

המערער : **פורום דו קיום בנגב לשוויון אזרחי ע"ר 580327005**

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן ו/או משכית
בנדל ו/או טל חסין ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד
ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל': 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבים : **1. ראש עיריית באר שבע, רוביק דנילוביץ'**

2. עיריית באר שבע

שניהם ע"י ב"כ לפידות, עורכי דין
רח' בן גוריון 2 (מגדל ב.ס.ר. 1), רמת גן
טל': 03-5033005 ; פקס : 03-5033553

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע (סגן הנשיאה, השופט אליהו ביתן) מיום 15.5.2018 בעת"מ 21177-01-18.

פסק הדין מצ"ב.

ואלה נימוקי הערעור :

מבוא

עניינו של ערעור זה הוא בהחלטת עיריית באר שבע וראש העירייה (המשיבים) לבטל את הסכם ההקצאה של מקלט עירוני לפורום דו קיום בנגב לשוויון אזרחי (המערער). ביטול הסכם ההקצאה היווה את שיאו של מסע התנכלות מצד העירייה בשל הסתייגות מהתכנים הפוליטיים של הפעילות החברתית והקהילתית במקום. ערעור זה מעורר את שאלת גבולות התערבותה של רשות ציבורית בהגבלת חופש הביטוי של עמותה, שקיבלה זכות שימוש בנכס ציבורי.

הרקע לעתירה

1. המערער, פורום דו-קיום בנגב לשוויון אזרחי, הוא עמותה שהוקמה בשנת 1997 על ידי תושבים ערבים ויהודים בנגב, במטרה לשמש מסגרת לשיתוף פעולה ערבי-יהודי כבסיס למאבק משותף לשוויון זכויות מלא בין ערבים ליהודים המאפשר צדק חברתי וצדק חלוקתי לאוכלוסיות הנגב. אחת הסוגיות המרכזיות שעומדת לנגד עיני הארגון היא המאבק למען הכרה בכפרים הבדואיים הבלתי מוכרים בנגב.
2. מאז שנת 2006 משתמש המערער במקלט עירוני בהתאם להסכם למתן רשות שימוש במקלט שנחתם ביום 30.3.2006 בינו לבין עיריית באר שבע (היא המשיבה) שהוארך מעת לעת; והחל מאוקטובר 2015 לפי הסכם להקצאת מקלט ללא תמורה, שנחתם ביום 26.10.2015. שני ההסכמים נחתמו בהתאם לנוהל הקצאת קרקעות ומבנים ללא תמורה או בתמורה סמלית המופיע בחוזר מנכ"ל 5/2001 של משרד הפנים (להלן: "הנוהל" או "נוהל ההקצאה"). בהסכם השימוש הראשון התחייב המערער להשתמש במקלט למטרה של "בית תרבות ערבי יהודי", ובהסכם ההקצאה משנת 2015 למטרת "פעילות קהילתית". בתקופה זו שימש המקלט, המכונה על ידי המערער "מולתקא-מפגש", לשלל פעילויות וערבי עיון משותפים של יהודים וערבים, במגוון נושאים, שלרוב עסקו ביחסי יהודים וערבים בנגב ובמעמדם של הכפרים הבדואיים הלא מוכרים בנגב. המקלט משמש לפגישות, הרצאות והדרכות בנושאים שונים וכמו כן ניתנים בו קורסים לערבית, פואטרי סלאם, ובעבר ניתנו בו קורסים באנגלית ובעברית. המקלט משמש את המערער גם למשרד וכמקום לישיבות צוות שבועיות.
3. ביום 25.12.2017 קיבל המערער מהמשיבה הודעה לפיה ההסכם מבוטל בשל ההפרות הנטענות החוזרות והנשנות של תנאי השימוש, ולאחר שוועדת ההקצאות בדקה את "האינטרס העירוני בקיומם של הסכמים, השימוש שנעשה במבנים עירוניים ללא תמורה וכן את המטרות שנקבעו בהסכם ותנאיו היסודיים", ועל המערער לפנות את המקלט בתוך 14 ימים מיום ההחלטה.
4. ההחלטה הביאה לשיאה מסכת מתמשכת של התנכלויות על רקע פוליטי של המשיבים וגופים אחרים כלפי המערער. מסכת זו כללה איומים חוזרים ונשנים בדבר ביטול ההסכם בשלל הזדמנויות ונימוקים, שהמשותף לכולם הוא התנגדות אידיאולוגית לתוכן של מקצת הפעילויות של המערער במקלט.
5. כך, למשל, המשיבה הורתה למערער לבטל אירוע אשר עתיד היה להתקיים בחודש יולי 2015. האירוע אמור היה לכלול הקרנה של הסרט "רעד בעזה", סרט תיעודי המתמקד בביקורו של יאן אנדרה, מומחה הולנדי לטראומות פסיכולוגיות, ברצועת עזה לאחר מבצע "צוק איתן" בשנת 2014 ובטיפול שלו בתושבי עזה הסובלים מפוסט-טראומה. המקלט הוצע כמקום חלופי לאחר שלחץ מצד פעילי ימין הוביל לביטול הקרנת הסרט בסינמטק שדרות, אלא שלחץ דומה הופעל גם ביחס להקרנה במקלט, ובעקבותיו הודיעה המשיבה למערער שמדובר בסרט פוליטי, ושבהנחיית ראש העירייה (הוא המשיב) נאסרת הקרנתו.
6. בעקבות אירוע זה פנתה האגודה לזכויות האזרח אל המשנות ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד אורית קורן ועו"ד דינה זילבר, בבקשה שיובהרו גדרי האיסור שנקבע בנוהל ההקצאה על פעילויות פוליטיות. בתשובתן של המשנות ליועץ המשפטי לממשלה מיום 26.10.2015 נמסר, כי

הובהר לעיריית באר שבע שהסרט "רעד בעזה" איננו נופל בגדר פעילות פוליטית לעניין הנוהל, וכי על דעת משרד הפנים נקבע, שבשל הצורך בהגנה על חופש הביטוי יש לקרוא את תנאי איסור הפעילות הפוליטית כאוסר פעילות מפלגתית ישירה או עקיפה בלבד.

7. לאחר תקופת רגיעה שבה ופנתה העירייה לפורום דו קיום בקשר לשני אירועים נוספים שהתקיימו במקלט: האחד, ערב עיון בנושא חופש המצפון, שאורגן בשיתוף עם "קולנוע סולידריות לאקטיביזם וזכויות אדם" וארגון "יש גבול", והשני אירוע של פרויקט דוקורייטס של האגודה לזכויות האזרח לזכויות מפגינים, שעסק בתיעוד אפקטיבי בהפגנות. במכתב נטען כי האירועים, שהוגדרו במכתב כ"אירוע שעסק בעידוד לסרבנות לגיוס לצה"ל" ו"אירוע הסברה כיצד להתגרות בחיילים וליצור פרובוקציות מול כוחות הביטחון" בהתאמה, מהווים הפרה של הסכם השימוש. על שני האירועים נכתב כי מדובר באירועים העוסקים "בנושאים המכרסמים, לדעת רבים, תחת ערכי החברה הישראלית וערכי מדינת ישראל ותכליתם, לכאורה, ליצור פרובוקציות". לסיום דרשה העירייה מפורום דו קיום שינמק מדוע שלא יבוטל הסכם ההקצאה תוך שבעה ימים בשל ההפרה הנטענת של תנאי השימוש, והודיע כי המכתב ותגובת הפורום יועברו לוועדת ההקצאות על מנת שתגבש המלצה למועצת העירייה כיצד יש לפעול בנושא.

8. ביום 21.5.2017 השיבה האגודה לזכויות האזרח בשמו של המערער לטענות על הפרת ההסכם. התגובה נשלחה לראש העירייה ועמדה על הטעויות העובדתיות והקשיים המשפטיים שבמכתב. כן עמד המערער על כך שמכתב העירייה מתעלם לחלוטין מהבהרת המשנות ליועץ המשפטי לממשלה בדבר הפירוש המצומצם שיש לתת למונח "פעילות פוליטית" בהקשר זה. ביום 4.6.2017 התקבלה תשובתה של עו"ד קרן אבוהרון, יועצת משפטית ותובעת של העירייה, לפיה אין כוונה לנקוט בצעדים כלפי העותר עד לקיום פגישה בין ראש העירייה לבין נציגי העותר שנקבעה ליום 5.7.2017. בקשת האגודה לזכויות האזרח לקבל את דו"ח הפיקוח וכל מידע אחר שהיווה בסיס למכתב העירייה לא נענתה.

9. גם עד למועד הפגישה המתוכנן לא נחה העירייה מפשפוש באירועי המערער ובהטרדתו בנוגע לחריגות נטענות מהסכם השימוש. במכתב שנושא תאריך 14.6.2017, אך התקבל על ידי העותר ביום 19.6.2017, הוזרה הפורום מפני קיום אירוע במקלט באותו יום שלטענת העירייה הוא בעל אופי מסחרי: השקה ושיווק של ספר "על ידי חברת הוצאה פרטית". עוד באותו יום נשלחה תגובת המערער באמצעות האגודה לזכויות האזרח, בה הובהר כי לא מדובר באירוע בעל אופן מסחרי, אלא בערב עיון על הספר "50 מושגים, עדויות וייצוגים של כיבוש", בהשתתפות מספר כותבים שתורמו מפרי עטם לספר. עוד צוין במכתב כי למען הסר ספק לא יימכרו עותקים של הספר באירוע. במכתב צוין גם הרושם המתקבל לפיו העירייה מחפשת תואנות נוספות לביטול הסכם השימוש.

10. ביום 5.7.2017 התקיימה הישיבה בנוגע להפרה הנטענת של הסכם השימוש בבניין העירייה, בה השתתפו בין היתר ראש העירייה, היועץ המשפטי של העירייה, נציגי עירייה נוספים, חברי הוועד המנהל של העמותה, מנכ"לית העמותה והח"מ. בפגישה הדגישו נציגי הפורום את הצורך בשמירת דו-קיום בנגב, וצוין שאירועי הפורום הם שנויים במחלוקת ציבורית במהותם. המשיב טען שמדובר באירועים פוליטיים והציע שהפורום ישכור מקום אחר לשם קיום של

אירועים שנויים במחלוקת. בסיכומה של הפגישה, שהתקיימה ברוח טובה, לא הגיעו הפורום והעירייה להסכמה עקרונית. בעקבות הפגישה שלח המערער מכתב למשיב, בו עמד על האווירה הציבורית המקשה על קיומו של דיאלוג בין ערבים ליהודים בנגב. עוד צויין, כי לאחר שהפורום שקל את ההצעה לשכור מקום אחר לאירועים שנויים במחלוקת, הגיעו חבריו למסקנה כי לא יוכלו לקבל אותה, וכי מלבד העלות של בחירה כזו, קיימת לפורום זכות מהותית לקיים את פעילותיו במקלט.

11. בנובמבר 2017 תוכנן להתקיים במקלט אירוע בשיתוף עם פרויקט "חמושים" של עמותת "קואליצית נשים לשלום" על מעורבות התעשייה הצבאית הישראלית באירועים אלימים חמושים ברחבי העולם. עם התקרב מועד האירוע פנה המשיב אל המערער בדרישה שלא יקיים האירוע "המכפיש את מדינת ישראל", "עוסק בקיטוב והכפשה" ו"אינו מקרב לבבות או עוסק בהידברות". המשיב גם קבע כי מדובר בפעילות שכל תכליתה פרובוקציה. עוד הוסיף המשיב כי ככל שלא תמולא דרישתו יפנה לפעילות במישור המשפטי. חרף פנייתו של המשיב, האירוע התקיים במקלט כמתוכנן.

12. בעקבות קיום האירוע התקבלה בפורום הזמנה לשימוע בכתב לפני ביטול הסכם הקצאה, בטענה שהופרו תנאי ההסכם הקובעים שימוש במבנה רק עבור הפעילות בעבורה הוקצה המקלט לפורום, וכן איסור על אירועים פוליטיים. בתגובת הפורום למכתב באמצעות האגודה לזכויות האזרח הודגשו הנקודות שהועלו לא פעם בעבר ולא זכו להתייחסות. בין היתר, על שאיפתו של הפורום לעורר שיח סביב סוגיות ציבוריות שנראות לחבריו משמעותיות, בפרט בכל הנודע ליחסי יהודים וערבים; על העיוותים החמורים בהזמנה לשימוע בתיאור האירועים שהתקיימו במקלט; על כך שהעירייה לא מסרה לידי הפורום את המסמכים והנתונים עליהם התבססה בהחלטותיה השונות, ביניהן ההחלטה לזימון לשימוע; וכן על חשיבות פעילותם של ארגוני חברה אזרחית בכלל בהגנה על זכויות אדם ואזרח, ושל פורום דו קיום בנגב בפרט ביצירת תשתית לחיים בחברה משותפת.

13. כחודש וחצי לאחר מכן, בדצמבר 2017, קיבל המערער הודעה על החלטת העירייה. ההודעה ציינה בלקוניות, על גבי פחות מעמוד, כי בשל ההפרות הנטענות החוזרות והנשנות של תנאי השימוש, ולאחר שוועדת ההקצאות בדקה את "האינטרס העירוני בקיומם של הסכמים, השימוש שנעשה במבנים עירוניים ללא תמורה וכן את המטרות שנקבעו בהסכם ותנאיו היסודיים", על המערער לפנות את המקלט בתוך 14 ימים מיום ההחלטה.

העתירה

14. ביום 9.1.2018 הוגשה על ידי המערער עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע בדרישה לבטל את החלטת המשיבים לבטל את הסכם ההקצאה. בתגובתם המקדמית מיום 12.3.2018 ציינו המשיבים שלל אירועים נוספים אשר נערכו במקלט בשנים עברו ואשר אותם הגדירו כ"פעילות שמסיתה, מתסיסה, משמיצה ופוגעת במדינת ישראל, בערכיה ובתדמיתה, בערכי היסוד של החברה הישראלית ובחיילי צבא ההגנה לישראל". עוד טענו המשיבים לקיום פעילות מפלגתית במקלט, וכן לקיום פעילות מסחרית, פעילות של גופים

אחרים, ושימוש במקלט כמחסן – כולם, לטענתם המשיבים, מהווים הפרה של הסכם ההקצאה ומביאים למסקנה כי ביטול ההקצאה נעשה כדין.

15. דיון מקדמי בעתירה התקיים ביום 22.3.2018.

16. בהחלטתו מיום 10.4.2018 ביקש בית המשפט קמא מהצדדים להתייחס לנושא הסמכות העניינית של בית המשפט לעניינים מנהליים, שכן "השאלות המרכזיות הרלוונטיות להכרעה בסכסוך שבין הצדדים הינן בעיקרן שאלות חוזיות, שאינן מתאימות – מהותית ודיונית – לבירור בהליך מינהלי." שני הצדדים הביעו את דעתם כי בית המשפט המוסמך הוא בית המשפט לעניינים מנהליים.

פסק הדין

17. ביום 15.5.2018 ניתן פסק דינו של בית משפט קמא, אשר דחה את העתירה.

18. בפסק דינו ציין בית המשפט קמא, כי בעתירה משולבים יסודות חוזיים מובהקים ויסודות מנהליים, וקבע כי היסוד הדומיננטי של העתירה הינו המרכיב החוזי (פיסקה 2 לפסק הדין). יתרה מזאת, קבע בית המשפט קמא כי השימוש בטענות חוקתיות איננו במקומו, וכי השאלה המרכזית הינה שאלה חוזית ולא שאלה של חופש ביטוי (פיסקה 20 לפסק הדין). משכך, התמקד בית המשפט קמא בבחינת פעילות המערער על מנת לקבוע אם זו חורגת מ"פעילות קהילתית במסגרת המטרה של העמקת הקשר וההבנה בין יהודים וערבים בנגב" – המטרה לשמה הוקצה המבנה למערער על פי המטרות שלשמן הוקם (פיסקאות 10-7 לפסק הדין).

19. לאחר שסקר מספר מהפעילויות שקיים המערער במקלט כפי שתוארו בתגובת המשיבים, קבע בית המשפט קמא כי האפיון המרכזי של חלקן הוא פוליטי במובהק, ולפיכך הן אינן עונות להגדרה של פעילות קהילתית. עוד קבע כי האירועים שבמחלוקת הם בעלי גוון מסוים, מזוהה, וכי הצטברות נושאי האירועים והגופים שעמם פעל המערער בשיתוף פעולה מלמדים על אגידה ברורה שקו האופי המרכזי שלה תואם יותר להגדרת "פוליטי" מאשר להגדרת "קהילתית" (פיסקה 11 לפסק הדין).

20. לעניין עמדת המשנות ליועץ המשפטי לממשלה, לפיה לטובת ההגנה על חופש הביטוי יש לנקוט פרשות מצמצמת למונח "פעילות פוליטית" בנוהל ההקצאות כך שיתייחס רק לפעילות הקשורה במישרין או בעקיפין לפעילות מפלגתית, העיר בית המשפט קמא כי יש מקום גם לפרשנות אחרת, אך אין צורך בקביעה בשאלת הפרשנות לצורך הכרעה בעתירה. עם זאת קבע כי גם על פי עמדת המשנות ליועץ המשפטי לממשלה ניתן לראות בפעילות משותפת של המערער עם תא מפלגת חד"ש באוניברסיטה כפעילות פוליטית שאינה עולה בקנה אחד עם מטרת ההקצאה. עוד הוסיף כי מקומה של הפרשנות המצמצמת הוא בעת שפעילות שניתן לסווגה כפוליטית נמצאת במסגרת מטרת ההקצאה (פיסקה 12 לפסק הדין).

21. בנוסף, בחן בית המשפט קמא את נוהל ההקצאה של משרד הפנים ואת נוהל ההקצאה של העירייה, והגיע למסקנה כי הנושאים והמטרות המאפשרים הקצאה הם נושאים ומטרות שעירייה רשאית לקדם וככלל אף שואפת ופועלת לקידום (פיסקאות 14-13 לפסק הדין).

22. לבסוף קבע בית המשפט קמא כי התנאי המיוחד את השימוש במבנה למטרה לשמה הוקצה הינו תנאי יסודי בהסכם ההקצאה, ולפיכך המערער הפר את הסכם ההקצאה הפרה יסודית, שלפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 מקים לעירייה כצד הנפגע זכות לבטל את החוזה אף ללא מתן ארכה לצד המפר (פיסקה 19 לפסק הדין).

23. כן קבע בית המשפט קמא כי המינהל התקין מחייב רשות ציבורית למצות את זכויותיה החוזיות, שכן זכויותיה הן זכויות הציבור. בנוסף הזהיר בית המשפט קמא כי ויתור העירייה על זכותה במקרה של המערער יביא למצב שבו תאלץ העירייה לעשות כך גם כלפי מחזיקים אחרים בנכסיה מכוח הנוהל, והשימוש ברכוש הציבור שהוקצה לגופים השונים יצא מכלל שליטה ופיקוח (פיסקה 22 לפסק הדין).

24. עם זאת קבע בית המשפט קמא, כי המערער לא קיים במקלט פעילות מסחרית, וכי לא העביר זכויות במבנה לאחר, כטענת המשיבים (פיסקה 18 לפסק הדין).

25. בית המשפט קמא דחה את העתירה, וחייב את המערער בהוצאות המשיבים בסך 15,000 ₪.

הטיעון המשפטי

הגדרת פעילות קהילתית והלימה למטרת ההקצאה

26. בית המשפט קמא ייחס משמעות מופלגת למטרת ההקצאה בחוזה ההקצאה הנוכחי, "פעילות קהילתית", לעומת מטרת ההקצאה בחוזה ההקצאה הקודם, "בית תרבות יהודי-ערבי". זאת, למרות שלא חל שום שינוי לא במטרות העמותה ואף לא באופי פעילותו של המערער. מבחינת המערער כל פעילויותיו הן פעילות קהילתית יהודית-ערבית. לו התכוונו המשיבים, כי המערער יגביל את עצמו בסוג הפעילות שהוא מקיים במקלט העירוני, היה עליהם לבוא עם המערער בדין ודברים ולהבהיר זאת מפורשות, ולא להשתמש באמתלה של הארכת הסכם ההקצאה כדי להביא לשינוי מהותי באופי הפעילות במקום. דרך זו סותרת את חובתה המוגברת של הרשות לנהוג בתום לב במגעייה עם האזרח. המערער אף לא היה מסכים לקבל על עצמו הגבלות של תוכן הפעילות שמותר לו לקיים במקום.

27. בית המשפט קמא עמד על העובדה כי ניסוחן של הגדרות מדויקות וממצות למונחים "קהילתי" ו"פוליטי" הן משימות קשות, ועם זאת מיהר לסווג את פעילויות המערער ככאלה שהאפיון המרכזי שלהן הוא פוליטי במובהק, ולפיכך הרי שאינו קהילתי.

28. בית המשפט קמא שגה בקביעתו זו. ראשית, כפי שאבחן בית המשפט קמא עצמו, קו התפר בין ה"פוליטי" ל"קהילתי", הינו קו תפר מעורפל. יתרה מזאת, תיתכן חפיפה, כך שפעילות מסוימת תהיה בעת ובעונה אחת "פוליטית במובהק" ואף קהילתית לעילא ולעילא. למעשה, ככל ש"קהילתי" הנו מה שמעסיק את הקהילה ונוגע לצרכיה, הרי שרבות מהסוגיות המעסיקות קהילות הן סוגיות פוליטיות במובהק. פעילות קהילתית אפשר בהחלט שתהיה מעוגנת בהקשרים פוליטיים רחבים.

29. שנית, מטרת ההקצאה, ועל כך עמד גם בית המשפט קמא, היא קיום פעילות קהילתית במסגרת המטרה של העמקת הקשר וההבנה בין יהודים לערבים בנגב. אלא שפעילות הנוגעת ליחסי

יהודים וערבים אינה נוגעת אך ורק לענייני דו-קיום וסובלנות, בבחינת שבת אחים גם יחד. העמקת הקשר וההבנה המדוברים מחייבת שיח על יחסי רוב ומיעוט בישראל, שמטבעו מעלה שאלות קשות ואף שנויות במחלוקת. עבור הקהילות בנגב אלו שאלות עם משמעות עמוקה – קהילתית, ובד בבד גם פוליטית. שאלות אלה אפשר שתהיינה שאלות היסטוריות הנוגעות לזכות העם היהודי בארץ מול זכויות האזרחים הערבים, כמו גם שאלות על אופי המדינה, לרבות טיב הפעולה של צבאה ומתכונת שליטתה בשטחים. בניית חברה משותפת מחייבת דיאלוג כן בשאלות אידיאולוגיות ופוליטיות קשות, המכבד את המשתתפים בו כאזרחים שווים תוך הכרה בנרטיב המשותף לרוב הערבים בישראל.

30. לפיכך, אף שבית המשפט קמא התקשה לראות את ההצדקה להגדיר פעילויות כמו אירוע לזכר "68 שנים לנכבה", ואירועים אחרים שנערכו במקלט, כפעילות קהילתית, הרי שאלה מתחייבים במסגרת המטרה של העמקת הקשר וההבנה בין יהודים לערבים, הלא היא מטרת ההקצאה.

31. יתרה מזאת, בית משפט קמא עמד על כך שנושאי האירועים שקיים המערער, ואופי הגופים שעמם שיתף פעולה, "מלמדים על אג'נדה ברורה שקו האופי המרכזי שלה תואם יותר להגדרת "פוליטי" מאשר להגדרת "קהילתי". זאת, כאמור, מבלי לקבוע מבחן ברור, ומבלי להידרש להגדרה מדויקת של המונחים. מקביעתו זו של בית משפט קמא עולה כי הבחנתו בין פעילות פוליטית לכזו שאינה פוליטית, מתבססת במידה רבה על הניגוד שבין אותה אג'נדה שמזהה בית המשפט אצל המערער, לבין עמדות ואג'נדות המצויות בקונצנזוס. כך, אירוע הכולל דיון בסרבנות מצפון הוא פוליטי, בעוד שאירוע המעודד גיוס לצה"ל לא ייתפש כפוליטי כלל, אלא כערכי או חינוכי.

32. בכך מקבל בית המשפט קמא כאקסיומה את ההנחה, לפיה אותן עמדות המהוות את הקונצנזוס הממלכתי בהכרח אינן פוליטיות, בעוד שעמדות המערערות על הסדר הקיים ועל ההנחות ההגמוניות הן פוליטיות במובהק. על פי ניתוח זה, פעילות מתוך ערכי הרוב היא פעילות קהילתית, בעוד שפעילות מתוך ערכי המיעוט היא פעילות פוליטית.

33. בית המשפט קמא קבע אמנם כי התנהלות תקינה של עירייה מחייבת התרחקות מכל ביטוי פומבי של עמדה פוליטית לצד זה או אחר של המפה הפוליטית. אלא שבהינתן ההגדרה החמקמקה שמציע בית המשפט קמא, לפיה די בהיות האירועים בעלי גוון "מזוהה" כדי ללמד על אג'נדה פוליטית – זאת בעוד שאירועים בעלי גוון קונצנזואלי לא יתפשו כ"מזוהים" אלא כ"ממלכתיים" ואף טבעיים או מובנים מאליהם – הופך נוהל הקצאת קרקעות לאמצעי לצנזורה ולהדרה של מי שמציג עמדות החורגות מהקונצנזוס.

34. בית משפט קמא נתלה כמוצא שלל רב באירוע לציון הנכבה שנערך בשיתוף עם תא הסטודנטים של חד"ש. על זאת יש לציין שניים אלה: ראשית, אירוע זה לא בא זכרו בפניות העירייה למערער והוא נזכר לראשונה בתגובה המקדמית של העירייה לבית המשפט – שכללה שפע של אירועים נוספים. בית המשפט לא שעה לטענת המערער כי אל לו להסתמך על אירועים שלא ניתן לו להגיב אליהם קודם לכן וככל הנראה כלל לא היו בידעת העירייה וממילא לא שימשו בסיס להחלטה, אלא הם פרי מחקר מקיף מאוחר, שנעשה לקראת ההגשה של התגובה לבית המשפט; שנית, למען הזהירות ייתכן שהיה מן הראוי להימנע מלערוך את הכנס בשיתוף של גוף מפלגתי, אבל לו הוא היה מתקיים ללא חסות תא הסטודנטים אין שום מתום בנושא האירוע או באופיו.

קביעות לרעת המערער

35. בית משפט קמא אימץ עובדות משוללות יסוד ופרשנות מצמצמת במיוחד – הכל לרעת המערער. כך, למשל, הוא אימץ בפיסקה 16 ללא פקפוק או הרהור את עמדת המשיבים, לפיה המערער קיים במבנה כביכול פעילויות להוקעת מדינת ישראל וצה"ל, וכן קריאה לציבור לפעול למניעת פעילות משטרתית חוקית. לקביעות אלה אין כל בסיס עובדתי, וכפי שהמשיבים התעלמו ללא נימוק מהסברי המערער כך אף בית משפט קמא הנכבד.

36. בפיסקאות 13-16 אימץ בית משפט קמא פרשנות משפטית מצמצמת במיוחד, שאפילו המשיבים לא טענו לה, לפיה בנכסים עירוניים שמקצה העירייה למטרות ציבוריות יכולה להתקיים אך ורק פעילות שהעירייה יכולה היתה לקיים בעצמה: "ניתן לומר שגופים אלה [המקבלים נכס בהקצאה מרשות מקומית, ד' י'] עושים בדרכם את מלאכת הרשות ובמובן מסוים הם כמעין שליחים שלה" (פיסקה 14 לפסה"ד). תפיסה זו מצמצמת ביותר את האפשרות לעשיית שימוש בנכסים של רשות רק כשהעמותות שמקבלות זכות שימוש בהם מבצעות מעין הפרטה של פעילות הרשות וממלאות את מקומה. מן המפורסמות שעיריית תל-אביב-יפו מקצה את המקלטים העירוניים לציירים ולפסלים לצורך הקמת סטודיו. לפי גישת בית משפט קמא, כיוון שהעירייה לא מוסמכת ליצור יצירות אמנות (להבדיל מהקמת מוסדות תרבות ואמנות לשימוש הציבור) היא אף לא מוסמכת להקצות מקלטים עירוניים לאמנים.

עמדת המשנות ליועץ המשפטי לממשלה

37. בית המשפט קמא התייחס לעמדת המשנות ליועץ המשפטי לממשלה כמציעה פרשנות משפטית עקרונית למונח "פעילות פוליטית", אחת מני מספר פרשנויות אפשריות שבית משפט קמא לא ראה צורך להכריע ביניהן. עם זאת, שגה בית המשפט קמא כשנמנע מלהתייחס לפרשנות שהתקבלה במשרד היועמ"ש ככזו המחייבת את המשיבים, ושפעולה בניגוד אליה מהווה פעולה בלא סמכות. פרשנות זו התייחסה לחוזר מנכ"ל משרד הפנים, וחוזרים אלה הם קובץ הנחיות, שמחייב את הרשויות המקומיות.

38. אמת נכון הדבר שדרך המלך היתה לתקן את חוזר המנכ"ל ואת נוהל ההקצאות של משרד הפנים ולכלול בו במפורש את השינוי שנובע מעמדת היועץ המשפטי לממשלה. אך בעניינינו מדובר בהנחיות פנימיות ולא בדבר חקיקה שיש לתת משקל לפרשנותו הלשונית. מרגע שהיועץ המשפטי לממשלה אימץ עמדה מסוימת על דעת משרד הפנים, יש לקרוא אותה כאילו היתה חלק בלתי נפרד מנוהל משרד הפנים, המחייב את כלל הרשויות המקומיות.

39. מן הראוי להזכיר כי בית המשפט העליון פסק כבר לא פעם כי לפרשנות היועץ המשפטי לממשלה מעמד מחייב, וכי החלטותיו והנחיותיו מחייבות את הרשויות המנהליות השונות:

"היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות-דעת בדבר המצב המשפטי הקיים, אינם "יועצים" במובן השגור של המילה. חוות-דעתם מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או של עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות-הדעת

המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו. בסמכותו הייחודית של היועץ המשפטי לממשלה – במקרים המגיעים להכרעה שיפוטית – לייצג בבית-המשפט את רשויות המדינה, ואגב כך לבקש את בית-המשפט לאמץ את עמדתו, אין כדי לגרוע מן הכלל המחייב את הרשויות לקיים את חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. " (בג"ץ 4247/97, 921/98 **סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פסק דינה של השופטת דורנר (3.12.1998))

ובאופן ספציפי ביחס לעיריות נקבע כי :

"חוות הדעת של היועץ המשפטי לעירייה בשאלה משפטית קובעת מבחינת גורמי העירייה, ובכלל זאת העומד בראשה, את המצב המשפטי המצוי (עת"מ 219/06 הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים [פורסם בנבו]), כמובן בכפוף לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בהקשרים הנצרכים, ולפסיקת בתי המשפט. " (עע"ם 6145/12 **עיריית נצרת עילית נ' הרטמן**, פסקה מ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (13.1.2013))

(ר' גם בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים**, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (20.6.2007); בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פסקה 39 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון ופסקה 40 לפסק דינו של השופט ברק (25.2.1991), וכן דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת "**היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות ייעוץ, ייצוג ותיביעה כללית – סקירה משווה**" מיום 14.2.2007 (בעמ' 5)).

40. למשיבים לא הייתה סמכות, אם כן, להתערב בתכני פעילויות הפורום במקלט, כיוון שאלה לא נפלו בגדר "פעילות פוליטית" כהגדרתה בחוות דעתן של המשנות ליועמ"ש. נזכיר גם את כלל היסוד בעיקרון חוקיות המנהל, לפיו ככל שפעולה מינהלית פוגעת בזכות יסוד, עליה לנבוע מהסמכה מפורשת בחוק, וזהו איננו המצב בענייננו (ר' בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פסקאות 10-11 לפסק דינו של מ"מ הנשיא שמגר (10.7.83), וכן בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פסקאות 19-20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2.7.2014)).

פגיעה בחופש הביטוי

41. טעה בית המשפט קמא כשקבע כי השאלה המרכזית העומדת בפניו בעתירה הינה שאלה חוזית, ולא נדרש לטענות המערער בדבר הזכות החוקתית לחופש ביטוי.

42. חלק בלתי נפרד מהזכות לביטוי הוא מקום השמעתו: שטחים ציבוריים ומתקני ציבור הם זירה חיונית למימוש הזכות. מתקנים עירוניים שהוקצו לארגונים ואולמות ציבוריים מהווים במות אפקטיביות לקיומו של שוק דעות חופשי ופתוח, צמתים מרכזיים לתקשורת ולשיח ציבוריים, להחלפת דעות ולקבלת מידע. הגבלת השימוש בהם ככאלה מהווה פגיעה עמוקה בחופש הביטוי. בית המשפט העליון כבר פסק כי :

"שטחיה הציבוריים של רשות מקומית מהווים במה אפקטיבית לשם השמעת דעות והחלפת רעיונות ועל כן שלילת נגישותם בפני הביטוי

הפוליטי עלולה לפגוע קשות בעקרון חופש הביטוי (השווה: בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 545)... על הרשות המקומית לפתוח את מתקניה המיועדים לשימוש הקהל הרחב תוך מתן אפשרות להבעת דעות שונות, ובכלל זה לאפשר מתן במה לביטוי פוליטי, מבלי להגביל את הביטוי לו היא נותנת במה על פי תכנו. " (עע"ם 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב 4.4.2005).

וכן:

"ככל שהאמצעי יעיל יותר בקידום הגשמת חופש הביטוי, הרי ששליטת הנגישות בפני אותו ביטוי, עלולה לפגוע בעקרון חופש הביטוי בצורה קשה יותר... אם נחסמים הערוצים היעילים בפני אותו ביטוי, הרי שהפגיעה בחופש הביטוי הינה עמוקה יותר." (בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא שמגר (26.3.1995)).

לעניין האפקטיביות של אמצעי הביטוי ומקום הביטוי ר' גם בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים, פסקאות 1-2 לפסק דינו של השופט ברק (31.5.1979); בג"ץ 2481/93 זיין נ' מפקד מחוז ירושלים (9.2.1994); ה"פ (ב"ש) 2085/07 דויטשר נ' אוניברסיטת בן גוריון, עמ' 8 לפסק הדין (16.4.2008).

43. עצם קיומם של מקומות חלופיים להשמעת ביטוי אינו מעלה ואינו מוריד לעניין הפגיעה הקשה בזכות לביטוי הנגרמת מהדרתו ממתקני הציבור, ובוודאי שאינו מהווה שיקול המצדיק סירוב לאפשרו בהם (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פסקה 5 לפסק דינו של השופט חיים כהן (7.11.1962)).

44. ככל זכות, גם הזכות לביטוי אינה מוחלטת. עם זאת, בהתנגשות בינה לבין זכויות וערכים אחרים שמור לה מעמד של בכורה (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת דורנר (2.2.2003), בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומולות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת דורנר (13.1.1994)). 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 (בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא שמגר (10.7.1983); בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פסקאות 6-7 לפסק דינו של השופט ברק (11.3.1991)). תנאים אלה אינם מתקיימים בענייננו.

פגמים בהליך המנהלי – פגיעה בזכות הטיעון ומשוא פנים

45. בית משפט קמא לא מצא לנכון להתייחס לטענות המערער בעניין הפגמים המנהליים שנפלו בהליך קבלת ההחלטה על ביטול ההסכם. תחת זאת, קבע בית המשפט כי די בכך שהמשיבים הסתפקו בניסיונות להניא את המערער מקיומן של פעילויות שהוגדרו כשנויות במחלוקת ולא מיהרו להשתמש בזכותם לבטל את הסכם ההקצאה בהזדמנות מוקדמת יותר, כדי ללמד כי טענותיו של המערער בדבר התנכלות משוללות יסוד. בית משפט קמא טעה בקביעתו זו.

46. זכות הטיעון היא חלק בלתי נפרד מקיומו של הליך מנהלי תקין. היא הכרחית לשם הפעלה סבירה של שיקול הדעת של הרשות המנהלית, והיא נועדה לשרת גם את זכותו של הפרט העומד מול הרשות שעניינו יישקלו באופן הוגן ומושכל (ר' דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א', עמ' 499-498 (2010)). אין מדובר בזכות פורמלית בלבד: אופן קיומה צריך לשרת את תכליתה, ולכן עליו לכלול מספר מאפיינים שמבטיחים שהטיעונים יוכלו להיות ענייניים ומבוססים, ושיישקלו באופן הוגן.

47. בין השאר, על מנת שתמומש זכות הטיעון באופן תקין, יש להביא לידיעת הפרט את מלוא המידע השלילי נגדו ואת מקורו (ר' בג"ץ 656/80 **אבו רומי נ' שר הבריאות**, פסקאות 7-2 לפסק דינו של השופט ברק (9.4.1981); בג"ץ 7793/05 **אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (31.1.2011)).

48. אלא שבעניינינו בקשות המערער לקבלת מידע נדחו בקש במקרה הטוב, ולא זכו להתייחסות כלל במקרה הרע. בכל זאת, ועל אף שייתכן שחסר למערער מידע משמעותי על מנת להשמיע את תגובותיו לטענות השונות שהועלו נגדו בין השנים 2015 ל-2017, השתדל המערער להגיב כמיטב יכולתו על הטענות הכוללניות והבלתי מנומקות שהועלו נגדו. בין השאר, ניסה המערער ללמוד על שיקולי המשיבים מתוך פרסומים בתקשורת ורמיזות שעלו מתשובותיהם החלקיות של המשיבים.

49. אלא שניכר היה מהתייחסותם השטחית של המשיבים שאין ולא היה בכוונתם לתת משקל של ממש לטיעוני המערער בכל מקרה. כך המשיכו המשיבים להתעלם באופן גורף מהנחיית המשנות ליועץ המשפטי לממשלה ומשרד הפנים ולטענות העותר ביחס אליה, לא הגיבו ביחס להבהרות בנוגע לעיוותים החמורים בנוגע לאופיים ותוכנם של המפגשים במקלט, ובסופו של דבר ביטלה המשיבה את הסכם השימוש מבלי לתת נימוקים של ממש, אלא רק תוך הצהרה סתמית כי "ההסברים שניתנו ע"י העמותה אינם מקובלים על העירייה", וכי "ההחלטה התקבלה לאחר שראש העיר וועדת ההקצאות, בחנו את האינטרס העירוני וטובת הציבור בקיומם של הסכמים, השימוש שנעשה במבנים עירוניים ללא תמורה וכן את המטרות שנקבעו בהסכם ותנאיו היסודיים", וזאת בהודעה של פחות מעשרים שורות.

50. התנהלות מתמשכת זו של המשיבים, המהווה חלק בלתי נפרד מההתנכלות השיטתית אל המערער ביחס לשימוש במקלט, מעלה חשש חמור לכך שעמדות ופעולות המשיב בעניין הסכם השימוש עם המערער נעשו תוך משוא פנים, בהתבסס על דעה קדומה וכשדעת הרשות נעולה. הדבר ניכר בהאשמות המשיב את המערער בכך שהוא מקיים פעילויות שכל תכליתן פרובוקציה, מבלי להסביר כיצד הגיע למסקנה זו, מלבד אותה תחושת בטן ביחס לנושאים מסוימים, ובטענה שהעותר עוסק בפעילויות שתכליתן הכפשת המדינה וקיטוב.

51. אמת, אין פסול בכך שאיש רשות, קל וחומר איש ציבור, יחזיק בעמדות מבוססות ביחס לנושאים שונים, פוליטיים ואחרים, שבהם הוא משפיע וקובע את פעולות הרשות. אולם לא ניתן לקבל מצב בו החלטותיו ומעשיו אינם יכולים להיות מושפעים מנימוקים הנוגדים את עמדותיו. שלל הנימוקים של המערער, ואף חוות דעת חד משמעית ומחייבת של המשנות ליועץ המשפטי לממשלה ומשרד הפנים, לא הצליחו כולן לשנות ולו במעט את השקפתו של המשיב, וממילא לא זכו להתייחסות עניינית מצדו. לעניין זה יפים דבריו של השופט בייסקי:

"המבחן הקובע הוא, אם היה אותו אדם בעל לב פתוח ונתון לשכנוע מנימוקי ההתנגדות (his mind was open) כדי לסטות מדעתו הקדומה, או שמא עמדתו היא נחרצת ומנוי וגמור עמו לדבוק בה ולאשר את האקט בכל הנסיבות, ויהיו נימוקי ההתנגדות אשר יהיו (closed mind)" בג"ץ 701/81 מלאך נ' לוי, פסקה 5 לפסק דינו של השופט בייסקי (30.6.1982)

(ר' לעניין סיכוי ההשפעה על החלטת הרשות גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א', עמ' 311-313 (2010))

למרבה הצער, במקרה זה נראה שהמשיב, וכן נציגי המשיבה האחרים, גמרו בדעתם לבטל את הסכם השימוש בהקדם האפשרי, ומבלי שיתנו לאף עובדה, הנחיה מחייבת או עיקרון מינהלי להסיט אותם מדרכם זו.

52. עדות לכך שדעתם של המשיבים היתה נעולה וכי השימוע לא נעשה "בלב פתוח ובנפש חפצה" ניתן למצוא במכתב התשובה של היועץ המשפטי של העירייה, בו הודיע שכל טענות המערער נדחו וכי המשיבים החליטו לבטל את הסכם ההקצאה. המכתב נושא תאריך 19.12.2017 והוא נשלח לעותר ביום 25.12.2017. כשהמערער תהה כיצד הוא אמור לפנות את המקלט בתוך 14 ימים מיום קבלת ההחלטה כשלא ברור מתי נתקבלה ההחלטה, השיב יועמ"ש העירייה שההחלטה התקבלה ביום 25.12.2017. משמע מכתב ההודעה על ביטול הסכם ההקצאה נוסח עוד בטרם התכנסה ועדת ההקצאות לדון בהצעה לבטל את ההסכם והיא שימשה אך חותמת גומי להחלטתו של ראש העירייה לבטל את ההסכם.

53. אף קציבת מועד של 14 ימים לפינוי המקלט, שמשמש את מרכז הפעילות של העמותה מזה למעלה מעשור והסירוב העיקש להאריך מועד זה כדי לאפשר ביקורת שיפוטית של ההחלטה, מעידים על חוסר הסבירות בפעולתם של המשיבים ועל רצונם להתנכל למערער.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולקבוע כי החלטת המשיבים לבטל את הסכם ההקצאה עם המערער – בטלה.

1 ביולי 2018

דן יקיר, עו"ד
ב"כ המערער