

בשולי הפסיקה

פיקוח בג"צ על מותן תמיכות כספיות

(בג"צ 298/70, פולק נ' שר המסחר והתעשייה¹, ובג"צ 175/71, פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות²)

בעת האחרונה נסתמנה מגמה חדשה, באנגליה ובישראל, על פיה גם סמכויות פרורגטיביות כפופות לסמכות הפיקוח ולכללים המקובלים של בית המשפט הגבוה לצדק. באנגליה התעורר העניין לגבי ועדה שתפקידה הוא לפצות קרבתות של עבירות אלימות. ועדה זו לא הוקמה על פי חוק, אלא מכוח הפרורגטיבה, ואף על פי כן לא היסס בית המשפט האנגלי להפעיל את סמכותו הפיקוחית לגבי טריבונל Diplock³. השופט האנגלי לא ראה מבחינה זו הבחנה בין טריבונל סטאטוטורי לבין התפקידים השיפוטיים של גוף שהוקם ללא הסמכה מפורשת מאת המחוקק⁴. מגמה דומה, שהתרחקה מפסקי הדין הקודמים בעניין זה, נמצאה גם בפסקי הדין של בית המשפט העליון. בבג"צ 298/70⁵ נקבע כי סמכות בית המשפט הגבוה לצדק, על כל המתחייב מכך, תופעל גם לגבי תשלומי חסד מתקציב המדינה. השופט ויתקון, המסתמך על פסק הדין האנגלי האמור, מצביע, "על המגמה המקובלת היום להטיל את הפיקוח השיפוטית גם על טריבונלים הדנים בתשלומי חסד הנעשים מכוח הפרורגטיבה ולא מתחת של חוק"⁶. והשופט ברנזון מגיע לאותה מסקנה⁷. בלי להיזקק לתקדים האנגלי, אלא בהסתמך על סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957⁸, המקנה סמכות רחבה לבית המשפט הגבוה לצדק להושיט סעד בכל מקרה שהוא רואה לעשות זאת למען הצדק. התקדימים הקודמים והנוגדים לא הוזכרו. בית

- 1 כ"ה (2) פד"י 3.
- 2 כ"ה (2) פד"י 821.
- 3 R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex P. Lain, [1967] 2 All E.R. 770 (Q.B.).
- 4 Ibid. at 781. ראה גם, Garner, "The Criminal Injuries Compensation Board", [1967] Pub. L. 323.
- 5 כ"ה (2) פד"י 3.
- 6 שם בע' 7.
- 7 שם בע' 9.
- 8 סה"ח 233, תשי"ז, ע' 148.

המשפט לא הזכיר את כל אותם מקרים בהם שלל סעד מעותר משום שהלה לא יכול היה להצביע על דין על פיו פועלת הרשות.

הקושי בעתירות מסוג זה היה כפול:

האחד, פורמאלי, נוגע להעדר הסמכות שבדין: על פי סעיף 7 (ב) (2) לחוק בתי המשפט, מוסמך בית המשפט הגבוה לצדק, "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים אחרים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין". בהעדר דין, לא ראה עצמו בית המשפט מוסמך לפעול על פי סעיף זה⁹, ונכונותו להשתמש בסמכותו הרחבה על פי סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט לא תמיד הובהרה בפסיקה¹⁰.

למעשה אין צורך להסתמך עוד על סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט, בו יעשה בית המשפט שימוש רק במקרים חריגים. סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה¹¹ קובע כי: "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת".

סעיף זה מסיר את דוקטרינת ה"אולטרה וויס" מעל הממשלה ונותן גושפנקה להלכות קודמות של בית המשפט העליון בעניין זה. במקרים רבים הסעיף הוא טאוטולוגי, שכן השאלה המתעוררת במקרים אלה היא אם הפעולה מותרת בדין והמילים "בכפוף לכל דין" המצויות בסעיף 29 מותרות את השאלה על כנה. אך מתן תמיכות מתוך תקציב המדינה, בלא חוק מהותי, נדון כבר בפסיקה לפני התקבל חוק יסוד: הממשלה. בית המשפט העליון פסק, כי תמיכות כספיות שהעניק משרד הרווחות לקהילות מוסלמיות ניתנות כדין שכן הן חלק מ"סמכויות הממשל הכלליות הנתונות בידי הממשלה ומשרדית במסגרת הכספית של תקציב המדינה המאושר על ידי הכנסת"¹². כאשר משלבים הלכה זו עם הוראות סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה, ניתן לראות היום את סמכויות הממשל הכלליות האמורות כחלק מהדין הקיים ואת חלוקות התמיכות והסובסידיות כתפקיד ציבורי. משום כך, אין צורך, לדעתנו, להסתמך על סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט וניתן לבסס את התערבות בית המשפט הגבוה לצדק על סעיף 7 (ב) (2) לאותו חוק.

הקושי השני המתעורר בהקשר זה הוא מהותי: בהעדר קריטריונים הקבועים

- 9 ראה בעניין זה: בג"צ 345/61, אל כזן נ' מנהל רשות השירור, ט"ז פד"י 2364; בג"צ 29/62, כזן נ' שר הכטחון, ט"ז פד"י 1023; בג"צ 130/62, אגודת סוחרים בולים בישראל נ' שר הדואר ואח', ט"ז פד"י 1101.
- 10 מבג"צ 262/62, פריץ נ' כפר שמריהו, ט"ז פד"י 2101, עולה כי גם בהעדר תפקיד ציבורי על פי דין יוכל בית המשפט הגבוה לצדק להתערב, על פי סעיף 7 (א) לחוק בתי המשפט. אך באותו מקרה, כמו במקרים אחרים, דובר בהפלייה הנעשית על ידי שלטון מכוח הוראה המסמיכה אותו לפעול במישור המשפט הפרטי. מתן תמיכות וסובסידיות מעורר שאלות אחרות.
- 11 סה"ח 540, תשכ"ח, ע' 226.
- 12 בג"צ 282/61, אל פרוגי נ' שר הדתות, י"ז פד"י 188, 191. פסק דין זה מדבר על סמכויות כלליות הנתונות לממשלה ולמשרדית. סעיף 29, לעומת זאת, מדבר על סמכויות הממשלה וסמכויות אלה יש לאצולן על פי ס' 31 (א) לחוק היסוד. הממשלה לא אצלה, כנראה, את סמכויותיה למתן סובסידיות ותמיכות, כיוון שאין הן מנויות בחוק.

בחוק והמורים לרשות כיצד להפעיל סמכותה, קשה להחליט מתי אירעה אי חוקיות מינהלית המצדיקה הושטת סעד משפטי.

כיום, כאשר המגמה היא להטיל את סמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק גם על תשלומי חסד ותמיכות כספיות אחרות, נעלם הקושי הראשון ונותר הקושי השני. אך משום כך, למרות שהמגמה הנוכחית יש בה מידה רבה של התקדמות מבחינת המדיניות המשפטית, אין היא עונה על כל הקשיים והפגמים הנובעים מן המצב הקיים בו מוקנות למינהל סמכויות רבות להעניק כספים ליחידים ולא שיהיה קיים חוק מהותי, בנוסף לחוק התקציב, שיקבע את הסמכות ואת אמות המידה לשימוש בה. ההתערבות השיפוטית האפשרית במקרים אלה היא בהכרח מוגבלת ומכוונת למטרה אחת — למנוע הפליה ושרירות בין קבוצה של אנשים המתחרים ביניהם על מתן התמיכה. „אין לאדם זכות קנוייה לקבל סובסידיות מקופת המדינה, שוו ברצותה — מעניקה, וברצותה — מבטלת“¹⁸. ואולם כלל זה נכון כל עוד מדובר בביטול כללי ולא בטענות לגבי ביטול חלקי או כל צורת הפליה אחרת. גם פיקוח כזה אינו קל, שכן בהעדר חוק מהותי, קשה לבית המשפט לקבוע את חוקיות ההקצבה. כאשר מדובר בתמיכות הניתנות למתחרים שונים במשק, ניתן לפחות לקבוע כי המימשל חייב לקבוע קריטריונים אחידים, לפחות — כך גדמה לנו — באותו ענף כלכלי; ואכן כך פסק בית המשפט העליון בבג"צ 298/70¹⁹, לגבי תשלומי חסד ששולמו על ידי משרד המסחר והתעשייה בצורת ההזרי מס ותשלומים אחרים ליצואנים של מוצרי כותנה²⁰. אך כאשר מדובר בהקצבות בהן אין „מתחרים שווים“, קשה מלאכתו של בית המשפט. כמו כן תהיה קשה מלאכתו של בית המשפט אם יידרש להחליט בשאלת שוני התמיכה הניתנת לענפים שונים לצרכי יצוא במשק הישראלי.

מהו התחום שבתוכו אסורה אפליה בין מוצרים שונים? במקרה אחד שהתעורר, בהקשר אחר, קבע בית המשפט העליון, כי קביעת מחיר שונה לחיטה ולקמח אינה פוגעת במאפייני שאפתה „לחם חי“ העשוי גרגירי חיטה וזאת למרות שעקב מדיניות הממשלה נאלצה לשלם מחיר גבוה יותר עבור חיטה מאשר מתחריה שילמו עבור „חיטה טהורה“²¹. בית המשפט לא ראה בכך אפליה משום שהממשלה היתה מוכנה למכור אותו מוצר באותו מחיר „לכל צרכני קמח וביניהם גם למבקשת“²². אך ניתן לראות את שאלת האפליה גם מבחינת התחרות בין יצרנים שונים של מוצרים לא-זהים אך תחליפיים. במקרים אלה, כשגמישות הביקוש לגבי המוצרים המתחרים גבוהה, מקבלת האפליה מימד חדש. מאפייני המייצרת לחם חי שעקב התערבות ממשלתית — קביעת מחיר או תמיכה כספית למתחרים — יקר

¹⁸ בג"צ 363/71, טחנת קמח „דגן“ בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, כ"ז (1) פד"י 292, 298.
¹⁹ כ"ה (2) פד"י 3.

²⁰ יש לשער כי פיקוח זה יוטל גם כאשר התמיכות ניתנות מתוך קרן שהוקמה על ידי תשלומים של המתעסקים בענף מסוים. עניינה של קרן מסוג זה. הקרויה בדרך כלל קרן השוואה, התעורר בע"א 435/68, מדינת ישראל נ' „לי-עור“ בע"מ, כ"ג (1) פד"י 436.

²¹ בג"צ 321/60, „לחם חי“ בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, ט"ו פד"י 197. בקשה לדיון נוסף בנדחת בד"נ 5/61, ט"ו פד"י 1348.

²² בג"צ 321/60, ט"ו פד"י בע' 204 (השופט אולשו); ד"נ 5/61, ט"ו פד"י בע' 1352 (השופט אגרנט).

מתירו ממחיר לחם רגיל מאבדת לקוחות והכנסות, אך ורק עקב אפלייתו לרע. היא מתחרה בשוק שבו רוב הקונים יכולים לבחור בין לחם רגיל ללחם חי ומשום כך, היא מופלית על פני מתחריה כאשר יריביה מקבלים מן הממשלה תמיכה לה אין היא זוכה. במילים אחרות: במשק המודרני בו יש כמעט לכל מוצר תחליף ובו מתחרים לא רק יצרנים שונים המייצרים אותו מוצר אלא גם מוצרים שונים המתחרים על אותו צרכן, קשה לבית המשפט לקבוע, בהעדר חוק מהותי, היכן מתחילה והיכן מסתיימת אפליה.

בעיה אחרת התעוררה בבג"צ 175/71²³. במקרה זה ביקשה העותרת, המקיימת קונצרטים למוסיקה ווקאלית, רובה כנסיתית, תמיכה כספית ממשרד החינוך והתרבות. משרד זה מחלק, על פי הרשאה סתמית הכלולה בחוק התקציב, סכומי כסף נכבדים מסעיף הקרוי „תמיכה במוסדות ובמפעלים לתרבות ואמנות“. מסעיף זה ניתנות תמיכות כספיות לתזמורות המשמיעות, בין השאר, מוסיקה שבמקורה היתה כנסיתית. העותרת משמיעה בעיקר מוסיקה כנסיתית משום שתכליתה היא השמעת מוסיקה ווקאלית וזו נוצרה מלכתחילה לשימוש כנסיתית. משרד החינוך והתרבות סירב להקציב לעותרת סכום כלשהו בטענה, כי „אין זה מתפקיד משרד החינוך והתרבות לתמוך במוסד שמטרתו היא ביצוע מוסיקה כנסיתית“²⁴.

העותרת פנתה לבית המשפט הגבוה לצדק בקובלנה על סירוב זה והצביעה על כך כי כוונתה אינה להפיץ מוסיקה כנסיתית; כי כמה יצירות לא כנסיתיות כלולות בתכניה, וכי מוסדות אחרים, הזוכים לתמיכה האמורה, משמיעים מוסיקה כנסיתית. בבית המשפט נחלקו דעות השופטים. השופט ווסמן, בפסק דינו הקצר, המחיש את הבעיה הכרוכה בפיקוח שיפוטי על תשלומי חסד שאינם מוסדרים בחוק מהותי. השופט מביע תמיכה על עמדת המשרד הממשלתי אך מוסיף כי אין לבית המשפט רשות להרהר אחר החלטתו משום ש„ההכרעה מה ראוי לתמיכה כספית ומה לא, היא בידי המינהל, ולא בידינו“²⁵. השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, רואה בשיקולי משרד החינוך והתרבות שיקולים פסולים. לדעתו, אין המשרד רשאי, בהחליטו על מתן התמיכה, לשקול את טיב היצירות המיושמות על ידי מבקש התמיכה. כלשונו²⁶:

„האם רשאים המשיבים לקבוע להם כקנה-מידה למתן הקצבות מתקציב המדינה את טיב היצירות האמנותיות המבוצעות בידי מבקשי ההקצבות; או, לשון אחרת, האם אמנם יש בהסמכת המשיבים לחלוקת ההקצבות כדי להסמיכם גם להשפיע, במישרין או בעקיפין, על תופש הבחירה והפעולה של המוסדות הנזקקים להם? אין צל של ספק בלבי שהתשובה על שאלה זו אינה יכולה להיות כי אם לאו מוחלט“.

השופט כהן מביא ראייה מהתופש האקדמי וזכותם של מוסדות להשכלה גבוהה לקבוע את תוכנית המחקר וההוראה, כאמור בסעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958²⁷. אך ספק אם דוגמה זו אכן חורצת את הדין. העדרו של חוק

²³ כ"ה (2) פד"י 821.

²⁴ שם בע' 823.

²⁵ שם בע' 840.

²⁶ שם בע' 827.

²⁷ מה"ח 261, תשי"ח, ע' 191. ראה דברי השופט: כ"ה (2) פד"י בע' 829.

מפורש בעניין מוסדות אמנות גורע מכוח השכנוע של דוגמה זו. יתר על כן, ספק רב אם אכן זכאי מוסד להשכלה גבוהה, על פי הזכות האמורה, לתבוע שהממשלה תתעלם, בהחלטתה על גובה התמיכה הניתנת למוסדות להשכלה גבוהה, מתוכנית ההוראה והמחקר שבו. הממשלה זכאית, לדעתנו, לומר כי טובת המשק והמדינה מחייבת לעודד הוראה ומחקר בשטח מסויים או לקבוע כי הרחבת המחקר וההוראה בתחום אחר אינה ראוייה לתמיכה כספית. בסופו של דבר כל עוד לא קיים חוק מהותי הקובע קריטריונים לחלוקת התמיכה, זכאית הממשלה לתת דעתה לצרכי המשק והמדינה בקבעת את מתן התמיכה המשתלמת מאוצר המדינה. על כל פנים, השופט חיים כהן היה מוכן לעשות את הצו למוחלט במובן זה שהיה מצווה על המשיב לדון מחדש בבקשה תוך התעלמות מהשיקולים הפסולים שהנחתהו בסירובו.

השופט קיסטר סובר, שיש לבטל את הצו-על-תנאי ומצדיק את החלטת המשיב לגופו של עניין. הוא רואה, כנראה, במוסיקה הכנסייתית המבוצעת בידי העותרת מוסיקה המכוונת להפצת דתה ואמונתה של עדה דתית ושולל את הזכות לקבל תמיכה עבור מוסיקה מסוג זה. השופט קובע כי —

„אין כל חובה על המדינה לממן הפצת דת כלשהי, פולחנה או אמונתה בין כלל האוכלוסיה לרבות בין בני דתות אחרות, כמו שלא יעלה על הדעת שהמדינה תחייב לממן הפצת הברית החדשה, הקורא או חיבוריו של לותר בין חושבי המדינה, כך אין לדרוש ממנה מימון הפצת מוסיקה כנסייתית בין כלל חושביה“²³.

יתר על כן, השופט קיסטר רואה חיוב בכך, שהמדינה מעדיפה להחיות את שירת ישראל המתחדשת על פני „שירה נכרית“ ומעדיף העלאת הרמה התרבותית הכללית של שכבות נחשלות ועידוד מקהלות עממיות על פני הפעילות האמנותית של העותרת. והוא מסיים בקבלו את שיקול הדעת שיש למשרדי הממשלה בנושאים מסוג זה.²⁴

פסק דינו של השופט קיסטר יוצא מתוך כמה הנחות שאינן נחלת הכלל. ראיתו את יצירותיהם של באך, מוצארט, הנדל ויוצרים אחרים — „בעיקר גרמניים“ כדברי השופט קיסטר — כהפצת דת, עשויה להיות שנויה במחלוקת בין באי הקונצרטים בישראל. יתר על כן, העדיפות הנראית בעיניו, דהיינו החייאת שירת ישראל והעדיפת שכבות עממיות, לא הגחו את משרד החינוך והתרבות במדיניות ההקצבות שלו. להיפך, ההקצבות הגדולות של משרד זה ניתנות לגופים, כגון התזמורת הפילהרמונית, האנסמבל הקאמרי, האופרה הישראלית — שאינם מקיימים את סדר העדיפות הנדון.

תוצאת פסק הדין בבג"צ 175/71²⁵ ממחישה את הפגמים שבהסמכה תקציבית-סתמית. בעזרת הסמכה זו יכול המימשל להפלות בין מוסדות שונים, להתערב בחופש הבחירה האמנותי ולכפות רצונו על קהל צרכני האמנות. לדעתנו, יש פסול במצב החוקתי המאפשר לממשלה מתן תשלומי הסד ללא חוק מהותי. הדין האמריקני עדיף מבחינת עקרונות שלטון החוק: על פי דין זה, כל תשלום מקופת הכלל לכיסו של הפרט, צריך לעמוד בשלושה מבחנים: הוא חייב להיות כלול בחוקי ההסמכה

²³ כ"ה (2) פד"י בע' 837.

²⁴ שם בע' 839.

²⁵ כ"ה (2) פד"י 821.

התקציביים; בנוסף לכך צריך להיות חוק מהותי שיקבע את מטרות ההוצאה; החוק המהותי ומטרותיו צריכים להתיישב עם הנראות החוקה הפדראלית או חוקת המדינה.

דין זה גובע מהמבנה המיוחד של המשטר הפוליטי בארצות הברית ומעקרון הפרדת הרשויות המוצא ביטוי בחוקה. סעיף 9 בפרק הראשון לחוקת ארצות הברית קובע, כי „לא יוצא כסף מן האוצר אלא על פי הקצבות שניתנו על ידי חוק“, ועל פי הנוהג הקיים בקונגרס יש להוראה זו שתי שלוחות: ראשית, הסמכת ההוצאה באמצעות חוק מהותי, ושנית, הקצבת הסכום עצמו (appropriation) ופיקוח על הקצבה זו.²⁶ הקונגרס אינו יכול בשל עקרון הפרדת הרשויות לאצול את סמכותו זו למימשל אם כי קו הגבול שבין חקיקה ראשית לחקיקת ביצוע מטושטש, ובית המשפט העליון אישר מתן שיקול דעת נרחב למימשל.²⁷ הכלל המשפטי שנקבע לגבי תשלומים שנועדו לאזרח הוא שאין המינוחל רשאי לשלם ללא „הליך הוגן“ — „due process“ — או כתוצאה מהפלייה בלתי חוקית.²⁸

אם שלטון החוק פירושו שלא רק חובות האזרח אלא גם זכויותיו לקבל תמיכה מהמדינה טעונות הסדר חוקי מהותי, אזי פגום הנוהג הישראלי. לדעתנו, כשם שאין הסמכה תקציבית בלבד, בהעדר חוק מהותי, מספיקה כדי לגבות כסף מהאזרחים, כך אין זה ראוי שהסמכה כזו תספיק לתת ולשלם כסף לאזרחים.

אמנון רובינשטיין *

Young, *The American Congress* 224 (1958):

“Congress makes a procedural distinction between authorizations for grants and the actual appropriations, so that under ordinary circumstances the passing of a law precedes the granting of funds. The authorization contained in statute law must be implemented by appropriations. The separation is based on the interpretation of the constitutional provision that no money shall be drawn from the Treasury ‘but in consequence of appropriations made by law’. Appropriations not being considered to be law, it follows that the enactment of a law must precede the granting of funds”.

²⁷ *Yakus v. U.S.*, 321 U.S. 414, 423-27 (1944). פסק דין זה אינו עוסק בתמיכות כספיות, אך עקרונותיו חלים לגבי כל אקט המסמך את המימשל לקבוע סטנדרטים וגורמות בעלות אופי חקיקתי.

²⁸ *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 22 L. Ed. 2d 600 (1969); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 25 L. Ed. 2d 287 (1970); Annotation, 25 L. Ed. 2d 907.

* דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.