

בג"צ 08/

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים: (1) אדיר בנימיני – חבר מועצת עיריית נתניה
 (2) גיא בן-גל – חבר מועצת עיריית כפר-סבא
 (3) חדווה יחזקאלי – חברת מועצת עיריית חדרה
 (4) מפלגת הירוקים
 ע"י ב"כ עו"ד אתי כהנא
 מרח' ששת הימים 28 בני ברק
 טל': 03-6197688
 פקס: 03-6198196

- נגד -

המשיבים: (1) שר הפנים
 (2) משרד הפנים – המפקח הארצי על הבחירות
 (3) היועץ המשפטי לממשלה
 (4) מדינת ישראל
 ע"י פרקליטות המדינה
 מרח' צאלח א-דין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזה ליתן צו על תנאי המופנה כלפי המשיבים 1 - 3, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

(א) מדוע לא יבוטל הצו לקביעת מפתח אחיד חדש למספר המועצה ברשויות המקומיות מיום ה- 11/08/2008 (להלן: הצו).

(ב) מדוע לא ימנע המשיב 1 מלהחיל את הוראות הצו החדש על מערכת הבחירות הקרובה לרשויות המקומיות הצפויה להתקיים ביום ה- 11/11/2008.

(ג) מדוע לא יורה המשיב 3 על ביטולו של הצו האמור.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע מועד קרוב ודחוף לדיון בעתירה זו, לאור העובדה שמערכת הבחירות לרשויות המקומיות צפויה להיערך ביום ה- 11/11/2008.

I. הרקע העובדתי:

1. ביום ה- 11/11/2008 צפויים להיערך במרבית הרשויות המקומיות בישראל בחירות לקביעת ראש הרשות והרכב מועצת העיר; מרבית המועמדים העתידים להשתתף בבחירות הללו כבר

- החלו את הכנותיהם זמן רב מראש, ונמצאים בימים אלה בלב לבם של ההכנות, הכוללות בין היתר נטילת התחייבויות כספיות וחוזיות לצורך ארגון מערכת הבחירות.
2. מתוקף סמכותו על פי סעיף 19 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות), חתם משיב מס' 1 ביום ה- 11/08/2008 (בצעד מפתיע ובלתי צפוי, סמוך מאוד למועד הבחירות) על צו המורה על הפחתת המפתח האחיד לקביעת מספר חברי המועצות המקומיות לקראת הבחירות הקרובות – **מצ"ב העתק הצו המסומן באות "א"**.
3. העותרים יטענו כי ביום ה- 31/03/2008 דנה ועדת הפנים והגנת הסביבה (להלן: ועדת הפנים) של הכנסת בהצעת חוק העיריות, התשס"ז-2007 (להלן: **חוק העיריות**), בהכנה לקריאה שנייה ושלישית (פרוטוקול מס' 7) בהשתתפותו של המשיב מס' 1. בדיון זה הציג המשיב 1 את עמדתו בדבר צמצום מספר חברי המועצה ברשויות המקומיות ואף נימק בהרחבה את עמדתו. אולם, בתום דיון של כשעה ומחצה, החליטה ועדת הפנים שלא לקבל את הצעת המשיב 1 לצמצום את מספר חברי המועצה ברשויות המקומיות – מצ"ב פרוטוקול ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת מיום 31/03/2008 ומסומן באות "ב".
4. העותרים יטענו כי משבחר המחוקק שלא לשנות סעיף 19 לחוק העיריות לאחר דיון מעמיק ורחב בסוגיה, מן הראוי היה שלא יעקוף שר הפנים החלטת המחוקק ובוודאי שלא לצורך מניעים פוליטיים שאינם לטובת הציבור.
5. ביום ה- 13/08/2008 פנו העותרים 1 ו-2 בפניה דחופה למשיב 1, וזאת בדרישה כי ישקול מחדש את החלטתו לחתום על הצו האמור או לחלופין, כי יימנע מהחלתו על מערכת הבחירות הקרובה לרשויות המקומיות. כל זאת מתוך הנימוקים המופיעים בעתירה זו – **מצ"ב העתק הפניה המסומנת באות "ג"**.

II. הצדדים לעתירה:

6. העותרים:

- א. העותר מס' 1, אדיר בנימיני ת.ז. הינו חבר מועצת עיריית נתניה המכהן משנת 2003 ונמנה עם האופוזיציה העירונית. בכוונתו להתמודד לכהונה נוספת. בעקבות החלטת המשיב אחד ירד מספר הנציגים במועצת העיר מ-25 חברים ל-23 בלבד.
- ב. העותר מס' 2, גיא בן-גל, ת.ז. הינו חבר מועצת עיריית כפר-סבא המכהן משנת 2003 ונמנה עם האופוזיציה העירונית. בכוונתו להתמודד לכהונה נוספת. בעקבות החלטת המשיב אחד ירד מספר הנציגים במועצת העיר מ-19 חברים ל-17 בלבד.

ג. העותרת מס' 3, חדווה יחזקאלי ת.ז. הינה חברת מועצת עיריית חדרה המכהנת משנת 1998 ונמנית עם האופוזיציה העירונית. בכוונתה להתמודד לתפקיד ראש עיריית חדרה. בעקבות החלטת המשיב אחד ירד מספר הנציגים במועצת העיר מ-19 חברים ל-17 בלבד.

ד. העותרת מס' 4, מפלגת הירוקים, אשר כ-30 רשימות מטעמה עתידות להתמודד בבחירות הקרובות לרשויות המקומיות.

7. המשיבים לעתירה:

א. **כב' שר הפנים** – השר האחראי מטעם הממשלה על השלטון המקומי בישראל.

ב. **המפקח הארצי על הבחירות במשרד הפנים** – הגורם האחראי על ביצוע הבחירות לרשויות המקומיות כהלכה ועל פי חוק, הכולל טיפול בחקיקת בחירות בועדות הכנסת ופרסומן.

ג. **היועץ המשפטי לממשלה** – האמון בין היתר על שמירת האינטרס הציבורי במשפט ועל מתן ייעוץ משפטי לממשלה.

III. להלן נימוקי העתירה:

8. העותרים יטענו כי החלטת המשיב 1 לחתום על הצו דנא, במועד הנקוב הינה בלתי סבירה בעליל וזאת מתוך כמה נימוקים. בין היתר, לאור הפגיעה הבלתי מדתית באינטרס ההסתמכות המוגן על פי דין, תוך כדי עקיפת רצון המחוקק ומתוך שיקולים המצטיירים כפסולים וזרים.

9. העותרים יבססו את עתירתם על 3 אתרי טיעון מרכזיים:

א. העותרים יטענו כי ההחלטה, בעיתוי שניתנה, פגעה באופן קשה ואף באופן אנוש באינטרס ההסתמכות של העותרים, המוגן על פי דין. כאמור המדובר בהחלטה שניתנה פחות משלושה חודשים לפני הבחירות כאשר בשלב זה העותרים בלב ליבם של ההכנות ולאחר נטילת התחייבויות כספיות לא מעטות.

בית המשפט הנכבד מופנה לדברי המשיב 1 עצמו בעמוד 8 לפרוטוקול ועדת הפנים בשורה 21:

“ צריך לחשוב אולי אפשר ליזום חוק לקראת הבחירות, לא אלה

אלא בעוד חמש שנים, כי זה יותר נכון והגון...”

המשיב 1 סבור כי מן ההגינות שלא לשנות החוק במועד סמוך וקרוב לבחירות ומנגד מוציא צו הנוגד טענותיו הוא עצמו בועדת הפנים.

ב. התנהלותו של המשיב 1 מנוגדת לרצונו של המחוקק, אשר נציגיו דחו את עמדתו וקבע שאין לאמץ אותה. המשיב בחר להביא את הנושא בפני המחוקק (למרות שלא היה חייב לעשות זאת), מפני שידע כי קיים טעם נפגם בהפעילו סמכותו על פי חוק העיריות בצורה משמעותית וקיצונית, וכעת עליו לכבד את החלטת המחוקק ולא לעקוף אותה.

ג. העותרים יטענו כי עולה ומזדקר החשש שמא שיקולים בלתי עניינים הולידו את קבלת ההחלטה האמורה בעיתוי הנוכחי. המשיב 1 מתמודד בימים אלה בבחירות המוקדמות (פריימריס) בתנועתו "קדימה", שם לראשי הרשויות החברים בתנועה יש כוח אלקטוראלי רב והשפעה ניכרת על ציבור המתפקדים בעלי זכות ההצבעה.

המסגרת הנורמטיבית:

10. רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק על פי הסמכויות שהעניק לה הדין ובמסגרתן. עקרון זה ידוע כ"עקרון חוקיות המינהל" או בלשון אחרת "עקרון החוקיות", הקובע כהגדרתו של כב' השופט פרופ' יצחק זמיר כי "אין סמכות לשום רשות מינהלית אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק. זהו הכלל הבסיסי בדיני המינהל הציבורי: הוא משמש לביקורת החוקיות של כל החלטה מנהלית ללא יוצא מן הכלל"¹. הדברים ידועים ואין בכך כל רבותא.

11. אחד מהיבטיו המרכזיים של עקרון חוקיות המנהל היא דוקטרינת ה-Ultra-Vires, הבוחנת את השאלה האם הרשות המנהלית חרגה מהמנדט שניתן על ידי המחוקק: "הדין מוליד את הסמכות ובהיעדר דין מסמך משוללת פעולת הרשות סמכות ואין לה תוקף"².

12. המודל המסורתי של המשפט המנהלי, המכונה "מודל חגורת ההעברה" (Transmission Belt), מבוסס על תפיסת המדינה הדמוקרטית, כמדינה שבה לפרלמנט מונופול על קביעת הכללים, כאשר את הלגיטימציה לקביעת הכללים מקבל הפרלמנט מהעם, אשר המעניק לגיטימציה לפעולתה של הרשות המבצעת. חלוף הזמן ושינוי העיתים, בעקבות תהליך הגידול של סמכויות המינהל הציבורי ושיקול הדעת המוענק לו, הובילו אף לשינוי הפונקציה המרכזית של המשפט המנהלי: לא רק הגנה מפני כוחו של השלטון, אלא בחינת השאלה עד כמה הרשות הגיעה להחלטה המאזנת כראוי בין האינטרסים הפרטיים לבין האינטרס הציבורי. לאור המציאות החדשה שנוצרה הרי שעל בית המשפט לבחון לא רק את תוקף ההחלטה על פי גבולות הסמכות כפי שהוגדרו בחוק, אלא גם לתת את דעתו לגבי האופן שבו מפרשת הרשות

¹ יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (ירושלים נבו) תשנ"ו-1996, עמ' 49.
² רענן הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי (ירושלים שנהב) תשנ"ו-1996, עמ' 27.

את סמכותה³. מוכרת הגישה הרואה במדינה כ"מסגרת שלטונית העשויה לפגוע בפרט ובזכויותיו, והמחייבת פיקוח שיפוטי נרחב"⁴.

13. על פי התפתחות זו, יבקשו העותרים להפעיל את סמכות הביקורת על טיבה של ההחלטה מעבר לתוקפה; ביקורת שיפוטית מעין זו אינה מסתפקת בבחינה שלילית, רק על דבר אי החריגה מסמכות ועליה לבחון גם באופן פוזיטיבי את מדיניות הרשות הרלוונטית ואת יישומה הפרטי לנסיבות המקרה.

14. כנודע חוקיותה של כל החלטה מנהלית נבחנת ב- 3 שלבים:

(א) סמכות – מבחן זה תר ובוחרן את השאלה האם קיימת סמכות.

(ב) חוקיות ההליך – בוחן את חוקיות הפרוצדורה: האם אכן ההחלטה התקבלה כפי שהחוק מחייב.

(ג) מישור שיקול הדעת – זהו המבחן שבודק את מהות התוצאה של ההחלטה המנהלית: האם שיקול הדעת היה ענייני, בתום-לב, בתוך מתחם הסבירות, במידתיות ובשוויוניות?

מן הכלל אל הפרט:

15. אין מחלוקת עובדתית על כך שההחלטה בגינה הוגשה עתירה זו ועמודת במבחן הסמכות; העותרים יטענו כלפי תוקף ההחלטה על פי שני המבחנים הנוספים: "חוקיות ההליך" ו"מישור שיקול הדעת" אשר נתונים לביקורת שיפוטית: "כאשר מדובר על סמכות שבשיקול דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום-לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה"⁵.

16. העותרים יטענו כי לאור הפגמים המהותיים והחמורים שנפלו באופן הפעלת הסמכות מלכתחילה על ידי המשיב 1, יש מקום להורות על ביטול מוחלט של הצו או לחלופין דחיית הפעלתו בשל פגמים אלה (Null and Void).

17. העותרים יצינו כי הפגמים שנפלו בהחלטה שנתנה כנגד המבקש המחייבים את ביטולה המוחלט, בין היתר מתוך עילות ההתערבות הבאות:

א. החובה שלא לנהוג בשרירות: בהפעילה את שיקול דעתה אין הרשות רשאית לפעול מכוח השררה בלבד. על משמעותה של השרירות בפעולת הרשות עמד השופט שמגר: "כפשוטו ובעיקרו מתייחס ביטוי זה, לפי השקפתי, למעשה שנעשה על ידי רשות, מבלי לתת את הדעת לנתונים ולנימוקים שלפניה, תוך הסתמכות על כוחה השלטוני ותו לא.

³ מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (ירושלים נבו), תשס"ח-2008, עמ' 234-233

⁴ אהרון ברק שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה הפרקליט מ (1992), עמ' 197

⁵ דברי השופט ברק בבג"צ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29, 34

לא המירמה שולטת בכיפה במעשה השרירות אלא העדר התחשבות וחוסר תשומת הלב"⁶.

ב. החובה לנהוג בהגינות: הכלל הינו שחובתה של הרשות המנהלית לנהוג על פי כללי ההגינות.

ג. החובה להפעיל את שיקול הדעת בסבירות: עילת אי הסבירות עניינה באופן הפעלת שיקול הדעת על ידי הרשות המנהלית; עילה זו מתמקדת בתהליך איזון האינטרסים והשיקולים הרלוונטיים שביסוד ההחלטה המנהלית, והפעלתה כרוכה בבחינה מהותית של תוכן ההחלטה.

פגיעה אנושה באינטרס ההסתמכות:

18. הפגם הבולט והמרכזי שעובר כחוט השני בכל הנוגע להחלטת המשיב 1, נוגעת לסוגיית עיתוי קבלת ההחלטה, שהתקבלה ממש בסמוך למועד הבחירות, לאחר שמרבית המועמדים כבר החלו בהערכות אליה תוך הסתמכות על הדין הקיים.

19. כפי שעוד יפורט בהמשך, הסתמכות זו רק התעצמה בעקבות הדיון בועדת הפנים של הכנסת, אשר קבלה הכרעה ברורה בנושא.

20. כפי שקבע בית משפט זה בשורה ארוכה של פסיקות, אחד מערכי היסוד של שיטתנו הינו "אינטרס ההסתמכות של הפרט". בבג"צ ילנה גינס אשר נדון בפני הרכב של 7 שופטים ציין בית משפט נכבד זה כי "כחוט השני עובר אינטרס ההסתמכות במשפט הישראלי. חלקים ניכרים של המשפט הפרטי מבוססים עליו (ראו א' ברק, חוק השליחות 180 (כרך א', 1996); ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים 151 (כרך א', תשנ"א)); ג' שלו, דיני חוזים 161 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); ד' ברק-ארוז, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", משפטים כז 17, 22 (תשנ"ו)). כך היה הדין בעבר עת נהג עקרון המניעות, המבוסס על עקרון ההסתמכות. כך הדבר כיום, שעה שניתן לראות בהגשמת אינטרס ההסתמכות חלק מעקרון תום הלב. מהמשפט הפרטי הועבר אינטרס ההסתמכות למשפט הציבורי (ראו S. Schonberg, Legitimate Expectations in Administrative Law (2000)).

21. בהמשך לדברים אלה, מציין כב' הנשיא א' ברק את העובדה שהרשות הציבורית מחויבת להגנה על אינטרס ההסתמכות שנוצר על פי הדין הקודם וזאת מכוח החובות המוטלות עליה כ"נאמן הציבור": "אכן, הרשות הציבורית היא נאמן הציבור. מנאמנותה של הרשות הציבורית נגזרת חובתה לפעול בהגינות, ביושר, בסבירות ובמידתיות. מאלה נלמדת חובה להתחשב באינטרס

⁶ בג"צ 376/81 משה לוגסי ואה' ב' שר התקשורת. פ"ד לו (2) 449, 460.

ההסתמכות של הפרט. על בסיס זה נבנו דיני ההבטחה המינהלית, דיני המכרזים, דיני הסופיות המינהליים, דיני ההנחיות המינהליות ודיני הבטלות היחסית (ראו ברק-ארוז, שם). הם הבסיס לצורך להבטיח בחקיקה (בין חקיקה ראשית ובין חקיקת משנה) הוראות מעבר כדי להגן על האינטרסים של מי שסמכו על הדין הקודם."

22. הבחירות המקומיות עתידות להתקיים בעוד פחות מ-3 חודשים; המועמדים המבקשים להיבחר לכהונה במועצת העיר של יישובם, החלו להיערך לבחירות מבעוד מועד ולפני זמן רב. כל זאת, תוך כדי הסתמכות על כך שהרכב חברי המועצה לא צפוי להשתנות, לאחר שועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת דחתה כאמור את הצעת המשיב 1 לצמצום מספר חברי המועצה כבר לפני כחצי שנה.

23. העותרים יצינו כי היערכות למערכת בחירות מלווה בהוצאת כספים רבות, בהכנות ארגוניות (בין היתר שכירת מטה ופעילים) וחתימת חוזי פרסום (עיתונות, אינטרנט, שלטי חוצות). פעולות אלו נעשו על ידי מועמדים רבים בכל רחבי הארץ וזאת תוך כדי הסתמכות על מצג מסוים, אשר לאור החלטת המשיב 1 הפך למצג שווא לאחר שהמשיב 1 הורה על "החלפת קוביות המשחק באמצע המשחק".

24. העותרים יטענו כי החלטת המשיב 1 אינה סבירה, שרירותית ובלתי הגונה; מסקנה זו עולה בשל העובדה הפשוטה, שמרגע שגמלה בדעתו של המשיב 1 לחתום על הצו האמור, אין כל הסבר מניח את הדעת המסביר מדוע המתין למועד סמוך כל כך לבחירות ולפגוע בהסתמכות של מועמדים קודם לכן! מדוע בחר להמתין למועד סמוך כל כך לבחירות ולפגוע בהסתמכות של מועמדים רבים כל כך, אשר היו וודאי שוקלים מחדש את עצם החלטתם להתמודד ו/או את סכום התקציב שברצונם להשקיע ו/או את החלטתם לחבור לרשימות מתמודדים אחרות. הכול על פי מידת הסיכוי שלהם להיבחר.

הפעולה נוגדת את עמדת המחוקק:

25. ועדת הפנים של הכנסת נדרשה כאמור לדיון באישור מספר סעיפים, אשר פוצלו מהצעת חוק העיריות החדש וזאת לצורך הכנה לקריאה שנייה ושלישית (פרוטוקול מס' 7 – נספח ב'). בדיון זה נטל חלק דומיננטי המשיב מס' 1, אשר ניסה לשכנע את חברי הוועדה לקבל את עמדתו בדבר הצורך לצמצם את מספר חברי הרשויות המקומיות, אך ללא הצלחה.

26. בפתח הישיבה אמר יו"ר הוועדה, ח"כ אופיר פז-פינס, דברים שיש בהם לחזק באופן מובהק את טענות העותרים: "משום שהבחירות לשלטון המקומי, לרשויות המקומיות מתקרבות, חשבנו שיהיה נכון לחלץ מתוך החוק מספר סעיפים, מה שנקרא, לבצע פיצול כדי שהכנסת תוכל להצביע עליהם ביום רביעי לפני פיזורת לפגרת האביב, כדי שאנשים שרוצים להתמודד, בעיקר

לחברות במועצה - יידעו מראש מה הם כללי המשחק, יידעו מה גודל הרשימות, יידעו את כל הדברים הנוספים שאנחנו רוצים לדון בהם ולסכם אותם לפני כדי שלא תהיה עמימות ולא יהיה חוסר ודאות שזה הדבר הכי גרוע בפוליטיקה כפי שכולנו יודעים (פרוטוקול הדיון המצ"ב עמ' 4 למעלה – הדגש אינו במקור א.ב.וג.ב.ג.).

27. העותרים יטענו כי הדברים שנאמרו עוד בחודש מרץ השנה, נכונים בחזקת קל וחומר ובאופן מוגבר למועד החתימה על הצו של המשיב 1.

28. כפי שעולה מפרוטוקול הדיון האמור ניסה המשיב 1 לשכנע את חברי הועדה לקבל את הצעתו שפוצלה מהחוק החדש ולהורות על מפתח חדש שיביא לצמצום מספר חברי המועצה ברשויות המקומיות. הוא אף ציין בביטחון רב כי "יש בוועדה רוב של חברי כנסת שתומכים בהצעה המקורית של חוק העיריות" (עמ' 7 באמצע).

29. המשיב 1 נימק את הצעתו בכך שהדבר יוביל ליתר משילות בשלטון המקומי וזאת תוך כדי בקשה להסיר את הצעתו של יו"ר הועדה להעלות את אחוז החסימה.

30. על אף שסוגיית "אחוז-החסימה הראוי" הינו נושא המסור לחלוטין לשיקול דעתו של המחוקק יציינו העותרים, כי עמדתו של המשיב 1 בוועדה, כשלעצמה מוכיחה עד כמה בלתי סבירה גישתו בדבר הצורך לצמצם את מספר חברי המועצה ברשויות המקומיות. שהרי מניתוח עמדתו של המשיב 1 עולה, כי מטרתו הינה לצמצם את מספר סיעות היחיד אשר פוגעות ביכולת האפקטיבית ליצור קואליציות. הכול לשיטתו. אם כך הם פני הדברים, הרי שמבחן המציאות מלמד כי הפתרון הוא העלאת אחוז החסימה ולא צמצום מספר חברי המועצה !

31. מעבר לכך, יציינו העותרים את העובדה שהקושי ב"יצירת קואליציות" הוא מאפיין בולט של כל דמוקרטיה פרלמנטרית, והדבר אינו זר גם לבית המחוקקים שלנו. אולם שם נמצא "הפתרון", לא בצמצום מספר חברי הכנסת מ-120, אלא בהעלאת אחוז החסימה !

32. העותרים גם לא יצאו ידי חובתם אם לא יציינו את העובדה, כי השיקולים העומדים בבסיס ההחלטה האמורה (חיזוק ראשי הרשויות), היא המשך למגמה המסוכנת המובלת בשנים האחרונות על ידי משרדו של המשיב 1, לרסק את הביקורת הציבורית באמצעות נבחרי הציבור המכהנים במועצת הרשות, תוך צמצום וכרסום מתמיד בסמכויותיהם וחיזוק בלתי פרופורציונאלי של מעמדו הרם של ראש הרשות ושל הפקידות הכפופה לו.⁷

33. העותרים יציינו כי הרכבי מועצות הערים השונות ברחבי הארץ הוא קטן באופן יחסי למקובל בעולם המערבי, כאשר גם התנאים בהם פועלים הנבחרים גרועים באופן מהותי. מרכז המחקר של הכנסת ערך מחקר השוואתי לבקשתו של ח"כ חמי דורון (פורסם ב- 31/08/2004), לבדיקת

⁷ מגמה זו החלה עם שינוי החוק לבחירה ישירה של ראשי רשויות מקומיות משנת 1975

תנאי העבודה והשירותים שניתנים לחברי מועצות ערים בעולם המערבי⁸. בכל הערים שנבדקו זוכים הנבחרים לתנאים טובים הרבה יותר ובצורה משמעותית מהתנאים שזוכים להם הנבחרים בישראל, אשר מקשה על יכולתם האפקטיבית לבצע את מלאכתם, לבקר את פעילות הרשות והנעשה בתחומה לאור העוצמה המסורה גם היום לראש הרשות.

34. העותרים יצינו כי אופן פעולת השר הינה פסולה מעיקרה ואינה יכולה לעמוד במבחני התנהלות ציבוריים תקינים, המפגינה זלזול בוטה ועמוק בעמדה אותה הביעו נציגי הריבון בבית מחוקקים.

35. המשיב 1 למעשה סלל לעצמו (באמצעות סמכות מנדטורית שהוענקה לו ועל כך עוד נעמוד), "כביש עוקף" רצון המחוקק, לאחר שנכשל בניסיונו לשכנע את ועדת הפנים לקבל את עמדתו. העותרים יצינו כי בנסיבות הללו אי זו התנהלות ראויה של נושא משרה רם שכזה בישראל, לפעול בניגוד לעמדת נציגי הריבון כנסת ובכך גם לכרסם בעקרון הפרדת הרשויות.

36. כנודע, ואין בכך רבותא, קיימת הבחנה ברורה בין במצב שבו המחוקק לא הביע את עמדתו בסוגיה כלשהי ("המחוקק שותק" לגביה), לבין מצב בו המחוקק, הביע גם הביע, עמדה בנושא והחליט והכריע בה ("מן הלאו של המחוקק, ניתן ללמוד על היהן שלו")⁹.

37. במקרה שלפנינו, המחוקק באמצעות ועדת הפנים דחה את עמדת השר; ומכאן לאחר שהמשיב 1 הביא את הנושא לפתחו של המחוקק מרצונו הוא, הרי שלא היה זה מעשה ראוי לעקוף את רצונו של המחוקק באופן שבו זה נעשה.

38. כפי שצוין לעיל בכל הנוגע ל"מודל חגורת ההעברה" (מבוסס על תפיסת המדינה הדמוקרטית, כמדינה שבה הפרלמנט מונופול על קביעת הכללים, כאשר את הלגיטימציה לקביעת הכללים מקבל הפרלמנט מהעם, אשר המעניק לגיטימציה לפעולתה של הרשות המבצעת). הרי שכאן פעל נציג הרשות המבצעת, בניגוד גמור למדיניות אותה גיבש המחוקק, הגם שהדבר נעשה לכאורה מתוך סמכות הנתונה לו.

39. מכאן באה הקריאה של העותרים להתערבותו של בית משפט זה, אשר מתבקש לבחון לא רק את תוקף ההחלטה על פי גבולות הסמכות כפי שהוגדרו בחוק, אלא את טיבה של ההחלטה.

40. הסמכה מנדטורית: בית משפט נכבד זה מתבקש על ידי העותרים לתת את דעתו גם לעובדה שהבסיס לפעולתו של המשיב מקורה בחקיקה מתקופת טרום הקמת המדינה, משלטון המנדט הבריטי בארץ ישראל (סעיף 19 לפקודת העיריות). מכאן שלמעשה על המאזניים עומדת החלטת ועדה של כנסת ישראל המגלמת את נציגי הריבון העצמאי של מדינת ישראל, אל מול סמכות שהוענקה בימים בהם שלט כאן שלטון ריכוזי-לא דמוקרטי.

⁸ נבחנו כמה מועצות ערים באוסטרליה, באנגליה, בארה"ב, בגרמניה, בניו-זילנד ובקנדה
⁹ ע"א 16/77 שמואל שלום חג'ני נ' עבדאללה עטאר פ"ד לא(3) 326, 331

41. אין מחלוקת על כך שתקופת השלטון הבריטי בארץ-ישראל הביאה ותרמה רבות להתפתחות של משפט מתקדם ומודרני, שמקורו היה במשפט המקובל האנגלי¹⁰. יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העובדה שהוא שיקף במקרים לא מעטים את המצב המשפטי באנגליה של שנות ה-30 של המאה הקודמת, אשר העניק סמכויות נרחבות וכמעט מוגבלות לממשל. כמו כן, לא ניתן לתעלם מן העובדה שחלק לא מבוטל של החקיקה האנגלית שיקף שלטון לא דמוקרטי בארץ ישראל ואף היו כאלה שהרהיבו עוז וציינו מספר חוקים המאפיינים לשיטתם שלטון פאשיסטי. בשל הבעיה המתעוררת מכך, נולדה הגישה אשר אינה מסתפקת בבחינת מאפייניו הפורמאליים של החוק, אלא מדגישה את בחינת החוק גם במובנו המהותי.

42. כפי שהטיב לנסח זאת היטב כב' השופט א' לוי "מים רבים זרמו בנהר המשפט"¹¹ מאז עזב אחרון החיילים הבריטים את אדמת ארץ הקודש. מהעת ההיא עברה מערכת המשפט הישראלית תהפוכות ותמורות רבות ו"מהפכה חוקתית" מפוארת, אשר שינתה את נקודת האיזון בין הפרט לשלטון: "אם בעבר הרטוריקה המשפטית התמקדה בסמכויות, בכוח ובשיקול הדעת (החקיקתי, המנהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לרטוריקה של זכויות וחירויות"¹². מכאן עולה בקשת העותרים מבית משפט נכבד זה לבחון את הסמכות המדוברת ב"רוח הזמן", תוך מתן משקל הולם לפגיעה בזכויותיהם. בית משפט נכבד זה כבר קיבל את העיקרון כי "בהפעלת שיקול-דעת שלטוני – לרבות שיקול-דעת המעוגן בדין שהיה קיים לפני תחילתו של חוק היסוד – יש לתת משקל מוגבר לזכות המעוגנת בחוק היסוד"¹³. במקרה שלנו אומנם מדובר כאמור בחוק, שכור מחצבתו עשרות שנים לפני חקיקת חוקי היסוד, אך הדבר אינו מונע את בחינת הכלול בו לאור המהפכה החוקתית.

43. העותרים יטענו לפגם קשה בשיקול הדעת ולמרות שהחלטה כאמור נתקבלה בסמכות, הרי שהיא ניתנת לביקורת שיפוטית, והצורך בהתערבות זו גוברת בשל הנסיבות שבינן הוענקה הסמכות: "שיקול הדעת המינהלי לעולם לא יהא מוחלט. כוח נוטה להשחית. כוח מוחלט משחית לחלוטין. מכאן, ששלטון החוק מחייב גיבוש מערכת נורמטיבית אשר תרסן את שיקול הדעת השלטוני"¹⁴. העותרים יצינו כי הם רואים בברכה את החלטתו של המשיב 1 שלא לעשות שימוש בסמכותו המנדטורית ולהעביר את החלטה בעניין הנדון להכרעת ועדת הפנים. אולם, משזו קיבלה הכרעה כנגד עמדתו היה עליו לכבד אותה ולהימנע מלפעול כפי שפעל,

¹⁰ אהרון ברק חמישים שנות משפט ישראלי [מתוך: אהרון ברק מבחר כתבים (בעריכת חיים כהן ויצחק זמיר) נבו תש"ס-2000], עמ' 237.

¹¹ בג"צ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם)

¹² אהרון ברק, החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד [מתוך: אהרון ברק מבחר כתבים (בעריכת חיים כהן ויצחק זמיר) נבו תש"ס-2000], עמ' 267.

¹³ בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון פ"ד מט(4) 94

¹⁴ אהרון ברק שלטון החוק ועליונות החוקה [מתוך: אהרון ברק מבחר כתבים (בעריכת חיים כהן ויצחק זמיר) נבו תש"ס-2000], עמ' 337.

בחזקת "אם הייתם מקבלים את דעתי - מה טוב! ברגע שלא קיבלתם אותה - אעשה ממלא כרצוני"¹⁵!

שיקולים פוליטיים זרים:

44. בית משפט נכבד זה (כב' הנשיא מ' שמגר) קבע בפרשת עזרא ברגר¹⁶ (שעסקה אף היא בהחלטת שר הפנים), כי שיקול הדעת המנהלי אסור לו שיהא שרירותי, הוא חייב להיות מופעל בתום לב ובסבירות ואסור לו שיהיה נגוע בניגוד עניינים.

45. העותרים אינם יכולים לנתק עצמם מן המחשבה שמא העיתוי הכול כך בעייתי בו בחר המשיב 1 לקבל את החלטתו, קשור במידת מה לעובדה כי המשיב 1 נמצא בימים אלה בעיצומן של בחירות מקדימות (פריימריס) בתנועתו הפוליטית "קדימה".

46. סוד גלוי הוא כי מקרב הגוף הבוחר של תנועת קדימה ישנם מספר לא קטן של ראשי רשויות מקומיות גדולות ומשמעותיות בישראל; התפיסה השלטת בתוך קדימה הינה שראשי הרשויות הללו הינם בעלי השפעה על מתפקדים רבים בסניפים המקומיים בעירם, ויש ביכולתם להטות את התמיכה במועמד כזה או אחר, וזאת הודות לאחיזה הפוליטית האיתנה שלהם בציבור בעלי זכות ההצבעה בעירם.

47. מכאן נובע החשש שההחלטה התקבלה בשל מניע זר מתערב, ומתוך רצונו של המשיב 1 להתחבב על ראשי הרשויות לקראת הבחירות הפנימיות. מכאן בחר המשיב 1 לפעול כפי שפעל. אגב אורחא נציין, כי המשיב אינו מסתיר את העובדה שהוא מגשים את רצונו של ראשי הרשויות. במסגרת הודעה לאמצעי התקשורת שפרסם דובר משרד הפנים כתב המשיב 1 כהאי לישנא, ללא כחל וסרק: "שינוי זה זכה לתמיכת המרכז לשלטון מקומי ולראשי רשויות רבים, שהתמודדו מול מצבים בלתי נסבלים בהרכבת קואליציה ותפקוד לקוי של הרשות המקומית" – מצ"ב הודעת דובר משרד הפנים מיום ה- 11/08/2008 ומסומן באות "ד".

48. נציין בהקשר זה כי מי שעומד בראשות "המרכז לשלטון מקומי" הוא לא אחר מאשר, עדי אלדר, ראש עיריית כרמיאל, החבר בקדימה. ראשי רשויות בולטים נוספים החברים בקדימה הם יונה יהב מחיפה, יעקב טרנר מבאר שבע ומאיר ניצן מראשון-לציון.

(4) סכומו של דבר:

49. כפי שפרטנו לעיל, לאור הנסיבות שצוינו הרי שהחלטת המשיב 1 לחתום על הצו דנא הנה בלתי סבירה ובלתי הגונה כלפי המועמדים שנערכו להתמודדות בבחירות לרשויות המקומיות הקרובות, ואשר פוגעת באופן אנוש באינטרס ההסתמכות שלהם במידה העולה על הנדרש ובניגוד להוראות פסקת ההגבלה.

¹⁵ אם להיתלות על אילן גבוה במיוחד הרי שהדבר מזכיר את הפרשנות שנתנה ע"י חז"ל למושג "כפה עליהם הר כגיגית".
¹⁶ בג"צ 297/82 עזרא ברגר ואח' נ' שר הפנים. פ"ד לז(3) 29, 48.

50. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפני צו על תנאי כמבוקש בראש העתירה. כמו-כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון מהיר בעתירה זו לאור העובדה שמועד הבחירות הקרובות צפויות להיערך בחודש נובמבר הקרוב.

51. בית המשפט הנכבד אף מתבקש להורות למשיבים לשאת בהוצאות העתירה.

אתי כהנא עו"ד

ב"כ העותרים