

עת'מ 11-20-14921

בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כבוד השופט עודד שחם

קבוע לדיון בעתירה
ביום 3.2.2021 בשעה 14:00

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

המועד האחרון להגשת המסמך : 1.2.2021 בשעה 14:00
המועד בו נחתם המסמך : 1.2.2021

העותרים:

1. אמיר השכל
2. אסף אגמון
3. רונית ארנפרוינד

ע"י ב"כ עוה"ד איתן ברוש ו/או שרון פאלקוב
ממשרד זיסמן, אהרונ, גייר ושות', עורכי דין
משד' רוטשילד 41, בית ציון, תל אביב 6578401
טל': 03-7955555 ; פקס : 03-7955591

וכן ע"י עוה"ד איתן להמן ו/או יאיר נהוראי
מרח' מדבר סיני 16, ירושלים 9339218
02-6243994 ; פקס : 02-6244025

- נ ג ד -

המשיבים:

1. עיריית ירושלים
2. ראש עיריית ירושלים

באמצעות אגף היועץ המשפטי של העירייה
ע"י עו"ד אשר עמרם
מכיכר ספרא 8, ירושלים 94142
טל': 02-6296299 ; פקס : 02-6296490

3. **טלי פדידה**
ועוד 73 עותרים אחרים
ע"י ב"כ עו"ד חור אוריאל נזרי
מרחוב הפלדה 3, אור יהודה
טל': 052-5666617 ; פקס : 077-3179734

77. **משטרת ישראל – מפקד מחוז ירושלים**
78. **היועץ המשפטי לממשלה**
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ירושלים – אזרחי
מרחוב מח"ל 7, ירושלים 9149301
ת"ד 49333
טל': 073-3920000 ; פקס : 02-6468053

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.12.2020 וההחלטה בבקשת הארכה מיום 31.1.2021, מובאת להלן עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בעניין.

כללי

1. עניינה של העתירה, בהחלטת היועץ המשפטי של עיריית ירושלים מיום 29.10.2020 (נספח 11 לעתירה) לדחות את הערר שהוגש מטעם העותרים בכל הנוגע לבקשתם להצבת מתקני מחאה בסמוך למעון ראש הממשלה ברחוב בלפור בירושלים (להלן גם: "המאהל") – בקשה אשר נדחתה בהחלטת סמנכ"ל העירייה וראש מינהל תפעול ביום 19.10.2020 (נספח 9 לעתירה).
2. בגין החלטות אלו הוגשה העתירה דנן, במסגרתה מבקשים העותרים כי מאהל המחאה "ייוותר על כנו במתכונתו הנוכחית או בהתאם להוראות בית המשפט הנכבד". עוד מבקשים העותרים ליתן בידם צו המונע מהמשיבים, לרבות משטרת ישראל, מלפנות את המאהל. כמו-כן, דורשים העותרים להורות ליועץ המשפטי לממשלה ליתן את עמדתו באשר לחוקיותו של נוהל עיריית ירושלים בעניין "קיום מחאות במרחב הציבורי בירושלים" (עודכן לאחרונה 29.8.2017; נספח 12 לעתירה) (להלן: "נוהל העירייה" או "הנוהל").
3. ביום 28.12.2020, הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו להליך דנן, על יסוד סמכותו מכוח סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. זאת, מאחר שבמסגרת עתירה זו מתעוררות סוגיות עקרוניות אשר להכרעה בהן אפשר שתהיה השלכות רוחב על חופש הביטוי וזכות המחאה בישראל, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדרך של הקמת מתקני ומאהלי מחאה.
4. להלן תפורט עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות שונות העולות לדיון בעתירה דנן, ובתוך כך יידונו המגבלות שהטילה עיריית ירושלים, מכוח סמכותה, על הקמת מאהלי ומתקני מחאה בשטחה, לרבות מאהלים הממוקמים בקרבה למעון ראש הממשלה.
5. בנסיבות העניין, מוצא היועץ המשפטי לממשלה להציג את עמדתו ביחס לתשתית המשפטית הנוגעת לחופש הביטוי לרבות לחירות ההפגנה, ובאופן ספציפי לעניין מחאה בדרך של הצבת מאהל זה או אחר. זאת, על רקע החשיבות שיש לתת לזכויות יסוד אלו – חשיבות אשר הוכרה פעמים רבות בפסיקתו של בית המשפט העליון. אכן, היועץ המשפטי לממשלה התייצב בעבר להליך הנוגע לסמכות רשות מקומית לדרוש כי הצבת אוהל מחאה תהיה טעונה בהיתר מטעם הרשות (עניין **חצב**, כפי שיוגדר להלן). המדובר היה בסוגיה שהתעוררה על רקע המחאה החברתית בשנת 2011 והקמת מאהל המחאה בתל-אביב. עם זאת, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש לתת משקל בנסיבות המקרה דנן לכך שנושא המחאה בעניין זה שייך לגרעין הקשה של חופש הביטוי הפוליטי, בפרט כאשר מצויים אנו בתקופת בחירות; וכן למיקומו של מאהל המחאה בסמוך למוקד שלטון. כל זאת, על רקע פסקי דין מרכזיים שניתנו בשנים האחרונות, ואף בעת האחרונה ממש, הנוגעים לאיזונים בין הזכות להפגין לבין זכויות ואינטרסים נוגדים (כאשר חלק מפסקי דין אלה אף נוגעים למחאה נושא העתירה).

6. בכלל זה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להבהיר את עמדתו ביחס לאמת המידה החוקתית שיש להחיל גם על פעולות הרשות המקומית מתוקף סמכותה ליתן הוראות לעניין הצבת מכשול בספרה הציבורית. להלן יודגש, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הזכות להצבת אמצעי מחאה פיזי – דוגמת שלט, סככת מחאה או אוהל מחאה – היא נגזרת מובהקת של חירות הביטוי וההפגנה; וכי מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה בחופש הביטוי שנקבע בפסיקה מקדמת דנא (ראו: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)) הוא זה שצריך לחול בבוא העירייה לשקול הטלת תנאים על הצבת מכשולים שמשמשים כחלק מחופש הביטוי וההפגנה במרחב הציבורי, וזאת תוך איזון אל מול האינטרסים האחרים שהעירייה אמונה עליהם. המדובר בדרישה לקיומה של ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור, כאשר בהתקיימות מבחן זה יוטלו תנאים רק במידה הנדרשת על מנת למנוע פגיעה כאמור.
7. בהמשך לכך, יבקש היועץ המשפטי לממשלה ליתן עמדתו באשר למספר היבטים העולים מנוהל העירייה. זאת, גם לאור שיג ושיח שהתקיים בשנים האחרונות בין נציגי היועץ המשפטי לממשלה לבין העירייה בעניין הנוהל. יצוין, גם בהקשר זה, כי היועץ המשפטי לממשלה נדרש בעבר לנוהל העירייה (בפרשת **רוטלוי**, כפי שתוגדר להלן). שם, התייצב היועץ המשפטי לממשלה להליך בעניין קיום משמרת מחאה מול מעון ראש הממשלה בירושלים תחת יריעת צל והציג עמדתו, תוך התייחסות לסמכות הרשות המקומית לדרוש היתר במקרים של הנחת חפץ לזמן ממושך לצורך הבעת מחאה, ובכלל זה הצבת אוהל מחאה, וכן לאופן הפעלת סמכותה בהקשר זה.
8. בתמצית, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי נקודת האיזון שנוצרה בנוהל העירייה בין תפקיד העירייה כנאמן הציבור והזכות החוקתית לחופש הביטוי נותנת משקל חסר לזכות ההפגנה, שהיא נגזרת של חופש הביטוי. משכך, שורת הוראות בנוהל זה, בנוסחו הקיים, מעוררות קושי של ממש מחמת פגיעה בחופש הביטוי מעבר לנדרש, ועל כן, יש לתקן את הנוהל באשר לנקודות האיזון בו באותם היבטים שיצוינו להלן.
9. להלן יפרט היועץ המשפטי לממשלה, כי המדובר בעיקר בסוגיית הגבלת המחאות בסמוך למוקדי השלטון שהן אף מעבר להגבלות הקיימות לגבי מקומות אחרים ברחבי העיר; בקביעה הקטיגורית שאינה מאפשרת קיומה של משמרת מחאה רציפה במרבית רחבי העיר; בעצם ההבחנה שעורכת העירייה בין הצבת אוהל מחאה לסככת מחאה; ובהטלת מגבלות הזמנים, הן בהיתר הכללי והן בהיתרים הפרטניים.
10. על קשיים דומים בנוהל העירייה הצביע היועץ המשפטי לממשלה עוד בפרשת **רוטלוי** בשנת 2017, וחרף דיונים שהתקיימו אל מול העירייה, הוראות מרכזיות ומוקשות של הנוהל לא תוקנו והן עומדות במרכז הטענות גם בהליך דהיום.
11. זוהי אפוא פעם שניה שבה היועץ המשפטי לממשלה מפעיל את סמכותו ומתייצב להליך הנוגע לנוהל העירייה, ופעם נוספת שבה הוא מבקש להציג לבית המשפט הנכבד קשיים מהותיים העולים מהוראות לא מעטות בנוהל. כפי שיובא להלן, בנסיבות כיום, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי יש להורות על עריכת תיקונים בנוהל הנוכחי תוך קציבת פרק הזמן שיעמוד לרשות העירייה לשם כך, כמו גם על פרסום נוהל מתוקן ועל בטלות הנוהל בחלוף מועד זה, ככל שלא יתוקן. כמו-כן, יש להורות לעירייה לערוך את האיזון במקרה זה בהתאם לשיקולים שיובאו בעמדה זו.

העובדות הצריכות לעניין

12. החלטת העירייה נושא העתירה והעתירה דנן הן תולדה של הליך עת"מ 59339-08-20 **פדידה נ' עיריית ירושלים**, בו ניתן פסק דין במסגרת הדיון מיום 1.10.2020 (להלן: **ההליך הקודם**; נספח 2 לכתב העתירה).
13. עניינו של ההליך הקודם היה בפניית העותרים שם, והמשיבים 3-76 דכאן, מיום 28.7.2020, לראש עיריית ירושלים, בכל הנוגע לדרישתם ל"אכיפת החוק" בשכונות רחביה וטלביה, ובכלל זאת לפינוי כל המאהלים שהוקמו בהן. אלה טענו במסגרת ההליך הקודם, כי תושבי השכונות הנ"ל סובלים מ"התפרעויות חוזרות ונשנות מצד מפגינים כאלה ואחרים" וזאת לצד "מחאה קבוע ותדירה בשכונה". בכתב העתירה בהליך הקודם לא צוין לאילו מאהלי מחאה מכוונים העותרים שם בדיוק.
14. בהקשר זה, כפי שפורט במסגרת תגובת המדינה בבג"ץ 5078/20 **פדידה נ' משטרת ישראל** (להלן: **"בג"ץ פדידה"**), הרי שכידוע, מזה תקופה ארוכה, מתקיימות באופן קבוע מחאות בסמוך למעון ראש הממשלה ברחוב בלפור בירושלים. אלו כוללות למעשה שני סוגים שונים של פעולות מחאה, המתקיימות באותה הסביבה (נספח 2/ מש/ לכתב התשובה מטעם המדינה).
15. **הסוג הראשון** – מאהל מחאה שהוקם עוד במהלך חודש יוני 2020 ונמצא על המדרכה של רחוב בן מימון, בין הרחובות בלפור וקרן היסוד, בצמוד למתחם טרה סנטה ובסמוך למעון ראש הממשלה. המחאה במאהל מתקיימת באופן קבוע במהלך כל ימות השבוע ולאורך כל שעות היממה.
16. **הסוג השני** – הפגנות המתקיימות מזה מספר חודשים במרחב הסמוך למעון ראש הממשלה, בשעות הערב ועד לשעות הלילה, שבעת הדיונים בבג"ץ **פדידה** התקיימו בתדירות של כארבע פעמים בשבוע, אך נכון להיום מתקיימת ההפגנה במקום בעיקר במוצאי שבת.
17. עוד הודגש בתגובת המדינה בבג"ץ **פדידה**, כי הסמכות לעניין הקמת מאהל אינה בידי משטרת ישראל, כי אם בידי הרשות המקומית. בהקשר זה נציין כי ביום 9.2.2014, במסגרת עע"מ 8408/12 **חצב נ' עיריית תל אביב-יפו** (לעיל ולהלן: **"עניין חצב"**), הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין השיקולים המנחים של רשויות מקומיות בבואן לאשר פעולות מחאה הנמצאות בסמכותן (נספח 1/ מש/ לכתב התשובה מטעם המדינה); נוסף לכך, ביום 15.2.2017, במסגרת עת"מ 51488-07-15 **רוטלוי נ' עיריית ירושלים** (לעיל ולהלן: **"עניין רוטלוי"**), הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין קיום משמרת מחאה תחת יריעת צל מול מעון ראש הממשלה בירושלים – תוך התייחסות לסמכות הרשות המקומית לדרוש היתר במקרים של הנחת חפץ לזמן ממושך לצורך הבעת מחאה, ובכלל זה הצבת אוהל מחאה, וכן לאופן הפעלת סמכותה בהקשר זה (נספח 14 לכתב העתירה).
18. מכל מקום, במסגרת פסק הדין בבג"ץ **פדידה** ציין בית המשפט, כי הסמכות לאשר הקמת מאהל אינה בידי משטרת ישראל, אלא בידי הרשות המקומית. במסגרת פסק הדין הובהר, כי הוא עוסק בהפגנות ולא במאהלי המחאה, מאחר שממילא העירייה לא צורפה כצד להליך ועומד לעותרים שם לעניין זה סעד חלופי.
19. על יסוד האמור הוגש ההליך הקודם, שבמרכזו טענת המשיבים 3-76 דהיום, כי יש להורות לעירייה ולמשטרת ישראל לפנות לאלתר את מאהל המחאה בקרבת מעון ראש הממשלה.

20. במסגרת הדיון בעתירה ביום 1.10.2020, ומשעלה כי על העירייה לדון וליתן החלטה בבקשה להצבת מאהל מחאה במקום, הוסכם על מחיקת ההליך תוך שנקבעו מועדים להגשת בקשה, מתן החלטה, ובמידת הצורך הגשת ערר פנימי בעירייה בהתאם לנוהל הקיים, והחלטה בערר.
21. אחר זאת, דנה העירייה בבקשת העותרים למתן היתר להצבת מאהל מחאה ודחתה חלק לא מבוטל מהמבוקש בבקשה זו.
22. אמנם, החלטת העירייה, שניתנה בהתאם לנוהל, התירה לעותרים לקיים סככת מחאה ("גזיבו") בסמוך לבית ראש הממשלה, אך דחתה בקשתם להצבת אוהל במקום וכן דחתה את בקשתם לקיום מחאה רציפה. העירייה קבעה, כי ההיתר יהיה בתוקף בין השעות 7:00 עד 23:00 בימי חול, ובימי שישי עד כניסת שבת, כי בסוף כל יום יש לפרק את הגזיבו וכי תליית שלטים מותרת על גבי הגזיבו בלבד. כמו כן נקבע, כי הגזיבו יהיה בגודל של עד 10 מטרים רבועים. יש לציין, כי אושר לעותרים ללון באוהל בגן העצמאות.
23. כאמור, ערר שהוגש בנושא נדחה. מכאן העתירה דן.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

חופש הביטוי, חירות ההפגנה ואמת המידה להגבלת זכויות היסוד הללו

24. נקודת המוצא היא, כי זכות ההפגנה היא זכות יסוד במדינת ישראל, אשר הוכרה זה מכבר כזכות "שייכת לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984)); אכן: "קיומה של אסיפה ותהלוכה הוא אחר האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בענייניה של המדינה, אמצעי שהוא לעיתים יעיל יותר וממשי יותר מאמצעי הביטוי האחרים" (בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 171 (1979); להלן: "עניין סער").
25. לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומאחר שרואים בזכות ההפגנה והמחאה "אחד הביטויים הנעלים לרעיון כבוד ואדם וחירותו" (ע"מ 3829/04 ישראל טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 778 (2004); להלן: "עניין טויטו"), קבע בית המשפט הנכבד, כי מדובר בזכות בעלת מעמד חוקתי, הזוכה להגנה מרבית (בג"ץ 2557/05 מטה הרוב ואח' נ' משטרת ישראל ואח' (פורסם בנבו, 12.12.2006); ראו גם: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468 (1994).
26. עם זאת, ככל זכות יסוד, זכות ההפגנה אינה זכות מוחלטת, וניתן לפגוע בה כדי לשמור על זכויות חוקתיות אחרות (כגון הזכויות לתנועה, לקניין ולפרטיות), וכן על הסדר הציבורי, שלום הציבור וביטחונו (ראו: בג"ץ 2979/05 מועצת יש"ע נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 27.3.2005); בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נ(2) 822, 828 (1996)). כפי שיודגש להלן, המקרה דן עוסק בסמכותה של העירייה להגביל את חופש הביטוי וההפגנה לצורך הסרת "מכשולים" במרחב העירוני, ובאיזון שיש לעשות בין חופש הביטוי וההפגנה לבין האינטרס של שלום הציבור וכן מול פגיעה בזכויות שכנים המתגוררים בסמוך למקומות המחאה.

27. וראו בעניין זה גם בע"מ 1775/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים** (פורסם באר"ש, 24.9.2020) (להלן: "**עניין בית הנשיא**"), שם קבע המשנה לנשיאה כב' השופט ח' מלצר, בפסקה 26:

"שככל שמדובר פה בזכות החוקתית להפגין (עליה ארחיב את הדיבור בהמשך) – פגיעה בה מותנית בהתקיימות הסייגים של "פיסקת ההגבלה", המעוגנים בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר התנאי הראשון שבהם הוא כי הפגיעה תהיה בחוק, או מכח הסמכה מפורשת בו (עיינו: אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381 (תשנ"ח), וראו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי), בפסקאות 14 ו-30-36 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, בפסקאות 8-13 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש, בפסקאות 1-4 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות ובפסקה 3 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' גובראן). [...]"

28. יש לציין כי בהתאם לסעיפים 83-85 לפקודת המשטרה, קיימות נסיבות בהן נדרש רישיון ממשטרת ישראל. כך למשל, נדרש רישיון לקיומה של תהלוכה הכוללת מעל ל-50 איש. עם זאת, בהתאם להוראות הפקודה ולקביעת בית המשפט העליון בבג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 8.10.2017) (להלן: "**עניין התנועה לאיכות השלטון**"), האסיפות מסוג ההפגנות המתקיימות מול בית ראש הממשלה בימים אלה אינן חייבות ברישיון, אך למשטרה סמכות כללית לקבוע תנאים בעניין זמן, מקום ואופן ביחס להפגנה, וזאת גם ביחס להפגנה שאינה טעונה רישיון (ראו סעיפים 28-41 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) חיות, פסקאות 15 ו-20 לפסק-דינו של כב' השופט פוגלמן).

29. בהקשר הנוכחי, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להבהיר, כי לעמדתו הזכות להצבת אמצעי פיזי למחאה – כדוגמת הצבת שלט, סככת מחאה ועד אוהל מחאה לפרק זמן מסוים – היא נגזרת מובהקת של חירות הביטוי וההפגנה. חופש הביטוי חל על כל ביטוי, וחירות זו אכן כוללת בחובה דרכים שונות לביטוי פומבי במרחב הציבורי לרבות שלט ומאהל. אלו הן מושכלות יסוד, וראו בהקשר זה בפסק הדין בבג"ץ 806/88 **universal city studios inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(ב) 22, 34 (1989): "**חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא**". עוד ראו בעניין זה, מהעת האחרונה, את פסק הדין בבג"ץ 7059/20 **עמותת חוזה חדש נ' משטרת ישראל** (פורסם באר"ש, 17.11.2020) (להלן: "**עניין חוזה חדש**"), שם קבע בית המשפט העליון, כי מוזיקה היא חלק בלתי נפרד מחירות ההפגנה והביטוי). כאמור לעיל, המדובר אמנם בזכות יחסית שניתנת להגבלה, אך אותה זכות היא בעלת מנעד רחב. ראו למשל בג"ץ 3634/02 **טבנקין נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 23.5.2002), בקובעו: "**הזכות לחופש ביטוי וזכות המחאה והפגנה 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**". וראו גם בעניין **טויטו**, שעסק במאהל מחאה שהוקם בגן הורדים מול הכנסת.

30. כמו-כן, יפנה היועץ המשפטי לממשלה לעניין **בית הנשיא**, שם נדונה משמרת מחאה שכללה "**סוככה קטנה** (להלן: גזיבו) מול בית הנשיא, ותלתה על גדרות באזור מספר שלטי מחאה, שעליהם התנוססו המסרים אותם היא ביקשה לבטא במחאתה" (פסק-דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר, פסקה

6); תוך שבית המשפט קבע שם, ש"מדובר במופע מסוים של מימוש זכות ההפגנה – קיום משמרת מחאה (Picketing), מול מעון רשמי של נבחר ציבור" (פסקה 40).

31. אמת המידה שנקבעה בפסיקה הנוגעת לתנאים שמציבה המשטרה לקיום הפגנות או אסיפות, ואשר משקפת גם את מבחן האיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים מן המעלה הראשונה, כגון ביטחון המדינה או שלום הציבור, היא ודאות קרובה לפגיעה ממשית בסדר הציבורי או בשלום הציבור. ככל שמבחן זה מתקיים, התנאים שיוטלו יהיו רק במידה הנדרשת על מנת למנוע את הפגיעה האמורה. שב וחזר על כך לאחרונה בית המשפט העליון, בעניין החלטת המשטרה לקבוע תנאים להפגנות בסמוך למעון ראש הממשלה, לאחר פסק הדין בעניין פדידה, וציין כי זו נעשתה בחריגה מ"ההנחיה הנוהגת בפסיקתנו שלפיה הגבלת הזכות להפגין תאפשר רק כאשר מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה בסדר הציבורי או בשלום הציבור ובמידה המצומצמת ביותר הנדרשת למניעת פגיעה כאמור" (עניין חוזה חדש, בפסקה 14). ראו בהקשר זה בעניין התנועה לאיכות השלטון:

19. לאורך השנים התוותה הפסיקה בישראל קווים מנחים להפעלת הסמכויות שמנינו על ידי המשטרה המיועדים ליצור איזון נכון בהתנגשות שבין חופש הביטוי וחופש ההפגנה מזה ובין ביטחון הציבור ושלומם והצורך בשמירה על הסדר הציבורי מזה. כך נפסק כי בהפעלת סמכויותיה הנ"ל נדרשת המשטרה לנהוג בהגנות ובסבירות (עניין סער, בעמ' 178-179). היא רשאית להגביל את הזכות להפגין רק כאשר מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ורק במידה הנדרשת על מנת למנוע פגיעה כאמור (ראו: בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ' 822, 829 (2) (1996); בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה (4) 689, 683 (1991) (להלן: עניין אינדור); עניין משי זהב, בפסקה 10; עניין לוי, בעמ' 412-408). עוד נפסק כי על המשטרה לכבד את הזכות להפגין, ולא זו בלבד שאין היא רשאית להגביל אותה שלא לצורך היא מחויבת לסייע במימושה (ראו: עניין מטה הרוב בעמ' 215-218).

20. עקרונות אלו הנוהגים עמנו מימים ימימה ומעמדה הרם של הזכות לחופש הביטוי וההפגנה, משמעותם היא כי לא כל פגיעה בסדר או בביטחון תצדיק את הגבלת הזכות להפגין ואין די בכך שהפגנה גורמת לאי נוחות, אפילו אי נוחות רבה, כדי לאסור על קיומה. ככל שהציבור בישראל חפץ חיים בדמוקרטיה עליו לסגל לעצמו, ככלל מדינה מתוקנת, רמת סיבולת ויכולת הכלה של הפגנות, על אף הפגיעה בשגרת החיים ואי-הנוחות הכרוכה בהן לעיתים (עניין סער בעמ' 177-178; בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, [פורסם בנבו] בפסקה 2 (20.6.2007); עניין משי זהב, בפסקה 13; עוד ראו בהקשר זה: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1, 50 (1997)). יפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'ה בעניין ברדנשטיין שם פסקה כ::

חופש האספה והתהלכה הוא זכות מרכזית של האדם בישראל, ואין בזכותו של הפרט לפרטיות, לקנין ואף לחופש תנועה כדי לשלול את הפעלתה, או כדי להצדיק העמדת תנאים כאלה שיעקרו אותה מתוכן, או יפגעו בה פגיעה ממשית. ... פגיעה זו, כל עוד היא טבעית ואינהרנטית למימוש סביר של זכות התהלכה וההפגנה, היא בבחינת הכרח בל יגונה, ובבחינת מחיר שנדרש לשלמו כדי לזכות בחיים בחברה דמוקרטית. ... בראייה המשלבת בין חשיבות זכויות אדם לביטוי במשמעות הרחבה ביותר לבין הכרה בזכויות הפרט להגשים את חופש התנועה והאוטונומיה האישית של חיו – ניתן לומר כי המדובר בפגיעה בפרט שהיא סבירה, טבעית ואינהרנטית

למהלך החיים בחברה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, וגם מכירה בכך כי נדרש לעיתים תשלום מחיר להגנה על זכויות אלה (שם, בפסקאות 9 ו-11)

21. המשקל הסגולי של הזכות והערך החברתי של הביטוי נושאים משקל בעת עריכת האיזונים בין הזכויות המתנגשות. על כן, לא הרי ההגנה שיש להקנות ליצירת אומנות או לנאום פוליטי כהגנה שיש להקנות לפרסומת מסחרית. בעוד שביטויים מהסוג הראשון תורמים במידה רבה להגשמה העצמית של בני האדם, לקידום ההליך הדמוקרטי ולגילוי האמת, ביטוי מהסוג השני אף שאינו יוצא מגדר זכות היסוד לחופש ביטוי תורם במידה פחותה לקידומן של מטרות אלו ולפיכך, גם הנכונות להגן עליו בהתנגשו עם זכויות אחרות – פחותה (ראו: בג"ץ 5432/03 ש.י. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 82 (2004); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 182-183 (2000); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 676-678 (1997); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומ"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 13 ו-37 (1994)).

32. היועץ המשפטי לממשלה יפנה, לעניין עצם הצבת התנאים והיקפם, גם שם לעניין תנאים שנקבעו על-ידי משטרת ישראל, לקביעת כב' השופט דנציגר בעניין **התנועה לאיכות השלטון**, תוך הפניה לפסיקה הענפה בעניין זה:

10. לגבי הטלת מגבלות מסוג "זמן, מקום ואופן" – כידוע, הזכות לחופש הביטוי כוללת גם את החופש לבחור את אופן המימוש של הזכות, ובתוך כך להחליט היכן וכיצד הפרט מעוניין להתבטא. לכן, נקודת המוצא היא שגם הגבלות שמטילה המשטרה על אופן קיום ההפגנה עלולות לפגוע כשלעצמן בזכות לחופש הביטוי, ולעיתים אף פגיעה חריפה. אמנם, למשטרה יש סמכות לקבוע מראש תנאים מסוג של "זמן, מקום ואופן" (Time, Place and Manner). ואולם – ולדידי זהו העיקר – סמכותה לקבוע מגבלות כאמור, בין היתר לעניין מיקום ההפגנה, מספר המפגינים, שעות ההפגנה וכיצד באלה, ראוי שתשמר ותופעל במצבים המתאימים לכך בלבד. לרוב, הכוונה שהסמכות תופעל כאשר קיום ההפגנה ללא מגבלות עלול לפגוע בזכויות אדם סותרות, או שקיימת "ודאות קרובה" להפרת הסדר הציבורי. ככל שמדובר במקרים "הקלאסיים" של שמירה על הסדר הציבורי בהפגנות, המשמעות היא שמגבלות תוטלנה בעיקר במצבים כגון מניעת התפרעות אלימה או סיכון מוחשי וממשי אחר לביטחון הציבור, ולא במצבים של "הפרעה" אגבית למרקם החיים ולנוחות התושבים (ראו והשוו: בג"ץ 148/79 צבי סער עו"ד נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 176 (1979); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 410-412 (1984); בג"ץ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 472 (1994) (להלן: פרשת דיין); בג"ץ 5346/07 עו"ד ריצ'רד ברדנשטיין נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פסקאות 7-8 (19.6.2007) (להלן: פרשת ברדנשטיין); ברק מדינה 563-566).

33. ראו בהקשר זה דברי המשנה לנשיאה ח' מלצר בעניין **בית הנשיא**, בפסקה 39 (ההדגשה בסיפא – במקור):

"בהקשר זה, נקבעו בפסיקה קווים מנחים לבחינת המקרים בהם המשטרה חפצה להגביל את זכות ההפגנה לשם שמירה על שלום הציבור ועל הסדר הציבורי. נפסק, למשל, כי המשטרה נדרשת לנהוג בהגנות, בסבירות ובמידתיות, וכי היא רשאית להגביל את זכות ההפגנה רק אם יש וודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי, או בשלום הציבור, ורק במידה הנדרשת למניעת פגיעה כאמור (ראו: עניין גורן, בפסקה 19 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות, והאסמכתאות

הנזכרות שם; עניין פדידה, בפיסקה 21 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן). הדברים נקבעו אמנם ביחס למשטרה, אך סבורני שהם יפים, ואפילו מקל וחומר, גם לענייננו, בו מפעילת הסמכות היא רשות מקומית, וניתן לשאוב מהם השראה לבחינת התנהלות המשיבה שבכאן."

34. בהתאם לאמור בפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה מלצר בעניין בית הנשיא לעיל, המבחן שאמור להנחות את העירייה בקביעת ויישום אמות המידה מטעמה הוא מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי ובאינטרסים האחרים שהעירייה אמונה עליהם.

35. ניתן להבין מעמדת העירייה שהיא אינה מוצאת קשר הכרחי בין זכות ההפגנה ובין אפשרות המחאה הרציפה. ככל שזו הטענה, חולק היועץ המשפטי לממשלה על הדברים. אמנם, העובדה שניתן למחות בדרכים אחרות רלוונטית לעניין חומרת הפגיעה בזכות ועוצמתה, ויש לקחת זאת בחשבון בשעת עריכת האיזון הקונקרטי, אך אין בה כדי לאיין את הפגיעה האמורה, וזאת, במיוחד כאשר דרך המחאה שנבחרה על ידי אותם אזרחים היא בעלת מאפיינים שונים ואופן שונה מאשר מחאה בדרך של אסיפה קצרת זמן או תהלכה ברחבי העיר. וראו גם בהקשר זה בעניין בית הנשיא, בפסקה 41: בניגוד להפגנה "רגילה", הנערכת במקום ציבורי, שתכליתה להביא לשינוי פוליטי, או חברתי כללי, המטרה של קיום משמרת מחאה מול משכנו של נבחר ציבור היא פרטנית – להביא לכך שנבחר הציבור, או הבאים אליו ישנו את עמדתם בנושא מסוים. ניתן להגדיר זאת גם כ"הבעת תוכחה", באשר משמרת המחאה נועדה להזהיר ציבורית את נבחר הציבור, או את מי שפונים אליו – על מה שנתפס, בעיני המפגינים, כשגוי [...] למיקום בו נערכת משמרת המחאה – דווקא מול מעונו הרשמי של נבחר הציבור – יש איפוא חשיבות מיוחדת בעידן המודרני, שכן הדבר נועד למשוך את תשומת הלב של מקבלי ההחלטות ושל הציבור."

36. הנה כי כן, עסקינן בחופש הביטוי ובזכות להפגין על צורותיה ונגזרותיה השונות. בנסיבות העניין מדובר על הצבת מאהל מחאה אל מול מעון ראש הממשלה באופן ספציפי, ולכך יתייחס היועץ המשפטי לממשלה להלן. הטלת תנאים ומגבלות על קיומו של אוהל מחאה במרחב הציבורי אכן מצויה בסמכות הרשות המקומית, אך היא צריכה להיעשות במשורה ורק במקרים בהם ישנה ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי.

סמכות הרשות המקומית לניהול המרחב הציבורי והטלת מגבלות על מכשול והיקפה של הסמכות

37. כפי שגם הובהר במסגרת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת חצב, נקודת המוצא לדיון היא כי הרשות המקומית היא נאמן הציבור. לפיכך, מוטלת על הרשות המקומית החובה, ולצידה הסמכות, לנהל את המרחב הציבורי לטובת כלל הציבור, על-פי קריטריונים שוויוניים וענייניים, ותוך איזון בין כלל האינטרסים והשיקולים הצריכים לעניין.

38. 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 בין היתר כדלקמן: "בעניין רחובות תעשה העירייה פעולות אלו: [...] (3) תמנע ותסיר מכשולים והסגת-גבול ברחוב". הסמכות האמורה מבטאת את חובתה של הרשות המקומית להבטיח כי תנועת תושביה במרחב הציבורי תהא בטוחה ונוחה.

39. לצד ההסמכה הקיימת בחקיקה ראשית, בהקשר הנדון יש ליתן את הדעת להוראות חוק עזר לירושלים (שמירת הסדר והנקיון), התשל"ח-1978 (להלן: "**חוק העזר**"). סעיף 39 לחוק העזר, הנזכר כמקור הסמכות בנוהל העירייה, עניינו ב"מכשול ברחוב", והוא קובע בס"ק (א) כי "לא יניח אדם, לא ישאיר, לא יקים, לא יתלה ולא יטיל ברחוב, לא יבליט מעל לרחוב, ולא ירשה להניח, להשאיר, להקים, לתלות או להטיל ברחוב או להבליט מעל לרחוב, כל דבר, אלא אם 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 העיריה ובהתאם לתנאי ההיתר".

40. חוק העזר נחקק מכוח סעיף 250 לפקודת העיריות, והוראותיו נגזרות, בין היתר, מחובת העירייה על פי סעיף 235 לפקודת העיריות למנוע הסגת גבול ברחוב ולהסיר מכשולים בתחומו. בכל הנוגע לסמכויות חוק העזר בירושלים, ראו גם בעניין **טויטו**:

"9. על-פי סעיף 39(א) לחוק העזר, אסור לאדם להניח ברחוב כל דבר יותר מן הזמן הסביר הדרוש לכך, אלא אם ניתן לו היתר בכתב מאת ראש-העירייה, ובהתאם לתנאי ההיתר. על-פי סעיף קטן (ב), ראש-העירייה רשאי לדרוש בהודעה מכל אדם שעשה כן לסלק את מה שהניח. על-פי סעיף 63 לחוק העזר, כל אדם שקיבל הודעה כאמור חייב לבצעה בתוך התקופה הנקובה בצו. על-פי סעיף קטן (ג) לאותה הוראה, אם לא קיים אדם את ההודעה כאמור, רשאי ראש-העירייה לבצע את המפורט בה ולגבות את הוצאות הביצוע המתחייבות מכך מאלה שאליהם הופנתה ההודעה. חוק העזר נחקק מכוח הסמכות הנתונה לעירייה על-פי סעיף 250 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. הוראותיו נגזרות, בין היתר, מחובת העירייה על-פי סעיף 235(3) לפקודה למנוע הסגת גבול ברחוב ולהסיר מכשולים בתחומו. חוק העזר נועד ביסודו לשמור על תקינות הרחובות, על ניקיונם ועל זכות המעבר והתנועה החופשיים בהם. תכלית חוק העזר נועדה למטרה ציבורית חשובה וראויה."

41. מהאמור עולה כי פקודת העיריות, כמו גם חוק העזר הנ"ל, מטילים על עיריית ירושלים חובה, ולצידה סמכות, לנהל את המרחב הציבורי לטובת כלל הציבור, על-פי קריטריונים שוויוניים וענייניים, ותוך איזון בין כל האינטרסים והשיקולים הצריכים לעניין. וראו סיכום הדברים בסוגיית הסמכות בפסק הדין בעניין **פדידה**:

"3. אקדים ואומר לגבי מתכונת זו של הקמת מאהלי מחאה כי כפי שהוצג לפנינו על ידי היועץ המשפטי לממשלה בתגובה המקדמית לעתירה דנן (ובהליכים קודמים שאינם קשורים למחאה הנוכחית), הסמכות לאשר הקמת מאהל אינה נתונה בידי משטרת ישראל, כי אם בידי הרשות המקומית הרלוונטית, מכוח סעיפים 235 ו-249 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (וראו גם פסק הדין בע"מ 8408/12 חצב נ' עיריית תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (7.10.2014)). הערעור באותו מקרה עסק במדיניות עיריית תל אביב-יפו שלפיה נדרש היתר מראש להקמת אוהל מחאה בתחום העיר, ואולם נוכח הוצאת היתר כללי להצבת אוהל מחאה על ידי ראש העיר בגדרי אותו הליך, נמחק הערעור בסופו של יום תוך שנשמרו טענות המערערים). מכל מקום, הגם שבחלק מטענותיהם נראה כי העותרים מתייחסים גם למאפייני המחאה במאהל ולא רק להפגנות, עיון בעתירה מלמד כי עיקר חיציה מכוונים להפגנות עצמן ולהשלכותיהן על חיי התושבים בשכונות הסמוכות. בנוסף, עיריית ירושלים (להלן גם: העירייה) לא צורפה כמשיבה לעתירה, וממילא לא ניתן היה לקיים דיון בסוגיית המאהל (מה גם שעומד לעותרים בהקשר זה סעד חלופי, וראו ע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769 (2004)). לפיכך, כפי שהובהר גם בדיון שקיימנו בעתירה, אין פסק דינו עוסק במאהלי המחאה המתוארים בפסקה זו, וטענות הצדדים בנושא זה נגד הפעלת הסמכות על ידי עיריית ירושלים, שמורות להם בהליך מתאים לפני בית המשפט לעניינים מינהליים."

42. לצד האמור, על הרשות המקומית לפעול בגדר הסמכויות המסורות לה על-פי דין, וכן עליה ליתן את המשקל הראוי לעקרונות יסוד חוקתיים, ולא לפגוע מעבר לנדרש בזכויות חוקתיות, כדוגמת חופש הביטוי וחירות ההפגנה. הדברים פורטו לעיל.

43. בכל הנוגע לענייננו, כפי שגם צוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין **חצב**, הצבת אוהל במרחב הציבורי, גם אם אוהל המיועד לצרכי מחאה, עלולה להוביל ליצירתו של מכשול. אוהל הוא בעל נוכחות פיזית במרחב, וככזה הוא עלול ליצור מכשול שיקשה על התנועה ויהווה הסגת גבול במרחב הציבורי. משכך, לצד ההכרה בחשיבות חופש הביטוי וחירות ההפגנה, רשאית הרשות המקומית שבשטחה הוצב אוהל מחאה, לדרוש לאחר תקופה מסוימת כפי שיוסבר להלן, שיינתן רשיון ממנה לצורך המשך הצבתו, תוך כדי שבסמכותה להציב תנאים לכך (סעיף 235 לפקודת העיריות). כך גם מקום שבו המבוקש הוא הצבה לאורך זמן ממושך של אוהל מחאה עם נוכחות רציפה במרחב הציבורי, עניין המשפיע ביתר שאת על זכויות יסוד ואינטרסים ציבוריים, בין היתר של תושבי המקום המתגוררים בסמוך, וכן של עובדי הרחוב. מטבע הדברים, על התנאים האמורים להיות לתכלית שלשמה ניתנה הסמכות וכן להיות מידתיים, על-מנת לאזן כראוי בין חופש הביטוי והמחאה לבין האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים.

נוהל עיריית ירושלים העומד ביסוד ההחלטות נושא ההליך

44. כפי שעולה גם מתגובת העירייה, בעקבות פרשת **חצב** ובעקבות עניין **רוטלוי**, ועמדות היועץ המשפטי לממשלה שהוגשו במסגרתם, פעלה העירייה לגיבוש הנוסח העדכני ("נוהל קיום מחאות במרחב הציבורי בירושלים").

45. יש לציין, כי העתירה בפרשת **רוטלוי**, שהוגשה בחודש יולי 2015, ביקשה לבטל את נוהל העירייה בנוסחו דאז. היועץ המשפטי לממשלה התייצב להליך בחודש אפריל 2016 וכאמור, בעמדה היועץ שהוגשה מטעמו שם, החל שיח בין נציגי היועץ המשפטי לממשלה לבין נציגי העירייה בעניין נוסחו של נוהל העירייה.

46. ביום 1.12.2016, העבירה העירייה לבא כוח היועץ המשפטי לממשלה חוות דעת מאת כב' שופט בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר בנוגע לזכות המחאה במרחב הציבורי בירושלים. העירייה הודיעה, כי חוות הדעת מהווה את עמדתה בעניין הנדון. לאחר בחינת חוות הדעת של פרופ' זמיר, הוצגה בבית המשפט עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לעניין העקרונות המנחים לגבי סמכויות העירייה ותפקידה ביחס לפעולות מחאה, בהתבסס על הדין הקיים ועל האיזון הנדרש בין תפקיד העירייה כנאמן הציבור והזכות החוקתית לחופש הביטוי, כפי שהוצגו בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין **חצב**.

47. במסגרת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת **רוטלוי** צוין כי אף בשים לב לעמדת העירייה העדכנית, הרי שרוב ההוראות של "נוהל עיריית ירושלים לקיום מחאות במרחב הציבורי בירושלים" בנוסחו הקיים מעוררות קושי של ממש, הן בהיבט הסמכות והן מחמת פגיעה בחופש הביטוי מעבר לנדרש, ועל כן יש לגבש נוהל חדש.

48. בכלל זאת צוין היועץ המשפטי לממשלה, כי ראוי שנוהל העירייה, כמו כל הנחיה מנהלית, יהיה כתוב בלשון המאפשרת לסטות מהכללים הכתובים בו במקרים מוצדקים. יוער בהקשר זה, כי עניין

זה נכון אף בשים לב לנוסח הנוהל נכון להיום, שעודנו נוקט בלשון קטיגורית, לרבות מספר הוראות מוקשות ביותר, כפי שיובא להלן.

49. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי "הנחיות מינהליות הן כללים מנחים אשר המינהל הציבורי קובע לעצמו, ככיווני דרך להדריכו במילוי תפקידיו ובהפעלת סמכויותיו. שלא בדומה לחוקים או לתקנות, ההנחיות המינהליות אינן מחייבות את הרשות, אלא מנחות אותה בהפעלת שיקול דעתה, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 773, 784-787 (1996) (להלן – זמיר)). הן מתוות את דרכי הפעלת שיקול הדעת המינהלי ונועדו להבטיח אחידות, שוויוניות, ענייניות וסבירות בהפעלת מדיניות הרשות המינהלית. הן מהוות אמצעי שבעזרתו יכול הציבור לבקר את שיקול הדעת המינהלי, הן במישור המדיניות הכוללת והן בדרך יישומה במקרה הפרטני. [...] ההנחיה המינהלית מהווה אמצעי-עזר בידי בית המשפט בהפעילו פיקוח שיפוטי על מעשי המינהל" (בג"ץ 10907/04 **סולודוך נ' עיריית רחובות**, פ"ד סד(1) 331, בפסקה 25 לפסק הדין (2010)). לאור האמור, ייתכן שמתן גמישות והגדרת מרחב של שיקול דעת ושיקולים ישרתו נכון יותר את תכליתו של הנוהל וידריכו את גורמי המקצוע בהלימה להוראות הדין והפסיקה.

50. עוד צוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת **רוטלוי**, כי אף שהעירייה היא נאמן הציבור ואחראית על ניהול על המרחב הציבורי לטובת כלל הציבור, אין לה סמכות לדרוש רישיון להפגנות או לסוגי מחאה אחרים. סמכותה היחידה בהקשר זה היא לעניין הצבת מכשול. על כן, במקרים של הנחת חפץ לזמן ממושך לצורך הבעת מחאה (הצבת דוכן הסברה, סככה או אוהל מחאה), מוסמכת העירייה לדרוש היתר. עם זאת, גם במקרים בהם קיימת סמכות לעירייה כאמור לדרוש רישיון, לנוכח מעמדם של חופש הביטוי והזכות להפגין, על העירייה להפעיל את סמכותה בהתאם למבחני המידתיות, מבחן הוודאות הקרובה ויתר כללי המשפט המנהלי.

51. עוד צוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת **רוטלוי**, כי ככלל אין מקום להגביל מחאות בסמוך למוקדי השלטון מעבר להגבלות הקיימות לגבי מקומות אחרים ברחבי העיר. הוראה קשיחה וקטיגורית מעין זו קיימת אף כיום בנוהל.

52. עוד צוין בפרשת **רוטלוי** כי ככלל, התנאי המופיע בנוהל לגבי הפקדת ערבות ובטחונות לשיפוי העירייה מכל מי שמבקש להציב סככה או אוהל מחאה היא דרישה לא סבירה, הפוגעת קשות בחופש הביטוי ושיש בה אפקט מצנן, במיוחד על מי שבעל אמצעים כלכליים מוגבלים.

53. בהמשך לפרשת **רוטלוי** וכתובת הנוהל, התברר כי הנוהל המתוקן שהוציאה העירייה אמנם נתן מענה לחלק מהקשיים שהיו בו, אך נותרו בו חלקים המשאירים את הקשיים על כנם (כגון הגבלת הקמת מאהל מחאה רק לנקודות ספציפיות בגן העצמאות ובגן הוורדים). לפיכך, התנהלה בין גורמי העירייה לבין נציגי היועץ המשפטי לממשלה חלופת מכתבים, כפי שתפורט להלן.

54. ביום 11.1.2018, נשלח ליועץ המשפטי של עיריית ירושלים מכתב מטעם מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, על דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), ובמסגרתו פורטו הקשיים שעודם קיימים בנוהל העירייה, וזאת בהינתן עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה גם בפרשת **חצב** (פניית מחלקת ייעוץ וחקיקה ליועץ המשפטי של העירייה מיום 11.1.2018 צורפה לכתב התשובה מטעם המדינה, כנספת מש/3).

55. בין היתר עמדו נציגי היועץ המשפטי לממשלה על הנושאים הבאים בנוסח הנוהל המתוקן :

- בנוהל קיימת הבחנה בין הצבת סככת מחאה והקמת אוהל מחאה. כך, בכל הנוגע להצבת סככת מחאה, הנוהל אמנם מקנה היתר כללי להצבת סככה, אך זאת עד למשך 48 שעות ובכפוף לתנאים. עיון בתנאי ההיתר הכללי, נספח 1 לנוהל, מעלה כי ההיתר אינו כולל אפשרות לשהיית לילה ויש ליתן הודעה של 24 שעות מראש לעירייה. במכתב האמור הובהר, שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה (כפי שגם היה בפרשת **חצב**), משך זמן ההודעה המוקדמת לא צריך לעלות על 12 שעות.
- בכל הנוגע לסככת מחאה נותרו הגבלות מהותיות – בין בהיתר הכללי ובין בהיתר פרטני לפי בקשה (נספח 2 לנוהל). במכתב צוין, כי ההבדל היחיד בין ההיתר הכללי לסככה ובין הצבת סככה בהתאם לבקשה וקבלת היתר פרטני, הוא משך הזמן שבו ניתן להציב את הסככה (בהיתר פרטני מכוח בקשה ניתן להעמיד סככה למשך 4 ימים, אשר ניתנים להארכה לתקופות של 3 ימים בכל פעם), וכי המגבלות הקיימות בהיתר הכללי קיימות גם בהיתר הפרטני לרבות מגבלות הנוגעות למיקום הסככה (לא ניתן להציב סככה סמוך לתוואי הרכבת הקלה, פחות מ-200 מטר מבית ראש הממשלה או הנשיא, ופחות מ-100 מטר מחומות העיר העתיקה, סעיף 5 בנספח 1 לנוהל); ומועדים בהם חל איסור להצבתה (לא ניתן להציב סככה בימי מנוחה, חג, יום השואה, הזכרון, העצמאות, ויום ירושלים, לרבות בערב הקודם לאחד הימים האלה, סעיף 6 בנספח 1 לנוהל).
- באשר לתנאים הנוגעים להצבת אוהל מחאה, הרי שקיימות מגבלות דומות לסככות, וכאמור לעמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי) המדובר בהגבלות מוקשות.
- קיים קושי מיוחד בכך שהנוהל מאפשר הקמת אוהל מחאה רק במיקומים בודדים וספציפיים בעיר – גן הוורדים, העצמאות או גן סאקר (סעיף 2ג) לנספח 3 לנוהל) גם בבקשה לפי היתר פרטני. כמו-כן קושי מיוחד טמון בכך שהנוהל מגדיר אזורים בהם ניתן להקים אוהל מחאה – כאמור רק במיקומים בודדים בעיר – וגם זאת לא בסמוך לכביש.
- עוד צוין, כי לא ברורה ההצדקה לכך שבטופס ההיתר הכללי (נספח 5 לנוהל) יש לציין את "נושא המחאה". שכן תוכן המחאה לא רלוונטי לשאלה האם האוהל או הסככה מהווים מכשול.
- עוד צוין במכתב, כי אין בידי העירייה סמכות להגיב או לדרוש היתר לקיומן של תהלוכות או אספות. משכך סעיף 1.5 לנוהל והצורך לבקש לקיים אירוע מסוג "כינוס" כאמור בנספח 6 לנוהל הם על-פני הדברים אינם בסמכות.
- עוד צוין במכתב, כי גם הדרישה שהמבקש לקיים אירוע בשטח ציבורי יתחייב לפני העירייה כבר בטופס הבקשה לקיים את כל התנאים וההתחייבויות אינה סבירה, שכן בשלב הגשת הבקשה טרם הוצגו לפני המוחה תנאים כאמור. זאת ועוד, התיבה שבנספח 6 לנוהל שלפיה האישור אינו בר תוקף ללא אישור משטרה תמוהה, שכן בהתאם לדין (ועל כך נפסק גם בעניין **פדידה**) אין צורך בפנייה מטעם מוחה המבקש להציב סככה או אוהל מחאה למשטרה שכן הנושא בסמכות העירייה.

- כמו-כן צוין – כפי שגם עלה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בפרשת **רוטלוי** – כי ראוי שנוהל העירייה, כמו כל הנחיה מנהלית, יהיה כתוב בלשון המאפשרת לסטות מהכללים הכתובים בו במקרים מוצדקים.

56. בהינתן ההגבלות המפורטות לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי נוהל העירייה, בנוסחו זה, מגביל ופוגע בצורה בלתי מידתית בחופש הביטוי וההפגנה.

57. לנוכח האמור, נעשתה פניה על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי) במכתב מחודש ינואר 2018, ופניה זו נכונה, כפי שיבואר להלן גם היום, לתיקון הנוהל. יש לציין שתיקון של הנוהל נעשה גם בעקבות פרשת **רוטלוי**, אך הנוסח כפי שתוקן לאחר אותו הליך, הוא גם הנוסח דהיום, עודנו כולל קשיים אלה ואחרים כמפורט להלן וכפי שפורט עוד במכתב מיום 11.1.2018.

58. במסגרת ההליך דנן הציגה העירייה מכתב תשובה שנשלח מטעמה לפניית מחלקת ייעוץ וחקיקה (המכתב מיום 6.8.2019 צורף לתיק בית המשפט; להלן: "**מכתב המענה**"). במכתב זה דחו נציגי העירייה את ההמלצות שהובאו במכתב מחודש ינואר 2018 וסרבו לערוך כל שינוי בהוראות הנוהל. כבר יצוין, כי בניגוד למשתמע מכתב התשובה של העירייה, נציגי היועץ המשפטי לממשלה לא השיבו שהאמור במכתב המענה מקובל עליהם או על היועץ המשפטי לממשלה (ראו כי בסעיף 9 למכתב ביקשו נציגי העירייה לקבל את אישור נציגי היועץ המשפטי לממשלה, אך הדבר לא נעשה ומכאן שאין להניח כי הפגמים עליהם הצביע היועץ המשפטי לממשלה בפרשת **רוטלוי** אכן תוקנו). מחמת תקלה המכתב לא נצפה (וראו כי בחומר שצורף עלה כי המכתב אכן התקבל בדוא"ל אך נציגת היועץ המשפטי לממשלה לא שהתה באותם הימים במשרד וניתן מענה אוטומטי). מכל מקום, להלן יפרט היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בכל הנוגע לקשיים המשמעותיים הקיימים בחלק מההוראות נוהל העירייה וזאת גם בשים לב למכתב המענה שנשלח בשעתו. כאמור ברישא לתגובה זו, ובין היתר בשל כך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי יש לאפשר לעירייה לתקן את הנוהל, ורק אם לא תעשה כן בעצמה – בתוך זמן מוגדר שייקבע על-ידי בית המשפט הנכבד.

59. זוהי אפוא הפעם השנייה בה מתייצב היועץ המשפטי לממשלה להליך הנוגע לנוהל העירייה ומציף קשיים מהותיים בו. נראה שנכון היה שהעירייה תשקול הטמעת ההערות כפי שהובאו לפנייה עוד בחודש ינואר 2018 (הלכה למעשה, הערות דומות ניתנו גם במסגרת ההליך בעניין **רוטלוי**). מכתב המענה אינו מספק תשובות נאותות לקשיים עליהם הצביעו נציגי היועץ המשפטי לממשלה כבר לפני כשלוש שנים. הותרתו של הנוהל על כנו בנוסחו הנוכחי, היא בעייתית לנוכח הקשיים החוקתיים הכלולים בו. משכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי בית המשפט הנכבד יכול שיידרש לנושא לרבות מתן סעדים אופרטיביים. הדברים יפורטו להלן.

60. **לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל אין מקום להגביל מחאות בסמוך למוקדי השלטון מעבר להגבלות הקיימות לגבי מקומות אחרים ברחבי העיר.**

61. ספק אם יהיה חולק כי חלק מחופש ההפגנה הוא בחירת מקום ההפגנה. שכן, בחירת מקום ההפגנה קשורה באופן אינהרנטי למימוש חופש הביטוי. בית המשפט העליון עמד כל כך בעניין **פדידה**: "בחירת מיקומה של ההפגנה נושאת אמירה בעלת חשיבות עצמאית ונפרדת עבור המפגינים ואף

היא חוסה תחת ההגנה של חירות ההפגנה והביטוי" (ראו בפסקה 24 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; וכן דברי כב' השופט דנציגר בעניין **התנועה למען איכות השלטון** שצוטטו בסעיף 69 להלן). בשל כך, יש קושי של ממש בקביעה הקטיגורית בנוהל העירייה בכל הנוגע למיקום סככה או מאהל מחאה. קושי זה מחריף בשים לב לכך שכאמור לעיל, בנוהל נקבעו שלושה מקומות בלבד המאפשרים הקמת מאהל מחאה, ואלו אף נמצאים בליבם של גנים ציבוריים, ונראה כי מרוחקים מהעין הציבורית.

62. בנסיבות אלו, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שמגבלה קטיגורית זו שבנוהל העירייה, אשר מגבילה באופן מוחלט קיום מחאות מסוג של הצבת סככה או אוהל מחאה בסמוך למוקדי השלטון, ובנסיבות העניין בסמוך למעונו הרשמי של ראש הממשלה, פוגעת מעבר לנדרש בחופש הביטוי והמחאה, ודינה בטלות. חלף המניעה המוחלטת שיוצר נוהל העירייה בקיומה של מחאה רציפה באמצעות אוהל או סככה מול סמלי השלטון, יש לתקן את הנוהל באופן שיאפשר לעירייה לבחון באופן פרטני אפשרות קיום מחאה מעין זו ובמידת הצורך תחת מגבלות אלו ואחרות, לרבות פרקי זמן. כך ניתן יהיה ליצור איזון ראוי ופרטני בהתאם לנסיבותיה של כל מחאה אל מול הזכויות של תושבי האזור ואינטרסים ציבוריים אחרים.

63. **לא זאת אף זאת, ייתכן שניתן לומר שאם כבר, הרי שנקודת האיזון הייתה צריכה להיות הפוכה – בשל חשיבות הביקורת על השלטון בהליכי מחאה, המיקום הטבעי לביקורת כאמור הוא דווקא בסמוך למקומות אלו.**

64. כך, בענייננו, בחרו המפגינים לקיים את ההפגנות ואת אוהלי או מאהל המחאה בסמוך למעון ראש הממשלה. לעניין זה חשיבות רבה בשאלת קביעת תנאים לקיום ההפגנה והיקפם. במרבית המקרים, אם לא כולם, בחירת מיקום ההפגנות וגם מאהל המחאה היא כמובן אינה מקרית בנסיבות העניין, ויש לתת לה את הדעת.

65. כבר בשנת 1994 נקבע, כי זכות ההפגנה משתרעת גם לעניין קיום הפגנות מול מעונו הרשמי של ראש הממשלה. כך נקבע על ידי כב' המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 6658/93 **עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים**, פ"ד מח(4) 793 (1994) (להלן: **"עניין עם כלביא"**):

"בית ראש הממשלה הוא מעונו הרשמי של ראש הממשלה, בו הוא מתגורר, ושם הוא מבצע חלק מתפקידיו הממלכתיים. האם זכות ההפגנה, הנתונה לאדם בישראל, משתרעת גם לעניין קיום הפגנות מול בית ראש הממשלה?"

[...] אכן, ההשקפה המקובלת הינה – גם במדינות אחרות שבהן קיימות מחלוקות דומות לשלנו – כי המעון הרשמי של איש הציבור נתפס כאובייקט ראוי לקיום אספה או הפגנה, וכי דינו אינו כדין ביתו הפרטי של איש הציבור. על-כן מכירים הכול – לרבות אלה המסתייגים מקיומן של אספות והפגנות ליד בתים פרטיים של עובדי ציבור – בזכות להפגין ליד בית הנשיא או ליד מעונו הרשמי של ראש הממשלה או של המושל [...]. **אכן, מעונו הרשמי של ראש הממשלה הוא בעל אופי מיוחד. יש בו מסמליות השלטון. הוא משמש סמל לכהונה. בו מבצע ראש הממשלה את פעילותו הציבורית והפרטית גם יחד, ללא אפשרות של הפרדה. הוא שונה מדירות שרד או דירות מגורים אחרות. במדינה דמוקרטית שוחרת חופש כמדינת ישראל אין להציב גבול לחופש ההפגנה ליד ביתו של ראש הממשלה. אכן, בית ראש הממשלה הוא במהותו מבנה ציבורי (כגון משרד ממשלתי) (ראה פרשת דיין [2])."**

66. מובן שזכות זו, לרבות הזכות הנגזרת בביטוי באמצעות סככה או אוהל מחאה, ככל זכות אחרת, אינה מוחלטת, וגם אותה יש לאזן אל מול זכותם של השכנים והשמירה על הסדר הציבורי, וכן יש לאזן בין זכויות המוחים לבין האינטרס הציבורי בשלום הציבור ובתנועה חופשית – וראו פסקה 5 לפסק הדין בעניין **עם כלביא**. עוד נקבע שם:

"איזון זה נעשה בין זכויות אדם שוות מעמד. זהו איזון אופקי, אשר בו כל זכות צריכה לוותר במקצת כדי לקיים איזון ראוי בין הזכויות המתנגשות. איזון זה יתחשב באינטרס הציבור בשלום הציבור ובצורך להבטיח תנועה חופשית בצירי התנועה. מטרת האיזון לאפשר לכל זכות "חופש נשימה", **בלי שהאחת גוברת על רעותה** [...]. איזון זה מתמקד בהטלת מגבלות של זמן, מקום ואופן על מיצויה של הזכות האחת, כדי לקיים את מהותה של הזכות האחרת [...]. **במסגרת איזון זה יש ליתן משקל לכך כי האספה או ההפגנה מתקיימות ליד מעונו הרשמי של ראש הממשלה, ולא ליד דירתו הפרטית. על-כן, במסגרת האיזונים בדבר מקום, זמן ואופן, תילקח עובדה זו בחשבון.**"

67. אם כן, האיזון שעל הרשות המקומית לערוך בבואה לבחון הפגנה שתתקיים בסמוך למעון רשמי של מדינת ישראל, ובפרט מעון ראש הממשלה, **שונה באופן מהותי** מהאיזון שיערך כאשר ההפגנה תתקיים בסמוך או ממול לבית פרטי של איש הציבור.

68. יש להוסיף ולציין, כי עניינו של נוהל העירייה, על יסודו התקבלה ההחלטה נושא ההליך דנן, לא נזכר בפסק הדין בעניין **בית הנשיא**, אך היועץ המשפטי לממשלה יבקש להפנות גם אליו בהקשר הנוכחי, כיוון שיש רלוונטיות לקביעות הכלולות בעניין **בית הנשיא** בכל הנוגע לקיום משמרת מחאה באותו המיקום, וכאשר על-פני הדברים הנוהל הנוכחי מבקש להגביל פעולה מעין זו.

69. כאמור לעיל, במסגרת כתב התשובה טוענת העירייה כי אין היא מגבילה את זכות ההפגנה, וכן טוענת כי בלאו הכי זו אינה כוללת את הזכות לשהות באופן רציף לרבות שינה בסמיכות למעון ראש הממשלה. כאמור, זכות המחאה אינה זכות מוחלטת ויש לאזן בינה לבין זכויות אחרות, וכן ניתן אף לפגוע בה בכפוף למבחנים שהובהרו לעיל כדי להגן על אינטרסים ציבוריים. ברם, אין לומר שאקט המחאה הרציפה והקמת מאהל מחאה אינם בגדר ביטוי שהוא חלק מזכות ההפגנה. זה בוודאי לא המצב בנסיבות הקונקרטיות שבענייננו.

70. לענייננו, דומה כי מיקום ההפגנות, בסמוך למעונו הרשמי של ראש הממשלה, הוא אינו מקרי, ומנקודת מבטם של המפגינים הוא מהווה מסר בעצמו. הדברים נפסקו באופן מפורש בפרשת **פדידה**, אמנם ביחס להפגנות שמתקיימות ליד מעון ראש הממשלה, אך לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ההכרעה יפה ונכונה גם בכל הנוגע לצורת הביטוי המתאפיינת בבחירת המפגינים להוסיף ולשהות ליד מעון ראש הממשלה, בחלקם הקטן, במסגרת משמרת מחאה ואף מאהל מחאה. וראו בבג"ץ **פדידה**, בפסקה 24: "הגם שהזכות להפגין בסמוך למעון ראש הממשלה אינה מוחלטת, הפגיעה בחירות ההפגנה ובחופש הביטוי של המפגינים כתוצאה משלילת אפשרותם להתכנס דווקא במקום זה – קשה וחריפה היא [...]. המסר שאותו מבקשים המפגינים להעביר אינו בא לידי ביטוי אך בקריאותיהם ובשלטים הנישאים על ידם. בחירת מיקומה של ההפגנה נושאת אמירה בעלת חשיבות עצמאית ונפרדת עבור המפגינים ואף היא חוסה תחת ההגנה של חירות ההפגנה והביטוי [...]."

71. משכך, לעובדה כי בחרו המפגינים לקיים את פעולות המחאה בסמוך למעון ראש הממשלה – מעונו הרשמי של נבחר ציבור, אשר נפסק כבר לפני מספר עשורים כי יש להתיר קיום הפגנות בסמוך לו,

וזאת בשל אופיו המיוחד והיותו מסמלי השלטון והכהונה – משקל רב בבואנו לבחון את שאלת הצבת התנאים לקיום ההפגנות ובכלל זאת התנאים לקיומו של מאהל או סככת מחאה במקום והיקפם.

72. כפי שצוין לעיל, במסגרת ההחלטה הפרטנית על הרשות המקומית לבחון האם הצבת תנאים ומגבלות באה בגדר אמת המידה שבפסיקה, שעניינה "וודאות קרובה" לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ספק אם קביעת מגבלות קטיגוריות לעניין העדר אפשרות להקמת מאהל או סככת מחאה בסמוך למוקדי שלטון והגבלת שעות פעילותה של הסככה, באות בגדר אמת מידה זו.

73. במסגרת כתב התשובה טוענת העירייה, כי הגבלת שעות פעילות הסככה נועדה למנוע את הפיכת המדרכה ל"מקום מגורים זמניים" וכי יש להרחיק אוהלי מחאה המשמשים ללינה לבישול ולאכילה לאתר מרוחק יותר (גן העצמאות) וזאת "למען נוחות תושבי העיר ולמען נוחותם של המפגינים", ולשיטתה בכך נוצר האיזון הראוי בין זכות המחאה לבין זכותם של התושבים לשקט, ניקיון וכדומה (סעי' 127-128 לכתב התשובה). אכן, מדובר באינטרסים ראויים שעל העירייה לבחון ולהעניק להם את המשקל הראוי במסגרת האיזון בין השיקולים השונים, ואולם האיסור הקטגורי כפי שנקבע בנוהל איננו מאפשר למעשה איזון כזה. זאת, בשים לב לכך שמקום ההפגנה אינו מקרי ויש לתת חשיבות לזכות לחופש הביטוי, על אחת כמה וכמה כשמדובר בקיום מחאה בסמוך למוקדי שלטון. ראו בעניין זה בפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר בעניין **התנועה לאיכות השלטון**, בפסקה 13, שצוטטה לעיל, בעניין בחירת מיקום ההפגנה, וכמו-כן בהמשך פסק דינו :

14. [...] מטבע הדברים, שבכל הפגנה, ובפרט בהפגנות שנערכות במיקום מרכזי ופומבי, גלומה מידה כזו או אחרת של הפרעה. **הפגנות אינן נוחות. הפגנות אינן שקטות. לו היו הפגנות כאלה – ניטל היה מהן עקצן וסר היה מהן עיקרן. ברי כי "הפרעה" כשלעצמה אין בה די לשם הטלת מגבלות על הזכות להפגין. לטעמי, ראוי שהטלת מגבלות כאמור תישמר למקרים שבהם ה"הפרעה" עולה כדי פגיעה בזכות או באינטרס ציבורי מוכר, כפי שהוסבר לעיל (אך השוו: פרשת בודנשטיין, פסקה 8). יודגש כי לא כל "הפרעה" עולה כדי פגיעה בזכות אדם; ולא כל "הפרעה" היא בבחינת הפרת הסדר הציבורי. הדברים אמורים בפרט כאשר ההפרעה אינה המטרה כשלעצמה, אלא היא רק תופעת לוואי של ההפגנה - "העלות השולית" שבה החברה צריכה לשאת כדי לאפשר את מימוש הזכות לחופש הביטוי של אזרחיה. על האזרחים בחברה דמוקרטית לצאת מתוך נקודת הנחה שמימוש של זכויות אדם בחברה עלול להיות מלווה לעיתים "בהפרעות" זמניות למרקם החיים השקט והשלום. אכן "זה לא כל כך נעים" לראות גן או כיכר סגורים בשל הפגנה, או שנותרים מלוכלכים לאחריה. יחד עם זאת, זוהי העלות שבה יחידי החברה צריכים לעיתים לשאת כדי שיוכלו לחיות במשטר דמוקרטי המקיים זכויות אדם. למותר לציין שבבוא היום תישמר גם זכותם של אלו הסובלים מההפרעות ומן הרעש כיום, להפגין באותו האופן."**

74. ראוי לציין, כי גם במסגרת בג"ץ **פדידה** וגם בעניין **חוזה חדש** הועלו טענות של תושבי הסביבה בכל הנוגע לרעש, חסימות צירים וכיוצ"ב. ואכן, היועץ המשפטי לממשלה אינו מקל ראש בפגיעה הנגרמת לתושבים כתוצאה מקיום ההפגנות בסמיכות רבה למקום מגוריהם, ואי-הנוחות הרבה הכרוכה בכך, כפי שהובהר כבר בפרשת **פדידה**, ואף מכיר בחובת העירייה לשקול שיקולים אלה.

75. בפסק הדין בעניין **פדידה** קבע בית המשפט העליון, כי לא נפל כל פגם המקים עילה להתערבות שיפוטית באיזון שערכה המשטרה בעניין קיום ההפגנות מול המעון הרשמי של ראש הממשלה, תוך שנקבע כי "הפגיעה בתושבים היא בבחינת "הכרח בל יגונה" למימוש הזכות להפגין", "ובבחינת מחיר שנדרש לשלמו כדי לזכות בחיים בחברה דמוקרטית" (ראו בסעיף 32 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). בעניין **חוזה חדש** ניתן צו מוחלט כלפי המשטרה תוך שבית המשפט העליון קבע, כי האיסור שהטילה המשטרה על השמעת שירים ומוזיקה (מגבלות אשר נועדו להפחית את מטרד הרעש הנגרם לתושבים) חורג מהאיזון שנמצא ראוי להגבלת הרעש המוקם בהפגנות לפיה הגבלת הזכות להפגין תתאפשר רק כאשר מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי או בשלום הציבור ובמידה המצומצמת ביותר הנדרשת למניעת פגיעה כאמור.

76. משזו הפסיקה בכל הנוגע להפגנות עם מספר משתתפים גדול יחסית, ברי כי ביחס לאמור בנוהל באשר להצבת אוהל מחאה, נדרשת הבחינה האם האיסור הקטגורי על הצבתו במקום זה אינה מהווה פגיעה מעבר לנדרש בחופש המחאה. עם זאת מובן כי גם במתן אישור על הצבתו באופן רציף של מאהל מחאה, מוסמכת העירייה להציב תנאים תוך דאגה לשכנים ולחופש התנועה במקום, ובכלל זאת קביעת פרקי זמן סבירים וכיוצ"ב.

77. עוד יוסף, כי גם האפשרות להקים מאהל במיקומים מסוימים שסומנו – במתחם גן העצמאות, גן הוורדים או גן סאקר – אין בה כדי להקהות את הקשיים שהוצגו לעיל. המדובר במיקומים המרוחקים מהכביש הראשי וממילא רחוקים מאות מטרים אם לא יותר ממוקדי שלטון, וכאמור לעיל, בכך, במקרים רבים, עשוי להינטל עוקצן של המחאות בהם. וראו בהמשך לכך בעניין **התנועה לאיכות השלטון**, בפסקה 25, בכל הנוגע להרחקת הפגנות שנערכו בכיכר גורן בפתח-תקווה, בסמוך לביתו של היועץ המשפטי לממשלה:

"מהנתונים ומהראיות שהוצגו על ידי הצדדים לא עולה כי קיימת הסתברות קרובה לוודאי כי המשך ההפגנות בכיכר גורן יגרום לפגיעה רצינית וקשה בסדר הציבורי או בביטחוננו ומכל מקום אין מדובר בפגיעה אשר לא ניתן להתגבר עליה באמצעים מתונים יותר. אין לכחד, מהראיות עולה כי ההפגנות מכבידות על חלק מתושבי שכונת כפר גנים וגורמות לרעש, לכלוך, עומסי תנועה ושחיקת תשתיות ציבוריות. ואולם, אין לשכוח שמדובר בהכבדה המתרחשת אחת לשבוע במשך מספר שעות. עוד יש לזכור כי הכבדות אלה שעמן מתמודדים תושבי שכונת כפר גנים כתוצאה מההפגנות הן, חדשות לבקרים, מנת חלקם של תושבי ערים רבות בארץ אשר מתגוררים בסמיכות לכיכרות שבהן מתקיימות הפגנות. העובדה כי ההפגנות מתקיימות בכיכר גורן לאורך חודשים ארוכים נושאת אף היא משקל. בעקבות כך יש הסבורים כי היא קשורה קשר בל ינתק למחאה הנמשכת והרואים בה את אחד מסמליה. עוד ראוי לציין כי הדרישה להעביר את המפגינים לפארק הגדול בפתח תקווה על מנת למנוע כל מגע או חיכוך עם התושבים פוגעת בזכות ההפגנה, ויפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין ברדנשטיין אשר קבעה כי:

טיבן של הפגנות ותהלוכות להיעשות באיזורים מרכזיים, החשופים לעין הציבור הרחב, ולא במחשכים. העברתן הכפוייה של תהלוכות לפאתי העיר, פוגעת בתכלית העיקרית לקיומן, ושוללת מהן את המאפיין העיקרי לבטא מסרים במלל ובתנועה לקליטת ציבור השומעים והצופים (שם, בפסקה 9).

לפיכך, לא היה מקום לאסור על המשך קיום ההפגנות בכיכר גורן."

78. בהמשך לכך, ובהתייחס לנוהל העירייה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיים קושי בקביעה הקטיגורית שאינה מאפשרת, הלכה למעשה, קיומה של משמרת מחאה רציפה במרבית רחבי העיר.

79. עיריית ירושלים, ככלל, אינה מתירה קיומה של מחאה רציפה באמצעות סככת מחאה, והקמתו של אוהל מחאה מותרת במיקומים ספציפיים בלבד. הדבר נלמד הן מהעובדה שההיתר הכללי הקיים בנוהל להקמת סככת מחאה מצומצם לפעילות בין השעות 7:00 עד 23:00; הן מכך שאף שהעירייה מאפשרת הגשת בקשה להיתר פרטני בחריגה מההיתר הכללי, הרי שהחלטתה הפרטנית בעניינם של המוחים אינה שונה מתנאי ההיתר הכללי ודורשת פירוקה של הסככה מדי לילה; והן מכך שנוהל העירייה מאפשר להקים אוהל מחאה הכולל אפשרות לינה אך זאת ב-3 מוקדים ספציפיים שהם בתוככי גנים עירוניים, לפרקי זמן מוגבלים.

80. מכאן, שמשמעות הוראות הנוהל והחלטת העירייה גם במקרה הפרטני היא הצורך לפרק בכל ערב את הסככה שהותרה, לעזוב את השטח ולחזור למחרת, וגם זאת רק בימי חול. על-פני הדברים, גם בבקשה להיתר הפרטני, העירייה יישמה את הוראות הנוהל הקטיגוריות, ולא בחנה יצירת איזון קונקרטי שעשוי לאפשר המשך קיומה של מחאה בפורמט רציף זה או אחר. הדרישה לפרק את הסככה מדי ערב מוקשית אפוא במיוחד.

81. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מדובר במגבלות שמצרות באופן ניכר וקטיגורי את חופש המחאה, מבלי שהוצגה תשתית להתקיימות המבחן של ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור כתנאי להטלת המגבלות. בנוסף, תנאי כאמור עלול לייצר אפקט מצנן ולגרום לוותר מראש על קיום מחאה בדרך של הצבת מאהל מחאה בשל הנטל המיוחד שנובע מהצורך לפרק את המתקן כל ערב ולהקימו מחדש למחרת. יובהר, כי הדברים נכונים אף מבלי להתייחס באופן ממוקד להחלטה הפרטנית, שכן מדובר כאמור בקביעות קטיגוריות מכוחו של הנוהל.

82. יש לציין בהקשר זה, כי ההיתר הכללי הקיים כיום בעיר תל אביב-יפו (שלהסדרים הנהוגים בה הפנתה העירייה במסגרת מכתב התשובה מטעמה) קובע, כי "האוהל יכול שיוצב בכל מקום פתוח בתחום גבולותיה של העירייה, זאת למעט בחופי הים. בכל מקרה ימוקם האוהל באופן שאינו מגביל את חופש התנועה הסביר של הציבור הרחב, אינו מונע גישה או שימוש סביר במתקנים ו/או שירותים, אינו מהווה מטרד משמעותי, אינו מהווה סכנה בטיחותית וכיו"ב". ברם, ההיתר הכללי שנקבע במסגרת נוהל עיריית ירושלים הוא מצומצם הרבה יותר.

83. זאת ועוד, קיימים מקרים בהם משמעותה העיקרית של מחאה זו או אחרת היא דווקא ברציפות שלה, וקשה לקבל איסור קטגורי על מחאה הכוללת שהיית לילה (אלא במיקומים ספציפיים ומעטים שמוותרים גם ללינה או שהיית לילה). למגבלה מוחלטת מעין זו אין מקום. תחת זו ראוי שתבוא הפעלת שיקול דעת פרטני ובמידת הצורך יבוצע איזון והטלת סייגים מסוימים, כולל לעיתים סייגים על משך הזמן של המחאה הרציפה, לצורך איזון בין קיום המחאה ואינטרסים ציבוריים אחרים.

84. אכן, אין להתעלם משורת שיקולים נוגדים שמעלה העירייה, והיועץ המשפטי לממשלה בהחלט סבור שיש ליתן להם משקל, כפי שפורט לעיל. עם זאת, בשים לב לצורך לעמוד במגבלות הרעש (ראו והשוו לעניין **פדידה** ועניין **חוזה חדש**) ובכל דין רלבנטי אחר, הרי שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה לא הוצג נימוק שמשקלו מצדיק את האיסור הקטיגורי הקבוע על קיום מחאות רציפות בכל רחבי העיר. עניין זה – בהצטרף לקשיחות הוראות הנוהל, להוראה על איסור הקמת מאהל ליד מוקדי שלטון ולכך שפנייה פרטנית לא נענתה על ידי העירייה בחיוב – משמיע לעמדת היועץ המשפטי לממשלה **קושי חוקתי של ממש**.

85. **משכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי הוראות מעין אלו, בנוסחן הנוכחי, לא יכולות לעמוד.**

86. **לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קושי נוסף קיים בעצם ההבחנה שעורכת העירייה בין הצבת אוהל מחאה לבין סככת מחאה.**

87. בנקודה זו, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להאיר זרקור על ההבחנה המוחלטת שעורכת העירייה בנוהל בין "סככה" ובין "אוהל", בעיקר בהיבטים הנוגעים למשכי הזמן המותרים להצבת כל אלמנט, אך גם כאמור לעיל, לגבי המיקום שמתאפשר להקים לכל אלמנט. על פי הנוהל, כלל לא ניתן להקים אוהל מחאה ברחבי העיר אלא בשלושה מקומות ספציפיים בלבד. האפשרות לקיים מחאה ברחבי העיר באמצעות סככה בלבד, "גזיבור", שהיא פרוצה מכל צדדיה, מקשה מאוד לא רק על קיום מחאה רציפה בלילות, אלא גם על קיום מחאות בשעות היום, וזאת בין היתר בתקופת החורף, ובמיוחד בירושלים.

88. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ההבחנה הזו, בין "סככה" ובין "אוהל" אינה מובנת מאליה. כך למשל, בנוהל הקיים בתל אביב מדובר על אוהל מחאה בלבד (ללא אבחנה בינו לבין סככה) ועל-פני הדברים אין מגבלה על לינה ועל מיקום. העירייה התייחסה להבחנה זו במסגרת סעיף 7(ג) למכתב המענה מטעמה. לעמדת העירייה, בעיקרו של דבר, המדובר בהבחנה נדרשת, שכן "אין מקום או תנאים מתאימים להפוך את רחובות העיר או כיכרותיה למאהלים ולמקומות לינה". העירייה גם הפנתה לייחודיות של העיר ירושלים כבירת ישראל, שמתקיימות בה מחאות רבות, בנוסף להיותה עיר היסטורית ותיירותית, ומשכך רואה העירייה חשיבות "בשמירת חזות העיר והסדר והניקיון ברחובותיה" (סעיף 6(א) למכתב המענה).

89. בכל הכבוד, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי אין בתשובה זה מענה מספק כלל ועיקר. **ראשית**, בין "הפיכת רחובות העיר וכיכרותיה למאהלים ומקומות לינה" ובין מתן אפשרות לקיום מחאה, גם אם רציפה וגם אם באמצעות אוהל, על פני הדברים רחוקה הדרך. **שנית**, אף לשיטת העירייה מתן ההיתר – הכללי והפרטני – לא מאפשר לקיים מחאה בשעות הלילה בעיר, לא בסככת מחאה וגם לא באוהל (למעט אפשרות להצבת אוהל ב-3 מקומות כאמור). **שלישית**, כפי שפורט לעיל, משקלם של שיקולי 'סדר וניקיון' קיים ואין להקל בהם ראש, אבל נוהל העירייה על פני הדברים נותן להם משקל יתר, על חשבון מכלול השיקולים האחרים. **רביעית**, דווקא היותה של ירושלים עיר בירה שבה ממוקמים מרבית מוסדות השלטון צריך היה להביא לכך שנוהל העירייה יאפשר קיום מחאות, גם אם הן מקשות על השגרה במרחב הציבורי, לפחות באופן דומה לזה הקיים בעיר תל אביב למשל

(שגם היא עיר תיירותית, וגם בה מתקיימות מחאות רבות). זאת, תוך ביצוע איזונים מתאימים וקונקרטיים אל מול אינטרסים ציבוריים אחרים.

90. דומה, כי בעניינה של העיר ירושלים, ובהיותה עיר הבירה והמקום שבו נמצאים מרבית מוקדי השלטון, יש חשיבות מוגברת בקיומו של נוהל שיבטיח את האיזון הראוי ואת חופש המחאה.

91. בנסיבות העניין, סבור היועץ המשפטי לממשלה, שאף הוראות הנוהל אשר מבחינות בין אוהל לבין סככת מחאה צריכות להשתנות, שכן ההבחנה הזו משמשת להצבת מגבלות ותנאים אשר אינם מאזנים כראוי בין זכות ההפגנה ובין אינטרסים ציבוריים אחרים.

92. **לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיים קושי בנוהל העירייה בכל הנוגע למגבלות הזמנים שמוטלות מכוח הנוהל הן בהיתר הכללי והן בהיתרים הפרטניים.**

93. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שגם הוצגה בפרשת חצב, היא כי לנוכח חשיבות חופש הביטוי והזכות להפגין, יש להקל ככל שניתן על מימושם. הדברים יפים ונכונים גם בהקשרים האחרים הנוגעים לנוהל העירייה – כגון מגבלות המיקום ומניעת הרציפות של כל מחאה ללא הבחנה נסיבתית – אך למגבלות הזמנים חשיבות מיוחדת בהקשר הנוכחי.

94. עם זאת, ראוי להבחין, בין מקרים שונים שאינם מחייבים בהכרח התייחסות זהה. כך למשל, אין דינו של "מאהל מחאה" והפעלתו למשך זמן ממושך, באופן שעלול לפגוע בצורה משמעותית באינטרסים ציבוריים, לבין הצבתו של "אוהל מחאה", לפרק זמן קצר, ובאופן שאינו פוגע פגיעה של ממש באינטרסים ציבוריים; וכך, אין דינו של הקמת אוהל באמצעו של רחוב צר להקמתו בפארק רחב ידיים.

95. לנוכח השוני האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה עוד בפרשת חצב היא, כי יש מקום ליצירת מסלול מיוחד להקמת אוהלי מחאה, וטוב שהעירייה עשתה כן. מסלול זה, של "היתר כללי", צריך לעגן מקרים, שיאופיינו בפרמטרים שונים – זמן הצבה קצר, היקף מוגבל, נסיבות וסוגי מקומות שבהם הצבת אוהל מחאה לא מהווה מכשול. הצבת אוהל במקרים אלה תתאפשר ללא צורך בקבלת היתר פרטני מראש, אלא בהודעה כללית מראש על הקמת האוהל, על מיקומו וככל הניתן על פרק הזמן בו יוצב.

96. היועץ המשפטי לממשלה אכן סבור, כי במסגרת היתר הכללי ניתן 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 ליהנות ללא הפרעה מהמרחב הציבורי לעומת הצבת מאהל שאינו כזה, כגון בגן ציבורי או בצידה של מדרכה רחבה וכדומה. על ראש העירייה להגדיר 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. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי בדרך זאת ניתן משקל לחשיבות חופש הביטוי וחירות ההפגנה מחד גיסא, תוך מניעת פגיעה באינטרס הציבורי מאידך גיסא.

97. בהתאם לאמת המידה החוקתית הקיימת בנושא וכפי שפורט לעיל, האיזון שבין זכויות אלו לבין האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים, **נדרש שיביא לכך כי רק במקרים שבהם קיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית באינטרס הציבורי יידרש היתר פרטני להצבת אוהלי מחאה**. לכן, חובת ההודעה מראש במסגרת ההיתר הכללי, עניינה מתן כלים בידי העירייה לקיים בקרה ולהימנע ממצבים בהם אוהלי מחאה מהווים מכשול ללא שהעירייה נתנה לכך את הדעת.
98. בנוסף, ההיתר הכללי צריך להיות אפקטיבי. כאמור לעיל, בנוהל העירייה קיימת הבחנה בין הצבת סככת מחאה והקמת אוהל מחאה, והדבר בא לידי ביטוי גם בכל הנוגע למשכי הזמן שהותרו במסגרתו לשהייה במרחב הציבורי. הנוהל אמנם מקנה היתר כללי להצבת סככה אך זאת עד למשך 48 שעות ובכפוף לתנאים. עיון בתנאי ההיתר הכללי (נספח 1 לנוהל) מעלה, כי ההיתר אינו כולל אפשרות לשהיית לילה ויש ליתן הודעה של 24 שעות מראש לעירייה. תנאים דומים נקבעו גם ביחס ל"אוהל מחאה", אך כאמור לעיל אוהל מהסוג הזה ניתן להקים במיקומים ספציפיים בלבד.
99. ראוי לציין, כי בנוהל הקיים בתל אביב נקבע אמנם היתר כללי, אך הובהר שם כי "הקמת אוהל מחאה לפי היתר זה, כפופה למסירת הודעה בכתב לעירייה בדבר הקמת האוהל, השעות והמיקום בו יוצב. הודעה זו תימסר ללשכת המשנה למנכ"ל העירייה מראש ולפחות 12 שעות בטרם הקמת האוהל".
100. פרק זמן מינימאלי זה של 12 שעות במסגרת ההיתר הכללי הוא בהלימה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שגם הובהר לעירייה במכתב האמור וכפי שגם פורט בפרשת **חצב**. אלא שעיריית ירושלים דורשת התראה של 24 שעות לפחות לפני הקמת סככה או אוהל מחאה, וזאת במסגרת היתרים כלליים שמראש תחומים לפרק זמן של 48 שעות.
101. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תנאי של הגשת הודעה לעירייה לפחות 24 שעות בטרם הצבת מאהל המחאה וכאשר המדובר בהיתר כללי שתקף ל-48 שעות בלבד, מיתר את כל הרציונל הטבוע במתן היתר כללי כפי שהוצג לעיל. היועץ המשפטי לממשלה אכן סבור, שניתן לקבוע כי לצורך המשך הצבתו של מאהל מחאה לאחר 48 שעות, יתבקש היתר פרטני. ברם, פרק הזמן המקסימלי הקבוע בנוהל להיתר פרטני בעיר ירושלים עומד על 4 ימים ל"סככה" ועד 7 ימים לאוהל (כאמור, בשלושה גנים ציבוריים בלבד). וזאת כאשר יש להגיש את הבקשה הפרטנית בשני המקרים 48 שעות לפחות לפני מועד הפקיעה.
102. היינו, לפי הנוהל, מיד עם הקמת האוהל או הסככה בהתאם להיתר הכללי יש לבקש היתר פרטני לצורך המשך הצבת המאהל מעבר ל-48 שעות, ובנוסף, מדי 4-7 ימים, יש לשוב ולבקש לחדשו. אכן, ככלל, אין מקום להפקיע את המרחב הציבורי ולהופכו למקום מגורים חלופי של המוחה לאורך פרק זמן ארוך (ראו, עניין **טויטו**). עם זאת, יש לתת את הדעת למחאות שונות בנסיבות מיוחדות. כזאת, לא נעשה – לא בנוהל העירייה ולא בהפעלת שיקול הדעת הפרטני שמסרב לסטות מהכתוב בנוהל. דרישת עיריית ירושלים המחייבת פניה תכופה לחידוש ההיתר פוגעת בחופש המחאה ומכבידה עליו באופן מוגזם.

סיכום והשלכות עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנסיבות העניין

103. כפי שהובא לעיל, חרף מרכזיותה של העיר ירושלים, אימצה העירייה במסגרת הנוהל שורה של הסדרים לא מידתיים, שחל כידוע בעיר שמעבר להיותה בירת ישראל, ממוקמים בה רוב מוסדות השלטון, ומשכך דווקא בה קיימת חשיבות גדולה להבטיח את מימושה של הזכות להפגין, להתבטא ולמחות. זאת, מבלי שנעשו איזונים מתאימים ונאותים בין זכות זו ובין אינטרסים ציבוריים רלוונטיים המתנגשים איתה, כגון פגיעה במרקם החיים של השכנים, הבטחת תנועה במרחב הציבורי העירוני וכו'.
104. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי חלק מהתנאים הקיימים כיום בהיתרים הכלליים של העירייה והיחס בינם ובין חלק מהתנאים הקבועים בהיתר הפרטני, כפי שהעיקריים שביניהם הוצגו לעיל, הם מעבר לנדרש ומהווים פגיעה חוקתית שאינה מידתית בחופש הביטוי ובזכות המחאה, שכן הם לא מקיימים איזון ראוי בין זכות ההפגנה והמחאה ואינטרסים ציבוריים אחרים.
105. אכן, אין כל ספק כי אין עסקין בזכויות מוחלטות, כי אם בזכויות יחסיות. מובן שניתן לפגוע בזכות להפגין כדי לשמור על אינטרסים ציבוריים רלוונטיים ובמקרה דנן גם בשים לב לכך שההפגנות מתקיימות בסמיכות לשכונת מגורים, על הקשיים שהדבר יוצר לפחות לחלק מתושבי השכונה, בהם אין להקל ראש כלל ועיקר.
106. אלא שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לכתחילה יצר נוהל העירייה נקודת איזון שגויה. ההסדרים השונים בנוהל העירייה – הן בסוגיית הגבלת המחאות בסמוך למוקדי השלטון שהן אף מעבר להגבלות הקיימות לגבי מקומות אחרים ברחבי העיר; הן בקביעה הקטיגורית שאינה מאפשרת קיומה של משמרת מחאה רציפה במרבית רחבי העיר; הן בעצם ההבחנה שעורכת העירייה בין הצבת אוהל מחאה לבין סככת מחאה; והן בהטלת מגבלות הזמנים הן בהיתר הכללי והן בהיתרים הפרטניים – נותנים משקל משמעותי מדי לשיקולי סדר ציבורי, ואף לאינטרס של חזות פני העיר, מבלי להעניק משקל ראוי גם לחופש המחאה באמצעות יצירת הסדרים מאזנים שיאפשרו גם מאהל מחאה רציף לפרקי זמן שייקבעו וכיוצ"ב.
107. לכל אינטרס ציבורי יש לתת את המשקל הראוי לו, ועל אף ששמירה על הסדר הציבורי ככלל היא אינטרס ציבורי בעל משמעות, במשטר דמוקרטי קיים הכרח לתת את המשקל הראוי לזכות החוקתית לחופש הביטוי ולחופש המחאה הנגזר ממנה. במקרים רבים, כפי שגם נקבע בהלכה הפסוקה, ראוי שחופש הביטוי יזכה למשקל גבוה, לפחות לתקופות זמן מסוימות ובנסיבות מסוימות, ובוודאי שכך בעיר ירושלים. הקביעות הקטיגוריות בנוהל העירייה יוצרות נקודת איזון שאינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שפורטו לעיל, ומשכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה יש מקום להתערב בהן.
108. כך למשל, חלף המניעה המוחלטת שיוצר נוהל העירייה בקיומה של מחאה רציפה באמצעות אוהל או סככה מול סמלי השלטון, ראוי כי העירייה תבחן באופן פרטני אפשרות קיום מחאה מעין זו ובמידת הצורך תחת סייגים, מגבלות אלו ואחרות לרבות פרקי זמן וכו'. כך ניתן יהיה ליצור איזון

ראוי ופרטני בהתאם לנסיבותיה של כל מחאה אל מול הזכויות של תושבי האזור ואינטרסים ציבוריים אחרים.

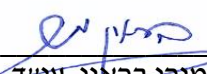
109. כאמור בפתח הדברים, זוהי הפעם השנייה שמתייצב היועץ המשפטי לממשלה לעתירה הנוגעת להסדרים בנוהל עיריית ירושלים בדבר קיום מחאות. זאת, לאחר ששיג ושיח שהתקיים במהלך הדיונים בעניין **רוטלוי** וכן לאחר מכן, לא הביא לתיקון הנוהל להנחת דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. למעשה, כשלים מהותיים כלולים בנוהל זה מספר שנים.

110. בנסיבות אלו, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי בשלה העת למתן סעדים אופרטיביים בעניין הוראות הנוהל. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש להורות על עריכת תיקונים בנוהל ולקבוע פרק זמן ראוי לכך. זאת, תוך הבהרה שבתום פרק הזמן האמור לא ניתן עוד יהיה לעשות שימוש בהוראות הנוהל הנוכחיות (השוו בהקשר זה לסעד שניתן לאחרונה בכל הנוגע לנוהל של משטרת ישראל, בפסק הדין בבג"ץ 4455/19 **עמותת טבקה-צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל** (פורסם באר"ש, 15.1.2021), בפסקה 24).

111. בכל הנוגע להחלטה הפרטנית בעניינם של העותרים, בנסיבות העניין, ולאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר חשיבות מתן אפשרות למחאה רציפה (היינו כולל שהייה בשעות הלילה), אף אם במגבלות זמן שייקבעו, על-פני הדברים, נראה שראוי לבחון איזון ראוי יותר בין זכות ההפגנה של המוחים ובין טענות המשיבים 3-76, שכמובן יש בהן ממש ואין להקל ראש בהן. בהקשר זה, נראה שיש באפשרותה של העירייה לקבוע תנאים שיאפשרו שהייה בלילה במקום, תוך מתן הוראות שמטרתן להבטיח כי שהייה במקום, לרבות בשעות הלילה, לא תגרום למפגע תנועתי או תברואתי העולה על המידה ולא תעלה כדי הקמת "מחנה" כאמור בהחלטת העירייה בערר, ובכלל זאת שקילת מגבלת זמן בנושא. כמו-כן, כאמור לעיל, לא ברור על מה מתבסס התנאי המחייב הצבת גזיבו בלבד ושאינו מאפשר מחסה כמו אוהל. זאת, בין היתר בשים לב לכך שאנו בעיצומו של החורף, כך שדומה שניתן לאפשר הצבה של אוהל מחאה, עניין שגם הנוהל מכיר בו עקרונית, וגם על כך ניתן להטיל תנאים, כולל לעניין משך הזמן, אשר יבטיחו כי הדבר לא יעלה כדי "מחנה" כאמור בהחלטה ובכתב התשובה של העירייה.

112. ככל שתיושם נקודת האיזון שהוצעה לעיל על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, הרי שבמסגרת החלטה חדשה, תוכל העירייה לשקול להציב תנאים נוספים גם לעניין משך הצבת האוהלים או הסככות במסגרת היתר פרטני שיכול להיות תחום בזמן וחיידושו יצריך הגשת בקשה פרטנית חדשה והפעלת שיקול דעת נוסף.

113. הסמכות בהקשר זה מצויה בידי העירייה, והיועץ המשפטי לממשלה כמובן מותיר את הנושא לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד. היועץ המשפטי לממשלה ביקש לעיל להבהיר את הקשיים שמצא בנוהל העדכני של העירייה והשלכותיהם האפשריות על נסיבות המקרה דנן.


 מודן בראון, עו"ד
 פרקליטות מחוז ירושלים – אזרחי
 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

היום, י"ט שבט תשפ"א, 01 פברואר 2021

פמ"י 13/00003311/20
 053853/2021