

המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?

(תגובה להרצאתו של פרופסור קרצמר)

מאת

יצחק זמיר*

פרופ' דוד קרצמר סקר את התפתחות המשפט המנהלי בישראל והגיע למסקנה שעברה עליו מהפכה¹. לדבריו, המהפכה מתבטאת בהרחבה מהותית של תחום הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי. לדוגמא; בית-המשפט מוכן עכשיו לבקר את חוקיות ההליכים בכנסת. מהפכה זאת משקפת – לדעתו – שינוי התפישה בדבר תפקידו של בית-המשפט בתחום זה. בשעתו ראה בית-המשפט את עצמו מוגבל לתפקיד של הכרעה בסכסוך בין שני צדדים יריבים. כיום, כאילו נוסף לו תפקיד, והוא רואה עצמו מופקד גם על שלטון החוק. לפיכך הוא עשוי להיחלץ להגנה על שלטון החוק ולבטל החלטה שלטונית גם בהעדר סכסוך במשמעות המסורתית. הוא נוהג כך בלי שישביר מה הבסיס והטעם לתפקיד זה שנטל על עצמו. לכן עשויה להתעורר השאלה, אם מהפכה זאת הנה לגיטימית. על-דקע דבריו של פרופ' קרצמר ניתן לשאול אם אמנם בית-המשפט נטל לעצמו, לצורך המאבק על שלטון החוק, תפקיד לא לו, ובכך פגע, הוא עצמו, בשלטון החוק.

אני מבקש לבחון ביעף את התפתחות המשפט המנהלי בישראל מאז הקמת המדינה, ולהרהר בשאלה זאת.

*

כשאני בוחן את התפתחות המשפט המנהלי, אני רואה, אפילו כמבט שטחי, שתי התפתחויות מרכזיות שיש להן אופי של מהפכה: האחת בתחום החקיקה; והשנייה – בתחום הפסיקה. פרופ' קרצמר נאלץ, בגלל מגבלת הזמן, להתרכז בפסיקה, אך אסור לנו לשכוח את תחום החקיקה. קיימת נטייה, הניתנת להבנה במדינות של המשפט המקובל, לשים את הדגש על הפסיקה. אך המשפט המנהלי הנו כיסודו משפט חקוק. החוק הוא המקום את הרשות המנהלית, מעניק לה את סמכותה ומתווה את דרכי-הפעולה שלה. הוא קובע, יותר מן הפסיקה, את מתכונת היחסים בין הרשות לבין האזרח. והנה, ספר-החוקים כיום אינו רומה כלל למה שהיה עם הקמת המדינה. הוא גדל מאז פי כמה. הרבה מן ההוראות שנוספו בספר-החוקים – אני מתפתה לומר: רוב ההוראות – מעניקות תפקידים וסמכויות למנהל הציבורי. המנהל הציבורי התרחב

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 דוד קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי" (לעיל, עמ' 551).

והתעצם עד לבלי הכר. הנה, לדוגמא, חוק הביטוח הלאומי, חוק זה, שלא היה דומה לו לפני הקמת המדינה, הקים מוסד מנהלי חדש והעניק לו מלכתחילה סמכויות רבות. החוק תוקן פעם אחר פעם, כאשר בכל פעם נוספים ענפי ביטוח חדשים וסמכויות חדשות, עד שכיום החוק שונה בתכלית מן החוק המקורי. חוק זה, וחוקים רבים אחרים בתחום המנהל הציבורי, שאליהם הצטרפה חקיקה מנהלית עניפה בצורה של תקנות וצווים למיניהם – שינו תוך זמן קצר את פני המשפט המנהלי כמו במהפכה.² עם שינוי פניה של החקיקה, נשתנתה גנו מתכונת היחסים בין רשויות המנהל הציבורי לבין האזרחים. משנתרכו התפקידים והסמכויות של המנהל הציבורי, נתרבו גם נקודות החיכוך עם האזרחים. בית המשפט נקרא יותר ויותר להכריע במחלוקת בין הרשות לבין האזרח. התפקיד החברתי של הביקורת השיפוטית על המנהל הציבורי נעשה בולט וחשוב יותר. תפקיד זה הוטל בעיקר על בית המשפט העליון בשכתו כבית המשפט גבוה לצדק.

בית המשפט העליון חולל במהירות מפתיעה את המהפכה השנייה בתחום המשפט המנהלי. השופטים הראשונים, אף שרובנו היו חסרי ניסיון כלשהו בשפיטה או במנהל, הצליחו עד-מהרה לבסס לעצמם מעמד עצמאי להטיל את מרותם על השלטון ולהתדיר בקרב עובדי הציבור את התודעה שהחוק חל על כל הרשויות ומחייב את כל השרים ועובדי הציבור. הם קבעו, שחריגה של הרשות מן הסמכות שהוענקה לה בחוק עלולה לפסול כל החלטה, אפילו בתחום הרגיש של בטחון המדינה. הם הטילו סייגים על שיקולי הדעת המנהלי, גם כאשר החוק נמנע מלעשות זאת, וחייבו את הרשות להתחשב בזכויות האדם, שהוכרזו כזכויות טבעיות. לצורך איוון בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. תוך חמש שנים בלבד, כשהמדינה עדיין נאבקה על ביטוסה, נוכח סכנות וקשיים בכל התחומים, הניח בית המשפט יסודות איתנים לתורה מפוארת של ביקורת שיפוטית על המנהל הציבורי. במספר קטן של פסקי דין גדולים, שניתנו במשך תקופה זאת, מקופלת כל התורה כולה על רגל אחת.³ בתום תקופה זו כבר היתה קיימת

2 חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953, כשהוא לעצמו, היווה מעין מהפכה חברתית שנייה במידה ניכרת גם את פני המשפט המנהלי. הוא הטיל כמעט על כל אדם חובות חדשות כלפי המנהל הציבורי (כגון החובה לשלם דמי ביטוח לאומי) ובמקביל העניק לו זכויות חדשות כלפי המנהל הציבורי (כגון הזכות לקבל קצבאות לסוגיהן). הוא הקים מנגנון מנהלי מסועף בעל סמכויות נרחבות כלפי הציבור בתחומי הביצוע, החקיקה והשפיטה. בתחום החקיקה, הסמכות להתקין תקנות לביצוע החוק הופעלה פעמים רבות, וכיום קיימות עשרות מערכות של תקנות לפי חוק הביטוח הלאומי ובהן אלפי סעיפים המסדירים באופן מפורט את היחסים בין המוסד לביטוח לאומי לבין המבוטח. כתחום השפיטה הוקם בית הדין לביטוח לאומי, שלאחר-מכן נבלע על-ידי בית הדין לעבודה, ולו סמכות לדרון בסכסוכים בין המבוטח לבין המוסד. החוק המקורי הקים ארבעה ענפי ביטוח בלבד. מאז נוספו עוד ינפים רבים. בשנת תשכ"ח-1968 יצא נוסח משולב של החוק ומאז תוקן החוק עוד שבעים פעם. מבחינה מעשית, ההשפעה של חקיקה זאת על המשק הלאומי ועל החיים הפרטיים היא עצומה. מבחינה משפטית, השינוי שהיא הביאה במערך היחסים שבין הפרט לבין השלטון אינו נופל כחשיבותו מכל הלכה מהפכנית שנפסקה על-ידי בית המשפט בתחום המשפט המנהלי. עוצמת ההשפעה והחשיבות הוכפלו פי כמה וכמה על-ידי תוספת חוקים מרכזיים אחרים, בשנים הראשונות של המדינה וגם לאחר-מכן, כמו חוק שירות כטחון, תשי"ט-1949; חוק לימוד חובה, תשי"ט-1949; חוק נכסי נפקדים, תשי"ט-1950 ועוד.

3 ראה, לדוגמא, בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שור הבטחון, פ"ד ב 5; בג"צ 1/49 בירנו נ' שור המשטרה, פ"ד ב 80; בג"צ 144/50 ד"ר שייב נ' שור הבטחון, פ"ד ה 399; בג"צ 161/52 חברת המזקקים של א"י נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד ז 113; בג"צ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

מערכת מגובשת של יחסים בין השלטון, שרסן הוטל על הסמכויות העצומות שהוקנו לו על-ידי החוק, לבין האזרח, שבית-המשפט העניק לו מגילת-זכויות. בית-המשפט העליון, שבתקופת-המנדט נראה מקורב אל השלטון ומושפע ממנו יתר על המידה, נתפש עכשיו בעיני כול כמבצרו של האזרח בפני השלטון.

לאחר תקופה ראשונית של יצירה נמרצת, לא חל שינוי בכיוון ההתפתחות של הפסיקה בתחום זה. אמנם הפסיקה המשיכה להתקדם וליצור הלכות חדשות. מערכת ההלכות, שנועדה לעצב מנהל תקין ולהגן על האזרח מפני שרירות שלטונית, נעשתה בהתמדה מתוחכמת ויעילה יותר. פסקי-דין מנחים הבהירו, לדוגמא, כי אין שיקול-דעת בלתי-מוגבל, אפילו מקום שהחוק מדבר בלשון של שיקול-דעת מוחלט⁴; שההחלטה המנהלית כפופה למבחן הסבירות, ומבחן זה חל גם על החקיקה המנהלית היוצאת מתחת ידיהם של שרים⁵; שבית-המשפט רשאי לבטל החלטה מנהלית בשל טעות של דין, אף אם הטעות אינה גלויה על-פני ההחלטה⁶; שאיסור האפליה חל על הרשות המנהלית גם כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי⁷; שבתנאים מסוימים הרשות חייבת לקיים את הבטחותיה⁸; ועוד. אולם השורשים של ההלכות החשובות האלה והלכות חשובות נוספות מסתעפים מן הפסיקה של השנים הראשונות כמו ענפים מגזע עבות. הפסיקה צמחה במשך שנים רבות בדרך של התפתחות טבעית כשהיא יונקת מן השורשים, להבדיל מן הדרך של מהפכה המתנתקת מן השורשים.

כדי להמחיש זאת, נדמה לעצמנו שאנחנו חוזרים כיעף אל הפסיקה של בית-המשפט העליון כפי שהיתה לפני שלושים-וחמש שנים, ומבטלים במחירי-יד את כל הפסיקה שניתנה מאז ועד היום. ללא ספק נחוש את עצמנו דלים הרבה יותר. עם זאת, כמעט כל מה שנמצא בפסיקה של אותם ימים ראשונים יהיה מוכר לנו ומקובל עלינו, מערכת היחסים שבין השלטון לבין האזרח כפי שהיא קיימת כיום לא תזדעזע ולא נתקשה לפתח מחדש את הפסיקה על אותו בסיס ולהביאה לאותו מצב שבו היא מצויה כיום. תהליך זה של התפתחות טבעית במסלול כבוש עבר — לדעתו של פרופ' קרצ'מר — זעזוע לפני שנים אחדות, כאשר התחוללה בבית-המשפט מהפכה רעיונית, והוא פנה למסלול חדש, שבו הוא מתקדם כגוף המופקד על שלטון החוק, ולא רק כגוף המכריע בסכסוכים המובאים בפניו. האומנם? הבה נבדוק, מבחינה זאת, את הפסיקה של השנים האחרונות בתחום המשפט המנהלי.

לדעתי, יש לחלק את הפסיקה של השנים האחרונות בתחום המשפט המנהלי, זו שיש בה לכאורה משום חידוש ולא רק יישום של הלכות קיימות לשתי קבוצות. בקבוצה הראשונה נכללות הלכות שבהן הפסיקה הניחה תשתית רעיונית, מעין הסבר אנליטי, להלכות ישנות הקיימות מזה זמן רב. אחת הדוגמאות היא ההלכה בעניין הסבירות. כידוע, הלכה זאת אומרת שניתן לפסול מעשה מנהלי הלוקה בחוסר-סבירות. זו הלכה ישנה. הבסיס שלה היה מונח מלכתחילה במשפט האנגלי. בית-המשפט בישראל אימץ אותה והשתמש בה כמשך תקופה ממושכת בלי לנתח באופן אנליטי את מבחן

4 בג"צ 241/66 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151; ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209.

5 ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזנגוף רשות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026.

6 בג"צ 76/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לועדות החקלאיות, פ"ד יז 2503.

7 בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101.

8 בג"צ 135/75 סאיטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673.

הסבירות⁹. ההרחבה הדרמטית של מבחן זה גם על תקנות המותקנות על-ידי שרים (צעד שבו הקדים בית-המשפט בישראל את בית-המשפט באנגליה) אירעה כבר לפני שלושים שנה¹⁰. לפני שנים מעטות בא בית-המשפט והוסיף את המבנה התיאורטי של מבחן זה¹¹. עכשיו ידוע וברור מה מייחד מבחן זה ממבחנים אחרים. תרומה חשובה לתורת-המשפט יש כאן, אך שינוי הדין אין כאן. גופועל לא הורחבו גבולות המבחן ולא נתרכו המקרים שבהם בית-המשפט פסל החלטות מנהליות בשל חוסר-סבירות. אין אפילו כוונה מצד בית-המשפט להרחיב את גבולות המבחן. באחת, החידוש בעניין זה, אף שהוא חידוש חשוב, מתמצה בצורה ולא בתוכן.

דומה המצב לגבי ההלכה הדרושה, שזוהחלטה המנהלית תהיה מבוססת על תשתית של ראיות ולא על שמועות בלבד. אף הלכה זאת היא הלכה קיימת ומוכרת, שאפשר לבסס אותה על מספר ניכר של פסקי-דין ישנים¹². הפסיקה החדשה עשתה שימוש בהלכה הישנה, אך הוסיפה לה מימד תיאורטי¹³. אם בלבד החדש היא נראית הלכה חדשה, אין זאת אלא טעות אופטית.

כך המצב גם לגבי ההלכה בעניין איוון האינטרסים. לכאורה, אין לך יצירה חדשה וחשובה יותר בפסיקה של השנים האחרונות בתחום המשפט המנהלי מאשר הסיסמה של איוון אינטרסים. היא פרצה, כמו יש מאין, אל מרכז-הבמה. מאז היא ממלאת תפקיד ראשי בפסקי-הדין החשובים ביותר, וכאילו דוחקת הצדה את העילות המסורתיות¹⁴. האומנם נוספה לנו עילה חדשה לביקורת החלטות מנהליות? התשובה שלילית. מאז ומתמיד עסק בית-המשפט, בתחום המשפט הציבורי, באיוון בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי. הרבה פעמים הסתתרה מלאכת האיוון מאחורי נימוקים של שיקולים ענייניים או מטרת החוק, אך מי שענינו בראשו ראה וידע. לעתים נעשתה מלאכת האיוון בגלוי ובמפורש. פסקי-הדין הקלטי במשפט קול העם נ' שר הפנים¹⁵, שנשמתו היא איוון אינטרסים כזה, יוכיח. איוון האינטרסים, אם כן, אינו תורה חדשה אלא רק אופנה חדשה. לסיכום: בקבוצה זאת של פסקי-דין אין מהפכה במהות, אלא רק התפתחות בצורה. בפסקי-דין אלה בית-המשפט מתמודד במישור העיוני עם ההלכות, כפי שהתפתחו במשך זמן רב ממקרה למקרה, לפי המסורת של המשפט המקובל, ועושה אותן משנה סדורה ובהירה. הוא לוקח הלכות ועושה מהן תורה. יש בפסקי-דין אלה שילוב מועיל שנעשה ביד אמן, של מלאכת שופטים ותורת-המשפט. לא מקרה הוא, שהשופט ברק כאילו נושא את הדגל בפני הפסיקה ההולכת בדרך זאת. הדרך הזאת מובילה אל מבנה שיטתי ושלם יותר של המשפט המנהלי. יש בכך תרומה חשובה להבנה ולהוראה וגם בסיס להתפתחות נוספת של המשפט המנהלי. אך מהפכה, כאמור, אין כאן.

*

- 9 בג"צ 21/51 בינכונים נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 375.
 10 ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיונון ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026.
 11 בג"צ 389/80 רפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421.
 12 בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337.
 13 בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1.
 14 לדוגמא: בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421.
 15 בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

על הקבוצה השנייה נמנים פסקי-דין אחדים העוסקים בעיקר בשני נושאים: נושא השפיטות (הכולל את ההתערבות בהליכים פרלמנטריים) ונושא המעמד (המוכר יותר בשם זכות העמידה). אפשר אולי להוסיף נושא שלישי: השאלה האקדמית. ההלכות הישנות של בית-המשפט קבעו, כי בית-המשפט לא ידון בעניין שאינו שפיט, כלומר: עניין שאינו ניתן או אינו מתאים להכרעה על-ידי בית-משפט¹⁶; לא יפתח את דלתו בפני עותר שאין לו מעמד, כלומר: עותר שאין לו אינטרס אישי (בלשון ההלכה: אינטרס ישיר, ממשי ומיוחד)¹⁷; ולא יכריע בשאלה אקדמית, כלומר: שאלה שאיכדה את האקטואליות שלה¹⁸. בנושאים אלה חלה בשנים האחרונות התפתחות מהותית. התפתחות זאת חרגה מן התחום העיוני, המאפיין את פסקי-הדין בקבוצה הראשונה, אל התחום המעשי. היא הכניסה אל אולם בית-המשפט עניינים שקודם-לכן היו נותרים בחוץ — בשל חוסר מעמד, אי-שפיטות או חוסר אקטואליות — והובילה את בית-המשפט לפסול החלטות שקודם-לכן היה מסרב אפילו לבדוק אם הן חוקיות. כאלה הם, לדוגמא, פסקי-הדין בעניין ההחלטה של שר-הביטחון שלא לגייס תלמידי-ישיבות¹⁹, ההחלטה של מליאת הכנסת ליטול חסינות של חבר-הכנסת²⁰ או ההחלטה של יושב-ראש הכנסת למנוע מסיעת-יחיד בכנסת להגיש הצעה להביע אי-אמון בממשלה²¹. כפי שפרופ' קרצ'מר ציין, מאחורי התפתחות זאת עומדת מגמה של בית-המשפט, או לפחות נכונות, להיות פעיל יותר בהגנה על שלטון החוק. בית-המשפט, בתהליך מודע, נתן ביטוי ממשי וחזק יותר לגישה אשר — בלשונו של השופט ברק — "רואה בבית המשפט אורגן ממלכתי החייב לתרום את חלקו להשלטת שלטון החוק"²². כפי שאמר המשנה לנשיא חיים כהן: "חובתו של בית המשפט היא להשליט את החוק, וכשמזדמנת לו לבית המשפט ההזדמנות לקיים חובתו שלו, לא ישתמט מלקיימה ולא יחשוך עצמו מן הדין אך משום טיב ציזיותיו של עותר פלוני שהתייצב לפניו"²³. יש בכך משום התפתחות, אולם אין בכך משום שינוי בתפישת התפקיד של בית-המשפט. מאז ומתמיד ראה בית-המשפט את עצמו מופקד על שלטון החוק, ואף נתן לכך ביטוי בפסקי-דין אין-ספור. בעצם, התפקיד של שמירה על שלטון החוק היה, לפני שנים רבות, המקור והתכלית של הצווים הפרורוגטיביים באנגליה. מאז ועד היום מילא בית-המשפט תפקיד זה בטכניקות שונות ומשתנות עם הזמן. בדרך-כלל הרחיב בית-המשפט את תחום התפקיד. כך עשה, לדוגמא, כאשר קבע כי הוא מוסמך לבדוק לא רק אם ההחלטה המנהלית ניתנה בגבולות הסמכות של הרשות המנהלית, אלא גם אם נפלה בה

- 16 בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801; בג"צ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד ל(3) 309.
 17 בג"צ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238; בג"צ 448/81 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 81;
 ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 708. ראה באופן כללי זאב סגל, זכות העמידה בבית
 המשפט הגבוה לצדק (תל-אביב, 1986).
 18 ד"נ 3/58 שר האוצר נ' אניות מיכל ומשא, פ"ד יב 1849.
 19 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441.
 20 בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169. לעניין זה ראה גם אריאל בנדור, "השפיטות
 בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז (חשמ"ח) 592; David Kretzmer, "Judicial Review of
 Knesset Decisions" 8 *Tel Aviv University Studies in Law* (1988) 95.
 21 בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141.
 22 בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 441.
 23 שם, 435.

טעות של דין הגלויה על-פני ההחלטה²⁴; ולאחר זמן בא בית-המשפט וקבע, מעבר לכך, כי הוא מוסמך לבדוק אם נפלה בהחלטה המנהלית טעות של דין, גם אם אין היא גלויה על-פני ההחלטה²⁵. התפתחות זאת הרחיבה באופן מהותי את תפקידו של בית-המשפט, הביאה אל תוך תחום הביקורת השיפוטית החלטות מנהליות נוספות ותזקקה את שלטון החוק. היתה זאת התפתחות טיפוסית של ההלכה, ברוח המשפט המקובל, והכול קיבלו אותה כהתפתחות טבעית וחיוכית.

ההתפתחות שחלה לאחרונה לגבי ההלכות בעניין השפיטות והמעמד היא התפתחות דומה בתחום הטכניקה של הביקורת השיפוטית. אין היא משנה את הדין המהותי החל על המנהל הציבורי. היא אינה מטילה על הרשות המנהלית חובות או מגבלות שלא היו קיימות קודם-לכן, כמו, למשל, חובה לנגק החלטות, להרשות עיון במסמכים וכדומה. אלא שקודם-לכן, כאמור, היו מקרים שבהם בית-המשפט נמנע מלאכוף על הרשות את הדין, כגון בשל חוסר-מעמד או אי-שפיטות. הרשות, שלהלכה היתה מחויבת על-ידי העיקרון של שלטון החוק בכל המקרים, למעשה היתה פטורה מעולו במקרים אלה בגלל סייגים שבית-המשפט הטיל על עצמו. עכשיו בא בית-המשפט לתקן מעוות זה. מה טעם נהג בית-המשפט בעניין זה כפי שנהג בעבר ומה טעם שינה עכשיו ממנהגו?

כידוע, בית-המשפט בישראל, כמו בכל מדינה אחרת, אינו דן אלא בענייניו של אדם שפנה אל בית-המשפט, ובית-המשפט, כביכול, פתח לפניו את דלתו. לא כל דכפין נכנס אל בית-המשפט. בית-המשפט, כמו בעל-בית, קבע מי ייכנס ובאלו תנאים ייכנס. למשל: בתחום העניינים האזרחיים קבע בית-המשפט, שלא ידון בענייניו של אדם אלא אם שילם אגרה בשיעור מסוים ונתן, אם בית-המשפט ראה צורך בכך, ערובה להבטחת הוצאות או נזק של הצד-שכנגד. בתחום העניינים המנהליים אין מקפידים בדרישות אלה. אולם, ואולי גם בשל כך, קבע בית-המשפט דרישות אחרות. הדרישות באו לידי ביטוי בהלכות אחרות, הידועות בשם הלכות מווסתות, ובהן ההלכות בדבר שפיטות ומעמד.

הלכות אלה נועדו בעיקר לשרת את האינטרס של בית-המשפט עצמו, ולו גם במחיר האינטרס של שלטון החוק. הן כאילו הקיפו את בית-המשפט בחומת-מגן לצורך הגנה – הגנה בפני טרדנים, כדי שלא יציפו את בית-המשפט בעתירות רבות; הגנה בפני עימות מסוכן עם הממשלה או הכנסת, העלול לפגוע במעמדו של בית-המשפט; והגנה בפני ביקורת ציבורית על מעורבות של בית-המשפט בעניינים פוליטיים שנויים במחלוקת, העשויה לכרסם בתדמית של בית-המשפט. אולם שעה שבית-המשפט התבצר מאחורי חומה זאת, מחוץ לחומה, לנגד עיניו – התחולל לא פעם מאבק על החוק בין האזרח לבין השלטון. לא פעם נאבק האזרח נגד השלטון לא על זכות או אינטרס אישי שלו, אלא על העיקרון של שלטון החוק, שבמדינה מתוקנת גם השלטון כפוף לו. במאבק זה האזרח, שלא היה יכול לגייס את בית-המשפט לעזרתו, נמצא בעמדה נחותה. כתוצאה מכך, היה כך גם המצב של שלטון החוק. כדי להסביר או להצדיק את עצמו על שאין הוא משתתף במאבק זה, בית-המשפט היה מפנה את האזרח אל הכנסת, כאילו ממנה עשויה לבוא הישועה. אך זו, כפי שהמציאות לימדה, לא היתה אלא מצוות אנשים מלומדה. בדרך-כלל לא יכלה הכנסת או לא רצתה להתערב במאבק

24 בג"צ 20/59 קינסלי נ' רשם האגודות השיטופיות, פ"ד יד 2297.

25 בג"צ 76/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות ליוערת החקלאיות, פ"ד יז 2503.

זה. מבחינת הכנסת, כמו מבחינת הציבור, המאבק על שלטון החוק היה ונשאר תפקיד מובהק של בית-המשפט.

רק לאחרונה הסיק מכך בית-המשפט מסקנה מעשית. "במקום שאין בית המשפט מתערב" – אמר השופט ברק – "נפגם עקרון שלטון החוק. שלטון היודע מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו, וכל זאת תחת צילה של דוקטרינת המעמד"²⁶. כך גם תחת צלה של דוקטרינת השפיטות. לפיכך החליט בית-המשפט להגמיש דוקטרינות אלה ולהרחיב את השער שדרכו אזרחים יכולים להביא אל בית-המשפט עתירות נגד השלטון בטענה שהפר את החוק.

לדעתי, לא יהיה זה נכון להגדיר צעד זה כמהפכה. ראשית, צעד זה בא בעקבות צעדים קודמים, מהם שנעשו כבר לפני זמן רב והכשירו את הקרקע לצעד החדש. כך, לדוגמא, שנים מעטות לאחר הקמת המדינה פסק בית-המשפט, שכל יהודי בישראל יש לו מעמד כדי לתקוף בבית-המשפט את חוקיות הבחירה של רב ראשי²⁷. שנית, גם כיום השער של בית-המשפט לא נפרץ לכל דכפין, אלא רק נפתח מעט יותר באופן מבוקר. הוויתור על דרישת המעמד, לדוגמא, מוגבל למקרים אשר, מצד אחד, יש להם אופי ציבורי ממשי ונגיעה ישירה לקיומו של שלטון החוק, ומן הצד השני אין בהם עותר בעל אינטרס אישי, כמו המקרים של סירוב להנהיג שעון-קיץ או להסגיר אדם למדינה אחרת²⁸. גם אין זה נכון – לדעתי – לומר כי דרישת השפיטות נקברה. אין זה כך רק משום שמידת הוויתור על דרישה זאת, כמו מידת הוויתור על דרישת המעמד, עדיין שנויה במחלוקת בקרב השופטים של בית-המשפט העליון²⁹. מעבר לכך, אליבא דכולם, דרישת השפיטות (ואין זה משנה אם תיקרא בשם זה או בשם אחר) מוסיפה להגביל את היקף ההתערבות של בית-המשפט בהליכים פרלמנטריים. ההלכה שלפיה לא יתערב בית-המשפט בהליכים כאלה, גם כאשר נטענת אי-חוקיות, אלא במקרה של פגיעה ממשיית במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי – עדיין חיה וקיימת³⁰.

עוד יש להעיר, בלי קשר למידת החידוש בפסיקה החדשה בנושאים של מעמד ושפיטות, כי נושאים אלה אינם תופשים מקום מרכזי במשפט המנהלי. כאמור, אין הם נכללים בגדר ההלכות המהותיות, המשנות את הסמכויות או החובות של הרשויות, אלא בגדר ההלכות המוסתרות, שיש בהן כדי למנוע כניסה לאולם בית-המשפט. גם בתחום זה השינוי בפסיקה איננו קיצוני. בעקבות השינוי לא ייכנסו אל בית-המשפט אלא קומץ עניינים נוספים, אכן, אלה יהיו בדרך-כלל עניינים בעלי מימד ציבורי שימשכו תשומת-לב רבה. הם עשויים לשנות את התדמית של המשפט המנהלי, אך הם לא ישנו את

26 בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 441.

27 בג"צ 29/55 הרב דיין נ' שר הדתות, פ"ד ט 997.

28 בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2)

1.

29 ראה, לדוגמא, בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, דברי המשנה לנשיא כן-פורת בעניין המעמד בעמ' 509, ודברי הנשיא שמגר בעניין השפיטות, בעמ' 514 ואילך. כדוגמא נוספת בעניין השפיטות ראה גם את דברי השופט אלון בבג"צ 620/85 ח"כ מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169.

30 ראה, לדוגמא, בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141.

המהות. גם משום-כך אין מקום – לדעתי – להתייחס אל ההתפתחות שחלה לאחרונה בנושאים אלה כמו אל מהפכה.

*

אולם הגדרת השינוי בנושאים אלה, כהתפתחות או מהפכה, הנה בעיקר עניין של מינות, ולפיכך אין לו חשיבות של ממש. חשיבות רבה יותר נודעת לשתי שאלות אחרות הקשורות זו בזו: ראשית, מה הדבר שהביא את בית-המשפט הגבוה לצדק בשעה זאת לשנות את מדיניותו ולהרחיב את שער-הכניסה אליו? ושנית, האם שינוי זה מוצדק וטוב?

יש אומרים, שבית-המשפט נגרר לזירה של שאלות פוליטיות בניגוד לרצונו על-ידי הממשלה והכנסת, שבגלל חולשתן לא יכלו להכריע בשאלות קשות ורגישות ולכן העדיפו להעביר את ההכרעה אל בית-המשפט. אני סבור אחרת. בכל המקרים הכוללים, שבהם בית-המשפט הרחיב את גבול הביקורת השיפוטית על-ידי הגמשה של דרישת המעמד ודרישת השפיטות, לא נהגו הממשלה והכנסת בחולשה ולא נמנעו מן ההחלטה. להיפך: הן נהגו ביד רמה וקיבלו החלטות חד-משמעיות: החלטה שלא להנהיג שעון-קיץ,³¹ החלטה שלא להסגיר אזרח³², החלטה שלא לגייס בני-ישיבות³³, החלטה ליטול חסינות מחבר-הכנסת³⁴ וכן הלאה. מסתבר שלא היתה זו חולשה של רשויות אחרות, אלא, ככל הנראה, קלקול-המידות של רשויות אחרות שהוציא את בית-המשפט אל מחוץ לחומת-המגן שבנה סביבו. הוא לא נגרר החוצה, אלא יצא בהחלטה שקולה שלו אל מול האתגר של איום על שלטון הדוק.

המקרה הראשון והבולט ביותר שבו התגבר בית-המשפט על מחסום השפיטות כלפי הכנסת היה, כידוע, קשור לחוק מימון המפלגות. באותו מקרה, לפני קרוב לעשרים שנה, החליטה הכנסת על מימון מפלגות מאוצר-המדינה; אך היא קבעה בחוק, כי רק אותן מפלגות המיוצגות כבר בכנסת, ולא מפלגות חדשות שייכנסו לכנסת, ייהנו מן המימון. חוק זה פגע בעקרון השוויון, כפי ששוררין בחוק יסוד: הכנסת, וכיוון שלא נתקבל ברוב מוחלט, כפי שנדרש על-ידי החוק, ראה בית-המשפט לנכון לפסול אותו³⁵. ואילו במקרה האחרון שבו התערב בית-המשפט בהליכי הכנסת, בלי שמבחן השפיטות חסם את דרכו, נפסלה החלטה של המליאה אשר שללה את חסינותו של חבר-הכנסת בלי שהיה להחלטה זאת בסיס עובדתי³⁶. ברור לגמרי כי אילו לא התערב בית-המשפט במקרים אלה ובאחרים הדומים להם, לא היה מי שיתערב בהם, והחלטות בלתי-חוקיות היו עומדות בעינן. הוא הדין לגבי אותם מקרים שבהם סירב בית-המשפט להישאר מאחורי המחסום של דרישת המעמד כאשר העיקרון של שלטון החוק זעק למעורבות של בית-המשפט.

מקרים אלה הניעו את בית-המשפט לשקול מחדש את האינטרס של שלטון החוק כנגד האינטרס של בית-המשפט. כיוון שובית-המשפט רכש במשך השנים הרבה ניסיון

- | | |
|----|--|
| 31 | בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429. |
| 32 | בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1. |
| 33 | בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441. |
| 34 | בג"צ 620/85 ח"כ מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169. |
| 35 | בג"צ 98/69 כרמון נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693. |
| 36 | בג"צ 620/85 ח"כ מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169. |

ויוקרה. שחזקו בו את התחושה של ביטחון עצמי, היה בית-המשפט נכון להנמיך מעט את חומת-המגן שבנה סביבו וליטול על עצמו סיכון מחושב. מן הצד השני, כיוון שהממשלה והכנסת איבדו במשך השנים יוקרה ותדמית, וכתוצאה מכך נחלש מעמדן, היה נראה כי הסיכון שנשקף לבית-המשפט לא היה גדול. בנסיבות אלה נטתה הכף, יותר מאשר בעבר, לצד הרחבת המעורבות של בית-המשפט במאבק על שלטון החוק. אילולא נחלץ בית-המשפט להגמיש את ההלכות בעניין המעמד והשפיטות, ובדרך זאת להרחיב את מעורבותו במאבק על שלטון החוק, הסכנה של שימוש-לרעה בכוח השלטון הייתה גדלה. הניסיון לימד כי אין לסמוך רק על הכנסת והממשלה – שבישראל יש להן כוחות עצומים, מעבר למקובל במדינות אחרות – שתמיד יפעילו את הכוח באיפוק הראוי. הניסיון לימד גם כי המערכת של ריסונים ואיזונים, המכוונת למנוע שימוש פסול בכוח, אינה מפותחת די הצורך בישראל. כל אלה מטילים על בית-המשפט בישראל אחריות שבדרך-כלל אינה מוטלת על בתי-משפט בדימוקרטיות אחרות. נראה שבית-המשפט הכיר בכך. לדעתי, הוא נשא באחריות זאת עד כה בהצלחה רבה.

