

זכות העמידה בענין גיוס בחורי ישיבה

(בג"ץ 40/70 בקר נ. שר הבטחון י)

א. פרשת בקר

העותר, קצין מילואים, ביקש מבית-המשפט לבטל את החלטת שר הבטחון לדחות את שירותם הסדיר של בחורי הישיבות ולצוות על הממונה על הגיוס בצה"ל לקרוא להם להתייצב לרישום, בדיקות ושרות סדיר ומילואים בצה"ל. העילה שעליה סמך העותר את יתדותיו היתה חוסר הסמכות שבו לקוייה החלטתו האמורה של הבטחון. לדבריו מותנית סמכותו של השר להחליט החלטות מעין אלה בקיום טעמים מסויימים, כגון טעמי חינוך, התיישבות, משק וכיוצא באלה, וטעמים אלה לא קויימו כאן, אלא ההחלטה ניתנה משיקולים זרים: שיקולים מפלגתיים גרידא. יתר על כן, טוען העותר, לא השר הוא שהפעיל את סמכות הדחייה, כי אם הוא העביר את הסמכות שלא כדין לממשלה כולה.

אכן, נימוקים כבדי-משקל לעותר, המעוררים ספק בחוקיות ההחלטה, וכמדומה שהיו ראויים לניתוח משפטי. ואולם לפחות שניים משופטי בית-המשפט העליון, השופטים ויתקון ומני, לא התייחסו אליהם כלל ודחו את העתירה בנימוק שאין לקצין המילואים זכות עמידה לדרוש ביקורת שיפוטית על החלטת השר. על טעמי קביעה זו, ומידת ביטוסה ההגיוני-משפטי נעמוד בהמשך, ובשלב זה נציין רק שגם השופט השלישי, כהן, תמך בהם והתייחס רק אגב-אורחא, ובקיצור גמור, לגוף העתירה.

נראה שהעותר חזה מראש שבא-כוח המדינה יעלה ענין זה של זכות העמידה, שהוא נשק שגור ובדוק זה מכבר בידי הרשות להכשיל פסילת אקטים לא-חוקיים על-ידי בית-המשפט, והוא טרח לבסס את זכות עמידתו בשני טיעונים חילופיים אשר אותם מביא השופט ויתקון בגוף פסק-הדין:

- (1) "שחרורם או דחיית חובת שירותם של אלפי יוצאי צבא מגביר שלא כדין את המעמסה הרובצת על יוצאי צבא אחרים, והוא בתוכם;
- (2) כל אזרח — ולא רק מי שנפגע במיוחד — הבא בטרוניה עם שר על שאינו מקיים את מצוות החוק או שנהג מידת איפה ואיפה, שערי בית-המשפט פתוחים לפניו."

כאמור דחה השופט ויתקון, בהסכמת חבריו את שני הטענות גם יחד. מטרתה של הערה זו היא להראות שדחייה זו לא היה לה על מה לסמוך, וכי לעותר

1 כ"ד פד"י (1), 238, להלן פס"ד בקר.

היתה כאן זכות עמידה מכוח שני הטיעונים כאחד. אך מאחר שזכות זו יכולה לסמוך על כל אחד מהטיעונים לחילופין, אתרכזו בדיוני בביסוס המשפטי המפורט של הטיעון השני, ואזרחי אדון, ביתר קיצור, בטיעון הראשון. לסיכום אבדוק את השיקולים הנוספים, מלבד שיקול זכות העמידה, שהדריכו, כנראה, את בית-המשפט כאשר דחה את העתירה בלי לדון בה לגופה.

ב. למהותו של הטיעון השני

העותר גורס בטיעונו זה כי ההלכה היא שלכל אזרח גם אם לא נפגע במיוחד, זכות העמידה לקבול על מעשה אפלייה, או מעשה אחר בלתי חוקי של השר. לדעתי, הרחיק העותר לכת יתר על המידה באומרו שהלכה זו חלה לגבי כל החלטה, של כל שר; אך לצורך ענייננו, די לנו אם נבדוק את נכונותה במקרה שלפנינו, דהיינו לגבי החלטה שר הבטחון לדחות את גיוס בחורי הישיבות.

האם, אישוא, צודק העותר בטיעונו, שיוכל כל אזרח, גם אם לא נפגע במיוחד, לבקש למתוח ביקורת שיפוטית על ההחלטה האמורה?

על כך עונה השופט ויתקון בשלילה מוחלטת. הוא מביא פסיקה ענפה בנושא זכות העמידה, וכל זאת כדי להראות שזכות העמידה מותנית בארץ בפגיעה באינטרס אישי של העותר, וכי לא די בפגיעה בציבור קולקטיבי, ומאחר שהעותר מסתמך, בטיעונו השני, על אינטרס כללי של כלל האזרחים, ממילא שאין טיעון זה מקנה לו זכות עמידה.

זהו, בקיצור גמור, תירוץו של השופט ויתקון לטיעונו השני של העותר, ונראה לי כי אין התירוץ ממין הטיעון. הרי העותר בטיעונו זה, כלל אינו גורס שאין צורך באינטרס אישי לצורך זכות העמידה. אילו היה עושה כן, אכן היתה הצדקה לדחיית הטיעון מבניה ובית, שכן ברור שהדין המצוי הוא שנדרשת פגיעה באינטרס אישי של העותר. הדבר נקבע בבירור כבר בראשית פעולתו של בית-המשפט העליון הישראלי, בפרשת נוחי מובסקי². שם קבע נשיא בית-המשפט העליון כי לא לכל אזרח הזכות לדרוש ביקורת על ההחלטה להעמיד לדין את ראש הש"י, איסר בארי, ואמר כי בית-המשפט יצוה על מילוי חובות חוקיות על-ידי גופים ציבוריים רק על-פי בקשת אדם שיוכיח שהוא בעצמו בעל הזכות. הגימוק לכך הוא, לדברי השופטים עצמם, שאין הפגיעה לבית-המשפט הדרך הנאותה להביע אי-שביעות רצון כללית ותיאורטית מהממשל, ופי לשם כך יש בחירות, ואילו מתפקידו של בית-המשפט רק להענות לאזרח אשר זכותו האישית עלולה להיפגע על-ידי מעשה בלתי חוקי³. אמנם באחרונה, במאמר ביקורת על פרשת ברנמן⁴, העלה המשפטן פיסר אלמן את הדעה שבפרשה זאת העמיד עצמו בית-המשפט העליון, כאשר שתק בשאלת זכות העמידה, לצד הגישה האנגלית המוותרת על הפגיעה באינטרס האישי⁵. אך נראה שדעה זו מוגזמת, במיוחד לאור העובדה שבשני פסקי-דין מאוחרים מברנמן: פס"ד בקר עצמו ופרשת מירון⁶, לא משאיר בית-המשפט העליון מקום לספק שאכן עדיין נדרשת פגיעה באינטרס אישי כתנאי לזכות עמידה בארצנו.

2 בג"ץ 90/49 נחמובסקי נ. שר המשפטים, ה' פס"ע, 163.

3 בג"ץ 107/50 אריאב נ. שר החינוך, ה' פד"י, 523, 529.

4 בג"ץ 98/69 ברנמן נ. שר האוצר, כ"ג פד"י (1), 693.

5 Elman, "Judicial Review of Statute" (1969) 4 Is. L. R., p. 565 at p. 566.

6 בג"ץ 287/69 מירון נ. שר העבודה, כ"ד פד"י (1), 337.

אך, כאמור, אין העותר טוען כלל שלא נדרשת פגיעה באינטרס אישי, ואין לו גם כל סיבה לעשות זאת, שכן אצלו, לטענתו, נפגע אינטרס אישי. אין העותר אומר בטיעונו, שלכל אורח, גם אם לא נפגע, הזכות לדרוש ביקורת שיפוטית על החלטת שר הבטחון. הוא אומר שלכל אורח, גם אם לא נפגע במיוחד, הזכות האמורה. דהיינו גם העותר יצא מזהנחה שהאורח נפגע על-ידי ההחלטה, הוא רק אומר שהוא לא נפגע במיוחד, דהיינו שהפגיעה בו אינה מנת חלקו הבלעדית; כי אם גם מנת חלקם של אחרים. כאשר נפגע אינטרס אישי על-ידי ההחלטה, אומר העותר, אין צורך שהפגיעה תהיה מיוחדת לעותר לבדו כדי שתקום לו זכות עמידה, אלא זכות זו תקום, גם אם האינטרס האישי האמור משותף לכל האזרחים.

לדעתי טיעון זה מעוגן היטב בהלכה הפסוקה זה מכבר בארצנו דומה שלא ניתן להרהר אחריו. את הביטוי הבולט ביותר להלכה זו נתנה פרשת אופנהיימר שבה אמר השופט גנדוי כי גם "בעניין הנוגע לציבור כולו נמצא שלאורח יחיד יכולה לצמוח זכות עמידה מאי-מילוייה של חובה שמקורה בחוק כזה, על-ידי השלטונות. מעודי לא הבנתי את הגירסה שלפיה רק חובה כלפי היחיד או כלפי חלק מן הציבור בלבד ניתנת להגשמה על-פי עתירת היחיד, אך לא חובה כלפי הציבור כולו... ודאי עצם הטלת החובה הכללית עדיין אינה מספיקה למתן המעמד, אלא העותר צריך להראות שעקב אי-מילוי החובה נפגע אינטרס ישיר שלו".⁷

כאן נקבעה בבהירות עצם ההלכה שעליה סומך העותר את טיעונו, אך למעשה היא נרמזה כבר קודם לכן בפסיקה.⁸ גם בפסק-דין חדיש ביותר חוזר נשיא בית-המשפט העליון וקובע כי אין העותר חייב לקבול על שהחלטה מינהלית יש בה משום הפרת חובה כלפי היחיד או חלק מציבור, להבדיל מחובה שהיא חובה כלפי הציבור כולו, ואולם תנאי הוא שההחלטה או הפעולה האמורה פוגעת, או עשויה לפגוע, באינטרס אישי שלו עצמו.⁹

כלומר, לאור הפסיקה, צודק העותר בטיעונו שיכולה זכות עמידה לקום לכל אורח בגין הפרת חובה כללית, גם אם הפרה זאת לא גרמה לו נזק שונה או רב מזה שנגרם לשאר האזרחים, כל זאת בתנאי שאמנם גרמה נזק לאינטרס אישי שלו.

תנאי זה מחייב אותנו לדון בשאלה אם הפרת החובה הכללית כלפי האזרחים, בפס"ד בקר, דהיינו הפרת החובה לקיים סדרי גיוס תקינים ושחיוניים, יש בה גם משום פגיעה באינטרס האישי של כל אורח בנפרד, להבדיל מזכותם הכללית הקולקטיבית. אם כך הדבר, הרי מכוח טיעונו השני וההלכה הקיימת כפי שסקרנו אותה, ניאלץ להכיר בזכות עמידתו.

כפי שאמר באחרונה נשיא בית-המשפט העליון, העיון בפסיקה המקומית מעלה כי במרוצת הזמן חלה בגישת בית-המשפט זה, לענין שאלת המעמד, התפתחות בכיוון ליברלי.¹⁰ ואמנם על יסוד הנחת-היסוד שאינטרס אישי אמנם נדרש כתנאי לזכות עמידה, הרחיבו בתי-המשפט בארץ את זכות העמידה לא על-ידי ויתור על דרישה זו,

7 בג"ץ 295/65 אופנהיימר נ. שר הפנים, כ' פד"י (1), 309, 335.

8 בג"ץ 160/58 שניידר נ. מנהל רשות הפיתוח, י"ג פד"י, 891, 894.

9 בג"ץ 287/69 תב"ל.

10 שם.

כי אם על-ידי הרחבת היקף המושג "אינטרס אישי". כבר בשלב מוקדם נקבע, למשל, שאין האינטרס האישי צריך להיות חומרי דווקא.¹¹ כמו-כן קבע בית-המשפט במפורש כי יכול האינטרס האישי להיות רוחני או מוסרי גרידא.¹²

בשלב מאוחר יותר עמד בית-המשפט עצמו על תופעה זו של הרחבת מושג האינטרס האישי והדגיש שבמושג זה נכללות גם "כויות אשר מלכתחילה אינן זכויות משפטיות המוכרות על-ידי המשפט הפרטי, ומעניין כי עשה זאת דווקא הבר-פלוגתא שלנו בהערה זו, השופט ויתקון:

"לדעתי אין לנקוט במידה נוקשה לגבי טיב הזכות שעל שלילתה או הפגיעה בה ניתן להתלונן בבג"ץ. שאלה זו, אשר טרם נחקרה עד תומה אין למצוא לה תשובה בהוראות סעיף 7 לחוק בתי-המשפט. אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטאטוטורית הכתובה בחוק. לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות שלא בא זיכרון בשום הוראה משפטית...".¹³

ואומר השופט ברנזון בפסק-דין מאוחר יותר:

"אמת שאין אנו מדקדקים יתר על המידה עם עותרים למיניהם הפונים לבית-משפט זה ואין אנו טורדים אותם מפנינו בקלות בשל חוסר עניין בגישה העתירה. בשנים האחרונות הכרנו לא פעם בזכותו של כל אדם להגיש את עזימתו בבית-משפט זה אם הוא רואה עצמו נפגע על-ידי פעולה של פקיד או גוף ציבורי גם כשאנו יכול להעביר על קיומה של חובה ציבורית כלפיו".¹⁴

ובכן, זכויות רבות, אינטרסים רבים, לאו דווקא משפטיים, נכללים במונח אינטרס אישי לצורך ההכרה בזכות העמידה. אך האם ניתן להכליל במונח זה, כפי שמבקש לעשות העותר שלפנינו, גם זכות המשותפת לציבור כולו, או במלים אחרות, האם בגסיכות מסוימות אינטרס ציבורי ייראה גם כאינטרס אישי?

תשובה חיובית תיאורטית לכך ניתנה בפרשת פרדלר מפי השופט ברנזון. הוא קבע כי העניין שצריך אדם לגלות כדי לקנות לעצמו זכות עמידה יכול שיתבטא בצורה של פגיעה "באינטרס של ציבור מסויים שהמבקש נמנה עליו".¹⁵ תשובה חיובית כזאת נמצאת גם בהכרעות קונקרטיות לגופו של עניין של בית-המשפט העליון:

בפרשת גולדנברג ראה בית-המשפט כאינטרס אישי של העותרים, אינטרס שהיה למעשה אינטרס של ציבור שלם – ציבור משלמי היטל הביוב. המדובר היה באינטרס שכספי ההיטל ינוצלו כהלכה.¹⁶

בפרשת הרב דיין מכיר בית-המשפט בכך שהאינטרס הקולקטיבי של כל ציבור היהודים בסדרי בחירות מתוקנים לרבנות הראשית, הוא גם אינטרס אישי של כל יהודי בנפרד ומכאן שיש זכות עמידה לעותר.¹⁷

אך לשיא ההתפתחות במישור זה של זכות העמידה הגיע בית-המשפט העליון

11 בג"ץ 107/50, הנ"ל.

12 בג"ץ 24/55 הרב דיין נ. שר הדתות, ט' פד"י, 997, 999.

13 בג"ץ 29/62 שלום כהן נ. שר הבטחון, ט"ז פד"י (2), 1023, 1027.

14 בג"ץ 19/64 התאחדות סוכני הכימות נ. הספקת קל הכימות, י"ח פד"י (3), 506, 512.

15 בג"ץ 76/63 פרדלר נ. פקדי הבחירות, י"ז פד"י (4), 2503, 2510.

16 בג"ץ 292/63 גולדנברג נ. ראשליץ, י"ח פד"י (1), 453, 461.

17 בג"ץ 29/55 הרב דיין נ. שר הדתות, ט' פד"י (2), 997, 999.

באתרונו, בפרשת ברנמן¹⁸. פרשה זו אשר כה הסעירה את המשפט בשל השאלות הקונסטיטוציוניות הכרוכות בה, גם היוותה ציון דרך בהתפתחות מושג האינטרס האישי, שכן כאן נקבע, בראשונה, שגם אינטרס של ציבור האזרחים כולו, האינטרס בבחירות תקינות ושיוויוניות לכנסת, יכול להיות אינטרס אישי של כל אזרח לחוד, וממילא לשמש בסיס לזכות עמידה של כל אזרח.

אמת, בית-המשפט בפרשת ברנמן נמנע מלחוות דעתו במפורש בסוגייה זו של זכות העמידה ואמר: "גם על מעמדו של העותר לא חלקו המשיבים, וגם שאלה זו אינה מתעוררת איפוא לפנינו"¹⁹. אך כפי שהיטיבו להעיר שני מלומדים, האחד התומך בפסק-הדין ברנמן והשני המתנגד לו, הימנעות זו אינה אפקטיבית. בעצם היוקדו להכרעה לגופו של עניין הכיר בית-המשפט בזכות עמידתו של העותר. ואם כך במקרה של דחיית העתירה, קל וחומר במקרה של קבלתה, שכן כיצד ייתכן מתן סעד בבג"ץ לעותר חסר זכות עמידה?²⁰

אך כמדומה שאיננו צריכים להרחיק עדותנו לדברי חכמי המשפט שכן לעזרתנו בא בית-המשפט העליון עצמו. בפס"ד בקר מודה השופט ויתקון, אפילו בלי להזיק לפרשת ברנמן, כי כאשר האינטרס הנדון הוא שוויוניות וחוקיותן של סדרי הבחירות לכנסת מוכרת זכות העמידה של הפרט, והסיבה היא "שזכות הבחירות וניהולן התקין הם תנאי מוקדם לכל משטר דמוקרטי. ממילא שכל בוחר בכח בפגע פגיעה ישירה ואישית מכל שיבוש ואי-סדר בניהול הבחירות, וזכות עמידה קנויה לו בבית-המשפט".

בדבריו אלה גם מרמז השופט ויתקון לקריטריון לקביעת המקרים שבהם אינטרס ציבורי ייחשב גם אינטרס אישי, דהיינו שבהם תוכר לפרט הזכות לעמוד בבג"ץ, על יסוד אינטרס שהוא בעצם אינטרס הציבור כולו. יהיה זה כאשר האינטרס הנפגע הוא תקינותם וחוקיותם של הליכים וסדרים, אשר הם כה חיוניים למדינה או לציונות, עד אשר חריגה מתקנותם ומחוקיותם יש בה משום פגיעה בכל פרט לחוד ולא רק בציבור כגוף קולקטיבי. אם נאמץ לנו קריטריון זה, המרמז כאמור בדברי השופט ויתקון בפס"ד בקר, הרי נראה לי שמסקנה בלתי נמנעת היא שגם שוויוניותם וחוקיותם של סדרי הגיוס הן אינטרס אישי ולא ציבורי גרידא, ממש כמו שוויוניותם וחוקיותם של הליכי הבחירות. שכן אם נשווה את השניים יסתבר לנו שבעוד שהליכי הבחירות שומרים, כפי שאומר השופט ויתקון, על צביונה הדמוקרטי של המדינה וממילא על זכויותיהם הדמוקרטיות של כל אחד מאזרחיה, הרי הליכי הגיוס באו לשמור על בטחון המדינה וקיומה וממילא גם על בטחונם וקיומם של כל אחד מאזרחיה, ואיש, כמדומני, לא יעז לומר שחריגה מסדרי גיוס תקינים וחוקיים פגיעה באזרח פחותה מחריגה מסדרי בחירות תקינים. דברים אלה מקבלים תוקף מיוחד במציאות חיינו העכשווית, שבה עלולים לחרוץ סדרים ונהלים אלה את גורלו הפיזי האישי של כל אזרח או לפחות את גורל יקיריו. נראה לי, איפוא, שלאור ההתפתחות בפסיקה במושג זכות העמידה, ובמיוחד תהרבה שחלה במושג האינטרס האישי, שבו מותנית זכות זו, הפרה של חוקיות סדרי הגיוס,

18 בג"ץ 98/69, תג"ל.

19 שם, בעמ' 696.

Elman, *op. cit.*, p. 566; Klein, "Judicial Review of Statute" (1969) 4 *Is. L. R.* 569, 20 at p. 571-2.

זכות העמידה בענין גיוס בחורי ישיבה

והריגה מסמכויות דחיית הגיוס בכלל זה, מקנה זכות עמידה לכל אורח, בהיותה פגיעה באינטרס אישי של כל אורח, ולא רק פגיעה באינטרס ציבור האזרחים בכלל.

ג. הטיעון השני לאור פרשת מירון

בשעת כתיבתה של הערה זו נתנו חמישה שופטים של בית-המשפט העליון, ובראשם הנשיא, החלטה בפרשת מירון²¹ העוסקת בשאלת זכות העמידה בכלל ובהיקף "האינטרס האישי" בפרט. ההחלטה בפרשה זו, הכוללת ניתוח מקיף ומעמיק של סוגייתנו, ראויה כמובן להערה ולהארה נפרדת, אך רואה אני חובה לעצמי, לשם השלמת התמונה לדון בקצרה בקביעותיה, שכן לכאורה מאיימות הן לערער את בסיס טיעוני השני של העותר בפס"ד בקר.

הנסיבות בפרשת מירון היו, בקיצור נמרץ, כדלקמן: עתונאי דתי, שמחה מירון שמו, ביקש צו שימנע את הפעלת שידורי הטלביזיה בשבת. גם הוא, כמו העותר, בפס"ד בקר, ביסס את זכות עמידתו בשני טיעונים:

(1) נפגע האינטרס שלו בקבלת עבודה בטלביזיה.

(2) נפגע האינטרס שלו בשמירת שבת כללית במדינה.

הטיעון הראשון נפל בנקל, משום שלא היתה לו כל אחיזה במציאות העובדתית. העותר אף לא הראה שהוא כשיר לגשת למכרזים של רשות השידור. הטיעון השני נדחה באותו נימוק שבו נדחה הטיעון השני בפרשת בקר – ביהמ"ש אמר שהאינטרס האמור בו אינו אינטרס אישי של העותר אלא אינטרס קולקטיבי-ציבורי של כלל היהדות הדתית והוא בתוכה.

אמת, השופטים בפרשת מירון מאזכרים בהסכמה את פס"ד בקר על כל נימוקיו. אך לדעתי הסכמה זו אינה פועל יוצא הגיוני של קביעותיהם והכרעותיהם, שכן הנימוקים והתוצאה של פרשת מירון, להם אני מסכים בכל לב, אין בהם כדי לערער את אושיות הטיעון בפס"ד בקר, אלא אולי אף לחזקם.

למסקנה זו נגיע בנקל אם נשווה את האינטרס הציבורי בפס"ד בקר לאינטרס הציבורי בפס"ד מירון. מפס"ד מירון עולה שהאינטרס הציבורי היחיד שעל פגיעתו יכול העותר להצביע הוא האינטרס שגם יהודים חילוניים ישמרו את השבת, ולא רק דתיים, דהיינו האינטרס שתיכפה שמירת השבת. זהו בהחלט אינטרס לגיטימי של היהדות הדתית, הרואה בכפיית הדת יעד מוסרי ומדיני גם יחד. אך לדעתי ברור שזהו אינטרס של היהדות הדתית כגוף קולקטיבי גרידא, ולא אינטרס אישי של כל יהודי דתי לבדו, שכן איש לא יטען ברצינות שפגיעה באינטרס זה, דהיינו חילול שבת מצד יהודי חילוני, היא כשלעצמה פוגעת באינטרס אישי ממשי של יהודי דתי זה או אחר. כלומר, מה שמנסה כאן מר מירון לעשות זה למנוע הנאת טלביזיה בליל שבת מהחולת (הנאה מפורקת למדי, יש להודות), מבלי שהנאה זו של החולת תפגע באינטרס אישי שלו. הלכה פסוקה היא שנסיון כזה נידון לבשלון²².

21 בג"ץ 287/69, הנ"ל.

22 ראה בענין זה: בג"ץ 100/64 חברת מפעל הארזים נ. המכונה על פוזו ירושלים, י"ח פד"י (2), 280, 278; בג"ץ 19/64, הנ"ל, 512.

לעומת זאת, האינטרס הציבורי שעליו בא לקבול העותר בפס"ד בקר הוא, כפי שראינו, כה חשוב, כה חיוני, עד כי פגיעה בו מהווה גם פגיעה באינטרס האישי של כל אזרח לבדו. אמנם גם העותר בפס"ד בקר מבקש למנוע משהו מהזולת – את דחיית השרות מבחורי הישיבה, אך הדבר אינו עיקר מטרתו, כי אם רק תוצאת לוואי של מטרתו – למנוע את הפגיעה שפוגעת הדחייה בו עצמו.

אך, כאמור, לא רק שאין פרשת מירון מערערת את יסודות טיעונו השני של העותר, אלא נראה שהיא אף מחזקתם. הרי, כפי שאומר השופט ברנזון, אילו היה מצליח מר מירון להוכיח ששידור הטלביזיה בשבת גורם הפרת שבת, לא רק לחילוניים אלא גם לדתיים, כי אז היתה לו זכות עמידה. מכיוון שהאינטרס שלדתיים יינתן לשמור על השבת, גם הוא אינטרס ציבורי קולקטיבי חשוב של היהדות הדתית, אך הוא גם אינטרס אישי של כל יהודי דתי בנפרד, שכן כל יהודי דתי ייפגע באורח מוחשי ביותר מכפיית חילול שבת על הדתיים. מכאן שפס"ד מירון מאשר, אם כי אגב אורחא, את ההנחה הבסיסית שביסוד טיעונו השני של העותר בפס"ד בקר, הנחה הנובעת כאמור מהתפתחות מושג האינטרס האישי בפסיקה: כאשר פגיעה באינטרס ציבורי פוגעת בכל פרט בציבור בנפרד, ניתן לראות באינטרס ציבורי זה גם חלק מהאינטרס האישי של כל פרט, אשר פגיעה בו מקנה זכות עמידה לפרט.

ד. הטיעון השני לאור הדין הרצוי

ראינו כי דחיית הטיעון השני בפס"ד בקר סותרת בבידור את ההתרחבות שחלה במושג האינטרס האישי בפסיקה עד כה ופשרת מירון המאוחרת יותר מרמזת דווקא על המשכת ההתרחבות זו. מכאן שדחיית הטיעון השני אין לה אושיות משפטיות בדין המצוי, אף לא בזה שגובש לאחריתו. אך שמא יש לה צידוק בדין הרצוי? שאלה זו חשובה כי כידוע לא מקפיד בית המשפט לבדוק בהלכות המצויות ומוצא דרך לעקפן כדי להגיע לתוצאה רצויה. נהוג זה של בתי המשפט ראוי כמובן לשבח ולא לגנאי.

השאלה אם רצויה הרחבת מושג האינטרס האישי קשורה בשאלה אם רצוי להרחיב את מעגל הפונים לבג"ץ, שכן הא בהא תליא.

להצדקת הגבלת מספר הפונים לבג"ץ נהגים להביא את הטיעון, המוזכר גם בפס"ד בקר, כאילו תביא הכרה בזכות עמידתם של מספר גדול של אנשים לגל עצום של עתירות מצד אלה שפגיעתם האישית מההחלטה אפסית, ובדרך זו עלול הבג"ץ לאבד כל אפשרות פעולה אפקטיבית, גם למען אלה הנפגעים ממש.

עם כל הכבוד לשופט ויתקון, ולאחרים התומכים בנימוק זה, סבורני כי אינו אלא תירוץ בלתי-משכנע. הרי בית המשפט העליון עצמו גילה דעתו, כמה וכמה פעמים, שחשש זה משפע עתירות הוא חשש-שוא. אם לא כן כיצד נסביר את פרשת דיין²³, שבה הכיר בית המשפט בזכות העמידה של כל האזרחים היהודים, או את פרשת ברנמן²⁴, שבה לא היסס בית המשפט להכיר שיש זכות עמידה לכל אזרחי המדינה. בבג"ץ 292/63 גולדברג נ. ראשון לציון²⁵, דוחה השופט זוסמן במפורש טענה זאת.

23 בג"ץ 29/55, הנ"ל.

24 בג"ץ 98/69, הנ"ל.

25 א"ח פד"י (1), 453.

אך המכה הניצחת לטיעון זה ניתנה דווקא באחרונה, בפרשת מירון²⁵, שבה מציג אותו השופט ברנזון בפירוש כטיעון שאין בו ממש:

"אינני בין אלה הפוחדים מהצפת בית משפט זה בפניות חסרות שחר על-ידי בטלנים טרדנים או 'רודפי צדק' מושבעים למיניהם, בענינים לא להם. חשש כזה אינו מהלך עלי אימים גם לו היה מציאותי, דבר שאינני מאמין בו... אם עלי לבחור בין נעילת שערים בלתי מוצדקת במקרה אחד כנגד חשש של צורך לעמוד בשער כנגד מתפרצים רבים אני בוחר בדרך השנייה".

וממשיך השופט ברנזון ומסביר מדוע רצוי להרחיב את היקף הפונים לבג"צ: "בית-משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריכו עם השלטון... ברור, איפוא, שהמקרים שבהם בית-המשפט יימנע מלהפעיל את סמכותו צריכים להיות המינימליים וההכרחיים ביותר".

אכן, מלים כדברונות וכל המוסף גורע. ובמציאות זו שאותה מתאר השופט ברנזון, מציאות שבה, עקב העדר חוקה, והעדר פיקוח ממשי של הפרלמנט על המינהל, סמכות הפיקוח העיקרית, אם לא הבלעדית, על המינהל היא בידי בית-המשפט הגבוה לצדק, במציאות כזאת ברור ואין ספק כי רצוי להרחיב את מעגל בעלי זכות הפניה לבג"צ, ולא להצר אותו, שכן אחרי ככלות הכל, עצם האפשרות להפעיל סמכות זו של הבג"צ מותנית בפניית הפרט, ואין הוא יכול לתקן חריגות מינהליות מיוזמתו. לכן ברור גם כי ההתפתחות שחלה במושג האינטרס האישי היא לא רק בגדר מצוי כי אם בגדר רצוי. הדחייה של הטיעון השני בפס"ד בקר, הסותרת התפתחות זו משוללת, איפוא, כל הצדקה, מבחינת הדין הרצוי והמצוי גם יחד.

ה. לענין הטיעון הראשון

נסיתי להסביר שהטיעון השני, שהוא לדעתי גם העיקרי והמוצלח מבין השניים, מעוגן היטב בדין הרצוי ובדין המצוי גם יחד, ואילו דווקא דחייתו, היא אשר אין להסבירה, לפחות לא במונחים משפטיים. מאחר שדי בטיעון זה כדי להצביע על זכות עמידתו של העותר, ועל חוסר ביסוסה המשפטי של החלטת בית המשפט בפרשת בקר, רואה אני עצמי פטור מדיון לעומקו של הטיעון הראשון. עם זאת אעיר, בקיצור גמור, הערה אחת לגביו, שתבחיר, כך אני מקווה, שגם דחייתו של טיעון זה אינה בגדר טלית שכולה תכלה, וגם היא, נכונותה מוטלת בספק.

באינטרס שאותו הציב העותר במרכז טיעונו הראשון לזכות עמידה – האינטרס שבהקלת המעמסה המוטלת עליו כחייל מילואים – באינטרס זה הכיר בית-המשפט כבאינטרס אישי של העותר. דהיינו בית-המשפט הסכים כי אינטרס זה, אם אמנם נפגע, מקנה לעותר זכות עמידה לדרוש ביקורת שיפוטית על החלטת שר הבטחון.

מדוע, איפוא, נדחה הטיעון הראשון ולא הוכרה זכות העמידה? משום שהעותר לא הוכיח לבית המשפט כי ההחלטה האמורה של שר הבטחון אמנם פגעה באינטרס האמור. הוא לא הוכיח כי דחיית מועד גיוסם של בחורי הישיבה מאריך את מעמסת שרות המילואים שלו, עצמו.

ביקורתי על דחייה זו ונימוקה היא, בקיצור גמור, כדלקמן:

25 בג"צ 287/69, הג"ל.

אמת, העותר לא השכיל להוכיח שהוא גופו, ישראל בקר, מעמסתו מתרבה עקב אי-גיוסם לאלתר של בחורי הישיבה.

אמת, כלל גדול הוא שהטוען לזכות עמידה חייב להראות כי הפגיעה היא באינטרס האישי שלו עצמו, ואם לא הראה זאת, לא יוכל להסתמך על האינטרס האמור.

אך עלינו לזכור שהמקרה שלפנינו הוא בלתי-רגיל במובן זה שאין בו כל אפ-שרות להראות פגיעה באינטרס האישי העצמי, גם אם בפועל הוא נפגע. כיצד יכול אדם מן היישוב להוכיח כי מעמסתו שלו דווקא תוקל אם יגויסו בחורי הישיבה? אף אחד לא יודע כיום לאלו משימות, ולאלו יחידות היו נשלחים בחורי הישיבה אילו גויסו לאלתר, וממילא אין איש יודע ממעמסתם של איזה חיילים יקל גיוסם. באחת, בדורשו מישראל בקר להוכיח שמעמסתו הבטחונית של ישראל בקר מתרבה עקב אי-גיוסם של בחורי הישיבה לאלתר, דורש ממנו בית-המשפט דרישה שלעולם לא יוכל למלאה, גם אם אמנם מתרבה מעמסתו כאמור, ובכך נחסמת הדרך למתוח ביקורת על ההחלטה.

זאת ועוד, למרות שאיש אינו יכול להוכיח שהחלטה זו פוגעת בו דווקא, אין ספק כי יש חיילים הנפגעים ממנה אישית. שכן אריתמטיקה פשוטה תלמדנו שהוספת אלפי בחורי ישיבה לצה"ל תגדיל את כוח האדם ביחידות אליהן יצורפו וממילא הנטל על כל חייל באותן היחידות יפחת.

כך שלפנינו מצב ענינים כזה:

- (1) לפנינו החלטה מינהלית של ב"ט ח פוגעת באינטרס אישי של פרט.
- (2) אף אחד, לרבות הפרט הנפגע, לא יכול להוכיח כי הוא הפרט הנפגע.

אם ידרוש בית-המשפט, בהתקיים שתי נסיבות אלה את הבלתי-אפשרי, דהיינו הוכחת הפגיעה האישית בעותר, כפי שעשה בפס"ד בקר, הרי יש בכך, לדעתי משום התעלמות מתפקידו להגן על הפרט שנפגע. מכיוון שדרישה זו תגרום שגם האדם שנפגע בפועל אישית לא יוכל לעמוד בבג"ץ ולדרוש ביקורת ההחלטה הפוגעת, וזהו מצב שאין הדעת סובלתו.

1. השיקולים הנוספים

ראינו, איפוא, שכל עוד מוסברת דחיית העתירה, כפי שמסביר אותה השופט ויתקון, בשיקול המשפטי של העדר זכות עמידה, אין לדחייה הצדקה, לא מבחינת הדין הרצוי, ולא מבחינת הדין המצוי. ומאחר שקשה לי להאמין כי שופט בית-המשפט העליון יבסס דחיית עתירה באמת ובתמים על שיקולים משפטיים אשר אין בהם כדי לשכנע אפילו טירדן במשפט כמוני, הרי אני מגיע למסקנה כי שיקולים שונים ואחרים הדריכו את בית-המשפט העליון בהחלטתו, שיקולים אקסטרה-משפטיים אשר שיקול זכות העמידה שימש להם רק מסווה וכסות משפטית.

כאמור, קיומם של שיקולים אקסטרה-משפטיים מאחורי פס"ד בקר הוא פועל יוצא גניזני והכרחי מהעדר שיקולים משפטיים של ממש. אך קיומם מתאשר במידת-מה גם בתחושתו האינטואיטיבית של כל אחד מאתנו עם שמיעת ההכרעה בפרשת בקר: בית המשפט ציף כנראה מהתנגשויות עם הממשלה בכלל, והסקטור הדתי שבה בפרט; בית המשפט חשש להתגרות בהם על-ידי הכרעה בשאלה קונטרוברסיאלית; ולכן הקונטרוברסיאליות שבצנין היא שגרמה לו לדחות את העתירה. כאמור, לאחר העיון

זכות העמידה בענין גיוס בחורי ישיבה

בפסה"ד, וההתודעות אל גימוקיו המשפטיים הגוראים לי מעורערים, הופכת תחושה זו לזדהאות נוקבת.

ומענין, התחושה האמורה היתה כנראה גם מנת חלקה של פרקליטות המדינה בבואה להשיב לעתירתו של בקר, שכן אחרת קשה להסביר כיצד זה העלתה את העדר זכות העמידה כטיעון רציני, לאחר שכבר ויתרה על העלאתו בפס"ד ברנמן²⁶. בשתיקתה בפרשת ברנמן גילתה פרקליטות המדינה כי היא מכירה בכך שמושג האינטרס האישי התרחב בפסיקה באופן שטיעון זכות העמידה שבק חיים, לפחות כאשר המדובר באינטרס ציבורי מכריע ועליון, אשר פגיעה בו פוגעת בכל פרט בנפרד. אך מאז פס"ד ברנמן חלפו ימים וחודשים שבהם נתן בית-המשפט העליון שורת החלטות אמיצות וקונטרס-ברסיאליות שהביאו עליו קיתונות של השמצות שגלשו לא פעם לפגיעה אישית בשופט זה או אחר. בא-כוח המדינה חש כנראה כי בעקבות זאת יש גם סיכוי בהעלאת רוח הרפאים ששמה "זכות עמידה", שכן בית-המשפט ישמח לאחוז גם ברוח רפאים זו, כדי למלט גפשו מהחלטה קונטרסברסיאלית נוספת.

בעצם, מסגיר השופט ויתקון עצמו את השיקולים האקסטר-משפטיים שהדריכוהו, וזאת בדוקטרינה העוברת כחוט השני בפסק-דינו, הדוקטרינה הגורסת שככל ששוא העתירה נושא אופי פוליטי יותר, קונטרסברסיאלי יותר, כן יידרשו זכות עמידה חזקה יותר ובולטת יותר²⁷.

השימוש שעושה השופט ויתקון בדוקטרינה זו תמוה מכמה וכמה בחינות: ראשית, מדוע הוא בכלל נזקק לה? הרי לפי שיטתו אין כאן ממילא זכות עמידה לעותר. אין זאת כי אם חש השופט הנכבד עצמו שגימוקיו המשפטיים בדבר העדר זכות עמידה רעועים וטעונים חיזוק מצד הדוקטרינה האמורה. בעצם הסתמכותו על הדוקטרינה, המבחינה בין דרגות שונות של קיום זכות עמידה, מודה למעשה השופט ויתקון כי יש לעותר לפחות שמץ של זכות עמידה, דבר הסותר כמובן את קביעתו ההחלטית כי לא הוכחה פגיעה באינטרס אישי.

שנית, בהסתמכותו על הדוקטרינה מעיד השופט ויתקון כאלף עדים כי לפחות במקרה כזה, שבו יש דרגה נמוכה וקלושה של זכות עמידה, נחרץ גורל העתירה על-ידי שיקולים אקסטר-משפטיים של קונטרסברסיאליות ופוליטיקה. שכן אם נשוא העתירה משולל כל גוון פוליטי עשויה אף המידה הקלושה של זכות העמידה להספיק לכך שהבג"ץ ידון בעניין. לעומת זאת, כאשר העניין רגיש מבחינה פוליטית, לא תספיק המידה הקלושה של זכות העמידה והעתירה תידחה. כלומר האופי הפוליטי של נשוא העתירה, הוא לבדו מכריע את גורלה.

כמובן, לעתים יצדק בית-המשפט העליון בהניחו לאופי הפוליטי של נשוא העתירה לחרוץ את גורלה. אך במה דברים אמורים? כאשר הרגישות הפוליטית היא כה גבוהה עד כי בסיפולו בה יגלוש בית המשפט לתחומה של הרשות המבצעת. במקרה זה אף חייב בית-המשפט להימנע מלזון בעתירה, שכן העניין הוא בלתי שפיט. אך

26 בג"ץ 58/80 גיל, בעמ' 206.

27 דוקטרינה זו לא נלזה בפרשת בקר כי אם תזכרה ע"י השופט ויתקון כבר במאמרו המקיף על סוגיית השפיטות. ראה בענין זה את: A. Witkon, "Justiciability," (1966) 1 Is. L.R., p. 40, at p. 48.

לדעתי ברור לחלוטין שבמקרה שלנו לא לוקה נשוא העתירה ברגישות פוליטית כה גבוהה שתהפוך אותו לבלתי-שפיט. לו כך היה הדבר, היה ודאי בית המשפט ממחר להיתלות באילן זה של חוסר שפיטות כדי לדחות את העתירה, ולא מסתבך בצורה כה מפוקפקת בנימוקי זכות העמידה.

ובכן לפנינו אמנם עניין אשר רגישותו הפוליטית אין בה כדי להפכו לבלתי-שפיט. ובכל זאת, כך גובע מהדוקטרינה האמורה, מאחר שלפנינו זכות עמידה קלושה, תספיק רגישות זו להכשלת העתירה.

זיקת גומלין זו שיצרת הדוקטרינה בין עוצמת זכות העמידה לבין עוצמת הרגישות הפוליטית אין לה בסיס הגיוני. ראינו שהטעם שמאחורי יכולתה של רגישות פוליטית להכשיה עתירה, הוא שלעתים רגישות זו מגיעה לעוצמה כזאת שהיא גורמת לו לנשוא העתירה שיהיה בלתי שפיט, דהיינו שייצא מתחום הרשות השופטת וייכנס לתחומה של הרשות המבצעת או המחוקקת. כלומר השאלה היא שאלה של עוצמת הרגישות הפוליטית: רק כאשר עוצמה זו גדולה עד כדי הוצאת העניין מתחום הרשות השיפוטית יש צידוק לכך שהרגישות האמורה תחסום עתירה לבג"ץ. ברור שלעוצמתה או חולשתה של זכות העמידה אין, ולא יכולה להיות, השפעה כלשהי על עוצמת הרגישות הפוליטית של נשוא העתירה. ממילא אין חולשת זכות העמידה יכולה להביא להגברת העוצמה של הרגישות האמורה עד כדי הוצאת העניין מתחום הרשות השיפוטית. לכן אין כל סיבה לכך שחולשת זכות העמידה תאפשר כשלעצמה לרגישות הפוליטית להוות מחסום בפני העתירה. כך שהדוקטרינה שמציג השופט ויתקון יש לדעתי לראותה כלוקה בחוסר הגיון. אין היא, כך נראה לי, אלא נסיון נפל נוסף להעניק לגיטימציה משפטית להתחשבות בשיקולים אקטריה-משפטיים – השיקולים הכרוכים בקונטרוברסיאליות של נשוא העתירה.

אכן ניתן להבין ללבו של בית המשפט בהזקקו לשיקולים אלה. במשך שנים ישבו שופטי בית המשפט העליון במין מגדל שן מבודד הרחק מהציבור, כאשר רק המשפטנים דנים ומתווכחים על החלטותיהם. ויכוחי המשפטנים שנסובו לרוב על מישור אקדמי-אנליטי, ואשר רגשות אישיים לא היו מעורבים בהם, נעשו מתוך יחס כבוד ויקר לשופטים, ותוך הכרה בהיותם אבן-הפינה של הדמוקרטיה הישראלית. והנה מאז שנתן בית המשפט פסקי-דין בעניינים קונטרוברסיאליים, הוא עלה לכותרות העתונים היומיים והדיוטות החלו לעסוק בהחלטותיו ולהתווכח עליהם, לרוב בטרם קראו אותן. ומאחר שהדיוטות אלה לא הורגלו ביחס כבוד לשופטים, ומאחר שבעניינים מסעירים עסקינן, לא ייפלא שפה ושם הוטחו, אף מצד גורמים אחראים ורמי דרג, דברי בוז, ולוול ולעתים גם השמצות אישיות נגד השופטים שהחלטותיהם לא נשאו חן. באווירה דחושה זו אין זה תמוה כי מתעצבים השופטים לבדידותם המזוהה ומתרחקים ממחלוקות פוליטיות.

אכן אפשר להבין את נסיגות השופטים להימנע מלהיקלע שוב להכרעה קונטרוברסיאלית, אך נראה לי כי בשום פנים ואופן אין להצדיקם. פירוש הדבר כי לשם נוחותו, מעמדו וכבודו, כפי שהוא תופס אותם, מפקיר בית-המשפט העליון את אלה שהוא ממונה על הגנתם – הנפגעים משרירות השלטון והמינהל. ברגע שהעניין הוא שפיט, לאזרח הנפגע הזכות לדרוש את הגנת בית המשפט, ואין פגיעה זו תמורה פחות, ואין הגנת בית-המשפט נחוצה פחות, משום שהעניין הוא קונטרוברסיאלי ושנוי במחלוקת.

יבואו ויטענו נגדי: אשם שווא טופל אתה בבית-המשפט העליון באומרך שלעצמו הוא חרד. לא לעצמו הוא דואג, כי אם דווקא לא זרח הנפגע. חוששים שופטי בית-המשפט העליון כי אם ירחיקו לכת יתר על המידה בהתנגשות חזיתית בנקודות מחלוקת חריפות עם המינהל, ועם צמרתו – הממשלה, תיזום זו האחרונה חוקים שיגבילו את סמכותו. הגבלות אלה שייקבעו תוך ניצול העדרה של חוקה בישראל, יהיו מעצם טבען, כלליות, ויפגעו, איפוא, ביכולת ההגנה של בית-המשפט על האזרח גם במקרים לא קונטרוברסיאליים. לכן מוטב שבית-המשפט עצמו יקבע סייגים לפעולתו בתחומים הרגישים, כדי שתוכל להמשיך ולשגשג בתחומים אחרים.

טיעון זה אני דוחה מכמה וכמה טעמים:

סבור אני כי החשש המובע בו הוא חשש שווא. לפחות בתקופה שבה אנו חיים לא יעז גורם שלטוני כלשהו, ויהיה רב-עוצמה כאשר יהיה, לפגוע במעמדו של בית-המשפט העליון. וזאת לאו דווקא מטעמים מוסריים, משפטיים או דמוקרטיים כי אם מתוך חשש מתגובת הציבור. וכאן מגיע אני לטעות גדולה שטועים, לדעתי, שופטי בית-המשפט העליון: מעמדם וכבודם לא התערערו, אלא להפך התייזקו, בעקבות הכרעותיהם הקונטרוברסיאליות. הכרעות אלה הראו לציבור את כוחו של בית-המשפט "להעניש" גם את הממשלה, כשהיא פועלת שלא כדין, וממילא הוכיחו לציבור הרחב כי בית-המשפט, בהעדר חוקה, הוא הערובה העיקרית לדמוקרטיה. נקל לשער באיזה זעם יגיב העם בישראל, בעל התחושות הדמוקרטיות המפותחות, על נסיון לפגוע בערובה זו. מנהיגי העם מבינים זאת בעצמם, והנסיון אמנם מוכיח כי למרות רטינותיהם על החלטות בית-המשפט העליון הם ממהרים למלא אחריהן.²⁷

זאת ועוד, דווקא גסיגה כזאת של בית-המשפט, דהיינו צמצום עצמי של סמכותו, תערער את מעמדו ולא תאדירו, שכן המשמיצים שיראו בכך הצלחה להשמצותיהם, לא יהססו להמשיך ולהשתמש בהן כנשק נגד בית המשפט העליון בכל מקרה אחר שהחלטתו לא תיראה להם.

ולבסוף, גם אם אני לצורך הוויכוח שצודק הטיעון האמור, וכי טוב יעשה בית-המשפט אם יימנע מלהרגיז יותר מדי את השלטון, דבר שאיני מאמין בו אף לרגע, הרי נראה לי שבפס"ד בקר הקריב בית-המשפט קרבן גדול מדי על מזבח ההימנעות האמורה. שכן כדי להקנות לגיטימציה משפטית להימנעותו מהכרעות קונטרוברסיאליות, הימנעות שאין לה דבר עם נימוקים משפטיים של ממש, הוא ניצל את מכשיר זכות העמידה וכאילו התכחש לסמכותו להרחיב זכות זו על-ידי יצירת זכויות חדשות הנכ-ללות במושג האינטרס האישי. והרי על סמכות זו עצמה אמר השופט ויתקון בכבודו ובעצמו: "סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט"²⁸.

משה נבכי*

27 דוגמא קלאסית לכך היא הענתו של מנהיג הסקטור הדתי, שר הפנים מר מ. ח. שפירא לפסק-הדין בענין "מיתו יהודי", וזאת למרות תגובתם המשמיצה והעולבת של "הצופה" ומנהיגי המפלגה על ההחלטה.

28 בג"ץ 29/62 הנ"ל, בעמ' 1027.

* תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים.