

בג"צ מס' 262/62

ישראל פריץ, מאיר לוינ ודינה פרידן נגד יושב-ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבה לצדק  
[11.10.62, 18.10.62, 7.11.62]

לפני השופטים זוסמן, ויתקון, כהן

א

צו המועצות המקומיות, תשי"א-1950 [קה"ח 127, ע' 178],  
סעיף 146 [כפי שסומן ביצו המועצות המקומיות (א) (תיקון),  
תשכ"ב-1961 [קה"ח 1219, ע' 280]] — הוק בתי-המשפט, תשי"ז  
1957 [סה"ח 233, ע' 148], סעיפים 7(ב), 7(א) — תקנות ההגנה  
(כספים), 1941 [תוס"ב 1138, ע' 1380] — פקודת המועצות המקומיות,  
1941 [תוס"א 1154, ע' 119], סעיפים 3, 2, 3(2) — פקודת  
העברת קרקעות [חא"י, כרך ב, פרק פא, ע' 885] — פקודת  
הנזיקים האזרחיים, 1944 [תוס"א 1380, ע' 93], סעיף 55א  
(כפי שהוסף ב-1947 [תוס"א 1563, ע' 32]).

ב

ג

המבקשים הם יהודים תושבי כפר בשיפוטה של מועצה מקומית, שביקשו להתפלל לפי  
מנהג ונוסח היהדות המתקוממת באולם ציבורי השייך למועצה המשיבה, אולם ציבורי זה  
נמסר בלילות שבת לאגודת ספורט; גם המבקשים קיבלו אותו לרשותם בראש השנה וביום  
הביטורים לעדיכת תפילותיהם אולם נחקלו בסירוב כשיבקשו להתפלל בו גם בחג הסוכות.  
שיקולי המועצה המקומית שהניעו אותה לסרב למבקשים היו, כי: 1) קיים בכפר בית  
כנסת יחיד לסיפוק הצרכים הדתיים של תושבי הכפר; 2) חוגים מסויימים בכפר התנגדו ומרצות  
להשכרת רכוש המועצה לחוג שהמבקשים נמנים עליו וראו בכך פגיעה חמורה ברגשותיהם; 3)  
המועצה המשיבה שואפת לקיים אחדות בציבור; 4) אין זה רצוי שעליידי השכרת האולם  
למבקשים הסייע המועצה לפילוג בין המבוגרים והנוער באחד; 5) החוג של המבקשים השיג  
למטרותיו מקום נאות אחר בכפר ותהיה בריו האפשרות להתפלל בו בחג הסוכות; 6) אולם  
ההתעמלות הנדון עומד לרשותה של אגודת ספורט היהודה בכפר בלילות שבת והשנה חל ליל  
שמחת-תורה בליל שבת. בין היתר, טענו המשיבים שאין בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לבטול  
עליהם להשכיר נכסיהם בעליכרחה כפי שאין להכריח לכך בעל-נכסים פרטי העושה בנכסיו  
כבתוך שלו.

ד

ה

ו

בית-המשפט העליון, בעשותו את הצרעליתנאי החלטי, פסק —

א. דת ופולחן אינם רק דברים שבהלכה אלא בעיקר הם דברים שבלב, באמונה  
ויראה ואף בטעם ובחוש, ואלה אינם נמדדים בקנה מידה אובייקטיבי השהה לכל;  
עובדה היא שהמבקשים ואנשי שלומם הינם בעלי צרכים דתיים אשר בית-הכנסת היתוד  
שבכפר אינו מסוגל לספקם.

ז

ב. דין הוא שלענין מסירת האולם הציבורי, השייך למועצה, לצרכי תפילה לפי  
מנהגי המבקשים אין לכל חוג דתי אחר לא סמכות ולא זכות דעה; אין המשיבים רשאים  
להסתפק בשיקול-דעתם של המועצה הדתית או ועד בית-הכנסת. במקום, שהתנגדו לבקשת  
המבקשים, במקום לפעול על-פי שיקול-דעתם שלהם עצמם; פגיעה ברגשות מתנגדי

- חוג המבקשים מלוות ממילא בפגיעה ברגשות חוג המבקשים ואין דמם של אלה סומק טפי מדמם של אלה.
- ג. אף אם ציודקים המשיבים בשאיפתם וברצונם למנוע פילוג בכפר אין רצונם הטוב כשלעצמו יכול להעבירם על סמכותם; חופש הדת והפולחן אינו אלא אחת מחירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דימוקרטי נאור. בעצם קיומו והבטחתו של חופש זה כרוכה סכנת הפילוג בין זרמים ותנועות דתיים שונים, אבל אין בסכנה זו כדי לגרוע מאימה מחופש הדת והפולחן.
- ד. אין במציאות מקום חלוף לתפילה בחגים משום שיקול כשר המצדיק סירובה של המועצה המקומית בכגון דא.
- ה. (1) אם גיף פלוני עושה בנכסיו תוך כדי מילוי תפקידו הציבורי על-פי דין, כי או מוסמך בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב, תהיה אשר תהיה מפרת העשייה או מסגרתה.
- (2) במשק הממלכתי והציבורי דהאידינא, אין עוד יעילות מעשית בהבחנה המקובלת בין פעולות מסחריות או אזרחיות של רשות מרשויות המדינה, אי של רשות מקומית לבין פעולותיהן השלטוניות או הציבוריות.
- (3) ההבחנה שהיא היחידה הקובעת לענין סעיף 7 (ב) (2) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, והנוראות היחידה המועילה הלכה למעשה, היא ההבחנה בין פעולה שיש בה, לבין פעולה שאין בה, משום מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין.
- ו. רשות מועצה מקומית להחזיק ולרכוש מקרקעין נובעת מהוראה סעיף 3 לפקודת המועצות המקומיות, 1941, בכפוף להוראות הצו המכינן אותה; איתו צי יכול ויכלול הוראות בדבר תפקידיה של המועצה.
- ז. (1) לפי בג"צ 321/60 ו'בג"צ 292/61, מוסמך בית-המשפט להתערב גם כשהרי שות אינה ממלאת תפקיד ציבורי על-פי דין מפורש דוקא, אך סמכות זו נובעת מהוראת סעיף 7 (א), ולא מהוראות סעיף 7 (ב) (2) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957.
- (2) בענין בו ממלאת הרשות המקומית תפקיד ציבורי על-פי דין, יתערב בית-משפט זה להבטיח שתמלא תפקידה כדון, בין אם ההתערבות דרושה למען עשיית צדק ובין אם לאו, ובלבד שנתמלאו התנאים אשר בהם מושיט בית-משפט של יושר את סעדו; ואילו בענין בו ממלאת הרשות תפקיד כלשהו אשר אינו מפורש בדין ואינו משתמע מכל דין, לא יתערב בית-משפט זה אלא בהתמלא שני התנאים הקודמים המנויים בסעיף 7 (א) הנ"ל; האחד שאין לבית-משפט אחר סמכות שיפוט בנדון, והשני שהתערבות דרושה למען הצדק.
- (3) היוצא מזה, שאפילו נאמר שבהשכירה את האולם הנדון אין המועצה המקומית ממלאת תפקיד ציבורי על-פי דין, ייתכן והתערבותו של בית-משפט זה תהיה דרושה למען הצדק.
- ח. אין ספק שאולמות, כמו זה שלפנינו, הנמצאים ברשות המועצה המקומית למטרות ציבוריות, חייבת המועצה להעמידם לרשות תושבי המקום למטרות ציבוריות, אם היא מתבקשת לכך ומקבלת תמורה נאותה.
- ט. סעיף 3 (2) לפקודת המועצות המקומיות, 1941, אינו חל במקרה דדן, אלא כונת המחוקק היתה להתילו על פעולות שיש בהן משום דיספוניציה, היינו משום הוצאה ממש של הנכס מרשות המועצה המקומית.

פסקי-דין ישראליים שאוּכרוּ:

- [1] בג"צ 87/60 — יצחק קריבושי נגד עיריית רמת-גן: פד"י, כרך יד, תשי"ד/תשכ"א-1960, ע' 1015; פ"מ, כרך מה, תשי"ד-1960, ע' 355.
- [2] בג"צ 100/49 — עובון המנוח מאיר מילר נגד רבקה מילר: פד"י, כרך ה, תשי"א/תשי"ב-1951, ע' 1301, 1312; פ"מ, כרך ג, תשי"א/תשי"ב-1951/52, ע' 140.
- [3] א בג"צ 10/48 — צבי זיו נגד המחזנה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), ואח': פד"י, כרך א, תשי"ח/תשי"ט-1948, ע' 85; פ"מ, כרך א, תשי"ט-1948/49, ע' 33.
- [4] ע"פ 112/50 — גד יוסיפוף נגד היועץ המשפטי לממשלה: פד"י, כרך ה, תשי"א/תשי"ב-1951, ע' 481, 486; פ"מ, כרך ד, תשי"א-1951, ע' 166.
- [5] ב בג"צ 160/58 — שאמעון שניידר, ואח' נגד מנהל רשות הפיתוח, ואח': פד"י, כרך יג, תשי"ט/תשי"ך-1959, ע' 891, 893; פ"מ, כרך מ, תשי"ט-1959, ע' 34.
- [6] בג"צ 292/61 — בית אריזה רחובות בע"מ, ו-2 אח' נגד שריהחקלאות, ו-3 אח': פד"י, כרך טז, תשכ"ב/תשכ"ג-1962, ע' 20, 29, 30.
- [7] ג בג"צ 345/61 — שוכרי אל-כאזן נגד מנהל שירות השידור, ירושלים: פד"י, כרך טז, תשכ"א/תשכ"ב-1961, ע' 2364, 2366.
- [8] בג"צ 29/62 — שלום כהן נגד שריהבטחון, ו-3 אח': פד"י, כרך טז, תשכ"ב/תשכ"ג-1962, ע' 1023, 1035, 1036, 1028.
- [9] בג"צ 321/60 — לחם זוי בע"מ נגד שריהמסחר-והתעשייה, ו-2 אח': פד"י, כרך טז, תשכ"א/תשכ"ב-1961, ע' 197, 208; פ"מ, כרך נא, תשכ"א-1961, ע' 332.
- [10] ד בג"צ 70/54 — יהודה שפק נגד ראש עיריית חדרה, ואח': פד"י, כרך ח, תשי"ד/תשי"ו-1954, ע' 1116, 1120; פ"מ, כרך טז, תשי"ד/תשי"ו-1954, ע' 296, 299.
- [11] בג"צ 74/51 — המרכז של ארגוני הקבלנים, ואח' נגד שריהמסחר-והתעשייה: פד"י, כרך ה, תשי"א/תשי"ב-1951, ע' 1544, 1550; פ"מ, כרך ג, תשי"א/תשי"ב-1951/52, ע' 350.
- [12] ה בג"צ 1/49 — סלזמן שלמה בודנו, ואח' נגד שריהמשרה, ואח': פד"י, כרך ב, תשי"ט/תשי"ך-1949, ע' 80, 83; פ"מ, כרך א, תשי"ט-1948/49, ע' 121, 125.
- [13] ע"א 416/58 — נאצר עיסא ג'דעון נגד סאלס כליל סלימאן: פד"י, כרך יג, תשי"ט/תשי"ך-1959, ע' 916; פ"מ, כרך מ, תשי"ט-1959, ע' 25.

פסקי-דין אנגליים שאוּכרוּ:

- [14] *R. (McKee) v. Belfast Corporation; (1954), N.I. 122; see: Halsbury-Simonds, Laws of England, Third Ed. Vol. 24, p. 628, note (K).*
- [15] *Ex parte Napier: (1852), 21 L.J.Q.B. 332; 18 Q.B. 692; 17 Jur. 380; 118 E.R. 261; sub nom. R. v. East India Co., Ex parte Napier; 19 L.T.O.S. 214.*
- [16] *R. v. Her Majesty's Secretary of State for War; Ex parte Mitchell: (1891), 64 L.T. 764; 2 Q.B. 326; 60 L.J.Q.B. 457; 56 J.P. 105; 40 W.R. 5; 7 T.L.R. 579, C.A.*

השופט כהן

**הערות:**

1. על חופש הדת עיין גם: בג"צ 49/54 — מלחם נאיר מלחם נגד השופט השרעי עכו והמחוז: פד"י, כרך ט, ע' 910; פ"מ, כרך טז, ע' 70; בג"צ 122/54 — ת. אקסל, ואח' נגד ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של איזור נתניה: פד"י, כרך ט, ע' 1524; פ"מ, כרך יז, ע' 222; בג"צ 98/54; 105/54 — אויגן לזרוביץ, ואח' נגד המפקח על המזונות ירושלים: פד"י, כרך י, ע' 40; פ"מ, כרך כא, ע' 338.
2. על סמכות בג"צ עיין גם: בג"צ 322/61 — שלמה שושני נגד ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר ירושלים, ואח': פד"י, כרך טז, ע' 2177; בג"צ 177/62 — מתילדה ברד נגד רשות הפיתוח; פד"י, כרך טז, ע' 2141; בג"צ 26/62 — מתילדה ברד נגד רשות הפיתוח; פד"י, כרך טז, ע' 1404 וההערות שם.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום י"ג בתשרי תשכ"ג (11.10.62), המכוון למשיבה והדורש ממנה לבוא וליתן טעם: מדוע לא תבטל את החלטת המועצה המקומית כפר-שמריהו מיום 4.10.62 לפיה סירבה להיעתר לבקשת המבקשים להשכיר להם את אולם ההתעמלות "סניור", השייך למשיבה, לצורך עריכת תפילות החגים בחג הסוכות ובהג שמהת-תורה תשכ"ג, ומדוע לא תשכיר למבקשים את האולם לשם עריכת התפילות לחגים הנ"ל. הצו-על-תנאי נעשה החלטי.

מ. רימל — בשם המערערים; ד"ר א. הורנשטיין — בשם המשיבה

**צו**

השופט כהן: המבקשים הם יהודים תושבי כפר-שמריהו, אשר מלאם לבם לעבוד את אלוהיהם בתפילה בציבור בהג שמחת-התורה, זה עידן ועידנים נערך בכפר-שמריהו "מנין", המשמש — בלשון הצהיר המשיבים — בית-הכנסת ובית-התפילה היתדי של הכפר; ואין ספק כי בית-התפילה זה פתוח גם לפני המבקשים, דא עקא שאין דעתם או דתם של המבקשים נוהה מנוסחאותיה או צורתה של התפילה כפי שהן נהוגות בבית-הכנסת ההוא; וכדיהם מנהגים ונוסחאות משלהם, הקרויים בפייהם "מנהג ונוסח היהדות המתקדמת". אין אני מתימר לדעת, ולא הובאו לפנינו ראיות להוכיח, מה טיבה של יהדות מתקדמת זו ומה מנהגי התפילה ונוסחאותיה שלה; ולדידי אין נפקא מינה, לצורך ההכרעה בענין שלפנינו, אם המנהגים ההם טובים או רעים הם, חדשים או ישנים, תדירים או נדירים, מימינים או משמאילים — ובלבד שיהא בהם משום צורת פולחן אשר המבקשים רוצים ודוגלים בה מתוך הכרתם הדתית בתוס'לב; ולא באה לפנינו טענה שיש בה כדי להטיל ספק בכך.

המשיבים הם בעלי אולם הידוע בשם אולם "סניור". אולם זה משמש בלילי שבתות לאגודת "המכבי" לצרכיה שלה, אך הוא הועמד לרשות המבקשים לשם עריכת תפילותיהם בלילות ובימים של ראש השנה ויום הכיפורים השתא. משביקשו המבקשים להעמיד אולם זה לרשותם למטרת עריכת תפילותיהם גם בחג הראשון של סוכות ובהג העצרת, הוא שמחת-תורה, הושבו פניהם ריקם. ביום י"ג בתשרי קיבלו צו-על-תנאי מאת בית-משפט



השופט כהן

זה, בו נדרשו המשיבים להראות טעם למה לא "ישכירו" למבקשים את האולם האמור לעריכת תפילותיהם "בהג הסוכות ובהג שמחת-תורה תשכ"ג"; אלא עד שהיה סיפק בדינו לשמוע את התשובה לצור-על-תנאי, כבר עבר יום-טוב הראשון של החג, ולא נשאר לנו לדון אלא במקצת עתירתם של המבקשים, והיא הנוגעת ליום השמיני, חג העצרת.

ואלה השיקולים שהגיעו את המשיבים לסרב להם למבקשים את מבוקשם — ככתבם וכלשונם בתצהיר שהוגש מטעם המשיבים:

א «(1) מאז ומתמיד קיים בכפר בית-הכנסת אחד ויחיד, המסוגל לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום;

ב (2) חוגים מסויימים בכפר הביעו התנגדות נמרצת להשכרת רכוש המועצה צה, לצרכי עריכת תפילה, לחוג שהמבקשים נמנים עליו, וצינו שיראו במעשה זה פגיעה חמורה ברגשותיהם;

ג (3) אפיינית לכפר-שמריהו השאיפה לקיים אחדות בחיי הציבור, והמועצה עושה ככל האפשר להגשים שאיפה זו ואינה מוכנה לתת יד לפילוג;

ד (4) אין זה רצוי אפוא שהמועצה תעמיד רכוש, לצרכי תפילה המאורגנת על-ידי החוג הנ"ל וכך תסייע לפילוג בין המבוגרים והנוער כאחד;

ה (5) החוג של המבקשים השיג מקום נאות למטרותיו, וזאת הודות להתערבותו הפעילה של ראש המועצה, והיתה בידיו של החוג האפשרות האובייקטיבית לערוך במקום זה תפילה בשמחת-תורה;

ו (6) אולם ההתעמלות על שם סניור, נשוא הצור-על-תנאי, עומד לרשותה של מכבי, תנועת הנוער היחידה של כפר-שמריהו, בערבי שבתות, והשגה חל ליל שמחת-תורה בערב שבת.

שיקולים אלה, כולם כאחד, פטולים בעיני אדון בהם כסדרם:

1. השאלה אם בית-הכנסת האחד והיחיד מסוגל לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום, אינה שאלה למשיבים לענות בה: היא שאלה אשר כל אחד ואחד מתושבי המקום חייב וזכאי לענות בה לעצמו. ייתכן מאד, וכשלעצמי אין אני מטיל כל ספק בכך, שהמשיבים, כאבות הכפר, היו רוצים בבית-כנסת אחד ויחיד שיספק צרכיהם של תושבי הכפר כולם; ואף גם בזאת אודה, כי רצונם זה לכאורה סביר הוא ונכון. אך המדובר כאן אינו ברצוי אלא במצוי: והמצויאות הקיימת בכפר-שמריהו, כפי שהיא משתקפת בהליכים הנוכחים לפנינו, היא שהמבקשים ואנשי שלומם הינם בעלי צרכים אשר בית-הכנסת האחד והיחיד הוא אינו מסוגל לספקם. לענין זה אין נפקא מינה אם מבחינת ההלכה הדתית הכתובה או המקובלת, או מבחינת דעת הרוב, או מכל בחינה אובייקטיבית אחרת, אותו בית-הכנסת אמנם ראוי ומסוגל הוא להוציא את כולם ידי חובתם הדתית: דת ופולחן אינם רק דברים שבהלכה, בחינת ניתי ספר וניחוי, אלא בעיקרם הם דברים שבלב, באמונה ויראה, ואף בטעם וחוש, ואלה אינם נמדדים בקנה מידה אובייקטיבי השווה לכל.

השופט כהן

2. ההתנגדות של "חוגים מסויימים" להיעתר לבקשת המבקשים היא עובדה מוכחת, ואין לתמוה על המשיבים שנתעו מפני התנגדות זו, ולו מן הסיבה בלבד שהמתנגדים נמנים כפי הנראה על "החוגים" הממונים על עניני דת בכפר, כמו המועצה הדתית או ועד בית-הכנסת (שאליהם נשלחו העתקים של מכתב ראש המועצה אל המשיבים — מוצג י.פ.1). אך הדין הוא שלענין אשר עמד להכרעה לפני המשיבים, לא היתה לאותם "החוגים" לא סמכות ולא זכות דעה, ואין המשיבים רשאים להסתפק בשיקול-דעתם של הללו במקום לפעול על-פי שיקול-דעתם שלהם עצמם (השווה בג"צ 87/60, (1), ועוד).

ואשר לחשש הפגיעה החמורה ברגשותיהם של "החוגים" ההם, הרי אפילו אני — ולא אפסוק — שחשש שכזה יכול ויחא בו שיקול כשר ולגיטימי בשלעצמו, על-כל-פנים ברור הוא שכאן חשש זה אינו אלא אחת משתי רעות: כדי למנוע פגיעה ברגשות המתנגדים, פוגעים ברגשות המבקשים; ואין דמם של אלה סומק טפי מדמם של אלה.

3-4. גם לענין השש "פילוג" אומר מיד שמבין אני היטב לנפש המשיבים; ואין אני מקבל את טענת מר רימל, שטען לפנינו למבקשים, כי הנהגת מנהגים שונים וחדשים בפולחן התפילה אינה עשויה להביא לידי פילוג. דברי ימי עם ישראל בתפוצותיו מלאים הם זכרונות מרים של פילוג והתנגודות, של מחלוקת לשם שמים ושל שנאת חנם, בשל השוני בצורות הפולחן ובנוסחאות התפילה, וצודקים המשיבים בשאיפתם למנוע פילוג בעם ולסתום מקורות חדשים להתפרצותו; אלא גם רצונם הטוב הזה אינו יכול להעבירם על סמכותם.

אשר למנהגים ששימשו מקור הלכה בדין המהותי (להבדילו מדיני פולחן), כבר נאמר עליידי בית-משפט זה, מפי השופט ארן ז"ל, כי —

"אנו עומדים עתה בתקופה של קיבוץ גלויות, ולא ייתכן שעולי כל ארץ וארץ ינהגו כאן בדורנו ובדורות הבאים לפי מנהגי ארץ מוצאם. אלא יש לקבוע במקרים אלה של חילופי מנהגים ופסקים, מה היה המנהג בארץ-ישראל מאז ומעולם, ולנהוג על-פיו. עלינו להשוות, עד כמה שאפשר, את המידות, ולא לתת תורת כל אחד ואחד בידו" (ע"א 100/49, 1910, כרך ה, ע' 1301, (2), בי"ע 1312).

במה דברים אמורים, בהלכות אשר בתי-משפט או בתי-דין מוסמכים לקבען, בתורת פסיקה בשאלות שבדין; ואין הדברים אמורים בעניינים הנתונים להכרעתו ולמצפנו של הפרט — איש איש והליכותיו שלו.

ברם, אין לנו כל נקודת-אחיה שהיתה מצדיקה את ההנחה שאמנם מקיים בית-הכנסת האחד והיחיד שבכפר-שמריהו את "מנהגי ארץ-ישראל מאז ומעולם". אילו היה זה המנהג המובהק והברור של ארץ-ישראל אשר הוא נהוג בידי תושבי הכפר, ובאים

השופט כהן

המבקשים ורוצים להנהיג מנהגי הוץ-לארץ, אולי יכלו המשיבים להישען על ההלכה שנפסקה מפי השופט אסף כאמור, אבל יודעים אנהנו ועדים שאין לך עדה ואין לך קהילה ואין לך "מנין" בישראל שאין מנהגי הפולחן ונוסחאות התפילות שהיו נהוגים בידי אבותיהם בתפוצות הגולה, הם הנהוגים בבתי-הכנסיות שלהם היום בישראל. אם יש כאן פילוג, אפשר לומר שהוא כללי ונפוץ עד כדי היותו, הוא עצמו, מנהג של קבע; ומסתמא גם אנשי כפר-שמריהו נוהגים ככל אהיהם בני-ישראל, שהמנהגים הנהוגים בבתי-הכנסת שלהם אינם אלא אותם המנהגים שהעלו עמם בעלותם ארצה מן הגולה שממנה באו.

א

חופש הדת והפולחן הובטח לכל אזרח בישראל עוד באכרזה על הקמת המדינה; ואם כי אין אכרזה זו בגדר חוק אשר אפשר לבסס עליו עילת תובענה (בג"צ 10/48, (5), ועוד), הרי חופש זה אינו אלא "אחת מתירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דימוקרטי בארץ" וכלשון השופט לנדוי ב"ע"פ 112/50, פד"י, כרך ה, ע' 481, (4), ב"ע" 486) בעצם קיומו והבטחתו של חופש זה כרוכה סכנת הפילוג בין זרמים ותנועות דתיים שונים; אבל אין בסכנה זו כדי לגרוע במאומה מחופש הדת והפולחן; שאם לא תאמר כן, ביטלה כל תורת חופש הדת כולה.

ב

ג

5. אמת נכון הדבר שהמבקשים הצליחו, בעזרתו הפעילה של ראש המועצה, לשכור לתם מקום תפילה בבית פרטי; אך נחה דעתנו שמקום זה לא היה מוכן עוד לתפילה בחגים הנדונים כאן; ועל-כך-פנים אין במציאות מקום חלוף משום שיקול כשר המצדיק סירובם של המשיבים בכגון דא.

ד

6. אם אמנם העמידו המשיבים את האולם הנדון גם בליל שמיני-העצרת לרשות אגודת המכבי, כי אז יש בכך משום טעם מספיק וסביר לסירובם להעמידו לרשות מי שהוא אחר, כולל המבקשים; אך מר דימל הודיענו ביום שמיעת התשובה לצו-על-תנאי שהמבקשים השיגו הסכמתה של אגודת המכבי לוותר להם לאותו ערב על השימוש באולם, ואם דבר זה נכון הוא, כי אז הוטר גם מכשול זה מדרך המבקשים.

ה

למקרה שייפסלו — כפי שנפסלו — שיקולי המשיבים לגופו של ענין, הרי היו באמרי תחתו של ד"ר הורנשטיין, שטען לפנינו למשיבים בלהב ובלהט, טענות משפטיות שבאו לשכנענו שאין בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לכפות על המשיבים להשכיר למבקשים נכס מנכסיהם בעל-כרחם, במידה שטענות אלו היו מיועדות לשמש תשובה לטענות המבקשים בבקשתם, באילו המשיבים פעלו כאן בתוקף סמכותם לפי סעיף 146 לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950, מקבל אני טענת המשיבים ודוחה טענת המבקשים; ואם כן — טוענים המשיבים — לא פעלו כאן המשיבים פעולה שלטונית כלשהי, אלא אך פעולה אזרחית פרטית גרידא, ואין מצבם שונה ממצבו של כל בעל-נכסים פרטי, המוכר ומשכיר מנכסיו ועושה בהם כרצונו, ואין מתערבים לחייב אותו להשכיר לפלוני ושלא להשכיר לפלמוני או בכלל לעשות דבר שלא מרצונו הטוב שלו.

ו

ז

השופט כהן

לטענתו זו הביא ד"ר הורנשטיין לפנינו ארבע אסמכתאות, ואלו הן:

- (א) בג"צ 160/58, פד"י כרך יג, ע' 891, (5) נטענת הטענה שמכירת נכס מנכסי רשות הפיתוח היא עיסקה מסחרית גרידא, ואין בה משום מילוי תפקיד ציבורי אשר בית-משפט זה מוסמך להתערב בו. בית-המשפט דחה טענה זו באמרו, מפי השופט ברנזון, וזו לשונו:

"פעולה של מכירת נכס על-ידי רשות הפיתוח אינה פעולת-אגב או פעולת-עזר בקשר או לשם מילוי תפקידיה הציבוריים האחרים. פעולה כזאת היא מילוי תפקיד ציבורי עצמו... יש להבדיל: לו, למשל, קנתה רשות הפיתוח בית לשיכון משרדיה, או מכרה בית כזה, הייתי אומר — על אף העובדה שרכישה נכסים ומכירתם הן מתפקידיה הציבוריים — שזוהי פעולה עסקית, מאחר שהיא טפלה לעיקר ונעשתה על-ידיה כדי לאפשר לה ולסייע בידה בביצוע תפקידיה הענייניים. אבל רכישה נכסים ומכירת נכסים כמטרות בפני עצמן — שאני, כאן ממלאת היא תפקיד ציבורי שהוטל עליה או שנתאפשר לה על-פי דין, ומקומו בתחום המשפט הציבורי, למעשה, רכישה נכסים ומכירתם היא כיום התפקיד הציבורי בה"א הידועה של רשות הפיתוח... (ע' 893, שם, (5))."

- מכלל הן, טוען ד"ר הורנשטיין, אתה שומע לאו; בעשיית רשות הפיתוח בנכסיה מתערב בית-המשפט, משום שנאת היא פעולתה העיקרית במילוי תפקידיה על-פי דין, ואחרת בית-המשפט לא היה מתערב; נמצאו למדים שגוף כמו רשות מקומית, שיש לו שדה פעולה רחב ביותר במילוי תפקידיו על-פי דין וזלת העשייה בנכסיה, שונה הוא לענין זה מרשות הפיתוח, ובעשייתו של גוף זה בנכסיו לא יתערב בית-המשפט.

- יוצא אני מן ההנחה שרשות הפיתוח משתנית מכל הרשויות בכך, שהעשייה בנכסיה היא עיקר תפקידו הציבורי, אין זאת אומרת שרשות אחרת, וטעיקרי תפקידיה שונים ומרובים בים ומגוונים הם, אינו יכול למלא תפקידו על-פי דין גם תוך כדי עשייה בנכסיה. סמכות בית-משפט זה מותנית לא במילוי תפקיד עיקרי, אלא במילוי תפקיד ציבורי, ויהא זה גם תפקיד טפל או בלתי-חשוב בהשוואה לתפקידים אחרים של אותה הרשות. שאלה משפטית היא אם גוף פלוני עושה בנכסיו תוך כדי מילוי תפקידו הציבורי על-פי דין; אם התשובה לשאלה הזאת היא חיובית, כי או מוסמך גם מוסמך בית-משפט זה להתערב, תהא אשר תהא מטרת העשייה או מסגרתה.

- (ב) בענין אחר פסק בית-משפט זה מפי השופט ברנזון, שאם אמנם עצם התחזה למסירת עבודה ייתכן ויש לראותו כעיסקה מסחרית, הרי התערבותו של בית-משפט זה מוצדקת היא, באשר —



השופט כהן

..... העניין האמיתי המשמש את נשוא הדיון שלפנינו הוא המיכרו ואופן הטיפול בו. זהו שלב מוקדם לעשיית חוזה למסירת העבודה הכלולה במיכרו, ושלב זה ודאי שמקומו בשטח המשפט הציבורי, רק אם וכאשר ייעשה חוזה בעקבות המיכרו עם המציע שזכה בו. יעברו יחסים חדשים אלה אל שטח המשפט הפרטי ..... (בג"צ 292/61, פד"י, כרך טז, ע' 20, (6), ב"ע' 30).

א

מכאן לומד מר הורנשטיין שבאין מיכרו, אין פעולה שלטונית אשר בית-משפט זה נזקק לה, אך באשר הרשות נדרשה להתקשר בחוזה וסירבה לעשות כן.

ב

באותו פסק-הדין, למעלה מן הענין, או השופט ברנזון, חזו לשוננו:

..... הממשל יכול להופיע פעם בדמות של מבצע פעולות בעלות אופי שלטוני מובהק ופעם בדמות של בעל רכוש או עסק העוסק בפעולות רכושניות, מסחריות או עסקיות גרידא. ולעתים עשוי הוא להופיע חליפות בדמות זו או זו אף באותו ענין בשלביו או בפרטיו השונים. בכלל, מחמת פעילותה הכלכלית, המשקית והחברתית של הממשלה ההולכת ורבה וחזירתה לשטחי החיים השונים, הולכים ומיטשטשים יותר ויותר הגבולות שבין פעולות השלטון כבעל שלטון לבין פעולותיו כבעל נכס או עסק ..... (ע' 29, שט, (6)).

ד

גם לי נראה שבמשק הממלכתי והציבורי דהאידינא, אין עוד יעילות מעשית בהבחנה המקובלת בין פעולות מסחריות או אזרחיות של רשות מרשויות המדינה או של רשות מקומית, לבין פעולותיהן השלטוניות או הציבוריות. ההבחנה שהיא היחידה הקובעת לענין סעיף 7 (ב) (2) לחוק בחייה-משפט, תשי"ז-1957, והנראית בעיני היחידה המועילה הלכה למעשה, היא ההבחנה בין פעולה שיש בה, לבין פעולה שאין בה, משום מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין; וייתכן מאד שגם פעולה שהיינו קוראים לה בשם מסחרית או אזרחית, טומנת בחובה מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין — והוא, למשל, כשהאופי הציבורי של הפעולה משתמע מן הדין או מפורש בו.

ה

(ג) ב"בג"צ 345/61, פד"י, כרך טז, ע' 2364, (7), דחה בית-משפט זה בקשת אורח למתן צו-על-תנאי נגד מנהל שירות השידור, על אשר סירב להעמיד לרשותו, תמורת כסף, זמן מסויים לשידור מודעה. בענין ההוא אמרתי כי למעשה אין הוא אלא "ענין מעין-מסחרי: שירות השידור קבע לו מחירים אשר בהם הוא "מוכר" רגעים ספורים בשעות השידור לפרסום מודעות, והוא קבע לו גם לקוחות מסויימים אשר להם מוכן הוא למכור זמן משעות השידור לפרסום ההודעות. המבקש הציע לשירות השידור לעשות אתו חוזה, אשר על-פיו ישדר שירות השידור את הודעתו, והמבקש ישלם את מחיר השידור, אבל ההצעה לא נתקבלה על-ידי השירות, ושום חוזה לא נעשה ביניהם. מאחר ואין דין

ז

השופט כהן

המחייב את שירות השידור לעשות חוזה עם כל דכפין, אלא רשאי הוא לבחור לו את בעל-החזיו, אין אני רואה כיצד בית-משפט זה יוכל להתערב" (ע' 2366, שם, (7)).

אומר ד"ר הורגשטיין, הוא הדין כאן: אין המשיבים חייבים על-פי דין לעשות חוזה עם כל מי שרוצה לשכור מהם את אולמם, אלא רשאים הם לבחור להם את בעל-החזיו; ועל-כן אין סמכות בידי בית-משפט זה להתערב, אם בחרו שלא לזכות חוזה עם המבקשים.

טענה זאת נכונה היא, אם אמנם אין לראות בהשכרת האולם הנדון משום מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין. לענין השידור ההוא הקדמתי ואמרת, כי "לא ידעתי את הדין . . . . אשר על-פיו ממלא שירות השידור את התפקיד הציבורי לשרד הודעות" (שם, (7), ב"ע' 2366). והשאלה למקומה חוזרת, אם יש או אם אין לראות בעשיית המשיב ביום בנכס הנדון, משום מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין.

(T) בג"צ 29/62, פד"י, כרך טו, ע' 1023, (8), נודמנה לו לבית-משפט זה הודמית נות להגדיר מחדש את גבולות סמכותו להתערב בפעולות הרשיות למוניקה. המדובר שם היה בעתונאי שצבא-הגנה לישראל שלל ממנו זכויותיו ומעמדו ככתב צבאי, והוא טען שבכך היה משום הפליה שהיא פסולה על-פי דין. בית-משפט זה סירב להתערב, מפני שאם כי עילת הבקשה היה מעשה הפליה העשוי לשמש לבית-משפט זה עילת להתערבות כשיש לו סמכות לכך, התפקיד אשר מילא כאן צבא-הגנה לישראל לא היה תפקיד על-פי כל דין, ועל-כן לא היתה לבית-המשפט הזוה סמכות שיפוט לפי סעיף 7 (ב) (2) האמור.

בענין ההוא אמרתי לאמור:

"התפקיד המוטל על-פי דין . . . . אין פירושו, הובת' המוטלת על הרשות לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה; ואין פירושו, זכות' המוקד' נית בידי האזרח כי הרשות תעשה או תימנע מעשות מעשה פלוני. ייתכן שאמנם אין לאזרח זכות לקבל הקצבת מטבע-חוק; אבל בהקצבה זו ממלאים שר-האוצר או המפקח על מטבע-חוק, באמצעות סוחר מוסמך, תפקיד שהוטל עליהם על-פי דין — הוא תקנות ההגנה (כספים), 1941 — ומשעושים מעשה או חדלים מחדל, במילוי תפקידם זה, שלא כדיו, כגון תוך כדי הפליה פסולה, מוסמך גם מוסמך בית-משפט זה להתערב. מה שאין כן כשהאוצר עוסק, למשל, במתן מילווה (שלא על-פי היקוק מיוחד) או במתן תשלומי חסד או כיוצא באלה דברים שהרשות עושה לא בתורת הרשות המבצעת את החוק, כי אם בתורת רשות המנהלת עסקים, או המשקיעה את כספי המדינה לפי שיקול-דעתה, או העושה לעצמה או לפעולתה פרסור' מת . . . . " (ע' 1035, 1036, שם, (8)).

גם כאן, טוען ד"ר הורגשטיין, אין המשיבים ממלאים תפקיד על-פי דין, אלא מנהלים הם את נכסיהם לפי שיקול-דעתם.

פסקי-דין, כרך טו, תשכ"ב/תשכ"ג, 1962

2110

## השופט כהן

לי נראה שבניהול נכסיהם אמנם ממלאים המשיבים תפקיד על-פי דין. כשרות מועצה מקומית להחזיק ולרכוש נכסי מקרקעין נובעת מהוראות סעיף 3 לפקודת המועצות המקומיות, 1941 — בכפוף להוראות הצו המכונן אותה; והצו המכונן אותה יכול ויכלול הוראות בדבר תפקידיה של המועצה (סעיף 2). סמכותה להוציא נכסי מקרקעין מרשותה מוגבלת. לפי סעיף 3 (2), באשר זקוקה היא לאישור הממונה על המחוז; משמע לא רק שיש כאן פעולה מינהלית-שלטונית מובהקת בנוסף על כל פעולה מסחרית-אזרחית אפשרית, אלא שהכלל הוא שאין המועצה מוציאה מקרקעיה מרשותה, אלא תחזיק ותנהל אותם לטובת הציבור אשר לשמו נוצרה ועבורו היא פועלת. ייתכן וגם לגבי מועצות מקומיות מותר יהא להבחין בין נכסים אשר אינם משמשים, ואינם מיועדים לשמש, אלא למטרותיה שלה עצמה בלבד, כגון לשיכון משרדיה, לבין נכסים המשמשים או המיועדים לשמש למטרות ציבור התושב-בים; ובו בזמן שגם בעשייה בנכסים מן הסוג הראשון יהא משום מילוי תפקיד על-פי דין, הרי רק בעשייה בנכסים מן הסוג השני יהא משום מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין, ועל-כן רק בעשייה אחרונה זו עשוי בית-משפט זה להתערב. אבל עצם הסמכות, על סייגיה האמורים, לעשות בנכסיה, היא סמכות על-פי דין, ובהשתמשה בה, ממלאת המועצה המקומית תפקיד על-פי דין — ואין נפקא מינה אם אורה פלוני הוא בעל זכות מוכרת בדין שתשתמש בסמכותה לטובתו, או אם הייבת היא להשתמש בסמכותה בכלל, או רשאית היא שלא להשתמש בה אלא לשבת בחיבוק ידיים.

ב"בג"צ 29/62, (8), הנ"ל, אמר חברי הנכבד, השופט ויתרון, כי מיכרזים, ואספקתם של מצרכים ושירותים חיוניים בצורה הוגנת בתנאים השווים לכל נפש וללא ניצול מעמד מונופוליסטי — כל אלה הם דברים המשמשים את טובת האזרח. הוא מעוניין בהם, ומכאן זכותו לדרוש את ביצועם כהלכה" (שם, (8), ע' 1028). הייתי מוסיף על כך שגם הניצול הנאות של נכסי הציבור הוא מן הדברים שהאזרח יש לו ענין לגיטימי בהם — ובוודאי במידה שנכסים אלה משמשים, או מיועדים לשמש, את הציבור כולו.

ברם, דעתו של חברי הנכבד, השופט ויתרון, כפי שהובעה ב"בג"צ 29/62, (8), הנ"ל, וכן ב"בג"צ 321/60, 97ד"י, כרך טו, ע' 197, (9), ב"ע' 208 היא שבית-משפט זה מוסמך להתערב גם כשהרשות אינה ממלאת תפקיד ציבורי על-פי דין מפורש דוקא, וזאת גם דעתו של השופט ברנזון (בג"צ 292/61, (6), הנ"ל), בלשונו של השופט ויתרון —

"..... אין בית-משפט זה מקמץ ידו בתיתו הכרה לזכות שנפגעה, גישתו ..... ליברלית למדי, והייתי אומר — בלי לקבוע מסמרות — שכאשר התערבותנו דרושה למען עשיית הצדק, די לו לאזרח בהסתמכו על אינטרס לגיטימי בעשיית הפעולה הנדרשת מהשלטון או מאי-עשייתה, כדי להקנות לו זכות ומעמד לבוא ולשפוך לפנינו את תחינתו" (שם, (8), ב"ע' 1028).

מסכים אני, עם כל הכבוד והיקר, שנתונה גם נתונה לנו סמכות זו; אך היא נובעת מהוראת סעיף 7 (א), ולא מהוראת סעיף 7 (ב) (2) לחוק בתי-המשפט. למאי נפקא מינה,

השופט כהן

א שבענין בו ממלאת הרשות תפקיד ציבורי על-פי דין, יתערב בית-משפט זה להבטיח שתמלא תפקידה כדין, בין אם ההתערבות דרושה למען עשיית צדק ובין אם לאו, ובלבד שנתמלאו התנאים אשר בהם מושיט בית-משפט של יושר את סעדו; ואילו בענין בו ממלאת הרשות תפקיד כלשהו אשר אינו מפורש בדין ואינו משתמע מכל דין, לא יתערב בית-משפט זה אלא בהתמלא שני התנאים הקודמים המנויים בסעיף 7 (א): האחד, שאין לבית-משפט אחר סמכות שיפוט בנדון, והשני, שההתערבות דרושה למען הצדק.

ב היוצא מזה, שאפילו נאמר שבהשכירם את האולם הנדון אין המשיבים ממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין, על-כל-פנים ייחכן והתערבותו תהא דרושה למען הצדק; והתקדימים המרובים של בית-משפט זה, עוד מלפני תחילת חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, מראים שסירוב בלתי-צודק מצד הרשות לתת לאזרח את אשר הוא ביקש ואת אשר זכאי הוא לקבל ממנה, אף ללא הוראה חוקית מפורשת, נחשב בעיני בית-משפט זה על-פי רוב כעילה מספקת להתערבותו למען הצדק.

ג אין ספק בלבי שאולמות, כמו האולם המדובר בו כאן, הנמצאים ברשות המשיבים למטרות ציבוריות, חייבים המשיבים להעמידם לרשות תושבי המקום למטרות ציבוריות כאמור, אם הם מתבקשים לכך ומקבלים תמורה נאותה; ואין הם רשאים לסרב לעשות כן מן הטעם בלבד שהדין אינו מחייבם להיענות למבקש המסויים או בכלל, ושמותר להם, אם רצונם בכך, להשאיר את האולם ללא שימוש. ובין אם יש בהנהלת אולמות שכאלה והחזקתם משום מילוי תפקיד על-פי דין ובין אם לאו — על-כל-פנים מחייב הצדק שלמבקשים דגן לא יסרבו את מבוקשם מתוך שיקולים שהכרונם כשיקולים פסולים מדעיקרא.

ד את הקש האחרון להיאחו בו מוצא ד"ר הורנשטיין בהוראת סעיף 3 (2) לפקודת המועצות המקומיות, 1941, לפיה טעונה כל השכרה של מקרקעין מצד מועצה מקומית אישורו של הממונה על המחוז, ואישור זה לא ניתן ומפאת קוצר הזמן לא יוכל עוד להי נתן, אמת נכון הדבר שבבקשתם מבקשים המבקשים "השכרתו" של האולם הנדון לתפילה בחגים, ובלשון זו ניתן להם גם הצור-על-תנאי; אבל למעשה אין המבקשים מבקשים אלא רשות או רשיון להשתמש באולם זה בלילו וביומו של חג לשם עריכת תפילותיהם. אומר ד"ר הורנשטיין, הלכה פסוקה היא שלענין הצורך באישור הממונה על המחוז, לא רק השכרה ממש אלא גם מתן רשיון במשמע (בג"צ 70/54, פד"י, כרך ט, ע' 1116, 1120; פ"מ, כרך טז, ע' 296, 299, (10)), שהרי הסיפה מכניסה, בנוסף על העיסקאות המיוחדות המפורטות ברישה, כל הוצאה מרשות או כל עיסקה אחרת (disposition or dealing).

ה לדעתי אין סעיף 3 (2) חל אלא על פעולות שיש בהן משום הוצאת הנכס מרשות המועצה המקומית. לא זו בלבד שהדעת נותנת שלמתן רשיון, או גם להשכרה, לשם שימוש באולם ציבורי ליממה אחת, אין טעם ואין אפשרות להשיג אישורו של הממונה על המחוז, ויש לפרש את החוק באופן שיהא ניתן לביצוע יעיל וסביר; אלא הדיספוזיציה האמורה בסיפה מצביעה ברורות על כוונת המחוקק, לאמור שכל אותן העיסקאות האמורות ברישה

## השופט ויתקון

אסורות ללא אישור הממונה, במידה ויש בהן דיספוזיציות כמשמעותן בחוק (פקודת העברת הקרקעות), ואין בפרט אלא מה שיש בכלל; והוסיף המחוקק את התוספת בדבר עסקאות אחרות (dealings), ללמדך שגם עסקאות שאין בהן משום דיספוזיציות כמשמעותן בחוק, אבל יש בהן משום הוצאת הנכס מרשות המועצה, כגון מתן רשיון לתקיפות ממור שכות, אף הן במשמע, שאם לא תאמר כן, אין להבין על שום מה טרח המחוקק ופירט בהוראה הזו גמ מכירה וגם מישכון וגם החלפה וגם תחכרה וגם דיספוזיציה, במקום שהיה יכול להצריך את האישור לכל עשייה במקרקעין, תהא אשר תהא; ללמדך שלא כל עשייה מצריכה אישור זה, אלא רק עשייה שיש בה משום הוצאה מרשות המועצה ממש.

אשר על-כן החלטנו ביום שמיעת החשובה לעשות את הצו-על-תנאי החלטי, לאמור, שעל המשיבים להעמיד את האולם "סניור" שבכפר-שמריהו לרשות המבקשים לעריכת תפילה בציבור בהג' שמחת-התורה תשכ"ג, בתמורה שתיקבע עליידי המשיבים; ובמידה שיש חובעים אחרים לשימוש באולם הוא באותו החג, הטלנו על המבקשים להשיג הסכמתם או זיתורם.

השופט ויתקון: גם אני סבור שיש לעשות את הצו החלטי.

אילו לא היתה לפנינו אלא החלטה של מועצה שלא להשכיר רכוש ציבורי בכלל או שלא להשכירו לכל מטרה דתית (או כל מטרה ספציפית אחרת), ייתכן ולא הייתי מוצא עילה מספקת להתערבותנו בענין. אך עצם הנימוקים, שבהם ביקשה המועצה לנמק ולהצדיק את החלטתה, הם אשר פסולם גלוי על פניהם והם מעידים עדות ברורה וחותכת על חריגת המועצה מגדר סמכותה.

בנימוקים אלה נקטה המועצה עמדה בענין של דת, והלא הלכה פסוקה היא שתחום זה אינו מן התחומים הנתונים בסמכות המועצה המקומית, גדולה מזו, בהחלטתה האמורה מגלה המועצה נטיה למגמה דתית אחת ושוללת את זכות קיומה של מגמה אחרת, ובנימה יומרנית במקצת קובעת היא, שאותה צורה של תפילה, הנהיגה מאז ומתמיד בכפר, מסוגלת לספק את הצרכים הדתיים של תושבי המקום. כסבור הייתי, כי ענינו של כל פרט ופרט הוא לעשות חשבון-גנש להחליט, מה היא עבודת הקודש וצורת התפילה, בהן ימצא סיפוק נפשי והתרוממות הרוח, ואם לאחדות בחיי הציבור, אליה שואפת המועצה, ולמניעת פילוג, הרי לא בכפיה ניתן להשיג מטרות אלו, ולא על חשבון חופש המצפון והדת.

בנקוט המועצה עמדה בתחום לא-ילה ובהיות עמדה זו נוגדת אחד מעיקרי היסוד שמדינתנו מושתתת עליהם, נפגעה זכות זכויות האזרח, שבית-משפט זה מוסמך להגן עליהן. רכוש ציבורי המיועד בדרך כלל לשימוש ולהנאתו של האזרח, זכותו היא זכות, שלא יימנעו ממנו אותו שימוש ואותה הנאה מטעמים פסולים. אכן, אף אני סבור כי אמנם נפגעה כאן "זכות" כמשמעה בענין שלום כהן נגד שר-הבטחון, בג"צ 29/62, "פסקידון", כרך טז, ע' 1023, שס (8), ב"ע' 1028, ומכאן סמכותנו להתערב לטובת המבקשים.

השופט זוטמן

השופט זוטמן: על אף טענותיו השנונות של הד"ר הורנשטיין, באיכות המועצה המשיבה, שוכנעתי גם אני כי מן הדין לעשות את הצו-על-תנאי החלטי.

טענתו העיקרית של באיכות המשיבה היתה, כי המועצה לא הפרה זכות מזכויות המבקשים כאשר סירבה "להשכיר" להם את האולם לצורך עריכת תפילה בחג שמחת-התורה או להעמידו לרשותם, שכן בידי המבקשים אין זכות קנויה להשתמש בנכס הציבור למטרתם הם.

אמת נכון הדבר, 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, והעובדה כי מצויים בין המבקשים תושבי המקום, עובדה זו היא בלבד אינה מקנה להם כלפי המועצה זכות שתתיר להם להשתמש בנכסיה כאוות נפשם. מטעם זה, אילו החליטה המועצה בתום-לב, להקדיש את האולם למטרה פלוגית ולא להשתמש בו למטרה אלמונית, לא היתה בהחליטה כך מפרה כל זכות של אזרח, ואני לא הייתי נוטל לעצמי רשות להתערב בדבר.

2. ואולם עם זאת לא הרי דין רשות ציבורית כדין אורח פרטי. אורח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן-הורין לקבוע, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן, לא כן רשות ציבורית.

רשות ציבורית שפירסמה מיכרו לביצוע עבודה, בית-משפט זה יפקח על דרכי הביצוע של המיכרו, גם אם החוזה עצמו, לכשייעשה, משתייך לשטח המשפט הפרטי. כך הורה בית-משפט זה בג"צ 292/61, 1979, כרך טו, ע' 20, (6), וכך פסקו גם בממלכה המאוחדת: (14), (1954), R. (McKee) v. Belfast Corporation; הנזכרת ב" Halsbury Simonds כרך 24, ב"ע' 628, הערה (K). האוסף עצמו אינו מצוי בארץ.

כן הורה בית-משפט זה, בג"צ 160/58, 1979, כרך יג, ע' 891, (5), כי רשות ציבורית שגמרה בלבה למכור נכס מנכסית על-פי מיכרו, חייבת לנהוג בביצוע המיכרו ללא הפליה, ובאמרו כן חזר בית-המשפט על הדברים שנאמרו בג"צ 74/51, 1979, כרך ה, ע' 1544, 1550, (11), כי מדיניות הרשות שנקבעת —

1. "..... מן הדין גם שהמדיניות תבוצע בדרך צודקת. רצוננו לומר כי על הרשות המוסמכת, בבואה לבצע את המדיניות, לא לנהוג בדרך של הפליה או משוא-פנים."

2. כיוצא בזה, אורת פרטי רשאי להתיר לפלוני את השימוש ברכושו ולגרש את אלמוני, ויהיו נימוקיו אשר יהיו. אך רשות ציבורית אינה רשאית לנהוג כך והיא איננה רשאית לקבוע, כי לפלוני מותר לבוא במחיצתה ואילו לאלמוני יהא הדבר אסור: בג"צ 1/49, 1979, כרך ב, ע' 80, 83; פ"מ, כרך א, ע' 121, 125, (12). כיצד יתנהל המינהל במדינה, אם תחליט מועצה מקומית או רשות ציבורית אחרת לאסור על פלוני את הגישה למשרדה בו חפץ הוא ליטול רשיון או להגיש בקשה?

## השופט זוסמן

עינינו הרואות: בעוד שאזרה פרטי ראשי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאחם יעטוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה בטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שוויים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אורח שלא כדיון, הרי זו עילה להתערבותו של בית-משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית-משפט זה.

3. מכאן מתקבלת המסקנה, כי הפליה, היינו הפליה פסולה או יחס לא-שווה כלפי שווים, משמשים לכאורה עילה לפסול את מעשה הרשות. על שום מה רק לכאורה? על שום שיש גם ורשות ציבורית מבצעת תפקיד שנעשה למען הממשל עצמו בלא שיקנה לאזרח כל זכות שהיא לגבי ביצועו או דרכי ביצועו, ואם כך הדבר, אין האזרח יכול לקבול עליה אפילו הוא רואה את עצמו נפגע. מטעם זה לא שמע בית-משפט זה לקובלנתו של כתב צבאי שקבל על ששלטונות הצבא חדלו להזמין לשם קבלת ידיעות: בג"צ 29/62, פד"א, כרך טז, ע' 1023, (8), והשופט ויתקון אמר (ב"ע' 1028, בין האוזריות ד"ר, שם), בדברו על השתתפותו של כתב צבאי בפגישות עם שלטונות הבטחון:

..... לא בא ההסדר הזה אלא כדי לשמש את השלטון עצמו.

בענין, (15), *Ex p. Napier*; (1852), אמר בית-המשפט כי העילה למתן צו מסוג מנדמוס יכול שתהא נובעת מן המשפט המקובל, מחיקוק או אפילו — ואלה הם בוודאי מקרים יוצאים מגדר הרגיל — מחוזה. אף-על-פי-כן סירב בית-המשפט, בענין (16), *R. v. Secretary of State of War, Ex p. Mitchell*; (1891), לדון בבקשה מנדמוס של קצין-צבא שטען, כי על-פי תקנות הצבא מגיע לו מאת הנתבע סכום כסף. נימוק הסירוב היה, כי חובת התשלום הוטלה על הנתבע, אם הוטלה, כחובה שעליו למלאה כלפי הכתר ולא כלפי האזרח, ומכאן שלא נולדה עילה לטובת האזרח, ובירו לא היתה זכות שהיתה ניתנת לביצוע על-פי קובלנתו. דין כזה, לפיו נולדה זכות לפלוני אבל לא לאלמוני, ידוע גם במשפט האזרחי, ופעמים יש בו כדי לשלול מאלמוני עילת תביעה בנוזיקין בשל פגיעה בה נפגעה: ראה סעיף 55 לפקודת הנוזיקים האזרחיים, 1944, והשווה ע"א 416/58, (13).

כאשר נתבע פקיד ציבורי בבית-משפט זה בענין כזה, בו חובת הפעולה מוטלת עליו למען הממונים עליו אבל לא למען האזרח, יש בידו להשיב לאזרח הקובל: לאו בעל דברים דידי את. נמצא: לאזרח אין זכות עמידה לדין בבית-משפט זה, תהא התנהגותו של הנתבע כאשר תהא, וגם במקרה של הפליה בין השווים לא יוכל בית-המשפט להושיע את האזרח, כמו שנפסק ב"בג"צ 29/62, (8), הנ"ל.

השופט זוסמן

4. אולם המקרה שלפנינו אינו מסוג העניינים בהם פועלת רשות ציבורית למען מישהו אחר, זולת האזרח. כבר אמרתי, שאילו סירבה המועצה להעמיד את הנכס האמור לרשות הציבור, איש לא יכול היה לקבול על סירובה בבית-משפט זה או בבית-משפט אחר. אך אין זו עילת ההגנה שנטענה על-ידי המשיבה. אין חולק על כך שהאולם הוקדש למעשה לצרכי ציבור. למעשה מתירה המשיבה לאגודת "מכבי" את השימוש באולם לצורך תרגילי ספורט, ולא קראנו בתצהירה כי השימוש לעריכת תפילה היה נראה פסול בעיניה. אלמלא נוסח התפילה של המבקשים. זכות השימוש במקום-מפגש ציבורי היתה כבר מקדמת-דנא נושא לצו של מנדמוס: Blackstone Commentaries, III, 110.

הנימוקים שהניעו את המועצה להשיב פני המבקשים ריקם מובאים בפסק-דינו של השופט כהן, והם, בקיצור, כי אין המועצה הפצה לאפשר בגדר שיפוט עריכת תפילה בנוסח פלוני. זה הוא נימוק פסול לחלוטין, כי לא זו בלבד כי הדאגה לענייני הדת לא הופ' קדה בידי מועצה מקומית אלא לא עליה להחליט שתושבי המקום יתפללו בנוסח פלוני ולא יתפללו בנוסח אלמוני. פולחן אהיד ותפילה אחידה היו אולי מקובלים בזמן מלחמת-שלו' שים-שנה, כאשר דגלו שליטים בכלל *Cuius regio — eius religio*. אך מגילת העצ' מאות הבטיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה, וגם אם לא העניקה המגילה עצמה זכות לאזרח הניתנת לביצוע על דרך של תביעה משפטית, אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להגיה נר לרגליה. משלא היה בפי המועצה אלא נימוק זה לסירובה יוצא, כי אלמלא נימוק זה, היתה נעדרת לבקשת המבק' שים, נמצא כי הפלחה אותם לרעה על יסוד נימוקים פסולים. והפליה זו משמשת יסוד לעתירה לבית-משפט זה.

5. טענתו האחרונה של בא-כוח המשיבה היתה, כי נוכח הוראת הסעיף 3 (2) לפקודת המועצות המקומיות, 1941, נבצר מהמשיבה למלא בקשת המבקשים בלא נטילת אישורו של הממונה על המחו' והר"ר הורנשטיין הפנה אותנו אל בג"צ 70/54, פד"מ, כרך 11, ע' 1116, (10). אולם בהתירה למבקשים עריכת תפילה בחג אחר, אין המועצה עושה מעשה הטעון אישורו של הממונה. כל אחד רשאי להיכנס לאולם בזמן התפילה אם אך ירצה בכך, וחברי המועצה בכלל זה. כדרך שהמועצה אינה זקוקה להסכמת הממונה כדי להתיר לצי' בור את הכניסה למשרד המועצה המותר לכל אדם במשך שעות העבודה, כך אינה זקוקה לכך לגבי האולם האמור לצורך התפילה במועד אחר. האולם לא יצא אפילו לרגע אחד מחזקתה ומשליטתה.

לפיכך החלטנו ביום 18.10.62 לעשות את הצו-על-תנאי החלטי, לאמור, על המשיבה להעמיד את האולם "סניור" לרשות המבקשים בחג שמחת-התורה תשכ"ג לצורך עריכת תפילה בציבור. במידה שיש תובעים אחרים לרשות השימוש באולם הנ"ל בחג הנ"ל, מוטלת על המבקשים החובה להשיג הסכמתם. אין צו להוצאות.

הנימוקים ניתנו ביום י' בחשון תשכ"ג (7.11.1962).