

**בבית המשפט העליון  
בירושלים**

**ע"ם 11174/08**  
קבוע ליום 19.10.10  
בפני הנשיאה ביניש  
והשופטים הנדל ופוגלמן

**המבקשים להצטרף  
כידיו בית המשפט:**

- 1. יואב גולדרינג**
- 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל**

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או דר' יעקב בן-שמש ו/או אדם שנער  
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק  
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה  
ו/או אשרת מימון ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר  
ו/או גיל גן-מור ו/או קרן צפריר ו/או נסרין עליאן  
ו/או ראוייה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראיסי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154  
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

**התנועה למען איכות השלטון בישראל**

**המערערת:**

ע"י ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ו/או צרויה מידד-לוזון  
ו/או נילי אבן חן ו/או דפנה קיר-כהן ו/או מיקה קונר קרטן  
ו/או נידאל חיאק ו/או אורי אפלבוים  
רח' יפו 208, ירושלים 94221  
טל': 02-5000073; פקס: 02-5000076

**נ ג ד**

- 1. עיריית תל-אביב-יפו**
- 2. ראש עיריית תל-אביב-יפו**
- 3. מנכ"ל עיריית תל-אביב-יפו**
- 4. מועצת עיריית תל-אביב-יפו**

**המשיבים:**

ע"י ב"כ עוה"ד גבי פריאל ו/או שירי אשכנזי  
ו/או אורנית צילקר בר  
השירות המשפטי, עיריית תל-אביב-יפו  
רח' אבן גבירול 69, תל-אביב-יפו 64162  
טל': 03-5218317; פקס: 03-5216401

**בקשה להצטרף כידיו בית המשפט**

מוגשת בזאת בקשה לבית המשפט הנכבד להתיר למבקשים להצטרף כידיו בית המשפט לדיון  
בערעור.

## ואלה נימוקי הבקשה:

1. ערעור זה עניינו סמכותה של רשות מקומית והיקף שיקול דעתה לגבות תשלום עבור קיום הפגנות בשטחים ציבוריים. להכרעה בערעור זה עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת לגבי האפשרות של מימוש חופש המחאה והזכות להפגין. הוא מעלה את השאלה האם מוסמכת רשות מקומית מדעיקרא לגבות תשלום כלשהו עבור קיום הפגנה בשטח ציבורי; ואם כן – מהם השיקולים שעל הרשות לשקול ומהן המגבלות המוטלות עליה בהקשר זה.

## צירוף המבקשים כ"ידידי בית המשפט"

2. לפני למעלה מעשור, בהילכת קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נג (1) 529, 554 (1999)), הכיר בית המשפט הנכבד בקיומו של מוסד "ידידי בית המשפט" והתווה את מערך השיקולים והמבחנים, שבהתקיימם ראוי לצרף במעמד זה גוף ציבורי כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו. מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצרוף המבקשים לדיון דן.

3. המבקש 1, **יואב גולדרינג**, הוא חבר מועצת עיריית תל-אביב-יפו מטעם סיעת "עיר לכולנו" ויו"ר ועדת הביקורת של המועצה. במסגרת פעילותו החברתית והפוליטית עסק המבקש רבות בארגון הפגנות ובהשתתפות בהן. הוא עוסק מזה זמן בסוגיה העומדת להכרעה בערעור זה. בעקבות פניות המבקש לגורמים שונים בעיריית תל-אביב-יפו ובעוד הוא מתכנן להגיש עתירה מינהלית בנושא נודע לו על ההליך של המערערת. ביולי 2010 קיבל המבקש את כתבי הטענות בערעור מהלשכה המשפטית של העירייה.

4. בעקבות קבלת כתבי הטענות בהליך זה פנה המבקש ללשכה המשפטית וביקש להנחות את העירייה, שגביית תשלום עבור השימוש בככר רבין לצרכי הפגנות אינה חוקית לאור הלכת בג"צ **מטה הרוב**, שלא בא זיכרה בפסה"ד של בית משפט קמא או בטיעוני הצדדים. נציגת הלשכה המשפטית השיבה, שההלכה מתייחסת למשטרה ולא לעירייה, וכי כיוון שפס"ד **מטה הרוב** ניתן לפני פס"ד דינו של בימ"ש קמא, חזקה על השופטת שהכירה אותו.

5. במאמר מוסגר יצויין, כי חזקה זו אין לה שום אחיזה בדין והיא תמוהה. עוד יותר תמוהה העובדה, שהעירייה לא טרחה להתייחס להלכה זו בסיכומיה. לכל עו"ד החובה לשמש כ"קצין בית המשפט" ולהאיר את עיניו לגבי ההלכות הרלבנטיות, אף אם אין הן תואמות את עמדתו. קל וחומר שכך הוא לגבי מי שמייצג רשות ציבורית. לו סברו ב"כ העירייה שניתן לאבחן את ההלכה, חזקה עליהן שלא היו מתעלמות ממנה בטענותיהן בצורה כה בוטה.

6. לפיכך באוגוסט 2010 העלה המבקש הצעה לסדר בישיבת מועצת העירייה, לפיה הציע שהמועצה תדון בביטול גביית דמי שימוש במרחבים העירוניים לאירועים פוליטיים. ההצעה נדחתה ברוב של 6: 14 לאחר שהיועץ המשפטי של העירייה, עו"ד עוזי סלמן, ציין כי הסוגיה תלויה ועומדת בפני ביהמ"ש הנכבד, וכי ראוי לתת לו לעשות את מלאכתו. הצעת ראש העירייה להוריד את הנושא מסדר היום כיוון שהוא תלוי ועומד בבית משפט התקבלה ברוב של 6: 13. לאור עמדת העירייה, לפיה מן הראוי להכריע בסוגיה במסגרת הליך זה, פנה המבקש למבקשת וביקש לשתף פעולה בעניין זה.

7. המבקשת 2, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, היא עמותה, הפועלת מזה קרוב לארבעים שנים לקידום זכויות האדם בישראל באמצעות ייזום חקיקה, התדיינויות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור. המבקשת משמשת לא אחת כעותרת ציבורית בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, ולעניינים בעלי אופי חוקתי, ועמדתה כידידת בית המשפט מוגשת לעתים מזומנות בעתירות בעלות חשיבות ציבורית, הנוגעות להגנה על זכויות האדם.

8. לאור זאת משמשת המבקשת פעמים רבות כעותרת ציבורית "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" (בג"צ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז (2) 62, 69 (2003)).

9. המבקשת פועלת מאז היווסדה להגנה על חופש הביטוי והמחאה ועל הזכות להפגין. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינויות בבג"צ (בג"צ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי**, פ"ד לח (2) 393 (1984) (התנאים למתן רישיון להפגין); בג"צ 8988/06 **משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים** (פס"ד מיום 27.12.06) (מצעד הגאווה בירושלים)); בעתירות מינהליות (עת"ם (ת"א) 1317/08 **שב"י נ' עיריית ראשון לציון** (איסור על הצבת דוכני הסברה ברחבי העיר – תלוי ועומד)); בעתירות אסירים (עע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ (4) 136 (1996) (זכותו של אסיר לכתוב טור בעיתון); רע"ב 9552/09 **כהן נ' שב"ס** (זכותו של אסירות להחזיק ספרים בבית הסוהר – תלוי ועומד); ובהליכים פליליים (דנ"פ 8613/96 **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד (5) 193 (2000) (זיכוי עיתונאי שפרסם מאמר על האינתיפאדה מעבירה של פרסום דברי שבח לאלימות); ת"פ (שלום ב"ש) 228/09 **מדינת ישראל נ' צורף** (פס"ד מיום 3.10.10) (זיכוי מפגין מעבירה של התקהלות בלתי חוקית)).

10. כל אלה מקנים למבקשים את "המומחיות", "הניסיון" ו"הייצוג", שיש בהם כדי "לתרום להליך זה נקודת מבט שראוי שתהא בפני בית המשפט בשים לב למהות העניין הנדון" (ע"א 11152/04 **פלוגי נ' מגדל** (2005)), ולסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה "המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו" (עניין קוזלי, עמ' 554).

11. על סמך אלה מבקשים המבקשים להצטרף לדיון במעמד של ידידי בית המשפט, להאיר היבטים חשובים הכרוכים בסוגיות הנדונות בתיק דנן, ולחוות דעה בעניין השלכות שעלולות או שעשויות להיות להכרעה שתתקבל בו. אמנם גם המערערת היא עמותה בעלת ניסיון רב בהליכים עקרוניים מתחום המשפט הציבורי. אלא שבמקרה זה היא מייצגת בראש ובראשונה את האינטרס הישיר שלה בקיום אירוע בכיכר רבין, והמבקשים יוכלו להאיר צדדים נוספים לגבי השלכות הרחוב של הסוגיה שבפנינו על מימוש זכויות חוקתיות.

12. צירוף המבקשים במעמד של "ידידי בית המשפט" אינו צפוי להכביד על הדיון – עיקר מטרתם של המבקשים הוא להגיש חוות דעת זו, אשר תוכל לתרום תרומה ייחודית לדיון, ולהתמקד בדיון בערעור בטיעונים הקשורים בה. בשל הפגרה והחגים התעכבה הגשת הבקשה. מאליו מובן, שהמבקשים מסכימים לכל בקשה של המשיבים להגיב לטיעון הכלול בבקשה אם ירצו בכך – הן במהלך השלמת הטיעון בע"פ והן בהגשת השלמת סיכומים לאחר הדיון.

#### **נוהל העירייה לגבי דמי השימוש בככר רבין**

13. אין חולק לגבי העובדות, ולהלן עיקרן: עיריית תל-אביב-יפו (להלן – העירייה) החליטה לגבות תשלום עבור השימוש בשלושה אתרים מרכזיים, בהם מתקיימות רוב האסיפות העצרות וההפגנות – רחבת בית אריאלה, רחבת הסינמטק וככר רבין. על מרכזיותה של ככר רבין לקיום עצרות עם מספר רב של משתתפים כבר עמדה המערערת.

14. על פי החלטת ועדת התעריפים של העירייה מיום 15.4.07 (נספח ה' לערעור) המטרה של גביית התשלום היא להשיב לעירייה את ההוצאות העודפות, שגורם אירוע שכזה, אך ההוצאות שנקבעו בהחלטה אינן באות לממש תכלית זו: הסכום המינימאלי לתשלום עבור אירוע בהשתתפות בין 0 ל-10,000 משתתפים הוא 16,600 ₪. העירייה מוסמכת להפחית סכום זה לאירוע של עד 5,000 משתתפים אם ההוצאות בפועל היו פחותות מסכום זה (סעיף 3.5; משמע אם ההוצאות היו פחותות באירוע של יותר מ-5,000 משתתפים עדיין ייגבה הסכום המלא); ניתן להפחית את הסכום אם האירוע מתקיים רק על חלק מהככר (סעיף 1), אך לא אם הוא מתקיים במרכז הככר.

15. הנוהל קובע מפורשות, כי לא יתקיים אירוע ללא תשלום (סעיף 3.2). למרות זאת גורסת העירייה, כי היא מוסמכת לפטור מארגני אירוע מתשלום, אך אין קריטריונים כלשהם להפעלת סמכות זו, ומעבר לכך על פי תשובת המשיבים לעתירה בשש השנים שקדמו לתשובה ניתן פטור רק בשני מקרים.

## עמדת המבקשים

16. העירייה אינה מוסמכת לגבות תשלום עבור השימוש בשטחים ציבוריים, הנמצאים בבעלותה, מהמבקשים לממש בהם את זכות ההפגנה. מסקנה זו מתבקשת הן מהיעדרו של מקור הסמכה מתאים לגביית תשלום מעין זה, והן מהעמדה העקרונית, הנגזרת ממעמדה של הזכות לחופש הביטוי, וממעמדה של העירייה כנאמנה של הציבור, לפיה חובתה של העירייה לתחזק את השטחים הציבוריים שברשותה ממקורותיה התקציביים, ולאפשר לציבור את השימוש בהם לצרכי ביטוי, ללא תשלום. כפי שלא יעלה על הדעת להטיל תשלום על העוברים בדרך כדי לממן את תחזוקתה של הדרך וניקיונה, כך, וביתר שאת, אין להטיל תשלומים מעין אלה על המבקשים להפגין בכיכר העיר. כפי שיפורט להלן, זוהי אף העמדה העקרונית העולה מההלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, ובמיוחד בבג"צ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (פס"ד מיום 12.12.06) (להלן - **מטה הרוב**).

### **חופש הביטוי וזכות ההפגנה: זכויות יסוד חוקתיות**

17. חירות הביטוי היא ציפור נפשה של הדמוקרטיה, וזכות ההפגנה במרחב הציבורי היא חלק בלתי נפרד ממנה. ההפגנה מהווה מכשיר מרכזי להבעת דעות ולהעלאת סוגיות חברתיות על סדר היום הציבורי. בשל שיקולים אלה הוכרה זכות ההפגנה בסוגיות פוליטיות וחברתיות כזכות חוקתית, כחלק מהזכות לכבוד האדם. נקבע כי "הפגנה על רקע פוליטי או חברתי היא ביטוי לאותה אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפסילה, הנכללים במסגרת כבוד האדם כזכות חוקתית" (**מטה הרוב**, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק; וראו גם פסקה 27 לפסק דינה של השופטת נאור בבג"צ 10203/03 "**המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**" (פס"ד מיום 20.8.08); רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נא (4) 625, 645 (1997); בג"צ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ (2) 822, 826 (1996); בג"צ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח (2) 456, 468 (1994)).

### **חופש הביטוי: זכות חיובית**

18. לצד החובה, המוטלת על השלטון שלא לפגוע בחירות הביטוי על-ידי הטלת איסורים ומגבלות על חירות זו, מוטלת על רשויות השלטון, במסגרת מילוי תפקידיהן הציבוריים ובגבולות סבירים, גם החובה להקצות את המשאבים והשירותים הציבוריים הנדרשים לצורך מימושה של הזכות לחופש ביטוי:

חובתה של המדינה להגן על הזכות החוקתית לחופש ביטוי ולהפגנה היא בעלת שני פנים. ראשית, מוטלת על המדינה החובה שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש ביטוי ולהפגנה, כגון על-ידי הטלת איסור על יכולתו לממש את זכותו. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"). שנית, מוטלת על המדינה החובה להגן על הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה. זהו

ההיבט ה"חיובי" (ה-status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"). בענייננו, משמעותה של החובה החיובית מתבטאת בחובתה של המדינה להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על-ידה, את המשאבים הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה. (מטה הרוב, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק).

19. בשל שיקולים אלה נקבע בפרשת **מטה הרוב**, שאין המשטרה רשאית להטיל על המבקשים רישיון להפגין הוצאות כספיות כתנאי לרישיון, אלא המשטרה מחויבת, במסגרת סמכויותיה ותפקידיה הכלליים, להקצות את המשאבים הדרושים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות להפגין. דברים שנאמרו שם לעניין המשטרה יפים בשינויים המחויבים אף לענייננו:

משימת השמירה על הסדר הציבורי במהלך הפגנה, וההגנה על אפשרות מימושה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי, תהלוכה והפגנה, הינן מתפקידיה המרכזיים, המובהקים והגרעיניים של משטרת ישראל. מסקנה זו מתחייבת הן מבחינת תפקידיה של המשטרה על-פי דין, והן לאור חשיבותה של ההגנה על זכויות היסוד החוקתיות במשטר דמוקרטי... כפי שלא יעלה על הדעת שהמשטרה תטיל מעמסה כספית על המבקש את הגנתה מפני פורץ, כך לא יעלה על הדעת שהמשטרה תטיל מעמסה כספית על המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי ולהפגנה. (מטה הרוב, פסקאות 15-16)

20. טעה, אם כן, בית המשפט קמא עת קבע שדרישת התשלום אינה פוגעת בחופש ביטוי (סעיף 7 לפסק הדין). גם דרישת תשלום עבור מימוש הזכות להפגין היא פגיעה בזכות לחופש הביטוי וצמצום יכולת מימושה:

חופש הביטוי וזכות ההפגנה אף הן זכויות יסוד. אף על הגנתן מופקדת משטרת ישראל. אין היא רשאית להטיל את האחריות על אבטחת הפגנות ושמירה על הסדר הציבורי במהלכן, כולה או בחלקה, על שכמם של המבקשים לממש את זכותם להפגין. בכך תמעל משטרת ישראל בתפקידיה הציבורי. בכך גם תוטל על המבקשים לממש את זכותם מעמסה כספית, ותיפגע זכותם לחופש הביטוי וההפגנה. אכן, קביעת "תג מחיר" למימושה של זכות משמעותה פגיעה בזכותם של אלה שאינם יכולים לעמוד במחירה.... תוצאתה של פגיעה זו, מעבר לפגיעה הישירה בזכויותיהם החוקתיות של המבקשים להפגין, הינה שנפגע הדיון הציבורי. מידלדל שוק הדעות והרעיונות. (מטה הרוב, פסקה 16)

21. על בסיס שיקולים אלה, ובשל מאפייניו הייחודיים של המרחב הציבורי, שהוא המרחב שבו חופש הביטוי ניתן למימוש באופן אפקטיבי, מתבקשת המסקנה שגם רשות מקומית אינה רשאית להטיל על המבקשים לממש את זכותם להפגנה בשטח ציבורי, את עלויות תחזוקת השטח הציבורי. חובה זו מוטלת על הרשות המקומית, אשר מחויבת, במסגרת תפקידיה וסמכויותיה הטבעיים, לתחזק את השטחים הציבוריים שבשטחה לרווחת תושביה וממקורותיה התקציביים.

## זכות ההפגנה במרחב הציבורי

22. שטחים ציבוריים עירוניים, דרכים, כיכרות, רחבות, פארקים וגנים, הינם המרחבים המרכזיים בהם ניתנת זכות ההפגנה למימוש:

שטחיה הציבוריים של רשות מקומית מהווים במה אפקטיבית לשם השמעת דעות והחלפת רעיונות ועל כן שלילת נגישותם בפני הביטוי הפוליטי עלולה לפגוע קשות בעקרון חופש הביטוי. (עע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב (פ"ד מיום 4.4.05)).

במיוחד חשובה זכות ההפגנה במרחב הציבורי עבור אלה שאמצעי ביטוי אחרים אינם נגישים להם בשל היעדר עוצמה פוליטית או מחסור כלכלי:

זכות ההפגנה והתהלכה היא מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא מוכרת, בצד חופש הביטוי או מכוחו, כשייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי.... באמצעות חופש זה, ניתן אמצעי הבעה לאלה, שכלי הביטוי הממלכתיים והמסחריים אינם עומדים לרשותם. (בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984)).

23. בשל שיקולים אלה קבע היועץ המשפטי לממשלה, כי ככל שמדובר בשטחים ציבוריים שבבעלות המדינה, ככלל לא נדרשת הסכמת המדינה לשימוש בשטחים אלה לצורך מימוש הזכות להפגין:

בסוג זה נכללים שטחים המיועדים לשימוש של הציבור הרחב, ובכלל זה דרכים, גנים ציבוריים, ככרות וכן חצרים שליד משרדי הממשלה המיועדים לשימוש הציבור הרחב. בדרך כלל, מקרקעין מסוג זה הם מטבעם מקום מתאים לעריכת הפגנות, וניתן אף לומר כי עריכת הפגנות היא אחד השימושים להם נועדו מקרקעין אלה. לפיכך, יש מקום להנחיה כי הסכמת המדינה לעריכת הפגנות על מקרקעין מסוג זה נתונה מראש, ואין צורך לבקש, כתנאי מוקדם למתן רישיון להפגנה, הסכמתה של המדינה. עם זאת, ייתכנו מקרים חריגים בהם שיקולים מיוחדים, הקשורים לקיום הביטחון או הסדר הציבורי, עשויים להצדיק סירוב להרשות הפגנה על מקרקעין כאלה בתנאים המבוקשים. (הנחיה מס' 3.1200 של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "חירות ההפגנה" מ-1983 שעודכנה ב-2003, פסקה 15 (ב); להלן - הנחיות היועמי"ש).

24. הנחיה זו עוסקת אמנם בשלטון המרכזי ובשטחים הציבוריים הנמצאים בבעלותו, אך אותם השיקולים המובילים אל המסקנה, שאין המדינה רשאית להגביל את השימוש בשטחים הציבוריים שלה לצרכי מימוש הזכות לחופש הביטוי, מובילים גם אל המסקנה שאף רשות מקומית אינה רשאית, ואף אינה מוסמכת, לעשות כן.

### רשות מקומית אינה מוסמכת לגבות תשלום עבור שימוש בשטח ציבורי לצורך הפגנה

25. המסקנה לפיה רשות מקומית אינה מוסמכת לגבות תשלום מהמבקשים לעשות שימוש במרחב הציבורי על מנת לממש את זכותם למחות או להפגין מתבקשת הן מהשיקולים העקרוניים שהוצגו לעיל והן מעיקרון חוקיות המינהל.

26. נפתח בעקרון חוקיות המינהל. עיקרון זה מחייב הסמכה, בחוק או מכוחו, לכל פעולה של רשות שלטונית. במיוחד אמורים הדברים בפעולות שלטוניות הפוגעות בזכויות יסוד, כגון המקרה שלפנינו. במקרים אלה עקרון החוקיות אף מוצא את עיגונו החוקתי בפיסקת ההגבלה, הדורשת כי כל פגיעה בזכות חוקתית תהיה בחוק או מכוחו.

27. עיון בסמכויות, הנוגעות למתן היתרים ורישיונות להפגנות, מעלה שהרשות המקומית אינה מוסמכת להתיר או לסרב להתיר לקיים הפגנה בכיכר העיר. מסקנה זו נלמדת הן מהחקיקה והן מהפסיקה בסוגיה זו. הסמכות לתת רישיון להפגנה או לסרב לתיתו נתונה בידי מפקד המשטרה, כקבוע בסעיפים 84 ו-85 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן – פקודת המשטרה). אין בחקיקה הישראלית סעיפים אחרים, המסמיכים כל רשות שלטונית אחרת לתת רישיון להפגנה. המסקנה היא אם כן שהעירייה אינה יכולה להצביע על כל דבר חקיקה, המסמיך אותה מפורשות להתנות קיומה של הפגנה בתשלום כלשהו.

28. לאור מעמדה של הזכות לחופש הביטוי, ולאור העיקרון הפרשני, לפיו פגיעה בזכות יסוד דורשת הסמכה מפורשת, אף אין לגזור את סמכותה של העירייה לדרוש תשלום כתנאי למימוש הזכות להפגין מסמכויותיה הכלליות הנתונות לה בפקודת העיריות [נוסח חדש] (כגון הסמכות להסדיר את הפעילות בגנים הציבוריים, הנתונה לה בסעיף 249(8)) או בחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968. זאת, במיוחד לאור העובדה שדי בסמכות הנתונה בידי המשטרה לתת רישיון להפגנה על מנת להגן על הסדר הציבורי או על מנת למנוע קיומן של מספר הפגנות במקביל באותו המקום.

29. למסקנה זו הגיע גם בג"צ. בעתירה שכוונה נגד קיומו של מצעד הגאווה בירושלים, צורפה גם עיריית ירושלים כמשיבה. לעניין זה קבע בג"צ, שספק אם עיריית ירושלים היא משיבה מתאימה, לאור העובדה שהסמכות לאשר הפגנות נתונה בידי המשטרה בלבד:

ספק בעינינו אם עיריית ירושלים והעומד בראשה הם אמנם משיבים נכונים לעתירה, בהתחשב בכך שהסמכות לאשר או לשלול את קיומו של המצעד הינה בידי המשטרה. (בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד משטרת ירושלים**, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פס"ד מיום 20.6.07)).

30. מסקנה זו נלמדת גם בהיקש מקביעתו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס להפגנות בשטחים ציבוריים, המצויים בבעלות המדינה. כאמור לעיל, בהנחיית היועץ נקבע, כי "יש מקום להנחיה כי הסכמת המדינה לעריכת הפגנות על מקרקעין מסוג זה נתונה מראש, ואין צורך לבקש, כתנאי מוקדם למתן רישיון להפגנה, הסכמתה של המדינה. עם זאת, ייתכנו מקרים חריגים בהם שיקולים מיוחדים, הקשורים לקיום הביטחון או הסדר הציבורי, עשויים להצדיק סירוב להרשות הפגנה על מקרקעין כאלה בתנאים המבוקשים." בהיעדר שיקולים מיוחדים להבחין, לעניין זה, בין השלטון המרכזי לשלטון המקומי, יש לקבוע כי אף הסכמתה של העירייה אינה נחוצה. נשוב ונזכיר, כי אותם



שיקולים של ביטחון או סדר ציבורי הנזכרים בהנחיית היועץ נלקחים בחשבון במסגרת סמכותה של המשטרה לאשר הפגנות.

31. לבסוף, גם בפקודת המטה הארצי העוסקת ב"רישוי אסיפות ותהלוכות" נקבע, כי "אין צורך בהסכמת הרשות הציבורית לקיום הפגנה שנועדה להתקיים במקרקעין הפתוחים לציבור הרחב ושהכניסה אליהם חופשית ואינה מוגבלת בתנאים" (סעיף 7(ב) לפקודת המטה הארצי מספר 12.01.06 מיום 30.12.1994).

32. לאור כל זאת החלטות העירייה השונות לקביעת התשלומים, אותם היא גובה תמורת השימוש בשטחים הציבוריים שבבעלותה לצורך מימוש הזכות להפגין (דהיינו נוהל 11/99, נוהל 6/2000, ו"הנוהל החדש", כמפורט בסעיפים 8-12 להודעת הערעור), התקבלו בחוסר סמכות והן בטלות.

33. לצד עיקרון חוקיות המינהל המסקנה, לפיה אין זה ראוי לתת בידי העירייה סמכות להתנות קיומן של הפגנות בשטחים ציבוריים בתשלום אגרה נגזרת גם מהשיקולים העקרוניים שנסקרו לעיל בדבר מעמדו של חופש הביטוי, וחובותיהן של רשויות השלטון לאפשר את מימושה ללא הטלת מעמסה כלכלית על המבקשים לממשה. מסקנה זו נלמדת ישירות מפסיקתו של בית משפט זה בפרשת **מטה הרוב** (פיסקה 16 שצוטטה לעיל).

34. כפי ששמירה על הסדר הציבורי היא מתפקידיה הטבעיים של משטרת ישראל, גם תחזוקת השטחים הציבוריים היא מתפקידיה הטבעיים של הרשות המקומית. תחזוקה זו ממומנת מתשלומי הארנונה, אותם משלמים תושבי הרשות המקומית, ומהתשלומים המועברים לקופת הרשות המקומית מהשלטון המרכזי. כפי שלא יעלה על הדעת שהרשות המקומית תחייב את מי שמבקש לערוך פיקניק בגן בהוצאות תחזוקת הגן הנגרמות על-ידו, כך, וביתר שאת בהתחשב במעמדה של הזכות לחופש ביטוי לעומת הזכות לערוך פיקניקים, לא יעלה על הדעת לחייב את המבקש להשתמש בגן על מנת לממש את זכותו לחופש הביטוי בהוצאות העירייה הנגרמות עקב פעילות זו.

35. העירייה משליכה את יהבה על שלושה פסקי דין של בית המשפט העליון, מהם היא מבקש ללמוד על סמכותה לנהוג כפי שנהגה (ראו סעיף 50 לסיכומי המשיבים). אלא שלא ניתן ללמוד מפסקי דין אלה את שמבקשת העירייה ללמוד מהם. את עיקר טענתה מבססת העירייה על בג"צ 8676/00 **אדם טבע ודין נ' עיריית רעננה**, פ"ד נט (2) 210 (2004), במסגרתו אושרה החלטתה של עיריית רעננה לגבות תשלום ממבקרים בפארק העירוני **שאינם** תושבי רעננה. החלטה זו אינה רלוונטית לענייננו משלושה נימוקים מרכזיים: **ראשית**, במקרה שלפנינו מדובר בגביית תשלום **מכל** מי שמבקש להשתמש בשטח הציבורי, ולא רק ממי שאינם תושבי תל-אביב-יפו. **שנית**, בפסק הדין נקבע שהפגיעה בזכויות הנגרמת ממניעת כניסה בחינם לגן העירוני היא קלת ערך, מה שאין כאן במקרה שלנו, לנוכח חשיבותם של השטחים הציבוריים בכלל, וכיכר רבין בפרט, כאתרים אפקטיביים למימושה של הזכות לחופש הביטוי. **שלישית**, בבסיס פסק הדין

עומדת הקביעה, לפיה דרישת התשלום היא מוצדקת ואינה טעונה הסמכה מפורשת משום שמדובר **במחיר** שנגבה תמורת **השירותים הייחודיים** של הפארק העירוני, שהיו מעל ומעבר לפארק רגיל (כך, למשל, לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהוצגה לבית המשפט בפרשה זו, לא תותר גביית דמי כניסה לפארקים הכוללים מדשאות ומתקני משחק בלבד, אלא רק לפארקים, בהם מסופקים שירותים ייחודיים, מסוגים ובהיקף המטילים על הרשות המקומית עלויות אחזקה חריגות). ממילא מובן שלא ניתן ללמוד מפסק דין זה דבר לענייננו, בו העירייה גובה תשלום מכולם, תוך פגיעה קשה בזכות חוקתית ומבלי לספק כל שירות ייחודי. לכל היותר, מכלל הן נוכל ללמוד לאו, ולחזק את מסקנתנו, לפיה פעולתה של העירייה במקרה שלפנינו היא בלתי חוקית.

36. העירייה נסמכת גם על בג"צ 5009/97 **חברת מולטימדיה נ' משטרת ישראל**, פ"ד נב (3) 679 (1998). הסתמכות זו מעוררת תמיהה רבתי. אכן, כדברי המשיבים, פסק הדין אמנם אישר, בסופו של דבר, את גביית התשלום בגין שכרם של השוטרים, אך זאת רק לאחר שהבחין הבחנה עקרונית וחשובה בין פעולות שיטור, שנועדו למטרות פרטיות (כגון אבטחת מסיבה או פסטיבל), שם תותר גביית תשלום, לבין פעולות שיטור, שנועדו למטרות ציבוריות (כגון אבטחת הפגנה), שם לא תתאפשר גביית תשלום. ולאחר שקבע שבמקרה המדובר שם (פסטיבל הג'ז) מדובר באירוע בעל אופי פרטי בעיקרו, אישר את דרישת התשלום של המשטרה. לא למותר לציין שבמקרה זה גם היה מקור הסמכה מפורש לדרישת התשלום. סיכומו של דבר, מפסק דין זה ניתן לגזור בדיוק את המסקנה ההפוכה מזו שמבקשת העירייה להסיק: כאשר מדובר באבטחת הפגנה, אין כל ספק שעמדת פסק הדין היא שהמשטרה מחויבת לעשות זאת על חשבונה. עמדה זו אף הובהרה ונקבעה כהלכה מחייבת בפרשת **מטה הרוב**, כמפורט לעיל.

37. לבסוף, נסמכת המשיבה על בג"צ 7138/03 **המועצה המקומית ינוח-ג'ת נ' פורז**, פ"ד נח (5) 709 (2004), פסק דין שאין לו כל נגיעה לענייננו, שכן בשום שלב לא נטענה הטענה, שלמבקשים להפגין בשטח ציבורי יש זכות קניינית בשטח זה.

38. המסקנה המתבקשת מבחינת החקיקה והפסיקה הנוגעים לענייננו ומבחינת עקרונות היסוד המסדירים את הסוגיה היא, שלא נדרשת הסכמה מצד הרשות המקומית לקיים הפגנה בשטח ציבורי המצוי בבעלותה, וממילא אין כל סמכות לעירייה להתנות קיומה של הפגנה במרחב הציבורי בתשלום כלשהו.

### **התשלומים הנגבים אינם מידתיים ואינם סבירים**

39. אף אם נניח שהעירייה מוסמכת לגבות תשלום עבור שימוש בשטחים הציבוריים לצורך הפגנה, התשלומים הנגבים על ידה, והקריטריונים שנקבעו לעניין זה, אינם עומדים בדרישות המידתיות והסבירות. זאת משני נימוקים מרכזיים: **ראשית**, דרישת התשלום היא מראש, ובסכומים הגבוהים מעל ומעבר להוצאות הישירות שנגרמות לעירייה בשל השימוש בשטחים הציבוריים (וראו לעניין זה גם את הערתו של בית המשפט קמא בפסקה 6 לפסק דינו, על הפער העצום בין דרישת התשלום המקורית לבין ההוצאות

בפועל שנגרמו לעירייה). **שנית**, אין בנהלים שנקבעו מנגנון למתן פטורים או הנחות למבקשים חסרי יכולת כלכלית לעמוד בדרישות התשלום הגבוהות.

## המשפט האמריקאי

א. חוקיותה של דרישת התשלום

40. שני פסקי דין מנחים בעניין זה ניתנו בשנות הארבעים של המאה הקודמת. בפסק דינו בעניין *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941) קבע בית המשפט העליון, כי אף-על-פי שהממשלה איננה רשאית להגביל (to regulate) דיבור לפי תוכנו, הרי שהיא יכולה להטיל עליו מגבלות **סבירות** הקשורות לזמן, מקום ואופן (time, place, and manner restrictions), וזאת מטעמים של הגנה על שלום הציבור.

41. בפסק דין *Cox* קבוצה של "עדי יהוה" רצו לצעוד ברחובות העיר מנצ'סטר בניו המפשייר. העירייה קבעה בחוק עזר עירוני, כי כל מצעד או הפגנה זקוקים לרישיון וכן דרשה תשלום תמורת אותו רישיון. בית המשפט העליון אישר את ההרשעה של המפגינים, תוך שהוא קובע כי חוק העזר העירוני הינו סביר ונועד להגן על השימוש הבטוח והמוסדר ברחובות העיר. בתוך כך קבע בית המשפט, כי ניתן להטיל מגבלות שונות על ההפגנה, ובכלל זאת דמי רישיון. נקבע, כי התשלום אינו בבחינת מס אסור בגין הדעות שמובעות בהפגנה, אלא תשלום מינהלי שנועד לכסות את ההוצאות שמוציאה הרשות, ובעקיפין הקהילה, עקב ההפגנה. בית המשפט דחה את הטענה, לפיה התשלום פוגע בזכות להפגין, תוך שהוא קובע, כי לא הוכחה פגיעה בזכות להפגין, אלא רק שליטה מקומית ברחובות העיר.

42. פסק הדין בעניין *Cox* ייסד את זכותו של הממשל המקומי לדרוש רישיון, אבל קבע מגבלות לאופן הענקת הרישיון. עקב ההוצאות שמוציאה הרשות באבטחת ההפגנה והסדרת התנועה, מותר לה לדרוש תשלום מסוים על המפגינים, רק שתשלום זה צריך להיות פרופורציונאלי לפעילות שבגינה מבוקש ההיתר:

There remains the question of license fees which, as the court [below] said, had a permissible range from \$300 to a nominal amount. The court construed the Act as requiring "a reasonable fixing of the amount of the fee." "The charge," said the court, "for a circus parade or a celebration procession of length, each drawing crowds of observers, would take into account the greater public expense of policing the spectacle, compared with the slight expense of a less expansive and attractive parade or procession, to which the charge would be adjusted." The fee was held to be "not a revenue tax, but one to meet the expense incident to the administration of the Act and to the maintenance of public order in the matter licensed." There is nothing contrary to the Constitution in the charge of a fee limited to the purpose stated. The

suggestion that a flat fee should have been charged fails to take account of the difficulty of framing a fair schedule to meet all circumstances, and we perceive no constitutional ground for denying to local governments that flexibility of adjustment of fees which in the light of varying conditions would tend to conserve rather than impair the liberty sought.

*Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 576 (1941)

43. פסק הדין השני שהתייחס לעניין התשלום בפירוט רב יותר, אם כי שם לא דובר בדיוק

בהפגנה, ושגם אישר את פסי"ד *Cox*, הוא *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105

(1943). בפסק הדין בעניין *Murdock* בית המשפט העליון קבע, כי חוק עזר עירוני שקבע

כי אנשים שמתדפקים על דלתות צריכים רישיון הוא מס בלתי חוקתי שפוגע בזכות

לחופש דת של עדי יהוה. מכיוון שהפעילות של עדי יהוה לא הייתה כלכלית, אין למסותה.

בית המשפט קבע, כי היה מתאפשר לרשות למסות את הפעילות, הרי שהיא יכולה הייתה

לקבוע סכום גבוה, שיש בו כדי לסכל את ביצוע הפעילות או להגבילה לאנשים עשירים

בלבד. למעשה בית המשפט שלל כל מס אשר מופעל על עצם ההנאה מזכות חוקתית:

A state may not impose a charge for the enjoyment of a right granted by the Federal Constitution. Thus, it may not exact a license tax for the privilege of carrying on interstate commerce (*McGoldrick v. Berwind-White Co.*, 309 U.S. 33, 56-58), although it may tax the property used in, or the income derived from, that commerce, so long as those taxes are not discriminatory. *Id.*, p. 47 and cases cited. A license tax applied to activities guaranteed by the First Amendment would have the same destructive effect. It is true that the First Amendment, like the commerce clause, draws no distinction between license taxes, fixed sum taxes, and other kinds of taxes. But that is no reason why we should shut our eyes to the nature of the tax and its destructive influence. The power to impose a license tax on the exercise of these freedoms is indeed as potent as the power of censorship which this Court has repeatedly struck down. *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444; *Schneider v. State*, *supra*; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 306; *Largent v. Texas*, 318 U.S. 418; *Jamison v. Texas*, *supra*. It was for that reason that the dissenting opinions in *Jones v. Opelika*, *supra*, stressed the nature of this type of tax. 316 U.S. pp. 607-609, 620, 623. In that case, as in the present ones, we have something very different from a registration system under which those going from house to house are required to give their names, addresses and other marks of identification to the authorities. In all of these cases the issuance of the permit or license is dependent on the payment of a license tax. And the license tax is fixed in amount and unrelated to the scope of the activities of petitioners or to their realized revenues. It is not a nominal fee imposed as a regulatory measure to defray the expenses of policing the activities in question. It is in no way apportioned. It is a flat license tax levied and collected as a condition to the pursuit of activities whose enjoyment is guaranteed by the First Amendment. Accordingly, it restrains in advance those constitutional liberties of press and religion and inevitably tends to suppress their exercise. That is almost uniformly

recognized as the inherent vice and evil of this flat license tax. As stated by the Supreme Court of Illinois in a case involving this same sect and an ordinance similar to the present one, a person cannot be compelled "to purchase, through a license fee or a license tax, the privilege freely granted by the constitution."<sup>9</sup> *Blue Island v. Kozul*, 379 Ill. 511, 519, 41 N. E. 2d 515. So, it may not be said that proof is lacking that these license taxes either separately or cumulatively have restricted or are likely to restrict petitioners' religious activities. On their face they are a restriction of the free exercise of those freedoms which are protected by the First Amendment.

*Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 113-114 (1943)

44. בעניין *Murdock* הבחין בית המשפט בין מס, המוטל על הפעילות ללא קשר לפעילות, לבין תשלום נומינלי, הנועד לכסות את הוצאות השיטור הנלוות לפעילות. תשלום מס, כך נקבע, הינו אסור, לעומת תשלום רגולטיבי, הקשור לפעילות המבוקשת, שבית המשפט היה נוטה יותר להתירו.

ב. כיצד יש לקבוע את גובה התשלום?

45. בעקבות פסק הדין בעניין *Cox* רשויות רבות חוקקו חוקים, המחייבים בתשלום את המבקש להשתמש בשטח ציבורי. כך, למעשה, יכלו אותן רשויות למנוע הלכה למעשה הפגנות בשטחים הציבוריים, אך לעמוד בתנאים החוקתיים שנקבעו ב-*Cox*. פסק הדין זכה לביקורת אקדמית. כך, למשל, נטען כי לא נקבעו עקרונות במקרים, שבהם אין למבקש מספיק כסף כדי לעמוד בתשלום, או שהסכום מהווה חלק נכבד מהסכום העומד לרשות המבקש. זמן קצר לאחר *Cox*, פסקי הדין בעניין *Follett* ו-*Murdock* ביטלו דרישות תשלום, אשר חרגו באופן ניכר מיכולתו הכלכלית של הדובר או שהיו כה גבוהות עד שהיה בהן כדי לאיין את הפעילות המבוקשת ( *Follett v. Town of McCormick*, 321 U.S. 573 (1944); *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939)).

46. בספרות האקדמית, שמתחה ביקורת על פסקי דין אלה, זוהו שלוש בעיות עיקריות עם הגישה בה נקט בית המשפט העליון. ראשית, הפסיקה לא גיבשה קריטריונים מתי תיפסל הדרישה הכספית בהיותה מופרזת. שנית, הפסיקה לא שקלה את האפקט המצנן שיש לדרישת התשלום גם כאשר מדובר בדובר שיכול לעמוד בדרישה הכספית. שלישית, דרישת התשלום מתייחסת לביטוי (או להפגנה) כאל עניין חוזי בין הפרט למדינה, מבלי שנלקח בחשבון האינטרס הציבורי בביטוי:

The Court's approval of [license fees] results from the Court's erroneous assumption that the relationship between a speaker and the government can be treated like a two-party business relationship. By allowing recoupment of costs, the Court treats the speaker as though he were just another consumer of property and services in the marketplace... Charging speakers for costs generated by speech activities would be based on the erroneous assumption that the speaker is the primary beneficiary of his use of a public forum. This assumption ignores the

benefit of the speaker's activities for the entire society. His activities are part of the process by which a democratic society makes informed decisions. He speaks so that society can listen and decide for itself. A proper distribution of costs, therefore, would allocate the costs generated by speech activities to the society as a whole.

(David Goldberger, *A Reconsideration of Cox v. New Hampshire: Can Demonstrators Be Required to Pay the Costs of Using America's Public Forums?* 62 TEX. L. REV. 403, 412-413 (1983)).

47. בפסיקה מאוחרת יותר של בתי המשפט הפדראליים צומצמה דרישת התשלום. כך, למשל, בפסק הדין בעניין *Central Florida* קבע בית המשפט לערעורים, כי הרשות יכולה לדרוש רק תשלום נומינלי. החוק שם מסר שיקול דעת לקצין משטרה לדרוש תשלום נוסף בשל עלויות צפויות, בהתאם לאופי ההפגנה. בית המשפט פסל את החוק בטענה שלא מדובר בתשלום נומינלי וכי החוק מוסר שיקול דעת רב מדי לקצין המשטרה (*Central Florida Nuclear Freeze Campaign v. Walsh*, 724 F.2d 515 (11<sup>th</sup> Cir. ) (1985)). בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה.

48. בית המשפט העליון נדרש שוב לסוגיה בשנת 1992. בפסק הדין בעניין *Forsyth County* בוטל חוק עירוני, שהתיר גביית תשלום עבור הפגנות ומצעדים, בין היתר, על בסיס העלות הצפויה כדי לשמור על הסדר הציבורי. בית המשפט ראה בחוק משום הגבלה על סמך תוכן הביטוי, שכן העלות תיקבע לפי דעתה של הרשות, וזו צפויה לחשוב שהפגנות בנושאים שנויים במחלוקת יהיו יקרות יותר לאבטח מאשר הפגנות בנושאים פחות מעוררי מחלוקת. מכאן, שיש הבחנה בין סוגי ביטוי שונים, כך שביטויים מעוררי מחלוקת צפויים להיות יותר יקרים. הבחנה זו אסורה מבחינה חוקתית, ולכן החוק בוטל. עוד נקבע, שהחוקה דורשת כי הקריטריונים שביסוד דרישת התשלום יהיו "narrowly drawn, reasonable and definite", וכי למרות שגובה התשלום המכסימלי היה רק 1,000 דולר, הרי שאין בכך כדי למנוע הבחנה על בסיס תוכן:

...it simply cannot be said that there are any "narrowly drawn, reasonable and definite standards," *Niemotko*, 340 U.S. at 271, guiding the hand of the Forsyth County administrator. The decision how much to charge for police protection or administrative time -- or even whether to charge at all -- is left to the whim of the administrator. There are no articulated standards either in the ordinance or in the county's established practice. The administrator is not required to rely on any objective factors. He need not provide any explanation for his decision, and that decision is unreviewable. Nothing in the law or its application prevents the official from encouraging some views and discouraging others through the arbitrary application of fees. The First Amendment prohibits the vesting of such unbridled discretion in a government official.

(*Forsyth County, Georgia v. The Nationalist Movement*, 505 U.S. 123, 133 (1992))

49. במילים אחרות, אם לרשות תינתן סמכות לקבוע תעריפים שונים לקבוצות שונות, יש בכך משום הפליה של מסרים מסוימים, אשר מפאת חששה של הרשות לביטחון הציבור יוטל עליהם סכום גדול יותר, ללא כל קשר לגודלו האבסולוטי של הסכום.

50. בפסה"ד בעניין *Alameda* אוששה הלכת *Forsyth County*:

a city may not regulate the secondary effects of speech by suppressing the speech itself. For example, it may not impose a content-based fee or tax, see *Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland*, 481 U.S. 221, 230, 95 L. Ed. 2d 209, 107 S. Ct. 1722, even if the government purports to justify the fee by reference to secondary effects, see *Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123, 134-135, 120 L. Ed. 2d 101, 112 S. Ct. 2395.

(*City of Los Angeles v. Alameda Books, Inc.*, 535 U.S. 425, 445 (2002))

51. פסיקה חשובה של בית המשפט הפדראלי המחוזי מבהירה את התנאים, בהם תיפסל דרישת תשלום עבור רישיון הפגנה. ראשית, בית המשפט מציין, כי בתי משפט שונים מתייחסים לדרישת התשלום כאל מניעה מוקדמת (prior restraint), ובהתאם לכך הבדיקה החוקתית היא דווקנית במיוחד, כשם שבוחנים מגבלות על תוכן להבדיל ממגבלות על צורת הביטוי:

The Supreme Court held some time ago that a state may require as a condition to engaging in expressive activity that a permit applicant pay fees to defray government costs directly attributable to the speech activity, *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 85 L. Ed. 1049, 61 S. Ct. 762 (1941). The Cox Court found constitutional a fee that ranged from "\$300 to a nominal amount" and that was intended "to meet the expense incident to the administration of the Act and to the maintenance of public order in the matter licensed". 312 U.S. at 576-77. However, courts have since refined the general rule announced in *Cox*, subjecting mandatory license and fee requirements to closer constitutional analysis.

In *Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123, 120 L. Ed. 2d 101, 112 S. Ct. 2395 (1992), the Supreme Court set out to resolve a circuit split as to the constitutionality of charging a fee for use of a public forum. *Id.* at 130. The Court noted that a government ordinance requiring a permit and a fee as a precondition to authorizing speaking, parades, or assemblies in a public forum is to be treated as a prior restraint on speech and is therefore subject to the scrutiny imposed on other such restraints. *Id.* See also, *Shuttlesworth*, 394 U.S. at 150-51; *Niemotko v. Maryland*, 340 U.S. 268, 271, 95 L. Ed. 267, 71 S. Ct. 325 (1951); but see *Thomas v. Chicago Park District*, 227 F.3d 921, 923(7th Cir. 2000) (noting "heterogeneity of the practices that the 'prior restraints' formula covers" and expressing "doubt that it can provide much assistance to judges who have to decide a novel case."), *cert. granted*, 121 S. Ct. 2191 (May 29, 2001).

There is a "heavy presumption" against the validity of a prior restraint

on speech. *Forsyth County*, 505 U.S. at 130 (citing *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 70, 9 L. Ed. 2d 584, 83 S. Ct. 631 (1963)). Notwithstanding this presumption, the Supreme Court in *Forsyth County* recognized that permit and fee requirements may be imposed by the government in order to regulate competing uses of public forums. 505 U.S. at 130. A permit scheme regulating the time, place, and manner of speech is permissible, so long as it does not "delegate overly broad licensing discretion to a government official," is content-neutral, narrowly tailored to serve a significant governmental interest, and leaves open ample alternatives for communication. *Id.*; see also *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791, 105 L. Ed. 2d 661, 109 S. Ct. 2746 (1989).

The *Forsyth County* Court specifically considered a facial challenge to a county ordinance that required permits for private demonstrations and other uses of public property and imposed a fee of up to \$1,000 to meet the expense of the ordinance's administration and the maintenance of public order. 505 U.S. at 131. The Supreme Court found the ordinance to be unconstitutional because it granted unfettered discretion to the county administrator charged with setting the permit fee, *id.* at 132-33, and because the ordinance, by taking into consideration costs "associated with the public's reaction to" the expressive activity, arguably based the fee in part on the content of the speech. *Id.* at 134 (*Courtemanche v. GSA*, 172 F. Supp. 2d 251, 267, 268 (Mass. 2001))

52. בהתאם, נקבעו בפסיקה קריטריונים ספציפיים לבחינת דרישת התשלום. בית המשפט ב-  
*Courtemanche* עמד על קריטריונים אלה, שעיקרם שיקול דעת מינהלי ואיסור על  
הגבלות תוכניות:

Administrative Discretion - Permit fees and insurance requirements have been struck down due to lack of specificity in the standards prescribed for the insurance and the degree of discretion afforded to city officials. See *Forsyth County*, 505 U.S. at 131-33 (striking down permit fee requirement because of the unbridled discretion granted the county administrator); *Houston Peace Coalition*, 310 F. Supp. at 461-62 (striking down an insurance requirement where the city attorney had in effect uncontrolled discretion to grant or deny a parade permit by setting the amount and type of liability insurance required). To survive judicial scrutiny, an insurance requirement imposed upon permit applicants must set forth "clear, non-discriminatory and non-discretionary requirements concerning such liability insurance," and be administered in a "non-discriminatory and non-discretionary basis." *Id.* at 462-63. See also *Invisible Empire Knights of the Ku Klux Klan v. City of West Haven*, 600 F. Supp. 1427, 1432-33 (D. Conn. 1985) (finding bond requirement unconstitutional due, in part, to lack of adequate standards for determining the amount of the bond required).

Content-Neutrality - Regulations which permit the government to discriminate in public forum on the basis of the content of the expression are suspect. *Forsyth County*, 505 U.S. at 135. However,



Judicial review takes on a different cast when a statute does not regulate speech per se, but, rather, restricts the time, place, and manner in which expression may occur. Such laws are less threatening to freedom of speech because they tend to burden speech only incidentally, that is, for reasons unrelated to the speech's content or the speaker's viewpoint. Where that description applies, courts employ a less exacting level of scrutiny, upholding limitations on the time, place, and manner of protected expression as long as "they are justified without reference to the content of the regulated speech, ... are narrowly tailored to serve a significant governmental interest, and ... leave open ample alternative channels for communication of the information...

As the Court explained in *Ward*, the critical question in determining content neutrality is "whether the government has adopted a regulation of speech because of disagreement with the message it conveys." 491 U.S. at 791. A statute may, however, be deemed content-neutral even though it has an incidental effect on some speakers and not others, so long as the reason for the differential treatment is not content-based. See *McGuire v. Reilly*, 260 F.3d at 44; see also *Hill*, 530 U.S. 703 at 719, 147 L. Ed. 2d 597, 120 S. Ct. 2480

Narrow Tailoring - To survive under public forum analysis, a time, place, and manner regulation must advance a "substantial governmental interest" and be "narrowly tailored" to prevent "no more than the exact source of the 'evil' it seeks to remedy," *Edwards*, 262 F.3d 856, 2001 WL 943160, at \*4 (quoting *Frisby*, 487 U.S. at 485), while leaving open ample alternative channels of communication. *Forsyth County*, 505 U.S. at 130; *Renton*, 475 U.S. 41 at 50, 89 L. Ed. 2d 29, 106 S. Ct. 925 The narrow tailoring requirement is satisfied where the regulation promotes "a substantial government interest that would be achieved less effectively absent the regulation." *Ward*, 491 U.S. at 799. The regulation need not be the least restrictive means of serving the government interest, but the means chosen may not "burden substantially more speech than is necessary to further" that interest. *Id.*; see also *Globe Newspaper Co. v. Beacon Hill Architectural Comm'n*, 100 F.3d 175, 187-88 (1st Cir. 1996) (citations omitted).

Courts considering the constitutionality of an insurance requirement as a condition to engaging in protected speech have required a showing that the burdensome effects of the insurance requirement are necessary and directly related to the accomplishment of legitimate governmental purposes. See *Collin v. Smith*, 447 F. Supp. 676, 685 (N.D. Ill. 1978)(noting lack of record evidence that municipality had ever been threatened with damage by a public assembly which would have been prevented or alleviated by an insurance requirement), *aff'd*, 578 F.2d 1197 (7th Cir.), *cert. denied*, 439 U.S. 916, 58 L. Ed. 2d 264, 99 S. Ct. 291 (1978).

In determining whether a permit scheme is narrowly tailored to serve a significant government interest, I must look to the "fit" between the regulation and the stated purposes behind it. *Gerritsen v. City of Los Angeles*, 994 F.2d 570, 577 (9th Cir. 1993) (citing *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 123 L. Ed. 2d 99, 113 S. Ct. 1505 (1993)). GSA's stated purposes for its permit scheme are to ensure that employees and visitors to the JFK Building are not exposed to unnecessary risks in their access to the building, to protect public property by holding those who use it financially responsible for damage, and to shield the government from liability. (*Courtemanche v. GSA*, 172 F. Supp. 2d 251, 269-272 (Mass. 2001))

### תגובות בעלי הדין

53. המערערת מסכימה לבקשה. המשיבים מתנגדים לבקשה, אך עד להגשת בקשה זו לא נמסרו למבקשים טעמי ההתנגדות.

לאור כל האמור לעיל מתבקש ביהמ"ש הנכבד לצרף את המבקשים כידידי בית המשפט, ולאפשר להם לטעון בדיון בערעור.

13 באוקטובר 2010

דן יקיר, עו"ד

אדם שנער עו"ד

ד"ר יעקב בן-שמש, עו"ד

ב"כ המבקשים