

המערערת: **בר קיימא לתרבות אמנות מוסיקה ושלום**  
ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ואח'  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-7050734 ; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבה: **עיריית ירושלים**  
ע"י ב"כ עוה"ד א' בר-עם ו/או טל יקר  
רחוב בן גוריון 1, בני ברק 5252141  
טל': 03-5237942 ; פקס: 03-5221218

## עיקרי טיעון מטעם המערערת

בהתאם להחלטות מיום 23.12.18 ומיום 11.3.19 מוגשים בזאת עיקרי הטיעון מטעם המערערת.

14 במרץ 2019

דן יקיר, עו"ד      אבנר פינצ'וק, עו"ד  
ב"כ המערערת

1. גלריה ברבור היא מפעל תרבותי וחברתי שמשרת קהילה גדולה של תושבי השכונה והעיר. לצד תערוכות מתקיימים בגלריה מפגשים קהילתיים, סדנאות ציור, הרצאות, מופעי תרבות, גינה קהילתית ועוד. כפי שהעידו אומנים בשם הקהילה שנועקה "מתוך חרדה מפני התערבות של השלטון" – התיק שלפנינו עניינו אינו "ביחסים בין בעל נכס לזים" אלא במוסד תרבות ובקהילה שנוצרו "מלמטה למעלה", ובפגיעה "בזכות הנוגעת ללב שלנו, אמנים, תושבים, אזרחים והקהילה" (179' 30.8 ע' 55).
2. במשך כעשור פעלה הגלריה מטעם המנהל הקהילתי של העירייה ורק ב-2015 עברה לניהול בלעדי של המערערת. על פי טענת העירייה, כפי שזו אומצה בפסק הדין, באותו שלב נדרשה המערערת להגיש בקשת הקצאה. הבקשה סורבה, ו"דרישת פינוי נעשתה בסמוך לכך, והמשיכה במכתב ההתראה מיום 7.5.17" ובתביעת הפינוי. בכל הכבוד, דומה שבשל הדילוג על שלב ההוכחות, נסמך פסק הדין על תמונה עובדתית שגויה. אכן, בשנת 2015 שקלה העירייה לפנות את הגלריה לטובת גן ילדים, אך לנוכח המחאה הציבורית שקמה, חזרה בה, וראש העירייה הודיע באורח פומבי ורשמי, שהוא "שמח לבשר... נמצא מקום לגן ילדים עירוני וכך גם הילדים וגם אוהבי הגלריה יכולים לשמוח". בהודעה שפרסמה העירייה באתר האינטרנט שלה, נאמר עוד ש"בכך קיימה העירייה את התחייבותה... השארת גלריית ברבור במקומה" (ד' מוצגים 6 ו-7).
3. בית המשפט הנכבד למד "מהמסמכים" שלפניו, שהעירייה הודיעה לגלריה ביולי 2015 שאין בכוונתה להקצות לה את המבנה. אלא שבמהלך הדיון בבקשת הרשות להתגונן העידה נציגת המערערת, שהעירייה לא העבירה אליה החלטה מעין זו (179' 26.3.18 ע' 2 ש' 12). וגם לאחר המועד שניתנה ההחלטה, לטענת העירייה, זיכרה לא עלה בכל הפגישות וההתכתבויות שהוחלפו בין הצדדים.
4. ממש בסמוך לכך (5.8.15) המערערת גם זומנה לשימוע, בטענה שפעילות הגלריה אינה תואמת את ייעוד המבנה על פי התב"ע - "שטח ציבורי פתוח". אבל לאחר ששמעה את טענות המערערת ובמשך למעלה משנה העירייה לא נתנה כל החלטה בעניין. דומה היה שנחה דעתה עד ששבה והעלתה את התואנה בדבר ייעודו של השטח במסגרת דרישת הפינוי מיום 8.2.17, שהורתה ולידתה בחטא של שיקולים פוליטיים פסולים והתנגדות לנושאי הדיונים ולערבי העיון שהתקיימו במקום.

5. כמו שכבר שנאמר על העירייה בעניין אחר, "רשויות מנהליות השוקלות שיקולים זרים או פסולים, מנסות להסוות ולטשטש את הטעמים האמיתיים שהיו ביסוד החלטותיהן" (ענ"ם 343/09 הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים (14.9.10)). במשך שנים מפעילה העירייה גן ילדים בשכנות לגלריה, בניגוד כביכול לייעוד של התב"ע, והיא גם זו שבכוחה לפעול לשינוי התכנית. גם האמתלה האחרת, כאילו היא נזקקת למבנה לטובת גן ילדים התבררה בדיון כמופרכת.
6. בסופו של דבר, גם ב"כ העירייה נאלץ להודות, ש"נקודה שעליה לא יכולה להיות מחלוקת שהיא **נקודת ההיפוך בעמדת הרשות** היא במכתב... מיום 8.2.2017... שהנתבעת נדרשת לפנות" (פרוטוקול 30.8 ע' 52 ש' 10 ואילך). ומה אירע באותה "נקודת היפוך"? באותה עת הכין עצמו ראש העירייה להתמודדות בזירה הפוליטית הארצית, והיה נתון ללחצים של חברי מפלגתו שיפעל נגד המערערת (מוצגים 17-22). הדברים הגיעו לשיא ביום 7.2.17 במכתב שרת התרבות, שקראה לו למנוע קיום הרצאה של "שוברים שתיקה" בגלריה. בו ביום, בשעה 17:00 זומנה המערערת בבהילות לשימוע למחרת בשעה 9:00 בבוקר, ודף הפייסבוק "ניר ברקת לליכוד" בישר: "**שוברים שתיקה? לא בעיר הבירה ירושלים. בהנחיית ראש העיר יזמנו נציגי ברבור לשימוע דחוף מחר בבוקר**". בא כוחה של המערערת הודיע כי לא יוכל להתייצב, אך לעירייה אצה הדרך, וביום 8.2.17 המערערת נדרשה לפנות את הגלריה. (מוצגים 23-27).
7. גם בית המשפט קמא "התרשם שהמניע להגשת התביעה היא ביטויים שאין דעת העירייה נוחה שייאמרו מעל מקרקעין ציבוריים של העירייה" (פ"ד 30.8.18 ע' 40, ש' 19). ומדוע דעתה אינה נוחה? עובר להגשת התביעה, כמו גם בישיבות המקדמיות ובבקשות לסעד זמני שהגישה נגד אירועים שהתקיימו בגלריה, טענה העירייה ש"השימוש **לכנסים של גופים קיצוניים שנמצאים בשולי הזרם הפוליטי הוא שימוש אסור**" (פ"ד 12.4.18 ע' 21), ומפר את ההסכמות ואת הנורמות המסדירות את פעילות הגלריה בנכס העירוני.
8. **עמדה זו של העירייה מנוגדת לדין** - פעילות שנויה במחלוקת פוליטית בנכסים עירוניים אינה אסורה, והעירייה אינה רשאית לאסור אותה, וגם לא לדרוש פינוי נכס עירוני בעטייה, כפי שעשתה בענייננו.
9. לא הרי התרת שימוש במבנה עירוני כהרי "מצב הדברים במקרה... שבו העירייה היא שמארגנת אירוע עירוני ומקצה לו מימון". בית המשפט הנכבד כבר נדרש לכמה מן האירועים שהעירייה הפיקה ומימנה,

הגם שהם היו פוליטיים ומפלגתיים. דווקא אז, הגנה העירייה בלהט על חופש הביטוי ועל זכותו של כל ציבור בעיר לקיים אירועי דת, חינוך ותרבות על פי אמונתו ואורחות חייו, ומבלי "להתערב בתכנים אשר רלוונטיים לציבור זה" (עת"ם (י-ם) 51824-12-16 צחור נ' עיריית ירושלים (26.6.17); ר' גמ: עת"ם (י-ם) 8000-04-17 צחור נ' עיריית ירושלים (21.6.18)).

10. זה מכבר נקבע, כי רשות מקומית אינה רשאית לאסור על שימוש במתקניה לשם "פעילויות בעלות אופי פוליטי". "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" (ענ"ם 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב (4.4.05)). הלכה זו שימשה את היועץ המשפטי לממשלה שעה שקבע, כי האיסור לקיים בנכס עירוני פעילות "פוליטית או מפלגתית" מתייחס אך ורק "לפעילות הקשורה במישרין או בעקיפין לפעילות מפלגתית" (מוצג 30).

11. יתר על כן, לאחר מתן פסק הדין שבמוקד הערעור, חזר בית המשפט העליון על הלכה זו, סמך ידיו על עמדת היועץ המשפטי לממשלה, והוסיף כי פעילות העירייה בכל הקשור להקצאות "צריכה להתבצע מתוך תפיסה שוויונית המשקפת פלורליזם מחשבתי-חברתי, המתייחס למגוון ההשקפות והדעות בחברה הרלוונטית". (ענ"ם 5042/18 פורום דו קיום בנגב נ' ראש עיריית באר שבע (26.12.18)).

12. אכן הרשות ריבונית להחליט על השימוש שיעשה בקניינה הציבורי, אך שיקול דעתה בעניין כפוף לדרישות המשפט הציבורי, לרבות שוויון, ו"שיקולים ערכיים, אינטרסים חברתיים וכלכליים הקשורים בזכויות אדם" וציפיות של קהילות דתיות ותרבותיות שונות (בג"ץ 7311/02 האגודה להגנה על זכויות הבדואים נ' עיריית באר שבע (22.6.11)). בדומה לתקציבים ולתמיכות, גם הקצאות צריכות להיעשות "בהתאם לעקרונות אלו של שוויון ופלורליזם" (בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית נ' שרת החינוך (16.7.06)). יש "לתת שטח מחיה גם למוסדות חדשים וחדשניים" (בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 284, 259 (31.8.97)).

13. סיכומו של דבר, ההחלטה לפנות את הגלריה התקבלה ממניעים פוליטיים מפלגתיים ומשיקולים זרים ופסולים. הסיבה לביטול רשות השימוש היא אותן הרצאות שנויות במחלוקת שנשמעו בנכס. לכן החלטת העירייה התקבלה שלא כדין ודינה בטלות ויש לדחות את תביעת הפיננוי בתיק הנדון. ככל שיש

מחלוקת עובדתית אם זו הסיבה לביטול רשות השימוש או שמא קיימות סיבות אחרות אזי יש לשמוע ראיות.

14. מכאן שלא היה די בכך שבית המשפט הנכבד יניח, שהתביעה הוגשה בשל "ביטויים שאין דעת העירייה נוחה שייאמרו", וגם לא די בקביעה המתבקשת, שלא נעשתה, שמדובר בשיקול זר ופסול. על מנת להגיע להכרעה ראויה בנסיבות כגון דא, יש צורך לעמוד על חומרת החריגה ואי החוקיות משום שאלו משליכים על תוקפן או על בטלותן של החלטות העירייה. לא די להניח "לצורך העניין", שהייתה פגיעה בזכות יסוד או חריגה מכללי המשפט המנהלי. מהות הפגיעה וחומרתה משליכות בהכרח על האיזונים בין האינטרסים המתנגשים, על תוקפן או בטלותן של החלטות העירייה, של הסכמות והבטחות שנתנה, ועל הסוגיות המשפטיות שדורשות הכרעה, לרבות בתחום המשפט האזרחי.

15. ההחלטה על פינוי הגלריה בטלה אף בשל כך שהיא התקבלה מבלי שנערך **שימוע** למערערת. במיוחד בנסיבות שלפנינו הקפדה על הליך תקין הייתה חיונית כדי למנוע "מדרון חלקלק בנוסח מדינות ורשויות שאיננו רוצים להידמות אליהן" (בג"ץ 5870/14 **חשבים בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט** (12.11.15)). שלילת זכות הטיעון עלולה להקים אחריות בתחום המשפט הפרטי (ע"א 1081/00 **אבנעל בע"מ נ' מדינת ישראל** (2005); ת"א (מדכז) 752-09-09 **בלורי בע"מ נ' הוועדה לתו"ב רמת השרון** (6.9.18)), וממילא גם מקימה טענת הגנה טובה בהליך האזרחי.

16. **פסק דין בקדם המשפט** – לפסק הדין בענייננו קדמה החלטה למתן רשות להתגונן. לאחר ששמע חקירה נגדית ובחן את המוצגים, קבע מותב קודם של בית המשפט קמא כי כל טענות ההגנה, לרבות אלו שנוגעות להסכמים ולהבטחות העירייה, "**צריכות להתברר בראיות ו... מצדיקות בירור עובדתי**". בניגוד גמור לכך, בפסק הדין קבע בית המשפט הנכבד, כי יש לפניו "רק טענה בעלמא", ש"מן המסמכים עולה כי בקשה להקצאת מקרקעין... נדחתה", ושהדרך להתמודד עם החלטה זו "אינה בהתגוננות מתביעת פינוי".

17. במקרה דומה לשלנו, מיאן בית משפט לאפשר למבקש לחקור את המצהיר שמנגד והכריע "על פי הניירות" בלבד. בית המשפט העליון קיבל את הערעור וקבע שחקירה נגדית היא "המכשיר היעיל ביותר

שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל-דין לשם גילוי האמת במשפט" (דע"א 2508/98 מתן בע"מ נ' מילטל

תקשורת בע"מ (1998)).

18. מדובר ב"סמכות חריגה", שחותרת תחת זכות הגישה לערכאות, ועל כן השימוש בה אינו ראוי "עת קיימת מחלוקת עובדתית... אף אם בית המשפט מניח כי בסופו של יום יתברר כי הגנת הנתבע הינה לא יותר מעורבא פרח". בהתאם לזאת, בוטל פסק דין שקיבל תביעת פינוי, הגם שהנתבע טען שהוסכם "כי רשות השימוש תגיע לקיצה" במועד מאוחר יותר. הערעור התקבל תוך שבית המשפט של הערעור שם דגש על כך שלא "הוגש תצהיר מטעמו [של התובע] המכחיש הסכמה נטענת זו" (ע"א (ת"א) 25940-03-13 תעשה נ' יעקבי (6.4.14)).

19. גם בענייננו היו לבית המשפט תהיות באשר לתגובת העירייה לטענות שהעלתה המערערת (ר' למשל, פ"ד 21.6, ע' 28 (1-33) והיה ראוי לחייב את העירייה להתייחס לטענות אלו בתצהיר, ולאפשר חקירה נגדית לגביהן. פסק דין בקדם המשפט יינתן ב"מקרים החריגים ו"אין לעשות כן במקרה שיש בו מחלוקת עובדתית... כאשר לנתבע יש הגנה לכאורה, שלא ניתן לדחותה אלא בהסתמך על תצהירי התובע, וכאשר הנתבע מבקש לממש את זכותו הדיונית לחקור... הזכות לחקירה הנגדית היא זכות בסיסית בשיטת המשפט שלנו" (ע"א (מרכז) 11491-06-09 שניידר נ' מעצ בע"מ (12.8.10)).

20. בהתאם לזאת נפסק, כי "ייעול הדיון הוא ערך עליון אך בשום אופן אינו יכול לבוא על חשבון זכויות היסוד של המתדיינים"; "מרגע שהמערער הכחיש את טענת המשיב... מחובת בית המשפט היה להזמין את הצדדים ולשמוע ראיות... לא היה מקום לכך שבית המשפט יאזין לקלטת בעצמו מבלי... שאיפשר למערער לחקור את עורך הקלטת" (ע"א (ת"א) 3936/07 קהא נ' ביטוח ישיר בע"מ (5.7.09)).

21. השיקולים במתן פסק דין בקדם המשפט זהים לשיקולים בבקשה לרשות להתגונן: גם אם עומדת ל"נתבעת הגנה אפשרית, אמנם בדוחק... אין ליתן פסק-דין כנגד הנתבעת בשלב קדם המשפט" (ת"א (מחודד, ת"א) 2530/00 בנק ירושלים בע"מ נ' חבר (15.10.03)). בשני המקרים, לא די בכך שבית המשפט אינו מאמין בטענות ההגנה. בשל מעמדה של החוקתי של זכות הגישה לערכאות "יש צורך במידת וודאות גבוהה בדבר חוסר רצינותו והעדר ממשותן של טענות ההגנה" כדי לשלול רשות להתגונן (ע"א

10189/07 ששון נ' בנק טפחות בע"מ (15.6.09). בענייננו, **דיי בכך שאחד משני המותבים שישבו בתיק**

**סבר כי יש ליתן רשות להתגונן, כדי לשלול "ודאות גבוהה" מעין זו.**

22. **לאחר שמותב אחד החליט לתת רשות להתגונן הסמכות לשנות את ההחלטה נתונה לערכאת הערעור.**

עיון מחדש של הערכאה הדיונית בהחלטה שכבר ניתנה אפשרי "במקרים נדירים" (ע"א 3604/02 אוקו

נ' שמי, (2002)). לשם תיקון "טעות טכנית", וכשאינ בכך "כדי לפגוע בזכויות הדיוניות והמהותיות" של

המתדיינים (ע"א 3537/03 זאב בר בע"מ נ' מע"מ (2005); ע"א 8205/08 מצלח נ' כלל בע"מ (2008); ע"א

1574/11 שטראוס בע"מ נ' אורמן (2011)).

23. **בהקשר זה הבחין בית המשפט העליון בין החלטת ביניים על סעד זמני לבין החלטה "בטענות מקדמיות**

**אשר יש בהן כדי להכריע את גורלה של התביעה כולה" (עיכוב הליכים, חוסר סמכות וכד'). שינוי**

**החלטה מהסוג האחרון אינו מתיישב עם "יעילות והגינות דיונית"; "צדדים להליך צריכים להימצא**

**בוודאות משפטית" (ע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בע"מ (2010)).**

24. **ביטול רשות חינם – פסק הדין נסמך על "הכלל ... כי נתונה רשות במקרקעין לביטול ... בכל עת".**

אלא שפרופ' נינה זלצמן, שאליה הפנה, ציינה גם שהתנהגות הצדדים, הבטחות ומצגים שנתנו, ושיקולי

צדק עשויים ליצור השתק, חלקי או מלא, של בעל המקרקעין כלפי בר הרשות. "תוכנם, משך תקופתם

ותנאי סיומם של היחסים יקבעו עלידי בית-המשפט, על-פי שיקולים של צדק". "נסיבות המקרה ...

עשויות למנוע את בעל המקרקעין מכוחו של דין ההשתק, או עקרון תום הלב, מלהביא את הרשות

לסיומה באורח חד צדדי ומידי" (זלצמן, "רשות במקרקעין" 57; ע"א 515/76 לוי נ' ויימן, (1977)).

25. **לאור זאת, וכפי שנפסק בעניין דומה, סוגיית זכותה של העירייה "לבטל את הרישיון ... טעונה בירור**

**ראייתי, יש לבחון את הסכמת הצדדים באשר למשך תקופת הרישיון ולצורך זאת לבחון ראיות באשר**

**לאומד דעת הצדדים" (ת"א (פ-1) 15844-06-10 מדינת ישראל נ' בנק יהב בע"מ (5.10.10)). מה גם**

**שבענייננו אין מדובר רק בהסכמה מכללא, והמערערת קיבלה רשות להוכיח קיומו של הסכם מפורש.**

26. **אמות המידה להתנהגות שהמשפט המנהלי מתווה קובעות נורמות גבוהות יותר של הגינות וסבירות**

**מאלה הנובעות מעיקרון תום הלב החוזי. העירייה היא רשות ציבורית ומלבד חובת תום הלב שחלה על**

**כל פעולותיה, היא חייבת בחובת הגינות מוגברת, ובחובת נאמנות לאינטרס הציבורי ולזכויות אדם.**

השיקולים הפסולים והפוליטיים שהנחו את העירייה בהתנהלותה כלפי המערערת, לרבות ובמיוחד - תביעת הפינוי שבענייננו מהווים הפרה בוטה של חובות אלו (ר' ברק ארז, משפט מנהלי ג', 22; 298; בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר (1998)).

27. מימוש זכות הקניין "כפוף... גם לדוקטרינת תום-הלב ולעקרון איסור השימוש לרעה בזכות" (רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי (1998)). בהתאם לזאת נפסק, כי "יתכנו מקרים שבהם מכוח עקרון תום הלב יוגבלו הסעדים להם זכאי בעל זכות קניינית" (ע"א 8661/10 נעמה נ. טורקיה (19.2.12)). בית המשפט לא ימהר לתת סעד שבעל המקרקעין תובע שלא כדי לשרת אינטרס לגיטימי אלא כדי לסחוט את יריבו (עע"ס 3885/17 קשתות בע"מ נ' הוועדה לתכנון ובניה מחוז דרום (4.7.18)).

28. בהתאם לזאת ראוי לדחות את תביעת העירייה, שלא נועדה אלא כדי לשרת מטרה זדונית - לפגוע בזכויות יסוד של המערערת ושל הקהילה שפועלת במחיצתה. למצער ולחלופין, יש בהתנהלות העירייה כדי לתת תוקף להתחייבויות החוזיות ולהבטחות שנתנה, גם אם היא תצליח לשכנע בראיות, כי נפלו בהן פגמים כטענתה (וראו, למשל, התייחסות העירייה לטענת המערערת בדבר הבטחה של ראש מנהל התרבות: "אז הוא הבטיח, אז מה? ... על פי חוק לא ניתן לתת הבטחה כזו" (פד"ר 30.8 ע' 53 ש' 25)).

29. גם אם נניח שקיימים טעמים שעלולים לפגום בתוקפם של ההסכם או בתוקף ההבטחה השלטונית של העירייה, עדיין אין בכך כדי להביא למסקנה אפריורית שהם בטלים מעיקרא. שמיעת העדויות וחקירת עדים משני הצדדים היא הכרחית על מנת להכריע בשאלת הנפקות של ההסכמות, ההבטחות והמצגים שניתנו על מערך הזכויות והחובות של הצדדים. "אפילו הבטחות שלטוניות שניתנו בחוסר סמכות, אך אינן סותרות בתוכנן את האינטרס הציבורי... אין לשלול על הסף את אכיפתן" ולמצער חלופה דוגמת "ביצוע בקירוב" (ברק-ארז, משפט מנהלי ג', 337; ר' עוז: ע"א 6705/04 בית הרכב נ' עיריית ירושלים (22.1.09); ע"א 6971/93 עיריית רמת-גן נ' קרשין (12.2.97)).