

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 נסרין עליאן ו/או קרן צפריר
ו/או ראויה אבורביעה ו/או משכית בנדל
ו/או רגד ג'ראיסי ו/או אן סוצ'יו

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
טלפון: 03-5218352, פקס: 03-5216569

סיכומים מטעם המערערים

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 16.1.13 ומיום 16.5.13 מתכבדים המערערים להגיש את סיכומיהם.

15 ביולי 2013

מדיניות המשיבה נשואת הערעור

1. העתירה הוגשה ביום 3.7.12 בתגובה לשינוי לרעה ביחסה של המשיבה להקמת אוהלי מחאה בעיר. ניסיונם של המערערים להקים מאהלי מחאה בעיר לימד, כי המשיבה אימצה לעצמה מדיניות חדשה, שבאותה העת טרם הועלתה על הכתב, לדרוש היתר מראש להקמת אוהלי מחאה ולפנות מיידית כל אוהל שהוקם ללא היתר. מי שביקש היתר להקמת אוהל מחאה נדרש לעמוד בתנאים ובדרישות רבות ומכבידות. ניסיון להקמת אוהל מחאה מבלי קבלת היתר גרר תגובה חריפה מצד המשיבה, לרבות החרמת ציוד הפעילים על ידי פקחי המשיבה, הזמנת כוחות משטרה ולעיתים אף התפתחו בין הפקחים לפעילי המחאה עימותים פיזיים של ממש.
2. לתגובתה לעתירה צרפה המשיבה נוהל חדש, שתוקפו מיום 2.7.12, 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 סולידריות, אירוע התרמה, אירועי חג, וכל פעילות אחרת להבעת רעיון, דעה, ערך, אמונה או תפיסת עולם" (נספח ג לכתב התגובה, ההדגשה אינן במקור).
3. הנוהל החדש מפרט את אופן הגשת הבקשה לקיום אירוע במרחב הציבורי, ובין היתר נקבע בו, 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). המשנה למנכ"ל המשיבה מחליט האם לאשר את הבקשה, על פי קריטריונים המפורטים בנוהל. השימוש 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).
4. אם אישר הבקשה, מוסמך המשנה למנכ"ל לקבוע תנאים נוספים 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 אוהל מלווה בהצבת דרישות בירוקראטיות מכבידות ויקרות, מעבר לדרישות הקבועות בנוהל (כפי שמלמדים אישור המשיבה שניתן למערער 1 להקמת אוהל המחאה בכיכר רבין וכן אישור המשטרה להקמת האוהל, אשר צורפו כנספחים ע/2 וע/3 לעתירה).

פסק דינו של בית המשפט קמא והטעויות שנפלו בו

5. ביום 15.7.12 התקיים הדיון בעתירה. ביום 23.7.12 דחה בית המשפט קמא את העתירה.
6. בית המשפט קבע כי למשיבה סמכות חוקית להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש על פי סעיף 235 לפקודת העיריות [נוסח חדש], התשכ"ד-1964, וסעיפים 39 ו-44 לחוק העזר לעיריית תל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ס-1980. פסק הדין מתמקד בסמכותה הכללית והגורפת של המשיבה לסלק מכשולים ברחוב הקבועה בחוקים אלה, וממנה מסיק כי המשיבה מוסמכת לפגוע בחופש הביטוי. בכך 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 **בקיום הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת** לפגיעה זו. המצב המשפטי הקיים הוא, כי אין למשיבה, או לכל רשות מקומית אחרת, סמכות חוקית, מפורשת וברורה בחקיקה ראשית להתנות הקמת אוהלי מחאה בהיתר מראש.
7. בית המשפט קבע, כי לאור ניסיון העבר של מחאת האוהלים בשנת 2011, 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 טרם הקמת האוהלים הינה סבירה, מידתית ולתכלית ראויה. פסק הדין מכשיר את מדיניות המשיבה, כעומדת ב"מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה קשה וממשית", על סמך ניסיון העבר, המתייחס לאירוע מחאה אחד: מחאת האוהלים בשדרות רוטשילד בתל-אביב בקיץ 2011. בכך טעה בית המשפט פעמיים: בהפעלת מבחן, שנועד לבחינת החלטה במקרה קונקרטי, על מדיניות כוללת; ובהסתמכות על מקרה אחד בלבד כדי להכשיר מדיניות גורפת.
8. פסק הדין מתעלם מהחומרה המיוחדת שנלווית להגבלת ביטוי מראש על ידי יצירת משטר רישוי, לעומת הפסקתו בדיעבד. דא עקא שחובתה של המשיבה לקיים את חופש הביטוי משמעה גם לנקוט באמצעי פחות פוגעני למניעת פגיעה בסדר הציבורי, הנגרמת על ידי אלו המבקשים לממש את זכותם להתבטא. מתן גושפנקא למשטר רישוי זה משמעו פגיעה בחופש הביטוי שנוצרת מעצם הצורך לבקש ולקבל היתר.
9. בית המשפט קבע, כי ביטול מדיניות הרישוי כמבוקש על-ידי העותרים משמעה "רישיון להשליט אנרכיה בשטחים הציבוריים של העיר תל אביב", אולם קביעה זו מתעלמת מסמכות המשיבה לפנות אוהל מחאה, אשר גורם לפגיעה קשה וממושכת באינטרסים ציבוריים, כגון סדר וניקיון, ובכך למנוע "אנרכיה" בעיר.
10. בית המשפט בחן את הפסיקה בנושא אוהלי מחאה וקבע כי 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. אלא שמפסיקה זו עולה, כי העדרו של היתר מראש להקמת אוהל מחאה אינו מהווה לכשעצמו סיבה המצדיקה את פינויו של האוהל, ולא קיימת סמכות אוטומטית לפנות אוהלים מייד לאחר הקמתם רק משום שהוקמו ללא היתר מהרשות המקומית.

11. בית המשפט קבע, כי 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. פסק הדין אינו מתייחס לטענות המערערים, כי נוהל המשיבה מתנה את חופש הביטוי באופן גורף וללא הבחנה בין מקרים שונים. פסק הדין אף אינו מתייחס 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. בכך מתיר פסק הדין למשיבה לקבוע מי יביע את דעתו, מתי, באיזו צורה, היכן ולכמה זמן, והכול על פי שיקול דעת רחב של פקידי המשיבה. פסק הדין אף מתעלם מן החשש העולה מן הדוגמאות שהובאו בעתירה, כי המשיבה תפעיל, באמצעות הנוהל שאימצה, יחס שונה כלפי מחאות שונות, בהתאם לזהות המוחים, תוכן המחאה ואופייה.

12. פסק הדין הכיר בסמכות הרשות המקומית להתנות הקמת אוהלי מחאה בקבלת אישור מראש ובכך למעשה הכשיר פגיעה חמורה בנגישות הרחבה והשוויונית לחופש המחאה. קל וחומר כאשר דרישת ההיתר מופנית, על פי הנוהל החדש, כלפי כל צורת ביטוי. עצם הדרישה להגיש בקשה מראש לקיום **כל צורת ביטוי במרחב הציבורי**, לצד הדרישה לעמוד בתנאים שונים כפי שתואר בעתירה, 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.

סמכות הרשות המקומית להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש

13. המחוקק הראשי קבע באלו תנאים הפגנה או ביטוי מחאה אחרים יהיו טעונים היתר (סעיפים 84-85 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971), והסמיך את המשטרה כרשות הרישוי לענייני הפגנות. בפסקי דין רבים נדונה הפעלת סמכותה זו של המשטרה, כאשר בתי המשפט עומדים על החובה לאזן בין חופש ההפגנה לבין אינטרסים ציבוריים אחרים לפי מבחנים מחמירים (ר' למשל: בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל [1]; בג"ץ 4712/96 סיעת מר"צ נ' מפקד מחוז ירושלים [2]; בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז

ירושלים [3]; בג"ץ 5346/07 ברנשטיין נ' משטרת ישראל [4]. זאת, מתוך הבנה כי הפגנות במהותן הן בגדר "הפרעה" לסדר השגרתי, 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** (בג"ץ 5277/07 ברוך מרזל נ' מפקד מחוז ירושלים [5]). זוהי אף עמדת היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 15 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה 3.1200 "חירות ההפגנה"; עמדת היועמ"ש בעע"מ 11174/08 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון).

14. כעת באה המשיבה ומעניקה לעצמה, בניגוד מוחלט לכוונת המחוקק, סמכויות רישוי הפגנות וצורות מחאה אחרות, דרך פרשנות חדשה ומרחיקת לכת של חוקים המסמיכים אותה לשמור על הסדר והניקיון בתחומה.

15. אין לראות בהוראות סעיף 235 לפקודת העיריות וסעיף 39 לחוק העזר לתל-אביב יפו (שמירת הסדר והניקיון), האוסרים על הצבת מכשול ברחוב ומסמיכים 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 מידי של פעילות מחאה שנערכת במרחב הציבורי, ללא היתר כאמור, אף בלא שאותה פעילות פגעה באינטרס ציבורי נוגד כלשהו.

16. כאשר מדובר במעשה שלטוני הפוגע בזכויות חוקתיות, נדרשת הקפדה יתרה בקיומה של סמכות חוקית, 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 [6], בפסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ע"א 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו [7]).

17. במקרים בהם נדונו הוראות חוק שמנוסחות בלשון כללית אשר פגעו בזכויות חוקיות, קבע בית המשפט שהן אינן מהוות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית לרשות מנהלית לפגוע בזכויות היסוד של הפרט (בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים [8], בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות; בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות [9]; עניין מנאע [6]). בעיקר נכון הדבר במקרים בהם הפגיעה בחירות היסוד של הפרט ממשית ובעלת השלכות חברתיות, בנושא המעורר מחלוקת בקרב הציבור הישראלי (בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה [10]; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל [11]).

18. 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 [12]), בפסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). הנשיאה ביניש הסבירה, 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 (ר' גם ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל [13]). בהלכה מאוחרת יותר נקבע, כי **ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך גובר הצורך לקרוא קריאה דווקנית יותר של דרישת ההסמכה המפורשת** (דנג"ץ 9411/00 ארקו בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון [14]).

19. בענייננו, הנוהל שאימצה המשיבה הינו כוללני וגורף, שמשמעותו משטור על-ידי המשיבה של כל ביטוי של מחאה (כגון, אך לא רק, 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. בדיוק למקרים כגון זה שלפנינו מכוונת האזהרה לפיה: "במשטר חוקתי המגן על חופש הביטוי יש להחמיר עם הליך של מניעה מוקדמת ה'מקפיא' את חופש הביטוי והנערך על ידי גוף שאינו בית המשפט" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים [15], עמ' 682, ור' גם בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור [16], עמ' 301-299).

20. מדובר איפוא במדיניות הפוגעת פגיעה חמורה ומהותית בחופש הביטוי הפוליטי, הן מבחינת היקף הביטויים שהיא מגבילה 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, יש לפרשו בצמצום.

21. פקודת העיריות אינה מסמיכה את העירייה להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר. והנה, דרך הסמכות הכללית שניתנה לה למנוע ולהסיר מכשולים ברחוב והסגת גבול מנסה המשיבה לאמץ לעצמה סמכות גורפת, בלתי מוגבלת, למשטר מראש כל ביטוי במרחב הציבורי. אלא שגם בתי המשפט דחו בעבר ניסיונות מצד רשויות מקומיות להסתמך על חקיקה המסדירה סדר, ניקיון ומניעת מפגעים כדי לפגוע בחופש הביטוי. כך, למשל, קבע בית המשפט לעניינים מקומיים בתל-אביב כי "אף לא אחת מן ההוראות שבפקודה מסמיכה את הרשות להסדיר את חופש הביטוי הפוליטי בתחומיה" (חע"מ (מקומיים ת"א) 8100285877/11 מדינת ישראל נ' צוקנוב [17]), בפסקה 6; ר' גם ת"פ (מקומיים י-ם) 2857/85 מדינת ישראל נ' אורנן [18]).

22. 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...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. חוק עזר זה אינו יכול להוות מקור לפגיעה כה קשה בזכויות אדם.

23. מעבר לכך, ככל דבר חקיקה, את הסעיף יש לפרש גם 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.

24. "פרשנות חוק אינה כלי אשר ניתן לעשות בו שימוש לצורך הרחבת תחולת החוק אל מעבר לגבולות לשונו לצורך נסיבותיו של מקרה ספציפי. בפעולה זו, של פרשנות דבר חקיקה, מחויב בית המשפט להיצמד לגבולות שנקבעו על ידי לשונו הברורה של החוק, וכוונת המחוקק המתיישבת עימה" (בג"ץ 2755/12 ששר נ' אהוד ברק [19]). לפיכך, ובניגוד לפסק הדין של בית המשפט קמא, 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. ואכן, ניסיונותיהן של רשויות מקומיות להסתמך על חקיקה המסדירה סדר, ניקיון ומניעת מפגעים כדי לפגוע בחופש הביטוי, נדחו בבתי המשפט, כפי שפורט לעיל.

25. יש לזכור, כי על בסיס חוקים אלה מבקשת המשיבה להסמיך עצמה כרשות הרישוי לא רק לצורך הקמת אוהל מחאה, אלא לכל סוג שהוא של הבעה דעה במרחב הציבורי, כולל הפגנות. כל הפגנה, מעצם טבעה, משנה משגרת החיים העירונית ועלולה ליצור הפרעה או מטרד במידה כזו או אחרת. חרף פוטנציאל ההפרעה הטמון בהן, המחוקק הבחין בין סוגי ההפגנות השונים כך שלא כל הפגנה טעונה רישיון מראש על פי החוק.

הפעלת האיזון בין חופש הביטוי לאינטרסים ציבוריים אחרים

26. כך קובע בית המשפט קמא בפסק דינו: "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 וכיוצ"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). מכך מסיק בית המשפט על "ממדי הפרעה, 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).

27. אלא שאין במילוי מבחן "הוודאות הקרובה" 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 החלטתה להתנות הקמה של כל אוהל מחאה באישור מראש, החלטה שעוגנה בהמשך בנוהל. העמדה לגבי חוקיותה של מדיניות זו אינה יכולה להיגזר ממקרה קונקרטי בעבר אשר בעקבותיו קמה וודאות קרובה (ר' עניין לוי [1], בו בוטלה החלטת מפקד המחוז הדרומי של המשטרה שלא ליתן רישיון להפגנה, החלטה שהסתמכה על ניסיון העבר. בית המשפט קבע כי ניסיון העבר לכשעצמו אינו יכול ליצור "ודאות קרובה" לפגיעה באינטרס הציבורי באם תתרחש ההפגנה; כן ר' ע"ב 2/84 ניימן נ' יור' ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה [20], בעמ' 266).

28. 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 בשדרות נורדאו בעיר (כפי שעשו המערער 3 וחבריו), אינה מגבילה את השימוש במרחב או את היכולת של המשיבה לשמור על הסדר והניקיון. בדומה, הקמת אוהל מחאה לשעות בודדות או לימים ספורים בלבד אינה משתווה להקמת אוהל לשבועות ולחודשים ארוכים.

29. בית המשפט קובע כי "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). בעריכת האיזון לא ערך בית המשפט את ההבחנה בין פינוי בדיעבד לבין מדיניות הקובעת רישוי מראש, הכרוך בהגשת בקשה מראש, המתנה לתשובת העירייה, עמידה בתנאים ובמגבלות שהיא מציבה, או לחלופין ערעור על החלטת העירייה, דרישות אשר יוצרות בעצמן פגיעה קשה בזמינות של אמצעי מחאה זה ובנגישותו לציבורים רחבים, כפי שנטען בהרחבה בעתירה (בפסקאות 3-4, 41-44 לעתירה, וכן ראו פסקאות 48-50 להודעת הערעור).

30. בקביעתו זו לא נתן בית המשפט את המשקל הראוי לסמכויות המשיבה לפנות אוהלי מחאה עת מתגלה כי האוהל יוצר הפרעה של ממש לאינטרס הציבורי. פינוי בדיעבד הוא אמצעי מידתי יותר לשמירה על האינטרסים הציבוריים בעודו פוגע מינימאלית ככל האפשר בחופש הביטוי. מכאן שגם קביעתו של בית המשפט כי ביטול נוהל המשיבה משמעו "רישיון להשליט אנרכיה בשטחים הציבוריים של העיר תל אביב" (פסקה 6 לפסק הדין) שגויה, שהרי אפשרות הפינוי עומדת בפני המשיבה כל אימת שקיימת סכנה כזו.

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

31. 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 לפתחם של בתי המשפט, נבחנה סמכותה של הרשות המקומית לפנות אוהלי מחאה, ולא סמכותה לדרוש קבלת היתר מראש. בכל אותם מקרים נקבע, שסמכות הפינוי קמה לאחר שבית המשפט ערך 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 (עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים [21], עת"מ (ת"א) 1112/03 טויטו נ' עיריית תל אביב [22], עת"מ (ת"א) 18742-09-11 שפיר נ' חולדאי [23] עע"מ 6801/11 שפיר נ' חולדאי [24]; בג"ץ 7008/11 לרנר נ' ראש העיר [25], עת"מ (ת"א) 2838-10-11 זיו נ' חולדאי [26], עת"מ (ת"א) 44629-11-11 אמסלם נ' ראש עיריית תל אביב-יפו [27]).

32. ככל הנראה, בכל המקרים שצוינו לעיל לא העלו העותרים את הטענה שאין לעירייה סמכות לדרוש היתר מראש להקמת אוהל מחאה. יחד עם זאת, לא הסתפק בית המשפט בהיעדר היתר על מנת להצדיק את פינויו של האוהל, שהרי אז יכולים היו פסקי דין אלה להסתיים בשורות ספורות בלבד - אלא ערך את האיזון האמור, ודחה עתירות נגד פינויו של מאהל רק לאחר שהוכח שהוא אכן יצר הפרעה קשה וממושכת לאינטרסים ציבוריים בעלי משקל.

33. במקרים אחרים בהם ביקשה המשיבה לעשות שימוש בסמכויותיה לשמירה על הסדר, הניקיון ולמניעת מפגעים תברואתיים או מטרדים לתנועה על מנת לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות כגון כבוד האדם, הזכות לקניין וחופש הביטוי, קבע בית המשפט כי האינטרס הציבורי יגבר על זכויות היסוד רק כאשר תוכיח המשיבה כי הוא נפגע פגיעה משמעותית וממושכת.

34. כך, למשל, בעניין האגודה לזכויות האזרח נ' עיריית תל אביב-יפו [28] טענה המשיבה, כי הסמכויות שניתנו לה

לשמירת הסדר והניקיון מסמיכות אותה לפנות ציוד אישי של חסרי בית הלנים במרחב הציבורי בעיר. בית המשפט ערך איזון בין זכויות היסוד של חסרי הבית כגון זכות הקיום, כבוד האדם, זכות התנועה והקניין כנגד זכותו של הציבור לעיר נקייה ומסודרת ללא מטרדים ומפגעים תרבותיים. על בסיס איזון זה הורה בית המשפט למשיבה "שלא להרחיק חסרי בית או לגרום להם לעזוב את המרחב הציבורי, ולא לקחת ציוד הנדרש להם לפעולות קיום כגון ציוד לינה ומסמכים אישיים, אלא בנסיבות בהן יש בסיס אובייקטיבי סביר להניח כי מדובר ברכוש נטוש או כאשר מדובר ברכוש המעלה חשש ממשי למפגע תברואתי או מטרד משמעותיים או מהווה סכנה מיידית..לבריאות הציבור או בטחון" (בעמ' 43 לפסק הדין, ההדגשה אינה במקור). ערעור המשיבה נגד פסק הדין תלוי ועומד (עע"מ 105/13 עיריית תל אביב-יפו נ' האגודה לזכויות האזרח).

35. במקרה אחר, בו נדונה סמכותה של המשיבה לפי סעיף 39 לחוק העזר (שמירת הסדר והניקיון) לקנוס בעל מסעדה אשר נהג להציב מספר שולחנות וכסאות בחזית המסעדה בשטח הנמצא בבעלות פרטית, קבע בית המשפט העליון כי יש לאזן בין ההגנה על הקניין הפרטי לבין חופש התנועה של הרבים, וקבע כי במסגרת האיזון האמור "על תחולתו של האיסור האמור להיות מוגבלת למקרים בהם מדובר בפגיעה - בכוח ובפועל - בחופש התנועה של הציבור" (רע"פ 6723/05 ג'אבר באסם נ' מדינת ישראל [29], בפסקאות 13-14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

מדיניות המשיבה - פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה בחופש הביטוי

36. בית המשפט קמא קבע, כי מדיניותה של המשיבה "איננה 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 ובאינטרסים אחרים לא תעלה על מידת הסבירות (פסקה 11 לפסק הדין). אלא שקביעה זו מתעלמת מן הפגיעה הבלתי מידתית והבלתי סבירה של מדיניות המשיבה בחופש הביטוי והמחאה, עד כדי שלילתה של זכות זו במקרים רבים.

37. 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 (עניין אורנן [18], בעמ' 346; עת"מ (ת"א) 1317/08 שב"י-שחרור בעלי חיים בישראל נ' עיריית ראשון לציון [30], בעמ' 9). הנסיבות יישקלו בעת מתן ההיתר.

38. 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, כפי שהעלו המערערים

בעת הדיון בעתירה. כך, מתנה הנוהל 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. התנאים הללו אינם רשימה סגורה, וכפי שפורט בעתירה, חלק מן המבקשים נדרש לעמוד בתנאים מכבידים נוספים, וביניהם הצבת שומר לשמירה על ציוד האוהל, הוצאת רישיון עסק, אישור כיבוי אש ואישור המשטרה, אשר גם קבלתו מותנית בתנאים נוספים. הקריטריונים הקבועים בנוהל המשיבה הינם עמומים ובפועל מתירים למנכ"ל המשיבה להפעיל שיקול דעת בלתי מוגבל, ולקבוע מי יביע את דעתו, מתי, באיזו צורה, היכן ולכמה זמן (ראו, למשל, "התאמה בין אופי האירוע למקום המבוקש", "קיום הפעילות בזמן הקצוב על פי הוראות העירייה", סעיף 5 לנוהל). כאמור, סבירותם של תנאים וקריטריונים אלה לא זכתה להתייחסות בפסק הדין.

39. חוסר המידתיות ניכר אף ביחסה של המשיבה כלפי אוהלי מחאה וביטויי מחאה אחרים שקיימו אחדים מן המערערים במרחב הציבורי ללא היתר המשיבה. יחס זה מלמד אף הוא על הסכנה שבמתן הכשר למדיניות, המאפשרת את חופש הביטוי על פי שיקול דעת רחב של פקידיה ופקחיה של המשיבה. מבלי להתריע קודם לכן או להעניק הזדמנות למוחים להימנע מהפרעה לסדר הציבורי, ממהרת המשיבה לפנות, לקנוס את המפגינים ולהחרים את ציודם מייד לאחר שהוקם האוהל, לעיתים תוך עימותים מילוליים ופיזיים של ממש בין פקחי המשיבה לבין המפגינים.

40. לצד העובדה, כי המשיבה אינה רשות רישוי לענייני הפגנות, כפי שהוסבר לעיל, התנהלות זו מנוגדת להנחיות היועמ"ש בדבר חירות ההפגנה לפיהן, גם כאשר המפגינים הפרו את החובה לקבל רישיון מראש (במקרה שבו ההפגנה טעונה רישיון), וקיים חשש כי יופר הסדר הציבורי, יש להימנע מפיזור ההפגנה או מנקיטת צעדים פליליים כלפי המפגינים, אלא אם אין דרך אחרת למנוע את הפגיעה בסדר הציבורי, כגון דרישה מהמפגינים להימנע מביצוע התנהגות העלולה לסכן את שלום הציבור (סעיף 22 להנחיית היועמ"ש).

חשש לאכיפה סלקטיבית כלפי אוהלי מחאה

41. בכתב העתירה (פסקאות 12, 43-42) וכן בהודעת הערעור (פסקאות 57-52) הובאו דוגמאות שונות המעלות את החשש כי המשיבה, באמצעות הנוהל החדש שאימצה, על כל תנאיו ודרישותיו, העניקה 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, בהתאם לזהות המוחים ולתוכן המחאה. לצורך המחשה ניתן להשוות בין התנאים והמגבלות

שמופיעים באישור המשיבה להקמת אוהל המחאה בכיכר רבין (נספח 2/ לעתירה) ובין אלה שמופיעים באישור המשיבה להקמת אוהל המחאה בשדרות שאול המלך (שצורף לכתב התגובה של המשיבה כנספח 11). בעוד שאוהל המחאה של המערער 1 בכיכר רבין כחלק מהמחאה החברתית קיבל היתר למשך תשעה ימים בלבד (לעומת 45 יום שביקש), נאסר על לינה בו, נקבע באישור גודלו של האוהל שיוקם, הציוד שיהא בתוכו ותנאים נוספים, קיבל אוהל המחאה שהוקם על ידי נכי צה"ל בשדרות שאול המלך אישור לעמוד במקום לפחות חודש ימים, לא נקבעו באישור איסור על לינה באוהל, לא הוגבל גודלו ולא הוגבל הציוד שניתן יהיה להשתמש בו. ואכן, המוחים באוהל רחב מימדים זה אכלסו אותו בציוד רב ששימש ללינה של אחד מפעילי המחאה בתקופה בה עמד במקום.

42. 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). בית המשפט קמא התייחס לדוגמא אחת בלבד 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. הלכה למעשה, גן וולובלסקי הוא פיסת דשא רחבה ותו לא, הממוקמת במקום סואן ורועש, בשל היותה סמוכה לעורקי תחבורה ראשיים, כפי שציין בית המשפט קמא. לפיכך, הולכי הרגל המעטים שעוברים לידו אינם נוהגים לשהות במקום (כפי שנוהגים לעשות בשדרות רוטשילד ובכיכר רבין, שלכל אורכם פזורים בתי קפה, מזרקות או אטרקציות אחרות המיועדות לספק הנאה וביילוי למבקרים בהם), אלא חולפים במהירות לידו במטרה להגיע לעורקי התחבורה הנמצאים לידו.

43. אימוץ מדיניות המתמרצת להקים אוהלי מחאה במקום אחד בלבד ברחבי העיר, שאינו מרכזי דיו או שאינו מתאים לאופי המחאה המבוקשת, אינו מהווה אלטרנטיבה מידתית למימוש חופש הביטוי. היא אינה מידתית, שכן היא שוללת מהמוחים את האפשרות להביע את דעתם דווקא היכן שמצוי ציבור שלא היה מגיע לאוהל המחאה מיוזמתו לשמוע את המסר של מארגני הפעילות ואולי אף אינו מעוניין להיחשף למסר. אותו קהל שעובר במקרה או אף מתנגד לנושא הפעילות, הוא קהל יעד עיקרי בקיום חופש המחאה.

44. כפי שתואר בעתירה, החשש, כי המשיבה עשתה ותעשה בעתיד 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 וכבר קרו מקרים בהם ניסו רשויות מקומיות לסכל פעילויות ביטוי ומחאה על בסיס תוכן (ר' עניין שב"י [30], בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע [31]).

הייחוד של אוהלי מחאה כאמצעי ביטוי והשלכות מדיניות המשיבה

45. 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.

46. במאמר "משפט הרחוב" [32] נמתחה ביקורת על פסיקתו של בית המשפט קמא, אשר לא השכיל, לדעת המחברים, לזהות את האינטרס החברתי בקיומה של מחאת האוהלים בקיץ 2011: "דווקא המוחים של קיץ 2011 הם שהיו ציבור המשתמשים הקבוע יותר של הרחוב העירוני. במשך שהייתם בו, וכתוצאה ממגוון השימושים שעשו במסגרתו, הם הביאו ליצירת שפע של הזדמנויות למפגש ולדיאלוג, לצריכת תרבות, ללימוד ולבילוי משותף, להתהוות של שותפויות ומיזמים חברתיים וכלכליים ולהקמה של תנועות לשינוי פוליטי וחברתי. יתרה מזו: הרחוב היה עמוס במשך כל שעות היממה ובכך תרם להגברה של תחושת הביטחון של העוברים והשבים בו. אנשים ביקרו ושהו ברחוב בתדירות גבוהה יותר מבעבר והפכו אותו למזמין יותר עבור קבוצות אוכלוסייה שקודם לכן לא הרגישו נוח לשהות בו שהייה ממושכת". לדעת המחברים, התפיסה שגולמה בפסק הדין הובילה לאימוץ מדיניות משפטית המעדיפה את זכותם של דיירי הרחוב ליהנות ממנו באופן הממקסם את הנאתם מקניינם הפרטי, על פני זכותם של מבקריו ושוהיו לקדם במסגרתו ערכים מגוונים כגון אלה שצוינו לעיל: "חרף האמור הציב בית המשפט את ה'ציבור' בכללותו כבעל אינטרס מגובש לרחוב נקי, מסודר ופנוי לתנועה, ומנגד דימה את המוחים ואת יושבי האוהלים למסיגי גבול המאיימים על המימוש של אינטרס מרכזי זה" (בעמ' 47).

47. אכן, 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 קיץ 2011 ולצבור את הכוח שצברה. הנוהל החדש שאימצה המשיבה הופך את המחאה 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.

48. אשר על כן 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.