



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"מ 662/11

לפני :  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערים :  
1. יהודית סלע  
2. סימה בן חיים  
3. פרי שחף  
4. ינון סלע  
5. יואב בן חיים  
6. קטי שילה אוליבר  
7. מיכאל איאש  
8. דוד כהן  
9. אמנון בן עמי  
10. זקרי גרייסון

נ ג ד

המשיבים :  
1. ראש המועצה המקומית כפר ורדים, סיון יחיאלי  
2. המועצה המקומית כפר ורדים  
3. אוריית אמזלג  
4. שמעון אמזלג  
5. ויקטור חזיזה  
6. טיבי הרץ  
7. ז'אק בן זקן  
8. שלמה ממן  
9. ניסים אביטל

ערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים  
בחיפה (כב' השופט ר' סוקול) בתיק עת"מ 21404-06-09  
מיום 23.12.2010

תאריך הישיבה : כ"ט באדר ב התשע"ד (31.3.2014)

בשם המערערים : עו"ד אבי וינרוט ; עו"ד אמיר לוקשינסקי-גל

בשם המשיבים : עו"ד חיים פיצ'ון

בשם פרקליטות המדינה : עו"ד תדמור עציון

## פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בחיפה (כב' השופט ר' סוקול), שדחה את עתירת המערערים וקבע כי אין להתערב בהחלטות המועצה המקומית כפר ורדים (להלן: המועצה או המועצה המקומית) שלפיהן לא תתאפשר הקמת מקווה לנשים ביישוב בזמן הקרוב.

הרקע

1. יישוב כפר ורדים הוקם בגליל המערבי בעקבות החלטת ממשלה משנת 1978. ביישוב מתגוררים כיום כ-6,000 תושבים. חלקם של התושבים (לטענת המערערים מדובר בעשרות רבות של משפחות) מגדירים עצמם דתיים או מסורתיים. הסמכויות לתכנן, לפתח ולשווק מגרשים בתחומי היישוב היו נתונות בעבר בידי החברה לפיתוח כפר ורדים בע"מ, ובשנת 2008 הן הועברו לידי המועצה. בשנת 2005 הסכימו המועצה המקומית והמועצה הדתית האזורית מעלה יוסף כי האחרונה תהא אמונה על אספקת שירותי הדת ביישוב, ובתוך כך שירותי "טהרת המשפחה והדרכת כלות". ביישוב לא הוקם מעולם מקווה טהרה, והמקוואות לנשים הקרובים ביותר מצויים במרחק של נסיעה קצרה ממנו ביישובים סמוכים. בשנים האחרונות החלו חלק מתושבי המקום לפעול במטרה להביא לבנייתו של מקווה ביישוב.

2. ביום 12.3.2007 התחייבה הרשות הארצית לשירותי דת במשרד ראש הממשלה (להלן: הרשות) להעניק "תקציב בלתי רגיל" בסך 745,000 ש"ח לטובת בניית מקווה לנשים ביישוב (להלן: התב"ר). המועצה המקומית נדרשה לאשר את הצעת הרשות על מנת לקבל את התב"ר, וביום 22.5.2007 החליטה לאשרה בתנאי שהרשות תסכים לפטור את המועצה מהתחייבות לממן בצורה כלשהי את הקמת המקווה או את אחזקתו. בהמשך לכך מילאה המועצה את הטופס שנדרש לשם קבלת התב"ר – תוך מחיקת הסעיפים הנוגעים להתחייבות המועצה להשתתף במימון – והעבירה אותו לרשות תוך הדגשת התנאי שלפיו המועצה לא תידרש לממן כלל את ההקמה או האחזקה של המקווה. ביום 18.11.2007 התקיימה ישיבת מועצה נוספת. בישיבה מסר ראש המועצה דאז כי בפגישה שערך עם השר לענייני דתות, הודיע לו השר כי טופס הבקשה לקבלת התב"ר לא יאושר בשל ההסתייגויות והמחיקות שבוצעו בו, אך הוסיף והתחייב לכך שהאחזקה השוטפת של המקווה תתוקצב בידי הרשות לשירותי דת ולא יידרש מימון

מאת המועצה. במהלך אותה ישיבה ביקש מר אמנון בן עמי (הוא המערער 9; להלן: התורם) – בן היישוב שתום בעבר כספים להקמת בית כנסת חדש ביישוב – שהמקווה יצורף למבנה בית הכנסת הנ"ל, והסכים לערוך לכך שהאחזקה השוטפת של המקווה לא תדרוש את מימון המועצה. בסיום הישיבה החליטה המועצה "לאשר את התב"ר כפי שהוא וללא שינויים ובמשבצת הקרקע בשלב ב'" (כמונח שלב ב' כיוונה המועצה לאזור ספציפי ביישוב).

3. בעקבות החלטה זו פרסמה המועצה ביום 23.10.2008 מכרז לבניית המקווה (להלן: המכרז). עתירה שהוגשה נגד תקינות הליכי המכרז נמחקה ביום 6.11.2008, בעקבות הצהרת המועצה שלפיה לא ייפתחו מעטפות המציעים עד אשר תסתיימנה הבחירות למועצה המקומית ותתקבל החלטה על פתיחתן על ידי המועצה החדשה (עת"ם (מינהליים חי') 10/08 עקירב נ' המועצה המקומית כפר ורדים (6.11.2008)). ביום 11.11.2008 נערכו בחירות למועצה המקומית שבמסגרתן נבחר ראש מועצה חדש (הוא המשיב 1). ביום 16.11.2008 פנה ראש המועצה היוצא למינהל מקרקעי ישראל וביקש להשהות את בקשת המועצה להקצות את הקרקע לבניית המקווה, וחלף זאת להקצותה להקמת בית ספר על-אזורי "תפן". בקשת השהייה זו באה בעקבות הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין בחודש ספטמבר 2008, שבגדרו התחייבה המועצה להקצות קרקע לטובת הקמת בית הספר "תפן" בתחומיה (עת"ם (מינהליים חי') 630/08 העמותה למען ביה"ס הניסויי מעלות והאזור ע"ר נ' מועצה מקומית תעשייתית מגדל תפן (4.9.2008)).

4. ביום 22.12.2008 הודיע ראש המועצה החדש למציעים במכרז על ביטול המכרז, והמעטפות הוחזרו למציעים בעודן חתומות. במהלך חודש פברואר 2009 הוחלט לשנות את מיקום הקמתו של בית ספר "תפן" ולייעד לצורך כך קרקע אחרת ביישוב. ביום 13.5.2009 התקיימה ישיבת מועצה. במסגרת דיון בהקצאת קרקעות לצורכי דת, ביקש ראש המועצה לבטל את החלטות המועצה הקודמת בנושא, וציין כי המכרז לבניית המקווה בוטל בשל בעיה בהקצאת הקרקע וכן מכיוון שהתקציבים לא היו זמינים והתורם לא תרם את חלקו. עוד צוין כי בינתיים פקע תוקף ההתחייבות של משרד הדתות לממן את בניית המקווה. בסיום הישיבה החליטה המועצה לבטל את החלטת המועצה הקודמת מיום 18.11.2007 בעניין בניית בית הכנסת והמקווה בשלב ב' (להלן: החלטת הביטול). בעקבות החלטה זו התארגנו כמה עשרות תושבים בניסיון להביא לביטולה, ולאחר שמאמציהם כשלו הגישו עתירה נגד החלטת המועצה לבית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים.

5. בעתירה שהוגשה לבית המשפט קמא טענו המערערים כי יש לבטל את החלטת המועצה שהורתה על הקפאת וביטול המכרז לבניית המקווה, ולחייב את המשיבים לפרסם מכרז חדש. ביום 8.9.2009 התקיים דיון בעתירה, ובמהלכו נטען בין היתר כי לא ניתן להחליט על הקמת מקווה, או כל מבנה ציבורי אחר, ללא קריטריונים ברורים להקצאת משאבים ציבוריים. בסופו של דבר הושג בין הצדדים הסדר דיוני שלפיו הדיון בתיק יידחה לתקופה של שישה חודשים שבמהלכה תגבש המועצה קריטריונים להקצאת קרקעות למבני ציבור ולתמיכות תקציביות לצורכי ציבור. הוסכם כי הקריטריונים שיגובשו "יתייחסו לכלל צרכי היישוב, לרבות צרכי הדת ובהם הקמת מקווה"; וכי "במסגרת הקריטריונים שיגובשו על ידי המועצה תביא המועצה בחשבון את רצון הציבור, ואת כלל צרכי הציבור, וכן תתחשב בזכויות החוקתיות של הציבור. כמו כן תביא בחשבון המועצה את הנטל על הקופה הציבורית [...] [ובתוך כך] את האפשרות לקבלת מימון ציבורי או אחר להקמת מבני הציבור, לרבות מימון ציבורי שכבר אושר [...], ואת האפשרות של שילוב צרכים שונים יחדיו על מנת להקל ולחסוך בעלויות". הובהר כי אין בהסדר כדי לפגוע באילו מטענות הצדדים לגבי העתירה גופה.

6. בעקבות ההסדר הדיוני, החליטה המועצה ביום 14.12.2009 על הקמת ועדה לבחינת קריטריונים להקמת מבני ציבור ביישוב (להלן: ועדת הקריטריונים או הוועדה). בוועדה ישבו תשעה חברים ובהם גם נציגים מקרב המערערים. לאחר קיום חמש פגישות ודיון פומבי שאליו זומנו כלל תושבי היישוב הגישה הוועדה את מסקנותיה. הוועדה קבעה כי סדרי העדיפות להקמת מבני ציבור ביישוב יתבססו על שורת קריטריונים, שלגבי כל אחד נקבע גם מה יהא משקלו היחסי כלהלן:

<u>משקל יחסי</u>	<u>קריטריון</u>
30%	1. מספר המשתמשים הצפוי
25%	2. נדרש לניהול חיים תקינים בכפר
25%	3. תואם לאופי (חזון) הכפר
10%	4. עלות תפעול ביחס למספר המשתמשים הצפוי
10%	5. אפשרות לסיפוק הצורך ביישובים סמוכים

לאור קריטריונים אלה דירגו חברי הוועדה את רשימת 17 מבני הציבור הנדרשים ביישוב. לאחר שהמקווה זכה לדירוג הנמוך ביותר כמעט בכל אחד ואחד מהקריטריונים, בנפרד ובמצטבר, מוקם המקווה במקום האחרון בסדר העדיפויות להקמת מבני ציבור נדרשים ביישוב.

7. ביום 21.4.2010 אישרה המועצה את המלצות הוועדה, והבהירה כי סדרי העדיפויות שנקבעו יהיו "מצפן" לקבלת החלטות המועצה בתחום זה, אך לצד זאת כי אין בהמלצות כדי לשלול את סמכות המועצה לדון בכל מקרה לגופו. בעקבות אישור ההמלצות, ונוכח דירוג העדיפות הנמוך של בניית המקווה, הגישו המערערים עתירה מתוקנת שבה חזרו על טענותיהם בעתירה המקורית והוסיפו וטענו נגד הקריטריונים שנקבעו והאופן שבו דורגו מבני הציבור.

פסק הדין של בית המשפט קמא

8. ביום 23.12.2010 דחה בית המשפט קמא (כב' השופט ר' סוקול) את העתירה והשית על המערערים הוצאות בסך 20,000 ש"ח. בפתח דבריו הבהיר בית המשפט כי זכויות היסוד של המערערים לחופש דת ופולחן אינן שנויות במחלוקת, אך יש למקד את הדיון בשאלת אמות המידה לחלוקת משאבים ציבוריים ברשות מקומית ובתקינות ההליכים שנקטו המשיבים. נקבע כי בניית המקווה דורשת הקצאת משאבים ציבוריים – מקרקעין ציבוריים וכן תקציב להקמת ואחזקת המבנה. הובהר כי אף אם צפויים המערערים לגייס תרומות לצורך כך, הן אינן צפויות לאיין את הצורך במשאבים ציבוריים אלא אך לצמצם את העלויות. על רקע זה, דחה בית המשפט את טענות המערערים הן ביחס להחלטת הביטול, הן ביחס להחלטת המועצה – שהתקבלה בעקבות המלצות ועדת הקריטריונים – לדרג את המקווה בעדיפות האחרונה להקמת מבני ציבור ביישוב (החלטה מיום 21.4.2010).

9. אשר להחלטת הביטול, נפסק כי מכיוון שהקצאת הקרקע לטובת בניית המקווה הותנתה בתנאים שלא התקיימו – כספי התורם לא הועברו; והרשות לשירותי דת דרשה התחייבות בלתי מסויגת מהמועצה למימון הוצאות ההקמה והאחזקה של המבנה – החלטות המועצה בעניין הקמת המקווה בוטלו כדין. עוד נקבע כי המועצה הייתה רשאית לבטל החלטות אלה שכן הן התקבלו שלא בהתאם לקריטריונים שנקבעו לאחר מכן בהתאם למדיניות החדשה של המועצה, וכן כי השתנו הנסיבות לאחר שהוחלט לייעד את הקרקע לבניית בית ספר.

10. גם בעניין ההחלטה לדרג את המקווה בעדיפות האחרונה בבניית מבני ציבור ביישוב נדחו כלל טענות המערערים. אשר לטענה בדבר העדר תשתית עובדתית מספקת קבע בית המשפט כי התבססות הוועדה על נתוני המועצה, על פניות הציבור בעל פה

ובכתב ועל ההיכרות האישית של חברי הוועדה עם היישוב ועם צרכיו הייתה סבירה, וכי למערערים ניתנה האפשרות להציג נתונים בפני הוועדה ככל שרצו בכך. עוד קבע בית המשפט כי התבטאויות חברי הוועדה בעניין וחזונו של היישוב אינם מעידים על קיומם של שיקולים זרים שעניינם מניעת התרחבות חוג התושבים שומרי המצוות ביישוב; וכי תפיסות העולם של חברי הוועדה ביחס לצורכי היישוב הן בגדר שיקולים רלוונטיים הנדרשים לעניין. אשר לטענת המערערים בדבר אי הכללת הקריטריונים שהוסכם עליהם בגדר ההסדר הדיוני ברשימת הקריטריונים הסופית, קבע בית המשפט כי אין בהסדר הדיוני כדי להגביל את המועצה בהפעלת סמכויותיה, וכי ההסדר האמור לא נועד לקבוע את הקריטריונים אלא אך לפרט את השיקולים שיעמדו לפני המועצה בעת קביעתם – כפי שהתרחש בפועל. עוד נקבע בסוגיה זו כי החלטת המועצה שלא להפוך לקריטריון את שאלת זמינותם של המשאבים נועדה למנוע הקמת מבנים שאין בהם צורך ממשי מכספי תרומות, ומכאן כי מדובר בשיקול ענייני ולגיטימי. בית המשפט הוסיף כי צורכי הפולחן של תושבי היישוב מסופקים על ידי המועצה הדתית האזורית מעלה יוסף, וכי קיימים מקוואות ביישובים הסמוכים. נקבע כי העדרו של מקווה ביישוב מכביד על התושבים המבקשים לקיים את מצוות הטבילה, אך כי אין בכך משום מניעה לקיים את המצווה. לבסוף קבע בית המשפט כי על רקע הריסון השיפוטי הראוי בהתערבות בהפעלת שיקול הדעת המינהלי, אין מקום להתערב בקריטריונים באופן שיקנה עדיפות להקמת המקווה.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות המערערים

11. המערערים מבקשים להורות על ביטול פסק הדין של בית משפט קמא; ביטול החלטות המועצה מיום 13.5.2009 (בעניין ביטול התב"ר והקצאת הקרקע לבניית המקווה) ומיום 21.4.2010 (בעניין דירוג המקווה במקום האחרון ברשימת מבני הציבור הדרושים ביישוב); וביטול המלצותיה של ועדת הקריטריונים. לצד זאת, מבקשים המערערים כי נורה למועצה להקים מקווה ציבורי על בסיס תקציב המשרד לשירותי דת ולפעול לקבלת הארכת מועד למימוש התב"ר ככל שהדבר נדרש.

12. לטענת המערערים, הקמת מקווה טהרה ביישוב תגן על זכות התושבים לחופש דת ופולחן מחד גיסא, ולא תפגע במשאבי היישוב מאידך גיסא. לפי המערערים, ניתן לשלב את המקווה במבנה ציבורי אחר, כך שהקמתו לא תפגע במלאי הקרקעות לצורכי ציבור ביישוב, ואילו עלויות הקמת ואחזקת המבנה ימומנו מכספי המדינה ולא

מתקציב המועצה. במצב דברים זה, כך המערערים, החלטת המועצה שלא לפעול להקמתו של מקווה ביישוב היא בלתי מידתית ולא סבירה, ומקורה בשיקולים זרים פסולים שענינם הרצון לשמור על אופיו החילוני של היישוב ולהדיר ממנו אוכלוסייה שומרת מצוות. עוד טוענים המערערים לשורה של פגמים שנפלו בהליך קבלת ההחלטות במועצה בסוגיה זו. לצד זאת מבקשים המערערים להצביע על שגיאות עובדתיות שנפלו לשיטתם בפסק הדין של בית משפט קמא, ובתוך כך הקביעה כי המקווה היה צפוי להיות ממומן בכספי תורם (בעוד שלדבריהם המימון העתידי הוא מכספי מדינה); הקביעה כי המערערים טענו להכבדה בלבד על זכותם החוקתית לחופש דת ופולחן (בעוד שלדבריהם נטענה פגיעה של ממש ושלילה מוחלטת של היכולת לממש את מצוות הטבילה בימי שבת וחג); והקביעה כי הקצאת המקרקעין למקווה הותנתה בתנאים שלא התקיימו (בעוד שהמועצה החליטה ביום 18.11.2007 לוותר על התנאים הקודמים שהציבה להקמתו של המקווה).

#### טענות המשיבים

13. המשיבים סומכים ידיהם על פסק הדין של בית המשפט קמא. תחילה נטען כי לא נפל כל פגם בהליך עבודתה של ועדת הקריטריונים. גם לגופו של עניין טוענים המשיבים כי בצדק קבעה ועדת הקריטריונים שזמינות משאבים אינה קריטריון להקמת מבנה ציבורי, שכן אחרת תחויב המועצה לבנות כל מבנה שיוענק מימון חיצוני לבנייתו; כי אין מקום לשקול את האפשרות לשלב מספר צרכים באותו מבנה כבר במסגרת קביעת הקריטריונים שכן מדובר בשלב מוקדם; וכי זכויותיהם החוקתיות של התושבים אינן צריכות להוות קריטריון כשלעצמן, ודי בכך שהן באו לידי ביטוי במסגרת הקריטריונים שנקבעו. עוד נטען כי עד היום לא הוקמו ביישוב מבני ציבור אחרים שהייתה התחייבות להקיםם בכספים ששילמו התושבים עבור הוצאות פיתוח לפני שנים רבות. המשיבים סבורים כי משהוסכם בין הצדדים על הקמת ועדת הקריטריונים אין מקום לשוב ולבחון את החלטות המועצה שהתקבלו בטרם הקמת הוועדה, אך בגדר מעבר לנדרש נטען כי בנסיבות העניין – נוכח החלטת ראש המועצה הקודם להקים באותו מגרש את בית הספר "תפן" ולהקפיא את הליכי המכרז – הייתה המועצה מחויבת לבטל את המכרז; כי מכל מקום רשאית המועצה להחליט על שינוי מדיניות; וכי ממילא לא התקיימו תנאי הסף הנדרשים – מימון חיצוני מלא וקרקע פנויה – לקיום ההחלטה שבוטלה.

14. ביום 6.9.2012 התקיים דיון בערעור (השופטים א' חיות, ע' פוגלמן וצ' זילברטל), שבו הומלץ לצדדים ליישב את הסכסוך בדרכי שלום מחוץ לכותלי בית המשפט, בין היתר נוכח הצעה שהועלתה במהלך הדיון שלפיה תיתכן אפשרות להקים מקווה פרטי במרכז מסחרי ביישוב. ביום 11.11.2012 הגישו הצדדים הודעת עדכון שבה נמסר כי לא הושגו הסכמות, וכי האפשרות להקים מקווה פרטי במתווה שהוצע מוטלת בספק שכן היא תלויה בין היתר באישור בקשה שהוגשה למתן היתר לשימוש חורג. לאחר דיון נוסף שקיימנו במושב הנוכחי (השופטים א' חיות, ע' פוגלמן ונ' הנדל) ביום 4.11.2013, התבקשה גם עמדת רשויות המדינה (המשרד לשירותי דת ובמידת הצורך מינהל מקרקעי ישראל) בסוגיה.

15. הודעה מטעם המדינה הוגשה ביום 24.12.2013. בהודעה נמסר כי בפני המועצה עומדת האפשרות להגיש בקשה לקבלת תמיכה להקמת מקווה אשר תיבחן בהתאם לקריטריונים של המשרד לשירותי דת; וכי קיימת אפשרות להקים מקווה טהרה ציבורי "סטנדרטי" על בסיס תקציב מדינה. לצד זאת, נמסר כי ישנם מקרים שבהם הרשות המקומית משתתפת בעלויות נלוות מסוימות (כגון פיתוח סביבתי והשלמות שונות), וכי כעניין שבשגרה דורש המשרד לשירותי דת מהרשות המקומית להתחייב – כתנאי להעברת הכספים – לשאת בהפרש שבין עלות הבניה לבין סכום התמיכה, ככל שיהיה הפרש כזה. הובהר כי לצורך הגשת הבקשה אין הכרח שיוקצו מקרקעין ספציפיים להקמת המקווה, וכי שכר הבלנית במקווה ציבורי ממומן מתקציב המשרד לשירותי דת בחלקיות משרה בהתאם למספר הטובלות. עוד הוטעם כי המדינה אינה משתתפת בהקמה או באחזקה של מקווה פרטי. בעניין הקצאת הקרקעות מסרה רשות מקרקעי ישראל כי לאחר בדיקה עם מהנדס הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גליל תחתון נמצא כי קיימים ביישוב שלושה מגרשים – המגרשים 718, 720 ו-856 – שעשויים להתאים מבחינה תכנונית להקמת מקווה. על רקע האמור, נמסר כי "המדינה סבורה כי קיים מתווה אפשרי להקמת מקווה טהרה בכפר ורדים, אשר בנייתו תמומן (כולה או מרביתה) באמצעות תמיכה מהמשרד לשירותי דת. כל זאת, אם תוגש בקשה כנדרש במועדים הקבועים לכך, ובכפוף לבחינת הבקשה בהתאם לקריטריונים ולאישורה".

16. בעקבות הודעת המדינה הגישו המערערים בקשה דחופה למתן צו ביניים. המערערים ביקשו כי נורה למשיבים להגיש למשרד לשירותי דת בקשה לקבלת תמיכה להקמת מקווה ציבורי בהתאם להמלצת המדינה כדי לעמוד במועדים לקבלת כספי



התמיכה לשנת 2014. המשיבים התנגדו לבקשה וטענו כי אין מקום לחייבם להעביר בקשה כאמור מבלי שהדבר אושר תחילה על ידי המועצה בהליך מינהלי מתאים. ביום 29.12.2013 דחינו את הבקשה למתן צו ביניים והורינו על קביעת דיון המשך בערעור שבו תשתתף גם באת כוח המדינה.

17. בהודעות עדכון שהגישו הצדדים בימים 28.2.2014 ו-3.3.2014 נמסר כי הניסיון לפעול להקמת מקווה פרטי כשל נוכח החלטת הוועדה המקומית לדחות את הבקשה למתן היתר לשימוש חורג, וכי כעת לא ברור מה הם הסיכויים לכך שיתקבל ההיתר נוכח האפשרות לפנות בשנית בבקשה למתן היתר רק בתום הליך פרצלציה למרכז המסחרי. עוד נמסר כי הצדדים נותרו חלוקים בשאלת הצורך בהקצאת משאבי מועצה למען הקמת ואחזקת מקווה ציבורי.

18. ביום 31.3.2014 קיימנו במושב זה דיון נוסף בערעור, שבמהלכו טען בא כוח המשיבים כי יש קשיים תכנוניים ומעשיים בהקמת המקווה על מגרש 856 שאוזכר בהודעת המדינה. בתום הדיון החלטנו כי בא כוח המשיבים יגיש עד ליום 6.4.2014 הודעה שבה יפורטו הקשיים התכנוניים והאחרים שאוזכרו בטיעונו ביחס למגרש 856 אשר אותר כמתאים מבחינה תכנונית להקמת מקווה טהרה, וכן למגרשים אחרים בשטח היישוב שעשויים להתאים; וכי לאחריו תגיש באת כוח המדינה הודעה מעדכנת בהתייחס להיתכנות של הקצאת מגרש להקמת מקווה.

19. ביום 6.4.2014 הגישו המשיבים הודעה מעדכנת שבה נטען כי בניית מקווה במגרש 856 אינה אפשרית, שכן הדבר ידרוש קידום תוכנית בניין עיר חדשה והסדרת התשתיות; משום שאופי השימושים במבנים שמקיפים את המגרש אינו הולם בניית מקווה; ומכיוון שחלק מהמגרש נמכר לאדם פרטי. אשר על כן, מסרו המשיבים כי מועדפת האפשרות להקים מקווה במרכז המסחרי, נוכח כך שכבר בוצעו עבודות (ללא היתר) להקמתו. ביום 1.5.2014 הגישה המדינה הודעה נוספת, שם צוין כי ניתן להקים מקווה במגרש 856. הובהר כי לא מתקיים משא ומתן להעברת הבעלות בחלקים מהמגרש לידיים פרטיות; כי אין צורך בהגשת תכנית מפורטת חדשה לשם הקמת מקווה ודי בתכנית הקיימת; וכי על פני הדברים אופי השימוש במגרשים המצויים סביב המגרש אין בו כדי למנוע הקמת מקווה בשטחו. עוד צוין כי ניתן להקים את המקווה בשני המגרשים הנוספים – מגרשים 718 ו-720 – הן מבחינה תכנונית, הן מבחינה מעשית. לצד זאת, המדינה הבהירה כי בניית המקווה בשטח המרכז המסחרי כרוכה בקשיים תכנוניים ומעשיים: מדובר בשטח המיועד לפי התוכנית החולשת עליו ל"פונקציות עסקיות", ועל כן הקמת מקווה בשטחו תחייב קידום הליכי תכנון לצורך

שינוי ייעודו; הסמיכות לשטחים המסחריים אינה מתאימה להפעלת מקווה; וטרם הוסדרה סוגיית הבעלות במגרש והחריגות בבנייתו. אשר לתקציב להקמת המקווה הבהירה המדינה כי המועצה יכולה להגיש בקשה לתמיכה למשרד לשירותי דת לקראת שנת 2015 אשר תיבחן בהתאם לקריטריונים של המשרד שיפורסמו במהלך החודשים האחרונים של השנה הנוכחית.

דיון והכרעה

האם החלטת מועצת כפר ורדים לחזור בה מהחלטתה להקים מקווה ביישוב ולהימנע מלפעול להקמתו בזמן הקרוב עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הציבורי? זוהי השאלה העומדת להכרעתנו.

היקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות מקומית בדבר הקצאת משאבים ציבוריים

20. מועצת כפר ורדים היא מועצה מקומית המוסמכת להחליט כיצד לחלק את משאביה הציבוריים, בכפוף להוראות הדין. אכן, "מה שימוש תעשה רשות ציבורית בנכסיה, באיזו מידה תרשה לאזרח את השימוש בהם ובאיזה מידה תסרב, זו היא שאלה אשר אותה רשות גופה, על-ידי נציגיה הנבחרים, מוסמכת להכריע בה" (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101, 2114 (1962) (להלן: עניין פרץ)). ככלל, לרשות המקומית נתון שיקול דעת רחב בהחלטות שעניינן הקצאת משאבים ציבוריים. הנחת המוצא היא כי רשות מקומית – שהיא רשות נבחרת שחבריה מייצגים את הציבור שאותו נבחרו לשרת – מצויה בעמדה הטובה ביותר לקבוע מהם סדרי העדיפויות המקדמים את טובת הכלל, ולמצוא את האיזון הראוי בין מילוי צורכי הציבור לבין שמירת המסגרת התקציבית. אשר על כן, בית המשפט לא ימהר להתערב בהחלטות מסוג זה וישמר מלשים עצמו בנעלי הרשות (בין אם מדובר ברשות מקומית ובין אם מדובר ברשות ממשלתית). בגדרי הביקורת השיפוטית לא תיבחן השאלה אם המשאבים הציבוריים חולקו באופן נכון או אם ניתן היה לחלקם אחרת, אלא אם נפל בהחלטה על הקצאת המשאבים פגם מהותי היורד לשורש העניין, המצדיק את התערבותו של בית המשפט. ריסון מעין זה הוא פועל יוצא של עקרון הפרדת הרשויות. יפים בהקשר זה דבריה של השופטת ש' נתניהו:

"בית המשפט לא יורה לרשות כיצד להקצות ולחלק את משאביה. חיוב בהוצאה למטרה מסוימת חייב לבוא על חשבון מטרה אחרת, אולי חשובה ממנה, או אולי על-ידי הגדלת התקציב שיינתן לה על-ידי אוצר המדינה

ואשר חייב יהיה להיעשות על חשבון תקציבים שנועדו למטרות אחרות, אולי חשובות יותר. בית המשפט אינו הגוף המוסמך לעסוק ואינו יכול לעסוק בהקצאת משאביה של החברה" (בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993) (להלן: עניין ברנד); ראו גם בג"ץ 2376/01 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' שר המדע, התרבות והספורט, פ"ד נו(6) 811, 803 (2002)).

חרף רוחב היריעה של שיקול הדעת והיקפה המצומצם של הביקורת השיפוטית הנגזר מכך, ברי כי מועצת כפר ורדים, ככל רשות מקומית, כפופה לכללי המשפט הציבורי. הזהירות בהפעלת הביקורת השיפוטית אין משמעה כי בית המשפט פטור ממילוי התפקיד המוטל עליו: לוודא כי הרשות מפעילה את שיקול דעתה בהתאם להוראות הדין. ודוקו. הרשות המקומית משמשת – בכל פעולה ופעולה שהיא מבצעת – נאמן על כספי הציבור, ותפקידה לקדם מטרות ציבוריות בשם טובת הכלל. בלשונו של השופט ח' כהן:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות" (בג"ץ 142/70 שפירא נגד הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971); ראו גם: בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 743 (1980); עניין פרץ בעמ' 2115).

גם בעת חלוקת משאבי הציבור מחויבת הרשות לפעול באופן שישרת נאמנה את הציבור כולו ויבטיח את קיומו של מינהל תקין. בהתאם לכך, על הקצאת משאבים ציבוריים ברשויות מקומיות להתבצע לאור עקרונות של סבירות ומידתיות, ועל פי קריטריונים הוגנים, שוויוניים, ענייניים וגלויים (ראו: בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 228 (2000); בג"ץ 5325/01 עמותת ל.כ.ן. לקידום כדורסל נשים נ' המועצה מקומית רמת השרון, פסקה 10 (2.6.2004); עע"ם 5949/04 טקסי המרכז בע"מ נ' השרון שרות טקסי בע"מ, פסקה 16 (28.11.2005); וכן ראו והשוו: בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706 (1989); בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 200 (1991); בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992); עוד ראו: דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי 231-235

(2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית 246-248 (מהדורה שנייה, 2010); לעיגון עקרונית אלה בהנחיות משרד הפנים, ראו: חוזר מנכ"ל משרד הפנים 5/2001 "נוהל הקצאת קרקעות ומבנים ללא תמורה או בתמורה סמלית" 4-11 (12.9.2001)). טרם קבלת החלטה בדבר הקצאת משאבים ציבוריים מחויבת הרשות "לקבוע לעצמה סדרי עדיפויות וקדימויות וכללים וקריטריונים מנחים ליישומם, אשר יעמדו במבחן הסבירות אותם עליה להפעיל תוך שוויון. הסבירות מחייבת כי בקביעת סדר הקדימויות בין נושאים שונים שהרשות מופקדת עליהם תינתן עדיפות לנושאים הנכבדים בחשיבותם מהאחרים" (עניין ברנד, בעמ' 153).

נפנה אפוא לבחון אם החלטת הרשות המקומית בענייננו נתקבלה בהליך מינהלי תקין ואם מצויה היא בתוך גבולותיו של מתחם שיקול הדעת הנתון לה.

#### ביקורת החלטת המועצה המקומית

21. אקדים מסקנה לניתוח: דעתי היא כי החלטת המועצה שלא לפעול להקמת מקווה לנשים ביישוב בזמן הקרוב אינה עומדת במבחן הסבירות. בנסיבות המיוחדות של המקרה מצאתי כי החלטת המועצה אינה מאזנת באופן סביר בין הצורך של תושבות היישוב שומרות המצוות לקיים את מצוות הטבילה לבין השיקולים התקציביים ומשאבי הקרקע הזמינים. במצב דברים זה, למותר הוא להידרש לטענות אחרות של המערערים באשר לפגמים שנפלו לשיטתם בהליך קבלת החלטות. ואסביר.

22. כידוע, החלטה מינהלית היא סבירה אם קבלתה היא פועל יוצא של איזון בין שיקולים ואינטרסים רלוונטיים שלהם ניתן משקל הולם בנסיבות העניין (ראו בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1981)). אכן, "החלטה עלולה להיות פגומה אפילו שקלה הרשות שיקולים ענייניים בלבד ולא בא זכרו של שיקול זר בין שיקוליה, אם האיזון הפנימי בין השיקולים, והמשקל הפנימי שניתן לכל שיקול, היו מעוותים" (בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 42 (9.6.2011); ברק-ארז, בעמ' 725). בחינת סבירות החלטת המועצה המקומית מצריכה אפוא לעמוד על טיב השיקולים ששקלה בעת קבלת החלטה; על אופן עריכת האיזון ביניהם; ועל המשקל שניתן לכל שיקול. הגם שהחלטת המועצה נסמכה כאמור על המלצות ועדת הקריטריונים, תוך שהובהר כי סדר העדיפויות שנקבע ינחה את המועצה בכל החלטות שנוגעות לחלוקת משאבים ציבוריים ביישוב, ברי כי המלצות אלה אינן יכולות לפטור אותה מן החובה להפעיל את סמכותה לדון בכל מקרה לגופו.

23. מהו המשקל שהיה על המועצה לייחס להמלצותיה של ועדת הקריטריונים במסגרת בחינת האפשרות לפעול להקמת מקווה ביישוב? כמי שהקימה את ועדת הקריטריונים לצורך זה, היה על המועצה להביא בחשבון את המלצות הוועדה במסגרת קבלת החלטה על אופן חלוקת משאבי היישוב. כידוע, לא בנקל תסטה רשות מינהלית מהמלצתו של גוף בעל מומחיות וידע, שהוקם לבקשתה, אשר התקבלה לאחר בחינה מעמיקה ומקצועית. כפי שכבר נפסק, "בהעדר פגם מינהלי בחוות דעת הגורם המייעץ, נדרשים טעמים מיוחדים ונסיבות חריגות כדי להצדיק סטייה מחוות דעתו, במיוחד כאשר בעל הסמכות הוא שהקים את הגוף המייעץ והסמיכו לבצע את תפקידו" (בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 48 (24.11.2009); ראו גם בג"ץ 8912/05 מפגשים עמותה למעורבות חינוכית וחברתית נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פסקה 16 (14.3.2007)). ואולם, אין משמעות הדבר כי המועצה כבולה להמלצות ועדת הקריטריונים, שהיא גוף מייעץ בלבד. היפוכם של דברים: המועצה מחויבת להפעיל את שיקול דעתה באופן עצמאי. יפים לכך דבריו של השופט י' זמיר: "[...] עצה היא רק עצה. משמע, עצה אינה פוטרת את הרשות המוסמכת מן החובה להפעיל, היא עצמה, את שיקול-דעתה. הרשות המוסמכת חייבת לשקול את העצה ולהחליט אם ראוי, בנסיבות המקרה, לקבל את העצה או לדחותה" (בג"ץ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום על-פי חוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977, פ"ד נב(1) 166, 183 (1998); להרחבה ראו זמיר, בעמ' 1219-1222).

24. הנה כי כן, המועצה המקומית נדרשה לבחון כל הצעה להקמת מבנה ציבור באופן פרטני, על רקע המלצות ועדת הקריטריונים, ותוך התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה. בענייננו, במהלך הישיבה מיום 21.4.2010, לא דנה המועצה באפשרות לחזור ולקדם את הקמת המקווה ביישוב, ומהמסמכים שהוגשו לנו לא נראה שאפשרות זו אף נדונה לגופה בישיבות המועצה שהתקיימו לאחר מכן. למעשה, דומה כי לשיטת המועצה – כפי העולה מן התשובות שהוגשו על ידה לכל אורך ההליך המשפטי בתיק דנן – אין מקום לבחון באופן קונקרטי את האפשרות להקים מקווה ביישוב משזה דורג אחרון בסדר העדיפויות הציבורי. משעה שהמועצה לא דנה בבקשה להקים מקווה ביישוב לגופה, הרי שגם היעדר החלטה בנושא הקמת המקווה ביישוב בפרק הזמן הקרוב כמוה כ"החלטה" כמובנה בחוק (ראו סעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000, שלפיו גם העדר החלטה היא בגדר "החלטה של רשות"; ראו גם: בג"ץ 3649/08 שמנובה נ' משרד הפנים, פסקה 3 (20.5.2008)). על רקע האמור, השאלה העומדת לפנינו היא האם בנסיבות המקרה דנן, החלטת המועצה לחזור בה מן ההחלטה להקים מקווה ביישוב, לקבל את המלצות ועדת

הקריטריונים במלואן, ועקב כך להימנע מלפעול בזמן הקרוב לטובת הקמת מקווה ביישוב, אינה חורגת ממתחם שיקול הדעת הנתון לה.

טבירות החלטת המועצה – איזון הולם בין השיקולים הרלוונטיים

א. השיקולים התומכים בהקמת מקווה ביישוב – צורכי תושבי היישוב שומרי המצוות

25. סעיף 7 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971 (להלן: חוק שירותי הדת היהודיים) קובע כי המועצות הדתיות המוקמות ביישובים שונים מוסמכות לספק את צורכי הדת של התושבים. בין שירותי הדת שעליהם אמונות המועצות הדתיות נכלל בין היתר תחום טהרת המשפחה שעניינו הפעלת מקוואות (ראו: בג"ץ 516/75 הופרט נ' שר הדתות, פ"ד ל(2) 490, 494 (1976); בג"ץ 6859/98 אנקונינה נ' פקיד הבחירות, פ"ד נב(5) 433, 447-448 (1998); בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 251 (1998); בג"ץ 2957/06 חסן נ' משרד הבינוי והשיכון האגף לפיתוח מבני דת (16.7.2006); שלי מזרחי מועצות דתיות 6-7 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2012); הדר ליפשיץ וגדעון ספיר "שירותי הדת היהודיים" מחקרי משפט כג 117, 147-148, 153-154 (2006)).

26. שירותי מקוואות לנשים נדרשים לקיום אורח החיים הדתי של האוכלוסייה שומרת המצוות בישראל. טבילה במקווה היא צורך חיוני למקפידים על הלכות "טהרת המשפחה" שלפיהן מחויבת אישה לטבול במקווה לאחר המחזור החודשי. כידוע, לקיום מצוות הטבילה מיוחסת חשיבות רבה בהלכה היהודית, עד כי פסקו חכמים כי הקמת מקווה טהרה קודמת אף להקמת בית כנסת (ילקוט יוסף, קריאת התורה ובית הכנסת, סימנים קנב-קנג). מצוות הטבילה היא חלק אינטגרלי מחייה של אישה יהודיה נשואה ושומרת מצוות, ומהווה חלק בלתי נפרד מפולחנה הדתי וממימוש זהותה ומנהגיה. היא קשורה במהותה לזכות לחופש דת ופולחן, אשר הוכרה במשפטנו כזכות יסוד הנתונה לכל אדם בישראל, אם כי טרם נקבע בפסיקתנו כי זכות זו מקימה חובה פוזיטיבית על המדינה להקצות משאבים ציבוריים לצורך אספקת שירותי דת. איני נדרש להגדיר בערעור דנן באופן מדויק את יחסי הגומלין שבין הזכות לחופש דת ופולחן לבין חובת המדינה לספק שירותי דת שכן ממילא, כפי שיפורט להלן, בחינה מינהלית של החלטת הרשות במקרה דנן על פי עילות הביקורת המקובלות מובילה לקבלת הערעור (להכרה בחשיבותה של הזכות לחופש דת ופולחן בפסיקתנו, ראו: ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה(1) 481, 486 (1951); בג"ץ 866/78 מורד נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(2) 657, 663 (1980); בג"ץ 292/83 נאמני הר

הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 454, 449 (1984); בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 692 (1989); בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988); בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286 (1993); בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199, 203 (1994); בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 340-341 (1994); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 277 (2001); בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד הקליטה, פסקה 16 (19.5.2009); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקאות 71-72 (1.8.2010); ראו גם: אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 769-774 (2014); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 354-378 (מהדורה שישית, 2005); דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 7-38 (2004).

27. כזכור, בכפר ורדים לא הוקמה מועצה דתית (המועצה הדתית האזורית מעלה יוסף היא האמונה על אספקת שירותי דת ביישוב על פי הסכם שחתמה בשנת 2005 עם המועצה המקומית). לפיכך, בקשת המערערים הופנתה לרשות המקומית. בכפר ורדים לא הוקם מעולם מקווה, ותושבי היישוב שומרי המצוות נדרשים כיום לנסוע אל היישובים הקרובים בתחומי המועצה האזורית מעלה יוסף שבהם יש מקוואות טהרה, המצויים במרחק של נסיעה קצרה מהיישוב. לטענת המשיבים, מכיוון שקיימים מקוואות ביישובים הסמוכים, הפגיעה ביכולתם של תושבי היישוב שומרי המצוות לקיים את מצוות הטבילה אינה משמעותית, ומדובר בהכבדה בלבד. עוד נטען כי גם לו היה מוקם מקווה ביישוב, הרי שבשל מבנהו הטופוגרפי של היישוב ומזג האוויר בחורף ממילא ההגעה אליו הייתה מתקיימת ברכב ולא באופן רגלי; וכי מכל מקום מספר המקוואות באזור ביחס למספר התושבים הוא מן הגבוהים בארץ בהשוואה לערים שונות. מנגד טוענים המערערים כי לא מדובר ב"הכבדה" בלבד אלא בשלילה מוחלטת של האפשרות לקיים את מצוות הטבילה. לטענתם, העדר מקווה ביישוב שולל מנשים מסורתיות תושבות היישוב שיום טבילתן חל בערבי שבת וחג את האפשרות לקיים את מצוות הטבילה במועדה. נטען כי כאשר יום הטבילה חל בערב שבת או בחג לא ניתן להגיע למקווה בנסיעה ברכב, ומכיוון שאין אפשרות מעשית להגיע אל המקוואות הסמוכים בדרך של הליכה רגלית, הלכה למעשה נשללת לחלוטין האפשרות לקיים במועדים אלה את מצוות הטבילה. בהקשר זה מוטעם כי על פי ההלכה היהודית מיוחסת חשיבות עליונה לקיום מצוות הטבילה במועדה, לפי ש" [...] מצוה לטבול בזמנה שלא לבטל מפריה ורביה אפילו לילה אחת" (שולחן ערוך יורה דעה הלכות נדה

סימן קצז סעיף ב). עוד נטען כי הפגיעה האמורה מתעצמת שכן בעקבות אי קיום מצוות הטבילה במועד נמנעת מן המשפחות שומרות המצוות היכולת לקיים את מצוות עונה (קיום יחסי אישות), לעיתים אף למשך מספר יממות (כאשר מדובר בחגים החלים בערבי שבת). לבסוף, טוענים המערערים כי העדר מקווה ביישוב מקשה גם על קיום מצוות הטבילה בימי חול, שכן לא קיימת תחבורה ציבורית רלוונטית שניתן באמצעותה להגיע למקוואות ביישובים הסמוכים.

28. לאחר בחינת טענות הצדדים, מצאתי כי בהינתן מיקומו הגיאוגרפי ותנאיו הטופוגרפיים של כפר ורדים, אין אפשרות סבירה להגיע באופן רגלי אל המקוואות המצויים ביישובים הסמוכים לו. במצב דברים זה, לא ניתן לקבוע כי העדר מקווה ביישוב "מכביד" על התושבים שומרי המצוות ותו לא. העדרו של מקווה ביישוב – בשים לב לנתוניו המיוחדים – שולל לחלוטין את יכולתן של תושבות היישוב שומרות המצוות שיום טבילתן בא בערב שבת או חג לקיים את מצוות הטבילה במועדה, וכפועל יוצא גם את האפשרות לקיים את מצוות עונה. בכך נשללת מתושבות היישוב האפשרות לקיים פרקטיקה דתית מחייבת שהקהילה היהודית הדתית-מסורתית מייחסת לה חשיבות רבה, הקשורה במהותה למימוש זהותן העצמית והקבוצתית. יפים לכך דבריה של השופטת ע' ארבל:

"אנו מכירים בחשיבותו של מקווה לציבור, ובוודאי לציבור המשתמשות בו. למקווה יש חשיבות רבה עבור התא המשפחתי שומר המסורת, ועל הרשויות מוטלת החובה לדאוג לשירות זה עבור הציבור המעוניין בכך כחלק מאספקת שירותי דת על ידי הרשויות. יש גם חשיבות לכך שהמקווה ימוקם במרחק הליכה סביר מבתי הציבור, וזאת עבור שומרי השבת. עם זאת, שיקולים אלו שאין להמעיט בערכם צריכים להיבחן אל מול צרכים אחרים החשובים לציבור, אל מול אופיו של הציבור החי במקום, ואל מול חלופות אחרות להקמת מבני הציבור, כאמור" (עע"ם 2846/11 המועצה הדתית רחובות נ' קלאודיו, פסקה 19 (13.2.2013) (להלן: עניין קלאודיו)).

הנה כי כן, הצורך של תושבות היישוב שומרות המצוות בקיום מצוות הטבילה במועדה – פרקטיקה שמיושנה נגזר מן האוטונומיה הנתונה לכל אדם באשר הוא אדם לעקוב אחר צו מצפוננו ואמונתנו ולקיים את הכללים והמנהגים של דתו, צריכה לקבל משקל של ממש במסגרת הליך קבלת ההחלטות בכל הנוגע להקמת מבני ציבור ביישוב (השוו: עניין גור אריה, בעמ' 278). ואולם, את הצורך של התושבים שומרי המצוות בהקמת המקווה ביישוב יש לאזן למול השיקולים שעומדים מנגד. מהם אפוא



השיקולים הנוגדים אשר הטו את הכף לטובת החלטת המועצה שלא לפעול להקמת מקווה ביישוב בזמן הקרוב?

ב. שיקולים נוגדים

1. השיקול "התקציבי"

29. ככל שניתן להבין מתשובת המשיבים, השיקול המרכזי שהוביל לקבלת ההחלטה הוא מגבלת המשאבים הציבוריים העומדים לרשות המועצה. לדברי המשיבים, הקמת מקווה ביישוב תדרוש מהמועצה להקצות לכך כספים וקרקעות ציבוריות, וזאת על חשבון מבני ציבור אחרים שחשיבותם רבה יותר. ואמנם, "הלכה פסוקה היא שרשות ציבורית רשאית, ואף חייבת, להתחשב במגבלות התקציביות במסגרת שיקול-הדעת הנתון לה, כחלק ממילוי חובותיה כלפי הציבור" (ראו: בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, 39-40 (2008); ראו גם: בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 387, 391 (1993); בג"ץ 2223/04 ניסים נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (4.9.2006); בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגלים לוחמים נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (28.7.2008); בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פסקה 51 (3.3.2009); ברק-ארז, בעמ' 661-663, 745-746; אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 461-460 (2010)). בענייננו, אין ספק כי בגדר שיקוליה הייתה המועצה המקומית רשאית לייחס משקל למוגבלות המשאבים הציבוריים הנתונים לה ולהקצותם בהתאם לצורכי הציבור. אלא שכפי שיובהר להלן, בנסיבות המקרה דנן משאבי המועצה – קרקעות וכספים כאחד – הצפויים להידרש לצורך הקמת ואחזקת המקווה ביישוב, הם מצומצמים.

30. אשר לצורך בהקצאת קרקע לשם הקמת המבנה, הרי שעל פי הודעת המדינה קיימים כיום ביישוב למצער שלושה מגרשים פנויים המתאימים הן מבחינה התכנון התקף, הן מבחינה מעשית, להקמת מקווה טהרה. כמו כן, קיימת אפשרות – שהמשיבים אינם מתכחשים לה – לשלב את המקווה במבני ציבור אחרים. במקרה כזה הקמת המקווה לא תבוא על חשבון קרקעות ציבוריות שייועדו לצרכים אחרים. אשר לסוגיית המימון – הרי שזו נחלקת לשניים: הכספים הנדרשים לצורך הקמת המבנה, והכספים הנדרשים לצורך אחזקתו השוטפת. בכל האמור במימון הקמת המבנה, מהודעת המדינה עולה בבירור כי ככל שתאושר בקשת המועצה לקבלת תמיכה להקמת מקווה – בקשה שאין סיבה להניח שלא תאושר בשנית על רקע מכתבי המשרד לשירותי דת והעובדה כי כבר אושר בעבר תב"ר ליישוב לשם הקמת מקווה – הקמת המקווה

תמומן מכספי המדינה, ולא מתקציבי המועצה. המועצה המקומית עשויה לשאת בתשלומים אך ורק אם עלות הבניה תעלה על סכום התמיכה בשל אי הקפדה על המסגרת התקציבית, או אם תידרש לשאת בעלויות נלוות מסוימות (כגון פיתוח סביבתי והשלמות). לגבי מימון האחזקה השוטפת ותפעול המקווה, על פי הודעת המדינה ומכתבי המשרד לשירותי דת, שכר הבלנית במקווה ציבורי ממומן מתקציב המשרד לשירותי דת בחלקיות משרה התואמת למספר הטובלות, ואילו ההוצאות השוטפות (חשמל, מים, וכיוצ"ב) ממומנות בחלקן באמצעות אגרות טבילה שגובות הבלניות מן הטובלות. מכאן שהמועצה צפויה לשאת באופן חלקי בלבד בעלויות השוטפות של אחזקת המבנה ואף זאת בשיעור שאינו ניכר. במצב דברים זה, בו הקמת ואחזקת המקווה כמעט שאינה צפויה לבוא על חשבון משאביה המוגבלים של המועצה, משקלו של השיקול התקציבי מוגבל ביחס לאינטרס העומד מנגד.

## 2. שמירה על הצביון החילוני ביישוב

31. בין הצדדים נטועה מחלוקת בשאלה אם בהחלטת המועצה ניתן משקל לשיקול של שמירה על צביון חילוני ביישוב. לטענת המערערים, השיקול המרכזי שעמד ביסוד החלטת המועצה שלא להקים מקווה ביישוב הוא השאיפה – המהווה לשיטתם שיקול זר ופסול – לשמור על הצביון החילוני של היישוב ולהדיר ממנו אוכלוסייה דתית. לעומתם טוענים המשיבים כי השיקול שעניינו שמירת אופיו החילוני של היישוב לא קיבל כל משקל בהחלטת המועצה. השאלה אם בכלל, ובאילו נסיבות, מותר לרשות מקומית להביא בחשבון שיקול שעניינו שמירה על צביון מסויים של יישוב היא שאלה מורכבת (השוו לדיונים בבג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 508-509 (2000); ומנגד: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); עוד ראו: בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 (1988); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקאות 68-90 (1.8.2010); עניין קלאודיו, בפסקה 12; סטטמן וספיר; גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות 113-127, 201-209 (2014)). בענייננו, אין אנו נדרשים להכריע בה, שכן גם נניח – לטובת המשיבים – כי השיקול שעניינו שמירה על צביון היישוב לא קיבל כל משקל בהחלטת המועצה – כנטען על ידם, ממילא דין ההחלטה להתבטל בשל כך שהיא לא איזנה כראוי בין השיקולים שנשקלו אף לפי שיטת המשיבים, כפי שיפורט להלן.

ג. האיזון בין השיקולים השונים ובחינת סבירות ההחלטה

32. משסקרנו את השיקולים העומדים משני צידי כפות המאזניים, כל שנותר הוא לבחון אם ההחלטה שנתקבלה מאזנת באופן סביר בין השיקולים השונים. בגדר כך יש להזכיר כי פעולת איזון מעין זו אינה מניבה לרוב תוצאה סבירה אחת ויחידה. אכן, למועצה נתון מתחם של סבירות שבתוכו עשויות להימצא החלטות שונות ואף מנוגדות. ואולם, בנסיבות המקרה דנן מצאתי כי החלטת המועצה שלא לפעול למען הקמת מקווה ביישוב אינה מצויה בתוככי מתחם הסבירות. כידוע, המשקל שיש לייחס לשיקולים תקציביים נבחן בין היתר אל מול חשיבות הזכויות והאינטרסים העומדים מנגד (ראו: ברק-ארז, בעמ' 746-747; עוד ראו האסמכתאות בה"ש 86 שס). בענייננו, הפגיעה בתושבות היישוב שומרות המצוות שעליה עמדתי לעיל היא פגיעה בעוצמה בלתי מבוטלת, בעוד שה"מחיר" הגלום בהקמת המקווה הוא מינורי. בהקשר זה לא מן הנמנע להזכיר כי המועצה כבר קיבלה לפני מספר שנים החלטה להקים מקווה ביישוב והחליטה לחזור בה אך מטעמים "תקציביים" שדומה כי אינם מתקיימים עוד. במצב דברים זה, החלטת המועצה שלא לפעול להקמת מקווה בפרק הזמן הקרוב אינה מעניקה משקל מספק לפגיעה בתושבות שומרות המצוות; לקיומו של מימון חיצוני שיוביל לכך שעל המועצה יוטל נטל מזערי בלבד; ולאפשרות לשלב את בניית המקווה במסגרת מבנה בעל ייעוד אחר, באופן שיצמצם את הצורך בהקצאה נפרדת של קרקעות ציבוריות, וישמר אותן לייעודים ציבוריים נדרשים אחרים.

33. סיכומי של דבר: בנסיבות המקרה דנן, בהן לא ניתן משקל ראוי לפגיעה המשמעותית בתושבות היישוב שומרות המצוות, בהעדרו של מקווה נגיש בשבתות ובמועדי ישראל, ומשהתברר כי ניתן משקל יתר לשיקול הקצאת המשאבים, על אף שנמצא כי קיימת קרקע זמינה שתאפשר הקמת מקווה בלא לפגוע בצורכי ציבור אחרים ובלא שתדרש הקצאת משאבים משמעותית מצד המועצה, מצאתי כי החלטת המועצה שלא להקים מקווה כאמור חורגת ממתחם הסבירות, ומשכך דינה להתבטל. נוכח "ההיסטוריה" הארוכה של הדיונים בנושא זה, לא ראינו להחזיר את הדיון למועצה פעם נוספת, שכן במערך הנתונים עליו עמדנו, ההחלטה המתחייבת היא הקמת המקווה במהירות הראויה (השוו, למשל: בג"ץ 1920/00 גלאון נ' ועדת השחרורים, פ"ד נד(2) 313, 328 (2000); בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838, 878 (2001); עע"ם 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 253 (2006); עע"ם 9353/10 יעקובלב נ' משרד הפנים, פסקה 19 (1.12.2013)).

סוף דבר

34. בהינתן המסקנה שאליה הגעתי אציע לחבריי לקבל את הערעור במוכן זה שפסק דינו של בית המשפט קמא יבוטל, והעתירה תתקבל. על המועצה המקומית כפר ורדים לפעול לאלתר להקמת מקווה על אחד מן המגרשים ביישוב שפורטו בהודעת המדינה – או במגרש אחר שתמצא לנכון – כך שתחל בנייתו בהקדם האפשרי, ולא יאוחר משנה וחצי מיום מתן פסק דין זה. המועצה תוכל לפנות בבקשה לקבלת תקציב תמיכה להקמת המקווה מהמשרד לשירותי דת וזאת במהירות הראויה. המשיבה 2 תישא בהוצאות המערערים בשתי הערכאות בסך של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, י"ד באלול התשע"ד (9.9.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת