

העותרים:

1. אביטל ארבל
2. זיו גוטספלד
3. אורנה ועדיה
4. גור אריה שדה
5. ג'ורג'ו סופינו
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד טל חסין ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417

טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

דוא"ל: talh@acri.org.il

- נ ג ד -

המשיבים:

1. ועד מקומי גן יאשיה
2. המועצה האזורית עמק חפר

ע"י ב"כ עוה"ד שלמה ולדמן ואריאל שיין

רחוב מצדה 7 (מגדלי בסר 4, קומה 19) בני-ברק 5126112

טל': 03-7734500; פקס: 03-7734515

דוא"ל: office@wdzf.co.il

3. גן יאשיה, מושב עובדים של חיילים משוחררים
להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד דן פיאלה ואח'

רחוב ז'בוטינסקי 7 רמת גן 5252007

טל': 03-7518402; פקס': 03-7517117

עיקרי טיעון מטעם העותרים

"אמות המידה לאיזון בין ערך חופש הביטוי והיצירה לבין ערך ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור, כחלק מההגנה על הסדר הציבורי, הן, איפוא, אלה: לחופש הביטוי יינתן, דרך כלל, מעמד בכורה גם מקום שחופש זה מנוצל לפגיעה ברגשות, ואפילו מדובר בפגיעה ממשית. רק במצבים חריגים וקיצוניים בהם הפגיעה הינה מעבר לסף הסיבולת האנושי שראוי לשאתו במשטר דמוקרטי באופן העלול להפר באופן ממשי את שלום הציבור ואת הסדר הציבורי, יהא מקום להגבלה מידתית של חופש הביטוי. מצבים של משבר או חירום לאומי

עשויים לבוא בגדר אותם מקרים חריגים וקיצוניים" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"די נח(1) 249, 251 (2003)).

1. נזכיר, בתמצית: עניינה של העתירה הוא בהחלטת המשיב 1, הוועד המקומי גן יאשיה (להלן: "הוועד" או "הוועד המקומי") לאסור על קיום פעילות פוליטית ומתן במה לארגונים פוליטיים במרחב הציבורי במושב ובמתקני הציבור בו; ובסירובה של המשיבה 2, המועצה האזורית עמק חפר, אשר האצילה לוועד המקומי את הסמכות לנהל את ענייני התרבות במושב, להפעיל את סמכותה ולדרוש את ביטול ההחלטה, זאת אף שההלכה בנושא חובת המועצה להתיר מפגשים פוליטיים במתקניה, גם כאלו העוסקים בנושאים שנויים במחלוקת, ידועה לה היטב (ר' הסבריו של יועמ"ש המועצה וב"כ המשיבים 1 ו-2 לחברי הוועד המקומי המופיעים בסעיף 5 לעתירה ובאסמכתאות לו). החלטת הוועד המקומי, אשר התקבלה בינואר 2016, שבה ואושררה ביולי 2016 ובינואר 2018 (ר' החלטת ועד האגודה מיום 11.1.2018 שצורפה כנספח 3 לתשובת המשיבים 1 ו-2) והוועד פועל על פיה. באפריל השנה פנו תושבים לוועד המקומי גן יאשיה בבקשה לשריין את מועדון החברים במושב למפגש עם פורום משפחות שכולות, ארגון ישראלי-פלסטיני הפועל לפיוס בין העמים, אך נענו על ידי יו"ר הוועד, כי האישור מותנה בהחלטת הוועד, אשר לא צפוי להתכנס טרם למועד שתוכנן למפגש. ר' פסקה 7 בתצהירה של העותרת 3 אשר צורף לעתירה.

2. בהתאם, התבקשו בעתירה שני סעדים: ביטול החלטת הוועד האוסרת על מפגשים פוליטיים במרחב הציבורי במושב (להלן: "החלטת הוועד"), וכן להורות למשיבה 2 להפעיל את סמכותה מכוח סעיף 132(ב) לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958 (להלן: "צו המועצות המקומיות"), ולבטל אצילת סמכות שהעניקה לוועד המקומי, שעה שזה עושה בו שימוש פסול ובלתי חוקי, כמו במקרה שבפנינו.

3. את עיקרי הטיעון מטעמם יבקשו העותרים לחלק לחמישה פרקים: א. התייחסות לטענות הסף שהעלו המשיבים 1 ו-2. ב. מעמדה של הזכות לביטוי, והתנאים להגבלתה. ג. שטחים ציבוריים כזירה חיונית למימוש הזכות לביטוי, וההלכה שנקבעה בנושא. ד. טענת המניעות הקניינית והאיסור המוטל על רשות מנהלית להתקשר בהסכם המתנה על זכויות חוקתיות. ה. ביטול סמכות שהואצלה מחמת שימוש בלתי חוקי בה.

4. מאחר שחלק הארי של נושאים אלו נדון בכתבי בית הדין שכבר הוגשו בהליך זה לבית המשפט הנכבד, ישובו העותרים על טיעוניהם בקיצור נמרץ, תוך הפניה לכתבי הטענות והאסמכתאות הנקובות בהם.

א. טענות הסף שהעלו המשיבים 1 ו-2

5. על אף הודעת בית המשפט הנכבד למשיבים 1 ו-2 (להלן: "המשיבים") שאין בכוונתו לדחות את העתירה על הסף, בחרו אלה למחזר את טיעוניהם בנושא בכתב תשובתם. בניגוד לטענתם, העתירה אינה תיאורטית, לא לוקה בשיהוי וארגון "שוברים שתיקה" אינו צד רלבנטי לה. בעניין טענות הסף, הנפרסות על סעיפים 58-76 לכתב התשובה, מבקשים העותרים להפנות את בית המשפט הנכבד לתגובתם מיום 13.9.2017 לבקשת המשיבים למחיקת העתירה על הסף, והאסמכתאות המפורטות בה.

ב. מעמדו של חופש הביטוי והתנאים להגבלתו

6. חופש הביטוי הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל, זכות חוקתית המעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשורת פסקי דין עיגן בית המשפט העליון את מעמדו של חופש הביטוי כזכות יסוד, "זכות עילאית", העומדת בלבת הדמוקרטיה. בית המשפט קבע, כי יש לנקוט ריסון ממשי בעת קביעת הסדרים כלשהם, הכובלים או מסייגים את הזכות לביטוי. חופש הביטוי הפוליטי, החיוני לקיום משטר דמוקרטי, זוכה להגנה משפטית מירבית בשל חשיבותו החברתית (ר' רע"פ 599/13 אליצור סגל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2017) ובפרט סעיפים 33-38 לפסק הדין). הזכות לביטוי אינה מצטמצמת לדעות קונצנזואליות (ר' סעיפים 30-33 לעתירה, והפסיקה המופיעה).
7. ככל זכות, גם הזכות לביטוי אינה מוחלטת. עם זאת, בהתנגשות בינה לבין זכויות וערכים אחרים שמור לה מעמד של בכורה. הכלל הבסיסי ששב ועוגן בפסיקת בית המשפט העליון, לו חברו אמות המידה שעוגנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא שנוכח משקלו הסגולי הנכבד של חופש הביטוי, אין מגבילים אותו אלא בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: הסמכה מפורשת בחוק והסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית בערך מתנגש (ר' סעיף 35 לעתירה והאסמכתאות הנקובות בו).
8. אף שהמשיבים שבים וטוענים שהם מכירים בערכה של הזכות לביטוי, כתב התשובה מטעמם אינו מבסס את קיומם של התנאים לפגיעה בה. לוועד - רשות מנהלית הכפופה לעקרונות המשפט הציבורי – אין כל סמכות לקבל החלטות הפוגעות בזכויות חוקתיות, ממש כשם שהמועצה, שמכוחה הוא יונק את סמכותו, אינה רשאית לעשות כן. בכתב תשובתם לעתירה התעלמו המשיבים לחלוטין משאלת הסמכות.
9. המשיבים אף לא ביססו טענתם, לפיה נועדה החלטת הוועד למנוע הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית בערך מתנגש. אכן, לאורך כתב התשובה פזורות טענות בדבר אלימות לכאורה שהתעוררה במושב בעקבות הזמנת ארגון "שוברים שתיקה" למפגש במועדון החברים והחלטת הוועד שבאה בעקבותיה, ממנה גוזרים המשיבים את הצורך לשמור על הסדר הציבורי. אולם טענות אלה נטענו על דרך הסתם. הן לא פורטו, לא תוארכו, ולא הובא להם ולו בדל ראיה (ר' סעיפים 8, 36, 38, 84, 86 לכתב התשובה).
10. גם טענת המשיבים לפיה החלטת הוועד "סבירה ומידתית" בשל פגיעה צפויה באחדות הקהילה וברגשות תושבים, בהם משפחות שכולות, אם תתקיים במושב פעילות פוליטית - דינה להידחות. העותרים אינם מקלים ראש כלל בערך האחדות הקהילתית ולבם אינו גס נוכח פגיעה ברגשות. אולם אחדות אינה אחידות, משפחות שכולות או חזות בדעות שונות ומצויות בשני צדיה של המחלוקת שבפנינו, וההלכה הפסוקה בנושא ברורה וחד משמעית: חברה דמוקרטית, המחויבת לפלורליזם רעיוני, מוכנה לשלם מחיר של פגיעה ברגשות, ואפילו קשה, ושל פגיעה בלכידות החברתית, על מנת להמשיך ולקיים חברה המושתתת על שוק חופשי של דעות ורעיונות (ר' סעיפים 31-43 לעתירה, והאסמכתאות המופיעות שם). ובלשונו של בית המשפט העליון:

"חברה המבוססת על פלורליזם חברתי חייבת לאפשר החלפת דעות, גם אם יש בכך כדי לפגוע ברגשות של המתנגדים לאותן דעות. מעצם מהותו של המשטר הדמוקרטי מתבקשת החשיפה לפגיעה ברגשות. פגיעה ברגשות, ואף פגיעה קשה,

עשויה להיות תוצאה בלתי-נמנעת של החלפתם החופשית של דעות ורעיונות בחברה דמוקרטית. במיוחד כך כאשר מדובר בדעות חריגות המערערות על נורמות מוסכמות ועל ערכים מקובלים. אכן, אזרחי החברה הדמוקרטית חשופים לכך שדעותיהם, אמונותיהם וערכיהם יותקפו ויאותרו. החברה הדמוקרטית מוכנה לשלם מחיר זה על מנת להמשיך ולקיים חברה המושתתת על שוק חופשי של דעות ורעיונות, וחתירה מתמדת אחר האמת והצדק" (בג"ץ 2194/06 **מפלגת שינוי נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 2.6.2006)).

ג. שטחים ציבוריים כזירה חיונית למימוש הזכות החוקתית לביטוי

מועדון החברים, בית העם ומדשאות המושב, כמו כל השטחים הציבוריים ומבני הציבור במושב, מהווים במות אפקטיביות וחיוניות למימוש הזכות החוקתית לביטוי ולקיומו של שוק דעות חופשי ופתוח. אלו צמתים מרכזיים לתקשורת ולשיח ציבוריים, לחשיפה לדעות שונות ולקבלת מידע. האפשרות לקיים מפגשים פוליטיים בבתי פרטיים אינה מספקת מזור לפגיעה האנושה בחופש הביטוי שנגרמת עקב הדרתם מהמרחב הציבורי. גם בנושא זה קיימת הלכה פסוקה. בפסק הדין בעע"מ 3307/04 **קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב** (פורסם בנבו, 4.4.2005), שעסק במחלוקת דומה מאוד לזו שבפנינו, קבע בית המשפט העליון:

"על רשות מקומית לאפשר שימוש בשטחים הציבוריים שבמתחם השירותים שלה לשם קיום פעילויות ציבוריות שונות, לרבות פעילויות בעלות אופי פוליטי או מעין-פוליטי, וזאת כדי לכבד ולקיים את חופש הביטוי באותם מתקנים המיועדים לשימוש של הציבור הרחב", עמ' 3 לפסק הדין; כן ר' סעיפים 33-35 לעתירה והאסמכתאות שם).

ד. טענת המשיבים למניעות הקניינית לכאורה

11. את עיקר יהבם משליכים המשיבים על הטענה לפיה גם אם תבוטל החלטת הוועד, לא ניתן יהיה לקיים במועדון החברים מפגשים פוליטיים בשל החלטת המשיבה 3, האגודה השיתופית גן יאשיה (להלן: "**האגודה השיתופית**"), בעלת זכויות הקניין במועדון, שהתקבלה בסמוך לאחר הגשת העתירה, לאסור על קיום פעילות פוליטית בו. לטענה זו, המכונה בפי המשיבים "מניעות קניינית", יבקשו העותרים להשיב כדלקמן:

א. החלטת הוועד המקומי חלה על כלל שטחי הציבור ומתקני הציבור במושב, ואינה תחומה למועדון החברים.

ב. אף שהאגודה השיתופית היא תאגיד מתחום המשפט הפרטי - בשל השפעת החלטותיה על אורח החיים במושב ועל זכויות תושביו, חלות עליה חובות מתחום המשפט הציבורי, ובהן חובת תום הלב, הגינות וסבירות, וספק אם היא יכולה לקבל החלטות הפוגעות בזכויות חוקתיות. דברים אלה יפים ביתר שאת כשמדובר בשימוש בנכסים אשר האגודה מחזיקה בהם כנאמן הציבור, ובהם מועדון החברים, אשר תושבי המושב מימנו את החזקתו ושיפוצו בסך מאות אלפי שקלים (ר' תגובה מטעם העותרים מיום 30.10.2017 בנושא הטענה הקניינית ובפרט סעיפים 9 ו-10 והאסמכתאות להם). יתרה מכך - עיתוי קבלת החלטת האגודה, הניסיון להחילה רטרואקטיבית

על חוזה השימוש במועדון שנחתם כבר בשנת 2011 ואינו מסייג פעילות פוליטית, כמו גם שתיקתה נוכח קיומם בעבר של מפגשים פוליטיים במועדון, מעידים על כך כי היא נתפרה כל כולה בתפרים גסים למידותיה של העתירה, במטרה לסכל את ההליך ולנסות לחסום הכרעה שיפוטית בה (ר' סעיף 14 לתגובה האמורה וההפניות בה). בשל אלה, לוקה התנהלות הוועד המקומי הנסמכת על החלטה בחוסר תום לב וגם בשל כך דין טענת "המניעות הקניינית" להידחות.

ג. בין אם רשאית האגודה לקבל החלטה הפוגעת בזכות החוקתית לביטוי ובין אם לאו, כפי שסבורים העותרים, לוועד המקומי בוודאי שאסור להתקשר בהסכם שפוגע בזכויות יסוד חוקתיות של תושביו. ככל שייקבע כי האיסור תקף, אל לו לוועד המקומי להיקשר בהסכם השימוש במועדון ובכל הסכם הנוגע למתקני הציבור במועצה ואשר אוסר על חופש הביטוי בהם (ר' סעיף 13 לתגובת העותרים בנושא הטענה הקניינית).

ד. בתשובתה לעתירה הודיעה המשיבה 3, כי היא תכבד "כל החלטה שיקבל בית המשפט הנכבד", אף שהיא "מעדיפה, כי לא ייעשה במבני המשיבה שימוש לצרכים פוליטיים כלשהם כדי למנוע חיכוכים פנימיים במושב ומתיחות מיותרת" (סעיף 17 ו-18 לתשובה). מהאמור לעיל עולה כי לא קיימת "מניעות קניינית" לביטול החלטת הוועד, אלא אך "העדפה קניינית" של המשיבה 3 לגבי אופן השימוש במועדון. לטעמם של העותרים אף העדפה זו, המתנה על הזכות לביטוי, אינה חוקית, ומכל מקום שעה שבעלי זכות הקניין במבנה הציבור אינם עומדים על קיום האיסור על פעילות פוליטית, מנועים המשיבים מלטעון זאת בשמם ולהתבסס על כך.

ה. ביטול סמכות שהואצלה מחמת שימוש בלתי חוקי בה

12. המועצה האזורית היא הדרג השלטוני הבכיר של האזור. בסמכותה לטפל ולפעול בכל עניין הנוגע לציבור בתחום המועצה (עע"ם 146/04 דימנשטיין נ' ועד מקומי מושב משמר השבעה, פסקה 8 לפסק דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 19.3.2006)). על כן היה מחובתה להפעיל שיקול דעת התואם את נורמות המשפט הציבורי ולפעול לביטול החלטת הוועד המקומי, כבר כשנודע לה עליה לראשונה מפי התושבים, במרץ 2016 (ר' סעיפים 19 ו-20 לעתירה). זאת בפרט בשל קביעת היועץ המשפטי למועצה (וב"כ המשיבים כאן), כי החלטת הוועד המקומי בעייתית, וקשה יהיה להגן עליה בבית המשפט (ר' סעיפים 20 ו-21 לעתירה והאסמכתאות להם). משסירב הוועד המקומי לבטל את החלטתו, היה על המועצה האזורית לבטל את אצילת הסמכות בשל השימוש הבלתי חוקי שנעשה בה.

13. אכן, תחום ניהול התרבות במושב הואצל למשיב 1 מכוח סעיף 132 לצו המועצות המקומיות, ובהתאם לאמור בטבלת חלוקת הסמכויות והפעילויות בין המועצה האזורית לוועדים המקומיים בעמק חפר, אשר צורפה כנספח 14 לעתירה. אולם האצלת הסמכות אינה פוטר את הגורם המאציל מחובתו לדאוג לתחום הנאצל ולפקח על האופן שבו מיושמת ההאצלה (ר' והשווה: בג"ץ 170/81 סלמאן סלמה נ' אניס מחמוד, ראש המועצה המקומית טורעאן, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת נתניהו (פורסם בנבו, 29.3.1982); בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 6.1.1992)).

14. סעיף 132 לצו המועצות המקומיות מסדיר את סמכויות הוועד המקומי בתחומים שנאצלו לו, ובסעיף קטן ב מתיר למועצה האזורית לבטל אצילת סמכות שהעניקה. סעיף זה הותקן בשנת 2004. פסיקה בתחום כמעט ואינה קיימת, וטרם הותוו העקרונות להפעלת ביטול סמכות שהואצלה לוועדים מקומיים, על פי סעיף 132(ב) לצו. ניצנים ראשוניים לכך ניתן למצוא בפסק דין חדש, שהתפרסם בתחילת החודש, בו עומד בית המשפט על החובה שחלה על מועצה אזורית לפקח על פעילות הוועדים המקומיים ולהפעיל את סמכותה:

"ממילא, גם אם המועצה מאצילה סמכויות לוועד המקומי, עליה לשמר רמה מסוימת של בקרה ופיקוח, ולו מכוח סמכותה לבטל אצילת סמכויות לוועד מקומי כאמור בסעיף 132(ב) לצו המועצות האזוריות... במקרה דנא המועצה, שוויתרה על עדיה, לא הוכיחה כי היא נוקטת באמצעי בקרה או פיקוח כלשהו. די בכך כדי להביא לכלל מסקנה כי המועצה חרגה מכל סטנדרט התנהגות סביר של רשות מקומית..." (תא"מ (פ"ת) 29386-09-16 **הראל חברה לביטוח בע"מ נ' מועצה אזורית חבל מודיעין**, פיסקה 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.1.2018)).

15. לטענת המשיבים, ביטול אצילת הסמכות הוא סעד "כוללני ודרסטי". אולם לא בכדי התיר המחוקק למועצה האזורית לבטל אצילת סמכות שביצעה. הרשאה זו נועדה למצבים שבהם הוועדים המקומיים אינם מפעילים את הסמכות שהואצלה להם (ר' והשווה: בג"ץ 816/98 **רווח נ' השר לענייני דתות**, פיסקה 8 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 28.4.1998)), או כשהם עושים בה שימוש פסול ובלתי חוקי, כמו במקרה זה, בו ניצל הוועד המקומי את סמכותו לקבלת החלטה הפוגעת בזכויות חוקתיות אשר לטענת המשיבים כי ביטול אצילת הסמכות אינו ישים בשל כך שהוא יותר את תחום התרבות במושב פרוץ – זו בוודאי אינה יכולה להוות עילה לאי נטילת סמכות שהואצלה כאשר נעשה בה שימוש פסול. וממילא, צו המועצות המקומיות עצמו קובע, בסעיף 132א, כי הוועד המקומי רשאי לפעול לביצוע סמכויות שהואצלו לו בעצמו או באמצעות המועצה, ומשעה שקיבלה המועצה פנייה לביצוע פעולות שבתחומי הוועד "תעשה את כל הדרוש לביצוע הפעולה המבוקשת". משמע, גם כשהסמכות נאצלת, המועצה אינה מתפרקת מאחריותה לדאוג לתחום שבו היא הואצלה, בוודאי כך כשהיא משיבה את הסמכות לידיה.

24 בינואר 2018

טל חסין, עו"ד

ב"כ העותרים