

עע"מ 8408/12

קבוע: 26.2.14

בית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים

תמיר דוד חצב ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד שרונה אליהו-חי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75 ת"א 65154

טל': 03-5608185 ; פקס: 035608165

ה מע ר ע ר י ם

נ ג ד

עיריית תל אביב-יפו

ע"י היועץ המשפטי, עיריית תל אביב-יפו

רחוב אבן גבירול, 69 ת"א 64162

טל': 03-5218352 ; פקס: 03-5126569

ה מ ש י ב ה

הודעה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת כבוד הנשיא גרוניס מיום 8.2.13, ובהמשך להודעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.7.13 על התייצבותו בהליך שבכותרת, מוגשת הודעה זו.

מבוא

1. הערעור שבכותרת הוגש כנגד פסק-דינו של בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בע"מ 6095-07-12 (כבוד השופטת צילה צפת) (להלן: **פסק הדין**).
2. בית המשפט קמא דחה עתירה, שהוגשה על-ידי המערערים, ובכללם האגודה לזכויות האזרח בישראל, כנגד מדיניות עיריית תל-אביב-יפו (להלן: **העירייה**) "להתנות הקמת אוהלי מחאה בהיתר מראש ולפנות לאלתר כל אוהל שהוקם ללא אישור" (סעיף 1 לפסק הדין).
3. בפסק-דינו עמד בית המשפט קמא על כך שמדיניות העיריה מעוגנת בדין, וכי היא משקפת איזון ראוי בין ההגנה על חופש הביטוי וחירות ההפגנה לבין הפגיעה באינטרס הציבורי העשויה לנבוע מהקמתם של מאהלי מחאה ברשות הרבים. כנגד פסק הדין הוגש הערעור שבכותרת.

4. בגדר הערעור מועלות שלוש טענות עיקריות: הטענה הראשונה, הינה כי העירייה נעדרת סמכות, בהתאם להוראות הדין הקיים, להתנות הקמת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש; הטענה השנייה, הינה כי גם אם לא נפל פגם של סמכות, מדיניות העירייה מפרה את האיזון הראוי בין חופש הביטוי וחירות ההפגנה לבין האינטרס הציבורי, והינה בלתי מידתית. בהקשר זה נטען, כי יש לבחון את סבירות מדיניות העירייה על רקע היותה דרישה לקבלת היתר מראש, להבדיל מדרישה לפנות מאהל שהוקם (ללא היתר) בדיעבד. טענה שלישית הינה כי מדיניות העירייה מעוררת חשש לאכיפה סלקטיבית של הדין, כך שיופעל בצורה שונה, בהתאם "לזהות המוחים, תוכן המחאה, אופייה ומיקומה" (סעיף 55 לכתב הערעור).
5. בהתאם לאמור, נבקש לתחם את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה המפורטת להלן. עמדה זו תעסוק בשאלה האם רשאית עיריית תל-אביב-יפו להתנות הצבת אוהל מחאה במרחב הציבורי בקבלת היתר מראש, אם לאו.

המסגרת הנורמטיבית

6. נקודת המוצא לעניינו של ערעור זה היא כי הרשות המקומית היא נאמן הציבור, לרבות בכל הנוגע לניהול המרחב הציבורי שבתחומי הרשות. על הרשות המקומית מוטלת חובה, ולצידה הסמכות, לנהל את המרחב הציבורי לטובת כלל הציבור, על-פי קריטריונים שוויוניים וענייניים, ותוך איזון בין כלל האינטרסים והשיקולים הצריכים לעניין.
- לצד האמור, על הרשות המקומית לפעול בגדר הסמכויות המסורות לה על-פי דין, וכן עליה ליתן את המשקל הראוי לעקרונות יסוד חוקתיים, כדוגמת חופש הביטוי וחירות ההפגנה.
- כמו כן, יש לזכור, כי היבטים מסויימים של ניהול המרחב הציבורי מסורים לרשויות מדינה אחרות. כך, הסמכות ליתן היתר לקיומה של הפגנה טעונה רישיון, מכוח הדין, מסורה למשטרת ישראל, ולא לרשויות המקומיות (השוו: בג"ץ 5277/07 מרזל נ' **מפקד משטרת מחוז ירושלים**, (אתר הרשות השופטת, 2007)).
7. תפקידה האמור של הרשות המקומית חזר ונשנה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. כך, בפסק-דינו של כבוד השופט עדיאל בבג"ץ 8676/00 **אדם טבע ודין נ' עיריית ועננה**, פ"ד נט(2) 210 (2004), נפסק כי: "מבחינת העירייה, הנאמנות הציבורית הקמה מכוח החזקתה בקניין ציבורי מחייבת אותה 'כגוף נבחר, המשמש כנאמן הציבור בכל פעולותיו [...] להפעיל את סמכותה מתוך דאגה לאינטרס הציבורי' (בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 222-227)".

8. נקודת המוצא האמורה באה לידי ביטוי בהוראות הדין החלות על העניין. דבר החקיקה המרכזי, המסדיר את סמכותה של העירייה לפעול במרחב הציבורי הוא סעיף 235 לפקודת העיריות, הקובע כדלקמן:

”בעניין רחובות תעשה העירייה פעולות אלו: [...] (3) תמנע ותסיר מכשולים והסגת-גבול ברחוב”

סמכות זו נקבעה בסימן ב' לפרק 12 לפקודת העיריות, שכותרתו ”חובותיה של עירייה”, דהיינה סמכותה של עירייה למנוע ולהסיר מכשולים והסגת גבול שבתחומה היא סמכות שבחובה (הגם לעת מימושה של חובה זו, רשאית העירייה להתחשב במשאבים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות באכיפה (השוו: בג”ץ 10202/01 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נו (5) 713 (2003)).

9. הסמכות האמורה מבטאת את חובתה של הרשות המקומית להבטיח כי תנועת תושביה במרחב הציבורי תהא בטוחה ונוחה. כבוד השופט ד' לוי, בעת כהונתו בבית המשפט המחוזי, עמד על מהותה של החובה המוטלת על הרשות המקומית מכוח סעיף 235 לפקודת העיריות, בציינו, כי ”מילוי חובה זאת על-ידי הרשות הוא משמעותי ביותר לתושבי העיר, שהרי הוא בא להבטיח שלא יונחו מכשולים בדרכם של האזרחים, המשתמשים תדיר ברחובות העיר. ראוי שיוכלו לעשות כן בנוחיות ובביטחון, כשם שראוי ששטחים ותחומים שיועדו לכלל הציבור לא יתפסו על-ידי משיגי גבול תוך צמצום המרחבים העומדים לרשות כלל הציבור, לשימושו ולרווחתו” [ע”פ (ת”א) 334/80 מדינת ישראל נ' המבורגר, פ”מ תש”מ (2) (1980)].

10. בכל הנוגע לסמכותה של עירייה מכוח סעיף 235 לפקודת העיריות, ראו: ע”א 187/52 הלפרין נ' ראש העיר, פ”ד ח 219 (1954). בפרשה זו אף נקבע, כי לרשות המקומית סמכות מכוח המשפט המקובל, להורות על פינוי מכשול מרשות הרבים:

”תשובתו של המשפט המקובל היא: מי שאחראי להחזקת הרחוב הציבורי וחייב לשאת בהוצאות הכרוכות בדבר, הוא הממונה גם על שמירת זכות הציבור לשימוש ברחוב, ללא הפרעה וללא פגיעה והוא הרשאי להסיר מכשול מרשות הרבים [...] העירייה היא הגוף אשר עליו הטיל החוק את האחריות להחזקת רחובות ציבוריים, ומשום כך מסר לה גם את הסמכות למנוע, תוך כדי מילוי חובתה זו, הסגות גבול ולהסיר מכשולים ומפגעים הגורעים מהנאת הציבור. במסרו לעירייה סמכות זו, לא יצר המחוקק כל זכות חדשה, אלא רק העניק לה את הסמכות לייצג את הציבור בשמירה על זכויותיו הקיימות ברשות הרבים”.

11. בנוסף, סעיף 242 לפקודת העיריות, שעניינו בתברואה, בריאות הציבור ונוחותו, מסמך את העירייה (בסעיף קטן 1) לנקוט אמצעים להסרת כל מטרד או למניעתו ולדאוג לבדיקות שמטרתן לברר מה הם המטרדים הקיימים. על העירייה מוטלת חובה לנקוט אמצעים להסרת מטרד ציבורי.

12. כן יש להפנות להוראות סעיף 249 לפקודת העיריות, אשר קובע כי "סמכויותיה של עירייה הן: [...] לספק, להתקין, להתוות, לתכנן, לשפר, לקיים ולהסדיר גנים וגינות ומקומות מרגוע או נופש אחרים לשימוש הציבורי, ולפקח עליהם [...] (11) לסלול כל רחוב שאיננו רכוש הפרט, ולדאוג למצבו התקין של כל רחוב כאמור; [...] (29) לעשות בדרך כלל, כל מעשה הדרוש לשם שמירה על תחום העירייה, בריאות הציבור והבטחון בו [...]".

13. לצד ההסמכה הקיימת בחקיקה ראשית, בהקשר הנדון יש ליתן את הדעת להוראות חוק העזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), תש"ם – 1980 (להלן: **חוק העזר**), ולמספר סעיפים בו, אשר מקנים לעירייה סמכות לפעול בסוגיה דנן. בעיקר יפה לענייננו סעיף 39(א)(1) לחוק העזר, אשר קובע:

"לא יניח אדם, לא ישאיר, לא יקים, לא יתלה ולא יטיל ברחוב, לא יבליט מעל הרחוב, ולא ירשה להניח, להשאיר, להקים, לתלות או להטיל ברחוב או להבליט מעל הרחוב, **כל דבר**, אלא אם דרוש לעשות כן לטעינת הדבר או לפריקתו ותוך כדי פריקתו או טעינתו ולא יותר מן הזמן הסביר הדרוש לכך, אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העירייה ובהתאם לתנאי ההיתר." [ההדגשה הוספה – ד.ב.]

סעיף 44(א) לחוק העזר קובע בנוסף:

"ראש העירייה רשאי באמצעות כל אדם לסלק כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39 ולבצע כל עבודה המנויה בסעיפים 42 ו-43 [...]"

וכן נפנה לסעיף 58 לחוק העזר, הקובע כי:

"לא יעשה אדם ברחוב כל מעשה שיש בו כדי לגרום סכנה, מפגע, מטרד, הפרעה או אי-נוחות של ממש או שיש בו כדי להפר את הסדר ברחוב"

ראוי לציין כי המערערים לא תקפו את הוראות חוק העזר. ממילא, הוראות חוק העזר הן בבחינת נקודת המוצא לדיון.

14. חוק העזר נחקק מכוח סעיף 250 לפקודת העיריות, והוראותיו נגזרות, בין היתר, מחובת העיריה על פי סעיף 235 לפקודת העיריות למנוע הסגת גבול ברחוב ולהסיר מכשולים בתחומו. כן נבקש להפנות לסעיף 251 לפקודת העיריות הקובע כי:

"בחוקי עזר רשאית המועצה לקבוע הוראות בדבר –
 (1) תשלום אגרות, היטלים או דמי השתתפות על ידי כל אדם, זולת העירייה גופה, בקשר לדברים האמורים בסעיף 250 [...] [...]
 (2) מתן רשיון או היתר בקשר לאותם דברים ותשלום אגרות בעד הרשיון או ההיתר, [...]"[ההדגשה הוספה – ד.ב.]

לעניין חוק העזר, יפים דברים שנאמרו על-ידי כבוד השופט א' פרוקציה בע"ם 3829/04 ישראל טויטו נ' עיריית ירושלים, נ"ט (4) 769 (2004) (להלן: **פרשת טויטו**):

"חוק העזר נועד ביסודו לשמור על תקינות הרחובות, נקינותם, זכות המעבר והתנועה החפשית בהם. תכלית חוק העזר נועדה למטרה ציבורית חשובה וראויה" (הדברים נאמרו ביחס לחוק העזר לירושלים (שמירת הסדר והנקיון), התשל"ח – 1978 והם יפים בנסיבות המקרה הנדון).

כן ראו דברים שנאמרו על-ידי כבוד השופט דב לוין בפרשת המבורגר: "זהו אחד הנושאים החשובים והמטרידים את פרנסי העיר ומעסיקים אותם תדיר. שומה עליהם להשגיח שרשות הרבים לא תופקר, כדי שתישמר לאזרח היכולת ליהנות מתחומים אלה בנוחיות וברווחה".

15. מהאמור עולה כי פקודת העיריות, כמו גם חוק העזר הנ"ל, מטילים על עיריית תל-אביב-יפו חובות, שלצידן סמכויות, הנוגעות לניהול המרחב הציבורי שבתחומה. תכליתה של סמכות זו היא להבטיח את אפשרויות השימוש הסביר וההוגן של כל בני ובנות הציבור במרחב הציבורי, ולהסדיר שימושים אלה כך ששימושו של פלוני במרחב הציבורי לא יפריע במידת האפשר לשימושו של אלמוני.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

16. על רקע כל שפורט לעיל, נבקש להציג להלן את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, בסוגיות שבמחלוקת. כאמור, הסוגיה המרכזית עניינה האם העירייה מוסמכת להתנות הצבתו של כל אוהל מתאה בקבלת היתר מהעירייה, בהתאם להוראותיו של חוק העזר.

17. הטענה העיקרית המועלית, בהקשר זה, על-ידי המערערים, הינה כי אין לראות בהוראות פקודת העיריות וחוק העזר משום "הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת" (סעיף 6 לסיכומי המערערים) לפגוע בחופש הביטוי ובחירות להפגין. בהקשר זה נטען כי פרשנות חוק העזר, על רקע תכליתו (הנטענת) לאפשר "מניעה וסילוק של מפגעים" (סעיף 23 לסיכומי

המערערים) מנביעה אף היא תוצאה דומה, כי אין העיריה מוסמכת להתנות הקמת אוהלי מחאה בקבלת היתר. הטענה המועלית על-ידי המערערים היא גורפת, ועל-פיה, אין לעיריה כלל סמכות להתנות הצבת אוהלי מחאה בהיתר, ללא תלות במידת ההפרעה שלהם לסדר הציבורי ולאינטרסים ציבוריים נוספים.

18. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה. לגישתו, יש לראות בהוראות פקודת העיריות, וחוק העזר העירוני, משום מקור סמכות להתנות הצבת אוהלי מחאה בקבלת היתר מאת הגורם המוסמך לכך. עמדה זו נגזרת הן מלשון הוראות הדין הרלבנטיות, והן מתכליתן של הוראות אלו. כפי שיפורט להלן, טעמים אלו יפים הן לגבי שאלת ההסמכה, והן לגבי שאלות פרשנות הוראות פקודת העיריות וחוק העזר.

19. במישור הלשוני, העירייה נדרשת לפעול על-מנת להסיר "מכשולים והסגת-גבול ברחוב", לשון פקודת העיריות. הוראה זו מהווה מקור סמכות עצמאי לעירייה לפעול כנגד מכשולים במרחב הציבורי, ובצוותא עם האמור בסעיפים 250 ו-251 לפקודת העיריות, מהווה מקור הסמכה נאות לקבוע בחוק העזר הוראות המתנות בהיתר הצבת "כל דבר" במרחב הציבורי.

20. הצבת אוהל במרחב הציבורי, גם אם המדובר באוהל המיועד לצרכי מחאה, עלולה להוביל ליצירתו של מכשול, שמתפקידה של העירייה לפנותו. אוהל הוא בעל נוכחות פיזית במרחב, העלולה ליצור "מכשול" שיקשה על התנועה ותהווה הסגת גבול במרחב הציבורי.

21. לשם הדוגמא, ניטול סיטואציה בה מוקם מאהל מחאה הכולל מספר רב של אוהלים, בכיכר העיר. ברי כי מאהל מסוג זה מהווה "מכשול" ו"הסגת-גבול ברחוב", שהרשות המקומית נדרשת ואף מוסמכת להידרש אליו ולעסוק בו.

22. האמור מדבר על סמכותה של העירייה מכוח סעיף 235 לפקודת העיריות. דברים אלו יפים גם לגבי חקיקת חוק עזר, שיעסוק בנושא, בהתאם לאמור בסעיפים 250 ו-215 לפקודת העיריות, כמפורט לעיל. בהקשר זה, בכל הנוגע לסמכותה של העיריה להתנות הצבת אוהל מחאה בקבלת היתר מראש, נשוב ונפנה להוראות סעיף 251 לפקודה, הקובע כאמור כי "בחוקי עזר רשאית המועצה לקבוע הוראות בדבר – [...] מתן רישיון או היתר בקשר לאותם דברים [הדברים האמורים בסעיף 250]".

23. לצד הסמכויות הקונקרטיות המסורות לעיריה, העוסקות כאמור בהסרת מכשול או בפינוי "הסגת גבול", ראוי להשקיף במבט רחב על סמכויותיה ותפקידיה של העיריה מכוח פקודת העיריות. נקודת תצפית זו תלמד אותנו כי העיריה היא הגוף המופקד על הסדרת המרחב הציבורי בתחומי העירייה. כך, בין יתר סמכויותיה ותפקידיה, העיריה מוסמכת "להסדיר גנים וגינות" (סעיף 249(8) לפקודה). העיריה מוסמכת "לסלול כל רחוב שאיננו רכוש הפרט ולדאוג למצבו התקין של כל רחוב כאמור"; העיריה מוסמכת

ליתן הוראות "בדבר שמירת המראה של חזיתות הבתים, לרבות סיוודן ושיפוץ (סעיף 13)249(A), ואף להורות לבעלי עסקים הגובלים ברחוב "לנקות את המדרכה לאורך הרחוב הגובל אותם". המארג הנורמטיבי הכולל מלמדנו כי זו היא סמכותה של העירייה, וזה הוא תפקידה, לשמור על המרחב הציבורי בתחומה. ציין, בהקשר זה, השופט פוגלמן, בע"א 1600/08 **מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו**, (אתר הרשות השופטת, 2011), כי: "תפקידה של הרשות המקומית, באופן מסורתי, וכפי שעולה גם מפקודת העיריות, הוא לספק לציבור שירותים מוניציפאליים בתחום שיפוטה, תוך מתן דגש לאינטרסים המקומיים של הרשות ותושביה" וכן קבע כי "לב לבו של התחום המוניציפאלי ותכליתו [הוא] שמירת חזות העיר, בטיחות התושבים ורווחתם".

24. מהאמור עולה, כי פקודת העיריות מהווה מקור סמכות עצמאי לעירייה לפעול אל מול אוהל מחאה המוקם במרחב הציבורי, והמהווה "מכשול" או "הסגת גבול". פקודת העיריות מהווה גם מקור הסמכה לקביעת חוק העזר, המתנה הקמת אוהל מחאה במרחב הציבורי בקבלת היתר.

25. מקור סמכות נוסף הינו חוק העזר העירוני, שבהתאם לאמור בו, מוטל איסור להניח ברחוב "כל דבר" אלא אם כן ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העירייה, ובהתאם לתנאי ההיתר. ודוק – המערערים לא תקפו את חוק העזר, ולא ביקשו לבטלו. ממילא, הוראותיו של חוק העזר הן נקודת המוצא לדיון.

26. במישור התכליתי, הדרישה לקבלת היתר, כתנאי להצבת אוהלי מחאה, משקפת איזון הולם בין חופש הביטוי וחירות ההפגנה, לבין האינטרסים הציבוריים שניצבים על הפרק.

27. חופש הביטוי וחירות ההפגנה נהנים ממשקל נכבד בשיטת המשפט הנהוגה בישראל, והם אף הוכרו כזכויות בעלות מעמד חוקתי. עם זאת, כידוע, חופש הביטוי וחירות ההפגנה אינם בבחינת זכויות מוחלטות, אלא עליהן לדור בצוותא חדא עם זכויות ואינטרסים נוספים, ובכלל זאת, עם האינטרס הציבורי.

עמד על כך בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3634/02 **טבנקין נ' עיריית ירושלים**, (אתר הרשות השופטת, 2002), בקובעו: "הזכות לחופש ביטוי וזכות המחאה וההפגנה זכויות חשובות הן, אך אלו זכויות יחסיות אשר אין פירושן שרשאי כל הרוצה בכך למחות ולהפגין בכל דרך שתראה לו מבחינת המקום, הזמן, דרך ההפגנה ואופיה".

יפים לעניין זה - בשינויים הנדרשים - דברים שנאמרו, בדעת יחיד, על-ידי כבוד השופטת שטרסברג-כהן בפרשת זקין:

"לא יעלה על הדעת שבשם חופש הביטוי יוכל כל מי שיחפוץ ל'קשט' את קירות ביתו בכרזות ובמודעות שונות. להשחית את פני

הבית והרחוב בהתבטאויות שונות בכתב ככל שימצא לנכון ומקום שמדובר בכתים משותפים, יוכל כל דייר להצמיד לקירות הבניין מודעות וכרזות המתחרות באלו של שכנו, והעירייה תעמוד אין אונים אל מול הדרך בה מצא האזרח להשתמש בחופש הביטוי, ולא תוכל למלא את חובתה לשמור על מראה חזיתות הכתים ורחובות העיר ועל ביטחונם של תושביה, ככל שיש באופן תלייתן או הצבתן של המודעות כדי להוות סיכון" [פיסקה 4 לחוות הדעת]

כן נבקש להפנות לדברים שהביע נשיא בית המשפט העליון בארצות הברית, בפרשת Cox v. State of New Hampshire 312 U.S. 569, 574 (1941), כי :

"Civil liberties, as guaranteed by the constitution, imply the existence of an organized society maintaining public order without which liberty itself would be lost in the excesses of unrestrained abuses. The authority of a municipality to impose regulations in order to assure the safety and convenience of the people in the use of public highways has never been regarded as inconsistent with civil liberties but rather as one of the means of safeguarding the good order upon which they ultimately depend"

וכן, בהקשר דומה, לדבריו של הנשיא שמגר ברע"פ 6795/93 אגדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 710, 705 (1994) :

"השוקד על חירויות היסוד חייב לאזן, בגדר מטרותיו של חוק היסוד, בין הזכויות של הפרטים השונים [...] אין להתיר שימוש בלתי מוגבל בזכותו של פלוני אם יש בכך כדי להפריע למעבר הרכבים, לפגוע בזכויותיהם ואף לסכן את שלומם. להגנה על החיים, הגוף, הכבוד זכאים גם העוברים והשבים ברחוב, ולא רק בעל החנות. הוראת חוק, כדוגמת פקודת העיריות [נוסח חדש], הדנה במפגעים, נועדה להגן על הרכבים [...] חוקי היסוד שוקדים על חופש התנועה ולא על הזכות להציב מכשולים בדרך ככל ההעולה על דעתו של כל אדם." [ההדגשה הוספה – ד.ב.]

28. מהאמור עולה כי לצד הכרה בחשיבות חופש הביטוי וחירות ההפגנה, רשאיות הרשויות הציבוריות – כל רשות בהתאם לסמכות המסורה לה על פי הדין - להציב להם גבולות וגדרות, על-מנת ליתן מענה לזכויות אדם הניצבות מנגד ולאינטרסים ציבוריים מתחרים.

29. ראוי, בהקשר זה, ליתן את הדעת למספר נקודות: בראש ובראשונה, יש לזכור, שאין אנו עוסקים בשאלה האם ראוי להתיר או לאסור הצבת אוהלי מחאה במרחב הציבורי. עסקינן בשאלה המקדמית האם ניתן להתנות הצבת אוהלי מחאה בקבלת היתר. הגם שגם במדיניות המתנה הקמת אוהל מחאה בהיתר יש משום פגיעה בחופש הביטוי, לא הרי מדיניות המונעת הצבתם של אוהלי מחאה במרחב הציבורי, כמדיניות הדורשת כתנאי להצבתם של אוהלים אלו, קבלת היתר מאת הרשויות המוסמכות. תסרב העירייה לבקשה להיתר להצבת אוהלי מחאה, תידרש ליתן דין וחשבון על החלטתה. סיטואציה זו אינה נדונה בגדר הערעור הנוכחי, הדין בעצם הצבת הדרישה לקבלת היתר. הא ותו לא.

30. מעבר לכך, ראוי לזכור, כי גם אם תימנע לחלוטין האפשרות הניצבת בפני אדם להקים אוהל מחאה (ולמותר לציין, שאין זאת השאלה הנדונה), לא יהיה בכך כדי למנוע מפני אותו אדם מלבטא את עצמו, בין בדרך של קיום של משמרת מחאה, שאינה טעונה היתר, ובין בדרך אחרת, הגם שאו אז תתעורר שאלת האפקטיביות של דרכי המחאה השונות.
31. מהאמור לעיל נגזרת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, כי בשים לב למישור הלשון ולמישור התכלית, עירייה רשאית, להתנות הצבתו של אוהל מחאה בקבלת היתר מראש.
32. עמדה זו, על-פיה הוראות פקודת העיריות, וחוק העזר שהותקן מכוחה, מבססות את סמכותה של עירייה להתנות הצבת אוהלים בקבלת היתר מהעירייה, עולה גם מפסק-דינו של בית המשפט הנכבד בפרשת טויטו. השופטת פרוקצ'יה קבעה, בהקשר זה, את הדברים הבאים:

"תפיסת חזקה מתמשכת, בלא הגבלת זמן, באיזור נרחב המיועד לשימוש הציבור, תוך הצבת אוהלים וכן מתקנים שונים לסיפוק צרכי מגורים שוטפים של חברי הקבוצה הינה הפרה ישירה וברורה של הוראות חוק העזר העירוני. אחיזתם של חברי הקבוצה במקום פוגעת בראש וראשונה בזכות מעבר טבעי הנתונה להולכי רגל ונוסעים ברכב; היא עלולה להוות מפגע תברואתי [...] יתר על כן, המאהל על שלוחותיו פוגע באופן מהותי בחזות פני המקום הציבורי וגורם מפגע ומטרד. **בלא היתר מהרשות המוסמכת, אין היתר לאזרחים לתפוס חזקה לאורך זמן ברחוב המיועד לשימוש הציבור הרחב ולהציב עליו מאהל ותקנים שנועדו לשרת את צרכי שהותם במקום, ותהא התכלית אותה הם מבקשים לקדם חשובה ככל שתהא. סמכותה וחובתה של הרשות המקומית להגן על אינטרס הציבור לעשות שימוש ברחובות העיר בלא מפריע, ובלא שייחשף למפגע ומטרד"** [פיסקה 10 לפסק הדין] (ההדגשה הוספה – ד.ב.)

33. טענת המערערים כי יש צורך בהסמכה ספציפית המתמקדת בהנחת חפצים המיועדים לצורך מימוש חופש הביטוי וכי אין די בהסמכה האמורה הולכת צעד אחד רחוק מדי, ואין לקבלה. למעשה, משמעותה של טענה זו – שאינה מקובלת, כאמור – עשויה להיות הגבלת יכולת הפעולה של העירייה לפעול כנגד חפצים המונחים במרחב הציבורי, ושנטען לגביהם כי הינם מיועדים לצורך מימושו של חופש הביטוי או חירות ההפגנה. ככל שעסקינן בסעיף 235 בפקודת העיריות, מה לי דרישת היתר מראש, מה לי פינוי בדיעבד – שניהם נשענים על מקור נורמטיבי זהה.

יפים לעניין זה דברים שנאמרו בהקשר דומה על-ידי כבוד השופט זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, (1999), בעמ' 289:

"הפקודה [פקודת העיריות – י.ר.] מקנה סמכות למועצת עירייה לחוקק חוק עזר שיסדיר את ההצגה של מודעות ושלטים [...] ויתנה את ההצגה של מודעה או שלט בקבלת רשיון מאת ראש העירייה [...] אכן, חוק עזר כזה יגביל את חופש הביטוי, לרבות חופש הביטוי

הפוליטי, אך הסמכות להגביל חופש זה, באמצעות חוק עזר, עולה בבירור, אפשר אפילו לומר בהכרח, מתוך פקודת העיריות. כאשר, לדוגמה, סעיף 246 לפקודה קובע כי העיריה תפקח על הצגת מודעות ... או תאסור הצגתם, ברור שיש בסעיף זה סמכות להגביל את חופש הביטוי"

- ודוק – בגדרו של הליך זה הועלתה על-ידי המערערים הטענה כי יש להבחין – בכל הנוגע להסמכה לקבוע את חוק העזר – בין מודעות מסחריות לבין מודעות פוליטיות. טענה זו דומה במהותה לטענה העיקרית המועלית בגדרו של ערעור זה. בית המשפט הנכבד, מפי כבוד השופט זמיר, לא שעה לטענה זו, ומצא כי בהוראות הקבועות בפקודת העיריות יש הסמכה מספקת לצורך הסדרת הצגתן של מודעות, פוליטיות ושאינן פוליטיות. דברים אלו יפים אף בנסיבות המקרה הנדון. בהערת אגב נציין, כי בכל הנוגע לפרשנות חוק העזר, עמדתו של השופט זמיר הייתה שונה, והוא סבר כי ראוי לפרש את נוסחו הקונקרטי של חוק העזר באותה העת ככזה שאינו חל על מודעות פוליטיות.
34. הטעמים האמורים לעיל, בכל הנוגע לשאלה האם פקודת העיריות מהווה מקור הסמכה מספק למדיניותה של העירייה, יפים גם לעניין פרשנות הוראות הפקודה וחוק העזר. הפרשנות הנאותה של הוראות הפקודה ושל הוראות חוק העזר הינה כי חל איסור, להציב אוהל מחאה במרחב הציבורי, אלא בכפוף לקבלת היתר מראש מאת העירייה.
35. חשוב לציין, כי ניסיון העבר, ובכלל זאת, הפגיעה שהייתה גלומה במאהלי מחאה שהוקמו ברחבי העיר תל-אביב-יפו בשנים האחרונות, כפי שהדברים באו לידי ביטוי בפסק-דינו של בית המשפט קמא, מהווים תשתית עובדתית נאותה לעצם הדרישה, כי עצם הקמת המאהל תהא טעונה היתר מראש. שוב – אין המדובר בשאלה אימתי רשאית העירייה להתיר הקמת מאהל ואימתי רשאית היא לסרב, ואף אין המדובר בשאלה באילו תנאים רשאית העירייה להתנות הקמת מאהל. עסקינן בעצם הדרישה לפנות בבקשה להיתר – הא ותו לא.
36. לאור כל שפורט, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הינה כי העירייה מוסמכת, מכוח פקודת העיריות ומכוח חוק העזר, להתנות הצבתם של אוהלי מחאה, בקבלת היתר מאת הרשויות המוסמכות.
37. יחד עם זאת, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה כי נוכח חשיבות חופש הביטוי והזכות להפגין, יש להקל ככל שניתן על מימושם. בהקשר זה ראוי להבחין, בין מקרים שונים של הצבת אוהלים, שאינם מחייבים בהכרח התייחסות זהה. כך למשל, אין דינה של הקמה של "מאהל מחאה" והפעלתו למשך זמן ממושך, באופן הפוגע בצורה קשה באינטרסים ציבוריים, לבין הצבתו של "אוהל מחאה", לפרק זמן קצר, ובאופן שאינו פוגע פגיעה של ממש באינטרס הציבורי; וכך, אין דינו של הקמת אוהל באמצעו של רחוב להקמתו בפארק רחב ידיים.

38. נוכח השוני האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, המקובלת גם על עיריית תל אביב, היא כי יש מקום ליצירת מסלול מיוחד להקמת אוהלי מחאה. מסלול זה יעגן מקרים, שיאופיינו בפרמטרים שונים ובהם זמן הצבה קצר, היקף מוגבל, נסיבות וסוגי מקומות שבהם הצבת אוהל מחאה לא מהווה מכשול. הצבת אוהל במקרים המצויים במסלול זה לא תהיה כרוכה בעמידה בחובת קבלת היתר פרטני מראש, אלא תהיה מעוגנת בהיתר כללי, ובלבד שתינתן לעירייה הודעה מראש על הקמת האוהל, על מיקומו ועל פרק הזמן בו יוצב. במסגרת ההיתר הכללי ניתן יהיה להבחין למשל, בין הסיטואציות הבאות: הקמת אוהל מחאה בודד לעומת הקמת מאהל מחאה הכולל מספר אוהלים; הצבת אוהל לפרק זמן קצר לעומת הקמת מאהל מחאה לתקופה ממושכת; הצבת אוהל באופן שמגביל בצורה משמעותית את חופש התנועה ואת האפשרות של הציבור הרחב להנות ללא הפרעה מהמרחב הציבורי לעומת הצבת מאהל שאינו כזה, כגון בגן ציבורי או בצידה של מדרכה רחבה וכדומה. על ראש העירייה יהיה להגדיר בהיתר הכללי את אותן נסיבות שבהן לא יידרש היתר פרטני להצבת אוהלי מחאה, וזאת כאמור בכפוף לחובת הודעה מראש על הקמת האוהל ועל פרק הזמן והמיקום בו הוא יוצב. ברי כי ביחס למקרים שאינם מקבלים מענה בהיתר הכללי, יהיה צורך בהגשת בקשה להיתר פרטני.

39. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי בדרך זאת ניתן משקל לחשיבות חופש הביטוי וחירות ההפגנה מחד גיסא, תוך מניעת פגיעה באינטרס הציבורי מאידך גיסא. האיזון שבין זכויות אלו, לבין האינטרס הציבורי (כמו גם זכויותיהם של תושבי העיר), מן הראוי שיביא לכך כי יידרש היתר פרטני רק לגבי הצבת אוהלי מחאה הפוגעים באופן ממשי באינטרס הציבורי. חובת ההודעה מראש תאפשר לעירייה לקיים בקרה ולהמנע ממצבים בהם אוהלי מחאה הופכים למכשול ולמטרדים לציבור הרחב, אולם תמנע את המצב בו נדרשת קבלת היתר פוזיטיבי פרטני לפעילות מחאה שאינה פוגעת בציבור.

40. לפני סיום נציין כי יש לאפשר לעירייה פרק זמן לשם הכנת ההיתר הכללי. כמו כן נבהיר כי האיזון המוצע הוא האיזון הנכון לעת הזאת, וככל שישתנו הנסיבות בעתיד, ייבחן הנושא שנית על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

41. סוף דבר, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, הינה כי דין הערעור להידחות, בכפוף למפורט לעיל.

היום, ט' אדר א תשע"ד

09 פברואר 2014



דנה בריסקמן

סגנית מנהלת מחלקת הבגצ"ים

בפרקליטות המדינה