

המערערת: כ"ו, ת"ז -----

ע"י ב"כ עו"ד רעות שאער ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או
עודד פלר ו/או גיל גן-מור ו/או גדיר ניקולא ו/או דבי גילד-חיו ו/או
עביר גיוראן דכוור ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או אן סוצ'יו
ו/או רוני פלי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב, מיקוד 6515417
מספר טלפון: 03-5608185; מספר טלפון נייד: 054-5908148
מספר פקסימיליה: 03-5608165; דוא"ל: reut.s@acri

- נ ג ד -

המשיבה: מדינת ישראל

ע"י השירות המשפטי עיריית ירושלים
ככר ספרא 8, ירושלים, טלפון: 02-6297831
דוא"ל: Tvia@jerusalem.muni.il

הודעת ערעור

מוגש בזה ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט ערן טאוסקי) מיום 11.7.2022 בחע"מ 61660-06-21, במסגרתו הורשעה המערערת לפי סעיף 39(א) לחוק העזר ירושלים (שמירה על הסדר והניקיון), התשל"ח-1978.

העתק הכרעת הדין וגזר הדין מצ"ב ומסומנים מע"1

- ביום 1.2.2021 קיימו פעילי סביבה מתנועת "מצילים את הרי ירושלים" אירוע מחאה על מקטע ממדרכוב שלומציון המלכה הסמוך לרחוב יפו בירושלים. ההפגנה התקיימה מתחת למשרדי הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה למחוז ירושלים במחאה נגד כוונת הוועדה לקדם תכנית בנייה ב"רכס לבן" באזור שבו ערכי טבע מוגנים: מעיינות, צמחיית בר ובעלי חיים (להלן: **אירוע המחאה או ההפגנה**). אירוע המחאה התקיים במקביל לדיוני הוועדה בתכנית.
- ההפגנה התקיימה לאחר תיאום עם משטרת ישראל. במהלכה נעשה שימוש בעזרים הנזכרים בהודעת הקנס: כלי נגינה, מגבר, שולחן מתקפל ששימש להנחת אמצעי הסברה, ובריכת פעוטות מתנפחת ובה מים, שמעליה נתלה השלט "עין מצב".
- במהלך אירוע המחאה הגיעו למקום פקחי עיריית ירושלים. הפקחים הודיעו, כי היה על המפגינים לפנות מראש לראש העירייה ולקבל היתר להנחת חפצים על המדרכה במהלך ההפגנה, ומכיוון שהדבר לא נעשה קנסו את המערערת בגין הפרת סעיף 39(א) לחוק העזר ירושלים (שמירת הסדר והניקיון), התשל"ח-1978 (להלן: **חוק העזר**), בעבירה המוגדרת "הצבת מכשול ברחוב".
- לאחר שבקשת המערערת לביטול הקנס נדחתה, היא הגישה בקשה להישפט בגין העבירה הנטענת.

5. נגד המערערת הוגש כתב אישום, וביום 2.5.2022 התקיים הדיון בפני בית המשפט קמא. בתום הדיון סיכמו הצדדים את טענותיהם בעל פה.
6. ביום 9.5.2022 הגישה ב"כ המערערת בקשה לתיקון פרוטוקול הדיון. באותו יום הגיש ב"כ המשיבה, עו"ד אסף אליה, תגובה לבקשה לתיקון הפרוטוקול, ובה התייחסות לטענות המערערת לגופו של עניין. בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 10.5.2022 הוגשה השלמת טיעון בכתב מטעם המערערת ביום 22.5.2022.
7. ביום 11.7.2022 ניתנה הכרעת דינו של בית המשפט קמא בנוכחות הצדדים (להלן: **הכרעת הדין**). לאחר הרשעת המערערת בעבירה המיוחסת לה בכתב האישום נשמעו טענות לעונש, והוטל עליה קנס מופחת בסך 300 ש"ח, במקום הקנס המקורי על סך 475 ש"ח.

ואלה נימוקי הערעור:

8. שלושה טעמים ביסוד ערעור זה: ראשית, המערערת הורשעה ללא יסוד ראיתי לכך שביצעה כלל את המיוחס לה בכתב האישום. שנית, אין לקרוא לתוך חוק העזר איסור פלילי על עשיית שימוש בעזרים המונחים על הקרקע בהפגנות בתחום שיפוטה של המשיבה בלי לקבל לכך היתר מבעוד מועד מראש העירייה. שלישית, ולחלופין, אפילו היתה עבירה, הרי שנפלו פגמים בהפעלת סמכותה של המשיבה להאשים בה. נעמוד להלן על הדברים כסדרם.

1. היעדר יסוד ראיתי להרשעה

9. בית המשפט קמא שגה בקובעו כי ניתן להרשיע את המערערת גם אם לא היא ביצעה את המעשים ביסוד העבירה מכוח סעיף 39(א) לחוק העזר.
10. בניגוד לאמור בפסקה 21 להכרעת הדין וכפי שניתן ללמוד בבירור מפרוטוקול הדיון שהתקיים בפני בית המשפט קמא, הטענה הראשונה של המערערת בעדותה בפני בית המשפט הייתה, כי לא היא הניחה את חפצי העזר בתחילת ההפגנה ובגינם ניתן הקנס (ר' עמ' 1, שורות 16-21 לפרוטוקול מיום 2.5.2022).
11. המשיבה, מצידה, לא חלקה על כך ולא הוכיחה כי פקחיה ראו או ידעו כי המערערת היא שהניחה את החפצים או ביררו האם הם שייכים לה. הם הסתפקו בכך שהמערערת הזדהתה בפניהם כאחת ממארגני האירוע ובחרה לגשת ולשוחח איתם.
12. קביעת בית המשפט ביחס לטענה העובדתית, שהמערערת לא הניחה את החפצים, לפיה "גם ככל שטענה זו נכונה, אין ליחס לה משמעות" אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 34 כבב לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), לפיה לשם הרשעה התביעה נדרשת להוכיח את ביצוע העבירה על ידי הנאשם מעבר לכל ספק סביר, ועם עקרון האחריות האישית בפלילים. המאשימה היא זו שעליה הנטל להוכיח שהמערערת היא זו ביצעה את העבירה.
13. המערערת, כאחת ממארגני ההפגנה, אינה אחראית בפלילים לכל עבירה שנעברה במסגרת ההפגנה על ידי מי מהמשתתפים בה – אם נעברה. בהקשר זה ראוי לציין כי בעבר משטרת ישראל נהגה להחתים מארגני הפגנות על נוסח התחייבות לפיו הם נוטלים אחריות לכל הפרת סדר או להפרת התנאים שהציבה המשטרה לעריכת ההפגנה על ידי מי מהמפגינים. פרקטיקה בלתי חוקית זו, מלבד פגיעתה הבלתי מידתית והאפקט המצנן שיוצרת ביחס למימוש הזכות לחופש המחאה, סותרת מושכלות יסוד של המשפט הפלילי. פשיטא, שלא ניתן להטיל אחריות לביצוע מעשה פלילי על מי שלא הוכחו לגביו, באופן אישי, כל יסודות העבירה מעל לכל ספק סביר כאמור. בעקבות עתירה שהוגשה בעניין זה, חדלה המשטרה להציב דרישה הבלתי חוקית לנטילת אחריות פלילית על

המתרחש במסגרת ההפגנה בפני מארגני הפגנות (בג"ץ 8294/15 פלד נ' **משטרת ישראל** (18.2.2016)). בדומה לכך, בענייננו, לא ניתן להטיל על המערערת אחריות בגין חפצים שהונחו על ידי מפגינים אחרים, רק משום שהיא נמנית על מארגני ההפגנה.

14. בנוסף, וכפי שטענה המערערת בדבריה בפני בית המשפט קמא, עזרי ההפגנה לא היוו מכשול, כלשונו של סעיף 39(א) לחוק העזר עליו נסמכת המשיבה בכתב האישום, ולא יצרו הפרעה ברחוב. גם בהליך ובדיון שהתקיים בפני בית המשפט קמא לא נאמר דבר ולא הוכח דבר לעניין פגיעה, הפרעה או סיכון שנגרמו בפועל כתוצאה מהשימוש בחפצים לצורך ההפגנה במקרה זה.

15. בית המשפט קמא התעלם מראיות לכך שלא נגרמה פגיעה כלשהי, ודאי לא חמורה, באינטרס ציבורי מקיום ההפגנה הקצרה ומשימוש בכמה עזרים אומנותיים והסברתיים להמחשת המסר במהלכה. עדות המערערת בפני בית המשפט, שההפגנה הקצרה התקיימה בלי לחסום את המעבר, בלי שאיש התלונן על ההפרעה ובלי לסכן איש – לא נסתרה על ידי המשיבה, אך זכתה להתעלמות מוחלטת בפסק הדין. בית המשפט קמא הסתפק בקביעתו הבלתי מנומקת, בפסקה 16 להכרעת הדין, כי די בכך שמדובר בחפצים ש"עלולים היו להפריע במרחב הציבורי" לצורך הרשעתה של המערערת. קביעה זו מתעלמת פעם נוספת, מחובת המשיבה להציג בסיס ראיתי מספיק להתקיימות יסודות העבירה.

16. הנה כי כן, בית המשפט קמא התעלם מהעדר יסוד ראיתי מספק להרשעה וקבע למעשה כי הוכחת קיום יסודות העבירה במלואם, וביצוע העבירה על ידי המערערת עצמה – אינה נדרשת. קביעות אלה שומטות את הקרקע ביסוד ההרשעה.

2. חוק העזר אינו מקים עבירה, ופעולות המשיבה הינן בחוסר סמכות

א. מבוא

17. בניגוד לקביעת בית המשפט קמא, אין לקרוא לתוך סעיף 39(א) לחוק העזר איסור פלילי על עשיית שימוש בעזרים המונחים על הקרקע בהפגנות בתחום שיפוטה של המשיבה בלי לקבל לכך היתר מבעוד מועד מראש העירייה.

18. המשיבה מבקשת לקבוע, כי בעניינינו התקיימה עבירה פלילית בהתאם להוראת חוק העזר הנשענת על ההסמכה הכללית הקבועה בפקודת העיריות, בשעה שתכלית האיסור הנטען (הגבלת חירות המחאה) חורגת באופן גס מגדרי סמכותה של המשיבה, אינה מתיישבת עם תכלית פקודת העיריות או עם הערכים והאינטרסים שעליהם נועד חוק העזר להגן (ע"מ 1775/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' עיריית ירושלים**, פסקאות 16-17 לפסק דינו של השופט אלרון (7.10.2020) (להלן: **עניין בית הנשיא**)), ואף אינה משתמעת מלשונם של דברי החקיקה על פי כל פרשנות סבירה שלהם.

19. לפי סעיף 1 לחוק העונשין, "**אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פי**". איסור פלילי שלא נקבע בחוק – המשיבה אינה מוסמכת לקרוא לתוכו בדרך של פרשנות רחבה, כאילו היה החוק חומר ביד היוצר ובאופן שאינו מתיישב עם תכליתו והוראותיו (והשוו: פסקה 43 לפסק דינו של המשנה לנשיא שלמה לוי ברע"פ 2976/01 **אסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 418 (2002)).

20. דבר החקיקה שבנדון משקף איזון ערכי מסוים בין חירויות וזכויות הפרט לבין סמכותה של הרשות, היפים לתחום השמירה על הניקיון. המחוקק ומועצת העירייה קבעו את גדרי סמכותה של המשיבה בנושא זה, בלי להביא בחשבון את משקלה של הזכות לחופש מחאה ואת השיקולים הנדרשים בעת הסדרתה (מן הטעם הפשוט שחוק העזר לא נועד להסדיר או להסמיק את המשיבה בנושאים אלה).

21. בית המשפט קמא שגה כאשר אימץ והכשיר את פרשנותה השגויה של המשיבה ללא עוררין.

22. להלן ייטען כי כללי המידתיות המחייבים את כל הרשויות לפעול בסמכות ולהימנע מפגיעה עודפת בזכויות יסוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם מאפשרים לקבל פרשנות לפיה המערערת ביצעה עבירה על הוראות חוק העזר במקרה זה. עקרון חוקיות המינהל, עקרון הפרשנות המקלה בפלילים – ובמקרים של הפללת ביטוי בפרט – ועימם יתר כללי הפרשנות, תומכים גם הם במסקנה זו, ולפיכך יש לזכות את המערערת מכל אשמה.

ב. הזכות לחופש הביטוי והמחאה והחובה לאפשרה ולהגן עליה

23. הזכות לחופש הביטוי, ההפגנה והמחאה, היא זכות יסוד חוקתית המוקנית לכל אדם בישראל בגדרה של הזכות לכבוד האדם:

”חרות הביטוי היא אם החירויות. היא גם השברירית שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם.”
(רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר**, בפסקה 10 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין (12.11.2006)).

24. הביטוי הפוליטי מצוי בגרעינה של הזכות לחופש הביטוי והוא מקיים במידה הרבה ביותר את הטעמים המונחים בבסיסה של הזכות לביטוי ומחאה (בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ביניש (2008) (להלן: **עניין המפקד הלאומי**)). הביטוי הפוליטי נחוץ לקיומו של שיח חופשי ובלעדיו לא ניתן לגבש עמדה בנושאים אשר על סדר היום הציבורי וליטול חלק בהליך הדמוקרטי. בלא ביטוי פוליטי אף לא יתאפשר פיקוח אפקטיבי על השלטון. בשל כל אלה עלול הביטוי הפוליטי שלא לשאת חן בעיני השלטון, ועל כן הוא זקוק להגנה מיוחדת מפני התנכלות מצדו (בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פסקה 18 לפסק דינו של השופט דנציגר (15.4.2015)).

25. חשיבותו הרבה של חופש הביטוי הפוליטי לפרט ולחברה ותורמותו להליך הדמוקרטי משפיעים לא רק על מעמדו החוקתי, אלא גם על היקף ועל עוצמת ההגנה החוקתית הניתנת לו. כך, בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי **"היא רחבה במיוחד"** וכי הביטוי הפוליטי ראוי **"להגנה מרבית"** (בג"ץ 6226/01 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד נו (2) 157, 164 (2003) (להלן: **עניין אינדור**); בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא (3) 255, 270 (1987)).

26. חופש המחאה הוא חלק מחירות הביטוי בכלל, וזו הפוליטית בפרט. מימוש זכות ההפגנה מהווה דרך לגיבוש ולביטוי של עמדות אישיות ולהשפעה על הציבור ודעת הקהל, ועל-ידי כך היא מהווה גם יסוד מוסד של המשטר הדמוקרטי, הראוי לסיוע, הגנה ועידוד מצד הרשויות הציבוריות. בהתאם למעמדה של הזכות ולהיקף ההגנה עליה, כל רשויות השלטון מחויבות לכבדה ולהימנע מהגבלתה שלא כדין בעת הפעלת סמכויותיהן (בג"ץ 7647/16 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**, פסקה 55 לפסק דינו של השופט מלצר (13.5.2020); בג"ץ 5078/20 **פדידה נ' משטרת ישראל מפקד מחוז ירושלים**, פסקה 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן (19.8.2020) (להלן: **עניין מחאת רחוב בלפור**); בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל**, פסקה 21 לחוות דעתה של השופטת חיות (8.10.2017) (להלן: **עניין מחאת כיכר גורן**); בג"ץ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529, 551-550 (1995)).

27. בפסיקה אף נקבע, כי זכות ההפגנה איננה מסתכמת באיסור לפגוע בה, אלא שעל רשויות השלטון מוטלת החובה לאפשר את מימושה ולהפעיל את סמכויותיהן תוך התחשבות במשקלה הסגולי של הזכות ובחשיבותה (בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

ג. אמצעי המחאה חוסים תחת הגנת חופש הביטוי

28. בית המשפט קמא שגה, כשקבע כי עזרי ההפגנה – אמצעים חזותיים וקוליים המשמשים למטרת העברת המסר במהלכה של הפגנה – רחוקים מליבת הזכות החוקתית לחופש ביטוי ומחאה, ועל כן אינם זוכים להגנה מלאה כחלק מהזכות החוקתית.

29. חופש הביטוי חל על כל צורה של ביטוי. ההגנה הניתנת לו אינה מוגבלת לביטויים מילוליים, אלא גם לפעולות או לאמצעים פיזיים, המבטאים מסר. הביטוי עליו מגן חופש הביטוי –

"יכול שיהא מילולי, ויכול שיתבטא בהתנהגות (סמלית או אחרת) ... חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא" (דברי השופט ברק בבג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33-34 (1989)).

30. חירות המחאה כוללת בחובה דרכים שונות לביטוי פומבי במרחב הציבורי. הזכות להפגין כוללת מניה וביה גם את האפשרות לבחור את אופן העברת המסר במסגרת הפגנה. בדומה לשלטי מחאה, גם אמצעים חזותיים, ווקאליים ואחרים, משמשים להעברת מסר, ועל מנת שהפגנה תיראה ותישמע, הם חלק אינהרנטי מהמחאה עצמה. כך למשל, בעניין **חוזה חדש** (בג"ץ 7059/20 **עמותת חוזה חדש נ' משטרת ישראל** (17.11.2020) (להלן: **עניין חוזה חדש**)) נקבע, כי מוזיקה היא חלק בלתי נפרד מחירות ההפגנה והביטוי. בפסק הדין בעניין **בית הנשיא נקבע**, כי בהגנה על הזכות החוקתית לחופש מחאה ובמשמרות מחאה "**הדגש איננו מושם רק על הנוכחות הפיזית של המפגינים, אלא גם על האמצעים המבטאים את המסרים שהם מבקשים להעביר... ובאפשרות להעביר באופן אפקטיבי את המסרים הכלולים בה**" (שם, בפסקה 50 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, ור' גם עניין **מחאת כיכר גורן**, פסקאות 10-13 לפסה"ד של השופט דנציגר). בפסיקה נקבע עוד, כי על רשות מקומית לאפשר למפגינים להקרין מסרים על קיר של בניין ציבורי (עת"ם (ת"א) 15189-03-18 **הדס נ' עיריית תל-אביב-יפו** (החלטה מיום 9.3.2018)), וכי אינה מוסמכת לקנוס מפגינים בגין תליית שלטי מחאה (עת"ם (י-ם) 44961-06-21 **לייב נ' עיריית ירושלים** (5.12.21) (להלן: **עניין לייב**); עת"ם (י-ם) 14921-11-20 **השכל נ' עיריית ירושלים**, פסקה 13 לפסק הדין (9.2.2021) (להלן: **עניין השכל**)), או לאסור על חלוקת כרוזים, המהווים אמצעי זול ונגיש לכלל הציבור לשם העברת מסרים ומידע במסגרת המחאה (תפ (י-ם) 2857/85 **מדינת ישראל נ' אורנו**, פ"ד תשמ"ז(3) 334, 342 (12.1.1987)).

31. אם כן, עזרי ההפגנה שבהם נעשה שימוש במקרה זה, ששימשו בבירור ובאופן מובהק אך ורק להעברת מסר במסגרת ההפגנה עצמה, בדומה לשלטים שנתלו במקום, הם אמצעים לביטוי ולמחאה. אין שוני מהותי ומשמעותי בין האמצעים הפיזיים ששימשו את המפגינים כדי לוודא שקולם יישמע והפגנתם תיראה לבין שילוט או כל אמצעי זמני וארעי אחר המשמש לשם הפגנה, לעניין הגנתם במסגרת הזכות חוקתית.

32. עוד נציין, כי הדרישה לקבלת היתר מן העירייה לקיום הפגנות באמצעות קביעת חובת רישוי לחלקים אינהרנטיים מהן – שלטים, עזרים וכיו"ב – נעשית במקרה זה כחלק משרשרת ניסיונות של המשיבה להגביל שלא כדין את חירות ההפגנה בבירה, וליטול לידיה סמכויות לא לה. הניסיונות האחרונים לקנוס מפגינים בסיטונות בגין תליית שלטים ארעיים בהפגנות ללא היתר, קודם מכוח חוק העזר העירוני בעניין שמירה על הסדר והניקיון ולאחר מכן מכוח חוק העזר העירוני בעניין שילוט, נפסלו על ידי בית המשפט העליון בעניין **בית הנשיא**, ועל ידי בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בעניין **לייב**.

ד. ענישה בגין מימוש הזכות לחופש המחאה בחוסר סמכות

33. בית המשפט קמא שגה כשקבע, כי ניתן לראות בהוראות הכלליות בעניין סמכות עירייה להתקין חוקי עזר ולמנוע הסגת גבול והצבת מכשול במרחב הציבורי, כפי שמופיעות בפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: **פקודת העיריות**), מקור סמכות מפורש ומספיק לקביעת איסור גורף להנחה ארעית של עזרי הפגנה על המדרכה במהלך הפגנות, אלא אם ניתן לכך היתר מן העירייה.

34. אין זה מסמכות העירייה להגביל את חירות ההפגנה ולהתנותה בקבלת היתרים מראש (להפגנה או לכל רכיב שלה). חופש הביטוי אינו נושא הנתון לגדרי סמכותה הטבעית של הרשות המקומית, ואין בנמצא הוראת חוק המסמיכה רשויות אלה לפגוע בזכות היסוד החוקתית לחופש המחאה כנדרש בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקאות 25, 26 ו-58 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר בעניין **בית הנשיא**; פסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **מחאת ככר גורן**; פסקה 8 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 1.1912 שכותרתה "**תחולת חוקי עזר של רשויות מקומיות על תעמולת בחירות ועל שלטים ומודעות בעלי מסר פוליטי**", ינואר 2021)). יתר על כן, הגבלת חופש המחאה בהחלטת הרשויות המקומיות, על פי שיקול דעתן, כך שהיקף הזכות והיכולת לממשה תשתנה מתחומו הגיאוגרפי של ישוב אחד לאחר, אינה מתיישבת עם מעמדה של הזכות כזכות יסוד חוקתית.

35. בהתאם לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפגיעה בזכות יסוד הנעשית באמצעות חקיקת משנה נדרשת הסמכה **מפורשת** בחקיקה ראשית. יסודה של דרישת ההסמכה המפורשת בעקרון חוקיות המנהל, ובחזקה הפרשנית לפיה המחוקק אינו מתכוון להסמיך את הרשות המינהלית לקבוע הסדרים ראשוניים-מהותיים, ובהם כאלה המותירים פתח רחב לפגיעה בזכויות אדם (אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ב - פרשנות החקיקה 527-530 (1993); עניין **המפקד הלאומי**, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ביניש).

36. משמעות הדרישה להסמכה מפורשת היא, לכל הפחות ועל פי הגישה המקלה ביותר, הסמכה עניינית המתחייבת מתכליתו של החוק המסמיך ומהתחום שבגדרו נועד להקנות לרשות סמכות לפעול. לצד זאת, מעמדה של הזכות והיקף הפגיעה בה משליכים גם הם על דרישת ההסמכה המפורשת: ככל שמעמדה של הזכות גבוה וההגנה החוקתית הניתנת לה רחבה יותר, וככל שהפגיעה או ההגבלה שמבקשים לפגוע בה נרחבת או קשה יותר, כך נדרשת הסמכה ברורה יותר על מנת לפגוע בזכות או להגבילה (בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סז(1) 177, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2014)).

37. בית המשפט קמא קבע, כי ניתן לראות הסמכה מפורשת כנדרש בחוק היסוד בהוראת סעיף 250 לפקודת העיריות, המסמיך את הרשות המקומית להתקין חוקי עזר, ובהוראת סעיף 235 לפקודת העיריות, שלפיו, במסגרת סמכות העירייה לסלול מדרכות וכבישים, לתחזק ולשמור על רחובותיה לטובת הציבור, הרשות "**תמנע ותסיר מכשולים והסגות גבול ברחוב**". מכך מסיק בית המשפט קמא, כי: "**ברור כי אין ממש בטענת הנאשמת כי אין הוראת חוק המסמיכה את המאשימה לפגוע בחופש המחאה**" (פסקה 10 להכרעת הדין).

38. בכל הכבוד, הוראות אלה בפקודת העיריות אינן בגדר הסמכה מפורשת ואף אינן קרובות לכך. ההוראה המסמיכה לסילוק מכשולים והסגות גבול מהרחוב אינה נוגעת במפורש או במשתמע להסדרת תחום הביטוי והמחאה. פשוטם של דברים, שלא ניתן לראות בה הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות החוקתית, קל וחומר לקביעת התניה והגבלה גורפת לגביה, ולהכפיפה לשיקול דעתו הבלתי מוגבל של ראש העירייה.

39. בעניין **בית הנשיא** נקבע מפורשות, כי סעיף 235 לפקודת העיריות אינו מהווה מקור סמכות מספק להגבלת חופש הביטוי. באותו עניין דובר בסמכות העירייה להגביל תליית שלטים ושימוש בגזיבו שניצב על המדרכה לאורך זמן. בהמשך דרשה העירייה להסירם, בהסתמך על סעיף 39(א) לחוק העזר ומכיוון שבשלב זה לא ניתן להם היתר

ראש העירייה. דבריו של המשנה לנשיאה מלצר לעניין סמכותה של עיריית ירושלים מכוח פקודת העיריות וחוק העזר יפים גם לענייננו :

"ככל שמדובר פה בזכות החוקתית להפגין – 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 ... אף שבעניין **המפקד הלאומי** נפלו חילוקי דעות בין השופטים ... ניתוח הגישות השונות שהובעו באותה פרשה מלמד כי במקרה שלפנינו, חוק עזר הסדר והניקיון וההסמכה בסעיף 235(3) לפקודת העיריות – אין בהם די לשם הורדת השלטים שביטאו את המחאה, ולשם פינוי הגזיבו ששירת אותה." (עניין **בית הנשיא**, פסקה 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר).

40. זאת ועוד, פרשנותו של בית המשפט קמא אינה מתיישבת עם הוראות דין אחרות הנוגעות לרישוי הפגנות, ועם הפרשנות המצמצמת שניתנה להן בפסיקה.

41. הגוף המוסמך לרישוי הפגנות בישראל, לרבות הטלת הגבלות על אופיין, הצבת תנאים לעריכתן, ופיזורן בתנאים הקבועים בחוק הוא משטרת ישראל (סעיפים 83-85 לפקודת המשטרה, התשל"א-1971 (להלן: **פקודת המשטרה**)). המשטרה רשאית להטיל מגבלות על זמן, מקום ואופן עריכת הפגנות במקרים הדורשים זאת. לצד זאת, המשטרה רשאית להפעיל את סמכויותיה הכלליות להגנה על בטחון הציבור ולמנוע פגיעה חמורה בסדר ובביטחון הציבורי לפי סעיפים 3-5 לפקודת המשטרה.

42. עם זאת, הוראות מפורשות אלה, המסמיכות את המשטרה להגביל את חירות ההפגנה ולהתנותה בתנאים, פורשו בפסיקה בפרשנות מצמצמת ומינימאלית, ולפיה: "**משטרת ישראל רשאית להגביל את מימושה של הזכות, רק מקום בו מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ובמידה המצומצמת ביותר הנדרשת על מנת למנוע פגיעה**" (עניין **השכל**, פסקה 8 לפסק הדין, ור' גם: בג"ץ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ(2) 822, 829 (1996) (להלן: עניין **סיעת מרצ**); בג"ץ 148/79 **סער נ' שר הפנים והמשטרה**, פ"ד ל(2) 169, 177-178 (1979); בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד מחוז משטרת ירושלים**, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ביניש (20.6.2007)).

43. החזקה הפרשנית, לפיה הסמכות לפגוע בזכות יסוד כשזו נתונה בחוק, תפורש בצמצום רב, חלה גם על ענייננו. לפיכך, גם ככל שניתן היה לראות בפקודת העיריות מקור סמכות להגבלת הפגנות בנסיבות כלשהן, יש לפרש סמכות זו בצמצום ובהתאם למבחני המידתיות. הכלל המנחה שנקבע בפסיקה הוא כי גם בעניינים שבהם נתונה לרשות מקומית סמכות לפגיעה בזכות החוקתית לחופש ביטוי, למשל בענייני שילוט מסחרי, ההוראה המסמיכה תפורש ותיאכף בצמצום רב (ר' ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, 219 (1993); עניין **אינדור**, בעמ' 162). כלל זה אינו מיושם על ידי המשיבה. פרשנותה המרחיבה את חוק העזר, ואכיפה בשרירות ובכוחניות בגין עניינים הנוגעים בליבת הזכות לביטוי הפוליטי, חורגות מגדרי סמכותה.

ה. פרשנות חוק העזר באופן המתיישב עם חופש הביטוי והמחאה

44. חוק העזר בעניין שמירה על הניקיון עוסק בסדר, ניקיון ואסתטיקה במרחב הציבורי. בתוך כך חוק העזר מתייחס להנחה והשארת פסולת וחפצים הגורמים למפגע ברחוב, וזאת בהמשך לחובת העירייה וסמכותה לתחזק את המרחב הציבורי בעיר לטובת הכלל:

39. מכשול ברחוב

(א)(1) 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.

... (2)

(ב) ראש העיריה רשאי לדרוש בהודעה בכתב מאדם, שעשה או שהרשה או שגרם לעשות דבר בהפרת סעיף קטן (א), לסלק את מה שנעשה כך.

...

44. סילוק מכשול וביצוע עבודות

ראש העיריה רשאי באמצעות כל אדם לסלק כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39 ולבצע כל עבודה המנויה בסעיפים 42, 43; סולק דבר כאמור או בוצעה עבודה כאמור, רשאית העיריה לגבות מהאדם החייב בסילוק הדבר או בביצוע העבודה את הוצאות הסילוק או הביצוע; תעודה מאת ראש העיריה על סכום ההוצאות תשמש ראיה לתכנה.

45. פרשנות העירייה, לפיה סעיף 39(א) לחוק העזר מאפשר להטיל הגבלות על הזכות לחופש מחאה אינה סבירה, והדבר נלמד מהמכלול החוקתי ומכללי הפרשנות, כאמור, כמו גם מתוך חוק העזר עצמו. כפי שנראה להלן, פרשנות סבירה של הסעיף מובילה למסקנה, כי אין להחיל את הוראותיו הכוללניות והגורפות על חפצים המונחים באופן ארעי כשבעליהם ניצבים לצידם במהלך הפגנות.

46. **ראשית**, מכותרתו של חוק העזר ניתן ללמוד על תכליתו, שאין לה דבר וחצי דבר עם קביעת תנאים למימוש חופש המחאה והסדרה של הפגנות, אלא עם שיקולים של שמירת הסדר והניקיון ברחובות. בלשונו הגורפת והכללית חוק העזר בבירור אינו משקף איזון בין זכות היסוד לחופש המחאה לבין שיקולים נוגדים, ועל כל פנים שיקולים אסתטיים ו"הפרעה לסדר" כשלעצמם אינם יכולים להצדיק הגבלת חופש הביטוי באופן מרחיק לכת (עניין **בית הנשיא**, פסקאות 57-58).

47. **שנית**, פרשנות סבירה של הסעיף מובילה למסקנה, כי הגשת בקשה בכתב לקבלת היתר מראש העירייה נדרשת לשם הנחה או הותרה של חפצים לאורך זמן, ולא לשם הנחה ארעית של חפצים בעת שבעליהם ניצבים לידם או עושים בהם שימוש במהלך הפגנה. הדבר נלמד גם מההוראה המשלימה לאיסור הקבוע בסעיף 39(א) לחוק העזר, ובסעיפים 39(ב) ו-44, המאפשרים למשיבה להתריע בפני מי שהניח את החפץ ולבסוף אם לא נענה להתראה – לפנותו ולחייב את בעליו בהוצאות.

48. כך, למשל, פקח לא יקנוס אדם העומד עם אופניו ברחוב גם אם יעמוד כך למשך זמן רב, אך הוא עשוי לקנוס אדם שקשר את אופניו לעמוד על המדרכה באופן שחוסם את המעבר, ונטש אותם שם. היגיון כאמור חל גם על קבוצת מטיילים הממתנה למונית עם ערימה גדולה של תיקים ומזוודות ברחוב, או על מי ששבים מקניות וסליהם העמוסים מונחים לצידם על הארץ. איש לא יעלה בדעתו לקנוס אותם בגין הנחת המזוודות והסלים, גם אם יחסמו חלק ניכר מהמדרכה.

49. היגיון זה אמור להיות מיושם מקל וחומר גם בענייננו. מדובר בחפצים שהונחו לצד בעליהם, תוך כדי שנעשה בהם שימוש, וזמן השימוש בהם הסתכם בשעתיים לכל היותר. יתר על כן, לא רק שהמשיבה לא הוכיחה כי נגרמה הפרעה, ודאי לא הפרעה משמעותית לציבור, אלא שהנאשמת העידה שההפגנה התקיימה ברחבה רחבה וכי לא נגרמה הפרעה כלשהי למעבר הולכי רגל במהלך ההפגנה. הדבר אף עולה מצילומי הפקחים שהוצגו בפני בית המשפט קמא. אף לא היה כל יסוד להניח שהמפגינים יותירו את החפצים במקום לאחר סיום ההפגנה.

50. **חשוב מכך – הדרישה לפנות לעירייה בבקשה בכתב למתן היתר בטרם עריכת הפגנה אינה מתיישבת עם אופיין של הפגנות, בשונה מפעילות מסחרית המתקיימת במרחב הציבורי.** מטבען של הפגנות שהן נערכות לעיתים בתגובה לאירועי השעה, באופן ספונטני וללא תכנון רב מראש. מגיעים אליהן מי שמזדהים עם מטרתן, כאשר מארגני האירוע אינם יכולים לצפות מה כל אדם יביא איתו להפגנה ומה יניח על המדרכה. בקשה לקבלת היתר מראש עבור כל חפץ שיונח על המדרכה בהפגנה בידי מי מהמפגינים, בבירור אינה מתיישבת עם האופן שבו מתקיימות הפגנות ועם חירות ההפגנה.

51. עקרון הפרשנות המקלה בפלילים מיושם בהקפדה מיוחדת כאשר ההפללה גוררת פגיעה בזכות לחופש הביטוי הפוליטי. הפללת ביטוי פוליטי תחשב לרוב בלתי מידתית משום פגיעתה מרחיקת הלכת בחירות הביטוי. יתר על כן, הפגיעה הקשה בפרט בשל הטלת סנקציה פלילית יוצרת אפקט מצנן בקרב החברה כולה. על מנת להצדיק פגיעה כה חמורה בזכות החיונית לקיום ביקורת על השלטון, נדרש להוכיח כי מנגד נשקפת פגיעה קשה במיוחד באינטרס נוגד שהוא חיוני לשמירה על שלום הציבור (ר' ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 512-516 (2016); מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי – הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 38, 11-12 ו-66-71 (2003)).

52. יפים לעניין זה דברי השופט פוגלמן ברע"פ 5991/13 **סגל נ' מדינת ישראל** (2.11.2017) בעניין העמדה לדין בגין עבירה של העלבת עובד ציבור (להלן: **עניין סגל**):

"הפגיעה בחופש הביטוי מקום שבו מועמד אדם לדין בגין ביטוי המשתייך לקבוצת הביטויים הפוליטיים היא כפולה: האחת, נגרמת לפרט הנאשם בעבירה של העלבת עובד הציבור ולזכותו לביטוי פוליטי. השנייה, נגרמת לאינטרס הציבורי וזאת נוכח האפקט המצנן שיוצרת ההעמדה לדין, ושעלול להתרועע אחרים ממימוש חופש הביטוי הפוליטי שלהם, ובפרט מקום שבו מדובר בדברי ביקורת על עובדי ציבור. כפי שציננה חברתי, החשיבות הגלומה בביטוי הפוליטי אינה אך במתן אפשרות לפרט לממש את חירותיו ואת האוטונומיה שלו, אלא בתרומה שיש לביטוי הפוליטי ככלי לקידום ההליך הדמוקרטי ולהגברת ריבוי הדעות... האפקט המצטבר, לשיטתי, של שתי פגיעות אלו יחדיו מביא לכך שבאיזון בין האינטרס הציבורי שבהגנה על חופש הביטוי הפוליטי לבין הערך המוגן שביסוד העבירה גובר הראשון ויש ליתן לו מעמד בכורה. לכך יש להוסיף ולהזכיר כי עניין לנו בפרשנות עבירה פלילית המנויה בחוק העונשין. כידוע, מקום שבו עסקינן בפרשנות איסור פלילי עלינו להתחשב בפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בהפעלת הדין הפלילי, וזאת מכוח עיקרון החוקיות בפלילים המחייב "קביעת קו גבול ברור ככל הניתן בין ההתנהגות המותרת להתנהגות האסורה על-פי חוק". (פסקה 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ר' עוד: פסקה 1 לפסק דינה של השופטת חיות, ופסקה 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

53. לצד הצורך לפרש את החוק באופן שימנע פגיעה עודפת ובלתי מידתית בזכות היסוד, מן ההכרח לקבוע גבולות ברורים ונהירים לאיסור הפלילי, כדי למנוע עמימות שעלולה לשרת אכיפה מפלה, וכדי לצמצם את האפקט המצנן הנלווה ממילא להפללת ביטוי, ואשר עלול לצמצם את גבולות השיח הציבורי הנחשב לגיטימי:

"עיקר הפגיעה בחופש הביטוי נעוץ בהרתעה שעלולה עבירת ההעלבה לייצר מפני מימוש, ובמילים אחרות ב'אפקט המצנן' שלה... סיכון נוסף שראוי להזכיר הוא החשש מפני שימוש לרעה בעבירה, בשים לב לכך שעניינה מעשים וביטויים המכוונים נגד נציגי השלטון, שלעיתים יהיו אף הגורמים האמונים על האכיפה או בעלי השפעה בעניין זה. למרבה הצער, ניסיון העבר מלמד כי החשש לא נותר תמיד תיאורטי גרידא." (עניין **סגל**, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת חיות).

54. בעניין **סגל** נמתחה ביקורת על אי התוויית שיקול דעת התביעה והעדר מדיניות ברורה בהעמדת אזרחים לדין על עבירות ביטוי להן נלווית רגישות ציבורית מיוחדת. הוטעם כי גם באכיפת האיסור הפלילי העלול להגביל את חופש הביטוי יש לנקוט משנה זהירות והקפדה, על מנת לוודא כי כתב אישום יוגש רק במקרים החמורים

והנדירים המצדיקים זאת בשל פגיעה חמורה באינטרס נוגד כבד משקל (שם, פסקה 57 לפסק דינה של הנשיאה נאור). גם דברים אלה יפים ונכונים לענייננו. יש לתמוה על התעקשות המשיבה להעמיד לדין, כביכול למען יראו וייראו. החשש לניסיון מכוון ליצור אכיפה מרתיעה אך מתחזק לנוכח נימוקי פסק הדין.

55. בית המשפט קמא פירש את חוק העזר פרשנות מרחיבה, לפיה חוק העזר חל על הפגנות כפי שהוא חל על כל פעילות אחרת, כלומר חל על חפצים המונחים על המדרכה באופן ארעי, גם אם לא הוכח כי אלה גרמו למפגע ממשי. פרשנות זו לא רק שאינה מתחייבת מלשון חוק העזר ומתכליתו, אלא אינה סבירה בעליל, ובפרט לנוכח פגיעתה בחופש הביטוי, כפי שהראינו לעיל. כפי שהראינו עוד, פרשנות זו עומדת בניגוד מוחלט אף לנסיבות ענייננו, שבהן לא הוכחה ואף לא נטענה פגיעה ממשית באינטרס ציבורי כלשהו כתוצאה מקיומה של ההפגנה שבה השתתפה המערערת.

3. לחלופין – פגמים בהפעלת הסמכות להאשים

56. ככל שיימצא, כי המשיבה אינה נעדרת סמכות לדרוש ממפגינים לקבל היתר מראש להנחת עזרים במהלך הפגנות מכוח חוק העזר, הרי שקביעת מדיניות גורפת המגבילה את חופש המחאה ללא אבחנה וללא תלות בפגיעה באינטרס נוגד, אינה מידתית, ופוגעת בזכות לחופש מחאה מעל ומעבר לנדרש. הפעלת שיקול דעתה של העירייה בגדר סמכותה הנטענת במקרה שעל הפרק לנוכח נסיבותיו אינה מידתית ואינה סבירה כשלעצמה. יישום המדיניות אף לא נעשה על פי נהלים שקופים ושוויוניים במטרה לצמצם אפשרות לנקיטת אכיפה בדרגות ומפלה, בפרט ביחס לאירועי מחאה המבקרים את המשיבה עצמה, כבענייננו.

57. אם כן, ככל שלא תתקבל טענת העדר הסמכות, יש לזכות את המערערת לנוכח הפגמים שנפלו בקביעת מדיניות המשיבה ודרך הפעלת שיקול דעתה.

א. העדרן של אמות מידה לפגיעה מידתית בזכות לחופש מחאה

58. בית המשפט קמא שגה כשקבע שמדיניות העירייה ויישומה במקרה פרטני זה יוצרים איזון מידתי בין הזכות לחופש מחאה לבין אינטרסים נוגדים:

"אינני סבור כי עמדת העירייה, לפיה נדרש היתר לכל חפץ שמונח ברחוב במהלך הפגנה, אינה מייצרת איזון בין הזכות להפגין לבין אינטרסים נוגדים... סבורני שכלל שמתרחקים מליבת הזכות להפגין, יש ליתן משקל גדול יותר לאינטרסים המתנגשים, במקרה שלפנינו לזכות הציבור להשתמש במרחב הציבורי ללא הפרעה." (פסקה 17 להכרעת הדין).

59. אין לציבור "זכות" לכך שלא יתקיימו הפגנות במרחב הציבורי. יותר מכך, מטרתם וייעודם של אירועי מחאה להפר את השגרה ולגרום מידת מה של "הפרעה" ברחוב, ועם זאת הם מהווים חלק אינהרנטי מהשימוש שהציבור מורשה לעשות במרחב הציבורי. הפגנות אינן בגדר הסגת גבול במקרקעי הציבור, משום, כאמור, שאותו מרחב נועד בין היתר לאירועי מחאה והפגנות הנערכות על ידי הציבור ולטובת האינטרס הציבורי.

60. הפרת השגרה שגורמים אמצעי המחאה לציבור אינם אלא תופעת לוואי רצויה ומתחייבת מהצורך לעורר שיח ולהעביר מסר על מנת להשפיע על דעת הזולת. כפי שהטעים השופט דנציגר:

"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... 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... 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 קרובות 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." (עניין **מחאת כיכר גורן**, פסקה 14 לפסק דינו של השופט דנציגר).

ר' גם: עניין **מחאת ככר גורן**, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **מחאת רחוב בלפור**, פסקה 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

61. יודגש, הפרעה מסוימת לעוברים ולשבים נגרמת ממילא בעת קיום הפגנה מעצם התאספות מפיגנים במקום. התוספת השולית של החפצים המונחים בין המפיגנים במקום ההפגנה היא פעוטה, אם לא זניחה. על כל פנים, ככל שמדובר בהפרעה גרידא אין בה, כשלעצמה, כדי לאפשר הגבלת חופש המחאה:

"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 חייו – 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." (בג"ץ 5346/07 **ברדנשטיין נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל**, פסקאות 9 ו-11 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (19.6.2007)).

62. בפסיקה נקבעו אמות מידה מחמירות למקרים שבהם יותר להגביל את זכות ההפגנה לשם שמירה על שלום הציבור ועל הסדר הציבורי. גם אם יימצא, כי לעירייה סמכות להגביל ולהתנות קיום הפגנות בתחום שיפוטה במתן היתר מכוח פקודת העיריות (ולא היא), הרי שיש לפרש סמכות זו בצמצום ולהחיל על הפעלתה את מבחן הוודאות הקרובה כפי שהוטל על המשטרה, ואף ביתר שאת. כך ציין המשנה לנשיאה מלצר בעניין **בית הנשיא**:

"המשטרה נדרשת לנהוג בהגינות, בסבירות ובמידתיות, והיא רשאית להגביל את זכות ההפגנה רק אם יש וודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי, או בשלום הציבור, ורק במידה הנדרשת למניעת פגיעה כאמור... 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." (עניין **בית הנשיא**, פסקה 39 לפסק הדין).

63. בדומה לכך קבעה הנשיאה חיות בקשר לתנאי קבלת היתר מן המשטרה לקיום הפגנות המוניות וקבועות מול בית ראש הממשלה במסגרת **מחאת רחוב בלפור**:

"נוכח חשיבותה של הזכות להפגין, וחובת המשטרה לאפשר את מימושה... החילה פסיקתנו אמת מידה מחמירה לבחינת האיזון בינה לבין האינטרסים והזכויות הניצבים מולה. כך, המשטרה רשאית להגביל את הזכות להפגין רק מקום שבו מתקיימת ודאות קרובה לפגיעה קשה בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ובמידה המצומצמת ביותר הנדרשת על מנת למנוע פגיעה כאמור... לפנינו אפוא מלאכת איזון עדינה בין הזכויות והאינטרסים השונים העומדים על הפרק, שעליה מופקדת המשטרה כמי שאמונה על שמירת הסדר הציבורי ושלום הציבור." (עניין **מחאת רחוב בלפור**, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

ור' עוד: עניין **חוזה חדש**, בפסקה 14 לפסק הדין; עניין **מחאת כיכר גורן**, בפסקאות 10 ו-19 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין **סיעת מרצ**, בעמ' 829.

64. להבדיל מקביעת כללים בעניין אופן, מועד ומיקום המחאה, דרישה לקבלת היתר מראש למימוש הזכות מגבילה את הזכות באופן גורף. קביעת דרישת היתר הופכת למעשה את היוצרות ואת ברירת המחדל ממצב של חירות להפגין (בסייגים מצומצמים כפי שהראינו לעיל) לכך שברירת המחדל היא שהכל אסור, אלא אם כן ניתן לכך היתר מאת הרשות (כלומר בהתאם לתנאי הרשות ולדרישותיה). התניית מימוש הזכות בקבלת היתר בעייתית שבעתיים במקרים שבהם נותן ההיתר הוא בעל תפקיד ציבורי-פוליטי, שאז קם חשש לעירוב שיקולים פוליטיים או בלתי ענייניים במתן ההיתרים או מניעתם.

65. קביעת ענישה כלכלית ביחס לכל מי שלא פעל בהתאם לדרישתה של המשיבה הופכת את המדיניות לקיצונית עוד יותר, מרחיקה אותה פעם נוספת ממתחם המידתיות, ופוגעת ביתר שאת במפגניים נעדרי אמצעים, שיחששו לממש את זכותם למחות ולהפגין (ר' עניין **מטה הרוב**; והשוו: ה"פ (ת"א) 7462-03-17 **בליאכר נ' אוניברסיטת תל אביב** (16.6.2019)).

66. סמכות המשטרה לדרוש קבלת היתר לקיום תהלוכה או הפגנה מעוגנת בחקיקה ראשית, אך גם היא זכתה לתחימה ברורה ולפרשנות מצמצמת. בפסק הדין בעניין **מחאת כיכר גורן** התייחס בית המשפט העליון להיקף סמכות המשטרה להתנות הפגנות ברישיון, ולשאלה באילו מקרים ניתן להפעילה. נקודת המוצא לדיון זה הייתה, שעצם הדרישה לקבלת היתר המשטרה בטרם קיום הפגנה מכבידה מאוד על מימוש הזכות לחופש הביטוי. בית המשפט העליון פסק, כי הסמכות שהוקנתה למשטרה ליתן או לסרב ליתן רישיונות לקיום הפגנות ללא תלות במספר גדול של משתתפים, כאמור בסעיף 83 לפקודת המשטרה, תחול רק לגבי אסיפות והפגנות שבהן יישמעו נאומים בעניינים "מדיניים", ותפורש בצמצום ככל שמשמעותו המילולית של החוק מתירה זאת, משום שמדובר בהסמכה להגביל את חופש הביטוי. ככל שהעירייה מחזיקה בסמכות, אותו עקרון פרשני אמור לחול, מקל וחומר, על היקף סמכותה בענייננו.

67. היועץ המשפטי לממשלה אימץ עמדה דומה לעניין קבלת היתרים מרשויות מקומיות להצבת מאהלי מחאה, במטרה להימנע מפגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית למחות, וקבע כי הצבת דרישה לקבלת היתר מראש להקמת מאהלי מחאה במרחב הציבורי באופן קטגורי וחסר הבחנה אינה יכולה להיחשב מידתית (עת"מ (י-ם) 51488-07-15 **רוטלוי נ' עיריית ירושלים**, פסקאות 4-6 (החלטה בבקשה לצו ביניים מיום 17.8.2015)).

68. בתמצית, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי יש לקבוע בנהלי הרשות המקומית קריטריונים גמישים, אשר יישומם יישקל בכל מקרה לגופו תוך הפעלת שיקול דעת ועל פי קריטריונים שוויוניים. היועץ המשפטי לממשלה מדגיש, כי הרשויות המקומיות יוכלו להסדיר קיום פעילות מחאה בעניינים הנתונים בתחום סמכותן, בהתאם לאיזונים החוקתיים בין זכות היסוד לאינטרסים נוגדים. הגבלות יוחלו רק במקרים ובנסיבות שבהם הפגיעה באינטרס מנוגד חמורה דיה ומצדיקה זאת בהתאם למבחן הפגיעה הקרובה לוודאי (ראו עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בעניין **השכל** מיום 1.2.2021, פסקה 50 ואילך. המסמך זמין באתר משרד המשפטים: <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/7-3-21/he/14921-11-20.pdf>).

69. בניגוד מוחלט לעקרונות שמתווה היועץ המשפטי בחוות הדעת, המשיבה רואה עצמה רשאית ומוסמכת לקבוע דרישה גורפת לרישוי מראש לשימוש בעזרים בהפגנות ללא סייג, בניתוק מוחלט מרף הוודאות הקרובה ומהעקרונות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון והפכו זה מכבר למושכלות ראשונים. פרשנות זו, ככל שתתקבל, תוביל לתוצאה אבסורדית ולחוסר עקביות והרמוניה של פרשנות הדין בעניין רישוי הפגנות.

70. בית המשפט קמא שגה כשאמץ וקיבל פרשנות זו של המשיבה ביחס לגדרי סמכותה לפגוע בזכות לחופש מחאה. ההתניה הגורפת של הזכות לקיים מחאה ולהשתמש באמצעים סבירים במסגרתה – כפי שדורשת המשיבה – אינה מידתית, וזאת בפרט אם בחלק ניכר מהמקרים והנסיבות הכפופים לחובת הרישוי לא מתקיימת פגיעה

משמעותית באינטרסים נוגדים כתוצאה ממימושה של הזכות לחופש מחאה, באופן המצדיק הטלת חובה לקבלת היתר או שהאינטרס אינו עומד ברף הפגיעה הקרובה לוודאי.

71. לסיכומו של היבט זה – ככל שהמשיבה מוסמכת לפעול מכוחו של חוק העזר במסגרתן של מחאות ושימוש באיזורים במסגרתן, הרי שפרשנותה את סמכותה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין. החובה לבחור בפירוש המידתי והמקל היא גם מצוותו של סעיף 34כא לחוק העונשין, שכותרתו "פרשנות", הקובע:

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

ב. אי הסדרה בנוהל ואכיפה בדרנית

72. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע, כי אכיפת סעיף 39(א) לחוק העזר וענישה מכוחה היא חוקית, סבירה ומידתית גם בהעדר הסדרה, הבהרת האסור והמותר וקביעת קריטריונים לאכיפה שוויונית בנהלי העירייה. לצד הפרשנות המצמצמת של הסמכות להגביל את זכות המחאה, הפעלת הסמכות חייבת להיעשות בשיקול דעת זהיר על ידי גורם מוסמך לכך, על פי קריטריונים שקופים ושוויוניים, בניסיון למנוע, ככל הניתן, אכיפה בדרנית ומפלה.

73. התרת שיקול דעת בלתי מוגבל בידי העירייה תפתח פתח בלתי מוגבל כמעט לפגיעה בחופש הביטוי, לאכיפה בדרנית, ולפעולת העירייה בניגוד עניינים בנושאים שבהם יש לה עניין.

74. בהתייחסו לטענות המערערת בעניין העדר הסדרה של החובה לקבל היתר עבור חפצים המשמשים בהפגנה בנהלי העירייה, בית המשפט קמא מאמץ גישה דיכוטומית של "הכל או לא כלום" ביחס לאפשרות לקבוע בנוהל המשיבה קריטריונים ואמות מידה שינחו את המשיבה בהפעלת שיקול דעתה:

"כאשר מדובר באיזורים שמניה וביה אינם ניתנים להגדרה מראש, קבלת עמדת הנאשמת משמעותה מתן רשות למפגינים לעשות ככל העולה על רוחם. העלמת עין מהאביזרים שהובאו להפגנה מבלי שהתבקש לכך היתר כבמקרה שלפנינו, **עלולה הייתה ליצור מדרון חלקלק** שיביא לפגיעה באיכות החיים של העוברים ושבים." (פסקה 19 להכרעת הדין, ההדגשה אינה במקור).

75. נוהל המשיבה מס' 04.02.15 בעניין קיום מחאות במרחב הציבורי בירושלים (להלן: **הנוהל**) הוא ההנחייה הפנימית המסדירה את התנהלות העירייה בכל הנוגע למימוש חירות המחאה וההפגנה בתחום השיפוט, ומקור המידע העיקרי, אם לא היחיד, הזמין לציבור בעניין זה.

76. הנוהל אינו מציין, במפורש או במשתמע, כי קיימת חובה לבקש היתר מהעירייה לעזרים שיונחו על המדרכה במהלך הפגנה וגם אינו מפרט קריטריונים למתן ההיתר, או אמות מידה לפיהן ייאכף האיסור על הנחת חפצים על המדרכה במהלך הפגנות.

77. הנוהל גם אינו מתווה את שיקול דעת הפקחים בעניין אכיפת האיסור הקבוע בסעיף 39(א) לחוק העזר במהלך הפגנות, ומותיר לפקחים ולעובדי אגף האכיפה שיקול דעת מלא בעניין זה – לקנוס, לדרוש סילוקם של חפצים מהמרחב או להימנע מכך לחלוטין ולהעלים עין במקרים אחרים.

78. מצב זה מותיר טווח רחב להפעלת שיקול דעת באופן פסול, למשוא פנים ולניגוד עניינים, וכן לאכיפה שרירותית ובררנית המכוונת על ידי בעלי אינטרס או בעלי כוח כדי לרסן את חופש הביטוי בניגוד לדין (ר' בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999); ע"פ 523/72 עזראן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 128, 135 (1973); פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור בעניין סגל).

79. יתר על כן, הנוהל אינו מבהיר כי חל איסור להניח חפצים ואמצעי מחאה במהלכן של הפגנות, וכי מי שעושה כן חשוף לקנסות ולהרשעה. בהינתן התעלמות הנוהל מהנושא, ובהתחשב בנוסח הכללי והמעורפל של סעיף 39(א) לחוק העזר, שכלל אינו עוסק במחאה כי אם בסדר וניקיון, למפגינים ובכללם למערערת ממילא אין כל דרך לדעת על דרישה אבסורדית ובלתי מקובלת זו, בבחינת "אין עונשין אלא אם מזהירין".

80. אזרח המבקש להפגין וקורא את הנוהל אינו יכול להבין כי עליו לפנות בכתב לראש העירייה (או למי מעובדי העירייה) כדי לבקש היתר להנחת עזרים כמו כלי נגינה על המדרכה, וודאי שאינו יכול להבין כיצד לעשות זאת. יש לציין כי בעניינים אחרים, דוגמת מאהלי מחאה, כולל הנוהל הנחיות מפורטות, לוחות זמנים למענה העירייה, פרטי קשר של מחלקות העירייה הרלוונטיות וטפסים להגשת בקשות להיתרים. קל להסיק שאם כל אלה נעדרים ביחס ל"הנחת חפצים" בהפגנות – הדבר מותר ואינו מותנה בהיתר.

81. בתגובה לחוות דעת היועץ המשפטי בעניין **השכל** שנזכרה לעיל, ערכה העירייה שורה של תיקונים, קבעה קריטריונים מסוימים למקרים שבהם יינתן היתר לקיום אירועי מחאה, ופירטה בנוהל את מדיניותה בנושא ואת התנאים להקמת מאהל או סככת מחאה – בהיתר או ללא צורך בהיתר. כתוצאה, כיום מדיניות העירייה מכבידה ומגבילה יותר בנוגע לחפצים המונחים בהפגנות ארעיות, לעומת מאהלי מחאה: קיים "היתר כללי" להקמת סככה או מאהל מחאה למשך ימים בנסיבות מסוימות ועל פי קריטריונים ברורים, אך לא קיים היתר כללי כאמור לגבי חפצים – עזרי מחאה המשמשים בהפגנות קצרות מועד בנות שעות ספורות.

82. באשר לקושי הרב שנוצר בשל העדר ההסדרה בנוהל, לשיטת בית המשפט קמא ניתן להתגבר עליו בקלות, וזאת משום **"לפקחי העירייה (ולאחראים עליהם) יש שיקול דעת כיצד לפעול, וממילא בית המשפט בוחן בכל מקרה ומקרה האם נעברה עבירה"** (פסקה 17 להכרעת הדין).

83. בכל הכבוד, ההפך הוא הנכון. קביעה, לפיה הרשות רשאית להפעיל שיקול דעת בלתי מוגבל, ובית המשפט יהפוך את החלטותיה במידת הצורך, הופכת סדרי עולם ומטילה נטל בלתי סביר על האזרח. מסקנת בית המשפט קמא, שיש לאפשר למשיבה "לעשות את העבודה" ובית המשפט ירסנה במידת הצורך, היא בעייתית, בלשון המעטה, בפרט משום שמדובר בעבירת קנס. במרבית המקרים כלל לא נערך משפט ולא מתאפשרת ביקורת על שיקול הדעת שהפעילו הפקחים.

84. הצעת בית המשפט "להגן" על אינטרס התושבים, כביכול, באמצעות שיקול הדעת של הרשות המקומית עצמה בעת הפעלת שיקולי אכיפה, ובהסתמך על יכולתה לאזן את מכלול השיקולים ואף "לרסן את עצמה" אל מול ניגוד עניינים מובנה ומובהק (כבעניינו) במקרים הראויים, הינה הצעה מסוכנת מדי לחירויות הפרט. יש בהצעה זו כדי ליצור מנגנון המעניק לרשות המקומית כוח להשתיק את מי שהרשויות השלטוניות לא רוצות לשמוע את ביקורתו.

85. טיעון המדרון החלקלק, בכל הכבוד, אף הוא אינו משכנע משום שגם במקרה המצדיק זאת - בסמכות המשטרה ובשיקול דעתה להגביל את קיום אירוע המחאה או את אופן המחאה בהתאם לסמכויותיה הקבועות בחוק, לנהליה ולמבחנים שנקבעו בפסיקה. על כל פנים, טיעון לפיו בקבלת עמדת המערערת יוצר "מדרון חלקלק", אנרכיה, ואיש הישר בעיניו יעשה – אינו יכול להצדיק הרשעתה של המערערת במקרה נקודתי זה, לטובת הרתעת הרבים.

ג. לגוף העניין – פגמים בשיקולי האכיפה בנסיבות מושא הערעור

86. בית המשפט הנכבד קמא שגה כאשר קבע שהפגיעה בחופש המחאה בנסיבותיו של מקרה זה מידתית וסבירה.

87. בפסקה 15 להכרעת הדין נקבע, כי במקרה זה ידה של "זכות הציבור להשתמש במרחב הציבורי ללא הפרעה" על העליונה, וזאת אך משום שאותם "אביזרים גדולים יחסית" שהובאו להפגנה שבמהלכה נקנסה המערערת "היו עלולים להפריע לעוברים ושבים" (ההדגשה אינה במקור, פסקה 18 להכרעת הדין).

88. בכל הכבוד, לא היה כל יסוד לקביעה הספקולטיבית כי אינטרס נגדי כלשהו גובר בענייננו, משום שהדבר לא נטען וודאי שלא הוכח על ידי המשיבה. עילת מתן הקנס כפי שהופיעה על פני המסמך עצמו הייתה אחת: הצבת חפצים ללא היתר לכך.

89. המשיבה אף אינה טוענת כי תנאי לדרישת ההיתר או להגשת כתב אישום בגין עבירה על סעיף 39(א) הוא שהלכה למעשה תיגרם, בפועל, מידה כלשהי של הפרעה או סכנה. די בהנחת חפץ ללא קבלת היתר מראש.

90. הנה כי כן, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט קמא באזנו בין הזכות החוקתית לחופש מחאה לבין האינטרס האמורפי של הציבור לשמירה על הסדר הציבורי - שגויה, ואינה עולה בקנה אחד עם הדין.

לנוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור ולזכות את המערערת.

4 בספטמבר 2022



רעות שאער, עו"ד

ב"כ המערערת