסמכותה של המשטרה: (1) הסמכויות הנדונות קיימות רק אם המפגינים "מתפרעים". התפרעות מוגדרת בחוק כי "התקהלות אסורה [...] שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור" (סעיף 152 לחוק העונשין). יסוד זה של "הטלת אימה" משמעותו כי לא כל התקהלות שהיא אסורה, כלומר כזו שנעשית ללא היתר (או תוך הפרת ההיתר) היא התפרעות, וממילא, לא כל חסימת כביש צריכה להיחשב "התפרעות", אם נעדר ממנה יסוד של אלימות, פגיעה חמורה ברכוש או היבט אחר של פגיעה – או איום בפגיעה – בציבור, מעבר לעצם חסימת הכביש. (2) ההסמכה "להשתמש בכוח הדרוש בדרך סבירה" חלה רק כאשר המפגין "התנגד לתפיסה", כלומר התנגדות לניסיון לעצור את מי שמתפרע, כך שהשימוש המותר בכוח הוא רק כדי "להתגבר על ההתנגדות". אם המפגין אינו מתנגד לניסיון "לתפוס" אותו, הסמכות להפעיל כוח אינה קיימת.⁷ ברישה של סעיף 154 אמנם נאמר כי בנסיבות של התפרעות שוטר רשאי אמנם "לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע או לתפסם", אך הקביעה בסיפה כי מותר להשתמש בכוח סביר אם מישהו התנגד לניסיון השוטר לתפוס אותו מלמדת כי "לעשות כל הדרוש" אינו כולל שימוש בכוח (בוודאי לא שימוש באמצעים) אלא אם ישנה התנגדות למעצר. אם שני היסודות הללו – קיומה של "התפרעות" והתנגדות לניסיון מעצר – אינם מתקיימים, וזה המצב הטיפוסי כיום בהפגנות נגד ההפיכה השלטונית, אין למשטרה כלל סמכות להשתמש בכוח. אין מדובר כאן בבירור אם השימוש בכוח היה סביר או מידתי בנסיבות העניין, אלא קביעה כללית של המחוקק, שעצם השימוש בכוח בנסיבות אלה הוא אסור.

הבחנה דומה עולה גם מהוראות פקודת המשטרה בנושא. כאן יש שלוש הוראות רלוונטיות, שתיים כלליות ואחת ספציפית להקשר הנדון כאן. ההוראה הספציפית היא סעיף 79 לפקודה, שבו נקבע כי "כל אימת שיש התקהלות בלתי חוקית, התפרעות או הפרעת השלום [...] כל שוטר רשאי לפזר כל התקהלות במקום ציבורי ולעצור בלא פקודת מעצר כל המצוי בהתקהלות ומסרב להתפזר".⁸ זוהי הוראה שדומה במהותה לרישה של סעיף 154 לחוק העונשין – היא כוללת הסמכה כללית "לפזר" את ההתקהלות, גם אם אינה עולה כדי "התפרעות", אך אין כאן הסמכה להשתמש בכוח לשם הפיזור, וללא הסמכה מפורשת למשטרה אסור להפעיל כוח.

הבחנה זו עולה גם משתי ההוראות הכלליות בעניין זה בפקודת המשטרה. בסעיף 5 נקבעה הוראת הסמכה כללית, שלפיה "מתפקידו של כל שוטר לקיים סדר בדרכים הציבוריות, ברחובות הציבוריים [...] ובכל מקום שיש לציבור גישה אליו; [ו]למנוע הפרעות בשעת התקהלות או תהלוכה בדרכים הציבוריות וברחובות הציבוריים [...] וכן כל אימת שדרך [אין] רחוב [...] עלולים להיות דחוסים או חסומים". ההסמכה להשתמש בכוח בהקשר זה נקבעה בתיקון לפקודה, משנת 2005, שבו הוסף סעיף 4א, שכולל, בלשון מפורשת אף יותר מאשר הסיפה של סעיף 154 לחוק העונשין, סייג מחמיר לעניין השימוש בכוח:

4א. מצא שוטר כי קיים חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש, רשאי הוא: (1) להורות לכל אדם הנמצא באזור או במקום שבו קיים החשש האמור, הוראה סבירה הדרושה באופן חיוני לשם

⁷ סייג דומה קבוע בסעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969: "מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו".

⁸ סמכות המעצר כפופה להוראות הכלליות בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים") ובכלל זה החובה להסתפק בעיכוב ככל הניתן (סעיף 23(ג)), והחובה לבצע כל מעצר או עיכוב "בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו" (סעיף 1).

הצלת הנפש או הרכוש או למניעת הפגיעה, ובכלל זה להורות על מניעת גישה לאזור או למקום, או יציאה ממנו; [...] (3) לצורך הצלת הנפש או הרכוש [...] (ב) לעשות כל פעולה הדרושה באופן חיוני, ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע פעולה כאמור".

הוראת הסמכה זו רחבה מזו שבסעיף 154 לחוק העונשין, בכך שהסמכות להשתמש בכוח סביר חלה גם אם לא נעברה עבירה מסוג של "התפרעות" או עבירה כלשהי. אולם, הסייג שמוחל כאן מבטא היגיון דומה לסייג שנקבע בסיפה של סעיף 154 לחוק: **לשם קיומה של סמכות של שימוש בכוח – כאמור, לא רק לשם בירור אם הפעלתה סבירה או מידתית בנסיבות העניין – נחוץ להתקיים תנאי מקדים.** בסעיף 154 לחוק התנאי המקדים הוא התנגדות למעצר; ובסעיף 4 לפקודה התנאי המקדים הוא קיום "חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש", כך שהשימוש בכוח "דרוש באופן חיוני [...] לצורך הצלת הנפש או הרכוש".

ההסדר שנקבע בסעיף 4 לפקודה, שמבטא אסדרה של הענקת הסמכות להשתמש בכוח, מבהיר גם את גבולותיה של הסמכות שמוקנית לשוטר מכוח סעיף 79 לפקודה. שם מדובר, כאמור, על הסמכה כללית, "לפזר" את ההתקהלות (ולעצור את המתקהלים), בלי פירוט באילו אמצעים רשאי השוטר לנקוט לשם "פיזור" כאמור. מתוך השוואה לסעיף 154 לחוק העונשין ולסעיף 4 לפקודה יש להסיק כי **הסמכה כללית, בלא לציין לצדה מפורשות את הסמכות להשתמש בכוח, אינה כוללת הסמכה להשתמש בכוח.** פרשנות זו מתחייבת מכוח שילוב של שני גורמים: האחד, ההכרה בכך ששימוש בכוח עלול לגרום נזק חמור לאדם, וניתן להצדיקו רק בנסיבות שבהן הדבר הכרחי למניעת נזק חמור דומה; והשני, הערכה שנחוצה הכוונה ברורה לשוטרים, באילו נסיבות הם רשאים להשתמש בכוח. ההכוונה הנובעת מן הדרישות לכך שהפעלת הכוח תהיה סבירה בנסיבות העניין ומידתית היא עמומה מטבעה, ומחייבת התחשבות במכלול הנסיבות הרלוונטיות, באופן שעלול להיות שגוי בלהט הרגע. מכאן ההעדפה של קביעת כלל ברור, שלפיו תנאי מקדים לעצם קיומה של הסמכות להפעיל כוח הוא התקיימות הנסיבות של "התפרעות", כלומר נקיטה באלימות מצד המפגינים, התנגדות פעילה למעצר והיבטים מסוג זה. **חסימת הכביש לתנועה, כשהיא לעצמה, אינה מספיקה לשם כך.** בנסיבות שבהן הדרך חיונית לצורך מעבר – למשל, כאשר היא דרך הגישה היחידה ליישוב מסוים – ובכפוף לחובה לכבד את הזכות להפגין, מוטלת על השוטרים החובה לפעול לפיזור ההפגנה בדרך שאינה אלימה, ובכלל זה באמצעות ניסיון לעצור את המפגינים. רק התנהגות אלימה של המפגינים – ביוזמתם או בתגובה לניסיון מעצר – יכולה להצדיק, בכפוף למבחן הסבירות והמידתיות, שימוש בכוח מצד השוטרים.

בפסקי-הדין שבהם נדונה סוגיה זו בשנים האחרונות ניתן ביטוי לגישה ברוח זו. למשל, בפסק-הדין שעסק בחוקיות השימוש במכת"זית מסוג "בואש" קבע בית-המשפט כך:⁹

תפקידה של המשטרה [...] **לפעול רק כאשר ההפגנה הופכת למסוכנת עד כדי שנדרשת התערבותה** – והדבר נתון לשיקול דעתה של המשטרה, בהתאם לסמכויות שמוקנות לה על פי דין ומוסדרות בנהלים. [...] **רק במצבים שבהם צפויה פגיעה קשה בדרגת "ודאות קרובה" באינטרס מוגן (כפגיעה בביטחון הציבור, ברכוש או בנפש)** [...] ניתן על פניו להפעיל אמצעים להגבלת ההפגנה.

למעשה, באותה פרשה אף המשטרה עצמה לא טענה אחרת. להצדקת השימוש במכת"זית "בואש" בהפגנות שנדונו שם (הפגנות של חברים בפלג מסוים בציבור החרדי) קבעה המשטרה כי הצורך בכך נובע משום ש"מדובר בהפגנות המוניות ואלימות [...] המאופיינות בחסימה של כבישים וצירים מרכזיים למשך מספר שעות, פגיעה ברכוש ותקיפה מילולית ופיזית של שוטרים. בהינתן הסכנות החמורות הגלומות בהן למפרי

⁹ עניין קרויס, לעיל ה"ש 6, פס' 5 לחוות דעתה של השופטת ברון.

הסדר ולציבור בכללותו, ישנם מקרים שבהם אין מנוס משימוש במכת"זית ובבואש על מנת למנוע את הסלמת האירועים, והדבר מייתר שימוש באמצעים חמורים ופוגעניים יותר".¹⁰ מכלל ההן יש ללמוד על הלאו: **בהפגנות שאינן אלימות, שאינן מאופיינות בפגיעה ברכוש ובתקיפה מילולית או פיזית של שוטרים, אין בכלל סמכות להשתמש באמצעי לפיזור הפגנות כמו מכת"זית, מסוג "בואש" או "רגילה", לאור הסכנה החמורה שכרוכה בכך לבריאותם של מי שמצויים במקום.**

כך עולה גם מנהלי המשטרה: המשטרה אינה רשאית להפעיל אמצעי שימוש בכוח בהפגנות או באירועי מחאה שאינם כרוכים בהפרות סדר. כאשר במסגרת ההפגנה קיימת הפרה של הסדר הציבורי, המשטרה רשאית לנקוט רק באמצעי שימוש בכוח שפורטו מראש בנהלים בהתאם למדרג החומרה של הפרות הסדר ולחובתה של משטרת ישראל לשמור על ביטחון הציבור, ובכלל זאת ביטחון המוחים והמוחים שכנגד.¹¹ לפי נוהל הפעלה ושימוש במכת"ז המכיל מים, צבע או בואש (להלן: נוהל מכת"ז),¹² שנדון בפסיקה, מותר שימוש באמצעי זה כתגובה להפרות סדר ממדרג ג', שמוגדרות שם כך: "הפרות סדר במסגרת הפגנה שכוללות אי-ציות להוראות המשטרה תוך התנגדות אלימה אשר עלולה להביא לחבלת גוף או לנזקי רכוש או אשר יוצרת חשש ממשי לחסימת צירי תנועה חיוניים או לחסימת גישה למוסדות שלטון מרכזיים". שתי החלופות שמנויות כאן – פעילות המפגינים "עלולה להביא לחבלת גוף או לנזקי רכוש" או שהיא עלולה לגרום "חסימת צירי תנועה חיוניים" – כפופות לסייג שקבוע בתחילתן, "התנגדות אלימה". אין די בהפרת הסדר הציבורי ואי ציות למשטרה, ואף לא בהתנגדות לפעולות השוטרים לפינוי מהמקום – שכן התנהגויות אלה מוגדרות כהפרת סדר מדרג ב', המצדיקה מצד השוטרים שימוש באמצעי מסוג אלה בלבד ולצורך פעולות הדיפה ומעצר בלבד, אך לא לצורך פיזור. **לפי נהלי המשטרה, רק בהפרות סדר בהן "המפגינים מתנהגים באלימות" קמה הסמכות להפעיל את האמצעים החמורים של שימוש במכת"זית, במערכת "צעקה", בסוסים ופרשים או ברימוני הלם.**¹³ גם במקרים אלה, יש להקפיד הקפדה יתירה על שימוש באמצעים אלה בהתאם לנהלים, ועל הבטחת היכולת של מפעילי האמצעים לוודא שהנהלים מתקיימים. חריגה מהנהלים, למשל, כיוון הכיוון של מכת"זית או המרחק מבני אדם בשימוש ב"צעקה", עשויים לגרום לנזק רפואי חמור שאין בהצדקה לעשות שימוש באמצעים כדי להתירו.

בהתאם, רק משום הכפיפות לכללים דלעיל, דחה בית-המשפט עתירות לקבוע שיש איסור כולל להשתמש באמצעי זה. בית-המשפט קבע כי השימוש במכת"זית הוא חוקי רק אם מדובר בשימוש שנועד "כאמצעי למניעת אלימות או פגיעה חמורה ברכוש".¹⁴ בית-המשפט ציין כי אין מקום לפסול את המדיניות בכללותה, כלומר לקבוע כי אין כלל סמכות להפעיל את האמצעי הזה, רק משום שלפי עמדת המשטרה נעשה בו שימוש "בהפגנות שלבשו אופי אלים, ובמהלכן נזרקו אבנים, חפצים ובקבוקים; נופצו שמשות של ניידות משטרה; הובערו פחי אשפה; ואף נפצע שוטר".¹⁵ בנסיבות אלה, הבחינה של חוקיות השימוש באמצעי זה צריכה להיעשות לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. אך, כאמור, מכאן משתמע שאם אין מתקיים התנאי הזה של "אופי אלים" של ההפגנות, אין למשטרה כלל סמכות להשתמש באמצעי הזה או באמצעי אחר שאושר שכרוך

¹⁰ שם, פס' 3.

¹¹ מכתב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה למזכיר הממשלה מיום 16.7.2023 "מדיניות בנושא הפגנות", סעיף 17. נוהל אג"מ מ 220.010.11 נוהל הפעלת אמצעים באירועי הפרות סדר.

¹² נוהל אג"מ מ 220.010.12 נוהל הפעלה ושימוש במכת"ז. הנוסח תוקן בעקבות עתירות בעניין, והנוסח המובא כאן מבוסס על האמור בפסק-הדין בעניין קרויס, לעיל ה"ש 6.

¹³ סעיף 3.א.5 לנהל אג"מ מ 220.010.11 נוהל הפעלת אמצעים באירועי הפרות סדר; סעיף 3.ג. לנהל אג"מ מ 220.010.12 נוהל הפעלה ושימוש במכת"ז.

¹⁴ בג"ץ 346/21 עמותת משפט, אמת וצדק נ' משטרת ישראל, פס' 5 לחוות דעתו של השופט שטיין (29.7.2021).

¹⁵ שם, פס' 1 לחוות דעתו של השופט הנדל.

בסכנה לבריאותם של המפגינים, ובכלל זה האמצעי המכונה "הצעקה". השופט סולברג סיכם שם את ההלכה:¹⁶

על המשטרה לפעול, באמצעות הכלים העומדים לרשותה, כדי למנוע מהפגנה להפוך להתפרעות; [...] לא ניתן כיום לעשות שימוש במכל התזת מים, כאמצעי לפיזור הפגנות (המכל עשוי להכיל מים, צבע או 'בואש', בהתאם לצורך), אלא במקרה שבו מדובר בהפרות סדר מדרג ג', כאלה החורגות מן הדרך הפגנה, ועולות כדי התפרעות. קרי – רק הפגנה הכוללת אי-ציות להוראות המשטרה, תוך התנגדות אלימה, אשר עלולה לגרום לחבלת גוף, לנזק לרכוש, או שקיים חשש ממשי כי תביא לחסימת צירי תנועה חיוניים, או תמנע גישה למוסדות שלטון מרכזיים, היא זו שעשויה להצדיק שימוש באמצעי קיצוני זה.

כאמור, החלופה בדבר "חסימת צירי תנועה חיוניים" אינה עומדת בפני עצמה; היא תוספת לדרישה כי יהא מדובר ב"התנהגות אלימה". כך עולה מפורשות מלשון הנוהל המשטרתי, שאליו מפנה כאן בית-המשפט, וכך נובע מיישום הוראות החוק.

יש להדגיש עוד כי העמדה, שביטא למשל מפכ"ל המשטרה, כי המפגינים יכולים להימנע מפגיעה אם רק יפנו את הכביש וייענו לקריאות המשטרה,¹⁷ היא שגויה מן היסוד. המשטרה רשאית להפעיל אך ורק סמכויות שהוקנו לה לפי הדין, כלפי עובר אורח תמים או כלפי מי שחשוד בביצוע עבירה. המשטרה אינה בעלת סמכויות שיפוט וענישה, והיא אינה רשאית להפעיל סמכויות שאינן מוקנות לה לפי הדין, רק משום שאדם לא נענה להוראות השוטרים במקום.

יתר על-כן, לאור העובדה שהסמכות להפעיל כוח מותנית בקיומם של תנאים מוקדמים שאין קושי לברר את התקיימם – כגון, שימוש באלימות מצד המפגינים – פקודה שניתנת למפעיל אמצעי כמו מכת"ז,ית, להפעילה נגד אזרחים אף שאינם נוקטים אלימות ואינם מסכנים אחרים, היא לא רק פקודה בלתי חוקית אלא פקודה בלתי חוקית "בעליל". זוהי פקודה שצויה לה צפוי לגרום, בהסתברות גבוהה לנזק חמור לאזרחים, וזוהי פקודה שהבירור אם היא חוקית או לא הוא פשוט וברור. משום כך, שוטר אינו חייב לציית לפקודה זו ולמעשה אסור לו לציית לה, כך שמילוי הוראה שניתנה לו על ידי מפקדו לא ישמש הגנה מפני הליך פלילי שעלול להינקט נגדו בגין שימוש פסול באמצעי כמו מכת"ז או "צעקה" שלא בניסבות המותרות לפי הדין. כאמור, בניסבות הקיימות של ההפגנות נגד ההפיכה השלטונית, שבהן אין ננקטת אלימות מצד המפגינים, אסור להשתמש כלל במכת"ז או ב"צעקה" ושימוש כזה הוא עבירה על החוק, שעשוי לגרום הטלת אחריות פלילית ואזרחית על נותן הפקודה ועל מבצעה.¹⁸

בנוסף להפעלת אמצעים לפיזור הפגנות, בתקופה האחרונה גבר היקף המעצרים של מפגינים, לרבות בשל חסימת כבישים, אך גם בנימוקים אחרים. מרבית העצורים, אם כי לא כולם, שוחררו בהקדם וללא תנאים מגבילים. סמכות המעצר היא סמכות פוגענית מאוד, השוללת על אתר את חירותו של אדם ואשר אף השימוש בה צריך להיעשות אך ורק בגבולות הסמכות שהוקנו למשטרה בחוק. גם במקרים העשויים להקים סמכות מעצר, החוק מגביל את היקף השימוש בכוח על ידי שוטרים לנסיבות חריגות, לאחר מדרג פעולות, ובכפוף לסבירות ומידתיות הפעלת הכוח. בניסבות שבהן הפגנה אינה חוקית, כך שהשתתפות בה היא עבירה

¹⁶ שם, פס' 1 לחוות דעתו של השופט סולברג (ההדגשות הוספו).

¹⁷ המפכ"ל שבתאי צוטט כך: "אנו מכבדים את המוחים ומאפשרים את זכות המחאה. כשיש תקיפת שוטרים ויש חסימת ציר ואנשים מסרבים להתפנות, אי אפשר לדבר אליהם בפרחים. מי שרואה פרש – שיתרחק. נתנו מספיק זמן להתרחק. רואים מכת"ז, שיתרחק. מי שמחליט שהוא לוקח על עצמו את הסיכון להיפגע מאותם אמצעים, הוא זה שלוקח על עצמו את הסיכון. יש פה מוטיבציה כזו או אחרת לייצר תמונות". מערכת וואלה חדשות "המפכ"ל שבתאי: "אי אפשר לדבר בפרחים למי שמסרב להתפנות" וואלה (11.7.2023).

¹⁸ ראו פקודת הנזיקין, סעיפים 7-17.

פלילית, עומדת לשוטרים הסמכות לפי סעיף 67 לחוק המעצרים לעכב אדם החשוד שעבר עבירה במקום הימצאו, על מנת לברר את זהותו או לחקור אותו.¹⁹ סעיף 23(ג) לחוק המעצרים קובע מדרג ברור, בו כל אימת שניתן להסתפק בעיכוב יש לעשות זאת ואין לפנות לשימוש בסמכות המעצר אם ניתן להסתפק בעיכוב. סמכות המעצר יכולה לקום רק אם לא ניתן להסתפק בעיכוב, או אם האדם מסרב לעיכובו.²⁰

שאלת השימוש בכוח סביר אגב מעצר מוסדרת בסעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 הקובע כי "מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו". לפי סעיף 19 ישנן שלוש משוכות שנדרש לעבור השימוש בכוח סביר לצורך ביצוע המעצר: ראשית, שקמה סמכות למעצרו של האדם, וזו כאמור רלוונטית רק אימת שנעשה ניסיון מקדים לעכב את החשוד והוא סירב; שנית, שגם לאחר שהובהר לאדם שמתבקש מעצרו הוא מתנגד או מתחמק ממעצר; שלישית, שהשימוש באמצעי הסביר נדרש לשם הצלחת ביצוע המעצר. **אם שני היסודות הראשוניים – קיומה של סמכות מעצר והתנגדות לניסיון מעצר – אינם מתקיימים, וזה המצב הטיפוסי כיום בהפגנות נגד ההפיכה השלטונית, אין למטרה כלל סמכות להשתמש בכוח לצורך מעצר.** אין מדובר כאן בבירור אם השימוש בכוח היה סביר או מידתי בנסיבות העניין, אלא קביעה כללית של המחוקק, שעצם השימוש בכוח בנסיבות אלה הוא אסור. **בנוסף לכך, השימוש בכוח מותר רק למטרה של ביצוע המעצר.** שימוש בכוח למטרה אחרת הנו אסור, ועל כן גם אם העבירה מקנה סמכות מעצר, היא אינה מקנה סמכות לשימוש בכוח למטרות אחרות, כגון פיזור חסימת כבישים. אמצעים כגון מכת"זית ו"הצעקה" אינם מיועדים ואינם מתאימים למטרות ביצוע מעצר. נהפוך הוא: הם פוגעים בקהל גדול, ללא הבחנה בין אנשים שהם ברי מעצר או לא, ובאופן שאף מסכן פעולה של שוטרים בטווח הפעלת האמצעים הפוגעניים. בהתאם לכך, **אף בנסיבות בהן ההפגנה היא בלתי חוקית, ואף בנסיבות בהן ניתן להשתמש בסמכות המעצר כלפי מפגינים פרטניים הנוהגים באלימות, לא ניתן להשתמש באמצעים שאינם מתאימים לביצוע מעצר פרטני כגון מכת"זית או "הצעקה".**

3. הדרישה שהשימוש בכוח יהיה סביר ומידתי

כמו כל סמכות שלטונית שהפעלתה כרוכה בפגיעה בזכויות חוקתיות, הפעלת הסמכות לשימוש בכוח כפופה למבחנים של סבירות, שקבועים מפורשות בחוק המסמך, כאמור לעיל, ולמבחני המידתיות, שקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8). השימוש בכוח מכל סוג שהוא – דחיפה, הפלה לארץ תוך שימוש בכוחו הפיזי של השוטר, ובוודאי השימוש באמצעים כמו מכת"זית²¹ או "הצעקה"²² – עלול לגרום פגיעה חמורה בגוף ובנפש. לפי מה שהתברר בימים האחרונים, הפעלת המכת"זית כרוכה בסיכון ניכר לכך

¹⁹ עיכוב מהווה אמצעי מתון יותר לשלילת החירות מאשר מעצר, ולכן החוק קובע העדפה ברורה לעיכוב כשזה אפשרי. בין היתר, ככלל, לפי סעיף 67 לחוק המעצרים, עיכובו של אדם יעשה במקום הימצאו. רק במקרים בהם הזיהוי אינו מספיק או שלא ניתן לחקור את האדם במקום, שוטר רשאי לדרוש מהאדם להילווה עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר. בנוסף, לפי סעיף 73 לחוק עיכוב מוגבל לפרק הזמן הסביר הדרוש לצורך לקיחת הפרטים או החקירה בלבד, ובכל מקרה לפרק זמן שלא יעלה על שלוש שעות.

²⁰ מדרג זה נובע גם מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ודרישת המידתיות, כפי שעוגן גם בדרישה הכללית בסעיף 1(ב) לחוק המעצרים לפיה "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו".

²¹ מכתב איגוד רופאי בריאות הציבור, פורום בריאות הציבור, ואיגוד רופאי אף אוזן וגרון למפכ"ל המשטרה מיום 8.7.2023: "פנייה דחופה לאור נזקים בריאותיים חמורים וחריגים משימוש במכת"ז".

²² מכתב איגוד רופאי בריאות הציבור ואיגוד רופאי אף אוזן וגרון למפכ"ל המשטרה מיום 4.4.2023: "אזהרה מפני נזק בריאותי בשימוש בכלי נשק אקוסטי מסוג תותחי קול – 'הצעקה' (LRAD) Long Range Acoustic Device".

שאזרחים ייפגעו באופן חמור. המדובר, בין היתר, בפגיעה חמורה בעיניים,²³ שצפויה להביא לאובדן ראייה, לצד כאב וסבל רבים, לפגיעה בפנים ולשבירת שיניים, עקב הנפילה בעקבות פגיעת זרם המים, ופגיעות נוספות. בנסיבות אלה, בצד הבירור שמתקיימים התנאים המקדימים לעצם קיומה של סמכות לשימוש בכוח, יש לברר אם השימוש בכוח הוא סביר ומידתי.

הבחינה הנדרשת היא לא רק האם האמצעי יעיל להשגת מטרתו ואם אין חלופה פוגענית פחות, אלא גם אם לאור הנזק החמור מאד הצפוי עקב השימוש באמצעי זה, האם מתקיים יחס סביר בין התועלת החברתית שתושג בגינו לבין הנזק שנגרם.

הדברים אמורים ביתר שאת כאשר מתבקש שימוש באמצעים כאלה לפיזורן של הפגנות לא אלימות. כך, מקום שמדובר בהפגנה לא אלימה, הנזק הנגרם כתוצאה מחסימת הכביש הוא מסוג של אי נוחות ועיכובי תנועה, אך לא נשקפת סכנה לביטחון הציבור או חשש מפגיעה בגוף או בנפש. אל מול נזק שעיקרו אי נוחות לא ניתן לנקוט באמצעים שמעצם טיבם מובילים לפגיעה פיזית ונפשית במפגינים ובעוברי אורח. דרך המלך היא פינוי אינדיבידואלי של המפגינים ע"י שוטרים, בין אם במסגרת פיזור ההפגנה ובין אם במסגרת עיכובם או מעצרים של מפגינים המעורבים בעבירה פלילית.

בית-המשפט קבע כך במספר מקרים שעסקו בשימוש במכת"זיות. למשל, באחד המקרים הודגש כי:²⁴

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. כך במיוחד כאשר עסקין בשימוש באמצעים דרסטיים, כדוגמת נוזל בואש – וחזקה על המשטרה כי תפנה לאמצעי זה לאחר שהפעילה את שיקול דעתה בכובד ראש, ותעשה שימוש בבואש רק בלית ברירה ובכל מקרה בצורה מושכלת, באחריות ובזהירות המתחייבת. ויוזכר כי שיקול דעתה של המשטרה, כמו גם אופן הפעלת האמצעים, נתונים לביקורת שיפוטית.

בדומה לכך נקבע בעניין אחר כי:²⁵

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 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 א"ב, במובן של "אין ברירה" – הווה אומר: כאשר אמצעים פחות קשים אינם יעילים דיים כמענה לאלימות ההמונים.

בית-המשפט מדגיש את הצורך בריסון של המשטרה, הן כדי למנוע פגיעה בזכויות לחיים ולשלמות הגוף, והן כדי למנוע "השפעה מצננת" על הזכות להפגין, בשל האיום להשתמש באמצעים כאלה בנסיבות שבהן אין לכך הצדקה.

²³ ראו, לעיל, ה"ש 3.

²⁴ עניין קרויס, לעיל ה"ש 6, פס' 9 לחוות דעתה של השופטת ברון.

²⁵ בג"ץ 346/21 עמותת משפט, אמת וצדק נ' משטרת ישראל (29.7.2021), פס' 5 לפסק-הדין של השופט שטיין.

הזכות להפגין היא מאבני היסוד במקומותינו, יש להתייחס אליה בכובד ראש, להיזהר ולהישמר מפני פגיעה בה.²⁶

בהפגנות נגד ההפיכה השלטונית ולמען הדמוקרטיה נעשה שימוש נרחב במכת"זית ובאמצעים לפיזור הפגנות שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים למטרה אחת ויחידה – פיזור חסימת כביש לתנועה. לפי הדין הנוהג, זהו שימוש פסול ובלתי חוקי. הוא נעשה בחוסר סמכות והוא אינו מידתי. אפילו היתה סמכות להשתמש באמצעים הנדונים בנסיבות אלה, ואין, הנזק שנגרם עקב חסימה לתנועה של כביש אינו מצדיק את הפגיעה הקשה בגופם של אנשים. על המשטרה להסתפק בסמכות לעיכוב ולמעצר ובאמצעי של קיום חקירה ובמידת הצורך העמדה לדין פלילי של מי שמפרים את החוק ובאמצעים אחרים שאינם כרוכים בשימוש באמצעים לפיזור הפגנות. אסור לה באיסור מוחלט להשתמש באמצעים לפיזור הפגנות שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים בנסיבות שבהן ההפגנה אינה אלימה, ובכל מקרה אסור לה לחרוג מנהלי השימוש באמצעים.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית
ד"ר עדי ליבוביץ, האוניברסיטה העברית

תרמו הערות:

פרופ' אורנה אליגון דר, המכללה האקדמית ספיר
פרופ' דורון טייכמן, האוניברסיטה העברית
ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' דנה פוגץ, הקריה האקדמית אונו
פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

²⁶ לעיל, פס' 1 לחוות דעתו של השופט סולברג.