

## במקום בטלות יחסית

מאת

### יואב דותן\*

השאלה של סיווג אקטים מנהליים שנפל בהם פגם (היא: "שאלת הסיווג") נשלטה בעבר על-ידי סיווג נוקשה של האקטים הפגומים לשתי קטגוריות: בטל וניתן לביטול, והסיווג נעשה בהתאם לקריטריון של סוג הפגם שנפל באקט. בעקבות פסקי-הדין בעניין שפירא פותחה בשנים האחרונות גישת הבטלות היחסית. לפי גישה זו, גם כאשר נפל באקט פגם המוביל להכרה בבטלותו, ניתן במקרים מסוימים להגמיש את התוצאות של הבטלות. המאמר סוקר את התפתחות הדין בנושא. לדעת המחבר, שורש הקשיים בנושא זה נעוץ בכך שהסיווג המסורתי של האקטים הפגומים: לבטל ולניתן לביטול ייחס חשיבות עליונה לסוג הפגם המנהלי שנפל בהליך, ודחק הצדה שיקולי מדיניות הרלבנטיים לתחום הענייני ולהקשר העובדתי הקונקרטי שבו התעוררה שאלת תוקפו של האקט. בעיה זו חריפה במיוחד בשל העובדה, ששאלת תוקפם של אקטים מנהליים מתעוררת בהליכי תקיפה עקיפה, השונים מאוד זה מזה. אימץ קטגוריות אחרות בשאלת הסיווג גורם לכך, שבית-המשפט הדין בעניין מסוים (למשל: תוקפו של היתר-בנייה במשפט פלילי) נדרש להיזקק לקביעות באשר לתוקפו של אקט מנהלי, שנקבעו בעבר לגבי פגם מנהלי מסוים, אך הרקע הענייני להיווצרותן היה סכסוך בתחום משפטי אחר לחלוטין (למשל: תביעה לביטול החלטת פיטורין של עובד-ציבור). גישת הבטלות היחסית מתמודדת עם קשיים אלו רק באופן חלקי. לדעת המחבר, בשאלת הסיווג לא ניתן לאמץ שום קטגוריות אחרות ונוקשות, שכן ההשלכות של סיווג האקט הפגום (קרי: התוצאות של הפגם) צריכות להיות תלויות בראש-ובראשונה בשיקולי מדיניות וצדק השולטים בסכסוך שבמסגרתו מועלית שאלת תוקפו של האקט המנהלי. בהתאם לכך מוצע לוותר כליל על סיווג האקטים הפגומים. בכל פעם שמועלית בפני בית-המשפט טענה לגבי פגם שנפל באקט מנהלי כלשהו (בתקיפה ישירה או עקיפה) על בית-המשפט לדרוך ישירות בתוצאות שיש לייחס לפגם באקט, מבלי להיזקק לשאלה מהי "התווית" שיש לתת לאקט הפגום.

א. הצגת הבעיה. ב. התיזה המוצעת. ג. התפתחות הדין בשאלת הסיווג; 1. תיאור הגישה המסורתית; 2. הבסיס האנליטי והרקע ההיסטורי של התפישה המסורתית; 3. הקשיים שמעוררת תפישה האפסות; 4. תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; 5. מקור הקשיים שבגישה המסורתית; 6. ההבחנה בטל-נפסד וסמכות השיפוט בעניינים מנהליים. ד. הגישות החדשות לבעיית הסיווג; 1. פסקי-הדין בעניין שפירא; 2. גישת "ההפרה הוועקת בקול"; 3. גישת הבטלות היחסית — ניתוח של פסקי-הדין שפירא; 4. גישת הבטלות היחסית

מדיריך-דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. המאמר נכתב בחלקו בעת שהותי בהשתל-מות באוניברסיטת פאריז (מס' 1) בסיועה הנדיב של קרן לידי דייזיס. תודתי נתונה לד"ר אייל כנבנשתי שהעיר הערות לטיוטה.

על-פי פסק-הדין שפירא – הערכה ביקורתית; 5. ההתפתחויות בפסיקה לאחר פסק-הדין בעניין שפירא. ה. הגישה המוצעת; 1. שיקולים כלליים; 2. בטלות "יחסית" או ויתור על החוריות. 1. סוף דבר.

## א. הצגת הבעיה

מהו דינו של אקט מנהלי שנפל בו פגם ומהן התוצאות של הפגם? שאלה זו מתעוררת בהקשרים שונים, כל-אימת שמועלית טענה כנגד חוקיותה של פעולה מנהלית. במסגרת בירור טענה כזו מתעוררת לא פעם השאלה, האם הפגם באקט גרם לכך שהוא בטל (void) או שמא, למרות הפגם שנפל בו, האקט הוא נפסד (voidable)<sup>1</sup> בלבד. שאלה זו האחרונה היא שאלת-ביניים, וההכרעה בה אמורה לסייע למשפטן להגיע לתוצאה הסופית הראויה לגבי הסכסוך העומד לדיון. במסגרת הדיון בשאלה זו נעשה סיווג של האקט הפגום לקטגוריות: בטל, מחד גיסא, ונפסד, מאידך גיסא. בהתאם לכך נכנה שאלה זו להלן בשם "שאלת הסיווג".

לדוגמא: פלוני מנהל ברשיון עסק של מסעדה. לידי הרופא המחוזי מגיע מידע, כי פלוני מפר דרישות תברואה המופיעות בתקנות החלות על עסקי מסעדות והמצוינות בתנאי הרשיון. בהתאם לכך הוא מוציא צו-הפסקה מנהלי, המורה לפלוני לחדול לאלתר מהפעלת המסעדה במשך החודש הקרוב<sup>2</sup>. מתברר כי בהליך הוצאת הצו נפל פגם, משום שהרופא המחוזי לא נתן לפלוני הזדמנות להזים את המידע כאשר לתנאי התברואה כמסעדה קודם שהוציא את הצו.

לשאלת סיווג הצו הפגום עשויות להיות השלכות שונות על תוצאת ההליך שבדוגמא. למשל: בהנחה שפלוני התעלם מהצו שהגיע לידיזו והמשיך להפעיל את המסעדה כרגיל, והוא מועמד לאחר-מכן לדין פלילי בעבירה של אי-קיום צו-ההפסקה המנהלי<sup>3</sup>. אם הפגם בצו גורר את בטלותו, יוכל פלוני לטעון כי הוא צריך לצאת זכאי בדינו. לא כך המצב אם הפגם של הפרת זכות התגובה של פלוני גורר רק את "נפסדות" הצו. במקרה זה האחרון אמנם יש פגם בצו, אך הוא עומד בתוקפו כל עוד לא בוטל על-ידי הערכאה השיפוטית המתאימה. לכן במקרה כזה עלול פלוני להיות מורשע בפלילים, למרות הפגם שנפל בצו המנהלי.

יש לשים לב לכך שההכרעה בשאלת הסיווג היא שלב-ביניים, בדרך להכרעה בהליך הפלילי, היינו: הצו הפגום עשוי להיות מסווג כנפסד (קביעת-ביניים) ולכן פלוני יורשע בדינו (תוצאה סופית); או מסווג כבטל (קביעת-ביניים) ולכן יתבקש זיכוי (תוצאה סופית). אכן, ניתן לטעון כי לעיתים הדינים החלים בנושא יוצרים קשר הכרחי ומיידי במישור המעשי – בין ההכרעה בשאלת-הביניים (בטל או נפסד) לבין התוצאה הסופית (זיכוי או הרשעה בפלילים). אך הדבר אינו משנה את המבנה הלוגי של הניתוח. ההכרעה בשאלת הסיווג היא לעולם הכרעת-ביניים, שממנה נגזרת תוצאה משפטית קונקרטית מסוימת. לעולם לא יוכל השופט להסתפק

1 נהוג להשתמש לגבי אקטים כאלו גם במינוח ניתן לביטול או בטל.

2 בהתאם לסמכותו על-פי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, סעיף 20.

3 סעיף 25 לחוק הנ"ל. וראה גם ס"ק 7א(ג) ו-7א(ה) לאותו חוק. וראה, למשל, ע"פ (נצ') 451/86 סלאח נ' מ.י., פס"מ תשמ"ח א 436, שם טען נאשם בעבירה של נהיגה ללא רשיון כי פסק-הדין שבעקבותיו נשלל רשיונו היה בטל ולכן יש לזכותו מאשמה.

בקביעה כי אקט מסוים הוא "נפסד" או "בטל", משום שלאחר קביעה זו הוא צריך עדיין להוסיף ולקבוע מהי התוצאה הקונקרטית הנובעת מקביעה זו (זיכור או הרשעה בפלילים, ביטול של האקט מכאן ולהבא או רטרואקטיביות וכדו').<sup>4</sup> הגם ששאלת הסיווג היא, כאמור, רק שלב אחד בהכרעה לגבי התוצאה הסופית של הפגם באקט המנהלי, הרי עצם ההכרעה בשאלה זו עצמה מעוררת לעתים קשיות ניכרים. היא מחייבת השקעת מאמץ אינטלקטואלי, באופן שמאפיל על ההכרעה בשאלות האחרות המתעוררות במהלך בירור תוצאות הפגם בפעולה השלטונית. הסיבה לכך היא, שהדין השולט בבעיה זו הוא סבוך ומעורפל. לא פעם נדמה, כי ההלכות השונות שנפסקו בנושא עומדות בסתירה זו לזו, וקשה לחלץ מהן קו מנחה ברור. שאלת הסיווג נחשבת ל"אגוז" קשה ובעייתי לפיצוח, ועל הקשיות שהיא מעוררת מתלוננים בגלוי לא רק סטודנטים הלומדים את הנושא בפעם הראשונה, אלא גם שופטים וכותבים שנאלצו להתמודד עמה.<sup>5</sup> במהלך המאמר אסקור את הגישות השונות לבעיית הסיווג, את השלכותיה של כל גישה על הפתרונות המשפטיים בהקשרים שבהם מתעוררת השאלה ואת היתרונות והחסרונות של כל אחת מהגישות. אך קודם-לכן אציג בקצרה את הדרך המועדפת, לדעתי, להתמודדות עם בעיה זו.

## ב. התיזה המוצעת

המושגים "בטל" ו"נפסד" מיותרים הם; אין להם מקום ואין בהם צורך בעת פתרון בעיות המתעוררות בתחום המשפט המנהלי.<sup>6</sup> ליתר דיוק: שאלת הסיווג היא מיותרת, ואין צורך להיזקק לה, בשעה שהמשפט נתקל בשאלת התוצאות של פגם שנפל באקט מנהלי. העיסוק בשאלת הסיווג לא רק מסבך ומקשה על פתרון בעיות, אלא שהוא חסר-תועלת. במקרה הגרוע פחות, העיסוק בשאלת הסיווג מהווה בזבוז של זמן ומאמץ. במקרים הגרועים יותר, ההיזקקות לשאלת הסיווג עשויה לגרום את עיוותו של הפתרון המשפטי הראוי ולהוביל לתוצאות משפטיות בלתי-רצויות. כאשר המשפטן מגיע למסקנה כי נפל פגם באקט המנהלי, עליו להכריע ישירות בשאלת התוצאה המעשית של פגם זה, בהקשר שבו מתעורר העניין. הוא יטיב לעשות אם יימנע מלשאול את עצמו את שאלת-הביניים: "האם האקט שלפני הוא בטל או נפסד בשל הפגם שנפל בו?". במקום לעסוק בשאלה זו רצוי לבחון את

4 ראה דברי השופט לנדוי כד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645-645, 645 (להלן: ד"נ שפירא); א' בנדור, "חוזי המדינה וחוק התקציב" משפטים יט (תשמ"ט) 185, 191. ש' שטרית, "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי" הפרקליט לו (תשמ"ז) 325, 336 (להלן: שטרית). הקשיות בנושא זה אינם מיוחדים רק לדין הישראלי. השווה, למשל, T.C. Harley & J.A. Griffith, "Government in Law", in: *Law in Context* (London, 2nd ed., 1981) 373.

5 השימוש במונחים "בטל" ו"נפסד" (או "ניתן לביטול") רווח בתחום המשפט הפרטי, ובמיוחד בתחום דיני-התחומים. ראה למשל, חוק התחומים (חלק כללי), תשל"ג-1973, פרק ב. אין להבין מן האמור בטקסט כי השימוש בשאלת הסיווג הוא רצוי או מועיל בתחומי משפט אחרים. המאמר עוסק אך ורק במעמד של שאלת הסיווג בתחום המשפט המנהלי ובאשר לתוקפם של אקטים מנהליים, כאשר השאלה נבחנת במסגרת הליכים משפטיים שונים.

סוג הפגם באקט המנהלי, חומרתו, נסיבות היווצרותו והמשמעויות שיש לייחס לו בתוך המסגרת הכוללת שבה נדונה השאלה.

לדוגמא (בהמשך לסיטואציה שתוארה לעיל): שופט בדיני-פלילים שלפניו מובא עניינו של פלוני צריך להימנע מלסווג את צו ההפסקה הפגום לקטגוריות של בטל ונפסד. במקום זאת עליו לשאול את עצמו את השאלות הבאות: האם רצוי, מבחינת שיקולי המדיניות, לאפשר לפלוני להתעלם מצו הפסקה מנהלי, שהוצא תוך הפרת זכות השימוע שלו? האם ניתן ללמוד דבר-מה לגבי כוונת המחוקק בחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, מהסעיפים הרלבנטיים הנוגעים לנושא? האם הרשעתו של פלוני בעבירה פלילית בנסיבות כאלו תואמת את העקרונות הכלליים של המשפט הפלילי? האם תוצאה כזו או אחרת של הדיון הפלילי עשויה לסייע לגרום למנהל להקפיד יותר על קיום עקרונות הצדק הטבעי? מהו המשקל היחסי שיש לייחס לעובדה שהופרה זכות השימוע בתוך המסגרת הכוללת של הדיון באישום הפלילי? וכיו"ב שאלות הנוגעות להכרעת העניין העומד לדיון.

רשימת השיקולים שהובאה לעיל אינה מתיימרת כמובן לשמש מתכון ממצה לפתרון הבעיה בדוגמא הקונקרטית הנדונה. בשלב זה כוונתי היא להדגיש שתי נקודות מרכזיות: האחת, כי השאלה של סוג הפגם המנהלי וחומרתו היא רק אחת השאלות העומדות בפני השופט להכרעה. היא אינה השאלה הבלעדית או אף בהכרח החשובה או המרכזית ביותר. גם על-פי הדיון הנוהג כיום נתקל השופט בשאלות אחרות, חשובות ורלבנטיות, שעליו להתמודד עמן לאחר שהכריע בשאלת הסיווג.

הנקודה השנייה היא, שעל-פי החיזה המוצעת, אין כלל מקום וצורך לדון בשאלת הסיווג של האקט הפגום. עיסוק בשאלה זו לא רק שלא יביא כל תועלת, אלא עלול להזיק. זאת משום שהוא עלול להסיט את מרכז-הכובד של הדיון מהדיון בשאלות המדיניות הרלבנטיות, לעיסוק הטכני בשאלת הסיווג של האקט המנהלי, תוך התעלמות מהתוצאות המעשיות העלולות לנבוע ממתן "תווית" כזו או אחרת לאקט הפגום. כך, עלול העיסוק בשאלת הסיווג להביא לכך, שהדיון המשפטי יסתיים בתוצאות מעוותות, שאינן תואמות שום שיקולים ענייניים של מדיניות או היגיון. במהלך הדיון להלן עוד יובאו דוגמאות רבות למקרים כאלו. לעת-עתה, עד שאני בא לתאר את היתרונות הטמונים בגישה המוצעת, אסקור את הגישות המקובלות לבעיית הסיווג בפסיקת בתי-המשפט.

### ג. התפתחות הדיון בשאלת הסיווג

נקודת-המפנה בהתייחסות של ההלכה הפסוקה לבעיית הסיווג היא, ללא ספק, שני פסקי-הדין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון בע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח';<sup>6</sup> והדיון הנוסף שנערך באותו עניין הוא ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל.<sup>7</sup>

6 פ"ד לו (1) 337 (להלן: ע"פ שפירא).

7 לעיל, הערה 4.

עד למתן פסקי-הדין בעניין שפירא נקטה הפסיקה גישה מסוימת באשר לשאלת הסיווג. כפי שאראה, בגישה זו אמנם היו לא מעט קשיים, נקודות מעורפלות וסתירות פנימיות, אך היתה אחידות יחסית בעמדת פסקי-הדין השונים לגבי היבטים שונים של השאלה. להלן אכנה גישה זו בתור הגישה המסורתית לשאלת הסיווג.

פסקי-הדין בענין שפירא טרפו את הקלפים בנושא זה. השופטים שישבו לדין באותו מקרה ביטאו, מי, גישה שונה לחלוטין מהגישה המסורתית, ומי, פקפוקים לגבי תוכנה המדויק או היקף תחולתה של אותה גישה. הגישות החדשות שבאו לידי ביטוי בפסקי-הדין הללו יידונו בהמשך. ככלל ניתן לומר, כי עמדות השופטים בשני פסקי-הדין ביטאו באופן כללי לא רק חוסר-אחידות לגבי שאלת הסיווג, אלא גם מבוכה גלויה ופקפוקים באשר לאפשרות להציע לגביה פתרון שיהיה ברור, אחיד ומניח את הדעת. מגמה זו נמשכה בדרך-כלל גם בפסיקה שלאחר שפירא. הגם שעברו כבר שנים לא מעטות מאז ניתנו פסקי-הדין, לא ניתן עדיין שום פסק-דין שבו נדונה השאלה באופן מקיף ומלא, כמו האופן שבו נדונה השאלה באותם פסקי-דין. חוסר-הבהירות בסוגייה והתהיות שהשופטים עצמם הביעו בגלוי נותרו במידה רבה על כנן. להלן תתואר התפתחות ההלכה בנושא; ואתחיל, כאמור, בגישה המסורתית.

## 1. תיאור הגישה המסורתית

לפי גישה זו, יש לסווג את האקטים המנהליים הפגומים לשתי קטגוריות ברורות ומובחנות זו מזו: ישנם פגמים בהליך מינהלי שיגרמו לבטלות ההליך, ולעומת זאת ישנם פגמים שיגרמו לכך שההליך יהיה נפסד בלבד. מעשים מנהליים בטלים הם מעשים שנקבע, כי "אין להם קיום משפטי כלל" ו"אין חובה לפעול על-פיהם". מנגד, כאשר המעשה המנהלי הוא רק "נפסד", הרי כל עוד לא בוטל על-ידי בית-משפט מוסמך, אזי יש לו "קיום משפטי" והוא תקף לכל דבר ועניין. האזרח אינו רשאי להתעלם ממעשה מנהלי כזה או לפעול בניגוד לו, שאם לא כן יהיה צפוי לסנקציות הקבועות בחוק<sup>8</sup>.

על-פי הגישה המסורתית, הסיווג של המעשים המנהליים הפגומים לשתי הקטגוריות הללו נעשה על סמך קריטריון יחיד ובלעדי: סוג הפגם המיוחס לאותו מעשה. כך, למשל, כאשר הפעולה לוקה בחוסר-סמכות, אזי היא נחשבת לבטלה. לעומת זאת, אם בהליך ההחלטה נפל פגם של טעות שבהפעלת שיקול-דעת, אזי היא תיחשב לנפסדת בלבד<sup>9</sup>. בהתאם לכך, הלכה הפסיקה וגיבשה את עמדתה גם באשר לעילות פסלות אחרות: כך נקבע, כי לא רק חוסר-סמכות "מדעיקרא" גורר

8 ע"א 790/77 אורט ואח' נ' הפול לביטוח חובה בע"מ, פ"ד לד (2) 785, 790-791. ע"א 256/70 פרידמן ואח' נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד כד (2) 577, 584 (להלן: הלכת פרידמן).

9 ע"א 790/77 הנ"ל, שם. ע"א 183/69 עיריית תפת-תקוה ואח' נ' טחן, פ"ד כג (2) 398, 402 (להלן: פסקי-הדין טחן).

את בטלות המעשה המנהלי אלא גם פגם של הפרת כללי הצדק הטבעי בעת גיבוש המעשה המנהלי יביא לתוצאה דומה<sup>10,11</sup>.  
על-פי הגישה המסורתית, להכרעה בשאלת הסיווג יש שורה של תוצאות<sup>12</sup>. חשיבותה באה לידי ביטוי בשורה של מישורים שונים, שמן הראוי לסקור אותם אחד לאחד:

(א) המישור הראשון, שבו יש לשאלת הסיווג השלכות הוא מישור הזמן: הלכה היא, כי אקט בטל נחשב על-ידי בתי-המשפט לבטל רטרואקטיבית מיום נתינתו. הסיבה לכך היא, כי אקט כזה נחשב "כאילו לא ניתן מעולם" (ולכך עוד אחזור בהמשך). ממילא לא ניתן להכיר בתוקף המשפטי שלו בתקופת-הביניים שבין עשייתו לבין המועד שבו קבע בתי-המשפט כי הוא בטל.

לא כך הוא המצב במקרה שבו האקט הפגום מסווג כנפסד: אקט כזה הוא אקט שריר ותקף כל זמן שלא בוטל על-ידי בתי-המשפט. לכן בתקופת-הביניים שבין עשייתו לבין ההכרעה השיפוטית לגבי תוקפו – האקט חוקי וכשר ויש לו השלכות משפטיות מלאות. זאת ועוד: גם כאשר בתי-המשפט קובע כי יש לבטל את האקט, עדיין עליו להחליט אם הביטול יתפוש מאותו רגע ואילך, או שיש לבטל את הפעולה ביטול למפרע. במקרה זה בתי-המשפט עשוי לנקוט צעדים שירככו את המשמעויות של ביטול למפרע כלפי צדדים שהסתמכו על תוקפה בתקופת-הביניים<sup>13</sup>.

להבחנה בין אקט בטל לאקט נפסד. במישור הזמן עשויות להיות שורה של השלכות כבדות-משקל. כך, למשל, במקרה שבו החוק הפלילי מתיר עשיית פעולה

10 זהו החדוש החשוב המובא בפסק-הדין טחן, (לעיל, הערה 9), 405-403.  
11 פחות ברורה היתה עמדת הפסיקה כאשר לסיווג של אקטים הפגומים בפגמים מסוגים אחדים, כגון שיקולים זרים, אפליה או חוסר-סבירות. אמנם, היו אמרות של בתי-המשפט שתמכו בייחוס בטלות לאקט הנגוע בפגמים אלו, אך הדבר לא נפסק מעולם, למיטב ידיעתי, באופן ישיר ומפורש על-ידי בתי-המשפט העליון. ראה ע"א 120/60 הלפרין נ' קרצינסקי, פ"ד טו 705, 709: בג"צ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, 357, 357; פסק-הדין טחן 406; וכן ת"פ (ירושלים) 3472, 3471/87 מ.י. נ' קפלן ואח', פס"מ תשמ"ח ב 294, 302; ב"ש (ת"א-ר"ג) 29/87 מ.י. נ' גרוסמן, פס"מ אזולאי נ' קצין תגמולים, פס"מ תשמ"ח ב 294, 302; ב"ש (ת"א-ר"ג) 29/87 מ.י. נ' גרוסמן, פס"מ תש"ן ב 186; ת"א (ב"ש) 781/81 סלימאן אל עורג'אן נ' רשות שמורות הטבע, פס"מ תשמ"ד א 89, 100-99. השווה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 4), 1368. ראה גם י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה, תשל"ה) 301 (להלן: זמיר). הפסיקה ייחסה בטלות גם לפגמים שנבעו מהפרת החובה להיווצרות סטטוטורית. ראה בג"צ 384/66 פוקסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כא (2) 221, 225; בג"צ 265/68 אגודת האיגונים והארכיטקטים בישראל נ' שר התעבורה, פ"ד כג (1) 132, 139; וכן ע"פ 22/89 עזבה נ' מ.י. פ"ד מג (2) 592, 597.

12 מבחינה אנליטית, מה שמכונה בטקסט "תוצאות" של הסיווג בטל - ניתן לביטול, יכול להיחשב גם כחלק ממרכיבי ההגדרה של מונחים אלו; היינו: אין למונחים אלו הגדרה אחידה ומדויקת, והמשמעות של ההבחנה ביניהם באה לידי ביטוי במישורים השונים שהשאלה התעוררה בהם.

13 ראה פסק-הדין טחן (לעיל, הערה 9), 402, פסק-הדין פרידמן (לעיל, הערה 8), 584. גם כאשר בתי-המשפט מחליט לבטל אקט נפסד למפרע, עדיין יש שוני מסוים בין ביטול כזה לבין מיטאציה של קביעת בטלות. ההבדל נעוץ בכך, שבמקרה הראשון יש לבית-המשפט שיקול-דעת הן (כאמור) לגבי עצם ההחלטה על הביטול למפרע והן לגבי היקף התחולה של החלטה זו; מה שאין כן במקרה השני. שבו אין בתי-המשפט רשאי לא לסייג את התוצאות של הבטלות. בעניין זה השווה: D.M. Gordon, "Effect of Reversal of Judgement on Acts — Between Pronouncement and Reversal" 74 Law Quarterly Rev. (1958) 517, 531-533. ראה גם סעיף קטן (ב) להלן.

כלשהי אך ורק על-פי היתר מאת הרשות השלטונית. במקרים כאלו, אם נפל פגם בעת הוצאת ההיתר שבעטיו מוכרז ההיתר בטל באופן רטרואקטיבי, אזי צפוי פלוני להיות מורשע בפלילים, משום שהדין יתייחס לפעולותיו שנעשו על-פי "ההיתר" הבטל כאילו נעשו על-פי היתר שלא ניתן מעולם (קרי: נעשו ללא היתר).

יתרה מזו: להכרה בבטלותו הרטרואקטיבית של אקט מנהלי עשויות להיות השלכות מרחיקות-לכת על תוקפן וחוקיותן של פעולות משפטיות רבות אחרות שנעשו בהסתמך על האקט הבטל קודם שבאה הקביעה השיפוטית לגבי הבטלות. הדבר בולט במיוחד אם האקט הבטל הוא אקט כללי, כמו למשל קנסות שהוטלו על נהגים מכוח תקנה מתקנות התעבורה, שבדיעבד קובע בית-המשפט כי היא בטלה רטרואקטיבית בשל פגם בהליכי אישורה או פרסומה; סכומי מס שנגבו מאלפי אזרחים על סמך תקנת מס שהוכרזה כבטלה<sup>14</sup>; או פסקי-דין שניתנו על-ידי שופט, שהתברר כי נפל פגם במינויו, הגורר את בטלות המינוי<sup>15</sup>. בכל המקרים הללו, על-פי הגישה המסורתית, עשויות להיות לשאלת הסיווג השלכות כבדות-משקל על מגזר רחב של אינטרסים פרטיים.

(ב) המישור השני שבו יש חשיבות לשאלת הסיווג קשור למרחב שיקול-הדעת שיש לבית-המשפט לגבי ביטול האקט הפגום. כאשר האקט המנהלי הוא נפסד, נצרך בית-המשפט להפעיל את שיקול-דעתו לגבי השאלה האם בנסיבות העניין אכן יש מקום לבטל את האקט הלכה למעשה, או שמא יש מקום, למרות הפגם, להשאירו בתוקפו. האקט הפגום הוא ניתן לביטול, ופירוש הדבר, שבית-המשפט אינו חייב לבטל אותו, אלא הוא מוסמך לשקול את הדבר ולהחליט לכאן ולכאן<sup>16</sup>. שונה המצב במקרה שבו נחשב האקט הפגום לבטל. על-פי הגישה המסורתית, בית-המשפט חייב להכריז על בטלות האקט ולייחס לכך את המשמעות המתאימת. הסיבה לכך היא, שהאקט הבטל נחשב לחסר קיום משפטי, ולכן לבית-המשפט לא נותר אלא להכריז באופן דקלרטיבי על עובדת הבטלות. לא נדרשת ממנו כל התערבות פעילה, קונסטיטוטטיבית, כדי לגזור את התוצאות המתבקשות. בית-המשפט רק מכריז על "המצב המשפטי הקיים". הוא אינו יוצר מצב חדש, וממילא, לפי תפישה זו (ועוד ארחיב בהמשך בעניין זה), בית-המשפט חייב "לתאר" את המציאות המשפטית כמות שהיא<sup>17</sup>.

ישנם כמה ביטויים לשלילת שיקול-הדעת של בית המשפט כאשר למשמעויות של אקט בטל: ראשית, בית-המשפט חייב לעורר את עניין הבטלות מיוזמתו. ההכרה בתוצאות הבטלות אינה מותנית בהעלאת הטענה על-ידי אחד הצדדים המעוניינים. יתירה מזו: גם אם הצד הנפגע מההפרה אינו מעלה במכוון את הטענה כנגד תוקפו

14 R. V. Paddington Valuation Officer, Ex. p. Peachey Corp. Ltd. (1965) 2 All E.R. 836 (C.A.) והשווה בג"צ 828/90 סיעת "הליכוד" במועצת עיריית חיפה נ' מועצת עיריית חיפה ואח', פ"ד מה (1) 506, 1515-1516; בג"צ 547/89, 578, 790 חרד העמק יצור ושיווק בע"מ ואח' נ' המועצה לענף הלול ואח', פ"ד מה (1) 89, 197.

15 A. Rubinstein, Jurisdiction and Illegality (Oxford, 1965) 204 et. seq. (להלן: רובינשטיין). והשווה חוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, סעיף 11.

16 ראה פסקי-הדין פרידמן (לעיל, הערה 8), 585; פסקי-הדין טחן (לעיל, הערה 9), 402.

17 פסקי-הדין טחן (לעיל, הערה 4), שם; בג"צ 527/74 חלף נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ואח', פ"ד כט (2) 319. השווה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 364. ראה גם להלן, ס"ק (2).

של האקט, או אף מוחל במפורש על ההפרה, עדיין אין לבית-המשפט — על-פי גישה זו — סמכות להימנע מלייחס לאקט את מלוא התוצאות של הבטלות<sup>18</sup>. לדוגמא: בהליך מנהלי מסוים נפגעת זכות השימוע של פלוני אך הוא בוחר שלא להעלות את הטענה או אף מודיע לבית-המשפט כי הוא "מוחל" לרשות על הפגיעה בזכויותיו. לפי הגישה המסורתית, אפילו תועלה הטענה על-ידי הצד-כשכנגד, יהיה בית-המשפט חייב לקבוע כי האקט בטל; זאת, הגם שקביעה זו פועלת לרעתו של אותו פלוני<sup>19</sup>.

שנית, שלילת שיקול-הדעת של בית-המשפט פירושה, כי עליו לייחס לפעולה את מלוא תוצאות הבטלות; וזאת בהתעלם מכל שיקול ענייני ונסיבתי, כגון הנזק שנגרם בפועל ל"נפגע" מהפרת עקרונות המנהל הציבורי, גרם עיוות דין, וקשר סיבתי. לדוגמא: פלוני תוקף בבית-המשפט החלטה שנתקבלה לרעתו מבלי שניתנה לו אפשרות להשמיע את טענותיו בנדרון. אגב הדיון המשפטי מתברר, כי לו ניתנה לפלוני זכות שימוע הרי הלכה למעשה אין לו שום טענות של ממש שהיה יכול להשמיען בפני הרשות עובר לקבלת ההחלטה. גם כאן ניתן לטעון, כי הפרת זכות השימוע לא גרמה לפלוני כל נזק של ממש ולא יצרה כל "עיוות דין". למרות זאת, על-פי התפישה הדווקנית של המונח "בטלות", היא בית-המשפט חייב להכיר בבטלותה של ההחלטה הנחקפת ולקבל את טענותיו של העותר<sup>20,21</sup>.

(ג) המישור השלישי והאחרון שבו באה לידי ביטוי ההבחנה המסורתית בין בטלות לנפסדות הוא מישור אפשרויות התקיפה של האקט הפגום. גם במישור זה

18 ראה גם בג"צ 547/89, 578, 790 חוד העמק (לעיל, הערה 14), 94, שם נקבע כי אקט בטל אינו ניתן לריפור — על-ידי אישור בדיעבד של הגוף המוסמך בחוק לאשר החלטה כזו.

19 רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 203-204.

20 גם בתקופת "שלטון" הגישה המסורתית, מצאו השופטים הלכה למעשה דרכים להימנע מהתוצאות המתבקשות של הבטלות במישור זה. ראה, למשל, פסק-הדין טחן (לעיל, הערה 9), 404; בג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה (1) 239, 245-247; בג"צ 598/77 דרעי נ' ועדת השחרורים, פ"ד לב (3) 161, 168; וכן האסמכתאות המובאות להלן, הערה 91.

21 דוגמא נוספת: פלוני מגיש בקשה לרשות המנהלית. בין הפקידים הרגילים בבקשה נמצא אחד המקורב לפלוני קרוב משפחתי. הבקשה נדחת לבסוף על-ידי הרשות המוסמכת. פלוני תוקף את ההחלטה המנהלית, בין היתר בטענה כי בין מקבלי ההחלטה ישב אדם שיש לו נגיעה משפחתית למגיש הבקשה (קרי: אל עצמו). בהתאם לטענה, ההחלטה פגומה בפגם של "ניגוד עניינים". על-פי הגישה המסורתית, ההחלטה האמורה בטלה, משום שהיא נגוצה בפגם של ניגוד עניינים, קרי: היא נתקבלה תוך הפרת כללי הצדק הטבעי, ובית-המשפט יאלץ להכריז על היותה בטלה. לכאורה פלוני יוכל לתקוף בהצלחה החלטה שנתקבלה לרעתו, תוך שהוא נבנה מכך שבין מקבלי ההחלטה ישב קרוב משפחתי, וזאת אפילו בהנחה שפלוני היה מודע היטב לכל העובדות ולא עשה דבר כדי למנוע את היווצרות הפגם, משום שקיווה ליהנות מפירותיו. לא יועילו לה לרשות הטענות, כי הלכה למעשה לא נגרם לפלוני "עיוות דין" עקב הפגם, כי היה שותף (ולו גם סביל) ליצירתו וכי אין קשר סיבתי בין הפגם לבין ההחלטה הסופית. (המקרים שנדונו בפסיקה בעניין תוצאות הפגמים של כללי הצדק הטבעי עסקו דווקא ככולם בשאלה של תוצאות הפרתה של זכות השימוע, ולא בתוצאות הפרת איסור משוא-פנים. עם זאת, אין סיבה להניח כי בעניין זה יש הבדל בין שני כללי הצדק הטבעי). ראה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6) 1364. והשווה למצב בעניין זה באנגליה *Ridge v. Baldwin* (1964) A.C. 40 (H.L.) במיוחד דעת-המיעוט בעמ' 92-93; ודעת הרוב בעמ' 112-113, 117-116; וכן: H.W.R. Wade, "Unlawful Administrative Action — Void or Voidable" 84 *Law Quarterly Rev.* 95, 110-114; P.P. Craig, *Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., 1989) 331 et. seq.; G.L. Peiris, "Natural Justice and Degrees of Invalidity in Administrative Action" *Public Law* (1983) 634, 652-654.



יש להבחנה כמה היבטים: ראשית, כאשר האקט המנהלי נפסד, קיימות מגבלות משמעותיות על האפשרות לתקוף אותו בפני בית-המשפט. מי שמבקש לעשות כן, צריך לפנות לבית-המשפט המוסמך לבטל את האקט ולנקוט הליך מתאים והמיועד לכך על-פי דין, קרי: בהליך של תקיפה ישירה (למשל: הליך ערעור).

לעומת זאת, אם האקט מסווג כבטל, אזי ניתן להעלות את הטענה ולדרוש מבית-המשפט להכיר בבטלות האקט באופן אגבי (אינצידנטלי), בכל הליך משפטי שבו מתעוררת שאלת תוקפו של המעשה המנהלי; שהרי אם האקט בטל, וכל מה שבית-המשפט נדרש לעשות הוא להכריז על כך, אזי כל בית-משפט מוסמך לעשות כן – בדרך של תקיפה עקיפה – אם קביעה זו נדרשת לצורך הכרעת העניין העומד בפניו.<sup>22</sup>

ההיבט הזה של אפשרות התקיפה העקיפה של האקט הוא מרכזי וחשוב במסגרת הדיון בשאלת הסיווג משום שעיקר הקשיים אשר נבעו מהגישה המסורתית קשורים להיבט זה. בהתאם לכך הוא יידון בהרחבה בהמשך הפרק הנוכחי. בשלב זה אעמוד על כמה היבטים נוספים של ההבחנה בין בטלות לנפסדות הקשורים למישור אפשרויות התקיפה.

היבט נוסף, הנגזר מההיבט הראשון במישור אפשרויות התקיפה של האקט, קשור למיהות התוקף. מי שמבקש לתקוף אקט נפסד עשוי להיתקל במחסום של העדר מעמד לעשות כן, למשל, משום שאין בידו זכות לערער על ההחלטה או שאינו עומד בקריטריונים של דרישת זכות העמידה בבג"ץ. סיווגו של האקט בתור "בטל" עשוי לשנות את המצב, בראש-ובראשונה משום שהוא יכול להעלות את הטענה באופן אגבי בהליך תקיפה עקיפה, שבו הוא משתתף כצד (או בהליך של בקשה למתן סעד הצהרתי בנוגע לבטלות האקט). נוסף על כך, סיווגו של האקט הפגום כבטל עשוי להרחיב את מעגל הזכאים לתקוף אותו בבית-המשפט.<sup>23</sup>

ההיבט האחרון של ההבחנה במישור זה קשור לאפשרות להתגבר על מגבלות ו"מחסומים" סטטוטוריים, המגבילים או מונעים את האפשרות לתקוף את האקט המנהלי. כאשר פלוני תוקף אקט נפסד, הוא עלול להיתקל במחסומים שונים שיעמדו בדרכו להשגת ביטולו של האקט, כגון החובה להגיש את ערעורו תוך תקופת-זמן הנקובה בחוק או בתקנות, כללי התיישנות והוראות חוק קונקרטיות העשויות לקבוע כי הוראה מסוימת חסינה (באופן מוחלט או חלקי) מאפשרות התקיפה בבית-המשפט. הוראות מעין אלו (האחרונות) מיועדות להגביל את אפשרות הביקורת השיפוטית על פעולות מנהליות מסוימות. הן עשויות להיות מנוסחות בלשון הקובעת, כי האקט הנדון הוא "סופי" ונתון "לשיקול-דעתה המוחלט" של הרשות המנהלית, או אף לנקוט לשון מפורשת הקובעת כי אל לו לבית-המשפט להיזקק לתובענה המיועדת לתקוף את האקט (בכלל, או בטענות מסוימות).

ואולם אם האקט נשוא התקיפה מסווג כבטל, הרי אז, על-פי התפישה המסורתית, עשוי הסיווג הנ"ל לאפשר את תקיפתו של האקט ובחינתו על-ידי בית-המשפט,

22 ע"א 790/77 אורט ג' הפול, (לעיל, הערה 8), 790-791; פסק-הדין טחן (לעיל, הערה 9), 402; פסק-הדין פרידמן (לעיל, הערה 8), 584.

23 ראה למשל Craig, (לעיל, הערה 21), 324; 337-355 A.C. 2 (1967) *Durayappa v. Frenando*; (P.C.); והשווה: ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 367-368.

למרות קיום ה"מחסום" הסטטוטורי. לדוגמא: הוראת החוק הרלבנטית קובעת, כי על החלטה מנהלית ניתן לערער תוך 30 יום. פלוני תוקף את ההחלטה (בבג"ץ או בדרך של תובענה לסעד הצהרתי) שנתיים לאחר הינתנה, אך טוען שהיא בטלה משום שניתנה בחוסר-סמכות. בסיטואציה כזו עשוי בית-המשפט לדון בבקשה להכרזה על בטלות ההחלטה, הגם שהעניין מתברר זמן ניכר לאחר עבור הזמן הנקוב לערעור; שהרי פלוני אינו מבקש לערער על ההחלטה, אלא רק להשיג הכרזה על בטלותה מעיקרא<sup>24</sup>.

\* \* \*

עד כאן תיארתי את ההשלכות השונות של ההבחנה בין אקטים בטלים לאקטים נפסדים על-פי הגישה המסורתית<sup>25</sup>. תיאור זה היה מטבע הדברים סכימתי ותמציתי. אין בו התיימרות לתאר באופן מדויק את "ההלכה הפסוקה" בתקופה שקדמה לפסקי-דין שפירא, אלא רק להציג את הדגם של התפישה ששירתה את בתי-המשפט. התעלמתי במכוון מהחריגות הקיימות בפסקי-הדין השונים מה"מודל" המסורתי, מהסתירות הפנימיות שהוא כולל בתוכו ומטענות שונות שניתן להעלות כביקורת כנגד המודל האמור. כל אלה יידונו בהמשך. אך קודם-לכן יש מקום להתייחס לבסיס הרעיוני של הגישה ולרקע ההיסטורי להתפתחותה.

## 2. הבסיס האנליטי והרקע ההיסטורי של התמישה המסורתית

התפתחות המונחים בטלות ונפסדות במשפט האנגלי, ואחריו במשפט הישראלי, קשורה קשר הדוק להתפתחות הביקורת השיפוטית על פעולות המנהל הציבורי. במרכזו של תהליך זה עמדה דוקטרינת האולטרא-וירס, שלפיה התפקיד העיקרי של בתי-המשפט, בעת שהם מבקרים את פעולות המנהל, הוא להבטיח כי השלטון פועל בהתאם להוראות החוק ואינו חורג מגבולות הסמכות שנקבעו לו על-ידי המחוקק.

לעקרון הווירס שני פנים עיקריים: האחד, כי התערבותו של בית-המשפט

24 ראה, למשל, בג"צ 921/89 מנחם נ' רשם האגודות השיטופיות, פ"ד מד (1) 516; וכן: *Smith v. East Elloe Rural District Council* (1956) 1 All E.R. 855; *Anisimic v. Foreign Compensation Commission* (1969) 2 A.C. 147; *R. v. Sec. of State for the Environment. ex. p. Ostler* (1977) Q.B. 122; D. Oliver, "Void or Voidable in Administrative Law — A Problem of Legal Recognition" *Current Legal Problems* (1981) 43, 48–49. שאלה דומה מתעוררת באשר לאפשרות של פלוני לדרוש עיכוב או מניעת ביצוע של פסק-דין או החלטה בטלה שהוא לא ערער עליה קודם. ראה בג"צ 691/81 דוד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לו (3) 246, 248; ר"ע 553/85 קיפר נ' עוזבן שמחה דה-מדינה ואח', פ"ד לט (3) 637, 640–639; בג"צ 194/84 מוניות השחר נתניה ואח' נ' אגף המכס והבלו נתניה, פ"ד לט (1) 522. מתעוררת גם השאלה, האם פסק-דין מרשיע שהוא בטל יכול להעמיד לנאשם טענה של "סיכון כפול" ולהגן עליו מפני הליך נוסף באותו עניין. ראה בג"צ 69/85 פרימר נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ (2) 617, 620–624; עש"מ 3/86 הלפר נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ (2) 243, 244–ה-1.

25 היבט נוסף של ההבחנה נוגע לשאלת סמכויות השיפוט בעניינים מנהליים. היבט זה יידון בנפרד להלן. בסעיף משנה 6 לפרק הנוכחי.

מוגבלת לבחינת חוקיותו של האקט המנהלי, קרי: לבדיקת השאלה האם האקט הנדון נעשה בגבולות הסמכתה של הרשות המנהלית. העילה של חוסר-סמכות היתה לא רק המרכזיות והחשובה ביותר בהליך הביקורת השיפוטית, אלא אף היוותה את הבסיס לפיתוח עילות הביקורת האחרות. לא בכדי טרחו בתי-המשפט לציין, גם כשפיתחו עילות ביקורת אחרות (כגון שיקולים זרים, אפליה או פגיעה בכללי הצדק הטבעי), כי הם עושים כן משום שהפגם שבו מדובר "כמוהו" כחריגה מסמכות.<sup>26</sup> החריגה מסמכות נחשבה למקור הלגיטימציה העיקרי (אם לא הבלעדי) להתערבות בית-המשפט במעשי הרשות המוסמכת. אקט שהיה פגום בחוסר-סמכות נחשב לאקט שיש פגם בחוקיותו.<sup>27</sup>

הפן השני של דוקטרינת הווירס הוא, שכאשר בית-המשפט מגלה כי המנהל חרג מסמכותו, הוא לא רק מוסמך להתערב, אלא גם חייב לעשות כן. במערך הכוחות הקונסטיטוציוני, תפקידו המרכזי של בית-המשפט, הוא להוות את "שומר החותם" של הגבולות שהמחוקק היתווה. כשם שאל לו לבית-המשפט לדחור ולהתערב במעשי המנהל כאשר זה האחרון פועל בגבולות הסמכתו החוקית, כן חייב השופט להתערב ולמנוע נסיונות של המנהל לחרוג מגבולות אלו. בהתאם לכך ראו בתי-המשפט את עצמם מחויבים להתערב ולפסול אקטים מנהליים שנתגלה פגם בחוקיותם.<sup>28</sup>

השימוש בהבחנה בין מעשים בטלים לנפסדים, ובמיוחד השימוש במונח "בטלות", תאם היטב את התפישה השיפוטית האמורה ושירת באמונה את מטרותיה. השופטים ידעו להדגיש את החומרה הרבה שבה נתפשו חריגות של הרשות המנהלית מסמכותה. אחת הדרכים שבהן נעשה הדבר היתה באמצעות יצירת קשר בין שלושה מושגים: חוסר-סמכות (ultra vires), בטלות (voidness) ואפסות (nullity).

כאשר בית-המשפט, שיישם את התפישה המסורתית, נתקל בחריגה מסמכות של הרשות המנהלית, הוא קבע כי המעשה המנהלי בטל ולכן יש לראותו כאין וכאפס (null and void); מבחינה משפטית המעשה אינו תופש ודינו כאילו לא נעשה כלל מעולם. אמנם, יש למעשה המנהלי ביטוי פיסיומטרי (למשל: הטופס שעליו נכתב הצו וכד'), אך מעבר לקיום פיסיומטרי זה אין לאקט כל קיום משפטי. הוא אינו יכול לגרום כל שינוי במצב המשפטי, וכל אדם יכול להתעלם מקיומו. בתי-המשפט השתמשו בביטויים כגון "בטל ומבוטל", "כאין וכאפס", "כחספא בעלמא" (פיסת-נייר שעליה כתוב נוסח הצו) וכיו"ב ביטויים, כדי להדגיש היבט זה של הבטלות.<sup>29</sup> להלן נכנה אותו בשם "רעיון האפסות".

לעומת זאת, אקט שלקה בפגם שלא היה קשור בחוקיותו (כגון טעות בהפעלת

26 ראה, למשל, בג"צ 290/65 אלטגר נ' ראש עיריית רמת-גן, פ"ד כ (1) 29, 33; בג"צ 285/64 עוזון המנוחה בייגה שיף נ' שר החקלאות ואח', פ"ד יט (2) 40, 44; פסק-הדין טחן, 405. פסק-הדין קפלן (לעיל, הערה 11), 283. והשווה: זמיר, (לעיל, הערה 11), 22 ואילך.

27 א' רובינשטיין, "להגדרת המונח חוסר סמכות" הפרקליט יט 151.

28 ראה Craig, (לעיל, הערה 21), 4 ואילך. תפישה זו הוחלה במשך הזמן לא רק על אקטים הלוקים בפגם של חוסר-סמכות, אלא גם על פגמים אחרים, ש"הושו" – כאמור – לחוסר סמכות, כמו הפרת כללי הצדק הטבעי, שיקולים זרים וכו'.

29 ראה פסק-הדין טחן (לעיל, הערה 9), 406. ע"א 790/77 אורט נ' "הפול" לביטוח חובה בע"מ, (לעיל, הערה 8), 790 ה-י; בג"צ 658/84 הולנד נ' שופט בית-משפט השלום בתל-אביב יפו ואח', פ"ד לט(2) 524, 527; ת"א (נצ) 449/79 בן יאיר נ' מדינת ישראל-משטרת ישראל, פס"מ תשמ"ב ב 89, 94;

שיקול-דעת או בקביעת עובדות) נחשב לקיים, שריר ותקף. אמנם, הוא ניתן לביטול, אך הדבר מצריך קביעה של בית-משפט, וזאת רק לאחר קיום הליך ספציפי (כגון ערעור) ובהתאם לתנאים שנקבעו לשם כך בחוק.

רעיון האפסות סייע לבתי-המשפט לאכוף את ביקורתם על מעשי המנהל ולהרחיב את גבולותיה. כאשר בית-המשפט רצה לפסול את המעשה המנהלי למורת-רוחו של השלטון, קל יותר היה להציג את התערבותו כמי שרק קובע באופן "תיאורי" ודקלרטיבי את "המצב המשפטי הקיים", מאשר מי שמתערב באופן פעיל וקונסטיטוטיובי לפסול מעשה מנהלי, שהיה תקף קודם למתן פסק-הדין. בית-המשפט היה יכול להציג את עצמו כמי שרק משיב לשאלה שנשאל: "האם האקט קיים"? ולא כמי שמחליט לשנות את המצב המשפטי ולפסול את הפעולה המנהלית<sup>30</sup>.

נקודה זו האחרונה היתה חשובה במיוחד כאשר בית-המשפט ביקש להתערב בפעולות מנהליות במקרים שבהם ניתן היה להטיל ספק בלגיטימיות של התערבותו. למשל: כאשר בית-המשפט ביקש לבחון ולפסול אקט מנהלי למרות הוראת המחוקק שביקש להעניק לפעולה חסינות מביקורת (כגון: על-ידי קביעה כי החלטה מסוימת היא "סופית"), או במקום שלא היה ברור האם יש לבית-המשפט סמכות (בכלל או בהליך המסוים) להתערב ולפסול את הפעולה. רעיון האפסות סייע להצדיק את ההתערבות בתור קביעה דקלרטיבית, הנעשית בדרך אגבית (למשל: בתקיפה עקיפה), שאינה כפופה למגבלות שהטיל המחוקק על אפשרויות הביקורת על הפעולה המינהלית<sup>31</sup>.

### 3. הקשיים שמעוררת תפיסת האפסות

מול התועלת שברעיון האפסות — מנקודת-הראות של בתי-המשפט — ניתן להצביע על חסרונות רציניים שלו. בראש-דבראשונה לוקה תפישה זו בחסר מבחינת

רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 7-8. הרים לרעיון האפסות קיימים גם בשיטות משפט אחרות, מלבד האנגלית והישראלית. ראה, למשל, בארה"ב, R. Berger, "Do Regulations Really Bind Regulators", 62 *Northwestern L. Rev.* (1967-1968) 160 ובצרפת: R. Chapus, *Droit Administratif General*, 62 *Northwestern L. Rev.* (1967-1968) 160 (Montchersein, 5me ed., 1990) Tome I sec. 1034, 694-696; M. Long, P. Weil, G. Braibant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (Sierey, 9me ed., 1990) 562-569; G. Dupuis, M.J. Geudon, *Droit Administratif* (Armand Colin, 3me ed., 1991); L.N. Brown & G.F. Garner, *French Administrative Law*, (Butterworth, 3d ed., 1983) 86.

30 ראה, למשל, בג"צ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399, 409.

31 נ' גרבלסקי, "הפרת זכות הטיעון, המקור להתערבות ותוצאות הפגם" הפרקליט כו 180, 182; ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי להוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא 42, 60.

לא תמיד נזקקו בתי-המשפט למונח בטלות כדי להשיג את התוצאה האמורה. לעיתים הם הסתפקו בקביעה, כי האקט הוצא בחוסר-סמכות, ולכן הדבר מאפשר התערבות למרות המגבלות הסטטוטוריות על אפשרות התקיפה. בין היתר נעשה הדבר בנושא היקף הביקורת של בג"ץ על פסיקת בתי-הדין הרבניים לפי סעיף 15(ד)(3) לחוק יסוד: השפיטה (לשעבר: סעיף 7(ב)(4) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957). ראה בג"צ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח', פ"ד יג 1182; בג"צ 7/83 ביאריס נ' בית הדין הרבני באזור חיפה ואח', פ"ד לח (1) 673, 690; וכן רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 46.

ההיגיון. הטענה שלפיה אקט מנהלי מסוים הוא לחלוטין חסר קיום משפטי היא לעתים קרובות מטעה ובלתי-מדויקת. נדגים זאת בעזרת מספר דוגמאות.

הדוגמא הראשונה תתייחס לפעולה מנהלית אשר הוראת חוק מסוימת מגבילה את הביקורת עליה. נניח, שלשון החיקוק קובעת כי החלטה מנהלית מסוימת היא "סופית". במצב כזה, משמגיעה החלטה מסוג זה לפני בית-משפט, וזה מגיע למסקנה כי היא לוקה בפגם של חוסר-סמכות, הריהו יכול לקבוע כי ההחלטה "בטלה" ולכן ממילא אינה קיימת מבחינה משפטית, ואין מניעה להתעלם ממנה. רעיון האפסות יסייע לבית-המשפט לעקוף את הוראת הסופיות.

אלא שלעתים עשוי המחוקק לנקוט לשון מפורשת וחרפה יותר, שתבהיר באופן חד-משמעי כי כוונתו למנוע כל ביקורת על אותה החלטה – יהא הפגם בה אשר יהא. למשל: המחוקק יכול לקבוע, כי "החלטתו של טריבונל x אין אחריה ולא כלום, ואין להעלות כנגדה בבית-המשפט שום טענה שהיא, לרבות טענות של חוסר-סמכות". סביר להניח, כי מול ניסוח כזה יאלץ בית-המשפט לדחות כל תובענה כנגד אותה החלטה<sup>32</sup>; ולכן אפילו אם ההחלטה לוקה בפגם חמור ובולט של חוסר-סמכות, הרי היא תהיה, מכוח דברו המפורש של המחוקק, בעלת תוקף משפטי. ממילא לא ניתן לטעון כי החלטה הלוקה בפגם כזה היא באופן הכרחי ואינהגטי "כאין וכאפס" או "כפיסת-נייר" חסרת כל ערך, שהרי הכול תלוי בדינים החלים על העניין ובפרשנות הוראות החוק הרלבנטיות<sup>33</sup>.

ודוגמא נוספת, שתתבסס על עובדות ע"א 183/69 עיריית פתח-תקוה נ' טחן<sup>34</sup>. התובע, עובד-עירייה שפוטר ממשרתו, הגיש תובענה על הלנת שכרו ארבע שנים לאחר שהתקבלה החלטת הפיטורין. הוא טען כי פיטוריו חסרי-תוקף, משום שהחלטה עליהם התקבלה בלי שניתנה לו זכות להשמיע את טענותיו. טענתו התקבלה, ובית-המשפט קבע כי הפיטורין בטלים. נניח כעת, כי התובענה היתה מוגשת לאחר חלוף מועד ההתיישנות הקבוע בחוק לתובענות כאלו. במקרה כזה – סביר להניח – היתה התובענה נדחית<sup>35</sup>. לא ניתן אפוא לומר כי החלטת הפיטורין – פגומה ככל שתהא – היא "אפסית" ואין לה תוצאות משפטיות כלשהן; שהרי במצבים מסוימים, כפי שהודגם, יש לה נפקויות משפטיות חשובות. המסקנה העולה מדוגמאות אלו היא, כי השימוש בביטויים "כאין וכאפס" או "פיסת-נייר" מטעה, בלתי-מדויק ואינו עומד במבחן ההיגיון והמצויאות. בהתאם לכך, יש להבחין בין המונח בטלות לבין המונח אפסות. שום אקט מנהלי אינו "אפס". גם אקט בטל עשוי לשאת משמעויות משפטיות מסוימות במישור זה או אחר שבו נבחן העניין<sup>36</sup>.

רעיון האפסות יוצר בעיות קשות לא רק מבחינה לוגית וטרמינולוגית. הביקורת

32 ראה, למשל, פסק-הדין Smith, (לעיל, הערה 24), 857-859.

33 השווה דברי השופט ברק בע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 57, 67-70.

34 לעיל, הערה 9.

35 השווה, למשל, בג"צ 147/74 ספולניסקי נ' שר האוצר ואח', פ"ד כט (1) 421, 425; ע"א 308/84 מואנה כחן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רמת-גן, פ"ד מא (1) 325, 333.

36 ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 362; Oliver, (לעיל, הערה 24), 43 ואילך. להלן אכנה את הטענה, שלפיה אקט בטל הוא "כאין וכאפס", בשם "רעיון האפסות" או גישת ה"בטלות-אפסות".

החריפה ביותר על ההשלכות של רעיון זה קשורה להשלכותיו במישור המעשי. הטענה כי במקרים מסוימים ניתן "להתעלם" מפעולות מנהליות ומשפטיות ולאייץ את כל תוצאותיהן היא בעלת משמעויות קשות מבחינת שיקולי מדיניות רצויה. רעיון האפסות, שנולד ככלי בידי בתי-המשפט לסייע להם בביקורת ובהתערבות במעשי המנהל, הפך לא פעם לחרב-פיפות. הוא הציב את בתי-המשפט בפני טענות שאיימו להגביל את מרחב התמרון שלהם ולחייבם לפסול פעולות מנהליות מסוימות, זאת על-אף שמבחינת שיקולי מדיניות והיגיון היה מקום להשאיר פעולות אלו בתוקפן. להלן נדגים כמה סיטואציות מסוג זה.

קביעות כי אקטים מנהליים מסוימים הם "כאין וכאפס" עלולות לפגוע קשות בביטחון המשפטי וביציבות הדין. הדבר נכון בראש-ובראשונה כאשר קביעה כזו מתייחסת לאקט מנהלי כללי. טול, לדוגמא, מצב שבו קובע בית-המשפט כי תקנה מסוימת, שמכוחה נגבה מס מאלפי נישומים במשך שנים רבות, היא "כאין וכאפס" וכל מה שנעשה מכוחה "כאילו לא נעשה". במצב כזה, מה יהא דין של כל שומות המס שנעשו וכל הכספים שנגבו על סמך התקנה? קשיים דומים ינבעו מקביעת "אפסות" של אקט מינוי של שופט או של פקיד-ציבור שהספיק להוציא אלפי החלטות במהלך "כהונתו".

במקרים מעין אלו, אם בית-המשפט ייגרר אחרי ה"לוגיקה" של רעיון האפסות, הוא עלול להגיע לתוצאות סוחפות וקיצוניות, שיערערו את הסדר והביטחון המשפטי<sup>37</sup>. אכן, ייתכן כי לעתים אין מנוס מלהגיע לתוצאות כאלו, בשל הפגמים שהאקט הכללי נגוע בהם ובגלל הנסיבות הכוללות של העניין הנדון. אך בוודאי שאין למהר ולעשות כן אך ורק על סמך התפישה כי, הואיל והאקט פגום בפגם הגורר "בטלות", אזי באופן מיידי ואוטומטי הוא אינו אלא "כאין וכאפס" ולא נעשה מכוחו דבר. על בית-המשפט לשקול היטב את המשמעויות שיש לקביעה כזו ואת שיקולי המדיניות הכוללים, ולא להיכנע לשיקול הבלעדי של "אפסות" של האקט הכללי.

הפגיעה בביטחון המשפטי עקב קביעת "אפסות" של אקטים מנהליים קיימת גם כאשר מדובר באקטים מנהליים אינדיבידואליים. לפי גישת האפסות עשוי, למשל, פלוני, שקיבל מהרשות המינהלית רשיון להפעיל עסק, למצוא את עצמו עומד לדין בעוון עבירה של "הפעלת עסק ללא רשיון". כל-כך משום שמתברר בדיעבד, כי

37 במקרים מסוג זה התערב המחוקק לא פעם ושלל את האפשרות לערער על תוקפם של אקטים כלליים, שפסילתם כריעבד עלולה לפגוע קשות בביטחון המשפטי וביציבות הדין. כך למשל, סעיף 11 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 שולל את האפשרות לתקוף כריעבד אקט מינוי של שופט לאחר שנכנס לתוקפו. גם בלעדי חקיקה, הגיעו בתי-המשפט, במקרים מסוימים, למסקנה כי רעיון הבטלות-אפסות צריך לסגת בפני שיקולים של מדיניות. כך, למשל, פותחה הדוקטרינה של "De Facto Judges" שנועדה להשיג את אותה תוצאה של מניעת האפשרות לאיין באופן גורף את תוצאות מינויו של שופט. ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 204 ואילך; וכן בג"צ 19/56 ברנדורין נ' מנהל בית הסוהר של שופט. ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 617, 630 ואילך. דרך אחרת להימנע מהתוצאות הגורפות של בטלות אקט כללי היא ליצור כלל משפטי המעניק הגנה מתקיפה לאקטים האינדיבידואליים שהוצאו מכוחו של האקט הכללי הפגום. למשל: גם אם מתברר כי תקנת-מס מסוימת "בטלה", עדין אין פירוש הדבר (בהכרח) כי ניתן לתקוף כל שומה שנעשתה על-פיה. ראה: ע"א 33/72 ל' פרומין ובניו נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד כח (2) 459, 463. כללים כאלו, כד-בכר עם ההגנה שהם מספקים מפני התוצאות של דוקטרינת האפסות במישור המעשי, הם גם מדגישים את חוסר-ההיגיון שבטענת האפסות ותומכים בטיעון שהובא לעיל.

הרשיון, הגם שלכאורה היה תקף, היה נגוע בפגם שנפל בעת הוצאתו, ולכן, לפי ההיגיון של גישת האפסות, הוא יסווג "כבטל" וכ"אפסי", ויוצא אפוא שבעליו הפעיל את העסק ללא רשיון. הביטחון המשפטי, המתבטא במקרה כזה בהנפקת רשיון, התקף לכאורה, יוצא נפגע קשות.

גם במקרה מעין זה, אין בכוונתי לטעון כי תוצאה כזו היא בהכרח בלתי מתקבלת על הדעת, אלא שההכרעה צריכה להיות תלויה בשיקולי מדיניות שונים (למשל: עד כמה פלוני היה שותף ליצירת הפגם, מודע לו או אחראי ליצירתו; פרשנות החיקוק המסמיך וכיו"ב). ההיגררות אחרי תיאוריית האפסות עלולה להביא את בית-המשפט לתוצאה של הרשעה פלילית, מבלי לקחת בחשבון את כל השיקולים האמורים, משום שלפי ההיגיון של גישת האפסות "לא נעשה דבר" ולכן אין מנוס מלהכיר בכך שהנאשם פעל ללא רשיון.

אימוץ תפישת האפסות של הגישה המסורתית עשוי לפגוע בביטחון המשפטי ולסכל את כוונת המחוקק גם במישור נוסף: הרעיון של "אפסותו" של אקט "בטל" פירושו, בין היתר, כי האקט הוא חסר תוקף "מעצמו", היינו: לא קיים כל צורך לפנות לבית-המשפט כדי לשלול את תוקפו המשפטי. האקט הוא חסר-תוקף גם לפני שעניין תוקפו הובא לפני בית-המשפט, ולמעשה זהו המצב גם אם העניין לא נדון כלל בערכאות. לכך יש כמה השלכות:

ראשית, כל אדם רשאי להתעלם מהאקט הבטל, היינו: להמשיך ולפעול בענייניו, מתוך התעלמות מהאקט חסר-התוקף ומתוך ידיעה שאם הוא ממשיך את פעולותיו, בניגוד לאמור באקט כזה (שעל-פי תוכנו אוסר את הפעולה או נוגד אותה באופן אחר) הוא אינו נוטל על עצמו כל סיכון של סנקציה (פלילית, נזיקית וכד'). שנית, ובהתאם לכך, גם אם קיים בחוק הליך מיוחד לתקיפת ההחלטה (למשל: ערעור), מבחינת מי שהאקט נוגד את האינטרסים שלו אין כל נטל לנקוט בהליך כזה. הוא רשאי להתעלם מהאקט ולהעלות טענות כנגד תוקפו של האקט באמצעות הליכים של תקיפה עקיפה<sup>38</sup>.

לגישת כזו, המסירה את הנטל מעל מי שהחלטה נוגעת לעניינו לתקוף את ההחלטה במועד ובהליך שנקבעו לכך בחוק, עלולות להיות השלכות שליליות. נדגים זאת בעזרת הדוגמא, שכבר נזקקנו לה קודם לכן, של עובדות פסק-הדין טחן<sup>39</sup>. כזכור, הגיש התובע, עובד-עירייה, תובענה על הלנת שכרו כארבע שנים לאחר שקיבל ממעבידו הודעת פיטורין. לכאורה ניתן לתהות האם מבחינת שיקולים של מדיניות רצוי בסיטואציה מעין זו לאפשר לעובד להמתין בחיבוק-ידיים במשך זמן כה רב ולתבוע בדיעבד שכר עבור כל התקופה שעברה מאז החלטת הפיטורין ועד למועד שבו בחר להגיש את התובענה. קבלת תיאוריית האפסות מובילה לתוצאה כזו<sup>40</sup>.

במקרים קיצוניים קבלת גישת הבטלות-אפסות עלולה להוביל את בית-המשפט

38 רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 6. וכן בג"ץ הולנד (לעיל, הערה 29) שם. ההבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה תידון להלן, בסעיף משנה 4. ניתוח שיקולי המדיניות בסוגיית "הזכות להתעלם" מאקט פגום מובא בסעיף משנה 2 לפרק ד להלן.

39 לעיל, הערה 9.

40 השווה הדיון להלן, בסעיף משנה 4; וכן זמיר (לעיל, הערה 11), 45-46. יתירה מזו: גישת הבטלות-אפסות עלולה לאפשר תקיפה של החלטות מנהליות זמן רב לאחר הוצאתן, גם כאשר המחוקק קבע קביעות



לתוצאות קשות הסותרות את ההגיון ואת המדיניות הרצויה, גם מעבר לתחום של פגיעה בביטחון וביציבות המשפטית. נדגים זאת בעזרת הדוגמא הבאה, המבוססת על עובדות פסק-דין שניתן באנגליה בעניין *D.P.P. v. Head*.<sup>41</sup>

באותו מקרה הועמד אדם לדין פלילי בעבירה על סעיף 56(1)(A) ל-Mental Deficiency Act 1913. הסעיף אסר על קיום יחסי-מין עם חולת-נפש המאושפזת על-פי הוראת אשפוז בהתאם לחוק הנ"ל. קורבן העבירה היתה מאושפזת במוסדות סגורים במשך שנים ארוכות. אלא שפרקליטו של הנאשם טען כי יש לזכות אותו, הגם שלא היה ספק כי קיים יחסי-מין עם קורבן העבירה, משום שבהוראת האשפוז המקורית, שלפיה החל תהליך אשפוזו, נפל פגם שגרר את "בטלות" ההוראה. עקב כך, נטען, לא התקיים התנאי של "אשפוז כדין" של קורבן העבירה, שהיה דרוש כדי לבסס אחריות פלילית.

הפגם שנפל בהוראת האשפוז נבע מכך שבנוסח ההוראה לא צוין כי הנ"ל מסוכנת לסובבים אותה (כפי שדרש נוסח החוק המסמך). בהתאם נטען, כי ההוראה נגועה ב"חריגה פונקציונלית" מסמכות. בית-המשפט קיבל את טענת ההגנה וזיכה את הנאשם, על-אף שדובר בפגם פורמלי גרידא (כפי שציין הלורד דנינג) וכי, הלכה למעשה, לא היה ספק כי קורבן העבירה עמדה בכל התנאים שחייבו הוצאת הוראת אישפוז על-פי אותו חוק.<sup>42</sup>

דומה, כי פסק-הדין בעניין *Head* מדגים היטב את הקשיים המתעוררים אם בית-המשפט מאמץ באופן דווקני את רעיון האפסות של אקטים מנהליים. התוצאה הסופית באותו מקרה היתה, שאדם אשר קיים יחסי-מין מתוך ניצול של מצוקתה הנפשית של חולת-נפש, שהיתה מאושפזת שנים ארוכות במוסד סגור, יצא נקי מעונש. השימוש בדוקטרינת האפסות הביא לכך שסוכלה מטרתו של החיקוק שנועד במקורו להגן על קורבן העבירה.<sup>43</sup>

ראוי לציין, כי גם בתקופה שלפני פסקי-הדין בעניין שפירא לא הגיעו בתי-המשפט בישראל לתוצאות קיצוניות כאלו. בדרך-כלל ידע בית-המשפט להשתמש (יותר או פחות "באלגנטיות") בכלים שונים שעמדו לרשותו (כגון פרשנות החוק הרלבנטי, שיקול-דעת בעת הענקת סעדים וכדו') כדי להימנע מתוצאות כאלו. לכן גם ציינתי כי לא ניתן לראות, כמה שתיארתי כאן בתור "הגישה המסורתית", מעין

מפורשות המגבילות את הדרך והמועד שבהם ניתן לתקוף את ההחלטה. ראה לעיל, הערה 24, והטקסט לידה.

41 (1958) 1 All E.R. 679 (H.L.).

42 שם, 691-692.

43 קבלת תיאורית האפסות במלוא קיצוניותה עשויה להוביל את בית-המשפט לתוצאות מוזרות ואבסורדיות עוד יותר. כך, למשל, יכול פלוני, שהחלטה מסוימת ניתנה לטובתו, לטעון כי לא ניתן לערער על החלטה כזו (ולפגוע בתוצאותיה הנוחות לו) משום שהיא "בטלה", ולכן "אין החלטה" שעליה ניתן לערער...! ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 52-51, וכן: *Herman v. Official Receiver* (1934) A.C. 245; *Calvin v. Carr* (1980) A.C. 574, 589-591 (P.C.) והשווה בג"צ 816/80 גוטהולץ נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א ואח', פ"ד לה (3) 561, 570-571; רע"א 563/88 נשינל פלאס הוטל נ' עריאן, פ"ד מב (4) 136, 138. היו גם מקרים שבהם נענו בתי-המשפט באנגליה לטענה כי הואיל ואקט מסוים הוא חסר-מטרה ובטל (מבחינה משפטית), אין בכוחו לגרום לתובע שום נזק (במישור הפיסי)... ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 130-131.



נוסחה ברורה וכוללת, שהפסיקה יישמה אותה ללא כל פקפוקים וחריגות. עם זאת, קרה חשיבה המאפיין את הגישה המסורתית השפיע (ולמעשה ממשיך להשפיע במידה מסוימת גם היום) על דרך הטיפול של בתי המשפט ומשפטים בבחינת ההשלכות של פגמים בפעולות מנהליות<sup>44</sup>.

השאלה שעליה אעמוד כעת היא, מהם המקור והאפיון של הקשיים הנובעים ממונח הבטלות והאם יש דבר-מה משותף לסיטואציות שבהן מתעוררים קשיים ביישום הגישה המסורתית. אך לפני שאדון בשאלה זו עלי להידרש להבהרה מושגית לגבי ההבחנה בין תקיפה ישירה לבין תקיפה עקיפה של אקטים מנהליים.

44 ראה, למשל, ע"א (ת"א) 642/84 קיטאי נ' מ.י., פסי"מ תשמ"ה ג' 387. המערער מכר זכות במקרקעין שהיתה לו ומסר למנהל מסי"שבח "שומה עצמית" על-פי סעיף 73(א)(2) לחוק מס שבה מקרקעין, תשכ"ג-1963. המנהל לא קיבל את השומה העצמית והוציא במקומה "שומה סופית" לפי מיטב השפיטה, שלפיה נדרש המערער לשלם סכום נוסף במסי"שבח. המערער הגיש השגה כנגד השומה הזו ובה טען טענות שונות. השומה נדחתה, והמערער לא ניצל את זכותו להגיש ערר בהתאם לפרק השמיני של החוק. רק לאחר שחלף המועד להגשת הערר, "נוכד" המערער כי לרשותו עומדת טענה (שלא נטענה על-ידו בהשגה המקורית) כי השומה מטעם המנהל הוצאה שלא כדין, משום שעל-פי סעיף 78 לחוק חייב המנהל להשלים את השומה מטעמו תוך ששה חודשים מיום שהושגה השומה העצמית — אחרת הופכת שומה זו לשומה סופית, והמנהל לא עמד בתנאי זה. המערער הגיש למנהל השגה נוספת וטען, כי שומתו של המנהל היא חסרת-תוקף. לאחר שההשגה נדחתה, לא נקט המערער את הליכי הערר והערער הקבועים בחוק מסי"שבח. תחת זאת הוא פנה לבית-משפט השלום בתובענה לצו הצהרתי, שלפיו השומה העצמית הפכה מקץ ששה חודשים לשומה סופית; וכן בתובענה להשבה של הכספים הנוספים ששילם בהתאם לשומה זו. תובענה זו נדחתה על-הסף בבית-המשפט השלום. בית-המשפט המחוזי החליט ברוב דעות לקבל את הערעור ולהחזיר את התיק לדיון בבית-המשפט השלום. שופטי-הרוב ביססו את פסק-דינם על הקביעה, כי מותר למערער לתקוף את שומת המנהל בדרך שנקט אם נפל בה פגם של "חוסר-סמכות" ההופך אותה ל"בטלה מעיקרא" (שם, 391-392). פסק-דינם ייחס חשיבות מרכזית לשאלת הסיווג: בטל או ניתן לביטול (שם, עמ' 391, ליד האות ב), והסתמך על פסקי-הדין בעניין שפירא. השאלה של כוונת המחוקק בחוק מסי"שבח עצמו הועלתה רק על-ידי שופט-המיעוט (שם, 393-394). והשווה, למשל, את פסק-הדין בעניין בן יאיר (לעיל, הערה 29), שם דובר בתובע, קטין, ששירת במשמר האזרחי ונפצע תוך כדי שירותו מפליטת כדור. בהתאם לסעיף 6(א) לחוק הנויקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, פטורה המדינה מאחריות מנזקים שנגרמו לאדם "בתקופת שירותו" ו"עקב שירותו" במשמר האזרחי (שדינו לעניין זה כדין שירות במשטרה ובצבא, בהתאם לחקיקה העוסקת בנושא תגמולים לשוטרים ולחיילים). לכן טענה המדינה, כי התובע צריך לבוא על פיצוי בהתאם לחוק הנכים (תגמולים ושקדים) נוסח משולב, תשי"ט-1959 ואין לו עילה לפי פקודת הנויקין. אלא שהתובע טען, כי פעולת גיוסו למשמר האזרחי היתה נגועה בחוסר-סמכות (שכן על-פי דין אסור לגייס קטינים למשמר האזרחי) ולכן היא בטלה מעיקרא; וממילא — כך נטען — הוא לא נפצע במהלך "שירותו", שמעולם לא התחיל כדין, והוא זכאי אפוא לתבוע על-פי פקודת הנויקין. בית-המשפט דן בטענה ודחה אותה משום שקבע, כי בפעולת הגיוס לא היתה כל חריגה מהחוק או מהתקנות, אלא רק פעולה בניגוד לנוהלי המשטרה ומשרד-הפנים. ראה גם הצעת חוק סדרי המינהל, שהוכנה על-ידי פרופ' ה' קלינגהופר, ופורסמה במשפטים יב (תשמ"ב) 349. פרק יא להצעה (סעיפים 52 ואילך) מאמץ את ההבחנה המסורתית בין החלטות בטלות להחלטות הניתנות לביטול ומציע לעגן בחקיקה את ההשלכות של ההבחנה. ראה גם שטרית (לעיל, הערה 4), הורגל (בעקבות פסקי-הדין שפירא) במעבר מסיווג בטל-ניתן לביטול, לסיווג "משולש": בטל — בטל יחסית — ניתן לביטול. גם גישה כזו משמרת את קרה-חשיבה המסורתי המקשר באופן מיידי בין סוג פגם מסוים לסיווג קשיח של קטגוריות פגמה. כן ראה את גישתו של השופט י' כהן בפסקי-הדין שפירא, שתידון להלן, ליד הערה 82.

#### 4. תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה

אחד המישורים החשובים שבו באה לידי ביטוי ההבחנה בין אקט בטל לאקט נפסד הוא, כאמור, צורת התקיפה. לפי הגישה המסורתית, אקט נפסד ניתן לתקוף אך ורק בתקיפה ישירה, אך אקט המסווג כבטל ניתן לתקופו גם בהליכים של תקיפה עקיפה. לפני שניכנס לעובי הקורה של ההבחנה במישור זה, מן הראוי להבהיר את המושגים הללו של שתי "צורות התקיפה" האפשריות של האקט.

תקיפה ישירה היא הליך הקיים בחוק והמיועד לאפשר את בחינת תוקפו החוקי של האקט המנהלי. הדוגמא האופיינית להליכי תקיפה ישירה הם הליכי ערר וערעור. אלו הליכים שקיומם מתאפשר אך ורק לפי הוראה מפורשת של המחוקק<sup>45</sup> ואשר החוק מסדיר את הפרוצדורות הכרוכות בהם. הליכים כאלו מתאפיינים בכך שהם מתקיימים בפני טריבונל שיועד לעניין זה בחוק (כגון בית-דין מנהלי או בית-משפט רגיל); והחוק גם מגביל את המועד שבו ניתן לקיימם, כך שמרווח הזמן בין מועד הוצאת האקט המקורי לבין המועד שבו ניתן לפתוח בהליך הוא קצר יחסית<sup>46</sup>. בהליך כזה יש ייצוג לכל הצדדים שהיו מיוצגים בהליך שבו הוצא האקט המקורי. המטרה הבלעדית של הליכי תקיפה ישירה היא בירור תוקפו המשפטי של האקט העומד לדיון. ההליך כולו מיועד לאפשר לטריבונל הרלבנטי להגיע להכרעתו, שתתייחס לתוקפו של אותו אקט. בדרך-כלל מקובל, כי בהליך כזה ניתן להעלות נגד האקט הנחקף לא רק טענות במישור של חוקיות האקט (קרי: חוסר-סמכות, פגיעה בכללי הצדק הטבעי וכדו'), אלא גם טענות אחרות הנוגעות לבסיס העובדתי שלו, לנכונות הקביעות המשפטיות העומדות מאחוריו, ואף, במקרים מסוימים – לתוכן הענייני של שיקול-הדעת של הגורם שקבע את האקט המקורי<sup>47</sup>.

תקיפה עקיפה של אקט מנהלי היא מונח שונה לחלוטין. לא מדובר בהליך שנועד להכריע בתוקפו המשפטי של האקט, אלא באפשרות להעלות טענות כנגד תוקפו של האקט במסגרת הליך משפטי כלשהו. הליך משפטי כזה נועד להכריע בשאלות שונות, שההכרעה בשאלת תוקפו של האקט היא רק אחת מהן (ולאו דווקא החשובה ביותר). ההכרעה בתוקפו של האקט איננה מטרתו של ההליך ואינה מביאה לסיומו. הצדדים להליך כזה אינם בהכרח אותם הצדדים שיוצגו בהליך שהביא להוצאתו של האקט המקורי<sup>48</sup>.

45 בג"צ 85/87 ארגיב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד מב (1) 362; כ"ש 293/87 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' הלוי, פ"ד מא (2) 527. ע"פ 426/87 שוקרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (1) 732, 735, לאחרונה מסתמן שינוי מסוים במגמת הפסיקה בעניין זה לכיוון של פרשנות מרחיבה של הדין לגבי קיומה של זכות הערעור. ראה בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (1) 670-675; ע"א 674/89 טורטן נ' התאחדות הספורט בישראל, פ"ד מה (2) 715, 744.

46 ראה, למשל, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, תקנה 397; חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיף 199; חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, סעיף 250.

47 עם זאת, גם בהליכי תקיפה ישירה עשויות להיות מגבלות שונות על היקף הביקורת של הטריבונל המבקר. הדוגמא הבולטת ביותר בעניין זה היא העתירה לבג"ץ. זהו הליך מובהק של תקיפה ישירה, אך, כידוע, התערבות בג"ץ מוגבלת למספר מוגבל של עילות ביקורת ובדרך-כלל, אין הוא נוהג להתערב בתוכן שיקול-הדעת של הרשות המוסמכת, היינו: הגם שזהו הליך של תקיפה ישירה, הביקורת המופעלת על-ידי בית-המשפט מופנית בעיקרה על חוקיות ההחלטה. השווה טכסט ליד הערה 52 להלן.

48 ראה זמיר (לעיל, הערה 11), 43-44. לא תמיד קל להבחין ולקבוע, האם ההליך שבו מדובר הוא הליך

לדוגמא: צו הריסה מנהלי מוצא נגד מבנה בבעלותו של פלוני. כשבאים נציגי הרשות להוציא לפועל את הצו, הם נתקלים באלמוני, שהוא קרוב־משפחה של בעל־המבנה. הלה מתנגד בכוח לביצוע הצו ותוקף את השוטרים שהתלוו לנציגי הרשות. הוא מועמד לאחר־מכן לדין בעוון הפרעה לשוטרי בשעת מילוי תפקידו.<sup>49</sup> בהליך פלילי זה, המתנהל בין שני צדדים, שאף אחד מהם לא היה מעורב בהליך הוצאת צו־ההריסה, עשוי אלמוני לעורר, בתור טענת הגנה, את שאלת תוקפו של צו־ההריסה. הוא עשוי לטעון כי הואיל והצו היה חסר־תוקף ובטל, השוטרים שאותם תקן לא היו "בשעת מילוי תפקידם". שאלת תוקפו של צו־ההריסה היא (אם בכלל) רק אחת השאלות שבית־המשפט צריך להכריע בהן. גם אם תידחה הטענה, ובית־המשפט יקבע כי הצו תקף, עדיין אין פירושו שההליך הסתיים. לפלוני יכולות לעמוד טענות הגנה אחרות, כמו בכל משפט פלילי. בשאלה, האם ובאיזו מידה יש לאפשר תקיפה עקיפה של אקטים משפטיים, שולטים בעיקר שני שיקולים נוגדים: מחד גיסא, אם יתאפשר לתקוף כל פעם מחדש החלטות ופעולות שנעשו על־ידי רשויות־השלטון, הדבר יפגע בסדר ובביטחון המשפטי ויגרום לריבוי תביעות ולהגברת העומס על בתי־המשפט. עקרונות אלו מחייבים להגן על סופיות הפעולות הללו. בהתאם לכך, יש מקום לדרוש כי מי שמבקש לערער על תוקפן, יעשה כן במסגרת הדרך שהותוותה לכך בחוק (קרי: באמצעות הליכי תקיפה ישירה), ובמגבלות שדרך כזו מתווה (מבחינת המועדים לערער על ההחלטה, הטריבונל המקצועי המתאים וכדו').<sup>50</sup>

מאידך גיסא, לעתים אין מנוס מלהעניק אפשרות לצדדים מסוימים לתקוף החלטות מנהליות בתקיפה עקיפה. אחרת, עלול הצדק לצאת נפגע. הדבר בולט במיוחד כאשר מי שמבקש להעלות טענות נגד תוקפו של האקט לא היה מיוצג או אף לא יכול היה לדעת על קיומו של אותו אקט מנהלי או שלא היה לו כל עניין ישיר באותו אקט בשעה שהתקיימו הליכי יצירתו. למשל: אם פלוני, המבקש לייבא לישראל סחורה מסוימת, נפגע מיישום תקנה מתקנות המכס, מן הראוי לאפשר לו

תקיפה ישירה או הליך של תקיפה עקיפה. קיימים הליכים שסיווגם מעורר קושי. מה, למשל, דינו של הליך של התנגדות לאכיפת פסק־דין (הגשת התנגדות במסגרת הליכי הוצאה־לפועל) או הליך של בקשה לסעד הצהרתי בעניין תוקפו של אקט מנהלי? אמנם, בהליכים אלו שאלת חוקיותו של האקט מוצגת במישור הפורמלי, בתור שאלה "אינצדנטלית", אך הלכה למעשה זו עשויה להיות השאלה המרכזית, או אף הבלעדית, שלפיה תוכרע ההתדיינות. בהתאם לכך, לגבי הליכים אלו מתעוררת במיוחד הבעיה של היחס בין קיום הליך רגיל של תקיפה ישירה לבין שאלת אפשרות של תקיפת האקט באופן "עקיף" במסגרת הליך כזה. ראה ע"א 367/85 מ.י. נ' קיטאי, פ"ד מא (3) 398, 401; ע"א 739/89 מיכקשוילי ואח' נ' עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד מה (3) 769, 772-773; וכן זמיר (לעיל, הערה 11), 43. הקושי בעניין זה קשור לזה שמעוררת השאלה מתי עניין מסוים נדון ישירות בתור עניין "עיקרי" ומתי הוא נדון "אגב אורחא". ראה, למשל, כג"צ 727/85 נוצר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (2) 589, 594-595; וכן רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל־אגף המכס וחבלו, פ"ד מד (3) 812 (להלן: מפעלים פטרוכימיים).

49 על־פי חוק העונשין [נוסח משולב], תשל"ז-1977, סעיף 275.

50 ראה: פסק־הדין מפעלים פטרוכימיים (לעיל, הערה 48), 819; זמיר (לעיל, הערה 11), 40 ואילך דן בהרחבה בשיקולים השונים בעניין זה. הדיון שם מבוסס על המצב הקיים בישראל, שלפיו תקיפה ישירה של אקטים מנהליים נעשית (בעיקרה) בבג"ץ. בעוד שתקיפה עקיפה מתבצעת במסגרת הליכים בפני בתי־המשפט הרגילים. וראה גם הדיון להלן, בסעיף־משנה 6.

לטעון – במסגרת תובענה נגד שלטונות המכס – כי התקנה, שמכוחה נפגע רכושו, היא בלתי-חוקית. או, למשל, אדם שרשיון-העסק שלו נשלל בלי שניתנה לו הודעה על כך, ומיד לאחר-מכן הוא מועמד לדין פלילי באשמה של ניהול העסק ללא רשיון. במצב כזה מן הראוי לאפשר לאותו אדם לטעון, במסגרת ההליך הפלילי, כי ההחלטה לשלול את רשיונו בטלה בשל הפרת זכות השימוע<sup>51</sup>.

שיקולי המדיניות הנוגדים בסוגייה זו הביאו לכך, שבת-המשפט בישראל הכירו באפשרות לתקוף אקטים שלטוניים בתקיפה עקיפה, אך הגבילו את סוג הטענות שניתן להעלות במסגרת זו. כפי שנקבע על-פי הגישה המסורתית, קו ההבחנה התבסס על קריטריון הווירוס ועל ההבחנה בין אקטים בטלים לבין אקטים נפסדים. הינו, אם ההחלטה המנהלית פגומה בפגם הגורר את בטלותה, הרי ניתן לתקוף אותה בתקיפה עקיפה. לעומת זאת, אם הפגם בהחלטה הוא פגם המביא לנפסדות גרידא, אזי לא תצליח הטענה במסגרת הליך תקיפה עקיפה, כי לצורך אותו הליך ייחשב האקט לחסר תוקף משפטי<sup>52</sup>.

השימוש בסיווג בטל-נפסד לעניין איפשוור התקיפה העקיפה תואם היטב את התפישה העקרונית של הגישה המסורתית. בתי-המשפט הבחינו בין טענות מנהליות באשר לחוקיות ההחלטה המנהלית לבין טענות לגבי תוכנו הענייני של האקט. במקרה שההחלטה היתה פגומה בפגם הקשור לסמכות (או כזה המוחזק כנוגע לסמכות<sup>53</sup>) – ההחלטה אינה חוקית ולכן יש מקום שכל בית-משפט, בכל הליך שהוא, יוכל לקבוע כי אין לה תוקף. מתפקידו של כל בית-משפט לבחון את מצב החוק בעניין הנדון לפניו ולכן אם מובא לפניו אקט שלטוני, שהוא אמנם תקף לכאורה, אך למעשה נפל בהליך יצירתו פגם היוורד לשורש החוקיות – צריך בית-המשפט להימנע מלייחס תוקף לאקט כזה ולהכריע את העניין שלפניו בהתאם לנסיבות.

שיקול נוסף שתמך בגישה זו היתה החומרה שבה ראו בתי-המשפט הפרות שלטוניות של עקרונות הסמכות, הצדק הטבעי וכדו'. בתי-המשפט ראו לעצמם חובה להתערב ולהגיב על כל הפרות כאלו, אפילו אם הן מתגלות לבית-המשפט באופן עקיף, אגב דיון בעניין אחר המובא לפניו<sup>54</sup>.

לעומת זאת, אם הטענות כנגד האקט המנהלי אינן נוגעות לחוקיותו, מן הדין להעלות אותן בדרך שהותוותה לכך בחוק (קרי: בתקיפה ישירה). אין זה מתפקידו של בית-המשפט, שהעניין מובא לפניו בתקיפה עקיפה, להיכנס לביקורת תוכן שיקול-הדעת של הרשות שהוציאה את האקט, אלא רק לברוק אם לא היתה חריגה מדרישות החוקיות. פגמים כאלו, שאינם יורדים לשורש החוקיות, נתפשו כחמורים פחות והצדיקו אפוא שמירה על עקרונות הסופיות והביטחון המשפטי. בהתאם

51 מכוח סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, יש לכל בית-משפט בישראל סמכות לדון אגב אורחא בכל שאלה משפטית, גם אם הסמכות לדון בעניין זה באופן ישיר מצויה בתחום סמכותו העניינית של בית-משפט אחר. עניין סמכות השיפוט יידון להלן, בסעיף-משנה 6.

52 ראה הלכת פרידמן (לעיל, הערה 8); ופסק-הדין אורט נ' הפול (לעיל, הערה 8); ת"א (נצ') 1408/87, המ' (נצ') 536/88 הסנה, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, רכבת ישראל, פס"מ תשמ"ט ג 45, 48; וכן: שטרית (לעיל, הערה 31), 42.

53 לעיל, הערה 27 והטקסט לידה.

54 רובינשטיין (לעיל, הערה 15), 6.

לכך סווגו אקטים פגומים כאלו בתור אקטים "נפסדים" ונמנעה האפשרות לתקוף אותם בתקיפה עקיפה<sup>55</sup>.

## 5. מקור הקשיים שבגישה המסורתית

הקשיים שבהם נתקלו בתי-המשפט בבואם ליישם את ההבחנה בטל-נפסד נובעים משתי סיבות עיקריות, הקשורות זו לזו: ראשית, ההבחנה התיימרה לפתור שורה של בעיות שונות באמצעות שורה ארוכה של הליכים משפטיים, השונים זה מזה בעזרת קריטריון אחד ואחיד: סוג הפגם שנפל באקט המנהלי. נוסף על כך, הקריטריון האמור עצמו הוא נוקשה ויושם על-ידי בתי-המשפט בצורה גורפת.

אבהיר את דברי באמצעות הדוגמא (המורכבת) הבאה: פלוני ביקש וקיבל מראש הרשות המקומית רשיון להפעלת עסק של מסעדה, בהתאם להוראות חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 (להלן: החוק). מתברר כי ההחלטה על הענקת הרשיון היתה פגומה. עובדות אלו יכולות להיות בסיס לשורה של הליכים משפטיים. נציג כעת כמה מהאפשרויות הללו באופן חלופי:

(א) שכניו של פלוני, שהפעלת המסעדה בסמוך למקום-מגוריהם טורדת את מנוחתם, תוקפים בבג"ץ<sup>56</sup> את ההחלטה לתת לו רשיון.

(ב) זמן-מה לאחר שפלוני החל להפעיל את העסק, מוגשת נגדו תובענה פלילית בעוון עבירה של ניהול עסק ללא רשיון (סעיף 4 לחוק).

(ג) זמן-מה לאחר הגשת האישום הפלילי האמור מופיעים במקום שוטרים המורים לפלוני להפסיק את הפעלת המסעדה. פלוני מסרב ותוקף את השוטרים. הוא מועמד לדין בעוון תקיפת שוטר והפרעה לשוטר במילוי תפקידו<sup>57</sup>.

55 ראה, למשל, בג"צ 351/88 טית-בית בע"מ נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד מב (3) 441, 445: דובינשטיין (לעיל, הערה 15), פרקים 2 ו-3. והשווה למצב בארה"ב: K.C. Davis, *Administrative Law Treatise*, (West Pub. Co., 1958) II sec. 18.10, p. 612-613, 616-619; *Estep v. U.S.*, 327 U.S. 114, 121-124, 135-136, (90 L.ED. 567, 574); *Sicuerilla v. U.S.*, 348 U.S. 385, 393-394 (99 L.ED. 436, 441-442); *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135, 166-167 (89 L.ED 2103, 2122); *Gonzales v. U.S.*, 348 U.S. 407, 413, 417 (99 L.ED 467, 472, 474).

56 בחוק רישוי עסקים אין הליך המעניק אפשרות של התנגדות להענקת הרשיון למי שמתגורר או נמצא בשכנות למקום העסק המיועד. אך בכך אין כדי לשלול את מעמדם של השכנים בבג"ץ, אם יוכיחו כי הפעלת המסעדה תגרום פגיעה ממשית לאינטרסים שלהם (בנוגע לאיכות-חיים וכדו'). ראה סעיפים 1(1) ו-2(2) לחוק האמור. וראה, למשל, בג"צ 275/82 פז שחם בע"מ נ' נציב מס הכנסה ואח', פ"ד לו (2) 656; וכן, ד' סגל, זכות העמידה בבג"ץ (פפירוס, תשמ"ז) 92-97. אני גם מניח, לצורך הדוגמא הנדונה, כי בתי-המשפט ייזקק לעתירה לגופה ולא ידחה אותה על סמך הכלל הנובע מהלכת בג"צ 16/50 איגרא רמא נ' ועדת בנין ערים, פ"ד ה 229. הנחה זו אינה חסרת-ביסוס בשל מעמדה הלא-ברור של הלכה זו במשפטנו. ראה, למשל, בג"צ 511/80 גליא נ' הוועדה המקומית לתכנון וניהול חופה ואח', פ"ד לה (4) 477, 481; בג"צ 3301/90 זקן נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ואח', תקדין (3) 380, 383. וכן, זמיר (לעיל, הערה 11), 51-54.

57 חוק העונשין [נוסח משולב], תשל"ז-1977, סעיפים 273 ו-275. לצורך הניתוח העקרוני של הדוגמא אני מניח כי לשוטרים יש סמכות לפעול לסגירת העסק, הפועל ללא רשיון, גם ללא צורך בצו-סגירה. זו הנחה שאינה מתקיימת בפועל. הלכה למעשה סמכות כזו מותנית במתן צו של בית-המשפט או של הרופא המחוזי, לפי סעיפים 16, 20 ו-24 לחוק.

(ד) שכניו של פלוני מגישים נגדו תובענה בנוזיקין. התובענה מבוססת על עוולת הפרת חובה חקוקה<sup>58</sup>.

(ה) הבעלים של הנכס שהמסעדה מנוהלת בו מגיש נגד פלוני תובענה לביטול חוזה השכירות, לפינוי המסעדה מן הנכס ולתשלום פיצויים. התובענה מבוססת על הטענה, כי בחוזה השכירות יש סעיף מפורש המחייב את פלוני להפעיל את המסעדה ברשיון.

(ו) הרשות המקומית מגישה נגד פלוני תובענה לתשלום אגרת-הרשיון (לפי סעיף 13 לחוק). פלוני מתגונן בטענה שהואיל ורשיונו אינו תקף, אין הוא חב באגרת-הרשיון.

ההליכים המשפטיים שצוינו לעיל הם רק חלק מהרשימה (האינסופית!) של ההליכים שבהם עשויה להתעורר שאלת תוקפה של ההחלטה לביטול רשיון העסק של פלוני. לצד הליך התקיפה הישירה (אפשרות א) קיימת תמיד האפשרות שעניין תוקפו של הרשיון יתעורר בתקיפה עקיפה, קרי: בהליך משפטי כלשהו, שבו תועלה על-ידי אחד הצדדים טענה בעניין זה. הליכים אלו יכולים להיות פליימ (כמו, למשל, בדוגמאות ב ו-ג), אזרחיים (בנוזיקין, כמו בדוגמא ד; או בחוזים, כמו בדוגמא ה), הליכי מיסוי (דוגמא ו), או בכל הליך אחר שרק ניתן להעלות על הדעת.

כאמור, הבעייתיות בגישה המסורתית היא כפולה: גישה זו מעניקה פתרון אחיד לשאלת תוקפו של האקט בכל סוגי המצבים הללו, השונים לחלוטין זה מזה מבחינה עניינית. והיא מייחסת משקל מכריע לפתרון זה, במסגרת ההכרעה הסופית בכל אחד מסוגי ההליכים הללו.

לפי הגישה המסורתית (ואני מציג אותה, כאמור, בצורה הגורפת והסטריוטיפית ביותר שלה), הרי אם (למשל) הפגם שנפל בהחלטה הוא פגיעה בזכות שיש לשכניו של פלוני להשמיע את התנגדותם להפעלת מסעדה באזור מגוריהם<sup>59</sup>, אזי הדבר גורר את בטלות ההחלטה לכל דבר ועניין. כתוצאה מכך עתירת השכנים בבג"ץ תתקבל (מקרה א), פלוני יורשע בפלילים, הן בעבירה של ניהול עסק ללא רשיון (מקרה ב) הן בעבירות של תקיפת שוטרים והפרעה לשוטר במילוי תפקידו (מקרה ג), התובענה הנזיקית כנגדו תתקבל (סיטואציה ד), הוא יפסיד גם בהתדיינות החוזית (מקרה ה), אך הגנתו כנגד התביעה בנוגע לדמי אגרת-הרשיון תתקבל (סיטואציה ו).

לתוצאות דומות יגיעו בתי-המשפט בכל המקרים שנדונו כאן גם בהנחה שהפגם באקט לא היה קשור לזכות השימוע, אלא דובר בחוסר-סמכות "פונקציונלית" של

58 פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], סעיף 63. והשווה בג"צ 16/50 איגרא-רמא, (לעיל, הערה 56); וכן, זמיר, (לעיל, הערה 11), 51-54.

59 כאמור לעיל, אין לשכנים זכות שימוע המוסדרת בחוק רישוי עסקים; אך אין פירוש הדבר, כי בית-המשפט לא היה מכיר בזכות שימוע כזו. נניח, למשל, כי השכנים היו פונים בכתב לרשות-הרישוי המקומית ומבקשים להיפגש עמה כדי להעלות את טענותיהם, ונניח כי הרשות היתה מתעלמת מהפנייה. במקרה כזה סביר להניח, כי המסקנה היתה שזכות השימוע שלהם נפגעה. כך או כך, לשם המשך הדיון בדוגמא, אני מניח כי קיים פגם מסוג זה בהחלטה.

מוציא הרשיון, בהפרת האיסור על משוא-פנים, בפגם של מרמה או קבלת שוחד או בכל פגם אחר הגורר את בטלות ההחלטה.

בולטת לעין העובדה שגישה כזו מתעלמת משורה של שיקולים שונים, שלכאורה עשויה להיות להם חשיבות רבה בהכרעה לגבי כל אחד מהמקרים. בראש-דבר, אשורה היא גזרת גזרה שווה לגבי התוצאות המשפטיות לשורה של פגמים מנהליים תוך שהיא מתעלמת מהרלבנטיות של הפגם המנהלי להתדיינות הקונקרטית ומהנסיבות הקשורות ליצירתו!

לדוגמא: אם הפגם שבו מדובר הוא הפרת זכות השימוע של שכניו של פלוני, הרעת נותנת שהדבר צריך לשמש בדיהם טענה טובה בעתירה לבג"ץ (א), ואולי גם בתובענה הנזיקית (ד). אך האם צריך גם בעל-הנכס להיבנות מכך שהופרה זכות השימוע של השכנים (ה)? לכך יכולה להינתן אולי תשובה חיובית (למשל: משום שמטרתו של הסעיף האמור בחוזה היתה למנוע חשיפה של הבעלים לתביעות אפשריות מצד שכניו) או שלילית (למשל: משום שהסעיף הוכנס לחוזה רק משום שבעל-הנכס נזקק להוכחה, בדמות העתק של טופס רשיון-העסק, כדי שיוכל להציג בפני רשויות-המס לשם קבלת הפחתות או ניכויים ממסים שונים המוטלים על הנכס): אך בוודאי ההכרעה בעניין זה אינה צריכה ליפול על בסיס סיווג מקדמי נוקשה של האקט הפגום. והאם יש מקום להנות את פלוני עצמו, בתובענה בעניין אגרת-הרשיון (1), מהעובדה שזכות השימוע של שכניו (שביקשו להתנגד למתן הרשיון) נפגעה?

קיים גם שוני במישור הענייני בין ההשלכות של הפגמים השונים בסיטואציות השונות. למשל: אין דין פגם של פגיעה בזכות השימוע של השכנים (פגם שייתכן כי פלוני לא יכול היה להיות מודע לקיומו<sup>60</sup>) כדינו של פגם הנובע מקרבת אינטרסים בין פלוני לבין רשות-הרישוי (פגם שפלוני היה מודע לו ושותף ליצירתו). להבדל זה עשויה לכאורה להיות רלבנטיות רבה לעניין האישומים הפליליים (ב), ואולי גם ג (וכך אולי גם לעניין הליכים אזרחיים מסוימים. תוצאות שלפיהן פלוני יכול ליהנות מחוסר-תוקפו של הרשיון (בסיטואציה ו) נראות פחות אבסורדיות, אם מדובר בפגם שפלוני לא היה מודע לו ושאוּלִי גם סיכן את האינטרסים שלו (הפרת זכות השימוע או חריגה פונקציונלית מסמכות) מאשר במקרה של פגם שפלוני היה שותף מלא ביצירתו (מתן שוחד או משוא-פנים).

אלא שהגישה המסורתית גוזרת דין שווה לכל הסיטואציות הללו (הדוגמא שהבאנו לעיל לבדה כוללת כמה עשרות של מקרים שונים, קרי: מכפלת שש הדוגמאות שהובאו לעיל במספר סוגי הפגמים המנהליים המובילים — לפי הגישה — לבטלות הרשיון). היא מעניקה משקל מכריע ל"פקטור" המנהלי בתהליך ההכרעה של הליכים משפטיים שונים (בתקיפה עקיפה) וגוזרת את ההכרעה לגבי תוקפו של האקט לפי קריטריונים אחידים ונוקשים: בית-המשפט בוחן את קיום הפגם, את סוגו (חריגה מסמכות, פגם בשימוע וכדו'), מסווג את האקט הפגום (לפי המבחן האחיד הנ"ל) וגוזר את התוצאה הסופית (או לפחות מעניק משקל מכריע לסיווג האקט בעת שהוא מכריע בתובענה שלפניו).

60 שהרי, כאמור, אין כל הוראה בחוק המחייבת הענקת זכות שימוע כזו.



הניתוח לעיל מסביר את הקשיים שבהם נתקלו בתי-המשפט שיישמו גישה כזו, שהרי שאלת תוקפו של האקט באה לידי ביטוי בהליכים רבים שאין להם למעשה שום דבר משותף! הרציונל של כל הליך והליך עשוי להיות שונה לחלוטין. הבטלות של אקט מנהלי פגום (למשל) בזכות השימוע גוררת תוצאה שונה לחלוטין בכל אחד מההליכים הללו. היא יכולה להביא לזיכוי של נאשם בפלילים (במקרה הדומה למקרהו של Head<sup>61</sup>) או להרשעתו (במקרה מהסוג של שפירא<sup>62</sup> או בדוגמאות ברג לעיל) היא גם יכולה להביא להצלחה של תובענה בחוזים או בנוזקין (דוגמאות ד ריה) או לכישלון של תובענה לגביית מס (דוגמא ו) וכן הלאה.

כאשר בית-המשפט קובע "הלכה", שלפיה אקט מנהלי הפגום בפגם של שימוע בטל בהליך בין עובד עירייה לבין הרשות המנהלית שהוציאה את האקט (עניין טחן), הוא נתקל באותה הלכה כ"בומרג" החוזר אליו בעת שנטען בפניו כי הדבר מחייב הרשעה בפלילים של מי שקיבל רשיון-בנייה התקף לכאורה ופעל על-פיו בתום-לב (עניין שפירא). מה שנראה הגיוני ורצוי בהליך אחד עלול להיראות אבסורדי ומעוות בהליך האחר, שהרי למעט הסיווג האמור של האקט המנהלי הפגום, אין בין שני המקרים הללו ולא כלום!

לפני סיום הדיון בחלק הנוכחי, מן הדין להתייחס עוד לשתי טענות אפשריות לזכותה של הגישה המסורתית:

הטענה הראשונה היא שגישה כזו, למרות נוקשותה, שומרת לפחות על אחידות בסיווג התוצאות של הפגמים השונים באקטים המנהליים, ובכך יש לה יתרון על-פני גישות אחרות גמישות יותר (שיידונו בהמשך). על טענה זו יש להשיב בשתיים:

ראשית, מבחינת תיאור המצב הלכה למעשה, הטענה היא בלתי-נכונה, ופסקי-הדין שניתנו בנושא זה יוכיחו. המדובר באחד התחומים המבולבלים והמעורפלים ביותר בתחום המשפט המנהלי. הדבר האחרון שניתן להגיד לזכותו הוא, שקיימת לגביו "קוהרנטיות" או אחידות בכללים המשפטיים. דווקא הנוקשות של הגישה המסורתית הביאה את השופטים לא פעם לשימוש בפיקציות ובנסיונות לעקוף את שאלת הסיווג כדי להימנע מתוצאות לא-רצויות. הסתירות הפנימיות וחוסר-העקיבות שהותירה אחריה הגישה המסורתית הם בגדר "סוד גלוי", שהשופטים עצמם מלינים עליו בפסקי-הדין<sup>63</sup>.

שנית, אפילו היה בנוקשות של הגישה המסורתית כדי להביא ל"אחידות" כלשהי בכללים בעניין זה (ולו גם במובן הטכני והפשטני, כגון: פגם בזכות השימוע — בטל, ופגם בשיקול-דעת — נפסד), הרי "אחידות" מעין זו כלל איננה רצויה! שהרי מדוע זה צריך להיות "דין אחיד" לכל סוגי ההליכים הללו השונים כל-כך זה מזה במהותם, בחקיקה החלה עליהם, בשיקולי המדיניות הרלבנטיים לגביהם ובהשלכות שתהיה להכרעה בהם? האם לא סביר יותר שגם שאלת הסיווג תוכרע בכל הליך כזה בהתחשב במסגרת המשפטית ובשיקולים הענייניים והעובדתיים

61 לעיל, הערה 41.

62 עובדות פסקי-הדין יובאו בפרק הבא, בסעיף-משנה 1.

63 ראה האסמכתאות לעיל, בהערה 4 ולהלן בהערה 76; וכן: שטרית (לעיל, הערה 31), 57-62 ואסמכתאות שם.

הרלבנטיים לאותו עניין? יוצא שאחידות הדין בשאלת הסיווג לא קיימת, בלתי ניתנת להשגה ובלתי-רצויה גם יחד.<sup>64</sup>

הטענה השנייה (והחשובה יותר) מבחינת תומכי הגישה המסורתית היא, כי יש חשיבות לכך שבתי-המשפט יפגינו עמדה "נחושה" ויקפידו עם רשויות-המנהל במקרים שבהם הן חורגות מדרישות החוקיות. לכן כאשר הרשות המנהלית חורגת מתחומי הסמכתה או פוגעת בכללי הצדק הטבעי, צריך בית-המשפט להגיב בחומרה על ההפרה, בבחינת "יקוב הדין את ההר". על-פי הטענה, הדבר דרוש גם כדי ל"הרתיע" את הרשות מהמשך ההתנהגות הבלתי-חוקית במקרים עתידיים.<sup>65</sup>

ואולם צא וראה את מי "מענישים" בתי-המשפט בסופו של דבר על הפרת כללי הדיון המנהלי: במקרה של דוגמאות ב רד לעיל, בעל הרשיון (שלפי הנחתנו, כלל לא ידע על הפרת זכות השימוע של שכניו) משלם (בממון ובפלילים!) בעבור הפרת כללי הדיון המנהלי, שנעשתה על-ידי הרשות המנהלית!<sup>66</sup> ואילו במקרה ה יוצא גם-כן בעל-הרשיון כשידיו על ראשו, אך הפעם הנהנה הוא בעל-הבית, שנופלת לידו ההזדמנות לנצל את הפרת זכות השימוע של השכנים לטובת שיפור מצבו בסכסוך חוזי. ואם צריך להוסיף תימוכין לטיעון בדוגמאות נוספות, אזי נזכיר עוד את מקרהו של Head, שם הכוונה הטובה ל"הענשת הרשות המנהלית" הובילה ל"גיהנום" של זיכוי של מי שביצע עבירה חמורה, על חשבון קורבן חסרי-שע.

מכאן, שאם חפצים בתי-המשפט להקפיד עם רשויות-המנהל על דרישות החוקיות המהותיות והדיוניות, הדרך לעשות כן אינה על-ידי סיווג נוקשה של אקטים מנהליים פגומים. הגישה המסורתית לא רק שאינה משיגה את המטרה האמורה, אלא במקרים מסוימים היא אף מובילה לתוצאה ההפוכה. הרשות המנהלית ה"חטאה", בסיטואציות מסוימות, יכולה לנצל לטובתה את הפגם שנפל באקט, ושהיא עצמה אחראית לו.<sup>67</sup>

64 כאמור, הטיעון כנגד ההיגיון שבאחידות הדין מתייחס בראש-ובראשונה להליכים השונים של תקיפה עקיפה, אך ניתן להעלות אותו גם לגבי הליכים שונים של תקיפה ישירה של האקט המנהלי. ניתן, למשל, לטעון כי אין שום סיבה לנקוט פתרון אחד, הנובע באופן מיידי והכרחי כתוצאה מסוג הפגם המנהלי, לגבי שאלות השונות זו מזו והמתעוררות בהליכים שונים של תקיפה ישירה של האקט המנהלי. למשל: ניתן לטעון, כי העובדה שאקט מסוים נגוע בפגם מסוים (נניח: חוסר-סמכות) אינה מחייבת בהכרח תוצאות מסקנות אחידות הן לעניין מישור הזמן (רטוראקטיביות), והן לעניין הרחבת מעגל הזכאים לתקוף אותו, והן לעניין השאלה האם הפגם מאפשר תקיפת האקט למרות הוראות סופיות המגנות עליו (ראה לעיל, סעיף-משנה 1). כלומר: ניתן לטעון כי גם כאשר העניין נדון בתקיפה ישירה (נניח: בבג"ץ), עדיין רשאי בית-המשפט לבחון את ההשלכות המעשיות והענייניות השונות של הפגם המנהלי, ולא לייחס לו באופן אוטומטי וגורף את כל ההשלכות הנובעות מסיווגו כ"בטל".

65 גישה זו מתקשרת ל"תפישת התפקיד" של בתי-המשפט, שתוארה לעיל, בסעיף-משנה 2.

66 במישור הצורני עוברת מקרה ב שבדוגמא זהות לאלו בפסקי-הדין שפירא. ראה להלן, סעיף-משנה 1 בפרק הבא.

67 כדי להדגים מצב כזה, נשתמש בדוגמא הבאה: רשות-הרישוי מחליטה לבטל רשיון להפעלת מסערה, הנמצא ברשותו של פלוני. ההחלטה פגומה בכך שלא ניתנה לפלוני זכות להשמיע את טענותיו לפני קבלת ההחלטה (סעיף 7אג) לחוק רישוי עסקים). אך פלוני מצייט ומפסיק את הפעלת המסערה, עד שהרשות מחדשת לאחר חודשים מספר את רישיונו. לאחר-מכן תובעת הרשות מפלוני תשלום אגרה עבור רשיון-העסק שלו (סעיף 30 לחוק). האם בהליך זה תוכל הרשות לטעון כי פלוני חב באגרת-רישיון גם עבור התקופה שהעסק היה סגור, משום שההחלטה (שלה עצמה) לגבי ביטול הרשיון היתה "בטלה" (עקב הפרת זכות השימוע של פלוני) ולכן לפלוני "היה רשיון" כל אותה תקופה? והשווה בג"ץ 577/89 באום ואח' נ' ראש המועצה המקומית קרית-אנו ואח', פ"ד מה (1) 9, 112. שם טענה הרשות המינהלית

## 6. ההבחנה בטל-נפסד וסמכות השיפוט בעניינים מנהליים

לגבי הגישה המסורתית יש להבהיר עוד נקודה אחת: הקשר בין סיווג האקטים הפגומים לפי הגישה המסורתית לבין שאלת סמכות השיפוט בעניינים מנהליים. הפסיקה שאימצה את הגישה המסורתית יצרה קשר זה, אך – לדעתי – אין נושא הסמכות שייך ישירות לנושא דיונו.

כדי להבהיר עניין זה, רצוי קודם-כול להבחין בין שלושה עניינים נפרדים זה מזה:

העניין הראשון הוא שאלת סמכות השיפוט של בתי-המשפט בישראל בכל הנוגע לתובענות מנהליות. כידוע, ערכאת-השיפוט המנהלית העיקרית בישראל היא בג"ץ, ואולם לפי מצב החקיקה בנושא קיימת לכאורה חפיפה בין הסמכויות המוענקות לבג"ץ, על-פי סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, לבין הסמכויות השיוריות של בתי-המשפט המחוזי על-פי סעיף 40 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. חפיפת הסמכויות האמורה גורמת לכך שהדינים בנושא סמכות השיפוט הם סבוכים, ובמידת-מה מעורפלים. הסוגייה מעוררת שאלות שונות שאין מקום לפרטן כאן<sup>68</sup>.

בנוסף לכך, לכל בית-משפט יש סמכות לדרך בעניינים מנהליים, כאשר הם מתעוררים בפניו אגב אורחא כעת שהוא דן בעניין אחר המצוי בתחום סמכותו. סמכות זו, לדרך בשאלות המתעוררות אגב אורחא, מוסדרת בסעיף 76 לחוק בתי המשפט.

העניין השני הוא סוגיית התקיפה העקיפה והיחס בינה לבין הליכי התקיפה הישירה של האקט המנהלי – סוגייה הנדונה לעיל; ואילו העניין השלישי הוא נושא סיווג האקטים הפגומים – נושא מאמרנו.

אין זהות בין העניין הראשון לשני, היינו: שאלת סמכות השיפוט ושאלת התקיפה העקיפה הן שתי שאלות נפרדות, שלכל אחת מהן יש קיום משלה. הבעיה של תקיפה עקיפה קיימת עקרונית גם בשיטת-משפט שבה אין כלל ערכאות-שיפוט נפרדות לעניינים מנהליים ולעניינים אחרים. גם שם עשויות להתעורר שאלות בנוגע לתקיפה ישירה ועקיפה של אקטים מנהליים. נבהיר זאת בעזרת הדוגמא להלן: נניח, למשל, כי בשיטת-משפט מסוימת מופנות כל התביעות המשפטיות, על

כי איננה מנועה מלשנות את שיעורי הארנונה שנקבעו על ידה בשנת המס הקודמת, וזאת למרות מגבלות בחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), תשמ"ט-1989 (ס' 20(ב)) על שינוי כזה. הטענה התבססה על כך שאותן הנחות ניתנו (על ידה!) שלא כדין ולכן אין החוק האמור חל עליהן.

68 לאחרונה הולכת וגוברת המגמה בפסיקת בתי-המשפט העליון להעביר את השיפוט בעניינים מנהליים אל בתי-המשפט הרגילים, ראה למשל: בג"ץ 731/86 מיקרו דף ג' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא (2) 449; בג"ץ 341/80 דוויק ג' בכר, מנהל שירותי הדואר (מחוז ירושלים), פ"ד לה (2) 197; רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים (לעיל, הערה 48), ולאחרונה – בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ ואח' ג' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מה (5) 50. סוגיית סמכות השיפוט נדונה בהרחבה אצל זמיר (לעיל, הערה 11), פרק חמישי, עמ' 52 ואילך. ראה גם א' רובינשטיין, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט א 261; וכן י' זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רזנטל (ג' טדסקי עורך, תשכ"ד) 225.

סוגיהן וללא יוצא מהכלל, לערכאת-שיפוט אחת ויחידה. גם בשיטה כזו עשויות להתעורר שאלות, כגון האם להתיר תקיפתו של רשיון-עסק פגום במסגרת הליך פלילי שעניינו עבירה של עיסוק ללא רשיון, תקיפת שוטרים שבאו לסגור את העסק וכדו'; וכן השאלה של היחס בין הליכים כאלו לבין הליך תקיפה ישירה של הרשיון (שיכול אמנם להתקיים בפני אותה ערכאה, אך בתור הליך מנהלי נפרד) וכדו'.<sup>69</sup> בהתאם לאמור, ניתן היה לתהות גם מהו הקשר בין העניין הראשון (סמכויות השיפוט) לבין העניין השלישי (הסיווג בטל-נפסד). אלא שבתי-המשפט בישראל יצרו את הקשר בין כל שלושת העניינים הללו. הם עשו כן לפי פרשנות של סעיפי החקיקה בנוגע לסמכויות השיפוט, פרשנות שהושפעה מהתפישה המסורתית לגבי הסוגיה של סיווג האקטים הפגומים. להלן אתאר את המהלך שהוביל אותם לתוצאה זו:

נקודת-המוצא של עמדה זו היא העובדה, שהחקיקה בנושא זה מעניקה רק לבג"ץ סמכות לבקר ולפסול מעשים והחלטות של רשויות-המדינה. לעומת זאת, החוק שולל סמכות כזו מבתי-המשפט האזרחיים הרגילים משום שהוא אוסר עליהם להוציא צווי עשה ואל-תעשה נגד המדינה ורשויותיה השונות.<sup>70</sup> בתי-המשפט הסיק מכך, כי המגבלה האמורה חלה על כל הליך שבו בית-משפט רגיל בוחן את האקט, בין אם המדובר בהליך של תקיפה ישירה או בהליך של תקיפה עקיפה. אלא, שלמגבלה זו נקבע חריג אחד: היא לא חלה על מצב שבו האקט המנהלי בטל; שהרי, כזכור, לפי תיאוריית ה"אפסות", בתי-המשפט איננו מבטל את האקט באופן קונסטיטוטיובי, אלא רק "מכריז" על בטלותו, והכרזה כזו – כך נקבע – גם בתי-המשפט האזרחי מוסמך לתת.<sup>71</sup>

את המהלך המתואר לעיל ניתן לבקר הן במישור של פרשנות החקיקה הרלבנטית, והן במישור של שיקולי המדיניות הרצויה. ראשית, מבחינת הפרשנות ניתן לטעון, כי מגבלות הסמכות של בתי-המשפט הרגילים בעניין הוצאת צווים שיבטלו, יאסרו או יורו על ביצוע פעולות שלטוניות של רשויות-המדינה – אינן חלות ואינן רלבנטיות לביקורת האקטים המנהליים הללו בתקיפה עקיפה.

שהרי בתקיפה עקיפה בתי-המשפט כלל אינו מבטל את האקט המנהלי, אלא רק מחליט אם להתחשב בתוקפו לצורך העניין הנדון לפניו (והנמצא ממילא במסגרת

69 קיימות שיטות-משפט שבהן כללי הסמכות שוללים אפשרות של הכרעה בשאלה המנהלית, המתעוררת בתקיפה עקיפה בבית-משפט שאינו מוסמך לדון ישירות בשאלה. כך, למשל, בצרפת חייב בית-משפט אזרחי להעביר להכרעתו של בית-המשפט המנהלי המוסמך שאלות הנוגעות לתוקפם החוקי של אקטים מנהליים מסוימים, ולהמתין להכרעתו של זה, כדי להמשיך בדיון בתובענה שלפניו. ראה Dupuis & Guedon, (לעיל, הערה 29), 529-528 Chapus; (לעיל, הערה 29), 632 ואילך; Les Grands Arrêts, (לעיל, הערה 29), 243 ואילך; וכן, זמיר (לעיל, הערה 11), 19-20. ודוק! גם בצרפת, כאשר שאלת תוקפו של אקט מנהלי מתעוררת אגב תובענה בפני בית-המשפט האזרחי, מדובר בתקיפה עקיפה, אלא שתקיפה זו מתבצעת על-ידי "שילוח" (renvoi) של השאלה לבית-המשפט המוסמך. ההבדל הוא רק בכללי הסמכות והפרוצדורה לטיפול בתקיפה העקיפה.

70 חוק יסוד: השפיטה, סעיף 15(ד) (לשעבר סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957): החוק לתיקון סדרי הדיון האזרחיים (המדינת כבעל דין), תשי"ח-1958, סעיף 5.

71 פסק-הדין פרידמן, (לעיל, הערה 8), שם; ע"א 790/77 אורט נ' הפול, (לעיל, הערה 8), שם; פסק-הדין הסנה (לעיל, הערה 52), שם. השימוש בתפישת הבטלות כבסיס להכרעה בשאלת התקיפה העקיפה נתמך גם על-ידי זמיר (לעיל, הערה 11), 24-25.

סמכות השיפוט שלו). הסעיף המסמך את בתי-המשפט הרגילים לדון בתקיפה עקיפה של האקט המנהלי הוא, כאמור, סעיף 76 לחוק בתי-המשפט. הסעיף מעניק לבית-המשפט הרגיל את הסמכות לדון (אגב אורחא) בעניינים מנהליים – מחד גיסא, ומגביל את ההשלכות של ההכרעה בעניין המנהלי "לצורך אותו עניין" (אזרחי, פלילי וכדו'), הנדון בפני בית המשפט – מאידך גיסא. יוצא, שלכל בית-משפט יש סמכות לעסוק בשאלת תוקפו של אקט שלטוני, אם העניין מתעורר לפניו (בתקיפה עקיפה) אגב בירור עניין המצוי בסמכותו. לעניין זה אין נפקא מינה אם הטענה נגד האקט מתייחסת ל"בטלות" או ל"נפסדות"<sup>72</sup>.

שנית, מבחינת שיקולי המדיניות בתחום זה של סמכויות השיפוט – דומה כי הלכה זו מובילה לתוצאות בלתי-רצויות. אפילו אם ניתן להצדיק את הקשר בין שאלת סיווג האקט הפגום לבין שאלת איפשוור התקיפה העקיפה (דבר שעוד אחלוק עליו בהמשך המאמר), הרי אין כל מקום לקשר בין השאלות הללו לבין סמכויות השיפוט בעניינים מנהליים. סוגיית השיפוט בעניינים מנהליים, מחד גיסא, וסוגיית איפשוור התקיפה העקיפה, מאידך גיסא, הן שתי סוגיות משפטיות סבוכות, אך בכל אחת מהן שולטים שיקולי מדיניות משלה<sup>73</sup>. הקישור שנעשה בין שתיהן באמצעות עירוב עניין סיווג האקט הפגום מגביר שבעתיים את הבלבול בדיון הקיים ומרחיק את בית-המשפט מבחינה של שיקולי המדיניות המהותיים בכל אחת מהסוגיות.

קריטריון הבחנה טוב בנוגע לשאלת סמכות השיפוט צריך לעמוד לפחות בשני תנאים בסיסיים: הוא צריך להיות קריטריון שיביא בחשבון שיקולים ענייניים (סוג העניין שבו מדובר, סוג הפגום שמיועד לדון בו, כישוריו, מגבלותיו, שיקולי יעילות וכדו') ועליו להיות מסוגל ליצור קריטריון ברור בין תחומי סמכותן של הערכאות השונות<sup>74</sup>. השימוש בסיווג בטל-נפסד בתור קריטריון סמכות אינו עומד באף אחת מן הדרישות הללו: המדובר בהבחנה שהיא פורמלית (במידה רבה),

72 בג"צ 727/85 נוצר (לעיל, הערה 48), 597 (מפי השופט ברק, שלעניין התוצאה הסופית באותו הליך, היה ברעתי-מיעוט). מעניינת העובדה, כי על עניין זה עמד לכאורה גם השופט זוסמן עצמו, שפסק את הדין בעניין פרידמן (לעיל, הערה 8), 582 ליד אותיות ו-1, אך הדבר לא שינה את מסקנתו הסופית. בד בבד הולכת פסיקת בתי-המשפט ושוחקת את המגבלה הסטטוטורית (מכות סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחיים) (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 על סמכותם של בתי-המשפט הרגילים להוציא צווי-עשה או צווי-מניעה נגד רשויות-המדינה. בתי-המשפט עושים שימוש נרחב ונמרץ במכשיר החלופי של סעדים הצהרתיים כנגד המדינה, כדי לעקוף את המגבלה הנ"ל. ראה ב"ש 441/83 מעוף נתיבי אור בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 732; ע"א 226/80 כאהן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 463, 468-469, 472; ע"א 144/79 יוטבין מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לד (2) 344, 349. בג"צ 259/84 מ.י.ל. מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר נ' רשות השידור, פ"ד לח (2) 673, 679-680: בג"צ 559/89 העדה המרונית בחיפה נ' שד האוצר, פ"ד מד (2) 147, 152; וכן בג"צ 991/91 פסטרנק, (לעיל, הערה 68), עמ' 65-66, שם בתי-המשפט מבקר חריפות את הוראת הסעיף וממליץ לבטלו.

73 השיקולים הקיימים בשאלה של איפשוור התקיפה העקיפה הם שיקולים של יציבות משפטית, טפיות הדיון, יעילות ומניעת כפלה-התדייניות, הרלבנטיות של הפגם באקט המנהלי לעניין הנדון בהליך התקיפה העקיפה וכדו'. (ראה סעיף-משנה 4 לעיל). השיקולים השולטים בתיחום סמכויות-השיפוט ובחלוקתן בעניינים מנהליים, נוגעים בין היתר ליתרונות ולחסרונות הדיוניים של כל ההליך בפני כל ערכאה (בית-המשפט הרגיל ובג"ץ), לסעדים שהיא מוסמכת להעניק, לעומס השיפוט, להשלכות העקרוניות של ההכרעה על הרשות המנהלית וכדו'. (ראה זמיר [לעיל, הערה 11], פרק שישי, עמ' 80 ואילך; וכן פסק-הדין פסטרנק [לעיל, הערה 68]).

74 כידוע, אין בנמצא כיום קריטריון ברור כזה לתיחום ולהבחנה בין סמכויות בג"ץ לסמכויות בתי-המשפט

טכנית ומנותקת לא פעם (כפי שהראיתי) משיקולים ענייניים ומהותיים. עם זאת, זוהי הבחנה מסובכת, שבית-המשפט יכול לעשות אותה בדרך-כלל רק אחרי שהחל לדרון בעניין, ולא בשלב שבו מתעורר נושא סמכויות השיפוט.

מכאן, שהן הפרשנות הראויה של המסגרת הסטטוטורית הקיימת והן שיקולים של מדיניות ראויה מחייבים להפריד הפרדה גמורה בין סוגיית סמכות השיפוט, מחד גיסא, לסוגיית התקיפה העקיפה וסיווג האקטים הפגומים, מאידך גיסא. ואכן, לאחרונה דומה, כי קור-מחשבה זה הולך ומקבל תימוכין בפסיקת בתי-המשפט הדנה בנושא<sup>75</sup>.

המסקנה המתבקשת היא, אפוא, כי לשאלת סמכויות השיפוט בעניינים מנהליים אין קשר ענייני לשאלות הנדונות ברשימה זו. בהתאם לכך, לא אתייחס אליה יותר במסגרת הדיון להלן.

#### ד. הגישות החדשות לבעיית הסיווג

כבר ציינתי לעיל, כי מה שמכונה כאן "התפישה המסורתית" לא היה מעולם בבחינת הלכה משפטית מגובשת במדויק. דובר למעשה בתפישה כללית לבעיית הסיווג, שהושפעה מאידיאולוגיה שיפוטית הקשורה לתפקיד המרכזי שיש לדוקטרינת האולטרא-וירס במשפט המנהלי בישראל. עמדת בתי-המשפט לגבי שאלת הסיווג משפיעה על קשת רחבה של הליכים וסיטואציות. לא בכל המקרים הללו יישמו בתי-המשפט ב"אדיקות" – גם בתקופה שלפני פסקי-הדין בעניין שפירא – את הגישה המסורתית. לעתים, כשבית-המשפט נוכח כי הגישה המסורתית מובילה אותו לתוצאה לא-רצויה או הנוגדת את ההיגיון, הוא מצא דרך לחמוק מתוצאה כזו ולהגמיש את העמדות הקשיחות של הגישה המסורתית.

הנטייה לגמישות כזו התגברה בפסיקה שניתנה לקראת סוף שנות השבעים ושעסקה בשאלת בטלותו של אקט מנהלי שהיה פגום מבחינת חובת השימוע. הגם שאיש לא ערער ישירות על הלכת טחן ועל תפישת הבטלות המוחלטת העולה ממנה, הרי הלכה למעשה חל כרסום מסוים בתפישה זו. בכמה פסקי-דין לא היו בתי-המשפט מוכנים לקבל כמוכנות מאלהן את התוצאות מרחיקות-הלכת שנבעו מתפישה זו. במסגרת זו נפסק, שאם מתברר לבית-המשפט כי הגם שנפגעה זכות השימוע של העותר – הלכה למעשה לא היו לו כל טענות ענייניות שיכול היה להשמיע כנגד ההחלטה ולא נגרם לו כל עיוות דין – הרי בית-המשפט יימנע מלייחס בטלות מוחלטת לאקט הפגום והוא עשוי לקבוע כי הוא יישאר בתוקפו<sup>76</sup>.

הרגילים. ראה אסמכתאות בהערה 68 לעיל; זמיר, 162-165; ופסקי-הדין פרידמן (לעיל, הערה 8) 585 ד.

75 ראה דעת השופט ברק בעניין פסקי-הדין נוצר (לעיל, הערה 48) 597; וכן פסקי-הדין מפעלים פטרוכימיים (לעיל, הערה 43), (דעת השופטים ברק וגולדברג שם, 820; והשווה לדעתו של השופט ש' לורן, שם, 817-818).

76 בג"צ 598/77 דרעי (לעיל, הערה 20), 167-168; בג"צ 118/80 גרינשטיין (לעיל, הערה 20), 245-246; בג"צ 547/80 י' פרץ ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לו (2) 239-240; בר"ע (ב"ש) 220/84 בן אלי נ' סימון, פס"מ תשמ"ז א 358, 365. נטייה דומה באה לידי ביטוי לגבי השאלה האם הנפגע מהפרת זכות השימוע רשאי למחול על ההפרה, למרות "בטלותו" של האקט הפגום. ראה ע"פ 313/79 דדה נ'

## 1. פסקי-הדין בעניין שפירא<sup>77</sup>

העובדות של פסקי-הדין יובאו כאן בצורה סכימטית ובקיצור נמרץ. הנאשמים הורשעו בעבירה של בנייה ללא היתר חוקי (על-פי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965). דובר בפעולות בנייה שבוצעו במסגרת פרויקט בניית שלושה מלונג-דירות. הנאשמים בנו תוספות מסוימות לבניינים אלו, שלא נכללו בתוכניות-הבנייה שחלו על האתר. פעולות כאלו חייבו קבלת היתרי-בנייה מיוחדים מאת הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה. הלכה למעשה, בשעה שבוצעו פעולות הבנייה היו בידי הנאשמים היתרים מאת הוועדה המקומית, אך התביעה טענה בבית-משפט כי היתרים אלו הם בלתי-חוקיים ובטלים. בהתאם לכך הורשעו הנאשמים בבית-משפט השלום, וערעורם לבית-המשפט המחוזי נדחה.

הפגמים החוקיים שנפלו בהיתרים אלו ניתנים לחלוקה לשלושה סוגים:

(א) אחד ההיתרים שבו דובר (שסומן כ"ת/10) היה פגום בכך שניתן על-ידי הוועדה המקומית ללא אישור הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, כפי שדרש הסעיף המסמך (סעיף 147 לאותו חוק). זהו פגם מובהק של חוסר-סמכות. לפי הגישה המסורתית, פגם כזה גורר בטלות מוחלטת של האקט הפגום<sup>78</sup>.

(ב) ההיתר השני שעליו הסתמכו פעולות הבנייה (שסומן כ"ת/8) ניתן גם הוא ללא אישור הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, אלא שאחרי המועד שבו קיבלה הוועדה המקומית את ההחלטה על מתן ההיתר, אך לפני שההיתר הוצא ונמסר לנאשמים – שונה החוק בנושא; כך שהחוק לאחר תיקונו הסמך את הוועדה המקומית להוציא היתר כזה ללא צורך באישור הוועדה המחוזית<sup>79</sup>.

יוצא, שהפגם בהיתר זה היה גם הוא פגם של חריגה מסמכות, אך זוהי חריגה שהאזרח לא יכול היה לעמוד על קיומה בעת שההיתר נמסר לידי<sup>80</sup>.

מדינת ישראל (לעיל, הערה 33), 72; בג"צ 320/80 קווסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה (3) 113, 121; וכן M.B. Akehurst, "Void of Voidable – Natural", 353 (לעיל, הערה 23), 145-149 Modern L. Rev. 138, 145-149 (לעיל, הערה 21), Craig; Justice and Unnatural Meanings" 31 (לעיל, הערה 21), 109.

77 ע"פ 768/80 (לעיל, הערה 6) (להלן: הערעור הפלילי); ד"ג 12/80, (לעיל, הערה 4), (להלן: הדין הנוסף).

78 פגם של העדר אישור פירושו למעשה, שהאקט ניתן שלא על-ידי מי שמוסמך כרין לאשר את נתינתו. זהו פגם חמור היורד לשורש סמכותה ה"פונקציונלית" של הרשות שקיבלה אקט כזה, כמוכח של בג"צ 203/57 רובינסקי נ' הפקיד המוסמך לענין חוק בחים משוחפים, פ"ד יב 1668 (וראה ערעור פלילי שפירא [לעיל, הערה 6], 356, 358).

79 דובר בתיקון סעיף 147 לחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 4), תשל"ג-1973.

80 בפועל כלל נוסח ההיתר שנמסר לעותרים את תאריך מתן החלטה המקורית, כך שעקרונית הם יכלו להבחין בכך שהיא ניתנה לפני תיקון החוק. בין שופטי בית-המשפט העליון נתגלעה מחלוקת באשר לשאלה, האם יש להטיל על האזרח את הנטל במקרה כזה ותאם אין הוא רשאי להגות – לפי הכלל של חוקת התקינות של הפעולה המנהלית – כי ההיתר ניתן בסמכות, משום שהוועדה המקומית שבה ואישרה את ההחלטה המקורית לאחר שהתחנן תוקן. ראה דעת השופטים "כהן" (ע"פ שפירא [לעיל, הערה 6], 355-356); ובייסקי (ד"ג שפירא [לעיל, הערה 4], 668), מול דעות השופטים כ"פורת (ע"פ, 371) ולנדוי (ד"ג 660). הסיטואציה הנדונה בעניין שפירא מדגימה את העובדה, שלעיתים גם חריגה חמורה או אף "פונקציונלית" מסמכות עשויה להיות נסחרת מעיני הציבור הרחב ומפניו של האזרח



(ג) פגם נוסף שנפל בשני ההיתרים הללו גם יחד היה הפרה של החובה הסטטוטורית לפרסום מוקדם של כוונת הוועדה להתיר את פעולות הבנייה האמורות, בניגוד לתוכניות המתאר שחלו על האתר. דובר, אפוא, בפגיעה בזכות השימוע של מתנגדים פוטנציאליים לפעולות בנייה אלו. לא היתה מחלוקת בין שופטי ההרכב, כי האחריות החוקית לביצוע פרסום כזה מוטלת על כתפיה של הוועדה המקומית<sup>81</sup>.

התוצאה הסופית של ההליכים היתה, כי הרשעת הנאשמים בעבירה של בנייה ללא היתר חוקי אושרה לגבי פעולות הבנייה שבוצעו על-פי שני ההיתרים הפגומים. השופטים לנדוי ובן-פורת התנגדו לאישור ההרשעה בכל הקשור ל-8/8 (שבו, כאמור, דובר בפגמים של חריגה "נסתרת" מסמכות ופגיעה בזכות השימוע) ונתירו בעניין זה בדעת-מיעוט. השופטים "כהן ומ' בייסקי ביססו את תמיכתם בתוצאות המרשיעות על העובדה שבשני ההיתרים נפלו פגמים של חריגה מסמכות. הם התנגדו (באמרת-אגב) להרשעת הנאשמים, אם הרשעה כזו היתה מבוססת על כך שהיתרי-הבנייה היו פגומים בפגם של פגיעה בזכות השימוע. השופט ברק תמך בהרשעת הנאשמים הן על סמך העובדה שההיתרים היו פגומים בחריגה מסמכות, והן (באמרת-אגב) בשל העובדה שבהליך הוצאתם נפגעה זכות השימוע.

מתוך פסקי-הדין של חמשת השופטים שישבו בשני ההליכים בעניין שפירא ניתן, לדעת, להבחין בין ארבע גישות עקרוניות לבעיית הסיווג. הסקירה להלן של גישות אלו תתייחס אליהן בתור "מודלים" של גישות אפשריות. איני מתיימר לתאר כאן במדויק את הפסיקה של כל שופט ושופט, אלא רק את הכיוון העקרוני שבו הלך.

הגישה הראשונה היא גישה הדומה לגישה המסורתית, שתוארה בהרחבה בחלק הקודם, אם כי היא מובאת בפסקי-הדין בנוסח "מרוכך" ומודרני, המושפע מההתפתחויות הפסיקתיות שקדמו לפסקי-הדין שפירא. זוהי גישה שהתמיכה בה עולה מפסק-דינו של השופט "כהן.

גישה זו מייחסת עדיין מקום מרכזי לדוקטרינת הווירוס במסגרת הפתרון לשאלת הסיווג. היא מדגישה במיוחד את ההשלכות החמורות וההכרחיות של פגמים של חריגה מסמכות (ויותר מכול – החריגה ה"פונקציונלית" מסמכות). לפי הגישה, "אין מנוס" מלייחס בטלות מוחלטת לאקט מנהלי הפגום בפגם של חוסר סמכות

הנוגע בדבר. טול, לדוגמא, מצב שבו ראש מועצה מקומית, שהוא "הרשות המוסמכת" לעניין חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 מאציל מסמכיותו הסטטוטורית לגורם כלשהו הכפוף לו (על-פי סעיף 5(א)(1) לאותו חוק). החוק דורש שההאצלה תיעשה בכתב, אך אינו מחייב את פרסומה ברשומות או בדרך אחרת. נניח כי בשלב מסוים מבטל ראש הרשות את ההאצלה, אך לאחר-מכן הגורם הנאצל מוסיף לפעול ומעניק רשיון-עסק לאזרח. הרשיון שניתן פגום בפגם חמור של חוסר סמכות פונקציונלית, אך למקבלו לא עומדת כל דרך (פורמלית) לדעת על קיום הפגם.

81 זאת למרות שהנאשמים יכלו עקרונית לדעת לא רק על הצורך בפרסום (הנובע מהחוק), אלא גם על התקיימותו (או אי-התקיימותו) של ההליך הקונקרטי להגשת ההתנגדויות. בהליך כזה נדרש מבקש ההיתר לממן את ההודעות בעיתונות על האפשרות להגיש התנגדויות – הכול בהתאם לסעיף 149(1) לחוק. ראה דבר השופט לנדוי, ד"נ שפירא (לעיל, הערה 4), 4661-ג-ד.

פונקציונלית, למרות התוצאות האפשריות הקשות (במיוחד בהליכים פליליים) הנובעות מכך מבחינתו של מי שקיבל את ההיתר ופעל מתוך הסתמכות עליו<sup>82</sup>. לעומת זאת, הגמישות בגישה השופט "כהן באה לידי ביטוי בכל הקשור לתוצאות של פגמים אחרים באקט המנהלי. הוא פסק (על סמך פסיקה קודמת בתחום זה, שכבר הוזכרה לעיל בתחילת הפרק), כי הבטלות הנובעת מהפרת כללי הצדק הטבעי היא "יחסית", רוצה לומר: ניתן להגמיש את התוצאות של הפגם, במיוחד בכל מה שאמור בהרשעת מי שלא היה אחראי לפגם ולא היה מודע ליצירתו בפלילים. גמישות דומה עולה מפסק-דינו בכל הקשור לפגמים אחרים בחוקיותו של האקט, שאינם עולים לכדי "חוסר-סמכות" במובן הצר של המלה<sup>83</sup>. גישה זו דומה לגישה המסורתית מכמה בחינות: היא מייחסת, כאמור, חשיבות מרכזית לדוקטרינת הווריס, היא מעמידה במרכז הניתוח המשפטי את הפגם באקט המנהלי ואת הסיווג המנהלי של הפגמים השונים (חריגה פונקציונלית ולא-פונקציונלית מסמכות, שיקולים זרים, הפרת כללי הצדק הטבעי וכדו'). היא מוכנה "להגמיש" במקרים מסוימים את התוצאה המתבקשת מהפגם המנהלי, בשל שיקולים ענייניים הנובעים מהמאטריה הקונקרטית הנדונה בתקיפה עקיפה, אך לא להכפיף מראש או לוותר על הניתוח ה"מנהלי" בשל שיקולים כאלה. ולבסוף, היא מרכה לעסוק בשאלת הסיווג: האקט המנהלי נבחן, הפגמים שבו מסווגים (לפי הסיווג המנהלי המקובל) ובהתאם לכך הוא מקבל "תווית": בטל או נפסד; ולאחר-מכן השופט שואל את עצמו: "מה עלי לעשות במקרה הנדון" לפי הסיווג האמור<sup>84</sup>.

82 ערעור פלילי שפירא (לעיל, הערה 6), 335-355 השופט בייסקי (בדין הנוסף עמ' 668) תמך גם הוא לכאורה בפרופוזיציה כי החלטת הוועדה המקומית, שניתנה ללא אישור הוועדה המחוזית (ולכן בחוסר סמכות), היא "בטלה מעיקרה", "אפסית" ו"כאילו לא ניתנה כלל". הקושי העיקרי בתפישה זו הוא, שנבע ממנה הצורך להרשיע את הנאשמים, שפעלו על סמך ת/8 הנ"ל, גם אם לא ידעו ולא יכלו לדעת על הפגם – והכול משום שהוא ניתן בחריגה פונקציונלית מסמכות. במסגרת הדיון הנוסף "נאלץ" השופט "כהן להודות, כי בשל מבנה ההוראה הפלילית הקונקרטית (סעיף 208(ג) לחוק התכנון והבנייה), אין למנוע מהנאשם מלהוכיח את תוס' לבו ואת שאר ההגנות העומדות לרשותו על-פי אותה הוראה (הדיון הנוסף, עמ' 663). זוהי הוכחה נוספת לקושי, ואולי גם לתוסר-האפשרות, להגן "עד הסוף" על תיזה של בטלות "מוחלטת", מתוך התעלמות מהשיקולים הקשורים למאטריה הקונקרטית שבה מתעורר העניין בתקיפה עקיפה. כל זאת אמור אפילו כאשר הפגם שבו מדובר הוא חריגה "פונקציונלית" מסמכות. השווה עמדת השופט בייסקי, שם, 668, ליד אותיות ב, ו' ו' וכן: הדיון להלן, שבסעיף-משנה 4. כך לגבי הפרת כללי הצדק הטבעי (ע"פ, 352-353) וכך לגבי פגמים של שיקולים זרים וכדו', שלגביהם קבע השופט "כהן כי הם עשויים לגרור בטלות בהליך אזרחי של תקיפה עקיפה, אך לא בהליך פלילי, באופן המחייב את הרשעתו של אזרח שפעל מתוך הסתמכות על היתר הפגום באחד מהפגמים הללו (שם, 354).

84 והשווה לגישתו של שטרית (לעיל, הערה 4), הטוען כי לפי ההתפתחויות הפסיקטיות יש להכיר בשלוש "תוויות" של סיווג (בטלות מוחלטת, בטלות יחסית ונפסדות) (שם, 343). כאשר "הבחירה" ביניהן צריכה – לשיטתו – להתבסס לא רק על סוג הפגם המנהלי (חריגה מסמכות פונקציונלית או עניינית או הפרת כללי הצדק הטבעי), אלא גם על חומרתו (שם, 347 למעלה, 349). דא עקא, שגם גישה זו, למרות הגמישות ה"יחסית" שבה – לוקה בחלק מהחסרונות של התפישה המסורתית; היא מעמידה במרכז הדיון את האקט המנהלי ואת הפגם שנפל בו (שם, 346 למטה – 347 למעלה) וקושרת את התוצאה הסופית של ההחלטות לסיווג, הנובע מניתוח המרכיב המנהלי האמור. על הבעייתיות של נקודת-מרא "מנהלית" כזו עמדתי לעיל, בסעיף-משנה 5 של הפרק הקודם, והיא תחזור ותידון להלן, במסגרת הפרק החמישי.

בפרק הקודם של המאמר כבר דנתי בהרחבה בגישה זו, ולכן לא אתייחס אליה עוד בחלק הנוכחי.

הגישה השנייה העולה מפסקי-הדין היא גישתו של השופט לנדוי. גישה זו אמנם מכירה בכך שיש מקום להבחנה בין אקטים "בטלים" בטלות מוחלטת – לבין אקטים פגומים אחרים, אך קובעת את קו-ההבחנה בעניין זה על סמך הקריטריון של עד כמה הפגם המנהלי בולט על-פני החיתר. זוהי גישה חדשה, שלא נדונה בפסקי-הדין שקדמו לדיון הנוסף בעניין שפירא, והיא תידון להלן בחלק הבא של פרק זה.

הגישה השלישית העולה מפסקי-הדין שפירא היא גישת הבטלות היחסית של השופט ברק. להלן אתייחס, בנפרד ובהרחבה, הן למשמעויות הכלליות של מונח זה והן למסקנות הנובעות מאופן יישומו על הסיטואציה העניינית הקונקרטית בעניין שפירא.

הגישה הרביעית, והאחרונה, היא גישתה של השופטת בן-פורת. פסקי-הדין של השופטת (בערעור הפלילי ובדיון הנוסף) התבססו על ניתוח הסיטואציה מבחינת הכללים שהמשפט הפלילי מחיל עליה. "הפקטור המנהלי" "הזנח" על-ידיה כמעט לחלוטין, והמונחים "בטלות" ו"נפסדות" מוזכרים בפסק-דינה פעמים מעטות, וגם זאת (בדרך-כלל) רק כדי לציין כי לצורך הניתוח והקביעות המובאות שם אין לשאלה כל חשיבות<sup>85</sup>.

גישה זו תואמת במידה רבה את התיזה המוצעת כאן, והיא נתונה במפורט בפרק האחרון של הרשימה.

## 2. גישת "ההפרה הזועקת בקול"

במסגרת פסק-דינו בדיון הנוסף בעניין שפירא נדרש השופט לנדוי להלכה המקובלת שלפיה אקט מנהלי בטל דינו כ"אין וכאפס". בעניין זה הוא הציע, כי תוצאה כזו, שבה הפעולה המנהלית בטלה "מאליה" לכל דבר ועניין ובכל הליך שבו מתעוררת השאלה, תיקבע רק במקרה שבו ההפרה המנהלית היא "זועקת בקול" וגלויה על פני ההחלטה<sup>86</sup>. זאת להבדיל מעמדתה של הגישה המסורתית בעניין זה, שלפיה די בכך שהאקט פגום בחריגה פונקציונלית מסמכות (ואולי אף בפגמים אחרים בחוקיותו) כדי להוביל לתוצאה קיצונית כזו.

תנאי נוסף הנדרש לשיטתו כדי להוביל לתוצאה של בטלות מוחלטת (ולהרשעה בפלילים) הוא שהפגם המנהלי יהיה פגם חמור – היינו: אין די בכך שהאקט יהיה פגום בחוסר-מסמכות או בהפרה כלשהי של הוראת חוק מסוימת (ולו גם הוראה טכנית או שולית בחשיבותה) – אלא נדרש שזו תהיה הפרה חמורה.

בגישה זו יש כמה חידושים חשובים בהשוואה לגישה המסורתית. ראשית, המבחנים השולטים בשאלת הסיווג פוסקים להיות טכניים ופורמליים. לתוך הניתוח

85 ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 3371 ב. גישה זו הביאה את השופטת בן-פורת הן לפקפקים לגבי צדקת ההרשעה (שאליה היא הצטרפה), גם כאשר הבנייה הסתמכה על היתר הפגום כפגם של חריגה פונקציונלית מסמכות (שם, 3370 ב), והן להערה כי ספק אם יש להרשיע את הנאשם, אפילו ידע על הפגם של העדר פרסום בדיון (שם, 372-373).

86 ד"נ שפירא (לעיל, הערה 4), 655.

של שאלת הסיווג מוכנס אלמנט ענייני: עד כמה ניתן לעמוד על קיומו של הפגם בהחלטה ועד כמה ניתן להצדיק או לשלול הסתמכות סבירה על האקט הפגום. רק במקרה קיצוני הנוגר לכאורה את החוק, יוכל בית-המשפט להתייחס אליו כאל אקט "אפסי".

בד בבד, המבחנים השולטים בשאלת הסיווג מפסיקים להיות מבחנים "מנהליים" גרידא. אין די שהפגם יוגדר כ"חריגה מסמכות" לפי המבחנים של המשפט המנהלי, אלא יש לבחון את מידת התומרה של הפגם הזה. בחינה כזו חייבת להתייחס לנסיבות הענייניות של התחום המשפטי שבו מתעוררת השאלה. בהתאם לכך יוכל בית-המשפט לקבוע מתי מדובר בחריגה "חמורה" מסמכות ומתי – בחריגה "רגילה". כל זאת על סמך ניתוח הוראות החוק המסמך וכוננת המחוקק הבאה לידי ביטוי בהוראותיו<sup>87</sup>.

לדעתי, לגישה זו יש כמה יתרונות בלתי-מבוטלים (בהשוואה לגישה המסורתית): היא מצמצמת במידה ניכרת את מספר הסיטואציות שבהן יוכר האקט המנהלי "כאין וכאפס". היא גם קושרת באופן ענייני בין התוצאה של אפסות האקט לבין היכולת העקרונית של האזרח הנפגע מכך לצפות מבעוד מועד את התוצאה המזיקה מבחינתו. שני הנתונים הללו הופכים גישה זו לרצויה מאוד מנקודת-הראות של הביטחון והיציבות המשפטית – שיקולים שנפגעו מאוד מיישום עקרונות הבטלות-אפסות על-פי הגישה המסורתית.

יתרון נוסף של גישה זו נעוץ בכל הקשור לסוגיות הנטל לתקוף פעולות מנהליות בלתי-חוקיות והיחס בין קיום הליך תקיפה ישירה של האקט המנהלי לבין איפשוור תקיפה ישירה שלו.

כזכור, אחת התוצאות המטרידות של התפישה המסורתית של הבטלות-אפסות היתה, שמי שהחלטה התייחסה אליו יכול היה לשבת בחיבוק-ידיים ולהתעלם מהאקט המנהלי או להימנע מלנצל הליכי תקיפה ישירה שעמדו לרשותו, ולאחר-מכן לתקוף את האקט בתקיפה עקיפה. כך במקרהו של טחן וכך בדוגמת מי שמתעלם מצו-הפסקה שניתן נגד מסעדה שהוא מנהל ולאחר-מכן תוקף את השוטרים הבאים לבצע את הצו (ושעל-פי הגישה המסורתית עשוי לצאת זכאי בדינו).

בדרך-כלל תוצאות מעין אלו הן בלתי-רצויות, הן מנקודת-ראות של שיקולי הביטחון המשפטי והסדר הציבורי התקין והן מנקודת-הראות של שיקולי מדיניות וצדק המתעוררים במרבית הסיטואציות הקונקרטיות במצבים כאלו. ככלל, אין זה רצוי שפלוני יוכל לשבת בביתו בחיבוק-ידיים, במקום לתקוף החלטת פיטורין פגומה, ושנים ארוכות לאחר-מכן לתבוע את משכורתו מידי הרשות שהיא מעבידתו. כמובן אין זה רצוי שפלוני, אשר קיבל לידי צו-הפסקה של פעילות עסקו, במקום להפנות את תשומת-לבן של הרשויות או לפנות לבית-המשפט – ימשיך בניחותא בהפעלת העסק, וכשיבואו פקחים ושוטרים לאכוף את הצו יוכל לגרשם במקלות ובאבנים, ולאחר-מכן לצאת זכאי בדינו, רק משום שבעת הוצאת הצו קרתה תקלה פורמלית שבעטיה הצו הוא בגדר "מחוז' לסמכות". שיקולים אלה חזקים במיוחד

87 שם, ואכן, פסק-דינו של השופט לנדוי כולל ניתוח מקיף ומדויק של ההוראות הרלבנטיות בחוק התכנון והבנייה. השווה בג"צ 161/80 מלך סן טרופו בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד לד (4) 709, 711-712.

אם המחוקק קבע הליך ספציפי (של תקיפה ישירה) שאותו ייעד לבירור סכסוכים באשר לתוקפו של האקט. הדעת נותנת, שבכך כיוון המחוקק למנוע, או לפחות לצמצם, תופעות של תקיפה עקיפה מאותו סוג.

מנגד, אין לומר כי איפשר תקיפה עקיפה היא לעולם תוצאה שלילית בסוג כזה של מקרים. לעתים ההפרה המנהלית הכרוכה בהליכי קבלת ההחלטה היא כה בוטה וחמורה, עד כי אין מקום אפילו להטיל על האזרח הנוגע בדבר את הנטל לפנות לבית-המשפט כדי לבטל את ההחלטה. טול, למשל, את הדוגמא שבה פלוני מנהל עסק בתחום רשות מקומית מסוימת, אך צורה הפסקה המנהלי מוצא כנגדו על-ידי ראש רשות מקומית אחרת. מדוע במקרה כזה נטיל על פלוני את הנטל לציית לצו, לשכור את שירותיו של עו"ד ולפתוח בהליכים משפטיים? ניתן לומר כי במקרים קיצוניים (ונדירים יחסית) מעין אלו, הפגם ב"אקט" המנהלי הוא לכאורה כה חמור ו"זועק", עד כי ניתן להתעלם מהאקט<sup>88</sup>.

גישת "ההפרה הזועקת בקול" של השופט לנדוי מתמודדת עם שאלות אלו. היא מחלקת את הנטלים לפתיחת ההליך המשפטי ואת ה"זכויות" להתעלמות מפעולות שלטוניות בצורה סבירה ועניינית הרבה יותר מאשר הגישה המסורתית. אכן, שאלה היא מתי נכיר בכך כי האקט "בטל מאליו", לפי גישה זו. האם נסתפק בכך שהאקט פגום בחוסר-סמכות חמור הבולט על-פני הדברים (כפי שעולה לכאורה מפסק-דינו של השופט לנדוי<sup>89</sup>)? או שמא נדרוש גם כי יהיה זה חוסר-סמכות בוטה ו"זועק", שישיל מעל ההחלטה כל סממן של פעולה שלטונית רגולרית? אפילו אין בעצם העלאת הקריטריון של "ההפרה הזועקת על-פני ההחלטה" כדי לספק קרי-הבחנה ברור ולמנוע מחלוקות ב"תחום הדמומים", המאפיין כל קריטריון משפטי, הרי יש בכך כדי לקדם את הדין בשאלות חשובות אלו הרבה מעבר למה שנעשה על-ידי הגישה המסורתית. גישת ההפרה הזועקת בקול נותנת מענה לסוג מסוים של סיטואציות שבהן מועמד לדיון תוקפם של מסמכים משפטיים (כגון רשימות, צווים וכד'), שבהליכי יצירתם נפל פגם. היא מגנה היטב על אינטרס ההסתמכות של האזרח על החלטות שלטוניות, התקפות לכאורה, ובכך היא מגשימה את הערכים של הביטחון והיציבות המשפטית, המעורערים על-ידי גישת האפסות המסורתית<sup>90</sup>. עם זאת, אין בגישה זו כדי לספק פתרון כולל לבעיית הסיווג של האקט המנהלי הפגום. היא מציעה פתרון לשאלה: "אלו אקטים מנהליים ניתן לתקוף תמיד ובכל הליך?", אך היא איננה מטפלת בצד האחר של הבעיה, קרי: מהו הקריטריון

88 השווה: פס"ד הולנד (לעיל, הערה 29), שם. יש לשים לב לכך, כי גם לאקט הבטל "מאליו" והפגום בפגם חמור ו"זועק" עשויות להיות השלכות משפטיות מסוימות. ראה סעיף-משנה 2 בפרק הקודם. לעתים ניתן לכאורה להצדיק "התעלמות" מאקט שלטוני גם אם הפגם שנפל בו אינו חמור במיוחד ו"זועק" על פניו. למשל: ניתן לטעון כי כאשר הפעולה נוגעת לחירויות-אזרח יסודיות (לדוגמא: צר-מעצר), יש להכיר בזכות האזרח להתעלם מהאקט (ולברוח מהמעצר), גם כאשר הפגם שנפל הוא פגם "רגיל" של אי-תוקיות.

89 שם, 655-ד-ה. השופט לנדוי מבין את המונח הפרה "זועקת בקול" כהפרה חמורה של התוק או תוכניות-הבנייה, ולהבדיל – כלשונו – מ"הפרה של אחרים ספורים".

90 ראה Oliver, (לעיל, הערה 24), 52, 58-59; פסק-הדין Smith, (לעיל, הערה 24), 871; וכן Sec. of State for Trade and Industry v. F. Hoffman-La Roche & Co. (1973) 3 All E.R. 945, 954 (C.A.).

להחלטה באילו הליכים להתיר תקיפה של אקטים שאינם נגועים בפגם "הזעק על-פני ההחלטה". יוצא שאין להסתפק במבחן "ההפרה הזעקת בקול" כבסיס בלעדי להכרעת שאלת איפשוור התקיפה העקיפה של אקטים מנהליים ולשאר השאלות שבעיית הסיווג נוגעת בהם.

### 3. גישת הבטלות היחסית – ניתוח של פסקי-הדין שפירא

הקביעה כי בטלותו של אקט מנהלי פגום איננה בהכרח בטלות "מוחלטת", אלא יכולה להיחשב ל"יחסית", לא הועלתה לראשונה בפסקי-הדין שפירא. קדמו לפסקי-הדין הללו שורה של פסקי-דין שרעיון זה בא לידי ביטוי בהם<sup>91</sup>. אך דומה, כי פסקי-דין של השופט ברק בשני הליכים אלו מכיל את ההתייחסות הנרחבת והמקיפה ביותר של בתי-המשפט לתפישה זו עד היום. חוות-דעת זו תעמוד במרכז הדיון.

השאלה הראשונה הנשאלת היא מה פירוש המונח בטלות "יחסית" ומה ההבדל בין בטלות "יחסית" לבטלות "מוחלטת". התשובה לשאלה זו נראית פשוטה: הראינו לעיל, כי הגישה המסורתית לנושא ביטאה קשיחות רבה בכל הנוגע לייחוס תוצאות שונות לאקטים המנהליים שהוכרוזו "בטלים". תוצאות אלו עמדו לא פעם בניגוד לחוש הצדק של השופט או לשיקולי המדיניות הרלבנטיים למקרה הנדון. הקביעה כי הבטלות היא "יחסית" נועדה לאפשר לשופט להגמיש את התוצאות הנובעות מקביעת הבטלות של האקט המנהלי<sup>92</sup>.

במלים אחרות: הקשיות של ההבחנה בין אקטים בטלים לגפסדים ושל דוקטרינת הבטלות-אפסות התבטאה בכך שהיא איימה להגביל את מרחב שיקולי-הדעת השיפוטי, במיוחד בכל הנוגע להליכי תקיפה עקיפה<sup>93</sup>. בית-המשפט, לאחר שהגיע

91 בג"צ 598/77 דרעי (לעיל, הערה 20); בג"צ 118/80 גרינשטיין (לעיל, הערה 20), 246-245; בג"צ 547/80 י' פרץ ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לו (2) 236. וראה גם בג"צ 551/82 קשוע נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד לו (3) 571, 576, 578 (בכולם הכפף בית-המשפט את התוצאות של פגם בזכות השימוע לשיקולים של "גורם עיוות-דין" לנפגע). ראה גם ע"פ 313/79 דדה, (לעיל, הערה 33), 72 (שם ננקטה על-ידי השופט ברק גישה יחסית לגבי פגם של חוסר סמכות עניינית), והשווה ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצי"ב נתניה בע"מ ואח', פ"ד מ (3) 29, 65 (העדר אישור של שר-הפנים, כנדרש בחוק, לתחילת של עירייה הוא יחסיות הבטלות במישור הזמן); בג"צ 243/80 מדניסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה (1) 67, 76; וכן: שטרית, (לעיל, הערה 4), 340-337, הסוקר את ההתפתחות בעניין זה.

92 זוהי המגמה שעמדה גם מאחורי הפסיקה שקדמה לפסקי-הדין שפירא, ושדגלה ב"יחסיות" הבטלות. ראה פסקי-הדין המוזכרים לעיל, הערה 76. והשווה דעת השופט י' כהן, ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 354-353.

93 החשיבות של גישת הסיווג כגורם המצמצם את שיקולי-הדעת השיפוטי באה לידי ביטוי במיוחד בהליכי תקיפה עקיפה. הסיבה לכך היא, שבהליכים כאלה לא תמיד יש לבית-המשפט שיקולי-דעת כללי, המאפשר לו להימנע מתוצאה סופית לא-רצויה, הנגזרת מהכרעת הדין. כל זאת לעומת הליך התקיפה הישירה המקובל בבג"ץ, שבו יש לבית-המשפט שיקולי-דעת כללי נרחב, הן בכל הקשור להזקקות לעתירה והן בכל הקשור להענקת סעד לעותר. לפיכך, גם אם מובא לפני בג"ץ אקט מנהלי "בטל", עדיין הוא יכול להימנע מלהגיע עקב כך לתוצאה הנראית לא-רצויה, באמצעות שימוש בעקרונות כלליים של שיקולי-דעת. בהליכי תקיפה עקיפה לא תמיד עומדים לרשות בית-המשפט מכשירים כאלו. מרחב "התמרון" של השופט מוגבל יותר ולכן ההכרעה בשאלת הסיווג עלולה לעתים להוליך אותו ישירות לתוצאה כזו. יש לציין, כי השופט ברק אינו משתמש במינוח "שיקולי-דעת" המוענק לשופט בשעה שהוא מחליט על "גורלו" של אקט בטל-יחסית. הוא רק מצייין, כי התוצאה המשפטית תלויה בגורמים אחרים

למסקנה באשר לסיווג האקט הפגום (בטל-נפסד) חש את עצמו "אנוס" לגזור מכך את התוצאה בתקיפה עקיפה. וכך, ההכרעה בשאלת הסיווג הובילה לא פעם את בית-המשפט לתוצאות בעייתיות. הקביעה כי הבטלות היא "יחסית" נועדה למנוע מצבים כאלו על-ידי הענקת אפשרות לבית-המשפט להימנע מפסילת האקט למרות סיווגו כ"בטל" בנסיבות המצדיקות זאת, והכול – לצורך ההכרעה בהליך התקיפה העקיפה. ברוח זו יש להבין את דברי השופט ברק: "...מכאן, שעקרון הבטלות אינו גולם הקם על יוצרו אלא שפחה המשרתת את צורכי אדונה"<sup>94</sup>.

ודוק! הסיווג בטלות "יחסית" לא נועד לכאורה לבטל את ההבחנה בין בטלות לנפסדות (כפי שהשופט ברק מדגיש בפסק-דינו<sup>95</sup>). ההבדל בין אקט "בטל יחסית" לבין אקט נפסד נעוץ בכך, שזה האחרון ניתן לתקיפה אך ורק בתקיפה ישירה, וגם אז יהיה לבית-המשפט שיקול-דעת אם לפסלו או להשאירו בתוקפו. לעומת זאת, אקט בטל ניתן תמיד להעמדה לתקיפה עקיפה; אלא שאם הבטלות היא יחסית; הרי אז, בהליך התקיפה העקיפה, ניתן לשופט-מרחב-תמרון מסוים אם לפסול אותו אם לאו. מה שאין כן (על-פי הגישה המסורתית) אם נייחס לאקט בטלות "מוחלטת"<sup>96</sup>. במלים אחרות: התפישת של בטלות יחסית נועדה להסדיר מחדש את יחסי-הגומלין בין התוצאות המתבקשות מהכרעה בבעיית הסיווג לבין התוצאות המתבקשות מן המישור הקונקרטי שבו מתעוררת השאלה. לא עוד תוצאות "אוטומטיות" ומעוותות שהשופט רואה את עצמו אנוס להגיע אליהן, אלא הכרעה עניינית המביאה בחשבון את התוצאות המעשיות במישור הדין, המדיניות והצדק של הקביעות המשפטיות.

מכאן מתבקשת גם המסקנה, כי תפישת הבטלות היחסית מחליפה כליל את מושג הבטלות המוחלטת. לשיטתו של השופט ברק, האקט המינהלי הפגום הוא תמיד נפסד או בטל יחסית. זאת משום שלא ניתן לומר על שום אקט מנהלי באופן א-פריורי כי הוא נגוע בבטלות "מוחלטת", המתייחסת "כלפי כולי עלמא" ו"לכל דבר ועניין". הצורך לבחון את ההקשר הענייני שבו מתעוררת השאלה, בכל מקרה לגופו, שולל את האפשרות לקבוע א-פריורי כי האקט נגוע בבטלות מוחלטת; שהרי ממהותו של מונח הבטלות המוחלטת עולה כי בחינה כזו היא בלתי-אפשרית ולכן מיותרת<sup>97</sup>!

השאלה השנייה, הנגזרת מהתשובה שנתנו לשאלה הראשונה, היא מהם סוגי

(שאליהם עוד נתייחס בהמשך). אך הלכה למעשה המשמעות של קביעה זו היא, כי בית-המשפט רשאי לכלול בשיקוליו גורמים אחרים מלבד (ולמרות) הבטלות; וכך ממילא גדל מרחב התמרון של השופט באשר לתוצאה הנראית לו רצויה. ראה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 1363.

94 ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 1363.

95 ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 1363. אלא שההליך של הפיכת הבטלות ל"יחסית" מוביל בסופו של דבר גם למחיקת ההבחנה בין נפסד לבין בטל (באופן יחסי או מוחלט). דבר זה עולה מפסק-דינו של השופט ברק בעניין נוצר ומפעלים פטרוכימיים (לעיל, הערה 48). ההסבר לכך יובא בהמשך הדברים.

96 ע"פ שפירא שם, 1363.

97 לפיכך, לא נרתע השופט ברק מלהגיע לתוצאה כי הבטלות היא "יחסית" גם כאשר עסקינן בפגם של חוסר סמכות עניינית (פסק-הדין דדה, לעיל, הערה 33, 72) או אף פונקציונלית (בע"פ שפירא, לעיל, הערה 6, 360-א, שם מביא השופט ברק בהסכמה את דבריו של הלורד Diplock בעניין Hoffman La Roche v. Sec. of State for Trade and Industry (1974) 2 All E.R. 1128, 1154 (H.L.). ראה גם ע"פ שפירא, 362-363; והשווה לגישת השופט י' כהן (ע"פ, 352), המחיל את "היחסיות" רק על פגמים



השיקולים שעליהם צריך השופט להכריע את הדין לפי גישת הבטלות היחסית, היינו: הבטלות היא יחסית למה? והאם בעניין זה ניתן לדבר על "קטגוריות כלליות" של שיקולים כאלו או שמא ה"יחסיות" של הבטלות שוללת מראש כל אפשרות של הכללות בעניין זה?

למקרא פסקי-הדין בעניין שפירא ניתן להציע מסגרת כוללת שתנחה את בית-המשפט ביישומה של תפישת הבטלות היחסית. שיקולים אלו מתחלקים לשני מישורים עקרוניים: ה"מנהלי" והענייני (הפלילי או האחר), שבו מתעוררת השאלה<sup>98</sup>.

במישור המנהלי הרי השיקול הראשון הוא סוג הפגם שנפל באקט. לשיקול זה אין משקל מכריע, כפי שהיה לו על-פי הגישה המסורתית, היינו: הוא אינו מכתב באופן הכרחי את התוצאה לגבי תוקפו של האקט המנהלי<sup>99</sup>, אך עדיין יש לו משקל רב. במיוחד יכולת בית-המשפט בשיקוליו את שיקולי המדיניות העומדים מאחורי הכלל המנהלי<sup>100</sup>. השיקול המצטרף לשיקול זה עשוי להיות חומרת הפגם (למשל: חומרת החריגה מסמכות, היקפה וכדו'<sup>101</sup>) או נסיבות התרחשותו (האם, למשל, הפגם גרם למאן-דהוא פגיעה קשה? האם מי שפוקדים עליו את תוצאות הפגם ידע על הפגם או היה שותף ליצירתו? האם הפגם נעשה מתוך נסיבות של כורח דחוף וכדו'<sup>102</sup>).

שיקולים מהסוג השני של בית-המשפט, בעת שהוא מיישם את גישת "הבטלות היחסית", נוגעים למאטריה העניינית הנדונה בהליך התקיפה העקיפה. שיקולים אלו כוללים את פרשנות הדינים השולטים בשאלה העניינית (הפלילית, האזרחית וכדו'), יישום העקרונות המשפטיים הרלבנטיים (למשל: נטלי הראיה בהליך הפלילי) ושיקולי המדיניות הכרוכים באותו תחום משפטי שבמסגרתו מתעוררת הבעיה. ואכן, חלק מהדיון בשני פסקי-הדין בעניין שפירא הוקדש לדיון בפרשנות הסעיפים הרלבנטיים של חוק התכנון והבנייה וניתוח ההשלכות של כל אופציה פרשנית על התוצאה.

השאלה השלישית המתעוררת בשלב זה היא מהו היחס בין המישור המנהלי

שאינם קשורים לסמכות פונקציונלית. שטרית, (לעיל, הערה 4, 143 טוען, כי "אין מחלוקת", כי לגבי אקט הנגוע בחוסר סמכות פונקציונלית: "המעשה בטל, והמגבלות הנובעות מתפישת הבטלות היחסית (לעניין התקיפה העקיפה – י"ר) לא יחולו". דא עקא, שקביעה זו אינה מתיישבת עם עמדת השופט ברק (כפי שתוארה לעיל); ואילו מעמדת השופטת בן-פורת (שהמחבר מביא כתמיכה לטענתו (שם, בהערה 69)) נובע לכאורה ההיפך. לשיטתה, ההרשעה בפלילים, בשל היותו של ההיתר חסר-סמכות, היתה מוצדקת רק משום שעובדת תוסר-הסמכות בלטה לכאורה בהיתר, ולא משום שהחריגה סווגה כ"פונקציונלית" (למעשה, השופטת מציינת כי גם כאשר חוסר הסמכות הפונקציונלית בלט לכאורה בהיתר – היא הגיעה למסקנה המרשיעה "לא בלי לבטים"). ראה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 370-1-07. וראה גם הערתי לגבי גישת השופט י" כהן לעיל, הערה 82.

98 ע"פ שפירא שם, 359; ד"נ שפירא (לעיל, הערה 4), 665-666.

99 ע"פ 362 למטה. וראה את האמור לעניין פסקי-הדין דדה לעיל הערה 97.

100 למשל: במסגרת פסק-דינו, השופט ברק מייחס חשיבות רבה לשיקולים הקשורים להקפדה על חובת השימוע. ראה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6) 365-366.

101 ר"נ שפירא (לעיל, הערה 4), 655 (השופט לנדוי).

102 ראה ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 365-366; ודעת השופט י" כהן, 352.

לבין המישור הענייני, שבו מתעוררת בתקיפה עקיפה שאלת תוקפו של אקט מנהלי פגום. האם המדובר בשיקולים בעלי מעמד "שווה", היכולים להצטרף זה לזה (ולהוביל לכיוון של הכרעה מסוימת), או לנגוד זה את זה, ואז השופט צריך להכריע ביניהם? או שמא יש א-פריורית עדיפות לשיקולים במישור מסוים על-פני השיקולים הלקוחים מהמישור האחר?<sup>103</sup>

ניתן כמובן לטעון, כי ה"רלטיביזם" הכללי שבו מתאפיינת גישת הבטלות היחסית מונע כל אפשרות לתת תשובה כוללת על שאלה זו. אלא שלדעתי, ניתוח פסק-הדין של השופט ברק בעניין שפירא אכן יכול להוביל למסקנות כלליות כאלו. במיוחד יש חשיבות בעניין זה להשוואה בין פסק-דינו של השופט בערעור הפלילי לבין פסק-דינו במסגרת הדיון הנוסף. סקירתי בעניין זה תתייחס בעיקר לניתוח ההשלכות הפליליות של הפרת זכות השימוע – נושא שבו חלק השופט ברק על כל שאר השופטים שישבו בדיון בשתי הערכאות<sup>104</sup>, ובהתאם לכך הוא מייחד את גישת "הבטלות היחסית" משאר הגישות הנוגעות לבעיית הסיווג שבפסק-הדין. מקריאת פסק-דינו של השופט ברק בע"פ שפירא בולטת לעין החשיבות הרבה של "הפן המנהלי" של הניתוח. ניתוח זה תופש חלק ניכר מעמודי פסק-הדין והוא מהווה את התשתית העיקרית להכרעה הסופית. ניתוח הפן המנהלי של הסיטואציה הוביל אותו למסקנה כי היתר שניתן לנאשמים, ושהיה פגום מבחינת הפרתה של חובת השימוע, הוא "בטל", וכי בטלות זו מצדיקה את הרשעתם בפלילים. זאת גם בהנחה שהנאשמים לא ידעו על ההפרה ונהגו בתום-לב. המסקנה במישור המנהלי הובילה למסקנה דומה במישור הפלילי<sup>105</sup>. השופט ברק קבע, כי במקרה כזה דיני

103 הנחתי היא כמובן, שמפסק-דינו של השופט ברק ניתן להסיק כי יש קשר בין שני המישורים הללו ושהם משפיעים זה על זה. או במלים אחרות: שלשיקולים העולים מהניתוח ה"מנהלי" של תוצאות הפגם הנדון באקט המנהלי יש השלכות על התוצאות של ההחלטות בתקיפה עקיפה. הנחה זו נתמכת היטב בפסק-הדין, ככל שהדברים אמורים בהשפעה של השיקולים המנהליים על התוצאות במישור הענייני הפלילי – וכדבריו של השופט ברק: "היש קורלציה ישירה בין המישורים הללו?... ההלכה הפסוקה קובעת כי קורלציה כזו אכן קיימת" (ע"פ שפירא לעיל, הערה 6, 360-363). לפיכך, ניתוח הפן המנהלי של הסיטואציה היה אחד השיקולים המרכזיים שהובילו את השופט (באמצעות השימוש במונח הבטלות) למסקנותיו בהכרעה הדין בפלילים. מנגד, יש בפסק-דינו של השופט אמרות שמהן ניתן לכאורה להסיק מסקנה הפוכה (ראה במיוחד ד"נ שפירא [לעיל הערה 4] 365-366), אלא שאין באמרות אלו כדי לשנות את המסקנה בעניין זה. הן נאמרו בסוף פסק-הדין בדיון הנוסף כדי לשמר את האפקט ה"חינוכי" וה"מרתיע" של דיני השימוע המנהליים. זאת כדי לשלול אפשרות כי מסקנה של זיכוי בפלילים (משיקולים הנוגעים לניתוח הפן הפלילי של הסיטואציה) תגרום ל"התרת הרצועה" ופריצת הגררות ככל הנוגע לאכיפתה של חובת השימוע על המנהל הציבורי. נובע מהן (אולי), כי כאשר בית-המשפט יצטרך להכריע (בהליך של תקיפה ישירה) בתוצאות של הפרת זכות השימוע, הוא לא יתחשב בפסיקה קודמת שזיככה את התוצאות של הפרת זכות השימוע בהקשר פלילי מסוים; אך אף בהן כדי להחליש את המשקל הכולל שהעניק השופט לשיקולים ה"מנהליים" במסגרת הדיון בהכרעה הסיטואציה הפלילית בתקיפה עקיפה.

104 הניתוח האמור לגבי תוצאות זכות השימוע היה – לשיטתו של ברק – כולו אמרת-אגב (שם, 362), אלא שדובר באמרת-אגב אורכה ויסודית, והנושא חזר ונדון על-ידיו גם במסגרת הדיון הנוסף.

105 ע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 360-363: "היש קורלציה ישירה בין שני המישורים הללו?... ההלכה הפסוקה קובעת כי קורלציה כזו אכן קיימת".

התכנון והבנייה מצדיקים הטלת אחריות מוחלטת על בעל ההיתר ולכן מתבקשת הרשעתו בפלילים, אפילו היה תס-לב<sup>106</sup>.

אלא, משהועמד עניין שפירא לדיון נוסף, חל שינוי בעמדתו בעקבות פסק-דינו של השופט לנדוי. הלה ניתח באופן מדוקדק את ההיסטוריה החקיקתית של הסעיפים הרלבנטיים של חוק התכנון והבנייה ובעקבותיהם הוא הגיע למסקנה כי הוראת החוק, שבעטיה הועמדו הנאשמים לדיון, איננה הוראה של אחריות מוחלטת; אלא, הפירוש הנכון שלה הוא כי עומדת לנאשמים אפשרות להוכיח כי פעלו בתום-לב<sup>107</sup>.

במסגרת הדיון הנוסף קיבל השופט ברק את גישתו הפרשנית של השופט לנדוי – דבר שחייב אותו לשנות את מסקנתו העקרונית לגבי התוצאות בפלילים של המסקנות לגבי "בטלות" ההיתר, שהתקבלו בעקבות ניתוח הפן המנהלי של הבעיה<sup>108</sup>; היינו: הגם שהניתוח המנהלי הוביל לכך שההיתר בטל, הרי מבחינת התוצאה הסופית, ההיתר יישאר בתוקפו, אם הנאשמים יוכיחו את תום-לבם!

התפנית בעמדתו של השופט ברק מוכיחה בסופו של דבר כי לשיטתו, ככל שהדברים מתייחסים לתוצאה הסופית של הליך התקיפה העקיפה, השיקולים ה"מנ"חיים" כפופים לניתוח השיקולים הענייניים הרלבנטיים<sup>109</sup>, וזוהי אכן המשמעות של "יחסיות" הבטלות. הבטלות היא יחסית משום שתוצאותיה אינן מוכתבות לבית-המשפט, אלא תלויות בשיקולים של המאטריה העניינית הנדונה. שינוי במסקנות לגבי הפן הענייני של הסוגיה הקונקרטית הנדונה יוביל בהכרח לשינוי המסקנה לגבי ההשלכות של "בטלות" האקט במישור המנהלי.

יוצא, שגישת הבטלות היחסית, לפי מה שעולה מפסק-דינו של השופט ברק בעניין שפירא, מכפיפה את השיקולים המנהליים הכלליים הנוגעים לפגם המנהלי לשיקולים הענייניים הקונקרטיים הנוגעים למאטריה הנדונה בהליך התקיפה העקיפה. השופט שיקבע כי האקט המנהלי "בטל", ייחס תוצאות לבטלות "יחסית" זו בהתאם למתבקש מפרשנות הדיון ומשיקולי המדיניות המתעוררים באותו עניין, כלומר: השאלה, האם האקט "בטל", היא תמיד – על-פי הגישה ה"יחסית" – בטל לשם מה: המישור המנהלי איננו עומד כשלעצמו ולעולם הוא לא יוביל לתוצאה מיידית והכרחית. תוצאות הבטלות ייבחנו תמיד מבחינת השיקולים והדינים של ההליך שבו מתעורר העניין<sup>110</sup>. בכך באה לידי ביטוי "יחסיות" הבטלות; אחרת, אם במקרים מסוימים נוכל ל"נבא" את תוצאות ההליך בתקיפה עקיפה, מבלי להביא

106 ע"פ שפירא שם, 368-369. המסקנה הפלילית התבססה גם על פרשנות של סעיף 204 לחוק, אך פסק-הדין עסק ברובו בפן המנהלי ולא בניתוח של סעיפי חוק התכנון והבנייה.

107 הכוונה היא לניתוח הוראות סעיפים 204 ו-208(ב) לחוק. השופט לנדוי הצביע על הקשר בין שתי ההוראות ועל כך שהוראת סעיף 204 (הקובעת את האחריות הפלילית) כפופה להגנות שמכיל סעיף 208(ב).

108 ד"נ שפירא (לעיל, הערה 4), 4-1664-ה.

109 השופט ברק מציין, כי הוא לא שינה את מסקנותיו לגבי "הפן המנהלי" של הבעיה (ד"נ שפירא לעיל, הערה 4, 665-666). יוצא שלשיטתו, התוצאה הסופית של פסק-הדין יכולה להשתנות ב-180 מעלות, בלי שהניתוח של הפן המנהלי ישתנה כחוצה!

110 כאמור, בכך בא לידי ביטוי, ההבדל בין גישת השופט ברק לבין גישת השופט י' כהן, המוטיף לדבוק ב"מוחלטות" של הבטלות כאשר הפגם באקט המנהלי יורד לשורש הסמכות (ע"פ שפירא שם, 355-356).

בחשבון כלל את השיקולים הקונקרטיים הענייניים הרלבנטיים לאותו הליך – הרי אז עסקינן בבטלות מוחלטת, ואז יהפוך מושג הבטלות ל"גולם הקם על יוצרו"<sup>111</sup>. ניתן להדגים נקודה זו על-ידי הדוגמא הבאה: פלוני סיים את תקופת-התמחותו, עבר בהצלחה את בחינות לשכת עורכי-הדין ואף קיבל לידיו רשיון המסמיכו לשמש עורך-דין בטקס המסורתי, כמקובל. אלא ששנתיים לאחר-מכן מתברר שנפל פגם בהליכי הפרסום המקובלים וכי שמו של פלוני לא נכלל ברשימה המפורסמת ברבים והמיועדת להגשת "התנגדויות" להסמכת המועמדים<sup>112</sup>. פלוני, העוסק מאז הסמכתו בעבודה כעורך-דין, מועמד לדין פלילי כאשמת עיסוק בעריכת-דין ללא רשיון<sup>113</sup>, וזאת על סמך טענת התביעה כי רשיון עריכת-הדין שניתן לו הוא "בטל" בשל הפרת זכות השימוע של מתנגדים פוטנציאליים להסמכתו (שאיש מהם לא הופיע עדיין למחות על הפרת הזכות).

זוהי סיטואציה שהמבנה הצורני שלה זהה בדיוק לזה של פסק-הדין בעניין שפירא (היינו: הליך פלילי, המבוסס על בטלות היתר, תקף לכאורה, הנוגע בהפרת זכות השימוע של צד ג, שלמקבל ההיתר אין כל חלק בה). במקרה זה "הפן המנהלי" של הניתוח זהה לחלוטין לזה של פסק-הדין בעניין שפירא. האם ניתן לומר, על סמך פסיקת בית-המשפט שם, מה תהיה התוצאה בהליך הנוכחי? התשובה היא בוודאי שלילית. אכן, הניתוח של הפן ה"מנהלי" יהיה זהה: הוא יוליך למסקנה כי רשיון עריכת-הדין של פלוני "בטל יחסית", אך האם נוכל לדעת אם התוצאה הנובעת מבטלות יחסית זו היא הרשעה או זיכוי בפלילים? כאמור, התשובה היא שלילית: כדי לענות על שאלה זו עלינו לנתח את הוראות הדין ושיקולי המדיניות החלים על דיני-ההסמכה של עורכי-דין. אלו אינם בהכרח זהים או דומים לאלו החלים בתחום התכנון והבנייה (ייתכן, למשל, כי בתחום זה לא קיימת בעיה של אכיפת הדין, או של הפרות דין רבות וחמורות, וממילא אין צורך בגישה שיפוטית נוקשה מטעמים הרתעתיים<sup>114</sup>).

אם אמרתי, כי לפי גישת הבטלות היחסית השיקולים המכריעים קשורים למישור הענייני בהליך הנדון בפני בית-המשפט, אין פירוש הדבר כי לשיקולים המנהליים אין כל חשיבות. אמנם, שיקולים אלו כפופים לשיקולים הענייניים, שכן ההשלכות שלהם נבחנות על רקע השיקולים מהסוג האחרון, אך אין פירוש הדבר שאין להם כל השפעה. פסק-דינו של השופט ברק מוכיח, כי יש להם השפעה של ממש. הם עשויים להשפיע על פרשנות הדינים הרלבנטיים בנושא או על נקודת-המוצא הפרשנית של השופט.

במסגרת הערעור הפלילי הובילו השיקולים המנהליים את השופט למסקנה פרשנית שלפיה ההוראה הפלילית הרלבנטית בחוק התכנון והבנייה היא הוראה של

לעומת זאת, לשיטת השופט ברק, ה"יחסיות" משתרעת גם על סיטואציות של חוסר-סמכות, לרבות חוסר סמכות פונקציונלית. ראה הערה 97 לעיל והטכסט לידה והערה 82.

111 שם, 3363.

112 כל זאת, על סמך חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, סעיף 43; וכללי לשכת עורכי-הדין (קבלת חברים ללשכה וחידוש החברות), תשכ"ב-1962, סעיף 2.

113 סעיפים 20 ו-96 לחוק האמור.

114 ע"פ שפירא שם, 3369; ור"נ שפירא שם, 653. וראה להלן טכסט אחרי הערה 118.

אחריות מוחלטת. לאחר-מכן (במסגרת הדיון הנוסף), הגם שנסוג במידה מסוימת מעמדה זו, לא ניתן לומר כי לשיקולים המנהליים לא היתה כל השפעה. הם באו לידי ביטוי לפחות בכל מה שקשור לשיקולים של הפרשן, כשבא לבחון את ההוראה העונשית הרלבנטית, ולנקודת-המוצא שלו, אפילו אם בסופו של דבר גברו עליהם שיקולים אחרים.<sup>115</sup>

מכאן, שהמשמעות של "יחסיות" הבטלות על-פי גישה זו היא, שהתוצאה של ההליך בתקיפה עקיפה תיקבע בסופו של דבר לפי השיקולים הנוגעים למאטריה העניינית של אותו הליך. אך לשיקולים ה"מנהליים", הכרוכים בשאלת הסיווג, עשויה להיות השפעה מסוימת על אותה תוצאה. הם כפופים לשיקולים במישור הענייני, אך אין פירוש הדבר שעל-פי שיטה זו אין להם כל חשיבות.

#### 4. גישת הבטלות היחסית על-פי פסק-הדין שפירא – הערכה ביקורתית

דומה כי פסק-דין של השופט ברק בע"פ שפירא מעורר בקורא תחושה מסוימת של מבוכה ואי-נוחות. אליבא דשיטתו, התוצאה הסופית של פסק-הדין היא שפלוני, אשר קיבל מהרשות המנהלית היתרי-בנייה, התקפים לכאורה, יועמד לבסוף לדין פלילי באשמת בנייה ללא רשיון. כל זאת, משום שהרשות המנהלית שהעניקה לו את ההיתר, חטאה בכך שלא קיימה הליך פרסום שהחוק מטיל עליה חובה לקיימו, גם בהנחה שאותו פלוני לא היה מודע כלל לפגם שנפל בהליכי הוצאת ההיתר ופעל כל הזמן בתום-לב.

לכאורה זוהי תוצאה קיצונית מאין כמוה, הנוגדת את הרציונלים הבסיסיים של המשפט הפלילי כמו גם את תחושת הצדק האינטואיטיבית של המשפטן. אין פירוש הדבר כי תוצאה כזו היא לעולם בלתי-מתקבלת על-הדעת, אלא שנדרשים – לדעתי – נימוקים חזקים ומשכנעים מאין כמוהם כדי להצדיק תוצאה כזו.

השופט ברק מביא בפסק-דינו נימוקי מדיניות: אלו נימוקים הלקוחים בעיקר מהמישור ה"מנהלי", אך חלקם מתייחס גם למישור ה"פלילי" של דיני התכנון והבנייה. אלא שדווקא ה"שילוב" בין נימוקים אלו הוא, לדעתי, החלק הבעייתי ביותר של פסק-הדין. להלן אסביר את דברי.

הנימוקים מהסוג הראשון המובילים את השופט לתוצאה זו לקוחים מדיני הבטלות של החלטות מנהליות שניתנו תוך הפרת כללי הצדק הטבעי. הוא מדגיש את החשיבות הרבה של כללי הצדק הטבעי, מקומם המרכזי בשיטת המנהל שלנו, האינטרסים שזכות השימוע מגנה עליהם (צדק, החלטות מנהליות טובות יותר והגינות ויושר שלטוניים)<sup>116</sup>. כמו-כן מדגיש השופט ברק את החשיבות של תגובה מחמירה לכל הפרה של כללי הצדק הטבעי מצד בתי-המשפט ואת התפקיד החשוב של כללים אלו כבסיס להרחבה של הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל (בדרך של איפשור תקיפה עקיפה).

115 ד"נ שפירא שם, 665ה: "אם הפגיעה בהליכים המינהליים היא יסודית, כי אז ההיתר הוא בטל... הפן הפלילי עוסק בשאלה מהי הסנקציה על השימוש בהיתר בטל. זהו שדה המערכה, שבו צריך המחוקק לתת דעתו על דינו של אדם, שעה שעשה שימוש בהיתר בתום לב".

116 ע"פ שפירא שם, 364-365.

נימוקים אלו, כשהם עומדים כשלעצמם, אין בהם, עם כל הכבוד, כדי להצדיק את הרשעתם בפלילים של חברת-הבנייה ש' שפירא ושות', מהגרסה הראשי ושניים ממנהליה; שהרי מה לאלו ולהקפדה על כללי הצדק הטבעי באותו מקרה? לא הם שהיו אחראים על-פי הדין לקיום הליך השימוע, ולפי הנחת בית-המשפט הם גם לא ידעו (ואולי גם לא יכלו לדעת) על קיום הפגם בהליך. אם מתחייב מתוך כללי הצדק הטבעי וההגיונות להגיב תגובה קשה וחמורה על הפרות כללי הצדק הטבעי, יובאו לדין (פלילי או משמעתי) פקידי-הרשות האחראים למחדל וישלמו עבור מחדליהם<sup>117</sup>. הטלת האחריות הפלילית על מקבלי ההיתר לא רק שאינה מקדמת לכאורה מטרה זו, אלא שהיא אולי אף גורמת, בעקיפין, להסתת תשומת-לבן של רשויות אכיפת החוק מהאחראים האמיתיים לפגם האמור ולבזבז משאביהן ומרצן על הליכים שאין להם דבר עם קידום המטרות האמורות.

יתירה מזו: מנקודת-הראות של פתרון בעיית הסיווג, הרי אם אכן שיקולים אלו הם העומדים בבסיס הרשעת הנאשמים בעניין שפירא, ואם אכן זוהי התוצאה האופיינית של גישת "הבטלות היחסית", השאלה המתבקשת היא "מה הועילו חכמים בתקנתם"?! שהרי התוצאה שהשופט ברק הגיע אליה מזכירה מאוד את התוצאות הקשות ביותר שאליהן הגיעו השופטים אשר יישמו באדיקות את התפישה המסורתית של בטלות – אפסות במלוא קיצוניותה<sup>118</sup>. השאיפה לאכוף על רשויות-השלטון את עקרונות המשפט המנהלי מובילה להרשעת אורח תם-לב בפלילים בשל מעשהו של איש-הרשות, וכל זאת רק משום שבאקראי המחדל השלטוני בא לידי ביטוי במסגרת היתר שניתן לאותו אורח. ניתן לשאול היכן היא הלכה למעשה ה"גמישות" שגיסה זו אמורה להעניק לבית-המשפט בדיוק כדי להימנע מתוצאות כאלו.

האם יש בפסק-דינו של השופט ברק נימוקים של מדיניות הלקוחים מתחום התכנון והבנייה והמצדיקים את התוצאה ה"לא שגרתית" שהגיע אליה?  
ראשית, יש לומר כי עקרונית ניתן להציע נימוקים כאלו של מדיניות. ניתן, למשל, לטעון שבתחום הרגיש והבעייתי של דיני התכנון והבנייה הפרות החוק הן חזיון נפרץ וכי המציאות מוכיחה כי רשויות-המנהל (הן ועדות-התכנון) אינן מצליחות לעמוד בפרץ. ניתן גם לטעון, כי מנקודת-הראות של אכיפת דיני התכנון והבנייה היא זה יעיל יותר להטיל על הסקטור הפרטי את האחריות (במישור האזרחי, ואולי גם בפלילים) לכך שהסקטור המנהלי יפעיל כהלכה את חובותיו-שלו. אמנם, פתרון כזה עשוי להיראות לא צודק ממבט ראשון, אך העוול הנובע ממנו עשוי להיראות נסבל הרבה יותר למי שמכיר את המצב "בשטח" בתחום זה. ניתן לטעון גם כי הסקטור הפרטי (קרי: הקבלנים) מכיר היטב את הדינים השונים ויכול, בקלות יחסית וביעילות גבוהה, לוודא כי רשויות-המנהל מקיימות את החובות הדיוניות הקשורות בהליכי התכנון השונים – הליכים הקשורים לענייניו של כל גורם פרטי. מכאן שהטלת אחריות פלילית – ולו גם במסגרת של אחריות "קפידה" או

117 ראה שם, 3355 (דברי השופט י' כהן).

118 ניתן לטעון, כי במובן מסוים אליבא דברק, התוצאה בעניין שפירא היא אף מטרידה יותר מאשר התוצאה בעניין Head (לעיל, הערה 41); שהרי שם זוכה הנאשם כתוצאה מעיוותי "הבטלות", ואילו כאן התוצאה היא הרשעה בפלילים!

"מוחלטת" על הקבלנים, בהקשר זה של דיני התכנון והבנייה – איננה בהכרח גישה אבסורדית, כפי שהדבר נראה ממבט ראשון.

כל הנימוקים הללו הם בבחינת נימוקים שניתן להביאם, ולאחר שהובאו – יש לבסס אותם, אם בנתונים אמפיריים ואם בניתוח פרשני של הוראות הדין החלות על הנושא. אך האם נימוקים מסוג זה הובאו בפסק-הדין? בפועל הוא מכיל רק כמה פסקאות קצרות יחסית בעניין זה. אלו מדברות על ה"הפקרות" בתחום זה של התכנון והבנייה ועל הצידוקים של קביעת סטנדרטים חמורים של אחריות פלילית שיחולו בתחום זה על הסקטור הפרטי של מקבלי היתרי-בנייה<sup>119</sup>. אם אכן נימוקים מהסוג המוצע כאן עמדו ביסוד גישתו של השופט ברק באותו עניין, הרי הם אינם באים לביטוי מלא ומפורש בנוסח פסק-דינו.

דומה, כי כדי לבסס מסקנה מרחיקת-לכת מהסוג האמור, אין די בהנמקה מובלעת כזו. ניתן היה לצפות, כי נימוקי המדיניות הענייניים יובאו באופן ישיר ומפורט, והאפשרות להסיק משיקולי מדיניות כאלה מסקנות אופרטיביות תיבחן לפי נוסח הוראות המחוקק בעניין זה. אלא שפסק-דינו של השופט ברק עוסק בהרחבה רבה ב"פן המנהלי" של הבעיה, וזונה, בבחינת ספח "שולי", את מישור השיקולים הענייניים. התוצאה הסופית של הפסיקה מבוססת בעיקרה על ה"קונסטרוקציה" של דיני-הבטלות. הניתוח של קונסטרוקציה זו "חסך" לשופט את הצורך להתמודד ישירות ובמפורש עם שיקולי הדין והמדיניות הרלבנטיים יותר מכול להכרעת השאלות שהובאו לפניו.

לפי האמור לעיל, ניתן להעריך את היתרונות והחסרונות של גישת הבטלות היחסית:

בראש-זרעונה גישה זו מאפשרת עקרונית לבית-המשפט גמישות בכל הנוגע לייחוס תוצאות, במישור הענייני הנדון, לפגמים באקטים מנהליים. עקרונית, בית-המשפט אינו כבול עוד לתוצאה קשיחה, הנובעת מהדינים המנהליים החלים על הפגם, באופן המחייב אותו להגיע לתוצאה מעוותת במישור התוצאתי הנדון לפניו. הוא יכול לקבל החלטה בנוגע לתוקפו של האקט המנהלי הפגום, בהתחשב בהוראות הדין ובשיקולי המדיניות הרלבנטיים להכרעה הקונקרטית.

בכך גישת הבטלות היחסית מאפשרת לפתור את חוסר-העקיבות הלוגי שדבק בגישה המסורתית (כתוצאה מקונספציית ה"אפסות") כמו גם להגיע לתוצאות טובות יותר במישור שיקולי המדיניות הרצויה והצדק הקונקרטי.

מנגד, למרות הפוטנציאל החיובי הטמון בגישת הבטלות היחסית, הרי הלכה למעשה אין ודאות כי בתי-המשפט יצליחו למצות את הפוטנציאל הגלום בה. למרות הגמישות שגישה זו מעניקה לדיון בנושא שאלת הסיווג, הרי משבא בית-המשפט ליישם אותה הוא עלול להיכשל באותן נקודות שהגישה המסורתית העמידה לפניו למכשול: ניתוח "מנהלי" קשיח, המתעלם מהשלכותיו האפשריות על התוצאה הנדונה, היגררות לעיסוק בנושאים שאין להם רלבנטיות ישירה לנושא הענייני הנדון והמסיטים את תשומת-לבו של השופט ממה שצריך לעמוד לפניו ופרשנות



מוטעה של החוק החל על הנושא עקב מיקור תשומת-הלב בשיקולי מדיניות שאינם קשורים לנושא הענייני הנדון.<sup>120</sup>

אפילו אם אין סכנה שמושג הבטלות יהפוך אצל השופטים הדוגלים ביחסיות הבטלות ל"גולם הקס על יוצרו", הרי קיימת סכנה אחרת: מושג הבטלות ימשיך לשמש "גולם" צייתי, שהשופט יכול לעשות בו שימוש (מודע ומכוון) כדי להגיע לתוצאות משפטיות מסוימות; וזאת תוך התעלמות מקביעות המחוקק ותוך עקיפה של הצורך להתמודד באופן ישיר עם דילמות ובעיות מדיניות שפסק-דינו של השופט נוגע בהן.

### 5. ההתפתחויות בפסיקה לאחר פסקי-הדין בעניין שפירא

למי שציפה, כי לאחר שבעיית הסיווג התעוררה "במלוא עוצה" בפסקי-הדין בעניין שפירא יבואו פסקי-דין מאוחרים יותר ו"יתירו את הסבך" "אחת ולתמיד" – נכונה לו אכזבה. אם ניתן לומר כי בעיית הסיווג עלתה על-פני השטח בעניין שפירא ונדרונה "בקול תרועה רמה", הרי הפסיקה בעשור השנים שעברו מאז מתן פסקי-הדין הללו מתאפיינת בכך שהשאלה נדרונה בה "בקול ענות חלושה".

אין פירוש הדבר, כי עניינים הקשורים לשאלת הסיווג לא התעוררו בפני בתי-המשפט. סקירת הפסיקה בעשור שנים זה מוכיחה, כי בתי-המשפט נדרשו לטענות בהקשר זה. לא פעם מצינו בפסקי-הדין התייחסות ל"בטלות" של אקט מנהלי כזה או אחר, ואף מינוח המאפיין את גישת הבטלות-אפסות לא נעדר מהם.<sup>121</sup> אלא שאין נכונות מצד בתי-המשפט להיכנס לעובי הקורה ולנסות לפתור את הבעייתיות פתרון כולל.

מבין השיטין של ההחלטות השונות עולה, כי בתי-המשפט מגלים, מחד גיסא, (ושלא במפתיע) חוסר-נכונות בולט להיכנס לדיון בשאלת הסיווג, ומאידך גיסא, הם מגלים אט-אט כי הם מסוגלים לפתור את הבעיות המוצבות בפניהם בהקשר הקונקרטי הנדון מבלי להיחקק כלל להכרעה בשאלת הסיווג. לא פעם ציין בית-המשפט בפסק-דינו כי הוא מגיע להכרעה במישור הענייני, תוך שהוא משאיר את שאלת הסיווג ב"צריך עיון"<sup>122</sup>, או שבאותו מקרה אין צורך להכריע בשאלה.<sup>123</sup> היו גם פסקי-דין שבהם בית-המשפט, לאחר שהכריע בשאלות שהתעוררו לפניו (ושיכלו להיות מושפעות משאלת הסיווג), ציין במפורש כי הוא אינו סומך את

120 השופט ברק הודה למעשה, במסגרת פסק-דינו בד"נ שפירא (לעיל, הערה 4), כי מסקנותיו הפרשניות בערעור הפלילי לגבי הוראת הנורמה הרלבנטית (סעיף 204 לחוק התכנון והבניה) – היו מוטעות (ראה שם 664-ה). ה"הסחפות" אחרי הניתוח "המנהלי" של שאלת הסיווג גרמה לשופט ברק לטעות טעות פרשנית (קרי: התעלמות מההיסטוריה הפרשנית של הוראות החוק הרלבנטיות!). דומה, שהדבר מדגיש בית-המשפט את "פגיעתו הרעה" של העיסוק המיותר בשאלת הסיווג.

121 ראה, למשל, בג"צ 374/81 וויטנבסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו ואח', פ"ד לו (2) 649; ע"א 615/83 אלמרו חב' להשקעות ולמימון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (3) 601, 609; ע"א 657/84 מזכירות ועדת הביקורת של ההסתדרות הכללית נ' טאובמן, פ"ד מא (2) 685, 691-690.

122 בג"צ 152/88 מדר נ' שר המשטרה, פ"ד מב (4) 585, 587.

123 ע"פ 377/87 קלקא נחום בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (4) 673, 682. והשווה ע"מ 7/88 פלוגי נ' שר הבטחון, פ"ד מב (3) 133, 136, שגם בו הושארה השאלה פתוחה.

התוצאה על ההכרעה בשאלה זו<sup>124</sup> וכי השאלה של תוצאות הפגם המנהלי צריכה להיקבע על-פי המטרות התחיקתיות והשיקולים הענייניים הרלבנטיים לאותו עניין, ולא על-פי הכרעה נוקשה בשאלת הסיווג<sup>125</sup>. ולבסוף, הולכים ונשמעים בפסקי-הדין הקולות המטילים בגלוי ספק בתועלת ובצורך של העיסוק בשאלת הסיווג<sup>126</sup>. מטרתו של הפרק הבא ברשימה זו תהיה לבסס ולתמוך במגמה זו. כוונתי להראות, כי האפשרות להתעלם משאלת הסיווג איננה רק פרי קונסטלציה עובדתית מקרית, אלא היא קיימת תמיד בכל סיטואציה שבה מועלה הנושא וכי בכל המקרים הללו יוכל בית-המשפט להגיע לתוצאות סבירות ורצויות אם ינקוט גישה זו.

## ה. הגישה המוצעת

### 1. שיקולים כלליים

הבעיות שיצרה שאלת הסיווג נבעו מהניסיון לתת פתרון אחיד לשורה אינסופית של סיטואציות משפטיות שונות, שבהן עשויה להתעורר שאלת תוקפו של האקט המנהלי. הכוונה היתה להעניק לכל אקט מנהלי פגום תווית (בטל או נפסד) ולהסיק מכך תוצאות אופרטיביות מיידיות מבחינת ההליך המשפטי שבו התעוררה השאלה. הבעיות של גישה זו (המסורתית) נבעה, כזכור, משניים: ראשית, מעצם הכוונה להאחדה של הפתרונות, קרי: מהניסיון להקיש מסקנות מהתוקף של אקט לצורך הליך מנהלי, פלילי וכדו' לעניין תוקפו והשלכותיו בהליך שונה לגמרי. שנית, גישה זו (שהושפעה מרעיון הבטלות-אפסות) נטתה לייחס משקל רב ומוגזם למסקנות שעלו מהניתוח ה"מנהלי" של תוקפו של האקט הפגום.

כדי לפתור את הבעיות יש בראש-דבר לשונו להכיר בכך, שאין וגם לא תיתכן אחדות בתוצאות שיש לייחס לאקט הפגום במסגרת הסיטואציות השונות שבהן השאלה מועלת. אין כל סיבה להניח, כי התוצאות הנובעות (לדוגמא) מהפרת זכות השימוע לגבי התדיינות בין עובד-עירייה למעבידתו, בהליך אזרחי הכפוף לדיני-העבודה (דוגמת פרשת טחן), צריכות להיות רלבנטיות להתדיינות פלילית הקשורה לעבירה על חוקי התכנון והבנייה (דוגמת עניין שפירא).

שנית, ובהתאם לאמור, יש להימנע מלהכריע בשאלת תוקפו של האקט הפגום על סמך שיקולים "מנהליים" "אוטונומיים". למשל: כאשר שאלת התוצאות של הפרת זכות השימוע מתעוררת במסגרת תקיפה עקיפה, אל-לו לשופט להיכנע ל"לוגיקה" (המפוקפקת!) של טיעון אפסותו של האקט הפגום ואל-לו ללכת שבי אחרי הרצון "להעניש" ו"להרתיע" את רשויות-המנהל, וזאת בהליך שבו התוצאה כלל איננה משפיעה על האחראים להיווצרות הפגם.

שהרי ההכרעה בשאלת תוצאות הפגם באקט המנהלי צריכה להיעשות תמיד באספקלריה של הבעיה העומדת לדיון. הפקטור ה"מנהלי" הוא רק אחד מהנושאים שבהם צריך בית-המשפט להכריע, וכמו כל שאלה אחרת שבית-המשפט דן בה היא

124 בג"צ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב (1) 678, 690.

125 בג"צ 400/89 לויט נ' נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט דרום, פ"ד מג (3) 705, 711.

126 ראה דעת השופט ברק בבג"צ 727/85 נוצר (לעיל, הערה 48), 597; וברע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים, לעיל, הערה 48, 819-820.

נשלטת על-ידי הדינים ושיקולי המדיניות הרלבנטיים למאטריה (החזוית, הנויקית, הפלילית או האחרת הנדונה). לא סוג הפגם (חוסר-סמכות, הפרת זכות השימוע וכד') הוא בהכרח הגורם המכריע וגם לא ה"תווית" (בטל, בטל יחסית או נפסד) שהוצמדה לו בפסיקה קודמת כזו או אחרת; אלא הרלבנטיות של הפגם, נסיבות התרחשותו ותוצאותיו לשיקולי הדין והמדיניות העומדים בפני השופט בהליך שבו השאלה מתעוררת.

אדגים את דברי באמצעות הדוגמא שהובאה בפתח המאמר והעוסקת בצו-הפסקה מנהלי שהוצא נגד מסעדה שמנהל פלוני. נניח כי פלוני ממשיך לנהל את המסעדה תוך התעלמות מהצו ומועמד בשל כך לדין פלילי בעוון הפרת הצו. בהליך הפלילי הוא טוען, כי צו-ההפסקה המנהלי פגום משום שבהוצאתו הפרה הרשות את כללי הצדק הטבעי, וזאת לפי אחת מהאפשרויות החלופיות הבאות:

(א) הרשות הפרה את זכות השימוע, משום שלא הודיעה לפלוני מבעוד-מועד על הטענות שהועלו כנגדו ועל הכוונה להוציא את הצו.  
(ב) הרשות הפרה את כלל איסור משוא-פנים, משום שראש הרשות המקומית שהוציא את הצו הוא יריבו הפוליטי של פלוני בבחירות לראשות-המועצה העומדות בפתח.

(ג) הרשות הפרה את כלל איסור משוא-הפנים, משום שמוציא הצו הוא אחיו של פלוני.

בכל אחת מהאפשרויות הללו נפל פגם בהליכי הוצאת צו-ההפסקה. בכל אחד משלושת המקרים הפגם נוגע לעקרי הצדק הטבעי. אך האם התוצאה צריכה להיות זהה בשלושת המקרים? לא בהכרח. הכול תלוי בפרשנות הנורמה הפלילית שמכוחה הועמד פלוני לדין ובשיקולי המדיניות הקשורים להליך זה!

ניתן, למשל, לטעון כי טענת ההגנה המתבססת על הפרת זכות השימוע היא חזקה ביותר. היא נוגעת (אולי) גם לאי-הודיעה של פלוני על קיום הצו שהוצא כנגדו. במצב כזה כיצד ניתן להרשיעו על ניהול עסקו ללא רשיון אם בידיו רשיון-עסק התקף לכאורה ואיש לא טרח ליידע אותו על הצו שהוצא כנגדו?<sup>127</sup> טענתו של פלוני, בהתבסס על הפרת איסור משוא-הפנים בדוגמא ב לעיל, עשויה עדיין לעמוד לו במשפט הפלילי. הגם שעקרונית, מבחינת המשפט המנהלי, אין הבדל במידת החשיבות שהדין מייחס לשני כללי הצדק הטבעי, הרי בנסיבות הנדונות נראה כי זו טענת-הגנה חזקה פחות מזו שבסיטואציה א. זאת משום שניתן לטעון כנגד פלוני, כי אפילו אם הפגם נגוע במשוא-פנים, עדיין חובתו היתה לתקוף אותו בתקיפה ישירה בהתאם לדרך שחוק רישוי עסקים מעמיד לרשותו<sup>128</sup>. כך או כך: השופט יצטרך להכריע בשאלה זו בהתאם לפרשנות הדין ולשיקולי המדיניות הרלבנטיים.

לעומת זאת, הגם שהפגם בסיטואציה ג זהה מבחינת סוגו בדיוק לזה שבסיטואציה ב (בשניהם מדובר במשוא-פנים), בולטת לעין חולשתה של טענת-ההגנה בסיטואציה זו; שהרי מדוע יינתן לפלוני להיבנות מעצם העובדה שיש בינו לבין

127 אם כי עקרונית תוצאה כזו תהיה אפשרית אם תפורש הנורמה הפלילית הזו כמטילה על פלוני אחריות מוחלטת. ראה די"נ שפירא (לעיל, הערה 4), 658, 667; וע"פ שפירא (לעיל, הערה 6), 369, 373.

128 סעיף 22 לחוק הנ"ל.

מוציא הצו קרבה משפחתית? בולטת לעין העובדה, כי בין הפגם שנפל בהליך לבין הפגיעה שנגרמה לפלוני אין קשר סיבתי (בהנחה, כמובן, שפלוני אינו טוען שבינו לבין אחיו יש סכסוך משפחתי העומד ברקע הוצאת הצו). לכן לכאורה נראה, שסיכוייה של טענת-ההגנה להתקבל הם קלושים (אמיתי: "לכאורה" משום, שכאמור, הכול תלוי בסופו של דבר בפרשנות הדינים הרלבנטיים).

יוצא, כי לא העובדה שמדובר בפגם של "הפרת כללי הצדק הטבעי" ואף לא העובדה שמדובר באותו סוג פגם (משוואפנים בסיטואציות ב-רג) היא הצריכה להכריע. התוצאה תלויה תמיד בהקשר הענייני שבו השאלה מתעוררת. בשאלות מעין אלו לא ניתן ולא צריך לנסות ולהכריע אי-פריורית על סמך ניתוח הפגם המנהלי או על סמך הסיווג שלו.

לא ניתן גם להסיק שום מסקנות שהן מעצם מידת החומרה ה"מנהלית" שבפגם לגבי התוצאות שיש לייחס לו במישור הענייני שבו מתעוררת השאלה. אדגים את דברי באמצעות הדוגמא הבאה, המבוססת על הסיטואציה של <sup>129</sup>Head. כזכור, באותו מקרה "נכנעו" השופטים האנגליים לטענה כי צו-האשפוז, שעל-פיו אושפזה קורבן העבירה, היה נגוע בחוסר-סמכות "פונקציונלי", דבר שחייב – לדעתם – את זיכורו של הנאשם, הגם שתוצאה זו נוגדת בעליל את חוש הצדק המינימלי (ויתכן בהחלט, שגם את כוונת המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי במסגרת הנורמה הפלילית – כוונה ששופטי הרוב לא עשו מאמץ של ממש להתחקות אחריה).

נניח כעת, כי טענת ההגנה של Head לא היתה מבוססת על פגם של חריגה פונקציונלית מסמכות (שהלכה למעשה נבעה מפגם פורמלי לחלוטין בעת ניסוח מסמכי האשפוז של הקורבן), אלא מפגם של שיקולים זרים. לפי הנחת, הנאשם יטען כי הוראת האשפוז, שעל-פיה אושפזה קורבן העבירה במוסד פסיכיאטרי, הוצאה למעשה עקב היותה מתנגדת של המשטר, ולא עקב מצבה הנפשי (כפי שהיה מקובל לעשות במדינות קומוניסטיות מסוימות, שאנגליה כמובן איננה נמנית עמהן); וכי הלכה למעשה אין כל ספק שהקורבן היתה מסוגלת להבין את משמעותם ולהסכים לקיום יחסי-מין עמו.

טענה כזו, לו הוכחה על-ידי ההגנה, היתה לכאורה משכנעת הרבה יותר מאשר הטענה שהתבססה באותו עניין על "חוסר-הסמכות". זאת הגם שבדרך-כלל במישור המנהלי היא נחשבת לטענה שחומרת תוצאותיה דומה (או בכל אופן איננה עולה) על זו של טענת חוסר-הסמכות הפונקציונלית. יוצא, שדירוג ה"חומרה" של האקטים המנהליים לחוד, ודירוג ה"עוצמה" של טענות-ההגנה בפלילים לחוד. הסיטואציה בתקיפה עקיפה והניתוח של הנורמות הפליליות עשויים להביא לשינוי בתפישת חומרתו של הפגם המנהלי והשלכותיו. אין להסיק מסקנות מהמישור האחד למישור האחר, ולעניין ההכרעה בפלילים, השיקולים היחידים שהם רלבנטיים הם של המשפט הפלילי.

מכאן מתבקשת – לדעתי – בהכרח גם המסקנה, כי אין כל מקום להבחין בין טענות הקשורות לחוקיות האקט המנהלי (כאלו שלפי הגישה המסורתית הובילו

129 לעיל, הערה 41.

ל"בטלות" הפעולה) לבין טענות אחרות (שלפי אותה גישה הובילו רק ל"נפסדות" האקט המנהלי). אוכיח זאת על-ידי הדוגמא הבאה:

טול, לדוגמא, את צו-ההפסקה המנהלי שהוצא נגד מסעדתו של פלוני. נניח כי הטענה היחידה המצויה באמתחתו של פלוני, בשעה שהוא מועמד לדין פלילי בעוון הפרת הצו, היא כי הצו נגוע בטעות עובדתית, קרי: מוציא הצו, בעת ששקל את המפגעים התברואתיים שהמסעדה יוצרת, הסתמך על נתונים בלתי-מדויקים (נניח: על דו"ח של פקח שלפיו המסעדה גורמת ללכלוך רב ברחוב שבו היא ממוקמת). פלוני טוען, במסגרת המשפט הפלילי, אך זאת: דו"ח הפקח אינו נכון, שכן באותו יום אשר בו בוצעה הבדיקה הוצאה כל הפסולת מהמסעדה באמצעות רכב מיוחד שהוביל אותה לנקודת-האיסוף.

טענתו של פלוני מתייחסת לטעות עובדתית (ואפילו לא כזו שהיא על פניה ברורה ו"זועקת"). על-פי הגישה המסורתית טעות כזו בוודאי איננה גוררת את בטלות ההחלטה<sup>130</sup>, וממילא לפי אותה גישה לא ניתן לחקוף על-פיה את הצו בתקיפה עקיפה, כפי שפלוני מבקש לעשות בדוגמא שלפנינו.

על-פי הגישה המסורתית, שלפיה המדובר בפגם שאינו יורד ל"חוקיות" ההחלטה, צריך השופט במקרה כזה להשיב לפלוני כך: טענה זו שאתה מעלה כאן היא עליך להעלות במסגרת הערר (הסטוטורי) על צו-ההפסקה. אך כעת אינך יכול להעלות טענה כזו, משום שעסקינן בהליך (פלילי) של "תקיפה עקיפה" של האקט; טענה מסוג "טעות עובדתית" (הגוררת רק "נפסדות" של הצו) לא ניתן להעלות במסגרת הליך זה.

אך האם באמת יכול השופט להשיב כך לפלוני באופן א-פריורי ומבלי לבדוק כלל את החוק העונשי שעל-פיו הועמד פלוני לדין? אם ינהג השופט כך (כפי שמוליכה אותו הגישה המסורתית לעשות), הוא עלול להיות מופתע אם יפתח את ספר-החוקים ובמסגרת החוק שמכוחו הועמד פלוני לדין ייתקל בהוראה הבאה (שאני מנסה כעת במיוחד לצורך הדוגמא שלפנינו): "במסגרת האישום על הפרת צו-הפסקה מנהלי תעמוד לנאשם הגנה, אם יוכיח כי העובדות שעל-פיהן הוצא הצו לא היו נכונות". מובן שבמקרה כזה יוכל פלוני להעלות את טענת-ההגנה הזו, אפילו אם קודם-לכן ניתנו אלף פסקי-דין של בית-המשפט העליון, הקובעים (בקשר להליכים שונים ומשונים, אך לא בהקשר של חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968), כי פגם של טעות עובדתית, חמורה ככל שתהא, גורר רק את "נפסדות" האקט המנהלי ואינו ניתן לתקיפה עקיפה<sup>131</sup>.

יוצא, שההבחנה בין "בטל" ל"נפסד" אינה יכולה לעמוד. שום אקט איננו יכול להיחשב ל"בטל" או ל"נפסד" "מעצמו" ומרגע לידתו. ההשלכות של הפגם נבחנות תמיד על רקע הסיטואציה הקונקרטית (בתקיפה ישירה או עקיפה) שבה מתעוררת השאלה. יהיו מקרים שבהם אקט ייחשב בעל תוקף (ובעל תוצאות משפטיות), גם אם בהליך הוצאתו נפל פגם חמור של חוסר-סמכות. (למשל: אם

130 זאת, להבדיל ממצב שבו הפעולה המנהלית נעדרת "ביטוס עובדתי מינימלי", שאז יש פגם בחוקיותה משום שהיא נמצאת מחוץ למתחם הסבירות. ראה, למשל, בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29, 37-42: בג"צ 287/82 הירח"מ לממשלה נ' ועדת השחרורים ואח', פ"ד לו (3) 264, 269-270.

131 השווה: לעיל, הערה 126.

המחוקק כלל הוראה מפורשת השוללת את האפשרות לתקוף את האקט לאחר הוצאתו, כמו, למשל, זו הכלולה בסעיף 11 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984 בעניין מינוי שופט). לעומת זאת יהיו מקרים, שבהם אקט פגום בפגם "קל שבקלים", אך ניתן יהיה לתקוף אותו בהליך של תקיפה עקיפה, משום שכך קבע המחוקק או משום שהרבר מתבקש ממהותו של ההליך שבו מדובר ומשיקולי מדיניות רלבנטיים. האפשרות "לתקוף"<sup>132</sup> אקט מנהלי תלויה בדינים החלים על המישור הענייני הרלבנטי, ולא בסיווג מקדמי כלשהו של הפגמים המנהליים או בהצמדת "תוויות" לאקט הפגום.<sup>133</sup>

ניתן כמובן לטעון, כי הדוגמאות שאני משתמש בהן כאן הן של מקרים קיצוניים או יוצאי-דופן וכי ברוב המקרים ניתן להשתמש בהכרעת הסיווג (בטל-נפסד, לפי הסיווג המנהלי המסורתי) בתור נקודת-מוצא פרשנית, שתנחה את השופט לגבי המשמעות שיש לייחס לפגם באקט המנהלי, וזאת באותם מקרים שבהם הוראות החוק, הנוגעות למאטריה העניינית הנדונה, אינן מכילות פתרון מפורש<sup>134</sup>. על טענה זו אני משיב כך:

ההבחנה בין בטל לנפסד לא נועדה לשמש כלי פרשני, אלא נוצרה בתור "תוצר-לוואי" (לא מוצלח) של דוקטרינת האולטרא-וירס; ומי שבוחן (כפי שעשיתי לאורך המאמר) את התוצאות המעשיות העגומות שאליהן היא הולכה בעת גלגולה ויישומיה השונים, צריך להשתכנע כי בתי-המשפט ייטיבו לעשות אם יעשו שימוש בכלים הפרשניים הרגילים העומדים לרשותם במקום להשתמש בהבחנה האמורה. הכלים הפרשניים של בתי-המשפט צריכים להילקח מהמישור הענייני הרלבנטי (בהליך הפלילי – בפלילים; ובענייני מסים – מסים וכו') או מתורת הפרשנות הכללית, שנועדה לטפל בבעיות פרשניות, ולא מדיני המשפט המנהלי, שהרלבנטיות שלהם להתדיינות בתקיפה עקיפה היא שולית.

עד כה הבאתי את המסגרת הכוללת של השיקולים שלאורם צריך להיבחן הפתרון לבעיית הסיווג. כאמור, לשיטתי אין שום אפשרות לקטגוריזציה מקדמית של אקטים מנהליים פגומים באופן שיכתיב לאחר-מכן תוצאות משפטיות כלשהן בהליכים עתידיים (של תקיפה עקיפה או ישירה) שבהם תתעורר שאלת תוקפו של האקט. תוקפו של האקט המנהלי והשלכותיו יהיו תלויים תמיד, ובהכרח, בשיקולים הענייניים השולטים בהליך שבמסגרתו מתעוררת השאלה. לעולם יהיה

132 יש משהו מטעה בעצם השימוש במינוח לגבי האפשרות "לתקוף" את האקט במסגרת "תקיפה" עקיפה; שהרי כשמדובר בעל היתר פגום לדין פלילי בעוון בניה ללא היתר, לא האקט הוא ה"נתקף", אלא הנאשם וגורלו הם העומדים על הפרק. השימוש במינוח של "תקיפת" האקט יש בו כדי למקד את הדיון במישור המנהלי (שהוא המשני בחשיבותו) ולהסיט את המשפטן מלהתייחס אל השאלות העיקריות העומדות לדיון. ראה הדיון להלן, ליד הערה 135 והערה 120 לעיל.

133 השווה שטרית (לעיל, הערה 4), 342, הטוען כי שינוי הסיווג של אקטים פגומים בשל פגיעה בכללי הצדק הטבעי מבטלות מוחלטת ליחסית, והסירוב להרשיע את הנאשמים בהקשר זה (בפרשת שפירא) – עלולים "לצמצם" את התקיפה העקיפה ו"לשבש" את הדין המנהלי. אך, כאמור – ובכל הכבוד – מה שיקבע את "היקף" התקיפה העקיפה הוא הוראות הדין הרלבנטי בכל עניין ועניין; וממילא לא ה"קוהרנטיות" של הדין המנהלי היא העומדת על הפרק, אלא התוצאות המעשיות בכל הליך והליך.

134 כך למעשה, ניתן להבין את עמדתו הסופית של השופט ברק בד"נ שפירא (לעיל, הערה 4).

בית-המשפט חייב לשקול את השלכות הפגם באקט המנהלי לפי השיקולים הללו, ממש כפי שהוא שוקל כל נתון אחר המתעורר בהליך שלפניו. נותר עוד לדון בטכניקה הראויה להשגת תוצאה זו.

## 2. בטלות "יחסית" או ויתור על התוויות

דרך אחת להשיג את התוצאה הרצויה היא לדבוק בגישת הבטלות היחסית, בהנחה שהיא תאומץ על-ידי בתי-המשפט בגרסה הבאה: כל אקט מנהלי שנפל בו פגם (מכל סוג שהוא ולרבות, כאמור, פגמים שנחשבו גורמים לנפסדות!), ייחשב תמיד לבטל יחסית. יחסית למה? יחסית למישור הענייני שבו מתעוררת השאלה.

בדרך כזו תושג גמישות מקסימלית: בית-המשפט לא יהיה כבול לשום שיקול מנהלי "א-פריורי" שיכתיב לו תוצאה "מן המוכן". הוא יוכל לשקול את סוג הפגם באקט המנהלי, חומרתו, נסיבות התרחשותו — והכול בין שאר השיקולים והטענות השונות המועלות במסגרת ההליך — ולאחר-מכן להחליט אילו השלכות לייחס לפגם ואיזה תוקף יש להעניק לאקט במסגרת אותו הליך. הפקטור המנהלי לא יכפה על השופט "הר כגיגית", אלא ישמש חומר בידיו ו"כשפחה המשרתת את אדוניה" (כלשונו של השופט ברק), כדי להגיע לתוצאה הנכונה, הצודקת והראויה בהליך המתעורר לפניו.

ובעניין זה לא צריך להיות הבדל בין הליכים של תקיפה ישירה (שבהם ממילא, על-פי הגישה המסורתית, לא נקבעה האפשרות לתקוף את האקט על-פי הסיווג בטל-נפסד) לבין הליכים של תקיפה עקיפה. בכל הליך תועמד הטענה לגבי תוקפו של האקט בפני עצמה ותישקל לנסיבותיה, על רקע השיקולים הענייניים המתבקשים.

דע עקא, שטכניקה זו, הגם שעקרונית היא יכולה להביא לתוצאות הרצויות, דומה כי במישור המעשי יש לה חסרונות רציניים: חסרונות אלו נובעים מהמטען "הכבד" שהמינוח "בטלות" נושא עמו. כל-אימת שמונח זה נזרק לחלל בית-המשפט, מיד עולות "מן האוב" כל ההלכות שהובילו לתסבוכת המשפטית בעניין זה: מאיגרא רמא ועד לפרידמן, מעניין טחן ועד לפסקי-הדין בפרשת שפירא. אפילו יוסכם על הכול כי הבטלות היא יחסית לכל דבר ועניין, עדין יראו השופטים את עצמם אנוסים לאבחן את ההלכות הקיימות בעניין זה, לדון בהן ולהשוות את פסיקתם לאותן הלכות; ובכך יוערמו בפני בית-המשפט כל הקשיים המאפיינים את הדיון בנושא. יתירה מזו: עצם הצבתה של שאלת הסיווג היא בלתי-רצויה, שכן היא עלולה לגרום למשפטן להתמקד באספקט לא רלבנטי ובעל חשיבות מועטת להתדיינות העומדת לפניו. לפי תפישה זו, המשפטן, שלפניו מובאת סיטואציה אזרחית פלילית או אחרת, שואל את עצמו: "האם האקט המנהלי שלפני הוא 'בטל' או 'נפסד' (וכו')?" עצם הצבת השאלה גורמת למשפטן לבחון את הבעיה שלפניו מזווית-ראייה מעוותת. השאלה שעמדה לפני השופטים בעניין שפירא היתה, האם יש מקום להרשיע את הנאשמים בעבירה הפלילית המצוינת בכתב האישום, ולא — האם יש לאפשר לתביעה לתקוף את היתרי-הבנייה? "כבודם" של היתרים אלה — במקומם מונח, אך בית-המשפט צריך לבחון את חוקיותם לפי שאלת ההרשעה או



הזיכוי, ולא להיפך, קרי: לבחון את שאלת ההרשעה או הזיכוי לפי (וכפועל יוצא מידי) שאלת "תוקף" ההיתר או "סיווג" הפגם שנפל בו. ואכן, הלכה למעשה, הגם שמונח יחסיות הבטלות כבר קיים במשפטנו מזה עשור שנים ויותר, קשה לומר כי הוא הביא לפתרון מלא של הבעייתיות. אמנם, כפי שהראיתי בסעיף הקודם, במקרים מסוימים ידעו בתי-המשפט להגמיש את התוצאות של הפגמים באקטים המנהליים ולייחס אותן למישור הענייני הנדון (בין תוך שימוש ב"יחסיות" הבטלות ובין בטכניקות אחרות). ואולם ההצלחה בעניין זה לא היתה מלאה; אין בהלכה הקיימת בהירות מלאה באשר למוכן של המונח "בטלות יחסית", ולא חסרו מקרים שבהם בית-המשפט הסתבך כשבא לדון בהבחנה<sup>135</sup>.

הפתרון האחר האפשרי הוא לוותר כליל על הסיווג, היינו: למחוק, פשוטו כמשמעו, מן המילון המשפטי (לפחות עד כמה שהדבר נוגע לדיון באקטים מנהליים פגומים) את המונחים "בטל", "ניתן לביטול" ו"בטל יחסית" גם יחד! פירוש הדבר הוא, שכאשר בית-המשפט נתקל בטענה כי באקט המנהלי נפל פגם וכי כתוצאה מכך מתבקשות (בהליך שבו מתעוררת הבעיה) תוצאות מסוימות, הוא ידון ישירות בשאלה האם הפגם באקט מצדיק את התוצאות האמורות, בהתאם לדין ולשיקולי המדיניות באותו עניין, תוך "דילוג" על שאלת-הביניים, היא שאלת הסיווג. אדגים טכניקה זו בעזרת השימוש בדוגמא ה"מורכבת" של בעל-המסעדה, שהתברר כי רשיון-העסק שלו פגום<sup>136</sup>.

הפגם האמור ברשיון (שניתן תוך הפרת זכות השימוע של השכנים) עולה לדיון בשישה הליכים שונים: הליך תקיפה ישירה, הליך פלילי (עיסוק ללא רשיון), הליך פלילי נוסף (תקיפת שוטרים), הליך נזיקי (תובענת השכנים נגד בעל-הרשיון), הליך חוזי (הסכסוך בינו לבין בעל-הנכס) והליך מיסוי (תובענה בעניין אגרת-הרשיון). בכל אחד מהליכים אלו מעלה אחד הצדדים להליך טענה המתייחסת לתוקפו של הרשיון.

טענתי היא, כי כאשר השופט בא להכריע בכל אחת מהטענות הללו, יכול השופט לבחון את הטענה ולהכריע בה בכל אחד מששת ההליכים, וזאת מבלי לקבוע כלל האם הרשיון הוא "בטל", "נפסד" או "בטל יחסית". למשל: בהליך הפלילי, בעבירה של ניהול עסק ללא רשיון, יצטרך השופט להכריע, על סמך החוק הרלבנטי, האם העובדה שבעת מתן הרשיון הופרה זכות השימוע של השכנים שוללת מבעל-הרשיון את טענת ההגנה המסתמכת על הרשיון; היינו: האם לצורך ההליך הפלילי הנדון הרשיון הוא תקף או לא<sup>137</sup>.

135 במיוחד לא ברור מהפסיקה, האם מונח הבטלות היחסית מחליף כליל את ההבחנה המסורתית בין בטל לנפסד. ראה למשל, ע"א 71/84 לאלו נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון, פ"ד מ (2) 774, 783, שממנו עולה לכאורה — על סמך מה שבית-המשפט ראה בתור "היישום" של הלכת שפירא — כי בטלותו ה"יחסית" של אקט הפגום בפגם של כללי הצדק הטבעי שוללת את האפשרות לתקוף אקט כזה בתקיפה עקיפה! והשווה ע"א 197/89 הסתדרות אגודת ישראל בארץ-ישראל נ' שורץ, פ"ד מה (3) 327, 320.

136 ראה לעיל, סעיף-משנה 5 בפרק הקודם.

137 אין מקום גם לנקוט "אחידות" בתוצאות, גם כאשר מדובר בכמה הליכים פליליים שונים. לדוגמא: אם

בהתאם לאמור, במסגרת הכרעת הסכסוך החוזי בין בעל-המסעדה לבין מי שהשכיר לו את הנכס יש להכריע, לפי פרשנות הוראות חוזה-השכירות, האם הופרה ההוראה החוזית המחייבת את השוכר להשתמש בנכס רק על סמך רשיון-עסק חוקי, הגם שהשוכר מחזיק בידיו רשיון התקף לכאורה; וזאת משום שבעת הוצאת הרשיון הופרה זכות השימוע של השכנים באותו איזור (והתשובה כמוכן יכולה להיות חיובית או שלילית – תלוי בכוונת הצדדים המשתמעת מן ההוראה הזו והחחזה בכללו). בית-המשפט יכול להגיע להכרעת דין לתפארת, וזאת מבלי שהמלה "בטלות" או "נפסדות" תיזכר ולו פעם אחת בנוסח פסק-הדין!

הדברים הללו אמורים לגבי כל אחד ואחד מכל ההליכים הללו כמו גם לגבי כל הליך שהוא שבו עשויה להתעורר סיטואציה מהסוג של "בעיית הסיווג". אכן, בכל אחד מהמצבים הללו בית-המשפט יכול (עקרונית) גם להשתמש בטרמינון לוגיה של הבטלות וייתכן שהדבר לא יביא כלל לשינוי התוצאה<sup>138</sup>, אך לדעתי, מהסיבות שפורטו לעיל, הוא ייטיב לעשות אם יימנע מכך. ניתן להתעלם משאלת הסיווג ולהגיע להכרעות דין ראויות (ויוכחו פסקי-הדין שצוטטו בסעיף 5 בפרק הקודם<sup>139</sup>). לכן לאור ה"היסטוריה" של הנושא הנדון – רצוי לעשות כן.

## ו. סוף דבר

בפסק-דינו בעניין שפירא, לאחר שסקר את עמדות חבריו השופטים במסגרת הערעור הפלילי באותו עניין על ההתלבטויות והמחלוקות הכלולות בהן, אמר השופט לנדוי: "רצוי מאוד היה, שתיאמר המלה הגואלת אחת ולתמיד על השאלות הקשות שבהן היה עלינו לדון בדיון נוסף זה.."

"המלה הגואלת" שהשופט לנדוי חיפש תימצא לא בניסיון לנסח תשובה כללית אחת ויחידה לשאלת הסיווג, אלא בניסוח-מחדש של השאלה. במקום לנסות למצוא "נוסחת-פלא" שתתן מענה א-פריורי לאינסוף הסיטואציות המשפטיות שבהן עשוי העניין להתעורר, יש להבין שנוסחת-פלא שכזו איננה בנמצא וכי אין גם כל טעם לחפש אותה.

בית-המשפט צריך להתרכז בשאלות העומדות לפניו בהקשר הקונקרטי הנדון, ולא לנסות לפתור אותן בדרך כוללנית וא-פריורית, בהסתמך על "מתכון" כלשהו ש"בושל" עבורו בהתדיינות 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 מיותרות.

במהלך הוצאת צו-הפסקה מנהלי מופרת זכות השימוע של בעל-המסעדה, הדבר עשוי להצדיק את זיכריו מאישום של "ניהול עסק ללא רשיון". אך לא נובע מכאן כי מסקנה דומה חייבת לנבוע לגבי זיכריו מאשמה של "תקיפת שוטר", אם הלה החליט "לעמוד" (בכוח) על זכותו להמשיך לנהל את המסעדה, תוך שהוא תוקף באלימות שוטרים שכאו לאכופ את הצו – הכול תלוי בפרשנות הנורמה הפלילית, הספציפית הרלבנטית.

138 ראה, לדוגמא, את פסק-הדין 1 (1980) *R. v. Sec. of State for the Home Dep., ex p. Mangoo Khan* W.L.R. 569 (C.A.), שם ביסס הלורד דנינג את פסק-דינו על ההבחנה בין בטל לנפסד. שאר השופטים לא התייחסו כלל לשאלה, אך הגיעו לאותן תוצאות.

139 לעיל, הערות 122-125.

---