

המערערים:

1. תמיר דוד חצב
2. עו"ד חיים ברק כהן
3. יותם הכטלינגר
4. אורי אלון
5. אלון-לי גרין
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד שרונה אליהו-חי  
ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק  
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או עודד פלר  
ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן  
ו/או אשרף אליאס ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר  
ו/או ראוייה אבורביעה ו/או משכית בנדל  
ו/או רגד ג'ראיסי ו/או אן סוצ'יו ו/או יונתן בן שושן

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**  
רחוב נחלת בנימין 75 תל אביב 65154  
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבה:

**עיריית תל אביב-יפו**

ע"י היועץ המשפטי, עיריית תל אביב-יפו  
רח' אבן גבירול 69, תל אביב 64162  
טל: 03-5218352 פקס: 03-5216569

## הודעת ערעור

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו (השופטת צילה צפת) בעת"מ  
6095-07-12 מיום 23.7.12.

פסק דינו של בית המשפט קמא מצורף לערעור זה.

## ואלה נימוקי הערעור:

### מדיניות המשיבה נשואת הערעור

1. העתירה הוגשה על ידי המערערים ביום ה- 3.7.12 בתגובה לשינוי לרעה ביחסה של המשיבה להקמת אוהלי מחאה בעיר שהוקמו ללא היתר. ניסיונם של המערערים להקים מאהלי מחאה בעיר לימד, כי המשיבה אימצה לעצמה מדיניות חדשה, שבאותו השלב עוד לא הייתה כתובה באופן ברור ומסודר, לדרוש היתר מראש להקמת אוהלי מחאה ולפנות מיידית כל אוהל שהוקם ללא היתר. מי שביקש היתר להקמת אוהל מחאה קיבל היתר מותנה בתנאים ובדרישות רבות ומכבידות.
  2. מי שאינו פועל כמצוותה של המשיבה צפוי לסבול מנחת זרועה של המשיבה באופן קשה ומיידית. כך למדו על בשרם המערערים, אשר האוהלים שהקימו פונו בצורה ברוטאלית והוחרמו על ידי פקחי המשיבה, לעיתים אף הוצאו מכלל שימוש. פעמים אחרות זכו הפעילים לאיומים בהזמנת כוחות משטרה למקום, ולעיתים התפתחו בין הפקחים לפעילי מחאה עימותים פיזיים ממש.
  3. לתגובתה לעתירה צרפה המשיבה נוהל חדש, הנושא את הכותרת: "אישור שימוש במרחב הציבורי לקיום אירוע (אירוע שאינו נעשה בשיתוף פעולה עם העירייה)". הנוהל חושף מדיניות רחבה הרבה יותר מזו שנגדה הוגשה העתירה, שמתנה לא רק הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר אלא כל פעילות מחאה. סעיף 1 לנוהל קובע, כי כל בקשה לקיום אירוע במרחב הציבורי טעונה אישור של המשיבה. בסעיף 3 לנוהל מוגדר אירוע כ"הפגנה, עצרת, טקס, אירוע סולידיריות, אירוע התרמה, אירועי חג, וכל פעילות אחרת להבעת רעיון, דעה, ערך, אמונה או תפיסת עולם" (ההדגשה אינן במקור).
- נוהל המשיבה מיום 2.7.12 מצורף ומסומן מע/1.
4. הנוהל החדש מפרט את אופן הגשת הבקשה לקיום אירוע במרחב הציבורי, ובין היתר נקבע, כי כל בקשה תוגש בכתב ותלווה בכתב התחייבות מאת המבקש לשמירה על המרחב הציבורי ומילוי אחר כל דין ונוהל, לרבות הנחיות המשיבה (סעיף 3 לנוהל). הבקשה וכתב ההתחייבות יועברו למשנה למנכ"ל המשיבה, אשר יבחן את הבקשה על פי הקריטריונים המפורטים בנוהל ויחליט, על פי שיקול דעתו, האם לאשר את השימוש במרחב הציבורי אם לאו. השימוש במרחב הותנה בתשלום החזר הוצאות כנדרש לפי תעריפים שקבעה המשיבה, הפקדת שיק עירבון, והצגת אישור בחתימת חברת ביטוח להכללת עיריית תל אביב-יפו כמבוטחת נוספת במסגרת הסדרי הביטוח של הגוף המבקש (סעיף 6 לנוהל). באזורים מסוימים בעיר ייגבה תשלום בעבור השימוש במרחב (סעיף 4.2 לנוהל).
  5. עוד קובע הנוהל, כי אם אישר המשנה למנכ"ל המשיבה את הבקשה, הוא מוסמך לקבוע תנאים לפי הצורך (סעיף 6 לנוהל). כפי שנלמד מניסיונו של המערער 1 בפנותו אל המשיבה לקבל אישורה להקמת אוהל מחאה בכיכר רבין, הדרישה לקבל אישור מראש להקמת אוהלי מחאה מלווה בהצבת דרישות בירוקראטיות מכבידות ויקרות, מעבר לדרישות הקבועות בנוהל.

## פסק דינו של בית המשפט קמא

6. ביום 23.7.12 דחה בית המשפט קמא את העתירה.
7. בית המשפט ביסס את דחיית העתירה על הקביעות הבאות:
- 7.1. למשיבה סמכות חוקית להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש על פי פקודת העיריות [נוסח חדש] וחוק העזר לעיריית תל אביב יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ס-1980.
- 7.2. לאור ניסיון העבר של מחאת האוהלים אשתקד, אי הסדרת הנושא ברגולציה עלול לגרום לפגיעה קשה וממשית בהסתברות קרובה לוודאי באינטרס הציבורי המתנגש בחופש הביטוי (היווצרות אנרכיה במרחב הציבורי). בנסיבות אלה, דרישת העירייה להוצאת היתר כדין טרם הקמת האוהלים הינה סבירה, מידתית ולתכלית ראויה.
- 7.3. בתי המשפט שנדרשו לעניין בדיעבד, לאחר הקמת האוהלים, הדגישו בפסיקותיהם כי מקימי האוהלים ומשתכניהם הסיגו גבול ללא קבלת היתר כדין, ומכאן, שהיה מקום לקבל היתר כדין מלכתחילה, ובלעדיו הם מסיגי גבול.
- 7.4. המשיבה מגבילה את חופש הביטוי באופן סביר ומידתי, ומפעילה שיקול דעת תוך עריכת השיקולים והאיזונים הראויים בנסיבות פרטניות של כל בקשה להיתר, באופן המלמד כי אין לה מדיניות גורפת של סירוב כוללני.
- 7.5. העתירה אינה תוקפת החלטה ספציפית אלא "מדיניות" ככלל.

## הטיעון המשפטי

### סמכות הרשות המקומית להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש

8. טעה בית המשפט כאשר קבע, כי למשיבה סמכות חוקית להתנות הקמת אוהל מחאה בשטחה בקבלת היתר מראש. בית המשפט קמא קבע כי במישור הנורמטיבי, מעוגנת סמכות העירייה להתנות הקמת אוהל מחאה או "עיר אוהלים" בקבלת היתר כדין בסעיף 235 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. סעיף זה קובע את חובת העירייה לפנות מכשולים ברשות הרבים, לרבות "תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב". כן מזכיר בית המשפט את סעיף 39 לחוק העזר (תל אביב יפו) שמירת הסדר והניקיון, התש"ס-1980, אשר אוסר להניח, להקים, לתלות, להציב וכיו"ב כל דבר ברחוב, אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מראש העירייה ובהתאם לתנאי העירייה. בית המשפט אף ציין את סעיף 44 לחוק העזר הקובע כי ראש העירייה רשאי לסלק כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39. חוקים אלה, לדברי בית המשפט קמא, "מאפשרים את

פעולת העירייה למניעת הסגת גבול, תליה, הטלה, הבלטה ברחוב או מעליו, הן מראש והן בדיעבד" (ההדגשות במקור, פסקה 5 לפסק הדין).

9. בהסתפקו בהוראות דין אלה כדי לבסס את סמכות המשיבה, התעלם בית המשפט ממעמדו של חופש הביטוי כזכות יסוד חוקתית, ומן הכלל במשפטנו החוקתי, שנקבע בהלכה פסוקה ענפה, המתנה את סמכותה של רשות לפגוע בזכויות יסוד ביותר מאשר איתור הוראת חוק מתאימה מבחינה מילולית.

10. אין לראות בהוראות אלה, האוסרות על הצבת מכשול ברחוב ומסמיכות את העירייה לסלקו, הסמכה - בוודאי שלא הסמכה מפורשת - לפגיעה בחופש הביטוי, אם בדרך של דרישת היתר מראש לפעילות מחאה הכרוכה בהנחת דבר ברשות הרבים, ואם בדרך של סיכול מיידי של פעילות מחאה שנערכת במרחב הציבורי, ללא היתר כאמור, אף בלא שאותה פעילות פגעה באינטרס ציבורי נוגד כלשהו.

11. כאשר מדובר במעשה שלטוני הפוגע בזכויות חוקתיות, נדרשת הקפדה יתרה בקיומה של סמכות חוקתית, ואין להסתפק בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור לסמכותה של הרשות. קל וחומר בענייננו כשחופש הביטוי בכלל וחופש המחאה בפרט מעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בזכויות אלה יכולה להיעשות רק בחוק או על פי מקור הסמכה מפורש וברור בחקיקה ראשית, שמתיר לרשות לפגוע בזכות יסוד (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, בפיסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ניתן ביום 20.12.10); ע"א 1600/08 מקסימדיה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו (ניתן ביום 18.8.11)). מקור כזה אינו בנמצא בענייננו.

12. ואכן, במקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בהם נדונו הוראות חוק שמנוסחות בלשון כללית אשר פגעו בזכויות חוקתיות, קבע בית המשפט כי הוראות אלה, הגם שהן עשויות לבטא הסמכה לקבוע הסדרים משניים, הן אינן יכולות להוות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית לרשות המינהלית לפגוע בזכויות היסוד של הפרט. כך, למשל, נשלל תוקפה של הוראה בחקיקת משנה שהגבילה את זכותו של אסיר להיפגש עם עורך דינו, שכן הוראת הסעיף בפקודת בתי הסוהר שעליה הסתמכה הרשות כמקור הסמכתה לקבוע את חקיקת המשנה נוסחה בצורה כוללת מידי, וכי עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע מן ההגבלות ומהות הפגיעה בזכות מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה הראשית, שהינה "תוצר של שיג ושיח פרלמנטרי, אשר במהלכו ניתנה הדעת על מכלול השיקולים החוקתיים הצריכים לעניין הספציפי וכן להסדרים אלטרנטיביים הבאים בחשבון, ובכך היא נבדלת מהסמכה כללית" (בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004), בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות). בדומה קבע בית המשפט, כי אין בהוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי הסמכה מפורשת לקבוע הסדרים ראשוניים לעניין הטלת הגבלות על מימון ציבורי להשתלות איברים בחו"ל, וכי הדרך הראויה לעשות זאת היא בחקיקה ולא בחוזר מנכ"ל (בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (ניתן ביום 16.9.07)). כך היה גם בעניין מנאע, המוזכר בפסקה 11 לעיל, בו קבע בית המשפט, כי הוראות בפקודת המסים (גביה) אינן מסמיכות את רשויות הגבייה לגבות חובות מס וביטוח לאומי באמצעות עיכוב החייב במחסום דרכים ועיקול רכבו של חייב שאינו משלם את חובו על אתר.

13. בית המשפט אף הדגיש, כי במקרים בהם הפגיעה בחירות היסוד של הפרט הייתה ממשית ובעלת השלכות חברתיות, בנושא המעורר מחלוקת בקרב הציבור הישראלי, יש להקפיד במיוחד על דרישת ההסמכה המפורשת והמפורטת בחקיקה ראשית (בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 17.3.09); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 27.2.06)).

14. בהתייחס לסמכות הפגיעה **בחופש הביטוי** קבעה הפסיקה, כי "יש לצמצם עד למינימום ההכרחי את היקף תחולתם של איסורים ומגבלות על חופש הביטוי" (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב (4) 715 (2008), בפסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). בפסק דינה הסבירה הנשיאה ביניש, כי הסמכה לפגוע בזכות יסוד אינה רק מתן היתר לפגוע בזכות, אלא על המחוקק לקבוע בלשון ברורה בחקיקה המסמיכה את מהות הפגיעה המותרת ואת אמות המידה העקרוניות לה. "הענקה גורפת של סמכות חקיקה לגורם מנהלי, בלא להתוות בחוק את ההסדרים העקרוניים להפעלת סמכות זו, כמוה כהעברת סמכויות החקיקה המסורות בידי הכנסת לידיה של הרשות המבצעת או זרוע מזרועותיה, ועלולה לעמוד בניגוד לבסיס עליו מושתתת שיטת המשטר" (שם, בפסקה 11 לפסק הדין של הנשיאה ביניש).

15. בדנג"ץ 9411/00 ארקו בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (ניתן ביום 19.10.09) קיבל בית המשפט, בהרכב של שבעה שופטים, את עמדתה של הנשיאה ביניש: "את הדרישה ל"הסמכה מפורשת" יש לקרוא באופן דומה ליתר תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה – היינו בהתאם למכלול נסיבות העניין וביניהן טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תפחת, כך גם יקטן הצורך בעמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת, וניתן יהיה להסתפק בלשון מרוככת יותר ואף בבחינת התכלית הפרטיקולרית של דבר החקיקה המסמיך. **לעומת זאת, ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר של דרישת ההסמכה המפורשת**" (פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, ההדגשה אינה במקור).

16. בענייננו, הנוהל שאימצה המשיבה הינו נוהל כוללני וגורף, שמשמעותו משטור על-ידי המשיבה של כל ביטוי של מחאה (כגון, אך לא רק הפגנה מרובת משתתפים או הפגנת יחיד, משמרת מחאה שקטה, חלוקת כרוזים, תליית שלטים, הקמת אוהל מחאה). הנוהל פוגע בחופש הביטוי באמצעות הגבלתו מראש, על-ידי התניית הביטוי בקבלת היתר, זאת להבדיל מהגבלת הביטוי בדיעבד (על החומרה המיוחדת שבהגבלת ביטוי מראש, ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 299-301 (1987)).

17. מדובר איפוא במדיניות הפוגעת פגיעה חמורה ומהותית בחופש הביטוי הפוליטי, הן מבחינת היקף הביטויים שהוא מבקש להגביל והן מבחינת עיתוי ההגבלה, ועל כן, וכפי שנקבע בפסיקה, יש להקפיד הקפדה יתרה על דרישת ההסמכה המפורשת בחקיקה ראשית, אשר תקבע בצורה ברורה את מהות הפגיעה המותרת ואת אמת המידה העקרונית לפגיעה זו. גם כאשר נמצא מקור הסמכה ברור ומפורט כזה, יש לפרשו בצמצום. קל וחומר בענייננו, בו פקודת העיריות איננה כוללת מקור הסמכה כזה כלל.

18. אך לאחרונה קבע בית המשפט לעניינים מקומיים בתל אביב (חע"מ 8100285877/11 מדינת ישראל נ' צוקנב, ניתן ביום 29.4.12) כי "אף לא אחת מן ההוראות שבפקודה מסמיכה את הרשות המקומית להסדיר את חופש הביטוי הפוליטי בתחומיה" (בפסקה 6 לפסק דינו של השופט גיא הימן, ההדגשה אינה במקור).

19. בעניין אחר קבע השופט דוד חשין (כתוארו 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, 341 (1987)).

20. סעיף 39 לחוק עזר לתל-אביב יפו (שמירת הסדר והניקיון) קובע כי: "לא יניח אדם, לא ישאיר, לא יקים, לא יתלה ולא יטיל ברחוב, לא יבליט מעל לרחוב, ולא ירשה להניח, להשאיר, להקים, לתלות או להטיל ברחוב או להבליט מעל לרחוב, כל דבר...אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העירייה ובהתאם לתנאי ההיתר". מדובר בהוראה שהיא כל כך גורפת וכוללת, עד שאינה ניתנת לאכיפה בפועל. הסעיף מטיל איסור כללי, מבלי לסייגו למקומות מסוימים או לשעות מסוימות, מבלי להבדיל בין חפץ אחד למשנהו, ומבלי להבחין בין המטרות השונות העומדות בבסיס הצבת החפץ, מלבד לצורך פריקתו וטעינתו. כן בולט לעין, כי הסעיף אינו מפרט את השיקולים להפעלת שיקול דעתו של ראש העירייה, אם ליתן היתר אם לאו. הוא אף אינו מחייב זיקה כלשהי בין דרישת הרישוי לבין שמירת הסדר והניקיון. מדובר בסעיף שאם יתפרש כלשונו, תיווצר בעליל סכנה של אכיפה סלקטיבית וניצולו לרעה בשל כלליותו.

21. אלא שככל דבר חקיקה, את הסעיף יש לפרש על פי תכליתו. מקריאת הסעיף, והמפגעים והמטרדים הנזכרים בחוק העזר, עולה בבירור כי תכליתו איננה סילוק מפגעים או אוהלי מחאה, אלא מניעה וסילוק של מפגעים כגון: בורות שופכין, אשפה, כביסה התלויה בחזית הרחוב, גרוטאות רכב, מפגעי רעש. איסור על השלכת פסולת במקום ציבורי, ללא היתר מראש, אינו שווה ערך לאיסור על קיום הפגנה או הקמת אוהל מחאה ללא היתר מראש. ואכן, ניסיונותיהן של רשויות מקומיות להסתמך על חקיקה המסדירה סדר, ניקיון ומניעת מפגעים כדי לפגוע בחופש הביטוי, נדחו בבתי המשפט, כפי שפורט לעיל.

22. המחוקק הראשי, שביקש לאזן בין חופש ההפגנה לאינטרסים ציבוריים אחרים, קבע את המשטרה כרשות הרישוי לענייני הפגנות, וקבע באילו תנאים הפגנה או גילוי מחאה אחרים יהיו טעונים היתר מאת המשטרה (ראו סעיפים 84-85 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971). בפסקי דין רבים נדונה הפעלת סמכותה זו של המשטרה כרשות רישוי לענייני הפגנות, כאשר בתי המשפט עומדים על החובה לאזן בין חופש ההפגנה לבין אינטרסים ציבוריים אחרים לפי מבחנים מחמירים. זאת, מתוך הבנה כי הפגנות במהותן הן בגדר "הפרעה" לסדר השגרת, וכי גדול הפיתוי של רשויות השלטון להגביל הפגנות לצורך שמירה על אותו סדר נוח ומוכר. להבדיל מהמשטרה, לרשויות המקומיות לא ניתנה כל סמכות בחוק להוות רשות רישוי לענייני מחאות והפגנות (ראו לעניין זה: בג"ץ 5277/07 ברוך מרזל נ' מפקד מחוז

ירושלים (ניתן ביום 20.6.07)). אין זה מקרי שלא קיימת פסיקה העוסקת באופן שבו על רשות מקומית להפעיל את שיקול דעתה עת היא מחליטה אם להתיר, מראש, פעילות מחאה.

23. התניית השימוש במקרקעין הפתוחים לציבור לצרכי מחאה באישור מראש של הרשות המקומית אף מנוגדת לסעיף 6.ג.7(ב) לפקודת המטה הארצי של משטרת ישראל בדבר רישוי אסיפות ותהלוכות, הקובע כי "אין צורך בהסכמת הרשות הציבורית לקיום הפגנה שנועדה להתקיים במקרקעין הפתוחים לציבור הרחב ושהכניסה אליהם חופשית ואינה מוגבלת בתנאים" (פקודה מספר 12.01.06 מיום 30.12.94). גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה קובעת, כי מקרקעין פתוחים לציבור נועדו גם לעריכת הפגנות, ואין צורך להתנות רישיון להפגנה בקבלת הסכמה מאת הרשות המקומית (סעיף 15ב להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1200 בדבר חירות ההפגנה).

24. בעוד שברור שחופש הביטוי והמחאה הוא זכות יסוד, שהגבלתה מצריכה עיגון בהסדר משפטי ארצי – חקיקה ראשית ומבחני איזון שגובשו בפסיקה – הרי שככל שתוכר הסמכות של רשויות מקומיות לאשר או לאסור ביטויי מחאה בתחומן, הופכת הזכות לתלוית-מקום. אותו אמצעי מחאה בדיוק יתכן שיותר בעיר אחת, ואילו ייאסר או יוגבל באופן חמור בעיר אחרת, ומידת חופש המחאה הנתונה לתושבי הארץ תהיה תלויה בגישת הרשות המקומית שבה הם מתגוררים. כך, למשל, בעוד שהמשיבה בערעור זה מתנה כל צורה של הבעת ביטוי בקבלת היתר מראש, מתנה עיריית ירושלים ביטויי מחאה הכרוכים בהצבת מתקנים על פני הקרקע בקבלת היתר מראש. בעוד שהמשיבה מאפשרת להקים מאהלי מחאה שניתן ללון בהם בגנים הציבוריים העירוניים, אוסרת עיריית ירושלים על הקמת מאהלי מחאה בגנים הציבוריים הראשיים בעיר (גן סאקר וגן העצמאות) וכן אוסרת באופן גורף על לינה באוהלים.

25. טעה איפוא בית המשפט קמא כשהסתפק, בדונו בשאלת הסמכות החוקית להתנות הקמת אוהל מחאה בהיתר מראש מאת המשיבה, בציון סמכות פורמלית וגורפת, ובהתעלמו מן החובה לבסס את הפגיעה בזכות חוקתית בהסמכה חוקית מפורשת ומפורטת, כנדרש בחוק היסוד ולפי הפסיקה. המצב המשפטי הקיים הוא, כי אין למשיבה, או לכל רשות מקומית אחרת, סמכות חוקית, מפורשת וברורה בחקיקה ראשית להתנות הקמת אוהלי מחאה בהיתר מראש.

26. אם סבורות רשויות מקומיות כי נדרשת להן, על מנת להבטיח אינטרסים ציבוריים עליהם הן אמונות, סמכות חוקית להתנות בהיתר מראש ביטויי מחאה שכרוכים בהצבת מתקנים על פני הקרקע (כגון אוהלי מחאה, דוכני הסברה והחתמה שלטים ועוד), הרי דרך המלך היא להפנות את תשומת ליבו של המחוקק לצורך בהסדרת הסוגיה בחוק. לא ניתן לבסס הסדר המאפשר רישוי ביטויי מחאה על ידי רשויות מקומיות על הסמכות הכללית שניתנה להן לשמור על הסדר והניקיון, סמכות שאין בצדה כל התוויה לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת לגבי התרת ביטויי מחאה.

## הפעלת האיזון בין חופש הביטוי לאינטרסים ציבוריים אחרים

27. בית המשפט הכשיר את מדיניות המשיבה, כעומדת ב"מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה קשה וממשית", על סמך ניסיון העבר, המתייחס לאירוע מחאה אחד: מחאת האוהלים בשדרות רוטשילד בקיץ 2011. בכך טעה בית המשפט פעמיים: בהפעלת מבחן, שנועד לבחינת החלטה במקרה קונקרטי, על מדיניות כוללת; ובהסתמכות על מקרה אחד כדי להכשיר מדיניות גורפת.

28. כך קובע בית המשפט: "ניסיון גל המחאה החברתית אשתקד מלמד, כי סובלנות הרשויות ואורך רוחה בעניין הקמת האוהלים במרחב הציבורי, גרמה למטרד קשה ביותר של רעש בלתי פוסק יום וליל, תנאי תברואה קשים בשל העדר פתרונות סניטאריים, והדבר קשה ומסוכן שבעתיים בחודשי הקיץ, עומסי תנועה קשים, התגברות מעשי אלימות, הפרת סדר וכיוצא"ב" (פסקה 7 לפסק הדין). ובהמשך מצטט בית המשפט מפסק הדין שעסק בפינוי המאהל בשדרות רוטשילד, וכן מדברי התושבים שהוגשו לבית המשפט באותו עניין (פסקה 8). מניסיון זה מסיק בית המשפט על "ממדי ההפרעה, המטרד והסבל שנגרם על פי ניסיון העבר בהקשר של הקמת אוהלים במרחב הציבורי" (פסקה 8). ומכאן הוא מגיע למסקנה, כי "בענייננו, כפי שפורט לעיל, הפגיעה באינטרס הציבורי המתנגש בחופש הביטוי, הינה קשה וממשית בהסתברותה ברמה קרובה לוודאות" (פסקה 11).

29. מבחן "הוודאות הקרובה" הוא מבחן שקבעה הפסיקה להתוויית שיקול הדעת של רשות, כאשר היא מפעילה את סמכותה להגביל את חופש הביטוי. אין במילוי המבחן במקרה מסוים של מחאה, כדי להכשיר מדיניות כללית המתנה ביטויי מחאה באישור מראש. העתירה לא תקפה את החלטת המשיבה בנוגע להקמת אוהל מסוים, אלא את מדיניותה להתנות הקמה של כל אוהל מחאה באישור מראש, מדיניות שעוגנה בהמשך בנהל. העמדה לגבי עמידתה של מדיניות זו במבחן החוקיות אינה יכולה להיגזר מהעמדה לגבי עמידתה של מחאת אוהלים מסוימת שהתקיימה בעבר במבחן הוודאות הקרובה. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא שמגר: "הזכות לנקוט בצעדים משפטיים בעקבות ביצוען של עבירות והזכות להגביל את השימוש בזכויות במקרים קונקרטיים, אשר מהווים מעשי עבירה או אשר בעקבותיהם קמה ודאות קרובה של הפרת שלום הציבור, אינן מתירות את הפיכתה של הסמכות להגביל את הזכות במקרים קונקרטיים לכדי סמכות כללית לאסור איסורים ולהגביל מראש את חירויותיהם - מסוגים שונים - של אזרחים או של סוגי אזרחים אלא אם המחוקק אמר דברו והקנה סמכות כאמור במפורש" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 255, 266 (1985)).

30. לא כל אוהל מחאה מהווה מכשול, המונע מעבר חופשי לכלל הציבור, ולא כל אוהל מפקיע מייד עם הקמתו את השימוש במרחב הציבורי, ובוודאי שלא כל אוהל מחאה יוצר מפגעי רעש, סניטציה ותנועה חמורים כמתוארים על-ידי בית משפט קמא. כך, הקמת אוהל מחאה בודד בכיכר רבין רחבת הידיים (כפי שעשה המערער 1), או הקמת אוהל מחאה על מדרכה רחבה, שמותירה מקום מעבר לציבור הרחב, אינה מגבילה את השימוש במרחב או את היכולת של הרשות המקומית לשמור על הסדר והניקיון. בדומה, הקמת אוהל מחאה לשעות בודדות או לימים ספורים בלבד אינה משתווה להקמת אוהל לשבועות ולחודשים ארוכים.

31. כל הפגנה, מעצם טבעה, משנה משגרת החיים העירונית ויוצרת הפרעה או מטרד במידה כזו או אחרת. חרף זאת, המחוקק הבחין בין סוגי ההפגנות השונים כך שלא כל הפגנה טעונה רישיון מראש על פי החוק, על אף פוטנציאל ההפרעה שטמון בכל אחת מהן, אלא רק הפגנות בסדר גודל מסוים ובעלות מאפיינים מיוחדים שפוטנציאל ההפרעה הטמון בהם גדול במיוחד. בדומה, לא כל אוהל מחאה אחד דומה למשנהו. הניסיון ממאהל המחאה בשדרות רוטשילד בשנה שעברה אינו מלמד על המטרד שעלול ליצור כל אוהל מחאה, ובוודאי שאינו יכול להצדיק יצירת משטר רישוי מראש לכל אוהל מחאה באשר הוא. ראו לעניין זה בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח(2) 393 (1984), אשר ביטל את החלטת מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל שלא ליתן רישיון להפגנה, שהסתמכה על ניסיון העבר, בקובעו כי ניסיון העבר לכשעצמו אינו יכול ליצור "ודאות קרובה" לפגיעה באינטרס הציבורי באם תתרחש ההפגנה כמתבקש.

32. עוד טעה בית המשפט בעת עריכת האיזון בין חופש הביטוי לאינטרסים ציבוריים אחרים, כשלא ערך את ההבחנה המתבקשת בין רישוי מראש לפינוי בדיעבד, וכשלא הביא בחשבון את סמכויות המשיבה לפנות אוהלי מחאה, כאמצעי פחות פוגעני למניעת מפגעים או פגיעות אחרות בסדר הציבורי הנגרמים על ידם. קביעתו של בית המשפט, כי ביטול מדיניות הרישוי, כמבוקש על-ידי העותרים, משמעה "רישיון להשליט אנרכיה בשטחים הציבוריים של העיר תל אביב" (פסקה 6 לפסק הדין), מתעלמת מסמכות המשיבה לפנות אוהל מחאה, אשר גורם לפגיעה קשה וממושכת באינטרסים ציבוריים, כגון סדר וניקיון, ובכך למנוע "אנרכיה" בעיר.

33. יתר על כן, בעריכת מבחן האיזון מתעלם בית המשפט מהפגיעה בחופש הביטוי שנוצרת מעצם הצורך לבקש ולקבל היתר. "העותרים עצמם מסכימים (סעי' 35 לעתירה) [כי] ניתן לצמצם את חופש הביטוי אולם נדרשת הפרעה ניכרת לציבור, במידה המצדיקה את הגבלתו הקשה של חופש הביטוי – היא הנותנת ואך סביר הוא, כי לאור ניסיון קשה מן העבר, תשאף העירייה לאפשר לעותרים לבטא מחאתם תוך הבטחת צמצום המפגעים והסבל הסביבתי, זאת באמצעות מדיניות מבוקרת של מתן היתרים" (פסקה 9 לפסק הדין). לעמדת בית המשפט קמא, מלאכת האיזון תיעשה על-ידי הרשות בעת שקילת הבקשה, אולם עצם הצורך לפנות לעירייה לקבלת היתר להקמת אוהל מחאה, ההמתנה לתשובת העירייה, והעמידה בתנאים ובמגבלות שהיא מציבה, או לחלופין ערעור על החלטת העירייה, יוצרים בעצמם פגיעה קשה בזמינות של אמצעי מחאה זה ובנגישותו לציבורים רחבים, כפי שנטען כבר בעתירה (בפסקאות 3-4, 41-44 לעתירה, וכן ראו פסקאות 48-50 להלן). באיזון בין חופש הביטוי לאינטרסים נוגדים, יש איפוא ליחס משקל לחומרה המיוחדת שנלווית אל הגבלת ביטוי מראש, לעומת הפסקתו בדיעבד (ראו הפנייה בעניין זה לפרשת כהנא, בפסקה 16 לעיל).

#### **פסיקת בתי המשפט בנוגע לאוהלי מחאה – סמכות פינוי בדיעבד ולא רישוי מראש**

34. טעה בית המשפט קמא כאשר קבע, כי סמכותה של המשיבה להתנות הקמת אוהל מחאה בהיתר מראש ולפנות אוהל מחאה שהוקם ללא היתר זה תואמת את פסיקת בתי המשפט. בכל המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט, נבחנה הסמכות **לפנות** אוהלי מחאה, ולא הסמכות לדרוש קבלת היתר מראש. באותם מקרים

נקבע, שסמכות הפינוי קמה תוך עריכת איזון זהיר בין מעמדו החוקתי של חופש המחאה לבין האינטרס הציבורי בפינוי המאהל שהוקם, תוך התייחסות לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה לגופו. בכלל אלה שקלו בתי המשפט שיקולים הנוגעים למשך המחאה, לשטח המאהל, לטיב המתקנים הנלווים, למידת ההפרעה שהם מסבים וכיוצא באלו שיקולים.

35. ממקרים אלו עולה, כי גם בית המשפט יצא מתוך ההנחה, כי היעדרו של היתר מראש להקמת אוהל מחאה אינו מהווה כשלעצמו סיבה המצדיקה את פינויו של האוהל, ולא קיימת סמכות אוטומטית לפנות אוהלים מכוח היותם "מכשול ברחוב" שהוקם ללא היתר מהרשות המקומית.

36. בע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769 (2004), עליו הסתמך בית המשפט קמא (פסקה 10 לפסק הדין), נדונה עתירה שהגישה עמותת "כיכר הלחם" נגד פינוי מאהל המחאה שהקימה באזור קריית הממשלה בירושלים. בית המשפט דחה את העתירה בקובעו, כי "תפיסת חזקה מתמשכת בלא הגבלת זמן, באזור נרחב המיועד לשימוש הציבור תוך הצבת אוהלים וכן מתקנים שונים לסיפוק צורכי המגורים השוטפים של חברי הקבוצה" עשויה להצדיק פגיעה בחופש הביטוי והפעלת סמכות חוקית לפינוי מאהל המחאה. בית המשפט הדגיש את היחס המאופק והסובלני שנקטה העירייה כלפי המאהל, אשר המתינה כחמישה חודשים תמימים עד שהורתה על פינויו, וציין, כי "הרגישות הראויה מוצאת את ביטויה ביחס אנושי, סבלני וסובלני לביטויי מחאה, אך באה שעה להעמיד חוק על מכונו". בית המשפט אישר את פינויו של האוהל לאחר שהוכח, כי הוא יצר הפרעה מתמשכת לתנועת הציבור, מפגע תברואתי וחזותי, וכי מקימי האוהל הפכו אותו למקום מגורם השוטף לאורך חודשים (פסקה 14 לפסק הדין), בקובעו כי "גם אחת החשובות שבזכויות אדם – זכות המחאה וההפגנה – אינה מתירה פגיעה מתמשכת כגון זו באינטרס הציבורי, ואין להסכין עמה" (פסקה 12 לפסק הדין). שאלת סמכותה של העירייה להתנות הקמה של אוהל מחאה בקבלת אישור מראש לא נדונה במפורש בפסק הדין, אך משתמעת ממנו העמדה הברורה, שיש לערוך איזון מורכב בין חופש המחאה לאינטרסים ציבוריים נוגדים, וכי לא מדובר בשאלה טכנית-ביורוקרטית של קבלת היתר.

37. פסק דין נוסף שמציין בית המשפט קמא כקובע באופן פוזיטיבי שהקמת מאהל במרחב הציבורי דורשת היתר כדין (פסקה 10) הוא עת"מ (ת"א) 1112/03 טויטו נ' עיריית תל אביב (ניתן ביום 29.5.03). באותה פרשה דחה בית המשפט לעניינים מנהליים עתירה נגד פינוי מאהל מחאה בתל אביב לאחר 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", ומקימים לעירייה "תשתית עובדתית נסיבתית לנקיטת סמכות הפעולה שלה מכוח פקודת העירות וחוק העזר" (בעמ' 7 ובעמ' 10, ההדגשות אינן במקור). יצוין, כי במקרה זה התייחס בקצרה בית המשפט לטענה שהועלתה על ידי העותרים בדבר אי חוקיות השימוש בחוק העזר על מנת לסכל את זכויות המחאה שלהם. לעניין זה קבע בית המשפט, כי "אכן, כנגד השימוש בחוק העזר אפשר לומר שתכליתו איננה סילוק מפגנים או סיכול הפגנות. אולם, למעלה מכאן הראיתי שהעותר וקבוצתו חרגו מגבולותיה הסבירים של מימוש זכותם להפגין ולמחות.

ההשתכנות המתמשכת שלהם בכיכר עולה כדי הפרה של זכות הציבור לשימוש בכיכר, שימור חזות פני הכיכר, ומניעת מפגעים ומטרדים. וכבר אמרתי שהפרה כמותית זו התגבשה להפרה איכותית. בשום פנים ואופן אין לומר שלא ניתנה לעותר ולמצטרפים עמו אפשרות לממש את זכות ההפגנה והמחאה. הדבר ניתן בידם די והותר וכבר מזמן ניתן היה לדרוש מהם להסתלק מן השטח. לכן, השימוש בחוק העזר דנן נעשה כנגד "מכשול", פשוטו כמשמעו ולא כנגד "מפגין" הזקוק לאמצעי עזר (אוהל, גנרטור, רהוט, מזון ושאר חפצים) למימוש זכות ההפגנה שבידו" (בעמ' 11 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור). משמע, בית המשפט הכיר בבעייתיות הכרוכה בהפעלת חוק העזר ככלי לסילוק המאהל, וקבע כי הסמכות לפנותו על פי חוק העזר קמה לעירייה רק לאחר שניתנה הזדמנות סבירה לממש את זכותם להפגין, ולאחר שהוכח כי האוהל אכן יצר מפגעים ומטרדים המהווים "מכשול" בפני הציבור. גם בפסק דין זה לא ניתן, איפוא, למצוא סימוכין לטענה, שהעירייה מוסמכת להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש.

38. בית המשפט קמא אף מפנה אל פסק הדין, אשר הכשיר את פינוי האוהלים בשד' רוטשילד כחודשיים לאחר הקמתם, בקיץ 2011, וקובע כי הסעד ניתן על דרך הקל וחומר, בשל היותם של מקימי האוהלים ומשתכניהם מסיגי גבול משום שלא קיבלו היתר מראש מאת המשיבה (פסקה 10 לפסק הדין). באותו מקרה קבע בית המשפט כי "ניתן לומר, בדומה לעניין כיכר הלחם [פרשת טויטו נ' עיריית ירושלים, בפסקה 36 לעיל], שאמצעי המחאה שננקט, בהתחשב בזמן שחלף ובמפגעים שנוצרו, חורג באופן קיצוני מן המידתיות הראויה ואין להשלים עימו יותר" (עת"מ 18742-09-11 שפיר נ' חולדאי, ניתן ביום 18.9.11, בפסקה 21 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור). גם במקרה זה לא הסתפק בית המשפט בעובדה, כי מקימי האוהל לא קיבלו היתר מאת המשיבה להקמת האוהל, על מנת להכשיר את צווי הפינוי שהוציאה המשיבה, אלא בחן ומצא כי נעשה איזון נכון בית חופש המחאה לבין האינטרס הציבורי, זאת בחלוף הזמן ולנוכח המפגעים והמטרדים שיצרו האוהלים. בית המשפט הדגיש, "שאין בפסק הדין אמירה כנגד זכות המחאה החשובה וכנגד המשך המחאה אלא אך ורק כנגד "כללי" ו"ביטוי" המחאה בצורתה הנוכחית של המאהלים, שבהתחשב בנסיבות העובדתיות ובפרק הזמן שעבר, מהווים מפגע ומטרד שהגיע הזמן להפסיקו..." (בפסקה 22 לפסק הדין, ההדגשה אינה במקור).

39. האמור לעיל לגבי פרשת שפיר נכון גם לגבי יתר פסקי הדין המתייחסים אף הם לאישור הפינוי של מחאת האוהלים בשדרות רוטשילד בשנת 2011 (עע"מ 6801/11 שפיר נ' חולדאי; בג"ץ 7008/11 לרנר נ' ראש העיר; 2838-10-11 זיו נ' חולדאי), עליהם מסתמך בית המשפט קמא בפסק דינו (בפסקה 10).

40. בית המשפט קמא מפנה גם אל פסק הדין, שדחה את העתירה נגד פינוי של מאהל המחאה שהוקם על אדמת פארק בשכונת התקווה בתל אביב, במסגרת המחאה החברתית בשנה שעברה (עת"מ (ת"א) 44629-11-11 אמסלם נ' ראש עיריית תל אביב-יפו (ניתן ביום 29.12.11)). באותה פרשה הקימה קבוצה של תושבי שכונת הדרום בעיר, שהינם מחוסרי דיוור, בתחילת חודש אוגוסט 2011, מאהל בשכונת התקווה. רק באמצע חודש אוקטובר 2011, סמוך לדעיכת המחאה החברתית שפשטה בארץ, פנתה המשיבה אל נציגי המאהל וביקשה מהם לפנות את המאהל, בתמורה לסיוע כספי כלשהו. העותרים סרבו להתפנות עד שיימצא להם הסדר דיוור חלופי. בית המשפט הזכיר את האיזונים השונים שערכו בתי המשפט, שנערכו בהתאם לנסיבות הרלוונטיות, בין חופש הביטוי לזכויות המתנגשות בו בפרשת שפיר (עמ' 6 לפסק הדין) ובפרשת טויטו נ'

עיריית תל אביב-יפו (עמ' 7 לפסק הדין). בהתאם לפסיקה זו, ערך בית המשפט את האיזון הנדרש בהתייחס לנסיבות הספציפיות באותה פרשה: המאהל עמד במקום כחמישה חודשים, פתרון לטווח הארוך של מצוקת הדיור בו שרויים העותרים לא נראה באופק, דווח על בעיות הגיינה ובטיחות קשות, חשש לבריאותם של דיירי המאהל, ועוד (עמ' 8 לפסק הדין). לבסוף אישר בית המשפט את פינוי המאהל בקובעו, כי: "משהורה המשיב [ראש העיר] על פינוי המאהל וזאת בחלוף חודשים ארוכים מאז הוקם המאהל ולא סמוך להקמתו, ומשנעשה ניסיון למצוא פתרון זמני ליושבי המאהל וזאת בהתחשב במצבם הכלכלי הקשה, והכל במסגרת התקציבית האפשרית של העירייה, תוך כדי סיוע ממשלתי, הרי שבוצע האיזון הנכון על ידי המשיב, ולא נפל פגם בהחלטתו המצדיקת התערבות של בית משפט זה" (בעמ' 8 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור).

41. עינינו הרואות, כי מפסיקת בתי המשפט עולה, כי עירייה והעומד בראשה מוסמכים להגן על תכליות ואינטרסים ציבוריים ולהגביל את חופש המחאה, לרבות מחאת אוהלים, אך ורק לאחר עריכת איזון בין חופש הביטוי לבין הפגיעה בפועל, ככל שזו מתקיימת, באותם תכליות ואינטרסים. אין סמכות לערוך איזון כזה מראש, בטרם הוקם אוהל המחאה, וממילא גם בטרם נגרמה פגיעה כלשהי לאינטרסים הציבוריים.

42. בכל המקרים שציינה המשיבה בתגובתה לעתירה, כמו גם בפסיקה שהובאה על ידי בית המשפט קמא, לא נדונה שאלת הסמכות לדרוש היתר מראש להקמת אוהל מחאה, זאת מאחר שכל המקרים האלה עסקו בפינוי אוהלי מחאה בדיעבד. אולם גם במקרים בהם הוקם אוהל מחאה בלא היתר מהרשות המקומית, לא הסתפק בית המשפט בעובדה זו על מנת להצדיק את פינוי של האוהל, שהרי אז יכולים היו פסקי דין אלה להסתיים בשורות ספורות בלבד - אלא ערך את האיזון האמור, ודחה עתירות נגד פינוי של מאהל רק לאחר שהוכח שהוא אכן יצר הפרעה קשה וממושכת לאינטרסים ציבוריים בעלי משקל. לא ניתן למצוא איפוא כל סימוכין בפסיקה זו למדיניותה של המשיבה, כפי שעוגנה בנוהל, לדרוש אישור מראש לכל הקמה של אוהל מחאה או כל ביטוי מחאה אחר.

#### מדיניות המשיבה – פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה בחופש הביטוי

43. טעה בית המשפט קמא כאשר קבע, כי מדיניותה של המשיבה "אינה שוללת את חופש הביטוי ואת זכות המחאה אלא, מבקרת ומתנה תנאים כאלו ואחרים תוך עריכת איזונים, באופן שיאפשרו את חופש הביטוי מחד, תוך שהפגיעה בזכויות ואינטרסים אחרים לא תעלה על מידת הסבירות" (פסקה 11 לפסק הדין). מדיניותה של המשיבה לחייב כל אוהל מחאה באשר הוא בהיתר מראש העירייה ובקיום התנאים שיתנה, ועוד יותר מכך, הנוהל שאימצה המתנה כל שימוש במרחב הציבורי לצורך ביטוי מחאה בהיתר מראש ובעמידה בתנאים שייקבעו, יוצרים פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה בחופש הביטוי והמחאה, עד כדי שלילתה של זכות זו במקרים רבים.

44. הנוהל החדש שהתקינה המשיבה, כמו המדיניות הבלתי-כתובה שקדמה לו שנגעה לאוהלי מחאה בלבד, הינו הסדר גורף וכוללני, המאפשר לה לקבוע מי יביע את דעתו, מתי, באיזו צורה, היכן ולכמה זמן, והכול על פי שיקול דעת רחב של פקידי המשיבה.

45. כאמור לעיל, המחוקק הבחין בין הפגנות הטעונות רישיון מראש לבין הפגנות שאינן טעונות רישיון, על אף שבכל ההפגנות טמון פוטנציאל לפגיעה כזו או אחרת באינטרס הציבורי. יתרה מכך, גם כאשר יש יסוד סביר להניח שנעברה עבירה של התקהלות אסורה, וקיים חשש שיופר הסדר הציבורי, הינחה היועץ המשפטי לממשלה, כי על המשטרה לשקול האם ניתן למנוע את העבירה ולאפשר את המשך קיום ההתקהלות על פני פיזורה או נקיטת צעדים פליליים כלפי המפגינים (סעיף 22 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1200 בדבר חירות ההפגנה). משמע, גם כאשר המפגינים הפרו את החובה לקבל רישיון מראש וקיים חשש כי יופר הסדר הציבורי, המדיניות היא כי אין למנוע את ההפגנה אלא אם אין דרך אחרת למנוע את הפגיעה בסדר הציבורי.

46. הנוהל שאימצה המשיבה, שחל על כל צורת מחאה באשר היא, סותר את ההלכות שקבע בית המשפט, שלפיהן לא ניתן להגביל מראש הגבלה גורפת של כל ביטוי וביטוי, ללא התחשבות בנסיבות מקרה זה או אחר. כך, למשל, **לגבי חלוקת מודעות מיד ליד** קבע בית המשפט, כי האיסור הגורף בחוק העזר על חלוקת מודעות מיד ליד אינו חוקי בשל הפגיעה הבלתי סבירה והבלתי מידתית בחופש הביטוי: "יישומם של דברים אלה לענייננו, צריך למסקנה שמועצת העירייה חרגה מסמכותה שעה שהטילה איסור כללי, ללא זיקה לעובדות קונקרטיות ולמטרה מוגדרת, והגבילה מראש את חירותו של האזרח להפיץ את דעותיו - בדרך של חלוקת כרוזים לעוברים ושבים במקום ציבורי - בכך שהתנתה את חוקיותה של החלוקה בקבלת היתר מראש בכל מקרה ומקרה, ללא כל התחשבות בנסיבותיו של מקרה זה או אחר ובמידת הסיכון שהן יוצרות או עלולות ליצור לאינטרס של שמירת הניקיון בעיר" (פרשת אורנג, בפסקה 19 לעיל, בעמ' 346).

47. בהתבסס, בין היתר, על פסק הדין בפרשת אורנג, קבע בית המשפט, כי עירייה אינה מוסמכת לאסור באופן מוחלט וגורף על **הצבת דוכני הסברה**: "במקרה דנן, חרגה הרשות המקומית מסמכותה כאשר אסרה באופן גורף על הקמת דוכנים והציבה עצמה כמחליט-על במקום הרשות המחוקקת, מקום שהיה עליה לתת ביטוי ולבצע את הוראות חוק העזר שהיא עצמה קבעה. מדיניות זה הינה פסולה ודינה, להתבטל" (עת"מ 1317/08 שב"י-שחרור בעלי חיים בישראל נ' עיריית ראשון לציון ואח' (ניתן ביום 16.3.11), בעמ' 9 לפסק הדין).

48. נוהל המשיבה מתנה את מימוש חופש הביטוי, באופן גורף וללא הבחנה בין מקרים שונים, בתנאים הכוללים הפקדת שיק עירבון, תשלום החזר הוצאות כפי שייקבע על פי המשיבה, הצגת אישור בחתימת חברת הביטוח להכללת המשיבה כמבוטחת, חתימה על כתב התחייבות לשמירה על המרחב הציבורי, ועוד. כן הסמיכה עצמה המשיבה להחליט על דעת עצמה האם אופי הביטוי מתאים למקום המבוקש, כמה זמן יוקצב לפעילות הביטוי (סעיף 5 לנוהל), ואלו תנאים נוספים יוצבו בפני המבקשים לקיים פעילות להבעת רעיון ודעה במרחב הציבורי בעיר. כפי שתואר בעתירה, חלק מן המבקשים להקים אוהלי מחאה נדרש על ידי המשנה למנכ"ל המשיבה להוציא רישיון עסק, ולעמוד בתנאים נוספים שקבע המשנה למנכ"ל

העירייה, כגון קבלת אישור גורמים נוספים שאינם מפורטים בנוהל (משטרת ישאל וכיבוי אש), והכול על פי שיקול דעתו הרחב של המשנה למנכ"ל העירייה.

49. בית המשפט קמא קבע את סבירותה של מדיניות המשיבה, ללא שהתייחס כלל לסבירות התנאים השונים הקבועים בנוהל המשיבה, שמילויים נדרש על מנת להביע ביטוי מחאה במרחב הציבורי, או לסבירות התנאים הנוספים אשר איתם נאלצים להתמודד המבקשים להקים אוהלי מחאה בעיר, כפי שפורט בעתירה.

50. הכרה בסמכות הרשות המקומית להתנות הקמת אוהלי מחאה בקבלת אישור מראש **תפגע באופן חמור בנגישות הרחבה והשוויונית לחופש המחאה**. קל וחומר כאשר דרישת ההיתר מופנית, על פי הנוהל החדש, כלפי כל צורת ביטוי. עצם הדרישה להגיש בקשה מראש לכל צורת ביטוי במרחב הציבורי, לרבות: "הפגנה, עצרת, טקס, אירוע סולידריות, אירוע התרמה, אירועי חג וכל פעילות אחרת להבעת רעיון, דעה, ערך, אמונה או תפיסת עולם במרחב הציבורי", לצד הדרישה לעמוד בתנאים מתנאים שונים כפי שתואר לעיל, יוצרת אפקט "מצנן" המרתיע פעילים מלנקוט באמצעי מחאה, שאמורים להיות בסיסיים, פשוטים ונגישים לכל. משמעות הדרישה היא שבפועל, חופש הביטוי במרחב הציבורי בעיר יתאפשר אך ורק לפעילים מעטים בעלי הנחישות, הפנאי, הידע והאמצעים כדי להיות נכונים להתמודד מול הביורוקרטיה העירונית ולצלוח אותה.

#### **חשש לאכיפה סלקטיבית כלפי אוהלי מחאה**

51. באמצעות הצבת הדרישה לקבלת אישור לקיום פעילות מחאה, והצבת דרישות נוספות שייקבעו בהתאם לשיקול דעתו של המשנה למנכ"ל, העניקה המשיבה לעצמה את הכוח לשלוט במחאה (שבמקרים מסוימים אף מופנית כלפיה, מצב המעמיד אותה בניגוד עניינים מובנה), להכתיב את אופייה, את מיקומה ואת משכה, ואף לתת העדפה, מבחינת התנאים שהיא מציבה בפני פעילי המחאה, למחאות מסוימות על פני אחרות.

52. להמחשת הסכנה האמורה הובאה בעתירה (בפסקאות 12, 42 ו-43 לעתירה) הדוגמה של היחס השונה שזכה לו המערער 1, שביקש להקים אוהל מחאה בכיכר רבין כחלק מהמחאה החברתית, לעומת אוהל המחאה של נכי צה"ל, שהוקם באותה תקופה ממש בשדרות שאול המלך. בעוד שהצבתו של אוהל בכיכר רבין, הסמוכה לבניין המשיבה, אושרה על ידי המשיבה למשך ימים בודדים בלבד, הוקם בשדרות שאול המלך אוהל מחאה רחב מימדים, ממש מול הכניסה למרכז המסחרי המכונה ה"לונדון מיניסטור", אשר נכון ליום 15.7.12 עמד במקום במשך יותר מחודש ימים. האוהל הוקם על-ידי נכי צה"ל המוחים על הרעה בתנאים שהמדינה מעניקה להם. האוהל כלל ציוד רב כגון מסך טלוויזיה, מיטה, מקרר, ארונות, רמקולים, שלטים גדולים וחפצים נוספים אשר שימשו את פעילי המחאה ללון במקום. מקימי האוהל קיבלו אישור מראש להקמתו מאת המשיבה, אשר האריכה את האישור מידי שבוע מחדש, וכך עמד האוהל כאמור לעיל, **לפחות חודש ימים**.

53. באישור מאת המשיבה להקמת האוהל של נכי צה"ל לא נאסר ללון באוהל, לא הוגבל גודלו של האוהל או כמות וסוג הציוד שבו יעשה שימוש בתוך האוהל (למעט איסור על שימוש במערכות הגברה), והפעילים שהקימו אותו לא נדרשו להציב שומר במקום (ראו נספח 1ז אשר צורף לתגובת המשיבה לעתירה). תנאים אלה הוצבו גם הוצבו בפני המערער 1 שביקש להקים אוהל מחאה בכיכר רבין, ונועדו להבטיח, לטענת המשיבה, כי הצבת האוהל תיועד למטרה לשמה ניתן ההיתר - קיומה של פעילות מחאה, ועל מנת למנוע הפיכת האוהל למשכן מגורים של ממש על כל הכרוך בכך (פסקה 86 לכתב התגובה).

54. השוני ביחס של המשיבה לאוהל המחאה של המערער 1 בכיכר רבין לעומת האוהל של ארגון נכי צה"ל תמוה אף יותר, לנוכח גודלו המכובד של אוהל נכי צה"ל, שהוקם בשדרות שאול המלך, באופן שתפס חלק נכבד מן המדרכה, מוקם בסמוך לבתי השכנים ברחוב ואל מול הכניסה למרכז המסחרי, והפריע לתנועת ההולכים והשבים במקום בצורה חמורה משמעותית מן ההפרעה שיצר האוהל שהוקם בכיכר רבין רחבת הידיים.

55. מדובר כאמור רק בדוגמא אחת מבין דוגמאות נוספות שהובאו בעתירה, הממחישה את החשש, כי המשיבה, באמצעות הכוח שלקחה לעצמה להתיר ולהתנות מראש הקמת אוהלי מחאה, תפעיל יחס שונה כלפי מחאות שונות, בהתאם לזהות המוחים, תוכן המחאה, אופייה ומיקומה. חשש זה לא זכה לכל התייחסות מפורטת מפי בית המשפט קמא, אשר הסתפק בקביעה כללית כי נהלי המשיבה מופעלים על ידה באופן סביר ומידתי (פסקה 13 לפסק הדין).

56. בית המשפט קמא התייחס לדוגמא אחרת שהובאה בעתירה – של אישור הקמת אוהלי מחאה בגן וולובלסקי ומתן תנאים מקלים ומשופרים למאהל זה לעומת אוהלי מחאה אחרים בעיר – כאבחנה ראויה וסבירה (פסקה 12 לפסק הדין). ואילו דווקא דוגמא זו ממחישה את הכוח שלקחה לעצמה המשיבה, לתמרץ את פעילי המחאה לקיים את המחאה במקומות חסרי בולטות ציבורית, הרחוקים מן העין. הדרישות המחמירות, שהציבה המשיבה בפני מקימי אוהלי מחאה אחרים בליבה של העיר, ושגררו אחריהן דרישות נוספות, שעלות ביצוען יקרה מנשוא, לא הוצבו בפני מקימי אוהלי המחאה בגן וולובלסקי, מקום שראש המשיבה הצהיר עליו כי יתיר להקים בו אוהלי מחאה, עוד לפני שהופנתה אליו בקשה להקים בו אוהלי מחאה. לצד מתן פטור מהדרישות כאמור, ניתנו למקימי האוהלים במקום שירותים והטבות מטעם העירייה.

57. בפועל, מוקם גן וולובלסקי בשולי העיר. אמנם הוא סמוך לעורקי תחבורה מרכזיים, שפוקדים אותם עוברי אורח ונהגים רבים, כפי שציין בית המשפט קמא בפסק דינו, אולם אלה אינם מזדמנים למקום על מנת ליהנות מיופיו של הגן, מצילו או מהאוויר הנעים השורה בו, אלא אצים בדרכם לתחנת הרכבת, האוטובוסים ועורקי התנועה העוברים בסמיכות לגן, ולא מתעכבים בדרכם בשל אוהלי המחאה המצויים בקרבת מקום.

58. כפי שתואר בעתירה, החשש, כי המשיבה תעשה שימוש בסמכותה כדי לתת העדפה, מבחינת התנאים שהיא מציבה בפני המבקשים השונים, למחאות מסוימות על פני אחרות, או כדי לנתב מחאה למקומות שבהם פוטנציאל הנראות שלה נמוך יותר, אינו תיאורטי בלבד.

59. רק לאחרונה קבע בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים, כי האיסור הגורף שהטילה עיריית ירושלים על הקמת אוהלי מחאה בגן העצמאות בעיר אינו סביר: "דחיקת המחאה למקומות רחוקים מן העין מחטיאה את המטרה ואפשר שאינה מאפשרת למצות את זכות ההפגנה, הצעקה והמחאה" (החלטת השופט צבן בבקשה לדיון דחוף בעתירה, במסגרת עת"מ 6095-07-12 בן אברהם נ' עיריית ירושלים, ניתנה ביום 26.7.12).

60. כבר לפני שנים נדונה בבית המשפט העליון החלטתה של עיריית באר שבע להסיר מודעות, שמתחו ביקורת על התנהלותו של ראש העיר, ושנתלו על מרפסות פרטיות. בג"ץ קבע, כי העירייה לא פעלה מתוך דאגה לחזות העיר או לבטיחות התושבים אלא "כדי להפעיל צנזורה על ביקורת על ראש העירייה [ועל כן] אין ספק כי זהו שיקול זר...[ש] אינו יכול לבסס החלטה להסיר את הכרזות שהוסרו" (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 308 (1999)).

61. בפרשת שב"י (בפסקה 47 לעיל) קבע בית המשפט לעניינים מנהליים, כי עיריית פתח-תקווה אסרה באיסור גורף על הצבת דוכנים בשטחה, היא עיסוקו של הדוכן אשר יהא. יחד עם זאת, נקטה העירייה במדיניות בררנית, באופן שבו היא התירה לגופים שבקונצנוס, לטעמה, להציב דוכנים באופן ארעי. בית המשפט פסל את מדיניותה המפלה של העירייה, וקבע כי "השרירות הינה התנהגות הזרה לתפקידה של הרשות, כמו גם האפליה. רשות אינה יכולה לאסור על הצבת דוכנים כלפי כולי עלמא, אך לקבוע בתוך כך חריגים על פי שיקול דעת סובייקטיבי של מאן דהוא – שיקול דעת שאינו מבוסס על כלל ידוע ושיקוף ומבלי שהוכח טעם ראוי וסביר לוי" (בפסקה 10 לפסק הדין).

62. במסגרת המחאה החברתית בשנה שעברה טיפלה המערערת 6 במספר מאהלי מחאה שונים ברחבי הארץ, אשר נתקלו בהתנכלויות מצד הרשויות המקומיות שבתחומן שהו. באחד המקרים עתרה המערערת נגד החלטתו של ראש עיריית בית שאן לפנות אוהל מחאה, שהוצב בכיכר העירייה ומתח, בין היתר, ביקורת על התנהלותו כראש העיר. יומיים לאחר הגשת העתירה חזר בו ראש העירייה מהחלטתו. במקרה אחר פנתה המערערת לראש עיריית רמת-גן בדרישה להפסיק את ההתנכלויות למאהל מחאה שהוקם בכיכר מרכזית בעיר הסמוכה לבניין העירייה, שמתח אף הוא ביקורת על התנהלותו של ראש העיר.

63. למותר לציין, שלא כל פעיל מחאה שנתקל בסירוב או בתנאים מחמירים יפנה לבית המשפט בעתירה נגד החלטת העירייה, שכן הדבר דרוש תעצומות ומשאבים מיוחדים. ברוב המקרים פעילים יוותרו, וכך נותר בידי המשיבה כוח רב, רב מדי, לקבוע אלו מחאות יהיו בעיר תל אביב.

### הייחוד של אוהלי מחאה כאמצעי ביטוי והשלכות מדיניות המשיבה

64. הגם שבהקמתם של אוהלי מחאה קיים פוטנציאל של יצירת מטרד לציבור, יש לזכור כי מדובר בנדבך מרכזי של חופש הביטוי הפוליטי, המאפשר למוחים למשוך את תשומת הלב של מקבלי ההחלטות ולהזכיר להם כי ישנה התנגדות למעשיהם או למדיניותם. הקמת אוהלי מחאה אף הוכרה בפסיקה כחוסה בצילו של חופש הביטוי (פרשת טויטו נ' עיריית ירושלים, בפסקה 36 לעיל). אוהלי המחאה שהוקמו בשנה שעברה במסגרת המחאה החברתית שימשו מוקד להתכנסויות, היכרויות ודיונים – שלא יכלו להתקיים במסגרת הפגנה חד-פעמית - אשר גיבשו את תנועת המחאה וצרפו אליה רבים. בהמשך הפיקו יוזמי מחאת האוהלים הפגנות ענק, שהוציאו לרחובות מאות אלפי אנשים. נוצרה תנועה חברתית – שפעילה גם היום - שהממשלה לא יכלה להישאר אדישה לה, והיא גיבשה סדרה של תגובות והצעות לשינוי מדיניות. אם נקבל את קביעת בית המשפט קמא, לפיה כל הקמה של אוהל מחאה טעונה אישור מראש של המשיבה וכפופה לתנאים שזו תקבע, לא הייתה יכולה להתקיים מחאת הקיץ של שנה שעברה ולצבור את הכוח שצברה. ללא קשר לעמדה שנוקטים כלפי התכנים של מחאה זו, הרי שלא יכול להיות ספק שאירע בארץ אירוע מחאה רחב-מימדים ובעל חשיבות ציבורית אדירה, שחניקתו באמצעים ביורוקרטיים הייתה מסמנת את כשלונה של הדמוקרטיה בישראל.

65. ואכן המציאות מלמדת, כי דווקא בשל העובדה, שהפגנות הן אירועים לזמן קצר, מידת האפקטיביות שלהן מוגבלת אף היא, בעוד שאוהלי מחאה העומדים במקום למשך זמן מסוים יוצרים אפקט ציבורי ותקשורתי ממושך וגדול יותר, ומובילים פעמים רבות להשגת המטרה, שעמדה בבסיס הקמתם מראש.

66. הנוהל החדש שאימצה לה המשיבה הופך את המחאה בדרך של הקמת אוהלי מחאה למסלול מכשולים כמעט בלתי עביר עבור המפגין המצוי. הוא נדרש לא רק להגיש בקשה בכתב במשרדי המשיבה אלא, כפי שתואר לעיל, גם לעמוד בדרישות מכבידות, שעלותן לעיתים גבוהה, ולעבור מסכת ייסורים ביורוקרטית הכרוכה בהגשת בקשות והוצאת אישורים מגורמים שונים מלבד המשיבה. ככל שמדובר במחאה הנתפסת על-ידי המשיבה כמופנית גם כלפיה, הקשיים שעומדים בפני המבקש להקים אוהל מחאה עלולים להיות אף גדולים יותר. ברור כי במצב דברים כזה, אוהל המחאה ייכחד הלכה למעשה כאמצעי לגיטימי להבעת מחאה.

### סוף דבר

67. המשיבה מינתה עצמה, ללא הסמכה חוקית, כרשות רישוי למחאה, באופן הנוגד מושכלות יסוד ראשוניים, לפיהם פגיעה בזכויות יסוד תיעשה בחקיקה ראשית ומכוח הסמכה מפורשת, המפרטת את התנאים לפגיעה בזכות, ובהסדר בעל תחולה ארצית שוויונית. מדיניות המשיבה סותרת את הדין, כפי שהוא בא לביטוי בפסיקה, לפיו הבעת ביטוי במרחב הציבורי אינה טעונה אישור מראש של הרשות המקומית, אך יש בידיה הסמכויות לפנות אוהלי מחאה, או אמצעי ביטוי אחרים, כאשר אלו פוגעים פגיעה חמורה ומתמשכת באינטרסים ציבוריים נוגדים. אין כל יסוד בדין להעניק לרשות מקומית את הכוח להתנות

ולחתיב אלו מחאות תתקיימנה ואלו לא, היכן ולכמה זמן, והכול על פי שיקול דעתה וכראות עיניה. הותרת פסק הדין של בית המשפט קמא, המאשר את מדיניות המשיבה, על כנו פירושה הפיכת המחאה ללא רלוונטית ולא נגישה למפגין המצוי ופגיעה קשה בחופש הביטוי הפוליטי ובתפקוד הדמוקרטיה בישראל.

**אשר על מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, לקבוע כי המשיבה אינה מוסמכת לדרוש היתר מראש להקמת אוהל מחאה, ולחייב את המשיבה בהוצאות משפט ובשכ"ט עו"ד.**

**11 באוקטובר 2012**

---

שרונה אליהו-חי, עו"ד  
ב"כ המערערים