

מה המחיר של החופש להפגין? ההגנה על זכות ההפגנה בדיני הנזיקין

מאת

שי דרומי*

זכות ההפגנה היא זכות דמוקרטית מרכזית הזוכה בישראל להגנה חוקתית. עם זאת, החופש שניתן בגינה איננו מוחלט ונגזר מאיזונים שונים, שמטרתם להבטיח שמימושה לא יביא לפגיעה בזכויות נוספות. משטרת ישראל, לוקחת תפקיד משמעותי ומעצב בקביעת היקפה של הזכות להפגין בשני שלבים: הראשון, מתן רישיון הפגנה עובר להפגנה (ככל שנדרש), והשני, אכיפת הסדר הציבורי במהלכה. המאמר מתמקד בשאלה כיצד משפיע הדין הישראלי על האופן בו הזכות להפגנה מוגנת וכיצד ניתן באמצעות המשפט האזרחי לבסס הגנה מיטבית על הזכות להפגין. בתוך כך, מציג המאמר את הקושי של המנגנונים הקיימים כיום למנוע עיוות תמריצים אפשרי של המשטרה בעת קבלת ההחלטה על פיזור הפגנות, גם במקום שבו לא מתקיימות העילות לפיזור הפגנה. כפתרון לבעיה זו, מציג המאמר שימוש בתביעות רשלנות וסעד של פיצוי כאמצעי הגנה, תוך סקירת היתרונות והחסרונות הגלומים בשימוש בכלי זה. כמו כן, המאמר קורא להנגיש את השימוש בכלי תוך שהוא מציג פתרונות לקשיים שמעכבים את הגשתן של תביעות אלה – הקושי הראייתי בהוכחת רשלנות בעצם ההחלטה על פיזור הפגנה וכימות הנזק שנעשה כיום על ידי בית המשפט אשר מוביל לפסיקה של פיצוי נמוך גם במקומות בהם מתקבלת תביעת המפגינים.

מבוא. א. הזכות לחופש הביטוי וחופש ההפגנה – מהותה והיקפה. ב. סוגי הפגיעות בחופש ההפגנה על ידי משטרת ישראל, הסעד האפשרי בגינה והחשש מפני הטיות. ג. המשפט האזרחי כאמצעי הגנה על זכויות. ד. הגנה על פגיעות בחופש ההפגנה דרך דיני הנזיקין; 1. העברת נטל השכנוע; 2. כימות הנזק. סוף דבר.

מבוא

תחילת שנת 2020 התפרץ נגיף הקורונה ברחבי העולם והוביל את מדינת ישראל להנהיג באופן חוזר ונשנה מדיניות של בידוד חברתי וסגרים בהם הוגבלה התנועה ונאסרו התקהלויות – תוך פגיעה קשה בזכויות חוקתיות שונות.¹ במסגרת ההגבלות, הותרו מספר חריגים שאפשרו יציאה

* סטודנט לתואר שני במשפטים ב-University of Pennsylvania. המחקר זוכה פרס פולונסקי למחקר בדיני הנזיקין לשנת 2020; תודתי הרבה לרונן אברהם על ההנחייה והליווי בעריכת המחקר וכן לנעמי לבנקרון, הישאם שבאיטה, דניאל כהן, הילה גולדשמידט ושיר אברהמס על הערותיהם המועילות והחשובות. בנוסף תודה מיוחדת לעורך כתב העת משפטים על אתר, צור גרוסמן, על הערות מחכימות ובונות, שסייעו בעבודה על המאמר.

למרחב הציבורי כמו הצטיידות במזון או טיפול רפואי. בין החריגים נכללה גם, למרבית התקופה, היציאה לצורך הפגנה.² במקביל למשבר הבריאותי והמגבלות שהוטלו בעקבותיו, עוררה הזירה הפוליטית מתחים רבים שהובילו בתורם למספר גבוה במיוחד של הפגנות במהלך השנה. בתחילתו של חודש מרס הסתיימה מערכת הבחירות השלישית תוך שנה, שגם היא, כמו קודמותיה, הסתיימה ללא הכרעה בין ה"גושים" הפוליטיים.³

כמה ימים לאחר סיום הבחירות, ביום ה-19.3.2020, התארגנה שיירה של כ-200 רכבים במטרה להגיע למשכן הכנסת ולמחות על החלטת יו"ר הכנסת לדחות את כינוסה. החלטה שלטענת המוחים, נועדה לסכל את ההצבעה על מינוי יו"ר כנסת חדש, ממפלגה אחרת, טרם החלפת הממשלה. ואולם, מעט לפני הכניסה לירושלים עצרו שוטרים את השיירה בטענה כי הפגנתם מפרה את תקנות בריאות העם והורו למפגינים, שהיו באותה העת ברכביהם, לחזור לבתיהם. בשיחה שהוקלטה הודיע שוטר לאחת המפגינות כי "הנחיית מפקד מחוז ירושלים היא שאתם לא עולים לעיר. למה? לא יודע. ההפגנה שלכם לא חוקית כרגע". לשאלת המפגינה מהי הסיבה בגינה נקבע כי ההפגנה בלתי חוקית השיב השוטר "ככה".⁴ זמן קצר לאחר האירוע, התברר כי החלטת מפקד המחוז לא תאמה את תקנות בריאות העם ומכאן שניתנה בהעדר סמכות. בהתאם לכך הותר למפגינים להמשיך בדרכם, להגיע למשכן הכנסת ולקיים את ההפגנה כסדרה.

אירוע זה, שהתרחש בתחילתה של "תקופת הקורונה" היה למעשה כפתיח לשנה סוערת בה התקיימו מאות הפגנות, בנושאים שונים, במוקדים רבים,⁵ זאת לצד התפשטות נגיף הקורונה ומגבלות תנועה והתקהלות משתנות.⁶ למרות מורכבות התקופה, אני סבור כי לא ניתן לראות במקרה המתואר, כמו שאולי ניתן לחשוב, אירוע חריג במיוחד בעולם ההפגנות בישראל.

¹ בג"ץ 1107/21 שמש נ' ראש הממשלה פס' 1 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 17.3.2021).
² ס' 3א (10) לצו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020. ביום 30.9.2020 הוכרז במדינת ישראל מצב חירום מיוחד בו בוטל באופן זמני, במסגרת תיקון מס' 2 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020, החריג המתיר יציאה להפגנה. חלקים מתוך תיקון זה נפסלו בהמשך בבג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (אר"ש 4.4.2021).

³ בסיומה של מערכת בחירות זו, בשונה משתי מערכות הבחירות שקדמו לה, הושגה פשרה פוליטית שהובילה, בחודש מאי 2020, להרכבת ממשלה פריטטית של שני הגושים. חוקיסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח 2795.

⁴ יהושע (ג'וש) בריינר, ניר חסון, נעה לנדאו, נעה שפיגל ובר פלג "המשטרה עצרה מפגינים ליד הכנסת לאחר שניסתה למנוע משיירת מחאה להגיע למקום" **הארץ** 19.3.2020 <https://www.haaretz.co.il/news/elections/1.8690376>

⁵ עניין **אחריות לאומית**, לעיל ה"ש 2, פס' 1 ו-58 לפסק הדין של הנשיאה חיות. חלקן הארי של הפגנות אלה התקיימו מול מעונו של ראש הממשלה ונגעו להחלטתו להמשיך ולכהן בתפקידו לאחר שהוגש כנגדו כתב אישום. ראו גם בג"ץ 5078/20 פרידה נ' **משרת ישראל** (אר"ש 19.8.2020).

⁶ ראו, למשל, "צווי קורונה" **נבו** <https://www.nevo.co.il/general/coronaupdates.aspx>

למעשה, כפי שאטען להלן, מקרה זה הוא תוצר של הדין הנוהג ותמריצי המשטרה במהלך אכיפת הפגנות.

מאמר זה עוסק בהגנה על הזכות החוקתית לחופש המחאה, זכות חוקתית אשר נגזרת מהזכות לחופש הביטוי.⁷ במסגרת הכתוב אתמקד בפגיעות בחופש המחאה דרך פיזורן וסגירתן של הפגנות, ובייחוד בשאלה כיצד משפיע הדין על האופן בו הזכות למחאה מוגנת במשפט הישראלי וכיצד ניתן באמצעות המשפט האזרחי לבסס הגנה מיטבית על הזכות. בפרק הראשון אציג את הזכות לביטוי והפגנה בישראל וכן את החשיבות החברתית הטמונה בהבטחת הזכות להפגין. בפרק השני אציג ואחלק לקטגוריות את הפגיעות האפשריות בזכות להפגין ואת הסעד האפשרי בגינן במסגרת הדין הקיים. בפרק השלישי אסקור את יתרונות הפנייה למשפט האזרחי לשם הגנה על זכויות, ובפרט אבחן את יתרונות ההגנה על פגיעות בחופש ההפגנה דרך דיני הנזיקין. במסגרת זו אציג את הקושי בקבלת פיצוי בשל פגיעה בחופש ההפגנה, הגם כאשר מתקיים אשם. בפרק הרביעי אציע שני פתרונות אפשריים, אשר יכולים להתקיים ביחד ולחוד, שבכוחם ליצור הגנה יעילה ואפקטיבית על הזכות למחאה – העברת נטל ההוכחה והתאמת גובה הפיצוי.

א. הזכות לחופש הביטוי וחופש ההפגנה – מהותה והיקפה

חופש הביטוי הוא עקרון התומך בחירותו של כל אדם להביע את דעותיו ורעיונותיו בחופשיות, ללא חשש מהגבלות או סנקציות. הזכות לחופש הביטוי זוכה להגנה במרבית המדינות הדמוקרטיות,⁸ מעוגנת בהכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם⁹ וכן מוכרת במשפט הבינלאומי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.¹⁰ חשיבותה של הזכות לחופש הביטוי הוכרה בישראל בפסק דין שנחשב עד היום לאבן היסוד של הזכות לחופש הביטוי, בג"ץ **קול העם**,¹¹ בו ציין השופט אגרנט כי הזכות לחופש הביטוי "מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".¹²

⁷ בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, סב(1) 200, פס' 11–15 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') ברק (2006).
⁸ RUTH LEVUSH, LIMITS ON FREEDOM OF EXPRESSION, THE LAW LIBRARY OF CONGRESS (2019); הלל סומר, לטם בן בשט וגבריאלה שוורץ "מסמך רקע מקוצר בנושא: חופש הביטוי" ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (2005).
⁹ UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS ADOPTED BY UN GENERAL ASSEMBLY
RESOLUTION 217A (III) OF 10 DECEMBER 1948 ARTICLE 19
¹⁰ INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS ADOPTED AND OPENED FOR SIGNATURE, RATIFICATION AND ACCESSION BY GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 2200A (XXI) OF 16 DECEMBER 1966, ARTICLE 19
¹¹ בג"ץ 73/53 **חברת קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז 841 (1953).
¹² שם.

את ההצדקות להגנה על הזכות לחופש הביטוי מקובל לחלק בישראל לשלוש גישות מרכזיות, בהתאם לבג"ץ כהנא.¹³ לפי הגישה הראשונה, המכונה גם "גישת חקר האמת", חופש הביטוי מהווה מכשיר לבידור האמת דרך יצירת שוק רעיונות ודעות.¹⁴ העיקרון העומד בבסיס גישה זו הוא שככל שמגוון רחב יותר של דעות ורעיונות יקבלו ביטוי בחברה, לאורך זמן, יידחקו החוצה הרעיונות השגויים והחברה תישאר עם האמת המצרפית הגבוהה ביותר.¹⁵ הגישה השנייה היא "הגישה הדמוקרטית", לפיה חופש הביטוי הוא המכשיר הדמוקרטי המרכזי, שמייצר תהליך בריא לניהול חילופי דעות ודרכו ניתן להגיע להחלטה הטובה והנכונה ביותר.¹⁶ שתי הגישות, הן תועלתניות במהותן ורואות בזכות למחאה כלי לקידום החברה ולכן מבקשות להגן עליה במטרה לקדם את הרווחה החברתית. לעומת גישות אלה, הגישה השלישית מבוססת על תפיסת האוטונומיה של הפרט כערך יסודי. בהתאם לגישה זו לחופש הביטוי ערך אינטרינזי הנגזר מאוטונומיית הפרט והוא משמש את בני האדם במסעם להגדרה והגשמה עצמית.¹⁷

בחוקי היסוד בדבר חופש העיסוק וכבוד האדם, שנחקקו בשנת 1992, נעדרה התייחסות מפורשת לזכות חופש הביטוי, וזאת על אף שבמקור תוכנה להיות מעוגנת בחוק יסוד נפרד,¹⁸ כחלק ממארג החוקים שהיוו את הבסיס לחוקי היסוד הקיימים. ואולם, לאורך השנים נדונה זכות זו, על היקפיה וצורותיה השונים, בשלל פסיקות.¹⁹ ההכרה המפורשת בחופש הביטוי כזכות חוקתית הנגזרת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו נעשתה בפסק הדין בעניין המפקד הלאומי.²⁰ הכרה זו ניתנה על רקע החלטה קודמת של בית המשפט העליון לפיה הזכות לכבוד, כמשמעותה בחוק היסוד, טומנת בחובה היבטים שונים שקשורים בקשר ענייני הדוק עם כבוד האדם תוך התייחסות לזכות לחופש הביטוי.²¹

הזכות להפגין היא אחת מדרכי המימוש הבולטות של חופש הביטוי הפוליטי ועל כן זוכה למעמד מיוחד ועליון בתוך הזכות הכללית לחופש הביטוי.²² בשורה של פסקי דין, אשר ברובם

¹³ בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255 (1987).

¹⁴ Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁵ עניין כהנא, לעיל ה"ש 13, פס' 14 לפסק הדין של השופט ברק; גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895 (2001).

¹⁶ עניין כהנא, לעיל ה"ש 13, פס' 16 לפסק הדין של השופט ברק.

¹⁷ שם, פס' 15 לפסק הדין של השופט ברק.

¹⁸ הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, התשנ"א-1991 ה"ח 1741.

¹⁹ לדין נרחב יותר בהתפתחותה של הזכות לחופש הביטוי ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ראשון, פרק 25, 707 (2014).

²⁰ בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב (4) 715 (2008).

²¹ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006).

²² בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד (2), 169 (1979); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח (2) 456 (1994).

נדרש לבחון את שיקול דעתה של המשטרה, ביסס בית המשפט את היקפה של הזכות.²³ הזכות לחופש המחאה אינה מוחלטת, ולעיתים נדרשות רשויות המדינה וכן בתי המשפט לאזנה מול ערכים מתנגשים, דוגמת הזכות לשם טוב, בטחון המדינה, רגשות הציבור, חופש התנועה, בריאות הציבור ועוד.²⁴ איזונים אלה מבוצעים בפסיקה בשלושה רבדים שונים. **ברובד הראשון**, קובעת החקיקה את קווי הגבול של הזכות לביטוי ומחאה באמצעות הגבלות ותנאים שונים בדרך למימוש הזכות – דוגמת חובת רישיון, איסור על הסתה או שימוש באלימות ועוד.²⁵ **ברובד השני**, הוא האופן שבו מפרשים בתי המשפט את היקפה של הזכות לביטוי ומחאה בפסקי הדין השונים ומגדרים את התנהלות השחקנים. **ברובד השלישי**, הוא האופן בו מיישמים גופי הביטחון, ובייחוד משטרת ישראל, את הוראות החוק ומאפשרים את מימוש הזכות במהלך שיטור ההפגנות.²⁶

ב. סוגי הפגיעות בחופש ההפגנה על ידי משטרת ישראל, הסעד האפשרי בגינן והחשש מפני הטיות

תפקיד משטרת ישראל ביחס לזכות להפגין בא לידי ביטוי בשני שלבים. **השלב הראשון** הוא באישורן של הפגנות, ככל שהן מחויבות ברישיון על פי חוק.²⁷ בשלב זה יכולה המשטרה לאשר או לא לאשר את קיומה של ההפגנה מהטעמים שמתיר לה החוק ולהטיל מגבלות שונות כמו מיקום ההפגנה, גודלה, אמצעי ההגברה שניתנים להפעלה ועוד. כאשר מתעוררת מחלוקת בנוגע להחלטת המשטרה, רשאי הצד הנפגע לפנות לבית המשפט ולבקש את שינויה של ההחלטה.²⁸ **השלב השני** הוא באבטחת ההפגנה עצמה. בשלב זה נדרשת המשטרה, לבצע איזון בין זכויות בכל זמן ההפגנה ולהורות, במקרים של פגיעה או חשש לפגיעה חמורה בזכויות אחרות מתנגשות, דוגמת שלום הציבור, על פיזור.

²³ ראו, למשל, בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398–399 (1984); בג"ץ 407/80 כהן נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 480 (1980); בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 454 (1984).

²⁴ עלי זלצברגר ופניה עוז זלצברגר, "מסורת חופש הביטוי בישראל", משפט, חברה ותורות, שקט, מדברים! 27 (התשס"ו); ברק, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, פרק 25 (2014); אילנה דיין אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377 (1996).

²⁵ למשל פרק שש לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

²⁶ האחריות על אבטחת הפגנות ושלומו הציבור מוטלת על משטרת ישראל ברובם המוחלט של המקרים, עם זאת יתכנו מצבים בהם ידרשו גופי בטחון שונים דוגמת צה"ל והשב"כ למשימה זו. על כן אתייחס בכתיבה זו למשטרת ישראל וכלל שהדבר רלוונטי, לרשות באופן כולל.

²⁷ ס' 83–84 לפקודת המשטרה וכן בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 17–45 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 8.10.2017).

²⁸ ראו, למשל, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 27, שעסק בין היתר בהחלטת המשטרה לאסור קיומה של הפגנה מול ביתו של היועץ המשפטי לממשלה וכן בהחלטה להגביל את כמות המשתתפים בה. או מנגד עניין פדידה, לעיל ה"ש 5, שם עתרו המפגינים נגד החלטת המשטרה שלא להגביל את פעילות המפגינים מול ביתם.

את סל המצבים בהם המשטרה פועלת להגביל את מימוש חופש ההפגנה אציע לחלק לשלוש קבוצות מקרים: הקבוצה הראשונה מתייחסת למצבים בהם המשטרה לא מאפשרת לממש את חופש המחאה בשל אי חוקיותה. קטגוריה זו כוללת מקרים שונים דוגמת הסתה לגזענות ואלימות,²⁹ פגיעה ברגשות דת³⁰ או לחלופין הפגנה ללא אישור או במקום אסור.³¹ כלומר, עניינה של קבוצה זו במקרים בהם איזון הזכויות שביצע המחוקק מכריע לטובתם של שיקולים נוגדים לזכות המחאה באופן שהופך את ההפגנה עצמה לבלתי חוקית. הגבלת חופש ההפגנה במקרים אלה אינה יוצרת זכאות לסעד.

קבוצת המקרים השנייה נוגעת למצבים בהם הזכות להפגין נשללת על ידי המשטרה ללא הצדקה בדין. קטגוריה זו מתחלקת לשני מצבים שונים שמובילים לשני סעדים שונים. המצב הראשון הוא שלילה מוקדמת, דוגמת סירוב למתן רישיון הפגנה על ידי המשטרה. כאמור, בגין פעולות מסוג זה, רשאי אדם שחש נפגע מההחלטה לפנות לבית המשפט ולבקש את שינוי החלטת הרשות.³² במקרה בו קובע בית המשפט כי על הרשות לשנות את החלטתה ולאפשר את קיומה של ההפגנה, הסעד אותו יקבל הפונה יתבטא בשינוי החלטת הרשות מבלי אפשרות לקבל פיצוי כספי גם במצב בו יכולים העותרים להצביע על פגיעה ביכולת המימוש של חופש המחאה, דוגמת החלטה על אי מתן רישיון בסמוך למועד המתוכנן.³³ המצב השני בתוך אותה קבוצה הוא כאשר הרשות פוגעת בחופש המחאה של אדם או קבוצה על ידי פיזור הפגנה במהלכה, תוך שהיא יוצרת מעשה עשוי.³⁴ במקרים בהם פיזור ההפגנה על ידי המשטרה מבוצע שלא כדין, הסעד האפשרי עבור הנפגעים הוא תביעה נזיקית. בכך אעסוק בהמשך הדברים.

הקבוצה השלישית מורכבת יותר ועוסקת במקרים בהם ההפגנה מתקיימת כחוק אולם מתקיימות גם הצדקות להגבלתה. כאשר נדרש בית המשפט להכריע בשאלה האם הגבלה של חופש ההפגנה מוצדקת, ייתכנו מצבים בהם יקבע כי למרות זכותם של המפגינים להשמיע את דעותיהם, קיימת לרשות אפשרות להגבילה מנימוקים שונים.³⁵ קטגוריה זו שייכת למצבים של פגיעה כדין בזכות ללא אשם, וכמו קודמתה מתחלקת גם היא למצבים של שלילה מוקדמת ומעשה עשוי.³⁶ שיטת המשפט הישראלי טרם הכירה בקיומה של דוקטרינת פיצוי ללא אשם³⁷ ולכן, בזמן שמקרים בהם הפגיעה בחופש ההפגנה מתרחשת מראש, למשל באמצעות החלטה

²⁹ בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 758, פס' 14 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') שמגר (1995).

³⁰ ראו, למשל, בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, פס' 6–8 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (אר"ש 20.6.2007). התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 28, פס' 27 לפסק הדיו של השופטת חיות.

³¹ עניין דיין, לעיל ה"ש 22.

³² בג"ץ 4335/22 רומי נ' משטרת ישראל (אר"ש 29.6.22).

³³ ברק-ארז, משפט מינהלי - משפט מינהלי דיוני (כרך ד, 2017), עמ' 414–427, 476–478.

³⁴ ראו לדוגמה, ע"א (מחוזי ים) 2542/08 נידם נ' בן גביר (נבו 26.4.2009).

³⁵ ראו לדוגמה, בג"ץ 2979/05 מועצת יש"ע נ' השר לבטחון פנים, פס' 4 לפסק הדין (אר"ש 27.3.2005).

³⁶ ראו רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 18 ס' ז' לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 19.1.2017).

³⁷ רע"א 2015/20 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 25.10.2020).

שלא לתת לה רישיון, עשויים להגיע לפתרון שיגשר בין הזכות להצדקות לפגיעתה,³⁸ מקרים בהם פוגעת הרשות ללא אשם בחופש ההפגנה במהלכה, אינם מזכים את הנפגעים בסעד מכל סוג.

אחריותה של המשטרה על מימוש חופש המחאה אינו נקבע על פי החוק אלא נוצר מעצם מאחריותה על שמירת הסדר הציבורי (לדוגמה סעיף 3 לפקודת המשטרה קובע את תפקידיה, לרבות את אחריותה על "קיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". סעיף 5(2) לפקודה בו מוגדרים חלק מתפקידי השוטרים מקנה לשוטר סמכות "למנוע הפרעות בשעת התקהלות או תהלוכה בדרכים הציבוריות וברחובות הציבוריים")³⁹. כפי שאמחיש במאמר, אני סבור שתפקידה הכפול, האחד סטוטורי והשני משתמע, מציב אותה במתח תמידי, שאף מחמיר לאור נטייתו של הדרג הפיקודי להעניק את הבכורה לשיקולי היעילות.⁴⁰ מתח זה מתבטא בהתנגשות שנוצרת בשטח בין עבודת שיטור יעילה לבין שמירה על עקרונות דמוקרטיים והוגנות. כך למשל, עשויה המשטרה לנהוג באופן שמקשה על קבלת רישיון הפגנה ומקל על ההחלטה לפזר הפגנות.⁴¹ הבעיה אף מחריפה כאשר לוקחים בחשבון רמות גבוהות של "מיליטריזציה" בארגון וחדירתם של שיטות צבאיות לעבודת המשטרה⁴² וכן ניגודי עניינים אישיים של מקבלי החלטות שעלולים לעלות במסגרת עבודת המשטרה כמו הטיות כלפי

עניין **מרזל**, לעיל ה"ש 30.

ס' 3 ו-5(2) לפקודת המשטרה.

ROBERT REINER, *THE POLITICS OF THE POLICE* 115, 126-128 (2010). הבעיה אף מתחדרת בשל כך ששוטרים על פי רוב מתומרצים ומתוגמלים בהתאם לנתונים ופרמטרים מדידים. הקושי לכמת מושגים כמו הוגנות ו"שמירה על עקרונות דמוקרטיים" עשויה גם היא להביא ליצירת עדיפות, בשל שיטות התגמול, ליעילות. ראו בהקשר זה John P. Crank & Michael Caldero, *The Production of Occupational Stress in Medium-Sized Police Agencies: A survey of line officers in eight municipal departments*, 19(4) J. CRIM. JUST. 339 (1991).

במסגרת המאמר הוגשה בקשת חופש המידע שהוגשה למשטרה ובה השאלות: כמה הפגנות פוזרו על ידי המשטרה בהתאם לסעיף 89 המשטרה וכמה הפגנות לא אושרו על ידי המשטרה בכל אחת מחמש השנים האחרונות. על שאלות אלו ענתה המשטרה כי הנתונים אינם נמצאים ברשותה. בקשת חופש מידע 224/19 סימוכין: 39011219 (העתק מצוי בידי הכותב; להלן: "**בקשת חופש המידע**") ; מנגד טוענת האגודה לזכויות האזרח כי המשטרה פועלת בעקביות להפרת חופש ההפגנה. לשם כך, הקימה האגודה אתר ייעודי בו היא מרכזת את פניות הציבור ומעניקה מידע וייעוץ בנושא לזכויות אזרחים במצבים אלה. ראו "דוקורייטס" – להגנה על חופש הביטוי ועל הזכות להפגנה ומחאה" (2019) <https://docorights.org.il/>. עם זאת, ברור כי מהימנתו של תיעוד זה עשויה ללקות בחסר הן בשל זהות הגוף המתעד והן בשל הקושי בהבאת תיעוד מלא.

Gali Perry, Tal Jonathan-Zamir & David Weisburd, *The Effect of Paramilitary Protest Policing on Protestors' Trust in Police: The Case of Occupy Israel Movement* 51(3) LAW & SOC. REV. 602 (2017); Sergio Herzog, *Militarization and Demilitarization Processes in the Israeli and American Police Forces: Organizational and Social Aspects*, 11 Policing & Soc.: AN Int'l J. 181 (2001); David Weisburd, Tal Jonathan & Simon Perry, *The Israeli Model for Policing Terrorism*, 36 CRIM. JUST. & BEHAV. 1259 (2009); עמיקם הרפז "משטרת ישראל: אכיפת חוק, שירות לציבור וביטחון פנים – סקירת ספרות" העיקר במחקר 8, 46 (2018).

ציבורים מסוימים,⁴³ לחץ ציבורי⁴⁴ או רצון לשרת קבוצות או גורמים פוליטיים.⁴⁵ כל אלה יוצרים סיכון מוגבר עבור אוכלוסייה שהנטייה לפגוע במחאתם גבוהה יותר.⁴⁶ על כן, ניתן להעריך באופן זהיר כי ככל שהפגנה זוכה ללגיטימציה ציבורית נמוכה יותר וככל שהפגנה מתקיימת רחוק יותר מהעין הציבורית, כך גוברים הסיכויים להפרות מצד המשטרה, ולהפך. כאן המקום להדגיש כי חופש הפעולה הפעולה של המשטרה עשוי להוביל גם למצבים הפוכים בהם תיטה המשטרה לאפשר את התקיימותן של הפגנות אף שהן מבוצעות בחלקן באופן בלתי חוקי או בניגוד להגבלות שנקבעו על ידה.⁴⁷ הווה אומר כי מקום שבו המשטרה

⁴³ תא (שלום ת"א) 5360-07-15 **פרנקוביץ נ' משטרת ישראל** (נבו 18.6.2017); דוד ליבאי "הזכות להתקהל והפגין בישראל" **עיוני משפט** ב 54, 65 (1972); ראו פירוט בעמ' 15.

⁴⁴ כך למשל בהפגנות קהילת יוצאי אתיופיה בקיץ 2019 נטען כי המשטרה נהגה באיפוק כנגד המפגינים. איפוק זה, אשר חרג מהנהלים המקובלים במשטרה בא על רקע הסיבות שהובילו למחאה עצמה ורצון המשטרה ל"הרגיע" את כעס קהילת יוצאי אתיופיה נגדה. אבי אשכנזי, יואב איתאל, דנה ירקצי, יניר יגנה, טל שלו, מאיה הורודניצ'אנו ואור רביד "מחאת יוצאי אתיופיה נמשכת: הפגנות צפויות בנתב"ג ובקיסריה" **וואלה! NEWS** 3.7.2019 <https://news.walla.co.il/item/3245324>. במקביל לאחת מההפגנות הללו התקיימה הפגנה של חרדים שמחו גם הם על אלימות המשטרה נגדם. באותו המקרה דווח על יחס משטרתי שונה עבור כל אחת מההפגנות. אהרן רבינוביץ, יהושע (ג'וש) בריינר, נעה שפיגל, אלמוג בן זכרי ובר פלג "כשהזעם והכאב מתפוצצים: חמש תמונות מלב ההפגנות של יוצאי אתיופיה" **הארץ** 3.7.2019 <https://www.haaretz.co.il/news/local/premium-MAGAZINE-1.7433608>

⁴⁵ כך למשל נטען כי התנהלות המשטרה הובילה לצמצום חופש המחאה של מפוני גוש קטיף במטרה לרצות את דעת הקהל הציבורית שתמכה באותה העת בפניו חבל עזה. בועז סנג'רו "ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית: 'דמוקרטיה מתגוננת' או דמוקרטיה מגומדת? – על טיפול של רשויות אכיפת החוק – המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט – בהתנגדות להינתקות" **ספר אורי קיטאי אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט** 193, 206–222 (בועז סנג'רו עורך 2007); ביחס לחץ גורמים פוליטיים ראו תגובת המדינה לבקשות העותרות למתן צו ביניים בבג"ץ 8987/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (15.3.23). תיאור ניסיון ההתערבות מופיע לאורך התגובה ובמיוחד בס' 23–25. במסגרת תגובת השר לביטחון לאומי לבקשה לצו ביניים אשר צורפה לתגובת המדינה כנספח מ/ש1, מפרט השר על נסיגות התערבות שונים של שרים קודמים. ראו סעיפים 17–29 לתגובה השר.

⁴⁶ William Smith, *Policing Democracy: Race, Riots and Protest*, 13 PERSPECTIVES ON Christian Davenport, Sarah A. Soule & David A. Armstrong II, ;POLITICS 774–777 (2015). *Protesting While Black? The Differential Policing of American Activism, 1960 to 1990* AM. SOC. REV. 76 (2011) לצד חסרונם של נתונים מהימנים על הטיות אלה בישראל, הטענות הנוגעות לאכיפה בררנית וחוסר סובלנות לקבוצות שונות בחברה הן עניין חוצה מגורים. ראו למשל יואב איתאל "במגזר הערבי דורשים ועדת חקירה לאחר ההפגנה באום אל-פחם: 'משטרה גזענית'" **וואלה! חדשות** 26.2.2021. יוגב כרמל "מדינת משטרה, מבט מבפנים: כך נראית התעמרות המשטרה במפגינים" **מוסף כלכליסט** 8.10.2020. יקי אדמקר "החרדים בממשלה זועמים על התנהלות המשטרה: 'לא נשלים עם האלימות'" **וואלה! חדשות** 12.7.2020

⁴⁷ עניין **פרידה**, לעיל ה"ש 5, פס' 35 לפסק הדין של השופט פוגלמן; בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל החלטת השופט סולברג מיום 16.11.21 (אר"ש 16.11.21); טענות דומות הושמעו כנגד מחאות אשר זכו, לפחות בחלקים מסוימים שלהן, ללגיטימציה מצד המשטרה. כך למשל בהפגנות בני העדה האתיופית על הריגתו של סלומון טקה בידי שוטר בהם הנחיגה המשטרה בתחילת המחאה מדיניות הכלה. על כך דווח בתקשורת בין היתר כי "המשטרה לא התערבה ואפשרה מחאה ממושכת, אבל זו הולידה אחרי רדת הערב אנרכיה של ממש". כתבי ynet

עשויה לנהוג באכיפת יתר, היא עשויה, באותה מידה לנהוג באכיפת חסר.⁴⁸ כך למשל במרץ 2023, על רקע הפגנות נרחבות שהתקיימו ברחבי הארץ נגד התוכנית לשינויים במערכת המשפט, נטען על ידי השר לביטחון לאומי כי מפקד מחוז תל אביב נוקט ביד קלה עם המפגינים ומאפשר להם לחסום צירים בניגוד לדין.⁴⁹ קשה להעריך את היחס בין התופעות באותה מידה שקשה להעריך את גודלה של תופעת פיזור ההפגנות שלא כדין על-ידי המשטרה. קשיים אלה נובעים מהעדרם של נתונים מהימנים בנוגע למספר ההפגנות אותן המשטרה פיזרה או מנעה שכן משטרת ישראל כלל אינה אוספת נתונים בנושא⁵⁰ ואף החריגה באופן מיוחד את השימוש במצלמות הגוף, בהם משתמשת המשטרה כדי לתעד את פעולות שוטריה במסגרת תוכנית פיילוט, בזמן שיטור הפגנות.⁵¹

עמדתה הרשמית של המשטרה, כפי שהובהרה על ידה לא פעם במסגרת הליכים משפטיים הינה כי היא "מחוייבת להבטיח את חופש ההפגנה ושלום המפגינים".⁵² עמדה זו מבירה כי מבחינה ארגונית-מוסדית, קיבלה על עצמה המשטרה את תפקידה כאחראית על מימוש חופש המחאה.⁵³ ואולם, גם מנקודת הנחה לפיה המשטרה מחוייבת להבטחת חופש ההפגנה, שלום

"המחאה יוצאת משליטה: עימותים, פצועים, מעצרים ונוק לרכוש" ynet 2.7.2019 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5541890,00.html>; בהפגנות אחרות, בהם חסמו ארגוני נכים כבישים רבים בישראל ללא תיאום מוקדם נטען על ידי המפגינים עצמם כי "המשטרה חסמה את הכביש עוד לפני שהגענו אליו והיא זו שמאפשרת לנו להפגין במקום". יובל בגנו ואלון חכמון "כביש 4 נפתח להנועה לאחר הפגנת נכים, ארבעה מפגינים נעצרו" מעריב 13.8.2017 <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5541890,00.html>

⁴⁸ לעיסוק בשאלת אחריותם של מפגינים בשל "הפגנה רשלנית" ראו: Timothy Zick, *The Costs of Dissent: Protest and Civil Liabilities*, 89 GEO. WASH. L. REV. 233 (2021).

⁴⁹ תגובת המדינה לבג"ץ 8987/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, לעיל ה"ש 45. על רקע טענות אלו החליט מפכ"ל המשטרה להעביר את מפקד מחוז תל אביב מתפקידו, החלטה אשר הוקפאה לאחר התערבות היועצת המשפטית לממשלה, ולבסוף בוטלה. כמו כן ראו החלטה מיום 18.3.2023 בבג"ץ 8987/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (אר"ש).

⁵⁰ כך, למשל, בעתירה סביב חוקיות הגבלת ההפגנות בתקופת הקורונה הודיעה המדינה כי אינה יודעת לבצע הבחנה בין קנסות שניתנו על רקע השתתפות בהפגנה או על רקע של הפרת תקנות אחרת וזאת מתוך מטרה למנוע קיום של רישום שייבא ליצירת מאגר של שמות מפגינים ראו עניין **אחריות לאומית**, לעיל ה"ש 2, פס' 44 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 4.4.2021); **בקשת חופש המידע**, לעיל ה"ש 41.

⁵¹ ס' 6.א. לנוהל השימוש מצלמות גוף **נהלי אג"ם משטרת ישראל** מספר הנוהל 220.003.16. בדומה לעניין הקנסות נקבע כי הפגנות יוחרגו מהנוהל במטרה למנוע יצירת מאגר מצולם של משתתפי הפגנות. אולם לצד ההחרגה נוהגת משטרת ישראל להביא צוותי תיעוד להפגנות משמעותיות אותן היא אוכפת כך שמאגר חלקי מסוג זה, מתקיים בפועל. ראו למשל מור שמעוני "למה המשטרה עוקבת אחרי פעילת מחאה בהפגנות?" **וואלה! חדשות** <https://news.walla.co.il/item/2548320>

⁵² ראו למשל פס' 5 לתגובה מקדמית מטעם המשיבה 1 בעניין **פדידה**, לעיל ה"ש 5.

⁵³ לנטילת האחריות חשיבות גם ביחס לשאלת יחסי הגומלין שבין הזכות לחובה המוכרת גם "כטבלת הזכויות של הופפלד". בהתאם ליחסי גומלין אלו, לצד הזכות החוקתית למחאה, נדרש כי תוטל חובה על גורם מסוים שיבטיח את מימושה. Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, AM. LEGAL REALISM 45, 45-46 (William w. Fisher et al. Eds., 1993)

המפגינים והסדר הציבורי, ולהן בלבד, מקום בו קיים שיקול דעת רחב – טעויות עלולות להתרחש – חלקן בשל הטיות פנימיות של השוטרים בשטח⁵⁴ וחלקן בשל טעויות מבצעיות.⁵⁵ למרות התרחשותן של טעויות מעת לעת, כפי שאראה בהמשך, האופן בו מעוצב הדין מקשה לבסס הגנה אפקטיבית של הזכות למחאה. בשל כך נדרשת המסקנה כי יש לבצע שינוי בעיצוב גבולות המחאה כפי שאלה נתפסים על ידי המשטרה. שינוי זה יכול שיתבצע בשני מישורים שונים. מישור ראשון, בו לא אעסוק במאמר, הוא הבניית כללים ברורים יותר שיסייעו לאכיפה שיויונית, כפי שנקבע בעניין **טבקה**.⁵⁶ המישור השני הוא הרחבת האפשרות לסעד במקרה של הפרת הדין.

ג. המשפט האזרחי כאמצעי הגנה על זכויות

הקריאה לפנות למשפט האזרחי כאמצעי להגנה על הזכות לחופש המחאה אינה דבר ייחודי והוא חלק ממגמה מהעשורים האחרונים לשימוש במשפט האזרחי לצורך הגנה על זכויות אדם.⁵⁷ פנייה זו נעשית למרות יתרונותיו של ההליך הציבורי המאפשר פרוצדורות דינויות פשוטות יחסית, נראות ציבורית גבוהה יותר ואת יצירתם של תקדימים מחייבים במקום סעדים אד-הוקים.

הסיבות לעלייתו של המשפט האזרחי על פני המשפט המנהלי והחוקתי אינן מוחלטות וקיימות סברות רבות לכך,⁵⁸ כמו למשל, התעצבותן של נורמות מבוססות זכויות אדם במשפט האזרחי, סל עילות רחב לעומת המשפט הציבורי, האפשרות ליצירת צדק מאחה ועוד.⁵⁹ לעיתים, הפער בין ההליכים הביא למקרים של טשטוש תחומים בין ההליך האזרחי לציבורי ולמצבים בהם תובעים אף נמנעו מנקיטת הליכים במשפט הציבורי ופנו להגשת תביעות נזיקיות תוך ביצוע פורום שופינג במקום לפנות לערכאה הרלוונטית.⁶⁰ סוגייה זו נדונה בעניין **גליק**⁶¹ שם

⁵⁴ בג"ץ 4455/19 **טבקה נ' משטרת ישראל** פס' 39–41 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

⁵⁵ כך למשל טען גם מפקד מחוז מרכז במהלך דיון בנושא בוועדת הפנים בכנסת כי "האם בחלק מהמקרים שוטרים איבדו את זה? התשובה היא כן. האם יש שוטרים שהחילו אג'נדה שלהם? התשובה היא כן". ראו דני זקן "מפקד ממ"ז מרכז הודה: היו מקרים בהם שוטרים 'איבדו את זה'" **גלובס** 17.12.2020 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001353597>

⁵⁶ עניין **טבקה**, לעיל ה"ש 54. יש לציין כי המחלוקת המשפטית בעניין **טבקה** עסקה בעצם הסמכות להפעלת הנוהל כפי שהיא משתקפת מהחוק ואילו במקרה של אכיפת הפגנות, שאלת הסמכות אינה במחלוקת. כמו כן ראו בהקשר זה גם את החלטת המשנה לנשיאה הנדל בדנג"ץ 2707/21 **משטרת ישראל נ' טבקה** (אר"ש 29.12.2021).

⁵⁷ דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני חוזים ונזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11 (2009). (להלן: **המהפכה השקטה**). אלמנט נוסף לתופעה, החורג מגדרי המאמר הוא הפיכתה של התובענה הייצוגית לכלי לאכיפת זכויות. ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935–952 (2016); אסף פייק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** כרך ו (2014).

⁵⁸ Yofi Tirosh, *Diminishing Constitutional Law: The First Three Decades of Women's Exclusion Adjudication in Israel*, INT'L J. of CONS. L. (2020).

⁵⁹ ראו **המהפכה השקטה**, לעיל ה"ש 57.

⁶⁰ להרחבה ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואיבודאות במשפט" **דין ודברים** ו 17 (2011).

נקבע כי הימנעות מנקיטת הליכים במשפט הציבורי עשויה להביא להקטנה של פיצוי ואף לשלילתו, גם במקרים של מעשה רשלני מצד הרשות. בפסק דינו קבע גם השופט עמית כי יש להיזהר מעקיפת ההליך הציבורי במקרים של התרשלות שמקורה בהפרה של נורמה מנהלית או חוקתית אותה הוא מכנה "עוולה היברדית". לצד הלכה זו, הוסיף השופט עמית כי במקרים בהם הפרת הנורמה המנהלית יצרה מעשה עשוי שלא ניתן היה לעתור כנגדו העדר מיצוי הליכים אינו יביא לשלילת הגשת תביעה אזרחית או קביעה לפיה התובעים לא פעלו לצמצום נזקם.⁶² בעניינו הרי שהדרך המשפטית היחידה לתקוף פיזור הפגנה – שהוא מעשה עשוי, היא הגשת תביעה נזיקית.

מעבר לאפשרות אפקטיבית להכרעה שיפוטית, הבדל נוסף בשימוש במשפט האזרחי הוא האפשרות לקבל פיצוי מטעם הרשות במקרה שהוכח שהחלטה על פיזור ההפגנה נעשתה ברשלנות. הבדל זה משמעותי גם מן הטעם שהוא מספק לתובעים תמריץ משמעותי לעצם הגשת התביעה. זאת כאמור, להבדיל מהמשפט הציבורי, שככלל לא מאפשר קבלת סעד ממוני.⁶³ הבדל אפשרי נוסף שמעניק יתרון יחסי למשפט האזרחי מתבטא בפער שבין סטנדרט בחינת סבירות החלטת הרשות במשפט האזרחי, לבין הסטנדרט המחמיר יותר, במשפט המינהלי.⁶⁴ בנוסף לכל אלה קיימת השערה נוספת שנוגעת ליתרונות המשפט האזרחי וקשורה להיבטים מוסדיים. השערה זו גורסת כי הגשת תביעות באפיק האזרחי מאפשרת לתובע לנהל את הליכיו בערכאות הנמוכות שאינן מייצרות תקדימים ולכן הן לא חוששות להכריע בסוגיות עקרוניות ובכך מקנות לתובע קרקע פורייה יותר לטעון בה.⁶⁵

בהמשך לכך, נוכח העובדה כי במשפט האזרחי הפוגע עשוי להידרש לפצות כספית את הנפגע, נוצר היתרון הנוסף והוא שיקול ההרתעה. כך, לדוגמה, נניח כי מוגשת למשטרה בקשה לאישור הפגנה והמשטרה איננה מעוניינת, מסיבות שונות, בקיומה של הפגנה זו. למשטרה עומדות שתי אפשרויות, הראשונה היא מתן אישור להפגנה ונשיאה בעלויות האבטחה⁶⁶ והשנייה היא הבחירה שלא לאשר את ההפגנה ובכך להימנע מנשיאה בעלויות אלה. במקרה בו בוחרים המפגינים המסורבים לפנות לבית המשפט ובקשתם מתקבלת, הרי שהמשטרה תימצא באותו המצב אילו הייתה מאשרת את ההפגנה מלכתחילה. כך נוצר מצב לפיו ככל שלא קיימות עלויות נוספות בניהול ההליך המשפטי, אין למשטרה או לכל רשות אחרת תמריץ חיצוני לאשר

⁶¹ עניין גליק, פס' 4 לפסק הדין של השופט עמית, לעיל ה"ש 36.

⁶² שם, פס' 45 לפסק הדין של השופט עמית.

⁶³ שני חריגים לכך הם דיני המכרזים וסעיף 5(ב)2 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

⁶⁴ אריאל פורת **נזיקין** כרך א, עמ' 220–222 (2013); יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד הציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" **משפטים** טו 245, 261 (1985).

⁶⁵ David E. Klein, *Making Law in the United States Courts of Appeals* (2002). בניגוד להשערה זו קיימת טענת נגד לפיה שופטי ערכאות נמוכות עשויים לנטות שלא להכריע בסוגיות עקרוניות בשל חשש מהפיכת החלטתם בערעור, ומשכך, נוהגים בשמרנות ובהזירות רבה יותר מבית המשפט העליון. לדיון בסוגיה ראו עמ' 35–39.

⁶⁶ בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1), 200 פס' 10 לפסק הדין של הנשיא ברק (2006).

הפגנות, אלא להפך. קל וחומר בשיטור במהלך ההפגנות עצמן שם התמריץ עבור הרשות נמוך עוד יותר שכן היעדר היכולת לזכות בציווי שיאפשר את המשכה של ההפגנה, מביא לכך שהמפקד בשטח רשאי להורות על סגירה של הפגנה אף מבלי שיידרש להצדיק החלטה זו בבית המשפט. מאידך גיסא, שימוש במשפט האזרחי עשוי להביא להפנמה של החצנות אלה שבתורה תביא את הרשות לשקול את כדאיות פיזור ההפגנה. כך תיווצר הרתעה יעילה, אשר נמנעת בהעדר הפנמת ההחצנות.

מנגד יצוין כי להליך האזרחי גם חסרונות יחסיים ובהם ניהול הליכים באופן מורכב וארוך יותר (למשל עדים או גילוי מסמכים). כמו כן, במקרה של עותרים ציבוריים, כפי שקורה לעיתים בעתירות שנוגעות להפגנות, להליך האזרחי עשויה להיות נראות נמוכה יותר וההחלטה בו בעלת השפעה משמעותית פחות כלפי הרשות והערכאות הנמוכות.

יש הטוענים כי כוחם של דיני הנזיקין ככלי הגנה חברתי הוא מוגבל למדי,⁶⁷ ובייחוד כאשר מדובר בפעילות שוטרים אשר זוכים לחסינות על פי חוק ואינם נושאים בעלויות התביעה בעצמם.⁶⁸ אף שיש בטענה זו ממש, היא מתעלמת מגורמים חיצוניים לעלויות כמו רצון להימנע מהשתתפות בהליכים המשפטיים עצמם (דוגמת עדות בבית המשפט), חשש מהשפעה על אפיק הקידום או תיוג ציבורי. אף שהשניים האחרונים אינם יחודיים דווקא להליך משפטי הם מקבלים משנה תוקף בשל פומביות ההליכים ופרסומם. לצד זאת, בשל כך שממילא ישנם גורמים רבים שמשפיעים על השוטרים בשטח, קשה לאמוד עד כמה החשש מהשתתפות בהליכים משפטיים יכולה להרתיע התנהלות לא תקינה של שוטרים, בשיטור הפגנות, או בכלל.

לצד השפעה אפשרית על השוטרים עצמם, לתביעות הנזיקין קיימת השפעה פוטנציאלית על המשטרה כארגון. בשנת 2009 החליטה משטרת ישראל על הקמת מדור נזיקין שתפקידו לרכז את הטיפול בכלל תביעות הנזיקין שמוגשות נגד המשטרה ושוטריה ובדרישות לפיצוי בגין נזקים, המוערכות בסכום של כרבע מליארד ש"ח בשנה.⁶⁹ באופן רחב, תפקידו של המדור הוא ליווי הייצוג (שניתן באמצעות פרקליטות המדינה) בערכאות והפקת מסקנות להמשך. החל משנת 2015, מפרסמת משטרת ישראל דו"ח המפרט על אודות תשלומי הפיצוי ששילמה בשל תביעות נזיקין שהוגשו נגדה.⁷⁰ על אף קיומם של נתונים שייתכן והיו עשויים לתת אינדיקציות

⁶⁷ נעמי לבקרון ואח' "שימוש פסול בכוח במשטרת ישראל בראי המשפט: תובנות ראשוניות מן הפסיקה" **משפט, חברה ותוכנות** ד 193, 217 (נעמי לבקרון ותמר קריכליכץ עורכות 2021); GEORGE P. FLETCHER, THE LIABILITY OF HUMAN RIGHT ABUSES (2008).

⁶⁸ Richard Emery & Ilann M. Maazel, *Why Civil Rights Lawsuits Do Not Deter Police Misconduct: The Conundrum of Indemnification and a Proposed Solution*, 28 FORDHAM URB. L. J. 587, (2000); ס' 4 לפקודת המשטרה וס' 7 לפקודת הנזיקין. יצוין כי בהתאם לס' 7 לפקודת הנזיקין רשאית המדינה לבקש כי תוסר חסינותו של שוטר במקום שבו פיזור ההפגנה נעשה "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".

⁶⁹ משטרת ישראל **דין וחשבון שנתי 2009** עמ' 71 ו-150 (2009). משטרת ישראל **נתוני הנזיקין של משטרת ישראל תמונת מצב לשנת 2021** (2022) הפרסום נעשה בעקבות בקשת חופש מידע בה פורסמו הדו"חות לשנים 2013 ו-2014. החל משנה זו פרסמה המשטרה לפרסם דו"ח זה באופן עצמאי. בקשת חופש מידע 3466 סימוכין: 20050915 (עותק מצוי בידי המחבר).

להשפעות ההליכים האזרחיים על התנהלות המשטרה, דוגמת ירידה רצופה בסכום הפיצוי עבור נזק שנגרם כתוצאה משימוש בכח, קשה להפיק מהדו"חות המפורסמים תמונה של ממש.⁷¹ הקושי להפקת מסקנות מאותם הדו"חות נובע מסיבות שונות כמו תיוגם של כ-25% מסכום הפיצוי תחת הקטגוריה "אחר", העדר פירוט התיקים שנגמרו בהסדר פשרה לפני הגשת תביעה ואי סיווגן של התביעות. אולם, עצם קיומם של נתונים שנתיים מסודרים וניתוחם על ידי המשטרה, מלמדים כי למשטרה קיימת יכולת לנתח באופן אמפירי את הנתונים ולהבין כיצד שינוי נהלי עבודה, עשוי להשפיע על התביעות המוגשות כנגדה. באופן הזה, ככל שתחום מסוים הופך למשמעותי יותר מבחינות היקף העיסוק וגובה התביעות, כך התמריץ של המשטרה לפעול לשינוי גדל.

כאן המקום לציין שהרתעת המשטרה באכיפת ההפגנות שתוביל לאכיפת חסר היא בעיה אפשרית אך משנית. החשש מתמריץ שלילי שיצור הרחבת החבות אינו מהווה, כשלעצמו, סיבה מספקת לשלילת הזכות. באופן הזה יש לומר כי הרחבת האחריות היא איננה הבעיה אלא מהווה את הפתרון לבעיית ההרתעה הקיימת. הטעון לפיו הרחבת חבות המדינה תביא להרתעת יתר בעייתי, הואיל וכל הרחבת חבות בנוזיקין עשויה להביא לשינוי ברמת ההרתעה במידה מסוימת, ואף לעיתים לרמה האופטימלית.⁷² ככל שהרחבת מעגל החבות עבור חופש הביטוי תיצור נטל חריג שהמדינה לא תוכל לעמוד בו, המדינה תוכל בכל שלב לבצע התאמות חקיקה שיאזנו את ההטייה במטרה להגיע להרתעה אופטימלית.⁷³

לצד הקשיים בהערכת השפעת השימוש בדיני הנוזיקין, עצם העובדה שהפגיעה בחופש המחאה הנעשית בדרך של "מעשה עשוי" נעדרת אפשרות מנהלית אחרת לסעד לטובת הנפגע, היא זו שהופכת את המשפט האזרחי, בהינתן הדין הקיים, לכלי אפקטיבי ורלוונטי לאכיפת התנהלות המשטרה. יצויין שגם החשש כי השימוש במשפט האזרחי עשוי להוביל למניפולציות דיוניות של נפגעים פוחת בשל יכולתו של בית המשפט לנקוט באמצעים המתאימים בהם הוא מזהה מניפולציה שכזו – דחיית או מחיקת תביעות והפנייתן לערכאות הרלוונטיות וכן שקלול סכום הפיצוי בהתחשב ביכולתם של התובעים להקטין את נזקם באמצעים מינהליים, בהתאם להלכת גליק.

המצב הקיים בישראל הוא כי הגשת תביעות נזיקיות על פגיעה בזכות להפגין מהוות את החריג שבחריגים. העדרן מפתיע עוד יותר שכן גם במסגרת תביעות שהוגשו על נזקים שנגרמו על ידי המשטרה במהלך הפגנות, תובעים רבים לא מצרפים את הפגיעה בזכותם להפגין ברכיבי הפיצוי.⁷⁴ העדר התביעות עומד בהלימה גם למספר התיקים הנמוך, באופן חריג, שנפתחו

⁷¹ משטרת ישראל נתוני הנוזיקין של משטרת ישראל תמונת מצב לשנת 2019 (2020); משטרת ישראל נתוני הנוזיקין של משטרת ישראל תמונת מצב לשנת 2021 (2022).

⁷² ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, לט (1) 113 (1985) (להלן: עניין גורדון).

⁷³ פורת, לעיל ה"ש 64, עמ' 25–53.

⁷⁴ ראו למשל ת"א (שלום ים) 9253-09 פלוני נ' משטרת ישראל (נבו) 23.10.2014.

במחלקה לחקירות שוטרים כנגד אלימות שוטרים על אלימות שהופעלה במהלך הפגנות⁷⁵ אשר יחדיו משקפים מציאות של העדר דיווח וביקורת על התנהלות המשטרה בהפגנות.

ד. הגנה על פגיעות בחופש ההפגנה דרך דיני הנזיקין

הקושי בתביעת רשלנות על פגיעה בחופש ההפגנה קשור בין היתר בניסוח הקיים של פקודת המשטרה ובייחוד בהגדרת המונחים 'הפרעה לשלום הציבור' ו'חשש להפרעה לשלום הציבור', אשר נתונות לפרשנות רחבה.⁷⁶ בשל עמימותן של הגדרות אלה, עודכנו לאורך השנים, בפעם האחרונה בשנת 2022 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה במטרה ליצור קווי מתאר ברורים ומפורטים יותר להתנהלות המשטרה בהפגנות, לרבות הגדרת המושג שלום הציבור.⁷⁷ במסגרת ההנחיות פורטו השיקולים שעל המשטרה לקחת בחשבון במקרים של פיזור הפגנה, תוך התייחסות ברורה לחשיבותה של הזכות להפגין ופורטו, כחלק מרשימה פתוחה, מקרים אשר עשויים לעורר אינדיקציה לכך שמתקיים יסוד סביר של חשש להפרת שלום הציבור. כך למשל קובעות ההנחיות כי חסימת מדרכה או כביש באופן שיפריע את תנועת הרכבים או הולכי הרגל, פגיעה ברכוש, כניסה למקרקעין פרטי ללא רשות או גרימת מטרד על ידי רעש מהוות עילה לסיום הפגנה.⁷⁸

בניגוד למצבים הברורים בהם המפגינים מבצעים את המעשה שמפקיע את הזכות ובכך מביאים לסיום את זכותם להפגין, ההנחיות עדיין מאפשרות שיקול דעת רחב בנוגע לאפשרות התקיימות נסיבות שיאפשרו את פיזור ההפגנה. למשל, ההנחיות הקיימות מאפשרות פיזור של הפגנה במקרה בו קיים חשש כי זו תפריע לתנועה התקינה של הולכי רגל או תגרום למטרד רעש. בהינתן זה, הרי שברמה הפרקטית, כמעט כל הפגנה, עשויה לעורר חשש לפגיעה או חשש

⁷⁵ לבנקרון ואח', לעיל ה"ש 67 בעמ' 228.

⁷⁶ ס' 79 לפקודת המשטרה; לנומרות חקיקתיות שונות, משקל שונה בהערכת סבירות התנהגות המזיק והן נבחנות בהתאם לסוג הנורמה. כך למשל נקבע בע"א 3889/00 **לרנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 304, 315 (2002) כי בנומרות צבאיות ישמשו כאינדקציה בלבד לצורך בחינת התרשלות. להבדיל, בפסק דין ע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס**, פ"ד נח(5) 167, 187 (2004), נקבע כי החובה הכללית המצוינת בסע' 3 לפקודת המשטרה שקובעת את תפקידי המשטרה, יוצרת, על אף כלליותה, את סטנדרט ההתנהגות הרצוי של המשטרה. להרחבה ראו **דיני נזיקין – גבולות האחריות** 520–533 (2012). בענייננו, טרם נקבעה בפסיקה מהי מידת ההתאמה שבין נוסח הפקודה לסטנדרט ההתנהגות לצורך התרשלות. עם זאת, הפקודה היא מקור הסמכות לפעולת המשטרה כאשר היא מפזרת הפגנה, ולכן עצם ההתרשלות תלויה בהתקיימות הנסיבות העובדתיות בהפגנה או לפרשנות המשטרה להתרחשות במקום, שהובילו להחלטה על פיזור. כך הוראות ככל שהנסיבות להן עמומות וכלליות יותר, הופכת יכולתם של תובעים להוכיח כי המשטרה בהתנהגה באופן לא רצוי הופכת לקשה יותר, וודאי בהתקיים הפער הראייתי בין הצדדים.

⁷⁷ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר חירות ההפגנה עדכון: ג' בשבט תשפ"ב, 5 בינואר 2022 מספר הנחיה: 3.1200 (21.566, 21.561).

⁷⁸ שם, הנחיה 16–21; ס' 151 לחוק העונשין, התשל"ד-1977.

למטרד רעש.⁷⁹ באופן הזה למשטרה קיימת כיום אפשרות כמעט ובלתי מוגבלת למנוע קיומה של כל הפגנה. נוסף על כך, החשש מפני הפרת שלום הציבור על ידי מי שאינם המפגינים, מאפשרת גם היא מרחב שיקולים רחב למדי.

נוסחת האיזון לפיזור הפגנה מקלה יותר ומקנה שיקול דעת רחב יותר מזו שעומדת למשטרה במהלך אישור ההפגנה. כך למשל, סירוב למתן רישיון הפגנה ינתן "רק בהתקיים הסתברות קרובה לוודאית כי ההפגנות במקום יגרמו לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בביטחון הציבור"⁸⁰ כאשר צמצום חופש המחאה יעשה "רק במידה הנדרשת כדי למנוע פגיעה כאמור".⁸¹ עבור שלילת הזכות להפגין במהלך ההפגנה נוסחת האיזון שונה ומאפשרת חופש פעולה רחב יותר לשוטרי שבשטח. מצד אחד, טווח הפעולה הרחב נדרש בשל האתגר שמציבה ההתמודדות עם ההפגנה במקום. מהצד השני אותו טווח פעולה חשוף פחות לביקורת משפטית שכן כאמור אינו נבחן במסגרת ההליך הציבורי, וסתירתו בהליך הנזיקי בעלת קושי הוכחה מובנה. גם על פי עקרון הדואליות הנורמטיבית, אותה צמצם השופט עמית בעניין גליק, הפרתן של נורמות מהמשפט המנהלי אינן מובילות בהכרח לקביעה כי המשטרה התנהלה באופן רשלני. באותו אופן גם היעדר ציות להנחיות שנקבעו בפסיקה או על ידי היועץ המשפטי לממשלה לא בהכרח יוביל לקביעה דומה.⁸²

הפעלת סמכות משטרתית במקום בו קיים שיקול דעת רחב יוצרת באופן מובנה חשש מפגיעה בזכויות אדם. הדבר נכון לשיטור הפגנות אך רלוונטי לתחומים שונים בהם פועלת המשטרה. כך למשל, נדון מרחב שיקול הדעת בהקשר אחר בעניין טבקה, בו הורה בית המשפט על ביטולו של נוהל ההזדהות אשר בין היתר, נוסח באופן עמום שהרחיב את שיקול הדעת של המשטרה. את החלטתה, נימקה הנשיאה חיות בטעם כי במקום בו מתווה הפעלת סמכות אינו מפורט דיו "קיים חשש שהסמכות תופעל בשרירות ובאופן שיוביל לפגיעה בזכויות אדם".⁸³ אולם היכולת לקבוע כללים מוגדרים כפי שנעשה בהתאם להחלטת בית המשפט היא חלקית בשל הצורך במתן שיקול דעת לשוטרים בשטח. כך למשל בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון שעסק בהפגנות שנערכו מול ביתו של היועץ המשפטי לממשלה, נקבע כי יש לקבוע כללי מסגרת ברורים אשר יעניקו ודאות ליכולת מימושו של חופש ההפגנה.⁸⁴ כשנתיים לאחר מתן פסק הדין, פרסמה משטרת ישראל נהלים חדשים אשר לטענתה מעניקים יותר ודאות

⁷⁹ ראו, למשל, עניין פלונית, להלן ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. ; עניין שפירא, להלן ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

⁸⁰ עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 28, פס' 24 לפסק הדין של השופטת חיות. שם.

⁸¹ עניין גליק, לעיל ה"ש 36, פס' 26 לפסק הדין של השופט עמית; רונן פוליאק "שלושה מושגים של דואליות נורמטיבית" פורום עיוני משפט מג 24–57 (2020).

⁸² עניין טבקה, לעיל ה"ש 54.

⁸³ עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 28, פס' 44 לפסק הדין של הנשיאה חיות, פס' 20 לפסק הדין של השופט פוגלמן ופס' 2–6 לפסק הדין של השופט דנציגר.

בשאלת הצורך בקבלת רישיון להפגין.⁸⁵ באופן דומה, גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה עודכנו כאמור בשנת 2022, תוך התייחסות לביצוען של הפגנות בסמוך לביתם של עובדי מדינה ונבחרי ציבור.⁸⁶

מתן טווח שיקול הדעת בשטח, במקום בו נדרשת מלאכת איזון בין זכויות, מתחייב מתוקף עבודת שיטור ההפגנות והוא בלתי נמנע.⁸⁷ בשל כך גם טעויות בהפעלת שיקול הדעת הן בלתי נמנעות. מתח זה מציף אפשרות לשאלות פרשניות רבות. למשל, כאשר המשטרה מפזרת הפגנה החל משעה מסוימת על אף שהסמכות שניתנה לה לאותה שעה נוגעת לאכיפת השימוש באמצעי כריזה⁸⁸ – האם פעולתה נעשית בחוסר סמכות או שמא מדובר בצעד בלתי נמנע כחלק מחובתה לאכוף את חוקי הרעש? ובהמשך לכך, האם במקום בו קיים מיעוט שמסרב לציית להוראות המשטרה, פיזור כלל המשתתפים יחשב לצעד מידתי? שאלות אלה נעדרות תשובה מוחלטת וקשה לסכמן באמצעות נוהל סדור, ועל כן עליהן להיבחן ממקרה למקרה. בעניין זה יובהר כי עיקר הדיון ביחס להטלת אחריות על המשטרה במקרה של פיזור רשלני נוגעת להתרשלות בעצם ההחלטה על הפיזור. בהתאם, ובאופן מובחן מהדיון הקיים בספרות על חובת הזהירות של רשויות שלטוניות כאשר הן מבצעות שיקולי מדיניות,⁸⁹ הסוגיה המרכזית בשיטור הפגנות נסובה סביב הפעלת סמכויות המשטרה – קרי השאלה האם המשטרה החלטת המשטרה להורות על פיזור ההפגנה תואמת את הקריטריונים שהותוו בחקיקה, בנהלים ובפסיקה.

האתגר הגדול בקביעת מתחם שיקול הדעת נמצא במקומות בהם נמנעת הזכות הלגיטימית של המפגינים להפגין על ידי המשטרה ללא אשם.⁹⁰ אפשרות זו מעלה קושי מהותי, שכן מן הצד האחד מוכרת זכותו של האזרח להביע את מחאתו, ומנגד קיימת בפני המשטרה האפשרות

⁸⁵ מנגד, פרסום זה נתפס על ידי ארגונים שונים כניסיון מצד המשטרה לעקוף את פסיקת בג"ץ ולצמצם את חופש ההפגנה: יהושע (ג'וש) בריינר ובר פלג, "המשטרה גיבשה נוהל חדש העוקף את פסיקת בג"ץ ומאפשר לה להגביל הפגנות" **הארץ חדשות** 19.8.2019 <https://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.7695014>; בשל טענה לצרכים מבצעיים של המשטרה רק חלק מן הנהלים והנחיות הפנימיות הנוספות באשר לפיזורן של הפגנות פורסמו פנימיים ראו עת"ם (מנהלי ים) 65106-07-18 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל** (נבו) (28.6.2020).

⁸⁶ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר חירות ההפגנה, לעיל ה"ש 77.
⁸⁷ Amna A. Akbar, *An Abolitionist Horizon for (Police) Reform*, 108 CALIF. L. REV. 1781, 1799 (2020)

⁸⁸ עניין **פרידה**, לעיל ה"ש 5, פס' 26 לפסק הדין של השופט פוגלמן; משה נוסבאום וענבר טויוז "ההפגנה במסוך לבית ראש הממשלה פוזרה; 55 נעצרו" **N12** 23.7.2020 https://www.mako.co.il/news-israel/2020_q3/Article-043446ea9db7371026.htm

⁸⁹ ראו בהרחבה ביחס לכך פורת, לעיל ה"ש 64, בעמ' 201–202. יש לציין כי בפיזור הפגנות, הדיון בנוגע לשיקולי המדיניות נמצא בסדר משני מכמה סיבות. ראשית, ממילא על המשטרה מוטלת חובה לאפשר את קיומה של ההפגנה וסביר כי בהכללה, פיזור הפגנות לא יביא להשקעה פחות של משאבים שיוכלו להיות מושקעים במקום אחר. שנית, לפיזור הפגנות קריטריונים קיימים (הגם אם עמומים) והשאלה הראשונית היא האם אלה הופעלו כדין, בטרם הם יבחנו לגופם. שלישית, בהמשך לסיבה הקודמת וכפי שידון בהמשך, הקושי הראייתי להוכיח את עצם ההתרשלות בהפעלת הסמכות הוא מסוכה שבלעדיה לתובעים אין כלל אפשרות להוכיח עילת תביעה מצידם.
⁹⁰ ראו את החלוקה פרק 2 למאמר זה.

להגביל באופן חוקי את הזכות. מקרים אלה מאופיינים בעיקר במצב בהם לא מתקיימת הפרעה לשלום הציבור אלא "יסוד סביר לחשש" שתתקיים הפרה שכזו.

לצד קיומה של עילה זו, המנויה בסעיף 79 לפקודת המשטרה, מעניק סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים,⁹¹ פטור חלקי במקום בו הרשות פעלה מתוך "מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית". נוסף להן יוער כי ממילא נטייתם של בתי המשפט לייחס רשלנות במסגרת הפעלת שיקול דעתן של רשויות ציבוריות הוא מצומצם. אף בענייננו מדובר בהפעלת שיקול דעת במהלך סמכות ביצועית, שם סטנדרט הזהירות גבוהה מהחובה המוטלת על רשות בהפעלת שיקול דעת כמפקחת,⁹² נראה כי בית המשפט אינו מגלה אהדה יתרה להתערבות. הצטברותם של כל אלה הביאו לכך שתביעות נזיקיות כנגד המשטרה בגין התרשלות עקב פיזור ההפגנה שלא צורך, הפכה למשימה מסובכת למדי. זאת שכן התקיימות החשש האובייקטיבי שאדם, בין אם ממשותפי ההפגנה ובין אם לא, יגרום להפרה, ולו הקטנה ביותר, לסדר הציבורי כמעט שאינה ניתנת לסתירה. כך, מתכתבת המציאות הלכה למעשה עם החשש אותו הביע ליבאי במאמרו שפורסם כשנה לאחר חקיקת פקודת המשטרה, לפיה "חופש ההתקהלות וחופש הדיבור" עלולים להפוך "טרף לגולם המאיים ששמו 'החשש להפרת השלום'".⁹³

קיומה של עילת ה"חשש" בפקודה משקפת איוון בין הזכות למחאה לבין הזכות של החברה לביטחון המעניק בכורה לשיקולי סדר ציבורי. באופן הזה העדר הפיצוי באותם מקרים עשוי להביא ליצירת נטל על המפגינים, הפועלים על פי חוק ושזכותם למחאה מופקעת, לטובת ההגנה על החברה. המתח שנוצר מהאיוון אף מתחדד לנוכח שני מצבים המאפשרים פיזור, אף שנקבע בפסיקה לגבם כי אינם מהווים סיבה מספקת לסרב להעניק רישיון הפגנה. המצב הראשון מתקיים כאשר חשש המשטרה נובע מהערכות חסרה שלה להפגנה והעדר כוח מתאים למקרה בו תהיה הפרה עתידית.⁹⁴ המצב שני, מעורר מחלוקת אף יותר, והוא חשש כי הפרת הסדר הציבורי תתרחש על ידי מתנגדי ההפגנה ולא על ידי המפגינים עצמם.⁹⁵ בשני מצבים אלה, גדל מרחב שיקול הדעת של המשטרה בעת ההפגנה עצמה. כך, על אף שסביר כי החלטה מוקדמת שמונעת את קיום ההפגנה בשל עילות אלה הייתה נפסלת על ידי בית המשפט,⁹⁶ פיזור הפגנה קיימת בשל אותן עילות, לא תקים למשטרה אחריות. ברמה הפרקטית, העדר הטלת האחריות עשוי לתמרץ את המשטרה שלא להגן על הפגנות במקרים בהם ההגנה על ההפגנה דורשת מן המשטרה השקעת משאבים העולים על המשאבים הדרושים בפיזור.⁹⁷ כלומר, ייתכן

⁹¹ ס' 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.
⁹² פורת לעיל ה"ש 64 עמ' 207-217; ע"א 623/83 לוי נ' מ.י., פ"ד (1) 477 (1986); ע"א 6313/19 רשות ניירות ערך נ' רותם שמואל, פס" 2-3 לפסק הדין של השופט מינץ (אר"ש 11.4.2022).

⁹³ ליבאי, לעיל ה"ש 43.

⁹⁴ בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 169, 178-179 (1979).

⁹⁵ בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים פ"ד נ(2), 822, 833 (1996); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח(2) 393 (1984).

⁹⁶ ראו לדוגמה עניין רומי, ה"ש 32.

⁹⁷ אלה כוללים מעבר לעלויות הכספיות גם עלויות בדמות התדמית הציבורית של השטרה.

כי בהעדר הטלת פיצוי גם במקרים של העדר אשם, השיקולים המכריעים בהחלטת המשטרה לא יהיו שיקולי יעילות חברתית, אלא שיקולי יעילות משטרתיים.

לאור זאת, עשויה לעלות השאלה, האם במטרה לבסס הגנה מלאה על חופש המחאה, הפתרון הראוי לסוגיה הוא כי לצד דיני הנזיקין, תתפתח דוקטרינה ייחודית של פיצוי על נזק ללא אשם כאשר מתרחשת פגיעה בחופש המחאה? לטעמי התשובה לכך שלילית. שיקולי הנזק של המפגינים, על אף הבעייתיות שבהם, אינם ייחודיים למקרים של פגיעה בחופש ההפגנה ומתעוררים בכל אותם מקומות בהם נדרשים פרטים להקריב מעצמם לטובת הכלל.⁹⁸ מכאן שפיתוחה של הדוקטרינה צריך להתגבש באופן שמכסה את מכלול המקרים ולא כפתרון נקודתי עבור זכות פרטנית.⁹⁹

אם כן, אני סבור אפוא כי פיתוחה של דוקטרינת עוולה חוקתית ולחילופין פיתוחן של עוולות עצמאיות וראשי נזק המבוססים על עקרונות חוקתיים, בדומה לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה,¹⁰⁰ עשויים להביא להרחבת חבות והגנה רחבה יותר כנגד הפרה של זכויות חוקתיות.¹⁰¹ אלה מחייבים דיון בשאלת השימוש בחוקי היסוד בדיני הנזיקין אשר מעוררת מטבעה מחלוקות וזוכה לדיון ער בשאלת נחיצותה ואופן יישומה.¹⁰² במקרה הייחודי של חופש המחאה, דעתי היא כי ממילא נחיצותה של דוקטרינה כזו אינה הכרחית הואיל וממילא עסקינן במקרים בהם נהגה הרשות ברשלנות ובמקום בו ניתן לקבוע פתרונות במסגרת הדין הקיים תוך הסתמכות על פסיקות קודמות. עוד בעניין זה יש לציין שאף עצם השימוש בעקרונות חוקתיים כבסיס נורמטיבי להרחבת חובת הזהירות בפסיקות בתי המשפט מוטל בספק, זאת על אף שבמקרים רבים ניתן למצוא מקומות בהם ביסס בית המשפט חובת זהירות שכזו על הזכות

⁹⁸ ראו למשל ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין של הנשיא ברק, פ"ד נט(1) 16 (2004).
⁹⁹ להצעות שונות לאופן יישום הדוקטרינה ראו רונן פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות** (ענת זקן, יהודית ירלין וטלי גרטמן-פלד עורכים 2017); אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301 (2017); ע"א 7703/10 **ישועה נ' מדינת ישראל - מנהלת סל"ע** (אר"ש 18.6.2014). מנגד ראו את עמדתו החולקת של השופט עמית בע"א 2118/12 פו-גרס מוצרי בשר אקספורט בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד החקלאות ופיתוח הכפר (אר"ש 5.7.2015).

¹⁰⁰ על תהליך פיתוח דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה ראו אסף יעקב "דא עקא דעקה, גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" **משפטים** מב 5, 14–32 (2012); ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים** (אר"ש 5.3.2012).

¹⁰¹ דפנה ברק-ארו **עוולות חוקתיות** (1993); פורת, לעיל ה"ש 64, עמ' 271–274.

¹⁰² ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – בגין פגיעה בזכויות חוקתיות "משפט וממשל" ט 137 (2006); עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות אדם על הכלל" **עיוני משפט** מ 45 (2017); דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103 (2006). דוגמה לויכוח בנושא במסגרת הפסיקה ניתן לראות בעניין **דעקה** בו עלתה השאלה האם פגיעה באוטונומיה היא בסיס לעולה עצמאית או מהווה ראש נזק בלבד תוך דחיית אפשרות השימוש בחוקי היסוד כחובה חקוקה ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, נג(4) 526 (1999); עניין **גליק**, לעיל ה"ש 36.

החוקתית עצמה.¹⁰³ אולם גם כאן, בהעדר הסדרה קונקרטיה מדובר בשלב זה בפסיקות נקודתיות, תלויות מקרה ומותב, ולא במגמה סדורה.

כדי להגן על חופש המחאה ולהביא את המשטרה להתנהל באופן אופטימלי ביחס לחשיבות הזכות, יש לתת את הדעת להיבטים הדורשים התאמה של האופן בו מתנהל הליך תביעות נזיקין על פגיעות החופש המחאה. התאמה שכזו איננה מהווה שינוי לדין הקיים ואף מסתמכת כולה על פסיקות קודמות של בית המשפט. להלן אציע לבחון שתי נקודות אשר כל אחת מהן, בנפרד, עשויה להביא לשינוי המצב הקיים ולבסס הגנה יעילה יותר על הזכות לחופש המחאה. האפשרות האחת היא לקבוע כי במקרים בהם פיזור ההפגנה נבע מחשש הרשות לפגיעה בסדר הציבורי ולא בפגיעה ממשית בו, יועבר נטל ההוכחה לכתפיה של הרשות. האפשרות השנייה היא הגדלת גובה הפיצוי באופן שעשוי לתמרץ תובעים פוטנציאליים לנסות לתבוע, על אף הקושי הגלום בהוכחת יסודות העוולה. כפי שיצוין, מטרתם של שינויים אלה הם להקל על תובעים פוטנציאליים להוכיח את התרשלות המשטרה ולצד זאת מגדילים את התמריץ של תובעים להגיש את התביעה מלכתחילה. תביעות אלה בתורן, יספקו תמריץ להימנע מפיזור רשלני של הפגנות ויספק פיצוי ראוי למפגינים שמחאתם פוזרה ללא הצדקה נאותה.

1. העברת נטל השכנוע

לצד הקושי בהוכחת רשלנות המשטרה במקרים של פיזור הפגנה קיימות בפסיקה שתי דוגמאות למקרים בהן התקבלו תביעות רשלנות שהוגשו על פגיעה בחופש הביטוי. דוגמה אחת היא פסק הדין בעניין **פרנקוביץ**,¹⁰⁴ בו פוזרה הפגנה שהתקיימה מספר ימים לפני יום הזיכרון כנגד מעצרה של סרבנית מצפון. במהלך הפגנה זו, הורתה המשטרה למפגינים, כשלושים במספר, לחדול מהצעדה אותה קיימו בשדרות ח"ן בתל אביב. משהודיעו המפגינים כי אינם מתכוונים להיענות לדרישת המשטרה, שלטענתם הייתה בלתי חוקית, נעצרו חלק מהמפגינים, דבר אשר הביא לסיומה של ההפגנה. לאחר המעצר, התנהל כנגד שניים ממשתתפי ההפגנה הליך פלילי שהסתיים בזיכויים.¹⁰⁵ כחלק מהכרעתו המזכה התייחס בית המשפט להתנהלות המפגינים ולטענת המשטרה בנוגע לחשש מהפרת הסדר הציבורי:

למשטרה לא היתה כל סיבה, עילה או טעם נראה לעין, ובדיעבד - לאחר שמיעת העדויות - גם לא נימוק המסתבר לאוזן, להורות לקבוצה הקטנה והבלתי-מזיקה בעליל של המפגינים שעליהם נמנו הנאשמים, שלא להפגין או שלא לצעוד במעלה השדרה, כאמור, כאשר הסדר הציבורי נשמר על ידי המפגינים, למופת.¹⁰⁶

¹⁰³ לעניין הפרת פרטיות ראו תא (שלום ת"א) 45927-02-15 **וינברג נ' פיצ'חדזה** (נבו 18.1.2017); פגיעה בחופש העיסוק בשל עיכוב במתן רישיון תא (שלום י-ם) 7154-07 **מרקיאור נ' מדינת ישראל** (נבו 3.7.2012); פגיעה בזכות לחירות בשל חקירה רשלנית של המשטרה תא (שלום י-ם) 5122/99 **עצאירה נ' מדינת ישראל**, (נבו 9.12.2002).

¹⁰⁴ עניין **פרנקוביץ**, לעיל ה"ש 43.

¹⁰⁵ ת"פ (שלום ת"א) 42043-01-11 **מדינת ישראל נ' בר** (נבו 26.5.2014).

¹⁰⁶ שם, פס' 1 לפסק הדין.

לאחר הזיכוי בהליך הפלילי, הוגשה תביעת נזיקין כנגד המשטרה במסגרתה דרשו המפגינים, בין היתר, פיצוי על הפרת זכותם לחופש הביטוי והמחאה שנפגעה על ידי המשטרה. בית המשפט קיבל את טענות המפגינים שהתנהלות המשטרה הביאה לסיוס ההפגנה, הגם שיכלו להמשיכה לאחר המעצר, וקבע פיצוי של 500 ש"ח בגין הפגיעה בחופש ההפגנה של כל אחד מהמפגינים.¹⁰⁷

פסק הדין השני בו העניק בית המשפט פיצוי על פגיעה בחופש ההפגנה הוא עניין **חדד**,¹⁰⁸ בו מנעו המשטרה וצה"ל, באופן חלקי, מקבוצה של מוחים להגיע ליישוב היהודי בסוסיא ולקיים בו עצרת מחאה. יודגש כי בעניין **חדד**, הפגיעה בחופש ההפגנה נעשה מכוחו של צו רידוד שהופעל על התובעים ובהתאם לכך שיקול הדעת שנבחן היה של המפקד הצבאי. בפסק הדין, דחה בית המשפט את טענות המשטרה והצבא מפני החשש להפרת הסדר הציבורי תוך שהוא מצביע על סתירות בין טענות הרשויות להתנהלותן בפועל. בהחלטתו קבע בית המשפט כי בהיעדר התייחסות של המדינה לעניינים שהתובעים הצביעו לגביהם על מספר סימני שאלה "לא ניתן להעריך את שיקול הדעת וכפועל יוצא, לא ניתן לקבוע שמדובר בהתנהלות שאינה חורגת מסטנדרט ההתנהגות הסביר". עוד נקבע כי "בנסיבות אלה, אין אלא לקבוע שהתובעים הרימו את הנטל הראשוני להראות שמדובר בהתנהלות שחרגה מסטנדרט ההתנהגות הסביר, והנתבעת לא עמדה בנטל לסתור טענה זו."¹⁰⁹ משקבע בית המשפט כי המדינה נהגה באופן רשלני בכך שמנעה מהאוטובוס בו היו התובעים להשלים את נסיעתו, בוצעה הפרדה בין שתי קבוצות התובעים לצורך כימות הנזק והפיצוי, בהתאם לפגיעה שחוו בחופש המחאה. גם במקרה זה העניק בית המשפט פיצוי של 500 ש"ח בממוצע עבור כל מפגין.¹¹⁰

שני פסקי דין אלה עשויים היו להיות הסנונית שמבשרת שימוש תדיר יותר בכלי הנזיקי לצורך הגנה על חופש המחאה. עם זאת, הנסיבות בהן ניתנו פסקי הדין ותוצאתם עשויות לצנן את המקווים לשינוי בתחום. הסיבה לכך היא שבשני המקרים, הפגיעה בחופש המחאה הייתה תוצאת לוואי של נזקים חמורים יותר כמו מעצר ועיכוב שהיוו את הגורם המכריע להגשת התביעה. הווה אומר כי עד כה, טרם צלחה תביעת רשלנות שעניינה פגיעה בחופש המחאה מבלי שהוגשה יחד עם תביעה על שלילת חירות.¹¹¹ הסיבה לכך נעוצה כאמור בשילוב שבין הדין הקיים ובו עילת ה"חשש לשלום הציבור",¹¹² הגדרתו בהנחיות היועמ"ש וסעיף הפטור

¹⁰⁷ עניין **פרנקוביץ**, לעיל ה"ש 8, פס' 4 לפסק הדין.

¹⁰⁸ ת"א (שלום י-ם) 9996-10-14 **חדד נ' מדינת ישראל** (נבו 2.9.2018).

¹⁰⁹ שם, עמ' 10-11.

¹¹⁰ עניין **אחריות לאומית**, לעיל ה"ש 2, פס' 24 לפסק הדין.

¹¹¹ על מעצרי שווא במהלך הפגנות ראו למשל, **נידם נ' בן גביר**, לעיל ה"ש 34; ת"א (שלום ירושלים) 21434/08 **בן**

גביר נ' מדינת ישראל (נבו 10.2.2012); ע"א (מחוזי י-ם) 5001/10 **בן גביר נ' אפרתי** (נבו 25.10.2012); ת"ק

(תביעות קטנות י-ם) 7973-06-12 **בן גביר נ' שפר** (נבו 16.12.2012); ת"א (שלום רמ') 11357-05-13 **פלונת נ'**

מדינת ישראל (נבו 13.3.2018). וכן בהקשר דומה תא"ם (שלום י-ם) 53487-02-14 **פריימן נ' מדינת ישראל** (נבו

7.10.2016

¹¹² פקודת המשטרה ס' 79.

בחוק הנזיקים האזרחיים לבין העובדה כי המידע שעל בסיסו נסובה ההחלטה לפזר את ההפגנה מצוי בידי המשטרה בלבד. שילובם של אלו, מקשים מאוד על הוכחת רשלנות וסתירת חזקת הפטור.

האמצעי להתגבר על פערי המידע בתביעות על פגיעה בחופש להפגין הוא העברת נטל השכנוע לחובת המשטרה במקרים בהם פיזור ההפגנה נעשה בנסיבות של חשש לשלום הציבור. העברת הנטל, עשויה לסייע לתובעים בעיקר בשל העובדה שבמקרים בהם מפוזרת ההפגנה על בסיס חששות בלבד, הרי שהתובעים נעדרים יכולת לבסס ראיות שיוצרות משקל שיטה את הכף לטובתם. בנוסף, העברת הנטל עשויה לסייע במקום בו נוצר תיקו ראייתי באשר לשאלה, האם החשש אותו ביססה המשטרה היה מוצדק. תוצאות אלה, עשויות להביא לאכיפה אזרחית יעילה של הזכות להפגין ועשויה לתמרץ את המשטרה אשר מירב המידע בנוגע לנסיבות פיזור ההפגנה נמצא ברשותה, להשקיע יותר בהבטחת מימוש הזכות להפגין.

לצד האופן בו תתבצע העברת נטל השכנוע, ראוי לבחון אם הרציונלים להעברת הנטל בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 41 לפקודת הנזיקין מתקיימים גם בענייננו.¹¹³ התנאי הראשון אשר נדרש מהתובעים, המפגינים במקרה הזה, הוא הוכחת התרשלות מסתברת של המשטרה. דרישה זו ראויה לצורך תחולת העברת הנטל מכמה סיבות. ראשית, היא דורשת מהמפגינים להוכיח כי לא נהגו באופן שמפקיע את זכותם למחאה. קרי, התקהלו כחוק, לא הפרו את תנאי רישיון ההפגנה ולא הפרו בהתנהגותם את שלום הסדר הציבורי. דרישה זו מלכתחילה עשויה לצמצם באופן משמעותי את סל המקרים בהם יועבר הנטל למקרים בהם נסיבות הפיזור היו שלא באשמת המפגינים. יתרה מכך, התנאי האמור עשוי לתמרץ מפגינים שסבורים מראש שהמשטרה ממילא מתכוונת לפזר את ההפגנה שלהם שלא כדין, ויידעו שהם עשויים לזכות בפיצוי, לא להפר את הנחיות המשטרה. התנאי השני הוא כי למפגינים אין ידיעה באשר לנסיבות שהביאו לפיזור ההפגנה. תנאי זה עולה בקנה אחד עם האופן בו מפוזרות הפגנות בעילות של חשש להפרת הסדר הציבורי והוא מבטא את פערי המידע בין המשטרה למפגינים, שכן המידע לסיבת הפיזור מגיע מהמשטרה. מעבר לכך, קיומו של התנאי עשוי להביא לתמרץ חיובי של המשטרה לנסות לאיין את החשש הקיים כדי להביא להמשכה של ההפגנה. במה הדברים אומרים? נניח למשל מצב בו מתקיימת תהלוכה ועלולה חשש כי הגעה לנקודת הסיום המתוכננת תגרום להפרעה לשלום הציבור, למשטרה שתי אפשרויות. הראשונה, לפזר את ההפגנה בשל אותו חשש ואילו השנייה היא להודיע למפגינים על התקיימות החשש ולהציע חלופות לנקודת הסיום. במצב שבו הכלל חל, הרי שיש תמריץ למשטרה לפעול ליידוע המפגינים על קיומו של החשש או הגורם שעשוי להביא לפיזור ההפגנה. כאמרת אגב אציין כי תנאי אי הידיעה מעלה שאלה באשר לשלב בו תדרש המשטרה למסור את המידע למפגינים.

¹¹³ בנוסף להעברת נטל השכנוע על ס' 41 לפקודת הנזיקין ניתן לשקול גם הלך מחשבה לפיו יש לתובעים אפשרות לבקש את העברת הנטל על בסיס טענת הודאה והדחה המצויה בס' 66 לתקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט-2018, לפיה המשטרה מודה כי פיזרה את ההפגנה, קרי מודה בנוק, אך טוענת שעשתה זאת שלא ברשלנות. במצבים מסוימים ייתכן שיכול על בסיס דוקטרינת הנזק הראייתי אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998).

שאלה זו חורגת מדיון זה,¹¹⁴ אך לטעמי ראוי כי הפירוש שנכון שיקבע יהיה זה אשר ישמש תמריץ להתנהגות שמקדמת את קיום ההפגנה עוד במהלכה. מעבר לכך, העברת המידע באופן מלא ומונגש בהפגנה עצמה עשוי להביא לצמצום ההתנגשויות בין האזרחים שמתנגדים להפסקת ההפגנה לבין המשטרה ובכך לצמצום חיכוכים. משכך ראוי כי שלב אי הידיעה יהיה שלב ההפגנה עצמו. מאידך גיסא, ייתכן שהעברת המידע גם לאחר ההפגנה מהווה תמריץ מספק מן הטעם שהדבר יחייב את המשטרה לנמק לציבור את החלטתה להביא לפיזור של ההפגנה, וייתכן אף שנימוק זה יסייע לתובעים להגיש את תביעותיהם באופן מושכל ומשכך שלב המשפט, מהווה איזון ראוי יותר. **התנאי השלישי** הוא שלנתבע יש שליטה בנכס בו התרחש הנוק.¹¹⁵ תנאי זה הוא התנאי המעלה את הקושי הגדול ביותר ביחס למימוש התנאים של סעיף 41 שכן דורש פרשנות רחבה לאופן בו נתפשת שליטת המשטרה על המרחב הציבורי. בהתאם לתנאי זה, השאלה הנבחנת היא האם הנתבע הוא האחראי הבלעדי למצב העניינים. תנאי זה מעלה קושי בשל הפרשנות שניתנה לו בעבר בפסיקה. בהתאם לפרשנות זו, על בית המשפט להשתכנע שלא ניתן לייחס למישהו אחר, זולת הנתבע, התערבות שהייתה יכולה להביא להתרחשות הנוק.¹¹⁶ בענייננו מדובר בהפגנות שמתקיימות על פי רוב בשטח ציבורי ולא בשטח שנמצא בשליטה "רגילה" של המשטרה. לאורך השנים רוכך התנאי באופן שבו הסתפקה הפסיקה במצב שליטה אפקטיבית, ולא בשליטה מלאה של ממש.¹¹⁷ ריכוך נוסף של הכלל חל ביחס לתביעות רשלנות רפואית וגם למקרים בהם הרשלנות חלה בשיקול הדעת של הרופא.¹¹⁸ אולם על מנת שהכלל יחול גם על המשטרה יידרש בית המשפט להרחיב נוספת לפיה ניתן לראות במשטרה כבעלת השליטה בשטח ציבורי בו היא פועלת. לשיטתי, אחריותה של המשטרה לסדר הציבורי והמונופול על הכח והאחריות לגיבוש ההחלטה על פיזור במצבים של חשש להפרה הם אלה שמובילים לקבוע, כי ביחס להפגנות שמתרחשת במרחב הציבורי, למשטרה יש שליטה מלאה ואפקטיבית שנכנסת לגדר סעיף 41 לפקודה.¹¹⁹

הרחבת חבות המדינה, מעוררת באופן טבעי חשש בדבר הטלת נטל כלכלי חריג על המדינה.¹²⁰ מעבר לכך שניתן לאיין חשש זה באמצעות התאמות חקיקה בדיני ההפגנות,¹²¹ הרי

¹¹⁴ לאחר שנים בהם השלב הקובע היה שלב אירוע הנוק קבע ביהמ"ש בפסק הדין ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539 (2001) כי השלב הקובע יהיה שלב המשפט.

¹¹⁵ ע"א 377/85 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מב(1) 153, 157-157 (1988); ע"א 241/89 ישראל לפט (שירותים) תשל"ג בע"מ נ' רחל הינדלי מט(1) 45 (1995).

¹¹⁶ ישראל לפט, לעיל ה"ש 115, פס' 7 לפסק הדין של השופט מצא.

¹¹⁷ שם, 60-61 ר-87.

¹¹⁸ פורת, לעיל ה"ש 64, 284-285.

¹¹⁹ ע"א 1071/96 נאצר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 337 פס' 19-29 לפסק הדין של השופט ריבלין; ת"א (שלום י-ם) 10299/96 נשאשיבי נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק הדין (נבו 19.1.1998). שני פסקי הדין עסקו בנוק שנגרם לתובעים במהלך הפרת סדר שהתרחשה בשטח ציבורי. בשני המקרים דחה ביהמ"ש את העברת נטל הראיה בשל אי קיומה של התרשלות מסתברת ולא הכריע בדבר התקיימותה של שליטת גוף הבטחון בשטח ההפגנה.

¹²⁰ ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 181-182 (2004).

שממילא החשש במקרה הקונקרטי הזה אינו משמעותי. הסיבה לכך היא שבתביעות מסוג זה לא נשללת יכולתה של המשטרה להוכיח בדיעבד שפעלה כדין על בסיס החומר שבידה.¹²² חשש נוסף, לפיו העברת נטל הראייה תביא לתיעוד יתר,¹²³ לא בהכרח יוצר אפקט שלילי שכן ייתכן שבאירועים בהם מתרחש נזק של פגיעה בזכות למחאה (הגם שללא אשם), אף ראוי שיתבצע תיעוד מספק. כאן המקום להוסיף כי קיומן של מצלמות גוף במדי השוטרים, אשר את השימוש בהן החריגה המשטרה כאמור, משימוש במהלך הפגנות,¹²⁴ מביאה לכך שתיעוד שכזה, כמעט ואינו דורש עלויות נוספות.

2. כימות הנזק

קושי מהותי בהגנה על זכויות חוקתיות באמצעות סעד כספי טמון בשאלת אומדן הנזק. הקושי האמור נעוץ בכך שהפגיעה בזכות למחאה, עשויה לעיתים להיות בלתי מוחשית ולהביא לקביעה להעדר נזק.¹²⁵ השאלה סביב גובה הפיצוי במקרים אלה אינה ייחודית רק לפגיעה בחופש המחאה ומתרחשת בשלל מקרים נוספים של פגיעות בזכויות חוקתיות, אשר על פי לרוב מהוות נזק בלתי ממוני טהור.¹²⁶ בחלק מן המקרים, כדי להתמודד עם בעיה זו, נקבע בחוק רף פיצוי שאינו דורש הוכחת נזק.¹²⁷ מטרת גובה הפיצוי בחוקים אלו כפולה, פיצוי הנפגע והרתעה

¹²¹ עניין **אחריות לאומית**, לעיל ה"ש 2, פס' 23 לפסק הדין של הנשיאה חיות. אף שהתאמות עשויות להביא לתמריץ לצנן את חופש המחאה הרי שהן נתונות לביקורת שיפוטית. דוגמה לכך ניתנה במהלך "תקופת הקורונה" בה, בזמן ששרר מצב־חירום, נקבעו הגבלות לפיהן הזכות להפגין מוגבלת למרחק של עד 1,000 מטרים ממקום המגורים. מלבד הביקורת הציבורית לה זכתה ההחלטה, במסגרת הביקורת השיפוטית שנערכה בעתירה שהוגשה כנגד הגבלות אלה, הורה בית המשפט על פסילתן בדיעבד והחזרת כלל הקנסות שניתנו בעניין למפגינים מפאת אי חוקיותם.

¹²² כך למשל בעניין ת"א (שלום ח') 6040-06-12 **שפירא נ' מדינת ישראל** (נבו 20.2.2014) שם טענה המשטרה כי דבריו של מוביל היו יכולים להתפרש כקריאה לחסימת כביש ובכך יצרו "חשש להפרת הסדר הציבורי", אף שזה לא התממש בפועל, ולכן הורו על מעצרו. ההכרעה, אשר נדונה כתשע שנים לאחר האירוע ולאחר מחיקת כתב האישום שהוגש כנגד התובע, ניתנה בעיקרה על בסיס חמישה דו"חות משטרה שכתבו השוטרים במקום. בעניין ת"א (שלום רמלה) 11357-05-13 **פלונית נ' מדינת ישראל** (נבו 13.3.2018) תבעה מפגינה את נזקיה שנגרמו בעת פיזור הפגנה לאחר שזוכתה מכתב האישום שהוגש כנגדה. גם שם נקבע כי על אף ש"לא היה בסיס עובדתי, ראייתי אמתי להכרזת השוטר על התקהלות בלתי חוקית" פיזור ההפגנה לא מקים עילה לפיצוי בנזיקין. העובדה כי פסקי הדין בהם נערך בירור עובדתי על נסיבות פיזור ההפגנה במקרים בהם קדם לתביעה הגשת כתב אישום שבוטל, עשויה ללמד גם היא על הקושי של תובעים לבסס את תביעתם במישור הראייתי.

¹²³ גיא שני "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" **משפטים** מא 315 (2011).

¹²⁴ ס' 5.ג. לנוהל השימוש במצלמות גוף במשטרת ישראל מס' 90.221.103.004.

¹²⁵ **עולות חוקתיות**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 245–251.

¹²⁶ על הסיבות לקושי באומדן ראו ביטון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 141–150.

¹²⁷ למשל ס' 17 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; ס' 3 לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997; ס' 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

דרך הכשרת הקרקע לתביעות. דוגמה למטרות אלה אפשר למצוא למשל בישיבת המליאה לקראת קריאה שלישית של חוק מניעת הטרדה מינית, שם נאמר כי עקב כך שהסדר שהתקיים טרם חקיקת חוק זה הביא למיעוט תביעות ולהגנת חסר של תופעת ההטרדות המיניות, תוקן רף הפיצוי כך שימריץ תביעות וייצור הרתעה.¹²⁸ ביתר המקרים, בהם גובה הפיצוי לא נקבע על ידי המחוקק, נדרשים תובעים להוכיח בפני בית המשפט את גובה נזקם. בלא מעט מקרים שכאלה, נוצר מעין סטנדרט פיצוי פסיקתי אחיד, הנובע מכך ששופטים בוחנים ומסתייעים בפסיקותיהם של חבריהם במקרים דומים שהוכרעו בפסיקה.¹²⁹ כך למשל, בפסיקות בעניין מעצרי שווא, ניתן לראות רף פיצוי לפיו מוענק לנפגעים פיצוי של עד אלפי שקלים בודדים בגין מעצר שווא של מספר שעות וסכום של עד כעשרים אלף שקלים למעצר שווא שארך לילה שלם.¹³⁰ כאמור, בשני פסקי הדין שניתנו בעניין פגיעה בחופש ההפגנה ובהם התבקש בית המשפט להעניק סעד של פיצוי בגין הפגיעה בזכות להפגין נפסק פיצוי בסך של כמה מאות שקלים למפגינים מהם נשללה הזכות באופן חלקי.¹³¹ בעניין פרנקוביץ הפגיעה בחופש ההפגנה נעשתה על רקע סירובה של המשטרה לאפשר למפגינים להמשיך את הצעדה, תוך שהיא מאפשרת את המשך קיומה של ההפגנה עצמה. בעניין חרד נמנעה מהתובעים הגישה למקום ההפגנה ברכב אך הותר להם להמשיך רגלית – כפי שעשו מחצית מהתובעים. נראה כי הפיצוי הנמוך שניתן בשני פסקי הדין משקף את הפגיעה החלקית שנגרמה לתובעים, שכן בשני המקרים פוצו מפגינים ששאיתם למחאה מומשה בצורה כזאת או אחרת. לצד זאת, במקרה של פגיעה מלאה ביכולת לממש את ההפגנה, נטה בית המשפט לפסוק פיצוי מעט גבוה יותר. בעניין חרד כאמור, צוין כי הפיצוי שניתן במאוחד לכלל התובעים (אלה שהפגינו ואלה שנמנעה מהם היכולת להפגין) לוקח בחשבון דרגות נזק שונות של שתי קבוצות התובעים.¹³² בפסק דין בעניין בן גביר הדין במעצר מקדים שנעשה במטרה למנוע הפגנה מראש, דן בית המשפט בפגיעה בחופש

¹²⁸ פרוטוקול מליאת הכנסת, דברי יו"ר ועדת מעמד האישה יעל דיין, 65, main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=LawReshumot&lawitemid=163378

¹²⁹ ראו בהקשר של פגיעה באוטונומיה אסף יעקב ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" עיוני משפט 446–442, 437 (2015).

¹³⁰ ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 (1987); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985); ע"א 219/79 ירמלוביץ נ' חובב, פ"ד לה (3) 766, 767 (1980); ע"פ 4598/98 פלונת נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 145, עמ' 179–182; ת"א (שלום ת"א) 46575/01 רזה נ' מדינת ישראל (נבו 8.1.2003).

¹³¹ עניין חרד, לעיל ה"ש 108, פס' 20–24. ביחס לקבוצה שהמשיכה רגלית וקיימה את ההפגנה קבע בית המשפט כי "נגרמו להם עוגמת נפש ונזק על הצד המאוד נמוך, אפשר אפילו קל ערך" וכי "מסקנה שונה מתבקשת ביחס לתובעים שלא ירדו מהאוטובוס", כלומר הקבוצה שנמנע ממנה להשתתף במחאה לחלוטין. במסגרת גובה הפיצוי נקבע כי "בשים לב להבחנה בין דרגת הנזק השונה של שתי קבוצות התובעים" ניתן פיצוי כולל בסך של 7,000 ש"ח. מכאן הערכת המחבר היא שהפיצוי לארבעת חברי הקבוצה נאמד במאות בודדות וכי הפיצוי לארבעת חברי הקבוצה שנמנעה מחאתם לחלוטין נאמד בסך של 1000–2000 ש"ח.

¹³² שם.

הביטוי שנגרמה כתוצאה מהמעצרים בלתי חוקיים שביצעה המשטרה. בעניין זה בחן בית המשפט פסיקה דומה שעסקה במעצר שווא והעריך את גובה הפיצוי בהתאם אליה. בהמשך לכך קבע בית המשפט כי בשל העובדה שהמעצר שלל מהתובעים את הזכות להפגין באופן מוחלט, יש להגדיל את הפיצוי בשיעור של אלף שקלים נוספים.¹³³

הערכה כי בתי המשפט השונים בוחנים החלטות מקבילות בטרם קובעים את גובה הפיצוי, מובילה למסקנה כי הנורמה המתפתחת במערכת המשפט באשר לכימות הפגיעה בחופש המחאה עומדת כיום על סטנדרט של מאות שקלים בעבור פגיעה חלקית וכאלף שקל עבור פגיעה מלאה. יש לציין כי בשלושת הפסיקות המוזכרות, שהיו היחידות עד כה לכמת את הפגיעה בחופש ההפגנה, נעדרת מפסיקת בית המשפט ההנמקה על האופן בו נקבע גובה הפיצוי.

אף שהנזק על פגיעה בחופש המחאה הוא בעיקרו בלתי ממוני, יש לקחת בחשבון כנקודת מוצא גם את האלמנטים הממוניים של הפגנות. מנקודת מבט של צדק מתקן, אשר מטרתו להביא את המפגינים למצב בו היו אלמלא ביצוע העוולה, ניתן לבצע את כימות הרכיב הממוני בשתי דרכים שונות. דרך חישוב אפשרית אחת היא בחינה פרטנית באמצעות כימות הזמן והאמצעים שהשקיעו התובעים עצמם בשאיפה למימוש הביטוי דרך בחינת אלמנטים כמו הפסד זמן עבודה, הידרשות לשיתוף פעולה עם שותפיו למחאה, הוצאת אישורים מרשויות שונות והשקעת כסף בתחבורה ואמצעים שונים. בהתאם לדרך זו יבחן בית המשפט את אותם המשאבים שהשקיעו המפגינים על מנת לקיים את ההפגנה. דרך חישוב זו בעייתית ממספר סיבות. ראשית, היא דורשת מבית המשפט לבחון את השווי הכספי של חברי הקבוצה התובעת, דבר שעשוי להביא לעלויות התדיינות כבדות בבירור פגיעתו של כל אחד מחברי הקבוצה. זאת בשל כך הקושי של בית המשפט להעריך את הקשת הרחבה של כל הערכים השונים שנפגעים, בייחוד כאשר מדובר בקבוצות מפגינים גדולות. בעיה שניה, נוגעת לקושי למדוד משתנים שאינם קשורים במפגינים אלא בהפגנה עצמה, דוגמת המועד בה התרחשה. בעניין פרנקוביץ למשל, סמיכותה של ההפגנה ליום הזיכרון, היא מרכיב שעשוי להשפיע על הניסיון ליצירת תהודה למסר של המפגינים וכן אחת הסיבות המרכזיות בגינם עצרו שוטרי משטרת ישראל את המשך קיומה.¹³⁴ סיבה שלישית היא חוסר הוודאות שתביא הערכה שכזו לתובעים עתידיים באשר לגובה הפיצוי.

הדרך השנייה בעזרתה ניתן למדוד את גובה הנזק היא הערכה קולקטיבית. הערכה קולקטיבית בוחנת לא את הפגיעה במפגינים כפרטים אלא את הפגיעה בהפגנה כמכלול. הערכה זו תתחקה גם היא אחר עלויות ארגון ההפגנה או לחילופין תבחן את עלותם של כלים דומים לטובת העברת המסר.¹³⁵ הערכה קולקטיבית עדיפה על הערכה פרטנית מכמה סיבות. ראשית,

ת"א (שלום י-ם) 21434/08 בן גביר נ' מדינת ישראל (נבו 10.2.2012).

ת"פ (שלום ת"א) 42043-01-11 מדינת ישראל נ' בר (נבו 26.5.2014).

האמצעים הנבחרים יכולים להיות מגוונים. החל מעלויות הקמת הפגנה דומה ועד עלויות פרסום הביטוי שנפגע בכלי תקשורת; Ronen Perry, The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory, 73 TENN. L. REV. 177 (2006).

היא יוצרת וודאות גבוהה יותר עבור המשטרה ועבור תובעים עתידיים, היא פשוטה יותר לחישוב, לא דורשת בחינה של כל אדם לגופו וכן לוקחת בחשבון קריטריונים כמו מיקום ההפגנה, מספר המפגינים, מועד ההפגנה וכן את שלב ומידת הפגיעה בה. לצד אלו יוצרת הערכה קולקטיבית גם אמירה ערכית לפיה קולם של אזרחים חשובים במידה זהה ואינה מקנה עדיפות לקולם של מי שכושר השתכרותם גבוהה יותר.

מתוך שאיפה כי פסיקת הפיצויים על פגיעות בחופש המחאה יסייעו ליצור התנהגות אופטימלית, עולה שאלה האם במהלך כימות הפיצוי יש לקחת בחשבון את התנהגות המשטרה בעת פיזור ההפגנה (ולא רק בשאלת ההתרשלות). זו יכולה להתבטא בשני אופנים. הראשון, ככלי הרתעתי שנועד ליצור הרתעה אופטימלית. זו רלוונטית למקרים הנמצאים בשוליים של אכיפת ההפגנות ושבהם פיזור ההפגנה נעשה תוך ידיעה או אדישות של המשטרה כי היא מפרה את החוק. כלומר, מקרים בהם המשטרה יוצרת את הנזק באופן מכוון. המצדדים במתן פיצוי הרתעתי יטענו כי פיצוי שכזה יביא להרתעה אופטימלית שכן הוא יגלם את הערך הטמון בהתנהגות המשטרה ולא רק בנזק המפגינים. מבלי להידרש לשאלות של צדק גמולי,¹³⁶ ותחולתם של פיצויים עונשיים בדין ישראלי,¹³⁷ יעילותה של מדיניות כזו מוטלת בספק זאת אף שפיצויים עונשיים עשויים לקדם הרתעה אופטימלית.¹³⁸ הסיבה לכך היא שגם אם הפגיעה נוצרה באופן מכוון על ידי שוטרים במקום, אין מדובר במדיניות הארגון.¹³⁹ במקרים אלה, בהם שוטרים מקרב המשטרה, סוטים מן הנהלים, וודאי באופן מכוון, ראשית, עשויים להיות מצבים בהם החסינות שעומדת להם להם מכוח סעיף 7 לפקודת הנזיקין תישלל וייתכן שיש בכך כדי להרתיעם. שנית, קיימים לנפגעים אפשרות לצדק גמולי באמצעות הכלים המנהליים – הגשת תלונה משמעתית או במקרים חמורים, תלונה פלילית למחלקת חקירות שוטרים.¹⁴⁰ האופן השני בו עשויה להתבטא התנהגות המשטרה בעת פיזור ההפגנה, רלוונטית למקרים חריגים בהם נזקם של המפגינים הוחמר עקב התנהגות בלתי ראויה של המשטרה. במקרים אלו

¹³⁷ אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס השיפוט" ספר אור 97 (2013); ראו גם ע"א 2144/13 עזובן המנוח עמית עמוס מנטיץ ז"ל נ' הרשות הפלסטינאית, פס' 135–140 לחוות דעתו של השופט סולברג (אר"ש 6.12.2017). במסגרת פסק הדין, בו נקבעו פיצויים עונשיים לזכות המערער שם מתייחס השופט סולברג לסיווג ההתנהגויות שיש בהן כדי להצדיק פיצועים עונשיים. בהתאם לחוות דעתו, נראה כי הפסיקה אינה שוללת את האפשרות לפסוק פיצוי עונשי גם בתביעות על הפרת הזכות החוקתית למחאה במקום בו הפרה נעשת מתוך כוונה או מעין כוונה (במצבים נדירים גם ברשלנות רבתי) כאשר אלה מוצדקים על פי תכליתם העונשית וההרתעית של המקרה.

¹³⁸ Mitchell A. Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869 (1998)

¹³⁹ ראו לעיל ה"ש 52 וה"ש 55.

¹⁴⁰ על הליך הגשת התלונות על שוטרים והבעיות שהוא עשוי לעורר ראו גיא לוריא "גירעון אחרתיות" משפט, חברה ותרבות ד 413 (נעמי לבנקרון ותמר קריכליכץ עורכות 2021).

ייקבעו לטובת המפגינים פיצויים מוגברים שיגלמו את השפעת ההתנהגותה על המפגינים.¹⁴¹ אף שמידת יעילותם של פיצויים אלה לביסוס ההגנה על חופש המחאה אינו ברור הוא עדיף על פיצוי עונשי משתי סיבות עיקריות. ראשית, הוא לוקח בחשבון התנהגויות חריגות. שנית, פיצוי כזה יכול להתייחס גם לפגיעה המוגברת שנגרמה למפגינים בשל הפרת הזכות החוקתית כלפיהם. כך בעניין אלישיב, נדרש בית המשפט להעריך נזק גוף שנגרם עקב פעולת המשטרה כאשר לא נמצאה חוות דעת רפואית שמוכיחה את נזקו של התובע. באותו העניין קבע בית המשפט כי יש להתחשב במכלול העקרונות שנפגעו ובכלל זה את העובדה ששוטר הוא מקור הפגיעה. בהתאם לכך נקבע כי הערך החוקתי שנפגע מהווה את ליבת הנזק ובכך אף ייתר את הצורך בקביעת גובה הנזק על בסיס חוות דעת רפואית.¹⁴²

על אף מספר פסיקות סותרות¹⁴³ דיני הנזיקין כיום אינם מאפשרים הענקת פיצוי על עצם הפגיעה בזכות החוקתית,¹⁴⁴ ומשתמשים בראשי הנזק המוכרים בדיני הנזיקין.¹⁴⁵ תביעת רכיב בלתי ממוני על פגיעה בחופש הביטוי עשויה במקרים רבים שלא להתקבל על ידי בתי המשפט במקום בו לא הוכח הנזק ולכן במקרים רבים הפיצוי על פגיעה בזכות חוקתית יינתן כפיצוי על עגמת הנפש או ההשפלה של הנפגע אך לא על עצם שלילת זכותו. לכן נראה כי בהינתן המצב הקיים זו המסגרת האפשרית ביותר.¹⁴⁶ פיצוי על הנזק הבלתי ממוני בפגיעות בחופש ההפגנה נדרש ממספר טעמים. ראשית, הוא יאפשר, בדומה לשינוי שחל בפיצוי נזקי הפגיעה באוטונומיה, טווח פיצוי רחב שיבטא את הערך הנפגע.¹⁴⁷ אף שלא ניתן לקבוע רף אחיד ונוקשה שכן טבעו של פיצוי בלתי מוחשי כי ייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של

¹⁴¹ על ההבחנה בין פיצויים עונשיים לפיצויים מוגברים ראו ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס, פס' 40–43 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 7.7.2011); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ נח(4) 486, פס' 73 לפסק הדין של השופט ריבלין (2004).

¹⁴² ע"א (מחוזי ים) 2127-07-16 מדינת ישראל נ' אלישיב, 10–11 (נבו 15.2.2018).

¹⁴³ ראו, בנוסף, תק (שלום ביש"א) 27700-06-17 ברוחבוס נ' רחמים (נבו 18.9.2017); תק (שלום טב') 42520-07-15 שחרור נ' רחמני (נבו 14.11.2015); ע"ו (מחוזי חי') 28545-02-13 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 24.2.2013) וכן ת"א (מחוזי ים) 4051/02 פלוני נ' משרד הביטחון (נבו 14.7.2005).

¹⁴⁴ עניין גליק, פס' 17–32 לפסק הדין של השופט עמית, לעיל ה"ש 36.

¹⁴⁵ טענה זו מבוססת על ניתוח 40 פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים וכן 76 פסקי דין של בתי המשפט השלום משנת 1.1.2005 ועד ל-1.7.2019 שפורסמו במאגר 'נבו' ונעשתה בהם התייחסות בפסק הדין לטענת הפגיעה חוקתית במסגרת דיני הנזיקין. בניגוד לטענה זו קיימים מספר בודד של חריגים דוגמת: ת"א (מחוזי ים) 6310-04 צברי הנדיה נ' מדינת ישראל (נבו 3.8.2010) בו בחן בית המשפט את טענת העוולה החוקתית לפי מבחני פסקת ההגבלה, כלומר, באופן חיצוני לעוולת הרשלנות; תא (שלום ת"א) 50407-05-15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מגן דוד - אדום (נבו 22.02.2016) בו הציעה השופטת לתובעים, לאחר שדחתה את תביעתם, להגיש תביעה נוספת בגין קיומה של עוולה חוקתית; תק (שלום חי') 3422-11-15 משה נ' קיבוץ כברי (נבו 13.10.2016) בו קבע בית המשפט כי קמה לתובעים עילה עצמאית לפיצוי עקב הפרת זכותם החוקתית לכבוד.

¹⁴⁶ במאמרה מציעה ביטון כי פיצוי על ערכים חוקתיים דוגמת חופש הביטוי יפוצו באמצעות הכרה בראש נזק של פגיעה ברגשות ראו ביטון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 177–178.

¹⁴⁷ יעקב ולבני, לעיל ה"ש 129, בעמ' 442–446.

מכלול נסיבות הענין,¹⁴⁸ ראוי שהפיצוי יהיה משמעותי באופן שיגלם את מידת הפגיעה בזכות ויתמרץ תובעים להגיש את תביעותיהם, בדומה (ולחבדיל אלפי הבדלות) לאופן שבו נקבע הפיצוי בחוק על הטרדות מיניות. על כן ראוי לטעמי כי גבהו יעלה באופן משמעותי מן הרף הקיים היום שמגיע עד אלפיים שקלים לפגיעה מלאה, שייתכן ומגלם את הערכים הממוניים של הפגיעה בלבד. נוסף להעלאת גובה הפיצוי, פיצוי על נזק בלתי ממוני מבטא באופן שלם יותר את הפגיעה של אדם שרצונו הלגיטימי להתבטא נשלל שלעיתים לא מתבטא רק בזמן והמשאבים שהושקעו על ידו. יתרה מכך פיצוי על נזק בלתי ממוני הוא יספק מסר לפיה המדינה איננה שומרת רק על חופש הביטוי אלא גם דואגת לתפיסות אזרחיה כלפי החוק. מסר שכזה עשוי בתורו גם לחזק את הלגיטימיות של המשטרה בפני הציבור ובכך לחזק את מעמדה וכוחה.¹⁴⁹

סוף דבר

מטרתו של מאמר זה כפולה. ראשית, להצביע על הקושי לבסס הגנה אפקטיבית על חופש המחאה ושנית מתן כלים אפשריים לביסוס הגנה זו – שבתורה תסייע ליצירת שיטור יעיל יותר במהלך שיטור הפגנות. בשל הקושי הפוליטי והמשפטי להכריע בשאלות מוסדיות סבוכות כמו סמכותו של בית המשפט לפסוק פיצוי בגין פגיעה ללא אשם בהעדר עיגון לכך בחוק ובמעמד של חוקי היסוד במשפט האזרחי, נדרש כי הפתרון לסוגיה ישאב מתוך הדין הקיים. לכן, הקריאה היוצאת מתוך מאמר זה מכוונת לצד בתי המשפט גם לקובעי המדיניות שיטמנו את ידם בצלחת ויפעילו בכליהם לטיפול בבעיה הקיימת, למשטרה בכדי שתקדים להכיר בצורך בפתרונות מצידה ובעיקר למפגינים על מנת שיפנו לבתי המשפט וידרשו את הסעדים הראויים במקומות בהם מתעוררות פגיעות בזכות למחאה.

אחד הקשיים הפרקטיים בעמידה על חופש הביטוי והמחאה הוא הקושי להגן דווקא על אותם ביטויים שאינם נוחים לאוזן הממוצעת. הטענות להטיות של המשטרה יופנו לרוב מצד החשודים המידיים – קבוצת שנמצאות בזמן נתון מחוץ לקונצנזוס הפוליטי באותה בעת כמו המתנגדים לפינוי חבל עזה בשנת 2005, הקוראים להתפטרותו של ראש הממשלה בשנת 2020 או מיעוטים. קושי גדול יותר כאשר מדובר בקבוצות שלא רק שאינן בקונצנזוס אלא ממש בשוליים הפוליטיים והחברתיים במדינה ונמצאות בסכנה גדולה יותר מבחינת יכולתן להשמיע את דעותיהן שכן התמיכה הציבורית בהן נמוכה אף יותר. לכן, אין זה מפתיע שמיעוט פסקי הדין העוסקים בפגיעה במימוש חופש ההפגנה עוסקים בזרמים הנמצאים בשוליים הפוליטיים,

¹⁴⁸ על דיון בגובה הנזק בעניין הפגיעה באוטונומיה ראו למשל דעקה לעיל ה"ש 102, פס' 28–29 לפסק הדין של השופט אור.

¹⁴⁹ "מודל ההליכים ההוגנים", לעיל ה"ש 151; *The Effect of Paramilitary Protest Policing on Protestors' Trust in Police: The Case of Occupy Israel Movement*, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

על קצוותיו השונים. דווקא הגנה על ביטויים אלה ועל קבוצות השוליים היא זו שתאפשר את הקידמה החברתית ותמנע מצב בו קולם לא ישמע. לכך יפים דבריו של השופט (כתוארו דאז) ברק בכנס שנשא בפני בכירי משטרת ישראל בשנת 1986:

“חופש ההפגנה, למשל, אין משמעותו רק החופש לבטא דברים הערבים לאוזן, וחופש התהלכה אינו רק החופש של ילדים וזרי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של עיר. חופש הצעידה הוא גם חופש הצעידה של אנשים אשר דעותיהם אינן מקובלות ואנו סולדים מהן סלידה גמורה. המשטרה צריך להגן על זכות ההפגנה, גם אם בהפגנתי שלי, למשל, אני מבקש להביא דעות לא מקובלות ולא ראויות. המשטרה ממונה על הגנת הזכויות - היא אינה מכשיר לצנזורה על דעות והשקפות”.¹⁵⁰

מסיבה זו חשובה – אולי יותר מכל – עמידתם של אותם נפגעים על זכותם לפיצוי. עמידה זו איננה מייצגת רק מאבק אמורפי על רמת החופש למחאה במדינה אלא מהווה חלק מהמאבק הנקודתי שלהם על לגיטימיות תוכן הביטוי אותו ביקשו להעביר במחאתם. מוחים שיעמדו על זכותם בהצלחה, יבטיחו שבטווח הרחוק זכותם לא תפגע בשנית ואף יוכלו, באמצעות שימוש בכספי הפיצוי, לממש את הביטוי שנפגע באמצעים חלופיים (למשל שימוש בפיצוי לצורך פרסום או ארגון הפגנה חדשה). אכיפה שיויונית וקידום שיטור הוגן לא רק ישפרו את מצבם של האזרחים אלא בכוחם להגביר גם את רמות הלגיטימציה שמקבלת המשטרה ובכך אף להגביר את רמות הציות של האוכלוסייה.¹⁵¹ מכאן, ששינוי מהסוג האמור הוא אינטרס ראשון במעלה גם למשטרה עצמה ולא רק למפגינים.

כפי שהצגתי לעיל, בהתאם למצב המשפטי הקיים כיום, הזכות להפגין לא רק שאיננה מוגנת באופן מלא, אלא דה פקטו נמצאת במדרגה נמוכה ביחס לזכויות שונות אותן נדרשות הרשויות, לרבות המשטרה, לאזן כנגדה. ההגנה על זכות זו תלויה בנכונותם של בתי המשפט להגביר את התמריץ של מפגינים להגיש תביעות דרך כימות מדויק יותר של הנזק ולהורות על היפוך נטל במקרים הנדרשים. באופן זה, ילקחו בחשבון מכלול השיקולים, לרבות חשיבותה של זכות ההפגנה, ויובטח כי הזכות למחאה לא תהיה עוד הטרף של הגולם המאיים ששמו החשש להפרת שלום הציבור.¹⁵²

¹⁵⁰ אהרן ברק “המשטרה וזכויות האזרח” (ההוצאה ניתנה ביום העיון בנושא: זכויות האזרח ואכיפת החוק במגסרת שבוע המשטרה וזכויות האזרח, 1986).

¹⁵¹ טל יונתן-זמיר וגלי פרי “מודל ההליכים ההוגנים (Procedural Justice) בשיטור בישראל: מה אנו יודעים ומה אנו צריכים לדעת” **משפט, חברה ותרבות** ד 165 (נעמי לבנקרון ותמר קריכליכץ עורכות 2021).

¹⁵² לעיל בטקסט לצד ה”ש 93.