



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 56 : חוקיות ההגבלות המשטריות על הפגנות ליד בית

המגורים של אנשי ציבור

הופץ ביום 28.8.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות – בוחן בנייר עמדה זה את ההגבלות שמטילה המשטרה על הפגנות ליד בית המגורים הפרטי של אנשי ציבור.

אנו סבורים כי:

- ההגבלות מראש שמטילה המשטרה על ההפגנות ליד בתי מגורים של אנשי ציבור אינן חוקיות, והן נקבעו תוך חריגה מסמכויות המשטרה.
- בנוסף, המגבלות שהוטלו אינן מידתיות, וישנו חשד ממשי שהן נקבעו בשרירות ותוך שקילת שיקולים זרים באופן שפוגע ללא הצדקה מספקת ויתר על המידה בזכות להפגין, שהיא זכות יסוד חוקתית המצויה בליבת חופש הביטוי הפוליטי.

נייר העמדה:

1. הזכות להפגין

כללי

הזכות להפגין היא זכות יסוד שיש לה עוגנים רבים בפסיקת בית המשפט העליון.¹ מקובל לראות בזכות זו נגזרת של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, שהוגדרה בפסיקה כזכות עילאית וכציפור נפשה של הדמוקרטיה.² מימושה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי מהווה תנאי למימוש הזכויות האחרות ולפיכך,

¹ בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל מפקד מחוז ירושלים ניצב דורון ידד, פס' 18 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (19.8.2020); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 18 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (8.10.2017) (להלן: עניין גורן); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 215 (2006); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984); בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1979).
² בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

הוגדרה לא פעם בפסיקה כ"אם החירויות"³. לצד זאת, הזכות להפגין הוכרה לעיתים גם כנגזרת באופן ישיר מהזכות החוקתית לכבוד, המעוגנת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴

זכות הקשורה באופן הדוק בהיבט הפוליטי של החירויות החוקתיות, הזכות להפגין היא אבן יסוד בעיצוב המשטר הדמוקרטי בישראל ומהווה רכיב חשוב בשיח הציבורי ובמערכת האיזונים והבלמים של חברה דמוקרטית. באמצעות זכות זו ניתן אמצעי הבעה לאלה שכלי הביטוי הממלכתיים והמסחריים לעיתים אינם עומדים לרשותם. על כן, מקובל במשפטנו, כמו גם במשפטן של מדינות דמוקרטיות אחרות, להעניק לזכות להפגין מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם.⁵ יתרה מכך, הזכות להפגין היא ביטוי ישיר לעקרון ההשתתפות בשדה הפוליטי, שכן שהיא מאפשרת לקבוצת אנשים לקחת חלק בעיצוב סדר היום הציבורי, לעורר מודעות לסוגיות בוערות באופן בלתי אמצעי ולבטא סולידריות ותמיכה במסר מסוים.⁶

עם זאת, כיתר זכויות היסוד, גם הזכות להפגין אינה מוחלטת, ויש לאזנה – אופקית ואנכית – אל מול זכויות וערכים אחרים כמו שמירה על הסדר הציבורי והגנה על זכויות אדם אחרות כמו הזכות לפרטיות, חירות התנועה וזכות הקניין. אולם, לא כל פגיעה בסדר הציבורי או בביטחון תצדיק את הגבלת הזכות להפגין ואין די בכך שהפגנה גורמת לאי נוחות, אפילו אי נוחות רבה כדי להגביל בצורה ניכרת את קיומה.⁷

בהתאם, נקבעו בפסיקה קווים מנחים לבחינת המקרים בהם המשטרה מבקשת להגביל את זכות ההפגנה לשם שמירה על שלום הציבור ועל הסדר הציבורי. נפסק, למשל, כי המשטרה נדרשת לנהוג בהגינות, בסבירות ובמידתיות, וכי היא רשאית להגביל את זכות ההפגנה רק אם יש ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ורק במידה הנדרשת למניעת פגיעה כאמור.⁸

הזכות להפגין מול ביתו של איש ציבור

מקרה פרטיקולרי של הזכות להפגין, הוא קיומה של הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור. במקרה זה, מטרת ההפגנה אינה בהכרח להביא לשינוי פוליטי או חברתי כללי, אלא המטרה היא פרטנית – להביא לכך שאיש הציבור, ישנה את עמדתו בנושא מסוים. ניתן להגדיר זאת כ"הבעת תוכחה", באשר ההפגנה נועדה להזהיר ציבורית את איש הציבור ביחס למה שנתפס, בעיני המפגינים כשגוי.⁹

ההתייחסות למקרים מסוג זה פורשה באופן שונה בפסיקה ממקרים של הפגנות במקומות ציבוריים כמו משרדי ממשלה, כיכר מרכזית או צומת ראשי או אף מול ביתו של איש ציבור אך במרחק מה ממנו. פסקי הדין המנחים בעניין הפגנות הנערכות באופן ייעודי ובסמיכות מול ביתו הפרטי של איש ציבור הם בין היתר, פסק הדין בעניין דיין¹⁰ ובעניין גורן.¹¹

³ רע"א 10520/03 איתמר בן גביר נ' אמנון דנקנר פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין שהייתה דעת מיעוט לעניין התוצאה (12.11.2006).

⁴ בג"ץ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468 (1994).

⁵ עניין לוי, לעיל ה"ש 1, עמ' 398.

⁶ אפרת אבן "הזכות להפגין וגבולותיה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (2004.1.14), זמין כאן.

⁷ עניין גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

⁸ שם, בפס' 19 לפסק דינה של (השופטת כתוארה אז) חיות.

⁹ ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197 (2010) (להלן: מדינה וגשל "בין מחאה למטרד").

¹⁰ עניין דיין, לעיל ה"ש 4.

¹¹ עניין גורן, לעיל ה"ש 1.

ראשית, יצוין, כי בעניין גורן, שעסק בהפגנות בפתח תקווה במרחק מה מביתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, הדגישה השופטת (כתוארה אז) חיות כי **אין למצוא טעם לפגם במחאה המופנית כלפי אנשי ציבור וכי היא מותרת ולגיטימית במדינה דמוקרטית, ואין מקום לקבוע שהפגנה מול ביתו של איש ציבור יש בה כדי להפעיל לחץ פסול על איש הציבור**.¹² שם ההפגנות קוימו, במרחק מה מביתו הפרטי של איש הציבור אך הרציונל שעומד ביסוד דבריה של השופטת (כתוארה אז) חיות רלוונטי ומתאים גם ביחס להפגנות בסמיכות לביתו הפרטי של איש הציבור.

שנית, יובהר כי על פי ההלכה שנקבעה בעניין דיין, ככלל, מקום בו יש חלופה אפקטיבית, לא יתקיימו הפגנות מול ביתו הפרטי של איש הציבור, ואולם במקום בו אין חלופה כזו יתקיימו הפגנות כדי להבטיח את הזכות להפגין. על האיזון בין זכויותיו של איש הציבור, בני משפחתו ושכניו לבין הזכות להפגין אמונה המשטרה לפי סמכויותיה הכלליות וזאת תוך התווית איזונים של "זמן", "מקום" ואופן".¹³

בהקשר זה, נקבעו קווים מנחים בהנחייה מטעם היועץ המשפטי לממשלה – **הנחיה מס' 3.1200** (עודכנה ב-5.1.2022). בהנחייה זו פורש, כי מקום בו ההפגנה מתקיימת מול ביתו הפרטי של איש הציבור, וזאת, בקשר לתפקידו הציבורי או להפעלת סמכויותיו, יש לשקול בהחלטת המשטרה אם ליתן רישיון להפגנה את האיזון בין מימוש הזכות להפגין מול זכותו לפרטיות של איש הציבור בבית מגוריו ומניעת מטריד והפרעה לשגרת חייו שלו ושל בני משפחתו ושל שכניו.

עוד נקבע בהנחייה כי במסגרת האיזון המוזכר לעיל רשאית המשטרה להטיל תנאים לגבי "המקום" כך שיוטלו תנאים של מרחק מן הבית המאפשרים צמצום הפגיעה בפרטיות ובמידת הלחץ על איש הציבור, וייתכנו תנאים נוספים של "זמן" ו"אופן", אך הכל תוך התחשבות במספר המפגינים, מידת הרעש של ההפגנה, תנאי המקום **ובצורך ליתן אפשרות למחאה אפקטיבית**.

יובהר כי הנחיה זו חלה רק כאשר ההפגנה מתקיימת מול או ליד ביתו הפרטי של איש הציבור. לעומת זאת, אם ההפגנה מתקיימת במרחק מה מהבית, גם אם בסמיכות מסוימת, יחולו האיזונים הרגילים בין החופש הביטוי לבין הזכויות והאינטרסים הציבוריים הרלוונטיים החלים ככלל לגבי הפגנות, היינו **כלל הוודאות הקרובה להפרת הסדר הציבורי בלבד**.

2. הסמכות החוקית להגביל הפגנות

פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה" או "הפקודה") קובעת בשתי קבוצות סעיפים את המקורות החוקיים המרכזיים להגבלת הזכות להפגין.

ראשית, בפרק השישי לפקודה, סימן ב' שכותרתו "אסיפות ותהלוכות" נקבעו בסעיפים 83-85 כללים לגבי מקרים שבהם יידרש רישיון מאת מפקד המחוז עובר לקיום הפגנה ומימוש הזכות להפגין. לצורך כך, מוגדרים בסעיפים אלה המונחים "משמרת מחאה", "אירוע מחאה", "אסיפה" ו"תהלוכה".

להלן ההגדרות הרלוונטיות:

¹² שם.

¹³ בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל (18.5.2022) (להלן: עניין רעננה).

אירוע מחאה ו/או אירוע - כל התקהלות של חמישים איש או יותר תחת כיפת השמיים שנועדה לבטא מחאה, רעיון או מסר לרבות משמרת מחאה, אסיפה או תהלוכה, בין אם הם טעונים רישוי ובין אם לאו, למעט אירוע הטעון רישוי לפי חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968.

איש ציבור - עובד מדינה, עובד רשות מקומית, נבחר ציבור וכן גורם אחר שהוא בעל סמכות על פי דין.

אסיפה - חמישים איש או יותר, המתקהלים תחת כיפת השמיים כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל עניין מדיני, או כדי לדון בנושא כזה. **"עניין מדיני"** - סוגיות מתחום יחסי החוץ והביטחון של המדינה, כגון הסכמי שלום, שינוי בגבולות או מבצעים צבאיים.

תהלוכה - חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי ללכת יחד ממקום למקום, בין שהם בתנועה (לרבות שיירת כלי רכב) ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו.

משמרת מחאה - כל התקהלות אחרת של אנשים שנועדה לבטא מחאה והיא איננה "אסיפה" או "תהלוכה".

מהגדרות אלה, ומסעיף 84 לפקודה,¹⁴ מובהרים המקרים בהם חובה לבקש רישיון לביצוע אירוע מחאה, וזאת כאשר מדובר באסיפה או בתהלוכה ומובהר מתי אין חובת קבלת רישיון – במקרים של משמרת מחאה, או כאשר לא מתקיימים כלל הרכיבים המגדירים אסיפה או תהלוכה.

ישנם שיקולים שונים שעל המשטרה לקחת בחשבון בהחלטה אם לאשר קיומם של אירועי מחאה בדמות אסיפות או תהלוכות, וגם ביחס לאירועים המהווים משמרות מחאה, למשל, ואינם מצריכים רישיון. במסגרת הפסיקה, פירש בית המשפט את סמכויות המשטרה הכלליות המוענקות לה בסעיפים 3-5 לפקודה¹⁵ ככאלו המעניקות לה שיקול דעת **מסוים** גם להגביל אירועי מחאה שלא נדרשים ברישיון, **במקרה בו הן עלולות לפגוע באופן שקרוב לוודאי בסדר הציבורי או בביטחון הציבור**.¹⁶

3. הגבלות שהוטלו לאחרונה על הזכות להפגין

לאחרונה החלה המשטרה להגביל באופן נרחב פעולות מחאה שנערכות ליד ביתם של אנשי ציבור, במסגרת המאבק להגנה על הדמוקרטיה הישראלית. כמפורט להלן, לעמדתנו, הגבלות אלה אינן חוקיות ונקבעו תוך חריגה מסמכות ולמצער הן אינן מידתיות ונקבעו תוך שימוש לרעה בסמכויות המשטרה.

ב-18.5.2023 קבע אגף המבצעים של משטרת ישראל נוהל בעניין **"אספות ותהלוכות"** מס' 221.110.19 "המפרט את התנאים והמגבלות שיש להפעיל ביחס לקיומן של הפגנות הדרושות רישיון ושאינן דרושות רישיון.

¹⁴ לשון הסעיף: "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 במחוז אסיפה או תהלוכה יבקש בכתב מאת הממונה רשיון לכך, לא פחות מחמישה ימים או זמן אחר שיפורש בהודעה לפני היום שנועד לקיום האסיפה או התהלוכה".

¹⁵ לשון הסעיף: "תפקידי המשטרה

3. משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש".

¹⁶ עניין **רעננה**, לעיל ה"ש 13, פסק דינו של השופט סולברג.

ביחס לאירועי מחאה מול בתים פרטיים של אנשי ציבור נקבעו שלל הנחיות מחמירות וכך נכתב בסעיף 14 לנוהל:

14. אירוע מחאה מול בתים פרטיים של אישי ציבור

- א. 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. בנוסף, גם לאיש ציבור קיימת הזכות לפרטיות בביתו הפרטי.
- ב. על כן, אין לאפשר מחאה ליד ומול ביתו הפרטי של איש הציבור (כהגדרתו בסעיף ההגדרות לנוהל זה), כאשר קיימת חלופה אפקטיבית למחאה מול או ליד מקום עבודתו.
- ג. ניתן לקבוע תנאים המרחיקים את מיקום המחאה, וכן ניתן לתת תנאים נוספים תוך התחשבות במספר המפגינים, מידת הרעש בהפגנה וכו', לצד מתן האפשרות למפגינים למחות באופן אפקטיבי.
- ד. יש לשאוף להרחיק את המחאה למיקום שאינו בטוח מגורים כדי לא פגוע בשכנים אחרים בצורה שאינה סבירה.
- ה. בהמשך לאמור בסעיף 13 לעיל, ככל שמדובר בהפגנות רועשות שמתרחשות לאורך זמן, ניתן לקבוע תדירות למחאות (פעם, פעמיים בשבוע) וכן לקבוע תנאים שיעזרו למתן את הפגיעה הצפויה מהרעש (לדוג' - איסור על צופרי אוויר, איסור על שימוש באמצעי הגברה לאחר שעה מסוימת וכו').
- ו. קווים מנחים נוספים בקביעות מיקום המחאה ותנאיה הם אלה: המיקום הגיאוגרפי של הבית, קיומן של חלופות, תדירותן של המחאות, אופיין של המחאות, בטיחות המפגינים, בטיחות תושבי האזור והמשתמשים בדרך ובכלל זה הסדרי התנועה וכו"ב.
- ז. ככלל, ובשים לב למאפייני המחאה ולמאפייני השטח, מחאה שקטה של בודדים תמוקם במידת האפשר במרחק של עד עשרות מטרים מבית איש הציבור, ואילו המחאות האחרות ימוקמו במידת האפשר במרחק של עד כ- 250-500 מטרים מבית איש הציבור.
- ח. יודגש כי האמור לעיל חל על בתים פרטיים ולא על "מעון רשמי" כגון בית הנשיא או מעונו הרשמי של ראש הממשלה, או כאשר הבית משמש את איש הציבור באופן משמעותי בעבודתו הציבורית.

בהסתמך על נוהל זה, פרסם לאחרונה מפקד מחוז המרכז הגבלות נרחבות על הפגנות שניתן לקיים ליד בית המגורים של נבחרי ציבור מסוימים. למשל, בהודעה שפורסמה ב-23.7.2023 נקבע כך:

- א) "חל איסור לקיים מחאות ברחובות הסמוכים לביתו של [נבחר הציבור]."
- ב) "המחאות ייערכו בנקודות שנקבעו למחאה שקטה (עד 3 אנשים) [ובמקרה אחר, עד 5 אנשים] ומחאה רגילה", בהתאם לפירוט במפה; לפי פירוט זה, ברדיוס של כ-500 מ' מביתו של איש הציבור ניתן לקיים רק "מחאה שקטה", בהשתתפות של עד 3 אנשים (ובמקרה אחר, עד 5 אנשים), כך שניתן לקיים "מחאה רגילה" רק מחוץ לרדיוס זה.
- ג) זמן המחאה הוגבל כך ש"במהלך השבוע ניתן לקיים שתי הפגנות: בימים שני רביעי", בשעות 7 עד 9 בבוקר ו-19 עד 21 בערב; בסוף השבוע ניתן לקיים מחאה אחת במוצאי שבת, שתחל "לא לפני חצי שעה לאחר צאת השבת ותסתיים עד השעה 23:00".
- ד) חל איסור על הקמת רעש בשעות המנוחה (מ-14 עד 16 ומ-23 עד 7), וחל איסור על הקמת רעש חזק או בלתי סביר בכל שעה שהיא; במקום המותר למחאה רגילה ניתן להשתמש באמצעי הרעשה למשך שעתיים, לא בשעות המנוחה ולא יאוחר מ-21:30, "בכפוף לכך שמידת הרעש תהיה סבירה בנסיבות העניין ובהתאם להוראות החוק למניעת מפגעים". לא הובהר מהו האופן שבו תיאכף הגבלה זו.

עמדתנו היא כי ההגבלות הללו אינן חוקיות. יש בהן חריגה מסמכות המשטרה באשר להגבלות מראש שהיא רשאית להטיל, והן מטילות הגבלות לא-מידתיות שפוגעות ללא הצדקה מספקת בזכות היסוד

להפגין ובחופש ביטוי. בשורות הבאות נתייחס לשני ההיבטים הללו – סוגית הסמכות וסוגית שיקול הדעת.

4. ההגבלות הוטלו שלא בסמכות ואינן חוקיות

כאמור, סעיפים 83 עד 90 לפקודה, מגדירים את סוגי המחאה השונים – "תהלוכה", "אסיפה" ו"משמרת מחאה" ומגדירים מה הם המקרים בהם נדרש לקבל רישיון ומהם המקרים בהם ניתן לממש את זכות ההפגנה מבלי לקבל רישיון. בהתאם לכך, קביעת הגבלות גורפות על אירועי מחאה שאינם דורשים רישיון אינה נובעת מהסמכויות המוענקות למשטרה בסעיפים אלה.

יטען הטוען, כי הסמכויות הכלליות המוענקות למשטרה בסעיפים 3-5 לפקודה הן אלו המעניקות למשטרה את הסמכות לקבוע הגבלות מהסוג שפורט לעיל מראש ובאופן מרחיב שכוה. אך אין כך הדבר. לא פעם, פורש בפסיקה כי הסמכות הכללית של המשטרה לשמור על הסדר הציבורי אינה סמכות בלתי מוגבלת ובפרט ככל שהפגיעה בזכויות אדם יותר גבוהה, יש להידרש לסעיף הסמכה מפורש, ויש להפעיל את הסמכות בצמצום רב, ככל שישנה.¹⁷

נוכח הפרשנות המצמצמת שניתנה בפסיקה להגדרה "אסיפה", וזאת בפרט הפרשנות המצמצמת לעניין מדיני, כך שההפגנות המתקיימות כיום כנגד צעדי הממשלה אינן מהוות "עניין מדיני"¹⁸ אלא מאבק על טוהר המידות – ניתן לומר, שאירועי מחאה רבים המתקיימים מול בתים פרטיים של אנשי ציבור כלל לא דורשים רישיון – הן אלה המתקיימים כמשמרת מחאה של פחות מ-50 איש והן אלה שמתקיימים כאסיפה, שהרי זו אינה בעניין מדיני.

במצב עניינים זה, כאשר הפעלת סמכות המשטרה לצמצום ההפגנות אינה נובעת מן הסעיפים הנוגעים לדרישות רישיון, ישאל השואל האם הסעיפים הכלליים שבפקודת המשטרה מקנים סמכות כה רחבה להגבלת ניכרת של הזכות להפגין כמו זו שבאה לידי ביטוי בנהלים המפורטים לעיל.

נוכח הפגיעה החמורה ביותר בזכות אדם – הזכות להפגין, שהינה זכות יסוד המצויה בליבת חופש הביטוי הפוליטי שהוא מהזכויות הבסיסיות והחשובות ביותר – נראה כי לא ניתן להתבסס על סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה כדי לטעון שהפגיעה בזכות נעשית על פי חוק. באם הפגיעה לא נעשית על פי חוק – הרי שאין זו פגיעה חוקית והיא אינה עומדת במבחני האיזון האנכי.

המקרה שאנו בוחנים כעת, מורכב עוד יותר, כי שמירת הסדר הציבורי, היא רק אספקט אחד שלמענו מופעלת סמכות המשטרה. בכל הנוגע להפגנות מול נבחר ציבור אנו מצויים במערך איזונים נוסף, הוא מערך איזונים אופקי. גם בהקשר זה, נטען שהפעלת סמכויות המשטרה בשמירה על זכויותיהם של איש הציבור, משפחתו ושכניו נעשתה תוך שימוש לרעה, בהרחבה, וללא עיגון מספק בחוק. איזון של זמן, מקום, ואופן בקביעת קווי הגבול להפגנה מול ביתם של אנשי ציבור לא יכול לכלול הגבלות כה דרקוניות כפי שפורט לעיל ביחס למועדי ההפגנות, מרחק ההפגנות, השימוש בכלים רועשים בהפגנות ועוד.

¹⁷ עת"ם (מח' ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' ניצב איילון (2.4.2012).

¹⁸ עניין גורן, לעיל ה"ש 1.

יתרה מכך, לטעמנו, יש לתת את הדעת לכך שזכותו של אדם ובני משפחתו לפרטיות אינה יכולה להתפרש בצורה כה מרחיבה כפי שנעשה בהגבלות המפורטות לעיל עד כדי כך שהיא כוללת את הזכות שיניחו להם לנפשם באופן מוחלט, ואת זכותם לא לשמוע, "לא להיות קהל שבו" ולא להיחשף למסרים מסוימים.¹⁹

5. ההגבלות נקבעו בשירותיות, בשיקול דעת שגוי ואינן מידתיות

גם אם נצא מנקודת הנחה שההגבלות הנרחבות על הזכות להפגין הוטלו בהתאם לסמכות הכללית הנתונה למשטרה לשמור על הסדר הציבורי לפי סעיפים 3-5 לפקודה, הרי שעלינו לבחון כיצד הפעילה המשטרה את שיקול דעתה בקביעת הנוהל והאם פעלה במידתיות עת שקיבלה את החלטתה.

לטעמנו, ההגבלות שנקבעו בנהלי המשטרה כפי שפורטו לעיל, נקבעו באופן בלתי מידתי.

ראשית, יצוין כי הקביעה הגורפת לפיה כל הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור "נועדה כדי להפעיל עליו לחץ לפסול על-ידי הטרדתו בביתו הפרטי, בניסיון לכפות עליו החלטות שאינן משרתות את האינטרס הציבורי אשר לו הוא מחויב" אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בג"ץ שהתייחס זה מכבר לשאלת המניע הפסול בעניין גורן²⁰ וכך, למשל, קבעה השופטת (כתוארה אז) חיות:

"אין למצוא טעם לפגם במחאה המופנית כלפי [איש ציבור] בעניינים הנוגעים למילוי תפקידו ותיאור מחאה זו, בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו, כהפעלת לחץ פסול או כעבירה פלילית אין לקבל".

מכאן שמוטלת על רשויות השלטון החובה לכבד את הזכות להפגין מול ביתו של איש הציבור וצמצום הזכות יכול להתקיים רק בעמידה במבחני מידתיות.

מכאן, נעבור לבחון את ההגבלות ונטעו, שההגבלות שנקבעו אפריורית, בעניין הגבלת ההפגנות אינן מידתיות.

1. ראשית, לעניין הרעש, נדמה כי גם כאשר מדובר בהפגנות של אנשים בודדים, שקשה לטעון שיש בהן כדי להקים רעש בלתי סביר על פי תקנות הרעש, עדיין רואה לעצמה המשטרה סמכות להגביל הפגנה בשל טיעון זה. הגבלת משמרות מחאה הכוללות פחות מ-50 אנשים בשל טיעון של הקמת רעש היא חשודה מיסודה ככזו שמפרה באופן בוטה ובלתי ראוי את החובה להגן על חירות ההפגנה. כמו כן, האמור בהוראות מפקד המחוז, שלפיהן נדרש ש"מידת הרעש תהיה סבירה בנסיבות העניין" אינו כדין. ההגבלה היחידה המותרת היא זו שנקבעה בתקנות. תקנות הרעש נקבעו בסמכות השר ומתוך איזון בין אינטרסים שונים. מפקד המשטרה אינו רשאי לסטות מהוראות התקנות ולקבוע מגבלות חמורות יותר. שינוי האיזון הדק והמורכב בין אינטרסים מתחרים של חופש הביטוי ומניעת מטרדים כפי שנקבעו בתקנות עולה כדי שימוש לרעה בסמכות ומעורר חשד ממשי שנעשתה לקידום מטרות זרות.

2. שנית, לעניין הגבלת המשתתפים במחאה שקטה/משמרת מחאה, בהתאם להוראות שפורסמו לפיהן משמרות מחאה בסמוך לביתו של איש הציבור יכולות להיעשות רק בהתכנסות של עד כ-5

¹⁹ מדינה ווגשל "בין מחאה למטרד", לעיל ה"ש 9.

²⁰ עניין גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

אנשים, נטען שמדובר בהגבלה שאינה חוקית, אינה מידתית ונגועה בשרירותיות וחוסר הצדקה עניינית.

3. שלישית, לעניין **הגבלת המקום**, נדמה כי המשטרה פירשה בהרחבה יתרה את סמכותה לקבוע הגבלות לעניין זמן, מקום ואופן, עד כי לא ניתן לומר שאלה הן הגבלות שעולות עם דרישות הפסיקה לאיזון בין הזכות להפגין לזכויות האחרות של איש הציבור, משפחתו ושכניו. הרחקת ההפגנות לתחומים של מאות מטרים, ניתן לומר כי היא מעקרת את התכלית של ההפגנה והמחאה. יש בה כדי לצמצם את הזכות באופן ניכר ביותר ובלתי מידתי.

נוסף על האמור לעיל, יש לבחון במישור הליך קבלת ההחלטה ושיקול הדעת מהן ההצדקות והתכליות שנבחנו והובילו לקבלת ההחלטה להגביל באופן המפורט את הזכות להפגין. נוכח המציאות המורכבת והקשה שבה נמצאת החברה הישראלית מקום בו ההפגנות מופנית כלפי השלטון וכלפי שריו, לרבות השר לבטחון פנים שאמון על פעילותה של המשטרה, עולה חשש חמור כי ההסדרים המפורטים נקבעו תוך **שקילת שיקולים זרים** ובמטרה להגן על הממשלה ועל האינטרסים הפרטיים של השרים ושל חברי הכנסת.

חשד זה מתגבר נוכח המציאות העגומה בישראל במסגרתה קיימים מטרדי רעש רבים, שלגביהם, ככלל, אין המשטרה קובעת הגבלות מראש, ופעולות האכיפה שלה מועטות מאד. אזורי המגורים בישראל עשירים במטרדי רעש למכביר. עמדת המשטרה שיש הצדקה להחמיר דווקא במקרה שבו הרעש נגרם במסגרת מימוש הזכות הבסיסית לחופש ביטוי, מעוררת את החשש מפני החלטה שמבוססת על שיקולים זרים.

כמו כן, השימוש בקביעה אפריורית של הגבלות ללא כל מקום לבחינה של המטרד ממקרה למקרה גם היא מעלה חשד חמור לשיקולים זרים. חשיבותה הרבה של הזכות להפגין מסיגה במידה מסוימת את הזכות שלא להיות נתון למטרדים, וודאי שהיא מתגברת על הגבלות רעש המרחיבות את הקבוע בתקנות הרעש.

כידוע, הדין הוא שהגבלות כלליות שמוטלות על חירויות הפרטים, אף אם הן תקפות כשהן לעצמן, עשויות להיסוג מכוח החובה לכבד את הזכות לחופש ביטוי. הקביעה אם מטרד רעש מסוים הוא חוקי או לא אינה נעשית בהתאם למדידת מפלס הרעש בלבד, אלא גם בהתחשב בתכלית השמעת הרעש. החובה לכבד את הזכות לחופש ביטוי עשויה לסייג, אם כן, את תחולת התקנות. ההכרעה אם בנסיבות מסוימות חריגה ממפלס הרעש המותרת בתקנות היא חוקית אם לאו, או מהי הסנקציה המתאימה בגין חריגה כאמור שנמצאה אסורה, היא עניין להכרעה ממקרה למקרה ובדרך של הכרעה שיפוטית ולא לקביעה אפריורית משטרתית.

6. סיכום

כידוע, הזכות להפגין היא אחת מזכויות היסוד בשיטת משטרנו. זו היא זכות שיש לה חשיבות רבה במימוש ההשתתפות הפוליטית ובמימוש חירות הביטוי במובן הגרעיני ביותר. פגיעה בזכות זו, צריכה להיעשות בצמצום רב לפי מבחן הוודאות הקרובה, ובאיזון אופקי עדין כאשר הזכות מתנגשת עם זכותו של איש ציבור או של שכניו ושל משפחתו.

לאחרונה, קבעה המשטרה שלל הגבלות **חריגות** על הזכות להפגין בקרבת ביתם של אנשי ציבור. הגבלות אלה נקבעו, לעמדתנו, שלא בסמכות ושלא במידתיות, תוך חשש להפעלת שיקולים זרים. כאשר מדובר באירועי מחאה הדורשים רישיון וגם כאשר מדובר באירועים שאינם דורשים רישיון, שמורה למשטרה סמכות להגביל את הזכות להפגין על פי סמכויותיה הכלליות בסעיפים 3-5 לפקודת המשטרה, אולם סמכות

זו אינה חזות הכל. זו סמכות רחבה, אך מוגבלת, וככל שמדובר בפגיעה מהותית, עמוקה ורחבה בזכות להפגין, לא ניתן לומר שיש בסעיפים אלה הסמכה מפורשת דיה לפגיעה בזכות. אף אם ניתן היה לומר שיש בסמכות זו כדי לאפשר להגביל את הזכות, הרי שהאופן בו פורשה על ידי המשטרה נעשה בחוסר מידתיות שאין להצדיקה. קביעת הגבלות אפריורית, ללא תלות ובחינה ממקרה למקרה, קביעת הגבלות מרחיקות לכת ורחבות בהיקפן, אין להצדיקן ויש חשש מששי שהן נקבעו בשל אופיין של המחאות שמתנגדות לפעולות הממשל ושהגבלות אלו נועדו לדכאן.

ידוע זה מכבר, כי דמוקרטיה מתות בשקט. המהלך שהמשטרה נוקטת כעת, שמשמעותו היא למעשה, צמצום משמעותי עד השתקה של הזכות להוכיח את נבחרי הציבור על מדיניותם, עלול לתרום, שלא בכוונה, לכך שגם הדמוקרטיה הישראלית תמות בשקט. כל עוד מדינת ישראל מחויבת לעקרון שלטון החוק לחובה לכבד זכויות אדם, על המשטרה לעמוד בלחצים המוטלים עליה על-ידי נבחרי ציבור, ולהימנע מהשתקה של אזרחיות ואזרחים, שמקריבים מזמנם וממרצם, ולעיתים גם את בריאותם, כדי להגן על הדמוקרטיה הישראלית.

*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 ידינו 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://lawprofsforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר [@lawprofsforum](https://twitter.com/lawprofsforum). ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.