

- 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 דן יקיר ו/או שרונה אליהו-חי ואח'

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

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

סיכומי תשובה מטעם המערערים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 3.2.14 מוגשים בזה סיכומי תשובה מטעם המערערים.

19 בפברואר 2014

1. זהו הערעור המינהלי השלישי, בו בעקבות הערות בית המשפט הנכבד או עמדת היועץ המשפטי לממשלה (או שניהם) נאלצת עיריית תל-אביב-יפו (פעם כמשיבה ופעם כמעוררת) להסכין עם מגבלות כוחה במישטור המרחב הציבורי. שוב ושוב נאלצת המעוררת 6 ביחד עם נפגעים ממדיניות העירייה לפנות לערכאות נגד תפיסתה השגויה, לפיה היא הבעלים הרשום של המרחב הציבורי וככזו היא רשאית לפנות חפצים של חסרי בית, לגבות דמי שימוש עבור הפגנות בכיכר העיר או להטיל משטר רישוי על פעולות מחאה ככל העולה על רוחה.
2. למרות המגבלות שהטיל היועץ המשפטי לממשלה על גדרי שיקול הדעת של העירייה נותרה בעינה המחלוקת בשאלה הבסיסית האם קמה לעירייה הסמכות לקבוע משטר רישוי עבור אוהל מחאה. המעוררים הרחיבו בסוגיה זו בסיכומיהם (סעיפים 13-25). רק נדגיש, שהמשטרה היא הגוף היחיד שהוסמך בדין להעניק רישיון להפגנה, ואף זאת רק לשני סוגי הפגנות – אסיפה של 50 איש או יותר שהתכנסה לשמוע נאום על נושא מדיני או תהלוכה של 50 איש או יותר (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1200 "חירות ההפגנה" מיום 1.4.83). מכאן עולה, שאפילו למשטרה אין סמכות לדרוש רישיון ממארגני משמרת מחאה ללא הגבלה על מספר המשתתפים בה. החשש שמא תתרחש הפרה של הסדר הציבורי או ייעברו עבירות אחרות במהלך משמרת מחאה איננו מקנה למשטרה סמכות לקבוע חובת רישוי מראש.
3. הוא הדין בענייננו: הזכות להפגין היא זכות יסוד חוקתית. הגבלה על זכות זו יכול שתיעשה רק בחוק או על פי הסמכה מפורשת בחוק. סמכות העירייה לפנות מטרד או מכשול מהדרך איננה מהווה מקור הסמכה לקביעת משטר רישוי לאירועי מחאה.
4. כזכור יום לפני הגשת העתירה המינהלית נשואת ערעור זה התקינה העירייה 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 מכל מין וסוג שהוא. זאת בניגוד מוחלט לפסיקת בית משפט נכבד זה ועמדת היועץ המשפטי לממשלה. סעיף 1 לנוהל קובע, כי כל בקשה לקיום אירוע במרחב הציבורי טעונה אישור של העירייה. 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" (ההדגשה הוספה, די' י').
5. משמע העירייה נטלה לעצמה יש מאין סמכות להטיל משטר רישוי על מכלול פעולות חופש הביטוי והמחאה במרחב הציבורי לרבות במקרים של חלוקת כרוזים, שני מפגינים שאוחזים בשלט, אדם שספק מדבר אל עצמו וספק מדבר אל העוברים והשבים ועוד.

6. קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בצירוף הנוהל הרחב מיני ים של העירייה משמעם, שגם משמרת מחאה של מפגין בודד, האוחז בשלט שהמוט שלו נוגע במדרכה, טעונה היתר, והוא הדין במפגין בודד שמניח על המדרכה ארגז עץ כדי לעמוד עליו. זאת, שכן בשני המקרים המדובר ב"דבר" אותו מוסמכת העירייה לפנות אם הוא גורם למכשול או מטרד.
7. הציטוט מפרשת **טויטו**, המובא בפיסקה 32 לעמדת היועמ"ש, אך תומך בעמדת המערערים. השופטת פרוקציה קבעה, כי תפיסת חזקה מתמשכת, בלא הגבלת זמן, באזור נרחב המיועד לשימוש הציבור, תוך הצבת אוהלים ומתקנים לסיפוק צרכי מגורים שוטפים של חברי הקבוצה – טעונה היתר. משמע רק כשמאהל הופך למאחז של קבע קמה לרשות המוסמכת הסמכות לדרוש קבלת היתר, ואף בעניין **טויטו** (כמו גם בעניין **בן חור** לפניו) הכוונה היתה להיתר לפי דיני התכנון והבנייה ולא להיתר מהעירייה למימוש הזכות להפגין.
8. העירייה איננה מוסמכת להוציא היתר כללי כפי שמציע היועץ המשפטי לממשלה, כיוון שהיא איננה מוסמכת מדעיקרא לקבוע משטר רישוי לפעולות מחאה. יחד עם זאת טוב תעשה העירייה אם תקבע בהנחיות אלו מקרים היוצאים לשיטתה מגדר מאהל מחאה ושלגביהם קמה סמכות לפנותו. כך, למשל, ההנחיה יכולה להתייחס למקרה, בו שני אוהלי מחאה קטנים הופכים למאהל בן עשרות אוהלים גדולים בצירוף מטבח ותאי שירותים, הנמצאים במשך מספר חודשים והמונעים לחלוטין שימוש במרחב הציבורי. ההיתר הכללי שמוצע כפתרון ראוי בעיני היועץ המשפטי לממשלה בא להגדיר באלו מקרים מאהל המחאה לא יהווה מטרד, וממילא במקרים כאלה לא קמה לעירייה סמכות כלשהי – ודאי לא מראש.
9. אף לו היינו מקבלים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ואת ההצעה להוצאת היתר כללי – לא ברור מה יהיו תנאיו ומתי תטרח העירייה להכינו. היועץ המשפטי לממשלה ציין בפיסקה 40, כי יש לאפשר פרק זמן לשם הכנת ההיתר הכללי. פניית המערערים לעירייה בשאלה מה הוא פרק הזמן הדרוש לה נענתה בתשובה לקונית: "לא ידוע". משמע לא אצה לה לעירייה הדרך להכין את ההיתר הכללי וממילא עד להכנתו עומד בעינו משטר הרישוי דהיום.
10. ההיתר הכללי מותנה בדרישה מן המפגינים להודיע מראש על הכוונה להקמת אוהל מחאה. לדרישה זו אין כל מקום. הדרישה שמפגינים ידווחו לרשות שלטונית על צעדי המחאה שבכוונתם לנקוט יש בה כדי להרתיע מפגינים או לעכבם ממימוש המחאה. אף לא ברור מה משמעות אי מתן ההודעה: האם בעצם המחדל של אי מתן ההודעה קמה לעירייה הסמכות לפנות אוהל מחאה למרות שאיננו מהווה מכשול או מטרד?
11. אשר על כן המערערים חוזרים ומבקשים שביהמ"ש הנכבד יקבע, כי לרשות מקומית אין סמכות בדין לדרוש היתר או הודעה מראש על קיום אירועי מחאה, לרבות מאהל מחאה. אין בכך כדי לפגוע, כאמור בסיכומי המערערים, בסמכות העירייה להפעיל סמכות בדיעבד ולפנות מטרדים מהרחוב, תוך שהיא מאזנת בין חופש המחאה לבין אינטרסים ציבוריים אחרים הנפגעים מהימשכות המחאה.