

## סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק

פרופ' אמנון רובינשטיין \*

ריבוי פסקי הדין בשאלת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק הפך להיות בעת האחרונה סימן היכר של המשפט המינהלי בישראל. אין זה סימן היכר שראוי להשתבח בו, שכן בסופו של דבר התדיינות בשאלת הערכאה היא שולית לשאלות המהותיות השנויות במחלוקת בין הצדדים. שופט אחד לפחות, השופט חיים כהן, הביע לאחרונה את מורת רוחו מהתעסקות יתירה בשאלות אלה של סמכות בית המשפט הגבוה לצדק, וגוף ברשות מקומית על שעוררה סוגייה זו<sup>1</sup>. אפשר, כמובן, להשיב לטענות מסוג זה כי על פי ההלכה הקיימת אצלנו שאלת הסמכות היא מסוג השאלות הראשונות במעלה שהעלאתן מוטלת על בית המשפט עצמו, אפילו פסחו עליה הצדדים. כמו כן, ניתן להצביע על כך כי בית המשפט העליון עצמו הוא שהקנה חשיבות בפסקיו לשאלות הסמכות ולא פעם הפנה את הצדדים, בשל עניין הסמכות, לערכאה אחרת גם במקרי גבול וגם בעניינים שלגביהם קיימת מחלוקת בין שופטים ומלומדים בשאלות הסמכות. עם כל זאת ולעיצומו של דבר, אין ספק כי התעסקות יתירה בשאלות סמכות בכלל ובשאלות סמכות בג"צ — זה שנועד להושיט סעד מהיר ויעיל — בפרט, אינה רצויה.

### א. הקושי המהותי

מניין נובע הקושי המהותי בהצבת התחום שבין סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ לבין סמכותם של בתי-המשפט הרגילים? הקושי הראשון הוא סמנטי. הקורא התמים שאין לו משקע של ידע משפטי ייתקל מיד בקושי זה. כידוע מוגדרת סמכותו של בג"צ בשני אופנים: האחד, על דרך ההגדרה הכללית, האמורה בסעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט; השנייה, על דרך ההגדרות הספציפיות, המנויות בסעיף 7 (ב) לאותו חוק; הגדרות שאינן פוגעות בכלליות ההגדרה הכללית שבסעיף 7 (א). סעיף 7 (ב) אינו מעורר קשיים מיוחדים, שכן הוא מנסח שורה של תרופות — ליתר דיוק: תערובת של תרופות ועילות — בדרך פרוייטיבית וספציפית ואף אילולא ידענו אודות קרבתם לצווים היתרוניים שבמשפחת המשפט האנגלי, לא היינו מתקשים בהבנת הכתוב. לא כן הדבר בלשונו הכללית של סעיף 7 (א) הקובעת כי:

„בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר“.

הקורא התמים לא יעלה בדעתו, למקרא מילים אלה, כי מדובר בבית משפט שעיקר תפקידו הוא פיקוח על המינהל והטריבונלים המינהליים, ולהעניק לפרט הגנה בפניהם. הקורא התמים עשוי להסיק כי החוק התכוון להקים בית משפט מיוחד במינו, הדומה לבית משפט של יושר, שתפקידו להעניק סעד לכל אדם ובכל מקרה בו אין הדין הקיים מעניק סעד ובו העדר הסעד פוגע בצדק.

\* דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

קשייו של הקורא התמים יתרבו, כאשר ימשיך ויעלעל באותו חוק וימצא בסעיף 18 הגדרה רחבה ביותר של סמכות בית המשפט המחוזי, בזה הלשון:

„בית משפט מחוזי דיון באלה —

- (1) כל ענין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בית משפט שלום; בתביעה-שכנגד אזרחית מוסמך לדון בית משפט מחוזי אף אם אותו ענין או אותה תביעה הם בסמכותו של בית משפט שלום;
- (2) כל ענין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר; בענין הנתון לסמכותו המקבילה של בית דין אחר, יהיה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון כל עוד אין אותו בית הדין דן בו;
- (3) ערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בית משפט השלום.

יש בפנינו, איפוא, שני בתי משפט שהם, לכאורה, בעלי סמכות עודפת ואם לא נסייג את סמכותו של אחד מהם לא נוכל לקבוע גבולות לסמכות שניהם; שהרי אם לבית המשפט המחוזי סמכות לדון „בכל ענין אזרחי... שאיננו בסמכותו של בית משפט שלום” ובנוסף לכך בכל „ענין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר”, מה הם „הענינים” המוכרים בסעיף 7 (א), ענינים שאינם מסורים לסמכותו של בית משפט אחר?

משום כך, מבחינה ענינית, קודם הדיון בסמכותו של בית המשפט המחוזי לזה של בג”צ, שהרי בסעיף 18 האמור נוסחה הסמכות בלשון רחבה יותר ומותנית פחות מזו שנקט בה המחוקק בסעיף 7 (א). במילים אחרות: יהא אשר יהא תחום הסמכות של הבג”צ, סמכותו של בית המשפט המחוזי נפגעת רק על ידי היות הענין „בסמכותו של בית משפט שלום” או „בסמכותו הייחודית של בית דין אחר” ובג”צ אינו בית משפט שלום ואף בית דין איננו. לעומת זאת, סמכותו של בג”צ נגרעת, לפחות לכאורה, על ידי סמכותו של בית משפט אחר, ובכלל זה, כמובן, בית המשפט המחוזי. ברם, מכיוון שבית המשפט העליון קבע את סמכותו של בג”צ בצורה חזיתית וע”כ ניסה „מלכתחילה” לצמצם את סמכותו של בית המשפט המחוזי, נלך אף אנו בדרך זו ונדון תחילה בסמכות הבג”צ.

### ב. מבחנים דיוניים לסמכות בג”צ

המילה „ענינים” בסעיף 7 (א) היא יורשתן של המילים Petitions and applications שבסימן 43 לדבר המלך במועצתו, 1922. מילות דבר המלך היו לעזר לבג”צ בנסיגתו לקבוע את תחומי סמכותו שכן מילים אלה הבהירו את הקשר שבין סמכות הבג”צ לסמכות הפיקוח של בית המשפט האנגלי, וכן המזו על הדיון המיוחד, המקוצר והמהיר, המאפיין את השימוש בסמכות זו. בעזרת מילים אלה פיתח בית המשפט, לפני היות חוק בתי המשפט הישראלי, את המבחנים הדיוניים, עליהם נתבססה במשך זמן מה סמכות בג”צ.

הבעייה עלתה לדיון ממצה בבג”צ 14/51 היועץ המשפטי ג’ עורך „דבר”<sup>2</sup>. השאלה שנתעוררה שם היתה אם סעיף 4 לפקודת בזיון בית המשפט — סעיף שבוטל מאז — היגו חוקי ותקף. סעיף זה הטיל עונש על פרסום דבר העלול להשפיע על מהלכו של משפט תלוי ועומד וקבע כי הדיון בענין זה יתקיים

<sup>2</sup> פד”י ה’ 1017.

באמצעות עתירה לבג”צ. השאלה היתה אם סעיף זה, שהתיימר להטיל סנקציה עונשית, היה intra vires דבר המלך במועצתו, לרבות סימן 43 שבו. בית המשפט פסק, ברוב דעות, כי סעיף 4 הנ”ל אינו עולה בקנה אחד עם סימן 43. וכי משום כך אין סמכות לבג”צ לדון בעתירה. סימן 43 לדבר המלך לא הותיר מקום למחוקק המנדטורי לשנות את סמכות בג”צ ומכיוון שכך, קבעו שופטי הרוב, יש לבדוק אם הענין שהוסדר בסעיף 4 עשוי להיות נדון בדרך של תחינה ובקשה. העובדה כי המחוקק המנדטורי הטביע גושפנקא של דיון מקוצר על ענין שמטיבו אינו עשוי להיות נדון בדיון מקוצר אינה מעלה ואינה מורידה לענין זה. כדברי השופט אגרנט:

„קשה להעלות על הדעת כי כוונת המחוקק (בסימן 43) היתה למבחן פרוצדורלי טהור, שאין בינו לבין מהותו של הענין הנדון ולא כלום. כלומר, אין לשער, אף לרגע קט, כי למחוקק המנדטורי המקומי ניתן כוח לקבוע, על ידי התקנת הוראות פרוצדורליות, אם הענין שייך לתביעות ומשפטים מזה, או לתחינות ובקשות מזה”<sup>3</sup>. פירוש אחר, גורס השופט אולשן, פותח „פתח למחוקק המקומי להרחיב את סמכותו של בג”צ ללא גבול”<sup>4</sup>. פסק דין זה שימש ראש פינה לבנין התיאוריה על פיה סמכות הבג”צ מותנית בהיות הענין ראוי להיות נדון בדיון מקוצר; כדברי השופט אגרנט:

„אם הענין הוא מהמין הסובל, לפי טיבו, דיון מקוצר, הרי לפניך תחינה או בקשה; ואילו אם הוא מהסוג הדורש, מפאת מהותו, ברור עובדתי מלא, או המדובר הוא בתביעה או במשפט. כאמור התנה המחוקק, כי בית משפט זה ייוקע לבקשה רק אם היא שייכת לסוג הראשון של ענינים”<sup>5</sup>.

מכיוון שקביעת עונש על בזיון בית משפט אינה ענין הראוי להיות נדון בדיון מקוצר, קיבל בית המשפט את טענות המשיבים וביטל את הצו. בית המשפט העליון הלך בעקבות פסק דין זה בשני פסקי-דין נוספים<sup>6</sup> בטרם נחקק חוק בתי המשפט, ורבים ראו בו מבחן כללי שקבע את תחומי הסמכות של בג”צ. המבחן נראה כמצד שכן הוא קבע את סמכות בג”צ לתיוג ולשלילה. ממבחן זה אף השתמע כי סמכותו של בית המשפט המחוזי אינה כוללת ענין שמטיבו הוא תחינה ובקשה, ואינו trial or cause. ענין כזה מצוי על פי המבחן האמור בתחום סמכותו של בג”צ.

למעשה, אם נבדוק היטב את פסק הדין בבג”צ 14/51 נמצא, כי אין הוא מתיימר לקבוע כלל אוניברסלי. עובדות המקרה הן המסבירות את המבחן בו נקטו שופטי הרוב ואת הלשון אותה אימצו לעצמם. באותו מקרה דובר בנסיגתו להטיל סנקציה עונשית — כך ראו את הדבר שופטי הרוב — שלא באמצעות הדיון

<sup>3</sup> שם, בע’ 1049.

<sup>4</sup> שם, בע’ 1099.

<sup>5</sup> שם, בע’ 1048.

<sup>6</sup> בג”צ 53/54 אלפא בע”מ, פד”י ט’ 121; המ’ 10/55 הכשרת חיישוב בישראל בע”מ, פד”י ט’ 646, שם, כפי שנראה להלן, נקבע כי סמכותו של בית המשפט המחוזי על פי סימן 40 לדבר המלך במועצתו ניתנת על ידי סמכותו של בג”צ לדון בתחינות ובקשות, ומשום כך צו הבאה לדין המוצא כלפי עד בענין הנדון בבית דין נמוך אינו בסמכות בית המשפט המחוזי.

הפילי המקובל על ערובותיו השונות, אלא באמצעות קפיצת הדרך והדיון המקוצר בבג"צ. שופטי הרוב הדגישו כי מדובר כאן בפגיעה בזכויות הפרט, באמצעות שינוי יסודי של מערכת הסמכויות שנקבעו בדבר המלך ושהועידה את הדיון בעניינים פליליים לבית המשפט המחוזי. השופט אולשן מדגיש כי אם תוכר סמכות הבג"צ במקרה זה יוצרו, "זכויות המוכרות של הפרט". והשופט אגרנט מרחיב ואומר:

"בראש ובראשונה שמתי את ליבי אל המטרה העיקרית — אם אולי לא המטרה היחידה — שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת שכונן את בית המשפט הגבוה לצדק והעניק לו את הסמכות 'הנותרת' האמורה. הרי מטרתו היתה להכשיר את מערכת המשפט המקומית באופן שחולל לטפל — מלבד בסכסוכים אורחיים שבין אדם לחברו ובעבירות פליליות שלגביהן תובעת המדינה מתן עונש — גם בעניינים שבהם קובל האזרח על שליטת זכויותיו, או הגבלתו, על ידי השלטונות שלא כחוק. כוונתי לזכויות שמקורן בחופש הפרט, ושמן המפורסמות הוא, כי באנגליה מובטחת המחשבת באמצעות מערכת התרופות הידועות בשם תרופות 'בלתי רגילות' או 'פרוגנטיביות'. אכן, איני מחדש דבר באמרי, כי בשעה שהמחוקק הקים בית משפט זה ונתן לו כוח לטפל בסוג הסכסוכים האמור שבין הפרט והציבור, עינו היתה על התרופות המיוחדות האלה".<sup>7</sup>

ענייני הראיות: מבחנו של השופט אגרנט אינו כולו דיוני ואף מזכיר במפורש את תפקידו של בג"צ לטפל בסכסוכים שבין הפרט לשלטון. עיקרו של מבחן זה בא לפסול את הנסיון להשתמש בבית משפט כתחליף להליכים המשפטיים המקובלים. יתר על כן, מבחנו של השופט אגרנט — מבחן הדיון הראוי — יכול לשמש אותנו רק כדי למנוע הרחבת סמכות בג"צ, אך אין הוא יעיל ביותר כאשר מדובר בהצרת סמכותו. ניקח, למשל, מקרה בו קבע המחוקק המנדטורי, או מתקין התקנות הישראלי, כי ענין מסויים הנדון כרגיל בבג"צ יהיה נדון בדיון מקוצר בפני בית משפט או בית דין אחר. מה דינו של ענין כזה? על פי המבחן המהותי נגמל לקבוע כי הוא ראוי להיות נדון בדיון מקוצר, שכן עצם העובדה כי הוא מצוי כדיון בסמכות בג"צ מעידה על כך כי הענין הוא בגדר תחינה ובקשה במובנם האמור. אם כך הדבר, מה ימנע את מחוקק המשנה — המחוקק המנדטורי או מתקין התקנות הישראלי — מלרוקן כליל את סמכות בג"צ על ידי קביעת דיון מקוצר בפני בית משפט או בית דין אחר?

ואכן קושי זה התעורר בהמ' 10/55 הכשרת הישוב בע"מ ג' שדמון.<sup>8</sup> כאן קבע בית המשפט, מפיו של השופט זוסמן, כי לבית המשפט המחוזי אין סמכות להוציא צו המזמין עד להגיש מסמכים לבית דין רבני, משום שהענין הוא בגדר תחינה ובקשה, על פי המבחן שנקבע בבג"צ 14/51 ומשום כך שייך הוא לתחום הבג"צ. אך גם כאן אין המבחן דיוני טהור, שכן כדברי השופט זוסמן, "מבקשים אנו להזכיר, כי גם באנגליה שייך הטיפול בהוצאת הומנות כאלה ל-Crown office of the Queen's Bench Division היינו לאותה מחלקה של בית המשפט אשר אינה מטפלת בסכסוכים שבין אזרח לאזרח, אלא בעניינים שבין ובין הרשות".<sup>9</sup>

<sup>7</sup> שם, בע' 1047.

<sup>8</sup> פד"י ט' 646.

<sup>9</sup> בע' 653. גם כאן ברור כי המבחן הדיוני כרוך במבחן הענייני וכי הדיון המקוצר כרוך בטיב הענין הנדון בו.

השופט זוסמן ער לכך כי המחוקק המנדטורי יכול היה, באמצעות פקודה מתאימה, להקנות לבית המשפט המחוזי סמכות לצוות על הבאת עדים לבתי דין אחרים, כשם שעשה בסעיף 9 לפקודת הבוררות (הבטלה). ראוי לזכור בהקשר זה כי סימן 40 לדבר המלך, שלא כסימן 43, פתח פתח למחוקק לשנות את סמכות בית המשפט המחוזי. אם כך הדבר, מה הועילו השופטים בהלכתם? וכיצד יכול המבחן הדיוני למנוע הצרת סמכות בג"צ ושליטתה?

אם נאמץ לעצמנו את ההלכה שנפסקה בבג"צ 10/59<sup>10</sup> נוזכח בקוצר ידו של המבחן הדיוני. בפסק דין זה, שניתן כבר לאחר חקיקת חוק בתי המשפט, נתעוררה השאלה כיצד יכול בג"צ לדון בפסק דינו של בית דין רבני, כאשר בפני העותרת פתוחה הדרך לערער עליו בפני בית הדין הגדול. לערעורים. קיומו של ערעור זה, כך טען המשיב, מוציא את הענין מתחומו של התנאי השלישי הקבוע בסעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט — "ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר". בית הדין הגדול ודאי שהינו בית דין אחר. בית המשפט, מפיו של השופט זוסמן, אינו מקבל נימוק זה וקובע כי על אף שהענין מצוי בסמכותו של הטריבונל הדתי, אין נשללת סמכותו של בג"צ. נימוקיו של בית המשפט הם שלושה: ראשית, יש לפרש את המילה, "עניינים" בסעיף 7 (א) כביטוי חדש ל"תחינות ובקשות" ולמינוח החדש אין גודעת משמעות מהותית המחייבת סטייה מהתקדימים שפירשו את ההוראה המנדטורית המקבילה. שנית, המונח "עניינים" על פי תקדימים אלה, פירושו עניינים הנדונים בדיון מקוצר; ושלישית, אם מצרפים למונח "עניינים", במשמעותו זו, את התנאי השלישי המנוי בסעיף 7 (א) ניתן להסיק כי סמכות בג"צ נשללת רק באותם מקרים בהם לבית משפט או לבית דין אחר סמכות לדון באותו ענין בדיון מקוצר. במקרה בו יש לבית משפט או לבית דין אחר סמכות לדון בענין בדרך של דיון רגיל, אין נשללת סמכות בג"צ. אך באותם מקרים (מועטים, יחסית) בהם ניתנה לבית המשפט או לבית הדין האחר סמכות לדון בדיון מקוצר, "לא תתווסף סמכותו של בג"צ אל סמכותו של אותו בית משפט, אלא היא תידחה מפניה".<sup>11</sup>

פסק הדין אינו נקי מספקות והוא ממחיש, יותר מקודמיו, את חולשותיו של המבחן הדיוני. אף אם נתעלם מהקושי שבהחלת המשמעות של "תחינות ובקשות" למילה פשוטה כ"עניינים",<sup>12</sup> עדיין נותרים קשיים מספר. קושי ראשון הוא שמבחן הדיון המקוצר המפריד בין תחינות ובקשות מזה לבין תביעות ומשפטים מזה, מתאים להליכים רגילים אך אינו שימושי כאשר מדובר בהליכי ערעור. במה שונה

<sup>10</sup> ויקי לוי ג' בית הדין הרבני האזורי, ת"א-יפו, פד"י י"ג 1182.

<sup>11</sup> שם, בע' 1198.

<sup>12</sup> ראה זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנפלד (תשכ"ד, ירושלים), בע' 238. יתר על כן, ראוי לזכור כי המחוקק השתמש באותה מילה — "ענין" — לצורך הגדרת סמכותם של בתי משפט אחרים באותו חוק, כגון בסעיף 18 (ב): "בית משפט מחוזי ידון באלה —

(1) ...

(2) וכל ענין שאינו בסמכותו היחודית של בית דין אחר". הלכת ויקי לוי מניחה, על כן, כי לאותו מונח עצמו משמעות מנוגדת באותו חוק עצמו ובהקשרים דומים.

הליך הערעור הרגיל — במקרה הגדון ערעור לבית הדין הגדול לערעורים — מהדיון המקוצר הרגיל? הרי הערעור הרגיל מתבסס בלאו הכי על כתבי הטענות ללא הבאת ראיות ועדויות. במה באות לידי ביטוי מהירותו ודחיפותו של הדיון בבג"צ בהשוואה לערעור הרגיל? והאם דיון בעזרת תצהירים אכן מקוצר הוא יותר מדיון בערעור, המושגת כולו על טענות משפטיות? שנית, אף אם נניח כי הערעור לבית הדין הגדול אינו בגדר דיון מקוצר, מה ימנע את בית הדין מלהתקין תקנות שיקבעו דיון מקוצר בערעורים בדרך המקובלת בבג"צ?<sup>13</sup> אם יעשה כך, הרי על פי מבחן הדיון הנוהג, תישלל סמכות בג"צ. על פי מבחן הדיון הראוי ודאי ניתן לדון באותו ענין בדיון מקוצר: טענתה של העותרת בבג"צ 10/59 יכולה להישמע בבג"צ כיוון שהיתה, לדעת בית המשפט, בגדר תחינה ובקשה; אין שום מניעה לכך כי אותו ענין עצמו ישמש בסיס לדיון מקוצר בפני בית הדין הרבני. אם אכן יהיה דיון מקוצר בבית הדין הרבני — או בכל ערכאת ערעור אחרת — תישלל סמכות הבג"צ מכל וכל. ספק רב אם זו התוצאה אליה נתכוון בית המשפט בבג"צ 10/59 הנ"ל. כך רואים אנו כי מבחן הדיון — הדיון הנוהג והדיון הראוי — פגום ביסודו ואינו יכול לשמש אמת מבחן לצרכינו.

למעשה, מבחן הדיון לא מילא עוד, לאחר בג"צ 10/59, תפקיד חשוב בקביעת סמכות בג"צ. הוא בולט בהעדרו מכל פסקי הדין הרבים שבאו לאחר מכן וניסו לתחום את קו הגבול בין בג"צ לבית המשפט המחוזי בסוגיות סבוכות, כמו, למשל, עניני עובדי המדינה וסכסוכיהם עם מעבידתם.<sup>14</sup> קשה גם להעלות על הדעת כיצד ענין הדיון, הנוהג או הראוי, עשוי היה בעבר להשפיע על השאלה אימתי יפנה אורח לבג"צ, ואימתי יפנה לבית המשפט הרגיל בכל הנוגע לתקיפת ארגונות שהוטלו על ידי רשויות מקומיות.<sup>15</sup> למעשה, ניתן לומר כי מבחן הדיון תועלתו מוגבלת ביותר וסימניו כמעט ואינם ניכרים בפסיקה החדשה. חשיבותו ההיסטורית נעוצה בכך שבעזרתו נקבעו שני תחומים לסמכות בג"צ. מצד אחד, מנע בית המשפט פלישת בג"צ לענינים ענשיים; מצד שני הרחיב את תחומי סמכותו לענינים אחרים. ע"י צמצום המונח „ענינים” וקשירתם בסמכות האלטרנטיבית הורחבה סמכות בג"צ בצורה קיצונית. להלכה, קיומה של סמכות אלטרנטיבית שולל את סמכות בג"צ על פי ס' 7 (א) וזאת בניגוד לס' 7 (ב) שם אין הסמכות האלטרנטיבית נזכרת. למעשה, יצר פסק הדין שטח נרחב בו יש לבג"צ סמכות חופפת לסמכותם של בתי המשפט הרגילים. הפרוש המיוחד שניתן ל„ענינים” בבג"צ 10/59 נשכח ולא הובא עוד בפסקי דין מאוחרים יותר; תוצאותיו של פסק הדין נותרו על כנם. כך אירע לגבי פסקי דין הצהרתיים. הללו ניתנים ע"י הבג"צ מכוח ס' 7 (א) וזאת על אף קיומה של הסמכות האלטרנטיבית.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> כפי שהוא מוסמך לעשות: ראה בג"צ 150/59 ועד קצת הספרדים נ' בית הדין הרבני האיזורי בירושלים, פד"י ט"ו 106.

<sup>14</sup> ראה להלן הערות 24-26.

<sup>15</sup> ראה, למשל, ע"א 463/65 פירת הכרז בע"מ ואח' נ' ועדת השומה שליר עיריית נתניה, פד"י כ' (2) 234; בר"ע 19/66 המועצה המקומית אשרד נ' קבוצת בני ערים בע"מ, פד"י כ' (2) 666. ההסדרים הנדונים בפסקי-דין אלה, בוטלו בתשכ"ח וכיום אין עוד ועדת ערר וערעורים לבית המשפט המחוזי בעניני הארגונה הכללית.

<sup>16</sup> ראה להלן טקסט להערות 57-62.

קשה למצוא צידוק הלכתי לקיומה של סמכות מקבילה זו: אם התביעה לסעד הצהרתי היא „ענין” לצורך ס' 7 (א) אוי קיימת לבית משפט אחר סמכות לדון בו. אם אין היא „ענין”, אין לבג"צ סמכות מכל וכל. אך המציאות חזקה מן ההגיון. סמכותו של הבג"צ עפ"י ס' 7 (א) רחבה וחופפת לעתים קרובות את סמכותו של בית המשפט הרגיל.

מבחינה מעשית נותר מן המבחן הדיוני שריד אחד בלבד: כאשר דיון בענין מסוים מצריך בירור עובדתי מקיף ושמיעת ראיות שאינן הולמות דיון מקוצר באמצעות תצהירים, יפנה הבג"צ את הצדדים לבית המשפט הרגיל, שבידו האמצעים המתאימים לכך.<sup>17</sup> אך כלל זה נובע מהתפתחות מאוחרת יותר שהביאה ליחור גמישות בהגדרת מערכת הסמכויות בה אנו דנים.

### ג. המבחן הענייני: משפט פרטי ומשפט ציבורי

כבר ראינו לעיל, כי גם בפסקי הדין שקבעו את המבחן הדיוני, כרוך היה זה בענין מהותי יותר: במהות הסכסוך. הדיון המקוצר, או היות הענין ראוי לו, נזכר בסכסוכים שבין הפרט לשלטון ובבית המשפט האנגלי, העוסק ברגיל בסכסוכים מסוג זה. הקשר בין מהות הסכסוך לבין צורת דיונו אינו רק היסטורי: במשפט האנגלי הוצאו ומוצאים הצווים היתרוניים בדיון מקוצר ועל סמך תצהירים. היטיב להסביר זאת השופט זילברג בע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשרד נ' אורן.<sup>18</sup>

„ענין מסירת הסמכות הבלעדית לבית המשפט הגבוה לצדק כאשר הצדדים לסכסוך הם האזרח והריבון אינו 'דברי נביאות' בעלמא. טמון בו רעיון משפטי מדיני שהוא, בכל הכבוד, נכון ונבון. רצה המחוקק הישראלי, וכן רצה גם קודמו המחוקק המנדטורי, כי ענינים מסוג זה, שהם על פי רוב מן הענינים העומדים ברומו של עולם, יידונו בפני בית משפט מיוחד, בעל קואליפיקציה משפטית גבוהה וסמכות מוכרת שידון בהם כערכאה ראשונה ואחרונה, על יסוד תצהירים ותצהירים שכנגד תוך קיצור וריכוז מכסימלי, ללא אפשרות של עיגול דין על ידי בקשות ביניים מטרידות וערעורי סרק. הנסיון מלמדנו, כי במספר הגון של הבקשות המוגשות לבית המשפט הגבוה לצדק, מתבקש בית המשפט לתת, ונותן, צווי ביניים נגד השלטון „הפוגע”, ולכן יש צורך חיוני לקמץ בזמן העובר מתחילת הדיון עד סופו. שהרי אסור לשחק את פעולת ענפי השלטון. מטעמים אלה וכיוצא בהם נהג המחוקק בתבונה בהקצתו את הסמכות לדון בסכסוכי האזרח עם הריבון לבית משפט, בעל דרגת שיטת אחת בלבד, הוא בית המשפט הגבוה לצדק.”

על פי מבחן זה הלך בית המשפט העליון במספר ענינים, הן לצרכי תחימת סמכותו של בית המשפט הרגיל, הן לצורך קביעת סמכות הבג"צ.

בהמ' 48/49 כהן נ' עיריית חיפה<sup>19</sup>, נדונה בפני בית המשפט המחוזי השאלה אם ניתן להוציא נגד המשיבה צו מניעה ופסק הצהרתי על אף טענתה של העירייה שהיא פועלת על פי חוקי עזר עירוניים. אמר השופט לנדוי, שישיב או לדון כשופט מחוזי:

„הענין הזה הפך עכשיו לסכסוך בין העירייה שהיא בלי ספק מוסר ציבורי...

<sup>17</sup> ראה בג"צ 276/69 הפתירות המהנדסים נ' שר העבודה, פד"י כ"ד (1) 281.

<sup>18</sup> פד"י כ' (4) 841, 847.

<sup>19</sup> פס"מ ד', 349; המובאה להלן היא מע' 350-1.

בהיותה מוסד של השלטון המקומי, ובין אורה אשר ברצונו לטעון שהעיריה אינה ממלאת את תפקידיה הציבוריים. פקודת בתי המשפט [שהיתה אז בתוקף, והיום בא במקומה סעיף 7 (ב) לחוק בתי המשפט — א.ר.] מייחדת את הסמכות הזאת לביורור סכסוכים בין האזרח ובין מוסדות השלטון המבצע לבג"צ. בביורור כזה פועל בית הדין והגבוה למעשה בשטח המשפט הציבורי או המנהלתי (אדמיניסטרטיבי) והוא משתמש בעקרונות מיוחדים לשם בחינת חוקיותם של פעולות המוסד המבצע בנדון. בית המשפט המחוזי אינו רשאי להתערב בשטח זה".

מבחן זה אומץ בע"א 148/51 רימוך נ' עיריית חיפה<sup>20</sup>, בו קבע בית המשפט העליון כי:

"פעולתה הנדונה של העירייה, הפועלת, או מתיימרת לפעול, מכוח חוקי העזר שלה, היא ללא ספק פעולת גוף ציבורי ואיננה ענין אלא לבית המשפט הגבוה לצדק. העובדה שהצביע עליה בא-כוח המערער, והיא: כי התביעה העיקרית בבית המשפט דלמטה היא למתן פסק הצהרתי (כי המערער רשאי להתזקק במקום את גרוטאותיו) ולא למתן צו לא תעשה (שלא לחסל את הגרוטאות הללו), איננה חשובה כלל ועיקר. תכליתה ומהותה היא למנוע את העירייה מלחסל את הגרוטאות, ואין חילופי מלים במלים יכולים להשפיע על שאלות כגון אלו".

הלכה זו נתקבלה בשורה של פסקי דין<sup>21</sup>, ונומקה על ידי השופט אולשן בזו הלשון:

"לפי סעיף 18 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, כל ענין אזרחי שאיננו בסמכותו של בית משפט השלום הוא בסמכותו של בית המשפט המחוזי. כאשר מדובר כאן בסעיף 18 על ענין 'אזרחי' הרי המדובר הוא בענין אזרחי להבדיל מהענין בעל הגון הציבורי שמדובר עליו בסעיף 7"<sup>22</sup>.

המבחן המהותי הוא כפול: מחד, ענינים הנופלים בתחום המשפט הפרטי הם, "ענינים אזרחיים" במובן סעיף 18, ומשום כך מקומם בבית המשפט המחוזי ומכוח סמכותו הייחודית של בית משפט זה יוצאים מתחומו של בג"צ; מאידך, ענינים של המשפט הציבורי אינם כלולים במסגרת סעיף 18 ומשום כך לא בית המשפט המחוזי אלא הבג"צ הוא המוסמך לדון בהם. במילים אחרות: המבחן המהותי מציב גבולות לסמכות בית המשפט המחוזי והבג"צ כאחד.

המבחן המהותי קובע קריטריון אנאליטי ברור, התואם את חרשו של המשפטן. בסופו של דבר, אין זה מקרה כי סוגיית הבג"צ נלמדת במסגרת המשפט

<sup>20</sup> פד"י ז' 935.

<sup>21</sup> המ"ר 180/56 סינברג נ' מועצה מקומית גבעתיים, פד"י י"א 209; בג"צ 273/64 כנק פריכטנברג בע"מ נ' שר האוצר ואח', פד"י י"ט (1) 206; בג"צ 308/63 דורון נ' מנהל אגף הנכסים מחוז הצפון, פד"י י"ח (2) 321; בג"צ 177/70 זכאי נ' שר השיכון, פד"י כ"ד (2) 35.

<sup>22</sup> בג"צ 63/59 אלירזון נ' מדינת ישראל, פד"י י"ג 1163, 1167. הנמקתו של השופט אולשן מתבססת על סעיף 18 (1) לחוק בתי המשפט המעניק לבית המשפט המחוזי סמכות בענין אזרחי או פלילי; אך מה דינו של ס"ק (2) המעניק לו סמכות בכל ענין, שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר? בלא שיוסיף את המילה "אזרחי" מדוע לא יהיה כל ענין ציבורי כלול במסגרת ס"ק (2)?

הציבורי באוניברסיטה, ואין זו אמונת שוא המזהה בית משפט זה עם מוסד המגן על הפרט בפני שרירות לבו של השלטון. המבחן המהותי מסביר מדוע לא יתערב בית המשפט ביחסים חוזיים קיימים בין האזרח לבין השלטון הפועל כפיסקוס ומדוע יתערב הוא כאשר השלטון משתמש בסמכויותיו הסטטוטוריות<sup>23</sup>: המבחן מסביר מדוע היה בג"צ מתערב, בטרם היות חוק בית הדין לעבודה, בפיתורי עובדי מדינה<sup>24</sup>, אך לא בשאלות סיווג<sup>25</sup>, ואף כי גם מבחן זה יוצר מקרי גבול לא ברורים<sup>26</sup>, הרי שאלות אלה, של "מתיחת קו", הן פועל יוצא של כל הגדרה משפטית.

אף על פי כן רבתה הביקורת על מבחן זה, שעשוי היה לכאורה לשמש אבן בוחן מועילה לציבור. עצם ההבחנה בין משפט ציבורי לפרטי היא הבחנה מושגית הורה לרוחו של המשפט האנגלי. כדברי פרופ' זמיר:

"... מבחן זה אינו מדויק די הצורך. חוסר הדיוק גובע מכך שהמבחן שואב את השראתו משיטות המשפט של יבשת אירופה ולא משיטת המשפט של אנגליה. במדינות יבשת אירופה מקובל לחלק את עניני המשפט לענינים מינהליים המצויים בסמכותם של בתי משפט מינהליים מיוחדים, ולענינים אזרחיים ופליליים המצויים בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים. שונה המצב באנגליה. עד לפני עשרות שנים מעטות, רוב המשפטים האנגליים (בהשראתו של דייסי) לא היו מוכנים להכיר בקיומו הנפרד של משפט מינהלי בארצם, משפט הקובע דינים מיוחדים לענינים מינהליים. ואף עתה, כשהכל מודים בקיומו של משפט מינהלי באנגליה, עדיין מטושטשת ביותר ההבחנה בין ענינים מינהליים וענינים אזרחיים. מכל מקום, לא קיים באנגליה בית משפט מיוחד לדיון בענינים מינהליים, וה- High Court of Justice דן בכל סוגי הענינים כולם. מאחר שסימן 43 לדבר המלך מבוסס על שיטת המשפט האנגלי, ספק אם ניתן לייחס למחוקק המנדטורי את הכוונה להנהיג בארץ את ההבחנה, הורה לרוח המשפט האנגלי, בין ענינים אזרחיים וענינים מינהליים, ולהפוך את בג"צ לבית משפט מינהלי"<sup>27</sup>.

אין חולק כי אכן כך הם הדברים. המשפט הציבורי האנגלי התפתח בנתיבי עקלתון והוא תוצר של נסיבות היסטוריות וחברתיות מיוחדות במיגן. כל נסיון לצקת תוצר פתלתול זה למגרות של מושגיות סימטרית נועד לכשלון. למעשה, הקושי בהגדרת סמכות הבג"צ גובע מהנסיון המגדטורי והישראלי לתרגם את הנסיון האנגלי, על כלליו וחריגיו הרבים, אל תוך פורמולה משפטית מכלילה. עם זאת, אין המחוקק — ובודאי לא המחוקק הישראלי — קשור בטבורו בהיסטוריה האנגלית. אמת הדבר: עקרונות הפיקוח השיפוטי על המינהל שאובים אצלנו מן הדין האנגלי. אך מוזאת אין להסיק כי פירושו של סעיף כללי המנוסח בשפה מופשטת, כסעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט, חייב להיות צמוד לדין האנגלי. בסופו של דבר, באה הפרקטיקה האנגלית לידי ביטוי בסעיף 7 (ב). הכולל סעדים הנזורים על פי המתכונת של הצווים היתרונניים האנגליים המקבילים. גם בצווים אלה יראה

<sup>23</sup> בג"צ 326/65 סרבי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י כ' (2) 490, 496.

<sup>24</sup> בג"צ 27/51 כזן נ' שר החקלאות, פד"י ז' 1085.

<sup>25</sup> בג"צ 296/65, 310/65, קמאר נ' נציב שירות המדינה, פד"י כ' (1) 456.

<sup>26</sup> מקרה גבול כזה הוא בג"צ 215/68, 209/68 שמחי ואח' נ' נציב שירות המדינה, פד"י כ"ב (2) 673, שנעסוק בו להלן.

<sup>27</sup> במאמרו הג"ל, בע' 241-242.

עצמו בית המשפט הישראלי משוחרר ממגבלותיו של בית המשפט האנגלי ולא יהסס אף להכניס שינויים יסודיים בהיקף הבקורת השיפוטית.<sup>28</sup> כאשר עוסקים אנו בסעיף 7 (א) — סעיף שאין לו אח ורע בדין האנגלי — וכאשר מדובר רק באותם מקרים שאינם נופלים בתחומו של סעיף 7 (ב), ניתן, כך נדמה, להשתחרר מן המסורת האנגלית ולקבוע הבחנות מושגיות שיתרונן הוא בהירות ושימושיות.

דברים אלה נכונים, אפילו נמצא בחוק עצמו חריגים היוצאים מהכלל האמור. אמת הדבר כי בסעיף 7 (ב) מצויים ענינים שאינם שייכים לתחומו של המשפט הציבורי: כזה הוא הדין בצו המוצא על פי 7 (ב) (1) בענין החזקתם שלא כדין של ילדים, וכן ניתן לטעון כי ברוב המקרים של צווי בירור מתקיים למעשה ערעור המוגש ע"י הצד שהפסיד בדינו בטריבונל דלמטה נגד יריבו באותו טריבונל, כשהטריבונל עצמו מצורף רק pro forma ואינו מופיע בבית המשפט העליון.<sup>29</sup> חריגים מקבילים ניתן למצוא בבית המשפט הרגיל לו הוענקה סמכות לדון בקובלנות נגד רשות ציבורית בשל מעשה שעשתה מכוח סמכותה הסטטוטורית.<sup>30</sup>

חריגים אלה אינם מוכיחים ולא כלום, פרט לכך שהמחוקק מעדיף, מטעמים שלו, לחרוג מהעקרון שהנחה אותו — אם אכן המבחן המהותי הוא המבחן התקף — בנסחו את הסעיפים 18 ו-7 (א) לחוק בתי המשפט. בהעדר חוקה, ובהעדר מעמד עדיף לחוק בתי המשפט, רשאי וחפשי המחוקק הישראלי לקבוע הסדרים ספציפיים מטעמים של נוחיות (כמו במקרה של ערעור על התליית רשיונות נהיגה) או של שמירה על נהג קודם (כמו במקרה של הביאס קורפוס).<sup>31</sup> ניתן לומר, כי מבחינה פרשנית חריגים אלה מתוקים את כוחו של הכלל, שהרי אילו היתה לבית המשפט הרגיל סמכות כללית על פי סעיף 18 לחוק בתי המשפט לעסוק בענינים של המשפט הציבורי, לא היה המחוקק טורח ומאזכר במפורש את סמכותו בענינים מיוחדים מסוג זה.<sup>32</sup> סעיף 7 (א) מבטא מדיניות משפטית של המחוקק, אך אין פירושו כי המחוקק כבל ידיו שלא לחרוג, בשום מקרה ובשום אופן, ממדיניות זו. אם מקבלים הנחה זו, אין חריגי המחוקק מבטלים את ההבחנה

<sup>28</sup> בג"צ 76+77+79/63 פרודלר ואח' נ' פקיד הבחירות, פד"י י"ז 2503, בו נקבעה סמכותו של בית המשפט לבטל החלטה שיפוטית שיש בה טעות כמסה שאינה גלויה על פני ההחלטה.

<sup>29</sup> ראה בענין זה מאמרו של ד"ר שלמה לוי, עתירה לבג"צ כהליך תקיפה ערעורי, משפטים ג', ע' 16.

<sup>30</sup> ראה, למשל, ערעורים על התליית רשיון נהיגה בפני בתי משפט רגילים על פי ס' 51 עד 55 לפקודת התעבורה [נוסח חדש].

<sup>31</sup> בעייה שונה התעוררה לגבי המחוקק המנדטורי, שקבע חריגים דומים בפקודות, וזאת בשעה שדבר המלך הוא שקבע את סמכות הבג"צ. אך הנתחו של מאמר זה היא כי יש משמעות עצמאית לדבר חקיקה ישראלית וכי סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט אינו זהה לסימן 43 לדברי המלך במועצתו, 1922.

<sup>32</sup> אך השווה בג"צ 350/65 לוי ג' שר הפנים, פד"י כ' (1) 339, בו נקבע שאף כאשר אין המחוקק מאזכר במפורש את בית המשפט המחוזי מוכן בג"צ להגיח כי אליו התכוון; וראה הערה 34 להלן.

המהותית התוחמת תחום בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי, וקובעת על פיו את סמכויות בתי המשפט בהם אנו עוסקים.

טענה נוספת כנגד המבחן המהותי היא, כי אינו מתיישב עם פסיקה אחרת של בית המשפט העליון. ראייה לדבר ניתן למצוא במקרים בהם אישר בית המשפט את סמכותו של בית המשפט המחוזי להוציא פסק הוצאתי בענין חוקיותה של ארנונה שהטילה רשות מקומית.<sup>33</sup> או בקשה על פי סעיף 105 (ג) לצו המועצות המקומיות (א), תשי"א—1950 לביטול הודעה על פסילת כהונתו של חבר מועצה מקומית.<sup>34</sup> יתר על כן, במקרים לא מעטים הפנה הבג"צ את העותר לבית המשפט הרגיל בתביעה שכל יסודה במשפט הציבורי.<sup>35</sup>

במידה וטענה זו מסתמכת על חוסר הסימטריה בפסיקה בית המשפט העליון, דינה להידחות. פסיקה בית המשפט העליון בסוגייה זו עברה תהפוכות כה רבות עד כי, כדברי השופט זוסמן, „לא רק שקו גבול ברור ומדויק כנראה אינו נמצא, אלא גם פסקי הדין שיצאו מבית משפט זה אינם מתיישבים כולם זה עם זה“.<sup>36</sup> אכן, שום מבחן אפשרי לא יעלה בקנה אחד עם כל פסקי הדין של בית המשפט העליון ובפנינו ניצבת שאלה של בחירה בין תקדימים הנראים לנו רצויים לבין אלה שחייבים אנו לדחותם — כל זאת אם ברצוננו לקבוע עקרון מנחה כלשהו לקביעת סמכות.

הטענה האחרונה, והמרשימה ביותר, נגד המבחן המהותי, היא כי מטבע משפטנו הוא שאותו מעשה גופו מצמיח עילות שונות — חלקן במשפט הציבורי, חלקן במשפט הפרטי. הדוגמה הקלאסית לצורך זה היא כליאת שוא בידי הרשות. כליאה כזו מצמיחה שתי עילות ושני סעדים: מחד גיסא, עילת עתירה לבג"צ על פי האמור בסעיף 7 (ב) (1) לחוק בתי המשפט שבצידה התרופה של הביאס קורפוס ומאידך גיסא, עילת תביעה בנוסחין שבצידה סעד של פיצויים בגין הנזק שנגרם על ידי שלילת חרותו של התובע. דוגמא זו, ממחישה את חוסר האפשרות להפריד בין הדברים.<sup>37</sup> מעשה הצומח בתחום המשפט הציבורי יש לו השלכות אפשריות

<sup>33</sup> ע"א 436/62 ראש העיר רמת-גן נ' תיק, פד"י י"ז 1262.

<sup>34</sup> בג"צ 350/65 לוי ג' שר הפנים, פד"י כ' (1) 339. על פסק דין זה ניתן למחוח ביקורת: פסק הדין מסתמך על לשונו של מחוקק המשנה (שאף היא אינה חד-משמעית). אך השאלה היא אם רשאי היה מחוקק המשנה להוציא ענין ציבורי מובהק — שאלת כהונתו של עובד ציבור — מתחום סמכותו של בג"צ. סעיף 7 (ב) (2) מדבר במפורש על צווים המכוונים אל אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין שנבחרו או נתמנו שלא כדין. גם בלעדי הוראה מפורשת זו, ספק רב אם מחוקק המשנה רשאי להוציא ענין מסוג זה מתחומו של הבג"צ, ולהפקידו בידי בית המשפט המחוזי.

<sup>35</sup> ראה להלן, טקסט להערה 73.

<sup>36</sup> ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פד"י כ"ד (2) 577, 580.

<sup>37</sup> ראה גם ד"ר י. זוסמן, פירי הדין האזרחי (מהדורה 3), בע' 21: „כאשר האפוסטרופוס לנכסי נפקדים מתיימר לקבוע כי קרקע מסוימת מוקנית לו מכוח חוק נכסי נפקדים תשי"א—1950, וראובן טוען לבעלותו על קרקע זו, יכול ראובן לפנות לבג"צ (בג"צ 168/52 מאלם נ' האפוסטרופוס לנכסי נפקדים, פד"י י' 1000) או, לחילופין, לתבוע החזרת חזקה בבית משפט השלום על פי סעיף 28 (3) לחוק בתי המשפט“.

במשפט הפרטי. פגיעה במאזן הזכויות של הפרט באמצעות החלטה מינהלית פגומה, יכולה לשמש, לפחות להלכה, עילת תביעה בנויקין; תביעת הרשות לתשלום חובה בלתי חוקי עשויה לשמש עילה לעתירה לבג"צ כדי לבטל את התביעה או עילה לתביעת השבה בדיני מעין חוזים; וכמעט כל החלטה פוזיטיבית, דהיינו החלטה המשנה זכויות או סטאטוס — בניגוד להחלטה המסרבת להעניק זכות או יתרון — יכולה לשמש נושא להתקפת עקיפין.

חפיפה זו שבין עילות שונות אינה מפתיעה. למעשה החל המשפט האנגלי מתוך ההנחה כי מערכת התביעות הרגילות בנויקין, ובעיקר תביעות on the case, חייבת לתת מענה גם למעשים אי-חוקיים של פקידי מינהל ושופטי שלום. מערכת הפקוח של בית המשפט הגבוה בלונדון השלימה את תרופות הנויקין ורק בשלב מאוחר יותר, כאשר הורחבו חסיגיו הנתבעים, עלתה חשיבותם של הצווים היתרוניים על התביעות בנויקין. משום כך, ניתן לומר כי חפיפה מסוימת בין עילות המשפט הפרטי לבין „עילות” המשפט הציבורי היא סימן היכר של המשפט האנגלי.

יתר על כן, עם התפתחות המשפט הציבורי והרחבת סמכויות הממשל נוצרה חפיפה מסוג שונה, בה דינים מהותיים שונים — ולא רק סעדים שונים — „מכסים” אותו נושא. כך, למשל, מערכת היחסים בין עובדי המדינה לבין מעסיקיהם נשלטים על ידי שני מעגלים החופפים בחלקם — האחד סטאטוטורי, השני חוזי. פיטורי עובד מדינה מתפקידו עשויים להיות הפרת חוזה — אם, למשל, לא נשמרו הנוראות התקשיר בענין זה — או עילה לעתירה לבג"צ — אם למשל, פעלה המדינה על פי סימן 15 לדבר המלך במועצתו, 1922, ולא שמרה על כללי הצדק הטבעי שחוטבו בתוך סעיף זה על ידי פסקיו של בית המשפט. חפיפה מסוג זה — חפיפה מבחינת הדין המהותי — אינה פוגעת במבחן המהותי הקובע את סמכות בג"צ. אם אכן יש בנמצא דינים מהותיים שונים, אין שום פגם או קושי בכך ששני בתי משפט שונים יתנו סעדים שונים וכי הסמכות ביניהם תתחלק על פי אמת המידה העניינית: בית המשפט המחוזי יתן סעד פצויי לעובד שפוטר שלא כדין, והבג"צ יוכל לבטל את פיטוריו. זכות התביעה תהיה בידי התובע-העותר והכל ייחתך על פי המבחן המהותי.

אך גם כאשר עוסקים אנו בחפיפה מבחינת הסעדים — כאשר אותו מעשה עצמו מצמיח עילות שונות — אין הקרקע נשמטת תחת המבחן המהותי. הבה נחזור לדוגמת כליאת השוא ושתי עילותיה: אמת המידה לסמכות בג"צ בענין זה ברורה ושימושית למרות החפיפה. העתירה למתן צו מסוג הביאס קורפוס היא בתחום המשפט הציבורי; התביעה על פי סעיף 26 לפקודת הנויקין [נוסח חדש] היא בתחום המשפט הפרטי, על אף היותה מוגשת נגד פקיד ציבורי, האם, משום כך, יש פסול בחפיפה כשלעצמה? האם אין הנהגה הגיונית? האם כדאי לסטות ממנו? והרי חפיפה כזו פועלת בהצלחה וללא קשיים זה זמן רב.

הקשיים שמעוררת בעית החפיפה הם משני סוגים: הראשון נוגע לבעית „סימון הקר” בין המשפט הציבורי לפרטי, בעיה המוכרת לנו מתחומי משפט אחרים ואשר אינה צריכה להבהילנו. פסק הדין בענין שמחיי<sup>38</sup> הוא מקרה

קשה של סימון קו וגיתן לטעון כי נפסק בטעות<sup>39</sup>. אך קושי זה וטעות זו קיימים בפסק הדין בין שנבססו על המבחן המהותי ובין שנבססו על כל מבחן אפשרי אחר. זהו מסוג מקרי הגבול שמוליד כל קריטריון משפטי.

הקושי השני שמעוררת בעית החפיפה הוא מעשי: אם המבחן הוא מהותי — היות העניין ציבורי או פרטי — הרי במקרים של חפיפה, לא יכריע מבחן חיצוני, ניתן לזיהוי קל, כגון עילת תביעה או סעד, אלא בכל מקרה ומקרה יהיה צורך לבדוק את טיב הענין גופו. כך, למשל, לפי המבחן המהותי תביעה רגילה בנויקין המעוררת למעשה ענין של המשפט הציבורי, צריכה להדחות בבית המשפט המחוזי על אף שמבחינה צורנית תואמת התביעה את הדין המהותי הקבוע בסעיף המתאים בפקודת הנויקין ואת תקנות הדין האורח. מצב זה מקשה על עבודתם של עורכי דין ופוגע ביציבות המשפטית.

ישם אל לב, כי כל הטענות שהושמעו בפסיקה ובספרות בענין זה כוונו נגד צמצום סמכותו של בית המשפט הרגיל. ואכן, ניתנה האמת להאמר כי המבחן המהותי יצר קשיים מסוימים בבית המשפט הרגיל: מצד אחד, נאסר, למשל, על בית משפט השלום לדון בעניני חזקה במקרקעין — על פי הכלל שנוסח בפרשת רימון — ומצד שני הפנה בית המשפט העליון לבית המשפט הרגיל ענינים, שבהם צריך היה לשבת כבג"צ<sup>40</sup>. קשיים אלה לא הורגשו בפסיקה הבג"צ עצמו. המבחן המהותי ענה לבעיות שהתעוררו בתחום בית משפט זה. על אף אי הבהירות הרבה לגבי היקף תחולתו של סעיף 7 (א), דבר אחד אינו שנוי במחלוקת: בית המשפט יושיט סעד על פי סעיף זה רק כאשר המשיב הוא רשות ציבורית, שמכוח מעמדה הציבורי — ובמרבית המקרים: הסטוטורי — יכולה להשפיע על זכויותיו והתנהגותו של האזרח. אין מקרה אחד בו התערב הבג"צ נגד גוף שאין לו מעמד בתחום המשפט הציבורי. גם כשמדובר בארגון רב עצמה כמו ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, לא התערב הבג"צ משום שמעמדה וסמכותה מעוגנים בתחום היחסים החוזיים הרגילים, ולא בתחום המשפט הציבורי<sup>41</sup>. משום כך, הטענה בדבר אי התאמה בין פרקטיקה לתיאוריה של המבחן המהותי יפה בעיקרה לסמכות בית משפט מחוזי ולא לענין בג"צ. מסקנה זו כשלעצמה מחייבת דיון נפרד בשני בתי המשפט. אך בטרם נגיע לדיון זה חייבים אנו לדון במבחן אחר לקביעת סמכות הבג"צ ובית המשפט המחוזי — מבחן הסעד.

#### ד. מבחן הסעד

יש בפנינו מבחן אחד, קל להבנה ולהפעלה, העשוי לתחום תחום ברור

<sup>39</sup> למעשה דן פסק הדין בעניני סיווג מקצועי ולא בפעולה סטטוטורית. יתר על כן, תוצאתו של פסק הדין נוגדת גם באופן מפורש את בג"צ 63/59 אלידן נ' מדינת ישראל, פד"י י"ג 1165, שקבע כי אין לעקוף, באמצעות בג"צ, את האיסור להוציא צוי מניעה נגד המדינה.

<sup>40</sup> ראה להלן טקסט להערות 68–72.

<sup>41</sup> בג"צ 281/65 אשכנזי נ' ועדת הבחירות המרכזית להפצרות, פד"י י"ט (3) 194. בבג"צ 118/62 לנדאו נ' שר החקלאות והמועצה לייצור ושיווק ביצים ועופות בע"מ, פד"י ט"ז 2540, מצא בג"צ כי התפקיד שמלאה המועצה — חברה בע"מ — הוא סטטוטורי ולכן יש מקום להתערבותו.

<sup>38</sup> בג"צ 215/68, 209/68, פד"י כ"ב (2) 673.

לסמכות הבג"צ והמחוזי — מבחן הסעד. השאלה על פי מבחן זה היא פשוטה: האם הסעד שמבקש העותר הוא מסוג הסעדים שרשאי בית המשפט לתיתם? תשובה חיובית תסמך את בית המשפט לדון בענין. אך משבאים ליישם מבחן קוסם זה מתברר כי אין הדברים פשוטים כלל ועיקר.

בענין סמכות בג"צ מסתבך המבחן בשל לשונו של סעיף 7 (א), המדברת על „סעד למען הצדק” ואינה מפרטת את סוגי הסעדים שרשאי הבג"צ להושיט. ואף על פי כן, יש הסוברים כי אם מרכיבים על סעיף לקוני זה את מטענה של המסורת האנגלית, המבחן הוא שימושי. כדברי פרופסור זמיר לגבי סימן 43 לדבר המלך:

„כל פסקאותיו של סימן זה, אין בהן משום הגדרה, אלא רק תיאור של אותן תכונות משותפות המאפיינות את הצווים הפרוגטיביים”<sup>42</sup>. ומכאן מסיק הוא כי „בג"צ מוסמך לדון בכל ענין הניתן להכרעה באמצעות צו פרוגטיבי”, וזאת אפילו נמצא אותו ענין גם בסמכות בית המשפט המחוזי. אך גישה זו מעוררת מיד קושי מסוים, אם מתרגמים אותה ללשון החוק הישראלי: סעיף 7 (ב) מפרט, למעשה, את כל סוגי הצווים היתרוניים הידועים במשפט האנגלי, ואם משווים פרוט זה ללשונו הרחבה של סעיף 7 (א), חייבים להסיק כי המחוקק לא נתכוון להגביל עצמו בתחום של הצווים היתרוניים שירשנו מאנגליה. יתר על כן, בית המשפט העליון קבע, אף לפני היות סעיף 7 הישראלי, כי מכוח סמכותו הכללית רשאי הבג"צ להושיט סעד הצהרתי<sup>43</sup>, סעד במסגרת של צו לא-תעשה וצו זימון, במסגרת סימן 43. סעדים אלה אינם אלא יצירי הפסיקה ומשום כך יש לחפש את „הגדרת הנסיבות בהן ניתנו הסעדים”. חיפוש זה מחזירנו למבחן המהותי שכן, כדברי פרופסור זמיר, „בג"צ יתן סעדים אלה רק בענינים מינהליים, כלומר בסכסוכים בקשר להפעלת סמכות מינהלית, ולא בענינים אורחיים”.

במילים אחרות: לדברי פרופסור זמיר, יש לבג"צ שני תחומי סמכות: האחד כולל כל מקרה בו מתבקש צו יתרוני; השני כולל מקרים אחרים שמבחינה ענינית נכנסים לתחום המשפט הציבורי. מבחן משגל זה אינו פותר את בעיית חלוקת הסמכויות בין בית משפט עליון למחוזי בכל אותם מקרים — והרי אלה המקרים הפרובלמטיים — שאינם נופלים בתחומם של סעיף 7 (ב).

יתר על כן, מבחן הסעד כמורה דרך לבג"צ נדחה במפורש על ידי בית המשפט בבג"צ 63/59 אליהו נ' מדינת ישראל<sup>44</sup>. באותו מקרה ביקש העותר צו שימנע בעד המדינה מלבנות קומה נוספת על גג הבית בו גר העותר. נגד טענת המדינה שהסכסוך הוא אורחי ולא ציבורי, השיב העותר כי בית משפט מחוזי אינו מוסמך להוציא צו מניעה נגד המדינה, ומשום כך חייב בג"צ להושיט סעד, שאינו בנמצא בשום ערכאה אחרת. לכך השיב השופט אולשן:

„אני סבור ששאלת טיב הסעד אשר על בית המשפט להושיט באה תמיד לאחר

<sup>42</sup> זמיר, במאמרו הנ"ל, בע' 246.

<sup>43</sup> בג"צ 22/49 סבו נ' המשל הצבאי של יפו, פס"ע ה' 210; בג"צ 217/51 דנקנר נ' עיריית פתח-תקה, פד"י ר' 75; בג"צ 129/57 מנשי נ' שר חפנים ועיריית תל-אביב, פד"י י"ב 209.

<sup>44</sup> פד"י י"ג 1165.

השאלה מהו הסכסוך. בית משפט כאשר מתבקש להושיט סעד, עליו קודם כל לחת את דעתו על השאלה אם עצם הסכסוך הוא בסמכותו, מפני שאין זה מתקבל על הדעת, בדרך כלל, שבית משפט יהיה מוסמך להושיט סעד כשעצם הסכסוך אינו בסמכותו<sup>45</sup>.

וברוח דומה, קבע בית המשפט כי „גם אם אין סמכות לבית הדין האזורי לעבודה להוציא צו מניעה כנגד המדינה, אין די בכך לפתוח שערי בית משפט זה בפני העותר”<sup>46</sup>.

אך פסילה זו של מבחן הסעד אינה מכרעת. אם נתבונן לא רק במה שאמר בית המשפט אלא בעיקר במה שעשה, ניווכח לדעת כי, בצדק, סירב לעקוף את האיסור שקבע המחוקק בסעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האורחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958, סעיף זה אוסר, כידוע, מתן צו מניעה נגד המדינה ואילו היה בית משפט מושיט סעד במקרים האמורים היה עושה דבר המחוקק פלסטר. עקרון פרשני זה ברור, ואין צורך לבנות סביבו כלל אוניברסאלי השולל קביעת סמכות בג"צ על פי מבחן הסעד<sup>47</sup>.

יתר על כן, במקרה אחד לפחות, הוציא בית המשפט צו שעקף את האיסורים הקבועים בסעיף 5 האמור, וזאת בצאתו מתוך הנחה — צודקת או מוטעית, אין זה משנה לעיצומו של הענין הנדון — כי נשוא העתירה מעורר בעיה של המשפט הציבורי<sup>48</sup>. האיסור על הוצאת צו מניעה — והאיסור המשתמע על עקיפתו באמצעות בג"צ — חלים במלוא תקפם כאשר הסכסוך כולו מעוגן בתחום המשפט הפרטי, ועזרת הבג"צ מתבקשת רק בשל מגבלות הסעד במשפט הפרטי.

במישור בית המשפט המחוזי, מסתבכת הבעיה בשל שפע הסעדים שיכול בית משפט זה להושיט. למעשה, יכול בית משפט זה להושיט כל סעד לו נזקק הפרט בסכסוכו עם השלטון — לרבות צווי מניעה — ומשום כך, מבחן הסעד כשלעצמו אינו יכול להיות מבחן לסמכותו של בית המשפט המחוזי. קושי זה ייבדק עתה.

## ה. סמכותו של בית המשפט המחוזי בתביעות נגד רשויות ציבוריות

כבר ראינו כמה רחבה לשונו של סעיף 18 לחוק בתי המשפט. על פי לשון זו אין אחיזה לצמצום סמכותו של בית המשפט לסכסוכים המצויים בתחום המשפט הפרטי. ואכן, לאחרונה ניתנה שורה של פסקי דין שהחזירו עטרה לישנה, ביטלו את הגבלות המבחן המהותי, והרחיבו את סמכות בית המשפט המחוזי.

<sup>45</sup> שם, בע' 1167.

<sup>46</sup> בג"צ 7/70 אנאני נ' שר החקלאות, פד"י כ"ד (1) 127, מפי השופט ברנזון בע' 129. לאחרונה ניתנה על ידי בית הדין הארצי לעבודה החלטת, אגב אורחא, לפיה יש בסמכות בית הדין לעבודה להוציא צו מניעה נגד המדינה. ר' תיק 5-2/69 הפתורות המהנדסים ואסיאם נ' נציבות שירות המדינה, קובץ פסקי הדין של בית הדין לעבודה ב', ע' 58.

<sup>47</sup> ראה באותו ענין, בנימין לוינבוק, צו מניעה (תשכ"ו—1966, תל-אביב), בע' 18.

<sup>48</sup> בג"צ שמחי הנ"ל, הערה 38 לעיל.

<sup>49</sup> פד"י כ' (4) 841.

בע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן<sup>50</sup> נתעוררה השאלה אם מוסמך בית המשפט המחוזי להוציא צו מניעה האוסר על הרשות המקומית להעניק רשיון לניהול עסק, רשיון שהיא מוציאה מכוח סמכותה הסטוטורית. לעיצומו של ענין, קיבל בית המשפט את הערעור וביטל את צו המניעה שהוציא בית המשפט המחוזי נגד המערערים, אך גימקי השופטים היו שונים. השופט וילברג דבק במבחן המהותי, וקבע כי הסכסוך מצוי בתחום המשפט הציבורי ומקומו על כן בסמכות בג"צ. השופט קיסטר אינו מאמץ לעצמו מבחן זה ותובע להעמיד את בירור השאלה, "לא על מבחן הענין הנדון, אלא על מבחן הסעד הנדרש". למרות זאת, הוא מגיע למסקנה כי אין בית המשפט המחוזי מוסמך להעניק סעד זה, שכן מניסוח סעיף 7 (ב) לחוק בתי המשפט הוא מסיק, "כי המחוקק לא היה מעוניין בכך שבתי המשפט על כל דרגותיהם יוכלו להוציא צווים המחייבים אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין לציית להם. בענינים הנוגעים למילוי תפקידים... סמכות זו ייחד המחוקק לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבג"צ"<sup>51</sup>. השופט הלוי מגיע למסקנה שונה לחלוטין. לדעתו מוסמך בית המשפט המחוזי להוציא צווי מניעה גם לגבי שימוש בסמכויות סטטוטוריות, אלא אם כן נשללה ממנו סמכות זו בהוראה מפורשת, כמו זו הקיימת לגבי המדינה. לדבריו, את שאלת סמכות בית המשפט המחוזי יש לפתור לא על פי הוראות סעיף 7 לחוק בתי המשפט, אלא על פי סעיפים 18 ו-34 לאותו חוק. סעיף 34 קובע כי, "כל בית משפט הדין בענין אורחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו". בסעיף 18 עצמו אין הוא מוצא כל הגבלה המונעת בית משפט מחוזי להוציא צו מניעה במקרה הנדון. את המילים, "כל ענין אורחי או פלילי" הוא מפרש כך שכל ענין שאינו פלילי, הוא אורחי. הוא מביא לחיזוק טענתו מספר מקרים בהם נתן בית המשפט המחוזי סעדים, גם בענינים הנוגעים למשפט ציבורי<sup>52</sup>. לדעתו, העובדה כי באותו ענין גופו ניתן לקבל צו מאת הבג"צ אינה מעלה ואינה מורידה. מבחנו הוא פשוט וטכני ומתבסס, לגבי בית המשפט המחוזי, על מבחן הסעד.

גישה זו רחבה ביותר. על פיה ניתן למעשה לפנות לבית המשפט המחוזי בכל ענין מהענינים הנדונים כרגיל בבג"צ. החריגים הבודדים, על פי השקפה זו, לסמכות בית המשפט המחוזי, נעוצים בחוסר יכולתו להוציא צווים נגד המדינה, על פי סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958. אך גם על חריגים אלה ניתן להתגבר בעזרת סעד הצהרתי. אם תתקבל השקפה זו, תורחב ללא הכר סמכותו של בית המשפט המחוזי בעניני המשפט הציבורי: כל עניני העתירות הנוגעות לשלטון המקומי, לתאגידים בעלי סמכות סטטוטורית, לגופים שיפוטיים ומעין שיפוטיים יוכלו להיות נדונים בבית המשפט המחוזי, וזאת משום שלפי הבדיקה החיצונית — הנוגעת רק בסעיפים 18 ו-34 לחוק בתי המשפט — ניתן להושיט סעד. יתר על כן, אם אכן קיימת לבית המשפט הרגיל סמכות מסוג זה, יוכל הבג"צ, מכוח שיקול הדעת הנתון לו, לסרב להפעיל את סמכותו שלו ולהפנות את הצדדים אל בית המשפט

<sup>50</sup> שם, בע' 848.

<sup>51</sup> שם, בע' 851.

המחוזי. כך גוכל, לפחות להלכה, להיות עדים לתהליך של מסירת סמכות הבג"צ לבית המשפט המחוזי בענינים רבים.

על תוצאה כה קיצונית אין בית המשפט העליון מוכן לסמוך דיו — על כל פנים, לא בשלב זה של התפתחות הפסיקה. בע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה<sup>53</sup>, עמדה לגד חמשת השופטים השקפתו של השופט הלוי. באותו מקרה, אסר בית משפט השלום על המשיבה, על דרך של ציווי, יצירת מטריד. מכיוון שהמטריד נוצר מכוח הוראה שניתנה על ידי מפקח עירוני לפי חוק עזר עירוני, נתעוררה שאלת הסמכות. על פי הלכת ריימון ועל פי המבחן המהותי מקומה של התביעה בבג"צ, שכן היא מעוררת ענין של המשפט הציבורי דהיינו סכסוך שבין הפרט לרשות המשתמשת בסמכותה. לעומת זאת, על פי מבחנו של השופט הלוי בע"א 55/66, מוסמך בית המשפט הרגיל לדון בתביעה מסוג זה. בית המשפט העליון דחה את הילכת ריימון וקבע כי בית המשפט הרגיל יוכל לדון בתביעה מסוג זה. השופט זוסמן יוצא מתוך הנחה כי קיימת, "חופפות השיפוט" בין בתי המשפט הרגילים לבין הבג"צ, והוא מסביר את דחיית הילכת ריימון בכך שבית המשפט שם לא היה ער לחופפות זו. השופט זוסמן, עמו מסכימים השופט י. כהן ומני, ממשיך ואומר:

"אף בענינו יוכל מי שרואה את עצמו נפגע על ידי הוראת המפקח לעתור אל בית המשפט הגבוה לצדק, ולבקש את ביטול ההוראה. עתירה כזו אינה בגדר סמכותם של בתי המשפט הרגילים והסעד אינו יכול להינתן אלא על דרך של צו יתרוני, ואולם המשיבים לא ביקשו לבטל את מעשה המפקח. הם קובלים על מטריד בו העירייה מאיימת עליהם. מהו מטריד, נקבע בסעיף 44 (א) לפקודת הנוזיקין; הוראת המפקח היא אמנם מעשה ממשל, אבל תקפה של ההוראה או בטלותה אינם ממריכביה של עילת התביעה. הכל מסכימים, שלצורך בירור הסמכות קובעות העובדות המובאות על ידי התובע בכתב תביעתו. אם אלה מסמיכות את בית המשפט להזקק לתביעה וליתן לתובע סעד כאשר יוכחו, נתונה סמכות השיפוט בבית המשפט. לא חלק מעילת התביעה היא. הוראת המפקח, אלא היא יכולה לשמש הגנה לעירייה הנתבעת. כלפי תביעת הסגת גבול, מצינו בסעיף 30 לפקודת הנוזיקין דין מפורש, המחייב את הנתבע להוכיח צדקתו של מעשהו, היא חוקית. וגם בתביעת מטריד ליחיד, אם מעשה שלטון משמש לנתבע הגנה — ובכך איננו נדרשים לפסוק כעת כאשר שאלת הסמכות, והיא בלבד, צריכה להכריע — על הנתבע להראות מה מצדיק את המטריד שהוא גורם או עומד לגרום לתובע. בכתב ההגנה מתגוננת העירייה, בין היתר, בכך, שהמעשה נעשה "כדי, היינו, על פי הוראת המפקח שניתנה מכוח חוק העזר. ואולם טענת הגנה כזו, להבדילה מעילת התביעה אין לה ולא כלום עם כוח השיפוט של בית המשפט. בית-משפט השלום המוסמך לפסוק בעילת המטריד, מוסמך גם לפסוק בהגנה בה מתגונן הנתבע, ולצורך כך ניתנה לו בסעיף 35 לחוק בתי המשפט סמכות נגדרת. מכוח סעיף 35 הנ"ל, רשאי שופט השלום לדון בטענה, שהפרת חובה ציבורית על ידי המינהל משמשת הגנה מפני תביעת סילוק-ד... כיוצא בזה, רשאי הוא לדון בהגנה שנטענה בענין דנא, שמעשה המינהל משמש לרשות ציבורית הגנה מפני תביעת מטריד..."<sup>54</sup>

<sup>52</sup> פד"י כ"ד (2) 571.

<sup>53</sup> שם, בע' 582-3.

במילים אחרות: סמכותו של בית המשפט הרגיל מותנית בכך שהתקפה על המעשה המינהלי אינה ישירה אלא עקיפה. כאשר מגלה כתב התביעה על פניו עילה מוכרת, וקנית סמכותו של בית המשפט הרגיל ואין היא מתבטלת כאשר ההגנה מסתמכת על מעשה מינהלי. השופט לגדוי, שישב לדין בפרשת רימוז, בעת היותו שופט מחוזי, מסביר את הילכתה בכך, "ששם הלך המבקש בדרך של התקפת מצח על הוראה שניתנה לו על ידי ראש העירייה".<sup>54</sup>

בית המשפט הלך, איפוא, בדרך פשרה: הוא דחה את המבחן המהותי, שנקבע בהילכת רימוז, אך לא הרחיק לכת עד לבדיקה חיצונית של הסעד המושט כדרכו של השופט הלוי, בע"א 55/66. העילה היא הקובעת את סמכות בית המשפט ועילה קיימת רק בתחומים המוכרים של המשפט הפרטי; התקפה על מעשה שנעשה מכוח סמכות סטטוטורית אינה יכולה להתבסס על עילה כזו. משום כך תיתכן על פי הילכת פרידמן פניה לבית המשפט הרגיל רק באותם מקרים בהם יצר המעשה עילת תביעה — וברוב המקרים תצמח זו בנוזקין או בדיני מעין חוזים.

להילכת פרידמן יתרונות רבים: היא מסלקת את המבחן המהותי, הקשה לתחימה, וקובעת את מבחן הסמכות של בתי המשפט הרגילים על פי קני מידה מקובלים ופשוטים. הלכה זו אינה מסכנת את סמכות הבג"צ שכן במרבית המקרים מעוניינים העותרים לא בסילוק תוצאות המעשה המינהלי, אלא בביטולו. בכל המקרים, בהם מתבקש בית המשפט להושיט סעד לגבי פירובו של המינהל לפעול, לא יוכל בית המשפט המחוזי להתערב, שכן אין התקפת עקיפין על העדר החלטת אלא אך ורק על החלטת פוזיטיבית. מכל הבחינות האלה חשובה הילכת פרידמן. עם זאת, אין להתעלם מכך כי היא המירה קושי אחד בשני. על פי הלכה זו יהיה חייב בית המשפט המחוזי לדון בכל מקרה מסוג זה בשאלה אם המעשה המינהלי בטל מעיקרו (void), בשל היותו נגוע בחוסר סמכות, או שמא אין פגמו כה חמור והמעשה ניתן לביטול (voidable). מן המפורסמות הוא כי הבחנה זו היא קשה וסבוכה — הנפיק ישראל אינו מעודד ביותר: באותם מקרים בהם הפנה הבג"צ את הצדדים לדרך של התקפת עקיפין בבתי המשפט הרגילים, נתערפלה הבחנה זו. למעשה, ירש במקרים אלה בית המשפט המחוזי את מקומו של הבג"צ, בלא שיהיו בידיו יתרונותיו הדיוניים. כך הגענו למצב שבו מותקף רשיון בגיה בשל שיקוליה הפסולים של הרשות שהוציאה אותו, בלי שרשות זו תהיה צד למשפט.<sup>55</sup> אך קושי זה הוא, כנראה, בלתי נמנע וקיים כבר עתה במשפטנו. הילכת פרידמן תגדיל את מספר המקרים בהם יתעורר הקושי וייתכן כי דווקא ריבוי התקדימים עשוי לקבוע הלכות ברורות יותר בסוגייה הסבוכה של מעשים בטלים וניתנים לביטול.

עד כה עסקנו בתובענות שיש בצידן עילת תביעה במשפט הפרטי. סעד

<sup>54</sup> שם, בע' 586. השופט חיים כהן אינו מתבסס על הבחנה זו שבין התקפה ישירה להתקפת עקיפין, ואינו רואה כל פסול בברירה הנתונה בידיו האזרח לבור לו את הערכאה הנוחה לו. אך אף הוא מדגיש כי התובענה חייבת לגלות עילה כדון — ועילה כזו אינה יכולה להימצא בהתקפה ישירה של מעשה המינהל.

<sup>55</sup> ע"א 120/60 הלפרין נ' קוצנינסקי, פד"י ט"ו 705. עם זאת, יתכן וניתן יהיה לצרף את הרשות לדיון מכוח תקנה 24 ו-25 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1965.

הצהרתי מעורר קושי מיוחד במינו, שכן אין הוא צמוד לעילה כלשהי וניתן להשתמש בו כמכשיר יעיל להתקפה ישירה על מעשי המינהל. כך נעשה הדבר באנגליה, וכך אירע אף בישראל בעבר, כאשר בית המשפט המחוזי הצהיר על בטלותם של חיובי ארנונה רכוש וארנונה כללית שהוטלו על התובע.<sup>56</sup> באותו מקרה, קבע בית המשפט ברוב דעות, מפי השופט ברנזון, ונגד דעתו החולקת של השופט לגדוי, כי, "במקרה שניתן להשיג בפניה לבית משפט מוסמך כזה, בתביעה לקבלת סעד בעל אופי הצהרתי או סעד מתאים אחר, אותה תוצאה מעשית כמו בפניה לבג"צ, אינני רואה כל טעם למנוע אפשרות זו מבעל דין ולחייבו לפנות דווקא לבג"צ".<sup>57</sup>

למרבית הפלא, לא שימש פסק דין זה פתח לתביעות דומות וסמכותו זו של בית המשפט להושיט סעד הצהרתי בתחומי המשפט הציבורי כמעט ונשכחה. השאלה הועלתה מחדש בע"א 322/70 עיריית תל-אביב נ' סוכנות לאמנים.<sup>58</sup> בהמלצת פתיחה שהגישה המשיבה נגד המערערת נתבקש סעד הצהרתי בדבר זכותה של המערערת ליהנות מההנהגה הניתנת על פי חוק עזר עירוני לתיאטרון עברי. העירייה עוררה את שאלת הסמכות בטענה כי מקומו של ענין זה בבג"צ, שם נדון בעבר ענין כמעט זהה.<sup>59</sup> השופט ויתקון דחה טענה זו ובהסתמכו על הלכות קודמות הרחיב את יריעת סמכותו של בית המשפט המחוזי לעסוק בתביעות נגד רשויות ציבוריות:

"אין אני סבור שהמבחן הוא, אם בית המשפט מתבקש לתת צו-עשה או צו-לא-תעשה נגד הרשות הציבורית. הן צווים כאלה והן סעד הצהרתי בלבד נתונים בסמכותו של בית המשפט המחוזי, וגם בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. בזה אין כל נפקא מינה. אילו תבעה המשיבה את כספה בחזרה, בעילת כסף ששולם מחמת אילוצין, ודאי יכלה לפנות בתביעה כזאת אל בית משפט-השלום או אל בית המשפט המחוזי, הכל לפי סכום התביעה, ואמנם, ספק בליבי, אם זה לא הסעד הנכון שהיתה צריכה לבקש, במקום סעד הצהרתי גרידא. אך איש לא עורר טענה זו ולא אעשה זאת מיזמתי. לדעתך, התשובה לשאלה אם הענין הוא ענין לבית המשפט הגבוה לצדק או לבית המשפט הרגיל — תלויה באבחנה אחרת. בכל ענין כזה בא התובע ודורש תשלום או פטור מתשלום או מתן הנחה כלשהי על סמך מעמד מסוים שהוא, לטענתו, זכאי לו.

האבחנה שלדעתי צריך לעשותה, היא בין מקרה שבו נוצר אותו מעמד כתוצאה מקיום עובדות מסוימות, בלי שהיא צורך באקט מינהלי כלשהו, לבין מקרה שבו לא די בקיום העובדות האמורות, אלא שיש גם צורך באקט מינהלי, כגון מתן אישור או תעודה, כדי להעניק לתובע את המעמד הדרוש לו לשם ביסוס תביעתו. אם תכיל הרשות

<sup>56</sup> ע"א 436/62 ראש העיר רמת-גן נ' תיק, פד"י י"ז 1262.

<sup>57</sup> שם, בע' 1266.

<sup>58</sup> פד"י כ"ד (2) 588.

<sup>59</sup> בג"צ 50/68 אורי זהר את אברהם רשא בע"מ נ' עיריית תל-אביב, פד"י כ"ב (2) 293. השופט ויתקון ניסה לאבחן אותו ענין בנימוק כי שם דובר במופעים חוזרים ואילו בענין סוכנות לאמנים דובר במופע חד-פעמי. ספק אם אבחנה זו אכן משכנעת. עיקר הדברים הוא, כדברי השופט ויתקון, כי, "זה כנראה אחד המקרים הנפולים הן לגדר סמכותו של בג"צ והן לגדר סמכותו של בית המשפט הרגיל" — ועל כן, אין סתירה ואין צורך באבחון בין שני המקרים.

במעמד התובע, תהיה זו, במקרה הראשון, הכרה דקלרטיבית, ואילו במקרה השני, הכרה קונסטיטוטיובית. סבורני שרק סכסוך על מתן הכרה קונסטיטוטיובית, והיינו, על עשיית האקט המינהלי הנותן גושפנקה למעמד המבוקש, מצריך דיון והכרעה בבית המשפט הגבוה לצדק, ואילו סכסוך על הכרה מהסוג הראשון ראוי להתברר בבית המשפט הרגיל. אגב הדיון בזכויות הנובעות מן המעמד הנטען. ברור זה אפשר אולי לומר שהשאלה היא שאלה של עובדה. עם זאת רצוי לזכור שהסקת המסקנות מהעובדות אינה שאלה עובדתית גרידא.<sup>50</sup>

בהפעילו אמת מידה זו לגבי עובדות המקרה, מגיע השופט למסקנה כי אכן נופל המקרה הנדון לסוג הראשון ולפיכך ראוי הענין להיות נדון בבית המשפט הרגיל. השופט כהן, נאמן לשיטתו, אינו מסייג את סמכות בית המשפט ורואה חופפות מלאה בין שתי הערכאות; והוא מוסיף כי „אין כל רע בכך שיש ובידי האזרח נתונה הברירה: רוצה — מגיש עתירתו לבג"צ, רוצה — מגיש תובענה לבית משפט אחר".<sup>51</sup> גישתו הקיצונית של השופט כהן — על פיה, כפי הנראה, יש לבית המשפט הרגיל סמכות מלאה לדון בעניני המשפט הציבורי — לא נתקבלה, וספק אם התקבל בעתיד הקרוב, על דעת בית המשפט העליון. אך גם לפי דעת הרוב בע"א 322/70 יוכל בית המשפט המחוזי לקנות לעצמו סמכות בחלק ניכר מתחום עיסוקיו של הבג"צ.

סייגו של השופט ויתקון הוא חשוב. במרבית המקרים נדרש אקט קונסטיטוטיובי — למשל, החלטת של פקיד שומה לפי סעיפים 145, 148, 152, 180 לפקודת מס הכנסה — כדי לקבוע חיוב או פטור במיסים. אליבא דשופט ויתקון, לא ניתן יהיה בכל המקרים הללו להשתמש בסעד הצהרתי כדי לתקוף את ההחלטה המינהלית. השופט ויתקון אינו מוכן, כנראה, ללכת בעקבות ע"א 436/62 ולהשתמש בסעד ההצהרתי כהליך תקיפה ישיר נגד החלטות מינהליות.<sup>52</sup>

יעילותו של הסעד ההצהרתי אינה ברורה בשלב זה כל צרכה. אם מוכן בית המשפט העליון להכיר באורח עקרוני בסמכותו של בית המשפט הרגיל לדון בעניני המשפט הציבורי, אין שום סיבה מדוע לא יוכל בית המשפט המחוזי להצהיר כי אקט מינהלי מסוים נעשה ללא סמכות והוא בטל מעיקרו. קשה להבין מדוע תהיה לבית המשפט הרגיל סמכות להצהיר, בהתקפת עקיפין, ואגב אורחא, על בטלותו של אקט מינהלי ומדוע תישלל ממנו סמכות זו כאשר הסעד המבוקש הוא הצהרתי.

כך או כך, ברורה הנטייה להרחיב את סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון.

<sup>50</sup> ע"א 322/70 הנ"ל, ע' 590-591.

<sup>51</sup> שם, בע' 592.

<sup>52</sup> לשונו של השופט ויתקון, בהקשר זה, אינה חד-משמעית, וניתן לפרשה גם כאילו רשאי בית המשפט הרגיל להושיט סעד הצהרתי כאשר האקט המינהלי נעשה ללא סמכות. הכל תלוי כיצד מפרשים את דבריו הבאים: „רק סכסוך... על עשיית האקט המינהלי הנותן גושפנקה למעמד המבוקש, מצריך דיון בבית המשפט הגבוה לצדק". האם טענה שהאקט לא נעשה כלל, בשל טעות היורדת לשרשה של סמכות, אף היא בגדר „סכסוך על עשיית האקט"? בחיוב בארגונה כללית, על פי פקודת העריות, אין עוד אקט קונסטיטוטיובי של שומה איגדיודואלית ומשום כך ניתן, כנראה, לתקוף חיוב זה באמצעות סעד הצהרתי.

בסכסוכים שנוצרו במישור המשפט הציבורי. הרחבה זו מותנית כיום בהבחנה העדינה והקשה בין העדר סמכות המוליד מעשה הבטל מעיקרו לבין מומים אחרים הפוגמים באקט שנוצר, והופכים אותו לניתן לביטול.

# 1. סמכותו של בג"צ בעניני המשפט הפרטי

כפי שראינו, תחומי סמכותו של בג"צ על פי ס' 7 (א) עברו תהפוכות וגלגולים שונים. השופט לנדוי מיצר על כך ש„בסעיף 7 של (חוק בתי המשפט) החמיץ המחוקק את ההזדמנות להבהיר את הסוגיה ע"י יצירת קו תיחום ברור יותר, ובית משפט זה מוסיף להתלבט במאמציו למלא את אשר החסיר המחוקק".<sup>53</sup> אך כיצד יכול היה המחוקק לתחום את סמכותו של הבג"צ בצורה המניחה את הדעת והמתישבת עם חוש הצדק ותביעותיה של הסימטריה ההגיונית? כיצד היינו אנו מנסחים את תחומי סמכותו? בדמה לי כי בבסיסו של ס' 7 (א) יש — או צריכים להיות — שני תנאים — האחד שלילי והשני חיובי ושניהם גובעים ממעמדו המיוחד של הבג"צ במשפט הציבורי. התנאי השלילי שולל מהבג"צ סמכות להתערב בכל ענין שאינו מעורר שאלות של המשפט הציבורי. תנאי זה, כפי שכבר ראינו, נשמר בפסיקה. התנאי החיובי הוא זה המסמך את הבג"צ להתערב, על פי שיקול דעתו, בכל ענין שכרוך בו ענין של המשפט הציבורי. באחת: מבחן הסמכות חייב להיות מבוסס על הקובלנה שבפי העותר; אם זו מתייחסת אל מערכת הכללים המחייבת את המינהל, יש לבג"צ סמכות. יש סימוכין לסברה כי מערכת כללים זו כוללת לא רק את מעשי החקיקה אלא גם את הלכותיו של בית-המשפט ותלה גם על פונקציות שברגיל שייכות לתחום המשפט הפרטי. גם בתחום זה, גם בעסקותיו של המינהל כפיסקוס, אין הוא רשאי לפעול כאדם פרטי ומוטלת עליו חובת נאמנות כלפי הציבור שמכווחו הוא פועל. חובת נאמנות זו מחייבת את המינהל שלא להפלות בין אורח לאורח בשל טעמים פסולים וכן שלא לאמץ לעצמו שיקולים פסולים. שימוש זה שעשה בית המשפט בסעיף 7 (א) חשיבותו מרובה. כאן אין אנו עוסקים עוד בתחומת סמכויות שבין בתי המשפט, אלא ביצירת משפט חדש. הסעד שהושט לעותרים בפרשת פרץ ג' כפר שמריהו<sup>54</sup> מדגים זאת. באותו מקרה חייב בית המשפט את הרשות המקומית להשכיר מבנה לצורך קיום תפילה של קהילה יהודית לא-אורתודוקסית. המבנה בו דובר היה רכוש הפרטי של המועצה המקומית ושום חוק לא חייבה להשתמש בו בדרך מסוימת. אף על פי כן, החיל בית המשפט על פונקציה זו את הלכות המשפט הציבורי. כדברי השופט זוסמן:

„בעוד שאורח פרטי רשאי „להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים, אסורה הפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בימ"ש זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה משתייכים למשפט

<sup>53</sup> ע"א 256/70 הנ"ל, בע' 585.

<sup>54</sup> בג"צ 262/62, פד"י ט"ז 2101. הוא הדין במכירת נכסי המדינה: בג"צ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פד"י י"ג 891.

הציבורי או המשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה.<sup>65</sup>  
 כאן עשה בית המשפט שימוש בכוח ויאה בסעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט שנתכוון לאמיתו של דבר, לאפשר לבית המשפט להושיט סעד באותם מקרים שאינם נופלים בתחומן של ההוראות המפורטות של סעיף 7 (ב). יש לשער כי עיקר השימוש בס' 7 (א) יכוון בעתיד למטרה זו.<sup>66</sup>

## ז. סירוב הבג"צ להשתמש בסמכותו

הבג"צ, בניגוד לבית המשפט המחוזי, רשאי שלא להשתמש בסמכותו בתלותו סירוב זה בשיקול הדעת המוקנה לו. אין זה עניינו לעסוק כאן בטיבו של שיקול דעת זה ובנסיבותיו.<sup>67</sup> נסתפק רק בהערה לגבי תוצאותיו של שיקול דעת זה בכל הנוגע לחלוקת הסמכויות בין הבג"צ לבין בית המשפט המחוזי. כבר ראינו כי לעיתים קרובות מצמיח אותו מעשה עצמו עילות שונות במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי. במקרה מסוג זה, עשוי הבג"צ להפנות את העותר אל תרופתו בבית המשפט הרגיל. הקושי מתעורר כאשר תרופה זו כרוכה בהתקפה עקיפה על המעשה המינהלי השנוי במחלוקת. על ידי נעילת שערי ההתקפה הישירה בפני העותר והפנייתו לבית המשפט הרגיל, נוצר עיוות בחלוקת הסמכויות שבין הבג"צ לבית המשפט הרגיל. התפתחות קלאסית מסוג זה התרחשה סביב תקיפת רשימות בניה פגומים. בבג"צ 16/50 נסגרו שערי ההתקפה הישירה על רשיון בניה פגום. הטעמים לכך היו שניים: העדר מעמדו של העותר הקובל על מתן

<sup>65</sup> שם, בע' 2115.

<sup>66</sup> ההבדלים בין סעיף 7 (א) לסעיף 7 (ב) הולכים ומשתששים. כבר ראינו כי ענין קיום הסמכויות האלטרנטיביות חדל לשמש גורם מכריע בפירוש סעיף 7 (א). על פי תוכני הצעת חוק יסוד: בתי המשפט (הפרקליט כ"ו, ע' 136) יחול הסייג של הסמכות האלטרנטיבית גם על ס"ק (ב), אף אם התקבל הצעה זו. ספק אם בשל שוני זה, יגביל הבג"צ את תחום ההתערבות. קרוב לוודאי כי גם בפעולו על פי ס"ק (ב) ימשיך בית המשפט להושיט סעד גם במקרים בהם קיימת סמכות אלטרנטיבית, ממש כשם שנהג לגבי ס"ק (א). הבדל אחר אף הוא הולך ונעלם. הפעלת הסמכות על פי סעיף 7 (א) מותנית בכך שזו נדרשת, "למען הצדק", בשעה שתנאי דומה אינו מוזכר בסעיף 7 (ב). אך השופט חיים כהן, למשל, מוכן לוותר ולמחוק הבדל זה. בבג"צ 262/62 זנ"ל הוא עדיין מדגיש כי כאשר מדובר בסעיף 7 (א) קיים התנאי שההתערבות דרושה למען הצדק, ואילו כאשר מדובר בסעיף 7 (ב) (2), "יתערב בית משפט זה להבטיח [שהרשות] תמלא תפקידה כדון, בין אם ההתערבות דרושה למען עשיית צדק בין אם לא, ובלבד שנתמלאו התנאים אשר בהם מושיט בית משפט של יושר את סעדו". בבג"צ 83/70 אוחנה נ' בית הדין הצבאי לטרעוררים, פד"י כ"ד (1) 771, הוא מחיל את תנאי, "למען הצדק" גם על סעיף 7 (ב) וגם כאשר מדובר בטענה המושמעת כנגד סמכותו של טריבונל שיפוט.

<sup>67</sup> ר' בענין זה, יצחק זמיר, על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק, הפרקליט כ"ו, ע' 212: משה לנדוי, הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט, משפטים א', ע' 292; עמי אסנת. על מושיג הצדק של בית המשפט הגבוה לצדק, הפרקליט כ"ו, ע' 243.

<sup>68</sup> אגרא רמא בע"מ נ' קרית תל-אביב, פד"י ה' 229.

רשיון לזולת וקיומו של סעד אלטרנטיבי. סעד זה פורט בע"א 140/53 ובו הופנה הקובל לתביעה מעין גזיקית, בבית המשפט הרגיל, שתכליתה למנוע לא את הוצאת הרשיון הפגום אלא את הבנייה המתבצעת על פיו. טיבה של תביעה זו שנוי במחלוקת,<sup>68</sup> אך נעלה מכל ספק הוא שההתקפה על רשיון הבנייה היא עקיפה. על פי הכללים הרגילים, ניתן להצליח בהתקפה מסוג זה, רק כאשר הרשיון בטל מעיקרו ואין לו קיום משפטי. אך משעה שנעצלו שערי בג"צ, עמדו בתי המשפט הרגילים — מחוזי ושלום — בפני עובדה מוגמרת: רק בפניהם ניתן היה לתקוף את רשיון הבנייה הפגום וכל צמצום בהיקף בקורתם פירושו המעשי היה שלילת סעד מהאזרח הנפגע. משום כך עדים אנו לכך שבהתקפת עקיפין זו ניתן להעלות נגד הרשיון כל טענה שניתן להעלותה בהתקפה ישירה, לרבות טענה שאינה יורדת לשרשה של סמכות. כדברי השופט ברנזון: „כל טענה שהיתה פתוחה לפני בית המשפט הגבוה לצדק לפסילת הרשיון, פתוחה גם בבית המשפט המוסמך האחר. אחרת, יצא שהתרופה האלטרנטיבית שעליה השעין בית המשפט הגבוה לצדק את החלטתו במשפט איגרא רמא... היא משענת קנה רצוף, אינה יעילה ואינה אלטרנטיבית של ממש".<sup>69</sup> דברים אלה נאמרו במקרה בו בוטל, בתביעה לפסק דין הצהרתי ולצו מניעה, רשיון בניה שהוצא ע"י רשויות התכנון של תל-אביב. עילת הפסילה היתה קיומם של שיקולים פסולים להם נתפשו הוצעה המקומית והמחוזית. כדי להגיע למסקנתו זו, הסתמך בית המשפט העליון על עדויות של חברי ועדות התכנון. על פי הלכה זו יושבים בתי המשפט הרגילים — השלום המחוזי — כבית משפט גבוה לצדק המוסמך לפסול את רשיון הבנייה. מה העילת, איפוא, שופטים בזלכתם? הם מסרו את סמכותם כבג"צ לבית משפט רגיל שאינו מצויד באמצעי של בג"צ. הקובלנה נגד הרשיון מתבררת רק לאחר שהאדם שפעל על פי הרשיון שינה מצבו לרעה, בהוציאו כספים לפעולת הבנייה עצמה. הרשות הציבורית, עליה קובלים, אינה צד לדיון. התרופה הפשוטה מהירה והיעילה נחסמה ואת מקומה ירשה תרופת עקיפין מסורבלת ומעוררת קשיים הלכתיים ומעשיים.

הוא הדין בפסקי דין שקבעו כי עותר הקובל על תשלומי חובה בלתי חוקיים הנתבעים ממנו לא יקבל סעד מבג"צ בשל קיומו של סעד אלטרנטיבי. במקרה אחר קבע בית המשפט העליון, כי על העותר לשלם את הסכום הנתבע ממנו לפנות אתר כך לבית המשפט הרגיל בתביעת השבה. קשה להבין מה הטעם בתקיפה עקיפה זו. כדברי השופטת חנה אבנור, חייב בית המשפט הרגיל לשבת בתביעת השבה כזו כבג"צ:

„התוצאה היא כי בגדר הדין להשבת כסף ששולם מחמת אילוצ יכזוב בית המשפט אף את סמכות מתקין הצו, מבחינה מהותית או מבחינת צורתו, וכן את שיקוליו.

<sup>68</sup> ארמא בע"מ נ' ליריה לוי, פד"י ט' 1666.

<sup>69</sup> ראה טוסקי, אנגלרד, ברק וחשין, דיני הנוקין (תשל"ל, ירושלים), ע' 105 והלאה.

<sup>70</sup> ע"א 120/60 חלפין נ' קוצנינסקי, פד"י ט"ו 705, 709.

<sup>71</sup> בג"צ 16/64 זנ"ל נ' שר האוצר, פד"י י"ח (2) 85. בית המשפט העליון של הדיו קבע, במקרה דומה, הלכה הפוכה, בקבעו כי על אף קיומה של תביעת השבה, יוצא בית המשפט מנימוס ויצוה על השלטונות להשיב את התשלום: *Madhya Pradesh v. Bhailal Bhai*, A.I.R. 1964 S.C. 1006.

אין אני סבורה כי זו תוצאה רצויה, שכן הגושא הוא בגדר פעולת השלטון כמינהל, וסמכויות המינהליות, וזו היא מהותו האמיתית של הסכסוך שבין הצדדים ולכאורה היה מקום בירורו בבית המשפט הגבוה לצדק<sup>73</sup>.

צמצום סמכותו של בג"צ בהתקפה ישירה וחזיתית על המעשה המינהלי הפגום והפניית הקובל לתקיפה עקיפה אינם עולים בקנה אחד עם חלוקת הסמכויות הרגילה שקוויה תוארו במאמר זה. מקרים אלה הם חריגים — חריגים בלתי רצויים, לדעת כותב שורות אלה — ויש לשער ולקוות כי תחומם לא יורחב בעתיד.

### ח. בג"צ ובית המשפט הרגיל: יתרונות וחסרונות

העולה ממאמר זה הוא שיש במקרים רבים ברירה בידי העותר לבחור לו את הערכאה המתאימה לו. גוצר שטח בו קיימת ביקורת שיפוטית חופפת של בית המשפט הרגיל והבג"צ. מה הם השיקולים המעשיים שיכתיבו למתדיין את הערכאה הרצויה לו? לצורך זה נערוך השוואה קצרה בין שתי הערכאות, תוך סקירת יתרונותיהן וחסרונותיהן.

כל פניה לבג"צ מצריכה עליה לירושלים, על הטרחה, הזמן והמזמן הכרוכים בכך. לעתים קרובות ייוקצ עורך הדין המקומי לקורספונדנט ירושלמי. הפניה לבית המשפט הרגיל נוחה יותר וזולה יותר למתדיינים ולעורכי דין במקומות מרוחקים מירושלים<sup>74</sup>. פניה לבית משפט רגיל היא עניין שיגרת. עתירה לבית המשפט העליון אינה עניין שבשגרה — על כל פנים לגבי רוב עורכי הדין — ומצריכה מידה מיוחדת של הכנה. יתר על כן, לבג"צ יש מידה רחבה של שיקול דעת. העולה אף על זו שיש לבית משפט המעניק סעדים מן היושר. הבג"צ רשאי לדחות את העתירה מטעמים של קיום סעד אלטרנטיבי, או מטעמים כלליים ומופשטים של צדק — כל זאת בניגוד לבית המשפט הרגיל. בבית המשפט הרגיל ניתן לחקור את עדי הרשות, בעוד שבבג"צ חקירה נגדית כמעט ואינה קיימת. החלטת בבית המשפט הרגיל נתונה לערעור בעוד החלטת הבג"צ היא סופית, בכפוף לאפשרות המלווה של דיון נוסף. עותר המפסיד דינו בבג"צ — ובעיקר אם ענינו הוא ציבורי — זוכה גם להפסד יוקרה. לא כן המצב לגבי הפסד בבית משפט רגיל.

כנגד יתרונות אלה של בית המשפט הרגיל, יש להתדיינות בבג"צ יתרונות רבים: הדיון בבג"צ הוא מהיר ומקוצר<sup>75</sup>, אך מבחינת היקף הביקורת הוא רחב-יריעה וכולל, למעשה, כל טענה אפשרית נגד האקט המינהלי השנוי במחלוקת. בבית המשפט הרגיל מוצבים עדיין סייגים הלכתיים המגבילים את תחומי הבקורת שלו. עצם הפניה אל בית המשפט העליון כאל ערכאה ראשונה ואחרונה יש בה

<sup>73</sup> ע"א ת"א 138/67, מדינת ישראל נ' יהלומי קרן אור, פס"מ ס"א 402, 409. בערעור על פסק דין זה, לא נדונה עוד שאלת הסמכות: ע"א 203/68 מדינת ישראל נ' יהלומי קרן אור, פד"י כ"ב (2) 888.

<sup>74</sup> האגרה בעד תביעה לסעד שלא ניתן להערכה בכסף היא — 20 ל"י בבית משפט השלום ו- 40 ל"י בבית המשפט המחוזי. ר' תקנות בתי המשפט (אגרות), תשכ"ה — 1967, תוספת ראשונה חלק ב' (1). אין ספק שסכומים אלה זולים במיוחד.

<sup>75</sup> אך כאשר מדובר בפנייה להוצאת צו מניעה זמני המקדימה את התובענה, אין לבג"צ יתרון על פני בית המשפט הרגיל. גם בהמצאת פתיה אין הפרש ניכר במשך הזמן.

לעתים, יתרון מבחינת העותר המעוניין בהכרעה מהירה וסופית בעניינו. הפניה לבג"צ — ולעתים אף האיום בה — יש בה אלמנט של הרתעה לגבי הרשויות המינהליות. יתר על כן, גם לאחר שמחליט הבג"צ כי לא יתערב בעניין, עדיין פתוחה בפני העותר הדרך לבית המשפט הרגיל. הפניה לבג"צ זוכה לפרסום ותהודה ציבוריים — כבר בשלב הוצאת הצו על תנאי. עותר ופרקליטו הזוכים בדין בבג"צ זוכים גם בפרסום ובתהילה, ממש בשל אותן סיבות שבגללן המפסיד בדינו יוצא חפוי ראש.

באחת: הבג"צ הוא „הימור גבוה“ והמתדיין בפניו — אלא אם כן התפשר — זוכה בכל או מפסיד את הכל. הפניה לבית המשפט הרגיל היא הימור נמוך יותר, שבו גם לזכייה וגם להפסד יש משמעות פחותה. נראה לי כי הדין הקודם, שחייב כל עותר לעלות לירושלים ולהתדיין במישורין בפני בית המשפט העליון בכל ענין הכרוך בהפעלת סמכות ציבורית אינו צודק ואינו מעשי, משום שהוא מטיל חובת הימור גבוה על הכל. אי צדק זה בולט שבעתים אם נזכור מה רב מספרם — היחסי והמוחלט — של העתירות לבג"צ בישראל. משום כך הגטייה החולת וגוברת להכיר בסמכותם המקבילה של בתי משפט רגילים היא טבעית וצודקת.

השאלה הנוגעת היא, אילו גבולות ייתחמו לסמכות המתרחבת של בתי המשפט הרגילים? השופט חיים כהן סבור<sup>76</sup>, כי אין צורך בהצבת גבולות כאלה וכי יש לתת בידי העותר אפשרות לבחור לו את ערכאתו. כאמור, ספק אם דעה זו תתקבל בעתיד, ואם יועברו סמכויות הבג"צ לסמכות מקבילה של בית המשפט המחוזי בדרך של הלכה פסוקה. לדעת כותב שורות אלה ראוי לאמץ תיחום מסוג אחר. עניינים שמעורר אורח נגד הרשות המקומית מן הדין שידינו בבית המשפט המקומי. מדוע יסרח תושב אילת או נצרת להביא קובלנה שיש לו נגד רשויות העיריה לירושלים, ומדוע יאלץ פרקליט הרשות המקומית לעלות עמו לבירה? לשם מה ההוצאה והטרחה הכפולות והמכופלות, כאשר מצוי בתחום הרשות המקומית בית משפט מהימן? יתר על כן, בית המשפט המקומי יכיר בדרך כלל את תנאי המקום ותושביו. איני יודע אם יש כורח משפטי או חברתי שבית המשפט העליון בכבודו ובעצמו יעסוק, למשל, במישורין בארגון מחדש של אזורי חלוקת החלב בתחומי העיר הרצליה<sup>77</sup>. אם נגזר על בתי המשפט לעסוק בכך ראוי יותר הדבר לבוא לדיון בפני בית משפט השלום או המחוזי של אותו אזור. יתר על כן, בית המשפט המקומי מצוייד עתה בסמכויות יעילות כדי להתערב בעניני הרשויות המקומיות. בית משפט שלום יוכל להוציא צו מניעה זמני — אמצעי מהיר וזול — נגד הרשות המקומית (בהבדל מהמדינה), גם לגבי שימוש בסמכויות סטאטוטוריות. אמת הדבר: בית המשפט עדיין מוגבל בתחומי

<sup>76</sup> ראה לעיל הערה 51.

<sup>77</sup> „הרעה היא שבמקום להשיב לאזרח לגופה של תרעומתו ולהתדיין עמו בעירו (היא עירה של העיריה), מבזבזת רשות מקומית מכספי הציבור ומטרידה את בתי המשפט ואת התובע, בהתדיינות סרק על טענות פורמליות של חוסר סמכות“; דברי השופט חיים כהן בע"א 322/70 הנ"ל, בע' 592.

<sup>78</sup> בג"צ 24/56 רושטיין נ' המועצה המקומית הרצליה, פד"י י' 1205; בג"צ 180/57 נחסי נ' ראש מועצת הרצליה, פד"י י"ב 272.

בקורתו המאפשרת לכאורה רק התקפה על מעשים בטלים מעיקרם. אך סייג זה עשוי להעלם בהדרגה — ממש כפי שנעלם בהתקפות על רשיונות בניה פגומים — ועצם הקושי הטמון בהפעלתו יפעל למען סילוקו. למעשה, יש לצפות לכך שסעדיו של בית המשפט הרגיל ילכו וידמו לאלה הניתנים על ידי הבג"צ וכי תחום הבקורת במקרים אלה ישתוו לזה המקובל בהתקפה ישירה.<sup>79</sup> לסיכום: טיעון זה, המבקש להעניק לבת המשפט הרגילים סמכות בכל עניני הרשות המקומית, מסתמך על גימוקים משפטיים וחברתיים כאחד. עובדה היא, כי כל המקרים המפורסמים שהוזכרו במאמר זה ושבהם נתעוררה שאלת סמכותו של בית המשפט הרגיל בעניני המשפט הציבורי, גגעו בעניניה של הרשות המקומית. עובדה זו מצביעה על צורך מסויים. ההתפתחות המשפטית האחרונה עונה רק בחלקה על צורך זה. מענה מלא יותר הוצע במאמר זה.

<sup>79</sup> יש להבחין בין מקרים שבהם צו המניעה ניתן כנגד הרשות המעניקה את הרשיון, לבין המקרים שבהם מותקף הרשיון בהתקפת עקיפין בעוד שהעילה העיקרית — ועימה גם ההתקפה הישירה — היא נגד מקבל הרשיון ואילו זה המעניקו אינו מיוצג כלל בדיון. מקרה אחרון זה מבוקר על ידינו לעיל.