



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 1775/20

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט י' אלרון

המערערת: התנועה למען איכות השלטון בישראל

נגד

המשיבה: עיריית ירושלים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט ר'  
וינוגרד) ב-עת"מ 9534-03-20 מתאריך 05.03.2020

תאריך הישיבה: י"ג באדר התש"ף (09.03.2020)

בשם המערערת: עו"ד אליעד שרגא; עו"ד תומר נאור; עו"ד גילי  
גוטוירט

בשם המשיבה: עו"ד אשר עמרם; עו"ד רועי אבישר; עו"ד חיים  
נרגסי

### פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט ר' וינוגרד), ב-עת"מ 9534-03-20, בגדרו נדחתה עתירתה של המערערת למתן צווים שימנעו מהמשיבה להסיר שילוט שנתלה על ידי המערערת בקרבת בית הנשיא בירושלים ולפנות רכבים שהוחנו בחניות מוסדרות, מוגבלות בזמן ומותנות בתשלום – במסגרת פעולות מחאה שהמערערת קיימה במקום.

2. לצד הערעור, המערערת הגישה גם בקשה לצו ארעי, אשר נדחתה על-ידי חברתי, השופטת ע' ברון בתאריך 06.03.2020.

3. בתאריך 09.03.2020, לאחר שנערך דיון בערעור בפנינו, ניתנה על ידינו החלטת ביניים (להלן: החלטת הביניים), ולאור בקשות מטעם הצדדים (הכל, כפי שיפורט בהמשך בפסקאות 17-21 שלהלן) – ניתנים כעת הנימוקים להחלטת הביניים והשלמות שונות למכלול, על דרך של פסק דין.

אציג להלן את הנתונים הרלבנטיים להכרעה.

הרקע והעובדות

4. המערערת היא עמותה רשומה, הפועלת, על פי מטרותיה, לשמירת טוהר המידות בשירות הציבורי, לעידוד ערכי שלטון החוק ולהשרשת נורמות ראויות של מינהל ציבורי תקין.

5. עיריית ירושלים, המשיבה, היא הרשות המקומית, שבתחומה נערכו פעילויות, שיזמה המערערת, על דרך של הצבת משמרות מחאה כנגד ראש ממשלת המעבר שכינה באותה עת (חבר הכנסת בנימין נתניהו), אשר היה גם המועמד להרכבת הממשלה החדשה, והכל נוכח כתב האישום שהוגש בעניינו. פעולות אלו התקיימו אל מול בית הנשיא, זאת על רקע ההתפתחויות שיתוארו מיד בסמוך.

6. בתאריך 02.03.2020 התקיימו הבחירות לכנסת ה-23. לאחר פרסום תוצאות הבחירות, המערערת החלה בקיום משמרת מחאה באזור המצוי מול בית הנשיא בירושלים. בגדר כך, המערערת קראה לנציגי המפלגות שאמורות היו להיקרא לכב' הנשיא להתייעצויות על פי סעיף 7 לחוק-יסוד: הממשלה – שלא להמליץ על חבר הכנסת בנימין נתניהו, שהוגש נגדו כתב אישום – כמי שתוטל עליו הרכבת הממשלה. במסגרת פעולות המחאה הנ"ל, המערערת מיקמה סוככה קטנה (להלן: גזיבו) מול בית הנשיא, ותלתה על גדרות באזור מספר שלטי מחאה, שעליהם התנוססו המסרים אותם היא ביקשה לבטא במחאתה. השלטים נתלו על גדרות הצופות לרחוב, לאחר שהתקבלה, לדברי המערערת, הסכמת בעלי הנכסים, עליהם נתלו השלטים, לכך (להלן: השלטים). כמו כן, המערערת החנתה משאית, שנשאה על צידה את שם המערערת וכן סיסמאות שלה, וזאת בחניות המסומנות בכחול לבן, אשר ממוקמות ליד בית הנשיא והחניה בהן היא בתשלום ומוגבלת בזמן כדי שעתיים.

המערערת אף הציבה בחניות קרוון לצרכים לוגיסטיים (המשאית והקרוון ייקראו יחד להלן: כלי הרכב).

יצוין כי לפני שהמערערת הציבה את השלטים ואת כלי הרכב, היא פנתה לקבלת אישורים מהמשיבה, מבית הנשיא וממשטרת ישראל, ואלה ניתנו לה, לדבריה, בתנאים מגבילים שונים, שהמערערת השיגה עליהם.

7. בתאריך 03.03.2020 הגיעו פקחים עירוניים מטעם אגף השיטור והפיקוח של המשיבה לאזור המחאה, וטענו כי על המערערת להסיר את השלטים, וזאת לפי חוק עזר ירושלים (שילוט), תש"ף-2019 (להלן: חוק העזר שילוט). לאחר שהתקיים שיג ושיח בין הפקחים לבין ב"כ המערערת, בגדרו נטען כי חוק העזר שילוט חל רק על שילוט אותו מפרסמים בתי עסק – הפקחים, לאחר שהתייעצו עם גורמים בכירים באגף הפיקוח של המשיבה, ציינו כי תליית השלטים מנוגדת לסעיף 39(א) לחוק עזר ירושלים (שמירת הסדר והניקיון), התשל"ח-1978 (להלן: חוק עזר הסדר והניקיון). בעקבות זאת, הפקחים הטילו קנס על המערערת והורו לה להסיר את השלטים.

8. בתאריך 04.03.2020 המערערת קיבלה אישור מטעם נציגת אגף השילוט של המשיבה, בגדרו צוין כי ניתן לתלות את השלטים עד לשעות הערב של אותו היום, ואחר כך יש להסירם.

באותו היום, 04.03.2020, הוגשה עתירה מינהלית על-ידי המערערת לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, ולצידה גם בקשה לצו זמני, שיורה למשיבה שלא להסיר את השלטים עד להכרעה בעתירה וכן שלא לפנות את כלי הרכב. בעתירה צוין כי בידי המערערת אישור לתליית השלטים עד הערב.

9. בתאריך 05.03.2020 הגיע למקום קיום המחאה נציג מטעם המשיבה וציין כי האישור שניתן למערערת איננו עוד בתוקף, וכי ראש עיריית ירושלים הורה לו לדאוג להסרת השלטים. לאחר חילופי דברים שהתקיימו בין הצדדים, המשיבה הודיעה למערערת כי האישור שניתן לה היה למעשה רק להנפת שילוט, ולא לתלייתו. בשעות אחר הצהריים של אותו היום, נציגי המשיבה הגיעו למקום קיום המחאה, הסירו את השלטים ופינו את כלי הרכב.

על החוקיות שבהתנהלות זו ושל יתר פעולות המשיבה נסוב הדיון שהתנהל בתאריך 05.03.2020 בפני בית המשפט המחוזי בירושלים הנכבד בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, ואשר בסיומו ניתן פסק הדין, נושא הערעור, שדחה את העתירה, ואשר פרטיו יוצגו מיד בסמוך.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד

10. בית משפט קמא הנכבד סקר את טענות הצדדים, וציין כי מעיון בנספחי העתירה עולה כי המערערת הגישה בקשה לקיום אירוע המחאה – מתאריך 03.03.2020 ו"עד לסוף החודש". מסתבר כי הבקשה הנ"ל, אשר אושרה בתאריך 03.03.2020, כללה בקשה להצבת גזיבו וקרוון, אך לא כללה התייחסות לשלטים. כן צוין כי המשטרה אישרה את קיום המחאה בין התאריכים: 03.03.2020 ועד 07.03.2020, וכי המשיבה נתנה למערערת רשות לחניה בתאריכים: 03.03.2020 ו-04.03.2020 בלבד, ורק בין השעות 9:00 ועד 15:00.

11. בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד דחה, כאמור, את העתירה. בתוך כך, נקבע כי מטרת סעיף 39(א) לחוק עזר הסדר והניקיון איננה רק מניעת מכשולים ברחובות העיר, אלא גם מניעת מכשולים אסתטיים, שלא ניתן להם היתר כדין. משכך נפסק כי המשיבה רשאית היתה להורות על הסרת השלטים, גם אם הם נתלו על גדר של בית פרטי, ככל שמדובר במפגע, ולו מפגע אסתטי. לפיכך, נקבע כי דרישת פקחי המשיבה מהמערערת לפעול בהתאם להוראות חוק העזר הנ"ל – היתה מעוגנת כדין.

יתר על כן, נפסק כי רשות מקומית רשאית להציב תמרורים ולקבוע באמצעותם הסדרי חניה, וזאת מכוח חוק עזר לירושלים (העמדת רכב וחנייתו), התשכ"א-1960 (להלן: חוק עזר העמדת רכב וחנייתו) ותקנה 18(4) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן: תקנות התעבורה). בית המשפט הנכבד הוסיף כי בסמוך למקומות החניה, מושא העתירה – ניצבים שלטים המורים כי החניה במקום מוגבלת (בתשלום) לשעתיים ברציפות בלבד.

עוד הודגש כי בית הנשיא ממוקם בשכונה מרובת אוכלוסין עם מצוקת חניה, ותפיסת ארבעה מקומות חניה על-ידי המשאית של המערערת, מעבר לשעתיים, אף אם המערערת מוכנה לשלם את התעריף הקצוב לכך בעבור החניה – פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות תושבי המקום לנהל את חייהם שם ללא הפרעה.

12. נוכח כל האמור לעיל, נקבע כי אין להיעתר לבקשת המערערת להוציא צו שיאסור על המשיבה לפעול להסרת השלטים, שכן המשיבה פעלה בנושא זה מכוח סמכותה שבדין, מה גם שהמערערת לא ביקשה אישור מראש לתליית השלטים. כן נפסק כי אין גם מקום להיעתר לבקשת המערערת להוצאת צו שיוורה למשיבה לאפשר למערערת להשתמש בחניות שבקירבת בית הנשיא בעת קיום המחאה, מעבר למגבלות הזמן הקבועות בתמרורים הרלבנטיים, גם אם היא נכונה לשלם את חיובי החניה הנדרשים.

טענות הצדדים בערעור

13. המערערת טענה בערעורה כי בית המשפט קמא שגה בכך שלא נתן משקל ראוי לחשיבות שיש לייחס לזכותה החוקתית להפגין, ובכך שלא ערך איזון, כנדרש, בין זכות חוקתית זו לבין טענות המשיבה בדבר הפגיעה בסדר הציבורי, והתעלם מתנאי "פיסקת ההגבלה" שלא התקיימו במכלול. זאת ועוד: לשיטת המערערת, בית משפט קמא הנכבד היה צריך לערוך איזון בין זכות ההפגנה לבין הפגיעה הנטענת בזכויות הדיירים הגרים באזור ושאר באי-הרחוב – לחניה. בתוך כך, המערערת גרסה כי הפגיעה הנטענת בזכות לחניה לא היתה מבוססת, שכן בהליך לא נשמעה ולו תלונה אחת של תושבי הרחוב עצמם בהקשר זה, וכי המתגוררים באזור קיבלו את מאהל המחאה שהוקם על-ידי המערערת בסבר פנים יפות, וחלקם אף אישרו למערערת לתלות את השלטים על מרפסות הדירות שלהם ועל גדרות נכסיהם.

המערערת גרסה בנוסף כי המשאית איננה משמשת ככלי לוגיסטי בלבד, אלא נושאת את סמלי המערערת וסיסמאותיה, ושימשה לפיכך חלק בלתי נפרד מהמחאה עצמה. נטען אפוא כי פינוי המשאית מהרחוב כמוה כפגיעה ישירה בזכות המערערת להפגין.

עוד נטען כי היה על בית המשפט קמא הנכבד לבחון את שיקול דעתה של המשיבה באמצעות שימוש במבחני הסבירות והמידתיות, לאור הטענה כי נפגעה זכות חוקתית של המערערת. בהקשר זה, לשיטת המערערת, על בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד היה לבחון את החלטת המשיבה בהתאם לשלבים שנקבעו, להבנתה, בפסיקה – לבחינת החלטה של המשטרה, ככל שזו מבקשת לפגוע בזכות ההפגנה בשם שלום הציבור, אשר יש בהם, לשיטת המערערת, שני מדרגים, המתוארים להלן:

השלב הראשון בוחן את האמצעים בהם ראוי לנקוט כדי להגן על המשתתפים

במחאה;

והשלב השני מתמקד במציאת ראיות של ממש לחשש קרוב לוודאי לפגיעה קשה בשלום הציבור וביטחונו בקיום ההפגנה, שאז מותר להגביל את המחאה. בהקשר זה המערערת טוענת כי המשיבה לא הציגה כל ראיה לפגיעה הנטענת בנוחות הציבור, מלבד חשש תיאורטי.

14. המערערת הוסיפה וטענה כי בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד לא כחן את הטענה שהעלתה באשר לקיום שיקולים פוליטיים זרים, שהניעו את החלטות המשיבה, במיוחד לאור העובדה כי, לטענת המערערת, הגורמים המקצועיים הרלבנטיים איפשרו לה לחנות במקום ללא הגבלת זמן, בתשלום מלא, ולתלות שלטים, ואילו הגורמים הפוליטיים הם שבחרו להצר את צעדיה. עוד גורסת המערערת כי על בית משפט קמא הנכבד היה לבחון גם את טענתה לקיומה של אכיפה בררנית על ידי המשיבה, שכן אילו היתה המשיבה פועלת כלפי המערערת, כפי שהיא נוהגת גם כלפי אחרים – היה עליה, בין היתר, להסיר כל שלט הנושא מסר פוליטי התלוי במרפסות של דירות הצופות לרחוב, וזאת המשיבה איננה עושה.

לבסוף, המערערת טענה כי בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד שגה בפרשנות שהעניק לחוק עזר הסדר והניקיון, לאור העובדה שהשלטים נתלו בהסכמתם של בעלי הנכסים.

15. המשיבה גרסה, מנגד, ביחס לשלטים כי המערערת יצרה בפעולותיה מטרד ופגיעה חזותית, בניגוד להוראת סעיף 39(א) לחוק עזר הסדר והניקיון, ולפיכך המשיבה פעלה כדין כאשר נתנה מענה למפגע האמור על דרך של הסרת השלטים.

באשר לטענת המערערת לכך שיש שלטים אחרים שהוצבו (ואפילו על גבי מתקנים עירוניים), ואותם המשיבה לא דרשה להסיר וממילא לא הורידה – המשיבה גורסת כי שלטים אלה נתלו כדין, לאחר שהתקבל אישור לכך, או שהם אינם טעונים היתר.

16. המשיבה מוסיפה וטוענת, ביחס למשאית, כי העמדתה על ארבעה מקומות חניה מהווה עבירת חניה, וכי בדין בית המשפט קמא קבע כי אין לאפשר את המשך עמידתה וחנייתה של המשאית במקום, מעבר לזמן הקצוב, או זה שאושר, וזאת לנוכח מצוקת החניה באזור.

17. בתאריך 09.03.2020 התקיים בפנינו כאמור דיון במכלול, במסגרתו הצענו לצדדים לנסות ולהגיע להסכמה ביניהם באשר למתכונת משמרות המחאה, לרבות לגבי החניה והשימוש בכלי הרכב והמתקנים הנלווים ותליית השלטים.

18. לאחר שהצדדים נטלו פסק זמן להתייעצות, התברר כי הסדר כאמור לא הסתייע. לפיכך, החלטנו, על דרך של החלטת הביניים, בין היתר כדלקמן:

“ [...] ”

3. נוכח האמור לעיל – אנו מורים – על דרך של החלטת ביניים – כדלקמן:

(א) משמרת המחאה הנ"ל, שאותה מפעילה המערערת ומתכוונת להמשיך ולקיים מול בית הנשיא (לדברי המערערת – באישור שניתן לה ע"י כל הגורמים הרלבנטיים) – תוכל להמשיך.

(ב) השילוט אותו הציבה ומציבה המערערת לצורך קיום משמרת המחאה, בין השאר, על גדרות הכתים שבסביבה (על פי הנטען ע"י המערערת – בהסכמת הבעלים) – ניתן יהיה להתמיד בו, וזאת מבלי שניכנס לתוכן הדברים, שהם חלק מחופש הביטוי. יחד עם זאת, מוצאים אנו לנכון לציין את מה שהערנו בדיון, והתקבל על-ידי המערערת, כי בשל הכבוד אותו יש לרחוש לנשיא המדינה – כל התייחסות לכב' הנשיא חייבת להיות מכובדת ומכבדת.

4. המערערת הסכימה בנוסף, ואנו מאמצים זאת, כי במסגרת משמרת המחאה – הקרוון, אותו הציבה המערערת במתחם – יוזז מהמקום, ואולם אוהל המחאה (הגזיבו) יותר על מקומו עד תאריך 18.03.2020, ולא יוסר גם במהלך השבת – כדי שימנע חילול שבת.

5. כן אנו מורים כי המשאית שהמערערת מציבה במתחם, בין היתר, לצרכים לוגיסטיים, תשהה במקומות החניה המיועדים לכך, אך לא יותר משעתיים כל פעם (למעט מכניסת השבת ועד צאת השבת, וכן בשעות שבהן יתייצבו נציגי הרשימות בבית הנשיא).

6. נימוקים ופירוטים נוספים יינתנו בהמשך במסגרת פסק הדין, שיינתן בנפרד.”

19. בתאריך 02.04.2020 המערערת התבקשה להודיע האם היא עומדת עדיין על ערעורה ועל מתן הנמקה, והמשיבה התבקשה להגיב להודעה הנ"ל, והכל נוכח החלטת הביניים והעובדה שנושא משמרת המחאה הוסדר למעשה בקווי המתאר שהותוו לעיל בהחלטת הביניים.

20. בתגובה לנ"ל, המערערת הגישה בתאריך 19.04.2020 הודעה מטעמה, בגדרה ציינה כי היא מבקשת לעמוד על ערעורה ולקבל הנמקה. בתוך כך, המערערת גרסה כי אין להתיר את פסק הדין של הערכאה דלמטה כפי שהוא, שכן לטענתה הוא שגוי מבחינה משפטית. לטענת המערערת, ללא פסק דין בערעור שבפנינו, קביעותיו האופרטיביות של בית משפט קמא הנכבד ייחשבו תקפות, לפחות עד לתאריך 09.03.2020 – המועד שבו ניתנה החלטת הביניים, והדבר עלול להעניק הכשר בדיעבד להתנהלות המשיבה – ממועד מתן פסק דינו של בית משפט קמא הנכבד (05.03.2020), ועד לתאריך 09.03.2020. המערערת ציינה כי מתן פסק דין בערעור חיוני עבורה גם לצורך הגשת בקשה לביטול הקנסות שהוטלו עליה מטעם המשיבה.

סיכומם של דברים, המערערת טענה כי החלטת הביניים לא נותנת מענה לטעויות המשפטיות שחלו, לשיטתה, בפסק הדין, נושא הערעור, אשר עלולות להיות לו השלכות עתידיות לגביה, ובכלל ביחס לקיום מחאות מסוג זה.

21. בתאריך 04.05.2020 המשיבה הגיבה להודעת המערערת הנ"ל, וביקשה אף היא לקבל פסק דין מנומק, ולחלופין ליתן נימוקים להחלטת הביניים. בתוך כך, המשיבה חזרה על טענתה כי נתונה לה הסמכות להתקין חוקי עזר, או לתקן חוקי עזר ישנים, באופן המאפשר להגביל את זכות ההפגנה. בנוסף, המשיבה ציינה כי המערערת הפרה את ההיתרים שניתנו לה – הן לפי המתכונת המקורית והן לפי המתווה שנקבע בהחלטת הביניים.

22. לאחר שהצגתי את הרקע להליך, את פסק הדין, נושא הערעור, את טענות הצדדים וההתפתחויות שחלו במכלול – אעבור כעת לליבון הדברים.

דיון והכרעה

23. לאחר עיון בחומר שבתיק ושמיעת טיעונים של באי-כוח הצדדים – הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור באופן חלקי, כאמור בהחלטת הביניים, וכמפורט בפיסקה 68 שלהלן, וכך אציע לחבריי שנעשה.



אפרוס להלן את הטעמים שהובילו אותי למסקנה זו.

השלטים

24. כמצוין לעיל, בהחלטת הביניים נקבע ביחס לשלטים כדלקמן:

”השילוט אותו הציבה ומציבה המערערת לצורך קיום משמרת המחאה, בין השאר, על גדרות הבתים שבסביבה (על פי הנטען ע”י המערערת – בהסכמת הבעלים) – ניתן יהיה להתמיד בו, וזאת מבלי שניכנס לתוכן הדברים, שהם חלק מחופש הביטוי”.

בית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד קבע מנגד, כאמור, כי המשיבה רשאית היתה להורות על הסרת השלטים.  
הטעמים להשקפתנו השונה, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטת הביניים – יובהרו מיד בסמוך.

25. סעיף 39 לחוק עזר הסדר והניקיון, שכותרתו: ”מכשול ברחוב”, מורה כדלקמן:

”(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 העירייה ובהתאם לתנאי ההיתר.  
(2) לא יניח אדם, לא יתלה ולא ירשה להניח או לתלות, בכל נכס הפונה לרחוב, כל דבר העלול ליפול לרחוב.  
(ב) ראש העירייה רשאי לדרוש בהודעה בכתב מאדם, שעשה או שהרשה או שגרם לעשות דבר בהפרת סעיף קטן (א), לסלק את מה שנעשה כך.”  
(ההדגשות שלי – מ”ח).

הנה כי כן, הסעיף הנ”ל קובע כי אין לתלות ”כל דבר” ברחוב, מבלי שהתקבל לכך היתר בכתב מראש העירייה. חוק העזר הנ”ל נחקק מכוח סעיף 250 לפקודת העיריות [נוסח חדש], המסמיך את העירייה להתקין חוקי עזר, ונוכח חובת העירייה, לפי סעיף 235(3) לפקודה זו, למנוע מכשולים בתחום רחובותיה ולהסיר אותם.

"לשמור על תקינות הרחובות, נקיונם, וזכות המעבר והתנועה החפשית בהם".  
 (ראו: עע"מ 3829/04 ישראל טויטו, יו"ר עמותת "מכל הלב" – "ככר הלחם" העמותה לצמצום הפער החברתי בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769 (2004), בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: עניין טויטו)).

בנסיבות המקרה שבפנינו, השלטים נתלו, על פי הנטען, על גדרות של בתים פרטיים בהסכמת בעליהם. הטענה, שהתקבלה בבית המשפט לעניינים מינהליים הנכבד, היתה כי מדובר במכשול, ולו מכשול אסתטי, ולפיכך יש סמכות למשיבה להורות על הסרת השלטים. תפיסה זו היא מוקשית בעיני.

טעם הדבר נעוץ בכך 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' ג'ובראן). יצוין כי אף שבעניין המפקד הלאומי נפלו חילוקי דעות בין השופטים (דעת הרוב שם סברה כי באותו מקרה היתה הסמכה מספקת להגבלה) – 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.

עם זאת, אף אם אצא מנקודת הנחה (שאינני שותף לה) כי השלטים והגזיבו עולים כדי משהו הנכלל בלשון סעיף 39 לחוק עזר הסדר והניקיון, כך שלמשיבה היתה סמכות להורות על הסרת השלטים ועל פינוי הגזיבו (מה שמסופק מאוד כאמור) – סבורני כי נפל פגם של חוסר סבירות וחוסר מידתיות בהפעלת סמכות זו, ועל כן, להשקפתי, יש לקבל את הערעור בכל הנוגע לטענות המערערת ביחס לעילות אלו, והיה מקום לאפשר למערערת להשאירם במקומם, כאמור בהחלטת הביניים.

אפרט הדברים להלן.

27. כידוע, יש להפעיל כל סמכות מינהלית בהתאם לכללים התוחמים את שיקול הדעת המינהלי, וראוי לעשות כן בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים בלבד, ובאופן שוויוני, סביר ומידתי (ראו: בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (13.05.2020) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)).

28. עיקרון המידתיות מחייב איזון בין המטרה לבין האמצעי המשמש להשגתה (ראו: בג"ץ 2245/06 ח"כ נטע דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (13.06.2006); בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ ו-50 אחרים נ' ממשלת ישראל, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (07.12.2006)).

29. עילת המידתיות, הנגזרת מדרישת המידתיות, היא עילת הביקורת המאוחרת ביותר בהתפתחות המשפט המינהלי בישראל. העילה התפתחה, בצד עילת הסבירות – לעילת ביקורת עצמאית במחצית הראשונה של שנות התשעים של המאה העשרים, וכונתה תחילה כ"עילת היחסיות". לעומת עילת הסבירות, המתמקדת באיזון בין השיקולים שבבסיס ההחלטה המינהלית, עילת המידתיות מתמקדת באיזון בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להשגתה. עילת המידתיות התקבלה כעילה שימושית, ויישומה בפסיקת בית משפט זה הפך לשכיח (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 776-771 (2010) (להלן: ברק-ארז); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט פ"ד מט(5) 1, 14-15 (1996) (להלן: עניין בן-עטייה)).

30. עילת המידתיות הינה עילת ביקורת עצמאית, כאמור, והיא מורכבת משלושה מבחני משנה:

מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, אשר מעמיד בפני החלטה המינהלית דרישת סף של רציונליות, ובגדרו בודקים האם האמצעי שנבחר להגשמת התכלית אכן מגשים אותה;

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, אשר קובע כלל הכרעה בין חלופות שונות העומדות בפני הרשות. לפי כלל זה על הרשות לבחור באמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא מצומצמת יחסית;

ומבחן המידתיות במובן הצר, שבגדרו בוחנים האם הפגיעה הצפויה מהחלטה המינהלית עומדת ביחס סביר לתועלת הצפויה מהחלטה זו.

(ראו: עניין בן-עטייה, פסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק; וכך ברק-ארז בעמ' 776-783).

יש לציין כי השימוש בעילת המידתיות, הנעשה במסגרת הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות, כרוך בהכרח ביצירת "מתחם של מידתיות" – מרחב של שיקול דעת שנותר בידי הרשות. ההכרה ב"מתחם המידתיות" נובעת מן הטעם שלרשות השלטונית יש יתרון מוסדי – לה המומחיות המקצועית הדרושה לקבלת החלטות מינהליות (עניין בן-עטייה, בעמ' 13-14; ברק-ארז בעמ' 790-791).

31. בענייננו, הפעולה המינהלית הביאה לפגיעה בזכות ההפגנה של המערערת, חבריה ותומכיה. זכות זו, בין שהיא נגזרת מהזכות לחופש הביטוי, או מחופש ההתאגדות וההתקהלות, או מחופש התנועה, בין שהיא נובעת ישירות מערך כבוד האדם, או מהזכות לחירות – חובה להביאה בחשבון כגורם בעת שאנו בוחנים את שיקול הדעת המינהלי (השוו: רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נא(4) 625, 642-643 (1997) (להלן: עניין בן חור)), ובמסגרת זו יש לברר את דרך הפעלת מבחני הסבירות והמידתיות.

ארחיב מיד בסמוך, ואפתח במשמעותה של זכות ההפגנה.

זכות ההפגנה

32. רבות נכתב בפסיקתנו על זכות ההפגנה, שהיא כאמור זכות חוקתית, שעוגנים רבים לה, כמפורט בפסקה 31 שלעיל (ראו לאחרונה: בג"ץ 5078/20 פדידה ואח' נ' משטרת ישראל מפקד מחוז ירושלים ניצב דורון ידיד, בפסקה 19 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן (19.08.2020) (להלן: עניין פדידה); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, בפסקה 18 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות (08.10.2017) (להלן: עניין גורן); עניין טויטו, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2)

169, 171 (1979); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006) בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק (להלן: עניין מטה הרוב); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 742 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם).

33. הזכות לחופש הביטוי הוגדרה בפסיקתנו כזכות עילאית וכציפור נפשה של הדמוקרטיה (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427 (1968)). מימושה של זכות חוקתית זו, המתבססת על זכויות שונות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מהווה תנאי למימוש כלל הזכויות האחרות, ולפיכך היא הוגדרה, לעתים, בפסקה כ"אם החירויות"; הדבר בא לידי ביטוי באלו המילים:

"חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל. ניצב הוא בנדבך העליון של זכויות היסוד, שהרי, בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה..."

[...]

חרות הביטוי היא אם החירויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם. חרות האדם – כבודו. כבודו של אדם – חרותו." (ראו: רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, בפסקה 10 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (שהיתה דעת מיעוט שם לעניין התוצאה; ההדגשה שלי – ח"מ); ראו גם: פסקה 13 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה ופסקה 4 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל שם (12.11.2006)).

על חשיבותה הנעלה של הזכות לחופש הביטוי עמדתי בהרחבה לא מזמן בעניין האגודה לזכויות האזרח, בפסקאות 54-55, 71-74 ו-76-78 לפסק דיני, והאסמכתאות הנזכרות שם. עיינו גם: ברק כבוד האדם בעמ' 707-753; ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 583-558 (2016) (להלן: מדינה); Asher Dan Grunis **Freedom of Assembly**; in **Canada**, 7-8 (York University, Faculty of Graduate Studies 1976) (להלן: Grunis).

34. ניתן לראות בזכות ההפגנה גם ככזו הנגזרת ישירות מהזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: בג"ץ 2481/93 דין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468 (1994) (להלן: עניין דין); בג"ץ

1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 6 לפסק דינו של חברי, השופט מ' מחוז (27.04.2017) (להלן: עניין נפתלי); ברק כבוד האדם בעמ' 742).

35. זכות ההפגנה היא איפוא זכות יסוד שיש בה כדי לעצב את אופי המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי (ראו: בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 (1984) (להלן: עניין לוי); בג"ץ 5346/07 עו"ד ברדנשטיין נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, בפסקה 5 (19.06.2007) (להלן: עניין ברדנשטיין); עניין נפתלי, בפסקה 6 לפסק דינו של חברי, השופט מ' מחוז; עניין פדידה), וכך נפסק ביחס לזכות זו:

"דומה, כי חופש ההפגנה והאסיפה עומד על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזו ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצון לקיים צורת משטר דמוקרטי. באמצעות חופש זה, ניתן אמצעי הבעה לאלה, שכלי הביטוי הממלכתיים והמסחריים אינם עומדים לרשותם. על כן מקובל במשפטנו, כמו גם במשפטן של מדינות דמוקרטיות נאורות אחרות, כי לזכות ההפגנה והאסיפה מוכר מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם." (עניין לוי, בעמ' 398; ההדגשה שלי – ח"מ).

36. האפשרות לקיים הפגנה אף הוחרגה, כפעילות מותרת, בהסדרים שנחקקו בעקבות משבר הקורונה, וזאת בשל מעמדה המיוחד של הזכות להפגין (ראו: סעיף 2(א)(5) לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף-2020, שחלו עד לתאריך 20.04.2020; עיינו גם: סעיף 2(א) לחוק לתיקון ולקיום תוקפן של תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף-2020, בתוקף עד לתאריך 31.08.2020 וסעיף 7 לחוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020).

37. זכות ההפגנה היא איפוא ביטוי ישיר של השתתפות פוליטית, שכן היא מאפשרת לקבוצת אנשים לקחת חלק בעיצוב סדר היום הציבורי, להשמיע את קולם, לעורר מודעות לסוגיות בוערות באופן בלתי אמצעי ולבטא סולידריות ותמיכה במסר מסוים (ראו: מדינה, בעמ' 558; אפרת אבן "הזכות להפגין וגבולותיה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (14.01.2004) (להלן: אבן, הזכות להפגין וגבולותיה); Grunis, בעמ' 8, 19-27, 289).

על חשיבותה של זכות ההפגנה עמד בית משפט זה לא אחת (ראו: עניין גורן, בפסקה 18 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות והאסמכתאות הנזכרות שם, בפסקאות 1, 16 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן שם ובפסקה 14 לפסק דינו

של השופט י' דנציגר שם; עניין מטה הרוב, בפסקאות 11, 14 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק; עניין פדידה, בפסקה 19 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן). כך, למשל, נפסק כי:

"דומה, כי חופש ההפגנה והאסיפה עומד על בסיס אידיאולוגי רחב, אשר במרכזו ההכרה בערכו של האדם, בכבודו, בחופש הניתן לו לפיתוח אישיותו, וברצון לקיים צורת משטר דמוקרטית" (פסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין לוי; פסק דינו של השופט א' גולדברג בעניין בן חור).

38. זאת ועוד. בפסיקה אף נקבע כי זכות ההפגנה איננה מסתכמת באיסור לפגוע בה (זכות שלילית), אלא שעל רשויות השלטון מוטלת החובה לאפשר את מימושה (זכות חיובית), וכך נפסק בהקשר זה בעניין מטה הרוב:

"חובתה של המדינה להגן על הזכות החוקתית לחופש ביטוי ולהפגנה היא בעלת שני פנים. ראשית, מוטלת על המדינה החובה שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש ביטוי ולהפגנה, כגון על-ידי הטלת איסור על יכולתו לממש את זכותו. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"). שנית, מוטלת על המדינה החובה להגן על הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה-status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו") (פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק שם, וראו גם: עניין גורן, בפסקה 19 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות; עניין פדידה, בפסקה 21 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן; אהרן ברק מידתיות במשפט 518 (2010)).

יתרה מכך, העברת ביקורת על רשויות המדינה ועל אנשי ציבור היא נשמת אפה של הדמוקרטיה (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 862-864 (1989)), ובכית משפט זה אף נקבע כי היכולת לבקר את השלטון היא "נייר הלקמוס" המבחין בין מדינות דמוקרטיות לבין כאלו שאינן דמוקרטיות (עניין גורן, בפסקה 22 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות). משכך, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי, הנחשב לגרעין הזכות לחופש הביטוי, ואשר אף ממנו נגזרת, כאמור, זכות ההפגנה – היא רחבה במיוחד (עניין המפקד הלאומי; בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157 (2003)).

39. כזכויות יסוד רבות אחרות, גם זכות ההפגנה איננה מוחלטת, ויש לאזנה – אופקית ואנכית – אל מול זכויות וערכים אחרים, כגון: הביטחון הלאומי, או שמירת הסדר הציבורי (עניין בן חור, בעמ' 642-644; עניין טויטו, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; בג"ץ 5317/08 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, מר אהרון פרנקו, בפסקה 7 (21.07.2008); עניין גורן, בפסקה 18 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות; עניין פדידה, בפסקה 20 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן). עם זאת:

"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, כבכל מדינה מתוקנת, רמת סיבולת ויכולת הכלה של הפגנות, על אף הפגיעה בשגרת החיים ואי-הנוחות הכרוכה בהן לעיתים" (עניין גורן, בפסקה 20 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות).

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 בהגינות, 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, בפסקה 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.

40. במקרה שבפנינו, מדובר במופע מסוים של מימוש זכות ההפגנה – קיום משמרת מחאה (Picketing), מול מעון רשמי של נבחר ציבור (ראו בהקשר זה: מדינה, בעמ' 573-572, 576, 583).

בהצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 26) (רישוי הפגנות), התשס"ט-2009 (ה"ח 425 מתאריך 12.05.2009), אשר לא הגיעה לכלל חקיקה, "משמרת מחאה" הוגדרה כך:

"משמרת מחאה" – אדם אחד או יותר, השוהה ליד בית מגורים כשהוא נושא שלט, קורא קריאות או מאזין לנאום



או להרצאה, והכל במטרה למחות נגד מעשה של אדם המתגורר באותו בית מגורים או לגרום לו לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה, בעניין הנוגע לביצוע תפקידו הציבורי או לשירות שהוא נותן לציבור". (ההדגשות שלי – ח"מ).

לביקורת על הצעת החוק הנ"ל – עיינו: ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197 (2010) (להלן: מדינה ווגשל). עיינו גם ביחס לנושא זה בכללותו: עניין נפתלי, בפיסקאות 8-12 לפסק דינו של חברי, השופט מ' מזוז; עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה, בפרק 13: חופש הביטוי, הזכות להפגין והסדר הציבורי 438-440 (2018).

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 (מדינה, בעמ' 580; מדינה ווגשל). כך פעלו גם נביאי ישראל (ראו לדוגמא: מלכים א', פרק כ"א (הנביא אליהו); מלכים ב', פרק ח' ופרק כ' (הנביא אלישע והנביא ישעיהו); ירמיהו, פרק כ"ו (הנביא ירמיהו); דברי הימים ב', פרק ט"ז (חנני הרואה); עיינו: פרופ' אליקים רובינשטיין "חווה לך ברח" – על הנביא מול השלטון, הרצאה בערב לזכרה של בתו שרי ע"ה וכן דבריו ב-דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014), בפסקה ב'). בהרצאתו קבע פרופ' רובינשטיין, בין היתר, כך:

"... גם שלטונות דמוקרטיים אינם אוהבים ביקורת, הגם שחכמינו ציוו לאהוב את המוכיח ('אהב את המוכיחך' ושנא את המשבחך... (אבות דרבי נתן, כ"ט, א') ... בסופו של יום – עדיף מאוד חופש הביטוי, ולוא בסייגים מתבקשים)".

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.

42. בפסיקתנו נקבע כי יש לאפשר עריכת משמרת מחאה ליד מעונו הפרטי של נבחר ציבור, כאשר אין חלופה אפקטיבית של קיום המחאה ליד משרדו הרשמי, וזאת בסייגים (ראו: בג"ץ 456/73 כהנא נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל – פארס אל עמוד

(16.12.1973); עניין דין; עניין נפתלי; בג"ץ 2364/17 סדקה נ' מפקד מחוז מרכז במשטרה (18.06.2017). לדיון והרחבה בהקשר זה עיינו: מדינה, בעמ' 576-583; מדינה ווגשל; מיכאל בירנהק מרחב פרטי הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה פרק ה: פרטיות במבחן הביקורת 159-161 (תשע"א); יובל רויטמן וירדן אלון "דילמות ייצוג של עריכת דין ממשלתית – אגב הדיון במחאה בסמוך לביתם של נבחר ציבור ופקידי ציבור שורשים במשפט 495 (דינה זילבר עורכת, 2020)).

בפועל, הגישה שננקטת בהקשר זה על-ידי המשטרה ועל-ידי בתי המשפט איננה חד משמעית, ויש מקרים שבהם לא נשללה האפשרות לקיים משמרות מחאה בשטחים ציבוריים אפילו בקירבה לביתם הפרטי של אנשי ציבור (ראו: עניין נפתלי, בפיסקאות 10, 17 לפסק דינו של חברי, השופט מ' מזוז, והאסמכתאות הנזכרות שם).

בהקשר זה, הנחיה מס' 3.1200 של היועץ המשפטי לממשלה, שכותרתה: "חירות ההפגנה" (פורסמה ב-1983, עודכנה בפעם האחרונה בשנת 2010) (להלן: ההנחיה), מורה, בחלקה הרלבנטי, כך:

"(1) אם מתבקש אישור, והמדובר בביתו הפרטי של איש הציבור אשר אינו משמש אותו ברוב עבודתו הציבורית, ניתן לאסור על עריכת המחאה בפתח ביתו, אם קיימת חלופה אפקטיבית אליה ניתן להפנות את המפגינים, כגון משרדו.

(2) אם מתבקש אישור, וביתו של אותו איש ציבור משמש אותו אף בעבודתו הציבורית, כגון בית נשיא המדינה או מעונו הרשמי של ראש הממשלה, יש לבחון את הבקשות הספציפיות, תוך שימת לב לאיזונים הראויים בין הזכות לביטוי חופשי ולחופש ההתארגנות, ובין הזכות לפרטיות וחופש הקניין. משכן נשיא המדינה, כידוע, מהווה גם משרדו..."  
 (ההדגשות בקו במקור, והאחרת הוספה על ידי – ח"מ).

הנה כי כן, ההנחיה מבחינה בין בית פרטי של נבחר ציבור, לבין משכנו הרשמי של נבחר ציבור, המשמש אותו גם לביצוע עבודתו הציבורית.

43. אף הפסיקה הבדילה בין מעון מגורים פרטי של נבחר ציבור, אשר בסמוך אליו, כאמור, ניתן להגביל את זכות ההפגנה, לבין מעונו הרשמי, אשר לו אופי מיוחד, באשר הוא משמש כסמל שלטוני, ומשכך מדובר במקום שראוי עקרונית לאפשר בו קיום של הפגנות ומחאות. כך נפסק באשר למעונו הרשמי של ראש הממשלה, וסבורני כי הדברים יפים גם לענייננו:

"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) (ראו: בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 796, 793 (1994) (להלן: עניין עם כלביא); עניין דיין, בעמ' 486-487; עניין פדידה, בפיסקה 24 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן).

44. גישה דומה ניתן למצוא בסוגיה שלפנינו גם במדינות דמוקרטיות אחרות ובהקשר זה נפנה עתה למשפט משווה – ובמיוחד לזה של ארצות הברית, שכן, כידוע, חופש הביטוי והזכות להפגין (הנשענים, בין השאר, על התיקון הראשון לחוקה האמריקאית) זכו שם להגנה ולפיתוח מרשימים.

פסק הדין המנחה בנושא קיום הפגנות מול בתים פרטיים, ניתן על-ידי בית המשפט העליון האמריקאי בשנת 1988 – בפרשת *Frisby v. Schultz* 487 U.S. 474 (1988), שם הדיון התמקד בשאלת קיום משמרות מחאה מול ביתו הפרטי של רופא שעסק בביצוע הפלות (ולא היה בחזקת אישיות ציבורית). בפסק הדין נקבע כי חקיקה עירונית האוסרת כליל על קיום הפגנות מול בתים פרטיים שכאלה היא חוקתית, וכי איסור זה איננו מפר את הזכות לחופש הביטוי, בין היתר נוכח חשיבותה של הזכות לפרטיות (עיינו גם: עניין נפתלי, בפיסקה 13 לפסק דינו של חברי, השופט מ' מזוז; מדינה ווגשל. להרחבה ראו עוד: E. Gregory Wallace, "Constitutional Law – Freedom of Speech – Ban on Picketing in Front of Individual Residence Does Not Violate First Amendment" UALR LJ 11, 691 (1988) Joel M. Gora, David Goldberger, Gary ; M. Stern and Morton H. Halperin THE RIGHT TO PROTEST, THE BASIC ACLU GUIDE TO FREE EXPRESSION (1992) p. 206 (להלן: THE RIGHT TO PROTEST). עם זאת, באותה פרשה גם נפסק כי במקרה שבו הבית הפרטי משמש אף כמקום שמבוצעת בו פעילות ציבורית – יתכן שייקבע כי מדובר באזור שניתן לקיים בו משמרת מחאה (השוו גם: עניין נפתלי, שם).

בית המשפט העליון האמריקאי חזר על ההלכה בעניין *Frisby*, בין היתר, גם בעניין *Hill v. Colorado* 530 U.S. 703 (2000) (עיינו והשוו לפסק דינו של השופט ד' חשין ב-בג"ץ 2080/05 עמותת בצדק מרכז אמריקאי ישראלי לקידום נ' המפקח הכללי של המשטרה (14.01.2007)).

45. האיזון המיידני, אותו עורכים בארצות הברית, בעת שבוחנים את חוקתיותה של הפגנה מול ביתם הפרטי של נבחרים ציבור – הוא בין הזכות לחופש הביטוי וההפגנה, לבין המטרד הנגרם מהמחאה והפגיעה בפרטיות של תושבי האזור, כאשר מטרד קל לציבור (כמו חלוקת פליירים, או קיום משמרות מחאה שאינן מרעישות) לא יהווה, על פי רוב, עילה להגבלת זכותם החוקתית של המפגינים לחופש הביטוי. עם זאת, ככל שהמטרד שנגרם לתושבי האזור גדול יותר, וככל שההנאה שהתושבים מסוגלים להפיק מהשהות בביתם פוחתת (למשל, אם המחאה יוצרת לכלוך רב, אם נעשה שימוש במשאיות, או ברמקולים, וכדומה) – ההצדקה לפגיעה בזכות לחופש הביטוי גוברת (Editors, Law Review "Picketing the Homes of Public Officials" 34 CHIC. L. (REV. 106, 116 (1966)).

46. האפשרות להטיל סייגים על קיום משמרות מחאה ליד בתים פרטיים של נבחרים ועובדי ציבור הוכרה גם במדינות נוספות בעולם (עיינו: פסק דינו של חברי, השופט מ' מזוז, בעניין נפתלי; מדינה ווגשל; David Kretzmer, Demonstrations and the Law, 19 ISR. L. REV. 47, 118-121 (1984) (להלן: Kretzmer)), אם כי אף בהן הותר להפגין מול המעון הרשמי של נבחר הציבור.

47. זה המקום להוסיף כי הגישה בארצות הברית מקנה להפגנה באזור הבית הלבן מעמד מיוחד (וראו הרחבה בפסקה 51 שלהלן). בפסק הדין האמריקאי *A Quaker Action Group v. Morton* 516 F.2d 717 (1975), המבקשים שם ניסו לאתגר את חוקתיותן של תקנות שאסרו על קיום הפגנות בפארק "לאפייט" ובמדרכות באזור הבית הלבן. בית המשפט קבע כי אכן יש צורך בקביעת הגבלות מסוימות על הפגנות באזורים הללו, אך עם זאת נפסק כי אין לקבל הגבלות רחבות מדי, אשר יפגעו יתר על המידה בזכות המפגינים להפגין מול הבית הלבן (ראו: Kretzmer, בעמ' 111-112; THE RIGHT TO PROTEST 180-181).

48. בענייננו, כזכור, המערערת קיימה את משמרת המחאה מול בית הנשיא – מקום, אשר משמש את כב' נשיא המדינה הן למגורים והן כמשרדו הרשמי (השוו להלכה בעניין פידטה). משכך, העקרונות שהוצגו לעיל, שנקבעו בפסיקתנו ביחס לקיום משמרת מחאה מול בית פרטי של נבחר ציבור – אינם חלים על נסיבות המקרה שבכאן. עם זאת, כפי שקבענו בהחלטת הביניים – כל התייחסות לכב' הנשיא במסגרת משמרות המחאה, או השילוט – חייבת להיות מכבדת ומכובדת, שכן כב' הנשיא מסמל את המדינה (עיינו

והשוו: ע"א 115/75 "התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל" נ' "קופל-טורס" בע"מ, חברה רשומה כחוק, פ"ד כט(2) 799 (1975)).

עתה לאחר שהצגנו את העקרונות – נרד לפרטים.

השלטים כחלק מזכות ההפגנה של המערערת, חברה ותומכיה

49. במקרה שבפנינו, משמרת המחאה שהמערערת קיימה היתה כרוכה במסרים שהיא ביקשה לבטא – באמצעות, בין היתר, שימוש בשלטים (ראו לעיל את ההגדרה ל"משמרת מחאה" בהצעת החוק הנזכרת בפיסקה 40 שלעיל, הכוללת גם נשיאת שלט, ועיינו גם: מדינה, בעמ' 573: "... יש לבדוק אם המטרה העיקרית של מבצעי המעשה, כפי שהיא נלמדת מתוך מכלול הנסיבות הרלוונטיות, היא הבעת מסר. דוגמאות לכך הן, בין היתר, הצבת שילוט, הקמת מאהל, נסיעה אטית בכביש מהיר, חסימת התנועה וכדומה" (ההדגשה הוספה – ח"מ); אבן, הזכות להפגין וגבולותיה).

50. יתר על כן – בנסיבות העניין היתה קיימת חשיבות רבה לתליית שלטים באזור שבו ניצבה משמרת המחאה, זאת להבדיל מהנפה, או הצגה של שלטים במסגרת הפגנה "רגילה", הנערכת, לרוב, באופן חד פעמי. שורה של טעמים תומכים בהבחנה האמורה:

ראשית, וזה העיקר – במשמרת מחאה הדגש איננו מושם רק על הנוכחות הפיזית של המפגינים, אלא גם על האמצעים המבטאים את המסרים שהם מבקשים להעביר. מדובר איפוא באמצעים המשמשים כביטוי סטטי מתמשך (כמו, למשל, תליית שלטים, הקמת אוהל מחאה, או הצבת מתקנים דומים אחרים), אשר להצבתם ולהשאתם לאורך זמן יש חשיבות מיוחדת בשימור נוכחותה של המחאה, ובאפשרות להעביר באופן אפקטיבי את המסרים הכלולים בה. בכך נעוץ השוני מהביטויים המובעים ב"הפגנה רגילה", שהם, לרוב, דינאמיים וחולפים לבין משמרת מחאה והאמצעים הנלווים לה. זאת ועוד: בהנפת שלט, להבדיל מתלייתו וקיבועו, כרוכה תשומה נוספת, שכן נדרשת החזקתו על-ידי האדם שנוכח במקום באותו הרגע.

שנית, יש חשיבות לעובדה ששלטים הם אמצעי זול, נוח ונגיש למרבית האוכלוסייה לצורך ביטוי – הן מן הצד של הדוברים, המבקשים להביע מסר מסוים, והן מן הצד של הצופים – מקבלי המסר. בתוך כך, יש ליתן את הדעת לעובדה ששלטים התלויים ברחוב הם ביטוי נגיש לכלל האוכלוסייה, בשונה מצורות אחרות של ביטוי, לרבות כאלה, המצריכות, למשל, שימוש באמצעים טכנולוגיים.

שלישית, משמרת מחאה נמשכת על פני תקופת זמן של ימים, ולעיתים אף שבועות – ובכך טמונה יכולתה הפוטנציאלית להפעיל לחץ דמוקרטי לגיטימי לאורך זמן על מקבל ההחלטות, שכלפיו המחאה מופנית, ולייצר הד תקשורתית. זאת, בשונה מהפגנה נקודתית, אשר לרוב היא מוגבלת בזמן וחולפת.

רביעית, משמרת מחאה מתפרסת על פני מרחב גיאוגרפי מצומצם יחסית וספציפי. משכך, גוברת חשיבותם של האמצעים הסטטיים המשמשים את המפגינים במשמרת המחאה, שכן היכולת לחשוף אותם בפני הציבור הרחב היא מוגבלת יחסית. בתוך כך, בענייננו, לאזור בו התקיימה משמרת המחאה – בית הנשיא – היתה חשיבות מיוחדת, כאמור, שכן היא נועדה להביע עמדה בהקשר להחלטתו הצפויה של כב' הנשיא ביחס להטלת מלאכת הרכבת הממשלה וכן באשר להמלצות של הסיעות שבאו בפניו. משכך, לא היו בנמצא, למעשה, אמצעים אלטרנטיביים, אשר יכולים היו להוות תחליף לשלטים שנתלו על הגדרות באזור בית הנשיא, שכן לתליית אותם השלטים במיקום אחר לא היתה צפויה אותה השפעה.

51. בארצות הברית סוגיית הנפתם, או הצבתם של שלטים במקומות ציבוריים המשמשים גם כמעונם של נבחרים ציבוריים הוסדרה באופן רגולטורי. כך, ב- 36 CFR §7.96 נקבע הסדר ייחודי העוסק בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה בסביבתו של הבית הלבן – משכנו של נשיא ארצות הברית, ונקבעו שם, בין היתר, הכללים הבאים:

ראשית, יש הבחנה בין אזורים שונים הנמצאים בקרבת הבית הלבן – דינה של הפגנה במדרכה הפונה לבית הלבן, שונה מדינה של הפגנה הנערכת ב"כיכר לאפייט", הסמוכה לו.

שנית, ההסדר הנ"ל מתיר עריכת הפגנות, אולם רק בתנאי שניתן להן היתר מקדים – כאשר ניתן לבקש את ההיתר 48 שעות לפחות לפני תחילת ההפגנה. לעניין זה, ההסדר מחריג קבוצות מפגינים של עד 25 אנשים. כן ישנן מגבלות על הצבת מוצגים ארעיים (כמו במות, או מיצגים אומנותיים), וכן מגבלות באשר לדרך ההפגנה עצמה: כך, למשל, חל איסור על חסימת הדרך במדרכות שמובילות לבית הלבן, וניתן להפגין באזור זה רק תוך כדי צעידה.

לבסוף, ישנן מגבלות גם על סוג השלטים שניתן להניף, וכן מגבלות על האופן שבו יש להניף אותם – כאשר חל איסור על הצבתם על גדרות הבית הלבן, או מתקניו, כמפורט להלן:

**36 CFR § 7.96 (g)(5)(vii):** "No signs or placards shall be permitted on the White House sidewalk except those made of cardboard, posterboard or cloth having dimensions no greater than three feet in width, twenty feet in length, and one-quarter inch in thickness. No supports shall be permitted for signs or placards except those made of wood having cross-sectional dimensions no greater than three-quarter of an inch by three-quarter of an inch. Stationary signs or placards shall be no closer than three feet from the White House sidewalk fence. All signs and placards shall be attended at all times that they remain on the White House sidewalk. Signs or placards shall be considered to be attended only when they are in physical contact with a person. **No signs or placards shall be tied, fastened, or otherwise attached to or leaned against the White House fence, lamp posts or other structures on the White House sidewalk. No signs or placards shall be held, placed or set down on the center portion of the White House sidewalk, comprising ten yards on either side of the center point on the sidewalk; Provided, however, that individuals may demonstrate while carrying signs on that portion of the sidewalk if they continue to move along the sidewalk.**"

(ההדגשות שלי – ח"ח; ראו גם: THE RIGHT TO PROTEST 208).

52. בית המשפט העליון של ארצות הברית נזקק לסוגיה קרובה לעניין שלפנינו בפרשת *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994) (להלן: עניין *Gilleo*), שם נדונה חוקתיותו של חוק עזר עירוני, שמטעמים של שמירת חזות פני העיר – אסר על בעלי בתים פרטיים להציב בתחום קניינם הפרטי שלטים, לבד משלטים המציעים את הנכס למכירה, או השכרה, או שלטי אזהרה מפני סכנות המצויות בתחומו של הנכס. העתירה עצמה נסובה על שלט, אשר נשא מסר פוליטי, שהוצב על-ידי העותרת שם בחזית הבית שבבעלותה, אף שהרשויות הורו להסירו.

בית המשפט העליון האמריקאי קבע כי אף שתקנות העזר העירוניות אינן מעוררות חשש להפליה, או להפליה למראית-עין, שכן האיסור על הצבת השילוט נקבע באופן כללי וגורף, ללא קשר לתוכנו של השילוט ("Content-Neutral") – הרי שהפגיעה הגלומה באיסור זה על חופש הביטוי, עולה על התכליות הציבוריות המושגות מהאיסור

(לגבי טענות להפליה, או הגבלת חופש ביטוי לנוכח תוכנם של שלטים – ראו אף את פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155 (2015)). בתוך כך, בית המשפט העליון האמריקאי עמד על החשיבות שבהצבת שלטים, כאמצעי כמעט בלעדי לתקשורת של הפרט עם הציבור. בית המשפט ייחס גם חשיבות לעובדה כי יש לאפשר לכל אדם את החופש לעשות שימוש בקניינו לפי ראות עיניו, ואף הצביע על העובדה כי הבחירה להציב את השילוט דווקא במקום מגורים – יש בה כדי לבטא את הזדהותו הפנימית של הבעלים עם המסר המובע בהם, יותר מאשר שימוש באמצעי ביטוי אחרים, וכך נאמר שם:

"... Ladue has almost completely foreclosed a venerable means of communication that is both unique and important. It has totally foreclosed that medium to political, religious, or personal messages. Signs that react to a local happening or express a view on a controversial issue both reflect and animate change in the life of a community. Often placed on lawns or in windows, residential signs play an important part in political campaigns, during which they are displayed to signal the resident's support for particular candidates, parties, or causes. They may not afford the same opportunities for conveying complex ideas as do other media, but **residential signs have long been an important and distinct medium of expression.**

[...]

Displaying a sign from one's own residence often carries a message quite distinct from placing the same sign someplace else, or conveying the same text or picture by other means. **Precisely because of their location, such signs provide information about the identity of the "speaker."** As an early and eminent student of rhetoric observed, the identity of the speaker is an important component of many attempts to persuade."  
(ההדגשות שלי – מ"ח).

(לדיון בעניין *Gilleo* ראו גם: Anthony J. Durone and Melissa K. Smith, "First Amendment and Private Property: A Sign for Free Speech", 60 MO. L. REV. (1995) 415).

53. בהקשר לתליית שלטים וזכות המחאה בהקשר הפוליטי, עמדו בתי המשפט בארצות הברית לא אחת על חשיבות הנושא, והצביעו על החשש המובנה מפני



שרירותיות ופטרוניות שבאכיפת תוכן פוליטי על-ידי המשטר (הכרוך באיסור על העלאת מסרים אופוזיציוניים), וכך נאמר שם:

"The protection of political speech on signs and posters certainly is no less important than the protection of the cinema from the censor".  
*Baldwin v. Redwood City*, 540 F.2d 1360, (ראו: 1374, 1976 U.S. App. LEXIS 7659, 40 (9th Cir. (Cal. August 9, 1976)).

54. פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Gilleo* הנ"ל ניתן לפני כרבע מאה, ומאז התפתחו, כידוע, אמצעי המדיה והרשתות החברתיות באופן משמעותי, כך שכיום יש בידי רוב הפרטים היכולת להביע את דעותיהם ועמדותיהם בפני קהלים גדולים ביותר בלחיצת מקש ובמשאבים זולים למדי. אולם דומני כי אין באלה כדי לספק בהכרח תחליף, אשר ייתר את קיום המחאה הפוליטית "הקלאסית", המוצגת במרחב הציבורי באופן מוחשי, ובכלל זה על דרך של תליית שילוט.

55. לאחר שהצגנו את הכללים הנורמטיביים הרלבנטיים ואת הנהוג בתחום זה בארצות הברית, שהיא, כאמור, המובילה בעולם הדמוקרטי בנושאים הללו – נעבור לשאלת המידתיות בהתנהלות המשיבה.

בחינת מידתיות פעולת המשיבה

56. בנסיבות המקרה שבפנינו, השלטים והגזיבו היוו כאמור חלק ישיר ובלתי נפרד מזכות ההפגנה של המערערת, חבריה ותומכיה, ועל כן – אין חולק כי הוראת המשיבה על הסרתם פגעה בזכותם החוקתית של אלה. הדבר נעשה, על פי טענת המשיבה, למטרה של שמירה על הסדר הציבורי (כזכור, המשיבה השתמשה בפעולותיה בסמכותה הנטענת לפי חוק עזר הסדר והניקיון). נוכח זאת – יש לבחון עתה האם האמצעי שנקטה המשיבה (ההסרה) היתה מידתית ביחס למטרה המוצהרת (שמירת הסדר הציבורי)?

57. באשר למבחן הקשר הרציונלי, סבורני כי זה מתקיים, שכן יש קשר רציונלי בין הסרת השלטים והגזיבו, ככל שהם אכן מהווים מכשול, ולו מבחינה אסתטית, לבין שמירת הסדר הציבורי ברחוב.

ביחס למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, נראה כי המשיבה היתה יכולה לפעול בדרכים פחות פוגעניות למען שמירת הסדר הציבורי באזור קיום משמרת המחאה, כגון:

הגבלת מקום תלייתם של השלטים (בניגוד להסרה גורפת שלהם), קביעת הגבלה על הגודל המקסימלי של השלטים שניתן לתלות, איסור על שימוש בחומרים מסוימים הפוגעים באיכות הסביבה, או בחזות פני העיר יתר על המידה, הגדרת האופן שבו יש לקבע את השלטים לגדרות, או עריכת בדיקה עם בעלי הבתים הפרטיים שעליהם נתלו השלטים – האם אכן הדבר נעשה בהסכמתם, או גרם להם להפרעה. הוא הדין ביחס לגזיבו, שראוי היה לבחון עד כמה הוא היה חיוני לקיום משמרות המחאה, ואילו חלופות (אם בכלל) היו לשימוש בו. משהמשיבה לא עשתה כן – נראה על פניו, כי היא לא צלחה את מבחן המשנה האמור.

באשר למבחן המידתיות במובן הצר – סבורני כי גם מבחן משנה זה לא התקיים **בנסיבות**. הטעם לדבר נעוץ בכך שחשיבות הזכות החוקתית שנפגעה, **זכות ההפגנה**, היא רבה – אל מול מידת ההפרעה הפחותה של השלטים והגזיבו לסדר הציבורי. במילים אחרות, **הנזק (הפגיעה בזכות ההפגנה החוקתית) – לא היה מידתי, לעומת התועלת שהיתה כרוכה בפגיעה בה (שמירת הסדר הציבורי ברחוב)**. הדברים נכונים ביתר שאת נוכח החשיבות הרבה שבשימוש בשלטים כביטוי סטטי מתמשך במסגרת משמרת מחאה, עליה עמדתי בהרחבה בפסקה 50 שלעיל ובגזיבו כמתקן נלווה הכרחי למשמרת המחאה. הדברים תקפים במיוחד נוכח העובדה שבעלי הבתים הפרטיים שעל גדרותיהם נתלו השלטים נתנו, ככל הנראה על פי הצהרות המערערת, את הסכמתם לכך (השוו: פסקה 13 לפסק דינו של השופט י' זמיר ב-בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999); עניין *Gileo*, אשר נדון בפסקה 52 שלעיל. אמנם פרשה זו עסקה בשלט שנתלה על ידי בעלת הנכס, אך סבורני כי ניתן ללמוד ממנה לענייננו, בגדרו נטען כי בעלי הנכסים הסכימו לתליית השלטים כאמור, אף שהם לא תלו את השלטים בעצמם ומיוזמתם). נראה איפוא כי ההפרעה של השלטים ושל הגזיבו לסדר הציבורי ברחוב היתה זניחה, וכאמור – מדובר בנזק אסתטי, לכל היותר (שספק רב, כאמור, אם הוא נכלל בהסמכה שבפקודת העיריות, או בחוק עזר הסדר והניקיון). בהקשר אחר, של חלוקת כרוזים בלא היתר, קבע השופט ד' חשין בעבר כך:

“עקרונות חופש האזרח – ובכללם חופש הביטוי והזכות להפיץ דעות – אינם נסוגים ואינם צריכים לסגת מפני האינטרס של שמירת הנקיון ברחובותיה הציבוריים של העיר. נהפוך הוא.” (ת”פ (מקומיים י-ם) 2857/85 מדינת ישראל נ' אורנן, פ”מ תשמ”ז (3) 334, 341 (1987)).

זאת ועוד: קיום הפגנות כרוך מעצם טבעו וטיבו בהפרעה לציבור, ואולם מחיר זה נדרש במדינה דמוקרטית (ראו: עניין פדידה, בפסקה 27 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן; עניין ברדנשטיין, בפסקאות 7-9 ו-11). בענייננו, ה”מחיר” שהתחייב הסתכם

בפגיעה האסתטית הנטענת, שכאמור, לא היתה משמעותית, במיוחד נוכח איזונה אל מול חשיבות זכות ההפגנה וחופש הביטוי.

בגדר מבחן המשנה השלישי הנ"ל, ניתן גם להתחשב, כאמור, בעקרונות המנחים שנקבעו בפסיקה ביחס לאופן שבו על המשטרה לנהוג כאשר היא מגבילה את הזכות החוקתית להפגנה, עליהם עמדתי לעיל. כזכור, הפסיקה קבעה בהקשר זה, בין היתר, כי המשטרה רשאית להגביל את זכות ההפגנה רק במקרים בהם יש וודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי, ובמידה הנדרשת למניעת פגיעה זו.

סבורני כי בענייננו, מהחומר שהונח בפנינו, לא עולה כי היתה קיימת וודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי, שכן היה מדובר בשלטים ובגזיבו שגילמו, לכל היותר, פגיעה זניחה במראה החיצוני של הרחוב. זאת ועוד: השלטים נתלו, כנטען, בהסכמת בעלי הבתים הפרטיים, וקובעו לגדרות, כך שלא התנופפו ברוח. כמו כן המערערת ציינה כי נציגיה נמצאו במקום המחאה והיו זמינים להסרת השלטים, במידת הצורך. התמונה המצטיירת לפיכך לא מעלה, כאמור, כי היה איזשהו חשש לפגיעה אמיתית וקשה בסדר הציבורי, ועל כן לא היה צידוק מספיק לפגיעה בזכות המערערת, חברה ותומכיה להפגין.

58. על הכל – הסמכות של המשיבה לדרוש את הסרת השלטים (וכן את הרחקת הגזיבו והקרוון), ככל שהיא נסמכה על חוק עזר הסדר והניקיון, ועל פקודת העיריות – היתה תלויה על בלימה של סמכות כאמור, ולא עמדה בתנאי הראשון של "פיסקת ההגבלה" כי הפגיעה בזכות החוקתית תהיה מעוגנת בחוק, או תיעשה מכוח הסמכה מפורשת בחוק. זאת ועוד – העובדה שבתחילה ביקשה המשיבה להסתמך על חוק העזר שילוט – עילה שנזנחה לאחר מכן, כאמור בפסקה 7 שלעיל, היא רק בבחינת תנא דמסייע לנימוק זה.

הנה כי כן – הן דרישות המשיבה והן פעולותיה לסילוק השלטים והמתקנים הנ"ל חרגו, בנסיבות, מגדר סמכויותיה, ומעבר לנפקויות שיש להתנהלות זו בפרשה שלפנינו – ראוי שהמשיבה תפיק לקחים מכך לעתיד ותימנע מלהמשיך לפעול כך עד שלא יוקנו לה סמכויות סטטוטוריות מפורשות לצורך זה (מבלי שאביע פה דעה אם חוקתית הדבר בכלל אפשרי).

59. נוכח כל האמור לעיל המסקנה המתחייבת היא כי הפעולה המינהלית של המשיבה, והשימוש שעשתה בסמכותה הנטענת לצורך הסרת השלטים והרחקת הגזיבו והקרוון – לא עמדה במבחני "פיסקת ההגבלה" (למצער בתנאים הראשון והרביעי שבה), ומשכך –



4 לפרוטוקול הדיון), ובדין עשתה כן מהטעמים שהצגנו לגבי השלטים (בשינויים המחויבים, וכמפורט בפרק הקודם). בהחלטת הביניים החלטנו איפוא להיענות לבקשת המערערת כי תינתן לה האורכה הקצרה המבוקשת לגבי הגזיבו.

64. באשר למשאית והחנייתה – סבורני כי החלטת בית השפט לעניינים מינהליים הנכבד היתה מבוססת כראוי, ועתה אפרט.

סעיף 2א לחוק עזר העמדת רכב וחנייתו מורה כדלקמן:

”(א) קבעה רשות תימרוור מקומית הסדרי תנועה ומקומות חניה מוסדרים לפי סעיף 2, תסמנם בתמרוור המתאים לפי הודעת התעבורה.  
 (ב) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), נקבע מקום חניה בתשלום, תציב רשות התימרוור המקומית לפני מקום החניה תמרוור מספר 626 ומתחתיו תמרוור מספר 439 להודעת התעבורה שבו יצוין:  
 (1) ”חניה בתשלום”;  
 (2) אם ישנה הגבלה – משך הזמן המרבי לחניה רצופה;  
 (3) פירוט הימים והשעות שבהם חלה חובת תשלום.”  
 (ההדגשות שלי – מ”מ).

הנה כי כן, בעת שרשות מקומית קובעת הסדרי חניה, בסמכותה להציב לפני מקום החניה תמרוור, אשר יצוין אם יש הגבלה על משך הזמן המירבי לחניה רצופה במקום (ראו גם: תקנה 18(4) לתקנות התעבורה, הקובעת כי רשות תמרוור מקומית רשאית להציב תמרוור מספר 439 לגבי הסדרי חניה בכל דרך שבתחומה).

65. בענייננו, בסמוך למקומות החניה, נשואי הערעור, לצד השלט המאפשר את החניה במקום – ניצב תמרוור, הקובע כי משך הזמן המירבי לחניה ברציפות במקום הוא שעתיים. משכך, צדק בית המשפט קמא בכך שדחה את טענת המערערת לפיה היא זכאית לחנות במקום ברציפות במשך כל שעות היממה, שכן הדבר נוגד את הוראות חוק העזר האמור, הנשען על הסמכה מתאימה בפקודת העיריות ובפקודת התעבורה.

יצוין כי הרציונל להוראות הנ”ל נעוץ במצוקת החניה הקיימת באזורים מסוימים, המחייבת לאפשר את השימוש במקומות החניה המוגבלים – למספר רב של אנשים.

66. בנסיבות המקרה שבפנינו, באזור בית הנשיא יש מצוקת חניה מובהקת. המשאית תפסה, כאמור, ארבעה מקומות חניה, ובכך נפגעה רווחתם של הדיירים ובאי האזור. אמנם, המשאית היוותה חלק בלתי נפרד מזכות המערערת להפגין – הן בשל העובדה

שהיא ענתה על צרכים לוגיסטיים, והן בשל כך ששם המערערת וסיסמאות הנוגעות למחאתה התנוססו עליה, אך זכות זו נסוגה, במעט, מפני זכות הדיירים ובאי-האזור לחניה במקום. איזון זה מתבטא, כאמור, בהוראות הדין הנזכרות לעיל, שלא נתקפו בתקיפה ישירה, ולכן חזקת החוקיות והתקינות עומדת להן.

יודגש עוד כי אין לקבל את טענת המערערת כי הפגיעה בזכות הדיירים לחניה נטענה באופן תיאורטי ובעלמא. הכרעת בית המשפט קמא התבססה, כדין, על חוק עזר העמדת רכב וחנייתו, ועל כן אין נפקות לשאלה האם תושבי המקום התלוננו על מצוקת החניה בעצמם, אם לאו, או לכך שחלקם קיבלו את משמרת המחאה בסבר פנים יפות.

67. **לסיכום פרק זה** – יש לדחות את הערעור בכל הנוגע לכלי הרכב, בהתאם לאמור בהחלטת הביניים, ובכפוף לזכותה של המערערת להחנות את המשאית בהתאם לדין, לפרק זמן של שעתיים רצופות ובתשלום בכל פעם, או לתקופות ארוכות יותר, כפי שהותר בסיכום עם המשיבה, או בהחלטת הביניים.

סוף דבר

68. נוכח כל האמור לעיל – אציע כאמור לקבל את הערעור באופן חלקי, כך שהוא יתקבל בכל הנוגע לטענות המערערת ביחס לשלטים ולגזיבו, וידחה באשר לטענות הנוגעות לכלי הרכב – כפי שנקבע, אופרטיבית, בהחלטת הביניים. יהיה בכך משום איזון ראוי בין הזכות החוקתית לחופש ההפגנה והמחאה לבין השיקולים של הסדר הציבורי וטובת תושבי האזור, ותאימות לעקרונות של שלטון החוק וחוקיות המינהל, הדורשים כי המשיבה תפעל רק במסגרת סמכויותיה הסטטוטוריות המפורשות.

עוד אציע כי בנסיבות העניין לא נעשה צו להוצאות.

69. אחרי הדברים האלה באו בפני חוות הדעת של חבריי, השופטים: 'אלרון ו-ג' קרא, ולגביהן ארשה לעצמי להגיב כדלקמן:

א. ניסיון המשיבה להסתמך בתחילה על חוק העזר שילוט כדי לנסות ולהסיר את השלטים שתלתה המערערת – אכן היה נגוע בחריגה מסמכות, כפי שהראה חברי, השופט 'אלרון, ולכן בדין חזרה בה המשיבה מטיעוניה בהקשר זה. אני אף מסכים לתהיות שהעלה חברי, השופט 'אלרון לגבי סמכות המשיבה לפעול במקרה דנן מכוח חוק עזר הסדר והניקיון.

בנוסף לנימוקיו של חברי בהקשר זה, דומה עלי שככלל אל לה לעיריית ירושלים לפעול בתחומים שהם מעבר לעניינים המוניציפליים, ככל שכרוכים בהם הן זכויות חוקתיות (כמו הזכות להפגין ולמחות) והן מעמד המושבים הרשמיים של המוסדות הלאומיים ושל מי ששוכן בהם, המעוגנים בסעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. ראו והשוו לפסיקה שקבעה אצלנו כי רשות מקומית – איננה רשאית לעשות שימוש בסמכויותיה כדי לפתור בעיות הצריכות מענה במישור הלאומי: ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 (1968); בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 705-706 (2001), ועיינו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 449-451 ובעיקר ה"ש 30 שם (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

ב. מאידך גיסא, אינני יכול להיות שותף לדעתו של חברי, השופט י' אלרון בהקשר לעילות הסבירות והמידתיות, שכן גישתו, המבכרת להתרכז בשאלות של חריגה מסמכות, מביאה לצמצום הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, שהיא חיונית. אף הדרך בה הוא מתאר את עמדתו ביחס להבחנה שבין הכללים והסייגים החלים על הפגנות בקירבת מעונו הפרטי של איש ציבור, לבין אלה הנוגעים בפעילויות מסוג זה הנערכות בסמיכות למשכן הרשמי – איננה תואמת את הגישה שהוצגה בחוות דעתי. ההבדל בין שני המצבים הנ"ל נעוץ, לשיטתי, באיזונים השונים הנדרשים ובנסיבות הפרטניות, ואולם את זכות ההפגנה יש לשמר בכל מקרה במשטר דמוקרטי. כאן התמקדתי בזכות לקיים משמרת מחאה מול מעונו הרשמי של כב' נשיא המדינה, ובתנאים הנלווים לכך, שבהם לא נעניתי לכל דרישות המערערת (ולפיכך הנחת חברי שלא הצבתי לזכות זו סייגים כלשהם לא דקה פורתא בעמדתי).

הנה כי כן בשני הנושאים הללו הערותיו המקיפות והבהירות של חברי, השופט ג' קרא, מקובלות עליי.

המשנה לנשיאה

1. עיינתי בחוות דעתו המפורטת של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, ואף שאני מסכים לתוצאה אליה הגיע, לצערי אין בידי להצטרף לחלק מנימוקיו.

חברי דן בהרחבה בחשיבותן של זכות ההפגנה והזכות לחופש הביטוי, שאין חולק באשר למעמדן. כפי שהודגש לא אחת בפסיקות בית משפט זה, זכויות אלו הן מאבני היסוד של כל חברה דמוקרטית, ועל כן לא כל פגיעה בסדר הציבורי או בביטחון תצדיק את הגבלתן (ראו למשל בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקאות 18–20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (8.10.2017), ובהפניות המופיעות שם).

אקדים ואומר כי לאמיתו של דבר, במקרה דנן אין מחלוקת של ממש בין הצדדים באשר לחשיבותן של זכויות אלו, ובכלל זה באשר למתן אפשרות למערערת לממש את זכות המחאה ולבטא את השקפותיה.

בראייתי, המחלוקת במקרה דנן מצומצמת, וממוקדת בשתי סוגיות פרשניות המתייחסות לחוקי העזר של עיריית ירושלים:

האחת, אם לפי חוק עזר לירושלים (העמדת רכב וחנייתו), התשכ"א–1960 (להלן: חוק עזר (העמדת רכב וחנייתו)) היה על המערערת לבקש היתר מהמשיבה להחנות את רכביה – בהם קרוואן ומשאית – בחניית הרחוב הסמוכה לבית הנשיא למשך למעלה מעשרה ימים רצופים, ולאורך כל שעות היממה; והשנייה, אם היה על המערערת לבקש היתר מהמשיבה לצורך תליית שלטי מחאה בחזית מבנים פרטיים הסמוכים לבית הנשיא, לפי חוק עזר לירושלים (שמירת הסדר והנקיון), התשל"ח–1978 (להלן: חוק עזר (שמירת הסדר והנקיון)).

המערערת סבורה כי אין צורך בהיתר לביצוע פעולות אלו. משכך, לא ביקשה להאריך את ההיתר המיוחד שניתן לה להחנות את רכביה בסמוך לבית הנשיא אף לאחר שמועדו פקע; ולא ביקשה כל היתר לתליית שלטי המחאה.

מנגד, המשיבה סבורה אחרת, ועל כן החלה לפעול לפינוי הרכבים והשלטים שהוצבו במקום ללא היתר.

על רקע זה, הגישה המערערת את עתירתה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, שיורה למשיבה לאפשר לה לעשות שימוש



בחניות הסמוכות למול בית הנשיא לצורך קיום מפגן המחאה; ושיורה למשיבה להימנע מהסרת שלטיה.

2. בית המשפט המחוזי (השופט ר' וינוגרד) קבע בפסק דינו בעת"ם 9534-03-20 מיום 5.3.2020, כי בהתאם להוראות חוק עזר (העמדת רכב וחנייתו), ולפי הוראות התמרורים המוצבים במקום שבו הוחנו רכבי המערערת – היה עליה, לכל הפחות, לבקש היתר מיוחד להחנותם ברציפות לאורך כל שעות היממה ללא היתר. משעשתה כן באופן החורג מההיתר שניתן לה, נקבע כי פעלה שלא כדין. על כן, ובהיעדר בקשה להיתר נוסף, נקבע כי אין להורות למשיבה לאפשר למערערת להחנות את רכביה במקום ברציפות.

עוד נקבע בהקשר זה, ובבחינת למעלה מן הצורך, כי אף אם היה מתבקש היתר נוסף כאמור, הרי שבאיזון שבין התועלת "המתונה" שתפיק המערערת מהשימוש הרציף במקומות חנייה אלו לבין המצוקה שתיגרם כתוצאה מכך לתושבי האזור ולמבקריה, נוטה הכף לטובת האחרונים.

אשר לתליית השלטים במקום, קבע בית המשפט המחוזי כי לזאת דרוש היתר לפי חוק עזר (שמירת הסדר והנקיון); וכי בהתאם להוראותיו, ראש עיריית ירושלים פעל בגדרי סמכותו כאשר הורה על הסרתם.

3. בערעור שלפנינו, טוענת המערערת בעיקרו של דבר, כי קביעות בית המשפט המחוזי אינן משקפות את מעמדה של זכות ההפגנה כזכות חוקתית; כי המשיבה הגבילה את זכותה להחנות את רכביה ולתלות שלטים בסמוך למשמרת המחאה שהקימה משיקולים זרים; וכי היא לא הייתה מוסמכת להגבילה באופן זה.

מנגד, המשיבה הדגישה בפתח עיקרי הטיעון מטעמה כי לשיטתה, מיקוד טענות המערערת במעמדה של זכות ההפגנה מהווה "ניסיון טשטוש בלתי הוגן" של קביעות בית המשפט המחוזי, תוך התעלמות מהוראות הדין אותן היא "רומסת ... ברגל גסה, והכל בכסות של רצון לעמוד על זכות ההפגנה". זאת, אף שנציגי המשיבה איפשרו לה להפגין במקום תוך התחשבות בצרכי הציבור ובחובתה לשמור על הסדר הציבורי.

בהקשר זה טענה המשיבה כי "המערערת מתימרת לפעול למען הסדר הציבורי ומינהל תקין, אך בתוך כך פועלת באמצעים פסולים ובאופן הנוגד את העקרונות והכללים שהיא דורשת מרשויות החוק"; וכי אף לאחר שנאמר לה מפורשות כי היא אינה יכולה להחנות את רכביה ברחוב הסמוך לבית הנשיא לזמן ממושך, היא התעלמה מכך.

החניית רכבי המערערת בסמוך לבית הנשיא

4. כחברי המשנה לנשיאה מלצר, אף אני סבור כי לא היה מקום להורות למשיבה לאפשר למערערת להחנות את רכביה למשך מספר ימים רצופים ברחובות הסמוכים לבית הנשיא. אולם כאמור, טעמי שונים.

5. עיון בתכתובות שצורפו לעתירה שהוגשה לבית המשפט המחוזי, מלמד כי בתחילה פנתה המערערת לקבלת היתר מיוחד לצורך החניית רכביה במקום לפרק זמן העולה על המותר על פי האמור בתמרורים (ע/3). אולם, משבקשתה התקבלה באופן חלקי ולזמן מוגבל, עשתה המערערת דין לעצמה: רכביה הוחנו במקום מעבר לפרק הזמן שאושר לה מבלי שהתבקש היתר נוסף ובניגוד להוראות נציגי המשיבה. בעוד המערערת הפרה את הוראות נציגי המשיבה, להם עמדה בשלב זה חזקת התקינות המנהלית, הגישה את עתירתה לבית המשפט המחוזי על מנת שיכשיר את מעשיה.

לדידי, כבר בשלב זה ראוי היה לדחות את טענות המערערת בעניין זה מחמת חוסר ניקיון כפיים, שהרי כפי שהדגיש השופט (כתוארו אז) א' גרוניס:

”בית המשפט לא יפתח דלתותיו למי שעושה דין לעצמו, מזלזל בהוראות חוק ומבקש להעמיד את הרשות אל מול עובדות מוגמרות. האיסור על עשיית דין עצמי הינו חלק מכלל רחב יותר הדורש מבעל דין הפונה לבקש סעד מבית המשפט כי יפעל בניקיון כפיים. ... מדובר בכלל המוגדר כעילת סף לעניין פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק או לבית המשפט לעניינים מינהליים. על כן, בעל דין הפועל בחוסר ניקיון כפיים יכול שימצא כי עתירתו תידחה על הסף בלא שטענותיו תידונה לגופן” (בג”ץ 3483/05 די.בי.אט. שרותי לוויין (1998) בע”מ נ’ שרת התקשורת, פסקה 12 (9.9.2007)).

6. אולם, בכך לא תמה התנהלותה הפסולה של המערערת. כעולה מהודעתה מיום 19.4.2020, ומתגובת המשיבה להודעה זו, רכביה עוד חנו במקום במועד הדיון שהתקיים לפנינו ביום 9.3.2020. זאת, בניגוד להוראות נציגי המשיבה; בניגוד לפסיקת בית המשפט המחוזי מיום 5.3.2020; וחרף דחיית בקשת המערערת לצו ארעי, בהחלטת בית משפט זה (השופטת ע’ ברון) מיום 6.3.2020.

עם התנהלות זו אין להשלים. כידוע, ”חופש האסיפה אין פירושו התפרקות מכל סדר ציבורי, וחופש התהלכה אין פירושו חופש ההתפרעות” (בג”ץ 148/79 סער נ’ שר הפנים והמשטרה, פ”ד לד(2) 169, 171 (1979)).

זכות ההפגנה אינה מקנה לאדם היתר להתעלם מהוראות הדין ולפעול ככל העולה על רוחו, תוך פגיעה במרחב הציבורי וזלזול בהוראות הרשויות האמונות על שמירת הסדר הציבורי – להן נזקפת חזקת התקינות. ההפגנה אינה מתקיימת בריק, ועל המפגינים המשתתפים בה לציית להוראות הדין, גורמי האכיפה ובתי המשפט.

התעלמות המערערת מהוראות נציגי המשיבה, מפסיקת בית המשפט המחוזי, ומהחלטת בית משפט זה בבקשתה לצו ארעי, יש בה לטעמי משום חוסר ניקיון כפיים חמור אשר די בו כדי לדחות את טענותיה בעניין.

7. זאת ועוד, כפי שהרחיב חברי, הוראות חוק עזר (העמדת רכב וחנייתו) והתמרורים שהוצבו ברחובות הסמוכים לבית הנשיא, קובעים כי אין להחנות רכב במקום בו ביקשה המערערת באופן רציף למעלה משעתיים.

משנמנעה המערערת לבקש כי יוארך ההיתר המוגבל שניתן לה להעמיד את רכביה ברחובות הסמוכים לבית הנשיא למשך כל שעות היממה ולאורך ימים ארוכים – אף שכאמור, חוק העזר של עיריית ירושלים אינו מאפשר זאת – אין להורות למשיבה לאפשר לה לעשות כן.

8. על כן, דין טענות המערערת בעניין זכותה להחנות את רכביה בלא היתר להידחות. זאת, אף מבלי להתייחס לטענות המערערת באשר לאיזון החוקתי הראוי בין הוראות חוק העזר וזכות ההפגנה, אליהן התייחס חברי המשנה לנשיאה בתמצית (על כך שככלל, יש להימנע מלדון בסוגיות חוקתיות כאשר ניתן להכריע בעניין מבלי להידרש אליהן, ראו למשל רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 25 לפסק דינו של השופט א' שטיין (19.8.2019)).

תליית שלטי מחאה בסמוך לבית הנשיא

9. אשר לשלטי המחאה שתלתה המערערת בחזית מבנים פרטיים הסמוכים לבית הנשיא, הרי שאני סבור כי ראש עיריית ירושלים חרג מסמכותו הנתונה לו לפי חוקי העזר העירוניים כאשר הורה על הסרתם.

חברי המשנה לנשיאה התייחס לסוגיה זו בתמצית, ואף נכון היה להניח כי הוראות ראש העיר ניתנו בסמכות. מאחר שאני סבור כי החלטת זה האחרון לא נעשתה בסמכות, ארחיב להלן את נימוקיי בעניין.

10. פקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: הפקודה או פקודת העיריות) מעניקה לעיריות סמכויות גורפות ונרחבות, המייחדות את מעמדן ביחס לרשויות מנהליות אחרות. זאת, בין היתר מאחר שבניגוד לרשויות מנהליות אחרות, הנהגת הרשויות המקומיות נבחרת בהליך דמוקרטי; ואף הליך מימוש סמכויות אלה נושא אופי שכזה: לרשות המקומית מועצה נבחרת, אשר תפקידה דומה לזה של הרשות המחוקקת במדינה (ראו למשל בג"ץ 6057/07 יחיא נ' שר הפנים, פסקה 7 (23.12.2007)).

המועצה הנבחרת מורכבת מסיעות המבטאות את רצון הבוחר. כחלק מפעילותן במועצה, קובעות הסיעות את תקציב הרשות, מתוות מדיניות שעל ראש הרשות לממש, ומפקחות על פועלן. פעילות זו של המועצה הנבחרת נעשית, בין היתר, באמצעות חוקי עזר. אלו מהווים למעשה חקיקה מקומית, אשר מכוחם רוכש ראש הרשות המקומית את סמכותו לפעול בשם המועצה הנבחרת (ראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 441–443 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)).

בהתאם לכך, הכלל הוא כי ראש הרשות המקומית אינו מוסמך לממש את הסמכויות הכלליות שהוקנו לרשות, אלא לפי הסמכה מפורשת שניתנה לו על ידי המועצה הנבחרת לפי חוקי העזר (ראו ע"פ 103/60 פרושנסקי נ' תיק, פ"ד יד 1666, 1669 (1960); בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 231–232 (2000); ע"מ 4058/16 עיריית גבעת שמואל נ' מכון אריק לפיוס טובלנות ושלום ע"ש אריה צבי פרנקנטל הי"ד, פס' 14–21 (26.6.2017)).

11. הדבר נכון ביתר שאת כאשר יש בהחלטות ראש הרשות המקומית כדי לפגוע בזכויות הפרט. אני סבור כי במקרים אלו, נדרשת הסמכה מפורשת וברורה לעשות כן בחוק עזר שהותקן על ידי המועצה הנבחרת – אשר אף הוראותיו מוגבלות לסמכות שניתנה לעירייה על פי חקיקת הכנסת.

דרישה זו להסמכה מפורשת בחקיקה ובחוק עזר לפגיעה בזכויות הנעשית על ידי ראש הרשות המקומית, יש בה כדי להגביר את הפיקוח על החלטותיו, לצמצם את החשש לפגיעה לא מידתית בזכויות, ולהבטיח כי יתקיים דיון ציבורי באשר לאיזון הראוי בין האינטרסים והזכויות המתנגשים (ראו גם רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתי (18.2.2020)).

12. בענייננו, קבע המחוקק בסעיף 249(א13) לפקודת העיריות כי לעירייה סמכות כללית "להורות בדבר שמירת המראה של חזיתות הבתים, לרבות סיוון ושיפוצן".

כפי שנקבע בעניין זקין, סעיף זה כולל הסמכה מספקת למועצת העיר להתקין חוק עזר שיקבע מגבלות מפורשות על הצגת מודעות ושלטים בחזיתות בתים. זאת, אף כאשר הדבר כרוך בפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. אולם, כעולה מהאמור באותו עניין, בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק עזר, ראש העיר אינו מוסמך לעשות כן (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 297–304 (1999) (להלן: עניין זקין)).

13. סמכות ראש העיר להסדרת תחום השילוט בירושלים קבועה בחוק עזר לירושלים (שילוט), התש"ף–2019 (להלן: חוק עזר (שילוט)), אשר הוראותיו המפורטות נועדו, בין היתר, לאזן בין האינטרס הציבורי שבהסדרת השילוט בעיר תוך שמירה על המרחב הציבורי, לבין חופש הביטוי.

סעיף 3(א) לחוק עזר (שילוט), מורה כי הכלל הוא שאין להציג שילוט מהסוגים הקבועים בחוק העזר אלא על פי רישיון, ולאחר תשלום אגרת שילוט. זאת, תוך שסיווג סוגי השילוט הדרושים רישוי מבטא, כשלעצמו, את האיזון המובנה בחוק העזר בין הזכות לחופש הביטוי לאינטרס שבשמירה על רחובות העיר – ואת העדפת חופש הביטוי באותם מקרים שבהם חוק העזר אינו קובע מגבלות מפורשות.

נוסף על כך, וכחלק מהאיזון הקבוע בחוק העזר בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי בהסדרת השילוט ברחבי העיר, סעיפים 8 ו-9 לחוק עזר (שילוט) קובעים כי סוגי שילוט מסוימים פטורים מרישוי או מאגרה. בכלל זה, סעיף 8(א)(7) לחוק עזר (שילוט) מורה כי "מודעה הנישאת בידי אדם במהלך אסיפה או הפגנה" פטורה מאגרה ומרישוי, אף אם היא ממוקמת במרחב הציבורי.

כמו כן, סעיף 12 לחוק עזר (שילוט) מוסיף וקובע תנאים להורות על הסרת שילוט שהוצב שלא כדין, באופן מצומצם מהסמכות המוענקת לראש העיר או מי מטעמו להסיר מכשול ברחוב, לפי חוק עזר (שמירת הסדר והנקיון), עליה אעמוד בהמשך.

בין היתר, קובע הסעיף כי ראש העיר, או מי מטעמו, רשאי להורות בכתב למציג השילוט להסירו בתוך זמן מסוים. אם השילוט לא יוסר במסגרת הזמן שתיקבע, מוסמך ראש העיר, או מי מטעמו, להורות על הסרתו, אולם רק לאחר מתן הודעה בכתב "עד 14

ימים לפני מועד ההסרה המתוכנן, או עד מועד מאוחר יותר" (סעיף 12(ה) לחוק עזר (שילוט)).

הנה כי כן, ההסדר הקבוע בחוק עזר (שילוט) קובע את היקף האיסור על הצבת שילוט הנצפה מהמרחב הציבורי, תוך התחשבות בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה; ומגביל את סמכות ראש העיר, או מי מטעמו, לפעול להסרת השילוט. מגבלות אחרונות אלו אינן טכניות בלבד: הן מאפשרות למציג השילוט הזדמנות לפנות לגורמים האמונים על כך בעירייה לצורך השגה על הקביעה כי השילוט הוצג שלא כדין; ואם טענותיו יידחו – אף לפנות בעניין לבית המשפט המוסמך.

פרק זמן זה עשוי גם לייתר במידה רבה את התערבות העירייה כאשר מדובר בשילוט זמני בלבד שיוסר על ידי מי שהציגו עוד בטרם יפעלו הגורמים האמונים על כך להסרתו. זאת, בפרט כאשר השילוט הוצג כחלק ממפגן מחאה זמני.

על כן, נראה כי יש בהסדר זה כדי לבטא את האיזון בו חפצה מועצת עיריית ירושלים בין חופש הביטוי וזכות ההפגנה מחד גיסא, לבין האינטרס הציבורי שבהסדרת השילוט הנצפה מהמרחב הציבורי מאידך גיסא.

14. חרף זאת, במקרה דנן ראש עיריית ירושלים לא פעל במסגרת סמכותו לפי חוק עזר (שילוט), כאשר הורה להסיר את השילוט שתלתה המערערת.

כפי שפירט חברי בחוות דעתו, כאשר הגיעו נציגי המשיבה למקום ההפגנה, טענו בתחילה בפני אנשי המערערת כי לשילוט אותו תלו בחזית בתים הסמוכים לבית הנשיא, דרוש רישוי לפי חוק עזר (שילוט). אולם, משטענו נציגי המערערת כי מגבלות חוק עזר (שילוט) חלות על פרסום מסחרי בלבד, טענו נציגי המשיבה כי הם מוסמכים להסיר את השילוט מתוקף חוק עזר (שמירת הסדר והנקיון).

הצדדים לא טענו בפנינו בעניין זה, ועל כן לא אקבע מסמרות בנושא. אולם אעיר כי אכן קיים ספק רב אם חוק עזר (שילוט), בנוסחו הנוכחי, חל על כרזות הנתלות בשטחו הפרטי של אדם ואשר אופיין אינו מסחרי. לנוכח ספק זה, הרי שעל פני הדברים, יש ממש בטענה שלפיה המגבלות הקבועות בו אינן חלות על השילוט שהוצב על ידי המערערת במקרה דנן (ראו גם עניין זקין, בעמ' 301–304, וההפניות המופיעות שם; ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 214 (1993); "תחולת

חוקי עזר של רשויות מקומיות על תעמולת בחירות ועל שלטים ומודעות בעלי מסר פוליטי" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1912 (התשע"ט).

מכל מקום, ביטוי לכך שהמשיבה לא התיימרה לפעול מכוח חוק עזר (שילוט), ניתן למצוא גם בכך ששלטי המערערת הוסרו באופן שאינו מתיישב עם הוראות סעיף 12 לחוק עזר זה: להסרת שלטי המערערת לא קדמה התראה בכתב באופן שנדרש לפי הוראות הסעיף; והדבר נעשה בלי שניתנה שהות של ממש למערערת להסיר את השילוט בכוחות עצמה.

15. בהתאם לכך, הן בדיון בעתירה בבית המשפט המחוזי, הן בדיון בערעור דנן, המשיבה לא טענה כי השלטים הוסרו מתוקף הוראות חוק עזר (שילוט); אלא כי הדבר נעשה לפי הוראות לחוק עזר (שמירת הסדר והנקיון), אשר יש בהן, לשיטתה, כדי להסמיכה להסיר את השילוט שהוצב על ידי המערערת.

לטענת המשיבה, סמכותה להסיר את שלטי המערערת נלמדת מסעיף 39(א) לחוק עזר (שמירת הסדר והנקיון), אשר כותרתו "מכשול ברחוב", המורה:

"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".

לגישת המשיבה, יש להעניק לסעיף זה פרשנות רחבה שלפיה אין לתלות על גבי חזית בניין הפונה לרחוב "כל דבר", לרבות שילוט, אלא אם ניתן לכך היתר מאת ראש העיר; וכי ראש העיר ראשי להורות על סילוקן לפי הוראות סעיף 44 לחוק עזר זה, המורה בין היתר כי:

"ראש העיריה רשאי באמצעות כל אדם לסלק כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39".

16. לדידי, אין לקבל פרשנות מרחיבה זו, שכן היא אינה מתיישבת עם לשון סעיפים אלו ועם תכליותיהם; סותרת את העיקרון שלפיו יש לפרש הוראות המגבילות את חופש הביטוי בצמצום; ואינה מתיישבת עם הוראות חוק עזר (שילוט).

אשר ללשון הסעיף, הרי שפרשנות המשיבה מחילה את הוראות הסעיף על "כל דבר" הנמצא במרחב הפרטי – ובלבד שיש בו פגם אסתטי הנצפה מהמרחב הציבורי. מנגד, לשון הסעיף אינה מתייחסת כלל למרחב הפרטי הסמוך לרחוב – אלא למרחב הציבורי ברחוב עצמו: המגבלות הקבועות בסעיף זה חלות אך ורק על הצבת הפץ "ברחוב" או "מעל לרחוב". זאת למשל, בניגוד להוראות סעיף 40 לחוק העזר, הקובע מגבלות על תליית כביסה "בכל מקום הפונה לרחוב, אלא אם קבע ראש העירייה שלא ניתן לקיים איסור זה והתיר תליית כביסה במקום ובתנאים שפירט" (ההדגשה הוספה – 'א').

הוראת סעיף 44 מפורשת אף יותר – ומורה כי ראש העיר מוסמך להורות על סילוקו של דבר "הנמצא ברחוב" בלבד.

כמו כן, כמתואר בכותרת הסעיף, עניינו במניעת "מכשול ברחוב". "מכשול", משמעו דבר שאדם עלול להיתקל בו ולמעוד (ראו למשל אברהם אבן-שושן מילון אבן שושן כרך שלישי 800, 974 (2003)). לא בכדי נקבע כי מטרת הסעיף "לשמור על תקינות הרחובות, על ניקיונם ועל זכות המעבר והתנועה החופשיים בהם" לטובת בטיחות עוברי הדרך (עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 776 (2005)).

על כן, פרשנותה היצירתית של המשיבה, שלפיה יש בסעיף כדי להסמיכה להסיר כל "מכשול אסתטי" אינה מתיישבת עם ניסוחו המילולי, עם כותרתו, ועם תכליתו – ואין לקבלה. זאת, בפרט לנוכח הפגיעה החמורה בחופש הביטוי הכרוכה בכך, ובשים לב לעיקרון שלפיו יש לפרש הוראות הגורעות מחופש הביטוי בצמצום (ראו למשל בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 10 (1994)).

17. נוסף על כך, פרשנות המשיבה לחוק עזר (שמירת הסדר והנקיון) מייתרת רבות מהוראות חוק עזר (שילוט), הנפרס על פני קרוב ל-30 סעיפים, ואשר מטרתו, כאמור, בין היתר, לאזן בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי שבהסדרת השילוט במרחב הציבורי.

בפרט, פרשנות זו גוררת סתירה בין סעיף 12 לחוק עזר (שילוט), המורה כי ראש העיר מוסמך להסיר שילוט שהותקן שלא כדין רק לאחר הודעה ודרישה מוקדמת כי מציג השילוט יעשה כן בעצמו; לבין סעיף 44 לחוק עזר (שמירת הסדר והנקיון), המורה כי ראש העיר או מי מטעמו רשאים לפעול להסרת מכשול, לפי סעיף 39 לחוק עזר זה, ללא כל התראה או דרישה מוקדמת.



בהקשר זה יודגש, כי אם חוק עזר (שילוט) אינו חל על שילוט שאינו מסחרי המוצב בשטח פרטי, הרי שהדבר משקף את האיזון הקבוע בו בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי שבהסדרת השילוט בעיר; כמו גם את הכרעת מועצת העיר בחוק העזר, שלא להגביל שילוט מעין זה לנוכח חשיבותו של חופש הביטוי – וחופש הביטוי הפוליטי בפרט.

על כן, אין להעניק פרשנות מרחיבה לחוק עזר (שמירת הסדר והנקיון) באופן המבטל הכרעותיה הערכיות של מועצת העיר, תוך מה שנדמה כמתן סמכות רחבה לראש העיר לפגוע בחופש הביטוי ללא כל סייג (ראו גם עניין זקין, בעמ' 303–304).

18. סיכומו של דבר, חוקי העזר של עיריית ירושלים אינם מסמיכים את ראש העיר, או מי מטעמו, לפעול להסרת שלטי מחאה המוצבים בשטח פרטי, באופן שבו הדבר נעשה במקרה דנן.

בהתאם לכך, הסרת שלטי המחאה שהציבה המערערת בסמוך לבית הנשיא בירושלים נעשתה בחוסר סמכות – ואין להכשירה בדיעבד.

על כן, סברתי כבר במועד הדיון כי יש לאפשר למערערת לתלות את שלטיה.

19. יובהר, כי תוצאה זו נגזרת מהאיזון שקבעה מועצת עיריית ירושלים בחוקי העזר המקומיים בין חופש הביטוי לאינטרס הציבורי שבהסדרת השילוט במרחב הציבורי שבשטחה. איזון זה מבטא את רגישות העניין ואת מורכבותו, המקבלות משנה תוקף לנוכח אופייה הייחודי של ירושלים, בהיותה בירת ישראל – בה ממוקמים המוסדות השלטוניים – ועל כך יש להוסיף את אוכלוסייתה המגוונת.

אולם, אין כל מניעה עקרונית כי חברי מועצת העיר יפעלו לתיקון חוקי העזר, אם הם סבורים כי אין בחוקי העזר, במתכונתם הנוכחית, כדי לאפשר הגנה מספקת על המרחב הציבורי. זאת, כמובן, בכפוף לסמכות המועצה – ובשים לב למעמדה ולחשיבותה של הזכות לחופש הביטוי.

20. משהגעתי לכלל מסקנה כי החלטת ראש העיר ניתנה בחוסר סמכות, אין כל מקום להידרש לסבירות החלטתו ומידתיותה.

מטבע הדברים, בחינת אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות המנהלית על ידי בית המשפט כרוך בפגיעה משמעותית בעצמאותה. על כן, ובהתאם לעקרון הפרדת הרשויות, על בית המשפט להימנע מבחינת סבירותן ומידתיותן של החלטות מינהליות כאשר אין כל צורך בכך (ראו גם רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פסקה 6 לחוות דעתי (5.5.2020) (להלן: עניין רותם); בג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' הכנסת, פסקה 4 לחוות דעתי (14.7.2020)).

עם זאת, ולנוכח השלכות הרוחב המשמעותיות שעלולות להיות לקביעות המשנה לנשיאה, ראיתי לנכון להדגיש כי אני מסתייג מקביעותיו, שמהן עלול להשתמע כי על דרך הכלל יש להימנע מהטלת כל מגבלה על הפגנות ומשמרות מחאה הנערכות בסמוך למעונם הרשמי של אנשי ציבור, להבדיל מביתם הפרטי.

21. ככלל, מימוש זכות ההפגנה מול ביתו של נושא משרה ציבורית כרוך לא פעם בפגיעה בפרטיותו ובפרטיות בני משפחתו ושכניו. הדברים אמורים ביתר שאת בכל הנוגע לקיום משמרת מחאה מחוץ לביתו של נושא המשרה הציבורית.

כפי שהדגיש הנשיא מ' שמגר, משמרת מחאה מעין זו, עלולה "להדיר אדם משלוותו, מהרגשת הביטחון האישי שלו ומתחושתו, כי הוא יכול לנהל את חייו לעצמו, בלי שענייניו הפרטיים הופכים לתצוגה לאחריים, ובכך ההטרדה שבמעשה והפגיעה בפרטיות העולה ממנה" (ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 851 (1988)).

זאת ועוד, קיים חשש כי משמרת מחאה מעין זו, הפוגעת כאמור בשלוותו ובתחושת הביטחון האישי של איש הציבור תשפיע באופן פסול על פעילותו הציבורית משיקולים שאינם מן העניין, בשל רצונו לגרום למפגינים לחדול מלהטריד את בני משפחתו וקרוביו (בג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (27.4.2017)).

על כן, נקבע בפסיקותיו של בית משפט זה כי הפגנה בקרבת ביתו הפרטי של איש ציבור תתאפשר רק במקרים שבהם לא קיימת אפשרות ממשית להפגין מול המקום שבו הוא ממלא את תפקידו הציבוריים (שם); וכי אף במקרים שבהם יש לאפשר את קיומה, ניתן יהיה להגבילה לשעות מסוימות, ולהגביל את סוג האמצעים שבהם יעשו המפגינים שימוש (ראו למשל בג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 482—

484 (1994); בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל – מפקד מחוז ירושלים, פסקה 18 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (19.8.2020) (להלן: עניין פדידה)).

אכן, כפי שנקבע בעניין כהנא:

"חופש האסיפה וחופש הביטוי ... אין פירושה מתן היתר לחדור לרשות היחיד של איש הממלא תפקיד ציבורי ולהטריד אותו ואת בני ביתו בחייהם הפרטיים, כדי להשפיע עליו, בדרך זו, על פעילותו הציבורית" (בג"ץ 456/73 כהנא נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל – פארס אל עמוד (16.12.1973)).

22. מובן כי הצבת שילוט בוטה ומאיים כחלק ממפגן מחאה, בסמוך לביתו של איש ציבור עלולה להחמיר את הפגיעה האמורה בתחושת הביטחון האישי שלו ושל בני משפחתו, תוך פגיעה קשה מהרגיל בפרטיותם. לעיתים, יהיה בכך גם כדי להגביר את החשש להשפעה לא ראויה על שיקול דעתו ופעילותו הציבורית משיקולים שאינם בהכרח טובת הציבור.

פגיעה זו בפרטיותם של איש הציבור ומשפחתו, והחשש מהשפעה פסולה על שיקול דעתו, קיימים בין אם מדובר בביתו הפרטי, ובין אם מדובר במעונו הרשמי; הם קיימים בין אם מדובר בנשיא המדינה, ובין אם מדובר באיש ציבור אחר (ראו לעניין זה גם את דברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 793, 796–797 (1994) (להלן: עניין עם כלביא)).

על כן, במקרים המתאימים אני סבור כי ניתן יהיה להגביל שילוט מעין זה – ובלבד שתהיה לכך הסמכה מתאימה בחוק.

בכך כמובן אין כדי לגרוע מעצם האפשרות להפגין בסמוך למעונו הרשמי של נושא המשרה הציבורית (עניין פדידה, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

23. לסיכומו של דבר, אני סבור במקרה דנן ראש עיריית ירושלים חרג מסמכותו כשהורה לנציגי המשיבה להסיר לאלתר את שלטי המחאה שתלתה המערערת – וממילא איננו נדרשים למידתיות החלטתו להורות כן.

24. אשר לאמור בהחלטתנו מיום 9.3.2020, בעניין הצבת אוהל המחאה ("גזיבו") והקרוואן בסמוך לבית הנשיא, הרי שהדברים התבססו בעיקרו של דבר על הסכמות הצדדים, ולא ראיתי מקום להוסיף על כך.

25. בשלב זה הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט ג' קרא, אשר חלק באריכות על שתי קביעות שנכתבו בשולי חוות דעתי. אף שקביעותי אלו נכתבו בבחינת למעלה מן הצורך, מצאתי לנכון להוסיף התייחסות קצרה כדי שדבריי לא יובנו שלא כהלכה.

ראשית, אין חולק כי עילת הסבירות שרירה וקיימת – ואף אני סבור כי אין לבטלה – אלא שיש לנקוט במשנה זהירות בבואנו ליישמה (ראו במיוחד את עמדתי בעניין רותם). בפרט, ראוי להימנע מהיזקקות לה כאשר הדבר אינו נחוץ, כבמקרה דנן. עמדה זו אינה חדשנית: כבר לפני למעלה מעשור הסתייג השופט (כתוארו אז) א' גרוניס משימוש נרחב בעילת הסבירות שלא לצורך:

"אין בכוונתי לומר כי עלינו להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות, על פי השקפתי, הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהן קונקרטיות יותר, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או הפליה. עילות ופגמים אלה נמצאים ברמת הפשטה נמוכה יותר ועל כן השימוש בהם יקטין את המרחב של שיקול הדעת השיפוטי ויגביר את הוודאות המשפטית. השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 524 (2007)).

שנית, בניגוד למשתמע מחוות דעת השופט קרא, לא ביקשתי לצמצם את זכות ההפגנה בסמוך למעונו הרשמי של איש ציבור מעבר לאופן שנקבע זה מכבר בפסיקה.

כפי שציינתי בחוות דעתי, וכפי שעולה גם מדברי השופט קרא, אין חולק כי הפסיקה הכירה באפשרות לקבוע מגבלות שונות על הזכות להפגין בסמוך למעונו הרשמי של איש ציבור. בחוות דעתי הסתייגתי מעמדת המשנה לנשיאה, אשר קבע כי העקרונות שנקבעו בפסיקה בעניין קיום הפגנות בסמוך לביתו הפרטי של איש ציבור אינן חלות על הפגנות המתקיימות בסמוך למעונו הרשמי, ממנה עלול להשתמע שכלל, יש להימנע מהגבלת הפגנות בסמוך למעונו הרשמי של איש ציבור. זאת, באופן הסוטה לטעמי מפסיקות בית משפט זה (ראו למשל את האמור בעניין פד"ה, בפסקה 18).

בדומה, קביעת השופט קרא שלפיה "החשש מהפגיעות בביטחון האישי ובפרטיות והחשש מהשפעה פסולה על נבחר הציבור – רלוונטי בעיקר כאשר מדובר בהפגנה המתקיימת בסמוך למעונו הפרטי של נבחר הציבור", אינה מתיישבת לטעמי עם הפסיקה עד כה.

כך למשל, בעניין עם כלביא ציין המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק כי במסגרת קביעת המגבלות על הפגנה המתקיימת בסמיכות למעונו הרשמי של ראש הממשלה, יש להתחשב גם בפגיעה בפרטיותו ובלחצים המופעלים עליו:

"גם לראש הממשלה זכות לפרטיות. גם לו יש להבטיח מקום בו יוכל לנוח מטרדות היום, בו יחליף כוח, ובו ימצא מנוחה בחיק המשפחה. גם לו יש להבטיח מקום מוגן מן הלחצים החיצוניים הקשים הפועלים עליו" (שם, בעמ' 796–797).

הנה כי כן, אף בעניין זה, אין באמור בחוות דעתי כדי להרחיב או לצמצם את פסיקותיו של בית משפט זה.

## ש ו פ ט

### השופט ג' קרא:

1. עניינו של ערעור זה במשמרת מחאה שהתקיימה מול מעונו הרשמי של נבחר ציבור – בית נשיא המדינה. כחלק ממשמרת המחאה, המערערת תלתה שלטי מחאה על גדר הצופה לרחוב, בסמוך לבית נשיא המדינה (להלן: השילוט), ולאחר שקיבלה את הסכמת בעלי הנכסים לכך (לפי הצהרות המערערת). המערערת קיבלה אישורים לכך מעיריית ירושלים (להלן: המשיבה או העירייה), מבית הנשיא וממשטרת ישראל. השילוט כלל בעיקרו מסרים שקראו לנשיא המדינה, שלא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת וראש הממשלה המכהן בנימין נתניהו בשל כתב האישום שהוגש נגדו. בהמשך, המשיבה – היא הרשות המקומית שבתחומה נערכו פעולות המחאה מטעם המערערת – טענה כי תליית השלטים מנוגדת לסעיף 39(א) לחוק עזר ירושלים (שמירת הסדר והניקיון), התשל"ח-1978, שכותרתו "מכשול ברחוב" (להלן: חוק העזר). חוק העזר קובע, בתמצית, כי מותר לתלות ברחוב כל דבר ובלבד שניתן לכך היתר מראש

העירייה ובהתאם לתנאי ההיתר. לפיכך, המשיבה הורתה על הסרת השלטים כדי לשמור, לטענתה, על הסדר הציבורי. המשיבה טענה כי ראש העיר הורה על הסרת השלטים וכי האישור שניתן למערערת היה להנפתו של שילוט ולא לתלייתו. בית משפט קמא קבע כי סעיף 39(א) הנ"ל חל גם על מניעת מכשולים אסתטיים, ומשלא ניתן היתר כדין – המשיבה הייתה מוסמכת להורות על הסרת השילוט. יצוין כי הערעור נסב גם על שאלת החניה של כלי הרכב של המערערת ובנושאים נוספים, אך עיקרו בסוגיית השילוט, כאשר בסוגיית כלי הרכב לא מצאנו עילה להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא.

2. אני סבור כי הפעלת שיקול דעתו של ראש עיריית ירושלים איננה עומדת במבחן הביקורת השיפוטית, כמפורט בחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (וכן ספק בעיניי, וסוגיה זו ניתן להותיר להכרעה לעת מצוא, אם יש ממש בטענת המשיבה כי השילוט היווה בכלל "מפגע אסתטי"). אני מצטרף בהסכמה לאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר, הן לעניין השילוט והן לעניין כלי הרכב.

3. חברי, השופט י' אלרון, קובע בחוות דעתו כי ראש עיריית ירושלים חרג מסמכותו הקבועה בחוקי העזר של עיריית ירושלים כאשר הורה על הסרתם של השלטים. כאשר החלטות של ראש הרשות המקומית פוגעות בזכויות הפרט, נדרשת הסמכה מפורשת וברורה לעשות כן בחוק העזר. השופט אלרון סבור כי פרשנותה המרחיבה של המשיבה אינה מתיישבת עם לשון חוק העזר או עם תכליותיו והיא סותרת את העיקרון לפיו יש לפרש הוראות המגבילות את חופש הביטוי בצמצום. לפיכך, השופט אלרון קובע כי אין לקבל את פרשנותה המרחיבה של המשיבה, לפיה ההוראה בחוק העזר מסמיכה להסיר כל "מכשול אסתטי" וכי ראש העיר אינו מוסמך לפעול להסרת שלטי המחאה של המערערת המוצבים בשטח פרטי. בהמשך חוות דעתו, ומשהגיע למסקנה כי ראש העירייה לא היה מוסמך להורות על הסרת השילוט, הדגיש השופט אלרון כי אין להידרש לסבירות החלטתו של ראש העיר ולמידתיותה: "מטבע הדברים, בחינת אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות המנהלית על ידי בית המשפט כרוך בפגיעה משמעותית בעצמאותה. על כן, ובהתאם לעקרון הפרדת הרשויות, על בית המשפט להימנע מבחינת סבירותן ומידתיותן של החלטות מינהליות כאשר אין כל צורך בכך" (פסקה 20 לחוות דעתו).

לעמדה זו איני יכול להצטרף. מושכלות ראשונים כי במסגרת הביקורת השיפוטית, נבחנת הפעלת שיקול הדעת של הרשות המינהלית באמצעות מבחני הסבירות והמידתיות. כך נעשה גם בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה מלצר. קבלתה של עמדה הגורסת כי ביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות המנהלית כרוכה

בפגיעה משמעותית בעצמאותה – עלולה לעקר מתוכנו את מוסד הביקורת השיפוטית על החלטות של רשויות מינהליות (השוו גם: בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פסקה 41 לפסק דינה של המשנה לנשיאה מ' נאור וההפניות שם (14.10.2013) ("...בעוד בית המשפט נוקט בריסון רב בהתערבות בהחלטות הכנסת, ריסון הנובע ממעמדה המיוחד של הכנסת במשולש הרשויות, ריסון עצמי זה מיוחד הוא לכנסת ואין להחילו על גורמים שלטוניים אחרים כגון מועצת עיריה"); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקאות 9, 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין (9.10.2003) ("...בית משפט זה מפקד על חוקיות וסבירות פעולתן של רשויות השלטון במדינה... מלאכת הביקורת השיפוטית מחייבת, אפוא, איזון בין כיבוד החלטותיהן של רשויות השלטון בתחום סמכותן, לבין הצורך – הנובע גם הוא מעקרונות היסוד של הדמוקרטיה – בשמירה על שלטון החוק ובהגנה על זכויות האדם... בהפעלת סמכות הביקורת של בית המשפט על החלטותיהן של רשויות שלטוניות אחרות, מביא בית המשפט בחשבון החלטתו את מעמדו ואת תפקידו של הגוף המבוקר, וכן את מהות ההחלטה העומדת לביקורת ואת מאפייניה"; אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 178-179 (2018) (להלן: ברק, הזכות החוקתית)). כך, למשל, "מתחם הסבירות" מבטא את ההשקפה שעילת הסבירות אינה מיועדת לקבוע מהי ההחלטה שעל הרשות לקבל, אלא להגדיר תחום של החלטות אפשריות (ראו, למשל: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב', בעמוד 763). גם מתחם המידתיות מכיר במרחב שיקול הדעת שבידי הרשות בהפעלת הביקורת השיפוטית (שם, בעמ' 790). הלכה פסוקה ומושרשת היא כי בביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית, בית המשפט אינו מתיימר להיכנס בנעלי הרשות המינהלית, אלא הוא שוקל האם נפל פגם בשיקול דעתה המקיים עילה להתערבות לפי כללי המשפט המינהלי.

4. כמו כן, השופט אלרון מציין בחוות דעתו כי הוא מסתייג מקביעותיו של המשנה לנשיאה, "שמהן עשוי להשתמע כי יש להימנע מהטלת כל מגבלה על הפגנות ומשמרות מחאה הנערכות בסמוך למעונם הרשמי של אנשי ציבור, להבדיל מביתם הפרטי" (שם, בפסקה 20). גם לכך איני יכול להצטרף, מהטעם כי מחוות דעתו של המשנה לנשיאה לא עולה כי יש להימנע מהטלת מגבלות על הפגנות ומשמרות מחאה הנערכות בסמוך למעונם הרשמי של אנשי ציבור.

לביסוס הסתייגותו זו, השופט אלרון מפנה לד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 851 (1988), בו נאמר באופן כללי וכדוגמא, כי משמרת צמודה ליד ביתו של אדם עלולה לפגוע בביטחונו האישי ובפרטיותו, אך מבלי שנדרשו באותו

עניין להבחנה האם מדובר במעון רשמי או פרטי של איש ציבור או של אדם פרטי. כן מוזכר בחוות דעתו של השופט אלרון החשש מהשפעה פסולה על איש הציבור. השופט אלרון מציין כי "מובן כי הצבת שילוט בוטה ומאיים כחלק ממפגן מחאה, בסמוך לביתו של איש ציבור... לעיתים, יהיה בכך גם כדי להגביר את החשש להשפעה לא ראויה על שיקול דעתו ופעילותו הציבורית משיקולים שאינם בהכרח טובת הציבור" וכי שיקולים אלו של הפגיעות בביטחון האישי ובפרטיות והחשש מהשפעה פסולה – "קיימים בין אם מדובר בביתו הפרטי, ובין אם מדובר במעונו הרשמי" (פסקה 22 לחוות דעתו).

כפי שציין המשנה לנשיאה מלצר בחוות דעתו, בבג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 793, 796-797 (1994), נקבע לעניין קיומן של הפגנות מול מעונו הרשמי של ראש הממשלה, כי מעונו הרשמי של ראש הממשלה הוא בעל אופי מיוחד ויש בו מסמליות השלטון. לכן, נקבע שם כי הזכות להפגין ליד מעונו הרשמי של ראש הממשלה אינה מוחלטת ויש לאזנה עם זכות הפרטיות של ראש הממשלה, בני ביתו ושכניו ומשיקולים של שלום הציבור; כאשר איזון זה מתמקד בהטלת מגבלות של זמן, מקום ואופן ההפגנה. מכאן, כי לא ניתן לומר כי אין כל מגבלות על הזכות להפגין כשמדובר במעון הרשמי של נבחר הציבור. יתר על כן, בבג"ץ 1983/17 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.4.2017), אשר עסק בהפגנות ובמשמרת מחאה מול מעונו הפרטי של היועץ המשפטי לממשלה, נקבע כי:

"הפגנה או עצרת מחאה ליד מעונו הפרטי של איש ציבור, מקום שקיימת חלופה אפקטיבית (כגון משרדו), מקימה חזקה כי התכלית, לפחות העיקרית, של ההפגנה או משמרת המחאה אינה מימוש חופש הביטוי והמחאה אלא ניסיון להשפעה לא לגיטימית על איש הציבור במילוי תפקידו על ידי יצירת לחץ אישי עליו ועל בני משפחתו, כמבואר לעיל, ועל כן פעילות כזו אינה חוסה תחת ההגנה על חירות ההפגנה" (שם, פסקה 16; ההדגשות הוספו).

נכתב בהקשר זה כי "הפעלת לחץ אישי על איש ציבור אין בה כדי לתרוג ממסגרת הזכות להפגין. היא תישקל בבואנו לבחון את ההגבלות על מימושה של הזכות להפגין. להגבלת מימוש זה צריך שיהא צידוק, אשר ייבחן על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה" (ברק, הזכות החוקתית, עמודים 132-133. ראו גם: בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (8.10.2017) ("אין למצוא טעם לפגם במחאה המופנית כלפי היועץ המשפטי בעניינים הנוגעים למילוי תפקידו ותיאור מחאה זו, בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו, כהפעלת לחץ פסול או כעבירה פלילית אין לקבלו"); סעיף ה' להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין חירות ההפגנה (מספר הנחיה 3.1200)).



אני סבור כי החשש מהפגיעות בביטחון האישי ובפרטיות והחשש מהשפעה פסולה על נבחר הציבור – רלוונטי בעיקר כאשר מדובר בהפגנה המתקיימת בסמוך למעונו הפרטי של נבחר הציבור. חוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר עוסקת במצב בו ההפגנה מתרחשת בסמוך למעונו הרשמי של נבחר הציבור. כאשר מדובר בנבחר ציבור אשר מתקיימת הפגנה בסמוך למעונו הרשמי, יהא זה מופרז לחשוש כי נבחר הציבור לא יפעל באופן מקצועי ועצמאי וכי הוא יושפע באופן שאינו לגיטימי ויהא "לחיץ" כך שהוא ישנה את דעותיו משיקולים שאינם טובת הציבור.

ש ו פ ט

הוחלט פה אחד לקבל באופן חלקי את הערעור, כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר. באשר להנמקה – הוחלט ברוב דעות של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר והשופט ג' קרא כאמור בחוות הדעת שלהם, כנגד דעתו של השופט י' אלרון, שחלקה על חלק מנימוקי דעת הרוב.

ניתן היום, ו' בתשרי התשפ"א (24.09.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה