

בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי

מאת

דפנה ברק-ארוז*

המאמר בוחן את משמעותה של תפישת הבטלות היחסית כתחום המשפט הציבורי. תפישה זו משליכה על מעמדה של הזכות מתחום המשפט הציבורי. המאמר מראה, כי למעשה התפתחו בפסיקה שני מובנים שונים של מושג הבטלות היחסית. מובן אחד של המושג מחלה את דין הבטלות בזהותו של הצד להליך וכסוג ההליך. מובן שני של המושג מקנה לבית-המשפט שיקול דעת באשר לתוצאות הפגם המינהלי. הטענה העיקרית המוצגת במאמר היא, שהקניית שיקול דעת לבית-המשפט באשר לתוצאות הפגם המינהלי (המובן השני של מושג הבטלות היחסית) היא התפתחות בלתי רצויה, הגורעת מתוקפה של הזכות מתחום המשפט הציבורי כזכות משפטית, להכריל מחסר שלטוני. מטעמים דומים, המאמר מותח ביקורת גם על גישות אחרות, החותרות להכרה בשיקול דעת שיפוטי באשר לתוצאות הפגם המינהלי. בהמשך לכך, מוסבר כיצד תפישת הבטלות היחסית במובנה הראשון – שענינו הצד וההליך – יכולה לסייע לקידום מדיניות משפטית רצויה במסגרת מודל התקיפה העקיפה (מבלי לפגוע במעמדה של הזכות מתחום המשפט הציבורי).

א. מבוא

מושג הבטלות הוא מן המושגים המושרשים בחשיבה המשפטית. מקובל היה לסבור, כי הוא מתאר מצב של היעדר כל תוקף משפטי: "פיסת נייר חסרת ערך"¹, שהיא "כאין וכאפס"², או "כעפרא דארעא, כחספא בעלמא"³. במהלך השנים חל שינוי הדרגתי בתפישת מושג הבטלות. החלה מתפתחת התפישה, שלפיה הבטלות אינה ערך מוחלט. פעולה עשויה להיות בטלה לשיעורין או כתנאים מסוימים. שינוי זה במשמעותו של מושג הבטלות עמד במרכזם של פסקי-הדין המפורסמים

- * מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
- 1 ראה, למשל, ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 390, 391 (להלן: ע"פ אחים אריאל).
 - 2 בלשונה של השופטת בן-פורת (כתוארה אז) בע"א 311/78 הווארד נ' מיארה ואח', לה(2) 514, 505.
 - 3 בלשונה של השופט אלן (כתוארו אז), שם, בעמ' 520.

בפרשת שפירא⁴, בלשונו של השופט ברק (כתוארו אז):

מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לענין פלוני ותקפה לענין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות משפטיות מלאות כלפי שמעון⁵.

התפישה החדשה של מושג הבטלות מחייבת בירור. יותר משיש בה תשובות, היא מעוררת שאלות: באיזה מובן הבטלות היא יחסית? מתי הפעולה הבטלה (באופן יחסי) תהיה משוללת תוקף, ובאלו תנאים ונסיבות ניתן יהיה לייחס לה תוקף? מהי ההבחנה בין פעולה בטלה לבין פעולה שהינה רק ניתנת לביטול? מהן ההשלכות של תפישת הבטלות היחסית על ההליכים שבהם נדונות הפעולות הפגומות? ומעל לכל: מהן התוצאות של התפישה החדשה והאם הן רצויות מן ההיבט העקרוני? כל אלה הן שאלות המחייבות בירור.

ההכרה במושג הבטלות היחסית חוצה כיום תחומי משפט⁶. עם זאת, התפישה החדשה של הבטלות השפיעה בעיקר על המשפט הציבורי, במסגרת הדיון בתוצאות הפגם המינהלי. מאמר זה מוקדש להערכתה של השפעה זו. במאמר

4 הערעור הפלילי — ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (להלן: ע"פ שפירא); ובעקבותיו הדיון הנוסף ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (להלן: ד"נ שפירא).

5 ע"פ שפירא, שם, בעמ' 362.

6 למשל: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) מכיר ביחסיותה של הבטלות לגבי דין הבטלות של החוזה למראית עין ושל החוזה הפסול. סעיף 13 לחוק קובע כי "חוזה שנכרת למראית עין בלבד — בטל", אולם "אין כהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום-לב על קיום החוזה"; כלומר: רכישה של צד שלישי תס"לב — שפעל בהסתמך על חוזה למראית עין, בטל כשלעצמו — תקפה וירצת זכויות תקפות. כאשר שניים מתקשרים בחוזה מכר למראית עין, שאינו משקף עיסקה, חוזה זה בטל ואינו ניתן לאכיפה במערכת היחסים ביניהם. אולם צד שלישי, שהתקשר בחוזה מכר עם מי שהוצג בחוזה הקודם כקונה, יכול לתבוע את קיומו וכלפיו החוזה תקף. בטלותו של חוזה למראית עין היא יחסית, מאחר שאינה עומדת כנגד הכול. תוצאת הבטלות קיימת במערכת היחסים שבין הצדדים לחוזה, אך לא כלפי כולי עלמא, ומכל מקום — לא כלפי צד שלישי שהסתמך בתום לב על החוזה. גם בטלותו של החוזה הפסול אינה מוחלטת. אמנם, לפי סעיף 30 לחוק, "חוזה שכריתתו, חכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור — בטל"; אולם לפי סעיף 31 לחוק, בטלות זו מסויגת בסמכותו השיקולי-דעחית של בית-המשפט "במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה — לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו". במלים אחרות: לבית-המשפט מוקנית הסמכות לשוב ולנפח רוח חיים בחיוב הבטל. לדעת בית-המשפט העליון, גם סמכות זו משקפת את יחסיותה אל הבטלות. ראה ע"א 533/80 ארדעי ואח' נ' גדליהו ואח', פ"ד לו(4) 281, 292. היא מבטאת את ההכרה בכך שהבטלות אינה קיימת לכל דבר ועניין.

שהתפרסם לאחרונה, הציע ד"ר יואב דותן לזנוח לחלוטין את השימוש במושג הבטלות היחסית, כמו גם את ההבחנה המסורתית בין בטלות לנפסדות, שאל תוכה נולד. לגישתו, הקטיגוריוזציה של תוצאות הפגמים המינהליים נוטה להאפיל על השאלות הממשיות העומדות בפני בית-המשפט ועל שיקולי המדיניות שהן מעוררות. בשל המורכבות ואי-הבהירות (היחסית) של הפסיקה, הצעה זו היא אכן מפתה. אולם נראה, שהיא עלולה לעלות במחיר כבד של כרסום בתפישת החוקיות המינהלית וההגנה שהיא מבטיחה לזכויות הפרט. בחינתו של מושג הבטלות היחסית תחייב, כמובן, להתמודד גם עם קריאת תיגר זו על הנחות היסוד של הדין.⁷

ב. על זכויות וסעדים במשפט הציבורי

בפתח הדברים ראוי להבהיר את החשיבות העקרונית, אף החוקתית, של הנושא. שאלת הבטלות היחסית עוסקת בבירור תוצאות הפגם המינהלי, והסעדים העומדים לנפגע במקרה זה. פגם בפעולתה של הרשות המינהלית מבטא פגיעה בזכויות הפרט — אותן זכויות העומדות לו ביחסיו עם הרשות. על כן, התוצאות שבית-המשפט מייחס להפרה המינהלית משקפות את חזקה של הזכות מתחום המשפט הציבורי.

הבטלות היחסית אינה זרה גם לדיני הראיות. בתחום זה היא מתבטאת בשיקול הרעת המוקנה, לעיתים, לבית-המשפט להכשיר ראיות שמלכתחילה אין להן תוקף. דוגמה אחת לבטלות יחסית יש להביא מחוק הגנת הפרטיות, חש"מ"א-1981. סעיף 32 לחוק קובע, כי "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית-המשפט החיר, מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר". כלומר: ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות, בטלות. אולם החלטה שיפוטית יכולה לנסוך בהן תוקף ולשנות את נקודת המוצא של הבטלות. בטלותן היא אפוא יחסית.

דיני העברת הדין מבית-משפט אחד למשנהו מחמת חוסר סמכות נותנים גם כן ביטוי לעקרונות הבטלות היחסית, אם כי בדרך מפורשת פחות. הוראות החוק המסדירות נושא זה מאפשרות לבית-המשפט שאליו הועבר הדין להמשיך ולדון מן השלב שאליו הגיע בית-המשפט הקודם. ראה סעיף 79 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], חש"מ"ד-1984; סעיפים 92 ו-185 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], חש"מ"ד-1984. לכאורה בית-המשפט שאליו הועבר הדין היה אמור להתחיל בהליך מאל"ף, ובכלל זה לחזור על גביית הראיות, גם אם החל בה בית-המשפט המעביר. הטעם לכך הוא, שהראיות נגבו על ידי בית-המשפט לא מוסמך, ומכל מקום לא נשמעו בפניו של בית המשפט שאליו הועבר הדין. מבחינתו של זה, הראיות הן בבחינת ערות שמיעה. ההוראות המסמיכות את בית-המשפט להמשיך בדין מן השלב שאליו הגיע הדין בבית-המשפט המעביר מסמיכות אותו גם להכשיר ראיות שמלכתחילה הן ראיות בטלות. מתברר, כי גם בהקשר זה בטלותן של הראיות היא יחסית. על רקע הוראות אלה, בע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 57, נחלקו דעותיהם של השופטים לגבי מקרה קרוב שלא זכה להסדר סטטוטורי: דין בטלותן של ראיות שנגבו על ידי בית-משפט לא מוסמך לפני תיקון בכתב האישום, שהקנה לו סמכות.

7 י" דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב (תשנ"ד) 587.

להכרתי, אין ערך בזכויות שאינן מוגנות על ידי מערכת סעדים אפקטיבית. הסעד הוא המעניק לזכות את קיומה הממשי: "The function of a remedy is to realize a legal norm, to make it a living truth". תוצאות הפגם המינהלי צריכות לשקף את החשיבות הרבה הנודעת לזכויות מתחום המשפט הציבורי. יתר על כן: הן צריכות להבטיח הגנה נאותה על זכויות אלה, כדי שההצהרה התגיגית עליהן לא תהיה קליפה ריקה מתוכן. במלים אחרות, כפי שהסבירו פרופ' Fallon ופרופ' Meltzer⁹: ההגנה על הפרט מפני ההפרה המינהלית משקפת שתי מטרות המשלימות זו את זו: ראשית, ריפוי העוול שנגרם לפרט העומד בפני בית המשפט ("to redress individual violations"); ושנית, חיזוק מעמדם של ערכי היסוד של השיטה, ובכלל זה שלטון החוק (including) "to reinforce structural values, including (those underlying the separation of powers and the rule of law)",¹⁰ אלה גם טעמים העומדים ביסוד הנכונות להגן על הזכות מתחום המשפט הציבורי באמצעות סעד כספי¹¹.

בימים אלה של התחדשות בתחום המשפט החוקתי, עם חקיקתם של חוק יסוד: חופש העיסוק¹², וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹³, יש מימד נוסף של חשיבות לריון בתוצאות הפגם המינהלי. חוקים אלה מבשרים כנראה על ראשיתו של עידן חדש במשפט החוקתי, לרבות ביקורת שיפוטית של חקיקה עתידית הפוגעת בזכויות אזרח¹⁴. סיפור ההצלחה של המשפט החוקתי האמריקני נובע בראש ובראשונה מכך, שבית המשפט העליון של ארצות הברית השכיל לקשור בין הזכות לסעד. בתקדים ההיסטורי שנקבע בעניין *Marbury v. Madison*¹⁵ טבע

- 8 P. Gewirtz "Remedy and Resistance" 92 *Yale L.J.* (1983) 585, 587
מרכזותם של הסעדים בחשיבה המשפטית היתה מן המסורים המרכזיים של תפיסת הריאליזם המשפטי. ראה M.J. Horwitz *The Transformation of American Law 1870-1960* (New York and Oxford, 1992) 184
- 9 R.H. Fallon & D.J. Meltzer "New Law, Non-Retroactivity and Constitutional Remedies" 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 1731, 1787-1791.
- 10 R.H. Fallon "Some Reflections About Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies" 93 *Colum. L. Rev.* (1993) 309, 337-339
- 11 עוד לקשר בין הזכות לסעד במשפט הציבורי ראה, למשל, F.H. Easterbrook "Civil Rights and Remedies" 14 *Harv. J. L. & Pub. Policy* (1991) 103; B. Friedman "When Rights Encounter Reality – Enforcing Federal Remedies" 65 *S. Cal. L. Rev.* (1992) 735.
- 12 ראה די ברק-ארז עוללות חוקתיות (תשנ"ד).
- 13 בגושתו המקורי – ס"ח תשנ"ב 114, ובגושתו החדש – ס"ח תשנ"ד 90.
- 14 ס"ח תשנ"ב 150.
- 15 ראה א' ברק "המהפכה החוקתית – זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253, ובאופן נרחב יותר – א' ברק פרשנות במשפט (חלק 1, תשנ"ד).
- 16 5 U.S. 137 (1803)

השופט Marshall את האמרה "for every right a remedy"¹⁶. בעתיד הלא רחוק, השאלה של תוצאות ההפרה החוקתית תעלה על המדוכה השיפוטית גם בישראל¹⁷. ראי כי כאשר תבוא שאלה זו לדיון, המשפט המינהלי יוכל לשמש מקור השראה, ולא מבוכה.

ג. ההבחנה היסודית – בטלות ונפסדות

כדי לעמוד על החידוש שיש במושג הבטלות היחסית, יש לחזור להבחנה היסודית בין בטלות לנפסדות, ששימשה כנקודת מוצא להמשך ההתפתחות. הדברים ידועים, ולכן יובאו בקיצור. מסורת המשפט האנגלי הבחינה בין שתי תוצאות אפשריות של פעולות משפטיות פגומות: בטלות ונפסדות. כאשר הפגם היה חמור ויסודי, הפעולה היתה בטלה (void) ומשמעותה של בטלות זו היתה היעדר כל תוקף משפטי. היא היתה "כאין וכאפס". לעומת זאת, כאשר הפגם היה חמור פחות, הפעולה היתה רק נפסדת, ניתנת לביטול (voidable). משמעות הדברים היתה שהפעולה המשפטית תקפה, אלא שתוקפה מסויג. קיימת עילה לביטולה, ומשהיא מתבטלת, שוב אין לה תוקף. הבחנה זו בין הבטלות לנפסדות, בין הבטל לבין הניתן לביטול, היתה יסודית לתפישה המשפטית ולא מיוחדת למשפט המינהלי¹⁸.

במשפט המינהלי, ההבחנה בין הבטלות לנפסדות שיקפה את ההבחנה בין שני סוגי הפגמים העיקריים שהיו מוכרים בו: חוסר סמכות (או חריגה מסמכות) וטעות בדין. פעולה ללא סמכות מצידה של הרשות נחשבה, ועודנה נחשבת, לפגם החמור ביותר, בשל ההפרה של הלאו הראשון: עקרון חוקיות המינהל¹⁹. פעולה כזו משוללת כל תוקף ובטלה מעיקרה. לעומת זאת, כאשר אי התקינות שבפעולה המינהלית התבטאה בטעות בדין – טעות של הרשות בהחלת הדין על המקרה – הפעולה נחשבה נפסדת בלבד וניתנת לביטול²⁰.

¹⁶ Ibid., at p. 163

¹⁷ באופן כללי, ראה: ברק, פרשנות במשפט, לעיל הערה 14, בעמ' 701-792.

¹⁸ גם בתחום דיני החוזים חוזה יכול שיהיה בטל ויכול שיהיה ניתן לביטול. באופן כללי, חוזה ניתן לביטול אם נפל בכריתתו אחד מן הפגמים המנויים בפרק ב לחוק החוזים (ראה סעיפים 14, 15, 17 ר' 18 לחוק זה) או אם הופר (ראה סעיף 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות)). כמוכן קיימים הבדלים מעשיים כיישום העקרונות בתחומי המשפט השונים. כך, למשל, ביטול של פעולה מינהלית הניתנת לביטול נעשה בתוקף צו שיפוטי, על פי בקשתו של צד מעוניין. לעומת זאת, במקרה הרגיל ביטולו של חוזה הניתן לביטול נעשה בהודעה של צד אחד למשנהו. ראה סעיף 20 לחוק החוזים וסעיף 8 לחוק התרופות. יוצא דופן הוא הביטול בגין טעות לא ידועה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, שבית המשפט מוסמך להחליט עליו. אולם המשותף למצבים המתוארים הוא, שללא מעשה הביטול, הן החוזה הן הפעולה המינהלית היו נותרים על מכונם בתוקפם.

¹⁹ לעקרון זה, ראה ב' ברכה משפט מינהלי (תשמ"ז) 35.

²⁰ ראה, למשל, ע"א 790/77 אורט ואח' נ' הפול לביטוח חובה בע"מ ואח', פ"ד (2) 285, 290-291; כן ראה י' ומיר השפיטה בעניינים מינהליים (תשמ"ב) 22; H.W.R. Wade & C.F.; 291-290. Forsyth Administrative Law (Oxford, 7th ed., 1994) 340.

הקשיים ביישום ההבחנה כמשפט המינהלי החלו להתעורר עם התגברות השימוש בהליכים של ביקורת שיפוטית לגבי פגמים אחרים, הנמצאים במרחב שבין שני הקצוות – חוסר סמכות של ממש (או חריגה מדל"ת אמותיה של הסמכות), מצד אחד, וטעות בדין בלבד, מצד שני. הכוונה היא לפגמים חמורים בפרוצדורה המינהלית ולפגמים בשיקול הדעת המינהלי עצמו. במהלך השנים פותחו עקרונות הצדק הפרוצדורלי, כללי הצדק הטבעי. כמו כן, חוקיותה של ההחלטה נבחנת גם מבחינת שיקול הדעת שביסודה: האם היה ענייני, שוויוני וסביר. המשפט המינהלי המסורתי ניסה להתאים את עילות התקיפה הנוספות לדיכטומיה הקיימת בו בין בטלות לנפסדות; ובשל החומרה הרבה שבפגמים אלה, התוצאה שיוחסה להם היתה בטלות. בהתאם לכך, כאשר הפעולה המינהלית היתה נגועה באחד מן הפגמים הנזכרים, היא נחשבה לבטלה, ממש כמו פעולה שנעשתה ללא סמכות²¹. אכן, במקרה כזה לא קיימת חריגה מדל"ת אמותיה של הסמכות מן הבחינה הפורמלית-הפונקציונלית. אולם ניתן היה לומר, שקיימת חריגה מסמכות במובנים אחרים – מן ההיבט הפרוצדורלי (במקרה של הפרת כללי הצדק הטבעי) או מן ההיבט המהותי (כאשר נפל פגם בשיקול הדעת המינהלי)²². התוצאה היא, שהחלטה מינהלית שיש בה טעות בדין היתה ניתנת לביטול; ואילו פעולה שיש בה חריגה מסמכות (באחד מן המובנים שזכרו – הפונקציונלי, הפרוצדורלי או המהותי) היתה בטלה.

ד. השאיפה לשיקול דעת שיפוטי

1. פתרון נוקשה מול פתרון גמיש

ההבחנה שתוארה לעיל בין הבטלות לנפסדות היא בהירה וחדה. זהו יתרונה, אך מבחינות אחרות זהו גם חסרונו. נראה, כי היא אינה מותירה שיקול דעת לבית המשפט. לכאורה, אם בפעולה המינהלית קיים פגם שדינו בטלות, בית המשפט מנוע מלתת לה תוקף. אין לו שיקול דעת "לריכוך" התוצאה המתקבלת, גם אם נראה שהצדק מחייב תוצאה אחרת. הרצון לאפשר "פתרונות-ביניים" נוקשים

21 זמיר, שם, בעמ' 23-30.

22 למובנים השונים של חריגה מהסמכות ראה, למשל, בג"צ 156/75 דקה ואח' ג' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94. השופט שמגר (כתוארו אז) מסביר (בעמ' 101-102):

חריגה מסמכות בקשר לחקיקת-משנה יכול שתהיה חריגה מבחינת ההליכים הקבועים בחוק המסמך, כגון כאשר שר פלוני חייב להיוועץ ברשות פלמונית, לפני התקנת התקנה ולא עשה כן; יכול, מאידך, שהחריגה תהיה מהותית, היינו הפסול יהיה בתוכן הדברים שנקבעו בחקיקת-המשנה גופא, חריגה מהותית מסמכות ככגון דא יכול שתבטא בהתקנת תקנה שהוראותיה אינן במסגרת ד' האמות, כפשוטן, של הסעיף המסמך בחוק החרות ויכול שהחריגה מסמכות תבטא באי-סבירותו של התוכן, כי הרי הנחה היא שהמחוקק לא נתכוון להעניק סמכות להחקין חקנות שהן בלתי-סבירות. אם נתגלה פגם כאמור, רואים את החקנתה של החקנה כחריגה מסמכות.

פחות היא זו שהשפיעה במידה רבה על התפתחות מושג הבטלות היחסית, כפי שאראה בהמשך הדברים. אולם קודם לכן ראוי להקדים ולהצביע על הדרכים שנמצאו להגמשת התוצאות הנוקשות לכאורה של הדין, גם במסגרת המשפט המינהלי המסורתי. ההתייחסות אליהן עשויה להיות חשובה כאשר תיבחן תרומתה של תפיסת הבטלות היחסית.

2. גמישות במשפט המינהלי המסורתי

למרות נוקשותו של המודל המכוסס על הבחנה בין בטלות לבין נפסדות, גם המשפט המינהלי המסורתי הכיר בכלים שהביאו להגמשה במקרים מסוימים. כלים אלה היו ההבחנה בין הוראה מנדטורית להוראה מנחה; ההבחנה בין פגם מהותי לפגם טכני; ושיקול דעתו של בג"צ (בהפעלת מבחני הסף).

(א) הוראה מנדטורית והוראה מנחה

באופן עקרוני, סטייה מהוראות החוק המסמיך נחשבת לחריגה מסמכות. עם זאת, סטייה מהוראה בעלת אופי טכני לא תיחשב לחריגה מסמכות ואף לא תגרום לבטלותה של הפעולה המינהלית. ההוראה נחשבת טכנית, כאשר אין היא מגינה על זכויות מהותיות. הוראה כזו נהוג לתאר בדיעבד כהוראה מנחה בלבד, להבדיל מהוראה מנדטורית, הגם שמלכתחילה יש לנהוג על פיה. הדוגמה האופיינית ליישום העקרון של הוראה מנחה היא זו של הוראות חוק הקובעות פרקי זמן לביצוע פעולה. חריגה קלה ממשך הזמן הקבוע בחוק לא תיחשב לחריגה מסמכות²³. בעקיפין, ההבחנה בין הוראה מנדטורית להוראה מנחה מעניקה לבית המשפט שיקול דעת להגמשת התוצאה של הפגם המינהלי. עם זאת שיקול הדעת הוא מוגבל, משום שהוא כפוף לאמות מידה ברורות באשר לטיבן של הוראות החוק היכולות להיחשב מנחות. הוראות שענינן זכות טיעון או חובת היועצות לעולם לא תיחשבה למנחות, מאחר שהן מגינות על זכויות מהותיות ביותר²⁴.

(ב) פגם מהותי ופגם טכני

ההבחנה בין הוראה מנדטורית להוראה מנחה נותנת ביטוי לעקרון רחב יותר, שרק פגם מהותי פוגם בתוקפה של הפעולה המינהלית, וכדברי השופט ברק (כתוארו (א):

הדין אינו כי כל פגם במעשה מינהלי, יהא אופיו אשר יהא, ותהא מהותו אשר תהא, מביא לפסילת המעשה... כחוט השני עובר במשפט המינהלי

23 בג"צ 353/70, המ' 142/71 אייזיק (שי"ק) נ' משרד הסנים, פ"ד כה(1) 544; בג"צ 1755/90 ארגון בעלי מניות, ירושלים ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מד(2) 589.

24 *Wade & Forsyth, supra note 20, at pp. 253-261*.

העקרון כי בהעדר כוונה משתמעת בהוראת חיקוק רק פגם מהותי מביא לפסילתו של אקט מינהלי, ואילו פגם שאינו מהותי, פגם טכני, אין בו כשלעצמו, כדי להביא לפסילת המעשה המינהלי, אלא אם כן הוא כרוך בחוסר תום לב²⁵.

השאלה היא כמובן, מהי ההבחנה בין פגם טכני לפגם מהותי. שאלה זו אינה מקבלת תשובה ברורה בפסקי-הדין. הלכה למעשה היא נידונה על פי רוב בהקשר של פגמים שנפלו במכרז של רשות ציבורית. בעניין זה פגיעה בעקרון השוויון או באחד מעקרונות היסוד האחרים של שיטת המכרזים נחשבת מהותית²⁶.

(ג) שיקול דעת בג"צ

נוסף על שני העקרונות שנסקרו, הקרובים לתפישה של *de minimis*, תוצאת ההליך מושפעת גם מאופיה השיקול-דעתי של סמכות בג"צ. ייתכן שפעולה פגומה תישאר על כנה, מאחר שהעתירה נדחתה על הסף על יסוד שיקול הדעת הכללי המוקנה לבית-המשפט הגבוה לצדק (בג"צ). בג"צ הוא בית-משפט של צדק, ועל פי מסורת המשפט האנגלי, הוא רשאי להימנע מהושטת סעד לעותר מטעמים של צדק. טעמים אלה לבשו עם השנים דמותם של מבחני סף מגובשים, שכל הבא בשערי בג"צ צריך לעמוד בהם: זכות עמידה ושפיטות, וכן פנייה מוקדמת, שיהיו (פנייה מאוחרת), סעד חלופי ואי-נקיון כפיים²⁷. מי שבקשתו לרשיון עסק נדחתה שלא כדין, יידחה על סיפו של בית-המשפט אם עשה דין לעצמו וקיים את העסק ללא רשיון, גם אם היה ממש בטענתו²⁸. מי שהייתה את עתירתו, והשיהוי עלול לגרום לפגיעה בצדדים שלישיים, יידחה על הסף גם הוא²⁹. שיקול הדעת של בג"צ לגבי מתן הסעד מכשיר בעקיפין פעולות פגומות ביותר, לרבות פעולות בטלות. אמנם, דחיית העתירה על הסף אינה מעניקה גושפנקא לחוקיותה של הפעולה המינהלית, אולם הימנעותו של בג"צ מהושטת סעד מותירה אותה כעובדה קיימת לצרכים מעשיים³⁰. מבחני הסף מתנים את הסעד בהפעלתו של שיקול דעת שיפוטי. כך,

- 25 בג"צ 161/80 מלך סן טרופו בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לד(4) 709, 711.
 26 שם, שם.
 ראה גם בג"צ 504/82 כח (2000) אחזקות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לו(1) 660, 651 (השופט כן) 661 (השופט ש' לוי).
 27 למבחני הסף באופן כללי ראה ד' ברק-ארז, לעיל הערה 11, בפרק ח.
 28 ראה, למשל, בג"צ 609/75 ישראלי נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד ל(2) 304; בג"צ 10/80 זילכה נ' ראש עיריית חולון, פ"ד לד(4) 651.
 29 ראה בג"צ 453/84, בשג"צ 72/84 (יעוד) איתורית שירותי תקשורת בע"מ ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד לח(4) 617, 621.
 30 בכפיפות לאפשרות להכיר בבטלותה של הפעולה במסגרת הליך של תקיפה עקיפה. ראה להלן, פרק ח.

עתירה נגד החלטה, שמבחינה מהותית היא בטלה, עשויה להידחות. תוצאת הבטלות שהדין מכתוב אינה משקפת את תוצאתו של הדין: לבית-המשפט נותר שיקול דעת, אם כי מוגבל. נסיבות אחרות שבהן נמנע בג"צ מהושטת סעד אופרטיבי היו כאשר יש בסעד זה כדי לפגוע בצדדים שלישיים תמילב³¹.

ה. התפתחות התפישה של בטלות יחסית

בשלב זה הוכשרה הקרקע להוסיף ולבחון את יישום עקרון הבטלות היחסית במשפט המינהלי. בכתיבה המשפטית מקובל למקד את הדין בשאלת הבטלות היחסית בפרשת שפירא³². אולם פסקי-הדין בעניין זה רק הבשילו שינויים שננו אותותיהם בפסיקה עוד קודם לכן, בעיקר בתחום כללי הצדק הטבעי. המשותף לפסקי-הדין שהכירו ביחסיותה של הבטלות הוא, שכולם חתרו להגמשת התוצאה הנוקשה שהתחייבה לכאורה מתוצאת הבטלות — אפסות לכל דבר ועניין. על פי פסקי-דין אלה, הבטלות קיימת — אך לא לכל דבר ועניין. עם זאת, כפי שאראה, בצד מגמה משותפת זו, פסקי-הדין חושפים שתי גישות למושג הבטלות היחסית. גישות אלה אני מכנה בהמשך הדברים "בטלות יחסית במובן של צד והליך" ו"בטלות יחסית במובן של שיקול דעת". לדעתי, טשטוש ההבחנה בין שני מובנים שונים אלה של מושג הבטלות היחסית, הן בפסיקה הן בכתיבה המשפטית, היא גורם ראשון במעלה למבוכה הקיימת בהתייחסות אליו. בהמשך, הבחנה זו תוכל לשמש גם כסיס להתוויית פתרון ראוי לשאלת הבטלות במשפט המינהלי. בשל החשיבות שאני מייחסת להבחנה, ראיתי לנכון לחזור ולסקור את הפסיקה בסוגיית הבטלות היחסית כתשתית להמשך הדין.

1. כללי הצדק הטבעי

התפתחותו של עקרון הבטלות היחסית במשפט המינהלי נעשתה בויקה לאכיפת העקרון של צדק פרוצדורלי: כללי הצדק הטבעי באופן כללי, ובעיקר זכות הטיעון. זכות הטיעון הוכרה עוד בראשית פסיקתו של בג"צ כזכות מהותית ביותר, ובהתאם לכך יוחס דין של בטלות להפרתה³³. כאמור, ההכרה בעקרון הבטלות היחסית בתחום המשפט המינהלי כוונה בעיקר להגמשת התוצאה של הפרת זכות הטיעון. בית-המשפט הלך ביותר מדרך אחת להגמשת תוצאה זו, אולם ההבחנה ביניהן אכרה תחת הכותרת המשותפת "בטלות יחסית". בתיאור התפתחותה של הפסיקה חשוב להפריד בין הדבקים.

31 ראה, למשל, בג"צ 5023/91, 5409, 5438 פורז ואח' נ' שר הביטחון והשיכון ואח', פ"ד מונ(2) 793, 804-805.

32 זוהי גם גישתו של דותן, לעיל הערה 7, בעמ' 616-632.

33 פסקי-הדין היסודי, בהקשר זה, הוא ע"א 183/69 עירית פתח תקוה ואח' נ' טחן, פ"ד כג(2) 398. ראה גם ש' שטרית "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז) 42, 51-52.

(א) בטלות יחסית במובן של צד והליך

פסק-דין מוקדם יחסית שהכניס את מושג הבטלות היחסית לזירת המשפט המינהלי הוא בג"צ 212/74 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, באר שבע ואח³⁴. העותרת הגישה בקשה לכית-הדין הרבני לזרו את הטיפול בקבלת תעודת הגירושין שלה. הבקשה נומקה ברצונה של העותרת להינשא לגבר אחר, שהרתה לו. בהמשך לבקשה זו הוספה בתעודת הגירושין "פסקה מגבילה", שקבעה כי היא אסורה לבעלה ולבועלה. העתירה כוונה נגד הוספת הפסקה המגבילה בשלב שלאחר סיום הדיון בבית-הדין הרבני. בג"צ קיבל את העתירה בדעת רוב, בין השאר מאחר שהוספת הפסקה המגבילה גרעה לא רק מכושר הנישואין של העותרת, אלא גם מכושרו של בן-זוגה, שלא נשמע בפני בית-הדין הרבני. הפגיעה בזכות הטיעון שלו שימשה בסיס לבטלותה של ההחלטה³⁵. שונה היתה דעתו של השופט י' כהן (כתוארו אז). הוא הסביר, כי אמנם הפרה של כללי הצדק הטבעי מביאה לבטלות, אך בטלות זו אינה מוחלטת, אלא יחסית בלבד. היא יחסית במובן זה, שההחלטה תהיה חסרת תוקף כלפי הנפגע מהפרת זכותו אם יעלה את הטענה בהליך הנכון: "בענין שלפנינו, מכיון שפלוני לא פנה בהליכים הנכונים לביטול החלטת בית-הדין הרבני, הרי העובדה שהוא לא הזמין ולא היתה לו הזדמנות להביא את טענותיו וראיותיו איננה גורמת לבטלות ההחלטה"³⁶. לגישתו של השופט י' כהן, העותרת אינה יכולה להיבנות מטענת הפגם, אשר בהשימעה מפיו של הנפגע היתה מביאה לבטלותה של ההחלטה³⁷. יש להרגיש: יחסיותה של הבטלות בהקשר זה היא במובן הפרסונלי או במובן ההליך, וללא הענקת שיקול דעת לבית-המשפט. אם תבוא הטענה מפי הנפגע עצמו ובהליך הנכון, אחת יהיה דינה של ההחלטה – לבטלות. דא עקא, שבשנים שלאחר מתן פסק-הדין, ועוד לפני ליבונה של הסוגיה בפרשת שפירא, ניתנו פסק-דין נוספים שהתיימרו להתכסס על עניין פלונית, אך למעשה יצרו כלל חדש של בטלות יחסית – כלל של שיקול דעת. פסק-דין אלה ייבחנו בנפרד³⁸.

ההכרה בבטלות יחסית במובן של צד והליך חזרה תדונה באריכות רק לאחר שנים אחדות – בפסק-הדין החשובים בפרשת שפירא. במקרה זה התעוררה שאלת הבטלות לגבי היתרי בנייה פגומים. היועץ המשפטי לממשלה הגיש כתב אישום נגד חברת הבנייה שפירא בגין בנייה ללא היתר כדן. למעשה, החברה החזיקה בהיתרי בנייה, אך מטעם התביעה נטען כי היתרים אלה הם פגומים, ולכן בטלים. הפגמים הנטענים היו משני סוגים: הפרת זכות הטיעון של נפגעים

34 פ"ד כט(2) 433 (להלן: בג"צ פלונית).

35 ראו בפסק-דינו של מ"ם הנשיא (כתוארו אז) השופט זוטמן, שם, בעמ' 437-438.

36 שם, בעמ' 444.

37 אכן, גם העותרת נפגעה מן הפיסקה המגבילה, מחמת תוכנה, אך זכות הטיעון שלה לא נפגעה; שכן הפיסקה המגבילה הוספה מכוח הודאתה המפורשת.

38 ראה להלן פרק משנה ה(1)(2): בטלות יחסית במובן של שיקול דעת.

פוטנציאליים מן ההקלות שנכללו בהיתרים (בהיעדר פרסום קודם על הכוונה לתתן) וחריגה פונקציונלית מסמכות (ההיתרים ניתנו על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ללא אישורה של הוועדה המחוזית). לצורך הדיון הנוכחי ניתן להתמקד בטענה שעניינה הפרת כללי הצדק הטבעי. טענה זו באה בנסיבות העניין מפי נציגו של היועץ המשפטי לממשלה, ולא מפי אדם שזכות הטיעון נשללה ממנו. עמדתה של התביעה היחה, שהיתר הניתן תוך הפרה של כללי הצדק הטבעי הוא בטל ולכן הבנייה היא ללא היתר כדיון. מאחר שהבטלות היא יחסית, השאלה היא, האם טענה זו יכולה לבוא ממי שאינו הנפגע הישיר מן ההפרה. כל השופטים הסכימו על הנחת המוצא בדבר יחסיותה של הבטלות, אך למרות זאת לא הגיעו לכלל מסקנה משותפת.

כאמור, הכול מסכימים כי הבטלות היא יחסית. לדברי מ"מ הנשיא (כתוארו אז), השופט י' כהן:

פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי אמנם מביאה, לפי מה שנפסק אצלנו, לבטלות מעשה הרשות, אך אין זו בטלות מוחלטת אלא בטלות יחסית, ולפיכך, אם אותו אדם, שזכות הטיעון נשללה ממנו, לא עשה כל פעולה לביטול מעשה הרשות, יעמוד המעשה בחוקפו על-אף הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי.³⁹

כמו כן, מבאר השופט ברק (כתוארו אז), כי:

אפילו ההיתר בטל, אין פירושו של דבר שהוא אינו קיים. מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש... בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסער הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הרורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, כהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד.⁴⁰

מוסכם אפוא, כי טענת הבטלות לא יכולה לבוא מצדו של זר לעניין. אולם בהמשך התגלעו חילוקי דעות באשר להיקפה של הבטלות היחסית. אכן, צד שלישי, זר לחלוטין לעניין, לא יוכל לטעון לבטלותו של ההיתר מחמת הפרה של כללי הצדק הטבעי. השאלה היא, האם היועץ המשפטי לממשלה, כמייצגו של האינטרס הציבורי, הוא צד זר. תשובה אפשרית אחת היא התשובה המצמצמת – רק צד מעוניין באופן אישי יוכל להעלות את הטענה. לפי גישה זו, לא תישמע טענת הבטלות מפי התביעה. תשובה אפשרית אחרת היא, שהתפישה של זיקה לעניין צריכה להיות רחבה יותר, ובמסגרתה ייחשב ההיתר בטל גם כאשר הטענה באה מפיו של היועץ המשפטי לממשלה. ההתלבטות בין שתי התשובות היתה

39 ע"פ שפירא, בעמ' 352.

40 שם, בעמ' 362.

קשה יותר בשל ההקשר הפלילי של הדיון. אם יכול היועץ המשפטי לממשלה לטעון לבטלותו של ההיתר, התוצאה עלולה להיות הרשעה בפלילים של אדם שפעל על סמך היתר בנייה חוקי לכאורה, בעיקר אם האחריות הפלילית היא חמורה. שיקול זה השפיע במידה רבה על פסקי-הדין השונים שניתנו באותה פרשה.

במסגרת הערעור הפלילי, דעת הרוב של השופטים י' כהן ובן-פורת היתה שההיתר אינו בטל כלפי היועץ המשפטי לממשלה. שיקוליהם היו בעיקר שיקולים של עשיית צדק עם הנאשם. לדברי השופט י' כהן:

יהיה זה בעליל בלתי צודק, אם אורח, שפעל על-פי היתר, אשר ניתן לו על ידי רשות המוסמכת לתתו, יהיה נתון לסכנה, שההיתר ייחשב לבטל ולמחוסר כל תוקף, והאורח ייחשב לעבריין, הצפוי לעונשים כבדים הקבועים בחוק⁴¹.

שונה היה דעתו של השופט ברק. האינטרס הציבורי שבקיום כללי הצדק הטבעי מחייב שלא להפקיד את הגנתם רק בידי הצדדים הנוגעים לעניין במישור:

זכות השמיעה היא חשובה מדי ויסודית מדי, מכדי שנשאיר את ההגנה עליה בידי בעל האינטרס עצמו⁴².

לכן, יש מקום להרחיב את המעגל של בעלי הזכות לתקוף את הפעולה הפגומה. השאלה היא כמובן, עד היכן תגיע ההרחבה. השופט ברק מוסיף, כי:

במסגרת הערעור שלפנינו, אין לנו צורך לבחון את בעלי המעמד כולם, שכן לענייננו די אם נקבע, כי היועץ המשפטי לממשלה (או בא-כוחו) הוא תמיד בעל מעמד לתקוף החלטות מינהליות הפוגעות בכללי הצדק הטבעי⁴³.

השופט ברק דוחה את העדפתה של הגישה המצמצמת יותר, בהתחשב בשיקולים של עשיית צדק עם הנאשם בהליך פלילי:

זו שאלה, הנוגעת למהות האחריות הפלילית, המוטלת על מפר, ולא למהות ההליך, בו מתעוררת האחריות⁴⁴.

גם במסגרת הדיון הנוסף נחלקו הדעות באשר למסקנה המתחייבת מן ההקשר הפלילי של הדיון. הנשיא דאז, השופט לגר, נטה לגישה המצמצמת יותר, שתמכו בה השופטים י' כהן ובן-פורת. לדבריו:

- | | |
|----|-------------------|
| 41 | שם, בעמ' 353. |
| 42 | שם, בעמ' 367. |
| 43 | שם, בעמ' 367-368. |
| 44 | שם, בעמ' 368. |

כנגד מגמת ההקפדה על דיני התכנון, הדרושה לטובת הציבור בכללו, יש לשקול את העוול, הנגרם למי שההיתר ניתן לו⁴⁵.

לעומת זאת, השופט בייסקי הצטרף לשופט ברק:

לעתים קרובות הפרט הנפגע יהא נכון לוותר על הפגיעה בו, או תהא לו סיבה אחרת שלא לממש זכותו, ועדיין הציבור יש לו אינטרס מהותי, כיצד יוגשמו חוקי הבנייה, וכיצד ייראו פני היישוב⁴⁶.

אם כן, גם הדיון הנוסף לא גיבש הלכה אחידה בשאלת היקפה של הבטלות היחסית. הכול מסכימים, שלא כל אדם יכול להעלות את טענת הבטלות. עם זאת, קיימת מחלוקת בשאלה, האם הזכות מוגבלת רק למעגל הנוגעים לעניין באופן אישי, לפחות בהליך הפלילי. מכל מקום, חשוב להדגיש כי פסקי-הדין בפרשת שפירא מבטאים הסכמה יסודית באשר ליחסיותה של הבטלות הנובעת מהפרת כללי הצדק הטבעי. משמעותה של היחסיות היא, שהעלאת הטענה מוגבלת בהתאם לצד (בעל אינטרס אישי, ואולי גם מייצג של האינטרס הציבורי) או בהתאם להליך (למשל: הכתנה בין הליך פלילי להליך אזרחי).

(ב) בטלות יחסית במונח של שיקול דעת

רעיון הבטלות היחסית הורחב בפסיקה הרבה מעבר למשמעות שהוסברה לעיל – זו המתייחסת לצד ולהליך. פסקי-הדין הראשון שבישר על ההרחבה הוא בג"צ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים⁴⁷. במקרה זה העותר היה אסיר, שעניינו הובא בפני ועדת השחרורים לשם דיון בבקשה לבטל את רשיון החופש שניתן לו, בגין עבירות שביצע בתוך תקופת הרשיון. העותר, שנמצא כבר במאסר נוסף, לא הובא בפני הוועדה, וכך נשללה ממנו זכות הטיעון. אף על פי כן, הוחלט על ביטול הרשיון. העתירה היתה מושחתת על הטענה לבטלותה של החלטה שהתקבלה. בהתאם לעקרונות שהוסברו קודם לכן, ניתן להתרשם כי זוהי טענה שיש בה ממש. הטענה באה מן הצד הנכון – הנפגע הישיר, ובהליך העיקרי שנועד לכך – עתירה לבג"צ. אולם למעשה העתירה נדחתה. הכיצד? דעת הרוב של השופטים לוי ונגודי היתה מבוססת על הכרה בחריג לתחולתם של כללי הצדק הטבעי בהתייחס להחלטות ביניים דחופות (מתוך הנחה שהחלטת הוועדה היתה החלטת ביניים בלבד)⁴⁸. אולם

45 ד"נ שפירא, בעמ' 661.

46 שם, בעמ' 669.

47 פ"ד לב(3) 161 (להלן: בג"צ דרעי).

48 השופט לוי, שם, בעמ' 165; השופט נגודי, שם, בעמ' 166.

חריג זה הורחב לאחר מכן בפסיקה, והפך לעקרון של צורך המסייג את זכות הטיעון. ראה, למשל, לגבי צווי הריסה ואטימה של בתים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה): בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מג(2) 529.

לצורך הדיון הנוכחי יש להתמקד דווקא בדעת היחיד של השופט י' כהן (כתוארו או), שהיתה מבוססת על עקרון הבטלות היחסית ושימשה בסיס לפסק־דין נוספים. השופט י' כהן, שנדרש ליחסיותה של הבטלות עוד בעניין פלונית, חזר לעקרון היחסיות פעם נוספת, אך במשמעות שונה. לגישתו, הבטלות היחסית משמשת בסיס למסקנה, ש"אם ברור וגלוי שאין לאדם מה לטעון לגופו של עניין, הרי עלי־אף העובדה שנפגעה זכות הטיעון שלו אין לשעות לטענתו"⁴⁹. מודגש בפסק־הדין, כי תוצאה זו אינה נובעת מסמכותו השיקול־דעתית של בג"צ, אלא מעקרון הבטלות היחסית. "הנימוק לכך הוא שבטלות החלטה בגלל פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי אינה מוחלטת אלא רק יחסית"⁵⁰. כלומר: הבטלות אינה מוחלטת אפילו כלפי הנפגע הישיר, אם להערכתו של בית־המשפט לא נפגע למעשה. משמעות חדשה זו של הבטלות היחסית הייתה שורשים בפסיקה. בבג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי⁵¹ היא כבר שימשה בסיס לפסק־הדין המשותף של שלושת השופטים. העותר היה חייל שהועמד לדין משמעתי בפני מפקרו. ההליך המשמעתי התקיים תוך פגיעה בזכות הטיעון שלו, מאחר שלא ניתן לו לעיין בחיק חקירת המצ"ח שהתקיימה בעניינו. בנסיבות אלה טען העותר לבטלות ההליך והפסק. הנשיא לנדוי, שכתב את פסק־הדין, דחה את העתירה, תוך שהוא מבסס אותה על עקרון הבטלות היחסית, כפי שהוצג בדעת היחיד של השופט י' כהן בעניין דרעי:

לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק הטבעי לבטלות הדיון מדעיקרא. המבחן אינו נוקשה אלא גמיש, ויחסי הדברים תלויים במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה⁵².

על בסיס זה, משהתרשמו השופטים כי הגנתו של הנאשם לא נפגעה ו"לא נגרם לנאשם עיוות דין"⁵³, נדחתה העתירה. בע"א 3786/90 ברון נ' שר הבריאות⁵⁴ נדחתה טענה שהתבססה על הפרת זכות הטיעון לעניין העונש בהליך משמעתי, על-פי מבחן עיוות הדין שנקבע בעניין גרינשטיין⁵⁵. בבג"צ 1923/91 רוזנצויג נ' בית הדין האזורי בחיפה ואח'⁵⁶ נדרשה לסייג זה גם השופטת נתניהו⁵⁷.

49	בג"צ דרעי, בעמ' 168.
50	שם, שם.
51	פ"ד לה(1) 239 (להלן: בג"צ גרינשטיין).
52	שם, בעמ' 246.
53	שם, שם.
54	פ"ד מו(1) 661.
55	שם, בעמ' 674-675.
56	פ"ד מו(2) 1 (להלן: בג"צ רוזנצויג).
57	שם, בעמ' 21.

ההנחה השיפוטית, שלפיה ניתן להסתפק בבחינה שלאחר מעשה האם נגרם עיוות דין. השפיעה גם על ההלכות שנפסקו בנושא הפעלתן של סמכויות הגירוש לפי תקנות ההגנה. בבג"צ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון ואח' 58 נכחנו, כידוע, צווי גירוש שהוצאו ובוצעו מבלי לאפשר טיעון מוקדם. מ"מ הנשיא, השופט ח' כהן, סבר שיש לקבל את העתירה⁵⁹, ואילו השופט י' כהן סבר שיש לדחותה, על יסוד החריג של צורך השעה⁶⁰. בין שני קצוות אלה, בולט פסק-דינו של הנשיא לנדוי, המציע עמדת ביניים. הגישה המוצעת על ידו שואבת מן התפישה של בטלות יחסית. לדבריו:

אינני גורס, ששלילתה של זכות הפנייה חייבת להביא לביטול הצו כדיעבד, אלא התרופה הנכונה לתיקון המעוות היא בהחזרת המצב לקדמותו, כלומר, העמדת העותרים במצב בו היו נמצאים, אלמלא נשללה מהם זכות הפנייה לוועדה⁶¹.

זוהי הרחבה נוספת של הבטלות היחסית במשמעותה השיקול-דעתית. אפילו נגרם לעותר עיוות דין בכך שנשלל ממנו הטיעון המוקדם, ניתן להסתפק בתיקונו של המעוות. במלים אחרות, אם הבטלות היא פונקציה של עיוות דין, ניתן להימנע מן הבטלות על ידי תיקון המעוות. שאלה העומדת בפני עצמה היא, האם אכן יש בכוחה של שמיעה מאוחרת לתקן את המעוות. הוא הדין בפרשת הגירוש האחרונה – "פרשת גירוש החמאס", שנדונה בבג"צ 5973/92 (ועוד) האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' שר הבטחון⁶². גם במקרה זה בוצעו צווי-הגירוש ללא שימוע מוקדם. השופטים נמנעים מלהכריע בשאלה, האם התקיים החריג של צורך השעה לחובת השמיעה, שכן ממילא:

מקובל עלינו – על פי הלכת קוואסמה (השופטים לנדוי וי' כהן) כי אם לא היה שימוע מוקדם, יש לקיים שימוע מאוחר המשרת את המטרה של מתן אפשרות לנוגע בדבר להציג עמדתו לפרטיה, והעדר השימוע המוקדם אין בו כשלעצמו כדי לפסול את צווי הגירוש האינדיווידואליים⁶³.

אם כך, מהו המובן של הקביעה שהפרה של כללי הצדק הטבעי גוררת בטלות? במקרה זה, הצווים אינם בטלים אפילו כנגד הצדדים הנפגעים שפנו לבית-המשפט הנכון בהליך הנכון. בית-המשפט מסתפק בכך, שהשמיעה המאוחרת תמנע עיוות דין. אולם האם הערכה זו תואמת את התפישה המקורית

58 פ"ד לה(3) 113.

59 שם, בעמ' 132.

60 שם, בעמ' 134-135.

61 שם, בעמ' 121.

62 פ"ד מז(1) 267.

63 שם, בעמ' 289.

של צדק פרוצדורלי? קשה להשיב על שאלה זו בחיוב. לא למותר יהיה להזכיר כאן את הסתייגותו של השופט ויחקון בבג"צ 527/74 ח'לף ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז הצפון ואח' 64:

משל למה הדבר דומה? לאדם שנחרץ דינו כלי שהוזמן לכירורג ובערעור על פסק הדין דורשים ממנו להראות שהיו לו טענות טובות וחזקות. כשם שזכאי אותו אדם שלא ישללו ממנו ערכאה, יהיו אשר יהיו טענותיו ונימוקיו, כך גם מתנגד-בכוח בהליכים לפי חוק התכנון והבניה⁶⁴.

רברים נכוחים, ובהליכים שעניינם שלילת זכויות יסוד – על אחת כמה וכמה.

2. עקרונות יסוד אחרים

השאלה הנוספת היא, האם התפישה החדשה של בטלות יחסית מוגבלת להלכות שעניינן כללי הצדק הטבעי או שהיא מבטאת תפישה כללית יותר באשר לטיבה של הבטלות בתחום המשפט המינהלי. שאלה זו חשובה במיוחד ביחס למקרים שבהם הפגם הנטען הוא חריגה מסמכות במובן הפונקציונלי. במשפט המינהלי המסורתי, עקרון הסמכות היה יסוד היסודות. פעולה ללא סמכות היתה בטלה מעיקרה⁶⁶. וכל שיקול אחר נסוג בפני דרישת הסמכות. זהו, למשל, הטעם להסתייגות מהפעלת הדוקטרינה של השתק במשפט הציבורי⁶⁷.

האם ניתן לסייג את דין הבטלות במקרה של חריגה מסמכות במובן הפונקציונלי, באמצעות העקרון של בטלות יחסית? שאלה זו יש לבחון ביחס למובנים השונים של הבטלות היחסית, כפי שהם עולים מן הפסיקה. האם יש להגביל את העלאת הטענה של חריגה מסמכות רק לנפגעים הישירים? האם יש להגביל את הטענה של חריגה מסמכות רק להליכים מסוימים? ובעיקר, האם יש לדחות את הטענה של חריגה מסמכות, כאשר לפי הכרתו של בית-המשפט לא נגרם עיוות דין? תשובה חיובית לשאלות אלה תגרע ממעמדו של עקרון הסמכות. במידה רבה היא עלולה לשמוט את הבסיס מתחת לעקרון חוקיות המינהל.

נקודת המוצא של הפסיקה היתה הגנה נחרצת על דרישת הסמכות, אפילו כאשר זו היתה לגאשם לרועץ. עניין אחים אריאל משמש דוגמה נאמנה לכך. במקרה זה הועמדו המערערים לדין בגין בנייה על פי היתר שניתן להם על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה. ההיתר ניתן בניגוד לתכנית, ולכן – בחוסר

64 פ"ד כט(2) 319.

65 שם בעמ' 328-329.

66 ראה לעיל ליד הערה 19.

67 ראה, למשל, בג"צ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג, חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יושב ראש הוועדה המקומית לתכנון עיר נתניה ואח', פ"ד לד(2) 1.

לדעה שונה, ראה: א' בנדור תורת ההשתק במשפט המינהלי (חיבור לקבלת התואר דוקטור למשפטים, תשנ"ד).

סמכות. בית-המשפט העליון דחה את הערעור על ההרשעה בהסבירו, כי "הלכה פסוקה מלפני בית-משפט זה היא שמעשי הרשות שנעשו תוך חריגה מסמכותה כאין וכאפס הם"⁶⁸.

השאלה היא, האם הלכת אחים אריאל, המבוססת על תפישה של בטלות מוחלטת, מוסיפה לעמוד גם בעקבות ההתפתחויות החדשות בפסיקה שנסבה על כללי הצדק הטבעי. ככלל, בית-המשפט העליון עדיין לא נדרש לבחינה רחבה של הבטלות היחסית בהקשר לחריגה מסמכות כמוכן הפונקציונלי. אולם בין השיטין מבצצים חילוקי דעות משמעותיים בשאלה זו.

שאלה זו מחזירה את הדיון לפרשת שפירא. כזכור, במקרה זה היו היתרי הבנייה נגועים לא רק בהפרה של זכות הטיעון, אלא גם בחריגה מסמכות ממש. ההיתרים ניתנו על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ללא אישורה של הוועדה המחוזית, בניגוד לקביעתו המפורשת של החוק. שוכ מתעוררת השאלה, האם יש מקום להרשיע את הנאשם שהסתמך על היתרים, שלמעשה היו נעזרי סמכות. בנסיבות אלה, גישה המצדדת בבטלות מוחלטת של ההיתרים תביא להרשעה, בכפיפות להגנות העולות – אם עולות – מן המשפט הפלילי המהותי. במלים אחרות, ההיתרים בטלים, וטענה זו נשמעת ללא סייג של צד או הליך. השאלה היא, האם יש מקום גם לגישה אחרת, שלפיה גם טענת בטלות הנובעת מחריגה מסמכות ממש ניתנת לסיוג – למשל: אינה תופשת כאשר היא נטענת על ידי התביעה במסגרת הליך פלילי – ללא קשר לשאלת ההגנות! דווקא השופט י' כהן, אחד משושביניה העיקריים של תורת הבטלות היחסית, סבר כי הבטלות היחסית נעצרת על ספו של עקרון הסמכות. פסק-דינו יוצר הבחנה בין פגמים בהחלטה שהתקבלה בתחומי הסמכות הפורמלית – חריגה מכללי הצדק הטבעי ופגמים בשיקול הדעת (כדוגמת שיקולים זרים) – לבין חריגה מסמכות כמוכן הפונקציונלי. זו האחרונה פוגמת בפעולה המינהלית לכל דבר ועניין, אפילו כאשר היא נבחנת במסגרת ההליך הפלילי. למעשה, השופט י' כהן חוזר וסומך את ידיו על הלכת אחים אריאל⁶⁹. לעומת זאת, השופט ברק נכון לקבל את התפישה של בטלות יחסית כאשר לכלל הפגמים. הוא מוסיף וכותב, כי "דבר זה תופס לעניין טענת בטלות כלפי חקיקת-משנה, החורגת 'פונקציונלית' מהסמכות... ודבר זה נכון לגבי כל טענת בטלות אחרת"⁷⁰.

השאלה זכתה להתייחסות אגבית גם בפסק-דין נוספים, אך ללא דיון ממצה. בעניין גרינשטיין הנשיא לנדוי מביע עמדה קרובה לגישה העקרונית של השופט י' כהן. כזכור, השופט לנדוי צידד ביחסיותה של הבטלות בהקשר של כללי הצדק הטבעי. אולם הוא מוסיף כי "לעומת זאת דעת הכול היא, שהחלטה אשר נתקבלה על ידי בית-משפט או בית-דין שנטל לעצמו סמכות לא לו, הנה בטלה מאליה"⁷¹.

68 ע"פ אחים אריאל, בעמ' 391.

69 ע"פ שפירא, בעמ' 353.

70 שם, בעמ' 362-363.

71 בג"צ גרינשטיין, בעמ' 246.

כמו כן, בעניין רחוצ'יג קובעת השופטת נתניהו, כי הפרה של כללי הצדק הטבעי מביאה לבטלות יחסית "להבדיל מפגם של חוסר סמכות פונקציונאלי, שתוצאתו בטלות מוחלטת"⁷².

פסקי-דין סותרים בנקודה זו מתייחסים לסוגיה של דיון בהרכב חסר. מותב היושב לדין בהרכב חסר קרוב למצב של חוסר סמכות במובן הפונקציונאלי, מאחר שהסמכות הוקנתה להרכב המלא⁷³. לכן, מעניין לבחון את התייחסותו של בית-המשפט העליון למקרים שבהם נטענה בפניו טענה של הרכב חסר. אם תפישת הבטלות מוסיפה להיות מוחלטת, הרי אחת דינו של ההליך שהתקיים בהרכב חסר לבטלות. לעומת זאת, אם התפישה של בטלות יחסית הייתה שורשים גם בהקשר זה, ההליך יכול להישאר על מכונו בתנאים מסוימים. כאמור, עמדתה של הפסיקה עדיין אינה מגובשת. יש פסקי-דין שבהם נמנע בית-המשפט העליון מלפסול הליכים שקוימו בהרכב חסר, כאשר להערכתו לא נגרם עיוות דין. בעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה⁷⁴ כותב המשנה לנשיא, השופט אלון:

קיום אחת משיבות בית הדין בהרכב חסר פגם חמור הינו; דרושות זהירות מיוחדת ושקילה מרובה של כל הנסיבות, בטרם יבוא בית המשפט למסקנה, כי בנסיבות העניין לא נגרם עיוות-דין, וכאשר עולה חשש כלשהו שמא עוות הדין, יהא בכך כדי להביא לפסלות ההחלטה. אך סבורני, כי בנסיבות המיוחדות שלפנינו לא נגרם למערער עיוות דין כלשהו⁷⁵.

השופט מצא חזור על דברים אלה בעל"ע 1303/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו⁷⁶. לעומת זאת, בבג"צ 1750/91 מסלתי נ' בית הדין הרבני האזורי בפתח-תקווה ואח'⁷⁷ קובעת השופטת נתניהו נחרצות, כי:

פסקי-דין שניתן בעקבות דיון, ולו גם דיון חלקי, בהרכב חסר הינו בטל ומבוטל. אין לו חקנה ומרפא אפילו בהסכמת הצדדים⁷⁸.

אחידות דעים בנושא זה עודנה רחוקה מן העין. ככלל, הדיון בבטלות היחסית במקרים של חריגה מסמכות במובן הצר סובל מהיעדר תפישה כוללת של הנושא. כך, למשל, לא הובהר הקשר שבין התפישה

72	בג"צ רחוצ'יג, בעמ' 21.
73	השווה י' זמיר "הרכב חסר בבתי דין מינהליים" משפטים ד (תשל"ד) 585, 599 (בהערה 40א).
74	פ"ד מד(1) 353.
75	שם, בעמ' 371.
76	פ"ד מה(3) 661, 671.
77	פ"ד מה(5) 360.
78	שם, בעמ' 362.

בדבר יחסיותה של הבטלות לבין דין הבטלות של תקנות בנות פועל תחיקתי שלא פורסמו. כידוע, על פי סעיף 17 לפקורת הפרשנות [נוסח חדש]:

תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה.

הפסיקה נתנה תוקף מלא להוראה זו וקבעה כהלכה כי תקנות שלא פורסמו כדין, נעדרות כל תוקף משפטי. במלים אחרות: בטלותן מחלטת. אנב כך נדחתה הדעה, שלפיה יכול להיות לתקנות כאלה תוקף כלפי מי שידע עליהן – תוקף יחסי⁷⁹.

ו. בטלות יחסית ושלטון החוק

הגיעה העת להעריך את התפתחותו של רעיון הבטלות היחסית. כאמור, הדיון מחייב הבחנה בין משמעויותיו השונות, כפי שהתפתחו בפסיקה. משמעות אחת של היחסיות התבטאה בהגבלת האפשרות להעלות את טענת הבטלות לצדדים מסוימים או להליכים מסוימים. את הטענה יכול להעלות רק צד קרוב (מי שנפגע באופן אישי, וכנראה גם מי שמייצג את האינטרס הציבורי, כדוגמת היועץ המשפטי לממשלה). כמו כן, היא אינה נטענת במידה שווה של הצלחה בהליכים שונים (כשבפרשת שפירא נבחנו הקשיים המיוחדים להליך הפלילי). משמעות שנייה ושונה של הבטלות היחסית התבטאה בשיקול דעתו של בית-המשפט, האם הפרת הדין גרמה לעיוות דין.

1. בטלות יחסית במונח של צד והליך

ההכרה בקשר שבין הבטלות לבין הצד הטוען לה או ההליך שבו היא נטענת נובעת מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו. תוצאתו של הליך שיפוטי לעולם מושפעת לא רק ממצב הזכויות לפי הדין המהותי, אלא גם מן ההליך והצדדים לו. בפסק דינו בפרשת שפירא כותב השופט ברק, כי "בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסער הנדרש, להליך בו נדרש הסער ולצדדים הדורשים אותו"⁸⁰. הדברים נכוחים, ויש להם ביטוי מעשי גם בפסיקה שקדמה לעולם המושגים החדש, המכיר ב"בטלות יחסית". כך, למשל, מבחני הסף של בג"צ עשויים להביא לדחייתה של עתירה שהיתה נשמעת מפיו של עותר אחר. עתירה נגד החלטה בטלה יכולה להידחות, משום שהעותר הבא בפניו של בית-המשפט אינו נקי-כפיים או משום שאין לו זכות עמידה. התוצאה

79 לחובת הפרסום במשפט הישראלי ראה ברכה, לעיל הערה 19, בעמ' 249-269. לעומת זאת, הן כאנגליה הן בארצות הברית זיכרו של אדם שהפר תקנה אשר לא פורסמה מותנה בבחינה נוספת של שאלת הדיעה (שם, בעמ' 267-268).

80 ע"ם שפירא, בעמ" 362.

המעשית היא, שכלפי עותר זה ההחלטה היא תקפה, אך תוקפה יחסי. ייתכן שאותה החלטה לא תעמוד בפניו של עותר אחר – נקי-כפיים ובעל זכות עמידה. הוא הדין בנסיבות של שיהוי. עתירה מבוססת נגד החלטה בטלה יכולה להידחות מחמת שיהוי. התוצאה היא, שההחלטה הבטלה נותרת תקפה. כך, למשל, בע"א 71/84 לאלו ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת השרון ואח' ⁸¹ נדחתה טענה לבטלותה של תוכנית בניין עיר, אשר נטענה לגבי אי-משלוח הודעות לבעלי המגרשים שבתחום התוכנית. אמנם, זהו מחדל שהביא לפגיעה בזכות הטיעון שלהם, אך הטענה הועלתה באיחור של ארבעים שנה. ההפרה הביאה באופן פוטנציאלי לבטלות התוכנית. אולם כדי להרציא את הבטלות מן הכוח אל הפועל צריך היה לטעון אותה בהליך הנכון ובזמן הנכון. הבטלות היא יחסית בלבד. תפישה זו של בטלות קיימת גם בתחום המשפט האזרחי. בהמשך לדוגמה הקודמת ניתן להתייחס לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958. סעיף 2 לחוק קובע, כי:

תביעה לקיום זכות כל שהיא נתונה להתיישנות, ואם הוגשה תובענה על תביעה שהתיישנה וטען הנחבע טענת התיישנות, לא יודק בית-המשפט לתובענה, אך אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה.

על כן, במקרה של התיישנות תוצאתו של ההליך השיפוטי עשויה שלא לשקף את מצב הזכויות לאמיתו. ייתכן שרשיון בנייה מסוים יהיה בטל, אך תביעה אזרחית נגד הבונה תידחה מטעמי התיישנות, והוא ייהנה מזכויותיו של מי שבנה כדין. יחסיותה של הבטלות נובעת בהקשר זה מאופיה הדיוני של ההתיישנות. דחייתה של התביעה אינה נובעת מפגיעתה של הזכות המהותית. הבטלות קיימת, אך אין לה ביטוי בתוצאותיו של ההליך השיפוטי ⁸².

2. בטלות יחסית במובן של שיקול דעת

לעומת זאת, בעיקר בתחום המשפט הציבורי, קשה להצדיק את ההכרה בבטלות יחסית במובן של שיקול דעת שיפוטי. על פי תפישה זו של הבטלות היחסית, בית-המשפט משאיר על כנה פעולה שלטונית פסולה, הגם שהופר אחד מן העקרונות המהותיים של המשפט הציבורי. אילו ההפרה היתה בעניין טכני גרידא,

81 פ"ד מ(2) 774.

82 ניתן להביא דוגמאות נוספות מתחום המשפט האזרחי. כך, למשל, יש שהחלטה שיפוטית מתייחסת גם למי שלא היה לו יומו בבית-המשפט. לכאורה, על פי עקרונות הצדק הטבעי, החלטה כזו היתה צריכה להיות בטלה מעיקרא. עם זאת, בשם הערך של ודאות משפטית הגישה העדיפה היא, כנראה, להכיר בתוקפה המחייב של ההחלטה, כל עוד לא בוטלה. הצד הנפגע רשאי לפנות לבית-המשפט ולבקש לבטל את ההחלטה שניתנה מבלי שנשמע, ובית-המשפט יעתר לבקשתו. ראה נ' זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (תשנ"א) 514, והאסמכתאות שם.

בית-המשפט יכול היה לדחות את העתירה על יסוד ההבחנה בין פגם טכני לפגם מהותי או על יסוד ההבחנה בין הוראה מנדטורית לבין הוראה מנתה⁸³. אולם בית-המשפט הפעיל את עקרון הבטלות היחסית דווקא כאשר ההפרה היתה בעניינים מהותיים ביותר. הדוגמה הבולטת מתייחסת להפרות של זכות הטיעון. זוהי זכות בעלת חשיבות רבה ביותר, למרות אופיה הפרוצדורלי. החובה לכבד את כללי הצדק הטבעי אינה בעלת ערך מנחה גרידא, ובהפרה שלהם לא ניתן לראות עניין טכני. אף על פי כן, בית-המשפט פסק כי הוא רשאי לדחות עתירה המבוססת על הפרה של כללי הצדק הטבעי, מאחר שלא נגרם לנאשם עיוות דין. משמעות הדברים היא, שבית-המשפט נותן גושפנקא להפרה של זכות הטיעון בנסיבות שבהן ניתן להעריך שטענותיו הפוטנציאליות של האזרח תידחנה. עניין זה מתברר כמובן לאחר מעשה – לאחר שכבר "נקבעו עובדות בשטח". כלומר, בית-המשפט דוחה עתירה המבוססת על הפרה של זכות פרוצדורלית, אם הוא סבור שהחלטה שקיבלה הרשות צריכה להישאר על כנה. אם זה המצב המשפטי, מהו ערכה של הזכות הפרוצדורלית? האם זכות הטיעון תיאכף רק אם בית-המשפט ישתכנע בדעיבה, כי היה ממש בטענות שניתן היה להשמיע? זכות הטיעון נועדה לא רק להגנה על אלה שטענותיהם נראות צודקות.

הבטלות היחסית כמובן של שיקול דעת מעוררת קשיים במישור שלטון החוק. החלטה מינהלית שהתקבלה תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי היא נעדרת תוקף. אף על פי כן, אפשר שבית-המשפט ידחה את העתירה וכשיר את ההחלטה הפגומה, אם היא נראית מוצדקת מבחינת תוכנה. מה נותר אפוא מן הצדק הפרוצדורלי? זהו שיקול דעת שיפוטי הגורע מן הזכויות שמקנה הדין, מבלי שבית-המשפט מתעמת במישרין עם בעיית סיוגן של הזכויות. אכן, בכתיבה המשפטית קיימות מחלוקות באשר לגבולות הראויים לשיקול הדעת השיפוטי: יש המרחיבים ויש המצמצמים. אולם כאשר על עובדותיו של מקרה נתון חל כלל משפטי, לא יכול להיות ספק באשר לכך שבית-המשפט אינו אמור לדחות את התוצאה הנובעת ממנו, מתוך חתירה לתוצאה הנראית לכאורה רצויה יותר⁸⁴. זו אינה ביקורת פורמלית. זהו שלטון החוק כמובנו המהותי.

באופן פרדוקסלי, המשמעות השיקול-דעתית של הבטלות היחסית החלה לתת את אותותיה כפטיקה במקביל להתפתחות אחרת: צמצום השפעתם של מבחני

83 ראה לעיל פרק-מישנה ג(2).

84 Dworkin סבור, שלבית המשפט אין שיקול דעת גם במקרים שבהם אין כלל משפטי החל על המקרה. לגישתו, בית-המשפט צריך מחויב לנומרות אחרות (עקרונות או מדיניות). הוא דוחה את הגישה הפחיטיכיסטית, שלפיה בהיעדר כלל משפטי יש לבית-המשפט שיקול דעת. אולם הכול מסכימים, כי אם קיים כלל משפטי ברור, כלל זה מחייב.

ראה R. Dworkin "The Model of Rules I" *Taking Rights Seriously* (Bath, 1984) 31-39.

הסף הנוהגים בבג"צ. כיום בג"צ נדרש ליותר ויותר עתירות, שבעבר היו נדחות על יסוד הדוקטרינות של זכות עמידה או שפיטות. גבולות השפיטה התרחבו. העקרון ששימש להרחבת גבולות השפיטה היה עקרון שלטון החוק: השפיטה מסייעת לאכיפת שלטון החוק ולהשלטתו גם על השלטון⁸⁵. לפי זה ניתן היה לצפות, כי יחזוק מעמדה של הזכות מתחום המשפט הציבורי, שתיאכף ככל זכות אחרת, ללא הסתייגות או שיקול דעת⁸⁶. אולם דומה שהרחבת גבולות השפיטה היא חרב פיפיות, צומצם שיקול הדעת המיקדמי – זה שעניינו ההחלטה האם להידרש לעתירה. אולם כסופו של דבר, יסוד שיקול הדעת לא נעלם מן השיפוט המינהלי; הוא חילחל אל הדיון השיפוטי לגופו של עניין. מי שנפגעה זכות הטיעון שלו עשוי שלא להידחות על הסף, אלא לגופו של עניין, מאחר שעל פי שיקול דעתו של בית-המשפט לא נגרם לו עיוות דין. כאשר אלה הם פני הדברים, שכרה של המעורבות השיפוטית יוצא בהפסדה, שכן עדיף שיקול הדעת הדיוני-מיקדמי על פני שיקול הדעת לגבי הדין. זה האחרון פוגע במישרין בתוקפה ובמעמדה של הזכות עצמה.

לפני שנים התלבט המשפט האנגלי בשאלה, האם הפרה של כללי הצדק הטבעי גורמת לבטלות ההחלטה המינהלית או רק מגבשת עילה לביטולה. בסופו של דבר כלל הבטלות זכה לגושפנקא בדעת הרוב המפורסמת בעניין *Ridge v. Baldwin*⁸⁷. על דעת המיעוט נמתחה ביקורת חריפה של פרופ' Wade, הרלבנטית גם לדיון הנוכחי⁸⁸. לדעתו, הגישה הגורסת כי ההחלטה אינה בטלה, אלא רק ניתנת לביטול, מבטאת רצון להותיר פתח לשיקול דעת שיפוטי⁸⁹. אולם אין מקום לשיקול דעת שיפוטי, המשחרר את הרשות מן העול של כיבוד החוק. פרופ' Wade מזהיר:

If this were made a matter of discretion, the court would be taking upon itself the power to dispense public authorities from observance of the law. Every lawyer will understand the implications of this.⁹⁰

אזהרה זו נכונה גם היום, כביום כתיבתה.

- 85 פסק-דין מייצג בהקשר זה הוא בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441.
- 86 כדברי השופט ברק בבג"צ 170/87 אסולק ואח' נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678: "צריך לקחת את הזכות המינהלית 'ברצינות'... זו יצאה כבר מתקופת 'הילדות', והרזיזי זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת" (שם, כעמ' 692).
- 87 [1964] A.C. 40.
- 88 H.W.R. Wade "Unlawful Administrative Action: Void or Voidable" 83 *L.Q.R.* (1967) 499 (Part I) and 84 *L.Q.R.* (1968) 95 (Part II).
- 89 Wade, Part II, *ibid.*, at pp. 110-114.
- 90 *Ibid.*, at pp. 110.

ז. בטלות יחסית ומכלול נסיבות המקרה

בדברי עד כה הבעתי הסתייגות מהקניית שיקול דעת לבית-המשפט לגבי תוצאות הפגם. הסתייגות זו היתה מבוססת על תפישה עקרונית באשר למעמדה של הזכות המינהלית (והחוקתית) כזכות ראיה להגנה – זכות, ולא חסד. מטבע הדברים היא מותרת לבית-המשפט מרחב מוגבל בלבד של שיקול דעת. פסיקתו החדשה של בית-המשפט העליון עוררה גם סוג אחר של תגובות: יש המעלים על נס דווקא את המגמה של חתירה לכלל גמיש, כזה המאפשר לבית-המשפט להחליט בכל עניין ועניין לפי נסיבותיו המיוחדות ושיקולי הצדק שהוא מעורר. לפי גישה זו, בכל מקרה יפעיל בית-המשפט שיקול דעת, תוך התחשבות בזהותם של הצדדים, בסוג ההליך ושיקולים נוספים. ייצוג נאמן לגישה זו ניתן במאמרו האחרון של ד"ר דותן. בתמציתה, היא גורסת כי:

בית המשפט צריך להתרכז בשאלות העומדות לפניו בהקשר הקונקרטי הנדון, ולא לנסות לפתור אותן בדרך כוללנית וא-פריורית, בהסתמך על 'מתכון' כלשהו ש'יבושלי' עבורו בהתדייגויות קודמות, שאין בינו לבין העניין שמתעורר כעת ולא כלום. הגישה המוצעת אינה מעניקה (ואינה מתיימרת להעניק) פתרונות לכל אחת מהסיטואציות העתידיות הללו, אבל יש בה כדי לאפשר לשופט לטפל בהן – לכשיגיע תורן – מבלי שיצטרך להתמודד עם אבני נגף מיותרות⁹¹.

אמנם, ד"ר דותן מציג את גישתו כחלופה לדיני הבטלות היחסית שהתפתחו בפסיקה. אולם למעשה היא שואבת את השראתה מן המגמה השיפוטית החדשה בתחום הבטלות היחסית, המצדרת אף היא בשיקול דעת. ביקורתי על גישה זו נובעת מן האמור עד כה. השארת תוצאותיו של הפגם המינהלי לשיקול דעתו של בית-המשפט היא נסיגה מסוכנת מן ההכרה בזכויות בתחום המשפט הציבורי – זכויות ממש. לפי הגישה המוצעת על ידי ד"ר דותן, כמו גם על ידי חלק מן השופטים, לכאורה אין זכות לסעד במקרה של פגיעה בזכויות. נותרת רק הציפייה, שמערכות שיקולים מסוימות יכוונו את בית-המשפט להושיט סעד, אך לא יותר מכך. מה יהיה היישום של גישת שיקול הדעת במקרה כמו זה של פרשת גירוש החמאס? מהן הנסיבות ששומה על בית-המשפט לשקול? אכן, "מקרים קשים" אינם חזות הכול, אולם בתחום המשפט הציבורי, אף יותר מאשר בתחומים אחרים, דווקא המקרים הקשים חייבים לעמוד נגד עיניו של המשפטן.

91 דותן, לעיל הערה 7, בעמ' 639.

ה. בטלות יחסית ותקיפה עקיפה

כאופן מסורתי ניתן היה להעלות טענות בטלות בדרך של תקיפה עקיפה⁹². על כן, הגישה של בטלות יחסית (או כל גישה אלטרנטיבית אחרת לתפישת הבטלות) צריכה להיבחן גם ביחס למצבים שבהם טענת הפגם המינהלי גידונה במתכונת של תקיפה עקיפה. באופן יותר ספציפי יש לשאול: האם הדרך שבה נחפש מושג הבטלות היחסית בפסיקה תורם למדיניות משפטית רצויה, כאשר טענת הבטלות עולה בדרך של תקיפה עקיפה בהליך אורחי או פלילי?

ניתן להתרשם, כי למבחן התקיפה העקיפה היה חפקיד מכריע בעיצוב השקפתו של ד"ר דותן. מרבית הדוגמאות המובאות על ידו הן דוגמאות של תקיפה עקיפה. למשל: הליך פלילי נגד מי שמחזיק ברשיון או בהיתר שהינם תקינים לכאורה (הדגם של פרשת שפירא). לגישתו, דוגמאות כגון אלה מוכיחות את החשיבות שבהענקת שיקול דעת לבית-המשפט לגבי תוצאות הפגם המינהלי. לגבי הדוגמה הקונקרטיה הוא סבור, שאין זה צודק להרשיע אדם שהסתמך על רשיון מטעם הרשות, ולכן יש לדחות את תפישת הבטלות, המחייבת לכאורה את תוצאת ההרשעה (שהרי הרשיון נחשב כאפס)⁹³.

אני שותפה להערכה, שכחלק מן המקרים שנדונו בדרך של תקיפה עקיפה תוצאות ההליך לא שיקפו מדיניות משפטית רצויה. אולם בנקודה זו נפרדות הדרכים. נראה לי, כי ניתן להתמודד עם הבעיה בדרך פחות רדיקלית, וחשוב יותר: בדרך שתמשיך לעמוד על משמר הגנתה של הזכות מתחום המשפט הציבורי.

הבעיה שהתקיפה העקיפה מעוררת היא, שקבלתה של טענת הבטלות במסגרת זו עומדת לעתים בסתירה לאינטרסים שההליך נועד לשרת. כך, למשל, כאשר אדם פועל בתום לב על סמך רשיון שקיבל מן הרשות (היתר בנייה, רשיון עסק, רשיון לעיסוק במקצוע — כל אלה הן דוגמאות המובאות על ידי ד"ר דותן), ניתן לטעון שאין אינטרס ציבורי בהרשעתו. אולם לתוצאה זו ניתן להגיע במסגרת תפישת הבטלות היחסית כמוכן הראשון של צד והליך. ניתן לומר, שהמדינה כתובעת

92 כעבר הרעה המקובלת היחה, שדרך התקיפה העקיפה אפשרית רק כאשר הפגמים שנפלו בפעולה המינהלית הם כה חמורים, עד כי תוצאתם היא בטלות מדעיקרא של הפעולה. לאחרונה החלו להישמע בבית-המשפט העליון רעות בזכות הרחבת התקיפה העקיפה גם על פעולות מינהליות שאינן בטלות מדעיקרא, אלא רק ניתנות לביטול בגין פגמים שנפלו בהן. החל בכך השופט ברק ברעת המיעוט שלו בבג"צ 727/85 נוצר ני בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מא(2) 589, 597. ברע"א 483/88 מפעלים סטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל - אגף המכס והבלו, פ"ד מר(3) 812 השופט ברק חזר על עמדה זו (שם, בעמ' 819), והצטרף אליו גם השופט גולדברג (שם, בעמ' 820). השופט ש' לוי, שכתב את פסק-הדין העיקרי נקט גישה זהירה יותר, וגרס כי הגישה המוצעת מחייבת המשך עיון ובריקה, בשל השלכותיה על מסגרת הסמכויות של בת-המשפט האורחיים (שם, בעמ' 817-818).

93 דותן, לעיל הצרה 7, בעמ' 628-631.

בהליך פלילי מנועה מלהעלות את טענת בטלות הרשיון, מאחר שאינה "הצד הנכון בהליך הנכון". על פי גישה זו, על בית-המשפט לגבש מדיניות שיפוטית לגבי השאלה, מהם ההליכים ומיהם הצדדים הרשאים להעלות טענת בטלות בדרך של תקיפה עקיפה? במלים אחרות: אם המדיניות הרצויה שוללת העלאתה של טענת בטלות כנגד מי שפעל על סמך רשיון, הדרך להגשמת תוצאה זו פתוחה במסגרת עקרון הבטלות היחסית גם כמובנו המצומצם (המוגבל לבטלות כמובן של צד והליך). אכן, בפרשת שפירא גרס השופט ברק כי המדיניות הרצויה מחייבת לאפשר תקיפה עקיפה גם בנסיבות אלה, בשל הערך הנודע להגנת זכות הטיעון בהליכי תכנון ובנייה. אולם עמדה זו אינה סותרת את ההצעה העקרונית לגבש כללים באשר להגבלת הצדדים וההליכים שטענת הבטלות תהיה פתוחה בפניהם. היא רק משיכה עליה כתשובה שונה מזו שד"ר דותן מצדד בה. ד"ר דותן סבור, שאין מקום לאפשר טענה של בטלות הרשיון נגד אזרח שקיבל אותו מן הרשות. לעומתו השופט ברק סבר, שמכלול שיקולי המדיניות מחייב להשלים עם תוצאה זו.

הגישה המוצעת כאן, לבצע הערכה מחודשת של דיני התקיפה העקיפה באמצעות התפישה של בטלות יחסית כמובן של צד והליך, שונה מהצעתו של ד"ר דותן. לגישתו של ד"ר דותן, יש לזנות לחלוטין את דיני הבטלות ולהפקיד את ההחלטה בידי בית-המשפט על פי מכלול הנסיבות ומאזן הצדק המתחייב מהן. לגישתו, פסיקתו של בית-המשפט תגדיר במהלך הזמן (כאופן נורמטיבי) מיהם הצדדים ומהם ההליכים שבפניהם תהיה פתוחה טענת הבטלות (היחסית) בדרך של תקיפה עקיפה. כך, למשל, אם יוחלט שאין מקום לאפשר את הטענה בהליך פלילי נגד בעל רשיון שהסתמך עליו, הרי שהיא תידחה בכל ההליכים מסוג זה. לעומת זאת, אם יוחלט שטענת הבטלות צריכה להיות פתוחה בפני מי שהואשם בהפרת חוק עזר שהוצא ללא סמכות, הרי שניתן יהיה להעלותה בכל ההליכים מסוג זה. במלים אחרות: בניגוד לד"ר דותן אני סבורה, שאין לוותר על מושג הבטלות היחסית, דווקא משום שהוא עשוי לסייע בגיבוש מדיניות רצויה בתחום התקיפה העקיפה, תוך שמירה על הוודאות ועל העקרון של הכרעה שווה במקרים שווים. כל זאת, על פי התפישה של בטלות יחסית כמובן של צד והליך ותוך דחיית המשמעות הנוספת של שיקול דעת לבית-המשפט באשר לתוצאות הפגם המינהלי.

נקודת התורפה של הגישה המוצעת על ידי ד"ר דותן היא ההתייחסות למודל התקיפה העקיפה כנקודת המוצא לפתרון. מרכזיותם של פסקי-הדין בפרשת שפירא מושכת את תשומת הלב לסוגיית התקיפה העקיפה שנדונה בהם, ומפתה להציע מודל שיהלום את הבעיות המתעוררות בסיטואציה של תקיפה עקיפה. אולם, זהו פיתוי שיש לעמוד בו. סוגיית התקיפה העקיפה חשובה, אך חשובה אף יותר היא דרך המלך של ההגנה על זכויות האזרח – התקיפה הישירה בהליך מינהלי (בפני בג"צ או בפני בית-משפט אחר). גישתו של ד"ר דותן מצליחה להתמודד עם בעייתה של התקיפה העקיפה. אולם אגב כך נפרץ סכר ההגנה על

הזכות המינהלית. גישתו של ד"ר דוחן מבוססת על שיקול דעת לגבי תוצאות הפגם המינהלי כמורל, ללא הבחנה בין חקיפה ישירה לחקיפה עקיפה. בכך נפתח הפתח לדחות גם עתירה לבג"צ (תקיפה ישירה) על פי שיקול דעתו של בית המשפט, הגם שהעותר הצביע על פגיעה בזכות מהותית שלו. כפי שכבר הוסבר, המשפט המינהלי המסורתי היקנה לביית המשפט שיקול דעת מוגבל לדחייתן של עתירות, בעיקר תוך שימוש במבחני הסף של בג"צ. האם יש מקום לשיקול דעת נוסף? לדעתי, התשובה צריכה להיות שלילית, אם ברצוננו לשמר את תפישת הזכות במשפט הציבורי ולא ליסוג אחורנית לתפישות של פרונוגטיבה וחסד שלטוני.

ט. סיכום

הבטלות המשפטיות היא בטלות יחסית. יחסיותה של הבטלות מתבטאת בכך שיש לה סייגים. פעולה משפטית, אשר באופן עקרוני היא בטלה, עשויה להיחשב חקפה לעניינים מסוימים. הבטלות היא יחסית במונח זה שאינה כללית – היא פונקציה של צד והליך. פסק־דין המכיר בבטלות צריך להיות תוצאה של הליך נכון, שבו נטענה טענת הבטלות מפי צד נכון.

בשנים האחרונות סבר בית המשפט, שיחסיותה של הבטלות מקנה לו גם שיקול דעת למחול על הפרה של זכויות, בנסיבות שבהן – על פי שיקול דעתו – לא נגרם עיוות דין, זו כבר אינה תפישה המבטאת יחסיות. זהו פיתוח כמעמד הזכויות. זכות הטיעון הופכת להיות זכות יחסית – זכות התלויה בתוכן הטיעון. טענתי היא, שהבטלות היא יחסית, אך תוקפן של הזכויות כלפי הרשות הוא מוחלט (בכפופות לאיזונים המתבקשים בין הזכויות לבין עצמן). אכיפת הזכות כלפי הרשות אינה צריכה להיות מותנית בשאלה, האם נגרם עיוות דין. הפגיעה בזכות היא עצמה עיוות דין ופגיעה בשלטון החוק. כך לגבי זכויות פרוצדורליות, כדוגמת זכות הטיעון, ולא כל שכן כך לגבי מקרים של חריגה מסמכות במונח הפונקציונלי. בררישה לחוקיות המינהל לא יכול להיות מקום לגמישות. לבית המשפט יש שיקול דעת, אך גם שיקול דעת זה צריך להיות כפוף לדין.