



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6679/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

העותרים: 1. ראש מועצת הכפר קריות
2. יש דין - ארגון המתנדבים לזכויות אדם
3. עמק שווה בע"מ

נגד

המשיבים: 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. ראש המנהל האזרחי בגדה המערבית
3. קצין מטה לענייני ארכיאולוגיה במנהל האזרחי
4. המועצה האזורית מטה בנימין
5. משכן שילה- המרכז למחקר ולפיתוח ערש
התיישבות בארץ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ח' בסיון התשע"ט (11.06.2019)

בשם העותרים: עו"ד שלומי זכריה ועו"ד מיכל זיו
בשם המשיבים 3-1: עו"ד רוני שויקה
בשם המשיבה 4: עו"ד עקיבא סלבצקי
בשם המשיב 5: עו"ד ירון קוסטליץ

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. תל שילה (ח'רבת סיילון) הוכרז כאתר ארכיאולוגי כבר בשנת 1944, אך בעשור האחרון חל שינוי ניכר במעמדו כאתר "קולט קהל". האתר מופעל כיום על-ידי המועצה האזורית מטה בנימין (המשיבה 4; להלן: המועצה האזורית) מכוח הסכם ניהול שנחתם בינה לבין הרשויות המוסמכות באזור, דהיינו המינהל האזרחי. ההסכם נחתם בשנת 2014 למשך עשר שנים, והוא כולל הוראות שמסדירות את ניהול האתר (להלן: ההסכם). ההסכם מאפשר למועצה האזורית למנות מנהל לאתר, ולתפקיד זה מינתה המועצה את המשיבה 5 (להלן: העמותה), אשר מתפעלת כיום את האתר. ההחלטות העקרוניות לגבי הפעלת האתר מתקבלות במנהלת ייעודית, אשר בראשה עומד המשיב 3, קמ"ט ארכיאולוגיה, הוא הגורם המקצועי מטעם המינהל האזרחי.

2. בעתירה שלפנינו התבקשנו להתערב באופן ניהולו של האתר הארכיאולוגי. העותרים סבורים כי נפלו פגמים חוקיים בהסכם ההתקשרות, בכך שהמנהל האזרחי התפרק מסמכויותיו ומשיקול דעתו, והעבירם במלואם למועצה האזורית ולעמותה, אשר מנהלות את האתר בפועל. נטען כי מדובר בתהליך של הפרטה לא מפוקחת שנעשתה בחוסר סמכות ובהליך מינהלי פגום, ללא מכרז וללא שניתנה זכות טיעון לתושבי האזור. לשיטתם של העותרים, שטח האתר אף צריך להיגרע מתחום השיפוט של המועצה האזורית ושל כל רשות מקומית ישראלית. בעתירה הועלו גם טענות לגבי אופן ההפעלה של האתר, ונטען כי בניגוד לממצאים הארכיאולוגיים, מפעילי האתר מייחדים אותו להצגה של המסורת היהודית בלבד.

3. העתירה הוגשה בשנת 2015. מאז ועד היום הוגשו כתבי טענות לא מעטים, וחלו מספר התפתחויות רלוונטיות. ביום 13.1.2016, פרסם מפקד כוחות צה"ל באזור הכרזה שהתירה את כניסתו של כל אדם לאזור האתר (ובלבד שלא נשקפת סכנה מאותו אדם). ביום 23.11.2016 התקיים דיון בעתירה בפני השופטים א' רובינשטיין, ח' מלצר וא' שהם. בהחלטה מאותו יום התבקשו המשיבים לעדכן בתוך 90 יום בדבר שינויים בהסכמים שנערכו ביניהם. ביום 1.5.2017 הוגשה הודעה מטעם המשיבים, ואליה צורף ההסכם המעודכן בין המינהל האזרחי לבין המועצה האזורית. בהסכם המעודכן נקבע, בין היתר, כי נציגי המינהל האזרחי יהוו את רוב חברי מנהלת האתר; כי כל החלטה של המנהלת טעונה אישור של קמ"ט ארכיאולוגיה; כי המועצה רשאית לנהל את האתר באמצעות תאגיד או "גוף אחר בעל זיקה ישירה למועצה"; וכן הודגשה חובתה של המועצה להציב באתר שילוט שכולל הסברים בערבית.

העותרים לא הסתפקו בשינויים אלה והודיעו כי הם עומדים על העתירה. לשיטתם, גם מתכונת ההפעלה הנוכחית של האתר אינה חוקית.

4. העותרים רואים את פעילותו הנוכחית של האתר כחלק מתהליך רחב של נישול והדרה של תושבים האזור הפלסטינים למטרות פוליטיות. המשיבים 4-5 העלו טענות מנוגדות ברובד הפוליטי, אך איננו רואים צורך להיגרר למחוזות פוליטיים-אידיאולוגיים או לשאלות בדבר מדיניות השליטה באזור, אלא נתמקד בחוקיות של הפעלת האתר במתכונת הנוכחית.

5. בכל הנוגע להכללת האתר בשטח השיפוט של המועצה האזורית, לא מצאתי ממש בטענת העותרים כי הדבר נעשה שלא כדין, מה גם שהטענה הועלתה בשיהוי של 40 שנה. אציין כי עד לשנת 2016 מצב הדברים עורר קושי, משום שהכרזת שטח האתר

כיישוב ישראלי מנעה מפלסטינים להיכנס לתחומו. כאמור, המצב השתנה לאחר שביום 13.1.2016 הותרה כניסת פלסטינים לאתר.

6. גם בנושא התכנים והפעילות באתר, אינני מוצא עילה להתערבותנו. הצדדים מסכימים כי באתר קיימים ממצאים מגוונים מבחינה היסטורית ותרבותית. הממצאים הם מתקופת הברונזה המאוחרת ותקופת הברזל המוקדמת (שיש המכנים אותה "תקופת ההתנחלות"), ומתקופות מאוחרות יותר ניתן למצוא באתר כנסיות מהתקופה הביזנטית ומסגדים מהתקופה הערבית. מן התצהירים והחומרים שהוצגו בפנינו, עולה כי כלל הממצאים נשמרים כראוי, והמשיבים עומדים בחובתם לשמור על נכסי תרבות וארכיאולוגיה (ראו בג"ץ 270/87 קנדו נ' שר הביטחון, פ"ד מג(1) 738 (1989); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 464, 443 (2004)).

אכן, האופן שבו מופעל האתר כיום מציב במרכז התמונה את משכן שילה התנ"כי. גם אם לא נמצאו באתר שרידים ארכיאולוגיים שניתן לקשר אותם באופן מובהק למשכן, יש לכך הצדקה מבחינה תרבותית והיסטורית, נוכח תיאורו ומעמדו של המשכן במקרא, והעותרים לא טענו שמדובר בפיקציה משוללת יסוד (פסקאות 56-57 לעתירה). התמונה העובדתית שהצטיירה בפנינו (כין היתר, לאחר עיון במוצגים שצורפו לתגובת המשיבים 1-3 מיום 2.11.2017) היא כי האתר מנוהל באופן שמכיר ברצף ההיסטורי ונותן מקום לתרבויות ודתות אחרות. כמו כן, התכנים המוצגים באתר מותאמים ברובם גם לדוברי ערבית, והסרט המוצג באתר כולל כתוביות ואף אפשרות לדיבוב בערבית. הוצגו בפנינו גם שילוט, פליירים ועלון למבקרים בשפה הערבית, והמשיבות 4-5 ציינו כי האתר ערוך לקלוט מבקרים פלסטינים ואף פועל לשיפור ההנגשה של האתר עבורם (יצויין כי גם בהסכם עם המינהל האזרחי מעוגנת חובתה של המועצה האזורית לדאוג לשילוט בערבית). בהודעה מיום 8.1.2019 עדכנו המשיבים 1-3 כי מבקרים פלסטינים אכן מגיעים לאתר.

המחלוקת בין הצדדים מתמצה לכל היותר בשאלה מהו ההדגש הראוי ומהו המשקל שיש לייחס לכל ממצא או מסורת. שאלה זו חורגת מהתחום המשפטי, וגם אם נניח שהאתר לא מוצג באופן מיטבי מבחינה מדעית, אין בכך עילה לביקורת שיפוטית. העותרים לא טענו כי תל שילה תופס מקום מרכזי במסורת שאינה המסורת היהודית, ולא מצאתי פסול בכך שהנראטיב העיקרי המוצג באתר הוא הסיפור המקראי על משכן שילה. הנראטיב הוא נראטיב היסטורי, ככל נראטיב היסטורי יש לו ממד אידיאולוגי, אך כאמור, האתר לא מנוהל באופן שפוגע במסורת אחרת או מתעלם מממצאים הקשורים לתרבויות

אחרות [עם זאת, במאמר מוסגר אציין כי ניתן לחלוק על טיבו וטעמו של משחק הבאולינג המכונה "הפל את הפלישתית"].

7. עלינו להתמקד אפוא בשאלת חוקיות ההפרטה של ניהול האתר: האם ההתקשרויות של הרשות המוסמכת עם המועצה האזורית, ושל המועצה עם העמותה, נעשו כדין?

נקודת המוצא היא כי קמ"ט ארכיאולוגיה במינהל האזרחי הוא הגורם האמון על ניהול האתר, מכוח הצו בדבר חוק העתיקות (יהודה והשומרון) (מס' 1166), התשמ"ו-1986. סעיף 12 לחוק העתיקות הירדני (חוק העתיקות מס' 51 לשנת 1966), מסמיך את הגורם הממונה "להרשות לאגודה, למוסד או לכל אדם להחזיק ולשמור כל מבנה או מקום היסטורי". כלומר, הרשויות באזור מוסמכות להסתייע במועצה האזורית לצורך תפעול האתר ההיסטורי (השוו לבג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 429-432 (1992) (להלן: עניין פיליפוביץ)). כפי שצינו המשיבים, ההתקשרות עם המועצה נעשתה בהתאם לנוהל הרלוונטי (נוהל התקשרויות טובין, שירותים ועבודות קבלניות (יהודה והשומרון), תשס"ח-2008). וגם העותרים לא טענו לתחולת הוראותיו של חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. העותרים טענו כי המהלך אינו חוקי משום שעסקינן בהתפרקות מוחלטת של הרשות המינהלית משיקול דעתה, והעברת מלוא הסמכות לידי גוף פרטי. טענה זו אינה מבוססת. ההסכם בין המינהל האזרחי לבין המועצה האזורית מעניק לה אמנם סמכויות תפעול וניהול רחבות, אך שיקול הדעת והאחריות לאתר לא הופרטו, אלא נותרו בידי הגורם המוסמך ברשויות השלטון, דהיינו קמ"ט ארכיאולוגיה. כפי שאפרט להלן, ככל שהיו ליקויים בתחום זה, הם תוקנו בעקבות הדיון הראשון בעתירה, ב"מקצה השיפורים" שנערך בהסכם בין המינהל האזרחי לבין המועצה האזורית.

סעיף 3.1 להסכם קובע כי האתר יימצא "באחריותה המלאה של המועצה אשר תנהלו, תתפעלו, תשמרו ותפתחו בהתאם להוראות הסכם זה ובכפוף לתנאיו וכן בהתאם וכמתחייב מכל הוראות הדין הישימות מעת לעת". עם זאת, על פי ההסכם, המועצה האזורית כפופה להחלטותיה של מנהלת האתר, שהיא מעין "מועצת מנהלים" שקובעת את המדיניות ומקבלת החלטות עקרוניות, לרבות פיקוח ומעקב על יישום ההחלטות (סעיף 4.12 להסכם המעודכן). בראש המנהלת עומד קמ"ט ארכיאולוגיה (סעיף 4.2), וכל החלטה של המנהלת טעונה אישור מטעמו (סעיף 4.8). מסעיפי ההסכם ניכר אפוא כי רשויות המינהל לא התפרקו מסמכויותיהן ולא הפריטו את שיקול הדעת הכרוך בקבלת החלטת עקרוניות לגבי אופיו של האתר ההיסטורי. חרף ההבדלים בין המקרים, יפים

לענייננו דבריה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות בבג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (26.3.2012): "הטיוטה העדכנית של ההסכם שגובשה לאחר הגשת העתירה אינה מהווה האצלה אסורה של סמכויות הרשות וכי מדובר בעיקרם של דברים בהסתייעות בעמותה לצורך תפעול האתר [...] הרשות לא התנערה מן התפקיד שהמחוקק ייעד לה" (בפסקאות 16 ו-20; להלן: עניין עיר עמים). בהינתן שהמועצה האזורית היא גוף ציבורי, בהיותה רשות מקומית, אינני רואה להידרש לטענות בדבר אופייה ונטייתה הפוליטית, ובלבד שפעולותיה מתבצעות בהתאם לכללי המשפט המינהלי, לרבות האיסור להתחשב בשיקולים זרים.

8. בפועל, הגוף שמתפעל את האתר הוא העמותה (המשיבה 5). העברת סמכויות שלטוניות לגורם פרטי היא בעייתית יותר בהשוואה לאצילת סמכויות לגוף שלטוני, ו"רק בנסיבות מיוחדות ייקבע שתכלית החוק המסמיך מאפשרת אצילה של הסמכות לגורם פרטי, להבדיל מעובד ציבור או רשות מינהלית" (עניין עיר עמים, בפסקה 17 והאסמכתאות שם; ההדגשה במקור). ככלל, בהקשר זה גוברת חשיבותה של האבחנה בין האצלת סמכויות (הכרוכה בהפעלת שיקול דעת) לבין הסתייעות (שמתאפיינת ביישום החלטות): אצילה לגורם פרטי מעוררת קושי, בעוד שהסתייעות בגורם פרטי מותרת בדרך כלל (עניין פיליפוביץ, בעמ' 433; עניין עיר עמים, בפסקה 18; בג"ץ 3791/16 סנדלר נ' שר התחבורה, בפסקאות 8-9 (21.11.2016); וראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 845-847, 856-864 (מהדורה שנייה; 2011) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 181-187 (2010) (להלן: ברק-ארז)). מכל מקום, במסגרת הדין בעתירה שלפנינו איננו צריכים להרחיב בנושא, משום שהעמותה איננה מוסמכת לקבל החלטות לגבי האתר והיא איננה מחזיקה תחת ידה סמכויות שלטוניות כלשהן. העמותה מחזיקה בתפקיד ביצועי גרידא, לאחר שהוגדרה בחוזה כ"מנהל האתר", "שתפקידו הבלעדי יהא לטפל בכל הקשור באתר" (סעיף 5.1 להסכם המעודכן).

בהסכם עם המינהל האזרחי הובהר כי "מנהל האתר יכול שיהא עובד המועצה, עמותה עירונית, תאגיד או גוף אחר בעל זיקה ישירה למועצה" (סעיף 5.2). העמותה טענה בפנינו כי לאחרונה נערכו בתקנון שינויים שהפכו אותה ל"עמותה עירונית". מבלי לקבוע מסמרות לגבי מעמדה המשפטי של העמותה (לרבות שאלת תחולתן של תקנות העיריות (נציגי העיריה בתאגיד עירוני), תשס"ו-2006), אני מוכן להניח כי השינויים שנערכו בתקנון העמותה מקרבים אותה למגזר הציבורי, לאחר שרוב חברי העמותה הם נציגי המועצה האזורית. יש בכך כדי לבטא את מעמדה של העמותה כ"זרוע ארוכה" של המועצה, ועדיין חשוב להבהיר כי העמותה היא גוף ביצועי גרידא ועליה להישמר ככזה. העמותה יכולה לסייע למועצה בהיבטים הכלכליים (כגון קופה נפרדת או גיוס תרומות)

ובהיבטים התפעוליים (כגון העסקת עובדים), אך מעבר לכך – אין לעמותה סמכויות עצמאיות והיא איננה מוסמכת לקבל החלטות לגבי אופיו של האתר.

9. אין לכחד: ההסתייעות של המועצה בעמותה אכן עשויה לעורר קשיים משפטיים. כדברי השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין עיר עמים:

”יש להימנע ממצב של 'גלישה לא מודעת' ממצב אחד לשני, ועל הרשות להקפיד כי הבחירה בין דרכי הפעולה השונות - האצלת הסמכות או ביצועה תוך הסתייעות באחר - תיעשה לאחר שנשקלו מכלול השיקולים הצריכים לעניין [...]. כמו כן, לא יכול להיות ספק כי החלטת הרשות המינהלית להסתייע באחרים לצורך הפעלת סמכותה כפופה היא עצמה לכללי המשפט המינהלי החלים על הפעלת סמכות שלטונית, וכך גם באשר לעצם הסיוע הניתן לרשות [...]. מקום שבו בוחרת הרשות להסתייע בגורם פרטי לצורך ביצוע סמכויותיה, עליה להקפיד מאוד כי לא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין מטרותיו של אותו הגוף ובין האינטרסים הציבוריים שעל הגשמתם מופקדת הרשות, ולו בשל העובדה שלגורמים פרטיים יש אתוס ארגוני שונה, שעשוי להשפיע על מתן השירות” (שס, בפסקה 18; ברק-ארז, בעמ' 187).

בענייננו קיימת מורכבות נוספת שעלולה להגביר את החשש, בהינתן ”שירשור” של הסתייעות המינהל במועצה והמועצה בתורה מסתייעת בעמותה. המענה הבסיסי לכך הוא שכללי המשפט המינהלי ממשיכים לחול, והסתייעות בגורם פרטי אינה גורעת כהוא זה מחובותיהן ומאחריותן של רשויות השלטון, לרבות החובה לפקח ולעקוב אחרי המצב בשטח באופן שוטף (ראו והשוו: עניין עיר עמים, בפסקה 17; בג”ץ 4884/00 עמותת ”תנו לחיות לחיות” נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ”ד נח(5) 202, 213-212 (2004); עע”מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע”מ נ' רשות הנמלים, בפסקה 44 (11.02.2008); זמיר, בעמ' 847; דפנה ברק-ארז ”המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים” עיוני משפט ל(3) 461, 509-514 (2008)). לטובת פיקוח ומעקב יעילים, יש חשיבות גם לשקיפות כלפי הציבור הרחב, וגם שערי בית המשפט פתוחים, למקרה שיתעורר צורך בביקורת שיפוטית. בתוך כך אזכיר שוב את התחייבותה החוזית של המועצה לפעול ”בהתאם וכמתחייב מכל הוראות הדין”. כידוע, הוראות הדין החל באזור כוללות מספר רבדים, ובסוגיה רגישה כגון זו שבפנינו, המצב המשפטי דורש התנהלות זהירה ורגישה מצד כל הגורמים המעורבים.

10. בגדרי הדיון בעתירה הנוכחית איננו נדרשים לכל תרחיש אפשרי ולכל היבט חוקי בפעילות האתר כגון הקמת מבנים, הפקת אירועים או גביית תשלום. ענייננו הוא בסעדים שהתבקשו בעתירה, ולא נמצאה לי עילה חוקית לבטל את ההתקשרות בין המינהל למועצה או בין המועצה לעמותה. העותרים לא הצליחו להראות כי התקשרויות אלה, כשלעצמן, הן בלתי חוקיות, או כי הכללת שטח האתר בתחום המועצה האזורית נעשתה שלא כדין.

11. לפיכך אציע לחבריי לדחות את העתירה. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ה' בתמוז התשע"ט (8.7.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה