



ד ת ו ף

6 ביוני 2012

לכבוד  
עו"ד עידית קצבוי  
סגנית ליועץ המשפטי  
עיריית תל אביב-יפו  
בפקס': 03-5216569

שלום רב,

**הנדון: פינוי לא חוקי של אוהלי מחאה**

**סימוכין: מכתבנו מיום 15/5/12, תשובתך מיום 21/5/12**

בהמשך למכתבך מיום 21/5/12 הריני להשיבך כדלקמן:

1. בתשובה לתהייה שהעלינו במכתבנו הראשון, לגבי מקור סמכותה של העירייה ליצור משטר רישוי להקמת אוהלי מחאה בכיכר רבין, ענית כי מקור הסמכות מצוי בפקודת העיריות ובהוראות חוק העזר לעניין הסדר והניקיון, המסמיכים הסרת מכשול מרחוב.
2. בית המשפט קבע לפני יותר מ-30 שנה כי עקב מעמד הבכורה של חופש הביטוי יתפרשו חוקים המגבילים אותו בצמצום: "כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק" (ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281, 295).
3. חוקי-עזר, כשם כן הם, נועדו לסייע בידי העיריה ביישומו של הדין שהיא מוסמכת לאכוף. אין הם מקנים לה סמכויות אשר הרשות המחוקקת לא הפקידה בידה. יש לתור איפוא אחר מקור הסמכה מפורש וברור בחקיקה הראשית (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (טרם פורסם, 20.12.10), ע"א 1600/08 מקסימדיה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו (טרם פורסם, 18.8.11)).

4. הניסיון של רשות מקומית להסתמך על חקיקה המסדירה סדר וניקיון כדי לפגוע בחופש הביטוי נדחה בבתי המשפט. רק לאחרונה קבע בית המשפט לעניינים מקומיים בתל אביב, כי "אף לא אחת מן ההוראות שבפקודה מסמיכה את הרשות המקומית להסדיר את חופש הביטוי הפוליטי בתחומיה" (חע"מ 8100285877/11 מדינת ישראל נ' צוקנוב, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט גיא הימן, טרם פורסם, ניתן ביום 29/4/12). ובעניין אחר קבע השופט דוד חשין (כתארו אז), כי עם כל החשיבות של האינטרס הציבורי בדבר שמירת הסדר והניקיון, אין בו כדי להגביל את חופש הביטוי: **"...עקרונות חופש האזרח – ובכללם חופש הביטוי והזכות להפיץ דעות- אינם נסוגים ואינם צריכים לסגת מפני האינטרס של שמירת הניקיון ברחובותיה הציבוריים של העיר. נהפוך הוא.."** (ת"פ (מקומיים י-ם) 2857/85 מדינת ישראל נ' אורנן, פ"מ תשמ"ז (3) 334, 343).

5. לפיכך, אין לראות בפקודת העיריות ובהוראות חוק העזר, האוסרים על הצבת מכשול ברחוב ומסמיכים את העירייה לסלקו, הסמכה מפורשת לפגיעה בחופש הביטוי, אם בדרך של דרישת היתר מראש להקמת אוהל מחאה ואם בדרך של פינוי מידי של אוהל שהוקם ללא היתר כאמור.

זכות ההפגנה במרחב בציבורי נדונה פעמים רבות בפסיקה, בה נקבע כי שטחים ציבוריים, עירוניים, דרכים, כיכרות, רחבות, פארקים וגנים הינם המרחבים המרכזיים בהם ניתנת זכות ההפגנה למימוש. ואכן, בכיכר רבין מתקיימים חדשות לבקרים הפגנות, טקסים, עצרות ואירועים רבי-משתתפים נוספים הכוללים במה, הופעות ושימוש במערכות הגברה, אף בשעות הערב המאוחרות. לפיכך, אין מקום מתאים יותר מכיכר רבין להקמת אוהלי מחאה, בכפוף למגבלות שנקבעו בפסיקה.

6. זאת ועוד: פקודת העיריות, אשר אוסרת על הצבת "מכשול ברחוב", אינה כוללת הגדרה כללית או ספציפית למונח "רחוב". ההגדרה בחוק העזר למונח זה נקבעה על ידי עיריית תל אביב. גם אילו היינו סבורים (וכאמור איננו סבורים כך כלל וכלל), כי פקודת העיריות מסמיכה את העירייה לאסור על הצבת אוהל מחאה מכוח סמכותה למנוע "מכשול ברחוב", הרי שעדיין, לעמדתנו, על העירייה היה לבחור בפרשנות תכליתית למונח "רחוב", המתיישבת עם מעמדה החוקתי של הזכות להפגין, עם פסיקתו של בית המשפט בעניין אוהלי מחאה ועם אופיו של המקום בו מבקש האזרח לממש את זכותו. פרשנות זו אינה מתיישבת עם מדיניותה של העירייה, לפיה כל הקמה של אוהל מחאה בכיכר או בגן טעונה היתר מראש מכוח חוק העזר לשמירת הסדר והניקיון.

7. פרשנות תכליתית של המונח "רחוב" עולה בקנה אחד עם הפרשנות למונח "רחוב" שניתנה בפסיקת בתי המשפט. כך למשל, קבע בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מפי השופט א' גרוניס (כתארו אז) כי: **"אין די בכך ששטח מסוים פתוח לציבור על מנת שנאמר כי מדובר על "רחוב". מכירים אנו סוגים שונים של מקומות שהינם פתוחים לציבור, אך לא יעלה על הדעת לטעון לגביהם כי מהווים הם "רחוב". לדוגמא, גן או פארק ציבורי דומים לרחוב מבחינה זו שאף הם פתוחים לציבור, אך שונים הם ממנו מבחינת השימוש הנעשה בהם. הגורם המאפיין רחוב הוא השימוש בו כשטח למעבר של כלי רכב ואנשים ממקום אחד למקום אחר. אלמנט זה אמנם אינו מופיע בהגדרה הסטטוטורית של "רחוב", ברם,**

אין ניתן להתעלם ממנו, שכן הוא המייחד נכס כזה משטחים אחרים הפתוחים לציבור" (ב"ש (ב"ש) 28/90 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' עיריית דימונה, פ"מ תשנ"ג(2) 309, 316).

8. אין הפגנה שאינה משנה משגרת החיים העירונית, לאמור מן "הסדר הציבורי", במידה זו או אחרת. פעולות מחאה ובכללן אוהלי מחאה אינם בגדר "מכשול" רגיל ברחוב שיש למהר ולסלקו, אלא נדרשת הפרעה ניכרת לציבור, במידה המצדיקה את הגבלתו הקשה של חופש הביטוי: "על פי עקרון המידתיות, על העירייה מוטל להפעיל את שיקול דעתה בבואה לפגוע בחופש הביטוי באופן שזה, בין היתר, לא יפגע בזכות אלא במידה המזערית הנדרשת, וכך שהיחס בין הנזק שבפגיעה בזכות לבין התועלת האפשרית מהגשמת התכלית יהיה סביר" (בג"צ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164, וכן בג"צ 148/79 עו"ד סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לג(2) 169, 175).

9. במקרים קודמים שהגיעו לפתחו של בית המשפט ואשר דנו בסמכות הרשות לפנות אוהלי מחאה, ערכו השופטים איזון בין מעמדו החוקתי של חופש המחאה לבין האינטרס הציבורי בפינוי המאהל כאמור והחליטו על פי הנסיבות המיוחדות בכל מקרה לגופו. בכלל אלה שקל בית המשפט שיקולים הנוגעים למשך המחאה, שטח המאהל, טיב המתקנים הנלווים, מידת ההפרעה שהם מסבים וכיוצא באלו שיקולים. ממקרים אלו עולה, כי גם לדעת בית המשפט לא נדרש היתר מראש להקמת אוהל המחאה, ולא קיימת סמכות אוטומטית לפנות אוהלים מכוח היותם "מכשול ברחוב", אלא יש לבחון את האיזון כאמור רק בדיעבד, ובחלוף פרק זמן מעת הקמת האוהלים, המאפשר לבחון את הנזק שנגרם, אם בכלל, כתוצאה מהקמתם.

10. כך, למשל, בעניין טויטו אישר בית המשפט את החלטת עיריית תל אביב לפנות מאהל על יסוד שיקולים דומים ולאחר שזה עמד על תילו בלב כיכר המדינה במשך שמונה חודשים. בית המשפט קבע, כי "הכמות הופכת לאיכות. ההפרעה המתמשכת לזכות הרבים לשימוש בחלק התפוס של שטח הכיכר, הפגיעה האסתטית, התברואתית, המשליכה גם על ענייני בטיחות... והתחושה של 'יצירת עובדות' בלי דין ודיין; כל אלה, ביחד ולחוד, בחלוף זמן כה רב מסיגים מפניהם את זכות ההפגנה" (עת"מ (ת"א) 1112/03 טויטו נ' עיריית תל אביב, בעמ' 7, ההדגשות אינן במקור). כך היה הדין גם בפינוי המאהלים בשד' רוטשילד כחודשיים לאחר הקמתם. השופט ורדי קבע, כי צווי הפינוי שהוציאה העירייה ניתנו כדין כיוון שנעשה איזון נכון בין חופש המחאה לבין האינטרס הציבורי. זאת, בעיקר נוכח המפגעים והמטרדים הקשים שיצרו המאהלים לשכנים המתגוררים בסביבתם ולציבור בכלל (עת"מ 18742-09-11 שפיר נ' חולדאי (2011)).

11. לסיכום: עירייה והעומד בראשה מוסמכים להגן על תכליות ואינטרסים ציבוריים ולהגביל את חופש ההפגנה, לרבות מתאת אוהלים, ובלבד שההגבלה תהיה מכוח סמכות שבדין ולא תחרוג מהמידה הדרושה להגנה על אותם תכליות ואינטרסים. בעשותם זאת עליהם לפעול בסבירות ובמידתיות ותוך שמירת האיזון בין הצורך בהגשמת המטרה שלשמה הוקנו להם הסמכויות לבין הצורך שלא לפגוע באופן לא מידתי בזכויות יסוד חוקתיות. אין לעירייה כל סמכות שבדין לדרוש אישור מראש להקמת

אוהל. יש לעירייה סמכות לפנות בדיעבד אוהלי מחאה, אך זאת, רק לאחר שערכה את האיזונים הנדרשים כאמור.

12. בעודנו עומלים על תשובתנו למכתבך, הובא לידיעתנו כי מר ת' ח' קיבל אישור מן העירייה להקמת אוהל מחאה, הכולל תנאים רבים אשר מגבילים בצורה קשה את חופש המחאה. כך, למשל, נדרש מר ח' להוציא רישיון עסק להקמת האוהל, הגם שהקמת האוהל אינה נכללת בגדר המקרים הטעונים רישוי עסק, וכן הוגבל גודלו של האוהל, נאסר על לינה בתוכו, נקבעו ימים מסוימים להצבת האוהל וכיוצא באלה תנאים נוספים. למותר לציין, כי גם תנאים אלה, בדומה לעצם הדרישה לקבל אישור מראש להקמת אוהל המחאה, אינם מבוססים על מקור חוקי.

13. נבקשך לפיכך לפעול מיידית לביטול מדיניות העירייה, שלפיה נדרש אישור להקמת אוהלי מחאה ואוהל שמוקם ללא אישור כאמור מפונה לאלתר. כן נבקשך להודיע, בהתאם לביטול המדיניות כאמור, התנאים שהוצבו בפני מר ת' ח' להקמת האוהל אינם תקפים. ככל שהקמת האוהל והימצאותו יהוו הפרעה לסדר הציבורי, תוכל העירייה לבקש להציב תנאים בעתיד בהתאם לפגיעה שתיגרם בפועל, אם בכלל, ולאחר ביצוע האיזון הראוי בין הפגיעה לבין הזכות החוקתית להפגין.

14. אנא עדכנינו בהקדם האפשרי באשר לטיפול בבקשתנו זו, על מנת לייתר פנייה לערכאות.

בברכה,

שרונה אליהו-חי, עו"ד

העתקים:

מר רון חולדאי, ראש עיריית תל-אביב - יפו, בפקס: 03-5244093